

עטרת דבורה

פסקי דין

שהתבררו בבית הדין
בתוספת בירורי הלכה

בענייני

אבן העזר וחשן משפט

חלק א

מאת

הרב אוריאל לביא

אב"ד צפת וטבריה

כל הזכויות שמורות למחבר
קשת © ה'תשס"ט

עיצוב ועימוד:

טלפון 072-2113131 ד.א. yosi@bsy.co.il
שחרית מן הכותב אל הקורא
עריכה והכנה לדפוס

הזמנות לרכישת הספר באמצעות הכתובת
ateretdvora@gmail.com

אין להעתיק ספר זה או קטעים ממנו
בשום צורה ובשום אמצעי, אלקטרוני או מכני
לרבות צילום והקלטה,
ללא אישור בכתב מהמחבר

תוכן חלקי הספר

חלק א

ד	הסכמות.....
ח-ט	הקדמה.....
י	דברי זכרון.....
יא-יב	תוכן חלק א, אבן העזר סימנים א-עו.....
1-490	סימנים א – עו.....
א-ט	תוכן מורחב לסימני חלק א.....

חלק ב

	תוכן חלק ב, אבן העזר סימנים עז – צז, חושן משפט סימנים א – נו.....
491-704	אבן העזר, סימנים עז – צז.....
707-984	חושן משפט, סימנים א – נו.....
א-י	תוכן מורחב לסימני חלק ב.....
1-13	מפתחות (לשני הכרכים).....

הסכמת הגאון הרב חיים גדליה צימבליסט שליט"א, חבר בית הדין הגדול לשעבר

דע"ה, מוצ"ק פ' האובש תשס"ט

ארכוב ידידי הרב האון המילג, דיין בנימי אמוקא דינא,
כ"ט מהר" אוריא אדיא אט"א, אד דיה"ה דע"ה וטכריה
אמבטי"ט דהוב אום ודרכי.

לדבר קצת מ ספרי השוד אמעוון אהולבאו אור, המכיל פסקי בין
ודיווי הלכה דלתינ אכן הלצי ומטן משפט, וזיקרו דליוג האקטואליוג הנדיוניג
דגה הבין דטראל, וראית והנה בדלי זיך יסרה המקיפה א נושא ונושא מל
צדדיו דהדאר א דרוי המשונים והאמיוניג קנבין, וזן דבכיוהיג דמגוניה רבה
ודמגוניה איגור לרשי האמיוניג ואלקיו אחקר האמה הבאכתיג לז הטקור המסקניג
דלונג דיווג ודהייה.

אין ספק שהספרי יהיה אמילג מרובה כיוסאי מ מבין והווג דולמא איך
צייך לעג אל ביון הדא אלהי"ה, וכמה צדובה וזמל צייך להסיון כפי אהולב
פסק דין נכון, כפי שהדבר אמילג דספרי יהיה.

אין זי אלא אדרכו אכנה לזב רבוג דסניג אומב מ אממור
אבון וכוונת דגה של תויה לז דימת יונן דל"א
אלה דרוי מוקיוו

חייג קב"ל צמבליסט

Shlomo Moshe Amar
Rishon Lezion Chief Rabbi Of Israel
President of the Great Rabbinical Court



שלמה משה עמאר
הראשון לציון הרב הראשי לישראל
נשיא בית הדין הרבני הגדול

בעה"ת"ש. בחמישי בשבת שבעה ועשרים יום באייר התשס"ט.
18-1-427/ס"ט

אגרת ברכה והוקרה

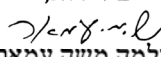
שמח ליבי ותגל נפשי בראותי האי ספרא רבא אשר כתב וערך מעלת הרב הגאון המפואר במעלות התורה ויראת ה' טהורה, ומוכתר במדות טובות נאות, הדיין המובהק ומחשובי הדיינים כש"ת כמוה"ר **אוריאל לביא שליט"א** אב"ד בבית הדין הרבני צפת – טבריה יע"א.

אשר עושה עבודתו אמונה בשקידה ובמסירות, ומקדש שם שמים בעבודתו הנפלאה, הוא וחבריו שליט"א כולם אהובים וברוכים לה'.

וכבר יצא שמו הטוב לתהלה בקרב דייני ישראל, בעמלו וביגיעתו בתורה, ובכתיבת פסקי דין מקיפים ומעמיקים, גוד אחית וגוד אסיק, להסיק שמעתתא אליבא דהלכתא, ונפש העמל עמלה לו, אשרי חלקו וגורלו, וע"י שהוא משקיע כוחות עצומים לברר כל חמירא, ולהקיף כל סוגיא מכל צדדיה בדעת ובתבונה, באמת ובאמונה, זכה לסייעתא דשמיא לאסוקי מילי דדינא ולכוין לאמתה של תורה, זאת חוקת התורה, שמגלה סגולותיה לעמלים בה, הלנים בעומקה ביגיעה ובשקידה כדת של תורה. והוא סובב הולך על עניני אהע"ז וחשן משפט, מאשר עלה על שולחנו ביושבו כסאות למשפט לדון כדת של תורה, ומהשאלות שהגיעו אליו בענינים אלו, והשיב להם בדבר ה' זו הלכה, כיד ה' הטובה עליו.

וראיתי לו בחלק אהע"ז סימן ו', שדן בעניני ממזרות, וכבר שלח לי בזמנו קונטרס בענין זה, ובו נטה לדחות כמה מההיתרים שהעלו גדולי הפוסקים היוצאים בכוחא דהיתירא, לקדושים אשר בארץ המה, ויבלחט"א גדולי הדור שליט"א, ומתוך שעיינתי בו, העליתי הארות והערות בדבריו, וכתבתים בגליונות שבצד דבריו, ומחמת העומס הרב והלחץ של עול העבודה, והאריכות שהארין בענין זה, עדיין לא התפניתי לסדר הדברים כראוי, ומסרתים לת"ח צעיר מעיין גדול ומעמיק, וכתב תשובות על ההערות, ושכ לחזק דברי רבותינו גדולי הפוסקים שהקילו כזה ועל צבאם הגאון רעק"א וחתנו בעל החתם סופר עליהם השלום, וגדולי הדורות שאחריהם עד לדורנו זה.

ואשריו שזכה לחבר חבור חשוב כזה, שבודאי יהיה לתועלת רבה למעיינים וליושבים על מדין, ויה"ר שיזכה שיתקבלו דבריו ברצון על רבנן ועל תלמידיהון, ויעלה ויצליח בכל אשר יפנה, מתוך בריאות ורו"נ וחיים עד העולם.

המצפה לישועת ה' ברחמים.
בידידות,

שלמה משה עמאר
הראשון לציון הרב הראשי לישראל



RABBI Z. N. GOLDBERG

Abbad Bies Horaa'h "Hayashar Vehatov"
Member Of Supreme Rabbinical Court

הרב זלמן נחמיה גולדברג

אב"ד בבית הוראה לדיני ממונות "הישר והטוב"
חבר בית הדין הרבני הגדול

ב"ה, יום כ"ז תמוז תש"ס

ינני דלה לעקר קשחתו של תלמידי חכם מופלא דגארה
 כמי הוא החסיד המזוון ה' זאומיאל לביאו שליט"ל
 אד"ר דעיר הקושט אב רייך
 אשרי המזוני חידוה אפול דלם "צאית" פדורה"
 זולכי כמב כל פסק פין שלפן כרה אדורה
 הפצטום ין דבקיאלת דמוטאל'ג אוחרונ'ם
 אפציקר דורה ובלפל דחכמי וצאית לו לבל'זיו
 פסק פין רפון לאומי
 ובכי גפול ומאיל מאוס לבל'זיו ספרי לווה צול'ם
 למוצאת הרעיה היטבית אל מין וכן למאוצו
 תבאיש שילגפו פרטי הפסק

הטרה לכפוז הגוה וצאית וצאית

אלמן נחמיה גולדברג

אברהם דוב אורבך

רב ואב"ד

לעיה"ק טבריה ת"ו והמחוז

ב"ה קמ"ג תמוז ה'תש"ו

ד"ר אהרן אורבך

ברוך ידיו רבך הגאון הנ"ל ב"ה נרמקו באו"מ
 מהג"א אורבך לבינו שליט"א, הקריב אתנו חקור
 אשכנזי יצאנו דבא"ת נרמקו. בין היה יחד זוגנו
 מהלכה חמשה ימים קודם לזמן יחד כדי זינו
 גלוי הק' אדניה צפר ת"ו. ויצאנו ציב זינג הלצה
 דקדמוני הארץ, אנו אנו ויצאנו חסידים, אומ"מ
 דל מה ארמון דצנ"ן עז אמוני צלנו, אט"ל דפוס
 הארץ והמחנה נמשך דלא אנו וקנין אומ"מ דגוי
 דיקון דברא קור גוי"מ ויצאנו חסידים, אומ"מ
 דבי"ד, וקנינו דלא חסידים הארץ. ואל שמינה דגוי
 שמי"מ דצ"ו ושלח, וארץ איו בן צמ"ד, נק ינו דרכ לא עכ"ל
 ואל גל"ן דצ"ד ייג"ל יקור אורבך חסידים ויצאנו חסידים, ואל
 שמי"מ דצ"ו ושלח, וארץ איו בן צמ"ד, נק ינו דרכ לא עכ"ל
 ואל גל"ן דצ"ד ייג"ל יקור אורבך חסידים ויצאנו חסידים, ואל

אברהם דוב אורבך
 רב
 לעיה"ק טבריה ת"ו והמחוז



ישמח אביך ואמך ותגל יולדתך

משלי פרק כג פסוק כה

כי חזיו ולאמו ישמחו זו לעולם הבא, כי מעטרין להם עטרות עטרות כל יום מחידושיו פירוש הגר"א על ספר משלי

הקדמה

אודה להשי"ת שזיכני להוציא לאור מפסקי דין שכתבתי במשך שנות כהונתי כדיין ואב"ד בבית הדין האזורי צפת וטבריה (ומקצתם בבי"ד בחיפה).

הספר יוצא לקראת יום השנה לפטירת אמי ז"ל הכ"מ, ושמה נזכר בשם הספר - "עטרת דבורה". ויהיו חידושי התורה שזכיתי לחדש, עטרה לראשה, כפי ביאורו של הגאון לספר משלי. אמנם אין לנו תפיסה והבנה בעולם הנשמות, אך קבלנו מרבינו הגר"א ז"ל שחידושי התורה של הבן הם השמחה הרוחנית והעטרה לנשמת ההורה בעולם האמת.

ובזוהר הקדוש (במדבר קיט.) - "ישמח אביך, דא קודשא בריך הוא, ואמך, דא כנסת ישראל, ותגל יולדתך, יולדתך דלתתא". ויהי רצון שאזכה ודברי יתקבלו אצל רבנן ותלמידיהם, ואמצא חן ושכל טוב בעיני אלוקים ואדם.

בספר זה על שני חלקיו, פסקי דין ובירורי הלכה בנושאים העיקריים שבתי הדין עוסקים בהם. עמלתי בעז"ה עד מקום שידי מגעת, ותוך מו"מ בהלכה עם חברי יושבי על מדין, ובירור ההלכה על בוריה ללא משוא פנים, עד שבסייעתא דשמיא זכינו לפסקי דין מפורטים ומנומקים הלכה למעשה. אציין את דברי הנצי"ב ז"ל במשיב דבר (ח"א סי' כד) שכתב "בשעה שמשיבים הלכה למעשה, באים לעומק הענין יותר ממה שבא הענין בדרך לימוד, וגם סייעתא דשמיא עדיף בשעת מעשה, וכבר אמרו חז"ל במס' כתובות (דף ס:) דסייעתא דשמיא מהניא טובא להוציא הוראה כהלכה".

בספר הובאו פסקי הדין המנומקים ככתבם וכלשונם, למעט השינויים המתבקשים בעת עריכת פסק הדין לתפוצה, השמטת השמות וזיהוי בעלי הדין, וכן הוספתי מעט קישורים מסימן אחד לאחר.

הדברים במקורן נכתבו כנימוקים הלכתיים מפורטים, לפסק דין קצר, שניתן לבעלי הדין בנפרד.

הנושאים הנידונים, שאלות חמורות בענייני אבן העזר ונושאים מורכבים בהלכות חושן משפט. מעצם טיבען של נושאים אלו, במסגרת הנימוקים ההלכתיים לפסק הדין, לא היה מקום בהרצאת עיקרי הדברים בתמצית ובקצרה. בכל פסק דין שהיה בו חידוש, או חריגה מדעת אחד מהגדולים, היה מן ההכרח לבסס ולנמק בהרחבה את פסק הדין על כל היבטיו.

ראוי לציין בזאת את הקדמת הרב פתחי תשובה, לספרו על אבן העזר - "לא נהגתי עצמי במחברת הזאת לקצר כל כך בלשון, כדרך שעשיתי בחיבורי הראשון. וטעמי ונימוקי בזה ידוע ליודעים ומבינים. שגם דרך הגדולים בעלי תשובות הראשונים והאחרונים, בעת שהשיבו הלכה בדינים הנוגעים לחלק יורה דעה, להורות הלכה או להבין שמועה, לא התהלכו ברחבה, רק בקיצור השיבו תשובה ... אבל בהגיע תור פסק הלכה בדינים השייכים לחלק אבן העזר האריכו למעניתם, בכמה טעמים וכמה צדדים שעליהם תמכו יסודותם. כי לחומר העניינים לא רצו לסמוך על דעתם וסברתם. ולא הספיקו עצמם לחתוך הדין על פי טעם אחד, רק בהצטרף כל הצדדים יחד, ולזאת גם אנוכי בהעתקת דבריהם הוכרחתי להעתיק כל צדדיהם ... בא הענין ברוב דברים, גזירה שמא יטה מנתיב הישר, ובמקום שאמרו להאריך, אינו רשאי לקצר".

זכינו שבמדינת ישראל ניתנו לבתי הדין הרבניים סמכות שיפוט בענייני נישואין וגירושין, ביחס לכלל תושבי המדינה היהודים, שומרי מצוות ושאינם שומרים תרי"ג מצוות. זכות זו היא חובה, ומוטלת עלינו אחריות כבידה, לנהל מערכת משפט ראויה עם סדרי דין מתוקנים. מלאכת השיפוט תושלם כראוי באמצעות פסקי דין מפורטים ומנומקים.

אנו מחויבים ללכת בדרך המלך הכבושה לנו במסורת הפסיקה מדור לדור. איננו רשאים לחייב את הציבור הרחב בחומרות שאינן מחוייבות עפ"י הדין, ובפרט כשהדבר נוגע בשאלות קשות וחמורות של עיגון, מסורבות ומסורבי גט. מאידך, אין מקום להיגרר לפסיקות שאין להם יסוד ראוי בהלכה. בירור וליבון דין אמת לאמיתו, המרבה שכינה בישראל (סנהדרין ז.) יתקבל לאחר מו"מ בהלכה, בדיבוק חברים ועיון מעמיק בכל סוגיא לגופה.

אודה בזאת לדיינים עמם ישבתי על מדין שנים ארוכות, אב בית הדין הגאון הרב אברהם דוב אויערבך שליט"א, והרה"ג הרב חיים בוק שליט"א והרה"ג הרב יעזר אריאל שליט"א.

תפילתי היא, שספר זה יתרום תרומה צנועה לביורר וליבון הנושאים העומדים על סדר היום של בתי הדין. "ויהי רצון שלא אכשל בדבר הלכה וישמחו בי חבירי, ושלא אומר על טהור טמא ועל טמא טהור ולא על המותר אסור ולא על האסור מותר, ולא יכשלו חבירי בדבר הלכה ואשמח בהן" (טור או"ח סי' קי).

תודתי וברכתי שלוחה לאבי מורי ר' פנחס לביא הי"ו, אוהב תורה ומוקיר רבנן, שגידלני לתורה ומעשים טובים, ולחותני הרב מאיר שלזינגר הי"ו, איש רב פעלים לתורה ולתעודה, שזכיתי להימנות על תלמידיו בישיבת שעלבים, המלווה אותי בעצה ותושייה כשלושים וחמש שנה, ויהי רצון שיתקיים בהם הפסוק "עוד ינובון בשיבה דשנים ורעננים יהיו".

תודה וברכה לר' יוסי בן שחר הי"ו, מהעיר העתיקה של ירושלים - הוצאה לאור "שחרית", על עבודתו המסורה והמיוחדת בעריכת הספר החל מהשלב הראשון ועד להשלמת התוצר המוגמר, בכבוד והדר כראוי לספר זה. וכן הוקרה לבני היקר, הרב ידידיה הי"ו, שסייע בידי בהגהת הספר.

וברכה והוקרה מיוחדת לאשתי, נוות ביתי, חגית, שתמכה וסייעה בידי לאורך כל הדרך, ובזכותה זכיתי לישוב באהלה של תורה בנחת וללא טרדות, שנים רבות. יהי רצון שנוכה לראות ברכה ונחת מכל צאצאינו.

אוריאל לביא

אלול תשס"ט

דברי זיכרון על אמי מורתי, דבורה לביא ז"ל הכ"מ נלב"ע ביום י"ב באלול תשס"ח בשנת הע"ד לחייה

ודְבוֹרָה אִשָּׁה נְבִיאָה אִשָּׁת לְפִידוֹת

"לפידות, ע"ש שאשתו עושה פתילות, והיא מתבוננת ועושה פתילות עבות, כדי שיהא אורן מרובה. אמר לה הקב"ה, דבורה, את נתכוונת להרבות אורי, אף אני ארבה אורך ביהודה ובירושלים. מי זכה לו ללפידות שיהא חלקו עם הכשרים ויבוא לחיי העולם הבא? - דבורה אשתו..." (ילק"ש, שופטים מ"ב)

אמנו הדליקה לנו בני המשפחה, פתילות עבות שאורן מרובה. "כי נר מצווה ותורה אור" - הרבה אור של תורה האיר מאישיותה של אמא. מאז ומעולם אהבה ללמוד תורה. יסוד זה, שהיה נר לרגליה, קבלה בבית הוריה, ובמיוחד מאביה, הרב מרדכי צבי שטלברג ז"ל, ירא ושלם, חסיד גור ברמ"ח אבריו, שייף עייל שייף נפיק, גריס באורייתא תדירא ולא מחזיק טיבותא לנפשיה, ת"ח גדול מתלמידיו המובהקים של הגאון רבי מאיר שפירא ז"ל מלובלין.

לאחר שאמא פרשה מעבודתה כמורה בבי"ס "אושא" ברמת גן - התמידה בלימוד תורה. מידי שבוע השתתפה ביום לימוד במדרשה לנשים ובמקומות לימוד נוספים, כשבכל שנה היא משתדלת לגוון את הנושאים הנלמדים, כדי להרחיב את ידיעותיה בעולם התורה. לשבת עם אמא ליד שולחן שבת היה מקור של למידה לכולנו. תמיד השתתפה בדברי התורה על פרשת השבוע והייתה מוצאת נושאים לדיון מתוך הדברים. עשתה את התורה ל"תורת חיים", אקטואלית ומשמעותית גם לנו, החיים כיום. "את נתכוונת להרבות אורי..." (ילק"ש הנ"ל) - במשך כ- 30 שנה לימדה אמא תורה את ילדי ישראל במסגרות שונות. והיו דבריה נאמרים בשפה דבורה וברורה. אין זה סוד שאמא היתה מורה דגולה, שהקפידה מאד על היגוי נכון ועברית נאותה. שיעורי התורה שהכינה עבור הילדים הצעירים היו מלאי חיים. היא השכילה להחיות את סיפורי התורה, ועשתה כל מאמץ שתלמידיה יפנימו את ערכי היהדות.

גם כשפרשה לגמלאות, באו רבים וביקשו שתמשיך ללמד בביתה, מתוך הוקרה לדרכי ההוראה שלה וליכולותיה המיוחדות. בנוסף, לימדה בהתנדבות עולים חדשים בשנות העלייה הגדולה מברית המועצות. מספר שנים היא הדריכה מורים לתנ"ך, כשהיא עוברת מבי"ס לבי"ס ומנסה לכוון בשיטתיות את המורים כיצד לחבב את לימוד התורה על הילדים. לימוד התורה היה אצל אמא אבן יסוד לחיי המעשה. מצוות כיבוד אב ואם היא דוגמא לכך. במשך כ- 17 שנים, דאגה לאביה לאחר שהתאלמן. הטיפול המסור שלה והדאגה לכל מחסורו בימים טובים ובעת מחלתו, השאירו רושם אדיר כיצד מקיימים מצוות כיבוד אב.

"ותורת חסד על לשונה" - לחשוב על השני ועל צרכיו, היו חלק מהווייתה של אמא. בגיל 60, ולאחר עמל, קבלה ברישיון נהיגה, ומיד בקשה שאנשים נוספים ייהנו מכך. אמא קיבלה על עצמה, מידי יום חמישי, לעבור במספר בתים ולאסוף אוכל מבושל לשבת ולהעבירו למשפחות נזקקות, במסגרת פעילות עמותת "עזר מציון". הנהיגה לתת צדקה ולתמוך בכל ישיבה שבה למדו צאצאיה - בנה ונכדיה. אמא דאגה להרבות אור, ובמשך למעלה משלוש שנים, מידי יום שישי, חילקה נרות שבת במחלקת יולדות בבי"ח. בשנים האחרונות, כשכל כך סבלה ממחלתה, דאגה להאיר פנים לאחיות ולרופאים שטיפלו בה. מידי פעם נתנה להם שי, כהוקרה על הטיפול המסור בה.

"מושיבי עקרת הבית" - אמא, עיקרו של בית היתה. תמיד היה נעים להיכנס לביתה. הכל נקי, מסודר, נאה ובטוב טעם. סעודות השבת משופעות במעדנים. היה חשוב לה מאד האחדות המשפחתית. יזמה אירועים משותפים בהם התכנסה המשפחה כולה, ועם זאת נתנה לכל אחד הרגשה שהיא כולה רק שלו.

יחד עם אבי מורי שיבל"א זכו לבנות בית מבורך שכל צאצאיהם הולכים בדרך התורה. "צאו וראו כמה נאה עולמי" - אמא אהבה מאד לצאת לטייל והייתה מרבה להשתמש בביטוי "מה רבו מעשיך ה'" - ההתפעלות שלה מיפי הבריאה, היתה מתוך הוקרה לקב"ה על העולם הנפלא שברא.

אמא נפטרה בחודש הרחמים והסליחות, בי"ב באלול, ויצאה מן העולם בערב שבת קודש פרשת "כי תצא", לאחר מחלה קשה וממושכת. בימי מחלתה למדנו ממנה שיעור גדול באמונה. כשנכנסה לניתוח האחרון, וחששה שלא תקום ממנו, אמרה בכניסה לחדר הניתוח את הפסוק "בדרך אפקיד רוחי", בדרך, ריבוננו של עולם, נתונים חיי.

כשם שזיכתה דבורה הנביאה את בעלה, לפידות, לחיי העולם הבא, כך וודאי, אמנו, שהשאירה אור מרובה, והרבתה אור, זכתה לטוב המובטח לצדיקים.

תוכן הפסקים

1	היתר חרם דרבינו גרשם לאחר פירוד ממושך וגירושין בערכאות	סימן א:
3	היתר נישואין לבעל שאשתו עקרה	סימן ב:
5	עולה מרוסיה ששם משפחתו "כגן" המבקש לישא בת ישראל שאביה נכרי	סימן ג:
11	פס"ד בשאלת כשרות לבוא בקהל	סימן ד:
20	בירור הלכה בשאלת ממזרות	סימן ה:
29	בירורי הלכה בשאלת ממזרות	סימן ו:
58	רישום אדם ברשימת פסולי חיתון או טעוני בירור	סימן ז:
60	נאמנות האם להתיר את בנה או בתה לבוא בקהל	סימן ח:
73	פס"ד להיתר לבוא בקהל	סימן ט:
78	בירור הלכה בדין "יכיר"	סימן י:
94	פס"ד בשאלת כשרות הבן לבוא בקהל	סימן יא:
96	פסק דין בדינו של תינוק אסופי	סימן יב:
97	תביעת האב לעריכת בדיקת רקמות לילדיו לבירור אבהות	סימן יג:
102	עוברת על דת ועשתה מעשה כיעור לענין גט מזונות וכתובה	סימן יד:
108	איסור האשה לנטען עפ"י הודאתה	סימן טו:
112	היתר נישואין למינקת שפסקה להניק בטרם הגירושין	סימן טז:
113	היתר נישואין למינקת חבירו	סימן יז:
121	פסק דין בבקשת היתר נישואין למינקת	סימן יח:
122	ספק מינקת חבירו	סימן יט:
123	גדרי הנאמנות הנחוצה לענין מינקת חבירו	סימן כ:
126	היתר עגונה שבעלה טבע בכנרת ולא נמצא	סימן כא:
147	האם ניתן להפקיע קידושין של סרבן גט	סימן כב:
157	קבלת עדות לביטול קידושין שלא בפני בעל דין, ועדי קידושין שלא ראו נתינת הטבעת	סימן כג:
163	היחס לתביעה לביטול הקידושין מעיקרן בטענה לפסול שהתגלה בעידי הקידושין	סימן כד:
169	קידושי שיכור, קידושי שחוק וקידושין בפני קרוב ופסול	סימן כה:
176	סידור חופה וקידושין על ידי אדם שאינו מוסמך ואינו מורשה	סימן כו:
177	כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה, חיובו בכתובתה ובמזונותיה	סימן כז:
179	גדרי מחילת אשה על מזונותיה	סימן כח:
192	חיוב הבעל במזונות למפרע עבור תקופה שקדמה להגשת התביעה	סימן כט:
193	חובת האב במזונות הבן המתנכר אליו ומסרב לראותו	סימן ל:
202	חובת האב לזון את בניו כשהוא אסיר	סימן לא:
206	חובת הבעל ב"מדור ספציפי" לאשתו	סימן לב:
218	יציאת בן קטן מארץ ישראל לחו"ל לביקור אצל אמו	סימן לג:
222	גדרי חיוב מזונות האשה	סימן לד:
239	חיוב מזונות לבעל שעזב את אשתו	סימן לה:
243	חיוב הבעל בתשלום הכתובה ותוספת הכתובה במקרים שונים	סימן לו:
256	הגדרת טענת "מאיס עלי"	סימן לז:
261	בעל שחוייב בגירושין עקב מרידה או בגידה ומבקש לחזור ולתקן מעשיו	סימן לח:
264	חלוקת הרכוש בזוג שנפרד לאחר שהבעל חזר בתשובה והאשה נשארה חילונית	סימן לט:
270	ניכוי מעשה ידי האשה מדמי מזונות "מעוכבת מחמתו"	סימן מ:
277	בעל העוזב את אשתו בטענה שהיא גרמה לפירוד, על מי חובת ההוכחה	סימן מא:
279	"טובת הילד" כשיקול מכריע בקביעת המשמורת והסדרי ביקורי הילד	סימן מב:
284	אשה נשואה שזכתה במפעל הפיס, כיצד יחולקו כספי הזכיה	סימן מג:
291	חלוקת רכוש בין בני זוג	סימן מד:
294	זכותו של בעל "מורד" בפירות נכסי מלוג	סימן מה:

298.....	הסתלקות אשה נשואה מירושה.....	סימן מז:
299.....	גביית כתובה במקרה שבו האשה מקבלת זכויות ממון המוקנות לה על פי החוק אך אינן מעוגנות בהלכה.....	סימן מז:
302.....	חלוקת רכוש בין בני זוג - אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית.....	סימן מח:
308.....	אשה אלימה שהכתה את בעלה - חיובה בגט וזכותה לתשלום הכתובה.....	סימן מט:
318.....	נאמנות מורדת בטענת "טמאה אני לך".....	סימן נ:
322.....	חיוב גט בעקבות התחמקות מבדיקת פוליגראף שהוסכם עליה בבית הדין.....	סימן נא:
324.....	טענת מקח טעות בקידושין.....	סימן נב:
327.....	חיוב האשה בגירושין עקב העלמת מידע על מחלה נפשית קודם לנישואין.....	סימן נג:
328.....	חיוב גירושין לאשה המסרבת להתגרש כששני בני הזוג אינם רוצים בשלום בית והפירוד בעטיו של הבעל.....	סימן נד:
330.....	זכותה של האשה לעכב את הגירושין עד להבטחת תשלום הכתובה.....	סימן נה:
335.....	"הרחקות דר"ת" כנגד אשה שאינה מסכימה להתגרש.....	סימן נו:
339.....	כפיית גירושין באמצעות מאסר.....	סימן נז:
342.....	היתר נישואין לבעל שאשתו חולת נפש.....	סימן נח:
344.....	גט שניתן לאשה בעל כרחיה באמצעות בית הדין.....	סימן נט:
376.....	מעמד הסכם גירושין בטרם סודר הגט לאחר שצד אחד חוזר בו מההסכם.....	סימן ס:
385.....	מגורי גרוש וגרושה באותה חצר.....	סימן סא:
386.....	"מחוסר קציצה" לאחר כתיבת הגט וקודם לנתינתו.....	סימן סב:
387.....	גט שחסרה בו תיבת "דנן".....	סימן סג:
388.....	כתיבת שם הנהר בגיטין הנכתבים בעיר צפת.....	סימן סד:
395.....	גט לזוג ספרדי אך שם העיר נכתב כפי ההלכה המקובלת אצל האשכנזים.....	סימן סה:
399.....	כתיבת שם הבעל בגט כשהוא נקרא בשם המשפחה בלבד, או בשם קיצור משם המשפחה.....	סימן סו:
406.....	בירור בשאלת כשרות גט.....	סימן סז:
408.....	בירור הלכה בדין קיצור השם בגט.....	סימן סח:
413.....	כתיבת "דמתקריי" בגט, על שם שבתעודות וחותרם בו.....	סימן סט:
414.....	האם בכתיבת השמות מרב ואילת בגט, יש לכתוב כחתימתה בתוספת י'.....	סימן ע:
421.....	כתיבת שם גאדי או גודי למי שהתברר שהשם מלידה הוא גדי.....	סימן עא:
421.....	ליקוט מדברי הפוסקים שדנו בטעויות בנוסח הגט.....	סימן עב:
428.....	נאמנות הבעל בטענות הפוסלות את הגט.....	סימן עג:
430.....	דברים הנאמרים ע"י הבעל בזמן סידור הגט העלולים לפסול את הגט.....	סימן עד:
455.....	"הסכם קדם נישואין" שבו המסרב להתגרש מחוייב בתשלום.....	סימן עה:
479.....	סדור גט, לאחר שהבעל חוייב בערכאות ב"תשלומי נזק" עקב עיכוב הגירושין.....	סימן עו:
א-ט.....	תוכן העניינים המורחב:.....	

חלק ב

491.....	סידור גט לאחר ששופט איים על הבעל במאסר.....	סימן עז:
499.....	פסק דין בשאלת מסירת מודעא בגט.....	סימן עח:
511.....	פסק דין בשאלת כשרות גט.....	סימן עט:
	"הרחקות דרבינו תם" לרבות שלילת רשיון נהיגה ביחס לבעל שאשתו טוענת "מאיס עלי" ובית הדין לא.....	סימן פ:
517.....	פסק כפיה או חיוב לגרש.....	
536.....	ביאור נוסף ב"הרחקות דרבינו תם".....	סימן פא:
546.....	ביאור נוסף ב"הרחקות דרבינו תם".....	סימן פב:
548.....	שלילת קצבת ביטוח לאומי מסרבן גט.....	סימן פג:
558.....	מעמדם של בני זוג לאחר גירושין שסודרו על ידי אדם שאינו בקי בטיב גיטין.....	סימן פד:
568.....	מעמדו של השליח הראשון לאחר שמינה שליח שני.....	סימן פה:
577.....	האם יש חשש בכשרות הגט כשהבעל הוטעה בהסכם הגירושין.....	סימן פו:
618.....	בני זוג שהתגרשו וחזרו לחיות יחד.....	סימן פז:
629.....	בני זוג שהתגרשו וחזרו לחיות יחד.....	סימן פח:

632.....	חיוב הגירושין כששני בני הזוג אינם רוצים זה בזה (בירור שיטת רבינו ירוחם)	סימן פט:
637.....	כפיית גט לבעל שעזב את אשתו וחי עם אשה אחרת	סימן צ:
647.....	האם המחוייב בגירושין רשאי להציב תנאים לגירושין (בירור שיטת מהרשד"ם)	סימן צא:
662.....	חיוב גירושין לבעל אלים	סימן צב:
672.....	בעל הכלוא בבית הסוהר - חיובו בגירושין	סימן צג:
687.....	כפיית הגירושין על הבעל עפ"י דעת רוב הפוסקים	סימן צד:
689.....	נעל חליצה שחלקה העליון פתוח ברובו	סימן צה:
692.....	חזרה מהתחייבות לטובת הבעל המחוייב בגירושין	סימן צו:
696.....	אשה שהתגרשה מבעלה בערכאות בלבד ונישאה לגוי ומבקשת לחזור לבעלה	סימן צז:

חושן משפט

707.....	מעמדו של בית דין קבוע בעיר	סימן א:
709.....	הכרעת הדין עפ"י הרוב בבוררות	סימן ב:
712.....	דחיית טענות הנתבע המבקש שלא לחתום על שטר בוררות ושלא להופיע לדיון	סימן ג:
722.....	האם ראוי שבית הדין ינדה את המסרב להופיע בפניו	סימן ד:
723.....	מקום הדיון בדין תורה שבין בעל לאשה	סימן ה:
726.....	נימוקים לפסק הדין בשאלת מקום הדיון	סימן ו:
729.....	האם מקום הדיון בין חסידי חב"ד בבית דין שבעיר או בבית דין של חסידי חב"ד	סימן ז:
733.....	מקום הדיון כשהבעל תושב חו"ל	סימן ח:
737.....	מקום הדיון, והאם יש מקום לשיקול המתחשב בחשש לסתימת טענות	סימן ט:
741.....	חיוב הנתבע בהוצאות גביית החוב בלשכה להוצאה לפועל	סימן י:
743.....	האם המיעוט חייב לבטל דעתו לדעת הרוב כשביה"ד דן בנושאים שאינם צריכים להיות נידונים בבית דין	סימן יא:
745.....	נתבע שסרב לדיון תורה ולאחר שנתבע בערכאות מבקש דיון בדין תורה	סימן יב:
748.....	פסק דין בתביעת ועד אגודה שיתופית כנגד חברים באגודה	סימן יג:
752.....	דיין הקרוב לבעל דין	סימן יד:
754.....	שטר מעשה בית דין	סימן טו:
766.....	הודאת בעל דין וקנין אודיתא	סימן טז:
777.....	פרשנות הסכם שקיימות שתי דרכים לפרשו	סימן יז:
779.....	חותמת בית הדין על מסמך כראיה מוחלטת לאמינות המסמך	סימן יח:
782.....	הצמדת פירעון הלואה וכתובה	סימן יט:
789.....	פרע הלואה ולאחר זמן נמצאו חלק מהשטרות מזוייפים	סימן כ:
792.....	התובע טוען שהכסף ניתן כהלואה, ולטענת הנתבע ניתן כמתנה	סימן כא:
796.....	טענה למחילת התחייבות שהיא בתוקף של פסק דין	סימן כב:
801.....	מכירת צ'קים וגבייתם בהוצאה לפועל	סימן כג:
808.....	חזרה מהסכם שנעשה בבית דין, ומעמדו של "יפוי כח בלתי חוזר"	סימן כד:
816.....	פסק דין בנוקי שכנים	סימן כה:
828.....	פסק דין בתביעת נזיקין	סימן כו:
838.....	הרחבת הדירה מעל "מרפסת סוכה" המונעת בניית הסוכה	סימן כז:
843.....	פסק דין בנוקי שכנים	סימן כח:
849.....	זכותו של דייר בבית משותף לבצע שיפוץ בבניין	סימן כט:
850.....	בעל דירה בבניין משותף, הנהנה מהרחבת דירה של שכנו	סימן ל:
852.....	דרכי הפעלת סמכות הציבור כנגד תושב הקהילה	סימן לא:
853.....	שני בני זוג לאחר גירושין, וכל אחד מהם תובע לרכוש את הבית המשותף	סימן לב:
861.....	תשלום דמי שימוש בנכס לשותף שנמנע ממנו השימוש	סימן לג:
870.....	טענת שוכר למנוע החלפתו בשוכר אחר מפני זכותו כ"בר מצרא"	סימן לד:
872.....	פסק דין בתביעה הדינית של שותפים	סימן לה:
878.....	דין תורה שבין ועד מושב מקומי לתושב החבר במושב	סימן לו:

885.....	בנייה בבית משותף ללא אישור שאר השותפים	סימן לז:
887.....	עסקת תיווך בלא הסכם תיווך כחוק	סימן לח:
891.....	ביטול עסקה עקב אי עמידה בלוח הזמנים שסוכם מראש	סימן לט:
894.....	התחייבות לפיצוי מופרז עקב הפרת הסכם	סימן מ:
904.....	טענת הקונה על פגם בסחורה ותביעה להשבת צ'ק שנגבה שלא כדין	סימן מא:
907.....	תביעה לביטול עסקה למכירת דירה בטענה ששטח הדירה קטן מכפי שהוסכם	סימן מב:
914.....	תביעה להחזר תשלומי שכר לימוד	סימן מג:
918.....	תביעת מורה כנגד הנהלת בית הספר	סימן מד:
923.....	תביעת עובד לתשלום שכר עבודה	סימן מה:
933.....	תביעות עובד כנגד בעל הבית	סימן מו:
943.....	סכסוך שבין מורה למנהל	סימן מז:
945.....	הסכם בין מוסד חינוכי לעובדיו שאינם זכאים לפיצויי פיטורין	סימן מח:
947.....	חלוקת משק בין בני זוג כשאחד מהם במעמד של "בן ממשיך"	סימן מט:
953.....	שוכר שצבע את הדירה שלא בידעת המשכיר	סימן נ:
956.....	תביעת בעל בית כנגד שכן שבנה שלא כדין	סימן נא:
957.....	תשלומי נזק עקב התנגשות בין שתי מכוניות	סימן נב:
965.....	האם הדר בבית חבירו בלא רשות חייב לשלם דמי שכירות	סימן נג:
970.....	על מי חובת ההוכחה כשהנתבע מכחיש גרימת נזק	סימן נד:
973.....	"זכויות יוצרים" לאדם שצולם בקלטת וידאו	סימן נה:
974.....	דין תורה בשאלת בעלות על בית הכנסת	סימן נו:
983.....	פס"ד בשאלת מעמד בית העלמין	סימן נז:
ט-א.....	תוכן מורחב של הפסקים	
1-13.....	מפתחות (לשני חלקי הספר)	

סימן א

היתר חרם דרבינו גרשם לאחר פירוד ממושך וגירושין בערכאות

המקרה הנידון

בפני בית הדין בקשת הבעל להיתר נישואין. האשה ילידת אנגליה, התגיירה בבית הדין האזורי בשנת תש"ן, ולאחר שנה נישאו בחו"ק כדמו"י, מנישואין אלו נולדו שני ילדים.

לאחר הנישואין בני הזוג התגוררו בארץ שלש שנים, ולבקשת האשה עברו להתגורר באופן זמני באנגליה. כעבור שנתיים לאחר שהאשה סירבה לשוב לארץ, הבעל חזר לארץ בלעדית. ולמעשה מאז חורף תשנ"ו, דהיינו שנים עשרה שנים, בני הזוג בנפרד, הבעל מתגורר כאן בארץ והאשה באנגליה.

לאחר הפירוד, האשה פנתה לערכאות ופתחה בהליכי גירושין בבית המשפט האזרחי באנגליה, ולבקשת האשה, הצדדים קבלו פסק דין לגירושין. בסיום ההליך ובהסכמת בני הזוג, ניתן פסק דין סופי ומוחלט לגירושין. וכן ניתן פסק דין למשמורת הילדים אצל האם.

עותק מפסקי הדין הוצגו בפני בית הדין, ומהם עולה כאמור לעיל.

לאחרונה, הבעל ביקש להסדיר ביניהם ג"פ כדמו"י. בית הדין הורה לאשה ליצור קשר עם בית הדין בלונדון על מנת לדון בתביעת הבעל לגירושין כדמו"י ולהסדיר את הגט, אך האשה התעלמה מהוראה זו.

לאחר מכן ניתנה החלטה המורה לאשה לשתף פעולה בכל הנדרש להסדרת הגט, והובהר לאשה שבהעדר תגובה כנדרש, הבעל יקבל היתר נישואין. החלטה זו נשלחה לאשה בדואר רשום, אך האשה לא התייחסה להחלטה זו. לדברי הבעל, היא הודיעה לו על סירובה לשתף פעולה בהסדרת הגירושין.

במקרה זה, כאמור לא התקיים דיון בין הצדדים, ולא ניתן לקבוע מה עמדת האשה, אך מאחר שהאשה מסרבת להתייצב בבית הדין במקומה, או להודיע לבית הדין כאן מה עמדתה, מוטל עלינו לפסוק על פי הנתונים הברורים שאין בהם ספק. דהיינו שהצדדים התגרשו בהליך אזרחי באנגליה וקבלו פסק דין סופי לגירושין, ושהליך זה נעשה ביוזמת האשה. כמו כן ידוע שבני הזוג מתגוררים בנפרד שנים עשרה שנים, הבעל גר כאן בארץ והאשה באנגליה.

ויש לברר האם בנסיבות אלו יש מקום להתיר לבעל חרם דר"ג ולהתיר לו לשאת אשה שניה.

הנושא העיקרי שעלינו לברר הוא האם יש להתיר חרם דר"ג בנסיבות שבני הזוג התגרשו בערכאות ונפרדו וכל אחד מהם הלך לדרכו, ולמרות זאת האשה אינה נענית להזמנה לקבל גט.

כאמור, בפני בית הדין הוצגו המסמכים המוכיחים שאכן הצדדים התגרשו בערכאות. עיין באוצר הפוסקים סי' א' ס"ק סג אות ט' שהביא כמה פוסקים שכתבו לסמוך על מסמכי-ערכאות, לעניין חרם דר"ג, וכן העלה בספר עטרת שלמה (להגרש"ש קרליץ ז"ל) ח"ב סי' ב'.

גירושין אזרחיים כעילה להיתר חרם דר"ג

הנושא העיקרי שעלינו לברר הוא, מה המשמעות שיש לתת לגירושין בערכאות. בשאלה זו, הגאון הרא"ה קוק ז"ל בתשובת עזרת כהן סי' ד' כתב כדלהלן - "מצורף מה שכבר נתגרשה ע"י ערכאות. והנה לא מיבעיא אם נתגרשה ע"י ערכאות ברצונה, י"ל דלגבי ביטול החרם דגט בע"כ דמי למי שנתגרשה כדין ברצונה ונודמן פסול בגט, דקיי"ל בסי' קי"ט בהגה, דיכול אח"כ לגרשה בע"כ, וי"ל דה"ה כשנתגרשה בערכאות, שעכ"פ גילתה דעתה שחפצה בגירושין. וגם אם נתגרשה בע"כ בערכאות, י"ל דמ"מ כיון דהיא עבריינית, והמכשול מוכן לה להנשא בערכאות בלא אימת מלכות, י"ל דבכה"ג לא גזר ר"ג, עכ"ל.

וכן הראשל"צ הגאון רבי בצמ"ח עוזיאל ז"ל בספר משפטי עוזיאל חלק אה"ע סי' ז' (הובא באוצר הפוסקים סי' א' ס"ק עג אות כו) קבע שיש מקום להתיר חרם דר"ג לאחר גירושין אזרחיים, וכתב כדלהלן -

"רמ"א ז"ל פסק, אשה שנתגרשה מדעתה ונמצא פסול בגט יכול לגרשה אח"כ בע"כ (אה"ע סי' קי"ט). והפר"ח (שם) כתב דאפשר באף אם נמצא פסול דאורייתא סובר רמ"א שהדין כן. ומרן השד"ח כתב משם הצמח צדק דאף דכתב הפר"ח בדרך אפשר, מסתברא לומר דעל כיוצא בזה לא תקן הגאון, כמו שכתבו הפוסקים בכמה נדונים בחרם זה, וכמ"ש בספר עמודי אש דכן ראוי להורות (שד"ח מערכת גירושין סי' ב' סעיף ו'). והא גט שהוא פסול מדאורייתא אינו אלא חספא בעלמא וכמאן דליתא דמיא, ובכ"ז כתב רמ"א דיכול לגרשה בע"כ משום דבכגון זה לא תקן רגמ"ה. והכי מסתברא דבין אם נאמר שחרם רגמ"ה נעשה לטובתה משום קטטה או משום תקון העולם, בכגון זה שהיא עצמה רצתה מדעתה וקבלה גטה, הרי מעשיה מוכיחין שאינה רוצה לשוב עוד לבעלה, ואין כאן עוד חשש קטטה ולא תיקון העולם. ומסתברא שהוא הדין לישא אשה אחרת עליה דשתי התקנות אחת הן ... מדברי תשובת מהר"ם מינץ שאם ידעה האשה בפסולו של גט אינו יכול לגרשה בע"כ (סי' קי"ט ובשד"ח שם סעיף ז'), מכל מקום מסתברא שלא נאמר זה אלא כשהאשה עומדת לפנינו ואומרת שרוצה לשוב לבעלה.

שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו כך האשה אינה מתגרשת אלא לרצונה, משמע שאף בכה"ג אינו יכול לגרש בע"כ כמו שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו.

אבל יש לדון בזה מדין מורדת, שנוהגין להתיר אותו ע"י מאה רבנים. ואם ניסת לאחר, שהיא כבר סוטה, יש לזכות לה גט ולהתירו, אף בלא מאה רבנים, לישא אשה אחרת. אך במקום שא"א להשיג מאה רבנים, הסומך באשה שמחזקת עצמה למגורשת מצד הערכאות ואינה רוצה לחזור לבעלה ולא לקבל גט, להתיר לגרשה בע"כ אין למחות בידו, משום דאולי יש גם להחשיבה כעוברת על דת".

והגאון הרב אברהם אטלס ז"ל אב"ד חיפה, בפס"ד שהודפס בספר שמע שלמה חלק ה' אה"ע סי' א', כתב בלשון זו – "בנידון דין שהצדדים התגרשו אזרחית האשה יצאה ברשות הבעל ועזבה בהסכמתו דבר זה מוכיח כי שניהם לא רוצים זא"ז, לא הבעל את האשה ולא האשה את הבעל ושניהם בגדר "מורדים זה בזה". א"כ אין כל תקנה שהבעל יחזור אל האשה ולא שהאשה תחזור אליו, בכה"ג יש לומר כי יש על האשה דין מורדת, ולכן יש מקום להתיר לבעל איסור חדר"ג שלא לישא שתי נשים מדין מורדת ולהעטר לבקשתו במתן היתר נישואין".

ובסיום פסק הדין, פסק להתיר חרם דר"ג, ובלבד שהבעל ישליש גט לאשתו ויפקיד שטר חוב בביה"ד, לתשלום הכתובה.

ושם בספר שמע שלמה ח"ה בסי' ב', הסכים נשיא בית הדין הגדול הראש"ל צ' הגאון רבי שלמה משה עמאר שליט"א למסקנה הנ"ל, וכתב – "גם א"ת שלא מועילה מחילתה והסכמתה להתיר לבעלה את החדר"ג, מ"מ בזה מהני דלענין זה חשיב כגירושין לענין החדר"ג. דעיקר התקנה שלא יגרש אשתו בע"כ ולא ישא אחרת עליה, וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשובה להשוות האשה לאיש דמדין התורה הבעל מגרש בע"כ של האשה, וכן יכול לשאת כמה נשים ותיקן רגמ"ה להשוותה לאיש שגם היא לא תתגרש אלא מרצונה ושלא יוכל בעלה לשאת אחרת עליה. אבל בזה ששניהם הסכימו בעצה אחת להיפרד זמ"ז, ועשו מעשה רשמי כמקובל במקומם ובהתאם לתפיסתם וידיעתם ואינם מעוניינים בשום ענין אחר לא שייך בזה חדר"ג כלל.

ועכ"פ נלע"ד, דלא מבעיא לאותם פוסקים הסוברים שאם מחלה לו מהניא מחילתה ומותר לישא אחרת עליה, דגם כאן יש מחילה גמורה. אלא אפילו להמחמירים בזה וסברי דלא מהניא מחילתה כלום, יודו בנ"ד. דהטעם דאמרו דלא מהני מחילתה הוא משום דחיישינן שיקניטנה ויריב ויתקוטט עמה עד שתמחול לו בעל כרחיה שלא מטובתה וכנ"ל ותתבטל בזה תקנת רגמ"ה, וכמ"ש בשו"ת חיים ושולם סימן כ"ז, דא"כ מה הועיל רגמ"ה בתקנתו. אך באלה שהלכו בהסכמה מלאה והתגרשו כדרך ארצם ומקומם וכ"א מהם הלך לדרכו, לא שייך בזה אותם חששות כלל ועיקר, ויש בתוך הסכמה זו פירוד גמור ומוחלט ביניהם כמו גירושין

אבל כשהיא מורדת בו, אלא שרוצה לעגן את בעלה, אין שומעין לה אחרי שגלתה דעתה והושיטה ידה וקבלה גיטה. ומעתה נלמוד לנידון דין שהאשה לא חשה לדין תורה והלכה בערכאות, ומשהשיגה חפצה זה נפרדה ממנו והלכה לה ואינה מבקשת גט פיטורין כדת משה וישראל, משום שלדעתה אינה זקוקה לו.

לכן נראה לע"ד שמצוה עלינו להתירו מעיגון, ולהתיר לו לישא אשה אחרת, כפי שנבאר להלן. אולם גם זאת חובה עלינו לדאוג לתקנתה של אשה זו, שמא תשוב באחד הימים ותרצה לקבל גיטה מבעלה כדי להתיר לעצמה לעלמא מדין תורה, ושמא יש לה טענות כסף בכתובתה, לזאת נטיל על בעלה זה שישליש גט פיטורין כדת משה וישראל בידי ב"ד ויתחייב בהצהרה כתובה וחתומה מידו שהוא מקבל עליו סמכות בית דין של הרבנות בארץ ישראל ומתחייב לשלם לאשתו הנ"ל כל מה שיחייבוהו בית דין לזכותה ושיכתוב לה גט פיטורין כדת משה וישראל בכל זמן שיחייבו אותו בית דין של ישראל בכך. בקיום תנאים אלה, נראה לי להתיר לו נישואיו עם אשה אחרת, והיו דברי אלה לא להלכה ולא למעשה עד שיסכימו עמי מגדולי הוראה שבארץ וע"י מאה רבנים", עכ"ל משפטי עוזיאל.

וכן במשפטי עוזיאל שם סי' א' וסי' ג', ובאותו נידון, הגאון רבי שאול משה זילברמן ז"ל הסכים עם הג"ר בצמ"ח עוזיאל ז"ל. ובספרו תשובות רבי שאול משה סי' פג, (הובא במשפטי עוזיאל שם סי' ד') כתב באותו נידון בלשון זו –

"כבר כתבתי בתשובתי הקודמת, שטעמו של רמ"א בדין זה דנתגרשה בגט פסול הוא משום דכיון שנתרצית פעם אחת להתגרש, פקע מבעלה חרם דר"ג שנעשה לטובתה. ולכן גם אם תחזור בה, אין בכח חזרתה לחדש חרגמ"ה, שמעיקרה לא נתקן בכגון זה.

ועדיין אני אומר שטעמו דהר"ן בדין האומרת אי אפשרי כתקנת חכמים שומעים לה ואינה יכולה לחזור, דאין סברא שתוכל לקלקל את בעלה פעם כה ופעם כה. והוא הדין לענין חרגמ"ה אם נתרצית לקבל גט ועשתה מעשה שקבלה גט פסול ונפרדה מאתו, לאו כל כמינה לחזור בה ולעגן את בעלה לעולם, כנלע"ד. ולמעשה אני מסכים עם כת"ר, להצריך בהיתר זה מאה רבנים כנהוג".

ועיין בספר אגרות משה חלק אה"ע ח"א סי' קטו שכתב לברר מה טעמו של הרמ"א סי' קי"ט ס"ו בדין התגרשה בגט פסול. וכתב שאין ללמוד מדינו של הרמ"א לגירושין בערכאות. אך במסקנת דבריו כתב כדלהלן – "אם היא השתדלה להתגרש בערכאות ואינה רוצה לחזור כלל לבעלה וגם לא לקבל גט, יש מקום לומר בסברא דבכה"ג לא גזר הגאון. דלא תיקן אלא כשהיא רוצה להיות אשתו, ולא כשאינה רוצה, כהא דהלכה ממנו בערכאות. אבל לשון הרא"ש בכלל מ"ב תשובה א' הובא בח"מ סימן ע"ז סק"ג שרבנו גרשום תיקן להשוות כח האשה לכח האיש, כמו

ויש לדון אם תקנת רגמ"ה ז"ל, לא לגרש בניגוד לרצון האשה, כוללת גם מקרה כעין זה שאינה רוצה להתגרש לא מתוך כוונה שהיא מצפה לשובו או מטעם שאינה יכולה להיפרד מבעל נעוריה, אלא מפני שרצונה להחזיק בו כבני ערובה. מסתברא שלא על כגון זה תיקן רגמ"ה ז"ל.

אלא שאכתי י"ל, אף אם נניח כאמור לעיל דבכהאי גוונא לא תיקן רגמ"ה, מ"מ אם נבוא להתיר באופן הנ"ל יפרוץ הדבר להתיר בכל גווני, ואם לא הא לא קיימא הא, עיין מ"ש במהרשד"ם אה"ע סי' ק"כ, עכ"ל בפסק הדין.

הרי שבפסק דין זה נטו להתיר חרם דר"ג כשהתברר שקיים פירוד ממושך בין בני הזוג, ושאינן לאשה כל קשר או זיקה לבעלה, אינה ממתינה לבואו ומחזיקה בו כבן ערובה בלבד, ואינה מסכימה לקבל גט מטעמי נקמנות וכיוצ"ב.

אך למעשה באותו פסק דין לא מצאו לנכון להורות להתיר חרם דר"ג בנסיבות אותו מקרה, מאחר שהעילה העיקרית להתיר היה הפירוד הממושך, ושמה יבואו להתיר אף במקרים קלים מאלו. אך נראה שגם לפי דרכם, בנסיבות שבני הזוג כבר התגרשו בהליך אזרחי, קיים גדר ברור להתיר חרם דר"ג, ואין לחוש שיבואו להתיר במקרה שונה לחלוטין, בעקבות פירוד גרידא בלא ההליך לגירושין בערכאות.

מסקנת הדברים - במקרה שבפנינו, מאחר שבני הזוג מתגוררים בנפרד 12 שנה, הבעל גר בארץ והאשה באנגליה, והאשה יזמה את הליך הגירושין בבית המשפט, וכבר חלפו כשמונה שנים מאז שניתן בערכאות פסק דין סופי לגירושין, ובנוסף האשה אינה נענית להזמנה שהוזמנה להסדיר ג"פ כדמו"י באנגליה, או לשתף פעולה בדיון בבית הדין כאן בארץ, יש מקום להתיר לבעל חרם דר"ג ולהתיר לו לשאת אשה שניה, לאחר קבלת אישור בחתימת מאה רבנים, ובלבד שישליש בבית הדין גט וצ"ק על סך כתובתה, ויתחייב להתייצב לדיון במידה שהאשה תתבע כתובתה.

אמיתיים ממש, והיא הלכה עפ"י לדרכה והוא משום שבא לארצה"ק ולא יכול לישא אשה כי אם עפ"י תוה"ק ואמרו לו שצריך להתגרש כדמו"י ואמר שהוא מוכן לקיים דבריהם של הב"ד, אך היא שאינה יודעת מכל זה מאומה והמשיכה בדרכה אין שייך בזה מרידה כלל ועיקר, אך מאידך יש כאן היתר גמור כמו של גירושין גמורים שזה יותר ממחילה. וע"כ אם לא נוכל להשיגה ולתת לה גט, נלע"ד דפשוט שיש להתירו אחר שישליש גט עבורה. וטוב והגון שיזכו לה הגט להצילה הצלה פורתא, וכמ"ש כת"ר נר"ו, ואח"כ ישלישוהו בב"ד וימנה שליח הכל כדין וכמנהג, עכ"ל התשובה בספר שמע שלמה.

נישואין שהתרוקנו מתוכן כעילה להיתר חרם דר"ג

יש מקום להוסיף ולבסס היתר חרם דר"ג לאחר גירושין ערכאות, עפ"י מש"כ בפד"ר חלק ז' עמוד 111 בפסק דין מבית הדין הרבני הגדול, בהרכב הדיינים - הראשון לציון הג"ר יצחק נסים ז"ל, יבל"א הגאון הרב יוסף שלום אלישיב שליט"א והג"ר בצלאל זולטי ז"ל, שקבעו בגדרי חרם דרבינו גרשם, שלא כסברת האג"מ הנזכרת במה שהוציא מתשובת הרא"ש, אלא כתבו כדלהלן - "כאשר עוברים על החומר של המתדיינים, מתקבל הרושם כי במקרה דנן לא נשאר לאשה שום יחס חיובי כלפי בעלה ולא קיים עוד אצלה כל קשר נפשי אליו, ואינה מעוניינת בבעלה בתור שוכה כלל. ואם כך, הרי ההסבר היחידי שיש לתת לסירובה של האשה להגיע לידי הסדר סופי של פירוד, הוא לכאורה רק נקמנות גרידא, בחינת תמות נפשי עם פלשתים, ותו לא. אם כי יתכן שזה נובע מהצטברות של מרירות שהיא נוקטת בלבה כלפי בעלה, אך מסיבה זו או מסיבה אחרת, דבר זה לא משנה עצם העובדה שהיא בבחינת לא בעינא ליה משום שהוא שנוי עליה, ובכל זאת, אינה רוצה להיפרד ממנו, אחזתיו ולא ארפנו, וניחא לה שהמצב הבלתי נורמאלי יימשך לעולמים, וירעו שניהם עד שיסתאבו.

סימן ב

היתר נישואין לבעל שאשתו עקרה

בריאותי שאינו תקין עקב מחלת לב, וניתן לקבוע שאין סיכוי סביר שהיא תוכל ללדת בעתיד.

בני הזוג מבקשים שלא להתגרש, אלא מסכימים ומבקשים ואף דורשים בנחרצות, להתיר לבעל לשאת אשה נוספת בלא גירושי האשה הראשונה, ובלא שיוסדר פירוד מהאשה הראשונה.

במקרים חריגים בית הדין מתיר נישואי אשה שניה כשהראשונה מאושפזת בבית חולים לצמיתות או חסרת יכולת לתפקד וכיוצ"ב, ובנסיבות אלו כבר קיים פירוד בין האשה הראשונה ובעלה, ולאחר נישואיו עם האשה השניה,

המקרה הנידון

בפני בית הדין בקשת הבעל להיתר נישואין. הצדדים נישאו בחו"ק, לבעל אלו נישואין שניים, אך ללא ילדים מנישואיו הקודמים, וכן בנישואין אלו לא נולדו ילדים. לאשה שתי בנות מנישואין קודמים.

הבעל כעת בגיל 35 והאשה בגיל 45.

לטענתם, לאחרונה התברר שהאשה אינה מסוגלת ללדת, והוצגו אישורים רפואיים המאשרים שהאשה עברה טיפולי פוריות אך ללא תוצאות, ושאינן טיפול מתאים לאפשר לה ללדת לידה טבעית. בנוסף, האשה כעת במצב

"בענין ההשערה שמשערין בית הדין שיעור הסיפוק, נראה ברור לפי הסברה שהיא באופן זה. שאם הוא בעל מלאכה, שתהיה מלאכה מרווחת שיוכל להוציא ממנה די סיפוקם מדי שנה בשנה. או אם יש לו קרקעות, שיוציא משכירותן שיעור הראוי. או אם היה בעל משא ומתן, שיהיה משאו ומתנו שיעור המספיק להוציא ממנו ריוח הראוי בכל שנה. דעכ"פ בעיני דבר ההווה ורגיל ושכיח טובא. אבל אם אחת משלוש אלה אין לו לבעל. לא מהני אם יש לו בתוך ביתו כלי כסף וזהב ותכשיטין דלא עבדי רווחא, דקים לן טבן חמשין דעבדין ממאתן דלא עבדין. זולתי אם היה שיעור הניכר רוב הנראה לעינים דאמיד טובא, דאז סומכין גם על מה שיש לו בתוך הבית. ומעתה בנדון זה הדבר ברור... האיש הלזה לא מצי למיקם בסיפוקיהו, שהרי אינו בעל מלאכה, ואין לו עסק במשא ומתן, וגם אין לו שום שותפות עם אחרים, ולא קרקע הראוי. זולתי שהוא משמש בבית עכו"ם א' כמו סרסור, וזה אינו דבר קבוע... ואם יש איתו בבית מעט כלי כסף וזהב, אינו מגיע לשיעור הנזכר. ולכן שורת הדין הגמור שהוא חייב להוציא ויתן כתובה", עכ"ל.

וע"ע בתשובת פני יצחק ח"ב עמ' נג שיש להתיר רק כשהדבר ברור ללא ספק שהבעל יכול למיקם בסיפוקיהו, אך כל עוד הדבר אינו ברור, אלא ספק אם יוכל למיקם בסיפוקיהו, אין להתיר.

במקרה דנן שהבעל אינו עובד לפרנסתו, ומתפרנס מתמיכות והפצת חוברות, ולפי האישורים שבתיק עולה שלבעל קשה לפרנס עצמו עקב מצבו הגופני המקשה עליו למצוא עבודה. אין ספק שהבעל מוגדר כמי שאינו יכול לפרנס כראוי שתי נשים, ובשל כך אין מקום להתיר לו לשאת שתי נשים.

דירות נפרדות

עיין בשו"ע אה"ע סי' עו סעיף ז' שבעל הנושא שתי נשים אינו יכול לכופן לדור בחצר אחת. ועי"ש בחלקת מחוקק ס"ק יג שגם כשנהגו בהיתר לישא שתי נשים, הסדירו לכל אחד מקום מגורים נפרד, ואם שתיהן מתגוררות עמו באותו בית, אף שהן גרות בחדרים נפרדים, יש חשש איסור.

ובשו"ת שואל ונשאל ח"ב סוף סי' יד כתב בביאור דינו של השו"ע (הנזכר) המחייב להסדיר דירות נפרדות שאינן בחצר אחת, כדלהלן – "נראה דכל עיקר הטעם הוא משום המריבות והקטנות הנמשכים מצד הצרות וזה שייך בין בבית אחד בין בחצר אחת, וכמעט דבהיותן כל אחת בביתה בחצר אחת, נמשך הריב והקטטה יותר שכל אחת מתקנאת מהשניה בענייני ביתם וכליהם וכיוצא".

ועוד כתב בתשובה זו, שגם האם האחת הסכימה לדור עם צרתה באותה דירה, לאחר זמן היא רשאית אח"כ לומר סבורה הייתי שאוכל לסבול וכעת איני יכולה.

אין לו בעולמו אלא אשה אחת. אך במקרה זה, הבקשה היא להיתר נישואין ללא פירוד מהראשונה. בעקבות תביעה זו, הוטל על בית הדין לברר אם על פי ההלכה יש מקום לאשר בקשה כזו. כמובן שעל פי החוק, היתר הנישואין כפוף להסכמת נשיא בית הדין הגדול.

יצוין, בני הזוג מקהילה של עדות המזרח, שאינם מחוייבים בחרם דרבינו גרשם שלא ישא אשה על אשתו. אך בכתובה שהבעל חתם עליה בעת הנישואין, נכתב כפי הנוסח המקובל בכתובות של קהילות אלו – "ולא ישא ולא ישרך ולא יקדש שום אשה אחרת עליה כי אם ברשות בית דין הצדק". ובנוסף, נכתב בכתובה שהבעל נשבע על כל האמור, וחתם על הכתובה.

תנאי להיתר – יכול לפרנס שתיהן

במסכת יבמות דף סה. – "רבא אמר, נושא אדם כמה נשים על אשתו, והוא דאית ליה למיזיינהי". ובריי"ף כתב – "רבא אמר נושא אדם כמה נשים והוא דאפשר ליה למיקם בסיפוקיהו, וקיימא לן כרבא". וכן פסק השו"ע אה"ע סי' א' סעיף ט'.

והראש"ל צ הגאון רבי עובדיה יוסף שליט"א בתשובה שבספר יביע אומר חלק ז' חלק אה"ע סי' ב', כתב בלשון זו – "המנהג הפשוט בכל בתי הדין הרבניים בישראל, באיש ששהה עם אשתו עשר שנים ולא ילדה, אף אם אין האשה מסכימה להתגרש מבעלה, כשהבעל הוא מעדות המזרח, בית הדין נותן פסק דין שהבעל רשאי לישא אשה אחרת על אשתו, כדי לקיים מצות פריה ורביה, כל שיש יכולת לבעל למיקם בסיפוקיהו, ובאופן שכל אחת מהן יש לה דירה בפני עצמה", עכ"ל.

מפשטות לשון הגמ' והפוסקים נראה, שאם הבעל אינו יכול למיקם בסיפוקיהו של שתי נשים, אין מקום להתיר לו גם עפ"י דינא דגמרא, והדבר אינו תלוי בהסכמת האשה. וכן כתב בביאור הגר"א ס"ק כ"ד (וכמו שבאר דבריו בהגהות מהרי"ם סי' א' וסי' עו), ודלא כסברת הח"מ ס"ק יג שכתב להסתפק בזה והב"ש ס"ק יח שכתב שתועיל מחילת האשה. והדין נותן להכריע כמ"ש הגר"א, מאחר שכן נמצא בתשובת הר"י מגאש סי' ק"נ שכתב בפשיטות שהלכה זו נאמרה גם כשקיימת הסכמת שני הצדדים. וז"ל הר"י מגאש – "אבל אם לא קיים עדיין מצות פריה ורביה... והוא אינו יכול לעמוד בסיפוק שתי נשים, שהיה אז מחוייב ומוכרח משורת הדין להוציא וליתן כתובה... ואע"פ שהסכימו שניהם על השארותם זה עם זה, שורת הדין תכריחנו לגרשה ולפרוע לה כתובתה", עכ"ל.

תשובה זו לא היתה בפני הח"מ והב"ש.

הגדרת אדם היכול למיקם בסיפוקיהו, מצויה בשו"ת בית יהודה (להגר"י עיאש ז"ל) חלק אה"ע סי' ה', שכתב –

נפרדות, אין מקום להיענות לבקשתם. אך גם אילו היה ביכולתו להסדיר דירות נפרדות, סביר מאד שתוך פרק זמן קצר יפרצו מריבות וקטטות. גם אם בתקופות קודמות היה יסוד להניח שמצב כזה יחזיק מעמד ללא מריבות, אין ספק שבתנאי החיים היום, המציאות שונה, ויש לדחות על הסף בקשה להיתר נישואין ללא שהובטח מראש הפירוד והניתוק המלא של הבעל מהאשה הראשונה.

מסקנת הדברים, מכל הטעמים הללו, אין מקום שבית הדין יתיר לבעל שבועתו, ואגו פוסקים לדחות את הבקשה.

סימן ג

עולה מרוסיה ששם משפחתו "כגן" המבקש לישא בת ישראל שאביה נכרי

ניסן תשס"ו

אין להם ספר היחס, שמעת מינה שאינם כהנים ודאי אלא ספק, וא"כ אחר שאיסור זה דשבויה אינו אלא איסור דרבנן וכמ"ש הרמב"ם, א"כ די לנו להחמיר במה שהוא אסור ודאי, אבל בענין ספק כזה ראוי לנו לומר ספקא דרבנן לקולא, עכ"ל. וכן בתשובת שאילת יעב"ץ ח"א סי' קנה כתב שיש לכהן בזמן הזה לחוש ולהמנע מליטול לעצמו חמש סלעים של פדיון הבן, מפני שאינו אלא ספק כהן.

במהרשד"ם ובשאלת יעב"ץ מבואר, שפרשו דברי הרמב"ם, שקביעתו לדון את כהני הזמן הזה כהני חזקה, היינו ספק כהנים.

אך הרבה מגדולי הפוסקים נחלקו על דעה זו. בתשובת חוות יאיר סי' קסו, כתב לתמוה על דברי מהרשד"ם (ומהר"י לבית הלוי שהביאו), וז"ל - "אני תמה על שניהם שתפסו בפשיטות דס"ל להריב"ש דכהנים בזמן הזה דין ספק להם, דאע"פ דאין להם שלשלת יחוס, מ"מ הרי סוקלין ושורפין על החזקות".

החתם סופר בחי' עמ"ס כתובות דף כה כתב - "אבל באמת תמה אני מאין לנו זה הספק ... הא דאיצטרך עזרא כתב המתניח, היינו משום שיצא עליהם עירעור שנשאו להם נשים נכריות בגולה, וכמו שפירש"י לעיל כ"ד ע"ב ד"ה בקשו כתבם כו' שמלשונו יש ללמוד דאי לא דנתחללו בעמי הארץ לא היו צריכין כתב יחוס כלל. וא"כ השתא הכא למאי ניהוש ... ובאמת כתב מהר"י יעב"ץ בח"א סי' צ"ט בשם ספר כפתור ופרח שרבינו חיים הכהן רצה לבנות מזבח ולהקריב קרבנות בירושלים. אעפ"י שמסתמא לא היה לו יחוס עד המזבח. אלא ע"כ ס"ל כנ"ל".

ע"כ צ"ל דרמב"ם נמי לא אמרה אלא לחומרא דיוחסין, וס"ל מעלינן מתרומה דאורייתא דעוון מיתה ליוחסין, ומשום כן החמיר דכהן בזה"ל לא יאכל בתרומה דאורייתא. אבל מנשיאת כפים לא הזהיר דאין מעלין ממנה ליוחסין. ומדינא כהנים גמורים הם, וה"ה לפדות הבכורים ראויים הם, והכל כהלכה בלי קפוק", עכ"ל החתם סופר.

לפי זה נראה, מאחר שהטעם העומד ביסודה של הלכה זו הוא החשש ממריבות וקטטות, גם אם כעת האשה מביעה הסכמתה, מתוך הדוחק ומפני החשש שהבעל יבקש להתגרש, מסתבר מאד שהכנסת אשה אחרת, היא הכנסת קטטה לתוך ביתו, ובתוך זמן קצר האשה הראשונה תחזור בה ותטען כסבורה הייתי שאני יכולה לקבל וכעת איני יכולה. בודאי שחשש זה מבוסס לפי תנאי החיים הידועים כיום. לפי המקובל בימינו, חזקה שמקרה חריג כזה לא יוכל להתקיים בלא מריבות וקטטות. בנידון שבפנינו, שהבעל אינו יכול להסדיר שתי דירות

המקרה הנידון

בבית הדין הופיע עולה חדש ששם משפחתו "כגן", ומבקש לשאת אשה שאמה יהודיה ואביה נכרי. כידוע, שם משפחה "כגן", הוא שם מובהק לכהנים, ועקב כך המבקש פנה לבירור בקשתו להיתר הנישואין.

בבית הדין הופיעו אביו של המבקש וסבו (אבי אביו) והעידו על המוצא המשפחתי. הן האבא והן הסבא נולדו בעיר מוגילוב בביילרוס. לדבריהם, במשך כל השנים, ידעו שהם יהודים אך לא ידעו על היותם כהנים, ולא שמרו מצוות. באותו מקום אין בית הכנסת ועל כן לא הלכו לבית הכנסת ולא נהגו במנהג כהונה מימיהם, כשם שלא נהגו בשמירת מצוות אחרות.

מחקירת האב והסב לא נמצא מידע המביא למסקנה, שהם ממשפחת כהנים, שהתחללו מכהונה מסיבה כלשהיא. הכלה המיועדת אינה גרושה, אלא בת נכרי, והם מבקשים להינשא בקרוב.

השאלה העומדת בפנינו לבירור היא, כיצד להתייחס לאדם ששם המשפחה שלו הוא שם מובהק של משפחת כהנים, אך לא ידוע לו שהוא כהן, ומעולם לא נהג ככהן, לא הוא לא אביו ולא סבו.

מעמדם של הכהנים בזמן הזה

הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה פרק כ' ה"א פסק - "כל כהנים בזמן הזה בחזקה הם כהנים, ואין אוכלין אלא בקדשי הגבול, והוא שתהיה תרומה של דבריהם, אבל תרומה של תורה וחלה של תורה אין אוכל אותה אלא כהן מיוחס".

וכתב בשו"ת מהרשד"ם חלק אה"ע סי' רלה, שכהנים בזמן הזה הם ספק כהנים. וז"ל - "שאני סומך בזה עמ"ש הריב"ש בסי' צ"ד וז"ל כ"ש כהנים שבדורינו שאין להם כתב היחס אלא מפני חזקתן נהגו היום לקרא ראשון בתורה כו' יע"ש הרי שכהנים בזמננו אינם כהנים ודאי ... שהכהנים בזמן הזה שעולים ראשון לקרא בתורה אינו אלא מנהג בעלמא, שהרי

אמנם בתשובת שבות יעקב חלק א' סי' צג החזיק להלכה בשיטת מהרשד"ם, וכתב בלשון זו -

"איברא אחר העיון נראה ... לפע"ד אין דבריהם מוכרחים וברורים כלל לדחות דברי מהר"ש וסייעתו מהלכה והלכתא כוותיה דשמואל מדינה. כי עיקר שורש ועיקר מטרין שלהם בהשגתם מהא דאמרינן גדולה חזקה במה הייתם אוכלים בגולה בקדשי הגבול וכו' ... ובאמת אין לדבריהם יסוד כלל, כי השורש הראשון מהא דגדולה חזקה, המעיין בש"ס דכתובות דף כ"ד כ"ה ובקדושין דף ס"ט שאני הכא דריע חזקיהו ופי' תוספות כיון שלא מצאו כתבים המתיחסים איתרע חזקתייהו, וא"כ ה"ה בנדון דידן בכהני זמן הזה שאין להם כתבים המתיחסים איתרע חזקתייהו, והוי רק ספק, ובדרבנן להקל ... ועדיין אין מקום לבעל דין לחלוק דאע"ג דריע חזקיהו מ"מ גדולה חזקה לענין זה שהרי הוא ודאי לכהונה דהרי אוכלין בתרומה דאורייתא. זה אינו, דהא מסיק הש"ס שם בכתובות ואבע"א השתא נמי בתרומה דרבנן אכל בתרומה דאורייתא לא אכל והלכתא כלישנא בתרא, וכמו שפסק הרמב"ם פ"ק מהלכות איסורי ביאה. הרי דאין אוכלין בתרומה דאורייתא מטעם דריעי חזקיהו. ודלא כמ"ש בתשובת מהרי"ט שם וז"ל וללישנא בתרא דהשתא נמי לא אכל בתרומה דרבנן היינו משום דלא ליתי לאסקונהו מתרומה של תורה ליוחסין אבל משום תרומה של תורה עצמו לא חשו אע"פ שיש בה עון מיתה עכ"ל. ולא ירדתי לסוף דעתו כלל דמשמעות סוגיא דש"ס שם ולישנא דקרא לא משמע הכי כדכתיב אלה בקשו כתבם המתיחסים ולא נמצא ויגאלו מן הכהונה ויאמר התרשאת להם אשר לא יאכלו מקדש היינו במידי דאקרי קדש שהוא תרומה (וכדאיתא שם בש"ס ללישנא בתרא) לא יאכלו הואיל ולא נמצא כתבים המתיחסים", עכ"ל השבות יעקב.

אך הרבה מגדולי הפוסקים דחו מהלכה שיטה זו.

בספר כנסת יחזקאל סי' נו כתב - "עוד ראיתי בקצת תשובות, וגם אני שמעתי כמה רבנים רוצים להקל, מחמת כהנים בזמן הזה ספק כהונה. וחס לי לומר כן, כי כבר מחו להו במאה עוכלי דבי רב גוברין יהודאין להתשובות שהזכירו דבר זה, ונשתקע הדבר ולא נאמר, להוציא לעז על יחוסי כהונה, ושיהיו ח"ו כל בכורי ישראל מבלי פדוים כד"ת ושאר דברים. אל יהי חלקי עמם להיות ח"ו אף סניף לדעתם. וגם אחר שבבית שני עזרא בדקם ובחורבן בית שני לא נתבלבלו המשפחות ודוק".

וכן בספר ערוך השלחן (הלכות תרומות סי' עא סעיף טז) כתב - "ורע עלי המעשה שראיתי לאיזה גדולים שכתבו בספריהם דכהני זמן הזה אינם כהנים ברורים וסומכים על דברי הרמב"ם אלו. וחלילה לומר כן ועל ידי זה יש קלקולים רבים שמקילים בטומאת כהן ובנישואין, ולא ניחא למרייהו דאמרת עלייהו הכי". ועיי"ש במש"כ בביאור דברי הרמב"ם.

המבי"ט בספרו קרית ספר הלכות אסו"ב פ"כ כתב, וז"ל - "מן התורה כל שהוא מוחזק בבני אהרן הכהנים, הוא כהן לכל הדברים, דהא סוקלין ושורפין על החזקות, דחזקה מדאורייתא, כדילפינן מבית המנוגע ואוכל תרומה וחלה של תורה ומשמש על גבי המזבח בזמן בית המקדש כיון דהחזוק שהוא מזרע אהרן הכהן, כדאמר מהניא ליה חזקתיה לכל הדברים ... ונראה אפילו בזמן הזה, כל מי שהחזקה משפחתו בכהונה ולא קרא עליו ערעור, הוי כהן לכל הדברים, דמהניא ליה חזקתו מן התורה, ומדרבנן הוא דצריך בדיקה עד כהן ששימש על גב המזבח אע"ג דאית ליה חזקה, דמדאורייתא בחזקה לחודה סגי כדאמרינן. והנהו כהני דבימי עזרא דלא אהניא להו חזקתן אלא לתרומה דרבנן ולא לתרומה דאורייתא, היינו משום דריע חזקתייהו, שהיו מיחסים אותם אחר בני ברזילי שהיה ישראל. אבל כל דאית ליה חזקת משפחת כהונה ולא ריע חזקתייהו, נראה דאפילו בזמן הזה מדאורייתא מהניא להו חזקתייהו אפילו למידי דאורייתא. דהא סמכינן עלייהו בפדיון הבן דהוה דאורייתא בכל זמן. אלא דבתרומה וחלה של תורה, דאית בהו חיוב מיתה לור, חשו רבנן טפי לאצרוכי בדיקה. עכ"ל המבי"ט בקרית ספר.

וכן מהרי"ט ח"א סי' פה, כתב - "ומרגלא בפי ההמון שאומרים לכהן הבא ראיה שאתה כהן וטול וכן ללוי, זהו טעות. שהכהן והלוי בחזקתן הן עומדים, כדאמרינן בפרק שני דכתובות, גדולה חזקה שנאמר ומבני הכהנים בני חביה בני הקוץ וכו' ויאמר התרשאת להם אשר לא יאכל מקדשי הקדשים עד עמוד כהן לאורים ותומים אמר להם הרי אתם בחזקתכם דמה הייתם אוכלים בגולה בקדשי גבול אף כאן בקדשי הגבול ... ואף על פי שהרמב"ם ז"ל פסק בפרק עשרים מהלכות איסורי ביאה דלא מסקינן אלא לתרומה דרבנן, משמע דלתרומה דאורייתא לא ... בזה פוסק הרב ז"ל כמאן דאמר מעלין מתרומה וחלה דאורייתא ליוחסין לכך כתב שלא היו אוכלין אלא בתרומה דרבנן אבל בתרומה דאורייתא אם היתה בזמן הזה מן התורה לא היו אוכלין, ולא משום חשש ספק, אלא כדי שלא יעלו ממנה ליוחסין, דמעלה גדולה עשו בהם שיהיה צריך בדיקה גדולה שיהא כהן מיוחס ראוי לגבי מזבח. ותו בפרק עשרה יוחסין אמרינן, זו דברי רבי מאיר אבל חכמים אומרים כל המשפחות בחזקת כשרות הם עומדות, ותנן בסוף עדויות אין אליהו בא לא לקרב ולא לרחק אלא להשוות את המחלוקת, כלומר שכל המשפחות בחזקתן הן עומדות והכהן והלוי בחזקתו הוא עומד. ותימא על עצמם היאך הם נותנים חמש סלעים לכהן בפדיון הבן והיאך נותנים המתנות הזורע והלחיים והקיבה לכהן ואין אנו מצריכין אותו להביא ראיה על יחושו, אלא הך מילתא בורכא היא".

ובתשובה אחרת כתב מהרי"ט (בחלק א' סי' קמט), דכיון דמוקמינן להו אחזקתייהו לענין תרומה וחלה אע"פ שיש בהם איסור דאורייתא, כ"ש דמהני חזקה שלא ישא פטולה, ומפקינן לה מיניה.

בודאי המיעוט. א"כ בכל כהן י"ל שהוא מהרוב ומרובא פריש, דאין כאן דין קבוע כיון שאין הקביעות ניכר במקומו, כדאיתא בס"י ק"י, והוי רובא וחזקה שהוא כהן, לכן צדקו דברי הכנסת יחזקאל שאין לצרף זה אף לסניף.

וכן בספר חקרי לב אה"ע סי' ב' כתב - "ובר מן דין נ"ל דלא חשיב ריעותא שאבדו כתב היחוס כי אם בימי עזרא שהיה לכל הכהנים כתב יחוס, זולת קצת כהנים שלא נמצא להם כתב, וכי האי חשיב ריעותא אולי פסולים או זרים הם. אבל בזמנינו שמרוב הגלות והטלטול לא נשאר לשום כהן כתב יחוס זולת במה שהוחזקו לכהנים לנשיאת כפים ולדיני כהונה הנהוגים, לא בטלה כהונה משום שאין להם כתב, דמי גזר שיהיה כתב יחוס לכהונה כדי שנאמר איתרע חזקתייהו. והרי קיי"ל כל המשפחות בחזקת כשירות בלי כתב יחוס, ואף לכהונה, דהרמב"ם ור"ת הצריכו בדיקה, והטור אה"ע סי' ב' כתב דאין צריך, נראה דלכו"ע הך בדיקה אינה אלא דרבנן, דמדיון תורה כהנים גמורים הם מכח חזקה, ואין נפקיע קדושת כהנים לעשותם ספק כהנים מלא דבר".

כאמור, מקור הדין נובע מהסוגיא במסכת כתובות פרק שני דף כד:, ובביאור סוגיא זו כתב בספר תבואות שור סי' יח ס"ק כט - "אמרינן בכתובות דף כ"ד א"ר יוסי גדולה חזקה כו' הרי אתם בחזקתכם במה הייתם אוכלים בקדשי הגבול כו'. ופרש"י ז"ל גדולה חזקה שאין בית דין יכולים להוציא דבר מחזקתו עכ"ד. וחזקה זו אינה כשאר חזקות שבגמ' כגון סכין שנבדק ומקוה שנמדד שברור כשרותן בשעת שנתחזקו, דהא הכא לא ברור כשרותן מעולם ולא נתייחסו כלל, רק הכי קאמר שאי אפשר לשנות דבר שנוהגין בו היתר, לנהוג בו איסור, כי אם בראיה ברורה. והיתה מהני להם החזקה לפלגא שלא אסרום בתרומה, מפני שהיה מותר להם, ואסרו להם קדשים שעדיין לא נהגו בו היתר. ואע"ג דהא בהא תליא, ותרומה לזר חמירא כקודש ויותר, מ"מ מאי דאחזיק אחזיק", עכ"ל תבואות שור.

ובתשובת בית אפרים חלק אה"ע סי' קכב הביא מדברי התבואות שור וכתב - "בין לטעמא קמא ובין לשינויא בתרא, אינם כהנים ודאים רק כהני חזקה ומניחים אותם במה שהוחזקו, ואין מעלין אותם יותר מזה במה שלא נהגו בו עד עכשיו. לפי זה נראה, דגם במה שנהגו והוחזקו לפרוש מפסולות לכהונה, נמי אין מוציאין אותם מחזקתם" עכ"ל.

מבואר, שהדין וכן ההוראה למעשה, ביסודם נשענים על ההנהגה המעשית. וכי ההלכה הברורה לדון את הכהנים בזמן הזה ככהני ודאי, היא מכח החזקה. ואמנם לולי החזקה, היה חוזר דינם להיות כספק כהנים.

וכן בתשובת מהרש"ם חלק ה' סי' עב כתב - "עיקר הטעם לפמ"ש התב"ש סי' י"ח סקכ"ט להוכיח דחזקה שאנו מחזיקים בו אף שאינו ברור מ"מ גדולה חזקה וא"א לשנות והוכיח מהש"ס דכתובות כ"ד דהוי מהני החזקה לפלגא ... במאי דאחזיק אחזיק ובמאי דלא אחזיק לא אחזיק ע"ש. ובזה

בספר חקרי לב ח"ד אה"ע סי' ב' האריך לדחות את דברי השבות יעקב. ועל מש"כ השבות יעקב דכהני דידן כהני ספק הם, כתב החקרי לב - "כי יהיבנא כל דיליה דכהני זמנינו יתרע חזקתייהו, אכתי כהני ודאי הם, דקיי"ל בכל התורה כולה דאזלינן בתר חזקה אף בחזקה דאיתרע ... ובר מן דין נ"ל דלא חשיב ריעותא שאבדו כתב היחוס, כי אם בימי עזרא שהיה לכל הכהנים כתב יחוס זולת קצת כהנים שלא נמצא להם כתב, וכי האי חשיב ריעותא, אולי פסולים או זרים הם. אבל בזמנינו שמרוב הגלות והטלטול לא נשאר לשום כהן כתב יחוס זולת במה שהוחזקו לכהונה ולנשיאת כפים ולדיני כהונה הנהוגים, לא בטלה כהונה משום שאין להם כתב. דמי גזר שיהיה כתב יחוס לכהונה כדי שנאמר איתרע חזקתייהו. והרי קיי"ל כל המשפחות בחזקת כשרות בלי כתב יחוס ואף לכהונה. דהרמב"ם ור"ת הצריכו בדיקה, והטור אה"ע סי' ב' כתב דאין צריך, נראה דלכו"ע הך בדיקה אינה אלא דרבנן, דמדיון תורה כהנים גמורים הם מכח חזקה, ואין נפקיע קדושת כהנים לעשותם ספק, מלא דבר".

וכן שו"ת זכרון יוסף חלק אה"ע סי' ג' דחה דברי השבות יעקב, ובתוך דבריו כתב בכהן שנשא חלוצה שיש לכפותו להוציא, "וכפשטות דברי הרי"ף והרמב"ם והטור ושו"ע וב"ש וח"מ ושאר אחרונים, שלא חילקו בין כהנים מיוחדים לכהני זמן הזה, ולא אישתמיט חד מנייהו להזכיר דבר זה, ובפרט שהרמב"ם בפרק י"ז ובפ"כ מהלכות איסור"ב והטור ושו"ע סי' ב' ג' כתבו החילוקים שבין כהנים המיוחדים לכהני זמן הזה, ואילו היה נראה להם כדברי שבות יעקב לא הוי שתקי כולי האי ... אבל מדינא כהנים גמורים הם לכל דבר שבקדושה ולנשיאות כפים ולפדיון בכורים דגדולה חזקה כו' כדאיתא בש"ס".

וכן מהר"ץ חיות (בספר מנחת קנאות דף ט') כתב בתקיפות לדחות דברי השבות יעקב, וז"ל - "ישתקע הדבר ולא יאמר, להקל בחליצה בזמן הזה אע"ג דאינו רק דרבנן. מטעם דכהני ודאי הם, ולא שייך ריע חזקתייהו רק בזמן עולי בבל, דרוב היה להם כתבי יחס רק אלו בני חביה בן הקוף, ושייך ריע חזקתייהו. אבל בזמן הזה דלא נמצא שום כתב יחוס לכהן, א"כ לא שייך ריע חזקתייהו, ודברי השבות יעקב אין לצרפם אפילו לסניף לעלמא".

וכן בשו"ת שם אריה חלק אה"ע סי' נג דחה את דברי השבות יעקב, וכתב - "לדעתי קשה לסמוך על זה, דכיון דאנו מחזיקים אותו לכהן לכל הדברים ופודים מהם בכורים וכל ענייני כהונה, זה אלים טפי דהוי חזקה שכבר הוחזקה ... לא הבנתי מ"ש דכהנים בזה"ז דאין להם כתבים המתייחסים ריע חזקתייהו כדאמרינן בכתובות כ"ד וקידושין ס"ט, וע"ש בשבות יעקב שהאריך בזה. ולע"ד אדרבה, כיון דבזה"ז ליכא שום כתב יחוס, עדיף טפי. דבימיהם שהיו כתבים המתייחסים, לכן למי שלא היה כתב, איתרע חזקתו, אבל לא בזמן הזה דאין שום כתב יחוס. ועוד נ"ל דודאי הכהנים האמיתיים הם בודאי הרוב, רק שאפשר שנתערבו בהם כהנים שאינם מיוחדים, אבל הם

הקדומים בלבו ובמעשיו, שהרי הוא קורא בתורה ראשון ונושא כפיו ופודה בכורי ישראל, מוכרח להאמינם לענין פסולי כהונה. ונמצא דאיהו גופא על פי מחשבתו הניכרת מתוך מעשיו משוי אנפשיה כל פסולי כהונה כחתיכה דאיסורא ... ודמי האי מילתא לההיא דקידושין דף ס"ו ע"א דקאמר לי' מר שמואל לההיא סמיא, אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה, אע"ג דלגבי דידן לא מהימן".

ובנידון דנן, סברא זו אינה שייכת, שמעולם לא עלה על דעתו שהוא כהן, ולא נהג בעצמו מנהגי כהנים.

קביעת מעמדו ככהן בהסתמך על שם המשפחה

נראה ששם המשפחה אינה ראייה מכרעת להיותו כהן ואינה כשני עדים המעידים שהוא כהן, ולכל היותר יחשב כעד אחד המעיד שאבי אביו לפני דורות רבים קבל את השם הזה מפני שהוחזק ככהן. והנה בעד אחד המעיד כן פסקו הרמב"ם (פ"כ מאיסור"ב הט"ו) והשו"ע, שאם עד אחד מעיד על אביו שהוחזק ככהן, הבן ספק כהן בלבד. וז"ל השו"ע אה"ע סי' ג' סעיף ו' – "מי שבא ואמר כהן אני, ועד אחד מעיד שיודע באביו שהוא כהן, אין מעלין אותו לכהונה על פיו, שמא חלל הוא, עד שיעיד שזה כהן הוא. אבל אם הוחזק אביו כהן, או שיבואו שנים והעידו שאביו של זה כהן הוא, הרי זה בחזקת אביו".

ועיין בספר אור שמח על הרמב"ם (שם) שבאר שיטת הרמב"ם שאם העיד ע"א על אביו שהוחזק ככהן, אם הבן אינו מוחזק ככהן, לא מהני חזקה זו להחזיק את הבן ככהן מפני שקיים ספק שמא אביו הכהן נשא גרושה, והבן חלל. על כן אמנם שם המשפחה מעיד בפנינו עדות, שאינה יותר מעדות עד אחד, שבזמנו ניתן השם "כגן" לאבי סבו או לזקנו של אבי סבו וכיוצ"ב, מפני שהוחזק ככהן, אך אין בעדות זו להחזיק את הבן והנכד שלא הוחזקו עד היום, ודינם כספק כהן.

אמנם ראיתי שיש שנטו מדרך זו וכדלהלן. הרב י"מ לאו שליט"א כתב בפס"ד מביה"ד הגדול בפד"ר כרך יח עמ' 193 (וחזר ונשנה בספרו שו"ת יחל ישראל סימן ל') בדינו של עולה מרוסיה ששם משפחתו – כגן, וכתב שם – "הנה מי ששם משפחתו כהן, אבל מעולם לא נהג בכהונה משום שגדל במשפחה שאינה יודעת מהלכות כהונה, נראה בפשטות שהואיל ורובא דרובא הנקראים כך הם כהנים, נחשב כמי שהוחזק בכהונה".

והסתיע ממש"כ בספר קצות החשן סי' רפד סק"א עפ"י הגמ' במסכת בבא בתרא דף קכו: האומר מוחזקני בזה שהוא בכור דהוי קרי ליה אבוב וכו' דלאו דוקא כשהוחזק בכור עפ"י אביו, אלא אף אם שאר בני אדם קוראים לו בכור הרי זה בחזקת בכור ליטול פי שנים.

אלא שבפסק הדין שם כתב, מאחר שיתכן שאחד מאבותיו קבל את שם המשפחה ממשפחת אמו, על כן יש כאן מקום לספק.

מובנים דברי המג"א סי' ר"א שכתב ליישב הא דלא נהגו להקדים לכל דבר דאפשר משום שאין בקיאים ביחוס וקשה דא"כ אמאי מקדימים אותם לקרה"ת, ועיין במג"א סי' קל"ה בשם מהרי"ק בדין מקום שנהגו שהכהן יוצא וכמה כרוכרים כרכרו בזה והא אין בקיאים ביחוס, ובע"כ דכיון דהחזיקו בזה, גדולה חזקה. ובשאר דברים שלא נהגו להקדימם, הרי לא החזיקו. ושפיר י"ל טעמא דאין בקיאים ביחוס. וכן בהא דחלה כתב מהרי"ו שלא נהגו ליתן לכהן וע"ז כתב הטעם דאפשר משום שאין בקיאים ביחוס והיינו דכיון דלא נהגו בזה לא אחזיק בהא, אבל בבכור אדם ובהמה שכתב מהרי"ט להדיא דאחזיקי בהו, כיון דאחזיק אחזיק".

ובתשובת אגרות משה חלק יו"ד ח"א סי' רל, כתב שעניין החזקה נובע מההתנהגות המעשית, וכי יש לדון כל אחד ואחד בנפרד וביחס לכל עניין ועניין. ועל פי דרכו כתב ליישב תשובת מהרשד"ם. וז"ל – "ולא דמי להא דרוצה הרשד"ם להקל בשבויה לכהנים דבזה"ז. משום דלאיסורי אישות דכהונה לא שייך להחשיב שהוחזקו לאיסור. דהא החזקה צריך להיות על כל כהן וכהן ביחוד, דהא יש בכהנים גם אלו שהם כהנים ממש ואין זה ספק אחד על כל הכהנים דבזה"ז לומר שיהיו תלוין זב"ז, אלא על כל אחד מהכהנים הוא ספק אחר. דאף אם האחרים הם כהנים אפשר שכהן זה אינו כהן, ולכן אין מה שכלל הכהנים נוהגין באיסורי אישות דכהונה נחשב לומר שהוא חזקה על כל כהן וכהן. אלא צריך שיהיה חזקה על כל כהן ביחוד. וזה לא שייך באיסורי אישות לומר שהחזיק כהן זה באיסור, דהא הוא רק פעם אחת או שני פעמים בחייו, שאפשר שלא נודמן לו כלל אשה פסולה שנמנע בשביל כהונתו. ואף אם נודמן ונמנע בשביל כהונתו, אין זו חזקה בפעם אחד, ובכל אופן אין זו חזקה הניכרת לעלמא, שלכן אף אם אירע שנודמן לאחד הרבה פעמים אין כאן חזקה. ונשאר רק מה שיש לאסור מעצם הדין שהוא רק שיש לאסור מדין ספק שלכן בשבויה דהיא רק אסורה מדרבנן וגם יש ס"ס יש מקום להתיר. אבל בטומאת מת שהוא דבר המזדמן לכל אחד פעמים הרבה ונוהר מזה הויא זה חזקה לאיסור בדין ודאי ואין להתיר להם אף טומאה דרבנן, ולא לצרף לס"ס אף להריב"ש והרשד"ם, עכ"ל האגרות משה.

נחזור לנידון שבפנינו, מאחר שיסוד חזקת הכהונה נובע מההתנהגות המעשית, וכיון שהחתן דנן, מעולם לא נהג בכהונה, לא הוא ולא אביו ולא סבו, הרי שאינו כשאר כהני הזמן הזה שהם כהני חזקה, ואינו יותר מספק כהן, ספק הנוצר משם משפחתו המביא אותנו להסתפק שמא הוא כהן.

בנוסף נציין שבתשובת מהרי"ט ח"א סי' קמ"ט ובתשובת זכרון יוסף הנוכרת הוסיפו לדון לאסור הכהן בגרושה וחלוצה מדין ודאי מכח ההלכה "שויה נפשיה חתיכה דאיסורא". וז"ל הזכרון יוסף – "כיון שהוא מאמין לאבותיו

וכנס אותה, יודיענו רבינו אם יתחייב בדין להוציאה או לא.

בתחילת דבריו כתב המבי"ט - "נראה, דהא דתנן פ"ב דכתובות דעד אחד נאמן להעלות לכהונה אפילו היו גומלין, היינו כשהוא עצמו אומר שהוא כהן, דהא משוי אנפשיה איסור חומרי כהנים. אבל אם הוא עצמו אינו יודע שהוא כהן, לא יהא חייב לנהוג שום חומרא על פיו. לא מבעיא כשהוא מכחיש, אלא אפילו אומר איני יודע, כדמוכח פרק הניזקין, ואין עד אחד נאמן לאביי כשהוא בידו לטמא ולרבא כשהיה מתחלה בידו, הא לאו הכי אינו נאמן. דהא דאמרין פרק האומר בקידושין דנאמן אפילו לא היה בידו תחלה, היינו בשותק דכהודאה דמיא, אבל מכחיש או אומר איני יודע לא, כמו שכתב הרא"ש בשם ר"ת ז"ל. והכא נמי השתיקה הוא כאומר איני יודע אם אני כהן אם לא ... ובנ"ד כי ראובן ובנו יודעים שהם בני נשים כשרות לכהונה, אם היה א' מהם אומר כהן אני ויש לי עד אחד, היה יודע שבנו גם כן היה כהן. אבל כיון שהוא אינו אומר כהן אני, אין העד נאמן כמו שכתבתי למעלה וכ"ש בנו. וכפי הנראה, אפילו עדות עד אחד ליכא הכא, אלא שנאמרה לו אמירה בעלמא שלא בפני ב"ד ולית בה מששא כלל, דהוי כקול בעלמא דלא איתחוק בבי דינא דלאו כלום הוי. והוי נמי כקול שיש לו אמתלא דאין חוששין לו. והאמתלא הויא דמשום שהיתה משפחה אחרת בכינויה והיו כהנים יצא קול זה אפילו היה קול דאיתחוק בי דינא. וכן מה שאמר לו הרב שינהוג חומרי כהנים נראה כי לא אמר כך מצד הדין דרך הוראה, אלא דרך חומרא בעלמא. כי ראה אותו שהיה חושש למה שנאמר לו ולא הוה הוראה, אלא אם היה אומר לו הרב אתה חייב לנהוג חומרא באיסורי כהונה."

מסקנת המבי"ט - "לכן נראה לי, שאין בן האיש הזה חייב לגרש את האשה הגרושה שנשא. ואפילו לכתחילה היה יכול לישא אותה, אם לא היה לבו נוקפו בשום ספק כהונה."

תשובות הגאון הרב שמואל וואזנר שליט"א

לסיום, נציין לכמה מתשובות הגאון הרב שמואל וואזנר שליט"א בספרו שבט הלוי, והנוגעות לשאלות שנידונו לעיל. בחלק ג' סי' קס הביא שבט הלוי את מחלוקת מהרי"ט ושבתי יעקב ובמסקנת דבריו העלה - "לשון הש"ס מורה יותר כשבתי יעקב, אבל סברת ההלכה מורה יותר כמהרי"ט ודעמי", דחוקת כהונה חזקה גמורה היא מהתורה אפילו לעניני דאורייתא כפדיון הבן ונשיאות כפיים ומתנות. והגאון יעב"ץ שם מאד נכנס בפרצה דחוקה במה שפטר כהנים מפדיון הבן וחייב בת כהן ולוי בזמן הזה בפדיון הבן, וסוגיא דעלמא דלא כוותי, וכאשר רמז ע"ז בקצור מרן הח"ס יו"ד סו"ס רצ"א."

ובתשובת שבט הלוי חלק ט' סי' רנג לאחר שהביא ממחלוקת הפוסקים הנוכרת לעיל מעמדם של הכהנים בזמן הזה, כתב - "והנה כל זה נאמר בזמן שעכ"פ רוב כלל ישראל

וכן בספר פסקי דין מהרבנות ירושלים ח"א עמוד מג פסקו במי ששם משפחתו "כהן" אבל מעולם לא נהג במנהגי כהונה משום שגדל במשפחה שאינה שומרת תו"מ, שנראה שהואיל ורובא דרובא הנקראים בשם "כהן" הם ממשפחת כהונה, נחשב כמי שהחזק לכהונה, וכמש"כ קצוה"ח סי' רפד סק"א, ואפילו לא הוחזק בשם כהן אלא לי' יום, הרי כתב הרמב"ם מלוה ולוה פכ"ד ה"ד עפ"י ב"ב דף קסז: שאם הוחזק בעיר לי' יום שכך שמו, אין חוששים שמא שם אחר יש לו והוא שינה את שמו כדי לרמות ולעשות קנוניא.

אך אין נראה כדבריהם, מאחר ש"חזקה" היא עניין מעשי בפועל, שהאדם זה מתנהג ככהן וכן נוהגים עמו, וכמו שהבאנו מתשובת אגרות משה שחזקה הוא דבר הניכר לעלמא, אבל בקריאת העולם את האדם בשם המשפחה, אין כוונה להתייחס אליו ככהן, אלא קוראים לו בשם משפחה זה כי כך הוא שם המשפחה במסמכים, אבל לא מפני שבכך הם מביעים ומציינים את היותו כהן. מה עוד שללא ספק רובא דרובא דאינשי, וכמעט כל האנשים המצויים בחברתו של חתן דנן, אינם יודעים שהשם "כגן" הוא שם משפחה מובהק של כהנים. על כן אינו דומה למי שהציבור קורא לו בכור שבכוונתם להביע את היותו בכור לאביו.

וכן בתשובת שבט הלוי ח"ט סי' רנג כתב בזה - "מה דנקרא המשפחה כהן, לא מעלה ומוריד בזה, דהחזיקו בשם, אבל לא ביחוס".

וכבר הוכחנו שכל יסוד מעלת כהני זמן הזה הם מכח החזקה שהחזיקו בכהונה, ומי שלא החזיק למעשה, נשאר בספק מפני שאינו מיוחס בכתבי יחוס, ומה שנחלקו הפוסקים על השבות יעקב היינו מפני החזקה שהחזיק במנהגי כהונה, אבל כשאינו מחזיק בהם ואינו יודע כלל על כהונתו, כו"ע מודו שאינו יותר מספק כהן.

וכיון שאינו נידון כמי שהחזיק כהן, אלא לכל היותר יודע לנו שסב סבו או אבי המשפחה בדורות קודמים יותר החזיק ככהן, הרי שהחתן דנן אינו אלא נכד נכדו של מי שיש ראייה מסויימת שהחזיק כהן, ובנסיבות אלו חתן זה אינו אלא כספק, וכמו שהתבאר לעיל מדברי הרמב"ם והשו"ע.

כל האמור, בהנחה שהראיה שבשם המשפחה, היא עכ"פ במשקל של עדות עד אחד.

אך עיין בתשובת המבי"ט ח"א סי' ריט, שנראה מדבריו שלא קבע להחשיבו אפילו כספק כהן, ולא התחשב בשם כינוי המשפחה כראיה כל עוד לא החזק. וז"ל השואל בתשובת המבי"ט - "ראובן נאמר לו שמשפחה אחת שהיתה כינויה ככינויו, שהיו כהנים, ושהוא גם כן יהיה כהן. ואחר ימים בא לפני רב אחד וספר לו הדבר, ואמר לו שינהוג חומרי כהנים. ועל דברי הרב סמך בנו של ראובן שהיה בעל תורה והיה נוהג להפריש עצמו מטומאת מת דרך חומרא. ובנו היה מקל בחומרת אביו כי לפעמים היה נוהר מטומאת מת ולפעמים לא היה נוהר. לימים מתה אשתו וארס אשה גרושה והתרו בו שלא ישאנה וקפץ

דברי רבינו המהרש"ל ב"ק פ"ה סי' ל"ה, וכ"כ עוד ביש"ש חולין פ"ח דורע כהנים קרוב לודאי שנתבלבלו ואם לא כולו רובו נתבלבל ואם לא רוב קרוב למחצה נתבלבל, ובתשובת בית אפרים או"ח סי' ו' הביא דברי מהרש"ל ג"כ וחזק אותם, אלא דרצה לחלק בין יושבי חו"ל לכהנים יושבי א"י דעכ"פ כהני חזקה הם, וכבר כתבתי שם ועוד מקומות דזה לא שייך לפי מציאות דורינו בא"י דרוב רובם של כהנים שבא"י באו מחו"ל, ואם על כהני חו"ל ע"י שעבר עליהם כוס התרעלה של גליות והגזירות נחליט דכמעט רובם נתבלבלו ה"נ בכהנים יושבי א"י, אבל כמובן אין זה סיבה ח"ו להקל ראש בדיני כהונה כמובן, ומה דהוחזקו הוחזקו בין לזכות, בין לחיוב ואיסור.

אבל באלו משפחות שכבר מדורות חיו חיים בלי תורה ומצות, וכמש"כ גם כ"ת, באלו שהיו מעודם בקיבוצים חילונים שפרקו עול מכל מצות התורה בעו"ה, והרימו ראש להתיר שם עריות ואיסור אשת איש בלי הגבלה, וגם אם הי' להם אישות אולי ע"י חופה וקידושין הבעלים עצמם ר"ל הפקירו נשותיהם מדעת זל"ז, ביודעם ובלא ידעם, או שלא רצו לדעת משפטי התורה, הנ"ל פשיטא, דזה עדיף הרבה מהמבואר בסוטה כ"ז ע"א ובאה"ע סי' ד' סט"ו לענין פרוצה ביותר דחשבינן בניה כחללים, ואם שם ישנם קצת צדדים להחמיר עכ"פ, לא כן בנדון כזה שהחילוני הזה בא מתרבות אנשים האלה, ואם רבינו המהרש"ל כתב על כהני יראי אלקים דקרוב דרובם נתבלבלו, א"כ בהתוסף עוד ע"ז כהני הקיבוצים או כהני רוסיא החילונים גמורים מדורות, שכמעט אין ספק דודאי נתחללו, והדברים נוטים שא"צ להתרחק מגרושה הזאת [וכמש"כ ג"כ רבינו המבי"ט ח"א סי' רי"ט הנ"ל], כנלענ"ד בדעת נוטה להלכה, עכ"ל תשובת שבט הלוי.

מסקנת הדברים - בנידון דנן שהחתן ואביו וסבו לא הוחזקו ככהנים, אינם טוענים שהם כהנים, ואף אין ידוע להם על היותם כהנים, אמנם שם המשפחה מביא לידי ספק שמא הם כהנים, כפי שהיה סבי סבו שניתן לו שם זה מפני שהוחזק ככהן, עכ"פ יש להתירו באשה האסורה לכהן מספק, כגון בת נכרי שאיסורה לכהן הוא ספיקא דדינא מחמת פלוגתת הראשונים כמבואר באה"ע סי' ד' בחלקת מחוקק סק"ג ובב"ש סק"ב. ויש להתירו מכח ספק ספיקא, ספק אם הוא כהן ואת"ל שהוא כהן ספק אם היא אסורה לו. וזאת בצירוף דעת המבי"ט שלא חשש להחמיר מכח שם המשפחה המעיד על היותו כהן, בלא שידוע לו על היותו כהן, ובצירוף מש"כ בתשובת שבט הלוי, יש להורות להתירו לכתחילה בספק ספיקא כזה.

על כן יש לפסוק להתיר למבקש לשאת אשה שאביה נכרי.

אך אין בדברינו היתר לשאת אשה האסורה לכהן איסור ודאי, כגון גרושה.

שמר על עיקרי תורה ומצות ולא הפקיר יחוסו לאיסורי עריות ויחוס. אבל בזמן הזה באלה שבאים מרוסיא שזה כבר כמה דורות שאפס תורה ויחוס מהם, ונתערבו בהמוניהם בגוים ובפסולים, או מסביבה של כאלה שכמעט רוב נאבד בנשואי תערובות ואיסור, האם כהנים אלה כהני חזקה יקראו שנאסר להם עכ"פ עפ"י הלכה פסולי כהונה, ונתיר נשיאות כפיים וכו', ונהי דלמעשה מי שבא ואמר כהן אני (ונקרא ג"כ כהן) אפילו מאלה גם אם אין אנו מעלים אותו לכהונה מכל מקום שויא אנפשיה חתיכא דאיסורא ואוסר עצמו בגרושה וחללה ושאר פסולי כהונה, ואין אנו עושים עובדא להתירו אפילו לחלוצה דרבנן, כמבואר כ"ז בפוסקים אה"ע סי' ג' ס"א ועוד... אבל היות בלא"ה ריע חזקתיהו מאד מאד והם בחזקת מבלבלים מדורות וכאשר כתב מהרש"ל בשעתו אפילו על הכהנים הצדיקים, ומאו עד מצבו של עם ישראל בזה"ז בפרט בארצות הנ"ל ירדנו פלאים בענין היחוס. אעפ"י שחלילה להקל בשארי מקרים, אבל במקרה כזה מאן דמקיל שלא להחשיבו כלל לכהן אין מזניחין אותו, ומה דנקרא המשפחה כהן, לא מעלה ומוריד בזה, דהחזיקו בשם אבל לא ביחוס.

ובתשובת שבט הלוי חלק י' סי' רכה כתב - "אזכיר עכ"פ נקודה החשובה שנקט כב', שכהן זה אינו כהן עפ"י הלכה, ולזה דעתי העני' מסכים, דמש"כ הטור שיש לו חזקה, או מי שמעיד עליו עכ"פ עד א' כמש"כ הפרישה, לא כן מי שאינו יודע כלום. ואעפ"י שמבואר שם ריש סי' ג', דעכ"פ אם מחזיק בעצמו בלי עדות, ובלי חזקה מכבר, נהי דאינו נאמן להחמיר לענין פסולי נשואין וכדומה, היינו מי שעכ"פ מחזיק עצמו מדין שויא אנפשיה חתיכא דאיסורא, אבל מי שאינו יודע כלום, ולא נהג כהונה לעולם, ואין לו עדות על עצמו, אפילו יהי' כאן עד א' שמעיד על אביו או זקנו שיהי' כהן, הלא מבואר בשו"ע אה"ע סי' ג' ס"ו מי שבא ואמר כהן אני, ועד א' מעיד באביו שהוא כהן אין מעלין אותו לכהונה על פיו שמא חלל הוא עד שיעיד שזה כהן והוא מרמב"ם פ"כ הט"ו מאיס"ב יעשה בהה"מ, וגם שם בודאי להחמיר שאחד"א.

אבל כשגם בעצמו אינו יודע כלום ומעולם לא נהג כהונה לא הוא ולא אביו, רק ראו על מצבה ישנה שזה משפחת כהנים, שאין כאן חזקה ואין כאן עדות, וכמש"כ כיו"ב בתשובת מבי"ט ח"א סי' רי"ט ... א"כ פשיטא שא"צ להתחשב בזה, ועדיפא כתב מבי"ט שם שאפילו סיפר לו אחד שהוא כהן כל זמן שלא נתקבל עדות זו בפני בי"ד אין חוששין לו אפילו להחמיר עכ"פ דיעבד.

ועתה לענין עצם הכהונה של אנשים כאלה, גם לו יהי' נכון שהם באים ממשפחת כהנים, הנה כבר כתבתי בעניי בשו"ת שבט הלוי ח"ג סי' ק"ס בענין מחלוקת הקדמונים ביחוס כהונה בזה"ז אם חזקה גמורה היא כדעת כת הקדמונים שס"ל כן, או רק בגדר ספק בעלמא כדעת מהרשד"ם והשב"י ועשה"ה הבירורים בזה, ובסו"ד הבאתי

סימן ד

פס"ד בשאלת כשרות לבוא בקהל

תמוז תשנ"א

הממזר נבעלתי ... הרי זה הולד ספק ממזר ... וזה הוא הנקרא שתוקי המכיר את אמו ואינו מכיר את אביו ודאי". וכן פסק בשו"ע אה"ע סי' ד' סכ"ו.

אך יש לברר, האם הרמב"ם איירי דוקא במקום שידוע שיש ממזר, או אף כשאין ידוע. את"ל דוקא כשידוע שיש ממזר בעיר, מה הדין כשאין בעיר ממזר אך יש בעיר קרוב משפחה בדרגת קירבה שאמו ערוה עליו, האם הולד שתוקי. ואת"ל בכה"ג הולד שתוקי, האם יש להקל במקום שיש תרי רובי ולא לדנו כשתוקי.

הב"ש סי' ד' ס"ק לט כתב על דינו של הרמב"ם - "והיינו דוקא דאיכא בעיר זו ממזר, אפילו ממזר אחד, אבל אם ליכא שום ממזר ליכא חשש כלל".

בנידון דידן באותה העיר שהאם גרה בה, אין אדם הידוע כממזר, וכל אדם בחזקת כשרות שאינו ממזר, אין לחוש שמא היה ממזר באותה העיר. ועיין בשו"ת חלקת יעקב חלק אה"ע סי' י' סק"א (במהדורה הישנה ח"ג סי' ו') שכתב שמחלוקת הט"ז והב"ח באו"ח סי' תרה האם במקום שיש ספק אם יש איסור קבוע דיינינן ליה כקבוע, אינה ענין לנידון דידן, דכיון דממזר אינו שכיח אין לחוש כל עוד לא נודע בבירור שיש ממזר בעיר זו.

אך יש לדון האם כשידוע שיש בעיר קרוב שהאם באיסור ערוה עליו, הולד שתוקי כל עוד לא קבלנו עדות המועילה להכשירו.

מפשטות דברי הב"ש שהבאנו משמע דאין לחוש אלא אם יש ממזר אך לא אם יש קרוב. אבל הבית מאיר כתב בדעת הב"ש, דמש"כ ממזר, לאו דוקא ממזר בלבד, וה"ה אם יש אחד מהקרובים שהולד ממזר ממזר, וכן פסק הבית מאיר בסי' ו' סעיף יז וכפי העולה מדברי הנמוקי יוסף עמ"ס יבמות בסוף פרק אלמנה לכהן גדול.

וכן משו"ת מהר"י ווייל סי' עד מבואר שמהר"י חשש לדון קרובים כפסולין, עיין מש"כ בדעתו בספר נתיבות לשבת סי' ד' ס"ק כג, וכן משמעות דברי הנודע ביהודה תניינא אה"ע סי' כז-כח, וכן כתב הגר"ע בתשובה (שבספר תשובות רבי עקיבא איגר מכתב יד, הוצאת הרב געשטעטנער סי' פה) וכן בתשובת בית שלמה חלק אה"ע סי' יד.

אלא שמצינו בכמה מגדולי האחרונים, שפסקו שאין לחוש אלא למיעוט פסולין, אך לא לקרובים.

בספר שב שמעתתא ש"ד פרק כב כתב על דברי הנימוקי יוסף - "אמנם לפי ענ"ד נראה מסתימת הב"י ורמ"א דלא

הופיע בבית הדין אדם שהתעוררה עליו שאלת כשרות לבוא בקהל, ובקש לברר את מעמדו.

אמו של אדם זה, היא אשה פנויה שלא נישאה מעולם. כפי הנראה, לאחר לידתו אמו הצהירה שאביו הוא גיסה - בעל אחותה. וכן אותו גיס הודה שהוא אביו. הודאה זו לא נאמרה מעולם בפני ב"ד, אלא נכתבה בכתב ונמסרה לבית המשפט לצורך רישום הבן הנ"ל בתעודת זהות כבנו של אותו גיס.

במסגרת בירור הבקשה, התקבלה בביה"ד עדות של עד אחד המכיר מקרוב את המשפחה, אותו העד העיד שהאם הנ"ל באותה תקופה היתה דיימא מעלמא. ובתשובה לשאלת בית הדין, השיב העד שלא ידוע לו שבעל אחות אמו מוחזק כאביו.

וכמו כן לאחר בירורים שנעשו, התברר בבית הדין שבאותה תקופה אמו של המבקש היתה מאורסת לאדם אחר, והיתה רגילה לבלות עם גברים נוספים.

לעומת זאת, הבן הנ"ל התרגל לקרוא "אבא", לבעל אחות אמו, וכן חותם ומחזיק שם משפחתו כשם בעל אחות אמו. הנ"ל מבסס את השערותיו על הדמיון החיצוני הנראה בעיניו, בינו לאותו אדם.

השאלות העומדות לפנינו הן -

א. האם יש לאם נאמנות לפסול את בנה לעשותו ממזר ודאי או עכ"פ ספק ממזר.

ב. האם יש לבעל אחותה נאמנות לומר שהוא אביו ולפוסלו, האם בכה"ג נאמר דין "יכיר".

ג. האם יש להחזיקו כממזר מפני שמחזיק עצמו כבנו של בעל אחות אמו.

ד. את"ל שאין לפוסלו מכח האמור לעיל, עדיין יש לדון האם לדנו כשתוקי שאינו יודע מיהו אביו. גם אם אין ראיות לפוסלו, לכאורה אין בפנינו נאמנות הפוכה להכשירו.

דינו של הבן בלא עדות האם וגיסה

נפתח בשאלה האחרונה שהצגנו, האם במקרה שבפנינו, בלא אמירת האם ובעל אחותה, היה מקום להקל ולהתירו לבא בקהל. כלומר, במידה שהם אינם נאמנים לפוסלו, עכ"פ לא יהא יותר מאילו שתקו ולא אמרו דבר, ויש לדון כיצד היה עלינו לנהוג אילו לא אמרו דבר.

לכאורה, דינו מבואר ברמב"ם בפרק טו מאיסורי ביאה הי"א - הי"ב - "פנויה שנתעברה מזונת, אמרו לה מהו העובר הזה או הולד הזה ... ואם לא נבדקה אמו עד שמתה או שהיתה חרשת או אלמת או שוטה או שאמרה לפלוני

מהר"ם בן חביב סי' יא שאיסור זה של שתוקי קיל טפי משאר איסורי דרבנן, וז"ל - "הכא גבי ספק ממזר גילה לנו הכתוב בהדיא, דשתוקי שהיה ספק ממזר מותר לבוא בקהל. וא"כ מה טעם גזרו בו חכמים ואמרו דשתוקי פסול, והוצרך לתרץ דטעמא הוי משום דמעלה עשו ביוחסין. באופן דהנה נתבאר דאיסור השתוקי שהוא ספק ממזר, קליש איסוריה מדרבנן בעלמא משום דמעלה עשו ביוחסין, ואין לו דמיון לשאר הספקות של תורה דאזלינן בהו לחומרא, דלדעת ר"ת איסורא דספקות להחמיר הוי מן התורה ולדעת קצת איסורא דספקות הוי מדרבנן ומשום סייג לתורה. הכא גבי שתוקי אין איסורו אפילו מדרבנן משום סייג לתורה, אלא משום דמעלה עשו ביוחסין".

אך גם לדעת הסוברים שיש לדון את הקרובים בכלל הפסולין, עכ"פ בתרי רובי יש להכשיר. אמנם בסוגיא בסוף פ"ק דכתובות ובשו"ע סוף סי' ו' מצינו את הקולא בתרי רובי לענין היתר האשה לכהונה אף בלא טענת לכשר נבעלת, אך ה"ה לענין הכשר הולד לבוא בקהל מהני תרי רובי, וכפי העולה מהסוגיא בכתובות דף טו., לאחר דברי רב ינאי - "אבל פירש אחד מציפורי ובעל הולד שתוקי" הובא הדין של תרי רובי, ומשמע דקאי גם לענין היתר הולד לבא בקהל. וכ"כ הב"ש סי' ד' ס"ק נד דמהני תרי רובי להיתר הולד אף בלא טענת האם.

אמנם דעת הרמב"ם בפ"ח מהלכות איסורי הי"ד-הט"ו שכל ענין תרי רובי שייך רק בנתעברה מחוץ לעיר עיי"ש, ויש תרי רובי בסיעה עצמה ובעיר שממנה פרשה הסיעה. ולדעתו בעינין עדות שראוה שנבעלה פעם אחת כנ"ל, וכמ"ש הקהלת יעקב המובא בפת"ש סי' ו' ס"ק יז.

אך רוב הראשונים חולקים על הרמב"ם. הטור בסוף סי' ו' כתב - "ונראה אפילו נתעברה בעיר אם הלך הבעל אליה תנשא לכתחילה כיון דאיכא רוב העיר ורוב סיעות כשרים, אא"כ הלכה היא אליו, וסתמא נמי שאין ידוע מי הלך למי נראה דתנשא לכתחילה". עכ"ל הטור.

ולשיטה זו תרי רובי אינו כמ"ש הרמב"ם רוב סיעה ורוב העיר שממנה פירשה אותה סיעה, אלא רוב אנשי העיר ורוב אנשי הסיעה. ועיין בתוספות יו"ט (כתובות פ"א מ"י) שכתב שכן דעת רש"י דאיירי אף בכה"ג שנבעלה בעיר, ותרי רובי היינו, רוב אנשי העיר ורוב אנשי הסיעה, ועיי"ש במה שהשיג על דברי הב"י. וכן דעת הר"ן המאירי ופסקי הרי"א בסוף פ"ק דכתובות כדעת רש"י והטור.

ועיין בשב שמעתתא ש"ד פרק כג שהעלה דבין לקולא בין לחומרא אמרינן דמסתמא הלך הבעל אצלה, וכתב - "וכיון דלדעת הטור כל שאין דלתות מדינה נעולות, ורוב העוברים דרך העיר כשרים הו"ל תרי רובי, א"כ שתוקי נמי, האינדא דמסתמא אין דלתות מדינה נעולות והו"ל תרי רובי רוב העיר כשרים ... רוב העוברים נמי כשרים, ותרי רובי הוי".

וע"ע בחזו"א חלק אה"ע סי' ז' סק"ו שהעלה דסיעה של עשרה אנשים ודאי נידונת כסיעה לענין זה, וכתב שם -

הביאו הך דנימוקי יוסף, לא סבירא להו, ואפשר דלא חשו לה. ומשום דכיון דבכל התורה כולה מהני רובא אלא משום מעלת יוחסין הוא דחשו בחד רוב, א"כ דוקא היכא דפסול קבוע במקומו הוא דדנו חז"ל דליהוי כמחצה על מחצה אפילו בדאזיל איהו לגבה, אבל היכא דאינו פסול בעצמו אלא שהוא פסול לזו האשה לא דנו בזה דין קבוע להחמיר בחד רוב, וז"ל הרמב"ם ... אפילו לא היה שוכן שם אלא נכרי אחד או חלל אחד ועבד ... ומשמע דלא מיפסל אלא ע"י פסול הניכר במקומו בפני עצמו ולא ע"י עריות".

ועיין באחיעזר ח"ג סי' כא שהסכים עם דברי השב שמעתתא.

ועיין בספר אוצר הפוסקים ח"א בהערות שבסוף הספר דף קסג ע"ב, במש"כ הג"ר א"י אונטרמן ז"ל להוסיף ביאור בדברי הש"ש, שההבדל בין ממזר לקרוב הוא דביאת ממזר עושה את הבן ממזר מפני שהולד כמותו, אך לא עצם איסור הביאה גורם את הפסול כדחזינן ממזר שנשא גיורת דהביאה היא ביאת היתר אך הבן ממזר. ולכן כשהספק הוא על האדם הפסול, יחשב כקבוע. משא"כ בביאת קרוב שהיא ערוה עליו, הולד ממזר מפני האיסור שיש בביאה זו, וכשנוצר ספק, הספק הוא על המעשה ולא על האדם.

ובהפלאה במסכת כתובות דף יג. כתב שאין חוששין שנבעלה לקרוב, וז"ל - "וכן משמעות דברי רבי יהושע שאמר הרי זו בחזקת בעולה לנתין ולממזר, ולא אמר דבחזקת בעולה לקרובים. וכן מוכח מכל הפוסקים באה"ע סי' ד' וסי' ו' שכתבו דאם אין פסול בעיר ליכא חשש איסור לכהונה ולא הזכירו שלא יהיה אחד מן הקרובים בעיר, משמע בהדיא דאין לחוש מן הסתם לקרובים. ונראה דהיינו מטעם שכתב בירושלמי, דהא דחייש רבי יהושע לפסולים היינו משום שהזנות רצה אחר הפסולים".

ועיין בתשובת כתב סופר חלק אה"ע סי' ב' סק"ג שהאריך לדון בשאלה זו, והעלה שלדעת הרמב"ם הטור והשו"ע אין חוששין לקרובים, ואף לדעת נימוקי יוסף אין הכרח דבכה"ג בעינן תרי רובי כשאינה טוענת להכשירו, וסגי בחד רובא, עיי"ש.

וע"ע בתשובת עין יצחק ח"א אה"ע סי' ח' וסי' יד ובחזו"א אה"ע סי' ז' ס"ק יב שלדעתם אין לחוש לקרובים, וציינו לגמרא בסנהדרין דף סד. דאהנו אנשי כנה"ג דכחלו לעיניה דיצר הרע. אך י"ל דהיינו דוקא בנוגע לקרובות כאמו ואחותו וכמ"ש שם רש"י משא"כ בעריות של קורבה שע"י קידושין, עיין מש"כ בזה בשו"ת אגרות משה אה"ע ח"ד סי' סג, ולכן דעת העין יצחק והחזו"א אינה יכולה להצטרף בנידון שבפנינו.

וע"ע באוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק צו וסי' ו' ס"ק פט אות א' שהביאו את הדעות בזה.

ואמנם אין בידינו להכריע במקום שגדולי עולם נחלקו, אך מאחר וספק ממזר מותר מהתורה יש לדון בזה ספיקא דרבנן לקולא, ובצירוף למ"ש הגט פשוט בתשובה בשו"ת

גמליאל אפילו ברוב פסולין וכ"ש הכא דאיכא חזקת צדקת כדאיתא פ"ב דגיטין ... וקרוב הדבר בעיני אפילו לא נבדקה אפילו הכי הבן כשר מטעם ספק ספיקא ספק שמא לאחר שנתגרשה נתעברה ואת"ל קודם שמא מגוי נתעברה ... ואם כשבודקין אותה אומרת קודם הגירושין התעברה מישראל הוי הבן ספק ממזר דאינה נאמנת לשווייה ממזר ודאי, וכן כתב המיימוני פרק טו מאיסורי ביאה וז"ל פנויה שזנתה ואמרה בן פלוני הוא וכו' ואם אותו פלוני ממזר אינה נאמנת להיות הבן ממזר ודאי". עכ"ל המהרי"ו.

משמע מפשטות לשונו דיש לדברי האם נאמנות לעשותו ספק ממזר אף כשבלא דבריה מתירים את הבן, כגון בנידון המהרי"ו דמתירים מכח ס"ס.

ואכן הרמ"א בדרכי משה סי' ד' סק"ז כתב - "ויש לדקדק מדברי מהרי"ו דנאמנת לשוויי ספק ממזר, דלא כדברי מהרא"י דלעיל".

ובשו"ת כתב סופר חלק אה"ע סי' ב' סק"ב הוסיף לבאר דברי המהרי"ו, וז"ל - "דס"ל בכוננת הרמב"ם דאינו ספק משום דשתוקי הוא בלאו הכי, אלא אפילו אם בלא דבריה אין לנו ספק וחשש, מ"מ עפ"י דבריה נעשה ספק להחמיר, כנ"ל".

הכתב סופר תלה את חידושו של המהרי"ו במחלוקת הראשונים שהבאנו לעיל שנחלקו מדוע האם נאמנת להכשיר ולא לפסול. דלסברת הריטב"א והנימוקי יוסף וכן לסברת תה"ד וח"מ כשם שאינה נאמנת לפוסלו לעשותו ודאי ממזר כך אינה נאמנת לעשותו ספק. אך לסברת הר"ן והמ"מ אהנו דבריה לעשותו ספק, דעל ידי שנקבל דבריה ונעשהו ספק אנו מאמינים אותה בדרבנן, לאוסרו מדרבנן לבוא בקהל, ואילו לאסרו בממזרת לא הועילו דבריה, דבלא"ה אף אילו שתקה היה אסור בממזרת, דבין אם בלא דבריה היה כשר ובין אם היה ספק ממזר הרי ספק אסור בממזרת.

ויש להעיר על הכתב סופר -

א. מפשטות לשון הר"ן והמ"מ משמע שאין לאם נאמנות כלל לפסול, עיי"ש שכתבו דדוקא לאב נתנה תורה נאמנות מדין יכיר ולא לאם.

ב. פירושו של הכתב סופר ברמב"ם (אליבא דמהרי"ו) תמוה. ברמב"ם בהלכה יב מפורש הטעם שהולד ספק ממזר מפני - "כשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר", הרי מפורש שלא מכח דבריה של האם הולד ספק ממזר, אלא מפני שבלא דבריה אנו מסופקים אם זינתה עם כשר או עם ממזר. וכן עולה מדברי המ"מ שם.

והנה בעיקר דברי המהרי"ו, יש לדון שרק בנידון דידיה האם נאמנת לעשותו ספק, מכיון דהא דמתירים בלא דבריה היינו מכח ס"ס, ויתכן שדעת מהרי"ו דלס"ס מצטרפת חזקת צדקת שאותה הזכיר המהרי"ו בתחילת התשובה עיי"ש, אך בדבריה של האם שנבעלה לפני הגירושין, אף שאין לה נאמנות שנוכל לפסוק עפ"י דבריה, אך עכ"פ התערעה

"ולפי זה לדין שהאורחין מצויין תמיד בעיר וגם אורחין א"י מצויין, איכא לעולם תרי רובא, וגם בספק מי אזל למי יש להקל"

וכן בשו"ת חלקת יעקב חלק אה"ע סי' י' (במהדורה הישנה ח"ג סי' ו') העלה שבעיר מרובה באוכלוסין שהאורחים מצויין בה יש תרי רובי, ויש להקל אף במקום שהאם לא אמרה דבר להכשיר את הולד.

ולכן גם לדעת הפוסקים הסוברים שאותם קרובים שהאם היא באיסור ערוה עליהם, נידונין כפסולי קהל לענין דין זה, והולד שתוקי ופסול ולא אזלינן בתר רובא, מ"מ יש להכשירו במקום שיש תרי רובי, וה"ה בנידון דידן שהאם דרה בעיר מרובה באוכלוסין והאורחים מצויין בה.

נאמנות האם לפסול את בנה

בנידון שבפנינו, האם טענה שאביו של בנה הוא בעל אחותה, יש לדון האם היא נאמנת בדבריה לפוסלו.

במסכת קידושין דף עד. מבואר שאבא שאל היה קורא לשתוקי בדוקי - שבודקין את אמו ואומרת לכשר נבעלתי. הראשונים דייקו מלשון הגמרא, שהאם נאמנת רק להכשירו ולא לפוסלו. ומצינו שלשה טעמים בראשונים -

א. הר"ן בקידושין (שם) והמגיד משנה בפט"ו מאיסור"ב הי"ב כתבו, מאחר שדבר תורה ספק ממזר כשר, הרי שלהכשיר נאמנת מכיון דהוי דרבנן, האמינוה בדרבנן, אבל לפוסלו ולהתירו בממזרת דהוי בדאורייתא לא האמינוה, וע"ע בב"ש סי' ד' ס"ק לט ובבית מאיר שם.

ב. הריטב"א ונימוקי יוסף במסכת יבמות בסוף פרק אלמנה לכהן גדול כתבו שנאמנת להכשיר מכיון שחזקת הגוף חזקת כשרות מסייעת לה, משא"כ לפסול אינה נאמנת כנגד חזקה זו.

ג. תרומת הדין סי' רסז וחלקת מחוקק סי' ד' ס"ק כה כתבו דחזקת בודקת ומזנה מסייעת להכשיר וסותרת דבריה כשפוסלתו. ודעת הנודע ביהודה המובא בפת"ש סי' ו' ס"ק כא שכן דעת הרמב"ם. וכן עולה מהתוספות במסכת כתובות דף יג, אלא שהפנ"י והבית מאיר כתבו שהפוסקים לא ס"ל כן מדלא חילקו בסי' ו' בין נבעלה ברצון לנבעלה באונס.

מפשטות דברי הראשונים והפוסקים הנ"ל נראה שהאם אינה נאמנת כלל, ואין משקל לדבריה, אלא דינו נקבע בהתאם לשאר הנתונים והעדויות.

אך העומד כנגד זה, הם דברי המהרי"ו ווייל בתשובה סי' עד (המובא בדרכי משה סי' ד' סק"ז ובב"ש ס"ק מג).

מהרי"ו נשאל בדינו של מי שנולד מפנויה, הלידה היתה מספר חדשים לאחר שהתגרשה באופן שקיים ספק האם התעברה בטרם הגירושין או לאחריהן, אלא שאם התעברה בטרם הגירושין הנידון הוא שלא היה מקום לתלות הולד בבעלה.

וכתב מהרי"ו - "ועל הבן יבדקו אותה אם אומרת שלאחר הגירושין נתעברה מכשר נאמנת, דהא הלכה כרבן

ערוה". ולכאורה קשה, שהרי אם בודקין אותה בודקין שתאמר דלא התעברה מלפני הגירושין אלא מכשר ולאחר הגירושין וכמבואר בתחילת דבריו, אך כעת איירי מהרי"ו בכה"ג שלא בדקה, ובוזה כבר כתב לדון להתירה מטעם ס"ס, ומדוע חזר בסוף דבריו להזכיר בדיקת האם. אלא ע"כ צ"ל דהבדיקה שכתב בסוף דבריו היא לעיכובא אף אם רוצים להתירה מכח ס"ס, והיינו עפ"י מש"כ הנהניבות לשבת והאמרי בינה.

ולפי דרך זו יתיישבו דברי מהרי"ו מהקושיא שהקשה עליו בספר ערוגת הבשם להג"ר מיכאל בכרך ז"ל (תלמידו וממלא מקומו של הנודע ביהודה) בסי' ד' ס"ק מג. וז"ל - "קשה לי היאך כתב דבאינה נבדקת הולד כשר מכח ספק ספיקא, הא איכא נמי ספק ספיקא לאידך גיסא לאיסורא, דלמא קודם שנתגרשה נתעברה מישראל ואת"ל אחר גירושין דלמא ממזר או מעריות נתעברה והולד ממנו ממזר, לכן דברי מהרי"ו צ"ע".

לפי דרכם של הנהניבות לשבת והאמרי בינה לא קשה מידי, דבאומרת שלא נבעלה לקרוב או פסול עסקינן, ונאמנת בכך ולכן נשאר ספק ספיקא לקולא.

דרך נוספת בביאור שיטת מהרי"ו, מצינו בדברי הגרי"ש אלישיב שליט"א בתשובה שהתפרסמה בספר קובץ תשובות ח"א סי' קמב, וז"ל - "אין לאם נאמנות כלל לפסול בנה, אלא משום שאי אפשר לתלות בגוי כשהיא מכחשת ואומרת את ההיפך שמיהודי נתעברה ... ובוזה י"ל גם בדברי מהרי"ו דאף כשאינה לפנינו מכשרינן ליה לבא בקהל מטעם ספק ספיקא, ספק לאחר שנתגרשה נתעברה ואת"ל קודם שמא מגוי. מ"מ כשהיא לפנינו ואומרת קודם גירושין ומישראל, אי אפשר להכניס את הגוי בתור ספק ולדון בו מדין ספק ספיקא כשהיא אומרת להדיא דמיהודי נתעברה. ובוזה מדוייקים דברי מהרי"ו במ"ש "ואם כשבודקין אותה אומרת קודם הגירושין נתעברה מישראל, הוי הבן ספק ממזר". ומעתה אי נימא דיש לה נאמנות לפסול את בנה הוה סגיא לי למימר כשבודקין אותה ואומרת קודם הגירושין נתעברה, שוב אין לאיסתפוקי על אחרי הגירושין ואין ס"ס ול"ל להוסיף שהיא גם אומרת מישראל. וע"כ דלאו מדין נאמנות קאתי למפסילי, אלא כיון שהיא אומרת מישראל נתעברה תו אין להכניס את הגוי בספק שמא ממנו נתעברה, וכשהיא אומרת שאחרי הגירושין נתעברה ומישראל, אף שלפי האמור בכה"ג אין להכניס את הגוי בספק, ותו אין ס"ס, מ"מ מתכשר עפ"י דיבורה לחוד, דהא הלכה כר"ג וכמ"ש מהרי"ו שם בתחילת דבריו, עכ"ל.

העולה מדברינו שאף לשיטת מהרי"ו, אין לדברי האם משקל לפוסלו לעשותו ספק ממזר, ודלא כדמשמע מפשטות לשונו של הרמ"א בדרכי משה (ואליבא דפירוש הכתב סופר בדעת הדרכי משה), אלא בכל מקרה יש לדון לגופו האם בלא דבריה יש לפוסלו.

ועיין בשו"ת בנין עולם אה"ע סי' ה' (סק"כ) שהביא דעת הרב השואל שרצה לפסוק כמהרי"ו שהאם נאמנת בדבריה

חזקת צדקת. ואין ללמד למקום אחר שבלא דבריה ההיתר מבוסס על רוב בעילות אחר הבעל כגון באשת איש או על תרי רובי בפנייה דאין צורך לצרף את החזקת צדקת.

וכן מצאתי סברא זו בשו"ת בגדי כהונה (מתלמידו המובהק של האורים ותומים) בחלק אה"ע סי' ב'. על מש"כ מהרי"ו לצרף לס"ס, את הספק שמא מגוי נתעברה, כתב הב"ש סי' ד' ס"ק מג להקשות - "עדיין קשה, אם יש צד לתלות שזינתה עם כותני, א"כ פרוצה ביותר נמי יש ספק ספקא שמא הולד מבעלה ושמא מכותי". וכתב על זה הבגדי כהונה - "מה שהקשה הב"ש שם מפרוצה, י"ל דמהרי"ו לא סמך אספק ספיקא בלבד, כי אם בהצטרפות חזקת כשרות שלא זינתה תחת בעלה אשר תועיל חזקתה גם לולד, משא"כ בפרוצה ביותר שהיא מופקרת לכל כדאיתא בסמ"ג, איתרע חזקת כשרות, ולא סמכינן אספק ספיקא למהוי כתרי רובא".

ולפי סברא זו שעיקר דברי מהרי"ו מבוססים על כך שלס"ס מצטרפת חזקת כשרות, יש לישב דברי מהרי"ו שלא יקשו עליו הקושיות שהבאנו לעיל, וכמו שבארנו.

דרך נוספת בביאור שיטת מהרי"ו נמצאת בנהניבות לשבת סי' ד' ס"ק כג, והסכים עמו בספר אמרי בינה חלק אה"ע סי' ב'. לפי דרכם בנידון מהרי"ו אילו האם היתה שותקת הבן היה נפסל כדין שתוקי, ומחשש שנבעלה לקרוב שהיא ערוה עליו, ורק לאחר שהאם טענה בטענת ברי שלא נבעלה לאחד מהם, ניתן להכשירו מכח ספק ספיקא, אף אם לא טענה שנבעלה לאחר הגירושין. ומש"כ מהרי"ו "ואם כשבודקין אותה אומרת קודם הגירושין התעברה מישראל הוי הבן ספק ממזר דאינה נאמנת לשווייה ממזר ודאי", אין כוונתו דמכח נאמנות האם פסלינן ליה כספק ממזר, אלא מאחר ובלא דבריה הוא ספק, דאפילו אם התעברה לאחר הגירושין עדיין יש לחוש שמא האב הוא קרוב, הרי גם כעת לא גרע מאילו לא אמרה דבר. ומש"כ מהרי"ו "וקרוב הדבר בעיני אפילו לא נבדקה אפילו הכי הבן כשר מטעם ספק ספיקא ספק שמא לאחר שנתגרשה נתעברה ואת"ל קודם שמא מגוי נתעברה", פירשו הנהניבות לשבת והאמרי בינה דאין הכוונה שלא נבדקה כלל, אלא לא נבדקה בשאלת זמן העיבור, אך נבדקה בשאלה האם האב הוא קרוב והאם אמרה שהבן אינו מקרוב שהיא ערוה עליו.

ועיי"ש בנהניבות לשבת שנקטו בלשונם שהאם נאמנת במיגו, אך נראה שכיוונו למש"כ בדעתם, שלא מכח נאמנות אתינן, אלא מכח מיגו שהיתה שותקת לגמרי, וגם כשפוסלתו נידונת כשותקת וממילא פסול.

יש לציין שלולי פירוש זה בדברי מהרי"ו יש קושי במהלך דבריו, שבתחילה קבע שיש לבדוק את האם, ואם אמרה שנבעלה רק לאחר גירושין לכשר הבן כשר, ואח"כ דן לומר - "וקרוב הדבר בעיני אפילו לא נבדקה אפילו הכי הבן כשר מטעם ספק ספיקא". ובסיום התשובה כתב "וכשבודקין אותה בודקין אותה אם נתעברה מאדם שאינו עליה באיסור

ממזר. ולכן ברור לדינא שאין האם נאמנת כלל על בניה אף לא לשוויי להולד בדין ספק ממזר.

מסקנת הדברים - האם אינה נאמנת לפסול את בנה.

נאמנות אדם לטעון שהוא אבי הבן ולפסלו

שנינו במסכת קידושין דף עח: - "האומר בני זה ממזר אינו נאמן ואפילו שניהם אומרים על העובר שבמעיה ממזר הוא אינם נאמנים, רבי יהודה אומר נאמנים". ופסקו כל הפוסקים כרבי יהודה.

ומבואר ברש"י על המשנה (שם), דבתרי גוויי נאמר דין יכיר,

א - אדם נאמן לומר על אדם שהוא בנו ונולד מחייבי כריתות.

ב - אדם נאמן לומר על הבן שילדה אשתו שאינו בנו. וכן דעת הר"ן רבינו יהונתן מלוניל הנימוקי יוסף והמאירי עמ"ס קידושין (שם) וכ"כ ביד רמ"ה עמ"ס ב"ב פרק שמיני סי' קיד. וכן משמעות דברי הרמב"ם בפרק טו מהלכות אסורי ביאה הלכה טו - טז.

לעומת זאת דעת הר"ד מטראני בספר המכריע סי' סד והריא"ז שרק באופן הראשון נאמר דין יכיר. לכאורה יש לקבוע שהבן ממזר מכח אמירת בעל אחות אמו, ונאמן מדין יכיר.

אמנם לדבריו הוא עבר על איסור כרת ואין אדם משים עצמו רשע, ועיין בפני יהושע עמ"ס קידושין (שם) שכתב שהטור והשו"ע השמיטו לגמרי את האפשרות שיוכל לפסול את הבן בטענה שנולד מחייבי כריתות, וכתבו את דין יכיר רק באומר על הבן שאשתו ילדה וטוען שאינו ממנו, והטעם דבכה"ג שטוען שנולד מחייבי כריתות אינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע.

אך עיין בשו"ת שיבת ציון סי' סח שדחה את דברי הפני יהושע וכתב - "יותר יש סברא לומר דמה שאב נאמן לומר על בנו שהוא ממזר היינו דוקא כשאומר שהוא בנו רק שנולד לו מחייבי כריתות, אבל לא כשאומר שאינו בנו כמו שסובר הריא"ז. ולפי"ז לא קשה מידי קושיית הפני יהושע על הטור והשו"ע שהשמיטו הך אופן השני די"ל דכיון שפסקו כשאומר שאינו בנו נאמן לעשותו ממזר שוב אינן צריכין להביא הך כשאומר שנולד לו מחייבי כריתות דזה ידענו מכח ק"ו דמה אם אומר שאינו בנו והוא ממזר נאמן מכ"ש כשאומר שהוא בנו והוא ממזר פשיטא דנאמן". ובנוגע לשאלה דאין אדם משים עצמו רשע כתב השיבת ציון דאיירי כגון שטוען שהיה שוגג, או בכה"ג דחזינן דגם כעת הוא ממשיך לדור עמה והוא רשע לפנינו ובכה"ג נאמן לומר שכבר היה רשע גם קודם.

ואמנם מצינו דעות בראשונים האם נאמן ביכיר לפסול את בנו כשמישים עצמו רשע.

המאירי עמ"ס קידושין (שם) כתב - "נאמן לומר עליו שבנו הוא ושהוא ממזר או בן גרושה ובן חלוצה, ואע"פ

לאשוויי לבן ספק ממזר. אך הבנין עולם בתשובתו לאחר שהביא את דברי הדרכי משה, כתב - "עכ"פ לדינא, כיון שמהרא"י כתב בפירוש דאינה נאמנת אפילו לעשותו ספק ממזר, ודברי מהרי"ו יכולים להתפרש דסובר ג"כ כמותו, מנין לנו לעשות מחלוקת בין הפוסקים בחנם".

וכן כתב בשו"ת מהר"ם בן חביב (בעל הגט פשוט) בסי' יא שהאם אינה נאמנת לפסלו כלל, וז"ל - "ועוד יש לנו לדעת דאפילו לסברת האומרים דהאב נאמן לומר דבנו ממזר, היינו דוקא האב דרחמנא המניה לאב אבל לא האם כדמוכח ממ"ש הרמב"ם פט"ו מהלכות אסורי ביאה דפנויה שנתעברה ואמרה לממזר נבעלתי הולד ספק ממזר, הרי בהדיא דסובר הרמב"ם דאע"פ שנאמנת להכשיר אינה נאמנת לפסול, וכבר כתבו ה"ה והר"ן טעם לדבריו יע"ש. ואין לומר נהי דאינה נאמנת לפסלו ודאי, אבל בספק מיהא יכולה לפסלו, דלא היא דאפילו לעשותו ספק אינה נאמנת. ומש"כ הרמב"ם דהוא ספק ממזר לא הוי מטעם מה שאמרה שנבעלה לממזר משה ליה ספק ממזר, אלא טעמא הוי משום דהוי ספק ממזר כדן השתוקי. איברא דיש חולקים על זה וסוברים דגם היא נאמנת לפסלו כדמוכח ממ"ש הנימוקי יוסף סוף פרק אלמנה לכהן גדול דהיכא דהארוס אומר דהוא בנו והאם אומרת דהוא ממזר דהוי ספק ממזר כיון דבריא ובריא הוא. גם שלטי הגבורים בספ"ק דכתובות כתב בשם ריא"ז דהאם נאמנת לומר דהוא ממזר ויש לו דין ממזר ויכול לישא ממזרת יע"ש. ולכל הסברות יש לומר דאפילו לדעת האומרים דהאם נאמנת לומר דנתעברה מממזר היינו דוקא היכא דאיכא למימר שהיתה שוגגת או אנוסה, אבל היכא דטוענת דנתעברה במזיד מקרובים דמשה נפשה רשיעא לא מהמנא, וכן מוכח ממ"ש נימוקי יוסף בשם הריטב"א ס"פ אלמנה לכהן גדול".

וכן כתב בשו"ת רב פעלים ח"ג חלק אה"ע סי' א', וז"ל - "נמצינו למדים דהאם אינה נאמנת לומר שהוא ממזר, דדוקא לאב נתנה התורה נאמנות לפסול בניו אבל האם אינה נאמנת לפסול בניה, לכן הוי כאילו לא אמרה כלום ... בענין השאלה הנזכרת, שזאת האשה אשר פנויה היתה ונתעברה וילדה, הנה לפ"ד אם אומרת נתעברה מאחי בעלה דפוסלת את בנה, אינה נאמנת ... כיון דאינה נאמנת הוי כאילו לא אמרה כלום בפיסול של בנה. ועל כן כיון דאח"ז נטפלו יחידי הקהל לדבר זה ושאלו אותה מה טיבו של ילד זה וממי נתעברה, ואמרה שנתעברה מן הגוי שהוא כשר אצלה ואינו פסול לה, הרי זו נאמנת להכשיר את הולד".

וכן פסק בשו"ת אגרות משה אה"ע ח"ג סי' ה' ובאה"ע ח"ד סי' כג אות ב' שאין לאם נאמנות, ואף לעשותו ספק אינה נאמנת.

באג"מ הביא את דברי הב"ש בשם מהרי"ו, וכפי משמעות דבריו דהאם נאמנת לפסלו. וכתב האג"מ על דבריו - "לא מסתבר כלל, דאין שום טעם לחלק שתהא נאמנת לשוויי ספק מאחר שאין האם נאמנת לשוויי ודאי

ברייטב"א). וע"ע בשו"ת בנין עולם חלק אה"ע סי' ו' בהג"ה לאות ד'.

ובספר ישועות ישראל סי' לד ס"ק טו כתב "ובזה דאפילו בעל דבר נאמן דאין צריך משפטי עדות, לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע אלא במקום שפוסל עצמו לעדות זו ... ואע"פ שדעת הריטב"א בקידושין פרק עשרה יוחסין בהא דבני זה ממזר דבאומר שבא על ערוה במזיד אינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע, אף דלעדות זו גם רשע נאמן, נראה דרוב פוסקים חולקין על זה, וכ"מ מסתימת דברי הטוש"ע ודו"ק".

העולה מדברינו דלדעת המאירי והריטב"א בתירוצו השני, וכן דעת מהרי"א, הרי דבכל גווי נאמן מדין יכיר אף שמשים עצמו רשע, וכן הכריע בישועות ישראל וכתב שכן מורה סתימת הטור והשו"ע. אך לדעת הרי"א ונימוקי יוסף אינו נאמן אא"כ אומר שהיה שוגג וכ"כ בתשובת שיבת ציון, ולדעת הפני יהושע לכאורה נראה דהטור והשו"ע השמיטו דין זה מאחר ובכל גווי נידון כמשים עצמו רשע ואינו נאמן. ונחזור לדין המשנה בקידושין, לעיל הבאנו שתי דרכים בביאור הנידון במשנה, ועכ"פ מוסכם בראשונים דגם כשאומר על בנו שנולד מחייבי כריתות נאמן מדין יכיר, ויש לדון במאי עסקינן, האם דוקא בזוג נשוי שלאחר זמן טוען הבעל שהוברר לו שאשתו היא קרובתו והיא עליו בחייבי כריתות וממילא הבנים ממזרים, או אף בשאינם נשואים אלא שטוען שבא על קרובתו הפנויה, והבן שילדה הוא בנו וממילא הוא ממזר. דיש לומר דבכה"ג כיון שיתכן שזינתה עם אחר אין דין יכיר.

ונראה שנחלקו ראשונים בדבר זה, בספר המכריע ס"ל דבכל גווי, ואף בבא על פנויה נאמר דין יכיר, אע"פ שעדיין יש ספק שמא זינתה עם אחר.

לשיטתו יסוד זה מפורש בסוגיא בקידושין. בדברי חכמים החולקים על רבי יהודה ולית להו דין יכיר נאמר בגמרא שאינם נאמנים בין האב ובין האם - "דלא מיבעיא איהו דלא קים ליה, אלא אפילו איהו דקים לה לא מהימנא". וכתב בספר במכריע - "ואמרת פירוש הגמרא כך הוא, לא מבעיא איהו דלא קים ליה כי שמא כמו שזינתה האשה הזו עמו שיש בה כרת כך זינתה עם אחר ואינו ממזר, בין בא עליה בזנות בין בא עליה בקידושין דהא קידושין דידיה אינן קידושין שאין קידושין תופסין בחייבי כריתות והויא לה פנויה".

בהמשך דבריו מוכיח הרי"ד את שיטתו דהמשנה לא איירי באומר על בן אשתו שאינו בנו, דבכה"ג לא נכון מה שנאמר בגמרא דאיהו לא קים ליה, שהרי יכול לומר שקים ליה שאינו בנו מכיון שכבר פרש מאשתו זמן רב.

עכ"פ מבואר בספר המכריע, דלדין דקיי"ל כרבי יהודה, אדם שבא על קרובתו הפנויה, נאמן לומר על הבן שנולד שהוא בנו ממזר, אף שלא קים ליה ויתכן שזינתה עם אחר. לעומת זאת, בתשובת הרא"ש (כלל פב סי' א') מפורש להיפך מספר המכריע.

שאינן אדם משים עצמו רשע, גזירת הכתוב הוא מדכתיב יכיר".

לעומת זאת, הרי"א (בשלטי הגבורים במסכת קידושין דף עח.) כתב, וז"ל - "נאמן האב לומר על בנו בני זה ממזר הוא שאשה שנשאתי היתה ערוה אצלי ולא הכרתי בה עד עכשיו".

אך יש מקום לעיין בדברי הרי"א, מדבריו אלו מבואר שאינו נאמן אא"כ יאמר בפירוש שלא הכיר בה עד עכשיו שהיא ערוה אצלו, ובהמשך דבריו כתב - "ואף כשהאמינתו תורה לאב לא האמינתו אלא כשהוא אומר שהוא בנו אלא שנולד בפסול שאמו היתה אסורה עליו משום איסור אחר ושמא לא הכיר בה עד עתה". מדויק מלשונו, שאף אם אומר בסתמא שהוא בנו מחייבי כריתות אמרינן דשמא שוגג היה, ורק אם אומר בפירוש שהיה מזיד אינו נאמן.

ובחי' הריטב"א עמ"ס בבא בתרא דף קכו: על המבואר בגמרא שם שכהן נאמן לומר זה בני בן גרושה וחלוצה לעשותו חלל, כתב את שתי הדרכים, וז"ל הריטב"א - "וא"ת היאך נאמן לשום עצמו רשע שנשא גרושה או חלוצה. י"ל כגון שאמר שוגג הייתי. אי נמי גזירת הכתוב שיהא נאמן, ואולי שאינו נאמן על עצמו דפלגינן דיבוריה כההיא דפלוגי רבעני לרצוני".

ועי"ש בנימוקי יוסף (דף נו. בדפי הרי"ף) שהביא רק את התירוץ הראשון של הריטב"א, דמייירי באומר שוגג הייתי, ומבואר שאינו מסכים עם התירוץ השני ודלא כמאירי.

והנה בשו"ת מהרי"א ענין סי' לה הביא את דברי נימוקי יוסף בשם הריטב"א שאינו נאמן כמששים עצמו רשע, וכתב - "לולי דמסתפינא מרבתינו הריטב"א והנימוקי יוסף ז"ל הוי אמינא דאפילו אמר מזיד הייתי נאמן לענין הכרה, דהא דאין אדם משים עצמו רשע הוי טעמא משום דאדם קרוב אצל עצמו ופסול לעדות כמו שפרש"י פ"ב דכתובות ובכמה דוכתי, וגבי הכרת האב הרי קרוב הוא אצל בנו ואינו בתורת עדות לשאר דברים. וע"כ צ"ל דגזירת הכתוב הוא בהכרת הבן שיהיה קרוב ומעיד, ומה לי קורבא אחת ומה לי ב' קורבות ... וכי היכי שהכשירה תורה אותו אע"ג שהוא קרוב אצל בנו, ה"ה במה שקרוב לעצמו. עוד אפשר לומר דפלגינן דיבוריה, בזה שאמר מזיד הייתי לא מהימן לגבי נפשיה ואמרינן שהיה שוגג וסבר היה שאינה אסורה עליו. עוד אפשר לומר לפי מש"כ התוס' פ"ק דב"מ גבי מה אם ירצה לומר מזיד הייתי דנאמן מפני שעושה תשובה ואינו רוצה להביא חולין לעזרה, אלמא היכי דמתכוין לאפרושי מאיסורא שלא יתוסף איסור אחר על האיסור הנעשה אמרינן לתשובה קא מיכון ונאמן אפילו על עצמו. הכי נמי באומר בני זה בן גרושה או ממזר מכיון לאפרושי מאיסורא שלא יתערבו בקהל ובכהונה".

(מההרי"א לא ראה את חי' הריטב"א שהודפסו רק לאחרונה, אלא רק כפי שהובא בנמוקי יוסף התירוץ הראשון בריטב"א, ואמנם מהרי"א בדבריו כיון לתירוץ השני

שהוכיח כן מהסוגיא בפ"ק דחולין. ובסי' קנו בביאור הגר"א ס"ק כט הוסיף להוכיח כן מהגמרא במסכת מכות דף כג: גבי יהודה ותמר שתמהו בגמרא מנא ידע שההריון ממנו, והיינו מכיון שליכא רוב בעילות אחר הבעל.

וע"ע בפת"ש סי' ד' ס"ק לא, במה שהביא משו"ת שיבת ציון סי' סו באלמנה שיש לה בנים שילדה ואמרה שהבן מאחי בעלה והלה מודה, והעלה שהבן פסול לבא בקהל ודעתו נוטה שהוא ודאי ממזר.

אך המעיין בתשובה עצמה יראה, שלא מכח אמירת אחי בעלה פסל את הולד, אלא עיקר סמיכתו היא על כך שהיתה הוכחה גמורה שהולד ממנו, מאחר שנישאו זה לזו (אף שהקידושין לא תפסו), ודרו יחד והאשה לא דיימא מעלמא. ואדרבה מתשובה זו של השיבת ציון עולה דבכה"ג דליכא הוכחה מעלייתא כזו, אין לפסול הולד עפ"י דבריהם בלבד, וכדעת הר"א"ש בתשובה.

העולה מדברינו שלדעת הרי"ד מטראני בספר המכריע והפני יהושע (וכן משמעות דברי רע"א בדעת רש"י), בנידון שאדם בא על קרובתו שהיא עליו ערוה, וילדה, נאמן מדין יכיר לומר שהולד הוא בנו והוא ממזר. אבל דעת הר"א"ש המ"מ והרי"א"ז שאם שיתכן שזינתה עם אחר, דהיינו בבא על פנויה, אין זו הכרה ברורה שנאמר עליה דין יכיר. וכן נקטו לדינא הרע"א הגר"א ובשו"ת שיבת ציון.

מצינו שיטה נוספת הסוברת שלא מטעם שאין הכרתו ברורה אתינן עלה, אלא שלא נאמר דין יכיר רק על מי שמוחזק כבנו ולא על מי שאינו מוחזק כבנו.

בשו"ת אגרות משה חלק אה"ע ח"ד סי' כג הביא את דברי הרמב"ם בפט"ו מאיסור"ב הט"ז שכתב - "האב שהוחזק שזהו בנו ואמר בני זה ממזר הוא נאמן". ודייק האג"מ דבעינן שהבן יוחזק כבנו והיינו שגדל בביתו עם אמו שהיא אשתו, ואחרי שהוחזק כבנו נאמן לפוסלו, אבל כשלא גדל אצלו כבנו בביתו אין כלל נאמנות מדין יכיר.

וכ"כ בספר אמרי משה (להג"ר משה סאקאלאבסקי ז"ל) בסי' יא כתב, וז"ל - "דלא האמינה תורה רק לאב לומר שבנו ממזר, והיינו היכא שידעינן שהוא אב, ובלא אמירתו היינו מחזיקים אותו לבנו, שידעינן שאשתו הולידתו והיינו מחזיקים ודאי שהוא אביו והוא בנו, ואז נאמן לומר שממזר הוא ... אבל כשאומר אחד על איש מן השוק שאין אנו מכירין אותו ולא ידעינן כלל שהוא אביו, ויאמר זה בני ממזר הוא שבאתי על ערוה, בזה לא מהימן לענ"ד. דמנא ידעינן כלל שהוא אביו, ומהיכא תיתי יהא נאמן לפוסלו. דדוקא לאב האמינה תורה לפוסלו, אבל למי שלא ידעינן שהוא אב, מנ"ל דמהימן שהוא אביו", עכ"ל האמרי משה.

ועי"ש באג"מ ובאמרי משה שבארנו שבענין זה, חלוק דין יכיר לענין נחלות מדין יכיר לענין יוחסין.

וכן כתב בשו"ת בנין עולם חלק אה"ע סי' ו' בהג"ה לאות ד', וז"ל - "עוד היה נלע"ד דלשיטת ריא"ז הא דאב נאמן על

הרא"ש דן בעובדא שפנויה דרה בביתו של אדם בלא חו"ק, וכשילדה בן אמר שהוא בנו. וכתב הר"א"ש שאין לדונו כבנו עפ"י דבריו, ול"ש כאן דין יכיר.

וח"ל הרא"ש - "בנידון זה אפילו במיגו לא מהימן דאיהו גופיה לא ידע בודאי, דשמא גם אחר בא עליה, אלא דאמר בדדמי ... אנן סהדי דאיהו לא ידע בודאי שהוא בנה שהרי לא היתה חבושה עמו בבית האסורין משעת ביאה ועד שילדה, ולא דמי לאשת איש דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל, אבל בביאת זנות איכא למימר כמו שהוא בא עליה בזנות גם אחרים באו עליה, אבל בדדמי אמר שהוא בנו מספק כי אי אפשר לו לידע בודאי, הלכך אין כאן מיגו דהו"ל מיגו במקום עדים דאנן סהדי שאינו יודע האמת", עכ"ל הרא"ש.

בסיום דבריו הרא"ש פסק לדונו כבנו, אך לא מכח דבריו, אלא מפני שדרה בביתו והיתה דיימא מיניה ולא דיימא מעלמא.

וכן מבואר במגיד משנה בהלכות איסור"ב פט"ו הי"ב שכתב גבי פנויה שילדה ואמרה שהבן מפלוני ממזר, שפסק הרמב"ם "אפילו אותה פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הולד ספק ממזר", והוסיף המ"מ - "שהרי הוא עצמו אינו יכול לידע, דשמא זינתה עם אחרים והוא לא ידע, ואין זה אב שיהא לו היכר, וחשש זה נזכר בגמרא בכיוצא בזה".

וכן דעת הרע"א המובא בפתחי תשובה סי' ד' ס"ק כט דכל דיש ספק שמא זינתה עם אחר, אינו נאמן מדין יכיר.

הרע"א בתשובה בח"א סי' קכח כתב "ובאמת י"ל דמתניתין דקידושין דף עח: עח: רבי יהודה אומר נאמנים דלא קאי ארישא, כיון שאפשר שזינתה עם אחרים לא מקרי הכרה ברורה, אבל רש"י לא כתב כן". (מבואר שהרע"א נקט בדעת רש"י שאינו סובר כסברת המ"מ).

מדברי הרע"א עולה שסבר בשיטת המ"מ והרא"ש דאין מקום להכרח שכתב ספר המכריע לשיטתו (כפי שהובא לעיל), וי"ל דרבי יהודה פליג רק אסיפא וס"ל דכיון שיש הכרה ברורה נאמן מדין יכיר.

וכן נראה שדעת הרי"א"ז כרא"ש והמ"מ. הרי"א"ז המובא בש"ג בקידושין כתב - "נאמן האב לומר על בנו בני זה ממזר הוא שאשה שנשאתי היתה ערוה אצלי ולא הכרתי בה עד עכשיו".

מדלא נקט גם בכה"ג שטוען שבא על פנויה וילדה ולא הכיר בה שהיא ערוה וכעת נודע לו שהבן שילדה לו הוא ממזר, משמע דבכה"ג מכיון שיש ספק שמא זינתה עם אחר, אין הכרה ברורה ואין דין יכיר.

וכן מצינו ששיטת הגר"א היא שדוקא במקום שיש רוב בעילות אחר הבעל, נאמרה ההלכה שנאמן מדין יכיר. הגר"א בסי' ד' ס"ק נו באר דין פנויה שילדה שאינה נאמנת לומר שהולד מפלוני ממזר, ואף אם אותו ממזר מודה שהולד ממנו אינו נאמן. ומבאר הגר"א שרק במקום שאומרים, רוב בעילות אחר הבעל, נאמן מדין יכיר, אך לא בפנויה, ועי"ש

מחזיקים אותו לבנו, לכן גם עפ"י דין אינו נידון כבנו. ואמירתו אינה מועילה לעשותו כבנו. (הנצי"ב ציין שבשו"ע סי' קנו ליתא התוספת הנ"ל שברמב"ם).

הרי שלפי דרכו של הנצי"ב, שתי הדרכים שכתבנו לבאר מדוע אין כאן דין יכיר, הן שיטת השו"ע לעומת שיטת הרמב"ם. ודעת הגר"א בביאוריו ס"ק נו מתפרשת כשיטת הרמב"ם. והנ"מ בין השו"ע לרמב"ם תהיה כשהבועל טוען שלא זוהו ידו מתוך ידה וטוען בודאות שהבן ממנו, דלשו"ע נאמן מדין יכיר ולרמב"ם אינו נאמן כל עוד הבן אינו מוחזק כבנו.

וע"ע בספר נתיבות לשבת סי' ד' סעיף כט, שכתב - "מלשון הרמב"ם ושו"ע סעיף כו אפילו אם אותו פלוני מודה שנבעלה לו כשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר, משמע דאם הוא מעיד שלא זוהו ידו מתוך ידה הוא נאמן, וע"כ הוא מהאמנת האב, דאל"כ למה יהיה נאמן כיון דאיכא חזקת כשרות וכ"ש היכא דאיכא רוב כשרים. וע"כ הא דנאמן לעשותו ממזר ודאי דלדעת הה"מ הוא איסור דאורייתא, וע"כ משום שהתורה האמינתו לאב לומר שהוא בנו". לדברינו בשם הנצי"ב, יש להעיר על כך שכלל את הרמב"ם והשו"ע בחדא מחתא ולא עמד על הבדלי הלשונית שבדבריהם.

העולה מדברינו - בנידון דידן אין להאמין לבעל אחות האם מדין יכיר. או מכיון שאין כאן הכרה ברורה, שהרי יתכן שזינתה עם אחר. או מכיון שהבן אינו מוחזק כבנו ובכה"ג לא נאמר דין יכיר, ולכן מכיון שלא דיימא מיניה וכפי הנראה דיימא מעלמא, אין לפסול את הבן, דהרא"ש והשיבת ציון פסקו לדונו כבנו רק כשדימא מיניה והיו רגלים לדבר שהוא אביו, גם בלא דבריו.

כיצד להתניחס לכך שהבן החזיק עצמו כבנו של בעל אחותה יש לדון בשאלה זו משתי פנים, הן מפני שהיה מוחזק בעיני הסביבה, והן ממה שחתם שם משפחתו כשם בעל אחות אמו.

מצד המוחזקות של הסביבה, לפי העדות שהתקבלה בבי"ד, אין זה ברור שאכן החזיקוהו כבנו, אך אף אם המציאות תתברר שאכן החזיקוהו כבנו, יש לדון בזה.

בשו"ת מלמד להועיל ח"ג סי' ב' דן בשאלה כזו ממש, וז"ל - "פנויה ילדה בן, והעם מרננים אחריה שנתעברה מבעל אחותה בחיי אחותה והבן הוא ממזר, ובעלה נשא אותה פנויה לאשה והעיד בערכאות שבנה שילדה הוא ממזר, והכיר אותו שיהא חשוב כבנו (לעגיטימירט)".

הרב השואל, הג"ר זלמן במבערגער ז"ל אבד"ק זענהיים, דן מכיון שאמו ובעל אחותה החזיקוהו לבנם הרי שסוקלין ושורפין על החזקות, ואף לא יוכלו לחזור בהם באמתלא. אבל המלמד להועיל סבר, דכיון שיש ספק שמא זינתה עם אחר, ואילו מת, אשתו צריכה חליצה מספק, הרי שמעולם לא נתחזק זה לודאי בנו.

בנו לומר שהוא ממזר מחייבי כריתות, היינו שידוע לנו בלא"ה שהוא אביו והוא כרוך אחריו, ודר עם אמו כדרך איש ואשה. אבל אם באו שנים ממדינת הים ולא היינו מכירים אותם מעולם, ואמר עליו זה בני וממזר הוא, אינו נאמן עליו לפוסלו. דלא מצינו שנתנה לו תורה נאמנות אלא בידוע לנו בלא"ה שהוא אביו, על זה נאמן לומר שאמו אצלו באיסור ומחייבי כריתות נולד, אבל לא בכה"ג. והכי דייק לישנא דמתניתין, דתנן בני זה ממזר הוא כו', משמע דידוע בלא"ה ומוחזק שהוא בנו, ולכן נתנה לו תורה נאמנות, משום דרמיא עליה למידק. אבל לא באם לא נודע שהוא בנו, אין נאמן עליו לפוסלו, דעד אחד אינו נאמן לפסול אדם, כמ"ש בכ"מ אין ערער פחות משנים, ואפשר שאפילו שאר פוסקים מודים בזה שכולם לא כתבו אלא במי שהוא מוחזק לבנו, עכ"ל הבנין עולם.

וע"ע בשו"ת משיב דבר ח"ד סי' יד שבתוך דיונו על השאלה האם בפנויה שזינתה יש לחוש שכשם שהפקירה נפשה פ"א כך הפקירה בפעמים אחרות, כתב שיש הבדל בין לשון השו"ע סי' ד' סכ"ו ללשון הרמב"ם. בשו"ע נאמר שאפילו אם אותו פלוני ממזר מודה לפנויה שנבעלה לו, אפ"ה הולד רק ספק ממזר ולא ודאי, שכשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר. ומבאר הנצי"ב בתשובתו שם - "משמע שהטעם שאינו ממזר משום שגם האב אינו יודע שהוא בנו, שהרי אפשר שזינתה עם אחר ג"כ. ולפי"ז אפילו היו עדים שנבעלה לממזר, אינו ממזר מזה הטעם, שאפשר שזינתה ג"כ עם אחר. אבל אם היה הממזר יודע בברור שממנו נתעברה, שלא זו ממנה, באמת הולד ממזר ודאי".

דהיינו, לשיטת השו"ע אליבא דהמשיב דבר, הכל תלוי אם הכרתו ברורה וודאית.

ומוסיף המשיב דבר - "אבל הרמב"ם כתב בזה"ל אפילו הממזר מודה שהוא ממנו הרי זה הילוד ספק ממזר, כשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר, משמע אפילו הממזר אומר שברור שהולד הוא ממנו אינו נאמן. וכ"כ הגר"א בביאוריו שו"ע דלא מהמנינן אלא להחזיקו בכשרות. אבל א"כ אינו מובן הלשון כשם כו', ונראה דה"פ, דכלפי דנ"ל מדכתיב בן השנואה יכיר, שנאמן אדם לומר בני זה ממזר, וא"כ אמאי אין הממזר הבועל נאמן לומר שהוא בנו וממילא יהיה ממזר, אבל אינו קשה כלל, שאין האב נאמן לפסול את בנו אלא באם הוא מוחזק שהוא בנו, וכ"כ בפירוש ברמב"ם שם הלכה טו אבל האב שהוחזק שהוא בנו ואמר בני זה ממזר הוא נאמן, משא"כ כאן לא הוחזק כלל שהוא בנו, שהרי העולם סבורים שאפשר שזינתה עם אחר ג"כ וא"כ אינו בחזקה שהוא בנו משום הכי אינו נאמן". ועי"ש בהמשך דבריו שבאר עפ"י את לשון הרמב"ם בהלכות יבום (פ"ג ה"ד) שמי שזינה עם פנויה הבן אינו פוטר מיבום דשמא זינתה עם אחר, והוסיף הרמב"ם "ומאין יודע שזה בנו ודאי והרי אין לו חזקה אלא לעולם ספק הוא". והיינו דמכיון שהעולם מסתפקים בדבר שמא אינו בנו ואינם

ועיין בחזו"א חלק אה"ע סי' א' סק"ו מש"כ בביאור שיטת הרמב"ם, ובתוך דבריו כתב החזו"א וז"ל - "הכא באמר לענין הולד, ומיהו באמר על אחד שהוא בנו מאשתו כשהוחזק לו יום ונתאמת בלב כל אנשי העיר שהוא בנו, פוטר הבן את אשת אביו מטעם חזקה. אבל הכא לא הוי הנהגה מדרך כל הארץ ואינו מתאמת לעולם אם הוא בנו, אף אם יגדלנו כבנו, וזה שהאריך הר"מ שאין לו חזקה והוא ספק לעולם. ולפי"ז מתפרש לשון הר"מ כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחרים, היינו שאין אנו מאמינים לו שבא עליה ואפשר שזינתה מאחרים ... במקום שהוא נאמן ומתאמת ביאתו, אין אנו חוששין שמא באו לה גם אחרים, אבל אם אינו נאמן שוב לא שייך לתלות בו, והוא ואחרים שוין".

מבואר בחזו"א שאף אם יגדלנו כבנו לא מהני, ואין זו חזקה שיוחזק כבנו.

ונראה לסייע לסברא זו, שאין לדון כאן דין סוקלין על החזקות, מחמת חזקה זו שהבן לכאורה הוחזק כבנו של גיס האם. דחזקת אב ובנו או אב ובתו אינה חזקה היכולה להתקיים אלא על סמך התנהגות של האב כאבי הבן או הבת, ובלא הלכה זו שרוב בעילות אחר הבעל, אף אם האב יחזיקנו כבנו הוי חזקה בטעות ואין מתחשבין בה, וכמו שיבואר להלן. במסכת חולין דף יא: מבואר בגמרא - "מנא הא מילתא דאמור רבנן זיל בתר רובא ... רב מרי אמר אתיא ממכה אביו ואמו דאמר רחמנא קטליה, וליחוש דילמא לאו אביו הוא, אלא לאו דאמרינן זיל בתר רובא, ורוב בעילות אחר הבעל. ממאי דילמא כגון שהיו אביו ואמו חבושין בבית האסורין, אפילו הכי אין אפוטרופוס לעריות".

והרמב"ם בהלכות איסורי ביאה פ"א הלכה כ' כתב - "מי שהוחזק בשאר בשר דנים בו על פי החזקה אע"פ שאין שם ראייה ברורה שזה קרוב ומלקין ושורפין וסוקלין וחונקין על חזקה זו ... ראייה לדין זה, מה שדנה תורה במקלל אביו ומכה אביו שיומת, ומנין לנו ראייה ברורה שזה אביו, אלא בחזקה, כך שאר קרובים בחזקה". ויש מקשים שבגמרא מבואר שממכה אביו ילפינן דאזלינן בתר רובא, והרמב"ם כתב דמהא ילפינן דאזלינן בתר חזקה. וכתב בספר סדרי טהרה סי' קפה סק"א דבמכה אביו אין הורגין אלא בדאיכא תרתו, גם רוב בעילות אחר הבעל וגם הוחזק כבנו, אבל אם אין אלא הוחזק, אנו אומרים שהוחזק בטעות.

וז"ל הסדרי טהרה - "הא דאמרינן בש"ס רוב בעילות בבעל, דוקא שידעינן בודאי שנוהג עמה כבעל ובא עליה בכל עת, או אמרינן דאזלינן בתר רובא. אך זה גופא לא ידעינן, אף כשנשאה בפנינו על ידי חופה וקידושין, מ"מ לא ידעינן אם נהג עמה כדרך אישות ... אלא מחמת החזקה שנוהג עמה כאיש עם אשתו בשאר מילי מסתמא בעל, וזו מיקרי חזקה. וכי תימא דילמא משום חזקה לחוד כיון שנהג עמו כאב מסתמא זה הוא בנו, ומנ"ל דאזלינן בתר רובא לחודא. ז"א, דבשלמא אי קים ליה לאב שזהו בנו ואנן חזינן במה שמתנהג עמו כאב שפיר מיקרי חזקה. אבל אי איהו

בנידון באותה תשובה התיירו שני הגאונים הללו על סמך שלבסוף התברר שהבן לא החזיק עצמו בשמו כבן בעל אחות אמו אלא בשם בן אברהם. עכ"פ דעת המלמד להועיל שאין לדון דין סוקלין ושורפין על החזקות במקום כשהחזקה מבוססת על נתונים כאלו שבית הדין לא יקבל אותם כהוכחה גמורה לכל מילי, כגון שלא יפטר אשה מחליצה. וז"ל המלמד להועיל - "מה שהעיר ... הרי סוקלין ושורפין על החזקות. אמנם נלע"ד דאף אחרי עדות הבעל והאשה אין כאן חזקה כלל מעיקרא, דהרי פסקינן בסי' קנו סעיף ט' מי שזינה עם אשה וכו' ואמר זה העובר ממני ואפילו ה' מודה לו הרי זה ספק וחולצת ולא מתייבמת, וא"כ מעולם לא נתחזק זה לודאי בנו ואילו מת היתה אשתו צריכה חליצה, ולא דמי לסוקלין ושורפין על החזקות. נוסף לזה שהבעל והאשה לא העידו כן בפני בי"ד של ישראל, ואפשר שאם היו בי"ד של ישראל מזהירים אותם שלא יעידו אלא האמת דיש נ"מ לענין איסורים, גדולים לא היו מעידים כן", עכ"ל.

ויש מקום להביא כאן מש"כ הרדב"ז בתשובה חלק ג' סימן תתקס"א. הרדב"ז דן במי שנולד מפנויה שהתעברה ותלתה הולד בפלוני. וכתב הרדב"ז לדון האם הבן מתייחס אחר אותו פלוני, לענין יבום וחליצה ושאר דברים.

וז"ל הרדב"ז - "ולענין הכאת וקללת אביו, בנ"ד פשיטא דפטור, מספיקא לא קטלינן ליה. אבל היכא דאינה חשודה עם אחרים, יש להסתפק אי דמי לתרומה וליבום וקטלינן ליה, או דילמא לא קטלינן ליה אלא בראיה ברורה. דאע"ג שזה גדל בחזקת שהוא בנו וקיי"ל דסוקלין ושורפין על החזקות, הנ"מ חזקה שלא באה מחמת ספק כהיא דאמרינן מעשה באשה אחת שבאת לירושלים ובנה מורכב על כתפה וגדלתו בחזקת שהוא בנה ואח"כ בא עליה וסקלוה וכו'. אבל הכא שהחזקה באה מכח ספק שלא גדל זה בחזקת שהוא בנו אלא מפני שהודה שהוא בנו, אבל הספק ידוע הוא אצלנו, בכי האי מספקא לי אם נהרג על קללתו והכאתו. וכיון דהאידינא אין דנין דיני נפשות, לא נפקא מינה מידי, לא הארכתני בו עד יבוא מורה צדק".

ובספר קובץ תשובות להגרי"ש אלישיב שליט"א ח"א סי' קמא כתב - "ואף שבנ"ד גדל בחזקת שהוא בנו וסוקלין ושורפין על החזקות, כבר כתב הרדב"ז בתשובה ח"ג סי' תתקס"א, דהנ"מ חזקה שלא באה מחמת ספק, אבל כשהחזקה באה מכח ספק אין זה חזקה".

וכן מצינו בחזו"א שכתב כסברת המלמד להועיל. דברי החזו"א מתייחסים למש"כ הרמב"ם פ"ג מיבום ה"ד. הרמב"ם כתב - "מי שזינה עם אשה, בין פנויה בין אשת איש ונתעברה, ואמר זה העובר ממני הוא ואפילו היא מודה לו, אע"פ שהוא בנו לענין ירושה הרי זה ספק לענין יבום. כשם שזינתה עמו כך זינתה עם אחר ומאין יודע הדבר שזה בנו ודאי והרי אין לו חזקה. אלא לעולם ספק הוא ולהחמיר דנין בו, וחולצת ולא מתייבמת".

דוקא במאמינו וסומך בדעתו עליו, ולא במאמינו מפני שחושד באשתו. והטעם, שאם הוא מאמינו על יסוד ראייה שחז"ל קבעו שאינה עילה לאסור אשה על בעלה, אין כאן שויה אנפשיה חד"א. וע"ע באג"מ אה"ע ח"ג סי' ל' ענף ב' שהאריך בסברא זו שלא מועיל לקבוע שויה אנפשיה חד"א, כשמתבסס על מה שחז"ל קבעו שאין לו משקל ראוי לאיסור.

ולכן בנידון דידן שהבן מתבסס בהשערתו על מה שחושב שיש דמיון חיצוני בינו לבין בעל אחות אמו, מכיון שהוא מתבסס על דבר שלדעת חז"ל אין בו משקל הלכתי, אין לדון בו דין שויה אנפשיה חד"א. (לדמיון חיצוני אין משקל בהלכה כמו שעולה ממדרש רבה נשא פרשה ט', וכמו שהוכיחו בפד"ר כרך ב' עמ' 123 מתשובת הגאונים ומשורת מהרש"ם ח"ג סי' קסא). ואכן בביה"ד, לאחר שהובהר לו שיש ספק שמא גיס אמו אינו אביו, הוא אכן קבל את הדברים, וראה את הדבר כספק. ועיין בט"ז אה"ע סי' קטו ס"ק יא שכתב - "במקום ... דמהימן ליה כבי תרי ... יכול לומר אף על גב שאמרתי שמהימן לי, חזרתי מכך, וזה דבר המסור ללב ... בדין אדם אין יכולים לדונו דאין אדם יודע מה שבלבו של חבירו, אלא הוא עצמו צריך להיזהר מדין שמים ששם יודעים מה בלבו ... בסי' קע"ח לא מיירי אלא מדין עצמו, כיון שיודע האמת צריך לעשות כן".

ואחר כך מצאתי כעין זה בתשובת הגרי"ש אלישיב שליט"א (קובץ תשובות ח"א סי' קמא), שהביא מתשובת הרשב"א סי' תתל"ז שכתב "אם שתק זה הסומא מלמדני אותו שלא להאמינו", וכן הביא מדברי הט"ז, עיי"ש.

מסקנת הדברים, יש להתיר את המבקש, מאחר שאין בכח דברי האם וגיסה לפסול את הבן, ובהתחשב שהאם התגוררה בעיר גדולה שיש בה תרי רובי של כשרים, וכפי המבואר לעיל.

גופיה לא קים ליה, אנן מנא ידעינן, דילמא איהו טעה וסבר שהוא בנו ומשום הכי מתנהג עמו כאב עם הבן, ובאמת זינתה אמו עם אחר. א"ו דאזלינן בתר רובא ואיהו ידע שרוב בעילות עמו, ואנן חזינן שמתנהג עמו כאב ומחזיקו לבן מיקרי שפיר חזקה, ותרתי מוכח. אח"ז שמעתי שכתב כעין זה בספר תבואות שור". עכ"ל הסדרי טהרה.

דברי התבואות שור שציין להם הסדרי טהרה, נמצאים בספרו בכור שור בחי' עמ"ס קידושין דף פ. וז"ל - "אע"ג דראינו האב נוהג עמו כאב עם בנו, מ"מ דילמא אביו גופיה טעה ומנ"ל דלא זינתה אשתו, אלא ש"מ דאזלינן בתר רובא ורוב בעילות כו". ומבואר בדבריו, דבלא האי רובא דרוב בעילות בבעל, לא סגי במאי דמוחזק כבנו ונוהג עמו כבנו, אלא אמרינן שמא טועה הוא וממילא אינה חזקה.

דברי הסדרי טהרה הובאו בחתם סופר אה"ע ח"א סי' מא, וכ"כ בחת"ס חלק יו"ד סי' שלח, ובשורת חוט המשולש סי' י' ובשורת דברי מלכאל ח"א סי' עה.

ומה שהבן מעלה את שם משפחתו כשם בעל אחות אמו וכך חותם - לכאורה יש מקום לאוסרו מדין שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא, וכמבואר בשו"ע סי' ד' סעיף ל'.

ועיין בשו"ת עבודת הגרשוני סי' קיא (הובא באוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קד אות טז), באשה שלאחר כמה שנים שבתה הוחזקה ככשרה, טענה שבתה נולדה מחייבי כריתות. והעלה שהאם אינה נאמנת, אך הוסיף - "אמנם אם הבת מאמינה בלבה לאמה כבי תרי, הדבר צ"ע". ונראה ככוונתו שמסתפק מכיון שהבת מתבססת על אמירת האם, דהיינו על אמירה שאין בה ממש על פי ההלכה, י"ל שבכזה"ג לא אמרינן דשויה אנפשיה חד"א. וכעין שמצינו ברמ"א באה"ע סי' קטו סעיף ז' בשם מהרי"ק שאם עד אחד מעיד שאשתו זינתה והבעל מאמין לו וסומך עליו כבי תרי נאמן, והוסיף מהרי"ק -

סימן ה

בירור הלכה בשאלת ממזרות

סיון תשנ"ח

כעת הופיעה בפני ביה"ד הבת ד. ילידת שנת תשל"ב לבירור מעמדה. הנ"ל עומדת לפני נישואין ומבקשת היתר להנשא. בתעודת הזהות שלה לא נרשם שם האב, ועקב כך, הרב רושם הנישואין הודיע לה כי עליה להגיע לבית הדין לבירור היתר נישואיה.

הנ"ל סיפרה בבית הדין כי לה אח בשם ה. הצעיר ממנה בשנה וחצי, שניהם גדלו אצל אמם ב. ולא ידוע להם מי הוא אביהן. לדבריה לא היה להם כל קשר עם א. ולא התייחסו אליו כאביהן. וגם לאחר פטירתו של א. בשנת תשמ"ד, כשהבת היתה בגיל אחד עשרה היא לא השתתפה ב"שבעה" או באזכרה וכיוצ"ב. ולמעשה לא התייחסה

פרטי העובדות

בפנינו שאלה חמורה של היתר לבוא בקהל של אח ואחות. ולהלן פרטי העובדות הידועות לבית הדין. לפני כחמש שנה נישאו א. וב. בחז"ל. הבעל א. בטרם הנישואין היה גרוש ללא ילדים והיה בגיל שלושים ושמונה, והאשה היתה בחורה בגיל ארבע עשרה. לדברי ב., בעלה היה נשוי שלוש פעמים בטרם נשאה ומכל שלושת הנשים לא היו לו ילדים. לפני שלשים וחמש שנה בני הזוג עלו לארץ והתגוררו בעיר ג. בני הזוג התגרשו בביה"ד בצפת בשנת תשמ"ב.

והיא אסורה לבעלה. כל הזמן הבעל סרב לתת גט לאשתו - כעת מסכים הוא לתת גט ונבצע את הגט.

על החלטה זו חתומים שני הדיינים שנכחו בדיון. הצדדים הוזמנו ליום כד סיון תשמ"ב לסידור הגט. בדיון השתתפו בני הזוג וכן עובדת סוציאלית. וכך נכתב בפרוטוקול - "הזוג הופיע - ההסכם הוקרא. הבעל: אני רוצה לתת גט לאשה. כמעט 10 שנים שאנו בנפרד. אין כל תביעות רק סידור גט. האשה: אני רוצה ומסכימה לקבל גט מבעלי. יש לי דירה משלי. אני מצהירה שאין לי תביעות כספיות נגד בעלי ואני מוותרת על הכתובה.

עו"ס ... - ברור שיש לסדר את הגט מאחר שזה מזמן היה הכרח לעשותו - אין כל בעיות".

בשולי העמוד חתומים בני הזוג והעו"ס הנ"ל. בסיום אותו דיון, נכתבה החלטה עליה חתומים שני הדיינים הנ"ל, וזה לשונה -

החלטה

באין כל בעיות ומאחר שהזוג גר בנפרד שנים ולאשה 2 ילדים מגבר אחר איתו היא גרה וחייה, יש לבצע את הגט בהקדם.

בדף נוסף המיועד לביטול השמות לצורך כתיבת הגט נכתב - "האשה אסורה לבעלה ולבועלה" ובשולי העמוד חתומים שני הדיינים.

בסיום "מעשה ביד" נכתב - "האשה אסורה לחזור לבעלה וכן אסורה לו. עד לביטול בבית הדין הרבני בצפת". ועל שטר מעב"ד זה חתומים שני הדיינים.

עד כאן הנתונים שבפנינו, ועפ"י נתונים אלו עלינו לדון ולפסוק בבקשה להיתר נישואין. יצויין שבכל התיקים אין רישום איסור על שני הילדים לבוא בקהל.

עדות הבעל בבית הדין

בדיון שהתקיים בחדש ניסן תשמ"ב, הבעל הודיע לבית הדין שאין להם ילדים. משמעות הדברים היא שלטענתו שני הילדים שנולדו לאשתו אינם ילדיו. ואכן ביה"ד ציין בהחלטתו שיש לאשה שני ילדים מגבר זר.

מוטל עלינו לברר האם מכח עדות זו עלינו לפסוק ששני הילדים ממזרים.

בגמרא מסכת בבא בתרא דף קכז: נאמר - "תניא יכיר יכירנו לאחרים, מכאן א"ר יהודה נאמן אדם לומר זה בני בכור. וכשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור, כך נאמן אדם לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה. וחכמים אומרים אינו נאמן". להלכה קיי"ל כרבי יהודה, ועפ"י זה פסק להלכה בשולחן ערוך אבן העזר סימן ד' סעיף כט - "האב שאומר על העובר שאינו ממנו, או על אחד מבניו שאינו בנו, נאמן לפוסלו והוא ממזר ודאי".

לפטירתו. המבקשת סיפרה, שהיא גדלה בבית הסבתא ובבית הדודה לסירוגין, ומעט בבית אמה.

כמו כן הופיעה בבית הדין אם המבקשת ב., והעידה שבשנת תשכ"ט תבעה גירושין מבעלה אך הלה סרב. אח"כ עזבה את ביתם בעיר ג. והוא הסכים לתת גט אך חזר בו. לדבריה היא שכרה דירה בעיר ו. וחייה חיי אישות עם גברים אחרים, מהם נולדו לה שני הילדים. לדבריה, לא ידוע לה מהי זהותו של האב, אך הגברים עמם חיה היו יהודים. לאחר מכן עברה להתגורר בעיר ג. עם גבר אחר בשם ז. עמו היא מתגוררת עד היום. לדבריה הוא אינו אבי הילדים.

עדות האם נשמעה כעדות לא אמינה, ואמנם מהמסמכים המצויים במשרד הפנים עולה שנשלח למשרד הפנים מכתב של האם לאחר לידת שני ילדיה שבו היא טוענת ששם האב ידוע לה ומבקשת לרשם על שמו, אך משרד הפנים נמנע מלמלא בקשה זו, (לעת עתה אין בפנינו את המכתב הנ"ל של האם).

ברישומים הרשמיים במשרד הפנים ובתעודת הזהות לא רשום כלל שם האב ולשאלת בית הדין ענתה הבת שאינה יודעת מיהו אביה, ואמנם שם משפחתה אינו "ח." כשם משפחתו של א. הנ"ל. שם המשפחה שהיא מוכרת ורשומה בכל המסמכים הוא "ט.", כשם המשפחה של האם בטרם נישואיה.

כעת בפני בית הדין שני תיקים משנת תשמ"ב בהם פרוטוקולים של שני דיונים בהם נכחו א. וב. ולהלן פירוט החומר שבתיקים.

תיק אחד הינו תיק של הסכם גירושין. בעת פתיחת התיק כתבו בני הזוג - "אנו נפרדים כעשר שנים אני האשה ב. כבר חיה עם גבר אחר שאחר שהבעל התעקש שלא לתת לי גט, אפילו שכבר ביה"ד פסק שהוא חייב לתת לי גט. ובכך כעת הבעל הסכים לתת לי גט. על כן שנינו מבקשים מכבוד ביה"ד דחוף לסדר לנו גט כי בודאי השעה צריכה כך" ושני הצדדים חתומים על בקשה זו.

באותו יום בתאריך ד' ניסן תשמ"ב נכנסו בני הזוג לדיון. כפי הנראה מהפרוטוקול הדיון התקיים בפני שני דיינים בלבד. מאותו דיון נשאר הפרוטוקול ולהלן העתק מהפרוטוקול שנכתב ע"י אב ביה"ד - "הזוג הופיע והודיע.

הבעל: נישאנו זל"ז ב... לפני הרבה שנים, עלינו לישראל בשנת 1962. ילדים אין לנו. 12 שנים אנו בנפרד ואנו החלטנו להיפרד זמ"ז בגט. אני מסכים לתת לאשתי גט.

האשה: אני רוצה ומסכימה לקבל גט מבעלי. אין לי כל תביעות כספיות כולל גם הכתובה. אני רוצה גט".

בשולי אותו עמוד חתומים שני בני הזוג. באותו דף בעמוד השני, נכתבה החלטה בלשון זו -

החלטה

זוג זה חייב להתגרש כבר מזמן. לאשה 2 ילדים מגבר זר

ונ"מ שאין בזה את ההלכה דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ומדבריו שיובאו להלן עולה דפשיטא ליה דבסוגיא הנזכרת בפרק יש נוחלין מפורש שהאב נאמן גם כשדבריו נאמרו מחוץ לבי"ד.

וז"ל הגר"ח ז"ל בתשובה זו - "איכא למימר, דגם בעל העיטור והרשב"א יודו, דבאב שאומר זה בני ממזר, לא מהני אמתלא. דהא גבי ממזר, לכולי מילתיה הימניה רחמנא לשווייה ממזר ודאי. ושפיר שייך למימר דהאמינו תורה כשני עדים. וקצת משמע הכי לכאורה לישנא דהש"ס יבמות (דף מז ע"א) לדבריה נכרי אתה ואין עדות לנכרי. אבל נראה דהתם לישנא דעדות לאו דוקא, דהא חזינן דהכרת האב חלוק בכמה דינים מדין עדות גמורה כמו שאכתוב לקמן מסוגיא דגיטין וסוגיא דב"ב. והא דאמר ליה אין עדות לנכרי הכי קאמר דכיון דאפילו עדות גמורה אין לנכרי ודאי דלא מהני לענין הכרה ... בהכרת האב על בניו אף דמהימן לשווייה ממזר ודאי, אבל אבא לגבי בריה לאו והוא עד מקרי. וגם בכלל אם לא יגיד אינו, דאינו מחויב להגיד ... ומש"ה אע"ג דבשאר עדות עד מפי עד לאו כלום הוא, בהכרת האב סמכינן אעדים ששמעו מפיו. כדאמרינן בב"ב (דף קכו ע"ב) ההוא דאתא לקמיה דרבב"ח כו' ההוא דאתא לקמיה דר"ח כו'. וכן סגי בהרכנת הראש גרידא גבי הכרת האב, כדאמרינן בגיטין (ד' עא ע"א) א"ר אבוב ירושת בנו הבכור. וכבר תפסו כל הפוסקים כפי' התוס' שם. והיינו משום דבהכרת האב, לא מקרי עדות כלל. והא דכתב הרשב"ם שם (דף קכו ע"ב) גבי זה בני וחוזר ואומר עבדי כו' וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. האי לישנא לאו דוקא הוא, אלא כוונתו כיון שהכיר שוב אינו חוזר ומכיר. וכמ"ש הנ"י שם דאין הבחנה אחר הבחנה. אבל לדינא ודאי לא דמו להדדי, דהיכא דקרינן ביה ואם לא יגיד כו' לא מהני אמתלא כמש"ל מסוגיא דכתובות (דף יח ע"ב), אבל גבי הכרת האב מהני אמתלא, עכ"ל.

הרי שהגר"ח ז"ל מוולאז'ין פרש, שבעובדא הנזכרת בגמרא הדברים נאמרו מחוץ לבי"ד, ושני עדים העידו בבי"ד על מה ששמעו מפיו, ומוכח דאף בכה"ג נאמן ב"יכיר". ודבריו מתקבלים מאחר שאין צורך שיאמר את דבריו עפ"י גדרי מסירת עדות בבי"ד וביום וכדומה. ועל כן מהני בהרכנה ויכול לחזור ולהגיד.

ומתשובה זו עולה, שהגר"ח ז"ל לא נחית לחלק דסוגיא זו בפרק יש נוחלין איירי רק לענין ירושה, דאית בה מיגו דאי בעי למיתב לי נכסיה. אלא פשיטא ליה דמסוגיא זו ילפינן גדרי "יכיר" גם לענין פסול קהל.

סוגיא נוספת מצינו בענין זה בגמרא בפרק יש נוחלין (דף קכז:) - "אמר רבי יוחנן, אמר בני הוא, וחוזר ואמר עבדי הוא, אינו נאמן. עבדי הוא, וחוזר ואמר בני הוא נאמן, דמשמש לי כעבדא קאמר. וחילופיה אבית המכס. היה עובר על בית המכס ואמר בני הוא וחוזר ואמר עבדי הוא נאמן. אמר עבדי הוא וחוזר ואמר בני הוא אינו נאמן".

אמנם אילו היה הבעל נחקר כעת בבית הדין, ומתוך חקירה זו היה עולה שדבריו נאמרו מכח השערה בלבד ולא מכח הכרה ברורה ומוחלטת, לא היה מקום לדון דין "יכיר", כמבואר בתשובת הרא"ש כלל פב ס"א. וכן בשו"ת חתם סופר חלק אה"ע ח"א סימן יג כתב "הנה פשוט אעפ"י שהאמינתו תורה לאב מ"מ לא עדיף מעדות גמור דאורייתא, דנהי דאפשר דלא בעי דרישה וחקירה ואינו צריך לברר כלל לומר מנא ידעת שאינו בנך אלא נאמן סתם, מ"מ כל שאומר מאומד ומדומה, שאפילו שני עדים כשרים אין עדותם עדות, מכ"ש עד זה חידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו". ועפ"י זה כתב החת"ס בנידון התשובה שם - "ההוא אמר שיראה מה יהיה בזמן לידתה, והנה ילדה לט' חדשים לביאתו לביתו ויש עדים שבא אז עליה, אלא שהוא דומה בדעתו שאינה מתעברת מביאה א' או ב', דעת שוטים היא זו".

וע"ע בפד"ר ח"ג עמ' 105 שהביאו כן מכמה פוסקים שכתבו דהבעל אינו נאמן רק כשאומר כן בבירור מוחלט, ולא כשאומר שאינו בנו רק מכח דמיון במחשבתו ואינו יודע בבירור.

אך כעת, שהבעל שבק חיים לכל חי ולא ניתן להוסיף ולחקור אותו. אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות, כאמור לעיל כפי המצוי בתיק בית הדין, דברים שנכתבו בפרוטוקול מפי הבעל.

מהחומר שבפנינו עולה, שהבעל והאשה הודיעו לבית הדין שהם בנפרד כעשר שנים ואין להם ילדים משותפים. ובית הדין פסק על פי דבריהם שיש לאשה שני ילדים מגבר אחר, בנסיבות אלו, מנלן לערער את דברי הבעל ולקבוע שלא נאמרו בבירור מוחלט. יש להניח, שאילו היה מקום לערער את ה"יכיר" שבדבריו, כגון שהתברר שהפירוד י"ב חודש קודם העיבור לא היה מוחלט, ביה"ד היה מציין זאת. אך יש לדון, אם הועילה עדותו להיחשב כ"יכיר", מאחר שהבעל העיד בפני שני דיינים בלבד ובאותו מעמד בדיון זה לא נכחו שלשה דיינים.

האם "יכיר" צריך להאמר בפני בית דין של שלשה

במסכת בבא בתרא בפרק יש נוחלין מצינו שתי סוגיות מהן עולה שהאב נאמן בדבריו גם כשנאמרו מחוץ לבית דין. הסוגיא הראשונה היא בדף קכו: - "ההוא דאתא לקמיה דרבה בר בר חנה, א"ל מוחזקני בזה שהוא בכור. א"ל מנא ידעת, דהוה קרי ליה אבוב בוכרא סכלא, דלמא בוכרא דאמא הוא, דכל בוכרא דאמא נמי בוכרא סכלא קארו ליה. ההוא דאתא לקמיה דרבי חנינא, אמר ליה מוחזקני בזה שהוא בכור. אמר ליה מנא ידעת, אמר ליה דכי הווי אתו לגבי אבוב, אמר להו זילו לגבי שכחת ברי, דבוכרא הוא ומסי רוקיה. ודלמא בוכרא דאמא הוא, גמירי בוכרא דאבא מסי רוקיה, בוכרא דאמא לא מסי רוקיה".

הגר"ח ז"ל מוולאז'ין בתשובה בחוט המשולש סי' א' הוכיח, ד"יכיר" אינה עדות שנאמרו בה גדרי הלכות עדות,

של שמאל, וא"כ היה בידו לחלוץ חליצה הגונה, והיה נאמן בדבריו שאינו איטר ושוב אינו חוזר ומגיד. דאף אם הנאמנות מכח בידו אמרינן ביה אינו חוזר ומגיד. דהרי דעת רשב"ם ותוס' ב"ב קל"ה ב' בהא דאמרינן ליורשו פשיטא היינו בנכסיו שיש לו ומטעם מגו דיהיב ליה במתנה, ואפ"ה אמרינן שם קכ"ז אמר בני חוזר ואמר עבדי אינו נאמן, וברשב"ם שם כתב הטעם דהאמינו דכתיב יכיר. ואיני מבין, הא לרשב"ם לשיטתיה אין זה בכלל יכיר כיון דאינו מוחזק לו לבן, ובאמת עדיין קשה לי אף אם בעלמא גם זה בכלל אינו חוזר ומגיד, ובעל שאמר גירשתי לא יהיה נאמן לומר אח"כ לא גירשתי, מ"מ בההיא דבני זה נאמנות היא מכח מיגו ונותן לו מתנה, הא זהו ג"כ כשחוזר ואמר עבדי יש לו מיגו דנותן נכסיו לבניו האחרים, עכ"ל.

אמנם מסקנת הגרע"א ז"ל היא שהנאמן מכח סברת "בידו", אינו חוזר ומגיד, אך נשאר בקושיא על הרשב"ם מאחר וליכא משום "יכיר" בכה"ג לשיטת הרשב"ם והתוספות בדף קלה: ומכח מיגו נאמן, מדוע שלא יאמן מכח האי מיגו גם כשאמר "בני הוא" וחוזר ואמר "עבדי הוא", מיגו שיתן נכסיו לאחרים.

החתם סופר כתב בתשובה לדברי הגרע"א - "הנה ראשית דברי פי קדשו הוצק חן להוכיח דהנאמן מטעם הואיל ובידו ומה לי לשקר נמי אמרינן ביה אינו חוזר ומגיד, ומוכחו זה מפ"י רשב"ם ב"ב קכ"ז ע"ב. ולפע"ד אין ספק דהרשב"ם דפי' לקמן קל"ד ריש ע"ב דלא מהימן אלא בין הבנים אבל אינוש דעלמא לא, היינו לרבנן דר' יהודה, אבל לר' יהודה אפילו אינוש דלא מוחזק לן בבנו יכול לומר זה בני ... ואמנם ברייתא ומימרא דר' יוחנן שם קכ"ז ע"ב אמר בני חוזר ואמר עבדי, על כרחך אליבא דר' יהודה ומהימן לכל מילי אפילו לאיסור והיתר, דאי לרבנן ומטעם מגו דבידו ליתנו במתנה, א"כ כי הדר ואמר עבדי ליהמן מיגו דיהיב כל נכסיו לאחרים. אע"כ כר' יהודה ומטעם יכיר ולענין איסור והיתר יבום וחליצה והיתר בשפחה או בת חורין וכדומה דלא שייך מיגו, ושפיר כתב דהו"ל חוזר ומגיד, ובוה נתיישבו כל פקפוקיו של מו"ח הגאון נ"י, עכ"ל החת"ס.

הרי שהחתם סופר באר סוגיא זו דהיה עובר על בית המכס, הנאמן מכח דינא ד"יכיר" ואליבא דרבי יהודה, ועל כן נאמן גם לענין יוחסין אף דלא שייך מיגו. בעיקר דבריו, החת"ס כיוון לשיטת כמה ראשונים דפרשו בסוגיא זו דהאב נאמן מדין יכיר. אמנם הרשב"ם והתוספות (בב"ב קל"ד, שהזכיר הגרע"א) ורבינו יונה (עמ"ס בב"ב קל"ד:) כתבו דבמי שאינו מוחזק כבנו אינו נאמן מדין "יכיר" ומה שמבואר שם במשנה "האומר זה בני נאמן" ובגמ' שם "אמר רב יהודה אמר שמואל ליורשו ... ליורשו פשיטא", היינו דוקא משום מיגו, ואה"נ גבי נכסים הבאים לאחר מכן אינו נאמן. אך הרמב"ם הרשב"א הרא"ה הריטב"א הרא"ש והר"ן חלקו עליהם. וכתב הריטב"א (ב"ב קל"ד:) על שיטת הרשב"ם

ופרש הרשב"ם - "וחוזר ואמר עבדי הוא. בין בתוך כדי דיבור בין לאחר זמן אמר כן על אותו שאמר עליו מתחלה בני. אינו נאמן, במאי דאמר השתא עבדי, וליכא למימר האי דקרי ליה מתחלה בני משום דאדוהבו כבנו, דאין דרך לקרוא לעבדו בנו, והלכך אחר טענה ראשונה נלך דהואיל וזאת האחרונה אינו פירוש כי אם הכחשה אין לנו לילך אחר טענה אחרונה, דהודאת פיו האמינה תורה במאי דאמר בני כדכתיב יכיר, וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד.

וחילופיה אבית המכס, לשם רגיל לקרוא לעבדו בנו להבריחו מן המכס אבל לבנו לא יקרא לעולם עבדו שהרי גורם לעצמו הפסד על חנם. ואמר בני, אל המוכסים. וחוזר עבדי, כשעבר משם והלאה. נאמן, במאי דחוזר ואמר עבדי דודאי מעיקרא הוה קרי ליה בני בשביל יראת המכס. וחוזר ואמר בני אינו נאמן, אלא ודאי עבדו הוא כדאמר מעיקרא דאילו היה בנו לא היה אומר למוכסים שהוא עבדו. עכ"ל הרשב"ם.

מבואר מסוגיא זו, שאם אמר בבית המכס "עבדי הוא", דיינינן ליה כעבדו ואינו נאמן לחזור בו ולומר "בני הוא", אע"ג שכל דבריו נאמרו מחוץ לבית דין - בבית המכס.

אך עדיין יש מקום לברר אם סוגיא זו היא הלכה בדין "יכיר" אליבא דרבי יהודה ולכל מילי מהני האי היכרא דבית המכס, ואף לענין יוחסין דנידון כעבד, או רק לענין ירושה נאמן מכח מגו דאי בעי למיתב ליה נכסיה נאמן. החילוק בין רישא לסיפא הוא, שברישא שיש אמתלא, מועילה חזרתו שאמר עבדי הוא, ובסיפא שיש חזקה אלימתא שבדבריו הראשונים אינו משקר, לא מהני מיגו כנגד חזקה. אבל לענין לפוסלו מקהל אינו נאמן אלא בבית דין.

מדברי הרשב"ם שהבאנו לעיל מוכח כסברא ראשונה לכלל מילי נאמן מדין יכיר, דברישא גבי אמר "בני הוא" וחוזר ואמר "עבדי הוא" דאינו נאמן, כתב הרשב"ם "אין לנו לילך אחר טענה אחרונה דהודאת פיו האמינה תורה במאי דאמר בני כדכתיב יכיר וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד". ומבואר בדבריו דמימרא זו דרבי יוחנן קאי אליבא דרבי יהודה, ובהכרח דגם הסיפא "היה עובר על בית המכס", נאמרה אליבא דרבי יהודה, ונאמן בדבריו מהאי דינא ד"יכיר" לייחסו כעבד, אף שאמר דבריו מחוץ לבי"ד.

נקדים את המו"מ שעבר בין הגרע"א והחת"ס בבירור סוגיא זו. הגרע"א בתשובה לחת"ס (הנמצאת בשו"ת חתם סופר חלק אה"ע ח"ב סימן צא) דן במי שחלץ לאשת אחיו ובטרם החליצה הודיע לבית הדין שהוא אינו איטר, וחלץ ברגל ימין, אך אחר החליצה היבם הוציא קול שהוא איטר, ולפי טענתו יש צורך בחליצה נוספת, ובקש עוד מעות תמורת זה. הגרע"א נשאל האם הוא נאמן לחזור בו ממה שאמר בתחילה שאינו איטר.

ובתשובתו כתב, וז"ל - "דעתי נוטה להקל, כי בנדון דידן אין עוד אחים, ואם היה אומר שהיה איטר היינו מניחין לו לחלוץ בשתי רגליו, והבי"ד אמרו לו שמוכן אצלם גם מנעל

לחזור גם בלא אמתלאה, דהא כל שלא נחקרה עדותו בבי"ד יכול לחזור ולהגיד אף במקום דאין צריך בי"ד ודרישה וחקירה, כמו שכתב הר"ן בתשובה סי' מ"ז בעד שאמר מת בעלה שלא בפני בי"ד, דיכול לחזור בו. מיהו מדברי הרשב"ם ב"ב דף קכ"ז ע"ב בעובר על בית המכס ואמר בני חוזר ואמר עבדי הוא דנאמן, נתן טעם דבשביל יראת המכס אמר בני הוא, משמע דבלא האי טעמא לא היה יכול לחזור אף בהגדתו היתה שלא בבי"ד. ואולם האי מילתא טעמא בעי דהרי ממקום שבה הר"ן להוכיח, מאותו מקום ששני העדים שהעידו בין לטמא בין לטהר כו' שכלול שם כל מיני עדויות אף אותן שא"צ להגיד בבי"ד. וממקום זה יש ללמוד גם בעדות בנו דיכול לומר מבודה הייתי".

ועיי"ש בהמשך דבריו, שהוסיף לדון בשאלה זו האם אב שאמר מחוץ לבי"ד "אינו בני", צריך אמתלא כדי שיוכל לחזור בו מהכרתו זו, או יכול לחזור בו אף ללא אמתלא. עכ"פ העולה מכל הנ"ל לענייננו, שהגר"ש איגר ז"ל הוכיח מדברי הרשב"ם הנוכרים, שגם כשדברי האב שטען "אינו בני" נאמרו מחוץ לבית הדין, נאמן, ובלא אמתלא אינו חוזר בו. ואף אם עדיין יש לדון בסברת הרשב"ם, עכ"פ כל עוד לא חזר בו כלל, פשיטא שהועילו דבריו, אף שנאמרו מחוץ לבית הדין.

ויש לציין שתשובת הגר"ח מוולאז'ין בחוט המשולש סי' ג' (שחלקה הובא לעיל) נשלחה לר"ש איגר כמענה על דבריו הנ"ל, ובהתייחס לסברת אביו הגרע"א שכתב עפ"י דברי ההפלאה, דלא מהני אמתלא לחזור מיכיר שנאמר בפני בי"ד, ובזה כתב הגר"ח ז"ל, שאמירה זו של "יכיר" אינה בגדר עדות, וממילא אין בה את ההלכה שנאמרה בדיני עדות "כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד", ובתוך דבריו כתב את מה שהבאנו לעיל מתשובת חוט המשולש, דמה"ט דברים אלו של האב אינם צריכים להאמר בפני בי"ד דוקא.

ומצאתי שהחתם סופר כתב בעניין זה בחלק אה"ע ח"א בהשמטה לסי' עו (שנדפסו בכמה מהדורות מאוחרות של תשובות החת"ס), בביאור הטעם שהאומר זה בני אינו נאמן לחזור בו, אלא אם אמר כן בבית המכס. וכתב החתם סופר שגדרי יכיר כגדרי עדות שני עדים שלאחר שהעידו בבית דין אינם יכולים לחזור מעדותם, אפילו באמתלא, כי אם לפרש דבריהם. ובהמשך לזה כתב החת"ס - "וא"כ קשה, בשלמא לומר עבדי ולחזור ולומר בני אתי שפיר, דהוה רק פירוש דמשמש לי כעבדא. אך חילופיה אבית המכס שאמר תחילה בני ואחר כך עבדי, שאין זה סובל שום פירוש, שאין אדם קורא לעבדו בנו, וה"ל היפוך דבריו הראשונים, רק שנותן אמתלא שמתירא מן המוכס. וקשה, מה מועיל אמתלא לחזור ולהגיד בהיפוך. אלא ע"כ אין זה צריך אמתלא, שכל השומע העובר על בית המכס ואומר עבדי מבין ויודע שיכול להיות שזה הוא בנו, כי כן דרך להחליף, והמוכס מטעי נפשי. וכיון דהחזקה מעיקרא לא אתחזק לא בעי אמתלא. הא למה זה דומה לעדים שאומרים חוץ לבית דין, שיכולים

והתוספות - "ואינו נכון דהא שמואל ליורשו סתם קאמר ובכל ירושה משמע. ועוד דכי אמרינן לעיל אמר בני הוא וחוזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן, לכל דבר קאמר ... וכ"ש לבתר דכתיב יכיר גבי בכור דמכחיש חלק האחים, דשמעינן מינה שהוא נאמן בכאן דליכא הכחשה. כן פירש מורי הרא"ה".

מבואר מדבריו דבסוגיא בדף קכו: במה שאמר "בני הוא זה" נאמן לכל דבר, ומדין "יכיר", ולא מטעם מיגו בלבד. וכן נקטינן להלכה כרוב הראשונים ודלא כשיטת הרשב"ם והתוס', וכמ"ש בשו"ע סי' רעז סעיף יב ובביאור הגר"א שם, ובסי' רעט ס"א ובביאור הגר"א שם.

ובחזו"א חלק אה"ע סי' נט ס"ק כו כתב - "אחרי כותבי ראיתי, דע"כ האי עבדי הוא אינו מדין יכיר, דהא מרא דשמעתא רבי יוחנן, ואיהו פסק הלכתא לקמן קכ"ח ב' כרבנן שאינו נאמן".

ולכאורה נעלמו מהחזו"א דברי הראשונים שהבאנו הרשב"א הריטב"א והר"ן שכתבו להדיא דמימרא זו דרבי יוחנן קאי אליבא דרבי יהודה, וכדרכו של החתם סופר. מסקנת הדברים, שעולה מסוגיא זו של מי שהיה עובר על בית המכס, אליבא דרוב הראשונים ואליבא דהחתם סופר, שאותה אמירה שאומר "עבדי הוא זה" נאמן בה מדין "יכיר", ועל כן נאמן לעניין יוחסין, ונאמן בדבריו אף שנאמרו מחוץ לבית הדין.

ועפ"י זה כתב החתם סופר בתשובה אחרת, (בחלק אה"ע ח"א סי' יג) בלשון זו - "העובר בבית המכס, אע"ג דהתם יכול לחזור בו, אבל אם אינו חוזר בו משמע דסומכין על אמירתו בבית המכס", עכ"ל. והתם בחת"ס קאי לעניין לפוטלו מקהל.

ואף הגרע"א, אף שבתשובה הנוכרת סבר שבהלכה זו של בית המכס מדין מיגו אתינן עלה, אפ"ה במקומות אחרים הגרע"א נקט כשיטת החתם סופר. עיין בשו"ת רע"א ח"א סי' קי ובסוף סי' פה דפשיטא ליה שהאב נאמן לפטול את בנו גם כשאמר דבריו מחוץ לבי"ד. וכ"כ שם בסי' קכח. הנידון בסי' קכח היה בשאלה שהתעוררה על כשרות הבן לאחר שהאב אמר בעת המשפט בערכאות שאינו בנו. ופסק הגרע"א שאמירת האב בערכאות מועילה כל עוד לא חזר בו, ואין צורך שה"יכיר" יאמר בבי"ד דוקא.

והנה בתשובה שם סי' קי, דן הגרע"א לומר, שפסק הרמ"א בסי' ד' סעיף כט שהאב יכול לחזור בו באמתלא, נאמר דוקא כשדברי האב נאמרו מחוץ לבי"ד, אך אם אמר בבי"ד לא יוכל לחזור, עיי"ש שכתב כן עפ"י סברת ההפלאה, ועיי"ש בסוף התשובה שנטה לומר, שבין כך ובין כך נאמן לחזור בו באמתלא.

על דבריו אלו כתב בנו (בשו"ת רבי שלמה איגר חלק אה"ע סי' ט) - "כעת שבתי וראיתי מה שכתב אאמור" נ"י דיש לדחות ולומר דבהגהת שו"ע מיירי באמר שלא בפני בי"ד. ולבי מהסס בזה, דאולי כל שלא היה בפני בי"ד יכול

בעדותו. וצריך שיעיד בב"ד או בפני שלשה בתורת עדות לא דרך כעס. ואם תימצא לומר כי אינו צריך בב"ד, מכל מקום כל זמן שלא העיד בב"ד יכול לחזור בעדותו".

והביאור בדבריו הוא, שבתחילת דבריו נטה לומר שדברי האב ב"יכיר" צריכים להאמר בפני ב"ד ואין ערך לדבריו שנאמרו מחוץ לב"ד, ודמי לעדות שני עדים שהעידו מחוץ לב"ד שלא בפני שלשה, דלאו כלום הוא. וכשבאו שני עדים אחרים ומסרו בב"ד את אמירת האב מחוץ לב"ד, דומה לשני עדים שהעידו בב"ד ומסרו את עדותן של שני עדים אחרים שהעידו בפניהם ושלא בפני שלשה, דלאו כלום הוא. אבל בסוף דבריו במש"כ "ואם תימצא לומר" וכו' דעתו שאמנם אמירת האב להכיר את בנו מחוץ לב"ד שלא בפני שלושה מהני לפוסלו, אך עכ"פ כל עוד לא אמר דבריו בפני ב"ד יכול לחזור בו.

ולפי זה בנידון דידן, אילו נקטינן כסברת הרי"ד בתחילת דבריו, היה מקום שלא להתחשב באמירת הבעל. מאחר שאמר דבריו בפני שני דיינים בלבד, אנו רואים אותם כמי שמעידים על עדות שנאמרה מחוץ לב"ד, ולא מהני.

סברא זו מתיישבת עם הסוגיא בפרק יש נוחלין (דף קכז:): רק אם נפרש את מימרא דרבי יוחנן כמ"ש החזו"א דלא קאי אליבא דרבי יהודה, ואינו מדין "יכיר", אלא מהאי טעמא באמר "בני הוא" אינו נאמן לומר "עבדי הוא", ובהיה עובר על בית המכס ואמר "עבדי הוא" אינו נאמן לומר "בני הוא" משום שדבריו התקבלו והשומעים התנהגו על פי דבריו, ולאחר שהוחזקו על פי דבריו שייך בזה סוקלין ושורפין על החזקות. משא"כ באומר "עבדי הוא" וחזר ואמר "בני הוא" ויש לו אמתלא המתקבלת, שאמירתו "עבדי הוא" כוונתו דמשמש לי כעבדא, ממילא לא יתנהגו על פי דיבורו הראשון. וכן כשעבר על בית המכס ואמר "בני הוא" ואח"כ אמר "עבדי הוא", כו"ע ידעי שמעיקרא אמר בני הוא רק כדי להבריח מהמכס וממילא ליכא הנהגה המחזקת דבריו. עיין בחזו"א סי' נט ס"ק כה-כו שבאר את הסוגיא בדרך זו. כמובן שלפי דרך זו אין הכרח מהסוגיא ש"יכיר" הנאמר מחוץ לב"ד מתקבל. אך גם אין הכרח להיפך, ועל כן הרי"ד כתב שאפשר שצריך להאמר בב"ד ואפשר שאין צורך בכך. והחזו"א גופיה אע"ג שפרש הסוגיא בדרך הנ"ל, כתב שבמקום שהדברים נאמרים בתורת "יכיר" אין צריך לאומרים בפני ב"ד דוקא.

ובטור חושן משפט סימן רעט כתב - "היה עובר על המכס ואמר בני וחזר ואמר עבדי נאמן, שלא אמר תחילה בני אלא לפטרו מן המכס. אמר עבדי וחזר ואמר בני אינו נאמן. והרמ"ה כתב הא דמהימן בבית המכס כי חזר ואמר עבדי, ה"מ דלא איתחזק אימיה בבת ישראל, אבל איתחזק אימיה בבת ישראל לאו כל כמיניה למימר עליה עבדי, דכי הימניה רחמנא אבריה, כגון דאמר בני זה ממזר הוא דאיכא למימר אולודיה מחייבי כריתות, אי נמי כגון דידוע דבר אתתיה הוא ואמר עליה דלאו בריה הוא והוה ליה ממזר ממילא, אבל בעלמא לא מהימן,

לחזור ולהגיד, משום דלא הוה מקום הראוי להגיד. ה"נ נהי דהגדת האב לומר זה בני, הוה בכל מקום ראוי להגדה, וכאומר בבית דין דמי, ואינו יכול לחזור ולהגיד. מ"מ בבית המוכס ה"ל מקום שאינו ראוי להגדה, ולא צריך שום אמתלא".

מבואר שהאב נאמן גם מחוץ לבית דין, ואינו יכול לחזור בו, למעט במקרה שהמקום מוכיח שמשנה דיבורו מטעמים ברורים, כמו בבית המכס.

וכן כתב בחזו"א חלק אה"ע סי' נט ס"ק כד, וז"ל - "האב שנאמן בבתו לומר קדשתיה, וכן בהא שנאמן על בנו שהוא בן גרושה או ממזר, י"ל דאפילו אמר חוץ לב"ד אינו יכול לחזור ולומר מבודה אני, כיון שנאמן אפילו עד אחד מכחישו, וחשיב כשנים ואפילו אומר חוץ לב"ד".

וכן פשיטא ליה לבעל האגרות משה. בשו"ת אגרות משה חלק אה"ע ח"ד סימן כא, בתוך דבריו כתב בלשון זו - "דעת הרמב"ן בחדושו ל"ב"ב, דף קכ"ז ע"ב ד"ה היו מוחזקין, דאם שמעו מהאב דהוה קרי ליה בוכרא שוב אינו חוזר ומגיד. ופשוט שאין כוונתו לדין אין חוזר ומגיד דנאמר בעדים, דהתם הוא דוקא כשאמרו לפני בית דין, והכא הוא סובר דאף במה ששמעו שאמר כן לפני בני אדם בעלמא אין חוזר ומכיר, משום דיכיר אינו דין דוקא לפני בית דין, אבל הוא משום דהכרה אחת אמרה תורה ולא שיכיר עוד פעם להיפוך".

ובפד"ר ח"ג, בפסק דין מביה"ד הגדול בהרכב הדיינים הגר"י הדס ז"ל הגר"ש אלישיב שליט"א והגר"ב זילטי ז"ל, כתבו (בעמוד 100) - "אמנם נראה שרק בהודאת בעל דין הוא יכול לטעון משטה הייתי, אבל בהודאה מתורת יכיר שהתורה האמינה לו, אין הוא יכול לטעון משטה הייתי, שהרי ההלכה של יכיר הוא גם חוץ לב"ד, כמבואר בב"ב דף קכ"ז: היה עובר על בית המכס ואמר בני הוא ... וא"כ כיון שיכיר לא צריך ב"ד, הרי הכרה חוץ לב"ד הוא כהכרה בב"ד, שאינו יכול לטעון משטה הייתי, אלא א"כ נתן אמתלא לדבריו, הוא יכול לחזור בו כמבואר ברמ"א אה"ע סי' ד' סעיף כ"ט".

ומצאתי בתשובה לאחד מרבותינו הראשונים שדן בשאלה זו של אמירת "יכיר" מחוץ לבית הדין. בשו"ת הרי"ד (לבעל התוס' רי"ד) בסי' צב כתב, וז"ל - "ומאי דכתב מר, וזה האיש שהכניסו לברית ולימדו תורה ונהג בו מנהג בנים, וכמה פעמים קראו בנו והאכילהו והשקהו והלבישו והשיאו אשה ואחר כך קראו ממזר שלא בבית דין. לא תהא עדות פיו גדולה מהעדאת העדים. ואילו מעידים שני עדים שלא בבית דין כי הוא ממזר, יכולין לחזור בעדותם. שלא נאמר כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אלא בעדות שהעידו בבית דין, ואם באו שנים ואמרו, אנחנו שמענו מפי שני עדים פלוני ופלוני, כי פלוני ממזר, לא נעשה ממזר על פיהם. כל שכן אם חזרו בעדותן שיכולין לחזור בעדותן כל זמן שלא העידו בבית דין. גם זה, כל זמן שלא העיד בב"ד יכול לחזור

וז"ל - "אחר שכתבתי כל זה נולד לי גמגום, שנראה לכאורה סתירה למאי דכתיבנא לעיל בהא דהימניה רחמנא לאב על בנו כדכתב יכיר כו' היינו כשהעיד בפני בי"ד, מהא דאמרינן בפרק יש נוחלין ההוא דאמא לקמיה דרבא בר חנן א"ל מוחזקני בזה שהוא בכור א"ל מנא ידעת, דהוה קרו לי אבוה בוכרא כו'. ומשמע דאפילו שלא בפני בי"ד מהניא דבורו של אב. ואיברא דמהא לא איריא, דאיכא למיחזי דהתם שאני שלא ראו שחזר האב מדבורו, ועוד דהתם הוא שהיה אביו רגיל לקראו בכור, ובכל חד מהני גווי מהניא, או שלא חזר מדבורו או שהיה רגיל לקרוא לו בכור או בני והוחזק על פיו. אבל מי שאמר פעם אחת חוץ לבי"ד שהוא בנו או שאינו בנו, ואח"כ בא לבי"ד, איכא למימר דלא גרע משאר עדויות דעלמא דיכול לחזור בו כל שלא העיד בבי"ד. אמנם יש לגמגם, מדתניא היה עובר על בית המכס ואמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא נאמן כו'. וכתבו המפרשים דטעמא דמה שאמר בני הוא, להבריח מן המכס אמר כן, משמע הא לא הכי לא היה נאמן לחזור בו, והתם פשטא דמילתא דעובר על בית המכס כשלא בפני בי"ד הוא. ואפשר לדחות שהמפרשים פי' טעמא אלימתא דמהניא אפילו היה הדבר בפני שלשה והם בי"ד יכול לחזור בו, דמסתמא להבריח מן המכס אמר כן."

העולה מתשובה זו, שמהר"ח"ש סבור שאין פירכא על שיטתו ש"יכיר" צ"ל דוקא בבי"ד, מהא דהיה עובר על בית המכס. אך עכ"פ, אף אם הדברים נאמרו מחוץ לבי"ד, אם לא ראינו שהאב חזר בו מדבורו, יש להתחשב בדבריו. ולמעשה סידור דברים בתשובת מהר"ח"ש תואמים לסדר הדברים בתשובת הרי"ד. בתחילה כתב דבעינן שיעיד בפני בי"ד, ולבסוף הסכים שיתקבלו דברי האב שנאמרו מחוץ לבי"ד, כל עוד לא חזר בו.

על תשובה זו של מהר"ח"ש יש לתמוה שלא הזכיר מדברי הרמ"א בשו"ע אה"ע סי' ד' סעיף כט שפסק - "האב שאמר על בנו שהוא ממזר, וחזר אח"כ ונתן אמתלא לדבריו למה דבר בתחלה כן, נאמן (מהר"מ מריזבורק)", ועיין בשב שמתנתא ש"ו סוף פ"ח שכתב דמדברי הרמ"א מוכח דס"ל דאף במקום דרחמנא הימניה יכול לחזור בו באמתלא. ולפי דרכו של מהר"ח"ש שתלה שאלה זו אם "יכיר" צריך להאמר בפני בי"ד, בשאלה אם אמירתו של הבעל כעדות ממש ואינו חוזר ומגיד, הרי שממה שפסק הרמ"א שיכול לחזור באמתלא מוכח שדברי האב אינם בגדרי עדות ויכולים להאמר אף מחוץ לבי"ד. אך יש ליישב שמהר"ח"ש לשיטתו יפרש את דברי הרמ"א דוקא כשדברי האב נאמרו מחוץ לבי"ד, דאמנם אם לא יחזור בו הבן נפסל, אך יכול לחזור בו באמתלא.

מסקנת הדברים

דעת הגר"ח מוולאז'ין הגרע"א ובנו הגר"ש איגר החתם סופר החזו"א והאגרות משה שאמירת "יכיר", אינה צריכה

והאי כיון דאיתחזק אימיה בבת ישראל לאו כל כמיניה לאחזוקה בשפחה, עכ"ל הטור. וכן פסק בשו"ע בסעיף ד'. מפשטות הדברים נראה, שהרמ"ה פרש דנאמנותו לומר "עבדי הוא", היינו מכח "יכיר". וכן משמע בסמ"ע סק"ו וס"ק יב, וכן עולה מביאור הגר"א סק"ז, שפרש טעמו של הרמ"ה, כשם שאינו נאמן ב"יכיר" לפסול את בנו כשיש בנים לבן, ה"ה כשפוסל את אם הבן שאינה בת ישראל. וע"ע בביאור הגר"א בשו"ע אה"ע סי' ד' סק"פ שהגר"א פרש סוגיא זו בדף קכו: גם לענין פסול קהל.

ולפי זה מוכח דנקטינן להלכה שנאמן ב"יכיר" אף מחוץ לבי"ד. אך עיי"ש בט"ז סעיף ג' וסעיף ד' שפרש את כל דברי השו"ע לענין ירושה בלבד ולא לענין הלכות "יכיר", ומשמע שכוונתו לבאר את הנאמנות מכח סברת מיגו, וע"ע בחזו"א סי' נט ס"ק כה וס"ק כז.

וראיתי בתשובת תורת חיים למהר"ח"ש (ח"ג סי' נב) שכתב לברר סוגיא זו של "יכיר" הנאמר מחוץ לבית הדין. המהר"ח"ש נשאל במי שקדש אשה ואח"כ גרשה, אחר כך כשנודע לו שהיא מעוברת, טען שהיא אינה מעוברת ממנו, ולאחר זמן חזר בו והודה שההריון ממנו. השאלה היתה, האם מועילה החזרה לאחר שבתחילה פסל את העובר. וז"ל מהר"ח"ש שם - "ומסתברא לי דבכי הא לא מהניא אמתלא, דכיון דטעמא דמילתא שהתורה האמינתו לאב על הבן כשני עדים וכרבי יהודה דאמר יכיר יכירנו לאחרים ובתורת עדות הוא, א"כ יראה דלא מהני אמתלא. דלא אשכחן דמהניא אלא לענין שוייא חתיכה דאיסורא, אבל לגבי עדות אין העדים יכולים לסתור דבריהם בשום אמתלא דכיון שהגיד כו'. ואיברא דבמה שאמר קודם נסיעתו, מילי דכדי נינהו כיון שלא אמר בפני בי"ד, ואין עדות אלא בפני בי"ד. אבל במה שאמר בפני המעמד שאינה מעוברת ממנו, עדות גמור הוא כיון שהיה בפני בי"ד ... אמנם מה שאני רואה זכות לזה הולד הוא, שכפי הנראה מתוך השאלה, שעדות זה נתקבל בלילה, וקיי"ל דאין דנין בלילה תחילת דין ואם דנו אין דיניהם דין, וקבלת עדות כתחילת דין ... וא"כ הכא בנדון דידן, כיון דבעינן קבלת עדות בפני בי"ד דהוי כתחילת דין, בעינן ביום ... בהא סלקינן ובהא נחתינא שיראה שאשה זאת מותרת לראובן והולד כשר, כך יראה לי אם יסכימו עמודי ההוראה, נאם הקטן חיים שבת"י."

מסקנת מהר"ח"ש שאמירת "יכיר" צריכה להאמר בגדרי עדות, בפני בי"ד של שלשה וביום, ומאחר שנידונת כעדות גמורה לא מהני אמתלא, דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. וכשנאמרה מחוץ לבי"ד או בפני בי"ד בלילה אינה מתקבלת. ולפי"ז בנידון דידן אין לפסול את הבת והבן על פי דברי הבעל שנאמרו בפני שני דיינים בלבד.

אלא שבגוף התשובה הנ"ל, המהר"ח"ש אינו מתייחס לסוגיא בפרק יש נוחלין. אך לאחר שנכתבה תשובה זו הוסיף מהר"ח"ש קטע נוסף לתשובה זו, לישוב דבריו עם שתי הסוגיות בפרק יש נוחלין.

בגמרא במסכת גיטין דף עא. נאמר - "אם לא יגיד, פרט לאלם שאינו יכול להגיד, אמאי הא יכול להגיד מתוך הכתב. אמר ליה אביי עדות קאמרת, שאני עדות דרחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם. מיתבי כשם שבדקינן אותו לגיטין, כך בודקינן אותו למשאות ולמתנות, ולעדיות ולירושות. קתני מיהת עדיות. אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב ששת בעדות אשה, דאקילו בה רבנן. והא קתני ירושות, אמר רבי אבהו ירושת בנו הבכור." וכתבו התוס' - "ירושת בנו הבכור. פרש"י שהשוה בכור לפשוט. ואין נראה לר"י, אם כן הוה ליה למימר שריבה לזה ומיעט לזה. אלא אומר רבינו יצחק דהיינו שאומר על בן בין הבנים שהוא בכור, וקא משמע לן דנאמן לכך על ידי הרכנה".

ולהלן קטע מתשובת הגר"ח מוולאז'ין (בחוט המשולש סימן ג') שהבאנו לעיל - "בהכרת האב על בניו דאף דמהימן לשוויה ממזר ודאי, אבל אבא לגבי בריה לאו והוא עד מקרי ... וכן סגי בהרכנת הראש גרידא גבי הכרת האב, כדאמרין בגיטין (ד' עא ע"א) א"ר אבהו ירושת בנו הבכור. וכבר תפסו כל הפוסקים כפי' התוס' שם. והיינו משום דבהכרת האב לא מקרי עדות כלל".

ומבואר שלענין הכרת בנו נאמן גם על ידי הרכנה, וה"ה ע"י הכתב, דשויין הן כמבואר בסוגיא בגיטין שם. ומלבד זאת יש לדון בנקודה נוספת. אמנם מה שבפנינו פס"ד בחתימת שני דיינים הקובע שלאשה שני ילדים מגבר אחר, אינו כפסק דין המועיל לפסול את הבן והבת, שלענין פסול קהל יש צורך בפסק דין של ב"ד של שלשה, עיין בתשובת הבית מאיר שבשו"ת רע"א ח"א בסוף סי' ק' (ד"ה תו, הובא בפת"ש אה"ע סי' ד' ס"ק טז), אך עכ"פ פס"ד זה מועיל כעדות שני עדים המעידים בכתב שהבעל אמר בפניהם ששני הילדים אינם ילדיו, ומאחר שלדעת רוב הפוסקים אין צורך שדברי האב ב"יכיר" יאמרו בגדרי עדות בבית דין, ומהני עדים המעידים מפיו ולא פסלינן להו כעד מפיו עד, ה"ה דלא פסלינן לעדותם שהעידו בכתב על דברי האב בפניהם.

אך יש לומר דעכ"פ עדות זו, שבה נמסרו לבית הדין דברי האב, העדות צריכה להימסר עפ"י גדרי עדות כשירה, וגם כשהעדים מעידים על דברי האב שנאמרו מחוץ לבית הדין, אין כאן עד מפיו עד, אלא עדות על כך שנאמרו על ידי האב דברים הפוסלים את הבן ודמי לעדים המעידים בבית הדין על עדות של שני עדים שנחקרה בבית דין אחר דמהני, עיין קצות החשן סי' ל' סק"י וסי' מו ס"ק יא, אך אם עדות כזו תימסר מפיו כתבם לא יועיל. אך גם לסברא זו, עכ"פ עדיין קיימת בפנינו עדות הבעל שנכתבה, וב"יכיר" סגי מפיו הכתב.

המשקל שיש לחזקה ששני הילדים לא הוחזקו כילדיו של הבעל

במקרה שבפנינו, שני הילדים לא הוחזקו כילדיו של בעלה של אמם. הם אינם רשומים במסמכים כילדיו, ולא

להיות דוקא בבית דין, ומהני אף כשהדברים נאמרו מחוץ לבי"ד, כגון בבית המכס או בפני ערכאות וכדומה, ואילו מהרח"ש כתב שדבריו כעדות וצריך שהדברים יאמרו בפני בית דין וביום. בעל התוס' רי"ד כתב את שתי הדרכים ולא הכריע בדבר.

נחזור לנידון שבפנינו, לא מיבעיא לדעת רוב הפוסקים הבעל נאמן לפסול את הבן והבת, אלא אף לדעת מהרח"ש יש נאמנות לדבריו שנאמרו מחוץ לבי"ד כל עוד לא ידוע לנו שחזר בו או שהיה רגיל לנהוג בהתאם לדבריו אלו והחזק כן, ובנ"ד גם אין ידוע לנו שחזר בו וגם הוחזקו שאינם ילדיו.

טיבה של הראיה שנאמרה עדות "יכיר"

עדיין יש מקום לדון בנידון דידן מנין לנו הידיעה שהדברים אמנם נאמרו. התינח אם באותו עמוד של הפרוטוקול, שבו נכתבו דברי הבעל, היו חתומים בי"ד של שלושה דיינים המאשרים שכך העיד הבעל, הפרוטוקול היה נחשב כשטר מעשה בי"ד, וכמבואר בשו"ע חו"מ סי' כח סעיפים כא-כב ובסמ"ע ס"ק נט שאפשר להעביר שטר שבו נכתב תוכן עדות שני עדים, מבי"ד אחד לבי"ד שני, לאחר שבית הדין שבו נמסרה העדות כותב את השטר הנ"ל ובשטר חתומים שלשה דיינים המאשרים את תוכן העדות. אבל כאן שאין חתומים שלושה דיינים לאישור עדות זו, מנא לן שהדברים אמנם נאמרו מפיו הבעל. לכאורה הדבר דומה לשני עדים שכתבו בשטר על עדות שנמסרה בפני שלשה, דבכה"ג בית הדין שקבל את השטר אינו רשאי לפסוק על פיו, וכל עוד אין כאן מעשה בי"ד של שלשה דיינים, אין להסתמך על השטר, דמפיהם אמר רחמנא ולא מפי כתבם.

אמנם תקנות הדיון של בתי הדין קובעות שלאחר שנכתבה העדות בפרוטוקול יחתמו שלשת הדיינים לאישור עדות זו. אך לא ניתן להתעלם מהעובדה שמנהג בתי הדין לכתוב עדויות בפרוטוקול ולהסתמך על הכתוב בפרוטוקול גם ללא חתימת שלשת הדיינים המאשרת את הכתוב בפרוטוקול.

בכל האמור היה מקום לדון אילו לא חתם הבעל באותו פרוטוקול. אך במקרה הנידון באותו פרוטוקול בו נכתבו הדברים שאמר שאין לו ילדים נמצאת חתימתו בשולי העמוד. ומהשוואת חתימה זו עם חתימתו במכתב שבו הוא מבקש לפתוח תיק ומחתימות אחרות שבתיק עולה שזו אכן חתימתו, ועיין בקצות החשן סי' מו סק"ח. ולפי זה גם אם לא נסתמך על הפרוטוקול כמעב"ד המאשר דברי הבעל, עכ"פ בפנינו כתב ידו המאשר את דבריו. ויש לדון האם מהני "יכיר" בכתב.

לכאורה הדבר תלוי אם "יכיר" נידון כעדות ובענין עדות מפיו ולא מפי כתבו, או שהאב יכול להכיר אף בדרך שאינה בדרך של מסירת עדות, ומועיל אף בכתב.

מצינו בתוספות במסכת גיטין שיכול להכיר את בנו עפ"י הכתב.

אלימתא איכא כמו שכתב שישב שם כמה שנים ומעולם לא נראה ולא נשמע לא מפיו ולא מפי זולתו שהיו לו אחים, זו חזקה ברורה דקיי"ל סוקלין על החזקות, כדאמרינן מעשה באשה אחת שבאת לירושלים ותינוק מורכב על כתפה והגדיל ובא עליה והביאום לבית דין וסקלום לא מפני שבנה ודאי אלא שהחזוק כמפורש בפרק עשרה יוחסין, ותו אמרינן התם החזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה. אף כאן, הואיל וכמה שנים לא נשמע לו אח, בחזקת שאין לו אחים עומדת. ואע"פ שלדברי העד נעקרה החזקה, מכל מקום לאו כל כמיניה דעד אחד למעקרה לחזקה דמחזיק לן בדלית ליה אחי, וכך הם דקדוק דברי הרא"ש ז"ל שכתב מילתא דפשיטא היא כיון שהאשה זו בחזקת שאין אחים לבעלה עומדת, ולא אמר בחזקת היתר לשוק עומדת".

אמנם הכא שאני, מאחר ששני הילדים נולדו לאשה נשואה, הרי שבסתמא יש להחזיק את הילדים כילדיו של הבעל, וכל חזקה אחרת היא חזקה בטעות. אך מאחר שבני הזוג גרו בפירוד ממושך והבעל הודיע בבית הדין שאינם ילדיו, החזקה שהחזקו בה, היתה על פיו, אינה חזקה בטעות. ויתכן שאף אילו לא היה נאמן מדין "יכיר", כגון לשיטת בה"ג (הובא בפת"ש סי' ד' ס"ק לז) דנאמן רק בדרך הכרת בכורה, או לשיטת הרי"א (בפת"ש שם) דדוקא על בנו נאמן ב"יכיר" ולא בטוען שאינו בנו, עכ"פ הכא לא מכח נאמנותו אנו באין אלא מכח החזקה.

ויש לציין שכפי הנראה בתיק שלפנינו מלשון פסק הדין (הנוכח לעיל) עולה שהיה ידוע לבית הדין שהילדים הוחזקו להיות ילדיו של הגבר איתו היא גרה באותו זמן, וששמו הוזכר במעב"ד, ועד היום היא דרה עמו. אך בנקודה זו יש צורך לברר, האם כיום הם הוחזקו כילדיו, שאם כן, אין כאן רק חזקה לשלילת דבר בלבד, אלא חזקה חיובית של בן הכרוך אחר אביו. ונ"מ אם בנ"ד יחשבו ודאי ממזר או ספק לדעת הסוברים במקום שיש גויים, אף מיעוט גויים, הרי רק ספק ממזר, עיין אוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קלו אות יג. ועיי"ש בס"ק קלו.

מסקנת הדברים – לעת עתה לא נמצא בעדויות ובחומר שלפנינו להתירם.

אלא שבסופו של דבר, לאחר בירור נוסף הגעתי לביתו של הגאון רבי שמואל פלדמן ז"ל, שהיה אחד מהדיינים בבית הדין בעת הגירושין בזמנו, ולאחר עיון בתיקים הוא נזכר בבירור שבזמנו ניתן פסק דין להתיר את ילדי האשה וזאת לאחר שהתברר בבית הדין בזמנו שדינם של הקידושין כמקח טעות לאחר שהשיאו את האשה בלא ידיעתה לאדם שהחזק כחסר כח גברא. סיוע לעדותו זו היא העובדה שלא נמצא כל פסק דין לאסור הילדים או עכ"פ הוראה שיש לברר מעמדם, למרות שהדבר היה ידוע ונכתב בפרוטוקול, ואף נקבע איסור האשה על בעלה ובעלה.

עפ"י עדותו הותרו האח והאחות.

התנהגו עמו בשום התנהגות המקובלת בין אב לבן, לרבות שלא היו בעת השבעה בין האבלים וגם אחר כך כשגדלו לא נהגו מנהגי אבלות אחרים ביום השנה לפטירתו וכדומה. ויש לדון האם יש משקל לחזקה זו.

קיי"ל (קידושין דף פ.) סוקלין ושורפין על החזקות, ולא דוקא בחזקה חיובית כגון אם ובנה הכרוכים בזה דבחזקת שהוא בנה, אלא אף בחזקה לשלילת דבר, כגון במי שהחזק שאין לו אחים דאם מת בלא בנים ולא העיד בחייו שאין אחים אשתו מותרת ללא חליצה. והחתם סופר כתב שלעניין חליצה אם אבי המת החזק כמי שאין לו בן נוסף מלבד אותו בן שמת ללא בנים, אפשר להתיר את אשת המת בלא חליצה, וזאת בהסתמך על חזקה זו שהחזק אבי בעלה שאין לו בן נוסף.

ח"ל החתם סופר בתשובה חלק אה"ע ח"א סימן מא - "אפילו אלף קושיות ופלפולים לא ידחו דין ברור והלכה ברורה דסוקלין על החזקות, ואין צורך לאריכות. אך מה שצריכה, דלמא דוקא כגון בנה מורכב על כתיפה ולבשה בגדי נדה וכדומה, אבל שלילות שלא נשמע שיש לו אחים וכדומה זהו מש"ס דילן לא שמענו, דאפשר הא דאמרינן דלא מוחזק באחי ר"ל מוחזק בלא אחי, גם כי קשה הדבר איך אפשר זה, מ"מ לא שמענו בפירוש אלא מתוך לשון תשובת הרא"ש כלל נ"ב סי' ה' אשר ז"ל - על אשה שנשאת לבעל זה כמה שנים בארץ צרפת, ומעולם לא נראה ולא נשמע ולא נודע שהיה לבעלה אח ... והשיב הרא"ש ז"ל הא מילתא וכו' הא מילתא דפשיטא היא, כיון שהאשה עומדת בחזקת שאין אחין לבעלה אינה נאסרת לשוק ... הרי קמן דפשיטא ליה להרא"ש כל שהיה דר עמנו זמן רב ולא נשמע ממנו או מאחרים שיש לו אחים, הרי הוא בחזקת שאין לו אחים, ובעין ש"כ יו"ד סי' א' וח"מ ססי' ל"ז בדבדבר ההוה ורגיל הוי לא ראינו ראייה ועיין בב"ש רס"י מ"ז יש קצת פקפוק על זה.

מ"מ בנידון דידן יראה דכ"ע מודו דהוה חזקה אלימתא טפי. בשלמא האח שלא הזכיר מעולם שיש לו אח, י"ל דלמא איהו גופיה לא ידע שהיה לאביו בן, ועוד מה היה לו להזכירו ואולי לא היתה לו שום התעסקות עמו, ואולי הכחיד תחת לשונו שלא להדאיג אשתו מחשש זקוקה. אבל הכא שהאב חי עמנו חמשים שנה ולא הזכיר שיש לו בן ואיהו ידע בנפשיה, ואב לא משכח בן, ועוד כשצוה לפני מותו יש הקפדה בדבר להודיע להבן לזכות אביו באמירת קדיש וכדומה, ואי משום שאהב זה הבן ולא רצה שירש זה עמו, מי לא הוי מצי יהיב כל נכסיה במתנה לזה ולהפקיעו מזה, ועוד מסתמא לא ירצה אדם להפקיע יורש דאורייתא מכל וכל. ואלו היה בכור לנחלה עבר נמי במצות עשה דיכיר כמ"ש רמב"ן ר"פ כי תצא, וא"כ כ"ע מודים דהוה חזקה גמורה, דלית ליה בן לזה ואין אח לבנו להזיק אשתו ליבם".

ובשו"ת מהרי"ט ח"א סימן פב כתב על תשובת הרא"ש שהזכיר החתם סופר - "אותו הנדון של הרא"ש, התם חזקה

סימן ו

בירורי הלכה בשאלת ממזרות

כסלו תשס"ו

הוסת הזוה בא עליה, הולד כשר בלי ספק. דפוק חזי, כמה נשים מעוברות רואות דם בשופע, ואין הוסת שלהן משתנה, אלא אורח בזמנו בא, וקודם שהלך היתה מעוברת. ואע"פ שנשבע שהולד ממזר, שבועתו לפי טענתו שחשב שאין אשה מעוברת רואה דם כדרך וסתות הנשים. וכן ג"כ טענת האשה שאמרה שאחר כך בא עליה, לא מעלה ולא מורדת, שהרי נאמן האב לומר זה בני ממזר, אע"פ שאמו מכחישתו שהתורה זכתה לו בזה, דכתיב כי את הבכור בן השנואה יכיר יכירנו לאחרים. אבל אם הבעל אומר שלא בא בזמן שהיתה טהורה ולא אחר כך, צריך לדקדק בחשבון מיום הביאה האחרונה שבא עליה לפי דבריו, אם יש בינה ובין הלידה יותר מ"ב חדש, הולד ממזר, דגמירי אין הולד משהה בבטן יותר מ"ב חדש. ואם יש בין הלידה והביאה האחרונה י"ב חדש או פחות הולד כשר, אעפ"י שאומר שלא בא עליה בתוך זה הזמן כלל, דאימור אשתהויי אשתהי.

כללא דמלתא, הכל לפי מה שיאמר הבעל, דביה תלה רחמנא. ואם נתן טעם לדבריו ואותו הטעם אינו לפי האמת, אלא לפי סברתו, אין בדבריו כלום, דטועה הוא.

וכן הגאון רבי עקיבא איגר בתשובה ח"א סי' קכח כתב - "י"ל דאינו נאמן רק בהכרת דבר ברור שאינו בנו. אבל בזה שאף לדבריו, אפשר שזה בנו, דדלמא אשתהי. אינו נאמן לומר שהיה כן שיסופק לנו אם הוא בנו, דזהו אינו דרך הכרה".

וכן בתשובת חתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' יג כתב - "הנה פשוט אעפ"י שהאמינתו תורה להאב, מ"מ לא עדיף מעדות גמור דאורייתא, דנהי דאפשר דלא בעי דרישה וחקירה ואינו צריך לברר כלל לומר מנא ידעת שאינו בן, אלא נאמן סתם. מ"מ כל שאומר מאומד ומדומה שאפילו שני עדים כשרים אין עדותם ערות, מכ"ש עד זה חידוש הוא ואין לך בו אלא חדושו. ההוא אמר שיראה מה יהיה בזמן לידתה והנה ילדה לתשעה חדשים לביאתו לבינו ויש עדים שבא אז עליה. אלא שהוא דומה בדעתו שאינה מתעברת מביאה אחת או שתיים, דעת שוטים היא זו", עכ"ל החתם סופר.

מסקנת הדברים, הבעל נאמן להעיד על העובדות, כשדבריו נאמרו בבירור ולא בספק. התורה האמינתו לבעל בעדותו, אך לא נתנה לו סמכות להסיק מסקנות ולקבוע מעמדו של הבן כממזר, במידה שעל פי ההלכה אין בעובדות שהבעל מציג, כדי לקבוע ממזרות.

לכאורה היה מקום לומר שהבעל שבפנינו הטוען שהבן אינו בנו, דזהו מפני שאינו מקבל דברי חכמים ביחס לאפשרות

להלן קטעים מתוך פסק דין מנומק הכולל בירורי הלכה בדיני יוחסין.

מצאתי לנכון במסגרת הנוכחית להציג את הבירורים ההלכתיים שנכתבו במסגרת אותו תיק, ובלא פירוט העובדות שעלו בדיון. אך אציין שבאותו נידון, בני הזוג חיו בנפרד קרוב לשנה קודם ללידת הבן, והאשה ילדה את הבן ששה חודשים ועשרים יום לאחר הגירושיין. הן הבעל הן אשתו והן הנטען, טענו בבירור שהבן אינו מבעלה אלא מהנטען. וכן האשה והנטען החזיקוהו כבנו של הנטען.

פרק א' - נאמנות הבעל מדין "יכיר"

כאמור הן הבעל והן האשה, טוענים בפה מלא ובבירור שהבן אינו מהבעל אלא מאדם אחר.

האב נאמן, וכדקיי"ל בשו"ע אה"ע סי' ד' סעיף כט - "האב שאומר על העובר שאינו ממנו, או על אחד מבניו שאינו בנו, נאמן לפוסלו והוא ממזר ודאי". טענת האב מבוססת על כך שברור לו שלא יתכן שזהו בנו, עקב הפירוד הממושך בינו לאשתו.

עיין פד"ר ח"א עמ' 233 שקבעו שאילו האב היה מתבסס בדבריו, על נתונים, שעל פי ההלכה, אין בהם לשלול אבהותו, לא היה מקום לקבל דבריו ולפסוק שהבן ממזר, בהנחה שהוא טועה בדבריו, ולמעשה כן מבואר בתשב"ץ ח"ב סי' צ' וסי' יט. וכן מצינו בתשובת הרדב"ז שכתב יסוד זה, שאם הבעל אומר בבירור שהבן ממזר, אין בדבריו ממש, כל שידוע לנו שדבריו מבוססים על עובדות שעל פי ההלכה אין בהם להביא לידי ממזרות, וזאת מפני שהבעל נאמן למסור את המידע בלבד, ולא הוסמך לקבוע שהבן ממזר כשהוא מתבסס בדבריו על נתונים שאין בהם לקבוע ממזרות.

כך כתב הרדב"ז בתשובה חלק א' סי' שכא, וז"ל - "מעשה היה ברשות, בראובן שהלך מביתו לפואה ששם היה משאו ומתנו והניח את אשתו בנדתה, ואחר ט"ו ימים באו ואמרו לו אשתו מעוברת, וצעק ואמר שהיא הרה לזנונים ושהולד ממזר, וחזר לרשות וגרש את אשתו לפי שזנתה לדעתו. וקפץ ונשבע בבית הכנסת בפני רבים שהולד ממזר. ושאלו את פיו במה ידעת אמר לפי שאני הנחתיה בנדתה, ושוב לא קרבתי אליה. והיא טוענת שאחר שבא מפואה טבלה בפני נשים ונתייחד עמה, והוא אומר לא קרבתי אליה ולא ידעתי אם טבלה או לא. ועתה יורה המורה מה יהיה משפט הנער הנולד.

תשובה. אם הבעל עומד בטענתו הראשונה שאמר, לפי שכשהלך הניחה בנדתה, ואין מחדש טענה. ומודה שקודם

כשראו בה דבר מכוער. וז"ל החתם סופר - "אם הוא תוך י"ב חדש, בזה יש לעיין, דרוב הפוסקים ס"ל כרבא תוספאה ביבמות דף פ' ע"ב דאמרינן אישתהי. אלא שבתשובת מיימוני להלכות אישות ססי' כ"ח כתב דהיכי דאיכא עידי כיעור לא תלינן באשתהי אלא בזנות. והטעם נראה משום דאשתהי סברא רחוקה היא, אלא משום חזקת כשרות של אשה תלינן באשתהי, וכיון שבלא"ה ראו בה דבר מכוער הרי יצאה כבר מחזקת כשרותה, ולא תלינן תו באשתהי, וכ"כ להדיא במהרי"ק שרש קג. וא"כ האי פלניתא נמי דגומר בת דבלים שמה ומעשי' לא נתלי באשתהי. מיהו י"ל, דהא ע"כ בש"ס דיבמות שם מוכח להדיא דהך דרבא תוספאה שייך אפילו בלא הך חזקה דכשרות. דהך דרשב"ג ודרבי דמייתי דהתם תלינן באשתהי בלי שום צירוף חזקה, וקשה אתשובה הנ"ל. וע"כ צ"ל אה"נ דלהש"ס תלינן באשתהי בכל גוני, וכן לכל הנך פוסקים דפסקו כרבא תוספאה. ומיהו בתשובת מיימוני שם חייש לשיטת תוס' נדה ל"ח ע"א ד"ה שיפורא דפסקו בפשיטות דלית הלכתא כרבא תוספאה, משו"ה הכריעו בתשובה הנ"ל לחלק בין היכי דאיכא חזקה דמסייעא יש לסמוך אהרמב"ם, ובעדי כיעור חיישינן להתוס', וכן משמע במהרי"ק שם, עכ"ל החתם סופר.

לכאורה, היה נראה מדברי הפוסקים שהבאנו, דס"ל שבמקום כיעור מאחר שאין אומרים אישתהי, הולד ודאי ממזר (כשארין מקום לתלות בנכרי). ואמנם כך פסק הגרש"ק ז"ל בספרו האלף לך שלמה חלק אה"ע סי' כ', וז"ל - "הולד הזה שהיא מעוברת והבעל אומר שהוא פירש ממנה זמן רב כשיעור ט' חדשים, או הולד ממזר. דהאב נאמן על הולד לעשותו ממזר ולא בעינן בזה י"ב חדש, כיון דראו ממנה כמה דברים מכוערים, לכך אם אומר שפירש ממנה ערך ט' חדשים מזמן פרישתו עד הלידה הוי הולד ממזר ודאי".

אמנם העירו על תשובה זו דבשיעור של עשרה חדשים עדיין יש מקום לאשתהי גם בראו בה דברים מכוערים, עיין יביע אומר ח"ג אה"ע סי' א' סק"ח, אך עכ"פ מבואר דס"ל, שבראו בה דברים מכוערים וכשלא תולין באשתהי, הולד ודאי ממזר.

אך בספר בנין עולם חלק אה"ע סי' ה' אות ה' כתב להסתפק בזה, ובסוף דבריו כתב - "ולכאורה לשון הרב בהג"ה (סי' ד' סעיף יד) שכתב דאם ראו בה דבר מכוער לא אמרינן אישתהי וחיישינן לה, משמע דאין זה רק ספק, וחיישינן לחומרא לאוסרו בבת ישראל, וצ"ע".

ובשו"ת הגאון רבי עקיבא איגר ח"א סי' ק"ו כתב - "בנ"ד הרי ברור דאף בלא נבדקה האם, לא הוי הולד רק ספק ממזר, וכדדיק לישנא דהרמ"א, וחיישינן ליה' ... כך הוא בירור הדין דכיעור ואיחור הלידה מספק עלינו אולי זינתה או דאשתהי".

וכן כתב הבית מאיר בתשובה (בשו"ת רע"א שם סי' ק'), "אף עם עידי כיעור מידי ספק לא נפקא דשמא מבעלה, כדדייק לישנא דהרמ"א דחוששין לוי".

שהולד השתהה. ובמקום שעל פי ההלכה יש מקום לתלות באשתהי, אין לקבוע ממזרות עפ"י דבריו, מפני שיש לקבל מדברי הבעל רק את סיפור המעשה בלבד, אך לא את המסקנות.

האם יש לתלות הבן בבעל מפני שהשתהה בלידתו

במקרה הנוכחי, בני הזוג התגרשו ביום ט' סיון בשנה אחת, וביום כ"ט כסלו בשנה שלאחריה הבן נולד. לטענת הבעל, הוא ואשתו היו בפירוד חמישה או ששה חדשים קודם הגירושין ואולי שבעה חדשים. ביחס לחמישה חדשים הדברים נאמרו בטענת ברי, וטען שאולי יותר אך אינו זוכר תאריך מדוייק.

מאחר והכרת האב צריכה להיות הכרה ברורה, עלינו לתפוס את המועד שהוא ודאי, על פי דברי הבעל, דהיינו חמישה חדשים קודם לגט - ט' שבט, ומועד זה הינו י"ב חדש פחות עשרה ימים, טרם לידת הבן, (אותה שנה, היתה שנה מעוברת).

לכאורה היה מקום לתלות הבן בבעל, מאחר שיתכן שהבן השתהה במעי אמו.

מקור הדין הוא במסכת יבמות דף פ': "הא דעבד רבא תוספאה עובדא באשה שהלך בעלה למדינת הים ואשתהי עד תריסר ירחי שתא, ואכשריה. כמאן כרבי, דאמר משתהא, כיון דאיכא רבן שמעון בן גמליאל, דאמר משתהי, כרבים עבד".

וכן פסק בשו"ע סי' ד' סעיף יד.

יש לדון האם גם בנ"ד יאמר רבא תוספאה את דינו.

הרמ"א בסי' ד' סעיף יד פסק - "אם ראו בה דבר מכוער, לא אמרינן דאשתהי כל כך, וחיישינן ליה". לפי דברי האשה והנואף, נעשו מעשי כיעור ומעשים חמורים מכיעור כשחיו חיי אישות בעודה אשת איש. ואם אינם נאמנים, מסתבר שקיימים עידי כיעור שיעידו שהיא שהתה בביתו של הבעל, וניתן לזמנם לעדות.

אך אין צורך בכך, מפני שהאשה אינה טוענת שהבן מבעלה, אלא הן האשה והן הבעל מודים שהבן ממנו. ויש לברר האם אמרינן אישתהי, בניגוד לטענת האשה הטוענת שהבן מהבעל ושהעובר לא אישתהי.

הסברא בדינו של הרמ"א מצויה בתשובת מהרי"ק בשרש קג שכתב - "גבי הא דרבא תוספאה, אית לן חזקה דמסייע, דודאי אית לן לאוקמי בחזקת צדקת שאינה מזנה תחת בעלה, להעמידה בחזקת היתר לבעלה. ומשום הכי אית לן למתלי באשתהי אשתהי, כדי שנעמידנה על חזקה", עכ"ל.

על פי סברא זו, פסק הרמ"א את דינו של מהר"ם שבתשובת מיימוני שאין אומרים אישתהי כשראו בה דבר מכוער. וכתב בביאור הגר"א ס"ק לג "דלא תלינן אלא להעמידה על חזקת כשרות", וכן בב"ש ס"ק יח.

יש להוסיף בזה מש"כ בתשובת חתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' קלג שהוסיף ביאור בהכרעת הרמ"א שלא לדון דין אישתהי

דמיירי להדיא התם בטענת ברי, א"כ מסתמא ג"כ הרמ"א מיירי בכה"ג שכתב בתשובה הנ"ל. ואפשר שהרמ"א סובר כמ"ש הח"מ סק"ט בשם הב"י דפלוגתת הרמב"ם ובה"ג מיירי דהיא ג"כ טוענת יע"ש, לכך סתם הרמ"א ג"כ כאן משום דממילא שמעינן דמיירי בטוענת ... כיון דכתב תיכף ומיד דין זה על לשון המחבר דמיירי בטוענת ג"כ, והיינו דבכל אחד טוענת לפי עניינו.

וכן כתב הראשל"צ הג"ר בן ציון מאיר חי עוזיאל ז"ל בספר שערי עוזיאל (ח"ב שער מא פרק ה' סעיף ה') - "לא טענה האשה שולד זה הוא מבעלה, כגון שאינה לפנינו לשואלה, אין בית דין טוענים טענת אישתהי עד י"ב חדש, דשיהוי זה הוא דבר שאינו מצוי אלא על דרך מיעוטא דמיעוטא, לפיכך אין הבעל חייב במוזנותיו".

יסוד שיטה זו שלא לתלות באשתהי בלא טענת האם נמצאת בראשונים, בתשובת מהר"ם מרוטנבורג ז"ל.

בספר "תשובות ופסקים מאת חכמי אשכנז וצרפת" סי' קנה, הובאה תשובת מהר"ם מרוטנבורג שדן באשה שילדה בן בר"ח שבט, וקודם לכן בעלה היה אצלם רק פעמיים, ששה ימים לפני שבת הגדול וכו', וכשהיה עמה בד' אב לא אמרה שהיא מעוברת. וכתב מהר"ם, וז"ל (להלן בתוך הסוגריים הערת המהדיר שהוציא לאור ספר זה) - "והא דאכשר רבה תוספאה, הני מילי היכא דאיהי גופא אמרה נתעברתי מבעלי כשהלך למדינת הים, או ודאי תלינן דקושטא קאמרה ואישתהויי אישתהי ... דאי ס"ד אפילו כי אמרה אחר ג' חדשים איני מעוברת ניהוש דילמא מעוברת היא, א"כ מה הועילו חכמים בתקנתן שתיקנו ג' חדשים להבחנה, והא בהא לא סגי, דאע"ג דאמרה איני מעוברת ניהוש דילמא מעוברת היא, ואכתי לא ידעינן אי זרעו של ראשון הוא או של שני. ועוד הא דאמר פרק נושאין מי שלא שהתה אחר בעלה ג' חדשים וילדה וכו' פטור על הכאתו ועל קללתו של זה ושל זה וכו' הא אם שהתה ג' חדשים וילדה חייב על מכתו ועל קללתו של שני, ואמאי אם איתא דתלינן בשום דוכתא לומר אישתהויי אישתהי, כ"ש שנתלה בדיני נפשות, ואמאי קטלינן ליה, דילמא אישתהי ובריה דקמא הוא דהא ספק נפשות להקל. אלא ודאי מיירי כיון שנשאת (הערה). כלומר שנישאת אחר ג' חדשים ודאי לא מיעברא מקמא) ולא תלינן באישתהויי אישתהי. הילכך לא אמרינן הכי איהי גופיה (הערה). היכי דאיהי גופיה שתקד) כ"ש בנידון שאמרה בהדיא דלא הוה מיעברא מעיקרא ... אם השני כהן ולא הראשון אז הוא ודאי כהן וכשר לעבוד על גבי המזבח, ולא תלינן דילמא בריה דקמא הוא ואישתהויי אישתהי. אלא דאפילו ליוחסין דמחמרינן בהו טובא וכמה מעלות עשו בהם, לא תלינן לומר אישתהי היכא דלא קאמרה איהי ... סוף דבר לפי דעתי בלי פיקפוק שאסורה לבעלה והולד ממזר, דאם איתא דמיעברא מעיקרא, הוה לה למימר לאלתר כשחזר אליה בד' באב מעוברת אני ... דמילתיה דרבה תוספאה גופה חידוש הוא

וכן הסכים בשו"ת רבי שלמה איגר חלק אה"ע סי' א' שכתב - "בנידון דידן, עכ"פ אינו פחות מכיעור, דלא אמרינן אישתהי. מ"מ אולי כוונת תשובת מיימוני, רק דבכיעור גם תוך י"ב חדש, אינו כשר ודאי, ומ"מ גם פסול ודאי אינו, ואסור רק מדרבנן".

על כן אילו היינו דנים רק מפני הכיעור, אמנם לא היינו מכשירים את הולד, אך עכ"פ היה מקום להשאיר הדבר בספק.

אך במקרה שהאשה טוענת טענת ברי, שהבן אינו מבעלה, אין מקום לתלות באשתהי אפילו להשאיר הדבר בספק, וכמו שיבואר.

בתשובת נודע ביהודה מהדורה קמא חלק אה"ע סי' סט כתב - "רבה תוספאה עביד עובדא משום חזקת כשרות וטענת ברי ... ונלע"ד דרבה עביד עובדא אפילו בלי טענת ברי דידה, דמיירי ששותקת או שמתה והתינוק אין לו חזקת כשרות כלל ... ותדע דרבה מיירי באין כאן טענת ברי דהרי קשה למה אמר ואכשריה דהיינו לולד, ולמה לא אמר דאכשרה דהיינו לדידה, ודוחק לומר דלרבנותא קאמר, אף הולד שאין לו חזקת כשרות אכשיר. ויותר נראה לומר שהיא מתה, ולא היה לנו לדון רק על הולד ואינה לפנינו שתאמר ברי".

וכן בספר בנין עולם חלק אה"ע סי' ה' אות ג' כתב - "מסתיתמת דברי השו"ע באה"ע סי' ד' סעיף יד משמע שפוסק כשיטת הרמב"ם והרי"ף והרא"ש דהלכה כרבא תוספאה, ומשמע דאפילו בלא אמירה דידה ג"כ הולד כשר, אף שאין כאן מי שטוען ברי כגון שמתה האם או שהלכה למדינת הים ... דבלא אמירה דידה יש ג"כ להקל משום דהוי כמחצה על מחצה דאיכא רובא נגד רובא ולכך מועילה חזקת כשרות דידה, וגם דיש כאן תרי רובי להתירא כמ"ש משום דאמרינן רוב נשים כשרות הם ... גבי עובדא דרבא תוספאה דעיקר הספק הוא ממש בענין החזקה דהא לא נודע לנו שזינתה כלל ולא אירע לה שום ריעותא ... הספק הוא אם זינתה כלל, לכן אפילו באינה טוענת ברי, וגם מתה האם ג"כ הולד כשר מטעם חזקה. ולכך כתבו הפוסקים שפיר דהיכא דלית לה לאיתתא חזקת כשרות, כגון שהיא פרוצה ביותר או שראו בה דבר מכוער וכדומה, ודאי דאין להכשיר הולד מטעם אישתהי".

עד כאן ראינו שתולין באשתהי אף בהעדר טענת האם, אך לא מצינו מי שיאמר סברא זו אף בניגוד לדבריה.

ונראה ברור שאין מקום להורות את דינו של רבא תוספאה במקרה שהאשה טוענת שעוד בהיותה נשואה עזבה את בעלה והלכה וזינתה עם אדם אחר והבן ממנו, ק"ו בנידון דידן בו האשה והנואף הודו שהוא בנם.

ונקדים שבספר פני משה על שו"ע אה"ע, בסי' ד' ס"ק יב, חלק על הנודע ביהודה וכתב שאין תולין באשתהי עד י"ב חדש, אלא כשהאשה טוענת שהולד מבעלה. וז"ל - "נראה לענ"ד כיון דהמקור דין זה של הרמ"א הוא משו"ת מיימון ...

באותו מדינה, ושמה בא בגמלא פרחא ממדינה רחוקה, קרובים זה לזה, כמו שמצינו באור זרוע (ה' יבום וקידושין סי' תרנ"ז), דמחה להו בחדא מחתא, שכתב שם במעשה שהיה בנידונו, בזה"ל, ויותר נ"ל מגו דאי בעי אמרה בעלי בא עלי, וזה מצוי שלפעמים הוא בא ולא יראו אותו, כמו שאנו אומרים, נחוש שמא פייס בכמה מקומות, ולגמלא פרחא חיישינן, כ"ש הכא שלא הרגישו עד ג' חדשים לכל הפחות, וזה לא הרחיק כ"כ שלא יכול ללכת ולבוא כמה פעמים, זה נקל מכל מה שאמרה, ודבר גדול אמר ברבא תוספאה דאמר אישתהי תריסר ירחי שתא, והיינו מיעוט שאינו מצוי כלל, ולא פסלינן הולד עכ"ל, והיינו דהיכא דאמרה בעלי בא עלי, מאמינין אותה, היכא דבעלה לא מכחישה, וכמו בארוסה שנתעברה שם (א"ע סי' ד' סעיף כ"ז), דלעולם נאמנת להכשיר, וכמבואר שם (באותו סי') בכמה מקומות, כיון שיש מציאות להאמת דבריה, אף אם יהיה מציאות רחוקה. אלא שבנידון האו"ז הוי כש"כ כנ"ל. אבל היכא דאומרת דהוי שלא מבעלה, לא משוינן אף ספיקא, ממציאות רחוקה כהאי, וזה כדברי הח"מ (סי' ד' סק"ח), עכ"ל המנחת יצחק. (נראה ט"ס וצ"ל ח"מ סק"ט, וכוונתו למש"כ הח"מ "אם האשה מודה שלא בא בעלה ... רחוק הוא להכשירו").

אמנם בספר אגרות משה חלק אה"ע ח"ד סי' כ' הסתפק האם יש לתלות באשתהי, אף בניגוד לדברי האשה, הטוענת שזינתה, מאחר ואינה נאמנת לפסול את הבן, הרי שאין להתחשב בדבריה.

ולהלן לשונו - "משמע קצת מהרמב"ם, דנקט בהלכה זו ואין העובר משתהה במעי אמו יתר על יב"ח, שדין זה קאי גם ארישא דאמרה אינו מבעלי, וכבר עברו קרוב ליב"ח. מאחר דאפשר דאשתהי נמי אינה נאמנת. משום דמשמע דעובדא דעבד רבא תוספאה יבמות פ': שלא הזכיר שאמרה שמבעלה נתעברה, דמשמע דאף בלא אמרה כלום, כגון בחרשת ואלמת או שמתה, נמי הכשיר. וכיון שלא צריך שתאמר דמבעלה הוא, שייך שאף אם אומרת דזינתה נמי, כיון שאינה נאמנת, הוא כלא אמרה כלום, וכשר עד יב"ח. ואף שיש מקום לומר דקאי רק על דין הסיפא, ונפרש אולי הסיפא באוקימתא דאיירי דהאשה אומרת דהוא מבעלה ונשתהה שהוא דוחק. אבל השו"ע לא נקט דין דשהייה עד יב"ח בסימן ד' סעיף כט, שנקט כל לשון הרמב"ם שבהלכה י"ט והשמיט דין זה, אבל נקט לסעיף בפני עצמו בסעיף יד. אולי משמע מזה דזה שכשר הולד עד יב"ח הוא בסתם נשים שאומרות שהוא מבעלה, או כגון שלא שמעו ממנה כמו במתה ואלמת, ולא במודה שזינתה והוא מהבוהל. ואפשר שאין לדייק כן שאינו מוכרח להוכיח מאחר דעיקרו נקט לדין דילדה אחר יב"ח שהוא ודאי ממזר ולא אמרינן שמא בא בתוך יב"ח בלילה באיזה אופן או ע"י שם. ואף להרמ"א דבראו בה דבר מכוער לא אמרינן דאשתהי נמי אפשר,

לומר אישתהוי אישתהי, ופליג עליה והבו דלא לוסף עליה. ודי לנו אם נאמר כן היכא דלא מיכחשא מילתא, אבל בנידון זה דקא מיכחשא למילתי' ליכא מאן דפליג דפשיטא דלא אמרינן אישתהי, כמו שהוכחתי לעיל מכמה דוכתי, וכ"ש באשה זו שיש עדיין בה ריעותות הרבה, כי אשה זו בשכבר נסתרה עם יהודי אחד, עכ"ל תשובת מהר"ם.

וכן בספר עצי ארזים סי' ד' ס"ק כג באר דברי הרמב"ם פט"ו מאיסור"ב הי"ט שכתב "אמר האב אינו בני או שהיה בעלה במדינת הים הרי זה בחזקת ממזר ... ואין העובר משתהה במעי אמו יתר על שנים עשר חדש", וכתב עצי ארזים - "מה שכתב, או שהיה בעלה במדינת הים, אין נראה לפרש ששהה יותר מי"ב חדש, דא"כ היינו בבא בתרייתא דאין העובר משתהה וכו', ולא היה לו לחלקו לשתי בבות, רק היה לו לכתוב או שהיה בעלה במדינת הים יותר מי"ב חדש. אלא ודאי נראה, דמיירי שהיה במדינת הים פחות מי"ב חדש, וקאי אבבא קמייתא שהיא אומרת שאינו מבעלה. וס"ל דא"ע"ג דבעלמא האם אינה נאמנת, מ"מ כשהלך בעלה ממנה יותר מתשעה חדשים, או נאמנת לומר שאינו ממנו. והיינו משום דא"ע"ג דקיי"ל כרבה תוספאה שהולד משתהה עד י"ב חדש, היינו כשהיא אומרת כן שהוא מבעלה, אבל אם היא אומרת שאינו ממנו, נאמנת, כיון שהוחזקה ריעותא. וכעין שכתב הרמ"א בשם תשובת מיימוני דבראו בה דבר מכוער לא אמרינן אישתהי, כ"ש כשהיא בעצמה אומרת שאינו ממנו, שנאמנת בענין זה, עכ"ל.

ובשו"ת בנין עולם, בהמשך התשובה שהבאנו לעיל, בס"ק יז כתב - "היה נראה לדינא דהולד ודאי ממזר, כיון שיש כאן רגלים לדבר שזינתה, וגם רובא מסייע להך רגלים לדבר, שרוב ולדות אינם משתהים יותר מכפי השיעור, וכמ"ש לעיל באם ראו בה דבר מכוער ופריצות דבכה"ג לא אמרינן אישתהי. א"כ כ"ש כאן שהודו הנואף והנואפת, דזה חמור יותר מראו בה דבר כיעור. דהא על ידי עידי כיעור לבד או פריצות לבד אין מוציאין אשה מבעלה כמבואר בכמה מקומות וכמ"ש באה"ע סי' י"א, וכאן בהודו הנואף והנואפת מפקינן לה מבעלה, וכופינן אותו לגרשה, וכמ"ש בתשובת נודע ביהודה (שם). א"כ כ"ש דהולד פסול, ולא אמרינן אישתהי, עכ"ל.

הרי מבואר שהבניין עולם פשיטא ליה, שמקרה שבו קיימת הודאת האשה והנואף, חמור יותר ממקרה שבו ראו בה דבר מכוער, ואין אומרים בו אישתהי אף לעשותו ספק. וכן בשו"ת מנחת יצחק חלק ה' סי' כח כתב להדיא שאין תולין באשתהי כשהאשה טוענת שהיא מעוברת מאדם אחר, ודלא כספיקו של אגרות משה שיובא להלן. וז"ל המנחת יצחק - "נראה דה"ה היכא דנפרדו זה מזה על ידי גירושי ערכאות, הוי כמו אם היה במדינה אחרת, בלא קטטה, דשתי החששות, היינו שמא פייס (עי' גיטין כ"ט ע"ו),

פרק ב' - האם לתלות הבן בבעל, מפני האפשרות שהבעל יבוא בתקופת הפירוד

לולי דברי הבעל, כגון שהלך למדינת הים ואי אפשר לשמוע עדותו, היה מקום לתלות הבן בבעל, גם בלא טעמא דאישתהי, אלא אף שבני הזוג גרו מספר חדשים בפירוד, תלינן שבא אליה בצנעה. אך אין לומר כן כשהבעל בפנינו וטוען שלא נפגשו מיום פרידתם (למעט בבית הדין במעמד סידור הגט, פגישה שאין בה כל נ"מ לענייננו).

בה"ג בסוף הלכות גיטין כתב, וז"ל - "ממזרת אין חוששין לה, כגון דקא הלך בעלה למדינת הים חניא והוה לה ברתא, לא חיישינן. דאמרינן דילמא אתא בעלה בצנעא בליליא ושימש בה, כהווא מעשה דאבוה דשמואל דאתא בשם ושימש".

דברי בה"ג הובאו ברא"ש פרק עשרה יוחסין סי' ז'. הרא"ש כתב על דברי בה"ג - "ועוד מקשינן עליה, מההיא דפרק הערל (דף פ:): דקאמר התם דרבה תוספאה אכשר לההוא ולד בתר שנים עשר חודש דאמרינן אשתהויי אשתהי, ולמה ליה טעמא דאשתהי לימא דלמא אתא בעלה בצנעא ושמש. ויש לומר דהתם מיירי שהבעל ואשה מודים שלא בא".

ומבואר שדברי בה"ג לא נאמרו כשהבעל והאשה מודים שלא בא בצנעא.

וה"ה במקרה שהבעל בלבד טוען שלא בא, נאמן גם אליבא דבה"ג, וכמ"ש מהרי"ט חלק אה"ע סי' טו, וז"ל - "אשה דנקט הרא"ש ז"ל, כדי נסבא. דאפילו אם לא היתה האשה מודה, פשיטא דבאב תליא מלתא, ולאב המניה רחמנא לומר ממזר דכתיב יכיר, אפילו בבן בין הבנים ואעפ"י שהאשה אומרת ממנו".

וכן כתב הבית יוסף בסוף סי' קעח, עי"ש שהביא מתשובת הרב דוראן, ובתוך דבריו כתב - "זהו לפי דעת הרמב"ם שכתבתי, אבל בעל הלכות גדולות כתב בסוף הלכות גירושין, אשה שהלך בעלה למדינת הים וילדה דלא חיישינן לממזרות, דילמא אתא בעל בצנעא ושימש, כי עובדא דאבוה דשמואל. וזה נראה כסותר דעתו של הרמב"ם. אלא שאפשר לומר שהגאון לא אמר כן אלא כשאין הבעל בפנינו, אבל אם הבעל לפנינו הולד ממזר, כדעת הרמב"ם". וכן נמצא בתשב"ץ חלק ב' סי' צ' שכתב על דברי בה"ג - "נראה שהגאון ז"ל לא אמרה, אלא כשהבעל מודה בדבר, כהווא עובדא. אבל אם אינו כאן, מסתמא חיישינן לממזרות כדברי הרמב"ם ז"ל".

בספר בית מאיר תמה על הביאור הנזכר בדעת הרמב"ם, מאחר שהרמב"ם איירי בבעל שהלך למדינת הים וילדה לאחר י"ב חדש, וכתב הבית מאיר - "וזה תימא, דאם כן מה איריא שהיה במדינת הים, אפילו הוא גבה, ואומר שלא קרב אליה זה יותר מ"ב חודש, נמי הולד ממזר, דהא נאמן לומר שאינו בנו, והבית שמואל (ס"ק טז) תיקן וכתב והרמב"ם

דבסתם אשה שמוחזקת כשרה, שאמרינן אישתהי, אמרינן זה אפילו באמרה שזינתה, משום שאין אמירתה כלום לפסול הולד, וצ"ע בזה לדינא", עכ"ל האגרות משה.

אך לפי האמור לעיל, מאי דמספקא לאג"מ, פשיטא למהר"ם מרוטנבורג ולשאר הפוסקים שהבאנו.

והנה הראש"ל"צ הגאון הרב עובדיה יוסף שליט"א בספרו יביע אומר חלק ג' חלק אה"ע סי' א' כתב בתוך דבריו - "ובלא"ה ישנם כמה פוסקים דס"ל דלא כהרמ"א בזה, ולעולם אמרינן אשתהי עד י"ב חודש. וכמבואר בשו"ת מהר"ם פדואה (סי' לג) דאף בראו בה דברי כיעור אמרינן אשתהויי אשתהי. ע"ש. וכן העיר מזה הגאון רצ"ה ברלין בתשובה, והיא לו נדפסה בשו"ת רעק"א (סי' קד)", עכ"ל.

ויש להעיר על דבריו, שבתשובת מהר"ם פדואה איירי בנולד לשמונה דתולין שהוא בן שבעה דאישתהי. ואינו דן בשאלת אישתהי של י"ב חדש. אלא רק הגרצ"ה ברלין בתשובתו סבר שמאחר ומהר"ם פדואה דן אישתהי בנידון שלו אף בלא חזקת כשרות, ה"ה באישתהי של י"ב חדש.

אך גם מסקנתו של הגרצ"ה ברלין היא להחמיר בכיעור ממש, כמו רוכל וכדומה.

על כן לא ניתן להביא מדברי הגאון רצ"ה ברלין אסמכתא לנידון דידן, שהיא מודה שזינתה וטוענת שהבן מהבועל.

העולה מדברינו, אם האשה טוענת שהיא מעוברת מבעלה ויש לה חזקת כשרות, פוסקים כרבא תוספאה, והולד כשר. וכשהיא שותקת או אינה לפנינו, נחלקו הדעות כמבואר לעיל, בתשובת מהר"ם כתב שאין תולים באישתהי, וכן כתבו כמה אחרונים, ויש חולקים שדנו סברת אישתהי גם בלא טענת האם אם היא בחזקת כשרות.

אבל בנידון דנן שהאשה טוענת שזינתה תחת בעלה והתעברה מאחר, וידוע לנו שכיום היא גרה עם אותו נואף באיסור, ושניהם מחזיקים את הבן כבנו של הנואף, הרי שבכך יצאה מחזקת כשרות, ואין מקום לדינו של רבא תוספאה.

הטעם בהלכה זו, אמנם האם אינה נאמנת לפסול את בנה, אך כאן הפסול אינו נובע מטענתה ומפני שאנו פוסקים על פי עדותה, אלא מאחר שעפ"י דבריה אנו קובעים שהיא איבדה את חזקת הכשרות שלה, בכה"ג ליכא לדינא דרבא תוספאה, מהטעם המבואר במהרי"ק ובאחרונים הנזכרים.

על כן המסקנה מכל האמור היא, בנידון שלפנינו, הבעל הטוען שהבן אינו שלו, נאמן. ואין לשלול דבריו בטענה שהוא בדבריו מסתמך על נתונים שעל פי ההלכה אין בהם להוכיח שאינו אבי הבן, מאחר שכפי שהתבאר, עפ"י ההלכה במקרה דנן אין מקום לתלות שהולד השתהה עד י"ב חדש.

וכן בספר יד אהרן אה"ע סי' ד' הגהות ב"י אות יד, כתב על דברי הרא"ש - "אך ק"ל, במ"ש דההיא דרבה תוספאה מיירי שהבעל והאשה מודים שלא בא. ואינו יודע אמאי הוכרח לומר שהאשה והבעל מודים, הא אם האשה לבד אמרה שלא בא נאמנת ... לימא שאפילו שאין הבעל בכאן, אם היא מודה שלא בא, ודאי דנאמנת".

וכן סבר בשו"ת דברי שמואל (לג"ר שמואל ארדיטי ז"ל) חלק אה"ע סי' ז' ובדבריו הוסיף ביאור, וז"ל - "כיון שהיא אמרה דמאיש פלוני הוא, א"כ הרי הודתה לנו דלא בא בעלה בצינעא. דאם איתא דבא בעלה בצינעא לא היתה מקלקלת עצמה לומר דמאיש אחר נתעברה ולפסול עצמה וולדה, אלא ודאי דליכא למיחש לשמא בא בצינעא כלל ... אפילו נימא דבמקומות הקרובים כו"ע מודו דחיישינן שבא הבעל בצינעא ובעל, א"כ כשאמרה היא דלא בא ואין מי שיכחיש אותה, נאמנת אף שהוא לפסול".

וכן כתב בספר עצי ארזים סי' ד' ס"ק כג בדעת בה"ג - "ודאי אם האם לפנינו ואינה טוענת כך, נ"ל שגם הרא"ש מודה דאף לדעת בה"ג יש לו דין ממזר, כיון שהיא לפנינו ואינה אומרת כך, אגן לא תלינן להכשירו בהכי".

הטעם להאמינה בכה"ג, אע"ג דבעלמא האם אינה נאמנת לפסול את הבן, מבואר בעצי ארזים בהמשך דבריו, שכתב דלא תולים באישתהי עד י"ב חדש אם האשה אומרת שהולד אינו ממנו. וז"ל - "אע"ג דבעלמא האם אינה נאמנת מ"מ כשהלך בעלה ממנה יותר מתשעה חדשים, אז נאמנת לומר שאינו ממנו, ... דאע"ג דקיי"ל כרבה תוספאה שהולד משתהא עד י"ב ח, היינו כשהיא אומרת כן שהוא מבעלה, אבל אם היא אומרת שאינו ממנו נאמנת, כיון שהוחזק ריעותא, וכעין שכתב הרמ"א בשם תשובת מיימוני דבראו בה דבר מכוער לא אמרינן דאישתהי, כ"ש כשהיא עצמה אומרת שאינו ממנו, שנאמנת בענין זה".

וכן מבואר בספר ישועות יעקב הטעם להאמינה, בדבריו בסי' ד' (פיה"ק סק"י) כתב, וז"ל - "ואם הבעל אומר שבא והיא אומרת שלא בא, דעת הח"מ להכשירו. ואני אומר זה אינו, דבאמת היא מילתא דלא שכיחא, רק מטעם חזקת כשרות שלה חיישינן, וכיון שהיא אומרת שזינתה וממילא אזיל חזקת כשרות, שוב לא חיישינן לה".

ואף אם לא נקבל דבריו לחלוק על הח"מ, וזאת מפני שנאמנות הבעל עדיפה. עכ"פ הטעם שכתב הישועות יעקב קיים בכה"ג שדבריה אינה נסתרים על ידי הבעל, דבלא חזקת כשרות אין מכשירים לתלות במילתא דלא שכיחא שהבעל בא בצינעא בלא שהדבר נודע.

ונוסיף ונציין למש"כ ובפת"ש אה"ע סי' קנח סק"ג מתשובת מנחת עני שכתב בלשון זו - "עד כאן לא נחלקו הרמב"ם ובה"ג רק היכא דידעו שהבעל הרחיק נודו באופן שעל פי הטבע אי אפשר שיהיה העובר ממנו, אבל היכא דאפשר לבוא על פי הטבע, ודאי כו"ע מודו דלא מפקינן האשה והולד מחזקת כשרות, ואין כאן אפילו ספק ממזר, וכן

איירי כשהוא בפנינו ואינו אומר שבא, כלומר ששותק. ואין זה במשמע לשון הרמב"ם, והפשוט דאיירי כשאינו בפנינו". לפי ביאור התשב"ץ והב"י סי' קע"ח אין מחלוקת בין בה"ג והרמב"ם, ודלא כמפורש בשו"ע סי' ד' סעיף יד. ואמנם שאר הפוסקים כתבו דבה"ג והרמב"ם פליגי.

הב"ח בקו"א לסי' ד' כתב בדעת בה"ג - "בהך דבה"ג קשיא ממה נפשך, אם מודה האשה שלא בא פשיטא דהוי ממזר ודאי. ואם טוענת שבא בעלה בצנעא פשיטא דכשר ודאי כיון שאין הבעל בפנינו ... וי"ל דמיירי בשהאשה אומרת שמבעלה נתעברה, שבא עליה בצנעא, ואע"פ שאין הבעל בפנינו. ואיצטריך לאשמועינן דנאמנת וכשר ודאי, דלא חיישינן דלמא משקרא, כיון דלא נודע לשום אדם שבא בעלה. ולאפוקי מסברת הרמב"ם דבחזקת ממזר הוא".

ובחלקת מחוקק ס"ק ט' דחה דברי הב"ח וכתב - "בקונטרס אחרון כתב דפליגי אם היא טוענת שבעלה, בא בצנעה ואין הבעל כאן, דלהרמב"ם אינו נאמן, ואין דבריו מוכרחים".

ובדעת בה"ג כתב הח"מ - "משמע מדבריו דאף אם האשה שותקת או אינה לפנינו, ס"ל לבה"ג דאגן תולין שמא בא בצנעה". וכן נראה שהב"ש ס"ק טז פרש כדעת הח"מ.

עכ"פ כו"ע מודו, שאף אליבא דבה"ג, אם הבעל טוען שלא בא בצינעא, דינו כמי שטוען שבא לביתו ולא שימש, ואין מקום לקולא. וכן כתב בספר עצי ארזים סי' ד' ס"ק כג - "פשיטא שאין לומר דמיירי שהבעל בפנינו ואומר שלא בא, דאם כן אפילו לא הרחיק ממנה כלל נאמן לומר שהוא ממזר". וכן כתב בספר ישועות יעקב סי' ד' (פיה"ק סק"י), וז"ל - "בודאי היכא דהבעל אמר שלא בא בתוך הזמן נאמן, דהאומר זה בני ממזר נאמן".

וכן בערוך השלחן סי' ד' סעיף כא הביא את לשון השו"ע והרמ"א בסעיף יד, וכתב - "והנה זה ודאי כשהבעל לפנינו ואמר שאין הולד שלו, נאמן בכל ענין, כמו שיתבאר דהאב נאמן (בית מאיר)".

יתירה מזו, הרבה פוסקים כתבו שאמנם בה"ג אמר דבריו כשהבעל אינו בפנינו, אך היינו דוקא כשהאשה אינה טוענת להיפך, משא"כ אם האשה טוענת שלא בא, ולדבריה התעברה מאדם אחר.

והנה הח"מ שם כתב - "אבל אם האשה מודה שלא בא בעלה, אף אם אין הבעל לפנינו, רחוק הוא להכשירו". וכתב בספר ארץ צבי (סי' ד' ס"ק כא, הובא באוצה"פ ס"ק מד אות ו') - "כתב חלקת מחוקק דרחוק להכשירו. ולי נראה דלא הוי אלא ספק ממזר, כמ"ש לקמן בסעיף כ"ו, דיבורה לא מהני לפסול הולד".

אך דבריו אינם ברורים, דאם אין לאשה נאמנות לפסול, יש לדונה כאילו לא אמרה דבר, ובשותקת סובר בה"ג להכשיר, ומדוע כתב לדוננו כספק ממזר. אלא ודאי שלדעת הח"מ בנסיבות אלו יש לאשה נאמנות לפסול, ואינו דומה לסעיף כו.

דמשכחת לה ספק ממזר אלא ע"י ספק בן תשעה לראשון ושבעה לאחרון וכדאיתא בהחולץ, דהשני ממזר מספק. הא נמי ליתא, דמדאורייתא אזלינן בתר רובא ורוב נשים לתשעה ילדן. והתם נמי לא משכח לה הש"ס, אלא בדוחקא. ובודאי אי אפשר לאוקמי עיקר יתירא דקרא דספק ממזר יבא אלא בהאי דוחקא.

סברת הפני יהושע שבמקום דאזלינן בתר רובא, הבן ודאי ממזר, מסתייעת ממש"כ בחידושי הרשב"א במסכת קידושין דף עג: וז"ל - "מכלל שמועה זו נראה, שלא אמרו ממזר ודאי אמרה תורה ולא ספק ממזר, אלא בשמחצה מיהא כשרין אצלה, דכל כי הא הוא דהוי ספק. אבל כל היבא דרוב פסולין אצלה, כממזר ודאי משוינן ליה, דרובא דאורייתא. אא"כ בדקו את אמו ואמרה לכשר וראוי לי נבעלתי, כר"ג ור"א ואבא שאול. וארוסה שעברה דאמר לקמן שהולד שתוקי, אע"ג דרוב פסולין אצלה, שאני ארוסה דתלינן בארוס, כדאיתא לקמן, והוה לי' כמחצה על מחצה, כנ"ל".

הבית מאיר סי' ד' סעיף כו הביא את דברי הרשב"א וכתב על דבריו - "הרי מבואר דברוב פסולין הוי ממזר ודאי, ומ"מ נאמנת".

וכן בספר בנין עולם חלק אה"ע סי' ה' ס"ק יח כתב להוכיח מהסוגיא בקידושין עג. שרוב פסולין הולד ודאי ממזר, דאזלינן בתר רובא.

ובפשיטות י"ל ה"ה ברוב לתשעה ילדן שהוזכר בדברי הפנ"י, דעדיף טפי שהוא רוב בטבע, וכפי שיבואר להלן. לעומת זאת, בספר ישועות יעקב אה"ע סי' ד' ס"ק יא, הובא באוצה"פ סי' ד' ס"ק צד אות ב', הביא מהשטמ"ק עמ"ס ב"מ דף ו: בשם הרא"ש מפליזא, שגם בכל דפריש מרובא פריש, אינו אלא ספק אלא שהתורה התירתו, ובדין מעשר בהמה יחשב עשירי ספק. וכתב הישועות יעקב - "א"כ ה"ה כאן דהתורה אמרה ממזר ודאי לא יבוא אבל ספק ממזר יבוא, א"כ אף רוב לא מהני להוציאו מגדר ספק, והיינו לענין מן התורה".

ומתוך כך כתב הישועות יעקב, שאף ברוב פסולין דינו כספק ממזר המותר מהתורה.

אלא שבספר שב שמעתתא שמעתא ב' פרק טו כתב לחלק בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן, ולדעתו אמנם ברובא דאיתא קמן, כגון רוב פסולין, מדאורייתא עדיין יחשב כספק ממזר המותר מהתורה, מאחר והרוב הוא הוראה כיצד לנהוג אך אינו פושט את הספק, משא"כ ברובא דליתא קמן שהוא רוב מסברא. ולפי זה בנידון דנן שהוא רוב בטבע דלתשעה ילדן, יחשב כודאי ממזר.

ובאוצר הפוסקים (שם) הביאו תשובת חת"ס וספר נחלת יעקב (לנתיבות המשפט) שכתבו כסברא זו לחלק בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן. ולפי דרכם וכן לדעת הרשב"א וכפי שהביא דבריו הבית מאיר וכן לדעת הבנין עולם, יש לומר שבמקום דאזלינן בתר רוב נשים לתשעה ילדן, הולד ממזר ודאי.

מבואר במשנה למלך פרק טו מאישות, והוא פשוט, עכ"ל. אך בתשובת מנחת עני שם הביא מתשובת הריב"ש שדינו של בה"ג דוקא באשה כשרה שלא נשמע עליה פריצות, וכן בתשובת פרי הארץ ח"א אה"ע סי' א' שהובאה באוצה"פ סי' ד' ס"ק מד אות א', (אמנם לא מצאתי בריב"ש שכתב כן). ולפי דרכם קשה להקל בנידון דנן מכח דברי בה"ג, מאחר שאין ספק בדברי הפריצות שנשמעו על האשה.

העולה מדברינו, בנידון דנן אין מקום להקל לתלות שבא בצינעא, הן מפני דברי הבעל שהעיד בבירור שלא בא והתורה האמינתו.

גם אם הבעל לא היה בפנינו, בכה"ג שהאשה טוענת שלא בא בצינעא אלא היא מעוברת מאחר, גם לדעת בה"ג אין תולין בכך. ואף שבעלמא האשה אינה נאמנת, כאן האמינוה. ובטעם הלכה זו, בארו האחרונים כמה טעמים - לדעת הישועות יעקב, מפני שבלא חזקת כשרות של האשה אין לתלות שבא בצנעא. ובספר עצי ארזים הגדיר הטעם מפני שהחזקה ריעותא. ובספר דברי שמואל (הנזכר לעיל) באר הטעם - "דאם איתא דבא בעלה בצינעא לא היתה מקלקלת עצמה לומר דמאיש אחר נתעברה ולפסול עצמה וולדה".

פרק ג' - האם יש לדונו כמי שנולד לשבעה מקוטעין

כאמור, האשה התגרשה ביום ט' סיון והבן נולד ביום כט כסלו, דהיינו ששה חדשים ועשרים יום לאחר הגירושין. יש לדון, האם יש להכשיר את הבן מפני שיש לתלות את תחילת עיבורו לאחר הגירושין, ושהבן הוא מאותו מיעוט הנולדים לשבעה. או אזלינן בתר רובא, והבן ודאי ממזר, או שיש לדונו כספק ממזר, מפני הספק אם העיבור החל קודם לגירושין או אחר הגירושין.

במשנה במסכת יבמות דף לה: שנינו - "ספק בן תשעה לראשון, ספק בן שבעה לאחרון יוציא, והולד כשר, וחייבין באשם תלוין". ועל זה נאמר בגמרא - "אמר ליה רבא לרב נחמן, לימא הלך אחר רוב נשים, ורוב נשים לתשעה ילדן". ופרש רש"י - "רוב נשים לט' ילדן, ולייתי חטאת דודאי בר קמא הוא ואשת אח בת בנים בעל". ומסקנת הגמ' שדינו באשם תלוי ולא בחטאת, מפני שיש כאן ספק שקול - "רוב היולדת לתשעה, עוברת ניכר לשליש ימיה, והאי מדלא הוכר לשליש ימיה איתרע ליה רובא".

והנה במקרה שבו הרוב לתשעה מורה שהולד ממזר, והמיעוט לשבעה מכשירו, וכשלא איתרע לה רובא, כגון שלא נבדקה לשליש ימיה, יש לדון האם יש לדונו כספק ממזר או כודאי ממזר, או שמא יש להכשירו מפני שיש לתלות במיעוטא.

לדעת הפני יהושע במסכת כתובות דף טו. בספק בן תשעה לראשון או בן שבעה לאחרון, מדאורייתא אזלינן בתר רובא, ואם כשהוא לתשעה הוא ממזר ולא לשבעה, דינו כממזר ודאי. וז"ל הפני יהושע - "ולכא למימר

למרות זאת, העלה הצמח צדק שאף באשת איש אין תולין במיעוט, כשיש ריעותות המביאות לחשוש שהתעברה בזנות. וז"ל הצמח צדק - "גבי יוחסין לא אזלינן אפילו בתר רובא, וצ"ל כיון שבשתוקי אמו נאמנת להכשירו אף ברוב פסולין אצלה, כמו כן כאן נאמנת לומר שמבעלה נתעברה, אף שהוא נגד הרוב", עכ"ל. מבואר בדבריו, דבעינן דוקא טענת ברי, ולא סגי בשותקת, מאחר שהאפשרות הזו שילדה לשבעה היא כנגד רוב.

ובשו"ת תורת חסד חלק אה"ע סי' ט' השיב על מקרה שבו - "אשה אחת היתה בקטטה עם בעלה ונתרחקה מאתו כשתי שנים עד שנתגרשה ממנו יום כ"ז אייר, ואח"כ בסוף טבת ילדה בת, ואומרת שנתעברה מעכו"ם אחד שנאנסה ממנו לאחר הגירושין ... ושואל אם נאמנת להכשיר הולד".

בתשובתו דן התורת חסד אם האשה בדבריה נאמנת להתיר הבן. אך קודם לכן כתב - "אפילו לא נחליט בנ"ד אמירתה בבירור גמור ... יש להתיר מטעם שכתב הב"ש בשם תשובת מהר"י באשה שנתגרשה וילדה דמכשירין הולד משום ס"ס, שמא אחר הגירושין זנתה ואת"ל קודם גירושין שמא מעכו"ם. אלא ... אם ילדה קודם כ"ח בטבת איכא ריעותא מאחר דרוב נשים יולדות לתשעה, והיינו להפוסקים דס"ל דבעיבור של תשעה חדשים לא אמרינן שיפורא גרים, וכ"מ מפסק השו"ע ורמ"א סי' קנ"ו ס"ד וע"ש בב"ש סק"ה. משא"כ לפי דברי התוספות והרמב"ם בנדה (דף ל"ח ע"א) דס"ל ביולדות לתשעה ג"כ דשיפורא גרים, הוי ספק גמור אף בנידון דידן", עכ"ל.

דברים אלו של התורת חסד, הובאו בקצרה באוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קיד אות ה'. ומבואר בדבריו, שיש לדון "ספק שמא לאחר הגירושין התעברה" רק כשאינו נוגד את הרוב, דלתשעה ילדן. ושיש מקום לתלות שהוא מהנולדים לתשעה, כגון כשנולד לתשעה חדשים למ"ד שיפורא גרים אף ביולדת לתשעה, דאז הוי ספק שמא התעברה קודם גירושין או התעברה אחר הגירושין. אבל כשאין צד לתלות שנולד לתשעה, מאחר וזהו כנגד הרוב, אין מקום לקבוע דבר כזה לספק, והיינו בנידון שם שלא היה מקום לדינו של הרמ"א, מאחר ולא היה צד לתלות הבת בבעל.

מכל הנ"ל קשה, על מש"כ הג"ר שלום משאש ז"ל בתשובתו שבספר יביע אומר חלק ט' אה"ע סי' ה' (הודפס בספרו שמש ומגן ח"ג אה"ע סי' עג) בנידון אשה שנישאה בחו"ק ונפרדה בפירוד אזרחי בלבד ועברה לחיות עם אדם אחר, אח"כ קבלה גט כדמו"י מבעלה, וששה חדשים ותשעה עשר יום לאחר הגירושין נולדה בת. וכתב לדון הדבר בספק, דהיינו ספק נולדה לתשעה והיא ממזרת, ספק בת שבעה למקוטעין לאחרון, וכשירה. ולפי האמור הדברים צ"ע, שהרי האם לא הוחזקה בכשרות, לאחר שעברה לגור עם אדם אחר בטרם קבלה גט, ובנוסף היא לא העידה שהבן נולד לשבעה לאחרון, הדין נותן דאזלינן בתר רובא, ולהניח שהאם ילדה את הבן כרוב הנשים היולדות לתשעה.

והנה מצינו בגמ' (ר"ה יא. ויבמות מב.) דהיולדת לשבעה יולדת למקוטעין, אף שאינם שבעה חדשים שלמים. וכתב הרמ"א באה"ע סי' ד' סעיף יד - "אשה שנתעברה מבעלה סוף סיון, וילדה תחילת כסלו, אע"פ שאין ביניהן רק חמשה חדשים לא חיישינן לבנה לומר שהיתה מעוברת קודם לכן, דהחדשים גורמים והוה ליה בן שבעה".

ובנידון דידן עדיף טפי, מהנידון ברמ"א, דהתם התעברה סוף סיון וילדה בתחילת כסלו, וכאן שמא התעברה לאחר תשעה ימים בחדש סיון וילדה בסוף כסלו, דהיינו ששה חדשים ועשרים יום.

אך בנידון שלפנינו אין מקום לצרף סברא זו לקולא. מפני שבדינו של הרמ"א, הנידון הוא להתיר את הבן, וזאת מכח חזקת כשרות של האשה שהיא אשה נשואה, ודנים שהאשה לא התעברה בזנות קודם לסוף סיון כשבעלה היה במדינת הים. ואין ראייה למקרה דנן שבו אם נניח שהבן נולד לשבעה, זהו בן פנויה.

הרמ"א הביא הלכה זו מתשובת מהר"י מינץ סי' ו', שבה מבואר שלמרות הדוחק לתלות בבן שבעה שנולד למקוטעין, תולין כן, מפני חזקת הכשרות של האשה ותולים שהתעברה מבעלה. וז"ל מהר"י מינץ - "לכן בודאי אמרינן העמיד האשה על חזקתה, דהיינו חזקת הגוף, ועל חזקת כשרות שלא נבעלה אלא לבעלה".

ובתשובת מהר"י בן לב ח"ד סי' יט כתב - "ולכן אני אומר, שלא הייתי סומך על זאת הסברא מהרב רבי דוראן לעשות מעשה להקל, ואפילו שהיתה לה חזקת דכשרות, וכ"ש היכא דאיתרע חזקתה. וכבר נראה ממה שכתב הרב הנזכר דאיהו גופיה לא אמר אלא דוקא היכא דאית לה חזקה משום דהעמד אשה על חזקתה, ושביקנן סברת דרוב נשים יולדות לט'. אבל לית לה חזקה דכשרות ואיתרע חזקתה, לא שבקינן רובא וסמכינן למיעוטא דילמא הוה בן שבעה ונגמר מהרה".

בספר נתיבות לשבת סי' ד' סק"י כתב על דברי הרמ"א, וז"ל - "קשה טובא, א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם להמתין שלשה חדשים, הא אם גירש הבעל בחצי חדש ותינשא לאחר בחצי חדש הרביעי ותלד אחר נישואיה בחצי חדש שני, יהי' ספק אם הוא בן תשעה לראשון שלמים או בן שבעה לאחרון, כיון שהיה חמשה חדשים שלימים ושני חצאי חדשים ... ויותר נראה הא דתלינן דשיפורא גרם בה' חדשים ושני ימים, היינו משום דרוב בעילות אחר הבעל וחזקת כשרות שלא זינתה. אבל בסתמא, כגון שילדה בכה"ג שיכולה לתלות בבעל ראשון, לא מספקינן ליה בבעל שני משום דשיפורא גרם דלא שכיח כלל, וצ"ע".

ועיין בשו"ת צמח צדק (החדש) חלק אה"ע סי' מב שפסק את דינו של מהר"י מינץ שברמ"א, וכתב - "בסתם אשה שנשאת וילדה לשבעה חדשים, ודאי הולד כשר בלי גמגום". והוסיף, דהיינו על פי סברת הריב"ש סי' תמו, שכתב שאין תולין לעולם בזנות כל שאפשר לתלות בבעלה, אפילו על צד הרחוק.

ואולי היה זה לקנס בעלמא. ואף שבשביל זה שלא רצו לסדר להם חוק קבעו דירתם יחד וחיו חיי אישות בלא המתנת ג"ח נמי לא מרע חזקת כשרותה, שלכן אין לנו בעצם שום ספק לומר שזינתה תחת בעלה קודם קבלתה הגט. ואיכא רק טעם להסתפק, בשביל שילדה ולד לז' חדשים וכ"ד יום, שהוא כנגד הרוב דלט' ילדן, שזה יעשה ספק. והא הרוב אף היותר גדול שבעולם שהוא כשנשתהא הולד יב"ח אינו עושה ספק אף בנשים חשודות לזנות כל זמן שלא ראינו עניני כיעור, ובאם שהתה רק עד עשירי, אף שג"כ הוא מיעוט, הא כתב הח"מ דלא חיישינן אף בעדי כיעור, מאחר שעב"פ הוא מלתא דשכיח, היינו שהוא מיעוט המצוי שלא נחשב זה ריעותא כלל, והסכים לו הב"ש. ואפשר שילדות לז' הוא ג"כ מיעוט המצוי, עכ"פ ודאי הרוב דלט' ילדן לא יעשה לנו שום ספק באשה זו שלא איתרע חזקת כשרותה, ואולי אף באשה שהיה נעשה לנו קצת ספק, לא היתה לא היא ולא הולד נאסרין בשביל זה, אם אינו רוב עדיף מהרוב דלא משתהין כלל יותר מרע"א ימים. וא"כ היה שייך להכשיר הולד, אף בלא היתה כאן האם לומר ברי, אף לשיטת הש"ש. וכ"ש שנאמנת בברי שלה שלא בא עליה עד אחר הגט, ואז נתעברה שאינו ממזר, והוא כשר בדין ודאי כשר לקהל אף להש"ש, אף בלא שמענו ממנה כלום, עכ"ל האגרות משה.

ומבואר מדבריו, שלא התיר אלא כשטענה ברי או כשאינה בפנינו, ואינה אומרת דבר. אך אם טוענת שהבן מאדם אחר, אף שאינה נאמנת לפסול, עכ"פ נראה שסבר דלא גרע מנמצא בה דבר מכוער. ולפי המבואר בדבריו, הטעם דלא אזלינן בתר רובא, היינו כשאין מקום לעורר ספק, וכשאין כל ספק, אין מקום לדון דין רוב, אך בנסיבות בהם הבעל נפרד מאשתו חודשים קודם לגירושין וטוען שהבן אינו ממנו וכן האם והנואף טוענים שהבן מהנואף, הרי שפשיטא שקיים ספק שמא הבן ממזר, ובנסיבות אלו גם לאגרות משה אליבא דשיטת הש"ש אזלינן בתר רובא ומאחר דהוא רוב בטבע ודליכא קמן, בכוחו של הרוב לפשוט את הספק לזונו כודאי ממזר.

אך צ"ע ליישב שתי תשובות אלו, שבתשובה השניה לא הזכיר שדבריו אינם מתיישבים עם מש"כ בתשובה הקודמת, בנידון שהאם אינה לפנינו. עכ"פ מוסכם בשתי התשובות שאין להכשיר במקרה שהאם טוענת שהעובר מאחר. לפי המבואר, אין מקום להקשות כיצד יתכן שעקב דברי האם נפסול את הבן כשלולי דבריה הבן כשר, וזאת מפני שאין אנו מסתמכים על דברי האם ופוסקים מכח נאמנותה, אלא מתחשבים במציאות הנוצרת מכח אמירתה בצירוף כל הנסיבות המתוארות היוצרות את הספק, ספק הנפשט לחומרא מכח הרוב. כעין זה כתב הגרי"ש אלישיב שליט"א בתשובה (קובץ תשובות ח"א סי' קמא) לבאר שיטת מהרי"ו סי' עד שהביא הב"ש סי' ד' ס"ק לט, להכשיר מטעם ס"ס שמא לאחר גירושין התעברה ושמא מנכרי, אך אם

וכן כתב בספר אגרות משה חלק אה"ע ח"ג סי' ז' - "בגמ' פשוט כל כך שרוב נשים לתשעה ילדן עד שהקשה רבא ביבמות דף ל"ז בייבם תוך ג"ח ונולד ולד שהוא ספק וחייבין באשם תלוי הא הוא ודאי של הראשון מצד רובא שלתשעה ילדן וליחייב חטאת כפרש"י עיי"ש".

ועפ"י זה פסק האגרות משה, באשה שילדה שבעה חדשים ושנים עשר יום לאחר גירושיה, שאין להכשיר את הבן אלא אם תאמר בפירוש שהתעברה לאחר הגירושין, וזאת מכח נאמנות האם להכשיר את בנה, דהלכה כאבא שאול שנאמנת לומר לכשר נבעלתי, אף במקום דאיכא רוב פסולים. אך אם אינה לפנינו ואינה אומרת דבר, או שהיא לפנינו ואומרת שאינה יודעת מתי התעברה, יש ללכת אחר הרוב, ודינו כממזר ודאי.

וע"ע בתשובת אגרות משה חלק אה"ע ח"ד סי' יז, שחזר על עיקרי שיטתו והתיר כשהאם טענה שהבן מבעלה. אך בתשובה זו הכשיר אף כשהאם לא אמרה דבר.

הנידון באגרות משה היה באשה שילדה בן לאחר קרוב לשמנה חדשים מגירושיה, וטענה שהתעברה לאחר הגירושין. וכתב דאף לשיטת הש"ש דרובא דליתא קמן עושה ודאי ממזר, - "יש לומר דרוב אף היותר גדול, אינו עושה לנו ספק בדבר שליכא ספק בלא זה. כהא דסתם אשה היא בחזקת כשרה, בין לכשרות גופה לבעלה ולכהונה בין לכשרותה בשמירת דיני התורה. שרק מפני שאירע לה דבר שלא אירע לשאר נשים שילדה ליב"ח משהלך בעלה ממנה, צריך לעשות הספק לומר דשמא אינו אמת שילדה ליב"ח, אלא שגם היא ילדה לט' ירחי כשאר נשי, וכיון שהבעל לא היה שם הרי זינתה ואסורה על בעלה והולד ממזר. וזה לא נאמר בדין רובא דרק באיכא ספק נאמר אחרי רבים להטות שהרוב יכריע, אבל כשליכא לנו ספק לא נאמר שהרוב יעשה לנו ספק וגם יכריע כהרוב, אלא אמרינן בהכרח שאירע לה מה שלא אירע לשאר נשי אם אך אפשר להיות דבר כזה. ובעצם אף שלא ראינו עדיין שאירע דבר כזה, אמרינן מזה גופא ראייה שאפשר להיות כן המציאות ולא נימא שזינתה. אלא דוקא אם ידעינן בברור ע"י חכמה וע"י קבלה שא"א להיות זה במציאות אז אמרינן דבהכרח הוא ולד מאחר שזינתה עמו".

ועל כן העלה האגרות משה - "בעובדא זו, הא היא בחזקת כשרות עדיין ... אבל לא דרו ביחד ולא חיו חיי אישות עד אחר קבלתה גט מבעלה הראשון, מ"מ לא אבדה חזקת כשרותה ברשימת נישואין דערכאות. דודאי איכא טעמים לפעמים שצריכים להרשם לאיש ואשה אצל הערכאות ויש להאמינם, וגם אצל אנשים כשרים ויראי ה' אירעו הרבה פעמים במדינתנו, שהוצרכו להרשם אצל הערכאות זמן רב קודם נישואין דתורה. ולכן אף אם אינם יראי שמים, יש להיות כן, ויש להאמינם כשליכא עדים שדרו ביחד. ואיני רואה טעם על מה שלא הרשו הב"ד לסדר להם חוק מחשש סוטה לבועל, שהרי לא אבדה חזקתה בזה.

תשעה לראשון או בן שבעה לאחרון נותנים עליו חומרי שניהם, היינו דוקא היכא דהיתה בפנינו כי מלאו שלשה חדשים ולא ניכר עוברת, ואז איתרע לה רובא. אבל היכא דלא היתה בפנינו עד אחר שלשה חדשים לנשואי שני, תלינן דנתעברה מהראשון לתשעה כדרך רוב הנולדים, וא"כ אין נותנין עליו רק חומרי הראשון ולא חומרי השני. רק לענין ירושה אינו יורש אף את הראשון דאין הולכין בממון אחר הרוב, אבל לענין איסורא בודאי הולכין אחר הרוב ואמרינן דלתשעה ילדה והוא מהראשון וק"ל. וצ"ע על גדולי הפוסקים שהשמיטו דין זה, עכ"ל.

ועיין בספר אוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קיד אות ו' (דף פט.) שהביא מספר בן ימין שדן בנידון כעין נידון דנן ודן את הבן לודאי ממזר, וששלל את האפשרות שהבן נולד לשבעה מפני שנגמרו שערו וצפרניו ומראו כבן תשעה.

ולהלן ציטוט מתשובת בן ימין (להג"ר רחמים חיים יהודה ב"ר מיכאל יעקב למשפחת ישראל רבה של רודוס) סי' טו, וז"ל – "נשאלתי על מעשה שהיה באשה שנתגרשה מבעלה בעשירי לחדש אייר התרמ"ד ובט"ז לח' טבת התרמ"ה ליל שבת קודש ילדה בן בריא וחזק ונגמרו שערותיו וצפרוניו כשאר הילדים, והמילדות והמוהלים הם אמרו שמראהו כמראה בן ט' חדשים שלמים, ותכף במוצאי שבת קודש שלחתי אצלה שני אנשים כשרים לדרוש ולחקור מפיה ממי נתעברה. והיא אמרת בשלמא מבלי שום כפיה כלל, שבא עליה הבחור פלוני בליל ראשון של חול המועד פסח תרמ"ד". ובתוך תשובתו כתב – "ואם הוא לשבעה, לא היה נולד בריא וחזק ושמן כשאר הילדים הנולדים לתשעה שלמים, וכמו שכן העידו עליו המיילדת והמוהלים".

וכן כתב הגרי"ש אלישיב שליט"א בקובץ תשובות ח"א סי' קמא – "ברם לצרף הספק שמא נכנסה להריון עם הילד הזה לאחר שקיבלה הגט, והילד הזה נולד לפי"ז לששה חדשים ושלשה שבועות, לא שמיע לי. כי נראים הדברים שהילד נולד כדרך הנולדים, ואף גם הרי הדבר ניתן לברר על ידי הבעל שמסתמא כמה שבועות אחרי גט הוכר עוברת, ובנוגע לפסולי קהל שחז"ל עשו מעלות ביוחסין, לא יתכן להעלים עין ולא לברר את הניתן לביורור", עכ"ל.

אך יש להעיר על תשובת בן ימין ועל דברי הגרי"ש אלישיב שליט"א שנעלמו מהם דברי הב"ח בתשובה סי' ק' שכתב – "ומה שיצא הלעז לפי שהיה הולד בעל אברים כבן תשעה. אין זה רגלים לדבר כל עיקר. ולא מביא בנולד לשבעה חדשים שלמים. אלא אפילו רק לחמשה חדשים ויום אחד בסוף חדש הראשון ויום א' בתחילת חדש שביעי נמי יכול להיות ולד קיימא בעל אברים כמו ולד הנולד לט' חדשים שלמים, דשיפורא גרים. וכמו שהאריך על זה הרב מהר"י מינץ בתשובתו, והיא סובבת על אשה שיצא עליה קול לעז קודם נשואיה, שזינתה עם אחד. ואפילו הכי פסק דתלינן ליה לולד אחר הבעל, ופותר אמו מן החליצה ומן הייבום".

כשבדקין אותה אומרת קודם הגירושין התעברתי, הבן ספק ממזר, דלכאורה קשיא, שהרי אין לאם נאמנות לפסול את בנה, ומדוע יש משקל לדבריה לפוסלו, ובאר שלאחר שהאם אומרת שלא התעברה מנכרי אלא מישראל קודם הגירושין, קיימת כאן מציאות המונעת מאיתנו לדון ספק נכרי, ובאר הגרי"ש אלישיב שליט"א – "אין כאן ענין לנאמנות, אלא לפי מצב הדברים מתבטל הס"ס", עיי"ש.

והנה מצינו בתשובת התשב"ץ ח"ב סי' צא שכתב שלא לדון בסתמא ללכת אחר רוב נשים לתשעה ילדן. התשב"ץ דן במקרה שבו אשת איש זינתה בעת שבעלה היה במדינת הים, ולבסוף ילדה שבעה חדשים לאחר חזרתו לביתו. ובזה כתב התשב"ץ, וז"ל – "ואם תאמר ואם תלד לשבעה לביאת הבעל למה נחזיק אותו בבנו, והיה לנו להחזיק אותו בממזר משום דרוב נשים לתשעה הם יולדות. וזאת כיון שודאי נתן שכבתו בה אחר מבלעדי אישה, שאם תמנה לאותה שכיבה היה נולד לתשעה, למה לא נתלה שמאותה שכיבה נתעברה, דהא רובא דאורייתא הוא ... בודאי כן היה ראוי לומר, אלו לא היה זה הרוב צריך לדבר אחר. אבל זה הרוב צריך דבר אחר, שיהא עוברת ניכר לשליש ימיה, כדכתיב ויהי כמשלש חדשים ויוגד ליהודה לאמר זנתה תמר כלתך. ואפילו יולדת לשבעה אין העובר ניכר אלא לתשעים יום, כדאיתא בפ"ק דנדה ובפרק בן סורר (ס"ט ע"א). וכיון שלא הוכר עוברת לשליש ימיה אין לנו לילך אחר רוב נשים, דהא איתרע ליה רובא. ולעמוד על דבר זה אם הוכר עוברת אם לאו אע"פ שאנחנו יכולין לעמוד עליו לבדוק אותה בדדיה כדרך הנשים כדאיתא בפרק החולץ (מ"ב ע"א) דפרכינן התם וכי מלו לה ג' חדשים לבדקה. אם לא בדקנו אותה ולא ידענו אם הוכר עוברת אם לא, אין לסמוך על רוב הנשים לתשעה ילדן ... ליכא למיסמך אהאי רובא לשויי בנו של ראשון ולסלוקי מיניה ספיקא דאחרון. ובכמה מקומות מצינו שלא סמכו על הרוב ... הכא נמי לא סמכינן ארוב נשים לתשעה ילדן לסלוקי מיניה ספיקא דאחרון", עכ"ל התשב"ץ.

מדברי התשב"ץ עולה שלא היה מקום לפסק דינו של האגרות משה הנזכר, שהרי בנידון של האג"מ אין בפנינו ידיעה על כך שעוברת היה ניכר לשלשה חדשים, ולפי דרכו של התשב"ץ בסתמא בלא בדיקה, אין סומכין על האי רובא דלתשעה ילדן. וכן מדברי הפני יהושע שהבאנו לעיל מבואר דלא ס"ל כסברת התשב"ץ.

(התשב"ץ בהמשך דבריו, דן להכשירו מכח סברת רוב בעילות אחר הבעל, היינו בנידון שלו, שסברא זו מצטרפת למיעוט היולדות לשבעה, משא"כ בנידון דנן).

ונציין למש"כ הפתחי תשובה יורה דעה סי' שעד סק"י, שכתב בסתמא דלא כסברת התשב"ץ. הפת"ש הביא ממש"כ בשו"ת השיב רבי אליעזר סי' ז' אות ל"ב, וכן הובא באוצר הפוסקים סי' ג' ס"ט ס"ק מה. וז"ל בתשובה שם – "והנה מהסוגיא דדף לז נלענ"ד להוציא דין חדש הא דגבי ספק בן

בדיקת הדם עומדת הנחת יסוד שאינה תואמת למסורת חז"ל בשאלת חלקם של האב והאם בדמו של הילד.

חז"ל הרה"ג בן ציון חי עזיאל ז"ל בספר שערי עזיאל ח"ב שער מ' ס"ח, כתב – "אין סומכים על בדיקה מדעית של דם הילד בדמיונו לזה של האב, שכן קבלה מרו"ל - שלשה שותפיו באדם, הקב"ה ואביו ואמו. אביו מזריע לובן וכו', אמו מזרעת אודם וכו', והקב"ה נותן בו רוח ונשמה. וכל בדיקה מדעית מתבטלת נגד קבלתם הנאמנה של רז"ל, שכל דבריהם נאמרו ברוח הקודש, ברוך שבחר בהם ובמשנתם", עכ"ל.

בשו"ת צ"ץ אליעזר חלק יג סי' קד כתב – "שאלתו השניה, ידוע שעל ידי בדיקות סוג הדם אפשר לשלול בודאות שראובן הוא האבא של ילד (אף פעם אי אפשר לוודא שהוא כן האבא, רק שיתכן שהוא האבא) האם בדיקה ותוצאותיה תופס מקום בדיני תורה עכ"ל.

ואשיבנו כדלקמן, במס' נדה ד' ל"א ע"א איתא, ת"ר שלשה שותפין יש באדם הקב"ה ואביו ואמו, אביו מזריע הלובן שממנו עצמות וגידים וצפרנים ומוח שבראשו ולובן שבעין, אמו מזרעת אודם שממנו עור ובשר ושערות ושחור שבעין, והקב"ה נותן בו רוח ונשמה וכו'.

והנה באודם שהאשה מזרעת ברור שכלול בזה (ואולי עוד בראש ובראשונה) הדם. ובהגהות הגר"א ז"ל מגיה בהדיא בגמ' ודם וכ"כ בהדיא גם בשאילתות יתרו שאילתא נ"ו, ובהעמק שאלה שם כותב שבמדרש קהלת מבואר ג"כ בפירוש דם עיי"ש. ז"א שהדם בא מן האשה, וכפי שמסביר שם העמק שאלה שם, דזה פשיטא דעיקר יצירת הולד היינו מדם שבאשה ודם מוליד דם ע"ש. וא"כ מכיון שהדם בא מן האשה זיהות דם יכול להיות ולקבוע בין בן לאמו אבל לא בין בן לאביו בהיות שדם הבן לא בא ממנו. וזה באמת הנימוק למה שכבודו כותב שאף פעם אי אפשר לוודא ע"י בדיקת סוג הדם שהוא כן האבא. והיינו מפני שזוהות הדם הוא רק בין הבן להאם בהיות שהדם בא מן האשה. וא"כ מינה גם זאת, דגם מה שבדיקת סוג הדם מראה לשלול בודאי שהוא לא האבא של הילד המדובר, ג"כ אינו אומר עוד כלום, ואי אפשר מתוך זה להחליט שפלוני איננו אבי הילד".

גם בספר דבר יהושע ח"ג חאהע"ז סי' ה' נשאל אם אפשר לסמוך על בדיקת דם כדי לקבוע אבהות של ילד כסימן מובהק, והשיב חז"ל - "אומר אני, ח"ו לא יעשה כן בישראל, דלא זו היא דרך תורה הקדושה. וכמ"ש בשו"ת הריב"ש סי' תמ"ז שאין לנו לדון בדיני תורה ובמצותיו על פי הטבע והרפואה, שאם נאמין לדבריהם אין תורה מן השמים חלילה, כי כן הניחו הם במופתיהם הכוזבים וכו' כמ"ש בפרק המפלת דף ל' ע"א אני מביא ראיה מן התורה ואתם מביאים ראיה מן השוטים עכ"ל הריב"ש. והאריך שם להביא כמה דברים אשר חכמי הטבע והרפואה קבעו נגד חז"ל ובכמה ענינים בסוד היצירה חולקים על חז"ל, וא"כ אנו

על כן נראה שאין לקבל את הסברא שכתבו שיש לבחון את מראה התינוק שנולד, בטרם נתלה את הולד ביולדת לשבעה.

אך בנידון דנן קיימת ריעותא אחרת המונעת לתלות בשבעה מקוטעין, וכמבואר לעיל. אמנם מהר"י מינץ והרמ"א פסקו להכשיר את הבן שנולד לשבעה מקוטעין, אך היינו באשה היושבת תחת בעלה בחזקת כשרות, ותולין במיעוט שאינו מצוי שהתעברה מבעלה ושלא להוציאה מחזקת כשרות. אך כשודאי לא התעברה מבעלה, ובפנינו רוב ומיעוט, רובא דלתשעה ילדן ומיעוט לשבעה, וכאן אף לשבעה לא הגיעה, אם אכן התעברה לאחר הגירושין. מלבד זאת, היא טוענת שהתעברה קודם הגירושין ושהוכר עוברת, על כן אין מקום להכשירו מכח מיעוטא דמיעוטא, אלא אזלינן בתר רובא.

פרק ד' – האם עפ"י ההלכה יש משמעות לבדיקות ההריון שנעשו על ידי האשה

במקרה דנן, לדברי האשה היא עשתה שתי בדיקות לבירור האם היא בהריון ושתייהם נתנו תשובה חיובית. בדיקה ראשונה באמצעות ערכה לבדיקה עצמית, ובדיקה נוספת נעשתה כשבוע לפני הגירושין, באמצעות בדיקת דם, וכפי שהודיעה לבית הדין, ובמידה שאכן ימצא כדבריה, י"ל כדלהלן.

שתי בדיקות אלו אינן מהימנות פחות מאותה הבדיקה המוזכרת בגמ' והנעשית בתום שלשה חדשים, (עיי' רש"י יבמות מב. ד"ה וכי מלו ובתשב"ץ שם) ושיש בהם כדי להוכיח את ההריון ושהיא ילדה את בנה לתשעה חדשים, ולא לשבעה. ואף שאין מקום לקבוע שעל פי ההלכה יש לסמוך על בדיקות אלו כראיה מוחלטת על ההריון, מאחר ויש לדון עד כמה ניתן על פי ההלכה לסמוך על בדיקות אלו בלבד כעדות גמורה לעשותו ממזר. אך עכ"פ יועילו בדיקות אלו להחשיב אותה בכלל הרוב נשים לתשעה ילדן. ובכ"ה ג אף אליבא דהתשב"ץ (הנזכר לעיל) אזלינן בתר האי רובא.

וכעין סברא זו כתבו בפד"ר חלק ב' עמ' 351, בפס"ד מביה"ד האזורי בת"א, ביחס לבדיקת דם לבירור אבהות שהעלתה שלילת אבהות - "מאחר ובמקום שאנו מוצאים ילד, שדמו שונה מדם הוריו, בע"כ עלינו לומר כי במקרה כזה יצא הילד מרובא דעלמא, - דרוב ילדים דמם זהה עם דם הוריהם. ולפי"ז ממילא מתערער היסוד דהילד הוא של אביו, דהא דמוקמינן ילד בחזקת אביו הוא מצד הדין של רוב בעילות אחרי הבעל, אבל כשדמו שונה מדם הוריו בהכרח דמקרה כזה יצא מכלל רובא דעלמא. וא"כ י"ל דכמו דאמרינן דיצא מרובא דעלמא לגבי סוג דמו הכי נמי יצא מרובא דעלמא של רוב בעילות אחר הבעל".

אמנם נאמרו דברים רבים בשאלת מהימנות בדיקת דם לבירור אבהות לענין קביעת ממזרות, אך היינו מפני שבבסיס

הלכה כר"ג אפילו 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 אפילו הכי הבן כשר מטעם ספק ספקא, ספק שמא לאחר שנתגרשה נתעברה ואת"ל קודם שמא מגוי נתעברה דגוי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר, והכי איפסיק הלכתא בפרק החולין. ואם כשבודקין אותה אומרת קודם הגירושין נתעברה מישראל הוי הבן ספק ממזר דאינה נאמנת לשווייה ממזר ודאי. וכן כתב המיימוני פרק ט"ו דאיסור ביאה וז"ל פנויה שזנתה ואמרה בן פלוני הוא כו' עד ואם אותו פלוני ממזר אינה נאמנת להיות הבן ממזר ודאי. וכשבודקין אותה בודקין אותה אם נתעברה מאדם שאינו עליה באיסור ערוה".

דברי מהר"י ווייל הובאו בב"ש סי' ד' ס"ק מג, וכתב הב"ש - "ופי' בד"מ דאיירי דבעלה לא היה אצלה, דאל"כ תלינן בבעל".

לכאורה, בנידון שבפנינו היה מקום לדון להכשיר את הבן מכח ספק ספיקא, עפ"י דרכו של מהר"י ווייל. ספק התעברה לאחר הגירושין וספק הבן מנכרי.

אך זה אינו. דנידון דנן גרע טפי בשתי ריעותות. ראשית, מהר"י ווייל קבע בפירוש, שאם היא תאמר שהתעברה קודם הגירושין מישראל, הבן ספק ממזר, וזהו המקרה שבפנינו. שנית, כבר בארנו לעיל הטעם שבנידון דנן אין מקום לספק שמא התעברה לאחר הגירושין. אמנם מצינו בתשובת מהר"י ווייל שיש מקום לצרף ספק שמא לאחר הגירושין, אף שבכך היא נחשבת כיוולדת למקוטעין (אין מבואר בדברי מהר"י באיזה חודש האשה ילדה בנידון שם), היינו כשהיא טוענת כך או כשלא נבדקה, אך לא מצינו צירוף כזה גם במקרה בו היא טוענת שהתעברה בעודה אשת איש, בניסיונות אלו אין לאשה חזקת כשרות, ובלא חזקת כשרות אין לתלות בספק שנולד לשבעה, וכמו שהתבאר.

ובשאלת צירוף הספק שמא התעברה מנכרי, שכתב מהר"י ווייל, להלן יובאו שיטות הפוסקים באיזה מקרה יש ספק שמא מנכרי. אך נציין למש"כ תשובת בנין עולם חלק אה"ע סי' ה' אות כ-כא שכתב בביאור שיטת מהר"י ווייל, שבמקום שאין רוב נכרים ויש ישראלים הפרוצים בעריות, הספק שמא מנכרי אינו ספק גמור לעשותו ספק ממזר המותר מהתורה, אך עכ"פ מצרפים את הספק השני שהוא ספק קודם גירושין או אחר הגירושין והוא ספק שקול, לספק מנכרי שאינו ספק שקול. וציין למש"כ הפוסקים בכללי ספק ספיקא שאפשר לצרף ספק שאינו שקול אלא נוטה יותר לאיסור לספק השקול, וכן למש"כ בספרו בית יצחק סי' נח. וע"ע בספר דרכי תשובה סי' קי ס"ק שסה, שהביא שיטות הפוסקים בזה. וע"ע בספר יביע אומר ח"ז חלק אה"ע סי' ו' סק"ה וסק"ו שהביא מדברי הבנין עולם וכן את שיטות הפוסקים הנזכרים שדנו בשאלת צירוף ספק שאינו שקול לספק שקול לעשותו ספק ספיקא.

ניקום ונסמוך על דבריהם דבר המוחלט וסימן מובהק מבלי שיהיה לנו ראיה מחז"ל לדבריהם וכו', אלא אדרבא נלענ"ד שלפי מ"ש חז"ל בנדה ל"א אביו מזריע הלובן וכו' ואמו מזרעת הדם וכו'. אין דם האב מעיד על דם בנו מאחר שהדם הוא חלק האם ולא חלק האב וכו' עכ"ל של דבר יהושע, הביאו בס' נשמת אברהם אה"ע סי' ד' סי"ג.

יש להבהיר שהדברים הנ"ל נאמרו, מפני שבבדיקת אבהות, דברי אנשי המדע סותרים לדברי חכמי התורה. וע"ע בפד"ר חלק יג עמ' 56 שעמד על החילוק שבין קביעת אבהות על פי בדיקת דם, הנידונת בפוסקים הנזכרים לעיל, לבדיקת רקמות שאינה בדיקה על פי סוג הדם אלא עפ"י סיווג רקמות, ואינה סותרת מסורת חז"ל. אלא שבאותו פס"ד כתבו שמאחר שהמדע מתפתח ומשתנה לא ניתן לראות בבדיקה זו דבר מוחלט, והובאו דבריהם בספר יביע אומר חלק י' אה"ע סי' ט' (עמ' שצו).

ולכן ביחס לבדיקת ההריון שנעשתה במקרה דנן, (שכאמור, לדברי האשה נעשו שתי בדיקות שונות), מאחר שאין מסורת בחז"ל שבדיקת דם אינה יכולה לברר שהאשה נמצאת בהריון. כשם שאנו סומכים על דברי הרופאים בנושאים רפואיים אחרים, ככל שאין דבריהם סותרים דברי חז"ל. כך אין מקום לשלול לחלוטין מהימנות תוצאות בדיקת דם לבירור הריון. אמנם לא נקבל בדיקה זו כבירור גמור, אך יש לראות בה בדיקה המוכיחה שהבן נולד כרוב נשים שיוולדות, ולא מהמיעוט שלשבעה יולדות, ולא גרע מהבדיקה שהזכרה בגמ' והובאה לעיל.

בספר רבינו ירוחם תולדות אדם וחוה נתיב כג חלק ג' הובא בב"י סי' יג כתב "אם עברה ונשאת תוך שלשה חדשים בדקינן לה בכל מיני בדיקות אם היא מעוברת. ואף על גב דאמרין דאין בודקין נשואות כדי שלא תתגנה על בעלה, הכא שנשאת שלא ברשות תתגנה ותתגנה כך כתב הרמ"ה". ומשמעות דבריו שהבדיקה היא אף בתוך שלשה חדשים, ודלא כמ"ש בתשובת שמש ומגן אה"ע סי' לח, עי"ש שדבריו אינם מוכרחים, ומנוגדים לדעת הבי"ח הגר"ע והאג"מ שהביא, ודחה דבריהם.

ונראה שאין הכרח בגמ' לשלול בדיקת רופאים קודם לשלשה חדשים, אלא שאין מסתמכים על בדיקה זו להתירה להנשא תוך שלשה חדשי הבחנה, ולא גרע מזקנה המחוייבת בשלשה חדשי הבחנה משום לא פלוג.

ועיי"ש בתשובת שמש ומגן, שכרך בחדא מחתא את בדיקת הדם להכרת אבהות, שביחס לאותה בדיקה כתבו כמה פוסקים אחרונים שהיא מנוגדת למסורת חז"ל, עם בדיקת רקמות, או בדיקת הריון, שביסודן אינן נוגדות כל מסורת מחכמי הגמרא, ואינה שונה מחוות דעת של רופאים המעידים על מחלה וכיוצא"ב, ודבריו צ"ע.

פרק ה' - האם יש להקל עפ"י שיטת מהר"י ווייל בשו"ת מהר"י ווייל סי' עד כתב - "ועל הבן יבדקו אותה. אם אומרת שלאחר הגירושין נתעברה מכשר נאמנת, דהא

פרק ו' - האם ניתן לצרף ספק התעברה מנכרי

במקרה שלפנינו, האשה גרה בעיר פלונית. כפי הנראה, רוב תושבי העיר יהודים, אך גרים בה נכרים רבים, ערבים או נכרים שהגיעו לארץ עם היהודים העולים מרוסיה. יש מקום לברר האם ניתן לתלות את הולד בנכרי. נראה שיש מקום לחלק את המקרים לחמש חלוקות:

- א. כשהיא טוענת שהבן מנכרי.
- ב. כשהיא טוענת כלל.
- ג. כשטוענת שהוא מבעלה אך הבעל מכחישה.
- ד. כשתולה הבן בבעל ישראל והנ"ל מודה, אך האשה דיימא מעלמא,
- ה. במקרה הנ"ל, אך אינה דיימא מאדם אחר אלא מאותו נואף.

א. במקרה שהאשה טוענת שהתעברה מנכרי, קיי"ל בשו"ע סי' ד' סעיף כט שהיא נאמנת. ב. במקרה שהאשה אינה לפנינו ואין ידוע במי היא תולה את הבן, נחלקו הפוסקים האם יש לתלות בנכרי. רבים מגדולי הפוסקים סוברים שאף במקום שיש רוב ישראל ומיעוט נכרים, וידוע בבירור שהאשה ודאי לא התעברה מבעלה, יש מקום להסתפק שמא האב נכרי, והולד ספק ממזר, ספק התעברה מישראל ספק מנכרי. מצינו יסוד לשיטה זו בראשונים. בספר יד רמה עמ"ס בבא בתרא דף קכו: (סי' קי בסופו) שכתב - "ש"מ דלרבי יהודה דס"ל דאפילו מוחזקין בזה שהוא בכור ואמר אביו על אחד שהוא בכור נאמן, אי אמר על הקטן שהוא בכור הוה ליה הגדול ספק ממזר ... ספק ממזר הוי, ממזר ודאי לא הוי. מאי טעמא, דאיכא למימר מישראל קאתי והוה ליה ממזר, ואיכא למימר מגוי או מעבד קאתי, וקיימא לן דגוי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר בין בפנייה בין באשת איש. הלכך הוה ליה ספק ממזר ואסור בבת ישראל ואסור בממזרת".

מפשטות לשונו של הרמ"ה נראה, דלא נחית לחלק בין מקום שיש רוב נכרים למקום בו רוב ישראל.

וכן בשו"ת מהר"ח אור זרוע סי' קד כתב - "גם לרבי יהודה איך יהא נאמן לומר זה ממזר, שמא גוי ועבד באו עליה דהולד כשר, אפילו באשת איש כדפסיקנן פרק החולץ. ואפילו בעיר שרובה ישראל, סמוך מיעוטא דגוים לחזקת צדקות ישראל, ואיתרע לה רובה. ואפילו יהא פלגא ופלגא יהא ספק".

וכן משמע במגיד משנה פרק טו מאיסור"ב הי"ט, שכתב לבאר ההלכה ברמב"ם שאשת איש שהתעברה שלא מבעלה, נאמנת להכשיר את הולד בטענה שהתעברה מגוי, ובאר המ"מ - "דהא ולד זה ספק מגוי וכשר ספק מישראל, ממזר, ובכל ספק היא נאמנת להכשיר", עכ"ל. דהיינו בלא דבריה הולד ספק שמא מנכרי. המ"מ כתב דבריו בסתמא, ולא נחית לחלק דקאי דוקא בעיר שרובה נכרים.

ולפי זה, לא ניתן להקל בספק ספיקא כששני הספיקות אינן שקולים ובשניהם איכא רובא לאיסורא.

ובגוף דברי מהרי"ו, לכאורה דבריו צ"ע. אם בלא דברי האשה, הבן כשר מכח ספק ספיקא, מדוע יש משקל לדבריה לעשותו ספק ממזר, כשאומרת שהתעברה מישראל קודם הגירושין, שהרי האם אינה נאמנת לפסול את הבן. ועיין בשו"ת אגרות משה חלק אה"ע ח"ד סי' כג אות ב' לאחר שכתב כדבר פשוט שאין לאם נאמנות, ואף לעשותו ספק אינה נאמנת, כתב על דברי מהרי"ו - "בב"ש ס"ק מג העתיק לשון הדרכי משה ואם היא אומרת שזנתה קודם הגירושין נאמנת לשוויי הולד ספק ממזר... אבל לא מסתבר כלל, דאין שום טעם לחלק שתהא נאמנת לשוויי ספק מאחר שאין האם נאמנת לשוויי ודאי ממזר. ולכן ברור לדינא שאין האם נאמנת כלל על בניה אף לא לשוויי להולד בדין ספק ממזר".

אך שיטת מהרי"ו וייל התבארה בספר נתיבות לשבת סי' ד' ס"ק כג, והסכים עמו בספר אמרי בינה חלק אה"ע סי' ב'. לפי דרכם, בנידון המהרי"ו אילו האם היתה שותקת, הבן היה נפסל כדין שתוקי, מחשש שנבעלה לאדם קרוב שהיא ערוה עליו, וכדין פנויה שילדה ולא נבדקה. רק לאחר שהאם טענה ברי, שלא נבעלה לאחד מהם, ניתן להכשירו מכח ספק ספיקא, אף אם לא טענה שנבעלה לאחר הגירושין. ומש"כ מהרי"ו "ואם כשבודקין אותה אומרת קודם הגירושין התעברה מישראל הוי הבן ספק ממזר, דאינה נאמנת לשווייה ממזר ודאי", אין כוונתו שמכח נאמנות האם פסלינן ליה כספק ממזר, אלא מאחר שבלא דבריה הוא ספק, שאפילו אם התעברה לאחר הגירושין עדיין יש לחוש שמא התעברה מקרוב העושה הולד ממזר, לכן גם כעת לא גרע מאילו לא אמרה דבר. ומש"כ מהרי"ו "וקרוב הדבר בעיני אפילו לא נבדקה אפילו הכי הבן כשר מטעם ספק ספיקא ספק שמא לאחר שנתגרשה נתעברה ואת"ל קודם שמא מגוי נתעברה", פירש הנתיבות לשבת שאין הכוונה שלא נבדקה כלל, אלא שלא נבדקה בשאלת זמן העיבור, אך נבדקה בשאלה האם האב הוא קרוב והאם אמרה שהבן אינו מקרוב שהיא ערוה עליו.

וכתב שם - "והשתא אתי שפיר, דאם נבדקה ואמרה קודם גירושין הולד ספק ממזר, הא דנאמנת בזה לעשות אותו ספק ממזר, היינו משום דנאמנת במיגו, דאם לא היתה אומרת שלא נבעלה לאחד מקרוביה, ממילא הוי ספק ממזר, דליכא ס"ס כמ"ש הב"ש", עכ"ל.

לפי דרכו של נתיבות לשבת, הרי שלדעת הסוברים שאין לחוש לקרובים, עיין אוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק צו אות ד', ובמקום דאיכא תרי רובי, עיי"ש באוצה"פ אות ו', הולד כשר בלא אמירתה, וליכא לנאמנות האם לעשותו ספק ממזר מכח מיגו. אך כאמור, בנידון שלפנינו אין מקום לספק שמא התעברה לאחר הגירושין.

נכרים. עיי"ש באבני מלואים במש"כ בדעת הרמב"ם "ואפשר כיון דכתיב יכיר, משמע דלעולם נאמן על בנו הקטן, אפילו בעיר שכולה ישראל דליכא למיתלי בכותי, והו"ל בנו הגדול לפי דבריו ממזר ודאי". ומבואר שאלכא שיטת הרמב"ם שתולין בנכרי, אין חילוק בין עיר שרובה ישראל או רובה נכרים, ורק בעיר שכולה ישראל, הבן ודאי ממזר.

ובספר המקנה עמ"ס קידושין דף עד. על תוס' ד"ה כשם, כתב בתוך דבריו - "והיה נראה, דבאמת אין האב יכול להעיד שהוא ודאי ממזר. דהא קיי"ל ביבמות, דנכרי ועבד הבא על בת ישראל אפילו באשת איש הולד כשר. וכיון דאיכא למיזל בתר רובא דעלמא דהוי נכרי והולד כשר, ואף די"ל דאיהו אזיל לגבי' והוי קבוע, מ"מ כדאמר לעיל ממזר ודאי הוא דלא יבוא אבל ספק יבוא, א"כ מן התורה אינו פוסלו לבוא בקהל", עכ"ל.

וע"ע בספרו נתיבות לשבת סי' ד' ס"ק כו שהביא דבריו בספר המקנה, ובאר ביחס לאיזה פסול האב נאמן מהתורה, ובתוך דבריו כתב ביחס לאיסור ממזרות - "מדאמר ר"י שנאמן לומר בן גרושה ולא אמר שנאמן לעשותו ממזר, כיון שמעיד שראשון אינו בנו, היינו משום דמן התורה ספק ממזר כשר דאיכא למיתלי בכותי, אלא שפגם לכהונה ... ומיני' יליף שנאמן לומר שהוא בן גרושה וחלוצה לפוסלו מכהונה. וממילא לבתר דאסרו חכמים ספק ממזר, הוא נאמן לעשותו ספק ממזר".

עכ"פ מבואר, שהמקנה בספרו על קידושין ובספרו נתיבות לשבת, אינו מוצא לנכון לחלק בין עיר שרובה נכרים לעיר שרובה ישראל, ובכל מקרה יש ללכת אחר רובא דעלמא הנכרים, והוי ספק מפני ההלכה דקבוע והבן ספק ממזר. דאל"ה היה כותב נאמנות האב לעשותו ודאי ממזר בעיר שרובה ישראל. (ומשמעות דבריו שהדין כן אף בעיר שכולה ישראלים, דעכ"פ דלתות מדינה אינן נעולות, ואנו תולין ברובא דעלמא לעשותו ספק ממזר).

בחזו"א חלק אה"ע סי' א' ס"ק יז כתב - "וכן מה שכתבו שאם אינה טוענת, לא מספקין בנכרי, כבר דחה הגרע"א שם, ולעולם ראוי לספק בנכרי. ומחזורתא כפי' הגרע"א שם דכל דאיכא נכרים וראוי להסתפק בהם הוי ספק. והרמב"ם עיקר נאמנות האב אשמועינן, דדיינינן כודאי על פיו, היכי דליכא לספוקי בנכרי".

אמנם יש שכתבו לחלק בין אם הרוב נכרים או הרוב ישראל. יסוד שיטה זו שלא לתלות בנכרי ולדונו כספק, כשרוב המצויים עמה יהודים, מצויה בראשונים. בספר אור זרוע ח"א סי' תרנ"ז בתשובת ה"ר חיים כהן ז"ל, כתב בנידון שם שאין מקום לספק ספיקא, ספק התעברה לאחר הגירושין ואת"ל קודם הגירושין ספק מנכרי, מפני שרוב המצויין אצלם ישראל, ובנסיבות אלו אין מקום לספק שהבן מנכרי.

וכן מהרי"ט בתשובה חלק ב' חלק אה"ע סי' טו כתב - "ואם אמרה מעכו"ם ועבד נתעברתי הרי הולד כשר וזהו ברוב פסולים אצלה, אבל אם רוב עכו"ם או עבדים אפילו

בספר בית מאיר אה"ע סי' ד' סעיף כז כתב על מש"כ הב"ש בדעת הטור, דלא תלינן בגוי לעשותו ספק ממזר, וז"ל הבית מאיר - "תימה לי, איך סלקא דעתך דהטור לא חייש לגוי ועושה אותו ממזר ודאי להתירו בממזרת, הא גויים פרוצים וישראל גדורים, ומהיכי תיתי דוקא לחשוד בכשרים ... ומלבד שזה מן המושכלות שיש לספוק בגוי, אביא נמי ראייה דאיתא פרק עשרה יוחסין דף ע"ח ע"ב האומר זה בני ממזר הוא ... בסיפא שאומר שאין זה בנו כי לא בא עליה והוא ממזר ממילא, מה לו לתלות הרבותא בדידה דקים לה טפי יותר מיניה, והיה לו לומר ואפילו אמר אין זה בני וממזר הוא. אלא ודאי עם כל זה לא קים ליה, כי שמא מגוי הוא, ושפיר. לכן מה שהמציא מחלוקת זו משינוי הלשון, שבטור כתב והוא ממזר ודאי, וברמב"ם כתב הרי הוא בחזקת ממזר, לענ"ד אין זה כדאי להמציא פלוגתא. והראיה שבדין הארוס (פט"ו מהא"ב הי"ז) אף ברמב"ם עצמו לא נאמר ממזר ודאי, מ"מ אף בחזקת ממזר נמי לא נאמר, אלא כתב ואם הכחישה הארוס הרי הולד ממזר ... ושמע מינה דאיירי בעיר שכולה ישראלים, ואזלינן בתר רוב העיר, לכן העתיקו בסתם הרי זה ממזר מצד עדות האב, באופן הנאמר בגמרא, וממילא מובן דבעיר שגוים בתוכה הוא ספק ... והטור ... נקיט הכא באמירת האב ממזר ודאי, לנפקא מינה בעיר שכולה ישראלים, ולעולם יש לומר דמודה, דמן הסתם יש לספוק בנכרי ואינו אלא ספק".

וכן בבית מאיר סי' ד' סעיף יד כתב שיש לדונו כודאי ממזר רק בעיר שכולה ישראלים, עיי"ש.

ובתשובת הבית מאיר שבשו"ת רע"א סי' ק' כתב בתוך דבריו בלשון זו - "הרמ"א ז"ל (אה"ע סי' ד' סעיף יד) נגרר בתריה לכתוב סתם חיישינן ליה, ואפשר דנ"מ בעיר שכולה ישראלים או שאין רגל הגוי מצוי ברחוב ישראל ולא רגל ישראל ברחוב הגוי".

בשו"ת רבי עקיבא איגר ח"א סי' קו כתב - "מ"ש ... דבהיא לפנינו ואינה אומרת דמנכרי, דגם להרמב"ם לא מספקין בנכרי, ושכ"כ גם בספר שער המלך. באמת גם הב"ש כתב כן (בסי' ד' סמ"ד) בשם הפרישה, אולם עם כל זאת, לבי מהסס וקשה עלי כתורמוס, מאיזה סברא נימא כן. הלא בודאי אין ראייה מדלא טענה, וכמו שכתב תוס' בסוגיא דפ"פ מדלא טענה מוכת עץ אני, הא פשיטא דגנאי הוא לה ורוצית לטעון יותר דמבעלה".

דברי הגרע"א הובאו בפת"ש סי' ד' ס"ק לט, אך בפת"ש (שם) ס"ק טז הביא מהגרע"א ז"ל שלא הקל למעשה אלא ברוב נכרים.

ובפת"ש סי' יג ס"ק יח הביא מדברי הנודע ביהודה תניינא אה"ע סי' לח שיש להסתפק בנכרי "ואפילו בעיר שרובה ישראל, כיון דאיכא למימר דאזלא איהי לגבייהו, ואכתי ספיקא הוא".

וכן נראה בדעת האבני מילואים סי' ד' ס"ק כד, שלאותן השיטות שתולין בנכרי, הדין כן גם אם רק מיעוט אנשי העיר

וכן בספר חקרי לב מהדורא בתרא אה"ע סי' ד' כתב - "וראיתי עוד למעלת החכם השלם הפוסק הי"ו שצידד להתיר מטעם ספק ספיקא, אי מבעלה נתעברה כמו שטענה היא ואת"ל דאינו מבעלה, ספק אי מגוי ועבר נתעברה, דקי"ל דהולד כשר. וגם זה אינו, דספק אי ממנו נתעברה אין זה ספק, כיון שהאמינו הכתוב. וגם ספק שני שמא נתעברה מגוי ועבר, אינו. שזה הוה שייך בשותקת או אלמת. דגם מהר"י וי"ל סי' ע' דהרב בני יעקב בתשובה סי' י' שצידדו להתיר, בלא נבדקה האם הם המדברים. אבל בנ"ד שאמרה שנתעברה מבעלה, הרי יש כאן הודאה מכלל דבריה שלא נתעברה מגוי ועבר".

אך בשו"ת עין יצחק ח"א חלק אה"ע סי' ז' חלק על שער המלך (וכן על סברת החקרי לב). הגרי"א מקאוונא ז"ל כתב כדלהלן - "שאלה, בזוג אחד שנפלה קטטה ומריבה ביניהם זה שנים רבות, ונפרדו זה מזו, והאשה דרה בפני עצמה כמה שנים, והבעל היתה דירתו במרחק מקום במדינה אחרת. ואחר זמן רב נסעה האשה למקום מגורי הבעל ואחר עבור שנה ילדה האשה בן וטוענת האשה כי ילדתו מבעלה, כי היה עמה בביתה איזה פעמים לפי דבריה, והבעל אומר כי הולד אינו ממנו כי אם מאיש אחר".

בתשובתו העין יצחק דחה את שיטת הבית שמואל והשער המלך שבמקום שהאשה לא טענה שהבן מנכרי, אין להסתפק שמא האב נכרי, וכתב על זה העין יצחק - "אכן באמת עיקר סברתם שכתבו דהיכא דלא טענה דמנכרי נתעברה לא מספקינן כלל בנכרי, מדלא טענה כן. יש לתמוה ע"ז מדברי התוס' כתובות (דף ט') ד"ה ואי בעית אימא כו' שכתבו בסה"ד דאם איתא דמוכת עץ היא היתה טוענת דאין גנאי בכך כמו בביאת אונס ומדלא טענה אין להסתפק בכך עכ"ל. הרי דהיכא דהוי גנאי לה לטעון כך, אז אין לנו שום הוכחה לומר מדלא טענה כן, משום דלכן לא טענה כן דמתביישת בזה. א"כ כש"כ בנ"ד דאין לנו שום הוכחה לומר מדלא טענה דמנכרי נתעברה כו'. דהא בודאי מתביישת להודות דמנכרי נתעברה וע"כ טוענת דמבעלה נתעברה כדאמרו בכתובות (דף ע"ה) כולן מזנות ותולות בבעליהן. ע"כ אין לנו שום הוכחה ממה דלא טענה כן. ובלא"ה אין סברא כלל לדרן ההוכחה מדלא טענה כו', דהא אין האם נאמנת לפוסלו כמבואר בסי' ד' סעי' כ"ט. וע"כ אין לנו שום ראיה כלל ממה דלא טענה כן, דלא יהא עדיף ממה דאומרת האם דבנה ממזר דאינה נאמנת כלל ... וכן מוכח מכתובות (דף י"ג ע"ב) דאמרו דבחורבא דדברא רוב פסולים אצלה ופי' רש"י דרוב העולם עכו"ם הן כו'. הרי דמספקינן ג"כ בנכרים. ומצאתי ראיתי בבית מאיר סי' ד' סעי' כ"ז שהשיג על הב"ש בזה, ופירש דאין הכרח מן הטור והרמב"ם כלל, ולדינא מספקינן דשמא נתעברה מנכרי, והנכון עמו וכמו שכתבתי". העולה מדברינו שמצינו מחלוקת ראשונים ואחרונים, האם ניתן לעשותו לספק ממזר כשהאם אינה טוענת שהבן מנכרי, אלא טוענת שהוא מבעלה והוכחה מהבעל.

לא בדקו את אמו אזלינן בתר רובא. ואע"ג דלכתחילה בעינן תרי רובי, לגבי וולד חשיב דיעבד כיון שיהא אסור בישראלית ובממזרת".

אך כאמור ראינו שלדעת הרבה מגדולי הפוסקים יש מקום לתלות בנכרי גם במקום שיש רוב ישראל.

אמנם מצינו בב"ש סי' ד' ס"ק מג וס"ק נב שכתב בדעת הטור שכל עוד האשה לא טענה שהולד מנכרי, אנן לא טענינן כן, וכדבריו כתבו עוד פוסקים, עיין אוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קלו. אך בספר קובץ תשובות להגרי"ש אלישיב שליט"א ח"א סי' קמא כתב - "אמנם פליגי קדמאי אי תלינן בגוי, והרבה מן הסוברים שאם היא לא טענה שמגוי התעברה, אנן לא מספקינן בגוי, עיין סי' ד' בב"ש ס"ק נב. אך נראה דבמקרה דנן לכו"ע תלינן בגוי כמו ביהודי. כי הטעם דלא תלינן בגוי כתב החתם סופר אה"ע סי' ט' דרחוק מאד שתשמע לו כי חרפה היא לה להבעל לנכרי, עיי"ש. ברם כל זה כשהשנים כתיקונם והיהודים היו מובדלים מבני נכר הארץ (והרבה מן הסוברים שגם בכה"ג מספקינן בגוי), משא"כ אצל הבריות הללו, שלא נמנעה מלהיות עם זר בהיותה אשת איש, אצלם הרי נהרסה לגמרי המחיצה המבדלת בין ישראל לעמים, התערבו בגוים והם לעם אחד, הרי מילתא דפשיטא דתלינן בגוי כמו ביהודי, עכ"ל.

והדברים חזרו ונישנו בתשובה אחרת (שם סי' קמב) - "בד"א כשהשנים כתיקונם והיהודים היו מובדלים מבני נכר ועם ישראל לבדד ישכון, ואז היה דבר רחוק לתלות בגוי. משא"כ במקומות הללו ובשנים שאחרי השואה, אשר בעו"ה נפרצו פירצות בהיותה אשת איש חיה בקביעות עם גבר זר בפרהסיא ולא התבוששו, שפיר איכא למיתלי בגוי, ובימים ההם ובאותם המקומות ודאי היו שם תרי רובי מבני הנכר". יצויין כי התשובה הראשונה נכתבה להג"ר שאול ברייש שליט"א מציריך ולמקום בו חמישים אחוז מיהודי המקום נישאים בנישואי תערובת, והתשובה השניה מתייחסת לאשה שילדה בת באחת ממדינות חבר העמים של בריה"מ לשעבר. אך נראה שיש מקום לדון כסברא זו גם במקומותינו, ביחס לאותם שאין לה מניעה לקשר עם נכרים.

כשם שנחלקו ראשונים אם לתלות בנכרי לעשותו ספק, כך מצינו מחלוקת כזו באחרונים.

בספר שער המלך הלכות איסורי ביאה פי"ט הכ"ג ופט"ו הי"ז קבע שאפשר לתלות בנכרי ובכך הולד ספק ממזר, אך כתב דהיינו דוקא כשהאם אינה טוענת להיפך, וז"ל (בפט"ו הי"ז) - "מ"ש רבינו וכן אם היתה אשתו מעוברת נאמן לומר אינו בני ויהיה ממזר ודאי, צ"ל ע"כ דמיירי בשהיא טוענת שממנו נתעברה, דהתם ודאי לא תלינן לומר שמא מגוי ועבר נתעברה, כיון שהיא טוענת בהיפך. אבל כל שהיא אינה טוענת כלום, כגון שמתה וכיוצא, אז הולד ספק ממזר, דחיישינן שמא מגוי ועבר נתעברה, עכ"ל.

ד' סק"כ שכתב בפשיטות – "מיוחדת, נקראת אפילו שיושבת בביתה, רק שהיא מיוחדת לו".

צירוף ספק מנכרי כשהאם אומרת שהתעברה מישראל והלה מודה

היסוד להלכה זו, שבמקרה שהאם אומרת שהולד מישראל, אין מקום לספק שמא הבן מנכרי, הוא בתשובת התשב"ץ חלק ג' סי' פח. ולהלן לשונו -

"לענין הולד אם הנטען הוא מודה שהם בניו, הודאתו היא הודאה, וחייב להתאבל עליהם ולזונם ויורשים אותו ואפילו יהיו ממזרים. דכל שיש לו בן מ"מ הרי הוא בנו לכל דבר, ואפילו ממזר כדאיתא בפ"ב דיבמות. ולענין הבנים אם הם ממזרים, היא היתה נאמנת לומר מישראל נתעברתי כדי שיהיו ממזרים. אלא שאם לא נחשדה שזינתה עם העכו"ם, הם ממזרים ודאים. ואי דיימא מעלמא ואפילו מהעכו"ם בזה יש לדון אם הם ממזרים ודאים או ספק או כשרים, שזאת אם כמו שנחשדה מזה הנטען נחשדה מעכו"ם ... הבנים הם כשרים, לפי שזו רוב כשרים אצלה. וכמו שאם היתה פנויה שנתעברה או נבעלה ויש רוב כשרים אצלה היא כשרה לכהונה, כן זאת שהיא אשת איש ורוב עכו"ם שהם פוסלין אותה לכהונה הם מכשירין בניה, דעכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר, ואפילו אשת איש ... לענין להכשיר בניה סגי בחד רובא דרובא דאורייתא הוא. ואם הדבר שקול בין כשרים והם עכו"ם גמורים ובין פסולים והם ישראלים ... יהי' לאלו הולדות דין הספקות, ואע"פ שהיא אומרת מפלוגי ישראל נתעברתי אי דיימא מעלמא וכמו שזינתה עם זה זינתה עם אחרים, ואין האם האומרת בני זה ממזר נאמנת, כי לא האמינה התורה בזה אלא האב. אדרבה היא נאמנת לומר מעכו"ם נתעברתי ובנה כשר", עכ"ל התשב"ץ.

העולה מדבריו, שאמנם התשב"ץ נוקט כדבר פשוט שאין לאם נאמנות לפסול את הבן, אך היינו דוקא כשלולי דבריה יש להכשיר, מפני שהיא דיימא מעלמא ורובא דעלמא נכרים, אך כשהיא טוענת שהבן מישראל, והיא אינה דיימא מנכרי, אין לצרף ספק שמא התעברה מנכרי.

בטרם נבאר את תשובת התשב"ץ נציין שכן עולה מתשובת בנו הרשב"ש סי' שצט, שלא לתלות בנכרי בנסיבות אלו. הרשב"ש השיב במקרה שאשה פנויה טענה שאבי הבן הוא חתנה. והרשב"ש קבע שאינה נאמנת לפסול שיהיה ממזר ודאי. ובהמשך דבריו כתב הרשב"ש – "ואפילו היה הבעל מודה שבא עליה, אינו נאמן לעשותו ממזר ודאי, אלא א"כ לא נחשדה לעולם עם זולתו, דאע"ג דאמרינן שהאב נאמן לומר בנו זה ממזר, דוקא באשתו הוא נאמן אבל בפנויה איכא דעות חלוקות אם כשאמר שהוא בנו שדינן ליה בתריה או לא מהימן ליה, דבפרק אלמנה לכהן גדול אמרינן ... וללישנא בתרא אעפ"י שהיתה חשודה מאחרים והוא אומר שבא עליה הוה שדינן ליה בתריה, דהוה ליה ממזר ומותר בממזרת. וזו קולא היא להתיירו בממזרת. על כן

ג. כשהאשה טוענת שהעובר מבעלה והלה מכחישה. הטור סי' ד' פסק – "ארוסה שנתעברה והיא בבית אביה, אם היא אומרת שמהארוס נתעברה, אם הוא מודה או שאינו בפנינו, הולד כשר. ואם אינו מודה אלא מכחישה שאינו ממנו, הוי ממזר ודאי. ואם אינה בפנינו לשאול אותה או שאומרת איני יודעת ממי הוא, הוי ספק ממזר". ובאר הפרישה (הובא בב"ש ס"ק מד) - "ואם אינה לפנינו ... או י"ל דמיירי שהארוס לפנינו ואומר שאינו ממנו, אפילו הכי אינו אלא ספק, דשמא מכותי נתעברה". והוסיף הב"ש אליבא דהפרישה - "ומה שכתוב בסמוך אם הוא מכחיש אותה הולד ממזר ודאי, היינו כשהיא כאן ואינה אומרת מגוי הולד", אלא שהיא אומרת שהולד ממנו והוא מכחיש.

הרי מבואר בשיטת הטור אליבא דהפרישה, שרק אם אינה בפנינו לשאול אותה או שאומרת שאינה יודעת ממי הוא, פסק הטור דהוי ספק, משא"כ ברישא שהאשה הוכחשה מהארוס, הולד ממזר ודאי, ואין תולין בנכרי.

אך מצינו בראשונים דעה החולקת על הטור. במאירי עמ"ס כתובות דף יג: בסוגיא דארוסה שעברה והארוס מכחישה וטוען שהעובר אינו ממנו, ונאמן מדין "יכיר", כתב המאירי - "הא כל שהארוס מכחישה ואומר לא ממני נתעברה, ממזר גמור הוא, שהאב נאמן לומר זה בני ממזר. וגדולי האחרונים שבספרד כתבו בזה ספק ממזר, ומחשש שמא מישראל הוא והוא ממזר שמא מגוי ועבד וכשר אף באשת איש", עכ"ל.

מבואר שלדעת "גדולי האחרונים שבספרד", אף אם הוכחשה מהבעל תולין בנכרי לעשותו ספק. ואין בדבריהם חילוק בין עיר שרובה ישראל לעיר שרובה נכרים.

ד. ביחס לחלוקה הרביעית והחמישית, דהיינו כשהאשה מודה שהתעברה מישראל וגם הוא מודה ודיימא מיניה ודיימא מעלמא או כשלא דיימא מאחר, אף הפוסקים המקילים הנוכרים דס"ל לתלות מנכרי לעשותו ספק, לא אמרו דבריהם אלא באינה אומרת דבר או כשטוענת שהבן מבעלה והלה מכחישה, מאחר שהתורה האמינה לבעל והיא אינה נאמנת, הרי שאין ממש בדבריה, ודינה כשותקת. משא"כ במודה שהבן מישראל והלה מודה, הלכה זו תלויה באשלי ררבי כמו שיתבאר להלן.

ויש לדון בזה משתי בחינות. ראשית, האם יש מקום לתלות ספק מנכרי כשהאשה טוענת להדיא שהבן מישראל. שנית, מאחר ובתנאים מסויימים שיבוארו להלן יש ליחס את הבן לאותו בעל, לכאורה די בכך להסיר את צד הספק שמא התעברה מנכרי.

ונקדים ונציין שבנידון דנן, אמנם לדברי האשה והנטען, באותה תקופה שהחל ההריון עדיין לא גרו יחד באותה דירה כאיש ואשתו, אלא רק לאחר הגירושין, עכ"פ שניהם הודו שאבי האשה הכיר ביניהם ושהיו בקשר קרוב והיתה מיוחדת לו, וחיו יחד חיי אישות. ועיין בספר אבני האפוד סי'

נראה שהתעלמות לב באר את שיטת התשב"ץ כדלהלן - אם הבעל מכחיש אבהותו, והאם טוענת שהתעברה מישראל והיא לא דיימא מנכרי, בנסיבות אלו הספק שמא הבן מנכרי יחשב כספק רחוק, ואין דנים אותו כספק ממזר מפני ספק זה. ויחשב כספק רחוק, מפני שהיא מכחישה אפשרות זו ואינה דיימא מנכרי. ורק כשלולי דברי האם, הבן ספק ממזר מפני הספק השקול - שמא התעברה קודם לגירושין, מצרפים אליו ספק שאינו שקול - שמא התעברה מנכרי, להתירו מכח ס"ס.

ב. בספר צל הכסף ח"ב אה"ע סי' ב' הביא מדברי התשב"ץ וכתב - "טעמו הוא, דכיון דלא דיימא אלא מישראל, וגם היא אמרה דמישראל נתעברה, שדינן הולד בתר ישראל דדיימא מנייהו. אבל אי לא נבדקה האשה או אף שאמרה לפלוני ישראל נבעלתי ואותו פלוני מכחישה שלא בא עליה, אפילו הרב מודה דאף אי לא דיימא מגוי, תלינן בגוי", עכ"ל.

מבואר דנקט בדעת התשב"ץ שאם היא אומרת שהבן ישראל ודיימא מיניה או שמודה שבא עליה (וכעובדא דאיירי בה באותה תשובה), אין תולין בנכרי.

וכן בשו"ת כוכב מיעקב (להג"ר יעקב קובו ז"ל מחכמי קושטא) אה"ע סי' א' כתב בביאור דברי התשב"ץ - "נידון הרב ז"ל שהיא היתה אומרת וטוענת שהולד הוא מנטען, והוא ממזר ודאי ... ושיעור דבריו כך הוא, שבתחילה קאמר שאם לא היתה נחשדת בבירור שזינתה עם העכו"ם, בודאי שהיתה נאמנת לומר מישראל הוא, והוא ממזר ודאי, כיון שכולם פסולין אצלה, לא נשאר כי אם לחוש שנבעלה לגוי כדי להכשיר הולד, וכיון שהיא הודית שלא נבעלה לעכו"ם, אנו לא חיישינן כמ"ש חילוק זה לעיל בשם הרב ב"ש בשם הפרישה וכמו שחילק הרב חקרי לב (אה"ע סי' ב') בפירוש ... אבל אה"נ שאם היתה שותקת או אלמת או שאינה בעולם לשאול אותה, אז הדבר פשוט שגם הרב ז"ל יודה דחיישינן לגוי ועבד, דכמו שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר והולד אינו אלא ספק ממזר ... אלא שעכ"ז כתב הרב אח"כ, כיון שהיא חשודה ג"כ שזינתה עם העכו"ם כמו שחשודה עם ישראל, ואע"פ שהיא אומרת מפלוני ישראל והוא ממזר ודאי, מ"מ אינה נאמנת כמו דקי"ל הדין בפנויה שאמרה מפלוני ישראל נתעברתי ואנו מכירין שהוא ממזר שאינה נאמנת ... שהתורה נתנה נאמנות לאב ולא לאם".

ג. בספר ישמח לב סי' יג (הודפסה תשובתו בספר עיני כל חי, עיי"ש בעמ' קנ"ו) חלק על מש"כ בתשובת צל הכסף בביאור דברי התשב"ץ, וכתב בנידון שהאשה הודתה שנתעברה מפלוני ישראל והוא הודה שבא עליה, אך לא הודה שהבן ממזר, שבנידון כזה סבר בתשובת צל הכסף שאין לתלות בנכרי עפ"י תשובת התשב"ץ. על זה כתב הרב ישמח לב שבכה"ג אין מבואר בתשב"ץ שלא לדון ספק שמא מנכרי. אלא התשב"ץ איירי שהנטען מודה שהוא בנו ודיימא מיניה, ודוקא בכה"ג מאחר והאשה טוענת שהבן ממזר ולא

כפי הסברא הזו שאומרים שבכל מקום הולכין להחמיר, לא היינו מאמינים אותו לעשותו ממזר ודאי, אלא אם לא נחשדה מעולם עם אחר, וזה כלו אפילו היה הוא מודה בדבר".

הרי מבואר בדברי הרשב"ש, שאם שניהם מודים שהבן ממזר, דהיינו האם והנטען מודים, ובנוסף האם לא נחשדה מעולם עם אחר, הבן ממזר ודאי. ולא עלה על דעת הרשב"ש לעשותו ספק ממזר בלבד, מפני הספק שמא התעברה מנכרי.

בביאור דברי התשב"ץ, מצינו כמה דרכים באחרונים שדנו בדבריו.

א. בספר תעלומות לב ח"ג סי' ד' כתב לבאר דברי התשב"ץ, וז"ל (הסוגריים הם במקור תשובת התעלומות לב) - "הנה הדבר ברור, שכל הפוסקים שכתבו דתלינן מגוי ועבד, ואף לסברת מי שאומר דאף אי לא דיימא מגוי וגם כי אמרה היא מישראל נתעברתי אפילו הכי אמרינן ספק מגוי, היינו ודאי היכא דאין הבעל לפנינו או שותק. וכיון שיש להסתפק שמא מבעלה או שמא אחר שנתגרשה וכדומה, אזי הוי ספק ממזר. וכיון שספק ממזר מותר מן התורה, אזי מצרפינן ספק אחר שמא מגוי, אף שהיא אומרת מישראל, כיון שהיא אינה נאמנת לפוסלו. וכיון שהודית שזינתה אמרינן כשם שזינתה עם זה זינתה ג"כ עם אחר. אבל אם הבעל אומר בפירוש שאינו בנו, או שלא בא עליה והתורה האמינתו, ואין לנו לומר ספק מבעלה. אזי אם היא אמרה בפירוש מגוי, מהימנינן לה. אבל אם שותקת וכ"ש אם אומרת מישראל, שמתוך הודאתה אנו למדים שלא נתעברה מגוי, תו ליכא להסתפקי שמא מגוי. ואל קוטב זה טובבים דברי התשב"ץ ז"ל בח"ג סי' פ"ח. דהתם האב לא דבר מאומה, ועל זה השיב וז"ל ולענין הבנים ספק אם הם ממזרים, היא לא (כצ"ל וט"ס נפל שם) היתה נאמנת לומר מישראל נתעברתי כדי שיהיו ממזרים (כדינו שלא האמינה התורה לאם לפסול אלא להכשיר) אלא שאם לא נחשדה שזינתה עם הגוים, הם ממזרים ודאים (דכיון שהיא אמרה מישראל אין לנו להסתפק שמא מגוי, כיון שמתוך דבריה ניכר שאינו מגוי, ולא מפני נאמנותה אנו באים, אלא שאנו לא נוכל להסתפק בזה) ואי דיימא מעלמא, אפילו מגוים, בזה יש לדון וכו' שזאת אם כמו שנחשדה וכו', ואע"פ שהיא אומרת מפלוני ... למדנו מדברי קודשו שכל שהיא אומרת מישראל הוא, אם לא נחשדה מגוים, הבנים הם ממזרים בודאי, שאין לומר שמא מגוי כיון דמתוך הודאתה מובן שלא נתעברה מגוי. אלא שאם נחשדה מרוב גוים הבאים אצלה, אזי אף שאמרה מישראל, תלינן מגוי, כיון שהודית שזינתה ונחשדה עם רוב גוים. ואם רוב הבאים אצלה ישראלים הולד ממזר. וכל זה הוא באופן שלא נחקר האב ואכתי יש לומר ספק מבעלה, ולזה ציוה לחקור ולדרוש", עכ"ל ספר תעלומות לב.

שהאשה והנואף מודים שהבן ממנו תלינן בנכרי, ולהלן נציין שהדברים אינם מבוארים בתשובת בני יעקב).

וכאן המקום להעיר על כמה תשובות בספר יביע אומר להראש"צ הגאון רבי עובדיה יוסף שליט"א שכתב לצרף ספק מנכרי אף כשהאשה והבועל מודים שהבן ממנו, ואין ידוע שהיא דיימא מנכרי, והבעל לא נשאל אם זהו בנו, אך כבר חי זמן רב בפירוד מאשתו ולא מקיים כל זיקה עם הבן. עיין בספר יביע אומר חלק ט' אה"ע בארבעת התשובות מסי' ב' עד סי' ה' ובחלק י' סי' ה' ובסוף סי' יא. ותמוה שבתשובות אלו ציין לדברי התשב"ץ, אך מתשובת התשב"ץ ראייה לסתור מסקנת התשובות הנזכרות בספר יביע אומר, ושאינן הכרח ששיטת התשב"ץ מנוגדת לשאר הראשונים הנזכרים לעיל. דבריו בתשובות הנ"ל צ"ע, מפני שמהמקורות שהביא אין סמך למה שהוציא מדבריהם, לתלות בנכרי אף כשהאשה והנואף מודים שהבן ממנו, כל עוד אינה דיימא מנכרי, וכשהבעל שנשאה בחו"ק לא נשאל דבר ואינו מחזיקו כבנו ואינו מתייחס אליו כלל, ושם ישאלוהו יכחיש ויתנער מאבהותו. כאמור הרבנים הגאונים בתשובותיהם בספר צל הכסף ובספר כוכב מיעקב כתבו להדיא שאין תולין בנכרי בכה"ג, כמו שהובא לעיל, ובנסיבות אלו נראה שגם הרב תעלומות לב מסכים, וכן בספר ישמח לב ובספר שמחה לאיש ובספר דברי שמואל, וכלם מודים דבכה"ג אין תולין בנכרי.

אמנם למסקנת תשובות יביע אומר שם יש מקום לקולא מטעם אחר שעלה שם, מפני הספקות שעלו בתוקף קידושי האם ובעלה הראשון, ולדעת הרב תעלומות לב כשיש ספק גמור, שמחמתו דינו כספק ממזר, ניתן לצרף ספק מנכרי גם כשהאם טוענת שהבן מישראל, (אף שכפי הנראה דעתו אינה מוסכמת, כאמור לעיל).

בתשובת יביע אומר ח"י סי' יא כתב - "ועינא דשפיר חזי בשו"ת צל הכסף ח"ב (חאה"ע סי' ב') שהאריך בזה והעלה דרובא דרובא דרבוותא ס"ל דתלינן שנתעברה מגוי והם רש"י ... כולוהו ס"ל דתלינן שנתעברה מגוי והולד כשר, ע"ש. ועיין בספר עיני כל חי (דף קנ"ו) בפסק הדין של גאוני ירושלים משנת התרל"ז שהעלו להתיר על פי דברי הגאון רבי יעקב ששון בשו"ת בני יעקב (סי' י') שהתיר בנידונו מכח ספק ספיקא, שמא נתעברה קודם גירושין ושמה מגוי נתעברה, ואפילו לא דיימא מגויים רק מהנואף ושניהם מודים שהולד ממנו, אע"פ כן התיר את הולד לבוא בקהל, ועל זה חתמו שלשת הרועים בי דינא רבה דעה"ק ירושלים הרבנים הגאונים ר' יעקב אלישר ור' רחמים יוסף פרנקו ור' שמ"ח גאגין זצ"ל", עכ"ל. ובסיגנון דומה כתב בתשובות נוספות מהתשובות הנזכרות לעיל.

אך בפסק דינם של חכמי ירושלים הללו נכתב בדרך אחרת. עיי"ש בספר עיני כל חי דף קנו. בתשובת הג"ר שמ"ח גאגין ז"ל (הנמצאת בספרו ישמח לב חלק אה"ע סי' יג) שהביא מדברי התשב"ץ ח"ג הנזכר, וכתב בדעתו - "לא לכל

דיימא מנכרי, אין לעשותו ספק ממזר מפני הספק שמא התעברה מנכרי.

וכן בספר שמחה לאיש (להג"ר יעקב שאול אלישר ז"ל) חלק אה"ע סי' ג' כתב בביאור דברי התשב"ץ - "דברי הרב מבוארים באר היטב, דאחר שהאשה אומרת שמהנטען וגם הנטען מודה שהם בניו בבריא, איך נוכל לומר דהבנים כשרים אף שהפקירה עצמה לגוים ... איך נסתור טענת בריא של אמו והנטען שאומרים בבריא שממנו נתעברה. ולסיבה זאת חייבנוהו לזונם ולהוריש נכסיו להם. לזה פירש דבריו והכי אמר מר, אם כמו שנחשדה מזה הנטען דידיעין בבירור שבא עליה כמה ביאות, כן ממש דומה בדומה נחשדה מהגויים שבאו עליה, אז כיון דרוב גוים אצלה הבנים כשרים ... כיון דרוב גויים אצלה ותלינן בגוי ועבד להכשיר ... לא הצריך התשב"ץ ז"ל בנידונות אחרים דאמרינן דיימא מעלמא, דהכוונה שתהא דיימא מהגויים כדי לומר מגוי ועבד נתעברה, זה לא מצינו ללמד מדברי התשב"ץ ז"ל חלילה. ואולם למדנו להועיל מדברי התשב"ץ ז"ל הללו דדוקא בכה"ג שהיא אומרת שבניה הם מהנטען וגם הנטען מודה שהם בניו, ומשמע מתחילת דבריו שזה הנטען לקחה לו לאשה כי חשב שהיתה מגורשת, ונמצא שהיתה מיוחדת לו, בכי הא דוקא לא תלינן בגוי ועבד אם לא ידענו שנחשדה לגויים כמו שנחשדה לנטען", עכ"ל.

ובספר דברי שמואל (להג"ר שמואל יעקב ארדיטי ז"ל) חלק אה"ע סי' ז' הביא מדברי תשובת צל הכסף ותשובות ישמח לב ושמחה לאיש והסכים על החולקים על תשובת צל הכסף, וז"ל - "לפי מה שראיתי להרב ישמח לב שעמד הוא בנידון הרב צל הכסף ... והשיג עליו יע"ש, וגם במה שהביא מתשובת התשב"ץ הנזכרת ודקדק ממנה דכיון דלא דיימא אלא מישראל וגם היא אמרה דמישראל נתעברה, שדינן הולד בתר ישראל דדיימא מניה. על זה כתב דהמתבונן יפה בתשובת התשב"ץ ז"ל הנזכרת יבין לאשורו דלא כמ"ש מני"ר יצ"ו יע"ש. וכן במה שנראה מתשובת הרב שיבת ציון כמ"ש הרב צל הכסף, דלא היא, דגם משם דקדק דקאמר וז"ל ממנו תראה טעמי הדין אשר הפסיל את הולד מנדון ההוא, כי הודו שניהם על הולד שהוא יוצא מחלציהם, וגם כי היתה דיימא מיניה ולא מעלמא, אשר לא כן בני"ד דודאי אזיל ומודה לנו דתלינן בגוי ועבד יע"ש ... הרי מבואר דאף דלא דיימא מעלמא אלא מיניה, וגם הוא הודה שבא עליה, והיא ג"כ אמרה שממנו נתעברה, אע"פ כן חיישינן דלמא מגוי ועבד נתעברה כל זמן שלא הודה שממנו נתעברה ... וא"כ לפי זה בנידון דנן דאף עפ"י דדיימא מיניה ולא מעלמא וגם הנואף הודה שבא עליה ולא דיימא אלא מיניה ... וא"כ לפי כל האמור ומדובר הוא דהנואף לא הודה לומר שממנו נתעברה, ויכולים אנו לתלות בגוי ועבד".

(אמנם בתשובה זו שבספר דברי שמואל נגרר אחר מש"כ הרב ישמח לב שסבר שבתשובת בני יעקב מבואר דאף

והנה בתשובת בני יעקב להג"ר יעקב ששון ז"ל בסי' י', לא נאמר שבעובדא שם האשה והנואף הודו שהבן ממנו. אלא נאמר כדלהלן – "שאלה. ראובן ואשתו נשואים, ויהי לימים נתנה אשת ראובן עיניה באחר והלכו שניהם יחדיו בערכאות של גוים ונשתמדו. אחר זמן גרש ראובן את אשתו בגט כשר ונתעברה אשת ראובן וילדה בן ולא נודע אם קודם גירושין נתעברה והרי זה ממזר ודאי, או לאחר הגירושין נתעברה. וישאלו את פי האשה ואמרה שלאחר הגירושין נתעברה. יורנו מורנו מה יהיה משפט הנער הזה אם מותר לבא בקהל או לא".

בכל דבריו באותה תשובה, לא נאמר אלא שהאשה טענה שהתעברה לאחר הגירושין ודן שהיא נאמנת, ובסוף דבריו כתב – "בנ"ד שכל טענתה אינו אלא להכשיר הולד בלבד נאמנת לומר לאחר הגירושין במיגו דגוי ועבד. ויש לערוך ג"כ ספק ספיקא, ספק קודם הגירושין או לאחר הגירושין. ואת"ל קודם הגירושין ספק מגוי ועבד נתעברה או לא. ועל טעם זה סמך מהר"י וי"ל ז"ל בתשובותיו סי' ע"ד מטעם ספק ספיקא, עכ"ל.

הרי מבואר שאין מתשובה זו אסמכתא להקל לתלות בנכרי כששניהם טוענים שהבן מהבועל. שהרי באותה תשובה אין ידוע מה טען הנואף, וגם האשה רק טענה שהתעברה לאחר הגירושין, ולא אמרה דבר מי הוא אבי הבן.

אמנם כפי הנראה הג"ר שמ"ח גאגין ז"ל סבר דמסתמא באותו נידון, האשה והנואף הודו שהבן ממנו, שהרי הלכו יחד ונשתמדו. אך אין מבואר להדיא בתשובת בני יעקב שאכן הם הודו שהבן ממנו, ואין בתשובה זו התייחסות מפורשת לשאלת התלייה בנכרי כשהאשה והנואף טוענים להיפך. אלא שבנידון שבתשובת בני יעקב, לדברי האשה הבן כשר, מאחר והתעברה לאחר הגירושין, וכתב להאמינה במיגו, ואח"כ הוסיף ספק ספיקא כדעת מהר"י וי"ל (ואחד הספקות הם שמא מהולד מגוי).

וכן להדיא בדברי החקרי לב שהבאנו לעיל (מהדורא בתרא אה"ע סי' ד') שכתב – "גם מהר"י וי"ל סי' עד והרב בני יעקב בתשובה סי' י' שצידדו להתיר, בלא נבדקה האם הם המדברים", הובאו דבריו בספר תעלומות לב ח"ג סי' ד'. וכן בספר אבני האפוד סי' ד' אות כ' השיג השגה זו על תשובת ישמח לב.

וכן הובאו דברי אבני האפוד בתשובת תבואות שמש חלק אה"ע סי' מו והעיר שאין מקום למה שכתב הג"ר שמ"ח גאגין ז"ל בדעת הרב בני יעקב.

יש להבהיר, פסק דינם של בי דינא דירושלים שבספר עיני כל חי וישמח לב, והנזכר בתשובת יביע אומר, אינו מיוסד על הלכה זו לתלות בנכרי גם כשהאשה והבועל מודים שהבן ממנו. אין בהערה הנ"ל, אלא השגה על נקודה אחת שכתב הג"ר שמ"ח גאגין ז"ל ושלא היתה נחוצה לעיקר פסק דינו. אותו פסק דין אינו מבוסס על ראייה זו, מתשובת

אפייא הוצרך הרב ז"ל שתהיה דיימא מגוים ורוב גוים, כדי לומר עליה שמא מגוי ועבד נתעברה. כי אם דוקא בנידונו שאמרה שמא מנטען הוא וגם הוא הודה שהוא בנו והיתה דיימא ודאי מיניה, בזה האריך הרב ז"ל שתהא חשודה מהגוים כמו שהיא חשודה מהנטען ממש בלי הפרש, כדי להכשיר הבנים עש"ב. אשר לא כן בנידון דידן דלא הוה דיימא מיניה וגם הוא הנואף לא הודה, רק שבא עליה, ולא ידעו לבן ולא הודה שהוא בנו כלל, בודאי אמרינן שמא מגוי ועבד נתעברה, דאזלינן בתר רוב העיר אף דלא ידעינן דדיימא מהגוים, וזה פשוט".

ובהמשך דבריהם הסכימו עם פסק תשובת שיבת ציון שהביא הפת"ש סי' ד' ס"ק לא שאם היא אמרה מיניה והוא אומר אין מנאי, ורגלים לדבר שאחר כך לקחה לו לאשה, הולד ממזר ולא אזלינן בתר רובא. וז"ל הג"ר שמ"ח גאגין ז"ל במש"כ על הנידון בתשובת שיבת ציון – "רצה הרב המורה לומר דלא הוה הולד אלא ספק ממזר, מאחר דרובא דעלמא כשרים אצלה, א"כ תלינן שנתעברה מאחר. והשיב לו הרב ז"ל דאין להקל, יען ששניהם מודים ורגלים לדבר שהרי לקחה לו לאשה והיתה דיימא מיניה ולא דיימא מעלמא, ובזה לא שייך לומר דאזלינן בתר רובא דעלמא וכו' ע"ש כי ממנו תראה טעמי הדין אשר הפסיל את הולד מנידון ההוא כי הודו שניהם על הולד שהוא יוצא מחלציהם. לא כן בנידון דידן, דודאי אזיל ומודה לנו דתלינן בגוי ועבד".

פסק דינם של בי דינא דירושלים שבספר עיני כל חי וישמח לב, והנזכר בתשובת יביע אומר, אינו מיוסד על הלכה זו לתלות בנכרי גם כשהאשה והבועל מודים שהבן ממנו. על כן אין בתמיחה זו על תשובת יביע אומר אפילו הערה על המסקנה שבפסק דינם של חכמי ירושלים, מאחר ובנידון שם, האשה לא היתה דיימא מיניה, וטענה שהתעברה מאחי בעלה, ונואף אחר הודה שבא עליה, אך לא הודה שהוא אבי הבן ולא החזיקו כבנו.

ואדרבה, בתשובת שמחה לאיש להג"ר יעקב שאול אלישר ז"ל סי' ג', שהיה אחד מחברי בית הדין שם, והבאנו לעיל מדבריו, כתב בפשיטות מתוך דברי התשב"ץ שאם שניהם מודים שהבן ממנו ודיימא מיניה ולא מעלמא אין תולים בנכרי אפילו במקום שדרים רוב נכרים, ולהיפך ממש"כ בתשובת יביע אומר, עיי"ש בתשובה ח"ט סי' ד', ובחלק י' סי' ה'.

וביחס לראייה מתשובת בני יעקב, הג"ר שמ"ח גאגין בתשובתו הנזכרת, כתב בלשון זו – "גם מתשובת הרב בני יעקב ז"ל בסי' י' שהכשיר את הולד דנידון שלו יש ללמד זכות לנדו"ד, כי בסוף דבריו התיר בס"ס ספק אי קודם הגירושין נתעברה או אחר כך ואת"ל ספק מגוי ועבד נתעברה כמ"ש מהרי"ו יע"ש. הרי שהיתה אשת איש ולא דיימא רק מהחשוק הנואף שניהם מודים שהולד ממנו, ועכ"ז אמרה הרב ז"ל דאף את"ל שקודם הגירושין נתעברה שמא מגוי ועבד נתעברה".

מעכו"ם ... אם היא אומרת שמישראל נתעברה יש מקום לעשותו ממזר ודאי, דכיון דעל פי האב נעשה ספק ממזר, הוי כאסופי דנאמנת עליו כל שבעה (קדושין דף עז ע"ב ודף ע"ד ע"א). ובוה נ"ל לפרש המשנה דקדושין (דף ע"ח ע"ב) ... קאמר רבי יהודה נאמנים ... אבל שניהם נאמנים משום הכרה, האב עושה אותו ספק והאם ודאי, אך רק קודם שבעה".

אך בספר בית מאיר סי' ד' סעיף כז, כתב בלשון זו - "להרמב"ם דבלא דיבורה הולד ספק שמא מגוי, עיין ב"ש ס"ק נב, אם כן אף כי תודה דמישראל, הא קיימא לן שאינה נאמנת לעשות מספק ממזר ודאי, ואם כן בטוענת מן הארוס, נהי שאינה נאמנת לאכשורי מכח נאמנות האב, מכל מקום מאין יהיה ממזר ודאי".

מבואר בדברי הבית מאיר, שאין חילוק בין אשה הטוענת שהבן מבעלה והוכחשה, או טוענת להדיא שהבן מישראל אחר, שדינו כספק ממזר מפני שיש לתלות בגוי, ואין עושים אותו ממזר ודאי על פי דבריה.

אך קשה לפסוק למעשה כבית מאיר בזה, מכמה טעמים. ראשית, דבריו הם כנגד תשובת התשב"ץ, ומסתבר שאילו היה רואה דבריו לא היה חולק עליו.

מלבד זאת, הבית מאיר יחידאה, ורבו החולקים עליו, כמו שהתבאר. ובנ"ד יש להתחשב במה שכתבנו להלן הטעם ליחס את הבן לנואף, בנסיבות אלו שהיא אומרת מיניה והוא אומר אין מנאי והבן הוחזק כבנו, ועל פי דעת רוב הפוסקים הבן מיוחס אחריו, בכה"ג לא מצינו שהבית מאיר יאמר שיש לתלות בנכרי למרות שהבן מיוחס אחריו.

נוסיף ונציין למש"כ בזה בתשובת בנין עולם חלק אה"ע סי' ה' אות ל' שכתב וז"ל - "אם היא אומרת בברי שאינו מאינו יהודי, צ"ע אם היא נאמנת, כיון דבלא אמירה דידה הוי כשר גמור מטעם ספק ספיקא, לא מהימנא לעשותו ממזר, ואפילו לעשותו ספק לא מהימנא ... אבל אם היו מיעוט העיר אינם יהודים, א"כ אין זה ספק השקול כ"כ, דיותר נוטה לומר שנתעברה ממי שחשודה עמו, מלתלות במיעוט אינם יהודים שבעיר, שלא נודע שחשודה עמו, ותלינן במצוי, וא"כ אין כאן ס"ס כלל. אבל כבר כתבתי שם שאין זה מוסכם מכל הפוסקים דבעינן שיהיו שני הספקות שקולים, וכל שספק אחד שקול, שוב מצטרף ספק שני לעשותו ס"ס אף שאינו שקול, מטעם רובא", עכ"ל.

דברי הבנין עולם הם בנידון שהיה מקום לספק גמור שמא התעברה מבעלה, עיי"ש בתשובה. והיה מקום לצרף ספק שמא מנכרי, מאחר שספק זה מצטרף לספק אחר שהוא ספק שקול. שהרי הספק שמא מנכרי אינו ספק שקול עכ"פ במקום שיש רוב ישראל וחשודה מישראל, וכעין מש"כ לעיל מספר תעלומות לב, על כן בנידון דנן אין להקל מאחר שאין מלבד הספק שמא מנכרי, ספק אחר שהוא ספק שקול.

ונוסיף ונציין שבתשובת עין יצחק השיב לקולא, במקרה שהאשה טוענת שהבן מבעלה והוכחשה על ידו, ובמקום

הרב בני יעקב. על כן אין בדברינו תפיסה על המסקנה שבפסק דינם של חכמי ירושלים, מאחר ובנידון שם, האשה לא היתה דיימא מיניה, וטענה שהתעברה מאחי בעלה, ונואף אחר הודה שבא עליה, אך לא הודה שהוא אבי הבן ולא החזיקו כבנו.

ואדרבה, בתשובת שמחה לאיש להג"ר יעקב שאול אלישר ז"ל סי' ג' שהיה אחד מחברי בית הדין שם, הבאנו לעיל מדבריו, כתב בפשיטות מתוך דברי התשב"ץ שאם שניהם מודים שהבן ממנו ודיימא מיניה ולא מעלמא אין תולים בנכרי אפילו במקום שדרים רוב נכרים, ולהיפך ממש"כ בתשובת יביע אומר, עיי"ש בתשובה ח"ט סי' ד', ובחלק י' סי' ה'. ועיי"ש בח"י סי' ה' שהביא מדברי השער המלך, וכבר הבאנו מספר שער המלך שדעתו שיש לתלות בנכרי רק כשהיא אינה טוענת דבר, ולא כשטוענת שהבן מבעלה והוכחשה וק"ו כשטוענת שהבן מישראל אחר, וכבר עמד על כך בתשובת יביע אומר חלק י' סי' ח'. וגם מדברי הרמ"ה שהזכיר, אין הכרח מאחר שאין נזכר בדברי הרמ"ה מהי טענת האשה.

העולה מדברינו, שאין בכל התשובות שהובאו בתשובת יביע אומר, שיביא למסקנה שיש לקבוע ספק התעברה מנכרי כשהיא טוענת שהבן מישראל והלה הכיר בו כבנו. ובנוסף, בעלה מעולם לא החזיקו כבנו ואם יציגו בפניו את שאלת האבהות הוא יתנער מכן זה. על כן עלינו לפסוק כמבואר בתשובת התשב"ץ שבנסיבות אלו ובצירוף שאינה דיימא מעלמא, הולד ממזר, מאחר שלא מצינו בראשונים ובפוסקים מי יחולק עליו, (למעט דעת הבית מאיר שתובא להלן).

גם מה שהביא בתשובת יביע אומר מתשובת עין יצחק, אינה ראייה אלא לאותו מקרה הדומה לנידון בתשובת עין יצחק, שבו האשה טענה שהבן מבעלה והבעל הכחישה, ובוה כתב שגנאי הוא לה לטעון שהיא התעברה מנכרי ולכן טענה שהבן מבעלה. אך אין לומר סברא זו כשהיא טוענת שהבן מישראל אחר, וגם טענה זו היא גנאי עבורה, שבהיותה נשואה הלכה והתעברה מאיש אחר.

אמנם העין יצחק בתוך דבריו כתב - "אין סברא כלל, לדון ההוכחה מדלא טענה כו', דהא אין האם נאמנת לפוטלו, כמבואר בסי' ד' סעי' כ"ט. וע"כ אין לנו שום ראייה כלל, ממה דלא טענה כן, דלא יהא עדיף ממה דאומרת האם דבנה ממזר דאינה נאמנת כלל".

אך כל דבריו נסובו על הנידון שם שהאשה טענה שהתעברה מבעלה, ולאחר שהוכחשה, דינה כשותקת. ובוה כתב העין יצחק שאין ראייה ממה שלא טענה שהתעברה מנכרי.

וכן בהגהות והערות לספר עין יצחק שכתב הג"ר א"ש רבינוביץ ז"ל (הודפס בספר עין יצחק שי"ל לאחרונה על ידי מכון ירושלים), כתב בפשיטות שדברי העין יצחק אינן כשהאשה מודה שהבן מישראל, וכתב על דבריו הנ"ל של העין יצחק - "נ"ל ראייה לדעות הסוברים דתלינן בספק דלמא

ביחס לצירוף שיטת הראשונים שאינו נאמן אלא כשמכירו כבנו. יש לומר בזה שלשה דברים.

ראשית, יסוד שיטה זו בדברי בעל התוס' ר"ד. וז"ל הרי"ד בספר המכריע סי' סד - "ודוקא על בניו האמינתו תורה, אבל לא לפסול אותם שאינן בניו ... ומשום הכי פרש המורה האומר בני זה ממזר הוא כגון שהוא מודה כי הוא בנו אלא שבא על אחת מחייבי כריתות ... פירוש הגמרא כך הוא. לא מיבעיא איהו דלא קים ליה, כי שמא כמו שזינתה זאת האשה עמו שיש בה כרת כך זינתה עם איש אחר ואינו ממזר. בין בא עליה בזנות בין בא עליה בקידושין, דהא קידושין דידיה אינן קידושין שאין קידושין תופסין בחייבי כריתות והוא לה פנויה ... אבל היא אפשר דקים לה שהוא ודאי ממזר, שאומרת לא בא עלי אחר אלא זה שהוא בכרת". הרי מבואר לשיטה זו, אם אותו אדם שהיא עליו חייבי כריתות מודה שהוא בנו, למרות שאין ביניהם קשר נישואין (לאחר שאין קידושין בחייבי כריתות) ודינם כפנוי ופנויה, אפ"ה נאמן לפוסלו אף שהיא קים לה ואיהו לא קים ליה, וכמבואר בסוגיא בפרק עשרה יוחסין, ומטעם שמא זינתה עם אחר.

(אמנם בפנוי עם פנויה או נוקטים להלכה שאינו נאמן מדין יכיר מפני הסברא שכשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר, וי"א דוקא בחבושים בבית האסורים ואכמ"ל, אך מאחר והנידון הוא לצרף שיטת הרי"ד, הרי הרי"ד גופיה כתב שיטתו הנ"ל גם בפנוי עם פנויה שיש לו עליה איסור חייבי כריתות)

ולפי זה בנידון שלפנינו, אף שלשיטת הרי"ד הבעל השולל את אבהותו אינו נאמן לפוסלו מכח ההלכה של "יכיר", הרי לשיטה זו כיון שהחוקק כבנו של הנואף והלה מודה שהוא בנו וכן היא קים לה שהוא ממנו, הן ממזר מכח דבריהם אליבא דבעל תוס' הרי"ד. (ולהלן נבאר את המקור בהלכה ליחס את הן לנואף לפי כמה שיטות, מ"מ אליבא דהרי"ד גופיה אפילו בא עליה בזנות והיא אסורה עליו מחייבי כריתות, נאמן מדין "יכיר").

הריא"ז (שבספר שלטי הגבורים בקידושין פרק רביעי), הלך בדרך זקנו הרי"ד, אך הוסיף שהאב נאמן רק כשאינו משים עצמו רשע כגון שטוען שלא הכיר בה שאסורה עליו. ולהלן נרחיב בשאלה זו, אם נאמן ביכיר כשמים עצמו רשע.

שנית, בספר כנסת הגדולה סי' ד' הגהות הטור ס"ק נט הקשה משיטת הריא"ז על תשובת הרדב"ז שממנה עולה שהבעל נאמן, ולא כתב שלא להאמינו שאינו בנו מכח שיטת הריא"ז, וכתב כנסת הגדולה - "ואולי דבנדון הרדב"ז האשה ג"כ מודה בדבר שלא בא עליה תוך י"ב חדש, אלא שאומרת שנשתאה". (הובא באוצה"פ סי' ד' ס"ק קלד ס"ק יז)

מבואר בכנסת הגדולה שצדד שלא לצרף את שיטת הריא"ז כשדברי האשה הם חזוק לטענת הבעל שאינו בנו. ולפי דרכו גם בנידון דידן, שלדברי האשה אין מקום

שורב נכרים. ואף שהזכיר בדבריו את דברי הבית מאיר, אין הכרח שיפסוק כבית מאיר, הלכה למעשה, אף במקרה דנן דגרע טפי.

ביחס למש"כ הבית מאיר שהאשה אינה נאמנת ואין לקבל דבריה כלל, הדברים התבארו בתשובת תעלומות לב שהובא לעיל, שכתב - "אין לנו להסתפק שמא מגוי, כיון שמתוך דבריה ניכר שאינו מגוי, ולא מפני נאמנותה או באים, אלא שאנו לא נוכל להסתפק בזה", עכ"ל. דהיינו שהספק שאנו מסתפקים שמא התעברה מנכרי, הוא ספק הנוצר על פי המציאות שאנו רואים בפנינו, (והרי עפ"י סברא זו כתב הגרי"ש אלישיב שליט"א בתשובה סברתו שהובאה לעיל, לחלק בין ימינו לימים קדמונים), ובמקרה בו היא טוענת שהבן מישראל ואין הכחשה לדבריה, אמנם אין נאמנות לפסוק על פי עדותה, אך אין נוצר ספק שמא התעברה מגוי.

מסקנת הדברים

קשה לזוז מדבריו הברורים של התשב"ץ שאין לתלות שהולד מנכרי במקרה שבו הבעל טוען טענת ברי שהבן אינו ממנו, והאשה טוענת שהוא מישראל והלה מודה ומחזיקו כבנו, והיא אינה דיימא מעלמא שרובם נכרים. לא מצינו אחד מרבותינו הראשונים שיחלוק על התשב"ץ, ובנוסף כמה מתשובות האחרונים נקטו להלכה כתשובה זו, ודעת הבית מאיר הנזכרת צ"ע.

פרק ז' - האם יש לדון את הן כספק ממזר מפני מחלוקת הראשונים בדין "יכיר"

בשו"ע סי' ד' סעיף כט פסק, שהאב האומר על אחד מבניו שאינו בנו נאמן, והבן ודאי ממזר.

ובפת"ש ס"ק לו הביא מתשובת רע"א ח"א סי' קכח שיש מקום לצרף שיטות ראשונים שאינו נאמן אלא בדרך הכרת בכורה ואינו נאמן כשהיא מכחישתו ושאינו נאמן אלא כשטוען שהוא בנו וממזר ולא כשטוען שאינו בנו, עי"ש.

אמנם בספר חקרי לב מהדורא בתרא אה"ע סי' ד' דחה סברא זו (שהביא מתשובת ראנ"ח) וכתב שהכרעת הרמב"ם והשו"ע מחייבת, ושאינן להתחשב בדעת מקצת ראשונים שלא נפסקה הלכה כמותם בשו"ע.

אך מצינו בכמה פוסקים שהלכו בדרכו של הגרע"א ז"ל, עיין בספר אוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קלד.

אמנם בנידון דנן אין לצרף את שיטת התוס' רי"ד שסבר שאינו נאמן במכחישתו, וכאן הרי אינה מכחישתו. אך עיין בספר שמע שלמה להראש"ל צ"ג הגאון רבי שלמה משה עמאר שליט"א ח"ב אה"ע סי' ד' ס"ק ד', שהביא פוסקים שהקלו גם בלא צירוף סברת התוס' רי"ד.

לפי זה, לכאורה היה מקום לקבוע מעמד הן במקרה שבפנינו כספק, מפני הספק שמא הבעל אינו נאמן, אליבא דשיטות הראשונים הנזכרים.

כשאומר שאינו בנו, נאמן לעשותו ממזר, שוב אינן צריכין להביא הך כשאומר שנוולד לו מחייבי כריתות, דזה ידענו מכח ק"ו, דמה אם אומר שאינו בנו והוא ממזר נאמן, מכ"ש כשאומר שהוא בנו והוא ממזר פשיטא דנאמן.

ובנוגע לסברא שלא להאמינו מפני "שאינן אדם משים עצמו רשע", כתב השיבת ציון דאיירי כגון שטוען שהיה שוגג, או בכה"ג דחזינן שגם כעת הוא ממשיך לדור עמה והוא רשע לפנינו, ובכה"ג נאמן לומר שכבר היה רשע גם קודם.

ואמנם מצינו חילוקי דעות בראשונים בשאלה זו, האם נאמן ב"יכיר" לפסול את בנו כשמשים עצמו רשע.

המאירי עמ"ס קידושין (שם) כתב - "נאמן לומר עליו שבנו הוא ושהוא ממזר או בן גרושה וכן חלוצה, ואע"פ שאין אדם משים עצמו רשע, גזירת הכתוב הוא מדכתיב יכיר".

לעומת זאת הריא"ז (בשלטי הגבורים במסכת קידושין דף עח.) כתב ח"ל - "נאמן האב לומר על בנו בני זה ממזר הוא שאשה שנשאתי היתה ערוה אצלי ולא הכרתי בה עד עכשיו".

(יש מקום לעיין בדברי הריא"ז, דמדבריו אלו מבואר שאינו נאמן אא"כ יאמר בפירוש שלא הכיר בה עד עכשיו שהיא ערוה אצלו, ובהמשך דבריו כתב - "ואף כשהאמינתו תורה לאב לא האמינתו אלא כשהוא אומר שהוא בנו אלא שנוולד בפסול שאמו היתה אסורה עליו משום איסור אחר ושמה לא הכיר בה עד עתה". מדוייק מלשונו, שאף אם אומר בסתמא שהוא בנו מחייבי כריתות אנו אומרים דשמה שוגג היה, ורק אם אומר בפירוש שהיה מזיד אינו נאמן).

ובחי' הריטב"א עמ"ס בבא בתרא דף קכו: על המבואר בגמרא שם שכהן נאמן לומר זה בני בן גרושה וחלוצה לעשותו חלל כתב את שתי הדרכים, וז"ל הריטב"א - "וא"ת היאך נאמן לשום עצמו רשע שנשא גרושה או חלוצה. י"ל כגון שאמר שוגג הייתי. אי נמי גזירת הכתוב שיהא נאמן, ואולי שאינו נאמן על עצמו דפלגין דיבוריה כההיא דפלוגי רבעני לרצוני".

ועי"ש בנימוקי יוסף (דף נו. בדפי הרי"ף) שהביא רק את התירוץ הראשון של הריטב"א, דמיירי באומר שוגג הייתי, ומבואר שאינו מסכים עם התירוץ השני, ודלא כמאירי.

והנה בשו"ת מהריא"ז ענין ל"ה הביא את דברי נימוקי יוסף בשם הריטב"א דאינו נאמן כשמשים עצמו רשע, וכתב - "ולולי דמסתפינא מרבתינו הריטב"א והנימוקי יוסף ז"ל הוי אמינא דאפילו אמר מזיד הייתי נאמן לענין הכרה, דהא דאין אדם משים עצמו רשע הוי טעמא משום דאדם קרוב אצל עצמו ופסול לעדות כמו שפרש"י פ"ב דכתובות ובכמה דוכתי. וגבי הכרת האב, הרי קרוב הוא אצל בנו ואינו בתורת עדות לשאר דברים. וע"כ צ"ל דגזירת הכתוב הוא בהכרת הבן שיהיה קרוב ומעיד, ומה לי קורבא אחת ומה לי ב' קורבות ... וכי היכי שהכשירה תורה אותו אע"ג שהוא קרוב אצל בנו, ה"ה במה שקרוב לעצמו. עוד אפשר

להכשירו, אין לצרף את שיטת הריא"ז, והדברים מיוסדים על תשובת הרדב"ז, שלא צרף את שיטת הריא"ז.

ועוד, יעויין מש"כ בספר תבואות שמש חלק אה"ע סי' קז שכתב בלשון זו - "ועיין להגאון רעק"א זצ"ל, הביא דבריו הפת"ש סי' ד' ס"ק לו, כמה כרכורים וצדדים הביא להתיר הולד בנידונו שחזר האב ואמר שהוא בנו ונתן אמתלא לדבריו ע"ש. משמע דהיכא דלא חזר האב מדבריו שלא יועילו כל אותם הצדדים והסמוכות שעשה. ועיין ג"כ חתם סופר ח"ב סי' קי"א בנתן אמתלא וחזר הבעל מדבריו ... להתיר הולד הניח בצ"ע ... בלא חזר מדבריו ועדיין עומד וצווח שהבן ממזר ושמעולם לא היה עמה פשיטא שהוא ממזר ודאי, וכמ"ש מר"ן בדין ארוסה".

נאמנות האם והנואף כשעושים עצמם רשעים

לעיל כתבנו שבנידון דנן אין מקום לצרף את שיטת התוס' רי"ד, דאמנם לשיטה זו במקרה הנוכחי הבעל אינו נאמן לטעון שאינו בנו. אך בנסיבות אלו הנואף נאמן להכירו כבנו אליבא דשיטה זו שפרשה את ההלכה של יכיר באב הטוען שהוא בנו שנוולד לו מחייבי כריתות. אך עדיין נותר לברר האם יתקבלו דבריו כשמשים עצמו רשע.

שנינו במסכת קידושין דף עח: - "האומר בני זה ממזר אינו נאמן ואפילו שניהם אומרים על העובר שבמעיה ממזר הוא אינם נאמנים, רבי יהודה אומר נאמנים". ופסקו כל הפוסקים כרבי יהודה.

רש"י בקידושין על המשנה שם, פרש דבתרי גווני נאמר דין יכיר -

א - אדם נאמן לומר על בנו שהוא אכן בנו אלא שנוולד מחייבי כריתות.

ב - אדם נאמן לומר על הבן שילדה אשתו שאינו בנו.

וכן דעת הר"ן, רבינו יהונתן מלוניל, הנימוקי יוסף והמאירי עמ"ס קידושין (שם), וכ"כ ביד רמ"ה עמ"ס ב"ב פרק שמיני סי' קיד. וכן משמעות דברי הרמב"ם בפרק טו מהלכות אסורי ביאה הלכה טו - טז.

לעומת זאת דעת הרי"ד מטראני בספר המכריע סי' סד והריא"ז שרק באופן הראשון נאמר דין יכיר.

ועיין בפני יהושע עמ"ס קידושין (שם) שכתב שהטור והשו"ע השמיטו לגמרי את האפשרות שיוכל לפסול את הבן בטענה שנוולד מחייבי כריתות, וכתבו את דין "יכיר" רק כשהבעל מתייחס לבן שאשתו ילדה וטוען שאינו ממנו. והטעם, דבכה"ג שטוען שנוולד מחייבי כריתות אינו נאמן, דאין אדם משים עצמו רשע.

אך עיין בשו"ת שיבת ציון סי' סח שדחה את דברי הפני יהושע וכתב - "יותר יש סברא לומר, דמה שאב נאמן לומר על בנו שהוא ממזר היינו דוקא כשאומר שהוא בנו רק שנוולד לו מחייבי כריתות, אבל לא כשאומר שאינו בנו כמו שסובר הריא"ז. ולפי"ז לא קשה מידי קושיית הפני יהושע על הטור והשו"ע שהשמיטו הך אופן השני, די"ל דכיון שפסקו

במקרה שבפנינו אין לבעל ילדים נוספים ובדבריו הוא מסלק את הבן הנוכחי מבכורה, ובלא הכרת בכורה. ומדברי הרא"ש במסכת ב"ב (שם סי' כא) נראה שבה"ג אינו מחלק בין הכרת בכורה לסילוק מבכורה, ודלא בחי' הרמב"ן (שם) שכתב דסילוק מבכורה אינו כהכרת בכורה. אך הגרע"א בתשובה ח"א סי' קכח העלה אף בדעת הרא"ש, דבסילוק מבכורה אינו נאמן אליבא דבה"ג.

אך נקדים, לכאורה קשה משיטת בה"ג זו על שיטת בה"ג שהביא הרא"ש קידושין סי' ז' והטור אה"ע סי' ד', שהבאנו לעיל, והבאנו מדברי הב"י שכתב "שאפשר לומר שהגאון לא אמר כן אלא כשאין הבעל בפנינו, אבל אם הבעל לפנינו הולד ממזור". והב"ח כתב "בהך דבה"ג קשיא ממה נפשך, אם מודה האשה שלא בא פשיטא דהוי ממזר ודאי". ובספר עצי ארזים סי' ד' ס"ק כג כתב - "פשיטא שאין לומר דמיירי שהבעל בפנינו ואומר שלא בא, דאם כן אפילו לא הרחיק ממנה כלל נאמן לומר שהוא ממזר". וכן כתב בספר ישועות יעקב סי' ד' (פיה"ק סק"י), וז"ל - "בודאי היכא דהבעל אמר שלא בא בתוך הזמן נאמן, דהאומר זה בני ממזר נאמן". ובפשיטות כתבו כן אף אליבא דשיטת בה"ג גופיה, ולכאורה עדיין קשה שהרי הבעל אינו נאמן לפוסלו אלא בדרך הכרת בכורה. אלא מסתבר דפשיטא להו דבה"ג שהובא בתוס' ב"ב איירי כשהבעל מבקש לפסול את מי שהוחזק כבנו. וכן מדויק בלשון מהרש"ל ביש"ש בקידושין פ"ד סי' טו שהביא שיטת בה"ג בלשון זו - "דאין אדם נאמן לומר על מי שהוחזק לבנו, ולומר אין זה בני, אלא ממזר הוא. דלא מצינו בתורה שמהימן, אלא על בנו, לומר שהוא בכור". וכן מבואר בלשון בה"ג שהובא בדברי הראשונים שכתב להדיא דמאחר והבעל אינו נאמן שלא בדרך הכרת בכורה תלינן הבן בבעל מפני שרוב בעילות אחר הבעל, עיין חי' רמב"ן ב"ב (שם) וכן ברא"ש (שם). אבל כשהבעל אינו מצוי עם אשתו וליכא סברא דרוב בעילות אחר הבעל, כנידון שבספר הלכות גדולות במי שהלך למדינת הים, אם יטען שלא בא לביתו נאמן לפוסלו גם שלא בדרך הכרת בכורה מאחר שלא ניתן לייחסו לאביו בהעדר סברא של רוב בעילות אחר הבעל.

על כן במקרה דנן שהבן מעולם לא הוחזק כבנו של הבעל אלא הוחזק כבנו של הנואף, ולפי דברי הבעל לא דר עמה תקופה ממושכת כאמור לעיל, הרי שאין סברת רוב בעילות אחר הבעל, וממילא נאמן לפוסלו ואין אומרים שאינו נאמן אלא בדרך הכרת בכורה. אך זאת יש להבהיר שבכל מקרה אין לדון את הבן בחזקת אביו הנואף, כבן בעלמא הכרוך אחר אביו שבכך הוא מוחזק כבנו, עיין להלן סי' ח' בסופו, שבררנו נקודה זו.

פרק ט' - יחוס הבן לאדם זר שאינו נשוי לאם והטוען שהוא אבי הבן

בטרם נשלים בירור הלכה זו. יש מקום לברר מה המשקל שיש לכך שהיא אמרה מיניה והוא הודה והחזיקו כבנו

לומר דפלגינן דיבוריה, בזה שאמר מזיד הייתי לא מהימן לגבי נפשיה, ואמרינן שהיה שוגג וסבר היה שאינה אסורה עליו. עוד אפשר לומר לפי מש"כ התוס' פ"ק דב"מ גבי מה אם ירצה לומר מזיד הייתי דנאמן מפני שעושה תשובה ואינו רוצה להביא חולין לעזרה, אלמא היכי דמתכוין לאפרושי מאיסורא שלא יתוסף איסור אחר על האיסור הנעשה אמרינן לתשובה קא מיכון ונאמן אפילו על עצמו. הכי נמי באומר בני זה בן גרושה או ממזר מכוין לאפרושי מאיסורא שלא יתערבו בקהל ובכהונה".

(מהרי"א לא ראה את חי' הריטב"א שהודפסו רק לאחרונה, אלא רק כפי שהובא בנמוקי יוסף התירוץ הראשון בריטב"א בלבד, ומהרי"א בדבריו, כיון לתירוץ השני בריטב"א). וע"ע בשו"ת בנין עולם חלק אה"ע סי' ו' בהג"ה לאות ד'.

ובספר ישועות ישראל סי' לד ס"ק טו כתב - "בוזה דאפילו בעל דבר נאמן דאין צריך משפטי עדות, לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע אלא במקום שפוסל עצמו לעדות זו ... ואע"פ שדעת הריטב"א בקידושין פרק עשרה יוחסין בהא דבני זה ממזר דבאומר שבא על ערה במזיד אינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע, אף דלעדות זו גם רשע נאמן, נראה דרוב פוסקים חולקין על זה, וכ"מ מסתימת דברי הטוש"ע ודו"ק". וע"ע בספרו שו"ת ישועות מלכו חלק אה"ע סי' קב שחזר על דבריו אלו, וכתב שהרבה פוסקים חלקו על הריטב"א.

העולה מדברינו, שלדעת המאירי והריטב"א בתירוץ השני, וכן דעת מהרי"א, בכל גווני נאמן מדין יכיר, אף שמשים עצמו רשע, וכן הכריע בישועות ישראל וכתב שכן מורה סתימת הטור והשו"ע. אך לדעת הרי"א ונימוקי יוסף אינו נאמן אא"כ אומר שהיה שוגג, וכן לדעת הפני יהושע הטור והשו"ע השמיטו דין זה מאחר ובכל גווני נידון כמשים עצמו רשע שאינו נאמן. אך הישועות ישראל כתב להיפך בדעת הטור ושו"ע.

פרק ח' - צירוף שיטת בה"ג

שיטת בה"ג שהביאו תוס' במסכת בבא בתרא דף קכו: (ד"ה כך), שאין הבעל נאמן אלא בדרך הכרת בכורה. ובחי' הריטב"א (ב"ב קכו:): הביא כן בשם "דעת רבותינו", ובספר אור זרוע עמ"ס בבא בתרא סי' צה כתב שדעת ר"ת כדעת בה"ג. ומצאתי בתשובת מהר"ם חביב ז"ל (בעל הגט פשוט, בשו"ת מהר"ם בן חביב המצורף לספר עזרת נשים, סי' יא, ובשו"ת מהר"ם בן חביב שי"ל לאחרונה בסי' קלב) שכתב בלשון זו - "כבר ידוע דאפילו גבי אב דאמרינן דנאמן אדם לומר פלוני בני הוא ממזר, אמרו בשם הלכות גדולות ור"ת דהיינו דוקא היכא דאיכא בכור. אבל היכא דליכא בכור אין האב נאמן. איברא דר"י והרא"ש חלקו עליהם, מ"מ הוי ספיקא ופלוגתא דרבוותא דרבנן, ויש לעשותו סניף להקל", עכ"ל. הרי לנו דעת עמוד ההוראה בעל הגט פשוט, לצרף כסניף את שיטת בה"ג ור"ת שלא לקבל עדות האב אלא בדרך הכרת בכורה.

עליה אחר, בכי האי לא אמרינן שדי בתר קמא. מדאמרינן ספק בן תשעה לראשון או בן שבעה לאחרון והכה זה וחזר והכה זה פטור. ולא מחייבינן ליה על הראשון ושדינן ליה בתר דידיה כיון שבא עליה שני".

שיטת הרמב"ם טעונה בירור וביאור, ונביא את עיקרי השיטות בביאור דעת הרמב"ם.

הרמב"ם פסק בשאלת יחוס הבן לאותו פלוני, שאינו בעלה של אמו, בארבעה מקומות. בהלכות יבום פרק ג' הלכה ד', בהלכות תרומות פ"ח ה"ד, בהלכות איסורי ביאה פט"ו ה"א ובהלכה יח, ויש ליישב את דבריו בכל ארבעת המקומות כשיטה אחת.

ונקדים ונציין, בפשיטות נראה, שמרן בשו"ע אבן העזר פסק לגמרי כשיטת הרמב"ם, עיין סי' קנו סעיף ט' וכן בסי' ד' סעיף כו וסעיף כח, על כן בירור שיטת הרמב"ם היא גם בירור פסק ההלכה בשו"ע.

הרמב"ם הלכות יבום וחליצה פרק ג' הלכה ד' פסק - "מי שזינה עם אשה בין פנויה בין אשת איש ונתעברה, ואמר זה העובר ממני הוא, ואפילו היא מודה לו, אע"פ שהוא בנו לענין ירושה הרי זה ספק לענין יבום, כשם שזינת עמו כך זינת עם אחר, ומאין יודע הדבר שזה בנו ודאי והרי אין לו חזקה, אלא לעולם ספק הוא ולהחמיר דנין בו, וחולצת ולא מתיבמת".

הרי מפורש בדברי הרמב"ם שאותו פלוני אינו נאמן בדבריו ליחס את העובר אליו, ודנים אותו כספק.

וכתב המגיד משנה - "דעת רבינו, דעד כאן לא אמרינן האומר זה בני נאמן לפטור אשתו מן היבום, אלא כשהוא אומר שהוא בנו מאשתו, שידוע לו שבנו הוא. אבל בנו מאנוסתו או ממפותתו, אף הוא אינו יודע זה בבירור, הלכך מחמירין בו. וזה דבר ברור הוא באשת איש, ש"ל שרוב בעילות אחר הבעל ושמא מן הבעל הוא זה, אבל בפנויה היה נראה לחלק בין אם חשודה ממנו בלבד, או חשודה מאחרים, שאם אינה חשודה מאחרים אלא ממנו בלבד, הא אמרינן ביבמות פרק אלמנה לכ"ג (דף ס"ט) כהן שבא על בת ישראל וילדה תאכל בתרומה ואיכא לישיני בגמרא לישנא קמא דוקא דלא דיימא מעלמא, לישנא בתרא אע"ג דדיימא מעלמא. ונראה דעת רבינו פ"ז מהלכות תרומות כלישנא קמא. וכיון דלענין תרומה דאיכא ג"כ איסורא דאורייתא שדינן הולד בתר דידיה, גבי יבום נמי אמאי לא ניהמניה, וכ"ש ללישנא בתרא ... ובזה נראה להחמיר, דה"ל ספיקא דאורייתא ונקטינן חומרי דלישני. אבל בדלא דיימא בעלמא, אינו מוצא טעם נכון לחלק בין דין זה לדין התרומה", עכ"ל המגיד משנה.

בביאור שיטת הרמב"ם נאמרו שיטות שונות, ועיקרי השיטות יובאו להלן.

א. נפתח בדרך הברורה בדעת הרמב"ם ושאינן בה קושי, שהיא דרכם של בעל ההפלאה והכתב סופר, שבארו שיטת הרמב"ם כדלהלן.

ולאחר הגירושין הם דרים יחד ומחזיקים את הבן כבן משותף של שניהם, האם גם בנסיבות אלו יש מקום לתלות הבן באחר, בעלה או נכרי.

לענין בירור זה, אין חילוק בין פנויה שהתעברה, וטוענת שהבן הוא מפלוני כשר, ובין שאותו פלוני עושה בנה ממזר, כגון שאותו פלוני ממזר או קרוב משפחה, ובין שהיא אשת איש (בכה"ג שנפסק שהבן ודאי אינו מבעלה). עיין רמב"ם הלכות יבום וחליצה פ"ג ה"ד "מי שזינה עם אשה, בין פנויה בין אשת איש ונתעברה", וכו'. וכן בשו"ע סי' קנו ס"ט.

הסוגיא העיקרית העוסקת בשאלה זו מצוייה במסכת יבמות דף סט: בגמ' שני לשונות. בלישנא קמא נאמר - "איתמר הבא על ארוסתו בבית חמיו, רב אמר הולד ממזר, ושמואל אמר הולד שתוקי. אמר רבא מסתברא מילתיה דרב דדיימא מעלמא, אבל לא דיימא מעלמא, בתר דידיה שדינן ליה".

ובלישנא בתרא נאמר - "איתמר ארוסה שעיברה, רב אמר הולד ממזר, ושמואל אמר הולד שתוקי. אמר רבא מסתברא מילתיה דרב דלא דיימא מיניה ודיימא מעלמא, אבל דיימא מיניה, אע"ג דדיימא מעלמא בתריה דידיה שדינן ליה".

ולענין פסק הלכה, מצינו שתי שיטות עיקריות בראשונים שהובאו בב"י סי' קנו, שיטת הרשב"א הראבי"ה והרא"ש, לעומת שיטת הרמב"ם.

הרשב"א והרא"ש (כלל פב סי' א') השיבו אודות אותו מקרה שבו אדם הודה על בן שנולד לפנויה שהוא בנו.

וכתב הרא"ש דקיי"ל כרבא אליבא דלישנא בתרא ביבמות דף סט: שאם הארוס מודה שבא עליה, לכו"ע בתר דידיה שדינן ליה לולד, אך אם עיברה ודיימא מיניה אע"ג דדיימא מעלמא בתר דידיה שדינן ליה.

וכתב הרא"ש - "בנדון זה, שהיתה האשה משרתתו בביתו ומיוחדת, נראה דאפילו לאבי בתריה דידיה שדינן ליה ... מתניתין קאמרה ילדה, תאכל בתרומה, ואם הוא זכר, מקריב על גבי המזבח ושוחט ומבעיר בשבת. אלא היינו טעמא כיון שהוא מודה שבא עליה, וספק אם אחר בא עליה, שדינן ליה בתר דידיה. וכל שכן בנדון זה, שהיתה תמיד בביתו ולא דיימא מעלמא, והעידו כל העדים שהיה מיסר אותו תמיד וגעגעועיו עליו, שנראה לי שהוא בנו ליורשו ולפטור אשתו מן החליצה ומן היבום".

מבואר בדברי הרא"ש דאליבא דהילכתא שהלכה כרבא, אף באינה מיוחדת בביתו, מאחר והאשה דיימא מיניה, והוא מודה שהוא בנו, אע"ג דדיימא מעלמא, בתר דידיה שדינן. וכתב שכן דעת הראבי"ה.

וכן הרשב"א בתשובה (חלק א' סי' תרי) נקט כדרך זו, וכתב - "אבל אם ראינו שבא עליה ממש מחזיקין אותו ולד בשלו ואף על גב דדיימא מעלמא ... אמר שהוא בני או שבא עליה או שהודה שבא עליה, דכיון שכן הוא, בתר דידיה שדינן ליה, והוא שלא ידענו שבא עליה אחר. אבל אם בא

הרב המגיד תואמים לדברי הרמב"ם, ולא יתפרשו כתמיהה על דברי הרמב"ם אלא כביאור שיטת הרמב"ם, ואין בפנינו שיטה אחרת של המגיד משנה משיטת הרמב"ם.

עיינן בתשובת כתב סופר אה"ע סי' ה' שבאר בדרך זו את שיטת הרמב"ם. וכעין זה פרש ההפלאה בספרו שו"ת גבעת פנחס סי' יח. ולפי דרכו יש לפרש את הרמב"ם אף לענין תרומה דאורייתא אך אין להקל להאכילו תרומה דאורייתא בלא עדים, ולפי זה פרש וכתב - "לשון הרמב"ם שם או שאנס או שפיתה אותה כהן, משמע דהדבר ידוע בעדים. א"כ מאי הוא שכתב אח"כ הכל מרננין אחריה בזה הכהן. אע"כ נראה פשוט, דהרמב"ם מפרש דהא דאמרנן בגמרא דדיימא מיניה ולא דיימא מעלמא היינו דמלבד שידוע הדבר בעדים שזנתה פעם אחת, היתה ג"כ דיימא מיניה שהיתה רגילה לייחד עמו והיו מרננין אחריה וחשבו אותה שהפקירה עצמו לו. א"כ י"ל לפמ"ש הרא"ש בתשובה, אפשר דמודה הרמב"ם במיוחדת, והיינו משום דכיון שהיתה מיוחדת אליו הוי כבא עליה ביאות הרבה כמ"ש התוס' בכתובות (דף יד) דבזה בודאי תלינן ביה. א"כ י"ל דהיינו דכתב הרמב"ם בהלכות תרומות שהעם מרננין אחריה, כיון שידוע בעדים שזינתה עמו וגם העם מרננין אחריה שהיתה רגילה להתיחד עמו, אמרינן דמסתמא כי היכי דאפקרה פעם אחת אליו מסתמא הפקירה כמה פעמים אליו, וכיון דלא דיימא מעלמא, בתר דידי' שדינן. וכן משמעות לשון הרמב"ם בפט"ו מהלכות איסור"ב (דין יח) היו העם מרננין אחריה והיא ארוסה עם ארוסה ועם אנשים אחרים אע"פ שבא עליה ארוס בבית חמיה הרי זה ספק ממזר כשם שהפקירה וכו'. משמע דמלבד שבא עליה בעדים איכא נמי רינון עליה עם ארוסה, והיינו דמדייקינן דאם לא היה רינון עם אחרים רק ממנו, היה הולד כשר כיון שידוע דמסתמא היתה מופקרת אליו. משא"כ בהלכות יבום דלא מיירי אלא שידוע שזינתה עמו פעם אחת, אבל לא היו מרננין עליה עמו, דזה מקרי לא דיימא לא מיניה ולא מעלמא. וכן בפרק ט"ו מהלכות אישות דין י"ב לא מיירי רק שזינתה עמו פעם אחת ולא היו מרננין עליה עמו".

ב. הב"ש סי' ד' סק"מ הביא את שיטת הב"ח שכתב לחלק בין איסור דאורייתא, שבו אנו חוששים שמא מדאפקרא נפשה לגבי פלוני אפקרא גם לאחרים, ובאיסור דרבנן לא חיישינן, ובהלכות תרומות אין חוששין מאחר ותרומה בזה"ז דרבנן. ומשמע שהחשש שמא הפקירה לאחר, אינו ספק גמור אלא חשש מדרבנן.

ובשו"ת יהודה יעלה (מהר"י אסאד) חלק יו"ד סי' רסה כתב "נ"ל כיון דחששא זו שמא זינתה עוד עם אחרים רק מדרבנן הוא ומצינו סתירת סוגית הש"ס אם יש לחלק בגזירה דרבנן בין איסור לאו לאיסור כרת ... א"כ י"ל דדייק הרמב"ם בלשונו בפ"ג מיבום שכתב הרי זה ספק לענין יבום כשם שזינתה וכו', שפת יתר הוא שהרי סיים אח"כ ספק הוא וכו' וחולצת וכו'. אמנם כוונתו י"ל ה"ז ספק לענין יבום

הרמב"ם פסק כרבא אליבא דלישנא קמא בגמ', ואם דיימא מיניה ולא דיימא מעלמא, הבן מתייחס אחריו. אך היינו דוקא כשדיימא מיניה, ולא סגי במה שאותו פלוני יאמר שהוא אבי הבן.

על כן בהלכות יבום הבן אינו מתייחס אחר אותו פלוני מאחר שבפנינו אמירתו בלבד, ואין מוזכר שהיתה דיימא מיניה, וכן בהלכות איסור"ב פט"ו הי"ב. ועל פי דרך זו כתב המ"מ בהלכות איסור"ב (שם הי"א) בביאור שיטת הרמב"ם - "ומ"ש רבינו ואפילו אותו פלוני וכו', פשוט הוא שהרי הוא עצמו אינו יכול לידע דשמא זינתה עם אחרים והוא לא ידע, ואין זה אב שיהא לו היכר, וחשש זה כבר נזכר בגמרא בכיצא בזה".

לפי דרך זו, גם דברי המ"מ בהלכות יבום לא באו לסלול דרך חדשה בפסק ההלכה, אלא לבאר דברי הרמב"ם, לחלק בין האומר, זה בני' שאינו נאמן באמירה זו, כשהאשה אינה נשואה לו, אך הוסיף המ"מ - "בפנויה היה נראה לחלק בין אם חשודה ממנו בלבד, או חשודה מאחרים, שאם אינה חשודה מאחרים אלא ממנו בלבד, הא אמרינן ביבמות פרק אלמנה לכ"ג (דף ס"ט) כהן שבא על בת ישראל וילדה תאכל בתרומה".

הגרע"א ז"ל בתשובה ח"א סי' קו הוסיף ביאור וכתב "במה דנתחבטו האחרונים בדברי הרמב"ם וש"ע (אה"ע סי' ד' סכ"ו) אפילו אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו שכשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר ... ואמרתי דאפשר באמת היכי דאיכא עדים דבא עליה הממזר לא חיישינן מדאפקרה בלא דיימא מעלמא, אלא בליכא עדים רק הוא מודה, בזה כיון דעכ"פ איתא לחששא לענין דאורייתא דאפקרה, ממילא ליכא לדונו לאב בודאי. שמה שאומר זה בני, אינו אומר בבירור גמור שהוא אביו, ובכהאי גוונא דלא הוי אב בבירור לפי דבריו, לא האמינתו תורה ואינו בכלל מכיר, ולא מאמינים ליה כלל שבא עליה, ולזה מורים כמעט דברי הה"מ שכתב פשוט הוא שהרי הוא עצמו אינו יכול לידע וכו' ואין זה אב שיהיה לו היכר ... עכ"פ להרמב"ם דבדאורייתא חיישינן מדאפקרה, בודאי הסברא נכונה, דלא מקרי בכלל אב ואינו נאמן כלל, וממילא אף לענין דרבנן לא מהני, עכ"ל.

לפי זה, בהלכות תרומות, לא מפני שאנו מסתמכים על הודאתו אנו מייחסים את הבן לאותו פלוני כהן שבא עליה, אלא יסוד ההוכחה הוא מפני "שלא יצא עליה קול עם אחר אלא הכל מרננים אחריה בזה הכהן", כלשון הרמב"ם. דהיינו, דיימא מיניה ולא דיימא מעלמא, ובכה"ג נידון כודאי בא עליה, שאין חוששים שהפקירה עצמה לאחרים וכמ"ש הגרע"א ז"ל.

וכשדיימא מיניה ודיימא מעלמא, הדבר ספק, כמבואר ברמב"ם בהלכות איסור"ב פט"ו הי"ח.

ולפי דרך זו אין צורך לחלק בין איסור דאורייתא לדרבנן, חילוק שאין לו רמז בדברי הרמב"ם. וכן עפ"י דרך זו, דברי

אמו, כמו שביאר הרמב"ם בהלכות יבום. ומיהו יראה ברור דאע"ג דחזינן דהרמב"ם פסק כלישנא קמא וכרב דאמר דדיימא מכהן ודיימא נמי מעלמא אין מאכילין לבן תרומה והרי הוא ספק לענין זה, אע"ג דבדקו את אמו ואמרה לאיש פלוני כהן נבעלתי וזה הולד הוא ממנו וגם מודה בדבר משום דחיישינן כשם שזנתה עם זה כך זנתה עם אחר כיון דדיימא מעלמא, היינו דוקא לשאר איסורי תורה החמורים, כגון לענין אכילת תרומה ולענין יבום. אמנם לענין איסור ממזרות לבא בקהל דקלישא אסוריה פסקו להקל כשמואל דמפיה אנו חייין, וכ"כ הרמב"ם בהדיא פט"ו מהלכות איסורי ביאה בארוסה שעיברה ודיימא מארוס ודיימא נמי מעלמא דאם נבדקה ואמרה עובר זה מארוסי הרי זה כשר יע"ש וכתב ה"ה דפסק כלישנא קמא וכשמואל יע"ש.

והנה הראש"ל צ"ח הגר"ע יוסף שליט"א בספרו יביע אומר חלק ז' חלק אה"ע סי' כד דן בשאלה הבאה - "בחורה פנויה שנשתדכה לבחור פנוי, וקיימה עמו יחסי אישות, ונתעברה, והצהיר הבחור בפני בית דין שממנו היא הרה, והיא גם היא אמרה בפני בית הדין שממנו היא הרה. והתירו להם להינשא כדת משה וישראל, ואחר הנישואין ילדה לו בן, ואחר זמן מת הבעל, והשאיר אחריו את הילד הזה, ויש לו אח בירושלים. וכשבאה האשה לבית הדין בבאר שבע להתיר לה להינשא לאיש, פסקו, שהאשה זקוקה לחליצה מאחי הבעל, על פי המבואר בשלחן ערוך (סי' קנו סעיף ט'). אולם אחי הבעל מסרב לבוא לחלוץ ליבמתו, ולכן הפנו בית דין את השאלה אלינו, אם יש מקום להתיר את האשה בלי חליצה."

בתשובתו האריך במחלוקת הרמב"ם הרא"ש והרשב"א, וכן הביא את דברי הרדב"ז ועוד אחרונים. וכתב - "לפי זה, אף שמרן השלחן ערוך (סי' קנו סעיף ט') פסק כדברי הרמב"ם, יש לומר שאף לדעת מרן אין להחמיר להצריכה חליצה אלא היכא דדיימא מעלמא. אבל לא דיימא מעלמא מותרת לעלמא. ואף על פי שהמהר"י עייאש בשו"ת בית יהודה (חלק אבן העזר סי' לא) כתב, שממה שסתם מרן דבריו, ולא חילק בזה, משמע שאף בלא דיימא מעלמא צריכה חליצה. ע"ש. אבל אין דבריו מוכרחים, שמאחר שרבו האחרונים שפירשו בדעת הרמב"ם לחלק בזה, (אף על פי שסתם דבריו ולא פירש הדבר להדיא), גם בכונת מרן יש לומר כן, שהם הם דברי הרמב"ם. וכן ראיתי בשו"ת נדיב לב (חלק אבן העזר סי' ג') הנ"ל, שהשיג על דברי הבית יהודה בזה, וכנ"ל. ע"ש. וכן כתב בשו"ת תעלומות לב חלק א' (חלק אבן העזר סי' ה') ... הנה עיקר דבר זה לחוש שמא זינתה עם אחר, היכא דלא דיימא מאחרים, אינו אלא מדרבנן, ולא ספק גמור הוא, וכמו שכתב בשו"ת יריעות שלמה (סי' יג), ובשו"ת שאלת יעקב (סי' לב אות ח'). ובלאו הכי הרי כל הספקות מדברי סופרים, אליבא דהרמב"ם (סוף פרק ט' מהלכות טומאת מת), ואנן בדידן נקטינן בהא כדעת הרמב"ם, וכמו שכתב מרן החיד"א במחזיק ברכה (סי'

דוקא, ר"ל משום חומר איסור לאו דיבמה לשוק שהוא במלקות לא תהיה אשת המת וכו', והוא הדין לתרומה דאורייתא לאו דכל זר לא יאכל קדש. אבל איסור סוטה ספק רק בעשה הוא לרמב"ם בפ"א מגרושין דין י"ד וה"נ פדיון הבן מצות עשה לא חיישינן גם לרמב"ם."

ובספר עצי ארזים סי' ד' ס"ק מא כתב ליישב - "י"ל דהרמב"ם מייירי אפילו מתרומה דאורייתא, כדמשמע מסתימת לשונו, מדלא כתב דאוכלת בתרומה דרבנן, ואפ"ה ל"ק קושיית הרב המגיד הנ"ל, דהרי משמע ממ"ש שדנין בו להחמיר, דחשש זה שמא זינתה עם אחר אינו אלא מדרבנן, ומצינו שהחמירו חכמים לענין חליצה יותר מלענין תרומה, דהרי בן יום אחד קי"ל דמאכיל בתרומה ולא חיישינן שמא נפל הוא, ולענין חליצה חיישינן אפילו בבן תשעה חדשים גמורים ... וה"נ לענין חשש דזינתה עם אחר ומדין זה דממזרות דס"ל להרמב"ם נמי דחיישינן שזינתה עם אחר לאוסרו בממזרת ... כיון שראינו שגם התורה החמירה בספק זה יותר משאר ספיקות."

לפי דרכו של עצי ארזים, דינו של הרמב"ם הוא חומרא, אך מדינא הרמב"ם אינו חולק על הרשב"א והרא"ש.

ג. הרדב"ז בתשובה חלק ג' סי' תקכו כתב בביאור שיטת הרמב"ם - "ונ"ל שהרב ז"ל לא איירי הכא בהלכות יבום אלא באשה דדיימא מעלמא ... ודקדקתי כן מלשונו ז"ל שכתב מי שזינה עם אשה ולא כתב מי שבא על אשה, משמע דבאשה זונה איירי. ותו מדכלל אותה עם אשת איש, ואשת איש רוב בעילות אצל הבעל, והוי כדיימא מעלמא ועדיפא מיניה. ותו שכתב ומאין יודע הדבר שהוא בנו ודאי הרי אין לו חזקה. ובשלמא אי דיימא מעלמא, היינו דאין לו חזקה. אבל אי לא דיימא מעלמא, היכא דאיתרע רעותא דהיינו לגבי האי איתרע, לגבי עלמא דלא איתרע מוקמינן לה אחזקתיה ולא נבעלה אלא לזה. וא"כ היכא דלא דיימא מעלמא, בין לענין תרומה בין לענין יבום הרי הוא בחזקת בנו דבתר ידידיה שדינן ליה. ונמצא בחלוקה זו מסכים הרב עם שאר הפוסקים. אבל היכא דדיימא מעלמא בין לענין תרומה בין לענין יבום ספק הוא ואינו אוכל בתרומה, ואשת אביו חולצת ולא מתיבמת ... והשתא אין המחלוקת מן הקצה אל הקצה... והרא"ש ז"ל נשאל על אשה שהיתה תמיד בבית שמעון ונתעברה הימנו ופסק דהוי כבנו לירושה ולפטור את אשתו, וכתב דאף הרמב"ם ז"ל יודה לו בנדון ההוא. וגדולה מזו אני אומר, שאפילו אינה תמיד בתוך ביתו מיוחדת, אלא שאינה חשודה עם אחרים מודה הרב."

ובשו"ת מהר"ם בן חביב סי' יא הביא את דברי הרדב"ז והוסיף - "וכן מצאתי למהר"ט בן יעיש ז"ל בתשובה הובאה בספר בני אהרן דף ע"ג ע"ב דמפרש דברי הרמב"ם דהלכות יבום דאיירי היכא דדיימא מעלמא. ולפי שיטת הרבנים הנזכרים הנה נתבארה דעתו של הרמב"ם לפסוק כלישנא קמא אליבא דרב דהיכא דדיימא נמי מעלמא הרי זה ספק, ולא דיינינן ליה כדאמר שמואל דהוי שתוקי דבודקין את

יש מקום לברר כיצד להתייחס למצב שבו שניהם מודים, ולא דיימא מעלמא, האם די בכך ליחס הבן לאותו פלוני. לעיל הבאנו ביאור אחד בדעת הרמב"ם, ממנו עולה שאין די במה שדיימא מעלמא ושניהם מודים, אלא בצירוף שהיא דיימא מאותו פלוני, וזו דעת הכתב סופר הנזכר. ויש לברר מה דעת שאר הראשונים והפוסקים.

הרשב"א בתשובה חלק א' סי' תרי (הנזכרת) כתב, וז"ל - אבל אם ראינו שבא עליה ממש, מחזיקין אותו ולד בשלו, ואף על גב דדימא מעלמא. כההיא דפרק אלמנה לכהן גדול (דף סח) דתנן כהן שבא על בת ישראל וילדה תאכל בתרומה. לפי שראינו שבא עליה ממש ואומר מאותה ביאה נתעברה, ומחזיקין אותו עיבור ממנו אף על גב דדימא מעלמא. כההיא דפרק אלמנה לכהן גדול דתנן בתרי' שדי' ליה כדאיתא התם. אי נמי כשאמר בני או שהודה שבא עליה, בתר דידיה שדינן ליה. אבל לא ראינו שבא עליה ממש וגם הוא לא אמר, אף על גב דדימא מיניה אין אומרים שתפטר אשתו מן החליצה ... ולפי זה מסתברא לי, דבנדון שלפנינו שלא ראינו שבא עליה, חולצת ולא מתייבמת. אלא אם כן אמר שהוא בני או שבא עליה או שהודה שבא עליה דכיון שכן הוא בתר דידיה שדינן ליה והוא שלא ידענו שבא עליה אחר".

וכן הובאו הדברים במגיד משנה בהלכות יבום פ"ג ה"ד, וז"ל - "הרשב"א ז"ל כתב בתשובה, דכל שראינו שבא עליה, או שהוא מודה שבא עליה, בתר דידיה שדינן ליה... ע"כ דבריו. ונראה בדעתו ז"ל שהוא פוסק כלישנא בתרא דהתם, דכל דלא ידעינן בבירור שבא עליה אחר, אע"ג דדיימא מעלמא, בתר דידיה שדינן ליה" עכ"ל המגיד משנה.

הרי לפנינו דעת הרשב"א, שאם הובעל מודה כבר ניתן לקבוע את דינה שהיא "דיימא מיניה".

וכן כתב בספר מים רבים אה"ע סי' נב (בתשובת הג"ר שלמה אאילין ז"ל) - "הרשב"א ז"ל התנה שלשה תנאים, שיאמר שהוא בנו, או שבא עליה, או שהודה שבא עליה, דכיון שכן הוא, בתר דידי' שדינן לי'. דאין ספק דבחדא מינייהו סגי או שיאמר שהוא בנו או שבא עליה או שהודה שבא עליה, דהא או או קתני, ותו דכולהו תלו טעמייהו דהלכתא כלישנא בתרא וכרבא, דבתר דידי' שדינן לי' ... והוי בנו ליורשו ולכל דבר".

ובספר בית יהודה (להג"ר יהודה עיאש ז"ל) חלק אה"ע סי' לא כתב - "אי לאו דברי המ"מ הייתי מחלק בין ראינו שבא עליה ובין לא ראינו אלא שהוא מודה. דבדין תרומה ובדין ארוסה דמייירי בראינו שבא עליה ניחא דפסק בדלא דיימא מעלמא דבתר דידי' שדינן ליה, דהרי ודאי נבעלה לו, אבל בלא ראינו אלא מהודאת פיו הוא שידענו אין זה חשוב ודאי גמור, ולכך בדין היבום ובדין אומרת לממזר נבעלתי לעולם הוי ספק ... אבל מה אעשה שהמ"מ הוה מודותיו, ופשיטא ליה דמודה שממנו הוא כמו ראינו, וכנראה מתשובת הרשב"א ז"ל שהעתיק יע"ש".

תקפט), ושאר אחרונים. ומכיון שמצאנו להרשב"א והרא"ש וראבי"ה שחולקים על סברת הרמב"ם, וסבירא להו שאפילו בדדימא מעלמא לא חיישינן שזינתה עם אחר, ובתר דידיה שדינן ליה, וכתב הרשב"ץ בחלק ב' (סי' רעג) שכן דעת גדולי האחרונים, אם כן הוה ליה ספק ספיקא, שמא הלכה כהראשונים הנ"ל נגד הרמב"ם והשלחן ערוך, ואם תמצא לומר שהלכה כהרמב"ם והשלחן ערוך, שמא הלכה כהרדב"ז ומהראנ"ח ורבי דוד עראמה ומעשה רוקח ומהר"י באסאן והנדיב לב, שאף הרמב"ם מודה להתיר היכא דלא דיימא מעלמא, עכ"ל תשובת יביע אומר.

אמנם סוגיא דעלמא נקטו דבשו"ע פסק כשיטת הרמב"ם. עיין ח"מ סי' ד' ס"ק כה ובב"ש סק"מ. אך ראיתי בספר שארית ישראל (להג"ר ישראל מינצברג ז"ל) אה"ע סי' א' שעמד על שינוי לשון הרמב"ם מלשון הטור והשו"ע. ברמב"ם הלכות איסורי ביאה פרק טו הי"א והי"ב הנוסח "פנויה שנתעברה מזונת אמרו לה מהו העובר הזה ... שאמרה לפלוני הממזר נבעלתי או לפלוני הנתין, אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הילוד ספק ממזר, כשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר".

ואילו הטור אה"ע סי' ד' כתב "פנויה שנתעברה ... ואפילו אם אומרת של פלוני הוא שהוא ודאי ממזר אפילו הכי אינו אלא ספק, אפילו מודה אותו פלוני שנבעלת לו, כשם שזנתה עם זה כך זנתה עם אחר". וכן בשו"ע סעיף כו. הרי שהרמב"ם איירי כשאותו פלוני מודה שהוא ממנו. ואילו בטור ובשו"ע אותו פלוני רק מודה שנבעלה לו. וכתב בתשובת שארית ישראל - "הטוש"ע בהעתיקם דין זה שינוי בלשונו וכתבו ואפילו אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו, לא כתבו ואפילו מודה שהוא ממנו, מזה מבואר דעתם שאם מודה שממנו הוא, יועיל מתורת יכיר להחזיקו בבנו ולעשותו ממזר על פיו. דלא כדעת הרמב"ם והרב המגיד שביאר טעמו. ומש"כ במחבר בסי' קנ"ו דעת הרמב"ם דלענין יבום אינו מועיל אף אם מודה שהוא בנו, צ"ל דדעת המחבר כמו שבארתי לעיל בארוכה, דיבום שאני דאין נאמנות בזה מתורת יכיר, דאינו נוגע לעצמו של בן".

העולה מדברינו שהרשב"א והרא"ש פסקו כלישנא בתרא, וכן דעת ראבי"ה שהביא הרא"ש. והרמב"ם פסק כלישנא קמא. ובביאור שיטת הרמב"ם הבאנו ארבעה דרכים -

- א. אם לא דיימא מעלמא ודיימא מיניה, מייחסים אחריו את הבן, אך אם אין ידוע שדיימא מיניה אין די בהודאתו.
- ב. יש לחלק בין איסור תורה ואיסור דרבנן, ולעניין דאורייתא חיישינן שמא הפקירה עצמה לאחר.
- ג. החשש שמא הפקירה עצמה לאחר, הוא לחומרא כגון לפטור מיבום וחליצה, אך מדינא לא חיישינן, והבן מיוחס אחריו.
- ד. בכל מקרה שלא דיימא מעלמא, מייחסים את הבן אחריו.

בתשב"ץ ח"ב סי' רע"ג. ומבואר מדברי התשב"ץ שאם נתברר בהודאת פיו של אותו אונס או מפתה, די בכך ליחס הבן אליו כל עוד אינה דיימא מעלמא.

מסקנת הדברים, לדעת רוב הראשונים, הלכה כלישנא בתרא ואם דיימא מיניה, מייחסים הבן אליו אף כשדיימא מעלמא, ודי בכך שאותו בועל טוען שהבן שלו וי"א שאף אם הוא מודה שבא עליה, בלא שהעיד על אבהותו. ולדעת הרמב"ם הלכה כלישנא קמא, ואין ליחס הבן אליו כשדיימא מעלמא. י"א בדעת הרמב"ם, שאם לא דיימא מעלמא די בהודאת הבעל. וי"א שמלבד הודאתו יש צורך שהיא דיימא דהיינו חשודה ממנו.

הנ"מ ממחלוקת הרמב"ם והראשונים לשאלה האם ניתן לתלות בנכרי

לפי האמור לעיל, אף לדעת הסוברים שאנו תולים בנכרי לעשותו ספק ממזר, היינו דוקא כשאין מניעה לתלות באחר. אבל אם היא אומרת שהבן מהנואף והלה הודה שהוא אבי הבן ודיימא מיניה ולא דיימא מעלמא, וק"ו אם החזיקו כבנו, דומיא דהמבואר בתשובת הרא"ש, בכה"ג הבן מתייחס אחריו, ומשום כך אין מקום לתלות בנכרי.

וכן מצינו סברא זו בספר שיבת ציון סי' סז (הובא בקצרה בפתחי תשובה סי' ד' ס"ק לא) וז"ל - "היכא דאיכא רגלים לדבר שהוא בנו, כגון בפנויה שנתעברה ואמרה מאיש פלוני נתעברתי והוא מודה לדבריה בזה הוא נאמן בהודאתו אף בלי מיגו, וכן מוכח מסוגיא דיבמות בסוף פרק אלמנה דתנן במתניתין ילדה תאכל בתרומה, וללישנא בתרא שם מוקי אביי מתניתין בדלא דיימא כלל ואפ"ה מהני הודאתו לענין תרומה ... ואף שהרמב"ם פסק כלישנא קמא שם. מ"מ מוכח דהיכא דאיכא רגלים לדבר, שהיא אומרת שממנו נתעברה, ומכ"ש היכא דדיימא מיניה, דמהני הודאתו והיה נאמן לומר שבנו הוא, אי לאו דאיכא האי חששא שמא זינתה גם עם אחרים. ומעתה בנדון דידן בודאי הוא נאמן לומר שבנו הוא להחזיקו לממזר ודאי, כיון דדיימא מיניה ואיכא רגלים לדבר הרבה שממנו נתעברה, ואין לנו רק החשש שמא זינתה גם עם אחרים. ודבר זה תליא בפלוגתא שבין הרמב"ם והרשב"א והרא"ש, דלהרמב"ם חיישינן שמא זינתה גם עם אחרים ולהרשב"א והרא"ש שדינן הולד בתר דידיה. ואף שבשו"ע סתם ופסק כדעת הרמב"ם, כבר תמה הרב חלקת מחוקק בסי' ד' ס"ק כ"ה על המחבר שפסק כדעת הרמב"ם. וגם לפי דבריו שם, לא ברירא לן בדעת הרמב"ם אם גם בזה חייש שמא נתעברה מאחרים. ועיין בתשובת הרדב"ז חלק ג' תשובה תקכ"ז שכתב ומוקי דברי הרמב"ם דוקא בדדיימא גם מעלמא עיי"ש, ועוד דהא בנדון דידן נראה שהיתה מיוחדת לו והיתה קשורה בו ככלב שנשאה לבסוף. לכן נראה לי שיש להחזיק הולד לממזר ודאי ... מה שמצדד מעלתו להקל מאחר שרובא דעלמא כשרים לה, א"כ תלינן ברוב דנתעברה מאחר ואין הולד ספק ממזר. הנה בזה

ובספר נודע ביהודה תנינא חלק אה"ע סי' לג כתב - "בעינן שבעל אותה בודאי, וכן כתבו התוס' ביבמות דף ע' ע"א אבל דיימא וכו' פירוש דיימא שבא עליה בודאי ע"ש בתוס' ... ואף שהמ"מ שם הביא לשון הרשב"א שכתב דכל שראינו שבא עליה או שמודה שבא עליה בתר דידיה שדינן ליה וכו', הרי שמהני הודאתו, נראה דהיינו מצד הסברא דלמה יחשדוהו לשקר שלא בא עליה ויאמר שבא עליה להאכיל זר שאינו בנו בתרומה, וחזקת איסור אין כאן שהבן הזה כשם שאין לו חזקת כהונה כך אין לו חזקת זר, ונאמן ע"א באיסור".

וכן הרא"ש בתשובתו הנזכרת בכלל פב סי' א' כתב - "ומתניתין קאמרה ילדה, תאכל בתרומה, ואם הוא זכר, מקריב על גבי המזבח ושוחט ומבעיר בשבת. אלא היינו טעמא כיון שהוא מודה שבא עליה, וספק אם אחר בא עליה, שדינן ליה בתר דידיה". הרי מבואר שרק על פי הודאתו אנו מייחסים הבן אליו

אלא שבנידון שם, הרא"ש הוסיף - "וכל שכן בנידון זה, שהיתה תמיד בביתו ולא דיימא מעלמא, והעידו כל העדים שהיה מיסר אותו תמיד וגעגעועיו עליו, שנראה לי שהוא בנו ליורשו ולפטור אשתו מן החליצה ומן היבום". תוספת זו כתב על מנת ליחסו לאביו אפילו לדעת אביי, וכמ"ש הרא"ש באותה תשובה קודם לכן - "בנידון זה, שהיתה האשה משרתתו בביתו ומיוחדת, נראה דאפילו לאביי בתריה דידיה שדינן ליה".

בתשובת אחי וראש סי' ט', הנדפסת בספר נדיב לב סי' ד', כתב (בסוף דבריו) "הן אמת שיש לפקפק בזה, דע"כ לא התירו כי אם בידוע לנו בבירור שבא עליה, וכגון שראינו אותה שבא עליה אדם אחד ולא ידעינן מאן הוא, אבל במודה לבד, מי זה אמר שהולד כשר ... אכן אי מהא לא איריא כלל, שהרי המעיין יראה להרשב"א בתשובה חלק א' סי' תר"י שהשוה בשידוענו בבירור שבא עליה למודה דבא עליה עיי"ש. משמע מדבריו נמי, דבמודה שבא עליה לבד די, ואצ"ל שנתעברה ממנו, וכמ"ש בתשובת מים רבים, וכן יש להכריח מדברי רש"י והר"ן בסוגיין דנקטו בלישנייהו במודה שבא עליה, וכן מתבאר מדברי הרא"ש ז"ל בתשובה כלל לב וכלל פב, עיי"ש".

נוסיף ונציין לתשובת התשב"ץ ח"ב סי' יט שכתב - "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 ליה. ולא אמרינן כי היכי דאפקרא נפשה להאי אפקרא נפשה לאחרים. דהא תנן התם במתניתין גבי האונס והמפתה, שאם כהן הבא על בת ישראל הוא, וילדה, שהולד אוכל בתרומה. אע"פ שיש בתרומה חיוב מיתה לזרים. ולא פסלינן ליה מה"ט, כי היכי דאפקרא נפשה להאי אפקרא נפשה לאחרים, וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ז מהלכות תרומות. וכן יש ראייה לזה ג"כ בפרק נושאין ביבמות", עכ"ל, וכעין זה

יניחוהו לישאנה ... לפי הנראה על פי מכתבו כפי שהציע במכתבו הוולד ממזר ולא ספק ממזר לאמור אולי מנכרי, אחרי שלא היתה דיימא מעלמא, רק מהישראל שהיה דר אצלה ביחוד, ויש להאריך בזה ולקצר אני צריך".

לפי זה, אמנם הפת"ש סי' ד' ס"ק לו הביא מתשובת הגרע"א שצרף שיטת ריא"ז שאינו נאמן מדין "יכיר", אלא כשאומר זה בני וממזר ולא כשטוען שאינו בנו, וכן את שיטת בה"ג שאינו נאמן אלא בדרך הכרת בכורה, ולפי דרכו לכאורה היה מקום להורות שבנידון דנן אינו אלא ספק ממזר, וכבר כתבנו לעיל בנקודה זו. אך גם לפי שיטה זו, אין להתעלם ממה שהאשה והנואף שניהם טוענים שהבן ממנו ומיום לידתו הבן הוחזק כבנו, ובנסיבות אלו אין מצרפים ספק שמא התעברה מנכרי, גם אליבא דהשיטות שיש לתלות כן, למרות שהאשה אינה טוענת כך. אך גם אין לתלות הבן בבעל השולל אבהותו. גם אם למקצת הראשונים אין נאמן מכח ההלכה של יכיר, אך גם בלא יכיר, שהרי דברי הרמב"ם בהלכות יבום, נאמרו גם במי שזינה עם אשת איש, ובנסיבות בהם הבן מיוחס לאותו נואף, ממילא אין לייחסו לבעל.

ונוסיף ונביא ממש"כ בשו"ת יהודה יעלה (מהר"י אסאד) חלק יו"ד סי' רסה, וז"ל "ועוד נ"ל דתמוה טובא כפילות ואריכות לשון הרמב"ם בפ"ג מיבום בדין זה וז"ל והרי אין לו חזקה ולעולם ספק הוא וכו' כפל דבריו כנ"ל ומאי לעולם הוא ספק ומאי חזקה שייך שיהיה לו. לכן נ"ל כלפי מ"ש הרמב"ם בפ"א מאיסורי ביאה דין כ' ז"ל מי שהוחזק בשאר בשר וכו' דנין בו עפ"י חזקה וכו' ולוקה או נשרף ונסקל וכו' ואעפ"י שאין שם ראיה ברורה שזו אחותו וכו' אלא בחזקה וכו'. א"כ נ"ל, הרמב"ם דייק בלשונו מי שזינה עם אשה וכו' ונתעברה וכו' זה העובר ממנו וכו' ולא כתב וילדה ואומר זה הולד ממנו, דדוקא בכה"ג קודם לידה שלא הוחזק עדיין לבנו בשום דבר, וזהו שדייק והרי אין לו חזקה ולעולם הוא ספק, חיישינן שמא אינו בנו לענין יבום. אבל אחר שילדה ונכנס למולו ולפדותו כמצות הבן על האב, עיי"ז הוחזק לבנו, ודאי אהני דבורו ומעשיו גם ליבום. ובילדה בת והוחזקה ל' יום לבתו, הרי אפילו סוקלין ע"י חזקה זו, ומכ"ש לענין היתר יבמה לשוק דמהני. וא"כ מתורץ שיטת הרמב"ם הדק היטב מסתירת פסקיו בפ"ח מתרומות שפסק בכהן שפיתה בת ישראל ילדה תאכל היינו ילדה והחזיקו הבעל הכהן לבנו במילה ובת בהחזק ל' יום דהא ע"כ אי ערלות שלא בזמנה מעכבו בתרומה ע"כ ילדה בן תאכל אין ר"ל לאלתר אלא אחר המילה ... והרא"ש בתשובה כלל פ"ב דמייירי בילדה בהדיא כתב דלא רצה להכניסו למילה לביהכ"נ דלא הוחזק, ומ"מ פליג על הרמב"ם".

ועיין בשו"ת מהר"ש ענגיל חלק ח' סי' קי"ז שהביא מדברי מהרי"א אסאד הנזכרים וכתב – "כיון דעכ"פ אביהן החזיקו כבנותיו, בכה"ג מפורש בשו"ת מהרי"א אסאד סי' רס"ד ורס"ה בשם רבו הגאון, דאינה צריכה חליצה, א"כ ע"כ דחשיב כבירור שהבנות הן בנות הבן".

ששניהם מודים, ויש רגלים לדבר שנבעלה לאחי בעלה והיתה דיימא מיניה ולא דיימא מעלמא. בזה לא שייך לומר דאזלינן בתר רובא דעלמא. והרי בפנייה שנתעברה והיא אומרת לכשר נבעלתי אף היכא דאיכא רוב פסולין אצלה לא תנשא לכהן רק לכתחילה משום מעלה עשו ביוחסין עיין בסי' ו' סעיף ט"ז, ובב"ש ובחלקת מחוקק שם, ואם לקולא אמרינן כן מכ"ש לחומרא. וכבר כתבתי דבר זה תליא בפלוגתא שבין הרמב"ם והרא"ש הנ"ל, ולדעתי טעם פלוגתתן הוא דלהרמב"ם חיישינן שמא זינתה גם עם אחרים הואיל וראינו שהיא זינתה אמרינן שזינתה גם עם רובא דעלמא. ולהרשב"א ולהרא"ש ס"ל כיון דבודאי נבעלה לזה שהודה לה א"כ הוי זה ודאי שזינתה עם זה וספק אם זינתה עם אחרים, ואין ספק מוציא מידי ודאי, כמו דאיתא במסכת פסחים דף ט' ע"א, ולכך שדינן הולד בתר דידיה אשר בודאי דיימא מיניה ונבעלה לו, עכ"ל תשובת שיבת ציון.

וכן בספר ערוך לנר עמ"ס יבמות דף טט: כתב, שאף דבעלמא יש לתלות הולד בנכרי ואינו ספק ממזר, אך אם דיימא מישראל, אין תולין בנכרי. וז"ל הערוך לנר – "אכן ק"ק היכי הוי ממזר ודאי ומותר בממזרות, דהא רב גופא ס"ל לעיל (מה א) נכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר, ולפי מה דאמרינן שם אפילו מאשת איש כשר, וא"כ דלמא מנכרי ועבד נתעברה. וצ"ל דמה דקאמר דדימא מעלמא, היינו שיצא עליה קול מפלוני ופלוני ישראל".

וכן נציין למש"כ בשו"ת אמרי יושר ח"ב סי' קיד סק"ו שדן בדבריו להקל מכח ספק ספיקא, ספק מבעלה שאינו נאמן לשלול אבהותו על פי שיטות כמה ראשונים כמבואר לעיל, וספק מנכרי. אך לאחר מכן כתב כדלהלן – "אך בפרט אחד נשתנה עובדא דידן לגריעותא מחמת הקול שנחשדה עם ישראל, וגם הישראל הודה דרך וידוי, א"כ איכא למיחוש טפי דמישראל זה שהודה נתעברה ולא מאחר, עפ"י שיטת הרשב"א והרא"ש הובא בסי' קנ"ו בב"י דכל שהודה שבא עליה לא אמרינן מודאפקרא נפשי ולא חיישינן לאחר כלל. אכן נראה דגם לדעת הרא"ש דגם לענין דאורייתא כמו לענין יבום נאמן, ומוכח דלא משוי לספק כלל דלמא נבעלה ונתעברה מאחר, מדפוטר אותה בלי חליצה. מכל מקום נראה דהיינו בהיא ג"כ אומרת כן ומודה שנבעלה לו ולא מאחר, ומשום הכי נאמנת אף להנשא לאחר שאינו יודע, מתוך שנאמנת אף להנשא לאחר שאינו יודע, מתוך שנאמנת על עצמה נאמנת על אחר, כמו שהאריך בתשובת חתם סופר ח"ב אה"ע סי' ע"ה וע"ז".

בספר "תורת רבינו שמואל סלאנט זצ"ל" ח"ב סי' עז, מצויה תשובה שהודפסה בספר בית אברהם (להג"ר אברהם עבר הירשאוויץ ז"ל עמ' 29), ובה השיב הגרש"ס ז"ל על מקרה שאירע באוסטרליה (במקום שבו רוב נכרים), וז"ל – "בדבר הילדה שנולדה לאשה שבעלה היה כלוא בבית המשוגעים והיא אמרה מישראל פלוני נתעברה והוא הודה לדבריה כי רצה לישא אותה, ולא ידע שאסורה עליו ולא

מסקנת הדברים, כתבתי בעז"ה את הנושאים הטעונים בירור הלכתי והקשורים לנידון דנן. לענ"ד במקרה זה, פסק הדין בשאלת כשרות הבן לבוא בקהל, יוכל להינתן רק לאחר השלמת בירור כל אחד מהנושאים העומדים לדיון, והנזכרים לעיל.

ובשו"ת מנחת יצחק חלק ט' סי' קנא הסכים עמו וכתב - "אבל כל זה לכאורה, דלמעשה מסיק בתשובת מהר"ש שם, דקשה לסמוך ע"ז, כיון דאביהם החזיקם כבנותיו, בכה"ג מפורש בתשובת מהרי"א אסאד (חאו"ח סי' רס"ד ורס"ה) בשם רבו הגאון דא"צ חליצה, א"כ ע"כ דחשוב בירור, שהבנות הם בנותיו ולא מצטרף לס"ס, עיי"ש".

סימן ז

רישום אדם ברשימת פסולי חיתון או טעוני בירור

לאורך הימים נתערבו הפסולין עם הכשרים ברוב המקומות. שאף במקומות המיוחסים שבבבל היו שם פסולין ידועין בימי חכמי התלמוד והיו נוהרין מהן, ולאורך הימים נתערבו. ואמרו חכמים כל משפחה שנטמעה נטמעה והרי היא בחזקת כשרה, הואיל ולא נתערבו בפסולין מדעת. אבל מגלין הפסולין שלא נטמעו ומכריזין עליהן כדי שיזהרו הכשרים מהם. לפיכך אין לו לאדם ליזהר בזמן הזה אלא מן הפסולין הידועים לו בימיו".

הרמ"א בדרכי משה אה"ע סי' ב' הביא את דברי הרי"א. וכן בשו"ע (שם) פסק הרמ"א - "ודוקא משפחה שנטמעה ונתערבה, אבל כל זמן שלא נתערבה, מגלין הפסולין, ומכריזין עליהם כדי שיפרשו מהם הכשרים".

הרי שההלכה "משפחה שנטמעה נטמעה", נאמרה רק ביחס למשפחה שנטמעו בה פסולין שלא מדעת, ובנסיבות אלו, גם לאחר זמן המשפחה נשארת בכשרותה. אבל ביחס לפסול ידוע יש להיזהר מלהנשא עמו, ויש להכריז עליו.

החזו"א אה"ע סי' א' ס"ק יח כתב "הא דאין מגלין משפחה שנטמעה, נראה דבין בידוע ליחיד והוא נאמן לאנשי עירו כבי תרי, ובין באיכא לחפש ולבדוק אחר עדים, כיון דעכשיו נשתקע הדבר אין לבדוק על זה. והא דמכריז ר"י (ע' ב') בפומבדיתא אדא ויונתן כו', צ"ל דלא נשתקע פסליהו עדיין. וכן הא דמכריז רבא במחזוא כו', וכן הא דאמר רב יהודה גובאי כו', וכן הא דרב יוסף בי כובי דפומבדיתא כו', כלם לא נשתקעו או לא נטמעו".

ובס"ק לד הוסיף החזו"א - "משפחה שנטמעה נטמעה, ויליף לי' מקראי. אבל לא נטמעה, חייבין בית דין לגלות לאכרוזי. וכן הנושא, צריך לברר אם אפשר לו לברר, ואינו רשאי לישא מספק".

בדברי החזו"א מבואר, שמוטל על בית דין לגלות ולהכריז על פסול במשפחה שעדיין לא נטמעה, כל עוד אין בפנינו מצב של "משפחה שנטמעה נטמעה", ושכן נהגו כבר בזמן הגמרא במקרים רבים. ולפי האמור, יסוד הדברים בדברי הרי"א והרמ"א.

אמנם אין בדברי הרי"א והרמ"א דברים מפורשים ביחס לשאלה שבפנינו, שעדיין לא נפסק דבר ביחס למעמדו של הקטין, עקב העדר שיתוף פעולה מצד הנוגעים בדבר.

בבית הדין התקבלה בקשה להמנע מרישום בן קטן ברשימת טעוני בירור, לאחר שאמו ובעלה, וכן הנחשד כאבי הבן, בקשו שלא לקיים דיון ושלא לשתף פעולה בכל הקשור בבירור יחוסו של הבן וכשרותו.

נקדים ונציין כי הנוהג שהתקבל בבתי הדין במשך עשרות שנים הוא לנהוג בדרך זו של רישום אדם שנפסק עליו שהוא מפסולי חיתון, ברשימה מתאימה המונעת ממנו רישום לנישואין בחו"ק כדמו"י. עיין בספר דבר יהושע חלק ד' סי' כה שכתב במכתב לרב הראשי לישראל הראש"צ הג"ר יצחק נסים ז"ל, בנידון אשה שנישאה לאחר בעור בעלה הקודם נמצא חי ולא קבלה ממנו גט - "נא להודיענו את שם הבנים ושם אבותם ומקום מגוריהם בכדי שנוכל לכותבם בפנקס הפסולין הנמצא במשרד הדתות, ומשם מודיעין לכל משרדי הרבנות בארץ שכשיבוא הזמן לא יתנו להם להתחתן כדת משה וישראל, וה' ישמור עמו ישראל מכל תקלה".

ומקובל לבצע רישום ברשימת טעוני בירור, במידה שהבירור אינו מתקיים, כגון בהעדר שיתוף פעולה של הנוגעים בדבר.

מצינו שגם בדורות קודמים, נהגו לרשום פסולין לתזכורת שלא ישכח הדבר.

עיין בשו"ת מהר"ש ענגיל חלק ח' סי' קי"ז שדן באשה שילדה לאחר שנה מאז שבעלה נפל בשבי, "וברישום הנולדים נרשם על הבן שהוא ממזר, וכשגדל לא רצו טובי הקהל לסדר לו חו"ק".

ובשו"ת שארית ישראל (להג"ר ישראל מינצברג ז"ל) אה"ע סי' א' בתשובתו להגרצ"פ פראנק ז"ל השיב על מאורע באלכסנדריא שבמצרים שאדם דר עם אחות אשתו ונולדו ילדים, וכתב שם בלשון השאלה "עפ"י כח הממשלה נתן ג"פ לאשתו הראשונה, ונכתב בפנקס הגיטין בשנת תרס"א לזכרון, שהבנים והבנות של זה מאשתו השניה המה ממזרים גמורים". להלן היסוד בהלכה לרישום זה.

ההלכה הפסוקה בשו"ע אה"ע סי' ב' סעיף ה' - "משפחה שנטמעה נטמעה", אינה נוגעת במקרה שבו ידוע פסולו של אדם, או ידוע שקיים הכרח לברר את מעמדו.

נקדים את דברי הרי"א בסוגיא בקידושין פרק רביעי. (שלטי הגבורים דף ל:;) שכתב - "נראה בעיני, שבזמן הזה

שקצבה תורה עונשו אחר שכבר עבר אין דמו מסור כי אם ביד ב"ד מומחים, כעובדא דשמעון בן שטח שאמר אין דמך מסור בידי אפילו להביאו לב"ד לקיים בי' ובערת הרע כיון דליכא ב' עדים", עכ"ל.

בית הדין בגילוי פסולין וההכרזה עליהם פועל בשליחות של כלל ישראל, וכאותו בית דין בחלוקה הראשונה שבדברי החת"ס. על כן הוטל על בית הדין בכל קהילה וקהילה, במסגרת שליחותם זו, להפריש את הכשרים שלא ינשאו לפסולים.

סברת החתם סופר מקבלת חיזוק יתר במציאות החיים כאן בארץ, שאינה דומה למצב בקהילה רגילה במשך הדורות. בארצנו זכינו שענייני נישואין וגירושין מוסדרים בחוק, ומסורים לרבנות הראשית. הנושא אשה סומך דעתו על הרבנות הראשית ונציגה הרב רושם הנישואין וכן על בתי הדין האזוריים העומדים על המשמר, ועושים את אשר בכוחם למנוע תערובת פסולים בקהל ישראל. בן הזוג הנרשם לנישואין מטיל על הרבנות, במודע או שלא במודע, את האחוריות לבדוק את הטעון בירור, במקום הנרשם לנישואין, שהוא נעדר יכולת לברר דבר בנושאים אלו.

כיון שכן, בודאי לא רק במקרה שבו מתברר בבית הדין ביחס לפלוני שהוא מפסולי קהל, שעלינו להביא זאת לרישום מתאים. אלא אף כשמתברר שיש הכרח בבירור בבית הדין, וכפי שהדבר בנידון דנן, אנו בבית הדין צריכים לראות עצמינו כשלוחיו של בן זוגו לעתיד, של אותו קטין ה"טעון בירור", ולברר את הטעון בירור כעת או להבטיח את הבירור במועד אחר ובטרם הקטין יבוא לנישואי אשה בחו"ק, בירור שלא יוכל להעשות על ידי בן הזוג בטרם ינשואיו.

לא סביר, שמצד אחד אנו מקבלים את האחוריות לנישואין וגירושין כדמו"י, וציבור הנישואים בחו"ק סומך על רושמי הנישואין ועל בתי הדין ללא סייג, ונמנע מכל בירור נוסף, ומאידך ננקוט במדיניות המסירה מעלינו את האחוריות לנישואין פסולי קהל בעתיד.

מלבד זאת, לפי דרכו של הריא"ז שלא נאמרה ההלכה "משפחה שנטמעה נטמעה", אם התערב הפסול בכשרים, במודע. מסתבר שבמקרה דנן, גם בעתיד בטרם אותו קטין ישא אשה, ולא ידעו מפסולו, לא יתקיים המצב ההלכתי של "משפחה שנטמעה", מאחר שהתערב מדעת הוריו שמנעו את בירור מעמדו.

על כן יש להורות על רישום הקטין ברשימת מעוכבי נישואין, עד לבירור בבית הדין.

לסיום, נציין שמתוך הניסיון שהצטבר בדיוני בית הדין ליוחסין עולה, שככל שהבירור נעשה מוקדם יותר, ניתן לאתר נתונים רבים ועדויות המסייעות להסיר את הספק שהתעורר, ונמצאה הדרך להכשיר בקהל כמה מקרים שבטרם החל הבירור התעורר עליהם ספק.

נראה שהדברים מבוארים בסיפא של דברי החזו"א שכתב - "וכן הנושא, צריך לברר אם אפשר לו לברר, ואינו רשאי לישא מספק". דהיינו במקום שהתעורר ספק, עליו לברר הספק ולא לישא ולהתעלם מהספק.

נוסיף ונציין להבחנה שעשה החזו"א בין בית הדין עליו מוטל לגלות את הפסולין ולהכריז עליהם, ובין היחיד שאם התעורר ספק עליו להמנע מנישואין בטרם יבורר הספק. היה מקום לברר, מדוע הדבר מוטל על בית הדין. לכאורה, בית הדין אמור לדון בדין שבין אדם לחבירו לאחר שהתביעה כבר הוגשה לבית הדין, אך מה היסוד לחובה לנקוט יוזמה לגילוי הפסולין ולהכריז עליהם.

יתירה מזו, החתם סופר אה"ע ח"ב סי' קעד, קבע שבית הדין אינן נזקקין לחקור אם יצא קול על אשה שנאסרה על בעלה, ולחפש עדים שיעידו באותו עניין.

וכן הסכים בשו"ת שערי דעה סי' רכט, וסיים דבריו בלשון זו - "ועיין בשו"ת מהר"ם מינץ סי' עה שהביא קבלה מרבתינו שגזרו והחרימו על כל המושיב בית דין לחפש אחר לעז וקול, כי ראוי לבית הדין שלא להיזקק על ככה, עיי"ש". ולפי דרכם מדוע בית הדין יזום את גילוי הפסולין ואת ההכרזה עליהם.

אמנם בתשובת שערי דעה כתב בסוף דבריו לחלק בין מקרה שבו "הוחזק הספק לפנינו בתרי ותרי, משא"כ לעז בעלמא". ולפי זה בנידון שלפנינו, לפי החומר שבפנינו, לכאורה ההריון של האם החל בהיותה אשת איש בטרם קבלה את הגט, ודבר זה ידוע לבית הדין עוד בטרם התקיים הדיון, לא גרע מספק גמור של תרי ותרי. ומהפוסקים שהבאנו לעיל עולה, שמוטל על בית הדין לגלות את הפסולין, גם בטרם התברר בבית הדין, שקיים ספק גמור כספק של תרי ותרי.

נראה לבאר הלכה זו עפ"י המבואר בתשובת החתם סופר חלק חו"מ סי' קעז שכתב בלשון זו - "לפע"ד שני מיני מצות שכופים עליהם הם, א' חוקים, ב' משפטים. וקיום חוקים ומצות, כל ישראל ערבים זה בזה, ונכנס מי שאינו מוחה ויש בידו למחות בכלל אשר לא יקים את דברי התורה הזאת, כפירוש רמב"ן פרשת תבוא עפ"י ספרי ... לאו דוקא בית דין, אלא כל אדם מישראל קטן וגדול שוה ... ובית דין שהזכירו בכל מקום, לישנא בעלמא הוא ואורחא דמילתא שיש כח בידם כמו קטן אוכל נבילות ב"ד מצווין להפרישו וכמו במילה ב"ד מצווים למולו ... דדבר זה מוטל על כל ישראל ובית דין שליחותיהו דכל ישראל עבדי שנתמנו שלוחא דישאל, ועי"ז נפטר כל אחד ואחד מלהשגיח כי העמידו גברי רברבי בחריקהו, והיינו רישך בקרירא ורישא דרישיך בחמימי (שבת נה.), ומ"מ קירי איכא. וכל זה בחלק חוקים ומצוות. אך משפטים הוא הכולל ב' דברים, א' לעשות משפט כתוב שקצבה תורה למחלל שבת כך ולהורג נפש כך ולעובר לאו כך, וכל דבר

סימן ח

נאמנות האם להתיר את בנה או בתה לבוא בקהל

פרטי המקרה

בפנינו שאלת היתר נישואין, לבחורה שומרת מצוות המתגוררת בחו"ל. בחורה זו הכירה בחור דתי ושניהם בקשו להנשא. בעת הרישום לנישואין התעוררה שאלת כשרותה לבוא בקהל. אמה היתה נשואה ליהודי, ונפרדה ממנו ללא גט, מספר שנים בטרם לידת הבחורה הנ"ל. אותה בחורה מוכרת ורשומה בתעודות כבתו של אדם אחר, יהודי שהתחתן עם האם לאחר שנפרדה מבעלה הראשון.

מאחר שבמקום מגוריה של המבקשת להנשא, אין בית דין מוסמך הראוי לתת מענה לשאלה זו, נשלחה אמה של הבחורה לארץ, הן לצורך בירור העובדות הכרוכות בבירור תוקף נישואיה עם הבעל הראשון, והן לבירור השאלה שהתעוררה ביחס לכשרות הבת.

בפני בית הדין הופיעה אמה של הבחורה, ומעדותה עולה כדלהלן - היא נישאה בחו"ק כדמו"י לבעלה הראשון כאן בארץ, ובפנינו תעודת הנישואין, ולאחר מכן שניהם עברו להתגורר בחו"ל ונולדו להם שני ילדים. היא נפרדה מבעלה לאחר תשע שנים. הפירוד נעשה על רקע היות הבעל אדם מאד חולני. לאחר כשש שנים הוסדר הפירוד באופן חוקי בערכאותיהם, אך לא נעשה גט כדמו"י אלא רק נפרדו כחוק בערכאות.

לטענת האם, היא סברה שלאחר שכבר נפרדו באופן חוקי בערכאות, די בכך, ולא ידעה שיש צורך בג"פ כדמו"י. עוד בטרם נעשו גירושי הערכאות האשה עברה לעיר אחרת באותה מדינה, והיו לה קשרי אישות עם גוי שעבדה יחד עמו באותו מפעל, לדבריה חיה עמו מספר שנים, ואף עוד בידועה שהיא אשת הראשון. בתוך תקופה זו האשה אף הרתה מהגוי, אך הפילה את עובריה כדי שלא תלד ילד מגוי. אחד זמן כתוצאה מלחץ מצד בני המשפחה שראו בקשר עם הגוי בזיון למשפחה, שכנעו אותה להנשא לבעל יהודי. האשה הסכימה ונישאה לאדם יהודי, נישואין בערכאות בלבד.

לדברי האשה, במשך כל אותה תקופה שהיתה נשואה לבעלה השני, עדיין שמרה על קשר הדוק עם הגוי, אמנם הגוי היה נשוי לאשה אחרת, ולא דר עמה באותה דירה, אך לטענתה היה פוקד את ביתה לעתים קרובות מאד, ואפילו היה בידו מפתח של הבית בו גרה עם בעלה השני. כך התנהלו העניינים במשך תקופה ארוכה ולדבריה למעשה רוב בעילות היו ממנו. האם הסבירה שהקשר עם בעלה היהודי היה רופף למרות שגרו בבית אחד, מכיון שהיה רגיל לשתות ולהשתכר ולחזור הביתה בשעות מאוחרות.

לטענתה בעלה ידע על קשריה עם הגוי, ואף מידי פעם נוצר חיכוך ביניהם על רקע זה.

עד כשמונה חדשים בטרם לידת הבת (שהיא המבקשת כעת להנשא), האם עבדה באותו מפעל עם הגוי והקשרים ביניהם היו מאד קרובים ותדירים, אח"כ האשה עברה לעבוד עם בעלה היהודי בשוק בחנות ירקות, אך מאחר שלא הסתדרו בעבודה, לאחר חצי שנה עברה לעבוד בבית קפה. ובתקופה זו נולדה לה הבת הנזכרת.

הבת נרשמה על שם הבעל היהודי השני והוחזקה כבתו. אך האם העידה בפני ביה"ד, שהיא בטוחה שהאב הוא הגוי הנ"ל. בנוסף, האם טוענת בבירור שהיא אינה בתו של בעלה הראשון, מפני שהקשר ביניהם נותק באופן מוחלט שמונה שנים קודם ללידת הבת.

כשהבת היתה בגיל שש, האם נפרדה מבעלה השני באופן חוקי בערכאות, ואחר שנה הוא נפטר. ולאחר כעשר שנים נפטר הבעל הראשון.

הופיעו בביה"ד זוג קרובי משפחה של האשה שבאו מאותה ארץ בחו"ל, והעידו על קשר קרוב שהיה בין האם לאותו גוי, כדוגמא הם ציינו שאותו גוי היה מסייע את האשה כל יום לעבודה הלך וחזור. האשה הקרובה העידה שידוע לה שהיה קשר קרוב אף במהלך התקופה שהאם היתה נשואה לשני. הקרובים גרו באותה עיר וידעו לספר על כך שאותו גוי עבד במפעל ועל הקשרים שנוצרו עקב כך עם האם.

כאמור שני הבעלים הנ"ל, אינם בין החיים, ולא ניתן לזמנם לעדות.

בפנינו שאלה חמורה של עיגון בת ישראל, נברר בעז"ה ענין זה, ויה"ר שלא נכשל בדבר הלכה.

נאמנות האם להכשיר את בתה כשבלא דבריה הבת ודאי ממזרת

השאלה העיקרית העומדת לבירור היא, האם בנידון זה האם נאמנת להכשירה ולומר שאבי הבת הוא גוי. קיי"ל בשו"ע אה"ע סי' ד' סעיף כט שהאם נאמנת לומר שנתעברה מגוי ולהכשיר את הולד. אך בנידון שבפנינו שהאם היתה נשואה ליהודי בערכאות, ובלא דברי האם, מסתמא מחזקינן הולד ממנו. לכאורה בלא דבריה של האם, הבת ודאי ממזרת, ויש לדון אם גם בנסיבות אלו האם נאמנת לומר שהבת נולדה מגוי.

במסכת קידושין דף עד. נאמר - "אבא שאול היה קורא לשתוקי בדוקי. מאי בדוקי, אילימא שבדוקין את אמו ואומרת לכשר נבעלתי, נאמנת, כמאן, כרבן גמליאל, תנינא

להשוות דעת הריטב"א לשיטת המ"מ והר"ן, היה עלינו להידחק ולומר שבנידון שהזכיר הריטב"א, שהוא נאמנת להכשיר את הולד, אף שכלם פסולים אצלה, לולי דבריה הולד רק ספק ממזר, ומהטעם שכתב הריטב"א - "דילמא ההיא שעתא איקרי ואשכחא חדא כשר", והו דוחק גדול שמכח סברא כזו הולד יהפך לספק אף במקום שכלם פסולין אצלה. אלא מסתבר שדעת הריטב"א כרשב"א, ודברי הריטב"א "דילמא ההיא שעתא איקרי ואשכחא חדא כשר", נכתבו שלא יופרכו דברי האם, הטוענת טענה כנגד המציאות שהכל פסולין אצלה.

אלא שיש מקום לעיין בזה. הרשב"א והריטב"א איירי באשה פנויה שהתעברה וילדה, ויש לדון מה הדין לשיטתם באשת איש שילדה והבעל אומר שאינו ממנו (ובכה"ג שנאמן מדין יכיר), האם האם נאמנת לומר שהולד מנכרי, האם יש חילוק בין פנויה לאשת איש לענין זה.

דעת הרמב"ם והטור

הרמב"ם פסק את דינו של אבא שאול שהוא נאמנת להכשיר את הולד, אף כשהיא אשת איש שהתעברה מאחר שאינו בעלה וטוענת שהולד מנכרי.

וה"ל הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה פרק טו הלכה יט - "אשת איש שהיתה מעוברת ואמרה עובר זה אינו מבעלי אינה נאמנת לפסלו, והרי הבן בחזקת כשרות, שלא האמינה תורה אלא האב. אמר האב אינו בני או שהיה בעלה במדינת הים הרי זה בחזקת ממזר. ואם אמרה מעכו"ם ועבד נתעברתי, הרי הולד כשר, שאין הבעל יכול להכחישה בדבריה".

הטור הביא את דינו של הרמב"ם בשינוי לשון, ובמקום "חזקת ממזר", כתב "ממזר ודאי". וה"ל הטור אה"ע סי' ד' - "אשת איש שאומרת על העובר שאינו מבעלה אינה נאמנת לפוסלו, אבל האב שאומר על העובר שאינו ממנו או על אחד מבניו שאינו בנו נאמן לפוסלו, והוא ממזר ודאי ... ואם היא אומרת מעכו"ם או מעבד נתעברתי הולד כשר, שאין הבעל יכול להכחישה בזה".

וכן בשו"ע אה"ע סי' ד' סעיף כט העתיק את לשון הטור ופסק - "האב שאומר על העובר שאינו ממנו או על אחד מבניו שאינו בנו נאמן לפוסלו והוא ממזר ודאי ... ואם היא אומרת מעובד כוכבים או מעבד נתעברתי הולד כשר, שאין הבעל יכול להכחישה בזה".

הב"ש סי' ד' ס"ק נב נקט דאיכא פלוגתא בין הרמב"ם לטור, בדעת הרמב"ם כתב הב"ש, וה"ל - "הרמב"ם כתב דהוא בחזקת ממזר, והיינו ספק ממזר, דיש לומר שמא מגוי נתעברה ... והולד כשר משום בלא דיבורה הולד ספק דשמא מגוי הולד, לכן היא נאמנת". ובדעת הטור כתב הב"ש דלולי דברי האם לא אמרינן שמא מגוי התעברה, והולד ודאי ממזר, ולכן נקט הטור דהוא ודאי ממזר. ומתוך כך הקשה הב"ש על הטור - "לשיטת הטור דסבירא ליה הולד ממזר ודאי קשה למה היא נאמנת להכשיר".

חדא זימנא, דתנן היתה מעוברת, ואמרו לה מה טיבו של עובר זה, אמרה להם מאיש פלוני וכהן הוא, רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים נאמנת, ורבי יהושע אומר לא מפיה אנו חיינן. ואמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כרבן גמליאל. חדא להכשיר בה, וחדא להכשיר בבתה. הניחא למאן דאמר לדברי המכשיר בה פוסל בבתה, אלא למ"ד לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה, אבא שאול מאי אתא לאשמעינן. דאבא שאול עדיפא מדרבן גמליאל, דאי מהתם, הו"א התם דרוב כשרין אצלה, אבל היכא דרוב פסולין אצלה, אימא לא, צריכא. אמר רבא הלכה כאבא שאול".

הרי שמסקנת הגמרא דהלכה כאבא שאול, ונאמנת אף ברוב פסולים.

ויש מקום לברר מה הטעם שהוא נאמנת להכשיר את הולד, וכמו כן יש לברר האם היא נאמנת אף במקום שלולי דבריה הולד ודאי ממזר.

בביאור הלכה זו שהוא נאמנת להכשיר הולד, כתב המגיד משנה בפט"ו מהלכות איסורי ביאה, וה"ל - "להכשיר, דבר תורה אין אנו צריכין לה, דהא מדינא לא הוי אלא ספק ממזר, וספק ממזר מן התורה מותר גמור לבוא בקהל אלא דרבנן גזרו עליהן, והאמינוה בשל דבריהם".

וכן כתב הר"ן עמ"ס קדושין פ"ד (ד"ה מתני' איזהו שתוקי).

ונראה שהמגיד משנה והר"ן כתבו כן, מפני שלא מצינו את דינו של אבא שאול אלא ביחס לשתוקי, ולא ביחס לממזר ודאי, וסבירא להו שגם ברוב פסולין אינו יוצא מכלל שתוקי, ואינו ממזר ודאי.

אבל הרשב"א בחידושו עמ"ס קדושין דף עג: כתב - "לא אמרו ממזר ודאי אסרה תורה ולא ספק ממזר, אלא בשמחצה מיהא כשרים אצלה, דכל כי הא הוא דהוי ספק, אבל כל היכא דרוב פסולין אצלה, כממזר ודאי משוינן ליה, דרובא דאורייתא. אלא אם כן בדקו את אמו ואמרה לכשר וראוי לי נבעלתי, כר"ג ורבי אליעזר ואבא שאול".

מבואר בדברי הרשב"א, שברוב פסולין, לולי דבריה הולד ודאי ממזר, ולמרות זאת מכיון שמצינו בגמרא שהוא נאמנת להכשיר אף במקום שיש רוב פסולין, הרי שהוא נאמנת להכשיר אף במקום שלולי דבריה הולד ודאי ממזר, ודלא כשיטת המגיד משנה והר"ן.

ונראה שדעת הריטב"א כשיטת הרשב"א.

הריטב"א בחידושו עמ"ס קדושין (דף עד. ד"ה הא) כתב, וה"ל - "והלכתא דרבן גמליאל מכשיר בבתה ומכשיר אפילו ברוב פסולין. ולא תימא דוקא ברוב פסולין, אלא ה"ה כולן פסולין. דכיון שנבעלה לדעתה, מאמינן אותה במה שטוענת לכשר נבעלתי, ואע"ג שבהאי דוכתא ליכא השתא חד כשר, דילמא ההיא שעתא איקרי ואשכחא חדא כשר", עכ"ל הריטב"א.

ומסתבר, שבמקום שכלם פסולין אצלה, הבן נידון כודאי ולא כספק, והיינו כשיטת הרשב"א. אילו היינו מבקשים

יצויין, דברי הרשב"א והריטב"א נאמרו בפנויה שעבררה, ויש לדון האם ה"ה באשת איש שעבררה, האם נאמנת כשלולי דבריה הולד ודאי ממזר. ולהלן יתבאר שעניין זה תלוי בבירור טעם נאמנות האם להכשיר אליבא דשיטת הרשב"א והריטב"א. אי נימא דמכח חזקת כשרות אתינן, הרי דבאשת איש שזינתה אין חזקה זו. משא"כ אם הטעם הוא מכח נאמנות של עדות, הרי גם בכה"ג נאמנת.

והנה על הדין בשו"ע סי' ד' סעיף כט שהאשה שהיא אשת איש נאמנת לומר שהתעברה מעכו"ם, (שמקורו מהרמב"ם), כתב בביאור הגר"א ס"ק עח, וז"ל - "כמ"ש בקדושין עד. עה. דאפילו ברוב פסולים נאמנת".

וכתב בשו"ת בנין עולם אה"ע סי' ה' (אות ו') שברוב פסולים, לולי דברי האם הולד ודאי ממזר, ואפ"ה נאמנת להכשירו בצירוף הסברא דבודקת ומזנה, ובמסקנת דבריו כתב - "וא"כ יצא לנו מזה, דדוקא היכא שאומרת ברי לי שמעכו"ם נתעברתי, בכה"ג נאמנת להכשיר את הולד דהוי דבר שבידה, וגם סתם עכו"ם פרוצים בעריות. משא"כ אם לא נתברר על פיה, הולד ממזר ודאי, דאזלינן בתר רובא", (הבנין עולם איירי באשת איש במקום שיש רוב ישראל). בהמשך דבריו כתב - "וראיתי בביאורי רבינו הגדול הגר"א מוילנא ז"ל (שם סי' ד') שכתב על דברי המחבר במש"כ דאם אמרה מעכו"ם נתעברתי דנאמנת, דלא העתיק שם דברי הרב המגיד מש"כ הטעם דבלא אמירה דידה הוי ספק, רק כתב הטעם כדקאמר בקדושין דנאמנת אפילו ברוב פסולים אצלה, ולענ"ד דבריו בדקדוק גדול, והוא ממש כמ"ש".

הרי דפשיטא ליה להבנין עולם שכוונת הגר"א לבאר, שהשו"ע פסק לקבל עדות האם גם במקום שלולי דבריה הולד ודאי ממזר. ולפי האמור בדברינו, שיטת הרשב"א והריטב"א מסייעת לפסק זה של השו"ע.

בשו"ת מוהרא"ל (צינץ) סי' י' סק"ז כתב - "על מה שכתב הרמב"ם באמרה שמעכו"ם ועבד נתעברה הרי הולד כשר, כתב המגיד משנה ... ובכל ספק היא נאמנת להכשיר עכ"ל. ולפענ"ד אפשר שהרמב"ם הוציא דבריו מן המשנה קדושין (דף עח:): האומר בני זה ממזר אינו נאמן ואפילו שניהם מודים על עובר שבמעיה ממזר הוא אינן נאמנים רבי יהודה אומר נאמנים ע"כ. ויש לדייק בלישנא דרבי יהודה דקאמר נאמנים, הא עיקר טעמא דרבי יהודה דכתיב יכיר ולאב נתנה תורה נאמנות, וא"כ לא תליא בנאמנות שלה כלל והו"ל למימר נאמן, דהוה קאי על הבעל שהוא הנאמן. ומזה הוציא הרמב"ם דודאי האב אינו יכול לומר בבירור רק שאינו בנו, וא"כ אמו יכולה לומר שמעבד ונכרי נתעברה, וא"כ גם בידה הוא להכשירו. רק כשהיא אומרת ג"כ שהוא ממזר, הוה ממזר ודאי. ואע"ג דלא נתנה התורה נאמנות כי אם לאב, היינו כשהוא בחזקת כשרות, משא"כ היכא דבאמת רוב פסולים אצלה, רק שנאמנת בדבריה להכשירו, וא"כ כשהיא מודה שהוא ממזר, נאמנת לעשותו ממזר גמור וכמ"ש".

ובישוב קושיא זו של הב"ש על הטור י"ל שהטור אינו סובר כשיטת המגיד משנה והר"ן, אלא כשיטת הרשב"א והריטב"א, וס"ל שאין חילוק בין פנויה לאשת איש, ובכל גווני האם נאמנת להכשיר את הולד, אף במקום שלולי דבריה הוא ודאי ממזר.

הב"ש גופיה לא נחית לכך, מאחר שלא ראה אלא את דברי המ"מ והר"ן, אך לא את דברי הרשב"א והריטב"א, וכדמוכח מדברי הב"ש בס"ק לט שלא הביא אלא את שיטת המ"מ והר"ן.

ולפי דרך זו, מאחר שהשו"ע העתיק את לשון הטור, הרי דלהלכה נקטינן דאשת איש נאמנת להכשיר אף במקום שבלא דבריה הולד יהיה ודאי ממזר, וה"ה בנידון דידן.

אלא שהגרע"א בתשובה ח"א סי' קו, נטה מדרכו של הב"ש בביאור כוונת הטור והשו"ע, ולדעתו גם הטור נקט כשיטת הרמב"ם. וז"ל הגרע"א - "הטור שלא הביא דברי הרמב"ם הראשונים ולא השמיענו עדיין דנאמנות האב שבודאי אינו ממנו באשתו נשואה ולא הביא מקודם רק גבי ארוסה, מש"ה בכאן מתחיל תחילת הדין, ונקט בדבריו אשת איש שאומרת על העובר וכו' ואם יש לו בנים לבן וכו' הרכיב כאן דברי הרמב"ם (שבהלכה ט"ז) דינא דאם יש בנים לבן, מבואר דמיירי בעיקר דינא דנאמנת האב, ומש"ה נקט כאן ממזר ודאי והיינו ג"כ מצד דיבורו, דשוב אין לספק דממנו הוא, ופשיטא דמובן מעצמו הוא היכי דמבלעדו יש ספק דנבעלה בענין שאין הולד ממזר דודאי הוא רק ספק, אלא דעכ"פ אם ליכא למתלי ממזר ודאי, דזהו עכ"פ ברור שאינו ממנו. ואח"כ כתב הטור ואם היא אומרת מגוי או מעבד, דפשיטא דזה שייך רק אם אפשר לתלות בהם דבזה בלא דבורה הוי ספק ממזר, ובזה נאמנת בדבורה, ולא הוצרכו להשמיענו דבספק מנכרי הוי ספק ממזר, דזה פשוט דכל דמספקינן ממי נבעלה הוי רק ספק, ועיקר דבריהם לא באו רק דנאמנת דאף שבודאי אינו ממנו, ונאמנות דידה רק להכשיר, כך היה נראה לי ברור".

והחזו"א (אה"ע סי' א ס"ק יז) כתב - "ומחזורתא כפי' הגרע"א שם דכל דאיכא נכרים וראוי להסתפק בהם הוי ספק, והרמב"ם עיקר נאמנות האב אשמועינן דדיינינן כודאי על פיו, היכי דליכא לספוקי בנכרי".

העולה מדברי הגרע"א, שגם הטור והשו"ע (שהעתיק לשון הטור) ס"ל שבמקום שהאם נאמנת, היינו מפני שקיימת אפשרות לתלות בנכרי, דבלא"ה לא היה מקום להאמינה. וממילא גם בלא דבריה הבן רק ספק ממזר, והאם בדבריה נאמנת להכשירו.

יש להעיר, לכאורה נעלמו מהגרע"א דברי הרשב"א הכותב להדיא להיפך, וכן דברי הריטב"א הנזכרים, שנראה שכיוון לסברת הרשב"א. עכ"פ נראה שגם לשיטה זו של הגרע"א, בנידון שלפנינו יש מקום להאמינה, מאחר וגם בלא דבריה היה מקום להסתפק שמא הבת מנכרי.

להכשיר את הולד ודלא כרמב"ם הטור והשו"ע. אך הש"ש דחה דבריו, וז"ל - "לפענ"ד נראה דלהכשיר הולד לקהל איכא חזקה דכשרות לולד עצמו ... בספק ממזר מוקמינן לה בחזקת אימה דכשרה היא וה"ה ולדה ... וכיון דמסייע לה חזקת כשרות והיינו חזקה דאימה, משום הכי מהימנא לומר מכותי נתעברתי כדי להכשיר הולד דכותי הבא על בת ישראל הולד כשר".

ועיין בשו"ת רב פעלים ח"ג אה"ע סי' א' שהסכים עם שיטת השב שמעתתא.

העולה מדברינו דלפי דרכו של הש"ש (שהסכים עמו בתשובת רב פעלים) בביאור שיטת הנמוקי יוסף, אשת איש שהתעברה והבעל אומר שהולד אינו ממנו, האשה נאמנת להכשיר בטענה שהתעברה מנכרי. ולפי זה אי נימא דשיטת הרשב"א והריטב"א במסכת קידושין יסודה בחזקה דגופה שכתבו הריטב"א והנמוקי יוסף במסכת יבמות, הרי שעל פי סברא זו קיי"ל דדינא דאבא שאול נאמר אף באשת איש ואף במקום דלולי דבריה הולד ודאי ממזר, וכעין נידון דידן, דמהיכי תיתי לחלק דנאמנת רק ביחס לספק ולא ביחס לודאי, ובכל גווני חזקת האם מסייע לבת, ודלא כבית מאיר.

נאמנות האם להכשיר את הבת מדין עד אחד הנאמן באיסורין

יש לדון בעיקר הנאמנות של האם להכשיר את הולד. האם הנאמנות היא מטעם עדות דקיי"ל עד אחד נאמן באיסורין. או דילמא הוי כדבר שבערוה ובעינן שני עדים, ואין הנאמנות כלל בגדרי עדות אלא מטעם אחר. ויש כמה נ"מ בחקירה זו, כגון האם רק האם נאמנת או אף עד אחד אחר ואפילו קרוב או פסול, (כשאינן חשש שהוא משקר) וכן יש נ"מ נוספות וכפי שיבואר להלן. ולהלן נבאר שנחלקו בזה ראשונים ואחרונים.

הגרע"א ז"ל בתשובה (ח"א סוף סי' קכד) כתב - "גם יש מקום לומר אף אי הוי דבר שבערוה, מ"מ י"ל הא דאין ע"א נאמן בדבר שבערוה, היינו היכי דכבר היה ערוה ... אבל הכא דלפי דברי העד מעולם לא הוי ערוה בפנינו, דתיכף בלידת הבנים לא הוי בכלל איסור לבא בקהל. אולם העומדים לנגדי, דברי הר"ן והרב המגיד דנתנו טעם דהאם נאמנת לומר לכשר נבעלתי להתיר בנה לקהל משום דדבר תורה ספק ממזר מותר בקהל, משמע אילו היה דאורייתא לא היתה נאמנת, הרי דעד אחד אינו נאמן בהיתר ממזר אף במקום שלא אתחזק איסורא".

ונראה שאמנם דעת הר"ן והמ"מ שגם אם העדות היא שאין כאן איסור מעיקרא, לא מהני אלא שני עדים, אך נראה שיש מקום לומר בדעת שאר הראשונים החולקים על המ"מ והר"ן, והובאו לעיל, שדעתם שהאם נאמנת אף במקום שלולי עדותה הולד ודאי ממזר, מטעם דבכה"ג אמרינן עד אחד נאמן להעיד שמעולם לא היה כאן ממזר, ובכה"ג ליתא להאי דינא דאין דבר שבערוה פחות משנים.

לפי דבריו, המקור לדברי הרמב"ם הוא בנאמנות של אשת איש, והוא המקרה המוזכר בהלכה זו ברמב"ם, ושלא כמ"ש הגר"א דיליף זאת מפנויה הנאמנת ברוב פסולין, והאם נאמנת גם במקום שלולי דבריה הולד ודאי ממזר.

ביאור שיטת הרשב"א והריטב"א

בספר בית מאיר בסי' ד' סעיף כו דן בביאור דינו של אבא שאול שהאם נאמנת להכשיר את הולד, ולאחר שבאר את שיטת המגיד משנה והר"ן, הביא הבית מאיר את שיטת הנמוקי יוסף כשיטה נוספת בביאור דינו של אבא שאול. הנמוקי יוסף עמ"ס יבמות דף ע. כתב "שלא האמינתה תורה לפסול אלא להכשיר, דמסייע לה חזקה דגופא", ומקור דברי הנמוקי יוסף בחי' הריטב"א שכתב בלשון זו.

וכתב הבית מאיר דלסברא זו של הנמוקי יוסף, דינו של אבא שאול נאמר רק בפנויה, שאף לאחר שנתעברה יש לה חזקת כשרות, משא"כ באשת איש.

וז"ל הבית מאיר - "הרמב"ם כתב אף באשת איש שהאב אומר שאינו ממנו והיא אומרת מגוי נתעברתי נאמנת, ואם לטעם הנמוקי יוסף קשה מה חזקת היתר לה בזה, מאי שנא אם זינתה מגוי ועבר ומאי שנא עם ישראל, סוף סוף מעלה באישה ובה'. נהי דלרבינו תם על ביאת גוי אינה במיתה אפשר דשייך קצת חזקת היתר, כלומר חזקת צדקת במקצת, מ"מ הא בבי" סוף אבן העזר מבואר דחלקו על רבינו תם כל חכמי דורו. אלא ודאי מוכח טעם הרב המגיד".

בהמשך דבריו, העלה הבית מאיר דשיטת הרשב"א והריטב"א בקידושין יכולה להיות מבוססת רק על סברת הריטב"א והנמוקי יוסף הנ"ל שנאמנת רק מכח חזקת כשרות, ולכן לשיטתם באשת איש היא אינה נאמנת. ולכן לשיטת הבית מאיר אין מקום בנידון דידן להסתמך על דעת הרשב"א והריטב"א הנ"ל.

אך בספר שב שמעתתא באר את דעת הנמוקי יוסף בדרך אחרת ובהתאם לכך דחה את דברי הבית מאיר.

בשמעתתא ב' פרק טו כתב, וז"ל - "ובנמוקי יוסף סוף פרק אלמנה לכ"ג כתב נמי בפנויה שילדה דאין לה נאמנות אלא שנבעלה לכשר לה משום דמסייע לה חזקה דגופה, וכן בארוסה שעיברה נמי אין הולד ממזר ודאי על פיה שלא האמינתו לפסול אלא להכשיר דמסייע לה חזקה דגופה, ע"ש. ונראה דאין הכוונה חזקה דגופה חזקת כשרות וצדקת דלכשר נבעלה, דבפנויה שילדה, כשר ופסול שוין הן באיסורין, לשיטת הרמב"ם דבחיבי לאוין בעל ולא קידש אינו לוקה וכמ"ש, אלא חזקה דגופה היינו חזקת היתר דידיה ומסייע לה נמי לבתה, דחזקת האם מועיל לבת וכמ"ש הר"ן ס"פ המדיר, ע"ש".

ועל פי זה כתב הש"ש שם בפרק יט דאף הנמוקי יוסף מסכים דבאשת איש האומרת מנכרי התעברתי נאמנת. עיי"ש בש"ש שהביא את דברי הבית מאיר דס"ל בדעת הנמוקי יוסף דבאשת איש ליכא חזקה דגופה ואינה נאמנת

הרשב"א שהביא הש"ש, היינו לבאר מדוע לא אמרין דשבויה ג"כ תאמן כעד אחד, ובזה באר הרשב"א דאינה נאמנת מחשש שתשקר מחמת כסופא, ובמקום דליכא האי טעמא, אה"נ נאמנת מכח עדותה שהיא כעדות עד אחד הנאמן באיסורין.

וע"ע בשו"ת צמח צדק (מליובאוויטש) חלק אה"ע סי' לא שהביא את דברי הרשב"א בדף ט. שכתב בבעל הטוען טענת פתח פתוח, שהאשה נאמנת להיתירה בטענת אונס, וזאת מכח דין עד אחד נאמן באיסורין, וכתב הצמח צדק על דברי הרשב"א - "ואינו מובן דהא זנות אשה תחת בעלה זהו עיקר דבר שבערוה שצריך על זה שני עדים, ואין עד אחד נאמן על זה אפילו לאסור כמ"ש בגמרא כאן. מכ"ש שאין נאמן להתיר ... בדבר שבערוה אין עד אחד נאמן בכל ענין, מכל שכן עדות אשה בגופה דגרע משאר עד אחד, שהרי עד אחד נאמן בשבויה להתיר והיא עצמה אינה נאמנת".

אך קשה לדחות את דברי הרשב"א בטענה שכביכול הרשב"א לא השגיח בזה דהכא עסקינן בדבר שבערוה. אך דברי הרשב"א מיושבים לפי דברי הגרע"א ז"ל בתשובה (ח"א סוף סי' קכד) שהבאנו לעיל, שכתב - "גם יש מקום לומר אף אי הוי דבר שבערוה, מ"מ י"ל הא דאין ע"א נאמן בדבר שבערוה, היינו היכי דכבר היה ערוה ... אבל הכא דלפי דברי העד מעולם לא הוי ערוה בפנינו, דתיכף בלידת הבנים לא הוי בכלל איסור לבא בקהל". וה"ה בסוגיית פתח פתוח, האשה מעידה וטוענת נאנסתי, וממילא אף שעצם המעשה הוא אסור, עכ"פ לדבריה מעולם לא היה כאן איסור לבעל.

וכן בספר אורים גדולים (להג"ר אברהם ישראל זאבי ז"ל, מחכמי חברון) האריך לבאר שכל הסוגיא מתפרשת מכח ההלכה שע"א נאמן באיסורין, (דבריו הובאו בקצרה באוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קד אות ד' וס"ק קלח אות א', ובדבריו יסוד חשוב, ולהלן נצטט קטעים מדבריו).

וז"ל האורים גדולים בלמוד קכא - "להכשיר נאמנת לרבן גמליאל דאמר זו עדות שהאשה כשרה בעצמה דאין שם דבר שבערוה כלל דהא אומרת לכשר נבעלתי, אמנם לפסול לעשותו ממזר ודאי אין בידה, ואפילו אם עד כשר יבא ויעיד שנתעברה ממזר, אינו נאמן להיותו דבר שבערוה".

ובלמוד קכ כתב - "טעמא דנאמנות האשה הוא מכח כלל גדול בתורה ושורש עצום דאית לך, דעד אחד נאמן באיסורי תורה במקום שאין שם הכחשה, ונאמן הוא בין אדידיה בין אדחבריה, אפילו היכא דאיכא חזקת איסור, כגון שחיטה וניקור ... וכל מקום שהאמינה תורה עד אחד אפילו אשה ועבד נאמנים ... ומעתה שבויה שנשבת בין הגויים נאמנת היא מן התורה לומר טהורה אני ושריא לכהן, אלא דחכמים עשו מעלה ביוחסין ואסרוה משום ספק זונה, הואיל ונשבת בין האומות וגויים פרוצים בעריות ... ובדין ראוה מעוברת ... רבן גמליאל אית ליה דזו היא עדות שהאשה כשרה בעצמה, ולא דמי לשבויה דהתם כולם פסולים לה והכא איכא כשר

ועיין בספר דרוש וחדוש לרע"א בח"ב בחי' עמ"ס כתובות דף יג שנראה שפרש הסוגיא, שטעם נאמנות האם הוא מכח הלכה זו שעד אחד נאמן באיסורין, עיי"ש.

ואכן כך מפורש בחי' הרשב"א עמ"ס כתובות דף ט. (הובא בשטמ"ק ד"ה וז"ל הרשב"א), וז"ל - "לא גרע פתח פתוח ממי שראינוה שנבעלה וצווחה ואמרה אנוסה אני דנאמנת, והרי היא כחתיכה ספק חלב ספק שומן דעד אחד נאמן עליה, ואע"פ שזו עדות אשה בגופה, הא אמרין דנאמנת כדאיתא בברייתא לקמן (יג): זו היא עדות שהאשה כשירה לה כלומר לעצמה".

ועיין בספר בית יעקב עמ"ס כתובות דף יג: שהוכיח מדברי הרשב"א שנאמנות האם מכח הלכה זו שעד אחד נאמן באיסורין, ואף במקום שיש רוב פסולין נאמנת לברר שהאב הוא מהמיעוט, ואין זו עדות כנגד רוב, עיי"ש שבאר ענין זה.

ובהתאם לדרך זו כתב הבית יעקב בדף ט: ד"ה, הרא"ש וז"ל - "באיסורין במקום דעד אחד נאמן אינו מטעם ברי ושמא כלל, אלא מטעם נאמנות ע"א ... ולזה מוכיח הרא"ש דינו מראוה מעוברת דשם לאו מטעם ברי ושמא הוא, רק מטעם עד אחד, כדקתני זו עדות שאשה כשרה לה ... ליכא דגבי עובר רק חזקת חזקה, חזקת בודקת ואפ"ה מהימנא ברוב פסולין אע"ג דרובא עדיף מחזקה, אלמא דאשה נאמנת ג"כ ככה"ג אף שיש רוב גמור נגד חזקה ומטעם נאמנות עד אחד כדקתני זו עדות שהאשה כשירה לה".

וע"ע במש"כ בקהלת יעקב על אה"ע סי' ד' סכ"ו. ומבוארת שיטתו, שרק לשיטת המגיד משנה והר"ן לא ניתן לבאר שנאמנת מטעם עד אחד נאמן באיסורין, אבל להחולקים עליהם נאמנת מטעם זה, עיי"ש.

וע"ע בספר חידושי רבי שמעון שקופ עמ"ס כתובות סי' יד, שהוכיח מהרשב"א הנוכר, שיסוד נאמנות האם הוא מכח הלכה זו שעד אחד נאמן באיסורין, ובהתאם לכך באר את הסוגיא, עיי"ש שהאריך בזה.

ובביאור סברת הרשב"א בטעם נאמנות האם, הביא הש"ש ש"ב פרק טז ממש"כ השטמ"ק בסוף פ"ק דכתובות בשם הרשב"א (ובחי' הרשב"א עמ"ס כתובות דף יז: ד"ה אמר) שהקשה כיצד אנוסה שהתעברה נאמנת להכשיר את הולד בטענת ברי דלכשר נבעלתי, הרי ליכא סברת בודקת ומזנה, ומאי שנא משבויה. וכתב הרשב"א - "וי"ל דשאני הכא, דכיון דידעינן ליה באנוסה ולא כסיפה לה לאידוויי דנבעלה, כי קאמרה לכשר נבעלתי נאמנת, דאין עשויה לקלקל זרעה. משא"כ בשבויה, דכיון שלא נודע שבא עליה שבאי, כי אמרה לא נבעלתי כלל, לא מיהמנא דכסיפא לה למימר נבעלתי, ועל ידי כך לא חיישא לקלקל זרעא".

מבואר מדברי הרשב"א, שיסוד הנאמנות הוא מפני שבאשה שידוע עליה שנבעלה והיא אינה שבויה, קיימת אומדנא דמוכח שלא תשקר כדי שלא תקלקל זרעה.

אך מאחר שהבאנו שהרשב"א כתב שהאם בדבריה נאמנת כעדות עד אחד הנאמן באיסורין, צ"ל דמש"כ

ודאי ... הטעם שנאמנת לומר מנכרי התעברתי הוא מטעם שבידה לזנות עם מי שתרצה, וכל מה שבידה קיי"ל דנאמן אפילו במקום דאיתחזק איסורא וכמו כן נגד רובא קיי"ל הכי, גם י"ל דבכה"ג שייך ג"כ לומר אשה מזונה בודקת ומזנה כדי להכשיר את הולד".

וע"ע בשו"ת כתב סופר אה"ע סי' ג', ששאלה זו כשהאם שותקת או אינה כאן, אם עד אחד נאמן להכשיר הולד, תלויה בשיטות ראשונים.

לעומת זאת, עיין בחזו"א אה"ע סי' א' ס"ק יג-יד שהעלה שהאם נאמנת מטעם טענת ברי ולא מכח עד אחד נאמן באיסורין, ולכן גם עד אחר בעלמא אינו נאמן להכשיר הולד. עיי"ש שהוכיח מרש"י במסכת כתובות דף כד. ומהטור סי' ב' במש"כ בשם רש"י והרמ"ה שעד אחד אינו נאמן להעיד להתיר במקום שיש ספק ממזרות, (ויש להעיר שבטור בשם הרמ"ה מבואר שלא מהני ע"א כשיש חשש שמא עבד הוא, ולא הוזכר חשש ממזרות). ועיי"ש בחזו"א שכתב שכן דעת הר"ן והמ"מ, וכמו כן כתב בדעת הרשב"א ונימוקי יוסף שהאם נאמנת להכשיר את בתה דחזקת האם מהני לבת, ועל כן אשת איש אינה נאמנת להכשיר את הולד ולומר שהוא מנכרי, אף במקום שיש רוב נכרים. ובדעת הרמב"ם והטור והשו"ע שכתבו דנאמנת באר החזו"א דהיינו מפני שבלא דבריה הולד ספק ממזר וכמ"ש המ"מ. ונראה מדבריו שבמקום שבלא דבריה הולד ודאי ממזר אינה נאמנת לכו"ע.

היתר מטעם "אשה בודקת ומזנה"

סברא נוספת בטעם נאמנות האם להכשיר מצינו בכמה ראשונים, שכתבו שנאמנת מכח הסברא המבוארת בגמרא "אשה בודקת ומזנה".

התוספות במסכת כתובות דף יג: (ד"ה השבתנו) כתבו שנאמנת מכח סברא זו, ואמנם בגמ' בדף יד. רבי יהושע אמרה בלשון תימא, אך דעת התוספות שאף אליבא דאמת, זוהי סברת רבן גמליאל, עיי"ש.

ובתשובת הרא"ש כלל פב סי' א כתב - "ואיפסיק הלכתא כרבן גמליאל ואפילו בתה כשרה דאיפסיק הלכתא כאבא שאול בפרק בתרא דקדושין דבודקין את אמה ואי אמרה לכשר נבעלתי נאמנת ואפילו רוב פסולין אצלה, דשאני התם דאיכא טעמא כדמפרש בפרקא קמא דכתובות דאשה מזנה בודקת ומזנה, אי נמי משום דאמרינן אוקי איתתא אחזקתה והיא בחזקת כשרות עד היום הזה, ולא תוציאנה מחזקת כשרות ואימר לכשר נבעלה".

מבואר בדברי הרא"ש שהנאמנות היא מכח אחת משתי הסברות, או מפני חזקת בודקת או מפני חזקת הכשרות. וכמו כן עולה מדברי הרא"ש שנאמנת אף במקום שלולי דבריה הולד ודאי ממזר, שאם לא נאמר כן יקשה מדוע לא כתב הרא"ש שנאמנות האם רק בדרבנן וממילא אינה נאמנת לענין ירושה או יבום וחליצה דאורייתא, דבהן עוסק

לה, וטוענת בריא מעידה על עצמה, ולא אמרינן כשם שזינתה עם הכשר לה כך זינתה עם הפסול לה, דאשה בודקת ומזנה ולא דמי לשבויה דאינו בידה. ואפילו הכי מודה רבן גמליאל דלא דמי לעד אחד הנאמן באיסורין בכל הצדדים, דהא עילה ושחיתא אשתכחת בה דיצאה מן השורה, ועכ"פ בעילתה בעילת זנות ויצרא דזנות אלבשה, ובכו עולה ויורדת בנאמנותה, דנאמנת לומר לכשר נבעלתי ושריא לכהן דומיא דעד אחד דאוסר ומתיר מכשיר ופוסל ... אין נאמנותה מחזיק הולד בן של אותו פלוני כדי לפטור את אשתו מן הזיקה ולהתירה לשוק להיות דיצרא דזנות אלבשא וכשם שזינתה עם הכשר כך הפקירה עצמה לכשר אחר ואפשר שאינו בנו של זה ... מעתה דברי הטור והפוסקים הנזכרים דאית להו באומר שאינו בנו ממילא הוי ממזר ודאי, אם אמרה שהוא מגוי ועבד נאמנת להעיד על זה מטעם שכתב הרמב"ם דאין הבעל יכול להכחישה בדברים, דהא טעם זה כולל לדין דעד אחד נאמן באיסורין דאינו נאמן אלא במקום דאין הכחשה, ואמרינן גם בזה אשה בודקת ומזנה להכשיר את ולדה, אע"פ שלא בדקה להציל את עצמה, שהרי בביאת גוי ועבד נפסלה לכהונה, אפ"ה לא דמי להיות דלדידה אית לה רווחא לבא בקהל לוי וישראל. אמנם בולדה בודקת יותר ויותר שלא לפוסלו לבוא בקהל ולא יהיה חטאתה נגדה תמיד. והיינו דוקא כשהעידה על זה, אבל מסתמא אין לנו לחוש לגוי ועבד כדאמרין. עכ"ל האורים גדולים.

מבואר מדבריו, שהאם נאמנת להכשיר את הולד כעד אחד הנאמן באיסורין, וכן מבואר שהיא נאמנת אף במקום שלולי דבריה הולד ודאי ממזר, וכגון בכה"ג שאין תולין בעכו"ם לעשותו ספק ממזר, וכל זה דלא כשיטת הב"ש.

וכעין זה כתב בשו"ת מוהרא"ל סי' י' סק"ז (הובא באוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קלח), דאף במקום דבלא דיבורה הוי ממזר ודאי, נאמנת כדין עד אחד נאמן באיסורין. וז"ל - "ברוב פסולין באינה אומרת שנבעלה לכשר, הו"ל ממזר ודאי. ומש"כ הרמב"ם דהוה ספק, צ"ל דכיון דאשה בודקת ומזנה, לא חשיב ליה רק ספק, ולכן באינה אומרת, אינו ממזר בודאי. וא"כ באשת איש דלא שייך הך סברא, י"ל דברוב פסולין באינה אומרת שלכשר נבעלה, הוה ממזר ודאי, דאזלינן בתר רובא. ואפ"ה באומרת שנבעלה לנכרי, י"ל דנאמנת באיסורין. דהא פשיטא לן בלקח בשר מן המקולין, אע"פ שרוב טריפות, נאמן לומר שלקח מן הכשירה. ובלא נודע אזלינן בתר רובא. וגם הטור י"ל הכי. אע"ג דבאינה אומרת כן בפירושו, מחזקינן ליה בממזר, דאזלינן בתר רובא, ואפ"ה אמירתה מועלת להכשירו, דעד אחד נאמן באיסורין, ואפילו חשוד, כן נ"ל לדעת הטור".

ובשו"ת בנין עולם חלק אה"ע סי' ו' (אות ח') הוסיף ביאור בדין זה - מפני שהדבר בידה, ובכה"ג עד אחד נאמן גם במקום דאיתחזק איסורא. וז"ל - "מש"כ הרמב"ם הרי זה בחזקת ממזר אין כוונתו דהוי ספק ממזר אלא ר"ל ממזר

אין סתירה לפסק השו"ע סי' ד' סב"ט שאשת איש נאמנת לומר דהולד מנכרי, מדברי התוס' ותה"ד שכתבו סברת בודקת ומונה כטעם לנאמנות האם, ודלא כבית מאיר והאבני נזר שהבאנו לעיל, (ולהלן בארנו הטעם לנטות מהטענה שהעלו הבית מאיר ואבני נזר, דסברת בודקת ומונה רק קובעת מצב דהוי "בידו", דמהני בעד אחד באיסורין אפילו במקום דאיתחזק איסורא, ועל כן אין צורך שלמעשה האם תדע שהעיבור מנכרי אינו פוסל את הולד).

והנה לדעת הסוברים דנאמנות האם מכח עד אחר נאמן באיסורין, לא מצינו שיפסלו עדות האם כשהיא חשודה על העריות וכיוצ"ב,

ועיין בשו"ת מנחת יצחק ח"ב סי' קל שהוכיח שנאמנת בכל גווי, ובתוך דבריו כתב - "אם נאמר מטעם עדות, הרי החשוד על העריות פסול לעדות אשה, וע"כ הטעם הוי מטעם דבודקת ומונה, וכדאיתא בכה"ג בספר חן טוב (אה"ע סי' יז ס"ק כד) דאף דפסולי עדות דאורייתא פסולין לעדות אשה, מ"מ באשת המת לא מצינו חומרא זו ... וכן מוכח מהא דאיתא ברמ"א (סי' ד' סט"ו) דאפילו בפרוצה ביותר נאמנת לומר על בניה שהם כשרים".

נאמנות האם מול ההוכחה של "רוב בעילות אחר הבעל"

ענין נוסף שעלינו לברר הוא - אם האם נאמנת מכח ההלכה שער אחד נאמן באיסורין, היה מקום לומר שאין להאמינה כשעומדת כנגד עדותה כח הרוב, "רוב בעילות אחר הבעל".

לכאורה בנידון דידן בלא עדותה אולינן בתר רוב בעילות ותולין שהבת היא בתו של הבעל השני שהיה מצוי אצלה. ואמנם הוא לא נשאה כדין תורה, אך עכ"פ נשאה בערכאותיהם, ובסתמא אמרינן גביה רוב בעילות אחר הבעל, וכמ"ש בכה"ג בשו"ת אגרות משה חלק אה"ע ח"ג סי' ט' (דבריו יובאו להלן), ויש לדון אם האם נאמנת להכשיר את הבת בכה"ג שעומדת כנגדה כח הראיה של "רוב בעילות אחר הבעל".

נראה להוכיח מדברי הריטב"א במסכת קידושין, שהבאנו בתחילת הדברים, שהאם נאמנת כנגד האי רובא. אם הריטב"א כתב שנאמנת אף במקום שכלם פסולין אצלה, דהיינו במקום שלולי דבריה היינו פסולין את הולד בתורת ודאי מאחר וכלם פסולין, ק"ו שנאמנת במקום שלולי דבריה אולינן בתר רוב בעילות אחר הבעל.

ובעיקר הדין בעד אחד המעיד כנגד רוב, מצינו כמה שיטות באחרונים.

הפמ"ג ביו"ד (סוף ח"א) בכללי רובא וחזקה כתב דע"א אינו נאמן כנגד רוב, ובסיום דבריו כתב - "סוף דבר הכל נשמע דע"א אינו נאמן באיסורין הפך החזקה כל שאין בידו ... ומ"מ נראה נגד רובא ודאי לא מהימן כל שאין בידו, וההיא דמכשיר רבן גמליאל ברוב פסולין מטעם אשה מונה בודקת ומונה והוי נמי בידה, ורצון לגבי אונס לא הוי אלא רובא דרבנן ומשום הכי

שם הרא"ש שם בתשובה, וממה שהרא"ש נקט את החילוקים הנ"ל, ע"כ דלא ס"ל כר"ן והמ"מ.

ובתרומת הדשן סי' רסז כתב, וז"ל - "אדבורא דידה סמכינן דמכשר נתעברה, דקיי"ל כרבן גמליאל פ"ק דכתובות וכאבא שאול פרק בתרא דקדושין דנאמנים אפילו ברוב פסולין אצלה, ומכשירין בה ובבתה כרבי יוחנן דקיי"ל כוותיה. וכתבו התוס' פ"ק דכתובות משום דאשה מונה בודקת ומונה, ולכך מהמנינן לה אע"ג דלית לה מיגו כו' כדאיתא התם".

וכן כתב תרומת הדשן בסי' שנב - "והיכא דקאמרה לכשר נבעלתי, נאמנת על הולד אפילו ברוב פסולין אצלה, היינו מטעם דאשה מונה בודקת ומונה, ולכך מהמנינן לה אפילו על הולד אע"ג דלית ליה חזקה כשרות". ועיין בקצות החשן סי' רנו סק"א שהעלה מתוך דברי תרומת הדשן דחזקה בודקת ומונה מהני אף לענין מומן, אלא שאי אפשר מכח חזקה זו לדונו כבנו של פלוני, ומה"ט אינו יורש את אותו פלוני.

וכן עולה מתשובה נוספת שדעת תרומת הדשן שהאשה נאמנת מכח האי חזקה גם בדיני דאורייתא. בסי' רסז דן תרומת הדשן בבת כהן פנוי שהתעברה בזנות, ואמרה מפלוני, והלה מכחיש ואומר דמנכרי התעברה, וקיימת שאלה אם חייבים לפדות את הבן, שאם מנכרי התעברה הרי היא מחוללת מקדושת בת כהן וחייב לפדות עצמו. מבואר שם בתרומת הדשן שמכח נאמנות האם לומר לכשר נבעלתי, נאמנת בדבריה שלא נבעלה לנכרי, וסומכים על זה שאינו חייב לפדות עצמו. ומבואר מתוך דבריו שנאמנת אף לענין דאורייתא.

העולה מדברינו, דבתשובת הרא"ש ובתרומת הדשן נקטו שלמסקנא מכח "חזקה בודקת ומונה" נאמנת להכשיר את הולד.

הבית מאיר בסי' ד' סעיף כו כתב - "ואפשר לדחוק דחזקה זו אף באשת איש שייך, דבודקת לזנות עם מי שאינו פוסל הולד. אבל קשה אטו נשי דינא גמירו במה שנחלקו אבות העולם ויש סוברים שהוא ממזר כמבואר ביבמות".

וכעין זה כתב באבני נזר אה"ע סי' כז, וז"ל - "דלא שייך בודקת ומונה ... אטו נשי דינא גמירי שהולד מגוי יהיה כשר יותר מאילו היה מישראל, ושכל ההמון הוא להיפוך, וכן היה במעשה שתחילה אמרו כל הבעה"ב שהוא גוי ואח"כ שהוא ממזר עכ"פ, ואיך שייך בזה בודקת ומונה".

אך כבר כתבו כמה מגדולי האחרונים דחזקה בודקת ומונה לא נאמרה אלא כביאור מדוע לא אולינן בתר רוב פסולין, ובוה אמרינן שמכיון שבידה לבדוק וללכת אל המיעוט, אין כאן סברא דאולינן בתר רובא וממילא נאמנת בטענת ברי שלה, אך עכ"פ יסוד הנאמנות הוא מכח טענתה. וכמו שכתבו הגרע"א בתשובה (בספר תשובות חדשות לרבינו עקיבא איגר אה"ע סי' ב' דף נא). ובשו"ת כתב סופר אה"ע סי' ב', וכעין זה בש"ש ש"ב פט"ו. וממילא לדבריהם

באיסורין, וכתב לחלק - "זוה הסברא י"ל ג"כ לענין הרוב ולחלק בענין הרוב שטבע עולם כן כמו רוב מצויים או רוב בהמות כשרות וכדומה, בזה הוי רוב מעליא, משא"כ ברוב פסולין וכדומה דגם המיעוט לפנינו רק דגורת הכתוב לומר כל דפריש, ופשיטא דאין סברא לומר דהוא מהפסול יותר מהכשר, רק דהתורה אמרה לתלות ברוב ... וא"כ בזה עד אחר שפיר נאמן דבמקום עדות אין כאן ספק ואין הדין כלל לתלות ברוב דעיקר התליה רק במקום ספק".

ובספר שבילי דוד על הש"ש הוסיף על דברי הש"ש (שם), וז"ל - "ובחידושי לאה"ע סי' ד' הבאתי ראיה לזה מהא דכתב הר"ן בפרק שני דכתובות (דף י: בדפי הרי"ף) מ"ה מהימן עד אחד לומר זהו כהן דע"א נאמן באיסורין, אף דרוב אינם כהנים, והרמב"ם דמצריך שני עדים, כתב ב"ש בסי' ג' משום דמעלין ליוחסין. מיהא העליתי שם בע"ה, דעכ"פ אינו נאמן לומר נגד רוב דהוא מסברא כגון רוב בעילות מן הבעל, אינה יכולה לומר כי לא היו רוב בעילות מן הבעל דזה רוב הבא מסברא, ואם תאמר אמת רוב בעילות מן הבעל ואני מהמיעוט נתעברתי, א"כ מעידה כנגד הרוב ולא מיקרי מברר המיעוט מן הרוב כמו בבהמה טריפה דזה לא מהרוב הכשרות, אבל איך תאמר אני ג"כ מהרוב בעילות אחר הבעל ומהמיעוט שאין מהבעל נתעברה, א"כ נגד הרוב היא מעידה", עכ"ל השבילי דוד.

ולפי שיטה זו לכאורה אין מקום לקבל את עדות האם בנידון דידן, ושאינו נידון זה מהנידון המפורש בגמרא ובשו"ע שאינה מעידה כנגד רובא דליתא קמן שהוא רוב מעליא. ובעיקר שיטת הש"ש, בשו"ת מהר"ם שיק חאה"ע סי' יב הוכיח מדברי הרא"ש בכתובות פ"ק סי' יח דלא ס"ל כחילוקן של הש"ש בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן בע"א, מהא דכתב הרא"ש להוכיח מרבן גמליאל דס"ל דנאמנת בברי כנגד רוב פסולין לנידון של אשת איש האומרת נאנסתי דדבריה הם כנגד רובא דרצון.

נוסף לכך יש לציין את שיטת הנודע ביהודה מהדור"ק אה"ע סי' טט שעד אחד נאמן כנגד רובא דליתא קמן עיי"ש. וכמו כן לשיטת הרשב"א הריטב"א והר"ן דס"ל דע"א נאמן נגד חוקה ממילא י"ל דה"ה כנגד רוב ואפילו כנגד רובא דליתא קמן וכמ"ש בספר שערי ישר ש"ו פ"ב, וכן מסקנתו דע"א נאמן כנגד רוב ואינו נאמן כנגד הוחזק, ובנידון דידן אינו נחשב הוחזק, וכמ"ש להלן בדברינו.

אך גם אליבא דהש"ש יש לרדן לקבל את עדות האם בנידון דידן. ושמעתי מהג"ר זלמן נחמיה גולדברג שליט"א שיש לומר דמה דאמרינן בהאי רוב בעילות אחר הבעל, דהוי רוב של סברא וממילא הוי רובא דליתא קמן, וכמבואר בחולין דף יא:, היינו כגון באשה המוחזקת בכשרות הנשואה בחור"ק לבעלה, דבזה אמרינן מסברא דתולין הבן בבעל שזוהי סברא וטבע נשים שאינן יוצאות מדרך העולם ודבקות בבעליהן. אבל בנידון דידן אם ידוע לנו שהיא אינה מוחזקת בכשרות ודיימא מאחר, ובצירוף שאינה נשואה לשני בחור"ק

מהימנא, אבל כל שיש רוב גמור מהתורה וע"א אמר על דבר אחד שהוא מן המיעוט ואין בידו לא מהימן".

מבואר מדברי פמ"ג, דנקט שהאם נאמנת מכח עד אחד אלא דבעינן סברא דבודקת ומזנה על מנת להאמינה כנגד רוב פסולין, דהיינו מכיון שבידה לבדוק, נאמנת אף כנגד הרוב, כשם שע"א ובידו נאמן נגד חוקה.

ולפי זה לא קשה קושיית הבית מאיר והאבני נזר שהבאנו לעיל, דהקשו הרי מסתמא האם אינה יודעת את הדין שאם היא התעברה מגוי הולד אינו ממזר, די"ל דעיקר נאמנותה היא בתורת עד אחד הנאמן באיסורין, אך בעד אחד בעינן "בידו", ובוזה אמרינן דכיון שבידה לבדוק ואינה כשבויה, הרי היא נאמנת אף כנגד רוב.

הפמ"ג לא נחית לחלק בין רוב דאיתא קמן לרובא דליתא קמן, ונראה דבכל גווני לשיטתו ע"א אינו נאמן כנגד רוב, אבל כשבידו, נאמן, כגון כשבידה לבדוק להבעל לכשר או למי שאינו פוגם את הולד בממזרות.

אמנם הפמ"ג בסוף דבריו ציין לעיין בדבריו ביו"ד סי' א' מש"ז סק"א, ושם נשאר בצ"ע האם ע"א כנגד רוב דינו כע"א כנגד חוקה ונאמן כשבידו, או רובא עדיפא ואינו נאמן כנגדו אף כשהדבר בידו, עיי"ש. ונראה דמאי דמספקא ליה לפמ"ג בסי' א', פשיטא ליה לפמ"ג במש"כ בסוף סי' קיא בכללי רוב וחוקה, דבכל גווני ע"א נאמן כנגד רוב במקום שהדבר בידו. (וע"ע בשו"ת מהר"ם שיק חלק אה"ע סי' יב במש"כ בדעת הפמ"ג, ונעלמו ממנו דברי הפמ"ג בכללי רוב וחוקה).

אך שיטת הפמ"ג אינה מוסכמת, וכמה מגדולי האחרונים כתבו לחלק בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן. בספר שב שמעתתא ש"ו פ"ז הביא דברי הפני יהושע דע"א נאמן כנגד הרוב, והש"ש גופיה העלה לחלק בזה בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן, עיי"ש.

ובהגהות מהגר"ב פרענקיל על הש"ש (שם) באר - "במקולין אין העד סותר כלל להרוב בגוונא שידוע לנו שיש במקולין רוב טריפות והמיעוט כשירות ומיעוט כשרות ויש על כל בהמה ספק אם היא מהרוב או מהמיעוט והוי הספק לפנינו איזו מהרוב ואיזו מהמיעוט והטבח המוכר אינו בא לסתור הרוב רק שאומר שאותן הבהמות הן מהרוב ואותן הן מהמיעוט".

ועיי"ש בדברי מהר"ב פרענקיל בהגהות אות א' שכתב דבמקום דאזלינן בתר רובא דאיתא קמן, גדר הדין אינו כהכרעה, אלא הלכה שכך יש לנהוג למרות שיש עדיין ספק, וכמו במעשר בהמה שכתב בשטמ"ק בב"מ בסוגיית תקפו כהן שעדיין הוא בגדר עשירי ספק ואינו עשירי ודאי. "משא"כ ברוב גמור, כמו במכה אביו, שעל רוב כזה דנים דיני נפשות, ולכל מילי חשוב כודאי גמור".

וע"ע בשו"ת כתב סופר חיו"ד סי' פב שהסכים עם חילוק זה של הש"ש בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן. וכן בדרוש וחדוש לרע"א ח"ב בחידושים עמ"ס כתובות דף יג נקט שהאם נאמנת להכשיר הולד מכח דע"א נאמן

כ"בידור", ואף אם היא לא ידעה שעליה לבדוק, עכ"פ בידור מיהא הוי.

העלנו דנידון זה נחשב כרובא דאיתא קמן, ולדעת כמה פוסקים בכה"ג עד אחד נאמן אף כנגד האי רובא, עכ"פ כשהדבר בידור.

נאמנות האם שהבת אינה מבעלה הנשואה לו בערכאות

בשו"ת מנחת יצחק חלק ו' סי' קמג, השיב בנידון הדומה בחלקו לנידון שלפנינו, המדובר שם באשה שנשאה לבעלה הראשון בחו"ק כדמו"י ונפרדה ממנו בערכאות וללא ג"פ כדמו"י ונשאה בערכאות לשני, והאם טוענת שהולד מהראשון. וכתב המנחת יצחק, וז"ל - "איני רואה היתר בזה ... כיון שנשאת לשני בערכאות, והיתה מיוחדת לו כבעל ואשה, דהויא בכה"ג בלתי אמירתה כממזרת ודאית וכיוצא מהא דמבואר (באה"ע סי' ד' סעיף כו בב"ש ס"ק מב ובפת"ש שם ובסי' קנו סעיף א' בב"ש ס"ק א ובפת"ש וע"ע שם ברמ"א סעיף ט' ובפת"ש שם), ובדאי ממזרת לא מהני אמירתה להכשירה, עיין בב"ש שם (סי' ד' ס"ק נב ובפת"ש שם) וגם בודאי נכתבה הבת בתעודת הלידה על שם השני וגם הוחזקה כל ימיה שהיא בתו, אינה נאמנת שוב להוציאו מחזקת בתו", עכ"ל המנחת יצחק.

דברי המנחת יצחק בנויים על שני יסודות, א. דבנידון כזה נקטינן שלולי דבריה הולד ודאי ממזר, דמכיון שהיתה נשואה בערכאות ליהודי לא תלינן הולד בנכרי. ב. אינה נאמנת להכשיר כשלולי דבריה הוא ודאי ממזר.

בשאלת נאמנות האם כשלולי דבריה הולד ודאי ממזר, כבר הארכנו לעיל בבירור הדעות בענין זה.

ביחס לנקודה הנוספת העולה מדברי המנחת יצחק שמאחר ונשאה בערכאות לישראל, אנו תולין הולד ממנו והוא ממזר ודאי. אמנם כעין זה כתב בשו"ת אבני צדק המובא באוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קלו אות יח, שכתב - "כיון שנתעברה בזמן היותה בביתו לא תלינן באחר, דפשיטא שהתנהגו כאיש ואשה ואמרינן רוב בעילות מיני". וכן הובא שם באוצר הפוסקים אות טז בשם הגר"ש סאלאנט שבדיימא רק מישראל שדרה אצלו ומיוחדת לו אין תולין בגוי.

אך יש להעיר שהענין אינו מוסכם, ולדעת כמה ראשונים, שדעתם הובאה בשו"ע, אשה המיוחדת לאדם אחר בלא חו"ק אין לדון את הבן הנולד לה כודאי בנו אלא כספק, וממילא בנידון זה, גם לולי דבריה הולד ספק ממזר מאחר ויש רוב נכרים.

המרדכי במסכת יבמות סי' יב כתב על המשנה שם בדף כב. "מי שיש לו בן מכל מקום פוטר אשת אביו מן היבום", ומבואר שם בגמ' (עמוד ב') דהיינו אף בנו ממזר. וכתב המרדכי "וצ"ל דמתני' מיירי כגון שהיו חבושין בבית האסורין".

המרדכי הובא להלכה ברמ"א סי' קנו ס"ט כדעה ראשונה ברמ"א ואח"כ הובאה דעת י"א דבזונה המיוחדת לו קובעים

אלא חיה עמו באיסור, ממילא אף אם למעשה יתברר שרוב בעילות מהשני, עכ"פ אין זה רוב התלוי בסברא, אלא רוב מקרים שהוא רובא דאיתא קמן, דהיינו שידוע שכך אכן ארע ורוב בעילות מהבעל, אך אין כאן רוב שהוא מבוסס על טבע או סברא, ובכה"ג ע"א נאמן כנגד הרוב.

ולכן בנידון דידן, כפי שביה"ד שמע והתרשם מהאשה וכפי שהתקבלו עדויות של הקרובים, התברר לנו שאשה זו שנשאה לשני נישואי ערכאות באיסור, אף אם היו רוב בעילות מהבעל הוי רובא דאיתא קמן. ולכן האשה נאמנת לומר שבמקרה הנידון לא היו כלל רוב בעילות מהבעל אלא רוב בעילות מהגוי, וכן נאמנת לומר שהבת היא מהגוי ואין זו עדות כנגד רובא דליתא קמן.

מסקנת הדברים - מפשטות לשון הטור והשו"ע סי' ד' סכ"ט עולה דנקטינן להלכה שאף במקום שבלא דבריה הולד ממזר ודאי, כגון כשהאב אמר עליו שאינו ממנו, ובכה"ג שאין מקום לתלות בנכרי, האם נאמנת להכשירו ולומר שהתעברה מנכרי, וכן נקט הב"ש בדעת הטור והשו"ע (ואף שהב"ש נשאר בצ"ע על דעתם מחמת שיטת המ"מ והר"ן, אך נראה שאלולי נשמטו מהב"ש דברי הרשב"א והריטב"א לא היה נשאר בצ"ע, והיה מבאר את הטור והשו"ע עפ"י שיטה זו).

אמנם כמה מגדולי האחרונים בארו שבנידון בטור ובשו"ע, גם אם האשה היתה שותקת היינו מסתפקים שמא התעברה מנכרי, והולד אינו אלא ספק ממזר, ואין לנו מקור בדברי הטור והשו"ע להוכיח את נאמנות האם במקום שלולי דבריה הולד ודאי ממזר. ולעיל הבאנו הדעות בשאלה זו האם היא נאמנת אף במקום שבלא דבריה הולד ודאי ממזר. ונטינו לומר שהענין שנוי במחלוקת המ"מ והר"ן עם הרשב"א והריטב"א. והבאנו שהרשב"א נקט שנאמנת כע"א באיסורין, ומתורת עדות כמשמעות לשון הגמרא (כתובות יג:) "זו עדות שהאשה כשירה לה". וכן כתב הבית יעקב בדעת הרא"ש, וכן העלו האורים גדולים ועוד אחרונים ופסקו להאמינה גם במקום שלולי דבריה הולד ודאי ממזר, וכן נראה דעת הגר"א. והעלנו עפ"י דברי השב שמעתתא דוהי שיטת הריטב"א ונימוקי יוסף במסכת יבמות שבארו נאמנות האם מכח חזקה דגופה דמהניא לבת. וכן הבאנו דלפי מה שבארו כמה מגדולי האחרונים את שיטת התוס' ותה"ד דקאי עלה מטעם חזקת בודקת ומזנה, מ"מ איכא להאי דינא דהאם נאמנת במקום שבלא דבריה הולד ודאי ממזר.

ולכן אין מקום להחמיר שלא לקבל עדות זו בכה"ג דהוי מקום עיגון של בת ישראל.

ואמנם כנגד עדות האם עומדת ההוכחה דקיי"ל "רוב בעילות אחר הבעל" ובנ"ד הבעל הוא הבעל השני שהולד ממנו ודאי ממזר, מ"מ האם נאמנת כעד אחד להכשיר אף כנגד האי רובא.

לשיטת הפמ"ג נאמנת דהוי ע"א ובידור, וה"נ מאחר דקיי"ל אשה בודקת ומזנה שלא לפסול את הולד, הוי

אך עכ"פ יש לדון לשיטות שהבאנו לעיל דיסוד נאמנות האם להכשיר את הבת מכח הדין דעד אחד נאמן באיסורים, ולהכשירה בקהל ע"א נאמן, ולא דוקא האם לא ה"ה שאר עד אחד. ועל כן גם העדות שהתקבלה בבית הדין שהאם דיימא מהגוי, תועיל בעד אחד, דבכל מקום שעד אחד נאמן ה"ה קרוב.

נאמנות האם כנגד החזקה שהבת הוחזקה כבתו של בעלה

במקרה שלפנינו מתעוררת שאלה נוספת. בעלה השני גידל את הבת והחזיקה כבתו, כך נרשם בתעודות וכך הוחזקה אצל האנשים שהכירוה. ויש לדון האם כעת אמה נאמנת להוציא את הבת מחזקה זו, הא קיי"ל דסוקלין על החזקות, דהרי אילו הבעל השני היה בא על הבת היו נסקלין, ואם כך לדיני נפשות ק"ו לשאר דינים שבתורה, וממילא אין האם נאמנת לאפוקי מחזקה זו. מה עוד שהיא עצמה התנהגה עם הבת בשנים אלו כאילו בעלה השני הוא אבי הבת, ויש לדון אי נאמנת לטעון כנגד מה שהחזיקה והתנהגה בעצמה.

נוסף לכך יש לדון, לפי מש"כ בספר שב שמעתתא ש"ו פ"ז, הרי שעד אחד אינו נאמן להוציא מחזקה שהחזיק לפנינו, כגון בהלכה של בנה כרוך אחריה שהיא חזקה אלימתא, עיי"ש שעולה מדברי השב שמעתתא דלא אמרינן מכח עדות העד דהוי החזק בטעות.

אך נראה שבנידון שלפנינו אין לדון דין סוקלין על החזקות בחזקה זו שהבת הוחזקה כבתו של הבעל השני. דחזקות אב ובנו אינה חזקה היכולה להתקיים על סמך התנהגות של האב כאבי הבן בלבד. ובלא שתקיים ההלכה של "רוב בעילות אחר הבעל", גם אם האב יחזיקנו כבנו, זו חזקה בטעות ואין מתחשבין בה.

דהנה במסכת חולין דף יא: מבואר בגמרא - "מנא הא מילתא דאמור רבנן זיל בתר רובא ... רב מרי אמר אתיא ממכה אביו ואמו דאמר רחמנא קטליה. וליחוש דילמא לאו אביו הוא, אלא לאו דאמרינן זיל בתר רובא, ורוב בעילות אחר הבעל. ממאי דילמא כגון שהיו אביו ואמו חבושין בבית האסורין. אפילו הכי אין אפוטרופוס לעריות".

והרמב"ם בהלכות איסורי ביאה פ"א הלכה כ' כתב - "מי שהחזק בשאר בשר דנים בו על פי החזקה אע"פ שאין שם ראייה ברורה שזה קרוב ומלקין ושורפין וסוקלין וחונקין על חזקה זו ... ראייה לדין זה מה שדנה תורה במקלל אביו ומכה אביו שיומת, ומנין לנו ראייה ברורה שזה אביו אלא בחזקה כך שאר קרובים בחזקה".

ויש מקשים דבגמרא מבואר דממכה אביו ילפינן דאזלינן בתר רובא, והרמב"ם כתב דמהא ילפינן דאזלינן בתר חזקה. וכתב בספר סדרי טהרה סי' קפה סק"א שבמכה אביו אין הורגין אלא בדאיכא תרתי, גם רוב בעילות אחר הבעל וגם החזק כבנו, אבל אם אין אלא החזק, אנו אומרים שהחזק בטעות. וז"ל הסדרי טהרה - "הא דאמרינן בש"ס רוב בעילות

הבן כבנו ודאי. ועיין בב"ש שם בסי' קנו סק"א שכתב בסתמא הדין כשיטת המרדכי, ועיי"ש בפת"ש סק"ג.

כמו כן הריטב"א בחידושו עמ"ס יבמות בסוף פרק שביעי כתב - "פנויה שילדה ואמרה מפלוני הוא, אע"פ שנאמנת עליו להכשירו ליוחסין ... ואפילו היכא דבא עליה ודיימא מיניה דכשם שזינתה עמו כך אפשר שזינתה עם כשר דעלמא, ואין הנאמנות שלא באדם מסויים יותר מאחר, אלא הנאמנות הוא שנבעלה לכשר לה משום חזקה דגופא כדאיתא התם, ואפילו בפלגש המיוחדת לו נמי אינו נאמן עליו, וכן עיקר", עכ"ל הריטב"א.

וכן הובא בנמוקי יוסף, אלא שהגירסא שם בסוף דבריו "אינה נאמנת עליו". עכ"פ מבואר דאף בפלגש אינה נאמנת וכן הוא אינו נאמן להסיר הספק שמא הוא מאחר, למרות שנאמנת להכשירו.

הרמ"א באה"ע סי' ד' סעיף כו הביא את דברי הריטב"א ונימוקי יוסף להלכה, ועיי"ש בחלקת מחוקק ס"ק כה דאיירי אף בכה"ג ששניהם מודים אפ"ה עדיין הוי ספק, ועיי"ש שהביא שיטות החולקים ועיין בב"ש ס"ק מב. ואכמ"ל בזה.

עכ"פ בנידון דידן אף אם יבואו עדים ויעידו שהבעל השני החזיק את הבת הנוכרת כבתו, מ"מ לדעת המרדכי הריטב"א ונימוקי יוסף, עדיין היא רק ספק בתו, והמרדכי כתב כן בדעת הרמב"ם, ואכמ"ל בדעות השונות שנאמרו בביאור דעת הרמב"ם, עכ"פ לשיטות הראשונים האלו, ולדעת הרמ"א שהביאם, והב"ש בסי' קנו סק"א, אף בנידון דידן גם לולי דבריה הבת ספק ממורת מאחר ויש ספק שמא היא אינה מבעלה השני של האם, ואזלינן בתר רובא שהם נכרים, וממילא אף לשיטת המ"מ והר"ן והסכמת הב"ש כוותיהו, האם נאמנת.

ומצטרפת לזה עדות הקרובה של האם שהאם היתה מפורסמת כמי שדיימא מאותו הגוי שנים רבות כולל באותה תקופה שהתעברה, וממילא בכה"ג אף בארוסה שלארוס היא אינה באיסור אשת איש ולאחרים היא באיסור אשת איש נפסק בשו"ע סי' ד' סעיף כח דבדיימא מעלמא הולד ספק ממזר. ועכ"פ בנידון דידן שאינה נשואה לשני כדין אלא באיסור, אמנם לולי הא דדיימא מהגוי לכל היותר דיינינן לה כמיוחדת לו, לדעת הראשונים החולקים על המרדכי הריטב"א והנמוקי יוסף שהבאנו לעיל, ומבואר בפת"ש סי' ד' ס"ק לא משו"ת שיבת ציון דכך היא דעת רוב הראשונים, דמיוחדת אף באיסור דינה כמיוחדת שלדעת רוב הראשונים הולד ודאי בנו. אך בנידון זה שהאשה דיימא מהגוי אין מקום לדונה כמיוחדת לבעלה השני, וגם לולי עדות האם הבת עומדת בספק אם היא בתו של בעלה שני של האם.

אלא שהעדויות על כך שהאם דיימא מהגוי היא עדות של קרוב, ויש לדון טובא אי מהני עדות כזו. דברמב"ם פרק טו מאיסור"ב הי"ח ובשו"ע סי' ד' סעיף כח כתבו "היו העם מרננים אחריה" וכו' ויש לדון אי סגי שהעם יבואו לרנן בבי"ד ואפילו קרוב או פסול, או בעינן שני עדים כשרים לזה.

לקבל על כך עדות שהבעל הראשון לא הופיע אצלה בצנעא. אלא שאנו מניחים כך מפני שקבלנו את דברי האם שהקשר עם הבעל הראשון נותק, אך אם מפיה אנו חיים, מדוע שלא נקבל את דבריה לחלוטין, לרבות את מה שטענה דרוב בעילות היו מהנכרי ושהבת נולדה ממנו.

אלא שדעת ההפלאה בגדר הלכה זו של "רוב בעילות אחר הבעל", היא דעה יחידאה. הב"ש בסי' ד' ס"ק כג וסי' ג' ס"ק טז כתב דמה דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל היינו מפני שהבעל מצוי לה, דהיינו חזקה זו נובעת ממצויאות מסויימת ולא מחזקת כשרות. וכן עולה מפשטות לשון התוספות במסכת כתובות דף יד. ד"ה, ההוא' שכתבו "אבל מודה דהכא דקאמר מיניה, היינו שבא עליה ביאות הרבה והיה רגיל אצלה תמיד וכדאמרינן רוב בעילות הלך אחר הבעל". משמע שרוב בעילות אחר הבעל נקבע מחמת המציאות ולא מחמת שאצל הבעל הן בהיתר. ואף שהתוספות איירי בארוס, מ"מ מדכתבו גביה האי דינא דרוב בעילות רק כשבא עליה פעמים הרבה, מבואר דבלא מציאות זו לא אמרינן האי דינא. וכן העיר על ההפלאה מדברי התוס' בשו"ת רבי עזריאל ח"ב, עיי"ש בהערות לאה"ע סי' ד' שדחה את שיטת ההפלאה.

וכן מבואר בשו"ת שיבת ציון סי' סז המובא בפת"ש סי' ד' (ס"ק לא) דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל בנישואי חייבי כריתות, עיי"ש. וכן בשו"ת אגרות משה אה"ע ח"ג סי' ט' כתב וז"ל - "שאחר שנתגרשה בערכאות מהראשון נישאת לשני בערכאות, אף שהיתה נשואה לו באיסור מ"מ לענין רוב בעילות הוא כבעל כשר".

אך נראה דבגוף שיטת הש"ש דעד אחד אינו נאמן כנגד הוחזק לפנינו, יש לדון טובא, עיין בשו"ת אחיעזר ח"א סי' ה' סק"א מש"כ לדון בדבריו. וכן אין מקום לשיטת הש"ש לפי מש"כ תלמידו של הש"ש, מהריא"ז ענוזל.

בתשובת מהריא"ז ענוזל סי' לה כתב לחלוק על שיטת החות יאיר סי' צג הסובר שהאב אינו נאמן ביכיר לומר שאינו בנו לאחר שהוחזק כבנו, וכתב מהריא"ז ענוזל - "ומש"כ בתשובת חות יאיר ראייה מהא דסוקלין ושורפין על החזקות, נראה מדבריו דמסתבר ליה דחזקה כי הך דסוקלין עליה הוי כבירור בעדים. ודבר זה אינו, כמבואר שם בקידושין דף פ' דקאמר בהדיא לא מפני שבנה ודאי אלא מפני שכרוך אחריה. מבואר מדבריהם, שאף שאין הדבר מבורר על פי חזקה זו, מ"מ כך גזרה תורה לדון על אותה חזקה כל זמן שלא נתברר ההפך. ודבר ברור הוא שאם יבואו עדים ויעידו על הילד שהיה כרוך אחריה שהם יודעים ומכירים אותו שאין זה בנה שאין סוקלין אותו, דהא בהדיא אמר לא מפני שבנה ודאי, ולא עוד אלא שהיה מותר לישא אותה דעדות העדים הוא ודאי בירור ובטלה לחזקה לגמרי. ומטעם זה אין שורפין תרומה על החזקה שעדיין אין כאן ודאי, ואילו היתה כאן ראייה ברורה שנטמאת היו שורפין אותה כמו שפרש רש"י שם. וכיון דחזקה זו לא חשיב ודאי,

בבעל, דוקא שידעינן בודאי שנוהג עמה כבעל ובא עליה בכל עת, אז אמרינן דאזלינן בתר רובא. אך זה גופא לא ידעינן אף כשנשאה בפנינו על ידי חופה וקידושין, מ"מ לא ידעינן אם נהג עמה כדרך אישות ... אלא מחמת החזקה שנוהג עמה כאיש עם אשתו בשאר מילי מסתמא בעל וזו מיקרי חזקה. וכי תימא דילמא משום חזקה לחוד כיון שנהג עמו כאב מסתמא זה הוא בנו ומנ"ל דאזלינן בתר רובא לחודא. ז"א, דבשלמא אי קים ליה לאב שזהו בנו ואנן חזינן במה שמתנהג עמו כאב שפיר מיקרי חזקה, אבל אי איהו גופיה לא קים ליה, אנן מנא ידעינן דילמא איהו טעה וסבר שהוא בנו ומשום הכי מתנהג עמו כאב עם הבן, ובאמת זינתה אמו עם אחר, א"ו דאזלינן בתר רובא ואיהו ידע שרוב בעילות עמו, ואנן חזינן שמתנהג עמו כאב ומחזיקו לבן מיקרי שפיר חזקה, ותרתני מוכח. אח"ז שמעתי שכתב כעין זה בספר תבואות שור". עכ"ל הסדרי טהרה.

דברי הסדרי טהרה הובאו בחתם סופר אה"ע ח"א סי' מא ובשו"ת דברי מלכיאל ח"א סי' עה.

ויש מקום לברר אם נידון דידן יש מקום להלכה "רוב בעילות אחר הבעל", כשעל פי דין תורה הוא אינו בעלה והיא בזנות אצלו. וגרע מהמבואר בשו"ע סי' קנו, דהתם לא עסקינן במי שעוברת על איסור אשת איש אלא בפנויה שזינתה.

לפי שיטת ההפלאה לא אמרינן בנידון זה הלכה זו דרוב בעילות אחר הבעל. ההפלאה בספרו פנים יפות על התורה (פרשת אחרי מות) כתב - ונראה דהא דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל, אין הפירוש מפני שבעלה רגיל אצלה בביאות הרבה יותר מאחרים, שהרי אפילו לא נתיחד הבעל עמה אלא פעם אחת תולין את הולד בבעל, שהרי לא חילקה תורה בזה, אלא הפירוש הוא שרוב בעילות הן מבעליהן, ולכן בחייבי כריתות שאין קידושין תופסין בהם ואין שם בעל עליו ליתא להאי רובא, ואדרבה יש לתלות שנתעברה מאחרים שאין בהם איסור כרת. והובאו דבריו בשו"ת יביע אומר ח"ז אה"ע סי' ו' סק"ד.

ובהתאם לזה, כתב ההפלאה בספרו נתיבות לשבת סי' ג' סק"ח - "אזלינן בתר רובא דרוב נשים מתעברות מבעליהן ולא מזנות, והיינו דאמר רוב בעילות אחר הבעל פי' דרוב הנשים הנבעלות הן מבעליהן ולא מזנות, א"כ אין חילוק שזינתה בין קודם נישואין בין לאחר נישואין דלעולם תולין בבעל". וע"ע במש"כ בנתיבות לשבת סי' ד' סק"ט.

לפי שיטתו של ההפלאה, מאחר שאנו יודעים שהיה לה בעל שנשאה כדמו"י ויש מקום להניח שבעלה הראשון היה מבקר את שני ילדיו שהמשיכו לגור עם האשה, וכפי שמקובל שהאב אינו מנתק קשר עם ילדיו אף לאחר שנפרד מהאשה, ממילא נשאר האי דינא דרוב בעילות תולין בבעל, ועל כן מעיקרא לא היה מקום למה שהוחזקה כבתו של השני. יצויין שההנחה הנזכרת לעיל שהקשר עם הראשון נותק, אינה מכח עדות שהתקבלה, וכפי הנראה לא ניתן

וע"ע בשו"ת מלמד להועיל ח"ג סי' ב' שנקט בפשיטות שהרישום בערכאות, ומה שגידלו בביתו, אינו נקרא הוחזק, כשנרשם כבנו של מי שאינו בעלה של אמו, אם עפ"י הדין, באותו מקרה, הבן אינו פוטר אמו מחליצה.

מאחר ובנידון דידן מתברר שהאם היתה דיימא מאחר וכפי העולה מעדות האם וקרובי המשפחה שהופיעו בביה"ד, הרי שמלכתחילה היה מקום להסתפק אם הבת היא אמנם מבעלה, ובכה"ג יש לציין מש"כ בזה הרדב"ז בתשובה חלק ג' סימן תתקסא (תקכו) בענין פנויה שהתעברה ואמרה מפלוני והיתה דיימא מעלמא.

וז"ל הרדב"ז - "ולענין הכאת וקללת אביו בנ"ד פשיטא דפטור מספיקא לא קטלינן ליה. אבל היכא דאינה חשודה עם אחרים יש להסתפק, אי דמי לתרומה וליבום וקטלינן ליה, או דילמא לא קטלינן ליה אלא בראיה ברורה. דאע"ג שזה גדל בחזקת שהוא בנו וקיי"ל דסוקלין ושורפינן על החזקות, הנ"מ חזקה שלא באה מחמת ספק כהדיא דאמרינן מעשה באשה אחת שבאת לירושלים ובנה מורכב על כתפה וגידלתו בחזקת שהוא בנה ואח"כ בא עליה וסקלוה וכו'. אבל הכא שהחזקה באתה מכח ספק שלא גדל זה בחזקת שהוא בנו אלא מפני שהודה שהוא בנו, אבל הספק ידוע הוא אצלנו, בכי האי מספקא לי אם נהרג על קללתו והכאתו. וכיון דהאידינא אין דנין דיני נפשות לא נפקא מינה מידי לא הארכתי בו עד יבוא מורה צדק".

ולענין מה שהבת עצמה גדלה מתוך הכרה וידיעה שבעלה של אמה הוא אביה הטבעי, עיין בשו"ת עבודת הגרשוני סי' קיא (הובא באוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קד אות טז) באשה שלאחר כמה שנים שבתה הוחזקה ככשרה, טענה שבתה נולדה מחייבי כריתות, והעלה שהאם אינה נאמנת, אך הוסיף - "אמנם אם הבת מאמינה בלבה לאמה כבי תרי הדבר צ"ע". ונראה בכוונתו דמסתפק מכיון שהבת מתבססת על אמירת האם, דהיינו על אמירה שבבי"ד לית בה ממש, י"ל שבכה"ג לא אמרינן דשויה אנפשיה חד"א. וכעין שמצינו ברמ"א באה"ע סי' קטו סעיף ז' בשם המהרי"ק שאם עד אחד מעיד שאשתו זינתה והבעל מאמין לו וסומך עליו כבי תרי נאמן, והוסיף מהרי"ק - דוקא במאמינו וסומך בדעתו עליו, ולא במאמינו מפני שחושד באשתו. והטעם דאם הוא מתבסס במה שמאמינו על מה שחז"ל קבעו שאינה סיבה לאסור אשה על בעלה אין כאן שויה אנפשיה חד"א. וע"ע באג"מ אה"ע ח"ג סי' ל' ענף ב' שהאריך בסברא זו דלא מועיל כשמתבסס על מה שחז"ל קבעו שאין לו משקל.

אך אף לפום ספיקו של עבודת הגרשוני, נראה שבנידון דידן אם הבת תשמע מהאם שהיא כלל אינה בתו של בעלה השני ותקבל את דבריה אין לחוש. ועיין בט"ז אה"ע סי' קטו ס"ק יא שכתב - "במקום ... דמהימן ליה כבי תרי ... יכול לומר אף על גב שאמרת שמהימן לי, חזרתי מכך, וזה דבר המסור ללב ... בדין אדם אין יכולים לדונו דאין אדם יודע מה שבלבו של חבירו, אלא הוא עצמו צריך להיזהר מדין

אלא שכך גזרה תורה לסמוך עליה כל זמן שלא הוכחשה, ובירושלמי נפקא ליה ממכה אביו ואמו והביאו הרמב"ם, אין כאן שום תימא אם האמינה תורה לאב להכחיש חזקה זו, שכן גזרה במאי דכתיב יכיר", עכ"ל.

לפי דבריו נראה, דה"ה לדעת הראשונים הסוברים שהאם נאמנת להכשיר את בנה, אף במקום שלולי דבריה הוא ודאי ממזר מהתורה, הרי שעדות האם היא עדות המועילה לענין איסור ממזרות, וממילא לענין זה דינה כעדות שני עדים ובכחה לבטל את החזקה, ובכה"ג אמרינן דהחזקה מעיקרא ליתא, וכך הוא טיבה של חזקה זו.

ונראה שבנידון דידן, גם לדעת הש"ש דלא אמרינן דהוי הוחזק בטעות, נראה שאין להמנע מלקבל עדות האם. מאחר שהאם נאמנת, וכמו שהארכנו לעיל, ממילא היא גם נאמנת לומר שהיה ידוע ומפורסם שיש לה קשר הדוק עם הגוי ולפי דבריה היה מקום לכל בר דעת להסתפק האם רוב בעילות מבעלה השני או מהגוי, ולכן אף אם למעשה הבת הוחזקה כבתו של בעלה השני, אין לזה דין הוחזק לענין סוקלין ושורפינן על החזקות, לפי מה שבארנו דבלא רוב בעילות אחר הבעל, לא מהני הוחזק בחזקה של אב לבן או לבת. וממילא אף לש"ש אין כאן עדות ע"א הסותרת חזקה, כגון הוחזקה נדה בשכנותיה דאמרינן דהחזקה היא חזקה גמורה, אך הע"א מעיד להיפך ממנה. אך בנידון דידן, עדות העד אחד היא עדות שלמעשה מעולם לא התחילה חזקה, מאחר שהיה חסר המצב של רוב בעילות אחר הבעל. ואילו הרישום בתעודות כבתו ושהלה התנהג עמה כבתו במשך כמה שנים, אינו קובע דין הוחזק באב לפי מש"כ הסדרי טהרה ועוד אחרונים מתוך הגמ' בחולין והרמב"ם.

כל הנ"ל נכתב אף אילו יתקבלו עדויות של שני עדים כשרים שלמעשה הבעל השני התנהג עמה כבתו, ואז נזדקק לומר שאין לכך ערך של הוחזק על פי הדין. אך בנידון דידן מאחר ואין בפנינו כל עדות על כך שהיא למעשה הוחזקה כבתו, ובעלה השני הלך לבית עולמו ואינו בפנינו להעיד עליה, ובפנינו רק עדויות של האם ושל הקרובה שהאשה דיימא מגוי, ולדברי האם רוב בעילות מהגוי, ממילא בכה"ג דכל הנישואין עם השני היו נישואי איסור, י"ל שכל עוד לא הוכח אחרת, הרי שמן הסתם אין מקום להניח דרוב בעילות מהבעל. אמנם אילו היו באים שני עדים שהיתה מוחזקת כבתו והעדים לא שמעו על כך שדיימא מהגוי, הרי דבכה"ג לא היה מקום לקבל עדות עדים קרובים להקל, אך בנידון דידן שאין בפנינו אלא את עדות הקרובים, ומאחר ולא היו מצויים שם באותה העיר יהודים ואפילו מנין בשבתות היה קשה לסדר, וכמו שהעיד בפנינו קרוב של האשה, הרי שכפי הנראה לא יהא ניתן למצוא שני עדים כשרים שיוכלו להעיד על מה שארע לפני כעשרים שנה. עכ"פ כל עוד אין עדות כזו, אין מקום שלא לקבל את עדות הקרובים עדות הקובעת שמעולם לא הוחזק בעלה השני כאביה.

שתאמן לבטל דבריה הראשונים אך לא תאמן בדבריה האחרונים. ועיין בתשובת רע"א ח"א סי' פה (ד"ה אולם חש לדון) דעכ"פ במקום שדבריה האחרונים מתקבלים כעדות לא מהני אמתלא להאמינה בעדות, ואמנם לענין נידון דידן הרע"א נקט דמה שהאם נאמנת להכשיר אינו מתורת עדות. אך לפי מה שבארנו לעיל, רבו החולקים הסוברים דמתורת עדות נאמנת, ועיין בפת"ש אה"ע סי' ו' סק"כ וסי' מז סק"ב.

לפי זה לכאורה, אשה אינה נאמנת להעיד להכשיר את הולד אא"כ מיד כשנולד, או אף בעת עיבורה אמרה כן. אבל אם בתחילה אמרה שהוא מפלוני הפוסלו, ואח"כ תאמר שהוא ממי שאינו פוסלו, אינה נאמנת לחזור בה, אף באמתלא. והגם שבתחילה לא אמרה בפני בי"ד שהולד מהראשון, מ"מ הרי עדות האם אינה צריכה בי"ד, וכמ"ש מהר"ם בן חביב המובא באוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קד אות יז, וא"כ כיצד אח"כ נאמנת לומר דמכשר הוא.

אך נראה ברור שאין לומר כן ונאמנת במה שאמרה אח"כ בב"ד, אף לדעת המהרש"א. מאחר שהאם אינה נאמנת לפסול את בנה, ואפילו לעשותו ספק ממזר, עיין מ"מ פרק טו מאיסור"ב הי"ב דיכיר גבי אב בלבד נאמר, ובאגרות משה אה"ע ח"ד סי' כג אות ב'. על כן אין להתייחס לדבריה הראשונים כמסירת עדות, ולכן אין צורך באמתלא על מנת לחזור בה מדיבור שלא התקבל, אלא עליה ליתן הסבר המניח את הדעת מדוע התנהגה עם הבת כבתו של בעלה השני וכיצד הדבר מתיישב עם דבריה הנוכחיים. אבל אין צורך לבחון את דבריה בהתאם לדיני אמתלא על מנת לבטל דיבור קודם, דומיא דהנידון בתוס' ובמהרש"א במסכת יבמות.

ובפד"ר כרך ו' עמ' 153 בפס"ד מהגר"ש ישראלי ז"ל כתב בביאור דעת המהרש"א - "דהוא לא אמר אלא, דלא עדיפא משתיקה" אבל לא אמר שזה נחשב כשתיקה, דזה באמת אינו בסברא כלל, דאם מועילה אמתלא לסלק דבריה הראשונים למה לא נקבל דבריה הנוכחיים, אלא הפירוש שע"י אמתלא הופך לספק, שאין אנו יודעים מה האמת האם מה שאמרה קודם או אלו שעכשיו, עיי"ש במש"כ עפ"ז. ולכן בנידון דידן שאין לאם נאמנות בדבריה הראשונים, אין מקום לספק האם לקבל דבריה הראשונים. וכן פסק בשו"ת מלמד להועיל ח"ג סי' ב' שאין לחוש בכה"ג מכח שיטת המהרש"א, (אלא שלא באר הסברא).

בעיקר דברי המהרש"א, רבו הסוברים שלהלכה לא נקטינן כסברת המהרש"א, ושאני התם, בסוגיא ביבמות, דבאמתלא גרועה עסקינן. עיין בשו"ת עין יצחק סי' מז וסי' סד, ובאחיעזר ח"ג סי' כד סק"א ובשו"ת יביע אומר אה"ע ח"ה סי' ב' וחלק ו' אה"ע סי' ה'.

וע"ע בחזו"א חלק אה"ע סי' נט ס"ק לו במש"כ לבאר דברי התוספות דהתם באמתלא גרועה עסקינן, א"נ דהתם אינה מעידה שהבעל מת אלא רוצה להסתמך על עדות צרתה, עיי"ש. ובמסקנתו העלה - "ומ"מ נראה לדינא, דבמקום אמתלא חוזר ומעיד ושומעין לדבריו האחרונים,

שמים ששם יודעים מה בלבו ... בסי' קע"ח לא מיירי אלא מדין עצמו, כיון שיודע האמת צריך לעשות כן".

נאמנות האם כנגד התנהגותה שלה בעבר

נקודה נוספת שיש לדון בה היא, האם היא נאמנת לומר כעת שהבת היא מנכרי, מאחר שידוע שהיא עצמה התנהגה עם בתה באופן המוכיח שהבת היא בתו של בעלה השני. ונראה שהיא נאמנת לטעון שהבת אינו מבעלה השני מאחר וקיימת אמתלא ברורה, שחששה מאד שידעו שהבת היא מהגוי וראתה בזה פגם משפחה, ולכן הסתירה עובדה זו. ואף בבית הדין ראינו שבתחילה היא חששה לומר כן כל עוד קרובי משפחתה היו נוכחים באותו מעמד ורק לאחר שהם הוצאו היא אמרה את אשר על ליבה, ולכן האמתלא כאן ברורה, הטעם שרשמה את הבת כבתו של בעלה השני, ונמנעה לעורר ספקות, ועיין במסכת קדושין עג. "אשת איש בבעלה תולה".

אך עדיין יש לדון בשני נקודות. ראשית, האם מהני אמתלא כשעשתה מעשה שהחזיקתה כבתו. ושנית, האם האמתלא תועיל רק שלא יקבלו את דיבורה הראשון או תועיל שתאמן בדבריה הנוכחיים.

ועיין בשו"ע יו"ד סי' קפה סעיף ג' שאם לבשה בגדי נדה אינה נאמנת באמתלא, מכיון שעשתה מעשה, ועיין בט"ז יו"ד סי' א' ס"ק כב. אך עיין ש"ך יו"ד סי' קפה סק"ה שבמקום שלא היה אפשר בענין אחר ולכן עשתה מעשה, מהני אמתלא, וכן דעת הב"ח. ומה עוד שדעת הטור יו"ד סי' קפה דמהני אמתלא אף במעשה, ודלא כרשב"א.

נראה דבנידון דידן לכו"ע מהני אמתלא, לפי מש"כ בספר תבואות שור סי' א' ס"ק עח דהא ד"א דלא מהני אמתלא כשעשתה מעשה, היינו כשעל ידי מעשה זה הוחזקה נדה וכך הוסכם בעיני השכנות שדבר זה הינו אמת ולא התעורר ספק בזה, וקאי האי דינא דמלקין על החזקות, ומשום הכי לא מהני חזרה באמתלא. אבל אם גם לאחר המעשה עדיין הענין נשאר מסופק, אין כאן הוחזקה נדה בשכנותיה ויכולה לחזור באמתלא אף אם עשתה מעשה, עיי"ש. לפי זה, בנידון דידן לאור דברינו לעיל, כל מי שהכיר טיבה של אם זו היה מפקפק אם הבת אכן בתו של בעלה השני שנשאה רק בערכאות, דהא לא היה כאן רוב בעילות אחר הבעל, וכמ"ש לעיל, וממילא אין כאן מעשה שלא ניתן לחזור ממנו באמתלא, ועיין בהעמק שאלה שאילתא צו ס"ק כו שהסכים עם דברי התבואות שור.

אך עדיין לכאורה יש לדון, שהרי לפי המבואר במסכת יבמות דף קיח. בתוס' ד"ה סד"א ובמהרש"א הרי שאמתלא תועיל רק שנאמנת לבטל דבריה הראשונים שיחשבו כאילו לא נאמרו, אבל האמתלא אינה מועילה לתת נאמנות לדבריה האחרונים. ולפי זה לכאורה, הלכה זו שהאם נאמנת להכשיר את הולד תאמר רק במקום שמעולם האם לא אמרה אחרת, אך כשחוזרת בה מדבריה הקודמים, אף

מסקנת הדברים

נלענ"ד שהאם נאמנת בדבריה שהבת מגוי, עפ"י המבואר בדברינו. מאחר ובהתאם להתרשמות של בית הדין מהעדויות שהוצגו בב"ד אין מקום להניח שהאם משקרת, או שלימדוה לומר כן, האם נאמנת והבת יכולה להנשא לעלמא לבר מכהן.

וכמ"ש הר"ן בתשובה סי' מז דאמר שהיבם חי חוץ לבי"ד נאמן להעיד בב"ד שמת, ונראה דה"נ באמרה לא מת בב"ד כשהצרה מכחישה, כיון שאינה נאמנת לא חשיבא עדות, דאי הוי עדות לא מהני אמתלא וכמ"ש לעיל, וכיון דלא חשיב עדות היתה נאמנת להעיד שמת לענין דין עדות". ולדבריו ה"ה בנידון דידן, מאחר שעפ"י הדין אינה נאמנת בדבריה הראשונים שאמרה שזוהי בתו של בעלה השני, לכן יכולה לחזור והעיד שהיא בתו של הגוי.

סימן ט

פס"ד להיתר לבוא בקהל

כתב לבית הדין - "אני חי על כדורים והייתי מאושפז פעמים מספר בעבר בבית חולים לחולי נפש, ואם הענין לא יגמר תוך ימים מספר, אני לא אחראי על מעשי".

בדיון שהתקיים בביה"ד בשנת תשמ"א הבעל הצהיר - "כעת אני בהסתכלות בגעה, ואני יותר רגוע, אני מקבל כדורים חזקים ... באו שוטרים לעצור אותי ואני תקפתי שניים מהם ושלחו אותי להסתכלות".

נציין כי בתקופה שהאשה שהתה מחוץ לבית, רשויות הרווחה המליצו להעביר את שלושת הילדים הקטנים לבית הורי הבעל, מאחר שהבעל לא היה כשיר לגדלם בביתו, וכך נעשה בהוראת בית הדין.

ב. הבעל לא דייק בדבריו כשטען שמזה למעלה משנתיים שאינם חיים יחד.

מפני שמפרוטוקול הדיון מיום כ' כסלו תשמ"מ עולה שהתקיים דיון בו הצדדים הודיעו על רצונם בשלום בית, ובסיום הדיון נכתב "הצדדים חוזרים לחיי שלום ואישות תקינים כדת, ויכבדו אחד את השני". ואמנם ביום כ"ב תמוז תשמ"מ בדיון בביה"ד הבעל טען שמזה חמישים יום שאשתו אינה בבית, דהיינו לדבריו, עד לתחילת חודש סיון האשה בודאי עדיין היתה בבית, דהיינו שנה וחמישה חודשים לפני יום הגירושין, ובמכתב לבית הדין כתב שהאשה עזבה את הבית ביום 15.5.80, וכחודש קודם לכן לא התקיימו יחסים ביניהם, דהיינו תחילת חדש אייר תשמ"מ, שהוא שנה וחצי קודם לגירושין, ולא "למעלה משנתיים" כפי שהבעל טען באותו דיון.

ג. הבעל היה ידוע כאדם עבריין ומופקר. בשני דיונים בביה"ד הבעל הודה שנהג באשתו באלימות קשה, וכן אשתו טענה שזו היתה העילה לנטישתה את הבית. מלבד זאת, בדיון מיום כ"ב תמוז תשמ"מ, הבעל הודיע כי הוא חי עם בחורה אחרת בנוסף על אשתו, אותה בחורה היא חיילת בצבא, לדבריו בביה"ד - "כשהיא באה לחופשה, הוא חי עמה וגם עם אשתו".

שלושת הנקודות הנ"ל מביאות לספק האם ניתן לסמוך על עדות הבעל השולל אבהותו על הבת, שנולדה בתקופת

בפני ביה"ד בקשת א. להיתר נישואין עבורה. ביה"ד קבל לעיונו את כל התיקים המתאימים להשתלשלות האירועים הנוגעים לבירור מעמדה האישי של המבקשת.

להלן סיכום העולה מהתיקים שבפנינו. המבקשת נולדה בשנת תשמ"א. אם המבקשת נישאה לבעלה בשנת תשל"ב והתגרשה בבית הדין בשנת תשמ"ב. לאחר הגירושין, בית הדין הורה לרשום את הבת ברשימת טעוני בירור במשרד הרתות. יודגש בזאת, ביה"ד לא פסק לקבוע את מעמדה כמי שאסורה לבא בקהל אלא רק כטעונה בירור.

הבירור הנחוץ לא התקיים בזמנו, ועל כן שאלת מעמדה חזרה וניעורה כעת בעת שהבת מבקשת אישור להנשא, נוסף ונציין שבזמנו, ביה"ד שמע את הנוגעים בדבר, ובפנינו פרוטוקולי הדיונים שהתקיימו בבית הדין בו הצדדים טענו את טענותיהם, ועל כן אין מקום לזמן מחדש את האם ובעלה ולשמוע את דבריהם, לאחר שכבר השמיעו את דבריהם בסמוך לגירושין. הבעל שוהה בחו"ל מזה שנים רבות ואין עמו קשר, והאם כעת חולה ולא יכלה להופיע לדיון, אך כאמור אין הכרח להביאה שוב לדיון נוסף.

מפרוטוקול הדיון בזמנו עולה שהאשה לא ידעה ממי התעברה. בתקופה שבה החל ההריון חיה בחוף הים בפריצות, עקב אילוף של מחסור, וגם אינה יודעת האם התעברה מיהודי או מנכרי. בית הדין שאל בפירוש האם הבחורים שהיו עמה בקשר היו יהודים או לא, והאשה לא ידעה להשיב.

הבעל ג. טען בזמנו, הן בבית הדין והן במכתבים ששלח לבית הדין שהבת אינה שלו. כאמור, ביום הגירושין הבעל טען שמזה למעלה משנתיים שאינם חיים יחד. ביחס לנאמנותו של הבעל, יש לציין שלש נקודות.

א. בתיק מצוי אישור רפואי מרופא קופת חולים המאשר שהבעל - "מוכר לנו כמכור לסמים מזה שנים אחדות, בגלל מצבו הנפשי אינו מסוגל לעבודה". וכן בכתב התביעה הבעל מצהיר שהיה מאושפז בבית חולים פסיכיאטרי. בנוסף הבעל

התעברה מבעלה, יש מקום להסתפק שמא האב נכרי, והולד ספק ממזר, ספק התעברה מישראל ספק מנכרי, כל עוד אינה טוענת שהבן מישראל, וכבר ביררנו בעז"ה הלכה זו לעיל סי' ו', ואין צורך לכפול כאן הדברים. ומסקנת הדברים היא, שבנידון דנן שהאם מלכתחילה לא ידעה ממי התעברה, יש מקום להורות שהבת אינה אלא ספק ממזרת, מאחר שיש מקום לספק שמא התעברה מנכרי.

נראה שלא להתחשב בדברי האם בבית הדין כעת בשנת תשס"ה, שאמרה שהאב הוא בעלה לשעבר ג., אלא להתחשב בדבריה בסמוך ללידת הבת בדיון בביה"ד במועד סידור הגט, מהם עולה שאינה יודעת מי האב. ומאחר שהאם נאמנת בדבריה להכשיר ולא לפסול, וגם אינה נאמנת לחזור בה, עיין שו"ת עבודת הגרשוני סי' קי"א ושו"ת רשב"ץ סי' לב שהובאו באוצה"פ סי' ד' ס"ק קד אות טו, אפשר לצרף את הספק שמא מנכרי.

מלבד זאת, דבריה כעת ניכרים כדברי שקר, הן במה שחזרה מדבריה בביה"ד בזמנו, בכמה דברים וכפי הנראה דבריה האחרונים נאמרו מתוך מחשבה שבכך תסייע לבתה.

ספק נאמנות הבעל (צירוף השיטות שאינו נאמן)

מאחר ושהעלנו שהבת ספק ממזר, האסור מדרבנן, יש מקום לצרף ספק נוסף, והוא ספק בנאמנות הבעל לשעבר ג., כשטען שהבת בבירור אינה ממנו. כאמור, מאחר שהבת אינה מוחזקת מיום לידתה כבתו של אדם אחר, הטוען שהיא בתו ומחזיקה כבתו, בנסיבות אלו ניתן לצרף שיטות ראשונים הסוברים שהבעל אינו נאמן לשלול אבהותו ושיש לייחסה כבתו.

אמנם בשו"ע סי' ד' סעיף כט פסק שהאב האומר על אחד מבניו שאינו בנו נאמן והבן ודאי ממזר.

אך הראשונים הביאו מדברי בה"ג הסובר דלהלכה נקטינן שלא האמינתו תורה לבעל אלא כשמעיד בדרך הכרת בכורה, שאמר על בנו קטן שהוא בכור וממילא הגדול ממזר. דברי בה"ג הובאו בתוס' ב"ב דף קכז: וברמב"ן וברא"ש וכן ברשב"א דף קכח:, (אלא שהראשונים שהביאו דבריו חלקו עליו), ובח"י הריטב"א (ב"ב קכז:) הביא כן בשם "דעת רבותינו", ובספר אור זרוע עמ"ס בבא בתרא סי' צה כתב כן שדעת ר"ת כדעת בה"ג.

שיטה נוספת בראשונים היא שיטת התוס' רי"ד במסכת בבא בתרא דף קכח: ובספר המכריע סי' סד וכן הרי"א ז' במסכת קידושין פרק רביעי (דף עח:): הסוברים שהתורה האמינתו רק כשטוען שהבן שילדה אשתו הוא בנו וממזר, מפני שאשתו אסורה עליו מחייבי כריתות, אך לא האמינתו תורה כשלבדבריו הוא אינו בנו.

אמנם שיטת רוב הראשונים אינה כדעת בה"ג והתוס' רי"ד וכן דעת הרמב"ם והשו"ע, עכ"פ מצינו בכמה מגדולי הפוסקים שצירפו שיטות אלו. עיין בפת"ש סי' ד' ס"ק לו שהביא מתשובת רע"א שצרף את השיטות הנ"ל לספק

הנישואין, כשידוע שמצבו הנפשי היה קשה עד כדי צורך באשפוזים תכופים בבית חולים לחולי נפש, ושהוא מטופל בכדורים בתקופות שבין האשפוזים, ובנוסף הלה ידוע כמופקר בהתנהגותו. וכן הוכח שאינו מדייק בדבריו בצורה משמעותית, האם אכן הוא אחראי לדבריו שלא התקיימו כל יחסים בינו לאשתו בשנה בטרם הבת נולדה. עכ"פ באדם כזה יש לדון אם נאמן בעדות "יכיר".

מלבד זאת, מאחר שהבת אינה מוחזקת מיום לידתה כבתו של אדם אחר, הטוען שהיא בתו המחזיקה כבתו, בנסיבות אלו ניתן לצרף שיטות ראשונים הסוברים שהבעל אינו נאמן לשלול אבהותו ושיש לייחסה כבתו.

על כן נראה שבמקרה זה יש מקום להתיר את המבקשת, דמעיקרא אינה אלא ספק ממזר, מכח ספק נכרי ספק ישראל, ובממזר דרבנן יש לצרף את הספקות הנ"ל בנאמנותו של הבעל.

להלן הנימוקים המפורטים לאמור לעיל.

היתר מכח ספק ספיקא

נקדים דלהלכה נקטינן להתיר בממזר בס"ס, עיין בב"ש סי' ב' ס"ק טו שפסק להתיר חשש ממזרות כשיש ספק ספיקא וכתב שכן דעת הט"ז ומהרש"ל, וכן דעת הדרישה אה"ע סוף סי' ז' וע"ע בב"ש סי' ד' ס"ק מג שהביא בשם מהרי"ו היתר הולד מכח ספק ספיקא. וכן דעת הגרע"א ז"ל והחת"ס שהובאו בפת"ש סי' ד' ס"ק לו, ודנו להכשיר במקום שיש ספק ספיקא, כגון ספק בנאמנות הבעל בטענתו שאינו בנו ספק הבן מנכרי. לעומת זאת דעת הב"י אה"ע סי' ז' בדעת הרמב"ם להחמיר אף במקום שיש ס"ס, ועיין בביאור הגר"א סי' ב' ס"ק לב שהסכים עם הב"י.

ועיין בספר בית מאיר סי' ד' סעיף כו שהביא מהריטב"א בחי' עמ"ס קידושין דמשמע דאף בספק ספיקא מחמירים משום מעלה עשו ביוחסין. אך בדבריו שכתב לאחר מכן בתשובה (שבשו"ת רע"א ח"א סי' ק') חזר בו וכתב כדלהלן - "גם אפשר לשיטת הריטב"א והמרדכי שהבאתי נראה לענ"ד כעת דאינו מוכרח, דכמו שהחמירו חז"ל בס"ס דשתוקי לשיטתייהו משום מעלת יוחסין לגמר מיני' לכל ס"ס דממזר, די"ל בס"ס זו נראה לרו"ל להחמיר משום דהיא תמידית בכל השתוקים, משא"כ בנתייחד לספק ממזר במקרה בלתי טהור, י"ל דלא החמירו דהוי דיעבד".

וכן מצינו בפוסקים אחרונים שדנו להתיר מכח ספק ספיקא, עיין בשו"ת אמרי יושר ח"ב סי' קיד ובשו"ת מהר"ש ענגיל חלק ח' סי' קיז, וכן העלה בספר יביע אומר חלק ה' סי' ב' אות ט' ובחלק ז' אה"ע סי' ו'.

האם יש מקום לספק שמא התעברה מנכרי, כשהאם אינה

יודעת מי האב

רבים מגדולי הפוסקים סוברים שאף במקום שיש רוב ישראל ומיעוט נכרים, וידוע בבירור שהאשה ודאי לא

ראשית, עיין לעיל ריש סי' ו' שהבאנו מדברי התשב"ץ הרדב"ז והחת"ס שאין די שהבעל יעיד שזה אינו בנו, ואם נראה שהדברים נאמרו על יסוד נתונים שאינם מחייבים שהבן ממזר, אין לו נאמנות של "יכיר". מאחר שהבעל קבל מעמד של עד המוסר מידע לבית הדין בלבד, ונאמן בדבריו, אך בית הדין הוא הפוסק. הבעל אינו במעמד של בית דין הפוסק וקובע את מעמד הבן. לכן אם הבעל אמר שהבן ממזר, אך ברור לנו שדבריו אינם מיוסדים על נתונים שעל פי ההלכה יש בהם לקבוע ממזרות, אין ממש בדבריו. לפי זה בנד"ד שבפנינו פרוטוקול מהדיון שהבעל העיד בו, וממנו עולה שהבעל אמנם טען שאינה בתו, אך עדיין לא ברור שבזמנו הבעל נחקר כראוי. מהפרוטוקול נראה שחסרה חקירה ראויה על פירוד מוחלט שנה שלימה שקדמה ללידה. בנסיבות אלו שכעת ידוע שהבעל אמר שאינה בתו, אך לא ידוע אם נחקר כנדרש, יחשב ספק "יכיר". דהיינו ספק אם נחקר כראוי ועדותו התקבלה כעדות שני עדים, ספק אמר דברים שאינם ברורים לפוסלה. וכשאין בדינו לזמנו כעת לעדות נוספת, הספק נשאר בעינו.

אמנם אילו בזמנו בית הדין היו פוסקים על יסוד עדותו, לא היה מקום לעורר ספקות, אבל במקרה זה שבית הדין רק החל דיון בלא להשלימו, כעת הדבר ספק אם נחקר כנדרש בחקירת הבעל בעדות "יכיר".

שנית, יש לדון האם אכן בזמנו הבעל היה כשר להעיד שהבת אינה ממנו, האם עפ"י מצבו באותה עת הוא היה ראוי לכך, ונאמן מכח ההלכה של "יכיר".

מסתבר, שככל שהדבר נוגע לקבלת עדות מאדם חולה נפש ומשובש כמתואר לעיל, בית הדין לא היה מקבל עדותו אילו היה בא להעיד עדות ממנו, או להעיד עדות להתיר אשת איש לעלמא בעדות המבוססת על זיכרון אירוע שארע בשנה האחרונה. ק"ו כשעדותו היא על אירוע שלא התרחש, דהיינו שלא התקיימו יחסי אישות עם אשתו. נראה שאדם כזה בטבעו אינו נאמן להעיד שלא ארע דבר כזה במשך השנה האחרונה, שמא היה תחת השפעת כדורים או שמא היה במצב נפשי קשה שאינו מאפשר לו לזכור דברים לאשורם.

מלבד זאת מסתבר שיש להחשיבו כאחר מן הריקים והפוחזים, עליהם דיבר תרומת הדשן שיובא להלן, לאחר שאינו נמנע מלהכות מכות קשות את אשתו עד שהיא ברחה מהבית מספר פעמים, ואינו נרתע מהתנהגות פרוצה לחיות עם אשה אחרת בזמן שאשתו עמו.

אך נקדים לברר גדר עדות "יכיר", האם דין הבעל כעד המעיד עדות, ובנסיבות שדבריו אינם עומדים בגדרי עדות אינו נאמן.

להלן נביא מהראשונים והאחרונים שנקטו לבאר שאמירת הבעל "יכיר" היא בגדרי כעדות.

תחילה נציין שכן מורה פשוט לשון הרשב"ם שנקט בלשונו לישנא "דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד" האמור

בשאלת נאמנות הבעל, וכן בתשובת החתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' יג. אמנם בספר חקרי לב מהדורא בתרא אה"ע סי' ד' דחה סברא זו (שהביא מתשובת ראנ"ח) וכתב שהתקבלה הכרעת הרמב"ם והשו"ע ואין להתחשב בדעת מקצת ראשונים שלא נפסקה הלכה כמותם בשו"ע.

אך מצינו בכמה פוסקים שהלכו בדרכו של הגרע"א ז"ל. עיין באוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קלד אות כה שהביא מספר שער המלך ומתשובות עין יצחק בנין עולם וחבצלת השרון שצרפו דעות אלו לספיקא דדינא בנאמנות הבעל.

אמנם בתשובות הנ"ל צירפו גם את שיטת התוספות רי"ד עמ"ס קידושין דף עח: שבמקרה שהאשה מכחישתו אינו נאמן. אך מהר"ם חביב ז"ל הורה לצרף את שיטת בה"ג ללא שיטת התוספות רי"ד. מהר"ם חביב ז"ל (בעל הגט פשוט, בשו"ת מהר"ם בן חביב המצורף לספר עזרת נשים, סי' יא, ובשו"ת מהר"ם בן חביב שי"ל לאחרונה בסי' קלב) כתב בלשון זו - "כבר ידוע דאפילו גבי אב דאמרינן דנאמן אדם לומר פלוני בני הוא ממזר, אמרו בשם הלכות גדולות ור"ת דהיינו דוקא היכא דאיכא בכור. אבל היכא דליכא בכור אין האב נאמן. איברא דר"י והרא"ש חלקו עליהם, מ"מ הוי ספיקא ופולוגתא דרבוותא דרבנן, ויש לעשותו סניף להקל", עכ"ל.

הרי לנו דעת עמוד ההוראה בעל הגט פשוט, לצרף כסניף את שיטת בה"ג ור"ת שלא לקבל עדות האב אלא בדרך הכרת בכורה. ולא כתב צירופים נוספים הנחוצים לצירוף שיטה זו.

ועיין בספר אמרי יושר ח"ב סי' קיד שדן במקרה שדנו להתיר את הבת לאחר שלושים שנה מלידתה ואין ידוע אם אמה הכחישה את טענת הבעל שהבת אינה ממנו, וכתב על זה באמרי יושר שאפשר לצרף את שיטת בה"ג שבעינן דרך הכרת בכורה וכן את שיטת הרי"ד והריא"ז שאינו נאמן לטעון שאינו בנו, אף כשלא מצטרפת שיטת התוס' רי"ד בקידושין. ח"ל האמרי יושר - "אף שבנידון דידן אין אתנו יודע אם האשה הכחישתו, אבל הרי בתשובת חתם סופר ביאר דלפי מש"כ ריא"ז בספר המכריע אין שום הכרח כלל תו לומר דבמכחשתו אינו נאמן, וכתב דהך שיטה לאו דסמכא היא כלל, ועכ"ז מסיק דהוי ספיקא דדינא מחמת שתי השיטות הנ"ל, דעת בה"ג דבעינן היכר בכורה, ודעת הרי"ד דבאומר אין זה בני אינו נאמן. ועיין בתשובת חתם סופר סי' עו שהאריך להביא מכמה גדולי הפוסקים דסברי כרי"ד, וכן פסק ביש"ש הלכה למעשה, ויש לחשוב לספיקא דדינא, וא"כ גם בנידון דידן כן".

וע"ע בספר שמע שלמה להראש"ל"צ הגאון רבי שלמה משה עמאר שליט"א ח"ב אה"ע סי' ד' סק"ד.

שאלת נאמנות הבעל

במקרה שבפנינו יש מקום לברור ודיון בשאלת נאמנות הבעל. בירור זה אמור להתקיים בשתי בחינות.

המעמד שאינה מעוברת ממנו, עדות גמור הוא כיון שהיה בפני בי"ד ... אמנם מה שאני רואה זכות לזה הולד הוא, שכפי הנראה מתוך השאלה, שעדות זה נתקבל בלילה, וקיי"ל דאין דנין בלילה תחילת דין ואם דנו אין דיניהם דין, וקבלת עדות כתחילת דין ... וא"כ הכא בנדון דידן, כיון דבעינן קבלת עדות בפני בי"ד דהוי כתחילת דין, בעינן ביום ... בהא סלקינן ובהא נחתינא שיראה שאשה זאת מותרת לראובן והולד כשר, כך יראה לי אם יסכימו עמודי ההוראה" עכ"ל מהרח"ש.

בתשובת חכם צבי סי' מד הוכיח שעדות האב דינה כעדות, מלשון הגמ' במסכת יבמות דף מז. שנקטה לשון עדות על דברי האב. וז"ל הגמ' - "מעשה באחד שבא לפני רבי יהודה, ואמר לו נתגיירתי ביני לבין עצמי, א"ל רבי יהודה יש לך עדים אמר ליה לאו. יש לך בנים א"ל הן. א"ל נאמן אתה לפסול את עצמך, ואי אתה נאמן לפסול את בניך. ומי א"ר יהודה אבנים לא מהימן, והתניא יכיר יכירו לאחריים, מכאן א"ר יהודה נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שנאמן לומר זה בני בכור, כך נאמן לומר בני זה בן גרושה הוא או בן חלוצה הוא ... א"ר נחמן בר יצחק, ה"ק ליה לדברייך עובד כוכבים אתה, ואין עדות לעובד כוכבים", עכ"ל הגמרא. וכתב על זה החכם צבי אודות הנידון שם בתשובתו - "וכיון דמשום עדות נגעו בה, אף אנו נאמר, נאמן הוא בעדותו שאומר בנו הוא דהתורה האמינתו, ואינו נאמן במה שאומר שלא בא עליה קודם החופה, דההיא לית בה לתא דעדות".

ובספר ישועות יעקב אה"ע סי' ד' בפירושו הקצר ס"ק כב, כתב לחלק בין אומר על עצמו שהוא ממזר לאומר על בנו שהוא ממזר שאם יש בנים לבן, אינו נאמן אף על בנו. וז"ל - "האומר על עצמו שהוא ממזר נאמן לאסור עצמו בבת ישראל, והטעם משום שויה אנפשיה חד"א, ובוה אף אם יש לו בני בנים, דדוקא היכא דמתורת עדות קאתינן עלה, אמרינן כיון שבטלה מקצתה בטלה כולה, אבל כאן מתורת שויה אנפשיה חד"א הוא".

מבואר מדברי הישועות יעקב, שנאמנות "יכיר" היא מתורת עדות שבה האב נאמן אף שהוא עד אחד וקרוב, ובעדות זו נאמרה ההלכה - עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

מצינו כמה אחרונים שהסכימו לדינו של הישועות יעקב. בשו"ת באר יצחק (להגרי"א ז"ל מקאוונא) חלק אה"ע סי' טז כתב - "וכן הא דאמרו ביבמות (דף מ"ז) דאם יש לבנו בנים אינו נאמן לפסול אף בנו משום דהוי בגדר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה", וכן בספר אור גדול (להגדול ממינסק) סי' ב' כתב - "וכיון דנאמנות האב על הבן הוא בגדר עדות, שפיר י"ל דגם זוהי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה". וכן בשו"ת חבצלת השרון חלק אה"ע סי' י' הביא מדברי הישועות יעקב והסכים עמו.

וכן יש לצרף לשיטה זו שדברי האב "יכיר" הם בגדר עדות, את תשובת בנין עולם חלק אה"ע סי' ו' סק"י שפסל

ביחס לעדות. וכן כתב בתשובת חתם סופר חלק אה"ע ח"א בהשמטה לסי' ע, וז"ל - "הרשב"ם בב"ב קכ"ז ע"ב גבי אמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן כתב הטעם משום כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ש"מ ס"ל דהו"ל כעדות ממש מהתורה. וכ"כ שם רמב"ן על דברי רשב"ם בתחילת הסוגיא, היו מוחזקים בו שהוא בכור ואמר אביו על אחר בכור הוא שפרש רשב"ם שחזקה הראשונה היתה על פי האב, והקשה הרמב"ן הא אינו חוזר ומגיד". ועיי"ש מסקנת החתם סופר שדין האב כדין עדים ולכן אינו נאמן לחזור בו אלא לפרש דבריו, ורק במי שהיה עובר על בית המכס ואמר עבדי אינו נחשב כלל לעדות כי כולם יודעים שדרכם לשנות דיבורו בבית המכס, ועל כן יכול לחזור ולומר בני הוא.

וכן משמעות לשון הרמ"ה שהובא לעיל סי' ו', שכתב "לא יהא אלא שני עדים, וכי מהימני למהדר בהו בסהדותייהו, והא קיימא לן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד".

וכן, התוספות ר"ד בתשובה (בספר תשובות הרי"ד) סי' צב, כתב לחלק בין דברי האב הנאמרים מחוץ לבית הדין, שיכול לחזור בו בדבריו אלו. משא"כ לאחר שהעיד בבית הדין אינו יכול לחזור בו. ומבואר באותה תשובה שגדר "יכיר" הוא, שביחס לדבריו בבית דין אודות יחוס בנו או בתו, דינו כדין שני עדים.

וז"ל הרי"ד - "לא תהא עדות פיו גדולה מהעדאת העדים, ואילו מעידים שני עדים שלא בבית דין כי הוא ממזר יכולין לחזור בעדותם, שלא נאמר כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אלא בעדות שהעידו בבית דין, ואם באו שנים ואמרו אנחנו שמענו מפי שני עדים פלוני ופלוני כי פלוני ממזר לא נעשה ממזר על פיהם, כל שכן אם חזרו בעדותן שיכולין לחזור בעדותן כל זמן שלא העידו בבית דין, גם זה כל זמן שלא העיד בב"ד יכול לחזור בעדותו, וצריך שיעיד בב"ד או בפני ג' בתורת עדות לא דרך כעס. ואם תימצי לומר כי אינו צריך בב"ד, מכל מקום כל זמן שלא העיד בב"ד יכול לחזור בעדותו ... בודאי כי הוא צריך להעיד בפני ב"ד שהרי הוא בא לקובעו ממזר ואי אפשר להיות אלא בב"ד שאין עדות אלא בב"ד, שכל מה שיאמר העד חוץ לב"ד יכול לחזור בו ואין עדות נגמרת אלא בב"ד".

ומצינו באחד מגדולי האחרונים שהלך בדרכו של הרי"ד, בלא שראה דבריו. בתשובת תורת חיים למהרח"ש (ח"ג סי' נב) כתב בפשיטות לדון דין "יכיר" כעדות גמורה, ואף כתב לפסול עדות זו אילו נאמרה בלילה. וז"ל - "טעמא דמילתא שהתורה האמינתו לאב על הבן כשני עדים, וכרבי יהודה דאמר יכיר יכירו לאחריים, ובתורת עדות הוא, א"כ יראה דלא מהני אמתלאה, דלא אשכחן דמהניא אלא לענין שוייא חתיכה דאיסורא אבל לגבי עדות אין העדים יכולים לסתור דבריהם בשום אמתלא דכיון שהגיד כו'. ואיברא דבמה שאמר קודם נסיעתו, מילי דכדי נינהו כיון שלא אמר בפני בי"ד, ואין עדות אלא בפני בי"ד. אבל במה שאמר בפני

לאחר שקבענו שהעיקר כשיטות אלו שדברי הבעל הם כעדות, הרי שבעדות הבעל דנן יש לפקפק בנאמנותו עפ"י מש"כ בתרומת הדשן ח"ב סי' רכד, שכתב בלשון זו - "ויוכל מר להתיר לכל גבר דיתצביין, אך בתנאי זה אם ידוע למר שהועד העדות בלי רמיה, כי אינני מכיר את העד אם הוא מן הריקים הפוחזים דלא חיישינן במידי לאסהודי שיקרא". מבואר שעד ריק ופוחז פסול, אף בעדות אשה, מפני שאינו חושש לעדות שקר.

והראי"ה קוק ז"ל בספר עזרת כהן סי' עא הביא מדברי תרומת הדשן וכתב - "נראה שגם על עדות ריקים ופוחזים סומך כשנראה שלא יש רמיה בדבר. וטעמי הוא מפני שאינו רשע של תורה ממש, אלא משום דחשיד לשקר ראוי להפסל ... וכשר לעדות אשה, וכשמחזק לן שאינו משקר בטבעו".

ואילו בנד"ד, הבעל הינו אדם שהוא ריק ופוחז, ואינו נאמן בטבעו לומר בבירור שבמשך השנה האחרונה לא קרב לאשתו, וזאת מחמת מצב בריאותו הנפשי ושהוא תמיד תחת השפעת כדורים.

אמנם, בספר אגרות משה אה"ע ח"ד סי' כג (אות א' ד"ה והנה במ"מ) כתב - "גזירת הכתוב להאמין לאב אף שהוא איש שידוע לאינו נאמן כלל דהוא מוחזק לשקרן וגם לכפרן ואין מתחשבין אינשי כלל בדבריו, מ"מ התורה גורה לדון כדברו שאומר שאינו בנו ... ואף שהוא בעצם איש שאינו נאמן כלל".

אך דבריו צ"ע, והם בניגוד גמור לדברי החתם סופר. דברי האג"מ אינם ברורים, מאחר שדברי הבעל הן כעדות, כיצד ניתן לקבל עד הידוע כשקרן וכפרן, כיצד בית הדין יכול לפסוק על פי עדות אדם כזה שאין מקום להאמינו בעיקר העדות. שהרי גדרי דבריו כעדות לכל דבר.

וכפי הנראה סבר האגרות משה כדעת הג"ר חיים מוואלאזין ז"ל בתשובה בספר חוט המשולש ח"א סי' ג' שנאמנות האב בדין "יכיר", אינה בגדרי עדות, עי"ש שכתב "משום דבהכרת האב לא מקרי עדות כלל. והא דכתב הרשב"ם שם (דף קכו ע"ב) גבי זה בני וחוזר ואומר עבדי כו' וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. האי לישנא לאו דוקא הוא, אלא כוונתו כיון שהכיר שוב אינו חוזר ומכיר. וכמ"ש הנ"י שם דאין הבחנה אחר הבחנה, אבל לדינא ודאי לא דמו להדדי, דהיכא דקרינן ביה ואם לא יגיד כו' לא מהני אמתלא, כמ"ש מסוגיא דכתובות (דף יח ע"ב). אבל גבי הכרת האב מהני אמתלא כדכתיבנא לעיל".

אך כאמור רבו מאד החולקים על סברא זו, והעיקר כדעתם. אך גם לשיטת הג"ר חיים מוואלאזין ז"ל פשיטא שלא נקבל דבריו כשיש ספק האם דבריו נאמרים בצלילות ומתוך ידיעה ברורה.

פשיטא, שאילו אדם כמתואר לעיל היה מופיע בבית הדין לעדות בעלמא, ומעיד שבמשך שנה תמימה לא ארע אירוע כזה או אחר, לא היינו מקבלים עדותו להוציא ממון על פי עדות כזו. אמנם אילו היה מעיד על מעשה שארע

עדות האב הנוגע בדבר, מטעם זה שקבע שדבריו הם בתורת עדות.

לכאורה, היה מקום לתלות שאלה זו, האם דברי הבעל הנאמן מכח יכיר הם כעדות לכל דבר, במחלוקת הב"ש והבית מאיר בשאלת נאמנות בעל המסתמך על אחר. הב"ש סי' ו' ס"ק כז שכתב שבעל המאמין לדברי אשתו יכול בכך לעשות בניו חללים, סובר שדין נאמנות האב היא כשווא אנפשיה חד"א, וחידשה תורה שה"ה דיכול לשוויה את בנו חד"א. ולדעת הבית מאיר סי' ו' סעיף יג החולק היינו מפני שאין עדות מתקבלת אלא כשמעיד על פי ראייתו ולא מכח דברי אדם אחר. ואמנם כך כתב בשו"ת צמח צדק (החדש) חלק אה"ע סי' יד אות ט' להסכים לשיטת הבית מאיר, וכתב - "הסברא נותנת לומר דהא דהאמינה התורה לאב היינו במה שראה בעצמו, לא במה שמאמין לאחרים. דבודאי לא עדיפא כח האב משני עדים כשרים, והרי עד מפי עד לא מהני בכל מקום דצריך עדים, אף ששמעו מפי נאמן כבי תרי".

הרי שסברת החולקים על הב"ש היא מפני שכח האב כעדים, והיה לכאורה נראה ששיטת הב"ש אינה כן. אך בתשובת רבי שלמה איגר חלק אה"ע סי' ט' כתב שעדות האב היא כעדות, ושאלה הב"ש מסכים לכך, וז"ל - "סברת הב"ש לאו משום שויה חתיכה דאיסורא הוא. אלא דטעמיה כיון דהתורה נתנה לאב נאמנות להכיר את בנו, יש לו ג"כ ההכרה להאמין לעד. ואילו היו כל ישראל קים להו בגויה דאם, שאינה משקרת, יהיו צריכים להחזיק הולד הזה בחזקת חלל, משום הכי גם עתה שנתנה התורה ההכרה לאב, ואומר דקים ליה דלא משקרה, כל העולם אזלי אבתריה להחזיקה בנאמנות, והוי כאילו כולם מאמינים לדברי האב, שהאב נאמן לומר שאינה משקרת, ושויה כולם אנפשיהו חתיכה דאיסורא על ידי שמאמינים לאב, וכן ראיתי שפרש בספר אבני מילואים (שם סק"ה)".

עפ"י דרך זו יתבאר דברי החתם סופר לפסול עדות "יכיר" שבה הבעל הוחזק כפרן. בתשובת החתם סופר חאה"ע ח"א סי' יג (ד"ה והנה פשוט) כתב - "הנה פשוט אעפ"י שהאמינתו תורה לאב מ"מ לא עדיף מעדות גמור דאורייתא, דנהי דאפשר דלא בעי דרישה וחקירה ואינו צריך לברר כלל לומר מנא ידעת שאינו בנך, אלא נאמן סתם. מ"מ כל שאומר מאומד ומדומה שאפילו שני עדים כשרים אין עדותם עדות ... וגם נראה קצת כהחזק כפרן". עכ"ל החת"ס.

ומבואר מדבריו, שריעותא דהחזק כפרן שייכת גם בעדותו של האב. וכן שאר גדרי עדות, מלבד שאינו צריך להיות כשר לעדות מצד עצמו, ואף שהוא קרוב נאמן, ולדעת רוב פוסקים (עיין תוספות רע"א על המשניות במסכת יבמות פ"ב אות כו, ובבית מאיר אה"ע סי' ו' סעיף יג וספר אור גדול סוף סי' ב' ושו"ת מנחת אלעזר ח"ג סי' ל') אף שנפסל מחמת עבירה הוא נאמן.

היה מקום לפתוח מחדש את הנושא לדיון, ובי דין בטר בית דין לא דייקי. אך מאחר שבזמנו חברי ביה"ד בעת שקבלו עדותו בחרו שלא לפסוק דבר אלא מצאו לנכון להסתפק בקביעה שהנושא טעון בירור, ובכך הניחו מקום לבית דין אחר שיבוא אחריהם, לדון ביחס לטיבה של העדות. רק כעת, לאחר עשרים וחמש שנה, מתקיים בירור ביחס למה שארע בזמנו, בנסיבות אלו, אין מנוס אלא לפסוק עפ"י החומר שבפנינו, ממנו עולה שיש לפקפק בנאמנות הבעל, והדעת נוטה שאינו הוא נאמן מכח "יכיר", ואינו נאמן לשלול את אבהותו על הבת. על כן יש להתיר לבת לבוא בקהל, וזאת בצירוף הספק שמא האם התעברה מנכרי וספק נוסף בנאמנות הבעל כאמור לעיל.

מאחר שההיתר המיוסד על הספק שמא האם התעברה מנכרי, על כן הוא אינו כולל היתר נישואין לכהן.

בקום עשה, היה מקום לשקול זאת, לולי שנראה כעד ריק ופוחז. אך כשמעיד על העדר מעשה, דהיינו ששנה תמימה לא קרב לאשתו, וידוע שבתוך שנה זו היה חולה במחלה נפשית, מטופל בכדורים ומאושפז בבית חולים לחולי נפש, הרי שבנסיבות המתוארות אין ערך לדבריו על העדר יחסים עם אשתו במשך שנה.

מסקנת הדברים - העיקר כדעת הסוברים שקבעו שדבריו של האב הנאמן ב"יכיר", דינם כעדות, ונאמרו בה גברי הלכות עדות, אלא חידשה תורה להאמין לאב למרות היותו עד אחד וקרוב, ו"א שאף אם הוא עובר עבירה נאמן. על כן הלכה למעשה יש מקום לנטות ממסקנת האגרות משה הנזכרת, ואין נאמנות לדברי הבעל שנאמרו בזמנו בביה"ד. אמנם דברי הבעל לא נאמרו בפנינו, וקשה לקבוע מסמרות בזה. אך אילו חברי ביה"ד ששמעו את דברי האם ובעלה בזמנו, היו דנים ומכריעים כיצד להתייחס לדבריו, לא

סימן י

בירור הלכה בדין "יכיר"

כסלו תשס"ו

והלאה, לאחר שהבעל חזר והודה שהיא בתו, שוב אינו נאמן לחזור לטעון שאינה בתו.

במסכת בבא בתרא דף קכז: - "א"ר יוחנן אמר בני הוא, וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן, עבדי הוא, וחזר ואמר בני הוא נאמן, דמשמש לי כעבדא קאמר".

הרי מבואר שבלא אמתלא מספיקה, אינו נאמן לחזור בו. וכתב הרשב"ם הטעם - "אין לנו לילך אחר טענה אחרונה, דהודאת פיו האמינה תורה במאי דאמר בני, כדכתיב יכיר, וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד". ובספר יד רמ"ה (סי' קא) כתב בלשון זו - "נהי נמי דאמר רבי יהודה דאבא נאמן, לא יהא אלא שני עדים וכי מהימני למהדר בהו בסהדותיהו, והא קיימא לן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. דאמר רבי יוחנן, בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן, לבר מבי מיכסא דמוכחא מילתא דמעיקרא כי קאמר בני הוא לאפטורי ממיכסא קאמר".

ובחי' הרשב"א כתב בלשון זו - "משום דכתיב יכיר שהתורה נתנה בידו ההבחנה ... אבל לאחר הודאתו, שוב אינו נאמן, שלא נתנה לו התורה הבחנה אחר הבחנה", וכן כתב בנימוקי יוסף, וכן פסק ברמ"א אה"ע סי' ד' סעיף כט.

האם נאמנות "יכיר" היא בגדרי הגדת עדות

לצורך בירור הנידון שבפנינו, נקדים ונברר בעו"ה הלכה זו של "יכיר". האם דברי האב, "יכיר", יחשבו כהגדת עדות, ונאמרו בה הלכות הגדת עדות, למעט שבעדות זו האב נאמן למרות היותו עד אחד קרוב. או שנאמנות האב אינה כעדות,

בפני בית הדין שהתמנה לדון בענייני יחסין הוגש מקרה קשה וחמור, שאלת כשרות לבוא בקהל, של ששה ילדים. בעת הגירושין, שהוסדרו בבית דין אחר, שני בני הזוג הצהירו שכל ששת הילדים שנולדו לאשה בתקופת נישואיה לבעלה, אינם ילדיו של הבעל, ועל פי דבריהם, נקבע איסורן לבא בקהל. אך לאחר מכן האשה חזרה בה, ובקשה לדון מחדש בנושא, ובעקבות בקשתה התכנס בית דין מיוחד, שדן מחדש בנושא.

התקיימו דיונים במעמד כל הנוגעים בדבר, ולהלן נימוקי פסק הדין להתירם, עם עיקרי הפרטים הרלוואנטים להיתר. נציין שהדרך לפתרון נמצאה לאחר חקירה מאומצת שבסופה התגלה פרוטוקול דיון שהתקיים בין הצדדים בבית הדין אחר, (ולא באותו בי"ד שבו סודר הגט), מספר שנים בטרם הגירושין, בסמוך לאחר לידת הבת הגדולה מששת הילדים. בתחילה כתבנו לדון בשאלת מעמדה של אותה הבת, והמסקנה שהגענו אליה ושללה את נאמנות הבעל בדבריו על אותה בת, הביאה לערעור נאמנותו גם על שאר הילדים, ובצירוף שיקולים נוספים שיתבארו להלן.

האומר זה בני ולאחר מכן מבקש לחזור בו

באותו דיון שהתקיים מספר שנים בטרם לגירושין, בתחילה הבעל טען שהבת אינה שלו, אך לאחר חקירה נוקבת בבית הדין, הבעל חזר בו והודה שהבת שלו. הבעל היה נאמן לחזור בו, לאחר שהתברר שאמירתו הראשונה היתה מבוססת על השערה שאין בה ממש. ומאותו מועד

יכול לחזור בו. ומבואר באותה תשובה, שביחס לדבריו בבית דין, דינו כדין שני עדים.

וז"ל הרי"ד - "לא תהא עדות פיו גדולה מהעדאת העדים, ואילו מעידים שני עדים שלא בבית דין כי הוא ממזר יכולין לחזור בעדותם, שלא נאמר כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אלא בעדות שהעידו בבית דין, ואם באו שנים ואמרו אנחנו שמענו מפי שני עדים פלוני ופלוני כי פלוני ממזר לא נעשה ממזר על פיהם, כל שכן אם חזרו בעדותן שיכולין לחזור בעדותן כל זמן שלא העידו בבית דין, גם זה כל זמן שלא העיד בב"ד יכול לחזור בעדותו, וצריך שיעיד בב"ד או בפני ג' בתורת עדות לא דרך כעס. ואם תימצא לומר כי אינו צריך בב"ד, מכל מקום כל זמן שלא העיד בב"ד יכול לחזור בעדותו ... בודאי כי הוא צריך להעיד בפני ב"ד שהרי הוא בא לקובעו ממזר ואי אפשר להיות אלא בב"ד שאין עדות אלא בב"ד, שכל מה שיאמר העד חוץ לב"ד יכול לחזור בו ואין עדות נגמרת אלא בב"ד."

ומצינו באחד מגדולי האחרונים שהלך בדרכו של הרי"ד, בלא שראה דבריו. בתשובת תורת חיים למהרח"ש (ח"ג סי' נב) כתב בפשיטות לדון דין "יכיר" כעדות גמורה, ואף כתב לפסול עדות זו אילו נאמרה בלילה. וז"ל - "טעמא דמילתא, שהתורה האמינתו לאב על הבן כשני עדים, וכרבי יהודה דאמר יכיר יכירו לאחרים. ובתורת עדות הוא, א"כ יראה דלא מהני אמתלאה. דלא אשכחן דמהניא, אלא לענין שוייא חתיכה דאיסורא, אבל לגבי עדות אין העדים יכולים לסתור דבריהם בשום אמתלא, דכיון שהגיד כו'. ואיברא דבמה שאמר קודם נסיעתו, מילי דכדי ניהו כיון שלא אמר בפני בי"ד, ואין עדות אלא בפני בי"ד. אבל במה שאמר בפני המעמד שאינה מעוברת ממנו, עדות גמור הוא כיון שהיה בפני בי"ד ... אמנם מה שאני רואה זכות לזה הולד הוא, שכפי הנראה מתוך השאלה, שעדות זה נתקבל בלילה, וקיי"ל דאין דנין בלילה תחילת דין ואם דנו אין דיניהם דין, וקבלת עדות כתחילת דין ... וא"כ הכא בנדון דידן, כיון דבעינן קבלת עדות בפני בי"ד דהוי כתחילת דין, בעינן ביום ... בהא סלקינן ובהא נחתינא שיראה שאשה זאת מותרת לראובן והולד כשר, כך יראה לי אם יסכימו עמודי ההוראה ... אחר שכתבתי כל זה נולד לי גמגום, שנראה לכאורה שתירה למאי דכתיבנא לעיל בהא דהימניה רחמנא לאב על בנו כדכתב יכיר כו' היינו כשהעיד בפני בי"ד, מהא דאמרין בפרק יש נוחלין ההוא דאמא לקמיה דרבא בר חנן א"ל מוחזקני בזה שהוא בכור א"ל מנא ידעת, דהוה קרו לי אבוב בוכרא כו'. ומשמע דאפילו שלא בפני בי"ד מהניא דבורו של אב. ואיברא דמהא לא איריא דאיכא למידחי דהתם שאני שלא ראו שחזר האב מדבורו, ועוד דהתם הוא שהיה אביו רגיל לקראו בכור, ובכל חד מהני גוויי מהניא, או שלא חזר מדבורו או שהיה רגיל לקרוא לו בכור או בני והוחזק על פיו. אבל מי שאמר פעם אחת חוץ לבי"ד שהוא בנו או שאינו בנו, ואח"כ בא לבי"ד, איכא למימר דלא גרע משאר עדויות

ולא יאמרו בה ההלכות הקבועות ביחס להגדת עדות. ונ"מ לכמה הלכות שיובאו להלן.

הגר"ר חיים מוואלאזין ז"ל בתשובה בספר חוט המשולש ח"א סי' ג' נקט שנאמנות האב בדין "יכיר", אינה בגדרי עדות, ועפ"י זה באר שהרשב"ם נקט בלשונו לשון "דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד", אין כוונתו לבאר דין יכיר על פי הקבוע בהלכות עדות.

וז"ל - "אע"ג דבשאר עדות עד מפי עד לאו כלום הוא. בהכרת האב סמכינן אעדים ששמעו מפיו, כדאמרין בב"ב (דף קכו ע"ב) ההוא דאתא לקמיה דרבב"ח כו' ההוא דאתא לקמיה דר"ח כו'. וכן סגי בהרכנת הראש גרידא גבי הכרת האב כדאמרין בגיטין (ד' עא ע"א) א"ר אבוב ירושת בנו הבכור. וכבר תפסו כל הפוסקים כפי' התוס' שם, והיינו משום דבהכרת האב לא מקרי עדות כלל. והא דכתב הרשב"ם שם (דף קכו ע"ב) גבי זה בני וחוזר ואומר עבדי כו' וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. האי לי שנא לאו דוקא הוא, אלא כוונתו כיון שהכיר שוב אינו חוזר ומכיר. וכמ"ש הנ"י שם דאין הבחנה אחר הבחנה. אבל לדינא ודאי לא דמו להדדי, דהיכא דקרינן ביה ואם לא יגיד כו' לא מהני אמתלא, כמ"ש מסוגיא דכתובות (דף יח ע"ב). אבל גבי הכרת האב, מהני אמתלא כדכתיבנא לעיל."

אמנם כמה אחרונים שצידדו בדרך זו של הגר"ר מוואלאזין, אך נראה שדעה זו אינה מוסכמת, והעיקר כדעת החולקים.

להלן נביא מהראשונים והאחרונים שנקטו לבאר דין יכיר בגדרי עדות. תחילה נציין שכן מורה פשטות לשון הרשב"ם שנקט בלשונו לישנא "דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד" האמור ביחס לעדות. וכן כתב בתשובת חתם סופר חלק אה"ע ח"א בהשמטה לסי' עו, וז"ל - "הרשב"ם בב"ב קכ"ז ע"ב, גבי אמר בני הוא וחוזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן, כתב הטעם משום כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ש"מ ס"ל דהו"ל כעדות ממש מהתורה. וכ"כ שם רמב"ן על דברי רשב"ם בתחילת הסוגיא, היו מוחזקים בו שהוא בכור ואמר אביו על אחר בכור הוא שפרש רשב"ם שחזקה הראשונה היתה על פי האב, והקשה הרמב"ן הא אינו חוזר ומגיד."

ועיי"ש מסקנת החתם סופר שדין האב כדין עדים, ולכן אינו נאמן לחזור בו אלא לפרש דבריו. ובהיה עובר על בית המכס ואמר עבדי, אינו נחשב כלל לעדות, כי כולם יודעים שדרכם לשנות דיבורו בבית המכס, ועל כן יכול לחזור ולומר בני הוא.

וכן משמעות לשון הרמ"ה שהובא לעיל, שכתב "לא יהא אלא שני עדים, וכי מהימני למהדר בהו בטהדותיהו, והא קיימא לן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד."

התוספות רי"ד בתשובה (בספר תשובות הרי"ד) סי' צב, כתב לחלק בין דברי האב הנאמרים מחוץ לבית הדין, שיכול לחזור בו בדבריו אלו. משא"כ לאחר שהעיד בבית הדין אינו

חד"א. ולדעת הבית מאיר סי' ו' סעיף יג החולק, היינו מפני שאין עדות מתקבלת אלא כשמעיד על פי ראייתו ולא מכח דברי אדם אחר. ואמנם כך כתב בשו"ת צמח צדק (החדש) חלק אה"ע סי' יד אות ט' להסכים לשיטת הבית מאיר, וכתב - "הסברא נותנת לומר דהא דהאמינה התורה לאב היינו במה שראה בעצמו, לא במה שמאמין לאחרים. דבודאי לא עדיפא כח האב משני עדים כשרים, והרי עד מפי עד לא מהני בכל מקום דצריך עדים, אף ששמעו מפי נאמן כבי תרי".

הרי שסברת החולקים על הב"ש היא מפני שכח האב כעדים, והיה לכאורה נראה, ששיטת הב"ש אינה כן. אך בתשובת רבי שלמה איגר חלק אה"ע סי' ט' כתב שעדות האב היא כעדות, וגם הב"ש מסכים לכך, וז"ל - "סברת הב"ש לאו משום שויא חתיכה דאיסורא הוא, אלא דטעמיה כיון דהתורה נתנה לאב נאמנות להכיר את בנו, יש לו ג"כ ההכרה להאמין להעד. ואילו היו כל ישראל קים להו בגויה דאם, שאינה משקרת, יהיו צריכים להחזיק הולד הזה בחזקת חלל, משום הכי גם עתה שנתנה התורה ההכרה לאב, ואומר דקים ליה דלא משקרה, כל העולם אזלי אבתריה להחזיקה בנאמנות, והוי כאילו כולם מאמינים לדברי האב. שהאב נאמן לומר שאינה משקרת, ושויא כולם אנפשייהו חתיכה דאיסורא על ידי שמאמינים לאב, וכן ראיתי שפרש בספר אבני מילואים (שם סק"ה)".

מסקנת הדברים - העיקר כדעת הסוברים שעדותו של האב דינה כעדות, ונאמרו בה הלכות עדות, למרות שהאב עד אחד קרוב. ולהלן נביא כמה נ"מ לדינא העולות מכך. מטעם זה, האב שהעיד בבית דין שפלוגי הוא בנו, אינו נאמן לחזור ולהעיד שאינו בנו, ובהתאם להלכה שנאמרה בעדות שני עדים - כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד.

נחזור לנידון שבפנינו, לפי האמור, ביחס לאותה הבת הגדולה שבתחילה הבעל טען שהבת אינה שלו, ולאחר שהתברר שהדברים נאמרו בהסתמך על אומדנא שאין בה ממש, הבעל חזר בו וקבל את דעת בית הדין שקבע שהבת היא בתו, והאב אמר בפירושו שהיא בתו.

לאחר אמירה זו שנאמרה בפני בית דין, הבעל אינו נאמן לחזור ולטעון שהיא אינה בתו, בין שאמר כן בסיום אותו דיון או שאמר כן לאחר כמה שנים בפני בית הדין או מחוץ לבית הדין.

בנוסף יצויין שבפרוטוקול הדיון בבית הדין בעת הדיון על הבת הגדולה, נרשם שבית הדין קבע בבירור ופסק שהבת היא בתו של הבעל.

כפי הנראה, בית הדין לא נזקק לכתוב פסק דין שהבעל הוא אבי הבת, מאחר שבסתמא הבעל הוא אבי ילדי אשתו, ולשם קביעה כזו אין צורך לנקוט יוזמה ולהוציא פסק דין. אך הקביעה שהנ"ל הוא אבי הבת נאמרה בעל פה. ובהתאם להלכה שפסק דין יכול להנתן בעל פה, ואין הכרח לכתבו. יעויין במשנה במסכת סנהדרין דף כט. - "הגדול שבדיינין

דעלמא, דיכול לחזור בו, כל שלא העיד בבי"ד. אמנם יש לגמגם מדתניא היה עובר על בית המכס ואמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא נאמן כו'. וכתבו המפרשים דטעמא דמה שאמר בני הוא, להבריח מן המכס אמר כן, משמע הא לאו הכי לא היה נאמן לחזור בו, והתם פשטא דמילתא דעובר על בית המכס כשלא בפני בי"ד הוא. ואפשר לדחות שהמפרשים פי' טעמא אלימתא דמהניא אפילו היה הדבר בפני שלשה והם בי"ד, יכול לחזור בו דמסתמא להבריח מן המכס אמר כן, עכ"ל מהר"ש.

בתשובת חכם צבי סי' מד הוכיח שעדות האב דינה כעדות, מלשון הגמ' במסכת יבמות דף מז. שנקטה לשון עדות על דברי האב. וז"ל הגמ' - "מעשה באחד שבא לפני רבי יהודה, ואמר לו נתגיירתי ביני לבין עצמי, א"ל רבי יהודה יש לך עדים אמר ליה לאו. יש לך בנים, א"ל הן. א"ל נאמן אתה לפסול את עצמך, ואי אתה נאמן לפסול את בניך. ומי א"ר יהודה אבנים לא מהימן, והתניא יכיר יכירו לאחרים, מכאן א"ר יהודה נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שנאמן לומר זה בני בכור, כך נאמן לומר בני זה בן גרושה הוא או בן חלוצה הוא ... א"ר נחמן בר יצחק, ה"ק ליה לדבריק עובד כוכבים אתה, ואין עדות לעובד כוכבים", עכ"ל הגמרא. וכתב על זה החכם צבי אודות הנידון שם באותו תשובה - "כיון דמשום עדות נגעו בה, אף אנו נאמר, נאמן הוא בעדותו שאומר בנו הוא דהתורה האמינתו, ואינו נאמן במה שאומר שלא בא עליה קודם החופה, דהיא לית בה לתא דעדות".

ובספר ישועות יעקב אה"ע סי' ד' בפירוש הקצר ס"ק כב, כתב לחלק בין אומר על עצמו שהוא ממזר, לאומר על בנו שהוא ממזר, שאם יש בנים לבן, אינו נאמן אף על בנו. וז"ל - "האומר על עצמו שהוא ממזר נאמן לאסור עצמו בבת ישראל, והטעם משום שויא אנפשיה חד"א, ובה אף אם יש לו בני בנים, דדוקא היכא דמתורת עדות קאתינן עלה, אמרינן כיון שבטלה מקצתה בטלה כולה, אבל כאן מתורת שויא אנפשיה חד"א הוא".

מבואר מדברי הישועות יעקב שנאמנות "יכיר" היא מתורת עדות, שבה האב נאמן אף שהוא עד אחד וקרוב, ובעדות זו נאמרה ההלכה דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ולהלן הבאנו מכמה אחרונים שהסכימו לדינו של הישועות יעקב.

וכן יש לצרף לשיטת הסוברים שדברי האב הם בגדר עדות, את תשובת בנין עולם (שתובא להלן) שפסל עדות האב הנוגע בדבר, מפני שקבע, שדבריו הם בתורת עדות.

לכאורה היה מקום לתלות שאלה זו, האם דברי הבעל הנאמן מכח יכיר הם כעדות לכל דבר, במחלוקת הב"ש והבית מאיר בשאלת נאמנות בעל המסתמך על אחר. הב"ש סי' ו' ס"ק כז שכתב שבעל המאמין לדברי אשתו נאמן לעשות בניו חללים, סובר שדין נאמנות האב היא כשויא אנפשיה חד"א, וחידשה תורה שה"ה יוכל לשוויה את בנו

ב. הדבר בא לידי ביטוי גם בדיון שהתקיים בבית הדין ביום הגירושי. בכתב התביעה הבעל כתב שהאשה ילדה לפלוני חמישה ילדים, ופרט את שמותם, ולאחר מכן התברר כי אחת מהחמישה, אינה בתה של אשתו אלא בתו של הבעל מאשה אחרת. ולאחר מכן בדיון הבעל פתח דבריו בטענה שהאשה ילדה שבעה ילדים מפלוני. הרי שמחמישה שהזכיר בכתב התביעה חזר וטען כן ביחס לשבעה, ולאחר מכן הסכים לדברי אשתו שששה מהילדים שהזכירה אינם שלו.

ג. נוסף ונציין כי בדו"ח לשכת הרווחה במועצה אזורית שנכתב על ידי העו"ס שטיפלה במשפחה נאמר שהבעל התבטא ביחס לבן פלוני כדלהלן - "שפלוני אינו ילד שלו, ובפועל הוא מתעלם מקיומו". "מאז שהה במוסד הוא לא זכה אף פעם להלקח הביתה על ידי אביו, והאב לא נכנס לבקרו ולראותו כשהוא בא לבקר את שני ילדיו האחרים במוסד, האב התבטא לא פעם שהוא אינו בטוח שפלוני הוא ילד שלו ולכן הוא מתעלם מקיומו לחלוטין".

דבריו אלו של הבעל נאמרו למרות שאותו בן נולד בתקופה בה בני הזוג גרו יחד וניהלו חיים משותפים. דבר זה מוכיח, שהבעל אינו נמנע מלשלול אבהות על בנו ללא בסיס רציני, אלא על פי תחושה קלה גרידא. ביחס לאדם שהוחזק בכך, יש לדון שאיבד נאמנותו למסור עדות כזו של "יכיר".

ד. בנוסף נציין כי בעדותו של הבעל בבית הדין העיד שמעולם לא היה בעיר פלונית ובודאי שלא גר כאן ולא נרשם כמי שגר באותה עיר.

אך באישור רשמי ממשרד הפנים שהתקבל בבית הדין נרשם שבמשך 11 שנה הלה גר בסמוך לעיר זו, ובסמוך למגורי אשתו בתקופת לידת הילדים, וזאת בניגוד גמור לעדותו בבית הדין שטען על מגורים רצופים במקום אחר מרוחק מאד.

יש לראות ברישום זה מסמך אמין. ועיין בפת"ש אה"ע סי' יז סוף ס"ק נג בשם החת"ס שהאריך לבסס נאמנות הערכאות, ועיין באריכות הדברים כפי שהובאו באוצר הפוסקים סי' יז ס"ק קיג אות ח'.

והנה בדיון זה של נאמנות הערכאות כתבו כמה מהאחרונים שגם אם האשה קבלה העתק מהספר שביד הערכאות יש לסמוך על ההעתק. ואע"פ שאת ההעתק לא כתב השופט מהערכאות אלא הסופר הממונה על כך.

וכתבו הטעם מפני שגם לסופר יש דין ערכאות לענין כתיבת העתק מכיון שזהו תפקידו הרי שחזקה דלא מרעי נפשיה.

כן כתב באוצר"פ סי' יז ס"ק קיג אות ט' בשם ספר בגדי כהונה ובשם שואל ומשיב. וכן בשם ספר אמרי דוד הביאו שכתב שכל מי שממונה מחק המלך על תחום מסוים, לגבי אותו תחום יש לו דין ערכאות, וז"ל - "דמה לי ממונה על זה או על דינין ושטרות, בשניהם שייך לא מרעי נפשיה".

אומר איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב", ובשו"ע חו"מ סי' יט ס"א בו פסק להלכה את דין המשנה, ובסעיף ב' כתב - "שאל אחד מבעלי הדין שיכתבו לו את פסק הדין" וכו'.

אמנם בתקנות הדיון משנת תשנ"ג, סעיף קיב, נאמר - "אין תוקף להחלטה או לפסק דין כל עוד לא נכתבו ונחתמו ... על ידי בית הדין".

אך הדיון הנ"ל התקיים בטרם הותקנה תקנה הקובעת העדר תוקף להחלטה או לפסק דין שלא נכתב ונחתם. רק קיימת הוראה לכתוב את ההחלטות או פסקי הדין ולחתמם, ובלא שלילת תוקף בהעדר כתיבה וחתימה, יעויין בחוברת תקנות הדיון שניתקנו עד שנת תשל"ח (שיצאה בשנת תשל"ח) סעיף ק'.

על כן יש לקבוע שבפנינו החלטת בית הדין שהבעל הוא אבי הבת הזו, ולא היה מקום שבית דין בהרכב אחר ובמועד אחר יתכנס מחדש לדון בשאלה זו במעמד הגירושי.

התוקף שיש לדברי הבעל ביחס לשאר הילדים

באותו מעמד של הגירושי הבעל טען ואמר על מספר מסויים מהילדים שאינם שלו, ובמספר זה נכללה גם הבת הנ"ל שכבר נפסק קודם לכן שהיא בתו. ויש לדון בנאמנותו לפסול ילדים נוספים.

נאמנות "יכיר" לאדם שאינו אמין

עדותו של הבעל נמצאה כבלתי אמינה, לאחר שחזר בו באותו דיון מדבריו ששלל את אבהותו על אחת הבנות, ובנוסף נמצא שקרן בדבריו על מקום מגוריו במשך מספר שנים, וכפי שיפורט להלן. ביחס לאדם כזה, יש מקום לומר שלא האמינותו תורה בדיון יכיר.

נפתח בפירוט שקריו, והחזרה שחזר בו מעדותו.

א. בדיון בבית הדין בזמנו, בתחילת דבריו הבעל טען שהבת אינה שלו, לאחר חקירה יסודית עלה כי דבריו מבוססים על השערה בלבד, והוא בעצמו חזר בו מדבריו, והודה שהבת ממנו. אך בסוף הדיון, למרות שבית הדין הודיע לו שהבת שלו מאחר ותשעה חדשים קודם ללידתה התקיימו יחסי אישות ביניהם, הלה חזר בו פעם נוספת וטען שהיא אינה שלו.

בתחילת אותו דיון הבעל טען "במשך שנתיים מאז שאשתי עזבה את הבית לא קיימתי יחסים עם אשתי", ובכך פסל את בתו. לשאלת בית הדין האם הוא מוכן להישבע בבר יוחאי, הבעל חזר בו ואמר "פעם האחרונה קיימתי עמה יחסים או לפני שנה או שנה וחצי. לאחר שברחה קיימתי עמה יחסים פעם אחת, לא זוכר בדיוק מתי". אחר כן הודה שהבת ממנו, ובסוף הדיון חזר בו פעם נוספת.

הבעל הוכיח שאינו מתייחס כראוי לדברי עצמו, וכי הוא אינו אדם אמין העומד מאחרי קביעה וטענה שטוען בבית דין, ומסוגל לומר דבר והיפוכו בפני בית הדין באותו מעמד.

והראייה קוק ז"ל בספר עזרת כהן סי' עא הביא מדברי תרומת הדשן, וכתב - "נראה שגם על עדות ריקים ופוחזים סומך כשנראה שלא יש רמיה בדבר. וטעמי הוא מפני שאינו רשע של תורה ממש, אלא משום דחשיד לשקר ראוי להפסל ... וכשר לעדות אשה, וכשמחזק לן שאינו משקר בטבעו".

מתוך הדברים יש ללמוד שאם מתוך העדות וסגנונה עולה שהאדם המעיד אינו נמנע לשנות את עדותו עקב דברים קלים, אין לקבל דבריו. על כן גם בנידון דידן, אמנם ביחס לאב הפסול לעדות מחמת רשעו כתבו כמה פוסקים להאמינו בדין "יכיר", עיין תוספות רע"א על המשניות במסכת יבמות פ"ב אות כו, ובבית מאיר אה"ע סי' ר' סעיף יג וספר אור גדול סוף סי' ב' ושו"ת מנחת אלעזר ח"ג סי' ל', אך היינו ביחס לעיקר דין יכיר, שהאב נאמן גם אם הוא פסול מחמת מעשה עבירה שעשה, אך בפסול מחמת שאינו חושש לשקר ולשנות דבריו, שזהו פסול במהות העדות, פשיטא שאף הפוסקים הנ"ל מודו שאינו נאמן.

אמנם בספר אגרות משה אה"ע ח"ד סי' כג (אות א ד"ה והנה במ"מ) כתב - "גזירת הכתוב להאמין לאב, אף שהוא איש שידוע לאינו נאמן כלל, דהוא מוחזק לשקרן וגם לכפרן ואין מתחשבין אינשי כלל בדבריו, מ"מ התורה גזרה לדון כדבר שאומר שאינו בנו ... ואף שהוא בעצם איש שאינו נאמן כלל".

אך דבריו צ"ע, מאחר שדברי הבעל הן כעדות, כיצד ניתן לקבל עד הידוע כשקרן וכפרן, כיצד בית הדין יכול לפסוק על פי עדות אדם כזה שלא ניתן להאמינו בעיקר עדותו, וע"ע מש"כ בזה לעיל בסוף סי' ט'.

עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה

טעם נוסף לבטל דברי הבעל בדבריו בפני בית הדין ביום הגירושין, על פי ההלכה ש"עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה". הבעל אמר את דבריו באמירה אחת - "זה לא הילדים שלי". אין בפרוטוקול הדיון אמירה נפרדת ומפורטת המתייחסת לכל ילד בנפרד, אלא הכל נאמר בחדא מחתא. על כן מאחר שמקצת דבריו בטלו, דהיינו האמירה המתייחסת לבת הנזכרת, וכמבואר לעיל, בטלו כל דבריו שנאמרו באותה עדות.

נקדים מדברי כמה אחרונים שכתבו שהלכה זו "עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה", נאמרה גם ביחס לעדות האב, הנאמן מכח ההלכה של "יכיר". כן כתב בספר ישועות יעקב אה"ע סי' ד' בפירוש הקצר ס"ק כב, בביאור ההלכה שאם יש בנים לבן, אינו נאמן אף על בנו. וז"ל הישועות יעקב - "האומר על עצמו שהוא ממזר נאמן לאסור עצמו בבת ישראל, והטעם משום שויה אנפשיה חד"א, ובוה אף אם יש לו בני בנים, דדוקא היכא דמתורת עדות קאתינן עלה, אמרינן כיון שבטלה מקצתה בטלה כולה, אבל כאן מתורת שויה אנפשיה חד"א הוא".

מבואר מדברי הישועות יעקב, שנאמנות "יכיר" היא מתורת עדות, שבה האב נאמן אף שהוא עד אחד וקרוב, וגם

וכן האבני נזר (חלק אה"ע סי' עה) פסק להכשיר העתק הנכתב ע"י סופר שלהם אף שאינו ממש השופט או השר בערכאות, וז"ל - "י"ל דלזה לא נחוש כלל שישנה האקט הנכתב, שאם יתגלה הדבר ילך לקרימענאהל". דהיינו האיום המרחף על ראשו של כותב ההעתק שאם ישנה ממה שכתוב בתעודה המקורית ישפט על כך ויענש, היא הוכחה גמורה שההעתק נכון.

ולכן ה"ה באישור של פקיד מוסמך של משרד הפנים על העתק דינו כהוכחה גמורה.

בתשובת החת"ס אה"ע ח"א סי' צד, שעליה הסתמכו הרבה אחרונים להכשיר עדות ערכאות שמת הבעל, כתב שנאמנות שני עדים היא מגזרת הכתוב, וז"ל החת"ס - "משא"כ ערכאות של נכרים דחוקה לא מרעי אומנתיהו לשקר עדיפי בזה מעדים כשרים דגזירת הכתוב בעלמא הוא". ומהאי טעמא נאמנים אף להוציא ממון, דהרי עדיפי משני עדים.

וע"ע בהמשך דברי החת"ס שכתב שנאמנות ב"ד עדיפא מנאמנות עדים וכתב "עדים מגזירת הכתוב מהימני ... אבל בי דינא אשר ישבו כסאות למשפט לא גרע מערכאות של נכרים דבטבע מהימני", הרי שפשיטא ליה דאף בישראל נאמרה ההלכה של נאמנות ערכאות, וכמו שכתבנו לעיל בפשיטות.

מלבד זאת בפנינו מסמך של משרד הפנים שבו פקיד המשרד מילא טופס על פי בקשת הבעל, ושבו הלה מבקש להצהיר על שינוי מען, ומודיע שעד כה גר באזור הנ"ל בסמוך למגורי אשתו, ומכאן ולהבא הוא חוזר לגור במקום אחר.

על כן מאחר והמסמכים שבידינו מעידים על מגוריו באזור מגורי אשתו, הרי שהבעל שיקר בדבריו כשטען שמעולם לא גר באותו איזור. נאמנותו מתערערת, ואדרבה מתחזקת טענתה של האשה שבעלה גר בסמוך אליה והקשר עמו נמשך לאורך כל השנים שבהם נולדו הילדים.

בדינו של בעל המעיד עדות "יכיר" והחזק כפרן, עיין בתשובת החת"ס סופר אה"ע ח"א סי' יג (ד"ה והנה פשוט) במש"כ "הנה פשוט אעפ"י שהאמינתו תורה לאב מ"מ לא עדיף מעדות גמור דאורייתא, דנהי דאפשר דלא בעי דרישה וחקירה ואינו צריך לברר כלל לומר מנא ידעת שאינו בן, אלא נאמן סתם. מ"מ כל שאומר מאומד ומדומה שאפי' שני עדים כשרים אין עדותם עדות ... וגם נראה קצת כהחזק כפרן". עכ"ל החת"ס, ומבואר מדבריו שריעותא דהחזק כפרן שייכת גם בעדותו של האב. ועל כן בנידון דידן שהחזק כפרן בדברי עצמו, אין לקבל דבריו.

וע"ע בתרומת הדשן ח"ב סי' רכד שכתב בלשון זו - "ויכול מר להתיר לכל גבר דיתציבין, אך בתנאי זה אם ידוע למר שהועד העדות בלי רמיה, כי אינני מכיר את העד אם הוא מן הריקים הפוחזים דלא חיישינן במידי לאסהודי שיקרא".

מבואר שעד ריק ופוחז פסול, אף בעדות אשה, מפני שאינו חושש לעדות שקר.

לאו בשתי עדויות, בעדות אחת כעין שתי עדויות, ומאי נינהו, כת אחת בזה אחר זה, אבל בעדות אחת בבת אחת, לא מאי לאו בהא קמיפלגי, דרבנן סברי מכאן ולהבא הוא נפסל, וכיון דמההיא שעתא קא מיתזמי, אטביחה דקא מיתזמי איתזום, אגניבה דלא מיתזמי לא איתזום, ר' יוסי סבר למפרע הוא נפסל, וכיון דמיד כי אסהידו הוא דמיפסלי, אי איתזמו להו אטביחה איתזמו להו נמי אגניבה, דהא תוך כדי דיבור כדיבור דמי".

ובשטמ"ק עמ"ס ב"ק שם כתב בשם הרמ"ה והמאירי, שלהלכה נקטינן כרבי יוסי דבעדות אחת אם בטלה מקצתה בטלה כולה.

הרי מבואר בגמרא, במקרה שבו נאמרה עדות אחת בבת אחת, אם בטלה מקצת העדות, בטלה כולה. וכתב הראב"ן (על מסכת בבא קמא פרק שביעי, הובא בספר אמרי בינה דיני עדות סי' יז בסופו), וז"ל - "אם העידו שתי עדויות בזה אחר זה, ונמצא שקרן על הראשונה, גם האחרונה בטילה. ואם נמצא שקרן על האחרונה, אם בתוך כדי דיבור של הראשונה העיד לשניה, בטילה גם הראשונה. ואם לאחר כדי דיבור אינה בטילה. דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ותוך כדי דיבור כדיבור דמי".

ולפי זה בנידון דידן שהבעל אמר דבריו ביחס לכל ששת הילדים בחדא מחתא, ונמצא שקרן ביחס לאחד מהם, בטלו דבריו גם ביחס לאחרים.

ובביאור הלכה זו מצינו שתי דרכים בראשונים שבשטמ"ק. הרמ"ה כתב - "בטלה כולה, דכיון דעד זומם למפרע הוא נפסל אשתכח דמכי אסהידו אטביחה בשיקרא, פסולין הוו ... כולה עדות אחת היא, והויא לה עדות שתחילתה בכשרות וסופה בפסלות".

אך בשם רבינו פרץ הביא השטמ"ק, שאין ביטול העדות מפני פסול העדים, אלא מפני עצם ביטול העדות במקצתה. וז"ל - "אבל הכא, אף על גב דכשרין נינהו גם אחר עדות הטביחה דתוך כדי דיבור כדמפרש, מכל מקום טעמא לאו משום דכשרינן להו פסולין מההיא שעתא דודאי כשרין היו כדפירשתי, אלא רצה לומר כי היכי דמהניא ההזמה לפסול ולבטל עדות הטביחה אף על גב שהיו כשרים ההיא שעתא, הכי נמי מהניא ההיא הזמה דטביחה לבטל גם עדות גנבה שקדמה לה. כיון דתוך כדי דיבור הוה חשיבא כאותה עדות ממש. ונימא נמי בהני עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, כן נראה למורי שיחיה. וא"ת כי נמי מכאן ולהבא וכו' נימא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, כדפירשתי מהאי טעמא. וי"ל דלא דמי, דודאי כי אמרינן למפרע הוא נפסל שהפיסול והביטול הוי משעה שהעידו העדות, או שייך למימר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כדפירשתי. אבל כי אמר מכאן ולהבא, לא שייך למימר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. דהא אין הביטול והפיסול משעת העדות, רק משעת הזמה ואילך. הילכך אההיא עדות דקא איתזום איתזום אמאי דלא איתזום לא איתזום".

בעדות זו נאמרה ההלכה שעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

וכן בשו"ת באר יצחק (להגרי"א ז"ל מקאוונא) חלק אה"ע סי' טז כתב - "וכן הא דאמרו ביבמות (דף מ"ז) דאם יש לבנו בנים אינו נאמן לפסול אף בנו, משום דהוי בגדר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה". ועיי"ש שכתב שפסול דבטלה מקצתה בטלה כולה, חמור מפסול של "מפי כתבם", ואף באלו היכולים להעיד מפי כתבם, וכגון בעדות "יכיר", אפי"ה לאחר שבטלה מקצתה תבטל כולה.

וכן בספר אור גדול (להגדול ממינסק) סי' ב' כתב - "וכיון דנאמנות האב על הבן הוא בגדר עדות, שפיר י"ל דגם בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה". ובאר על פי זה את ההלכה שאם לבנו יש בן, אינו נאמן אף על בנו, מאחר ומעיד על שניהם יחד, עדות שבטלה מקצתה ביחס לנכד בטלה כולה. וכן בספר מנחת אברהם, להג"ר אברהם שפירא ז"ל הרב הראשי לישראל לשעבר, חלק א' סי' יז כתב, וז"ל - "אם הדין יכיר, הוא דין עדות מיוחדת שאב נאמן על בנו כעדים, מהיכן לנו לבטל את הנאמנות על עדות זו משום שיש כאן גם בן הבן שעליו לא האמינה תורה. וצריך לומר לאותם ראשונים שהכוונה בגמרא הוא על דין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, אם כי אשכחן דין זה בעדים ממש. ויסוד הדבר נלמד לפי הראב"ד מנמצא אחד מהם קרוב או פסול בטלה כל העדות מגוה"כ דעל פי שנים או שלשה עדים. ולכאורה במקום שנאמן עד אחד לא אמרינן כן, ועיין תוס' סוטה לא ובירושלמי סוטה שם. וצ"ל דעכ"פ בדין נאמנות דיכיר שנאמן כשנים, אם בטלה נאמנותו במקצת, בטלה כל נאמנותו".

ועיין בשו"ת חבצלת השרון חלק אה"ע סי' י' שהביא מדברי הישועות יעקב והסכים עמו. ומתוך כך דן לבטל את עדות הבעל שטען שהבן אינו ממנו, ובכך רצה לאסור עליו את אשתו ולהביא לחיובה בגירושין. וכתב שכיון שאינו נאמן לאוסרה עליו, מכח חרם דר"ג כמבואר ברמ"א סי' קע"ח, בטלו דבריו ביחס לבן מפני שעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

וכמובן שכל האמור, מיוסד על ההנחה שיש לדברי האב ב"יכיר" דין עדות, וכמבואר לעיל שהעיקר כדעה זו.

מאחר שהלכה זו שעדות "שבטלה מקצתה בטלה כולה", נאמר גם בעדות האב, נבאר בעז"ה הלכה זו דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

נקדים את דברי הגמרא במסכת בבא קמא דף עג. במחלוקת אביי ורבא אי עד זומם למפרע הוא נפסל או מכאן ולהבא הוא נפסל - "לימא כתנאי, היו שנים מעידין אותו שגנב והן מעידין אותו שטבח, והזמו על הגניבה, עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. הזמו על הטביחה, הוא משלם תשלומי כפל, והן משלמין תשלומי שלשה. א"ר יוסי בד"א בשתי עדויות, אבל בעדות אחת עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. מאי בשתי עדויות, ומאי בעדות אחת ... אלא

גם על זה ... דאם ודאי שקר העידו, שייך בודאי עדות שבטלה כמו בהזמה כו' ... ואין להקשות, דאם כן אף לרבא דמכאן ולהבא נפסל כו' למה אמר התם ב"ק ע"ג דאף דאיתומי, אטביחה דאיתום איתום כו' ולמה לא שייך עדות שבטלה כו'. דזה אינו, דלטעמא דחידוש, א"כ ג"כ לענין העדות שהעידו קודם ההזמה אמרינן שההזמה היתה שלא כדין ואמת העידו, ולכך מכאן ולהבא כו', וממילא לא שייך בטלה מקצתה, דלענין זה אמרינן שלא נתבטל כנ"ל, ולטעמא דפסידא ודאי ניחא דלא נפסל כנ"ל.

ובספר ברכת שמואל עמ"ס בבא בתרא סי' לו כתב - "והנה בילדותי חקרתי איך דינא דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, אם דוקא אם נמצא פסול אמרינן דבטלה כולה או אפילו אם רק מה דאיתכחש על ידי דלא מהימן בטלה ג"כ כולה". ועיי"ש שהביא הסוגיא בב"ק בעדות גניבה וטביחה ובאר הטעם דלא אמרינן פלגינן דיבורא ועדות הגניבה לא תפסל, והביא מהתוס' רי"ד עמ"ס בבא בתרא דף לא: שכתב בלשון זו - "אבל הכא דחזינן דהוכחש, כל מה דאמר בהא זימנא בחזקת מוכחש, והיכא מצינן למפלג דבורו ולהימני בשום מידי דקאמר". ובאר הברכת שמואל דברי התוס' רי"ד - "דלא שייך הכא ליתן לו דין עדות על כל מה דקאמר ואפילו בשתי עדויות נמי ... דעל ידי דין דתוך כדי דיבור כדיבור דמי, חשוב שהעיד בבת אחת, וע"כ הוי על ידי זה דין בעדות דהוי חסרון בעדות ... מכיון דנמצא פסול דמוכחש בעדות, הוי זה הפסול בכל העדות שהעיד תוך כדי דיבור ... הוי כל ההגדה בחזקת מוכחש ... דין הוא על ידי דיש פסול מוכחש נפסל כל מה שהגיד אז, ונמצא דתוכד"ד הוי דין מסוים בזה דהוי בבת אחת, על כן חל בזה פסול דמוכחש".

וע"ע בספר חי' רבי שמעון שקוף ז"ל עמ"ס כתובות סי' כד שבאר הלכה זו - "שאין הטעם משום שהעד שמעיד שקר אין לקבל ממנו עדות בתוך כדי דיבור, אלא הוא כלל אחר משום דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, היינו דכל שהעידו בתוך כדי דיבור חשבינן הכל כהגדה אחת, לענין זה דאם בטלה הגדתם במקצת בטלה כולה. וכענין נמצא אחד מהם קרוב או פסול, כמו שכתב הראב"ד ז"ל ... שהביא הרא"ש ספ"ק דמכות".

ועיי"ש בסי' נג שחזר לבאר בדרך אחרת, וז"ל - "ענין האמור בגמ' ב"ק הוא אינה מה שבטל הדין בפועל, אלא שהגדה שאמרו בשקר היא הגדה בטלה ופסולה, היינו אף שהעד המעיד לא נפסל עד אחר כדי דיבור משום שיכול לחזור בו לשיטת התוס', אבל הגדה עצמה ודאי פסולה היא עכשיו".

וכן בשו"ת צמח צדק (החדש) חלק אה"ע סי' מח אות ב' האריך בסוגיא זו, ובסוף דבריו כתב - "גניבה וטביחה הם שתי עדויות, ע"כ לא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אא"כ נעשו פסולים לעדות ממש, וזהו דין הגמ' בב"ק ע"ג. אבל בעדות אחת ממש, דומיא דהירושלמי דגיטין

העולה מדברינו שלדעת הרמ"ה ביטול העדות נובע מפסולו של העד בחלק מעדות, וכתוצאה מכך בטלה שאר העדות, וכן משמעות לשון רש"י. ולדעת רבינו פרץ ביטול מקצת העדות לכשעצמה, מעת אמירת העדות, גורר ביטול כל העדות.

וע"ע בספר חזון יחזקאל על תוספתא ב"ק פ"ז ה"ט שהאריך לבאר שיטת הרמ"ה ור"פ, וכתב שלדעת רבינו פרץ, ביטול העדות נובע מכח ההלכה דנמצא קרוב או פסול עדות כולם בטלה, ואף ששיטת רבי יוסי גופיה בפ"ק דמכות (דף ו.) לדון האי דינא רק בדיני נפשות ולא בדיני ממונות, אך היינו דוקא בביטול עדות כתוצאה מכך שנמצא אחד מהעדים קרוב או פסול, משא"כ בביטול כל העדות מפני ביטול המקצת, גם לשיטת רבי יוסי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

ולהלן מש"כ בשו"ת בית אפרים חלק אה"ע סי' נד בביאור סוגיא זו, ומבואר בדבריו שנקט בפשיטות כשיטת רבינו פרץ, וז"ל - "ודאי הדברים כפשטן ... דלא שייך שם פסול על עדות זו שהעידו קודם שהעידו העדות שהוזמו עליו, כיון שעדיין לא העידו שקר ולא יצא דבר שקר מפיהם, ועל עדות הטביחה גופה נמי לא נפסלו אלא לאחר כדי דיבור, וקשה שאין לומר שפסולים היו בשעת עדות גניבה לפי שהעידו אחר כך עדות הטביחה בשקר. רק דכיון דקיי"ל דתוך כדי דיבור כדיבור, ואינהו בחדא מחתא אמרו עדות גניבה וטביחה, בטלה כולה, דהוי עדות אחת שבטלה מקצתה ... אין לומר טעם דעדות שבטלה מקצתה לפי שהועד עם העדות הזו, עדות שהועד גם כן בפסול בתוך כדי דיבור. דזה אינו, דהא אף בשעת עדות טביחה עדיין לא היו פסולים כיון שהיו יכולים לחזור בהם תוך כדי דיבור, כמ"ש רש"י ותוספות גבי והלכתא שהעידו בבת אחת. אלא טעמא דכל עדות שהועד בדיבור אחד, אם אינו יכול להתקיים כולו, הוא מתבטל לגמרי. וכעין שאמר נדר שהותר מקצתו כו' או שליחות שבטלה מקצתה כו'. ואפשר דיליף לה מקרא יקום דבר, דוקא היכא שכל הדבר מתקיים ולא חצי דבר בלבד. והלכך כיון שבטלה עדות טביחה, בטלה נמי עדות גניבה ולא מטעם פסול, וכמ"ש לעיל בדברי אא"ז מהרש"א, רק מטעם שהוא תוך כדי דיבור עם עדות טביחה שמתבטלת ... בההיא דב"ק דאיהו בעי לחיובי גברא לשלומי ה' צאן על הגניבה ועל הטביחה, והרי איבטול סהדותיהו על תלתא מינייהו, דאיתומו להו על הטביחה, ובטלה כל העדות, דלא קרינן ביה יקום דבר. ולפי זה אתי שפיר נמי דברי הר"ן בכתובות, דהתם נמי כיון דמעידין על שני עניינים, על קידושין ועל גירושין, בתוך כדי דיבור ואתכחשו להו בחדא, שע"כ חד מינייהו משקר, וכיון שהתבטל מקצת הדבר לענין גירושין אית לן למימר דבטל כולו", עכ"ל הבית אפרים.

ולהלן מש"כ בביאור סוגיא זו בספר חי' הרי"ם ובספר ברכת שמואל, והדברים מתבארים גם על פי שיטת הרמ"ה. בספר חי' הרי"ם על חו"מ סי' לא סק"ב כתב - "הטעם דעדות שבטלה משום שאינו נאמן על זה והעיד שקר, בטל

עדות שבטלה מקצתה מחמת פסול קורבה בטלה כולה, ולא פלגינן דבורא. דהא לא פליגי בהו רחמנא דאמר מה שנים נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותם בטילה אף שלשה, אלמא לא פלגינן עדותם. והא דאמר אדם קרוב אצל עצמו ואין משים עצמו רשע, היינו דוקא כשמעיד על עצמו שאין זה עדות כלל אלא כמי שאינו דמי, שאין אדם נקרא לעצמו עד פסול כדי שנאמר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ודמיא להא דאמר לעיל במקיימי דבר הכתוב מדבר, דכי היכי דכשנמצא אחד מן העדים קרוב או פסול עדותן בטילה הכי נמי כשנמצא לאחד מהן קרוב או פסול שהרי מקצת עדותן בטילה מחמת קורבה ... וקאמר עלה בירושלמי, אתיא כהדא כתב כל נכסיו לשני בני אדם כאחת והיו העדים כשירין לזה ופסולין לזה, א"ר אילעי בשם רבי יוסי איתפלגון רבי יוחנן ור"ל. ר"י אמר מאחר שפסולים לזה פסולים לזה, ר"ל אמר פסולין לזה וכשרים לזה. א"ר אלעזר מתני' מסייע לרבי יוחנן וכו'. ... מאן דאמר יאות אמר ר"א, נעשה כעדות אחת באיש אחד ועדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ומ"ד לא יאות אמר ר"א נעשה כשתי עדים כשרים לזה ופסולין לזה. ופסק ר"ח ז"ל דהלכה כר' יוחנן דאע"ג דאיכא למ"ד לאו יאות אמר ר"א מיהו קי"ל לגבי דר"ל כר"י

מקור דברי הרא"ש הם מתשובת הר"א אב"ד בעל ספר האשכול, הנמצאת במלואה בספר חכמי פרובינציה ח"ב סי' ה' (עמ' 327).

לכאורה היה מקום להבחין בין שתי הסוגיות. בסוגיא במסכת מכות עסקינן בעדות על מעשה אחד שיש בו השלכה על הלוח ועל הערב, וזוה לא פלגינן דיבורא, אלא הכל בטל. וסוגיא זו אינה עניין לנידון שבפנינו, מאחר שהבעל בדבריו טען טענה השוללת אבהותו ביחס לכל חמשת הילדים ואין זיקה בין מקרה של ילד אחד למקרה של ילד אחד.

אך בסוגיא דבבא קמא, מעשה הטביחה הוא מעשה נפרד למעשה הגניבה, ומחייב חיוב ממון נפרד. למרות זאת, ביטול חלק מהעדויות גורר בהכרח ביטול חלק אחר, מפני שהעדויות נאמרה בבת אחת.

למרות זאת, בספר מחנה אפרים הלכות עדות סי' ג' לא מצא חילוק עקרוני בין הסוגיות וכתב להביא ראיה לשיטת הראב"ד (שהביא הרא"ש) מהסוגיא במסכת בבא קמא, וז"ל - "ולכאורה נראה להביא ראיה לזה דעדושת שנפסלה מקצתה מחמת קורבה נפסלה כולה, מדאמרינן בריש פרק מרובה דעדים שהעידו שגנב ואחר כך טבח והוזמו על הטביחה, דאמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. משום דכיון דשתי העדויות העידו זה בתוך כדי דיבור של זה, עדות אחת קא חשיב".

אך בספר נחל יצחק סי' ל' ס"ב השיג עליו וכתב - "לדעתי אין זה ראיה, דשאני התם דכיון דמתזמי אטביחה והו"ל פסולים למפרע בחשש משקרים וכמ"ש רש"י שם ד"ה איתזמי להו אגניבה כו' משום פסולי עדות עכ"ל".

בכותב כל נכסיו לשני בני אדם יחד, לפי דברי ר' יוחנן דמחשיב זה עדות אחת, אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אף שלא נעשו פסולי עדות כלל לזה השני רק שבטל על ידי פסול קורבא, עכ"ל. ועיי"ש שהצמח צדק העלה, שאם חלק מהעדויות בטלה מחמת שקר, אף שאין זה שקר הפוסלו לעדות, בטלה כל העדות.

אמנם הצמח צדק הביא מהפני יהושע בב"ק (שם) דדוקא בטלה מקצתה בודאי דומיא דהזמה ולא בהוכחשה בלבד, שעדיין העדות בספק. אך בנידון שבפנינו שהאב הוא עד אחד וקרוב ומדינא אינו נאמן, לולי שהתורה חידשה נאמנותו מדין יכיר, ולאחר שחלק מעדותו התבטלה כיון שנאמרה בהשערה שלא היה בה ממש, וקודם לכן אף הוא בעצמו חזר בו, על כן אין נאמנות יכיר, ביחס לבת הנזכרת, וממילא בעדותו על הבת הוו דינו כקרוב הפסול לעדות, שעדותו בטלה מדין ודאי, ולא מכח ספק, ועל כן בטלה שאר העדות.

העולה מדברינו, שבנידון דנן יש לדון ביטול כל דברי הבעל בעדותו בבית הדין, מכח ביטול מקצתם. לא מבעיא אליבא דשיטת רבנו פרץ וההולכים בדרכו, מאחר ומקצת הדברים המתתייחסים לבת הנזכרת בטלו, על כן בטלו כל דבריו שנאמרו ונכללו באמירה אחת, (דעדיפא מתוך כדי דיבור), אלא אף לפי דרכו של הרמ"ה, לאחר שבית הדין בזמנו קבע שהבת היא בתו, וזאת על פי בירור העובדות, והבעל חזר והעיד לפוסלה, הרי שזו עדות שקר שדינה להבטל ולבטל כל הנאמר באותו דיבור. גם אם מכח עד פסול אין לבטל דבריו, מכיון שגם אב הפסול לעדות נאמן בעדות יכיר, ויעויין במש"כ הבית מאיר סי' ו' סעיף יג - "לענין נאמנות האב מכח יכיר לא שמעינן דאם פסול מחמת עבירה דאינו נאמן", עכ"פ עדות יכיר הנאמרת בשקר, ודאי עדות פסולה היא, יעויין בתשובת החתם סופר חאה"ע סי' יג (ד"ה והנה פשוט), הנזכרת לעיל, שריעותא דהוחזק כפרן שייכת גם בעדותו של האב, על כן די בכך לבטל כל הנאמר באותה שעה. ויש לומר בזה כאמור בתוס' ר"ד שהביא הברכת שמואל - "הכא דחזינן דהוכחש, כל מה דאמר בהא זימנא בחזקת מוכחש, והיכא מצינן למפלג דבורו ולהימני' בשום מידי דקאמר".

והנה הרא"ש במסכת מכות פרק א' סי' יג כתב - "אילעי וטוביה קריביה דערבא הוו, סבר רב פפא למימר גבי לוח ומלוח רחוקים נינהו, א"ל רב הונא בריה דרב יהושע אי ליתיה ללוח לאו בתר ערבא אזיל. פרש"י דעדי הלוואה הוו ודמיא להא דירושלמי כתב נכסיו לשני בני אדם והעדים כשרים לזה ופסולין לזה, הכא נמי כיון דאי לית ליה ללוח אזיל בתר ערבא א"כ נכתב השטר על הלוח ועל הערב וכיון דפסולין לערב פסולין אף ללוח ... וא"ת ונהימניה לגבי לוח שלא פרע ולא ניהמניה לגבי ערב דפלגי' דבורא מידי דהוה אההיא דפ"ק דסנהדרין (דף ט:): פלוני רבעו לרצונו הוא ואחר מצטרפין להורגו דפלגינן דבורא דאדם קרוב אצל עצמו ואינו משים עצמו רשע ... והראב"ד ז"ל כתב בתשובותיו, שכל

המחנה אפרים, או גם אם נקט לשון "ונתתי" בתחילת דבריו ובכך תיבה זו מתייחסת לכל אחד, ועל כן די בהזכרת כל אחד ממקבלי המתנה בנפרד, ובכך נחלקו דבריו לעדויות נפרדות אליבא דהכסף משנה, עיי"ש בספר פנים במשפט שהאריך לדון במחלוקת הכסף משנה והמחנה אפרים, ולבארה בדרך זו. אך בנידון דידן שאין כל חלוקה ואין התייחסות נפרדת בדברי הבעל לכל אחת מהילדים, לכו"ע עדות אחת היא, ולאחר שבטלה מקצתה, בטלה כולה.

על כן לאחר שראינו שהעיקר כדעת הסוברים שדברי האב הם בגדרי עדות, ומתוך כך דנו כמה פוסקים שהלכה זו דעות שבטלה מקצתה בטלה כולה, היא הטעם להלכה הקובעת שאם יש בני בנים אינו נאמן אף על הבן. נראה שה"ה יש להחיל ביחס ל"יביר" את ההלכה העולה מהסוגיא במסכת ב"ק דף עג. והקובעת ביטול העדות כולה עקב ביטול מקצתה. ועל כן במקרה דנן שדברי הבעל נאמרו בדיבור אחד, ולא כעדויות נפרדות המתייחסות בנפרד לכל אחד מהילדים, לאחר שבטלו דבריו ביחס לבת הגדולה, בטלו כל דבריו.

האם יש מקום לשלול נאמנות הבעל בהיותו נוגע בעדות

לכאורה היה מקום לשלול נאמנות הבעל ב"יביר" אם כתוצאה מדבריו הוא נפטר מתשלום מזונות הילדים שהוא מתנער מהם, ומצינו בכמה אחרונים שכתבו לשלול נאמנות הבעל הנוגע בעדות.

בשו"ת בנין עולם חלק אה"ע סי' ו' (אות י) כתב - "אין הבעל נאמן לומר שאינו בנו כיון שיש כאן חשש שאומר כן בכדי שיפטור את עצמו ממזון שתבעתו אשתו לפרנסה ולזונה ... דאף לשיטת הפוסקים דס"ל דנאמן לגמרי לומר שאינו בנו, מ"מ לא עדיף מעדות בכל התורה שנתנה להם התורה נאמנות, מ"מ כל שיש להם חשש נגיעה בדבר אין להם נאמנות כלל. א"כ כ"ש לענין זה חידוש הוא שחידשה תורה דהאב נאמן לומר שאינו בנו לעשותו ממזר, אבל מנין לנו דגם ביש חשש נגיעה בדבר שהוא נאמן ... כל שיש צד נגיעה בדבר, אין האב נאמן על בנו, דלא עדיף מעדים שהאמינתם התורה לכל הדברים שבעולם, ואפ"ה כשיש צד נגיעה בדבר אין להם נאמנות. א"כ י"ל דגם לענין פסול ממזרות אינו נאמן, ושוב דינו כאילו לא אמר כלל שאינו בנו, דקיי"ל אפילו באשה מזנה בניה כשרים דתלינן רוב בעילות בבעל".

וכן בתשובת חתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' עו כתב - "דה"ל נוגע בדבר מפני שנשא אחותו, ונהי דהאמינו תורה נגד בניו שהם קרוביו, היינו דוקא לענין זה ואין לך בו אלא חדושו, אבל לענין שארי נגיעות לא עדיף מסהדי דעלמא". אך צ"ע מתשובת חת"ס אה"ע ח"א סי' יג שמבואר להיפך, שהרי באותו נידון דברי הבעל נאמרו בעת שנתבע תביעת מזונות לזון את הבן.

וכן בשו"ת רבי שלמה איגר חלק אה"ע סי' ט' כתב - "זהו שאומר שלא ממנו הרה, הוי כאומר אינו בנו, ועדות הוא

נראה שהמחנה אפרים נקט בפשיטות כרבינו פרץ, ומכח עצם ביטול מקצת העדות אתינן עלה, והוכיח מהסוגיא בב"ק כשיטת הראב"ד לבטל כל העדות מכח ביטול המקצת ולא פלגינן דיבורא.

והנה השו"ע חו"מ סי' נא סעיף ו' פסק (עפ"י דברי הרמב"ם פי"ד מהלכות עדות ה"ז) - "הכותב כל נכסיו לשני בני אדם בעדות אחת, והעדים קרובים לאחד ממקבלי המתנה ורחוקים מהשני, הוי השטר פסול, מפני שהוא עדות אחת ... אבל אם כתב בשטר אחד שנתתי לראובן חצר פלונית ושנתתי לשמעון חצר פלונית, ונמצאו העדים קרובים לזה ורחוקים מזה, זה שהם רחוקים ממנו מתנתו קיימת, שאלו שתי עדויות הן אף על פי שהם בשטר אחד".

וכתב בזה בספר מחנה אפרים הלכות עדות סי' ג' - "מתוך דברי הרמב"ם נראה דהא דהכותב נכסיו לשני בני אדם והעדים קרובים לזה ורחוקים לזה דפסול כל השטר, הוי אפילו בנכסים מחולקים, וכגון שכתב שדה פלוני לפלוני ושדה פלוני לפלוני, ואפ"ה חשיב עדות אחת כיון שכתב חד לישנא דמתנה לשנים, שאמר ונתתי שדה פלוני לפלוני ושדה פלוני לפלוני. עד שיכתוב נתתי לפלוני שדה פלונית ונתתי לפלוני שדה פלונית שזה שתי עדויות שאינם צריכים זה לזה, כיון שלכל אחד ואחד כתב נתתי. והכי מפורש בדבריו, ודלא כהכסף משנה שנראה מדבריו שכל הנכסים מוחלקים סגי".

וכן הנודע ביהודה מהדורה תניינא חלק חו"מ סי' מה כתב בלשון זו - "בנדון דידן לא כללה הנעדרת את כולם יחד אלא כל אחד בפני עצמו ולכל אחד בפני עצמו נאמר תנו או יטול וכדומה, והרי דבר זה מפורש ברמב"ם פי"ד מהלכות עדות הלכה ו' ושנוי בטור סימן נ"א ומשולש בשו"ע שם סעיף ו' וז"ל הכותב כל נכסיו לשני בני אדם בעדות אחת והעדים קרובים לאחד וכו' הרי השטר פסול וכו' אבל אם כתוב בשטר אחד שנתתי לראובן חצר פלונית ושנתתי לשמעון חצר פלונית ונמצאו העדים קרובים לזה ורחוקים לזה זה שהם רחוקים ממנו מתנתו קיימת, שאלו שתי עדויות הן אעפ"י שהם בשטר אחד. הרי כיון שזכר אצל כל אחד נתניה לעצמו הם שתי עדויות והיינו ממש נדון דידן".

ועיין בספר פנים במשפט סי' נא סעיף ו' אות ז' (השני) שכתב ראיות לדעת המחנה אפרים ושכן דעת הלחם משנה. העולה מדברינו, אם העד מעיד שתי עדויות חלוקות, אין לבטל אחת לאחר שהעדויות השניה התבטלה עקב קרובה של העד למקבל המתנה. הגדרת עדויות חלוקות היא בניסוח המתייחס נפרד לכל עניין, אך אם באותו דיבור הוא המתייחס לכמה עניינים, הרי שבביטול עדות אחת בטלה השניה.

ונראה שבנידון דנן לא נחלקו הכסף משנה והמחנה אפרים, וכו"ע מודו שעדות אחת היא. שהרי כו"ע מודים שיש צורך בהפרדה בין העדויות, ושנשמע בדבריו שתי עדויות נפרדות, רק נחלקו במהות ההפרדה ההכרחית, האם צריך דוקא לומר לשון ונתתי בנפרד לכל אחד לפי דעת

הפוסקים שצירפו שיטות אלו. עיין בפת"ש סי' ד' ס"ק לז שהביא מתשובת רע"א שצרף את השיטות הנ"ל לספק בשאלת נאמנות הבעל, וכן בתשובת החתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' יג, וע"ע באוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קלד אות כה שהביא מספר שער המלך ומתשובות עין יצחק בנין עולם וחבצלת השרון שצרפו דעות אלו לספיקא דדינא בנאמנות הבעל.

אמנם בתשובות הנ"ל צירפו גם את שיטת התוספות רי"ד עמ"ס קידושין דף עח: שבמקרה שהאשה מכחישתו אינו נאמן, אך עיין בספר אמרי יושר ח"ב סי' קיד שדן במקרה שדנו להתיר את הבת לאחר שלושים שנה מלידתה ואין ידוע אם אמה הכחישה את טענת הבעל שהבת אינה ממנו, וכתב על זה האמרי יושר שאפשר לצרף את שיטת בה"ג שבעינין דרך הכרת בכורה וכן את שיטת הרי"ד והרי"ז שאינו נאמן לטעון שאינו בנו, אף כשלא מצטרפת שיטת התוס' רי"ד בקידושין. וז"ל האמרי יושר - "אף שבנידון דידן אין אתנו יודע אם האשה הכחישתו, אבל הרי בתשובת חתם סופר ביאר דלפי מש"כ ריא"ז בספר המכריע אין שום הכרח כלל תו לומר דבמכחשתו אינו נאמן, וכתב דהך שיטה לאו דסמכא היא כלל, ועכ"ז מסיק דהוי ספיקא דדינא מחמת שתי השיטות הנ"ל, דעת בה"ג דבעינין היכר בכורה, ודעת הרי"ד דבאומר אין זה בני אינו נאמן. ועיין בתשובת חתם סופר סי' עו שהאריך להביא מכמה גדולי הפוסקים דסברי כרי"ד, וכן פסק ביש"ש הלכה למעשה, ויש לחשבו לספיקא דדינא, וא"כ גם בנידון דידן כן".

ומצאתי בתשובת מהר"ם חביב ז"ל (בעל הגט פשוט, בשו"ת מהר"ם בן חביב המצורף לספר עזרת נשים, סי' יא, ובשו"ת מהר"ם בן חביב ש"ל לאחרונה בסי' קלב) שכתב בלשון זו - "כבר ידוע דאפילו גבי אב דאמרינן דנאמן אדם לומר פלוני בני הוא ממזר, אמרו בשם הלכות גדולות ור"ת דהיינו דוקא היכא דאיכא בכור. אבל היכא דליכא בכור אין האב נאמן. איברא דר"י והרא"ש חלקו עליהם, מ"מ הוי ספיקא ופלוגתא דרבוותא דרבנן, ויש לעשותו סניף להקל", עכ"ל.

הרי לנו דעת עמוד ההוראה בעל הגט פשוט, לצרף כסניף את שיטת בה"ג ור"ת שלא לקבל עדות האב אלא בדרך הכרת בכורה. ולא כתב צירופים נוספים הנחוצים לצירוף שיטה זו.

בנידון שבפנינו, האשה לא הכחישתו באותו דיון בביה"ד ביום סידור הגט, וטענה על ששה מהילדים שאינם ילדיו של הבעל, אך כעת בדיון האחרון טענה כי ששת הילדים הם מבעלה לשעבר, והדברים השוללים את אבהותו שאמרה בזמנו, נאמרו עקב הלחץ שהבעל הפעיל עליה ומחשש שאם תאמר כן לא תקבל גט.

ביחס לדבריה אלו של האם יש להעיר שהיא הוכיחה שאינה אמינה וכפי העולה מפרוטוקולי הדיון. ובפנינו אשה המסוגלת לטעון ביחס לזהות אבי הבת טענות שקר רק כדי

ולא מועילה אמתלאה, מ"מ הרי היתה כאן נגיעה בעדותו ולא לקרהו רשע ... אף דאין יכולים לבוא לבטל עדותו מטעם חזרתו, מ"מ יש לנו לבטלו מעיקרא לומר דלא היתה עדותו עדות".

יש לציין כי לשיטה זו נמצא יסוד בראשונים. בשו"ת הרי"ד סי' צב כתב בלשון זו - "להך לישנא דמפרשי שהוא מעיד שאינו בנו, אינו יכול לפוטרו מעונש קללתו והכאתו או לצרפו עמו לעדות. כי הוא נוגע בעדותו, שנראין הדברים שבעבור זה מעיד כך כדי לפוטרו ולצרפו עמו לעדות הוא מתכוין, והילכך אינו נאמן. ואם העיד עליו שהוא ממזר והוקבע ממזר על פיו ואחר כך בא על בת ישראל, פשיטא ודאי שלוקה, כיון שהוא נאמן והחזק על פיו ממזר בב"ד".

אך כפי הנראה סוגיא דעלמא היא דלא כשיטה זו, והאב נאמן בעדותו אף כשיש לו נגיעת ממון. והדין נותן כן, שהרי כמעט לא ימלט שבבן קטן אין נגיעת ממון של מזונות הבן, ואפ"ה אין בכך ביטול נאמנות האב. שהרי מוסכם שהאב נאמן גם על בנו קטן אף שעל פי הדין מחוייב במזונותיו, ועיין ריב"ש סי' מא וסי' מב הובא בב"ש סי' ד' ס"ק מא וסי' כב סק"ה ובתשב"ץ ח"ב סי' יט ומל"מ נחלות פ"ד ה"ב, וכן בשו"ת רע"א ח"א סי' קכח הנידון בשאלת נאמנות הבעל היתה במקרה שהבעל נתבע לתשלום מזונות.

וליישב את דברי הפוסקים הנזכרים, יש לחלק בין נגיעה תמידית הקיימת בכל מקרה של "יכיר", דהיינו הנגיעה שרוצה לפטור עצמו מתשלום מזונות דקביעא וקיימא עליו מכח היותו אב, דבזה אין לפסול עדותו. דאל"כ לא ימצא מקרה שבו האב נאמן לטעון על בנו הקטן שאינו בנו, משא"כ בנגיעה אחרת המזדמנת בכל מקרה לפי עניינו. לפי חילוק זה יתיישבו דברי החתם סופר, שכאמור לכאורה בפנינו שתי תשובות הסותרות זו את זו.

צירוף שיטות בה"ג ותוס' רי"ד כסניף לשלול נאמנות הבעל

הראשונים הביאו מדברי בה"ג הסובר דלהלכה נקטינן שלא האמינתו תורה לבעל אלא כשמעיד בדרך הכרת בכורה, שאמר על בנו קטן שהוא בכור וממילא הגדול ממזר. דברי בה"ג הובאו בתוס' ב"ב דף קכו: וברמב"ן וברא"ש וכן ברשב"א דף קכח: (אלא שהראשונים שהביאו דבריו חלקו עליו), ובחי' הריטב"א (ב"ב קכו:): הביא כן בשם "דעת רבותינו", ובספר אור זרוע עמ"ס בבא בתרא סי' צה כתב כן שדעת ר"ת כדעת בה"ג.

שיטה נוספת בראשונים היא שיטת התוס' רי"ד במסכת בבא בתרא דף קכח: ובספר המכריע סי' סד וכן הרי"ז במסכת קידושין פרק רביעי (דף עח:): הסוברים שהתורה האמינתו רק כשטוען שהבן שילדה אשתו הוא בנו וממזר, מפני שאשתו אסורה עליו מחייבי כריתות, אך לא האמינתו תורה כשלדבריו הוא אינו בנו.

אמנם שיטת רוב הראשונים אינה כדעת בה"ג והתוס' רי"ד וכן דעת הרמב"ם והשו"ע, עכ"פ מצינו בכמה מגדולי

שקבע, ולא בא, הרי זו מגורשת. ויש שאף בוז חוששין שמא בסתר בא". ודעה ראשונה היא דעת הרמב"ם פ"ט מגירושין הי"א. וע"ע ארצה"פ סי' ד' ס"ק מב אות ו'.

ועיין בב"ש ס"ק טז שכתב - "דעת הלכות גדולות דאמרינן על ידי שם בא לכאן, וכעובדא דשמואל". ומבואר שעיקר טעמו של בה"ג הוא שאנו תולים שבא על ידי שם, אך כאמור ברא"ש ובטור מבואר הטעם שבא בצינעא, וכמ"ש הח"מ וביאור הגר"א. וכן השיג על הב"ש, בשו"ת ראש לראובני סי' יט.

ובמשנה למלך הלכות אישות פט"ו ה"ד כתב בדעת בה"ג - "פשיטא דמאי דקאמר בה"ג דילמא אתא בעלה בצנעא, הוא במה שהוא חוץ מהטבע, שאנו תולין דילמא על ידי שם, דאם היתה אפשרות לבוא, לא היו חולקים על בה"ג". ובפת"ש אה"ע סי' קנח סק"ג הביא מתשובת מנחת עני שכתב בלשון זו - "עד כאן לא נחלקו הרמב"ם ובה"ג רק היכא דידעו שהבעל הרחיק נדוד באופן שעל פי הטבע אי אפשר שיהיה העובר ממנו, אבל היכא דאפשר לבוא על פי הטבע, ודאי כו"ע מודו דלא מפקינן האשה והולד מחזקת כשרות, ואין כאן אפילו ספק ממזר, וכן מבואר במשנה למלך פרק טו מאישות, והוא פשוט", עכ"ל.

ומצאנו יסוד לשיטה זו בראשונים. בספר אור זרוע ח"א סי' תרנ"ז בתשובת ה"ר חיים כהן ז"ל כתב, וז"ל - "ויותר נ"ל מיגו דאי בעי אמרה בעלי בא עלי, וזה מצוי שלפעמים הוא בא ולא יראו אותו. כמו שאנו אומרים ניהוש שמא פייס בכמה מקומות, ולגמלא פרחא חיישינן. כ"ש הכא שלא הרגישו עד ג' חדשים לכל הפחות, וזה לא הרחיק כ"כ שלא יכול ללכת ולבוא כמה פעמים, זה היה נקל מכל מה שאמרה. ודבר גדול אמר ברבה תוספאה דאמר אשתהי תריסר ירחי שתא, והיינו מיעוט שאינו מצוי כלל ולא פסלינן הולד. ועוד אני תמיה במקום שיכול לבוא כל שעה שירצה כיוצא באותן מקומות, אפילו היא אומרת על העיבור שהוא ממזר אין לנו להאמינה, כדאמר פרק עשרה יוחסין", עכ"ל. מבואר בדבריו שבמקום שהבעל יכול לבוא כל שעה שירצה, אנו תולין העובר בבעל, גם אם האשה תאמר שהוא אינו אבי העובר.

וע"ע בארצה"פ סי' ד' ס"ק מא שהביא דעת הסוברים שמחלוקת הרמב"ם ובה"ג הנזכרת היא בהלך בעלה למדינת הים, משא"כ כשהבעל באותה מדינה.

לכאורה היה מקום לומר שנידון דנן תלוי במחלוקת הנזכרת. לפי השיטה הראשונה, נחלקו הרמב"ם ובה"ג האם תולין שבא בצנעא לביתה של אשתו, ולהכרעת השו"ע הבן ספק ממזר. ולפי המל"מ והמנחת עני, מאחר שהבעל לא היה במדינת הים, לכו"ע תולין שבא בצנעא. ובנוסף י"א שכל דברי הרמב"ם לדונו כממזר רק בהלך הבעל למדינת הים ולא כשנשאר במקום אחר באותה מדינה.

אך בתשובת מנחת עני שם הביא מתשובת הריב"ש שדינו של בה"ג דוקא באשה כשרה שלא נשמע עליה

להשיג תועלת מסויימת. על כן נראה שאין מקום להתחשב בדבריה כלל, לא לקולא ולא לחומרא. ויש לקבוע כי ביחס לטענת הבעל בזמנו שטען כי אינו אבי הילדים, אין בפנינו לא הכחשה ולא הודאה מטעם האשה. ובהעדר הכחשה, אין מקום לצרף את שיטת התוס' רי"ד במסכת קידושין. אך כאמור גם בלא שיטה זו, יש לצרף לספיקא דדינא את שיטת בה"ג הרי"ד והרי"א הנזכרים. ובכך מצטרף ספק נוסף בנאמנות הבעל לפסול את ילדיו.

האפשרות לתלות שהבעל בא בצנעא לביתה של אשתו

כאמור, במקרה שלפנינו, עלינו לדון מקרה זה בלא עדותו של הבעל, ויש לברר האם יש מקום לייחס לבעל את חמשת הילדים. ידוע לנו כי האשה התגוררה מחוץ לבית ואין ידוע לנו על תקופה מסויימת בה שניהם התגוררו יחד בביתה או בביתו בשנים אלו.

קיי"ל רוב בעילות אחר הבעל, ועל כן פסק הרמ"א באה"ע סי' ד' סכ"ו שאשה שזנתה תחת בעלה, הולד כשר, וכן בשו"ע שם סעיף טו. אך עיי"ש בב"ש ס"ק כג שכתב "תולין בבעל, משום דהבעל מצוי לה", וכן בב"ש סי' ג' ס"ק טז.

והנה בטור אבן העזר סי' ד' - "כתב הרמב"ם היה בעלה במדינת הים וילדה הרי זה בחזקת ממזר, שאין הולד משתדה במעי אמו יותר מיי"ב חדש. ובה"ג כתב שאינו בחזקת ממזר, שאנו תולין לומר שמא בצינעא בא ובעל". וכן הובא בשו"ע סעיף יד, ובש"ע סיים - "וכיון דפלוגתא היא הוי ספק ממזר".

מחלוקת זו, היא מחלוקת הרמב"ם ובה"ג. ויש לברר מה סברת בה"ג ומדוע הרמב"ם אינו מקבל את דעתו.

הרא"ש במסכת קידושין פ"ד סי' ז' הביא דברי בה"ג בלשון זו - "כתב בעל ההלכות בסוף הלכות גיטין אהא דקאמר בפרק המגרש (דף פט א) אין חוששין לממזרות היכי דמי כגון אשה שהלך בעלה למדינת הים וילדה, דלא חיישינן לממזר, דאמרינן דילמא אתא בעלה בצנעא ושימש. כי ההיא עובדא דאבוה דשמואל דאתא בשם ושימש כדאיתא בירושלמי". לפי המבואר ברא"ש, סברת בה"ג היא שאנו תולים שהבעל בא בצנעא, ומה שהזכיר את אבוה דשמואל שבא על ידי שם, לדוגמא בעלמא נקט, אך אין כוונתו שאנו תולין כן בכל בעל. וכן עולה מדברי הטור שהובא לעיל, שלא הזכיר עניין זה שבא על ידי שם, אלא כתב - "בה"ג כתב שאינו בחזקת ממזר שאנו תולין לומר שמא בצינעא בא ובעל". וכן הוא בחלקת מחוקק סק"ט ובביאור הגר"א ס"ק לא. ועיין בספר בית מאיר שבאר שדעת הרמב"ם החולק על בה"ג, שאין דרך בני אדם לבא בצנעא, על כן אם אין ידוע שהוא הגיע לביתה של אשתו, אין תולין שכך ארע, ובה"ג סובר שיתכן שבא בצנעא. ועיי"ש בבית מאיר שציין למחלוקת בשו"ע סי' קמד סעיף ז' - ה"ז גיטך מעכשיו, אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש, אין חוששין שמא בסתר בא, שאין דרך בני אדם לבא בצנעא. ואם תם הזמן

פריצות, וכן בתשובת פרי הארץ ח"א אה"ע סי' א' שהובאה באוצה"פ סי' ד' ס"ק מד אות א', (אמנם לא מצאתי בריב"ש שכתב כן). ולפי דרכם קשה להקל בנידון דנן מכח דברי בה"ג, שלא לחוש אף לספק ממזר, מאחר ולפי החומר שבתיק נשמעו על האשה דברי פריצות שיצרה קשר עם פלוני, הן על פי דבריה בבית הדין והן לפי דיווחי עו"ס שנכתבו בתסקירים. מה עוד שידוע שאותו פלוני סייע לה בגידול הילדים והם הורגלו לקרוא לו "אבא", להלן נדון כיצד לדון מצב זה, אך עכ"פ נראה שחזרנו להכרעת השו"ע שבנסיבות אלו הבן ספק ממזר, ספק הנובע מפני האפשרות שהבעל בא בצנעא לביתה של האשה, אפשרות שאינה נשללת למרות ההתנהגות המתוארת של האשה.

האם ניתן לצרף ספק התעברה מנכרי

גם במקרה שבו התקבלו דברי הבעל הטוען שהם אינם ילדיו, עכ"פ אין הכרח שהבן ודאי ממזר במקום שבו דרים נכרים. לעיל סי' ו' הבאנו מהאחרונים שקבעו שבמקום שדרים נכרים, הולד אינו אלא ספק ממזר, והדין כן אפילו במקום שיש רוב ישראל, עיין לעיל סי' ו' שהבאנו מדברי הפוסקים בזה באריכות, ואין צורך לכפול הדברים כאן, אך נוסף ביאור מדוע יחשב ספק ממזר במקום שמיעוט נוכרים ולא ניזול בתר רובא, אלא נשאר כספק. להלן מש"כ האבני נור לבאר דספק ממזר מותר מהתורה גם כשהספק אינו ספק במציאות אלא ספקא דדינא, ובהמשך דבריו כתב לבאר דאף כשיש רוב עדיין לא נפיק מכלל ספק. וז"ל האבני נור חלק אה"ע סי' יז אות טו - "מפורש בר"ן סוף פ"ק דקידושין בענין כל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל דאף דערלה הלכה למשה מסיני הלכה כמיקל משום דכך נאמרה הלכה ספיקא מותר. וספק ממזר דומה ממש לספק ערלה דהוי היתר גמור, אפילו באמת הוא ממזר ... וכ"כ בחת"ס דספק ממזר דומה לספק ערלה. וע"כ יש ללמוד משם דה"ה בספיקא דדינא ויותר מזה דאפילו יחיד במקום רבים הלכה כמותו בספק ממזר מדאורייתא, וכמ"ש הר"ן שם בספק ערלה עיי"ש, וכ"כ בשטמ"ק בבא מציעא בעשירי ודאי ולא עשירי ספק דאפילו הוי רובא שהוא עשירי חשוב עשירי ספק",

העולה מדברינו שיש מקום להקל כשיטה זו המיוסדת על דברי הראשונים וגדולי הפוסקים ויש מקום לדון מכח ספק ספיקא. ספק התעברה מבעלה ספק מאחר. ואת"ל מאחר, ספק ישראל ספק נכרי.

האם ניתן לפסוק להתיר מכח ספק ספיקא

עיין בב"ש סי' ב' ס"ק טז שפסק להתיר חשש ממזרות כשיש ספק ספיקא וכתב שכן דעת הט"ז ומהרש"ל, וכן דעת הדרישה אה"ע סוף סי' ז' וע"ע בב"ש סי' ד' ס"ק מג שהביא בשם מהרי"ו היתר הולד מכח ספק ספיקא. וכן דעת הגרע"א ז"ל והחת"ס שהובאו בפת"ש סי' ד' ס"ק לז, דנו להכשיר במקום שיש ספק ספיקא, כגון ספק בנאמנות הבעל בטענתו

שאינו בנו ספק הבן מנכרי. לעומת זאת דעת הב"י אה"ע סי' ז' בדעת הרמב"ם להחמיר אף במקום שיש ס"ס ועיין בביאור הגר"א סי' ב' ס"ק לב שהסכים עם הב"י. ועיין בספר בית מאיר סי' ד' סעיף כו שהביא מהריטב"א בחי' עמ"ס קידושין דמשמע דאף בספק ספיקא מחמירים משום מעלה עשו ביוחסין. אך בדבריו שכתב לאחר מכן בתשובה (שבשו"ת רע"א ח"א סי' ק') חזר בו וכתב כדלהלן - "גם אפשר לשיטת הריטב"א והמרדכי שהבאתי נראה לענ"ד כעת דאינו מוכרח, דכמו שהחמירו חז"ל בס"ס דשתוקי לשיטתייהו משום מעלת יוחסין לגמר מיני' לכל ס"ס דממזר, די"ל בס"ס זו נראה לרז"ל להחמיר משום דהיא תמידית בכל השתוקים, משא"כ בנתיחד לספק ממזר במקרה בלתי טהור, י"ל דלא החמירו דהוי דיעבד".

וכן מציינו בפוסקים אחרונים שדנו להתיר מכח ספק ספיקא, עיין בשו"ת אמרי יושר ח"ב סי' קיד ובשו"ת מהר"ש ענגיל חלק ח' סי' קיז, וכן העלה בספר יביע אומר חלק ה' סי' ב' אות ט' ובחלק ז' אה"ע סי' ו'.

יחוס הילדים לנטען

בדיון שהתקיים בבית הדין במעמד סידור הגט הבעל והאשה טענו שאבי ששת הילדים הוא פלוני. וכאמור, בדיון האחרון האשה חזרה בה מטענה זו. ביחס לנקודה זו יש לציין כמה דברים.

האב נאמן לשלול אבהותו, אך אינו נאמן לייחס אבהות לפלוני. ונציין מש"כ בספר תשובות רבי עקיבא איגר קמא סי' רכא בתשובה מבנו הג"ר שלמה איגר ז"ל שכתב בשם אביו בלשון זו - "בתה"ד מבואר להדיא דסברתו כיון דהיא פנויה, אבל בנשואה נאמן לומר מפלוני נתעברה ... וכבוד אאמ"ו נ"י השיג ואמר דלא מציינו שהאמינה התורה לאב אלא לומר בני זה בן גרושה, דהרי זה אביו של זה הבן, אלא שאומר מה הוא ומה טיבו, אבל כשאמר מפלוני נתעברה, הרי כבר אמר שאינו בנו והרי הוא כאיש אחר, ואינו נאמן לומר ממי הוא, אלא דנאמן דאינו בנו, אבל לא ממי נתעברה, ע"כ דבריו הקדושים". וכן שם בס"י רכב ס"ק יב.

וכן בחזו"א אה"ע סי' א' ס"ק יז כתב "מש"כ אחרונים ז"ל לפרש לשון הרמב"ם פט"ו מהא"ב הט"ז דהאב נאמן לומר אינו בני ולהעיד ממי נתעברה, תמוה מאד. שאם אינו אב הרי הוא כאיש אחר, וכבר תמה כן בגרע"א סי' ק"ו, ועיי"ש שפרש דברי תה"ד שלא יסתרו סברא זו.

וביחס לדברי האם, כאמור לעיל קבענו את אי אמינות דברי האם, ועל כן אין לדבריה משקל בעניין זה.

שם הובעל, שנטען בזמנו כי הוא אבי ילדים, שמו פלוני והוא קראי, מעדת הקראים שעלו מצרים.

ואמנם, בתקופה האחרונה האשה והנטען הנ"ל, יצרו קשר הדוק ואף מתגוררים יחד ומגדלים יחד את הילדים, ולכאורה היה מקום לייחס את הילדים אליו מכח אומדנא. ונציין לתשובת מהר"ם בן חביב (הנוכרת לעיל, והובא

וכמעשה שאירע סוף מחזור רס"ז מקהל גדול מהם שהתייהדו ביום אחד במצרים על יד הנגיד רבינו אברהם נר"ו.

אך פוסקים רבים בדורות האחרונים, הורו שיש לחוש שהתערבו בהם גויים, ושאינן לקבלם בלא גיור.

בספר שאילת יעב"ץ ח"ב סי' קנב כתב "בנדון נשוי הקראית בשגגה, הנה כבר כתבתי בחבורי על אה"ע סוף סי' ד' שאין הכרע לאסור הקראים לבוא בקהל, מחמת מ"ש בתשובת הגאונים שהביא הרב"י שם. ושוב מצאתי ראיתי בתשובות רדב"ז (סרי"ט) ובתשובת מהרב"צ (ס"ג) שמכשירים אותם לבוא בישראל. וכן מביא שם מעשה רב שנעשה ע"י הנגיד ר"א בנו של הרמב"ם שקבלם בתשובה, וקרבים והכניסם תחת כנפי השכינה. ונ"ל שכדאי לסמוך עליהם, אע"פ שבאמת גרועים הם בעיני יותר מצדוקים, שלפ"ד הגמרא מוכרחים אנו לומר שעכ"פ נוהרים הם בטבילת נדה דאורייתא. אע"פ שמקילים בספירת זבה, וק"ל. משא"כ קראים הללו כפי שהוגד לי ושמעתי. אין להם טהרת מי מקוה שהנדה טובלת בהן כלל ... אלא שתקנתם קלקלתם. כי בעיני הם נחשבים גוים גמורים. וכענין שאמרו ספ"ק דיבמות. לא זו משם עד שעשאו נכרים גמורים וכו'. כי בנים זרים ילדו ובודאי אינם חוששין ג"כ לישא נשים נכריות. ולפחות לבעול גויות. ולהוליד מהן זרע מרעים, שולדה כמותה. וצריכין טבילה כגרים. וכשבאים לקבל דת אמת כהוגן. לכן נ"ל שאין לדחות האשה הזאת וזה בנה אשר החיה זרע איש יהודי, מאחר שנראה מדעתה שלבה נכון עם בעלה התלמודי. ונאמנה את אל רוחה לשמור תורה שבע"פ. לפיכך ירא שמים יצא את כולם. יטבילוה טבילה הגונה וע"פ ב"ד כדין הגיורת (וגם מדין מומרת בעלת תשובה. צריכה טבילה. ממנהגן של ישראל) ולקבל עליה עול מצות כמשפט חז"ל בגיורת. ודברי חברות ודת יהדות. ולהביאה באלה ובשבועה לשמור פתחי נדותה. וטהרת טבילתה וצניעותה, והכשר כליה ומאכליה ככל משפט דת יהודית ודת משה וישראל הנאמנים לה' ע"פ התורה אשר יורה הרבנים התלמודים. מאחר שהורגלה זו מנעוריה במנהגי הקראים המתועבים, החושבים עצמם ישראלים כשרים, צריך להחמיר עליה יותר מגיורת דעלמא, ואשבועה מהימנא ... בכך תשב תחת בעלה היא ובנה ככל זרע ישראל הכשרים ודינם כגרים. זוהי דעתי הקלה אם יסכימו עמי חבירי בעלי הוראה. יעב"ץ.

בשו"ת מנחת יצחק התייחס לדברי היעב"ץ בשתי תשובות. בתשובה אחת קיימת התייחסות קצרה, בחלק א' סי' קלז כתב המנחת יצחק - "נשאלתי, באותן הכתות למיניהם שפרשו עצמם מדרכי הצבור ועשו במה לעצמם והשחיתו דרכם מאד, כפרו בתורה מן השמים, והכחישו כל דברי חכז"ל, ר"ל, וגם נשאו נשים נכריות, ואף הגירות שלהם בלא בית דין ובלא קבלת המצות ובלא טבילה, ולא כלום הוא, ומכל מקום מניחים למול את בניהם, אם יש

בקצרה באוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קד אות יז ד"ה ומ"ש) שדן במקרה בו אשה פנויה התעברה ובתחילה טענה שהעובר מאדם כשר ולאחר שחזרה בתשובה טענה שגם חתנה בא עליה. והביא שם דעת חכם אחד שדן לייחס העובר שלה לחתנה, וזאת מפני שהאשה לאחר שהתעברה הייתה דיימא מחתנה והסכימה לרינון אנשי העיר שהיא מעוברת ממנו, ועוד שהאדם הראשון שנטען כאבי העובר היה מוחזק בכשרות והחתן מוחזק בפסלות. וכתב אותו חכם שאם לא נדון לייחס העובר לחתן עפ"י האומדנא הנזכרת, אין זה דין אמת לאמיתו. וכתב על זה מהר"ם בן חביב בלשון זו - "על זה אני אומר, דכיון דהתורה התירה בהדיא ספק ממזר, אין לנו לדון להחמיר בסברות ואומדנות שלא להקל. והתורה שציוותה לנו איסור ממזר היא אמרה לנו דספק ממזר מותר לבוא בקהל, ולא דמי לשאר ספקות של תורה. ולא החמירו חכמים בשתוקי אלא משום מעלה דיוחסין, ואין לנו להחמיר יותר מדאי, כי דיינו מה שאסרה תורה ומה שאסרו חכמים בהדיא, וידוע דספקא דרבנן לקולא. ומה שכתב דיש לנו לדון על פי האומדנא, דברי תימא הם, דהרי קיי"ל דאין דנין על פי האומדנא וכמו שאמרו פרק אחד דיני ממונות (סנהדרין לו). שמא תאמרו מאומד ומשמועה כו'. ולא קיי"ל כו' אחא דאמר גמל האוחר בין הגמלים ונמצא הרוג בצידו בידוע שזה הרגו (ב"ב צג). וכמ"ש הרמב"ם פ"ח מנוקי ממון. ואע"ג דאשכחן בכמה דוכתי דדנין על פי אומדנא, כבר עמד מהרי"ק בשורש קכ"ט בחקירה זו, ותירץ דכל היכא דהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקין בדעת הנותן או המגרש אולינן בתר אומדנא, אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה, כי ההיא דגמל האוחר בין הגמלים, לא אולינן בתר אומדנא יע"ש. וא"כ אפילו היה חתנה פסול וחשוד לא היינו הולכים אחר אומדנא, עכ"ל.

על כן יש לקבוע, כי אין בפנינו עדות מוסמכת לייחס את חמשת הילדים לאותו פלוני, ולקבוע שהוא אבי הילדים. נראה שגם אילו היתה עדות המועילה לייחסם אליו, עדיין כל אחד מחמשת הילדים לא היה אלא ספק ממזר, וכפי שיבואר להלן. (ונ"מ לדינא מהאמור להלן, ביסוס ההיתר מכח ספק ספיקא, וכפי שיבואר בסוף דבריניו). נקדים ונציין שאותו פלוני מוחזק כקראי, שנולד וגדל בקהילה קראית. בתיק שבפנינו מצוי אישור מחכם הקראים סגן הרב הראשי שלהם, אברהם גבר, וכן מהחכם שלהם דוד אלישע, המעידים שאותו פלוני הוא קראי מצד האב ומצד האם.

עניין זה שהנ"ל קראי, יש בו צד להחמיר מחד, ומאידך יש בו צד להקל. צד להחמיר מפני פסק הרמ"א באה"ע סי' ד' שפסק - "הקראים אסור להתחתן בהם, וכולם הם ספק ממזרים, ואין מקבלים אותם אם רוצים לחזור". מאידך, רבו הפוסקים שהורו להקל לקבלם, ואף עשו מעשה. כפי המבואר בספר כפתור ופרח פרק ה', - "הצדוקים אינם היום בזמנינו מוסיפים גריעות, אלא שרבים מהם מתייהדים תמיד,

דמ"מ נראה דאסור ללוות מהם בריבית, כיון דמומר עד אלף דור, דין מומר יש לו, ואסור להושיט לו איסורים, ומאן עקר מהם דין מומרים, ונתן עליהם דין עכו"ם, נהי דבכותיים מותר, משום דחכמים עשאום כעכו"ם, הם הי' כח בידם לעקור דבר מן התורה, אבל אנו אין לנו כח לעקור אפילו אות אחת מהתורה, וגם בכותיים כתבתי לעיל דיש לפקפק, מכ"ש בקראים עכ"ל, הרי דפקפק אף בכותיים, ובקראים ס"ל לפשיטות, דאי אפשר לדונם אף כעכו"ם כמו כותיים, ובודאי מכ"ש דלא ביותר, ועל כן דברי היעב"ץ בזה צ"ע, וממילא גם הצדוד שלנו בריפורם, על יסוד דברי היעב"ץ, אין לו חיזוק.

אמנם אף שאין למידין מדברי היעב"ץ לקולא, אבל מ"מ בודאי צדקו דבריו, דכיון דנשאו נשים נכריות, ע"כ יש לדונם כגוים, להצריכם גירות מדינא, וגם מדין מומר ממנהגא, א"כ כמו כן בנדון דידן, דנודע דהרבה מהם נשאו נשים נכריות, ואף שיש שקראו עליהם שם גירות, אבל נודע דהגירות לא נעשה כדת, ממילא גם המה עדיין יש להם דין גוים, וא"כ אף אם ימצא איזה צידוד בנד"ד, בנוגע לבוא לקהל, מ"מ בודאי בעי גירות, עכ"ל תשובת מנחת יצחק.

העולה מדברי תשובת מנחת יצחק שהעלה לקבל את דברי תשובת היעב"ץ לענין שיש לדון את הקראים כספק גוים ואין לקבלם בלא גיור.

וכן בספר ציץ אליעזר חלק ה' סי' טז כתב - "יש חשש מבוסס לחושבם עכ"פ גם לספק נכרים. כי הרי מקבלים גרים שלא עפ"י דיני התורה, ומתערבים עמהם. ונודע לי ממקור מוסמך ביותר כי אמנם הגאון הגר"ח מבריסק ז"ל הגדיר את הקראים (בישיבת אסיפת רבנים גדולה שדנה בקשר לכך) בגדר של ספק ממזרים, וגם של ספק גוים מכיון שמקבלים גרים וגירות, ונשארים כמובן בגיורתם, ומתערבים בהם."

ובשו"ת ציץ אליעזר חלק יד סי' כא חזר על דעתו וכתב - "הקראים אסורים בהחלט לבוא בקהל ה', ואין כל סתירה מזה לזה, כי נותנים עליהם גדר של ספק ממזרים בגלל אי ידיעתם ואי שמירתם איסורי עריות ודיני גיטין, וגם ספק גוים בגלל התערבות בני נכר בקרבם בהמשך הדורות [יעוין במיוחד בדברי בזה בח"ה מספרי סימן ט"ז]."

ובספר עמק ברכה הלכות יו"ט סי' י' (עמ' קיח) אגב השאלה אם מותר לבשל ביו"ט לצורך קראים, כתב כדלהלן - "לענין חתנות שמעתי ממור"ר הגאב"ד דבריסק ז"ל שאמר בשם אביו מרן הגר"ח הלוי ז"ל שאמר דאסור להתחתן בהם מתרי טעמי, חדא דהם ספק ממזרים, דהרי איכא עריות דאינן כתובות מפורש בתורה אלא אתיא מדרשא והם אינם זהירים בהם. וגם הם ספק נכרים, משום דבמשך דורות קיומם ודאי קבלו גרים מאומות שבאו אליהם להתגייר, והם אינם גרים משום דלא קבלו עליהם כל תרי"ג מצות, דהרי אפילו מי שקבל כל התורה כולה חוץ מדקדוק אחד בתורה מקור"א אינו גר. ולפי זה פשוט דאסור לאפות ולבשל לצורך קראים, כיון דהם ספר נכרים הוי ממש אופה ומבשל לצורך נכרי ואסור."

למול אותם בשבת, ביום השמיני ללידתם". והביא שם דעת גדולים שאסרו להתערב עמם ולהנשא עמם. ועל זה כתב המנחת יצחק - "אמנם לא ברירא לי אם היתה החלטת גדולי הדור גם בכתות הנ"ל לאסרם בקהל אף אם יחזרו בתשובה, כי י"ל קלקלתם תקנתם, כי קלקלו כ"כ בנשיאות נשים נכריות, וגם לא שכיח בהו כלל אצל הקידושין שלהם עדים כשרים, עד שחשש ממזרות נתמעט בהו, אבל גירות בודאי בעי וכמ"ש כיוצא בזה בתשובת יעב"ץ (ח"ב סי' קנ"ב), וממילא יש לקבלם בתשובה אחר שיתגיירו ולהתירם בקהל, ושייך דלמא נפיק מיניהו זרעא מעליא."

בתשובה אחרת הרחיב המנחת יצחק בדבריו על תשובת היעב"ץ, וז"ל בחלק ג' סי' מ' - "ומה שרציתי לצדד בתשובתי שם, הוא עפ"י מש"כ בתשובת יעב"ץ (ח"ב סי' קנ"ב), שכתב לצדד בקראים, שקלקלתם תקנתם, כי בעיני הם נחשבים גוים גמורים, וכענין שאמרו (ספ"ק דיבמות), לא זוו משם עד שעשאום נכרים גמורים וכו', כי בנים זרים ילדו, ובודאי אינם חוששים ג"כ לישא נשים נכריות, ולפחות לבעול גויות, ולהוליד מהם זרע מרעים, וצריכים טבילה כגרים, כשבאים לקבל דת אמת כהוגן, (וגם מדין מומרת בעלת תשובה, צריכה טבילה, ממנהגן של ישראל) עכ"ל, הרי שנטל מהם את דין יהודית לגמרי, בין לחומרא, דצריכין גירות. ובין לקולא, דאין בהם משום ממזרות. אבל חוץ מזה, שדבריו המה נגד דעת רוב הפוסקים, שס"ל דיש בהם משום ממזרות כנ"ל, עוד אזל בתר איפכא, מכל דברי הפוסקים בזה, דאלו הפוסקים (אף אותם שצדדו להתיר אותם בקהל, שבנו רק יסודם על רובא וס"ס ועדים פסולים) ס"ל דהצדוקים (שהמה הקראים שבזה"ז) דינם כמו הכותים קודם שגזרו עליהם, שיהיו כגוים לכל דבריהם, ואלו לפי שיטת היעב"ץ, הוה עוד גריעי מכותים אחרי שגזרו עליהם, שיהיו כגוים לכל דבריהם, דבכותים אף אחרי הגזירה, אמרינן דרק לחומרא עשאום כגוים, ולא לקולא, דחיישינן לקידושיהו, וכדאיתא באה"ע (סי' מ"ד סעיף י'), ועיין שם בבית שמואל ובהגר"א, מה שכתבו לחלק, בין מה שאמרו בכותים, דעשאום כגוים, ובין מה דאיתא (ביבמות שם) דעשאום כגוים, ולפי דברי היעב"ץ, הקראים בזה"ז, עוד גריעי, ודינם כמו עשאום כגוים (ביבמות שם). וזה צריך עיון גדול, דוכי כחנו יפה כל כך, לעשות אותם כגוים, אף לקולא, אף שלא עשאום כן בעלי הש"ס, דאף אם נדמה אותם לכותים אחרי הגזירה, מ"מ ל"ה לקולא לפי הנ"ל, ואף דהש"ך (ביו"ד סי' קנ"ט סק"ה) ס"ל בכותים, דעשאום כעכו"ם אף לקולא, כבר תמהו עליו גדולי האחרונים בזה, מדברי הטור וש"ע (בא"ע) הנ"ל, וכדאיתא בספר בית הלל ובספר תפארת למשה שם, ועוד שאר גדולי האחרונים שהובאו בספר דרכי תשובה (שם ס"ק כ"ג) וגם (בסי' קל"ט ס"ק ד'), וביותר עיין בחו"ד שם, שהעיר בכל זה, ע"ש הש"ך (בס"ק ד'), ואח"כ (בס"ק ה') לענין קראים, כתב, על מה שכתב בש"ך שם (ס"ק ו'), שהם כעכו"ם גמורים,

עכ"פ מבואר מכל הנ"ל שאחד מהתנאים לקבלת קראי או קראית לקהל ה' הוא שיטבול במקוה כשר כדין גר. ונראה בפשיטות הטעם, מחשש שמא התערבו גויים ביניהם או גרים שבקשו להתגייר, שלא הועיל להם הגיור ונשארו גויים. וכן בספר משפטי עזיאל חלק יו"ד סי' סד כתב בעניין הקראים - "רשאים וזכאים מעכ"ת לסמוך על דברי המתירים ולהתיר קבלת גירותו של בן מקרא זה, אחרי פריעת המילה וטבילה, ככל דיני הגר".

בספר נאה משיב להגר נסים אוחנה ז"ל שהיה רב בקהיר הביא בחלק אה"ע סי' ב' מעשה בקראית שבקשה להכנס בקהל, והרב הראשי רבי חיים נחום ז"ל קבלה על פי ארבעת התנאים הנ"ל. ובסוף דבריו בתשובת נאה משיב כתב - "ואחרי כל האמור לעיל התרנו לבחורה הנזכרת לבוא בקהל עדתנו אחרי שקבלה עליה דת ישראל עם פירושה, וטבלה במקוה ארבעים סאה כד"ת לפני ג' תלמידי חכמים שלוחי בדה"ץ, וע"ז באנו על החתום ביום שלישי ז' לחדש אלול שנת הת"ש ליצירה".

וכן מבואר בספר ים הגדול (להגרי"מ טולידאנו ז"ל) חיו"ד סי' סב, שאין לקבלם בלא גיור. עיי"ש שכתב בלשון השאלה "נסתפקתי בבן נכרית הנולד מישראל ונימול בקטנותו על ידי אביו אם צריך להטיף ממנו דם בגדלותו. וכן השומרונים שהם הכותים הנזכרים בדברי רז"ל, והקראים לדעת המתירים אותם, והישמעאלים שבריים להתגייר, אם צריכים פריעה או הטפת דם ברית, או לא צריך כלום ודי בקבלת דת והטבילה".

מבואר בדבריו דפשיטא לה שהקראים זקוקים לקבלת הדת וטבילה, אלא הספק ביחס להטפת ד"ב. ושם בדבריו דן האם מילה שמלו בקטנותם תועיל בעת שמבקשים להתגייר או שיצטרכו הטפת דם ברית כדין ישמעאלי מהול.

ובספר פסקים וכתבים מהרי"א הרצוג ז"ל חלק ו' סי' יח שהעלה בסוף דבריו כדלהלן - "די לנו בזה להתיר נישואי בת ישראל לקראי או להיפר, ובלבד שיקויימו ארבעת התנאים שהתנו הגאונים הנ"ל: א. שהוא ממצרים, ב. שישבע בספר תורה בפני בית דין שהוא מקבל עליו כל דברי חז"ל, התורה שבעל פה כולה, לרבות המנהגים, ג. שייבדק בשלש אמהותיו שלשה דורות אחרונים ולא תימצא גרושה, ד. שיטבול במקוה טהרה".

ונוסף ונביא מה שכתב בזה בספר כתר אפרים (להגר" כתריאל פישל טכורש ז"ל) סי' יח. בתוך מאמר מקיף על עדת הקראים והיחס אליהם על פי ההלכה, כתב (בעמ' רמז) כדלהלן - "כדאי גם לציין, כי בסוף שנות השלושים, יצאה משלחת מחקר איטלקית לחקור את הקראים בליטא פולין ורוסיה, וקבעה כי קראי קרים מכילים בקרבם תערובת גבוהה של הגזע היהודי והטאטרי, והקראים היושבים על הוולגה - תערובת סלאבית מכריעה. ובקראי פולין ניכרת תערובת טאטריית וכוזרית ... הבאנו את הרישומים הללו, לא לשם מחקר היסטורי, אשר הצטבר כבר חומר רב על נושא זה, אלא לשם קביעת ההגדרה על הקראים ויחסם אל

וכן הובא בספר תשובות והנהגות להגר"מ שטרנבוך שליט"א ח"א סי' תשס"ז מהגרי"ז סולובייצ'יק ז"ל בשם אביו הגר"ח ז"ל.

וכן בספר וזאת ליהודה להגר"ר יהודה חיים מסלתון ז"ל (מחכמי מצרים בדור הקודם) חלק אה"ע סי' לב הביא מכתב ששלח לבית הדין הגדול שבירושלים ובראשם הראשל"צ הגר"ר יעקב מאיר ז"ל, ולהלן קטע מדבריו - "לדרישת הבחור אחד מבני מקרא אשר בקש מאיתנו לקבלו להתגייר ולהיות כאחד ממנו עדת בני ישראל הרבנים ... הוא היה מקרוב בירושלים ת"ו ומכת"ר הי"ו השיבו שדעתו לקרב את הקראים ולקבלם לגיירם. ובכן נודיע לכת"ר הי"ו, כי בזמן מעלת הרה"ג כמוהר"א בן שמעון ז"ל ואחיו כמוהר"א מ חי בן שמעון ז"ל ועמם ראב"ד דק"ק האשכנזים מני"ר הרה"ג כמוהר"א מ אשכנזי ז"ל עשו מעשה בש"א לח' ניסן תרע"ח וקבלו אחד מבני מקרא ועשו מעשה בי"ד על זה. וכתבו שיש בידם ארבעה פסקי דינים מהרבנים הנז"ל וב"ד ז"ל. ובארו שם שהיסוד העיקרי של ארבעה פסקי דינים הוא, כי הלא אנן פה מצרים באתרייהו דהרמב"ם והרדב"ז ומוהריק"ש והרב דרכי נועם והגינת ורדים ז"ל שכלם היו מורי הוראה פה עוב"י מצרים יע"א, וכלם דעתם לקבל לכתחילה את הקראים לבוא בקהל ה', כמבואר בספריהם ז"ל. וביותר ההיא דרבינו אברהם הנגיד ז"ל מר בריה דהרמב"ם ז"ל אשר הכניס ביום אחד לקהל ה' עדה של קראים. וכן העיד הרדב"ז ז"ל שהתחתנו בהם גדולי הדור. ואם זה היה בזמנם שהיה בידם כח להעמיד את הדת על תלה, ועאכ"ו בדור יתום כזה, ומי יוכל להחמיר יותר מגאונינו הראשונים ולחשוב בקראים של מצרים ספק ממזרות. כי אז ח"ו נבוא לפסול את כל תושבי מצרים הרבנים. והתירום על פי תנאים אלו: א. שיתברר לבית הדין שהאיש או האשה הזאת ואבותיהם הם מילדי מצרים. ב. שיקבלו להשבע שבועה חמורה שיתנהגו על פי דת הרבנים בלתי שינוי כלל, ויטבלו במקוה טהרה כדין הגיורת. ג. שאבותיהם ואבות אבותיהם לא באו לידי גירושין.

והגם שנידונם היה באחד מעדתינו הרבנים שכבר נשא הקראית שלא בידיעת בית דין והביא ממנה בנים ובנות, וגיירום לתקנת הנולדים מהם, עכ"ז כתבו שם בסוף המעב"ד הנ"ל, וז"ל ומודיעים אנחנו כי המעב"ד הנוכחי שהתרנו בו האשה וילדיה הוא בעבור שכבר נעשה מעשה. אמנם כדי שלא ישאל הקורא ומדוע לא הותרה רק הקראית הזאת ושאר הקראים שפה מצרים לא הותרו, על כן מודיעים אנחנו כי פסקי הדין שנסדרו מאיתנו הם בהיתר כל הקראים ... וחתום על המעב"ד זו הנ"ל הרה"ג כמוהר"א בן שמעון ז"ל ומוהר"א מ ז"ל".

בתשובה שקבל הגר"ר יהודה חיים מסלתון ז"ל מטעם הראשל"צ הגר"י מאיר ז"ל ושנכתב באמצעות הגר"ב צ"א. קואינקה ז"ל הסכימו לאפשר לרבני מצרים לקבל את הקראים על פי ארבעת התנאים הנזכרים, אף שלא הסכימו לקבלם בבית דינם בירושלים.

ויש לומר בזה שהמציאות הידועה לנו מכחישה קביעה זו. מלבד האמור לעיל בשם היעב"ץ והגר"ח סולובייצ'יק ז"ל, נציין כי בתיק שבפנינו קיימת גביית עדות שנגבתה מהחכם של הקראים דוד אלישע ממושב מצליח, בדבריו פרט את הידוע לו על מנהגי הקראים, ובתוך דבריו אמר - "יש קבלת גרים אצל הקראים, רק באים לחכם להודיע שכך רוצים".

וכן נציין לספר "תולדות היהדות הקראית" שנכתב על ידי אחד מחכמי הקראים יוסף אלגמיל מרמלה (שנת תשל"ט), בספר זה מפורטים מוסדות קהילת הקראים. מהאמור שם עולה כי הוקמה אגודת היהדות הקראית שאחת ממטרותיה "סידור ואישור כל הניירות והמסמכים הנוגעים לענייני אישות, מעמד אישי, רוח ודת". ובסעיף 6. נקבעה מטרה נוספת והיא "לאשר או לפסול כל בקשה שתוגש לשם הצטרפות לקהילה". ומתוך כך ניתן להבין כי קיים הליך הצטרפות לקהילה זו, ושאינו מניעה לקבלת נכרים וצרום לקהילה.

ומסתבר לומר שבתקופת רב האי גאון ולאחר מכן גם בזמן הרמב"ם ואף כמה דורות לאחר מכן, לא היה ידוע על נכרים שהתערבו בין הקראים, ויתכן שמנהגם באותה תקופה היה שלא לקבל גרים, על כן לא היה מקום לעורר ספק שמא הנימול הוא נכרי, ולכן התירו למולו בשבת. אבל בתקופות ובמקומות בהם היה ידוע שקבלו גרים או שהתערבו נכרים ביניהם, והיה מקום להסתפק על כל אחד שמא הוא נכרי, דנו אותם כספק נכרי.

ויש להוסיף בזה נקודה נוספת. כידוע אצל הקראים, עקב העדר מסורת פירוש תורה שבכתב, קיימים פערים גדולים בין המקומות השונים והתקופות השונות במנהגי הקראים, ואכמ"ל בזה. ועל כן גם אם בתקופה מסויימת הקראים נמנעו מצרף אליהם גרים, אין מכך ראיה למקומות אחרים או לתקופות אחרות. ועל כן די לנו שבפנינו עדויות מוסמכות על תקופות מסויימות, כדי להשאירם בספק תערובת נכרים. וכפי הנראה בתקופת הרמב"ם ובדורות שאחר כך לא התעורר ספק זה של תערובת נכרים.

ובזה יש להשיב על מש"כ בספר יביע אומר חלק ח' בהוספות ומילואים לחלק אה"ע סי' יא בדבריו שדן אודות עולי אתיופיה, ובתוך דבריו כתב כדלהלן - "כשם שבקראים לא חששנו לתערובת גוים, והשארנום בחזקתם, וכמ"ש הרמב"ם וסיעתו, כן יש לומר גם לגבי הפלשים, שגדולה חזקה. ועיין למהרש"ל בים של שלמה (הובא בילקוט יוסף ח"א עמ' שט) שכתב על יהודי אשכנז, והלואי שלא נתערב על ידי הגלויות והגזירות זרע קודש בחול וכו', אלא שגדולה חזקה, ע"ש. ודון מינה ואוקי באתרין".

ודבריו אינם מחוורים, ראשית נציין כי ביש"ש לא כתב את המיוחס לו, וז"ל היש"ש במסכת בבא קמא פרק ה סימן לה - "בערה אין לנו היחוס, כמו שהיה בזמן הבית. או אפילו אחר החורבן, בימי התנאים והאמוראים. שהיו עדיין נזהרים בתרומות ובטהרות, והיה קרוב מימי הבית. ועדיין

ישראל ותורתו ... בעקבות מאמר חז"ל שהבאנו לעיל כי על פי הדברים האלה כרתי אתך ברית, על דברים שבעל פה, והמרדה והבגידה בתורה שבעל פה, כרוכה תמיד גם בבגידה באומתנו, עם התורה".

וגם אם רק מיעוט קטן מהקראים הם מזרע נכרים, לא אזלינן בתר רובא, דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי. וכמ"ש כיוצא בזה מהר"י בן לב בתשובה חלק א' סי' טו ביחס לחיוב חליצה מיבם שהוא מבני האנוסים שיש בהם תערובת נכרים, וז"ל מהריב"ל - "הייתי אומר שבבני האנוסים הקדומים מכמה דורות היה ראוי להקל. ולא חס ושלוש משום דקלישא קדושתיהו, אלא משום דלפעמים אחד מעיר או אחד מאלף נושאים נשים גויות. וכבר אמרו בסוף פרק קמא דכתובות ובכמה דוכתי דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי. וכיון שהספק שאנו מסתפקים הוא על אותו היבם שהוא קבוע בארץ הגוים, יש לנו לומר שמא הוא מאותם שאביהם נשאו נשים גויות. ואם כן יהיה דבר ספק ספיקא דאפילו דאורייתא לקולא, והספק הראשון הוא מחלוקת הפוסקים אם זוקק ליבום, ואפילו אם תימצי לומר דהלכה כדברי המחמירים, שמא זהו מזרע אותם שנשאו נשים גויות".

ועל כן מאחר וקיים יסוד ברור לספק עירוב נכרים בין הקראים, וכאמור לעיל, הרי שכל אחד מבני עדתם נידון כספק על פי ההלכה שכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, וכמ"ש מהריב"ל.

בספר יביע אומר חלק ח' אה"ע סי' יב, אמנם דחה את הטענה לדונם כספק נכרים, אך כתב שאלבא דשיטה זו של הגר"ח סולובייצ'יק ז"ל - "נראה שקלקלתם תקנתם, שיש לקראים תקנה על ידי גיור, ואז יש לכל אחד שיתגייר ספק ספיקא להיתר, שמא גוי ונתגייר הוא, ואת"ל ישראל, שמא ישראל כשר הוא. וכיו"ב כתב הראב"ד בהשגות (פרק ט"ו מהל' איסורי ביאה הלכה כה), בדין אסופי שנמצא בעיר שרובה עכו"ם שיש לו תקנה ע"י גיור. והסביר הרב המגיד (שם הל' כו), דה"ט משום דאיכא תרי ספיקי, שמא מרוב עכו"ם הוא ונתגייר, ואת"ל ממיעוט ישראל, שמא מישראל כשר הוא. ונכון הוא. ע"ש. וכבר ביארנו בכמה מקומות דנקטינן שא"צ ספק ספיקא המתהפך. וכמ"ש בזבחי צדק (סי' קי אות קיח) ובכף החיים (יו"ד סי' קי, כללי ס"ס אות כד). וע"ע במש"כ לעיל (בחה"ע סי' ח אות ג). ע"ש".

אך למעשה הראשל"צ הגר"ע יוסף שליט"א בתשובתו הנזכרת תמה על דברי היעב"ץ והגר"ח סולובייצ'יק ז"ל מכח תשובת הרמב"ם שהתיר למול ילדי קראים בשבת. הרמב"ם סמך דבריו על דברי רב האי גאון ז"ל שכתב שאין נמנעים מלמול בניהם בשבת. וכן דעת כמה פוסקים נוספים שפסקו כן. ואילו היה מקום להסתפק שמא הנימול הינו נכרי, לא היו מקילים למולו בשבת.

ויעיין בתשובת יביע אומר (שם) שציינן למה שכתב בספר "המעמד האישי של הקראים", שלא חששו לתערובת גוים מפני שהקראים אינן נוהגים לקבל גרים.

וכן ספק שמא מנכרי התעברה, יש לדון להתירם מכח ספק ספיקא.

בנידון דנן אין אנו נזקקין להכריע בשאלת קבלת קראים לנישואין, מאחר שאין בירור שחמשת הילדים הם אכן ילדיו של אותו פלוני. לכל היותר אנו מקילים בקבלת ספק קראים, ובוזא אף אליבא דשיטת הרמ"א וסייעתו, י"ל דספיקא דרבנן לקולא.

מסקנת הדברים היא שאין לבעל נאמנות לפסול את הילדים מכח ההלכה של "יכיר", וזאת מפני שהחזק כפרן, טוען לשלול אבהות וחוזר בו מדבריו משיקולים זרים, וכן מפני שלאחר שבטלו דבריו ביחס לבת אחת בטלו דבריו שנאמרו בחדא מחתא ביחס לשאר חמשת הילדים. בנסיבות בהם הבעל אינו נאמן לפסול את הילדים, חזרנו לדין שרוב בעילות אחר הבעל, מה עוד שהוא עבר להתגורר בסמוך לאשתו בתקופה שבה נולדו הילדים.

מלבד זאת, יש מקום לצרף את הספק שמא התעברה מנכרי, וזאת לאחר שהיא אינה מייחסת את הילדים לאדם אחר, וגם אם קיים ספק שמא האב הוא אותו פלוני שהוא מעדת הקראים, ויש מגדולי הפוסקים שדנו עדה זו כמי שהתערבו בה נכרים וכל אחד הוא בספק שמא הוא מאותם נכרים שהתערבו בהם. אמנם בנקודה זו יש שהורו שלא לחוש לכך, ולענ"ד נושא זה טעון בירור בנפרד, מאחר ולפי הידוע מפירוטומים רשמיים של הקראים שהם אכן מקבלים נכרים לספחם לעדתם, ומאחר שגיורם אינו גיור הרי שבהכרח מעורבים בהם נכרים המצהירים על עצמם שהם יהודים קראים.

מכל הנ"ל עולה שיש מקום להתיר את ששת הילדים.

היה יחוסיהם בידיהם. ובעונותינו מרוב אריכות הגלות וגזירות וגירושים נתבלבלו. והלואי שלא יהא נתבלבל זרע קודש בחול. אבל זרע כהנים ולוים קרוב לודאי שנתבלבלו. ואם לא כולו, הרוב נתבלבל, כמעשה דאלהיו ז"ל עם הלויים, הידוע בדברי רז"ל. ואם לא הרוב, בודאי קרוב למחצה נתבלבלו, עכ"ל. מבואר שלא התייחס דווקא ליהודי אשכנז אלא לקהילות שעברו גזירות וגירושים, ומגמת דבריו לחשוש ליחוס הכהונה שנחלש עקב הגזירות והגירושים.

אך גם בעיקר הדברים לדון הלכה זו ש"גדולה חזקה", הדברים יכולים להאמר באותם שקיימת אצלם החזקה, להעמידם בחזקתם, ולנהוג עמם כפי שהיה מקובל עד כה. משא"כ בקהילות שהחזקו לקבל נכרים לתוכם בלא הליך גיור כהלכה, הרי שהחזקו לתערובת נכרים, ומפני כן קבעו הרבה פוסקים, שהוזכרו לעיל, שלא לקבלם בלא גיור, וזאת כדי לצאת מכל ספק.

מסקנת הדברים - נחלקו הפוסקים בשאלת נישואין עם קראים, הרמ"א בסוף סי' ד' פסק כתשובת רבינו שמשון לחוש לספק ממזרות וכן נגררו אחריו רבים מהפוסקים. מאידך דעת הרדב"ז להקל, וכן העלה הראש"ל צ"ח הגר"ע יוסף שליט"א. הבאנו דעת הסוברים שיש לחוש לעירוב נכרים בין הקראים מאחר ואין תוקף לגיור הנעשה על ידם, וכיון שכן הוקל החשש לקבלם לאחר גיור כמשפט הגרים, ולהתירם מכח ספק ספיקא. ומאחר ובאיסור דרבנן של ספק ממזר עסקינן, יש מקום להקל לקבלם לאחר קבלם מצוות כראוי וטבילה, ולעיל הבאנו מחכמי מצרים שקבעו תנאים נוספים. מכל הנ"ל נ"מ לנידון דידן, שאילו היה מתברר שחמשת הילדים הם ודאי ילדיו של אותו פלוני, הרי שהיה מקום לקבוע דינם כספק ממזרים, מכח מעמדו של אותו פלוני כספק נכרי. אך בצירוף הספק שמא אבי הילדים הוא הבעל

סימן יא

פס"ד בשאלת כשרות הבן לבוא בקהל

ט' כסלו תשס"ה

האשה הודתה כי חיה עם ד' גם בטרם הגירושו ובהתאם לכך נרשם במעשה בי"ד איסור להנשא לנ"ל. השאלה העומדת בפנינו היא מה מעמדו של הבן ג' והאם ניתן לפסוק לייחסו לד' כמבוקש. יצויין כי דברי האשה היו מבלבלים ולא היה ניתן לשמוע ממנה דברים ברורים, עכ"פ אין בפנינו עדות ברורה שלא ביחס למועד תחילת ההריון, ונראה שאינה יכולה להעיד על כך, מכיון שאינה יודעת, אלא רק מעידה שהאב הוא ד'.

שיטת מהרי"ו

בשו"ת מהר"י ווייל סי' עד כתב - "ועל הבן יבדקו אותה. אם אומרת שלאחר הגירושו נתעברה מכשר נאמנת דהא

המקרה הנידון

בני הזוג א' ו ב'. נישאו בחו"ק בשנת תשנ"ח והתגרשו בבית הדין ביום כ"ט שבט תשס"ב. ביום כח מרחשוון תשס"ג האשה ילדה בן בשם ג' וכעת בפנינו בקשה לקביעת מעמדו והכרת אבהות.

הופיע בפנינו א' והעיד כי כשנה בטרם הגירושו לא היה מגע בינו לאשתו ומאז חדש יולי 2001 (דהיינו חדש אב תשס"א) חיו בנפרד בלא כל קשר ביניהם, עקב כך טען שהבן ג' בודאי אינו בנו.

הופיע בפנינו ד' והעיד כי היה בקשר עם ב' ולדבריו הבן ג' הוא בנו מיחסי אישות שנוצרו לאחר הגירושו.

דה"ה בספיקא דדינא ויותר מזה דאפילו יחיד במקום רבים הלכה כמותו בספק ממזר מדאורייתא וכמ"ש הר"ן שם בספק ערלה עיי"ש, וכ"כ בשטמ"ק בבא מציעא בעשירי ודאי ולא עשירי ספק דאפילו הוי רובא שהוא עשירי חשוב עשירי ספק",

העולה מדברינו שיש מקום להקל כשיטה זו המיוסדת על דברי הראשונים וגדולי הפוסקים ויש מקום לדון מכח ספק ספיקא. ספק התעברה לאחר הגירושין. ואת"ל התעברה לפני הגירושין, ספק מישראל ספק נכרי.

אך גם אליבא השיטות הסוברות שאין לדון כספק ממזר המותר מהתורה במקום שיש רוב ישראל, עכ"פ נראה דלצורך לספק ספקא מהני.

ולהלן מש"כ בספר שו"ת בנין עולם חלק אה"ע סי' ה' ס"ק כא, וז"ל - "נלע"ד שמהרי"ו סובר כמ"ש כמה מהאחרונים דאף דקי"ל דכל ספק שנוטה יותר לאיסור מלהיתר אינו בגדר ספק, היינו דוקא באם שתי הספיקות הם כך, אבל אם ספק אחד הוא השקול וספק שני מצטרף עמו, אע"פ שהוא נוטה יותר לאיסור, מ"מ מצטרף לסייע לידי ספק ספקא. כיון שהרשב"א בתשובה כתב דס"ס מטעם רובא הוא, ואפשר דאלים טפי מרובא. וא"כ כל שעל ידי ספק הראשון נעשה ספק השקול, א"כ על ידי ספק השני עכ"פ הוי רובא להיתרא. ועיין פרי"ח יו"ד (סי' ק"י בכללי ס"ס) שהרבה להביא ראיות לזה וכתב שגם דעת הראב"ד כן ... כמה מגדולי הראשונים והאחרונים סוברים כך דכל שיש ספק אחד שקול ויש עוד ספק שני שאינו שקול ונוטה יותר לאיסור, עכ"פ מצטרף לעשותו רוב להיתר ... וא"כ י"ל דגם מהרי"ו סובר כן. ובספק קודם גירושין או אחר גירושין כיון שספק זה שקול מצטרף ספק השני שמא מעובד גלולים לעשותו ס"ס".

בנוסף קיימת סברא נוספת שהעלה הראשלי"צ הגאון רבי עובדיה יוסף שליט"א בספרו יביע אומר חלק ג' חלק אה"ע סימן א ס"ק יד, וז"ל - "ויש להוסיף עוד סניף לנ"ד, שישנה עוד סברא לומר שאשה מזונה מתהפכת כדי שלא תתעבר, ואע"פ שיש לה בעל ואפשר לה לתלות בבעלה, מ"מ הואיל ואין יצרה תוקפה להתעבר מהנחשד ואין ברצונה אלא לזנות, לכן מסתמא י"ל שהשתמשו באמצעי מניעת הריון, שמצוי הרבה אצל החפשים אפילו לגבי בעליהן".

האם ניתן לפסוק להתיר מכח ספק ספיקא

כל האמור לעיל מבוסס על ההנחה העולה מדברי מהרי"ו שיש מקום להתיר בחשש ממזרות מכח ספק ספקא. עיין בב"ש סי' ב' ס"ק טז שפסק להתיר חשש ממזרות כשיש ספק ספיקא וכתב שכן דעת הט"ז ומהרש"ל, וכן דעת הדרישה אה"ע סוף סי' ז' וכן דעת הגרע"א ז"ל והחת"ס שהובאו בפת"ש סי' ד' ס"ק לו, שדנו להכשיר במקום שיש ספק ספיקא, כגון ספק בנאמנות הבעל בטענתו שאינו בנו ספק הבן מנכרי.

הלכה כר"ג אפילו 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 אפילו הכי הבן כשר מטעם ספק ספקא, ספק שמא לאחר שנתגרשה נתעברה ואת"ל קודם שמא מגוי נתעברה דגוי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר, והכי איפסיק הלכתא בפרק החולץ".

דברי מהרי"ו הובאו בדרכי משה סי' ד' סק"ז. והב"ש סי' ד' ס"ק מג כתב - "כתב בד"מ בשם תשובת מהרי"ו סי' ע"ד, אשה שנתגרשה וילדה, מכשירים הולד משום ס"ס הוא, שמא אחר גרושין זנתה, ואת"ל קודם גרושין שמא זנתה עם עכו"ם. ואם היא אומרת שזנתה קודם הגרושין נאמנת לשווי' הוולד לספק ממזר. ופי' בד"מ דאיירי דבעלה לא היה אצלה, דאל"כ תלינן בבעל, ולכאורה קשה אף את"ל דזנתה אחר הגרושין מ"מ ספק ממזר הוא, דהא קי"ל פנויה זנתה אם לא בדקו אותו הולד ספק ממזר הוא. וצ"ל דוקא כשיש ממזר באותו מקום או חיישינן שמא זנתה עם ממזר אבל היכא דליכא שום ממזר הולד כשר".

והנה במה דמשמע לכאורה מדברי מהרי"ו שיש לאם נאמנות לפסול את הבן ולעשותו ספק ממזר, אינו נוגע לנידון דנן, אך נציין שהרבה אחרונים הסכימו שאינה נאמנת, וכן פסק בשו"ת אגרות משה אה"ע ח"ג סי' ה' ובאה"ע ח"ד סי' כג אות ב' שאין לאם נאמנות, ואף לעשותו ספק אינה נאמנת, וכתב על דברי מהרי"ו "לא מסתבר כלל, דאין שום טעם לחלק שתהא נאמנת לשוויי ספק מאחר שאין האם נאמנת לשוויי ודאי ממזר. ולכן ברור לדינא שאין האם נאמנת כלל על בניה אף לא לשוויי להולד בדין ספק ממזר".

ויש שפרשו דברי מהרי"ו שאינו חולק בזה, ואכמ"ל בזה. אך עכ"פ מבואר בתשובת מהרי"ו, שבנידון שם לא היו תשעה חדשים מלאים. וכתב לדון עניין זה כספק. דהיינו ספק קודם גירושין התעברה ספק לאחר גירושין, והתיר מכח ספק ספיקא.

היה מקום לדון האם יש מקום לספק מנכרי במקום שיש רוב ישראל, ועיין לעיל סי' ו' שבארנו האריכות את השיטות בהלכה זו.

ויש להוסיף ביאור מדוע יחשב ספק ממזר במקום שמיעוט נוכרים, ולא ניזל בתר רובא, אלא נשאר כספק. להלן מש"כ האבני נזר לבאר, דספק ממזר מותר מהתורה גם כשהספק אינו ספק במציאות אלא ספקא דדינא, ובהמשך דבריו כתב לבאר שאף כשיש רוב, עדיין לא נפיק מכלל ספק. וז"ל האבני נזר חלק אה"ע סי' יז אות טו - "מפורש בר"ן סוף פ"ק דקידושין בענין כל המיקל בארץ הלכה כמותו בחו"ל דאף דערלה הלכה למשה מסיני הלכה כמיקל משום דכך נאמרה הלכה ספיקא מותר. וספק ממזר דומה ממש לספק ערלה דהוי היתר גמור, אפי' באמת הוא ממזר ... וכ"כ בחת"ס דספק ממזר דומה לספק ערלה, וע"כ יש ללמוד משם

וכן מציינו בפוסקים אחרונים שדנו להתיר מכח ספק ספיקא, עיין בשו"ת אמרי יושר ח"ב סי' קיד ובשו"ת מהר"ש ענגיל חלק ח' סי' קיז, וכן העלה בספר יביע אומר חלק ה' סי' ב' אות ט' ובחלק ז' אה"ע סי' ו'.

לפי האמור יש מקום להכשירו לבוא בקהל. למרות האמור, הרי שביחס לבקשה לקבוע אבהות של ד' על הבן, יש לציין לשו"ע סי' קנו ס"ט - "מי שזינה עם אשה בין פנויה ובין אשת איש ונתעברה ואמר זה העובר ממני הוא, ואפילו היא מודה לו הרי זה ספק וחולצת ולא מתייבמת". הרי שאין חילוק בין אם אותה אשה היא פנויה או אשת איש לענין ייחוס הבן לאב. ומאחר ומקובל לייחס בן לאביו שבא על פנויה ומציינים פרט ליו"ח, הוא הדין בנידון זה, יש לרשום אותו על שם המבקש ומצד הספק לציין פרט ליו"ח כמקובל.

סימן יב

פסק דין בדינו של תינוק אסופי

להתירה בכהן. ומבואר שלדעה זו, אפילו רוב ישראל, לא נחזיקו כישראל אם לא יתגייר. וכן בספר בית מאיר סי' ד' סעיף כו (בתוך דבריו על תשובת הנודע ביהודה מהדור"ק סי' ז') כתב בדעת רש"י - "ודאי בתר טבילה איירי, דמהיכי תיתי לא נחוש בזה לכתחילה, ואפילו במקום דשייך למיזל בתר רובא, כמו ברוב מצויים אצל שחיטה דמכל מקום בדקינן, ולזה לא היה צריך לתלות בחומרא דיוחסין". ועיין במאירי עמ"ס קידושין דף סט: שהביא דעה כזו, עיי"ש.

והרמב"ם בפרק טו בהלכות איסורי ביאה הלכה כה פסק - "האסופי שנמצא בעיר שיש בה עכו"ם בין שהיה רוב עכו"ם או רוב ישראל ה"ז ספק עכו"ם לענין יחוסין קידש אשה צריכה גט מספק, מי שהרגו לא היה נהרג עליו".

וכתב המגיד משנה לבאר שלשיטת רב שאמר שלענין יחוסין לא אזלינן בתר רוב, הרי שאפילו ברוב ישראל הוא ספק נכרי, וכתב המ"מ - "והטעם משום דאיכא מקצת גוים או מקצת ישראל קבועים בעיר, וכל קבוע בין מועט ובין מרובה כמחצה על מחצה דמי". ולפי זה לא יועיל במה שנדון שיש תרי רובא ישראלים, מאחר ונידון כקבוע, דלא אזלינן ביה בתר רובא.

העולה מדברינו, הלכה למעשה ודאי צריך גיור מספק, לשיטת הרמב"ם והשו"ע סי' ד' סעיף לג לא אזלינן בתר רובא מאחר שנידון כקבוע, ודינו כספק נכרי, אף כשנמצא בעיר שרובה ישראל. ולדעת רש"י אליבא דהנתיבות לשבת והבית מאיר צריך גיור מאחר ובמקום שאפשר לתקן אין סומכין על הרוב.

וע"ע בחו"א סי' ז' ס"ק טז שכתב שאם התינוק נמצא בשכונה שיש בה רק יהודים ואין דרך נכרים לעבור שם, אין צריך גיור, אך כפי הנראה אין זה המקרה בנידון שלפנינו. ועל כן יש לגיירו מספק, ויגיירו על דעת בית דין כדין גר קטן, ומכאן ולהבא יחשב כספק גר.

לעומת זאת דעת הב"י אה"ע סי' ז' בדעת הרמב"ם להחמיר אף במקום שיש ס"ס ועיין בביאור הגר"א סי' ב' ס"ק לב שהסכים עם הב"י.

ועיין בספר בית מאיר סי' ד' סעיף כו שהביא מהריטב"א בחי' עמ"ס קידושין דמשמע דאף בספק ספיקא מחמירין משום מעלה עשו ביוחסין. אך בדבריו שכתב לאחר מכן בתשובה (שבשו"ת רע"א ח"א סי' ק') חזר בו וכתב כדלהלן - "גם אפשר לשיטת הריטב"א והמרדכי שהבאתי נראה לענ"ד כעת דאינו מוכרח, דכמו שהחמירו חז"ל בס"ס דשתוקי לשיטתייהו משום מעלת יוחסין לגמר מיני' לכל ס"ס דממזר, די"ל בס"ס זו נראה לרו"ל להחמיר משום דהיא תמידית בכל השתוקים, משא"כ בנתיחד לספק ממזר במקרה בלתי טהור, י"ל דלא החמירו דהוי דיעבד".

בבית הדין הופיעו שני בני זוג שאימצו כחוק תינוק שנמצא נטוש. לפי המידע שהתקבל בבית הדין באמצעות בני הזוג ופקידת הסעד המטפלת בנושא, התינוק נמצא נטוש בעיר חולון בחדר מדרגות של בית מגורים. התינוק הובא לבית חולים, ולפי הערכת הרופאים התינוק היה בגיל שבעה ימים, על טבורו היה מהודק קליפס לבן המוכיח לידה בבית חולים, התינוק נמצא בתוך קופסא ועטוף בשמיכת צמר ובין חפציו נמצאו מגבוניים לתינוק. נעשה מאמץ לאיתור אם התינוק, אך ללא הצלחה.

בני הזוג הינם יהודים שומרי תורה ומצוות המבקשים לגיורו, לאחר שכבר מלו את התינוק בפני שלשה לשם גיור.

בשאלת מעמדו של תינוק הנמצא בעיר שיש בה רוב ישראל ומיעוט נכרים, מציינו בגמרא במסכת כתובות דף טו: - "מצא בה תינוק מושלך, אם רוב עובדי כוכבים עובד כוכבים, אם רוב ישראל ישראל, מחצה על מחצה ישראל, אמר רב לא שנו אלא להחיותו, אבל ליוחסין לא".

ופרש רש"י - לא שנו, דאם רוב ישראל ישראל. אלא להחיותו, ב"ד מצווין לפרנסו משום וחי אחיך עמך. אבל ליוחסין לא, דאם בת היא אסורה לכהן, ואפילו ליכא למיחש משום אסופי כגון הנך דאמרינן בעשרה יוחסין (קדושין עג:): משלטי הדמיה תלי פיתקא תלי קמיעא, מיהו חיישינן שמא בת עובד כוכבים היא, ולמ"ד גיורת פסולה לכהונה, אפילו קטנה זו אסורה לכהן, דתרי רובי בעינן ליוחסין".

הב"ש סי' ד' ס"ק נד כתב בדעת רש"י שבמקום שרוב ישראל, אזלינן בתר רובא ודינו כישראל וקידושיו קידושין, אך לענין יוחסי כהונה עשו מעלה ביוחסין שלא להחזיקו כישראל ודאי, ואם היא בת אסורה לכהונה. ומבואר שהב"ש נקט בדעת רש"י שברוב ישראל אינו צריך להתגייר.

אך בספר נתיבות לשבת ס"ק לא, כתב דרש"י איירי לאחר גיור, ובזה עשו מעלה אפילו ברוב ישראל שלא

החולקים עליו, וכפי שהובא באוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק קמח.

אמנם העדויות הנ"ל על מצב התינוק בעת הימצאו לא התקבלו בדרך של קבלת עדות בפני בית הדין, אלא נמסרו באופן רשמי בכתב לבית הדין, בהסתמך על העיון בתיק האימוץ. עיין בשו"ת עמק שאלה חלק אה"ע סי' ט', שפסק שעדות עד אחד המעיד על הסימנים המוציאים אותו מדין אסופי, אינה צריכה להאמר בפני בית הדין, והסכים עמו בשו"ת מנחת יצחק ח"א סי' נב סק"ד.

לענין כשרותו בקהל, כפי העדויות שנמסרו מהרשויות שטפלו בתינוק, התינוק הונח בתוך קופסא בחדר מדרגות של בית מגורים עטוף בשמיכה, והונח במגמה לשומרו, ושלא ימות. על כן אינו כאסופי, ולדעת רוב הפוסקים מותר לבוא בקהל ואין דנים בו כדין שתוקי, למרות שאין ידוע מי אביו ומי אמו. מאחר שמוכח שהתינוק הונח על מנת לשמרו, זוהי הוכחה מעלייתא שהוא כשר. לדעת הנודע ביהודה מהדו"ק חאה"ע סי' ז' בכה"ג אזלינן בתר רובא. ואמנם לדעת מהרי"ט (הובא בפת"ש סי' ד' ס"ק מא) יש לדונו כשתוקי, אך רבו

סימן יג

תביעת האב לעריכת בדיקת רקמות לילדיו לבירור אבהות

ירוחם (מישרים נתיב כג חלק ח') שכתב בלשון זו - "כתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אמר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט ... לאחר שנה כופין אותו לגרש". ועיין מש"כ להלן סי' פט בביאור דינו של רבינו ירוחם. במסגרת פסק הדין הנוכחי לא נחזור לברר את שאלת זכותו של הבעל המחוייב בגירושין לעכב את הגירושין עקב תביעה שהאשה אינה מחוייבת לה, עיין מש"כ להלן בסי' צא בביאור מחלוקת מהרשד"ם והחולקים על שיטתו.

קביעת אבהות הבעל על ילדיו

יצויין שקיים הבדל מסויים בין הדרישה לבדיקת רקמות לבן א, לעומת הדרישה לבדיקת רקמות לבת ב. ביחס לבן, האם נכנסה להריון בטרם בני הזוג נישאו, ושני הצדדים העלימו מהרב רושם הנישואין את העובדה שהכלה המיועדת נמצאת בחודשי הריונה הראשונים, ואילו הריונה של הבת החל לאחר הנישואין.

נפתח בבירור הדרישה ביחס לבת.

יש לדון בנושא מצד שני היבטים. ראשית, מצד הטענה שהאשה בגדה, יש לברר אם אכן טענותיו יוכחו, האם בכך יעורער יחוס הבת לאביה. ושנית יש לדון האם מצד דברי הבעל נוצר ספק ביחוסה אליו.

א. מצד הטענה שהבעל טוען שבידו ראיות שאשתו בגדה בו, בשו"ע אבן העזר סי' ד' סעיף טו פסק - "אשת איש שיצא עליה קול שהיתה מזונה תחת בעלה, והכל מרננים אחריה, אין חוששין לבניה שמא הם ממזרים, שרוב בעילות תולים בבעל ... ואם היא פרוצה ביותר, חוששין אף לבנים. הגה, ומ"מ היא נאמנת לומר על בניה שהם כשרים (מהר"מ פאדוואה סימן ל"ג). היתה פרוצה כשהיתה פנויה או ארוסה, ולא היתה פרוצה לאחר נישואין, אע"פ שראוה מנאפת פעם אחת, בניה כשרים".

ועיי"ש בב"ש ס"ק כב, שאפילו העידו עדים שזינתה, בניה כשרים מפני שרוב בעילות תולין בבעל. וגם אם היא פרוצה

המקרה הנידון

לבני הזוג שני ילדים ושניהם מעוניינים להתגרש, אך סידור הגט התעכב עקב דרישת הבעל לעריכת בדיקת רקמות לשני הילדים. לדבריו, לאחר שלטענתו התברר לו שאשתו בגדה בו, התעורר בלבו ספק שמא שני הילדים אינם ממנו. בית הדין פסק שלא ניתן לחייב את האשה בעריכת בדיקת הרקמות המבוקשת, ולהלן הנימוקים לפסק הדין.

זכותו לכפות בדיקת רקמות וחיובו בגט

בטרם נברר את הסוגיא, בשאלת המשקל שיש לדברי הבעל המבקש לעורר ספק בנושא האבהות. נקדים שתי הקדמות -

א. אין בסיס בהלכה שאדם יכול לכפות על אשתו עריכת בדיקת רקמות בעל כורחה. אין יסוד לחייב את האשה להשמע לדרישת בעלה לערוך את הבדיקה המבוקשת, גם אם הבעל הכניס בלבו ספקות שמא הילדים אינם ממנו.

לא מיבעיא, אם הדרישה מבוססת על קנאה וחדש בלתי מבוססים, שאין האשה מחוייבת לבזות עצמה בבדיקה כזו. אלא אפילו אילו היה בסיס לחשד של הבעל שאשתו זינתה, האשה אינה מחוייבת בבדיקה. אמנם מצינו בתורה דין שתיית מי סוטה שמטרתם לבדוק את האשה לאחר קינוי וסתירה, אך כמובן שאין לך בו אלא חידושו, ואין ללמוד מכך לנידון דידן.

מלבד זאת, מאחר שבמסגרת ההלכה נקבעה הדרך לבירור הספק שהבעל מעורר, וכפי שיבואר להלן, אין בסיס לטענתו שאינו מקבל את ההכרעה ההלכתית הקובעת את יחוס הילדים אליו, ומלבקש לכפות על האשה לערוך בדיקת רקמות דוקא.

ב. בנידון שבפנינו, בית הדין קבע ששני בני הזוג אינם מעוניינים זה בזה, ומבקשים להתגרש, הבעל אינו מעוניין באשתו והאפשרות לשלום בית אינה עומדת על הפרק, ועל כן הבעל מחוייב לתת גט לאשתו. וזאת בהתאם לדברי רבינו

בנו או אינו בנו ... והוא דקאמר הש"ס בקידושין דף עה: לא מיבעיא איהו דלא קים ליה כו', ומשמע לכאורה דלרבי יהודה דקיי"ל כוותיה אף אם לא קים ליה, כיון שאומר שהוא ממזר נאמן. אבל הא ליתא, והפירוש הוא דהו"א דטעמא דת"ק משום דאף אם הוא אומר שהוא ממזר, אנן אמרינן דילמא לא קים ליה ... ורבי יהודה ס"ל דכיון שהוא אומר שהוא ממזר, לא חיישינן לשמא לא קים ליה. אבל כל שידעינן בבירור דלא קים ליה לית דין ולית דיין דלא חיישינן ליה לממזר, וכן ראיתי לאחד ממחברים אחרונים שכתב כן וזה ברור".

שנית, מאחר שהבת נרשמה על שמו של הבעל שהחזיק את הבת כבתו, לכל דבר, ומסכים לשלם עבורה דמי מזונות, ומיום לידתה נהג עמה בהתנהגות המקובלת של אב עם בתו, אף אם כעת היה טוען בבירור שהיא אינה בתו אינו נאמן, וכמו שפסק הרמ"א בס"ד ד' סעיף כט, וז"ל - "הא דאב נאמן על בנו, היינו דוקא שלא היה לו חזקת כשרות על פי האב, אבל הוי ליה חזקת כשרות על פי האב שוב האב אינו נאמן עליו רק בסהדי (ר"י בשם הרמ"ה).

ועיין בספר נתיבות לשבת ס"ק כח שכתב - "משמע דוקא שאמר בפירוש שהוא בנו, כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, אבל אם גידלו כבנו, משמע שיכול לומר אחר כך שאינו בנו, דומיא דמוחזקים בו שהיה בכור דנאמן אחר כך לומר שאינו בכור, כדאיתא בפרק יש נוהלין. אך בתשובת הרשד"ם סי' רל"ב כתב אפילו אין אנו צריכים שיקראוהו בני, אלא אם נוהג עמו כבן מספיק להחזיקו לבנו ליורשו".

והתשב"ץ בתשובה ח"ג סי' ריז כתב בתוך דבריו - "כיון שהוחזק מפי אחרים ומפיו ולא הוציא עליו אביו שם ממזרות לעולם ובחזקת כשרות היה בישראל, אינו נאמן להוציאו מאותה חזקה לעולם".

ובנידון דידן שהבעל התייחס אליה כבתו, והתנהג עמה בהתנהגות המקובלת בין אב לבתו, וכן התייחס אליה כבתו בהסכם הגירושין שנחתם לפני שנה, בנסיבות אלו אינו נאמן כעת להתנער ולשלול את אבהותו. ועיין בתשובת רע"א ח"א סוף סי' פה (ד"ה אולם), שבכה"ג ודאי לא יוכל לחזור בו אף באמתלא טובה.

וכן בשו"ת בר ליואי חלק אה"ע סי' ע' פסק שאדם אינו נאמן לומר על בנו שאינו ממנו והוא ממזר, לאחר שכבר החזיקו כבנו, והוכיח כן מהגמ' במסכת בבא בתרא דף קכו: שלאחר שאמר "בני הוא" אינו נאמן לחזור ולומר "עבדי הוא", וכן נפסק בשו"ע חו"מ סי' רעט. וכתב שם בתשובה - "והרי כיון דבשעת ברית מילה שהש"ץ עושה מי שברך הוא מצוה להש"ץ שיברך את הילד בשם בנו, וכן ביום הקדוש שרגילים לעשות מי שברך ומצוהו להש"ץ שיברך את בניו בשם יוצאי חלציו, ככה"ג כו"ע מודים דאינו נאמן לפסול את בניו, מכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, כמבואר ברשב"ם שם דכיון שהאמינה תורה במאי דאמר בני כדכתיב יכיר, וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד". ובמסקנת התשובה הסיק

ביותר, עיי"ש בב"ש ס"ק כו שלרוב הפוסקים בניה כשרים. ולכו"ע אם האשה טוענת שבניה מבעלה היא נאמנת.

ולפי זה בנידון דידן שהאשה מכחישה טענותיו, לא מיבעיא למסקנת הב"ש שאף אם היא פרוצה ביותר בניה כשרים, ואין נ"מ בטענותיו ביחס לקביעת האבהות. אלא אף לפי פסק השו"ע שבפרוצה ביותר חוששין לבניה, עכ"פ אין בזה נ"מ לנידון דידן, שהרי ודאי אין בפיו של הבעל טענה שהאשה נכנסה לגדר "פרוצה ביותר", יעויין באוצר הפוסקים סי' ד' ס"ק סז במש"כ בהגדרת המושג "פרוצה ביותר". מלבד זאת מאחר שהאשה הכחישה בתוקף טענותיו, לשלילת האבהות, אף אם יוכיח שהאשה בגדה, עכ"פ בניה כשרים, ומאחר שהם כשרים, בע"כ שיש לייחסם לאביהם.

ב. מצד הטענה שהבעל העלה שיש לו ספק האם הוא אבי הבת, יש לקבוע בבירור שאין לדבריו משקל מכח ההלכה של יכיר. וזאת מכמה טעמים.

ראשית, במקרה שלפנינו הבעל אינו טוען בבירור שהבת אינה בתו, אלא טוען שמבקש להחשב כאביה ולהתחייב במזונותיה ולהמשיך לנהוג בה כמנהג המקובל בין אב לבתו, אלא מחמת שמנקה בלבו הספק, הוא מבקש לערוך בדיקת רקמות. במקרה כזה אין לדון דין יכיר, להטיל ספק בייחוס הבת לאביה, מאחר שאין נקבע דין יכיר אלא בהכרה ברורה, אבל כשאדם מסופק, אין ליחס לדבריו המסופקים נאמנות של "יכיר".

כך עולה מדברי המגיד משנה (איסור"ב פט"ו הי"ב). וכן כתב התשב"ץ ח"ב סי' צא, וכ"כ רבי עקיבא איגר בתשובה מהדורה קמא סי' קכח, ח"ל - "י"ל דאינו נאמן רק בהכרת דבר ברור שאינו בנו. אבל בזה שאף לדבריו אפשר שזה בנו דלמא אשתהי. אינו נאמן לומר שהיה כן שיסופק לנו אם הוא בנו דזהו אינו דרך הכרה. ובזכרוני שאמרתי כן בכוננת הה"מ (פט"ו הי"א מהא"ב) מ"ש אפילו אותו פלוני מודה. זה פשוט הוא שהרי הוא עצמו אינו יכול לידע דשמא זינתה גם עם אחרים והוא לא ידע ואין זה אב שיהיה לו היכר וחשש זה נזכר בגמרא. עכ"ל, ובפשוטו אין מובן לי אריכות הדברים אלו, והו"ל לומר בקצרה שאף לפי הודאתו, שמא זינתה גם עם אחרים. והוא יאמר בעצמו שזה אינו יודע ופשיטא דל"ש נאמנות במה שאינו יכול לידע. גם הלשון - וחשש זה נזכר בגמרא לשון זה מוקשה. למה נקט בדרך נזכר. ולא אמר כן בדרך הלכה, הא באמת משמע מדברי הה"מ (פ"ג מהלכות יבום) דס"ל לעיקר דהלכה דל"ח לדאפקרה. ואיך כתב כאן זהו פשוט. ולזה אמרתי דכוננת הה"מ, כיון דהחשש זה נזכר בגמרא ונהי דלדינא ל"ח לכך. מכל מקום זהו רק בידעינן שבא עליה. אבל ע"י הודאתו אינו נאמן בכך כיון דלפי הודאתו יש עכ"פ אפשרות דאפקרה לאחרים, דהא החשש נזכר בגמרא. ואם כן לא מקרי הכרה ברורה, ואינו נאמן", עכ"ל הגרע"א.

וכן כתב בשו"ת בית שלמה חלק אה"ע סי' עד, ח"ל - "לא האמינתו תורה לאב רק באומר שידע בבירור אם הוא

אחר הבעל מצד חזקה שמצוי עמה ... ולרבי מאיר דחייש למיעוטא ... הכא עדיף מרוב, דאנן סהדי שכן הדבר.

מבואר בדבריהם שאין זה כסתם רוב דפליג ביה רבי מאיר לחוש למיעוטא, אלא מאחר ובנוי על חזקה אלימתא, נחשב כאנן סהדי. ועיי"ש בדברי מלכיאל שהאריך להביא דוגמאות לחזקה ורוב שנידונים כבירור ודאי.

מסקנת הדברים היא, שביחס לדרישת הבעל לערוך בדיקת רקמות לבתו, דינה של דרישה זו להדחות על הסף, וגם אם דרישה כזו תעלה בעתיד בעקבות תביעתו לפוטרו ממוזנות, אין מקום לשמוע לו.

ונראה שאף אילו האשה היתה מסכימה לכך בית הדין צריך למנוע בכל תוקף בדיקות כאלה שיש בהם משום הריסת מסגרת הנישואין, שאם בדיקת כזו תהיה מצויה ומעשית לכל דורש, ותקבל גיבוי מבית הדין, הרי כל בעל שרוח רעה מבעתתו, וחושד באשתו, ידרוש לערוך בדיקה כזו, ויתנה חזרתו לשלום בית בעריכת הבדיקה, וכפי שכבר נוכחנו לראות בבית דיננו. לא יתכן שבית הדין יתן יד לקילקול כזה ולפירצה הגדולה העשויה להגרם מכך.

ביחס לדרישה לערוך בדיקה לבירור אבהות על הבן, מאחר ובטרם הנישואין הבעל לא הצהיר על כך שההריון ממנו, לכאורה, בשלב יותר מאוחר היה יכול לטעון שאינו אבי הבן, והיה מקום לתביעתו לבדיקת רקמות.

מאחר שבעת שהאשה נכנסה להריון, שני הצדדים לא היו נשואים ול"ז ולא גרו יחד, לא היתה להם נאמנות גמורה לייחס את הבן כבנו לכל דבר, כגון לעניין לפוטרה מחליצה, וכמבואר בשו"ע אה"ע סי' קנו סעיף ט'. ואף אם יגיעו עדים שבטרם הנישואין הבעל טען שהוא בנו, מאחר שהאשה היתה פנויה באותה שעה, יש לחוש כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר, וממילא אין כאן הכרה ברורה, וכפי שעולה מדברי המגיד משנה (איסור"ב פט"ו הי"ב) שהבאנו לעיל, והבאנו מדברי הגרע"א בתשובה שכתב בתוך דבריו - "ע"י הודאתו אינו נאמן בכך כיון דלפי הודאתו יש עכ"פ אפשרות דאפקרה לאחרים, דהא החשש נזכר בגמרא. ואם כן לא מקרי הכרה ברורה, ואינו נאמן".

ועיין בשו"ת הרא"ש כלל פב סי' א', ונידון דידן גרע טפי מנידון הרא"ש מאחר שלא גרה עמו בביתו ולא היתה מיוחדת לו באותה עת.

אמנם בזמנו בטרם הנישואין, האם טענה בבירור באזני בעלה המיועד, שלא זינתה עם אחר ושלא היתה קיימת אפשרות שהתעברה מאדם אחר, וכפי שטוענת גם כעת. ובעקבות דבריה, הבעל האמין לה וטען בבירור שהוא אבי הבן, בנסיבות אלו שאלה זו תלויה במחלוקת הפוסקים אם יש נאמן מדין "יכיר". הבי"ש סי' ו' ס"ק כו והאבני מילואים סק"ה כתבו שבכה"ג דיינינן ליה בדין יכיר, למרות שאין לו ידיעה אישית אלא מסתמך על דבריה, וכן בספר מקור ברוך סי' מ'. ועיין בשב שמעתתא ש"ב פ"כ שהאריך לבאר וכתב בתוך דבריו - "כיון שסומך על דבריה שהוא מיניה, הו"ל יכיר. דאב

שם - "בנדון דידן שהיה מחזיק אותן בבניו בודאי, אינו נאמן אחר כך לומר שאינם שלו, מכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד".

ואין מקום לטעון שמאחר שהבת מוחזקת כבתו רק מכח הדין של רוב בעילות אחר הבעל, ועל כן הבעל רשאי לתבוע לברר בירור מוחלט ושאינו מסכים להסתמך על הרוב, מאחר שניתן לברר. זה אינו, דדינא דרוב בעילות אחר הבעל עדיף מסתם רוב, ונידון כבירור ודאי.

במסכת חולין דף יא: מבואר בגמרא - "מנא הא מילתא דאמור רבנן זיל בתר רובא ... רב מרי אמר אתיא ממכה אביו ואמו דאמר רחמנא קטליה. וליחוש דילמא לאו אביו הוא, אלא לאו דאמרינן זיל בתר רובא, ורוב בעילות אחר הבעל. ממאי דילמא כגון שהיו אביו ואמו חבושין בבית האסורין. אפילו הכי אין אפוטרופוס לעריות".

והרמב"ם בהלכות איסורי ביאה פ"א הלכה כ' כתב - "מי שהוחזק בשאר בשר דנים בו על פי החזקה אע"פ שאין שם ראיה ברורה שזה קרוב ומלקין ושורפין וסוקלין וחונקין על חזקה זו ... ראיה לדין זה מה שדנה תורה במקלל אביו ומכה אביו שיומת, ומנין לנו ראיה ברורה שזה אביו אלא בחזקה כך שאר קרובים בחזקה".

ויש מקשים דבגמרא מבואר דממכה אביו ילפינן דאזלינן בתר רובא, והרמב"ם כתב דמהא ילפינן דאזלינן בתר חזקה. וכתב בספר סדרי טהרה סי' קפה סק"א שהייחוס שאנו מייחסים הבן אחר אביו בנוי הן על רוב והן על חזקה. ואה"נ במכה אביו אין הורגין אלא בדאיכא תרתי, גם רוב בעילות אחר הבעל וגם הוחזק כבנו. וז"ל הסדרי טהרה - "הא דאמרינן בש"ס רוב בעילות בבעל דוקא שידעינן בודאי שנוהג עמה כבעל ובא עליה בכל עת, או אמרינן דאזלינן בתר רובא, אך זה גופא לא ידעינן אף כשנשאה בפנינו על ידי חופה וקידושין, מ"מ לא ידעינן אם נהג עמה כדרך אישות ... אלא מחמת החזקה שנוהג עמה כאיש עם אשתו בשאר מילי מסתמא בעל וזו מיקרי חזקה. וכי תימא דילמא משום חזקה לחוד כיון שנוהג עמו כאב מסתמא זה הוא בנו ומנ"ל דאזלינן בתר רובא לחודא. ז"א, דבשלמא אי קים ליה לאב שזהו בנו ואנן חזינן במה שמתנהג עמו כאב שפיר מיקרי חזקה, אבל אי איהו גופיה לא קים ליה, אנן מנא ידעינן דילמא איהו טעה וסבר שהוא בנו ומשום הכי מתנהג עמו כאב עם הבן, ובאמת זינתה אמו עם אחר, א"ו דאזלינן בתר רובא ואיהו ידע שרוב בעילות עמו, ואנן חזינן שמתנהג עמו כאב ומחזיקו לבן מיקרי שפיר חזקה, ותרתי מוכח. אח"ז שמעתי שכתב כעין זה בספר תבואות שור". עכ"ל הסדרי טהרה.

מפורש בדברי הסדרי טהרה שאפילו אם האב לא קים ליה שזה בנו, אזלינן בתר רובא וחזקה. ובספר דברי מלכיאל ח"א סי' עה הביא את מש"כ הסדרי טהרה, והוסיף בזה - "ובהוחזק בנו ל' יום ג"כ דהא אפשר שהחזיקו בטעות לפי שלא ידע שזינתה, וע"כ צ"ל דבאמת אמרינן דרוב בעילות

והנהגה לשיטת הב"ש וסייעתו שיש לדון כאן דין יכיר, הבעל אינו נאמן לחזור, אף אילו היה טוען בבירור שאינו בנו, וכפי שיבואר.

במסכת בבא בתרא דף קכו: - "א"ר יוחנן אמר בני הוא, וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן. עבדי הוא, וחזר ואמר בני הוא נאמן, דמשמש לי כעבדא קאמר". מבואר שלאחר שאמר עליו שהוא בנו אינו נאמן לחזור בו לטעון שאינו בנו, ורק במקום שמפרש דבריו יוכל לחזור ולפרשם. והטעם שאינו נאמן לחזור בו מבואר בנמוקי יוסף - "שאינו יכול לעקור ממנו נחלה, כיון שהכירו ואמר בני הוא, שלא נתנה לו התורה הבחנה אחר הבחנה וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד". וברשב"ם במסכת בבא בתרא דף קכו: כתב - "אין לנו לילך אחר טענה אחרונה דהודאת פיו האמינה תורה במאי דאמר בני כדכתיב יכיר, וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד". ובאר הג"ר חיים מוואלאזין ז"ל בחוט המשולש ח"א סי' ג', שאין כוונתו דיכיר נידון בגדרי עדות, וכתב שם - "הא דכתב הרשב"ם שם (דף קכו ע"ב) גבי זה בני וחזר ואומר עבדי כו' וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. האי לישנא לאו דוקא הוא, אלא כוונתו כיון שהכיר שוב אינו חוזר ומכיר. וכמ"ש הנ"י שם דאין הבחנה אחר הבחנה".

והרמ"א בשו"ע חו"מ סי' רעז סעיף יב פסק בדין יכיר, ביחס למי שאמר על פלוני שהוא בנו הבכור, "אם אמר פעם אחת על אחד שהוא בכור, לא יוכל לומר אחר כך על אחר שהוא בכור".

וכן פסק מהרשד"ם חלק אה"ע סי' קסו, שאם אמר על פלוני שהוא בנו, אינו נאמן לחזור בו, וז"ל - "הרמב"ן כתב בחידושו פרק יש נוחלין וז"ל ואדרבא איפכא משמע דאי אבוא הוה רגיל דאמר בוכרא הוא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. ונראה בעיני שכן הוא סברת הרמב"ם שכתב ריש פרק רביעי מהלכות נחלות זה בני זה אחי נאמן, עד אבל נאמן הוא על מי שהוחזק שהוא בנו לומר אינו בני משמע דדוקא בשהוחזק לבד נאמן לומר אינו בני, הא אם דבר בפיו ואמר שהוא בנו אינו נאמן אח"כ לומר שאינו בנו, דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. ואי לאו הכי כיון שהתחיל בריש הפרק ואמר האומר זה בני כו' גם בסוף היה לו לומר אבל אם חזר ואמר שאינו בנו נאמן, כן נראה לי ודאי. אם כן נמשך לדעת הרמב"ן שאשה זו מותרת דכיון שמצינו כמה עדים שמעו מפיו של רבי ישראל שהיה לו בן וגם הראה אותו שהוא בנו ושהיה בצפת עם אמו ודברים אחרים מראים בבירור שהאמת כן שהיה לו בן והבחור ההוא היה בנו, ושוב אינו יכול לומר שאינו בנו מן הטעם הנזכר". וכן פסק בשו"ת פני משה ח"א סי' צב.

העולה מכל הנ"ל, שלדעת הב"ש וסייעתו, מאחר שאנו דנים אותו כאביו מכח ההלכה של יכיר, אינו נאמן לחזור בו. ואפילו לדעת הבית מאיר וסייעתו, שלא ניתן לדון דין יכיר בהכרה המבוססת על דברי אחר, וחזרנו למ"ש לעיל שהכרה מסופקת אינה בכלל יכיר, מ"מ מאחר שהבן הוחזק בבנו זמן רב, אינו יכול לעורר ספק בכך.

נאמן לומר זה בני בתורת יכיר הן לירושה והן לפוסלו. אבל לחליצה דאינו ענין הנוגע לגוף הבן ... אבל אינו בתורת יכיר כיון דאינו נוגע לבנו, אלא לאשה אם זקוקה לחליצה או לא, והיכא דהוא עצמו אינו יודע, דלא שייך ביה תורת מיגו, דאע"ג דקושטא קאמר שמאמין לדבריה, כיון דאין זה בתורת יכיר, א"כ נאמנות שנותן לאחר לאו כלום הוא".

לעומת זאת, הבית מאיר (סי' ו' סעיף יג) תמה על הב"ש וכתב - "היכן מצינו שנתנה תורה נאמנות על ידי יכיר במה שבעצמו אינו יודע ומאמין לאשתו". וכן הנצי"ב בספרו משיב דבר ח"ג סי' ח' כתב - "בעינן שיהא מכיר לאחרים. היינו שאחרים יאמינו לדבריו עפ"י מה שהאמינה תורה לדבריו. וזה אינו אלא באומר ודאי שכן הוא משא"כ באומר שמאמין לדברי האשה נהי שהוא יכול להאמין על עצמו מה"ת, כמ"ש הרמב"ם בהלכות קרבן פסח (פ"ד ה"א) שורת הדין שאינו נאמן, והררצה להחמיר ע"ע ה"ז משובח ויביא פסח שני, מכ"מ אין יכול בהאמנתו להכירה לאחרים שאין מאמינים לה, מש"ה אינו יורשו".

וכן כתב בשו"ת צמח צדק חלק אה"ע סי' יד אות ט', וז"ל - "הסברה נותנת לומר דהא דהאמינה התורה לאב, היינו במה שראה בעצמו, לא במה שמאמין לאחרים. דבודאי לא עדיפא כח האב משני עדים, והרי עד מפי עד לא מהני בכל מקום דצריך עדים, אף ששמעו מפי נאמן כבי תרי".

ויש לציין שפשטות לשון הרמב"ם בהלכות אסורי ביאה פט"ו הי"ב מורה כדעה זו, שהרי נקט בלשונו "אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו ... עם זה שהודה לה", הרי שהרמב"ם לא נקט בלשונו שאותו פלוני טוען שהבן ממנו, אלא שהוא מודה לדבריה, ומשמע שעיקר אמירתו של אותו פלוני נובעת מדבריה, ומכח דבריה טענתו היא טענת ברי, ואפ"ה לא מהני, ואין דנים כאן דין יכיר. והרי על דברי הרמב"ם הללו כתבו המ"מ והגרע"א את דבריהם וקבעו את העדר התוקף שבהכרה מסופקת. וכן משמעות לשון הרא"ש בתשובה כלל פב סי' א', שוללי שדיימא מיניה ודרה עמו בביתו, לא היה מייחס את הבן אליו, אף שברור שבאותו נידון האב האמין לאם שטענה שזהו בנו ונהג עמו כאב עם בנו.

וע"ע בשב שבעתתא (שם ש"ב פ"כ) שהקשה לנפשיה מדברי הרמב"ם הנ"ל (בפט"ו מאיסו"ב הי"ב) וכתב - "והא דכתב הרמב"ם ... ע"ש, אפשר דמיירי שאינו מאמין לדבריה". ובספר בנין ציון החדשות סי' כא כתב על אוקימתא זו של הש"ש בדברי הרמב"ם - "ובאמת זה דוחק הוא שלא הזכיר הרמב"ם והשו"ע תנאי זה, אבל לא ידעתי מה דחקו לכך, דלפי הסברה שהמציא גם סתירה זו מתורצת שפיר, כיון דנאמנות האב על בנו לא מועיל רק מה שנוגע לבנו ... מ"מ לא מועיל לממזרת או לממזר שינשאאו להנולד, שהרי הממזר מוזהר שלא לישא ישראלית כשרה, ולו לא מועילה עדות האב, ולכן פסק הרמב"ם דאינו ממזר ודאי להתירו בממזרת". ועיי"ש בתשובת הבנין ציון, וכן בסי' כב שהסכים דלהלכה נקטינן כשיטת הש"ש.

מיוחדת לו ודרה בביתו בעת שהתעברה, עיין שם במש"כ הרא"ש בלשון זו - "הוכחה לדבר שהיה חושבו לבן, שהרי העלה לו שם כשם קרוביו ... והעידו כל העדים שהיה מיסר אותו תמיד וגעגועיו עליו".

מסקנת הדברים היא, שלרוב הדעות יש לקבוע בבירור שהבן מתייחס בוודאות אחר אביו, דהיינו לשיטת הב"ש וסייעתו מכח ההלכה של יכיר. גם לדעת הסוברים שאין לדון כאן מדין יכיר, עכ"פ לפי החתם סופר וחוות יאיר יש לייחסו כבנו מכח ההלכה של סוקלין ושורפין על החזקות, אלא שהערנו, שמתשובת הרא"ש נראה לכאורה שאף בכה"ג אין לקבוע בבירור שהבן נידון כודאי בנו.

ואמנם אם האם היתה מסכימה לערוך בדיקת רקמות לברר יחוס הבן הגדול לאביו, לא היה מקום שבית הדין ימנע זאת ממנה, ואינו דומה למש"כ ביחס לבדיקת רקמות לבת. אך מאחר וקיים בסיס רחב ומוצק בהלכה לייחס את הבן הגדול לאביו בתורת ודאי, ונראה שזוהי סוגיא דעלמא, לא ניתן לכפות על האשה לערוך בדיקה זו.

עד כאן הדברים כפי שכתבנו בזמנו כשהבעל נתבע לתת גט, והתנה מתן הגט בבדיקת הרקמות.

לבסוף בני הזוג התגרשו, ולאחר כשנה האב תבע להפחית את דמי המזונות ובקש לחייב את האשה בבדיקת רקמות של הבן הגדול, בטענה שהתערור אצלו חשד סביר שהבן אינו שלו, וזאת לאחר שהאשה לאחר הגירושין עברה להתגורר עם הבחור הנחשד אצלו כאבי הבן. ומוטל על בית הדין להכריע היא האם האב זכאי להמנע מתשלום מזונות הבן עד לאחר שתערך בדיקה.

נראה שהאב זכאי לעכב תשלום המזונות עבור הבן, עד לביצוע בדיקת הרקמות כמבוקש. כאמור, ההריון החל עוד בטרם הצדדים נישאו. אמנם התובע נהג בילד כבנו והעדיף שלא לערוך ספקות, אך מעולם לא נעשה הליך מסודר להכרת אבהות, הצהרה בפני בית הדין או בפני גורם מוסמך אחר.

בנסיבות אלו, האב זכאי לתבוע בירור בדרך של בדיקת רקמות. אמנם אין בידינו לאכוף על האם את הבדיקה, אך כל עוד האם תסרב לבדיקה זו, האב יפטר מתשלום דמי המזונות וזאת עד לביצוע הבדיקה.

הנימוקים ההלכתיים לפסק דין זה הוא כדלהלן - אמנם גם בטרם ה"בדיקה לסיווג רקמות" באה לעולם, בית הדין היה מכריע שאלת האבהות, עפ"י טענות הצדדים ועפ"י ראיות הנובעות מחזקה וכאמור לעיל. אך לאחר שבדיקה מסוג זה ניתנת לביצוע בלא קושי, ובדיקה זו אינה יכולה להביא לחשש ממזרות, בנסיבות אלו הנתבע רשאי לדרוש להשתמש בבדיקה כזו כראיה להכרעת הספקות, בטרם יחוייב בתשלום מזונות.

בשו"ע חו"מ סי' טז נפסק - "האומר לחבירו שטר שבידך זכות יש לי בו, אם הלה מודה שיש לזה בו זכות חייב

עיין בתשובת חתם סופר חלק אה"ע סי' עו שכתב במי שהחזק כבנו וזמן רב נהג עמו מנהג מקובל בין אב לבנו, ולאחר זמן חזר וטען שאינו בנו, אינו נאמן, אפילו יתן אמתלא לדבריו מדוע אמר בתחילה שהוא בנו. וכתב החתם סופר שלא להאמינו. מפני שהבן החזק כבנו, וז"ל החתם סופר - "ענין החזקה מבואר גרסינן פרק עשרה יוחסין דף פ' אר"ח בר אבא אר"י מלקין על החזקות וסוקלין ושורפין על החזקות ... והנה חזקה שאנו לומדין פ"ק דחולין מבית מנוגע היינו להעמיד כל דבר על חזקתו כמו שנתברר לנו כבר פעם אחת, וזה אינו ענין לכאן, והכא מיירי דבר שלא ראינו מעולם שהוא כן אך העולם מחזיקין אותו מצד הנהוג שהוא כך, ואשה באה ובנה מורכב על כתפה וגידלו כדרך אשה המגדלת בנה ומעולם לא אמרה לשכנותיה שהוא בן אשה אחרת והחזיקו כולי עלמא שהוא בנה, וע"ז סוקלין על סברת והאמנת הבריות זמן ... והנה לפע"ד ברור הוא שאין מועיל אמתלא להאב שאמר בני הוא לחזור ולומר אמתלא על זה מלבד שיש לי על זה ראיות יבוארו במקומן אי"ה, מ"מ הדעת נותן כן שהרי הרשב"ם בב"ב קכ"ז ע"ב גבי אמר בני הוא וחזר ואמר עבדי אינו נאמן כתב הטעם משום כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ש"מ דס"ל דה"ל כעדות ממש מן התורה. וכ"כ שם רמב"ן על דברי רשב"ם בתחלת הסוגיא היו מוחזקים בו שהוא בכור ואמר אביו על אחר בכור הוא שפירשב"ם שחזקה ראשונה היתה ע"פ האב, והקשה הרמב"ן הא אינו חוזר ומגיד ע"ש. ולרשב"ם צ"ל לחלק בין החזק בחזקה בעלמא דיכול לחזור ולהגיד ובין אמר בהדיא בני הוא שאינו חוזר ומגיד ... ואיברא שיטת רמב"ן כהתוס' והרא"ש דמהימן אפילו בלא הכרת בכורה אך רק נגד החזקה שלא ע"פ האב אבל כשאנו מוחזקים ע"י האב עצמו שוב אינו חוזר ומגיד, וזה דעת הרמ"ה שפסקו הרמ"א בש"ע א"ע סי' ד' סעי' כ"ט".

וכתב בספר ברכת שלמה (להגר"ש טנא ז"ל) חלק אה"ע סי' ט' - "ואם כי החתם סופר מיירי כשהחזק כבנו הרבה שנים, אבל לכאורה אין טעם לחלק בין החזק זמן רב לבין החזק זמן קצר".

וראו לציין בזה את לשון החתם סופר בחלק אה"ע ח"א סי' מא - "אפילו אלף קושיות ופולפולים לא ידחו דין ברור והלכה ברורה דסוקלין על החזקות, ואין צורך לאריכות".

והחוות יאיר סי' צג כתב - "כבר כתבתי שלעד"נ שאם אמר בפירוש בני זה, לא מצי הדר ביה, מכ"ש אם נהגו בו כמנהגם המיוחדים לאב עם בנו".

יצויין, הן דברי החתם סופר והן דברי החוות יאיר, עוסקים במי שהחזק כבנו ואחר כך טען שאינו בנו, אך עסקינן במקרה שאין בו חשש ממזרות מכח דברי האב, יעוי"ש.

אלא שצ"ע מתשובת הרא"ש כלל פב סי' א'. בתשובה זו נראה שההתנהגות שהאב התנהג עם בנו בדרך המקובלת בין אב לבן לא הועילו להחזיקו כבנו, לולי שהאם היתה

חלק אה"ע סי' ט' שהביא מקורות רבים מפוסקי זמנינו שדנו בטיבה של בדיקת רקמות על פי ההלכה.

אך עכ"פ ככל שהדבר נוגע לחיוב אדם במזונות בנו, שהורתו קודם לנישואין, אם בדיקה זו תשולל אבהות, זו ראייה לפוטרו מתשלום מזונות, ואין מוצאים ממון מספק. מה עוד, שאם התוצאה שלילית, גם אם לא נתחשב בבדיקה כהוכחה מוחלטת, עכ"פ הספק אינו שקול אלא רוב גדול המכריע שאינו אביו. שאלת חיוב האב במזונות אינה דומה לשאלת ממזרות, דקיי"ל ספק ממזר מותר מהתורה, ואכמ"ל בזה.

אמנם לבני הזוג בת נוספת שנולדה לאחר הבן, וגם ביחס לבת זו האב דורש לערוך בדיקת רקמות. אך בקשה זו אינה מתקבלת, מפני שביחס לבת, מלכתחילה לא היה בסיס לפתיחת משפט בנושא זה, מאחר שההריון החל בעת שהצדדים היו נשואים, ולא נשמעה מצד האב, טענה שיש בה ממש לשלול את האבהות, ומאחר שמלכתחילה לא היה מקום לספקות הלכתיים ביחס ליחוסה של הבת לאב. הרי שבהעדר בסיס לפתיחת דיון משפטי בשאלת האבהות, אין מקום לדרישה לערוך בירור נוסף לבירור האבהות באמצעות בדיקת רקמות, וזאת עוד בלא שנתייחס לשיקול נוסף והוא בעיית הממזרות.

להוציאו בבית דין ובי"ד יעתיקו מה שכתוב בו מזכותו". ועיי"ש בפת"ש סק"ב שהביא מהשבות יעקב שהתובע ודאי חייב להציג ראייה שיש בידו, כשהלה מבקש להוציאה. ובסעיף ג' פסק השו"ע "אפילו אם הזכות של העדים והראיה יודע בהם מי שכנגדו, חייב להגיד". ועיי"ש בביאור הגר"א סק"ז שכתב הטעם - "להפרישו מגזילה". ובספר באר אליהו (להראי"ה קוק ז"ל) הוסיף לבאר - "גם ענין שהוא בעצמו יודע שהאמת כדברי חבריו הרי זה חיוב בדיני אדם, וחל עליו החיוב, גם על ידי הכרח בית דין, להודיע בעצמו את אשמתו, ולשלם. וה"נ מחויב הוא להביא כל ראייה שיש לפי האמת זכות לחבריו בה".

מהלכה זו יוצא עיקרון יסודי, שבעל דין אינו רשאי למנוע הצגת ראיות היכולות להביא לבירור התביעה, ק"ו כשדרישה זו מוצגת לתובע. ואין מקום לקבל דרישה שהמשפט יוכרע על פי ראיות וטענות, וללא הראייה הנוספת המבוקשת על ידי הנתבע.

לפי זה, כל עוד קיים משפט בתביעת ממון בין האב לאם, משפט האמור להיות מוכרע בראיות, האב זכאי לתבוע לאפשר לו בדיקת רקמות על מנת להוכיח את טענותיו. ואמנם דנו כמה מפוסקי זמנינו, בשאלת האמינות של בדיקת הרקמות לשלול אבהות, עיין בספר יביע אומר כרך י'

סימן יד

עוברת על דת ועשתה מעשה כיעור לענין גט מזונות וכתובה

בחברה שבה חיים בני הזוג, ללא ספק נעשה על ידה מעשה של חוסר צניעות מובהק.

הט"ז סי' קטו סק"ט פסק שלענין הדין המבואר ברמ"א סי' קטו ס"ד ובסי' קיט ס"ו, שבעוברת על דת אין חרם דר"ג, גם בלא התראת האשה, יכול לגרשה בעל כרחה, וכן פסק בשו"ת הב"ח החדשות סי' פד, וכן בפת"ש סי' קטו ס"ק יד. הצדדים הוזמנו לסדור הגט, אך האשה ביקשה לעכב את הגירושיין, וכמו כן הוסיפה לתבוע מזונות ולחילופין תבעה תשלום דמי הכתובה במידה שתקבל גט.

דין מזונות לעוברת על דת

יש לדון באשה שפסקו עליה שהיא עוברת על דת, אך ההליך התעכב ועדיין הבעל לא גרשה האם היא זכאית למזונות.

יש לדון בשאלה זו, הן בכה"ג שלא התרו בה ועדיין לא הפסידה כתובתה, והן בכה"ג שהתרו בה והפסידה כתובתה אך מסרבת לקבל גט.

המהרש"ם בתשובה ח"ד סי' ל' כתב - "בדין מזונות גם כן הדבר פשוט, דכל זמן שאינה מפסדת כתובתה ה"נ מזונות דהוי בכלל תנאי כתובה".

העובדות

הבעל הגיש כנגד האשה תביעת גירושין. לטענתו האשה בגדה בו, ויש לו על כך ראיות, אך האשה הכחישה את טענת הבעל.

התקבלה עדות מקרוב משפחה שהעיד שהאשה הודתה בפניו על הבגידה. אך האשה הכחישה הודאה זו, וכמו כן נחקר הנטען.

הראייה העיקרית העומדת בפנינו היא סרט וידאו שחוקר פרטי צילם את האשה והנטען מגיעים יחד בשעת ערב מאוחרת לדירה באכסניה המיועדת לנופש וכדומה. שניהם שהו לבדם באותו חדר כשלוש שעות ואח"כ יצאו יחד. מלבד שניהם לא נראה אדם נוסף נכנס לאותו חדר או יוצא ממנו. האשה הודתה ששהתה עם הנטען באותו מקום כפי שאכן נראה בסרט, אך טענה שבאותו זמן שניהם ישבו ודיברו בלבד.

ביה"ד פסק לחייבה בגט מדין עוברת על דת, וכמבואר בשו"ע אה"ע סי' קטו סעיף ד' שאשה שעשתה מעשים שיש בהם חוסר צניעות בולטת דינה כעוברת על דת. ובנידון דידן, יש בארוע זה משום עוברת על דת. גם בהתחשב במקובל

שהעיכוב הוא מצידה ולא מצידו שהרי הוא רוצה לגרשה, וראיה מפרקא קמא דכתובות הגיע זמן ולא נישאה אוכלות משלו כו' ... ואינו דומה ג"כ עם ספק גירושין או למי שלא הגיע הגט בידה שחייב לזונה, דהתם שניהם צריכים להתגרש אלא שלא הגיע הגט בידה".

אמנם הפוסקים נקטו לדינא דלא כרא"ם אך מבואר דהיינו דוקא מפני דס"ל שחלק מתקנת רבינו גרשום היתה שלא להפסידה מזונותיה, עיין בבית יעקב בריש סי' עז.

וכן הבית מאיר סי' עז באר שחיוב המזונות הוא חלק מעצם התקנה, דאם לא נחייבו במזונות לא קיימא תקנת רבינו גרשום ז"ל.

וז"ל הבית מאיר - "מה הועיל בתיקון שלא לגרש בעל כורחה אם הוא ישא אחרת וימנע מכל החיובים, ואולי מ"מ הועיל דכל כמה דאגידא ב"י לא יהבו ליה אחריתי ... ורב הגדול ח"מ והוא אחרון הסכים למעשה שמחויב בשאר וכסות והכי מסתבר לע"ד דאל"כ איך יתקיים החרם שלא לגרש בע"כ ואין לך בע"כ גדול מזה. ומאי שנא כפיה דמזונות באשה שאין מעשי ידיה מספיקין מכפיה בשוטים ואטו נימא דרשאי לכופה עד שתאמר רוצה אני ויהא נקרא מדעתה ... לתקנת ר"ג דהברירה נמי בידה וכיון שהיא רוצה בכפית מזונות ולא בגירושין מה"ת שלא לכופו לזונה .. ע"כ הסומך על הח"מ לא הפסיד". עכ"ל הבית מאיר.

העולה מדברי הבית מאיר שגדר הדין הוא - במקום שבית הדין פסוק שבאותו מקרה אין לדון את תקנת ר"ג, אה"נ שאין מקום לחייבו מזונות.

וכ"כ בשו"ת רבינו חיים כהן הנזכר לעיל (אה"ע סי' מח) - הנידון בתשובה הוא במי שטוען שאשתו עוברת על דת שמקללת אביו בפניו, אך אין עדים על כך והבעל מוכן לגרשה וליתן כתובה.

לאחר שכתב להסתמך על הח"מ לפוטרו ממזונות, וכפי שהבאנו לעיל, הוסיף - "מקללת אביו בפניו מצוה לגרשה ואין בזה חר"ג, וכשאינן חר"ג קם דינא דהגהת רמ"א שבסי' עז בשם הרמב"ם אליבא דכל הפוסקים דאין צריך ליתן לה מזונות וכסות ... אמנם אם אין טוען שאסורה עליו, רק שמקללת אביו בפניו צריך ליתן לה כתובה אם אין עדים בדבר, אבל עכ"פ פטור הוא ממזונות וכסות, כל הנ"ל הוא ברור וצלול להורות למעשה".

הלכה למעשה נוהגים בבתי הדין לפסוק שלא כרא"ם, וכמ"ש בפד"ר ח"ג עמ' 185-187 בפסק דין מביה"ד הגדול (בפס"ד מהגרי"י נסים ז"ל והגרי"ב ז'ולטי ז"ל ויבל"א הגרי"ש אלישיב שליט"א) וכתבו שם לחזק הטעם שאין לומר קים לי כרא"ם, וז"ל - "אם ניתן ביד הבעל לפרוק מעליו עול המזונות ולסלק ממנו חובותיו הנובעות מקשר הנישואין אז יעלה ח"ו הכורת לפרוץ פרץ בחומת הנישואין ולא הנחת בת לא"א יושבת תחת בעלה".

ולפי זה, לאחר שביה"ד פסקו לחייבה בגט, אין יותר טעם להשאיר על כנה את חובת המזונות.

לכאורה לסברא זו כל עוד לא הפסידה כתובתה לא הפסידה מזונות, וממילא בכה"ג שלא התרו בה ולא הפסידה כתובה הבעל חייב לזונה.

וע"ע בפד"ר ח"ד עמ' 358 והלאה ובפד"ר חלק ח' עמ' 352 והלאה, שדנו שלא להפסידה מזונות מה"ט.

אך נראה שלמעשה אין מקום לחייב את הבעל במזונות של עוברת על דת, גם במקום שעדיין לא הפסידה כתובה עקב העדר התראה. ושני טעמים בדבר.

ראשית, ידועה שיטת הרא"ם שהביאו הח"מ והב"ש ריש סי' עז, שאין לחייב את הבעל במזונות כשהוא מבקש לגרשה ומעוכב מחמת חרם דר"ג.

אמנם להלכה נהגו לפסוק דלא כרא"ם, וכמבואר בפת"ש סק"ב בשם החכם צבי. אך אף הישועות יעקב גופיה שהביא את דעת החכם צבי כתב, וז"ל (בסי' עז פיה"ק אות ב) - "ומעשה היה באחד באחד שטען על אשתו שעברה על דת ולא היה לו עדות ברורה בדבר אלא שהיו רגלים לדבר קצת, וכתבתי שהבעל יוכל למנוע ממנה שארה כסותה עד שתקבל גט פטורין, ובזה יש לסמוך על דעת הרא"ם ומהר"א ששון". והובא בפת"ש סי' עז סק"ב.

וכן בשו"ת רבינו חיים כהן (רפאפורט) חלק אה"ע סי' מח הביא את לשון הח"מ סי' עז סוף סק"ג שכתב - "וכל שאין לו טענה מבוררת למה מאוסה בעיניו ... מחוייב ליתן לה שאר וכסות".

וכתב ע"ז בתשובת רח"כ - "משמע דכשיש לו טענה מבוררת למה מאיסה בעיניו פטור משאר כסות". ולפי"ז העלה שבמקום דמוכח שהיא בגדר עוברת על דת, אף שעדיין אין לו עדות של שני עדים כשרים על כך, ולא ניתן להפסידה מכתובתה, מ"מ טענה מבוררת מיקרי, וסגי בהכי לפוטרו ממזונות. והיינו כפסק הישועות יעקב שהבאנו.

וכן בבית יעקב בסי' עז פסק שאם הבעל טוען שאשתו מאוסה עליו באמתלא מבוררת פטור ממזונותיה, עיי"ש.

בנידון דידן גרע מבעל הטוען טענת מאיסות מאחר שהעילה מקובלת על בית הדין, ואף נפסק לחייבה לקבל גט. וכן בשו"ת רשב"ש סי' תיא (ד"ה והשנית) כתב שאשה שנפסק עליה שמצוה לגרשה עקב מעשה פריצות שעשתה וכיוצ"ב, אף אם עדיין אינה מקבלת גט מפני סירובה להתגרש, והעדר היכולת לבצע חיוב הגירושין, עכ"פ הבעל פטור ממזונותיה.

וכן בשו"ת יביע אומר ח"ג אה"ע סי' יז אות לו הביא בשם שו"ת הרי בשמים תליתאה (ססי' ק) שכתב - "מכיון שעכ"פ יש מצוה לגרשה בגלל הכיעור שנמצא בה בודאי שיוכל לפטור עצמו ממזונות, ואע"ג דלא קיי"ל כרא"ם ... מ"מ בהא כו"ע מודו".

שנית, הפוסקים באה"ע ריש סי' עז הביאו את שיטת הרא"ם, דבכה"ג שמעוכב רק מחמת החרם אינו מחוייב במזונותיה. והטעם מבואר בתשובת הרא"ם סי' ל' - "מאחר

בחיובי איש לאשתו, דודאי אין סברא דאחר מותו שכבר הותרה לגמרי היא עדיף כוחה מכשהיא אשתו ואגידא ביה ... לדין שיש חדר"ג שאינו יכול לגרש בעל כורחה, בלא"ה נדחים דברי מהרא"ם, דנהי דאמרינן דזה נקרא העכבה מצידה, מ"מ כל זמן שלא קבלה הגט לידה הוא חייב במזונותיה מצד תנאי כתובה, ולא נ"מ בחדר"ג. דהא גם בזמן הש"ס אם היתה משתמטת עצמה שלא יזרוק לה הבעל גט לידה הוא חייב במזונותיה. ונראה דאפילו למ"ד מזונות הוא דרבנן, מ"מ לדין דכותבין בכתובה ואוקיר ואיזון כו' הוא חייב במזונות וכסות מן התורה, דאפילו למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא מ"מ שיעבוד הגוף הוא דאורייתא לכו"ע כמ"ש כל הפוסקים ומוכח בכ"מ בש"ס. עכ"ל הבנין עולם.

ונראה שלשיטת המשכנות יעקב, החזו"א, והבנין עולם, הכל תלוי בשאלה אם הפסידה כתובתה, ובכך הפסידה גם תנאי כתובה. ולכן בעוברת על דת שלא התרו בה ועדיין לא הפסידה כתובתה, כל עוד לא קבלה גט אינה מפסידה תנאי כתובה ומזונות.

וע"ע בספר נחל יצחק סוף ח"א במש"כ לדחות שיטת המשכנות יעקב, וכתב דאם משליש גיטה וכתובתה נפטר ממזונותיה, עיי"ש.

הלכה למעשה נראה שיש לפסוק כרוב האחרונים, שהבאנו לעיל, ולשיטתם אינו חייב במזונותיה אף אם עדיין לא הפסידה כתובתה מפני שלא התרו בה, ובלבד שהבעל מסכים לשלם את הכתובה עפ"י פסק הדין.

האם בנידון דידן יחשב "כיעור" כמשמעו בסי' יא

בנידון שלפנינו, בסרט הוידאו האשה נראית נכנסת יחד עם הנטען בשעת לילה לדירת הקייט, ושוהים בה זמן ארוך ואח"כ יוצאים יחד. האשה הודתה בכל מה שנראה בסרט. בשו"ע בסי' יא ס"א מפורטות כמה דוגמאות של ענייני כיעור (שדינים מבואר בשו"ע שם). בין הדוגמאות נאמר - "או שהיו יוצאים ממקום אפל ... או שנכנסו זה אחר זה והגיפו הדלתות במנעול וכיוצא בדברים אלו לפי ראות עיני הדיינים".

בגדר "יוצאים ממקום אפל" כתב הרע"א בתשובה ח"א סי' צט מתשובת מהרש"ל (והובא בפת"ש שם סק"ו) - "מש"כ הרמב"ם שניהם יוצאים ממקום אופל, דהתם פירושו מקום סתר ומיוחד לעבירה להסתר דבר, משא"כ בנדון זה שהוא בפתח הבית ועוברים ושבים מצויים בעיר הגדולה כולה, ושומרי העיר סובבים תמיד, אין זה סתר כלל".

ובשם המבי"ט כתב הרע"א - "מקום אופל היינו דבאותו מקום אופל לא היה דרך לשום אדם שאינו דר שם לכנס באותו מקום אופל ... וכן נכנסו זה אחר זה והגיפו את הדלתות הוא מקום יחוד וסתר כיון שהוא בית מוקף מכל צד, ואין שום אדם יכול לכנס ולראות מה הם עושים".

ובשם תשובת ר"ג הירץ שבתשובת הרמ"א הביא הרע"א - "מקום אופל היינו שאין רגל אדם מצוי שם וניכרים

ונראה שאף המהרש"ם שהבאנו לעיל מסכים למסקנה זו. בהמשך דבריו כתב מהרש"ם - "וצידד ר"מ דכיון דעכ"פ יכול לגרשה בעל כרחיה דבזה אין צריכה התראה, א"כ אין צריך לזונה עוד. הנה אם היא מונעת הגט עכשיו, מצד הבעל שאין לו לסלק כתובתה, פשיטא דחייב במזונות, דאפילו בגרושה אם תבעה כתובה חייב במזונות לשיטת הרא"ש ... בספק גירושין ג"כ יכול לגרשה בעל כרחיה ואפ"ה חייב במזונות וה"נ בזה".

מבואר, שלשיטתו הבעל חייב במזונות רק אם העיכוב נובע מחמת שחייב כתובה ואינו מוכן לשלם. אבל אם היא מעכבת קבלת הגט ללא הצדקה לאחר שנפסק שהיא מחוייבת לקבל גט, אינו חייב במזונותיה, אף שעדיין לא הפסידה כתובתה.

אמנם מצינו שיטה אחרת באחרונים, ולפי דרכם חיוב המזונות אינו קשור לחרם דר"ג.

המשכנות יעקב חלק אה"ע סי' טז כתב - "לענ"ד גם לפי דין הש"ס בלא חרגמ"ה אין ביד הבעל לפטור ממזונות אשתו, כי אם בהגיע הגט לידה דוקא, ולא סגי באמירה בעלמא ובהשלשת כתובה. והכי משמע פשטא דמתניתין גבי רפואה, ואם אמר הרי גיטה וכתובתה כו' רשאי, משמע דרשאי לגרש וממילא יפטר מרפואתה ומזונותיה כדכתב רש"י ז"ל שם דאין אדם חייב לזון גרושתו, משמע דאין בזה שום חידוש רק הך מילתא דרשאי לגרש ולא שיפטר קודם הגירושין".

הרי שאף בהעדר חרם דר"ג בעוברת על דת, חזרנו לעיקר הדין, ומדינא דגמרא, חייב במזונות עד שתקבל את הגט ובלא"ה אינו נפטר מחובת מזונות.

וכן דעת החזו"א כמשכנות יעקב. החזו"א בסי' סט ס"ק כא כתב שהאחרונים דנו לחייבו במזונות רק מכח תקנת רגמ"ה, וכתב שם שנראה שגם לפי דינא דגמרא חייב, כל עוד לא קיבלה גיטה "אע"פ שמוכן לגרשה ואינו מתעכב רק משום מיאונה ... לפי"ז אחרי שאי אפשר לו לגרשה בע"כ בזה"ז, ממילא חייב במזונותיה וכסותה מדינא, אלא שאינו חייב בעונתה כיון שדעתו לגרשה".

וכעין זה כתב בשו"ת בנין עולם חלק אה"ע סי' כה, וז"ל - "תקנת חכמים שכל זמן שלא תתגרש ממנו להיות מותרת לאחרים ומעוכבת להנשא חייב במזונותיה. ואע"ג דהעכבה מצידה, דאם היתה רוצה היתה מתגרשת, מ"מ כל זמן דאגידה ביה ולא נתגרשה לגמרי הוא חייב במזונותיה. ונלע"ד ראייה לזה מהא דתנן (כתובות צה:) אלמנה ניוזנת מנכסי יתומים כו' אע"ג שבידה להנשא לאחר, והיינו מתנאי כתובה שכתב לה את תהא יתבא בביתי ומתזנא מנכסי כו' ואפילו אם היורשים רוצים ליתן לה כתובה אם אין רצונה בזה ניוזנת משלהם, ודוקא באנשי יהודה שהיו כותבים בפירוש בכתובתה עד שירצו היורשים ליתן לך כתובתך כו', הוא דפטורים, אבל באנשי גליל קיי"ל דברצונה תלוי, ועיין בפרק נערה דקיי"ל כאנשי גליל ... וא"כ ק"ו הדברים כשהוא בחיים ומקושרת בו כל זמן שלא קיבלה גיטה הרי היא עדיין

ולכן בנידון שלפנינו, לא מבעיא לדעת הרמב"ם והשו"ע די בכך שהגיפו הדלתות, ולמרות שלא ברור שנעלו במנעול נידון ככיעור, והכי נקטינן בנידון דידן מאחר שבני הזוג הם מעדות המזרח שקבלו עליהם פסקי מרן השו"ע. ואף לרמ"א, מ"מ לפי תשובת פני משה בהכרח שיהא ברור שלא נעלו במנעול, ובלא"ה נידון ככיעור.

מסקנת הדברים - הנידון שלפנינו הוא כמעשה כיעור, הן מצד שראו אותם אח"כ יוצאים ממקום שהוא בגדר "מקום אופל" המבואר בפוסקים. והן מצד היחוד, שהגיעו למקום שיוכלו להתייחד במקום סתר שלא יופרעו ע"י בני אדם.

האם הפסידה כתובתה

אשה שהעידו עליה שעשתה דבר מכוער הפסידה כתובה אף ללא התראה מוקדמת. כך פסק הרמב"ם בפרק כד מהלכות אישות הט"ו, וז"ל - "אם רצה הבעל להוציאה תצא ואין לה כתובה ואין זו צריכה התראה". (דברי הכסף משנה שם שכתב דהרמב"ם איירי בכה"ג שנאסרה עליו, הם שלא בדקדוק כמ"ש בשו"ת צמח צדק אה"ע סי' כד אות ה').

הסמ"ג (עשין מח) הביא את דברי הרמב"ם כלשונם, וכן פסק בשו"ת הב"ח החדשות סי' פד דמפסידה כתובתה אף שלא התרו בה קודם לכן, וכן הב"ש בסי' קטו סק"ח בתוך דבריו הביא את דברי הרמב"ם, ולא הביא מי שחולק על זה. פסק זה של הרמב"ם טעון ביאור, מאחר ולשיטת הרמב"ם האשה לא נאסרה על בעלה, מדוע אין דנים אותה כעוברת על דת שלא הפסידה כתובה ללא התראה מוקדמת. נראה לבאר דינו של הרמב"ם בשתי דרכים, וזאת עפ"י שני ביאורים שונים שבארו האחרונים מדוע עוברת על דת לא הפסידה כתובה ללא התראה, ולפי כל אחד מהביאורים נבאר מדוע סברא זו אינה שייכת במי שהעידו עליה שעשתה דבר כיעור.

א. בשו"ת הב"ח החדשות סי' פד כתב - "עוברת על דת צריכה התראה להפסיד כתובתה, הטעם משום שיכולה לומר לא הייתי יודעת שבשביל כך אפסיד ממון מה שהיה חייב לי, דמה ענין זה לזה, לכך צריכה התראה כדי שתדע שאם תעבור עוד על דת שקנסו אותה בכתובתה".

ולפי"ז י"ל שההתראה נחוצה רק במקום שיש לחוש שאינה יודעת שבמעשיה מפסידה כתובתה. וכן בדין עוברת על דת, הביא הפת"ש סי' קטו ס"ק יא מתשובת שבות יעקב שבדבר שכל הנשים יודעות אינה צריכה התראה, וכן פסקו למעשה בפד"ר ח"א עמ' 335 עיי"ש.

ולפי זה החילוק בין עוברת על דת לעשתה מעשה מכוער, שבעוברת על דת כשעברה על דת יתכן והאשה אינה יודעת שבעקבות מעשיה היא עלולה להפסיד כתובתה. משא"כ בדבר מכוער, וכעין נידון דידן, ללא ספק האשה ידעה מראש את חומרי העניין וההשלכות הנובעות מכך לעניין הפסד כתובה, ועל כן אין צורך בהתראה.

הדברים שהיתה שם עבירה, כי לולי זה למה נכנסו למקום אופל, אבל במקום שרגל אדם מצוי שם אפילו באישון לילה ואפילה, אין לומר בודאי היתה שם עבירה כי מרתתים אולי יעבור שם אדם לפניהם".

וכן הרע"א עצמו כתב - "נ"ל לסייע לדבריהם מדקדוק לישנא דהרמב"ם והוא מהירושלמי, שניהם יוצאים ממקום אופל, ולא נקט שראו אותם עומדים יחד במקום אופל, א"ו במקום אופל היינו מקום סתר לגמרי שאין רגל אדם עובר שם, ולא מזדמן שראו אותם אנשים עומדים שם, כיון שאיש אינו עובר שם, רק זהו באפשרי שראו אותם דרך יציאתם ממקום הזה, דידוע על ידי כך דכשהיו בפנים היו מוסתרים במקום אופל".

וכן בתשובת הבית מאיר (שו"ת רע"א סי' ק') כתב - "מקום אופל נראה באמת כהחולקים על תשובת רמ"א שצריך להיות מקום שאין דרך בני אדם לבוא שם".

ובשו"ת צדקה ומשפט אה"ע סי' ג' כתב - "מקום אופל היינו שאין רגל בני אדם מצוי שם וניכרים הדברים שהיתה שם עבירה כי לולי זאת למה נכנסו למקום אפל ... פרש רע"א בתשובה דע"כ לא ראו אותם במקום אפל מיירי, דבמקום אפל זה אין הולך שם אדם ואין מציאות להעיד עליהם, רק שראו אותם יוצאים משם, וזה נחשב כמו סגור במנעול שאינם צריכים לשמור עצמם במקום האופל כלל".

בהתאם לאמור, נראה שבנידון דידן יש לקבוע מעשה זה כמעשה כיעור, ולא גרע מיוצאים ממקום אופל, לפי הגדרת "מקום אופל".

וכן מטעם נוסף נחשב למעשה כיעור. אחד המקרים שהובאו במחבר בשו"ע סי' יא כדוגמא למעשה כיעור הוא "שנכנסו זה אחר זה והגיפו הדלתות".

וכתב החזו"א (אה"ע סי' יז סק"ז), וז"ל - "הגרע"א תמה בהא דחשבינן הגפת הדלתות כיעור, ולכו"ע אין אוסרין על היחוד". וכתב החזו"א לבאר ענין זה - "ההיא דכיעור בשינו מדרך העולם ונכנסו לחורבא או לבית גלמוד שאין בני אדם נכנסים וגם נעלו במנעול וכיוצ"ב שלפי ראות עיני הדיינים היתה ודאי כוונתם לכיעור ... אין היחוד ככיעור אם נכנס לביתה לצורך ונעלה הדלת מפני הנכנסים שלא ברשות. שו"ר דהגרע"א ז"ל פי' ג"כ כעין זה, אלא שהוקשה לו לשון הרא"ש והרמ"א, עכ"ל.

ולפי"ז זה ה"ה בנידון ככיעור מטעם זה.

לשיטת הרמב"ם והמחבר בשו"ע סגי בהגפת הדלת, וא"צ שיהא ידוע לנו שנעלו במנעול, אך הרמ"א הוסיף שהגיפו הדלת במנעול.

וע"ע באוצר הפוסקים סי' יא ס"ק יז בשם תשובת פני משה, דאף להרשב"א (ששיטתו נפסקה להלכה ברמ"א) דבעינן שנעלו במנעול, עכ"פ במקום שיש ספק בכך, מספק מחמירים, מאחר ובמקור הדין הענין ספק בירושלמי, ובמקום שיש ספק אם נעלו במנעול הוי ס"ס.

וכן פסקו למעשה בפד"ר ח"ב עמ' 128, להפסידה כתובתה אף ללא התראה.

אמנם בפד"ר ח"ח עמ' 356 בפס"ד מביה"ד הגדול נחלקו שם הדעות. אך יותר נראים דברי הגר"ש ישראלי ז"ל שנשאר באותו פסק דין בדעת המיעוט, ונרחיב את הדברים בנקודה זו.

בחי' הריטב"א עמ"ס יבמות כד: מפורש כדעת הרמב"ם, וז"ל הריטב"א - "עוברת על דת ... צריכה התראה להפסידה כתובתה כדאסיקנא במסכת סוטה. אבל זו שיש בה דבר מכוער מאבדת התראתה", והובא בנמוק"י.

הגר"ש אלישיב שליט"א (שם בפד"ר) הביא דבריו אלו של הנימוקי יוסף דתצא מן הבעל בלא כתובה, וציין שהדברים נכתבו בשיטת רבי. וע"ז כתב הגר"ש אלישיב שליט"א - "הרי מבואר דזה דוקא אליבא דרבי דתנא תצא מן הבעל, וכיון שהחמיר בבעל לומר דמפסדת כתובה בלא התראה, לכן מחמיר בנטען שאע"פ שכנס בעדי כיעור גרידא תצא, דון מינה דלדין דלא ס"ל כרבי ובנטען לא יוציא אלא בתרתי דוקא, גם עדי כיעור וגם קדל"פ, הרי לא ס"ל דמפסדת כתובתה ע"י מעשי כיעור".

ויש להעיר על דברי הגר"ש אלישיב שליט"א, ולהלן נוכיח מכמה מקומות דשיטת הריטב"א כרמב"ם.

בחי' הריטב"א בסוף מסכת קידושין (דף פא.) מבואר להדיא שדעת הריטב"א דאף להלכה נקטינן דבעידי כיעור מפסידה כתובתה ללא התראה. וז"ל הריטב"א שם - "הא דאמרינן ביבמות פרק כיצד רוכל יוצא ואשה חוגרת בסינר ומנעלים הפוכים תחת המטה הואיל ומכוער הדבר תצא, היינו שאם רצה להוציא יוצאה בלא כתובה, לא שיוציאה ממנו בי"ד בע"כ, וכן פירשו שם הגאונים".

בסיום הדברים הריטב"א סיכם את הדינים העולים להלכה, וז"ל הריטב"א - "נמצאת אומר כי שלשה דינים בדבר ... ובעוברת על דת משה ויהודית או בעידי דבר מכוער אם רצה להוציא מוציא שלא בכתובה, והוא דאיכא התראה כדאיתא במסכת סוטה, מיהו דוקא בעוברת על דת. אבל בעידי דבר מכוער אינה צריכה התראה ... וכן קבלתי שמועה זו מפי רבינו הרב נר"ו וכן דעת גדולי רבותינו זכרונם לברכה, והנה אמת הנה נכון".

ומאחר שהדבר פשוט שדברי הריטב"א בחי' במסכת קידושין נאמרו אליבא דהלכתא, בהתאם לכך מתפרשים דברי הריטב"א בחי' במסכת יבמות שהבאנו, דמש"כ בדעת רבי שיוצאת מבעלה בעידי כיעור ללא כתובה, נשאר להלכה, ולא נאמר רק אליבא דשיטת רבי בלבד. נראה דסברת הריטב"א היא, שמאחר שלא מצינו בגמרא מי שיחלוק על רבי בנקודה זו, הכי נקטינן.

ומאחר שזוהי שיטת הריטב"א, גם דברי הנימוקי יוסף, שהביא את הריטב"א, מתפרשים כן.

וכ"כ הגרע"א ז"ל בתשובה ח"א סי' קא, שדעת הריטב"א והנימוקי יוסף כדעת הרמב"ם שמפסידה כתובה ללא

ובשו"ת צמח צדק החדש חלק אה"ע סי' כד (אות ה') כתב בביאור הלכה זו, וז"ל - "הכא ג"כ אף שלא נאסרה עליו, כיון שפשעה מאד ומצוה לגרשה י"ל שמפסדת כתובה אף שלא התרה בה". ונראה שכוונתו לסברא זו שכתבנו דמאחר ופשעה מאד, מסתמא ידעה את חומר הענין.

ב. סברא נוספת בטעם הדין שעוברת על דת לא הפסידה כתובתה ללא התראה.

בשו"ת דברי חיים ח"א אה"ע סי' מט כתב - "צריכה התראה להפסיד הכתובה ... הדבר נכון מצד הסברא, דכיון דבמה שכבר עברה, הגם שהכשילתו לבעלה, לא בשביל זה נקנסה הכתובה, דהיכן מצינו זה להפסיד ממון בהכשיל לחבירו באיסור, ולכן מצד הסברא גם במאכילתו שאינו מעושר וכה"ג אינה מפסדת הכתובה רק משום דחיישינן שתכשילו לעתיד ... אין אדם דר עם נחש בכפיפה ופרש"י דחיישינן שלא יוכל הבעל להזהר ... א"כ שפיר אינה מפסדת הכתובה בלא התראה, דבלא התראה י"ל אם יתרו בה שתאבד הכתובה תתיירא לעבור ... לאחר התראה תתיירא מלהתנהג בפריצות", עכ"ל הדברי חיים.

דהיינו מאחר ויסודו של דין עוברת על דת, נובע מפני שהאשה במעשיה שללה את האפשרות לחיים משותפים בעתיד עם בעלה, על כן יש מקום לומר שההתראה תעזור לתקן ולשפר את המצב בעתיד, והעילה להפסד הכתובה תתבטל, אם אכן האשה תתקן את דרכיה בעקבות ההתראה.

אבל בדין דבר מכוער, הפסד הכתובה נובע מכח עצם מעשה הפריצות שנעשה, ובוזה ההתראה אינה יכולה לתקן את המעוות. אמנם ביחס לאסרה על בעלה ס"ל לרמב"ם דאינה נאסרת מכח מעשה מכוער, אך עכ"פ לענין להפסידה כתובתה די במעשה שכבר נעשה להפסידה, וכמו שבאר הרמב"ם בהלכה טז - "שהכתובה תקנת חכמים היא כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, ולא הקפידו אלא על בנות ישראל הצנועות, אבל אלו הפרוצות אין להן תקנה זו אלא תהא קלה בעיניו להוציאה".

אמנם מהרש"ם בתשובה חלק אה"ע סוף סי' קסא פסק כדעת הרשב"א בתשובה, שאשה שעשתה אחד ממעשי הכיעור המבוארים בגמ', אינה מפסדת כתובתה, כל עוד לא נאסרה על בעלה.

אך יש לציין שהרשב"א גופיה כתב בתשובה אחרת כרמב"ם. המהרש"ם בתשובה ח"א סי' קיז כתב וז"ל - "ואני מצאתי בתשובת הרשב"א ח"ד סי' עט אחר שכתב דבנודרת ואינה מקיימת צריכה התראה סיים וז"ל ולא אמרו שא"צ התראה אלא ליוצאה משום שם רע ודבר מכוער שכיעורה התראה עכ"ל, מפורש דבכיעור אין צריך התראה".

הרי שישנן שתי תשובות שונות בדעת הרשב"א, וע"כ קשה לפסוק כרשב"א כנגד דעת הרמב"ם. מה עוד שכמה ראשונים הסכימו עם הרמב"ם וכן פסק השו"ע וכמו שנבאר להלן.

"יוצאת משום שם רע" שהזכיר השו"ע, הוא כפירושו בדברי הרמב"ם שהוא מקור הדין, והיינו מי שהעידו עליה שעשתה מעשה כיעור. ומאחר שהשו"ע הזכיר את הצורך בהתראה רק בסעיף ד' ולא הזכיר התראה בסעיף ה', הרי מבואר שבכל אותן שהזכירו בסעיף ה' הפסידה כתובתה גם ללא התראה.

מסקנת הדברים - השו"ע פסק להלכה את דינו של הרמב"ם, שבאשה שהעידו עליה על מעשי כיעור ובעין המבוארים בסי' יא, הפסידה כתובתה אף ללא התראה.

ובשו"ת מוהרא"ל (חלק אה"ע סי' יא, הובא בקצרה בפד"ר חלק ח' שם) כתב, וז"ל - "לדינא הגם שלענד' העיקר שלא הפסידה כתובה כשהיא מותרת עליו, וגם בסי' קט"ו השמיט השו"ע דברי הרמב"ם במ"ש שאין צריכה התראה בדבר מכווער, מ"מ לא מלאני לבי לעבור על דברי הרמב"ם להוציא מן הבעל, מאחר שהרמב"ם וסמ"ג וגם הריטב"א סבורים שמפסדת הכתובה אם רוצה להוציא ... נראה שאינה מפסדת הנדוניה כשאינה אסורה עליו וצריך ליתן לה הנדוניה ותוספת שלישי".

ולפי המבואר בדברינו מפורש בשו"ע סי' קטו ס"ה שהפסידה כתובה גם ללא התראה וכן הפסידה נדוניתא שאינה בעין. ומה"ט תימה על מש"כ הצמח צדק (שהבאנו לעיל) שהשו"ע השמיט את דינו של הרמב"ם שהפסידה כתובה אף ללא התראה, (אמנם נראה שמסקנת הצ"צ כהרמב"ם, וכמו שהבאנו לעיל מלשוננו).

בשו"ת מהרא"ל (שם) הוכיח מהשו"ע סי' יא סעיף ג' שלא הפסידה כתובה אף לאחר שעשתה מעשי כיעור, ממה שכתב שם בשו"ע שבמקום שנאמר "תצא" הפסידה כתובתה, ומשמע שבסעיף א' שלא נאמר "תצא" לא הפסידה כתובתה.

אך הדברים תמוהים שהשו"ע יפסוק בסתמא שלא כרמב"ם הריטב"א והנימוקי יוסף בלא שיברר בבי" הטעם לנטות משיטתם, ועוד שיקשה על השו"ע סתירה ממה שפסק בסי' קטו שהבאנו לעיל. ועוד קשה דמבואר בבאר הגולה (אות י') דמקור השו"ע הוא מדברי הרמב"ם גופיה (פ"ב מהלכות סוטה ה"ז) וברמב"ם ע"כ צריך לפרש שלא יסתור שיטתו שפסק שאין כתובה במי שעשתה מעשי כיעור.

אלא בע"כ כוונת הרמב"ם לשלול מהאשה כתובה באותם מקרים שנאמר בהם "תצא", אך אין ללמוד מכאן לחיבו בתשלום כתובה בכל מקום שלא נאמר "תצא". ואה"נ יש מקרים שהפסידה כתובה למרות שלא הוזכר תצא, וכגון בעשתה מעשי כיעור. וכן יש לבאר בדעת השו"ע שהעתיק את לשון הרמב"ם. ולפי"ז סעיף ג' בשו"ע לא בא ללמד על סעיף א' שלא הפסידה כתובתה כפי שסבר המהרא"ל צינץ, אלא סעיף ג' מתייחס לסעיף ב' שבו מבואר דין של חיוב לגרשה - "תצא", ובסעיף ג' נקבע כלל לכל שאר ההלכות באה"ע בהם נאמר "תצא".

העולה מדברינו - לדעת הרמב"ם, אם העידו עליה שעשתה מעשה כיעור (כעין המבואר שם ברמב"ם ובשו"ע

התראה. עיי"ש בתשובת הרע"א (ד"ה והכי) שאמנם העיר את ההערה שהעיר הגרי"ש אלישיב שליט"א, אך למרות זאת כתב לדבר פשוט להשוות את שיטת הריטב"א והנמוקי יוסף לדעת הרמב"ם.

וז"ל רע"א - "הרי באמת קיי"ל הכי לדינא דיוצאת מבעלה בלא כתובה, ואע"פ כן לא מפקינן מנטען אלא עם קלד"פ, וצריך לדחוק, לא דמדמינן לגמרי דכל מקום שיוצאת בלא כתובה מפקינן מנטען, אלא דראוי להחמיר בנטען אף בליכא עידי טומאה, והכריע הש"ס דהוא כן בכיעור וקלד"פ, ואפשר דגם רבי סבר הכי באמת. עכ"פ י"ל דמזה הוציא הרמב"ם דינו דבכיעור מפסדת הכתובה בלא התראה, וכמ"ש הנ"י בשם הריטב"א, די"ל דמפרשים דתצא היינו בלא כתובה, ואם נימא דמיירי בהתראה, א"כ מאי ראייה מייתי דרבי סבר דמחמירנן בנטען כיון דמחמיר בבעל, הא פשיטא דגם רבנן ס"ל דתצא בלא כתובה בהתראה ממתני' ערוכה דעוברת על דת ומכל שכן בכיעור".

והנה בפ"י רבינו אברהם מן ההר עמ"ש יבמות (כד): כתב - "לרבי אלימי עידי כיעור לשוייה יוצאה משום שם רע, שאם רצה הבעל לגרשה אבדה כתובתה, כדאסיקנא בפרק אלמנה ניזונת דיוצאה משום שם רע הפסידה כתובתה ונוטלת מה שבפניה והולכת ... האי חששא דרבי משום זנות היא שזינתה עם הרוכל ויוצאה משום שם רע היא".

מבואר שדעתו היא כדעת הרמב"ם הריטב"א והנ"י שהבאנו. ובתוך דבריו, הביא ר"א מן ההר מקור נוסף לשיטה זו, והיא הסוגיא במסכת כתובות דף קא. בגמרא שם נאמר - "נשים שאמרו חכמים יוצאות שלא בכתובה ... היוצאת משום שם רע נוטלת מה שלפניה ויוצאה". הרי שיוצאת משום שם רע הפסידה כתובתה, ומאחר ולא מצינו שקיים הכרח בהתראה אלא בעוברת על דת, סבר הרמב"ם שהיוצאת משום שם רע הפסידה כתובה אף ללא התראה, וכאמור, היוצאת מפני הכיעור, היא בכלל זה.

העולה מהאמור, שרבי אברהם מן ההר באר, דהאשה המוזכרת בסוגיא בכתובות דף קא. "יוצאת משום שם רע", היינו אשה שהתגרשה לאחר שהעידו עליה שעשתה דבר מכווער. ומעיון בדברי הרמב"ם עולה שהדברים שכתב ר"א מן ההר, מפורשים ברמב"ם פכ"ד מאישות מהלכה י' עד ה"ט"ז. ועיי"ש בהלכה טו דהרמב"ם פרש דהיוצאת משום שם רע היא זו שהעידו עליה עדים שעשתה מעשה כיעור. וכל זה כמ"ש ר"א מן ההר שמקור הדין ממסכת כתובות דף קא.

ולפי זה עולה שדין זה של הרמב"ם נפסק בפירוש בשו"ע. מאחר והשו"ע בסי' קטו ס"ה פסק - "כל אלו אין להם לא עיקר ולא תנאי כתובה ... וכן הדין במי שזינתה או שיוצאת משום שם רע שאיבדה עיקר כתובה ותוספת ונוטלת מה שהוא בעין מכל מה שהכניסה".

עיי"ש ברמב"ם הלכה י', והשו"ע העתיק שם בסעיף ה' את לשון הרמב"ם. השו"ע חילק את הדין לשני מקרים א. מי שזינתה, ב. מי שיוצאת משום שם רע. ופשיטא שפירוש

על בנות ישראל הצנועות אבל אלו הפרוצות אין להן תקנה זו, אלא תהא קלה בעיניו להוציאה".

ולכן די בהודאת בעל דין על הכיעור להפסידה כתובתה, ואף שאינה מודה בעצם הזנות, וכ"ש כאן, שאין צורך בהודאתה מאחר ויש סרט שהוצג בביה"ד ולא ניתן להכחיש את הנראה.

ופשיטא דלשיטת הרמב"ם וסיעתו מפסידה ג"כ מזונותיה, דהרי מבואר ברמב"ם ובשו"ע שהפסידה כל תנאי כתובה.

מסקנת הדברים

אמנם אילו היינו דנים בנ"ד רק מכח עוברת על דת היה מקום לחייבו בכתובתה ולפוטרו ממזונות, אך למעשה יש לדונה כמי שעשתה מעשה כיעור, והפסידה כתובה ומזונות.

סימן טו

איסור האשה לנטען עפ"י הודאתה

מקום סתר ומיוחד לעבירה להסתר דבר, משא"כ בנדון זה שהוא בפתח הבית ועוברים ושבים מצויים בעיר הגדולה כולה ושומרי העיר סובבים תמיד, אין זה סתר כלל".

ובשם המבי"ט כתב הרע"א - "מקום אופל היינו דבאותו מקום אופל לא היה דרך לשום אדם שאינו דר שם לכנוס באותו מקום אופל ... וכן נכנסו זה אחר זה והגיפו את הדלתות הוא מקום יחוד וסתר כיון שהוא בית מוקף מכל צד, ואין שום אדם יכול לכנוס ולראות מה הם עושים".

ובשם תשובת ר"ג הירץ (שהובאה בתשובת הרמ"א) הביא הרע"א - "מקום אופל היינו שאין רגל אדם מצוי שם וניכרים הדברים שהיתה שם עבירה, כי לולי זה למה נכנסו למקום אופל, אבל במקום שרגל אדם מצוי שם אפילו באישון לילה ואפילה, אין לומר בודאי היתה שם עבירה כי מרתתים אולי יעבור שם אדם לפנייהם".

וכן הרע"א עצמו כתב - "נ"ל לסייע לדבריהם מדקדוק לישנא דהרמב"ם והוא מהירושלמי, שניהם יוצאים ממקום אופל, ולא נקט שראו אותם עומדים יחד במקום אופל, א"ו דמקום אופל היינו מקום סתר לגמרי שאין רגל אדם עובר שם, ולא מזדמן שראו אותם אנשים עומדים שם, כיון שאיש אינו עובר שם, רק זהו באפשרי שראו אותם דרך יציאתם ממקום הזה, דידוע על ידי כך דכשהיו בפנים, היו מוסתרים במקום אופל".

וכן בתשובת הבית מאיר (שו"ת רע"א סי' ק') כתב - "מקום אופל נראה באמת כהחולקים על תשובת רמ"א שצריך להיות מקום שאין דרך בני אדם לבוא שם".

ובשו"ת צדקה ומשפט אה"ע סי' ג' כתב - "מקום אופל היינו שאין רגל בני אדם מצוי שם וניכרים הדברים שהיתה שם עבירה כי לולי זאת למה נכנסו למקום אופל ... פרש רע"א בתשובה דע"כ לא ראו אותם במקום אופל מיירי,

סי' יא) הפסידה כתובתה ללא התראה, וכן דעת הסמ"ג הריטב"א ונימוקי יוסף, וכ"כ בפ"י רבנו אברהם מן ההר עמ"ס יבמות, וכן פסק השו"ע סי' קטו ס"ה, וכן פסקו הב"ח בתשובה והרע"א בתשובה שהבאנו.

ואף שיש חולקים, העיקר כדעת הרמב"ם והשו"ע וקשה בזה להסתמך על תשובת הרשב"א מאחר שמצינו בתשובות הרשב"א שתי תשובות סותרות. ועיין באוצה"פ סי' יא ס"ק נה בשם ספר בית משה שאף בעידי כיעור בלא קלא דלא פסיק דנקטינן להלכה בשו"ע סי' יא ס"א שלא תנשא לכתחילה לנטען, הבעל מוציאה בלא כתובה.

לדעת הרמב"ם, נראה שהפטור מכתובה נובע מעצם מעשה הכיעור, וכמ"ש הרמב"ם - "שהכתובה תקנת חכמים היא כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ולא הקפידו אלא

בפני בית הדין תביעה שהוגשה על ידי הבעל, לחייב את אשתו בגירושין, ולאוסרה על אדם אחר. הבעל טען שאותו אדם יצר קשרי אישות עם אשתו. התקיים דיון, ובמהלך הדיון האשה הודתה שהיא לנה לעיתים בביתו של האדם ששמו הוזכר בדיון, והמוגדר על ידה כידיד, ובדיון התבררו קשרי הידידות הקרובים שביניהם.

יש מקום לדון האם לינה כזו נחשבת כ"דבר מכוער", כהגדרתו בשלחן ערוך אה"ע סי' יא, והאם תאסר לנטען עפ"י הודאתה הנ"ל.

אמנם הלכה רווחת היא שאין אוסרין על היחוד, וכמו שפסק השו"ע אה"ע סי' קעח ס"ו ובב"ש סי' יא סק"ג. ועיין בתרומת הדשן פסקים וכתבים סי' רכב שאין אוסרים אותה על הנטען שהתייחדה עמו.

לפי זה לכאורה, גם אם ידוע לנו מתוך עדות שני עדים שהאשה דרה בביתו של הנטען, אין לאוסרה.

אך הדבר פשוט שהלכה זו שאין אוסרין על היחוד, נאמרה ביחס ליחוד בלבד, כשלא נזהרו שלא לבוא לידי איסור יחוד. אבל כשהאשה והנטען גרו יחד לילות שלמים, שבהם האשה באה ללון עמו בביתו של הנטען, שאותו היא מגדירה כידיד שלה, וכשאין אדם אחר בבית, גרע מיחוד ונחשב כמעשה כיעור האוסרה על הנטען.

בשו"ע בסי' יא ס"א מפורטות כמה דוגמאות של ענייני כיעור (שדינים מבואר שם בסי' יא). בין הדוגמאות נאמר - "או שהיו יוצאים ממקום אפל ... או שנכנסו זה אחר זה והגיפו הדלתות במנעול וכיוצא בדברים אלו לפי ראות עיני הדיינים".

בגדר "יוצאים ממקום אפל" כתב הרע"א בתשובה ח"א סי' צט מתשובת מהרש"ל (והובא בפת"ש שם סק"ו) - "מש"כ הרמב"ם שניהם יוצאים ממקום אופל, דהתם פירושו

שני עובדים, איש ואשה, שעדיין לא סיימו את עבודתם באותו יום, אך אין ניכר ממעשיהם שכוונתם לקלקל. דבכה"ג ודאי שאין אוסרין על היחוד. משא"כ כשניכרת כוונתם לזימה, וכך הוא אופי היחוד, כגון כשאשה באה לעיתים מזומנות לביתו של הגבר שעמו היא בקשרי ידידות קרובים, ולנה עמו בביתו בלא שאדם אחר נמצא עמם, נחשב ככיעור, ואסורה על הנטען.

ועיין בספר משפטי שאלו סי' ח' שהביא פס"ד מבית הדין האזורי ת"א ופס"ד מבית הדין הגדול בהרכב הדיינים הגאונים ר"א גולדשמידט ז"ל הגר"ש ישראלי ז"ל ויבלח"א הגר"מ אליהו שליט"א שקבעו שלינת לילה של האשה עם הנטען באותה דירה בלא נוכחות אדם אחר, יחשב ככיעור האוסרה על הנטען.

אמנם בספר ראש לראובני סי' יט, דן באשת איש שעבדה בחנות עם עוד אדם ודרה עמו בבית אחד מספר שנים ואחר כך התגרשה ומבקשת להנשא לו, וכתב - "אע"ג דבמה שהיא דרה עמו ביחוד אין אנו יכולים לאוסרה דאין אוסרין על היחוד, ומשמע אף יחוד כמה ימים. ויעויין ברמב"ן על יבמות קי"ב ע"א ... שכתב שם דאי נתן לה גט אמאי אין נאמן לומר לא בעלתי אף אחר שלושים, וכי במקום איסורא מי לא מוקים איניש אנפשיה אפילו כל ימיו ע"ש ... הלכך מסקינן לפי הנ"ל ... אינה אסורה אף על הדרה עמו, משום דאין אוסרין על היחוד אף יחוד הרבה שנים כמו שכתבתי בשם הרמב"ן, ויעויין בב"ש סי' י"א סק"ג שכתב ואם נתייחדה עמו מותרת לו ולבעלה", עכ"ל.

יש לדון טובא בדבריו, אך עכ"פ סייעתא שלו מדברי הרמב"ן שכתב שבביאת איסור לא אמרינן דלא מוקים איניש אנפשיה. לסייעתא זו יש מקום במקרה שבו התייחדו איש ואשה המוחזקים כשומרים תורה ומצוות, הנרתעים מאיסורים חמורים של אשת איש, ובנידון כזה כתב שלא להוציאה מחזקת כשרות כל עוד אין הכרח שארע איסור, מה עוד שידוע שהאשה דרה עם אותו אדם שהיא עובדת עמו באותה חנות, ונראה כמגורים מתוך אילוץ, אך לא כתוצאה של ידידות.

משא"כ במקרה שבפנינו, שהן האשה והן הנטען פרודים בפירוד ממושך מבני זוגם עקב סכסוך, והאשה מצהירה על היותם ידידים ששומרים על קשרי ידידות קרובים, ובנוסף אינם ידועים כמקפידים על קלה כחמורה. ומלבד זאת, האשה אף הצהירה וטענה דברים שמשמעותם היא שבנסיבות אלו שבעלה נטש אותה לטובת אשה אחרת אינה מחוייבת בחובה המוטלת על אשה נשואה, בנסיבות אלו ודאי תחשב לינת הלילה המשותפת לעיתים מזומנות כמעשה כיעור.

אמנם כתבו הפוסקים בדורינו שגדרי עוברת על דת תלוי לפי הזמן והמקום, ונראה דה"ה לענין לאוסרה מפני מעשה כיעור. אך הדבר ברור שגם עפ"י סדרי החיים המקובלים בחברה שבה האשה מצויה, לינות לילה לעיתים מזומנות

דבמקום אפל זה אין הולך שם אדם ואין מציאות להעיד עליהם, רק שראו אותם יוצאים משם, וזה נחשב כמו סגרו במנעול שאינם צריכים לשמור עצמם במקום האופל כלל".

נראה שבנידון דידן, יש לקבוע שהאשה הודתה במעשה כיעור, מפני שמגורים משותפים בלילות, לא גרע מיוצאים ממקום אופל, לפי מש"כ הפוסקים הנזכרים בהגדרת "מקום אופל".

מטעם נוסף, הודאת האשה תיחשב כהודאה במעשה כיעור. אחד המקרים שהובאו במחבר בשו"ע סי' יא כדוגמא למעשה כיעור הוא "שנכנסו זה אחר זה והגיפו הדלתות".

ובספר כתב סופר אה"ע סי' יד כתב על פסק השו"ע - "צ"ע מ"ש מאין אוסרין על היחוד. ואפשר י"ל כיון דנכנסו זה אחר זה ודלת סגרו אחריהם, איכא רגלים יותר מכל יחוד".

והחזו"א (אה"ע סי' יז סק"ז) כתב, וז"ל - "הגרע"א תמה בהא דחשבינן הגפת הדלתות כיעור, ולכו"ע אין אוסרין על היחוד". וכתב החזו"א לבאר ענין זה - "ההיא דכיעור בשינו מדרך העולם ונכנסו לחורבא או לבית גלמוד שאין בני אדם נכנסים וגם נעלו במנעול וכיוצ"ב שלפי ראות עיני הדיינים היתה ודאי כוונתם לכיעור ... אין היחוד ככיעור אם נכנס לביתה לצורך, ונעלה הדלת מפני הנכנסים שלא ברשות. שו"ר דהגרע"א ז"ל פי' ג"כ כעין זה, אלא שהוקשה לו לשון הרא"ש והרמ"א, עכ"ל.

לשיטת הרמב"ם והמחבר בשו"ע סגי בהגפת הדלת, וא"צ שיהא ידוע לנו שנעלו במנעול, אך הרמ"א הוסיף שהגיפו הדלת במנעול, ומסתמא במקרה זה נהגו כפי המקובל לנעול הדלת בשעת הלילה מפני הגנבים

וע"ע באוצר הפוסקים סי' יא ס"ק יז בשם תשובת פני משה, דאף להרשב"א (ששיטתו נפסקה להלכה ברמ"א) דבעינן שנעלו במנעול, עכ"פ במקום שיש ספק בכך, מספק מחמירים, מאחר ובמקור הדין נשאר ספק בירושלמי, ובמקום שיש ספק אם נעלו במנעול הוי ס"ס.

ולכן בנידון שלפנינו, לא מבעיא לדעת הרמב"ם והשו"ע די בכך שהגיפו הדלתות, ולמרות שלא ברור שנעלו במנעול נידון ככיעור, והכי נקטינן בנידון דידן מאחר ובני הזוג הם מעדות המזרח שקבלו עליהם פסקי מרן השו"ע. ואף לשיטת הרמ"א, הרי לפי תשובת פני משה כדי שנקבע שאינו ככיעור יש צורך שיהא ברור שלא נעלו במנעול, ובלא"ה נידון ככיעור.

אך כאמור לעיל, מקרה דנן יחשב ככיעור מאחר שהיא מודה ששהתה עמו במקום שיש להגדירו כמקום אופל כמשמעו בשו"ע סי' יא, כאמור לעיל.

מכל הנ"ל עולה, שקיימת חלוקה ברורה בין ההלכה הקובעת שאין אוסרים על היחוד, ובין המקרה הנכנס לגדר כיעור. דהיינו אמנם אם איש ואשה נשואה נכנסו לצורך כלשהוא כגון ענייני מסחר וכיוצ"ב, ועברו על איסור יחוד בכך שנעלו את הדלת מפני הנכנסים שלא ברשות, וכפי שהדבר מצוי במקומות עבודה שלפעמים נשארים במשרד

שהרי ודאי איסור זה לנטען כשאין עידי טומאה הוא מתקנת חכמים וכמ"ש המבי"ט בקרית ספר הלכות סוטה, וז"ל "אם לא קדם קינוי ובאו עדים שנסתרה ומצאו דבר מכוער וגרשה בעלה ונשאת לזה, לא תצא מן התורה, אלא מדברי סופרים", וכן באוצה"פ סי' יא ס"ק נה.

והנה גדר האיסור לנטען אינו מפני הכיעור בלבד, שהרי אם מת בעלה לאחר שהעידו עידי הכיעור ולא הספיק לגרשה, פסק השו"ע סי' ו' סעיף טז שמותרת להנשא לכהן. וכתב בספר ערוגות הבושם (להג"ר מיכאל בכרך ז"ל) סי' יא ס"ק טו - "קשה לכאורה אהרמ"א דפסק הכא אפילו בחד מהנך תצא, הו"ל להגיה לעיל דאסורה מיהת לכתחילה לכהן. וצריך לחלק, דשאני הכא דאלמי לקלא או לעדי כיעור, ומעשיו מוכיחים דאמת הוא שקלקלה עמו". ויסוד סברתו בדברי הגמ' יבמות כה. "אלומי אלמיה לקלא", ופרש רש"י - "כשכנס בועל אלומי אלמיה לקול הראשון שאמת היה הלעז".

ולפי זה תקנת חכמים לאוסרה לנטען לכתחילה (אליבא דפסק השו"ע), מיוסדת על הכיעור בצירוף הנישואין שלאחר מכן המוכיחים שיש מקום לחשש איסור. ובזה תקנו חכמים שהנחשד על האשה לאחר שהתברר הכיעור, לא ישאנה, מאחר ובנישואין אלו הוא מוכיח שיש מקום לחשד כנגדו. ואינו דומה לעדות על כיעור בצירוף קדל"פ לשיטת הרמ"א שהכיעור עצמו הוא אומדנא לעצם האיסור, ועיין באוצה"פ סק"מ שדנו אחרונים האם יחשב כעדות על טומאה ואסורה מדאורייתא או מתקנת חכמים. עכ"פ אליבא דשיטת הרמ"א בלבד כתבו עבודת הגרשוני ותשובת רח"כ שאמנם הרמ"א פסק להחמיר בכיעור וקדל"פ, מאחר ודינו כעידי טומאה. אך אין להחמיר כשהעד המעיד על הכיעור מעיד בבירור שלא נטמאה, מאחר שעדותו זו סותרת את האומדנא שהכיעור בצירוף קדל"פ מוכיחים על טומאה. ובזה טעו עורכי אוצה"פ שהביאו את דברי עבודת הגרשוני ותשובת רח"כ על דברי המחבר שפסק לאוסרה מפני עידי הכיעור על הנטען בלבד, והיה להם להביא דבריהם רק על דברי הרמ"א.

עכ"פ במקרה דנן שהאשה מודה שלנה עמו כאמור לעיל, אף שאינה מודה על מעשה איסור, נראה שהסיפא של דבריה אינם מבטלים את ההודאה על עצם מעשה הכיעור ונאסרת על הנטען, מאחר שלאחר שישאנה בכך יוכיח שהיה מקום לחשד.

אמנם ראיתי בספר אורים גדולים (לימוד קטט) שבתחילת דבריו כתב שלכאורה היה מקום לקבוע איסור לנטען בהודאת האשה על מעשה כיעור, וכתב בלשון זו - "לגבי נטען דבעילה כל דהוא לא תנשא לו, שהרי עידי כיעור אינם מצילים מהבעל ולגבי נטען אמרינן שלא תנשא לו ... בהודית בדבר כיעור, אע"ג דלגבי בעלה כתב הרב דלא נאסרה על בעלה אע"ג דמהימנה ליה, בנטען יודה הרב דלא תנשא לו ושויתא אנפשה חתיכה דאיסורא". אך בהמשך הדברים כתב האורים גדולים שאין לאוסרה על הנטען כל עוד האשה

אצל ידיד בנסיבות המתוארות, שאינם עקב אילוף הנובע מהעדר אפשרות אחרת ללינה, אלא כחלק מההתנהגות הקרובה ביניהם, תחשב ככיעור שיש בה הוכחה ואומדנא שקלקלו.

מסקנת הדברים בנידון שבפנינו, אילו היו בפנינו עדים המעידים כפי הודאת האשה בבית הדין, יש לאוסרה על הנטען, כפסק השו"ע שהובא לעיל. אך יש לדון האם יש מקום לאיסור זה גם בנסיבות הנוכחיות שאין עדים אלא שהאשה מודה בכיעור ואינה מודה שנאסרה על בעלה.

ונראה שאשה המודה במעשה כיעור כמתואר לעיל נאמנת בהודאתה לאסור עצמה לנטען. אמנם אשה אינה נאמנת לאסור עצמה על בעלה, היינו מטעם שמא עיניה נתנה באחר, כמבואר בשו"ע סי' קטו ס"ו. סברא זו אינה שייכת ביחס לנטען.

גם אין לומר שדבריה אינם מתקבלים מטעם הסברא דאין אדם משים עצמו רשע, דעכ"פ לחובתה נאמנת. וכן פסק בתשובת כתב סופר אה"ע סי' יד שיובא להלן, ונציין שבנידון שבתשובת הכתב סופר האשה כבר התגרשה, והיתה נ"מ אם אסורה לחזור לבעל והאם אסורה לנטען, וז"ל הכתב סופר - "כל לגבי נפשה נאמנת, ונאמנת לאסור נפשה לגבי הבעל כמו שנאמנת להפסיד כתובתה. דלחוב לעצמה נאמנת, וכן לענין איסור מועיל הגדתה שאוסרה על נפשה דבר זה, יהיה הטעם משום נדר או משום הודאת בעל דין, כל שלחובתה היא נאמנת וזה פשוט ... המורם מכל זה דכל לחובתה נאמנת לאסור נפשה לגבי דהאי על פי דבריה ... נאמנת על עצמה לשוויא נפשה חתיכה דאיסורא לגבי בעל ובוועל".

לכאורה היה מקום לטעון שאמנם האשה הודתה בלינה משותפת עם הנטען, אך בהודאתה טענה שלא היה יותר מכך ושלא נאסרה על בעלה. ועיין באוצה"פ סי' יא סק"ז במה שהביא מתשובת עבודת הגרשוני ותשובת רח"כ רפפורט שאם הנטען העיד על כיעור אך טען שלא הגיעו לידי מעשה עבירה, הרי הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ואין לאוסרה עפ"י עדות זו. וכן כתב בשו"ת רמ"ץ חלק אה"ע סי' ד' שבאוצה"פ סי' יא ס"ק יג אות ב' ובתשובת עמק שאלה שבאוצה"פ סק"כ.

אך אין מקום לטענה זו. בתשובת עבודת הגרשוני ובתשובת רח"כ רפפורט שהובאו באוצה"פ דנו אליבא דשיטת הסוברים שהאשה נאסרת על בעלה בעידי כיעור וקדל"פ, מאחר ולשיטה זו עידי כיעור וקדל"פ כעידי טומאה כמבואר ברא"ש במסכת יבמות פ"ב סי' ח', ועל כן כתבו שאם העד העיד בפירוש שלא נטמאה, אין לאוסרה. וכן בשו"ת רמ"ץ ועמק שאלה הנוכחים. משא"כ לענין לאוסרה על הנטען מסתבר שמעשה כיעור אוסרה עליו בצירוף קלא דלא פסיק ואוסרה לכתחילה בלא קלא דל"פ, וכל זאת מכח תקנת חכמים, אף אם המעיד על הכיעור מעיד שבאותו אירוע לא נטמאה.

זה אלא ע"א שאינה נאסרת בגללו גם לנטען. א"כ לכאורה אין יסוד הלכתי 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. ובוזה, 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 לכה"ג בתומים, ס"ב - ס"ד).

וכיון שהדיון הוא אם להתירה להנשא, יש לפסוק לאיסור, וצדק כב' ביה"ד במסקנתו, עכ"ל בפסק הדין. ויש להעיר על דבריהם. החילוק בין "מיגו" ובין "הפה שאסר הפה שהתיר", מקומו בשאלת האיסור על הבעל, מהטעם המבואר לעיל, ועל כן בשו"ת רמ"ץ שדן בשאלת האיסור לבעל, מצא לנכון לדון את דברי האשה בגדר הפה שאסר דעדיף ממיגו. משא"כ בשאלת האיסור לנטען אין נ"מ, ומאחר שהיא מודה בכיעור, נאסרה לנטען מאחר וחכמים תקנו לאוסרה על הנטען עקב מעשה כיעור, והטעם לתקנה זו מפני "שהדברים מראים שהיתה שם עבירה" (כלשון הרמב"ם בפכ"ד מאישות), גם בהעדר ראייה מוכחת לגופה של עבירה.

ובנוסף, עיין ש"ך סי' קח סק"ז שהביא דעות שלענין מיגו במקום חזקה אין חילוק בין מיגו להפה שאסר הפה שהתיר. ועיין פני יהושע כתובות יט. בדבריו על תוס' ד"ה חזקה שתלה שאלה זו במחלוקת רש"י ותוס'.

ומלבד זאת, בנידון בשו"ת רמ"ץ, אף שאירע מעשה המוגדר כמעשה כיעור, עכ"פ האשה הבהירה שנכנסה לביתו של הנטען לא לדבר רע אלא מכיון שהנטען היה שיכור בקשה להכנס לבדוק מה אירע עמו. משא"כ בנידון דנן שהאשה הבהירה פשר לינה עם הנטען, וטענה כדלהלן – "יותר אני לא רואה עצמי כאשה נשואה, רק על הנייר, אני לא אפסיק את החיים שלי". בנסיבות אלו, הסברא שכתב הרמב"ם "שהדברים מראים שהיתה שם עבירה", מקבלים תוקף של חזקה אלימתא, העדיפה על סברת "הפה שאסר". אלא שלפי המבואר לעיל אין צורך בכך, וכפי שהתבאר יש לחלק בין האיסור לבעל ובין האיסור לנטען.

הודתה רק במעשה כיעור ולא הודתה שזינתה עמו. וז"ל – "כד דייקינן שפיר לא היא, להיות דמן התורה אחד הבעל ואחד הבעל ... בעידי כיעור כיון דשריא לבעל שריא אף לבעל, אלא דחכמים אמרו תצא מן הרוכל, באופן דחומר חכמים הוא, ומאחר שכן, אין לך בו אלא חידושו מה שמנו חכמים, אבל בהודאת כיעור לא אשכחן דהחמירו בו למימר שויתא אנפשה חתיכה דאיסורא, מאחר דאין בהודאתה איסור ברור להדיא ... נמצא דהיכא דבהודאתה לא משמע טומאה להדיא, טומאה אין כאן איסור אין כאן, ואין לנו לחדש דבר מעתה. ותו איכא לחלק ולומר והוא הנכון ואמת, והוא דכד דייקינן שפיר לא אשכחנא שום חומר שהחמירו חכמים על הנטען יותר מהבעל ולעולם שקולים הם. ומאי דאמרו דבעידי כיעור מפקינן מהנטען ולא מהבעל, אינו מחמת חומר בנטען וקולא דבעל, אלא היינו טעמא דכל היכא דליכא עידי טומאה בעינן תרי מילי כדי לאסור, והם עידי כיעור וקלא דלא פסיק. והני מילי לא שכיחי בבעל להיות דקלא דבתר נישואין לאו כלום הוא. לא כן בנטען דשכיחי הני תרי מילי קודם שתנשא, נמצא דאינו משום חומרא וקולא אלא מחוסר מציאות, הואיל וכן שקולים הם, וכי היכי דלגבי בעל בעינן הודאה מפורשת אף לגבי נטען בעינן הודאה מפורשת", עכ"ל.

דברי האורים גדולים צ"ע. שאם כדבריו כיצד יתיישב פסק השו"ע הנזכר שפסק להתירה לכהן, והתם הוי קודם נישואין, אלא ודאי כמבואר לעיל עפ"י סיום הסוגיא ביבמות שהטעם שאסרו חכמים לנטען הוא מפני שאם ישאנה אלומי אלמיה לקלא, וחזר הדין שנחשד על אשת איש לא ישאנה. הרי מבואר שדין הבעל ודין הנטען אינו דומה, כדברי האורים גדולים, אלא זו תקנת חכמים נפרדת שתקנו לאסור על הנטען אף בדיעבד, במקרה שבו היה כיעור וקלא דלא פסיק, ואסרו לכתחילה לישא אותה בכיעור בלבד, ועל כן כשהיא מודה שהיה דבר מכוער, בכך הודית לאוסרה על הנטען מכח תקנת חכמים זו, שהרי מודה שאם ישאנה אלומי אלמיה לחדש שעלה מהדיעה שנעשה מעשה מכוער.

בפסק דין שניתן בבית הדין הגדול בהרכב הדיינים הגאונים ר"א גולדשמידט ז"ל הגר"ש ישראלי ז"ל ויבלח"א הגר"מ אליהו שליט"א דנו בשאלה דומה שבה היה עד אחד על כיעור של לינת לילה משותפת, והאשה והנטען הודו שלנו בדירת האשה יחד אך לא נעשה מעשה עבירה. וחברי בי"ד הגדול, בפסק דין שהתפרסם בספר משפטי שאול סי' ח, הסכימו לפסק ביה"ד האזורי שאסר את האשה על הנטען עפ"י פסק השו"ע סי' יא. ובהחלטה לדחות את העירעור על פס"ד ביה"ד האזורי, כתבו בסוף דבריהם כדלהלן – "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

להוציא, וצריך להודיע ולהגיד לו שמותר לו לדור עמה, אך אם חפץ לגרשה הרשות בידו".

מסקנת הדברים – יש מקום לקבל את התביעה לחיוב הגירושין, ואיסור האשה על הנטען.

בהתאם לאמור, יש מקום לחייב את האשה בגירושין, מאחר שדינה כ"עוברת על דת". וגם אם לא ניתן לאסור את האשה על בעלה, אין בכך למנוע את פסק הדין לחיוב הגירושין, עיין אוצר הפוסקים סי' יא ס"ק נב אות ד' ובמש"כ שם בשם ספר שפת הים שכתב – "אם הודית בעצמה על דבר כיעור, ג"כ מותר להוציאה, ולדעת קצת פוסקים מצוה

סימן טז

היתר נישואין למינקת שפסקה להניק בטרם הגירושין

כט ניסן תשס"א

דרבנן נאמנת להכשיר ולא לפסול, והסכים עמו בשו"ת תורת חסד חלק אה"ע סי' ג' (אות ה').

ועיין בשו"ת זכר יצחק ח"א סי' כד, שפסק שפנויה שהתעברה מאונס אינה משועבדת להניק, ואינה בכלל גזירת מינקת חבירו, ובהמשך התשובה פסק הזכר יצחק שהאשה נאמנת לטעון שהתעברה באונס ולא ברצון, והסתמך על שיטת רבינו יונה שהביא הרא"ש במסכת כתובות פ"א סי' יח.

וע"ע בשו"ת האלף לך שלמה חלק אה"ע סי' טט, שפסק לקבל עדות האשה במקרה שקיים ספק אם כלו ימי הנקה. וע"ע מש"כ שם בסי' סא, שבתחילת דבריו פסק להאמינה שפסק חלבה, אך בסיום דבריו כתב שאינה נאמנת כנגד חוקת הגוף דעדיפא טפי משאר חזקות, וה"ה הכא איכא "חוקת הגוף כיון דהיה לה חלב תחילה, ודרך כל יולדת להיות לה חלב כ"ד חדש, הוי זה חזקת הגוף", עכ"ל.

אלא שבימינו, המציאות אינה כפי שהוזכרה בדברי מהרש"ק, שכתב שדרך היולדות להניק כ"ד חדש, מאחר שישנן תחליפים טובים לחלב אם, ועקב כך רוב הנשים מניקות זמן קצר בלבד, ויש רבות שכלל אינן מניקות. על כן לא ניתן לקבוע שקיימת חזקת הגוף שודאי הניקה במשך זמן ארוך עד כ"ד חדש או קרוב לכך. וממילא עדות האשה המעידה שהניקה זמן קצר אינה סותרת לחזקת הגוף, (אדרבה רובא דעלמא המניקות זמן קצר בלבד, מסייע לעדותה). ועל כן גם אליבא דשיטת מהרש"ק בשתי התשובות (בשו"ת האלף לך שלמה) הנוכרות, יש להאמינה כדין עד אחד הנאמן באיסורים, הנאמן אף כשהוא נוגע בדבר. (אמנם פשיטא ששינוי המציאות בימינו הנוכר, מסייע לנאמנות האשה בלבד, ואינו משנה את תוקף גזירת חז"ל של מינקת חבירו החייבת להמתין כ"ד חדש גם האידנא).

וע"ע באבני נזר חלק אה"ע סי' נב סק"י. דבריו נאמרו במי שפסקה להניק לאחר גירושין שיש לחוש שפסקה מפני רצונה להנשא, וכתב לדון שנכלל בעיקר תקנתא של מינקת חבירו שלא לקבל דבריה כדי שלא להביאה לגמול. משא"כ כשהיתר נובע מהפסקת הנקה בעודה תחת בעלה, ובטרם

להלן נימוקים לפסק הדין המתיר לאשה להנשא לאחר צ"ב יום מהגירושין, למרות שיש לה בת הקטנה מגיל שנתיים.

ביום כ"ו סיון תש"ס נולדה למבקשת בת, וביום ב' כסלו תשס"א סודר ג"פ בינה לבין בעלה. האשה העידה בבית הדין שהניקה את בתה כחודשיים, וזוכרת בבירור כי במשך חדש אב, ובכל מקרה עוד לפני ר"ח אלול תש"ס, חדלה להניק לחלוטין. ולפי זה, לפחות שלושה חדשים בטרם סודר הגט גמלה את בתה.

באר היטב אה"ע סי' יג ס"ק כה הביא מתשובת הרמ"א סי' קכא להתיר בגמלתו לבנה שלשה חדשים קודם הגירושין, וע"ע באוצר הפוסקים ס"ק צא וס"ק צו (אות ב') שפוסקים רבים התירו גם אם גמלה מלהניק פחות משלשה חדשים לפני הגירושין.

ומקובל בביה"ד אצלנו, לפסוק שהאשה נאמנת כשמעידה בבית הדין, שעוד בטרם גירושה לא היתה בגדר "מינקת חבירו", כדין עד אחד הנאמן באיסורים, וזאת בהסתמך על כמה מגדולי הפוסקים, וכדלהלן.

אמנם בשו"ת ישועות מלכו חלק אה"ע סי' יא כתב - "במינקת, י"ל דדינה כשבויה שאין הבעל והאשה נאמנים, ולא האמינו לבעל דבר. ועיי"ש בכנסת הגדולה סי' יא שנסתפק אם נאמנת אשה לומר שכלו ג' חדשי הבחנה, ואע"ג שהדעת נוטה שנאמנת, דאין לך עבידא לאיגלווי יותר מזה, ולא דמי לשבויה, שאין עשוי להתברר, מ"מ יש ללמוד מדבריו דלא האמינו באיסור נישואין לבעל דבר". וכן בספר שו"ת אגודת אוזב חלק אה"ע סי' ט' כתב שאינה נאמנת להתיר עצמה להנשא תוך כ"ד חדש.

אך נראה שדבריהם אינם מוסכמים, ומצינו לכמה מגדולי הפוסקים שכתבו בפשיטות להיפך.

עיין בנודע ביהודה מהדו"ת חלק אה"ע סי' לח, לאחר שחידש קולא במעוברת מנכרי שאינה בכלל גזירת מעוברת ומינקת חבירו, פסק שהאשה נאמנת לטעון שנתעברה מנכרי, ולהתירה להנשא תוך כ"ד חדש. וכתב הנודע ביהודה - "אם היא אומרת מכותי נתעברתי, כיון שאין כאן אלא איסור דרבנן היא נאמנת, כמבואר בב"ש סי' ד' ס"ק ל"ט דבאיסור

מדברי הפוסקים שפסקו לקבל עדות עד אחד באיסורין למרות שהוא נוגע בדבר. מסקנת הדברים - בנידון שלפנינו, יש לקבל עדותה, ומאחר שסיימה להניק שלשה חדשים בטרם הגירושין, מותרת להנשא לאחר צ"ב יום, מיום הגירושין.

עמדו בפני בית הדין לעסוק בשאלת גירושיה, (יעיין באוצה"פ ס"ק צו אות ב'), ולכן גם אליבא דתשובה זו של האבני נזר, חזרנו לדין שהאשה נאמנת, אף שנוגעת בדבר, כמבואר באבני נזר שם. ויעיין בספר יביע אומר ח"ז חלק יו"ד סי' לו סק"ה שאסף

סימן יז

היתר נישואין למינקת חבירו

נראה כי בנידון שלפנינו יש מקום להורות למעשה כפסק הרמ"א באה"ע סי' יג סעיף יא, שהתיר למינקת המופקרת לזנות להנשא בלא המתנת כ"ד חדש כדי שבעלה ישמרה. מקור דינו של הרמ"א הוא תשובת מהר"י מינץ סי' ה'. בטרם נדון בשיטת מהר"י מינץ, נפתח בבירור שיטת הר"ש הזקן, שהיא אחד היסודות להיתרו של מהר"י מינץ. אמנם השו"ע פסק דלא כשיטת הר"ש הזקן, עכ"פ שיטה זו אינה דעה יחידאה, ואינה שיטה דחויה, ועל כן ראו מהר"י מינץ והרמ"א להסתמך על שיטה זו בשעת הדחק ובמקום שקיים הכרח להציל מאיסור, וכפי שיבואר להלן.

מחלוקת ר"ש ור"ת

התוספות במסכת יבמות דף מב. הביאו מחלוקת ר"ש ור"ת, וז"ל התוספות - "סתם מעוברת למניקה קיימא. רבינו שמשון זקנו של רשב"א היה אומר דגרשה מינקת מותרת לינשא, משום דלא משעבדא להניק, כדאמרין בפרק אע"פ (כתובות נט:): נתגרשה אינו כופה. ואין נראה לר"ת, דהא למאי דהוה בעי למימר דטעמא משום סנדל או משום דיחסא, לא היה חילוק בין אלמנה לגרושה, וה"ה להאי טעמא, דאינו חוזר בו אלא מהטעם בלבד. ועוד אלמנה גופה אי אמרה איני ניוזנית ואיני עושה או תבעה כתובתה לא משעבדא, וכן פוסק בשאלתות דרב אחאי דלא שנא גרושה ולא שנא אלמנה".

וכן כתבו התוספות במסכת כתובות דף ס: ד"ה והלכתא. ומבואר בדבריהם טעמו של הר"ש הזקן הוא מפני שהגרושה אינה משועבדת להניק.

והרא"ש במסכת כתובות פרק ה' סי' כ' הוסיף טעם בשיטת הר"ש הזקן, ותלה הטעם בכך שאבי התינוק קיים. וז"ל הרא"ש - "וה"ר שמשון הזקן ז"ל היה אומר דגרשה אינה צריכה להמתין עשרים וארבעה חדש שאין עליה להניק את בנה הואיל ובעלה קיים, והביא ראיה מההיא דלעיל (דף נט:): נתגרשה אינו כופה, ואין חילוק בין נדרה ללא נדרה, אבל כשמת בעלה אע"פ שאינה מחוייבת להניקו, מ"מ כיון שאין לו אב עשו חכמים תקנה שתניק האם".

והר"ן במסכת כתובות פרק חמישי (דף כה. בדפי הרי"ף) הוסיף בזה, וז"ל - "כתב ר"ת דבנתגרשה בא מעשה לפני רבינו שמשון ז"ל והתירה לאחר ג' חדשים, דכיון דקאי אב,

המקרה הנידון

הצדדים נישאו בחו"ק, ומנישואין אלו נולדו חמשה ילדים, וביום כב אדר א' תש"ס התגרשו, והאשה עברה לגור עם אדם בשם א. בלא חופה וקידושין, וכתוצאה מכך ביום ז' אייר תשס"א האשה ילדה בת. לפני מספר חדשים, האשה עזבה את א. וכעת מבקשת לשוב ולהנשא לבעלה. יש לציין שהתינוקת כעת בת חודשיים וחצי, ועדיין יונקת. להבהרת עניינו המיוחד של מקרה זה יש לציין מספר עובדות -

א. האשה לא נישאה ל-א. בחו"ק, לא באופן רשמי ולא באופן פרטי.

ב. הן האשה והן א. מודים באבהותו של א. על התינוקת שנולדה. האשה תבעה את אבי הילדה שישלם את צרכיה והנושא נידון בימים אלו בערכאות. הבעל הקודם התחייב בבית הדין בקנין המועיל לשאת בכל ההוצאות הכרוכות בגידול הילדה ושלא ישולמו על ידי אביה.

ג. בית הדין מכיר את א. במסגרת דיונים שהתקיימו בענייניו בתיקים אחרים, כפי הידוע מדברי הצדדים, האשה סבלה מאיומים קשים מ-א. ונאלצה לפנות לערכאות על מנת להגן על עצמה. ניתן לקבוע בבירור כי לאחר שהאשה עמדה על טיבו והחליטה להפרד ממנו, היא זקוקה להגנה טובה שתגן עליה ועל הבת הקטנה שנולדה לה ממנו, הגנה ממנו ומהתנהגותו החריגה ביותר, שאין כאן המקום לפרטה, אך ידועה היטב לבית הדין.

הצורך בהגנה זו גרמו לה ולבעלה הקודם לעבור ממקום מגוריהם בצפון, ולעבור להתגורר באזור המרכז, וכל זאת כדי להתרחק מפגיעתו הרעה של א. המתגורר בצפון.

כעת הצדדים גרים בבית אחד שבו מתגוררים גם ילדיהם. הצדדים גרים בחדרים נפרדים, ומבקשים מבית הדין לבדוק, האם ניתן להתיר לאשה לשוב ולהנשא לבעלה הקודם.

ד. לצדדים חמשה ילדים קטנים מאד, הגדול שבהם בן עשר והקטן שבהם בן חמש, והמבקש הודיע לבית הדין כי נישואין אלו המחודשים, נחוצים לו במיוחד, על מנת שאם הילדים תסייע לו בגידולם, והוא יתפנה לעסוק בפרנסת הבית.

שלמעשה לא יניחה להנשא מפני סכנת הולד כשהוא מכירה, ואח"כ הובאה בתוך הסוגריים דעת הרב, הסובר שאפילו במכירה, גרושה רשאית להנשא.

ובשו"ת חכמי פרובינציה ח"א סי' נג בתשובת רבי יצחק ב"ר מרדכי כתב - "כאשר עיינו בשאלה והתכוונו בה מצאנו הראשונה בעניינה על שלש מחלוקות, הראשונה הוא דעת מי שיאמר שתהיה גרושה צריכה להמתין כ"ד חדש, בין שתהיה היא מניקה מכירה או בלתי מכירה או תניקהו זולתה. הב' שתהיה אסורה לינשא כשהוא מכירה ומותרת בשלא הניקתו או כשהניקתו ואינו מכירה. הג' שתהיה הגרושה מותרת לינשא אפילו היה מניקה ואפילו מכירה ... לפי דעת השלישית נאמר, שפירוש מניקת חברו כמו שפירשנו לדעת השנייה, ומניקה שמת בעלה נמי דוקא נקט אבל גרושה לא, שאינה מניקת חברו מעצם הדין אלא במקרה והוא, שאלו תרצה להניק מדעתה אחר שנתגרשה ויבא לידי כך שיכירה, או אם היה מכירה בשעת גירושה כופין אותה להניק בשכר, ואפ"ה בדין הוא שתהיה מותרת לינשא בלא המתנת כ"ד חדש. דטעמא מאי אמור רבנן דאי מעברא מעבר חלבא ומסתכן, משום דבעל דהשתא או יורשי בעל קמא לא יהבי ליה הנהו מילי דמסמסא ליה בהו, משום דיורשים ובעל דהשתא לא איכפת להו בחיי הולד והיא בושה למתבעיניה בדינא, אבל בגרושה דאיתיה לאבוה דולד סברא הוא דלא תצטרך למתבעיה לבעל קמא בדינא כלל, דאיהו מנפשיה ממסמס ליה בכל מידי דתקנא דידיה הוא, דרחמי האב על הבן ואיהו נמי קא מסיק לה לדידה שכר יניקה. ומכאן תשובה לרבינו יעקב ... ונמצא לפי זה השרש, שאין בגרושה דרכא דסכנתא כל עיקר, והילכך מותרת לינשא ואפילו היא מניקה ואפילו היא מכירה. ובוה היתה הוראת רבינו שמשון להתיר המניקה בלא חלוקה, וזאת השיטה היא היותר נקיה מסיגי הספקות, משום דפשטינהו דכלהו תנויי הכי מוכחן ולישני דמתנייתא כי הדין סברא טפי דייקי. והענין מעיקרו הוא מוכרח ומשרשו הוא מוחלט שאין שם סכנת ולד ... ובאלמנה הוא שנגזור על כל פרט ממנה משום הנהו דאיכא בהו סכנתא, אבל בגרושה אין שם פרט לאיסור כלל, ולזה היתה סברא נוטה הלכה למעשה. ואי לאו דמסתפינא מרבוותא קמאי הוה מורינן בה כי הדין שיטתא לקולא. דאפילו תימא איכא ספקא במלתא, ספקא דרבנן הוא וכיון דליכא סכנתא לא חיישינן, וכ"ש באין מכירה שהוא יותר רחוק מן החשש, אלא שאין לבנו גס בהוראה במקום שיש מחמירין, והריא"ף והר"ם סתמו הדברים, ואין מהם ראייה ברורה לאחת מן הדעות, כי הם הביאו הדברים על לשונותם."

ושם בתשובות חכמי פרובינציה סי' נב נמצאת דעת רבי יצחק ב"ר יעקב ורבי משה ב"ר נתן, בשאלתם לרבי יצחק ב"ר מרדכי. ובתוך דבריהם כתבו - "הא דאמרינן דהך בריתא דפרק החולץ (יבמות מב.) מיירי בין באלמנה בין בגרושה, הא לאו מילתא היא, דלא מצינן לאוקומא בגרושה,

אי מתעברה ממסמס ליה בביצים וחלב כמ"ש בפרק החולץ (דף מב:), אבל כשמת בעלה אשה בושה לבוא לבית דין לתבעם מן היורשים ונמצא ולד מת. אבל ר"ת ז"ל אסר אפילו בגרושה, לפי שאינה יכולה להיות רגילה עם הבעל לתבוע ממנו, כדאמרינן בפרק האשה שנתארמלה (דף כח.). ואינה נפרעת ממנו אלא על ידי אחר."

אמנם הרבה מרבותינו הראשונים הסכימו עם שיטת ר"ת, אך מאידך שיטת הר"ש הזקן אינה שיטה יחידאה. העומדים בשיטת ר"ת הם - רש"י במסכת סוטה דף כד. ד"ה מעוברת חבירו, השאלות (שאלתא יג), רבי יצחק ב"ר שמואל (הוא ר"י הזקן, מובא באור זרוע ח"א סי' תרכ"ט) הרמב"ן בחי' עמ"ס כתובות דף ס', מהר"ם מרוטנבורג בתשובה (שו"ת מהר"ם בן ברוך דפוס פראג סי' תתס"ג), רבי ווידאל קרשקש בחידושו עמ"ס כתובות דף ס', והריב"ש סי' יג. ובנוסף המ"מ והר"ן כתבו כן בדעת הרמב"ם (ולהלן יתבאר שיש מהראשונים החולקים על המ"מ והר"ן בדעת הרמב"ם).

מאידך, מצינו לכמה מגדולי הראשונים שעמדו בשיטת הר"ש הזקן -

בשלטי הגבורים עמ"ס יבמות בפרק החולץ (דף יד: בדפי הרי"ף) הביא מדברי ריא"ז שכתב בלשון זו - "המגרש את אשתו כשהיא מניקה, יש מי שאומר שצריכה להמתין כ"ד חדש כמניקה שמת בעלה, ומז"ה אומר שאינה צריכה להמתין אא"כ היה התינוק מכירה ... ואני אומר אע"פ שהיה התינוק מכיר את אמו אינה צריכה להמתין אלא כשמת בעלה, שהיא משועבדת להניק הבן אפילו לאחר מיתת בעלה. אבל הגרושה אע"פ שהבן מכירה אינה מניקתו אלא בשכר כאשר נכרית, ולפיכך אינה צריכה להמתין כמו שאין הנכרית צריכה להמתין, כמבואר בקונטרס הראיות" עכ"ל הריא"ז.

בתוספות רי"ד עמ"ס כתובות דף נט: כתב - "אלמנה חייבת להניק את בנה בלי שכר, כמו שהיתה עושה בחיי בעלה, ומשום הכי אסורה להנשא עד כ"ד חדש ... אבל כשגרשה פקע שיעבודו מעליה ואינו כופה אותה, אך אם הוא מכירה כופה ובשכר. וגרושה מניקה כיון שאין מוטל עליה להניק את בנה רשאה היא להנשא מיד, ואין צריכה להמתין כי אם ג' חדשים, אף אם היה מכירה. כלל אמרו המשועבדת להניק אינה רשאה לינשא עד כ"ד חדש, ושאינה משועבדת להניק, היא רשאה להנשא מיד. ומשום הכי אמרו לקמן מניקה שמת בעלה בתוך כ"ד חדש ולא קתני מניקה סתם, למימר דוקא שמת בעלה, אבל אם נתגרשה אינה צריכה להמתין ... אבל בגרושה כיון שהיא יכולה להשליך בנה לבעלה למה היא צריכה להמתין, אך אם היה מכירה כופין אותה מפני סכנת הולד (והרב אומר אע"ג דמכירה נמי יכולה להנשא הגרושה אחר ג' חדשים)".

מבואר מדברי התוספות רי"ד שגזירת מניקת חבירו אינה קיימת בגרושה, ואפילו במכירה, אינה בכלל הגזירה, אלא

הביאו הדברים על לשונותם. וטעם הר"מ במעוברת משום דיחסא אשר דקדקתם ממנו, הדקדוק ההוא הנפלא, הוא מה שהעירונו עליו במה שחברנו ממסכת יבמות, ומ"מ היה לו לבאר ולא לסתום.

וע"ע בחי' הריטב"א עמ"ס כתובות דף ס. (ד"ה נתגרשה) שגם נקט שדעת הרמב"ם כר"ש הזקן, ודלא כמגיד משנה (פי"א מגירושין הכ"ה) והר"ן.

עוד יש לציין כי שם בתשובה הנ"ל שבסי' נב כתבו שדעת רבי אברהם מן ההר כדעת הר"ש הזקן, וז"ל - "כן כתב הה"ר אברהם דמונטפשלר ז"ל, נתגרשה כלומר דאיהו פטר לה בגט וקנתה עצמה מיניה בגיטא, לא משתעבדא ליה כלל, הילכך אינו יכול לכופה להניק בין נדרה בין לא נדרה, ומותרת לינשא אחר לידתה דהא פטרה בגט ואקני לה שעבודא דאית ליה עלה עכ"ל".

העולה מתשובות אלו שבספר תשובות חכמי פרובינציא, שנמצאו עוד ראשונים העומדים בשיטת הר"ש הזקן, והם - רבי אברהם מן ההר ורבי יצחק בן רבי מרדכי שהעלה ששיטת ר"ש הזקן היא השיטה הנקיה מכל ספק, והעלה להלכה כוותיה, אף שלמעשה נזהר מלהורות למעשה כנגד דעת החולקים. ושם בתשובה סי' נב כתבו שנים מהחכמים החתומים על תשובה זו, כי כן דעת הרי"ף והרמב"ם, וכך העלו הלכה למעשה.

ובספר שדי חמד מערכת אישות סי' ג' הביא מתשובת הרב מהר"ד אישטרוסה שבסוף ספר מגן גבורים סי' ט' שהעיד כי מצא תשובה כת"י להרשב"א שבה ארבעה תשובות מהראשונים שהרבו להשיב על שיטת ר"ת, ולדבריהם דוקא באלמנה גזרו חז"ל משא"כ בגרושה שאינה משועבדת להניק, ומותרת להנשא לאחר ג' חדשי הבחנה, (ויתכן שאלו הם המשיבים הנזכרים מתשובות חכמי פרובינציא)

יש לדון, כיצד הכריעו הראשונים (בעלי התוספות הרא"ש והסמ"ג והמרדכי) שהביאו את מחלוקת הר"ש ור"ת. הבי" בתשובה (שבשו"ת ב"י הלכות כתובות סי' א', בתחילת דבריו) כתב בלשון זו - "שאלה ותשובה על דבר המורה שהורה להתיר במנקת מזנה להנשא תוך כ"ד חדש, אני בא ואומר שלא מצא ידיו ורגליו, ומתוך דברי עצמו הוא מוקשה, כי יסוד דבריו שרצה לסמוך על רבינו שמשון במקום שר"ת חולק עליו ומביא ראיה לדבריו. ונראה מדברי התוספות והרא"ש והר"ן והמרדכי והגהות מיימוניות, דכר"ת נקטינן".

כפי הנראה גם פסיקתו של הבי" בשו"ע נבעה מכך שנקט בפשיטות שגם התוס' הרא"ש הר"ן המרדכי והגהות מיימוניות פסקו כר"ת.

אך יש להעיר, שמפשטות לשונם של אותם הראשונים שהביאו את מחלוקת ר"ש הזקן ור"ת, לכאורה נראה דלא כבי", אלא התוספות וסייעתם לא דחו את שיטת הר"ש הזקן, רק הביאו את שתי השיטות עם ראיותיהם, וכמו

דהא אסיקנא בגמ' טעמא דמעוברת משום דסתמא למינק קיימא, והאי טעמא ליתא אלא באלמנה דהיא משתעבדא ליורשין, אבל גרושה דלא משתעבדא לא, ועוד דהא בהדיא היא בגמ' דבאלמנה קא מיירי, דכי אסיק תלמודא בהאי תירוצא סתם מעוברת כו' קא פריך אי הכי דידיה נמי, ופריך דידיה ממסמסא ליה בביצים וחלב דיהיב לה בעל אבל דידיה לא יהיב לה בעל ומתביישא למתבעינהו ליורשים וקטלא ליה, ומדנקט יורשים אלמא באלמנה קא מיירי. ומה שכתב ר"ת דבאלמנה קא מיירי וכ"ש בגרושה, ומוכח מדקא מתרץ בתרוצא קמא שמא תעשה כו', והאי טעמא שוה בין באלמנה בין בגרושה. כבוד הרב מונח במקומו, אדרבא מדקא דחי תלמודא להנך תירוצא, וקא מסיק טעמא משום דסתם עוברת, אלמא באלמנה קא מיירי ולא בגרושה. והאי דאמר תלמודא דאלמנה אית לה בושת למתבע, כ"ש גרושה דלא יכלא למיתי בהדיא לדינא, דאם אתי משמתינן להו. אדרבא היא הנותנת, דכיון שלא תבעה אלא על ידי אפטרופוס, לא מתביישה מיניה. ועוד דבשלמא דגבי אלמנה שייך בה בושת דלא משתעבדא ליורשים ונשאת ונתעברה, וגרמא להו נזקא, אבל גרושה דלא משתעבדא כלל מאי בושת שייך בה. הילכך לא מצינן למימר תנא אלמנה וה"ה לגרושה. וכן נראה דעת הרי"א"ף, דהא ברייתא דהחולץ מיירי באלמנה בלחוד ולא בגרושה, שהוא הביא הברייתא ולקח טעם דסתם עוברת והביא גם כן דלדידה לא יהיב לה בעל ושבק לכלהו הנך תירוצי, ומדשבק להו ונקט טעמא דסתם עוברת למינק קיימא, ש"מ דבאלמנה מיירי בלחוד. וכן נראה דעת הר"מ פי"א דגרושה מעוברת יכולה לינשא אחר שתלד, וז"ל וכן גזרו חכמים שלא ישא מעוברת חברו ומניקת חברו אע"פ שהזרע ידוע למי היא מעוברת שמא יזיק הולד שאינו מקפיד על בן חברו ומניקה שמא יתעכר החלב כו', ומדנקט גבי מעוברת טעמא משום דיחסא אלמא בגרושה קא מיירי דליכא חששא אחרינא, דאי באלמנה תיפוק ליה דסתמא למינק קיימא, אבל מדנקט תרי טעמי גבי מעוברת משום דיחסא וגבי מניקה שמא יתעכר החלב אלמא דהאי מעוברת בגרושה קא מיירי, וכיון דליכא למיחש אלא משום דיחסא נראה דס"ל דמותרת לינשא אחר שתלד, דאי ס"ל דגרושה מעוברת נמי אסורה לינשא למה ליה למינקט תרי טעמי הא בסתם עוברת כו' סגי ליה, וכן מוכחא הך ברייתא דפרק אע"פ (כתובות ס:): מניקה שמת בעלה הרי זו לא תנשא עד כ"ד חדש כו', ואם איתא דגרושה אע"פ שאין מכירה צריכה להמתין לישמעיעין בגרושה ואנא אמינא דכ"ש אלמנה, אבל מדשביק גרושה דקא שקלי וטרו בה בגמ' (כתובות נט:): ונקיט אלמנה, אלמנה דייקא ולא גרושה, אבל גרושה שאין מכירה אינה צריכה להמתין".

הרי שלפי דעתם, גם הרי"ף והרמב"ם סוברים כשיטת הר"ש הזקן. אלא שבוזה השיב להם רבי יצחק ב"ר מרדכי בתשובתו שבסי' נג שם, וז"ל - "והרי"ף והר"ם סתמו הדברים, ואין מהם ראיה ברורה לאחת מן הדעות, כי הם

נזקקין להם, עכ"ל. הרי מבואר דנקטו בפשיטות כי הר"ש הזקן התיר אפילו במכירה.

וכן כתב בספר אבני מלואים סי' יג ס"ק יח - "והר"ר שמשון נראה דסובר דגרושה אפילו מכירה, אע"ג דכופין אותה להניק משום סכנת הולד, כיון דלאו בתורת שעבוד הוא, מותרת להנשא, וכמ"ש בהגהת אשר"י".

וכן בהגהות הג"ר ברוך פרענקיל על אה"ע בב"ש ססי' יג הוכיח כן מדברי המרדכי והג"א, והוסיף בזה - "אלא הנכון כפי הבנת מהר"י מינץ סי' ה' שהר"ש לא חישוב גרושה בכלל שם מינקת חבירו, אף במכירה. והא דכופין במכירה שתניק, אינו מצד חיוב שעבוד. ויש להוסיף עוד, דאף אם נאמר דבמכירה אסורה שתנשא אף לשיטת הר"ש הזקן, היינו משום חשש שחוששים הבית דין שלא יסוכן הולד, על כל פנים אינה בשם מינקת חבירו, ואחר שכבר גמלתו מותרת. משא"כ באלמנה שהיתה משועבדת להנקת הולד, והוה מינקת חבירו, שאסרו אף בגמלתו ונתנה למניקה".

אציין שמהאחרונים הנזכרים נעלמה תשובת רבינו שמשון גופיה, כפי שהובאה בספר הישר לר"ת סי' תשמ"ח. וז"ל רבינו שמשון (בתוך תשובתו להתיר גרושה מינקת) - "ומותרת להנשא לגמרי לאחר ג' חדשים כדפרישית. וא"ת הא קתני התם אם היה מכירה כופה ומניקתו מפני הסכנה, הך כפיה אינה אלא בבית דין, וכל זמן שלא כפאוה בית דין מותרת להנשא".

מבואר שאפילו בעודה מינקת והתינוק מכירה, מותרת להנשא, אלא שאם בית הדין רואים שיש סכנה לולד יוכלו לכפותה להמנע מלהנשא, ומבואר בהמשך דבריו, שגרושה אינה בכלל גזירת מינקת חבירו, וכמו שכתב שם - "ועוד הרבה ראיות יש כי האי גוונא, דהיכא דגזור גזור והיכא דלא גזור לא גזור".

ובדרך זו נראה לבאר בדעת התוספות רי"ד המובא לעיל, שבמקרה שברור לבית הדין שאין לולד כל סכנה מנישואי האם, ובית הדין אינו מוצא לנכון להוציא פסק דין הקובע שהאם חייבת להניק מחשש סכנה, אין לאסרה מלהנשא. שכל שאינה משועבדת להניק, אינה בכלל גזירת חז"ל הקובעת איסור נישואי המינקת כל כ"ד חדש. התינוח במקום שהמינקת בכלל הגזירה, קיי"ל דלא פלוג בגזירתם, ותקנו אף לאחר שפסקה מלהניק וכיוצ"ב. אך היינו דוקא באלמנה, אבל גרושה שאינה בכלל גזירת מינקת חבירו, לשיטת רבינו שמשון וסייעתו, אין לאסרה להנשא, כשבפועל אין סכנה.

ונ"מ מכל הנ"ל אליבא דשיטת רבינו שמשון וסייעתו, בימינו שקיימים תחליפים טובים להנקה, ורבות מהיולדות נעזרות בהם ואינן מניקות כלל או מניקות זמן קצר, אין מקום שבית הדין יתערב לחוש לסכנת הולד וימנע נישואי האם, ומאחר שאין סכנה וכן אינה בכלל גזירת מינקת חבירו, מותרת להנשא אף בעודה מניקה ואף כשהתינוק כבר מכירה.

שסבר בספר חוט המשולש חלק ג' סי' ח' בתשובת הג"ר אליעזר יצחק ז"ל שכתב בלשון זו - "הנה דבר זה חלקו בו ר"ש הזקן ור"ת הובא בתוס' יבמות (דף מ"ב. ד"ה סתם) ובכתובות (דף ס: ד"ה והלכתא), וכן באשר"י והר"ן ומרדכי והגהמי"י והג"א, ולא הכריעו כלום".

הראשונים הנזכרים הביאו תחילה את דינו של רבינו שמשון וראיותיו ואח"כ את דברי ר"ת וראיותיו, אך לא הכריעו להדיא כשיטת ר"ת. שהרי את שיטת רבינו שמשון ידענו מכח דברי ר"ת שהביאו, ואחר כן דחה דבריו וכתב שיטת עצמו, וכמבואר בחי' הרשב"א הר"ן ובתשובות חכמי פרובינציא סי' נב. ועל כן בדרך זו העתיקו שיטתם שאר הראשונים, והביאו שתי הדעות, דעת רבינו שמשון ודעת ר"ת, אך אין הכרח ממה שהביאו שיטת ר"ת באחרונה שהכריעו כוותיה. ועיין בלשון הרא"ש מסכת כתובות פ"ה סי' כ' והגהות האשר"י וכן במרדכי סי' קפא, ובהגהות מיימוניות פי"א מגירושין אות נ' סמ"ג עשין נ' ואור זרוע ח"א סי' תרכ"ט שלא נקטו לשון הכרעה בין השיטות. והרשב"א בחידושו והר"ן פרק אע"פ, קודם שהביאו ראיה לשיטת ר"ת כתבו בלשון מסופקת - "ולכאורה הכי משמע" וכו'.

מצינו באחרונים שדנו האם הר"ש הזקן התיר בגרושה שהתינוק מכירה ואינה רשאית להמנע מלהניקו. עיין בב"ש סי' יג ס"ק לח שהוכיח בדעת הר"ש הזקן שמתיר אפילו במכירה.

ואמנם בתשובת חוט המשולש ח"ג סי' יא כתב בתוך דבריו בלשון זו - "נמצאו בדברי האחרונים שסוברים בדעת הר"ש דגם במכירה מתיר בגרושה. אך זה דבר שאין לו שחר, דכיון דבמכירה הלא משועבדת לו כמו באלמנה המכירה, ואיך שייך לאפלוגי בזה בין גרושה לאלמנה, דכיון דמן הדין אסור במשועבדת לו, ובמכירה כיון דמשועבדת לו מוכרחים אנו לומר דאסור אף להר"ש". וכן בספר עצי ארזים סי' יג סק"כ.

אך כבר הבאנו לעיל מתשובת רבינו יצחק ב"ר מרדכי שבתשובות חכמי פרובינציא ומדברי ריא"ז שהובא בש"ג בפרק החולץ, שמפורש בדבריהם שרבינו שמשון הזקן התיר אף במכירה, וכן משמע מלשון הרב המגיד הלכות גירושין פי"א הכ"א.

ובמרדכי במסכת כתובות סי' קפא, ובהגהות אשרי מסכת כתובות פ"ה סימן כ' הביאו את מחלוקת ר"ש ור"ת בלשון זו - "ת"ר נדרה שלא להניק את בנה כו' אלמא מדחל הנדר שמע מינה דלא משעבדא ליה. ואע"פ שאם מכירה כופה בב"ד להניקו, מ"מ אין שעבוד עליה כל זמן שלא כפו אותה בב"ד ומותרת לינשא, ולא דמי לאלמנה מניקה שחייבת להניק את בנה. אבל שאלתות וכן ר"ת פסקו דכ"ש גרושה שצריכה להמתין שהרי אלמנה אינו הטעם אלא בשביל שבושה לבא לב"ד והורגת את בנה כדמוכח בהחולץ, וכ"ש זו שבושה לבא לב"ד לתבוע הבעל כדאמרין לעיל בפ"ב אין

מילתא דאיסורא. ואביי משום איסור לא והאמר רב חנינא בר רב קטינא אמר ר' יצחק מעשה באשה אחת שחציה שפחה וחציה בת חורין וכפו את רבה ועשאה בת חורין ואמר רב נחמן בר יצחק מנהג הפקר נהגו בה. הכי השתא, התם לא לעבד חזיא ולא לבן חורין חזיא, הכא אפשר דמיחד לה לעבדיה ומנטר לה. גופא אמר רב יהודה אמר שמואל כל המשחרר עבדו עובר בעשה שנאמר לעולם בהם תעבודו. מיתבי מעשה ברבי אליעזר שנכנס בבית הכנסת ולא מצא עשרה ושיחרר עבדו והשלימו לעשרה. מצוה דרבים שאני ע"כ. אלמא דכופין את הרב לשחרר במילתא דאיסורא לרבינא דהילכתא כוותיה כמו שפסק הרא"ש וז"ל רבינא אמר בהא מודה רב יהודה משום איסורא והילכתא כרבינא שהוא בתרא. וכן לדבר מצוה מותר דתניא מעשה ברבי אליעזר שבא לבית הכנסת ולא מצא שם עשרה ושיחרר לעבדו והשלימו לעשרה עכ"ל. והאי איתתא בנידון דידן להא דמיא, דכבר נתפתתה ואיכא למימר כשם שזינתה ונתפתתה לזה כך זינתה ונתפתתה לאחרים כי אין אפוטרופוס לעריות, שהרי אינו בר ירושה מאביו אם לא בהודאה שמודה שהוא בנו. ולא דמיא אשה זו כלל לאלמנות וגרושות דעלמא דלא איתחזק בהו איסורא, כמו זאת דכבר איתחזקא באיסור לא תהיה קדשה כפשטה דקרא כמו שכתב הסמ"ג. וגם באיסור כרת דנידה דסתמא דמילתא שאינם נזירות בטבילות ככה"ג כי עושים ענייניהם בסתר כדי שלא יודע עד שכריסיהן בין שיניהן ... וכל שכן כי הך דניתוסף עלה פריצי הדור וחסרון מזונותיה ופרנסתיה כדפי' לעיל, והן הן המעבירין האדם על דעתו ועל דעת קונו כדאיתא פרק כיצד מעברין, דיש לחוש שמא תחזיר לסורה ולמנהגה הראשון אחרי שכבר נתולזלה בארץ אשכנזי ונתפרסם הדבר. לכן דימיתי אותה להך דהשולח להתירה לינשא לאיש דמינטר לה, ועל ידו מתקנים החששות כולם שלא יצאו האשה וולדה לתרבות רעה ... ואיכא למימר דבכה"ג אפילו אביי מודה, דעד כאן לא אסר התם אלא במקום דצריך לעבור איסור דאורייתא כדמשמע מדבריו, אי לאו דאמר רב יהודה אמר שמואל המשחרר עבדו עובר בעשה כו'. משמע אי לא הוי עשה אלא חששא מדרבנן בנדון דידן במינקת חבירו דהויא גזירה דרבנן מודה אביי דכופין. ולא אמר בחששא בעלמא בגזירה דרבנן כל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון, דבכה"ג מחלק בפרק התקבל".

ב. ביחס לשיטת רבינו שמשון כתב שם - "ועוד אחרת, דרבי שמעון הזקן פסק דגרושה מינקת מותרת לינשא תוך כ"ד חודש משום שאינה חייבת להניק בנה, כדתניא נתגרשה אינה כופה. וטעמא דדוקא באלמנה גזרו דנשתעבדה לבעלה להניק בנה וכל מה שנשתעבדה לבעלה נשתעבדה ליתומים ... אפילו במכירה אינה חייבת להניק אלא א"כ מקבלה שכו', ולא מקרי מכירה אלא אם כן אינו רוצה לינק מאחרת כדפירש רש"י, וכן משמע מדברי הרא"ש הכא, דדוקא באינו רוצה לינק מאחרים ובשכו', דתרתיה בעינן במכירה שאינו

דין מינקת מופקרת לזנות

מצינו מחלוקת ראשונים, האם מינקת שהתעברה מזנות חמור טפי מגרושה או להיפך. בהגהות מרדכי בפרק החולץ כתב - "ומינקת שנתעברה בזנות, בא מעשה לפני הרב ר' מרדכי טורמשא והתירה, ואמר דאפילו ר"ת האוסר, הוי משום שכופה אבי התינוק, ובזנות מי יכוף, ולכן התירה, ולא הודו לו חכמים, דמ"מ בית דין יכופו אותה".

ובחידושי הריטב"א עמ"ס יבמות דף מג. כתב - "ולענין גרושה, פלוגתא דר"ת ורבינו שמשון. אבל מינקת מזונה יש אומרים כי לדברי הכל צריכה להמתין דכסיפה למתבעיה. וצ"ע במקומה אם כופה להניק כיון שאינה אשתו".

הרי מבואר שדעת ר"מ טורמשא לפסוק להתיר מינקת שהתעברה מזנות אפילו לשיטת ר"ת, ואילו לדעת הי"א שבריטב"א ככה"ג גם רבינו שמשון אינו מתיר, אך הריטב"א נשאר בצ"ע על דעה זו.

אלא שמפשוטות הדברים נראה, שר"מ טורמשא איירי בכה"ג שאבי התינוק אינו ידוע, אך הריטב"א איירי כשהוא ידוע, כגון שמודה לדבריה בפני בית הדין שהוא האב, שהרי כשתמה הריטב"א על דעת הי"א כתב שאותו אדם שהוא אבי התינוק אינו יכול לכופה להניק, ועל כן אינה בגדר מינקת חבירו, לדעת רבינו שמשון.

והנה בשו"ע אה"ע סי' יג סעיף יא פסק המחבר - "גזרו חכמים שלא ישא אדם ולא יקדש מעוברת חבירו, ולא מינקת חבירו, עד שיהיה לולד כ"ד חודשים ... בין שהיא אלמנה בין שהיא גרושה בין שהיא מזונה". וכתב הרמ"א - "ויש מקילין במזונה, ויש להקל במופקרת לזנות, כדי שיהא בעלה משמרה".

מקור פסקו של הרמ"א הוא תשובת מהר"י מינץ סי' ה'. ולהלן עיקרי דבריו -

מהר"י מינץ פותח את תשובתו בלשון זו - "אמרתי אספרה אל חוק למען ידעו דור אחרון מאיזה טעם התרתי לרבי מרדכי פופשטילן לישא אשה מינקת עם ולדה תוך חמשה חדשים ללידתה אף שולדה עמה בחיקה, והנה אדברה וירווח לי. ראשונה דרך כלל מי הביאני הלום להתיר נגד ר"ת ושאלתות לפום ריהטא".

מהר"י מינץ בסס את היתרו על שלש יסודות, וכמו שבאר בתחילת דבריו - "בראותי שאי אפשר להציל שתי נפשות מישראל שלא יצאו לתרבות רעה או לדראון עולם ח"ו, אמרתי להתיר מינקת חבירו ככה"ג, וסמכתי עצמי על ההיא דהשולח גט, ועל רבינו שמשון הזקן ז"ל, ואמרתי דגם ר"ת והשאלתות מודים בכה"ג בנידון דידן, הכל כמו שאפרש אי"ה".

א. "מעתה אתחיל לאמור דהכי איתא בפרק השולח ההיא איתתא דהוה בפומבדיתא דהו קא מעבדי אינשי איסורא, אמר אביי אי לאו דאמר רב יהודה אמר שמואל כל המשחרר עבדו עובר בעשה, הוה כייפינן ליה למריה לכתוב לה גיטא דחירותא. רבינא אמר כי הא מודה רב יהודה משום

ולעומת זאת השבות יעקב (שהובא לעיל) כתב דאפילו הפקירה עצמה לאדם אחד פעמיים. וכן בספר תשובה מאהבה ח"א סי' מג (ד"ה מכ"ש בנ"ד) כתב - "כבר בארתי במקום אחר, כל שנבעלה יותר מפעם אחת היא מופקרת, ועיין בימות דף ס"א ע"ב ברש"י ד"ה מופקרת".

ומהרש"ם ח"ב סי' ריד כתב - "ובאמת שהאחרונים כתבו דבעינן שתהיה מופקרת לכל, כמ"ש הבית מאיר בשו"ת צלעות הבית סי' ה'. וגם לשיטת שבות יעקב ח"ג סי' ק"ח שפסק דסגי בקלקלה שתי פעמים, וגם לפמ"ש בשו"ת רע"א סי' צ"ה דסגי בדיימא דמתא שהיא מופקרת ומעשיה מוכיחין, הרי בנ"ד אמרה שזינתה רק פעם א' ונתעברה מזה. ובאמת שיש לתמוה על האחרונים הנ"ל שלא הביאו דברי רש"י ביבמות (דף סא:): ד"ה מופקרת שכתב וז"ל ואפילו פנויה מאחר שהפקירה את עצמה לכל, קרויה זונה אבל משום בעילה אחת לא היא זונה הפנויה עכ"ל ומוכח דבשתי פעמים הוי מופקרת לכל, וכן העלה הט"ז בסי' כ"ו להדיא, ונעלם מהאחרונים הנ"ל. ואם אמנם כי המעיין בשו"ת ר"י מיניץ סי' ה' שממנו מקור ד"ז ימצא שהיקל גם בזינתה פעם א' אבל רק באופן המבואר שם ... ומדכתב טעמא ד"ל כשם שזינתה עם זה זינתה עם אחרים היה נראה דגם בסתם כשזינתה פעם אחת, תלינן להקל דמסתמא זינתה גם עם אחרים. אבל כפי הנראה לא סמך ע"ז רק בצירוף פריצי הדור והיה נראה באומדנא שתפתה להם ותצא עם ולדה לתרבות רעה, אבל בסתם זונה שזינתה פ"א אין להקל מה"ט".

וע"ע בספר משיבת נפש (למהרא"ל ציניץ ז"ל) ח"ב סי' ח' שכבר העיר הערה זו שכתב מהרש"ם, שבמקור הדין בתשובת מהר"י מיניץ אין הכרח שההיתר מתייחס דוקא במופקרת לזנות.

ובשו"ת אגרות משה חלק אה"ע חלק א' סי' לב הכריע בזה כדעת השבות יעקב, וז"ל - "יש לצרף לזה גם מה שזינתה עם מי שנתעברה ממנו איזה פעמים, שאולי יש להחשיבה כמופקרת שכבר התיר הרמ"א. ואף שהיה זה רק עם אחד וגם שהבטיחה שישאנה מ"מ כיון שחזינן שיצרה תוקפה לזנות ומתפתית בקל, יש לחוש שגם לאחרים תפתה בהבטחת נישואין ושאר פתויים, אם לא יהיה לה בעל שמשמרה, וגם משום שיהיה לה בהיתר לא תזנה. וראיתי באוצר הפוסקים ס"ק פ"ב שהביא מבית מאיר ומחקר הלכה שמופקרת לא היא באם זינתה מאיש אחד, וגם דוקא כשהיה ג"פ, אבל השבות יעקב שהביא בפת"ש ס"ק י"ט ועוד הרבה אחרונים משמע דסברי שאף לאיש אחד, אם היה שני פעמים נחשבת מופקרת. ומסתבר לע"ד כותייהו, דכיון שהיא מוחזקת למתפתית לזנות, ולהרבה דברים סגי בשני פעמים להחשיבה למוחזקת כרבי. ובפרט הא מפורש שבשני פעמים הוא דא"ר הונא עבר עברה ושנה בה נעשית לו כהיתר. וא"כ מה לה איש זה או אנשים אחרים, ואף אם נימא שלהרבה אנשים הוא איסור חמור להסוברים דקדשה היא מופקרת,

רוצה לינק מאחרים ושכר ... ולכן לפי זה בנידון דידן שיונק מאחרת, אין כופין אותה. וכ"ש וק"ו שאין כאן שכר, שאין לולד אב לתבוע ממנו שכרה ואין כאן אלא להטיל הולד על הקהל, כדמשמע בטור אה"ע בסוף סי' הנ"ל (פ"ב). ואם נאמר נטיל אותו על הקהל הנקת התינוק ופרנסתו אחרי שהאם לאו בת כפייה כדפי', הרי זו תקנה שאין הציבור יכולין לעמוד בו ובודאי לא יקבלו תקנה זו עליהן ואם כן תצא מתקנה זו חורבא ותקלה. ולכן לא ראיתי כאן תקנה המתקיימת בלתי תקלה אלא להשיאה לדומה לה, ולסמוך על דעת רבינו שמשון שהתיר גרושת חבירו לינשא תוך כ"ד חדשים".

ג. "זו ואף זו, דעד כאן לא פליגי על השר אלא בגרושה שכבר נכנסה בתקנתא דרבנן כשהיתה נשואה, דהיינו קודם גירושין, ונשתעבדה לבעל, והיתה נקראת מעוברת חבירו, ושייך גם לומר בה טעם הסמ"ג כמו שכתב ולא הודה לו ר"ת לחלק בדבר מפני שבמקום שמכירה התינוק כו' דמעוברת כמניקה דסתם מעוברת למניקה קיימא כדמיייתי בהחולץ. גם שייך בה טעם המרדכי טעם דבושה לבא לב"ד כו'. אבל בנדון דידן שלא נתקדשה ולא היתה לה כתובה לא נכנסה מעולם תחת שיעבוד הבעל, לא דמיא כלל לאלמנה וגרושה. וע"כ לכל הדיעות, אף לשאלות ולר"ת לית דין ולית דין דאסורה לינשא תוך כ"ד חדשים".

ובסיום התשובה כתב מהר"י מיניץ - "מצד כל הני טעמי וסברות הנ"ל אמרתי, שדבר פשוט הוא שאיננה בכלל מינקת חבירו, והתירתי אותה לינשא לאיש תוך כ"ד חדשים, ואמרתי שעת הדחק שאני, עם מה שגם דעת חבירי יצ"ו נטה להתיר, והארכתי בדרוש יען שלדעתי דבר חדש הוא, והנראה לי כתבתי".

הרבה פוסקים הסכימו למעשה לפסוק כהכרעת הרמ"א להקל במופקרת לזנות. עיי"ש בב"ח על אה"ע סי' יג שהביא דין זה, וכן בתשובה שבשו"ת הב"ח החדשות סי' נח, לאחר שהב"ח הביא את דינו של מהר"י מיניץ ורמ"א כתב - "נראה לעיני להקל בעיקר הדין שכתב, כיון דמופקרת לזנות היא ומכשול לרבים, יש להקל, וכמו שפסק מהר"ם איטרלס".

ובספר שבות יעקב ח"ג סי' קח כתב - "ופסק כן בשו"ע וכן הסכמת כל האחרונים, ומה"ט פסקתי הלכה למעשה בפנויה שזינתה שני פעמים דנקראת מופקרת לזנות ומשיאין אותה תוך ימי מניקתה".

ובספר שדי חמד מערכת אישות סי' ג' אות ט' הביא משו"ת זית רענן שכתב דבמופקרת לזנות נקטינן כפסק הרמ"א דמותרת להנשא. וכן הביא בתשובת חוט השני סי' פח שהעלה כי "לענין מעשה אין לנו לזוז מדברי הגאון רמ"א בהגהות עמוד ההוראה, והמקילים בזה"ז נסמכים על עיקר דברי מוהר"י מיניץ שנטה דעתו להתיר".

ובגדר "מופקרת לזנות" הנזכר ברמ"א, עיין באוצר הפוסקים סי' יג ס"ק פב שהביא דעת הבית מאיר בתשובה וספר חקר הלכה דדוקא כשהפקירה עצמה לכמה אנשים,

אינה מינקת. וע"כ שהגזירה היתה כך על שהיתה מינקת בעת שיוצאת מבעלה שעוד תהיה אסורה עד כ"ד חודש לאחר לידה. והטעם שתלו בשעת גירושין ומיתה יש לומר שהרי ע"כ הוצרכו לאסור גמלתו, דאל"כ כל אשה תגמול בנה כדי שתוכל להנשא ומה יועילו בתקנתו, ע"כ תלו רק בשעת גירושין ומיתה. וע"כ ה"ה להיפוך כיון שבשעת גירושין לא הכירה ולא היתה מניקה אף שאח"כ נעשית מניקה אינה נאסרת. וא"כ תמוה טובא במזנה שמעולם לא היה לה בעל ולא נאסרת למה תאסר, מאי שנא מגרושה מכירה אחר גירושין הלא עכשיו היא מינקת ואעפ"כ מותרת משום שכבר יצאה מבעלה, כ"ש זו שמעולם לא היה לה בעל. ועל הפוסקים האוסרים במזנה לא קשיא, דיש לומר אינהו סברי כר"ת שהקשה על ר"ש הזקן דאלמנה נמי תוכל לומר איני ניוזנית ואיני מניקה. והראנ"ח תירץ על זה עפ"י סברת הרשב"א הנ"ל דאולינן בתר שעת גירושין, ה"נ אולינן בתר שעת מיתה, וכיון שאז לא אמרה אסורה. ור"ת שהקשה ע"כ לא ס"ל סברא זו, ממילא במזנה אסור, אבל הקושיא על המחבר שהביא דעת הרשב"א להתיר בגרושה שלא הכירה קודם שנתגרשה ובמזנה החליט לאיסור.

ורציתי ליישב משום דעכ"פ נאסרת בעודה מעוברת, דבמעוברת לא מצינו שתלו האיסור בשעת גירושין ושוב אינה יוצאת מאיסורה עד כ"ד חודש ... אולם נתיישבתי דאפשר לפרש דברי הרשב"א דבמה שעשתה עצמה מינקת לאחר גירושין בעלה במה שהניקתו עד שהכירה, לא נאסרת, דבזה לא תקנו חכמים, שהם עשו לטובת התינוק, וע"י זה תהיה ריעותא, שלא תרצה להניקו לאחר גירושין כדי שתוכל להנשא, וכמו שבגמלתו יש חילוק בין לאחר מיתה דלא מהני שמא תגמלו כדי שתוכל להנשא, ודווקא בחיי בעלה מהני, כמו כן להיפוך בעשתה עצמה מינקת לאחר גירושין לא נאסרת, דא"כ לא תניקנו מתחילה וימות התינוק, ודווקא בחיי בעלה שהכירה, דאז לא שייך שלא תניקנו כדי שתנשא ואפילו לב"ש דלא משעבדא.

וזה כוונת הראנ"ח, דהעיקר במה שהיה בשעת גירושין, ואח"כ לא מהני לא להחמיר ולא להקל, כיון שביד האשה וכנ"ל, ועכ"פ נוכל להקל במזנה טפי מבגרושה שהכירה כיון שלא היתה מחוייבת להניקו, והיא בעצמה עשתה שהכירה, ולא היתה מחוייבת, ואם נאסור עליה לא תניקנו ... ולפי זה מה שאוסר המחבר במזנה בהחלט, ובגרושה שאינה מכירה עד אחר שנתגרשה הביא דעת הרשב"א להקל אף דמזנה שמכירה כאינה מכירה דמיא כנ"ל, משום שמזנה אין לה אב, והרמ"א מודה להמחבר בגרושה שמכירה, ובמזנה הביא י"א, משום דמזנה כאינה מכירה דמיא, כנ"ל.

אחר זה עיינתי באחרונים, וראיתי באבני מלואים שפירש דברי הרשב"א דמכירה אחר שנתגרשה אינה מחייבה להניקו, דכיון שנתגרשה הרי היא כאשה דעלמא ... אולם מדברי הראנ"ח מבואר דמחוייבת להניק ואעפ"כ מותרת להנשא דבתר שעת מיתה וגירושין אולינן.

עיינן בראב"ד פ"א מאישות ה"ד, מ"מ לא ידוע זה לנשים. לכן אף אם הופקרה לאיש אחד, ואף מחמת שהבטיח לישאנה, יש להחשיבה כמופקרת שמתיר הרמ"א, עכ"פ יש לצרף גם זה להתירה.

ויש להוסיף בזה מש"כ בשו"ת תשובה מאהבה ח"א סי' מג - "אמנם בעל צמח צדק סי' נה וקד חשש להחמיר במניקה מזנה, והאריך בתחילת דבריו שאין לדמות לדורו של מהר"י, שלא היה דורו יפה, מה שאין כן בדורו של צמח צדק, משפט ומישרים גם בערכאות של גויים מענישים עיי"ש. אפשר יפה דבר, ובזמנו דבר, שהיה דומה עליו שדורו יפה, אבל בזמננו בעו"ה אדרבה מענישים מי שמעניש אותן, והדור פרוץ מרובה, ויפה כתב מהר"מ בזה ואין להאריך ואין צריך ביאור, כי מפורסם הוא, א"כ אין מקום להחמיר כלל בנדון דידן, כי בפירוש כתב הגאון בעל צמח צדק שם, אף שהרמ"א בסימן יג סעיף יא אינו מקל אלא במופקרת לזנות היינו אם הדור כשר, אבל אם הדור פרוץ, אף שהיא אינה מופקרת לזנות יש להקל, עיי"ש מלתא בטעמא."

שיטת האבני נזר

שיטת הרשב"א בדין גרושה מינקת התבארה בחי' הרשב"א במסכת כתובות דף ס., לשיטה זו אמנם בדין מינקת חבירו המבואר בפרק החולץ סתמא קתני, ומשמע לא שנא אלמנה לא שנא גרושה. אך הוסיף הרשב"א - "ומיהו דוקא שהניקתו קודם שנתגרשה עד שהכירתה, אבל קודם הזמן הזה לא, דהא איבעיא לא תניק אותו כלל ואפילו בשכר". והובאה שיטתו במגיד משנה פי"א מגירושין הלכה כה ובר"ן פרק אע"פ. וכתב הבית יוסף אבן העזר סי' יג - "וראיתי מורים עושים מעשה כדברי הרשב"א ולא מחיתי בידם, כיון שיש להם אילן גדול על מי שיסמוכו, ועוד דמידי דרבנן הוא". וכן הובאה שיטה זו בשו"ע סעיף יד בשם י"א כדעה ראשונה.

האבני נזר בתשובה חלק אה"ע סי' כו האריך לברר את שיטת הרשב"א, ועל פי ביאורו בשיטה זו העלה להכריע להקל במזנה כרמ"א ודלא כדעת המחבר בזה, והקל גם במכירה. ולהלן עיקרי דבריו -

"קשה על הרמ"א סי' י"ג סעי' י"א, שהסכים להמחבר להחליט האיסור בגרושה שמכירה, ובמזנה הביא פוסקים להתיר, משמע אפילו במכירה כמו בגרושה דמיירי במכירה, דבאינו מכירה הביא בסוף הסימן ... אדרבה קושיא גדולה על המחבר שהחליט לאסור במזנה. והנה הרשב"א שחילק בין מכירה בגרושה, חילק דאם הכירה קודם שנתגרשה אסורה, וכן הובא לשון זה בשו"ע סעי' י"ד, ומשמע דאם הכירה לאחר שנתגרשה אינה נאסרת, וכן כתב הראנ"ח בתשובה סי' צ"ה שזה כוונת הרשב"א, ומשום שהעיקר תלוי אם מקרי מינקת בשעת גירושין ומיתה, ויש סעד לדבריו מדברי רש"י כתובות (ס:) בד"ה בגזירותיו, וה"נ לא חילקו חכמים באשה שמת בעלה בין מניקתו לאינה מניקתו. ולכאורה אינו מובן דמה לא פלוג שייך בזה, זו מינקת וזו

רבות, ודי בכך לדונה בגדר זה, וכדעת השבות יעקב תשובה מאהבה וכן נטה מהרש"ם וכהכרעת האגרות משה.

מלבד זאת, בנידון שלפנינו קיים שיקול נוסף והוא שאם תחזור ותפקיר עצמה לאותו בועל המבקש להיות כרוך אחריה, יש לחוש לאשה ולתינוק שתצא מדרך ישרה, ואם תשוב ותנשא לבעלה הקודם, בעלה משמרה. ובנידון שלפנינו שאנו מכירים את הבעל כיהודי שומר מצוות ירא שמים, בודאי שבעלה זה ישמרה מהסכנות הצפויות לה ולבתה ושלא תחזור לסורה עם הבעל הנ"ל. ויש לציין בזה לשון החתם סופר בתשובה חלק אה"ע א' סי' לד כתב החתם סופר ח"ל - "הבעל הנושא אותה כבר כתב הגאון בית מאיר לא גרע מיורד למערופיא של חבירו ומפסיד חנותו ופוסק חיותו. לכן לא חששו כלל לקלקול הבחורה כי אם בנפש הילד אנו עוסקים ומה לנו ולה. אך במופקרת דמהר"י מינץ היה חשש שהתינוק ח"ו ירד לבאר שחת ע"י שתטמע בין הישמעאלים, ע"כ יאמר התינוק מה לי לחוש לחיי עולם הזה חיי עולם הבא עדיפא. ואי אפשרי בתקנת חז"ל כגון זו שומעים לו, על כן התיר ... אין אנו חוששים לקלקול הבחורה רק לקלקול התינוק שתוציאנו האם לתרבות רעה. ומ"ש הרמ"א להתיר במופקרת, הוציא כן ממהר"י מינץ סי' ה' ושם מיירי בהנ"ל שהיא מופקרת לישב בבתי זונות של גוים ע"ש בפנים. וכל הנוטה מדרך זה נוטה מדרך האמת ולא יהיה לי חלק עמו, אך מ"מ ימצא בתשובות גדולי אחרונים שבזמנינו שמקילים והי' להם אשר להם ואינני כדאי לחלוק ופר"מ יכול לסמוך עליהם אם ירצה ולא לדידי צריך".

ובתשובה אחרת בחלק אה"ע ח"ב סי' קכה כתב החתם סופר - "אומר אני אם מצד איסור מעוברת ומניקת חברו הדבר פשוט יותר מביעא בכותחא דאין כאן בית מיחוש כלל, ועדיף טפי מההיא דמהר"י מינץ שהתיר לישא מופקרת לזנות בתוך ימי עיבור והנקה כדי שיהיה בעלה משמרה, והכא עדיף טפי ולא שייך הכא אין אומרים לאדם חטא בשביל שיזכה חבירו וישא מעוברת שאסרו רבנן כדי שתזכה לולד, דהכא לא אסרו רבנן מעולם אלא משום שלא תעבור החלב וימות הולד ברעב, והכא באנו להציל מבאר שחת עדיף ליה טפי, דגדול המחטיאו יותר מההורגו, ע"כ אין כאן גזירת מעוברת ומניקה כלל, עיין בפנים במהר"י מינץ, וק"ו הכא, וזה פשוט".

למדנו מדברי החתם סופר, שההיתר כשהאם מזנה הוא מפני החשש לקלקול הרוחני של התינוק, ויש ללמוד מדבריו לכל כה"ג, לרבות הנידון שבפנינו. וכן בספר משיבת נפש (למהרא"ל צינץ ז"ל) ח"ב סי' ח' כתב בהיתר נישואין למינקת מזנה "אם באנו לחוש לתיקון הולד, יותר יהיה תיקונו כשתנשא לגבר". (ועי"ש בסוף התשובה שהסיר חשש סכנה לרב המתיר מינקת בנסיבות אלו).

סניף נוסף שקיים בנידון שלפנינו הוא, הצורך הדחוף שהבעל זקוק לאשה שתסייע לו בטיפול בילדיו. ופשיטא כי

ובעיקר מחלוקת המחבר עם הרמ"א דהמחבר החליט לאסור במזנה, והרמ"א הביא י"א, נראה לפענ"ד דהעיקר כרמ"א, דע"כ למה דקי"ל לאסור בגרושה שמכירה, א"כ אין היתר במה שהאב ממסמס ליה, דא"כ אפילו במכירה יהי' מותר כמו בדידיה, וע"כ כל ההיתר משום דאינה משועבדת, וא"כ במזנה נמי מותרת כיון דאינה משועבדת, ואף שמכירה כאינה מכירה דמיא, בין לדעת הראנ"ח בין לדעת האבני מילואים, עכ"ל האבני נזר.

העולה מתשובה זו של האבני נזר, שהכריע כדעת הרמ"א להקל במופקרת לזנות, מאחר שמדינא יש להקל אף במזנה, ואף כשהתינוק מכירה. והיינו בהתבסס על שיטת הרשב"א שהובאה להלכה בשו"ע בסוף סי' יג, ולשיטה זו, החלוקה בין הכירה קודם גירושין שאסורה להנשא, ללא הכירה, נאמרה רק בגרושה, דבעת היותה נשואה והחלה להניק היתה משועבדת, ועל כן אם הכירה נכנסה לגדר מינקת חבירו. משא"כ במזנה שמעולם לא היתה משועבדת להניק, אם נאסור עליה לא תניקהו, ועל כן אינה בכלל איסור נישואין שגזרו במינקת חבירו.

מסקנת הדברים

הרמ"א פסק להתיר מינקת שהתעברה בזנות, כשהיא מופקרת לזנות. עיקר ההיתר הוא כדי שיהיה בעלה משמרה, וכמבואר בדרכי משה, שזהו עיקר ההיתר, אך ההיתר מתבסס גם על שיטת רבינו שמשון. אמנם השו"ע דן מזנה כגרושה, ובתשובה (שו"ת ב"י הלכות כתובות סי' א') הבי" דחה דעת חכם אחד שפסק כסברת מהר"י מינץ, (בלא שהזכיר את תשובת מהר"י מינץ), אך בנידון שלפנינו ששני הצדדים הם מקהלות אשכנז שקבלו עליהם פסקי הרמ"א, אין מקום להחמיר עליהם כדעת הבי"י.

אמנם כמה ראשונים נקטו כשיטת ר"ת שאסר גרושה מינקת, אך ראינו ששיטת רבינו שמשון היא שיטה המוסכמת על כמה מהראשונים, ובתוס' וברא"ש והמרדכי והג"א והגהות מיימוניות הביאו מחלוקת ר"ת ור"ש בלא שהכריעו להדיא כדעת רבינו שמשון. ועל כן יש מקום לפסק מהר"י מינץ והרמ"א שצרפו את שיטת רבינו שמשון להתיר מינקת המופקרת לזנות.

אמנם יש שדנו לומר שרבינו שמשון יחמיר במינקת מזנה שהאב אינו ידוע, עיין בתשובת צמח צדק סי' נה, ושו"ת רע"א תניינא סי' ס', אך נידון דידן שהאב ידוע ושניהם מודים שהוא האב, ואין ספק שמדינא הוא מחוייב במזונותיו, דינה לענין זה כגרושה, ובוה לא החמיר הצמח צדק.

כמו כן ראינו שרבינו שמשון התיר אף כשהתינוק מכירה, וכן מבואר בכמה ראשונים העומדים בשיטה זו.

כמו כן ראינו תשובת אבני נזר המבסס את פסק הרמ"א על שיטת הרשב"א, והכריע להלכה כשיטתו.

ובנידון שלפנינו יש לדון אשה זו כמופקרת לזנות מאחר וכפי הידוע לבית הדין הפקירה עצמה לאותו בועל פעמים

בכלל הגזרה ומותרת לינשא, ולר"ת וסיעתו אסורה לינשא, ואפשר לנו לומר דכדאי הוא ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק כנ"ד. תדע דאשכחן במועד קטן כ"ג מעשה שמתה אשתו של יוסף הכהן ואמר לאחותה בבית הקברות לכי ופרנסי את בני אחותיך וכו', ומבואר בתוס' דיבמות מ"ג בד"ה שאני ובהרא"ש שם, דבהאי עובדא דיוסף הכהן התירו לו וכנסה לאלתר תוך ז' ימי אבלות דידיה ודידה משום דלא אפשר באחרת, לפי שזו מרחמת על בני אחותה יותר משאר נשים יע"ש, וכ"כ מור"ם בהגה בי"ד סוס"י שצ"ב יע"ש, הרי דמשום רחמנות בני אחותה דחו איסורא דרבנן דאבלות דידיה ודידה, והתירו לכנוס אע"ג דאסור לינשא כל שלשים, וגבי בעל שמתה אשתו, אסור לינשא אחרת עד שיעברו עליה ג' רגלים, וכל זה נדחה מפני תקנת בניו, והתירו לו לינשא אחותה שמרחמת עליהם טפי מאחרת, כ"ש בני דאשכחן אילן לתלות בו דליכא גזירה בגרושה כל עיקר, דסמכינן עליה מיהא ככה"ג דאיכא טעמא דבני אחותה, ודידה עדיפא דלא אפשר לה למות ברעב היא ובתה שהיתה מניקתה".

ועיין בשו"ת מהר"ש ענגיל ח"ג סי' קכב שצ"ב לסניף את התועלת של הטיפול בילדים ע"י נישואין, וכן את ההתחייבות של הנושא לפרנס את התינוק היונק.

אם הילדים היא האפשרות הטובה ביותר לטיפול בילדים הקטנים ואין לה תחליף, ואפשרות זו עדיפה עשרת מונים מהאפשרות שינשא אשה אחרת, ומסתמא הטיפול שלה בילדים שאינה שלה, יהיה פחות טוב. על כן הבעל מבקש לחזור ולשאנה כדי שתוכל לטפל בחמשת ילדיהם, ובכך יוכל להתפנות לצאת למצוא טרף לבני ביתו, ויש לדון מצב כזה כשעת הדחק וכדאי הוא רבינו שמשון לסמוך עליו בשעת דחק כזו. ובודאי כדאי הוא רבינו הרמ"א לסמוך עליו בכה"ג דנידון דידן.

וכן בספר תשובה מאהבה ח"א סימן מג (ד"ה יש עוד) כתב - "יש עוד קצת סניף להתירה אחרי שבעל אחותה רוצה בה ותלו ביה טפלי, כדאשכחן במס' מו"ק דף כ"ג ע"א ביוסף הכהן שמתה אשתו ואמר לאחותה בבית הקברות לכי ופרנסי את בני אחותך. ועיין בתוספות במסכת יבמות דף מ"ג ע"ב ובהרא"ש פרק אלו מגלחין שמרחמת על בני אחותה יותר מאחרת, ולכך פסק הרמ"א בי"ד סי' שצ"ב סעיף ג' מי שיש לו בנים קטנים ונתרצה לאחותה מותר לכונסה".

וכן יש לציין בזה, מש"כ בשו"ת אבני שיש ח"א סי' לד, וז"ל - "הרי דבגרושה, שנוי במחלוקת דלר"ש וסיעתו אינה

סימן יח

פסק דין בבקשת היתר נישואין למינקת

זו נשתדכה לאיש וקבעו זמן הנישואין ... וכשהרגישו אח"כ שיש איסור בדבר חזר בו המשוודך ולא רצה להמתין כל כך, וכדי שלא להפריד בין הדבקים בקושי התרתי לו לינשא אחר ט"ו חדש כעובדא דמר עוקבא ורב חנינא ועולא ורב יוסף, דכדאי הן לסמוך בשעת הדחק כי האי. דנהי דאיפסקא הלכתא דצריכה להמתין כ"ד חדש, איכא למימר דהיינו באשה שמניקה באמת ואסורה לגמלו תוך הזמן כלל. דאע"ג דמדהתיר רבי חנינא לינשא לכתחילה, אלמא דליכא סכנת הולד לאחר ט"ו חדש, אפ"ה חיישינן למיעוט ולדוּת שצריכין לינק כ"ד חדש ... ועם כל זה היה לבי נוקפי, עד שהוגד לי שכיוצא בזה התיר גדול אחד מגדולים בשעת הדחק לאחר ט"ו חדש, כיון שהולד היה כבר אצל המינקת ופסק חלב האם, וא"כ עיקר איסורא בכה"ג אינו אלא משום קנסא, וא"כ סגי בקנסא כי האי לאחר ט"ו חדש. ונתתי שמחה בלבי שכוונתי לדעת הגדולים בעוה"י, ודוקא היכא דאיכא טעמים אחרים להתיר יש לצרף סברא זו".

ובספר חמדת שלמה חלק אה"ע סי' ז' כתב - "ועתה שהוא לאחר ט"ו חדש, והוא ממש כעובדא של הגאון מאורן של ישראל הפני יהושע בקו"א למסכת כתובות ועשה מעשה בכיוצא בזה אחרי שכבר נתקשרה בשידוכין שלא לבטל השידוך, ע"כ התיר לינשא לאחר ט"ו חדש, והביא שגדול אחד התיר ג"כ. על כן לא אוכל לדחות עניה זו וילדיה, והמחמיר במקום דחק כזה אינו אלא מן המתמיהין".

בפני בית הדין בקשת האשה להיתר נישואין. למבקשת נולד בן בתאריך טו סיון תש"ס, כתוצאה של יחסים שלא במסגרת נישואין, הבן ינק כחודשיים ונגמל. המבקשת חזרה בתשובה, והקשר עם אבי הבן נותק. המבקשת עזבה את דרכה הקודמת וחזרה בתשובה וכעת מבקשת להנשא לבחור דתי, והנ"ל הופיע בבית הדין והתחייב בקנין בפני בית הדין, לשאת בכל צרכי הבן עד הגיעו לגיל שנתיים. השאלה העומדת בפנינו היא האם ניתן להתיר למבקשת להנשא תוך שנתיים מלידת הבן.

בשאלת היתר נישואין למינקת שהתעברה כתוצאה מזנות, נחלקו הפוסקים. המחבר סי' יג סעיף יא כתב שמניקת אינה רשאית להנשא תוך כ"ד חדש בין גרושה בין אלמנה ובין שהתעברה מזנות, והרמ"א הקל במופקרת לזנות. ועיין לעיל סי' יז שהבאנו באריכות את דעות הפוסקים בהלכה זו, והדברים יפים לנידון זה.

שיטת הפני יהושע

סברא נוספת שניתן לצרף בנידון שלפנינו, להתיר לאחר שיעברו ט"ו חדש מיום לידת הבן, היא דעת הפני יהושע עמ"ס כתובות בקו"א סי' קן.

ח"ל הפני יהושע - "פעם אחת בא לידי באשה שכבר התיר לה חכם ליתן בנה למינקת ולא התחילה להניק, ועל ידי הוראה

יעויין בשו"ת מהר"ש ענגיל ח"ג סי' קכב שצדק לסניף את ההתחייבות שהחתן המיועד התחייב לפרנס את הבן עד שיגיע לגיל שנתיים.

סיכומו של דבר, הרמ"א בשו"ע סי' יג התיר בנידון כעין הנידון שלפנינו, אלא שהב"י בשו"ע ובתשובה לא הסכים לפסק זה. צידדנו שהב"י פסק כן מפני שנקט שסברת הר"ש הזקן דחוויה מהלכה, אך לאחר שהראנו כמה ראשונים שנקטו לדינא כשיטה זו, ויש מהראשונים שבארו כן בדעת הרמב"ם. והתוספות ועוד ראשונים לא הכריעו להדיא במחלוקת זו, על כן יש מקום לסברת מהר"י מיניץ והרמ"א (שפסק כמותו) שניתן להסתמך על שיטת הר"ש הזקן בצרוף סברות נוספות.

על כן בנידון דידן שהאשה מלכתחילה לא היתה משועבדת להניק, ולדעת הר"ש הזקן אינה בכלל גזירת מינקת חבירו, ובצירוף הטעם של מהר"י מיניץ במי שהיתה מופקרת לזנות שיהא בעלה משמרה, לדעת הרמ"א יש להתירה. אך מאחר שהב"י לא הסכים למעשה לפסק זה, יש לצרף סברת הפני יהושע, ולאחר ט"ו חדש מיום לידת הבן יש להתירה להנשא, דהיינו מיום ט"ו אלול תשס"א, בצירוף התחייבות החתן המיועד לזונו עד הגיעו לגיל שנתיים.

כמה מגדולי האחרונים הסכימו לסברת הפני יהושע ויש שדחו מהלכה דעת הפנ"י, עיין באוצר הפוסקים סי' יג ס"ק עד שהביא את הדעות בזה. ועיין בספר יביע אומר חלק ט' חלק אה"ע סי' יג, ובספר שמע שלמה חלק ג' אה"ע סי' ח' וחלק ה' אה"ע סי' יב.

לסברא זו שכתב הפני יהושע, להסתמך בשעת הדחק על דעות האמוראים שהוזכרו בגמרא, למרות שנפסק בסוגיא שלא כמותם, יש יסוד בראשונים שכתבו כעין סברא זו, שגם שאר הדעות בגמרא שקבעו תקופה פחות מכ"ד חדש להמתנת מינקת, אינן דעות דחויית, ויש מקום להסתמך עליהם לענין שכהן לא יגרש את אשתו שנשא ואח"כ התברר שהיא מינקת חבירו. באור זרוע ח"א בשו"ת סי' תש"מ כתב - "מיהו נראה לומר דמה שיש לכהן לגרש בנושא אשה מינקת היינו שנשאה קודם ט"ו חדש, דצריך לגרש לכו"ע, אבל לאחר ט"ו חדשים או לאחר י"ח, לא היה כהן מגרש, שהרי יש כאן נמי לסמוך ארשב"ג וארבי יהודה שעד שם נקראת מינקת אבל לאחר מכן לא, כדאיתא בפרק אע"פ".

ועיין בספר ישועות מלכו חלק אה"ע סי' יא מש"כ על דברי האו"ז.

בנידון שבפנינו החתן המיועד, התחייב בקנין בבית הדין לפרנס את הבן עד הגיעו לגיל שנתיים, ויש בזה סניף נוסף,

סימן יט

ספק מינקת חבירו

פחות משלשה חדשים בטרם הגירושין, צריכה להמתין כ"ד חדש מיום לידת הבן, עיין בתשובת הרמ"א סי' קכא.

אך הלכה למעשה אנו נוהגים לפסוק שלא לדונה כמינקת חבירו, באם גמלה את בנה לחלוטין זמן מסויים קודם שבאה להתגרש. עיין בתשובת חתם סופר חלק אה"ע ח"ב סי' קעג שדחה דברי הרמ"א בתשובה, ולדעתו יש לחלק בין מסרה את התינוק למינקת, שבזה מאחר שהתינוק עדיין יונק, אינה יוצאת מגדר "מינקת חבירו", אלא אם לא הניקתו שלשה חדשים קודם מיתת הבעל או קודם גירושין. משא"כ אם גמלתו וכבר הורגל במאכלים אחרים, אין צורך בשלשה חדשים אם לא הערימה לגמלו כדי שתוכל להנשא, ועי"ש במסקנת החתם סופר למעשה. ועיין באוצר הפוסקים סי' יג ס"ק צא דעת הרבה פוסקים הסוברים שאם גמלתו בטרם גירושין, ולא הערימה לגמלו כדי שתוכל להנשא, אינה זקוקה להמתין כ"ד חדש.

בנידון שלפנינו, אין לחוש להערמה.

ראשית, בין הדין הודיע לה עוד בטרם סודר הגט הראשון שתזדקק להמתין כ"ד חדש, וברור שגם לאחר שהתברר שיש ספק בכשרות הגט הראשון, האשה לא ידעה שאם יסודר גט נוסף לאחר שכבר תפסיק להניק, שלא תזדקק להמתנת כ"ד חדש. שהרי נידון כזה אינו שכיח כלל, והשאלה עצמה

המקרה הנידון

בני הזוג התגרשו בעת שהאשה היתה בהריון, לאחר שהאשה ראתה נחיצות רבה להתגרש בהקדם. הוסכם שיסודר הגט למרות שהובהר לה שעקב היותה מעוברת, יהא עליה להמתין כ"ד חדש מיום לידת הבן, בטרם תהיה רשאית להנשא מחדש.

בעת סידור הגט נאמרו על ידי הבעל דברים מסויימים שהיה בהם לבטל את הגט ונוצרו ספקות בכשרות הגט. בית הדין פסק שדינה ספק מגורשת (ספק גמור ואינו מפני חומרא בעלמא), ושאינה רשאית להנשא בלא שיסודר גט נוסף.

בתחילה הבעל סרב לסידור גט נוסף, והאשה העדיפה שלא לבקש שינקטו כנגדו אמצעים על מנת להביאו למתן הגט. ורק לאחר חצי שנה לאחר הלידה, הבעל נאות לתת גט. לאחר הגירושין השניים התברר שכבר עבר חודש מלא, מאז שהתינוק הפסיק לינוק. והוטל על בית הדין לפסוק, האם בנסיבות אלו עדיין עליה להמתין כ"ד חדש מיום הלידה.

גמלה את בנה בטרם התגרשה

במקרה הנוכחי שחלף חודש בלבד מעת שגמלתו, אין מקום לדיון זה לפי הסוברים שכל גרושה שגמלה את בנה,

ועיין להלן סי' כ', עכ"פ יש להקל מטעם אחר המבואר בשו"ת בית שלמה חלק אה"ע סי' כב.

הבית שלמה דן בנידון בעין נידון דידן שהגט הראשון שניתן בעת הנקתה היה בו חשש פסול ואחר כך לאחר שעברו ג' חדשים מזמן שנתנה הבן למינקת קבלה מבעלה גט שני כשר. וכתב הבית שלמה - "ולא מיבעיא אם היה הגט הראשון בטל מהתורה, אלא אפילו היה פסול רק מדרבנן, מ"מ כל שלא נתגרשה בגט כשר, אינו חל איסור מינקת חבירו, דהא בלא"ה אסורה על הכל משום איסור אשת איש דרבנן, ואחר שקבלה גט כשר מבעלה, כבר אינה מינקת חבירו שכבר פסק חלבה ... על כן אם הגט הראשון כשר מצד שורת הדין, אף אם לא יתירו האשה בגט הראשון ויצריכו שיתן לה המגרש גט אחר כשר מפני הלעו, עיין בתשובת הרמ"א סס"י צא, בכה"ג אין אני מצטרף להקל שתנשא אחר קבלת הגט השני תוך כ"ד חדש, שנקראת מינקת חבירו מקבלת הגט הראשון ... אבל אם הגט הראשון היה פסול מדרבנן מצד שורת הדין, ומכ"ש אם היה ספק בטל מהתורה, אם תקבל מבעלה גט כשר מחדש, הנני מצטרף להקל שתנשא לבעל השני אחר כלות ג' חדשים אחר קבלת הגט השני".

על כן מאחר שבנידון בפנינו, הגט הראשון לא הועיל להתירה לעלמא, ונשארה בספק מגורשת, הרי שעד למועד שניתן הגט השני, האשה עמדה באיסור ספק אשת איש ולא היה מקום שיחול עליה איסור מינקת חבירו, ולאחר שניתן הגט השני, כבר אינה בגדר מינקת חבירו.

וע"ע בשו"ת מהרש"ם ח"ו סי' קנג, שלא הסכים לסברא זו במקרה שהיתה מנועה מלהנשא מפני הספק, אך לבסוף התברר למפרע שכבר התגרשה כראוי בעת קבלת הגט הראשון. אך בנידון הבית שלמה, נראה שגם המהרש"ם היה מסכים לסברת הבית שלמה.

מסקנת הדברים בנידון זה - יש להתירה להנשא לעלמא לבר מכהן לאחר שלשה חדשי הבחנה, ובלא המתנה נוספת.

טעונה בירור, כפי שיבואר להלן, ומסתמא אשה זו שאינה תלמידה חכמה לא יכלה לשער שיתירו לה להנשא בלא המתנת כ"ד חדש, במידה שתגמול בטרם יסודר גט שני.

ועוד, שהרי בתחילה הבעל לא התרצה לתת גט נוסף, ועד לשעה שבה סודר גט שני, לא היה ברור שהגט אכן יסודר כנדרש, על כן קשה לומר שהיה בידה לכוון את הפסקת הנקה לתאריך מסויים. ועוד, שאילו היתה מתכוונת להערים ולגמול את הבן בטרם סדור הגט השני, ומתוך תקוה שהבעל יתרצה לתת גט נוסף, היתה עושה כן עוד קודם לכן, כשהזמנו בפעם הקודמת לבית הדין לסידור הגט. שהרי לא ידעה שבסופו של דבר באותו דיון הבעל יסרב לתת גט נוסף ויסרב לציית לדרישת בית הדין.

על כן השאלה העומדת בפנינו היא האם יש לקבוע את דינה בהתאם למעמדה בעת מתן הגט השני שהתיר אותה לעלמא, ואינה זקוקה להמתין כ"ד חדש, או שיש לחוש לדעת הפוסקים הסוברים שמעיקר הדין הגט הראשון התיירה לעלמא, וכבר נקבע דינה כמינקת חבירו באותו מועד, ולא יועיל מה שגמלתו לאחר זמן.

דין ספק מינקת

מאחר שלדעת רוב הפוסקים בספק מינקת לא גזרו, וכמו שיתבאר להלן סי' כ', יש להקל במקרה שבפנינו, שהאשה במעמד של ספק מגורשת. שהרי ספק אם התגרשה בעת מתן הגט הראשון, ודינה כמינקת חבירו, ספק מגורשת מיום הגירושיין השניים, ודינה כגרושה שגמלה בנה, ובנסיבות אלו אין להחמיר עליה מספק לאותן דעות שלא החמירו בספק מינקת.

אין חל איסור מינקת חבירו כשעדיין לא הותרה להנשא

גם אם ימצא מי שיחלוק על הסברא הנ"ל, וידון כאן דין ספקא לחומרא, מפני שידון איסור זה כדבר שיש לו מתירין,

סימן כ

גדרי הנאמנות הנחוצה לענין מינקת חבירו

כסלו תשנ"ג

שאמנם היה לה קשר עם אותו בחור, אך לא התקיימו ביניהם יחסי אישות.

למרות דבריה, אותו אדם המבקש להנשא לה נשאר בספקותיו עד שלבסוף נערכה בדיקת רקמות ותוצאת הבדיקה קבעה 92% סיכוי שהוא אכן האב. כתוצאה מבדיקה זו האב מוכן להצהיר על הכרת אבהות על הולד, והנ"ל מבקשים להנשא זה לזו.

השאלה העומדת לפנינו היא, האם יש לדון את האשה כספק מינקת חבירו. האם לאחר שהאיש הכיר באבהותו רק בעקבות הבדיקה, וגם תוצאות הבדיקה קובעות קביעה

פרטי המקרה

בבית הדין הופיעו גבר ואשה רווקים המבקשים להנשא זה לזו.

לאשה נולד בן שהוא כעת בן ט"ו חדש, לטענתה הבן הוא בנו של האדם שהופיע עמה, לאחר שחיו יחד תקופה ארוכה כזוג ובלא חו"ק. אותו אדם מודה לדבריה שחי עמה. לדבריו, בתחילה היה מסופק האם אכן הבן ממנו, מפני שהאשה היתה בקשר הדוק עם בחור אחר לרבות בתקופת תחילת ההריון, והתערור אצלו ספק באבהותו. האשה טענה

אחר והבעל עצמו מסופק אם ממנו היא מעוברת או מאחר, מ"מ כיון שכבר מסופק שמא ממנו נתעברה, שוב אף בספק בנו חייס וליכא חשש דחסה ולא חשש דלא יהיב לה ביצים וחלב".

הנודע ביהודה הוכיח כדבריו מהסוגיא הנ"ל ביבמות שבה התבארו הטעמים לדין הבחנה ולא כתבו שהטעם מחשש מינקת, אלא ודאי שבספק מינקת לא אסרו. הרי שהנודע ביהודה כיון מדעתו לדעת הרמב"ן הרשב"א והריטב"א (שיובאו להלן) בראיה להלכה זו מהסוגיא, וחזינן דעתו שבספק לא גזרו.

וכן מוכח מדברי הראשונים בסוגיא במסכת יבמות. הגמרא במסכת יבמות (דף מב.) דנה מדוע אלמנה וגרושה צריכות להמתין מלהנשא שלושה חדשים מלאים. וכתב הריטב"א - "וא"ת אמאי לא פריש מה"ט צריכה להמתין ג' חדשים שמא מעוברת וקיימא למניקה. וי"ל דדיינו לאיסור מטעם הנקה דלבסוף, מעוברת גמורה, ולא בספק מעוברת".

וכ"כ הרמב"ן, וז"ל - "וכיון דאסיקנא טעמא דמעוברת משום מניקה, הוה אפשר למימר טעמא בתוך שלושה משום מניקה, אלא חששא דחיקתא היא, וכולי האי לא גזרו בספק מעוברת". וכן כתב בחי' הרשב"א שם.

אמנם הנידון בראשונים הוא במקום שרק קיים חשש שמא היא מעוברת, ועדיף מהיכא שהספק הוא ספק גמור, אך מלשון הראשונים מדויק שבספק מינקת לא גזרו.

וע"ע בשו"ת מהרש"ם ח"ב סי' צב שהביא מדברי הרמב"ן שבכל ספק יש להקל. ובהשמטות שם הוסיף המהרש"ם, וז"ל - "ומ"ש בפנים בשם הרמב"ן דבכל ספק הוי ספקא דרבנן. הנה הרמב"ן והרשב"א הקשו בהא דדחיק הש"ס למצוא טעם לאיסור נישואין תוך ג"ח משום הבחנה דהול"ל משום ספק איסור מעוברת, ותירצו דמשום ספק מעוברת אין לחוש. אך לשיטת רמב"ם וסמ"ג דטעם איסור מעוברת משום דחסא י"ל דגם מספק אסור. אבל גבי מינקת, ובפרט בגמלתו דליכא אלא משום לא פלוג, בודאי הוי רק ספקא דרבנן, וכבר כתב בתה"ד והובא במג"א סי' תמ"ז סק"ה דאין להחמיר היכי דאסור רק משום לא פלוג כמו באיסור עצמו".

אמנם בשו"ת ושב הכהן (סי' לה) לא ראה דברי הראשונים הנוכחים לעיל וכתב בפשיטות שיש להחמיר בספק מינקת. בתשובת ושב הכהן נשאל במקרה שבו שניהם הודו שהולד ממנו, אך מאחר שהאשה היתה דיימא מעלמא התעורר ספק שמא התעברה מאחר. וכתב - "לא דמי איסור זה דמינקת חבירו לשאר איסורי דרבנן, כיון דספק נפשות הוא, ולכן החמירו חז"ל הרבה בזה יותר משאר איסורי דרבנן, וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל נג סי' ג' שמאד החמירו חכמים בזה". והוסיף שאם אינו ודאי בנו, חיישינן דלא ימסמס ליה בביצים.

כאמור, בראשונים ובתשובת הנודע ביהודה מבואר להיפך. וכ"כ בספר שו"ת רמ"ץ ובספר מלבושי יו"ט המובאים באוצר הפוסקים סי' יג ס"ק עג אות ו'.

שהיא רק בגדר רוב ולא בגדר ודאי. ובנוסף יש לברר האם דין ספק מינקת כדין ודאי מינקת. למעשה בפנינו שלש שאלות

א. האם הכרת אבהות המבוססת על תוצאה של בדיקת רקמות במתכונת המתוארת, נחשבת כהכרת אבהות ברורה, כשהנ"מ היא לענין היתר נישואין למינקת.

ב. את"ל שהטוען נידון כטוען טענת ספק, יש לברר מה דינה של ספק מינקת חבירו. כגון מצב מסופק, דוגמת אשה שהיא דיימא מיניה ודיימא מעלמא. יש לדון בשאלה זו גם כששניהם מודים שהבן ממנו, אך למרות ששניהם טוענים טענת ברי, עכ"פ אנו עדיין מסופקים מכיון שידוע שהיא דיימא מעלמא.

ג. האם עפ"י דין, האשה נאמנת באיסור מינקת חבירו לומר שהולד מיניה, כגון כשהבועל טוען שאינו יודע אם הוא האב, אך עכ"פ הוא רוצה להנשא לה.

דין ספק מינקת

דין ספק מינקת התבאר בתשובת הנודע ביהודה. הנודע ביהודה מהדורה תניינא חלק אה"ע סי' לח (הובא בפת"ש אה"ע סי' יג ס"ק יח) חידש שלא אסרו אלא מינקת שהתעברה מישראל, אך לא במי שנולד לה בן מנכרי. ובעקבות חידוש זה כתב הנודע ביהודה - "ואחר שעלה בידינו חידוש דין זה, שמי שהיא מעוברת ומניקה בונת זונתה עם מי שאינו בכלל קידושין היא מותרת להנשא, נדבר עוד אם ספק לנו ממי נתעברה אם מישראל אם מכותי. ונלע"ד דבמקום שאין ליהודים רחוב בפני עצמן, ורוב המקום ההוא אינם יהודים, פשיטא דאזלינן בתר רובא להיתרא. דאפילו אם נישחש שמא אזלא אידיה לגבייהו והוה קבוע וכל קבוע כמחצה דמי אכתי ספיקא הוא, וכיון דאיסור זה של מעוברת ומינקת חבירו הוא איסור דרבנן אזלינן בספיקא לקולא ... ואמנם לכאורה איכא למימר דכאן לא אמרינן ספק דרבנן לקולא כיון שאחר כ"ד חודש היא מותרת, הוה דשיל"מ דאפילו דרבנן ספיקו אסור. אך לפי מה שבארנו בחידושינו בפסחים דף נ"ג ע"ב ... דהא דשיל"מ לא בטיל, היינו לענין אכילה דהטעם הוא עד שיאכלנו באיסור ע"י ביטול ימתין עד מחר ויאכלנו בהיתר, והיינו לענין אכילה שממנה נפשך מה שיאכל היום לא יאכל למחר, א"כ אכילה זו שרוצה לאכול היום באיסור יוכל לאכול למחר בהיתר, ולכן אינו בטל. אבל לענין טלטול לאיזה צורך, לא שייך דשיל"מ שהרי יוכל לטלטלו היום וגם למחר, ע"ש בחידושינו. וא"כ לענין בעילת אשה לא שייך יש לו מתירין, שהרי כשישאנה יוכל לבעול תיכף וגם לאחר זמן, וא"כ בעילה זו אין לה מתירין. וכי היכי דאמרינן לענין ביטול, ה"נ אמרינן לענין ספק שג"כ הטעם שספיקו אסור שעד שיאכלנו היום בספק ימתין עד למחר ויאכלנו בהיתר ודאי, וזה ג"כ לא שייך לענין בעילת אשה".

ובתשובה אחרת של הנודע ביהודה, במהדורא קמא חלק אה"ע סי' כג, כתב - "אפילו ידעינן בודאי שזינתה גם עם

יע"ש. א"כ מכ"ש הכא במינקת דהו"ל כמסיג גבול עולם ובא בשדי יתומים, ויתומים לאו דוקא, ה"ה גרושה וזונה" ולפי דרכם של הבית מאיר והחת"ס, גם בספק מינקת אין מקום להקל, ואינו כדין ספיקא דרבנן לקולא.

אלא שהחת"ס בתשובה אחרת (שם סי' לב) כתב - "גם מ"ש מעלתו בזה ע"א נאמן באיסורים וכל מה שכתבו רבותינו האחרונים בזה בענין ספק איסור דרבנן לקולא וכל כיוצא בזה, הנה גוף הענין איננו איסורא אלא יורד למערופיא של קטן הזה ופוסק לחיותי, ודיני ממונות קרוב לדיני נפשות אביונים נקיים הוא, ובירושלמי אמרינן על זה ובשדי יתומים אל תבוא וקבע קובעיהם נפש אך יש שישכרו מינקת או שהבעל רוצה להשליש סך מה להספקת הילד, ומ"מ אנו אוסרים משום לא פלוג רבנן. כל כה"ג ליכא להאי ינוקא תביעת מערופיא רק משום איסורא דרבנן, בהא יש מקום לספיקא דרבנן ולחוקת היתר ולע"א נאמן באיסורים. אבל בלא"ה לא אסמוך על סברת רבותינו האחרונים הנ"ל בזה".

ולפי זה, גם אליבא דהחתם סופר יש להקל בספק מינקת, במקום שהתינוק כבר אינו יונק, וגדר האיסור נותר רק משום לא פלוג.

נאמנות האשה כשהבועל טוען שהוא מסופק

אף אילו היינו מחמירים בספק מינקת, יש לדון במקום שאין בפנינו עדות של הבועל, כגון שהוא אינו יודע, האם המינקת עצמה נאמנת בטענתה שהבועל הוא אבי הבן, לענין להתירה להנשא לו.

ומצינו דעת כמה אחרונים שכתבו שהאשה נאמנת. כמה אחרונים דנו האם מינקת שהתעברה מנכרי צריכה להמתין כ"ד חדש, עיין פת"ש סי' יג ס"ק יח. ומצינו שהמקילים כשהאב נכרי טוברים שהאשה נאמנת לומר שהתעברה מנכרי.

הנודע ביהודה מה"ת אה"ע סי' לח (הנזכר לעיל) כתב - "אם היא אומרת מכותי נתעברתי כיון שאין כאן אלא איסור דרבנן היא נאמנת כמבואר בב"ש סי' ד' ס"ק לט דבאיסור דרבנן נאמנת להכשיר ולא לפסול".

וכ"כ בשו"ת תורת חסד חלק אה"ע סי' ג' סק"ה ח"ל - "אמנם בני"ד שהיתה יושבת בחצר של עכו"ם וגם היא בעצמה אומרת שהולד מעכו"ם וקיי"ל דנאמנת לומר מעכו"ם התעברתי להכשיר הולד ממזורות דאורייתא כדאיתא בשו"ע אה"ע סי' ד' סכ"ט, וא"כ בודאי יש להאמינה לענין איסור מינקת חבירו דמדרבנן".

וכן נראה בדעת הזכר יצחק סי' כד, עי"ש. מבואר בדעתם שהאם נאמנת להסיר מעליה איסור מינקת חבירו ולהתיר עצמה להנשא כשטוענת טענת ברי.

והנה הב"ש סי' יג סק"ו וס"ק כג התיר להנשא כששניהם מודים שהולד ממנו. ולפי המבואר בדברינו, לדעת האחרונים הנזכרים לעיל, מעיקר הדין היה די באמירת האשה, אלא שאם הבועל יכחישה, היא תאסר עליו מפני שבהכחשתו הוא שויא

וע"ע בספר זכר יצחק סי' כד שכתב בדעת הירושלמי שהטעם שגזרו שלשה חדשי הבחנה הוא מחשש שמא ישא מעוברת חבירו. וכתב שלכאורה מוכח משיטת הירושלמי שגזרו אף בספק מעוברת או בספק מינקת. הזכר יצחק דחה שאין ראייה מהירושלמי, דלירושלמי החמירו רק בספק העומד להתברר, אבל בספק שאינו עומד להתברר, הקילו בו ככל שאר ספיקא דרבנן לקולא.

יתרה מזו מצינו בשו"ת ברית אברהם חלק אה"ע סי' כ' סק"ב שכתב להקל, להלכה ולא למעשה, בספק אם העובר ממנו, אף בספק שיש רוב לאסור ורק מיעוט להקל, כגון כשיש רוב בעילות מאחר. וז"ל הברית אברהם - "ועפ"י זה העליתי מכבר בתשובה ע"ד שאלתו במשרתת אחת מעוברת שהיתה דימא מבעה"ב שלה והודית שזינה עמה, ובכל משך הזמן שהיתה אצלו נבעלה לו כמה פעמים, ואחרי זה הודה נער אחד שרצה לישאנה שגם הוא בעל אותה פעם אחת, והשבתי דאפשר לומר סברא אחת להתיר להנשא לו, אף שרוב בעילותיה מבעה"ב שלה, מ"מ כיון דאיהו בא עליה, חס עליה מצד ספק בנו, דהא גם בהבחנה רוב נשים לתשעה ילדן כדאיתא דף לו. ועיין תוס' שם ד"ה רוב, ולא אמרינן דהשני לא ימסמס משום דיסמוך על הרוב דהוא מן הראשון, וע"כ דלענין מסמוס גם משום צד מיעוטא דהוא בנו ימסמס ליה. ובאמת למעשה לא סמכתי על זה לחוד".

וע"ע מש"כ בזה בפד"ר כרך ד' עמ' 63.

העולה מדברינו, בנדון דידן מאחר שגם לולי דברי הבועל לכל היותר יש כאן רק ספק מינקת, אין לאסרה להנשא לו, מה עוד שהבדיקה שנעשתה מוכיחה שיש הוכחה של רוב שהוא אכן אביו.

בעיקר הסברא שהבאנו לדון ספק מינקת כספקא דרבנן לקולא, ידועים דברי הבית מאיר והחתם סופר שכתבו גדר אחר בהלכה זו של מינקת. וז"ל החתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' לג - "מדברי הירושלמי ואסמכתא דילי' זכיננו לעמוד על עיקר טעמא של חז"ל במינקת חבירו. לא כמו שנתלו גדולים ז"ל לחלק בין היכי שהאשה משעבדא להניק. אלא עיקר טעמא דקרא משום שמסיג גבול עניים, היינו שמקפח פרנסת הילד הזה, והו"ל יורד לתוך אומנות חבירו. וסברא זו כתבתי זה יותר מי"ד שנים ותל"ית זכני הי"ת וכוונתי לדעת גדול המורים הוא הגאון בית מאיר בתשובת צלעות הבית סי' ד'. אע"ג די"ל מ"מ כיון שאין לנו לכוף אותה להניק ממילא אין להיונק שום מערופיא כי מי יאמר להאם מה תעשה ולא תניקוהו כלל נמצא הנושא אותה איננו יורד לאומנות חבירו. זה אינו כיון דעכ"פ סתם אמא מרחמא על ברא, וסתמא תיניקוהו, ה"ל האב כיוור לתוך אומנתו. והרמב"ן ר"פ משפטים כתב שמשום כן חייבה התורה את האדון לפרנס אשתו ובניו של העבד עברי משום שדרכו של בעל ואב לזון אשתו ובניו, אע"פ שאינו מחוייב מן התורה, מ"מ כיון שכן מנהגו של עולם ועכשיו שנמכר האב לעבד עברי ימותו ברעב, ע"כ חסה התורה עליהם והטילו מזונותיהם על האדון

פנויה שילדה ואמרה שהבן מפלוני ממזר דפסק הרמב"ם "אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הולד ספק ממזר", והוסיף המ"מ - "שהרי הוא עצמו אינו יכול לידע, דשמה זינתה עם אחרים והוא לא ידע ואין זה אב שיהא לו היכר, וחשש זה נזכר בגמרא בכיוצא בזה".

וכן מבואר בדברי הרא"ש בתשובה כלל פב סי' א'. הרא"ש דן בעובדא שפנויה דרה בביתו של אדם בלא חו"ק וכשילדה בן אמר שהוא בנו, וכתב הרא"ש שאין לדונו כבנו עפ"י דבריו. וז"ל הרא"ש - "בנידון זה אפילו במיגו לא מהימן דאיהו גופיה לא ידע בודאי, דשמה גם אחר בא עליה, אלא דאמר בדדמי ... אנן סהדי דאיהו לא ידע בודאי שהוא בנה שהרי לא הייתה חברשה עמו בבית האסורין משעת ביאה ועד שילדה, ולא דמי לאשת איש דאמרינן רוב בעילות אחר הבעל, אבל בביאת זנות איכא למימר כמו שהוא בא עליה בזנות גם אחרים באו עליה, אבל בדדמי אמר שהוא בנו מספק כי אי אפשר לו לידע בודאי, הלכך אין כאן מיגו דהו"ל מיגו במקום עדים דאנן סהדי שאינו יודע האמת", עכ"ל הרא"ש. (בסיום דבריו הרא"ש פסק לדונו כבנו לא מכח דבריו אלא מפני שדרה בביתו והיתה דיימא מיניה ולא דיימא מעלמא).

וכן דעת הרע"א המובא בפתחי תשובה סי' ד' ס"ק כט שאם יש ספק שמה זינתה עם אחר אינו נאמן מדין יכיר. העולה מדברינו, שלענין איסור מינקת חבירו, אין צורך שיהא הבעל נאמן בטענתו נאמנות גמורה ליחס הולד אחריו, כגון נאמנות מדין יכיר. אלא בכל גווני שטוען טענת ברי שהולד ממנו נאמן, ולכן אף אם יטען טענת ברי מכח הסתמכות על בדיקת רקמות שאינה מבררת בירור מוחלט אלא רק בירור שהוא בגדר הוכחה של רוב, די בכך.

מסקנת הדברים

בנידון שלפנינו יש שלשה יסודות להיתר -
 א. אין כאן ודאי מינקת חבירו אלא ספק, ולא ספק השקול אלא ספק שיש בו רוב להיתר.
 ב. לדעת כמה אחרונים האשה נאמנת לומר שהולד ממנו, וניתן להתירה על פי דבריה כל עוד הבעל אינו מכחישה ואינו אוסרה עליו בשויה אנפשיה חד"א.
 ג. טענת ברי של הבעל מועילה אף כשהיא מבוססת על בדיקת הרקמות, ובלא הכרה ברורה מצד עצמו.

אנפשיה חד"א, וכמבואר בפת"ש ס"ק יח. אבל במקום שאין לאסור מדין שויה אנפשיה חד"א, כגון שהלה אומר איני יודע, די בטענת ברי של האשה להתירה להנשא לו. וע"ע באבני נזר אה"ע סי' נה ובשו"ת מהר"ם שיק אה"ע סי' כו.

אלא שמדברי תשובת ושב הכהן סי' לה (שהובאה לעיל) עולה שהאשה אינה נאמנת, שהרי החמיר במקרה ששניהם מודים בכה"ג שהאשה היתה דימא מעלמא. וכן עולה מדעת כמה אחרונים שהחמירו בכל גוני כששניהם מודים והובאה דעתם באוצר הפוסקים סי' יג סק"פ, אלא שלמעשה סוגיא דעלמא דלא כוותיהו.

הכרת אבהות המסתמכת על בדיקת רקמות

יש לדון, שאם נאמר בביאור דעת הב"ש שהזוכר לעיל, שקיים הכרח גם בטענת ברי של הבעל על מנת להתירה לו, ואין די בטענת ודאי של האשה. מה הדין לאחר שנערכה בדיקת רקמות שהביאה לתוצאה של רוב שהוא האב, אך אין בירור מוחלט, האם הבעל נאמן לישאנה אף שבתחילה היה מסופק ולבסוף טוען טענת ברי המבוססת על בדיקת הרקמות בלבד.

נראה להוכיח שיש להאמינו בטענת ברי בעלמא, אף שבכל מקרה אין לטענה זו בירור מוחלט בלבד, שהרי אינו יכול לטעון שלא זוהו ידו מתוך ידה.

הב"ש הנזכר בסי' יג ס"ק כג כתב - "אם הוא והיא מודים שזינתה עמו וממנו נתעברה תו אין חוששין שמה זינתה עם אחר". והדין כבר מפורש בשו"ע שם סעיף ג'. השו"ע פסק להלכה את תשובת הרא"ש, שכתב בעובדא של "ראובן בא על נערה אחת והתעברה והודו שניהם שממנו נתעברה". ומבואר בתשובת הרא"ש שהיא מותרת להנשא לו בלא המתנת כ"ד חדש מהלידה. וכל זאת למרות שדעת כמה מהראשונים והרא"ש בכללם (שיובאו דבריהם להלן) שבפנוי הבא על פנויה אין טענתו נחשבת טענת ודאי ואינו נאמן מכח ההלכה של "יכיר", דהיינו אף שדברי הבעל אינם כאמירת ודאי, אלא נאמרו כהשערה המבוססת על אומדן דעת, שהולד ממנו, די בכך. וממילא אין נ"מ אם השערותו מבוססת על כך שסומך על דבריה, או שסומך על הבדיקה. ומה שכתבנו בדפנוי הבא על הפנויה ליכא דין יכיר כן מבואר במגיד משנה בהלכות איסור"ב פט"ו הי"ב שכתב גבי

סימן כא

היתר עגונה שבעלה טבע בכנרת ולא נמצא

כו אייר תשס"ו

וספרה את הידוע לה ולאחר מכן בית הדין קבל ממשטרת ישראל - תחנת טבריה, עותק מתיק החקירה בעניין זה. וכן התקבלה עדות ממפקד תחנת המשטרה בטבריה, שחקרה את האירוע, ובעדותו מסר לבית הדין את המידע המצוי

המקרה הנידון

בפנינו בקשת אשה עגונה, לביורר מעמדה לאחר שבעלה נעלם בכנרת ולא שב לביתו. האשה הופיעה בבית הדין

בסביבות השעה 7:30 בבוקר ונשבה במשך 42 שעות. עוצמת הרוח היתה 40 ק"מ לשעה עם מכות רוח של עד 70 ק"מ לשעה.

לפי הערכת העד שמסר דיווח זה, באזור טביעת הסירה, גובה הגלים הגיע ל-2.5 מטר. היו אלו גלים חזקים עם קצף הנשברים גל על גל וגורמים להרס רב וקיים קושי להתמודד איתם, ובוודאי בסירה נמוכה, כבמקרה דנן.

לאחר כשנה וחצי התקבל אישור לביצוע החיפושים בעומק המים, ולאחר מספר ימי חיפוש נמצא הדייג השני במרחק של 650 מטר ממקום טביעת הסירה לכיוון החוף, אך בעלה של העגונה הנ"ל לא נמצא, למרות חיפושים נרחבים שנעשו.

נוסיף ונציין כי לפי עדותו של קצין משטרה מפקד תחנת המשטרה בטבריה, כעת לאחר שהסתיימה החקירה המקיפה בנושא, אין כל מידע הנותן מקום לחשד כלשהוא שהבעל יצא חי מהאירוע ושהוא נמצא במקום אחר.

מהעדויות שבידינו עולה שהבעל יצא בתוך סירת דייג קטנה, שאין בה גג להגנה מגשם וכדומה. בעת שהסירה שהתה במרחק מהחוף החלה רוח חזקה מאוד ומוג האויר הפך להיות סוער מאוד. במצב כזה השחיה בים לחוף קשה ביותר, מה עוד שהמים היו קרים מאוד כפי שבדרך כלל מצוי בסוף החורף, חום המים שנרשם באותו יום היה 16-17 מעלות, אך בצירוף הרוח החזקה שנשבה במקום, הרי שהאדם השוחה במים וברוח כזו, חש קור של כשבע מעלות, קור המכביד מאוד על האדם השוחה במים.

בנוסף ידוע שלבעל היתה מגבלה בידו, עקב טיפול לקוי בצעירותו, ליקוי שמנע ממנו לפתוח את ידו בצורה מלאה וידו נשארה בקביעות מכופפת (תשעים מעלות) בלא יכולת לפשוט את ידו לגמרי, דבר המגביל את יכולת השחיה למרחק גם בתנאי מזג אויר ימים סבירים.

כאמור, הסירה נמצאה בקרקעית הכנרת במרחק של 3.15 ק"מ או 2.5 ק"מ מהחוף, והדייג השני נמצא במרחק של 650 מטר מאותו מקום, ומסתבר שבאותו איזור ארעה הטביעה, של הסירה, דבר שחייב את הדייג הנעדר לשחות לחוף מרחק רב בתנאים הנ"ל.

מצירוף כל הנתונים שבידנו אנו מגיעים למסקנה כי הסיכוי של הבעל להינצל בשחיה לחוף למרחק גדול של כ-2.5 ק"מ או 3.15 ק"מ, ובמגבלות המפורטות, היה קטן מאוד. מה עוד שהסירה היתה פתוחה ללא גג, וסביר להניח שעוד קודם לאירוע, שני הדייגים סבלו מפגעי מזג האויר, והיו לאחר לילה של עבודה וללא שינה, וכן התגלו ממצאים נוספים המביאים למסקנה שהדייגים היו חלשים בגופם בעת האירוע הנ"ל (ואין כאן המקום לפרטם) וגם אם ניסו להימלט בשחיה הרי שללא ספק שהם החלו את השחיה במצב התחלתי קשה.

מספר שעות לאחר המועד המשווער לטביעת הסירה, החלו חיפושים נרחבים באזור, בים ובחוף, ולא נמצא דבר.

כידו, וכן התקבלו עדויות דייגים ששהו בכנרת באותה שעה. מתוך הבירור שנערך עולה כדלהלן -

ביום יג אדר ב' תשס"ג בערב, הבעל יצא עם חבר נוסף, בחור רווק, שניהם תושבי טבריה לדוג בסירת דייגים בכנרת, על מנת להביא פרנסה לביתו. התכנית היתה לשוב בשעות הבוקר.

למחרת בבוקר בשעה 6:25 הסירה נבדקה בדיקת רישיונות ע"י סירת משטרה, וגם לאחר מכן ראה אותם אדם נוסף, והנ"ל נראו בריאים ושלמים בסירה.

דייג אחד העיד על הידוע לו, וכדלהלן - "כלי השייט של הדייגים הנעדרים נראה בפעם האחרונה בשעה 7:45 בבקר. אני ראיתי את כלי השייט במו עיני בשעה 7:45 בבקר בזמן שהם מרימים רשת מהמים ... באותו יום בסביבות השעה 10:00 בבקר שהים כבר היה רוגש הגיעו אלי ממשטרת טבריה ושאלו לגבי הסירה ... נרתמתי לחיפושים, היה קשה מאד להגיע לנקודה גם עם הספינה הגדולה שלי, וזאת בגלל הגלים הגבוהים והחזקים שהרוח הרימה בצפון הכנרת. הרוח ניידה אותי כמו "קליפת אגוז".

באותו יום (י"ד אדר) בשעה 14:10 התקבלה במשטרה הודעה מדייג אחר כי שני הדייגים שיצאו לדייג בסירה טרם חזרו למעגן הדייג.

בעקבות הודעה זו יצאה ספינה לסריקות בצפון הכנרת ללא מקום מדוייק לחיפוש. מצב הים היה - ראות לקויה רוח דרום מערבית כשלושים קשר, ים גלי מאד.

לאחר מכן הופעלו שני כלי שייט נוספים. במהלך הלילה, הסריקות נמשכו על ידי שתי ספינות משטרה וסירת דייג אזרחית וכן בוצעו סריקות בחופים על ידי ארבע ניידות משטרה.

למחרת ביום טו אדר ב' בוצעו סריקות על ידי שתי ספינות משטרה ושלש סירות אזרחיות. באותו יום התקבל אישור לסריקות מהאויר והן בוצעו על ידי מסוקי "עטלף" צבאיים ומסוק משטרה.

במתכונת זו נערכו חיפושים גם ביום שלמחרת. כעבור ארבעה ימים ממועד היעלמות הסירה, ביום יז אדר ב' בשעה 9:20, הסירה נמצאה בקרקעית אגם הכנרת בעומק 34 מטר. הסירה נמשתה מהמים עם ציוד אישי וציוד דייג רב, אך ללא הגופות. הציוד זוהה כשייך לדייגים הנעדרים.

בשאלת מרחק מקום מציאת הסירה מהחוף, בפנינו שתי חוות דעת. אחת קובעת שהסירה נמצאה במרחק 3.150 ק"מ מהחוף והשניה קובעת שהסירה נמצאה במרחק של כ-2.5 ק"מ מחוף כפר נחום.

לאחר מכן בוצעו סריקות צוללנים באזור מציאת הסירה, ובמשך ימים נוספים לאחר מכן בוצעו סריקות בים אך ללא תוצאות.

לפי העדות שבפנינו, עוצמת הרוח בשעת הטביעה היתה כדלהלן - נשבה רוח דרום מערבית שהחלה באופן פתאומי

משמע שספינה שאבדה, היינו שטבעה, וכן מפורש ברשב"ם עמ"ס ב"ב דף קנג: ד"ה השתא.

לעומת זאת, בפירוש המשניות לרמב"ם כתב - "ספינה המטרפת, היא שסער עליה הים להטביעה ולא יכלו המלחים להנהיגה כרצונם מחמת חוזק הסער אבל מכשיריה קיימין. וספינה שאבדה בים היא שנשברו מכשיריה ואבדו, ונשארה הספינה על פני המים מסורה למהלך המים, ולא נשאר עוגן ולא משוטות כדי לכוונה בהן, וכל זה דברים נכונים".

וכן המאירי במסכת גיטין, פרש את המשנה עפ"י דרכו של הרמב"ם בפיהמ"ש.

בספר פני יהושע עמ"ס גיטין (שם) כתב שנחלקו רש"י והרמב"ם בפירוש "ספינה שאבדה", ורש"י חולק על הרמב"ם בפיהמ"ש.

וז"ל הפני יהושע - "במשנה שלשה דברים אמר רבי אליעזר בן פרטא כו' ועל ספינה המטרפת בים. ופירש"י ועדיין לא טבעה עכ"ל. משמע מזה דסיפא ספינה שאבדה בים היינו שטבעה ממש בים ... אבל הרמב"ם ז"ל בפירוש המשנה ובחיבורו כתב דסיפא דספינה שאבדה היינו שנשברו הכלים והמנהיגים ונשארה הספינה על פני המים, ומשמע מדבריו גם כן דבטבעה מותרת לאכול בת ישראל לכהן, דבחזקת מת הוא. ודוקא לענין איסור אשת איש החמירו לכתחילה, וצ"ע".

ובשו"ת רדב"ז ח"ד סי' רעג הובא בשו"ת רבי בצלאל אשכנזי סי' כ', הביא את דברי הרמב"ם בפיהמ"ש, והוסיף - "מצאתי בפירוש גטין אחשוב שהוא ר"ח או אחד מהגדולים וז"ל וספינה שאבדה בים שנשתברו כליה המוליכין אותה והעוזרים לה ע"כ".

אך מסקנת הרדב"ז לבאר דברי הרמב"ם בדרך שאינו חולק על רש"י. וז"ל - "אין אני מסכים לעולם לחדש מחלוקת מדעתי, כיון שלא נמצא מפורש שיאמר הרמב"ם ז"ל שאם ראו שנשברה הספינה דהוי ספיקא דרבנן ואין נותנין עליו חומרי חיים, דהוה ליה לפרש בפרק ששי דגירושין כשכתב המשנה וספינה שאבדה בים וכו' במה דברים אמורים שאבדו כליה ומשוטיה אבל נשברה הספינה בעצמה לא. לפיכך אני אומר דבין שהעידו שאבדה הספינה או נשברה או נטבעה ולא נפלו לים בכולהו נותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים, דהוי ספיקא דאורייתא. ומה דכתב הרב בפ"י המשנה ונשארה הספינה על פני המים להנהגת המים, לאו למידק מינה שאם נשברה אין נותנין עליו חומרי חיים, אלא לאשמועינן דאפילו בכה"ג שהספינה שלימה שלא נשברה אלא כליה ומשוטיה, נותנין עליו חומרי מתים ואינם בחזקת חיים לכל דבריהם. וחלוק זה נעלם מעיני אחרים, ועשו מחלוקת בין החכמים ואני עשיתי שלום ביניהם. הילכך לא נפיק מידי ספיקא דאורייתא עד שיעיד שנפל לתוך המים ושהה שם כדי יציאת נשמה כדברי הרשב"א ז"ל. והוא הדין אם העיד שנשקעה כל הספינה בלב ים, ושהה שם, ולא יצא אחד מהם".

מלבד זאת יצויין כי הבעל חי בשלום עם אשתו ואין מקום להניח שהיה בכוונתו לברוח עקב בעיה של חובות או בעיה אחרת. הבעל השאיר אשה ושני ילדים קטנים ויצא לדייג כדי לפרנסם, ואין כל אחיזה להשערה שהבעל בקש לברוח בלא להשאיר זכר.

אין ריעותא בעובדה שנמצא רק חבירו שהיה עמו בסירה ושהוא לא נמצא. וזאת משני טעמים. ראשית, עקב טיב החיפוש במעמקי הים, החיפושים כיסו שטח מצומצם מאד בקרקעית הכינרת, ואין ספק כי שטח רחב מאד באזור המשוער לטביעתו, לא נבדק. מלבד זאת, לדברי קצין המשטרה שהעיד בביה"ד, אשת הנעדר סיפרה כי בעלה היה בדעה שאם הוא יאלץ לשחות במים במצב חירום, יהיה עליו לפשוט את כל בגדיו על מנת שלא יכבידו עליו, ובנסיבות אלו לאחר שטבע בלא בגדיו, הגופה הטבועה נאכלת מהר ונשארים שרידי עצמות בלבד. לעומת הדייג השני שנמצא בשלימות יחסית, מאחר שכפי שנוכחנו מהממצאים שהתקבלו לאחר מציאת גופתו, שהלה לא פשט את בגדיו, הבגדים הגנו על הגוף מריקבון במעמקי המים, ולכן מלכתחילה היה סיכוי טוב למצוא את גופתו.

עד כאן סיכום המידע המצוי בידינו.

בפני בית הדין בקשת האשה להתירה מעגינותה, ומוטל עלינו לברר הלכה זו עד מקום שידינו מגעת.

הדברים להלן מחולקים לשנים. ראשית, נוכיח בעז"ה כי במקרה דנן האשה יצאה מחזקת אשת איש דאורייתא. ולאחר מכן נבסס את היסודות בהלכה להתירה להנשא לכתחילה.

להלן כמה טעמים להוציאה מחזקת אשת איש דאורייתא, אמנם בכל אחד מהטעמים נחלקו הפוסקים, אך בצירוף הטעמים יחד יש מקום להסיק כן.

א. ספינה שטבעה, והיה ידוע שהבעל אמור להיות בה, אך אין עדות על טביעתו של הבעל

לדעת מקצת מרבתינו הראשונים, במקרה שידוע שהבעל היה אמור להיות בספינה, וכן ידוע שהספינה טבעה, מדין תורה אזלינן בתר רובא, ונידון כמי שמת, אך מדרבנן אסורה להנשא כדין טבע במים שאל"ס דלכתחילה לא אזלינן בתר רובא.

במשנה במסכת גיטין דף כח: - "שלשה דברים אמר ר' אלעזר בן פרטא לפני חכמים וקיימו את דבריו, על עיר שהקיפה כרקום, ועל הספינה המיטרפת בים, ועל היוצא לידון, שהן בחזקת קיימין. אבל עיר שכבשה כרקום, וספינה שאבדה בים, והיוצא ליהרג, נותנין עליהן חומרי חיים וחומרי מתים, בת ישראל לכהן ובת כהן לישראל לא תאכל בתרומה".

מבואר במשנה, שלאחר שהספינה "אבדה בים", יש לתת עליהן "חומרי חיים וחומרי מתים".

בהגדרת המציאות של "ספינה המיטרפת בים" לעומת "ספינה שאבדה בים", מצאנו שתי דעות. מרש"י במשנה

דנותנים עליו חומרי חיים וממילא הוה ידעינן דספינה שנשברו כליה דנותנים עליו חומרי חיים. וא"ת דבספינה הפוכה אינו חידוש כל כך דנותנים עליו חומרי חיים משום דאיכא למיחש שמא קודם שנהפכה הספינה הפילו הם עצמם כדי לשוט, א"כ התם נמי בספינה שנשברו כליה איתא להך חששא. דנהי שנשברו כליה, מ"מ אכתי אפשר דהפילו הם עצמם לים כדי לשוט. ומדנקטו ספינה שנשברו כליה, שעדיין האנשים עומדים בתוכה, משמע דוקא בכה"ג דהספינה עומדת בים כשאר הספינות עם האנשים בתוכה, אלא שנשברו כליה, משום הכי הוא דאמרינן דנותנין עליו חומרי חיים. אבל כשמצאו הספינה ריקנית והפוכה ופיה למטה, משמע דהם בחזקת מתים מן התורה לדעת הרמב"ם דלא בעינן שישהא שם שיעור שתצא נפשו ... והגם שידענו שיד הדוחה נטויה לדחות ולומר דלא דמי נ"ד לספינה שנשברה, דהתם עכ"פ היו העדים רואים שם באותה שעה שנשברה הספינה, משא"כ בגוונא דאנן קיימין שבאותה שעה שנהפך הקאיק לא נמצא שם אדם שיעיד שראה שנהפך הקאיק. מ"מ נראה דמלבד דהדקדוק שדקדקנו מסיפא דמתניתין הוי דיוק גמור לענ"ד מדנקט ספינה שנשברה דנותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים ולא נקט בנמצאה הספינה הפוכה דהוי רבותא טפי ... בנ"ד דנמצאה הספינה הפוכה הוי דומה בדומה לספינה שנשברה, שהרי מה שאנו אומרים דבספינה שנשברה דהם בחזקת מתים, היינו משום דחשיב כאילו ראו שנטבעו גם האנשים שבתוכו, היינו בהנחה מונחת שהיו באותה שעה גם האנשים בתוכה, דאל"כ אין כאן עידי טביעה על האנשים אלא על הספינה לבד. אלא ודאי דטעמא הוי משום דאמרינן מסתמא שם נמצאו ושם הוי ומשום הכי הוא דאמרינן דחשיב כאילו ראו הטביעה. וא"כ אף אנו נאמר ג"כ בנ"ד, דמסתמא הוי השלשה אנשים אלו בתוך הקאיק בשעה שנהפך הקאיק, וכיון דעתה אנו רואים הקאיק הפוך פיו למטה, הוי כאילו ראו עדים בשעה שנהפך הקאיק. ואין ספק דאם היו שם רואים בשעה שנהפך הקאיק, הגם דלא ראו אם היו האנשים בתוכו באותה שעה הוי יוצאות העגונות הללו מאיסור תורה לדעת הרמב"ם ודעימיה ... אמרינן דמסתמא הוי שם באותה שעה שנהפך, כמו דאמרינן בספינה שנשברה, וגם מה שאנו רואים עתה הקאיק הפוך חשיב כאילו ראו עדים בשעה שנהפך, דהתם ודאי הוי יוצאות מאיסורא דאורייתא לדעות הללו, אף דלא ראו שהיו היהודים שם בקאיק באותה שעה, עכ"ל.

למרות דבריו אלו, הרי שלמעשה רבי חננאל חיים הכהן חסיד ז"ל חשש להורות להקל בספינה שנמצאה הפוכה, ובסוף דבריו כתב - "אמנם לא מלאני לבי ליחס סברא זאת אפילו בדעת הרמב"ם ור"ח המקילין טפי בטביעה לבד, בלא שהיה. אחר שלא ראיתי לשום אחד מהפוסקים ראשונים ואחרונים שדברו בנידון זה, ולא אישתמיט שום אחד מהפוסקים לאשמועינן חידוש כזה, דבנמצאה ספינה הפוכה

וכן מהרח"ש בספר תורת חיים חלק ד' קונטרס עיגונא דאיתתא כתב - "יראה לי דאית לן לומר דאפושי מחלוקת לא מפשינן, ואפשר דאף הרמב"ם מודה בזה, ומה שפירש בההיא דספינה שאבדה שנשברו הכלים והעצים ונשארה הספינה על פני המים וכו', הוא דדייק מלשון המשנה דנקט ספינה שאבדה ולא נקט שנטבעה או שנשברה, ולא למימרא דאם נשברה גוף הספינה דבזה נותנין עליו חומרי מתים מדאורייתא, דהוא הדין דאף בנשברה גוף הספינה נותנים עליו חומרי חיים, אלא לרבותא לומר דאף בזה שלא נשברו אלא הכלים וגוף הספינה קיימת נותנים עליו חומרי מתים ובת ישראל לכהן לא תאכל וכו', דדוקא ספינה המטורפת שהכלים קיימים הם בחזקת קיימים כדקתני רישא, אבל כל שאינו כן נותנים עליו חומרי מתים, אבל לעולם דבנשברה גוף הספינה ג"כ נותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים, ואין להם דין מים שאין להם סוף אלא בשהה עד שתצא נפשו".

וכן בספר סדר אליהו למוהר"א אלפאנדרי ז"ל מחבר ספר מכתב מאלהו קונטרס עיגונא דאיתתא שער א' (דף לב - לד) כתב להשוות דעת הרמב"ם לשאר הראשונים שלא יצאה מספקא דאורייתא כשטבעה הספינה כל עוד לא ראו את הטביעה עצמה.

אך רוב האחרונים נקטו בפשיטות בדעת הרמב"ם בפירוש המשניות שרק בספינה שאבדה, דהיינו שאבדו משוטיה וכדומה, נותנים עליה חומרי חיים וחומרי מתים, אך בספינה שטבעה ושקעה במים, הבעל בחזקת מת, וכדין טבע במים שאל"ס.

כן דעת רבי בצלאל אשכנזי בתשובה (הנוכרת) והפני יהושע שהבאנו, וכן דעת החתם סופר בחי' עמ"ס גיטין (שם) וכן בתשובת מהרי"ט ח"א סי' קד, ובשו"ת משיב דבר ח"ד סי' כח. וכן בתשובת משכנות יעקב חלק אה"ע סי' ח' והאריך להוכיח שכן עיקר כדעת הרמב"ם בפיהמ"ש, וכן צידד בספר מראות הצובאות ס"ק קלד, עיי"ש.

לפי שיטה זו, אף שהעד אינו מעיד שראה את הבעל טובע, אלא רק ידוע שהספינה טבעה, די בכך להוציאה מחזקת אשת איש דאורייתא. וכך עולה מפיהמ"ש לרמב"ם וכמ"ש בספר כוכב מיעקב (להג"ר יעקב חנניה קובו ז"ל) בחלק אה"ע סי' ד' בתשובת רבי חננאל חיים הכהן חסיד ז"ל (מחכמי קושטא לפני כמאה וחמישים שנה), וז"ל - "לפי מה שפרש הרמב"ם ... דספינה שאבדה הוא שנשברו הכלים והעצים שלה ... ומשמע מדבריו דדוקא בכה"ג דעדיין היו האנשים עומדים בתוכה, משום הכי הוא דאמרינן דנותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים, אבל כשראו הספינה ריקנית, וכ"ש אם מצאו הספינה הפוכה פיה למטה וכנ"ד שמצאו הקאיק הפוך פיו למטה, משמע דבכה"ג הוו בחזקת מתים מן התורה, ואם נשאת לא תצא. ואם נאמר דאפילו הספינה הפוכה נותנים עליו חומרי חיים וכו', אדאשמועינן בספינה שהיו עדין האנשים בתוכה דנותנים עליו חומרי חיים, לשמועינן רבותא בספינה שמצאו אותה הפוכה וריקנית

"אם נישאת לא תצא", מפני שהולכים אחר הרוב, ורוב אלו שטבעה ספינתם, ולא נמצאו מתים.

להלן מדברי המשכנות יעקב. בתחילה המשכנ"י דן בדברי הרמב"ם בפיהמ"ש, ולאחר מכן כתב, וז"ל – "וכן יש לדקדק מדברי תשובת ר"א מוורדון שהביאו המרדכי ובתשובת מהר"ם בן ברוך סי' תקע"ב שהאריך למצוא עלילה להתיר אשה שחזקה מוכיחות שנטבע בעלה שהכלים אשר אתו בספינה נמצאו על שפת הים. ודקדק מלשון שאמרו מים שאל"ס אשתו אסורה ולא אמרו לעולם כו' משמע דלאו לעולם רק תלי בראות הדיינין כו' והשיגוהו כמה גדולים דאף היכא דלא תני לעולם, סתמא לעולם משמע עיי"ש בדבריהם באורך. עכ"פ משמע מדברי כולם שהמעשה הזה נכנס תחת סוג משאל"ס, ורק איסורא דרבנן. מדהתיר הר"א מוורדון בזה דמים שאל"ס לאו לעולם אסורה. ואי נימא דהך דמים שאל"ס היינו דוקא ששהו כו' כדין משאל"ס דלהכי אם נישאת לא תצא, והא בעובדא דידי' לא ראו כלל הטביעה, וכ"ש שלא שהו שתצא נפשו, רק מדראו הכלים שהיו אתו בספינה על שפת הים, הוכיחו שנטבעה הספינה וגם הוא בתוכה. וא"כ מי ידע שמא עלה לאלתר והלך לו אל מקום אחר ואח"כ פלטו המים את הכלים על שפת הים, אלא ודאי דאין חילוק והכל נכנס בסוג משאל"ס ואם נשאת לא תצא", עכ"ל המשכנות יעקב.

וכן מבואר בתשובת חתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' נח (שיובא להלן בסוף דבריניו), בדעת ר"א מווארדון והחולקים עליו. וז"ל החת"ס – "וצירוף כל הסברות הנ"ל מועילות לפע"ד להוציא האשה עכ"פ מחשש איסורא דאורייתא וליכא אלא איסורא דרבנן, וגדולה מזו, במרדכי דסוף יבמות סי' צ"א תשובת מהר"א מוורדון שרצו הגאונים להתיר אשה במשאל"ס באומדנות, ונסתייעו מסברא רב אשי בצורבא מרבנן. ונהי דפליגי התם, היינו להתיר לכתחלה דרבנן החמירו ע"ש, אבל מן התורה שרי בוודאי, כנלפע"ד ברור בעזה"י".

ויש לסייע למשכנות יעקב ממש"כ בתרומת הדשן פסקים וכתבים סי' קלט דמדאורייתא אזלינן בתר אומדנא (ולהלן נביא מדבריו, והרמ"א סי' יז סט"ו פסק כדבריו) תרומת הדשן הוכיח כדבריו מדברי המרדכי הנוכחים שהביא מחלוקת ר"א מווארדון והחולקים עליו, וכתב תרומת הדשן "ומוכח מהתם בתשובה במרדכי פרק בתרא, דאזלינן בתר אומדנא דדעתיה". הרי שתרומת הדשן לא כתב ראייתו רק אליבא דשיטת ר"א מווארדון, אלא ראייתו היא אליבא דכו"ע, והיינו מפני שהיה פשוט לתה"ד כמ"ש המשכנ"י, שבאותו אירוע, הגדולים שהורו בשאלה זו, הסכימו דמדינא דאורייתא האשה הותרה, מכיון שהיה ידוע שהבעל היה על הספינה וקיימת הוכחה לטביעתה, וזוה לא נחלקו שיש לדונו כמי שטבע במים שאל"ס, והאשה הותרה מהתורה, מפני דאזלינן בתר אומדנא דמוכח שטבע ומת, דמדאורייתא לא חיישינן למיעוט שניצלו ולא חיישינן שמא יצא מהספינה

על פני המים בלא שום עידי טביעה דתצא האשה מאיסור תורה לדעת הרמב"ם ור"ח". וכן בתשובה שלאחריה מבעל ספר כוכב מיעקב, הג"ר יעקב חנניה קובו ז"ל, לא קבל סברא זו בדעת הרמב"ם והר"ח.

אך נראה שהעיקר בדעת הרמב"ם כמו שהוכיח באריכות בתשובה הנזכרת, ויש להוכיח כן בדעת ראשונים ואחרונים. ונפתח במ"ש בספר זרע יעקב (להג"ר יעקב ניניו ז"ל) תשובה ד' (דף קנ"ו), וז"ל – "לדעת הרב בצלאל ז"ל כי סברת הרמב"ם דאם העיד שנשברה הספינה אשר היה בה פלוני, אף כי לא ראהו שנטבע, מהני להוציא האשה מאיסור תורה ... ואף דאיכא למיחש דילמא קודם שבירת הספינה אחז קורה או לוח וישב עליהם, ונמלט ליבשה ולא נפל למים, או כל כיוצ"ב. עכ"ז לא חיישינן לה, דחששא רחוקה היא הצלה כזו, ומילתא דלא שכיחא היא ולא חיישינן לה".

וכן בספר אהל יוסף (להג"ר יוסף מולכו ז"ל מחכמי ירושלים מלפני מאתיים וחמשים שנה) חלק אה"ע סי' א' כתב – "ולי נראה כעין דמות ראייה שפירוש המשנה הוא כהרמב"ם ז"ל ודעימיה. דאם כפירוש הרשב"א ז"ל מה היה חסר לרבי אלעזר בן פרטא אם אמר ספינה שנשברה או טבעה בים, ולא היינו מסתפקים בדבריו אי כפי' הרשב"א או כפי' הרמב"ם. לכן נראה לע"ד דלשון אבדה דקאמר היינו בדיוק כפירוש הרמב"ם ז"ל, דמילת אבדה לאו מכל וכל הוא כנשברה וטבעה, אלא כמו חפץ שנאבד, שלא נאבד החפץ מכל וכל, אלא נעלם מעיני רבו ואדונו, אבל בכל מקום שהוא, שריר וקיים הוא. כך ספינה שאבדה רוצה לומר שנעלמה מעיני כל חי כיון שלא נשאר לה כליה המנהיגים אותו ואין לאל ידם ביד המלחים להביא אותה אל מקום חפצם, קרי לה אבדה, אבל גופה שרירא וקיימא, ולהכי נותנים עליה חומרי חיים. אבל נשברה או נטבעה הולכים אחר הרוב, שרוב הנטבעים מתים, וזהו דין תורה. אלא שחז"ל חשו לערוה חמורה למיעוטא דדילמא יצא חי על שפת הים והלך לו למרחקים".

דברי הזרע יעקב והאהל יוסף מקבלים חיזוק משיטת כמה ראשונים, כמבואר בתשובת המשכנות יעקב חלק אה"ע סי' ח' (הובאה בקצרה בפת"ש סי' יז ס"ק קמ"ד). המשכנות יעקב בתשובתו כתב להוכיח שרבי אליעזר מווארדון וסייעתו שהביא המרדכי (במסכת יבמות סי' צב) ויובא להלן לאריכות, נחלקו באותו נידון רק בשאלת ההיתר להנשא לכתחילה, אך הן ר"א מווארדון והן החולקים עליו הסכימו שלאחר שהתברר שהספינה טבעה, דינו של הבעל כמי שטבע במים שאל"ס.

יתירה מזו לפי מש"כ המשכנות יעקב, מבואר בתשובות ר"א מווארדון והראשונים החולקים עליו, שניתן לקבוע שהספינה טבעה, גם על יסוד אומדנא דמוכח על טביעתה בלבד ובהעדר עדות של עד שהיה נוכח בעת הטביעה. וגם בנסיבות אלו יש לדון את הבעל כטבע במים שאל"ס. וכי בנידון שעליו השיב ר"א מווארדון לא נחלקו שניתן לפסוק

(להלן נביא מש"כ מהר"ם בן חביב להקל להוציאה מחזקת אשת איש דאורייתא מטעם אחר).

בספר בית הלוי ח"ג סי' יא כתב בשיטת הר"ח והרמב"ם, שדבריהם נאמרו רק כשהספינה טבעה בלב ים רחוק מהחוף ולא בנהר שגם אם הספינה טבעה ניתן להגיע לחוף. ח"ל בית הלוי - "אע"ג דכבר הוכחנו דלהרמב"ם ור"ח דמפרשים ספינה שאבדה בים, היינו אבדו המשוטים, דלידהו מוכרח דאם כבר נשברה הספינה והאנשים שבה כבר הם במים, דודאי אינו רק איסור דרבנן. מ"מ י"ל דזהו רק בים שרחוקים מן השפה מכל צד, אבל בנהר אפילו אם הם כבר במים, יש מקום לומר דהוא ספק דאורייתא אם לא ראו בהם שנטבעו ונצללו תחת המים, דאחרי דהם על פני המים וגם קרובים ליבשה. ובוזה מיושב מה שראיתי מקשים על רבינו בצלאל אשכנזי שכתב דבנשברה הספינה הוא דרבנן מהא דאיתא בתוספתא דגיטין על המשנה דר"א בן פרטא הוסיפו עליהם שגררתו חיה ושנפלה עליו מפולת וששטפו נהר, הרי דאע"ג דכבר נפל למים ג"כ נותנין עליו חומרי חיים. ומלבד דאין זה קושיא ד"ל דהך הוסיפו הוא מדרבנן ... ולפי דברינו נוחא, דבנהר דהצלתו קרובה, גם בנפל למים יש מקום לומר דהוא דאורייתא."

העולה מדברינו, לדעת הר"ח הרמב"ם והמאירי, וכן לדעת הר"א מווארדון והחולקים עליו שהובאו במרדכי, וכן לדעת מהר"ם מרוטנבורג, אם ידוע שהבעל היה בספינה, וידוע בבירור שהספינה טבעה, דינו של הבעל כמי שטבע במים שאל"ס, אף שלא ראו את הבעל בעת הטביעה, ודינם בו דין רובא למיתה. ובלבד שהספינה טבעה במרחק מהחוף והצלתו אינה מצויה.

אמנם דעת הר"ח והרמב"ם אינה מוסכמת. בב"י אה"ע סי' יז כתב - "כתוב בתשובות להרמב"ן (במיוחסות) סימן קכ"ח, צריך לחקור אם ראה שטבע ממש ושהה כדי שתצא נפשו ולא ראה, או שמא ראה ספינה מטורפת בים וחשבה להישבר, או שראה שנשברה הספינה בלב ים. כי רוב העולם קורין לדברים האלו טביעה, ואין מדקדקים בין שנשברה במקום רחוק מאוד מהעיר, שיחשבו הרואים שאי אפשר למי שנפל שם להינצל ולצאת אל היבשה, ובין שראוהו טובע ממש וכיסוהו המים, ושהה עליו. ויש הפרש גדול בין זה לזה אפילו במים שאין להם סוף. כי במעיד שטבע ממש ושהה עליו אם נישאת בדיעבד לא תצא, כמו שאמרו בסוף יבמות. ואם אינו מעיד אלא שנשברה ספינה בלבד זה אינו כלום, ואפילו נישאת תצא. כי שמא ניצל על גבי עץ או קורה כדרך שניצולים הרבה פעמים. ובספינה המטורפת בים הרי הוא בחזקת קיים לכל דבר ואם נשברה, נותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים כדאיתא בפרק כל הגט (כה: עכ"ל. מבואר מתשובה זו שנקט בפשיטות דלא כדעת הרמב"ם בפיהמ"ש.

ונציין לתשובת הגאון רבי עקיבא איגר ז"ל (מהדורה תניינא סי' מז) שלא מצא מקום להורות למעשה כשיטת

קודם לסערה והלך ומקום אחר, בניגוד למה שהבעל תיכנן מלכתחילה, וכל זה נחשב היתר עפ"י אומדנא. ותה"ד הוכיח כשיטתו, מתוך כך שסברא זו, דמדאורייתא אזלינן בתר אומדנא להוציאה מחזקת אשת איש דאורייתא, מוסכמת גם על הגדולים שנחלקו על הר"א מווארדון.

וכן מוכח מגוף דברי ראבי"ה, שהרי עיקר טענת ראבי"ה כנגד ר"א מווארדון היא מכח הסוגיא בריש פרק יש בכור דבתחילת עדות החמירו, והחמירו היינו מדרבנן, (ולהלן נוסף לבאר נקודה זו).

ובשו"ת מהר"י ברונא סי' ריז בתוך דבריו בשיטת ר"א מווארדון, כתב שהביאור בשיטה זו מפני דאזלינן בתר רובא, "רוב ספינות המוטבעות, למיתה". דהיינו עצם המציאות הידועה לנו שהספינה טבעה, מוכיחה שיש רוב למיתת הבעל (דברי מהר"י ברונא יובאו להלן).

המשכנות יעקב בהמשך דבריו, הביא מתשובת מהר"ם מרוטנבורג (ד"פ) סי' תתקע"א שדן דינו של הבעל כמי שטבע במים שאין להם סוף, אע"פ שלא ראו אותו טובע אלא רק מצאו את הספינה הפוכה.

ח"ל מהר"ם בתשובתו - "מעשה בבחור אחד שהלך בספינה ושלשה ערלים היו עמו ונטבע הוא והגוים שעמו. ויהודי אחד וגוים הרבה שמעו שצעקו הושיענו אלקים כי באו מים עד נפש ושוב מצאנו הספינה פיה למטה, וכלי הבחור טבעו כמו כן בדקו וחפשו אחריו ולא מצאנוהו". וכתב המשכנות יעקב על דברי מהר"ם - "לכאורה במעשה הלזו, לא היו היהודי והערלים אחרים בשעת טביעה, ולא ראו אותה, רק מרחוק שמעו הקול ואח"כ חפשוהו ולא מצאוהו. ואולי מקודם לכן יצא למרחוק קצת והלך לו ואח"כ לא ראוהו, ואפ"ה הכניס אותו בדין חומרות משאל"ס, ומשמע מחומרא דרבנן בעלמא". (אמנם ביחס לשיטת מהר"ם בדינה להנשא לכתחילה, להלן הבאנו מש"כ בזה האחרונים).

ועיין בשו"ת מהר"ם בן חביב אה"ע סי' ה' שהביא מתשובת הריב"ש סי' שעט שעדות על ספינה שהתהפכה אינה עדות על טביעת הבעל למרות שהיה ידוע שהבעל היה בספינה זו. ואח"כ כתב לתלות שאלה זו בשיטת הרמב"ם והר"ח הנוכרת, ובמסקנת דבריו העלה שאם הספינה התהפכה אך לא שקעה במים, אין הכרח שהבעל טבע מכיון שיתכן ומצא מקום אחיזה בלוחות הספינה ולא טבע. ומבואר בדבריו שאם הספינה שקעה במצולות, אף שאין עדות שהבעל טבע יחד עמה, הדבר תלוי בפלוגתא הנוכרת, ולדעת הר"ח והרמב"ם (אליבא דתשובת ר"ב אשכנזי), שריא מדאורייתא.

אמנם מסקנת מהר"ם בן חביב לדינא, שלדעת רוב הפוסקים גם בכה"ג נותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים, אך עכ"פ מבואר בדבריו דפשיטא שלדעת הרמב"ם בפיהמ"ש איירי בעדות על טביעת הספינה גרידא, וסגי בהכי להתירה מדאורייתא.

אלא שמהר"ם בן חביב לא הביא מכל הראשונים הנוכרים, דס"ל כשיטת הרמב"ם בפיהמ"ש, וכמבואר לעיל.

מדוע הירושלמי מסתפק, וז"ל מראה הפנים (שם) "אכתי מאי קא מיבעיא ליה, הא מתני' היא בפרק כל הגט ספינה שאבדה נותנים עליה חומרי חיים וחומרי מתים כדאמר התם לענין תרומה, ומכ"ש באיסור אשת איש שהוא בכרת. וי"ל דאי ממתני' לא שמעינן אלא לכתחילה. אלא מדברי הרמב"ן משמע שפרש למתניתין דאפילו בדיעבד אמרינן בחזקת שהוא קיים לכל דבר, דלמד שם דינו ממשנה זו, ומשמע נמי מדבריו שם דאפילו ידעינן שהיה בתוך הספינה, כדכתב שם שמא ניצל על גבי עץ כו' וכדמשמע נמי ממתניתין".

הרי שמראה הפנים נשאר בקושיא על הירושלמי לפי דרכו של הרמב"ן, מאי קא מיבעיא ליה, הא מתניתין היא. ונראה ליישב, דהירושלמי באר המשנה כפירוש הרמב"ם בפיהמ"ש, ולא קשה מידי. דהמשנה איירי כשהספינה לא שקעה אלא רק נשברו הכלים. אבל כששקעה במים וטבעה, דינו כמי שטבע במים שאל"ס, אף כשלא ראו את הבעל עצמו טובע במים, והירושלמי מסתפק האם נוכל להתירה לכתחילה, וזאת מפני שעדיף ממי שטבע במים שאל"ס, מאחר שהבעל היה על גבי הספינה ודין אחד לבעל ולספינה, וכשם שאנו יודעים שהספינה שקעה ולא עלתה עוד, יש להניח שכך ארע לבעל שהיה בתוך הספינה. ואינו דומה למי שטבע למים דהתם שמא מיד לאחר מכן עלה וניצל, משא"כ בספינה כשם שהספינה לא עלתה כך יש להניח שארע לבעל. והעלה הירושלמי שאין להתירה לכתחילה וכדין טבע במים שאל"ס, שמא עלה במקום אחר. וע"ע במשכנות יעקב (שם) שהוכיח מהירושלמי במקום אחר, דס"ל כדעת הרמב"ם בפיהמ"ש, ומדבריו סייעתו לביאור שכתבנו.

ולפי זה ספיקו של הירושלמי יתבאר כדלהלן. אמנם מבואר במשנה בפרק כל הגט שאם הספינה אבדה, דהיינו שנשברו כלי הספינה והיא אבדה את דרכה, הרי שמספק האשה נשאת בחזקת אשת איש, אך אם הספינה טבעה ושקעה ממש במים, עדיף ושמה נתיר אפילו לכתחילה, ונאמר כשם שהספינה טבעה כך ארע לבעל שהיה על הספינה, מאחר שהבעל היה עליה דין אחד להם, ומציאת הספינה טבועה בקרקעית הים, היא הוכחה גמורה על הבעל שגם הוא טבע עמה ונשאר טבוע בלא לצאת מהמים, ויש להורות להשיאה לכתחילה. והעלו בירושלמי שאין להתירה לכתחילה, "מעשה באבא סימי ששקעה ספינתו בים והוא לא היה בתוכה, והכא כן", דהיינו מכיון שמצאנו מקרה בו נמצאה הספינה טבועה בלא בעל הספינה שלא היה בתוכה, ממעשה זה יש להסיק שדינו של הבעל, אינו כדין הספינה, גם אם ידוע שהיה בתוכה בעת הטביעה. אך עכ"פ אין דינו חמור יותר ממי שטבע במים שאל"ס, וכשיטת הרמב"ם בפיהמ"ש, וכפי ששיטה זו התבארה לעיל.

והנה הנצי"ב בספרו משיב דבר חלק ד' סי' כח נשאר בקושיא על תשובת הרשב"א המיוחסת לרמב"ן שהביא ה"ב. הנצי"ב הביא מדברי הגמ' במסכת יבמות דף קכא. -

הרמב"ם בפיהמ"ש, וז"ל - "לענין דיעבד, הן במשאל"ס או במים שיל"ס, אם לא שהה עד שתצא נפשו, בזה מצינו דנחלקו גדולי רבותינו ז"ל, דבתשובת שיטה מקובצת סי' כ"א הוציא מדברי הרמב"ם בפירוש המשניות פ"ג דגיטין דהא דבספינה שאבדה נותנין עליה חומרי חיים וחומרי מתים, היינו שנשברו הכלים והעצים שלה, והספינה נשארה ע"פ המים, דמשמע דוקא כה"ג דנשאר גוף הספינה שלם הוא דנותנים עליו חומרי חיים, דאפשר דהמים או הרוח יוליכוה ליבשה, אבל נשברה או שטבעה בחזקת מתים הם מה"ת ואם נשאת לא תצא, עיי"ש, וכן דעת חכם אחד בתשובת הר"ם אלשקר סי' כ"ו וכ"כ הפ"י גיטין שם בכוננת הרמב"ם הנ"ל. ולפ"ז צ"ל מ"ש הרמב"ם פ"ג ושהה כדי שת"נ, היינו דבלא"ה לכתחילה לא תנשא, דכמו במים שאל"ס חששו חז"ל למיעוטא דלא תנשא, ה"נ במים שיל"ס ולא שהה, דאף דרובם נטבעים למיתה, מ"מ מיעוט ניצולים ולא תנשא, וזהו שלא כדעת הה"מ בביאור דברי הרמב"ם שם הלכה י"ט, דהא דבלא קברתיו אם נשאת לא תצא, היינו לפחות ע"י ששהה כדי שת"נ. אולם מדברי הרשב"א בתשובת תולדות אדם המיוחסת לרמב"ן סי' קכ"ח כתב וז"ל ודע כי במעיד שטבע ממש ושהה עליו אעפ"י שלכתחילה לא תנשא, אם נשאת לא תצא עכ"ל, משמע דבלא שהה אפילו נשאת תצא. ומ"מ אינו מבואר דהוא מדאורייתא, די"ל למ"ש תוס' בכורות (דף כ"ה) דקיי"ל סמוך מיעוטא לחזקה לחומרא, והא דבמים שאל"ס נשאת לא תצא משום דהוי מיעוטא דמיעוטא עיי"ש, א"כ י"ל דבלא שהה איכא ג"כ רוב, דרוב נטבעים למיתה, ומה"ת מותרת, אלא דהוי מיעוטא מעליא ומדרבנן אסורה משום סמוך מיעוטא לחזקה, מש"ה אם נשאת תצא, וא"כ אם מה"ט הוא הוי רק דרבנן. אולם מדברי תשובת הריב"ש סי' שע"ט נראה דאף מה"ת היא ספק אשת איש כל שלא שהה עד שתצא נפשו, ממ"ש שם וז"ל, ואם היה כאן מי שמעיד בטביעה במים שאל"ס כראוי אז לא היתה אסורה אלא מדרבנן וכו' אבל בכאן וכו' ושהה ארע בטביעתו ושהה כדי שת"נ וכו' משמע להדיא דכל זמן שלא שהה לא יצאה מידי איסור דאורייתא, עכ"ל הגר"א ז"ל בתשובה.

לכאורה יש להביא ראיה לשיטת התשובות המיוחסות לרמב"ן והריב"ש, מהירושלמי במסכת יבמות פרק טז ה"ה - "שקעה ספינתו בים, אתיה כהדא דתימר רבא בר זבדא בשם רב, מעשה באבא סימי ששקעה ספינתו בים והוא לא היה בתוכה, והכא כן". ופרש הפני משה - "דאפשר שקעה ספינתו בים והוא לא היה בתוכה".

אך זה אינו. מאחר שאין מבואר בדברי הירושלמי אם שקעה ספינתו דינו כטבע במים שאל"ס ומחמירים רק לעניין להשיאה לכתחילה, או דין האשה כספק אשת איש מאחר שנותנים עליו חומרי חיים.

אדרבה, הפני משה בספרו מראה הפנים כתב שאם נפרש הירושלמי עפ"י התשובות המיוחסות לרמב"ן, ובטבעה הספינה היא בחזקת אשת איש ואפילו נשאת תצא, קשה

כראוי, ופסק הבית יוסף שדינו כנמצא בספינה שאבדה ונותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים והאשה נשאת בחזקת אשת איש מדאורייתא. אך הבית יוסף לא הזכיר משיטת הרמב"ם בפיהמ"ש, והמבי"ט שם חלק על הבי"י.

וכן נציין לתשובת משכנות יעקב אה"ע סי' ח' הנזכרת (הובאה בפת"ש ס"ק קמ"ד), שדן בשאלה זו האם האשה יצאה מחזקת אשת איש דאורייתא רק לאחר שראו את הבעל טובע ושהו כדי שתצא נפשו, ובמסקנתו כתב וז"ל - "העולה מכלל דברינו שדעת הרמב"ן והרשב"א והריב"ש והשו"ע והאחרונים, דכל שנפל למשאל"ס ולא שהו עליו כדי שתצא נפשו, אף בדיעבד לא מהני ואם נשאת תצא, ואחריהם נמשכו רוב האחרונים. אמנם דעת הרמב"ם ור"ח ורי"א וכן משמעות הירושלמי ורש"י והר"א מווארדון וסייעתו דכל מים שאל"ס אף אם לא שהה כדי שתצא נפשו אם נשאת לא תצא. וכן משמע לענ"ד סוגיית הגמ' ... והן אמת שחלילה לנו לחלוק על אבותינו ורבותינו הרמב"ן וסייעתו ובעלי השו"ע והאחרונים, עכ"פ יועילו הדברים לסניף אם יהיו עוד כמה צדדים להקל, נצרף את זאת ג"כ, וע"ע בפת"ש שם. ולעיל הבאנו מדברי הגאון שאילת דוד שהסכים שהעיקר כרמב"ם בפיהמ"ש.

האם יש מקום לחוש שמא הבעל נטש את הסירה זמן מה קודם לתחילת הסערה

לכאורה היה מקום לטעון שאמנם הסירה נמצאה טבועה, אך מנלן לקבוע שהבעל היה על הסירה בעת האירוע. שמא ירד ממנה שעה או שתיים קודם לכן, והשאיר את חבירו לבדו, ואז אין ראיה מטביעת הסירה, על מה שארע לבעל.

כאמור קיימות עדויות משני גורמים שונים, סירת משטרה שערכה ביקורת ומדייג חבר, שהבעל עם חבירו היו יחד בסירה באותו בוקר עד לזמן מסויים קודם לזמן הטביעה המשווער. וכן ידוע שהבעל היה בעל הסירה והוא יצא לדייג לפרנסתו, והדייג השני היה צעיר ממנו שהצטרף אליו כעוזר. אין יסוד להשערה שהבעל שהוא היה בעל הסירה נטש את הסירה זמן קצר קודם לתחילת הסערה וירד לחוף. והדייג השני הצעיר שהתלווה אליו לעזור לו, חזר ללב ים והמשיך לבדו במלאכתו עד לארוע הטביעה. אמנם כל עוד אין עדות של אדם שראה את הבעל על הסירה בעת אירוע הטביעה, אין בפנינו ידיעה מוחלטת שהוא אכן היה על הסירה. אך בודאי שקיימת, אומדנא הקובעת בבירור שהבעל שהה בסירה עד שהחל האירוע של הטביעה, ולא נטש אותה קודם לכן. אומדנא זו מוכחת ביותר, ובלא שקיימת סברא לטעון אחרת.

לעיל הבאנו מדברי ספר זרע יעקב אליבא דשיטת הרמב"ם ומתשובת משכנות יעקב, שכתבו שאין לחוש שהבעל נטש את הספינה בשעה הסמוכה לטביעתה. בתשובת המשכנות יעקב מבואר, שבנידון הר"א מווארדון, הגדולים שדנו בשאלת היתר האשה, אף שנחלקו בשאלת היתר לכתחילה, הסכימו

"תניא, אמר רבן גמליאל פעם אחת הייתי מהלך בספינה וראיתי ספינה אחת שנשברה, והייתי מצטער על תלמיד חכם שבה, ומנו רבי עקיבא, וכשעליתי ביבשה, בא וישב ודן לפני בהלכה. אמרתי לו בני, מי העלך אמר לי דף של ספינה נודמן לי, וכל גל וגל שבא עלי נענעתי לו ראשי מכאן אמרו חכמים אם יבואו רשעים על אדם, ינענע לו ראשו. אמרתי באותה שעה כמה גדולים דברי חכמים, שאמרו מים שיש להם סוף מותרת, מים שאין להם סוף אסורה".

וכתב הנצי"ב להקשות על התשובות המיוחסות לרמב"ן, וז"ל - "קשה ע"ז הא דאיתא ביבמות (דף קכ"א) במעשה דר"ג ור"ע בספינה שנשברה ואמר ר"ע שדף של ספינה נודמן לו, ומסיים כמה גדולים דברי חכמים שאמרו מים שאל"ס אשתו אסורה, הרי למד סתם מים שאל"ס מספינה שנשברה ונודמן לו דף, והמקום יאיר עיני, עכ"ל.

וכעין זה בספר שאילת דוד חלק אה"ע סי' ז', וז"ל - "ופי' ספינה שנאבדה במים, הרמב"ם ז"ל מפרש בפי' המשניות שלו שם שזה ספינה שנשברו ממנה כל כליה המנהיגים אותה כמו התורן וכדומה, אבל גוף הספינה הוא בשלימות. ולדבריו, ספינה שנשברה לגמרי בים לא הוי אלא ספק דרבנן. וכן נראה עיקר כהרב ז"ל בזה, שהרי ביבמות בדף קכ"א בר"ג שראה ספינה שנשברה בים ונצטער על ר"ע שהי' בתוכו וניצל ע"י דף של ספינה וקאמר עלה כמה גדולים דברי חכמים מים שאין להם סוף אשתו אסורה הרי דספינה שנשברה לא הוי אלא איסור דרבנן ... והרמב"ן בתשובתו הנ"ל מפרש ספינה שנאבדה שנשברה לגמרי והצלתם ע"י דף של ספינה. ולדבריו צריך לדחוק במעשה דר"ג דלא נשנית בדקדוק, וצ"ל שהספינה נשברה וראה שנטבע בים הת"ח, אך זה דוחק ולשון הגמרא לא משמע כדבריו".

הכרעת ההלכה במחלוקת זו

בשו"ע סי' יז סעיף לד פסק - "וכן האשה שהעיד לה אחר שטבע בעלה במים שאין להם סוף ולא עלה ואבד זכרו ונשתכח שמו, קא הרי זו לא תנשא על עדות זו ... ואם נשאת לא תצא" וכתב על זה הרמ"א "וכל זה דוקא במי שהעידו עליו שטבע ממש במים שאין להם סוף, אבל מי שהעידו עליו שהיה בספינה שנשברה בים או כדומה לזה. או אפילו שטבע רק לא העידו ששהה במים כדי שתצא נפשו, תצא ... אלא א"כ העיד בפירוש שנטבע ממש ושהה כדי שתצא נפשו".

הרי שהרמ"א פסק כתשובות המיוחסות לרמב"ן. וע"ע בשו"ת בית יוסף (דין מים שאל"ס סי' א', עמ' שמ"ח) שהבי"י פסק במקרה שהספינה שהבעל היה בה טבעה, ולא ראו אותו נמלט, אך העדות מתייחסת רק לספינה ואין עדות שראו את הבעל טובע, וק"ו שאין עדות ששהו כדי שתצא נפשו, והיה חשש שמא הבעל הצליח לצאת קודם שהספינה שקעה, בלא שהדבר ניכר לעיני העד שהעיד על הטביעה מאחר שהעד עצמו נחפו להציל עצמו ויתכן שלא ראה

ז"ל העין יצחק - "אבל באמת יש לדון דיצאנו מן חשש דאורייתא ע"פ מה שכתב בתשובת ר"ע איגר סי' ק"ט, ובנטבע בים רחוק מן היבשה בענין דבתוך שיעור כדי שתצא נפשו אי אפשר לו לעלות ליבשה, דבהאי גוונא הוי ממילא כמו שהיה עד שתצא נפשו ואין בזה חשש דאורייתא רק חששא דרבנן דהחמירו בכל משאל"ס. וכמו כן כתב הקהלת יעקב להגאון מליסא זצ"ל בסי' י"ז סעיף ל"ד ע"ש. אמנם מן דברי תשובת הרמב"ן בסי' קכ"ח המובא בבית יוסף סי' י"ז ז"ל צריך לחקור אם ראה שטבע ממש ושהיה כדי שת"נ וכו' ואין מדקדקים בין שנשברה במקום רחוק מאוד מהעיר שיחשבו הרואים שאי אפשר למי שנפל שם להנצל ולצאת אל היבשה ובין שראוהו טובע ממש וכו' ואם אינו מעיד אלא שנשברה ספינה בלבד זה אינו כלום ואפילו ניסת תצא כי שמא ניצול ע"ג עץ או קורה וכדרך שניצולין הרבה פעמים וכו' עכ"ל הרמב"ן. ולכאורה יש מזה סתירה לדברי רע"א והקהלת יעקב הללו דהא אף בנטבע רחוק מן היבשה אוסר הרמב"ן דאף בניסת דתצא כמו שכתב שנשברה במקום רחוק מאוד מן העיר כו'. אבל באמת אין סתירה לדבריהם, דהא הרמב"ן קאמר שנשברה הספינה, דבזה יש לחוש דשמא ניצול ע"י עץ וקורה מן הספינה שנשברה. אבל בנטבעה הספינה, בזה שפיר כתבו האחרונים דאם הטביעה רחוקה מן היבשה וכיוצא, דבזה יצאנו מחשש דאורייתא. ולכן אם יבורר שהיתה הטביעה רחוקה מן היבשה וכמו שכתבו הגאונים הללו, דבזה יצאנו בודאי מחשש דאורייתא, אכן אם לא יבורר זה יש להחמיר מצד חששא דאורייתא לכאורה. אמנם יש לדון להיתירא ולומר דאף בספק אם היה רחוק מן היבשה או לא, ג"כ יצאנו מן חשש דאורייתא, עכ"ל.

לכאורה דברי הגרי"א ז"ל צ"ע. דהא הקהלת יעקב והגרע"א ז"ל בתשובה ח"א סי' קט איירי במי שהעידו עליו שראו שטבע במים וכיסוהו המים, אלא שלא שהו עליו עד שתצא נפשו, ובזה כתבו דסגי במה שידוע שטבע במקום מרוחק שלא יוכל להגיע אליו תוך ג' שעות, אף שלא שהו במקום הטביעה ג' שעות. משא"כ בנידון שבתשובת עין יצחק שבו התקבלה עדות על טביעת הספינה בלבד, בלא שהעידו על הבעל עצמו שטבע וכיסוהו המים. אלא בהכרח, שהדבר היה פשוט להגרי"א ז"ל שעדות על טביעת ספינה בלבד, היא כעדות על הבעל שטבע וכיסוהו המים.

ובמהרש"ם ח"ב סי' קסח סק"ב דייק מלשון תשובות המיוחסות לרמב"ן, שהחשש הוא "שמא ניצול על ידי עץ או קורה, כדרך שניצולים הרבה פעמים". משמע שבמקרה שהספינה לא נשברה, אלא הבעל נפל ממנה לים, אם נפל במקום רחוק מאד מהיבשה שרק מיעוטא דמיעוטא יוכלו להנצל, דינו כטבע במים שאל"ס, גם אליבא דשיטה זו.

ולפי דרכו, בנידון דנן מאחר שהסירה נמצאה שלימה, במעמקי הים, אין לחוש שמא ניצל על ידי דף או קורה, והשאלה היא האם הבעל הצליח לנטוש את הסירה מבעוד

שיש לדונו כמי שטבע במים שאל"ס, למרות שלא היתה עדות של אדם המעיד שהבעל היה על הספינה בעת שהחלה הסערה. אלא מאחר שהיה ידוע שבכוונתו להגיע למחוז חפצו, לביתו, באמצעות אותה ספינה, די באותה ידיעה לקבוע שהבעל אמנם שהה בספינה בעת שהחלה הסערה, ואין להעלות השערה שמא ירד מהספינה קודם לכן, בניגוד למה שהיה בדעתו מלכתחילה. ונראה שבכוחה של האומדנא הזו להוציאה מחזקת אשת איש.

ובספר שי למורא (להגר"ר שבתי ב"ר יונה ז"ל) סי' נו דן במי שהעיד שכל יושבי ספינה פלונית נהרגו, והיה ידוע שהבעל היה בין אותם שנכנסו לספינה, ודן אם לחוש שמא הבעל פרש מהספינה קודם לאירוע ההריגה, ובמסקנת דבריו כתב - "ומ"מ מילתא דמסתבר הוא דאין אדם פורש מספינתו". וע"ע בשו"ת עין יצחק ח"ב אה"ע סי' א' ענף ג'.

ב. סברא להוציאה מחזקת אשת איש דאורייתא אף לדעת החולקים על הרמב"ם בפיהמ"ש

בשיטת החולקים על הרמב"ם בפהמ"ש, כתב הגאון ר"ח מוואלאזין ז"ל בתשובת חוט המשולש ח"א סי' ו', דמאחר ומבואר בגמ' במסכת ב"ב דף קנג: שבספינה שאבדה רובן למיתה, ומה שאנו מחמירין דלא יצאה מידי ספק אשת איש, היינו מפני חזקת אשת איש שהיא כנגד האי רובא כמחצה על מחצה, על כן כל שמצטרף ספק נוסף חזר הדין לדונו כרוב למיתה, וכדין מים שאל"ס, עיי"ש.

במקרה שלפנינו בפנינו שלשה דברים שמצטרפים לדונו לרובא דמיתה. ראשית, מצב גלי הים הגבוהים ומוג האויר הקשה, וכמתואר לעיל. שנית, המרחק שהיה עליו לעבור ממקום הטביעה לחוף, ובמצבו של הבעל כפי המתואר לעיל. ובנוסף, מאחר והסירה נמצאה בשלימותה, הרי שלא היה ברשותו של הבעל דף או קרש שיוכל להאחז בו. ולהלן נביא מגדולי הפוסקים שצירפו סברות אלו לקולא אף אליבא דשיטת החולקים על הרמב"ם בפיהמ"ש.

בשו"ת עין יצחק חלק ב' סי' ב' כתב - "נשאלתי ע"ד עגונא אחת אשר בעלה נסע על הים ונודע שנטבעה הספינה אשר בעלה היה שם. שהיתה רוח סערה גדולה ונטבעה הספינה וכפי הגב"ע". ומבואר בלשון השאלה, שבנידון שם לא היתה עדות על טביעת הבעל, אלא על טביעת הספינה שלפי הידוע הבעל אמור להימצא בה.

אמנם בתשובה זו, הגרי"א ז"ל לא הסכים לסמוך על הפוסקים שנקטו כפי הרמב"ם בפיהמ"ש, שבטבעה הספינה בלבד, כבר הבעל יצא מחזקת חיים, וכתב על שיטה זו - "כיון דלא הובאה שיטת הני פוסקים בשו"ע, א"כ לדינא העיקר כדברי הרמ"א בסי' י"ז סעיף ל"ד, דבלא שהה עד שתצא נפשו אין להקל אף בנשאת".

אך למעשה הגרי"א ז"ל כתב לחלק בין מקרה שבו הטבוע יכול להגיע לחוף בכוחות עצמו, למקרה שאינו יכול להגיע או ספק אם יוכל להגיע.

סתמא, הוי כמו סתם סופרי דדייני מגמר גמירי, ורוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן, דאינהו נמי מכח סתמא קאתי. ובמרדכי שילחי יבמות שהבאתי לעיל מדמי להו להדדי מים שאין להן סוף והני רובים. וכה"ג קאמר תלמודא צורבא מדרבנן קלא אית ליה, אם איתא דהוה סליק כו'. ומוכח מהתם בתשובה במרדכי פרק בתרא דאזלינן בתר אומדנא דדעתיה. ואע"ג דמסיק תלמודא לא שנא צורבא מרבנן ול"ש איניש דעלמא, היינו לכתחילה כדמסיק דיעבד אין לכתחילה לא. משום דלכתחילה אין לנו לחלק בגזירות חכמים כדמסיק נמי בתשובה דלעיל, דאין לבדות חלוקים מלבנו, אבל דיעבד שפיר דמי למיזל בתר אומדנא דמוכח טובא כי הך. ונראין הדברים בזמנינו אפי' אדם בינוני אם איתא דחי הוא עדיין הוה ליה קלא זה כמה שנים, טפי וטפי מקלא צורבא דצורבא מדרבנן בזמן חכמי התלמוד, שהיו ישראל עם רב בכמה וכמה מקומות ... מכל הלין נראה דכיון דאינסיבא הך איתתא קהעו"ץ על פי חכם לא תצא ושריא למיתב תותי גברא, עכ"ל תרומת הדשן.

הרי מבואר בדבריו שיש מקום לסברא זו שאבד זכרו ואי איתא דהבעל חי, קלא הוה ליה למילתא, ונ"מ בנידון בתרומת הדשן שאין עדות על טביעה במים שאל"ס, וכיוצא ב, נתיר מדאורייתא מכח אומדנא כוז. ועיין ברמ"א סי' יז סט"ו שהביא את תה"ד להלכה, ועיי"ש בח"מ ובב"ש.

ונצרך לזה את מש"כ בתשובת התשב"ץ חלק א' סי' פ', וז"ל - "השתא בנדון הזה, יש לנו אומדן דעתא שזה מת בלי ספק. שהרי יצא בפני עדים שמעידין שהפליג בספינה, וידענו שלא בא למחוז חפצו, וידענו שלא נטלוהו שבאין, וידענו שאינו במקומות שהן סביב המקומות שהיתה הפלגתו בהם, וא"כ מה נשאר לנו לומר שזה העלוב או טבע בים ומת שם, או תקעו השבאין חץ בלבו ומת, או יצא ליבשה והרגוהו לסטים ומת, או נודמן לו חיות רעות ואכלוהו והרי הוא מת או מת ברעב ובצמא. ואם היה קיים כבר בא, וכל אלו הצדדין הן למיתה. ולא נשאר צד של חיים, אלא אחד רחוק מאד, והוא שנכנס במדבר והוא שם, וכבר ידענו מאלו הארצות שאין זה מצוי כלל, וכיון שיש לנו מה שמוציא זה הספק והוא אבדן הזכר שלא בא שום אדם מזכירו לחיים, הרי הוא כמי שטבע במים שאין להם סוף בפני אדם, ואפשר שנצול בחששא רחוקה, ועם אבדן הזכר אנו מורדין קרוביו לנחלה. וכן נמי בכאן מכמה צדדין שיש למיתה, יש צד אחד לחיים, וכיון שאבד זכרו, נכנס היורש לנחלה ע"פ ידיעתנו ואומדן דעתנו, עכ"ל התשב"ץ.

ובשו"ת חסד לאברהם (להג"ר אברהם תאומים ז"ל) מהדו"ת סי' כא השיב אודות חייל שלא שב מהמלחמה וקימת אומדנא דמוכח שלא ברח ממשמרתו אלא מת במלחמה. וכתב שם - "כה"ג עדיף ממים שאל"ס ולפי ראות עיני הב"ד נראה ברור שהוא מת. ועיין בשו"ת תשב"ץ ח"א סי' פ' באחד שהפליג בספינה ולא נודע מקומו ולא נמצא במקום ההוא שהפליג

מועד, והאם היה בכוחו לשחות אל חוף הים במרחק הנזכר בתנאי מזג אויר קשים כולל ים סוער עם רוח חזקה במיוחד והמיגבלה בידו.

נוסף ונציין כי בפני בית הדין הוצגה חו"ד של מציל מומחה, המעריך שהסיכוי של הבעל להינצל בשחיה לחוף בנסיבות אותו אירוע, הם אחד למאה. סיכוי כזה ודאי יחשב כמיעוטא דמיעוטא, דינו כנפל למים שאל"ס.

מסקנת הדברים

אליבא דתשובות המיוחסות לרמב"ן והריב"ש, ולפי דרכם של הג"ר חיים מוואלאזין ז"ל בתשובת חוט המשולש, הגרי"א ז"ל בתשובת עין יצחק ומהרש"ם, מאחר והסירה נמצאה טבועה בקרקעית הים במרחק של 2.5 ק"מ או 3.15 ק"מ מהחוף, ונמצאה שלימה ולא התפרקה, ולא נפלה ממנה קורה, שיוכל להינצל באמצעותה, ובנוסף ידוע שהיה בלתי אפשרי לשחות מרחק רב במזג האויר המתואר עם רוחות חזקות ביותר וגלים גבוהים, ובמים קרים כפי שהם בסוף החורף, ובצירוף המיגבלה שהיתה לבעל בידו והנסיבות המתוארות לעיל, אין לדון מקרה זה כספינה שאבדה שנותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים, אלא מדאורייתא דינו כמי שטבע במים שאין להם סוף. אמנם, עדיין אין בכל האמור כדי להתירה לכתחילה, דעכ"פ דינו כטבע במים שאל"ס דקיי"ל שלא תינשא.

ג. אומדנא דמוכח לקבוע מיתת הבעל, להוציאה מחזקת

אשת איש מהתורה מפני שאבד זכרו

מלבד סברת חוט המשולש והעין יצחק הנזכרת, בפנינו דרך נוספת לקביעת דינה של האשה כמי שיצאה מחזקת אשת איש דאורייתא, גם אליבא דשיטת החולקים על הרמב"ם בפיה"ש, והיא עפ"י סברת התשב"ץ, תרומת הדשן ותשובת מהר"ם בן חביב (מח"ס גט פשוט), שיובאו להלן. כעת עברו קרוב לשלש שנים מאז אותו אירוע, ואבד זכרו, ויש שכתבו להורות שמדאורייתא הותרה כשאבד זכרו וקיימת אומדנא שמת, אילו היה חי היינו שומעים על כך. בתרומת הדשן פסקים וכתבים סי' קלט כתב לבסס היתר מדאורייתא עפ"י סברא זו, ויסוד דבריו דמדאורייתא מתירין אשה עפ"י אומדנא דמוכח שמת, ואם נישאת לא תצא. וז"ל תה"ד - "נדון דידן אי לא חשבינן הך סהדותא דהא נכרי עדותו כשירה בעדות אשה, א"כ מוקמינן איתתא אחזקת אשת איש ואסורה מדאורייתא ואפילו בדיעבד תצא. מ"מ דהכי נמי איכא להתיר, כיון דנפיק קלא דלא פסיק שרבי יצחק הנזכר למעלה מת ונהרג או טבעוהו, ובעל שם היה וישנו לו קרובים הרבה בכמה מדינות, וזה כמה שנים שנשתקע שמו ואבד זכרו. ובעונותינו הרבים עכשיו בגלותינו אנו מפורדים ומפורדים מעט בכל מקום, ואלו היה חי ברחוק מאתים או שלש מאות פרסה היה נודע ונשמע לנו. וכה"ג מיקרי רובא דשכיחי טובא, אע"פ שאינו בא אלא מכח

עכ"ל. וכבר ידוע דמין בכסף משנה פי"ג מגירושין דין כ' דקדק מדברי הרמב"ם דבעינן שיעיד עליו ששהא עליו כדי שתצא נפשו ולא עלה, כמ"ש הרשב"א בתשובות המיוחסות סי' קכ"ח והריב"ש בתשובה. ואילו הכא בהלכות נחלות לא חזינן דהצריך הרמב"ם שיעיד שטבע ולא עלה, אלא בטבע לחוד ואבד זכרו סגי ליה לשאם נשאת לא תצא. ובודאי דהחילוק הוא זה, דבתוך השנה שנתעלם דלא אבד זכרו בעינן שיעיד העד טבע ולא עלה ואז דוקא אם נשאת לא תצא, וטבע סתם לא מהני. אבל טבע סתם בצירוף דאבד זכרו דעברה שנה אחת ונתקיים עליו נשכחתי כמת מלב, אז אם נשאת לא תצא ... וכן יראה מדברי מהרי"א בפסקים וכתבים סי' לק"ט על אשה שיצא קלא דלא פסיק דבעלה מת ונהרג או טבעוהו ונשתכח שמו ואבד זכרו, בדיעבד אולינן בתר אומדנא דמוכח טובא דאילו היה חי היה נודע ונשמע לנו, ובכה"ג אם נשאת לא תצא יע"ש באריכות. א"כ גם אנו נאמר בעדות זו דהעידו דנהפכה הספינה שהיה בה אסלאן הנזכר, אע"ג דעדות נהפכה הספינה לחודיה לא סגי להוציאה מן התורה דיש לחוש שמא נשאר אחוז בחדרי הספינה למטה, בצירוף דיש דעברו כמה שנים ונשתכח שמו, איגלאי מילתא למפרע מכח אומדנא דמוכח דהאמת הוא שטבע בנהר, ואם נשאת לא תצא ולא רביע עלה אלא איסורא דרבנן דלכתחילה לא תנשא, כנ"ל, עכ"ל.

הרי על פי שיטת מהר"ם בן חביב יש להורות בנידון שלפנינו, שהאשה יצאה מחזקת אשת איש מהתורה, גם אליבא דשיטת התשובות המיוחסות לרמב"ן וסייעתו. סברא קרובה לסברא הנזכרת לדון להוציאה מחזקת אשת איש, היא עפ"י מש"כ בתשובת נודע ביהודה קמא אה"ע סי' לו - "אלא שעכ"פ במקום שחזקת אשת איש איתרע קצת ודאי שחזקה זו עדיפא. ולכן נלע"ד שמי שעזב אשתו עגונה והלך למדה"י ואח"כ נמצא אחד מת ומכירים אותו ע"י כלים יש להחמיר אפילו בכלים דלא מושלי. אבל במי שישב עם אשתו והלך לסחורה על דעת לחזור ולא חזר שעכ"פ איתרע חזקת א"א שתיכף נולד לנו ספק מיתה על האיש הזה, ודאי יש להקל בכלים דלא מושלי".

וכן הסכים בשו"ת הרי בשמים מהדורה תליתאי סי' לה שכתב - "עוד יש לצרף מה שבעלה נסע למקום קרוב בעסק מסחרו על מנת לחזור מיד, ומבואר בנודע ביהודה סי' ל"ז במי שיצא מביתו לסחורה על דעת לחזור ולא חזר, יצאה מחזקת אשת איש ע"ש ובודאי תלינן בקרוב ומצוי". כאמור, כל אחת משלושת הסברות הנ"ל מתייחסות להיתר האשה מדינא דאורייתא, אך לא לענין להשיאה לכתחילה.

היתר עגונה שבעלה טבע במים שאל"ס, עפ"י אומדנא דמוכח שודאי טבע

עד כאן ביררנו שהאשה יצאה מחזקת אשת איש מהתורה. וכעת נדון בעז"ה, בשאלת ההיתר לכתחילה.

לשם, וכתב שם דכיון דצד של חיים הוא רחוק מאד יצאה מחזקת אשת איש. ומייתי על זה דברי הירושלמי דתנינן תמן חד בר נש אתי ביומי דרבי אמרי לי' האי פלן אמר לון מית האי פלן א"ל מית אמרין לי' וכולהון מיייתין אמר לון ואילו היה בחיים ל"ה מייתי, רב ירמיה בשם ר"ח מעשה בא לפני רב ואמר מאן דנשאת נשאת מאן דלא נשאת לא תנשא ע"כ. ומייתי מדברי הירושלמי האלה דכל היכי דלפי ראות עינינו קרוב לודאי שמת, דאם היה חי היה בא, הורה רבי דאם נשאת לא תצא, וכיון דאין כאן חזקת אשת איש גמורה פשיטא דסמכינן על עדות ערכאות דלא מרע נפשי".

ובשו"ת מנחת יצחק חלק ב' סי' פט דן בשאלה דומה, שלא היתה עדות אלא על טביעת הספינה ולא על טביעת הבעל, והביא מדברי התשב"ץ, וכתב על דבריו - "מבואר שם בדבריו, דבכה"ג הוי עכ"פ לענין אשתו כמו בנטבע במשאל"ס, דאם נשאת לא תצא עיי"ש, וכל זה שייך גם בנד"ד, וכפי הנראה מתשובת התשב"ץ שם, יש לסמוך על השער הרביעי אף בלתי צירוף השערים הראשונים, ממה שכתב בשער השלישי (בסי' ע"ט) שזה השער אינו אלא סניפין לשערים הראשונים עיי"ש, משמע דשאר השערים המה עיקרים בפני עצמן".

ובשו"ת חבצלת השרון חלק אה"ע סי' לח כתב - "וידוע דברי התשב"ץ ח"א סי' פ' שכתב דהיכא דאיכא אומדנות דמוכח שמת, כגון שיצא ולא חזר ואבד זכרו ואיכא אומדנות דמת, יצאה מדאורייתא מאיסור אשת איש, ורק משום חומרא דאשת איש החמירו כמו במים שאל"ס עיי"ש. וכבר השתמשו בסברת התשב"ץ הזאת גדולי דורינו בעת המלחמה הזאת".

בשו"ת מהר"ם בן חביב סי' ה' כתב שאומדנא זו דאבד זכרו ולא שמעו עליו דבר, יכולה להצטרף להיתר מהתורה בטביעה כשלא שהו עליו כדי שתצא נפשו, לדעת הסוברים דבחזקת אשת איש קיימא, ובתוך דבריו הסתמך גם על סברת תה"ד.

בתחילת דבריו, מהר"ם בן חביב הביא את פיהמ"ש לרמב"ם והר"ח (שהביא בשו"ת רבינו בצלאל אשכנזי הנזכר) ואת החולקים עליו. וסובר מהר"ם בן חביב שדעת רוב הפוסקים שאם נשברה הספינה נותנים עליה חומרי חיים וחומרים מתים ואם נשאת תצא דהוי ספיקא דאורייתא. אך אח"כ כתב - "ומיהו יש ללמד זכות ולומר דיצאה אשת אסלאן מחזקת אשת איש מן התורה מטעם דהרי יצא קלא דלא פסיק דאסלאן זה נטבע בנהר. וזה היה בשנת אמ"ת, והרי עברו כמו ג' שנים. ואם איתא דיצא למקום אחר, קלא הוה ליה למלתא בהמשך זמן זה. וכיון דאיכא קלא דלא פסיק דטבע אסלאן בנהר ונשתקע זכרו ואבד שמו, אומדנא רבא הוא דטבע ומת בנהר, ומהניא הך אומדנא להוציאה מחזקת אשת איש מהתורה, כיון דאבד זכרו ונשתכח שמו. ותדע שכן הוא, דהרי כתב הרמב"ם פ"ז מנחלות מי שטבע במשאל"ס ובאו עדים שטבע בפניהם ואבד זכרו, אע"פ שאין משיאין אשתו לכתחילה, הרי היורשים נוהלים על פיהם

הדברים כגון עד מפי עד ומסיח לפי תומו ופסולי עדות, ויש מקומות שהחמירו חכמים ולא חשו לעיגון, כגון במים שאין להם סוף וכן בראויה מגוייד או צלוב והחיה אוכלת בו, ולא אזלי בתר אומדנא דשכיח. ומה שלפעמים הקילו משום עיגונא מפורש בפרק יש בכור (בכורות מו:) כי אקילו בסופה, פירוש אחר שנחקר העדות יפה בטביעות יפה, אבל בתחלה, פירוש בגוף העדות לא הקילו. והכי נמי מוכח כולה שמעתין דריש פרק האשה שלום (קיד: קטו.) דתלינן לחומרא דאיכא דעבדי לה סמתרי וחיי ואמרינן כי היכי דלדיך איתרחיש ניסא וכו' ואמרינן נמי איניש אחרינא אתי לאצולי וכו'. ואע"ג דלא שנינו אסורה לעולם, אורחיה דתלמודא למיתני אסור סתם ופותרנו לעולם עכ"ל. והנך רואה כמה רב רבני חולקין על ר' אליעזר מוורדון בטעמים נכוחים וברורים, ודברי רבי אליעזר אין להם על מה שיסמוכו. וכל הגס לבו בהוראה להתיר אשה על פי אותה תשובה, עתיד ליתן את הדין, לכן שומר נפשו ירחק ממנה". עכ"ל הב"י.

אמנם הב"י דחה מכל וכל שיטת ר"א מווארדון, אך מהרש"ם בתשובה ח"ב סי' קסח הביא כמה פוסקים ראשונים שהביאו להלכה את דברי ר"א מווארדון ללא חולק, והם - ספר האגודה בסוף מסכת יבמות, וכן בתשובת זיכרון יהודה להר"י בן הרא"ש סי' צב. וכן בשו"ת מהר"י ברונא סי' ריז (שהיה תלמיד תרומת הדשן ומהר"י ווייל) הביא בתוך תשובתו את שיטת הר"א מווארדון, ובהכרח שסבר שדבריו הם להלכה.

וז"ל מהר"י ברונא "והכי איתא בהדיא בתשובה בא"ז בתשובת ר' אליעזר בר שמואל דדייק מדלא אמר אסורה לעולם שעושה חזקה אין אדם עובר על כבוד אב ואם, וחזקה אין עובר על שארה כסותה ועונתה, שכל אלו החזקות יש לנו לסומכא לרוב ספינות המוטבעות למיתה, ואפי' לר' מאיר דחייש למיתה הכא לא שכיח".

ולאחר שמהרש"ם הביא מדברי ספר האגודה זכרון יהודה ומהר"י ברונא, כתב - "עינינו הרואות כי הראב"ש לא היה יחיד בדבר זה כמו שעלה בדעת רבינו הב"י ז"ל, ורבים אשר הסכימו עמו בזה".

ויש להוסיף תשובת הר"י בי רב, רבו של הב"י, סי' יג, שצריך את שיטת ר"א מווארדון, ולא חשבה לשיטה דחוויה. והנה רבי אליעזר מווארדון וראבי"ה נחלקו, האם ניתן לקבוע את מיתת הבעל עפ"י אומדנא דמוכח. ראבי"ה קבע שאין לדון אומדנא במיתת הבעל, וסייעתא שלו מהגמרא במסכת בכורות דף מו: שאין להקל בתחילתה של עדות אלא בסופה. לעומת רבי אליעזר מווארדון שסבר שיש מקום לאומדנא דמוכח על מיתת הבעל.

לעיל הבאנו מדברי המשכנות יעקב, שהמו"מ בין ר"א מווארדון וסייעתו, נסוב בשאלת ההיתר לכתחילה בלבד. לאחר שלא נחלקו שמדין תורה יש להורות דאזלינן בתר רובא. וההיתר מדאורייתא מיוסד על האומדנות שבפנינו המוכיחות טביעת הספינה. ולדעת ר"א מווארדון עפ"י אותן

יש לדון האם לאחר שיצאה מחזקת אשת איש, האם ניתן לצרף אומדנות נוספות המוכיחות שודאי מת, לבסס היתר לכתחילה.

במקרה שלפנינו קיימות אומדנות רבות, ולהלן פירוט כל האומדנות החזקות המביאות להניח שהבעל מת, (לרבות אותן אומדנות שכבר הזכרנו, והצטרפו לקביעת דינו כטבע במים שאל"ס).

א. תנאי מזג האויר, עוצמת הרוחות הגלים, שהיו חריגים מאד עד שמיעוטא דמיעוטא יכולים להנצל מהם, ובצירוף נתונים נוספים כגון המים הקרים המכבידים על השהיה הממושכת במים וכן המיגבלה של הבעל בידו.

ב. מיד לאחר שהתברר שהבעל לא חזר, נעשו חיפושים בים ביבשה ומהאויר, במשך מספר ימים באזור הטביעה, ולא נמצא דבר.

ג. אין כל יסוד להניח שהבעל יניח את אשתו ילדיו ויעלם בלא להשאיר עקבות. אין כל מידע הנותן מקום לשער שהיה לבעל רצון להעלם, או שאכן נעלם, לאחר שידוע שהבעל חי בשלום עם אשתו ולא היו לו חובות שאילצוהו לברוח וכיוצ"ב.

ד. גם אם הבעל יבקש לברוח הרי שהיו בפניו מכשולים רבים המכבידים מאד על העלמותו, למרות כל החיפושים שנערכו והחקירה המשטרית המקיפה והממושכת.

ה. אבד זיכרו של הבעל. במציאות החיים בימינו, בה התקשורת כל כך מפותחת, ואמצעי המעקב והעברת המידע משוכללים, יש לקבוע בבירור שאילו הבעל היה נעלם למקום אחר, הדבר היה מתגלה במשך שלושת השנים שחלפו מאז האירוע.

כאמור, השאלה העקרונית והיא, האם לאחר שהאשה יצאה מחזקת אשת איש דאורייתא, ניתן להורות היתר לאשה להנשא לכתחילה, עפ"י אומדנות נוספות המוכיחות את מיתת הבעל, למרות שאין בפנינו עדות מפורשת של עד המעיד על מיתתו.

לכאורה נחלקו ראשונים בשאלה זו, והיא מחלוקת רבי אליעזר מווארדון והחולקים עליו, שהביא המרדכי והובא בב"י.

הב"י בסי' יז כתב, וז"ל "כתב המרדכי בסוף יבמות, (סי' צב) בתשובת ה"ר אליעזר מווארדון דקדק, מדקאמר מים שאין להם סוף אשתו אסורה, ולא קאמר אסורה לעולם, שמע מינה דלאו לעולם קאמר. וכן נראה שתלו רבותינו על חכמי הדור ויראי שמים שיתבוננו וישכילו על ענין המאורע. והאריך למצוא עלילה להתיר אשה שנתעגנה ד' שנים, כי נטבע בעלה וחזקות מוכיחות שנטבע, כי הכלים אשר אתו בספינה נמצאו על שפת הים. ועל זה המשמעות יש לתמוה, וה"ר אברהם כתב דקשה בעיניו להתירה וכן נראה לרב, וכן כתב ראבי"ה דחזינן דראו לשמת המתיר כעובדא דרב שילא ולא קבעו חכמים זמן לדבר, ואין בידנו לבדות דברים מלבנו בלא ראיה ולתת אמתלאות. כי במקום שרצו חכמים להתיר פירשו

גברא, אבל הוא מודה שבעיקר העדות מחמירינן ולא חיישינן לעיגון. וז"ל אשר כתב בתשובתו שהשיב לה"ר אלעזר מוורונא זצ"ל ולמורי ה"ר אברהם מריגנשבורק היכא שע"פ עדות הברור להם באנו להתיר הקילו והתירו ע"פ פסול וע"פ עכו"ם המסל"ת סמכו אעדות כל דהו דאשה דייקא ומינסבה דכיון דיש קצת עדות ברורה דייקא וחוזרת אחר עדות טפי שסבורה כמו שזה יודע גם אחרים יודעים וחוששת לקילקול, אבל בשאין כלל עדות או סימנין ברורין מחמירין, כדאמר בהדיא פרק יש בכור שאני עדות דאחמירו בה ... הרי פי' ופסק דבתחילת העדות דהיינו גוף העדות שמעידים שמת אנו מחמירין לברר הדבר וכ"כ מורינו רבינו שמחה זצ"ל בתשובה שהשיב על אותו יהודי שנטבע ברינוס סמוך לוינא. ... ותו דתלינן ואמרי' דנסיים נעשו לו כדי להחמיר עליה כדי לאוסרה כדאמרי' עשינו עלינו מערה הוא מת ואני נצלתי אינה נאמנת דא"ל כי היכי דנעשו לך נסים לדידיה נמי נעשו נסים ואסורה. ותנן אפילו ראוהו מגוייד וצלוב וחיה אוכלת בו אין מעידין אלא עד שתצא נפשו ואמרי' עלה בירושלמי אפי' ראוהו מגוייד אני אומר בחרב מלובנת נכודה וחייה וצלוב על הצליבה אני אומר מטרונא עברה עליו ופדאתו והחיה אוכלת בו אני אומר נתרחמו עליו מן השמים נפל לבור אריות אין מעידין עליו אני אומר נעשה לו נס ... עכ"ל הירושלמי. הרי אתה רואה שאנו תולין ואומרים שנעשו לו נסים גדולים ואסרינן לה, הלכך אתבריר לן דבתחילת העדות דהיינו גוף העדות שמעידין שמת בעינן לברר הדבר ולדעת האיך הם יודעים אם בטביעות עין שמעידים שיש שם טביעות עין בזה האדם ומכירין בו שזהו שמת או על פי הסימנים כמו שאמרו חכמים וכשיתברר כה"ג אפי' הן פסולין המעידין שרינן לה משום עיגונא ומשום דדייקא ומינסבה כדפרישית לעיל הלכך האי איתתא דאתי עלה אסירא להנשא, עכ"ל האור זרוע.

אך מצינו רבים מגדולי הפוסקים שקבעו הלכה כלישנא בתרא בר"פ יש בכור, דאף בתחילת עדות הקילו, ונקטו בפשיטות דלא כדעת האור זרוע הנזכר, אלא שקיימת מחלוקת עקרונית בין שתי הלשונות בשאלה האם החמירו בתחילת עדות, ונקטינן כלישנא בתרא, וכתבו שכן דעת הרא"ש. ולפי דרכם, במחלוקת העקרונית שנחלקו ר"א מווארדון וראבי"ה, אם יש מקום להיתר גם בלא עדות מבוררת של עד שראה מיתת הבעל, נקטינן כר"א מווארדון, והקילו גם בתחילת עדות.

על כן, עכ"פ לאחר שקבענו את דינו כמי שטבע במים שאל"ס, יש מקום להיתר להינשא לכתחילה עפ"י אומדנא דמוכח המוציאה מידי ספק, הנחשבת כעדות ידיעה, בלא ראייה.

הפוסקים הסוברים, דנקטינן להלכה כלישנא בתרא, והקילו גם בתחילתה של עדות, הם כדלהלן - א. בעל התוספות יו"ט בתשובה שבספר תשובות גאוני בתראי סי' י'. התוס' יו"ט הביא את דברי ראבי"ה שבמרדכי

אומדנות, יש להתירה לכתחילה, ובוזה נחלקו עליו ראבי"ה ורבי אברהם.

להלן נוכיח ששיטת ר"א מווארדון ביסודה אינה דעה דחוייה, במה שהורה היתר לכתחילה עפ"י אומדנא, אף שנחלקו עליו כמה מחכמי דורו.

ביסוד הדברים, המחלוקת העקרונית, בין ר"א מווארדון והראבי"ה בשאלת היתר לכתחילה עפ"י אומדנא המוכיחה שהבעל מת, נעוצה במחלוקת שני לשונות בגמ' במסכת בכורות דף מו:.

בגמ' שם נאמר "שאני עדות אשה דאחמירו בה רבנן. ומי אחמירו והא תנן הוחזקו להיות משיאים עד מפי עד מפי אשה מפי עבד מפי שפחה. כי אקילו רבנן בסופה, בתחילתה לא אקילו רבנן. ואיבעית אימא יכיר לחוד, והכרת פנים לחוד."

נקדים מש"כ בשו"ת דברי חיים ח"א אה"ע סי' לט, שאחת הנ"מ בין לישנא קמא ללישנא בתרא היא האם מתירים עגונה על פי אומדנא. וז"ל - "הגם דילפינן דבר דבר מממון מכל מקום מצינו דאין הולכין אחר הרוב בממון ובאשה אזלינן מן התורה בתר רובא כמו במים שאין להם סוף וכהאי גוונא טובא. ואם כן מצינו לומר דבאומדנא נמי אזלינן בדבר שבערוה בתר אומדנא. וכבר הארכתי בזה בתשובה גבי עדות ידיעה בלא ראייה גבי קידושין ובמרדכי ורשב"א יעוין בבית שמואל ובבית מאיר בהלכות קידושין סי' מ"ב. ובוזה יש לומר דתליא בשני התירוצים שבכורות, דאם הקילו בעדות אשה גם בתחילתה יש לומר דמהני אומדנא באשה, דקיל היתרה מדבר שבממון. אך אם נימא כאידך תירוצא, דבתחילתה החמירו יותר, אם כן לא מהני סימנים, דהוי אומדנא, כמו דאין מוציאין ממון בסימנים."

הרי עפ"י דרכו של הדברי חיים, אי נקטינן כלישנא בתרא, אפשר לפסוק להתירה לכתחילה, אם יש אומדנא דמוכח שהבעל ודאי מת.

ואמנם הראבי"ה דחה דברי ר"א מפני שנקט בפשיטות כלישנא קמא שלא הקילו בתחילתה של עדות, וכמבואר בדבריו שהביא המרדכי. יתירה מזו מצינו באור זרוע (בח"א סי' תשמ"ד) שכתב שגם אליבא דלישנא בתרא החמירו בתחילת עדות, וז"ל - "ואע"ג דאיכא התם לשון אחר כדמסיק ואי בעית אימא יכיר לחוד והכרת פנים לחוד, לאו דהיינו דהדר ביה מסברא קמייתא דשני ליה בין תחילת עדות לסופו. אלא כלומר דמתחילה ליכא פירכא כלל דיכיר לחוד, אבל האמת דבתחילת דינא לחומרא אזלינן. ותדע דכל אמר בדדמי ליה לא שרינן לה כדאמרינן דאיכא דעבדי ליה סמתרי וחי ואסרי' לה אעלמא, וההוא גברא דבשלהי הלולי איתלאי נורא בי גנניה ... הא למדת כמה חומרות החמיר רב חייא בר אבין בתחילת העדות שתולה באדם שבא מעלמא ונשרף, והאי דהוה בי גננא ניצול, ולא חש משום עיגונא. ואע"ג דכתב מורי אבי העזרי דהלכה כרבא דשריא היינו כמו שכתב בעצמו משום דאמרה להם חזו

רואה כמה קולות הקלו חכמים משום תקנת עגונות, גם סמכו על זה שמתוך חומר שהחמרת עליה בסופה דייקא ומנסבא, לכך לא רצה הרי"ף ז"ל להחמיר בכאן, וכן ראוי לכל מורה לחזור לכל הצדדין להתיר וכו' ע"כ. ועוד כתב שם על ההיא תשובה דר' אשר בר סיני שכתב להתיר, והביא ראייה מההיא דאמרי בשלהי יבמות [שם] מעשה בישראל וגוי שהיו מהלכין בדרך ובא הגוי ואמר חבל על יהודי שהיה עמי בדרך ומת וקברתיו והשיא את אשתו, ושוב מעשה בקולר של בני אדם מהלכים בדרך באנטוכיא ומתו וקברתים והתירו נשותיהן, ושוב מעשה בששים בני אדם, מאלו המעשים יש לידע שהרבה הקלו חכמים בעדות אשה משום עיגונא. במעשה הראשון לא הכיר הגוי את היהודי ולא ידע את שמו אלא שאמר שיהודי נתלזה עמו ומת, והיו עדים שיודעים שאותו היהודי נתלזה עמו עם זה הגוי, ולא הזקיקו ב"ד לחקור מן הגוי אם היה אותו יהודי שנתלזה עמו, שמא אותו יהודי הלך לדרכו ושוב יהודי אחר נתלזה עמו ומת, אלא כיון שאותו היהודי נתלזה עמו תלינן. ולא מבעיא זה שהיה יחידי אלא חבורת בני אדם, דאם איתא שמתו קלא אית להו ואעפ"י שלא הכיר שום אחד מהם. מתוך דבריו אלו נראה דאפילו בגוף העדות מקילינן. ועיין עוד במוהר"ם אלשקר סימן קי"ג.

ולפי סברתו של הרא"ש ז"ל צ"ל דאף ע"ג דבבכורות משני כי הקלו רבנן בסופה בתחילתה לא הקלו, קיימא לן כשינויא בתרא דמשני ואי בעית אימא יכיר לחוד והכרת פנים לחוד, ולשינויא בתרא אין חילוק דכי היכי דהקלו בסופה הכי נמי הקלו בתחלתה, עכ"ל מהר"ח"ש. ועיי"ש מש"כ בהמשך דבריו בשם מהריב"ל, וכן להלן הבאנו מספר ויחי יעקב שכתב בן בדעת הרא"ש.

ג. הרדב"ז בתשובה חלק א' סי' רצד כתב, וז"ל "ואע"ג דכתבו התוספות והמרדכי וקצת מפרשים דאע"ג דמקילין בעדות אשה היינו להאמין אפי' עד א' או עבד ושפחה ואפילו עכו"ם מסל"ת, אבל בגופה של עדות לא מקילין, וילפינן לה מסוגיא דפרק יש בכור ... צריך שתדע כי דבר זה אינו מוסכם, דאע"ג דמשמע הכי לפום אוקמתא קמייתא דסוגיא דפרק יש בכור, מ"מ איכא התם אוקמתא אחרית, ועלה סמכי שאר המפרשים".

ד. בספר שי למורא להג"ר שבתני ב"ר יונה ז"ל (תלמיד מהר"א ששון והלח"מ) בסי' נו כתב - "נראה שגם שהרבה מן הפוסקים מן האחרונים והראשונים תפסו כלל זה להקל בסוף העדות ולהחמיר בתחילתו. אפשר דאין כל הפוסקים ז"ל מודים בזה, אלא דגם בתחילת העדות יש להקל משום חומר שהחמרת עליה בסופה וכו'. דהא התם בבכורות מסקינן בתר הכי בתירוצא אחרונא ואי בעית אימא וכו' ולהך תירוצא אין חילוק בין בתחילה וסוף, ואפשר דאיכא מאן דפסק הכי. תדע דהא הרו"ה בפרק האשה שלום והרא"ש בפרק כל הגט כתבו דאע"ג דפסק הרי"ף דחיישינן לתרי יוסף בן שמעון עד דאיכא תרתי לטיבותא. עכ"ז פסק

(הנזכרים לעיל) וכתב על זה - "ויש תשובה לדבר, דהכי איתא התם דפדחת פוטרת לענין בכור דכתיב יכיר, ומתיב מעדות אשה ששינוי פדחת בלא פרוץ פנים ... אין מעידין עד שיהיו שניהם עם החוטם ... ומשני שאני עדות אשה דאחמירו בה רבנן ... כי אקילו רבנן בסופה ... ואב"א יכיר לחוד והכרת פניהם לחוד ... והשתא לפי האב"א, אין לנו הא דאקילו רבנן בסופה דוקא", עכ"ל התוס' יו"ט.

ועיי"ש שהתוס' יו"ט באר עפ"י דרכו, את קביעת הריב"ש סי' שעז שחכמי הצרפתים והאשכנזים מקילין בעדות אשה. (ועיין בספר שב שמעתתא ש"ז פט"ז שהביא מדברי התוס' יו"ט).

בשו"ת מנחת יצחק חלק א' סי' א' אות ד' כתב - "ומצאתי בתשובת הגאונים בתראי (סי' י') בתשובה מבעל התוס' יו"ט, דברים אשר מתוכו מוכח בהדיא דלפי מאי דס"ל דהלכה כל"ב גם בנדון הר"א מוורדון יש להקל, דהביא שם מקודם דברי הריב"ש (סי' שע"ח) שכתב, וזה לשונו, לפי הנראה רוב החכמים ז"ל הצרפתים והאשכנזים ז"ל מקילים בעדות אשה, וגם אתה הולך בעקבותם, ולא כן הגאונים ז"ל ולא המחברים והפוסקים שלנו, אבל הם מחמירין בו הרבה, ודי לנו במה שהקילו החכמים, והלא תראה שרצה רב לנדות לרב שילא על שאמר שהתיר מים שאל"ס לכתחילה וכו' עכ"ל. וע"ז כתב התו"ט ושמתי אל לבי לעמוד על עיקרן של הדברים ומקורן, כי בודאי אלו ואלו דברי א' חיים. ובמרדכי סוף יבמות הובא בב"י שם כתב להחמיר... העתקתי דבריו דמוכח בהדיא דהחולקים על הר"א בנויים על הל"ק, ודלפי מאי דס"ל דהלכה כלישנא בתרא, אז גם בנדון הר"א יש להקל", עכ"ל המנחת יצחק.

ב. כן דעת הרא"ש. בשו"ת תורת חיים למהר"ח ש חלק ד', בקונטרס עיגונא דאיתתא, כתב - "אמנם מדברי הרא"ש בתשובה יראה דדעת אחרת עמו, שכתב בכלל נ"א סימן ב' על ההיא דמכלוף בן מלול וז"ל, ונראה מדברי הרב אלפסי ז"ל [ב"מ י ע"ב] שבגט דאפשר לבעל לכתוב גט אחר אמרינן דעבדינן לחומרא, אבל בפלוגתא דאביי ורבא [יבמות קטו ע"ב] דאי חיישינן לתרי יצחק צריכה להתעגן כל ימיה, פסק [שם מג ע"א] דלא חיישינן לתרי יצחק, דהרבה חשו חכמים לתקנת עגונות והתירוה בעד אחד בעד מפי עד ואשה מפי אשה וכו', ואפילו שמע מפי התינוקות הרי אנו הולכין לבכות וליספוד ולקבור איש פלוני וכו', ומעידין לאור הנר ולאור הלבנה, ומשיאין על פי בת קול, ומעשה באחד שעלה על ראש ההר ואמר פלוני בן פלוני ממקום פלוני מת והלכו ולא מצאו שום אדם והשיאו את אשתו, ושוב מעשה בצלמון שאמר אני פלוני בן פלוני נשכו נחש והרי הוא מת והלכו ולא הכירוהו והשיאו את אשתו [יבמות קכב ע"א], ופריך בגמרא ודילמא צרה הואי, ומשני התם תנא דבי ר' ישמעאל בשעת הסכנה כותבין ונותנין אף על פי שאין מכירין, ופרש"י והאי נמי כשעת הסכנה דמיא ... ובירושלמי איכא מ"ד מצאו כתוב בשטר פלוני מת או נהרג משיאין את אשתו. הרי אתה

דפריך ממתניתין דאין מעידין אהך לישנא דסימנים דאורייתא, ומוכיח המקשה ממתניתין דסי' דרבנן, ודאי דלא ס"ל דאחמירו רבנן בתחילת עדות כשינויא קמא דר"פ יש בכור, דהא ה"נ תחילת עדות היא ומאי פריך דלמא לעולם סי' דאורייתא אלא דרבנן החמירו, כמו דאחמירו דאין מעידין בט"ע אלא עם החוטם ... ואימא דה"נ אחמירו בסי' שבגופו, דהא ט"ע עדיף מסימנא כדאיתא בחולין דצ"ו ע"א. אלא ודאי דסוגיא דהכא לא ס"ל כל"ק אלא ס"ל דתחילת עדות כסופה דאקילו משום עיגונא ולא החמירו כלל וכלל".

"והנה בגמרא איכא תרי טעמי להא דאקילו רבנן משום עיגונא. חדא משום דאשה דייקא ומינסבא מתוך חומר שהחמרת כו'. ואידך משום דמילתא דעבידא לגלויי כו' והרא"ש לא הזכיר כן כלל כי אם האי טעמא דאשה דייקא לחוד, משום דגבי תרי יצחק לא שייך כלל כי אם האי טעמא לחוד. וכן בכל תחילת עדות כמו פדחת בלא חוטם דאיכא למיחש שטועים בדמיונם ולא שייך כלל האי טעמא דמילתא דעבידא לגלויי לא משקרי במזיד אלא שטועים, ומכ"ש בסי' שבגופו. ובודאי האי טעמא דל"ק דר"פ יש בכור דלא אקילו משום עיגונא אלא בסופה דוקא ולא בתחילתה, משום דבסופה שייך האי טעמא דמילתא דעבידא לגלויי ולא בתחילתה. והלכך מאחר דאנן קיי"ל כלישנא בתרא ולא שאני לך בין סופה לתחילתה, מכלל דלא איכפת לן ולא אצטריך לן כלל האי טעמא דעבידא לגלויי, אלא סגי לן בהאי טעמא לחוד דאשה דייקא", עכ"ל. ועיי"ש שדחה כל ראיות המרדכי להוכיח שלא הקילו בתחילתה. דלכאורה קיימת סתירה בין מקרים רבים שהזכירו הראב"ה ואור זרוע, שמהם מוכח שחז"ל חשו אף למילתא דלא שכיחא, ומראיות אחרות שבדברי הרא"ש מהם מוכח שלא חשו. וכתב האדמו"ר הזקן שכל אלו שהחמירו בהם חז"ל הן מיעוט דשכיח או שישנן ידיים מוכיחות, אבל כשהחששות הן מיעוטא דלא שכיח לא חשו והקלו משום עיגונא.

ז. מהרש"ם חלק ב' סי' רנה כתב - "והנה בתשובת גאוני בתראי שם הביא התוי"ט ממרדכי סוף יבמות שפסק כלישנא קמא דאין להקל בתחלת עדות, ובתשובת ריב"ש סי' שע"ח כתב דחכמי צרפת ואשכנז ס"ל להקל כלישנא בתרא ויש פוסקים להחמיר וסיים התוי"ט דתליא בהנך ב' לישני וקיי"ל כלישנא בתרא, וע"ש סי' כ"א בתשובת המגיני שלמה שהוכיח ג"כ מהרא"ש וטור דהעיקר כלישנא בתרא. וגם בשו"ת שבש"ע הרב ז"ל סי' כ"ח האריך לדחות דעת המחמירים והוכיח דקיי"ל כלשון ב'. ואף דבשו"ת עבודה"ג סי' כ"א הביא בשם מהרמ"פ דהעיקר כל"א וכ"ה בתשובת ב"ח החדשות סי' ס"ה בשם תשו' הרא"מ. אבל יש לדון לפמ"ש התוס' בע"ז (ד' ז') בשם רש"י ור"ת דבדרבנן אולינן להקל בתרי לישני, א"כ כיון דגם לל"ק הוי רק חומרא דרבנן א"כ הי' מקום להקל".

ח. בשו"ת בר ליואי חלק אה"ע סי' יח כתב - "משמעות רוב הפוסקים ראשונים, דגם בתחילת עדות אקילו רבנן.

בעיגונא דלא חיישינן, אלא בחד לטיבותא סגי. והא ודאי תחילת עדות הוא. גם הרמב"ן בספר המלחמות לא תפס על הרז"ה אלא דבגמרא התם בפרק האשה שלום השויו גט למיתה בענין זה, אמנם לא תפס עליו איך יפסוק הרי"ף כן בעיגונא לקולא והלא גופא של עדות ולא הקלו אלא בסופה, אלא ודאי דיש לדחות כלל זה".

ה. החתם סופר בתשובה אה"ע ח"ב סי' פט כתב בתוך דבריו - "תליא הכא בתרי לישני ר"פ יש בכור אי בעדות אשה מקלינן טפי מבעדות ממון יכיר לחוד והכרת פנים לחוד, או נימא דאחמרו רבנן טפי מעדות ממון בתחילת עדות. והשתא י"ל הא דאיבעיא להו אחמותה או בת בעלה לאחר מכאן, היינו להאי לישנא דאחמרו רבנן בתחילת עדות מיהת א"כ י"ל אולי בסופה נמי דאקילו אין לך בו אלא מה שהקילו להדיא, ויש לפסול אפי' על צד רחוקה ונפלאה. אבל למאי דקיי"ל כלישנא בתרא יכיר לחוד והכרת פנים לחוד עיין תשובת תוס' יו"ט בתשובת גאוני בתראי, והארכתי במקום אחר, א"כ כיון דאפילו בתחילת עדות מקלינן, מכ"ש שלא נחמיר בסופו על צד רחוקה ונפלאה, ומשו"ה פסקו רי"ף ורמב"ם להקל".

ו. האדמו"ר הזקן מלאדי ז"ל בתשובה סי' כח האריך להוכיח דקיי"ל כלישנא בתרא. ולהלן לשונו - "ענוותו תרבני לצרפני להיות נמנה לדבר מצוה רבה התרת עגונה, אשר שקדו חכמים בתקנתן והקילו הרבה קולות משום עיגונא, ואפילו בגופה של עדות ותחילתה כמו נ"ד. לפי דעת הרא"ש בתשובה וגם בפסקיו, ודלא כר"נ ור"ש שבמרדכי והג"מ שנתלו בסוגיא דר"פ יש בכור שלא להקל כלל משום עיגונא בתחילת עדות, וכמ"ש לקמן באריכות בראיות עצומות, וגם לסתור ראיות ר"נ ור"ש אשר בגללן נטו הרבה תשובות גדולי האחרונים מדעת הרא"ש ... והכל הולך אחר החיתום שהטעם כעיקר דרושם וצלקת לא הוי סימן מובהק לפי דעת המשאת בנימין הוא כמו שחתם וסיים בתשובתו משום דאמרינן בר"פ יש בכור דבתחילתה של עדות לא אקילו רבנן, והוא מהמרדכי בשם ר"נ ור"ש. אמנם הרא"ש פ"ג דגיטין ובתשובות כלל נ"ה גבי תרי יצחק פליג עלייהו להדיא, וס"ל דאף בתחילת עדות אקילו רבנן משום עיגונא. דהא עובדא דתרי יצחק היא תחילת עדות להכירו יפה שזהו בעלה של זו ... הרא"ש טעמו ונימוקו עמו ולית נגר דליפרקיניה לטעמיה. דהא בסוגיא דר"פ יש בכור לא מפלגינן בין תחילתה לסופה אלא לשינויא ולישנא קמא, אבל לא לשינויא ולישנא בתרא. והנה מלבד דבדרבנן אולינן בתר המיקל בתרי לישני ושינויי שבגמרא, כמ"ש התוס' והרא"ש פ"ק דע"ז, והתם בסוגיא דר"פ יש בכור אפילו לשינויא קמא היא חומרא בעלמא דרבנן דאחמירו בתחילת העדות, כדאיתא התם בהדיא ... פי' סוגיא דעלמא אזלא כאידך, שברפ"ד דסנהדרין, דהיינו כגון דסתמא דתלמודא פריך ממילתיה כו' והובאו להלכה בח"מ סי' כה ע"ש בש"ך. והרי סתמא דתלמודא הכא בסוגיא דיבמות ובסוגיא דב"מ

רק מדרבנן החמירו. ובוזה תסולק תמיהת המראות הצובאות ס"ק קט"ו על הריב"ש".

ובסי' סג סק"ב כתב הצמח צדק - "ללישנא ושינויא בתרא דלא אחמירו רבנן כלל בהכרה יותר מדינא דאורייתא גבי ממון, השכל נותן די"ל דחיבור שני סימנים בינוניים ודאי מהני".

יא. בשו"ת הרב"ז להגר"ז שאפראן ז"ל חלק אה"ע סי' ב' כתב - "נראה לצדד בזה בכחא דהיתרא דעדיף, על פי מה שכתבתי בתשובה כמה פעמים בקונטרס עגונות, להוכיח דהש"ס בבכורות דף מ"ו ב', הדר אח"כ ממה דמשני בתירוצא קמא, כי אקילו רבנן בסופה ובתחילתה לא אקילו רבנן. דהרי אמרו שם: ואיבעית אימא יכיר לחוד. ונראה דלפי האיבע"א הדר מקמייתא, דאין לנו לדחוק ולומר דכי אקילו רבנן בסופה וכו'. דלהאי תירוצא אין לחלק בין תחילת עדות לסוף עדות. וכבר נודע מש"כ מהרש"ל ז"ל בתשובה סי' ל"ה דלעולם הלכה כתירוצא ד"ואיבעית אימא". ועיין במגדל עוז הלכות חובל ומזיק רפ"ד שכתב שקבלנו מרבנותינו הראשונים ז"ל דלשון ואיבע"א הוא כלשון א"ד שהוא עיקר. וכ"כ באס"ז בב"מ דף ס"ג ע"ש. ומצאתי בספר ארעא דרבנן למהר"י אלגזי בהשמטות אות קס"ט, הביא בשם שו"ת מהר"ש יונה שדעתו ג"כ דלפי מה שמסיק בגמ' ואיבע"א, שוב אין לחלק בין תחילת עדות לסוף עדות והרב מהר"י חולק עליו. ומצאתי ... תשובה מהתוספות יו"ט ז"ל שכתב כן להדיא".

והנה בספר מראות הצובאות ס"ק פד (בסופו) כתב - "צריך להבין, להס"ד דש"ס בבכורות דלא אחמור רבנן בעיגונא כלל, מדפריך ומי אחמור רבנן בעדות אשה וכו'. דמה יענה בהא דתנן בהך מתניתין גופה, דאפילו מגוייד וצלוב אין מעידין, דמינה הוכיחו המרדכי והגהות מיימוניות דבתחילתה החמירו רבנן, וכן ממים שאל"ס. אשר ע"כ היה נראה לכאורה מוכרח לומר שבכל ספק שנולד בענין המיתה עצמה אם מת או אם הוא חי עדיין, בזה פשיטא לי' להש"ס דודאי החמירו שאין מעידין אלא על מיתה ודאית. אבל בענין ההכרה בהא פליגי הנהו תרי לישני, דלשינויא קמא דהש"ס, גם בזה החמירו ולא הקילו אלא בסופה, ולשינויא בתרא ס"ל דבזה נמי לא החמירו כמו בסופה. וכבר הראית לדעת בשם הרמב"ן ז"ל שהוכיח בל"ז שבעלי הש"ס ביבמות קט"ו לא שמיע להו אז מברייתא זו דצידן ואנטוכיא, דמייתי הרא"ש בתשובה שם. וכיון שכן אף אנו נאמר דגם שינויא קמא דהש"ס בבכורות נמי לא שמיע לי' אז מברייתא זו, לכן מייתי הרא"ש ברייתא זו להוכיח מינה דשינויא בתרא דהש"ס שם עיקר, שגם בענין ההכרה נמי הקילו כמו בסופה, ולא החמירו כי אם בספק הנולד בענין המיתה עצמה".

לפי דרכו של מראות הצובאות, גם אליבא דלישנא בתרא אין לנו להקל אלא בכל הקשור להכרת המת, אך לא באומדנא על קביעת מיתתו.

אך דברי מראות הצובאות אינן מתיישבים עם דברי הראשונים שחלקו על הר"א מוארדון שתלו עצמם בלישנא

כמבואר בנמוקי יוסף והרשב"א גבי יצחק ר"ג דהוי קאזיל מקורטבא לאספמיא ביבמות דף קט"ו ופסקו שם כרבא דלא חיישינן לתרי יצחק, וכתבו הטעם משום דאמרינן כאן נמצא כאן היה. וכתבו שם עוד וז"ל אף דגבי ממון פסקינן כרב אשי שחולק על רבא ולא אמרינן כאן נמצא כאן היה, מ"מ הכא משום עגונא אקילו בה רבנן ע"ש. אלמא דמשמע מדבריהם דאף בתחילת עדות אקילו רבנן משום עגונא, ומכ"ש דלא אחמיר, וכן הוא דעת מהריב"ל בתשובה, עכ"ל. ועיי"ש שצדד כן בדעת רש"י, לעומת תוס' דלא ס"ל כן.

ט. בספר עצי ארזים העלה דנקטינן להלכה כלישנא בתרא בנ"מ אחרת העולה בין הני תרי לישני, והעלה בדעת רבינו ירוחם שפסק כלישנא בתרא.

וז"ל עצי ארזים סי' יז ס"ק פד - "ונ"ל דיש נ"מ לדינא בין שני התירוצים הנ"ל, דלתירוצא קמא דאין חילוק בין יכיר להכרת פנים, א"כ מדינא הכרת פדחת הויא עדות גמורה אף להיתר אשה, רק משום חומרא דאשת איש החמירו בה רבנן, א"כ ע"י הכרת פדחת יצאה עכ"פ מכלל איסור אשת איש דאורייתא. אבל לשינויא בתרא דיכיר לחוד, י"ל דדוקא לענין בכורה גלי קרא דסגי בהכרה בעלמא, אבל לעדות אשה צריך הכרת פנים מדאורייתא. וכל זמן שאינן מעידים על פ"פ עם החוטם הרי היא עדיין בחזקת אשת איש דאורייתא. ולא ראיתי לאחד מהאחרונים שהעיר בזה אי פסקינן להלכה כשינויא קמא או כשינויא בתרא, ולפע"ד היה להם לבאר כי יש כמה נ"מ ביניהם לדינא. וראיתי לרבינו ירוחם בדף קצ"ו שהוסיף על לשון המשנה וז"ל אין מעידין עליו להשיא אשתו, או לשאר דבריו, אא"כ הכירו בפ"פ עם פדחתו ועם חוטמו עכ"ל ולשון או לשאר דבריו הוא מיותר דמאי בעי בזה, דבכל הענין שם אינו מדבר אלא מהיתר עגונא. ואפשר שכוונתו להורות לנו דין הנ"ל דהעיקר כשינויא בתרא, דלהכרת פנים מדינא לא מהני פדחת, וכל שאין מעידים על פ"פ עם החוטם הרי היא בחזקת איסור אשת איש דאורייתא. וזה שפיר שמעינן ממ"ש דלא מהני גם לשאר דברים. דאי אמרינן דהכרת פדחת מהני מדאורייתא, רק משום איסור אשת איש החמירו, או הוה העדות מהני לשאר דברים, כגון להורידי היורשים לנחלה, כמו טבע במים שאל"ס או נפל לגוב של אריות או ראוהו צלוב שכתב הרמב"ם בפ"ו מהלכות נחלות ... לכן קאמר דאף לשאר דברים לא מהני, והיינו משום דלא קיי"ל כשינויא קמא רק שינויא בתרא, דלהכרת פנים מדינא לא מהני פדחת, ולא משום חומרא, וכל זמן שאין מעידין גם על פ"פ עם החוטם הוי בחזקת אשת איש דאורייתא".

י. בשו"ת צמח צדק (החדש) חלק אה"ע סי' נח סק"ג הביא מדברי זקנו בתשובה הנזכרת לעיל דהלכה כלישנא בתרא, והוסיף - "וכן מוכח ג"כ מתשובת הריב"ש שפירש דכל הני דתנן בהו במתניתין אין מעידין, אין כאן עדות מדאורייתא, וזהו כלישנא בתרא דפרק יש בכור, משא"כ ללישנא קמא הרי בפדחת בלי חוטם הוי הכרה מדאורייתא,

וכל דיני מסיח לפי תומו הוא רק משום אומדנא. ולכן הפלפול בזה הוא למותר וכבר העיר בזה הבית מאיר [סי' י"ז סעיף כ"ד ד"ה דחיישינן], הגם שתירוצו אינו מובן קצת, מכל מקום כן הוא הלכה רווחת באומדנא הרבה מתירין עגונה.

וע"ע בפת"ש סי' יז ס"ק קל"ג סופו שהביא מספר סדר אליהו (להג"ר אליהו אלפאנדרי ז"ל מח"ס מכתב מאלהו על גיטין) שיש לסמוך על הסוברים שיש להתיר עפ"י אומדנות המוכיחות מיתת הבעל, כשהאשה כבר יצאה מחזקת אשת איש דאורייתא.

ואכן מצינו באחרונים שכתבו, שאפילו החולקים על ר"א מווארדון, יודו שיש מקום להתירה לכתחילה אילו היו בפנינו אומדנות חזקות על מיתתו, למרות שאין עדות מפורשת המעידה על מיתתו. בספר סדר אליהו שער א' (דף לא.) כתב בדעת המבי"ט, שאפילו החולקים על ר"א מווארדון, "לא חלקו אלא מפני שלא היו החזקות בריאות וטובות". ומהרש"ם חלק ב' סי' קסח כתב - "והרי נחלקו על הר"א מווארדון בכה"ג, במה שסמך ע"פ אומדנות, אבל בדבר שהטבע מעיד עליו עדיף מאומדנא". דהיינו אם קיימת אומדנא המיוסדת על כך שעל פי חוקי הטבע כפי שארע איתו, אין מקום להניח שנשאר בחיים, יש להתיר.

ולפי זה, גם אליבא דלישנא קמא, החמירו שלא לסמוך על אומדנא המיוסדת על רוב וכדומה, אך לא החמירו באומדנא חזקה, למרות שאין עדות גמורה על מיתתו. ולהלן נביא סייעתא לסברא זו מדברי הב"ח בתשובה, ומתשובת מהר"י ווייל שלא הסכים לכך.

מסקנת הדברים

א. שתי הלשונות בסוגיא בריש פרק יש בכור נחלקו האם הקלו חכמים אף בתחילת עדות או רק בסופה. אליבא דלישנא בתרא הקילו גם בתחילתה של עדות. אמנם בתשובה שבספר אור זרוע כתב שאף לישנא בתרא מודה שלא הקילו בתחילתה של עדות, אך למבואר לעיל זו דעה יחידאה.

ב. ר"א מווארדון וספר האגודה נקטו דקיי"ל כלישנא בתרא, וכן כתבו אחרונים בדעת הרא"ש ורבינו ירוחם. וכן פסקו כמה מגדולי הפוסקים דלהלכה נקטינן כלישנא בתרא, ובראשם התוס' יו"ט, האדמו"ר הזקן והחתם סופר.

ג. אליבא דלישנא בתרא, מכיון שאין חומרא יתירה בעגונה בתחילת העדות, לרבות בבירור עצם מיתת הבעל, לאחר שהאשה יצאה מחזקת אשת איש מהתורה, יש לפסוק להתירה לכתחילה על פי אומדנא דמוכח המוציאה מידי ספק שודאי הבעל מת, גם בלא עדות של עד המעיד שראה את הטביעה ושהה על שתצא נפשו.

לפי דרכו של המשכנות יעקב, מחלוקת ר"א מווארדון וראבי"ה היא רק בשאלה האם חכמים החמירו בתחילת עדות, שלכתחילה לא תינשא. אבל כו"ע מודו שלעניין דינא דאורייתא, אזלינן בתר אומדנא דמוכח לקבוע שהבעל מת. וכן הבאנו את דברי תה"ד והרמ"א.

קמא שאין להקל בתחילת עדות. ולדבריו, אף ללישנא בתרא שמקילין בתחילת עדות, אין מקילין לדון אומדנא בעצם המיתה. וכן מבואר באור זרוע הנזכר לעיל, שתחילת עדות שנחלקו בה הני תרי לישני, היינו בבירור השאלה אם הבעל מת.

וכן מפורש בתשובת בעל התוספות יו"ט, ומתוך דבריו כתב המנחת יצחק (הנזכר לעיל) "דלפי מאי דס"ל דהלכה כלישנא בתרא, או גם בנדון הר"א יש להקל". וכן מבואר בתשובת האדמו"ר הזקן ז"ל הנזכרת, דנקט בפשיטות דלא כסברת מראות הצובאות.

וכן מבואר בקונטרס עגונות למהרח"ש, שתחילת עדות, היינו עדות על עצם המיתה.

וכתב בשו"ת ויחי יעקב (להג"ר יעקב חיים גולדשלאג ז"ל) אה"ע סי' ג' בתשובה שהורה במקרה שלא היתה עדות על מיתת הבעל אך נמצא הרוג יהודי באותו מקום שהיה ידוע שהבעל עבר, בלא שהיו ראיות מספיקות לזהותו, אלא היו אומדנות רבות אחרות, ועברו למעלה מעשרים שנה שלא שב לביתו. ובתשובתו הביא מדברי הרא"ש והתוס' יו"ט ותשובת אדמו"ר הזקן ועוד פוסקים שהכריעו הלכה כלישנא בתרא וכתב - "ומטעם זה כתב הרא"ש בכמה דוכתי דראוי לכל מורה הוראה לחזור אחר צדדי קולות בעגונה, גם בתחילת עדות, כלישנא בתרא שם, וא"כ תו מצינן לדין שפיר למיסמך על שיטת הר"א מווארדון והר"א בר"מ, דמדעת החולקים ליכא שום ראייה דאינהו לשיטתתי אזלי, משא"כ אנן בדין בעינן להקל שפיר".

היתר עפ"י אומדנות מוכחות אף לכתחילה

עיין ברמ"א סי' יז סעיף טו שהביא את דברי תרומת הדשן שהורה לדונה כמי שיצאה מחזקת אשת איש עפ"י אומדנא, ואם נישאת לא תצא, ולעיל הבאנו מדבריו, ועיי"ש בח"מ ובב"ש. הב"ש הביא מחלוקת מ"ב ומהרש"ך אם לדון להתירה עפ"י אומדנא שיש בהודאת הרוצח, שאינו נאמן בתורת עדות ואינו מסל"ת, ודעת משאת בנימין להתיר. וכתב בתשובת נודע ביהודה קמא אה"ע סי' מג - "עד כאן לא נחלק מהרש"ך אלא בסתם אשת איש שהודה נכרי על הריגת בעלה שאכתי לא יצאה מחזקת איסור, אבל בנטבע במשאל"ס אפילו לא שהו עד שתצא נפשו שכבר יצאה מחזקת איסור תורה, מודה".

ובספר דברי חיים חלק ב חלק אבן העזר סי' מו כתב - "והנה במה שכתב פלפול אם סומכין בעגונה על אומדנא הוא למותר, דכן מבואר בש"ס ופוסקים דסמכין בעגונה אאומדנא וכ"מ בכל התשובות מראשונים ואחרונים דלא שכיח שהיו שני אשר בן סיני ושניהם למדו אצל רא"ש ז"ל [עיין תשו' הרא"ש כלל נ"א סי' ב' ומהרי"ק שורש קפ"ד] וגבי שהעידה שפחה באחד שנשא ה' ליטרות צמר וכ"מ בש"ס [יבמות קכ"ב ע"א] גבי ששים בני אדם שהלכו לביתר וכדומה עצמו לספר, ובהדיא מבואר בהר"מ ז"ל הל' נחלות [פ"ז ה"ב] אף על פי שאשתו מותרת אין יורדין לנחלה יע"ש,

וגדולה מזו כתב המרדכי בשם הר"א מוורדון ... ולא אמרו אסורה לעולם, ש"מ דלאו לעולם קאמרי ... ולולי דבריהם של רבותינו היה נראה לי דכוונת ר"א מוורדון, לאו משום דלא תני מים שאל"ס אסורה לעולם משמע דלאו כל משך ימי עולם אסורה, וכיון דנתעגנה ארבע שנים ואיכא אומדנא ... ע"כ אשתו מותרת. דגם הר"א מוורדון מודה כיון דתני משאל"ס אשתו אסורה, אסור הוא לעולם. אלא כוונתו של הר"א מוורדון דהא דאמרו מים שאל"ס אשתו אסורה, לאו לעולם אסורה היינו בכל גווי שיקרה במים שאל"ס אסורה, אלא היכי דאיכא אומדנות מוכיחות שמת מותרת, כמו דס"ד דרב אשי להתיר בצורבא מרבנן דאיטבע במים שאל"ס. ותלו בחכמי הדור שישכילו ענין המאורע. ומה שנתעגנה ארבע שנים ונמצאו הכלים אשר היו אתו בספינה, על שפת הים, הוי אומדנא טובא כמו ס"ד דרב אשי בצורבא מרבנן דאיטבע. ואע"ג דגבי צו"מ דאיטבע נמי אסורה, הוא משום דאין לחלק בין חבר לע"ה, אבל בשארי אומדנות מוכיחות יכולין להתיר."

מסקנת הברית יעקב – "יש לומר דדוקא בחבית אמרינן דעיקולי ופשווי הוי מטבע לה, אבל באדם דיש לו דעת ומתאמץ בכל כוחו להציל עצמו, אף דאיכא עיקולי ופשווי ויש שמה סכנה רבה, התאמץ בכל כחו וצף משם וקרה לו איזה ענין דניצל כמו בכל מים שאל"ס דחיישינן שמא ניצול. מכל מקום היכי דאיכא אומדנות מוכיחות יש לצרף דעת הר"א מוורדון לסניף היתר, בכה"ג היכי דאיכא עקולי ופשווי כמו הכא דמתגלגלין המים ומושכין לשם להיטבע שם, אע"ג דמהר"ם בן ברוך החמיר בזה, עכ"ל תשובת ברית יעקב.

וכן בפת"ש סי' יז ס"ק קל"ג הביא תשובת גדול אחד, והיא משו"ת נחלת דוד סי' יח, שהלך בדרך זו ככל האמור בתשובת ברית יעקב הנזכרת, להוכיח מהסוגיא במסכת בבא בתרא, ובמסקנתו הביא מספר סדר אליהו שבמשאל"ס מתירין להנשא אם יש עוד אומדנא שמת. וכתב הנחלת דוד שאם יש לאומדנא זו מקור בש"ס, נוכל לסמוך עליה. על כן במקום שיש עיקולי ופשווי, שזו אומדנא מהש"ס, יש להתירה לכתחילה עפ"י אומדנא זו. ועיי"ש בתשובת נחלת דוד שבאר דעת מהר"ם מרוטנבורג שמאן להקל, מאחר שעפ"י דרכו בביאור הסוגיא בב"ב אין ראייה, ונותרה רק סברת הדייגים שטענו שלא יוכל להינצל. אך גם אליבא דמהר"ם, יש לצרף אומדנא המוכיחה על מיתתו, אם יש לה יסוד בש"ס.

וע"ע בספר יביע אומר חלק ז' חלק אה"ע סי' טז.

האם יש לחוש שהבעל ניצל וברח למקום בלתי ידוע

במקרה שלפנינו, הדרך היחידה להבין את שארע, מחייבת שהבעל טבע ומת. מאחר שאם הבעל ניצל, הרי שעלינו להניח שלאחר שזכה להנצל, ברח למקום בלתי ידוע שבו הוא מסתתר עד היום בלא להודיע דבר לאשתו ובני

ד. במקרה שאנו דנים את הבעל כמי שטבע במים שאל"ס, וזאת בעקבות טביעת הסירה והעדר יכולתו להציל עצמו מפני המרחק מהחוף, או אליבא דתה"ד תשב"ץ ומהר"ם בן חביב, מפני שאבד זכרו וכבר הותרה מדאורייתא, יש מקום להוראת ר"א מוורדון, כשהאומדנות הם טובות, והן בגוף האירוע של הטביעה.

ים היה סוער במיוחד, כאומדנא המוכיחה טביעתו לעניין להתירה לכתחילה

בתשובת ברית יעקב (להג"ר ברוך מרדכי ליפשיץ ז"ל) חלק אה"ע סי' יח השיב אודות מקרה שהבעל טבע במים שאל"ס במקום שהיו בו גלים זורמי מים שבטבען מקשין ביותר על האדם השוחה בהם להישאר בחיים, ולהלן עיקרי דבריו.

הברית יעקב כתב שאם הים היה במצב סוער ובו גלים שאינם מאפשרים להינצל, יש לצדד לקולא, ועדיף מטבע במים שאל"ס. ובתחילת דבריו הביא מדברי הגמ' במסכת בבא בתרא דף כד., וז"ל – "יש לדון בנ"ד מהא דאמרינן בב"ב (דף כ"ד) חבית שצפה בנהר, אמר רב נמצאת כנגד עיר שרובא ישראל מותר כנגד עיר שרובא עכו"ם אסור. ושמואל אמר אפילו כנגד עיר שרובא ישראל אסור, מימר דמהאי דקרא אתאי כו'. והכא במאי קמיפלגי, מר סבר אם איתא דמהאי דקרא אתאי, עקולי ופשווי הוי מטבע לה. ופרש"י הרבה מקומות יש משם עד כאן שהמים מתעקלין ומתגלגלין כגלגל במקום אחר, מחמת כיפי סלעים ארוכים הבאים אל תוך הנהר, והמים מכסים עליהן והספינות מתגלגלות שם וטובעות. ומר סבר חריפותא דנהרא נקיט ואתאי, וקיי"ל התם כרב. משום עיקולי ופשווי הוי מטבע שם."

ועל פי זה כתב הברית יעקב – "א"כ בעובדא שראו שנפל לקעסיל גרוב, דהמים מתגלגלים שם ומושכין שם להטבע, אמרינן דודאי נטבע שם, וכה"ג לא חשו רבנן במשאל"ס, דאמרינן דעיקולי ופשווי הוא טבע לי' ... אך אפשר לומר ולחלק, דוקא ביין נסך ... אבל באשת איש דחששו חכמים לחששות רחוקות, גם בזה חיישינן. ובתשובת מהר"ם מרוטנבורג (סי' תתקע"א) כתב בהדיא בעובדא דידיה שהיה במקום שטבע סלעים וטרשים ועקולים שהדייגים אומרים כי שום טבוע אינו יכול לצאת משם, והחמיר בזה משום דכלום חילקנו אלא במים שיש להם סוף למים שאל"ס, אבל במים שאל"ס לא פלוג רבנן בין היכי דאיכא סלעים וטרשים ובין היכי דליכא ע"ש.

אבל מירושלמי דיבמות שהבאתי לעיל דאמר רבי אבהו אם היה הים גלוני וראה מארבע רוחותיו שאין שם בריה משיאין את אשתו, מוכח דלא כמוהר"ם, דהא אפילו במים שאל"ס פלוג רבנן בזה. גם בש"ס דילן הוי ס"ד דרב אשי לחלק במים שאל"ס בין צורבא מרבנן דאיטבע לאיניש אחרינא, ואע"ג דהגמ' מסיק ולא היא, משום כלום חילקנו בין חבר לע"ה כדאמרינן כה"ג בבכורות (דף ל"ו), אבל בלא"ה יש לחלק גם במים שאל"ס.

ביתו. הנחה כזו היא מאד בלתי סבירה, ויש להוכיח מהגמ' שאין לחוש לכך. איתא במסכת יבמות דף קטו. "ההוא גברא דבשילהי הלוליה איתלי נורא בי גנני, אמרה להו דביתהו, חזו גבראי חזו גבראי אתו חזו גברא חרוכא דשדי, ופסתא דידא דשדיא. סבר רב חייא בר אבין למימר היינו עשינו עלינו בית, עשינו עלינו מערה, אמר רבא מי דמי התם לא קאמרה חזו גבראי חזו גבראי, ועוד, גברא חרוכא דשדי ופסתא דידא דשדיא. ורב חייא בר אבין גברא חרוכא דשדיא אימא, איניש אחרינא אתא לאצולי ואכילתיה נורא, ופסתא דידא דשדיא נורא איתליא ואתיליד ביה מומא, ומחמת כיסופא אזל וערק לעלמא".

הרי מבואר שלדעת רב חייא בר אבין יש לחוש שהבעל ניצל וערק לעלמא. ולדעת רבא לא חיישינן, ואנו מניחים שאותו גברא חרוכא שנמצא הוא הבעל.

וכתב הב"י סי' יז – "משמע מדברי הרי"ף והרא"ש דהלכה כרב חייא בר אבין, וכתב נמוקי יוסף שכן פסקו רוב הראשונים".

לעומת זאת, ביש"ש עמ"ס יבמות שם כתב – "לפי זה הלכה כרבא, דהא סבר רב חייא קאמר. וכן נראה עיקר, דלא מחמירין כולי האי בהיתר נשים, משום עיגונא, בפרט חששא רחוקה כאלו, והיא אומרת להדיא, דלא הכי הוה".

והנה בשו"ת בית יוסף, דיני גוי מסיח לפי תומו סי' ח', כתב לתלות מחלוקת רב חייא בר אבין ורבא בתרי לישני שבפרק יש בכור. וז"ל – "אעפ"י שכתוב בנ"י בשם המפרשים שהיה נראה לפסוק כרבא, מדאמרינן סבר רב חייא למימר דמשמע שהיה עולה כן בדעתו ולא שיהיה כן הדין, מכל מקום כבר כתב שרוב הראשונים פסקו כרב חייא בר אבין, וכן פסקו הרי"ף והרא"ש ז"ל. וטעמא משום דבפרק יש בכור פריך לר' יוחנן דאמר דלענין נחלה פדחת הוי ... ומשני כי הקילו רבנן בסופה בתחלתה לא הקילו, ופירש רש"י בסופה לאחר שכיוונו יפה שזוהו הקילו חכמים, בסוף עדותן להחזיקו אפילו בעבד ושפחה, אבל בתחילת העדות דהיינו ראיית המת לא היקלו עד שיכירוהו יפה".

בפת"ש סי' יז ס"ק עז הביא תשובת הרדב"ז שחלק על תרומת הדשן (הנזכר לעיל). הרדב"ז סמך בדבריו על סוגיא זו.

הרדב"ז (חלק א סי' תקכו) כתב כדלהלן – "שאלת ממני אודיעך דעתי במה שכתב מה"ר ישראל ז"ל באשה שהלך בעלה ולא חזר והתירה אחד מהרבנים בעדות עכו"ם שלא היה מסיח לפי תומו אלא ע"י שאלה ונשאת האשה והתירה הרב הנזכר לעמוד תחת בעלה כנגד החולק. תשובה אין אני סומך על הוראה זו ואם היה בא מעשה לידי הייתי מוציאה מתחת בעלה ובניה ספק ממזרים לפי שהוא ז"ל רצה לדמותה לנפל למים שאין להם סוף דלכתחלה אסורה ואם נשאת לא תצא ואיברא דלא דמייך כלל דמים שאין להם סוף חששא בעלמא היא דחשו חכמים למיעוטא דמיעוטא משום

כמה מגדולי הפוסקים דחו טענת הרדב"ז כנגד תרומת הדשן מהסוגיא דגברא חרוכא, ומכמה טעמים.

א. בשו"ת תורת חסד חלק אה"ע סי' מ' סק"ח כתב לדחות טענת הרדב"ז כנגד תרומת הדשן מהסוגיא, וז"ל "ואין דבריו מוכרחים. חדא, דהתם חזינן פסתא דידא דשדיא וחזינן דאיתלי בי' נורא. חיישינן דילמא הוא חי וערק מחמת כיסופא. משא"כ בנ"ד מהיכי תיתי לחוש שיתילד בו מום כזה שיערוק מכיסופא ... אדרבה מדאיצריך הגמ' למימר שאיתיליד ביה מומא ומחמת כיסופא ערק לעלמא, משמע דאל"כ יש להתיר מחמת האומדנא שלא בא לביתו. ומצינו דאומדנא זו נמי מילתא היא, בכתובות דף כב: היא גופה באשם תלוי קיימא, באומרת ברי לי. ופרש"י שאומרת אין לבי נוקפי שבירי לי אלו היה קיים היה בא ... וע"כ דרש"י ס"ל דאומדנא זו היא סברא דאורייתא ועי"ז פטור מאשם תלוי", עכ"ל.

לפי דרכו, החשש שהבעל ערק לעלמא, קיים רק במקרה שלפי הידוע לנו, הבעל שהה בתוך האש, ומסתמא נעשה בעל מום, בשל כך יתכן שהבעל יבקש לברוח מחמת כיסופא. אבל במקום שאין עילה להניח שהבעל נעשה בעל מום הגורם לכיסופא, וגם אם שהה בספינה בעת סערה בים, אין בכך סיכון להיותו בעל מום, כמו שקיים למי שנמצא

הנ"ל וא"א להתיר האשה בכך, מ"מ אותן הסיבות אינן אלא מיעוט, וא"נ נניח דהוה מיעוט המצוי מ"מ רובא לאו הכי הוא, ומצורף לזה דהא עכ"פ נודע לנו בברור לפי טבע הענין דבשעת מעשה לא זוו משם זמן רב וחפשו הספנים חפש מחופש להוציא ולא עלה בידם כי דרכם עתה בזמנינו וה"ל כאלו נודע לנו בברור ששהו כדי יציאת הנפש וצירוף כל הסברות הנ"ל מועילות לפע"ד להוציא האשה עכ"פ מחשש איסורא דאורייתא וליכא אלא איסורא דרבנן ... כנלפע"ד ברור בעזה"י.

ה. בשו"ת שערי דעה ח"א סי' קטו כתב סברא נוספת - "אם איתא שניצול עפי" נס, ובטח הוא יודע שהמעשה כזה הוא מפורסם, היה לו לחוש על אשתו פן תנשא לאחר עפי" עדות מהסיבה הזרה הזאת, והיה לו לבקש תחבולות להודיע כי עודנו חי ... מצד חזקת כשרות שלו וגם מסברא שאין אדם רוצה שתנשא אשתו לאחר, בודאי יש לצרף הסברא דאלמלא היה קיים היה בא או מודיע לביתו".

ונראה דאמנם הב"י תלה החשש שמא מחמת כיסופא ערק לעלמא, בהני תרי לישני דריש פרק יש בכור, אך גם ללישנא קמא, החשש שערק לעלמא הוא רק במקום שיש יסוד לחשש כזה, ולא כשאין כל יסוד לחוש. וכן עולה מדברי הב"ח בתשובה סי' עב. וז"ל - "לא חיישינן לחומרא א"כ דאיכא הוכחא דפס יד, דהשתא בע"כ דתרי גברא הוי הכא, בעל הבית ועוד איש אחר דאתא לאצוליו, והאחד נשרף כולו והשני איכא לספק בו שמא נשרף כולו ונעשה אפר ולא נשאר ממנו אלא פס יד שלא נעשה אפר ע"י איזה סיבה, או שמא נשאר חי ולא נשרף ממנו אלא פס יד ע"י סיבה. ותו איכא ספק מי הוא שנשאר חי הב"ה או איש אחר ומספיקא חיישינן לחומרא בתחלת עדות. אלא דהיכא דליכא הוכחא דפס יד דתרי גברא הוי הכא לא חיישינן כלל לאינש אחרנא, אלא אמרינן דאותו שהיה בבית הוא הנשרף ואיתתא שריא".

אמנם אותו נידון עדיף טפי, שהרי נמצא גברא חרוכא, ומניחים שזהו הבעל, ועדיף מנידון דנן שאין בפנינו כל אדם מת, עקב הפסקת החיפושים אחר הגופה במעמקי הים. אך עכ"פ מוכח דבלא שיש יסוד לחשש שהבעל ערק לעלמא, אין לחוש לכך.

וכן בתשובת הרדב"ז, שכתב לחלוק על תה"ד כתב "במי שנאבד ולא ידענו מה היה לו אם יש קצת אומדנות שמת, יש כנגדם אומדנות שעדיין הוא חי, וא"כ לא פקע מינה חזקת אשת איש ואפילו אם נשאת תצא ובניה ספק ממזרים", עכ"ל. משמע שהרדב"ז לא אמר דבריו, אלא מפני שהיו אומדנות הפוכות המוכיחות שהבעל עדיין חי. אך הרדב"ז לא היה אומר את הדברים, כשאין כל יסוד ואומדנא לתלות שהוא חי.

ונוסף לציין לתשובת מהר"י וייל, שהוא מהסוברים שאין להתיר אשה ע"פ אומדנא עד שתהיה עדות מפורשת על מיתתו, וכי יש לחוש שמא ערק לעלמא, אך מבואר בדבריו

בתוך האש, ואין לנו להמציא מעצמינו את החשש שמא הבעל ערק לעלמא מחמת כיסופא, או מטעם אחר שאינו ידוע לנו ושאינו לו אחיזה במציאות.

ב. בשו"ת דברי מלכיאל ח"ד סי' ק' כתב בתשובה על אדם שהיה בספינה וכשהספינה היתה בלב ים הבעל נעלם. וכתב הדברי מלכיאל בתוך דבריו - "כבר כתבו הרבה ראשונים הובאו בשו"ת ר"ב אשכנזי וחת"ס סי' נ"ח וס"ה ובמשכנות יעקב סי' ח' דאף בלא שהו דינו כמים שאל"ס. ואף דאפשר שקודם שיצאה נפשו קרבה אליו ספינה ונכנס לתוכה, בכל זאת הוי רק מיעוט ודבר רחוק, ורוב הנופלים לים הם נטבעים ומתים, וככל משאל"ס דהוי רובא למיתה ... ומש"כ לחוש דשמא נפל בו מום וברח מחמת כיסופא, מצאתי שכן כתב הרדב"ז, וכתב מראות הצובאות בס"ק נח דגם בהא דיבמות דף קט"ו הוי רק לכתחילה, וכדין משאל"ס. ובאמת במים הוא דבר רחוק, ורק באש חששו לזה ביבמות".

ג. מהרש"ם חלק ד' סי' סז כתב - "ואולם גם בדעת רב חייא בר אבין י"ל דהתם דוקא דהוי עובדא בשילהי הלולי דאתלי נורא בי גנני בזה שפיר י"ל דהחתן שלא הורגל עוד עם כלתו בוש הוא בפניה במומו ועקר לעלמא. אבל באיש שיושב כמה שנים עם אשתו וגייסי בהדדי לכ"ע ליכא חשש כסופא, ובודאי מת דאל"כ היה בא, ול"ה ערק לעלמא, וערש"י כתובות כ"ב ע"א ד"ה באומרת ברי לי ובר"ן שם".

ד. בנוסף כתבו הרבה פוסקים שהיום נשתנו הזמנים ואין לחוש שמא משום כיסופא ערק לעלמא.

בתשובת חתם סופר חלק אה"ע א' סי' נח כתב שתי סברות לקבוע שינוי המציאות בימינו, ראשית כתב - "הנה בני"ד בים לא טבע דנימא גלי אשפילוהו והובילוהו מעבר לנהר גזון וכה"ג, ורק חשש ששט על ידי שיבולת הנהר אל מקום פלוני אלמוני. וידוע שלעת עתה נשתנו הזמנים בענין זה ממה שהיה בימיהם. שעתה קביע בי דואר במתא בכל המדינות הידועות ואפילו מארצות תוגרמה מגיע הכתב אלינו בזמן קצר מאוד. ואלו היה עולה מהמים בכל מקום שהוא ה"י מודיע לביתו ע"י איגרת ואו היה מפקיע הקול אפילו ע"י מגיד חדרות שקורין צייטונג. והנה ביבמות קכ"א בעי רב אשי למימר דצורבא דאית לי קלא שריא אפילו לכתחלה במשאל"ס, ואע"ג דלית הלכתא כותי" בהא, היינו להתיר לכתחלה. ועוד אפשר דלא נתפשט הקול בכל מקום. אבל השתא בזמנינו א"א שלא יתפשט הקול ע"י ב"ד דקביע. א"כ לכ"ע בדיעבד עכ"פ אם נישאת לא תצא, ולכתחלה נמי ליכא אלא איסורא דרבנן".

אח"כ כתב החת"ס ביחס לחשש שמא ברח מחמת כיסופא - "וכן חשש השני שמא מחמת כיסופא ערק ואזל לעלמא גם זה נשתנו הזמנים. דברי לנו אפילו אי נשברו כל איבריו היה בא או מודיע לבני ביתו, ולא היה בזה שום כיסופא ... וכיון שבריו לכולנו שבוה"ז אלו היה קיים היה בא ולא היה נמנע מחמת כיסופא, לכל הפחות היה מודיע הדבר בכתב לבני ביתו, ונהי דמ"מ יש לתת סבות המונעות מכל

דוכתא ויכול לכתוב ולהודיע ככה אירע לי וכה אני נמצא וכדומה ומה זו שתיקה. עוד ההרהור הזה ... והנה בא האיש לביתו ואתא לקמן ההוא אמר כי בראותו צרתו צרה כי נשללה ממנו כל סחורתו וכל אשר לו והציגוהו ערום, חשב בנפשו אם יודיע כזאת לאשתו האהובה תגזור אומר שע"כ יבוא בערום וחוסר כל ויסתפקו במועט בפת חרבה ושלוחה ע"כ התחכם לאחוז פלך השתיקה והרחיק נדוד אל ארץ פלונית הרחק מאוד ממדינתנו ונשכר שמה לפונדק א' עד שהשתכר והרויח איזה מאות זהובים ועתה חזר לביתו זו אשתו ... אז אמרתי ברוך שבהר בהם ובדבריהם של חז"ל וכל המהרהר אחריהם כאלו מהרהר אחר השכינה".

ועיין באוצר הפוסקים סי' יז ס"ק רצ"ב אות לג (עמ' 216) שהביא משו"ת מהרי"ץ שתשובת החת"ס הנ"ל בסי' נח היא מאוחרת לתשובה זו. ועיי"ש באוצה"פ שהביא הרבה אחרונים שסמכו על סברת החת"ס.

אך נראה שבנידון דנן עדיף טפי. ואין יסוד לחשוש כפי שהיה מקום בתשובת חת"ס סי' קלח. שם מדובר בבעל שעזב את ביתו והלך למקום מרוחק לפרנסתו ולא שב, אין כל ראייה שהבעל עצמו נפגע או שהיה אמור להיפגע במלחמה, לאחר שלא היה לוחם בצבא אלא סוחר ששהה בקרבת מקום, והראיה למיתתו היתה ממה שאינו יוצר כל קשר עם בני ביתו, ואמנם אף שסברא זו סברא חזקה, הרי שעדיין זו אומדנא שאינה מספיקה, ויתכן שקיימת סיבה שבחר להשאר במקומו המרוחק ולא לשוב. ואמנם לאחר שהבעל נשאר ערום בחוסר כל, קבל החלטה מוטעית שלא לשוב ושלא להודיע דבר למשפחתו, עד שיאסוף ממון וישוב לביתו בכבוד, ומלכתחילה לא היתה ראייה מוכחת על מיתתו.

אבל במקרה שבפנינו, הבעל לא הרחיק מביתו אלא היה כאן בקרבת מקום לביתו. ובנוסף ללא ספק שהבעל בעצמו עבר אירוע קשה של סערה רצינית וטביעת הסירה. אילו הבעל היה ניצל, עלינו להניח כמה הנחות. ראשית, שהבעל מבקש להסתתר מאשתו ואינו מביא לידיעתה שהוא חי, כאשר הוא יודע שאשתו ובני משפחתו אבילים ושרויים בצער גדול. שנית, אם נחוש שמחמת כיסופא ערק לעלמא, היינו שעשה מעשים חריגים במיוחד להתחמק מכל אותם שחיפשו אחריו בחופי הכנרת, ומכוחות המשטרה שערכו אחריו חיפושים, ועד היום אם ימצאוהו יביאוהו לחקירה לברר נסיבות מותו של חבירו, וכי הבעל הצליח לצאת למקום מרוחק בלא שיבחינו בו עד היום.

חשש זה רחוק ומוזר מאד, וגם אם חששו בגמ' לדעת רב חייא בר אבין שמא ערק לעלמא, היינו במצב הקיים בזמן הגמ' שאילו ערק למקום מרוחק והשתקע שם, לא היה ניתן לדעת על כך. אבל בנידון דנן, אילו הצליח לחמוק מכל המחפשים אחריו, והשתקע במקום אחר, לא יתכן שהדבר לא היה נודע. וזאת בצירוף הסברות שהבאנו לעיל, שהחשש בגמ' היה רק מפני שמצאו פיסתא דידא, כאמור לעיל, אך בלא"ה מנלן לחוש לכך.

דהיינו מחומרא דרבנן. ולפי"ז י"ל דבפלוגתת הפוסקים בדרבנן, מספיקא נקטינן לקולא.

חז"ל מהר"י ווייל בתשובה סי' עט, – "אודות האשה העלובה היושבת עגונה ... גרסינן בפרק האשה שלום ההוא גברא דבשלהי הלולא איתלי נורא בבי גננא אמר' להו דביתהו חזו גברא חזו גברא חזו גברא חרוכא דשדא ופיסא דידא דשדא, סבר ר' חייא בר אבין למימר היינו עשינו עלינו הבית, עשינו עלינו המערה, אמר ליה רבא מי דמי התם לא קאמר חזו גברא הכא קאמר חזו גברא ועוד חזו גברא חרוכא דשדא ופס דידא דשדא, ורבי חייא בר אבין סבר גברא אחרינא אתא לאצלינא ואכלתיה נורא ופס דידא דשדא דילמא נורא איתליא ביה ואיתיליד ביה מומא ומחמת כיסופא ערק ואזל לעלמא, ופסק הא"ז כרבי חייא ברבי אבין. אלמא אע"ג דמוכח מילתא טובא דלא איניש אחרינא הוא והוי כמו מיעוט ומיעוט דמיעוטא והוי כמו ודאי וספק או ספקא דספקא אפ"ה מחמירינן ולא שרינן ההיא איתתא. והטעם דלא שרינן שום אשה אלא א"כ שהעידו עדים שראוהו ודאי מת בלי גמגום ופקפוק ... ועדות אשה לא ילפינן מממונא דהא מים שאין להם סוף אסורה, ולעניין יורשים כתב המיימוני אי טבע במים שאין להם סוף יורשים יורדים לנחלה, וכן ראהו צלוב והעוף אוכל בו, והטעם דגבי ממון אזלינן בתר אומדנא דמוכח אבל להתיר אשה לשוק לא אזלינן בתר אומדנא", עכ"ל.

אמנם מהר"י ווייל נקט להלכה שאין להתיר לכתחילה עפ"י אומדנא, מחשש שמא ערק לעלמא, אך מבואר בדבריו שמדינא דאורייתא כבר הותרה, דאזלינן בתר רובא, ולא כטענת הרדב"ז שהיא בחזקת אשת איש דאורייתא. ועל כן בפלוגתא זו, אזלינן בתר המיקל.

אמנם ידוע מש"כ החתם סופר בתשובה אחרת חלק אה"ע ח"ב סי' קלח – "והנה בידי הוה עובדא בהיותי יושב על כסא הוראה בק"ק מאטערסדארף היה שם איש אחד ... ועתה הוא דר בעיר ווען הוא ואשת נעוריו אשר אהבו זה לזו מאוד והתפרנסו בפועל כפיו של האיש מיד לפה כדרך הבינונים שמה. ויהי היום האיש הלך לדרכו עם מעט סחורה יין שרוף אל מקום צבא המלחמה מחנה הקיר"ה שהי' עומדים אז סמוך לגראן, ופתאום נשמע קול כי שודד חיל הקיסר נסו וברחו ומגפה גדולה היתה בעיר ההוא וכן הוה, והאיש הזה לא חזר אל ביתו ושהו והוחילו עד בוש כמו שנתיים שנים. ובאו לפני אנשי הק"ק אשר נכמרו רחמים על העלובה הילדה וכתבנו לקהלות רחוקות לה"ב קאפענהאגען פ"פ לונדן ואין קול ואין עונה, עד שכולם שפטו במוחלט כי מת במלחמה בלי ספק כי אלו היה קיים היה בא, כי אהבת עולם אהב את אשתו עד עברו עוד כמו שנתיים ימים אח"ז קרוב לארבעה שנים מיום פרידתו מביתו אני בעצמי מהרהר לאמור לולי אין לנו כח לדון באומדנא ולחדש היתר הייתי אומר דבומנינו לא שייך לומר דלמא מחמת כיסופא ערק לעלמא, דאפילו ערק לעלמא הלא איכא בי דואר דקביע בכל

והחת"ס כתב שלעניין חשש זה, השתנו הזמנים. על כן מאחר שאין להעלות חשש שמא הבעל ברח, אין לנו אלא לקבוע בבירור שהבעל אמנם טבע ומת באותו אירוע של טביעת הסירה.

סיכום הדברים

במקרה זה שידוע שהסירה של הבעל נמצאה טבועה לאחר שהתרחשה סערה רצינית מאד בכנרת, וכן נמצא חבירו שטבע, ויש עדויות שהבעל שהה בסירה בסמוך למועד הסערה, יש לדונו כמי שטבע במים שאל"ס, והותרה מדאורייתא. חזאת בצירוף החיפושים שנערכו מספר ימים באזור הטביעה ולא נמצא דבר, ובצירוף הידיעה על המגבלה שהיתה לבעל, ובתוספת נסיבות נוספות המפורטות בתחילת הדברים, ולאחר שעברו כשלוש שנים ולא נשמע ממנו דבר ואבד זכרו.

ולזה מצורפת סברא חזקה ביותר שלא יתכן כלל שהבעל יצא וברח ומסתתר במקום מיסתור בלא להודיע דבר לאשתו ובני ביתו השרויים בצער, ובלא שהתגלה על ידי המשטרה או אנשים אחרים שיודעים על העדרותו, ובצירוף כל האומדנות החזקות הללו, יש מקום להורות להתירה להנשא לכתחילה.

אך בשו"ת בית יוסף (דין מים שאין להם סוף סי' א') כתב - "אקדים ואומר דאע"ג דבעיגונא הקילו, לאו רבותא היא להקל ולהתיר מתוך אומדנות, אדרבה יש להיות מיראי הוראה, ואף אם יראה בעיניו שיש ראיות להתיר לא יצא מלפניו היתר לא בכתב ולא בעל פה עד אשר יאספו כל בעלי הוראה ויסקימו כולם או רובם לדעת אחת. צא ולמד ממה שכתב הריב"ש ז"ל על מי שהתיר עגונה אחת ולא נמלך בחכמי העיר וז"ל והנה אין החכם המתיר מנוקה משגיאה כבודו במקומו מונח על שלא קרא כל חכמי העיר ההיא ושירדו כולם למנין ויסקימו בהיתר" עכ"ל.

על כן נראה שאין מקום להוציא היתר למעשה עד שישכימו להוראה זו עוד שני תלמידי חכמים גדולים בעלי הוראה מובהקים.

לאחר שסיימנו לכתוב היתר זה, הבאנו את פסק הדין המנומק לעיונם של שני גדולי תורה מובהקים היושבים על כס ההוראה עשרות שנים, ולאחר שהסכימו למסקנות להיתר, ניתן פסק דין להתיר את העגונה.

על כן מאחר שחשש זה הוא רחוק ובלתי סביר לגמרי, אין מקום בהלכה להעלות חשש כזה. לא מיבעיא לדעת הפוסקים שיש להתיר על פי אומדנא, ועפ"י הסוברים שנקטינן כלישנא בתרא דריש פרק יש בכור. אלא אפילו לדעת הסוברים דנקטינן כלישנא קמא, נראה שלא חשו חשש כל כך רחוק ומזר, וכסברא שכתב הדברי מלכיאל (שהובא לעיל), ואמנם, הדברי מלכיאל התיר למרות שאין עדות של אדם שראה את הבעל נופל למים, אלא רק ידוע שהיה בספינה ונעלם בלב ים. חזאת כשהדבר אירע בלב ים גדול מחוץ למקום ישוב, ובלא שנערכו חיפושים למוצאו. ק"ו כאן שהדבר אירע בכינרת שהוא ים קטן ומיד החלו בחיפושים למשך מספר ימים, וגם אחר כך הדבר נחקר על ידי המשטרה שלא העלתה דבר.

מלבד זאת נוסף שבגמ' ביבמות דף קטו: מבואר שמועילה בדיקה לקבוע שהבעל אינו נמצא במקום מסויים "תיבדק נהרדעא כולה", ומבואר שבדיקה כזו מועילה. ונראה שבדיקה במשטרת הגבולות מועילה להוציא מחשש שמא עזב את הארץ לחו"ל, וחיפושי המשטרה, והקול שיצא להעדרותו, יכולים להחשב כבדיקה שהבעל אינו בארץ.

מסקנת הדברים

אמנם אילו ידוע שהבעל מלכתחילה שהה במקום מרוחק מביתו, ויש לחוש שמא החליט שלא לשוב, יש לדון האם קיימת אומדנא, שודאי אינו חי שאילו היה חי היה מודיע לבני ביתו, וכל מקרה לגופו. אך אם החשש הוא שמא החליט לברוח ממקומו למקום מרוחק, חשש זה הוא חשש רחוק ואין לחוש לכך.

אמנם אליבא דמ"ד אחד בגמ' חיישינן באותו מקרה שמחמת כיסופא ערק לעלמא. אך לפי דרכו של התורת חסד, מבואר בגמ' שאם אין מקום לספק שמא הבעל נעשה בעל מום, לכו"ע אין לחוש שהבעל ערק לעלמא בלא להודיע דבר לאשתו ובני ביתו, אלא אדרבה קיימת אומדנא דמוכת, אילו היה חי היה שב לביתו.

הדברי מלכיאל כתב שרק במי שנקלע לשריפה יש לחוש שברך מחמת כיסופא, ולא מצינו חשש כזה במי שטבע שמא ניצול וברח. ומהרש"ם כתב שהחשש בעובדא דבגמ' היה מפני שהחתן עדיין לא הורגל עם אשתו.

סימן כב

האם ניתן להפקיע קידושין של סרבן גט

תמוז תשס"ו

מאחר שהצעות אלו עלו במסגרות שונות בצירוף אסמכתאות מהמקורות, ואף נקטו פעולות ליוזמות חקיקה בכנסת, יש מקום לתשובה מנומקת מדוע אין מקום להצעות אלו. (ובכלל דברינו תגובה ותשובה למאמר שנכתב בקובץ "תחומין" כרך כח עמ' 82).

בשנים האחרונות עלו הצעות להביא לפתרון בעיית סרבנות גט, ולהתיר נשים מסורבות גט באמצעות הפקעת קידושין על ידי בית דין, או תקנת קהל להפקעת כסף הקידושין בתנאים מסויימים.

הקדמה

נפתח בהערה עקרונית על העלאת הנושא לדיון.

הגאון רבי יוסף דב הלוי סולובייצ'יק ז"ל מבוססון בשיחה שניתנה ביום י' תמוז תשל"ה בכינוס רבנים בארה"ב (והודפס כמאמר ששמו "זה סיני") אמר את הדברים הבאים – "נאמר לי עוד, שהומלץ להפעיל את הכלל של, אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה". אילו הצעה זו היתה מתקבלת, ואני מקה שלא לתקבל, אז אין יותר צורך בגט. נוכל למחוק את המשנה האומרת, וקונה את עצמה בגט' כל רב יהיה בכוחו להפקיע קידושין. מה אתם רוצים להרוס את הכל? אני רוצה להיות פתוח וגלוי אתכם: האם מצפים אתם לשרוד כרבנים אורטודוקסים, האם חושבים אתם להמשיך את המסורה בתנאים כאלה? תהו ובהו יבואו ח"ו במקום התורה. אני מקה שהנאספים כאן יצטרפו אלי ותתנגדו לדיונים ולויכוחים שכאלה בוועידה רבנית ... לדבר על שינוי הלכות של חז"ל, זה לפחות כל כך אוילי כלדון על קומוניזם בוועידת המפלגה הרפובליקנית. זה לדון על שיטות של הרס עצמי והתאבדות".

וקודם לכן אמר הגרי"ד ז"ל – "אדם בעל גאווה לעולם לא יוכל להיות תלמיד חכם גדול, מכיון שתלמוד תורה פירושו להפגש עם העליון על כל יתברך שמו ... פגישה זו חייבת להוליד רוח ענוה. ענוה מביאה להכנעה להתבטלות ... בתלמוד תורה ניתנת האמת להשגה רק בדרך חשיבה והבנה תורנית הלכתית ייחודית, מבפנים, עפ"י המתודה הנתונה למשה והנמסרת הלאה מדור לדור. האמת ניתנת להגלות רק בהצטרפות אל שורות חכמי המסורה – חז"ל, ראשונים גדולי האחרונים. לומר: "המצאתי דבר שהרשב"א לא ידע, שהקצות לא ידע, ושהגאון מווילנא לא היה לו מושג ממנו, המצאתי גישה לפרשנות התורה שהיא לחלוטין חדשה", זה מגוחך".

עד כאן מקצת מדבריו הנפלאים של מנהיג תורני דגול בדורינו, שהיה קשוב לבעיות הדור.

בדבריו אלו, מצויה התשובה לטענה שנשמעה, שרק בימינו אלו המצאנו רעיון חדש שגדולי הדורות במשך אלפיים שנה לא חשבו עליו, והוא לכנס בית דין חשוב שיפקיע קידושין, עקב מצוקה קשה כזו או אחרת.

אילו היה מקום להצעה כזו, הרי שעולה בכל עוזה קושיא רבתי, כיצד יתכן שבכל הדורות נשארו בעם ישראל נשים עגונות שבעליהן נעלמו בלא שהשאירו עקבות ולא היה מידע על גורלם, והנשים הצדקניות ישבו בעינותן. או במקרים של נשים שבעליהם היו סרבני גט ולא היה ניתן לכפותם בגירושין, כגון מומרים וכיוצ"ב. ולא עלה על דעת גדולי ישראל וחכמי הדורות, מחכמי הגמ' והגאונים, וגדולי עולם בדורות ראשונים ואחרונים, להתירן מעינותן בדרך כל כך פשוטה של הפקעת קידושין על ידי בית דין של שלשה. ויתירה מזו תמיהה רבתי, כיצד אותם שאינם מומחים בהוראה מעשית בענייני גיטין וקידושין, מפרסמים

חידושים מרחיקי לכת כאלו בהלכות אשת איש, ועושים תעמולה לדבריהם, בלא שפוסקי הלכה מובהקים וגדולי ההוראה בדורינו יסכימו לדבריהם, אלא אף תוך ויכוח עם תלמידי חכמים גדולים מהם עשרת מונים (עיין קובץ תחומין חלק כג עמ' 158 עד עמ' 168).

הטענה לפתרון בעיית העגונות בדרך הנ"ל, ביסודה גובלת בחוצפה וקיסרוג קשה על גדולי הדורות, שכולנו לומדים מתורתם השכם והערב, שכביכול לא חשבו על פתרון כה פשוט, או שידעו, והתעלמו ממנו במודע ח"ו. ונציין בזה למש"כ בספר שו"ת מלמד להועיל חלק ג' סי' כב – "הנה לענין הפקעת הקידושין אמת ויציב הוא אשר כתבו שאין לנו לחדש הפקעת קידושין במקום אשר לא דברו ממנו בש"ס, (עיין שו"ת הרשב"א סי' אלף קס"ב וסי' אלף קפ"ה) ואם היה כח בידנו להפקיע הקידושין במקום עגון הלא אין צורך לכל תקנות עגונות, וכל השו"ת בענייני עגונות אך למותר, כי במקום אשר יראה בעיני הרב או כמה רבנים ששורת הדין והכרעת השכל להתיר האשה להנשא, יפקיעו קידושיה ויתירו בלי שום פקפוק. ומי שמע או ראה כזאת בישראל! ורק רבנים אשר נתקו כבר את כל מוסרות הדת והשליכו מעליהם כל עבותות התורה העיזו פניהם להתיר אשת איש בסברות בדויות כאלה אשר אין להם שחר ומתנגדות לכל דרכי הוראות גדולי המורים עד היום הזה ומהרסות עקרי הדת עד היסוד בם. הלא עינינו הרואות כי אף שהתירו חז"ל אשה עפ"י עד אחד (ע' רמב"ם סוף ה' גירושין) מ"מ אם בא בעלה אמרו תצא מזה ומזה וכל הדרכים האלו בה, ואפי' נשאת עפ"י תרי עדים ... ולא עלה על דעתם לומר בענין זה אפקעינהו רבנן לקידושין ונשאת בהיתר וגם הולד כשר, אלא ודאי שסברת אפקעינהו לא נאמרה רק במקומות מיוחדים, והיכא דאיתמר איתמר והיכא דלא איתמר לא איתמר. ומעתה מי הוא זה אשר יפרוץ גדר לבלי חק לומר בכל פעם ופעם אפקעינהו אם יגורו השופטים להפריד החבילה!" עכ"ל.

גם הגרש"א אלפאנדארי ז"ל בספרו שו"ת הסבא קדישא ח"ג סי' לא כתב אודות חכם בצרפת שהורה להכשיר גט הנעשה בערכאות ובאמצעות הפקעת קידושין, הצעה שהמלמד להועיל בתשובתו הנוכרת התייחס אליה, וכתב על דבריו – "חזות קשה נבהלתי מראות, חם לבי בקרבי עמדתי מרעיד איך מלאו לבו של הרב המורה להתיר איסור אשת איש למראה עיניו, ולא שם על לב אשר כח המדמה על הרוב כווב. וח"ו איני חושדו כי הוא מאותן המחשבים לפגל בקדשים, רק דאנוס היה בדעתו ולביה אנסיה ואיירי דטריד למיפלט זכות על בנות ישראל כי עגמה נפשו עליהן, כי הרבה שקדו על תקנתן, ודין גרמא דלא בלע כוונת דברי הש"ס שהביא ונעלם מעיני כבודו ג"כ הש"ס ופוסקים, עכ"פ תמה אני איך לא נתייעץ עם הסנהדרין גאוני הדור מפני חומר שבה ותקע עצמו בדבר הלכה", עכ"ל.

אחיעזר כתב שם (עמ' 56) "אין ביד הרבנים להפקיע הקידושין". ושם בדף יט כתב הג"ר משה דאנישעווסקי ז"ל אב"ד ור"מ דסלאבאדקא - "אין שום כח למורי הדת להפקיע קידושין, זולת ע"פ גט כשר שיגרש הבעל כדת משה וישראל".

הנצי"ב בספרו משיב דבר ח"ד סי' מט, בהשיבו על הצעה הנזכרת, שלל דבריהם מכל וכל, ובאר שורשי הלכה זו - "ובאמת אפילו סנהדרי גדולה של ישראל אין להם כח לגרש אשת ישראל, כי אם לכפות את הבעל שהוא יגרש אותה, היינו שהוא יאמר לסופר לכתוב ולעדים לחתום, והוא בעצמו או ע"י שלוחו יתן לידה הגט ויאמר לה הרי את מגורשת ממני, אבל בלי דבריו שנינו במשנה בערכין (פרק ה') חייבי עולות ושלמים ממשכנין אותם אע"פ שאין מתכפר לו עד שיתרצה כופין אותו עד שיאמר רוצה אני, וכן אתה אומר בגיטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ומזה אנו למדים שקנין אשת ישראל לבעלה אינו כקנין שאר חפצים שב"ד יכולים להפקיע ולהפקיע שלא ברצון בעלים, אלא כהקדש. וכמו שאי אפשר לב"ד הגדול להקדיש בהמת האדם בלי רצונו ודיבורו שיאמר רוצה אני להקדיש, כך אי אפשר לב"ד הגדול להפקיע קדושת אשה לאיש, וכדאיתא ריש מסכת קידושין דאסר לה אכ"ע כהקדש, וכמ"ש התוס' בפ"י לשון הרי את מקודשת לי. ובפ"י איתא במסכת נדרים (כ"ט) קדושה שבהן להיכן הלכה, ומה אלו אמר לאשה היום את אשתי ולמחר אי את אשתי מי נפקא בלא גט, א"ל מי קמדימת קדושת דמים לקדושת הגוף כו'. מבואר דאשה לבעלה הרי הוא הקדש קדושת הגוף, ומש"ה אי אפשר להוציא מהקדשו בלי דבריו, וכדת משה וישראל".

בדברינו להלן נתייחס לשתי ההצעות. האחת ההצעה להושיב ב"ד שיפקיע קידושין במקרים קשים של עיגון וסרבנות גט. והשנייה לתקן תקנת קהל המבטלת למפרע את הקידושין באמצעות הפקרת כסף הקידושין.

הבהרת המושג "אפקעינהו רבנן לקידושין"

מאחר שההצעות הנ"ל מיוסדות על הפקעת קידושין המוזכרת בגמ', יש מקום להרחיב בהבהרת המושג "אפקעינהו רבנן לקידושין".

בסוגיות הגמרא מצינו שהוזכרה הפקעת הקידושין בחמש סוגיות. מהם שלש סוגיות העוסקות בגט שהתעורר קושי בהכשרו, ושתי סוגיות העוסקות בקידושין שנעשו בדרך שאינה ראויה.

נפתח באותן שלושת הסוגיות העוסקות בהכשר הגט. במסכת גיטין דף לג. הגמ' מבארת שלדעת רשב"ג חכמים תיקנו שלא יועיל ביטול שליח הגט שלא בפניו, אף שמהתורה יש תוקף לביטול והגט בטל, אע"פ כן אנו פוסקים שהגט כשר, והאשה שקבלה את הגט נחשבת לגרושה מטעם "דאפקעינהו רבנן לקידושין".

כשם שהגרי"ד סולובייצ'יק ז"ל טען שאין מקום להעלות נושא כזה לדיון בוועידה רבנית, גם הגרש"א אלפאנדארי ז"ל בתחילת דבריו סבר שמהראוי היה שלא להשיב כלל על דברי אותו חכם, ואף העלה חשש שעצם ההתייחסות לסתירת דבריו תתן להם מעמד שכאילו יש מקום לדבריו ושכביכול המעיין רשאי לבחור בין השיטות, אך הגרש"א אלפאנדארי ז"ל חשש שמא אחרים ילמדו מדבריו ויסברו שיש בהם ממש, על כן כתב לסתור דבריו. בתוך תשובתו ברור רחב בסוגיית אפקעינהו.

נוסף ונציין שלפני כעשרים שנה יצאה לאור תשובת חכם קדמון מגדולי חכמי איטליה בזמן מרן הב"י, שכתב דברים דומים. הרב משה פרובינצאלו, (שו"ת רבי משה פרובינצאלו זצ"ל, הוצאת מכון ירושלים תשמ"ט) בס"י פב, תשובה משנת של"ג, נשאל בנסיבות של גזירה המונעת מהמומרים לתת גט לנשותיהם, האם ניתן לתקן קידושין על תנאי או הפקעת קידושין, לאחר שהבעל מומר. כמובן, שהתקנה שהוצעה היתה על מנת למנוע עגון נשות המומרים.

הרב משה פרובינצאלו קבע נחרצות שלא ניתן לעשות תקנה כזו. ולהלן חלק מדבריו - "אם הגזירה אמת והדת ניתנה - מומר אל יגרש. החריצות שקר להתיר את אשתו, ... אין חכמה ולא תחבולה בשום תנאי ותקנה להתירה אלא בגט, כבפרק האשה נקנית "וקונה עצמה בגט ובמיתת הבעל" ... זולת זה אין כח בשום אופן דעת ובכל תנאי שבעולם להתיר אשת איש ... גם אם היה אפשר לעשות תקנה להפקיע הקידושין, מה שאינו, לא נכון לעשות כן מחמת גזרה דעבידא דבטלה ... אבל להפטר אשת איש בלא גט אי אפשר, כי חק הפירוד בגט להתיר אשת איש לעלמא, וכן חק היבמה בחליצה קיים לעולם כשאר איסורים שבתורה, ועל זה וכיוצא בו נאמר יראת ה' טהורה עומדת לעד, כך נראה לי לדבר פשוט ומבואר בעצמו".

(מאד מרשים, שהגרי"ד סולובייצ'יק ז"ל כיוון לדעתו של חכם מחכמי איטליה מלפני ארבע מאות ושלשים שנה, להוציא יסוד ראשוני זה מתוך המשנה הראשונה במסכת קידושין).

כמובן שהר"מ פרובינצאלו אינו מכחיש את הסוגיות שבהם נאמרה הפקעת קידושין, אך דבריו נסובו ביחס לאותם מקרים שבהם אין תקנת חכמי התלמוד להפקעת הקידושין, ובהעדר סמכות חכמי ישראל שלאחר חתימת התלמוד להפקעה כזו, וכפי שיבואר להלן.

וכן בספר "אין תנאי בנישואין" דף כד, הובאה תשובת הגאון רבי דוד פרידמן ז"ל מקרלין מחבר ספר שאילת דוד, שהשיב על הצעה הנזכרת לעיל בדברי המלמד להועיל והגרש"א אלפאנדארי ז"ל, וכתב - "בכל תורתנו הקדושה אין שום עצה להפקעת קידושין ... והחובה רק להכריז ולפרסם את דין התורה שהיא אשת איש גמורה והבנים שיולדו לה אסורים לבא בקהל". והגאון רח"ע ז"ל מחבר ספר

שמעיקר הדין היה פסול, אלא שחכמים תקנו להכשירו, וטעם הכשרו הוא הפקעת הקידושין, ובגט זה הותרה.

וכן בספר ידי אליהו סי' סו (להג"ר אליהו גליפפה ז"ל, הובא בתשובת מהרש"ם ח"ו סי' קצב), הביא מדברי רש"י הנזכרים, וכתב - "הנה בכל ההפקעות האמורות בתלמוד, בכולם כתב על ידי גט, משמע מדבריו אלו דרבנן לא מפקעי קידושין בריקניא, אלא באיזה דבר המנגד אותן, ולכן כתב בכולם דאפקיעום על ידי גט. שאם לא כן למה כתב בכולם על ידי גט, ולימא דיש כח ביד חכמים להפקיע הקידושין סתם, אלא ודאי שכן דעתו דדוקא על ידי דבר הסותר לקידושין מפקיעין"

ולאחר מכן באר בספר ידי אליהו הטעם שנאמרה סברת אפקעינהו לבטל קידושין בלא גט, כגון תליוה וקדיש או במעשה דנרש שבמסכת יבמות, וכתב לבאר שיטת רש"י - "בהכרח לומר לדעתו דדוקא בקידושין הנעשים בעול וחמס יש כח בידם להפקיעם, דהיינו דלא ליחלו כלל מעיקרא, וליהו מעות מתנה. אבל בקידושין שכבר חלו כדין וכהלכה, אין כח בידם להפקיעם למפרע, אלא על ידי דבר המנגד לקידושין, דהיינו על ידי גיטין ... ולכן בההיא דתליוה וקדיש ובההיא דעובדא דנרש, כתב סתם דאפקעינהו קידושין ונעשו מתנה. אבל באינך דהוה קידושין שכבר חלו כהלכתן שלא עקרו אותם קודם חלותם דלא ליחלו, אלא השתא הוא דבעו להפקיען למפרע, כתב על ידי גיטין, דלא מפקעי להו אלא על ידי דבר הסותר אותם". וכן באר שם דעת רש"י שכתב בנאמנות עד אחד בעגונה - "בעד אחד באשה שדעתו כדעת הרשב"א דאפקעינהו רבנן הקידושין למפרע ... בהכרח לומר דעל ידי עדות זו של עד אחד מפקיעים קידושין למפרע כמו הנהו בגיטין רעועים, הכא נמי בעד רעוע מן התורה מטעם היותו עד אחד", עכ"ל.

אמנם בראשונים מצינו שבארזו הלכה המבוארת בגמ' עפ"י סברת אפקעינהו, למרות שבאותה הלכה לא סודר גט, ושלא כמ"ש לעיל בדעת רש"י. עיין בר"ן במסכת נדרים דף צ: (ד"ה ואיכא), שכתב - "כל שאמרה לבעלה טמאה אני, אפקעינהו רבנן לקדושי מעיקרא, ונמצא שבשעה שנאנסה פנויה היתה ומש"ה שריא לבעלה". אך הביאור בדבריו הוא, שאמנם אליבא דשיטת הר"ן קיימת הפקעת קידושין בלא גט, אך אין זו הפקעה המתירה אשה לעלמא, אלא סברת "אפקעינהו" נאמרה ביחס לתקנת חכמים שאינה נאמנת כשאמרה "טמאה אני לך", והכח שביסוד תקנה זו הוא מטעם אפקעינהו, כשם שסברת אפקעינהו וכו' היא טעם לתקנות אחרות המפורשות בגמ' (והובאו לעיל). אבל אין מדברי הר"ן ראייה שנוכל מעצמינו להפקיע קידושין ולהתירה לעלמא מטעם כזה או אחר שיראה לנו. וכן כתב בתשובת מהרש"ם חלק ב' סי' קיא וז"ל "מ"ש עמ"ש ד"ל דאפקעינהו לקידושין לא אדע מהו, כי אני אדברא כתבתי דקשה להקל והבאתי רק מהר"ן בנדרים דמצינו דאפקעינהו גם בלא גט, אבל בודאי אין להמציא דבר זה מסברת הלב,

ובמסכת גיטין דף עג. רבה ורבא לא סבירא להו הא דרב הונא שבגט שכיב מרע אם עמד חוזר "גזירה שמא יאמרו יש גט לאחר מיתה". דהיינו הגט מדינא בטל, אך תקנו להכשירו מטעם "דאפקעינהו רבנן לקידושין".

ובמסכת כתובות דף ב: אמר רבא שלעניין גיטין אין טענת אונס, אם נתן גט לאשתו ע"מ אם לא אבא עד זמן פלוני יהא גט ונאנס ולא בא הרי זה גט, ואינו יכול לומר אונס הייתי. ולמרות שמהתורה יש מקום לטענת אונס, אע"פ כן הכשירו את הגט משום צנועות ומשום פרוצות כמבואר בסוגיא, והטעם להכשר הגט הוא מפני הפקעת הקידושין.

בשלושת המקרים הללו, תקנת חכמים היתה להכשיר את הגט. למרות שמעיקר הדין היה מקום לבטלו, עקב ביטול השליח או עקב תנאי המבטל את הגט. אך חכמים תקנו להכשירו.

בכל שלושת הסוגיות סברת "אפקעינהו לקידושין", נאמרה רק כביאור הטעם לתקנת חכמים. אך לא כתקנה העומדת בפני עצמה, שתקנו להפקיע את הקידושין עקב צורך מסויים.

על כן לא מצינו שחכמי הגמ' התכנסו לתקן הפקעת קידושין במקרה שבו נמצאה אשה עגונה שנים ארוכות לאחר שבעלה נעלם ואבד זכרו. גם במקרים שבהם התירו אשה לעלמא ולאחר זמן התברר שההיתר היה מוטעה ונישאה לאחר, ואחר כך חזר הבעל, אין הפקעת קידושין. וזאת מפני שהפקעת הקידושין שהוזכרה בסוגיות הגמ' נאמרה רק כנימוק לתקנת חכמים שחז"ל תיקנו.

ביאור זה ביסודו, מצוי בתשובות הרשב"א (ח"א סי' אלף קסב) ובתשובות המיוחסות לרמב"ן סי' קמב) שדן מדוע לא הפקיעו קידושי מומר שקדש בת ישראל ואי אפשר לכופו לגרשה וגם אינה יכולה לדור עמו, ואע"פ כן נשארה עגונה ולא נמצא פתרון של הפקעת הקידושין.

ובתשובתו כתב הרשב"א - "הא בכדי, לא אפקעינהו. ותדע לך, דהא טובע במים שאין להם סוף, לא אפקעינהו, ולא חשו לעגון. דילמא לא אמרו, אלא כי איכא סמך. כי הדיא דעד אחד, דסמכינן אסדהותיה דעד, ואפי' בכותי מסיח לפי תומו, ומשום דאיתתא דייקא ומינסבא".

דהיינו - אין תקנת הפקעה במקרה פרטי, קשה ככל שיהיה, אלא קיימות תקנות חז"ל להכשר גט או לנאמנות עד בעגונה, וטעם ההכשר והנאמנות הוא מפני שאפקעינהו לקידושין.

וכן מבואר בשיטת רש"י בשלשה מקומות. במסכת יבמות דף צ: כתב רש"י "ואפקעינהו רבנן, על ידי גט, זה לקידושין מיניה". וכן במסכת גיטין דף לג. כתב רש"י "תינח דקדיש בכספא, איכא למימר אפקעינהו לקידושין בגט דדבריהן ואמרו ליהוי מעות למפרע מתנה... שויה רבנן, להדיא ביאה למפרע ע"י גט זה". ובמסכת כתובות דף ג. כתב רש"י - "ואפקעה רבנן לקידושין, כשיבא גט כזה אחריהם".

הרי שבדברי רש"י בכל המקומות הנזכרים מבואר שהפקעת הקידושין נעשית על ידי הגט, דהיינו על ידי גט

נציין, שהגאונים תיקנו כפיית הבעל בגירושין לאחר שאשתו מורדת בו ואינה רוצה בו (דעתם הובאה ברי"ף במסכת כתובות פרק חמישי). והרא"ש בתשובה כלל מג סי' ח' באר שטעם תקנת הגאונים היא שהכשירו גט שניתן בכפייה מכח סברת אפקעינהו רבנן לקידושין. אך הרא"ש ורוב הראשונים חולקים ולדעתם אין משתמשים בסברת הפקעת קידושין בתקנות חכמים שתיקנו לאחר התלמוד, כגון תקנת כפיית הגט במורדת שתקנו הגאונים, ובאר ר"ת בתשובה (ספר הישר חלק התשובות סי' כד), שאין נוהגים בתקנת הגאונים "דקי"ל רבינא ורב אשי סוף הוראה, ונהי דהגאונים יכולים לתקן כתובת אשה על המטלטלין או על פי הלכה או על פי דעתם דהיינו ממונא, אבל להתיר גט פסול אין כח בדינו מימות רב אשי ועד ימות המשיח".

ובתוספת ביאור כתבו בחידושי הריטב"א ובנימוקי יוסף במסכת כתובות דף סד. וז"ל - "הגאונים ז"ל תקנו בזה תקנות שלא כדין התלמוד וכמו שכתב רבינו אלפסי ז"ל, ולדורם תקנו ואין לנו לזוז בזה משיטת הגאונים ז"ל, וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל (פי"ד מהל' אישות הי"ד), ובמקום שיש בו תקנת בני העיר, הרי זה תנאי ממון וקיים בכל מה שהסכימו על הממון. אבל על הגט אין יכולין לתקן כלום כנגד דין התלמוד, ומאן דמקדש אדעתא רבנן מקדש ולא אדעתא דידהו". (אמנם בתשובת תשב"ץ ח"א סי' קלג כתב - "כח הצבור על היחידים ככח הנשיא על כל ישראל, וכל היחיד דמקדש אדעתא דידהו מקדש ואינהו אפקעינהו לקדושי מיניה", אך דבריו נסובים אודות הפקעת קידושין שסודרו בניגוד לתקנת הציבור, ולא על הפקעת קידושין שסודרו כראוי, וכבר כתב שם קודם לכך באותו תשובה לחלק בין שני סוגי הפקעת הקידושין, ויובא להלן).

וכן בשו"ת צמח צדק חלק אה"ע ח"ב סי' קלה באר הטעם שאין פוסקים להלכה בתקנת הגאונים, וז"ל - "משום צנועות ומשום פרוצות סמכו רבנן להפקיע הקידושין על ידי גט כזה. משא"כ בלא גט כלל לא הפקיעו הקידושין. ולכן לא קיי"ל כהנך גאונים הנ"ל דס"ל להפקיע הקידושין בלי שום דבר ... גבי כפיית גט דמאיס עלי ג"כ לא סמכינן על הפקעת קידושין, ולא דמי לדין אין אונס בגיטין שסמכו שם על הפקעת קידושין, דהיכא דאיתמר איתמר, היכא דלא איתמר אין לנו".

ועיין באוצר הפוסקים כרך כ' סי' עז ס"ב שהביא את דעות הראשונים והאחרונים, שדעת רוב הראשונים, וכל האחרונים לפסוק הלכה למעשה שלא לנהוג כשיטת הגאונים בכפיית גט. הרי שהלכה למעשה נקטינן שאין פוסקים בתקנת הגאונים הנ"ל, מפני שהפקעת קידושין יכולה להינתן כטעם לתקנת חכמי הגמרא, אך לא כטעם לתקנות של חכמי ישראל שלאחר חתימת התלמוד. ויצויין שאף אליבא דשיטת הגאונים, היינו תקנה להכשיר גט הניתן בכפייה, אך לא עלה על דעתם לתקן הפקעת הקידושין גרידא ולהתירה לעלמא בלא גט.

וכמ"ש הרשב"א בתשובה ח"א סי' אלף קפ"ה וח"צ סי' ק"ג, וגם במקום שהתירו משום עגונה מבואר בתשובת מהרי"ק שרש ל' ענף ד' דדוקא היכי דאיתמר איתמר ואין בידינו להוסיף".

וכן כתב בפשיטות הגרש"ז אויערבך ז"ל בספרו מנחת שלמה חלק א' סי' עו - "הרי ברור הדבר דאנן לא מצינן כלל להפקיע קדושין, אלא שאנן סומכים בביטול גט שלא בפני השליח רק על זה שמבואר בש"ס שהחכמים הפקיעו בכגון דא את הקדושין".

ובשו"ת הסבא קדישא ח"ג סי' לא כתב שאין סתירה מדברי הר"ן לדברי הרשב"א הנוכרים שאין מפקיעין קידושין בלא גט, וכתב - "מאי דכתבו הרשב"א והר"ן דהיה אפשר לומר דהיינו טעמא משום דאפקעינהו וכו' הגם דליכא סרך גיטא, היינו דוקא בההיא ומשום דאין אנו באים להפקיע זיקת אשת איש ולהתירה לעלמא דאכתי בחזקת אשת איש קיימא רק להפקיע איסור דבעל ... ואפילו לענין זה נראה דגם לדעתיהו ס"ל דלקושטא דמילתא ל"ש הפקעה דלא יפקיעו בכה"ג, דהיכן מצינו אפקעתא כה"ג, ומשום הכי הוצרכו הרשב"א וכל הראשונים לתרץ בתירוצים אחרים ולא משום אפקעתא וכדמוכח ג"כ מהש"ס וכדכתיבנא. וא"כ אדרבה מוכח מהכא מהש"ס וכל הראשונים דלא אמרינן כל המקדש בכל כה"ג, וע"ע משיב דבר ח"ד סי' מט.

ונוסיף מש"כ בזה בספר משפטי עוזיאל ח"ב חלק אה"ע בשתי תשובות. בסי' מד (פרק ג') כתב כדברים שהבאנו לעיל שלא הפקיעו קידושין בלא גט, או סברת ההפקעה נאמרה לכמה שיטות כביאור בתקנת חכמים שהאמינו עד מפי עד בעגונה (רש"י מסכת שבת דף קמא:), וכן הפקיעו קידושין שנעשו במרמה, אך לא הפקיעו הקידושין לאחר שכבר חלו כהוגן. ובסי' פו הוסיף המשפטי עוזיאל לבאר מדוע אמנם לא תקנו להפקיע קידושין בכל מקרה של עיגון וכיוצ"ב. וכתב - "תקנת עגונות חשובה מאד בעיני חכמינו ז"ל, לעומת זאת חשובה עוד יותר תקנת האישות. ואם יאמרו חכמים שאשה המקודשת לאיש באופן המועיל עפ"י דין תורה, תצא בלא כלום, הרי זה מביא הפקרות בקשר הנישואין, ונפיק חורבא גדולה שכל העם יזלזלו באיסור זה וירבו ממזרים בישראל. לתכלית זו הרבו חכמים חומרות בכתיבת הגט כדי לגדור חומה זאת לבל יתהוה בה שום פרוץ, ולמען יהיה איסור זה חמור מאד בעיני כל העם שלא יהרסו לזלזל בו להתיר אשת איש. וכמ"ש ביבמות (דף ל"ט ע"ב) הא אגידא ביה בכדי תיפוק? ולא אמרו חכמים להפקיע הקידושין אלא במקום שכבר היה מעשה הגט, אלא שיש מקום לבטלו, על זה הוא שאלמוהו לגט בסברא זו: שהפקיעו חכמים לקידושין מיניה. או היכא שהקידושין לא נעשו כהוגן וביטולם חכמים מעיקרא שלא תהא בהם חלות מעיקרא ... ועכ"פ גם במקום שאמרו אדעתא דרבנן מקדש, היינו דוקא אחרי מעשה הגט, שבוזה אין האשה ניתרת בכדי, אבל לא אמרו ולא יעלה על הדעת לומר שחכמים יפקיעו הקידושין שנעשו כתיקונם בלי שום מעשה של גירושין".

ולא אצרכוה גיטא מיניה, מאי טעמא, הוא עשה שלא כהוגן ועשו לו שלא כהוגן ואפקעינהו לרבנן לקדושי מיניה. ומכל מקום גאוני ספרד כתבו שכל שהקדושין נעשין שלא כהוגן יוצאה בלא גט, אבל כל זמן שהקדושין כהוגן ומצד מאורע שאירע אחר כן מפקיעין קדושיה דוקא בגט כל דהו".

מתוך סגנון הרצאת הדברים המצויה בדברי המאירי בחידושו, דברי המאירי בפשוטן מתפרשים כך – המאירי ראה לפניו את מש"כ "גדולי עולם", (ולעת עתה לא ידוע לנו מי הם), ובדבריהם נכתב ש"אפקעינהו רבנן לקידושין" הם רק במקרה שיש גט. ועל זה השיג המאירי שמצינו הפקעת קידושין בלא גט, כגון בסוגיא במסכת יבמות (דף ק"י). אבל אין כל משמעות בדברי המאירי לחדש הפקעת קידושין במקרה שאינו במסגרת המוכרת לנו מאחת מסוגיות הפקעת הקידושין שבש"ס.

כפי הנראה אותם "גדולי עולם", נתלו בשינויי הנוסח בסוגיית יבמות וב"ב שלא נכתב בהם "כל דמקדש אדעתא דרבנן" וכפי שהעירו התוס' ב"ב מח: ד"ה תינה, וסברו ששם אין נזקקין לדין "אפקעינהו" במתכונתו שבסוגיית כתובות וגיטין, ולדעת המאירי זוהי סוגיית אפקעינהו הרגילה, ולכן משם אנו למדים שיש אפקעינהו בלא גט, ולכן גם דין עד אחד בעגונה יוכל להתפרש עפ"י הלכת "אפקעינהו", ושלא כדעת אותם "גדולי עולם".

הטענה היסודית שכתבנו לעיל היא ש"אפקעינהו" נאמר כטעם לתקנת חכמים, או להכשיר גט או להכשיר עדות עד אחד בעגונה, או לשלול נאמנות טוענת "טמאה אני לך", לפי שיטה אחת בראשונים. ובנקודה זו גם המאירי מציין שיש הפקעות בלא גט, ומציג דוגמא נוספת להפקעת קידושין בלא גט והיא הסוגיא ביבמות. אבל ודאי שלא עלה על דעת המאירי לחדש במשפט קצר כזה חידוש מרחיק לכת, שלא נאמר מעולם על ידי חכמי ישראל לפניו וגם לא לאחריו, שגם במקרים אחרים, שלא במסגרת הסוגיות הנ"ל בש"ס, ניתן להפקיע בלא גט לפי שיקול דעת בית הדין.

מסתבר שהמאירי ראה את דברי הרשב"א בחידושו במסכת כתובות על אתר ומדבריו עולה שלא יתכן לומר כן, שאם כן לא היה מקום לעגן מי שבעלה טבע במים שאין להם סוף, ואילו סבר המאירי לחלוק עליו ולחדש חידוש מהפכני, אין ספק שהמאירי היה טורח לבאר דבריו ולהוכיח הדברים בהרחבה.

הפקעת קידושין למפרע באמצעות תקנת הציבור

לאחרונה עלתה הצעה לתקן תקנת ציבור המפקיעה למפרע, את כסף הקידושין של מי שאינו נותן גט לאחר שבית הדין פסק לחייבו בגירושין.

נקדים שהצעה דומה לכאורה, כבר נידונה בראשונים ובאחרונים והיא הפקעת קידושין שנעשו בניגוד לתקנת הקהל, כגון תקנה שלא לקדש כשאין עשרה במעמד החופה, עיין בשלחן ערוך סי' כח סעיף כא ברמ"א.

והנה בדרכי משה אבן העזר סי' ו' ס"ק יג הביא הלכה אודות היתר נשים שנשבו בגזירות אוסטריין שהותרו משום צורך שעה אף לבעליהן כהנים, וכתב הד"מ "נראה לי דסמכו אהא דאמרין כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ויש ביד בית דין לאפקועי קידושין מינייהו והוי כפנויות ואף אם זנו מותרות לבעליהן".

אמנם לכאורה סברא זו היא בניגוד לדעת הראשונים שהבאנו שאם אין ליקוי בעצם הנישואין, תקנת אפקעינהו אינה אלא באמצעות גט, וכן הקשה בספר הסבא קדישא בתשובה הנוכרת. אך הביאור בדברי הד"מ הוא דמכיון שאיסור שבויה לבעלה הוא מדרבנן, הרי שאותה תקנה שתיקנו מפני הוראת שעה, היתה תקנת חכמי הדור באיסור דרבנן, שאינה מזיקה הפקעת קידושין, הפקעת איסור אשת מהתורה או מדרבנן והתרת אשה לעלמא בלא גט. אלא ביחס לתקנה באיסור שבויה לבעלה כהן, שהוא מדרבנן, סברו אותם חכמים שאפשר לבאר תקנה כזו בנימוק של הפקעת קידושין, וכן דעתם שטעם אפקעינהו יכול לינתן גם לתקנה שאינה מכשירה גט, כסברת הר"ן הנוכרת, אך אין ראייה מדברי הדרכי משה להפקעה המתירה אשת איש דאורייתא.

ועיין בקובץ "תחומין" כרך כג עמ' 168 שהג"ר זלמן נחמיה גולדברג שליט"א שכתב על דברי הד"מ – "אמנם דברי הרמ"א תמוהים ביותר, כמו שתמה באבני מילואים סק"ה שהרי אנוסות מגוי אסורות לכהן אף בפנויות, ומה תועלת באפקעינהו. עכ"פ גם לדברי הרמ"א התמוהים לא מצינו אלא להתיר איסור שבויה שהוא מדרבנן, וגם יש אמתלאות. ואפשר שזה כמו שמשיאין על פי עד אחד, שסומכין על אומדנא".

ועיין בדברי הגרי"א הרצוג ז"ל בספר תחוקה לישראל עפ"י התורה ח"א עמ' 82 שדן בדברי הד"מ ובסוף דבריו העלה שהפקעת הקידושין שהוכרה בד"מ היא להתיר ספק איסור תורה בלבד, ועי"ש מש"כ בשם הג"ר איסור זלמן מלצר ז"ל בישוב הד"מ מקושיית האבני מילואים.

דברי המאירי

היה מי שהסתמך על דברי המאירי במסכת כתובות דף ג. לבסס הפקעת קידושין לפי שיקול דעת בית הדין. למען הסר טעות בהבנת דברי המאירי, מן הראוי להציג את דברי המאירי ולבאר דבריו.

להלן דברי המאירי בסוגיית אפקעינהו רבנן לקידושין (כתובות דף ג.) – "כל שאמרו אפקעינהו רבנן לקדושי מיניה, לא סוף דבר בכגון זו שיש כאן גט אלא שמן הדין לא היה גט כשר, אלא אף במקום שאין גט כלל. ואע"פ שגדולי עולם כתבו דוקא במקום שיש גט כל דהו, אתה למד את דברינו ממה שאמרו ביבמות פרק בית שמאי ההיא דהוה בנרש דאיקדשה כשהיא קטנה וגדלה ואותבוה אבי כורסא, אתא אינש אחרינא וחספה מיניה. והווי רב ברונא ורב חננאל התם

מקדש. שהרי כיון שהקידושין נעשו שלא ברצון חכמים, הפקיעו אותן שהפקירו המעות, ועשו אותם מתנה ומיהו, כי אמרינן במסקנא היכא דקדיש בביאה, שוויה רבנן לבעילתו בעילת זנות. בהנהו צריכים לטעמא דכל דמקדש, אדעתא דרבנן מקדש דאיך יפקיעו קדושי ביאה, אם לא מטעם זה.

על כן ביחס להפקעת קידושין שנעשו בניגוד לתקנת הציבור היה משא ומתן בראשונים ובאחרונים, שדנו האם יש מקום לפסול קידושין אלו. והטעם לפוסלן התבאר בשו"ת יכין ובעוץ ח"ב סי' כ' שכתב - "דין ביי"ד וצבור שוה בזה, שכח הצבור על היחידים ככח הנשיא על כל ישראל, וכל יחיד דמקדש אדעתא דציבור קא מקדש וצבורא אפקעינהו לקידושיה מיניה. אם כן הצבור שגזרו שכל מי שיקדש קודם הנישואין שלא יהיו קידושי קידושין הרי הפקירו ממון המקדש וכיון שאינו שלו לא נתן לה כלום משלו ומה שנתן לה זכתה בו מן ההפקר ואינה מקודשת כלל".

אך אין מקום לטעם כזה בקידושין שסודרו כהוגן, וכסף הקידושין לא הופקר ואנו מבקשים לבטלן לאחר זמן רב כשהבעל מסרב לתת גט.

הטענה שניתן במסגרת תקנת ציבור להפקיע למפרע את כסף הקידושין ולבטלן במתכונת הנוכרת, כפי שבוטלו קידושין שנעשו בניגוד לתקנת הציבור, אין לה יסוד, ואין כל אסמכתא שיש תוקף להפקעה כזו הנעשית למפרע, ואין להקיש מביטול קידושין שבזמן הקידושין נעשו בניגוד לתקנה, לביטול הקידושין לאחר זמן. שבנסיבות אלו, יש מקום לביטול הקידושין עקב הפקעה רק באותם המקרים הידועים שהובאו לעיל, שבהם נקבעה תקנת חכמים שטעמה הוא "אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה", אך אין כל מקור בש"ס ופוסקים בשאר מקרים לבטלן הקידושין מעיקרן ולהתיר האשה לעלמא בלא גט.

וכן כתב הג"ר יוסף אליהו הענקין ז"ל בספר פירושי איברא (עמ' 113) - "מצינו גם כן תקנות כלליות אחר חכמי הגמרא, שתקנו שלא יקדשו שלא בפני חכם ולא בפני עשרה, ואם יקדשו יבטלו הקידושין שהפקירו בית דין את הכסף, ואפ"ה למעשה החמירו בזה, רמ"א בשם מהרי"ק (אה"ע סי' כ"ח סעיף כ"א) ... ואמנם כל זה הוא שהקידושין מעיקרא לא היו כהוגן, והוא כעין עובדא דנרש, ובתלויה ויהיב. אבל אם הקידושין בשעתן היו כהוגן, אלא שרוצים לבטל מאיזו סיבה שתהא אח"כ, לא מצינו".

ג. גם בביטול קידושין שנעשו בניגוד לתקנת הציבור, שבו הביטול נקבע קודם לקידושין אלו, יש עיקולי ופשוטי רבים, ועל כן פסק הרמ"א בשו"ע (אה"ע סי' כח סעיף כא), "יש להחמיר לענין מעשה", (ומקור דבריו בתשובת הריב"ש סי' שצט). ובתשובת התשב"ץ ח"א סי' קלג פתח תשובתו בשאלת תוקף קידושין אלו, וכתב - "תחילת כל דבר אומר לך שכל מה שאשא ואתן בדבר זה אינו אלא להלכה, לפי שכבר נשאלו בענין זה הרבה פעמים ולא מצינו שעשו מעשה בזה".

אך אין מקום להסיק מהדיון הנ"ל לתת תוקף להצעה להפקיע למפרע קידושין של סרבן גט, וזאת משני טעמים.

א. אמנם גם בדיון על ביטול הקידושין שנעשו בניגוד לתקנת הציבור, הפוסקים השתמשו במושג הפקעת הקידושין, אך אינה דומה הפקעת קידושין שנעשו בניגוד לתקנת הציבור, שההפקעה נקבעה קודם למעשה הקידושין, וכבר בעת הקידושין ידוע שקידושין אלו הן חסרי תוקף עקב הפקרת ממונו או מטעם אחר. ואין דינה כהפקעת קידושין המצויה בשלשת הסוגיות הנ"ל שבה ההפקעה היא זמן רב לאחר הקידושין, ומתייחסת לקידושין שנעשו כהוגן, וההפקעה ניתנה כטעם להכשר גט פסול כמבואר לעיל.

וכבר הובהרה הבחנה זו בראשונים. בתשובת התשב"ץ ח"א סי' קלג כתב בלשון זו - "מצינו אפקעתא דקידושין בשני עניינים. אפקעתא בשעת קידושין שהיה להם לחול ורבנן לא הניחום לחול ואפקעינהו מיניה, והיינו ההיא דפרק ב"ש (ק"י ע"א) ביבמות דאותבוה אכורסיי ואתא ההוא גברא וחטפה, ואסיקנא התם משום שעשה שלא כהוגן אפקעינהו רבנן לקדושיה מיניה, וכן נמי בפרק חזקת (מ"ח ע"ב) בענין תלו' וקדש ואפקעינהו רבנן לקדושי מיני' ולא חלו כלל, וזהו הענין האחד בענין אפקעתא דקידושין. והענין השני אפקעתא בשעת הגירושין אע"פ שנתקדשה ימים הרבה ונולדו לה בנים ממנו שבשעת הגירושין, כדי שיחולו הגרושין אפקעינהו רבנן לקדושי מיניה. והיינו ההיא דפרק דכתובות (ג' ע"א) דתקנת צנועות ופרוצות. וכן נמי ההיא דפרק השולח (ל"ג ע"א) דבטלו מבוטל רשב"ג אומר אינו מבוטל. וטעמא בכולהו משום דרבנן אפקעינהו לקדושי מיניה. וכבר הקשו הראשונים בענין אפקעתא האחרונה הזאת כמה קושיות ואין זה מענין השאלה להאריך בזה".

וכן הריב"ש בתשובה סי' שצט כתב לחלק בין שני סוגי ההפקעה. ואודות הפקעת קידושין שסודרו בניגוד לתקנת הציבור, כתב הריב"ש - "אין אנו צריכים בזה, לכל דמקדש, אדעתא דרבנן מקדש. שאין אנו צריכין לטעם זה, אלא במי שקדש קידושין גמורין, ומחמת אי זה ענין שאירע בגט, והיה מן הדין, שיהיה הגט פסול מן התורה, וחכמים ראו להכשירו, שלא כדן. כההיא דריש כתובות (ג') דמשום תקנת עגונות ופרוצות. וכההיא דפרק השולח (ל"ג) גבי בטלו, מבוטל. בהנהו אמרינן דאע"פ שהקידושין היו קידושין גמורים, עתה ראו חכמים להפקיע למפרע, שהרי כשקדש, על דעתם קדש, וכל זמן שהם ירצו להפקיעם, יהיו מופקעים. אבל בנדון זה, שהקהל בפירוש הפקירו המעות, הרי קדשה בגול. ואין קידושיו, קידושין אף אם לא יקדש על דעתם. והיינו דבפרק חזקת (מ"ח:) גבי תלוה ואקדישה דאמרינן נמי התם הוא עשה, שלא כהוגן לפיכך עשו לו, שלא כהוגן ואפקעינהו רבנן לקדושיה מיניה. וכן נמי ביבמות פרק ב"ש (ק"י) בההיא דאותבוה אכורסיה. דאמרינן נמי, כי האי לישנא. לא מדכרינן בהו, טעמא דכל דמקדש אדעתא דרבנן

ובטלין, אפילו הכי אם יעבור אחד ויקדש שלא בפני עשרה
היא היא איתתא ספק מקודשת, ודינן בה כדיני הספקות
להחמיר.

וטעמו - "מסתבר למימר דכל הנהו רבוותא שלא כתבו
היה דרבינו תם דבי דינא דרב אמי ורב אסי לאו דוקא וכו',
יראה דס"ל דלא אלימי לאפקועי ממונא אלא הנהו רבנן
ודכוותיהו ולפי זה לאו אלימי בתי דינין שבדורות הללו
לאפקועי קידושין. ואפילו לסברת ר"ת לפי מה שהעתיקו
סברתו התוספות והרא"ש והר"ן הוי דלא כהרב ר' יצחק בר
ששת ז"ל, אלא דוקא בית דין חשוב שבדור ההוא דאלימי
לאפקועי ממונא ולאפקועי קדושין. וכיון דהוי ספיקא
דאורייתא ספק ערוה החמורה, מילתא דפשיטא היא דהוי
קידושין, ואפשר דאזלינן בהו לחומרא כדין ספק מקודשת".
יש ליתן את הדעת, שנושא זה של טיבו של הגוף
המוסמך לבצע "הפקר בית דין הפקר" טעון בירור נוסף, עפ"י
האמור להלן -

במרדכי במסכת בבא בתרא דף ח. סי' ת"פ הביא שתי
דעות. האחת סוברת - "דטובי העיר הוו בעירם למה
שהובררו, כמו גדולי הדור בכל מקום, כמו שגדולי הדור
הפקרם הפקר בכל מקום דמיגדר מילתא ותקנתא, כך טובי
העיר היה הפקרם הפקר".

ואילו לדעה השניה - "רשאים בני העיר להסיע על
קיצתם ... היכא דכבר התנו ביניהם, אבל אם לא התנו
מתחילה אין כח בבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה
שירצו. ודקאמר הפקר בית דין הפקר, כגון בי דינא דרב אסי
דאלימא לאפקועי ממונא כדאיתא בפרק השולח. והא
דאמרינן ובאת אל הכהנים וכי תעלה על דעתך וכו' היינו
שבכל זמן שבדורם אין גדול כמותו, אבל אם יש בדורם גדול
כמותו, אין בינינו להפקיע ממון".

ועיין ברמ"א חו"מ סי' ב' שהביא את שתי הדעות, והעלה
שלמעשה הולכים אחר המנהג, ועיי"ש בפת"ש סק"ד בשם
זכרון יוסף שלפי הכרעת הרמ"א סמכות טובי העיר אינה
אלא בדבר שכבר נהגו בו ולא בדבר שאינו שכיח שאין שייך
בו מנהג.

וכן בתשובת נודע ביהודה קמא חחו"מ סי' כ' כתב -
"אפילו להכרעת רמ"א, שמה שהולכין בזה אחר המנהג
במקום שנהגו להיות כח ביד טובי העיר גם בזה, מ"מ צריך
להיות מנהג זה קבוע וידוע בעיר. והלא אינו קרוי מנהג, אלא
דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים. וצריך לחקור אחר מנהג
ק"ק הנ"ל בזה, ועל טובי העיר הראיה שזה מנהג קבוע
בעירם להיות ידם על העליונה במה דאיכא פסידא להאי
ורוחא להאי".

לפי האמור, להכרעת הרמ"א, הרי שביחס להפקרת ממון
קידושין, דבר שאינו נהוג כלל, אין לכנסת סמכות להפעיל
"הפקר בית דין הפקר", מכח תקנת קהל.

נוסיף ונבהיר, סמכות בני העיר לתקן תשלום מסים אינה
מוטלת בספק גם לדעת הרמ"א בחו"מ סי' ב' מפני שכך נהגו,

ובתשובת יכין ובוטו הנוכרת כתב - "מיהו כתבו קצת
מפרשים שדבר זה אינו אלא להלכה, אבל לא למעשה. וכן
הרב יצחק בן ששת ז"ל כתב לענין מעשה אין לסמוך על זה,
וכתב שכן כתב הרשב"א ז"ל. וכן כתב א"ז הרשב"ץ ז"ל אין
אנו יכולין לעשות מעשה בצבור שהפקיעו קידושין, וכן
שמענו שלא נעשה מעשה לעולם בדבר זה, נמצא לפי זה ...
אין להפקיע קידושי זה האיש, אלא קידושי קיימין וגם
מאותם טעמים שכתבנו קידושין גמורים הם קידושי, ואין
לה להפטר ממנו כי אם בגט".

הספקות בתוקף הפקעה זו הם רבים, ומהם שאלת טיבו
של הגוף המוסמך לתקן תקנה להפקיע את כסף הקידושין,
עיין תשובת תשב"ץ ח"ב סי' ה' שכתב - "משום חומר
העירות יש לחוש שמא בעינן בי דינא דאלימא לאפקועי
ממונא כבי דינא דר' אמי ור' אסי. ואם לענין ממון אנו
סומכין בהפקעה זו בכל בי"ד, אפילו הכי בעינן קידושין יש
להחמיר, כדאמרינן בפרק המדיר (ע"ג ע"ב) ובפרק המפלת
(כ"ה ע"א) ובפרק חזקת (נ"ז ע"ב) ובפרק התקבל (ס"ג ע"ב)
ובפרק כל הגט דתנא ספוקי מספקא ליה גבי ממונא לקולא
גבי איסורא לחומרא, ומפני שאנו מדמין אין אנו יכולין
לעשות מעשה".

המבי"ט בתשובה ח"א סי' רו כתב - "אם ההסכמה היתה
בפירוש שלא יהיו קידושין ושהיו מפקירין בי"ד ממון המקדש
בהסכמת החכם שבעיר, בזה כתב הרשב"א ז"ל תשובת אלף
ר"ו מעשה היה בעירו ודן בפני רבותיו ושרבו הרמב"ן ז"ל הודה
לדבריו, וכתב ומ"מ עוד צריך להתיישב בדבר, וכן הריב"ש ז"ל
תשובה שצ"ט האריך וחתם סוף דבריו שיכולין קהל לעשות
תקנה זו והמקדש כנגד תקנתם אין קידושי קידושין ואינה
צריכה גט, אלא שכתב זה להלכה אבל למעשה היה חוכך
להחמיר. מי הוא שיבוא אחריהם שיתיישב דעתו ונוח להקל
בקידושין כאלו. ולא נשמע בדורות שבאו אחריהם שיקלו בדבר
זה, כי לא סמכו הקהילות ובית דינם על עצמם להפקיע
ולהפקיר ממון לענין קידושין דחמירא איסורא, ובעינן בי"ד
מומחין, וכ"ש בדורותינו שנתמעטו הלבבות והיה צריך הסכמת
כל חכמי הגלילות להקל כמו שכתב הריב"ש ז"ל, ואיך יעלה
על דעת שום חכם או דיין שבדורנו זה להקל ולסמוך על
הסכמתו ... העולה מכל זה שכתבתי כי אין ראוי לשום קהל
ובי"ד שבזמן הזה לסמוך על עצמם להפקיע קידושי תורה
בהסכמתם, וכמו שכתב הר"ש ב"ר צמח ז"ל באותה תשובה
שנשאל על דבר זה הרבה פעמים ולא מצא שעשו מעשה על
זה, וכן הר"י קולון ז"ל הוכיח ודבר קשות על רב מפורסם בדורו
שרצה להקל בענין זה".

ומהר"י בן לב בתשובה (חלק א סי' קכו) כתב דלאו משום
חומרא אין מבטלין קידושין שנעשו בניגוד לתקנת הקהל
אלא זהו ספק גמור בהלכה. ובמסקנתו באותה תשובה כתב
- "דעתי וסברתי דאפילו שיעמדו בני קהל או בני הקהילות
והדיינים והחכמים שבהם ויתקנו שכל הקידושין שיהיו בפני
עשרה ומי שלא יקדש בפני עשרה שיהיו קידושין נפקעין

הוסכם הלכה למעשה כר"ת וכמו שפסק בשו"ע אה"ע סי' עז.

כל האמור ביחס לתקנת חכמי הדור, דוגמת תקנת הגאונים לכפות גט במורדת, אך גם לאותם דעות שהסכימו לתקנת הגאונים, היינו דוקא כשחכמי הדור התקינו תקנה, חכמי הדור בעלי סמכות על כלל הציבור כפי שהיה בעת תקנת הגאונים, ורק הם יכולים לתקן תקנות באיסור אשת איש הכרוכות בהפקעת הקידושין, (ולעיל הובאה תשובת הרא"ש כלל מג סי' ח', שזהו יסוד תקנת הגאונים) אך מעולם לא עלה על הדעת שתהיה סמכות כזו של הפקעת קידושין לבית דין של שלשה, יהיה חשוב ככל שיהיה. ולמותר לציין שסמכות זו בודאי אינה בידי נציגי הציבור בכנסת, שהיא מוסד חילוני במהותו (גם אם לחוקי הכנסת יש כח של תקנות קהל או דינא דמלכותא), ומעולם לא עלה על הדעת שמוסד זה יחשב כ"רבנן" שכל אדם מקדש על דעתם.

"הפקר בית דין הפקר למפרע"

היה מי שטען שהגם שאין אסמכתא לתקנת קהל להפקיע ממון למפרע, והגם שכל האסמכתאות מתייחסות להפקעת קידושין כשנעשו בניגוד לתקנת קהל, אע"פ כן אין מניעה לתקן תקנה כזו, בהסתמך על "הפקר בית דין הפקר" למפרע, ולמרות שלא נמצא ליקוי בעת הקידושין עצמו, ניתן להפקיר את כסף הקידושין הפקעה למפרע לאחר זמן הקידושין. ועל יסוד זה עלתה ההצעה לחוקק חוק של הפקרת כסף הקידושין למפרע, וביטול הקידושין למפרע באמצעות החלטת בית דין. וזאת על בסיס שלילת ההבחנה בין הפקעה המתקיימת כבר בעת הקידושין, עקב ליקוי במעשה הקידושין, שדנו בה ראשונים ואחרונים, להפקעת קידושין, שהתקיימו כדת וכדין, וביטולן נעשה למפרע לאחר זמן.

גם אם הביאור בדין "אפקעינהו רבנן לקידושין", מיוסד על "הפקר למפרע" של מעות הקידושין, וכפי הנראה לכאורה מדברי רש"י במסכת כתובות ג. (ד"ה תינח) ובמסכת גיטין דף לג. (ד"ה תינח), עכ"פ זוהי תקנה חכמים המיוסדת על הכח שיש לחכמים לעקור דבר מהתורה, כמבואר בדברי התוספות הנזכרים לעיל, וכאמור לפי דברי ר"ת וסייעתו הנזכרים, אין לחכמי ישראל בדורינו כח זה, וגם לחולקים, עכ"פ לכנסת ישראל אין סמכות כזו כאמור לעיל.

אך מלבד זאת, ביחס לטענה שניתן להפעיל את כח הכנסת כתקנת קהל לבצע "הפקר בית דין הפקר" למעות הקידושין, הרי שכמה אחרונים כתבו בפשיטות שלא ניתן להפעיל את הכח של "הפקר בית דין הפקר" למפרע, ובארו על פי דרכם שהלכה זו של "אפקעינהו רבנן לקידושין" אינה מבוססת על הפקר בית דין למפרע, ומאידך, לא מצאתי מי שכתב בפירוש שניתן לבצע תקנת הפקר בי"ד למפרע.

ועיין תשובת רשב"א ח"ד סי' ר"ס, ועיין בספר דברי מלכיאל ח"א סי' לה ומהר"ם שיק או"ח סי' לד וציץ אליעזר ח"ב סי' כב שיסוד הסמכות לגביית מסים הוא מפני שבני העיר הם כשותפים והשותפות נוצרה מעיקרה על דעת כן שיוכלו לגבות מסים למימון צרכי העיר. ובחת"ס חו"מ סי' קט"ז מבאר הטעם מפני שמלכתחילה טובי העיר התמנו בפירוש למטרה הזו שיקבעו את שיעורי המסים.

לכן אין דמיון בין סמכות בני העיר להטיל מסים לסמכותם להפקיע טבעת קידושין גם אם היא שווה פרוטה אחת בלבד, שאין בה אף אחד מהטעמים הנ"ל.

וע"ע בתשובת חתם סופר אה"ע ח"א סי' קח וסי' קט שבאר כמה ספקות בביטול קידושין שנעשו בניגוד לתקנת הציבור, לרבות החשש שביטול קידושי כסף אינו מועיל למנוע קידושין ביאה שיחולו במקום שקידושי הכסף שאינן תופסים, עיי"ש.

על כן גם בביטול קידושין שנעשו בניגוד לתקנת הציבור, הפוסקים כתבו שאין להתיר את האשה לעלמא בלא גט, וכן פסק הרמ"א, אך לפי המבואר לעיל אין להקיש מהפקעת קידושין שנעשו בניגוד לתקנת הציבור, לתקנה המבקשת להפקיע למפרע קידושין שנעשו כדת וכדין. לא מצינו בראשונים או באחרונים שהורו להתיר אשת איש דאורייתא באמצעות הפקעה כזו, הן במושב בית דין שיפסוק להפקיע, והן בתקנת ציבור שתקבע בטלות קידושין למפרע עקב היותו של הבעל סרבן גט, ומפני שאין מקום להפקעה כזו מלבד באותם מקרים ידועים שהוזכרו בגמ', וכאמור לעיל.

ולהלן נוסף לבסס נקודה זו. תוספות מסכת בבא בתרא דף מח: (ד"ה תינח) כתבו על שני המקרים בגמרא שבהם הפקיעו קידושין עקב ליקוי במעשה הקידושין, שזו תקנת חכמים שיש בה עקירת דבר מן התורה, ויש לחכמים כח לתקן תקנה כזו, וז"ל התוספות – "הכא לא קאמר כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש וכן בפרק בית שמאי (יבמות דף קי). גבי עובדא דנרש דקדשה כשהיא קטנה וגדלה ואתא איניש אחרינא וחטפה מיניה כדאמר בריש כתובות (דף ג.) ובהשולח (גיטין דף לג.). משום דהכא ובפרק בית שמאי לא קדש אדעתא דרבנן כדקאמר הוא עשה שלא כהוגן. וצריך לומר דסבר הכא דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה, כיון דאפקעינהו רבנן לקדושין מיניה ואע"ג דלא קדש אדעתם. והכי פירושא בשלמא דקדיש בכספא, מצו רבנן להפקיר הכסף ולתת במתנה לאשה".

הרי שתקנת הפקעת קידושין בנסיבות אלו שאין סברת "מקדש אדעתא דרבנן", תוכל להתקיים רק מפני שיש כח ביד חכמים לעקור דבר מהתורה.

כח זה אין לחכמי ישראל שלאחר חתימת התלמוד, מאחר שרבינא ורב אשי הם סוף הוראה, וכפי שכתב רבינו תם בתשובה בספר הישר סי' כד שדחה את תקנת הגאונים לכפיית גט במורדת, ודעת הגאונים לא התקבלה, אלא

גם תלמידו החתם סופר בתשובה (חלק אה"ע סי' קט) כתב בפשיטות שלא מועיל הפקר בית דין למפרע, וז"ל – "ודאי היכי דבשעת קידושין עשה שלא כהוגן, כבב"ב ועובדא דנרש, אז פשוט דמפקירים הכסף וגם מפקירים זרעו וכאלו קולטתו מן האויר. אך גבי בטלו מבוטל ואונס בגטין, שכבר עבר זמן הקידושין מזמן רב, לא שייך הפקר ב"ד למפרע, כיון שהקידושין היו כהוגן, וע"כ משום דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה אפילו שלא יהיה מן הדין. ... וגם לא משום הפקר כסף קידושין מעיקרן שהרי כבר הנחנו כיון שבשעת הקידושין לא פעל און ניקנית האשה לו וא"א להפקיר הכסף למפרע".

וכן בספר קרן אורה עמ"ס יבמות דף צ: כתב – "היכן מצינו הפקר כזה לחול למפרע, וכבר נתאכלו המעות".

וכן בשו"ת זית רענן חלק א' אה"ע הלכה ה' סי' א' כתב שרשי הרכיב בביאור הלכה זו של אפקעינהו, טעמים נוספים מלבד הטעם של הפקעת הממון מעיקרא. וכתב הזית רענן – "דמטעם הפקר לחוד לא סגי ... היאך אפשר לומר ששווינהו הפקר למפרע ועל מה חל ההפקר ... דבר זה רחוק מדעת ומסברא הפשוטה .. אי אפשר להפקיר או לעשותו כמתנה למפרע כיון שכבר כלה ונאבד כסף הקידושין", ולכן כתב לבאר הטעם מפני שהמקדש התקשרה דעתו בדעת חכמים ונעשה דיבורו כדת משה וישראל כתנאי גמור כיון שיודע שבעת מעמד הקידושין יוכלו חכמים להפקיע קידושין.

וכן הגאון הרב מנשה קליין שליט"א בכמה מספריו "משנה הלכות" האריך לבסס שאין הפקר בית דין הפקר למפרע, וכי לכל דעות הראשונים, ההלכה של "אפקעינהו" אינה מיוסדת על הפקר בית דין למפרע, עיין בספרו על הלכות גדולות הלכות קידושין עמ' צ', ובספרי תשובותיו - ח"ט סי' רעט וחיד"ד סי' קמט.

נציין, הדיון האם לפרש דין אפקעינהו מכח הפקר ב"ד הפקר למפרע, הוא על פי דברי רש"י, שהזכיר בסוגיא זו הפקר בית דין הפקר, אך ראשונים אחרים פירשו להדיא שהפקעת הקידושין אינה מטעם הפקר למפרע. על פי דרכם, אין מסוגיא זו כל אסמכתא לכח בית דין להפקיר ממון למפרע.

בחידושי הרמב"ן מסכת כתובות דף ג. כתב – "הא תינח דקדיש בכספא. אינו מחוור לי שאם המקדש קידש על דעת חכמים שיהיו בטלים לפי דברי חכמים מה הוקשה לו לרבינא ומאחר שעל דעת חכמים קדש אין צריך להפקיר המעות ממנו אלא לבטל קדושתו... וי"ל דה"ק הא תינח דקדיש בכספא שהוא מקדש על דעתם, מפני שהפקר ב"ד הפקר ואין ממון זה שלו אלא ברצון חכמים".

וכן בחי' הרא"ה במסכת כתובות (ג.) "כיון דאמר כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ... הרי הוא כעל מנת שירצה אבא והא לא רצה ... תינח דקדיש בכספא כיון דהפקר בית

הראשון שהאריך בזה הוא בספר "לב שמח" הנדפס על ספר המצוות לרמב"ם (שרש שני, עמ' 66 בהוצאות הרגילות ועמ' פט מהדורת פרנקל) שכתב בביאור הלכה זו של "אפקעינהו" אליבא דשיטת רש"י, וז"ל – "הפקר ב"ד הפקר הוא לבדו, אין לו ענין ואין בו מועיל במקום הזה כלל. דהפקר ב"ד שאמרו בכל מקום דהוי הפקר אינו אלא מכאן ולהבא, כלומר משעה שמפקירין אותו ואילך. המשל בזה, איש שקנה ומשך חפץ בדמים שקבלם בעל החפץ ובאו לידו, ואח"כ לאיזו סיבה גזרו חכמים שאותן הדמים יהיו הפקר, ודאי שממי שהדמים בידו הם מפקירין אותן, שלעת כזו שלו הם, ולמי שקנה החפץ בעדם אין לו עוד בהן חלק ונחלה, יפה נתן ויפה לקח החפץ וקנאו כדין באותן המעות שהיו אז שלו, ומה לו מהדמים אם יפקירו אותם אחר שיצאו מרשותו. כן הדבר הזה, הקידושין נעשו וניתנו לאשה ממעות שהיו של המקדש או באותה שעה וכדין נתקדשה בהן ונקנית לו בגללן. ואם אח"כ בגט של דבריהם יעשו אותן המעות הפקר, יהיו הפקר מכאן והלאה, ומהאשה שעתה הן שלה וקנאתן בעד כסף קדושה הם מפקירין אותן, ומה לו לאיש המקדש מאותו הפקר, ומה ביטול יהיה בו אל האשה שכבר קנה ונעשית אשתו מאז עם הממון שהיה שלו. אבל אם נפרש אדעתא דרבנן מקדש, שקדושיו מעיקרא על תנאי הם, שיהיו בטלים בגט של דבריהם כמו שפירש רש"י, הנה אז נעקרין הקידושין מעיקרן, אף אם באותה שעה היו קידושין גמורין, כי התנאי הוא שעוקר אותן ועושה המעות מתנה משעה ראשונה שמעולם לא נתקדשה בהן. וזהו שכתב רש"י תינח למימר אפקעתא בדקדיש בכספא דנימא גט זה עוקר הקידושין ועושה המעות מתנה מעיקרן, זהו לשונו בכתובות, ובגיטין (לג.) הוסיף וכתב וממילא פקעי הקידושין שהרי כשקידש על מנת כן קידש ע"כ. וזהו ודאי דרכו של תנאי בכל מקום שעוקר הדבר מעיקרו כשיתקיים או כשלא יתקיים. אבל הפקר בית דין הוא לבדו מבלי תנאי, אין לו שום כח לשעבר לבטל הקידושין הראשונים שנעשו במעות שלא היו אז הפקר, ואין לזה מקום כלל לא לרש"י ולא לרבותיו, וזה פשוט לפי דעתי אינו צריך לפנים, עכ"ל, ועי"ש שהוסיף לבאר כן גם את דברי התוספות בכתובות דף ג.

וכן כתב בספר הפלאה על כתובות דף ג. (ד"ה בגמ' כל דמקדש) – "בשמעתין ובגיטין דהקידושין היו כראוי, אלא בשעת הגט רוצים חכמים לבטל הקידושין שנעשו כבר מזמן מרובה, אין שייך להפקיר המעות שכבר אינם בעולם, ולכך הוצרך לומר דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש".

ועי"ש בהפלאה שבאר את דברי רש"י עפ"י דרכו זו וכתב שיש שתי סברות בדין אפקעינהו, עצם ההפקעה היא מפני התנאי שמקדש על דעת חכמים, אך אם שינה מהמנהג ולא קדש על דעת חכמים, הפקירו את כסף הקידושין כבר באותה שעה שקדש.

הרי שהגדולים הנ"ל, מחברי הספרים - לב שמח, הפלאה, חתם סופר, קרן אורה, זית רענן ומשנה הלכות, קבעו שלא ניתן לבצע "הפקר בית דין למפרע" גם לפי שיטת רש"י, וכן התפרשה שיטת רש"י בשטמ"ק. ולא מצינו חולק על הגדולים הנ"ל שיכתוב להדיא, שיש תוקף להפקר בית דין למפרע. ומלבד זאת, לפי דרכם של הרמב"ן, הרא"ה, רבי קרשקש ווידאל, רבינו פרץ והריב"ש, בסוגיא זו, הילכת "אפקעינהו" מיוסדת על טעם אחר.

על כן המסקנה היחידה המתבקשת היא שאין יסוד בהלכה, להצעה לתקן תקנת קהל שיפקירו למפרע את כסף הקידושין. וההסתמכות הרחבה על דברי הפוסקים שדנו בהפקעת קידושין, עקב ליקוי שהתגלה בהם, אינה רלוואנטית, מאחר שבאותם מקרים ההפקעה היא כבר בעת מעשה הקידושין.

לסיכום - יש להסיר מסדר היום את הדיונים בהצעות הללו, מאחר והשקעת מאמץ במקום שאינו נכון, היא על חשבון הפעולות הראויות שניתן באמצעותן לסייע לבית הדין להתמודד עם סרבני גט, באמצעים שיש להם יסוד בהלכה, כגון להרחיב את הסמכות החוקית לנקוט באמצעים נוספים שיש בהם לחץ על הבעל במסגרת הרחקות דרבינו תם. אילו ישיבת ועדת הכנסת שזומנה לדיון בהצעה לחוקק חוק הפקעת הקידושין, היתה עוסקת באותה ישיבה בדיון להרחבת סמכויות ביה"ד כנ"ל, היתה בכך תועלת גדולה יותר להרבה מסורבות גט, מאשר ישיבת סרק, כשמלכתחילה היה ברור לכל המצוי בנושא, שלא היה סיכוי להצעה כזו.

ונסיים בציטוט מדברי הג"ר זלמן נחמיה גולדברג שליט"א בקובץ "תחומין" כרך כג עמ' 160 שכתב - "ההצעה לעשות אפקעינהו בעגונות היא הצעה שאין לה מקום בהלכה, ואין לפרסם דברים העלולים להביא מכשולים גדולים לכלל ישראל".

דין הפקר, איכא למימר דעל דעתם קדיש, כיון דברשותיהו לאפקועינהו.

הרי שלפי דרכם של הרמב"ן והרא"ה אין אנו נזקקין לדין הפקר ב"ד לעצם הפקעת הקידושין, אלא זהו רק טעם לכך שמקדש אדעתא דרבנן.

ובחי' רבינו ווידאל קרשקש עמ"ס כתובות (ג.) כתב - "לא משום הפקר בית דין הפקר נגעו בה, דא"כ מאי האי דאמרינן כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, אפילו לא יקדש על דעתם יכולים בית דין להפקיר ממונו בעל כרחו. אלא הנכון, תינח קידושי כסף, דרבנן מבטלי להו כיון שהוא תלה הקידושין ברצונם".

ובשטמ"ק (כתובות ג.) הביא מתוספות רבינו פרץ שכתב - "כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ... דקדיש בכספא דשייך ביה דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש, שאם ירצו לא יחולו הקידושין ויהיה הכסף מתנה ... אבל אין לפרש תינח דקדיש בכספא משום דהפקר בית דין הפקר, דלא אמרינן הפקר בית דין הפקר בלא טעם וסברא שיש מקבל עליו חיוב ממון", (השמטתי את התוספת בדבריו "בוזה"ב", מאחר שללא ספק היא תוספת הצנוורה).

ונראה כוונת רבינו פרץ שאין מקום לתקנת הפקר בית דין ביחס למעות קידושין כשאין ליקוי במעשה הקידושין, וממילא אין טעם וסברא שיופקרו במועד הקידושין.

ועיי"ש בשטמ"ק שהאריך בפירוש שיטת רש"י בדרך זו, שאין ההפקעה מיוסדת על הפקדם של בית הדין.

וכן עולה מדברי הריב"ש בתשובה סי' שצט, שהפקעת הקידושין למפרע היא מפני שהמקדש קידש על דעת חכמים. ורק כשקידש שלא כדין והיה ליקוי בקידושין עצמם, תיתכן הפקעה מכח הפקעת מעותיו ועשייתן כמתנה, הפקעה הנעשית כבר בעת הקידושין. הרי שגם מדבריו עולה, שאין ראייה מסוגיא זו שיש מקום להפקר למפרע, אלא הטעם היחיד הוא שהמקדש קידש על דעת החכמים.

סימן כג

קבלת עדות לביטול קידושין שלא בפני בעל דין, ועדי קידושין שלא ראו נתינת הטבעת

שבת תשנ"ו

הסכימו לדחות את מתן הגט, ולהמתין להמלצת לשכת הרווחה בנושא. באותם ימי המתנה, הבעל נפצע קשה בתאונת דרכים ונשאר מחוסר הכרה עקב פגיעה במוח. הרופאים הגדירו אותו כ"צמח" ויתכן שעוד זמן רב ישאר במצבו המתואר, וכמו כן התמנה אפוטרופוס לטפל בענייניו של הבעל. בית הדין התכנס לעיין אם ניתן למצוא פתרון לעגינותה. במכתב ששלח הרב המטפל בעניינה, טען הלה שלפי

בית הדין התבקש לעיין בדינה של אשה נשואה הנמצאת בעגינותה כשש שנים. בעלה נפגע קשה בראשו ומוזה כשש שנים שהוא בבית חולים ללא הכרה.

בני הזוג נישאו בחופה וקידושין לפני למעלה מעשר שנים, והרב המקומי במקום מגוריהם השיאם. לפני כשש שנים התנהלו דיונים בביה"ד בתביעת הגירושין של הבעל והוסכם על גירושין, אך עקב מחלוקת בשאלת החזקת הילדים, בני הזוג

בפשטות דיני היתר אשת איש לעלמא כנפשות דמי. ולדעת הרשב"א בתשובה, אמנם ניתן לקבל את העדות אך אף אם העדים יעידו שלא ראו נתינת הטבעת, עכ"פ אין גומרין הדין שלא בפניו של הבעל.

אך עדיין יש לדון בענין זה. מצינו בכמה ראשונים שכתבו שאשה שהוחזקה כאשת איש, ובאה לפנינו עם שני עדים המעידים שהאשה התגרשה, מקבלין העדות שלא בפני הבעל ומתירין אותה להנשא.

בתשובות התשב"ץ ח"ב (סוף סי' יט) כתב - "הורה הרמב"ן ז"ל בתשובה, שלהתיר אשה בעדי גירושין אין צריך שיעידו בפני הבעל, שהרי הכל הם בעלי דין בזה".

וכן כתב בתשובת הרשב"א ח"ד סי' ר', וז"ל - "אשה שיש עדים שהיתה אשת איש ובאה ואמרה גרושה אני ועדים מעידים אותה הרי זו תנשא, ואע"פ שהעידו שלא בפני הבעל".

באבני נזר חלק אה"ע סי' קכג סק"ט כתב דה"ה בעדים הבאים להעיד לבטל הקידושין אינן צריכים להעיד בפניו. וז"ל האבני נזר - "אבל לאחר העיון נראה, דהעדים הבאים לבטל הקידושין אינן צריכים להעיד בפני המקדש. ואמינא בזה סברא וראיה. סברא, דאין האשה ממונו של בעל, כמ"ש הר"ן פ"ק דגיטין דמהאי טעמא לא טענינן לבעל מזויף. וכן משמע סוף פ"ג דקידושין (סז): דהא דאין קידושין תופסין באשת איש יליף לה מהקישא דרבי יונה דאין קידושין תופסין בחייבי כריתות, ולא קאמר בפשיטות שהרי היא של בעל והאיך תוכל להקנות עצמה לאחר, מוכח דלא חשובה שלו, רק איסורא רכיב עלה. וא"כ כשבאין לבטל הקידושין, אין העדות נגד המקדש, רק על האשה. ובאמת שאין זה סברא ברורה, רק שיש לי ראייה מהא דכתובות (כב): שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה, אף אם נשאת תצא, ואפילו אם נשאת לאחד מעידיה ואומרת ברי לי, דבכה"ג בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת לא תצא, בגירושין תצא. ואמר שם הטעם משום דגירושין יכולה מכחישה. ופרש"י שאם יבוא הבעל ויאמר לא גרשתי תוכל להכחישו. הרי דבשאינן הבעל לפנינו עסקינן, ואע"פ כן אי לאו תרי דאמרי לא נתגרשה, היו העדים שאומרים נתגרשה נאמנים. וכן משמע ברמב"ם ושו"ע סי' קנ"ב סעיף ח' וז"ל היו לה שני עדים שהיא גרושה תנשא לכתחילה, ומשמע שתמא שאין הבעל שם, ואעפ"י כן מהני עדים להשיאה לכתחילה. ומה לי עידי גירושין ומה לי עידי ביטול קידושין. עכ"ל האבני נזר, ועיי"ש בהמשך התשובה.

וכן בתשובת אבני נזר אה"ע סי' קכד ס"ק יא-יב.

בדרכו של האבני נזר הלך החלקת יואב ח"א אה"ע סי' ד'. בתחילת דבריו דן לומר דכשם דאמרינן בסנהדרין דף יט בעובדא דעבדא דינאי קטל נפשא דבעינן להעיד בפני ינאי מכיון שהעבד ממונו, ה"ה י"ל באשה, על פי המבואר בכתובות דף ב. דאמרינן גבי בעל נסתחפה שדהו, ועיי"ש בתוס' (ב: ד"ה מציא) שהאשה שדה של הבעל ואין הבעל שדה של האשה.

התמונות וסרט הוידאו שצולמו בעת החופה עולה כי עידי הקידושין שעמדו בקרבת החתן והכלה לא הסתכלו לראות את מעמד נתינת הטבעת. לדברי הרב זהו הפתח היחיד שנתר לבחינת היתרה של האשה, והתבקשו לברר אם יש ממש בפתח זה להתירה.

מעיון בתמונות ובסרט עולה שאף אילו היינו מתייחסים לתמונות ולסרט כעדות גמורה של שני עדים כשרים, הן אינן מוכיחות בבירור שאכן העדים לא ראו את הנתינה, אך יתכן שרגליים לדבר יש בהם, שהעדים אינם מרוכזים כראוי לראות את מעמד נתינת הטבעת, ויתכן שאם ביה"ד יזמן את העדים למסירת עדות והעדים בטרם עדותם יראו את התמונות הם יצליחו להיזכר במה שארע באותו מעמד, ולהעיד האם הרב הורה להם לראות את מסירת הטבעת והאם אכן ראו.

בטרם הזמנת העדים יש לדון בשני נושאים -

א. השאלה הראשונה הטעונה בירור בטרם הזמנת העדים היא האם ניתן לקבל עדותם שלא בפני הבעל שעקב מצבו אינו מסוגל להיות נוכח ולהבין את המתרחש.

ב. את"ל שיש מקום לקבל עדותם, עדיין יש לדון אם יש תועלת בזימונם לעדות. במידה שאכן יעידו שלא ראו את נתינת הטבעת, האם יהיה מקום לביטול הקידושין עקב כך.

קבלת עדות שלא בפני בעל דין

במסכת בבא קמא דף קיב: נאמר - "רב יוחנן אמר אין מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין ... טעמיה דרבי יוחנן אמר קרא והועד בבעליו ולא ישמרנו אמרה תורה יבוא בעל השור ויעמוד על שורו". ונחלקו ראשונים בדין זה.

בחי' הרשב"א שם כתב - "וקשיא לן אשמעתין, דהא אמרינן דטעמא דאין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין משום דאמר קרא והועד בבעליו, וא"כ כי הוי הוא חולה או עדי או שמבקשים ללכת למדינת הים היאך מקבלין והתורה אמרה והועד בבעליו. וי"ל דעיקר קרא לגבי שור, דהוא כדיני נפשות, כתיב, ובדיני ממונות אסמכתא בעלמא ומדרבנן".

לעומת זאת הגאון רע"א בתשובה ח"א סי' צט כתב בדעת הרא"ש דאינו סובר כרשב"א אלא בכל גווני הוי דאורייתא, ובממון במקום אונס היתירו לקבל העדות מטעם הפקר ב"ד הפקר.

וע"ע בב"י חו"מ בסי' שפ"ח (בסופו מחודש ח') שהביא תשובת הרשב"א שגם בנפשות מקבלין עדות שלא בפניו במקום אונס, אך אין גומרין הדין שלא בפניו. ובתשובת הרשב"א שהביא הב"י בסי' כ' הוסיף שאמנם בממון גומרין דינו שלא בפניו מכיוון שניתן להחזיר את הדין משא"כ בנפשות.

לכאורה, לכל השיטות אין מקום לקבל העדות בנידון דידן. אמנם במקום אונס עסקינן, אך לדעת הרא"ש במקרה זה שאינו דיני ממונות וליתא לסברת הפקר ב"ד הפקר, אין לקבל העדות שלא בפניו. וכן לדעת הרשב"א בחידושיו,

לבעל וקנין כספו קרינן ליה, וכלשון זו כתב הרשב"א בתשובה בח"ה סי' קעד. ובחי' הרשב"א עמ"ס גיטין דף עה. בסוגיית נתינה בעל כרחו תמה מדוע לא פשטו שאלת נתינה בעל כרחו מגירושי אשה דמתגרשת בעל כרחה, וכתב הרשב"א - "ומסתברא דלא אמרו נתינה בעל כרחו לא שמה נתינה, אלא בנתינה שמפסיד בכך המקבל מה שהוא שלו, כי הא דאמר לה לאשה הרי זה גיטך על מנת שתתני לי מאתיים זוז, דאשה זו קנויה היא אצל הבעל וקניינו קרייה רחמנא, כדכתיב כי יקח איש אשה וקנין כספו היא וכדאמרינן לקמן בפרק המגרש חוץ מתרומותיך מהו קנין כספו אמר רחמנא וביבמות פרק אלמנה. והילכך כשאתה בא לסלקו משלו בעל כרחו אל תסלקנו". אך עיין בלשון הרשב"א במסכת קידושין דף ו: ד"ה אלימא שכתב "כיון דגופה ממש לא קני ליה, לא הוי רבית".

וכן נציין למש"כ הרא"ה בחידושי עמ"ס קידושין דף ב. על מש"כ רש"י האשה נקנית "לבעלה", כתב הרא"ה "ואפשר שרש"י הרגיש דלא צריך קנין אלא בדבר שקונה אותה הגוף, והכא לא שייך ... ופרש"י ז"ל דקנין דהכא היינו לענין בעלה, כלומר לענין אישות".

והנה החתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' פד, כתב תשובה בענין עדות של עדים שהעידו לבטל הקידושין, ונתקבלה עדותן בפני האשה ולא בפני המקדש.

וז"ל החת"ס - "הכא הרי העידו בפני האשה שהיא הנידונת ועליה אנו דנין, מותרת לעלמא או אסורה, ואין לבעל עסק בכל הענין הזה ... זה פשוט שאפילו לכתחילה מקבלים עדות בפני האשה שלא בפני המקדש" ועיי"ש שהוכיח מהא דעדים יכולים להעיד על האשה שנתקדשה גם כשאין יודעים למי נתקדשה.

אך בשו"ת אריה דבי עילאי חלק אה"ע סי' טז, חלק על החתם סופר (באותו נידון שעליו השיב החת"ס), וז"ל - "ומ"ש עוד הר"ב מפ"ב (החת"ס) להטעים דבריו דרק המתקדשת בלבד היא הנידונת, משום דלפעמים אינם יודעים את המקדש ורק אומרים נתקדשה פלונית ואינם יודעים למי, הם דברים שאין בהם ממש. דבאם אינו ידוע מי המקדש או באמת המתקדשת לבד היא הנידונת. משא"כ כשידוע מי המקדש דאז הדין לגבי שניהם, הם הנידונים אז בעינן שתהא קבלת עדות לפני שניהם, וכמו בינאי המלך דביאר מהרש"ל בתשובותיו כנ"ל ... דהעבד נידון לענין נפשות וינאי המלך נידון לענין הפסד ממונו, צריך לקבל העדות בפני שניהם דוקא. וכמו כן בענין המקדש והמתקדשת דהמקדש נידון אם לאסור את המתקדשת לגביה דכו"ע ושתוכרח להנשא עמו, או לענין שהמקדש נאסר בקרובות המתקדשת, או לענין שהמקדש אסור לו שוב לישא אחרת מחמת חרם דרגמ"ה, והמתקדשת נידונת אם היא אסורה אכו"ע. ועכ"פ שניהם שייכים באותו הדין, וצריך שתהא קבלת העדות לפני שניהם ... אח"כ בינותי בספרים ומצאתי לי רב והוא מארי דכולא תלמודא בעל המשנה

אך בהמשך דבריו לאחר שהוכיח שבאשה אין צריכים להעיד בפני בעלה כשמעידים עליה שעשתה מעשה המחייבה מיתה, ולא דמיא לעבד. כתב - "ואך דכתבתי דאשה היא שדה הבעל, אבל י"ל דאין דבר זה מהתורה, דמהתורה אין לו להבעל על האשה כלום, רק איסור גרידא, כדאמר בש"ס גיטין דף לט: "מה אשה איסורא ולא ממונא", וכן הוא בר"ן נדרים דף פו. ד"ה אמר רב אילא, וכן הוא בר"ן ריש גיטין וברשב"א קידושין (דף ו). והא דאשה אוכלת בתרומה דמיקרי קנין כספו, כבר כתב השיטה מקובצת הובא באבני מילואים בתשובה סי' יז, דהפירוש שקנאה בכספא. ואף דמבואר ברש"י סנהדרין דף נו גבי יפת תואר דהוא גול שגוזלין את אשתו במלחמה, היינו כעין גול, אבל קנין בגופו אין לו לבעל על אשתו, ואין לו זכיה בגוף האשה מדין תורה. וכן כתב האבני מילואים סי' מב סוף סק"א ... ועתה נבוא בענין קבלת עידי קידושין שלא בפני הבעל ... הדבר פשוט דמהני. אף דבמל"מ פ"ג מעדות הי"א מבואר להיפוך, דבריו תמוהין מאד, והלא אם עדים מעידים על אשה שנתקדשה ואין יודעין למי, גם כן הוי אשת איש כמבואר בש"ס פ"ב דכתובות דף כב באב שאומר קידשתי את בתי סתם אוסרה לכל העולם וכשאמר הוזה התירה, וא"כ כל שנתקבלה עדות בפניה שנתקדשה מה לנו צורך שיהיה בפני המקדש".

העולה מדברי החלקת יואב - הן הדיון והן העדות אם האשה מקודשת או לא, אינן צריכין להעשות בפני המקדש, מהטעם המבואר בדבריו.

אך היסוד שכתבו האבני נזר והחלקת יואב בביאור מהות ענין קידושין וגירושין, אינו מוסכם.

הגאון מליסא בעל נתיבות המשפט בתשובה (בשו"ת חמדת שלמה חלק אה"ע סי' יח סק"ד) כתב - "דאף לאבני שע"א נאמן להעיד על אשה שזינתה לאסרה על בעלה, מ"מ אינו נאמן להעיד על קידושיה או גירושיה. וכתב שם - "ודוקא באשתך זינתה דאין זו רק איסור, ואין מוציאין אותה מרשות מי שהיא, והוי כמו נתנסך יינך דסבירא ליה לאבני דנאמן. משא"כ קידושין, דדמי לקנין שדה דנעשית שדה של בעל, ונקנית לו ממש כקנין שדה דכתיב בה קיחה כקיחה דשדה עפרון. וכשם שאין עד אחד נאמן לומר מכרת מטלטלין שלך, כיון דבא להוציא המטלטלין מרשות מי שהיו מקודם. כמו כן אינו נאמן לומר להאשה מכרת עצמך או נמכרת על ידי אביך או על ידי שלוחך. וכן בגירושין דהוי כמו קונה עצמה מרשות מי שנמכרה לו".

וע"ע בספר אמרי בינה דיני שחיטה סי' ה' (ד"ה עוד) שהסכים לדברי הנתיבות ויישב שם את התמיהות שתמה על סברא זו החמדת שלמה (שם בתשובה יט סק"י).

ולכאורה לפי סברא זו, אין מקום למש"כ האבני נזר והחלקת יואב, ולעולם הבעל הוא בעל דבר בדיון האם האשה מקודשת לו או לא, ולא ניתן לקבל עדים שלא בפניו. ובנוסף לכך יש להעיר על דברי האבני נזר והחלקת יואב מכמה לשונות הרשב"א שכתב להדיא להיפך. עיין בשו"ת הרשב"א ח"ד סי' מ' שכתב בתוך דבריו "דאשה קנויה היא

ובספר שאילת שלום קמא סי' כז הובא באוצר הפוסקים ס"ק נח אות ב', כתב וז"ל - "מש"כ החלקת מחוקק בסי' יא לענין קבלת עידי זנות דאין צריך להיות בפני הבעל, היינו משום דעיקר אנו דנים על הבעל והאשה ולא על הבעל, אלא דממילא נאסרת גם עליו, וכמו דנאסרת ג"כ לכהנים, ע"ש. ולפי זה נראה דהיכא דזינתה וחזרה וזינתה דכבר נאסרה על הבעל בעידי זנות הראשון, ואין נ"מ בעידי זנות השניים לענין הבעל והאשה, כי אם לאוסרה על הבעל השני, א"כ ודאי צריך להיות קבלת העדות בפני הבעל דוקא, כיון דעיקר עדותן עליו והוא הבעל דין, וזה ברור בסברא".

העולה מדברי הח"מ הב"ש והשאילת שלום הוא - בכל נידון יש לקבוע מהו הדין שאנו דנין כעת, דהיינו אילו שאלות עומדות לפנינו לביורור, ובהתאם לכך קובעים מי הם בעלי הדין. באשת איש שבאים עדים להעיד עליה שזינתה, הדין הוא לאסור את האשה לבעלה, ובדין זה הבעל והאשה הם בעלי הדין. והבעל או הכהנים אינם בעלי דין אף שיש להם נפקא מינה מתוצאת הדין. משא"כ בנידון השאלת שלום מלכתחילה מטרת הדין לאסרה על הבעל, ובנסיבות אלו רק האשה והבעל הם בעלי הדין.

לכן גם בנידון החת"ס, אילו המקדש היה בא לעמוד על זכויותיו שלא יקופחו, או לעמוד על כך שלא יאסרוהו על קרובותיה וכדומה, הרי מכח טענותיו הדין היה מתרחב גם לביורור השאלות שהוא עורר, ובכך הוא בעל דין וקבלת העדות צריכה להיות בפניו. אבל למעשה בנידון של החת"ס המקדש לא הופיע כלל, והדין הצטמצם לביורור מעמדה של האשה, אם אסורה לעלמא או מותרת, ובשאלה זו המקדש אינו בעל דין.

לפי זה בנידון דידן, מאחר שהבעל נפגע פגיעה מוחית קשה ביותר ובלתי הפיכה, ואין כל סיכוי, ואפילו הקלוש ביותר, שהבעל יקום מחוליו ויבקש בירור מעמדו כלפי אשתו. בנסיבות אלו, הנידון המעשי היחיד הוא רק בביורור מעמדה של האשה אם מותרת להנשא לעלמא או אסורה. ובשאלה זו לא מיבעיא לשיטת החת"ס הבעל אינו בעל דין. אלא אף לדעת האריה דבי עילאי החולק על החת"ס, בנידון שם היו כמה נ"מ כלפי המקדש ולכן האדב"ע חלק על החת"ס, משא"כ בנידון דידן.

יתירה מזו כתב האבני נור חלק אה"ע סי' קכד, וז"ל - "לפמ"ש הרשב"ם ב"ב (מ"ח) בהאי דגט המעושה בעכו"ם פסול, ומקשה הש"ס לר"ה דאמר תלוה וזבין וזבני דאגב אונסא ודאי גמר ומקני, ה"נ נימא אגב אונסא גמר ומגרש, ופירשב"ם וז"ל דהא לא מפסיד מידי דומיא דזבני שמקבל דמי שדהו, דכיון שאשתו שונאתו ובלא גט נמי לא תעמוד אצלו, וגט זה אינו אלא להתירה לאחרים לא מפסיד כלום. וה"נ כיון שהאשה שנתקדשה אינה רוצה בו, לא מפסיד מידי בעדות זה לבטל הקידושין, ולא שייך אין חבין לאדם אלא בפניו".

למלך שכותב מפורש כדברי, בפ"ג מהלכות עדות הי"א. עכ"ל תשובת ארי דבי עילאי.

ובשו"ת דברי מלכיאל חלק ה' סי' קסח נקט שמעיקר הדין בעינין קבלת עדות גם בפני המקדש, אך לישוב את דברי החת"ס סופר שלא יסתרו את דברי המשנה למלך, וכטענת האריה דבי עילאי, כתב הדברי מלכיאל, וז"ל - "שו"ת מהרש"ך וראנ"ח (שהובאו במל"מ) אינם תחת ידי. אבל לפי מה שהובאו במל"מ, יש לדחות ראייה זו. כי שם איירי שכבר הועד בפני ב"ד שהיו קידושין גמורים, וא"כ כשמעידים אח"כ עדים אחרים להכחישם הרי הם באים להוציא אשתו מרשותו, כי על ידי עדים הראשונים הוחזקה כבר לאשתו והיה בעל דבר לענין זה. אבל החת"ס סופר איירי בתחילת קבלת עדות אם יהיו כלל קידושין, בזה י"ל שעדיין אינו בעל דין, ובפרט שלא בא לבי"ד לדרוש שיקבלו עדות על זה, והיא בחזקת בתולה אין לומר שמא קידשה והוי בעל דבר, וגם יש לנו להעמידו בחזקת כשרות שלא קידש בדרך פריצות כזה לקדש בלא שידוכי שהוא אסור כדאיתא בקידושין דף יב, כנ"ל לישוב דברי החת"ס שלא יקשה מהמל"מ הנ"ל. אבל בעיקר הדין נלע"ד כמש"ל שצריך לקבל עדות נידון הקידושין בפני המקדש".

לפי דבריו אלו של הדברי מלכיאל, אין מקום להוכיח מהחת"ס לענייננו, דהכא האשה מוחזקת כאשתו למעלה מעשר שנים, ובכה"ג יודה החת"ס למש"כ המל"מ.

וכן בתשובת מהרש"ך ח"ד סי' נג כתב, וז"ל - "רבוותא טובא כתבו, דאפילו לכתחילה מקבלים עדות שלא בפני בעל דין, דכולי עלמא בעלי דין נינהו לאפרושי מאיסורא. מ"מ יראה דהיינו דוקא באשה העומדת בחזקת פנויה, שהיא עומדת בחזקת מותרת לכל העולם, ועכשיו באים עליה להעיד שנתקדשה לאוסרה לכולי עלמא, א"כ כו"ע הוה בעלי דבר בהך מילתא. אמנם בני"ד שזאת האשה כבר נתקדשה ונאסרה לכל העולם, ועתה זה המערער מחדש עליה חידוש שכבר היתה מקודשת מתחילה לאיש אחר, וזהו דבר הנוגע בפרטות לאשה הזאת, וגם לאיש שנתקדשה לו, וזה בא להפקיעה ממנו, כל אנפי שוים שעדות זה צריך שיקובל בפני האשה ובפני האיש שהיא מקודשת לו".

אך נראה שבמקרה שבפנינו יש מקום לסברא, שניתן לקבל העדות שלא בפני הבעל, לא רק לשיטת החת"ס אלא אף לדעת החולקים עליו. ונקדים לבאר את מהו הגדר בהאי דינא דקבלת עדות שלא בפניו.

בשו"ע אה"ע סי' יא סעיף ד' מבואר באשת איש שיש עדים שזינתה, שיש לקבל העדות בפניה ובפני בעלה. וכתב בחלקת מחוקק ס"ק יא - "אם נשאת לבעל ובאים לאוסרה עליו, גם הוא בעלה מיקרי. אך אם עדיין לא נשאת לבעל, ואף שבקבלת עדות זו נאסרה גם על בעלה, מ"מ נראה שאין צריך שגם הוא יהיה אצל קבלת העדות רק לרווחא דמילתא. דהא נאסרה עליו ממילא כמו שאסורה לכל הכהנים אף שלא היו אצל קבלת העדות". וכ"כ הב"ש ס"ק טז.

נקדים, במקרה זה בני הזוג נישאו בחו"ק כדמו"י על ידי הרב המקומי, הידוע ומוכר כרב מוסמך לסדר חו"ק מזה עשרות שנים, הרב חתם על תעודת הנישואין, והאשה הוחזקה כנשואה. חוקה על חבר שאינו מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן, ובכלל זאת חוקה שהשיגה על כל העניינים המעכבים בתפיסת הקידושין.

למרות זאת, נדון להלן לפי טענת הרב השואל, שעורר את השאלה נזכרת, וסבר שיש בבירור זה פתח לחלצה מעגינותה.

הרמ"א באה"ע סי' מב סעיף ד' פסק - "צריכים העדים לראות הנתונה ממש לידה או לרשותה, אבל אם לא ראו הנתונה ממש לידה, אע"פ ששמעו שאמר התקדשי לי בחפץ פלוני ואחר כך יצא מתחת ידה, אינן קידושין עד שיראו הנתונה ממש, ואין הולכין בזה אחר אומדנות והוכחות". לכאורה לפי דברי הרמ"א, ה"ה בנידון דידן אם העדים יעידו שלא ראו הנתונה לידה תועיל עדותם לבטל הקידושין.

אך נראה שאין מקום לומר כן משני טעמים.

ראשית, דינו של הרמ"א אינו מוסכם. הרמ"א עצמו הביא בדרכי משה סק"ד שדעת המרדכי בפרק האומר שאם עידי קידושין ראו דבר המוכיח, יכולים להעיד כאילו ראו את גוף המעשה. אמנם הרמ"א בשו"ע הכריע כרשב"א ותשובות מיימוניות החולק, אך הב"ש ס"ק יב הכריע כדעת המרדכי, ונקט שבקידושין די בעדות ידיעה אף שלא ראו ממש, ולענין זה עידי קידושין כעידי ממון שמבואר בחו"מ סי' צ' שניתן להסתפק בידיעה בלא ראייה.

וכן האבני מילואים סי' לא סק"ד סובר שקידושין מתקיימים בעדות ידיעה בלא ראייה, עיי"ש.

וכן בתומים סי' צ' ס"ק יד הסכים עם הב"ש אך לא מטעמו, אלא נקט שאף אם דין קידושין כדיני נפשות, מ"מ כתבו התוספות במסכת שבועות דף לד. (ד"ה אי) שמוכח מהגמרא שכל אומדנא דמוכח המועילה כדיני ממונות תועיל גם כדיני נפשות, והעדים נידונים כאילו ראו את גוף המעשה. ומסיים התומים - "וא"כ אף בקידושין כך, ויפה פסק המרדכי דהוי קידושין לכו"ע כמו כדיני נפשות, והרשב"א דחולק לא ס"ל תי' התוספות".

לפי זה, מאחר שהעדים שמעו את האמירה "הרי את מקודשת לי", וכו' שנאמרה בקול רם (באמצעות רמקול) וראו את הרב מסדר הקידושין עוסק במלאכתו, ושכל סידור החו"ק מתנהל כמקובל, הרי שיש אצל העדים ידיעה ברורה על נתינת הטבעת כמקובל. ולדעת המרדכי הב"ש והתומים די בכך. ועיין בפת"ש סי' מב ס"ק יב שהביא מהחות יאיר, המקנה והבית מאיר, שגם הרשב"א מודה במקום שיש ידיעה ברורה.

ח"ל החות יאיר סי' יט - "נלענ"ד דדוקא בנידון ההוא ששני עדים היו עומדים אחורי הגדר ושמעו לשון הקידושין שקידש את פלונית באתרוג ולא ראו הנתונה, דאע"פ שאחר כך יוצא האתרוג מתחת ידה אינן קידושין, דמאן לימא לן שנתן לה

וכן עולה מדברי תשובת אמרי יושר ח"א סי' ז'. האמרי יושר כתב שבמקום שהמקדש טוען לקיים הקידושין, גם החת"ס מודה דבעינן בפניו. והוסיף האמרי יושר, ח"ל - "הן אמת שבתשובת רשב"א ח"ד סי' ר' כתב דמקבלין עדות לאשה שנתגרשה שלא בפני בעלה, וכן הוא בתשב"ץ ח"ב סוסי' יט בשם רמב"ן. אבל נראה דשם באשה שבאה לפניו ואין אנו יודעים כלל אם הבעל מערער שלא גרשה, בזה הוא דמקבלין עדות שלא בפניו. דאין באין להעיד לחובתו, דהא אדרבה מעידין שגירשה הבעל ואין לו חפץ בה. אבל הכא שיצא כבר הקול שהבעל מערער, וא"כ הוא חפץ בה, ובאים להעיד לחובתו... בזה בעינן לפניו".

מבואר מדבריו, שהראשונים שכתבו שמקבלין עדות גירושין שלא בפניו היינו מאחר שהוא אינו בפנינו, והדין אינו ביחס אליו אלא רק ביחס למעמדה של האשה. ואה"נ אילו הבעל יבוא ויכחיש ויטען שלא שגירשה, ודאי שהעדים יוכלו להעיד רק בפניו.

וכמו כן, האבני נזר שהוכיח מהגמרא ורש"י והרמב"ם שמקבלין עדות שלא בפניו, היינו מאחר שאינו בפניו ואינן טוען דבר, ואינו בכלל הדין.

ומש"כ התשב"ץ הנזכר לעיל - "הורה הרמב"ן ז"ל בתשובה שלהתיר אשה בעדי גירושין אין צריך שיעידו בפני הבעל שהרי הכל הם בעלי דין בזה". כוונתו דמאחר והבעל אינו טוען דבר, וכל הדין אם להתיר את האשה לעלמא, בכה"ג "הרי הכל הם בעלי דין בזה", כלומר בשאלת חשש היתר אשת איש שלא כדין ואפרושי מאיסורא כו"ע בעלי הדין בזה, וכסברת המאירי במסכת ב"ק דף פ' והרדב"ז שהובאו בפת"ש אה"ע סי' יא ס"ק יח.

ונראה דאף לסברת הנתיבות שנקט דהאשה היא קניינו של הבעל ממש, י"ל דעכ"פ לענין קבלת עדות שלא בפניו, אם אין לבעל כל נפקא מינה מהדין, מקבלין שלא בפניו, למרות שבכך היא יוצאת מרשותו. דאל"כ לא יתיישבו דבריו עם דברי הראשונים שהבאנו (רש"י רמב"ם רמב"ן תשב"ץ ופשטות לשון השו"ע) שנקטו דלהעיד על האשה שנתגרשה לא בעינן בפניו.

העולה מדברינו

מאחר שבנידון דידן אין לבעל נפקא מינה מעשית בשאלת חלות הקידושין, וכפי מצבו הנוכחי, גם בעתיד כבר לא תהיה לו נ"מ בזה, לכן השאלה היחידה העומדת בפנינו לדין היא - האם האשה מותרת להנשא לעלמא, וזהו הדין היחיד שניתן לדון כעת, ובדין זה רק האשה בעלת דין ולא הבעל, ואין מניעה לקיים את הדין שלא בפניו.

עידי קידושין שלא ראו את רגע מסירת הטבעת

השאלה השניה העומדת בפנינו היא, האם יש תועלת בזימון העדים לעדות. האם קיימת עילה לביטול קידושין במידה שאכן העדים מעידים שלא ראו את מעשה הקידושין, ושלא הביטו בידי החתן והכלה כנדרש בעת נתינת הטבעת.

הכתוב, אע"פ שמצד הסברא אין בזה גרעון לבירור האמת, כמו נמצא אחד מהם קרוב או פסול ... אבל מה שאנו אומרים שמבורר לנו על פי אנן סהדי זהו דרך של אמת מצד עצמו, דעדיף טובא, ולא מצינו שום הכרח לדקדק בזה בפרטי עניני פסול מצד גזירת הכתוב. ומעתה כיון שברור לנו הדבר בחופה מסודרת במזמוטי חתן וכלה, שנכנסו לה החתן והכלה לשם קידושין וברכת אירוסין וקריאת כתובה, שבודאי נעשו הקדושין ועדיפא חזקה זו מחזקה שליש עושה שליחותו, אין שום ספק דהויין קדושין ברורים וודאים. וק"ו אחר שנתחזקו מתוך הקדושין הללו לאיש ואשתו כמה זמנים, שהיו דנים על חזקה זו כדין סוקלין ושורפין על החזקות".

וע"ע בחת"ס אה"ע סי' צד, ומתוך התשובה שם מתבררת שיטתו בסי' ק', ועפ"י הדרך שבאר בספר עזרת כהן שהבאנו. וע"ע באגרות משה אה"ע ח"א סי' עו וסי' עז וח"ג סי' לב (ענף א') שנראה שהסכים לדינא לתשובת החת"ס סי' ק' הנזכרת.

אמנם יש מהפוסקים שלא נחתו לסברת החתם סופר ופסקו לפסול קידושין שהמקדש ייחד עדים פסולים, ולא דנו לקיים הקידושין מכח אנן סהדי, גם כשנעשו בפרסום ובתוך עם רב. עיין בבאר היטב אה"ע סי' מב ס"ק יד שהביא כן בשם מהרי"ו סי' ז', (אלא שאח"כ כתב בשם מהריב"ל שאין לסמוך על זה). ועיין מש"כ בזה באריכות בשו"ת ציץ אליעזר חלק ח' סי' לו. והביא שם מש"כ בספר שו"ת אור לי על דברי החתם סופר - "דאין כל הפוסקים מודים לו, כמו שיראה הרואה בכל תשובותיהם בענין זה שביטלו העדות על ידי צירוף פסולים, ולא סמכו לאנן סהדי".

אך עי"ש בציץ אליעזר שלא סמך על מהרי"ו אלא במקום שהאנן סהדי היה רעוע, כגון בכה"ג שהמסדר קידושין היה מוחזק למחלל שבת בפרהסיא וכדומה, ואין אנן סהדי שהקידושין נערכו כדין. משא"כ בנידון דידן שגם כיום ניתן לראות בסרט החתונה שהקידושין נערכו כדת וכדין בכל הפרטים, בכה"ג לא מצינו מי שידחה את שיטת החת"ס ושאר הפוסקים דנקטו כוותיה ויתיר אשת איש לעלמא.

וע"ע בשו"ת יביע אומר חלק ח' אה"ע סי' ג' סק"ו שהביא בשם ספר משפטי עזיאל אה"ע סי' נו שכתב לדחות את סברת החת"ס, ונעלמו ממנו כל אותם הפוסקים שהבאנו המחזיקים בשיטתו, וכמו כן לא הביא כל הוכחה וסברא לדחות את דינו של החת"ס בענין האנן סהדי, דין שהחת"ס כתב עליו שהוא "פשוט יותר מביעתא בכוחתא".

העולה מדברינו שאף אם העדים יעידו שאכן לא ראו את נתינת הטבעת לאשה כנדרש אין בכך היתר האשה להנשא, לדעת הרבה מגדולי הפוסקים, אך גם לדעת החולקים על החתם סופר וסיעתו, מאחר שמיום החתונה חלפו שנים עשרה שנה, אין להניח שהעדים יוכלו לזכור האם ראו את רגע נתינת הטבעת. וממה נפשך, אם הרב הורה להם לראות את הנתינה, מסתמא עשו כהוראתו

בשעת אמירה, דילמא זמן מה בתר הכי יותר מכדי דיבור או לא נתן כלל בידה רק הניחו ולקחה ובכה"ג אנפי טובא. משא"כ בחופה הנעשית לפני קהל ועדה, נ"ל דסגי בשמיעה להיות עד נאמן אם היא יוצאת וטבעת קידושין בידה".

שנית, כמה מגדולי הפוסקים כתבו שגם אם אין מסתמכים על עידי הקידושין, כגון כשהתברר שהם פסולי עדות, עדיין יש מקום לתפיסת הקידושין מכח אנן סהדי. החתם סופר אה"ע ח"א סי' ק' כתב במקום שעדיי הקידושין נמצאו פסולים, שיש מקום לקיים את הקידושין מכח עדות של אנן סהדי.

ח"ל החתם סופר - "ק"ו בנידון שלפנינו שהכניסה לחופה, והיו שם רבנים, מסדר קידושין ומברכים, ויצאו מהחופה בחזקת נשואה, ועדיין הוא כן בלי פקפוק ועירעור. פשיטא אנן סהדי וכולנו עידי מסירת הקידושין מיד החתן ליד הכלה ובאמירה הגונה, עפ"י רב המסדר ובקיא בדינים וטיב קידושין. פשוט יותר מביעתא בכוחתא דאין צריך לקדש שנית ... כל עדות שהיא על ידי אנן סהדי אין צריך דין עדות ולא יופסל על ידי צירוף פסולים וקרובים, שהרי כל אנן סהדי פסולים וכשרים מצורפים".

וכן כתב בשו"ת רב פעלים ח"א אה"ע סי' יא - "הנה אם הוא דבר הנעשה בפומבי דהיינו לפני קהל ועדה, שנתקבצו שם בעת הקידושין, ובא החתן וקידש אותה, ונמצא בידה כסף הקידושין, אע"פ שלא ראו העדים ולא זולתם נתינת הכסף מידי לידה, ורק שמעו קולו שאמר הרי את מקודשת לי, גם בזה יודה הרשב"א דחשיב קידושין גמורים כראיה ממש. יען כי על דבר כזה יש לנו לומר אנן סהדי שנתן לה הקידושין בידה כדת וכהלכה, והוי כאן חזקה דאיתא מכח סברא והיא אלימתא ... דאמרינן בזה אנן סהדי דהוה הכי, והו"ל כעדות ברורה בעדים גמורים", עכ"ל הרב רב פעלים. ועי"ש שהביא בהמשך דבריו את דברי החות יאיר שהבאנו לעיל וכתב שדברי החות יאיר כדבריו ממש.

(אך יש להעיר דלכאורה החות יאיר דן לקיים הקידושין מכח עדות שני עדים מסויימים שעמדו בקרבת החתן והכלה, משא"כ סברת הרב פעלים היא כסברת החתם סופר לקיים את הקידושין מכח, אנן סהדי של כל הנוכחים באותו מעמד, שהוא גדר אחר וכמ"ש החת"ס).

וכן בשו"ת עזרת כהן (להראי"ה קוק זצ"ל) סי' מד כתב בנידון שנמצאו אחד מעידי הקידושין פסולין, ח"ל - "דברי החת"ס בסי' ק' הם ברורים מאד, דבקידושין שבמזמוטי חתן וכלה הכל הם עדים, בין הרואים את הקידושין בין שאינם רואים, והוי כמו הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה, ומטעם אנן סהדי אתינן עלה, דאין לפסול בהם משום כל דקדוקי תורת עדות. וטעמא דמילתא נראה, משום דעדות הוי הנאמנות שלהם מצד גזירת הכתוב, ולא מצד שאנו אומרים שמבורר לנו הדבר שכן הוא בודאי, וכלשון הרמב"ם בפ"ו מהלכות יסודי התורה דנקט לה למילתא דפשיטא, ועל כן צריכין בזה דקדוקי עדות שבתורה שפוסלין לפעמים ג"כ מצד גזירת

מכל האמור נראה שבנסיבות הקשות של מקרה זה אין בידינו לסייע לאשה זו, ומן השמים ירחמו. נ.ב. בית הדין בקש שלא להשאיר את חו"ד הנ"ל כ"סוף פסוק", והתיק עם חוות הדעת הנוכחית נשלח להכרעתו של הראשון לציון הרב הראשי לישראל הגר"א בקשי דורון שליט"א, ולאחר שעיין בנושא הסכים עמנו ללא סייג, וקבע שאין מקום לכנס בית דין לדון בפתח להיתר שהעלה הרב המטפל בעניינה של האשה הנזכרת. יצויין שלאחר פרק זמן נוסף, הבעל שבק חיים לכל חי והאשה הותרה כאלמנה.

ואינן חשודים שכיוונו לקלקלה, אלא שהצורך לזמן לעדות נבע מההנחה שהרב לא הורה להם להביט בנתינה, אלא נאמר להם בסתמא, להיות עדים ולעמוד בקרבת החתן ותו לא, א"כ אמנם בעיקר הענין שהיו עדים הוי מילתא דרמיא אנפשייהו ומסתמא זוכרים גם לאחר זמן רב, אך פרטי ראיית הנתינה היא עבורם כמילתא דלא רמיא אנפשייהו, ולא מידכר לאחר זמן רב. וכמ"ש החת"ס בתשובה שם בסוף סי' ק', עיי"ש שהעלה שאין לקבל עדות לאחר זמן רב, כשהעד מעיד על מילתא דלא רמיא אנפשיה למידכר.

סימן כד

היחס לתביעה לביטול הקידושין מעיקרן בטענה לפסול שהתגלה בעידי הקידושין

בגירושין שיחולו בתנאי שלא יחוייב בתשלום הכתובה כפי שביה"ד כבר פסק לחייבו, וטען להסתייע בשיטת מהרש"ם חאה"ע סי' מא. לאחר שבית הדין דחה את הבקשה, הבעל ערער לבית הדין הגדול. להלן הנימוקים ההלכתיים לדחות טענות הבעל.

היחס העקרוני לטענה לביטול הקידושין ולתביעה להתיר האשה לעלמא בלא ג"פ

התביעה להתירה לעלמא בלא גט עקב טענת פסלות אחד מעידי הקידושין, דינה להידחות על הסף, ואין ראוי לזמן את הצדדים לבית הדין, לדיון בתביעה זו. נקדים שהצדדים נישאו בחו"ק על ידי הרב האזורי המוסמך לסידור קידושין, שאישר בחתימתו על תעודת הנישואין שהצדדים נישאו בחו"ק כדמו"י, ומיום הנישואין הוחזקו כזוג נשוי כדת וכדין. הרב האזורי, מוכר היטב לבית הדין וחזקה על חבר שאינו מוציא דבר שאינו מתוקן תחת ידו, ק"ו אומן במלאכת שמים שאינו מרע אומנותיה, ועושה כל שבידו להשיא את הזוג בחו"ק כדמו"י, ולא ברך ברכה לבטלה בעת סידור החו"ק. וזאת לאחר שהרב עצמו היה עד בקידושין ובחתימת הכתובה, וצרף עמו אדם נוסף שעל פי מיטב הבנתו הוא כשר לעדות. יצויין שעל פי הידוע לבית הדין הרב מסדר קידושין בחר את אותו העד להיות עד גם בחופות אחרות שנערכו באותה תקופה, עפ"י שיקול דעתו שקבע שהעד בחזקת כשרות לעדות. מלבד זאת, נביא מדברי אחד מגדולי הדור הקודם שדחה בתוקף את הניסיון לחפש פסול בקידושין, שנים רבות לאחר הנישואין, אפילו במקום עיגון, וקבע שמתוך אחריות למוסד הנישואין בעם ישראל, אין לדון בפסלות קידושין בטענות מסוג זה.

הדיונים בין הצדדים החלו לפני קרוב לחמש שנים, לאחר שהאשה פתחה תיק לתביעת שלום בית, והציעה ללכת ליעוץ נישואין, אך הבעל סרב ובקש להתגרש. באותו דיון התברר שבני הזוג גרים בנפרד לאחר הבעל יצר קשר זוגי עם אשה זרה גויה ועזב את הבית. לאחר שהבעל עמד בסירובו לחזור לשלום בית, האשה פתחה תיק לתביעת גירושין. התקיים דיון נוסף, ובית הדין פסק לחייב את הבעל בגירושין.

קבענו לחייב את הבעל בגירושין, וזאת משני טעמים. א. עפ"י שיטת האגודה שנפסקה בשו"ע אה"ע סי' קנד סעיף א' ברמ"א, ועיין להלן סי' צ' שבארנו באריכות הלכה זו. ב. מאחר שהבעל עזב את אשתו ומבקש להתגרש, ואינו מפרנסה, לא גרע ממורד המונע מאשתו כל ענייני אישות שמדינא יש מקום לכפותו בגירושין, עיין שו"ע אה"ע סי' עז ס"א ובב"ש סק"ה, ופתי"ש סי' קנד סק"ז וס"ק לא. מהטעמים הנ"ל ובצירופם יחד, קבענו שמצד הדין היה ניתן לכפותו כפייה גמורה, אך מאחר שלעת עתה, האשה העדיפה שלא לתבוע שיאסרו את הבעל, לא התקיים דיון בהפעלת כפייה גמורה, אלא ננקטו צווי הגבלה, וכן נפסקו מוזנות "מעוכבת מחמתו". לאחר שהוטלו על הבעל חיובים אלו, הבעל פנה לעורך דין שהוא תלמיד חכם, והלה סבר למצוא פתח להציל את הבעל מחיוביו הנ"ל, בהצגת טענה מלומדת. שכביכול הגט כלל אינו נחוץ וכי יש להורות להתיר את אשתו להנשא לכל אדם ללא גט, מפני שכעת התברר לבעל שאחד מעידי הקידושין הוא אדם חילוני, הידוע כמי שאינו שומר מצוות ומחלל שבת, ודינם של הקידושין להתבטל. הבעל ביקש לקיים דיון להוכחת טענתו על העדר הצורך בגט פיטורין. בנוסף, הבעל טען שישכים לתת גט ובלבד שיאפשרו לו להציב תנאי בעת מתן הגט כמשפט התנאים, ולהתנות

אנן סהדי וכולנו עידי מסירת הקידושין מיד החתן ליד הכלה ובאמירה הגונה עפ"י רב המסדר ובקיא בדינים וטיב קידושין, פשוט יותר מביעתא בכוחא דאין צריך לקדש שנית ... כל עדות שהיא על ידי אנן סהדי אין צריך דין עדות, ולא יופסל על ידי צירוף פסולים וקרובים, שהרי כל אנן סהדי פסולים וכשרים מצורפים."

וכן נמצאה סברא דומה בשו"ת רב פעלים ח"א אה"ע סי' יא שכתב - "הנה אם הוא דבר הנעשה בפומבי דהיינו לפני קהל ועדה, שנתקבצו שם בעת הקידושין, ובא החתן וקידש אותה, ונמצא בידה כסף הקידושין, אע"פ שלא ראו העדים ולא זולתם נתינת הכסף מידו לידה, ורק שמעו קולו שאמר הרי את מקודשת לי, גם בזה יודה הרשב"א דחשיב קידושין גמורים כראיה ממש, יען כי על דבר כזה יש לנו לומר אנן סהדי שנתן לה הקידושין בידה כדת וכהלכה, והוי כאן חזקה דאתיא מכח סברא והיא אלימתא ... דאמרינן בזה אנן סהדי דהוה הכי, והו"ל כעדות ברורה בעדים גמורים", עכ"ל הרב פעלים.

ובשו"ת עזרת כהן (להראי"ה קוק ז"ל) סי' מד כתב בנידון שנמצאו אחד מעידי הקידושין פסולין, וז"ל - "דברי החת"ס בסי' ק' הם ברורים מאד. דבקידושין שבמומטי חתן וכלה הכל הם עדים, בין הרואים את הקידושין בין שאינם רואים, והוי כמו הן הן עידי יחוד הן הן עידי ביאה, ומטעם אנן סהדי אתינן עלה, דאין לפסול בהם משום כל דקדוקי תורת עדות. וטעמא דמילתא נראה, משום דעדות הוי הנאמנות שלהם מצד גזירת הכתוב, ולא מצד שאנו אומרים שמבורר לנו הדבר שכן הוא בודאי, וכלשון הרמב"ם בפ"ז מהלכות יסודי התורה דנקט לה למילתא דפשיטא, ועל כן צריכין בזה דקדוקי עדות שבתורה שפוסלין לפעמים ג"כ מצד גזירת הכתוב, אע"פ שמצד הסברא אין בזה גרעון לבירור האמת, כמו נמצא אחד מהם קרוב או פסול ... אבל מה שאנו אומרים שמבורר לנו על פי אנן סהדי זהו דרך של אמת מצד עצמו, דעדיף טובא, ולא מצינו שום הכרח לדקדק בזה בפרטי עניני פסול מצד גזירת הכתוב. ומעתה כיון שברור לנו הדבר בחופה מסודרת במומטי חתן וכלה, שנכנסו לה החתן והכלה לשם קידושין וברכת אירוסין וקריאת כתובה, שבודאי נעשו הקדושין ועדיפא חזקה זו מחזקה שליח עושה שליחותו, אין שום ספק דהויין קדושין ברורים וודאים. וק"ו אחר שנתחזקו מתוך הקדושין הללו לאיש ואשתו כמה זמנים, שהיו דנים על חזקה זו כדין סוקלין ושורפיין על החזקות."

וע"ע בחת"ס אה"ע סי' צד, ומתוך התשובה שם מתבררת שיטתו בסי' ק', ועפ"י הדרך שבאר בספר עזרת כהן שהבאנו. וע"ע באגרות משה אה"ע ח"א סי' עו וסי' עז וח"ג סי' לב (ענף א') שנראה שהסכים לדינא לתשובת החת"ס בסי' ק' הנזכרת.

אמנם יש מהפוסקים דלא נחתו לסברת החת"ס סופר ופסקו לפסול קידושין שהמקדש ייחד עדים פסולים, ולא דנו

בשו"ת זקן אהרן (להג"ר אהרן וואלקין ז"ל) ח"א אה"ע סי' פא דחה דברי רב אחד שבקש להתיר עגונה בהסתמך על טענת פסלות אחד מעידי הקידושין שידוע כמחלל שבת ועובר שאר עבירות שבתורה, וכתב - "לא ישר בעיני הדרך הזה לבקר אחר מעשה הקידושין כשמונה שנים אחר החתונה ... אתם באים לבקר לנקר ולחטט אחרי הקידושין, כחכמים הרואים את הנולד עליכם להבין כי ע"י עצות כאלה אפשר לקעקע את כל בירת טהרת ישראל, ממסד עד הטפחות, ולהרבות ממזרים בתוך עם קדוש, וקשר הקידושין יהיה מעתה לאו בר קיימא, כל אחד יסתרנו כרצונו. וגם מה יאמרו הבריות שאינן בני תורה בשומעם כי אפקעינהו רבנן לקידושין כמה שנים אחרי החתונה ביודעם בנפשם שהרבה מקרים כאלו נמצא במדינתכם, יאמרו בצדק כי נשותיהן של אלו אינן שלהן כלל ומותרות לעלמא לכל גבר דיתיבין ונתבטל כל החומר דאשת איש. איה כל הרואה שיראה את הנולד מהנהגה כזאת, לא יעשה כן בישראל, חלילה, חולין הוא לנענע את הבירה שכל בית ישראל נשען עליו, ובעיתות כאלה שגברה הפריצות ומלאה הארץ זימה בעוה"ר, עלינו לחזק ולאיים חומר אשת איש ולא לעשותו לחוכא ואיטלולא בעיני הבריות שאינם יודעים להבחין בין דין לדין. ולכן במקרה זה שכבר עברו שמונה שנים אחר החתונה לא ירד בני עמכם לבקש שום עצה בכדי להפקיע את הקידושין."

במסקנתו כתב הזקן אהרן - "לא אכחד, כי אילו היו באים הבעל והאשה לשאול על הקידושין מיד אחר הקידושין, הייתי משיב להם שיקדש אותה עוד פעם בפני עדים כשרים, באשר בודאי כמה ספקות וחששות גמורות יש בקידושין הללו, אבל כשבאה השאלה לבטל הקידושין ולהתירה לעלמא, חלילה לעשות כן אפילו בטעמים צודקים, וכ"ש בני"ד שיש פנים לקיימם."

במקרה שבפנינו, ב"כ הבעל עומד על דעתו, שמוטל על בית הדין להורות להתיר את האשה לעלמא בלא גט כלל, ואף הוסיף ופנה לערער לבית הדין הגדול על החלטת ביה"ד, והוסיף לצרף אסמכתאות הלכתיות לחיזוק טענתו. בנסיבות אלו נזקקנו להתייחס בקצרה לעיקרי טענותיו. אך נחזור ונדגיש, שאין בכל האמור קבלת הטענה לגופה בכל הקשור לשאלה העובדתית המייחסת לאותו עד חילול שבת. אלא להלן קביעה עקרונית שאף אליבא דטענה זו אין יסוד לבקשה להתירה כמבוקש, וכי דין הבקשה להידחות על הסף.

שיטת החת"ס סופר - תוקף קידושין בעדות "אנן סהדי"

החת"ס סופר (חלק אה"ע ח"א סי' ק') כתב שאם עידי הקידושין נמצאו פסולין, יש מקום לקיים את הקידושין מכח עדות של אנן סהדי.

וז"ל החת"ס סופר - "ק"ו בנידון שלפנינו שהכניסה לחופה, והיו שם רבנים, מסדר קידושין ומברכים, ויצאו מהחופה בחזקת נשואה, ועדיין הוא כן בלי פקפוק ועירעור, פשיטא

גזל, מ"מ כיון שעב"פ זה העדות הוא אמת ראוי ונכון מחוייב להצטרף עמו"

וכן בספר גט מקושר (סג"ר אות ח') כתב - "אם לא נודע פיסולן כלל, אף דקמי שמיא גליא שהוא רשע, אין לומר שעב"פ גיטו שחתם עליו בטל ... שכך רצון התורה, כל שלא נתברר פיסולו בבית דין של מטה, אף שהוא רשע קמי שמיא, כך הוא רצון התורה ע"פ שנים עדים יקום דבר, ומתקיים הדבר ההוא כאשר הוא."

וע"ע בספר אור שמח הלכות עדות פי"ב ה"ב, שהביא מדברי התומים והסכים עמו, ובאבני נזר אה"ע סי' לח ס"ק יז הביא מדברי התומים ומיישב קושיה שהקשה על שיטתו, ונראה שעב"פ לא דחה דבריו מהלכה.

אמנם יש החולקים על שיטת התומים ודחו דבריו - עיין חי' הרי"ם חו"מ סי' כח סק"ג וישועות ישראל סי' כח חה"מ סק"ג וכן עיין מש"כ הגר"ש ישראלי ז"ל בספר חוות בנימין סי' ע"ד. אך עב"פ אין מקום לקבוע ששיטת התומים נדחתה מהלכה ופשיטא שאין להתיר אשת איש לעלמא כנגד שיטתו, ובודאי כשהבעל כאן ואין כל מניעה לסדר גט.

שיטת הסמ"ע - הכשר העד שאינו יודע שנפסל מפני העבירה

הסמ"ע סי' לד ס"ק נו כתב לדייק מלשון הרמב"ם והשו"ע, וז"ל "כיצד ראוהו קושר או מתיר בשבת כו', נקט ג' מיני הודאות בכאן ... אם אין איסור המלאכה יודע צריך להודיעו ... כל שאין יודע שישועות ישראל סי' כח חה"מ סק"ג וכן עיין מש"כ הגר"ש ישראלי ז"ל בספר חוות בנימין סי' ע"ד. אך עב"פ אין מקום לקבוע ששיטת התומים נדחתה מהלכה ופשיטא שאין להתיר אשת איש לעלמא כנגד שיטתו, ובודאי כשהבעל כאן ואין כל מניעה לסדר גט.

הסמ"ע סי' לד ס"ק נו כתב לדייק מלשון הרמב"ם והשו"ע, וז"ל "כיצד ראוהו קושר או מתיר בשבת כו', נקט ג' מיני הודאות בכאן ... אם אין איסור המלאכה יודע צריך להודיעו. השלישי, אף שהוא יודע שהוא יודע להמעשה שהוא עושה שעושיהו באיסור, מ"מ ... אי איכא למימר שאינו יודע שיפסל על ידי זה, צריך להודיעו", עב"ל הסמ"ע. וכן מבואר בדברי הב"ח (שם) שיש להודיעו שהוא נפסל לעדות בעבירה זו, אלא שהרמב"ם לא הזכיר זאת על מחלל שבת, והטעם כתב הב"ח - "דבהודיעו שמחלל שבת בזה סגי דממילא הוא יודע דמי שמחלל שבת הוא פסול לעדות", אך אם אמנם אינו יודע זאת, יש להודיע לו שנפסל לעדות, ובלא"ה לא יפסל.

ובספר נתיבות המשפט (שם) ס"ק טז חולק על הסמ"ע וכתב - "עיין סמ"ע ס"ק נ"ז, ומשמע מדבריו דאפילו באיסור דאורייתא שיש בו מלקות, בעינן גם כן שידע גם כן שנפסל על ידו, ע"ש. ולפענ"ד נראה דבזה ודאי פסול, דהא רשע נקרא והתורה אמרה אל תשת רשע עד, ולא חילק רחמנא. ועוד, דחשיד על עדות שקר, ובמידי דאינו נפסל רק מדרבנן שייך חילוק זה, דהם אמרו והם אמרו."

אך רבו הסוברים כדעת הסמ"ע, וכדלהלן. הרדב"ז בתשובה חלק ד' סי' רה כתב בפשיטות כסברת הסמ"ע, וז"ל - "מ"מ הדבר נראה ברור דלרבי עקיבא דקי"ל כוותיה, גניבת העכו"ם אסורה מן התורה ... אלא שמצאתי להם הכשר ממקום אחר, שהרי אינם יודעים שזה אסור ושהם נפסלים לעדות מפני זה, אלא אדרבה הם אומרים דמצוה קא עבדי דכתיב ואכלת את שלל אויבך, דהא איכא

לקיים הקידושין מכח אנן סהדי, גם כשנעשו בפרסום ובתוך עם רב. עיין בבאר היטב אה"ע סי' מב ס"ק יד שהביא כן בשם מהרי"ו סי' ז', (אלא שאח"כ כתב בשם מהריב"ל שאין לסמוך על זה). ועיין מש"כ בזה באריכות בשו"ת ציץ אליעזר חלק ח' סי' לו. והביא שם מש"כ בספר שו"ת אור לי על דברי החתם סופר - "דאין כל הפוסקים מודים לו, כמו שיראה הרואה בכל תשובותיהם בענין זה שביטלו העדות על ידי צירוף פסולים, ולא סמכו לאנן סהדי".

אך עי"ש בציץ אליעזר שלא סמך על מהרי"ו אלא במקום שהאנן סהדי היה רעוע, כגון בכה"ג שהמסדר קידושין היה מוחזק למחלל שבת בפרהסיא וכדומה, ואין אנן סהדי שהקידושין נערכו כדן, משא"כ כשהקידושין נערכו ע"י רב מסדר קידושין מורשה ומוסמך, האמון להסדירם כדת וכדין בכל הפרטים, לא מצינו מי שידחה את שיטת החת"ס ושאר הפוסקים דנקטו כוותיה, ויתיר אשת איש לעלמא. וע"ע בספר ברכת שלמה אה"ע סי' יב.

וע"ע בשו"ת יביע אומר חלק ח' אה"ע סי' ג' סק"ו שהביא בשם ספר משפטי עוזיאל אה"ע סי' נו שכתב לדחות את סברת החת"ס, אך נעלמו ממנו הפוסקים שהבאנו המחזיקים בשיטת החת"ס, וכמו כן לא הביא הוכחה וסברא לדחות את דינו של החת"ס בענין האנן סהדי, דין שהחת"ס כתב עליו שהוא "פשוט יותר מביעתא בכותחא".

שיטת התומים - הכשר העד כשלא העידו עליו בבי"ד שעבר עבירה

התומים בסי' פז ס"ק כז כתב - "זה מכלל גזירת הכתוב, דאין אדם נעשה חשוד כי אם בשני עדים שמוציאין אותו מחזקתו, וכל כמה דליכא עדים אין יוצא מחזקת כשרות, ואפילו אמת שעבר עבירה, מ"מ לא נפסל כי אם בשני עדים שראוהו". ועי"ש שבדעת ראב"ן א"א לומר כן, אך התומים כתב כן בדעת הרמב"ם הרשב"א וסתמימת הפוסקים.

ועפ"י זה כתב התומים בסי' כח (אורים סק"ג), שאם העד יודע בעצמו שהוא קרוב, לא יצטרף לעדות, או יבוא ויאמר לבי"ד קרוב אני, "אבל מחמת רשעות, כיון דאין יודע אלא לו, הרי אין אדם נפסל עפ"י עצמו, אע"פ שאומר כן לבית דין".

בספר נתיבות המשפט סי' כח (חי' ס"ק ב') הביא דברי התומים להלכה, וז"ל - "אם העד יודע בעצמו שהוא רשע ופסול לעדות, מכל מקום כיון שאין פסולו ידוע בבית דין ועדותו תתקבל בבית דין, חייב להעיד, אבל אם יודע בעצמו שהוא קרוב, פטור מלהעיד, או"ת".

והחתם סופר, חלק יורה דעה סי' יא, כתב - "מזה אני אומר בטח, דהא דהיודע בחברו שהוא גזלן, פי' שיוודע בו שהוא כבר נעשה גזלן בשני עדים בב"ד אחר וזה העד יודע מזה, אע"פ שאין אחר עמו שיוודע מזה מ"מ לא יצטרף, כיון שהוא באמת פסול לעדות. משא"כ כשלא ראוהו שנים ולא הועד עליו בב"ד, אעפ"י שהוא יודע בו שהוא גזלן שבפניו

ובפרט שהן רבים עתה עם הארץ וחושבים מחשבות הבל דעל המחיה הותר גם על הקלקלה, ומראים היתר לעצמם, נראה ברור דיש להחמיר שלא לפסול אותם ולהתירה בלא גט, וכמ"ש רבני האחרונים הנ"ל הן על השחתת זקנם והן על איסור ריבית".

וכן בספר זקן אהרן ח"א אה"ע סי' פא הנוכר לעיל, דחה את הטענה לפסול את הקידושין מפני עד מחלל שבת מפני שיטת הסמ"ע, ועיי"ש במש"כ לבאר שיטת הסמ"ע. וכן הסתמך על דברי הסמ"ע, בשו"ת מהרי"א אסאד יהודה יעלה אה"ע סי' טז.

והנה בתשובת אחיעזר ח"ג סי' כה נקט בפשיטות כסברת הנתיות החלוק על הסמ"ע, וכתב - "באמת צ"ע דברי הסמ"ע, דפסול רשע הוא מן התורה משום אל תשת ידך עם רשע להיות עד, וכיון דעבר עבירה דאורייתא ונפסל עי"ז מהכ"ת נחדש לומר דבעינן שידע שנפסל עי"ז. ומה שהחזיק הגרעק"א בסי' צ"ו בסברא זו דהסמ"ע הוא בגוונא דהוי לחומרא".

הרי מבואר שאף האחיעזר שנקט בפשיטות דלא כהסמ"ע, הסכים שיש לחוש לדבריו לחומרא.

אמנם פשיטא שלכתחילה אין מקום להקל לייחד לעדות עדים מחללי שבת, גם אם אינם יודעים שנפסלו, מפני דעת החולקים על הסמ"ע, וסייעתא רבה לדבריהם מתשובת התשב"ץ ח"ג סי' רכז שכתב בפשיטות דלא כסמ"ע, וז"ל - "גם ראיתי שערוריה בבחורי חמד הבאים מאצלכם שהם כלם קצוצי פאה. וכבר ידעתם כי על כל פאה ופאה חייבין מלקות אחד ... ואפילו במספרים כעין תער, יש מלקות בפאת הראש, דלא כתיב בהו השחתה. ואם כל כך הורגלו בזה עד שהותר לכם הדבר כאלו לא נכתב בתורה, הרי הם כאלו עברו על כל התורה כולה ואין שחיתתם כשרה, והמקדש בפניהם אשה אינה מקודשת".

אך עכ"פ אליבא דהתשב"ץ גופיה, מטעם אחר יש לחוש לקידושין, ויבואר להלן.

שיטת חכמי טוליטולה - אין להתיר בלא גט שמא עשה

תשובה

בספר זכרון יהודה (לרבי יהודה בן הרא"ש) סי' פב מצויה תשובת חכמי טוליטולה שקבעו שאין להתיר אשת איש לעלמא בלא גט גם אם העידו על עידי הקידושין שעברו עבירה. וז"ל - "ואם היינו צריכים לזה היינו אומרים, שאפילו שהעידו כדין עליהם העדים בפניהם, והפיסול היה פיסול ממש בדאורייתא, עדיין צריכה גט שהרי משום חומרת אשת איש יש לנו לומר שמא עשו תשובה כדאמרינן בפ"ב דקדושין (מט): האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שאני צדיק גמור אפילו רשע גמור מקודשת שמא הרהר תשובה בלבו. ואין לחלק בין תשובה שהיא בלבו לתשובה שצריכה מעשה, כגון מי שנפסל מחמת פיסול שבועה שצריך להוציא אבדה מת"י או לומר חשוד אני במקום שאין מכירין אותו,

כמה תנאי דס"ל דגניבת העכו"ם מותרת, וכיון שהם חושבים שדבר זה מותר, לא נפסל לשום עדות עד שיתרו בו עדים ויודיעוהו שדבר זה אסור מן התורה ושהעושה זה נפסל לעדות. הילכך בנידון דידן שלא התרו בראובן והודיעוהו שהוא נפסל לעדות על ידי ככה, כשר לגרש בגט זה לכתחילה אפילו לדעת הרב ז"ל".

והג"ר עקיבא איגר ז"ל בתשובה ח"א סי' צו כתב - "הא מבואר (בסי' ל"ד סעיף הנ"ל) דצריכים להודיע שעושה זה פסול, ואף דמשמע דקאי על משחק בקוביא או גבאי, אבל ברואה שמחלל שבת נזכר רק שיודיעהו שזהו מלאכה ושהוא יום שבת, דהטעם דכל שמודיעים אותו שזהו מלאכה יודע ממילא שפסול לעדות. אבל במשחק ומוכס דהרבה נמצאים ורואים שאין ב"ד מוחים חושב דכשר לעדות, אם כן הכא נמי י"ל בגילוח זקן דרבים עושים כן, עכ"ל,

ומבואר שהגרע"א ז"ל הסכים לסברת הסמ"ע עכ"פ כשהעד רואה רבים עוברי עבירה כזו, ואם לא נאמר לו שהעובר נפסל לעדות, יתכן שסובר שעקב כך לא יפסל לעדות.

ובספר אורח משפט סי' לד סעיף כד הסכים עם סברת הסמ"ע והביא מדברי התוספות במסכת סנהדרין דף כד: שכתבו - "ואלו הן הפסולין, יש גורסין עבדים משום דסבירא ליה דקא חשיב הכא פסולי דרבנן ודאורייתא, ולא נהירא משום דלא חשיב במתני' רק פסולי דרבנן דהא גזלנים לא קתני וכל פסולי דמתני' פסולי דרבנן ניהו, משחק בקוביא אפי' למ"ד אסמכתא היא דאסמכתא לא קניא מ"מ אינו דאורייתא, כיון שאינו סבור לעשות איסור לבא לידי פסול דאורייתא". וכתב בספר אורח משפט על דברי התוספות - "הרי משמע דגם בפסול דאורייתא בעינן שידע שעושה איסור שיבוא לידי פסול דאורייתא".

לאחר שהביא באורח משפט מדברי הגרע"א הנזכרים לעיל כתב - "א"כ ניחא, דבאמת אין חילוק בין איסור דאורייתא לאיסור דרבנן, אלא דמסתמא באיסור דאורייתא יודע שפסול לעדות, וא"כ באיסור דאורייתא שאינו יודע שיפסל בזה לעדות, צריכין להודיעו שיפסל בזה לעדות".

וכן בספר עדות ביעקב (למהר"א די בוטון ז"ל) סי' מא (דף קג) הביא מדברי הסמ"ע ועפ"י דבריו דחה דעת רב אחד שהורה להיפך. ובספר אבני האפור בתשובה סי' ח' הביא מדברי הסמ"ע והעדות ביעקב, וכתב - "ועפ"י מונח זה, כתבתי דכיון דבזמנינו זה לעיני כל העם המחלל שבת אף שגדול עונו מנשוא מ"מ לדעתם לא יפסל בעבור זה לעדות, דהא חזינו כמה מחללי שבתות כי הם אנשי אמונה במשאם ובמתנם ובדבורם ועל שום מה יפסלו והם לא ידעו כי כן גזירת הכתוב, משום הכי צריך להודיעם, וכל שלא הודיעם אינם נפסלים ... עכ"פ אף שדברי הסמ"ע לא יהיו נקיים ממחלוקת ... עכ"ז נראה נכון וברור מה שהעלינו דעכשיו דנתפשט בעוה"ר עניין זה דמלאכה בשבת ורבים מעמי הארץ חושבים דאע"ג דעבדי איסורא לא אבדו נאמנותם,

דנן לעלמא בלא גט. והמעיינ דבריהם יראה שאין יסוד לדבריו, והציטוטים מדבריהם הם קטעי דברים, ובאותן תשובות צרפו את הטענה לפסול הקידושין עקב עדי קידושין מהאנוסים כסניף לסברות אחרות עיקריות, אך בודאי לא היה עולה על דעתם להתיר אשה לשוק בלא גט כשבעלה כאן, אף אילו נישאה בפני עידי האנוסים.

מלבד זאת יש לבאר דבריהם עפ"י מש"כ בתשובת אחיעזר ח"ג סי' כה, שכתב בלשון זו -

"ואין לומר משום שלא הוגבה עדות על זה, ואינם נפסלים בלי בירור עדות, דבדבר שהוא בפרהסיא והכל יודעים מזה א"צ בזה קבלת עדות וכמש"כ היש"ש בב"ק פ"ג דין ז', דלענין גזילה קיימת שיצאה מתחת ידם והכל יודעים שאינה שלהם, כה"ג א"צ לקבלת עדות וכ"כ שם בסוף דבריו לעולם אין מקבלים עדות על היתומים להזקק לנכסיהם בשום אופן, אלא שהוגבה בחיי דאבוהון או בדבר הידוע שא"צ עדות נוקקין להם. וע"ע בשיטה מקובצת בב"ק קי"ב בשם הראב"ד כיון דידוע לבי"ד א"צ בזה לעדות, דלא תהא שמיעה גדולה מראיה. וכעין זה איתא בחת"ס אה"ע סוס"י ק' שכתב שכל עדות שהוא ע"י אנן סהדי א"צ לקבלת עדות. וע"כ אם מפורסם הדבר שמחלל שבת בפרהסיא במלאכה דאורייתא אינו צריך לקבלת עדות, ואע"פ שיש לצדד ולומר דדוקא היכא שהדבר מפורסם אצל כשרים א"צ לקבלת עדות, אבל במקום שרובם ככולם פסולים לעדות א"כ הא גם אנן סהדי פסולים, מ"מ אינו נראה כן מסברא בדבר הגלוי ומפורסם ומסתמא יש בהם גם כשרים [ועי' בתוס' יבמות פ"ח דבדבר המפורסם ל"ש תרי כמאה וביבמות מ"ה בד"ה מי דכיון דידוע לכל שטבלה הוי כאילו הי' שם ב"דן], עכ"ל.

ולפי זה, באותם אנוסי פורטוגל שקידשו אשה בפני שני עדים מהאנוסים, הדבר היה מפורסם לכל באותה עת, שהם פסולי עדות ואין צריך עדות לפוסלם. ויתכן שמדברי המהרשד"ם ותשובת בית יוסף אין סתירה לשיטת התומים הנזכרת לעיל, מכיון שלכו"ע בכוחו של הפירסום להחשב כעדות לפוסלם, וכסברת האחיעזר, ודינם כבאו עדים לביה"ד להעיד על פסולם.

אך גם לפי דרך זו, עדיין קיימת סברת החתם סופר הנזכרת לעיל להכשיר העדות מכח "אנן סהדי", שהרי כל כולה של הסברא לפוסלן כשלא התקבלה עדות בבי"ד, נשענת על סברת החתם סופר, כמבואר בגוף תשובת האחיעזר. וכפי הנראה סברא זו אינה שייכת באנוסי פורטוגל שכל אנשי המקום פסולים לעדות, שהרי לא נשאר בכל המדינה כשרים שומרי מצוות, בזמן הנישואין אין "אנן סהדי". משא"כ בנישואין של זוג זה שהנישואין מתפרסמים מיד בכל הסביבה, סביבה הכוללת אנשים הכשרים לעדות. ק"ו כשעד הקידושין נבחר על ידי הרב מסדר הקידושין, פשיטא שבאותה עת לא היה בכלל ה"אנן סהדי" הנ"ל.

מ"מ משום חומרא דאשת איש היתה צריכה גט כמו שהשיגו עליו תלמידי חכמים שבשגוביא. ואל תשיבני מרמב"ם ומר"מ מקוצי שכתבו שהמקדש בפסולי עדות דאורייתא שאינה צריכה גט, ומשמע שאין לחוש שמא עשה תשובה, לזה נאמר כי היו צריכין להעיד עליהם שבאותו יום היו פסולין פי' בענין שידוע שלא עשו תשובה קודם הקידושין, אבל בנדון זה לא העידו כך".

יצויין שתשובה זו אינה לרבי יהודה בן הרא"ש אלא חתומים על תשובה זו שלשה מדייני טוליטולה, ולפי המובא בדבריהם גם תלמידי חכמים שבעיר שגוביא הסכימו עם סברא זו.

וכן מהרי"ק שרש פה כתב סברא זו, וז"ל - "גדולה מזו מצאתי בסמ"ק מצורי"ך בשם רש"י וז"ל מעשה היה בפני רש"י באנוס שקדש עלמה בפני אנוסים חבריו וחזרו בתשובה ואמרו שקדשו קדושין להצריכה גט דאעפ"י שחטא ישראל הוא, ועוד שמא הרהרו תשובה בלבם והו' להו צדיקי, כדאמרינן האומר הרי את מקודשת לי ע"מ שאני צדיק אפילו הוא רשע כל ימיו היא מקודשת מספק עכ"ל".

אמנם מהרשד"ם בתשובה חלק אבן העזר סי' י' כתב לדחות סברא זו, וז"ל - "ואעפ"י שכתב הר"י קולון ז"ל בשרש פ"ה וז"ל ועוד גדולה מזו מצאתי בסמ"ק מצורי"ך בשם רש"י באנוס שקדש העלמה בפני אנוסים חבריו וחזרו בתשובה ואמרו שקדשו קידושין להצריכה גט דאעפ"י שחטא ישראל הוא, ועוד שמא הרהרו בלבם תשובה והו' להו צדיקים כדאיתא הרי את מקודשת לי ע"מ שאני צדיק גמור כו' עכ"ל אפשר שאין לחוש לזה שאחר שכל הגאונים הסכימו פה אחד עם האחרונים, הרשב"א ראש הפוסקים גם הריב"ש שהוא בתרא טובא, שהמקדש בפסולי עדות דאורייתא אינם קידושין כלל ולא חשו למאמר אעפ"י שחטא ישראל הוא גבי עדות גם לטעמא שמא הרהרו תשובה ... בעדים לא אמרינן שמא הרהרו ... וטעמא דמלתא בעדים לא אמרינן שמא הרהרו נראה לע"ד דהיינו טעמא, כי המקדש קדושיו קידושין על הסתם אפילו שיהיה רשע גמור, וא"כ כשאמר ע"מ שאני צדיק יש לחוש שמא הרהרו ולזה ההרהור כיון בתנאו וג"כ היא סברה וקבלה ונתפייסה באותו הרהור לבד, והקדושין תפסי. אמנם העדים לאו ברצון המקדש והמתקדשת תליא מלתא, דהא אפילו אם רצו וקדשו בפני פסולי עדות הקדושין אינם, כי התורה אמרה אין דבר שבערוה פחות משנים, ואלו ה"ל כמאן דליתנהו", עכ"ל מהרשד"ם, ועיי"ש שהביא כן בשם מהר"י טייטצאק ז"ל וחכמי שאלוניקי.

אך עכ"פ פשיטא שלכל הפחות לכתחילה יש לחוש לדעת רש"י בתשובה ודייני טוליטולה הנזכרים לעיל, ואין להתיר אשה לשוק בלא גט כנגד סברתם.

ב"כ הבעל בכתבי טענותיו סבר להסתמך על תשובת מהרשד"ם הנ"ל, ועל תשובת הרב בית יוסף דיני קידושין סי' ה' ומהריט"ץ סי' קמח, שיש להוציא מדבריהם היתר האשה

שיטת התשב"ץ – הנישואין שלאחר הקידושין גורמים לתפיסת קידושין

התשב"ץ בחלק ג' סי' מז כתב – "ומה שיש לעיין בזה הוא, שאם קדשה כדת משה וישראל בפני עדים אנוסים כמנהגם, אם הוא אצלם מנהג קבוע, ונשאה אח"כ כדרך נישואיהם שנושאים כדת העכו"ם שנטמעו בהם, אם יש לחוש לנישואין אלו שבאו אחר קדושין כאלו שהן בפסולי עדות. דאיכא למימר, דכיון דגלו דעתן דלאו בתורת זנות קא נסבי להו כיון דמקדשי ובתרי הכי נסבי, אם כן איכא למימר דגמרי ובעלי לשם קדושת נישואין, וכיון שיש ישראל כשרים לעדות בעיר עמהם ויודעין שהם מתייחדין אמרינן עידי ייחוד הן הן עידי ביאה וחיילי קדושין משעת בעילה, דחוקה היא שאין אדם מחזר אחר קדושין ועושה בעילתו בעילת זנות ... וכיון שכן, זה האנוס שקודם שנשא אשה זו קדשה בעדים אנוסים, אני אומר שאם נתייחד עמה וידעו זה עידי ישראל כדאמרינן הן הן עידי ייחוד הן הן עידי ביאה, וכאלו בעלה לפנייהם לשם קדושין ואינו עושה בעילתו בעילת זנות, וחוששין לה להצריכה גט ממנו, זה נ"ל להחמיר בזה. ושמא תאמר זה שקדשה בעדים פסולים אע"פ שבעל אח"כ על סמך קדושין הראשונים הוא בועל ולא לשם קדושין, וכיון שקדושין הראשונים אינן כלום אף מה שבעל אחר כך אין אותן בעילות אוסרות אותה שהרי על סמך קידושין הוא בעל, וכמ"ש בקדושי טעות בפרק בא סימן (נב). שאפילו בנה מורכב על כתיפה ממאנת והולכת ור"ל שאין קדושי קדושין. הא ליתא, דדוקא בענין סבלונות שבאו אחר קידושין בטלים הוא דאמרינן הכי שכיון שהוא טועה בקידושין הראשונים אף הסבלונות ששלח אחר כך לא שלחם בתורת קדושין שהוא טועה שקדושי הראשונים הם קדושין, אבל אם בעל אחר קדושין פסולים שטעה בהן שהם קדושין כשרים וגמר לעולם ובעל לשם קדושין. והכי מוכח בפרק האיש מקדש (נ') וכמו שכתבו המפרשים ז"ל שם והביאו ראיה מהתוספתא (כתובות עג): דתניא התם המקדש בפחות משה פרוטה וכן קטן שקידש ושלח סבלונות לא עשו כלום שעל מנת קידושין הראשונים שלחו בעלו קנו. ואע"ג דרבי שמעון פליג התם ואמר דלא קנו שמחמת קדושין הראשונים בעלו לא קי"ל כוותיה דיחידאה הוא אלא כת"ק דס"ל דקנו. והיוצא מכל זה הוא שאם קדשה בעדים כשרים קדושי קדושין דבר תורה. ואם קדשה בעדים אנוסים אין חוששין כלל לקדושי. וכן אם נשאת בחוקות העכו"ם הרי הוא אצלו כפילגש ואין לחוש כלל לבעילותיו שאין בעילותיו דרך אישות. ומה שיש לחוש בזה הוא אם קדשה בעדים אנוסים ונשאה בחוקות העכו"ם בעיר שיש בה ישראל שאפשר לומר דגמר ובעל לשם קדושין וחוששין להם כנ"ל, עכ"ל התשב"ץ.

ומהרש"ם בתשובה ח"א סי' יד כתב – "וגם מ"ש הרה"ג מאדעס, דיש ספק בעיקר הקידושין אם נעשו כדין, יעויין בתשובת תשב"ץ ח"ג סימן מ"ז דמבואר, דכיון שנתייחדו

אח"כ לעין כל ע"פ הקידושין ההם, יש להם דין קידושין גמורים ע"ש".

וכן בספר שערי רחמים חלק אה"ע סי' יז הביא את דברי התשב"ץ והסכים עמו.

וכן בספר הר צבי חלק אה"ע סי' פו הביא דברי התשב"ץ לבאר שאין לפסול קידושין שנעשו בפני עדים פסולים, מפני שלאחר מכן התייחד עמה לשם נישואין, ועיי"ש במש"כ הג"ר יוסף כהן ז"ל להוסיף ביאור בדעתו.

וע"ע בספר יביע אומר חלק ח' אה"ע סי' יא סק"ט שהביא מספר ערך השלחן שתמה על דעת התשב"ץ ושדעתו דעת יחיד, והוסיף – "ובאמת שהרדב"ז והמהריק"ש שהתירו את הקראים, משום שעדי הקידושין שלהם פסולי עדות, ולא חששו למה שהם דרים יחדיו ככל איש ואשה, ומתייחדים זע"ז, אע"פ שיש עדים כשרים מהרבניים בעיר, מוכח להדיא דס"ל דלא שייך לומר שעל דעת קידושין בועלים, אלא סומכים הם על טקס הנישואין שלהם, ואדעתא דהכי בועלים, וכ"כ מהריק"ש בשו"ת אהלי יעקב (סי' לג). ומכיון שאין כאן קידושין כשרים, מחמת שהעדים פסולים, אין לחוש שנשותיהם בחזקת אשת איש". וע"ע בתשובת יביע אומר שם סי' יב סק"ז שהוסיף לחזק סברתו זו. וע"ע בספר מנחת אברהם ח"א סי' ג' אות י'.

עכ"פ דעת התשב"ץ אינה דעה דחוויה מהלכה, וגם אם במקום עיגון גמור יש מקום לסמוך על סברת החולקים, עכ"פ אין להתירה לעלמא בלא ג"פ, כנגד דעת התשב"ץ, כל עוד אפשר לסדר גט.

מסקנת הדברים

אין מקום לזמן דיון בתביעה להתיר את האשה לעלמא בלא ג"פ. מאחר שמצינו חמישה יסודות להכשיר את הקידושין גם אם היה מתברר כטענת הבעל. אמנם במקום עיגון גמור כשהבעל אינו כאן ואינו יכול לתת גט, ואכן היתה מתקבלת עדות שעד הקידושין הוא מחלל שבת, היה מקום להעמיק ולברר את כל אחד מהיסודות הללו, האם יש מקום להתירה בניגוד לכל גדולי הפוסקים שהבאנו ולהסתמך על החולקים בכל אחד מהיסודות הנ"ל. אך מקרה דנן שהבעל בפנינו, אינו מקום עיגון.

דחיית תביעת הבעל לאפשר לו לסדר גט בתנאי

הרמ"א אה"ע סי' קמה סעיף ט' כתב – "ויש אומרים דלכתחילה אין לגרש על ידי תנאי, רק יגרש סתם, ולקבל בחרם הקהילות או ליתן משכנות שכשיעמוד יחזרו וישאו זה את זה".

ומקור הדין במרדכי במסכת גיטין סי' תכ"ג – "ורבינו יחיאל מפריש היה רגיל בגט שכיב מרע לגרש לגמרי בלי שום תנאי, לאפוקי נפשיה מכל ספיקות וגמגום", דהיינו מפני שרבו הדיינים בענין דקדוקי התנאים.

על פסק הדין ולהביא לכך שאם יגבו ממנו בהוצל"פ את הסכום המחוייב, יבוטל הגט, מתן גט שהבעל חוייב בו. ומכיון שהבעל מחוייב בתשלום הכתובה, אין מקום לטעון ולהסתייע משיטת מהרשד"ם חלק אה"ע סי' מא. בהחלטה קודמת כתבנו כדלהלן – "מאחר שמדברי התוספות במסכת כתובות דף עז. עולה שהמחוייב בגירושין אינו יכול להפטר מתשלום הכתובה, על כן ככל שהדבר נוגע לתשלום זה, אין מקום להזכיר את מדברי מהרשד"ם, שודאי אינו חולק על שיטת התוספות. ובהכרח שמהרשד"ם התייחס לסוג אחר של תנאים, עיין בספר כפייה בגט עמ' עה", ועיין להלן סי' צא שהארכנו בבירור שיטת מהרשד"ם. וביחס לטענת הבעל שהאשה מעגנת עצמה כשאינה מסכימה למחול על חיוב הבעל בכתובה, מוטב שהדברים לא היו נאמרים. לא אמר אדם מעולם שאשה אינה מסכימה לוותר על זכויותיה לגביית הכתובה תחשב כמעגנת עצמה כשהבעל מתנה את מתן הגט ביותר על הכתובה, שאם כן נפל פיתא בבירא של כל ההלכות שנאמר בהם "יוציא ויתן כתובה".

ובספר ברכת המים (סג"ר סל"ח) הביא מדברי הלבוש בסי' קמ"ה ס"י שהורה שאין לסדר גט בתנאי גם כשאינו גט שכיב מרע, וז"ל הלבוש – "מכל מקום כיון שהרבה חילוקים יש בכל גט שניתן על תנאי, והרבה צריכין לדקדק בו, ויותר בגט שכיב מרע בכל החילוקים והדעות שנתבארו בסימן זה, וכל שכן שאין אנו בקיאים באומדנות הרופאים. נוהגין אנו בארצות האלו שלא ליתן שום גט על תנאי, ואפילו בשכיב מרע אנו נותנים גט סתם בלא שום תנאי". וכתב על דבריו בספר ברכת המים, שאמנם דברי המרדכי בשם הר"י מפריש נאמרו בדינו של שכיב מרע בלבד, וכך ניתן לפרש דברי הרמ"א, "מ"מ משמעות דברי האחרונים שכתבתי הוא כמ"ש רמ"י בהדיא, ומילתא דמסתבר הוא. דגם בתנאים אחרים מצינו כמה ספקות הנוכחים בסי' קמ"ג וקמ"ד וקמ"ה וקמ"ו וקמ"ז וקמ"ח, וגדולה מזו כתבו רמ"א ורמ"י באו"ח סי' תר"ל מדברי מהרי"ל דבזמן הזה אין נוהגים להתנות להנות מנויי סוכה מפני שאין בקיאים להתנות", עכ"ל. על כן התביעה לאפשר לסדר גט בתנאי אינה מתקבלת. מלבד זאת, לאחר שבית הדין פסק לחייבו בגט ובתשלום הכתובה בסכום שנקבע בזמנו בפסק הדין, אין מקום להערים

סימן כה

קידושי שיכור, קידושי שחוק וקידושי בפני קרוב ופסול

הבחורה מבקשת שאם על פי דין אינה חייבת בגירושין, שלא יסודר גט לרווחא דמילתא, מאחר שהיא בקשרי שידוכין עם כהן, ואינה רוצה לפסול עצמה לנישואין לכהן. לאחר העיון בהלכה זו, נראה שבמקרה זה שלשה יסודות חוקים לביטול הקידושין, ובצירוף שלושתם, יש מקום להורות שמעיקר הדין אינה צריכה גט.

היותו של המקדש שיכור

במקרה שבפנינו התקבלה עדות שעוד קודם למעשה הקידושין, הבחור שתה בקבוק וחצי עראק (ריכוז אלכוהול - 40%). לדברי העדים הלה היה מבולבל בעת המעשה, ובתחילה אמר דברים הפוכים עד שלבסוף עלה בידו להוציא מפיו משפט שלם ואמר "הרי את מקודשת" וכו'. לאחר כחצי שעה לקחוהו לביתו כשהוא שיכור לחלוטין ולמחרת בבוקר לא זכר דבר ממה שאירע, וכך העיד בבית הדין שאינו זוכר דבר, וכי כל הידוע לו הוא ממה שאחרים סיפרו לו. אחד משני העדים שהיה נוכח במקום העיד – "הוא התנהג כמו אדם לא שפוי, הוא עשה שטויות קם וצעק". בנסיבות אלו יש לדון, האם דינו כשיכור שאין במעשיו ממש. הרמב"ם בהלכות אישות פרק ד' הלכה יח פסק – "שכור שקידש קידושי קידושין ואע"פ שנשתכר הרבה. ואם הגיע לשכרותו של לוט אין קידושי קידושין, ומתיישבין בדבר זה", וכן פסק בשו"ע סי' מד סעיף ג'.

בבית הדין הופיעו בחור ובחורה לבירור הלכה, בשאלת תוקף קידושין שנעשו באקראי. מדבריהם עולה כדלהלן, - לפני כשבועיים שניהם ישבו בבית של הבחורה עם שני בחורים נוספים והאמא של הבחורה. לאחר שהבחור שתה בקבוק וחצי עראק, הבחורה נתנה לו טבעת שלה ואמרה לו תקדש אותי, והוא לקח את הטבעת ואמר "הרי את לא מקודשת לי", וכך חזר על משפט זה פעם נוספת, ולא הצליח להוציא מפיו משפט שלם, ולבסוף לאחר מאמץ נוסף אמר "הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדמו"י".

הופיעו שני העדים שהם בחורים שומרי מצוות, והעידו בבית הדין בנוכחות של הצדדים, את השתלשלות האירועים. הבחור שקידש טען שאינו זוכר דבר ממה שאירע באותו מעמד, וכי כל הידוע לו כעת הוא עפ"י דברי שלושת הנוכחים במקום, אך הוא עצמו אינו זוכר, וגם למחרת בבוקר לא ידע דבר ממה שאירע עד שהבחורים שהיו נוכחים באותו מעמד סיפרו לו את אשר אירע.

הבחורה טוענת שלא הבינה את משמעות המעשה, וכי לא היתה לה כל כוונה להנשא לו אלא הדברים נאמרו בסתמיות ללא כל כוונה רצינית. הטבעת היתה שלה והיא אמרה לו תקדש אותי בטבעת זו. בלא שאמרה לו שהיא נותנת את הטבעת לאותו בחור במתנה.

הבחורה והבחור אינם מעוניינים בקשרי נישואין ומבקשים שיסודר גט רק אם עפ"י ההלכה יש הכרח בגט.

בכותל, וזה שדייק רבינו שאינו מכיר כלום, ולא הזכיר כאן הגיע לשכרותו של לוט, כאשר כתב בפ"ד מאישות ופרק כ"ט ממכירה, והמגיד השוה אותן, וזה אינו, כמו שנתבאר".

הרי שמצינו שלשה גדרים – א. אינו יכול לדבר בפני המלך. ב. הגיע לשכרותו של לוט דהיינו שעושה ואינו יודע מה עושה. ג. שכור שאינו מכיר כלום, והוא גרוע יותר.

ובספר גט מקושר (להגרר"מ בולה ז"ל) בסי' ט"ז הוסיף ביאור בחלוקה שבין גדרים אלו, וז"ל – "הא ודאי כל דידיעין דנשתכר הרבה עד שאינו מבחין בין טוב לרע, ואינו מבין מה היזק יוצא מאותו מעשה שעושה, אף שיודע שעושה, מ"מ כיון שנטרפה דעתו ולא ידע מה הפסד מגיע לו מאותו מעשה, שהשכרות גרם לו חסרון ידיעה, ואם היה יודע לא היה עושה, הרי זה הגיע לשכרותו של לוט מקרי. שגם שכרותו של לוט היה שגרם לו חסרון ידיעה שלא ידע בשכבה ובקומה. ואע"ג דהתם אעיקרא לא הוה ידע אם היה עושה או לא, אין קפידא, דלא בעינן ממש שיהא דומה בכל מכל לשכרותו של לוט, שכיון שדומה לו בזה שגורם לו השכרות חסרון ידיעה די. וזהו שדקדק הרמב"ם ז"ל וכתב שם בפ"ב מהלכות יבום שאינו מכיר כלום, ובהלכות מכירה כתב שעושה ואינו יודע מה עושה, ולא כתב כאן בהלכות מכירה שאינו מכיר כלום כמו שכתב גבי יבום, והיינו טעמא לפי שהתם גבי יבום מבואר שם דבעינן ממש דומיא דשכרותו של לוט שלא היה מכיר כלום, שלא היה יודע שהיה עושה, דלא נתכוין לבעול. אבל גבי מכירה לא בעינן כולי האי, דכיון שהשכרות גרם לו חסרון ידיעה, הרי זה דומה לשכרותו של לוט, ולענין זה די והותר שלא יהיה מקחו מקח וכו' כיון שטועה היה שהיה לו חסרון ידיעה ואילו היה יודע לא היה עושה. וזהו מש"כ הרמב"ם בהלכות מכירה שעושה ואינו יודע מה עושה, ולא כתב שאינו יודע שעושה, גם לא כתב שאינו מכיר כלום, לפי דלענין זה לא בעינן כולי האי, וכוונתו לומר דאע"פ שהכא הא ודאי אנו רואים שיודע שעושה, שאנו רואים שנתרצה למכור ולקח הדמים, מ"מ אם אנו יודעים שאינו יודע מה עושה, ר"ל שאינו יודע מה עושה באותו מעשה אם טוב או רע, שאינו מבין מה נזק עושה באותו מעשה, דכיון שהשכרות גרמה לו שנעלם ממנו מה שנמשך מאותו מעשה, ואילו היה יודע לא היה עושה, הא ודאי אין מעשיו קיימים כיון שכבר היה מטורף בדעתו. וזהו מש"כ בגמ' ג"כ, הגיע לשכרותו של לוט, דכל שהשכרות גרמה לו חסרון ידיעה, הרי הגיע לשכרותו של לוט, דאע"ג דאינו ממש שכור כלוט, מ"מ הרי הגיע לו בזה שנשתכר עד דלא ידע להבחין מה פרי יוצא מאותו מעשה. ומשום הכי לא אמרו היה שכור כלוט, אלא הגיע לשכרותו של לוט, לרמוז דלא בעינן ממש כלוט, אלא שהשכרות יהיה גורם חסרון ידיעה דומיא דלוט כאמור. אבל אם השכרות לא גרמה לו חסרון ידיעה, אלא שנתפתה מיינו לעבור עבירה ... וכן אם קדש אשה וכבר הכיר בה יפה וידע שלא היתה הוגנת לו ... וכן אם מכר או לקח שום דבר שנתפתה מיינו ליהנות מאותו מקח לפי שעה אף שידע שמגיע לו הפסד ונזק מזה

וכתב המגיד משנה – "ומפני שהוא בעריות החמורות, ע"כ כתב רבינו ומתיישבין בדבר זה".

ובספר גט פשוט סי' קכ"א סק"ד כתב על דברי הרמב"ם והמ"מ – "לאו למימרא דכשאנו יודעים שהגיע לשכרותו של לוט צריכין אנו להתיישב ולהסתפק בדבר לחוש לקידושיו מפני חומר העריות. אלא הכי קאמר מתיישבים לבדוק אם הוא שכור כל כך שהגיע בודאי לשכרותו של לוט, וכשנתיישבנו וידענו שודאי הגיע לשכרותו של לוט, אין לחוש לקידושיו כלל, וכן גיטו אינו גט, וכן נראה מדברי הפרישה סי' מד (ס"ק ה') וכן דעת הרא"ם ח"א סי' עב", עכ"ל הגט פשוט. והסכים עמו בספר גט מקושר (להגר"ר יונה נבון ז"ל), וכן הביא דבריו בספר כרם שלמה אה"ע סי' מד. ובחלקת מחוקק סי' מד ס"ק ג' כתב – "ומתיישבין בדבר זה, כלומר שחוקרין הרבה אם היה שכור ממש כשכרותו של לוט, דלפעמים נראה שהוא כך ואינו כן אחר החקירה". וכן בב"ש סק"ה.

ומבואר בדבריהם, שאם לאחר חקירה התברר שודאי הגיע לשכרותו של לוט, אין לחוש לקידושיו.

ויש לחקור מהו גדר שיכור ש"הגיע לשכרותו של לוט".

בספר תורת הבית לרשב"א (בית א' שער א') הוכיח מהסוגיא במסכת עירובין דף סד. ודף סה. שיש שני גדרים בשיכור. אם "אינו יכול לדבר לפני המלך", תפילתו תועבה, אך עדיין אינו כשוטה. ורק כשהשתכר יותר והגיע לגדר "שכרותו של לוט", אין ממש במעשיו.

הרמב"ם בהלכות מכירה פרק כט הלכה יח הגדיר את שכרותו של לוט וכתב – "הגיע לשכרותו של לוט, והוא השכור שעושה ואינו יודע מה עושה". וכן פסק בשו"ע חו"מ סי' רלה סעיף כב.

ומצאנו בדברי הרמב"ם בהלכות יבום וחליצה פרק ב' הלכה ד' גדר חמור יותר של שכרות, שכתב – "בד"א שנתכוון לבעול אבל אם נפל מן הגג ונתקע בה או שבא עליה שכור שאינו מכיר כלום או ישן לא קנה". הרי מבואר גדר שכרות של שיכור "שאינו מכיר בכלום".

אמנם המגיד משנה (שם) לכאורה השווה את הדברים וכתב – "מבואר בגמרא נפל מן הגג ונתקע והוא שיגיע לשכרותו של לוט, והשוה רבינו שכור לנפל מן הגג ונתקע וישן, וזהו שכתב שאינו מכיר כלום, ובפ"ד מהלכות אישות כתב שאין קידושיו קידושין ומתיישבין בדבר זה".

אך בספר אור שמח (שם) השיג על דברי הרב המגיד וכתב בלשון זו – "כתב הרב המגיד והוא שיגיע לשכרותו של לוט, וזה שכתב ואינו מכיר כלום. ויפלא, דאם אמרו (עיי' עירובין סה, א) דשכור שהגיע לשכרותו של לוט הוי כשוטה, ואין מקחו מקח כו', אבל אטו משום זה לא קנה ביבמה, הלא שוטה שבא על יבמתו תנן בירושלמי ריש פרק הבא ע"י (יבמות פ"ו ה"א) תני ר' חייא אחד החרש ואחד השוטה שבעלו קנו ופטרו את הצרות, וכי אמר רבינו בשיכור דהוי דומה לישן, דאינו מתכוין לביאה כלל, וכנתכוין להטיח

מכן אינו זוכר דבר ממה שאירע, זוהי ראייה שאמנם קודם לכן בשעת מעשה כבר הגיע לשכרותו של לוט.

בשורת מהריט"ץ סי' ריא כתב – "נחזי אנן אם זה האיש הגיע לשכרותו של לוט אין מתנתו מתנה, אמנם אם לא הגיע לשכרותו של לוט מתנתו מתנה. וכד עיינינן במילתיה נראה שלא הגיע לשכרותו של לוט תדע ממה שכתב הרמב"ם ז"ל והוא העושה ואינו יודע מה עושה, וכפי דבריו זה יודע מה עשה כיון שזוכר והזהירם שלא יכתבו מה שנתן אתמול כי מתוך היין עשה מה שעשה, א"כ משמע שלא הגיע לשכרותו של לוט שא"כ לא היה זוכר כלום מה שעשה. ואין לומר שכספר יינו מעליו אמרו ולו כן וכך עשית אתמול וכספרו לו המאורע הלך והזהירם שלא יכתבו, זה אינו נראה מלשון השואל שהזכירוהו אחרים אלא הוא מעצמו מדאמר לא תכתבו שום דבר מהמתנה אשר אמרתי אמש בבית המשתה, מדקאמר אשר אמרתי ולא אמר אשר הגידו לי שאמרתי, משמע שהוא זוכר הדברים שאמר. וא"כ אין זה הגיע לשכרותו של לוט, כך נראה מלשון שבא בשאלה. הילכך יחקרו וידרשו אם הגיע לשכרותו של לוט ולא היה יודע מה עשה אלא שאחרים הזכירוהו, בודאי שאין מעשיו כלום, ואם הוא נזכר ואמר להם, בודאי שטעמו בו וריחו לא נמר, ופשיטא דלא הגיע לשכרותו של לוט."

ועיין בספר תעלומות לב ח"א סי' לא שתמה על דברי מהריט"ץ שלא הסכים לדון כשיכור בשכרותו של לוט אם למחרת בבוקר נזכר במה שקרה, וכתב "ופוק חזי כמה שכורים שבשעת שכרותם לא ידעי מאי קעבדי, וביום הם בושים מעצמם על המעשים שעשו". והקשה מסוגיא דמסכת הוריות דף י: דמבואר שם דנקוד על ו' בתיבת "ובקומה" לומר שידע בקומה.

אך בספר כפי אהרן (לרבי אהרן עזריאל ז"ל) ח"ב יו"ד סי' טז (הובא בתעלומות לב סי' לב) הסכים לדברי מהריט"ץ וכתב ליישב מה שהקשו על מהריט"ץ מסוגיא דמסכת הוריות דף י: והביא מפירוש בעלי התוספות עה"ת שהקשו דאם בקומה ידע, לא ליכתוב תיבת ובקומה כלל. ומהר"ש יפה באר דלא שידע מה שאירע לו, אלא מדמיין בדמיון רחוק כמי שזוכר בהקיץ מקצת חלום שחלם ודרך רמז ודמיון נזכר קצת, ולכן היה לו להזהר שלא לשתות יותר. אבל אם אמנם נזכר ביום מכל הדברים שקרו בלילה כסדרן, לא יחשב כמי שהגיע לשכרותו של לוט.

גם בתשובת מהר"י ברונא סי' רסה נראה דפשיטא ליה כמו הגדר המבואר בתשובת מהריט"ץ, וז"ל – "שמחה מעיד שהיה שכור, לאו כלום הוא, דכל זמן שלא הגיע לשכרותו של לוט ... וע"כ לא הגיע לשכרותו של לוט, דהתם לא ידע בשכבה ובקומה, ושמחה הודה על עצמו כל הענין בבקר כפקח גמור."

ובספר תעלומות לב סי' לב כתב שלא מלאו לבו לחלוק על מהריט"ץ – "כי לא מפני שאנו מדמים נעשה מעשה, אחר שכבר הורה זקן, ועתה ראיתי שכתוב כן בתשובת מהר"י

אחר כך, בכל כיוצא בזה כיון שלא היה כאן חסרון ידיעה אלא שנתפתה מיינו ועשה אותו מעשה מדעתו, בזה אמרו שמעשיו קיימים, דכיון שלא הגיע לשכרותו של לוט שלא היה כאן חסרון ידיעה אלא שנתפתה מיינו, בכל כה"ג אע"ג דאם לא היה שכור לא היה עושה, מ"מ כיון שמדעתו עשה איהו אפסיד אנפשיה ומקח ומקח", עכ"ל.

כאמור, הגדר ל"הגיע לשכרותו של לוט" אליבא דהגט מקושר הוא – "אע"פ שהכא ודאי אנו רואים שיודע שעושה, שאנו רואים שנתרצה למכור ולקח הדמים. מ"מ אם אנו יודעים שאינו יודע מה עושה, ר"ל שאינו יודע מה עושה באותו מעשה אם טוב או רע, שאינו מבין מה נזק עושה באותו מעשה, דכיון שהשכרות גרמה לו שנעלם ממנו מה שנמשך מאותו מעשה, ואילו היה יודע לא היה עושה, הא ודאי אין מעשיו קיימים כיון שכבר היה מטורף בדעתו". נראה שבנידון דנן לפי מה שהתברר בבית הדין, המקדש דנן הגיע לשכרותו של לוט, עפ"י גדר זה המבואר בספר גט מקושר.

נראה שיש מקום לסייע לדברי הגט מקושר, מדברי הרמ"א בספרו מחיר יין, שכתב (בפרק ט' פסוק יט) בלשון זו – "מצות פורים לשתות ולשמוח ... על כן ישתה הרבה מאד שיגיע לשכרותו של לוט, שאז פטור אף אם יחטא ויעבור על איזה עבירות, כי באונס הוא ... ולזה ישתה הרבה עד שלא ידע בין עונש לשכר המגיע לצדיק ולרשע, כמו שארע להמן ומרדכי, ומעתה אינו מויק כלל, ואז אף אם יחטא לא יענש". וכן בספר קרבן נתנאל עמ"ס מגילה דף ז' באות י' כתב – "מחוייב להיטיב לב על ידי שתיית יין הרבה, עד דלא ידע, עד ולא עד בכלל, דזהו הגיע לשכרותו של לוט". (ובשם הגר"י סלאנטר ז"ל כתבו בכמה ספרים שבאר ד"עד דלא ידע" כו' היינו שלאחר שהגיע לגדר זה פטור מהמצוות, ולכן כבר אינו מחוייב יותר לבסומי, ושכך נהג למעשה).

הרי מבואר בדברי הרמ"א והקרבן נתנאל, שאם שתה "עד דלא ידע בין ארור המן לברוך מרדכי", והיינו שלא ידע בין עונש הרשע ושכר המגיע לצדיק, בכך כבר יחשב כשיכור שהגיע לשכרותו של לוט. אף שעדיין מצליח להבחין בין מציאותו של המן ומעשיו למציאותו של מרדכי, אלא שאינו בדעתו הצלולה להבחין בין העונש המגיע להמן לשכר המגיע למרדכי, בכך כבר יחשב כהגיע לשכרותו של לוט. נראה שגדר זה קרוב לגדר שקבע הגט מקושר שהשיכור מבחין בין הטוב והרע, אלא שאינו מבחין בהשלכות היוצאות ממעשה הטוב לעומת היוצא מהמעשה הרע.

אך עכ"פ כעת לאחר זמן, כשאנו רוצים לברר האם באותו מעמד המקדש היה בשכרותו של לוט, בירור זה קשה, ובנוסף עיין בספר גט פשוט סי' קכא סק"ה שכתב – "הגם דכבר כתב הרמב"ם דמהות שכרותו של לוט הוא שעושה ואינו יודע מה עושה כו', מ"מ לא בקיאין לדעת אם אינו יודע מה עושה". אך מצינו בפוסקים שנתנו סימן כיצד נדע שאותו אדם הגיע לשכרותו של לוט. הסימן הוא – אם לאחר

בכל קשר עם הבחורה, ואף מוכן לתת גט לאלתר אם יורו לו ליתנו, ואין כל עילה לתלות שהוא משקר.

מלבד זאת, כשהמקדש טוען טענות שיש בהם כדי לבטל

הקידושין הוא נאמן, כל עוד אין ראיה כנגד דבריו.

עיינ בשו"ע אה"ע סי' לה סעיף ט' שהמקדש נאמן בטענה המבטלת את תוקף הקידושין, ובבית מאיר ציין למקור הדין בתשובת מיימוניות לסדר נשים סי' ג' שנאמן מאחר שדינו כבעל האומר גירשתי את אשתי דנאמן מפני שבידו לגרשה.

עיינ בשו"ת בית יוסף דיני קידושין סי' ח' בתשובת רבי יעקב בן נחמיאש ז"ל שכתב שלכאורה שאלת נאמנותו במחלוקת שניה, ואמנם בשו"ע (שם) הביא "ויש שמחמיר להצריכה גט", אך כתב רבי יעקב בן נחמיאש ז"ל, במחלוקת בשאלת נאמנות המקדש - "נראה לי שזה המחלוקת תלוי במחלוקת אחר, והוא זה אם יש כתובה לארוסה או לא. והרא"ש ז"ל ס"ל שיש כתובה לארוסה והביאו הטור אה"ע סי' נ"ה, ומפני זה ס"ל ז"ל דאינו נאמן, וכן היא דעת הר"ח ז"ל כמ"ש באותה תשובה שהבאתי לעיל ח"ל וא"ת ואמאי לא מהימן לומר טעיתי במיגו דאי בעי מגרש לה וכו' עד ועוד דאין המיגו שקול דניחא ליה למימר לא קדשתי מלומר גרשתי דאם כן יצטרך ליתן כתובה וכו', הרי שהטעם דאינו נאמן הוא משום דס"ל שיש כתובה לארוסה ואין המיגו שקול. אבל לדעת הרמב"ם ז"ל והנמשכים אחריו דס"ל דאין כתובה לארוסה כלל נראה, לע"ד דנאמן בכל דבריו מטעם המיגו דאי בעי מגרש לה ומה לו לשקר, וכמ"ש מהר"ם ז"ל בתשובה אחרת, על שליח שטעה ואמר לי דנאמן מטעם דבידו לגרשה. ואם כן בדורנו זה שאין כתובה לארוסה כלל, נראה לע"ד דנאמן מטעם מיגו שבידו לגרשה", עכ"ל.

ובתשובות מיימוניות נשים סי' ג' הוסיף לבאר וכתב - "ואע"ג דבמסקנא אמרינן דבעל שאמר גרשתי דאינו נאמן בהואיל ובידו לגרשה, שאני התם דהו"ל מיגו במקום עדים, דמוכח קצת מילתא דמשקר דאם איתא דגרשה קלא אית ליה למילתיה ... א"כ בנדון זה כ"ש וכ"ש דנאמן לומר טעיתי ונתכוונתי לומר לראובן ואמרתי לי הואיל ובידו לגרשה, ורגלים לדבר יש שהוא כדבריו שטעה, שהרי מתחילה בירר העדים לקדשה לראובן וכן אמר לפני חשובי הקהל שהוא שלוחו של ראובן והרשאתו בידו. ועוד כיון דחוקה שליח עושה שליחותו סברא הוא דמהימן לומר טעיתי".

וכן כתב בספר משיבת נפש (להגרא"ל צינץ ז"ל) סי' לו - "אפשר שנאמן על עצמו שהוא לקח ידה שלא מרצונה, דבעל שאמר גירשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה. ואף דקיי"ל חושו לה, כדאיתא באה"ע סי' קנ"ב, היינו מטעם שכתב הב"ש דכל המגרש יש לו קול, וא"כ הכא שמעיד על עצמו על ענין הקידושין שלא נתנה לו ידה, הרי ע"ז יש מיגו דבידו גרשה".

על כן בנידון דידן, אינו דומה לבעל האומר גירשתי את אשתי דחיישינן, דהתם איכא ריעותא דליכא קלא, וכאן שאין ריעותא, נאמן מפני שבידו לגרשה, ועוד שיש סיעתא לדבריו

ברונא סי' רס"ה. עכ"פ נראה מדברי תעלומות לב וכפי אהרן, שנחלקו רק במקרה שהוא זוכר מה שאירע, האם זו ראיה שלא הגיע לשכרותו של לוט, אך מבואר מדבריהם שבזה לא נחלקו על מה שכתב מהריט"ץ שמי שאינו זוכר בבוקר כמה שאירע בלילה, שזו הוכחה שאכן כבר הגיע לשכרותו של לוט.

העולה מדברינו - מאחר שמהרי"ט צהלון הורה - "שאם הגיע לשכרותו של לוט, ולא היה יודע מה עשה אלא שאחרים הזכירוהו בודאי שאין מעשיו כלום", כבר הורה זקן (כלשון תעלומות לב), וניתן לפסוק הלכה למעשה עפ"י הוראה זו.

וכן בשו"ת עמק הלכה (להג"ר יהושע בוימל ז"ל) ח"א סי' כא כתב - "והנה הגדר של שכרות להכיר מתי הוי כשכרותו של לוט, והגבול בין הגיע ולא הגיע, הוא ענין קשה לעמוד עליו. עיין ברמב"ם פרק כ"ט מהלכות מכירה דכל שעושה ואינו יודע מה עושה, זה הוי שכרות לוט ... ואמנם דבר זה צ"ע רב דבמה נדע שאינו יודע מה שעושה, ואיך אנו יכולים לחדור לתוך דעתו לידע אם יודע מה שעושה או לא, ובאמת שהרמב"ם פ"ד מהלכות אישות כתב לענין שיכור שקידש כו' ומתישבין בדבר הרבה ... ועיין בפרי חדש סי' קכ"א שכתב, דשכרות לוט היינו שאינו מכיר כלום ואינו יודע מה שעשה כדכתיב ולא ידע בשכבה וכו', עכ"ל, ונראה מדבריו ז"ל דזה הוי סימן לשכרות לוט, דאם אחר שסר יינו מעליו אינו יודע מה שעשה בעת השכרות, וזה סימן מובהק שהגיע לשכרות לוט. אולם הבחנה זו לא תועיל לענין מקח וממכר וכדומה, דאף שהוא אומר כעת שאינו זוכר מה שעשה, אבל אנן מנא ידעינן, דלמא יודע ועושה עצמו כאינו יודע כמובן"

בהמשך דבריו הביא העמק הלכה מדברי רב האי גאון בספר המקח שער ג' שכתב "מי שנשתכר כגון ששתה הרבה ושואלים אותו דבר ואינו יודע להשיב ולא מה שיעשה, אין ממכרו קיים" וכתב על דבריו העמק הלכה - "הנה האיר רבינו עיינו דהסימן להבחין אם הוי כשכרותו של לוט הוא, אם אינו יכול להשיב על מה ששואלים אותו".

ובסיום דבריו כתב - "נמצינו למדים דיש שתי הבחנות להכיר אם הגיע לשכרותו של לוט, האחד אם שואלין אותו ואינו משיב כענין, והשני אם אינו זוכר אחר כך מכל הנעשה עמו בשעת שכרות, זה סימן מובהק שהגיע לשכרות לוט דכתיב ביה ולא ידע בשכבה וכו', כמ"ש הפר"ח בסי' הנ"ל. ומעתה בנידון דידן לפי דברי האשה שאמרה שבקומה בבוקר לא ידעה מאומה מהנעשה, רק על ידי דיבוריו של הבעל-מלחמה נודע לה אח"כ שבא עליה, א"כ בודאי דהוי בגדר שכרות לוט, והוי אנוסה גמורה דמותרת לבעלה".

ובנידון דידן, המקדש הופיע בבית הדין וטען שאינו זוכר דבר מממה שאירע, וכל הידוע לו הוא עפ"י דבריהם של האנשים האחרים שהיו באותו מעמד, ובכך מוכח שבאותו מעמד היה שכור שהגיע לשכרותו של לוט.

יש לקבוע שהמקדש נאמן בטענתו שלא זכר דבר מכל מה שאירע, מלבד שניכרים דברי אמת, שהרי אינו מעוניין

שרש פסק הרמ"א הוא בתשובת מהר"ם שבתשובות מיימוניות לספר נשים סי' א' שכתב בלשון זו – "אע"ג דאמרה בלבי לא היה אלא לשחוק ולהתלוצץ עמו ומעולם לא נתרציתי לו אלא לחוכא ואיטלולא בעלמא, דברים שבלב נינהו ודברים שבלב אינם דברים. ואע"ג דאיכא למימר דאנן סהדי דלא נתכוונה אלא להתלוצץ וכל כי האי גוונא אזלינן שפיר בתר מחשבה, כגון גבי מברחת (כתובות ע"ט). וכרבי שמעון בן מנסיא (ב"ב קמ"ו): שכתב כל נכסיו לאחר ולא ידע שהיה לו בן ושוב נודע שהיה לו בן, וההיא דמרובה (פ). שאמרו חכמים לא נתכוונה זו אלא להגון לה וכיוצא בהן רבות בתלמוד דאזלינן בתר אומדן דעתא, גבי קידושין משום חומרא דאשת איש לא נסמוך על אומדן דעתא לומר לא היה בלבה כך ודאי, וליכא אומדן דעתא דמוכח כיון דאיכא נמי למימר איתתא בכל דהו ניחא לה".

ובטבעת השאלה למקדש מאדם אחר, מצינו מחלוקת ראשונים עיין ברא"ש בפסקיו למסכת קידושין פרק א' סי' כ', שהכשיר קידושין אלו בתנאים המבוארים בדבריו, ועיין בתשובת הרשב"א ח"ד סי' רע"ג החולק בזה.

יסוד דברי הרא"ש בנויים על הסברא שכתב – "אם יאמר לו השאילני טבעת כדי לקדש בו את האשה דהויא מקודשת. דכיון שהשאיל לו אדעתא לקדש בו את האשה, אנן סהדי דגמר בלבו ליתנו לו באותו לשון שיועיל לענין קידושין שתהא האשה מקודשת בו. כי אדעתא דהכי מסר לידו הטבעת, ואם לא יועיל בלשון שאלה, יהיה בלשון מתנה, לכל הפחות תהיה מתנה על מנת להחזיר, והויא מקודשת ... ובגול דידה אי שדיך או אמרה אין, מקודשת, ואמאי והלא אין הממון שלו ולא יהיב לה ולא מידי. אלא ודאי היינו טעמא דכיון דנתרצית להתקדש בממון זה אנן סהדי שמחלה לו הממון שגול ממנה ויהיה שלו כדי שתוכל להתקדש בממון זה, כיון שאי אפשר לה להתקדש בענין אחר אמדינן הכי דעתה, והוי כאילו אמרה כן בפירושה".

וגם הרשב"א בתשובה (ח"ד סי' רע"ג), אף שנחלק על הרא"ש בטבעת שאולה, כתב בסוף דבריו – "וכן אין הנידון דומה לגול דידה, דבשדיך, מקודשת, כמו שאמרת. דהתם, כיון דשדיך, וקבלתו לשם קידושין, אנן סהדי דניחא לה בהכי, והרי גומרת בלבה שתהא שלו, ומוחלתו לו לשעה. דיותר ממה שהאיש רוצה לישא, אשה רוצה להנשא".

ואמנם בטבעת שאולה מהמתקדשת עצמה, כתב התשב"ץ חלק ג' סי' רמ, וז"ל – "אם שאלה מן האשה עצמה כנדון הזה ודאי מקודשת ממה נפשך, שאם הוא מתנה הרי היא שלו ובכסף שלו קדשה. ואם אינה מתנה ודרך גולה הוא בידו, ואם לא קדשה ועכבה בידו נקרא עליה גולן. א"כ הרי קדשה בגול דידה דאי שדיך או אמרה אין דהויא מקודשת".

וע"ע באוצה"פ סי' כח סק"ט אות יב בדברי הפוסקים שדנו במקדש בטבעת השאלה מהמתקדשת, ובלא שהקנתה לו את הטבעת במתנה. אך כל זה ניתן להאמר בוג המבקש להנשא וסודרו חו"ק באופן שהאשה נתנה לו טבעת שלה

מדברי העדים. ואין מקום שלא להאמינו מפני דעת הסוברים שיש כתובה לארוסה, שהרי המתקדשת טוענת שהמקדש היה שכור ושלא כיוונה לשם קידושין ובנוסף יש עוד עיקולי ופשורי בקידושין אלו, כמבואר להלן, ודאי שלא תוכל לגבות כתובתה, גם למ"ד שיש כתובה לארוסה, על כן לכו"ע המקדש נאמן בדבריו. וכעין סברא זו כתב בספר עין יצחק ח"א סי' נא.

אין לחוש לקידושין בטבעת השאלה מהאשה כשהקידושין היו דרך שחוק

הפוסקים, ראשונים ואחרונים דנו בשתי שאלות בדין קידושין בטבעת שאולה, הן בשאלה מאחר והן בשאלה מהאשה המתקדשת עצמה, וכן דנו בקידושי שחוק. ולמעשה הורו להחמיר בכל אחד הנושאים. אך כששני העניינים התמזגו יחדיו במקרה אחד, כבנידון דנן, מצינו הוראת הגאון רבי חיים עוזר ז"ל להקל, ולהלן נביא מדבריו.

אך קודם שנביא הוראה זו, נקדים שקידושי שחוק הנידונים בפוסקים אינם דוקא כשכיוונו לשם הצגה ושחוק, אלא בכל מקרה שבו יש יסוד לטענה שלא עלה על דעתה שיחולו קידושין בדרך חריגה ומשונה.

בתשובת מהר"ם לובלין סי' סד כתב בנידון שם – "ואני הח"מ בצירוף שאר תופסי ישיבות יושבי על מדין מפאת מנהיגי המדינות יצ"ו לעיין בדינא דקידושין הנ"ל, ועלה בהסכמתנו שאין כאן חשש קידושין כלל מכמה טעמים ונימוקים ... הטעם השלישי, כי מאחר שאין זה נהוג בזמנינו לקדש שום אשה כי אם בעת כניסתה לחופה, וכ"ש בת קצינים כזו, מפורסם ופשוט הוא שאפילו אם היה האמת כמו שהעיד העד, היה הכל דרך שחוק ובדיחותא, ולא היתה כאן שום כוונת קידושין".

ועיין באוצה"פ סי' מב ס"ק יא אות ד' שהביא פוסקים שצירפו את סברת מהר"ם לובלין, להאמינם שלא כיוונו לשם קידושין. וכן בספר אחיעזר ח"ד סי' נא, כתב וז"ל – "ההוכחות מן הצד, כמו מה שהיה מעשה הקידושין בפרוזדור שלא כנהוג, מוכיח שהיה דרך שחוק והיתול. וגדולה מזו כתב מהר"ם לובלין בתשובה סי' ס"ד מאחר שהנהוג בזמן הזה לקדש בעת כניסה לחופה, תלינן שהכל דרך שחוק והיתול, וכן הובא בתשובת מהר"ם פאדווא סי' כ"ו שהביא מתשובת הגאון מוה"ר צבי הירש האלבערשטאט ז"ל שכתב "העולה מדברינו היכא דאיכא לעדים לספוקי אם כיוונה לשם קידושין או לשם שחוק הוי כמקדש בלא עדים. וא"כ בני"ד מצד הסברא כיון דאין דרך בנות ישראל לקדש כן, ובפרט במדינות אלו, לא קבלתה משום קידושין אלא משום שחוק, ועכ"פ מידי ספקא לא נפקא והוי כמקדש בלא עדים עכ"ל".

אמנם הלכה למעשה, אילו רק מטעם זה, לא היינו מקילים להתירה בלא גט, ושלא לחלק בין המקרים, והיינו עפ"י הרמ"א סי' מב ס"א שפסק להלכה את תשובת מהר"ם שלא אזלינן בתר אומדנא לבטל קידושין.

דכתובות עלה דמי שהלך למדינת הים ועמד אחד ופרנס את אשתו כתב הר"ן ז"ל בשם הרשב"א דדוקא נתן בתורת מזונות כדי ליפרע מבעלה אבל פרנס סתם ודאי גובה ממנה והיא מבעלה שכל המפרנס סתם לאו בתורת מתנה הוא נותן אלא בתורת הלואה, והביא ראיה מיורד לתוך שדה חבירו ונטעה דשמין לו ולא אמרינן דלשם מתנה עבד ודכוותה להרשב"א נותן סתם ... והר"ן הסכים עם הרשב"א דהנותן סתם לאו למתנה הוא נותן, עכ"ל המשנה למלך. אך החמדת שלמה חשש לדעת מהרי"ט דבסתמא יחשב כמתנה, וגם דחה ראיית המל"מ, וכתב שהכל תלוי במה יש לתלות כוונתו, האם כוונתו למתנה או כוונה אחרת. ולכן העלה בסוף דבריו - "ואם כן בנידון דידן איכא למיחש שנתנה לו בתחילה לשם מתנה". אלא שכאן החמדת שלמה הוסיף, שיש סברא להיפך, וז"ל - "ואף שיש לומר שעשתה דרך שחוק, כמו שהוא שחק עמה ליתן הטבעת באצבעה ... מ"מ קשה הדבר להקל בלא ראיה".

אך בסיום התשובה העלה החמדת שלמה לקולא, וכתב - "ע"כ נראה כיון דיש כמה ספיקות, חדא, שמא כדעת החולקים על הרשב"א הנ"ל ואינם חוששים למתנה בנתניה סתם, וגם די"ל דעשתה דרך שחוק כמו שהוא שחק עמה ונטל הטבעת תחילה מידיה ונתן על אצבעה".

ועוד הוסיף סברא לקולא מפני שהיא סמוכה על שלחן אביה ובסתמא חפציה שלו כל עוד אין ראיה להיפך, ובכזה"ג בסתמא לאו לשם מתנה, אך כפי הנראה סברא זו אינה שייכת לנידון דנן.

נמצא אחד מהם קרוב או פסול

במקרה שבפנינו נכחו באותו מעמד שני עדים כשרים וכן אמה של הבחורה. קודם למעשה הקידושין לא נאמר לשני הבחורים הנוספים שהיו באותו מעמד שהם עדים, ובודאי שאף אחד לא ייחד את העדים להיות עידי קידושין, ועל כן דינם כעדים שבאו "למיחוז" ולא "לאסהודי" ובכך יש עילה לפסול את הקידושין, מאחר שנמצא אחד מהם קרוב ופסול.

עיינן שו"ע חו"מ סי' לו ס"א שהביא מחלוקת הראשונים האם צירוף כשרים ופסולין בעת ראיית העדות בלבד פוסל את הכשרים. או דתרתני בעינן, שיצטרפו בעת ראיית העדות ובנוסף בעת שבאים לבית הדין כדי להעיד.

דעה ראשונה הובאה בשו"ע בסתמא ודעה שניה בשם י"א, ומבואר שהשו"ע נקט שהעיקר להלכה כדעה ראשונה, שהיא שיטת הרמב"ם רש"י ורשב"ם. וכן הש"ך סק"ח הכריע להלכה כשיטה זו.

ובספר עין יצחק חלק ב' סי' סד כתב - "נראה שיטת המחבר בחו"מ סי' ל"ו סעיף א' דסתם בדיעה קמייתא כהרי"ף דנפסלו מעת הראיה לבד. ודיעה שניה שיטת הרא"ש והתוס' דבעינן גם הגדה בב"ד בשם יש אומרים. וזה הוא כללא בידינו דלדינא העיקר כשיטה הראשונה בכל

וקדשה בטבעת זו. הקידושין תופסין מפני שמעשיהם מוכיחים שרצו שיחולו קידושין, ומאחר שאשה גמרה בדעתה שיקדשנה כהלכה, למרות שלא ראינו הקנאה מפורשת, עכ"פ קיימת האומדנא דמסתמא הקנתה לו את הטבעת, עיי"ש בכמה מהמשיבים שהובאו באוצה"פ שכתבו ללמוד מקרה זה מהמקדש בגול דידה ושדיך, דמסתמא אחילתיה, וה"נ קיימת אומדנא דמסתמא אחילתיה כדי שיחולו הקידושין. אבל בנידון שבפנינו האומדנא היא להיפך, שמסתמא לא כיוונה לשם קידושין. ואמנם בעלמא נקטינן שלא לבטל קידושין משום אומדנא, כמבואר ברמ"א אה"ע ריש סי' מב הנזכר לעיל, אך כאן להיפך, אנו מבקשים ליצור קידושין עפ"י האומדנא, ולמעשה אין אומדנא כזו. ומצאתי בתשובת הגאון רבי חיים עוזר ז"ל בעל האחיזרז שהורה למעשה כסברא זו.

תשובתו הודפסה בספר הזכרון "אש תמיד" עמ' שנח, וכתב בלשון זו - "נראה בזה, כיון דהיה גזל דידה, ואם נחוש להחמיר היינו משום האומדנא דאחילתיה בשדיך שקבלה בשתיקה ואמרה הן, וכל זה בקידושין גמורים, ששניהם נתכוונו לשם קידושין גמורים, ואיכא אומדנא דמוכח דאחילתיה. אבל היכא דאיכא אומדנא דמוכח שלא נתכוין לקידושין, איך נימא דאיכא אומדנא דאחילתיה, דהא איכא אומדנא להיפוך שלא נתרצתה, דהא לא נתכוונה כלל לשם קידושין. והגה"מ לא החמירו רק היכא דאיכא קידושין ודאים שאינם משום אומדנא, אבל היכא דכל עיקר חשש הקידושין הוא משום אומדנא, הא איכא אומדנא שלא נתכוונה לשם קידושין וממילא לא אחילתיה".

הג"ר חיים עוזר ז"ל חזר על סברא זו בתשובה אחרת שהודפסה בספר אחיזרז ח"ד סי' נא, וז"ל - "ההוכחות מן הצד, כמו מה שהיה מעשה הקידושין בפרוזדור שלא כנהוג, מוכיח שהיה דרך שחוק והיתול. וגדולה מזו כתב מהר"ם לובלין בתשובה סי' ס"ד ... ועוד כיון שהטבעת לא היתה שלו רק בתו של בעה"ב נתנה לו את של אביה, ואף אי נימא דהיה לה רשות להשאילו, מ"מ הא כל עיקר הטעם דמהני טבעת שאולה הוא משום דכוונת המשאיל הוא ליתן במתנה באופן המועיל שיוכל לקדש בו, אבל היכא דלא היה אלא ענין שחוק, שוב ליכא להך אומדנא כלל".

וראיית בתשובת חמדת שלמה חלק אה"ע סי' מז סק"א שדן בשאלה דומה לנידון דנן, שקדשה בטבעת שלה, וכתב לברר האם כשנתנה את הטבעת למקדש בסתמא, יחשב כנתנה לשם מתנה. והביא מדברי המשנה למלך הלכות אישות פרק ג' ה"ח שהביא דעת המהרי"ט שנתניה בסתמא היא לשם מתנה, וכתב המל"מ על דבריו - "ורואה אני דברי מהר"ש יפה ז"ל שהביא מהרי"ט שם דאי אפשר ליישב דברי הרשב"א כפשוטן ולומר דבנותן סתם מעות לאשה לשם מתנה הוא נותן, ומש"ה כתב הרשב"א דאפילו יחזור ויאמר לשם קידושין דלא מהני, דהא כל הנותן סתם לאו למתנה נותן ... אבל סברת הרשב"א בפירושא אתמר בפרק אחרון

הטורי אבן ונקט דלא ס"ל כתומים, ועיי"ש שפסק בדינו של התומים.

ועיין בתשובת הגרע"א ח"א סי' עג בהשמטות, שכתב בפשיטות שקטן מצטרף לפסול, וז"ל – "ועדיין יש לפקפק בזה דאם הוא באמת קטן אף דיש ג' דיינים מבלעדו מ"מ הוי כנמצא אחד מהן קא"פ דכולם בטלים לדעת הכנה"ג חוה"מ (סי' י' בטור אות ל"ג) דגם בדיינים אם נמצא א' מהם קא"פ כולם פסולים".

ובפד"ר כרך י' עמ' 229 בפסק דין מבית הדין הגדול כתב הראש"ל צ הגאון רבי עובדיה יוסף שליט"א, וז"ל – "נוסף לכל הנ"ל הרי לכל הדעות לא ייחדו עדים לקידושין, ושם היו שני אנשים מר ג' ומר ד' (שהעידו בפני ביה"ד) ועוד שלש נשים, והו"ל נמצא אחד מהם פסול, ועדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ואע"פ שהתומים (סי' ל"ו סק"י) ס"ל שהאשה שאינה בת עדות כלל, לא אמרינן בה נמצא א' מה קרוב או פסול עדותן בטלה. וכ"כ בשו"ת שם אריה (חור"מ ס"ס י"ג), אולם מדברי הטורי אבן בחי' לר"ה (כ"ב ע"א) מוכח להדיא דבאשה נמי אמרינן נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה. וכן הוכיח במישור הגר"צ אלחנן בנחל יצחק ח"א (סי' ל"ה ענף ז'). וכן העלה בשו"ת שער אשר (חאה"ע סי' ל"א). ושכן פסק בשו"ת אביר יעקב (סי' כ"ד). וכן העלה ג"כ בשו"ת ברית יעקב (חאה"ע סי' מ"ג), וכתב שדברי התומים אינם נכונים להלכה. ומבואר בחי' הריטב"א (גיטין י"ח ע"ב) בשם רבו הרא"ה, שבקידושין שאין הדבר תלוי אלא בראיית העדים, כל זמן שהיה שם קרוב או פסול אין הקידושין כלום, שעדות הכשרים בטלה, שכיון שעיקר עדותם היה בראייה כמי שבאו כולם להעיד בבית דין דמי. ומ"מ שפיר דמי להצריכה גט לחומרא. ועיין בערך השלחן חור"מ (סי' ל"ו סק"ו) שהרא"ה עשה מעשה להקל בזה, אלא שהריטב"א חשש לשאר המפרשים להצריכה גט לחומרא, ע"ש ולפ"ז שפיר מצטרף לספק ספיקא הנ"ל להקל", עכ"ל הגאון רבי עובדיה יוסף שליט"א, וכן הוא בספר יביע אומר ח"ו חלק אה"ע סי' ו' סק"ז.

ויש מקום לצדד שהעיקר כסברת החולקים על התומים לאחר שכך מצאנו שנקטו בפשיטות בתשובות קדמונים. בשו"ת מהרי"ק החדשות סי' מז כתב לחלק בין עדות קטן שאינה פוסלת לעדות אשה הפוסלת, וז"ל – "ואפילו לפי טעם ראשון שכתבתי משום דקטן כמאן דלית' דמי שהרי אין בו דעת, נוכל לומר דלישנא דנמצא אחד מהם קרוב או פסול לא משמע קטן כלל, דהא לישנא דנמצא משמע שמתחלה לא היינו מחזיקים אותו כקרוב או פסול אלא היינו מחזיקים אותו כרחוק או ככשר, שכן רוב העולם אינם קרובים ולא פסולים, אבל בקטן לא שייך למימר הכי, שהרי מתחלה לא היו ביי"ד דין מקבלים עדותו עד שיבדק ויתברר שהוא גדול ... וא"כ לא שייך לומר בו נמצא וכדפירשתי. ואפילו נאמר שגם באשה לא שייך למיתני נמצא מן הטעם שפירשתי, מ"מ תיתי אשה מדומיא דאינך פסולים כיון דדמיא להו, שהרי יש בה דעת ומעשיה קיימים, ואע"ג שאין

מקום ולא כשיטה שניה בשם יש אומרים. וגם דהש"ך בח"מ שם ס"ק ח' הכריע לדינא כשיטת הרי"ף ע"ש. וע"כ אין לנו לחוש בכה"ג לשיטת הרא"ש".

על כן בנידון שבפנינו שכלם למיחזי אתו, שני העדים מצטרפים עם אם המתקדשת, ובטלה עדות כולם.

ומצורפת לכך שיטת הריטב"א במסכת קידושין דף מג. בשם רבו שהורה הלכה למעשה, דאע"פ שלשיטתו דנקטינן כסברת הרא"ש שבעינן צירוף בשעת ראייה והגדה, מ"מ בקידושין שהעדים מקיימים את הקידושין בראייתם, עד פסול שהצטרף עמהם פוסל את כל העדות.

ואף שיש אומרים שגם לאחר שעדות כולם בטלה, היינו שאינם כשני עדים אבל עכ"פ יחשבו כעד אחד, ולדעת הסוברים שהמקדש בעד אחד חוששין לקידושין, ה"נ יש לחוש, עיין רמ"א סי' מב סעיף ב' ובפת"ש סק"ח ובאוצה"פ ס"ק כה אות ד' בשם מהרי"א הלוי.

אך עיין במהרי"ט ח"ב סי' מג שאם אין שניהם מודים לעד אין לחוש, ועיין אוצה"פ סי' מב ס"ק כב אות ב' בדעת הפוסקים בזה. ועיי"ש אות ח' שהביא דעת הפוסקים שכתבו שטענת האשה שלא כיוונה לקידושין, נחשבת כהכחשת העד האחד. ועל כן בנידון זה שאין הודאת המקדש, מאחר שאינו זוכר דבר, ובנוסף האשה טוענת שלא כיוונה לקידושין, משני טעמים אלו אין לחוש אף למ"ד דחוששין לקידושי עד אחד.

אמנם עדיין הלכה זו במחלוקת שנויה, האם אשה מצטרפת לפסול את העדות, עיין תומים סי' לו ס"ק יא ונתיבות המשפט סק"י שכתבו שאשה אינה מצטרפת לפסול, מפני שאינה בכלל עדות, ועיין רש"ש מסכת מכות דף ו' וכן בערוך לנר (שם) שנראה שהסכימו לסברא זו. אך נחלקו אחרונים על דינו של התומים.

בשו"ת ברית יעקב חלק אה"ע סי' עג כתב – "ולענ"ד דבריו אינם נכונים. דהא חזינן דאמרינן בשבועות (דף ל') מנא מני מילי דנשים פסולות לעדות, ויליף לה מועמדו שני האנשים ... ולולי קרא הו"א דאשה כשרה לעדות, דבעינן קרא למעט נשים, אלא התורה פסלתן, א"כ מהיכי תיתי נימא דלא הוי בגדר עדות כלל. ואינו דומה כלל להא דריב"ש דבעל דין בעצמו אינו בגדר עדות, דשם במכות אמרינן עפ"י שנים עדים יקום דבר, במקיימי דבר הכתוב מדבר, א"כ ממילא לא הוי עושי דבר בכלל עדות לפסול שארי עדות ... ועוד לדבריו גם קטן וחרש ועכו"ם וסומא דהוי פסולו בגופו כמו אשה לימא דלא הוי בגדר עדות כלל ... ומסתמת הפוסקים לא משמע כן. אלא נראה דכל הני פוסלין ומבטלין כל העדות כשנמצא באותו מעמד כמו קרוב או פסול מחמת עבירה".

וכן מבואר בספר טורי אבן עמ"ס ר"ה דף כב. שאשה שם עדות עליה, וכן בספרו גבורת ארי מסכת מכות דף ה: במשנה, שעדות אשה פוסלת עדות כשרים המצורפת אליה, ועיין בנחל יצחק סי' לה ענף ז' ח' שהביא דברי

מקום לחוש להחמיר בכל אחד מהם, אך בצירוף שלושם יש להתירה לעלמא בלא גט, ושלא להורות על סידור גט לחומרא הפוסלה לכהונה. ועיין בספר משאת בנימין סי' קו שכתב – "וא"ת לרווחא דמלתא נחמיר להצריכה גט, כבר כתבתי בתשובה אחת בשם המרדכי ושאר מחברים דלאו שפיר למעבד הכי לפסול בת ישראל מן הכהונה, גם משום תיקון העולם ומשום פריצי הדור שלא יתלו עיניהם בבנות ישראל ולעגן עד שינשאו להן או שיפייסו אותן ברצי כסף בתרקי דינירי". וע"ע כעין זה בספר רב פעלים ח"א אה"ע סי' יא בתחילת התשובה.

הלשון כולל אותה וכדפירשתי, אבל קטן דאין הלשון כוללו וגם לא דמי לאינך פסולים דכולהו אית בהו דעת ומעשיה קיימים, מה שאין כן בקטן, לא אתי מנייהו כלל לא מכח הלשון ולא מכח הסברא".

ועיין בשו"ת התשב"ץ ח"ג סי' צד שכתב בפשיטות לדון דין נמצא אחד מהם קרוב או פסול בגוי שהצטרף לעדות כשרים, ומבואר בדבריו דלא כנתיבות שכתב שעדות גוי אינה פוסלת, והרי יסוד דברי הנתיבות בשיטת התומים. **מסקנת הדברים** - בכל אחד משלושת היסודות שכתבנו יש מקום לבטל את הקידושין, אך גם אם הלכה למעשה יש

סימן כו

סידור חופה וקידושין על ידי אדם שאינו מוסמך ואינו מורשה

וכן בשו"ת דברי מלכיאל חלק ד' סי' קי"ט וחלק ה' סי' רכג חיזק את דברי השבות יעקב הנזכרים, ואף הורה להצריך לסדר חו"ק כדמו"י פעם נוספת ע"י רב המוסמך והמורשה לסדר חו"ק, וכן הורה בספר קומץ המנחה ח"א סי' צה, הובא באוצה"פ אה"ע סי' מט ס"ג.

ולהלן מש"כ הרבנים הראשיים לישראל, הג"ר יצחק אייזיק הלוי הרצוג זצ"ל והג"ר בן ציון מאיר חי עוזיאל זצ"ל לפני למעלה מחמישים שנה (הובאו דבריהם בספר היכל יצחק חלק אה"ע ח"א סי' ה' בהערה) –

"דבר נהוג ומקובל בארץ ישראל מפי מרנן ורבנן תקיפי ארעא דישראל הקדמונים זצ"ל, וכן נהוג ברוב קהילות ישראל שלא לסדר קידושין ונישואין, אלא ע"י מוסמכים וממונים לכך מטעם הרה"ר לישראל ולשכות הרבנות המקומיות ומשרדי הרבנות הראשית שבכל עיר וכוך. תקנה זאת מיוסדת עפ"י דינא דתלמודא - כל מי שאינו בקי בטיב גיטין וקידושין לא יהא לו עסק עמהם. ולא כל אדם רשאי ליטול השם לעצמו ולאמר שהוא בקי בטיב קידושין וחליצות, אם לא שהוסמך לכך מפי הרבנות הראשית והמקומית, וגם התמנה לתפקידים אלו. הלכה זאת כתבה רמ"א ז"ל יו"ד סי' רמ"ב ואה"ע סי' קנ"ד, והיא מקובלת בכל ארץ ישראל בזהירות מרובה (עיין פתחי תשובה אה"ע שם ס"ק א'). ועל יסודה הננו גוזרים לאסור על כל איש ורב בישראל לסדר קידושין, נישואין, אם לא שהוסמך והתמנה לתפקידים אלה עפ"י כתבם וחתימת ידם של הרבנות הראשית שבערי ארץ ישראל. וכל העושה זאת שלא ברשות, הרי הוא פורץ גדרם של ראשונים כמלאכים ז"ל. בתוקף הטלת חרם על העובר ככל חומר תקנות הרבנים בישראל, על כל קהילות ישראל הקיימות ואילך שתתקיימנה להבא בעוה"י, לשמור ולקיים את כל הכתוב בהם עד בוא גואל לישראל. ושומע לנו ישכון בטח, ושאנן מפחד רעה, ולשומעים ינעם ותבוא עליהם ברכת טוב".

קודם לכן בשנת תרצ"ב, כתב הגאון ר' חיים עוזר זצ"ל מח"ס אחיעזר, בתשובה (שהתפרסמה בקובץ "המעייין" ניסן

בני הזוג הופיעו בבית הדין לאישור נישואין, שהתקיימו באופן פרטי בלא רישום אצל רב רושם נישואין מורשה, וסודרו באמצעות אדם שאינו מוסמך. התקיים דיון שבו הופיעו עידי הקידושין, ובני הזוג הציגו את הכתובה, והתגלה ליקוי בכתיבת הכתובה.

לדבריהם הנישואין התקיימו ביום ג' ט"ז אב תשס"ד, אך התאריך הכתוב בכתובה הינו יום א' כ"ח אב תשס"ד, דהיינו שנים עשר יום מאוחר מיום הנישואין.

אמנם עפ"י ההלכה שטרי חוב מאוחרין כשרים, אך עכ"פ הכתובה תיחשב כשטר בר תוקף רק החל מהתאריך הרשום בכתובה, ולא קודם לכן. ובודאי שמסדר הקידושין נהג שלא כדין כשמסר לידם שטר כתובה שאינו בתוקף למשך שנים עשר יום.

על כן מאחר שמסדר הקידושין לא הוסמך לסדר קידושין, ואין אנו יודעים האם הוא אכן בקי בטיב קידושין. וכן התברר שבאה תקלה על ידו, בנסיבות אלו אין לאשר את נישואי הצדדים כמבוקש.

במסכת קידושין דף ו. - "כל שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין לא יהא לו עסק עמהן". וכתב בספר שבות יעקב ח"ג סי' קכ"א - "הכוונה היה שלא יסדר קידושין וגיטין לכתחילה, אם לא שהוא מומחה לרבים שיודע בטיב גיטין וקידושין ... לכן תקנה קבועה תקנו שלא ליתן קידושין בלתי התרת הרב שהומחו עליהם".

ובשו"ת כנסת יחזקאל סי' עב כתב – "אמנם אם אדם יעלה על רוחו לב לסדר קידושין בלתי רשות והורמנא האב"ד הקהילה או דמדינה ... היו לא תהיה כזאת בישראל ... וכל גאוני ארץ קבלה בידם מרבני צרפת שקבלו מן ר"ת, שגזר ואמר לבל יסדר קידושין כי אם שנבחר לרב בקהלה או מדינה ... ויעבור על אלה מוחרם הוא מפיהם ומפי כתבם".

ועיין בשו"ת בית יצחק חו"ד ח"א סי' כו (אות ג') שהסכים עם השבות יעקב והכנסת יחזקאל, וסיים - "מובטחנא שארית ישראל לא יעשו עוולה, אם ידעו שיש איסור בדבר".

פסולה, וחוב קדוש לפרסם את איסורו. נוכחנו בבית הדין במקרים רבים, שמסדרי חו"ק שלא במסגרת הרבנות המוסמכת, אינם בקיאים בטיב קידושין ונכשלו בתקלות, ועיין ברמ"א אה"ע סי' קמא סעיף ל'. לכן אין לאשר את הנישואין, ק"ו שאין לאשר את הנישואין כשהתברר בפנינו שמסדר הקידושין נכשל בטעות. המבקשים יוכלו להופיע בפני רב רושם נישואין מוסמך ומורשה לסדור חו"ק בשנית אך בלי ברכות.

תשנ"ז) שבו הוא מתייחס לחופות הנעשות שלא במסגרת רישום מסודר במדינה, וכתב שעניין גדול ונחוץ להמנע מכך וחוב קדוש מוטל לפרסם להמנע מכך, מכיון שתופעה זו עלולה להביא לידי תקלות גדולות - "באשר כל מעשיהם בצנעא, נכשלים על ידי אלה שאינם יודעים בטיב גיטין וקידושין, וגם בלי דרישה וחקירה מוקדמת באיסורים חמורים וגם איסורי ערוה".

סיכומו של דבר, תופעה זו של סידורי חו"ק בלא רישום מסודר אצל רב רושם נישואין שהוסמך לכך, היא תופעה

סימן כז

כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה, חיובו בכתובה ובמזונותיה

אין מקום לטענה שהאשה מרדה בבעלה, מפני שהבעל הוא זה שמנע חזרתה לבית לאחר הארוע שקרה 12 יום לאחר הנישואין. אין מקום להכנס להכרעה בשאלה כיצד ארע אותו אירוע שהביא לעזיבתה של האשה את הבית. מאחר ולאחר מכן האשה בקשה לחזור והבעל מנע זאת ממנה, וזאת כפי ששמענו מהבעל בעת הדיונים בבית הדין, וכך המצב עד היום, על כן אין מקום לטענתו שיש לדון את אשתו כמורדת.

השאלה הטעונה בירור היא, טענת הבעל שהאשה הסתירה ממנו שאינה בתולה וכי הדבר התברר לו רק בלילה הראשון לאחר החתונה. לדבריו נודע לו שאשתו קיימה קשר עם גבר גרוש בטרם נישואיהם והדבר הוסתר ממנו. האשה הכחישה טענה זו, לדבריה התקיימו יחסים עם בעלה ימים ספורים לפני הנישואין ועל כן נמצאה בלילה החתונה שאינה בתולה.

יש לדון - א. האם הבעל נאמן בטענתו. ב. את"ל שהבעל נאמן, מה ההשלכה שיש לכך על חיוב הבעל בכתובה או על חיוב הגירושין.

נראה שבמקרה הנוכחי אין מקום לדון בשאלת הנאמנות, מאחר שחלפו מספר ימים שהבעל שתק והתרחצה, וטענותיו אלו התעוררו עקב בעיות אחרות שנוצרו אחר כך.

בשו"ע סי' סז סעיף ה' פסק - "כנסה בחזקת בתולה, ונמצאת בעולה, אפילו מנה אין לה". וכתב בח"מ סק"ה בשם ד"מ וריא"ז שאין לה תוספת כתובה, ועיין בח"מ סי' סח ס"ק יג. ובבית שמואל סק"ד כתב - "כל שהיא ידעה ולא הגידה לו אין לה תוספת כתובה דהוי לה לגלות לו. אע"ג בחייבי לאוין אמרינן דיש לה תוספת כתובה דסברי דמפייס לה, מ"מ כל עיקר שכותב לה תוספת כתובה מחמת חיבת ביאה כתב לה, והיא ידעה מזה, אין לה תוספת כתובה ויש לדמות לבעלת מום". והוסיף בספר מחצית השקל - "אין לה תוספת כתובה ... והוי כמו בעלת מום, דהוא דבר שאין אדם מתפייס בו אם לא גילתה לו, שאין לה גם התוספת בסי' קי"ז ס"ד".

בפני בית הדין תביעת הבעל לגירושין ותביעת האשה לשלום בית ולמזונות.

בני הזוג נישאו בחו"ק, ולאחר פחות מעשרים יום, הבעל כבר פתח תיק לתביעת גירושין. בכתב התביעה הבעל תבע גירושין, וטען שאשתו עזבה את הבית, וכן ציין ארוע שבו נחבל כתוצאה מאירוע נהיגה רשלני של אשתו.

בדיון שהתקיים הבעל תבע להתגרש והודיע שגרו יחד 12 יום בלבד. הבעל העלה מספר טענות ביחס לעילות לגירושין. אחת מטענותיו היא כי סבר בעת הנישואין שהיא בתולה, ולאחר מכן נמצא שכבר קיימה קשר ממושך עם אדם אחר מספר שנים קודם לנישואין, דבר שהוסתר ממנו והתברר לו רק לאחר הנישואין.

האשה הכחישה טענה זו, לטענתה התקיימו יחסים רק עם בעלה, לרבות קודם לנישואין, ועל כן לא היתה בתולה. בנוסף, הבעל טען שאשתו עזבה את הבית מיוזמתה. לעומתו, האשה טענה שעזיבתה נבעה מכך שהבעל בקש ממנה לצאת והודיע לה שהבית אינו שלה.

למעשה אין מקום לבירור בנקודה זו מה הרקע המדוייק לעזיבתה באותו יום, מאחר שמיד לאחר עזיבתה, הבעל לא הסכים שאשתו תחזור למרות שהודיעה על רצונה בשלום בית.

בכל התקופה בשנה האחרונה, נעשו נסיונות להביא את הצדדים לידי הסכם. בתחילה בית הדין המליץ על הידברות במגמה להגיע לשלום בית. אך לאחר מספר חודשים, בית הדין המליץ לצדדים להתגרש בהקדם לאחר שהבעל יפצה את אשתו בהוצאות שהוציאה על שיפוצים בדירה שבה התגוררו, ויחזיר לה הוצאות אחרות שהיו לה בכל הקשור לנישואין.

סיכומו של דבר, בפנינו זוג שלא הצליח להתחיל במסגרת של חיים משותפים תקינים. לאחר 12 יום הבעל החליט מהטעמים הנוכחים בטענותיו כי אינו מעוניין באשתו והודיע על רצונו בגירושין. האשה בקשה לבחון שלום בית, אך נתקלה בחומה אטומה.

דאסור לגרש בע"כ של אשה, פשיטא דאפשר לומר שאם מחל על המום שחזרה להיות ככל הנשים. ולא מבעיא לענין חיוב הכתובה ושלא לגרש בע"כ, אלא אפילו לענין שיתחייב לה בשאר כסות ועונה אפשר לומר כן ... ומכל מקום לע"ד נראה דנהי שחייב בכתובתה בלי ספק ושלא יכול להוציאה בע"כ מכח תקנת הגאון ... מכל מקום אנו אין בידינו ג"כ לכופו להיות עמה. מאחר דאפשר לומר דבכה"ג לא תקן. ואפילו נאמר שמחל בשעת בעילה שהרי חזקה היא שבדק ואפילו הכי בעל, ודאי דלענין כתובה מהניא הך סברא דכיון דנתרצה שעה אחת ומתוך כך בעל הרי נתחייב בכתובתה מכח אותה שעת רצון ... אבל מכל מקום לענין שיתחייב להיות עמה כל ימיו זה לא מצינו, דצער דגופא לא מחיל איניש. ובודאי שאין צערא דגופא גדול מזו להיות לאדם אשה שהוא קץ בה ואינה מתקבלת בעיניו, ובפרט כשיש טעם גדול בדבר.

מהרי"ק שכתב שלאחר זמן נידון כמוחל על המום, הסתמך על דברי הרמב"ם. וז"ל הרמב"ם הלכות אישות פרק כה הלכה ו' - "בא על אשתו ושהה כמה ימים, וטען שמום זה לא נראה לי עד עתה, אפילו היה בתוך הקמטים או בכף הרגל, אין שומעין לו. חזקה שאין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו יפה יפה, וחזקתו שידע ורצה".

וכתב מגיד משנה - "זה נראה שלמד רבינו, ממ"ש ונתבאר פרק י"א בטענת בתולים שאינו יכול לטעון אותה לאחר זמן. אף כאן כל שחזקתו שידע ולא טען, אינו יכול לחזור ולטעון ... אם בעל ושהה ולא טען, חזקה ידע ונתרצה ושוב אינו יכול לטעון, זה נ"ל לדעתו ז"ל".

וכתב בהפלאה סי' קי"ז ס"ק טז - "לדעת הרב המגיד דבעינן הכא דוקא שהה כמה ימים, והתם בטענת בתולים אינו נאמן אלא באותו יום כדאיתא לעיל סוף סי' סח, אע"כ צ"ל דהתם מטעם דאמרינן שמשקר, סגי מיד. אבל הכא מטעם שמחל ונתפייס, בעינן כמה ימים, ולפי"ז מ"ש הרב המגיד דהרמב"ם למד דין זה מטענת בתולים, אע"ג דאין הדימיון שוה לגמרי, מ"מ קצת ראייה הוא".

והנה ברמב"ם ובשו"ע סי' קיז ס"י הזכירו ששהה כמה ימים, ומשמע דבזה סגי, וכפי המשמעות העולה מדברי מהרי"ק. ובבית יעקב סי' קיז ס"י באר הטעם - "דבביאה שניה ודאי, כיון דאין אדם בועל בעילת זנות, על כרחך מכוין הבעל בביאה שניה לשם נישואין שלא תהיה בעילת זנות, וממילא נתחייב בכתובה, דע"כ דעתו למחול לגמרי התנאי אף לענין הכתובה שלא תהיה בעילת זנות, והוא פשוט מסברא. ולפי זה פסק הרמב"ם שפיר דבשהה עמה כמה ימים כדרך איש ואשתו מחזיקין אותו בבעילה כמה פעמים. ולדעתי נראה דשיעור ששהה עמה היינו שיעור עונה, דבשהה עמה שיעור עונה מהיכי תיתי יעבור מצות עונה שעובר בלאו, עכ"ל.

ובספר אור גדול סי' ה' ס"ק יד כתב - "ואפשר דאף אם לא בעל עוד, רק דשהה עמה ונותן לה מזונות, מכלל דרוצה

והב"ש בסי' קטז ס"ק"ג כתב - "וכללא הוא, שלא הפסידה תוספת אלא כשהיא יודעת מהחסרון, והוא דבר שאין אדם מתפייס בו".

במקרה שבפנינו, גם אם יתבררו דברי הבעל, הפירוד לא נבע מכח אירוע זה שהתברר לו בליל החתונה, אלא המשיך לחיות עמה, ובקש להמשיך עמה, עד שלאחר 12 יום ארע סכסוך שבסופו האשה עזבה ומאז לא חזרו. יש לדון האם עקב כך יש לשלול טענתו הנוכרת.

בשולחן ערוך סי' סח סעיף י' פסק - "עד מתי יש לו לטעון טענת בתולים, אם נסתרה עמו, מיד". ובחלקת מחוקק ס"ק טז כתב - "אם נסתרה מיד, כלומר אחר היחוד צריך לטעון, ועיין בטור שמחלק בין אם הב"ד מצוי לו מיד".

אך הדבר ברור, שדינו של השו"ע עוסק רק בשאלת הנאמנות, דהיינו הנאמנות שיש לבעל לטעון טענת בתולים המיוסדת על החזקה שאין אדם טורח בסעודה ומפסידה, אינה אלא לאלתר. וכן נראה מלשון הרא"ש בפ"ק דכתובות סי' יח שכתב בלשון זו - "והאי דנאמן להפסידה, היינו כשערער מיד אחר בעילה ראשונה, אבל אם שתק ואח"כ ערער לא מהימן, כדאיתא בירושלמי (ה"ד) טענת בתולים עד ל' יום דברי ר"מ ר' יוסי אומר נסתרה מיד".

לכאורה היה מקום לומר, שאם הבעל יביא ראייה לדבריו, ויתברר שטענתו אמיתית, יש להפסידה כתובתה גם אם המתין זמן מסוים ואח"כ טען טענותיו. אך זה אינו, מאחר ושהה, הרי שמחל על טענה זו, וכפי שמצינו במקרה בו נמצאו מומין אצל האשה. הבית שמואל סי' לט ס"ק ז' כתב לבאר הלכה זו, וז"ל - "לקמן מבואר אם לא התנה כלל וקידש ונמצאו בה נדרים או מומין, וכן אם קידש וכנס סתם צריכה גט מספק ואין לה כתובה. ואם שהה עמה יש לה כתובה. ואין להקשות מאחר שהכתובה הראשונה בטלה איך יכולה לגבות בכתובה זו. וי"ל דדעתו הוא אם לא יקפיד אחר כך יתקיים כתובתה ... וכן אם שהה עמה אחר כך מקודשת בוודאי וצריכה גט בוודאי, והיינו מטעם כשלא התנה כלום ספק הוא אם הוא מקפיד. ואם שהה עמה אח"כ אז הוברר דאין מקפיד ומקודשת בוודאי".

וכן מבואר בתשובות מהרי"ק. מהרי"ק בשרש קה כתב - "מאחר שנשאת לו ושהתה עמו כמה ימים בשופי, שוב אין שומעין לו לטעון על המום. ואפילו יתברר שהיה לה קודם הארוסין כאשר יפה הבאת הראיה מדברי הרמב"ם ז"ל שכתב וז"ל בא על אשתו ושהה כמה ימים וטען שמום זה לא נראה לו עד עתה אפילו היה בתוך הקמוטים ככף הרגל אין שומעין לו, חזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו יפה וחזקתו שידע ורצה עכ"ל".

ובשרש קז כתב מהרי"ק - "על אודות יעקב שטוען על אשתו לאה טענת מום והיא אומרת דידע ומחיל שהרי שהה עמה כמה ימים ולא ערער, וכתב רבינו משה דבכה"ג לא מצי טוען. ועתה אומר הבעל שאם תרצה לקבל גט וכתובה מוטב ואם לאו תשב עד שתלבין ראשה ... לדין דס"ל

מאחר שאם הבעל ישלם כתובתה תסכים להתגרש, וכל עוד אינו מסכים לשלם כתובתה לכו"ע אין לחייבה בגירושין. וביחס לתשלום מזונותיה, נראה שמאחר שלא הפסידה כתובתה, תנאי כתובה ככתובה. ומצאתי בתשובה מהגרע"א ז"ל בספר תשובות חדשות לרבינו עקיבא איגר (מהדורת לייטנר) חלק אה"ע סי' י' שכתב בנידון הדומה למקרה שלפנינו שבו קיימת הכחשה בין הבעל לאשתו. הבעל טוען שכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה והאשה טוענת שזה ממנו, וכתב הגרע"א - "לפי טענתו נראה דיכול לכופה לגרשה ... בנ"ד כיון דיש לסייע ג"כ המשמעות בתוספות דצריך לקדשה, וא"כ אינה אשתו, יש לסמוך עכ"פ דיכול לגרשה בע"כ עכ"פ ע"י כפיה שתאמר רוצה אני. ובפרט ע"י כפיית שאר וכסות, די"ל דזהו מדינא אין מגיע לה, כיון דלא כנסה אדעתא דבעולה, אלא מכח אין אדם בועל, ולענין ממזנה בתנאי קאי. וגם להפוסקים דמקדשה בביאה ולא דחלה קדושי כסף למפרע, א"כ הוי רק אירוסין ואין מגיע לה מזונות. ומצורף לזה ג"כ הרא"ם והובא בבית שמואל סוף סי' ע"ז דבכל אשה שרצונו לגרשה והיא אינה רוצה, יכול למנוע ממנה שאר כסות ועונה. אלא דזהו רק בנותן לה הכתובה מיד ... בצירוף כל אלה נראה דיכול עכ"פ למנוע שאר כסות ועונה, וא"כ כיון שמכחישה בזה יש לספק טובא אם נאמן הוא לגרשה בע"כ. ואין לדמותו למה שכתב הרמ"א סוף סי' קע"ז דאין יכול לומר שמאמין לעד אחד שזינתה, דיש לומר דהכא הריעותא בפנינו אלא שאומרת דמיניה הוא, בזה נאמן דידע בנפשו דלאו איסורא קעביד לגרשה בע"כ. גם י"ל כיון דהאמינתו תורה לומר אינו בני הוי כמו עדים דלאו מיניה, ועכ"פ בדרך כפיה למנוע ממנה שאר כסות ועונה, דיכול לומר קים לי בעצמי שאינני חייב לה כלל דמקח טעות הוא."

אמנם מה שכתב הגרע"א ז"ל לצרף שיטת הרא"ם אינו מוסכם, וסוגיא דעלמא שלא לפסוק כשיטת רא"ם, וכמ"ש בפד"ר ח"ג עמ' 187-185 בפסק דין מביה"ד הגדול. עכ"פ גם לפי דרכו של הגרע"א ז"ל אין לצרף שיטת הרא"ם אלא כשנותן הכתובה, כמבואר בדבריו, ועל כן לכו"ע בנידון דנן חייב במזונותיה.

להשתמש עמה עוד להחזיקה לאשה, וכין דשמש עמה אחר שידע מהמום או דחזינן דרוצה לשמש, שוב אינו יכול לטעון, כמו במקח בהשתמש אחר דידע מהמום, והוי ממש דין אשה כדין המקח, דבתרווייהו בנשתמש אחר שידע מהמום אינו יכול לטעון עוד דבוודאי מחל. והטעם דכיון דאם אינו מתרצה אסור לו להשתמש במקח דהוי גולן, חזקה שנתרצה, וכן באשה, עכ"ל.

אמנם במקרה שבפנינו, הבעל שהיה עמה 12 ימים בלבד, אך לפי האמור לעיל, גם פרק זמן זה מספיק לקבוע כי הבעל מחל. ונציין לתשובת הר"מ ממגענצא שבספר מאמר מרדכי שהובא בספר אוצר הפוסקים בהשמטות לסי' סז (כרך יח עמ' 282) שדן בנידון שכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה ושהה 12 יום עד שטען טענותיו, וכתב - "בנידון דידן שלא צווח כלל מיום שבא עליה ביאה ראשונה ושהה י"ב ימים, אלא דצווח עליה כששמע הקול בעיר שהיא מעוברת, א"כ נימא דתו לא מצי למטען כלל". (באותו נידון לבסוף התברר שלא ידע מתחילה כלום, אך עכ"פ פשוט בדבריו שאם ידע ושהה ושתק י"ב יום, אינו יכול לטעון טענתו).

מסקנת הדברים היא שלענין טענת בתולים כשקיימת הכחשה אם נמצאה בעולה או בתולה, נאמן רק אם בא למחרת. אך אם שהה כמה ימים, אף אם הבעל נאמן או שהביא ראיה לטענתו, לא מהני. ודינו כשאר מומין שאם המתין כמה ימים לאחר שנודע לו חזקה שמחל ונתפייס.

מה עוד במקרה שבפנינו, בכתב התביעה הבעל לא העלה את הטענה הזו, אלא ציין כעילה לגירושין את האירוע שנפגע מהרכב בו האשה נהגה, ונראה כי טענה זו התעוררה רק כשלאחר מכן, בטרם הדיון בבית הדין, הבעל ביקש לבסס את תביעת הגירושין.

על כן בנידון שלפנינו, אין מקום לפוטרו מתשלום הכתובה.

אמנם בשאלת חיוב האשה בגירושין אם יתברר כטענת הבעל שהאשה הטעתו, יש לדון טובא. במהרי"ק מבואר שיש חרם דר"ג בנסיבות אלו, אך עיי"ש בספר אור גדול ובתשובות הגרע"א ז"ל (בתשובה שתובא להלן) ובשו"ת בית שלמה חלק אה"ע סי' סז. אך בנידון זה אין נפקא מינה

סימן כח

גדרי מחילת אשה על מזונותיה

י' חשון תשס"ג

להתגורר עמה. לפני ארבע שנים הצדדים ניהלו מו"מ וחתמו על הסכם ממון, שאינו הסכם גירושין, אלא הסכם המסדיר את ענייניהם הכספיים לרבות ענייני הרכוש, אך לא הוסכם על גירושין.

בשנת תשנ"ח הצדדים הופיעו בבית המשפט לענייני משפחה בנצרת והציגו הסכם הנושא את הכותרת "הסכם

המקרה הנידון

לבית הדין הוגשה תביעת אשה נשואה לתשלום מזונותיה. בני הזוג נשואים עשרים ושבע שנים, ולהם חמישה ילדים מהם שנים קטינים. מזה כחמש שנים שהבעל אינו מתגורר בביתו, וזאת לאחר שהכיר בחורה צעירה ועבר

תשובה זו הובאה בספר ערך השלחן חו"מ סי' סז, וממנה עולה שאם אדם אומר שלא יתבע את חבירו, אין בדבריו אלו מחילה, מאחר ודבריו נסובו רק ביחס להליך התביעה, שהיא האמצעי להשגת החוב, ועליו להודיע בפירוש על מחילת החוב.

וכן בשו"ת מהר"ם מרוטנברג (דפוס פראג) סי' תלה כתב - "ועוד נדון זה אפילו אם כדברי ראובן אין זה לשון מחילה, שאמר לו לא אתבעך יותר, כיון דלא אמר לו מחול לך או הפטר או אחד מלשון מחילה, אין זה אלא פטומי מילי וניחמו בתנחומי ולא נתרצה למחול. דלא אמר אלא שלא אתבענו. ואפילו אם הוא לא תבע, חייב בדיני שמים כיון דלא פטר אותו לגמרי. וא"כ לא הוי מחילה, וחייב ליתן לו כל שכרו ויכול לתבעו, דמה שאמר לא אתבעך, אין כאן מחילת ממון, ולא זכה הלה במה שבידו, דאין כאן אלא דברים בעלמא".

מבואר בדברי הרמב"ם ומהר"ם, שאם התחייב שלא לתבוע אין זו מחילה, כל עוד אין מחילה על החיוב עצמו. לעומת זאת, מהרי"ט חלק אה"ע סי' כ' הביא תשובת מהר"ם די בוטון, שאם אומר לחבירו אין לי עליך כל תביעות, יש בלשון זו מחילה על החוב. ועיי"ש סי' כא שמהרי"ט הסכים עמו.

הנידון בדבריהם במקרה שראובן אמר - "אין לי עליך שום תביעה גדולה וקטנה", וז"ל תשובת מהר"ם די בוטון - "מדברים הללו יראה בפירוש דראובן מחל לשמעון כל מה שזן אותו מקודם, כיון שאמר לו אין לי עליך שום תביעה וכו', די לשון זה למחול ואין צריך שיאמר בפירוש אני מוחל לך מה שאתה חייב כדאמרינן בפ"ק דקדושין גבי עבד עברי, קונה עצמו בשטר ... שטר למה לי, לימא ליה באפי תרי זיל וכו', ופרש"י לימא ליה באפי תרי זיל, לית לי עליך מידי, ע"כ. הרי מוכח דאם א"ל זיל ולית לך עלי מידי, סגי למחילת חובו חוב ממון עבודת שש שנים שיש עליו, אע"ג דלא אמר בפירוש אני מוחל לך חובי. וגבי עבד עברי הוה מהני לשון זה, לולי שעבד עברי גופו קנוי כדמסיק שם בגמ'. אבל לשעבוד החוב די שיאמר זיל כו'. וכתב הר"ן ז"ל שם בפ"ק דקדושין, לימא ליה באפי תרי, לאו למימרא דמחילה צריכה עדים דהא ודאי כל שמודה שמחל לו אפילו בינו לבינו דלא איברו סהדי וכו' ע"ש. הרי משמע בהדיא שאם אמר דברים המוכיחים בינו לבינו שמחל מהני אפילו שלא יאמר מחילה בפירוש. ה"ה בנ"ד שאמר דברים המוכיחים, אפילו יהיו בינו לבינו שמחל, מהני, כיון שאמר לך קח לך וכו' אין לי עליך שום תביעה וכו' ודאי דמוכח הדבר דמחל".

ועיין בספר דברי גאונים כלל נו שיש מקום לומר שניסוח בלשון הוה, הקובע שאין כל תביעות עדיף. וז"ל - "ואפשר שיש לחלק בין לשון לא אתבעך או שלא לבקש, שהוא לשון הבטחה על להבא, ללשון אין לי עליך שום תביעה, שהוא לשון הוה, שעתה אין לו עליו שום תביעה, והוי הוכחה

ממון", שיקרא להלן "ההסכם", ובהתאם לבקשתם, בית המשפט אישר את ההסכם ונתן לו תוקף של פסק דין. כעת האשה תובעת מבעלה מזונות עבורה, (מזונות הילדים אינם נידונים במסגרת הנוכחית, ועניינם כבר הוסדר במסגרת ההסכם). מאידך, הבעל טוען לשלול את זכאותה לתשלום מזונות עבורה, לטענתו האשה מחלה על מזונותיה במסגרת ההסכם. ואילו לטענת האשה, אין בהסכם זה הסכמה לשלילת זכותה למזונות.

יצוין, שבנוסף לדיון בנושא המזונות, התקיימו דיונים בתביעת הבעל לחייב את האשה בגירושיה, ובית הדין פסק שלא לחייבה בגירושיה.

השאלות העומדות לביור

להלן נביא את הקטע הרלוואנטי מההסכם, הצדדים הציגו טענות מנוגדות ביחס לפרשנות ההסכם, ומוטל עלינו לברר האם יש מקום לקבל את תביעת המזונות. עלינו לברר שלש שאלות -

- האם במקרה שלפנינו, האשה אמנם ויתרה ומחלה על זכותה לתשלום מזונות.
- האם ניתן למחול על זכות אשה נשואה למזונות, ואם כן, מהי הדרך המועילה לוותר על זכות זו.
- האם ניתן לחזור מויתור כזה.

המשמעות של הסעיף המתחייב למזונות האשה

בהסכם נכתב - "אין לצדדים כל תביעות ו/או טענות ו/או דרישות מכל מין וסוג זה כנגד זה, בין רכושיות, בין כספיות בין למזונות ובין אחרות, והצדדים מוותרים בזה על כל טענות ו/או תביעות האחד מהשני פרט לאמור בהסכם זה". הרי שסעיף זה קבע שני דברים - א. שאין כל תביעות, בין למזונות ובין אחרות. ב. שהצדדים מוותרים על כל טענות או תביעות האחד מהשני.

להלן בהמשך דברינו, העלנו שאין דין מחילה על מזונות כויתור על זכויות ממון אחרות. אך נקדים שלכמה דעות בראשונים, בהסכם הקובע מחילת זכויות ממון, יש לנסח את מחילת הזכויות בלשון ברורה, ואין די בניסוח כללי שאין תביעות הדדיות.

הרמב"ם בתשובה סי' תיט כתב - "שאלה ראובן טען על שמעון בתביעה אחת, וכפרו שמעון ונתחייב שבועת הסת. ועמדו זקני יושר לעשות פשרה ביניהם על דבר מה מהחשבון אשר חשב ראובן שנשאר על שמעון, ואמר שמעון אין לו אצלי מאומה, ועמד ראובן על רגליו לפני קהל מישראל ואמר תעידו עלי חי התורה ובשם הגדול שלא אתבע לשמעון הנזכר בשום דבר בעולם לעולם לא בשבועה ולא בממון. תשובה. לא הגיע בזה מחילה בשום פנים מראובן לשמעון לא מהשבועה שנתחייב להשבע ולא מממון שנתחייב, לכן כל זמן שיתבע ראובן לשמעון בטענות אלו בעצמם הוא מחוייב בהן. אבל בעת שיתבענו, יהיה עובר על השבועה שנשבע לא מהממון".

ובדף פג. - "אמר רבא האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו. מאי כגון זו. כדרב הונא אמר רב, דאמר רב הונא אמר רב יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניוזנת ואיני עושה".

העולה מדברי הגמרא, שאשה רשאית להודיע שהיא מוותרת על תשלום המזונות, ובעקבות כך אינה מחוייבת בחובת מעשי ידיה לבעלה. ויתור זה תקף, מפני שאדם רשאי לומר "אי אפשי בתקנת חכמים".

נחלקו ראשונים האם האומרת איני ניוזנת ואיני עושה יכולה לחזור בה. התוספות במסכת כתובות דף מז: כתבו - "אע"ג דלרב הונא יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניוזנת כו' התם משום דאינה מפקעת לגמרי התקנה, שאם אמרה היום איני ניוזנת ואיני עושה למחר תעשה ותהא ניוזנת". וכעין זה בלשון הרא"ש פ"ד סי' י'. ומבואר שאינה יכולה להפקיע את התקנה לגמרי, ולבטל את חובת המזונות.

מאידך, הר"ן (פרק אע"פ) כתב - "כתב הרא"ה ז"ל דכל שאמרה איני ניוזנת ואיני עושה, מיד נתבטלה התקנה, ושוב אינה יכולה לומר ניוזנת אני ועושה, שאינו בדין שיהא הרשות בידה לשנות הדבר כל פעם כמו שתראה, כשלא תמצא מלאכה תרצה להיות ניוזנת, וכשתמצא תאמר איני ניוזנת, ולקתה מידת הדין. אלא ודאי מיד שאמרה אי אפשי בתקנת חכמים הפסידה, ושוב אין לה מזונות".

שתי הדעות הובאו להלכה בב"י אה"ע סוף סי' פ'. וכן ברמ"א בשו"ע סי' סט סעיף ד' פסק - "י"א דכל אשה האומרת איני ניוזנת ואיני עושה, נתבטלה התקנה, ואינה יכולה לחזור בה ולומר אני ניוזנת ואיני עושה, ויש חולקים".

בטרם נבאר את שתי הדעות, נציין ששתי הדעות הובאו להלכה בלא הכרעה. ולהלן מש"כ בספר שו"ת שואל ונשאל חלק ה' חלק אה"ע סי' נב - "שאלה, אשה שאמרה איני ניוזנת ואיני עושה, אם יכולה לחזור בה. תשובה, עיין למור"ם ז"ל בסימן ס"ט שכתב דין זה במחלוקת ע"ש. ולכאורה נראה דנקטינן כ"א בתרא דיכולה לחזור בה. ועיין להרב ערך השלחן ז"ל בחו"מ סי' ר"ב בשם הרב קול אליהו ז"ל דדעת מרן ז"ל כ"א קמא. ועי' למוהרמ"ז ז"ל בספרו ויסמוך משה ובשערי משה. ולפי הנראה לענ"ד דהדבר בפלוגתא מתניא, וא"כ נ"ל דהמוחזק יכול לומר קים לי".

ביאור מחלוקת הראשונים

שיטת התוספות

בחי' הריטב"א מסכת כתובות דף נח: הביא את שיטת התוספות בלשון זו - "דעת התוספות שאע"פ שאמרה האשה בבית דין איני ניוזנת ואיני עושה, אם רצתה למחר או כשתרצה לומר הריני עושה לך וניוזנת משלך הרשות בידה, דמזונות דכל יומא, חוב הוא באנפי נפשה".

וכן בספר נמוקי יוסף עמ"ס כתובות דף נח: כתב - "כתבו בתוספות דאע"פ שאמרה האשה בבית דין איני ניוזנת ואיני

שהוא מצד שהוא מוחל לו. וכן נראה מסיום דברי מהרי"ט שסיים או שאר דברים שמוכיחים שמחל לו".

בהסכם שבפנינו, בנוסף להודעה שאין תביעות, נאמר - "הצדדים מוותרים בזה על כל טענות ו/או תביעות האחד מהשני פרט לאמור בהסכם זה". לשון זו עדיפה על הניסוח הקובע שאין טענות הדדיות, מאחר ולשון ויתור משמעו מחילה, אלא שבמקרה שבפנינו המחילה נכתבה באופן כללי בלבד ואינה מתייחסת בפירוש למזונות.

בחי' רעק"א לשו"ע חו"מ סי' רמא ס"ב כתב - "בתשובת מבי"ט ח"א סי' שיד כתב וקרוב אני לומר כי לשון מחילת תביעה, אפילו על חוב שבועה, לא יועיל, כיון דאינו מוחל החוב והשעבוד, רק התביעה עכ"ל".

אלא שבשו"ע חו"מ סי' מג סעיף כז מבואר שלשון מחילה על תביעה, נידון כמחילה על עצם החוב.

הניסוח הנוסף הקובע שההסדרים שבהסכם מסלקים כל תביעה, מתפרש ג"כ כחזרה על האמירה שאין תביעות, ואין בו משמעות נוספת. מאחר שהכרזה על סילוק תביעות משמעו הכרזה שלא יעלו על הפרק תביעות, אך אינו מתפרש במשמעות של הריני כאילו התקבלתי, מאחר שאינו בכלל לשון זה.

מסקנת הדברים - כפי הנראה סוגיא דעלמא, נקטינן להלכה שלא כתשובת מבי"ט (שהביא הגרע"א), אלא כמשמעות השו"ע סי' מג, וכן נקטינן להלכה כסברת ספר דברי גאונים הנוכרת. על כן עלינו לקבוע - מעיון בהסכם הממון ובניסוחיו עולה שאמנם בהסכם משמעות למחילת המזונות. אמנם, אין ניסוח מפורש המורה על מחילת הזכות של האשה למזונות עבורה, אך מתוך היותה על התביעות, ומתוך ההצהרה שאין תביעות למזונות, ניתן להבין שכך היתה כוונת ההסכם שלא לחייב את הבעל במזונות האשה במסגרת הסכם זה, וכי המחילה על מזונות האשה משתמעת בדרך עקיפה.

משמעות עקיפה כזו מועילה להחשב כמחילת חוב ממון, וכפי המבואר בתשובת מהר"ם די בוטון (בדבריו הנוכרים לעיל).

להלן נברר בעו"ה, האם דין מחילת מזונות האשה כמחילת חוב אחר, והאם הסעיף הקובע שאין תביעות או היותה על התביעות יחשבו כמחילה גמורה. אך בטרם נדון בשאלת תוקף מחילת מזונות האשה הנעשית בדרך כזו, נקדים בירור הלכה, בשאלה העקרונית, האם על פי הדין ניתן למחול על מזונות האשה, גם כשהמחילה מפורשת.

מחילה על דמי מזונות האשה, והאפשרות לחזור ממחילה

כזו

במסכת כתובות דף נח: - "אמר רב הונא אמר רב, יכולה אשה לומר לבעלה איני ניוזנת ואיני עושה. קסבר, כי תקינו רבנן מזוני עיקר, ומעשה ידיה משום איבה, וכי אמרה איני ניוזנת ואיני עושה הרשות בידה. מיתבי, תקנו מזונות תחת מעשה ידיה. אימא תקנו מעשה ידיה תחת מזונות".

בתקנת חכמים שומעין לו", שהיא ביטול התקנה, על כן צריכה לומר כן בפני בית דין, דבלא"ה לא נעקרה התקנה. ויש להוסיף בזה, שכפי הנראה הריטב"א למד כן מתוך שיטת הרא"ה גופא. הריטב"א נקט בפשיטות, שהרא"ה לא היה אומר דבריו - "פקעה תקנת מזונות מינה, דלא ליהו מילי דרבנן כי חוכא", אם האשה אמרה כן בפני בעלה בלבד. אלא מאחר שדבריה צריכים להאמר בפני בית דין, ובית הדין פוסק שהתקנה מבוטלת ושלא תזכה במזונות, בנסיבות אלו, אם האשה תחזור בה, ותבקש להיות ניוזנת כתקנת חכמים, יש בכך משום חוכא.

אך שאר הראשונים והפוסקים לא הזכירו בדבריהם את הצורך שדברי האשה יאמרו בפני בית דין. מצינו בכמה מגדולי האחרונים שבארו את מחלוקת התוס' והרא"ה ותלו את חילוקי הדעות בשאלה האם עשו חיזוק לתקנת מזונות, שלא תוכל למחול על מזונותיה.

בספר בית יעקב סי' ס"ד כתב בדעת התוס' - "אם נאמר שאינה יכולה לומר איני ניוזנת ואיני עושה לעולם, ע"כ מהטעם שכתבו התוס' בכתובות דף מ"ז שאינה יכולה לעקור תקנת חז"ל כלל. וע"כ הא דיכולה לומר איני ניוזנת היום ואיני עושה, ולמחר אני ניוזנת ועושה, הוא מטעם שכתבו התוס' ריש פרק הכותב ... דאטו יש לה ליטול בעל כרחה מזונות, וכשרוצה חוזרת בה". עיי"ש בבית יעקב, שנראה שבאר שמחלוקת הר"ן והתוס' היא בשאלה האם עשו חיזוק שלא תוכל לעקור את התקנה, או שתוכל לעקור את התקנה ולא תוכל לחזור בה.

תוספת ביאור במחלוקת הראשונים מצינו בהפלאה עמ"ס כתובות דף מז: ההפלאה באר את דברי התוספות בלשון זו - "דברי התוספות מוכרחים הם מצד הסברא, דהא קיי"ל כרבי יהודה לקמן דף נ"ו דעשו חכמים חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, ולא מהני מחילה בכתובה, א"כ כיון דקיי"ל מזונות דרבנן, לא מהני מחילה, וממילא שיכולה לחזור בכל עת ... והא דמהני מחילה במזונות כל זמן שהיא אינה חוזרת בה, היינו משום דלא שייך חיזוק כל זמן שהיא אינה חוזרת. תדע, דלא עדיף מחיוב עונה, דלכו"ע עשו בו חיזוק, ולא פליג ר"י אלא על דבר שבממון, ואפ"ה אמרינן לקמן דף ס"א, ברשות כמה דבעי".

וכתב ההפלאה בביאור דברי הרא"ה - "אפשר דס"ל לרא"ה ור"ן ... במזונות שתיקנו חכמים מעשה ידיה כנגדו, ובמה דמוחלת מזונות היא מרווחת את מעשי ידיה לא עשו בו חיזוק, כיון דהיא ניחא לה במעשי ידיה טפי ממזונות, מהני מחילה. אבל התוספות לא ס"ל הך סברא, וגם במזונות עשו חיזוק שתוכל לחזור בכל עת".

ונציין לדברי הג"ר שאול ישראלי ז"ל בספר משפטי שאול סי' כו, שהעלה נפקא מינה מתוך שיטת הרא"ה, עפ"י ביאורו הנ"ל של ההפלאה, וז"ל - "יוצא מדבריו אלה, שכל זה הוא רק באומרת איני ניוזנת ואיני עושה, בזה הוא שלא עשו חיזוק, שעיי"ז היא מרווחת, וכפי שגילתה רצונה נוח לה יותר

עושה, אם רצתה למחר או כשתרצה לומר הריני עושה לך ואזון משלך, הרשות בידה. דמזונות דכל יומא חוב הוא באפי נפשיה".

הרי שהריטב"א ונמוקי יוסף בארו דעת התוספות שמאחר וחוב המזונות נוצר כל יום מחדש, על כן מחילה שמחלה על המזונות היום אינה מועילה לפטור ממזונות של מחר. ונראה בכוונתם, דהו"ל מחילה על דבר שלא בא לעולם. וכן ראיתי בספר ציץ אליעזר חלק ג' סי' לא (ד"ה ועי' ברא"ש) שכתב כדלהלן - "כתבו תוס' בכתובות מ"ז ע"ב דאינה יכולה למימר איני ניוזנת ואיני עושה עד עולם, דאינה יכולה לסלק נפשה כי אם ממזונות דהיום אבל לא מדלהבא. וטעמו של דבר דלא מהני, כמו שכתבנו משום דלא מהני מחילה בדבר שלא בא לעולם, ואף סילוק בכזה לא מהני. וכמו שמבואר בר"ן פרק הכותב גם בסילוק לא מהני בדבר שלא בא לעולם, כי אם היכא שהסיבה המחייבת איכא, אבל לא היכא דליכא כלל. ודוקא בכותב לה ועודה ארוסה, אבל קודם אירוסין אינו יכול לסלק עצמו. ובמזונות נמי דכל שעה ושעה איכא סבה מחייבת חדשה לכן לא מהני".

שיטת הרא"ה

הר"ן באר את שיטת הרא"ה, וכתב - "כל שאמרה איני ניוזנת ואיני עושה, מיד נתבטלה התקנה, ושוב אינה יכולה לומר ניוזנת אני ועושה, שאינו בדין שיהא הרשות בידה לשנות הדבר כל פעם כמו שתרצה, כשלא תמצא מלאכה תרצה להיות ניוזנת, וכשתמצא תאמר איני ניוזנת, ולקתה מידת הדין. אלא ודאי מיד שאמרה אי אפשי בתקנת חכמים הפסידה, ושוב אין לה מזונות".

וכן בחי' רבינו וידאל קרשקש (כתובות נח:): כתב - "וכתב רבינו ג"ר דכל שאמרה איני ניוזנת ואיני עושה מיד נתבטלה התקנה ושוב אינה יכולה לומר ניוזנת אני ועושה. דאין הרשות בידה לומר היום איני ניוזנת אבל למחר אני ניוזנת, אלא מיד שאמרה אי אפשי בתקנת חכמים שוב אין לה מזונות".

והריטב"א כתב - "מורי הרב הלוי ז"ל היה אומר דכיון שאמרה כן בפעם אחד בב"ד, פקעה תקנת מזונות מינה, דלא ליהו מילי דרבנן כי חוכא, ונראין דבריו ז"ל".

לדעת הריטב"א, מחילה על המזונות צריכה להיות בפני בית דין, וכן כתב הריטב"א להלן בדף נט, וז"ל - "אפילו לרב הונא דאמר יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניוזנת ואיני עושה, הני מילי כשאמרה כן בפירוש, אבל זו שאוכלת, אע"פ שהקדישה לא אמרינן נעשית כאומרת, דהא בב"ד צריכה לומר כן". וכן משמעות לשון הנמוקי יוסף (כפי שהובא לעיל).

ויש מקום לברר מדוע קבע הריטב"א את הצורך בבית דין, שהרי בעלמא לא מצינו שקניינים או מחילות יעשו דוקא בפני בית דין.

נראה בביאור דבריו, מכיון שהגדר במחילת המזונות הוא שבמחילה זו האשה נכנסת לדין של - "האומר אי אפשי

בסי' ע' סעיף ט', דחשיב מחילה ואין צריך קנין ... ואע"ג דמזונות תקנת חכמים, מ"מ מהני מחילתה, וכמו שכתבנו לקמן סי' ע"ז סק"ז. ולדעת הר"ן אינה יכולה לומר איני עושה, אלא א"כ אמרה איני ניוזנת לעולם, והיא איבדה זכות מזונות בזה שאינה נותנת מעשי ידיה. ולא שייך בזה חכמים עשו חיזוק לדבריהם אפילו לרבי יהודה נ"ו א', דמתחילה לא תקנו חכמים אם אינה נותנת מעשי ידה, ול"ק קושית הגרע"א סי' רכ"ד".

ויש להעיר שדברי החזו"א מנוגדים לדברי הריטב"א והנמוקי יוסף, וכן לדברי ההפלאה הגרע"א והבית יעקב בדעת התוספות, שלדבריהם לא תוכל לעקור תקנת מזונות, גם אם תאמר איני ניוזנת ואיני עושה לעולם. ולכאורה, הדברים מבוארים בגוף דברי התוס'. שהרי בתוס' (כתובות דף מ"ז:) כתבו בלשון זו - "ויש ליתן טעם אע"ג דלרב הונא יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניוזנת כו', התם משום דאינה מפקעת לגמרי התקנה, שאם אמרה היום איני ניוזנת ואיני עושה למחר תעשה ותהא ניוזנת, אבל אם אמרה איני נפדית ואיני נותנת פירות, הרי מפקעת לגמרי תקנת פירות, דהא פירות של כל ימיה הם תחת פרקונה. ואפילו את"ל דיכולה לומר איני ניוזנת ואיני עושה לעולם אכתי יש לומר דלא מצי אמרה איני נפדית שלא תטמע בין העובדי כוכבים".

הרי ששיטת התוספות, שהובאה בריטב"א, והפוסקים הביאו ודנו עליה, הם דברי תוס' בתי' הראשון, דס"ל שאינה יכולה להפקיע את התקנה, ובתירוץ זה ודאי דעת תוס' שאינה יכולה לומר איני ניוזנת ואיני עושה לעולם, כפי המבואר מהמשך דבריהם, שרק בתירוץ השני כתבו כן. על כן דברי החזו"א צ"ע.

וכן נציין לדברי מהרי"ט בתשובה חלק א' סי' מה שכתב להיפך מדברי החזו"א, וז"ל - "וכן מוכח מדברי התוס' בפרק נערה שנתפתתה, אפיסקא דחייב במזונותיה, דקאמר זמנין דלא מלו ופרוק לה מדידיה, דמשמע דמשום תקנתא דידה עשו, ומ"מ אינה יכולה לומר איני נפדת ואיני נותנת פירות לפי שמפקעת תקנת פירות לגמרי, משום דפירות בכל ימיה תקנו תחת פרקונה, אבל באיני ניוזנת ואיני עושה, אינה מפקעת לגמרי התקנה, דאם אמרה היום איני ניוזנת, למחר תעשה ותהא ניוזנת. אלמא אפילו אמרה איני ניוזנת לעולם, יכולה לחזור בה, ולא מהני אלא למה שעבר".

ישוּב הַרְאִיָּה מֵהַסּוּגִיָּא בְּמַסַּכְתָּא כְּתוּבֹת קִז. שְׁמוּעִילָה מַחִילָה
כמה אחרונים כתבו להוכיח מהסוגיא במסכת כתובות דף קז. שאשה יכולה למחול על מזונותיה ולא תוכל לחזור בה. יש לדון בהוכחה זו, ונקדים את הגמ' והפוסקים בסוגיא זו.

בגמ' נאמר - "איתמר, רב אמר פוסקין מזונות לאשת איש, ושמאל אמר אין פוסקין מזונות לאשת איש ... רב אמר פוסקין, דהא משועבד לה, ושמאל אמר אין פוסקין.

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, ניד"ד שויתור האשה על מזונות היה ללא כל תמורה, ומעשי ידיה במידה שתעשה משהו, הם של הבעל, בכה"ג מחילתה אינה תופסת כלל, ורשאית לחזור בה".

ולפי זה בנידון דידן שהבעל עזב את ביתו ואשתו לטובת אשה אחרת, ואינו זכאי לקבל את מעשי ידיה, או פירות נכסי מלוג, וזאת עפ"י המבואר בבית יעקב סי' צ' סעיף ה' שכתב - "דחז"ל לא תקנו מעשי ידיה ופירות תחת מזונות ופרקונה, רק לבעל ולא להמורד מאישות", וע"ע להלן סי' מה, ובמסגרת הסכם הממון, הבעל לא העניק לאשה זכויות שלא היו לה קודם לכן, אלא חילקו רכוש משותף בלבד. על כן לפי דרכו של הגר"ש ישראלי ז"ל, בנסיבות אלו אין מחלוקת בין התוס' לר"ן, ולכו"ע עשו חיזוק שלא תבטל תקנת המזונות.

והנה הגרע"א ז"ל בספר דרוש וחידוש מערכה טו אות כ' (ובתשובה ח"א סי' רכד) נקט בדעת תוס' שאינה יכולה להפקיע תקנת מזונות משום שעשו חיזוק, ובדעת הר"ן כתב דס"ל כתירוץ שני של התוס' בבבא בתרא דף מט: שמעיקרא לא עשו חיזוק אלא בתקנת חכמים שיש לה שורש בדאורייתא, כגון ירושה דאיכא ירושה דאורייתא, אבל בדבר דליכא כוותיה בדאורייתא לא עשו חיזוק. ולפי דרכו של הגרע"א ז"ל לא מצינו חילוק בשיטת הר"ן, בין אם האשה קבלה תמורה למקרה שלא קבלה, ובכל גווני, מעיקרא לא עשו חיזוק בדליכא כוותיה בדאורייתא, ועל כן לשיטת הרא"ה בנדון דנן, אם מחלה מחילה גמורה על מזונותיה, המחילה בתוקף, ושוב אינה יכולה לחזור בה.

העולה מדברינו - שיטת התוספות היא, שאין בכוחה של מחילה על מזונות להפקיע את החיוב. לדעת הריטב"א והנמוקי יוסף, הטעם מפני שהחיוב מתחדש בכל יום, ולא ניתן למחול על חיוב שעדיין אינו קיים. ולדעת ההפלאה, הבית יעקב והגרע"א ז"ל, המחילה אינה מועילה מכיון שחז"ל עשו חיזוק לדבריהם, שלא תועיל מחילה.

שיטת הרא"ה היא שלאחר שהאשה מחלה על מזונותיה, התבטלה התקנה ולא תוכל לשוב לתבוע דמי מזונות. לדעת הריטב"א, גם אליבא דהרא"ה, לא הופקעה תקנת חז"ל אלא אם נאמרה בפני בית דין, אך בשאר הראשונים והפוסקים לא מצינו תנאי זה.

הגר"ש ישראלי ז"ל כתב מכח דברי ההפלאה, שאם לא התקבלה אצל האשה תמורה כנגד הויתור על המזונות, עשו חיזוק לתקנתם שלא תועיל מחילה.

שיטת החזו"א

החזו"א אה"ע סי' עא סק"ח כתב - "הא דיכולה לחזור לדעת תוס', דוקא בדלא אמרה בהדיא שמקבלת כן לעולם, אבל אם אמרה איני ניוזנת לעולם, אחולי אחלה. ומשמע

עדיין אינו משועבד לה, ולא ניתן לדון שלא בפניו בחידוש חיובו במזונות.

דעת הגרי"א הרצוג ז"ל ותשובת יביע אומר בשאלת מחילת אשה על מזונותיה

מצינו שתי תשובות מחכמי זמנינו שדנו בשאלה זו האם יש תוקף למחילת האשה על מזונותיה.

בספר יביע אומר חלק ה' חור"מ סי' א' הביא פס"ד שנכתב כפס"ד של בית הדין הגדול, בנידון שיש בו דמיון מסויים למקרה שלפנינו.

באותו נידון הצדדים חתמו על הסכם פשרה בבית המשפט שבו הוסכם שהצדדים מוותרים על תביעותיהם ההדדיות וכן האשה מוותרת על מזונותיה וכתובתה, והוסכם להתגרש. אך לאחר זמן האשה חזרה בה מהסכמתה להתגרש ותבעה דמי מזונות, ובית הדין האזורי פסק ברוב דעות שלמרות ההסכם, האשה רשאית לחזור בה ולתבוע מזונות, והבעל חייב במזונותיה.

בכתב העירעור לבית הדין הגדול טען הבעל לפוטרו ממזונותיה הואיל והאשה ויתרה על מזונותיה במסגרת ההסכם שנחתם בבית המשפט, ומחילה אינה צריכה קנין. מזה עוד שבהסכם זה נכללו ויתורים הדדיים.

בפסק הדין קבע הגר"ע יוסף שליט"א לחייב את הבעל בתשלום מזונות, ובתוך דבריו כתב - "לכאורה בלא"ה יש לדון דלא מהני מחילת האשה למזונות דלהבא, לפמ"ש ההפלאה (כתובות צו:) תד"ה ור' יוסי, שדעת התוס' כדעת הפוסקים שחייב המזונות אינו מתחיל משעת כתיבה, אלא החיוב מתחיל בכל יום ויום. (וע"ע בהפלאה שם צו: תד"ה לאתווי). וכ"כ הריטב"א (כתובות נח: ד"ה ועוד). וכן מתבאר בשיטה מקובצת (כתובות נא) בשם הרמ"ה, שחייב רפואתה אינו חל בבת אחת, אלא הוא דומה למזונותיה שבכל יום ויום מתחייב דבר יום ביומו. וכ"כ בספר זכור לאברהם אביגדור (כתובות צו:). ע"ש. גם האבני מילואים (סי' סט סוף סק"א) כתב שכל שאמר לה צאי מעשה ידיך למזונותיך וקיבלה עליה, הרי נפטר ממזונותיה, משום שמחלה לו עליהם, אלא שמכיון שכל יום ויום חוב בפני עצמו הוא, וכמ"ש הריטב"א פרק אע"פ, לכך יכולה לחזור בה, שאע"פ שחוב המזונות בא בשעת נישואין, מ"מ כל יומא ויומא באנפי נפשיה הוא. ומכיון שחייב זה נתחדש כשהוא במדינת הים אין מגבין מנכסיו שלא בפניו. ע"ש. ולפ"ז י"ל כמ"ש הר"ן בתשובה (סי' כג), שכשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם, כך אינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם. ופסקו הרמ"א בחור"מ (סי' רט ס"ד). ע"ש. וע"ע בשו"ת הריב"ש (סי' תד) שכתב דהיכא דלא ידע דמחיל לא מהני מחילה, וכ"ש במה שלא בא לעולם וכו' ע"ש. וכ"כ בשו"ת מהראנ"ח (ח"א סי' כא, וח"ב סי' ט' וסג). ועיין בשו"ת הרשב"ש (סי' רמג), בדין אשה שהיתה מעוברת בזמן גירושיה מבעלה, ובעת הסכמתם לגירושין, ניאיתה לבקשת בעלה, ומחלה לו בקגו"ש מעכשיו מזונות וכסות

מ"ט רב זביד אמר אימא צררי אתפסה, רב פפא אמר חיישינן שמא אמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך". (ופרש"י - "וקבלה עליה").

ובהמשך הסוגיא - "מי שהלך למדינת הים ואשתו תובעת מזונות, ואם בא ואמר צאי מעשה ידיך במזונותיך רשאי".

הרמב"ם הלכות אישות פרק יב הלכה כ' פסק בלשון זו - "הבעל שאמר לאשתו בשעה שהלך, טלי מעשה ידיך במזונותיך, אין לה מזונות, שאילו לא רצתה בדבר זה ולא סמכה דעתה היה לה לתבעו, או לומר לו אין מעשה ידי מספיקין לי".

ובשו"ע סי' ע' סעיף ט' - "הבעל שאמר לאשתו בשעה שהלך טלי מעשה ידיך למזונותיך, ושתקה, אין לה מזונות". ועיין באבני מילואים ריש סי' סט שהביא מספר נתיבות משפט (להג"ר חיים אלגאזי ז"ל) שהקשה מסוגיא זו על שיטת התוספות. דלשיטת התוס' שאשה יכולה לחזור בה ולומר הריני ניוונת ועושה, א"כ גם אם הבעל אמר צאי מעשה ידיך במזונותיך והיא קבלה עליה, מאחר שהתוקף לחלות המחילה נובע מדברי האשה, שקבלה עליה, א"כ הרי היא רשאית לחזור בה ממחילתה.

וכן בספר מחנה אפרים (הלכות מוכר דבר שלא בא לעולם סי' ד) כתב - "ולע"ד נראה דכל שאמרה איני ניוונת ואיני עושה לעולם, אינה יכולה לחזור בה. וראיה לדבר דבפרק שני דייני גזירות דף ק"ז. אמרו במי שהלך בעלה למדינת הים, דשמואל סבר דאין פוסקין לה מזונות, דחיישינן שמא אמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך, כלומר וקיבלה עליה ופטרה אותו. ואם איתא דהיא יכולה לחזור בה, כי נמי אמרה הכי, הרי השתא חוזרת בה".

ולעיל הבאנו מדברי החו"א שהוכיח מפסק השו"ע בסי' ע' ס"ט (הנזכר) שמחילה מועילה ואינה יכולה לחזור בה ממחילתה.

ולענ"ד נראה, שאין הכרח מסוגיא זו להוכיח שאם מחלה וקבלה עליה שלא להיות ניוונת מבעלה, שלא תוכל לחזור בה. דשאני התם שקבלה עליה בעת שבעלה היה כאן, ואח"כ הלך למדינת הים. ובכה"ג שקבלה על עצמה לפרנס עצמה ולפוטרו ממזונות, לא תוכל לחזור בה שלא בפניו, ולהטיל עליו חיוב זה בלא ידיעתו. הניחא, כשבעלה כאן, היא יכולה לתבעו לבית דין, ולחזור בה ממחילתה, ובית הדין יפסקו להחזיר את חובת המזונות לבעל. אבל כשאינו כאן, לא ניתן לדונו שלא בפניו, ואין אפשרות לשוב ולחייבו כל עוד לא חזר ממדינת הים.

ואינו דומה למבואר בגמ' בדעת רב, שפוסקים מזונות לאשת איש שבעלה הלך למדינת הים, מטעם - "דהא משועבד לה". דהיינו מפני שמעולם לא הוסר השעבוד ממנו. אבל אם הוסר השעבוד ממנו כשאשתו ספקה, ומסוגלת לפרנס את עצמה, וקבלה על עצמה לזון את עצמה, בכה"ג בעת שהבעל במדינת הים ואשתו כאן תובעת מזונות, הבעל

מחילה. ומיהו י"ל שזה יותר מחוב של מזונות המתחדש דבר יום ביומו, שזהו חוב משעת ההלוואה, אלא שעכב את ההוצאה לפועל ע"י האחרת זמן פרעונו. ומ"מ נראים הדברים שהיינו הך.

ומיהו כשיבוא הדבר לידי מעשה נעיינ שוב ב"ה ונדון. והמקום יהא בעזרנו לפסוק דין אמת לאמתו, ינחנו במעגלי צדק למען שמו, אמן". עד כאן עיקרי דבריו.

יש מקום לתמיהה על תשובה זו שלא הזכיר דבר משיטות הראשונים בשאלת חזרה מאמירת איני נזונת ואיני עושה, ומדברי הפוסקים שהבאנו לעיל. וכן יש לתמוה שבתשובת יביע אומר, למרות שהזכיר דברי הריטב"א, לא הביא מכל הנזכר לעיל.

ביחס למה שדנו בשתי תשובות אלו, האם מחילה על מזונות נחשבת כמחילה על דבר שלא בא לעולם. יש לציין לדברי הבית יעקב סי' סט סעיף ו' המתייחסים לדברי הב"ש סק"ו שכתב למ"ד מזונות דרבנן לא מהני תנאי קודם הנישואין שלא יתחייב בשאר וכסות. וכתב הבית יעקב שאין סתירה לדברי הב"ש משיטת הר"ן שכתב שהאומרת איני נזונת ואיני עושה, שאינה יכולה לחזור בה. דלכאורה קשה מדוע לא יוכל להתנות על מנת שאין לה עליו שאר וכסות, ויחשב כאומרת קודם הנישואין אי אפשר בתקנת חכמים שתיקנו לי מזונות. וכתב הבית יעקב - "ע"כ צ"ל כיון דאין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם, לא מהני קודם הנישואין מטעם מחילה. דבשלמא אחר הנישואין שהחוב מזונות כבר חל, מהני מחילה, ואינה יכולה לחזור בה. משא"כ קודם הנישואין הוי כמוחלת דבר שלא בא לעולם, שאינה יכולה למחול מה שיתחייב לה, ויכולה לחזור בה, כמבואר בחו"מ סי' ר"ט. וע"כ אם נאמר שאינה יכולה לחזור בה, הוא מטעם תנאי או מטעם סילוק, דהוא כעין שיעור בזכות הנישואין שמשירת זכות זו שלא תזכה בה מכח הנישואין ... ובשיור תלוי במתנה על מה שכתוב בתורה".

מבואר, שהבית יעקב נקט בפשיטות, שאין לדון מחילת מזונות לאחר נישואין כמחילת דבר שלא בא לעולם, וזאת מפני שעצם החיוב כבר קיים. וכפי שנטה לומר הגרי"א הרצוג ז"ל.

אך נראה שדברי הבית יעקב נאמרו בשיטת הר"ן בלבד, וכמשמעות דבריו, יעוי"ש, אך שיטת התוספות, תתבאר כפי שבארו הריטב"א והנמוקי יוסף, מאחר שחיוב המזונות מתחדש בכל יום, יכולה לחזור בה ולומר הריני נזונת ועושה.

העולה מדברינו, שמחלוקת הראשונים (התוס' והר"ן) אינה מצומצמת לשאלת האומרת איני נזונת ואיני עושה אם יכולה לחזור בה, ומהביאורים שנאמרו במחלוקת זו עולה שהראשונים נחלקו בשאלה העקרונית של תוקף מחילת האשה על מזונותיה, לדעת הר"ן המחילה בתוקף, ודינה כמחילה על חיוב שבא לעולם, ולדעת התוס' מאחר שהחיוב מתחדש בכל יום, המחילה אינה בתוקף.

העובר שיוולד, וכתבו וחתמו שטר מחילה בכל לשון של זכות וייפוי כח לבעל על המחילה כנ"ל. והשיב, שאין כל תוקף לשטר מחילה זה, ולא מבעיא לדעת הרמב"ם (פי"א מה' מכירה), שהמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב, כגון שאמר אני מתחייב לזון אותך ה' שנים, וקנו מידו, לא נשתעבד, שאין כאן דבר ידוע ומצוי, ושכן הורו רבותיו, אלא אפילו להרמב"ן וסיעתו שאומרים שחייב, הני מילי בלשון התחייבות, אבל בלשון מחילה אינו כלום, שאין מחילה מועילה אלא על דבר שהוא חייב לו עתה, אבל במה שאינו חייב לו עדיין לא מהני, ואפילו מחל מעכשיו אינו כלום, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ע"ש. וה"נ י"ל שרשאית האשה לחזור בה ממחילתה מכאן ולהבא, ויש לחייבו במזונות מיום הגשת תביעתה למזונות, מאחר שגילתה דעתה שחזרה בה, ואין מחילתה הקודמת פוטרתו, דהו"ל דבר שלא בא לעולם. עכ"ל תשובת יביע אומר.

הגרי"א הרצוג ז"ל האריך בשאלה זו של מחילה על מזונות האשה, ונטה לומר שמועילה מחילה, אך השאיר שאלה זו ללא הכרעה. דבריו הודפסו בספר היכל יצחק חלק אה"ע ח"ב סי' לד', ולאחרונה בספר פסקים וכתבים (כרך ט') שו"ת בדיני חושן משפט להגרי"א הרצוג ז"ל סי' מ'.

ולהלן עיקרי דבריו - "לרגלי משפט בין איש לאשתו שבא לפנינו בבית הדין הגדול שהאשה מחלה על מזונותיה נתעוררתי לדברים דלהלן ... דבר זה ברור, שהדין שאין אדם יכול למחול על חיוב שעוד לא חל, (חו"מ ר"ט, סעיף ד', מתשובת רבינו נסים ז"ל סי' כ"ג), אינו פוגע ולא נוגע לענין מחילת האשה על מזונותיה. שאותו הדין לא נאמר אלא כשאין ממש שום התחלה לחיוב ... אפילו תאמר שענין המזונות הוא חיוב המתחדש דבר יום ביומו, אפילו כך אם מחלה האשה על מזונותיה כולם, בין החייב לה משכבר בין על העתיד, אם על הכל מחלה, אינה יכולה לחזור בה ... אומר אני שאפילו אם מזונות דרבנן, ואפילו אם נאמר כנ"ל, מכ"מ אין זה שייך לענין אין אדם מוחל על דבר שלא בא לעולם, שזה לא אמרו רבינו נסים ז"ל אלא בדבר שאין לו שום אחיזה בהוה לא של גורם לא של סבה וכדומה, משא"כ לענין מזונות האשה, שאפילו תאמר שהוא דבר יום ביומו, מ"מ הסיבה שגרמה למצב זה התקיימה בעבר בשעת הנישואין, וכל זמן שמצב הנישואין קיים היא קיימת ועומדת ... גם בחיוב האיש במזונות של האשה לאחר הנישואין, שכבר התקיימו, הדברים אמורים, שזה החיוב נובע מהחיוב שחל בנישואין, ונחשב חיוב ממשי במובן שכל ענין החיוב נחשב ממשי, ודו"ק".

בהמשך דבריו דן הגרי"א הרצוג ז"ל בשיטת הר"ן שאין יכול למחול על דבר שלא בא לעולם, ובסיום התשובה כתב - "וכן מצינו במהרי"ק ז"ל שורש פ"ט שפשוט בעיניו שמחילה מועילה בחוב שאיחר זמן פרעונו, והיינו שאין זה נחשב מחילה בדשלב"ל, והוא ע"כ שאינו דומה למכירה, ובכאן מה שממש דומה לפירות דקל דעבידי דאתי מועיל בו

שני פס"ד בפד"ר כרך ה' בשאלת מחילה על מזונות האשה

ב"כ הבעל בטענותיו, הסתמך על האמור בפד"ר חלק ה' עמ' 204 בפס"ד של בית הדין בבאר שבע וכן שם בעמ' 214 בפס"ד של בית הדין הגדול שאישר את פסק דינו של בית הדין באר שבע, ובאותו מקרה הצדדים עמדו לפני גירושין, ערכו הסכם גירושין שבו הסכימו להתגרש, והאשה ויתרה על מזונותיה וכתובתה. אלא שלאחר זמן האשה חזרה בה ואינה מסכימה להתגרש, ותבעה את מזונותיה.

בית הדין בבאר שבע (בהרכב הדיינים הגר"א קושלבסקי ז"ל יב"א הגר"מ אליהו שליט"א והגר"ח נברוצקי ז"ל) פסק כי מאחר שהוסכם על גירושין, ההסכם מחייב, ואף שאין כופין את האשה להתגרש בעקבות הסכם זה, עכ"פ מאחר ונתינה בעל כרחיה שמה נתינה, על כן לענין שאר סעיפי ההסכם אנו דנים אותה כמי שקבלה את הגט. וכשם שלאחר גירושין אינה זכאית למזונות, ה"ה בנסיבות הנ"ל. רק מעמדה האישי אינו משתנה בלא קבלת הגט בפועל, ונשארת נשואה, אך ביחס לשאר סעיפי ההסכם, דנים אותה כמי שכבר התגרשה.

לפי דרכם, לא מכח עצם היותו על המזונות אתינן עלה, אלא מכח ההלכה שנתינה בעל כרחיה שמה נתינה, ולדעת מהר"י בי רב (שהובא בב"י) הדין כן, כשהבעל רק מוכן ומזומן לגרשה ובלא שניתן גט. והטעם לשלילת המזונות באותו נידון אינו מפני התוקף שיש למחילה על המזונות. רק לאחר שכתבו את הטעם הנ"ל, הוסיפו לדון בשאלת התוקף שבמחילת המזונות, ועיי"ש בס"ק יט שרמזו לדיון בשאלה זו, אך לפי דרכם באותו פס"ד, לא ראו צורך להרחיב ולהכריע בשאלת תוקף המחילה.

בפס"ד מביה"ד הגדול (שם עמ' 214, בהרכב הדיינים הגר"ע הדאיה ז"ל יב"א הגר"ש אלישיב שליט"א והגר"ב זילטי ז"ל) דחו את העירעור על פסק דינו של ביה"ד בבאר שבע. פס"ד התבסס על כך שהאשה חתמה על הסכם גירושין שבו ויתרה על כתובתה. ועיקר סברתם היא, מאחר שנחלקו ראשונים במוחלת על כתובתה האם הפסידה זכותה למזונות, גם למ"ד שלא הפסידה מזונות, עכ"פ באם התחייבה לקבל גט והבעל מוכן ומזומן לתת גט זה, אין מקום לחייבו במזונות, עיי"ש.

במקרה שבפנינו, האשה לא התחייבה לקבל גט, וההסכם אינו כולל את הסכמת האשה להתגרש, על כן פסק הדין של בית הדין בבאר שבע אינו נוגע לנדון דנן.

וכן פסק הדין של בית הדין הגדול אינו מקור לסייעתא לטענת הבעל, מאחר שבנידון זה אין ויתור על הכתובה. ההסכם אינו קובע דבר ביחס לכתובה, והאשה לא ויתרה על כתובתה. הדעת נוטה שאין בכוחו של היתור הכללי על כל תביעות, להחשב כמחילה על הכתובה, יעויין בשו"ע אה"ע סי' ס"ג ובנו"כ, ובאוצה"פ, ויש מקום להאריך בזה, אך אין צורך בכך מאחר וגם אילו היה ויתור מפורש על הכתובה, אין לקבלו כיתור תקף, מאחר ששטר הכתובה של אשה זו מנוסח כדלהלן

והנה הרמ"א סי' פ' סעיף יח כתב - "וכל אשה יש לה מזונות, אע"פ שאין כתובתה בידה, ואינו נאמן לומר שמחלה לו, רק בראיה ברורה, ואפילו על מזונות שעברו, אם לא טען לא טענין ליה, וצריך לישבע שמחלה לו". ודבריו לקוחים מדברי תשובת הרשב"א שבב"י סי' עז. וצ"ע שהרמ"א סתם דבריו כדעת הסוברים שמחילה מועילה, למרות שבסי' סט הביא מחלוקת באשה האומרת איני נוזנת ואיני עושה וחוזרת בה. והיה נראה לומר שהעיקר כדבריו בסי' סט, שם מקומה של הלכה זו, ועל כן הרמ"א מצא מקום לפרט מחלוקת זו בסי' סט בלבד.

וראיתי בהפלאה בסי' פ' ס"ק כא שכתב - "והא דמשמע כאן, מלשון רק בראיה ברורה, דמועילה מחילה במזונות להבא, אף דלעיל סי' סט הביא פלוגתא בזה אי מועילה מחילה במזונות, ועמ"ש שם, די"ל דהכא מיירי בראיה שכתבה לו". עכ"ל. הרי שהעיר על הרמ"א, ודבריו בישוב דברי הרמ"א קצרים, וכפי הנראה כוונתו, שמחילה המועילה לכו"ע, היינו אם כתבה לו התקבלתי, וכעין המבואר באה"ע סי' סו ס"ג. עכ"פ ההפלאה לא מצא מקום לחלק בין מחילה המועילה לכו"ע, לאומרת איני ניזונת ואיני עושה, שנחלקו בה ראשונים, ומבואר בדבריו שנקט בפשיטות כי גם אומרת איני ניזונת ואיני עושה נחשבת כמוחלת את המזונות.

מסקנת הדברים

נראה שהדרך המרווחת היא, לתלות את שאלת תוקף מחילת האשה על מזונותיה במחלוקת התוס' והר"ן, ודין האומרת איני ניזונת ואיני עושה כדין מחילה על המזונות. לשיטת תוס' לא מהני מחילתה. ושתי דרכים נאמרו בביאור שיטת התוס'. לדעת הריטב"א והנמוקי יוסף המחילה אינה תקפה מפני שחיוב מזונות נוצר בכל יום מחדש, ומחילה קודמת נחשבת מחילה על דבר שעדיין לא בא לעולם ואינה בתוקף. ולדעת ההפלאה הגרע"א והבית יעקב הטעם מפני שחז"ל עשו חיזוק לתקנתם שלא יוכלו לבטלה.

לשיטת הרא"ה והר"ן מועילה מחילה, ואינה כמחילה על דבר שלא בא לעולם. ועל כן יכולה לומר אי אפשי בתקנת חכמים, והתבטלה התקנה ולא תוכל לחזור בה ממחילתה.

לדעת הריטב"א, המחילה אינה בתוקף אלא אם כן נעשתה בפני בית דין, אך הפוסקים לא הזכירו שיטה זו. וכן הבאנו את פסק דינו של הגר"ש ישראלי ז"ל שבמקום שאינה מקבלת מעשי ידה וכיוצ"ב בתמורה ליתור על המזונות, גם הר"ן יודה שתוכל לחזור בה ממחילתה.

הלכה למעשה אין הכרעה במחלוקת התוס' והר"ן, וכפי שכתב בשו"ת שואל ונשאל (שהובא לעיל). ודין זה יהיה תלוי בשאלה האם במקום שיש ספק המוציא מחבירו עליו הראיה, ואין מוציאים מהבעל מספק, או שלענין מזונות, האשה נידונת מוחזקת במזונותיה, ואכמ"ל בזה.

מלבד זאת, מאחר שבשטר הכתובה נאמר שהבעל נשבע בשבועה חמורה לקיים את כל ההתחייבויות שבכתובה, ראוי לפרש את ההסכם כהסכם שאינו מתייחס ליתור על כתובה, ובכך לא יחשב כמי שעובר על שבועתו זו.

על כן, הן לפי העקרונות המבוארים בפסק הדין של ביה"ד בבאר שבע והן לפי העקרונות המבוארים בפסק הדין של ביה"ד הגדול, אין להקיש לנידון שבפנינו שהאשה תפסיד את זכותה למוזנות עבודה. וכאמור לעיל שאלה זו תלויה במחלוקת ראשונים.

מחילה שאינה מפורשת

אמנם לא מצינו בשאר הראשונים ובפוסקים שיסכימו לדעת הריטב"א, שמחילת המזונות צריכה להעשות בפני בית דין. אך עכ"פ נראה שלכו"ע לא מהני מחילה המתפרשת מתוך אמירה כללית, כגון הצהרה משותפת בהסכם שלא יהיו תביעות למוזנות. אלא בהכרח שהדברים יאמרו בבירור ובמילים מפורשות, ובלא"ה אין אנו שומעים בדבריה את האמירה הברורה – "אי אפשי בתקנת חכמים". אמנם לעיל העלנו, דנקטינן להלכה כסברת ספר דברי גאונים, שאם הדברים מנוסחים בלשון – "אין תביעות" וכיוצ"ב מהני. אך היינו מפני שמתוך דברים עולה אומדנא והוכחה שאמנם מחל לו. אך זוהי אומדנא בלבד, ולא דברים מפורשים, וכמו שכתב הדברי גאונים (הנוכח) – "הוי הוכחה שהוא מוחל לו". אך נראה שאמירה המביעה עקירת תקנת חכמים, צריכה להיות מפורשת, ואין די אם כוונה זו משתמעת מתוך לשון עקיפה בלבד, וכמו שיתבאר.

בגמרא במסכת כתובות דף ע: נאמר – "ואם איתא להא דרב הונא אמר רב, דא"ר הונא אמר רב יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניזונת ואיני עושה, קונם שאני עושה לפיך, אמאי אינו צריך להפר, לימא מתוך שיכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה, נעשה כמי שאומרת לו איני ניזונת ואיני עושה. אלא לא תימא נעשה, אלא באומר לה צאי מעשה ידיך במוזנותיך". מבואר שמצד משמעות הדברים, כשאשה אומרת קונם שאני עושה לפיך, נעשה כאומרת איני ניזונת ואיני עושה, ואע"פ כן לא מהני, ובהכרח שתאמר כך בפירוש.

וכתב בחי' הרא"ה עמ"ס כתובות דף ע' – "ומדקאמרינן לא תימא נעשה, אלא אימא באומר לה צאי מעשה ידיך למוזנותיך, מסתברא דהאי תקנתא לא מיבטלה לעולם אלא אם כן בפירוש, וכן נראין דברים", עכ"ל.

וכן כתב בחי' רבינו קרשקש וידאל עמ"ס כתובות (שם), וז"ל – "ומדאמרינן לא תימא נעשה אלא באומר לה צאי מעשה ידיך במוזנותיך. שמעינן, מאי דכתיבנא לעיל, דאליבא דרב הונא דוקא בדאמרה בפירוש איני ניזונת, הא לאו הכי לא. דהכא אע"פ שאסרה לו מעשה ידיה והוה ליה כמאן דאמרה בהדיא איני ניזונת, אפ"ה אמרינן דאינו צריך להפר דמשועבד זה, אלמא דלעולם לא מיבטלה תקנה עד דאמרה בהדיא איני ניזונת".

- "החייבים שהתחייב החתן ... ואל יפתנה שתמחול לו כתובתה כולה או מקצתה, ואם יפתנה ותמחול, הרי המחילה בטלה ומבוטלת, וחשובה כחרס הנשבר וכדבר שאין בו ממש".

מלבד חתימת העדים על הכתובה, החתן חתם, וחתימתו מחייבת אף אם לא היה מודע לכל הפרטים המופיעים בשטר, כמבואר בשו"ע חו"מ סי' מה סעיף ג' – "הודאה בחתם ידו והשטר בגופן של עכו"ם והדבר ברור שאינו יודע לקרות, ויש עדים שחתם עד שלא קראו, מ"מ מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו", ובב"י הביא את מקור הדין מתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן שבאר הלכה זו – "כיון שלא חשש לקרותו וסמך על הסופר, שכל הסומך על נאמנות של אחרים הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר מי שהאמין על עצמו, והיינו טעמא דשליש ... וכל שכן הכא שסומך על אחרים אף על פי שאינו יודע מה שכתבו עליו ולא חשש לקרותו וחתם בחותם ידו, שהוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שכתוב בו".

ועיין בשו"ת בית יוסף דיני כתובות סי' ד' שכתב – "אם מנהג פשוט באותה העיר לכתוב בכתובות תנאי שלא יוכל לפתותה שתמחול שום דבר מסך כתובתה, ואם תמחול יהיה כחרס הנשבר ... אע"פ שיש לי גמגומי דברים על מי שעבר ופתה אשתו שתמחול לו ומחלה לו, אם אותה מחילה בטלה מפני תנאי זה, דאיכא למימר דמחילתה קיימת, דהיאך אדם מתנה שאם ימחול שלא תהא מחילתו מחילה, אם כפי הדין היא מחילה. ואפשר דבקנין מצי לסלקי נפשיה מההיא מחילה, שכל פעם שתמחול, יחול קנין החיוב, ואפילו מאה פעמים". וע"ע בשו"ע חו"מ סי' סו סעיף כג במש"כ – "אפילו אם התנה עמו שלא יוכל למוחלו, אם מחלו מחול", והיינו כסברא שכתב בתשובה הנוכרת, "דהיאך אדם מתנה שאם ימחול שלא תהא מחילתו מחילה, אם כפי הדין היא מחילה". אך אע"פ כן, מאחר שנעשה קנין על ההתחייבויות שבכתובה, וכמפורש בכתובה זו, בכה"ג מהני התחייבות שלא תועיל מחילה, וכמסקנת הב"י בתשובה זו.

וכדברים אלו מבואר בשו"ת מהריב"ל ח"ב סי' מז שכתב בתוך דבריו – "בנדון דידן קנו מידו עכשיו בכל תנאי הכתובה, וכי היכי דהתם המכירה עדיין לא באה לעולם, ואפילו הכי מצי לחייב את עצמו. הכי נמי בנידון דידן אף על גב דהמחילה לא באה לעולם, מצי לחייב את עצמו שאם תמחול לו אשתו כתובתה שלא תועיל לו המחילה, אלא שהחיוב הראשון במקומו יעמוד ומחייב את עצמו מעכשיו בשיעבוד הראשון ... וממה נפשך בנידון דידן אנו למדין מההיא מימרא דמצי לחייב את עצמו מעכשיו בקנין לכשתמחול ויחזור ויחול החיוב מדמעיקרא ... הכלל העולה מהדברים ... אין המחילה מחילה כיון שכתב שמעתה ומעכשיו הוא מחייב עצמו לכשתמחול וכדכתבין ותו לא מידי".

מכל הנ"ל נראה לקבוע בנידון דנן חיוב הכתובה עומד בעינו, מה עוד שהויתור על הכתובה אינו מפורש, אלא לכל היותר יוצא מתוך ההסכמה שלא לתבוע תביעות נוספות.

זו לתקנתה נתקנה יכולה לומר שאינה רוצה בה. ומיהו דוקא במזונות הוא דסגי באמירה בעלמא ואפילו לאחר שנשאת, מפני שאין לה קרקע קנוי לצורך מזונות, והרי הוא כחוב אצלו, וכשאומרת איני ניזונת דמיא למחילה".

הרי שהריטב"א הישווה אמירת איני ניזונת וכו' למחילה, ולא מצא מקום לחלק ביניהם, כסברת המל"מ.

מלבד זאת, לפי דרכו של ההפלאה, פשיטא דליתא לדינו של המל"מ (בדעת התוספות), דמכיון שעשו חיזוק לתקנת מזונות, אין סברא לחלק בין אומרת איני ניזונת וכו' למוחלת על מזונותיה.

ולפי דרכם של הריטב"א וההפלאה, קיים חילוק בין מחילת מזונות שכבר זכתה בהן, לבעל האומר על מנת שאין לי עליך שאר וכסות, הנאמר כתנאי בטרם נישואין, ובטרם חלה תקנת המזונות לזכותה, שאין צורך בהפקעת תקנה וביטול זכות שכבר זכתה בה, אלא מלכתחילה לא חלה עליה תקנה זו.

ויש להקשות, לפי דרכו של המל"מ, כיצד ניתן לחלק בין האומרת איני ניזונת ואיני עושה ובין מוחלת על מזונותיה. לכאורה הדבר פשוט שבתוך דבריה של האומרת איני ניזונת ואיני עושה, מצד אחד, במשמעות דבריה, אמירה של אי אפשי בתקנת חכמים, אך גם שומעים בתוך דבריה מחילה ברורה על מזונותיה, ומדוע שלשית התוספות, לא תבוטל זכותה למזונות מכח מחילה זו. ומתוך קושיא זו, בהכרח לומר אליבא דשיטת המל"מ, שלענין מחילה על זכות זו של מזונות, לא די באמירת דברים שמהם עולה משמעות של מחילה, ואפילו אמירת איני ניזונת ואיני עושה, לדעת התוספות, אינה מספיקה לעקור חיוב המזונות, כי עכ"פ אף שיש בדבריה אמירת אי אפשי בתקנת חכמים, אין כאן לשון מחילה ברורה, ויתכן שבכוונתה להמנע כעת מזכות המזונות שתקנת חכמים מזכה אותה, אך אין בכונתה לעקור ולבטל לגמרי את התקנה. ולדעת המל"מ, בלא שהאשה תאמר דברים ברורים מהם עולה שהיא מוחלת על עצם הזכות לקבל מזונות, לא פקעה זכותה. וכעין ההלכה שבה עוסק המל"מ במקדש את האשה על מנת שאין לו עליה שאר וכסות, שבמקרה זה נאמרו על ידה דברים מפורשים שלא תהיה זכאית לדמי מזונות עבורה.

(אמנם מהריטב"א והאחרונים הנזכרים לעיל עולה דרך אחרת בביאור התוספות, אך למל"מ דרך אחרת).

ולפי זה מחלוקת התוס' והרא"ה תתפרש בדרך זו. לכו"ע באמירת "איני ניזונת ואיני עושה" אין משמעות של מחילה על מזונות, מאחר שמחילה כזו צריכה להיות מפורשת וברורה. לדעת הרא"ה באמירת "איני ניזונת ואיני עושה", אנו שומעים אמירת "אי אפשי בתקנת חכמים", ועל כן התבטלה התקנה ואינה יכולה לחזור בה, כדי שלא יהיו דברי חכמים כחוכא או כדי שלא תלקה מידת הדין כמבואר בר"ן. ולדעת התוס' אין בדבריה משום עקירת התקנה, אלא הודעה שלעת עתה אינה מעוניינת לקבל מזונות.

הרי שהרא"ה ורבינו קרשקש לא תלו את העדר עקירת התקנה במה שאין בדבריה משמעות של עקירת התקנה, ורבינו קרשקש כתב - "דהכא אע"פ שאסרה לו מעשה ידיה והוה ליה כמאן דאמרה בהדיא איני ניזונת", ואפ"ה לא מהני. והטעם מפני שהדברים לא נאמרו בפירוש.

ומבואר בדבריהם, דשאני תקנת מזונות שאינה נעקרת בלשון עקיפה, אלא רק בלשון ברורה ומפורשת.

במקרה שבפנינו, בהסכם הממון, הקביעה שאין תביעה למזונות נכתבה באופן עקיף ובצורה כללית שהצדדים מוותרים על כל טענות או תביעות מהשני, ולשון הויתור אינו מתייחס בפירוש למזונות, אלא מתייחס בצורה כללית לכל הטענות או התביעות האפשריות. הרי שחסרה אמירה ברורה ומפורשת שהאשה מוחלת על מזונותיה, על כן לפי דרכם של הרא"ה ורבינו קרשקש לא הפסידה מזונותיה.

הטעם בהלכה זו - מאחר שהמחילה מקבלת תוקף מפני שהיא כהכרזה - "אי אפשי בתקנת חכמים", יש צורך בהכרזה מפורשת, אך לאמירה כללית ועקיפה אין כח לעקור תקנת חכמים.

שיטת המשנה למלך

המשנה למלך בהלכות אישות פ"ו הלכה י' כתב - "גבי שאר וכסות, פשיטא שאם מחלה לבעלה שעבוד השאר והכסות, דשוב אינה יכולה לחזור בה, ומחילתה מחילה. הרי זה דומה למי שנתחייב לחבירו לזנוג וחזר ומחל לו אותו השעבוד, דמחילתו מחילה, ופקע מהמתחייב אותו השעבוד. ואל תשיבני מההיא שנחלקו הראשונים ז"ל באומרת איני ניזונת ואיני עושה, דאיכא מ"ד שיכולה לחזור בה כל זמן שתרצה, וכמו שהביא מחלוקת זו מרן בטאה"ע סוף סי' פ' יע"ש. דהתם לאו מדין מחילה נגעו בה, אלא מדין האומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו, וכדאיתא בר"פ הכותב, ובוזה הוא דאיכא מ"ד דיכולה לחזור ולומר אפשי ואפשי בתקנת חכמים. אבל במוחלת שעבוד השאר והכסות, פשיטא שאינה יכולה לחזור בה ומחילתה מחילה. ולפי זה ס"ל לרבי יהודה דבשאר וכסות תנאו קיים דמחילתה מחילה, אבל בעונה דאין מחילתה מחילה, תנאו בטל, לפי שאף שתמחול לו לא מהני".

לכאורה יש להעיר על דברי המל"מ, ממש"כ הריטב"א בביאור שיטת התוספות, ולפי דרכו הטעם שיכולה לחזור בה ולומר אני רוצה להיות ניזונת ועושה, מכיון שחיוב המזונות נוצר מחדש בכל יום, ולא תועיל מחילה בדבר שלא בא לעולם. ולפי זה אין חילוק בין אומרת איני ניזונת ואיני עושה, לבין אם מחלה בפירוש על מזונותיה.

ונציין לדברי הריטב"א בחי' עמ"ס גיטין דף עז. שכתב - "דאמר רבא דיכולה לומר במזונות אי אפשי בתקנת חכמים, דבדבר שהוא להנאתו שומעין לו ויכול להתנות שלא יזכה בהו, וכדאמר רב הונא דיכולה אשה לומר איני ניזונת ואיני עושה, משום דעיקר התקנה משום מזונות היו, וכיון דתקנה

ראשונים אם תוכל לחזור בה, למחלת מחילה גמורה על המזונות.

אך עדיין דברי האבני מילואים לכאורה צ"ע. מאי שנא אותה מחילה שהזכיר בתחילת דבריו, דלא מהני לבטל את חובת המזונות מעיקרה, ואף נגרע חלקה מדין אשה האומרת איני ניוזנת ואיני עושה, ובמה שונה מחילה זו מאותה מחילה המוזכרת בסוף דבריו, שעליה כתב האבני מילואים - "הרי כאן מחילה גמורה על המזונות", ובעקבות מחילה כזו פקעה תקנת מזונות, ואינה יכולה לחזור להחזיר את חיוב המזונות לקדמותו.

ונראה שהאבני מילואים סבר, כפי שבארנו לעיל בדעת המל"מ, שמחילה על הזכות למזונות צריכה להיות ברורה ומפורשת, וכל עוד ניתן לפרשה בדרך מצומצמת, שאינה עוקרת את עצם הזכות למזונות, אנו מפרשים דבריה בדרך זו. ועל כן כשהבעל אמר צאי מעשי ידיך למזונותיך והאשה הסכימה, אלו דברים ברורים הקובעים את ביטול חובת המזונות. משא"כ לשון מחילה גרידא, הנאמר על ידה, אם ניתן לפרשו במשמעות שאין בה הפקעה מוחלטת ובלתי חוזרת, כגון שניתן לפרש דבריה כמי שמוחלת על ביצוע בפועל של התשלום לפרק זמן מסויים שבו לא תקבל את מזונותיה, לעולם נפרש דבריה בדרך המצמצמת את היקף המחילה.

אך עדיין דברי האבני מילואים צ"ע. לאחר שהביא מדברי הריטב"א שקבע שחיוב המזונות מתחדש בכל יום, מאי שנא אם אמרה הריני מוחלת המזונות ואיני עושה, או שמחלה לאחר שבעלה אמר צאי מעשי במזונותיך והסכימה. הרי בכל גוונא, לא תועיל מחילה על חיוב שעדיין אינו בעולם.

ולפי דרכינו, יתכן לדחוק ולבאר, שהאבני מילואים סבר בדעת הריטב"א, בדרך אחרת ממה שבארנו לעיל. ולא מדין מחילה על דבר שלא בא לעולם אתינן עלה. דמזונות אינן כדבר שלא בא לעולם, וכפי שהבאנו מדברי הבית יעקב, אלא כוונת הריטב"א לומר שבסתמא אין כוונתה למחול על חיוב שזמן פירעונו עדיין לא הגיע. אבל אם תמחול בפירוש מחילה גמורה, תועיל מחילתה.

מסקנת הדברים

גם לשיטת הרא"ה וסייעתו, שמועילה מחילה על מזונות האשה, עכ"פ אין די בלשון המועילה בשאר ענייני הממון, כגון הצהרה שלא יהיו תביעות, וכיוצ"ב, אלא בהכרח לנסח את הסכם בלשון מפורשת וברורה שבה יכתב שהאשה מחלה על מזונותיה ואינה זכאית יותר למזונות עבודה וכיוצ"ב. אך אין בכח ניסוחים, מהם המחילה משתמעת רק בעקיפין, לעקור ולבטל את זכותה של האשה למזונות.

ספק בפרשנות הסעיף הקובע מחילה

ונוסיף בזה, כי גם בשאר דיני ממונות, הלכה היא שבמקום שמתעורר ספק, האם האדם מחל על זכויותיו

ולפי זה בנידון דידן שהדברים נאמרו בעקיפין וכמבואר לעיל, לכו"ע אין בדבריה מחילה ברורה ומפורשת על המזונות. וגם לדעת הרא"ה אין הכרח לראות במשמעות דבריה אמירה הקובעת "אי אפשי בתקנת חכמים", ובהתאם למבואר לעיל מהרא"ה ורבינו קרשקש שאמירה כזו צריכה להיות מפורשת להדיא.

ולפי דרכינו בבואור המל"מ, יתבארו דברי האבני מילואים בסי' סט סק"א, אשר תמוהים בהשקפה ראשונה. האבני מילואים (ד"ה והנלענ"ד) כתב - "צריכה ג"כ דוקא לומר לישנא דאיני ניוזנת, דהו"ל כאומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לה כדאיתא ריש הכותב, אבל אמרה הריני מוחלת לך מזונות ואיני עושה, לא מהני. דהא צריכה לומר אי אפשי בתקנת חכמים. ודוקא כשאומרת איני ניוזנת הוי כאומרת אי אפשי בתקנת חכמים. אבל האומרת הריני מוחלת, עדיין היא רוצה בתקנת חכמים, שהרי גם אם יש לה מזונות יכולה היא למחול, כמ"ש תוס' פרק אע"פ (דף נ"ו) ד"ה ה"ז מקודשת ותנאו בטל כו' דדוקא באומר על מנת שאין לך עלי דין שאר וכסות, אבל בעל מנת שתמחלי שאר וכסות יכולין הם ע"ש. וא"כ הכא דצריכה לומר אי אפשי בתקנת חכמים, צריכה למאן בתקנת חכמים ובדין מזונות, ואם אומרת הריני מוחלת, הרי יש לה מזונות, וכאילו קבלתן וצריכה ליתן מעשי ידיה לבעלה, וממילא כיון דצריכה דוקא לישנא דאיני ניוזנת, ר"ל שאינה רוצה בדין המזונות, מה"ט יכולה לחזור בה, וכמ"ש הריטב"א פרק אע"פ משום דכל יומא ויומא חוב באנפי נפשיה ע"ש, ומשום הכי יכולה עכשיו לומר שרוצה בתקנת חכמים, כיון דלא מחלה המזונות אלא אמרה אי אפשי בדין המזונות", עכ"ל.

מתוך דבריו אלו של האבני מילואים עולה שאם אומרת איני ניוזנת ואיני עושה, יכולה לחזור בה, אך כל עוד לא חזרה בה, הדין הוא שלעת עתה, אין ביחס אליה תקנת חכמים, ולא תיוון ולא תעשה. ואילו אם אמרה בלשון מחילה, הריני מוחלת לך המזונות ואיני עושה, גרע, ולא פקעה תקנת חכמים אפילו לזמן, ונחשבת כמי שאומרת ביחס למזונות הריני כאילו התקבלתי, וחייבת במעשי ידיה. ומבואר מדברי האבני מילואים שבמקרה כזה, מאחר שהמזונות של כל יום הן חיוב חדש, ודאי תוכל לחזור ולבקש להיות ניוזנת.

ובהמשך דבריו כתב האבני מילואים - "אבל בעל האומר צאי מעשי ידיך במזונותיך, והאשה נתרצית לו, הרי כאן מחילה גמורה על המזונות, ושוב אינה יכולה לחזור בה כדין כל מחל חובו. דדוקא באומרת איני ניוזנת דלאו מדין מחילה היא, אלא מדין הפקעת תקנת חכמים, לכך יכולה לחזור ולומר רוצה אני בתקנת חכמים. משא"כ כשהבעל אומר לה צאי מעשי כו' והיא מתרצה, הרי מחלו זה לזה, ומחילה אינה צריכה קנין ואינם יכולים לחזור. ודו"ק", עכ"ל. נראה שהאבני מילואים סתם דבריו כשיטת המל"מ המחלק בין אומרת איני ניוזנת ואיני עושה, שבה נחלקו

אותו הלשון חייב, וראיה ממ"ש הרמ"א בסי' סה סעיף כג שאומר שטר אחד מחול שהקטן מחול. והטעם דכל שקונה מחמת הלשון, אינו קונה רק מה שהוא ברור בלשונו ולא מה שיש בו ספק ... דאין כוונת האדם בלשונו רק על דבר הברור שבמשמעות לשונו, ולא על משמעות הספק שבלשונו, דלא מחית איניש נפשיה לספיקא ... משום הכי במחול ויש ספק בלשונו, לא קנה רק דבר הברור שבלשונו."

כל הנ"ל ביחס למחילה בעלמא, ובספר גינת ורדים חלק חו"מ כלל ג סימן כח (ד"ה עוד הקשה) כתב סברא דומה ביחס לספק מחילת מזונות אלמנה - "ראוי לנו לזכותה ולומר שלא מחלה, כיון שחיוב מזונותיה ברור, וראוי לדונה כמוחזקת בנכסים. והא למה זה דומה, לחוב שבין אדם לחברו ורוצה הלוח ליפטר מחובו בטענה שמא מחל לו המלוה חובו, דאמרינן ללוח עליך להביא ראיה על כך."

העולה מכל האמור, שאין לקבוע שהאשה מחלה מחילה גמורה על זכותה היסודית למזונות וללא הגבלת זמן, אלא כשהדברים ברורים ומפורשים. אך במידה שניתן לפרש את מחילתה בפירוש המצמצם את המחילה, עלינו לפרשה כך. ועל כן גם בנידון דנן אין הכרח לפרש את ההסכם כקובע את ביטול זכותה למזונות מכל וכל. וניתן לפרשה כהצהרה להמנע מתביעת מזונות, ובמשמעות שאינה מבטלת מעיקרה את זכותה למזונות. ולפי האמור לעיל, בנסיבות אלו לא התבטלה זכותה הבסיסית למזונות, ולהלן נוסף לפרט בנקודה זו, של פרשנות ההסכם.

תוקף המחילה כפוף לגורמים נוספים

במקרה דנן יש מהדיינים שדנו במקרה זה, שדעתם לתת תוקף למחילת המזונות שבהסכם. נראה להוסיף בזה, שגם אילו המחילה אכן בתוקף כדעתם. או לפי דרכינו המבוארת לעיל, גם אילו המחילה היתה מפורשת וברורה, עדיין קיימת אומדנא דמוכח שהמחילה מותנית ונקבעה בכפוף לכך שהאשה תקבל את זכויות הממון המוקנות לה במסגרת ההסכם. שהרי לא יעלה על הדעת שהאשה מחלה על מזונותיה, בלא שהבטיחה לעצמה אמצעי קיום ומחיה חילופיים.

נסיבות המקרה הנוכחי מובילות למסקנה פשוטה, שלאשה לא היתה כל סיבה לוותר על זכויותיה. אדרבה, הבעל נטש את הבית ללא עילה מוצדקת, אלא מפני שנתן עיניו באשה אחרת, ופשיטא שהאשה לא מחלה על זכויות ממון ללא ששוכנעה שאמצעי הקיום שיעמדו ברשותה בהתאם להסכם, יספיקו למחייתה למשך שנים רבות. מה עוד שהצדדים חיו ברווחה כלכלית הרבה מעל המקובל, ולא היה אילוף כלכלי למחילה על המזונות.

על כן בהכרח לפרש את מחילתה על המזונות, כנובעים כתוצאה מקבלת התחליף, שהוא פירות נכסי הצדדים שיחולקו בהתאם לקבוע בהסכם. וכל עוד אין האשה

מחילה גורפת או מחילה חלקית ומצומצמת בלבד, אנו תופסים את הפירוש המצומצם.

הרשב"א בתשובה ח"ו סי' ה' (הובא בב"י אה"ע סי' צג) כתב בדין אלמנה המוחלת על כתובתה - "קרוב הדבר שכל שלא מחלה כל מה שכתוב בכתובתה, לא מחלה מזונותיה ... ועוד מה שטען הטוען שמן הסתם ידה על התחתונה שהיא קרויה בעל השטר. מסתברא, דבמקום הזה הבעל קרוי בעל השטר וידו על התחתונה. לפי שהבעל לא פרע לה כלום, והיא משלה היא מוחלת, וכל מקבל מתנה או לוקח קרוי בעל השטר להיות ידו על התחתונה. ואינו דומה למה שאמרו בפרק גט פשוט (ב"ב קעג.) שטר לך בידי פרוע, הגדול פרוע והקטן אינו פרוע, שאני התם שהלוה פרע וכיון שהמלוה מודה שפרע לו שטר אחד, אם טען שלא פרע אלא הקטן עליו להביא ראיה. אבל בנותן או מוחל שטר שיש לו על ראובן, נ"ל דראובן מקבל מתנה הוא, ועליו להביא ראיה מה נתן לו או מה מחל לו", עכ"ל. ועיין בחי' הריטב"א עמ"ס כתובות דף פג: שכתב כסברת הרשב"א, וכתב - "כשיש בלשון השובר, לשון סתום שסובל שתי משמעויות, והרי הוא מסופק אם נמחל החוב בלשון ההוא, דכולי עלמא יד בעל השטר ההוא על התחתונה ויד בעל החוב על העליונה, כיון שחיובו ברור הוא". וע"ע בספר שואל ומשיב מהדורה רביעאה ח"ב סי' רכ שהאריך בביאור דברי הרשב"א.

ובחי' הרי"ם אה"ע סי' סו סק"ט (הובא באוצה"פ סי' סו סעיף ג') כתב שאם הספק אם מחל או לא יד הנמחל על התחתונה, משא"כ בספיקא דדינא. וע"ע בספר ערך השלחן על חו"מ סי' סה סכ"ג שכתב בביאור שיטת הרשב"א שבכל ספק מחילה יד הנמחל על התחתונה.

ובשו"ת פרח מטה אהרן ח"ב סי' ז' דן בדברי הרשב"א בתשובה, ובתוך דבריו כתב - "דלא קאמר הרשב"א דיד הנמחל על התחתונה אלא כל שיש קיום למחילה, אלא שהלוה טוען הגדול מחל והמלוה טוען שהקטן מחל, אמרינן יד הנמחל על התחתונה ועליו להביא ראיה שהגדול מחל. אבל כל שמתבטלת המחילה מכל וכל לפי טענת המלוה, בהא אמרינן יד המלוה על התחתונה, שכיון שאנו רואים חוב ומחיל, מהיכי תיתי לן לומר שהיה על חוב אחר, כיון שלא ראינו חוב אחר, א"כ ודאי על חוב זה קאי ... עוד נראה שיש לחלק מההיא דכתב הרשב"א לנ"ד, דלא קאמר הרשב"א דיד הנמחל על התחתונה, אלא כל דתליא באומדנת דעת המוחל, אם אמרינן גדול מחל או קטן מחל, אמרינן כיון שהוא מקבל מתנה עליו להביא ראיה. אבל כל דתליא מילתא באומדנת דעת חכמים אי אמרינן דהויא מחילה או לא, בהא ודאי מצי המוחזק בממון לומר קים לי כמ"ד דהויא מחילה."

והרמ"א בשו"ע חו"מ סי' סה סעיף כג פסק - "שטר אחד מחול לך, הקטן מחול ולא הגדול". ובדיני תפיסה להנתיבות אות י"א כתב - "בספק לשון במחילה, והוא בא לזכות מכח

אלו של ההסכם אינם מברזעים ואין בידה את האמצעים הללו לכלכלתה, אין מניעה לחייב את הבעל בדמי מזונות כמבוקש.

יובהר, בני הזוג חיו ברווחה כלכלית, הרבה מעל הממוצע כתוצאה מעסקיו של הבעל, אך לאשה לא היו מקורות הכנסה נפרדים מהעיסוקים של הבעל, בנסיבות אלו ובהתחשב בנסיבות הפירוד, בלתי סביר לחלוטין שהתובעת ויתרה על זכותה הבסיסית כאשה נשואה, הזכאית לקבל מזונות מבעלה, ללא תנאי, וללא הבטחת מקורות מחיה חילופיים, ושהיא הכניסה עצמה במודע לאפשרות שבעתיד תמצא עצמה, ללא מקורות מחיה עבודה. על כן בנסיבות הנוכחיות, שהאשה עדיין לא קבלה את זכויות הממון והפירות הנ"ל, ועקב כך אין בידה אמצעי מחיה עבודה, הבעל מחוייב במזונות עבור אשתו.

לאחר שיתברר בבית הדין סעיפי ההסכם המתייחסים לחלוקת הרכוש, מבוזעים הלכה למעשה, הרי שבכך הובטחו אמצעי הקיום של האשה, וסעיף המחילה על מזונותיה יכנס לתוקף, לדעת הדיינים שקבעו לתת תוקף למחילת המזונות.

חובת ההוכחה לקיום סעיפי הסכם אלו מוטלת על הבעל. מאחר שהמצב שבני הזוג הוחזקו הוא מצב שבו הבעל מחוייב במזונות אשתו, אלא שכעת מבקש לפוטרו מחובה זו בהסתמך על מחילה, עליו להוכיח שהושלמו התנאים ההכרחיים לתקפותה של מחילה זו, וכעין המבואר בשו"ע אה"ע סי' פ' ברמ"א, ומקורו מתשובת הרשב"א שהביא הבי"י סי' עז, ועיין בספר משפטי שאול להגר"ש ישראלי ז"ל סי' מב במש"כ בתוך דבריו - "והנה לענין מזונות האשה, החיוב חל עם הנישואין והוא חיוב ברור שבגדר מעשה בי"ד, והטוען פרעתי או שמחלה, עליו להביא הראיה (סי' פ' סי"ח ברמ"א), עיי"ש".

וע"ע במה שהבאנו לעיל מתשובת פרח מטה אהרן לחלק בין טענה לביטול מוחלט של המחילה, שבה יד הטוען על התחנתה, לטענה המצמצמת את היקף המחילה, ע"ש. וה"ה הכא הטענה היא לצמצם את היקף המחילה ולהחילה לפרק הזמן בו תקבל את זכויות הממון המוקנות לה בהסכם, ובוה ידה על העליונה. ועל הבעל, מוטלת החובה להוכיח שאכן התמלאו התנאים הנחוצים לפוטרו, וזאת בהתחשב שהחוקה קמייתא, קובעת לדונו כמי שחייב בחיוב המזונות.

מכל הנ"ל נראה שיש מקום לפס"ד עקרוני שהבעל חייב לזון את אשתו, ותינתן החלטה זמנית למזונות, והצדדים יוזמנו לדיון לבירור יכולתו הכלכלית של הבעל. במידה שיתברר בבית הדין שהאשה מקבלת את זכויות הממון הקבועים בהסכם, יתבטל הטעם האחרון שנכתב לחייב במזונות, וישאר רק הטעם הראשון.

מקבלת בפועל את פירות הנכסים הנחוצים לה למחייתה, אין מקום להתחשב במחילה.

אמנם הדיונים בשאלת מימוש ההסכם אינם מתקיימים בבית הדין, ועל כן אין אנו נוקטים עמדה כיצד יש לממש את סעיפי ההסכם השונים, עכ"פ כפי שהוצג בפני בית הדין, למעשה האשה אינה מקבלת את פירות הנכסים שהיא זכאית להם עפ"י ההסכם, ובשל כך היא נקלעה למצוקה כלכלית קשה, שהובילה לתביעה שבפנינו. על כן עלינו לקבוע שמלכתחילה המחילה לא התייחסה לנסיבות אלו.

הבית מאיר בסי' ע' דן בבעל שאמר לאשתו "צאי מעשי ידיך למזונותיך", והאשה קבלה עליה, ואחר כך חזרת בה. וכתב הבית מאיר שלדעת הרמב"ם שאין מועילה התחייבות או מחילה בדבר שאינו קצוב, מעיקרא המחילה אינה בתוקף. וכתב הבית מאיר - "השו"ע, אף דפוסק בחו"מ סי' ס' דלא כהרמב"ם בזה, ואפילו לחייב יוכל בדבר שאינו קצוב, מ"מ יוכל להיות דהיכי דמצוי, מודה דאינו מועילה מחילתה על דרך האומר צאי ואז היו מספיקין, ואח"כ נתחדש שאינם מספיקים, מטעם מחילה בטעות ודרך אסמכתא, וצ"ע".

לכאורה, דברי הבית מאיר אינם ברורים, כיצד ניתן לדון טענת מחילה בטעות ביחס למציאות שהתחדשה לאחר המחילה, שאינה ספקה, ואינה מצליחה לפרנס עצמה. הרי בכל טענת מקח טעות או מחילה בטעות, הטעות קיימת כבר בעת מעשה הקניין או המחילה, שבאותה עת המקנה או המוחל לא ידע נתונים מהותיים. ויעויין בחו"מ סי' רמא בפת"ש ס"ק ג' בשם שו"ת זכרון יוסף שמחילה בטעות היינו כשנתגלה למוחל או לשניהם דבר שהיה כבר קיים בשעת המחילה אך נעלם מהם, אבל אם נולד דבר אחרי המחילה אין זו טעות המבטלת את המחילה.

אלא בהכרח שאין כוונת הבית מאיר לדון במחילה גדרית מקח טעות. אלא אנו מפרשים את היקף המחילה, שאין זו מחילה גורפת, לכל מקרה ולכל מצב. אלא המחילה מתייחסת למציאות שבה יהיה ביד האשה לכלכל עצמה ממעשי ידיה, ואם התחדש מצב שמזונותיה אינם מספיקין יכולה לתבוע ולקבל דמי מזונות. ואף שבזמנו המחילה נאמרה בסתמא, ומשמעה ללא הגבלת זמן, אנו קובעים שזו טעות ואסמכתא לפרש את המחילה בדרך כזו, אלא מפרשים את מחילתה רק לתקופה שבה מעשי ידיה יספיקו לכלכלתה.

על כן, גם בנידון שבפנינו ללא ספק מלכתחילה דעת האשה היתה שהמחילה מותנית בכך שיהיו בידה אמצעי מחיה לכלכלתה ושאר צרכיה, בהתאם למתחייב על פי ההסכם. הדבר ברור שמחילת האשה על זכותה לתשלום מזונותיה, אינה עומדת בפני עצמה, ונעשתה בהסתמך על כך שההסכם מבטיח לה רווחה כלכלית. אך כעת שסעיפים

סימן כט

חיוב הבעל במזונות למפרע עבור תקופה שקדמה להגשת התביעה

בתביעת הגירושין, בהסתמך על דיון בנושא המזונות שעלה על הפרק רק אגב תביעת גירושין שבה הבעל כרך את נושא המזונות, וכי יש להתחשב בעובדה שלאחר מכן תיק זה נסגר ותביעת הגירושין בוטלה.

טענה זו אינה מתקבלת. אמנם נכון, שתביעת המזונות הוגשה לבית הדין רק בחודש טבת תשס"ח, וקודם לכן נסגר תיק הגירושין של הבעל, לאחר שבמסגרת תיק זה בלבד התנהלו הדיונים הקודמים. כעת מבחינה פורמאלית, חיוב המזונות נקבע כתוצאה מתיק מזונות שנפתח רק לפני עשרה חודשים. אך בנסיבות המתוארות לעיל, אין מניעה שבמסגרת תיק זה, בית הדין יחייב את הבעל בדמי מזונות למפרע מיום הדיון הראשון שהתקיים בחודש ניסן תשס"ו.

בהסתמך על התביעה שהוגשה בהתאם לכללים הפורמאליים, ניתן לחייב דמי מזונות למפרע החל מהיום שהאשה תבעה את מזונותיה בבית הדין, גם אם במועד הגשת התביעה הראשונה, תביעה זו לא עמדה בכללים הקבועים בתקנות הדיון, ובקשת האשה לחיוב המזונות הושמעה רק בתגובה להודעת הבעל שהיא אינה זכאית לתשלום מזונות. מה עוד, שלאחר הדיון הראשון, נפסקו מזונות זמניים בעקבות התביעה הנ"ל.

נפתח בביאור ההלכה המונעת פסיקת מזונות למפרע.

הלכה פסוקה היא בשולחן ערוך חלק אבן העזר סי' ע' סעיף ה' ברמ"א ביחס לפסיקת מזונות לאשה - "אין פוסקין לה למפרע, רק מיום התביעה". ובבית יעקב באר הטעם בהלכה זו, מפני מחילת האשה על המזונות בפרק הזמן עד ליום התביעה, (וע"ע בהפלאה).

מקורה של הלכה זו בדברי הרמב"ן במסכת כתובות (דף צו, שהובאו בר"ן), שכתב אודות תביעת אשה למזונות עבורה - "אפילו מכרה בנכסיה ... ולא תבעה, הפסידה מיד, שדרך הנשים לגלגל עם בעליהן ולסייע להם". וכן בחידושי הריטב"א במסכת כתובות (שם) כתב - "אשת איש, כל זמן שלא תבעה מזונותיה איבדה אותם למפרע, שדרך הנשים לגלגל עם בעליהן, וכל שלא לוותה או שלא היה בידה משכון מחלה אותם. וכן ראיתי למורי הרב ז"ל שדן אפילו באשה שהלכה לבית אביה מפני מריבה שהיה לה עם בעלה, כיון שלא מסרה מודעא בפני עדים, שלא מחלה אותם".

ובפד"ר כרך ב' עמוד 292 בארו הלכה זו, וכתבו - "גם באשה שהלכה לבית אביה מפני מריבה שהיתה לה עם בעלה, יש את הכלל דמסתמא מחלה. דדרך הנשים לגלגל עם בעליהן. והטעם הוא דכל אשה גם כשהיא במצב של ריב עם בעלה, כל עוד שלא ניתק קשר הנישואין ביניהם, היא

בפני בית הדין תביעת האשה למזונות עבורה, התקיימו דיונים בתביעה וניתנו החלטות לדמי מזונות זמניים. כעת לאחר הדיון האחרון ניתן פסק הדין.

נקדים את השתלשלות העניינים בכל הקשור לתביעה זו.

ההליך המשפטי בין הצדדים החל, בתביעת הגירושין שהבעל הגיש. בכתב התביעה הבעל תבע להתגרש, ובקש לקבוע שהאשה אינה זכאית למזונות עבורה, מפני שהיא עובדת ויכול לומר לה "צאי מעשי ידיך למזונותיך". ובנוסף הבעל טען, שאשתו מורדת שאינה זכאית לדמי מזונות עבורה. ובחודש ניסן תשס"ו התקיים הדיון הראשון בין הצדדים.

בדיון הנ"ל, בסיום הדיון בתביעת הגירושין, האשה באמצעות ב"כ, אמרה - "היא תובעת מזונות עבורה, היא מובטלת, הוא מרויח 10,000 שקל לחודש, היא עומדת להפסיק לקבל דמי אבטלה".

בתגובה, הבעל באמצעות ב"כ, טען - "היא אשה מורדת, ואינה זכאית לדמי מזונות לאחר שזרקה אותו מהבית. היא עבדה והביאה לידי פיטוריה, ונוכל להוכיח זאת. היא סירבה ליחסי אישות איתו כשגרו יחד, היא מעוניינת להתגרש ולא מעוניינת בשלום בית".

לאחר הדיון ניתנה החלטה מנומקת, המבהירה שאין בפנינו עילה לחיוב האשה בגירושין. ובסעיף ג' להחלטה נכתב - "לאור האמור, לא מצאנו מקום לטענת הבעל, שנשללה זכותה של האשה למזונות עבורה ... לעת עתה תינתן החלטה זמנית למזונות, וכדלהלן, על הבעל לשלם לאשתו סך 2500 שקל לחודש למזונותיה". בנוסף, בית הדין הורה לאשה למלא את הטפסים הנחוצים לתביעת מזונות, והצדדים נדרשו להציג מסמכים שונים.

באותה תקופה הצדדים ניהלו מו"מ להסדרת הסכם גירושין, ובחודש כסלו תשס"ז ניתן פסק דין לאישור הסכם הגירושין. אך לאחר מכן עקב סכסוך נוסף שהתעורר, הצדדים לא התגרשו, והבעל בקש למחוק את תביעתו ולסגור את תיק הגירושין.

בחדש טבת תשס"ח נפתח תיק לתביעת האשה במזונות. לכתב התביעה צורף טופס "הרצאת פרטים", כנדרש עפ"י התקנות, ולאחר מכן זומן מועד לדיון בתביעה.

בדיון זה, הבעל באמצעות ב"כ, העלה מספר טענות עקרוניות, לשלול את זכותה של האשה למזונות, וכן התנגד לפסיקה רטרואקטיבית למזונות.

בפסק דין זה נתייחס לטענה המתנגדת לפסיקת מזונות רטרואקטיבית.

לטענת ב"כ הבעל, מאחר שתיק המזונות נפתח בשלב יותר מאוחר, לא ניתן לחייב מזונות מיום הדיון הראשון

סעיף ח' ס"ק נב אות ב', שאם בית הדין פסק מזונות, גם אם אלו מזונות שנקבעו לתקופה קצובה, עכ"פ החל ממועד תביעת המזונות פסיקתן, אין לדונה כמי שמוחלת על דמי מזונות, וכשלאחר זמן תגיש תביעה נוספת, יפסקו לה מזונות למפרע.

אמנם אילו בסעיף ל"ג לתקנות הדיון היתה הוראה מפורשת שלא לפסוק מזונות עבור תקופה הקודמת למועד הגשת תביעה הכוללת "הרצאת פרטים", היה מקום לפסוק כן מכח תקנה שלא מן הדיון. אך בהעדר הוראה כזו, ובהעדר יסוד לפרשנות התקנות בדרך זו, יש לפסוק ולחייב מזונות עפ"י ההלכה הפסוקה כמבואר לעיל. וככל שהדבר נוגע לחיוב הבעל במזונות מיום הצגת התביעה למזונות בבית הדין כאמור, אין כל משמעות לסגירת תיק גירושין וביטול הסכם הגירושין.

בעת קביעת שיעור גובה דמי המזונות, אנו מתחשבים בהכנסתה, וגם אם הבעל יחשב כמורד באשתו שאינו זכאי בזכויות הנובעות מהנישואין, עכ"פ אינו מחוייב אלא במזונות לאחר ניכוי מעשי ידיה, וכמבואר בבית יעקב סי' צ' סעיף ה' (ד"ה י"א). אך ביחס לקביעת מזונות עבור תקופה שעברה, אם האשה הצטמצמה ולמעשה ניצלה רק את הכנסתה, ולא הצליחה לגבות את דמי המזונות שהוטלו על הבעל שחוייב להוסיף על מעשי ידיה, ניתן לגבות את היתרה גם לאחר זמן, ולא יוכל טעון שהיא כבר הסתדרה עם הכנסותיה ושאין חייב כעת להשלים עבור תקופה קודמת, וכמבואר בחזו"א אה"ע סי' ס"ח סק"ד (ד"ה וכן) וסק"ט (ד"ה שם בשו"ע). ועיין בספר "והשיב משה" להג"ר משה הכהן ז"ל (חבר בית הדין האזורי טבריה עד שנת תשכ"ו) חלק אה"ע סי' טו, שלאחר שבית הדין הוציא החלטה לחיוב מזונות, ולאחר זמן האשה באה לגבותם עבור תקופה שעברה, אין צורך לחקור כיצד הסתדרה עד היום ומהיכן נטלה את מחייתה ושאר הוצאותיה, אלא גובים מהבעל בהתאם לפסיקת בית הדין, החל מאותו היום שבו הוחלט לחייבו.

עוד מקוה לשלום, ולכן מסתמא אמרינן שמחלה דדרך הנשים לגלגל עם בעליהן. ולפי זה במקרה דנן, שלפי דברי האשה היא לא רוצה גט אלא שהבעל הוא הדורש את הגט, גם כשהיא בריב אתו, אמרינן דמסתמא מחלה, דדרך הנשים לגלגל עם בעליהן.

הרי שבהלכה זו נקבע, שאין לפסוק מזונות לאשה עבור תקופה שקדמה לתביעה, גם אם בני הזוג בסכסוך. והטעם מפני שכל עוד לא הוגשה תביעה למזונות אנו מניחים שהאשה מחלה על זכותה לגבות את דמי המזונות מהבעל, ואומדן זה שריר וקיים גם אם בני הזוג בסכסוך.

אך בנסיבות שאין להניח שהאשה מחלה, יש לחייבו גם עבור תקופה הקודמת למועד הגשת התביעה, וכמו שכתב בפד"ר כרך א' עמ' 234, עי"ש דוגמא לחיוב הבעל במזונות הבן עבור תקופה טרום תביעה, מאחר שקיימת אומדנא ברורה שהאשה לא מחלה עבור תקופה זו, וכן עיין בחלקת מחוקק סי' ע' ס"ק לב שכתב דוגמא נוספת שאין מחילה.

ועיין בב"ש סי' ע' ס"ק כט, שאם אמרה בפני עדים שאין דעתה לוותר, די בכך להביא לפסיקת מזונות גם קודם למועד התביעה, וכסברא הנוכרת בריטב"א.

לפי זה, במקרה שבפנינו, אמנם התיק לתביעת מזונות נפתח רק בחודש טבת תשס"ח, ורק במסגרת תיק זה האשה הגישה תביעת מזונות העומדות בתנאים שנקבעו בתקנות הדיון סעיף ל"ג, דהיינו מילוי טופס "הרצאת פרטים". אך מאחר שבדיון שהתקיים בחודש ניסן תשס"ו, האשה תבעה לחייב את הבעל במזונות, והתקיים דיון בתביעה, כמפורט לעיל, הרי שבאותו מועד קיימת הכרזה ברורה מצד האשה שאינה מוחלת על מזונותיה. ועיין בדברי הריטב"א והב"ש המובאים לעיל, שאם האשה מסרה מודעה בפני עדים שבה היא מצהירה שאינה מוחלת, די בכך לחייבו במזונות החל מאותו מועד, גם אם התביעה הוגשה במועד מאוחר יותר. כמובן שדברי האשה בדיון הראשון עדיפים על מסירת מודעה בפני עדים, ויש לחייבו במזונות החל מאותו מועד.

וכן פסקו בספר ישמח לב, ובספר מטה לחם, ובספר מטה אהרן, ובספר והשיב משה, שהובאו באוצר הפוסקים סי' ע'

סימן ל

חובת האב במזונות הבן המתנכר אליו ומסרב לראותו

כ"א אייר תשס"ה

נקבעו דמי המזונות עד הגיע הבן לגיל 18 ונקבעו הסדרי ביקורי הבן אצל אביו.

בתקופה הראשונה שלאחר הגירושין, האב קבל את הבן לביקורים אצלו בהתאם להסכם, אך לאחר זמן ארע שהאב לא החזיר את הילד לאמו בזמן כנדרש, וגרושתו התלוננה עליו במשטרה. האב נחקר במשטרה, ואף הועמד למשפט ונקבע קנס כספי ומאסר על תנאי, בעקבות אירוע זה ומחשש

המקרה הנידון

הצדדים היו זוג נשוי שנישאו בשנת תשנ"א והתגרשו בשנת תשנ"ד ולהם בן אחד שהוא כעת קרוב לגיל 13, ובעוד ארבעה חודשים הבן יחגוג את חגיגת בר המצוה.

שבועיים טרם הגירושין, הצדדים הופיעו בבית הדין עם הסכם גירושין שבו הוסכם שהבן ישאר במשמורת האם,

רוצה שום קשר עם אביו הביולוגי ובהמשך השיחה ציין שהוא כועס עליו, ולא יסלח לו אף פעם בחיים, ואם ייפגש איתו בעתיד אז זה יהיה אך ורק בכדי "להוציא עליו את העצבים שלי", הוא חזר ואמר כי אינו יודע מי זה, וכי אם יעבור ברחוב לידו הוא לא יזהה אותו. בפגישה שלי עם הבן הוא הדגיש שהוא רוצה להמשיך את חייו כמו כל הילדים בלי סערות מיותרות ... הבן מחק בתחילת השנה את שם המשפחה של האב הביולוגי מכל המסמכים של בית הספר, וכתב את שם משפחתה של אמו ובעלה, במקום".

במסקנות הדו"ח נכתב – "עבור הבן, האב הוא אב ביולוגי, שאינו מכיל כלל וכלל. בעלה של האם הוא אביו הפסיכולוגי שגידל אותו באהבה ובמסירות מגיל חצי שנה עד היום ... כולם הביעו בפני כאב על המצב. מכיוון שעברו שנים רבות בהנצחת המצב הקיים, קשה כיום להתערב ולשנות את הקיים מבלי הסכמת כל הצדדים לשינוי". המסקנה בסיום הדו"ח היא – "בשלב זה איננו רואים מקום לקיום מפגשים בין האב הביולוגי לבנו".

ביחס לחלקה של האם במצב שנוצר קשה לקבוע מסמרות. מצד אחד יש להניח כי מהבחינה העקרונית האם מסכימה שקיימת חשיבות ליצירת קשר בין הבן לאביו הביולוגי. מצד שני נראה, שהמטען השלילי של הבן כנגד אביו הביולוגי ניזון בחלקו מאמירות שהבן שמע מאמו במשך השנים. אין לבן מקור אחר לגיבוש עמדתו ביחס לאביו, מלבד אמו ובעלה. ונציין לפתגם מפורסם בגמ' במסכת סוכה נו: "שותא דינוקא בשוקא דאבוה או דאימיה", דהיינו דיבור של הילד בשוק הוא ממה ששמע מאביו או מאמו.

השאלה שעמדה כעת לדיון היא, האם אמנם בנסיבות המתוארות האב פטור מתשלום המזונות, שנקבעו על פי הסכם בין הצדדים במסגרת הסכם הגירושין, ועומדים כיום על סך נמוך של כשמונה מאות ש"ח לחודש.

הקדמה לברור ההלכתי

יש מקום לברר שתי שאלות עקרוניות. ראשית, מה היא הגדרת חיוב האב במזונות הבן שאינו רוצה לעבור לגור אצל אביו או המסרב לפגוש אותו. יצויין שהבן עומד לקראת בר מצוה בעוד כארבעה חדשים, ובעוד ארבעה חודשים טוטל עליו אחריות לקיום מצוות לרבות מצוות כיבוד אב, ולא רק מדין חינוך.

שנית, אם נקבע שהאב פטור עקב סרבנות הקשר, האם האב פטור רק ממזונות המוטלים עליו מכח הדין בלבד, אך לא כשהתחייב בהם בהסכם ובקניין בלא כל תנאי. האם האב רשאי להשתחרר מחיובו בהסכם, בטענה שמלכתחילה לא התחייב במזונות אלו אלא בכפוף לשמירת הקשר המקובל בין אב לבנו.

יש להקדים ולברר את שאלת היסוד שהיא מה הם תנאי חיוב האב במזונות הבן. האם האב חייב במזונות בנו בכל מקרה ובכל תנאי, לרבות במקרה הקיצוני שבפנינו, שקיים

להסתבכות נוספת, האב הפסיק בקשר עם בנו, ומכאן והלאה נוצר נתק ממושך.

כל אחד מהצדדים נישא מחדש והקים משפחה חדשה. לפני ארבע וחצי שנים, האב הגיש לבית הדין תביעה להסדיר את ביקורי הבן אצלו. ומאז, מתקיימים דיונים בתביעת האב לחדש את הביקורים, ולחילופין, תביעה לביטול תשלום דמי המזונות, עקב ניתוק הקשר בין הבן לאביו.

התקיים דיון ראשון בתביעה, ובהתאם להסכמת הצדדים נקבע פרק זמן של חודשיים, להכנת הבן לחידוש הקשר עם אביו. לאחר חודשיים התקיים דיון נוסף בהשתתפות פקידת הסעד לסדרי דין, שפרטה את הצעדים שנקטו להביא לחידוש הקשר, אך ללא הצלחה. הנסיונות לחידוש הקשר באמצעות מכתבים מהאב לבנו, לא עלו יפה.

בית הדין פנה לד"ר מרדכי פרישטיק, מפקח סוציאלי ארצי, על מנת שיביע דעתו כיצד ניתן להתקדם לקראת יצירת מפגש בין האב לבנו. בחו"ד כתובה שהתקבלה מטעמו בבית הדין, נאמר שהבן מחק את אביו מתודעתו, והומלץ לעשות הכל לשינוי המצב, מפני שיש לכך נזק לטווח הארוך, הומלץ על התקשרות עם פסיכולוג, ולהבהיר לאם הילד שאם לא תשתף פעולה כנדרש, דמי המזונות יקוצצו. בהחלטה נוספת, בית הדין מינה פסיכולוגית לבדיקת המצב ולמתן המלצות.

בבית הדין התקבלה חוות דעת של הפסיכולוגית וממנה עולה שקיימת רתיעה עמוקה אצל הבן ממפגש עם אביו, נוח לו ב"חממה" שבה הוא נמצא, וכי הוא חושש מכל שינוי. בחוות הדעת הומלץ להמנע כעת מחידוש הקשר עם אביו, ולהתמקד בחיזוק האישיות של הבן ולבנות אצלו תחושה של עצמאות ומסוגלות פיסית ורגשית, וכן הומלץ על דרכי טיפול מסויימים.

בהתאם להמלצות, לפני שלש שנים נקבע שאין לאכוף על הילד מפגש עם אביו, אלא לפעול בהתאם להנחיית הפסיכולוגית, ובית הדין הורה על המשך המאמץ על מנת לקרב את המועד שבו יחודש הקשר בין הבן לאביו.

בפתיחת אותה החלטה, בית הדין קבע שסרבנות הקשר היא תגובה נפשית פנימית של הילד ושאינן להאשים בה את אחד מההורים. בסיום ההחלטה נקבע, שלעת עתה לא יבוטלו דמי המזונות, אך אם לאחר שהבן יגדל, המצב ישאר בעינו, יהיה מקום לשקול זאת מחדש.

לאחר שנה התקיים דיון נוסף וניתן פס"ד ברוב דעות הקובע שאין לפטור את האב מתשלום מזונות הבן. העיקרון שעמד בבסיס פסק הדין היה - מאחר שהאם ובעלה נהגו בהתאם להנחיות המקצועיות על מנת להביא לחיזוק האישיות של הבן, הרי שיש להניח שאנו נמצאים בעיצומו של תהליך שבסופו יביא לחידוש הקשר עם האב, על כן על האב להמתין בסבלנות, עד שיושגו התוצאות הרצויות.

אלא שלאחר זמן, התברר שהמהלך נכשל לחלוטין. בבית הדין התקבל תסקיר לשכת הרווחה, ובו נכתב – "בשיחה שקיימתי עם הבן הוא אמר בצורה נחרצת כי אינו

הח"מ סק"ט כתב לבאר - "כשהבן אינו רוצה להיפרד מאמו יש לאב לומר אין עלי חיוב צדקה לפרנסו כל זמן שאין שומע לקולי להיות אצלי ללמדו תורה ושאר דברים".

לכאורה משמע מפשטות לשון הח"מ, שהאב פטור ממזונות מכיון שהבן אינו שומע בקולו. אך דבר זה קשה לאומרו, שהרי בבן שהוא בגיל שש עסקינן, וכי הבן בר עונשין.

וכן בשו"ת עזרת כהן סימן נו תמה, וז"ל - "באמת התירוץ של הח"מ הוא דוחק, כמו שכתב בעצמו. שהרי היכן מצאנו שנהיה מענישים את הקטן בן שש שנים שנוטה דעתו אחר אמו, להפקיע ממנו זכות שמגיע לו ע"פ צדקה, וכי בר עונשין הוא ... איך אפשר לומר שיענישו תינוק בן שש, על אשר אינו רוצה לזוז מאמו".

ובישוב הלכה זו יש לומר - העילה המחייבת את האב במזונות, מפני שהוא האב שהולידו, ואין מן הדין שיביא ילדים לעולם ויטילם על הציבור.

הגדרה זו של חיובו במזונות הילדים מבוארת בגמרא במסכת כתובות דף מט:, ונמצאת בנוסח הדברים הנאמרים לאב בעת שגוערים בו כשאינו מוכן לזון את ילדיו - "יארוד ילדה, ואבני מתא שדיא", ופרש"י - "התנין הוליד תולדותיו, והטיל פרנסתן על בני העיר". נראה שנוסח הגערה מבהיר את גדר החיוב. בגערה זו, הציבור מבהיר לאב מדוע הוא מחוייב במזונות, מכיון שהוא אביו מולידו, ואין מתקבל על הדעת שאדם יביא ילדים לעולם ויטיל את פרנסתם על הציבור.

נראה שזוהי הסברא העומדת ביסוד חיוב המזונות, בין בקטני קטנים שעדיין לא הגיעו לגיל שש, ובין לאחר מכן. כל עוד הבן לא הגיע לגיל שש, קיימת תקנת חכמים שהאב מחוייב לפרנסו וחובה זו היא חובת ממון שהבן זכה במזונותיו מכח התקנה, אפילו יש לו ממון משל עצמו, וכמבואר בשו"ע סי' עא ס"א. וכשהבן מעל גיל שש, האב מחוייב במזונותיו כל עוד הבן בעצמו אינו מסוגל לכלכל עצמו.

הרמב"ם בהלכות אישות פרק יב הלכה יד כתב - "כשם שאדם חייב במזונות אשתו, כך הוא חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים עד שיהיו בני שש שנים. מכאן ואילך מאכילן עד שיגדלו כתקנת חכמים, ואם לא רצה גוערים בו ומכלימין אותו ופוצרין בו. אם לא רצה, מכריזין עליו בציבור ואומרים פלוני אכזרי הוא ואינו רוצה לזון בניו, והרי הוא פחות מעוף טמא שהוא זן את אפרוחיו. ואין כופין אותו לזונם אחר שש".

הרמב"ם כתב בלשונו שהחיוב הוא "כתקנת חכמים", וכן הלשון בשו"ע סי' עא ס"א. אמנם הגר"א בביאוריו סק"ב נשאר בצ"ע על לשון זו שכתבו הרמב"ם והשו"ע "כתקנת חכמים", היינו משום שהגר"א הביין בדבריהם שכוונתם לתקנת אושא. אך כפי הנראה, אין כוונתם לתקנה המחייבת חיוב ממון גמור, שבעקבותיו אנו יורדים לנכסי האב אפילו

נתק מוחלט בין הבן לאביו, סרבנות מוחלטת לכל קשר שהחלה מעת היות הבן קטן מאד. האב אינו מכיר את בנו והבן אינו מכיר את אביו, והתקיים בו הפסוק "האומר לאביו ... לא ראיתיו ואת אחיו לא הכיר". האב יודע שבנו גדל אצל אמו יחד עם בעלה השני, ושניהם נהנים מגידולו וטיפוחו, אך עליו מוטלת החובה לשלם דמי מזונות, בלא שיוכל לפגוש את הבן ולראות נחת מהשקעתו בפרנסת הבן.

נציין שהלכה זו, של חיוב האב במזונות בנו שאינו רוצה בקשר עמו, אינה מבוארת בגמרא, אלא נלמדת מההלכה הפסוקה ברמב"ם ובשו"ע, הלכה שהתפרשה בדרכים שונות על ידי חכמי זמננו, כפי שיובא להלן. מעיון בפסקי הדין שנכתבו בשנים האחרונות עולה שאין דרך כבושה בביאור הלכה זו, ונמצאו דרכים שונות ורחוקות זו מזו.

בנסיבות אלו, אין לו לדיין אלא מה שענינו רואות. בהעדר מסורת פסיקה מוסכמת ומחייבת, עלינו לפסוק על פי מה שעלה בידינו בבירור סוגיא זו.

נציין שמקרה זה, אינו דומה למקרים אחרים שנידונו בפסקי הדין שיובאו להלן, שבהם הבן או הבת אינם מקיימים את הקשר הרצוי עם האב במשך תקופה מסויימת, ודנו מה ההשלכה של העדר קיום ביקורים תקינים אצל האב על חיוב האב במזונות. אך במקרה שבפנינו, הנתק מוחלט, אין כל היכרות או מפגש מאז שהבן היה קטן מאד. האב אינו מכיר את הבן והבן אינו מכיר את האב, ואם יעברו ברחוב אחד ליד השני, לא ידעו על הקשר ביניהם. אדם אחר, בעלה של אמו, ממלא למעשה את מקומו של האב הביולוגי, לכל דבר ועניין. האב בקש לעשות לחידוש הקשר אך ללא הצלחה, והתקיים בו הפסוק שאמר "תורה בתוכחה (דברים פרק כח פסוק לב) "בניך ובנותיך נתונים לעם אחר ועינך רואות וכלות אליהם כל היום ואין לאל ידיך", ופרש רש"י - "מצפות אליהם שישובו ואינם שבים. כל תוחלת שאינה באה קרויה כליון עינים". ובמסכת ברכות דף נו. - "בניך ובנותיך נתונים לעם אחר, ... דביתהו שכיבא, ואתו בניה ובנתיה לידי איתתא אחריתי, דאמר רבא אמר רבי ירמיה בר אבא אמר רב מאי דכתיב בניך ובנותיך נתונים לעם אחר, זו אשת האב".

נטיית הלב היא, לקבוע שנסיונות אלו, אינן בכלל תקנת חכמים שתיקנו לחייב את האב במזונות בנו, (תקנת אושא, או תקנה אחרת). מסתבר שבנסיבות המתוארות, לא תקנו להטיל על האב לשאת במזונות בנו. אך אין מקום לייסד הלכה למעשה על סברא זו בלבד, ככל שתהיה סברא ברורה, ולהלן נברר בעז"ה, הלכה זו ממקורותיה.

הזיקה שבין חובת האב במזונות הבן ובין התנהגות הבן

ההנחה שיש מקום לשלול מזונות מבן שאינו נוהג כשורה כלפי אביו, נובעת מדברי הרמב"ם בהלכות אישות פרק כא הי"ז, שהובאו להלכה בשו"ע אה"ע סי' פב סעיף ז'.

ז"ל הרמב"ם - "אחר שש שנים, יש לאב לומר אם הוא אצלי אתן לו מזונות, ואם הוא אצל אמו איני נותן לו כלום".

לתבוע את האב. ביחס לתביעה כזו מצד הבן, האב יכול להשיב שאין עליו חיוב זה כל עוד הבן אינו שומע בקולו לבוא אליו, שהרי הוא מוכן לפרנסו בביתו, וממילא אין עילה לטעון כנגדו את הטענה של "יארוד ילדה ועל בני מתא שדיא".

ועיין בב"ש בסי' פב שהביא את הח"מ, אך השמיט מלשון הח"מ כמה תיבות. וז"ל הב"ש - "ואם הבן אינו רוצה להיפרד מאמו יכול האב לומר כיון שהוא אינו שומע בקולי להיות אצלי אין עלי חיוב לפרנסו". הרי שהב"ש השמיט מלשון הח"מ מש"כ "אין עלי חיוב צדקה לפרנסו", וכתב בסתמא "חיוב לפרנסו", דהיינו להורות שהחיוב הוא יותר מצדקה גרידא, אלא חיוב גמור. וכן השמיט מש"כ הח"מ "להיות אצלי ללמדו תורה ושאר דברים", וכתב "להיות אצלי", להורות שאין העניין קשור לכך שהבן אינו לומד תורה וכיוצ"ב, אלא לעצם הענין שהוא אינו אצל אביו כפי שהדין מחייב.

נראה, מאחר שהב"ש כתב הדברים בשם הח"מ, הרי שגם הח"מ כיון לכך, ושיגרא דלישנא נקט.

וכן משמע מביאור הגר"א (שם ס"ק יא) שתלה הלכה זו שהאב אינו מחויב במזונות הבן לאחר גיל שש שנשאר אצל אמו, הוא מפני שעל פי דין הבן לאחר גיל שש צריך להיות אצל אביו, ואינו דומה לבת שהיא אצל אמה לעולם, עיי"ש. משמע שאין העניין תלוי בלימוד תורה שנמנע מהבן וכיוצ"ב, דא"כ לא היה מקום ללמוד דין זה ממה שרק הבת אצל אמה ולא הבן, אלא לתלות הענין בכפיית הבן על המצוות וכדומה. אלא יסוד הדין תלוי בכך שמאחר שאנו קובעים שבמקום שהדין נותן שהבן ידור בבית אביו ואביו מסכים לפרנסו כשהיה אצלו בביתו, אין מקום לטעון כנגד האב שהוא משליך את בנו על הציבור, והוא פטור מלזוננו כל עוד הבן אינו במקום הראוי לו - בבית אביו. לזה הביא הגר"א ראייה מלשון הגמרא, שמשמע שדוקא בבית, מאחר שמקומה הוא בבית אמה, לא יוכל אביה לומר שזוהי רק כשתבוא לביתו, ומדוייק מלשון הגמרא, שבבן אכן יוכל לומר כן.

גם אם יסוד החיוב לזון את בנו שמעל גיל שש הוא בגדר צדקה בלבד, אין מקום לחייבו בצדקה כשהוא מוכן לזוננו בביתו. ואם תעלה טענה של הבן לאביו שיפרנסו, כנגד טענה זו האב ישיב, שהוא מסכים למלא חובתו, ועל הבן לשמוע בקולו ולבוא לדור עמו ולקבל מזונותיו במקום מגוריו, כפי המחוייב על פי הדין.

עיין במש"כ הגר"א אברהם שפירא ז"ל בפס"ד שהתפרסם בספרו מנחת אברהם ח"ג סי' ד' ובקובץ תחומין כרך טז עמ' 86-71 שבאר הלכה זו כאמור לעיל, אך בפסק דינו העלה שכל זה דוקא כשהדין מחייב את הבן במגורים אצל אביו, כפי המקרה שבהלכה הפסוקה ברמב"ם ובשו"ע. אבל בנסיבות שאין אפשרות שהבן יעבור להתגורר אצל אביו, ומוסכם שמקומו בבית אמו, אלא שנקבעו הסדרים לביקורי הבן אצל אביו, והבן מסרב לבקרו. סירוב זה אינו עילה לפוטרו ממזונותיו.

כשיש לילדים נכסים משלהם. אלא כוונתם לתקנה אחרת המתייחסת לחובת האב לילדיו אחר גיל שש, תקנת חכמים שהאב יפרנס את ילדיו ושלא יטיל עול פרנסתם על הציבור. ואם אינו מפרנסם, אף כשאינו אמיד גוערים בו, וכשהגערה אינה מועילה מכריזין עליו בציבור, אך אין בכלל תקנה זו, לרדת לנכסיו כשאינו מפרנסם.

ועיין בספר אוצר הפוסקים סי' עא סק"ה שהביא בשם דינא דחיי ובשם ספר נהורא דיעקב שהחיוב מעל גיל שש באינו אמיד הוא מתקנת חכמים או אפילו תקנת אושא, אלא שמעיקרא לא תיקנו לרדת לנכסיו אלא לגעור בו ולהכלימו כשאינו אמיד.

וכן בשו"ת עזרת כהן (שם) כתב - "לא רק בתורת צדקה חייב הוא לזון את בניו הקטנים, גם כשהם מבני שש ולמעלה, אלא מתקנת אושא, כדאמרינן בגמרא כתובות מ"ט ב', ולשון השו"ע הוא בסי' ע"א ס"א שזון בתקנת חכמים גם כשהם למעלה מבני שש. ואע"פ שהגר"א בביאוריו תמה על הלשון של השו"ע, שכתב ע"ז שהוא מתקנת חכמים, וסיים בצ"ע שם בסק"ב. וכוונתו ז"ל היא משום דבמסקנא שם מסקינן דכפו ליה אסיתא בציבורא, ואין כופין אותו, נראה דאין זה מתקנת חכמים, אלא מצוה בעלמא, אבל לא רק מחובת צדקה, כי אם יותר מזה, שהרי סוף סוף מכלימים אותו ע"ז ואמרינן עורבא בעי בני ההוא גברא לא בעי בני, כמבואר שם. ועכ"פ יש לילד הזה זכות על אביו בזה".

העולה מדברינו - החיוב במזונות מגיל שש ועד שיגדלו הוא חיוב גמור מתקנת חכמים, ואינו צדקה גרידא.

גם אם נאמר שיסוד החיוב במזונות הילדים מגיל שש ומעלה הוא בגדר צדקה בלבד, וכפי שנקטו כמה פוסקים עפ"י משמעות הסוגיא (כתובות מט:), עכ"פ הוטלה חובת הצדקה על האב כחובה שאינו יכול להימלט ממנה, וחובתו עדיפה מחובת אחרים, עיין רמב"ם פכ"א מאישות הי"ח ושו"ע סי' פב ס"ח שאפילו על האם אין מוטלת אותה חובה מדין צדקה, היינו מפני העילה המבוארת לעיל והמחייבת רק את האב, דאמרינן ליה "יארוד ילדה" וכו'.

לפי זה, הרמב"ם והשו"ע פסקו שאם הבן נשאר אצל אמו לאחר גיל שש, האב אינו חייב לפרנסו. הטעם הוא, מאחר שגדר התקנה הוא מפני שהאב שהולידו חייב לפרנסו ולא להשליכו על הציבור, לכן כשהאב מוכן לקבל את הבן אצלו ולפרנסו בביתו, אבל הבן אינו מוכן לכך, אין כאן הטלת פרנסת הבן על הציבור. אדרבה, האב מבקש לפרנסו בעצמו בביתו, ולמלא את חובתו, וכיון שכן, אין מקום לטענה "יארוד ילדה" וכו', שהרי אינו מטיל על הציבור את פרנסת בנו. ואם האב יתבקש לפרנסו מחוץ לביתו, כשהדין נותן שהבן יגור עמו, האב זכאי לטעון שבנסיבות אלו, הוא אינו מחויב להעביר מזונותיו למקום אחר, אלא על הבן לבוא לביתו ושם יזון אותו כדינו.

לפי האמור, תתבאר דעת הח"מ והב"ש. מאחר שמגיל שש חיוב המזונות היא מכח תקנת חכמים, ולבן יש זכות

פסק דין קבע הג"ר שאול ישראלי ז"ל כי גם סירוב הבת לבקר אצל האב גוררת הפסקת תשלום המזונות, וכפי שכתבנו לעיל, ולהלן עיקרי פסק דינו – "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. 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, דון מינה, גם לגבי בת, באותה מידה שטובתה דורשת להמצא לעתים מזומנות עם אביה. אשר על כן, אין אנו מוצאים לנכון להתערב בקביעת ביה"ד ובפסק דינו, בהתאם לזה, שלא יודקק לעתירת האם להעלות מכסת המזונות עבור הילדה".

בהמשך דבריו, כתב הגר"ש ישראלי ז"ל – "כיון 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 למסור לידי האב, עליה חובת המזונות, ויכול האב לומר אם אינך רוצה למסור 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. אין כאן איפוא שום הטלת עונש על הילד ... אלא העברת החוב המוטל על האב, על האם, עכ"ל.

אף שהגר"ר שאול ישראלי ז"ל הסכים עקרונית למסקנה שכתבנו לעיל, אך מטעם אחר. בפסק דינו, הג"ר שאול ישראלי ז"ל לא נחית לבאור הנוכח לעיל, אלא באר שדברי הרמב"ם והשו"ע שפסקו לפטור את האב מתשלום מזונות כשאין הבן רוצה לעבור אליו הם מפני שהאם גורמת שהבן ימאן לעבור לאביו, ועל כן הוטל עליה חיוב המזונות. אך לא כעונש על הבן.

לעומת זאת, הגר"א גולדשמידט ז"ל באותו פסק דין, סבר ששילת המזונות אינו מפני התנהגות האם, אלא מפני שהבן אינו רוצה לעבור לאביו, וז"ל – "כאשר 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",

וכתב שם – "אין כל מקור שלפיו קונסים את הבן המורד להפסיד מזונות, הדין אומר שהאב יכול לדרוש שהבן יבוא לאכול אצלו ולא אצל האם, אבל כשאינו מציע לאכול אצלו וגם לא יכול להחזיקו בביתו, לא נפטר ממזונות" (מנחת אברהם עמ' טו, ובתחומין עמ' 72). "התקנה לזון בניו מדין צדקה אינה נפקעת בגלל חציפות הילדים, כמו שחיוב לתת צדקה אינה נפקעת כשהעני הוא גם עני חצוף", (מנחת אברהם עמ' לב ובתחומין עמ' 75).

דבריו נקודה זו אינן מקובלים עלי. עילת הפטור, אינה עקב מרדנות הבן, ואין כאן קנס על הבן. אין אנו קובעים קביעה עקרונית, שהאב פטור ממזונות, כשם שבעל פטור מלזון אשתו מורדת. אלא החיוב שריר וקיים, אך קבענו מסגרת ברורה כיצד הבן יקבל את מזונותיו, והמסגרת היא בביתו של האב, כשהדין נותן שהבן יעבור לגור בבית האב. אך גם כשהבן אינו אמור לגור בקביעות בבית אביו, הוא יקבל את מזונותיו לפרק זמן קצוב באמצעות אביו כשיבוא לביתו לבקר. מרדנותו של הבן להופיע בביתו של האב לביקורים אינה עילת פטור, אלא שלמעשה יש כאן סירוב לבוא וליטול מזונותיו.

אם ההלכה ברורה, שאין לבן מזונות כשהדין מחייבו לגור אצל אביו, ובהתאם לסברא שבארנו, הוא הדין, כשהבן מחוייב לשהות אצל אביו לעיתים מזומנות, על מנת לשמור את הקשר הטבעי בין הבן לאביו, האב רשאי לטעון שהוא אינו מתנער מחיובו במזונות הבן, ויפרנס את הבן כמחוייב, ובלבד שיבוא לבקרו וליטול ממנו את מזונותיו.

מאחר ולעת עתה יש מקום לביקורים אצל האב למשך מספר שעות בשבוע, למה יגרע חלקו של אותו אב שאינו יכול להעביר את בנו למגורים קבועים אצלו שלא יוכל לטעון טענה כזו. האב רשאי לטעון – אני מסכים למלא חובתי לזון את הבן, ועליו לבוא אלי בשעות שנקבעו לביקורים, וכפי חובתו, ויבוא ויטול את מזונותיו, ובכך איני מתנער מפרנסת הבן ואין מקום לטעון כנגדי "יארוד ילדה ואבני מתא שדיא", מאחר שאני איני מטיל את המזונות על בני העיר, אלא הבן בהתנהגותו בחר שלא לבוא וליטול את מזונותיו.

אמנם מבחינה מעשית, בדרך כלל נעדיף למצוא דרך אחרת להעברת דמי המזונות, כגון ישירות לחשבון הבנק של האם וכיוצ"ב, ולא בהעברה ישירה של סכום כסף לידי הבן, זאת מפני שאנו מבקשים להנמק ממתן מזונות ישירות לבן ומלערב את הבן בכל הקשור להעברת דמי המזונות. אך הדרך האחרת והסבירה נקבעת רק כהעדפה חילופית לדרך הנוכרת, אך אין לחייב בה את האב אלא כשאפשרות הבסיסית הנ"ל ראויה להתקיים, דהיינו שמתקיים קשר ישיר בין האב לבנו.

בבית הדין הגדול התקיים דיון בשאלה דומה לנידון שבפנינו, פסק הדין הודפס בספר משפטי שאול סי' כג. באותו

"יארוך ילדה" וכו'. אין לחייבו בנסיבות שהבן צריך להיות בביתו, בדרך קבע או לביקורים, והבן אינו ממלא חובתו, מאחר שהאב רשאי לטעון – הבן יבוא לביתי לביקורים כפי שמוטל עליו, ויקבל את מזונותיו.

בנסיבות אלו, אין אנו קובעים שחייב המזונות עבר להיות מוטל על האם, אלא חיוב האב שריר וקיים והבן יקבל מזונותיו בהתאם לחיוב זה בכפוף לקיום מסגרת מינימאלית של ביקורים. כשהבן אינו ממלא את המוטל עליו, אין אנו קובעים שהאב פטור מתשלום מזונות. חובת המזונות נשארה בעינה, אלא מוטל על הבן למלא חובתו לבקרו, ועם מילוי תנאי זה יגבה את מזונותיו מאביו. ואם הבן מסרב למלא חובתו זו, דינו כמי שיש בפניו מזונות, ומסרב לאוכלן. דברי הגר"ע יוסף שליט"א באותו פס"ד ששלל הטלת החיוב על האם, אינם ברורים. מאחר שבנסיבות שהבן אינו עומד במה שהטילו עליו להיות בקשר כלשהוא עם האב, וחזר הדין המבואר ברמב"ם ובשו"ע סי' פב סעיף ח' שבמידה שהאב נפטר ממזונות, חיוב פרנסת הבן מוטלת על הציבור, אך לא על האם. ואף אם למעשה האם אינה מתנערת מפרנסת הבן, הרי שפרנסתו נעשית על ידה מבחירתה ורצונה, לפני משורת הדין בלבד, ובנסיבות אלו אין מקום לבדוק במקרה שהאם נישאה מחדש לאדם אחר, אם יש לה ממון שאין לבעלה רשות בו וכיוצ"ב, כמ"ש הגר"ע יוסף שליט"א. (וע"ע במש"כ בספר יביע אומר חלק ח' סי' כב ובפד"ר ח"ג עמ' 27 שהסכים לשלול מזונות עקב סרבנות קשר, ויובא להלן).

שיטה אחרת בהלכה זו מצינו בדברי הגרא"י וואלדינברג ז"ל בפד"ר ח"ג עמ' 20 ובספרו ציץ אליעזר חלק טז סי' מד, שקבע ששלילת המזונות מהבן המסרב לעבור לאביו אינה בתורת קנס על הבן או על אמו, אלא על פי עיקר הדין, הקובע שהאב פטור מתשלום המזונות כל עוד האב אינו מקבל את שזכאי לו על פי הדין, לרבות קשר קרוב לבן וכיוצ"ב.

על פי דרכו אין חילוק בין מקרה שבו הבן אינו מסכים לעבור לגור אצל אביו ובין מקרה שבו הסירוב הוא לביקור בלבד. וכתב שם "בכגון נידוננו דסמיא בידה של הבת לחזור ממדרותה בלי כל טורח ... כל עוד שלא תציית אין האב חייב במזונותיה".

ועיי"ש שהוכיח את שיטתו ממה שפסק מהרשד"ם חלק אה"ע סי' קכג לפטור את האב ממזונות הבת כשהאם הולכה את הבת למקום מרוחק שאינו מאפשר לאב לשמור על קשר קרוב עם בתו.

לפי דרכו, קיימת מערכת שלימה של זכויות האב בביתו, וחיוב המזונות נקבע כנגד מימוש זכויות אלו.

שיטה זו של הציץ אליעזר אינה מוסכמת.

בפס"ד שניתן בביה"ד בירושלים בהרכב הדיינים הגר"י עדס ז"ל והגר"ב זולטי ז"ל ויבל"א הגר"ש אלישיב שליט"א

ורק כאשר המדובר הוא על עצם מקום הימצאו "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 בכוחנו להטיל עונשים על הבת בגלל מעשי האם. חזאת, 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, עכ"ל.

הראש"ל"צ הגאון רבי עובדיה יוסף שליט"א כתב באותו פס"ד – "קראתי בעיון את דבריהם של עמיתי כבוד הגר"א גולדשמידט והגר"ש ישראלי שליט"א, מבלי להכריע בבעיה העקרונית בה הם מחולקים, דעתי היא כי בנידון דנן שהמערכת 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".

מסקנת הדברים היא, מתוך פס"ד זה עולה שהגר"ש אול ישראלי ז"ל מסכים, עקרונית, שיש לפטור את האב ממזונות הבן שאינו בא לבקרו, אלא שהגר"ש אול ישראלי ז"ל לא נחית לבאור הנזכר לעיל, אלא כתב לבאר ששלילת דמי המזונות הם מפני שהאם גורמת שהבן ימאן לעבור לאביו, ועל כן הוטל עליה חיוב המזונות, אך לא כעונש על הבן.

לדרך זו מצויה אחיזה בדברי הראי"ה קוק ז"ל בתשובת עזרת כהן הנזכרת שבתוך דבריו כתב בלשון זו – "איך אפשר לומר שיענישו תינוק בן שש על אשר אינו רוצה לזוז מאמו. אבל באמת, לשיטת הרמב"ם, אין לנו שום הלכה מקובלת ע"ד כפייה לאיזה צד שיהיה ביותר מבין שש, והכל תלוי בראות עיני בית הדין, אלא שחובת האב ליתן לו מזונות קבעו רק כשהוא אצל אביו, ואם אמו מעכבת היא חייבת ליתן המזונות". עכ"ל. מבואר שהאב פטור מתשלום מזונות מפני שהאם מעכבת את הבן ומונעת ממנו לעבור אליו.

לעומתו הגר"א גולדשמידט ז"ל קבע ששלילת המזונות אינה אלא כשהבן צריך להיות אצל אביו במשמורת קבועה אצלו, ומסרב לעבור אליו, ולא כשמסרב לפגוש.

לפי דרכינו, נראה שאין שלילת המזונות עונש, לא על הבן כדעת הגר"א גולדשמידט ז"ל ולא עונש לאם והעברת חיוב מהאב והטלתו על האם כדעת הגר"ש אול ישראלי ז"ל. אלא בפנינו הלכה הקובעת הגדרת מסגרת חיוב האב במזונות. האב חייב במזונות בנו בתנאים מסויימים, וכל עוד הוא מסכים לפרנסו בתנאים אלו, אין מקום לטעון כנגדו

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 ... ועיין גם שד"ח בפאת השדה מערכה האלף סי' ק"ז שהביא דברי המל"מ והרב פני משה הנ"ל דאומדנא גדולה (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 לחילוק זה, דכל היכא דאיכא אומדנא גדולה עצומה וחזקה אולינן בתרה, אף בדבר התלוי בדעת השכנגדו וכו' ע"ש עוד, עכ"ל.

וע"ע בנדוע ביהודה קמא חיו"ד סי' טט (ד"ה נמצא) שכתב כסברא זו, ובשו"ת דברי חיים ח"א חאה"ע סי' ג' כתב בלשון זו - "רבים ושלמים ס"ל דבאומדנא גדולה אפילו בדבר התלוי בדעת שניהם אמרינן אומדנא". וכן הסכים בשו"ת ברית אברהם חחו"מ סי' כט סק"י.

והגרש"ז אויערבך ז"ל כתב בספר מנחת שלמה (ב-ג) סי' קלד בביאור דברי התוספות בכתובות דף מז: (ד"ה שלא) - "והנה התוספות לא ביארו מהא דלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה, הרי ג"כ יש דעת אחרת וכמו"כ בזבין ולא איצטריך זוזי תלוי גם בדעת הלוקח ... ולכן נראה בכוונת התוספות, דבכה"ג שהאומדנא היא גדולה, ואנן סהדי שלא היה נכנס על ספק זה, לא תלוי כלל בדעתו של צד השני, הלכך גבי שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה או אם הבת מתה, אנן סהדי שלא מסכימים, כי מה טעם יתן לו האב כסף בשעה שבתו מתה והוא לוקח אשה אחרת, וגם מה טעם יתעקש הבעל לתבוע הכסף, וכמו"כ במתה האשה, מ"ט יתן תוספת כתובה לאביה, הרי לא לקח את בתו".

ונראה לחזק סברא זו, מההלכה הקובעת הפסד תוספת כתובה במקרים בו כופין את הבעל לגרש בבאה מחמת טענה, וכמבואר ברי"ף סוף פרק הבא על יבמתו, ומטעם דאדעתא דלמישקל ומיפק לא כתב לה, וכמבואר בלשון הרי"ף - "אבל תוספת לא ואע"ג דתנאי כתובה ככתובה דמי, הכא אומדן דעתא הוא דכי אקני לה אדעתא למיקם קמיה אדעתא דלמישקל ולמיפק לא אקני לה". ואמרינן אומדן דעת זה, אף שהתוספת כתובה ניתנה כחיבת ביאה, כמבואר בתוספות ביבמות דף סה: (ד"ה כי הא), ועיין בתוספות כתובות דף נד: ד"ה ולעוברת. והנה באותו מקרה המבואר ברי"ף, אשה זו מלכתחילה הסכימה להנשא לבעל בודעה כי יכתוב לה תוספת גדולה, והבעל קבל חיבת ביאה, וקיימת כאן נתינה הדדית, אפ"ה יתכן שלאחר זמן רב, התחייבות זו תתבטל מכח אומדן דעת המבואר ברי"ף "דאדעתא למישקל ומיפק לא אקני". הרי שאומדן דעת זה, שריר וקיים אף בהסכם התלוי בדעת שניהם. וכל זאת בהסתמך על האומדנא הקובעת כי במקרה שבו האשה יוזמת וקובעת את המציאות של הגירושין, הפסידה את הזכויות שהועברו אליה בעקבות הנישואין.

(פד"ר ח"א עמ' 75) נכתב - "כל דיון בהחזקת ילדים, היא לא זכות האב או זכות האם, אלא טובת הילדים, כמו שכתב המהרשד"ם חלק אה"ע סי' קכ"ג". ועיין להלן סי' מב שהבאנו באריכות מפסקי דין בנקודה זו והעולה מהאמור שם, שמוסכם על מרבית הפוסקים בזמנינו, ששאלת קביעת המשמורת הוא נושא עצמאי הנגזר מטובת הילד בלבד. הדיון לקביעת משמורת או ביקורים אינו עוסק בשאלת בירור זכותו של הורה זה לקבל את הבן או הבת לגור אצלו. וכיון שאין בירור זכות ההורה, אין מקום לקבוע שכנגד זכות זו הוטלו עליו חובות. אלא קביעת המשמורת נובעת מקביעת טובת הילד, ומאידך, חובת האב לפרנס את הבן והבת נגזרת מעצם היותו אב, ואינה כנגד מימוש זכות משמורת או ביקור, ועל כן אין זיקה בין שני נושאים אלו.

האם הסכם הגירושין מוסיף עילה לחיוב המזונות

במקרה שלפנינו, המדובר במזונות שהאב מחוייב מכח הסכם גירושין בר תוקף, הסכם שאושר בבית הדין וקבל תוקף של פסק דין.

לכאורה מאחר שההתחייבות למזונות בהסכם הגירושין היא ללא תנאי, היה מקום לקבוע את חיוב המזונות בלא סייג ובלא כל תנאי, לרבות בנסיבות הנוכחיות. אך אין לומר כן, וזאת מכמה טעמים.

א. יש לדון בכל מקרה לגופו, האם קיימת אומדנא דמוכח שמעיקרא האב הגביל את ההתחייבות, ובמצבים מסויימים של התנכרות אליו הוא אינו מתחייב לשלם מזונות.

כאמור, האב התחייב במזונות הבן בהסכם בר תוקף, התחייבות שנערכה בסמוך למועד הגירושין, ונעשתה במסגרת הסכם כולל, שבו הצדדים נשאו ונתנו על מיכלול הנושאים הממוניים שעמדו בזמנו על הפרק. ועיין במשנה למלך הלכות זכיה פ"ו ה"א, דבכה"ג שנערכו התחייבויות הדדיות אין מקום לאומדנות. אמנם ההתחייבות למזונות היא עבור הבן והוא עומד בפני עצמו, וביחס לבן אין התחייבויות הדדיות. אך מאחר שהאשה הסכימה למלא את חלקה בהסכם בכפוף להתחייבות זו, הרי שיש לדון התחייבות זו כהתחייבות הדדית בין האב לאמו של הבן.

אך כל זה באומדנא בעלמא, אבל ביחס לאומדנא דמוכח טובא, מצינו בפוסקים שיובאו להלן שכתבו שיש לדון אומדנא זו, אף בהסכם שבו התחייבויות הדדיות.

להלן מלשונו של הגר"י קפאח בפס"ד (שהובא בספר משפטי שאול סי' ל') - "עיין שו"ת פני משה סי' סב שנשאל בשני אחים שנתפשרו עם הקהל על המס על כל רכושם בסך מסויים ונתחייבו לעשות סך מסויים של יין ולשלם עבורו גאבילה בסכום מסויים. והדבר ידוע שהקהילה 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

וכן היא לא תתחייב לו, במעשה ידיה, אם אחר כן, רצה הוא לתת לה במתנה, ונתחייב לה הוא במזונותיה, הנאמר שנתחייבה היא ג"כ לו, במעשה ידיה. הא ודאי לא. שהרי אינה אוכלת בתקנת חכמים, אלא מן הדין, מכח המתנה. ובהא, ליכא למימר מעשה ידיה שלו משום איבה. דליתיה להאי טעמא, אלא כשאוכלת מן התקנה, ולא מן הדין, אבל כשאוכלת מן הדין, שרצה ליתן לה במתנה, ליכא למימר בה, משום איבה, וליכא תקנה בהא מלתא כלל. אלא הרי היא בזה, כאשה אחרת דעלמא."

הרי מבואר שדוקא באוקימתא כזו, המבוארת בריב"ש ובשו"ע, שהתנו מראש שלא יתחייב במזונות ולא יזכה במעשי ידיה, ולאחר מכן התחייב בקניין במזונות, דינו כחיוב העומד בפני עצמו שאינו כפוף לגדרי מזונות בעלמא. ומבואר דבלא"ה, אלא במקרה רגיל שהבעל חייב במזונות אשתו, ולמרות זאת חזר והתחייב במזונות אשתו בקניין, אין בכך תוספת לחיוב מזונות בגדרים חדשים ושלא יזכה במעשי ידה. והיינו מפני שיש כאן אומדנא ברורה שאין כוונתו להתחייב התחייבות חדשה, אלא במתכונת המזונות שכבר מחוייב ועומד, ולא היתה כוונתו להוסיף חיוב חדש בתוספת הקניין.

על כן הוא הדין ביחס לחיוב מזונות הילדים. מאחר שהאב חייב ועומד ומחוייב במזונותיהם, אין הקניין מוסיף גדרי חיוב חדשים, משא"כ ביחס למי שהתחייב לזון את בת אשתו, מאחר וזהו חיוב מזונות שאינו מחוייב בו, הקניין יוצר את החיוב, ובסתמא נוצר חיוב מזונות ללא תנאים וסיגים.

ולהלן לשון הריב"ש באותה תשובה (בתחילת התשובה) – "אמרינן נמי בכמה דוכתי דמזון האשה והבנות אע"פ שלא כתב, כמי שכתב דמי. ולא מפני שכיון שכתב לה, ולא היה צריך, דהא אכלה בתנאי בי"ד, נאמר שלכך נתכוון, שלא תפסידם בתביעת הכתובה, שא"כ הכותב לאשתו תנאי זה, ג"כ היה לנו לומר כן. שהרי לא היה צריך לכתוב, דאף אם לא כתב, כמי שכתב דמי. וכן בכל תנאי בי"ד, היה לנו לומר כשכתב, שלהוסיף אי זה דבר נתכוון. שאם לא כן, לא היה לו לכתוב. דאע"פ שלא כתב, כמי שכתב דמי. וכן הכותב לאשתו כתובה, במקום שאין כותבין, דסומכין על תנאי בי"ד. נאמר, שלהוסיף לה על תנאי בי"ד, נתכוון. אלא ודאי, אין אומרים כן בתנאי בי"ד. שהתקנה היא שיכתבו הכל אלא שעשו חיזוק לדבריהם, שאף אם לא נכתב, שיהיה כמי שנכתב. והכותב, לא הוסיף, ושאינו כותב, לא גרע. ואף בכותב וחוזר וכותב, אין אנו אומרים לתוספת כתביה, אא"כ הוסיף בפירושו. אבל אם לא הוסיף בפירושו, כל שעבודין שוין", עכ"ל הריב"ש.

והוא הדין יש לומר במזונות הילדים כסברא זו, מאחר שהאב עומד ומחוייב במזונות, בתקנת חכמים, "הכותב, לא הוסיף, ושאינו כותב, לא גרע. ואף בכותב וחוזר וכותב, אין אנו אומרים לתוספת כתביה אא"כ הוסיף בפירושו" (כלשון הריב"ש).

ומדברי הרי"ף ראייה לדרך זו לדון באומדנא דמוכח טובא אף בהתחייבויות הדדיות. (ומכל הנ"ל מבואר הטעם שאין לקבל את מש"כ הג"ר אברהם שפירא ז"ל במנחת אברהם ח"ג עמ' כה ובקובץ תחומין חלק טז עמ' 77).

על כן נראה שבמקרה שלפנינו קיימת "אומדנא דמוכח טובא", שלא עלה על דעת האב להתחייב לשלם מזונות עבור הבן למשך שנים רבות עד שיגיע לגיל 18, גם בנסיבות שבהם הבן יסרב לכל קשר, ולא יכיר את אביו, והאב אינו מכיר את בנו.

ב. גם אם נאמר שלא לדון אומדנא בהתחייבות לתשלום מזונות, אין לומר כן במקרה שההתחייבות נעשתה במסגרת הסכם בו קיים סעיף להסדר ביקורי הבן אצל האב. עיין בקובץ דברי משפט ח"ב עמ' שכ"ו בפס"ד של הג"ר אברהם שרמן שליט"א שהעלה שאם האב התחייב במזונות מכח הסכם גירושין, יש אומדנא דמוכח שיש לקשור בין הסעיף הקובע את גובה דמי המזונות לסעיף הקובע את הסדר הביקורים, וזאת גם אם לא התנו בפירושו לקשור בין שני הסעיפים. לפי דרכו, האומדנא אינה להוסיף סייג לעצם ההתחייבות, אלא רק לקשור בין שני הסעיפים. ועיי"ש בסיום דבריו שכתב שהציג סברא זו בפני הגר"ש אלישיב שליט"א והסכים עמו.

אמנם עפ"י סברא זו, לא נבטל את חיוב המזונות עקב סטיה מסויימת במילוי הסדר הביקורים, מאחר וביחס לסטיה כזו אין אומדנא לקשור בין הסעיפים, אך קיימת אומדנא שכוונתם לקשור בין הסעיפים לנסיבות שהביקורים אינם מתקיימים כלל.

ג. מלבד זאת, קיימת סברא חזקה לומר, שאין כוונת האב בהסכם הגירושין להוסיף ולהתחייב התחייבות חדשה למזונות הילדים, ובגדרים מחמירים מהמחוייב בטרם נחתם ההסכם. אלא כוונת הזוג בטרם הגירושין לקבוע סכום ידוע ומוסכם מראש לגובה דמי המזונות, על מנת שלא יאלצו לאחר הגירושין לבחון מחדש מידי חודש בחודשו מה הם צרכי הילדים, מה עוד שלאחר הגירושין כל אחד הולך לדרך ועל פי ההלכה עליהם להמנע מעיסוק משותף בניהול חשבונות שוטפים של הוצאות הילדים. אך מעולם לא עלה על דעתו של האב שבחתימתו על הסכם הגירושין הוא נכנס לחיוב מסוג חדש, עם גדרי חיוב חדשים שאינו מחוייב בהם בטרם חתימתו על ההסכם.

אין כל ספק שאילו היו שואלים את הצדדים החותמים על ההסכם, בעת עריכת ההסכם, שניהם היו מסכימים שזו כוונתם. אין כאן פסיקה על סמך דברים שבלב, אלא הדבר פשוט וברור שאלו דברים שבלבו ובלב כל אדם.

נראה להביא ראייה לסברא זו, מפסק השולחן ערוך אבן העזר סי' פ' סעיף יח - "מי שהתנה עם אשתו שלא יתחייב במזונותיה וכן היא לא תתחייב לו במעשה ידיה, אם אחר כך רצה ונתחייב הוא לתת לה במתנה מזונותיה, אין מעשה ידיה שלו".

מקור הלכה זו מהריב"ש סי' תפ שכתב בלשון זו – "הגע עצמך, האיש שהתנה עם אשתו. שלא יתחייב במזונותיה,

אך נראה שהיה מקום למסקנת תשובת ישכיל עבדי הנזכרת, כשהבת אינה עומדת בלוח הזמנים שנקבע עבורה לבקר אצל אביה, אלא מבקרת אצלו לעיתים יותר רחוקות ואינה משביעה את רצון אביה המבקש שתבקר לעיתים קרובות. אך במקרה שקיים נתק מוחלט בין האב לבנו במשך שנים ואחד אינו מכיר את השני כלל, בנסיבות אלו לא יתכן לחייבו במזונות לשנים רבות, למרות שאין צפוי כל שינוי במצב. ובכה"ג כאמור, קיימת אומדנא דמוכח טובא שעל דעת כן לא התחייב.

ומה שטען הגר"ע הדאיה ז"ל שהאב התחייב בלא תנאי. לפי האמור לעיל, אמנם ההתחייבות היא ללא תנאי, אך מעיקרא אין בהתחייבות זו גדר חדש שלא היה בחיוב שהיה מוטל עליו קודם לכן. וכבר ביארנו הסברא שאין מקום לדמות חיוב מזונות שבהסכם גירושין לחיוב מזונות לבת אשתו, ודלא כמ"ש בתשובת ישכיל עבדי להשוות בין הדברים. אמנם, יתכן שבנידון באותו פס"ד, הבעיה לא היתה כה חמורה ולא היה בה כדי להביא למסקנה שגם בלא ההסכם אין האב מחוייב בתשלום מזונות, עקב אי העמידה בלוח הזמנים לביקורים שנקבע.

וע"ע בפד"ר ח"ג עמ' 333 בפס"ד של בית הדין הגדול בהרכב הדיינים הגר"ע הדאיה ז"ל הגרי"מ בן מנחם ז"ל ויבל"א הגרי"ש אלישיב שליט"א, שהלכו בדרך זו, להשוות מזונות הבן בהם האב מחוייב מכוח הסכם גירושין למזונות בת אשתו, ועפ"י זה העלו לחייב את האב בתשלום אף שהבן החל לעבוד לפרנסתו, וכדין מזונות בת אשתו. ולפי האמור לעיל, הדברים צ"ע.

התייחסות לפסקי דין שנכתבו בנושא של סרבנות קשר בין הבן לאביו

בסיום דברינו, מן הראוי להתייחס לדעות נוספות שנאמרו ביחס לבן המסרב להיות קשר עם אביו. להלן הסברים נוספים להלכה, הפסוקה ברמב"ם ובשו"ע, השוללת מזונות מהבן שאינו רוצה לעבור לאביו. אך ביאורים אלו אינם מחוורים, אף שמסקנתם בסופו של דבר תואמת למסקנה שהעלנו לעיל.

בפד"ר כרך ב' עמ' 302 בפס"ד מבית הדין האזורי בת"א בארו הלכה זו על פי מה שמצינו במסכת כתובות דף נ. וברש"י (ד"ה יורד), שהאב יכול לרדותו ולרדת עמו לחייו בצימצום מזונותיו כשאינו רוצה ללמוד תורה.

אך נראה שהלכה זו אינה קשורה לכאן, ולא ניתן לומר שהאב רשאי להמנע מתשלום מזונות, עקב סירובו של הבן לבוא אליו ללמוד תורה.

בגמ' במסכת כתובות, האב אינו מונע לחלוטין את מזונו של הבן, אלא רק מייסרו בצימצום מזון. מאחר שלמעשה הבן ניזון בבית אביו ואינו נופל על הציבור, אין מניעה לנקוט בצעד כזה. ואין ללמוד מכאן שהאב יכול להמנע לחלוטין מלזון את בנו ולהפילו על הציבור. שהרי נציגי הציבור יוכלו

ועיין מש"כ הג"ר שלמה דיכובסקי שליט"א בקובץ תחומין חלק טז עמ' 87, ובעמ' 75 במש"כ הג"ר אברהם שפירא ז"ל וכן בספרו מנחת אברהם ח"ג עמ' כג. וע"ע בפד"ר חלק ב' עמ' 107.

ונראה שסברת הפרישה (ח"מ סי' צז אות מ"א ואה"ע סי' קיח אות צ') הבי"ח (ח"מ סי' צו) ורע"א (בתשובות רע"א החדשות סי' נא) שהובאו בדבריהם, יתפרשו בדרך זו, דהיינו שבנסיבות שכבר קיים חיוב קודם למעשה הקנין, אנו קובעים שבסתמא כוונת המתחייב בקנין להתחייב על דרך תיקון חז"ל ובמתכונת חיובו הקודם, ולא לחדש גברי חיוב חדשים, כל עוד לא נאמר בפירושו להיפך, וכסברת הריב"ש.

תשובת ישכיל עבדי

בשו"ת ישכיל עבדי חלק ו' חלק אה"ע סי' לא, דן בשאלה של סרבנות קשר, וכתב בתוך דבריו "לא מצינו בשום פוסק הקושר חיוב המזונות של הבת בפגישה עם הבת".

באותו נידון נקבעו בהסכם הגירושין הסדרי ביקורי הבת אצל האב, וכתב על זה הגר"ע הדאיה ז"ל - "אמנם התנאי הנוסף על הבת להפגש עם האב זה נבע מהחלטת בית הדין, לפי הנוהג והיושר בכל הסכמים שכאלה, שבית הדין מדגישים תנאי זה שהוא טבעי והוודה, שלא להפריע צד הא' להשני, בבוא לראות ילדיו, אך אין זה אומר שתנאי זה קשור עם תשלום מזונות לבת, כפי שנפסק בדין הבן באה"ע סי' פב ס"ז, ואחר שש שנים יש לאב לומר אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות, דענין הבן שונה לגמרי מדין הבת, דשם בבן, משש שנים ולמעלה, מוטל על האב לחנכו, לכן עליו להיות אצל האב, ואם מסרב אז יוכל לומר לו, אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות, לא כן בדין הבת שהבת אצל אמה לעולם, לא שייך דין זה, אם לא תפגש אתו לא יתן לה מזונות, שהרי אפילו האם תלך לעיר אחרת הבת תהיה אצלה".

הגר"ע הדאיה ז"ל כתב את פסק דינו הנ"ל, בעת שבתו בבית הדין הגדול שדן בעירעור על פסק דין של בית הדין האזורי. באותו פסק דין נשוא העירעור נכתב "על הבת להפגש עם אביה ... ואם לא, בית הדין ידון בקשר להפסקת תשלום המזונות". וכתב על זה הגר"ע הדאיה ז"ל - "הנה כאן בנ"ד שהוא התחייב בקאג"ס, עד גיל 18 שנה, הרי דינו כדין בעל חוב ממש וכדין המתחייב לזון בת אשתו, שחייב לזונה מצד חיובו ... מהאמור בזה אין להבין ההערה הנוספת בפסק הדין בו נאמר שעל הבת להפגש עם אביה וכו' ואם לא, בית הדין ידון בקשר להפסקת תשלום המזונות. איזה קשר יש לזה עם חיוב תשלום המזונות שנתחייב בקבלת קאג"ס, בלי כל התחייבות מפורשת מצד הבת, או מצד האם בתנאי כפול ובשאר משפטי התנאים הידועים".

לכאורה, המקרה שלפנינו דומה לנידון שבתשובת ישכיל עבדי מאחר וכאמור אין אפשרות להעברת הבן לאביו, והנידון הוא ביחס לביקורים, חזר דינו כדין הבת, שעל פי הדין מקומה אצל האם, אלא שאינה מבקרת אצל אביה.

לשלוח לה לחם ולפתן. מ"מ מידי ספיקא לא נפיק אם הדין כן או לא. והמע"ה".

הרי שהפטור של האב באותה תשובה נבע מכח תקנה שתיקנו במרוקו שהאב אינו חייב בדמי מזונות אלא במזונות ממש, והיה מקום לפוטרו כשאין אפשרות לשלוח את המזונות למקום אחר. מה עוד שקיימת טענה שאין מניעה שתגור במקומו של האב ותקבל את המזונות.

אבל לדין שאין אנו נוהגים כתקנה הנ"ל ופוסקים דמי מזונות, וכמו שפסק בספר ערך לחם למהריק"ש אה"ע סי' פב, אין ראייה לפוטרו.

מסקנת הדברים

לאור כל האמור, במקרה שבפנינו יש להורות שחייב המזונות המוטל על האב ישאר בעינו בכפוף לכך שתימצא הדרך להביא לחידוש ביקורי הבן אצל האב.

שתי המסקנות העולות מתוך דברינו -

א. האב מחוייב במזונות הבן, והבן מחוייב לבקרו ולשמור על קשר עמו. אך בנסיבות הנוכחיות שהבן מתנגד לכל קשר, ועקב כך הבן אינו מכיר את אביו והאב אינו מכיר את בנו, האב רשאי לומר שאינו מתנער מחובתו לפרנס את בנו, ואין מניעה שישלח את דמי המזונות באמצעות הבן, או בדרך חילופית סבירה. ואם הבן נמנע מלבקר את אביו, האב רשאי להשאיר את דמי המזונות אצלו.

במקרה הנוכחי מאחר שהבן עומד לקראת גיל 13, ניתן לדרוש מהבן לשנות את יחסו לאביו, ומוטל על האם לסייע בהכשרת הרקע המתאים לכך.

ב. קיימת אומדנא דמוכח, שסעיף המזונות בהסכם הגירושין קשור ומותנה בסעיף הקובע את חובת הבן לבקר את אביו. אמנם סטייה קלה מההסכם אינה גוררת ביטול המזונות, אך בנסיבות הקיצוניות של מקרה זה, יש לקשור בין שני סעיפים אלו.

לטעון כנגדו, שלא יתכן שהציבור יאלץ לשלם את המחיר של חינוך הבן, במקום שהאב אמיד ומסוגל לפרנסו.

ובלא"ה, התם בילד בגיל 12 עסקינן, וברמב"ם ובשו"ע נאמר הדין ביחס לילד שהגיע לגיל שש.

ובפד"ר חי"ג עמ' 6 בפסק דין מבית הדין האזורי בחיפה, כתבו בטעם דינו של הרמב"ם שמניעת מזונות מהבן שאינו רוצה לעבור לאביו, הוא מפני שאין חיוב צדקה כשעל ידי כך נגרמת לעני רעה רוחנית, עיי"ש. דבריהם אינם נראים. וכי עסקינן בכה"ג שעקב אי תשלום של דמי המזונות מצד האב הבן ירעב ללחם ומכח זה הוא יאלץ לתקן דרכיו. הרי אם האב לא יפרנסו יהא מוטל על הציבור לפרנסו, וממילא חוזרת טענתם של בני העיר התובעים שהאב שהוליד את הבן יפרנסו ולא ישליך אותו על הציבור, ומאחר ובסופו של דבר הבן יקבל את מזונותיו, החיוב מוטל על האב, ואינו דומה לעני בעלמא. על כן נראה בביאור הלכה זו כפי שהתבאר לעיל.

הגר"ע יוסף שליט"א בפד"ר חי"ג עמ' 27 (וביביע אומר חלק ח' אה"ע סי' כב) הסכים לשלול מזונות בת המסרבת לקשר עם אביה, והביא ראייה מתשובת שופריה דיעקב סי' ס'. אך המעיין בתשובה זו יראה שאין ראייה.

ח"ל תשובת שופריה דיעקב הדין באשה שהתגרשה מבעלה ועברה לגור בעיר אחרת עם בתה - "מן הדין אין לה אלא מזונות בעין. דמזונות אמרו ולא דמי מזונות. וכן הוא מפורש בתקנות פסק הא' ז"ל דאין חייב האב לבתו מגרושתו, כי אם לשלוח לה לחם ולפתן ממה שהוא אוכל דבר יום ביומו. וא"כ כשהאם רוצה לישוב בעיר אחרת שאין האב יכול לתת לה לחם ולפתן ממה שהוא אוכל דבר יום ביומו מאין הרגלים לחייבו לשלוח לה דמים. והלא האב יטעון תבוא האם עם בתה לעירי ואזון את הבן והיא עמה. ואם לא יבואו עמי לעירי לא אזון אותה. ואעפ"י שיש לצדד ולומר דלסוברים שתהיה הבת אצל אמה אפילו בעיר אחרת חייב לשלוח לה דמי מזונות למקום שאמה כיון שא"א

סימן לא

חובת האב לזון את בניו כשהוא אסיר

אייר תשנ"ח

כעת עומדת בפנינו תביעת האב, באמצעות בא כוחו, להפחתת דמי המזונות, ולביטול תשלום מזונות לאותה תקופה שבה הוא יושב בכלא. לעומת זאת, האם מתנגדת לכל הפחתה, וטוענת שיש מקום לדון בהגדלת דמי המזונות, לאור הנתונים שבידה, המתייחסים להוצאות עבור כלכלת שני הילדים ושאר ההוצאות הנחוצות עבורם.

התקיים דיון בתביעת האב להפחתת מזונות, ובדין הופיעו האם ובא כוחה, ומצד האב הופיעו שני נציגים - אחיו ואחותו של האב.

הצדדים נישאו בחו"ק לפני שנים עשרה שנה ולאחרונה התגרשו, ולהם שני בנים, האחד בן תשע והשני בן שבע. בהתאם להסכם הגירושין, שני הילדים נשארו אצל האם. כחצי שנה לאחר הגירושין, האב נעצר בפּינלנד עקב עבירת סמים ונידון לארבע שנות מאסר. מהחומר שבפנינו עולה, שקיים סיכוי סביר לשחרורו מהכלא בתום שנתיים, עקב התנהגות טובה בכלא.

דמי המזונות שהאב מחוייב עבור ילדיו, לא נקבעו מכח הסכם בין הצדדים, אלא בהתאם לפס"ד שניתן בבית הדין בסמוך לגירושין, לאחר בירור יכולתו הכלכלית.

אך נראה שמסקנתם בפסק הדין הנ"ל אינה נכונה, וכמו שיתבאר.

המעייין באותו פסק דין יראה שפסק הדין בנוי משלשה חלקים -

א. ביחס לחובת מזונות אשתו, הבעל חייב במזונות אשתו גם בתקופה שבה הוא חסר-כל, וגם במצב כזה, אין אומרים שמאחר שאין לו אפשרות לזון את אשתו אין עליו חובה לזון אותה. החיוב נשאר בעינו אלא שלמעשה אינו ממלא חובתו זו, על כן אם האשה לוותה כסף למזונותיה, הבעל מחוייב בתשלום החזר החוב, שישולם לאחר זמן כשישתפר מצבו הכלכלי.

ב. אם הבעל חסר-כל, ואינו יכול לפרנס את אשתו, אמנם אין מחייבים אותו ללוות עבור מזונותיה, אך עכ"פ האשה רשאית ללוות כדי שהבעל יפרע את החוב בעתיד.

ג. כל האמור בסעיפים א' וב' נכון גם ביחס לחובת האב לזון את בנו.

אמנם יש לקבל את החלק הראשון, שהבעל חייב במזונות אשתו גם כשהוא חסר-כל, וכפי העולה מפשטות הסוגיא והפוסקים במסכת כתובות דף קז:.. הלכה פסוקה היא באשה שבעלה הלך למדינת הים ועמדה ולוותה למזונותיה שהבעל חייב לפרוע, ולא מצינו מי שכתב לפוטרו מתשלום המזונות לאחר שהבעל יוכיח שבאותה עת שהאשה לוותה הוא לא היה יכול לפרנסה והיה חסר-כל.

ועיי"ש בפסק הדין הנזכר שכתבו להוכיח מהר"ן הרא"ה ורבינו קרשקש שהבעל חייב במזונות אף כשהוא חסר-כל. אך אין מדברי הראשונים הכרח לאמור, אמנם הראשונים כתבו שאם בעת פירעון ההלוואה אין לבעל יכולת לפרוע חובו, האשה תפרע במקומו, אך לא הזכירו את המצב שבעת ההלוואה גופא לא היתה לבעל אפשרות לזון את אשתו.

אך יש להוכיח כן ממש"כ תלמידי רבינו יונה שהביא בשיטה מקובצת עמ"ס כתובות דף סד: (ד"ה וקב). במשנה בכתובות (שם) נאמר - "המשרה את אשתו על ידי שליח לא יפחות לה משני קבין חטין" וכו'. וכתבו תלמידי רבינו יונה וז"ל - "וה"מ במשרה אשתו ע"י שליח, אבל היכא דאכלה בהדיה אכלה כמה שאוכל איהו. ואי לא סגי' לה במאי דסגי' ליה לדידיה מחייב לאשלומי לה להאי שיעורא דמתניתין. ודוקא היכא דאית ליה, אבל היכא דלית ליה לא מחייב לזבוני כולהו מאני לסעודתא דחדא שבתא. כללו של דבר הרי היא בכשיעור הזה כבעל חוב לכל דבריה, והא קיי"ל דמסדרין בבעל חוב, וכן אתה אומר בכסותה".

הרי מבואר בדברי תלמידי רבינו יונה, שהחיוב לזון כשיעור ששנינו במשנה, היא חובה קביעה וקיימא ועומדת בעינה גם כשאין לו יכולת כלכלית. (והרמ"ה שהובא בטור סי' ע' אינו חולק על תלמידי רבינו יונה, ואכמ"ל בזה עיין פד"ר ח"ז עמ' 308).

בפתיחת הדין, ב"כ הנתבעת בקש מביה"ד למנוע מאחיו של האב מלייצגו, מאחר שאין הוכחה שיפוי הכח שבידם נחתם על ידי התובע, ואמנם לא היה ניתן לאשר חתימת התובע על יפוי הכח. אך בית הדין אישר את הבקשה לאפשר לנ"ל לייצג את התובע, וזאת בהסתמך על תקנות הדין של בתי הדין. בסעיף מח (1) לתקנות הדין נקבע - "התברר שבעל הדין אינו יכול לפעול בעצמו וגם אינו יכול למסור הרשאה כדין, ושעיקוב בדיון עלול לגרום נזק לבעל הדין. יכול בית הדין להרשות לאדם אחר לפעול בשם בעל הדין ולהגן על זכויותיו גם בלי הרשאה בכתב".

תקנה זו היא על פי הדין - זכין לאדם שלא בפניו, ובהתאם למבואר בתרומת הדשן, פסקים וכתבים סי' ריו, ובפד"ר כרך ב' עמ' 367. יצויין שבנידון זה, התובע תבע הפחתת מזונות עוד בהיותו בארץ, וביה"ד הודיע לו שהדין בבקשה יתקיים לאחר סידור הגט, ואין ספק שגם כעת, רצונו של האב לקיים את הדין בהפחתת דמי המזונות. לכן בנסיבות המקרה שהאב כלוא ואינו יכול להופיע לדין, ביה"ד קבע שאחיו ואחותו יוכלו לייצגו, אך כפי שיבואר להלן, יכולתם לעמוד בדין ולטעון עבור התובע, היא מוגבלת.

אמנם מוסכם שכעת התובע אינו משתכר לפרנסתו, אך מאידך, בהעדר נוכחות אישית של התובע, ובהעדר תקשורת יעילה בינו ובין מיופי הכח, לא ניתן לקיים דיון רציני לברור יכולתו הכלכלית של התובע. יתכן שברשותו סכומי כסף בחשבונות בנק או נכסים הניתנים למימוש לצורך תשלום המזונות. בירור כזה אינו יכול להתקיים כעת באמצעות אחיו ואחותו של התובע, שאינם בקיאים בנושא. וגם אם יכחישו ויטענו שאין לו כל יכולת כלכלית, אין ערך לטענתם בלא חקירה אישית של התובע עצמו.

כפי שנמסר לבית הדין, התובע נשפט בפינלנד עקב סחר בסמים. יש לברר האם התובע צבר סכומי כסף במסגרת עיסוקיו אלו. מאידך, מאחר שאין ספק שמצבו הכלכלי הורע וכעת אינו עובד לפרנסתו, בנסיבות אלו ניתנה החלטה זמנית, הקובעת דמי מזונות מינימליים. לאחר שהתובע יוכל להתייצב אישית בבית הדין, יזמן דיון נוסף שבו הנתבע יחקר ויתברר מצבו הכלכלי מיום הגשת התביעה.

בעניין זה ראוי להתייחס לפס"ד שניתן במקרה דומה בבית הדין האזורי בירושלים.

בפד"ר כרך ט"ז עמ' 349 הובא פסק דין מהג"ר שמואל שפירא שליט"א ובית דינו, שדנו בשאלת חיוב מזונות הילדים כשהאב אסיר שאינו יכול להשתכר לפרנסתו. מסקנתם היתה שניתן לפסוק פסק דין למזונות שישולם באמצעות המוסד לביטוח לאומי, ויצטבר על האב כחוב כל עוד הינו אסיר. לדעתם באמצעות פסק דין כזה, אנו למעשה מאפשרים לאשה ללוות מהמוסד לביטוח לאומי לצורך מזונות הילדים, וחוב זה יוטל על האב לפירעון לאחר שישתחרר מהכלא.

יתכן מאד שאינו דומה גדר החיוב של מזונות האשה לגדר החיוב שחכמים תקנו לזון את בניו.

בשו"ת שופריה דיעקב חלק א סימן ס' כתב, וז"ל - "בידוע שאין לו כי אם די סיפוקו, אפילו בתוך שש אין עליו חיוב לזון את בניו. דעד כאן לא חלקו חכמים בין תוך שש לאחר שש, אלא בשאינו אמוד ליתן צדקה המספקת, אך אמוד ליתן דבר מועט שאינו מספיק. אבל בשאינו אמוד ליתן כלום, אין הפרש בין תוך שש בין לאחר שש, ובכל גוונא פטור. וסברא הוא דכיון שאין לו כי אם די סיפוקו פשיטא דחייב קודמין. וכיון שכן מאין הרגלים לחייבו לחזור על הפתחים ולזונם ואפילו בתוך שש. וחז"ל לא חייבוהו אלא אם יש לו מה ליתן להם אחר די סיפוקו".

תשובה זו של שופריה דיעקב הובאה באוצר הפוסקים אה"ע סי' עא סק"א אות ו', והביאו שהסכים עמו בספר שושנים לדוד להר"ד צאבא ושכן משמע בשו"ת זרע אמת דאינו חייב במזונות בניו הקטנים אלא כשיש סיפק בידו לזונם. ומש"כ שם בשם שו"ת מנחת יצחק ח"ו סי' קנ שמחוייב לחזור על הפתחים כדי שיוכל לזונם, היינו כשחייב במזונות אימן, דלשיטתו להלכה נקטינן גם כסברת הר"ן ס"פ אע"פ, אבל במקום שאינו חייב במזונות אמן, אינו חייב לחזור על הפתחים לצורך מזונות הילדים.

מלשון הרמב"ם הנ"ל, אין הכרח שדעתו להשוות דין מזונות הילדים לדין מזונות האשה לכל הלכותיהן. שהרי הרמב"ם גופיה כתב בפ"ג ה"ו שהדין מחייבו בכסות אשתו לפי עשרו, משא"כ בבניו שחייב רק כפי צורכן, ועיין בב"ש סי' עא סק"א שגדרי חיוב מזונות כגדרי חיוב כסות לענין זה, וכן הוא בשו"ת הרשב"ש סי' תקב. ועוד מצינו בתוספות יו"ט מסכת כתובות פ"ד מ"ו חילוק בין מזונות האשה למזונות ילדיו, שלמזונות אשתו חייב להשכיר עצמו כפועל לשיטת רבינו אליהו, משא"כ לענין מזונות הילדים, שגם לשיטת רבינו אליהו אינו חייב להשכיר עצמו.

וע"ע בספר משפטי שאול (שם עמ' צה) שכתב בטעם לחייבו במזונות אשתו גם כשהבעל חסר-כל, "עם הנישואין חל על הבעל בין שאר החיובים, גם חיוב מזונות". וכוונתו על פי המבואר בלשון הרמב"ם בריש פרק יב מהלכות אישות - "כשנושא אדם אשה ... יתחייב לה בעשרה דברים ... שארה אלו מזונותיה", ומבואר שהאדם בעת נישואיו מתחייב בתשלומים אלו. אך ביחס למזונות הילדים החיוב אינו נובע מכח התחייבות האב במזונותיהם. עיין בפד"ר חלק ה' עמ' 301 בפס"ד של הגרי"ש אלישיב שליט"א שנקט שהמחייב הוא בעת לידת הבן, ועי"ש בעמ' 304 במש"כ הגר"א גולדשמידט ז"ל על דבריו וע"ע בספר שורת הדין ח"א עמ' צח והלאה. וביחס למזונות אלו של הבן יש מקום לומר שעצם המציאות שיש לו בעולם בן היא מחייבת, לא שנעשה מעשה התחייבות מצידו, ועל כן שוטה חייב במזונות בנו, אך החיוב הוא כל שעה בהתאם למצבו

וכן בספר משפטי שאול סי' יג העלה בפשיטות, שהחיוב למזונות האשה, אינו מתבטל כשהבעל חסר כל יכולת לשלם.

והנה בפרישה בחו"מ סי' צז (ס"ק מא) כתב לבאר הטעם דאין מסדרין למזונות אשתו, בתוך דבריו כתב בלשון זו - "מזונות אשתו בין למאן דאמר שהם דאורייתא בין למאן דאמר דרבנן, על כל פנים מסתברא דלא חייבתו התורה ולא חכמים בתורת חוב דהיינו להרעיב נפשו וליתן מזונות לאשתו על כל פנים כדין בעל חוב, אלא חייבתו תורה או חכמים להיות אשתו כגופו, דהיינו ליתן לה שארה וכסותה כמו שמאכיל ומלביש נפשו ... מה שכתוב בתורה שארה, דרוצה לומר שהיא תשוה לו ומחוייב לפרנסה ממה שהוא אוכל ... מכל מקום קדם לה בעל חוב מטעם שכתבתי, דלבעל חוב חייב בתורת חוב, משא"כ אשתו דכשאין לו מזונות לנפשו פטור ממזונותיה".

והיה נראה לומר בשיטת הפרישה, שאם הבעל חסר-כל ואינו מסוגל כלל לפרנס את אשתו, בכה"ג מעיקרא אין עליו חובת מזונות, ודלא כשטמ"ק בשם תלמידי רבינו יונה.

אף לשיטת הפרישה, נראה לחלק בין מקרה שבו הבעל דר יחד עם אשתו, דבכה"ג אשתו כגופו ומתגלגלת עמו, ומפתו תאכל ומכוסו תשתה, אבל כשאינה עמו, מחוייב לה לכל הפחות כשיעור המבואר במשנה (כתובות סד:) ובשו"ע סי' ע' ס"ג. וכפי העולה מהא דקיי"ל במי שהלך למדינת הים שהאשה יכולה ללוות למזונותיה, ולא מצינו שהבעל יוכל לעכב הפירעון בטענה שבאותה עת שאשתו לוותה, היה חסר-כל.

עיקר החילוק (שכתבנו בדעת הפרישה) בין אם הבעל גר עמה לשאינו דר עמה מבואר בב"ש סי' ע' סק"ב במש"כ - "חייב ליתן לה לחם שתי סעודות וכו', דין זה נלמד ממתני' המשרה את אשתו על ידי שלישי, נשמע דאירי כשאינה אוכלת עמו, ואפשר אם היא אוכלת עמו מתגלגלת עמו אף בפחות משיעור זה ובלבד שיתן לה לחם ... וכן משמע מהרא"ש". אמנם ההפלאה בסק"ה ציין לח"מ סק"ג שכך דעת השו"ע אך אין כן דעת הרמב"ם עי"ש, עכ"פ בדעת הפרישה נראה כמ"ש. ולפי זה כשהבעל אסיר או במדינת הים, אף לשיטת הפרישה מחוייב במזונות, למרות שאין לו לעצמו כלל.

אך יש מקום לברר מש"כ בפסק הדין של הג"ר שמואל שפירא שליט"א להשוות דין מזונות הילדים לדין מזונות האשה, וכתב שבשניהם חייב לזונם אף כשאין לו ממון כלל. הראיה היחידה שכתב שם להשוואת מזונות הילדים למזונות האשה היא מלשון הרמב"ם בפרק יב מהלכות אישות הי"ד שכתב - "כשם שאדם חייב במזונות אשתו כך הוא חייב במזונות בניו ובנותיו הקטנים".

אלא שהרמב"ם שם בהמשך דבריו איירי דוקא במזונות הילדים עד גיל שש. אך גם ביחס לחובה זו לזון קטני קטנים,

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."

מה שכתב לחייבו ללוות לדעת רבינו אליהו, אינו נראה. אמנם רבינו אליהו חולק על ר"ת, ולדעתו הבעל חייב להשכיר עצמו לאומנות, אך עיקר דינו של רבינו אליהו מיוסד על כך שמספר כתובה נלמד שכתב לה אגא אפלא וכו', כמבואר בתוס', בטור סי' ע' ובפוסקים. על כן במה שלמדנו מספר כתובה, דהיינו "אגא אפלא", ניתן לחייבו, אך אין אסמכתא שבשאלת חיוב הבעל ללוות, רבינו אליהו יחלוק על ר"ת, ובפשיטות לכו"ע אינו חייב ללוות מפני שאת החיוב לנטילת הלוואה לא ניתן ללמוד מספר כתובה.

לפי זה, אמנם הרי"ף בפרק שני דייני גזירות כתב "שמעינן מהא דכל אשה שהלך בעלה למדינת הים ולותה ואכלה שהבעל חייב לפרוע, וכן הלכתא", אך עיין בר"ן וברבינו קרשקש בסוגיא שם שכתבו בשם הרא"ה "שכך תקנו חכמים שתהא האשה כשליח הבעל ללוות עליו", ועיקר שיעבוד המלוה על הבעל. לכן לא יתכן שתקנו שהיא תהיה שלווח ללוות עליו, במקום שהמשלח גופיה פטור מללוות. ואף לדעת רש"י והר"ן שכתבו שעיקר שיעבודו על האשה, והבעל חייב מדינא דרבי נתן, עכ"פ נראה שלא נחלקו על הרא"ה להתיר לאשה ללוות במקום שהבעל כאן ועמד בדין ופסקו שאינו חייב ללוות, וכמבואר לעיל, שאז האשה תוכל לעקוף את פסק הדין והיא תלך למקום אחר ללוות, ובכך נחייבו לפרוע לאחר זמן כשמצבו ישתפר ויהיה בידו לפרוע.

נסיים ונציין כי פסק הדין הנזכר (בפד"ר כרך טז) אינו ברור בכל הנוגע להבנת מהותו של המוסד לביטוח לאומי. אין יסוד לקביעה המייחסת למוסד לביטוח לאומי מעמד של "מלוה". המוסד לביטוח לאומי אינו רואה עצמו כמוסד המעניק הלוואות, ולא ניתן להעניק לו מעמד כזה במנותק מהמציאות. המוסד לביטוח לאומי פועל מכח הוראות החוק, חוק סוציאלי המבטיח להעביר לאשה את דמי המזונות שכבר הוטלו על הבעל במסגרת פסק דין, עוד בטרם שולמו על ידי החייב, (וזאת עד סף מסויים), ובנוסף המוסד לביטוח לאומי נוקט באמצעי הוצאה לפועל של פסקי דין למזונות ששולמו באמצעותו. אך אין בכוונת המוסד לביטוח לאומי להעביר לאשה סכומי כסף במתכונת של הלוואה, על דעת שיגבה את החוב מהבעל. אין למוסד לביטוח הלאומי כוונה או סמכות לעסוק במתן הלוואות.

אין ספק שאם בית הדין יפרט ויכתוב שהאב אינו בר יכולת תשלום, ואינו מחוייב בדמי מזונות עבור הילדים, אך בית הדין מאשר להעניק לאשה הלוואה שתזקף לחובתו של האב, והאב יפרע את החוב בעתיד הרחוק בהתאם ליכולתו. בנסיבות אלו, האשה לא תקבל דבר מהמוסד לביטוח לאומי.

הנוכחי, ואינו כמזונות האשה, שבה אנו באים מכח התחייבות הבעל בנישואין.

העולה מדברינו, שאין מקור להשוות דין מזונות הילדים לדין מזונות האשה. ואין מקום למש"כ בפד"ר חט"ז (שם) שהאב מחוייב במזונות ילדיו גם כשהוא חסר-כל, ושחוב המזונות יצטבר עליו כחוב שישולם בעתיד כשירווח לו. על כן אם יתברר שאמנם האב היה חסר-כל בתקופת מאסרו, דהיינו חסר הכנסה וחסר רכוש, לא נוכל לחייבו עבור תקופה זו.

אך אם יתברר שהוא היה בגדר "אמיד" כמשמעו בשו"ע סי' עא, ודאי יש לחייבו במזונות ילדיו מדין צדקה, אך אפילו אם יתברר שהוא בגדר "אינו אמיד", ולכאורה לא היינו יורדים לנכסיו לגבות דמי מזונות עבור ילדים הגדולים מגיל שש. אך לאחר תקנת הרבנות הראשית לחייב את האב בחיוב משפטי גמור במזונות הילדים, הרי שעל פי תקנה זו גדר חיובו במזונות הילדים הגדולים מגיל שש שוה לגדר החיוב במזונות קטני קטנים. וכמו שכתבו בפס"ד מביה"ד גדול שהודפס בפד"ר ח"ג עמ' 307 - "אבל לפי תקנות ביה"ד שדין לפיהם בבתי הדין בא"י ... הכח ביד ביה"ד לדון ולחייב את האב במזונות בניו הקטנים אף בעברם גיל השש, בהתאם לגדרי דין החיוב של החוב עבור פחותים משש לפי הגמ' והשו"ע".

נחזור לנידון שבפנינו, כל אימת שיתברר שיש לאב נכסים לגבות מהם או כסף המופקד בחשבון בנק וכדומה, יהא עליו לשלם דמי מזונות לילדיו. אך מאחר שכעת באופן זמני בעת העדרו של האב, לא ניתן עדיין להגיע לחקר מצבו הכלכלי לאשורו, ביה"ד קבע פסק דין זמני לסכום מזונות מצומצם, ולאחר שהאב יגיע לארץ יתקיים דיון נוסף וינתן פסק דין קבוע שיתייחס גם לתקופה קודמת.

חובת הבעל והאב ללוות כדי שיוכל לזון

בפסק הדין הנזכר (פד"ר כרך ט"ז שם) דנו האם הבעל מחוייב ללוות כדי שיוכל לזון את אשתו. נראה שהתשובה היא ברורה. במרדכי במסכת כתובות סי' רה כתב להדיא אליבא דשיטת ר"ת - "ביש לו כופין אותו לפרנסה, כשאר בעלי חובין שכופין אותם לפרוע. והיכא דאין לו, אין כופין אותו ללוות ולהתעסק באומנות".

והרדב"ז בתשובה חלק ג' סימן תקסו כתב - "וכ"כ ר"ת שאם ידוע שאין לו, אין לו להטיל למוכרו כעבד עברי או להשכיר עצמו כדי לזונה ולפרנסה. וכ"כ במרדכי והיכא דאין לו, אין כופין אותו ללוות ולהתעסק באומנות, אבל מוסיף בכתובתה שלשה טרפיקין".

הנה בספר משפטי שאול סי' יג כתב - "לפי מה 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

רכוש הניתן למימוש, יש לפסוק את העדר חיובו, והאם תוכל לפרנס את ילדיה באמצעות קצבת הבטחת הכנסה מהביטוח הלאומי, כל עוד היא עומדת במסגרת המתאימה לקצבה זו.

מסקנות

- א. גם אדם שאין לו הכנסה והוא חסר רכוש הניתן למימוש, מחוייב במזונות אשתו, אלא שבנסיבות אלו לא יהיה ניתן להוציא לפועל פסק דין לחיובו במזונות. אך אדם כזה אינו חייב במזונות ילדיו עד שהכנסתו או הרכוש שברשותו יאפשרו לו לזון את ילדיו.
- במקרה הנידון בפנינו, רק אם יתברר שהאב האסיר הוא אכן חסר הכנסה וחסר רכוש, ינתן פסק דין לבטל את חיובו במזונות לתקופה שהוא נותר חסר כל.
- ב. הבעל מחוייב לזון את אשתו וילדיו מממונו, ויש פוסקים כדעת רבינו אליהו שהוטלה עליו החובה לעבוד, על מנת לזון את אשתו. אך לכל הדעות לא הוטלה עליו החובה ללוות לצורך מזונות אשתו ואת ילדיו.

סימן לב

חובת הבעל ב"מדור ספציפי" לאשתו

לצדדים בית הרשום על שם שניהם והנמצא בכפר תבור. מלבד זאת לתובעת שתי דירות נוספות השייכות לה בלבד ומושכרות על ידה, וכן דירה נוספת הנמצאת בבעלות משותפת והנמצאת בקרית ביאליק.

האשה תובעת לקבוע שהבית בכפר תבור ימשיך וישמש למדור עבודה, ולאסור על הנתבע לעשות כל פעולה המפריעה למגוריה במדור זה, וכן שינתן צו האוסר פירוק השיתוף או השכרת הדירה או כל דיספוזיציה אחרת בבית. הבעל מתנגד לכך.

במסגרת בירור התביעה, בית הדין קבע את ההלכה בשאלת זכותה של האשה ל"מדור ספציפי".

נפתח ונציין, זכאות האשה ב"מדור ספציפי", בתנאים מסויימים, נשענת על שני יסודות. האחד הוא מכח חובת המדור בה הבעל מחוייב לאשתו, והשני מכח זכותה כשותף למנוע פירוק השיתוף.

בהמשך להחלטה קודמת של בית הדין שקבעה את זכותה העקרונית של האשה למזונות, פסק הדין הנוכחי יתייחס לטענת התובעת המבקשת להורות על הבית בכפר תבור כ"מדור ספציפי", מכח חובת הבעל במדור אשתו כחלק מחובתו למזונותיה.

במקרה הנוכחי, בהעדר תביעת גירושין שבה נכרך נושא הרכוש, בית הדין נמנע מלדון ולפסוק בהיבטים הרכושיים התלויים ועומדים בדיונים משפטיים בערכאה אחרת, למרות הזיקה הישירה שבין שאלת פירוק השיתוף

על כן קביעת מסגרת הדיון, כדיון לבירור השאלה אם לחייב דמי מזונות שיועברו לאם כהלואה, ויצטברו כחוב שנוקף לחובת האב במוסד לביטוח הלאומי, אינה מעוגנת במציאות.

אמנם בתקופה שהבעל חסר כל, וכאמור גם בנסיבות אלו החיוב למזונותיה שריר וקיים, אם האשה תמצא לווה שיסכים להלוות לה עבור מזונותיה, ולגבות את החוב מהבעל לאחר שמצבו הכלכלי ישתפר, אין מניעה שתיטול הלוואה כזו. ובנקודה זו קיים חילוק בין מזונות האשה למזונות הילדים שבהם אין חיוב כשהוא חסר כל, כמבואר לעיל. אך בין במזונות האשה ובין במזונות הילדים לא ניתן להפוך את המוסד לביטוח לאומי כמלוח בניגוד לחוק שבמסגרתו פועל המוסד לביטוח לאומי.

לכן אין מקום שינתן פסק דין למזונות בהנחה שהמוסד לביטוח לאומי ישלם את דמי המזונות במקום הבעל או האב, והלה ישלם בעתיד במועד בלתי ידוע כשירווח לו. מאחר שפסק דין כזה הינו חסר בסיס על פי ההלכה. במקרה שבפנינו אם אמנם יתברר שהאב אכן חסר הכנסה וחסר

בעל החייב במזונות אשתו, מחוייב במדור האשה, וזאת כחלק מחובתו למזונות.

יש לדון, האם ניתן לחייבו במדור מסויים דוקא, ולחייבו לאפשר לאשתו לגור באותו מדור שבו הורגלה. או שהבעל רשאי לבקש להוציאה מהמדור שהורגלה בו ולמלא חובתו במדור אחר, שיבחר עפ"י שיקול דעתו, וגם בניגוד להסכמת האשה.

להלן פסק דין שניתן בנושא זה. בתחילה פסק הדין וללא נימוקים הלכתיים, ולאחריו הנימוקים ההלכתיים שצורפו בנפרד לפסק הדין.

פסק דין

בני הזוג נשואים כשלושים שנה ולהם שני ילדים בוגרים. מקום המגורים המשותף האחרון היה בכפר תבור. מזה כשנה וחצי בני הזוג גרים בנפרד, וזאת לאחר שהבעל עזב את הבית ועבר לגור במקום אחר, ובנוסף יצר קשר עם אשה אחרת.

בבית הדין התקיימו דיונים בתביעת האשה לשלום בית ולמזונות. ניתנה החלטה הקובעת שהתביעה לשלום בית מתקבלת, ושטענת הבעל המבקש לייחס לאשה עמדה השוללת שלום בית, אינה מתקבלת. החלטה זו אושרה בבית הדין הגדול, וכן ניתן פס"ד בתביעת המזונות, ובית הדין קבע את זכאותה העקרונית של האשה למזונות.

בעקבות פסיקות אלו, בית הדין התבקש לדון בתביעה שהוגשה על ידי האשה ל"מדור ספציפי".

אמנם אם המדור החילופי המוצע לאשה הוא מדור הנמצא באותה העיר או באותו ישוב והמעבר לא יסב לאשה הרעה בתנאי חייה הנוכחיים, אין מניעה לביצוע מעבר זה. אך הבעל אינו רשאי להעבירה לדירה שכורה באותו ישוב, ואם יבקש להעבירה למדור חילופי בכפר תבור יחוייב להסדיר עבורה דירה הנמצאת בבעלותו, ובגודל מתאים, כפי כבודו וכפי כבודה, מדור המספק את כל הפונקציות שהורגלה בהם עד היום.

מאחר ובני הזוג הורגלו במגורים בדירה הנמצאת בבעלותם, לא ניתן לאפשר לבעל לכפות על האשה מגורים בתנאי שכירות, כשלקראת כל סיום תקופת השכרה, היא תחשוש ממעבר לדירה אחרת.

על כן אנו פוסקים כי הבית הנוכחי בכפר תבור..... הוא "מדור ספציפי" עבור התובעת, וניתן בזאת צו המונע מכירת הבית או השכרתו לאדם אחר או כל דיספוזיציה אחרת בבית.

צו העיקול שניתן בבית הדין ביום..... נשאר ללא שנוי. במידה ותעלה הצעה להעברת האשה למדור חילופי בכפר תבור, מדור המצוי בבעלותו של הבעל, יתקיים דיון נוסף ובית הדין יבחן הצעה זו בהתאם לכללים שנקבעו בפסק הדין הנוכחי.

נימוקים הלכתיים מפורטים מצורפים לפסק הדין.

נימוקים לפסק הדין

מקום המגורים המשותף האחרון של בני הזוג היה בכפר תבור. מזה כשנה וחצי בני הזוג גרים בנפרד, וזאת לאחר שהבעל עזב את הבית ועבר לגור במקום אחר. האשה דורשת לקבוע את מקום המגורים הנוכחי כ"מדור ספציפי" והבעל מתנגד. פרטי המקרה מפורטים בגוף פסק הדין, ובמסגרת הנוכחית נבחר את היסודות בהלכה לפסק הדין. נפתח בבירור הלכה זו של "מדור ספציפי", נציין את המסקנות ההלכתיות, ונסיים בהשלכות הנובעות מכך בנידון דנן.

האם חובת הבעל ב"מדור" כוללת חובה לאפשר לאשתו מגורים ב"מדור ספציפי"

בחובת המזונות המוטלת על הבעל קיימת החובה לספק לאשתו מדור. שיעור חיובו במזונות בכלל, ובמדור בפרט, הוא לפי כבודו ולפי כבודה, עולה עמו ואינה יורדת, כמבואר ברמב"ם הלכות אישות פי"ג ה"ד שכתב - "וכן המדור לפי עשרו". וכן הרמב"ן בתשובה סי' פז כתב - "עוד שאלת באשה שהיתה דרה עם בעלה בבית אחד קטן שהשאלו לו בחצר שרבים דרים בתוכה, ונפלו לה בתים גדולים בירושה. והיא אומרת נדור בתוך שלי, והבעל אומר פירות נכסי מלוג שלי הם, אשכיר הבתים ונאכל דמיהם ונדור בבית הקטן שאנו דרין בו עד עכשיו. תשובה, רואין אם זה המדור הקטן שדרין בו עד עכשיו אינו ראוי להם לפי כבודם. יכולה היא

והדיון בתביעה לשלום בית.

כאמור, במקרה זה חובת הבעל במזונות אשתו שרירה וקיימת. אמנם בתום הדיון בתביעתה למזונות, לא ניתן פסק דין לחייבו בתשלום, מפני שהאשה מצליחה לפרנס את עצמה כראוי באמצעות משכורתה ותשלומי שכר הדירה המתקבלים מהשכרת שתי הדירות, אך לא נשללה זכותה הערונית למזונות עבורה.

עזיבת הבעל את הבית ותביעתו לגירושין אינה פוטרת אותו מחובותיו לאשתו, חובות הנובעות מחיובי הנישואין. ועיין בשו"ת בית אפרים מהדורה תניינא אה"ע סי' כ' עמ' קא שהעלה כי על פי ההלכה יש לחייב במזונות בעל המורד באשתו, וכתב - "שכן עיקר, וכן יש לדון ולהורות ולקבוע הלכה לדורות". וכן העלו בפד"ר ח"ג עמ' 185-187 בפס"ד מבית הדין הגדול וכתבו שכן מקובל לפסוק בבתי הדין בארץ (שאינו יכול לטעון קים לי כדעת הרא"ם).

מאחר שחובת הבעל במדור אשתו, היא חלק מחובת המזונות. על כן יש לקבוע שבמקרה הנוכחי הבעל מחוייב לספק לאשתו מדור.

לכאורה, הבעל היה יכול לטעון שברצונו למלא את חובתו למדור האשה, במדור הנמצא במקום אחר, ולהוציאה ממקום המגורים הנוכחי.

אמנם במקרה שבו בני הזוג גרים יחד בשלום, יש מקרים שהבעל רשאי לתבוע לעבור לגור יחד עם אשתו במקום אחר, וזאת בהתאם לתנאים שנקבעו בהלכה הפסוקה בשלחן ערוך חלק אה"ע סי' עה. באותן נסיבות, מוטל על האשה לעזוב את הדירה שבה הורגלה, ולעבור עם בעלה למגורים במקום אחר, וזאת כדי לשמר את המסגרת המשפחתית. אמנם חיוב האשה לעזוב את מקום מגוריה, מרע את שיגרת חייה באופן משמעותי, אך האשה נדרשת לכך בתנאים מסויימים כשצדד זה נחוץ לצורך שימור מסגרת הנישואין עם בעלה, וזאת מכח חובתה הבסיסית לדור עם בעלה, ובכפוף לפסיקה שהבעל רשאי לעבור עמה למקום מגורים אחר, כגון לצורך פרנסתו שאינה מצויה במקום מגוריו הנוכחי, עיין שו"ע אה"ע סי' עה סעיף א' ברמ"א ובנושאי כלים של השו"ע ובספר אוצר הפוסקים, ואכמ"ל בזה.

אך בנסיבות הנוכחיות, בהם הבעל עזב את הדירה המשותפת ויצר קשר עם אשה אחרת, ומעמדו ההלכתי נקבע כמי שמורד באשתו, והמעבר המבוקש לדירה אחרת אינה לשם שימור המסגרת המשפחתית, אלא כדי לאפשר לבעל לממש את רכושו, בנסיבות אלו האשה אינה משועבדת למלא את רצונו ולהיטלטל ממקום מגורים אחד ולעבור למקום מגורים חילופי.

עזיבת המדור הנוכחי, על מנת לאפשר ביצוע המהלך הנ"ל, אינה חלק מהחובות הנובעות מהנישואין, והיא רשאית לעמוד על זכותה, שהמדור המסופק לה על ידי בעלה לא ישתנה בשינוי מהותי המחייבה במעבר לעיר אחרת.

באה"ע סי' עה הובהרו התנאים המאפשרים לבעל לחייב העברת הדירה ממקום למקום. ומתוך כך יש להסיק שאין יסוד לטענה שבכל תנאי יש לחייב להשאיר את האשה באותו מדור שהורגלה, וכי בכל מקרה חובת הבעל למדור כוללת חובה לאפשר מגורים ב"מדור הספציפי" דוקא.

אין ללמוד הלכה זו של מדור אשה נשואה, מדין מדור אלמנה שבו אכן קיימת החובה להשאיר במדור שהורגלה עם בעלה, עיין ב"ש סי' צד סק"ג, דשאני התם שכתב לה "את תהי יתבא בביתי". משא"כ באשה נשואה שיש לה בעל, ויעויין להלן מתשובת שמן המשחה, שכתב כן.

לפי העולה מדברינו, בנידון דנן, לכאורה היה מקום לקבוע שהבעל רשאי לתבוע העברת האשה לדירה אחרת בקרית ביאליק. דירה הנמצאת בבעלות משותפת, כפי מעמדה של הדירה שבכפר תבור, ולאחר מכן יוכל להשלים את הליך פירוק השיתוף. אין מניעה הלכתית לחייב מעבר כזה מפני ששני המקומות, כפר תבור וקרית ביאליק הינם בעלי אופי עירוני, למרות שקיים הבדל מסויים באוירה ובאופי המיוחד של כל מקום.

ועיין ברמ"א סי' עה ס"א שהביא שיטת ר"ת שהאשה רשאית לכפות על הבעל העברת המגורים מעיר לעיר אחרת באותה ארץ, אך הבעל אינו רשאי, אך עיין בספר בית יעקב שבאר דעת ר"ת, דהיינו דוקא כשהדיון הוא על העברת המגורים מעירו לעירה, שם היתה גרה קודם הנישואין. וכתב הבית יעקב - "ונראה נמי דר"ת מודה למהר"ם בזה שהאיש יכול לכוף אותה מעיר לעיר ומכרך לכרך, כיון ששניהם אינם עירה, כיון שאין לה שום אמתלא ששני המקומות שוין, הוא כופה אותה, וכמבואר בסי' ע' סעיף יב דדוקא כשנותנת אמתלא שמוציאין עליה שם רע, אבל בלא"ה כופה אותה שהדירה שלו היא. ואפשר דמעיר לעיר גרע וצ"ע", עכ"ל הבית יעקב.

על כן מאחר שהדעת נוטה שאף ר"ת מודה שהבעל יכול לכוף את אשתו לעבור מעיר לעיר ומכרך לכרך, וכדעת רוב הראשונים, אין מקום לפסוק למנוע זאת עקב ספקו של הבית יעקב בדעת ר"ת.

לפי זה בנידון דנן, לכאורה היה מקום להורות על חיוב שינוי מקום המגורים מכפר תבור לקרית ביאליק. אך היה מקום להוראה כזו אילו בני הזוג היו חיים יחד בשלום, והבעל היה מבקש לעבור לגור יחד עם אשתו בדירה בקרית ביאליק, כדין בעל המבקש לעבור מעיר לעיר באותה מדינה, שהוא רשאי, ולא היה מקום למנוע המעבר בטענה של "מדור ספציפי".

אך בנסיבות המקרה הנוכחי, אין מקום לדון מכח הלכה זו שבסי' עה. מאחר שהדבר פשוט שאינו יכול לחייבה לצאת ממקומה כשמרד בה ואינו גר עמה. לא יהיה נכון לומר שההלכה בסי' עה ס"א מורה על זכותו של הבעל להעביר את אשתו למקום מגורים אחר. אלא הלכה זו קובעת את זכותו לעבור בעצמו למקום מגורים אחר, ובלבד שהמקום

לומר אי אפשר לדור בו, כענין ששנינו באלמנה ונותנין לה מדור לפי כבודה. דקי"ל עולה עמו ואינה יורדת עמו, בין מחיים בין לאחר מיתה. אבל ראוי לשניהם לפי כבודה, דרין בו, ביחוד שאין רגל אחרים עמהם".

לא מצינו בהלכה, שלאחר שהבעל מספק לאשתו מדור לפי כבודם, קיים חיוב להשאיר במדור שהורגלה בו, מכח ההלכה הקובעת "עולה עמו ואינה יורדת".

הלכה זו ("עולה עמו ואינה יורדת") קבעה את ההגדרה לרמת המדור, אך לא את מיקום המדור, והדברים פשוטים וברורים במשנה בסוף מסכת כתובות.

שנינו במשנה (דף קי.) - "שלוש ארצות לנשואין יהודה, ועבר הירדן והגליל. אין מוציאין מעיר לעיר ומכרך לכרך, אבל באותה הארץ מוציאין מעיר לעיר ומכרך לכרך, אבל לא מעיר לכרך ולא מכרך לעיר. מוציאין מנוה הרעה לנוה היפה, אבל לא מנוה היפה לנוה הרעה, רשב"ג אומר אף לא מנוה רעה לנוה יפה, מפני שהנוה היפה בודק".

לדעת רוב הראשונים (הובאו בב"י ריש סי' עה), במשנה זו התבארה זכותו של הבעל להוציא את אשתו ממקום למקום, ובתנאים המבוארים במשנה, ובכלל זאת, הבעל רשאי לחייב את אשתו לצאת עמו מנוה יפה לנוה יפה באותה הארץ.

ועיין בבית שמואל סי' עה ס"ק יא שכתב "בעיר אחת אין קפיידא מנוה לנוה, ב"ח בשם מהרש"ל". ובספר אבני משפט סק"ג באר דעכ"פ יש להתחשב בהלכה שעולה עמו ואינה יורדת, וצירף ליתן לה כפי המקובלת במשפחתה שהם ברמת חיים דומה לבעלה, כמבואר ריש סי' ע'. ועיין בפד"ר כרך ח' עמ' 199-207 (הובא בקצרה באוצר הפוסקים סי' עה ס"ק כא אות ב') במה שדנו האם מדירה אחת לדירה אחרת שאינה באותה רמת נוחיות נחשב כהוצאה מנוה יפה לנוה רע, או ש"נוה" היינו עיר, ולא מדור, אך המניעה להוציאה מדירה יפה לדירה גרועה, היא בכלל ההלכה של "עולה עמו ואינה יורדת". הג"ר ש"ב ורנר ז"ל כתב (שם) - "בעיקרם של דברים נראה דכו"ע מודים שאין האיש יכול לכוף את אשתו להוציאה מדירה יפה לדירה רעה אפילו באותו העיר, כי הלא המדור הוא בכלל לבוש כמש"כ הרמב"ם, או בכלל מזונות, וקיימא לן בזה עולה עמו ואינה יורדת עמו. וכשם שאינו יכול לגרוע ממנה מהמזונות או מהלבשה ממה שהורגלה, כן אינו יכול להורידה מרמת הדיור שהיתה רגילה בו, ולא יעלה על הדעת שהבעל יכול להוציאה מדירה נאה מרווחת כארמון לדירה רעה סרוחה כמרתף", עכ"ל.

בכל האמור מבואר שעל פי הדין, הבעל רשאי להוציאה מדירה אחת לדירה אחרת שהיא באותה רמה, באותה העיר או בעיר דומה, ולא מצאנו מקור לטענה שכבודה של האשה לדור עם בעלה באותה דירה שהיתה מורגלת בה שנים רבות, ושטעם זה בלבד, יש מקום למנוע העברתה מדירה אחת לדירה אחרת הדומה לה. ועל כן בהלכה הפסוקה

אינו מפסיד זכותו לפירות נכסי מלוג, ובלבד שינוצלו לרווח ביתא. היינו מפני שתקנו פירות תחת פרקונה, וכל עוד הוא מחוייב בפרקונה לא הפסיד פירות שנתקנו כנגד פרקונה. אבל ביחס לזכויות הבעל שלא נתקנו כנגד חיוב אחר המוטל עליו, זכויות אלו נשללו מבעל המורד באשתו.

וכן הבאנו מתשובת הגרי"א מקאוונא ז"ל שכתב בלשון זו - "במורד על אשתו ואינו נוהג עמה מנהג אישות, מבואר באה"ע סי' צ' ס"ה ברמ"א דיש אומרים דאם מתה אינו יורשה ... והיטב דיבר האבני מילואים בסי' ע"ז סק"ה דזה תלוי אי נימא דירושת הבעל דאורייתא, או העיקר כסוברים דאף מורד על אשתו יורשה, דאינה נפקעת קורבא דשאר רק ע"י גירושין גמורים. אכן לסוברים ירושת הבעל דרבנן, אז נראה דבמורד לא תקינו ל' זכות זה, ויפה כתב, כי כן נראה מסברא. וחזוין דבמורד ואינו נוהג עמה מנהג אישות, הפסיד זכותו במה שזיכו לו רבנן. וכן ראיתי בספר בית יעקב להגאון מליסא על אה"ע סי' צ' ס"ה שכתב דבמורד על אשתו אין לו זכות אכילת פירות בנכסי אשתו, וכן אין לו זכות במעשה ידיה המותר מהמוזנות, לפי דלא תקנו זה רק להבעל ולא להמורד מאישות ע"ש. וזהו כעין סברת האבני מילואים בביאור שיטת יש סוברים דאינו יורשה כפי שכתב הדרכי משה, דאין סברא דיטול הזכותים מדרבנן והוא יהיה מורד עליה ולא ינהוג מנהגי אישות, עכ"ל. על כן, אמנם אשה נשואה מחוייבת לצאת ממקומה, בתנאים המבוארים בסי' עה, אך היינו כחלק משעבודי האשה לבעלה המוטלים עליה במסגרת הנישואין, אך כשפקעו זכויות הבעל, עקב מרידתו, פקע ג"כ חיוב זה. במקרה דנן, האשה מתגוררת בדירה הנוכחית בכפר תבור. הדירה שייכת לשני הצדדים בחלקים שונים, חלקו של הבעל בדירה משמש לצורך מילוי חובתו לספק לאשתו מדור. הוצאת האשה ממקומה והעברתה למקום אחר אינה אפשרית בלא שנוצר שיעבוד האשה לעבור למקום אחר. כאמור שיעבוד זה אינו קיים במקרה הנוכחי שהבעל מרד באשתו, ואינו מבקש להעבירה למקום אחר שבו ידור עמה.

מסקנת הדברים

בנסיבות המפורטות בהלכה הפסוקה באבן העזר סי' עה, האשה חייבת לעבור עם בעלה ממקום למקום. אך הלכה זו מתייחסת למקרה שהבעל מבקש להעבירה למקום אחר שבו היא תגור עמו, וכל עוד הבעל חי בשלום עם אשתו הוא רשאי לחייבה לעבור עמו למקום מגורים אחר, בהתאם לתנאים שנקבעו בהלכה זו. בנסיבות אלו האשה אינה יכולה למנוע את המעבר בטענה שחובתו לאפשר לה לדור באותו מדור שבו הורגלה ושהוא עבודה - "מדור ספציפי" שלא ניתן לשנותו.

אבל במקרה שהבעל מרד באשתו, או אף בלא שנקבע דינו כמורד, כל עוד תביעתו היא להעבירה לגור במקום אחר אך הוא אינו מתכוין לדור עמה שם, האשה אינה מחוייבת לעבור, ורשאית להשאר במקומה הנוכחי.

החדש אינו שונה במהותו ממקומו הנוכחי ונמצא באותה ארץ, כגון מעיר לעיר או מכרך ולכרך, ואשתו מחוייבת לעבור עמו למקומו החדש.

סברא זו שהבעל אינו רשאי אלא להוציאה עמו, היא סברא פשוטה, אך מאחר שלא ראיתי מי שכתב כן להדיא, נצטט מהראשונים שמהם עולה כן.

בר"ן (על הרי"ף) כתב - "ובכל מקום שהוא יכול להוציאה, אם אינה רוצה לצאת, תצא שלא בכתובה, ומשמע דאפילו תוספת אין לה, דלא כתב לה אלא אדעתא למיקם קמיה בכל מקום שהדין נותן שתלך אחריו".

ובחי' רבי ווידאל קרשקש עמ"ס כתובות דף קי: כתב - "ובכל מקום שהדין נותן כגון באותה הארץ מכרך לכרך ומעיר לעיר, אם אינה רוצה לצאת, תצא שלא בכתובה. ונראה דאפילו תוספת, שהוא על מנת שתלך עמו כתב לה, ולא היה לו לפרש, שלא עלה על דעתו שלא תלך עמו במקום שהדין נותן שתלך עמו".

הרי שהרי"ן והרב ווידאל קרשקש נקטו בפשיטות שהחיוב שלה הוא ללכת עמו ולמיקם קמיה. על כן אם הבעל מבקש מאשתו לעבור לדירה אחרת במקום אחר אך לא יגור עמה, היא רשאית לסרב לכך, וזאת גם בנסיבות שהבעל אינו נידון כמורד באשתו (למרות שאינו גר עמה).

יתירה מזו, במקרה שבו הבעל מרד באשתו, אף אם הוא גר עמה תחת אותה קורת גג, עקב מרידתו פקעו חובות האשה לבעלה ונשארו חובות הבעל לאשתו בלבד.

ההלכה (הפסוקה בסי' עה) הקובעת את התנאים בהם האשה מחוייבת לצאת ממקומה, מצויה במכלול ההלכות הקובעות את השעבודים ההדדיים של בני הזוג, ואחת מהם היא שיעבוד האשה לבעלה לדור עמו במקומו. אך כשהבעל מרד באשתו, היא כבר אינה משועבדת לבעלה בשיעבוד זה, ואינה חייבת לעזוב את מקומה ולעבור עמו למקום אחר.

מצאנו בראשונים שכתבו שהבעל מפסיד זכויות הנובעות מקשר הנישואין בעת מרידתו באשתו. בספר שטמ"ק עמ"ס כתובות דף סד. הביא מבעל התוס' רי"ד שכתב - "אם הוא מורד בה ואינו רוצה להתפייס עמה, אלא רוצה לגרשה, ומתה אשתו קודם גירושין, אינו מן הדין שיירש אותה. שהרי אינו נוהג בה מנהג בעל, ודוקא בעל יורש את אשתו שהנהיג מנהג בעל, אבל זה שאינו נוהג בה מנהג בעל, אינו מן הדין שיירשנה ע"כ". וכן כתב הרי"א"ז (בשלטי הגבורים כתובות פרק אע"פ), הובא ברמ"א סי' צ' ס"ה.

ועיין בספר בית יעקב סי' צ' סעיף ה', שכתב בדעת הי"א ברמ"א ביחס למורד - "דוקא בחיוב מדידה לדידיה מפסיד מורד ... במורד דהוא מפסיד ולא היא ... רק הוא מפסיד חיובא שלו". ועיי"ש שהבית יעקב העלה שהמורד מפסיד זכותו לפירות נכסי מלוג.

עייין להלן סי' מה, בפסק דין אחר שכתבנו, לברור זכותו של הבעל בפירות נכסי מלוג, והבאנו דעת כמה מהראשונים שחלקו על הדעות הנ"ל וכתבו להדיא שבעל המורד באשתו

העברת האשה לדירה אחרת באותה העיר

למרות האמור לעיל, מצינו תשובה בספר שמן המשחה (לרבי שמואל ב"ר משה חיים מרבני קושטא לפני מאתיים שנה) סי' פב ממנה עולה, שבנסיבות שיפורטו להלן, הבעל רשאי להוציאה מהמדור שבו היא מתגוררת, גם במקרה שהבעל מורד ואינו דר עם אשתו. להלן עיקרי תשובה זו.

כהקדמה לתשובת שמן המשחה נביא מדברי הגמרא במסכת כתובות דף קג. - "אמר רב נחמן יתומים שמכרו מדור אלמנה לא עשו ולא כלום. ומ"ש מדרבי אסי א"ר יוחנן, דא"ר אסי אמר ר' יוחנן יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטין מה שמכרו מכרו, התם לא משתעבדי לה מחיים, הכא משתעבדי לה מחיים".

וכתב הרשב"א בתשובה חלק ב' סי' קסה - "לענין מה שטען לוי שיש לאלמנה לצאת מן הבית. גם זה תלוי במה שהקדמנו. שאלו מכר הבעל או נתן במתנת בריא מדורו, מה שעשה עשוי. ואין אומרין שתהא יושבת אצלו באותו מדור שהיה לו, ומתנאי כתובה. שאין התקנה אלא בשיש לו בשעת מיתתו. ואפילו יתומים שמכרו במדור אלמנה, היינו סבורים לומר כי מה שעשו עשוי, אלא שאמרו דכיון דתפסה מחיים, כלומר שהיתה יושבת שם בחיי בעלה, מה שתפסה תפסה, כדאיתא בפרק הנושא את האשה".

וכן בשו"ת הריטב"א סי' קצה כתב בסוף התשובה - "ולא אמרו חז"ל, אלא יתומים שמכרו במדור אלמנה לא עשו ולא כלום, ומשום דתפסה מחיים כדאיתא התם, אבל בעל שמכר או משכן בחייו מה שעשה עשוי".

תשובת הרשב"א הובאה להלכה בב"י אה"ע סי' צד ובח"מ סק"ט ובב"ש סק"ח. הרי שאם הבעל בחייו מכר את המדור, מה שעשה עשוי, ואינו דומה לדין מדור אלמנה. ועיי"ש בב"ש במה שדן במקרה שעקב מכירה זו אינו יכול למלא את חובת המדור המוטלת עליו, מדוע לא יוציאו מהלוקחות, ועיי"ש בבית יעקב ובספר בני אהובה (הלכות אישות פי"ח ה"ב), עכ"פ לית מאן דפליג שאין דומה דין מדור אשה נשואה לדין מדור האלמנה. במדור אלמנה, הלכה פסוקה היא שאם היתומים מכרו מדור האלמנה לא עשו כלום, ואילו ביחס למדור אשה נשואה אין חולק על תשובות הרשב"א והריטב"א, שמה שעשה עשוי.

בספר שמן המשחה סי' פב (הובא בקצרה בספר אוצר הפוסקים סי' עג סק"ח) הביא נידון שעסקו בו בבית הדין, כפי הנראה בקושטא, ושני הרכבים שונים של בית דין הגיעו למסקנות שונות.

המקרה הנידון היה כדלהלן - "ראובן נתקוטט עם אשתו מזה ימים רבים ויקם וילך לערי פראנקיאה, הנה זה עומד שם במחוז חפצו, ושלח דברו ביד ראובן ... לומר לו שימכור על ידו את כל המולקי חצר הבתים ... ובהיות שאשתו הנוכרת נשארה עומדת באחד מבתי המולקי הנוכרים, הנה היא מעכבת במכירת המולקי הנוכרים ... באמרה כי היא רוצה דוקא בדירת הבית הנוכר ואין בילתה, והקונה אינו

מתרצה לקנות כי אם אחר שתסתלק אשת ראובן ... ראובן שלח דברו למורשה שישכור לאשתו בית דירה הראוי לה כפי כבודה כדי שתסתלק מן הבית ... בכגון דא שאל שאל האיש קמיהו רבנן יושבי על מדין ... אם שורת הדין מחייבת לכופף לאשתו שתפנה ותסתלק מהבית הנוכר ותלך לדור במדור שישכור לה המורשה כפי כבודה". כמו כן התעוררה שאלת עיכוב המכירה עקב השעבוד שהבית היה משועבד לכתובתה.

באותו נידון, הבעל לא היה מוכן לחזור בטרם אשתו תודיע על הסכמתה לקבל גט, והבעל כבר נשא אשה אחרת במקום מגוריו הנוכחי בצרפת.

בית הדין בהרכבו הראשון פסק בקצרה, כדלהלן - "תשובה. אנחנו בית דין הבאים על החתום ראה ראינו את השאלה המוצגת למעלה ... אמנם שורת הדין נותן לכופף לאשה הנוכרת שתפנה ותסתלק מבית דירתה הנוכרת ותלך לדור בבית דירה אחרת שישכור לה המורשה כפי כבודה, בלתי שום איחור וסירוב ועיכוב כלל. ולא כל כמינה לעכב במכירת המולקי הנוכר בשום צד ואופן כלל".

על פסק זה חתומים שלשת דייני בית הדין שפסקו כן, בחדש כסלו תקע"ח.

בהמשך נמצא פסק דין מבית דין בהרכב אחר, ואחד מהדיינים הוא רבי שמואל, מחבר ספר שמן המשחה שהביא מטענות הצדדים ודן בהרחבה בשאלה זו, ובפסק הדין העלו למנוע מכירת הדירה. עיקר טעמם הוא מפני שהבית משועבד לכתובתה. ומאחר שהבעל במדינת הים וכעת נכסיו שם, יש לחוש שלא ישאר לה מקום לגבות כתובתה. אף דבעלמא לא ניתן למנוע מכירת שדה משועבדת, מאחר שתוכל לגבות מהלוקח, אך שאני הכא שלא תוכל לגבות מנכסיו שבמקום רחוק, מה עוד שהבית עומד להמכר לגוי, ויקשה להוציא ממנו בעת גביית הכתובה.

בנידון שם, מלבד טענת שיעבוד כתובתה, האשה טענה באמצעות בא כחה בלשון זו - "שאינה רוצה להסתלק יען שהוא מדור בעלה, ולא גרע מאלמנה. ועוד שהיא מעכבת למכור יען שהיא רוצה להיות בטוחה בעד מזונותיה, ולא סגי לה שיבטיחו לה מזונותיה ממקום אחר. ועוד טוען משום הדירה עצמה, שכיון שהיא יושבת בבית מולקי בעלה, אינה רוצה לדור בשכירות, שהמשכיר באיזה זמן יסלקנה מהבית".

בתשובתו כתב בעל שמן המשחה שדין מדור אשה נשואה אינו דומה לדין מדור האלמנה. ביחס למדור האלמנה, קי"ל כרב נחמן בכתובות דף קג. שיתומים שמכרו מדור האלמנה לא עשו ולא כלום. ומאידך, במדור אשה נשואה, מצינו בתשובת הרשב"א (הנוכרת לעיל) שאם מכר הבעל או נתן במתנת בריא את מדור האשה, מה שעשה עשוי.

ובטעם החילוק כתב, חז"ל - "בשלמא לגבי יורשים נשתעבד בית זה, דכך כותב לה את תהא יתבא בביתי וכו', וכיון שכן אם מכרו לא עשו ולא כלום. אבל לגבי דידיה

ביחס לשאלת החלפת המדור, העלה הג"ר אליעזר טולידו ז"ל במסקנתו - "לא מצי למחות במכירה, אחר דאין המכירה גורמת פסידא ואיבוד מזונות". אבל אם המורשה רוצה למכור לגוי או למאן דלא ציית דינא ויש לחוש שלא תוכל לגבות מהלוקח לצורך מזונותיה, יש לעכב בעדו.

הרי מפורש בתשובה זו שהג"ר אליעזר טולידו ז"ל לא חשש לטענת האשה המבקשת למנוע העברתה לדירה אחרת ואפילו לדירה שכורה, ובנקודה זו קבל את טענת הבעל, שאם שוכר לה דירה אחרת לפי כבודה, אינה יכולה לעכב מכירת הדירה הנוכחית לאחר.

נראה שבמחלוקת זו, האם יכול להוציאה לדירה שכורה, יש להורות כסברת שמן המשחה, שאינו רשאי. אמנם אילו היתה כאן ספק בהלכה מפני מחלוקת שקולה שאין בה הכרעה, לא היה ברור שהאשה תחשב מוחזקת במגוריה בדירה. לכאורה היה מקום לדון שהקרקה בחזקת בעליה עומדת וכפי הדין בשוכר ומשכיר שהמשכיר נחשב למוחזק, ואין לראות את הבעל כמוציא מן האשה, אלא להיפך האשה היא המוציאה מן הבעל. אך להלכה מסתבר להכריע כדעת שמן המשחה, בנסיבות שבהם כעת האשה גרה בבית משותף לה ולבעלה, והיא מתבקשת לעזוב את הבית ולהתגורר בדירה שכורה, השייכת לבעל בית אחר, שבכל עת רשאי לבקש שלא לחדש את תקופת השכרה. ונציין לחומש דברים פרק כח פסוק סו, בקללות נאמר - "והיו חייך תלואים לך מנגד" - ופרש רש"י תלואים לך - "על הספק, כל ספק קרוי תלוי". הרי שאדם החי בתחושת ספק, ביחס לעניין חשוב בחייו, כגון ביחס למקום מגוריו, מצב כזה נחשב כהתגשמותה של קללה. אין ספק כי התחושה של אדם שהורגל בדירה שהיא קניינו ונאלץ לעבור למצב חדש של מגורים בדירה שכורה, מצב שבו המשכיר, בעל הדירה, יוכל להוציאו בכל סיום שנת השכרה, היא תחושה קשה, וגורמת שמדור זה יחשב "מדור רע", יחסית למדור קנוי. על כן האשה זכאית למנוע הרעת מצבה ממגורים במדור קנוי, שבו אינה בסיכון תמידי שתאלץ לעזוב, למקום מגורים שכור.

ונציין להחלטת בית הדין הגדול מיום ח' טבת תשנ"ד (בהרכב הדיינים הג"ר י"מ לאו שליט"א והג"ר שלמה דיכובסקי שליט"א והג"ר נחום דב קרייסמן ז"ל) שפסקו שהעברת אשה ממדור השייך לבני הזוג למדור שכור, יחשב כהעברתה ממדור יפה למדור רע, ואינו רשאי לעשות כן.

על דברינו לעיל שהוצאנו מדיוק לשון הראשונים שאינה משועבדת לעזוב ולעבור למקום אחר בלעדיו, לכאורה יש להעיר משני פסקי הדין שבתשובת שמן המשחה ומהתשובה שבספר משנת רבי אליעזר, שלא מצאו מניעה עקרונית להעבירה לדירה אחרת ובכפוף לתנאים שהזכירו בדבריהם, ולא העלו את הסברא שכתבנו שכל עוד הבעל מורד ואינו גר עמה האשה אינה משועבדת לזוג מהמדור שבו היא גרה כעת, ושאינן אפשרות להוציאה מהמדור הנוכחי למדור אחר כשבעלה לא ידור עמה.

בחייו, החיוב חל עליו ליתן לה מדור איזה מדור שיהיה. ואם מכר בית דירתו ממכרו ממכר, דלא נשתעבד בית זה דוקא. ואף שאמרו בגמרא בפרק הנושא דף קג ע"א דמשעבדי לה מחיים, והרי"ף נמי גרס תפסה מחיים, היינו דכבר נשתמשה בחיי בעלה, ועיין בנימוקי יוסף ובשיטה מקובצת. אך מכל מקום נראה דלכתחילה לא אריך למיעבד הכי, למכור מדור שלה ולשכור במקום אחר. דלא מצינו לרשב"א לכתחילה אלא בדיעבד אם מכר הבעל מדור מה שעשה עשוי, ודיינו מה שמצינו בדברי הרשב"א מה שעשה עשוי ולא לכתחילה. ואף דנידון הרשב"א היה לאחר מיתת הבעל, מ"מ לא מצינו מפורש דמותר לכתחילה למכור. ועוד דכפי דברי הרמב"ם בפרק יג דאישות הלכה ה' שכתב וכן המדור לפי עושרו, וכבודו הוא שלא לדור בשכירות. ומשמע שם שכופין אותו אף למדור לפי עושרו, ואינה רוצה שיהא רשות אחרים עליה, עכ"ל תשובת שמן המשחה.

מש"כ שמן המשחה - "לא אריך" למכור את בית המגורים, (עיין ברש"י ספר עזרא פ"ד פסוק יד ובמסכת סוכה דף מד: שפרש "לא אריך - לא הגון"), אמנם, דבר שאינו הגון הוא להוציא את האשה מהבית בו הורגלה ולהעבירה לדירה אחרת בלא הסכמתה, בנסיבות שהבעל עבר לגור במקום אחר ויצר קשר עם אשה אחרת ומבקש להצר את צעדיה של אשתו.

בספר משנת ר' אליעזר לרבי אליעזר טולידו ז"ל מקושטא דן בשאלה דומה לשאלה הנידונת בספר שמן המשחה, (רבי אליעזר טולידו ז"ל היה בן דורו של בעל שמן המשחה ובאותה עיר, יתכן מאד ששניהם השיבו על אותה שאלה, בספר אוצר הפוסקים סי' עד סק"ח בהערה, ציינו לעיין בתשובה זו).

וח"ל בתשובת משנת ר' אליעזר חלק ב' חו"מ סי' סט - "מעשה בראובן שנתקוטט עם אשתו ... ועברו דברי ריבות בינו לבניה עד שנמאסה עליו, ורצונו הגמור לכתוב לה ספר כריתות ולגרשה מביתו, אלא דמכח השבועה שלא ישא וכו' ושלא יגרשנה דרביע עליה הוא שעמדה עליה, וכמו יש שנתיים ימים דברח ראובן לארץ מרחקים ומינה מורשה על נכסיו למכור כל מטלטליו מחוט ועד שרוך נעל, אם באולי על ידי זה תקבל גיטה מיד בעלה ... וכשבא מורשה ראובן למכור ביתו של ראובן עמדה כנגד המורשה וטוענת אולי יעלה הפסד וישתדוף נכסיו ... ועוד דהיא רוצה לדור בבית בעלה לפי כבוד בעלה. ומורשה ראובן טוען עליה דאם בשביל בית לדור בה לפי כבוד בעלה, אני שוכר בית יותר מעולה על חד תרין מבית שהניח בעלה, ולא תעכב במכירה".

התשובה נסובה לבירור שאלת זכותה של האשה לעכב את נכסי הבעל לצורך גביית הכתובה, למרות שעדיין לא הגיע זמן הפירעון, מאחר והבעל רוצה לגרשה יש לדון דהוי כהגיע זמן הגביה, ועל כן הבעל מנוע מלמכור נכסים המשועבדים.

בגמרא בכתובות משתמשת במדור כדרך משתמשת בחיי בעלה בכרים וכסתות כדרך שהיתה משתמשת בחיי בעלה. שאין משתמשת בכל המדורות ובכל הכרים וכסתות בכל כלי כסף וזהב שהיתה משתמשת בהם בחייו אלא מייחדין לה מקצת להשתמש בהם. וכל שכן הוא בשפחות דבחי בעלה הווי נפישו אורחי ופרחי. אבל לאחר מיתה לאו לפום ארחי ופרחי מייתו לה שפחות כדאיתא בפרק אף על פי (דף פ"א). הרמ"א אה"ע סי' צד ס"א פסק כירושלמי, ועיי"ש בח"מ סק"ה ובט"ז סק"א.

מבואר - שחובת המדור בעת שבעלה אינו עמה, כגון בעת שהבעל שוהה במדינת הים, אינה חובה להסדיר מדור כפי שהיה בעת שגר עמה כאן, אלא המדור יוכל להיות קטן במידה מסויימת. ובלבד שיספק את צרכיה בריוח ולפי כבודה).

מסקנת הדברים -

א. בעל ואשה הגרים יחד, והבעל מבקש לעבור לגור במקום אחר, דינו פסוק בשו"ע אה"ע סי' עה, שם התבאר התנאים שבהם הבעל רשאי לחייב אשתו לעבור עמו. והבעל יחוייב להסדיר לאשתו מדור חילופי לפי כבודו ולפי כבודה.

ב. אם הבעל אינו דר עם אשתו, האשה אינה מחוייבת לעבור למדור אחר בעיר אחרת, שבה הבעל לא יגור עמה. וכן במקרה שבו הבעל הוכרז כמורד באשתו, למרות שעדיין בני הזוג גרים תחת אותה קורת גג. אבל אם המדור שייך לבעל, כולו או חלקו, הבעל רשאי להביא למכירת המדור ולהעבירה למדור חילופי באותו מקום. בנסיבות אלו נחלקו שתי בתי דין לפני כמאתיים שנה (כפי הנראה בעיר קושטא), ומחלוקתם הובאה בתשובת שמן המשחה, האם הבעל רשאי להעבירה למדור שכור. יש אומרים שאין מניעה שהבעל ישכור עבורה מדור במקום המדור הקודם שהיה שייך לבעל. ויש אומרים, שאם היתה מורגלת במדור השייך לבעל, זה כבודה שתגור בדירה כזו הנמצאת בבעלות הבעל או בעלות משותפת, ולא יוכל להוציאה לדירה אחרת שכורה, וכן הדעת נוטה.

כאמור, האשה אינה יכולה למנוע מהבעל להעבירה למדור אחר השייך לבעל, מאחר ובכך ישאר מעמדה בדירת המגורים כפי שהורגלה. אך בתשובת שמן המשחה קבע שצעד כזה של הוצאת האשה מביתה הקבוע, והעברתה למדור אחר, גם כשהוא באותה עיר, אך בלא שתדור שם עם בעלה, אינו צעד הגון.

ג. במקרה שהבעל רשאי להסדיר מדור חילופי, ואינו דר עמה, המדור אמור להספיק לצרכיה לפי כבודה, אך אינו בהכרח באותו היקף של המדור שגרו יחד.

האם "שטר התנאים" מונע את פירוק השיתוף

יש שטענו לבסס את זכותה של האשה למדור ספציפי מכח שטר התנאים, שבו נכתב - "ואל יבריהו ואל יעלימו לא

אך נראה שכל האמור בדברינו שריר וקיים כשהאשה מתבקשת לעבור מעיר לעיר ולגלות ממקומה, ולהחליף חברת האנשים שהורגלה בה. ניתן להטיל עליה מעבר דירה מסוג כזה רק במסגרת שיעבודים הדדיים שבין בעל ואשתו. אבל בנידון התשובות הנ"ל, האשה התבקשה לעבור למדור אחר במקום סמוך באותה העיר, ובכך לא חל שינוי מהותי במקום מגוריה, וגם אינה מתבקשת לגלות למקום אחר, ניתן להורות על מעבר מסוג זה גם שלא בכפוף לשיעבודי האשה לבעלה, ולדעת שמן המשחה אם המדור החילופי הוא שכור, גם ביחס למעבר כזה אין לחייבה.

לאור האמור, לכל הדעות, אם הבעל מבקש להעבירה למדור חילופי באותו מקום, מדור שאינו שכור אלא מדור המצוי בבעלותו אין מניעה להעבירה, מאחר שבכך לא נפגעה זכותה היסודית להמשיך לנהל את חייה כפי שכבר הורגלה עד כה. אמנם בנידון שבפנינו, כעת האשה גרה במדור השייך בשותפות לשני הצדדים, אך במידה שהבעל מבקש לעמוד על זכותו להעבירה למדור אחר באותה עיר, היא רשאית להודיע שאינה מסכימה להשתתף עמו בקניית המדור החדש, אליו אולצה לעבור, ובכך יחוייב לאפשר לה לגור בדירה השייכת לו בלבד.

במאמר מוסגר נציין, אילו היתה עומדת על הפרק הצעה להסדיר עבורה מדור חילופי באותו מקום, אין הכרח להמציא עבורה דירה בעלת שטח זהה לדירה בה גרו יחד. חובת המזונות מחייבת את הבעל במדור הראוי לה לפי כבודה, אך אם בעלה כבר אינו עמה, הרי שהמדור יכול להיות מעט קטן יותר.

בירושלמי מסכת כתובות פרק יב ה"ג נאמר ביחס למדור אלמנה - "אמר רבי לעזר בן יוסי כהדא דתני דרה בבית כשם שהיתה דרה ובעלה נתון במדינת הים, ומשתמשת בכלי כסף ובכלי זהב כשם שהיתה משתמשת ובעלה נתון במדינת הים, וניזונת כשם שהיתה ניזונת ובעלה נתון במדינת הים". ומבואר שהיקף המדור של אשה שאינה דרה עם בעלה דומה להיקף המדור של אלמנה. ודינה של האלמנה מבואר בתשובת הרשב"א חלק א' סי' תתקכ"ג שכתב - "שאלת אם נותנין לאלמנה הניזונת מנכסי בעלה שנים או שלש שפחות ומזונותיהן כדרך שהיתה משתמשת בחיי בעלה או נותנין לה שפחה אחת בלבד לשמשה. תשובה. אם בנות המשפחה רגילות בשנים ובשלש נותנין גם לאלמנה כן לפי שאינה יורדת עמו. אבל אם היא ומשפחתה אינן רגילות בכך אף על פי שהיו לה שנים ושלוש בחיי בעלה, משתמשות בבית בעלה, אין נותנין לה אלא אחת שאינה משתמשת בכל מה שהיתה משתמשת בבית בעלה בחיי בעלה. שכך שנינו בפרק הנושא את האשה (דף ק"ג) אלמנה שאמרה אי אפשי לזון מבית בעלי אין היורשין יכולין לומר לכי לבית אביך ואנו זנין אותך. אלא זנין אותה ונותנין לה מדור לפי כבודה. אלמא אינה יכולה לומר אני משתמשת בכל הבתים כדרך שהייתי משתמשת בחיי בעלי. ומיהא נמי שמעינן למה ששינוי שם

בלא ספק גם בזמן הגמ' והשו"ע ראו חכמי ישראל את הנישואין האידיאליים כשבני הזוג חיים בשיתוף ובלא להעלים זה מזה, עכ"פ כל עוד לא נכתב ונחתם השטר, לא ניתן לתרגם השקפה זו לחיוב משפטי, בטרם נכתב נחתם בין הצדדים הלכה למעשה.

וכן בשו"ת חבלים בנעימים חלק ה' סי' לד הן בשאלת זכותה של אשה לתת צדקה בלי ידיעת בעלה, מכח סברת מהרי"ק שנתן תוקף לשטר התנאים הקובע ששני בני הזוג ישלטו בשהו בנכסים. וכתב על זה החבלים בנעימים - "גם במדינה זאת, רובם אינם כותבים שטר תנאים כלל".

אמנם בשו"ת בית אפרים מהדורה תניינא חלק אה"ע סי' כ' (עמ' קב), הסתמך על שטר התנאים כאסמכתא למנוע מהבעל לתפוס מהשליש את סכום הנדוניא שהושלש בידו, ולאחר שהביא מדברי מהרי"ק (סי' נו), כתב - "הא קמן שמהרי"ק גזר בחרם על המבריח שיחזיר הכל למקומו על פי התנאים, ועיין סי' קי"ח בח"מ וב"ש דאפילו אם לא כתבו כן בתנאים כנכתב דמי, דהנושא על דעת המנהג הוא נושא ע"ש".

ועיין בחלקת מחוקק סי' נג ס"ק כב שכתב - "וכן המנהג פשוט במדינות אלו, לפי זה אף אם לא נכתב בתנאים מה שנהגו לכתוב בתנאים מחמת עידור וקטט יעמד כתקנת שו"ם, הוי כאלו נכתב. מאחר שכך המנהג פשוט שקבלו עליהם תקנת שו"ם".

לכאורה דברי הבית אפרים צ"ע. שאני תקנת שו"ם שהיא שתקנו והנהיגו כתקנה מחייבת, על כן במקום שנהגו לכותבה, אף אם אחד לא כתב כמי שנכתב, משא"כ בשטר התנאים שלא מצינו שתקנוהו כתקנה שלא יעלימו זה מזה, אלא הוסיפו זאת כהתחייבות בשטר התנאים.

אך בלא"ה במקומינו שטר התנאים אינו נפוץ כפי שהיה בזמנו של הבית אפרים, וכמ"ש בספר חבלים בנעימים הנזכר.

ונציין לדברי הב"ש סי' ק' ס"ק ב ביחס לתקנת הגאונים לגבות כתובה ממטלטלין דירושים, וז"ל - "כתב הרמב"ם פט"ז דוקא מי שידוע התקנה, אבל אם אינו יודע או שנסתפק לנו אין לנו כח להוציא מן הירושים. וכתב המגיד שאין לומר בזה אף שלא נכתב כנכתב דמי, שאין זה תנאי ב"ד, כיון דנתחדש אחר הש"ס. מיהו בכ"מ כתב בשם הריב"ש דרמב"ם איירי במקום היכא דמנהג הוא לכתוב בפי מטלטלין, או אם לא כתב לא נשתעבדו המטלטלים, אא"כ דידע התיקון הגאונים. ואם נתפשט התיקון בכל ישראל אמרינן אף שלא נכתב כנכתב דמי, אלא בימי הרמב"ם עדיין לא נתפשט התיקון. לפ"ז בזה"ז שנתפשט התיקון אמרינן אף שלא נכתב כנכתב דמי".

ועל כן בנידון דנן, אין לומר שאף שלא נכתב כמי שנכתב דמי. הן על פי סברת הרב המגיד, דאינה תקנה הנזכרת בש"ס, והן לסברת הריב"ש, מאחר שלא ניתן לומר שהאמור

זה מזו ולא זו מזה, רק ישלטו בנכסיהון שוה בשוה וידורו באהבה ואחזה בשלום וריעות". מצאתי סמך לדבריהם, בספר זכרון יעקב (להגרי"ז ל מבוסק) סי' כו (הובא באוצה"פ סי' עז ס"א סק"ט אות ח', עמ' 186) שסבר שבכל תקופת הנישואין, בני הזוג שותפים מלאים בכל נכסיהם, מפני התוקף של שטר התנאים. ופסק שם שאם באים להוציא מהבעל מזונות, במקום פלוגתת הפוסקים, כגון מחלוקת הפוסקים בשאלת חיוב בעל המבקש לתת גט במזונות אשתו (מחלוקת רא"מ מזרחי ונו"כ שו"ע ריש סי' עז), אין לדון את הבעל כמוחזק. וכתב לבאר קביעה זו, וז"ל - "כי מבואר בכל קשרי התנאים שמתקשר, שלא יעלימו זה מזה רק ישלטו בנכסיהן שוה בשוה וכו' וא"כ הם כשותפים בנכסים, (ופלא כי לא דברו האחרונים כלל מזה). ואין לומר כיון שבדעתו לגרשה, בטל החיוב, כי כל החיוב רק בהיותו בדעתו להיות עמה ולא כשדעתו לגרשה. זה אין סברא כלל, כיון שכל התקנה של ר"ג היתה שלא לגרשה בעל כרחיה והטיל חרם על זה. לכן כל זמן שאינה מקבלת הג"פ ועדיין אגידה בו מחמת איסור הנ"ל, הם מוחזקים בנכסים שוה בשוה, ואין זה מוציא", (ועיי"ש שכתב דעכ"פ אם האשה גורמת להפרת שלום הבית, יש לנקוט כדעת הפוסקים אותו ממזונותיה לא נכניס עצמינו בזה להורות שהיא ג"כ מוחזקת בנכסים). עכ"פ לפי דרכו של הרב זכרון יעקב, כל עוד אין פסק דין לחיוב האשה בגירושין, וחדר"ג עומד בעינו, האשה מוחזקת בנכסים ולא יוכל להוציאה מחזקתה.

אך יש לדון אם אמנם ניתן לפסוק "מדור ספציפי" בהסתמך על שטר התנאים, וזאת מכמה טעמים.

א. שטר התנאים נהוג בקהילות מסוימות, אך ביחס לאותם קהילות ובני זוג שלא ערכו שטר כזה בטרם הנישואין לא יהא מקום להסתמך על שטר זה. וכפי הנראה בנידון שבפנינו לא נחתם שטר כזה בטרם הנישואין, בהעדר חתימה ממשית על שטר כזה בטרם הנישואין, בטל הבסיס להסתמך על שטר כזה. אמנם בפד"ר כרך טז עמ' 303, הגר"ש דיכובסקי שליט"א לא קבל טענה זו, עיי"ש שכתב - "אין זה מעלה או מוריד אם נחקקה הסכמה כזו בכתב בתנאים או אם נמנעו מלערוך כתב תנאים. פיסקה זו משקפת את הדרך שראו חז"ל בחיי נישואין מאושרים, כאשר הזוגות נישאים על דעת כן", עכ"ל. אך נראה שמודל אידיאלי של חיים משותפים, כפי הראוי והרצוי בהשקפת חז"ל, אינו הופך להסכם משפטי בין כל הזוגות בישראל בטרם נחתם, ובטרם נעשה בדרך של התחייבות ברת תוקף כדת וכדין. יעויין במהרש"ם חלק א' סי' מה (שהוזכר בפד"ר שם) שכתב בלשון זו - "הרי דס"ל למהרי"ק דאם כתבו בהתנאים לשון זה, קאי התנאי גם על נכסיו, והוא תנאי גמור אם כן יש מקום גדול לדברי השואל. ואפשר שבזמן הש"ס ושו"ע לא נהגו לכתוב כן, משא"כ בזה"ז", עכ"ל מהרש"ם.

ולפרנסה וכ"ש בהיות התנאים מבוארים ביניהם, שישלטו שניהם שוה בשוה בנכסים ולא יביריחו זה מזה ... כ"ש וכ"ש שהתנאי הוא אדרבה לקיים מה שכתוב בתורה דהיינו שיהיה הנכסים עומדים בחזקת שניהם למען שגם היא תזון ותתפרנס מהם דודאי תנאו קיים ואין רשאי לבטל התנאי כלל. לכן הנני גוזר עליך רבי ישראל בר' אליקים ז"ל בכח נח"ש אשר אין לו לחש שתחזיר כל מה שתפסת והברחת הן מה שהכנסת אתה הן מה שהכניסה היא הכל אל המקום אשר היה שם בתחילה בחזקתו הראשונה אשר היו אחרי הנישואין בטרם נחבאת לברוח, עכ"ל.

הרי שהקצף יצא על אותו בעל, עקב העלמת והברחת נכסי האשה, בדרך חד צדדית.

ובתשובת מהר"י ווייל סי' קלד שדן בשאלת קיום תנאי זה שבשטר התנאים, התייחס לטענה של הברחת נכסים שעשה הבעל בהעלמתן מאשתו.

וכן בתשובת מהרש"ם דן בשאלת זכותה של האשה לתת סכום גדול, שאינו של בעלה, ולהלוותו לקרוב משפחה בלא ידיעת בעלה, וזאת מאחר והעלימה דבר זה מבעלה. אבל תנאי זה אינו מתייחס במפורש לשאלת תביעת הבעל לחלוקת הבית המשותף בחלקים שוים, שאינו מביא לידי הברחת הנכסים מאשתו, אלא לחלוקת הנכסים ביניהם בחלקים שוים ובידיעת שניהם.

ובתשובת מחזה אברהם (להג"ר אברהם שטיינברג ז"ל) ח"ב חו"מ סי' יט כתב - "וע"כ, דהך נוסח לא מהני רק שלא יוכל לתפוס הבעל מהנכסים, רק יהנו מהם שוה בשוה וכמ"ש המהרי"ק בכלל נו שם".

(בתשובת מחזה אברהם הביא שבספר עצי ארזים סי' כח ס"ק סז כתב שמפני נוסח זה שבשטר התנאים, יש לכל אשה דין אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית, אך יש להעיר בזה, יעויין בלשון עצי ארזים שכתב דבריו ביחס לשטר תוספת כתובה ולא התייחס לשטר התנאים).

אף מהרש"ם שם שהביא מתשובת מהרי"ק, כתב - "ואף שאין בידינו לחדש דבר זה, אבל עכ"פ יש לקיים דברי מהר"ם מינץ הנ"ל, וכו'. נראה מדבריו שלמעשה המהרש"ם נמנע מלהורות לחדש תוקף משפטי לשטר התנאים, אלא שהלכה למעשה סמך על שיטת מהר"ם מינץ. וע"ע משנה הלכות תניינא סי' קמ וסי' של.

נוסף ונציין לשו"ת בית יצחק חלק אה"ע ח"א סי' קי שהסתפק בתוקף שיש לשטר התנאים, ח"ל - "צ"ע במנהג שכותבין בתנאים רק ישלטו בנכסיהן שוה בשוה כאורח כל ארעא, אם הדין כן באמת שישלטו בנכסיהן שוה בשוה הואיל ומתנין כן בפירוש. או אין כותבין כן רק לשופרא דשטרא דלכאורה כיון שהבעל נותן כתובה הוא השליט בנכסים והאשה אינה יכולה לעכב, רק אם מבובז בנכסים".

בשו"ת חבלים בנעימים (הנוכר לעיל) הביא דברי מהרי"ק, וכתב על דבריו - "יש לפקפק על זה, כי אף שקיי"ל

בשטר התנאים דינו כתקנה ושהתפשטה בכל ישראל, על כן אין לומר בזה שדינו כמו שנכתב דמי.

ב. גם ביחס לזוגות שחתמו על שטר כזה, דנו כמה מהפוסקים, האם יש תוקף מחייב לשטר זה בהסדרת ענייני הממון שבין בני הזוג לאחר הנישואין.

בשו"ת טוב טעם ודעת (להג"ר שלמה קלוגר ז"ל, מהדורה תליתא סי' קפא) כתב לתמוה על הרב השואל, שרצה לחדש שמותר ליקח צדקה מאשה נשואה בלי ידיעת ובלי רשות הבעל מפני שבתנאים כתוב שישלטו בנכסיהן בשוה. וכתב על זה הגרש"ק ז"ל - "תמוה מאד לחדש דבר כזה, דבזה יתבטלו כמה דפין בש"ס ובשו"ע אשר מבואר בהיפוך. ובודאי מה שכתבו שישלטו בנכסיהן בשוה הוא, שופרא דשטרא והדרך לכתוב כן בכל התנאים, ואין זה תנאי רק דרך ברכה מן הכותב והעדים, מברכים אותם שיהיה ביניהם שלום ואחדות, עד שיסכימו מרצונם להיות שולטין בנכסיהן בשוה, אבל אין זה דרך תנאי. ואם נאמר ונדייק בלשון הזה דוקא, אף אנו נאמר בלשון בנכסיהן משמע מה שיהיה לכל אחד נכסים, והיינו לבעל בנכסים שלו ובנכסי צאן ברזל, והאשה בשלה בנכסי מלוג שלה. או הכוונה רק על נכסי מלוג לבד, דבזה יד שניהם שוה בזה ישלטו בשוה, אבל לא נכסי צאן ברזל, דזה אינו שלה כלל רק שלו לבד, אבל נכסי מלוג הוי של שניהם. גם י"ל הכוונה של בשוה, שהוא לא יעשה בלתי עצתה והיא לא תעשה בלתי עצתו, והוי הכוונה להיפוך וכדין נכסי מלוג באמת כן דדעת שניהם בעינן, אבל היתר שלו חלילה לחדש כן".

המהרש"ם חלק א' סי' מה הביא שיטת הג"ר שלמה קלוגר ז"ל, בלשון זו - "בשו"ת טוב טעם ודעת מהדורא ג' סי' קפא, העיר השואל דבזה"ז שכותבין בהתנאים וישלטו בנכסיהן שוה בשוה, יש רשות להנשים ליתן צדקה. והוא דחה דבריו בשתי ידיים בלשון זה הוא שופרא דשטרא ולשון ברכה לבד, ולא דרך תנאי. ועוד דאפשר דקאי על נכסי מלוג שלה ע"ש", נראה שמהרש"ם הבין שהעיקר בדברי הגרש"ק ז"ל כאמור בתחילת דבריו. אך גם לפי הביאור שנתן הגרש"ק ז"ל בנוסח זה של שטר התנאים, אין מקום ללמוד ממנו למנוע מימוש הנכס על ידי הבעל בעת פירוד, כשאינן הדבר נעשה בסתר אלא בידיעת האשה.

לעומת דרכו של הגרש"ק ז"ל, המהרש"ם הביא מתשובת מהרי"ק שרש נו שתפס תנאי זה, שישלטו בנכסיהן שוה בשוה, כתנאי גמור. אך יש לציין ללשונו של מהרי"ק שכתב בלשון זו - "חטא ישראל חטאה גדולה כי נבלה עשה בישראל לבגוד באשת נעוריו על חלומותיו ועל דבריו כי בנשף בלילה הפך ישראל עורף ולא פנים ויקח כל אשר לאשתו נדונייתה ותכשיטיה עד טבעת קידושים ולא השאיר עוללות לפי מה שהוגד אלי ... לא מבעיא שאין יכול לתפוס נדונייתה שהכניסה היא אלא אפילו מה שהכניס אינו יכול לתפוס כי על מנת כן מכניסין הנדוניות, שיהנו מהן הבעל והאשה יחד, ומשועבדים כל הנכסים גם למזונות האשה

ג. מצוי בבתי הדין במקרים בהם האשה תובעת גירושין והבעל מתנגד, שיש מקרים בהם האשה טוענת מאיס עלי באמתלא מבוררת, ובית הדין דן ופוסק ביחס לרכוש דינא דמתיבתא המבואר ברמ"א סי' עז ס"ג, והאשה מקבלת את חלקה ברכוש עוד בטרם הגירושין, עיי"ש בפת"ש סק"ז ובחוט המשולש להגר"ח ז"ל סי' ב' ובפד"ר כרך ח' עמ' 12. ולמעשה גם בניגוד לרצון הבעל, פוסקים לפרק את השיתוף ברכוש המשותף עוד בטרם בוצעו הגירושין.

הרי אף דבדינא ד"מאיס עלי" עסקינן, ואין פוסקים חיוב הבעל בגירושין, וכדעת שלחן ערוך סי' עז ורוב הפוסקים, אפ"ה האשה מקבלת נכסי מלוג שלה לרבות חלקה ברכוש המשותף, ולא שמענו טענה שחלוקה כזו מנוגדת להתחייבויות שבשטר התנאים.

אין מקום שלענין זה יגרע חלקו של הבעל הטוען שאשתו מאוסה עליו, מאשה הטוענת על בעלה "מאיס עלי". לא מצאנו חילוק בין הלגיטימציה הניתנת לטענת "מאיס עלי" של האשה, לטענת "מאוסה עלי" של הבעל. תקנת דינא דמתיבתא, בחלק הממון של התקנה שהתקבל להלכה ברמ"א, באה להסדיר את זכותה של האשה ברכושה לאחר שטענה "מאיס עלי", אך ודאי לא באה לתת יתר תוקף לטענה כזו של האשה, מאשר לטענה דומה של הבעל. אמנם בתשובת זכרון יעקב הנזכרת נקט בפשיטות ששני בני הזוג שולטים בשוה בנכסים כל עוד חדר"ג עומד בעינו, לרבות כשהבעל מאס באשתו ותובע גירושין, אך מאחר שרבינו גרשם השווה את כח האשה לכח האיש, עכ"פ אין עדיפות לכוח האשה.

מסקנת הדברים

שטר התנאים, בין שנחתם על ידי הצדדים בטרם הנישואין ובין שלא נחתם, אינו אסמכתא מספיקה למנוע מאחד מבני הזוג פירוק השיתוף בנכסים המשותפים בנסיבות של פירוד ותביעת גירושין.

שאלת זכותה של האשה כשותף המבקש למנוע פירוק השותפות

נטענה טענה שמוטל על בית הדין למנוע מהבעל להשלים את מהלך פירוק השיתוף ברכוש, כחלק מהאמצעים בהם נוקט בית הדין על מנת להשיב את שלום הבית לקדמותו.

וכן נושא נוסף העומד על הפרק הוא, הטענה המיוסדת על זכויותיו של כל אחד מהשותפים למנוע פירוק השותפות, ומכוחה נטענה הטענה שהבעל מנוע מלפרק את השותפות במדור ללא הסכמת האשה.

טענה זו מסתמכת על שיטת הר"י מגאש (הובא בש"ך חו"מ סי' קעא סק"א) הסובר כי בשותפים שקנו רכוש בשותפות אין אחד רשאי לטעון טענת גוד או איגוד בניגוד להסכמת חבריו, כן כתבו בספר עטרת שלמה (להגר"ש

בחו"מ שאם חתם על שטר, אף שלא קראו חייב מפני שגמר בדעתו להתחייב ... מ"מ ברמ"א אה"ע ס"ס סו וחלקת מחוקק וב"ש כתבו שמסתמא קראוהו העדים לפניו, והכא בתנאים רוב החתנים אינם מבינים לשון עברית ודעתם שחותמים רק על חיוב הנישואין".

עיין בקובץ תחומין חי"ט עמ' 210 במאמרו של הגר"א שרמן שליט"א שדחה סברת החבלים בנעימים וטען - מאחר שהחתן חותם על שטר התנאים הרי הוא מחוייב בכל הכתוב בשטר, אף שלא ידע את האמור בו. וסייעתא דיליה מדין שלישי, עיי"ש.

אך דבריו אינם נראים בעיני. נראה ברור שקיים חילוק בין החותם על שטר ויודע שנכתבו בו התחייבויות מסויימות, אלא רק שהחותם לא טרח לברר מה טיבם של ההתחייבויות, וכגון חתן עם הארץ שחתם על שטר הכתובה בלא לברר את הסכום הרשום בכתובה. לעומת זאת, במקרה שלא עלה על דעתו של החותם, ששטר זה מכיל התחייבות כלשהיא המתייחסת לטיב שותפות הזוג בנכסים, וממילא לא התכווין להתחייב בהתחייבות כלשהיא, השטר אינו מחייבו. אין ללמוד מקרה כזה מדין שלישי שבו האדם יודע שמתחייב, ובדעתו להתחייב, אלא שתלה את טיב התחייבותו בדעת השלישי.

בשו"ע חלק חו"מ סי' מה סעיף ג' נפסק - "הודאה בחתם ידו והשטר בגופן של עכו"ם והדבר ברור שאינו יודע לקרות, ויש עדים שחתם עד שלא קראו, מ"מ מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו". בב"י הביא את מקור הדין, מתשובת הרשב"א המיוחסת לרמב"ן, שבה התבארה הלכה זו, וז"ל - "כיון שלא חשש לקרותו וסמך על הסופר, שכל הסומך על נאמנות של אחרים הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר מי שהאמין על עצמו, והיינו טעמא דשליש ... וכל שכן הכא שסומך על אחרים אף על פי שאינו יודע מה שכתבו עליו ולא חשש לקרותו וחתם בחותם ידו, שהוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שכתוב בו, והרי הוא חייב בכל אותו חיוב אף על פי שלא לוח, מדרבי יוחנן דאמר חייב אני לך מנה בשטר חייב, כלומר אף על פי שלא היה חייב לו, וקיי"ל כרבי יוחנן".

כל זה, כשעכ"פ קיימת כוונת התחייבות, כגון שבחר לתלות את דעתו בדעת השלישי, משא"כ כשהחתן לא התכווין להתחייב דבר.

על פי סברא זו לחלק בין המקרים השונים, מתיישבים כל המקורות שהביא הגר"א שרמן שליט"א במאמרו שם.

על כן מאחר שקיימת אומדנא ברורה שבעת החתימה על שטר התנאים, הן לחתן והן לכלה לא היתה כוונה להתחייב בהתחייבות כלשהיא, מלבד קביעת זמן לנישואין, או קנסות למי שיפר את ההתחייבות להנשא בפרק הזמן המוסכם. קשה לבסס הסדרי ממון בין בני הזוג בהסתמך על שטר התנאים, מאחר שבעת החתימה שני הצדדים לא התכוונו לכל התחייבות נוספת.

אך הטור חו"מ סי' קעא הביא מדברי הרא"ש מסכת ב"ב פרק א' סי' נא, וז"ל – "לשון א"א הרא"ש ז"ל, כתב הר"י הלוי דינא דגוד או אגוד לא שייך אלא ביורשין או במקבל מתנה, אבל אם לקחו שנים בית שאין בו כדי לזה וכדי לזה אין אחד מהם יכול לומר גוד או אגוד, שהרי לדעת שיהיו ב' שותפין בו לקחוהו ולא למכרו איש אל אחיו".

הרא"ש הוסיף על דברי הר"י מגאש - "ונראין דבריו אם לא היה להם בית דירה ולקחו לדור בו או אם היה להם בית דירה ולקחו להשכירו לאחר, אבל אם היה להם בית דירה ונפל או נשרף דירתו של אחד מהם או הוצרך למכרו מחמת דחק, יכול לומר לחבירו גוד או אגוד כיון שצריך לו לדור בו ואינו רוצה לדור עם אחר, וכן נמי אם הוצרכו שניהם ליכנס לדור בו".

וע"ע בראב"ד פ"א משכנים ה"ג שחלק על הרמב"ם וכתב שלא אמרו גוד או אגוד אלא בירושה או במתנה.

הפרישה (ס"ק לג) כתב בביאור דעת הטור במש"כ "ונראין דבריו". וז"ל הפרישה "כלומר ונראין לי דבריו דוקא בענין זה דלא היה להם בית דירה כו'. אבל הר"י הלוי ודאי בכל ענין סבירא ליה דשותפין לא מצי אמרי גוד או אגוד, מדכתב דליתא אלא ביורשים ומקבלי מתנה".

השו"ע חו"מ ריש סי' קעא פסק כדעת הרמב"ם ולא הזכיר כלל מדעת הר"י מגאש, אך בש"ך סק"א הביא כמה ראשונים העומדים בשיטת הר"י מגאש, ומשמע שכוונת הש"ך שדעתם אינה דעה דחוויה ויכול לומר קים לי כדעה זו. וכן במהרשד"ם חיו"ד סי' קפב פסק שיכול לומר קים לי כר"י מגאש הראב"ד והרא"ש. וכן כתב בספר מנחת פיתים סי' קעא ס"א.

וכתב בכסף הקדשים סי' קעא שאמנם יכול לומר קים לי שלא לפרק שותפות בטענת גוד או אגוד, אך "אין לזוז מדברי הטור שהוא כעין הכרעה". דהיינו טענת קים לי תתקבל רק באם יטען טענה המיוסדת גם על שיטת הרא"ש והטור שהיא שיטה מכריעה. ומתוך כך העלה כסף הקדשים לדון דינא דגוד או אגוד "כשנתחדש אח"כ איזה הצטרכות למי מהם לטעון גוד או אגוד, מה שלא היה כן בעת הקנין".

החזו"א בבא בתרא סי' ט' סק"ג נקט בפשיטות דלא כפרישה, ולדעתו אין דעת הרא"ש והטור דעה שלישית, אלא הרא"ש נקט כדעת הר"י מגאש, והר"י מגאש הסכים לחילוק שבדברי הרא"ש.

בעיקר מחלוקת הר"י מגאש והרמב"ם יש מקום לבאר במאי פליגי. מדברי הרשב"א בתשובה שהביא המגיד משנה פ"א משכנים ה"ג היה נראה שסברת הרמב"ם מיוסדת על הטענה שיכול השותף לומר לחבירו כסבור הייתי שאני יכול קבל ואיני יכול. משמע דבלא טענה כזו אין מקבלים את תביעתו לפירוק השותפות. ולכאורה, לפי זה אליבא דהר"י מגאש והראב"ד, אף טענה כזו שטוען "כסבור הייתי" וכו' אינה מתקבלת. והדבר צ"ע, יעויין בלשון מהרש"ם ח"ג סי' קז שכתב - "סברת ר"י הלוי היא דשותפין אדעתא דהכי

קרליץ ז"ל) ח"א סי' סב - סג ובפד"ר כרך טז עמ' 309 בפס"ד של הג"ר אברהם שרמן שליט"א ובמאמריו בספר שורת הדין כרך ה' עמ' קסט ובקובץ דברי משפט חלק ז' עמ' תז. יש להעיר כמה הערות ביחס לטענות אלו.

א. בבית הדין נידונת תביעת האשה לשלום בית, ומוטל על בית הדין לדון ולפסוק בשאלה זו. אך לא ברור שאכן קיימת זיקה בין חזרת הבעל לשלום בית לשאלת פירוק השיתוף בדירת המגורים. אמנם, אילו היה מקום להניח כהנחה ברורה, שבמידה והשיתוף בבית לא יפורק, עקב עיכובים משפטיים כאלו או אחרים, הבעל ישוב לביתו ויחזור לשלום בית עם אשתו, היה מקום לשקול לעכב את הפירוק באמצעות כלים משפטיים, בכפוף לבריור הסמכות החוקית של בית הדין לדון ולפסוק בכל הקשור בתביעה לשלום בית, לרבות בהיבטים רכושיים. אך למרבה הצער המצב אינו כך. אין יסוד סביר להניח שעיקוב פירוק השיתוף יחזיר את הבעל לביתו ולאשתו. מה עוד שהבעל כבר התקשר עם אשה אחרת, ומן הסתם יקשה עליו לסיים קשר זה. אמנם ניתן להעלות השערה, שמא במידה והרכוש המשותף לא יפורק, והאשה תמשיך להנות מכל המדור הנוכחי, הבעל ישאר ללא יכולת לממש רכוש זה, בצר לו, יחזור בתשובה וישוב לאשתו. אך בית הדין אינו רשאי לבסס פסק דין על סמך השערות וספקולציות, שסיכויי התגשמותן מועטים.

ב. כידוע באשה המורדת בבעלה וטוענת מאיס עלי, נקטינן (שו"ע אה"ע סי' עז ס"ג), שאין כופין אותה לגרש ואין מחייבים אותה לחזור לביתה. וזאת מפני שלא ניתן לפסוק לחייב אשה לשוב לבית בעלה המאוס עליה. נראה, שבנקודה זו, שוה כח האיש לכח האשה, על כן במסגרת תביעת האשה לשלום בית מוטל על בית הדין לעשות כל מאמץ להביאם לשלום בית, כעין המבואר בירושלמי סוף מסכת נדרים "שמים ביני לבינך ... יעשו דרך בקשה, אמר רב הונא יעשו סעודה והן מתרגלין לבוא דרך סעודה" ובמ"מ הלכות אישות פ"ד ה"טז - "בירושלמי פירשו יעשו דרך סעודה ... הזכירו אחת מדרכי הפשרה והפיוס שהיא על ידי סעודה, ועיקר הכוונה היא שיתפשו ביניהם באי זה דרך שיהיה", עכ"ל המ"מ. אך לא מצינו שמוציאים פסק דין ביצועי המחייב את הבעל לשוב לביתו, ואין אנו רגילים בנקיטת אמצעים כנגדו עקב אי ציות לפסק דין זה. על כן לא יתכן שהבסיס ההלכתי לעיכוב פירוק השיתוף יתפס כאמצעי כפיה לבעל, שמגמתו לכפות עליו לשוב לביתו, וכאמור, הוא אמצעי בלתי יעיל.

ג. ביחס לשיטת הר"י מגאש שהוזכרה, נקדים לבאר מחלוקת הראשונים בעניין זה.

הרמב"ם בהלכות שכנים פרק א' פסק שגם בדבר שאין בו כדי חלוקה יכול אחד מהשותפים לחייב את חבירו לפרק את השותפות בדרך של גוד או אגוד, בין בשותפים שירשו או קבלו במתנה ובין בשותפים שקנו את הנכס במשותף.

המוזכר בדברי הרא"ש, ודומה למש"כ החזו"א ביחס ל"קלקול בעסק".

על כן, הן לפי דרכם של הפרישה וכסף הקדשים שקיימות שלש שיטות בראשונים ונקטינן כשיטת הרא"ש והטור, והן לפי דרכו של החזו"א המבוארת לעיל, נראה שאם המצב הוא שהתפרדה החבילה, ולפי הנסיבות הנראות לעין אין צפויה חזרה לשלום בית, הרי שהגיע זמן פירוק השותפות.

ואם מצינו באשה האומרת מאיס עלי, דיינינן דינא דמתיבתא ומפרקים את השיתוף ברכוש המשותף, ואין חוששין לטענת קים לי כשיטת הר"י מגאש, וזאת מתוך ההנחה שתקופת השיתוף בין בני הזוג אינה תואמת לכל משך היותם נשואים, אלא לתקופה שהם גרים יחד בשלום, אבל בעת שהתפרדה החבילה, וגרים בנפרד, הרי מעיקרא לא התחייבו לשיתוף לנסיבות אלו. דאל"כ מנלן לפרק שיתוף בהסתמך על דינא דמתיבתא, ולהתעלם משיטת הר"י מגאש שיסודה בהלכות שותפים. לכן נראה שלענין זה שוה כח הבעל לכח האשה, ורשאי לטעון שלאחר שהם כבר אינם גרים יחד ונתפרדה החבילה, הרי שעברה התקופה המחוייבת בשיתוף בנכסים.

מהיכ"ת להעדיף בזה כח האשה המורדת בטענת מאיס עלי, מכח הבעל המורד בטענת מאיסה עלי. אמנם דינא דמתיבתא היא תקנה עבור האשה, ולא נצרך עבור הבעל, עכ"פ תקנה זו נוגעת לעצם זכות האשה על נכסי מלוג. אילו מכח הלכה נוספת המיוסדת על הלכות שותפין היתה סברא למנוע פירוק השיתוף בטרם גירושין, הרי שבנקודה זו הבעל והאשה היו שווים.

על כן אף אליבא דשיטת הר"י מגאש, יש מקום להניח כי השותפות במדור, מלכתחילה נוצרה לצורך התקופה בה חייהם מנהלים כראוי ובני הזוג גרים יחד. אבל לאחר שחל שינוי מהותי ונתפרדה החבילה ואינם גרים יחד, הבעל טוען שלא ישוב יותר לביתו, ואמנם אין צפוי שישוב לביתו, וכאמור בית הדין אינו מוציא פס"ד המחייבו הלכה למעשה לשוב לביתו. יש לומר שבנסיבות אלו אף לפי הר"י מגאש עלינו להתחשב במציאות המעשית וניתן לפרק את השיתוף. אמנם קיימת בכך פגיעה בשיתוף, אך בלא פגיעה בזכויות המוקנות לאשה מעצם הנישואין, המבטיחות את זכותה למזונות ומדור בהתאם לעקרונות המבוארים לעיל.

ועוד שהרי במקרה שבני הזוג כבר התגרשו לכו"ע אנו פוסקים לחלק את הרכוש המשותף, אף אליבא שיטת הר"י מגאש. וכתב בספר ערך שי חלק אה"ע סי' קיט סי"א - "אמנם בטענת גוד או אגוד ודאי דיכולה לבוא עליו, כיון דאינם יכולים לדור ביחד, אפילו לפוסקים דסבירא להו בשותפים שקנו אינם יכולים לומר גוד או אגוד, הכא שאני דנולד דבר חדש דאינם יכולים לדור יחד", עכ"ל. ופשיטא שלענין דינו של הר"י מגאש שיסודו בהלכה בדיני ממונות שיסודו בהלכות שותפים, אין קפידא על גירושין דוקא. אלא

נכנסו שלא להתחלק לעולם, והוא רק משום אומדנא". וקשה לומר שהרשב"א באר את שיטת הר"י מגאש בדרך אחרת, ואם כן מדוע לא נקבל הסברא המיוסדת על אומדנא שמעיקרא לא נכנסו לשותפות זו אלא עד ליום שיתברר שאינם יכולים להמשיך יחד, כגון עקב סיכסוך וכיוצ"ב.

ועיי"ש במגיד משנה שהביא את דברי הרשב"א ואח"כ הוסיף ביאור אחר בדעת הרמב"ם, אך גם לדבריו יש הכרח שיאמרו אמתלאות מדוע חל שינוי בדעת השותף המבקש את פירוק השותפות.

לעומת זאת החזו"א (ב"ב סי' ט' סק"ג) כתב - "אבל הר"מ כתב דינו אף בקנו שדה בשותפות, וע"כ דעת הר"מ דאין קנין שותפות קובע כלל דמוותר על זכויות השותפין בטענת גוד או איגוד או טענת חלוקה, וכמ"ש המ"מ, ואף דהמ"מ כתב אמתלאות על שתיקתו של הלוקח, הב"י דקדק עליו דבלקח חצי שדה מבעל הבית לא שייך אמתלא של המ"מ, ומשמע דעת הר"מ דאין צריך אמתלא כלל, שאין השתיקה קובעת כלום".

ולדרך זו, הר"י מגאש פליג על הרמב"ם רק בסתמא, ולשיטתו בלא טעם אין ניתן לפרק את השיתוף. ולפי זה כתב החזו"א (סק"ד) שגם אליבא דשיטת הר"י מגאש, אם התעורר אח"כ אילוץ לפרק את השיתוף, רשאי אחד מהם לטעון טענת גוד או איגוד או טענת חלוקה. כגון "שנים שעשו שותפות בסחורה או לעיסקא ... אם רואים קלקול בעסק שאין ראוי להמשיכו ואחד תובע לחלוק, ואם אי אפשר לחלוק ותובע למכור כולו - שומעין לו". לדעת החזו"א רק אם העסק בעיקרו מרויח, אלא שלשותף אחד נודמן עסק אחר, אין שומעין לו לפרק את השיתוף עקב כך. וכתב החזו"א שיש מקרה שבו ראוי להסתפק, וכדלהלן - "היה העסק מרויח, אלא נעשה קטטה ושנאה ביניהם ומפני זה לא מתדרי אהדדי, ובשביל זה אחד תובע גוד או איגוד או לחלוק, צריך הכרעה אם זה הוי כנפל ביתו שכתב הטור ס"ל"ג בשם הרא"ש דאף לדעת הר"י דבלקחו בשותפות אין טענת גוד או איגוד מ"מ באירע דבר מחודש מצי טעין גוד או איגוד דעל מנת כן לא נשתעבד, או שנאה לאו טענה היא".

ונראה שיש מקום לספקו של החזו"א בשותפים שנשתתפו בעסק שעניינו הפקת רווחי ממון, בזה י"ל שעיקר השותפות מטרתה הפעלת העסק והצלחתו העיסקית להניב רווחים. ושאלת היחסים האישיים בין השותפים היא שאלה שולית. מאחר וגם אם פניהם צהובים זה לזה יכולים להמשיך להפעיל את העסק ולהצליח. וזאת מפני שמלכתחילה, עיקר ייסוד העסק ומטרתו היתה ההצלחה עיסקית. על כן כל עוד העסק מצליח לא ניתן לפרקו בדרך חד צדדית. משא"כ בשותפות בין בני זוג, השותפות לא נוסדה להפקת רווחים עסקיים, אלא למטרת קיום חיי משפחה תקינים, שיחיו יחד באהבה ובשלום. על כן אם נולדה ביניהם שנאה, הרי שבכך חל שינוי מהותי, שינוי שהוא בעל חשיבות שאינה פחותה מחשיבות השינוי

וכמעט כל הפוסקים, דגם בהו אמרינן גוד או איגוד, וחלוקה. משום דאמרינן אמינא, יכילנא לסבול, ועכשיו איננו יכול לסבול. נמצא, מעיקרא נשתתפו על דעת שלא לחלוק. ואם אירע אח"כ דבר שא"א שישבלו זה את זה, לא יפסיד חלקן של זה הפסד חומש מפני שזה אינו יכול לסבול. נמצא, הוה כדבר שאין בו דין חלוקה. ומ"מ נ"ל כל זה כשאחד רוצה לחלוק, או לעשות גוד, ולהכריח חבירו. או צריכים לטענה שלא יכול לסבול."

מבואר דהחתם סופר פשיטא ליה דלהלכה נקטינן שאם התחדשה מציאות שאינם יכולים להמשיך יחד בשותפות, הרי שמצד דיני השותפות ניתן לכפות חלוקה בדרך של גוד או איגוד, ובטענה שער עכשיו יכלתי לסבול וכעת איני יכול יותר להמשיך בשותפות, ומבואר דסבירא ליה שאין מקום לטענת קים לי כשיטת הר"י מגאש.

מסקנת הדברים - מאחר שמצינו פלוגתת הפוסקים אם יש מקום לטענת קים לי כהר"י מגאש, ובנידון דנן, אף אליבא דהר"י מגאש מסתבר בפשיטות שאין מניעה מפירוק השיתוף, ועכ"פ אין הכרח שיש מקום לכך אליבא דשיטה זו, ועל כן יש לשלול טענת קים לי כהר"י מגאש.

העולה מכל האמור - מסגרת הדין בשאלת המדור הספציפי היא רק בשאלת חיוב הבעל במזונות אשתו והגדרת חיובו. אבל כשנתפרדה החבילה אין בעצם היותם שותפים למנוע את פירוק השיתוף במדור.

במקרה הנוכחי הבעל מנוע מלהוציא את אשתו מהדירה בכפר תבור, ודירה זו תחשב עבורה "מדור ספציפי", כל עוד הפתרון החילופי המוצע הוא העברתה לדירה בקרית ביאליק.

כל אימת שנולד דבר חדש, שלפי ראות עיני בית הדין אינו זמני אלא נראה כמציאות חדשה שאינה עומדת להשתנות, נמי דינא הכי, ומהיכי תיתי לחלק בין גירושין ממש לפירוד ממושך שאין צפוי לשינוי. עכ"פ בשני המקרים נולד דבר חדש ומשמעותי, שלא היה צפוי בעת יצירת השותפות.

ונוסיף ונצטט מספר מנחת פיתים סי' קעא ס"א במש"כ ביחס לטענת קים לי כהר"י מגאש, וז"ל - "כיון דבלא"ה סתם בשו"ע דלא כמהר"י הלוי, מסתיין דיכול לומר קים לי בשותפים, ולא ביוורש מן השותף, דאפשר דבזה גם הר"י הלוי מודה דאמרינן גוד או איגוד".

ובאותו סגנון נאמר אנן, כיון דבלא"ה סתם השו"ע דלא כהר"י מגאש, מסתיין דיכול לומר קים לי כשיטת הר"י מגאש במקרה ברור שאליבא דהר"י מגאש אין מקום לטענת גוד או איגוד, אך בנידון זה שמצאנו צדדים רבים לומר שאף הר"י מגאש מודה ושאינ הכרח שהר"י מגאש יסבור לשלול טענת פירוק השיתוף בנסיבות אלו, ושכן עולה אליבא דשיטת החזו"א, ועל כן טענת קים לי כשיטה זו, אינה מתקבלת.

מלבד זאת יש מקום לחלוק על עיקר הדין שהבאנו לעיל מכמה פוסקים הסוברים שיש מקום לטענת קים לי כהר"י מגאש. הערוך השלחן סי' קעא סעיף יד הביא דעת הר"י מגאש וסיעתו, וכתב על זה - "ומ"מ לא קיי"ל כן, ורבותינו בעלי השו"ע לא הביאו דעה זו כלל".

והיינו שאין מקום לטענת קים לי כשיטה שהובאה בטור, אך השו"ע הכריע דלא כוותיה ולא הביאה כלל.

נוסיף ונציין לדברי החתם סופר בתשובה חלק חו"מ סי' יב שכתב בלשון זו - "אבל בשותפות דקיי"ל כשיטת רוב

סימן לג

יציאת בן קטן מארץ ישראל לחו"ל לביקור אצל אמו

תמוז תשנ"ח

להוציא את הבן לחו"ל לביקור אצל אמו, מפני ההלכה הקובעת "הכל מעלין לארץ ישראל, ואין הכל מוציאין". ביה"ד דחה טענה זו, ולהלן הנימוקים לפסק הדין.

ביאור הדין "הכל מעלין ואין הכל מוציאין"

במסכת כתובות (דף קי). במשנה - "הכל מעלין לארץ ישראל ואין הכל מוציאין, הכל מעלין לירושלים ואין הכל מוציאין". ופרש רש"י - "הכל מעלין, את כל בני ביתו אדם כופה לעלות ולישב עמו בירושלים".

אמנם דברי רש"י מתייחסים לסיפא דהכל מעלין לירושלים, אך ה"ה ההלכה ברישא "הכל מעלין לארץ ישראל" תתפרש לפי דרכו של רש"י - את כל בני ביתו אדם כופה לעלות לארץ ישראל, ולהמנע מלצאת מא"י. ועיין

הנושא הנידון

בני הזוג התגרשו ולהם בן אחד שהוא כעת בגיל שש, הנמצא אצל אביו. האם נישאה מחדש ומתגוררת עם בעלה בארצות הברית.

כעת עומדת בפני בית הדין בקשת האם למתן פסק דין המחייב את האב לשלוח את הבן אליה לביקור לשלשה שבועות, כל חצי שנה, ובליווי מתאים של הורי האם שיביאו ויחזירו את הבן. בנוסף, הוצגו ערבויות כספיות להבטחת החזרתו לארץ במועד. האב הודיע על התנגדותו להוצאת הבן לחו"ל.

אמנם האב אינו מוכר כאדם שומר תורה ומצוות, אך בתוך טענות האב נטען שעל פי הדין אין היתר הלכתי

ראשית, יש לציין שבנידון שלפנינו המדובר בבן קטן בן שש שנים, וביחס אליו היציאה לחו"ל לבקר את אמו נחוצה לו לצורך התפתחותו התקינה. כל שנותיו הבן גדל עם אמו, עד ליציאתה מהארץ, והמשך הקשר המינימאלי נחוץ לו, והוא עבורו צורך ברור. גם לאחר שהבן גדל ובנסיבות מסויימות פוסקים להעבירו למשמורת אביו, ללא ספק שהמשך הקשר הקרוב של הבן עם אמו, הוא צורך חיוני ביותר עבורו, וכן במקרה זה, חוות הדעת המקצועיות המליצו על הסדר ביקורי הילד אצל אמו.

לאחר שהילד חזר מביקורו אצל האם בפעם הקודמת, בית הדין הורה ללשכת הרווחה לבחון את השפעת הביקור על הילד. לאחר שהנושא נבדק נכתב בתסקיר - "אין ספק ומעל לכל ספק חשוב עד מאד המשך הקשר בין האם לבנה", ובהמלצות נכתב - "אנו ממליצים על צאתו של הקטין לחופשת קיץ לחו"ל אצל האם".

מאחר שהביקורים אצל האם הם צורך חיוני עבור הילד, האב חייב לאפשר לילד לבקר אצל אמו, ואין מקום לטענה של איסור לצאת לחו"ל. כשם שאילו היה הבן זקוק לצאת לטיפול רפואי בחו"ל לתקופה מוגבלת לא היה מקום לטענה כזו. אדרבה היה מוטל על האב לשאת בטרחה ובהוצאות הכרוכות בנסיעה כזו ולצאת עמו, ק"ו במקרה שלפנינו, מוטל עליו להמנע מהתנגדות ועליו לשתף פעולה בכל הכרוך במימוש ביקורים אלו.

ביחס לטענת ב"כ האב על האיסור לצאת לחו"ל, מלבד שיש היתר להוציאו מפני שזהו צורך חיוני עבורו. בנידון זה אין לחוש לאיסור יציאה לחו"ל, וכמו שנבאר להלן.

הנידון כאן הוא, יציאה לחו"ל של קטן שאינו בגיל בר מצוה. אמנם ההלכה של "הכל מעלין" וכו' מתייחסת גם לקטנים, וכמבואר בתשובות המב"ט והמהרש"ם שהזכרנו לעיל. אך במקום שעצם היציאה מותרת, וכגון ביציאה לזמן מוגבל ובתנאים שיפורטו להלן, אין מניעה להוציאו, ולא נאמרה ההלכה של "אין הכל מוציאין".

הרמב"ם בהלכות מלכים פרק ה' הלכה ט' פסק - "אסור לצאת מארץ ישראל לחוצה לארץ לעולם, אלא ללמוד תורה או לישא אשה או להציל מן העכו"ם ויחזור לארץ, וכן יוצא הוא לסחורה, אבל לשכון בחוצה לארץ אסור אלא אם כן חזק שם הרעב".

ויש מקום לדון האם מותר לצאת לחו"ל על מנת לחזור, לצורך קיום מצוה אחרת, וכגון מצות כיבוד אב ואם. ומצינו שנחלקו בשאלה זו התוספות ובעל שאילתות.

בתוספות במסכת עבודה זרה דף יג. (ד"ה ללמוד תורה) כתבו - "ודוקא בהנך מצות שהן חשובות ללמוד תורה שגדול תלמוד תורה שמביא לידי מעשה, ואשה נמי דכתיב לא תהו בראה, אבל לשאר מצות לא, והכי משמע פ"ד דמגילה (דף כז.). אבל בשאלתות דרב אחא מפורש הנך דקילי, וכ"ש לשאר מצות שהם חשובות".

בתוס' יו"ט (כתובות פ"ג מ"א) שהעיר על רש"י ורע"ב שנקטו פירושם רק ביחס לסיפא "הכל מעלין לירושלים", ובספר הון עשיר על המשניות כתב ליישב תמיהה זו, וז"ל - "לרבותא פרשוהו אסיפא דאעפ"י שעומדים כבר בארץ ישראל ... אפ"ה יכולים לעלותם לירושלים עיר הקדש".

וכן מבואר בתשובת חתם סופר חלק יו"ד סי' רל"ד, שגם ההלכה ברישא תתפרש "הכל מעלין", היינו שאדם יכול לכוף את בני ביתו לעלות ושלא לצאת מא"י. וכן בתפארת ישראל על המשניות שם (אות מא).

על פי זה פסק המב"ט בתשובה, שיש למנוע מאשה להוציא את ילדיה מארץ ישראל ולהתיישב בחו"ל. וז"ל המב"ט חלק א' סי' קסה - "ראובן מת ונשארו לו ב' בנים א' בן ד' שנים או יותר וא' יונק שדי אמו ואלמנתו רוצה ללכת לארץ אחרת ולהוליך שני בניה עמה ואבי ראובן מעכב בידה שלא תצא מן המדינה".

בתשובתו המב"ט אוסר להוציא את הילדים לחו"ל ובתוך דבריו כתב - "עוד אני אומר כי מדין אחר אינה יכולה להוציאם חוצה לארץ, כדתנן פרק בתרא דכתובות הכל מעלין לא"י ואין הכל מוציאין, ופרש"י ז"ל הכל מעלין את כל בני ביתו אדם כופה לעלות. ובגמרא הכל לאתווי עבדים וכו'. משמע שהאדם יכול לכוף את בניו הסמוכים על שלחנו להעלותם לא"י, ואין הכל מוציאיים שאין יכול לכוףם לצאת, וכיון שאין אדם יכול לכוף את בניו לצאת חוצה לארץ, כ"ש היא שאינה יכולה להוציאם חוצה לארץ, ואביהם ואבי אביהם יכולים לכופה על כך, וכ"ש בית דין שהם אביהם של יתומים".

וכן פסק בשו"ת מהרשד"ם חלק אה"ע סימן קכג, וז"ל - "אין הרשות ביד האם להוליכה למקום שתרצה היא, שאם כן הגע עצמך שהיא עומדת בא"י או בירושלים ורצון האם לצאת משם ולהוליך בתה עמה, נמצא כפי דבריה הרשות בידה. והרי שנינו הכל מעלין לירושלים ואין הכל מוציאין אחד אנשים ואחד נשים, ופרש"י הכל מעלין את כל בני ביתו כו', ואם אתה אומר שיש רשות לאם להוליך בתה עמה לכל מקום שתרצה, נמצא דברינו סותרים אלו לאלו".

יציאה לחו"ל לזמן מוגבל על מנת לחזור

המב"ט ומהרשד"ם בתשובותיהם, השיבו אודות הוצאת הבן או הבת מא"י לחו"ל לצמיתות. אך במקרה שהאם מבקשת להוציא את הבן לחו"ל לתקופה קצרה על מנת לשוב חזרה לארץ, אין מניעה, וכמו שפסקו בפד"ר כרך ה' (מעמ' 183 והלאה), עיי"ש שפסקו לאפשר יציאת הבת לשלשה חדשים על מנת לשוב, וכן פסקו בפד"ר כרך א' (מעמ' 173 והלאה).

למעשה בכל מקרה יש שיקולים שונים המכריעים בקביעת פסק הדין, ואמנם המקרים המתוארים בפסקי הדין הנ"ל הם מעט שונים, מהמקרה שבפנינו, ולהלן נתייחס למקרה שבפנינו.

שיהיה מותר לצאת לכבוד אמא שהוקש כבודה לכבוד המקום".

ואם אכן נאמר שהמקור לתשובת התשב"ץ הוא בסוגיא בקידושין והתשב"ץ פרש הסוגיא כמהרש"א, דבריו יתבאר שלא התיר אלא יציאה על מנת לשוב לאחר זמן.

וע"ע בשו"ת בית שלמה יו"ד ח"ב סי' צד שפסק להתיר לצאת לחו"ל לצורך מצות כיבוד אב ואם, וכתב שמפירוש רש"י בסוגיא בקידושין עולה שמותר לצאת לחו"ל אף אם יורד להשתקע בחו"ל לצורך קיום מצות כיבוד אב ואם. ועיי"ש בהגה מבן המחבר שבאר את תשובת התשב"ץ הנזכרת שכוונתו להתיר יציאה כשיוצא לצורך קיום מצות כיבוד אב ואם, אף כשכוונתו להשתקע בחו"ל.

עכ"פ מוסכם לכו"ע שמותר לצאת לחו"ל לזמן מוגבל לצורך קיום מצות כבוד אב ואם.

על כן בנידון שבפנינו, מאחר שמוטל על האב לחנך את בנו למצוות, ובכללן למצות כיבוד אב ואם. מוטל עליו לחנכו כבר כעת לכבד את רצון האם לראותו, ולהמנע מניטוק הבן מאימו, ניתוק העשוי בעתיד להביא להתנכרות הבן לאימו.

כחלק ממצות חינוך מותר לבן לצאת לחו"ל לבקר את אימו, ומוטל על האב לאפשר לבן לצאת. מאחר שאין איסור ביציאה כזו, אין מקום לטענה הנשענת על המשנה "הכל מעלין" וכו'.

בדיון נטען על ידי האב, באמצעות בא כוחו, שהאם שעזבה את ארץ ישראל ומתגוררת בחו"ל דינה כעובדת עבודה זרה, ואין להתחשב ברצונה לקבל את הבן לביקור. אין מקום לטענה זו, מלבד שדעת מר"ן בשו"ע יו"ד סי' ר"מ סי"ח שאפילו היה אביו רשע ובעל עבירות הבן מחוייב לכבדו, אך אף לדעת הטור והרמ"א שקבעו שהבן אינו מחוייב לכבד את אביו כל עוד לא עשה תשובה, עכ"פ בנידון דידן יש מקום לצדד שביציאת האם לחו"ל לצורך נישואין, לא היה בכך עבירה אף אם אינה חוזרת לאחר שנישאה. וכן כתב בשו"ת מהרי"ט צהלון ח"א סי' פה שמותר לצאת מארץ ישראל לחו"ל לצורך נישואי אשה, וכתב שם - "איברא דעדיין צריכין אנו למודעי, אם אינם נותנים לו אשה בחו"ל אלא בתנאי שישכון שם אם מותר לשכון. ובודאי נראה שמותר לשכון דלא תהו בראה, ואם אי אפשר לישא אשה בארץ ישראל ובחו"ל אינם נותנים לו אלא בתנאי שידור שם, פשיטא דשרי, וזו אינה צריכה לפנים".

ודברי הגמרא במסכת כתובות דף קיא. "אחיו נשא כותית ומת, ברוך המקום שהרגו", התבארו ע"י מהרי"ט צהלון - "משום דהו"ל לחזור אחר שנשא אשה נמצא שחטא במה שנתעבב שם ... גם אפשר שאחיו כבר היה נשוי אשה אחרת בארץ, ולא היה צריך לצאת לישא ולכך אמר אחיו נשא גויה, ואסר גם לזה מפני שכבר היה נשוי אשה ואם מפני היבמה היא תבוא אחריו".

וע"ע בתשובת ציץ אליעזר ח"א סי' לא (אות ב') שסבר שאין עבירה בכך שנשארה בחו"ל.

והנה בספר פאת השולחן הלכות ארץ ישראל פרק א' סק"כ כתב בדעת הרמב"ם, דמשמע שדעתו כדעת התוספות, שדוקא לצורך הני מצוות מותר לצאת, ודלא כשיטת השאילתות, וכמשמעות לשון הרמב"ם שכתב "אסור לצאת ... אלא" וכו'. אך כבר השיג עליו בספר עיניים למשפט עמ"ס קידושין דף לא: וכתב שמוכח מהרמב"ם בהלכות אבל פ"ג הי"ד שנקט כשיטת השאילתות שמותר לצאת לכל צורך מצוה.

וח"ל הרמב"ם בהלכות אבל (שם) - "מותר לכהן להיטמא בבית הפרס או בחוצה לארץ לדבר מצוה בזמן שאין שם דרך אלא היא, כגון שהלך לישא אשה או ללמוד תורה". הרי מבואר מלשון הרמב"ם שגם לצורך כל אחת משאר המצוות מותר לצאת. וכן כתב בספר דברי חמודות על הרא"ש הלכות קטנות הלכות טומאה באות לו, ועיי"ש שכתב כן בדעת הרי"ף והרא"ש.

ומסתבר שכן היא דעת הרמב"ם, מאחר שהרמב"ם התיר לצאת לסחורה, קשה לומר שיציאה לסחורה עדיפה מקיום כל אחת משאר המצוות.

ביחס להיתר לצאת לחו"ל על מנת לחזור, לצורך קיום מצות כיבוד אב ואם, מצינו מקורות נוספים -

התשב"ץ בתשובה חלק ג' סי' רפח פסק - "ואין מותר לצאת מארץ ישראל לחו"ל אלא ללמוד תורה אם אינו מוצא בא"י מי שילמדנו, או מפני כבוד אב ואם".

נראה מלשונו של התשב"ץ, שנקט כשיטת תוספות ודלא כשאילתות, והתיר דוקא לצורך מצוות מסוימות, ואפ"ה ההיתר לצאת לחו"ל כולל יציאה לצורך מצות כיבוד אב ואם, ואינו דומה ליציאה לצורך קיום מצוה אחרת, שאינה מותרת אף על מנת לחזור.

נראה שהמקור לפסק התשב"ץ, הוא מהגמרא במסכת קידושין דף לא:.

בגמרא שם נאמר - "רב אסי הוה ליה ההיא אמא זקינה ... שבקה ואזל לארעא דישראל. שמע דקא אזלה אבתריה, אתא לקמיה דרבי יוחנן, אמר ליה מהו לצאת מארץ לחוצה לארץ. א"ל אסור. לקראת אמא מהו, א"ל איני יודע אתרח פורתא הדר אתא, אמר ליה אסי, נתרצית לצאת, המקום יחזירך לשלום". ועיי"ש במהרש"א שפרש שרב אסי בקש לצאת לקראת אמו על מנת לשוב אח"כ לארץ ישראל ולמסקנת הסוגיא התירו לו. וכן עולה מהירושלמי שמסקנת הדברים היתה שהתירו לו. בירושלמי מסכת נזיר פרק ז' ה"א - הנוסח - "רבי יסא שמע דאתת אימיה לבוצרה, אתא ושאל לרבי יוחנן מהו לצאת אמר ליה מפני סכנת דרכים צא, ואם בשביל כבוד אמך איני יודע. אמר רב שמואל בר רב יצחק עוד היא צריכה לרבי יוחנן אטרח עלוי ואמר גמרת לצאת תבוא בשלום שמע ר' לעזר ואמר אין רשות גדולה מזאת".

והטעם שהתשב"ץ קבע שמצוה זו עדיפה על שאר מצוות, (ובהנחה שהתשב"ץ קאי בשיטת התוס'), יתבאר עפ"י מש"כ בחידושי מהרי"ט עמ"ס קידושין (שם) - "פשיטא

ולעניין זה לראות פני חבירו מקרי דבר מצוה. ועל כן בנ"ד גם בלא קיום מצות כיבוד אם, מותר לצאת ולא גרע מלראות פני חבירו.

מסקנת פסק הדין

אין איסור ביציאת הבן לחו"ל לבקר אצל אמו. כשהבן יגדל ויהא מחוייב במצוות, יקיים בביקורו אצל האם מצוות כיבוד אם ויהא מותר לצאת לשם כך אם יצא לזמן מוגבל. על כן גם כעת, על אביו לחנכו למצוה זו, וניתוקו מאמו עלול להביאו לידי התנכרות אליה בעתיד והתעלמות מחובתו לכבדה.

במקרה שלפנינו קיימת עילה יותר יסודית לחייב את הביקור אצל האם, מאחד שמוסכם על אנשי המקצוע שהקשר התקין עם האם, נחוץ לילד לצורך התפתחותו התקינה, ומוטל על האב לסייע לבן להגיע אל אמו.

בשולי הדברים ברצוני להעיר ביחס לטענה לאיסור יציאת הבן לחו"ל.

היה ראוי לדון אם בנסיבות המקרה היה מקום להשמיע טענה כזו, ולהסתמך על ההלכה של "הכל מעלין" וכו'. לכאורה טענה זו יכולה להישמע, כשהיא נטענת על ידי אדם המדקדק במצוה קלה כבחמורה, ומבקש למנוע בני ביתו מעבירה. אבל אדם שלא הגיע למידה זו, ואינו מקפיד עם בני ביתו בקיום המצוות, מנא לן שיוכל לכפות בני ביתו דוקא במצוה זו, כשהוא בעצמו אינו שומר שבת ושאר מצוות חמורות וקלות. ועיין באוצר הפוסקים סי' עה ס"ק כח אות יא במה שדנו הפוסקים בשאלה מעין זו בכפיית האיש את האשה לעלות לארץ ישראל.

האם יש מקום להורות לאם לבקרו בארץ, במקום הוצאת הבן לחו"ל

טענה נוספת עלתה בדיון. נטען שניתן לשמר את הקשר עם האם אם בית הדין יורה לאם להגיע לארץ לבקר את בנה.

ביחס לטענה זו יש לומר שני דברים.

ראשית, אמנם ביה"ד יוכל להמליץ שהאם תגיע לארץ לבקר את בנה. אך ביה"ד מודע למגבלות הקיימות, הן שכעת האשה בהריון ולפני לידה, ולא היה מקום להמליץ על כך. אבל גם לאחר תקופת ההריון והלידה, יש להתחשב בהיות האם במסגרת נישואין, ושמוטלות עליה מחויבויות במסגרת זו.

עיינן בלשון הגמ' מסכת קידושין דף ל': "אשה אין סיפק בידה לעשות, מפני שרשות אחרים עליה". ועיין בספר אבודרהם (סדר תפילות של שחר ברכת המצוות) שכתב – "הטעם שנפטרו הנשים מהמצות עשה שהזמן גרמא, לפי שהאשה משועבדת לבעלה לעשות צרכיו. ואם היתה מחוייבת במצות עשה שהזמן גרמא אפשר שבשעת עשיית המצוה יצוה אותה הבעל לעשות מצוותו, ואם תעשה מצות

גם לולי מצוות כיבוד אם, מותר לבן לצאת לחו"ל, יציאה על מנת לשוב, וזאת בהתאם לפסק המג"א והמ"ב שמותר לצאת לחו"ל על מנת לראות פני חבירו, וכפי שיבואר.

בשולחן ערוך אורח חיים סי' תקלא פסק – "ואלו מגלחין במועד ... וכן הבא ממדינת הים בחול המועד, או שבא בערב הרגל ולא היה שהות ביום לגלח, והוא שלא יצא מארץ ישראל לחוצה לארץ לטייל".

השו"ע פסק כשיטת הראב"ד שהובא ברא"ש מו"ק (פ"ג סי' א') הריטב"א ועוד הרבה ראשונים שפרשו דהיתר גילוח בחול המועד למי שבא ממדינת הים במועד, מותרנה בכך שיציאתו אינה כרוכה באיסור יציאה מארץ ישראל לחו"ל. וביחס להיתר זה מבואר במסקנת הגמרא (מו"ק יד.) דהאיסור קיים רק כשיצא לטייל בחו"ל ולא כשיצא למוזנותיו או לסחורה.

וכתב המג"א סי' תקלא"א סק"ז – "אבל יצא להרויח או לראות פני חבירו שרי דמקרי מצוה, עססי' רמ"ח".

מבואר בדברי המג"א שמותר לצאת מא"י לחו"ל לכל דבר מצוה ולא דוקא לצורך פרנסתו, והיינו כשיטת השאילתות שהבאנו לעיל. וגדר מצוה לעניין זה, הוא אפילו כשיצא לראות פני חבירו, וכפי שמצינו בשו"ע אורח חיים סימן רמח ס"א שפסק "מותר להפליג בספינה אפילו בערב שבת, אם הולך לדבר מצוה ... אבל לדבר הרשות אין מפליגין בספינה פחות מג' ימים". ובסוף הסי' כתב הרמ"א – "יש אומרים כל מקום שאדם הולך לסחורה או לראות פני חבירו חשוב הכל דבר מצוה ואינו חשוב דבר הרשות, רק כשהולך לטייל". לדעת המג"א גרדי "דבר מצוה" לעניין היתר לצאת לחו"ל, הוא כגדרי דבר מצוה בסי' רמ"ח. וכן מצינו בשו"ע או"ח סי' תטו ס"א – "אין מערבין עירובי תחומין אלא לדבר מצוה, כגון שהיה רוצה לילך לבית האבל, או לבית המשתה של נישואין, או להקביל פני רבו או חבירו שבא מן הדרך וכיוצא באלו". ומבואר שגם "הקבלת פני חבירו" נידון כדבר מצוה.

המשנה ברורה סי' תקלא ס"ק יד פסק להלכה כדעת המג"א, וז"ל – "מארץ ישראל לארץ ישראל או מחו"ל לחו"ל אף ביצא לטייל שאינו דבר מצוה, אפ"ה מותר לו לגלח כשלא היה פנאי לגלח מבעוד יום, כיון שיציאתו ברשות היתה, שלא עשה איסור בזה. אבל מא"י לחו"ל אינו מותר אלא ביצא להרויח או לראות פני חבירו שהוא חשיב דבר מצוה שמותר לצאת מא"י בשביל זה, משא"כ לטייל בעלמא דבכה"ג אסור לצאת מא"י לחו"ל לא התירו לו לגלח".

ועיין בשו"ת מנחת יצחק ח"ג סי' כו שהעיר על פסק המג"א והמ"ב מתשובת התשב"ץ שהבאנו לעיל שהתיר לצאת רק כדי לשאת אשה או ללמוד תורה או לכיבוד אב ואם. אך לפי המבואר בדברינו, מעיקרא לא קשה, והתשב"ץ קאי בשיטת תוס'. ולהלכה נקטינן כשאילתות שלכל דבר מצוה מותר.

העולה מדברינו שלהלכה נקטינן שאין איסור לצאת מארץ ישראל לחו"ל לזמן מוגבל, לצורך כל דבר מצוה,

להאכילו ולהשקותו ולעשות כל עניני כבוד. ומה שכתב בש"ע י"ד סי' ר"מ סי"ז שהאשה אין בידה לעשות שהיא משועבדת לבעלה, צריך לפרש שאין הכוונה דמשועבדת למלאכה, דהא אף מדאורייתא היתה פטורה, אלא שמשועבדת לבעלה להיות בביתו, וכלשון הקרא ואם בית אישה נדרה, ובגירושין נאמר ושלחה מביתו, ובפרשת בכורים קורא אותה ולביתך כמפורש בגיטין דף מ"ז, והוא משום דהיא צריכה להיות בביתו דבעל".

וע"ע באגרות משה חלק י"ד ח"א סי' רנה.

וגם בלא"ה, עיין להלן סי' מה שבארנו כי ביקורי הבן אצל אמו אינן מפני מימוש זכותה של האם לביקורים אלו. ומאחר שהביקורים ביסודן נקבעו על מנת למלא את צורכי הבן, וכפי שהובהר לעיל, אין ראוי לפגוע בבן, גם אילו היינו קובעים שאמו נוהגת שלא כראוי כשאינה מגיעה לבקר בארץ.

מסקנת פסק הדין – בית הדין דוחה את טענת האב למנוע יציאת הבן לבקר את אמו בארה"ב, ובלבד שיוסדר ליווי מתאים, ויופקדו ערבויות להבטחת חזרת הבן לארץ במועד.

הבורא ותניח מצוותו אוי לה מבעלה. ואם תעשה מצוותו ותניח מצות הבורא אוי לה מיוצרה, לפיכך פטרה הבורא ממצוותיו, כדי להיות לה שלום עם בעלה. וגדולה מזו מצאנו שהשם הגדול הנכתב בקדושה ובטהרה נמחה על המים כדי להטיל שלום בין איש לאשתו".

להלן לשונו של האגרות משה שהגדיר את יכולתה של האשה הנשואה ליטול על עצמה משימות הפוגעות במסגרת נישואיה. וז"ל בחלק אר"ח ח"א סי' קנח - "באשה לאחר נישואיה שנחשבת בכל מקום נכנסה לרשות הבעל, הוא משום שמקומה להיות אצל הבעל מדאורייתא, שזהו עיקר הנישואין שנמסרה לבעל להיות בביתו, כדאיתא בכתובות דף מ"ח. והוא מטעם דדין נשואה הוא שתהיה בבית הבעל והוא מדאורייתא, שלכן איתא בקידושין דף ל' שאשה אין סיפק בידה לקיים מצות כבוד אב ואם מפני שרשות אחרים עליה ... אף שמן התורה ליכא דין שעבוד מלאכה על האשה, מ"מ איכא דין על האשה שתהיה אצל בעלה, שזהו עיקר נישואין, וא"כ אין סיפק בידה לילך אצל אביה

סימן לד

גדרי חיוב מזונות האשה

דין שלשה אלו יתבאר בעז"ה להלן.

המקרה הנידון

בבית הדין התקיים דיון בתביעת מזונות של אשה שעזבה את בעלה בטענה מוצדקת, והיא תובעת גירושין ומזונות. נזקקנו לברר את ההלכה, האם לחייב את הבעל במזונות גם בעת שהותה מחוץ לבית ובטרם הבעל חוייב בגירושין. האם כתוצאה מתביעתה לגירושין נשללה זכותה למזונות עבודה. לבירור הלכה זו, יש לברר את גדרי חיוב הבעל במזונות, ומה הן העילות לפוטרו מתשלום זה. האם נסיבות כאלו או אחרות של פירוד בין בני הזוג יש בהם כדי לשלול מזונות גם בהעדר קביעת מעמד האשה כמורדת, או שהפסד המזונות יקבע רק בכפוף לקביעת מעמדה כמורדת.

הפסד מזונות לאשה האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה
באשה המורדת ואומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה", נחלקו ראשונים מאימתי מפסידה מזונות. האם מיד מתחילת מרידתה, או רק לאחר ארבע שבתות ולאחר שהפסידה את כל כתובתה. והאם הפסד המזונות נובע מהפסד הכתובה, מפני שמזונות הם תנאי כתובה, וכל עוד לא הפסידה כתובתה לא הפסידה מזונותיה, או שגם בעוד כתובתה עדיין קיימת, אינה זכאית למזונות.

א. מצינו שיטה בראשונים הסוברת שבתחילת מרידתה, כל עוד לא הפסידה כתובתה לא הפסידה מזונותיה, ויש אומרים כן עכ"פ בתחילת מרידתה בתוך ד' שבתות של ההכרזה.

ז"ל הרא"ה בחידושו עמ"ס כתובות דף סג - "נראה שהמורדת לא הפסידה אלא מה ששינוי בה בפירוש, זהו שבעה דינרים בכל שבת ושבת או כרבותינו. אבל דבר אחר לא הפסידה ממה שחייב לה בעלה, כגון מזונותיה רפואתה ופרקונה לא הפסידה כלום ... אבל אחר שכלתה כל כתובתה, נראין הדברים ג"כ שהפסידה כל תנאי כתובה. ותמה ממה שאמרו בירושלמי שהפסידה מזונותיה, והא איכא מאן דאמר מזונות דאורייתא, ואם כן מאי טעם הפסידה, ואנו אין לנו אלא מה ששינוי במשנתנו".

וכ"כ הריטב"א בתשובה סי' קנ, וז"ל - "והסכימו גדולי רז"ל וכן היא דעת הרמב"ם ז"ל, שהמורדת מתשמיש

הבעל חייב במזונות אשתו, לדעת הרמב"ם (פי"ב מהלכות אישות הי"ב) חייב מדין תורה, דכתיב שארה כסותה ועונתה לא יגרע, "שארה" היינו מזונותיה. ולדעת הרמב"ן (עה"ת שמות כא,יא) מזונות אינם מהתורה אלא תקנת חכמים. אך אשה המורדת בבעלה אינה זכאית למזונות ממנו, והלכה זו התבארה במסכת כתובות דף סד. - "בהנך תריסר ירחי שתא, לית לה מזוני מבעל".

באשה שאינה ממלאת את חובותיה לבעלה, מצינו הפסד מזונות בשלשה מקרים -

א. מורדת האומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה".

ב. האומרת "מאיס עלי" ומבקשת להתגרש.

ג. אשה שעזבה את בית בעלה ואינה מוכנה לחזור לדור עמו.

הפסידה מזונות כל עוד לא הפסידה את כל כתובתה, ולפי זה בהכרח שכך היא ג"כ דעת השו"ע שהעתיק את לשון הרמב"ם. וכן משמעות דבריהם שלא הזכירו הפסד מזונות כשכתבו את דינה של המורדת בתוך ד' שבתות, והביאו דין זה רק כשהזכירו דין י"ב חדש, שכתבו "ואין לה מזונות כל י"ב חדש", ומשמע דוקא בתוך י"ב חדש אין לה מזונות, אך קודם לכן יש לה מזונות. ונציין לח"מ סק"י (בסוף דבריו), דמשמע ש"ב חדשים אלו, הם מלבד ד' שבתות, והחישוב של אותם י"ב חדש מתחיל רק לאחר סיום ד' שבתות. ולפי זה מדיוק לשון הגמ' הרמב"ם והשו"ע עולה שדוקא בתוך י"ב חדש אין לה מזונות ולא קודם לכן בתקופת ארבעת השבתות שאינן חלק מ"ב החודשים. אך מתשובת הרשב"א שיובא להלן עולה שפרש בדעת הרמב"ם שלא כריטב"א.

ב. לעומת זאת, מצינו שיטה בראשונים הסוברת שהמורדת הפסידה מזונות כבר מתחילת מרידתה ובתוך ד' שבתות.

הריב"ש בסי' קד כתב ח"ל - "ודין המורדת הוא זה, שאם אמרה בעינא ליה ומצערנא ליה, וכן בשומרת יבם, שאינה רוצה לא ביבום ולא בחליצה, מכריזין עליה ארבע שבתות כדי לביישה, ושתחזור בה. ושולחין לה מבית הדין פעמיים, אחת קודם הכרזה, ואחת לאחר הכרזה, הוי יודעת, שאפילו כתובתך מאה מנה, הפסדתה. ואם חזרה בה, לא הפסידה כלום, רק שאין לה מזונות תוך הזמן ההוא".

וכן פסק הרשב"א בתשובה (כפי שהובא בב"י אה"ע סי' עז). אך דברי הרשב"א כפי שהובאו בב"י טעונים ביאור, ונרחיב מעט על מנת לבארם.

הבית יוסף בסי' עז כתב ח"ל - "כתב הרשב"א בתשובה על אשה שהניחה בעלה בבית אביו והלך חוץ לעיר וחלתה והלכה לבית אביה ולותה למזונותיה ולרפואתה הדין עמה ... אם היא מעכבת אף מחמת פרעון מה שלותה בזה, יראה שאינו חייב לזונה. דקרוב הוא בעיני לומר שזה אחד מדרכי המורדת באומרת בעינא ליה ומצערנא ליה. דכל האומרת כך טענה יש לה על הצער שהיא רוצה לצער, וגם זו עילה מצאה לצער ותולה בפרעון מה שלותה. וכל זה שאבדה מזונות במרדה, זהו לדעת הר"מ ז"ל והרי"ף ז"ל אבל מעיקר הגמרא אינו נראה כן, שלא נראה כן בגמרא בשום מקום, ואין במורדת אלא פחת כתובה בלבד ומזונות ומעשה ידיה שהם זה כנגד זה, שאם אמרה איני עושה אינה נוזנת ומדרבנן".

החזו"א (סי' סט ס"ק טו) כתב - "בב"י הביא תשובת רשב"א דמורדת אינו חייב לזונה לדעת הר"מ והרי"ף. והיינו אע"ג דעדיין לא הכריזו עליה ד' שבתות ועדיין לא הפסידה כתובתה, מ"מ כל זמן שהיא במרדה אינו חייב לזונה, והרשב"א ז"ל מפקפק בזה דלא מצינו זה בגמ', וברי"ף בסוגיא דמורדת לא הוזכר מזה וכן בר"מ ליתא, וצ"ע היכן מצא כן הרשב"א בדעת הרי"ף והרא"ש".

אמנם תמיהת החזו"א קיימת, לפי מה שראה החזו"א את תשובת הרשב"א בב"י, אך הביא את תשובת הרשב"א

שפוחתין מכתובתה מדין משנתנו, או שמפסידים אותה אחר ארבע שבתות כדעת רבותינו שחזרו ונמנו על זה, כי לעולם יש לה מזונות ורפואה ותנאי כתובתה, עד שתפסיד כל כתובתה. וטעם דבריהם שלא מצינו במורדת קנס אחר אלא מה שמצינו בתלמוד מהפסד כתובה. אבל תנאי כתובה כל אחד ואחד חוב הוא בפני עצמו, ואפי' למ"ד מזונות דרבנן, וכל שכן למאן דאמר דהלכתא מזונות דאורייתא כמו שפסק הרמב"ם ז"ל. וכיון שחוב הוא שיש לה על בעלה, אין להפסידה כל זמן שהיא באישותו וכתובתה קיימת או מקצתה. ואלו היתה המורדת מפסדת מזונות מחמת קנס מרדה היה לתנא לשנות כן במשנתנו, וכן לבעלי התלמוד. וכיון שלא פירשו כן, אין לנו להוסיף על קנסה כלום. ובודאי שבירושלמי אמרו שהמורדת הפסידה מזונותיה, אבל אמרינן דפליג אגמרא דילן ולא סמכינן עלה. אי נמי דההוא בתוך י"ב חדש דמשהינן לה אגיטא וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל, הרי זה הדין במורדת מתשמיש".

ובחי' הריטב"א עמ"ס כתובות דף סד. כתב - "ולענין מזונות המורדת ושאר תנאי כתובה, כל שהיא מורדת גמורה תוך ד' שבתות לא הפסידה כלום, והבעל אוכל פירות נכסיה וחייב בפרקונה. אבל לאחר ד' שבתות, כיון שאין לה כתובה אין לה תנאי כתובה".

יש לציין שהציטוט בנוסח זה הוא מדברי הריטב"א כפי שנמצא בשטמ"ק בסוגיית מורדת (דף לח: בדפי השטמ"ק) ובחי' הריטב"א הוצאת מוסד הרב קוק, אך בחי' הריטב"א במהדורות הישנות נשמטו שתי המילים "ולענין מזונות", (ואמנם סגנון הדברים שם מוכיח מתוכו שחסרות כמה תיבות. השמטה זו נעלמה מעיני הדיינים בפסק דין שהודפס בפד"ר בתחילת חלק ו' עמ' 7, ועקב כך הגיעו למסקנות אחרות, וכפי שנביא בהמשך הדברים).

וכן בחי' רבנו קרשקש וידאל (שהיה תלמיד הרשב"א והרא"ה) עמ"ס כתובות (שם) כתב ביחס למורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה - "וכן מד' שבתות ואילך הפסידה כל תנאי כתובה כאילו אין לה כתובה כלל ואינו חייב במזונותיה, ואם נשבת אינו חייב בפרקונה, אבל תוך ד' שבתות חייב בכל".

וכ"כ החזו"א סי' סט ס"ק טו בדעת הרא"ש, שיש לה מזונות כל ד' שבתות.

וכן דעת כמה מגדולי האחרונים. בשו"ת מבי"ט ח"א סי' רסט מבואר שקודם הכרזה לא הפסידה מדור (ומדור הוא בכלל מזונות), וכן דעת רבי משה פרובינצאלו בתשובה שתובא להלן.

דעת השו"ע בעניין זה טעונה בירור. החזו"א (שם) כתב "ובטוש"ע לא הוזכר מידי מזה". אך נראה שיש מקום לבאר דעת השו"ע כדעת הסוברים שלא הפסידה מזונות בתוך ד' שבתות. השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם (פי"ד מאישות ה"י) שכתב בלשון זו "ואין לה מזונות כל י"ב חדש", ובתשובת הריטב"א סי' ק"נ כתב בדעת הרמב"ם שלא

הפסידה עדיין כתובתה תוך י"ב חדש, וכמבואר בחי' הרשב"א (כתובות סד.) ובין בבעינא ליה ומצערנא ליה כמבואר ברמב"ם, ואין חילוק בין קודם הכרזה לבין לאחר הכרזה, בכל גווני הפסידה מזונותיה עקב מרידתה. וכשם שבמאיס עלי חזינן הפסד מזונות טרם שהפסידה כתובה ה"ה בבעינא ליה ומצערנא ליה.

ולפי"ז הרשב"א הביא את דברי הרי"ף והרמב"ם רק על מנת לשלול את ההנחה שאין הפסד מזונות במורדת, ולהוכיח דלהלכה נקטינן כירושלמי, מאחר שלא מצינו להדיא בבבלי שחולק על זה. ומאחר שהרשב"א לא נחית לחלק בין סוגי המורדת, על כן גם בעובדא כעין הנידון בתשובה זו של רשב"א שעדיין לא הכריזו עליה ודינה כדין תוך ד' שבתות שלא הפסידה כתובתה, אפ"ה הפסידה מזונות. ודברי הרשב"א מיושבים מתמיהת החזו"א.

ולפי זה הרשב"א באר את שיטת הרמב"ם דלא כפירוש הריטב"א (בתשובה) שהבאנו לעיל, שרק לאחר שהפסידה כתובתה הפסידה מזונות, אלא כוונת הרמב"ם שכל י"ב חדש, לרבות בתקופת ד' השבתות שהן חלק מהי"ב חדש (ודלא כח"מ שהבאנו לעיל), אין לה מזונות מחמת מרדה.

מסקנת הדברים - לשיטת הרא"ה הריטב"א רבינו קרשקש וידאל הרא"ש (אליבא דהחזו"א) המבי"ט ורבי משה פרובינצאלו, במורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה, כל עוד לא הפסידה כתובתה לא הפסידה מזונותיה, ועל כן בתוך ד' שבתות, או אף לאחר זמן ממושך יותר כל עוד לא הפסידה כתובתה מפני שלא נעשה הסדר הקבוע במורדת, וכדוגמת המקרה שבתשובת הרשב"א, לא הפסידה מזונותיה.

ולשיטת הרשב"א והריב"ש במורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה מפסידה מזונותיה מיד בלא להמתין לכך שיתקיים בה הסדר הקבוע במורדת.

ומוכח מדברי הרא"ה ושאר הראשונים העומדים בשיטתו, שגם במצב שהאשה למעשה מורדת ואינה מוכנה לחיי אישות עם בעלה, מ"מ כל עוד לא נקבע מעמדה כמורדת, לא הפסידה מזונות. ולשיטה זו, חיוב המזונות אינו נקבע בהתאם למציאות, שאנו רואים בפנינו מרידה, אלא בהתאם לגדר ההלכתי שניתן לאשה, כשהיא בגדרי מורדת הפסידה מזונות, ובטרם ניתן לה גדר הלכתי כזה, לא הפסידה.

לשיטת הרשב"א והריב"ש שפסקו להפסידה ממזונות כבר מתחילת מרידתה ואף בתוך ד' שבתות, היינו מפני דס"ל דלענין מזונות היא נחשבת כמורדת כבר מתחילת מרידתה, והסדר של המתנת ד' שבתות וההכרזה, נקבע רק כדי להוסיף עליה את הקנס של הפסד הכתובה, וכדמוכח מלשון ההכרזה, "הוי יודעת שאפילו כתובתך מאה מנה הפסדת". וכן משמעות לשון הרשב"א בתשובה הנזכרת שכתב - "וכל זה שאמרנו שאבדה מזונות במרדה", דהיינו לענין מזונות, כבר בתחילת מרידתה נחשבת מורדת.

בקיצור, ותמיהת החזו"א אינה קיימת לאחר העיון בגוף תשובת הרשב"א (הנמצאת בשו"ת הרשב"א, המצורף לספר אדעתא דרבנן למהרש"א אלפאנדארי, סי' יג, ויצא לאחרונה בתשובות הרשב"א מהדורת מכון ירושלים חלק ח' - מכתב יד, סי' קעח).

ח"ל הרשב"א שם - "אם מעכבת אף מחמת פרעון מה שלותה, בזה יראה שאינו חייב לזונה, דקרוב בעיני לומר שזה אחת מדרכי המורדת באומרת בעינא ליה ומצערנא ליה. דכל האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה טענה יש לה על הצער שהיא רוצה לצערו, וגם זו עילה מצאה לצערו ותולה בפרעון מה שלותה. וכל זה שאמרנו שאבדה מזונות במרדה, זהו לדעת הר"מ ב"ם ז"ל וכדעת האלפסי ז"ל שכתב כן באומרת מאיס עלי. אבל מעיקר הגמרא אינו נראה כן. שלא נאמר כן בגמרא בשום מקום, ואין במורדת אלא פחת כתובה בלבד, ומזונות ומעשה ידיה שהם זה כנגד זה שאם אמרה איני עושה אינה נוזנת ומדרבנן. והרי מגורשת ואינה מגורשת שאינה נכנסת עמו לחדר וניזונת, ואין לדחות דשאני התם שהוא נתן אצבע בין שיניו שגרש, דמי לא עסקינן דארגילא היא קטטה בינו ובינה ומתוך כך הוצרך לגרש. וכל שכן לדעת הרמב"ם ז"ל בעצמו שכתב דפעמים שמגרש בעל כרחו באומרת מאסתיו, ובמגורשת ואינה מגורשת אפילו בזו מאן לימא לן דאינה ניזונת, דא"כ הוה להו לפרושי במגרש מדעתו. והלין תריסר ירחי שתא לית לה מזוני שכתוב בהלכות האלפסי ז"ל, אינו מעיקר הגמרא ואינו נמצא בספרים שלנו. אלא מיהו בגמרא דבני מערבא בפרק אע"פ מצאתי ר' חנינא בשם ר' ישמעאל ב"ר יוסי היוצאת משום שם רע אין לה מזונות ולא בלאות ע"כ. ומ"מ הטענה שתלה עצמו עליה מי שאומר שהדין עמה, שכל שלא הפסידה כתובה לא הפסידה מזונות וכדמשמע בפרק יש מותרות, לא דק. דלא אמרו שם אלא בפסולות, אבל בכשרות יש כאומרת איני נוזנת ואיני עושה שיש לה כתובה ואין לה מזונות, ומוחלת כתובתה לבעלה יש לה מזונות בחייו ואין לה כתובה עד שיחזור ויכתוב לה", עכ"ל הרשב"א.

מבואר מדבריו אלו של הרשב"א, שהדיון כאן הוא האם יש לתלות חיוב מזונות בכתובתה וכי הכלל הוא שכל אשה שיש לה כתובה יש לה מזונות, וכסברת הרב השואל שם.

הרשב"א סבור שאין הדברים תלויים זה בזה, וכמו שהוכיח בסוף דבריו. ועל פי זה, היה מקום לדון שמא במורדת לא הפסידה מזונות אף לאחר שכבר הפסידה כתובתה, וכפשוטו הסוגיא בגמרא שכל מורדת זכאית לקבל מזונות מבעלה כל עוד לא התגרשה, ודינה כמגורשת ואינה מגורשת דמטעם דאגידיא גביה חייב לזונה. אך הלכה למעשה הרשב"א פסק כשיטת הרי"ף והרמב"ם שכתבו להדיא הפסד מזונות במורדת. ומאחר שלשיטת הרשב"א מזונות אינן תלויים בכתובה, הרי שכל מורדת מפסידה מזונותיה, בין במאיס עלי כמבואר ברי"ף, אע"פ שלא

בגמרא במסכת כתובות דף סד. נאמר - "ומשהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא ובהנך תריסר ירחי שתא לית לה מזוני מבעל". ולדעת הרבה מהראשונים סוגיא זו איירי באומרת מאיס עלי. אלא שהבאנו מתשובות הרשב"א והריטב"א שלא נמצא כן בנוסחאות הגמרא וכפי הנראה זו תוספת מאוחרת מרבנן סבוראי, וע"ע פד"ר ח"ו עמ' 11 ועמ' 20.

ומצינו בכמה ראשונים שכתבו שבמאיס עלי האשה אינה זכאית למזונות.

הרשב"א בחי' עמ"ס כתובות בסוגיא דמורדת, בתוך דבריו אודות האומרת מאיס עלי כתב שמהינן אותה י"ב חדש, והוסיף - "ואין לה מזונות מהבעל תוך הזמן הזה, דכיון שאינה רוצה בו אין לה מזונות ממנו, וגרסינן בירושלמי המורדת ויוצאה משום שם רע אין לה מזונות". (ונשנו הדברים באותו לשון ע"י הרשב"א בתשובתו ח"ו סי' עב ובתשובת הרשב"א שנדפסה בשו"ת חכמי פרוניציה ח"א סי' עג).

וכן כתב המגיד משנה פי"ד מאישות ה"ח לאחר שהביא את שיטת הרמב"ן והרשב"א במאיס עלי - "ואין לה מזונות תוך י"ב חדש אלו כיון שאינה רוצה בו".

וכן בחי' הר"ן עמ"ס כתובות כתב - "ומורדת אין לה מזונות מבעל תוך הזמן כיון שאינה רוצה בו ... וזה הדין נמי לאומרת מאיס עלי".

ובחי' הריטב"א כתב - "האומרת מאיס עלי שמהינן אותה י"ב חדש נראין דברים שאפילו למה שכתבנו שלא הפסידה כלום תוך זמן זה אין לה מזונות מבעל ולא פירקון שלא תקנו חכמים מזונות למורדת ולא תנאי כתובה, וכן אמרו בירושלמי המורדת והיוצאת משום שם רע אין לה מזונות".

וכן כתב המאירי - "ולענין מזונות מיהא כל אותן שנים עשר חדש אין לה מזונות שמאחר שהיא מואסת בו היאך הוא זנה". וכן דעת הריב"ש בתשובה סי' קד והרשב"ש בתשובה סי' מה וסי' קסח.

יש לציין, אמנם לשיטת הריטב"א ועוד ראשונים לענין מורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה הפסד מזונות תלוי בהפסד כתובה. אך לענין האומרת מאיס עלי, אמנם לא הפסידה כתובתה תוך י"ב חדש לדעת מקצת הראשונים, אך זו תקנה שלא מן הדין, שתקנו שלא יגרש תוך י"ב חדש. אמנם לא תיקנו על עצם הגירושין, אלא תיקנו שישלם כתובה ובכך ימנע מלגרש, וכפי העולה מהרשב"א בתשובה ח"ו סי' עב שכתב "משהינן אותה שנים עשר חדש אולי תחזור בה ... ואם רוצה הבעל לגרש תוך י"ב חדש אלו לא הפסידה היא מכתובתה כלום, דכיון שהיא אינה מתגרשת מתקנת חכמים כל י"ב חדש, וזה גרש תוך זמן זה מדעתו, הרי זה כשאר בני אדם המגרשים מדעת עצמן שנותנין כתובה". אך מאחר שמצינו תקנה זו רק ביחס לכתובה, על כן בענין המזונות, נשאר עיקר הדין שדינה כמורדת המפסידה מזונותיה.

וכן משמע מתשובת פני משה ח"א סי' נו שכתב, וז"ל - "בנידון הרשב"א, בעלה לא היה ממאן מלפרוע כלל ועיקר, אלא שהיה דוחה את השעה בלך ושוב, על כן אמר שאשתו מקריא מורדת לענין מזוני ... ואם היה לה דין עם בעלה היה לה להזמינו לדין ולא היה לה למרוד בו ולא לשוב אליו".

מבואר מדבריו שיש מורדת שרק הפסידה מזונות, אף שלא הושלמו התנאים להפסד כתובה, אך עכ"פ הפסד המזונות נובע מכך שנידונת בגדר מורדת. הפני משה לא כתב שבלא"ה מדינא לא תקנו מזונות לאשה שאינה בבית בעלה, אלא תלה הכל בגדר מורדת.

מתוך האמור, יש להעיר על פס"ד של הגרי"ש אלישיב שליט"א שהתפרסם בפד"ר ח"ו עמ' 7. הגרי"ש אלישיב שליט"א הוכיח מכמה ראשונים שמורדת מפסידה מזונותיה עוד בטרם הכרזה ובתוך ד' שבתות, ולכן גם אם הבעל מבקש להתגרש, אין נ"מ בזה ואינו חייב במזונותיה. וכתב שם בסוף דבריו - "מכל זה נראה דאי אפשר לחייב את הבעל ולהוציא ממנו מזונות כשאשתו מסרבת להשלים אתו, וכן מורין בבי דינא לא לפסוק מזונות לכל אשה המסרבת לחיות עם בעלה חיי אישות גם בטרם הכריזו עליה ובטרם הפסידה כתובתה". ועיי"ש שדן באריכות בשיטת הריטב"א, אך נעלמו ממנו (ומהגר"ש ישראלי ז"ל שם בפד"ר) דברי הריטב"א המפורשים בשטמ"ק שלא הפסידה מזונות תוך ד' שבתות, וזאת מכיון שבחי' הריטב"א במהדורות הישנות קיימת השמטה, וכמבואר לעיל, ונראה ממהלך הדברים באותו פסק דין שאילו ראה את דברי הריטב"א הנ"ל לא היה מגיע למסקנתו זו.

לפי האמור לעיל אין מקום למסקנתו הנ"ל, מכיון שמפורש להיפך בחי' הרא"ה ובחי' הריטב"א ובחי' רבינו קרשקש וידאל, וכן מבואר בחזו"א בדעת הרא"ש.

גם מה שהביא ראייה מהמאירי אינו מוכרח. עיקר דברי המאירי נאמרו באומרת מאיס עלי, ובכה"ג מוסכם על הרבה ראשונים שהפסידה כתובתה מיד, וכפי שיובא להלן, ואילו ביחס למה שהזכיר המאירי הפסד מזונות בבעינא ליה ומצערנא ליה, אין מבואר במאירי אימתי איירי, ויש מקום לומר שדבריו אינם אלא לאחר ד' שבתות, אף לדעת הסוברים דלא הפסידה כתובתה עכ"פ הפסידה מזונות, אך אין הכרח דה"ה בתוך ד' שבתות.

על כן מאחר ובכמה ראשונים נאמר במפורש דבתוך ד' שבתות לא הפסידה מזונות, ויש להוכיח שלדעתם אין הפסד המזונות נובע מהמציאות של המרידה גרידא, אלא רק לאחר שניתן לה שם, מורדת' הפסידה מזונותיה. והרשב"א והריב"ש הסוברים שהפסידה מזונות תוך ד' שבתות היינו מפני שלדעתם כבר מתחילה נידונת בגדרי מורדת, ואין צורך בהמתנה כלשהיא לשם כך.

הפסד מזונות לאשה האומרת מאיס עלי

יש מקום לברר מה דינה של האומרת מאיס עלי לענין מזונות.

כפי שראינו, הראשונים הסוברים דהאומרת מאיס עלי הפסידה מזונות, סבירא להו דמכיון שהאשה מסרבת לחיות עם בעלה חיי אישות, הרי שהיא במעמד של מורדת, ואף אם עדיין לא קנסוה בהפסד כתובה, עכ"פ מיד כשהחלה במרידה זו נידונת כמורדת, עכ"פ לענין הדין שהפסידה מזונותיה, וכמבואר ברשב"א ובריטב"א שהבאנו, שדינה בכלל האמור בירושלמי שהמורדת אין לה מזונות.

אך כל זאת בנסיבות שהאשה טוענת שבעלה מאוס עליה, ותולה את המאיסות בהתנהגות הבעל או במצב מסוים שבו הבעל נמצא. אך אין הדברים אמורים במקרים שהיא טוענת שהבעל פשע כלפיה ונהג כנגדה שלא כדין.

הנידון בפוסקים במאיס עלי, הוא כשהבעל נוהג ביחס לאשתו כראוי עפ"י הדין, אך האשה מאסה בבעלה עקב התנהגות בעייתית שלו אך התנהגות זו אינה מתייחסת אליה, ואינה פוגעת בה ישירות. כגון שמכלה ממונו כמבואר ברא"ש כתובות פ"ה סוף סי' לה ובטור אה"ע סי' עז, או כגון שטוענת שהבעל "שוחק ושכור בכל יום" (כפי שהזכיר הב"ח סוף סי' עז), וזו נחשבת אמתלא ברורה, ובמקרים אלו אף שאנו מאמינים לה שעקב כך מאסה בו, עכ"פ מאחר שהוא לא פשע מאומה כנגדה, ולא החסיר ממנה דבר, והיא זו שיזמה את הפירוד ביניהם בטענה שהבעל מאוס עליה, על כן אין לה מזונות. ונציין ללשונו של האבני מילואים סי' עז ס"ק כ' שכתב - "אומרת מאיס עלי, בידה לשוב אליו כל שעה, והוי השתא מניעה ממנה".

לכן כתבו הראשונים הנזכרים לעיל - "ואין לה מזונות תוך י"ב חדש אלו כיון שאינה רוצה בו". דהיינו שלילת המזונות מכיון שהפירוד נובע ממנה, ועיין לשון הרשב"א בתשובה ח"ו סי' עב שכתב "זו שהיא אנוסה שליבה אנוסה". וסוברים הראשונים שאמנם אין מקום לקונסה ולהעניש אותה, אך עכ"פ כיון שהיא החלה במרידה והיא זו שאינה רוצה בו, נקבע עליה שם, מורדת, הגורר הפסד מזונות.

אבל במקום שהמאיסות נובעת מכך שהבעל נהג כלפיה שלא כראוי, ואנו מורים לו לשנות דרכו ולחזור ולנהוג עמה כדין, אף שלא הגיעו הדברים ליד כך שיחייבו אותו בגט, מ"מ האשה אינה מפסידה מזונות בטענת מאיס עלי, מכיון שבמקרה כזה אנו קובעים שהפירוד נובע ממנו, (ומה שהזכירו הפוסקים דוגמא של מאיס עלי כגון הב"ח בסוף סי' עז שהזכיר מאיסות מחמת שהוא רועה זונות, היינו שדינה כאומרת מאיס עלי לענין שאר ההלכות כגון לענין כתובה ונכסי מלוג וצ"ב, אך לא לענין מזונות שודאי לא הפסידה לאחר שדינו נפסק בסי' קנד ס"א "יוציא ויתן כתובה").

החילוק העקרוני הנ"ל עולה מדברי הבית יעקב סי' עז ס"ב ד"ה, תטול' שכתב שאף לשיטת הר"ן שהאומרת מאיס עלי נידונת כאנוסה ואין מקום לקנוס אותה בהפסד כתובה, מ"מ - "מזוני לית לה דלא גרע מהא דסי' ע' סעיף יב בהג"ה דכשאינה רוצה להיות עמו דלית לה מזוני, דלא תקנו מזונות רק כשהיא עמו", עכ"ל הבית יעקב. מבואר שהבית יעקב

מפשטות לשון הראשונים שהבאנו, כל האומרת מאיס עלי ומבקשת גירושין אין לה מזונות. שהרי בדינא דגמרא, לא מצינו חילוקים באותן האומרות מאיס עלי, בין אמתלא מבוררת לאינה מבוררת. וכמו שכתב בתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' קלח - "האומרת מאיס עלי אינה צריכה לתת טעם ואמתלא לדבריה מפני מה הוא מאוס בעיניה, לפי שכשם שהדעות במאכל כך הדעות באנשים ונשים, חו שאומרת שהוא מאוס בעיניה ואינה רוצה בו ובכתובתו שומעין לה להתנהג עמה כפי הדין שנאמר עליה בגמרא".

לעומת זאת מדיוק לשון תשובת מהר"ם מרוטנבורג שבמרדכי ובהגהות מיימוניות פי"ד מאישות אות ה' לכאורה משמע שחייב במזונותיה אם יש לה אמתלא מבוררת. וז"ל הגהות מיימוניות - "כתבו התוספות דלא מציא אמרה מאיס עלי אלא בטענה כל דהו שאינו מתקבל כשאר כל אדם, וגם תקנת הקהילות כך היא, והטוענת מאיס עלי בלא טענה אינו חייב לה מזונות". מדויק מלשונו שהטוענת מאיס עלי בטענה מבוררת אינה מפסידה מזונות.

אך בשו"ת ויאמר יצחק אה"ע סי' קכו דחה את הדיוק הנ"ל מדברי מהר"ם, וכתב שאין חיוב מזונות באומרת מאיס עלי אף בטענה מבוררת, ומהר"ם שנקט דוקא בלא טענה, מפני שבטענה מבוררת אין צורך לחייב מזונות משום שלשיטתו בלא"ה כופין לגרש, ועד שיכפוהו לשלם דמי מזונות יכפוהו לגרש, משא"כ לדין שאין כופין לגרש, אין לה מזונות. דברי הרב ויאמר יצחק יתכנו רק לפי המבואר בשו"ת הרשב"ש סי' צג (הובא בב"י סי' עז) ותשובת חוט המשולש (הטור השלישי סי' לה) שדעת מהר"ם שיש לכפות את הבעל לגרש במאיס עלי באמתלא מבוררת, ולכן אין צורך לדון על מזונות, מאחר שמיד כופין לגרש, ולכן הזכיר את הפטור ממזונות רק במאיס עלי כשאין לה טענה מבוררת.

אמנם הרא"ש בתשובה כלל מג ס"א שהביא הב"י בסוף סי' עז כתב בדעת רבינו מאיר שאין לכוף כלל. (ועיין תשובת מהר"ם ד"פ סי' רס"א). אך בספר אבני האפוד (לרבי דוד פיפאנו, במילואים שבסוף הספר - מילואים לאפוד בסי' עז) כתב שגם לפי מש"כ הטור בדעת מהר"ם שאין כופין לגרש, יתבאר דברי מהר"ם כדלהלן - "מהר"ם בא להשמיענו, דאם אין לה טענה מבוררת, אפילו דאומרת מאיס עלי, הרי היא כמורדת דעלמא דמשהינן לה תריסר ירחי שתא ואין לה לא מזונות ולא נדוניא, ולא בא לומר דאם יש לה טענה דנותנין לה מזונות". ועיי"ש שפסק הלכה למעשה שלא לפסוק מזונות במאיס עלי, וכתב שכן מוכח בדעת הב"ש, במש"כ בסוף סי' עז באומרת מאיס עלי שאף קודם הגירושין בטלו כל תנאי כתובה, והיינו לרבות מזונות.

הגדרת ההלכה הקובעת הפסד מזונות באומרת "מאיס עלי"

כאמור, הפסד המזונות נובע מהגדרתה כמורדת, ובהתאם לקביעה זו הדין ישתנה אם מאסה בו עקב טענות שהבעל התנהג כלפיה שלא כראוי, וכפי שיתבאר.

דבעלה חייב מזונותיה, שהבעל במעשיו קבע את המצב שהיא אגודה גביה. וכן בנכפה שכתב מהרי"ט ח"א סי' קיג שבעלה חייב במזונותיה, היינו מטעם שחייב על פי הדין לגרשה ונמנע מלגרשה הרי הוא מעכבה בידים. מש"כ באומרת מאיס עלי שהבעל מצידו לא פשע מאומה כנגדה ומקפיד למלא חובותיו כלפי אשתו, ואף מוכן להמשיך בכך, לכן דנים שהאשה היא זו שיזמה את הפירוד בטענת מאיס עלי. ואף שאנו מאמינים לה בטענתה, מ"מ הפירוד החל ממנה, ובשל כך נידונת כמעוכבת מחמת עצמה, ולהלן נסיף לבאר בהרחבה נקודה זו.

ומש"כ בעזרת כהן שם בדעת המגיד משנה דאיירי דוקא כשאין לה טענה מבוררת, קשה לאומרו, שהרי כל הראשונים הללו דנו אליבא דדינא דגמרא, ובדינא דגמרא אין חילוק בין אמתלא מבוררת לשאינה מבוררת. חילוק זה הוזכר במהר"ם מרוטנבורג בדינא דמתבתא, שהקנו לאשה זכויות יתירות מן הדין, ובוזה יש מקום לחלק ולומר שזכויות אלו תזכה רק אם יש לה אמתלא מבוררת. ועכ"פ סתימת דברי הראשונים כוללת גם במי שנותנת אמתלא מבוררת לדבריה. וכמו שהבאנו מהתשובות המיוחסות לרמב"ן.

ועיין בספר זכור לאברהם (אביגדור) (בהשמטות, בהלכות אישות פרק יד) לאחר שהביא מש"כ הרשב"א והרב המגיד שבאומרת מאיס עלי אין לה מזונות כיון שאינה רוצה בו כתב - "משמע אע"פ שנותנת אמתלא לדבריה למה מאיס עליה אין לה מזונות כיון שאינה רוצה בו". וכן העלה בשו"ת ויאמר יצחק אה"ע סי' קכו.

מסקנת הדברים

אשה האומרת מאיס עלי ותובעת גירושין הפסידה מזונותיה מכיון שהיא בגדר מורדת. גדר זה ניתן לה מכיון שאינה מוכנה לחיות עם בעלה והיא זו שיזמה את הפירוד. ואף אם היא אנוסה במאיסות זו עקב מעשיו, אך מכיון שלא עסקינן בכד"ג שהבעל בהתנהגותו כלפיה פשע כנגדה, אלא שהיא מאסה בו מחמת מעשיו למרות שמעשים אלו אינם פוגעים בה באופן ישיר, אנו דנים שהפירוד נובע ממנה ונקבע עליה שם, מורדת הגורר שלילת זכותה למזונות.

הפסד מזונות לאשה שעזבה את הבית שלא כדין

נראה שיש מקום להוכיח, שגם אשה שעזבה את הבית שלא כדין, מפסידה את מזונותיה מפני שהיא בגדר מורדת. וגם כשאינה מורדת מחיי אישות אלא ממלאכות הבית, אע"פ שאין עליה את דין המשנה, לפחות לה מכתובתה, דקיי"ל דמורדת ממלאכה לא הוי מורדת, היינו שלא הושלמו התנאים לדונה כמורדת לכל דבר כולל הפסד כתובה, אך עכ"פ היא בגדר מורדת במשמעות מצומצמת, ומתוך כך הפסידה מזונותיה.

בתשובות הרמב"ן (הוצאת מוסד הרב קוק מהדורת שעוועל) סי' סו נשאל הרמב"ן - "אמר לה אם את בביתי אני

השוה דין האומרת מאיס עלי לדין אשה שעזבה את בית בעלה והמניעה היא ממנה. ובסי' ע' מבואר שרק כשהיא גרמה את הפירוד הפסידה מזונות ולא כשהמניעה ממנו. והיינו כמו שבארנו, שבאומרת מאיס עלי, מכיוון שכלל שהדבר נוגע ליחס שבין הבעל לאשתו, הבעל נהג עמה כדין ולא פשע כנגדה. אלא הפירוד החל ממנה שמאסה בבעלה, והיא זו שיצרה את המצב שהביא לפירוד, ולכן הפסידה מזונות, דוגמת דינו של הריטב"א שבסוף סי' ע' בעזבה והמניעה ממנה. אבל כשאנו קובעים שהוא גרם לפירוד ולמאיסות, אינה מפסידה מזונות דוגמת המבואר בסוף סי' ע' כשהמניעה היא ממנו. (ואף שבסי' ע' עסקינן במי שאינה מורדת מתשמיש, מ"מ יסוד הדין שוה בה, שבכל הלכות אלו, מכח מורדת אתינן וכמו שיתבאר בהמשך הדברים).

ועיין בספר משפטי שמואל (להגרש"ב ורנר זצ"ל) מהדורה תניינא סי' כב (עמ' קנד) שתמה על הבית יעקב שכתב שבאומרת מאיס עלי באמתלא מבוררת אין לה מזונות, דהא בסי' ע' סי"ב מבואר לכאורה היפך מדבריו, דקיי"ל דאם יצאה מחמת קטטה והמניעה היא ממנו חייב במזונותיה.

נראה דהגרש"ב ורנר סבר שהבית יעקב פוטר ממזונות בכל אומרת מאיס עלי, אף כשתולה המאיסות במעשיו שפשע כנגדה, ולכן הקשה עליו. אך לדברינו לק"מ, אדרבה זו גופה כוונת הבית יעקב ליתן גדר בהלכה זו, שהפסד המזונות הוא בכפוף לכך שהמניעה ממנה ושאיין טענה שהבעל במעשיו נהג כנגדה שלא כדין.

העולה מדברינו, לדעת רוב הראשונים האומרת מאיס עלי הפסידה מזונותיה, מכיון שהיא בגדר מורדת, ומעמד זה נקבע כשהאשה אינה רוצה את בעלה למרות שהבעל מצידו נהג עמה כראוי.

בעיקר הדין שהעלנו אליבא דרוב הראשונים דהאומרת מאיס עלי מפסידה מזונותיה, כן סתמו לדינא הרבה אחרונים, ובהם - שו"ת בנימין זאב סי' קטז, שו"ת לחם רב סי' נג, בית יעקב סי' עז ס"ב (ד"ה ותטול בלאותיה), חזו"א סי' סט ס"ק טו, שו"ת ויאמר יצחק אה"ע סי' קכו, ספר אבני האפוד (שהובא לעיל) ושו"ת משפטי עוזיאל חלק אה"ע סי' סד.

אמנם בתשובת עזרת כהן סי' נה - נו, ובספר "בת נעות המרדות", פסקו שיש לה מזונות עכ"פ בנותנת אמתלא מבוררת לדבריה. אך מאחר שמצינו בראשונים שכתבו במפורש שאין לה מזונות, והם הרשב"א המגיד משנה הריטב"א חי' הר"ן והמאירי, נראה שהוכרעה ההלכה שהאומרת מאיס עלי הפסידה מזונותיה.

בתשובת עזרת כהן סבר שיש לחייבו במזונות משום שהאשה "אגידא גביה". אך הראשונים והפוסקים הנוכחים סברו שלא נכון לומר כן כשהיא יזמה את הפירוד, ובנסיבות אלו אינה נידונת כמעוכבת מחמתו, אלא כמעוכבת מחמתה. ולא דמי למגורשת ואינה מגורשת

רשאיין, הפסידה מזונותיה משיצאה עד שתשוב אליו כלהר"ם שם מדין מורדת. אבל בנדון לא מדין מרד, דליתיה כדאמרן אלא מטעם אם את אצלנו כתשובתם, דלאו כל כמינה לעורר קטטה ולהעביר מזונותיה למקומה".

מבואר בדבריו שאשה שגרמה לקטטה, ועקב כך עזבה את הבית, נידונת כמורדת. על כן הפסידה מזונותיה, וכפי העולה מתשובת הר"ם, דמכח דינא דמורדת אתינן עלה.

ועיי"ש בתשובת ר"מ פרויניצאלו בתחילת התשובה שכתב בפשיטות שמורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה לא הפסידה מזונות בתוך ד' שבתות, והיינו מאחר שבשלב זה עדיין אין עליה דין מורדת ולא הפסידה מזונותיה.

וכן בתשובת מהר"ם (המובא בשלטי הגבורים על המרדכי לפרק בתרא ממסכת כתובות) כתב - "יכול לכופה ללכת אחריו מעיר לעיר או מכרך לכרך באותה מדינה, כדאיתא בפרק בתרא דכתובות. ואם לא תאבה האשה ללכת אחריו, יש לה דין מורדת, ואין לה מזונות".

משמעות דבריו דמכח דין מורדת הפסידה מזונות. דלכאורה יכול היה מהר"ם לכתוב דמכיון שאם בעלה הלך לעיר אחרת או לכרך אחר חייבת ללכת עמו, ואין לה מזונות, שמכיון שאינה דרה עמו, ואין לאשה מזונות אלא כשהיא דרה עם בעלה. ומאחר שתלה הענין בכך שיש לאשה דין מורדת ולכן אין לה מזונות, מוכח כדאמרן.

יש לציין שהר"ן בתשובה סי' לח כתב להיפך ממהר"ם, ולדעתו אמנם דינה שתצא בלא כתובה, "אבל כל שלא נתן לה גט כיון דמחייב לה בשאר כסות ועונה לאו כל הימנו לעקור לאו זה בידים משום ישובה של ארץ ישראל". משמע מדבריו דמכיון שאין לדון את האשה כמורדת עקב סירובה לעלות לארץ ישראל, אם הבעל יעלה בלא שיתן לה גט, לא פקע חיוב מזונות, ומתבארים הדברים לפי דרכנו, שבלא דין מורדת אין להפסידה מזונות. וע"ע בתשובת רב פעלים ח"ב אה"ע סי' כה.

העולה מדבריו, שבראשונים שהבאנו הלא הם הרמב"ן בתשובה ובעל התרומות, ובתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן ובתשובת מהר"ם מרוטנבורג ובמרדכי מבואר שאשה הנמנעת ממלאכות הבית היא בכלל מורדת המפסידה מזונות, ואין לדון שיש כאן גדר בפני עצמו שהבעל אינו מחויב במזונות אשתו שאינה בביתו, אלא הכל נובע מגדרי מורדת, ולהלן תבאר הנ"מ מדבריו.

בהתאם לכך יתבארו דברי הריטב"א, שהובאו בבית יוסף אה"ע סוף סי' ע'.

במסכת כתובות דף קג. נאמר במשנה בדין מזונות האלמנה - "אמרה אי אפשי לזו מבית אבא יכולין היורשין לומר לה אם את אצלנו יש לך מזונות ואם אין את אצלנו אין לך מזונות. אם היתה טוענת מפני שהיא ילדה והן ילדים זנין אותה והיא בבית אביה".

וכתב על זה הריטב"א - "וה"ה לאשה בחיי בעלה שיצאתה מביתו והלכה לה שאם נתנה טעם לדבריה חייב

אזונך ואם אין את בביתי אני מכריז לכל שלא יזונך אותך ולותה ואכלה מהו". בתשובתו כתב הרמב"ן - "ומה שאמרת באומר אם את בביתי אזונך ואם אין את בביתי אין לך עלי מזונות, מורדת קא אמרת, מורדת אין לה מזונות מבעל אפילו מורדת מן המלאכות".

תשובת הרמב"ן הובאה בלשון זו על ידי תלמידו בספר התרומות שער סה ח"א ס"ו.

מבואר בדברי הרמב"ן שהטעם להפסד מזונות במי שעזבה את הבית שלא כדין הוא מפני שהיא בגדר מורדת.

וכן יש לדייק מלשון תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סי' קג, וז"ל - "שאלה אם הבעל חייב במזונותיה בעודה בבית אביה, אם יכול הבעל לומר כל זמן שהיא אצלי יש לה מזונות וכל זמן שאינה אצלי אין לה מזונות. תשובה כל שהיא טוענת שבורחת מפני חמותה ולא במרד יש לבעל ליתן לה מזונות שאין זו מורדת ואילו רצה הבעל לבוא אצלה לבית אביה היתה מקבלתו או בחצר אחרת. ולמה תפסיד בכך מזונות והוא מכישה במקל שתברח, ואם לותה ואכלה הבעל חייב לפרוע מה שלותה".

מדוייק מלשונו, שהכל תלוי באם יש עליה גדר מורדת, ואם המניעה ממנו הרי שהוא נידון כמי שהכישה במקל שתברח ולכן אינה בגדר מורדת, וכל עוד לא נכנסה בגדר מורדת אין עילה להפסידה מזונותיה.

כך עולה גם מתשובת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס ברלין סי' יא) שכתב בענין אשה שעזבה את הבית ותובעת מזונות שאם עזבה מחמת שהבעל גרם לקטטה, הדין הוא שניזונת גם כשאינה בבית בעלה, ומוסיף מהר"ם - "אבל הרגילה איהי קטטה הויא מורדת ולא יהי לה מזונות אפילו לפי ברכת הבית, וכן מצאתי בתשובת רב פלטי גאון ז"ל היכא דארגילו קטטה אם היא מרגילה כמורדת דמיא ואין לה כלום. ואם הוא מרגיל יש לה כתובתה כולה. ואם מרגילים בני הבית כגון חמותה ובת חמותה, עליו מן הדין להוציאה למקום אחר, דאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, ואם אינו מוציאה מגרש לה ויתן לה כתובה", עכ"ל מהר"ם מרוטנבורג, והובאה התשובה במרדכי מסכת כתובות סי' רעג.

מפשטות דברי מהר"ם בתשובה זו נראה דאיירי בכה"ג שלא מרדה מחיי אישות אלא שאינה מוכנה לדור בבית בעלה עקב קטטה, וכשאינה בביתו אינה עושה מלאכות הבית. ואפילו הכי כשדן מהר"ם בשאלת המזונות כשעזבה שלא כדין, תלה את הפסד המזונות בכך שחל עליה דין מורדת.

וכן כתב בשו"ת רבי משה פרויניצאלו (שהיה מגדולי חכמי איטליה בדורו של מרן הב"י) בסי' עז, וז"ל - "שורת הדין בזה אצלנו דכל שנתאמת מנהגו הרע בהכאותיו ולא נתברר שהיא מרגלת הקטטה ומביאתו, לכך תולין הקלוקל במקולקל ודאי, וכבתשובות הרמב"ן סי' ק"ב, וחייב על מזונותיה באשר היא שם ... ואולם אם יתברר שהיא היתה מרגלת הקטטה ובשביל כך היה מכה אותה [אע"פ שאינו

הנמצאת בבית ונמנעת רק מחלק ממלאכות הבית לא הפסידה זכותה למוזנות, עיין ברמב"ם ובראב"ד ובמ"מ פכ"א מאישות ה"י שכופין אותה לעשות ולא הזכר הפסד מוזנות, והמגיד משנה כתב שבתורת כפיה ממעט ממוזנותיה, ועיין שו"ע סי' פ' סעיף טו.

ועיין בספר הזכות לרמב"ן בסוגית מורדת (דף כו: בדפי הרי"ף) במחלוקת הרמב"ן עם הראב"ד. הראב"ד דן דין מורדת לפחות לה מכתובתה גם כשמרדה ממלאכות שבבית, שאר הראשונים נחלקו עליו, ובראשם הרמב"ן, וס"ל שאין לה דין מורדת לפחות מכתובתה. מתוך דברי הרמב"ן יש לדייק שעכ"פ לענין חיוב מוזנות יש חילוק בין מורדת מחלק מהמלאכות למורדת מכל המלאכות, שביחס למורדת מחלק מהמלאכות כתב הרמב"ן ששוכר עליה מי שיעשה מלאכות אלו ומנכה לה מנכסיה או ממוזנותיה, דהיינו חובת מוזנות נשאת, אלא שיכול להפחית מהמוזנות לצורך כסוי ההוצאות שנגרמו לו, ואילו ביחס למי שאינה עושה כלל מלאכות בבית, כתב הרמב"ן שהבעל פטור ממוזנות. וז"ל הרמב"ן - "שמין כמה המלאכות האלו שוות לבעל ... וחוזר וגובה ממנה ... וכן הוא פוחת ממוזנות שנותן לה בכדי דמי מלאכה שמורדת בה, ואם מרדה בכולן אינו זן כלל וגובה המותר משלה". דברי הרמב"ן ביחס למרדה מכולן מתאימים עם דבריו בתשובה שהבאנו לעיל, שכתב "מורדת אין לה מוזנות מבעל אפילו מורדת מן המלאכות".

מכל האמור מבוארת שיטת הרמב"ן שיש חילוק בין מורדת מכולן למורדת ממקצתן. ועיין בהפלאה סי' פ' ס"ק יד שכתב דיש סברא לחלק בין מי שאינה עושה חלק מהמלאכות ובין המורדת מכל המלאכות, וע"ע בחזו"א סי' עא סק"ט.

מסקנת הדברים - אשה המורדת מכל המלאכות שבבית דינה כמורדת לענין שבעלה פטור ממוזנותיה, אף שלא הפסידה כתובה. וכשלא ניתן לדונה בגדר, מורדת' כגון במקרה שהיא אינה הגורמת למרידה זו, אף שגם הבעל לא גרם לכך, לא הפסידה מוזנות.

ואף שמצינו בראשונים שכתבו לענין מורדת מתשמיש דלא הפסידה מוזנות כל ד' שבתות, וכמ"ש לעיל, היינו דדוקא במי שתקנו בה סדר זה, וקודם שהושלם הסדר עדיין לא נקבע עליה שם, מורדת', אבל מורדת ממלאכות הבית שאין בה סדר ההכרזות של ד' שבתות, הפסידה מוזנות מיד מעת שמרדה, ומיד נדונת כמורדת, ויתכן שהתראה עכ"פ בעינין.

שיטת כמה מגדולי הפוסקים שתלו את הפסד המוזנות בדין מורדת

מצינו מבואר בתשובות גדולי הפוסקים האחרונים, שתלו הפסד מוזנות בדין מורדת, ומבואר מדבריהם, שכל עוד האשה אינה בגדר, מורדת' לא הפסידה מוזנות, גם כשאין

לתת לה מוזנות שלמים במקום שהיא, אבל אם לא נתנה טעם לדבריה אינו חייב לה מוזנות, שאין חיוב מוזנות לאשה על בעלה אלא כשהיא עמו על שולחנו, וכן הוא באלה הדברים רבה על פסוק למען ירבו ימיכם. ואפילו לדברי הרמב"ם ז"ל שאומר שיכול להשרותה ע"י שלישי, הוא עדיף מינה בזה, ואפילו לפי ברכת הבית אפשר דלא יהיב לה, דלא תקון לה רבנן מוזנות אלא ביושבת תחתיו ומשמשותו, ואפילו לדברי האומר שיש מוזנות למורדת גמורה, התם ביושבת עמו בבית שמצערותו מתשמיש, והא קנסינן לה להיא מורדת, אבל כשאינה יושבת עמו ואינה באה בטענה אין לה מוזנות, וכן דעת רבותי".

דברי הריטב"א הובאו בנימוקי יוסף עמ"ס כתובות (שם). דברי הריטב"א מתבארים בהתאם לדבריו בתשובה (שו"ת הריטב"א סי' קנ). המעיין בתשובה ובחידושי יראה שהמשא ומתן בדבריו בתשובה תואמים את דבריו בחידושי למעט מסקנת הדברים, שבתשובה העלה בסוף דבריו לחייב מוזנות לאשה שעזבה את הבית בלא טענה.

מעיון בדבריו בשני המקומות עולה, שהריטב"א מחלק בין הפסד מוזנות הנובע מקנס, להפסד מוזנות הנובע מעיקר הדין. אמנם בשאלה האם מורדת מתשמיש הפסידה מוזנות, קיימת מחלוקת בין הבבלי לירושלמי, וכמו שהזכיר הריטב"א בתשובה ובחידושי, אך עכ"פ למ"ד שהפסידה מוזנות ההפסד הוא בתורת קנס, דומיא דהפסד כתובה. לעומת זאת הפסד המוזנות במורדת ממלאכה הוא מדינא, וכמ"ש בתשובה "מורדת מתשמיש ... אילו הפסידה מוזנותיה ... זה קנס הוא. אבל במורדת ממלאכה ... אין זה קנס אלא דין גמור שאין לה מוזנות אלא ביושבת ומשמשת את בעלה". ובחידושי הוסיף הריטב"א - "שלא תיקון לה רבנן מוזנות אלא ביושבת תחתיו ומשמשותו".

מכל מקום אין מקום לקבוע שהריטב"א בחידושי שולל את ההנחה היסודית שהוכחנו מהראשונים שאין הפסד מוזנות אלא כשהאשה הוגדרה כמורדת ממלאכה, ורק מעמד כזה גורר את הפסד המוזנות, הפסד שלדעת הריטב"א הוא מדינא ולא מקנסא.

וכן בשו"ת שואל ונשאל חלק ה' אה"ע סי' מ' לאחר שהביא את תשובת הרמב"ן שבספר התרומות כתב - "אלמא אע"ג דלא נעשה לה סדר המורדת רק שלא היתה בביתו אין לה מוזנות דמתקריא מורדת לענין זה", וכן כתב שם בדעת הריטב"א - "דגם דלא נעשה לה דין המורדת מ"מ הויה כעין המורדת לענין מוזנות", ומבואר בדבריו כפי שכתבנו, שהפסד מוזנות למורדת ממלאכות הבית נובע מגדרי מורדת. (אך במה שדן שם בתשובה לומר כן גם ביחס למורדת מתשמיש דהפסידה מוזנות כבר בתוך ד' שבתות, כבר הארכנו לעיל שבכמה ראשונים מפורש להיפך).

כל האמור לעיל, אינו אלא באשה שעזבה את הבית או שנשארה בבית אך נמנעת מכל מלאכות הבית, אבל אשה

בטרם הנישואין שיגורו בעיר של האשה וכשדרו שם התברר שהאוויר במקום גורם לבעל חולי, ופסק הנודע ביהודה שהבעל אינו חייב לדור בעירה, אף שהתנו כן מ"מ אינו מחויב להכנס לסכנת נפשות. אך בענין חיוב מזונותיה פסק הנודע ביהודה, שאם יש לה אמתלא בדבר מדוע אינה יכולה לעבור לגור עמו במקומו, חייב במזונותיה אף שכל אחד ממשיך לדור במקום אחר.

הרי מבואר בנודע ביהודה חיוב מזונות אע"פ שבני הזוג בנפרד, ובנסיבות ששניהם נהגו כדין. מצד אחד הבעל אינו מחויב להתגורר עמה במקומה מחמת הסכנה, ומאידך יש לאשה אמתלא המתקבלת שאינה דרה עמו במקומו. והטעם הוא מפני שכל עוד אינה מורדת לא הפסידה מזונות. אילו העיקרון הקובע היה שהבעל אינו חייב במזונות אשתו כשהיא אינה עמו, אף כשאינה מורדת, הרי שבנידון הנודע ביהודה לא היה מקום לחייבו במזונות.

ועפ"י זה מתפרשים דברי הנודע ביהודה מה"ת אה"ע סי' פט, שכתב במי שאין לו גבורות אנשים ואשתו תובעת גירושין, שבתחילה יעסוק ברפואות ואין למהר הגירושין, ובתוך הזמן שעוסק ברפואות כל אחד מבני הזוג יהיה במקום מגורים אחר ובאותו זמן הבעל מחויב לספק לאשה את כל צרכיה. הרי מבואר שעוד בטרם יצא פסק דין לחייבו בגירושין, ובעת שכל אחד מתגורר בנפרד, והפירוד הוא באונס, עקב גורמים שאינם בפשיעת אחד מהם, אפ"ה הבעל עדיין חייב במזונות אשתו. ולדברינו הדברים מתפרשים היטב. מכיון שהאשה אינה בגדר מורדת, לכן חיוב המזונות עומד בתוקפו, אף כשהם בנפרד. אך עכ"פ יש לומר דשאני התם שהפירוד בגרמתו, אף שאינו בפשיעתו, ועל כן חייב במזונות.

נפקא מינה מדברינו - במקום ששניהם אנוסים בפירוד שארע ביניהם. אם נאמר שמעיקרא לא תיקנו אלא כשהיא עמו, הרי בנסיבות אלו ששניהם אנוסים כיון שלמעשה אינה עמו, אינה זכאית למזונות. אבל אם כפי שהוכחנו הפסד המזונות נובע מפני שהאשה היא בגדר מורדת, לא הפסידה כשהיא אנוסה בפירוד, אע"פ שגם הבעל אנוס בכך, מאחר שבנסיבות אלו אין מקום להגדירה כמורדת.

ומכיון שכל הראשונים שהבאנו תלו את הפסד המזונות בכך שהאשה בגדר מורדת, לכן במקום ששניהם אנוסים האשה אינה במעמד של מורדת, ולא הפסידה, ואין הכרח שהריטב"א יחלוק וכפי שבארנו.

וכן מוכח מהא שהריטב"א לא הביא את הדין הנ"ל בחידושו לסוגיית מורדת בדף סג, אלא המתין והביא הדברים בחידושו על המשנה בדף קג. העוסקת באלמנה, ומשמע מדבריו שדין אשה נשואה בזה הוא דומיא דאלמנה, שדינה מבואר במשנה. דהיינו אף אם האשה בטענתה אינה תולה את הקולר בבעל, אלא ארע מצב ששניהם אנוסים בו, ובעקבות מצב זה היא אינה יכולה לדור עם בעלה, אפילו

אנו קובעים שהבעל גרם לכך שתעזוב את הבית, ונפתח בתשובת עדות ביעקב.

בשו"ת עדות ביעקב (למהר"י בוטון נכדו של הלחם משנה) סי' לו מפורש שהפסד מזונות נאמר רק כשהאשה נידונת כמורדת.

בתשובה זו דן מהר"י בוטון באשה שעזבה את בית בעלה בטענה שנוהג עמה שלא כראוי ובא עליה שלא כדרכה. עיקר התשובה נסובה בשאלה האם האשה נאמנת בטענתה לענין לחייבו בגט. אך בסוף התשובה דן בשאלת המזונות כשעודה בבית אביה, וכתב - "ולענין אם הוא חייב במזונותיה ... מילתא דפשיטא היא דכל אשה שבאה בטענה למרדה בבעל ואיכא אמתלאה לדבריה ... לאו מורדת מיקריא כלל ואינה בשום חיוב וקנס הנשים המורדות באלוף נעוריהם כו', אשר א"כ, אף אם לא נאמין מכל וכל לאיתתא דא דנידון דידן ... מ"מ מורדת לא מקריא כלל. וכמ"ש זה בפירוש הרמב"ם גבי דין הג' נשים דמשנה אחרונה דנדרים אשר אינן נאמנות בטענתן, ואע"פ כן כתב הרב ז"ל פט"ו מהלכות אישות דלאו מורדת מקריא יע"ש, וא"כ הרי הוא חייב הכל ובמזונותיה".

מבואר מדבריו שאף אם לא התבררה בבי"ד נאמנות האשה, מכיון שעכ"פ לא הוכח שהיא משקרת ויש כאן ספק, אין אנו מחייבים אותה לחזור לבית בעלה, ואינה נידונת כמורדת אף שנשארת בבית אביה, ולכן נשאר בתקפו חיוב המזונות, ואין אומרים שמא הבעל נאמן ולא נוציא ממנו ממון מספק, זה אינו, אלא הכל תלוי אם האשה נידונת כמורדת, וכל עוד לא ניתן פסק דין שדינה כמורדת, חיוב המזונות עומד בתקפו.

וכן כתב בספר אבני האפוד (להג"ר דוד פיפאנו) סי' קנד ס"ק טו"ב בביאור שיטת העדות ביעקב, וז"ל - "ואין לומר דנידון עדות ביעקב שאני דלא הוה מיתדר לה בהדי בעלה מפני רוע מעלליו ... דעיקר הטעם הוא דכל שאינה מורדת חייב לזונה, והא בנ"ד אינה מורדת וכמ"ש בשם הרמב"ם ז"ל". וכן נציין לתשובת שו"ת גנוי חיים להג"ר חיים אשכנזי ז"ל (מגדולי דייני ארם צובה), חלק אה"ע סי' ד' באשה שטענה כנגד בעלה על מעשיו המקולקלים עד שהפריז ובקש להביא גויים לביתו שיתעללו בה, ועזבה את ביתו ומבקשת להתגרש. בתשובה זו פסק הג"ר חיים אשכנזי ז"ל שאף שאין לה עדים על דבריה, האשה נאמנת, ופסק לחייב את הבעל בגירושין, אך לא לכופו, וכן פסק שאין לדונה כמורדת. ובסיום התשובה כתב דמאחר שאינה בגדרי מורדת, הבעל חייב במזונותיה עד שיתן גט, אף שהזוג גר בנפרד, והיא אינה מסכימה לדור עמו בביתו. הרי שלא תלה את עילת החיוב במזונותיה, בחיוב הגט, ומפני שמעוכבת מחמתו, אלא חיוב המזונות נובע מכיון שאין מקום לפסוק כי האשה מורדת. ועיי"ש שהסתמך על תשובת העדות ביעקב.

וכן עולה מתשובת הנודע ביהודה (מהדו"ק אה"ע סי' סז המובא בפת"ש אה"ע סי' עה סק"ג) שכתב בנידון שהתנו

וכן בהמשך דבריו בס"ק טז כתב העין יצחק - "בחיוב מזונות גבי גלתה לערי מקלט ... איירינן עכשיו להפסיד זכות מזונות שלה לפי שאינה יכולה לדור עם בעלה בעירו, בזה אמרו דלא מפסדינן זכותה, אף דבא עליה זה ע"י שגגתה, כיון דעכ"פ לא הזידה ע"כ אין דינה כמורדת שתפסיד חוב מזונות שיש עליה מכבר", עכ"ל ומבואר כדברינו דהכל תלוי אם נדונת כמורדת, וכל עוד הפירוד מבעלה אינו מכח פשיעתה, אינה בגדר מורדת, וזכאית למזונות.

וכן כתב בספר תפארת יעקב על מסכת גיטין (להג"ר יעקב געזונדהייט ז"ל רב העיר ווארשא). בחי' לדף יב, וז"ל - "קשיא לי, תקשי ליה בלא"ה הך ברייתא, מאי שנא לערי מקלט, הא בעלמא ג"כ בעלה חייב במזונותיה כיון דלא אמר לה (צאי מעשיי במזונותייך). ונראה לי דס"ד דוקא כשהיא בביתו תקנו לה מזונות, אבל כשהיא אצלו והיא גרמה לעצמה, שהרגה בשוגג, לא תקנו לה מזונות כלל, ואפילו לא אמר לה, ס"ד דלא ליחייב במזונות, קמ"ל דמ"מ חייב כיון דהרגה בשוגג לא הפקיעו ממנה תיקון מזונות".

(ולפי זה יש להעיר על מש"כ הבית יעקב בסי' סט סעיף ד' בסוף ד"ה, יכול לומר' בתוך הדיון בשאלה האם הבעל יכול לומר לאשה בעל כרחיה צאי מעשי ידיך במזונותייך בדספקא, דלכאורה מהסוגיא בגיטין (שם) מוכח דיכול לומר לה עיי"ש, וכתב על זה הבית יעקב - "אם על ידי גרמת פשיעתה אין בעלה מצוי אצלה שבודאי יכול לומר לה צאי כיון דהא דאין הבעל מזמין לה מלאכה הוא משום גרמת פשיעתה ... ולפ"ז ל"ק תו מהך דגיטין דף י"ב באשה שגלתה לערי מקלט דהבעל יכול לומר לה צאי בדספקא ... דזה דומה דהיא גרמה על ידי פשיעתה דידה שאין הבעל מצוי אצלה והילכך יכול לומר כן".

ודבריו צ"ע, דממה נפשך, אם אמנם האשה נידונת כפושעת במה שאינה דרה עם בעלה, מדוע לא הפסידה לגמרי את זכותה למזונות, הא לא גרע מהמבואר באה"ע סי' ע' סעיף יב שאם אינה דרה עם בעלה והמניעה ממנה שאינה צריך לזונה. אלא בע"כ מאחר ועסקינן בגלות לעיר מקלט דבשוגגת עסקינן, אמנם קיים פירוד בינה לבין בעלה, אך אע"פ כן בעלה חייב במזונותיה מאחר ולא פשעה בכך, וכמו שבארנו העין יצחק והתפארת יעקב, ולענין חיוב מזונות לא אמרינן אדם מועד לעולם וכמו שבאר בתשובת העין יצחק, ועל כן אליבא דמ"ד דבעל כרחיה של האשה אינו יכול לומר לה צאי מעשי ידיך למזונותייך, אף בדספקא, עיין בב"ש סי' סט סק"ד ובביאור הגר"א בסי' סט, מדוע יגרע כחה של האשה שגלתה לעיר מקלט שיוכל לומר לה בעל כרחיה צאי מעשי ידיה למזונותיה. ומה שהביא הבית יעקב מדברי הב"ח בחו"מ סי' קעז, אינו ראיה לענייננו, דהתם איירי בפשעה במה שחלתה וצריכה לרפואה, והכא עסקינן בשוגגת).

בהתאם לדברינו יתבאר פסק דינו של בנו של הקרבן נתנאל בשו"ת רבי ידידיה טיאה ווייל (שיצא לאור

הכי לא הפסידה מזונות, דומיא דהמבואר במשנה שטענה שהיא ילדה והם ילדים שאינה עוזבת מחמת טענה כנגדם, אלא המציאות אינה מאפשרת לה לדור בביתם בקביעות. דמכיון שלא ניתן לדונה כמורדת, לא הפסידה מזונות. ואם נאמר שיש גדר בחיוב מזונות שאין הבעל חייב במזונות אלא כשהיא עמו ואף כשהיא בגדר מורדת, הרי במקרה ששניהם אנוסים בפירוד היינו צריכים לפטרו ממזונות, ואם אפ"ה מוכח בריטב"א לחייב, ע"כ דהגדר הוא כך - רק במקרה שהאשה נידונת כמורדת, ממלאכות או מתשמיש הפסידה מזונות.

וכן מבואר בספר נתיבות המשפט סי' ס' סק"ו שהעלה בדעת הריטב"א שאף במקום שאינה עמו מחמת אונס חייב במזונותיה. וז"ל הנתבות - "הא מבואר בסי' ע' ס"ב דאם האשה טוענת שאינה יכולה להיות אצל בעלה מחמת שהשכנים מוציאים עליה שם רע בשכונה זו דחייב ליתן לה מזונות במקום שהיא, והוא נלמד ממתניתין הנ"ל, אלמא דאין חילוק כלל, ומה לי גרם שכנים ומה לי גרם בני ביתו. ונראה לחלק דשאני גבי אשה דאוכלת בתנאי בי"ד וחז"ל חייבוהו בכל האונסין דהא אפילו חלתה חייבין ליתן לה מזונות כפי הראויין לחולה עיין ש"ך ס"ק יד, ומשום ה"נ, אם אירע לה אונס מעלמא הנראה לבי"ד שאי אפשר לה לזון על שולחנו, מחוייב ליתן לה מזונות במקום שהיא".

מבואר בדברי הנתבות, שאף אם ארע אונס מצד גורם חיצוני והיא אינה אשמה בו, כגון שכנים המוציאים עליה שם רע, או שאר אונס המונע ממנה להיות עמו לאכול על שולחנו, הבעל חייב במזונותיה מתנאי בי"ד. ואין יסוד לפוטרו בטענה שלמעשה אשתו אינה עמו, והיינו כפי שבארנו לעיל.

ונראה להזכיר כסברא זו, מהא דמבואר במסכת גיטין דף יב. "אשה שגלתה לערי מקלט בעלה חייב במזונותיה". ופשיטא דהתם עסקינן דבעלה לא עבר לדור עמה, דאל"כ מאי קמ"ל, ומוכח דאף שאינם דרים יחד לא הפסידה מזונותיה כל עוד לא דנים אותה כמורדת. והתם לא שייך לדונה כמורדת, דאף שהיא אינה אנוסה, דאנוס אינו גולה, אלא היא שוגגת, מ"מ לגדר מורדת לא נכנסה, ולכן לא הפסידה מזונותיה.

וכן באר דין זה בתשובת עין יצחק ח"א אה"ע סי' ע סק"ו, וז"ל - "אם נוסעת למקום אחר בלתי רשותו אין לה מזונות ... והכא בגלתה לערי מקלט בודאי אינה יכולה לכופו לבעל שישע עמה ג"כ שמה, ורק בתלמיד שגלה מצינו דמגלין רבו עמו אבל בבעל לא מצינו ... היה לה להיות זהירה שלא תבוא לידי חיוב גלות שלא תוכל לדור יחד עם בעלה, ועכ"ז אמרו דחייב במזונות, הרי דלא אמרינן בזה אדם מועד לעולם בין שוגג, דדוקא לענין חיוב על גוף הנוק אמרו כן, ... היכא דע"י שוגג אינה יכולה להיות אצל בעלה במקומו, לא דיינינן גבי חיוב מזונות אדם מועד לעולם לענין דתהא מורדת".

שאינו חייב במזונותיה כיון שהיא גרמה לעצמה להיות פרושה והוא לא ידע קודם נישואין ושוגג הוה כמש"ל".
מבואר מדבריהם של הרב אברהם הכהן ובעל תעלומות לב, שרק לאחר שדנו אותה כמי שגרמה לפירוד על כן הפסידה מזונות, ומבואר שבמקום ששניהם אנוסים בפירוד, וכעובדא דהנודע ביהודה, או כששניהם הזידו בפירוד כגון ששניהם ידעו שהיא מעוברת חבירו והעלימו עין, לא הפסידה מזונותיה וכמו שפסק רבי ידידיה טיאה וייל בתשובתו.

אך יש לציין שבעיקר דינו של העדות ביעקב (שהובא לעיל), נראה שהנודע ביהודה הסכים עם עיקר הסברא, וכמו שהבאנו לעיל, אך יחלוק עליו במקום בו קיימת הכחשה בין הבעל לאשה, והיינו מפני שבמקום שלא ניתן להוציא פסק דין הקובע שהאשה נאמנת בטענתה, ממילא לטענת הבעל היא בגדר מורדת המפסידה מזונותיה, ומספק אין מוציאים ממנו ממון. ובוזו סובר הנודע ביהודה שאמנם למעשה לא הגענו למידה זו שנכריז עליה כמורדת, עכ"פ כל עוד לטענת הבעל האשה שיקרה בטענותיה ואין הצדקה למרידתה, אין לחייבו במזונות.

הנודע ביהודה בתשובה (מהדורה תניינא חלק אה"ע סי' צא) דן במקרה כדלהלן -

"במעשה שבא לפניו איש ואשתו בקהילתו זה להם ששנים מיום חתונתם והמה רגילים בקטטות ומריבות עד הכאה, ולפי דברי השכנים שורש צמיחת הקטט מתחיל מהאשה שעושה נגד רצון בעלה, והבעל קפדן ביותר וכעסן גדול ודמי האי תיגרא לבידקא דמיא, עד הגיע יום שהכה אותה והיא הלכה לקבול בפני טובי העיר וטענה ששוב אין רצונה לשוב אליו עוד בעבור ששכב עמה בימי ליבונה כמה פעמים, פעם באונס פעם ברצון באמרו אליה שימי ליבון חומרא דרבנן הוא ולא מדין תורה, והביאה עדים ששמעו מן הבעל כמתרעם על חז"ל על שהמציאו חומרא דימי ליבונה. והבעל מכחישה ואומר שכל זה שקר ולא שכב עמה בימי ליבונה מעולם ומחמת שנאה שיש בלבה עליו ועיניה נתנה באחר היא מעלילה עלילות אלו עליו, וקובל שהיא יצאנית וגונבת ומאבדת הונו וכל ענינה למרוד בו. והיא השיבה הן אמת שהיא יצאנית מחמת שמתיראת להיות בביתה בימי ליבונה ומה שהיא עושה כן גם בימי טהרה הוא מחמת שכבר נמאס בעיניה מחמת עבירה הנ"ל".

בתוך תשובתו דן הנודע ביהודה האם האשה נאמנת בטענתה לענין לכופו לגרש ולענין שתטול כתובתה, ובתוך דבריו כתב הנודע ביהודה לרב השואל שצדד לחייבו במזונותיה - "ומה שרצה מעלתו לומר בדין אשה זו, שאף שהחליט שבשביל שמשמשה נדה אין כופין להוציא, אפ"ה יכולה למרוד בו ואינה מחוייבת להיות עמו, ובעלה חייב במזונותיה מנכסיו, כיון שיש לה רשות למרוד בו וכו'. בזה במח"כ טעה וכי מפייה אנו חיים להאמינה ששימש בנדתה שנימא שבדין מרדה, והלא הוא כופר ומכחישה, ומדי תיתי

לאחרונה). בספר הנ"ל בחלק אה"ע סי' ו' נשאל בנו של הקרבן נתנאל (אב"ד קרלסרווא) אודות אשה שילדה חמשה וחצי חדשים לאחר נישואיה, ובעת העיבור הודתה שהיא מעוברת מאיש אחר ואח"כ חזרה בה, והבעל הודה שבא עליה בטרם הנישואין, אך הבעל מסופק אם העובר ממנו או מאיש אחר, ולטענת הבעל, האשה הודתה בפניו שגם איש אחר בא עליה בטרם הנישואין, והנידון הוא אם עליהם לפרוש עקב היותה "מעוברת חבירו".

בתשובה זו העלה רבי ידידיה טיאה וייל שלא להאמינה מכמה טעמים, ופסק לחייבם בפרישה עד כלות כ"ד חדש, ובצירוף שיטת מהרי"ו שאף אם שניהם מודים לא מהני, כשם שלא מהני לענין לפוטרה מחליצה. ובסיום התשובה כתב וז"ל - "אמנם לענין מזונות נראה דחייב הבעל לתת לה, אע"ג דקיי"ל דאין איש חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו, כמ"ש בסי' ע' סעיף יב בשם המרדכי, היינו דוקא אם היתה לה קטטה עם בעלה דהמניעה ממנה, אבל היכא שהבי"ד הפרישם זה מזו והיא רוצה לדור עם בעלה חייב במזונותיה כנלע"ד".

מבואר, שלמרות שעצם ההפרשה מבעלה נובעת מכך שאינה נאמנת שהעובר מבעלה, עכ"פ מאחר שאין לדונה כמורדת בעצם הפירוד, לא הפסידה מזונות למשך אותה תקופה שהיא אינה דרה עם בעלה. אילו היתה הלכה עקרונית שאין מזונות לאשה אלא כשהיא עם בעלה וגם בלא שהיא בגדר מורדת, ודאי לא היה מקום לחייבו לזונה באותם כ"ד חדש שהיא מחוייבת להיות מופרשת ממנו.

בשו"ת תעלומות לב ח"א אה"ע סי' לב מצינו דיון בשאלה זו של מזונות האשה בבני זוג שהדין מחייבם לפרוש זה מזו מפני שהיא מעוברת חבירו. וז"ל השאלה - "פנויה אחת שנשאת ולאחר עבור כמו חדש ימים כריסה בין שינייה והנה היא הרה לזוננים, והבעל אומר שלא הכיר בה בלתי היום". והעלו שם שאין כופין אותו לגרשה ודי בהפרשה עד כלות כ"ד חדש, אך נחלקו שם הדעות אם חייב לזונה.

הרב חיים כהן ז"ל (שהובא בתשובת זו בתעלומות לב) כתב שלא הפסידה כתובתה ומשום הכי יש לחייבו במזונותיה באותה תקופה שהם מחוייבים בפירוד. מאחר שיש לה כתובה ואינה בעמוד והוצא, לא הפסידה זכותה למזונות.

אך הרב אברהם הכהן ז"ל מגירבא כתב, דאמנם לא הפסידה כתובתה אך אינו חייב במזונותיה. וז"ל - "אך לענין המזונות נראה דאין לה מזונות, שכבר כתב המרדכי והריטב"א ז"ל והו"ד בב"י ובהגהת שו"ע דאין האיש מתחייב במזונות אשתו אלא בהיותה עמו ומשמשתו דמשועבדת היא לו ע"ש. ונ"ד דומה לאשה שיצאה מבית בעלה בלא שום טענה על בעלה. לפי שההפרשה היא הגורמת לנפשה והיא שנתנה אצבעה בין שיניו שלא הגידה לו ענינה, אמנם נראה לי שיכולה לומר לו או זון או הוצא".

והרב אליהו חזן ז"ל מחבר הספר תעלומות לב כתב בתשובתו - "ובענין מזונותיה בימי הפרשתה נ"ל פשוט

ביאור שיטת המהרי"ט

המהרי"ט (ח"א סי' קיג) כתב תשובה המתייחסת למקרה בו האשה תובעת גירושין בטענה שהבעל נכפה. ונשאל האם ניתן לכפותו על הגט והאם חייב במזונות כל עוד לא גרשה. וכתב שלענין כפיה על הגט יש לחוש שמא עפ"י הדין אין כופין לגרש בכה"ג והוי גט מעושה שלא כדין. אך לענין מזונות כתב לחייבו במזונות, וז"ל - "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 אע"פ שנתן לה כתובתה, כל זמן שהיא מעוכבת מלינשא מחמתו".

וכן בתשובת פרי צדיק (להג"ר רפאל ידידיה שלמה צרור ז"ל) סי' יא, דן במי שנסתמא בשתי עיניו והאשה תובעת גירושין, והאריך להוכיח שאין לכפותו על הגירושין דלא להוי גט מעושה דיש לחוש לדעת המחמירים בזה. ובסיום דבריו כתב - "ומ"מ אין כופין את האשה לישוב עמו כיון שבאה בטענה זו ... ולענין המזונות חייב להעלות לה מזונות כל זמן שאינו פוטר בגט, דהא מצדו היא מעוכבת מלינשא לאחר לכן צריך להעלות לה מזונות, ואפשר שמתוך עניינים אלו יתרצה לתת לה גט, ויש להשתדל לפייסו בדברים וכיוצא בעניינים אלו אבל לכופו בכל שום אופן כפייה ח"ו להעלות זה על הדעת דמי יקל ראשו בענין חמור כזה".

מבואר מדבריו שלמרות שלא הסכים לכופו על הגירושין, מ"מ כתב לחייב במזונות, לא בתורת כפיה על הגט, אלא מכיון שמעוכבת מחמתו מלהנשא, והיינו כסברת מהרי"ט.

וכן תשובת מור ואהלות (להג"ר יצחק ענתבי ז"ל) חלק אה"ע סי' י', השיב לענין נכפה שאשתו תובעת גירושין, שבתחילה דן אם ניתן לכפותו לגרש, ובסיום דבריו כתב - "בנ"ד אם יראה בעיני חכמי הדור לכופו להוציא אף ידי תכון עמהם, ואם לא יוכשר בעיניהם לכופו להוציא, מ"מ עבדינן ליה הרחקות וכמה טעדיקי לבוא ולומר רוצה אני לגרש, וכל עוד שלא גרש חייב במזונותיה אע"פ שאינה יושבת תחתיו, כיון דלכו"ע אין יכולין לכופה לישוב תחתיו".

מבואר מדבריו שחייב המזונות אינו כחלק מהאמצעים שנוקטים כנגד הבעל על מנת שישכים לתת את הגט, אלא די בכך שלא ניתן לחייבה לשבת עמו.

ואמנם בספר בני בנימין סי' לו כתב על תשובה זו של המור ואהלות - "לא ידעתי מנא ליה כיון שלא הביא ראייה וסיוע לדבריו". אך לפי המבואר לעיל שיטה זו מבוססת היטב בראשונים, וס"ל כשיטת מהרי"ט ופרי צדיק שהבאנו לעיל, (ולהלן יתבאר דאין נ"מ בכך שהאשה תובעת גירושין).

יש שנקטו בהבנת דברי המהרי"ט, דבדבריו אלו קבע את הדין לחייב מזונות דוקא כשהבעל מחוייב על ידי ביה"ד לגרש, (אף כשעדיין אין כופין אותו לגרש), עיין פד"ר ח"א עמ' 74 וח"ד עמ' 161. ועיי"ש בפד"ר ח"א הנזכר שכתבו - "אמנם נראה דחייב זה שחידש המהרי"ט לחייבו במזונות

תהיה נאמנת להוציא ממנו מזונות. וכלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה, ואפילו להפוסקים שבג"א נאמנת גם ליקח כתובה, היינו משום שכיון שכופין להוציא שוב מספר כתובתה נלמד לכשתנשאי, אבל בזה שאין ללמוד מספר כתובתה, לענין מזונות ודאי שאינה נאמנת כלל לדבר שבממון. ואפי' לדברי הרב המגיד פרק כ"ב מאישות הלכה ל"א שנאמנת מטעם חזקה אינה מעיזה אפילו לענין ממון, היינו להחזיק בידה ממון שהיא מוחזקת בו, אבל להוציא מיד הבעל כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה, וכנ"ל".

בסיום תשובתו קבע הנודע ביהודה לדונה כמורדת על בעלה בטענת מאיס עלי באמתלא שאינה מבוררת, ואינה זכאית למזונות. עכ"פ חזינן בדעתו, שרק מפני שעל פי ההלכה, האשה אינה נאמנת בטענתה, הבעל רשאי למנוע ממנה מזונות בטענה שדינה כדין מורדת.

אך מצאתי בתשובת רעק"א ח"ג סי' נא שכתב שלא כדעת הנודע ביהודה בזה.

הנידון באותה תשובה הוא "באשה ששהתה תחת בעלה ג' שנים ואחר כך טענה שאין לו גבורת אנשים ושעדיין היא בתולה ובאה בטענה בעינא חוטרא לידא".

בתוך תשובתו כתב הגרעק"א לרב השואל, שצדד לחייבו במזונות כל עוד לא נתן גט - "והנה באם נדון דבנ"ד יש לה מזונות, בזה יצא לדון במכחישה גם כן יש לה מזונות, הנה בכל דברי ידידי נ"י לא מצאתי יסוד מוסד לזה, זולת סברתו האחרונה". ואמנם בכל התשובה דחה הגרעק"א את טענות הרב השואל לחייבו במזונות כשם שחייב בתשלום הכתובה, דשאני כתובה דמחוייב רק בעיקר כתובה, וזאת מפני מדרש כתובה. אך בסוף דבריו כתב הגרעק"א - "ומ"ש ידידי נ"י בסוף דבריו ד"ל דאף אם שקר בפיה ומפקעת עצמה שלא כדין, מ"מ מדינא יש לה מזונות עד הגירושין, אלא דבמורדת קנסוה רבנן, ומשום הכי עכ"פ אלים להבית דין טענתה ע"י חזקה דהעוזה דאינה מעיזה, לאמתלא טובה, שלא לשווייה כמורדת ושלא לקנסה, וממילא יש לה מזונות, מסתברים דבריו".

העולה מדבריו שמאחר שיסוד הפסד הכתובה נובע מכח קנסא דמורדת, אמנם אם האשה מוחזקת כמשקרת בטענתה, קנסינן לה במזונותיה, אך במקום שיש בפיה טענה טובה, כגון דחזקה שאינה מעיזה פניה בפני בעלה, דהיא אמתלא טובה להאמינה, אף דבעלמא אין מוציאים ממון מכח טענה זו, עכ"פ אנו קובעים שאין ראייה שהיא משקרת בטענתה, וממילא לא קנסינן לה. וכפי הנראה זו סברת העדות ביעקב במה שכתב "מילתא דפשיטא היא דכל אשה שבאה בטענה למרדה בבעל ואיכא אמתלאה לדבריה ... לאו מורדת מיקריא כלל ואינה בשום חיוב וקנס הנשים המורדות באלוף נעוריהם כו', אשר א"כ, אף אם לא נאמין מכל וכל לאיתתא דא דנידון דידן ... מ"מ מורדת לא מקריא כלל".

לגרש, אין חיוב הגירושין עילה לחייבו במזונות, וז"ל - "גם יש לי פקפוק גדול לומר שמשעה שתבעו לגרש, והדין באמת דכופין אותו, אין לה עוד מזונות, כיון דבעמוד והוצא קאי ... אולי כל שהדבר עומד להתגרש, שוב אין הבית דין פוסקים לה מזונות, כיון שהבית דין רוצים לכופו לגרש אין שייכות לחיוב מזונות".

הרי שהגרע"א כתב בפשיטות להפך מהסברא המקובלת, בדעת מהרי"ט, דמכח החיוב לגרש אתינן עלה לחייבו במזונות, אך בסיום תשובתו כתב הגרע"א לחייב במזונות, מטעם שהביא בשם הרב השואל, והגרע"א הסכים עמו, וז"ל - "מדינא יש לה מזונות עד הגירושין, אלא דמורדת קנסה רבנן, ומשום הכי עכ"פ אלים להבית דין טענתה ע"י חזקה דהעזה דאינה מעיזה, לאמתלא טובה, שלא לשווייה כמורדת ושלא לקנסה, וממילא יש לה מזונות", והיינו כפי שכתבנו לבאר את שיטת מהרי"ט.

לפי דרכו של מהרי"ט קיים חילוק בין אגידא גביו מחמתו, כגון בנידון מהרי"ט שהבעל נכפה, ובין אשה שמאסה בבעלה, שאין לה מזונות, מפני שהיא אגידא גביו מחמתה. ונראה שדין זה של חיוב מזונות מחמת ש"מעוכבת מחמתו" אינו גדר חדש של חיוב מזונות, מחמת קנס וכיוצא ב, ומעיקרא חיוב מזונות בכל אשה הוא מטעם דאגידא גביה.

ונבאר את הדברים. בגמרא במסכת כתובות דף צז: מבואר שמגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב מזונותיה, ופרש"י "דוקא בחייו משום דמעוכבת בשבילו להנשא אבל לאחר מיתה לא, דדלמא גירושין הוו ואין לה מזונות דמספיקא לא מפיקין ממזונא". מבואר שמדינא אף בחייו לא היה לנו לאפוקי ממזונא מספיקא, ומחייבים רק מפני שמעוכבת מחמתו מלהנשא. והנה במסכת ב"ב דף מז: ברשב"ם כתב - "כיון דמגורשת ואינה מגורשת אשתו היא וחייב במזונותיה ... חייב במזונותיה דאכתי אגידא גביה". משמע שאין לראות בחיוב המזונות בספק מגורשת גדר חיוב חדש, אלא אנו דנים אותה כאשתו וממילא חייב במזונות כעיקר הדין שחייב במזונות אשתו מכיון שאגידא גביה, (לעומת מזונות אלמנה שנובעים רק מכח תנאי כתובה).

וכן כתב בספר נחל יצחק ח"א (בסוף הספר בחידושי לסי' עז) שבאשת איש חיוב המזונות נובע משני כוחות. מכח תנאי כתובה וגם מכח דאגידא גביה, ומבואר בדבריו שיסוד חיוב מזונות מהתורה או מדרבנן הוא מצד הא דאגידא ביה, ולזה הצטרף החיוב מכח תנאי כתובה. וז"ל הנחל יצחק - "בחייו הבעל אף בלא הטעם דתנאי כתובה, ג"כ מגיע לה מזונות משום דהא אגידא ביה, ולמ"ד מזונות מהתורה הוי מהאי טעמא ג"כ, ולמ"ד דרבנן ג"כ הוי מה"ט אף זולת הטעם דתנאי כתובה, ולכן אף היכא דמחלה כתובה או נפרעה כתובה דאו אין לה תנאי כתובה ... מ"מ בחייו דאגידא ביה ומעוכבת בשבילו להנשא חייב במזונות".

וכן מצינו בספר אבני מילואים סי' צג בהגה"ה סק"א שכתב בזה כנחל יצחק, שעיקר חיוב מזונות יסודו מפני

משום דהיא אגידא גביה ומעוכבת להנשא על ידו, אינו נובע מתנאי הכתובה שהבעל מתחייב בהו ע"י קשר הנשואין, אלא זהו חיוב חדש מתקנת חז"ל שהוא מחייב במזונותיה כל זמן שהיא מעוכבת להנשא על ידו, וכמו במגורשת ואינה מגורשת, דמדין תנאי כתובה אי אפשר להוציא ממנו כלום, ועיין להלן סי' מ'.

לכאורה היה נראה לומר שבתשובת מהרי"ט מבואר לחייב במזונות גם כשביה"ד עדיין לא הוציא פסק דין לחייב את הבעל בגירושין, אלא די בכך שהאשה מורדת בו בטענה מוצדקת, שיש לה הצדקה בדין, והעילה לפירוד נגרמה מחמתו, מכיון שאין להחיל עליה דין מורדת, לכן לא הפסידה מזונות. ואף אם תובעת גירושין והבעל אינו רוצה לגרשה חייב במזונות, מפני שהיא נידונת כאגידא גביה מחמתו.

וכן מבואר בלשונו של המהרי"ט, שתלזה את עילת חובת המזונות בכך "שהיא מעוכבת מלינשא מחמתו". אילו דינו של מהרי"ט נאמר דוקא בכה"ג דאיכא חיוב על הגט, היה מהרי"ט צריך להקדים ולבאר דבספק מגורשת חייב לגרש בגט נוסף על מנת למנוע ממנה עיגון, ומדלא הזכיר דבר מחיוב הבעל בגירושין בספק מגורשת, משמע שגם בלא חיוב לגרש, מחייב במזונות מפני שאגידא גביה.

דין חיוב מזונות מכח הא דאגידא גביה נאמר דוקא כשהעילה למצב הזה, נבעה מכח הבעל, דומיא דמגורשת ואינה מגורשת שהבעל נתן לה גט ספק קרוב לו ספק קרוב לה ובידו לתת גט אחר כדין, וכן בעובדא דמהרי"ט והפרי צדיק שהפירוד נגרם עקב היותו נכפה או בעל מום, והדין עמה בטענתה שאינה יכולה לדור עמו. ולפי דברינו הדין מבואר היטב - בכה"ג אין לדונה כמורדת ולכן לא הפסידה מזונותיה. וה"ה באופן המבואר באה"ע סי' עד סעיף י' שאינה מסכימה לדור עמו באותה חצר בה אמו ואחיו דרים, והדין עמה. אבל במקום שהפירוד נגרם מחמתה, כגון באשה שמאסה בבעלה ואפילו יש לה אמתלא מבוררת, כגון בטענה המוזכרת בטור בסי' עז שהאשה טענה שאינו הולך בדרך ישרה ומכלה ממונו, אף להסוברים שהבעל חייב לגרשה או עכ"פ מצוה עליו לגרשה, מ"מ אין לדונה כמעוכבת מחמתו, דהא היא מעוכבת מחמת עצמה שהחלה למאוס בו, ואף שאנו קובעים שאין זו מורדת הרוצה לצערו, ונאמנת שהוא מאוס עליה, מ"מ כל עוד לא פשע כנגדה, וכן אין בו מום שבעקבותיו הדין נותן שאינה מחוייבת לדור עמו. הרי אנו דנים את הפירוד כפירוד שהאשה גרמה, ואף אם נדון אותה כאנוסה בפירוד זה, וכמ"ש הר"ן, מ"מ הפירוד נובע ממנה, ואינו חייב לזונה. ועיין בפד"ר ח"ד עמ' 252 שכתבו שלא לחייב מזונות במאיס עלי גם לדעת הרמב"ם הפוסק כפיית גט במאיס עלי.

ולפי דרכנו בביאור שיטת מהרי"ט וסייעתו, מצינו סיוע חשוב לשיטת מהרי"ט מתשובת הגרע"א. הגרע"א בתשובה ח"ג סי' נא צידד בפשיטות שבמקום שאנו כופין את הבעל

מסקנת הדברים

הוכחנו שהפסד המזונות בכל אחד משלושת המקרים שהזכרנו נובע מכך שיש לאשה גדר של מורדת. כן הוא במורדת מתשמיש האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה או האומרת מאיס עלי, וכן הוא במורדת מכל המלאכות שבבית.

כיוון שהתברר שיסוד חיוב המזונות נובע מכך שהאשה אגידא גביה מחמתו, נמצא שבמורדת אין מקום לטענה שיש חיוב מזונות מפני שהיא אגידא גביה, ובנסיבות אלו האשה נידונת כמי שאגידא גביה מחמתה, מאחר והיא זו שיצרה את המצב הנוכחי של הפירוד, וזאת לאחר שגם אשה האומרת מאיס עלי בטענה מבוררת שהפסידה מזונות, היינו דוקא כשהבעל מצידו נהג עמה כראוי ולא פשע כנגדה, אלא שהיא מיוזמתה מאסה בו ותלתה את עילת המרד בטענה אמיתית, כגון שטענה שהוא מכלה את ממונו, אך עכ"פ בעיקרו של דבר היא יזמה את הפירוד עקב גורמים שאינם מחייבים עפ"י דין את הגירושין. לעומת זאת אשה שמרדה בבעלה בטענה מוצדקת מחמתו, כגון בנכפה, מכיון שבנסיבות אלו האשה אינה בגדר מורדת ולא הפסידה מזונות. בבעל נכפה אנו דנים שהפירוד נגרם מחמתו, למרות שהאשה תובעת גירושין, מכיון שקיימת בו עילה המחייבת עפ"י הדין שיתן גט, וה"ה בכל מקרה בו לא ניתן לדונה כמורדת כגון שהיא אנוסה בפירוד או שניהם אנוסים בכך, וכגון בנידון שיובא להלן.

מזונות לאשה שעזבה את הבית והמניעה ממנו אך תובעת גירושין

אשה שעזבה את הבית ועברה להתגורר במקום אחר, ועזיבתה היתה מוצדקת על פי הדין, כגון באופן המבואר באה"ע סי' ע' סי"ב, שעזבה בטענה שהיא בשכונה שיוציאו עליה שם רע, או שלא מיתדר לה עמו מחמת שהוא מתקוטט עמה והמניעה היא ממנו, או באופן המבואר בסי' עד סעיף י' שאינה מסכימה לדור באותה חצר שאמו או אחיו דרים, והדין הוא שהבעל חייב לזונה אע"פ שאינה בביתו, כמבואר בסי' ע' סי"ב. יש לדון מה הדין אם לאחר שעזבה את הבית, והבעל עדיין לא ביטל את העילה שגרמה לה לעזוב (כגון שעזבה מחמת טענה כנגד המדור, והבעל עדיין לא שכר דירה אחרת, או שעזבה מחמת שהוא מעורר קטטות עמה וקיימת אומדנא שהמצב עדיין לא השתנה וגם כעת יש לחוש שהבעל יעורר קטטות עמה). ובעקבות זאת האשה לאחר עזיבתה תבעה גירושין, ומנמקת את הבקשה בטענות הנזכרות לעיל, אך הבעל עדיין אינו נותן גט, האם גם בתקופה זו חיוב המזונות נשאר בעינו. כמובן שבזמן שהאשה נמצאת מחוץ לבית היא אינה מקיימת חובותיה לבעלה, ויש לדון האם הבעל חייב לזונה בזמן שאינה בביתו. כשהאשה אינה תובעת גירושין פשיטא שהבעל חייב לזונה, כמבואר בסוף סי' ע', ולאחר "שהוא הכישה במקל"

שהיא אגודה גביה. אלא שכתב לבאר בדרך אחרת מהנחל יצחק, וז"ל המגיה באבני מילואים - "יש בכלל מאתים מנה, ר"ל מזונות דבחייו מלבד שהוא מחויב מצד האישות שביניהם מדאורייתא או מדרבנן, הנה היה תנאי ב"ד שכל זמן שהיא יושבת ואגידה גביה אע"ג שיפסוק האישות שביניהם יהא חייב לזונה". (וכל זה אינו כדעת בני יעקב שהביאו בפד"ר ח"י עמ' 306 שחיוב זה מטעם קנס).

העולה מדברינו שיסוד חיוב מזונות מעיקרו הוא מצד דאגידא גביה, ולכן החיוב ביסודו קיים אף בספק מגורשת ולא ניתן לדון לפטרו מפני הספק, דהיינו שהיא ספק מגורשת, מאחר שגם בספק עדיין היא אגידא גביה, והחיוב עומד בעינו.

כאמור חיוב המזונות קיים כשהאשה אגידא ביה מחמתו, אבל במקום שהוא מבקש לתת גט והאשה אינה מסכימה לקבל גט, לדינא דגמרא ובטרום חדר"ג, הרי שהיא נידונת כמעוכבת מחמתה, ולכן דעת הרא"ם בתשובה סי' ל' שאף לאחר חדר"ג שאינו יכול לגרשה בע"כ, מ"מ כיון שהיא מעכבת הגירושין והיא זו שממשיכה את המצב של הפירוד ללא גט אינו חייב במזונותיה. ואף שנחלקו עליו האחרונים, היינו מטעם שכתבו שזו גופא היתה תקנת ר"ג, שימשיך לזונה, דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתם, עיין בבית מאיר ריש סי' עז. אבל בלא"ה ס"ל כסברת הרא"ם שכל שהעיכוב ממנה אינו חייב לזונה, ורק בספק מגורשת שהיא מבקשת להתגרש והעיכוב ממנו חייב במזונות. אמנם יש חולקים ולדעתם גם לדינא דגמרא לא תחשב כמעוכבת מחמתה עקב סירוב לקבל את הגט, וחייב במזונותיה, ויבואר להלן בסי' לה.

אבל באומרת "מאיס עלי" ומבקשת להתגרש, אך הבעל מבקש להחזירה אליו לשלום בית, מכיון שהיא גרמה לפירוד לא ניתן לדון שהיא אגידה בו מחמתו.

נוסיף ונבהיר, אף לדעת ר"ת בספר הישר (חלק התשובות סי' כד) שבאומרת מאיס עלי אין כופין לגרש, אבל ניתן לפסוק הרחקה מהבעל במתכונת הידועה בפוסקים כ"הרחקות דר"ת". אין ללמד מכך שלדעת ר"ת יש לחייבו במזונות באומרת מאיס עלי. מפני שתשובת ר"ת מתייחסת לאשה הטוענת "מאיס עלי" ובנסיבות המבוארות לעיל שהמניעה ממנה, אך אין עילה לחיוב הבעל בגירושין מפני מעשיו. אע"פ כן, רבינו תם פסק את ההרחקות, למרות שמכח דיני הגירושין אין חיוב גט, אלא מפני שהיא מעוגנת מחמת הפירוד הממושך והעיכוב בגירושין, הורה שמוטל על הבעל והציבור למנוע עיגון זה. הוראה נובעת ממצוות ואהבת לרעך כמוך, והוראה לציבור הנובעת מהלכות הנהגת ציבור ביחס לבעל המעגן את אשתו, ועיין להלן סי' פ-פב מש"כ באריכות בביאור "הרחקות דר"ת". וכל זה אינו עניין למקרה שבו בגוף דיני הגירושין קיימת לחובה לגרש, כגון באותם הלכות המבוארות בשו"ע אה"ע סי' קנ"ד, ובהם המניעה ממנו, וחייב במזונות.

של הריטב"א עסקינן בבעל שנוהג שלא כהוגן כלפי אשתו ולכן אינה נידונת כמורדת ולא הפסידה מזונותיה. וכמו שהבאנו לעיל מהבית יעקב, שאדרבה השהוה דין מאיס עלי להא דסוף סי' ע' שעזבה את הבית ושהמניעה היא ממנה.

באמירה בעלמא בלבד, דהיינו בתביעת הגירושין, לא הפסידה מזונותיה כל עוד אין מאחרי האמירה מעשה מרידה.

וזכר לדבר כעין זה דאינה נידונת כמורדת מכח אמירה גרידא מצינו בגמרא במסכת יבמות דף קטז. "היכי דמי קטטה ... באומרת לבעלה גרשני, כולהו נמי אמרי הכי" (ופרש"י "בשעת כעסן"). הרי שאין חשיבות לדיבור בעלמא שתובעת גירושין, כשאין מעשה הנעשה שלא כדין מכח אמירה כזו.

ויש להוכיח שאינה נידונת כמורדת בנידון כזה כשתובעת גירושין. במסכת כתובות דף סג: מבואר שגם נדה נחשבת מורדת. וכתב הרשב"א בחי' עמ"ס כתובות שם - "נדה דהויא מורדת מתשמיש, דוקא בשמרדה בלא עת נדתה דבהא איכא למימר אינו דומה מי שיש לו פת בסלו, אבל התחילה למרוד בעת נדתה לא, דהתורה המרידתה, ושמה רצתה לצחק בו עד שתטבול. והכין איתא בירושלמי דגרסינן התם מה אגן קיימין אי בשמרדה עליו והא נדה התורה המרידתה עליו, אלא כן אגן קיימין שמרדה עליו עד שלא באה לנדה ובאה לנדה". וכן דעת הר"ן והרי"ז המובא בשלטי הגבורים, וכן כתב הנימוקי יוסף עמ"ס כתובות (שם), והובאה שיטה זו ברמ"א סי' עז ס"ב בשם י"א.

והנה, כשהחלה למרוד בעת נדתה, אין בכך מעשה מרידה, אלא רק דיבור והצהרה שהיא החליטה למרוד בו, ואפ"ה אין אנו דנים אותה כמורדת מכיון שאין ערך לדיבורה אם אין מאחורי הדיבור גם מעשה מרידה.

וכן כתב הבית יעקב סי' עז ס"ב (ד"ה קודם חוליה) דלשיטת הירושלמי אינה מפסידה מזונות כשמרדה בתוך ימי נידותה.

לפי זה ה"ה בנידון דידן, מכיון שכל המרד שלה בא לידי ביטוי רק באמירה שמבקשת גירושין, אמירה החסרה ביטוי מעשית, אינה נידונת כמורדת ולא הפסידה מזונות.

ואין סתירה לדברינו משיטת החולקים על הרשב"א וסייעתו, הסוברים שהבבלי פליג בזה על הירושלמי, ונידונת כמורדת אף כשמרדה בתוך ימי נידותה. שאני התם שבמרידתה פעלה שאין לבעל פת בסלו, וס"ל לבבלי דאף תוצאה כזו מדיבורה גורם לה להחשב כמורדת, משא"כ הכא "שהוא הכישה במקל שתברח" (כלשון התשובות המיוחסות לרמב"ן סי' קג) והוא גרם לכך שאין לו פת בסלו, לכן כל עוד לא יבטל את ההכשה במקל, לכו"ע אין לדונה כמורדת.

עכ"פ ניתן לומר שיש ראייה לדברינו משיטת הרשב"א וסייעתו, ואין הכרח שהחולקים עליהם לא יסכימו לדברינו. וכן מוכח מסתימת לשון הריטב"א והשו"ע בסוף סי' ע' שכתבו את דבריהם בסתמא ומבואר דאיירי בכל גווני ואפילו

שתצא, (כלשון הרשב"א בתשובה במיוחסות סי' קג), אינו יכול להפטר מחובת המזונות. אך יש לברר, בנסיבות הנוכרות כשהאשה תובעת גירושין, ומכריזה שאינה מוכנה לחזור לבעלה, האם תפסיד מזונות בעקבות תביעה כזו. האם בכך דינה כמורדת האומרת מאיס עלי התובעת גירושין, שהפסידה מזונות כמבואר לעיל, או דילמא שאני מורדת האומרת מאיס עלי שהכל תלוי בדעתה, ואילו חפצה, היתה חוזרת לבעלה לאחר שהוא אינו מונע ממנה דבר ואינו מעכבה מלשוב, ותביעתה להתגרש באה בד בבד עם התנהגות מעשית של מרידה בבעל, לכן דינה כמורדת שהפסידה מזונות. משא"כ בנסיבות הנוכרות שאין משמעות מעשית לתביעת הגירושין הזו, שהרי בלא"ה אינה דרה בביתו, ואינה יכולה לשוב, ועפ"י הדין במצב הנוכחי אינה חייבת לשוב ולדור עמו בביתו, מדוע תפסיד מזונות בתביעתה לגירושין, תביעה שאין מאחריה מרידה מעשית.

נראה שהלכה זו תלויה בשאלה אם הפסד המזונות יפסק רק בכפוף לקביעת מעמדה של האשה כמורדת, שאם כן בנסיבות אלו אינה מורדת, מכיון שהפירוד היה מוצדק וכעת אין לה אפשרות לחזור לבעלה, לא תפסיד מזונותיה. ולפי המבואר לעיל העיקר כסברא זו, ויש לחייב את הבעל במזונות.

ואין נ"מ שכעת בעת הפירוד, האשה טוענת שאינה מוכנה לחזור לבעלה גם אם תוסר העילה שמחמתה עזבה את בעלה. אמירה כזו בלבד, שאין מאחוריה מעשה מרידה, אינה גורמת לה להחשב מורדת. ואינה דומה למורדת האומרת מאיס עלי המבקשת להתגרש, שמלבד האמירה קיימת מרידה מעשית, שאינה מוכנה לחיי אישות עמו.

אמנם בספר זכור לאברהם (להג"ר אברהם ב"ר אביגדור ז"ל) כתב (בהשמטות בהלכות אישות פרק יד) שבעקבות תביעת הגירושין הפסידה מזונות. הזכור לאברהם הקשה מדברי הרשב"א והרב המגיד שכתבו שהאומרת מאיס עלי הפסידה מזונותיה, על דברי הריטב"א הנ"ל שנפסקו להלכה בשו"ע בסוף סי' ע' שלא הפסידה מזונות כשהמניעה ממנו. וסבר הזכור לאברהם להשוות טוענת מאיס באמתלא מבוררת לטוענת שהמניעה ממנו. ובתירוץ ליישב שאינם חולקים כתב, וז"ל - "מש"כ הריטב"א דנותן לה מזונות הוא כשהיא חפצה בו ואינה אומרת מאיס עלי, אלא משום איזה סיבה אינה יושבת עמו בבית, או מפני קטטה עם חמותה או סיבה אחרת שיש לה טענה וטעם לדבריה דומיא דמתניתין, משום הכי נותן לה מזונות שהרי אשתו היא. אבל האומרת מאיס עלי ואינה רוצה להיות אשתו למה תתבע מזונות".

ונראה שיש מקום לדחות את דברי הזכור לאברהם, ואין להשוות אומרת מאיס עלי באמתלא, לדינו של הריטב"א. באומרת מאיס עלי, כאמור הבעל מצידו לא פשע כנגדה, והמרידה נובעת רק מהאשה. אמנם היא תולה את המרידה בו, אך מכיון שאין המדובר במעשיו הרעים שפשע כלפי אשתו, היא נידונת כמורדת, וכמבואר לעיל. משא"כ בדינו

בפרק המדיר ואלו שכופין אותו להוציא מוכה שחין ובעל פוליפוס והמקמץ והמצרף נחושת ובורסקי, ועוד שנינו התם האיש שנולדו בו מומין אין כופין אותו להוציא לכן אין לכופו לגרש, אך תפייסנו שיגרש או תקבלנו ותזון מנכסיו".

וכתב שם בתשובת יביע אומר, שמסיום לשון הרא"ש שכתב "תפייסנו שיגרש או תקבלנו ותזון מנכסיו", מוכח שאם תובעת גירושין אינה ניזונת מנכסיו אף שיש לה טענה טובה כנגדו.

ועיין בספר הר צבי על הטור אה"ע סי' קנד שהקשה ממשמעות דברי הרא"ש בסיום דבריו, שאם אינו מוכן לגרשה אין לה מזונות אלא אם תקבלנו, ואילו לשיטת הריטב"א (שנפסקה להלכה) יש לה מזונות אף בנידון כעין זה, דכל שבאה מחמת טענה יש לה מזונות אף כשאינה בבית בעלה.

תשובת הרא"ש התבארה בספר הר צבי על הטור, עפ"י ביאור הגר"א ס"ק יז. בתשובת הרא"ש מפורש שהנידון הוא באשה שידעה עוד טרם נישואיה, מה טיבו של הבעל, אך טוענת שאביה העני השיאה לו מחמת דוחקו, ואמנם התשובה מצידו של הבעל היתה שהיא הכירה זו. בנסיבות אלו לא חל כל שינוי בבעל ובהתנהגותו, והאשה היא זו שיוזמה את השינוי, ולאחר שטענת "סבורה הייתי שאוכל לקבל ואיני יכולה" אינה מתקבלת לחייבו בגט כפסיקת הרמ"א בשו"ע סי' קנד ס"א, בכך חזר דינה כאשה האומרת מאיס עלי, שהפירוד נובע מהאשה, מאחר שלא חל שינוי מהותי במצבו של הבעל בעת תביעת הגירושין יחסית למצבו טרם הנישואין, בכל הנוגע לעילות לחיובו בגירושין, ולא ניתן לומר שהמניעה ממנו, ובנסיבות אלו אינה זכאית למזונות.

וביאור זה מוכרח בדברי הרא"ש, ממה שמצא לנכון לפרט את טענתה "כסבורה הייתי" וכו' ואת כל הסיפור ביחס לאביה, וכן את תגובת הבעל בנקודה זו, ואף הטור והשו"ע שהביאו בקצרה את דינו של הרא"ש מצאו לנכון להזכיר זאת.

ואכן בעיקר דברינו שהעלנו בדינו של הריטב"א והשו"ע סי' ע' סי"ב, שאם המניעה ממנו הדין שאינה מפסידה מזונותיה גם כשתובעת גירושין, מסכים הגרצ"פ פראנק זצ"ל בהר צבי. וכן פסק בשו"ת ישכיל עבדי ח"ה חאה"ע סי' נ' באשה שעזבה את בעלה והמניעה היתה ממנו שנהג עמה שלא כהוגן והכה אותה, והבעל בקש שלום בית ומקבל עליו דברי חכמים לנהוג עמה כראוי, והאשה תובעת גירושין. ופסק שם, בתשובה שנכתבה כנימוק להחלטה של ביה"ד הגדול, - "אמנם בנוגע לפוטרו ממזונותיה במקרה של סירוב האשה לשלום, נלע"ד שזה פזיזות יותר מדאי מצד בית הדין, שאיך אפשר לדונה כמורדת גמורה להפסידה מזונותיה כל עוד שלא נתברר שהיא מורדת גמורה, ולא השתמשנו בכל אותם הדרכים המובאים בסי' עז להתרותה ולהכריז עליה ד' שבתות".

בתובעת גירושין, ומי לא עסקינן שהאשה תובעת להתגרש בעקבות הטענות שהעלתה כנגד בעלה, ומסתימת לשון הריטב"א וכל הפוסקים שהביאוהו מוכח דאף אם תובעת גירושין דינא הכי דלא הפסידה מזונות. וכן עולה מתשובת מהר"ם מרוטנבורג (והמרדכי שהביא דבריו) שהבאנו לעיל דאיירי אף כשהאשה תובעת גירושין. דמהר"ם בסוף דבריו כתב שאם הבעל או בני ביתו הרגילו קטטה עמה ולכן האשה עזבה, עליו לזונה במקום שהיא שם ולהוציאה למדור אחר, ומסיים מהר"ם "ואם אינו מוציאה מגרש לה ויתן לה כתובה". משמע שבכל התשובה עסקינן בכך"ג שהאשה תובעת שיתן לה גט, דאם לא כן לא מסתבר שהמהר"ם יפסוק שחייב לגרשה בלי שהאשה מבקשת כן. וכן משמעות תשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' קב, שקבע להתרות בבעל שאם יכה את אשתו יחייב בגירושין, משמע שהנידון שם היה שהאשה תבעה להתגרש, דאל"כ מהי"ת שאנו ננקוט יוזמה להתרות בבעל שיחייב בגירושין, אם אשתו כלל אינה מבקשת להתגרש. עכ"פ אם תביעת גירושין שוללת זכותה למזונות, מדוע מהר"ם והרשב"א בתשובותיהם לא מצאו לנכון להודיענו שלא לחייבו מזונות אם היא תובעת להתגרש. וכן יש להוכיח מתשובות מהרי"ט פרי צדיק ומור ואהלות הנוכרות שבמקום שהאשה אינה בגדר מורדת לא הפסידה מזונות אף כשתובעת גירושין, וכפי הנידון שם בתשובות. ובהתאם למה שבארנו, הדין כן אף כשעדיין לא ניתן פסק דין לחיוב הבעל בגירושין.

וכן מבואר מדברי הנודע ביהודה מהדורה תניינא אה"ע סי' פט שהבאנו לעיל, שפסק חיוב מזונות אף כשבני הזוג דרים בנפרד ואף כשהאשה תובעת גירושין, וכפי שמבואר בנידון שבנודע ביהודה, עיי"ש.

והנה בשו"ת אמר שלמה אה"ע סי' ו' (בשם מהר"ם גוטה) ובתשובת יביע אומר חלק ה' חלק אה"ע סי' יד אות ג' סברו להוכיח מתשובת הרא"ש דבכל גווני שהאשה תובעת גירושין, הפסידה מזונות אף כשהמניעה ממנו. אך נראה שאין ראייה מדברי הרא"ש.

הרא"ש בתשובה כלל מג סי' ג' עוסק באשה שתבעה לכופף את בעלה לגט. בתחילה הביא הרא"ש את סיפור המעשה כפי שעולה מטענות האשה ומטענות אבי הבעל. וז"ל הרא"ש - "ומה שטוענת שבעלה מטורף וטפשות מתוספת עליו מידי יום ויום, ושואלת שיגרשנה טרם יטרף ותהיה עגונה לעולם וגם שמא תלד בנים ולא יוכל לזונה, ואביה היה עני ומחמת דחקו השיאה לו, וכסבורה היתה יכולה לקבל ואינה יכולה לקבל, כי מטורף הוא לגמרי ויראה פן יהרגנה בכעסו. כי כאשר מרגיזים אותו מכה והורג וזורק ובוטט ונושך, וראובן משיב הכרת בו מקודם לכך וסברת וקבלת גם אינו מטורף אך אינו בקי בטיב העולם ולא יגרשך אלא אם תחזירי הספרים או כסף ערכם ואז יגרשך".

הרא"ש השיב - "איני רואה מתוך טענותם דברים שיהיה ראוי לכופו עליהם לגרש, כי אין להוסיף על מה שמנו חז"ל

היא הרי מתנה שובה לבית בעלה בתנאי שגם הבת תבוא אתה וכולם ידורו יחד בכפיפה אחת, דבר אשר הבעל זכאי להתנגד לכך. ועצם העובדה שאין האשה מוכנה לבוא לבית בעלה בגפה, כמוה כמסרבת להשלים עם בעלה. ואין לפי"ז כל חשיבות במה שאחרי כן הצהיר הבעל שגם אם הבת תסודר במקום אחר אין הוא מעוניין בשלום, הואיל ולמעשה האשה היא המסרבת להשלים אתו, ואם היתה מסדרת הילדה במוסד, באותו תקופת זמן שניתן להם ע"י ביה"ד, היה שב השלום על כנו, וכל הזמן פני הבעל היו לשלום ועשה מאמצים להחזירה אליו והיא סירבה, ואין לפי"ז, כל ערך לדבריו של הבעל כי גם הוא לא רוצה אותה."

משמע מדבריו שהנקודה הקובעת בהלכה זו היא, מי החל במרידה. במידה ושהאשה החלה במרידה, כגון שהאשה עזבה את בית בעלה בטענה שאינה מתקבלת, ובכך מרדה שלא כדין, לא יחול שינוי בקביעה זו, גם אם אחר כך הבעל כבר אינו מעוניין בחזרתה לבית. אבל אם הבעל הקדים ובקש את הפירוד והגירושין שלא כדין, אף שאחר כך האשה, גם היא מוסיפה תנאים לשלום בית והם תנאים שאינם מתקבלים, או מבקשת גירושין, אין בכך להחשיבה כמורדת. וע"ע להלן סי' לה. אך עיין בפד"ר חלק ח' עמ' 325 שלא מצא לנכון לחלק, ולפי האמור לעיל, דבריו צ"ע במש"כ שם שאינה זכאית למזונות, מאחר שלא ניתן לדונה כמורדת לאחר בעלה מרד בה וכבר אינו עמה, וע"ע להלן סוף סי' לו.

העולה מדברינו - אשה שעזבה את הבית בטענה מוצדקת לא הפסידה מזונות אף שהיא תובעת גירושין, וגם אם אין עילות המביאות לחיוב הבעל בגירושין. אבל אם הבעל יבטל את העילות שגרמו לה לעזוב את הבית, וביה"ד יקבע שעליה לחזור לביתו, והאשה תסרב ותעמוד על דעתה שהיא מבקשת להתגרש, אין לחייבו במזונות מכיון שדינה כמורדת האומרת מאיס עלי שהפסידה מזונות, מרידה שכבר יש לה ביטוי מעשי.

ממוצא דברינו במקרים שלדאבוננו מגיעים מידי פעם לבתי הדין, אם הבעל נהג באלימות כלפי אשתו, והאשה עזבה את הבית ותובעת גירושין, אך עדיין עפ"י הדין לא ניתן לחייבו בגירושין, כגון שעדיין לא התרו בו, עיין סי' קנד ס"ב ברמ"א, או מטעם אחר טרם ניתן פס"ד לחייב גט. הבעל חייב במזונות, גם אם האשה מסרבת לחזור. גם כשבני הזוג בנפרד, אין צורך להגיע למצב של חיוב גט על מנת לחייבו במזונות, ודי בכך שביה"ד קובע שלא ניתן לחייב את האשה לחזור הביתה, וביה"ד מסכים שהחשש שלה מאלימות חוזרת הוא חשש מוצדק. מכיון שהאשה אינה בגדר מורדת, הבעל חייב במזונותיה. אמנם אם ביה"ד ישתכנע שהוסר החשש לאלימות, ולמרות זאת האשה אינה חוזרת מכיון שמאסה בבעלה, אם לא תחזור יפטר ממזונותיה. ועיין בשו"ת מהרי"ו סי' קלה שהובא בדרכי משה סי' עז ס"ק יג שאם טענה מאיס עלי מפני שהוא שותה ומקיא ומאבד כל

ועיין בשו"ת יביע אומר ח"ג אה"ע סי' טו שדחה בתוקף את דברי הישכיל עבדי הללו, עיי"ש, אך לפי המבואר בדברינו דברי הישכיל עבדי נכונים לדינא, וכל זמן שלא ניתן להכריז עליה כמורדת לא הפסידה מזונות, כגון בכה"ג שהבעל הבטיח לשוב מדרכו הרעה, אך האשה אינה סומכת על הבטחתו לאור הניסיון שלא עמד בהבטחותיו, ובית הדין שדן את דינם אינו מורה לה לשוב לבעלה, וכיוצ"ב. ומה שהקשה בתשובת יביע אומר שהרי בעת שתובעת גירושין דינה כאומרת מאיס עלי, לפי המבואר בדברינו חילוק גדול ביניהם.

מש"כ בספר יביע אומר ח"ה (שם) להוכיח כדבריו מתשובת הרדב"ז ח"ג סי' תו, שגם כשאינה בגדר מורדת אין לה מזונות כשאינה בבית בעלה. המעיין בתשובת הרדב"ז יראה שהרדב"ז לא הכריע בטענות הצדדים מי דובר אמת, ולכן כתב שלדברי האשה היא אינה מורדת, אך הבעל פטור ממזונותיה מכיון שלטענתו האשה עזבה שלא כדין, לאחר שהתנה עמה שתדור עם צרתה בבית אחד, ומכיון שהשאלה העובדתית לא הוכרעה, לכן פסק שמספק לא ניתן להוציא ממנו מזונות. אבל אה"נ אילו היה מוכח כדברי האשה ודאי שהיה מחייבו במזונותיה, עיי"ש.

ונציין לפד"ר חלק טז עמ' 160, שהביא פס"ד של ביה"ד הגדול שפסק בהרכב של שבעת חברי ביה"ד הגדול לפטור את הבעל ממזונות כשאשתו מסרבת לדור עמו בטענה שבא עליה בנידתה. והביא את הבית יעקב בסי' עז שהבאנו לעיל שאם יצאה מהבית באמתלא מבוררת בעלה חייב במזונותיה, וכתב בפד"ר שם - "השיבו לו חברי ביה"ד הגדול, כי שם מדובר במקרה שמוכנה עקרונית לעשות שלום עם בעלה ולחזור הביתה, לאחר שיתקן את הגורם לעזיבתה. אבל אם אינה מוכנה בשום פנים לשלום אתו, למרות שהסיבה לעזיבתה מוצדקת אין לה מזונות."

ויש להעיר על דבריו. מעיון בפסק הדין הנזכר של ביה"ד הגדול (פד"ר חלק י"ח מעמ' 1 והלאה) עולה שכל חברי ביה"ד פסקו לפטור ממזונות מכיון שלא קבלו את טענת האשה וסברו שאינה נאמנת, ולכן לא היה מקום לדון בשאלה אם היא זכאית למזונות כשעזבה בטענה מוצדקת. רק שני דיינים כתבו שאם הודיעה שלא תחזור אינה זכאית למזונות בכל מקרה, כ"כ הגר"ח עבודי (שם עמ' 10), והגר"ע יוסף שליט"א (שם עמ' 11) ותשובתו נדפסה אח"כ באריכות יותר בשו"ת יביע אומר שהבאנו לעיל. אבל שאר חברי בית הדין הגדול, כלל לא נחתו לבירור נקודה זו מאחר שבנידון שעמד לפנייהם לא האמינוה בטענותיה, ואין לייחס להם את שיוחס להם בפד"ר הנ"ל.

ובפד"ר ח"ו עמ' 8 בפס"ד של ביה"ד הגדול כתב הגרי"ש אלישיב שליט"א באשה התולת את חזרתה לשלום בית בתנאי שאינו מתקבל, ודינה כמורדת, שהדין כן אף אם באותו זמן הבעל כבר אינו רוצה בחזרתה לבית ותובע גירושין. וז"ל - "הרי אף שהיא טוענת שפניה לשלום, אבל

ולפי זה, אם הבעל מוחזק בריעותא כלפי אשתו כגון שנהג כנגדה באלימות, האשה אינה מחוייבת לקבל דבריו שלא ישוב לדרכו הרעה, ואם לפי ראות עיני ביה"ד ניתן להעמיד על כך ערבות יש לדון בכך. עכ"פ כל עוד אין מחייבים את האשה לשוב לביתה מחשש לאלימות וכיוצ"ב, הבעל מחוייב במזונותיה גם אם היא תובעת גירושין.

אשר לו בשחוק והבעל טוען שעזב את דרכו הרעה ולא ישוב לסורו, מקבלים את דבריו ואינו צריך להעמיד ערבות שיתקן דרכיו, כל שאינו מוחזק בריעותא. ומשמע שאם הוא מוחזק בריעותא זו אין מקבלין את הבטחתו שלא ישוב לכסלו, אך משמע מדבריו שאם מעמיד ערבות יש לקבל דבריו. וע"ע מש"כ להלן סי' לח.

סימן לה

חיוב מזונות לבעל שעזב את אשתו

מבעלה שלא כדין, אע"פ שאין עיקר כוונתה כדי לצערו. ובתוך דבריו הביא האור גדול את דברי המרדכי, וכתב - "האי דכתב המרדכי דמורד אינו אלא מחמת שנאה וכעס, לאו דוקא הוא, רק אף מאיזה טעם שהוא שלא כדין, וכדמוכח מהראיה שהביא דמורד הוי פושע, אבל לא באונס".

על כן אין מקום למושג "מרידה הדדית". הראשון שהחל במרידה בבן הזוג, ודאי יחשב כמורד. אך השני, לאחר שבן זוגו מרד בו, מאותה עת כבר אינו יכול להחשב כמורד. וזאת מפני שדיני מורד ומורדת מתייחסים לבן זוג שנקט יוזמה והתנער מחובותיו שהוטלו עליו במסגרת הנישואין, התנערות חד צדדית ושלא כדין. אבל בנסיבות שהבעל כבר מרד באשתו עזב אותה ואינו חפץ בה, מכאן ואילך אין עליה חובות הנובעות מהנישואין, ואינה חייבת לבעלה אף אחת מחובות הללו, וכמבואר בבית יעקב סי' צ' סעיף ה' (ד"ה י"א המורד), וע"ע בתשובת הגאון רבי יצחק אלחנן ז"ל שהובאה להלן סי' מה שהסכים עם הבית יעקב שהבעל המורד הפסיד את כל זכויותיו. ולכן לאחר שהבעל מרד ועזב את אשתו, לא יהיה נכון להגדירה כמורדת, גם אם היא מבקשת להתגרש מבעל כזה, בקשה שמסתמא נובעת מעזיבתו וממרידתו, וגם אם היא מודיעה שאינה מעוניינת יותר לשוב אליו.

בנסיבות אלו שאין לה מעמד של מורדת, אין יסוד להפסד המזונות.

אין מקום לטענה שמאחר והזוג בנפרד, עצם הפירוד הוא עילה שלא לחייבו במזונות, כל עוד האשה לא הוכיחה את רצונה בשלום בית, עיין לעיל סי' לד. אלא מהמקורות שיובאו להלן מבואר שעם הנישואין מתקיימת עילת חיוב מזונות, ורק כשנוצרה עילת פטור, נשללה זכותה למזונות.

מצינו בכמה אחרונים שכתבו שתי סברות לחיוב מזונות, - א. מפני שהתחייב לה מזונות בכתובתה. ב. מטעם דאגידא גביה.

כידוע, סברת אגידא גביה מבוארת בספק מגורשת ברש"י וברשב"ם. ברש"י במסכת כתובות דף צו: בהא דמגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב מזונותיה, פרש"י "דוקא בחייו משום דמעוכבת בשבילו להנשא אבל לאחר

הדברים דלהלן נכתבו בתגובה לפס"ד שכתב אחד מהדיינים, אב"ד בעיר גדולה, שבו קבע שגם בנסיבות שהבעל עזב את אשתו ועבר לגור עם אשה אחרת, ומסרב לכל הצעה לשוב לביתו, מ"מ בטרם נחייבו בתשלום מזונות לאשתו, יהא צורך לבחון בכל מקרה לגופו, את אמיתות רצונה של האשה לשלום בית, ולברר האם אשתו עדיין תסכים לשוב לשלום בית אם בעלה ישנה את דרכו ויחזור לביתו. לדעתו בלא שהדבר יתברר אין לחייב מזונות, כשאשתו אינה עמו ואינה רוצה בו יותר. לפי דרכו במקרה שהבעל בגד באשתו, סביר מאד שאשתו כבר מאסה בו ולא תקבלנו גם אם יחזור בו ממרידתו, וכשהדבר מתברר אינה זכאית למזונות.

נראה שאין יסוד לתפיסה זו. בנסיבות אלו של פירוד בין בני זוג, הפסד האשה את מזונותיה יוכל להתקיים רק לאחר פסיקה הקובעת שהאשה מורדת, וכמו שהארכנו בפסק דין אחר, עיין לעיל סי' לד.

אם הבעל עזב את אשתו ומרד בה, ק"ו אם הלך לגור עם אשה אחרת, מעת שהבעל החל את מרידתו, לא יתכן לדון את האשה כמורדת. וזאת מפני ש"מרידה" משמעה התנערות מחובה המוטלת על אדם. דוגמת המושג מורד במלכות, שאותו אדם מתנער מחובת הנאמנות למלכות, או ממילוי חובות שהמלכות מטילה על נתיני הממלכה. לדוגמא בעלמא יצויין שביטוי זה של - "מרידה", יכול להתייחס גם לבעלי חיים או אף לאבר בגוף האדם, שחדלו למלא את תפקידם הטבעי, עיין גמ' ע"ז דף כח: "עין שמרדה", ובמסכת חולין דף קלט. "תרנגולת ... שמרדה".

ועיין במרדכי במסכת כתובות סי' קפג, שאדם יוכל להחשב כמורד רק כשהוא נוהג שלא כראוי ופושע שאינו ממלא את המוטל עליו. המרדכי כתב בשם מהר"ם מרוטנבורג בענין בעל שחלה ואינו ראוי לאישות - "אמאי לא מיקרי מורד מתשמיש ויוסיפו לה על כתובתה, די"ל דלא מיקרי מורד אלא כשעושה מחמת שנאה וכעס, דמורד הוי פושע כמו הפושעים והמורדים, אבל הכא דמי קצת למוכה שחין".

דברי המרדכי התבארו היטב בספר אור גדול. האור גדול בסי' ד' העלה שאשה נידונת כמורדת כל שמונעת עצמה

שהמצב הראשוני בעת הנישואין הוא מצב של חיוב ברור במזונות, וההפסד מזונות נובע מקנסא דמורדת.

שיטת הרא"ם

הפוסקים באה"ע ריש סי' עז הביאו את שיטת הרא"ם, דבכה"ג שמעוכב רק מחמת חרם דר"ג אינו מחוייב במזונותיה. הטעם מבואר בתשובת הרא"ם סי' ל' - "מאחר שהעיכוב הוא מצידה ולא מצידו שהרי הוא רוצה לגרשה, וראיה מפרק קמא דכתובות הגיע זמן ולא נישאה אוכלות משלו כו' ... ואינו דומה ג"כ עם ספק גירושין או למי שלא הגיע הגט בידה שחייב לזונה, דהתם שניהם צריכים להתגרש אלא שלא הגיע הגט בידה".

כמה פוסקים פסקו למעשה דלא כרא"ם, וכך למעשה נוהגים בכל בתי הדין לפסוק שלא כרא"ם, וכמ"ש בפד"ר ח"ג עמ' 185-187 בפסק דין מביה"ד הגדול. ונחזי אנן מה טעם כתבו הפוסקים לדחות את סברת הרא"ם.

בבית מאיר סי' עז נראה שנקט שחיוב המזונות הוא חלק מעצם התקנה, דאם לא נחייבו במזונות לא קיימא תקנת רבינו גרשם ז"ל.

וז"ל הבית מאיר - "מה הועיל בתיקון שלא לגרש בעל כורחה אם הוא ישא אחרת וימנע מכל החיובים, ואולי מ"מ הועיל דכל כמה דאגידא ב"י לא יהבו ליה אחריתי ... ורב הגדול ח"מ והוא אחרון הסכים למעשה שמחוייב בשאר וכסות והכי מסתבר לע"ד דאל"כ איך יתקיים החרם שלא לגרש בע"כ, ואין לך בע"כ גדול מזה. ומאי שנא כפיה דמזונות באשה שאין מעשי ידיה מספיקין מכפיה בשוטים. ואטו נימא דרשאי לכופה עד שתאמר רוצה אני ויהא נקרא מדעתה ... ע"כ הסומך על הח"מ לא הפסיד". עכ"ל הבית מאיר.

העולה מדברי הבית מאיר שגדר הדין הוא - אמנם לאחר שבית הדין מוציא פסק דין שאין לדון את תקנת ר"ג, אה"נ דאין מקום לחייבו מזונות. אבל כל עוד לא התירו לבעל חדר"ג, הבעל מחוייב במזונות כחלק מתקנת ר"ג, ובלא מזונות לא יהיה קיום לחרם.

לעומת זאת יש מהאחרונים שכתבו שחיוב המזונות אינו כחלק מתקנת רגמ"ה אלא מדינא. החו"א בסי' סט ס"ק כא כתב שהאחרונים דנו לחייבו במזונות רק מכח תקנת רגמ"ה, וכתב שגם לפי דינא דגמרא חייב כל עוד לא קיבלה גיטה "אע"פ שמוכן לגרשה ואינו מתעכב רק משום מיאונה ... לפי"ז אחרי שאי אפשר לו לגרשה בע"כ בזה"ז ממילא חייב במזונותיה וכסותה מדינא, אלא שאינו חייב בעונתה כיון שדעתו לגרשה".

וכן בשו"ת בנין עולם חלק אה"ע סי' כה כתב לדחות את ראית הרא"ם מהסוגיא בריש כתובות, וז"ל - "נלע"ד דאין זה דומה לשם דעדיין לא מטא זמן חיובא כלל, רק מצות נישואין וחלתה אינה ראויה לנישואין, משא"כ אחר נישואין שכבר כתב לה כתובה ונתחייב כמבואר בכתובה ואנא

מיתה לא, דדלמא גירושין הוו ואין לה מזונות דמספיקא לא מפיקין ממזונא". מבואר דמדינא אף בחייו לא הוי לן לאפוקי ממזונא מספיקא, ומחייבים רק מפני שמעוכבת מחמתו מלהנשא.

ובמסכת ב"ב דף מז: ברשב"ם כתב - "כיון דמגורשת ואינה מגורשת אשתו היא וחייב במזונותיה ... חייב במזונותיה דאכתי אגידא גביה". משמע מדבריו שאין לראות בחיוב מזונות במקרה של ספק מגורשת גדר חיוב מזונות חדש, אלא אנו דנים אותה כאשתו וממילא חייב במזונות כעיקר הדין שחייב במזונות אשתו מכיון שאגידא גביה, (לעומת מזונות אלמנה שנובעים רק מכח תנאי כתובה).

וכתב בספר נחל יצחק ח"א (בסוף הספר בחידושי לסי' עז) שבאשת איש חיוב המזונות נובע משני כוחות. מכח תנאי כתובה וגם מכח דאגידא גביה, ומבואר בדבריו שיסוד חיוב מזונות מהתורה או מדרבנן הוא מצד הא דאגידא ביה, ולזה הצטרף החיוב מכח תנאי כתובה. וז"ל הנחל יצחק - "בחי הבעל אף בלא הטעם דתנאי כתובה, ג"כ מגיע לה מזונות משום דהא אגידא ביה, ולמ"ד מזונות מהתורה הוי מהאי טעמא ג"כ, ולמ"ד דרבנן ג"כ הוי מה"ט אף זולת הטעם דתנאי כתובה, ולכן אף היכא דמחלה כתובה או נפרעה כתובה דאז אין לה תנאי כתובה ... מ"מ בחייו דאגידא ביה ומעוכבת בשבילו להנשא חייב במזונות".

וקרוב לזה כתב בספר אבני מילואים סי' צג בהגה"ה סק"א. וז"ל המגיה באבני מילואים - "יש בכלל מאתים מנה, ר"ל מזונות דבחייו מלבד שהוא מחוייב מצד האישות שביניהם מדאורייתא או מדרבנן, הנה היה תנאי ב"ד שכל זמן שהיא יושבת ואגידה גביה אע"ג שיפסוק האישות שביניהם יהא חייב לזונה".

העולה מדבריהם שיסוד חיוב מזונות מעיקרו הוא משני כוחות, הכח הראשון הוא עצם האישות שביניהם, כלשון המגיה באבני מילואים, או מפני חיובי הכתובה כלשון הנחל יצחק, והכח השני המחייבו במזונות הוא מפני שהיא אגידא גביה. ומפורש בנחל יצחק ובאבני מילואים שאין זה קנס מיוחד בספק מגורשת, אלא מזונותיה של ספק מגורשת הם באותו גדר של מזונות אשת איש, וכן משמעות רש"י ורשב"ם שהבאנו לעיל.

ולפי זה, דברי הריטב"א שהובאו להלכה ברמ"א סוף סי' ע' שאם האשה עזבה את הבית והמניעה ממנה אין לה מזונות, "דאין האיש חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו", אינם מתפרשים כפשוטו שעילת החיוב נובעת רק מתוך המציאות שהיא עמו, שהרי אם אינה עמו וגם לא הפסידה דבר מכתובתה, עדיין קיים הכח הראשון לחיוב מזונות. ואין לומר שמלכתחילה החיוב במזונותיה הוא בתנאי, דהיינו חיוב המותנה בכך שהיא תהיה עמו. לא מצינו מי שיאמר כן, וגם לא מצינו מי שיאמר שמורדת הפסידה מזונות מכיון שמעיקרא החיוב היה מותנה שלא תמרוד בו, אלא הפוסקים הגדירו מרידה כעילה להפסידה מזונות. וע"כ בהכרח

וכן בשו"ת בית אפרים תניינא (מהדורת מוסד הרב קוק) חאה"ע סי' כ' (עמ' קא) פסק דלא כרא"ם וכתב במסקנת דבריו על בעל שמרד באשתו וטען שהיא מאוסה בעיניו – "פשיטא שגם בזה שהתחייב מזונות בסתם, סבר קבל שימשך החיוב עד שתתמצה להתגרש. סוף דבר הכל נשמע מאחר והרא"ש ומהרי"ק סוברים בהדיא דאין יכול לפטור עצמו ממזונות, וכן מבואר בשו"ת מהר"ם מפדואה סי' י"ד וסי' י"ט, וכן מבואר בשו"ת תומת ישרים סי' קי"ט ומהרש"ך ח"ב סוף סי' ל"ו, והביאם בכנה"ג חלק אה"ע בהגהת הטור סי' ע', וכן הסכימו כל גדולי האחרונים שהבאתי לעיל וכתבו שכן עיקר, כן יש לדון ולהורות ולקבוע הלכה לדורות".

וכאמור, נוהגים בבתי הדין הלכה למעשה לפסוק שלא כרא"ם, וכמ"ש בפד"ר ח"ג עמ' 185-187 בפסק דין מביה"ד הגדול (בפס"ד מהגר"י נסים ז"ל והגר"ב זולטי ז"ל ויבל"א הגר"ש אלישיב שליט"א) וכתבו שם לחוק הטעם שאין לומר קים לי כרא"ם, וז"ל – "אם ניתן ביד הבעל לפרוק מעליו עול המזונות ולסלק ממנו חובותיו הנובעות מקשר הנישואין אז יעלה ח"ו הכורת לפרוץ פרץ בחומת הנישואין ולא הנחת בת לא"א יושבת תחת בעלה".

אמנם בספר ישועות יעקב (בפירוש הקצר סי' ע"ז ס"ק א', הובאו דבריו בפתחי תשובה) כתב – "אמנם, אם טען מאיסא היא עלי ויש לו טעם מבורר, אף שאין הדין נותן לגרשה בעל כרחא ע"י זה, מכל מקום יוכל למנוע ממנה מזונות עד שתקבל גט פיטורין. ומעשה היה באחד שטען על אשתו שעברה על דת, ולא היה לו עדות ברורה בדבר, אלא שהיה רגלים לדבר קצת, וכתבתי דהבעל יוכל למנוע ממנה שארה וכסותה עד שתקבל גט פיטורין, ובזה יש לסמוך על דעת הרא"מ ומהר"א ששון".

וכן פסק בספר בית יעקב (בהוספות על קיצור דיני מורדת שבסוף סימן ע"ז) "אם טוען מאיסא עלי בטענה ברורה, לא גרע מאשה, ואין לו דין מורד ... ואם אינו יכול לברר טענתו לפני בית דין, מכל מקום נראה דנאמן בשבועה שיש לו טענה מבוררת לענין שלא יהיה לו דין מורד כמ"ש הבית שמואל לענין מורדת, והכא הבעל מוחזק לענין שאר וכסות. ולענין איסור נאמן לומר, שאין זה בכלל החרם שגזר רבינו גרשום, כי יש לו אמתלא מבוררת".

מבואר בדבריהם שבטענה מבוררת, זכאי הבעל האומר שאשתו מאוסה עליו, למנוע ממנה שאר כסות ועונה. אך דעתם היא בניגוד לדעת הפוסקים הנוכחים לעיל, שלא חילקו בכך. ועיין באוצר הפוסקים סי' עז סעיף א' ס"ק יב שהביאו את הדעות השונות בהלכה זו.

ביאור תשובת הרשב"א המיוחסות סי' קג

כבוד האב"ד הנזכר, הביא סייעתא לדבריו מתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' קג שכתב בלשון זו – "שאלה, אם הבעל חייב במזונותיה בעודה בבית אביה. אם יכול הבעל לומר: כל זמן שהיא אצלי, יש לה מזונות. וכל זמן שאינה אצלי, אין לה מזונות".

אפ"ל ואוקיר ואיזון. הלא כל מי שנתחייב לאדם לזונו על זמן הוא מחוייב לקיימו, והרי הוא נתחייב על כל ימיה. ומסתמא הוה חיובו ע"ד המנהג ותקנת חכמים שכל זמן שלא תתגרש ממנו להיות מותרת לאחריים ומעוכבת להנשא חייב במזונותיה. ואע"ג דהעכבה מצידה, דאם היתה רוצה היתה מתגרשת, מ"מ כל זמן דאגידה ביה ולא נתגרשה לגמרי הוא חייב במזונותיה. ונלע"ד ראייה לזה מהא דתנן (כתובות צה, ב) אלמנה ניזונת מנכסי יתומים כו', אע"ג שבידה להנשא לאחר, והיינו מתנאי כתובה שכתב לה את תהא יתבא בביתי ומתזנא מנכסי כו' ואפילו אם היורשים רוצים ליתן לה כתובה אם אין רצונה בזה ניזונת משלהם, ודוקא באנשי יהודה שהיו כותבים בפירוש בכתובתה עד שירצו היורשים ליתן לך כתובתך כו', הוא דפטורים, אבל באנשי גליל קיי"ל דברצונה תלוי, ועיין בפרק נערה דקיי"ל כאנשי גליל ... וא"כ ק"ו הדברים כשהוא בחיים ומקושרת בו כל זמן שלא קיבלה גיטה הרי היא עדיין בחיובי איש לאשתו, דודאי אין סברא דאחר מותו שכבר הותרה לגמרי יהיה עדיף כוחה מכשהיא אשתו ואגידא ביה ... לדין שיש חדר"ג שאינו יכול לגרש בעל כורחה, בלא"ה נדחים דברי מהרא"ם, דנהי דאמרין דזה נקרא העכבה מצידה, מ"מ כל זמן שלא קבלה הגט לידה הוא חייב במזונותיה מצד תנאי כתובה. ולא נ"מ בחדר"ג, דהא גם בזמן הש"ס אם היתה משתמטת עצמה שלא יזרוק לה הבעל גט לידה הוא חייב במזונותיה. ונראה דאפילו למ"ד מזונות הוא דרבנן, מ"מ לדין דכותבין בכתובה ואוקיר ואיזון כו' הוא חייב במזונות וכסות מן התורה, דאפילו למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא מ"מ שיעבוד הגוף הוא דאורייתא לכו"ע, כמ"ש כל הפוסקים ומוכח בכ"מ בש"ס. עכ"ל הבנין עולם.

והתבארו בדבריו שני נקודות חשובות,

א. לאחר נישואין שורש החיוב נובע מההתחייבות בכתובה, וכל עוד אין עילה לחיובה בגירושין החיוב במזונותיה עומד בתוקפו. אמנם בסוגיא בריש כתובות, קודם נישואין בהגיע זמן נישואין ולא נישאה, חיוב המזונות נובע רק מכח המציאות שהגיע זמן מצות הנישואין ובמידה והאשה חלתה והמניעה ממנה אין חיוב. אבל לאחר הנישואין קיים גדר חיוב אחר.

ב. לדעת הבנין עולם גם כשהיא כלל לא אגידא גביה או דעכ"פ היא אגידה מחמת מעשיה ולא מחמתו, עכ"פ החיוב עומד בתוקפו מכח ההתחייבות הממונית שהבעל נטל עליו בשעת הנישואין.

ונראה לפי דרכו של הבנין עולם, בנידון דידן כל עוד לא התחדשה עילה לביטול זכותה למזונות, יש לחיובו במזונות. מפני שהגדר לחיוב אינו מכח מציאות שהיא עמו אלא מכח ההתחייבות של הבעל, ורק כשהוכח שהיא בגדר מורדת וכדומה היא מפסידה. ומאחר שהאשה טוענת לשלום בית, ובהעדר נכונות הבעל לחזרה לשלום בית, לא ניתן לקבוע עליה שם מורדת.

הזכיר את האפשרות שבעלה יבוא אליה, רק כדי לומר שבנסיבות אלו אם תסרב לקבלו תחשב מורדת.

ק"ו בנידון דידן, כל עוד הבעל חי עם אשה אחרת, אין לפסוק על סמך אמירה שלה וכדומה, שהרי במצב הנוכחי שבעלה בגד בה לא ניתן לדרוש ממנה להיות עקבית ברצון מושלם לשלום איתו, אך אם הבעל יעזוב את האשה האחרת ויחזור אל אשתו ויפייס, יתכן שתפייס, ועכ"פ אין לנו יכולת להוכיח שהדבר אינו כן כל עוד הענין לא בא לידי ניסיון אמיתי.

וכן מוכח מסתימת דברי הפוסקים הח"מ הב"ש הבית מאיר, ואותם אחרונים שדחו את שיטת הרא"ם. שחיוב המזונות הוא במשך כל זמן שעדיין ממאנת לקבל גיטה. ואם מוטל על בית הדין לבחון בכל מקרה לגופו האם רצונה בשלום בית הוא רק מהשפה ולחוץ, תימא גדולה שאף אחד מהפוסקים לא הזכיר שיש צורך לבחון האם היא עדיין עומדת בנאמנותה לבעלה אם יחזור בו ויבקש לשוב אליה. שהרי כעת הוא במרידתו ומי לא עסקינן שהיא בטרוניא כלפיו עקב התנהגותו זו, ואפ"ה לא מישתמיט אחד מהפוסקים שיכתוב שמוטל על ביה"ד לבחון ענין זה. הרי שמסתימת הפוסקים מוכח, שכל עוד אין מרידה מעשית מצידה ובטרם ביה"ד החיל עליה שם מורדת, אינה מפסידה זכותה למזונות.

ונראה שבמקרה כזה מוטל על ביה"ד להתרות בו ולהודיע לו שמוטל עליו לעזוב את החטא ולחזור לאשתו, ולאחר שיעזבנה יתכן ושוב לא יהא מאוס עליה, ויתפייסו, עיין עוד להלן סי' לח.

וממוצא דברינו עולה שבנידון רבינו ירוחם (בספר מישרים נתיב כג ח"ח, בשם מורו ה"ר אברהם בן אשמעאל) המתייחס ל"אשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אמר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט", דוקא בנסיבות אלו האשה תפסיד מזונות מאחר שהחלה במרידה ודינה כמורדת. אבל במקרה הפוך, שהבעל החל במרידתו ואמר "לא בעינא לה", וכתוצאה מכך גם האשה אמרה "אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה לקבל גט", אין זו עילה להפסידה מזונות. מפני שלאחר שהבעל החל במרידה היא אינה יכולה להחשב כמורדת. אמנם בנסיבות אלו, יש מקום לחייבה בגירושין מאחר ששניהם אינם רוצים זה בזה, (כשם שהבעל חוייב בגט בנידון רבינו ירוחם), ואם תסרב לקבל גט יהיה מקום לשלילת מזונות כאמצעי לכפיית הגירושין בהתאם למבואר בתשובת הרא"ש כלל מב ס"א וש"ע סי' קיז סי"א, ועיין להלן סי' נד שהארכנו בנקודה זו. וע"ע להלן סי' פט בביאור דינו של רבינו ירוחם.

העולה מדברינו – לאחר שהבעל עזב את אשתו ונקבע דינו כמורד בה, כל עוד מרידת הבעל נשארת בעינה הוא חייב במזונות אשתו ואין משמעות לשאלה כיצד האשה מנסחת את עמדתה בעת הדיון שמתקיים לאחר עזיבתו אותה. גם אם כעת היא כבר אינה מבטאת את רצונה בשלום בית, היינו

תשובה. כל שהיא טוענת שבורחת מפני חמותה, ולא במרד, יש לבעל ליתן לה מזונות. שאין זו מורדת. ואילו רצה הבעל לבוא אצל לבית אביה, היתה מקבלתו, או בחצר אחרת. ולמה תפסיד בכך מזונות, והוא מכישה במקל שתברח, ואם לותה ואכלה, הבעל חייב לפרוע מה שלותה". וסבר כבוד האב"ד לדייק כשיטתו מהאמור בתשובה זו - "ואילו רצה הבעל לבוא אצל לבית אביה, היתה מקבלתו, או בחצר אחרת. ולמה תפסיד בכך מזונות". משמע שאם ידוע שלא תקבלו הפסידה מזונותיה. אך אין זו ראיה כלל.

ראשית יש לציין שתשובה קג היא המשך לתשובה קב (כפי שבספר זה ישנן מספר מקומות שכמה תשובות רצופות עוסקות באותו נידון).

ולפי המבואר בדברי השואל בתשובה קב, אין חולק שהבעל הכה את אשתו בכל יום וציערה עד שנאלצה לברוח מביתו שהוא בית חמותה, לבית אביה, אלא שנשמעו חילוקי טענות ביניהם האם העילה לסכסוך היא שהאשה היתה מקללתו בפניו, או חמותה היא העילה לסכסוך.

במקרה כזה, באופן טבעי קיים ספק האם מבחינה מעשית לאחר סכסוך אלים כזה האשה תשתף פעולה באופן אמיתי בחזרה לשלום בית. ולמרות זאת הרשב"א פסק שלא הפסידה מזונות מטעם "שאינו זו מורדת".

ומה שכתב שם "אילו רצה הבעל לבוא אצל לבית אביה היתה מקבלתו או בחצר אחרת", אין הכוונה שהיא אומרת כן, שהרי הן בדברי השואל והן בתשובה לא הוזכר דבר שאלו הן דברי האשה המודיעה שתקבלו אם יבוא אצלה, ומלבד זאת מסתמא אין אומדנא דמוכח שודאי האשה תקבלו בבית אביה או בחצר אחרת, דמנלן לרשב"א לקבוע אומדנא כזו, ואמנם הרשב"א לא כתב שבמקרה זה היתה אומדנא דמוכח שודאי תקבלו בבית אביה או בחצר אחרת. אדרבה לאחר סכסוך כה אלים שבעלה הכה אותה כל יום, ולדבריו היא מקללתו, הדבר מוטל בספק.

אלא ברור שכונת הרשב"א לומר - הפסד המזונות הוא רק אם היא בגדרי, מורדת, אך לא כל עוד הפירוד שלה מבעלה מוצדק כתוצאה ממגוריהם אצל חמותה. מוטל על הבעל להסיר את הגורם שהביא לסכסוך ולהסדיר מגורים חילופיים מחוץ חמותה, ורק לאחר מכן ניתן להעמיד את האשה למבחן, אם תחזור לבעלה. ואם גם לאחר מכן תסרב לחזור ובהעדר הצדקה, תחשב מורדת והפסידה מזונות. אך כל עוד לא הוברר שהיא אכן מורדת במתכונת זו, אין להפסידה מזונות. וכל עוד אין אפשרות מעשית לבחון את כנות המרידה, אינה בגדר מורדת, ולכן כתב הרשב"א - "דאילו רצה לבוא אצל לבית אביה, היתה מקבלתו", לאפוקי אם אכן בא אצלה ולא קבלתו, שאז דינה כמורדת. אבל אין כוונתו לאפוקי אילו היתה לנו אומדנא דלא תקבלו, מי יכול לבחון כליות ולב לומר זאת, אדרבה בנידון שם יש מקום לאומדנא שלא תחפוץ בו יותר. ובע"כ יש לפרש כנ"ל, שהרשב"א

לבחינת כנות כוונתו וכמבואר להלן סי' לח. כל מקרה לגופו יידון בהתאם לנסיבותיו. ואם לאחר שהבעל יודיע כאמור, בית הדין יורה לאשה לשוב לבעלה, והאשה תסרב, ובית הדין יקבע שסירובה הוא שלא כדין, יהיה מקום לדונה כמורדת שאינה זכאית למוזנות עבודה.

כתוצאה ממעשיו ולאור המציאות הנוכחית, ואדרבה אם במשך השנים שהוא במרידתו היא תדבר על רצונה בשלום בית, יתכן שדבריה הם מהשפה ולחוץ בלבד. המבחן לביטול שאלת המשך זכותה למוזנות יוכל להתקיים רק לאחר שהבעל יודיע שהוא מבקש לחזור בו ולשוב לאשתו, ובכפוף

סימן לו

חיוב הבעל בתשלום הכתובה ותוספת הכתובה במקרים שונים

בגירושין, היא אינה זכאית לתשלום תוספת הכתובה, גם אם בסופו של דבר הגירושין סודרו בהסכמת הבעל, למעט בנסיבות דלהלן - אם האשה מבקשת ואף תובעת להתגרש ללא עילה מוצדקת והבעל מסכים, אך יחד עם זאת ברור, שאם הבעל לא יסכים לגירושין ולא יתן גט, תביעת הגירושין תרד מסדר היום והאשה תמשיך לחיות עמו בשלום, בנסיבות אלו אין הפסד כתובה עקב תביעת גירושין כו.

אין חיוב כתובה כשהאשה אינה רוצה להיות עם הבעל

עיקרון זה, שחיוב תשלום תוספת הכתובה מוטל על הבעל כל עוד האשה רוצה להשאר עמו, מבואר ברמב"ם בהלכות אישות פרק כ"ד ה"ג שכתב בנשא אשה שהיא מחייבי לאוין או שניות - "העיקר, שהוא תקנת חכמים כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה, הואיל ולא הכיר בה אין לה עיקר. אבל התוספת שהוא חייב עצמו בה כל זמן שתרצה ותעמוד לפניו, הרי עמדה בתנאי שלה והרי הקנתה לו הנאתה והרי היא עומדת, אבל התורה אסרתה אותה עליו ... שאין מעשיה הן הגורמין לה להאסר".

הכסף משנה הוסיף לבאר, וז"ל - "מ"ש כל זמן שתרצה ותעמוד לפניו היינו לומר דדוקא אם הוא מוציאה יש לה תוספת, אבל אם היא רוצה לצאת אין לה תוספת, דאדעתא למיפק לא אקני ליה". ובספר צמח צדק (החדש) חאה"ע סי' קלז הוסיף על דברי הרמב"ם והכסף משנה - "שלא הקנה לה התוספת, אלא על דעת שתהיה עמו ותהיה אשתו".

וכן כתב הר"ן (על הרי"ף במסכת כתובות סוף פרק האלמנה ניוזנת) - "ומיהו כי אמרינן דיש להן תוספת, דוקא כשמוציאה הוא, אבל אם היא רוצה לצאת, אין לה תוספת, דכי אקני לה אדעתא למיקם קמיה. וכן הדין בשתתה עמו עשר שנים ולא ילדה ורוצה לצאת, ובאה מחמת טענה שאמרה דבעיא חוטרא לידה (יבמות סה:), דאין לה תוספת, כיון שהיא רוצה לצאת ממנו. אבל כל שהיא רוצה לעמוד תחתיו והוא מוציאה, אף על פי שבדין מוציאה, יש לה תוספת".

תביעת גירושין של האשה, כעילה להפסד הכתובה והתוספת

כאמור, הר"ן כתב "אם היא רוצה לצאת, אין לה תוספת". יש מקום לברר האם תביעת גירושין שהוגשה על

הקדמה

שאלת חיובו של הבעל בתשלום הכתובה ותוספת הכתובה עולה במקרים שונים שבני הזוג מתגרשים ללא הסכם המסדיר את תשלום הכתובה. בדברינו להלן לא נתייחס לאותם מקרים שבהם האשה הפסידה כתובה ותוספת כתובה עקב העילות המבוארות בשו"ע סי' קטו ס"ה, סי' יא ס"ג סי' יז סנ"ו, סי' קט"ז, סי' קנד או עקב האיסור שבעצם הנישואין. אלא נדון כשבני הזוג עומדים להתגרש עקב רצונו של אחד מבני הזוג בגירושין, והוגשה תביעת גירושין של הבעל או של האשה, אך לא הושגה הסכמה בשאלת הכתובה.

אמנם כמעט כל הזוגות העומדים לקראת גירושין מסדירים הסכם גירושין, שבו מוסדרים הנושאים הכרוכים בגירושין לרבות נושא הכתובה.

סדר זה של הדברים, להסדיר תשלום הכתובה או מחילה על הכתובה קודם לסידור הגט, יסודו בהלכה בשו"ע. בסדר הגט שבשו"ע אה"ע (בסוף סי' קנו) בסעיף פא, כתב הרמ"א בשם מהר"י מינץ - "וישאל הרב אחר הכתובה, ושתחזיר לבעל הכתובה או תמחול לו כדי שלא יבואו אח"כ לידי קטט מחמת הכתובה ושיאמר הבעל על מנת כן לא גירשה". וכן כתב בסדר הגט למוהר"ם ר' יחפז בסי' ריט. אך בהעדר הסכם, מוטל על ביה"ד לקבוע, האם הבעל יחוייב בתשלום הכתובה והתוספת.

העיקרון הקובע בהלכה זו

נקדים את העקרונות בהלכה זו, ולאחר מכן נציין את המקורות לקביעת אלו.

א. אם הבעל תובע להתגרש, ואינו חפץ באשתו, והאשה אינה מעוניינת להתגרש, ואכן בני הזוג התגרשו כתוצאה מתביעת הבעל, על הבעל לשלם את מלוא הסכום הנקוב בכתובה.

ב. אם האשה לא תבעה להתגרש ולא היתה מניעה מצד האשה לחיים משותפים, אך החיים המשותפים היו מלווים במריבות וקטטות, וכתוצאה מכך בסופו של דבר הבעל החליט לתת גט מרצונו, עדיין אין זו עילה לביטול זכותה לגבות את הכתובה במלואה.

ג. אם האשה תבעה להתגרש ובכך הביאה לגירושין, וללא הצדקה המעוגנת בהלכה והגוררת חיוב הבעל

קמיה אדעתא למיפק ולמיסב לא כתב לה ... ואם תבע הוא הגירושין, אינו יכול לגרשה אלא לרצונה או לאחר שיפרע לה כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת", עכ"ל.

מבואר בדבריו, שאם הגירושין יצאו ממנו לאחר שהוא תבע את הגירושין - "אינו יכול לגרשה אלא לרצונה או לאחר שיפרע לה כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת". משא"כ אם האשה תבעה גירושין ויצאו הגירושין ממנה, לא תוכל לקבל את מה שהבעל התחייב לה כנגד הנדוניא, ולא תוספת כתובה או מתנות.

הטור דייק בלשון וכתב "מי שהיא תובעת לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנה", דהיינו אין די בתביעת גירושין, אלא בנוסף לכך - "יצאו הגירושין ממנה".

להלן נביא מכמה אחרונים שהביאו דברי הטור כהלכה פסוקה.

בספר פרי האדמה (להג"ר רפאל מיוחס ז"ל) ח"ג דף לו. כתב - "מצאתי כתוב מכת"י הרב המובהק כמה"ר משה מזרחי ז"ל שהעתיק מכת"י הרב המופלג כמה"ר א"י דמ"ש הרא"ש הביאו הטור סי' קי"ח באשה שנתגרשה נותנים לה כתובתה ותוספת ומתנתה יע"ש, דהיינו כשהיא לא תבעה הגירושין וכמ"ש שם להדיא, אבל כשהיא תבעה הגירושין, ודאי לא נתרצה הבעל, וכמ"ש דאדעתא למשקל ולמיפק לא כתב יע"ש".

וכן בספר בית דוד (להג"ר יוסף דוד ז"ל משאלוניקי) חלק אה"ע סי' סה (דף נו:) הביא מדברי הטור, ולא עלה על דעתו לבארם מכח תקנת טוליטולא ושאינם מן הדין.

ובספר פני יצחק ח"ב (דף נב:) הביא מדברי הטור, וכתב - "הנה מבואר דכל זמן דהאשה תובעת מבעלה שיגרשנה אינה וכו' לגבות ממנו רק מה שהכניסה לו דוקא, אבל תוספת שהוסיף לה מדיליה בכתובה אינה גובה כלל, דאדעתא למיסיב ולמיפק לא כתב לה. ואם הוא תובע הגירושין שרצונו לגרשה אזי חייב לפרוע לה כל סכי כתובתה גם התוספת בכלל כמבואר בדברי הרא"ש ז"ל הנ"ל וכנ"ל וכו' מיירי אם היא תובעת הגירושין מבעלה בשאט נפש בלתי שום סיבה, וכמו כן אם הוא תובע לגרשה בלי שום סיבה כלל".

וכן בתשובת מטה יוסף ח"ב חלק אה"ע סי' ה', שניבא להלן באריכות, מבואר שהן הרב השואל והן המשיב הרב מטה יוסף, הסכימו שאם האשה תובעת להתגרש, והבעל ניאות לגרשה, אינה זכאית לתוספת הכתובה, ובלבד שהגירושין נובעים מתביעתה ולא מרוע מעשיו שהביאו אותה לתבוע גירושין.

בספר חק ומשפט (להג"ר חיים טולידאנו ז"ל) סי' קפה נשאל - "מי שנשא אשה ונשבע לה שלא ישא אשה אחרת עליה ... ובתוך עשר שנים עבר על שבועתו ונשא אשה אחרת". והשיב הג"ר חיים טולידאנו ז"ל לחייבו בעיקר כתובה ובתוספת הכתובה. ובתוך דבריו באר שאף אם האשה תבע את הגירושין, לא הפסידה את הכתובה עקב תביעה זו.

ידי האשה, היא לכשעצמה, גוררת אחריה את פטור הבעל מתשלום הכתובה ותוספת הכתובה.

שאלה זו מתייחסת לתביעת גירושין גרידא בלא מרידה ובלא טענת "מאיס עלי", ובנסיבות שגם אם התביעה לא תתקבל, האשה תמשיך לדור בשלום עם בעלה.

מצד אחד היה מקום לומר שבהעדר עילה הלכתית להפסד הכתובה ולחיוב הגט, אין מקום לשלול מהאשה את זכותה לתשלום הכתובה במלואה, מאחר שבסופו של דבר הבעל מגרש בהסכמתו, על כן שטר הכתובה שריר וקיים ומחייב את הבעל, ואין להתחשב באותם גורמים שהביאו את הבעל להחליט לתת גט.

מאידך ניתן לומר, מאחר שהגירושין החלו ביוזמת האשה, יש מקום לטענה שלא יתכן שהאשה תיזום ותבע את הגירושין, ובסופו של דבר לאחר הגירושין תזכה בתשלום תוספת הכתובה.

אמנם ביחס לתשלום עיקר הכתובה, מצינו מפורש בגמ' במסכת כתובות דף לט: שאינה מפסידה עקב תביעת גירושין.

בגמ' נאמר - "תניא אידך, אע"פ שאמרו אונס נותן מיד, כשיוציא הוא אין לה עליו כלום. כשיוציא, מי מצי מפיך לה. אימא כשתצא היא אין לה עליו כלום". ופרש רש"י - "כשתצא היא, אם יצתה מאליה ותבעה הימנו גט". וכן הרמב"ם בהלכות נערה פרק ב' הלכה ז' פסק - "אבל האונס נותן ארבעה דברים מיד וכוונס, לפיכך כשתרצה להתגרש או אם מת אין לה כלום", ועיין בכסף משנה (שם בפ"א ה"ג) שהביא את לשון רש"י.

הביאור בהלכה זו נאמר שם בגמ' - "טעמא מאי תקינו רבנן כתובה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, והא לא מצי מפיך לה".

ובאותו מקרה, הגט ניתן לרצונו של הבעל (עיין שטמ"ק), ואפ"ה רק האונס פטור, אך בעל אחר, שלא נשאה מחמת אונס, חייב בתשלום הכתובה.

הרי שאשה התובעת גירושין, לא הפסידה את עיקר הכתובה, כל עוד לא דנו אותה כמורדת המפסידה כתובה. נראה, שדברי הגמרא נאמרו רק ביחס לעיקר הכתובה. אך לא ביחס לתוספת הכתובה, ונביא לכך ראיות מדברי הראשונים.

הגדרת ההלכה לפי דרכו של הטור

הגדרה מדוייקת של הלכה זו מצויה בדברי הטור אבן העזר סי' קיח.

ח"ל - "מי שהיא תובעת לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנה, אין לה מן הדין לגבות זולתו מה שהיא טוענת ויתברר מסכום נדונייתה. ולא נחוש למה שימצא כתוב ממנה בכתובה ... ולא יחוש הבעל לכתוב ולהוסיף על עצמו ... לענין שתשאר נשואה עמו ולא תבקש גירושין, בענין כזה אמרו חכמינו ז"ל (כתובות נד) כי כתב לה אדעתא למיקם

בתשובה זו פסק שאם האשה תובעת גירושין והבעל מסכים וניתן גט בלא שמחלה על כתובתה, הבעל מחוייב בתשלום הכתובה והתוספת. (יצויין שבנידון שם, האשה לא מרדה ולא קבעה מציאות של פירוד, ועל כן לא היה מקום להפסידה תוספת מכח טענת מורדת). באותה תשובה הנידון הוא, במי שנתן גט לאשתו שהיתה חולה מסוכנת, מתוך מחשבה שזו סגולה לרפואתה, ואח"כ האשה נפטרה ויורשיה תובעים כתובתה. וכתב שם שלכאורה אם באותו מקרה האשה תבעה להתגרש הפסידה כתובתה, עפ"י דברי הטור סי' קי"ח (הנוכח לעיל) מפני שהגירושין יצאו ממנה. אך כתב שתי ראיות להוכיח שאינה מפסידה כתובה ותוספת למרות תביעתה להתגרש.

א. "ממ"ש בשו"ע סי' קי"ח סעיף ב' מי שגירש את אשתו סמוך למיתתו, אע"פ שלא גרשה אלא כדי שלא תזקק ליבם, דינה לענין כתובה בתקנת טוליטולא כדין גרושה, והוא מתשובת הרא"ש המובא בטור שם. ושם כתב הטעם, כיון שנתן לה גט מאיזה טעם שיהיה מ"מ הרי היא מגורשת וכתה בכתובתה, שלא הטיל תנאי בגט שלא תגבה כתובתה עכ"ל. והרי בזה כיון שהוא גירשה רק למען בל תזקק ליבם, בלי ספק היא תובעת הגירושין, ואפ"ה אית לה כתובה".

ב. "ממ"ש הטור בסי' קנ"ד סעיף ז' אם טוענת שאין לו גבורות אנשים ושואלת גט אם מגרשה בלי כפייה יתן לה כתובה, ועיין בב"ש סק"כ שכתב שמדברי הרא"ש והטור נראה דאף תוספת כתובה אית לה ... ומדוע אית לה כתובה ותוספת הא היא תובעת הגט ... הא כאן איירי שהוא מכחישה ואומר שיש לו גבורות אנשים והיא בעלילה באה עליו".

ומתוך כך העלה בתשובת פני לוי – "לכן נ"ל דהא דכתב הטור דאם היא תובעת הגירושין אין לה כתובה, לא מדינא קאמר, רק שזהו תקנת טוליטולא, ואדבריו שבריש הסי' קאי שחושב מנהגי ותקנת טוליטולא. וכן נראה מדברי הבי"י והב"ח שלא העירו מקור דין זה, וגם בשו"ע לא הזכירו. אבל מדינא באמת אית לה כתובה ומהראיות שזכרנו. ומעתה איני רואה שום מקום לפטור את הבעל בנ"ד מכתובה ותוספת כתובה", עכ"ל תשובת פני לוי.

אמנם לדינא מסקנת תשובת פני לוי מתקבלת, אך דבריו אינם נראים. גם אם היוזמה לגירושין באה מהאשה, והבעל מיד נאות לגירושין, מאחר שהסכים לטענת האשה שיש מקום לגירושין, כגון במי שגרש את אשתו סמוך למיתתו כדי שלא תיפול ליבם, המבואר בשו"ע סי' קי"ח ס"ב, מאחר שלמעשה שניהם מסכימים שיש הכרח בגירושין, והגט ניתן בהסכמתם, וללא כל אילוץ הנובע מצד האשה, אין מקום לקבוע שהגירושין יצאו ממנה, וגם לפי דרכו של הטור אין להפסידה כתובה או תוספת.

וכן מבואר בתשובת התשב"ץ ח"ב סי' רצב, במש"כ "אם כתב תוספת מעצמו, והיו הגירושין ברצון שניהן גובה הכל". וה"ה בנידון שבתשובת פני לוי, מאחר שמתמא הן הבעל והן האשה הכירו בנחיצות הגירושין, אין נ"מ מי

וכתב - "ראיה ממ"ש הטור אה"ע סי' קי"ח מי שאשתו תובעת גירושין ויצאו ממנה הגירושין שאין לה מן הדין לגבות ... מבואר בהדיא דכל שהוא היה סיבה בגירושין, חייב לפרוע לה כל מה שכתוב בכתובה. והכא בנ"ד אע"ג שהוא אינו תובע הגירושין, הוא נתן אצבע שעבר על תנאו וכמי שתובע דמי. וכן דייק לשון הטור ברישא מי שאשתו תובעת הגירושין ויצאו ממנה הגירושין, ור"ל לאפוקי היכא שתובעת הגירושין אבל לא יצאו ממנה, כגון שבאה מחמת טענה כנ"ד, שאע"פ שהיא תובעת גירושין לא יפחות לה כלום", עכ"ל.

ונראה שבנקודה זו אין חילוק בין הבעל והאשה. ואם הגירושין יצאו ממנה, גם אם למעשה הבעל תבע להתגרש, אך תביעה זו נובעת עקב הפירוד שהיא גרמה, וסירובה לשלום בית, וכיוצא ב, אינו מחוייב בתשלום הכתובה, אלא א"כ יחזור דינה לטוענת "בעינא ליה ומצערנא ליה" שדינו יתבאר להלן.

יצויין שגם בתשובת חק ומשפט הנזכרת כתב בפשיטות שדברי הטור הנזכרים לעיל שנכתבו בשם הרא"ש, הם דינא ולא תקנה מתקנות טוליטולא, שהן תקנות שלא מן הדין, וכתב בלשון זו - "לשון הטור הוא מדברי הרא"ש בתקנות טוליטולא, וכעין דאורייתא תיקון", וגם פסק כן הלכה למעשה בלא להכנס לשאלת תוקף תקנות טוליטולא בזמן הזה.

וכן עולה בבירור מתשובת פני יצחק ופרי האדמה שהבאנו לעיל שכתבו דבריהם הלכה למעשה, ולא חשו שמא דברי הרא"ש והטור הן תקנה שאינן עפ"י דין, ושאינה נוהגת במקום שלא קבלו עליהם את תקנות טוליטולא.

מהמקורות הנ"ל עולה, שיש לקיים שני תנאים כדי לשלול זכותה של האשה בתשלום הכתובה. א. תביעת האשה בגירושין, ב. שהגירושין יצאו ממנה. אבל אם האשה תבע את הגירושין, אך למעשה הגירושין יצאו ממעשיו המקולקלים של הבעל, כגון בנידון שבתשובת חק ומשפט, לא תפסיד את הכתובה.

ועיין בחזו"א חלק אה"ע סי' סט ס"ק כב שבאר הלכה זו של חיוב תוספת כתובה במקרים שונים, וקבע שבכל אחד מהם העיקרון הקובע הלכה זו הוא - חיוב תוספת כתובה כשהגירושין יצאו ממנו, ושליטת תוספת כתובה כשהגירושין יצאו ממנה, אמנם החזו"א לא הזכיר מדברי הטור, אך לפי דרכו קבע שבמורד ומדיר, למרות שהבעל מחוייב בגירושין בעקבות תביעת האשה, הוא יחוייב גם בתוספת כתובה, ובאר הטעם - "דכל שהוא מעיק לה, הוי כמוציאה מדעתו, וכ"כ בהגמ"ר להדיא ... ויש מקום לומר דאלו שכופין אותו להוציא מודה ר"ח דיש להן, דכיון דאנוסה היא, חשיב כמוציאה הוא". הרי מבואר דפשיטא לחזו"א שהעיקרון הקובע את חיוב תוספת הכתובה הוא בהתאם למבואר בטור.

אמנם בספר פני לוי (להג"ר נפתלי יוסף פריינד ז"ל) סי' ל' סבר שדברי הטור הם תקנה שאינה מן הדין, ואינה נוהגת הלכה למעשה.

אשה שאינה רעה כלפי שמים אלא רעה לבעלה, שלא זכה שאשתו תהיה עזר כנגדו והיא פועלת כנגדו. וז"ל חוט המשולש - "בודאי דהאי אשה רעה דקאמרי רבנן ז"ל, לאו רעה בעיני שמיא היא, בעובדין דלאו כדאורייתא. דאי הכי הוה, יכיל גברא למיפטר, אע"ג דלא אית ליה כתובתה ... דריעותא דאית בה, היינו ריעותא עם בעלה, דלא מותבא לה אדעתיה, ועובדין דידה לא אינן כרעותיה. ואשה רעה דאמרי רבנן מצוה לגרשה, היינו רעה בעיני שמים ... אבל אי אינתתא דא, אזלא באורחין דאורייתא, אע"ג דהיא רעה לגבי בעלה, תהוי עמיה כלהו יומיה כדאמרי רבנן (יבמות ס"ג ע"א) זכה כנגדו לא זכה מנגדתו. דאי לא אית ליה חילא למיהב לה כתובתה דידה ... עליו נאמר נתנני ה' וכו' ולא אית לזו לבי דינא רשותא למיכרחא למיפק בלא כתובה", עכ"ל.

על כן, אם הבעל מוכיח שהאשה אינה מתאימה לו והיא אינה שומעת בקולו, אינה "עזר" אלא "כנגדו", ומוגדרת כאשה רעה לבעלה, עדיין אין זו עילה להפסידה כתובתה. וכן מצינו שאשה המקניטה את בעלה וכתוצאה מכך הוא מבקש לגרשה, לא הפסידה כתובה ותוספת כתובה. אמנם בכל המקרים הללו, פשיטא שבית הדין יורה לה לנהוג בדרך אחרת, ויעשה מאמץ להדריכה בדרך ישרה, הן ישירות והן באמצעות אדם מתאים, אך אין לכך השלכה על זכותה לתשלום הכתובה.

אף שהדבר פשוט, נציין מקורות בראשונים שכתבו שאף אם האשה הקניטה את בעלה ועקב כך הבעל החליט להתגרש, לא הפסידה כתובה ותוספת כתובה, כל עוד לא נקבע מעמדה כמורדת המפסידה כתובתה.

התוספות במסכת גיטין דף מה: (ד"ה וכתובת) בארו הטעם שחכמים תקנו שכתובת אשה נגבית מהזיבורית. וכתבו - "טעמא דהפקיעו חכמים דינה, כדאמר בגמ' (לקמן מט.) גבי בעל חוב שלא יראה אדם לחבירו שדה נאה ויאמר אקפוץ ואלונו, הכי נמי חשו חכמים באשה, שמא תקניטנו כדי שיגרשנה ותגבה כתובה".

הרי מבואר שגם אם האשה הקניטה את בעלה כדי שיגרשנה, ובעקבות כך גרשה, לא הפסידה כתובתה.

מאחר שלעניין דין זבורית, תוספת כתובה דינה כדין עיקר כתובה, כמבואר במסכת כתובות דף נה., הרי שדברי התוספות נאמרו גם ביחס לתוספת הכתובה.

ועיין ברא"ש במסכת מכות דף ג. (פ"א סי' א') שכתב - "וקאמר רב חסדא דשמיין בבעל ... וכן לענין גירושין אם הוא קפדן וותרן בממונו, שאם תקניטנו יגרשנה, או סבלן וחש לממונא ולא יגרשנה", עכ"ל. הרי מבואר ברא"ש שאם האשה מקניטה את בעלה והבעל שהוא קפדן החליט לגרשה, לא הפסידה כתובה ותוספת כתובה, עיי"ש ברא"ש שכתב להדיא חיוב תוספת כתובה.

ומאידך, הרא"ש במסכת כתובות פרק ח' סי' ט' בסוגיית מוציא הוצאות על נכסי אשתו כתב - "מסתברא לן

הראשון שבקש לסדר את הגט. ובשני המקרים הללו אין מקום לקבוע שהגירושין יצאו ממנה, אלא הגירושין היו ברצון שניהם ודינם מבואר בתשב"ץ שאינה מפסידה דבר מכתובתה. אבל כשהגירושין יצאו עקב תביעת האשה לגירושין, ללא כל סיבה המתקבלת, והבעל התנגד לגירושין אך בסופו של דבר נאלץ בעל כרחו לענות אמן ונתן גט. למרות שלמעשה הגט ניתן ללא כפיה, עכ"פ הגירושין יצאו ממנה, ואדעתא דהכי לא התחייב בתוספת הכתובה.

בתשובת פני לוי הביא ראייה לשיטתו מתשובת הרא"ש כלל מג סי' יב ומדברי הבי"ש בסי' קנ"ד סק"ב. ראיית הפני לוי מיוסדת על ההנחה שכוונת הרא"ש בדבריו "אבל אם בלא כפיה נאות לגרשה, יתן כתובה, כיון שמדעתו מגרשה", היינו שהבעל אמנם מכחיש את דברי האשה, אך למרות זאת נאות לגרשה. אבל אין הכרח שזוהי כוונת הרא"ש. ניתן לפרש את דברי הרא"ש כפי שבאר בספר מטה יוסף (ח"ב סי' ה') שמש"כ הרא"ש "אבל אם בלא כפיה נאות לגרשה, יתן כתובה, כיון שמדעתו מגרשה". היינו - "כשהוא מודה שהיא טוענת אמת וחייב להוציאה מן הדין, קרינן ביה לכשתנשאי, כמו בשהה עשר שנים ולא ילדה שחייב להוציאה מן הדין ויש לה תוספת. הכי נמי הכא כיון דחייב מן הדין לגרשה והוא מודה לה שטענתה אמת חייב ליתן לה תוספת, דמציא אמרה ליה הרי מסרתי עצמי לך ומה אעשה לך יותר".

מריבות וקטנות, כעילה להפסד הכתובה והתוספת

במידה שבני הזוג התגרשו לאחר תביעת גירושין שהבעל הגיש, והרקע לתביעה זו נעוץ במריבות וקטנות, גם אם אלו נגרמו באשמת האשה, עדיין אין זו עילה לקבוע הפסד זכותה לתשלום הכתובה.

פעמים רבות במסגרת הדיונים בבית הדין קודם לגירושין, עולות טענות מאחד הצדדים או טענות הדדיות, על התנהגות לקויה של הצד השני, ויש ממש בטענות אלו. ולעיתים במסגרת יעוץ נישואין מקצועי, מסקנת היועץ עשויה להיות - המלצה לגירושין. אך ביחס לשאלת חיוב הבעל בתשלום הכתובה, מסקנה כזו של יועץ נישואין מקצועי אינה בהכרח רלוואנטית. מפני שבבואנו לברר את חיובו של הבעל בתשלום הכתובה, הנקודה הקובעת היא האם על פי ההלכה קיימת עילה, שיש בה כדי לקבוע שלילת זכותה של האשה לגבות כתובה ותוספת כתובה. אך עילה כזו, שהיא מריבות בין בני זוג שהביאו בסופו של דבר את הבעל להחלטה להתגרש, אינה גוררת הפסד תשלום הכתובה והתוספת.

דוגמא קיצונית לעיקרון זה מצויה במסכת יבמות דף סג.: על הפסוק באיכה "נתנני ה' בידי לא אוכל קום", - "אמר רב חסדא אמר מר עוקבא בר חייא, זו אשה רעה וכתובתה מרובה".

ונציין לספר התשב"ץ חלק חוט המשולש (טור א' סי' נד) שכתב שאשה רעה הנוכרת בדברי מר עוקבא בר חייא, היא

משמעות דברי הרשב"א הם שגם הפסד כתובה ותוספת כתובה נובע מהסברא שאדעתא למיפק לא כתב לה, ולא מפני שיש בדבריה משום מחילת הכתובה, ודבריה יתפרשו כהודעה בלבד, שגם אם תפסיד את הכתובה היא מסכימה להתגרש, ולהלן נביא מדברי האחרונים בזה.

וביחס להעדר הפסד הכתובה תוך י"ב חודש או כשלא הושלם הסדר הקבוע במורדת, (כל שיטה בראשונים לפי דרכה), כתב בחי' רבינו קרשקש (עמ"ס כתובות סג:), וז"ל - "במורדת דכייפינן ליה במאי דלא מפסדי כתובה לאלתר, דכיון דמורדת היא דודאי שורת הדין היתה להפסיד לה לזו כתובתה לאלתר טפי מכמה דאמרי לקמן (עב.) דיוצאות בלא כתובה. אלא דמשום דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה חסו חכמים עליה שלא להפסידה כתובתה לאלתר, וקנסוה מעט מעט כדי לראות אם תחזור בה, והיינו כפיה דידיה, שהוא היה רוצה טפי שיפסידוה כל כתובתה לאלתר כדי שיוכל לגרשה, דכיון שהיא רוצה לצערו אפילו הוא ודאי היה רוצה לגרש".

מבואר בדברי רבינו קרשקש, ששורת הדין היתה להפסידה מיד כתובה ותוספת, אלא שתיקנו לטובתה, וחסו עליה שאינה מפסידה אלא בהתאם לסדר שחכמים תיקנו.

וכן יתפרשו דברי הר"ן בפרק אע"פ בסוף סוגית מורדת (דף כז: בדפי הרי"ף), שכתב - "אי הוי תוספת כמתנה, כי מגרש מתוך מרדה, הפסידה לאלתר משום דלא אקנו לה מעיקרא אלא אדעתא למיקם קמיה. אבל השתא דאמרינן דדמי לכתובה, לא מפסדה מיניה לתנא דמתני' אלא בפחיתת שבעה שבעה ככתובה או בד' שבתות כרבותינו".

וכן בספר בני אהובה הלכות אישות פי"ד הט"ז כתב - "אף דהיא באמת מורדת, אין פוחתין כתובתה כי אם בהכרזה, דחכמים תקנו לה תקנה שלא להפסיד כתובתה בקל, רק על ידי הכרזה, אולי תחזור".

ולהלן מש"כ החזו"א בסי' סט ס"ק ג-ד בביאור גדר הלכה זו, - "הא דמאיס עלי לית לה כתובה, לאו דוקא במוחלת, אלא אף אם אינה מוחלת הפסידה מן הדין, כיון דהיא מורדת בטענת מאיס עלי ... כיון דהיא מואסת בו, ודאי היא יודעת דאין לה זכות לתבוע כתובה דאיהי מגרשת לי' לדידי' וכה"ג ראוי שתתן לו כתובה וכדאמר גיטין מ"ט:".

לעומת זאת, במורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה, ובכל אותן שדינן כמותה, כתב החזו"א - "אם רצונה לצאת שנתנה עיניה באחר, או שרצונה בממון שתוציא ממנו, אף שסוף סוף רצונה להתגרש, מ"מ אין זה בכלל מאיס עלי אלא בכלל מורדת בעינא ליה, ובי"ד משתדלין לעשות שלום ביניהן וגוערין בה ומכריזין עליה ואין מפסידין כתובתה לאלתר. ואפשר דאף אם מחלה כתובתה לא מהני מחילתה וכדין מאיס עלי, ואינו מגרש עד אחר י"ב חדש, ואין חילוק ביניהן אלא הכרזה והמלכה בה להשתדל בשלומן".

דמתניתין דקתני מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל, היינו כשהבעל רוצה לגרשה. אבל במורדת ותובעת גט ומקנטת אותו עד שהוא צריך לגרשה, בין אכל בין לא אכל ישבע כמה הוציא ויטול. דלא יהא אלא מתנה דיהיב לה הא אמרינן כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למישקל וליפוק לא אקני לה".

הרי שהמציאות הנידונה, הן בדברי הרא"ש במסכת מכות והן בדבריו במסכת כתובות, היא באשה שהקניטה את בעלה ומתוך כך גרשה, אלא שבמסכת מכות הנידון הוא כשאינה מורדת בו, על כן לא הפסידה דבר. אך אם בנוסף להקנטה, היא מרדה בבעלה, הפסידה מתנותיו, ותוספת כתובה שדינה כמתנה.

מרידת האשה, כעילה להפסד הכתובה והתוספת

יש לדון האם מרידה שהביאה לגירושין, זו עילה להפסד הכתובה.

יש לברר שלשה מקרים שונים.

א. באשה האומרת "מאיס עלי" ותובעת להתגרש, אך אינה מזכירה דבר מכתובתה ואינה מוחלת בפירוש על הכתובה ותוספת הכתובה.

ב. באשה האומרת "מאיס עלי" ותובעת להתגרש, ותובעת שישלם כתובתה.

ג. באשה האומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה", והתגרשה בטרם הושלם הסדר הקבוע במורדת להפסד הכתובה.

על פי היסוד שכתב הטור בסי' קיח, (הובא לעיל), מאחר שהגירושין יצאו ממנה, דהיינו בעקבות המרידה, הרי שכל מורדת, מעיקר הדין הבעל אינו מחוייב בתשלום הכתובה ותוספת הכתובה אם מגרשה מחמת מרדה. אלא שבמקרים מסויימים, המבוארים בסוגיית מורדת (מסכת כתובות דף סג: וש"ע אה"ע סי' עז ס"ב) תיקנו חכמים, תקנה שאינה מן הדין, שהפסד הכתובה ותוספת הכתובה יכנס לתוקף רק כשנהגו על פי הסדר הקבוע במורדת.

יסוד זה התבאר בדברי רבותינו הראשונים. בחי' הרשב"א מצינו שמעיקר הדין אין במורדת תשלום כתובה, מפני שאדעתא דלמשקל ולמיפק לא אקני לה. ובדברי רבינו קרשקש מבואר שכל אותן הלכות המורות למנוע הפסד הכתובה עד שיושלמו תנאים מסויימים, יסודן בתקנת חכמים שאינה מן הדין, ולהלן דבריהם.

דברי הרשב"א הם בחידושו עמ"ס כתובות דף סד. שכתב "ולענין האומרת מאיס עלי ואיני חפצה לא בו ולא בכתובתו, אלא אצא בלא כלום ובלבד שיגרשני, אינה מפסדת כלום עד י"ב חדש. ולאחר י"ב חדש אם עדיין היא עומדת במרדה, הפסידה כתובתה ... וכשיוצאה הפסידה נדוניא ועיקר כתובה ותוספת וכל מה שנתן לה הבעל משלו, שלא כתב לה ולא נתן לה אלא אדעתא למיקם קמיה, אדעתא דלמשקל ומיפק לא כתב לה".

בדרך הראשונה כתב - "נראה די"ל דבאמת לא בעינן מחילה גמורה, אלא מה שאמרה דלא בעי' לא הוא ולא כתובתה, היינו שאומרת שאם יהיה הדין שתפסיד כתובתה אם יגרשנה, אפ"ה מרוצה היא בכך כדי שיגרשנה, דלא ניחא לה לא הוא ולא כתובתה, אבל אינה מוחלת מה שיהיה על פי הדין שמגיע אפילו אם תתגרש".

ואח"כ כתב ההפלאה - "עוד היה אפשר לומר ... דמיירי שמוחלת באמת כל הכתובה סתם" וכו'.

ונראה שהעיקר כמ"ש ההפלאה בפירושו הראשון, וכמו שכתב החזו"א סי' סט סק"ג "הא דמאיס עלי לית לה כתובה, לאו דוקא במוחלת, אלא אף אם אינה מוחלת הפסידה מן הדין כיון דהיא מורדת בטענת מאיס עלי", וכן הוסיף החזו"א לבאר הטעם כמו שהבאנו לעיל מדבריו.

וכן כתב הבית יעקב בספרו עמ"ס כתובות דף סג: (בתוס' ד"ה אבל), וז"ל - "כשלא חזרה בה, אין סברא כלל לומר שצריך ליתן כתובה כשמונעת ממנו תשמיש כשאומרת מאיס עלי, אף אם אינה אומרת שמוחלת הכתובה, דהא בש"ס מקשה דליתקנו ליה כתובה מינה, ומשני האיש אינו מוציא אלא לרצונו וכו'. ואם נאמר כנ"ל קשה טובא דמ"ש כשיאמר הוא האשה מאיסה עלי ומונע ממנה התשמיש כופין אותו ליתן גט וכתובה, ומ"ש כי אמרה היא מאיס עלי שאין די שאין כופין אותה ליתן כתובה לבעל ואף כופין אותו ליתן לה כתובה".

ובבית יעקב על הלכות כתובות סי' עז סעיף ב' הוסיף - "ביבמות פרק האשה רבה בניסת לאחר על פי ע"א קאמר התם דלית לה כתובה, דמ"ט תיקנו רבנן כתובה משום שלא תהא קלה בעיניו להוציאה והכא תהא קלה ע"ש. וא"כ ה"נ כיון שהיא מורדת ומבקשת גט ודאי דג"כ לא שייך הטעם שלא תהא קלה".

וכתב הבית יעקב בביאור דברי החלקת מחוקק - "מיירי שאמרה מאיס עלי ומונעת תשמיש ותובעת הגט תולין שכוונתה בלא הכתובה, מדלא תבעה הכתובה, לכך אין צריך ליתן לה הכתובה כשגרשה, רק נוטלת בלאותיה הקיימין. אבל ודאי דיכולה לחזור בה". והיינו מפני שכל עוד לא מחלה בפירוש על הכתובה, הרי ששטר הכתובה שריר וקיים, ונ"מ שאם חזרה בה ורוצה לשוב לבעלה, אין צריך לכתוב כתובה חדשה.

ואמנם באומרת מאיס עלי, נקטינן שאין כופין את הבעל בגירושין ואין מחייבים אותו, ובסופו של דבר למעשה הבעל נותן גט מרצונו, אפ"ה לענין חיוב כתובה ותוספת הכתובה דנים שכביכול האשה מגרשת את הבעל. ומבאר בספר אבני משפט אה"ע סי' עז סק"ד - "אף דאין כופין אותו לגרש, סוברת דכל זמן דאגידיא גבי' לא יתנו לו אחרת, ובעל כרחו יגרשה, כמו שמוזכרת בתוס' סברא זו, ולכן אין לה כתובה".

וכן מוכח בתוספות רי"ד שבאומרת מאיס עלי, הפסידה כתובתה אף בלא מחילת האשה על הכתובה.

ובס"ק יא כתב - "תיקנו חכמים שיהא לה כתובה ככל תיקון חכמים ולא תפסיד על ידי מרד אלא בתנאים שאמרו חכמים".

ובס"ק"א כתב - "תיקנו דאית לה כתובתה עד אחר י"ב חדש ולא מהני מחילתה, ששקדו חכמים על השלום להמתין שמא יתפייסו".

ובס"ק יח, כתב החזו"א בדין מורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה - "תוספת שכתב לה בכתובתה, ודאי דינו ככתובה ולתנא דמתניתין פוחתין שבעה דינרין לשבת ולרבותינו מפסידתו אחר ד' שבתות, וכדאמר בהדיא בגמ' נ"ד ב' תנאי כתובה ככתובה לענין מורדת. ואי מפסידתו אף קודם שהפסידה כתובתה משום דאדעתא למיפק לא יהיב, אינו ענין לדין כתובה שמפסידה מקנס חכמים אחר אריכת המרד ... ותוספת דעתו שיהיה לתוספת דין כתובה כיון שכוללו או מוסיפו על הכתובה ... לדעת ר"ח בתוס' יבמות ס"ה ב' דבאה מחמת טענה אין לה תוספת ... כשהיא גרמה להוציאה שפיר אמרינן דאדעתא למיפק לא יהיב. ולפי זה ע"כ צ"ל דהא דאינה מפסדת את התוספת עד אחר ד' שבתות, דלא מקרי מוציאה את עצמה מיד בעלה עד שנקבע המרד כפי שיעור חכמים, דכעס לשעה שכיח, ולא הנחת בת לאברהם אבינו אי מפסדת תיכף".

הפסד כתובה ותוספת כתובה בתובעת להתגרש ואומרת מאיס עלי

בגמ' במסכת כתובות דף סג: - "היכי דמיא מורדת, אמר אמרימר דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה, אבל אמרה מאיס עלי לא כייפינן לה". ופרש רש"י - "היכי דמיא מורדת, דכופין אותה דמשהין גיטה ופוחתין כתובתה. דאמרה בעינא ליה כו', שיש לכופה על ידי פחיתת כתובתה. אבל אמרה מאיס עלי, לא הוא ולא כתובתו בעינא. לא כייפינן לה, להשהותה אלא נותן לה גט ויוצאה בלא כתובתה".

וכתב הב"ח בסוף סי' עז - "טענת מאיס עלי אינה אלא באומרת מאיס עלי מטעם כך וכך המקובל לעיני חכמי העיר ומבקשת שיגרשנה מיד בלא כתובה, דאמרה לא הוא ולא כתובתו בעינא. אי נמי טוענת מאיס עלי יגרשני ואינה מזכרת כתובה".

וכן כתב החלקת מחוקק סק"ד - "שמבקשת גט בלא כתובה, כלומר ששואלת גט סתם, ומכל שכן אם אמרה בהדיא שמוחלת על הכתובה".

והנה ההפלאה סק"ד כתב על דברי הח"מ - "צ"ע כששואלת גט סתם, דהא מלשון רש"י לא משמע הכי, שכתב דבמאיס עלי לא כפינן היינו משום דאמרה מאיס עלי לא הוא ולא כתובתו, א"כ עיקר הטעם משום דמחלה כתובתה, וכ"כ התוספות שם בד"ה אבל וכו' ונראה לר"ת וכו' לא כפינן לה על ידי שנאמר שלא תועיל מחילתה משום דהוי מחילה בטעות, אלמא בעינן שתמחול בפירוש".

בהפלאה כתב שתי דרכים בביאור דברי רש"י.

- "אבל לא מה שכתב לה". ועיין בבית שמואל מהדורא קמא ס"ק יג שציין שישנן שתי נוסחאות ברמ"א.

ועיין בדרכי משה ס"ק ח כתוב כגירסא "לא מה שכתב לה", וז"ל - "וכתב ב"י בשם תשובת הרשב"א דאם מגרשה תוך י"ב חדש צריך ליתן לה כתובה ונכסי צ"ב שלה, אבל לא מה שכתב לה". ומבואר שאינה זוכה בתוספת כתובה. אבל בב"י הגירסא - "ואם גירש הבעל מרצונו תוך י"ב חדש גובה כל כתובתה", ועי"ש בחי' הגהות אות ז'. וכן בתשובות הרשב"א ח"ו סי' עב כתב - "ואם רוצה הבעל לגרש תוך י"ב חדש אלו, לא הפסידה היא מכתובתה כלום. דכיון שהיא אינה מתגרשת מתקנת חכמים כל י"ב חדש, וזה גרש תוך זמן זה מדעתו, הרי זה כשאר בני אדם המגרשין מדעת עצמם שנותנין כתובה. וכ"כ ר"ח ז"ל שאם רצה הבעל לגרש תוך זמן זה וליטול כתובתה אין שומעין לו. אבל אם שהה עד לאחר י"ב חדש וגרש הפסידה עיקר כתובתה ותוספת".

אך נציין שכגירסא המובאת בדרכי משה מצינו בתשובת הרשב"א ח"ז סי' תיד שכתב בלשון זו - "ואם גרשה תוך י"ב חדש נותן כל כתובתה, אבל מה שהוסיף לה משלו אינה נוטלת מהן כלום, שלא כתב ולא נתן לה משלו על מנת שתקח ותצא ממנו ותתנאה בהם בפני בעל אחר". וכן נמצא בשו"ת הר"ן בשם תשובת הרשב"א. הר"ן בתשובה סי' יג (בלשון השאלה) הביא מתשובות הרשב"א בלשון זו - "וראינו לרשב"א ז"ל שכתב בתשובה זה לשונו אבל האומרת מאיס עלי ... ואין מכריזין עליה כלל אלא ממתינין לה י"ב חדש ... ואם גרשה תוך י"ב חדש נותן לה כל כתובתה, אבל מה שהוסיף לה אינה נוטלת, שלא הוסיף לה על מנת שתטול ותצא, ע"כ לשון התשובה".

ולפי זה, גם אילו היינו דנים את האשה האומרת מאיס עלי ותובעת גירושין וכתובה, כמורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה, וללא סייג, כמשמעות הרמ"א בשם תשובת הר"ן, הרי שבטרם נהגו בה כסדר הקבוע במורדת, האשה זכאית לעיקר הכתובה וצ"ב. אך דין תוספת הכתובה שנוי במחלוקת, כאמור לעיל.

אבל החזו"א סי' סט ס"ק יח העלה שהמורדת אינה מפסידה תוספת כתובה, אלא אם הפסידה כתובתה, מאחר שתוספת כתובה ככתובה כמבואר בכתובות דף נד, וכתב החזו"א - "הא דאינה מפסידה במרדה את התוספת עד אחר ד' שבתות, דלא מיקרי מוציאה את עצמה מיד בעלה עד שנקבע המרד כפי שיעור חכמים, דכעס לשעה שכית, ולא הנחת בת לאברהם אבינו אי מפסדת תיכף". ולפי זה העלה החזו"א שיש לגרוס בדברי הרמ"א כפי המודפס אצלנו, שאם גרש תוך י"ב חדש לא הפסידה תוספת כתובה.

בדברי החזו"א מבואר, שנקט בדעת הרשב"א דאף במאיס עלי לא הפסידה תוספת אם ניתן גט תוך י"ב חדש. אך כאמור, בתשובות הרשב"א מצינו חילוקי נוסחאות בשאלת חיוב תוספת הכתובה, והרמ"א בדרכי משה נקט שאינה

ז"ל התוספות רי"ד דף סג: "היכי דמי מורדת ... אבל אמרה מאיס עלי ואיני חפצה בו כלל יתן לי גיטי איני חוששת מכתובתי, לא כייפינן לה לעגנה ולעכבה שתפחות כתובתה מעט מעט, אלא אם רוצה הבעל נותן לה גיטה ותפסיד כתובתה מיד. שהתובעת גירושין ורוצה להפסיד כתובתה צריך להתרות בה ולהודיעה שהיא מפסדת הכתובה, אם תחזור הרי טוב, ואם לאו נותן לה גיטה ומפסדת כתובתה", עכ"ל.

בדברי התוספות רי"ד מבואר שהאשה לא מחלה על הכתובה, שאם במה שאמרה "מאיס עלי" כוונתה למחול על הכתובה, מה מקום יש להתראה, היכן מצינו שאדם המוחל על שטר חוב צריך להתרות בו שידע שהמחילה מבטלת את החוב. ומלבד זאת, נראה ברור שאם היא אומרת "איני חוששת מכתובתי", אין זה לשון מחילה. אלא ודאי הפסד הכתובה אינו מפני מחילת האשה אלא מכיון שהגירושין יצאו ממנה, ואנו מתרים בה ומודיעים לה שאף שהבעל יתן גט מרצונו דינה כמגרשת את הבעל שאינה זכאית לכתובה.

העולה מדברינו - אשה האומרת מאיס עלי ותובעת להתגרש, מפסידה את הכתובה ותוספת הכתובה מדינא, מפני שהיא יוזמת את הגירושין ואינה מאפשרת חזרה לחיים משותפים, ובהתאם ליסוד המבואר בטור, שמאחר והגירושין יצאו ממנה, אינה זכאית לתשלום הכתובה והתוספת, גם בהעדר מחילה מפורשת, אלא שאם נאמרה בה התקנה להשהותה י"ב חדש, לא תפסיד כתובתה, שלא מן הדין אלא מפני התקנה, ויבואר להלן.

הפסד הכתובה במורדת האומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה" או "מאיס עלי" ותובעת הכתובה

באשה האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה, אם הבעל נותן גט, מעיקר הדין היה מקום לקבוע שהפסידה את הכתובה במלואה, אך חכמים תקנו שלא תתגרש לאלתר, והיינו שהשאירו את כתובתה על מקומה, וקבעו פחיתת הכתובה בדרך המבוארת במשנה ובדעת רבותינו, והכל כדי לעכב את הגירושין. וכתב בשו"ת הרמ"ע מפאנו סי' נה - "צריך להכריז עליה ... וישלחו להתרות בה לפני הכרזה ולאחריה, ושוב נמלכים בה הדיינים עצמם ... יכתבו לו עליה אגרת מרד כדין והלכה, ובלי שמירת כל הסדר הזה אינה מפסדת כלום".

ואם היא אומרת מאיס עלי ותובעת הכתובה, חזר דינה כאומרת בעינא ליה ומצערנא ליה. ודינה מבואר ברמ"א בסי' עז ס"ב בשם הרשב"א בתשובה - "אם אומרת יתן לי גט וכתובתי חיישינן שמא עיניה נתנה באחר, ויש לה דין מורדת דבעינא ליה ומצערנא ליה".

הנה במורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה פסק הרמ"א (סי' עז ס"ב) - "אם רוצה לגרשה תוך י"ב חדש נותן לה צ"ב שלה וכתובתה וכל מה שכתב לה". ועיין בב"ש ס"ק יח ובדגול מרבבה שהגירסא של הב"ש בדברי הרמ"א היתה

עוד כתב החזו"א - "ואף לדעת הר"מ נראה, דכל שיש רגלים לדבר וניכרים דבריה, אף אם תובעת כתובתה לא הפסידה דין מאיס עליה, אלא בסתמא סמכינן אהא דמותרת על כתובתה וחזינן שקשה לה להיות תחתיו, ואינו מחמת כעס לזמן. ולא תלינן בנתנה עיניה באחר, דהיה הדבר ידוע בין השכנים. אבל באינה מותרת על כתובתה, מספקינן שאין הדבר קשה עליה, אלא בסיבות קלות בחרה להתגרש ממנו ומקוה לאחר, שחושבת שיהיה לה טוב מהיות תחת בעלה הראשון ... הכא בסברא תליא מילתא ... ומש"כ רש"י במאיס עלי דלא בעיא כתובה, לא משמע כלל דכוונת רש"י כדי להאמינה, אלא נראה לפרש דהוא רהיטת הענין, דרש"י סבר כיון דהיא מואסת בו, ודאי היא יודעת דאין לה זכות לתבוע הכתובה דאיזי מגרשת ליה לדידיה, וכה"ג ראוי שתתן לו כתובה וכדאמר בגיטין מ"ט ב'. מיהו הר"ן בתשובה לא פירש כן דברי רש"י, ומשמע דאף לענין למנוע הכרזה לא מהימנא".

לפי זה בנידון שהאשה טוענת "מאיס עלי" ומבקשת להתגרש וכתובה, ואינה אומרת דבר שמשמעותו "בעינא ליה", אין לדון שלא תפסיד כתובתה, וזאת משלשה טעמים - ראשית, לחובתה נאמנת שאינה רוצה בו ואינה בגדר בעינא ליה. על כן מכח הודאת בעל דין מפסידה כתובתה. ועוד, יש לומר שהרמ"א לא כתב דבריו לענין שיש לנקוט בה את הסדר הקבוע במורדת אלא לעניינים אחרים, כנזכר לעיל. ומלבד זאת במקום שניכרים דבריה שאינה רוצה בבעלה מטעמים מסויימים, ואין מקום לחוש שתביעת הגירושין נובעת ממה שנתנה עיניה באחר, יש לדונה כדין מאיס עלי לכל דבר, גם אם תובעת כתובתה.

דינו של רבינו ירוחם בשם רבו

רבינו ירוחם בספר מישרים נתיב כג ח"ח כתב וז"ל - "כתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל, כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אמר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנים אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי שתא אניטא דילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש והפסידה תוספת וכל מאי דיהיב לה מדיליה דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה".

בביאור דינו של רבינו ירוחם כתב בספר נתיבות משפט - "מה שכתב רבינו בשם רבו ז"ל דעתו, דאע"פ שהיא מורדת, כיון שהוא גם כן מורד ואינו רוצה אותה, אין מפסידין אותה כתובתה, אלא לאחר השנה כופין אותו לגרש ונותן לה נכסי צ"ב שלה אבל לא תוספת, וכן נראה שהוא דעת הרשב"א בתשובה, הביאה הרב ב"י וז"ל על האומרת מאיס עלי או בעינא ליה, מה הן גובות. אם הוציא מרצונו בין בזו ובין בזו נותן להם נכסי צ"ב, אבל מה שנתן להם משלו אינן נוטלות כלום, כיון שהן תובעות להתגרש עכ"ד. וכן כתב ג"כ בסי' אלף ורל"ה. הרי בדעתו שאע"פ שהן מורדות, מ"מ כיון

מקבלת מה שכתב לה, ומסתבר שדבריו מתייחסים לתוספת הכתובה, וכפי משמעות גירסת הב"ש ברמ"א.

ויתכן שהיה מקום לחלק בין אומרת מאיס עלי, שבה כתב הרשב"א (לפי נוסחא אחת) שאינה זכאית לתוספת כתובה, מאחר והגירושין נבעו ממנה. משא"כ באומרת בעינא ליה ומצערנא ליה, בטרם הושלם הסדר הקבוע במורדת אין לדונה כמביאה לגירושין. (אלא שנראה כי הרמ"א בשו"ע, אליבא דגירסת הב"ש, הוציא דבריו מדברי הרשב"א, למרות שהרמ"א איירי באומרת "בעינא ליה" וכו' והרשב"א איירי במאיס עלי).

מסקנת הדברים, במידה שיקבע דינה של האשה כדינה של מורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה, לכל דבר, הרי שלדעת החזו"א אם יסודר ג"פ בטרם יתקיים בה הסדר הקבוע במורדת, ובלא שמחלה על הכתובה, לא הפסידה כתובה או תוספת. אבל לפי האמור, לא מצינו נוסחא ברשב"א הקובעת תשלום תוספת באומרת בעינא ליה ומצערנא ליה והבעל גרשה בטרם הכריזו עליה, ויתכן שדברי הרשב"א נאמרו רק במאיס עלי, המבקשת גירושין. אך נראה שאם האשה טוענת מאיס עלי ותובעת כתובתה, אף אם לענין כמה הלכות דינה כאומרת בעינא ליה ומצערנא ליה, קיימים שני טעמים שהאשה אינה זכאית לתשלום תוספת כתובה, וזאת עפ"י מש"כ החזו"א סי' סט סק"ד -

ראשית, החזו"א כתב שדברי הרמ"א שאין דנים את דינה כאומרת מאיס עלי לאחר שתבעה את כתובתה, מחשש שמא עיניה נתנה באחר, היינו שלא תזכה בזכויות הנובעות מקביעת מעמדה כאומרת מאיס עלי, כגון כפיית גט אליבא דשיטת הרמב"ם, או לשיטת הר"ן שתזכה בכתובתה, או לדעת הרשב"א שמרווחת בלאותיה הקיימין אם תפסה, ושאם חזרה לא הפסידה כלום. לכל העניינים אלו ראוי לדקדק עמה אם אינה משקרת. "אבל לדעת הרמב"ן והרא"ש שאינה מרווחת אלא שאין מכריזין עליה, אין לדקדק בדבר כל כך וסומכין על דבריה".

עוד כתב החזו"א, אף בלא הסברא הנ"ל, ואף אי נימא בדעת הר"ן בתשובה, דבכה"ג שאומרת מאיס ותובעת כתובה מכריזים עליה - "מ"מ נראה דלחובתה מהימנא, והלכך אע"ג דלא הכריזו איבדה מיד כתובתה. ואע"ג דמשהינן לה י"ב חדש, מ"מ יש נפקותא שאין לה מזונות מבעלה, ולאחר יב"ח הפסידה כתובתה בלא הכרזה ד' שבתות".

דבריו אלו החזו"א לשיטתו (שם סק"א), דנקטינן להלכה שבמאיס עלי מפסידה כתובתה רק לאחר י"ב חדש. אך עיין בספר יביע אומר חלק ה' אה"ע סי' יג סק"ח במש"כ להוכיח מכמה ראשונים דלא כחזו"א אלא כפסק השו"ע שבמאיס עלי מפסידה כתובתה לאלתר, ובלא המתנת י"ב חדש. ולפי זה, לסברא זו שכתב החזו"א "דלחובתה מהימנא", היינו נאמנת שדינה כדין אומרת מאיס עלי שמפסידה כתובתה לאלתר.

בעל המורד באשתו ותובע גירושין, ועקב כך גם האשה תובעת להתגרש

עלינו לברר מה הדין במקרה הפוך מהנידון ברבינו ירוחם. דהיינו כשהבעל קדם ותבע גירושין ויזם מצב של פירוד, עקב טענות כאלו או אחרות כנגד אשתו, ובתגובה האשה מבקשת להתגרש, האם תפסיד את תשלום הכתובה ותוספת הכתובה עקב רצונה בגירושין. האם יש מקום לטענה שאין לחייבו בכתובה ותוספת כתובה מפני שכעת כבר שניהם כבר אינם חפצים זה בזה.

נראה שבמקרה כזה האשה אינה מפסידה את זכותה לתשלום הכתובה ותוספת הכתובה.

אמנם בפד"ר כרך ח' (שם) בפס"ד מבית הדין הגדול שנכתב על ידי הגרי"ש אלישיב שליט"א, פסק עפ"י שיטת רבינו ירוחם לשלול את זכותה של האשה לתוספת כתובה, במקרה שהבעל עזב את הבית שלא כדין ויזם גירושין, ולאחר מכן גם האשה מבקשת להתגרש ושוללת את האפשרות לחזרה לשלום בית.

אך נראה שיש מקום להגיע למסקנה שונה מהקבוע בפסק הדין הנזכר.

בנסיבות אלו, אין מקום לשלול מהאשה את זכותה לגבות תוספת כתובה, כל עוד תביעתה לגירושין נובעת מעזיבת הבעל את הבית ובתגובה למרידתו ורצונו בגירושין. מאחר שתביעתה הוגשה כתוצאה ממעשיו אלו של הבעל, יש לקבוע שהגירושין יצאו ממנו. לפי הגדר שהבאנו מהטור סי' קיח, בנסיבות אלו אין עילה להפסידה כתובתה.

כאמור, פסק הדין בפד"ר כרך ח' הנ"ל, מיוסד על דינו של רבינו ירוחם שכתב בספר מישרים הנזכר ועפ"י ביאור הגרי"ש אלישיב שליט"א שהובא לעיל, שאם הבעל מורד באשתו וגם האשה מורדת בבעלה, זוהי מרידה הדדית, והאשה אינה זכאית לתשלום תוספת הכתובה, גם ללא הכרזה.

אך נראה שלא היה מקום להוציא מדברי רבינו ירוחם את המסקנה אליה הגיע הגרי"ש אלישיב שליט"א. הנידון בפסק הדין הנ"ל היה שהצדדים גרו בעפולה והבעל בקש לעבור ולהתגורר באילת, מקום עבודתו, אך האשה סירבה. בית הדין פסק שעל פי הדין לא ניתן לחייבה לעבור לגור באילת. למרות פסק הדין, הבעל נהג בניגוד לדין ועזב את אשתו ועבר לגור באילת, והאשה נשארה בביתם בעפולה. וכתבו בפסק הדין - "הבעל שעזב את אשתו, בטענה שהאשה תחליף מקום המגורים בעפולה, מקום שעליו הוסכם ביניהם לפני הנישואין, ותלך לגור באילת, דרישה שהיא בלתי צודקת, לפי הדין, הרי דינו כדין מורד. אלא שבנידון דידן גם לאשה דין מורדת, אחרי שהצהירה בבית"ד שאינה מסכימה להשלים אתו גם אם יחזור לעפולה, ורצונה בגט ודורשת כתובתה", עכ"ל. בנסיבות אלו פסקו שאינה זכאית לתשלום תוספת כתובה, אלא אם כן תוכיח את טענותיה להתנהגות אלימה של הבעל.

שהוציא מרצונו דגם הוא אינו רוצה אותה נותן להם נצ"ב ... לא פטרו את הבעל אלא מלשלם תוספת, משמע דנצ"ב צריך לשלם, עכ"ל.

דרך אחרת בביאור שיטת רבינו ירוחם, כתב בפד"ר חלק ח' עמ' 324, שהפסד תוספת הכתובה נובע מכך שכופין את הבעל בגירושין, וזאת עפ"י שיטת הר"ח שהביאו תוספות והרי"ף במסכת יבמות בסוף פרק הבע"י שבמקום שהבעל חייב לתת גט, האשה אינה מקבלת תוספת כתובה, דאדעתא דלמישקל ולמיפק לא כתב לה.

אך הגרי"ש אלישיב שליט"א דחה דרך זו בביאור רבינו ירוחם, מכח דברי מש"כ נתיבות משפט בביאור שיטת רבינו ירוחם על פי תשובת הרשב"א שהפסד תוספת הכתובה נובע מתביעת האשה להתגרש.

ובפד"ר (שם) כתב הגרי"ש אלישיב שליט"א על דינו של רבו של רבינו ירוחם - "לכאורה הדברים תמוהים, כשהאשה היא המורדת בבעלה, אינה מפסדת תוספת כתובה כל עוד לא הכריזו עליה. ואם גם הוא מורד בה, אז מפסידה לאלתר את תוספת הכתובה ומשום דאדעתא למישקל ומיפק לא יהיב לה, וכלפי לייא ?".

ומסקנת הגרי"ש אלישיב שליט"א שם - "נראה לומר דההבדל הוא בזה, במקום שהאשה היא המורדת בבעלה והבעל רוצה באשתו, הרי כל ההכרזות וההתראות שנאמרו במורדת, וכל התקנות הללו לא באו אלא ללחוץ עליה שתמלך בדעתה ותשוב לחיי שלום בית עם בעלה, ולכן אם הבעל מגרשה בטרם נגמרו כל הפעולות הללו חייב לשלם לה כתובה ותוספת כתובה. משא"כ במקרה וגם הבעל לא רוצה בה, הרי אין מקום לתקנה זו, וממילא קם דינא דמכיון שהיא לא רוצה אותו, הרי אדעתא למישקל ומיפק לא יהיב לה תוספת כתובה", עכ"ל.

הרי מבואר שקיים חילוק בין עיקר הכתובה לתוספת הכתובה. בנידון רבינו ירוחם לא הפסידה את עיקר הכתובה, למרות תביעת הגירושין, בהעדר עילה שבהלכה להפסידה עיקר הכתובה, וכמו שמצינו בסוגיא הנזכרת במסכת כתובות, שגם בכה"ג שייכת תקנת חכמים שחייבוהו בעיקר כתובה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה. אבל לענין תוספת הכתובה, קיימת סברא שנאמרה רק ביחס לתוספת - "אדעתא למישקל ומיפק לא יהיב לה תוספת כתובה", מאחר שדינה כמתנה שהבעל התחייב מדעת עצמו.

ומבואר, שהאשה אינה זכאית לתוספת כתובה, לא מפני כפיית הבעל בגירושין, אלא מפני שהיא תובעת להתגרש, כפי העולה מדברי הרשב"א. ועלינו להוסיף ולבאר כי אין די תביעת גירושין כזו שגם אם התביעה לא תיענה בחיוב, בני הזוג ימשיכו בחיים משותפים. אלא הגירושין אירעו לאחר תביעה ובעקבות מרידת האשה בבעלה, ולמרות שבתגובה למרידתה גם הוא כבר אינו חפץ בה, הבעל פטור מתשלום תוספת הכתובה.

ס"ק כב המובא לעיל. א"כ הדברים תמוהים, אם האשה תובעת גירושין עקב היותו מורד, דינו להוציא וליתן כתובה ותוספת, ומדוע יגרע חלקה לאחר שתוסיף ותאמר שאינו רוצה בו, הרי ודאי שלא תרצה את בעלה המורד בה, והדין עמה, כמו שאנו רואים שתביעתה לחייבו בגירושין מתקבלת. וכי עלינו לבחון כליות ולב ולהעריך מה היה אילו הבעל היה חוזר בו ממרידתו האם היתה חזרת אליו, ואם נעריך שהאשה לא תחזור לבעלה גם אם הוא היה חוזר בו ממרידתו, האם עקב כך נפסידה מכתובתה, הדברים תמוהים מאד, ואין לכך כל יסוד בהלכה, להפסידה כתובתה בהסתמך על אומדנא כזו המעריכה מצב תיאורטי שאינו קיים כעת.

אלא ודאי יש לקבוע שבאותו נידון דינו של הבעל כמי שהביא לפירוק הנישואין, והכל נובע ממרידתו, ולהלן נביא מתשובת מטה יוסף שכתב כסברא זו.

סברא זו שכתבנו שלא לדון את האשה כמורדת, מכאמירה גרידא, אמירה שאינה מבטאת מרידה מעשית ואינה גוררת התנהגות של מרידה, מקורה מגוף הסוגיא במסכת כתובות דף סג.

בגמ' נאמר שגם נדה נחשבת מורדת. וכתב הרשב"א בחי' עמ"ס כתובות שם - "ונדה דהויא מורדת מתשמיש, דוקא בשמרדה בלא עת נדתה דבהא איכא למימר אינו דומה מי שיש לו פת בסלו, אבל התחילה למרוד בעת נדתה לא, דהתורה המרידתה, ושמא רצתה לצחק בו עד שתטבול. והכין איתא בירושלמי דגרסינן התם מה אנן קיימין אי בשמרדה עליו והא נדה התורה המרידתה עליו, אלא כן אנן קיימין שמרדה עליו עד שלא באה לנדה ובאה לנדה". וכן דעת הר"ן והרי"ז המובא בשלטי הגבורים, וכן כתב הנימוקי יוסף עמ"ס כתובות (שם), והובאה שיטה זו ברמ"א סי' עז ס"ב בשם י"א.

והנה כשהחלה למרוד בעת נדתה, אין כאן מעשה מרידה אלא רק דיבור והצהרה שהיא החליטה למרוד בו, ועל כן אין אנו דנים אותה כמורדת, מכיון שאין מרידה בדיבור בעלמא, כל עוד אין מאחורי הדיבור גם מעשה מרידה.

ולפי זה, ה"ה בנידון בפד"ר כרך ח' (שם), מכיון שמרידתה באה לידי ביטוי רק באמירה בה האשה מבקשת גירושין, ואין זו מרידה העומדת במבחן המציאות, שהרי גם בלא דיבורה, מצבה הוא שהיא מרוחקת מבעלה התובע גירושין, ואינו מוכן לחזור עמה לשלום בית, אין דיבור כזה קובע את מעמדה כמורדת. כל עוד אין לה בעל, שתוכל לחזור אליו לחיים משותפים, אין לדונה כמורדת מכאמירתה, המבקשת להתגרש בנסיבות אלו.

ואין סתירה לסברא זו משיטת החולקים על הרשב"א וסייעתו, הסוברים שהבבלי פליג בזה על הירושלמי, ונידונת כמורדת אף כשמרדה בתוך ימי נידותה. דשאני התם שלמרידתה השלכה מעשית, שבעצם אמירתה יצרה מצב בו אין לבעלה פת בסלו, והוא בעל המבקש לדור עם אשתו

כאמור, בפסק דין זה ניתנה לאשה האפשרות להוכיח טענותיה, על אלימות הבעל וכיוצ"ב. ובמידה שהטענות יתבררו, יהיה מקום להורות על חיוב הכתובה ותוספת הכתובה, למרות רצונה של האשה בגירושין. וזאת מפני שבנסיבות כאלו, לא יהיה לאשה מעמד של מורדת ולא יהיה מקום לדון את שניהם כמי שמרדו זה על זה.

אך עכ"פ עולה מאותו פסק דין שבמקרה שהבעל מרד באשתו ועזב את הבית שלא כדין ומבקש להתגרש, וכתוצאה מכך גם האשה תובעת גירושין ואינה מעוניינת להמשיך לדור עם בעלה, היא אינה זכאית לתשלום תוספת הכתובה.

פסק דין זה צ"ע. בדברי רבינו ירוחם היוזמה לתביעת הגירושין היתה של האשה שאמרה "לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה", ולאחר מכן הבעל אמר "אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט". דהיינו תביעת הגירושין יצאה מהאשה, ובתגובה לדברי האשה, הבעל אמר שאינו רוצה בה. בנסיבות אלו שהגירושין יצאו ממנה, אין מקום לחייבו בתוספת הכתובה, "דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה". אלא אם כן תוכיח שהבעל בהתנהגותו האלימה הביא לגירושין.

אבל במקרה שהבעל עשה מעשה ועזב את הבית ובכך יצר את הפירוד בין בני הזוג, ודינו כמורד באשתו. אין לדון את האשה כמורדת המפסידה תוספת כתובה, שהרי רצונה בגירושין נובע כתוצאה ממרידת הבעל ועזיבתו את הבית.

אין מקום לקבוע מעמדה של האשה כמורדת לעניין הפסד הכתובה אלא במרידה הבאה לידי ביטוי מעשי, דהיינו כשהמצב ביניהם הוא כזה, שטרם המרידה, האשה יכלה להמשיך לדור עם בעלה, שאינו מורד בה, ולמרות זאת בחרה למרוד בו. אבל כשהמרידה שלה היא על רקע מצב שבו כבר אין לה בעל שהיא יכולה לדור עמו, לא תחשב מורדת, עקב אמירה כזו או אחרת. מאחר ומסתבר שדבריה נאמרו בתגובה לכך שבעלה כבר עזב אותה. ויתכן שאם הבעל יחזור בו ממרידתו, ובלב שלם יבקש שלום בית, גם היא תחזור בה ולא תמרוד בו. על כן כל עוד הבעל, החל במרידה, לא ניתן לקבוע מעמדה כמורדת בעקבות אמירה כזו או אחרת, מאחר שלא ניתן לדעת מה היתה עמדתה אילו בעלה היה נוהג עמה כהוגן ולא מורד בה.

בפסק הדין הנ"ל, לאחר שכבר קבעו את דינו של הבעל כמורד, היה מקום לפסוק שתביעתה לגירושין נבעה מכך שבעלה מרד, ולא היה מקום להפסידה כתובתה. כשם שקבעו שאם תביעתה לגירושין נובעת מהתנהגות אלימה של הבעל, לא תפסיד תוספת כתובה.

בנוסף יש לתמוה, לאחר שבאותו פס"ד קבעו שהמורד באשתו חייב בכתובה ובתוספת כתובה, אף אם מחייבים אותו לתת גט, ואינו כמוכה שחין וכיוצ"ב שאינו מחוייב בתוספת כתובה, מכיון שבידו של המורד לחזור בו ולהסיר את הגורם לכפיית הגט, ובכך כיוונו לדעת החזו"א סי' סט

אינו כמורד, ומניין לנו שהפסיד זכותו לפירות, וכשם שאם הבעל מורד באשתו והאשה תובעת גירושין, אין לשלול זכותה למזונות, וכפי שבארנו בסימן הקודם. אך יתכן שאם יסרב לתת גט תשלל זכותו לפירות, דומיא דאשה נכפית שחוייבה בגירושין שאינה מקבלת מזונות כאמצעי לכפיית הגט, עיין שו"ע אה"ע סי' קיז סעיף י' מתשובת הרא"ש.

וע"ע להלן סי' פט בביאור דינו של רבינו ירוחם.

מסקנת הדברים - שלילת זכותה של האשה לתשלום הכתובה היא בהתאם לגדרים ההלכתיים המבוארים בשו"ע אה"ע סי' עז, דהיינו באשה המורדת בבעלה, האומרת "מאיס עלי", ומפני שהגירושין נובעים ממרידת האשה, ועל כן זו עילה הגוררת הפסד הכתובה. וכן במורדת אומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה", ובכפוף לביצוע הסדר הקבוע במורדת, וכן בדינו של רבינו ירוחם, שבו האשה החלה למרוד, ואמרה "לא בעינא ליה", יתן לי גט וכתובה, אמנם בכך דינה כמורדת האומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה" אך הפסידה תוספת כתובה גם בלא הכרזות ומהטעם המבואר לעיל בדברי הגרי"ש אלישיב שליט"א. אך במקרה הפוך שבו הבעל החל למרוד, ועזב את אשתו, וכתוצאה מכך האשה אמרה "לא בעינא ליה", בנסיבות אלו זכותה של האשה לתבוע גירושין ואין מקום להחיל עליה שם מורדת מכח דאמירה בעלמא שאינה רוצה בו, ומהטעם המבואר לעיל.

בלשון אחרת יש להגדיר, כל עוד הבעל יוום את הפירוד ומביא לפירוק הנישואין ולגירושין, יש לחייבו בתשלום הכתובה ותוספת הכתובה, מכיון שפירוק הנישואין מתייחס אליו, גם אם בסופו של דבר, האשה החליטה לבקש להתגרש, לאחר שנוכחה לראות שבעלה אינו מוכן לשוב אליה. ואין לקבוע שהגירושין יצאו ממנה. והדברים מתיישבים עפ"י הכלל שקבעו הטור והר"ן הנזכרים לעיל.

ואכן מצינו מקרים שבהם האשה תובעת גירושין, ולמרות זאת לא תפסיד את כתובתה ותוספת, והיינו באותם שנקבעה בהם ההלכה "יוציא ויתן כתובה". במקרים אלו, הלכה זו קובעת כי אף שהאשה תובעת גירושין ועקב תביעה זו הבעל חוייב בגירושין. אך מאחר שקיימת עילה שיש בה חיוב הבעל "יוציא ויתן כתובה", אנו קובעים שהבעל במעשיו הביא לגירושין ואין בתביעתה שלילת זכאותה לכתובה. עיין בתשובת הגרע"א ח"ג סי' נא (הובא בפד"ר ח"א עמ' 218) שכתב בלשון זו – "כיון דידוע לו דנישאת רק על דעת אישות, הוא כנתחייב לנהוג לה אישות, ובאם לאו ראוי לה להיות נפקעת ממנו, אם כן משום הכי לא מיקרי מפקעת עצמה לומר לגביה אדעתא למשקל ולמפיק, דכל שאי אפשר לו לנהוג לה אישות כראוי, ראוי לה להפקיע עצמה ממנו". וע"ע בפסק הדין בפד"ר ח"א שם שהאריך בביאור החילוק בין מקרים בהם מחוייב בתוספת כתובה למקרים שחיוב זה שנוי במחלוקת אף כשהבעל מחוייב בגירושין.

על כן גם כשהבעל החל למרוד באשתו שלא כדיון, כפי הנדון בפד"ר כרך ח' (שם), יש להחיל סברא זו של הגרע"א

בשלום. וס"ל לבבלי דאף תוצאה כזו מדיבורה גורמת לה להחשב כמורדת. משא"כ כשבעלה כבר אינו רוצה בה ועזב אותה, לכו"ע, דבריה המביעים את הרצון לגירושין, ואת אי רצונה לשוב לשלום עם בעלה, אינם קובעים לה מעמד של מורדת.

יתירה מזו, נראה שאין מקום למושג "מרידה הדדית". הראשון שמורד בבן הזוג ודאי יחשב כמורד, אך השני שבן זוגו מרד בו, מאותה עת כבר אינו יכול להחשב כמורד. וזאת מפני שדיני מורד ומורדת מתייחסים לבן זוג המתנער באופן חד צדדי ושלא כדין מחובותיו שהוטלו עליו במסגרת הנישואין. ויצויין שביטוי זה של "מרידה" יכול להתייחס גם לבעלי חיים או אף לאבר בגוף האדם, שחדלו למלא את תפקידם הטבעי, עיין גמ' ע"ז דף כח: "עין שמרדה", ובמסכת חולין דף קלט. "תרנגולת ... שמרדה".

וכן במבואר במרדכי שאדם יוכל להחשב כמורד מפני שהוא נוהג שלא כראוי ופושע בכך שאינו ממלא את המוטל עליו. המרדכי במסכת כתובות סי' קפג כתב בשם מהר"ם מרוטנבורג בענין בעל שחלה ואינו ראוי לאישות - "אמאי לא מיקרי מורד מתשמיש ויוסיפו לה על כתובתה, די"ל דלא מיקרי מורד אלא כשעושה מחמת שנאה וכעס, דמורד הוא פושע כמו הפושעים והמורדים, אבל הכא דמי קצת למוכה שחין".

דברי המרדכי התבארו היטב בספר אור גדול. האור גדול בסי' ד' העלה שאשה נידונה כמורדת כל שמונעת עצמה מבעלה שלא כדין, אע"פ שאין עיקר כוונתה כדי לצער. ובתוך דבריו הביא האור גדול את דברי המרדכי, וכתב האור גדול - "האי דכתב המרדכי דמורד אינו אלא מחמת שנאה וכעס, לאו דוקא הוא, רק אף מאיזה טעם שהוא שלא כדין, וכדמוכח מהראיה שהביא דמורד הוא פושע, אבל לא באונס".

אבל בנסיבות שהבעל מרד באשתו וכבר אינו חפץ בה, ועזב אותה, מכאן ואילך לא הוטלו עליה חובות הנובעות מהנישואין, ואינה חייבת לבעלה אף אחת מחובות הללו, וכמבואר בבית יעקב סי' צ' סעיף ה' (ד"ה י"א המורד). ולכן לא נכון להגדירה כמורדת, גם אם היא מבקשת להתגרש מבעל כזה, בקשה הנובעת מעויבתו וממרידתו, וגם אם היא כבר אינה מעוניינת לשוב אליו.

בנסיבות אלו שאין לה מעמד של מורדת, אין יסוד להפסד הכתובה.

וע"ע בפד"ר ח"א עמ' 95 בפס"ד מביה"ד האזורי ת"א בראשות הגאון רח"ג צימבליסט שליט"א שהביא מדברי רבינו ירוחם, וכתב לברר שבהלכה זו, זכותו של הבעל באכילת פירות תלויה בשאלת זכותו של בעל מורד בפירות נכסי מלוג.

ולפי האמור הדברים צ"ע, מאחר שאין מקום להגדיר את הבעל כמורד, לאחר שאשתו כבר אינה חפצה בו. ואף שנחייבו בגירושין מפני שאינו רשאי לעגנה בנסיבות אלו, אך

שהוא נדרש לשאלתה ומתרצה לגרשה, חייב ליתן לה התוספת, דהא לא שייך למימר דאדעתא למשקל ולמיפק לא אוסיף לה, שהרי היא אינה יוצאה שהרי לא עשתה לו שום כפיה אלא הוא רוצה לגרש, לכן יתן לה גם התוספת. וכן משמע ממה שכתב הרא"ש בתשובה כלל מ"ג סי' י"ב ... אם בלא כפיה נאות לגרשה יתן כתובה כיון דמדעתו מגרשה ... וכן כתב הרב בית שמואל סי' קנ"ד ... מדברי הרא"ש משמע דכל שרוצה לגרש אף שהיא ג"כ רוצה להתגרש יש לה תוספת ... עוד נלע"ד, דעד כאן לא אמרו בבאה מחמת טענה שאינו יורה כחץ או שאינו יכול לבעול דאין לה תוספת, אלא כשיש שלום בינו לבינה, והיא מעצמה מבלי שום קטטה תובעת אותו בבי"ד שיגרשנה, בהא הוא דאמר דאין לה תוספת. אבל כשהוא מרגיל קטטה ומריבה עמה, ומחמת המריבה נתעוררה היא לבוא עליו בטענה שאינו יכול לבעול או שאינו יורה כחץ, בהא לא שייך למימר אדעתא למיפק לא אוסיף לה. שהרי הוא הגורם בגירושין, והוא נתן אצבע בין שיניו מחמת הקטטה ומריבה עד שהוכרחה לבוא עליו בטענה זו לפני בי"ד שיכפוהו לגרש כדי להינצל ממנו, כי אין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, אינו מן הראוי שיהא חוטא נשכר, ויאכל הלה וחדו, ובודאי שחייב ליתן לה תוספת. ובפרט בנידון כזה כי הגדיל לעשות, ובא לפני בית דינו הצדק לגרשה על לא חמס בפיה, והוסיף על חטאתו פשע ... דבר על לבו דברי פיוסין שישוב מדרכו הרעה ויעשה שלום עמה, והוא נתן כתף סוררת ולא אבה שמוע לדבריו הנחמדים, וכסיל שנה באיולתו וגמר בדעתו לגרשה. וכראות כי לא יצא מחשבתו לפועל, העלה טינא וחשב מחשבות לשים דמי מלחמה בשלום קטיעא ובפיו מלא לאמר שאינו רוצה לגרשה אלא לענותה תמת ידו ולעשות בה נקמה על לא דבר רע. וכראות האשה עניה סוערה את רוע לבבו הוכרחה לגלות מסתורין שבלבבה להודיע את צערה ... ואם בעלה היה מפייסה ומדבר על לבה דברי שלום ואמת כדת מה לעשות עם אשת בריתו, אגן סהדי שהיא לא היתה תובעת להתגרש, והיתה מתרצה לעמוד תחתיו כהלכת גוברין יהודאין. וכיון שכן פשיטא ודאי דאשה זו אין לה דין באה מחמת טענה, שהרי היא אינה רוצה להתגרש אלא הוא המגרש. וא"כ אף את"ל שבאמת חזר בו ואינו רוצה לגרש אלא לשבת עם אשתו בשלום יחדיו בהשקט ובבטחה, אפ"ה כיון שהיא לא תבעה להתגרש אלא מחמת רוע לבבו עמה והיא רואה כי עדיין הוא מחזיק בטומאתו וברשעתו שאינו רוצה להכניע את לבבו ולפייסה ובדבר טוב ישמחנה, ודאי כי הוא נקרא המגרש, שהוא רוצה לגרש ולא היא, ולכן אין להפסידה התוספת. כ"ש שכבר כתבנו דלענ"ד ברור ופשוט שלא חזר בו וככחו אז כחו עתה ועדין הוא רוצה לגרש, אלא בראותו כי היא באה בטענה נתחכם לומר שאינו רוצה לגרש כדי להפסידה התוספת, וא"כ לאו כל כמיניה להפסידה ... ועל כיוצא בדברים אלו הולכים הדיינים אחר אומדן הדעת כפי אשר יראו כוונת בעל הדין אם לעקל עקלקלות ... דכיון

ז"ל ולקבוע שאינה נחשבת כמפקעת עצמה ממנו, מאחר ונישאת לו על דעת כן שידור עמה כראוי, וכשמרד בה ראוי לה להפקיע עצמה ממנו, ואינה נחשבת כמי שגרמה לגירושין המפסידה תוספת כתובה. וע"ע בספר שמע שלמה ח"ג אה"ע סי' יא שנטה לסברא זו.

ומצאתי בספר מטה יוסף (להג"ר יוסף בן חיים משה הלוי נזיר ז"ל, שהיה אב"ד במצרים ואגפיה, והיה חברו של בעל הפרי חדש ז"ל) ח"ב חלק אה"ע סי' ה', תשובה שממנה סייעתא לדברינו. בתשובה זו מבואר שאם שני בני הזוג, הן הבעל והן האשה מבקשים להתגרש, אין האשה מפסידה כתובתה עקב תביעתה לגירושין, כל עוד תביעה זו נגרת מתביעת הבעל ומיחסו השלילי לאשתו.

הרב השואל הציג את שאלתו כדלהלן - "על ענין המריבה שנפלה בין איש לאשתו, וכשבא לגרשה דיבר האדון עמו דברי פיוסין והפציר בו בדברים טובים לשים שלום ביניהם, והוא נתן כתף סוררת ולא אבה להתפייס בשום אופן, וגמר בדעתו לגרשה. ואחר כך ברוב הימים חזר בו ... ואמר לו שתלך האשה לביתה, ואמרה היא אין כוונתו אלא להרע לי ולהצר לי ולענות אותי, מאחר שכן טוב לי שאתגרש, והוא סירב לגרש אלא רוצה שתחזור לביתו. א"ל אם דעתו רצויה עמה יפייסה בדבר מה, אמר הוא ח"ו לא אפייסה אלא תבוא לביתה ככלבתא. או אמר האדון אם כוונתך לעשות שלום פייס אותה ואם אין אתה רוצה בה גרש אותה ... אמר ח"ו אני איני רוצה אותה כי כבר שנאתיה ואיני רוצה להחזירה אלא כדי להתנקם ממנה והלכו להם. אחר ימים נראה שלימדו לאשה שתטעון עליו שאין לו גבו"א ובאה לבית דין וטענה עליו שאינו ראוי לאשה והוא הכחישה ... עתה הוא אומר אם היא רוצה שאגרשנה, אין לה עלי אלא מנה מאתים וצ"ב, שכן הוא שהמגרש מחמת טענתה אין לה תוספת. עתה אני מסופק איך נדין אותה, אי אזילנא בתר מה שתבע הוא תחילה לגרשה או בתר השתא שהוא אינו רוצה לגרש והיא תובעת להתגרש ואין לה תוספת. ואה"נ שאילו לא גילה דעתו שכוונתו לענותה ולהתנקם ממנה ודאי אזלינן בתר השתא. אבל השתא שגילה דעתו שהוא עומד בשנאתו ורוע לבו עמו, והיא יראה לחזור לו, אמרינן שנטל עצה בלבו לתבוע אותה שתחזור לו כדי להפסידה התוספת."

בתשובתו כותב המטה יוסף - "לענ"ד פשוט דבתר מעיקרא אזלינן שהוא רוצה לגרש, דהא איכא ידיים מוכיחות כי עדיין מחזיק ברשעתו שהרי גילה דעתו לומר כי לבו בל עמה ואינו רוצה להחזירה אלא להנקם ממנה. א"כ אומדנא דמוכחא שכל מה שאומר עתה שאינו רוצה לגרש הוא ברשע כדי להפסידה התוספת ... ואף דהאידינא לא בקיאין בשיעור האומדנא, מ"מ באומדנא דמוכחא טובא שאין בה לנטות ימין ושמאל עבדינן עובדא וכמ"ש הרא"ש בתשובה ח"א סי' ט"ז ... כיון שמגרש מרצונו, אף שהוא על ידי טענתה שטוענת עליו שאינו יורה כחץ ורוצה להתגרש ממנו, כיון

התראה, לאחר שבני הזוג כבר התגרשו, הגירושין יצאו ממנו. ובנסיבות כאלו לא הפסידה כתובה, בהעדר מחילה מפורשת על הכתובה. ואינו דומה לטוענת "מאיס עלי" שם הגירושין יצאו ממנה, וכמו שהתבאר לעיל סי' לד. ובכל אלו שדינם יוציא ויתן כתובה עקב מעשיו, ונפסקו בשו"ע סי' עד וסי' עה לא הוזכר דבר מהצורך בהתראה. וכן במי שטוענת שבעלה כופה אותה ומשמש בנדתה שכתב הריטב"א בכתובות דף כג. שיוציא ויתן כתובה. וכן עולה מתשובות מטה יוסף חק ומשפט לפני יצחק הנזכרות לעיל שקבעו חיוב כתובה ותוספת גם ללא התראה, וכן מבואר בחזו"א סי' סט ס"ק כב (הנזכר לעיל) שפסק לחייב תוספת כתובה את הבעל המורד או המדיר או שאינו זן, ולא הזכיר דבר מהצורך בהתראה בטרם יחוייב בכתובה ותוספת.

אמנם החכם צבי בתשובה סי' קלג לא כתב כן. החכ"צ השיב אודות בעל שנכשל באיסור אשת איש ורוצה לחזור בתשובה, ואשתו תובעת להתגרש וכתובה, ובתוך תשובתו כתב החכ"צ שאין לכפות עפ"י דברי האגודה שהביא הרמ"א בסי' קנד ס"א אלא כשהוא מוחזק בכך, ועבר לאחר שהתרו בו. וכתב החכ"צ – "אפילו לדעת בעל האגודה, לא מביעא לענין הכתובה דצריך התראה, דלא יהא זה חמור מעוברת על דת דלהפסידה כתובתה בעיא התראה, כדמסקינן בפרק ארוסה. והדברים ק"ו ומה התם דלהחזיק ממון ומקולי כתובתה שנינו בכל מקום, אע"פ כן צריכה התראה, הכא דלהוציא כתובה מיד הבעל על אחת כמה וכמה דצריך התראה". הרי שהיה פשוט לחכ"צ להיפך מהסברא לחלק בין התראה לבעל והתראה לאשה בכל הנוגע לתשלום הכתובה.

אך יש להעיר על דברי החכם צבי, מדברי רבינו ישעיה מטראני בעל התוס' רי"ד, שכתב להיפך. בשטמ"ק במסכת כתובות דף עב. כתב בלשון זו – "נודרת ואינה מקיימת וכו'. קשיא לי בעל נמי אם נודר ואינו מקיים יוציא ויתן כתובה שקובר את בניו ... את אשתו דכתיב ... ונראה לי דכ"ש הוא, האשה שהיא מפסדת דינה ומה שראוי להנתן לה המשועבד לה בעת שנשאה, קנסינן לה שתצא בלא כתובה. כל שכן בעל דלא מפסיד מידי אלא מה שנשתעבד לה, דיוציא ויתן כתובה. וכן נמי אם מאכילה דברים האסורים או טבל או נבלות וטרפות שתוכל אשתו לתבוע גירושין ממנו ויוציא ויתן כתובה. הר"י מטראני, וכן כתב בתוספות רי"ד (כתובות דף עב.). ועיין ברמ"א אה"ע סי' קנד בד"מ אות ג' ובשו"ע ס"א, שפסק הלכה זו שמקורן בדברי הרי"ד.

מבואר שפשיטא ליה להרי"ד, שהפסד הכתובה לאשה שדינה "תצא בלא כתובה", הוא חידוש גדול יותר מחיוב כתובה לבעל המחוייב בגירושין שדינו "יוציא ויתן כתובה". מכיון שהאשה מפסידה זכות ממון שכבר חל שעבודו, לעומת הבעל המשלם את מה שכבר התחייב והשתעבד לה, וזה להיפך מסברת החכם צבי. לכן אמנם ביחס לכל הנוגע לחיוב הגירושין, שמחייבים אותו להוציא את אשתו ממנו,

שמעשיו מוכיחים כן, ודאי שנדון אותו כדין נותן עיניו לגרשה, ואין להסתפק שמא חזר בו שהרי ניכר מחשבתו מתוך מעשיו הרעים, וא"כ פשיטא לן כביעתא בכוחתא שחייב ליתן לה הכתובה כולה עיקר ותוספת בלי מגרעת שום דבר, עכ"ל.

העולה מתשובה זו,

א. במקרה שבו הבעל תבע גירושין, ואחר כך אשתו ג"כ תובעת להתגרש, תביעה הנגררת ממעשיו אלו של הבעל, מחמת היחס השלילי של הבעל לאשתו, אין להפסידה כתובתה כתוצאה מתביעתה לגירושין, ודנים שהגירושין יצאו ממנו.

ב. אף אם הבעל הודיע על חזרתו מתביעתו, אין אנו דנים אותו כמי שחזר בו ומבקש שלום בית, אלא אם מעשיו מוכיחים שאכן "באמת חזר בו ואינו רוצה לגרש אלא לשבת עם אשתו בשלום יחדיו בהשקט ובבטחה". אבל מכיון "שהיא לא תבעה להתגרש אלא מחמת רוע לבבו עמה, והיא רואה כי עדיין הוא מחזיק בטומאתו וברשעתו שאינו רוצה להכניע את לבבו ולפייסה ובדבר טוב ישמחנה, ודאי כי הוא נקרא המגרש, שהוא רוצה לגרש ולא היא, ולכן אין להפסידה התוספת", כלשון המטה יוסף.

חיוב תוספת כתובה בבעל אלים שלא התרו בו

באותם מקרים שהתברר בבית הדין שהבעל נהג כנגד אשתו באלימות וכתוצאה מכך האשה תבעה להתגרש, אין תביעה כזו גוררת הפסד כתובה ותוספת, גם אם לא התרו בבעל קודם להתנהגותו האלימה. אמנם ביחס לכפיית הבעל בגירושין נפסק בשו"ע סי' קנד ס"ג ברמ"א שאין כופין אלא אם כן התרו בו קודם, ומקור הלכה זו בתשובת מהר"ם ותשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' קב, וע"ע להלן סי' צב. אך היינו דוקא לענין הגירושין, אך אם התברר שהבעל נהג באלימות, אך קודם לכן לא התרו בו, וכתוצאה מאלימות זו האשה תובעת גירושין, אם הבעל נתן גט בלא שהאשה מחלה על הכתובה, חיוב הכתובה שריר וקיים, מאחר שהגירושין יצאו ממנו, וכפי המבואר לעיל. ועיין בביאור הגר"א סי' קנד ס"ק יא שבאר התראה זו שהביא הרמ"א שאין לה מקור בגמ', וכתב – "דלא גרע מעוברת על דת". ובעוברת על דת מקומה של ההתראה היא להביאה לידי הפסד כתובה, כמבואר במסכת סוטה דף כה. ובסי' קטו ס"ד. ופשוט שההתראה נודעה להזהיר את המותרת שהוא עלול להפסיד דבר שכבר זכה בו, על כן יש להתרות באשה עוברת על דת בטרם תפסיד את כתובתה שהיא זכות שזכתה בה בשטר הכתובה ביום הנישואין, וכן יש להתרות בבעל שיפסיד את אשתו אם ימשיך לנהוג באלימות. אך ביחס לחיוב הכתובה בבעל אלים, אין טעם בהתראה שיזהירוהו שהוא עשוי להיות מחוייב בהתחייבות כזו שגם כעת התחייבות זו שרירה וקיימת. לכן למרות שבכל הנוגע לחיוב הגירושין לא נחייבו בגט ללא התראה, אך גם בלא

הדעות האם היא זכאית לתשלום תוספת הכתובה כל עוד לא הפסידה עיקר כתובה, והכרעת החזו"א שגם לענין זה דין התוספת כדין העיקר.

ואם היא טוענת מאיס עלי ותובעת כתובתה, יש מקום לבירור האם תפסיד תוספת הכתובה קודם שהפסידה כתובתה, והארכנו בסברות השונות בהלכה זו.

ד. בעל המורד באשתו, ובכך הביא לפירוד, אם לאחר מכן האשה הודיעה על הסכמתה ורצונה להתגרש, לא הפסידה את זכותה לתשלום הכתובה ותוספת הכתובה. אין בהסכמה כזו משום מרידה, ואינה עילה להפסד הכתובה. מאחר שהסכמת האשה לגירושין באה בתגובה ליוזמה של הבעל. וגם אם בעת מרידת הבעל, היא תאמר שלא תחזור אליו גם אם יחזור בו מתביעת הגירושין, אין להפסידה כתובה ותוספת מכח אמירה גרידא שאין לה משמעות מעשית. ואין לשלול זכותה לתשלום תוספת הכתובה, כל עוד לא ניתן להעמידה במבחן המציאות, דהיינו כל עוד הבעל מיוזמתו מרוחק ממנה ואינו מעוניין בה.

אבל אם בית הדין נוכח לדעת שהבעל חוזר בו ממעשיו שהביאו לפירוד ומבקש בלב שלם לפייסה ולשוב לשלום בית, אך האשה תבקש להתגרש ותמאן להפצרות הבעל, הפסידה תוספת הכתובה. ובלבד שהבעל חוזר בו מרצונו בגירושין, וכמבואר בתשובת מטה יוסף, וע"ע להלן סי' לח.

יש מקום ללמוד מעוברת על דת שבלא התראה לא הפסידה את שעבוד הכתובה, שהיא זכות שזכתה בעת הנישואין, וכן בנדוע ביהודה תניינא אה"ע סי' צ', וע"ע להלן סי' צג. אך אם בני הזוג התגרשו לאחר אירועי אלימות מצד הבעל, וללא הסכם בנושא הכתובה, אין לשלול ממנה את זכותה לתשלום הכתובה, מכיון שהגירושין יצאו ממנו.

מסקנת הדברים

א. אם בני הזוג התגרשו בהסכמה בלא שהאשה ויתרה על הכתובה, לא הפסידה כתובתה, וכמ"ש התשב"ץ ח"ב סי' רצב "אם כתב תוספת מעצמו, והיו הגירושין ברצון שניהן גובה הכל". וכן הדין גם אם קדמו מריבות וקטטות שהאשה אשמה בהן.

ב. אם האשה אינה מורדת ואינה טוענת טענת "מאיס עלי", אך תובעת להתגרש והבעל הסכים לתת גט. אם הגירושין יצאו ממנה, כגון שהיא מבקשת להתגרש בלא כל עילה המתקבלת, הבעל אינו חייב בתשלום תוספת הכתובה, דאדעתא למיקם ולמיפק לא כתב לה.

ג. אשה הטוענת "מאיס עלי" ומבקשת להתגרש, אינה זכאית לתשלום כתובה ותוספת הכתובה, גם בלא שהיא תמחול על הכתובה. אבל אם היא מורדת האומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה", אינה מפסידה עיקר כתובה אלא עפ"י הסדר הקבוע במורדת ונפסק בשו"ע סי' עז ס"ב, נחלקו

סימן לז

הגדרת טענת "מאיס עלי"

יא שבט תשס"ג

שיטת הסוברים שהדין כן גם באומרת איני רוצה בו

בספר העיטור אות מ' - מרד (דף סח עמוד א'), כתב - "דאמרי היכי דמיא מורדת דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה. כלומר עד שיגרשנה ויתן כתובתה, וכיון שלא יצאה מעיקר אישות, פוחתין מכתובתה בכל שבת ושבת, שמא תמלך ותתפייס, ואין הבעל יכול לומר אתן לה גט מעכשיו ואפסיד לה כתובתה. אבל אמרה מאיס עלי, כלומר לא בעינא ליה, כיון שמרדה בעיקר האישות לא כייפין לה שתעמוד עמו".

הרי מבואר שאמירת "מאיס עלי", היינו שאמרה "לא בעינא ליה", והחילוק בין בעינא ליה ומצערנא ליה לבין מאיס עלי הוא בהבחנה האם היא מרדה בעיקר האישות או לא, דהיינו האם "בעינא ליה" או "לא בעינא ליה". אך אין צריך לברר שאכן קיימת כאן מאיסות מיוחדת ומסויימת. וכן בעל המאור בסוגית מורדת כתב - "דהא אמרינן ה"ד מורדת, כגון דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה. והיכא דאמרה לא בעינא ליה, היינו מאיס עלי".

האם "מאיס עלי" דוקא, או אף טענת "איני רוצה בו"

במסכת כתובות דף סג: הוכרו שני סוגי מורדת. אחת האומרת "מאיס עלי", והשניה אומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה".

יש מקום לבירור הגדרת החלוקה בין שני סוגי המורדת. הרמב"ם בפ"ד מאישות ה"ח כתב - "האשה שמנעה בעלה מתשמיש המטה היא הנקראת מורדת, ושואלים אותה מפני מה מרדה, אם אמרה מאסתיה ואיני יכולה להבעל לו מדעתי, כופין אותו להוציא לשעתו לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוי לה".

יש לדון, האם דוקא כשהאשה אומרת שמאסה בבעלה יש לכופו לתת גט לדעת הרמב"ם, ודנים בה שאר דיני מאיס עלי המבוארים בפוסקים. וכן יש לדון האם הדין כן דוקא כשהיא תולה את הריחוק מבעלה מפני יחסי האישות עמו, המאוסים עליה. או הדין כן גם כשאינה תולה דבריה במאוסות, אלא די שתאמר שמבקשת גירושין ושאינה רוצה בו יותר.

ראינו בה, שהרי לא מצאנו רק שאומרת איני רוצה בו כי שנאתיו ואין כאן כמעט שום מרד מתשמיש מבואר. ואף שנאמר ודאי שהיא מורדת מתשמיש, שהרי כתוב גם כן בשאלה אין רצוני בבעלי זה ולא יקרא עוד בעלי וכו', וכל אלו ענייני תשמיש, מכל מקום לא פשיטא לי שטענתה היא טענת מאיס עלי. שהרי הרמב"ם ז"ל בפרק יד כשבא להזכיר דין מאיס עלי כתב בלשון הזה, ושאלים אותה מפני מה מרדה, אם אמרה מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתי וכו', נראה מתוך דבריו המדוקדקים בכל מקום, שכונתו לומר שמ"ש גמרא מאיס עלי היינו שתהיה טענתה שאינה יכולה להבעל לו מחמת מיאוס, וכמו שמורה דקדוק תיבת מאיס עלי כבשר חזיר וכו'. אבל אם לא תהיה טענתה מחמת מיאוס הבעילה, לא הויה טענתה טענת מאיס עלי, ואף שתאמר איני רוצה בו כי שנאתיו או לא יקרא עוד בעלי וכו', כמ"ש בנדר דידן אין מורין אלו הלשונות על טענת מאיס עלי וכו', דאפשר שהשנאה לא תהיה מחמת מיאוס רק מחמת קטטה ומריבה, ואז לא הויה טענת מאיס עלי ... ואפשר לומר ג"כ להיפך, דמאיס עלי הוא פי שנאתיו איני רוצה בו וכו' דהיינו מאיס עלי והיינו שנאתיו.

בהמשך דבריו הוכיח מהר"א ששון מדברי מהר"ם מרוטנבורג שבטור דאף כשאינה חפצה בו מטעם אחר, שהרי הטור כתב שמהר"ם "לא היה דן דין מאיס עלי אם לא שתתן אמתלא לדבריה למה לא היה מקובל עליה או שלא היה הולך בדרך ישרה ומכלה ממונו". וכתב על זה מהר"א ששון - "הרי שאע"פ שלא תהיה המאיסות מחמת הבעילה רק מאיזה דבר נכון ומתקבל סגי". לאחר שמהר"א ששון הוסיף לדון בשני צדדי הספק, סיים וכתב - "כל זה אני מסתפק בנ"ד ולא מצאתי בשום מקום מהפוסקים הכרח גמור ולא אפילו קצת הכרח בשום צד מהצדדים הללו, ואפשר שהם הניחוהו לרוב פשיטותו, ומ"מ המכוון אצלי הוא שכל איני רוצה בו, שנאתיו, לא נקרא עוד בעלי כו' הויה כמאיס עלי וכו'" עכ"ל. ועיי"ש בתוך דבריו דמבואר דכל האומרת לא בעינא ליה ומבקשת להתגרש דינה כמאיס עלי, אם אין לחוש שמא עיניה נתנה באחר.

ועיין בב"ש סי' עז ס"ק יא (בסופו) שציין לעיין בדברי מהר"א ששון, וכפי הנראה מסכים לדבריו. וכן הסכים כדעת מהר"א ששון, בשו"ת פני משה להר"ם בנבנישתי סי' נה, וז"ל - "לא מקריא מורדת אלא בדקאמרה בעינא ליה וכו', אבל כל לא בעינא ליה מאיס עלי מקריא, דמאיס עליו אינו תלוי בגופו אלא כל דאמרה לא בעינא, יהיה מאיזה סבה שיהיה, מאיס עלי מקריא, וכמו שהכריח מהר"א ששון בתשובה סי' קפו, יע"ש". מבואר מדברי מהר"א ששון והפני משה דכל האומרת לא בעינא ליה דינה כאומרת מאיס עלי.

שיטת הרמב"ם

למרות שמדברי הרמב"ם הנוכחים נראה שתלה עניין במאיסות בחיי אישות עמו, אך במקומות אחרים ברמב"ם

לפי דרכו של בעל המאור, הדין המבואר בדינא דמתיבתא לכפות גט על הבעל כשאמרה "לא בעינא ליה" גרידא, מנוגד לאמור בגמרא במאיס עלי. ומפשטות הלשון של בעל המאור נראה שהבין ש"מאיס עלי" כולל את כל המקרים של אומרת "לא בעינא ליה".

וכן בשו"ת מהרי"ק שרש קב כתב - "גם כל הני דס"ל דמצות יבום קודמת ס"ל דאין כופין לחלוץ. מ"מ היכא דאמרה מאיס עלאי, פשיטא דכופין אותו לחלוץ לדברי רש"י ורב אלפס ורמב"ם דאית להו דכופין הבעל לגרש בטענה דמאיס עלאי, דהא פשיטא דלדידהו לאו דוקא בטענה מאיס עלאי, אלא כל היכא דבעינא גיטא יהבינן לה אלתר. וכן לדברי האומר דרבנן סבוראי תקנו כך כדי שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה, וכ"ש ביבמה שאינה רוצה ביבום שיכפוהו לחלוץ".

בשו"ת מהרשד"ם חלק אה"ע סי' מא הביא את דברי מהרי"ק הנ"ל וכתב - "לדעת הרמב"ם ז"ל וגדולים אחרים באשה האומרת מאיס עלי כופין, ולא דוקא מאיס עלי כמ"ש מהרי"ק ז"ל יע"ש".

ובשו"ת צמח צדק (החדש) בסי' רסב סק"י, האריך בזה וכתב - "ופירוש מאיס עלי, היינו שאומרת שרוצה להתגרש דוקא, משא"כ באומרת בעינא ליה ומצערנא ליה, וכמ"ש הרי"ף פרק אע"פ כד אתיא ואמרה לא בעינא ליה להאי גברא ניתיב לה גיטא לאלתר עכ"ל. אך הרמב"ם פט"ו ה"ח כתב אם אמרה מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתי כופין לו לשעתו לגרשה לפי שאינה כשבויה כו' עכ"ל. משמע דאין כופין אלא כשמאוס עליה ממש ואינה יכולה להבעל לו מדעתה כו' לא כשרצונה להתגרש מאיזה טעם אחר אף שרצונה להתגרש באמת ולא ע"ד בעינא ליה ומצערנא ליה. וכ"כ בהגמ"י שם סק"ה בשם התוספות ובשם תשובת מהר"ם שאין בטענתה ממש אא"כ נותנת אמתלא לדבריה וטענה הנראית לחכמי המקום למה הוא מאוס עליה. וכ"כ ראייה ממ"ש במד"ר סוף איכה על הפסוק אם מאוס מאסתנו אם מאיסה היא לית סבר כו' וכ"מ בתשובת הרשב"א סי' תקע"ג במ"ש שאין החן והמיאוס תלויים אלא ברצון הלב כו', וכ"כ בריא"ז בש"ג פרק אע"פ הואיל ואין דעתה טובלת הרי היא אנוסה בדבר כו', וכ"כ במרדכי ס"פ אע"פ כיון דמאיס לה ואינה יכולה לסבול כו' ... אבל לפמ"ש בתשובת רב שרירא שהיא תקנת מר בר רב הונא גאון שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה, וכ"כ בהג"א פרק אע"פ בסי' לה, א"כ לפי"ז י"ל כל שחפצה דוקא להתגרש הדין כן, דהא בכה"ג שייך הטעם שלא תצאנה כו' וכ"ה בתשובת רב שרירא שהביא בעל העיטור הובא בסדר אליהו בתשובה סי' יג (דף נח ע"ד) משמע דכל שתובעת להתגרש הדין כן".

ומהר"א ששון בשו"ת תורת אמת סי' קפו כתב, וז"ל - "יש לי להסתפק הרבה תחילה, נראה שהאשה הזאת אין טענתה טענת מאיס עלי, ואפילו מורדת מתשמיש מפורש לא

אדרשב"ג ... וצ"ל דגרע הכא מטוענת מאיס עלי, דהתם הוא שנוא לה כמ"ש הרמב"ם דאינה כשבויה להבעל למי ששנוא לה, אבל הנהו אף שאינה יכולה לסבול מ"מ אינו שנוא לה". ויש לעיין, דלכאורה אישתמיטתיה להפלאה דברי הרמב"ם שהבאנו שלא חילק בין הנושאים, וכתב לדונם בכפיית גט.

עכ"פ לדעת ההפלאה, דוקא כשטוענת שבעלה שנוא עליה דיינין לה בדין אומרת מאיס עלי, ולא כשאומרת שאינה רוצה בו מטעם כלשהוא, כגון עקב מום שיש בו וקשה לה להמשיך להיות נשואה לאדם שיש בו מום זה. ולהלן נביא כמה מהראשונים שנראה שסוברים כן.

שיטת הרשב"א הרא"ה והמאירי

בכמה מתשובות הרשב"א מבואר שאם אומרת איני רוצה בו אין דינה כאומרת מאיס עלי, עד שתאמר שבעלה מאוס עליה, אך אין צורך שתאמר שאינה יכולה להבעל לו מחמת כן.

הב"י בסי' עז כתב - "ובענין האומרת מאיס עלי, כתב הרשב"א בתשובה שאינה נאמנת במה שאומרת, עד שנכיר מתוך דבריה שהוא מאוס בעיניה כמו שאמרה". ובתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' קלח כתב - "האומרת מאיס עלי אינה צריכה לתת טעם ואמתלא לדבריה מפני מה הוא מאוס בעיניה, לפי שכשם שהדעות במאכל כך הדעות באנשים ונשים, וזו שאומרת שהוא מאוס בעיניה ואינה רוצה בו ובכתובתו שומעין לה להתנהג עמה כפי הדין שנאמר עליה בגמרא".

העולה משתי תשובות אלו, שאינה צריכה לתלות המאיסות בענין מסויים, אך יש צורך שאנו נכיר מדבריה שהם כנים.

וע"ע בתשובת הרשב"א ח"א סי' תקעג שהסכים לדונה כאומרת מאיס עלי כשטענה שהוא מאוס עליה מכיון שהיא צעירה בת עשרים והוא זקן בן ארבעים, ובתוך דבריו כתב הרשב"א לשלול טענת השואל שאם אומרת מאיס עלי כופין לגרש, אלא שבאותו נידון אנו לא מקבלים שהוא אכן מאוס עליה מחמת כן. ועל זה כתב הרשב"א - "אינו זה, שאין החן והמיאוס תלויים אלא ברצון הלב וכמה אנשים מכוערים מוצאין חן בעיני בעליהן ובעיני נשיהם, ויפים וטובים סברי (צ"ל סרי) טעם בעיניהם", עכ"ל. מבואר בדבריו שכל עילה כעין פער בגיל בין הבעל לאשה יכול לגרום למיאוס, ואנו מאמינים לה שהוא מאוס עליה, אלא שאפ"ה אין כופין אותו לגרש עקב כך.

עכ"פ מבואר מדבריו שצריכה לטעון שבעלה מאוס עליה אלא שאינה צריכה להוסיף שאינה יכולה להבעל לו מחמת כן.

ונראה שאף הרא"ה סובר דלא סגי בכך שתאמר שאינה חפצה בו. הרא"ה בסוגית מורדת (ד"ה היכי) כתב, וז"ל - "אבל מאיס עלאי שהיא אומרת שאינה רוצה בו כלל שהוא

מוכח שכל שאומרת שאינה רוצה בו דינה כאומרת מאיס עלי. ושתי ראיות לדבר.

א. ראיה ראשונה הביא הגר"ג צימבליסט שליט"א בפד"ר כרך ט' עמ' 182 מדברי הרמב"ם בפכ"ג מאישות הט"ז שכתב במי שפסקה על עצמה נדוניה ואינה נותנת, דאינה יכולה לומר או כנוס או פטור, והארוס יכול להתעכב מלכנוס עד שתתן, וכתב הרמב"ם - "ולמה לא תפטור עצמה במרדות. שהמורדת כשהיא ארוסה הבעל רוצה לכנסה והיא אינה רוצה, אבל זו אין הבעל רוצה בה עד שתתן הנדוניה שפסקה והיא רוצה בו שהרי אומרת לו או כנוס או פטור". מבואר מדברי הרמב"ם שהמורדת שהזכיר בדבריו שכופין אותו לגרש אומרת שאינה רוצה בו ולא הוזכר שהיא מוסיפה לומר שהבעל מאוס עליה, וכן משמעות פשוטת לשונו. ועוד דאי באומרת מאיס עלי דוקא עסקינן, אין מקום להקשות ממנה להאי דינא דארוסה שאינה נותנת מה שפסקה, דשאני הכא שאינה מואסת בו אלא שאין לה לשלם מה שפסקה. אלא ע"כ כל שאומרת שאינה רוצה בו יכולה לכפותו לגרש לדעת הרמב"ם, ולכן הוקשה לו כנ"ל, קושיא שלדעת הרי"ף אין עליה תשובה והרי"ף נקט דלאחר דנקטינן תקנת דינא דמתיבתא, אה"נ דמה"ט כופין גם בכה"ג, והרמב"ם חילק ביניהם.

ב. ראיה שניה יש להוכיח מדברי הרמב"ם בפרק כה מאישות הלכה יא, וז"ל - "האיש שנולדו בו מומין אחר שנשא אפילו נקטעה ידו או רגלו או נסמית עינו ולא רצתה אשתו לישב עמו, אין כופין אותו להוציא וליתן כתובה אלא אם רצתה תשב ואם לא רצתה תצא בלא כתובה כדין כל אשה מורדת". וכתב המגיד משנה - "והוא מפני שהוא ז"ל סבור שכל אשה מורדת כופין הבעל להוציאה בלא כתובה", וכ"כ בהגהות הרמ"ך שם בדעת הרמב"ם, ושניהם השיגו עליו ולדעתם אין כופין בכה"ג.

עכ"פ מבואר בדעת הרמב"ם שדן דין כפיה בכל אשה האומרת שאינה רוצה את בעלה ומבקשת גט, אף שאינה אומרת שהבעל מאוס עליה, שהרי בהלכה הנ"ל לא כתב הרמב"ם שהאשה אמרה שבעלה מאוס או שנוא עליה, אלא אף אם אומרת שמבקשת גט מכיון שאינה מעוניינת בבעל שאין לו יד או רגל דינא הכי ורק כתובה אינה מקבלת, מאחר ומצד הבעל עדיין אין הכרח בגירושין, ולכן אין דינו כמו מי שנולד בו ריח הפה ושאר מומין המוזכרין שם בהלכה יא.

אלא שבספר הפלאה בחי' על מסכת כתובות דף עז. (בתוס' ד"ה סבורה) הקשה לדעת חכמים במשנה שם דס"ל דבהיו בו מומין לפני שנשאה והתנה עמה, אינה יכולה לומר סבורה הייתי שיכולה אני לקבל ואיני יכולה. וז"ל - "לכאורה היה נראה לדעת הרמב"ם וסייעתו דס"ל בטענת מאיס עלי כופין אותו לגרש אלא שאין לה כתובה כמבואר לעיל דף סג, א"כ לכאורה לא גרע הנהו משאר טוענת מאיס עלי ומ"ט דרבנן דפליגי אדר"מ, וכן במתניתין דלעיל מ"ט דרבנן דפליגי

רוב פחיתותו והפסד עניניו אם במידות אם בשאר דברים מכוערים, והדברים מוכיחים שלא בסיבת נתינת עין באחר הוא, הא כל שטוענת כן מחמת עקשות וגאווה והסתלטלות יתר אין שומעין לה. ומ"מ עיקר הדברים לפי הסוגיא כדעת ראשון שאף בזה אין כופין.

גם באחרונים מצינו שכתבו כדעת הרשב"א הרא"ה והמאירי.

כתב בשו"ת מהרי"ט ח"ב אה"ע סי' מ', וז"ל - "אם היינו באים לדון דינא דמאוס עלי כדברי הרמב"ם ז"ל, היה צריך לחקור הדבר היטב שיהא ברור וניכר לנו שאי אפשר לה להבעל ברצונה לו שהוא מאוס בעיניה, וצריכה לתת אמתלאה לדבריה עד שנאמינה, כמ"ש הרא"ש וההגהות בשם מהר"ם. ואעפ"י שהרשב"א בתשובותיו המיוחסות לרמב"ן ז"ל בסי' קלח כתב שהאומרת מאוס עלי אינה צריכה לתת טעם ואמתלאה לדבריה מפני מה הוא מאוס בעיניה שכשם שהדעות במאכל וכו', זהו שיכולה לומר שהוא מאוס אעפ"י שלא תתן טעם, מ"מ אנחנו צריכים להכיר ולבחון זה מדבריה שכן הוא האמת שהוא מאוס עליה, כמ"ש הרשב"א בתשובה שהובא בב"י, ואל"כ כל המורדות דאמרו בעינא ליה ומצערנא ליה דמפחתה כתובתה ומפסידה בלאות תאמר מאוס עלי כדי שלא תפסיד כלום, אלא ודאי לא מפייה אנו חיים בזה אלא במילי דמוכחי וברירי לכל. ועוד שהרשב"א ז"ל כתב שם בסי' קלט דבאומרת מאוס עלי איני חפצה בו ולא בכתובתו כיון שרוצה לצאת בלא כתובה ודאי נראה בדבריה שדעתה אונסה, וכתב הר"ן בתשובה הא לאו הכי אין בדבריה כלום ולא חיישינן לה, מ"ט עיניה נתנה באחר כדאמרין בשלהי נדרים גבי האומרת טמאה אני לך. וכאן בארוסה אין לה היכר זה אם לא יהיה הדבר ניכר ומוכח כאותו שכתב הרא"ש ז"ל דאנן סהדי שלא תבעל לבזוי הזה כלל מרצונה, כגון זו אין חוסמין אותה שאינה כשבוית חרב וכדברי הרמב"ם ז"ל. עכ"ל מהרי"ט.

העולה מדברי המהרי"ט שאין דנין דין מאוס עלי במי שאינה חפצה בבעלה אלא כשהיא אומרת שבעלה מאוס עליה. ואמנם היא אינה צריכה לומר אמתלה ואינה צריכה לנמק מדוע הוא מאוס עליה, אך בהכרח שאנו נכיר מתוך הענין שהוא אכן מאוס עליה, ואם אומרת שאינה רוצה כתובה זוהי הוכחה שאכן הוא מאוס עליה.

נראה ששיטת מהרי"ט עולה מתוך שיטת הרשב"א, ומהרי"ט באר את שתי תשובות הרשב"א כפי שהתבאר לעיל. אך לכאורה למש"כ לעיל, הרמב"ם והרי"ף אינם נוקטים כשיטה זו.

וע"ע בשו"ת מהרי"ט צהלון החדשות סי' קעב, שנשאל אודות אשה שבתחילה אמרה בפני בית הדין שאינה רוצה בבעלה מכיון שמיום הנישואין הוא בקש למצוא עילה להוציאה בלא כתובה, והוציא עליה שם רע, ומאז אין ליבה שלם עמו, ואמרה שאינם מראים זה לזה פנים של אהבה.

מאוס עליה ואין דעתה טובלתו, לא כפינן ליה, דכיון דאמרה מאיס עלי תקנתא למאיסותא ליכא, ומסתמא תו לא הדרה בה ... ולפום ההוא נוסחא דכתיב בהו לא כפינן לה, נראה לפרש כפשוטן של דברים, דבמאיס עלאי לא כפינן לה למקנס לה משום מרד תשמיש כלל, דכיון דמאיס לה ביאתה אסורה ובניה פגומין שהרי הן בני תשע מדות ... בני מורדת ... והיינו דלא כפינן לה כלל ואלו הוה קים לן ודאי דקושטא קאמרה ראוי היה לכופו ולהוציאה וליתן לה כתובתה, אלא מן הדין אינה נאמנת, וכיון שכן שורת הדין היתה להפסידה כמורדת, אלא משום איסורא חיישינן שמא קושטא קאמרה, הלכך לא כפינן לה ואין נוקקין להם כלל שאנו מסלקין עצמנו מן הדין מפני חשש איסור שבו". עכ"ל הרא"ה, וכעין זה כתב תלמידו, רבינו קרשקש בחידושו עמ"ס כתובות בסוגית מורדת.

ומבואר מדבריהם שדין מאיס עלי נאמר דוקא כשהאשה מאסה בו, עד כדי שאסורה להבעל לו מחמת כן. אבל אם אומרת שאינה רוצה בו, אין דנים אותה כאומרת מאיס עלי. ובמאירי בסוגית מורדת כתב - "אבל אם אומרת לא בעינא ליה ומאיס עלי, כלומר ולעולם איני נזקקת לו אין כאן עוד תוחלת שאין אחר המיאוס כלום, ואף כשהיא סבורה לקבל אינה יכולה לכופף את טבעה, וכבר אמרו אין מאיסא לית סיברא".

מבואר מדבריו שדוקא באומרת מאיס עלי עסקינן ולא באומרת שאינה רוצה בו מטעם כלשהוא.

לעיל הבאנו את דברי ההפלאה שכתב לחלק בין סוגיית מומין דאיירי בכה"ג שאינה טוענת שבעלה מאוס עליה עקב המומין, ואינו ענין לנידון דידן דאיירי שטוענת שבעלה שנוא עליה. והנה המאירי גם הוא הביא את הדין המבואר בסוגית מומין, ופשיטא ליה דלא כהפלאה. המאירי לאחר שהביא את שיטת הרמב"ם שכופין את הבעל לגרש כשהאשה טוענת מאיס עלי, כתב - "יש לדון מצד אחר, ממה שאמרו האיש שנולדו בו מומין אין כופין אותו להוציא, כלומר אף בשהיא מעמידתו בדין על כך, והמומין ודאי מן הסתם ממאיסים הם ומצד המיאוס היא מעמידתו בדין על כך. וא"ת שפירושו אין כופין להוציא בכתובה וכגון שמכל מקום אינה טוענת מאיס עלאי, הא אין כופין סתם קאמר, אף במקום שכפיייתו בלא כתובה, וכגון שטוענת מאיס עלאי, וכן שמן הסתם מה שאמרו אין כופין על ידי תביעתה הוא, ודאי היא אומרת מאיס עלאי מחמת מומר".

מבואר מדברי המאירי שלדעת החולקים על הרמב"ם הסוגיא בטוענת מחמת מומין תתפרש באומרת מאיס עלי מחמת כן ואע"פ כן לא כייפינן ליה לגרשה, אבל בשיטת הרמב"ם ע"כ צ"ל, או כדברי ההפלאה, או דהתם איירי לענין דלא אמרינן שתצא בכתובה.

ובדעת הרמב"ם כתב המאירי - "ואף לשיטת גדולי המחברים פירשו רבותי בדבריהם דוקא בשטוענת כך מן הדין, ר"ל שאף אנו מכירין בו שהוא ראוי להמאס מחמת

שיטת ר"ת הובאה בתוס' במסכת כתובות דף סד. - "נראה לר"ת דהכי פירושו בעינא ליה ואינה רוצה להתגרש בלא כתובה, ומצערנא ליה עד שיגרשנה ויתן לה כתובה. אבל אמרה מאיס עלי ולא בעינא ליה לא הוא ולא כתובתו, לא כייפינן לה שתחזור בה, ע"י שנאמר שלא תועיל מחילה, משום דהוי מחילה בטעות דאגב צערה קא אמרה הכי, ומתוך כך לא יגרשנה בעלה שאינו רוצה ליתן כתובה, אלא מחילה גמורה היא ומתוך כך יעלה בדעתו לגרשה".

הרי שלדעת ר"ת אם האשה תובעת כתובה, אנו מניחים שמסתמא הבעל ימאן לגרשה אם יחוייב בתשלום הכתובה, ממילא האשה נידונת כאומרת "בעינא ליה" ומבקשת לצערו במרידתה.

וכן ספר הישר לר"ת (חלק התשובות) סי' כד כתב - "ובתר הכי מפרש אמימר היכי דמי מורדת דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה, בעינא ליה אם לא ירצה לגרשני וליתן כתובתי בעינא ליה כדי לצערו ולענגו עד כלות כתובתי ע"י פחיתה בז' דינרין בשבת לפי משנתנו ולפי רבותינו כדאית להו, וזימנין דהוי כלין לפי משנתנו בעשר שנים או יותר, וכל מה דאגידא ביה לא יהבין ליה אחריתא והיא מתכוננת לצערו ולענגו, אולי יגרשנה ויתן כתובה. והיינו פי' דמורדת דמתניתין ואפי' הוא רוצה לגרש צריך ליתן לה כתובה עד שתפחות, אבל אמרה מאיס עלי לא בעינא ליה לא הוא ולא כתובתי, כן פי' רבינו זקני זצ"ל והכל אני מוחלת, לא כפינן ליה כדן מורדת להשהותה כדן משנתנו עד שתפחות או לרבותינו עד אחר ד' שבתות וכרוז והמלכה וי"ב ירחי שתא דלקמן, דהא לא הוה מורדת גמורה כיון שרוצה לצאת בלא כלום אם הבעל רוצה לגרש".

דעה החולקת על ר"ת, הובאה בשו"ת חכמי פרובינציה חלק א' סי' פא בתשובת רבי מרדכי ב"ר יצחק, וז"ל - "היכי דאמי מורדת, כגון דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה כו' - פי' כלומר רוצה אני לעמוד עמו אבל בדעתי לצערו מפני שקללני או שעושה עמי מריבה וכיוצא בדברים אלו, וכן נראה שפי' הר"מ ז"ל ... אבל אמרה מאיס עלי ולא הוא ולא כתובתו בעינא, לא כייפינן לה לשהותה אלא נותן לה גט ויוצאה בלא כתובה כו' עד ומשהינן לה שמא תחזור בה תריסר ירחי שתא אגיטא ז"ל ותו לא. ואית דמפרשי בעינא ליה ומצערנא ליה, כלומר שהיא אומרת אם יתן לי כתובתי אצא מיד ואם אינו רוצה ליתן לי כתובתי לא אצא בלא כתובה אלא אשב תחתיו עד שתפחות כל כתובתי, ופעמים שתהיה הכתובה גדולה ותשהא עמו כמה שנים ומצערתו, דכל זמן שהיא אגידא ביה לא יהבי ליה אחריתי, ובכי האי גוונא אמרינן במתני' שפוחתת מכתובתה, אבל אמרה מאיס עלי לא כייפי' לה, כלומר אם אמרה איני רוצה בו ולא בכתובתי אין אומרין תשב ותפחות את כתובתה, אלא כופין את הבעל ונותן גט לאלתר".

הרי מפורש בדבריו שתי דעות בהגדרת "בעינא ליה ומצערנא ליה", י"א דהיינו שאינה תובעת גירושין וכפי

לאחר זמן נפלה ביניהם קטטה נוספת, ובסופה אמרה "לא אראה עוד פניו כי מאסתיהו".

וכתב מהרי"ט צהלון בתחילת התשובה - "איברא דהאשה הזאת דין מאיס עלי אית לה, שכך אמרה בסוף דבריה לא אראה עוד פניו כי מאסתיו. אע"ג דבתחילה אמרה שעשה עמה מריבה והוציא עליה שם רע, אפשר שבתחילה לא היה מאיס עליה עד לאחר שראתה בו דברים שלא כשורה מאסה בו וגעלה נפשה ממנו, הלכך אזלינן בתר סוף טענותיה ודיינינן לה דין מאיס עלי".

הרב השואל את המהרי"ט צהלון שאל - "אם יש להחרים על טענה זו של מאיס עלי שהיא אומרת כי מליל ראשון שנאה אותו, כי הבעל טוען אביה ואמה למדוה לומר כן".

מהרי"ט צהלון השיב - "אם אמת הדבר שהשנאה היא מלב ומנפש ... מה לנו אם הוא מליל ראשון או אחר כמה ימים, כיון שמאסה אותו הרי הוא מאוס עליה. וכי כל הנשים שטוענות מאיס עלי צריך שיאמרו מליל ראשון מאסתיו, זה לא יתכן, אלא אפילו היו מתחילה באהבה ואחווה ואחר כך נכנסה שנאה בלבב יכולה לטעון מאיס עלי. אמנם מה שאמר להחרים שלא למדוה אביה ואמה לומר שמאוס הוא עליה, מה שאינו אמת, אלא שבאמת מאסה בו תכלית המיאוס ... נלענ"ד לאחר האיום והגיזום והחרמות שיחרימו עליה כי לא בתסקופי מילין באה על האיש הזה ולא לימדוה אביה ואמה או אחרים, אלא שמלבה שנאה אותו וכו'".

הרי שמהרי"ט צהלון נקט כשיטת מהרי"ט, ולא סגי שתאמר שאינה רוצה בו, אף אם העילה היא "שעשה עמה מריבה והוציא עליה שם רע", אלא דוקא אם אומרת בפירוש שהוא מאוס עליה, ואנו מכירים שאינה משקרת בדבריה. וע"ע בתשובת מהרש"ל סי' סט.

העולה מדברינו - שיטת מהרי"ק היא שכל התובעת גירושין ואומרת "לא בעינא ליה" נידונת כאומרת "מאיס עלי". וכן מסקנת מהר"א ששון והפני משה, והסכמת הב"ש, שכל שאומרת איני רוצה בו, דינה כאומרת מאיס עלי.

מאידך, יש הסוברים שאם אינה רוצה בו עדיין אינה נידונת כאומרת מאיס עלי. אלא אם אנו רואים שהבעל אכן מאוס עליה. וכן כתב ההפלאה בדעת הרמב"ם שאם אינה יכולה לסבול את המשך הנישואין עקב קשיים, אינה נידונת כאומרת מאיס עלי, אלא רק אם אנו רואים שהוא שנוא עליה.

האומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה"

מצינו מחלוקת בראשונים בגדר האומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה". יש אומרים שאם היא מבקשת להתגרש ושיתן כתובה, גם היא כאומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה". יש אומרים שעצם תביעת הגירושין, משמע "לא בעינא ליה", וממילא אינה יכולה להכנס להגדרת "בעינא ליה ומצערנא ליה".

זאת ועוד, האיך יכול פסק הדין להוות, יחד עם ההכרזה, גם שתי התראות, אשר האחת מהן מועדה הוא לפני ההכרזה, והשנייה באה לאחריה. ואיך תהא בו גם ההמלכה שהיא לאחר כל התראות וההכרזות. והאם אפשר הוא שפסק דין אחד, שניתן במועד אחד, יכיל את כל המעשים הללו יחד, ויקפל בתוכו בבת אחת את כל זמניהם, אשר נקבעו להיות בזה אחרי זה לפי הסדר. ועיין בתשובה הנ"ל בחמדת שלמה, לענין אם יתכן שינוי הסדר במשפטי המורדת, הכותב ... ואין נראה כן, ומי כהחכם יודע פשר דבר לשנות הגבול שגבלו הראשונים בתקנתם.

ואם כן מכל שכן, שאין הם יכולים להיות כולם יחד בבת אחת.

ועם סיום עוד נקודה אחת בקצרה. אין הדבר צריך לפנינו כי אם פסק בית דין על אשה שהיא מורדת, לכל דיניה, מבלי שיעשה לה לפני זה את כל משפטי המורדת כדין, הרי שעיוות דינה, וקיפח את זכויותיה בלי משפט, וברור הוא שדינו בטל הוא, כי לית דין ולית דיין.

ועיין בתשובות פני משה חלק א' בסי' נ"ה, ונידון השאלה הוא, במתן היתר לישא אשה אחרת עקב מרידת האשה, ובספיקותיה של השאלה, בין היתר, גם הספק אם יש צורך במשפטי המורדת לענין ההיתר, ופוסק שם הפני משה, בהסתמכו על תשובה של רבינו אליהו מזרחי שאף אם הרשו אותו דיני קהילתו, כיון שהרשות הוא שלא כדין, אותו הרשות כלא חשיב, עכ"ל לשון הגר"א גולדשמידט.

אך מצאתי בשו"ת תשורת שי ח"א סי' רלו שהביא מספר נתיבות השלום (להג"ר משה נחמיה כהניו ז"ל) בחלק דרך תבונה נתיב א' סק"ד שכתב שבזמנינו המורדת מפסידה כתובתה גם בלא שמירת הסדר הקבוע במורדת, ובטעם הדבר כתב, וז"ל - "בזמנינו אין הרשות כ"כ לבית הדין ככל הנהוג בכל זה". ועיי"ש בתשורת שי שהסכים עם סברא זו הלכה למעשה.

והטעם בהוראה זו הוא מפני שענין ההכרזה נובע מתקנת חכמים שתקנו שלא להפסידה כתובתה בלא שיתקיים הסדר שנקבע, אך יש מקום לומר שבמקום שלא ניתן לקיים סדר זה, לא תיקנו, וחזרנו לעיקר הדין שהמורדת מפסידה כתובתה, ובנסיבות אלו יהיה די בהכרזה במסגרת פסקי הדין של בית הדין.

פשטות הלשון "בעינא ליה", ודעה שניה כסברת ר"ת הנזכרת.

וכן בשו"ת חכמי פרויבניציה חלק א' סי' עו בתשובה לרב רבי אברהם ב"ר יצחק, דעתו שאין דנים דין "בעינא ליה" וכו' אלא כשאינה רוצה להתגרש, וז"ל - "פי' ההלכה כך היא היכי דאמי מורדת פי' דעבדינן לה הכי שמכריזין עליה כדלעיל, בעינא ליה ומצערנא ליה, שאיני רוצה גט אלא אשב תחתיו ואצערנו שלא אבעל לו. מאיס עלי, איני מוצאה בדעתי להבעל לו".

הסדר הקבוע במורדת בזמן הזה

במורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה, אם בני הזוג יתגרשו בלא שנהגו באשה כסדר הקבוע במורדת, לא הפסידה דבר מכתובתה. בשו"ת הרמ"ע מפאנו סי' נה כתב - "צריך להכריז עליה ... וישלחו להתרות בה לפני הכרזה ולאחריה, ושוב נמלכים בה הדיינים עצמם ... יכתבו לו עליה אגרת מרד כדין והלכה, ובלי שמירת כל הסדר הזה אינה מפסדת כלום".

עלינו לברר כיצד ניתן להוציא לפועל בימינו את הסדר הקבוע במורדת, בתנאי החיים בימינו. כגון אם האשה גרה במושב או קבוץ שאין בו בית כנסת פעיל, או אפילו במקומות שיש בהם בית הכנסת אך ברור לכל שבית הכנסת מסוג כזה אינו המקום הראוי להכרזות כפי המכוון בתקנת חז"ל שתקנו הכרזה בבתי כנסיות.

ולהלן מדברי הג"ר אליעזר גולדשמידט ז"ל (פד"ר חלק ו' עמוד 54) שכתב בלשון זו - "לבסוף אני חייב להדגיש, כי אין בדברים אלו משום קביעת מסמרות בדבר דרכי ואופני ההכרזה למורדת בזמן הזה, והאם קביעת בית דין בפסק דין באה במקום ההכרזות החוזרות בבתי כנסיות לפי הגמרא. הדבר טעון בירור רב בהלכה, ובנידון דנן אין הדבר דוחק, לדעתי, להכרעה בשאלה זו, כי כאמור לא היתה בפסק הדין כל הכרזה כזאת.

נוסף לכך, אין הכרעה בדבר הכרזה נדרשת לפסק דין בנידון דנן, כי גם אם נאמר שפסק דין משמש הכרזה, ברור היא שאין הוא ממלא את תפקיד ההמלכה כדין, כפי שהיא מבוארת בראשונים, כנ"ל.

סימן לח

בעל שחוייב בגירושין עקב מרידה או בגידה ומבקש לחזור ולתקן מעשיו

לאחר מספר חודשים הצדדים הופיעו בבית הדין לדיון בצווי הגבלה שהאשה בקשה לנקוט כנגד הבעל עקב סירובו לתת גט, ובתגובה הבעל טען לרצונו לחזור לשלום בית, אך האשה התנגדה בנחרצות.

בית הדין דחה את בקשת הבעל, וכתבנו כדלהלן -

במקרה שבפנינו, מזה שנים שהבעל בקשר עם נשים אחרות, והוחזק מספר שנים במעשיו המקולקלים. לאחר שהתקיימו הדיונים בתביעת האשה לחייבו בגירושין, הבעל חוייב בגט עפ"י דינו של ספר האגודה ופסיקת הרמ"א בסי' קנד ס"א. למרות פסק הדין הבעל עמד בסירובו לתת גט.

אם האמת איתה ... מ"מ כיון שהוא מקבל על עצמו שלא לעשות עוד כן, די בזה, וכמ"ש מוהרי"ו בתשובה סי' קל"ה והובא בד"מ סי' ע"ז.

ועיין בעזר מקודש בסי' עז ס"ג שכתב אודות בעל שברח ועיגן את אשתו, ואחר שחזר אשתו מבקשת להתגרש, וכתב שם - "גם מה שכתב בדרכי משה ז"ל אודות העמדת ערבות שאין צריך כי אם בדאיתחוק, נראה שהוא רק לגבי שחוק קוביא שבפעם אחת או ב' או אולי כמה פעמים אין בזה ריעותא לשלא יוכל לפרנס האשה. משא"כ בעיגון כנ"ל, די בפעם אחת ומכל שכן שהוא פעם שני, ויש אומרים דבשתי פעמים היא חזקה, ויש אומדנות שמתחילה יהיב דעתיה על זה תמיד, וגם ערבות קשים להועיל לגבי עיגון, ועכ"פ כיוון שהיא מוחזקת אי אפשר להוציא ממנה בכזה לכ"ע".

העולה מהאמור, בדברי מהר"י ווייל וברמ"א התבאר שביחס לאותו בעל שעשה מעשים חמורים שגרמו להפרת שלום הבית ולפירוד ביניהם, אך הבעל מבקש לתקן דרכיו, ישנם שני סוגי מקרים. בסוג הראשון מדובר שהבעל "אינו מוחזק בריעותא", וביחס למקרים אלו, די בכך שהבעל יעמוד בפני בית הדין יצהיר על חזרתו מדרכו הרעה ויוסיף קבלה לעתיד שלא לחזור למעשי הקודמים. אך אם הבעל "מוחזק בריעותא", לא די בהצהרה כזו, ויש להעמיד לבעל תנאים ולקבוע ערבויות מתאימות להבטיח שלא יחזור למצבו הקודם. ובכל מקרה לפי עניינו וחומרתו, בית הדין יקבע לבעל את התנאים שבהם עליו לעמוד.

וכן הדין ביחס לאשה מורדת החוזרת בה ממרידתה. עיין בפד"ר ח"ט עמ' 69 בפסק דין מביה"ד הגדול, שדנו בדינה של מורדת שהצהירה על רצונה לחזור בה ממרידתה.

הגר"א גולדשמידט ז"ל הביא מתשובת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג) סימן אלף כא שכתב בלשון זו - "אמרינן בגמרא סנהדרין (פרק זה בורר דף כ"ו) מפריחי יונים מאימתי חזרתן משישברו פגמיהן, ומשחקי קוביות משישברו פספסיהם. וכן ההוא טבחא דזבן טרפה אזל רבי מושיה וטופריה, אמר רבא דלמא אערומי קא מערים, וקאמר אין לו תקנה עד שילך למקום שאין מכירים אותו וכו'. אלמא, היכא דהוי אדם מועד ורגיל לעבור, אין די במה שאומר שרוצה לשוב. הכי נמי אשת ר' שלום אחרי שמרדה ויצאה במרד מביתו, זה כמה ימים ועגנתו לא מסתייע במאי דאמרה אליו אשוב, אולי תשב ימים אחדים או עשור ואחר תלך. לכן אם תתרצה האשה להתקשר עפ"י רבותינו ותעשה ככל הכתוב ומבואר לעיל, הרי טוב. כי איך יבטח בה לב בעלה אי לא בקשר אמיץ אחרי מרדתה שמרדה בו כמה ימים. ואם לא תעשה כמבואר לעיל, הריני מסכים לכל דברי רבותינו והנני מתיר לו עמהם לגרשה בעל כרחיה", עכ"ל מהר"ם, ומובאת תשובה זו בתשובות מהר"ם מינין סימן ק"ד.

והוסיף הגר"א גולדשמידט ז"ל - "הרי שדין הוא, כי על המורדת החוזרת ושובה, להוכיח כי אכן חזרתה כנה ואמיתית היא, ולא די לה באמירה בעלמא אליו אשוב, אלא

הבעל מודיע כעת לבית הדין שהוא חוזר מדרכו הקודמת ומבקש שלום בית. אך נציין כי רק בדיון האחרון הבעל הודה שלפני חודש הוא עדיין היה בקשר עם האשה הזרה ונכנס לביתה. ואין ספק שהטענה לשלום בית עלתה כעת, כאמתלא להיחלץ מצווי הגבלה העומדים כעת על הפרק עקב סרבנותו לתת גט, לכן הבעל לא מצא לנכון לטעון כן בדיונים הקודמים שהתקיימו רק לאחרונה.

אין לקבל טענה בעלמא על חזרתה מדרכו הקודמת ללא שהבעל עבר הליך מינימאלי של "חזרה בתשובה" מדרכו שהורגל בה במשך מספר שנים, ויעמוד בתנאים שיקבעו בבית הדין להבטיח שלא יחזור לסורו.

אמנם אם הבעל מעד מעידה חד פעמית, די בכך שיחזור בתשובה ויקבל עליו דברי חכמים, כמבואר בתשובת חכם צבי סי' קלג. אך בנסיבות שהבעל הוחזק בחטאו, אין ערך לטענה בעלמא על רצונו לתקן ליקוי שחזר ונשנה, כשטענה זו אינה מלווה בהליך מינימאלי של "חזרה בתשובה". הלכה זו למדנו מתורתו של מהר"י ווייל שהביא הרמ"א בדרכי משה אה"ע סי' עז ס"ק יג. וז"ל הרמ"א - "כתב מהרי"ו בתשובה סי' קל"ה, אשר טוענת מאיס עלי מחמת שהוא שותה ומקיא ומאבד כל אשר לו בשחוק, והוא טוען שאם עשה לא יעשה עוד, נראה דזה לא מקרי אמתלא וכו', ועוד שהרי הוא רוצה לחזור ולא לעשות עוד, ואינו צריך להעמיד ערבות שיתקן דרכיו כל זמן שאינו מוחזק בריעותא".

הרי מבואר, שאם "אינו מוחזק בריעותא", די בכך שמצהיר שיחזור מדרכו הרעה. אבל אם הבעל "מוחזק בריעותא" יש להוסיף להעמיד ערבויות מתאימות להבטיח שלא יחזור לכיסלו.

הדברים מבוארים ומפורטים היטב, במקור הדין, בתשובת מהר"י ווייל. באותו נידון, מהר"י ווייל ציטט מדברי הבעל, וכדלהלן - "ועוד היום אומר שמעון בעלה בפני אב ב"ד וטובי העיר, לא יהא לחמי שום חסרון מצדי, וכל אשר יורוני בני אדם המהוגנים אשמע לעצתם, ואקבל עלי לקיים ולא יחסר מצדי שום דבר".

מהר"י ווייל קיבל את דברי הבעל, וכתב - "אפילו אם היה כך שכבר עשה שמעון שלא כהוגן והעביר הדרך בשום דבר, הלא הוא רוצה לתקן ולקבל עליו שלא ישוב בדרך הזו עוד".

באותו נידון, מהר"י ווייל דחה את טענת האשה שדרשה להעמיד ערבויות להבטחת התחייבות הבעל, וכתב על זה - "נראה שגם בדבר זה היא מפליגה בדברים, דלא חזינא שום תיוהא וריעותא בשמעון, שאין להאמין לו על מה שמקבל עליו. וכיון דהכי הוא, ששמעון רוצה לתקן דבריו ע"פ אנשים מהוגנים, בזה יצא ידי חובתו, וכמבואר בתנאים שכל אחד יקח פשרן כו' כן יעשו והפשרנים יתקנו כל דבר".

ובשו"ת אבני האפוד סי' ב' הביא את דברי מהר"י ווייל וכתב - "ומה גם דהוא כופה עצמו כאגמון על כל מה שיעשו לו ב"ד מכאן ולהבא, והוא מטה און לכל דברינו, דבזה אף

מחשבתו הרעה נכרת מתוך מעשיו. כי למד בורסקי כי אמר להתפרנס מן המלאכה ההיא ברומי הרי שב למרדו. והוא מן הכופין להוציא מאחר שדעתו לעגנה שנית כאשר עשה בשכבר. ואע"ג דמשמע לכאורה במורד במזונות ושב ואמר הרי זן דסגי בהכי. מדמסקינא אמילתיה דרב עד שכופין אותו להוציא יכפוהו לזון. ולא משני אם נכפוהו עתה לזון מחר ישוב וימרוד ולכך כופין אותו להוציא. מ"מ שמא כל זמן שלא שב למרדו לא חיישינן, אבל בנדון זה דקל לשוב לקלולו. ובשלמא גבי מזונות מהני כפייה ואם ישוב למרדו נשוב לכופו לשלם כל המזונות שלא נתן משעת מרדו, אבל מורד מתשמיש לא. ועוד אם יברח מעבר לים כאשר הראה להראות מחשבתו מאין נכפהו.

אך מאחר שהרמ"א הביא להלכה את דברי מהר"י ווייל, כאמור לעיל, יש להבחין בין בעל המוחזק ברעויות לבעל שאינו מוחזק בכך.

נחזור למקרה שבפנינו. אין חולק שהבעל "מוחזק ברעויות", של קשרים עם נשים זרות. בנסיבות אלו בהכרח, שבטרם הבעל יבקש לחזור לשלום בית, יפנה לאשתו בבקשה מתאימה שבה הוא מבקש בתום לב חזרה לשלום בית, ובנוסף יבוא לבית הדין ויצהיר על חזרתו מדרכו הקודמת. ובית הדין ישמע את עמדת האשה ואת תנאי האשה לחזרה לשלום בית, ולאחר מכן הבעל יעמוד בתנאים ובערבויות שבית הדין יקבע עבורו. רק לאחר מכן יהיה מקום לדון על חזרה לשלום בית.

אך במקרה הנוכחי הבעל לא עשה דבר מכל האמור, לא פנה לאשתו בדרך מכובדת בהצעה רצינית לחזרה לשלום בית, לא הודיע דבר לבית הדין על רצונו לחזור לשלום בית, ולא בקש לקבוע תנאים מוסכמים וערבויות. ורק כשהוזמן לדיון נוסף בתביעה להטיל עליו צווי הגבלה מצא לנכון לעלות טענת שלום בית. בנסיבות אלו, אין ממש בטענה בעלמא כזו. אין הוא יכול לטעון לשלום בית בטרם עמד בהליך המינימאלי של "חזרה בתשובה" ממעשיו הקודמים, ובלא שבית הדין יאשר את התנאים והערבויות להבטחת כנות הבעל.

בדיון שהתקיים הבעל טען שהאשה אינה מואסת ביחסי אישות עמו, וציין אירוע כזה לאחרונה, ואילו האשה הכחישה טענה זו.

אין צורך לדון בטענה זו ולקבוע האם האמת כטענת הבעל, מאחר שגם אם האמת כטענתו, אין ספק שהאשה מואסת בדרכו הנלווה שאינו נמנע מקיום יחסים עם נשים אחרות בעודו נשוי. ובדיוק מהמצב הבלתי סביר הזה, המתואר על ידי הבעל, אשתו רוצה להיחלץ באמצעות הגירושיין.

ועיין בפד"ר חלק ח' עמ' 280 בפס"ד של ביה"ד הגדול שכתב הג"ר שאול ישראלי ז"ל "טעם זה שע"י שרועה זונות יאבד ממונו, אינו הנימוק היחיד ולא העיקרי, ועיקר הטעם

עליה לשכנע ולהתקשר על פי בית דין, בקשר אמיץ, עד כי יבטח בה לב בעלה כי החזרה יציבה היא, ואין היא מביאה למחשבה אולי תשב ימים אחדים או עשור ואחר תלך.

ובנידון דין, כשאנו עוברים על רישומי הדיונים בין הצדדים לפני בית הדין האזורי ורואים את מהלכם, כאשר אחרי שנים של סירוב תקיף להשלים, בא לפתע פתאום בא כחה החדש של המשיבה, ומכריז לפני בית הדין כי המשיבה חוזרת בה ורוצה להשלים, ומצהיר כי זה כבר שבועיים שהיא החליטה על כך. הרי אין לראות כאן הוכחה, ומכל שכן קשר אמיץ, שיהיה בהם כדי לשכנע את בית הדין, וכדי לתת בטחון בלב בעלה, כי אכן חזרה זו אמיתית וכנה היא, אפילו באשר היא שם, כלומר ליום הזה לכל הפחות, ועל אחת כמה וכמה שאין כל שכנוע שהחזרה היא לאורך ימים, ולא לימים אחדים או עשור בלבד, "עכ"ל הגר"א גולדשמידט ז"ל בפסק הדין.

וכן הגר"ש אלישיב שליט"א באותו פסק דין הסכים עם סברא זו, וכתב (בעמ' 68) – "אחרי שעברה תקופה של למעלה מחמש שנות מרידה, ולאחר שקבע ביה"ד האזורי דינה של המשיבה כמורדת, ולאור נסיבות מתן ההצהרה, ע"י בא כוחה, על רצונה לחזור בתשובה, הרי צודקת דעת המיעוט שיש יסוד לבעל שלא להאמין לאשה בהצהרות החדשות של שלום. וההחלטה שניתנה ... שרירה וקיימת, דהיינו שאין לחייב את הבעל במקרה אשר לפנינו להשלים עם אשתו, ואין לחייבו, במקרה של סירוב, במזונות האשה", עכ"ל.

נחזור לנידון שבפנינו, כשם שמהר"ם מרוטנבורג למד את ההלכה של חזרת מורדת, מדין חזרת פטולי עדות, המבואר בגמרא במסכת סנהדרין, כך יש לסייע מאותה סוגיא לדינו של מהר"י ווייל שהביא הרמ"א בדרכי משה.

ונציין לדעת מהר"ח אור זרוע בתשובה סי' קכו, שהורה לכפות את הבעל בגירושין כשהושלמו התנאים לכך ושאינ תועלת שהבעל יחזור בו ויבטיח שחזר בו. וז"ל – "ומתוך כך היה נראה, שכיון שהדירה פעם אחת וכלו ימי נדרו, כיון שכבר הדירה פעם אחת היא צריכה להיות כפופה לו ביותר. לפי שיראים שיחזור וידירנה ואין דר עם נחש בכפיפה אחת, ולכך כופין אותו להוציא. ודמי לאיני זן ואיני מפרנס דאמר רב (כתובות ע"ז א') יוציא ויתן כתובה. ואפילו שמאל מודה כגון זה, לפי שהיא בושה בכל פעם לבא לב"ד לתבוע עונתה מה שאין כן במזונות. ואם הוא כן זה שברח ממנה ועיגנה כמו שפירשתי, מדינא כופין אותו להוציא. וסבורני דגם באיני זן ואיני מפרנס, אפילו אומר כבר אני רוצה לזון ולפרנס, יוציא ויתן כתובה לרב מטעם שכתבתי".

ושם בסי' קכו בתשובת הר"ר מנחם בן הקדוש ר' אברהם, כתב – "ובר מן דין הדעת נותנת אפילו היה כאן עשוי, כי בדין היה, מאחר שכבר מרד בתשמיש ומזונות והלך לו לרומי, ועתה אעפ"י ששב ממרדו לפניו, הרי

מותרה ועומד, (וע"ע פד"ר חי"ב עמ' 26 בסופו), בנסיבות אלו, ודאי שאין מניעה לנקוט כנגדו בצווי הגבלה הקבועים בחוק, ככל שהם במסגרת הרחקות דר"ת, ועפ"י פסיקת הרמ"א סי' קנ"ד סכ"א, וכמו שפסק החכם צבי שיש מקום לנהוג כדינו של האגודה לאחר שהתרו בבעל והבעל כבר על קבלתו פעם או פעמיים. ועיין להלן סי' פ-פב שבארנו באריכות את הבסיס ההלכתי לשלילת רישיון נהיגה ושאונה נחשבת כפיה על הגירושין, אפילו בנסיבות שאין חיוב גירושין, ק"ו בנידון דנן. יצויין שבמקרה דנן, אין אנו דנים על אמצעי כפיה כמאסר, מאחר שהאשה הודיעה שאינה חפצה בכך. אך יש מקום לפסיקת צווי הגבלה, ובתחילה ינתן צו לשלילת רישיון נהיגה ושלילת שירותי בנק. ואם הגבלות אלו לא יביאו למתן הגט, יהיה מקום להגבלות חמורות יותר.

נראה שהוא משום דגרע מכל הני דפרק המדיר, שקפידתה של האשה וקנאתה בירך חברתה נפקת ברא גדולה ביותר, ומשום כך הוא דכייפינן להוציא". ועיין בפד"ר חי"ב עמ' 26 שחזר על דבריו, שזהו הטעם העיקרי בדינו של ספר האגודה, מצד עצם העובדא שאין אשה מסכימה שבעלה ידבק באחרות. והדין עמה, מפני שעל דעת כן האשה נישאה לבעלה שלא ינהג בה בדרך בוגדנית כזו. ובמקרה דנן, טעם זה אינו מתבטל גם בנסיבות המתוארות על ידי הבעל.

מסקנת הדברים מאחר שהבעל כבר חוייב בגירושין ומוזה תשעה חודשים מסרב לתת גט, ועפ"י הדין הוא בר כפיית גט עפ"י פסיקת הרמ"א סי' קנ"ד ס"א שפסק כספר האגודה. והבעל המשיך בדרכו אף לאחר פסיקת בית הדין כשהוא

סימן לט

חלוקת הרכוש בזוג שנפרד לאחר שהבעל חזר בתשובה והאשה נשארה חילונית

כה חשון תשס"ג

פסק הדין לחיוב האשה בגירושין, אושר על ידי בית הדין הגדול.

בר בבד עם הדיונים בתביעת הגירושין, התקיימו דיונים לחלוקת הרכוש בין הצדדים, ובהחלטה הנוכחית, אנו מתייחסים לשאלת חלוקת הרכוש.

הרכוש העומד לדין הינו, הרכוש הנמצא ברשות אחד מהצדדים או ברשות שניהם וכולל את הנכסים הבאים -

- א. דירת מגורים הנמצאת בישוב פלוני.
- ב. קרקעות חקלאיות הרשומות על שם הבעל.
- ג. חלקות נוספות הנמצאות בחכירה אצל הבעל.
- ד. מלבד זאת לאשה זכויות ממון שנצברו במסגרת עבודתה.
- ה. הרכוש המשותף כולל תכולת דירה ומכוניות לשני הצדדים.

העקרונות העומדים בבסיס פסק הדין לחלוקת הרכוש

מעמדו של הרכוש המפורט לעיל באות ב' - ג'

הרכוש שהיה רשום על שם הבעל עוד מלפני הנישואין, שבעיקרו קרקע חקלאית, והתקבל במתנה מהוריו או מאחד מהם, דינו להשאר בבעלותו הבלעדית. רכוש זה אינו הופך לרכוש משותף, גם אם הפירות שיצאו ממנו שימשו בדרך כזו או אחרת לפרנסת הבית.

הן על פי ההלכה והן על פי החוק, אין יסוד לטענה כי רכוש שהיה של הבעל מלפני הנישואין, או שהתקבל אצלו בירושה, דינו כרכוש משותף מפני שפירותיו נוצלו לכלכלת הבית. אין כאן המקום להכנס לביורר שאלת התוקף ההלכתי שבהוראות חוק יחסי ממון, והארכנו לברר שאלה זו

פרטי המקרה

בני הזוג נישאו כדמו"י ולהם ארבעה ילדים, הבן הגדול בן עשרים והבת הקטנה בת 11. בעת נישואיהם שני בני הזוג היו חילוניים, אך מזה כשתים עשרה שנה, שהבעל התחזק בשמירת מצוות וכיום הוא אדם הנוהג באורח חיים חרדי לכל דבר, ואילו האשה נשארה חילונית, וקיים פער גדול בין אורחות חייהם.

הבעל תבע להתגרש, וטען שבנסיבות הקיימות אין מנוס מגירושין לאחר שהאשה מסרבת לקבל על עצמה את המינימום הדרוש על מנת לאפשר את החיים המשותפים בנסיבות החדשות, דהיינו טהרת המשפחה ושמירת שבת בתוך הבית. האשה סירבה להתגרש, והעדיפה להשאר במצב של פער עמוק בין בני הזוג וללא גירושין.

לפני כשנה וחצי ניתן פס"ד המחייב את האשה בגירושין, לאחר שהפירוד בין הצדדים הפך לעובדה מוגמרת, לא קבענו שעל האשה לנהוג בניגוד להשקפת עולמה, ולאמץ אורח חיים דתי, ושאם לא כן תחוייב בגט. אלא קבענו שהמצב הנוכחי בלתי אפשרי וכי לא ניתן לגשר מעל הפערים. ומאחר שהאפשרות החילופית היא פירוד, העדר יכולת לחיים משותפים ושיתוק בכל הקשור לחיים המשותפים, אין מנוס אלא להורות לצדדים להתגרש, ואף לחייב את הגירושין. אמנם הבעל הוא זה ששינה מהמקובל במשפחה זו מקדמת דנא, אך כעת, בנסיבות הנוכחיות, לא יתכן שהאשה תכפה על בעלה להמנע מקיום אורח חיים נורמאלי התואם את השקפת עולמו כיום, ותכבול אותו למשך שנים ארוכות במסגרת שאינה מאפשרת לו חי משפחה נכונים על פי השקפתו ואורח חייו הנוכחיים.

המשכנתא. מאחר שמהלך זה נעשה בעת שהשלוש שרר בביתם, יש להניח כי הבעל נמנע מלהתחשבן עם אשתו, על היחס הבלתי שווה שבין ערך השטח שהועבר לה יחסית לתמורה שהתקבלה אצלו, אלא נהג כמקובל בין זוגות נשואים, הרוכשים את דירת המגורים במשותף, ומתוך מחשבה ברורה להיות שותפים שווים בנכס, ובלא להכנס לחישוב החלק היחסי שכל אחד מהם השקיע במימון הרכישה.

הדברים נכונים הן בקביעת הבעלות על המגרש והן בקביעת הבעלות על הבית עצמו. המשכנתא שימשה למימון חלק מבניית הבית, והיא סכום כסף שניתן לשני בני הזוג בשוה, כהלוואה בתנאים שנקבעו על ידי הבנק. הבנק מתייחס, לשני הצדדים, כשותפים שווים בהלוואה זו, וכך הדבר על פי הדין.

על כן, יש לקבוע שהחוב היה חוב משותף בגין הלוואה משותפת. וממילא, ביחס לחלק זה של מקורות המימון לבניית הבית, המימון נעשה מסכום כסף השייך לשני הצדדים בחלקים שווים. וגם בנקודה זו של הבעלות על הבית. מאחר שהבית נבנה על קרקע משותפת, ובמימון משותף, אין צורך להכנס לביורור מה חלקו היחסי של כל אחד מהם במימון בניית הבית, מאחר שהדבר ברור שבעת הבנייה היתה כוונה לשותפות שווה בבית, וכפי העולה מהרישום בטאבו.

ונציין למש"כ בזה הג"ר אליעזר גולדשמידט ז"ל בפד"ר כרך א' עמ' 117 (והודפס בספר עזר משפט סי' לג) - "פשוט הדבר שבכגון דא, בשאלת הכוונה ברישום, יש לקבוע לפי הנהוג והרגיל בדרך העולם בכל זמן וזמן. וידוע שעכשיו נוהגים לרשום רכוש, וביחוד דירה למגורים, על שם שני בני הזוג, במכוון שלשניהם תהיה הבעלות על הרכוש. הרישום מורה, שזה ששילם או שילם יותר, נתן את היתרה בחלקו במתנה לשני. לכן אין לבטל, בזמן הזה, רישום, המקנה ומחזיק בעלות לזה שנרשם על שמו, מתוך ספיקות אולי לא היתה הכוונה למתנה.

וכן מוכח מתשובות החתם סופר חו"מ סי' קמ"ב, בנדון בעל בית שנתן בית לאשתו והעלה בערכאות על שמה, ודן שם החת"ס בנוגע לבית זה בדבר ירושת הבעל אחרי מיתתה, ומשמע שתופס הוא בפשיטות שהבית שייך לה. וכן כתב המהרש"ם בתשובה ח"ה סי' ל"ח, בענין בית שנכתב על שם הבעל והאשה, ומביא שם את תשובת שארית יוסף הנ"ל, ומכריע המהרש"ם דמכיון דנרשם על שמה הוי שלה.

לפיכך בנדון דידן, אין לנו להכנס לביורורים מי שילם את התמורה כי שילם מי ששילם, הבית מכיון שנרשם על שם שניהם, שייך הוא לשניהם בחלקים שווים, עכ"ל בפסק הדין. וע"ע בפד"ר כרך ו' עמ' 264, במש"כ בזה, ובמה שהביא מספר ערוך השלחן חו"מ סי' סב. אך דבריו אינו עניין לנידון דידן, מפני שהערה"ש דן במקרה בו יש לתלות את הרישום שנעשה רק על מנת להבריח נכסים מבעלי חובות וכיוצ"ב,

בפס"ד אחר, עיין להלן סי' מח, מאחר ובנקודה זו אין הבדל בין ההלכה והחוק. בני הזוג נישאו לאחר שנת תשל"ד - 1974, והוראות חוק יחסי ממון חלות עליהם ולא הוראות חוק אחרות. חוק יחסי ממון בסעיף 5 (א) (1), קובע כי בן זוג אינו זוכה בנכס שהיה ברשות בן הזוג השני ערב הנישואין או שקיבלו במתנה.

רכוש זה לא נרכש במאמץ משותף, ולא הוצג בפנינו הסכם הקובע שותפות בני הזוג בנכסים אלו, ובלא הסכמה מפורשת ליצירת שותפות, דינו של הרכוש הנ"ל המצויין לעיל באות ב', להשאר בבעלות בלעדית של הבעל.

דירת המגורים

קיימת חלקת קרקע אשר שטחה המלא הוא 16,959 מ"ר. מתוך שטח זה, נרשמה האשה, כבעלת 1/34 מהחלקה, שאר החלקה שייכת לבעל.

בחלקה זו נבנה בית המגורים של הצדדים, ובעת בניית הבית הצדדים נטלו משכנתא מבנק טפחות למימון הבניה. בשנת תשמ"ח - 1988 הבעל קבל מאמו, את החלקה הנ"ל במלואה. לאחר כשנה וחצי הבעל העביר לאשתו את החלק של 1/34 מהחלקה, כחלק ממהלך של הפיכת שטח בגודל דונם, מאדמה חקלאית לאדמה המיועדת למגורים, ואחר כך החלו בבניית בית מגורים על שטח זה. מאחר שהצדדים בקשו לקבל משכנתא כזוג, נרשמה האשה כבעלת זכויות במחצית מהשטח המיועד לבניה.

הבעל טוען כי הרישום של 1/34 מהחלקה על שם האשה נעשה כצעד פורמאלי שהתבקש לצורך קבלת המשכנתא, אך ללא כוונה להעביר את השטח כמתנה חלוטה לאשה. הבעל הוסיף לטעון שאף אם העברה זו נעשתה בדרך של מתנה, דין האשה כמורדת המפסידה מתנות. מאידך האשה טוענת כי לצורך קבלת המשכנתא השטח הנ"ל ניתן לה במתנה גמורה. מתנה שאינה מתבטלת בכל תנאי.

שתי שאלות הלכתיות עומדות בפנינו לבירור.

א. האם הרישום בטאבו משקף בעלות משותפת. ב. האם בנסיבות הנוכחיות יש להגדיר את האשה כמורדת, ומה השלכות שיש למעמדה זה על חלוקת הרכוש.

משמעות הרישום בטאבו

במקרה הנוכחי, המגרש עליו בנוי הבית, היה בבעלות בלעדית של הבעל, והוא רשם מחציתו על שם אשתו. הרישום נעשה על מנת לקבל משכנתא בתנאים משופרים, הניתנים לזוגות צעירים. ואמנם שני הצדדים לקחו משכנתא והבית נבנה על הקרקע הזו.

הבעל רשם את מחצית המגרש על שם אשתו, ובכך העביר את המחצית לבעלותה, וכשותפה שווה עמו במגרש ובבית שנבנה עליו. הקנאת מחצית המגרש לאשה נעשתה בתמורה להסכמת האשה להיות שותפה בהלוואת

בתשובה. אלא שהבעל תבע מאשתו להתחשב במצבו הנוכחי, "ללכת לקראתו", ולאפשר לו חיים התואמים את השקפתו הדתית. ולטבול ולשמור שבת בתוך הבית. אך האשה התמידה בהתנגדותה למלא בקשה זו.

בנקודה זו בית הדין מקבל את דרישת הבעל כסבירה. גם אם האשה אינה מקבלת את השקפת עולמו של הבעל, אילו היתה נוהגת בגמישות המקובלת והמתבקשת בין בני זוג, היתה מקבלת את בקשת הבעל, כמקובל אצל זוגות רבים הנמצאים במצב דומה. התפיסה היסודית והמקובלת בחיי נישואין מכירה בכך שמהלך רצוף ומתמשך של חיים משותפים ותקינים בני בני זוג מחייב התחשבות הדדית, וויתור של בן זוג אחד כלפי השני, באותם נושאים שאינם מערערים את מהלך חייו הסבירים, של בן הזוג הנדרש לויתורים. לדוגמה, אילו מצבו הרפואי של הבעל היה מחייב את האשה בפעולה כזו או אחרת למען שימור המסגרת, היה מקום לחייבה בכך, גם אילו היו נדרשות ממנה לנקוט פעולות מסוימות, כל עוד אין בדבר פגיעה חריגה בה. התנגדות האשה לטבול נתפסת כחלק מהעמדה הנחרצת שלה במסגרת מאבקה בדרכו הדתית של הבעל ובמהפך שבחר. כיון שכן, מאחר שכתוצאה מעמדה זו האשה מונעת את האפשרות לחיי אישות בין בעל ואשה, יש לדונה כמורדת.

היה מקום לומר שדינה כמורדת האומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה", שהרי היא אינה תובעת גירושין, אלא מצערת אותו בתוך מסגרת הנישואין. ולכאורה היה מקום לקבוע שיש לנהוג בה בסדר הקבוע במורדת ולנקוט בדרכי ההכרזות וההתראות.

אך נראה שבמקרה הנוכחי אין מקום להכרזות. חז"ל תיקנו סדר זה על מנת ללחוץ על האשה המורדת לחזור בה ממרידתה, ולשוב לדרך המקובלת של חיים משותפים עם בעלה. אך לא מצינו שחז"ל קבעו את הסדר הקבוע במורדת בסוגים אחרים של מרידה, וכמו שיבואר.

שנינו במשנה בכתובות דף קי: - "הכל מעלין לארץ ישראל ואין הכל מוציאין" ובגמרא שם - "ת"ר הוא אומר לעלות, והיא אומרת שלא לעלות, כופין אותה לעלות, ואם לאו תצא בלא כתובה". וכתב הרמב"ן בפירושו על התורה (במדבר פרק לג פסוק נג) - "ומה שהפליגו רבותינו במצות הישיבה בארץ ישראל ושסור לצאת ממנה, וידונו כמורדת האשה שאינה רוצה לעלות עם בעלה לארץ ישראל". וכן כתב הרמב"ן בספר הזכות במסכת כתובות פרק אע"פ (דף כז: בדפי הרי"ף) - "אפילו בנשואה דנין בהן דין מורדת ומורד, כדי לעלות לארץ ישראל, ושלא לצאת משם". ובתשב"ץ ח"ג סי' פו כתב - "בריש פרק אעפ"י, תנאי כתובה ככתובה דמי למאי נפקא מינה, למוכרת ולמוחלת ולמורדת, והנך כלהו דמני התם ולא מני בהדייהו לעלות ושלא לעלות, ובודאי דבכללייהו היא לדעת הרב ז"ל, כיון שלא פירש בהם שיש להם תוספת, איכא למימר דבכלל מורדת היא. שזו כיון

משא"כ במקרה שבפנינו שהבעל קבל תמורה מסויימת בתמורת להעברת מחצית המגרש על שם אשתו, ובנוסף נעשה במתכונת המקובלת בין בני זוג, לכן אין מקום לטענת הבעל, שבאותו מועד היתה כוונה אחרת, ולא היתה כוונה לשותפות מלאה בקרקע ובבית הנבנה עליה. ומאחר שהמגרש והבית רשומים ברישום המעיד על שותפות שוה, זוהי הוכחה לשותפות בנכס, מלבד שלדעת רבים מהפוסקים עצם הרישום בטאבו מהווה קנין סיטומתא, על כן אין מקום לטענה שבלבו לא התכווין למתנה, ודברים שבלב אינם דברים. אמנם הרמ"א בחו"מ סי' רז סעיף ד' הביא דעת י"א שבמתנה דברים שבלב הוי דברים, יעווי"ש, אך במקרה הנוכחי שהבעל קבל מהאשה תמורה מסויימת תמורת המגרש והבית, - את מחצית סך ההלוואה שהתקבלה מהבנק. ובזכות הצטרפות האשה להלוואה זו, הצדדים קבלו הלוואה בתנאים משופרים, הרי שהעברת מחצית המגרש והבית לאשה, אינה כמתנה אלא כעסקה, שבה הבעל העביר רכוש וקבל תמורה כנגד העברה זו, ונראה שלעניין ההלכה של דברים שבלב, העברה כזו אינה נידונת כמתנה אלא כמכר.

מלבד זאת, יש לציין לדברי התשב"ץ ח"א סי' צה, וז"ל - "הוי יודע שאין לילך אחר אומדן דעתא אלא בדברים שאין לפקפק כלל שלא היה כן דעת הנותן או הנשבע ושיהיה הדבר ההוא מפורש מן הסתם כאלו פירשו ... אבל אם אפשר לחלוק בדעתו אם הוא כן או אינו כן אע"פ שיותר נוטה הדעת למה שבלבו, כיון שאפשר על דרך רחוקה לומר שלא היתה דעתו כן הווי להו דברים שבלב שאינן דברים והיינו ההיא דההוא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישאל, ופירשו המפרשים דגלי דעתיה קודם לכן שהוא רוצה לעלות לא"י. וגם אחרי כן הוא טורח לעלות דאי לא פשיטא דלאו כל כמיניה למימר דאדעתא למסק לארעא דישאל זבניה, ואפ"ה כיון דבשעתא דזבין לא אמר, אמרינן אפשר דמשום דאצטריכו ליה זוזי זבין ולא אזלינן בתר דברים שבלבו ואע"פ שהדבר קרוב מאד שמפני זה מכר, כיון שאפשר בדרך רחוקה שלא היה דעתו כן, לא אזלינן בתר דברים שבלבו, דלאו אומדן דעתא הוא, כיון דאפשר למימר הכי ולמימר הכי", עכ"ל התשב"ץ.

אך אין צורך בזה, מאחר שאין בפנינו כל אומדנא שההקנאה לא נעשתה בלב שלם למטרת שותפות, מסתבר כי הטענות הנוכחיות, עלו על דעתו של הבעל רק בעת שנוכח שהנישואין עלו על שרטון, והחל בתביעת הגירושין. אך בעת שהתבצעו ההליכים לבניית הבית, ודאי נהג כמקובל, וכפי שהתבאר לעיל.

הגדרת מעמד האשה כמורדת

במקרה שבפנינו, האשה לא תבעה להתגרש, וכפי הנראה היתה מסכימה לחזור לחיים משותפים, במתכונת שהיתה מקובלת על שני הצדדים, בטרם הבעל חזר

האשה תסכים לחזור למתכונת שהיתה מקובלת עליהם בשנים הקודמות לחזרת הבעל בתשובה.

ואין לומר שלמעשה משמעות סירוב האשה לטבול משמעו סירוב לחיי אישות וממילא דינה ככל מורדת. זה אינו, שהרי גם בבעל התובע לעלות לארץ ישראל, לאחר שיעלה בלא אשתו המסרבת לעלות, משמעות סירובה לעלות לארץ ישראל היא מניעת חיי אישות, אלא מאחר ולמעשה אינה מתנגדת לכך, אלא רק לעליה לא"י, הרי שההתנגדות הנובעת מאימוץ דעה והשקפה מסויימת, אינה גוררת את הפעלת הסדר הקבוע במורדת.

מסקנת הדברים היא שבמקרה שלפנינו, אין מקום לנקוט בהכרזות ובשאר הסדר הקבוע במורדת, אלא רק להתרות בה שבמעשה היא עלולה להפסיד את הכתובה ותוספת הכתובה, וכעין ההתראה הקבועה בהלכה ביחס לעוברת על דת, ולאחר מכן תפסיד כתובה ותוספת כתובה.

הבהרת ההלכה הקובעת הפסד מתנות במורדת

כל הנאמר לעיל מתייחס רק לעניין זכות האשה לתשלום כתובה ותוספת הכתובה. משא"כ ביחס למתנות, נראה שבמקרה הנוכחי האשה אינה מפסידה מתנות שקבלה מהבעל בתקופת הנישואין, ולעניין זה אין דינה כמורדת. נפקא מינה לעניין העברת הרכוש שהבעל העביר לאשתו, כגון מחצית המגרש שעליו בנה את הבית וההשקעות שהשקיע מכספו לבניית הבית, (וזאת מתוך הנחה שלעניין דין הפסד מתנות דין רכוש זה כמתנה, למרות שכאמור לעיל הובהר שהבעל קבל טובת הנאה מסויימת תמורת העברה זו. אמנם היה מקום להאריך בנקודה זו האם גם נסיבות אלו העברת הנכס נידונת כמתנה, כשהבעל לא קבל תמורה השווה לערך הנכס שהעביר לאשתו, והארכנו בזה בפס"ד אחר, והדעת נוטה לדון זאת כמתנה לעניין הלכה זו, ואכמ"ל בזה, מאחר ולפי המבואר להלן, בנידון דידן, לא הפסידה (מתנות).

להבהרת מסקנה זו נקדים ונבאר הטעם בהפסד המתנות במורדת. יש לחקור האם ההפסד נחשב כחלק מהקנסות הקבועים במורדת, או שהוא מכח אומדנא בלבד, שלא הקנה לה את המתנות על דעת שתצא ממנו.

הטור אה"ע סי' פה כתב - "הרמ"ה כתב ... ואפילו נתאלמנה או נתגרשה מן הנישואין, דוקא שלא מתוך מרדה אבל נתאלמנה או נתגרשה מתוך מרדה לאחר שכתבו עליה אגרת מרד שהפסידה כל כתובתה, הפסידה כל מה שנתן לה".

ובפס"ד בפד"ר חלק יא עמ' 256 כתב הגר"ח ג צימבליסט שליט"א - "הנה שיטת הרמ"ה והטור דכל זמן שלא הפסידה הכתובה לא הפסידה המתנות צ"ע, שהרי כל יסוד הדין שמורדת מחזרת המתנות הוא משום שאומדים דעתו אדעתא דתשקול ותיפוק לא יהיב לה, וא"כ מה זה קשור עם הפסד הכתובה. ולכאורה היה צריך לומר שבכל מורדת, כיון

שהדין נותן לכופה לצאת והיא אינה רוצה, הרי היא מורדת דאומרת בעינא ליה ומצערנא ליה. וכן כתב הרמב"ן ז"ל בספר הזכות בפרק אעפ"י וכן בחידושי התורה בפרשת מסעי שהאומרת שלא לעלות דינה כמורדת, וכן כתב הרב בעל העיטור ז"ל באות פסיקתא שדינה כדין מורדת כדכתיבנא, עכ"ל התשב"ץ.

הרי לפנינו שיטת הרמב"ן ובעל העיטור שדין האשה המסרבת לעלות לארץ ישראל כדין מורדת, והוסיף התשב"ץ שהיא מוגדרת כמורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה. ואפילו הכי, לא קבעו בה את הסדר הקבוע במורדת, כפי העולה מפשטות לשון הגמרא "הוא אומר לעלות, והיא אומרת שלא לעלות, כופין אותה לעלות, ואם לאו תצא בלא כתובה", ומשמע כופין מיד בהפסד הכתובה. ולא אישתמיט לאף פוסק שיררה לדון בה סדר זה.

וכן מפורש להדיא בתשובת התשב"ץ ח"ג סי' פו שכתב - "כיון שמוציא אותה מן הדין מאותו מקום למקום זה, אם נמנעה אין לה כתובה כדין לעלות ושלא לעלות, שהרי התוספתא וכן הירושלמי הזכירו בזה כפיה, ואין כפיה זו אלא בממון להפסידה כתובתה ... ואינה צריכה הכרזה אלא במורדת במקום דירת הבעל כדי לביישה ותשוב, אבל זה שרוצה לצאת והיא הפכה עורף, גלתה דעתה שלא תשוב לעולם", עכ"ל. הרי שאף שהתשב"ץ פסק, לדון את האשה המסרבת לעלות לארץ ישראל, כמורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה, אפ"ה קבע שאין מקום להכרזות. הטעם בהלכה זו מבואר בתשב"ץ, מאחר שסירובה נובע מדעה נחרצת השוללת את העליה לארץ ישראל, אין טעם בהכרזות, על מנת להביאה לשינוי עמדה, עמדה הנובעת מהשקפה או דעה השוללת עליה לארץ ישראל.

ובחזו"א הלכות כתובות סי' סט סק"ט (ד"ה שם אבל) כתב - "וכן באינה עולה עמו לארץ ישראל, מדינא דגמ' איבדה כתובתה מנה מאתיים תוס' ונצ"ב כדין מורדת מאיס עלי, ולא תיקנו כאן להמתין שנה, דלא שייך כאן להמתין. וכן לענין בלאותיה קיימין, כתב הר"ן דאית לה. ואע"ג דבמורדת בעינן תפיסה, התם קונסין חכמים כדי לרדות שתשוב, אבל הכא אין לנו לרדותה, והלכך לא גרעה מזינתה דלא הפסידה בלאותיה קיימין, ומ"מ נצ"ב דליתנהו הפסידה", עכ"ל. מבואר מדבריו, שבאשה המסרבת לעלות אין את אחד מהדינים המיוחדים שנתקנו במורדת במגמה ללחוץ עליה לחזור בה.

העולה מדברינו, שלא קבעו את הסדר הקבוע במורדת, אלא באשה המסרבת למלא חובותיה לחיי אישות עם בעלה. אבל כשאינה נוהגת כהוגן בעניינים אחרים, כגון כשמסרבת לעלות לארץ ישראל עם בעלה, לא תקנו להפעיל כנגדה אמצעי לחץ על מנת להביאה לנהוג כמתחייב על פי הדין. על כן ה"ה בנידון דידן, לא תיקנו את הסדר הקבוע במורדת על מנת ללחוץ עליה ולהניאה מסירובה לטבול, מאחר שסירובה אינו סירוב לחיי אישות, שהרי כפי הנראה

דין מורדת לכל דבר, היינו משום דכל עיקר הזמן הוא משום "דנותנים לה שהות שתחזור בה, ושמה 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, חוזינן שהחלטה זו היא סופית, ואז דינה להחזיר המתנות מטעם האומדנא, ולא מטעם הקנס דמורדת וכנ"ל ... 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 קטנות ומריבות, ואם גם משום שנאסרה עליו. ולא כן בניד"ד שטוענת שמאוס עליה ואינה יכולה לחיות עמו, עכ"ל.

וכ"כ בספר משפטי שאול (שם סי' יז) - "ההפסד של הכתובה וההפסד של המתנות הוא מטעמים אחרים לגמרי. הא דפוחתינן 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 על דעת כן שתקח ותצא". וע"ע להלן סי' מד.

והנה הלכה זו של הפסד מתנות קיימת, כשהאשה מביאה לפירוק הנישואין, אף שטענתה מוצדקת, כגון בטוענת מאיס עלי באמתלא מבוררת, דוגמת המבואר בטור סי' עז, "שלא היה הולך בדרך ישרה ומכלה ממונו". יתירה מזו, גם באותם שהדין נותן שכופין את הבעל לגרש, כתב החלקת מחוקק סי' צט סק"ז - "אם הוא מאותן שכופין אותו להוציא, דין המתנה כדין התוספת שהוסיף לה, ויתבאר לקמן סי' קנ"ד". ובסי' קנ"ד כתב הב"ש בסק"א, שבכל הני שכופין אותו להוציא אין לה תוספת דאדעתא דלמשקל ולמיפק לא אקני לה. הרי שגם באותם שכופין אותו לגרש עקב מומין שבו, כגון מוכה שחין וכיוצ"ב, ותביעת הגירושין של האשה מוצדקת על פי הדין, אפילו הכי אנו רואים את האשה כמי שמביאה לפירוק הנישואין, וקיימת האומדנא דאדעתא דהכי לא אקני לה. (וע"ע במש"כ בזה בפד"ר כרך ח' עמ' 277-282, ואכמ"ל בזה). ומאידך אם היא לא הביאה לפירוק הנישואין, אלא הבעל הביא לכך, או אף אם לא הבעל ולא האשה הביאו לכך, אלא הדין המחייב את הפירוד, הביא לכך. בכה"ג האשה אינה נידונת כמי שפרקה את הנישואין. על כן אפילו באשה שזינתה ונאסרה על בעלה, אם היא מצידה מעוניינת להמשיך לדור עמו, אלא שהדין מונע זאת ממנה, הרי שלעניין אומדנא זו, אין תולים בה את פירוק הנישואין, אלא פירוק הנישואין נובע מהדין המחייב את הפירוד, למרות שהיא במעשיה הביאה עליה את המעמד אליו נקלעה, שנאסרה על בעלה.

העולה מדברינו, שהלכה זו של הפסד מתנות, היא הלכה בדיני ממונות המיוסדת על אומדנא בלבד, שהבעל מלכתחילה נתן את המתנה על דעת כן שאשתו, לא תביא לפירוק הנישואין. ואף אם בפייה טענה מוצדקת, עכ"פ כשהיא למעשה הביאה לפירוק הנישואין אינה יכולה להשאיר ברשותה מתנות

שהיא מבקשת להתגרש ממנו קיימת האומדנא דאדעתא למיפק לא יהיב לה, ועליה להחזיר המתנות ולמה קשרו הרמ"ה והטור את הדבר בהפסד הכתובה.

ואולי אפשר להסביר הדבר כך, דבאמת היה ראוי לומר ששום מורדת לא היתה חייבת להחזיר המתנות, בדומה למה שכתב העיטור אות כ' כתובות, (לפי הנוסחא שהועתקה בריב"ש סי' שא): "ושדרו ממתיתבתא דמאן דכתיב מתנה לאשתו בשעת נשואין ומגרש לה, לא אמרינן כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אלא מעתה מאן דיהיב מתנה למאן דרחים ליה, ערבא בעי למשקל מיניה דרחים ליה לעלם, וה"נ מאן דיהיב ליה מתנה לרחמיה ונפל ביניהן איכסא הדרא מתנה, הא לאו טעמא הוא".

והא דהמורדת אכן מפסידה המתנות, אין זה אלא מדין קנס שקנסו במורדת, כשם שקנסוהו שתפסיד הכתובה. ולכן סבירא ליה להרמ"ה והטור שרק אחרי שכתבו עליה אגרת מרד, דהיינו לאחר ההכרזות וכו', שקנסוהו בהפסד כתובתה, קנסוהו גם בהפסד המתנות, אבל כל עוד לא הכריזו עליה וכו', שעדיין לא קנסוהו בכתובה, לא קנסוהו גם במתנות. ולפי עיקר הדין, אין לה להחזיר המתנות, משום דמאן דיהיב מתנה למאן דרחים ליה ערבא בעי למשקל מיניה דרחים ליה לעלם ... ואף שהראשונים ז"ל כתבו בטעם הפסד המתנות משום דאדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה, צריך לומר דאין זה מטעם אומדנא זו בלבד, אלא גם מטעם קנס ... שטעם זה דאדעתא למיפק אינו מספיק להחזרת המתנות והגאונים ז"ל השתמשו בביטוי זה לגבי המורדת לנמק למה קנסוהו שתפסיד גם המתנות, עכ"ל, ועיי"ש בפסק הדין שתלה סברא זו במחלוקת ראשונים.

אולם בפס"ד מאוחר יותר (שהתפרסם בקובץ תורני "דברי משפט", חלק ח' עמ' פו) חזר בו הגר"ח ג צימבליסט שליט"א ונטה לדרך אחרת, חז"ל - "אולם לפי הדברים דלעיל, אפשר להסביר בדרך יותר פשוטה. והיא, דבאמת טעם החזרת המתנות הוא כפשוטו, מחמת האומדנא דאדעתא למשקל ומיפק לא אקני לה. אולם במה דברים אמורים כשהיא מוציאה אותו, דהיינו כשהיא מכריחה אותו לגרשה, משא"כ כשהיא מוציאה מרצונה, אין כאן האומדנא הנ"ל, והמתנות שלה ... ומטעם זה כל זמן שלא הכריזו עליה וכו', יש לה כתובה, משום דנחשב כמוציאה מרצונה, וכנ"ל, אין כאן האומדנא דאדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה".

וכן בספר משפטי שאול סי' יח, כתב הגר"ש ישראלי ז"ל - "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 ... וכמו שציין הגר"א (סי' ע"ז סקכ"ח). וכיון שהוא מצד האומדנא, ממילא אין נפ"מ אם יש כאן גרדי 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

מחצית זכויות אלו שנצברו על ידי האשה בתקופת הנישואין, והאשה מבקשת לקבוע שהחלוקה תהיה בדרך אחרת המבטיחה לה את עתידה לתקופה שלאחר הנישואין. נפתח לברר את מעמד זכויות ממון אלו על פי ההלכה. מקובל בבתי הדין לדון עיסוק זה של האשה, כעיסוק שאינה מחוייבת בו במסגרת חובתה למעשה ידיה, וזאת משני טעמים.

ראשית, יש לדון עבודה זו כהעדפה שעל ידי הדחק, מכיון שברובן ככולן של שנות הנישואין האשה היתה מטופלת בילדים ובעבודות הבית, ובנוסף לכך נטלה על עצמה נטל נוסף ויצאה לעבוד מחוץ לבית.

שנית, גם בלא"ה, הרי שלפי מש"כ הבית מאיר בריש סי' פ' אשה אינה מחוייבת לעשות שאר מלאכות שאינן עבודה בצמר או אריגה וכיוצא"ב עיי"ש.

ויש מקום לברר מה דין מעשי ידיה הנ"ל.

ביחס להעדפה שעל ידי הדחק, נהגו לפסוק דיכולה לומר קים לי כר"ח, הסובר דקיי"ל כרבי עקיבא דהעדפה שייכת לאשה. וכמ"ש הח"מ סי' פ' סק"ב והב"ש סק"ב, ועיין בפד"ר ח"א עמ' 91, ח"ב עמ' 227 וחלק ח' עמ' 279.

אלא שהב"ש שם כתב - "כתבו התוס' בכתובות דף נט וביבמות דף צג ובמרדכי מה ששייך לה לוקחים בהם קרקע והוא אוכל פירות". וכן הובא המרדכי בדרכי משה שם סק"ה.

אך הבית מאיר תמה על דברי הב"ש, וז"ל - "ואיני יודע למה כתב הכי בפשיטות. הא מתירוצם הראשון משמע איפכא דלגמרי שלה. מדדחקו עצמם מה דחשוב דברים שבינו לבינה, נראה שמוספקים אי לר"ע לגמרי שלה או נכסי מלוג. והרא"ש בנדרים שמפרש לר"ע הוי דברים שבינו לבינה דאי אפשר שלא יתערב בשלו, משמע דלגמרי שלה, וא"כ אפשר דיכולה לומר קים לי הכי".

הבית מאיר סבור לומר שלתירוץ הראשון של התוספות ההעדפה אינה נכסי מלוג, ולכן כתבו דחשיב דברים שבינו לבינה ויכול להפר רק מפני החשש שמא לא יוכל להזהר ולצמצם ליקח רק את הראוי לו.

אך החזו"א חלק אה"ע סי' ע' סק"ז חלק על הבית מאיר, וכתב - "וי"ל דהתוספות מספקא להו דגם בנכסי מלוג אלמוהו רבנן ולא מפסיד פירי, ומ"מ יפר דאי אפשר לצמצם ואולי יאכל קרן של העדפה, וכיון שהמרדכי ר"פ מציאת האשה כתב בפשיטות דלוקחין קרקע בהעדפה והוא ז"ל מתלמידי בעלי התוספות, אין לפקפק בזה".

וכן בספר ערך שי כתב לבאר את דברי התוספות, באופן שבשני התירוצים דעתם לדון את ההעדפה שעל ידי הדחק כנכסי מלוג, ודלא כבית מאיר.

אך נראה שנידון דין שאני. התוס' והמרדכי דנו בהעדפה שעל ידי הדחק, ובוזה כתבו דאף לר"ע שזכתה בזה האשה, עכ"פ הוי כנכסי מלוג. אבל בנידון דידן דעסקינן במלאכה שהאשה כלל אינה חייבת, וכמ"ש הבית מאיר

אלו. וכן להיפך, אם הבעל הביא לפירוק הנישואין, אף אם בפיו טענה מוצדקת, אינה מפסידה את המתנות.

נחזור למקרה דנן. לכאורה היה מקום לומר, לאחר שקבענו לעיל שמוטל על האשה להענות לדרישות הבעל, יש לקבוע שהאשה, בסירובה להענות לדרישות של הבעל, נידונת כמי שמפרקת את הנישואין, וכדין מורדת.

אך זה אינו, מאחר שבמקרה הנוכחי בני הזוג נישאו בעת ששניהם היו חילוניים, וכך ניהלו את חייהם כמה שנים. באותה תקופה הבעל העביר לאשתו מחצית מחלקת הקרקע, עליה בנוי הבית. אלא שהבעל חזר בתשובה והחל לנהל אורח חיים דתי, ובעקבות כך נוצרה הבעיה שהחיים המשותפים עם אשתו בלתי אפשריים. על כן יש לדון את הבעל כמי שמפרק את הנישואין. אמנם במידה שהבעל ישאל "שאלת רב", ויצגי שאלה זו לבית הדין, או למורה הוראה אחר, מה עליו לעשות במצב הנוכחי. ההוראה ההלכתית הברורה, תהיה שעליו לנהוג בדרך שבחר. למרות זאת, לא ניתן להמנע מהקביעה שפירוק הנישואין, המתבקש בנסיבות אלו, נובע ממעשיו של הבעל, שהרי האשה מצידה, מסכימה להמשיך את הנישואין בדרך שהיתה מקובלת על שניהם, מיום הנישואין במשך מספר שנים עד ליום שהבעל שינה את דרכו.

ויש לדמות מקרה זה לדין עוברת על דת וכן לדין אשה המסרבת לעלות לארץ ישראל, שאף שהפסידו כתובה ותוספת, עכ"פ לא הפסידו מתנות שהבעל נתן להם בתקופת הנישואין, (וכפי העולה מסתימת כל הפוסקים שלא הזכירו דין הפסד מתנות באלו, ויעיין בשו"ע סי' קטו ס"ה שכלל בחדא מחתא דין הסדר זכויות הממון של עוברת על דת עם זינתה, וכן בחזו"א סי' סט סק"ט הנוכר לעיל, כתב כן ביחס למי שאינה רוצה לעלות לארץ ישראל). וסברת "אדעתא למיקם קמיה נתן לה ולא אדעתא למיפק", אינה אלא במורדת שבמעשיה יצרה מצב חדש וקבעה את פירוק הנישואין בעצם מרידתה, משא"כ באלו, אמנם האשה נוהגת שלא כדין כשאינה עולה עמו לארץ ישראל, או כשעברה על דת, מ"מ הבעל יזם את פירוק הנישואין. אמנם בפיו טענה צודקת ומקובלת על פי ההלכה, עכ"פ היוזמה באה ממנו.

במקרה שלפנינו, אילו בני הזוג היו שומרי מצוות מקדמת דנא, והאשה היתה מחליטה להמנע משמירת מצוות, מסרבת לטבול, אך מסכימה לחיות עם בעלה בלא טבילה, בכה"ג היינו דנים אותה כדין מורדת לכל דבר, לרבות לעניין החזר מתנות, מאחר שאז היוזמה לפירוק הנישואין באה ממנה. אבל בנסיבות המקרה הנוכחי, שהבעל יזם את השינוי באורחות חייו, והאשה מבקשת להשאר במצב הקודם, יש לקבוע שהבעל הביא לפירוק הנישואין, אף שאין מקום לתלונה על התנהגותו.

מעמד זכויות הממון שהאשה צברה בתקופת הנישואין

האשה עבדה במשך כל שנות הנישואין, וצברה זכויות ממון ופנסיה במסגרת עבודתה. הבעל תובע לקבל את

הר"ן חלק עליהם וכתב שיש לחוש שתתבטל, ואילו היו הי"א טוברים שהם נכסי מלוג לא היה לחוש שבעלה לא יפקח עליה שהרי יש לו בהם פירות. ועיי"ש שכתב להשוות הענין לצמצמה מעיסתה שכתבו כמה ראשונים שהוא שלה לגמרי.

ואמנם שאני נידון דידן, שאינה מחוייבת במלאכה זו. אך לפי המבואר בריטב"א במש"כ לחלק בין כשיש עיקר מעשי ידיה והעדפה הטפלה לה לבין כשאינה מחוייבת בעיקר מעשי ידיה, הרי שנראה שאין מעליותא בדינו של רבי אליעזר במה שמחוייבת לעשות מלאכה זו וגם בנידון דידן דינה כעושה מלאכה כדי שלא תבוא לידי זימה. וכן ממש"כ הבית יעקב להשוות הדין לצמצמה מעיסתה, א"כ כשם ששם לא היתה מחוייבת לצמצם, ואפ"ה הכל שלה ה"ה במקרה שבנידון דידן.

ולכן בנידון שלפנינו, האשה יכולה לומר קים לי כתוספות (בתירוץ א') והרא"ש כפי שפרשם הבית מאיר שהעדפה שעל ידי הדחק שייכת לאשה לגמרי, וכן קים לי כדעת הריטב"א והי"א שבר"ן (דהב"ש סי' פג סק"א הכריע כדעתם) ואליבא דהבית יעקב שנקט בדעתם שמעשי ידיה בכה"ג שלה לגמרי.

אמנם הבית מאיר שם דן האם בכה"ג האשה נידונה כמוחזקת שתוכל לומר קים לי, לפמש"כ הרמב"ן במסכת בב"ב דף נא דאמרינן דהבעל כמוחזק וידו עדיפא מידה. אך עיין בחזו"א סי' ע' סק"ז שכתב דבכה"ג שיש ספקא דדינא שמא אינם כלל נכסי מלוג הרי האשה מוחזקת בנכסים, וממילא תוכל לומר קים לי. על כן זכויות ממון אלו ישארו ברשותה.

בריש סי' פ', בכה"ג יש דעות בראשונים שמעשי ידיה שלה לגמרי.

במסכת כתובות דף נט: במשנה, דעת רבי אליעזר שאפילו הכניסה לו מאה שפחות כופה לעשות בצמר שהבטלה מביאה ידי זימה. והלכה כרבי אליעזר. ונחלקו הראשונים האם מעשי ידה של אשה זו לעצמה או לבעלה. בחי' הרשב"א כתב - "ומסתברא דלא עדיף מהעדפה שעל ידי הדחק דהויא דבעל אע"פ שעושה מרצונה". אבל בחידושי הריטב"א דחה שיטת הרשב"א, וכתב - "יש לדחות דשאני העדפה דכיון שהיא מחוייבת לעשות לו עיקר מעשי ידיה, עשו את הטפל כעיקר ויכו לו העדפתה, אבל בזה דמשורת הדין היא פטורה מן העיקר ואינה עושה אלא כדי שלא תבוא לידי זימה, מה שעושה עושה לעצמה, כך נראה לי".

וכן הר"ן כתב בשם יש אומרים - "דמלאכתה דידה הויא, דכיון שאין מחייבין אותה אלא כדי שלא תבא לידי זימה, כל שעושה בין לאחרים בין לעצמה אזל לה ההוא טעמא". הר"ן עצמו הסכים לשיטת הרשב"א וכתב - "קרוב הדבר לומר שאם תהא מלאכתה לעצמה כיון שלא תצטרך לחשוב עם הבעל תתבטל ותבא לידי זימה".

העולה מדברינו, שדעת הרשב"א והר"ן שמעשי ידיה של אשה זו לבעלה, ודעת הריטב"א והי"א שבר"ן שהם לאשה. ויש לדון האם לריטב"א והי"א שבר"ן מעשי ידיה דינם כנכסי מלוג או שלה לגמרי.

עיין בבית יעקב סי' פ' ס"ב שנקט בדעתם שהם שלה לגמרי, עיי"ש שהוכיח שהר"ן לא הסכים עם שיטת הי"א מכיון שלשיטתם שהמעשי ידיה הם שלה לגמרי ומה"ט

סימן מ

ניכוי מעשה ידי האשה מדמי מזונות "מעוכבת מחמתו"

חייב הגירושין

במקרה שבפנינו האשה תבעה גירושין. התביעה המבוססת על טענות קשות המייחסות לבעל התנהגות אלימה ויחס משפיל לאשתו. האשה עזבה את הבעל והבהירה שעזיבתה היא כתוצאה מהאלימות והיחס המשפיל.

הבעל הכחיש את הטענות, וכעת מספר שנים לאחר הפירוד, קשה להשלים את בירור העובדות עד תום. אך אין ספק שכתוצאה מתביעה זו ומהפירוד הממושך שבין הצדדים, כעת שני הצדדים אינם רוצים בשלום בית ואינם מעוניינים זה בזה. למרות זאת, הבעל עומד בסירובו לתת גט. נסיבות אלו מביאות את בית הדין לחייב את הבעל בגירושין.

במקרה שבפנינו, האשה תבעה לחייב את הבעל בגירושין, ולאחר שהתקיימו דיונים בתביעה, בית הדין פסק שהבעל חייב לתת גט. הבעל סרב לציית לפסק הדין, וניתן פסק דין נוסף לחייבו במזונות לאשתו, מפני היותה "מעוכבת מחמתו".

להלן נימוקים הלכתיים שצורפו לפסק הדין, המתייחסים לארבעה נושאים הטעונים הבהרה והנמקה.

- א. חיוב הגירושין.
- ב. חיובו במזונות כתוצאה מחיוב הגירושין.
- ג. הטעם לחייבו במזונות בלא להתחשב במעשי ידיה של האשה.
- ד. שלילת האפשרות להמנע מחיובו במזונות, עקב טענת "קים לי" כדעת הסוברים שאינו מחוייב במזונות, אם אשתו עובדת ויכולה להתפרנס ממעשי ידיה.

לא מצינו בדינו של רבינו ירוחם ששואלים וחוקרים את הבעל האם ישאר בעמדתו זו שאינו רוצה בה גם אם האשה תחזור בה ותבקש שלום בית. אין מקום לשאלה מסוג זה, מאחר שאין לך אלא מקומו ושעתו, ואין צורך ואין נ"מ בבירור השאלה מה יקרה במצב שאינו קיים ושאינו לו זכר כיום. לא מצינו שבמקרים כאלו מוטל על בית הדין לחקור ולברר שאלות היפותטיות. יתירה מזו מצינו בהכחשה הדדית על זהותו של המורד, אין מטילים על בית הדין לחקור אחר העבר, אלא לברר את המציאות ביניהם מכאן ולהבא בדרך המבוארת בשו"ע סי' עז סעיף ד'.

חיוב הבעל במזונות כתוצאה מחיוב הגירושין

בעקבות חיוב הבעל בגירושין, יש מקום לחייבו בתשלום מזונות עבור אשתו.

היסוד בהלכה לחיוב המזונות הוא כדלהלן – במסכת כתובות דף צו: - "אמר רב זירא כל מקום שאמרו מגורשת ואינה מגורשת בעל חייב במזונותיה". ופרש רש"י מגורשת ואינה מגורשת. ומן האירוסין ... כדרכי זירא דאמר בעלה חייב במזונותיה בחייו ... משום דמעוכבת בשבילו להנשא".

וכתב בשטמ"ק בשם תוספות הרא"ש – "ויש מקשים היכי מצי לפרש מן האירוסין, הא אפילו כשאינה גרושה ארוסה לית לה מזוני. ונראה לי דלא קשה, דכיון דהויא מגורשת ואינה מגורשת ואגידא ביה ולא מציא לאנסובי לעלמא חייב במזונותיה, ואין חילוק בין מן האירוסין בין מן הנישואין, והוי כמו הגיע זמן ולא נשאו".

המהרי"ט פסק הלכה זו של חיוב מזונות מפני היותה מעוכבת מלהנשא, גם כשהבעל חוייב בגירושין. מהרי"ט בתשובה ח"א סי' קיג, השיב על מקרה שבו האשה עזבה את בעלה ותובעת גירושין בטענה שהבעל נכפה ואינו מפרנס. המהרי"ט נשאל אם ניתן לכפותו על הגט ואם חייב במזונות כל עוד לא גרשה. והשיב שלענין כפיה על הגט יש לחוש שמא עפ"י הדין אין כופין לגרש בנסיבות אלו ויחשב כגט מעושה שלא כדין. אך הורה לחייבו בגט. וז"ל - "ומכל מקום נהי דלא מצי כייף לה אלא אמרינן ליה שיוציא ויתן כתובה וכפיה במילי וקרינא ליה עבריינא, אבל לכופו בשוטיין כדין האומר איני זן ואיני מפרנס, לא כייפינן ליה".

בשאלת חיובו במזונות כתב מהרי"ט, וז"ל - "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 אע"פ שנתן לה כתובתה, כל זמן שהיא מעוכבת מלינשא מחמתו".

מקובל לפרש את דברי מהרי"ט, שבדבריו אלו קבע את הדין לחייב מזונות כשהבעל מחוייב על ידי ביה"ד לגרש, עיין פד"ר ח"א עמ' 74 וח"ד עמ' 161. ועיי"ש בפד"ר ח"א הנזכר שכתבו - "אמנם נראה דחיוב זה שחידש המהרי"ט לחייבו במזונות משום דהיא אגידא גביה ומעוכבת להנשא על ידו, אינו נובע מתנאי הכתובה שהבעל מתחייב בהו ע"י

המקור בהלכה לפסיקה זו, הם דברי רבינו ירוחם (מישרים נתיב כג חלק ח') שכתב, וז"ל - "וכתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אמר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנים אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא דילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש".

עיין בכמה פסקי דין שהביאו את דברי רבינו ירוחם בלא חולק, ודנו בדבריו בלא לפקפק במסקנתו, עיין פד"ר ח"ו עמ' 13 ופד"ר ח"ח עמ' 323 ופד"ר ח"א עמ' 95 ועמ' 255.

יצויין שבדינו של רבינו ירוחם, המקרה הוא כפי נידון דנן, שבתחילה האשה טענה שאינה רוצה בבעלה עקב טענות מסויימות, ואח"כ הבעל גם הוא אינו רוצה בה, ומחייבים אותו בגירושין. וזאת מפני שלדעת רבינו ירוחם שלילת שלום בית על ידי שני הצדדים, היא מצד עצמה עילה לחיוב הגט, ואין לבעל זכות לעכב את המצב הנוכחי של פירוד, כשאינו רוצה לא שלום בית ולא גירושין. בנסיבות אלו יש לקבוע שפקעה האישות ביניהם, ואין רשות לאחד מהם לאכוף על השני להשאר במסגרת נישואין ריקה מתוכן, ולעגן את בן הזוג.

נראה, שאין הטעם בדינו של רבינו ירוחם מפני שהבעל יחשב כ"מורד". "מרידה" בהגדרתה מתפרשת כהתנערות המורד מחובתו לנהוג כפי המוטל עליו, ולכן דיני מורד ומורדת מתייחסים לבן זוג המתנער באופן חד צדדי מחובותיו שהוטלו עליו במסגרת הנישואין. ויצויין שביטוי זה של "מרידה" יכול להתייחס גם לבעלי חיים או אף לאבר בגוף האדם, שחדלו למלא את תפקידם הטבעי, עיין גמ' ע"ז דף כח: "עין שמרדה", ובמסכת חולין דף קלט. "תרנגולת ... שמרדה".

אבל בנסיבות שהאשה כבר אינה חפצה בבעלה ועזבה אותו, לא הוטלו עליו חובות הנובעות מהנישואין, ואינו חייב לאשתו אף אחד מהחובות הללו. ולכן לא נכון להגדירו כ"מורד", עקב העדר רצונו לשלום בית ובקשתו להתגרש מאשה כזו.

אלא חיוב הגירושין נובע מכך, שבנסיבות אלו שאף אחד מבני הזוג אינו חפץ בשני, והם נמצאים בפירוד, בטלה האישות מביניהם, ואין אחר מהם רשאי לעגן את בן זוגו ולכפות עליו להשאר במצב זה לאורך ימים. ועיין להלן סי' פט שהרחבנו לבאר את דינו של רבינו ירוחם.

בעת המו"מ ההלכתי בדין זה עלתה הסברה - מאחר שאמירת הבעל שאינו רוצה באשתו באה בתגובה לעמדתה הנ"ל של אשתו, הרי יתכן שהבעל יחזור בו אם אשתו תחזור בה ותתרצה לקבלו. אך אין לומר כן, ואין לדיין אלא מה שענינו רואות. מאחר שכעת שניהם אינם רוצים זה בזה, יש לחייב אותו בגירושין, ולדעת רבינו ירוחם בנסיבות אלו אף "כופין אותו לגרש".

יספיק לה כל צרכה בזמן ההוא. מלתא דמסתבר פסק, כי רוב חכמי הרופאים כתבו שהגורם הגדול לדבר זה הוא שנאת הנבעלת, ואלו שיש כבר מריבה ביניהם ובהיותם יחד השנאה מתגברת ובכל עת שירצה לבעול השנאה תקלקל השורה וישען על ביתו ולא יעמוד ויתגבר החולי ולא יועילו הרפואות, ולכן טוב שיתפרדו על זמן מה ובין כך יעסוק ברפואות.

הרי מבואר שהנודע ביהודה פסק חיוב הבעל במזונות למרות שאשתו אינה עמו ויש לה טענות אחרות כנגדו, כמבואר באותה תשובה, טענות שלא התבררו, והשנאה שוררת ביניהם. ואפ"ה פסק חיוב מזונות, ומשמע שחיוב זה קיים לאחר שהקדים ופסק בתחילת התשובה שדינו של הבעל - "יוציא ויתן כתובה". אך אין הכרח שחיוב המזונות נובע מחיוב הגט כסברת מהרי"ט, ויתכן שטעמו כפי המבואר להלן בתשובת הגרע"א ז"ל.

בתשובת הגרע"א ז"ל ח"ג (שו"ת חדשות) סי' נא, כתב אודות חיוב מזונות בנסיבות אלו שאין לבעל גבורת אנשים ושיש לחייבו ואף לכופו בגט כשטוענת בעינא חוטרא לידא, ודן לחייב את הבעל במזונות. ומדברי הגרע"א ז"ל עולה שלא סבר את דינו המהרי"ט, אלא חיוב המזונות נובע מטעם אחר. מאחר שהבעל חייב בגירושין אין לדון את האשה כמורדת ואין לקונסה בשלילת מזונותיה. ובשל כך חיוב המזונות, הוא החיוב רגיל של מזונות שבכל אשה נשואה, ואינו חיוב הנובע מהיותה מעוכבת בחמתו הנובע מחיוב הגט. ונ"מ שיהיה מקום לנכות מעשי ידיה ממזונותיה.

וכן בספר זכר יצחק ח"א סי' יב העלה שאשה שהיא ספק מקודשת שאינו חייב במזונות מפני היותה מעוכבת בחמתו, והרי בספק מקודשת הוא מחוייב בגירושין. וע"ע באה"ע סי' צג בבאר היטב ס"ק יז ובהגהות רע"א אות ה'. נראה שהזכר יצחק לא נחית לסברת מהרי"ט שחיוב המזונות נובע מפני עצם העיכוב להנשא לאחר חיוב הבעל בגט.

אך מאחר שהגרע"א ז"ל והזכר יצחק לא ראו את דברי מהרי"ט ולא דנו בסברתו, יתכן שאילו היו רואים דבריו היו מסכימים עמו, ואין להוציא מדבריהם שבהכרח יחלקו על המהרי"ט, וכעין דברי מהרי"ק שהובא ברמ"א בחו"מ סי' כה סעיף ב' (בסוף דבריו).

וראיתי בחוברת "מוריה" שנה שש עשרה אייר תשמ"ח, במאמרו של הרב צבי גרנטר שליט"א עמ' עח, שהביא מהגרי"ש אלישיב שליט"א שאמר לו על שיטת מהרי"ט - "אף שהגרע"א חולק, הרי ברא"ש ומהרי"ט כתבו שלא כמותו, ומסתמא שהגרע"א לא ידע מדבריהם מדלא הביאם עכת"ד".

ועיין בספר קובץ תשובות מהגרי"ש אלישיב שליט"א ח"ג סי' קצו שבאר הלכה זו, ולפי דרכו העלה שבספק מקודשת שיש ספק בעיקר החיוב, לא הטילו עליו חיוב מזונות גם במעוכבת על ידו שאין זה אלא כגרמא בעלמא, ורק לאחר

קשר הנישואין, אלא זהו חיוב חדש מתקנת חז"ל שהוא מחויב במזונותיה כל זמן שהיא מעוכבת להנשא על ידו, וכמו במגורשת ואינה מגורשת, דמדין תנאי כתובה אי אפשר להוציא ממנו כלום, ועיין רש"י כתובות צ"ז ע"ב שגם במגורשת ואינה מגורשת כשהיא ארוסה חייב במזונות. וא"כ ה"ה בנמצא בו מום והיא לא ידעה אעפ"י שיש ספק בעצם הקידושין לדעת הבי"ש, מ"מ הוא חייב במזונותיה כל זמן שלא גירשה משום שהיא מעוכבת להנשא על ידו.

ואמנם מצינו כמה מגדולי הפוסקים שהסכימו לדינא, עם דינו של מהרי"ט.

בתשובת פרי צדיק (להג"ר רפאל ידידיה שלמה צרור ז"ל) סי' יא, נשאל במי שנסתמא בשתי עיניו והאשה תובעת גירושין, והאריך להוכיח שאין לכפותו על הגירושין לחוש לדעת המחמירים בזה, וכדי שלא יהיה גט מעושה. אך פסק חיוב גט - "יוציא ויתן כתובה", והורה למעשה לחייבו בכתובה ונדוניא עוד טרם מתן הגט. ובסיום דבריו כתב - "ומ"מ אין כופין את האשה לישוב עמו כיון שבאה בטענה זו ... ולענין המזונות חייב להעלות לה מזונות כל זמן שאינו פוטר בגט, דהא מצדו היא מעוכבת מלינשא לאחר, לכן צריך להעלות לה מזונות. ואפשר שמתוך עניינים אלו יתרצה לתת לה גט, ויש להשתדל לפייסו בדברים וכיוצא בעניינים אלו, אבל לכופו בכל שום אופן כפייה ח"ו להעלות זה על הדעת, דמי יקל ראשו בענין חמור כזה".

ועי"ש בגוף התשובה שדן בדברי מהרי"ט בתשובה זו, והסכים עם דינו של מהרי"ט לחייב במזונות בעקבות חיוב הגירושין.

וכעין זה פסק בשו"ת מור ואהלות חלק אה"ע סי' י', בנידון דומה לנידון שבתשובת מהרי"ט, וכתב - "ואם לא יוכשר בעיניהם לכופו להוציא מ"מ עבדינן ליה ההרחקות וכמה טצדקי לבא ולומר רוצה אני לגרש, וכל עוד שלא גרש חייב במזונותיה, אעפ"י שאינה יושבת תחתיו, כיון דלכ"ע אין יכולין לכופה לישוב תחתיו".

וכן בשו"ת נכח השלחן (מחכמי ארם צובא לפני מאה וחמשים שנה) חלק אה"ע סי' טז הביא מדברי מהרי"ט והסכים עמו ובתוך דבריו כתב - "ונראה דס"ל להרב ז"ל דכי פליגי ראבי"ה ורבינו יואל אהרא"ש היינו דוקא לענין לכוף אותו לאיש להוציא בגט, אבל לענין שיאמרו לו חייב אתה להוציא כו"ע לא פליגי דאמרין ליה שיוציא ויתן כתובה. וא"כ פשיטא דמוציאין מידו בגדיה ונותנים לה דאין דינה של זו כמורדת, כיון שהיא באה מחמת טענה מספקת ... וגם לענין מזונות פשיטא ליה להרב ז"ל שחייב לזונה והיא בבית אביה".

וכן עולה מתשובת נודע ביהודה תניינא חלק אבן העזר סי' פט שכתב בלשונו זו - "על דבר הטענה שבין איש לאשתו שטענה שאין לו גבורת אנשים והוא הודה. הנה זה פשוט שכיון שהודה יוציא ויתן כתובה ... ואשר פסק שבמשך זמן הזה הוא יהיה בפני עצמו והיא תהיה בפני עצמה והבעל

לגרשה ולשחררה, ובדיוק כאשר בספק מגורשת מן האירוסין.

חיובו במזונות "מעוכבת", בלא להתחשב במעשי ידיה של האשה

יש מקום לברר, האם במזונות אלו של אשה שהיא "מעוכבת מחמתו", יש להתחשב במעשי ידיה של האשה ולנכותם מחיובו של הבעל, או שעליו לשלם את מזונותיה במלואם בלא להתחשב במעשי ידיה.

נפתח ונציין שבכל התשובות הנזכרות – מהרי"ט, פרי צדיק, מור ואהלות ונוכח השלחן, בכל אלו הנידון הוא באשה שעזבה את בעלה וגרה במקום אחר, ופסקו לחייבו במזונותיה ולא הורו לברר אם האשה עובדת ויכולה להיות ניונת ממעשי ידיה, ומסתימת דבריהם נראה שאין מתחשבים במעשי ידיה.

וכן כתב בתשובת אגרות משה חלק אה"ע ח"א סי' קל"ז, וז"ל – "בעובדא זו, שמה שרצתה להתגרש היה משום שהסכים שאחיו השוטה יישן עמהם בחדר אחד שאסור לשמש, נמצא שהוא מורד בתשמיש שכופין אותו להוציא, וממילא עד הגירושין חייב במזונותיה, כיון שהיא לא פשעה במה שתובעת גירושין. ואף שעכ"פ לא דרה עמו, ומסתבר שאין עליו שעבודים למעשה ידיה, מ"מ מאחר שמעוכבת מחמתו מלהנשא לאחרים יש לחייבו במזונותיה, דלא גרעה ממגורשת ואינה מגורשת שבעלה חייב במזונותיה ופרש"י בכתובות דף צ"ז דהוא משום דמעוכבת בשבילו להנשא דבל"ז לא היו מוציאין המזונות מספק כמו דאינה ניונת לאחר מיתה מספק ... וכ"ש הכא שלא גירשה כלל שחייב במזונותיה כשהלכה ממנו מחמת שהוא מורד מתשמיש שהוא כדקין".

הרי מבואר שלאחר שהאג"מ קבע את חיוב הגירושין, פסק לחייבו במזונות ושאינו זכאי במעשי ידיה, וטעמו מפני שכבר פקע שעבוד הבעל במעשי ידיה.

וכן פסקו שלא להתחשב במעשי ידיה - דעת הרוב בבית הדין הגדול פד"ר כרך י' עמ' 294-309 (ובחוות בנימין ח"ב סי' לח) ובספר משפטי שאול סי' לא, וכן דעת הראש"ל"צ הגרש"מ עמאר שליט"א בספרו שמע שלמה כרך ב' חלק אה"ע סי' י"ט, וכן דעת הגר"ב זולטי ז"ל במאמר שהתפרסם ב"הפרדס" שנה נו חוברת ז' סי' ל', וכן נטו לפסוק בפד"ר כרך ג' עמ' 56.

וכן פסק בתשובת ישכיל עבדי חלק ה' אה"ע סי' פו. תשובתו זו נכתבה בשבתו בביה"ד הגדול וכתב לבטל פס"ד של בית דין אזורי שכתבו לנכות מעשי ידיה מחיוב המזונות של "מעוכבת מחמתו". ובתוך דבריו כתב בלשון זו – "כל עיקר טעמו דמהרי"ט לחייבו במזונות הוא מפני שהיא מעוכבת מצידו, ולכן מטילים עליו מזונות בכדי שישכים לגרשה ויסיר מעליו עול המזונות. ואם איתא דמעשה ידיה שלו, הרי מעולם לא יתיר אותה, מכיון שאינו מפסיד כלום,

נישואין שכבר נכנס לחיוב מזונות, נאמרה הלכה זו של מעוכבת מחמתו. ולפי דרכו אין מדברי הגרע"א ז"ל והזכר יצחק סתירה לשיטת מהרי"ט, וכן מתשובת מהר"ם אלשיך שהביא הבאר היטב והגהות רע"א אה"ע סי' צג הנוכחים לעיל.

בתשובה אחרת מהגרי"ש אלישיב שליט"א, שהודפסה בספר משנה הלכות – גט מעושה בערכאות, וכן בקובץ ישורון חלק ח' (תשס"א) עמ' תקל"ו, הביא את דינו של מהרי"ט כהלכה פסוקה, וכתב – "הלכה פסוקה באה"ע סי' ע', אין האיש חייב במזונות אשתו אלא שהיא עמו ... אמנם במקרה והבעל חייב לגרשה או חייב במזונותיה מדין מעוכבת להנשא מחמתו, עיין מהרי"ט (ח"א סי' קי"ג) באשה שאחרי נישואיה נודע לה שיש לבעל חולי הנופל, כיון שחייבוהו חכמים, מזונות נמי נראה דיש לה כל זמן שאינו מוציאה בגט, כמגורשת ואינה מגורשת שבעלה חייב במזונותיה, ולפי זה בוזג דלא מיתדר להו ובית הדין טרם פסק שהבעל חייב לגרשה אין לחייבו במזונות".

בספר בנין אב (להגר"א בקשי דורון שליט"א) ח"ג סי' סג כתב – "וכן פסק למעשה בשו"ת מהרי"ט סימן קי"ג שבנכפה אע"פ שאין כופין אותו לגרש יש לה מזונות מדין מעוכבת, וכן הגר"י הרצוג זצ"ל בקונטרס שנדפס בסוף כרך ב' של אוצר הפוסקים מביא להלכה סברה זו גבי אשה שזנתה שגם אם אין כופין את בעלה לגרשה, יש לה מזונות מדין מעוכבת להנשא מחמתו, והסכימו עמו הגר"ב"צ עוזיאל זצ"ל ועוד, ועיין בפסד"ר כרכים א' ג' ד', וכן נהגו בבתי הדין לחייב מזונות באשה מעוכבת להנשא מחמתו בשעת הצורך".

לכאורה היה מקום לומר שאין מקום לחיוב מזונות עפ"י תשובת מהרי"ט, אלא כשעילת חיוב הגירושין בעטיו של הבעל בלבד, כגון בעל מום שדינו לחיוב הגירושין, משא"כ בדינו של רבינו ירוחם שחיוב הגירושין נובע מהמרידה שגם לאשה חלק בה.

אך זה אינו, אלא מאחר שהעילה לחיוב המזונות היא שהבעל מחוייב בגירושין ואינו ממלא חובתו לתת גט ומפני כן אשתו מעוכבת מלהנשא, אין מקום להכנס לחילוקים ולברר מהי העילה לחיוב הגירושין, מאחר שבסופו של דבר בית הדין פסק לחייבו בגט והבעל אינו מציית לפסק הדין, והעיקוב נובע מהבעל.

וכן קבעו בפד"ר ח"ג עמ' 46-57 לדון דיני "מזונות מעוכבת" גם כשחיוב הגט אינו בעטיו של הבעל בלבד, אלא בשל נישואי איסור שנישאו באיסור של סוטה שנישאה לבעלה, וכתבו שם בעמ' 49 – "מזונות אלו הם מדין מיוחד על שמעכבה להנשא וכאילו קנסו לבעל שיתחייב במזונותיה עד שיגרשנה גירושין גמורים ולא תהיה יותר מעוגנת על ידו, ולפי כל זה אפשר וקרוב הדבר לומר דגם באשה האסורה על בעלה ואשר אין לה על כן דין של מזונות עליו, מ"מ יהיה חייב במזונותיה אם מעכבה מלהנשא ע"י שאין ברצונו

במזונותיה. טעמא מאי אמור רבנן מציאת אשה לבעלה, כי היכי דלא תיהוי לה איבה, הכא אית לה איבה ואיבה.

אמנם בגמרא הוזכר רק דין מציאת האשה, היינו מפני שזהו הנידון במשנה, אך מאחר שגם מעשי ידיה של אשה לבעלה משום איבה, קבע הרא"ם שבאשה שהיא ספק מגורשת אינו זוכה במעשי ידיה.

ולפי זה, בכל מקרה שבו אין לחוש לאיבה ובטל טעם התקנה, בעת חיובו במזונות אין להתחשב במעשי ידיה הנשארים אצלה. וכשם שהרא"ם קבע כן בספק מגורשת, יש לקבוע בדינו של אותו בעל, שבית הדין חייבו בגירושין והוא מסרב לתת גט, שגם בנסיבות אלו נאמר – טעמא מאי אמור רבנן מעשה ידי אשה לבעלה, כי היכי דלא תיהוי לה איבה, הכא אית לה איבה ואיבה.

הרא"ם קבע את ההלכה שבספק מגורשת מעשה ידיה שלה, מכח סברא, מפני שבגמ' במסכת גיטין דף עג: כפי שהביא הרא"ם הנוסחא היא – "ימים שבינתיים בעלה זכאי במציאתה ובהפרת נדריה ויורשה ומטמא לה", והושמט "ובמעשה ידיה", וכפי הנראה זו גירסתו בגמ'. אבל לפי הגירסא שבפנינו שמוזכר גם "מעשה ידיה", יש מקום לדינו של הרא"ם בספק מגורשת שבעלה חייב במזונותיה ואינה חייבת לתת לו מעשה ידיה, אין זה מכח היקש וסברא בלבד, אלא יסוד הדין בגמ' מפורשת, וכפי שנבאר.

עיי' במגיד משנה הלכות נחלות פ"א ה"ט שכתב – "ובגמרא ת"ר ימים שבינתיים בעלה זכאי במציאתה ובמעשה ידיה ובהפרת נדריה ויורשה ומיטמא לה, כללו של דברי הרי היא כאשתו לכל דבר אלא שאינה צריכה הימנו גט שני דברי ר' יהודה. ר"מ אומר בעילתו תלויה, ר' יוסי אומר בעילתו ספק, וחכ"א מגורשת ואינה מגורשת וכו'. והקשו בגמ' (דף ע"ד) חכמים היינו ר' יוסי, ותיירצו איכא בינייהו דר' זירא דא"ר זירא כל מקום שאמרו חכמים מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במזונותיה. מדלא הזכירו יורשה לחוד מן התנאים אלא לר' יהודה משמע דליכא מאן דס"ל יורשה אלא ר' יהודה, והנך תנאי כולו פליגי אדר' יהודה בכל הדברים שהזכיר, דאי לא הוה להו לברורי ואיפלוגי בין יורשה לשאר דברים".

הרי מפורש בדברי המגיד משנה – "הנך תנאי כולו פליגי אדר' יהודה בכל הדברים שהזכיר". דהיינו לרבות מעשה ידיה. הרי מפורש שדינו של הרא"ם, בספק מגורשת, הוא גמרא מפורשת.

ומכיון שהרמב"ם פסק שם בהלכות נחלות שאינו זוכה בירושתה, וכן בשו"ע אה"ע סי' צ' ס"ה, הרי שה"ה אינו זוכה במעשה ידיה, מכיון שאין לחלק ביניהם, וכמו שכתב המ"מ. העולה מדברינו, שדינו של הרא"ם הוא הלכה פסוקה ברמב"ם ובשו"ע, והטעם הוא מפני שאין אנו חוששים לאיבה בספק מגורשת. וכיון שכן הוא הדין והוא הטעם במי שמחוייב בגירושין.

אמנם בספר אור שמח הלכות אישות פרק י' הלכה יט כתב בפשיטות להיפך, וז"ל – "מהא דמוקי בב"מ פ"ק (יב, ב)

שהרי יכול לומר לה צאי במעשה ידיך למזונותיך ... והרי זה דומה ממש לההיא דהגיע זמן ולא נישאו, דרבים מהסוברים דמעשה ידיה שלה, והוא טעמא דמסתבר".

נראה להוסיף ביאור בהלכה זו.

הטעם שמעשי ידיה של אשה לבעלה, "משום איבה", כמבואר בגמ' במסכת כתובות דף נח: "כי תקינו רבנן מזוני עיקר ומעשה ידיה משום איבה". וכן בשטמ"ק ב"ק פז: - "אע"ג דאמרינן פרק שנים אוחזין דמציאת האשה לבעלה כי היכי דלא תהוי לה איבה, גבי מעשה ידיה נמי אמרינן כהאי גוונא בפרק אע"פ, קסבר כי תקינו רבנן מזוני עיקר ומעשה ידיה משום איבה".

ונציין לשו"ת מהר"ח אור זרוע סי' ק"צ שקבע שלא לנכות מעשה ידיה של אשת משומד שניזונה מנכסיו, מאחר שלא איכפת לנו שתהיה איבה ביניהם. וז"ל – "וכ"ש שהיא תאמר אכלתי והוצאתי למזונותי ולפרנסה. ואעפ"כ אין מעשה ידיה שלו דקיימא לן כרב הונא דמזוני עיקר ומעשה ידיה משום איבה. והכא תהוי לה איבה ואיבה, כדאמר פרק האשה רבה (צ' ב') אמציתתה. והא דלא אמר התם ההוא טעמא נמי אמצעשה ידיה. שמא ליתן טעם אפילו לרשב"ל".

והרא"ש במסכת יבמות פרק ד' סי' כה כתב על חיוב מזונות של היבם לזון את הזקוקה ליבום – "לשון לא משעבדא ליה, משמע שאפילו כשניזונת משלו אינה משועבדת לו למעשה ידיה. וכן נראה לי אע"ג דניזונת משלו אין מעשה ידיה שלו דקיי"ל מזוני עיקר ותקינו רבנן שיהא מעשה ידיה שלו משום איבה, וכל זמן שאינה יושבת תחת בעלה אין לחוש לאיבה".

וכן בתשובת הר"א מזרחי סי' לד (שהובאה בקצרה בבאר היטב אה"ע סי' פ' סק"א) דן בדינה של מגורשת ואינה מגורשת, ובסוף התשובה כתב בלשון זו –

"לר' יוסי דמתניתין דחייב במזונותיה, לכאורה משמע דהוא הדין נמי זוכה במציאתה ובמעשה ידיה, כיון דמציאתה ומעשה ידיה הם כנגד מזוני, כדאיתא בכתובות. ולא היא, דהא תנן במציעא פרקא קמא, מציאת אשתו שגרשה הרי היא שלה, ופריך התם גירשה מאי בעיא גביה ומשני הכא במאי עסקינן במגורשת ואינה מגורשת דכל מקום שאמרו חכמים מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במזונותיה, ומשום הכי אצטריך לאשמועינן דאפילו הכי מציאתה שלה, דטעמא מאי אמור רבנן מציאת אשה לבעלה משום איבה, הכא תיהוי ליה איבה ואיבה. ואם כן בנדון דידן נמי, כיון שכשמת הרי היא בכל אותם הימים בספק מגורשת, דכל שעתא ושעתא מספקינא לה בשעה הסמוכה למיתה ואף על גב דחיי טפי דאין ברירה, ומציאתה שלה, והוא הדין נמי מעשה ידיה דחד טעמא הוא".

והנה במשנה במסכת ב"מ דף יב. - "מציאת אשתו, הרי אלו שלו", ושם בגמרא (יב:): העמידו משנה זו – "במגורשת ואינה מגורשת. דאמר רבי זירא אמר שמואל כל מקום שאמרו חכמים מגורשת ואינה מגורשת, בעלה חייב

באותה שעה שואלין ועושין כדבריו שנמצא הוא דן את אותו הדין ואין לך אלא שופט שבימך ... אבל בזמן שאי אפשר להעלות את הדבר לבית דין הגדול ויש שתי תשובות לשני גאונים עושה הדיין מה שהוא רואה ומה שהוא מכריע בלבבו שאין לו אלא מה שענינו ראות. וכשנתלה בעל דין בתשובת הגאון האחד אין משגיחין עליו.

ובתשובות גאונים בספר שאלות ותשובות הגאונים שהוציא ר' צבי מושקוביץ (ירושלים תש"כ) כתוב – "שאלה, היכא דאיכא תשובות לשני גאונים חלוקים זה על זה וכל אחד מבעלי הדין נקיט כחד מינייהו, היכי עבדינן. תשובה. יכריע הדיין הנמצא גדול כפי הזמן הדעת מהאחד שיראה בעיניו, ומה שהוא מכריע בלבבו אם נתלה הבעל דין האחר בדבר הגאון האחר אין משגיחין בו".

ואמנם המהדיר לתשובה זו סבר שמתשובה זו מוכח לשלול את האפשרות לטעון "קים לי". אך בשו"ת מנחת יצחק ח"ג סי' קלג דחה דבריו והשיב לו – "לא הבנתי דבריו, דהרי בכה"ג היכא שבאו לדון לפני דין שהוא גדול כפי הזמן, ר"ל גדול הדור, ומכריע כאחד מהם, זה לא נכנס בגדר לומר קים לי לכ"ע, וכדמוכח מדברי הטור (ח"מ סי' כ"ה) וברמ"א שם (סעי' ב'), ועיין בקיצור תקפו כהן (סי' פ"ה פ"ו), אלא שכתב המהרי"ק (בשורש קס"א) שבדורנו אין מי שיכריע במחלוקת הפוסקים קדמאי, ועיין באו"ת שם, אבל בזמנם, שייך כ"ז לכ"ע".

יש להעיר על דבריו, מתשובת הגאונים הקודמת שלא הזכיר התנאי שיהיה "הדיין הגדול כפי הזמן", וכן ממקור הדין שציין המנחת יצחק – הטור סי' כה והרמ"א שם סעיף ב', עולה שאין הלכה זו דוקא בגדול הדור. וז"ל הטור ח"מ סי' כה – "היכא שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה לא יאמר הדיין אפסוק כאיזה מהם שארצה ואם עשה כן זהו דין שקר אלא אם הוא חכם גדול וגמיר וסביר ויודע להכריע כדברי האחד בראיות ברורות ונכוחות הרשות בידו דאפילו אם פסק גדול אחד יכול החכם לסתור דבריו בראיות ברורות ולחלוק עליו כאשר כתבתי למעלה וכ"ש אם יש סיוע מאחד מהמחברים החולקים עליו ואם לאו בר הכי הוא לא יוציא ממון מספק דכל היכא דאיכא ספיקא דדינא אין מוציאין הממון מיד המוחזק". ומקור הדברים בדברי הרא"ש מסכת סנהדרין פ"ד סי' ו'.

וראו להוסיף כאן מש"כ בספר קונטרס הספקות (לאחיו של בעל קצות החשן) כלל ה' סי' ג'. קונה"ס הביא מדברי הרא"ש והוסיף – "וכ"כ הנימוק"י בריש פרק המוכר את הבית [ב"ב ל"ד ע"א מדפי הרי"ף ד"ה מיבלע] בשם רבינו יונה בשם ר"י הזקן, דהיכא דאיכא פלוגתא דתנאי או דאמוראי ולא אשכחן סוגיא דעלמא כחד יש לדיין לדון כפי מה שדעתו נוטה, ואי מסתפקא ליה המוציא מחבירו עליו הראיה, ע"ש. אלמא דאין רשות ביד הדיין לפסוק בפלוגתא דרבוותא כמי שירצה אלא דוקא אי סבירא ליה הכי, כלומר שסברתו נוטה לזה. אלא שמדברי התוס' והנימוק"י משמע

הך דמציאת אשתו שגרשה הרי אלו שלהן בספק מגורשת, שמעוכבת להנשא בשבילו, ע"כ דמעשה ידיה של הבעל, דאי מעשה ידיה שלה כש"כ מציאתה, ומאי קמ"ל". אך מאחר שהאור שמח לא ראה את דברי ר"א מזרחי, ולא דן באמור לעיל, י"ל שאילו ראה דבריו לא היה חולק כנגדו.

ולפי האמור בין אם נקבע שמזונות אלו המוטלים על המחוייב בגט הם מדין קנס ובין אם נראה בהם המשך של חיוב המזונות הרגיל, עכ"פ כשאין חוששים לאיבה לא תקנו מעשה ידיה תחת מזונותיה. ולא מצאתי ביאור בדעת הסוברים לנכות מעשי ידיה ממזונות המעוכבת, כפי שהובאה דעתם בפד"ר חט"ו עמ' 14 בפס"ד מביה"ד הגדול, ובפד"ר חלק י' עמ' 309 דעת הגר"א גולדשמידט ז"ל בדעת מיעוט, שהסכים עם מה שפסקו בביה"ד חיפה (פד"ר ח"י עמ' 297) שלא להוציא מהבעל המוחזק.

ובנידון שבפנינו, שחיוב הגירושין נקבע בהתאם להלכה המבוארת ברבינו ירוחם. הרי שבהתאם למבואר לעיל, בנסיבות אלו בטלו כל חיוב האישות בין הצדדים, ופשיטא שלא הוטל על האשה החיוב לתת מעשי ידיה לבעלה, חיוב הנובע מחיובי הנישואין. וגם חיוב המזונות אינו יכול להיות מיוסד על חיוב המזונות שהוטל על הבעל כחלק מחיובי הנישואין, על כן פשיטא שחיוב המזונות הוא חיוב עצמאי שאינו כפוף להעברת מעשי ידיה לבעל, אלא תשלום לאשה המעוכבת מחמתו, דוגמת ספק מגורשת מהאירוסין.

שלילת האפשרות להתחשב בדעת החולקים עקב טענת "קים לי".

השאלה העומדת בפנינו היא האם עלינו להמנע מחיוב הבעל במזונות בנסיבות אלו שהאשה עובדת ויכולה להתקיים ממעשי ידיה, וזאת מפני שהבעל יוכל לטעון טענת "קים לי". דהיינו קים לי כאותם שפסקו שיש להתחשב במעשי ידיה גם במזונות "מעוכבת מחמתו", כאמור לעיל.

נראה שבמקרה דנן, אין להביא בחשבון טענת קים לי. בנידון שבפנינו, המחלוקת אם להתחשב במעשי ידיה לאחר שהבעל מחוייב בגט ובמזונות, אינה מחלוקת ראשונית או מחלוקת פוסקים אחרונים, אלא מחלוקת שנחלקו חכמי זמננו, (הגם שהביאו ראיות מפוסקים ראשוניים ואחרונים העוסקים במקרים אחרים). ובכה"ג אם בית הדין הכריע כדעת הסוברים שאין מתחשבים במעשי ידיה ודחה דעת החולקים, ניתן לפסוק כן, ואין צורך להתחשב בכל דעה של דין שפסק אחרת, ולהלן המקורות בהלכה לקביעה זו.

בתשובות הגאונים (הרכבי) סי' שמו – "היכא דשתי תשובות לשני גאונים חלוקות זו על זו וכל אחד מבעלי הדינין או הדיינין נקט חדא מינייהו מאי עבדינן. מי עבדינן כדרי יהושע בן קרחא דאמר בדברי תורה הלך אחר המחמיר בדברי סופרים הלך אחר המקיל. הכין חזינא כי במקום שיכולין לשאול את הדבר מבית דין הגדול שהוא קיים

ובספר משפטי עוזיאל חושן משפט סי' י' כתב - "עוד נראה לע"ד שאין טענת קים לי מהניא לטבטל פסק בית דין ואמינא לה ממה שכתב הרדב"ז ז"ל שאם הדיין מומחה לרבים, והוא דעתו לפסוק כאחד מבעלי המחלוקת, לא מצי בעל דין לומר קים לי כדברי החולק, אלא מוציאין ממנו בעל כרחו. דלא עדיף מהפקר ממון או הפקעתו, דכיון שהוא מומחה אין לו אלא מה שענינו רואות לזמנו ושעתו (הרדב"ז בחדשות סימן תתכ"ה).

וכן כתב הלק"ט ז"ל: שאלה. דיין שהוא ראוי להוראה, ובכח פלפולו הכריח כדברי היחיד, אם יכול הבעל דין לטעון קים לי? תשובה. הוא ואחר מצטרפין לפוטרו. וכי מפני שספר כתב איש רבי"י יפה כחו (הלק"ט ח"א סימן קע"ד). וכוונתו ברורה לדעתי דכמו שבכמה דוכתי פסקינן בגמ' הלכה כיחיד לגבי רבים, משום דמסתבר טעמיה, ומטעם זה דקי"ל הלכה כבתראי אפילו ביחיד נגד רבים (עיין יד מלאכי כלל ה"א סימן קס"ט) הרי שאין הכתב הוא המכריע, אלא הסברא הנכונה והראיות הברורות הם מכריעים, לא שנא אם נכתבו בספר ומפי הרבים או אם נאמר מפי היחיד.

מדבריהם למדנו שדיין מומחה רשאי להכריע מדעתו ולטבטל טענת קים לי מטעמא דהפקעה והפקר בית דין, או משום דיפה כחו לסמוך על הוראתו ולטבטל טענת קים לי, ודין זה נאמר לדעתי גם במקום שכתב בעל השטר לקבל עליו סברת הפוסק, דכיון שהדיין המומחה מוטל סברתו הרי היא בטלה לגביה כמו שאינה, ואין לדיין אלא מה שענינו רואות לפי שעתו וזמנו, וכיון שקבלוהו עליהם חייבים להשמע לפסק דינו" ע"כ מספר משפטי עוזיאל.

ובספר חקרי לב חו"מ ח"א סי' לח כתב - "בכל מחלוקת הראשונים או גדולי האחרונים פשוט שאין בידינו להכריע, שבקושי אנו יורדים לדעתם ודיינו אם אנו מבינים עומק סברתם. אבל בכל מחלוקת של האחרונים שבזמנינו, אם יהיה כח ביד הדיין להכריע כחד מנייהו, וברור לו דלא צדק הרב החולק עליו ... אין לו לדיין אלא מה שענינו רואות איך יכול לפסוק הדין נגד דעתו. ואם באנו לאחוז במידת הענוה לומר אין ידיעתנו מכרעת כלל, תברא בצידה, שניתן רשות לדיין לברר הדין באיסורים חמורים בגיטין וקידושין ועגונה ואיסור חלב וכיוצא לאסור או להתיר ואיך לא ידון כדעתו בממון הקל. דאי משום חזקת ממון דקי"ל אוקי ממון אחזקתיה, אין זה אלא בספק בדין, אבל כשברור לדיין הדין אין חזקה מועלת כלל, וא"כ מה זו ראייה דאמרינן קים לי כרש"י וקצת גדולי צרפת או כמר יהודאי גאון ורשב"ם נגד שאר הפוסקים דגבה טורא בינייהו, שכבר אמרו אם הראשונים כמלאכים אנו כבני אנשא"

ועפ"י דרכו כתב החקרי לב - "וכלל הקים לי שבידינו בכל מחלוקת פוסקים, רגיל אני לומר שאינו אלא עלבונא דדייני, שבעונותינו נתמעטו הלבבות ואין בידינו להכריע" ובחקרי לב אה"ע סי' מה הוסיף - "ידוע דכללי הקים לי נתהוו מחוסר ידיעה בדורות רבני האחרונים שלא היה בידם

דבסברתו נוטה לחוד נמי סגי, ומדברי הרא"ש משמע דלא סגי בהכי עד שיכריע בראיות. ובכנה"ג בחו"מ סימן י"ח [נהגות ב"י אות ח'] עמד בזה ותיירך ז"ל, אפשר דהרא"ש איירי שהדין ההוא מקום אתו להכריע מן הגמרא והפוסקים אלא שהדיין אינו בר הכי ורוצה לדון כפי סברת האחד מהן. אבל הנימוק"י איירי בדיין יודע ובקי וכבר חקר בגמרא ופוסקים ולא מצא הכרעה לצד זה יותר מלצד זה, אז יכול לדון כפי מה שדעתו נוטה, ע"כ. ולי נראה לומר דהתוס' והנמוקי יוסף מייירי מפלוגתא דתנאי ואמוראי כמו שתפסו בלשונם, ובהאי לא צריך הדיין לטרוח ולחפש אחר הראיות המכריחות, שדבר זה מן הנמנעות להשיג על איזה תנא או אמורא בראיה מוכרחת כי רוח הקודש נוססה בהם, וכבר אמרו חז"ל [עירובין י"ג ע"ב] אלו ואלו דברי אלקים חיים, הלכך אין לו לדיין בזה אלא מה שענינו רואות לפי סברתו, אבל הרא"ש כתב היכא שנחלקו שני גדולים בדבר, ובהאי ודאי יש לו לחפש אחר ראיות, כי מיום שנסתם התלמוד נסתמו מעינות חכמה ורשות ביד כל אדם לחלוק על מי שקדמו בראיות וכמ"ש הרא"ש, וגם הוא בחק האפשרי להביא ראיה מכרעת לסברת האחד, כדרך שמצינו בחיבורי האחרונים שסותרין דברי מי שקדמן בראיות ברורות, וזה נכון".

ומהרש"ל בספרו ים של שלמה במסכת בבא קמא פרק ב סי' ה' כתב - "הלכך נקוט האי כללא בידך. לכל דבר ספיקא דדינא, שאין ביד הדיין להכריע, בין מחלוקת שנפלה בתלמוד בין שנפלו בין הגאונים. מהני תפיסה, מאחר שהיה יכול להכריע. אבל אם הדיין מכריע, בין שהדיין מכריע מחמת שרבים הם החולקים על היחיד, בין מחמת שמסתבר להדיין כסברתו דחד מראיות ברורות. אפילו הרבה הם החולקים על היחיד, לא יכול התופס לומר קים לי כאידך, אלא הדיין מוציא מידו".

ועיין בנתיבות המשפט דיני תפיסה כלל כ' שהביא את דברי מהרש"ל להלכה, וכתב - "ואם הדיין הכריע כאחד מהן בפלוגתא דרבוותא, אין השני יכול לטעון קים לי".

העולה מהאמור - כשהדיין ראוי להכריע במחלוקת ומביא ראיות כאחת הדעות, הוא רשאי לפסוק כדעה זו גם להוציא ממון ואין מקום לטענת קים לי. ולדעת כנסת הגדולה, אם הדיין בקיא בש"ס ופוסקים ואין לו ראייה מש"ס או פוסקים כדעה אחת, די בכך שדעתו נוטה כאותה דעה, ורשאי לפסוק כמותה.

ונוסיף בזה מש"כ בשו"ת רדב"ז (חלק ב' סימן תתכ"ה) על טענת קים לי - "צריך אתה לדעת שצריך תנאים הרבה לטענה זו. חדא דלא ליהוי שכנגדו אתריה דמר. ותו דלא נהגו כוותיה. ותו דהוי פלוגתא דיחיד כנגד יחיד. ותו דהוי פלוגתא בשוים ותו דשניהם מפורסמים שנמצאו חיבוריהם ונתפשטו דבריהם ברוב ישראל שאם לא תאמר כן לא יפסק דין מעולם שכל הדברים יש בהם חלוקים ומחלוקות וכל אחד יאמר קים לי כפלוגי ולא מצי לאפוקי מיניה וירבה הגזל והחמס ... וכיון שהדין בעצמו הוא חדוש גדול שאם יש לדיין ראיות לפסוק הלכה כדברי החולק או שדעתו נוטה לאחד מהם למה יוכל בעל דין לומר קים לי כשכנגדו".

נוסיף ונציין שגם במחלוקת הפוסקים שבהם ניתן לטעון טענת קים, עכ"פ מחלוקת שנויה. אמנם בבתי הדין הורגלו לדון דין קים לי גם כשבעל הדין אינו טוען אלא בית הדין טוענים עבורו, עיין בספר יביע אומר ח"ז חור"מ סי' ב' אות ה' שהביא דעת הפוסקים בשאלה זו, אך מלבד הפוסקים שהביא בתשובת יביע אומר שם הסוברים שאין טוענים טענה זו אם בעל הדין בעצמו לא טען כן, ובראשם מהריק"ש בספר אהלי יעקב סי' צג, מצינו פוסקים נוספים דפשיטא להו שטענת קים לי חייבת להשמע מבעל הדין שטענה זו מסייעת לו.

בתשובת שמן רוקח להגאון רבי אליעזר לעזו ז"ל שהובאה בספר "אוצרות הסופר" עמ' יד כתב – "פשטא דלישנא דהפוסקים דרגילים לומר דהמוחזק מצי למיטען קים לי, וכן בכנה"ג סי' כ"ה אות י"ח כתב וז"ל כי היכא דהמוחזק יכול לומר קים לי ה"נ הבי"ד טוענים עבור היורשים קים לי עכ"ל, ומשמע דוקא ליורשים טוענים הבי"ד. וכן נראה בהוכחה גמורה מכל פסקי המחבר והרמ"א בחור"מ שפסקו לחייב את המוחזק וברובן איכא מחלוקת בין הפוסקים ... מילתא דמסתברא, דאף לפי מה שמסיק הש"ך בספר תקפו כהן דקים לי הוי כמו ברי, היינו דוקא היכא דהבעל דין בעצמו טוען קים לי אז יכול לטעון ברי לי שהדין כן. אבל בי"ד אין טוענים ברי, דהא באמת לבי"ד מספקא מילתא ויותר היה נראה להם דעת הרבים".

והחתם סופר בתשובה חלק חושן משפט סי' קעג כתב – "ועוד הרי היורשים אינם טוענים קים לי, וכי יש לדיין רשות לעורר ולומר קים לי, לא תהי' כזאת בישראל".

וכן בספר תשובות רבי אליעזר בן ארחא סי' א' כתב – "ויכול הייתי לחלק ולומר שבודאי אם הנתבע היה חכם ובקי לומר קים לי כפלוגי, מאחר שהיה תפוס לא היינו מוציאים ממנו. אבל אם אינו טוען כן לא טענינן ליה אלא דיינינן כסברת רוב הפוסקים".

העולה מדברינו, הלכה זו שבית הדין טוען טענת "קים לי", גם כשבעל הדין אינו טוען, אינה הלכה ברורה, אך כבר הורגלו לנהוג כדעת הסוברים שבית הדין טוען טענת קים לי גם כשבעל הדין לא טען כן. אבל כשהדין מכריע מדעתו ובראיות כדעה מסויימת, אין מקום לטענת קים לי כדעת החולק, ובודאי שכן יש לקבוע במחלוקת חכמי זמנינו, ואף במחלוקת אחרונים שאפשר להכריע בה בראיות מוכחות. על כן מכל הטעמים האלו נראה שאין מקום לחרוג מעיקר הדין ואין להתחשב במעשי ידיה בעת פסיקת מזונות "מעוכבת מחמתו".

להכריע במחלוקת הראשונים. דמעיקר דינא אין לדיין אלא מה שעניו רואות ואפילו נגד רבו מוציא ממון כדאמר רבא לרב פפא ור"ה בריה בר"י כי אתי פסקא דדינא דידי לגביכו כו' בב"ב דף ק"ל ... וכל שביד הדיין להכריע לא מצי אמר קים לי".

וכן כתב בשו"ת מהרש"ג ח"ב סי' ר"כ, וז"ל – "פשוט הדבר בעיני דהא דיכולין לומר קים לי בדיני ממונות לא נאמר, אלא באם הדיין בעצמו אינו מכריע בדעתו, אלא שהוא מעיין בספרים ובפוסקים, ורואה דרוב הפוסקים מחייבים את הנתבע לשלם ומיעוט פוסקים פוטרים אותו. והדיין בסברת עצמו אינו יכול להכריע, בזה יש לדיין מ"מ לפסוק שהנתבע פטור מטעם דאין הולכין בממון אחר הרוב, וא"כ שמא העיקר כמיעוט הפוסקים הפוטרים את הנתבע. אבל במקום שלדיין אינו ספק וברור בסברתו ובדעתו בענין זה, אז יכול לחייב את הנתבע לשלם, אע"ג דיש כאן פוסקים הפוטרים את הנתבע, מ"מ יש לדיין לפסוק דמחייב הנתבע לשלם ואז אין הנתבע יכול לומר קים לי כהפוסקים הפוטרים אותי, דלאו בדידי תליא מילתא אלא בדיין הפוסק. וראיה לדבר, דאל"כ איך משכחת לה להא דכתוב בתורה אחרי רבים להטות, אפילו להוציא ממנו, ואם שני דיינים מחייבים ואחד דעתו לפטור מחייב הנתבע לשלם, והלא אין הולכים בממון אחר הרוב, ויאמר קים לי כהדיין היחיד הפוטר אותו. ובאמת דזה היא קושיית התוס' בב"ק ובסנהדרין ומתמצו דבסנהדרין ובדיינים המועט כמי שאינו. ואין דבריהם מובנים ונתחבטו האחרונים בהם. והאמת הברור בישוב קושיית התוס', וקרוב שגם התוס' נתכוונו לזה דלא נאמר דאין הולכים בממון אחר הרוב, אלא לדיינים בעצמם שאם הדיינים אינם יודעים להכריע, רק רואים שעפ"י הרוב הנתבע חייב לשלם ועפ"י המיעוט הוא פטור, אזי יש להם לתפוס שאין הולכים בממון אחר הרוב וצריכין לפטור את הנתבע. אבל אם לרוב הדיינים אין כאן ספק, אלא דעתם ברורה שהנתבע חייב לשלם, אז אפילו אם הדבר הוא להיפך שלרוב הפוסקים הנתבע פטור ורק למיעוט הפוסקים הוא חייב לשלם, ג"כ הרשות בידם, וגם מחוייבים לפסוק כמיעוט דחייב הנתבע לשלם ואין הנתבע יכול אז לומר קים לי, כיון דלאו בדידיה תליא מילתא אלא בבית דין הפוסקים. וכיון דלבית הדין אין כאן ספק אלא דעתם כמיעוט, א"כ אין כאן מיעוט כלל. וזהו כוונת התוס' במה שכתבו דבסנהדרין ובבית דין היושבין המועט כמאן דליתא, כלומר דלדעת הרוב הדיינים הפוסקים את הדין דעת המיעוט טעות הוא כאומר על אבן שהוא זהב שאינו ספק כלל, א"כ לדעתם אין כאן מיעוט כלל, ככה"ג אין הנתבע יכול לומר קים לי".

סימן מא

בעל העוזב את אשתו בטענה שהיא גרמה לפירוד, על מי חובת ההוכחה

שהבעל עזב את אשתו ועבר לגור עם אשה אחרת, והבעל טען שההתנהגות השלילית של האשה, הביאה אותו לידי

בקובץ "דברי משפט" חלק ד' עמ' רד הובא פסק דין של הרה"ג הרב אברהם אטלס ז"ל אב"ד חיפה, ובו נידון מקרה

הזוג בפעולה כזו או אחרת שנעשתה בזמנו, ולהסיק מכך מי היה אשם בפירוד שארע לפני זמן רב. אין מקום שבית הדין יטול על עצמו משימה מסוג זה, שנועדה בדרך כלל לכישלון. על פי ההלכה המבוארת ברמב"ם ובשו"ע בית הדין יכול להעמיד כעת את שני הצדדים במבחן, אם יחזור לשלום בית, בפיקוח בית הדין, באמצעות ליווי מתאים של רב או יועץ נישואין המקובל על שניהם או עו"ס וכיוצא"ב, ולבחון מי כעת מונע שלום בית. אך לא ניתן לערוך בירור מסוג זה למפרע.

ב. לא יתכן שאדם שבגד באשתו וממשיך כעת בדרכו זו, יעטה על עצמו איצטלא של צדיק בדינו, ויבקש להוכיח שלמעשה אשתו אשמה בעזיבתו. מעשיו הנוכחים מוכיחים שהוא בודאי לא נהג כשורה. וחלקו רב פירוד שביניהם.

בעקבות דברי הרמ"א בסי' קנ"ד ס"ג "שכל הנשים בחזקת כשרות", גם אם יתברר שהאשה נהגה שלא כראוי במעשה כזה או אחר שנעשה על ידה, מאחר שידוע שהקשר של הבעל עם האשה האחרת בזמנו ודאי יצר פרובוקציה חמורה בבית, לא יהא ניתן לקבוע כי באותה עת הפירוד נבע עקב מעשה שלילי כזה או אחר שנעשה על ידי האשה. מאחר שאין אדם נתפס בצערו, היא תוכל לתלות בפרובוקציה הזו כל מעשה לא הגון שעשתה.

לכן בפסק דינו של הגר"א אטלס ז"ל מצויים שני יסודות בעייתיים. ראשית, ההנחה שניתן לברר כעת במי האשם בהפרת שלום הבית שארע לפני זמן רב, ושיש מקום להורות לקיים בירור כזה במסגרת הדיון בבית הדין בתביעת האשה לשלום בית או בתביעת הבעל לגירושין. ושנית, שאין לפסוק שעל הצדדים לחזור לשלום בית, בלא שהאשה תוכיח את טענותיה לשלום בית.

לפי דרך זו הגענו למצב מוזר מאד, שאדם המגיע לבית הדין כשהוא בודאי נהג שלא כהוגן ביצירת הקשר עם אשה אחרת, ואשתו מבקשת ממנו לשוב למוטב ולחזור לביתו, ישמע מבית הדין שנטל הראיה הוטל על אשתו, וכעת עליה להוכיח שהיא לא גרמה לכך. לא די שהיא טוענת דבריה בצורה פשוטה וברורה, ומבקשת מבעלה לחזור, ומעוניינת לקבלו חזרה, כעת נטל הראיה הוטל עליה. וכי עליה להוכיח בהוכחות שישכנעו את בית הדין שאילו הבעל היה מבקש לשוב לביתו תסכים לקבלו, וזאת למרות שלמעשה הבעל כלל אינו מביע רצון לשוב לביתו.

בנוסף, ההנחה הקבועה ביסוד אותו פסק דין שאדם שחי עם אשה אחרת, מאוס על אשתו ובודאי לא תקבלו חזרה, אינה מתקבלת, אין לה יסוד בהלכה, ואף המציאות המתגלה לעיתים בבית הדין היא אחרת. ההיקש להסיק כן מדינו של האגודה שנפסק ברמ"א ריש סי' קנד, תמוה. ספר האגודה עסק במקרה בו האשה תובעת גירושין, וטוענת שבעלה החי עם אשה אחרת מאוס עליה. לפי דרכו של ספר האגודה, אמנם בטענת מאיס עלי אין לחייב או לכפות גירושין, אך אם המאיסות נובעת מהיותו של הבעל "רועה זונות", זוהי מאיסות המביאה לחיוב וכפיית הגירושין. אך תנאי ראשון

כך. האשה הכחישה את טענות הבעל ומבקשת שהבעל ישוב לביתו לשלום בית. באותו פסק דין נקבע שכל עוד האשה לא תוכיח את דבריה אין מקום לפסוק לקבל את תביעתה לשלום בית, ומאידך כל עוד הבעל לא יוכיח את טענותיו, יש לדחות את תביעתו לגירושין.

מאותו פס"ד עולה כי מוטל על בית הדין לחקור ולדרוש את הרקע לעזיבת האיש את אשתו, ולברר עד כמה האשה אשמה בעזיבה זו.

לענ"ד דבריו אינם מתקבלים, וכפי שיבואר.

מצינו הלכות המתייחסות למקרים שבהם קיימות טענות הדדיות בין בעל ואשה וניתן לברר בעת התרחשותן. נציין לדברי הרמב"ם בפרק יד מאישות הט"ז ובשו"ע אה"ע סי' עז ס"ד - "איש ואשתו שבאו לבית דין הוא אומר זו מורדת מתשמיש, והיא אומרת לא כי אלא כדרך כל הארץ אני עמו, וכן אם טענה היא ואמרה שהוא מורד מתשמיש, והוא אומר לא כי אלא כדרך כל הארץ אני עמה, מחרימין בתחילה על מי שהוא מורד ולא יודה בבית דין, ואחר כך אם לא הודו, אומרין להם התייחדו בפני עדים. נתייחדו ועדיין הם טוענין, מבקשין מן הנטען ועושיין פשרה כפי כח הדיין".

וכן ביחס לחובת אשה לעשות מלאכות שבבית פסק השו"ע אה"ע סי' פ' סעיף ט"ז - "טען הוא שאינה עושה, והיא אומרת שאינה נמנעת מלעשות, מושיבין אשה ביניהם, או שכנים".

וכן נציין לדברי הרמ"א סי' קנד ס"ג - "איש המכה אשתו, עבירה היא בידו כמכה חברו ... וכל זה כשהוא מתחיל ... ואם אינו ידוע מי הגורם, אין הבעל נאמן לומר שהיא המתחלת, שכל הנשים בחזקת כשרות, ומושיבים ביניהם אחרים לראות בשל מי הרעה הזאת".

בשלושת הלכות אלו נשמעו הכחשות בין הצדדים, וניתן לבחון את אמיתות טענותיהם ולחשוף את בן הזוג הנוהג שלא כדין. וזאת לאחר ששולחים אותם לביתם בליווי גורם נוסף, שיבחן את המצב בבית. גם במציאות החיים בזמנינו ניתן לבקש, רב או עו"ס או יועץ נישואין, המקובל על שני בני הזוג, שילווה אותם ויבחן מי המונע את החזרה לשלום בית, והוא יקבל מעמד של כעין "שליח בית הדין" לבחינת המצב.

אבל במקרה שידוע שהבעל מרד באשתו, ויצר קשר עם אשה אחרת, עזב את ביתו וכבר גר תקופה מסויימת מחוץ לבית, ושולל על הסף כל הצעה לשוב לבית ולבחון דרך לשלום בית, אין מקום לפתוח מערכה משפטית לבירור העילות לעזיבתו את הבית כפי הדרך המצטיירת בפסק דינו של הגר"א אטלס ז"ל, וזאת מכמה טעמים.

א. בשלושת המקרים הנזכרים לעיל מהרמב"ם והשו"ע, אמנם הבירור המוטל על בית הדין אינו קל, אך הוא עדיין אפשרי במקרים רבים, מאחר שהבירור מתייחס למצב הנוכחי המתקיים כעת בין בני הזוג. אבל קשה מאד, ולעיתים רבות אף בלתי אפשרי לברר דברים שהתרחשו לפני חודשים ושנים, ולבחון כעת את כוונת כל אחד מבני

בגירושין, מוסיפה תמיהה על תמיהה, מנלן לעקור תקנת ר"ג תמורת פיצוי כספי.

ג. בתביעת גירושין, על התובע לברר דבריו, דהיינו לפרט את עמדתו, ובמידת הצורך עליו להביא הוכחות לטענותיו, וכן במי שמבקש לחייב ממון וכיוצ"ב. משא"כ בתביעת שלום בית, די בכך שהאשה או הבעל טוענים אני מעוניין בשלום בית ומוכן לכך באמת ובתמים כל אימת שהצד השני יבקש לחזור לחיים משותפים, ובמידה שהצד השני מביע נכונות לכך העניין נבדק כאמור לעיל. אם יתברר בבית הדין שהאשה מונעת חזרה לשלום בית, ללא טעם מוצדק, יהיה מקום לקבל את עמדת הבעל. אמנם מבחינה "משפטית" תיק לתביעת שלום בית הוא צידו השני של המטבע, לתיק לתביעת גירושין. אך מבחינת ההלכה מעמדם של התביעות רחוק כרחוק מזרח ממערב.

התובע גירושין מבקש לעשות שינוי במצב הבסיסי שבו בני הזוג חיו בשלום, ועליו להוכיח תביעתו. לעומת התובע שלום בית, מבקש למנוע את השינוי. די בכך שכונתו בתביעה זו כנה ואמיתית, ולאחר שזו ההתרשמות מדבריו, אין יסוד להטיל עליו חובת הוכחה.

מסקנת הדברים - התפיסה העולה מאותו פסק דין, שלאחר שהבעל עזב ועבר לגור עם אשה אחרת, חובת ההוכחה על האשה שהיא תסכים לשוב ולקבלו לשלום בית, ובהעדר "הוכחות", שבדרך כלל אינם בנמצא, תביעתה לשלום בית נדחית. היא תפיסה מוטעית, הן מצד ההלכה, והן מפני שתפיסה זו מסייעת שלא כדין בידי עוברי עבירה שפרצו את מסגרת הנישואין והלכו אחר שרירות לבם לקיים קשר עם אשה אחרת.

יש לקבוע שעל הבעל להודיע שהוא עוזב את האשה הזרה, ומבקש לשוב לביתו ולחזור לאשתו לשלום בית, ועיין לעיל סי' לח. לאחר הודעה כזו וביצועה הלכה למעשה בית הדין יבחן, באמצעים המקובלים, האם שלום הבית מחויק מעמד, ואם אינו עולה יפה, מי אשם בהפרתו.

(בשולי הדברים נציין כי לכאורה נראה מדברי הגר"א אטלס ז"ל בתחילת פסק הדין, שההלכה בחו"מ ריש סי' עה המחייבת את בעל הדין לברר דבריו, היינו להוכיח טענותיו, ואינו כן, הלכה זו אינה מתייחסת לשאלת הוכחת התביעה בראיות, אלא לחובה לפרט ולהבהיר טענתו, ושלא לסתום דבריו בקצרה).

לכל זה הוא שהאשה תטען שהבעל מאוס עליה. בלא טענה כזו מנלן לייחס מאיסות, שלא נטענה מעולם.

וע"ע בפד"ר חלק ח' עמ' 278 בפס"ד מהגר"ש אלישיב שליט"א שכתב דשאני רועה זונות משאר החייבים בגט ביחס לחיובו בתוספת כתובה וחיוב האשה בהחזר מתנות, שבכולם שאנו כופים עליהם להתגרש, חיוב הגט מבטל תשלום תוספת וקובע החזר מתנות, והוסיף הגר"ש אלישיב שליט"א - "אבל בגורם כזה שבידי הבעל להסירו כגון שהבעל רועה זונות שבידו לעזוב דרכו ולהתייצב על דרך טוב, בכה"ג לא הפסידה מתנותיה, ודינו כמגרש מרצונו, ואף חייב לשלם לה תוספת כתובה" עכ"ל, וכן בפס"ד בפד"ר חלק ח' עמ' 324. הרי דפשיטא להם באותם פסקי הדין שאותו אדם "בעמוד והחזר" קאי, ולא עלה על דעתם לומר, שאין בידי הבעל להסיר את הגורם לחיוב הגט ושאינ טעם לבקש ממנו לעזוב דרכו, מאחר וחזקה שבכל מקרה אשתו לא תקבלו חזרה לשלום בית.

אין מקום לפסוק על פי אומדנות מסברא גרידא. עיקרון דומה מצינו בספר עזר מקודש בסי' קיט שדן במקרה שהאשה מסרבת לקבל גט, ורצה הגאון בעל העזר מקודש לטעון שלמרות שהיא אומרת שאינה מוכנה לקבל גט, מ"מ יש להתיר לבעלה חדר"ג משום שבתוך ליבה היא מרוצה לכך כדי שלא לחייבו לשוב אליה ויעבור בעלה על כך שמוליד בני שנואה, ועוד אומדנות כיוצ"ב שמסתמא בתוך ליבה היא מרוצה לזה, עיי"ש, וכתב שם - "לכתחילה גם בשעת הדחק אין להקל כלל בזה, והוא בבחינת מה שאמרו חז"ל (ר"ה דף כא:): רצה שלמה המלך ע"ה לדון על דברים שבלב, יצאה בת קול ואמרה וכתוב יושר דברי אמת, ומכל שכן כשמחשבתה ניכרת שאינה רוצה", עכ"ל העזר מקודש.

גם בנידון שבפנינו נוכל לומר שהאמור באותו פסק דין שבודאי האשה כבר לא תקבל את בעלה חזרה, מתבססת על דברים שבלב. העזר מקודש הוסיף "מכל שכן כשמחשבתה ניכרת שאינה רוצה", משמע שאף בלא"ה אמר העזר מקודש את דבריו, אך ק"ו כשניכר מדבריה בניגוד לאומדנא זו.

המסר העלול לצאת מתוך פסק הדין הנוכח הוא, שכל בעל המבקש להפטר מאשתו ילך לחיות עם אשה אחרת ובכך יביא להנחה כי אשתו מאסה בו ולא תקבלו חזרה, ובכך יביא לכפייתו בגירושין, אין מקום למסקנה זו. התרופה שמצא בהטלת פיצוי לטובת האשה, כדרך לחייבה

סימן מב

"טובת הילד" כשיקול מכריע בקביעת המשמורת והסדרי ביקורי הילד

בית הדין תביעה להסדרת ביקורי הילדים אצל האב, להלן "התובע".

כיום מתקיימים ביקורי הילדים הקטינים אצל האב במתכונת מצומצמת, והתובע מבקש לשנות את הסכם

המקרה הנידון

הצדדים שבפנינו הם בני זוג שהתגרשו לפני כחמש שנים ולהם ששה ילדים, מהם ארבעה מתחת לגיל 18. כעת בפני

אינה זכות של ההורים, אלא חובה של הילדים. כמובן שיש בגידול הילדים הרבה שמחה וסיפוק וכל אדם רוצה שיהיו לו ילדים, ואין להתעלם מהקשר הרגשי העמוק שבין הורים לילדיהם, אולם ככל שהדבר נוגע להיבט המשפטי גרידא, מערכת היחסים שבין הורים לילדים היא מערכת של חובות הדדיות, ולא של זכויות הדדיות.

עיקרון יסודי זה נקבע בהלכה, ומתוך ההלכה הגיע לספר החוקים במדינת ישראל, ואף לפסיקת בתי המשפט.

המקור להלכה זו הוא, בתשובת מהרש"ם חלק אבן העזר סי' קכג שכתב – "כללא דמלתא, כי כל זכות שאמרו ז"ל בדבורם, הבת אצל האם לעולם ... בזכותה דברו, לא בזכות האם, כמו שכתב הר"ן הלשון הנוכח לעיל, וכן בבן בזכות הבן דברו, כמו שהוכיח המ"מ בלשון הגמ' בעירובין, דאפילו בן שש בצוותא דאמא ניחא ליה".

וכן בתשובת המבי"ט ח"ב סי' סב כתב – "תגדל הבת אצל אמה שתלמד לה אומנות נשים וצניעות דרך נשים. וא"כ אפילו נתרצית האם לתתן לאב, חייב להחזירן כשתרצה היא להחזירן לביתה. כי מה שאמרו הבת אצל אמה, לא בשביל קירוב ואהבת האם לבת יותר מן האב נגעו בה, אלא לתיקון הבת תלמוד דרך ארץ עם אמה כדאמר, וא"כ מה לי שנתרצית האם לתתה לו או וחזרה ונתרצית לקחתה אצלה, או שהיתה אצלה מקודם".

בשולחן ערוך אבן העזר סימן פב סעיף ז' נפסק – "הבת אצל אמה לעולם, ואפילו לאחר שש". וברמ"א – "ודוקא שנראה לב"ד שטוב לבת להיות עם אמה, אבל אם נראה להם שטוב לה יותר לישיב עם בית אביה, אין האם יכולה לכופף שתהיה עמה".

הרי שבצד ההלכה שהבת אצל אמה לעולם, קבע הרמ"א שהמבחן העליון הוא טובת הילדה.

עפ"י האמור, פסקו בביה"ד בירושלים בהרכב הדיינים הגר"י עדס ז"ל והגר"ב זילטי ז"ל ויבל"א הגר"ש אלישיב שליט"א (פד"ר ח"א עמ' 75) – "כל דיון בהחזקת ילדים, היא לא זכות האב או זכות האם, אלא טובת הילדים, כמו שכתב המהרש"ם חלק אה"ע סימן קכ"ג".

וכן בפס"ד ביה"ד הגדול, בהרכב הדיינים הגר"י נסים ז"ל והגר"ב זילטי ז"ל ויבל"א הגר"ש אלישיב שליט"א, (פד"ר ח"ב עמ' 327) כתבו – "בשאלת מקום המצאה של בתם של הצדדים וגובה סכום מזונותיה, הואיל וזה ניתן תמיד לשינוי בהתאם לנסיבות ... וכן בשאלת מקום המצאה של הבת, שלגביה קובעת רק טובת הילדה ולא זכויות ההורים, כמו שכתב המהרש"ם אה"ע סימן קכ"ג".

וכן בפס"ד ביה"ד הגדול, בהרכב הדיינים הגר"ע הדאיה ז"ל הגר"מ בן מנחם ז"ל והגר"י עדס ז"ל, (פד"ר ח"ג עמ' 359) חזרו על עקרון זה, וכתבו – "כיון שכל הדין בנוי על מה שהוא לטובת הבת ואין זה כלל מזכותה של האם, וממילא גם אין מזכותה לקבוע מה שהוא לטובה הבת, ואין לבוא בטענה שבאם פעם קבע ביה"ד שטובת הילדה אצל האם,

הגירושין ולהורות על הרחבת הסדרי הביקורים, לרבות לינה אצלו וכן בשבתות.

התקיימו שלשה דיונים בתיק זה, בנוסף לדיונים שכבר התקיימו קודם לכן במסגרת תיק הגירושין. וכן התקבלו חו"ד מטעם לשכת הרווחה ומטעם ד"ר מרדכי פרישטיק, מפקח סוציאלי ארצי מטעם הנהלת בתי הדין.

בפנינו מקרה מורכב של שני צדדים שנישאו בעת ששניהם השתייכו לקהילה חרדית של חסידות מסויימת, במגמה להקים משפחה בעלת אופי המתאים לקהילה זו. אך לאחר כשתים עשרה שנות נישואין, נוצר פער עמוק בין הצדדים לאחר תפנית שארעה באורח החיים של הבעל, שבסופו של דבר אימץ לעצמו אורח חיים חילוני מובהק, והאשה המשיכה לנהל את הבית ולגדל את ששת הילדים כפי שהורגלו קודם לכן וללא שינוי.

על רקע הפער הנ"ל הצדדים התגרשו, ונושא זה של קביעת המסגרת לביקורי הילדים אצל האב עומד לדיון ולפסיקה במסגרת הנוכחית.

לאחרונה התובע ביקש שינתן פסק דין בתביעה, וכן בשאלות העקרוניות ביחס לזכויותיו כאב.

בבקשות שהתקבלו בבית הדין, התובע חוזר על תביעתו לשינוי הסכם הגירושין לאחר שלטענתו הוא זכאי לממש זכותו כאב. בבקשה האחרונה התובע בקש מביה"ד לקבל הכרעה ולנקוט עמדה בשאלה הבאה – "האם אני זכאי לממש את ההורות שלי כולל הזכות לחנך את ילדי תוך כיבוד דרכם, או שאינני זכאי שתינתן לי הזכות הזאת?".

ובבקשה נוספת התובע כתב – "אני כמו כל אב, רוצה לקחת חלק בחינוך ילדי, וזו זכותי המולדת, בין אם אני חוזר בתשובה או חילוני".

במסגרת הנוכחית נתייחס לעקרונות המנחים את בית הדין בעת קביעת המשמורת והסדרי הביקורים, ובהתאם ייקבע פסק הדין המפורט במקרה דנן.

טובת הילד כשיקול בלעדי

העיקרון המרכזי המנחה את בית הדין בכל הקשור לפסיקה בנושא המשמורת והביקורים הוא – טובת הילד.

משמורת הבן אצל אחד ההורים, וכן הסדר הביקורים אצל ההורה שאינו משמורן, אינם נקבעים מפני זכות כזו או אחרת של אותו הורה. אלא מפני שזו טובת הילד, ולכן מתכונת הביקורים מוסדרת בהתחשב בטובתו של הילד בלבד.

אמנם במשפט הנוהג במספר מדינות אחרות, קיים המושג "PATRIA POTESTA" שמשמעותו שלטון האב על הילדים. אך משפט התורה אינו מכיר במושג "זכות ההורה על הילד". אלא להורים, כמו לילדים, יש חובות בלבד ולא זכויות. ההורים חייבים לדאוג לילדיהם בכל המובנים הגשמיים והרוחניים, ללא קבלת תמורה. ומאידך, על הילדים מוטלת החובה להכרת הטוב וכיבוד ההורים. זו

הילד, וזו אינה תלויה בביטול הסכם הגירושין או בקימום כפסק דין, שאין הוריו זכאים להתפשר ביניהם על גופו ונשמתו, וכל הסכם כזה אינו מחייב, שכל זמן שהצד המעוניין יפנה לבית הדין ויוכיח כי טובת הילד היא רק אצלו, בית הדין לא יהסס לפסוק כי הסעיף לגבי החזקת הילד אינו תופס ובטל, ויפסוק כפי הממצאים שיהיו לפניו בעת הדיון מבלי להתחשב בהסכם שעשו ההורים ביניהם עליו.

דברים אלו נכתבו כדעת מיעוט בפסק הדין של ביה"ד האזורי באשדוד, ואילו לדעת הרוב הסכם בין ההורים מחייב, וחוקה שזוהי טובת הילדים כל עוד ההסכם לא בוטל. בהגיע פסק הדין לבחינה נוספת בביה"ד הגדול, בהרכב הדיינים הגר"א גולדשמידט ז"ל והגר"ש ישראל ז"ל והגר"י קאפח ז"ל, התקבלה דעת המיעוט, וביה"ד הגדול כתב (פד"ר ח"א עמ' 172) כדלהלן – "אחרי שמיעת הערעור, דעתנו היא, כי הדברים הם פשוטים בתכלית ללא צורך להאריך. הנידון שלפנינו הוא ענין הילד הגדול, אם יהיה במוסד כפי ההסכם או אצל האם. לא היה לפני בית הדין האזורי כל בירור בדבר מקומם של הילדים, טובתם באיזה מקום היא ובאיזה אופן היא, הדבר לא נבדק ולא נחקר, לא הוגש תסקיר של פקידי סעד ולא כל ראיה אחרת. ולכן אין לקבל הסכם כגון זה בעיניים עצומות, ואין לראות באשורו על ידי בית הדין תורה מן השמים, ולקבל כחוקה שטובת הילדים היא כפי ההסכם הזה, כך ולא אחרת".

בפסק דין מביה"ד בת"א, בהרכב הדיינים הגר"א גולדשמידט ז"ל והגר"ש קרליץ ז"ל והגר"י בבליקי ז"ל, (פד"ר ח"א עמ' 157) פסקו שאותו עיקרון שכתב מהרשד"ם מנחה אותנו גם בקביעת הסדר ביקורים בין הילדים להורה שאינו משמורן. פסק הדין נכתב ע"י הגר"א גולדשמידט ז"ל, והודפס בספר עור משפט סי' א' ובו נכתב בלשון זו – "אשר לדרישת האב לתת צו לאפשר לו פגישות עם הילדה ... לו היה ענין פגישות בין הורים וילדיהם ענין של זכויות ההורים ותועלתם, היו פוסקים בסכסוך כזה ביניהם על סמך הודאת בעל דין, אלא שאין הדבר כן. את יסוד ההלכה בענין הבן והבת אצל מי, קבע הרמב"ן בתשובות המיוחסות לסימן ל"ח לעולם צריך לדקדק בדברים אלו אחר מה שיראה בעיני בית דין בכל מקום ומקום שיש בו יותר תיקון ... לחזור אחר תיקון".

והסבר הדברים הוא, כי ההלכות בדבר החזקת ילדים אינן הלכות בטובת ההורים, אלא הלכות בטובת הילדים, אין הבן או הבת חפץ לזכויות אב או אם. אין כאן זכויות לאב או לאם, רק חובות עליהם ישנן כאן, שמחוייבים הם לגדל ולחנך את ילדיהם. ובבוא ביה"ד לקבוע בדבר מקומו של הילד, בדבר המגע בינו ובין הוריו, רק שיקול אחד נגד עיניו והוא, טובתו של הילד אצל מי תהיה ובאיזו אופן תהיה, אבל זכויות אב ואם, זכויות כאלו לא קיימות כלל.

וכתב המבי"ט בתשובה בח"ב סימן ס"ב למדנו מכאן שתגדל הבת אצל אמה שתלמד לה אומנות נשים וצניעות דרך

וכפי שנקבע בגמ' על סתם, אי אפשר שמחמת השתלשלות עניינים שונים במשך הזמן ישתנה המצב וראות עיני ביה"ד בזה מה שהוא לטובת הבת, והלכה פסוקה היא שהסמכות לקבוע בזה תלוי בראות עיני ביה"ד שמטפל בדבר, ככתוב ברמ"א אה"ע סי' פ"ב סעי' ז' מדברי מהר"מ פאדוואה: ודוקא שנראה לביה"ד שטוב לבת להיות עם אמה אבל אם נראה להם שטוב לה יותר לישיב עם בית אביה אין האם יכולה לכוף שתהיה עמה, וראה בשו"ת המיוחסות לרמב"ן סי' ל"ח שכותב: ולעולם צריך לדקדק בכלל לדברים אלו אחר מה שנראה בעיני ביה"ד בכל מקום ומקום שיש בו יותר תיקון. וברדב"ז ח"א סי' ס"ד כותב - כלל דמילתא הכל תלוי בראות ביה"ד באיזה מקום יש תקנה לולד יותר".

ובספר פסקים וכתבים של הגר"א הרצוג ז"ל ח"ז עמ' תקכ"א-תקכ"ב כתב "העיקר הוא טובת הילד ... צדק הטוען מצד הבעל, שלא מצינו בפוסקים שבעניינים הללו מתחשבים ברחמנות על ההורים ... טובת הילדות האלו שתישארנה אצל האב, בהיות שהעיקר הוא טובת הילד".

באותו פס"ד, שהובא בקצרה ב"אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית" ח"ב עמ' 8, נכתב כדלהלן – "תקנתן של הבנות צריך להיות קנה המידה בדין זה, מבלי להתחשב עם טובתן ונחיותן של הוריהן".

ועפ"י זה, פסקו בביה"ד בת"א בהרכב הדיינים הגר"מ שלזינגר ז"ל והגר"י הלוי ז"ל, והגר"י וילנסקי ז"ל בפד"ר ח"ב עמ' 300, שהסכם בין ההורים בשאלת משמורת הילדים אינו כהסכם בנושא הרכוש, שהוא הסכם בלתי הפיך, אלא כל צד רשאי לבקש לערוך שינוי בהסכם בטענה שכך היא טובת הילד, וזאת מתוך התפיסה שנושא זה אינו דיון בין שני צדדים לבירור זכויותיהם. וכך כתבו באותו פסק דין – "בבואנו לברר את הנדון דנן לאור הוראות ההלכה קבענו כדבר ראשוני, שלו גם יהיה נכון ... שבזמנו הסכים האב להחזקת ילדו אצל האם, יכול הוא לחזור בו היום מהסכמתו זאת, ולדרוש להחזיר את ילדו אליו. וכמו שהביא כבר בבאר היטב לאה"ע בסי' פ"ב בשם תשובות המבי"ט באשה שהסכימה פעם לוותר על החזקת בתה אצלה, שיכולה לחזור בה מכך אחרי כן, על יסוד הכלל של הבת אצל אמה לעולם. וז"ל המבי"ט בח"ב סי' ס"ב: וא"כ אפילו נתרצית האם לתת לאב חייב להחזירן כשתרצה היא להחזירן לביתה, כי מה שאמרו הבת אצל אמה לא בשביל קירוב ואהבת האם לבת יותר מן האב נגעו בה אלא לתיקון הבת, תלמד דרך ארץ עם אמה כדאמר, וא"כ מה לי שנתרצית האם לתתה לו או וחזרה ונתרצית לקחתה אצלה, או שהיתה אצלה מקודם. ואינו נראה שזכותו של האב לגבי בנו תהיה שונה בזה מזכות האם לגבי בתה".

וכעין זה נכתב בפד"ר ח"א עמ' 163 – "גם לזון בשאלת החזקת ילדים כשאלה הכרוכה בהסכם הגירושין שעשו בני הזוג ביניהם, אין הדבר מוצדק על פי הדין, כי בפסיקה על החזקת ילד, בית הדין מונחה בראש וראשונה אך ורק בטובת

מח), ואין להעלות על הדעת לדכא אותן. נכון כי לעולם טובת הילד ושלמותו הנפשית והגופנית צריכות להיות נגד עיני בית הדין מכל היבטי עבריהן, אך לא במחיר פגיעה ברגשותיהם הטבעיים הבריאים של ההורים, עכ"ל.

דברי הגר"י קאפח ז"ל, לא הוכחו מדברי הפוסקים אלא נשענים על סברא בלבד, אך אינם מוסכמים, וכפי העולה מכל פסקי הדין הנזכרים, שנקטו בפשיטות שלא כדבריו.

וכן בתשובת מהרשד"ם (הנזכרת) מבואר להיפך מדברי הגר"י קאפח ז"ל, שכתב "כללא דמלתא כי כל זכות שאמרו ז"ל בדבורם, הבת אצל האם לעולם ... בזכותה דברו, לא בזכות האם". וכן בדברי המבי"ט בתשובתו הנזכרת שכתב – "מה שאמרו הבת אצל אמה, לא בשביל קירוב ואהבת האם לבת יותר מן האב נגעו בה, אלא לתיקון הבת תלמוד דרך ארץ עם אמה". וכן עולה מדברי הראשונים שכל נימוקיהם לקביעת מקומם של הבן או הבת נשענו על טעמים הקשורים לבירור טובתם של הילדים בלבד, ולא הזכירו דבר מהשיקול של זכויות ההורים בילדיהם, עיין בתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' לח ובתשובות הר"י מגאש סי' עא ובתשובות הר"מ סי' רפט, וכן בהשגות הראב"ד פכ"א מאישות הי"ז ובמ"מ.

וכן במקור הדין, במסכת כתובות דף סה, הלכה זו שהבן אצל אמו עד גיל שש נלמדת מההלכה שהקטן יוצא בעירוב אמו, והטעם התבאר במסכת עירובין דף פב: מפני ש"בצוותא דאמיה ניחא ליה". וברש"י בכתובות שם (ד"ה יוצא בעירוב אמו) כתב "עד שש צריך סיוע מאמו".

הרי שבכל המקורות הנ"ל, בעת קביעת המשמורת ניתן משקל בלעדי לשיקולים הקשורים בטובת הילד בלבד, וככל שהדבר נוגע להיבט המשפטי, לא ניתן משקל לצורך הטבעי של האם לקשר קרוב עם הבן, למרות שאין ספק שחז"ל הכירו במציאות טבעית ראשונית זו.

אמנם, אין להתעלם מרגשותיהם של ההורים ומצרכיהם לקשר קרוב עם ילדיהם, ושיקול זה בנסיבות מתאימות יטיל על הילדים את החובה לכבד את הוריהם ולמלא את מבוקשם במסגרת מצוות כיבוד אב ואם, אך בעת שביה"ד פוסק בנושא משמורת הילדים וקביעת הסדר הביקורים, שיקול זה אינו גובר על השיקול של טובת הילדים הקובע את משמורתם והסדר ביקוריהם אצל ההורה שאינו משמורן.

הסתמכותו של הגר"י קאפח ז"ל על ההלכה הקובעת את ביטול תשלום המזונות עבור הבן שאינו עובר לבית אביו בהגיעו לגיל שבו הבן חייב לעבור לבית אביו, אינה מתקבלת. אין כל ראייה שחיוב האב במזונות הבן נקבע בתמורה למימוש זכויות האב. וממילא ביטול המזונות אינו נובע משלילת זכויות אלו.

כשהבן מסרב לגור עם אביו, אמנם האב אינו חייב לפרנסו, אך אין זאת מפני שפקעה החובה המשפטית המוטלת על האב לזון את הבן. אלא מאחר שגדר התקנה המטילה על האב חיוב מזונות הוא מפני שהאב שהולידו חייב לפרנסו ולא להשליכו על הציבור, לכן כשהאב מוכן לקבל את הבן אצלו

נשים ... כי מה שאמרו הבת אצל אמה, לא בשביל קירוב ואהבת האם לבת יותר מן האב נגעו בה, אלא לתיקון הבת ... והרשד"ם, בתשובותיו בחלק אבע"ז שאלה קכ"ג, כתב וכללא דמילתא כי כל זכות שאמרו ז"ל בדיבורם הבת אצל האם לעולם ... ובזכותה דברו ולא זכות האם ... וכן בזכות הבן דברו. ולפי זה בבואנו לדון בדבר פגישות התובע עם הילדה, אין לפנינו דיון בדבר זכויות התובע או זכויות הנתבעת, כי אין כאן סכסוך בתועלת אחד משני הצדדים, יש כאן רק דיון בטובת הילדה. ואם כן מה שייך הודאת בעל דין שנאמר הנתבעת הודתה בזכויות התובע, לשניהם אין כאן כלל זכויות, עד כאן מפסק הדין.

הגר"ר אליעזר גולדשמידט ז"ל חזר על שיטתו בפסק דין אחר, שהודפס בספר עזר משפט סי' כח, גם בדבריו באותו פסק דין קבע שיש לראות בטובת הילדים את חזות הכל. באותו פסק דין הביא מדבריו בפד"ר ח"א הנ"ל, והוסיף להגדיר הלכה זו, וכדלהלן – "אין כל ספק בדבר, שלפי הדין בעל הדין הוא תמיד הילד עצמו, והוריו אינם אלא אפוטרופסים המייצגים אותו לפני בית הדין ומדברים בשמו. ולא רק זה בלבד שהם אינם בעלי הדין, אלא שמסופקני אם יש להם אפילו המעמד של "הצדדים הנוגעים בדבר". כי צד נוגע בדבר במשפט, פירושו שנגיעותיו של הצד יש להם השפעה על הדיון ועל פסק הדין. ובהחזקת ילדים השיקול טובת הילדים, אינו רק שיקול עיקרי בלבד, אלא שלפי השקפת דין תורה, זהו השיקול היחיד, זה ותו לא. וכל שיקול אחר אשר הוא עניין של ההורים או של אחד מהם, לא ייחשב ולא ישפיע כמלוא נימא בהכרעה נגד שיקול כל שהוא של טובת הילד, עכ"ל. ועיי"ש שכתב שכן גם בהגדרת חיוב האב במזונות ילדיו, אין זו זכות האם לקבל מזונות עבור הילדים, אלא זכות הילדים מצד עצמם.

אמנם חבר ביה"ד הגדול, הגר"ר יוסף קאפח ז"ל, לא הסכים לתפיסה זו של הגר"ר אליעזר גולדשמידט ז"ל, (דבריו הובאו בבד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1), עמ' 412), וכתב בלשון זו – "בסעיף 21 [לפסק דינו של השופט אלון] הובא מדברי כבוד הרב גולדשמידט 'זכויות כאלו אינן קיימות כלל'. קשה לי להסכים לגמרי עם קביעה פסקנית זו. נראה כי אין ההורים חפץ דומם. גם ההורים מורכבים מגוף ונפש, וגם להם רגשות, גם לאם זכות טבעית לסיפוק נפשי לחבק את ולדה. להורים זכות להשיג סיפוקם הנפשי-רגשי לראות ולדם גדל ומתפתח כראוי, מצטיין בלימודיו בהתאם. זכויות הורה הללו גוררות גם ממון, ובשו"ע אה"ע, פב, ז נפסק: 'ואחר ו' שנים יש לאב לומר: אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות'. ולא מזמן פטר בית הדין הגדול אב ממזונות בתו, שהצהירה שאינה רוצה לראות את אביה ואינה סובלת אותו. בעניין זכויות אלה רמזתי בערעור לג/39 ... פד"ר ט', בעמ' 262, כי זכות טבעית היא לאם לגדל את בנה, ואין להתכחש לזכויות הללו, אשר תורת ישראל הכירה בהן גם ביחס לבעלי חיים (ראו: רמב"ם, מורה נבוכים, חלק ג, פרק

לחנכם וללמדם תורה ומצוות ולהעיר את אונם למוסר ולדרך ארץ, כי אם גם בכדי להעניק להם רחמי אב ולקבל מהם אהבת בנים לאביהם. ודבר זה מרומז בדברי הח"מ הנזכרים שנוסף לנימוק שכותב, מאחר שאינו שומע בקולו להיות אצלו ללמדו תורה מוסיף וכותב בלשון "ושאר דברים", והכוונה בכנזכר לעיל ... מזכותו של האב לטעון מעיקרא דדינא, שחוץ מזה שחו"ל הפקיעו ממנו ותקנו אחרת לטובת הילדים אין בכח מישוהו להפקיע יתר זכויותיו שנשארו לו בהם, לרבות גם לא הילדים בעצמם ... זהו ההסבר על זכותו של האב לשלול מזונות בנו לאחר שש כאשר אין ברצונו לעבור אצלו, ומזה נקח ללמוד בכזאת גם אם באים לשלול זכות ביקורו וחינוכו כשהוא אצל אמו עד גיל שש, שאז גם הרמב"ם יודה להראב"ד כנ"ל, וכזה הוא מזכותו אצל בתו בהיותה אצל אמה לעולם כשבאים לשלול ממנו את זכות ביקוריו ופגישותיו אתה, והכל מעיקרא דדינא, ולא בתורת ענישה בלבד ... דברי המהרשד"ם ברור מללו דזה שהבת אצל אמה לעולם הוא רק מכח תקנה היוצאת מכח דיוק דמתני', אבל מעיקרא דדינא כל הזכויות בה הוא לאביה, ולכן טעות הדבר מה שהורגל בפומייהו דאינשי לומר דע"כ שהיא אצל אמה נשללו זכויות האב בה, ובתוך זה לראות את בתו החביבה וכן לחנכה ולהשקיף על צרכיה, ... אלא אין לך אלא מה שתיקנו בלבד, דהיינו עצם המצאותה אצל אמה, אבל לא נשללו ע"כ בשום פנים יתר זכויות האב בה ובכלל זה לראותה ולחנכה לא רק לתורה ולמצוות, אם כי אם גם לנימוסין ואנושיות וכדומה, וגם לרבות עצם זכות הראיה והבילוי אתה, הגורמים לו שביעות וסיפוק לרחמי האב שלו המתעוררים אצלו מדי דברו ומדי זכירתו בה. ולכן אין ביכולת האם להוליכה לעיר אחרת שעל ידי כך לא יוכל לראותה ולהפגש אתה. וזהו מעיקרא דדינא מה שנובע מכח הזכויות שזיכתה תורה לאב בילדיו, עכ"ל.

נוכחנו לדעת שהג"ר יוסף קאפח ז"ל והג"ר אליעזר וואלדינברג ז"ל נתנו מקום למושג של "זכויות האב" בילדיו, גם במערכת השיקולים המשפטיים, כגון בעת קביעת חובת האב למזונות הילדים, ובקביעת המשמורת והביקורים. אך זאת עלינו להדגיש, גם לפי דרכם של הגר"י קאפח ז"ל והציץ אליעזר, אין מחלוקת, שהופקעה זכות האב הנזכרת, במידה שטובת הילדים אינה מתיישבת ואף סותרת את האינטרס של האב. מאחר שמההיבט המשפטי, שיקול זה של טובת הילד גובר על זכויות האב. על כן בדרך כלל, הלכה למעשה לא תהיה נפקא מינה בין השיטות, אלא בנסיבות של סרבנות הילד לקשר עם אביו, וכאמור לעיל.

סקירת גישת החוק ופסיקת בתי המשפט

האב תובע מבית הדין להתחשב בחוקי המדינה ובפסיקת בתי המשפט שהעניקו לאב זכויות ביחס לילדיו. טענה זו עלתה כטענה מרכזית בטיעוניו של האב. אילו היה יסוד לטענה זו, היה עלינו להוסיף ולברר מה המשקל שיש לחקיקה כזו על פי ההלכה.

ולפרנסו, בנסיבות שהדין מחייב את הבן לעבור לבית אביו אך הבן מסרב, אין כאן הטלת פרנסת הבן על הציבור, אדרבה האב מבקש לפרנסו בעצמו בביתו, ולמלא את חובתו, וכיון שכן אין מקום לטענה "יארוד ילדה ועל בני מתא שדיא", הנזכרת במסכת כתובות דף מט: שהרי האב אינו מטיל על הציבור את פרנסת בנו, אלא שאם האב מתבקש לפרנסו מחוץ לביתו, כשהדין נותן שהבן יגור עמו, האב זכאי לטעון שבנסיבות אלו הוא אינו מחויב להעביר מזונותיו למקום אחר, אלא על הבן לבוא לביתו ושם האב יזון אותו כפי המוטל עליו, עיין בספר מנחת אברהם (להג"ר אברהם שפירא ז"ל) ח"ג סי' ד'. ועיין לעיל סי' ל' שהארכנו לבאר הלכה זו.

אמנם מצינו סיוע לדברי הגר"י קאפח ז"ל, מדברי הציץ אליעזר בפד"ר ח"ג עמ' 20 ובספרו ציץ אליעזר חלק טו סי' מד, ככל שהדבר נוגע לזכויות האב בילדיו, (הגר"י קאפח ז"ל התייחס לשני ההורים ואילו הציץ אליעזר התייחס רק לאב). הציץ אליעזר קבע ששלילת המזונות מהבן המסרב לעבור לאביו אינה בתורת קנס על הבן או על אמו, אלא יסודו בעיקר הדין, הקובע שהאב פטור מתשלום המזונות כל עוד אינו מקבל את הזכויות שהאב זכאי להן על פי הדין, לרבות קשר קרוב לבן וכיוצ"ב.

על פי דרכו אין חילוק בין מקרה שבו הבן אינו מסכים לעבור לגור אצל אביו ובין מקרה שבו הסירוב הוא לביקור בלבד, מפני שבכך נשללה זכות האב לקשר קרוב עם הבן או הבת, וכתוצאה מכך האב נפטר מחובת המזונות. וכתב שם "בכגון נידוננו דסמיא בידה של הבת לחזור ממרדותה בלי כל טורח ... כל עוד שלא תציית, אין האב חייב במזונותיה". עיי"ש שהוכיח את שיטתו ממה שפסק מהרשד"ם חלק אה"ע סי' קכג לפטור את האב ממזונות הבת כשהאם הוליכה את הבת למקום מרוחק שאינו מאפשר לאב לשמור על קשר קרוב עם בתו. לפי דרכו, קיימת מערכת שלימה של זכויות האב בבנו או בבתו, וחובת המזונות נקבע רק אם מתאפשר לאב מימוש זכויות אלו. וזאת בניגוד לתפיסת הגר"א גולדשמידט ז"ל המפורטת לעיל, והמקובלת על מרבית בתי הדין הנזכרים לעיל.

ולהלן מקצת דברי הציץ אליעזר – "נראה בהסברת הדברים בכזאת. דמעיקרא דדינא הילדים מתייחסים אחר אביהם ככתוב "למשפחותם לבית אבותם", ומשפחת אב קרויה משפחה ולא משפחת אם, ועל כן הוא חייב בפרנסתם ובגידולם, ומשום כך יש לו מלוא הזכות לדרוש שיגדלו אצלו ובמחיצתו ויהנה מכל הכרוך בזה, והאב זכאי בביתו וכו' (עיין כתובות מ"ו: ועוד). אלא דחו"ל שקדו על טובתם של הילדים, ומצאו על כן לנכון, להפקיע מהאב בחלקו מזכות החזקתו בהם, כלשונו של הראב"ד "לכוף את האב להפריש וכו'" ולתקן ולקבוע שהבן ימצא אצל אמו עד גיל שש, והבת תהיה אצל אמה לעולם ... אבל עם זאת לא שללו ע"כ מהאב את עיקרי זכויותיו היסודיות בילדיו, ובתוך זה גם לא את שמירת הקשר בינו לביןם גם בתקופת היותם במחיצת אמו, ולא רק בכדי

הרוב, שקילת העדיפויות היחסיות בנסיבותיו של עניין פלוני ובחירת הרע במיעוטו. ראו והשוו: בע"א 503/60 וולף נ. וולף פ"ד ט"ו 764, 760. יחד-עם-זאת, ולמרות שטובתו של ילד - בנסיבותיו של עניין פלוני - עשויה להיות שנויה במחלוקת בתום-לב, דומה כי נוכל להתאחד כולנו סביב נוסחה כללית ולפיה הליבה של טובת הילד, הלוו של טובת הילד, היא זכותו של הילד כי תישמר בריאותו הגופנית והנפשית, כי יסופקו כראוי צרכיו הנפשיים, הגופניים והחומריים. זו זכות-יסוד הקנויה לכל בוגר - כי לא ייפגע לא בגופו ולא בנפשו - וזו זכותו של הילד שאינו אלא איש קטן", (עמ' 461).

וכן בבג"ץ 7395/07 נקבע כדלהלן - "הוראת החוק הרלוונטית לענייננו הינה חובתו של בית הדין הרבני לפסוק על פי טובת הילד. חובה זו נלמדת בראש ובראשונה מסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות, התשכ"ב-1962 (להלן: חוק הכשרות). לפיו בשעה שנדרש בית המשפט להכריע בענייני אפטרופוסות, הוא מצווה לקבוע "כפי שיראה לו לטובת הקטין". סעיף 79 לחוק הכשרות קובע כי חובה זו מוטלת אף על כתפי בתי הדין הדתיים כאשר הם דנים בעניינים הנמצאים בתחומי סמכותם. עקרון טובת הילד מצא את ביטויו אף בהוראות נורמטיביות נוספות (ראו למשל: סעיף 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951 וסעיף 3 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד משנת 1989 אשר אושררה בישראל), והוא הוכר כשיקול מכריע ובלעדי בשורה ארוכה של פסקי דין".

סיכומו של דבר, השיג והשיח המשפטי בבירור תביעה למשמורת הילדים או לקביעת הסדרי ביקוריהם אצל ההורה שאינו משמורן, נסוב סביב בירור טובת הילדים בלבד, ואין מעמידים לדיון ואיזון את זכות ההורה על הילד, או כל זכות אחרת הנטענת בהקשר לקשריו של ההורה עם הילד כמשקל נגד לשיקול של טובת הילד.

על כן בנידון שבפנינו, יש לקבוע שהדיון אינו מתייחס לזכויותיו של התובע כאב או לזכויותיה של הנתבעת כאם, אלא הנושא שבפנינו הוא בירור "טובת הילדים", בנסיבות המיוחדות שבפנינו.

עד כאן חלקו הראשון של פסק הדין, המתייחס לקביעת הבסיס העקרוני. בחלק השני של פסק הדין ביה"ד התייחס למקרה הספציפי שבפנינו, ואין מקומו במסגרת הנוכחית.

אך טעות היא ביד התובע, ויובהר בזאת שהחוק במדינת ישראל אימץ את התפיסה ההלכתית, וכי טובת הילד הוא העיקרון הבלעדי הנלקח בחשבון בעת הדיון המשפטי לקביעת משמורת והסדרי הביקורים, ואין זכר לשיקול של שלטון ההורה על הילד, ואפילו זכויות ההורה על ילדו, אינן באות בחשבון, כל עוד טובת הילד מביאה אותנו למסקנה אחרת.

סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות (התשכ"ב - 1962) קובע - ההורים הם האפטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים. ובסעיף 15 המתייחס לתפקיד ההורים נקבע - "אפטרופוסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו".

ובסעיף 25 לחוק נקבע - "לא באו ההורים לידי הסכם ... או שבאו לידי הסכם אך ההסכם לא בוצע, רשאי בית המשפט לקבוע את העניינים האמורים בסעיף 24 כפי שיראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת".

ובחוק שיווי זכויות האשה התשי"א - 1951 בסעיף 3 נקבעה האפטרופוסות השווה של שני ההורים ולאחר מכן בסעיף קטן ב' נקבע - "אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע בכוחו של בית משפט או בית דין מוסמך, לנהוג בענייני אפטרופוסות על ילדים, הן על גופם והן על רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד".

וכן בפסקי ביהמ"ש העליון קיימת אחידות דעות הדוגלת בתפיסה הנ"ל.

ביהמ"ש העליון הביע דעתו כי בדיני משמורת קטינים עקרון טובת הילד - "עקרון על הוא זה, והוא ניצב כעקרון מנחה בודד בסוגיות משמורת ילדים, מבלי שיישקלו לצדו באופן עצמאי שיקולים אחרים". (בע"מ 27/06 פלוני נ' פלונית תק-על 2006(2), 1055; כן ר' לעניין זה בע"מ 9358/04 פלונית ואח' נ' פלוני תק-על 2005(2), 2893).

בבג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה (1) נקבע כדלהלן -

"...בסכסוך הנסב על מעמדו של קטין, טובתו של הקטין היא עמוד האש היא עמוד הענן שיוליכנו הדרך" (בעמ' 460). "כך ככלל, לא-כל-שכן שהכרעה בטובת הילד הינה, על

סימן מג

אשה נשואה שזכתה במפעל הפיס, כיצד יחולקו כספי הזכיה

משנה. הגירושין סודרו לאחר שהבעל תבע להתגרש, התקיימו דיונים בתביעתו, ולבסוף התביעה התקבלה והאשה חוייבה בגירושין. עלת חיוב הגירושין היתה עקב העדר רצונם של שני הצדדים, לרבות הנתבעת, בשלום בית.

המקרה הנידון

בני הזוג נישאו בחו"ק בשנת תשל"ה (1975) ולהם ארבעה ילדים, כולם בוגרים. בני הזוג התגרשו לפני פחות

ד"ה כסף ובר"ן שם, ובספר מחנה אפרים הלכות שלוחין סי' ט"ו.

ועיין בספר דברי גאונים כלל סו סי' ח' שהביא את דברי הבית שלמה ללא חולק, ונראה שהסכים עמו.

מבואר בדברי הבית שלמה, שגם אם רכישת הכרטיס לא נעשתה בשליחות שמעון, מאחר שהכסף הוא בשותפות, גם סכום הזכיה יחולק בין שניהם בחלקים שווים.

וכן בספר אבן ישראל (להגרי"י פ"א ז"ל) העלה כדינו של הבית שלמה, אך מטעם אחר. בספר אבן ישראל חלק ח' סי' סד, דן באדם שקנה כרטיס הגרלה של מוסד צדקה, במעות צדקה של מעשר כספים, ולסוף זכה בהגרלה. וכתב – "לדעתי הרווח שייך למעשר כספים, כי איך יעשה סחורה בפרתו של חברו, עיין ב"מ ל"ד ע"ב, ואף שהיה יכול ליתן את הכספים, במקום שאין מרויחים בהגרלה, מ"מ כיון שקנה בכספי מעשר, הרווח שייך למעשר כספים, כי גם שם בב"מ לא היה צריך להשאיל את הפרה לאחרים, ומכיון שכן השאיל, שייך הכסף לבעל הבהמה".

הגרי"י פ"א ז"ל נקט בפשיטות שסברת "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו", נאמרה גם בנידון כזה, וזאת בהנחה שכספי הזכיה נחשבים כניתנים בתמורה לערך הכרטיס שנרכש, לכן כתב בפשיטות שאם הכרטיס נרכש בכסף של אדם אחר, או מצדקה, אף שלא בשליחות אותו אדם או גובר הצדקה, מלוא כספי הזכיה יהיו שייכים לבעל הממון.

וכן נוטה בספר דרך אמונה הלכות מתנות עניים (פ"ז עמ' קכג בביאור הלכה), שסכום הזכיה במלואו שייך לצדקה, וכן הביא בספר באורח צדקה (פרק ט' עמ' קל"ד) בשם הגר"ש אויערבך ז"ל (בתשובה שהובאה בספר ועלהו לא יבול ח"ב עמ' קט) ובשם הגרי"ש אלישיב שליט"א. וכל זה שלא כדעת האגרות משה חלק או"ח ח"ד סי' עו שבנסיבות מסויימות דן סכום זה כמתנה לרוכש הכרטיס עיי"ש. אך אין מדבריו ראייה לנדון שבפנינו שאנו דנים בדין זכיה ממפעל הפיס. מסתבר שדבריו של האג"מ נאמרו רק ביחס לרכישת כרטיס הגרלה ממוסד צדקה, במקרה כזה יש מקום לקבוע שהזכיה אינה כתוצאה ישירה מרכישת הכרטיס, אלא מלכתחילה רכישת הכרטיס ממוסד הצדקה נתפסת כניתנת צדקה בלבד. ומלבד זאת ובנפרד, הזכיה נחשבת כפרס לנותני הצדקה, אך אינה כתמורה הניתנת כנגד רכישת כרטיס. מסתבר שהאג"מ לא היה כותב דבריו ביחס למפעל הפיס שאינו מוסד צדקה, ושבכל מקרה הזכיה ניתנת באופן ישיר לרוכש הכרטיס מפני שהוציא מכספו לרכישתו, ואין הכרח שיחולק על האמור לעיל, שבעל הכסף הוא בעל הזכיה.

מעמד הכסף שהיה בחשבון הבנק של האשה

הכסף שהיה בזמנו בחשבון הבנק של האשה הצטבר ממשכורת שהאשה צברה מעבודתה.

עפ"י ההלכה מעשי ידי אשה לבעלה, ומאידך, בהעדפה שעל ידי הדחק, כתבו הב"ח הח"מ והב"ש בריש סי' פ' שאם

בתקופת הנישואין היו לבני הזוג חשבונות בנק נפרדים. שניהם עבדו לפרנסתם והכנסתו של כל אחד מהם נכנסה לחשבונו האישי, שניהם יחד הוציאו לצרכי הבית, כל אחד מחשבון הבנק הרשום על שמו. במשך חמש עשרה שנה, האשה היתה מנויה בהוראת קבע למפעל הפיס, באמצעות הוראת קבע של 60 שקל לחודש, וסכום כסף זה יצא מחשבון הבנק שלה. בשנת תשנ"א האשה זכתה בפרס של מיליון וחצי שקל. באותה תקופה בני הזוג חיו בשלום ובשיתוף כלכלי ביניהם. מרביתו של סכום זה נוצל לצרכים שונים, וכן לרכישת חלקת קרקע שנרשמה על שם שני בני הזוג.

כעת עומדת בפני בית הדין שאלת מעמדו של סכום הכסף שנותר מאותה זכיה בפ"ס. האשה טוענת כי מלכתחילה סכום זה במלואו היה שייך לה בלבד, והיא מבקשת להורות על העברת הסכום כולו לרשותה. ואילו הבעל מבקש להחיל על סכום זה את חוק יחסי ממון, ולחלקו ביניהם בחלקים שווים. אמנם אין הוראה מפורשת בחוק המתייחסת לסכומי כסף המתקבלים במסגרת זכיה בפ"ס, אך הבעל צרף אסמכתא משפטית מפסק דין של שופט בימ"ש למשפחה לביסוס טענתו.

מוטל על בית הדין לברר את ההלכה בשאלה זו, כיצד יש לנהוג עפ"י ההלכה בסכום כסף זה של הזכיה בפ"ס שהאשה זכתה בתקופת הנישואין בעת שבני הזוג חיו יחד בשיתוף.

האם יש להתייחס לכספי הזכיה כמתנה שהאשה קבלה עבורה, ואין לבעל זכות בגוף המתנה אלא יחשבו כנכסי מלוג שהבעל אוכל פירות, או שסכום זה יחשב כמעשי ידיה או כמציאתה שהם לבעלה.

דין הזכיה כדין הכסף שממנו נרכש כרטיס ההגרלה

על מנת לקבוע את מעמד סכום הזכיה, עלינו להקדים ולברר מה היה מעמדו של הכסף שממנו נרכש כרטיס ההגרלה או המנוי. וזאת מפני שכספי הזכיה שייכים לאותו אדם שכספו שימש לרכישת הכרטיס. לכן במידה שהכסף שבחשבון הבנק שממנו נרכש המנוי בזמנו, היה בשותפות בין שני בני הזוג, הרי שכתוצאה משותפות זו, קיימת גם שותפות בכספי הזכיה.

קביעה זו התבררה בספר בית שלמה (להג"ר שלמה דרימר ז"ל מסקאלא) חלק חו"מ סי' כא. הבית שלמה דן באותה תשובה כיצד לחלק את כספי הזכיה במקרה שראובן קיבל משמעון סכום כסף לרכישת כרטיס הגרלה, וראובן הוסיף סכום כסף דומה, ורכש את הכרטיס במלוא הסכום.

הבית שלמה קבע שאמנם המוסד המוכר את כרטיסי ההגרלה אינו נותן את סכום הזכיה אלא לאדם המחזיק הכרטיס המציג את הכרטיס בפני המוסד, למרות זאת, היה פשוט לבית שלמה שסכום הזכיה מתחלק בין שניהם. וז"ל הבית שלמה – "נראה, כיון דהזכות באה על ידי המעות שנתן, בכה"ג לכו"ע זכה שמעון במחצה, דאין צריך בזה לדין שליחות דמעותיו זכו לו, ועיין רש"י בקידושין דף כ"ג.

לבעלה. ואם נכנס כתוצאה מהעדפה שעל ידי הדחק, מעמדו כאמור לעיל. אך במקרה שבפנינו נמצא פתרון ללא שיוטל עלינו להכריע במחלוקת הפוסקים בשאלת העדפה שעל ידי הדחק. וזאת על יסוד הודאת בעל דין של שני הצדדים, שסכומי הכסף שנצברו ברשותם הם רכוש משותף, וכי נהגו בעבר, וכן מכאן ולהבא מבקשים לנהוג ברכושם, עפ"י ההוראות הקבועות בחוק יחסי ממון. בכך בפנינו הודאת בעל דין שהכסף שהיה בכל אחד מחשבונות הבנק, היה רכוש משותף. על כן יש לקבוע את זכותו של הבעל במחצית מהכסף שהיה בזמנו בחשבון הבנק של האשה, כשם שלאשה זכות במחצית מהכסף שהיה בחשבון הבנק של הבעל. על כן גם סכום הזכיה אמור להיות מחולק בחלקים שווים, בין השותפים באותו סכום כסף שממנו נרכש הכרטיס.

מעמדו של הסכום שהאשה זכתה בו

אמנם קבענו שהכרטיס נרכש מכסף ששני בני הזוג היו שותפים בו. אך גם עפ"י קביעה זו, לכאורה גם חלק האשה בזכיה, דהיינו המחצית האמורה לעבור אל האשה, תעבור לרשות הבעל, מפני שמחצית זו תחשב כמעשי ידיה או כמציאיה.

במידה שמחצית זו תחשב כמעשה ידיה, סכום זה יעבור לבעלה, ובוה הדבר פשוט אף לשיטת הבי"ח והח"מ והב"ש (אה"ע ריש סי' פ'), מפני שאין "דחק", ברכישת כרטיס פיס.

אמנם נראה שבנד"ד שהזכיה התקבלה כתוצאה ממנוי שבועי המשולם באופן אוטומאטי מחשבון הבנק של האשה, ולא כתוצאה מעבודה, לא יחשב כלל "מעשה ידיים".

אך לכאורה היה מקום לדון ללמוד את דין כספי הזכיה מדין כספי ריבית שהתקבלו אצל האשה כתוצאה מהלוואה. בשני המקרים מדובר בפעולה חד פעמית, שהפיקה רווחים לאחר זמן, ללא כל מאמץ נוסף. ביחס לכסף מסוג זה כתב בתשובת מהרש"ם ח"ד סי' צב שיחשב כמעשה ידי אשה והבעל זכה בהם, גם אליבא דהכרעת הבי"ח הח"מ והב"ש, וח"ל מהרש"ם – "בגוף הדבר שכתב הרשב"א דריוח של רבית אינו בכלל מע"י, צע"ג לדינא. דהא מבואר בב"י אה"ע סי' ק"ס בשם תשובת הרא"ש כלל נ' שכתב וח"ל באותן ג"ח שהיא ניוזנת מעשה ידיה ליבם בכל מה שתרויח בין במלאכה ובסרסורות ובכל דבר וא"י לקנות חפצים ומלבושים במע"י בלא רשות היבם וכו' ע"ש ומבואר דלאו דוקא מע"י של טוית צמר שייך לבעל רק גם ריוח סרסורית וא"כ ה"ה ריוח של ריבית. וכן מוכח מדברי העיטור שהובא בב"י ח"מ סי' קע"ז ... ועיין ברמ"א חו"מ סימן ע"ר ס"ב דמבואר להדיא דגם באשתו שמעלה לה מזונות הוי בכלל מע"י דלבעלה, ונהי די"ל דלא הוי בכלל מע"י רק בכלל מציאיתה, אבל עכ"פ מבואר דשייך לבעל גם מה שהרויחה בסחורה, וא"כ ה"ה ריוח ריבית. וכל האחרונים סתמו שם ולא העירו כלל בזה, ובע"כ דלא דמי להעדפה שע"י הדחק", עכ"ל מהרש"ם.

היא תפסה תוכל לטעון קים לי כדעת הר"ח שפסק שהם לאשה.

וע"ע בחזו"א סי' ע' סק"ה שכתב שאין לזוז מהכרעת השו"ע והרמ"א שגם העדפה שעל ידי הדחק היא לבעל, ועיין מנחת שלמה ח"ג סי' קג אות כב שכתב "משכורת חודשית שאשה מרווחת אין זה חשיב כהעדפה שעל ידי הדחק". עכ"פ בקהילות שקבלו עליהם פסקי מרן הב"י יש מקום להכרעת החזו"א.

אמנם הצדדים ניהלו את ענייניהם בשני חשבונות בנק, ולכל אחד מבני הזוג היה חשבון בנק נפרד על שמו, אבל אין בכך נפקא מינה, מפני שהפרדת חשבונות הבנק נועדה להפריד את הפעולות בשני חשבונות הבנק, אך הם המשיכו לחיות בשיתוף וכל אחד מהם הוציא מחשבונו עבור הוצאות שעליהם סוכם מראש. בנסיבות אלו, אין בהפרדת החשבונות משום אמירת "איני ניוזנת ואיני עושה", מפני שאמירה כזו צריכה להאמר בפירוש, דבר שלא ארע ביניהם. גם אם הבעל נתן לאשתו רשות להוציא מחשבון הבנק שלה עפ"י שיקול דעתה, אין בכך נ"מ. שהרי האשה התפרנסה מהבעל ויחד עמו, ולא היה מצב שהיא פירנסה את עצמה בנפרד מהבעל. על כן הסכמת הבעל להפרדת החשבונות היתה הסכמה לדרך מסויימת של ניהול ההכנסות וההוצאות, אך לא הפרדה מהותית שתהיה בה נפקא מינה להלכה.

בספר שערי דעה ח"ב סי' קצה כתב אודות אשה העוסקת במסחר ומפרנסת את בעלה, שאף שאין בעלה מפרנסה וניזונת ממעשי ידיה, אין לדונה כמי שטוענת "איני ניוזנת ואיני עושה", עד שתאמר כך בפירוש, אך כל עוד לא אמרה כן בפירוש לא מהני גילוי מילתא היוצא ממעשיה. וח"ל – "וכן ברור בעיני דבכה"ג דנ"ד אין מועיל גם כשהיא מגלה דעתה דלא ניחא לה, כגון כשבאה לבית דין לשאול, עד שתאמר בפירוש, לפימ"ש תוס' כתובות דף צ"ז דבמקום שאין רגילות לעשות כן לא מהני גילוי דעת עד שיתנה בהדיא ע"ש, וה"נ ודאי אין רגילות שתעשה כן משום ריוח ביתא".

וכן עולה מדברי הר"ן שהביא בית יוסף סי' פ' שכתב – "וכ"כ הר"ן בפרק אע"פ (כג: ד"ה גמ') וח"ל דוקא בדאמרה איני ניוזנת ואיני עושה, הא אמרה איני עושה בלבד לא אמרינן דמהני ולא יהא בעל חייב לזונה. דהא כי אמרה קונם שאני עושה לפיך, הא קאמרה איני עושה, ואפילו הכי תנן בסמוך שאין צריך להפר, אלמא לא מבטלא תקנה לעולם עד דאמרה בהדיא איני ניוזנת עכ"ל". הרי מבואר שיש צורך באמירה מפורשת "איני ניוזנת ואיני עושה".

וכן בספר ידי דוד סי' סד הביא מדברי הר"ן וכתב על דבריו – "הרי דאפילו גבי דידה נמי צריכה שתאמר בהדיא איני ניוזנת כו'", ותמה על מהרי"ט בתשובה חחו"מ סי' סז שלא היה פשוט לו כן.

לכן אם בזמנו הכסף נכנס לחשבון הבנק של האשה ללא דחק, הוא היה שייך לבעל, מפני שמעשי ידיה של האשה

הגבאים ליתן מתנה זו, אבל מ"מ מן הראוי שבאם גורלו הרויח, יחזיר למעשר הדמים ששילם בעד כרטיס הגורל, וגם המעשר שצריך ליתן מריוח זה לצדקה דלא גרע משאר ריוח ויתן זה למוסד זה, "עכ"ל אגרות משה.

אמנם עיקר עניינה של תשובה זו לברר את השאלה האם ניתן לרכוש את כרטיס ההגרלה של מוסד צדקה מכספי מעשר כספים, ובזה כתב האג"מ לחלק בין מקרה שבו כוונת הרוכש לנסות את מזלו שמא ירויח את הסכום הגדול, מפני שקיים סיכוי שיזכה, ובנסיבות אלו אין כוונת הרוכש להעביר כסף לצדקה אלא לנסות את מזלו. ובין מקרה שרוכש הכרטיס אינו תולה תקוות רציניות שיזכה, ומלכתחילה כוונת רוכש הכרטיס להעביר את דמי הרכישה כתרומה לצדקה, הראויה להעשות מכספי מעשר כספים. אך עכ"פ מתוך בירור שאלה זו עולה, דפשיטא ליה לאג"מ שאם הכרטיס הגרלה יזכה, כספי הזכיה מועברים לזוכה בתורת מתנה, ועכ"פ האג"מ כתב כן להדיא ביחס לסיכויי זכיה בהגרלה מהסוג השני הנידון בדבריו. (ולעיל כבר התייחסנו לנקודה זו בדברי האג"מ שלא זיכה את כספי הזכיה לזכות המעשר כספים).

נראה שאליבא דסברת האג"מ גם כרטיס פיס יחשב ככרטיס מהסוג השני, דהיינו רוכש הכרטיס רוכש את הזכות להכנס לרשימה הנכללת בהגרלה. אך בודאי שאין כל יחס בין ההשקעה ברכישת הכרטיס ובין התוצאה הסופית שמאות אלפים רבים כלל אינם זוכים, אלא רק אחד או בודדים בלבד זוכים בפרס גדול. רכישת כרטיס פיס אינו דומה לרכישת כתובה בטובת הנאה, ששם הקונה יודע שבידו שטר שעליו נקוב סכום מסויים המיועד לגבייה, ושטר זה הוא אפסרא דארעא, והמחזיק בו נחשב כמחזיק בשעבוד לגביית סכום זה, אלא שעדיין קיימים ספקות שמא לא יבוא לידי גבייה, וכתוצאה מספקות אלו השטר נרכש בסכום הנמוך מהערך הנקוב בו. ובמידה שהושלמו התנאים לגביית הכתובה, הקונה יקבל את הכסף כתוצאה מהחזקת שטר הכתובה בידו, שטר המזכה אותו בסכום הנקוב בו. לעומת זאת בכרטיס פיס, אין מקום לראות במחזיק הכרטיס כמי שמחזיק בשטר לגביית הסכום הגדול, גם לא כמחזיק בשטר שיש בו ספקות בסיכוי לגבייתו. על כן בהכרח, שאם עלה הגורל על אותו כרטיס, הכסף אינו ניתן לזוכה כפירעון שטר שבידו, אלא כמענק ומתנה למי שהכרטיס הזוכה ברשותו.

כפי הנראה גם כוונת האג"מ לחלק בין שני סוגי ההגרלות, רק בכל הנוגע לכוונת הרוכש את כרטיס ההגרלה, האם כוונתו לשלם עבור סיכוי זכיה או כוונתו לצדקה, מאחר שהרוכש אינו רואה את הרכישה כחלק ממסחר בעל סיכוי. אך ביחס לזיקה שבין המוסד לזוכה שעלה בגורל, נראה שהגדרת האג"מ הרואה את העברת הכסף לזוכה כמענק ומתנה, נאמרה על שני סוגי ההגרלות. גם ביחס לסוג הראשון, ההשוואה לכתובה בטובת הנאה היא רק להבהיר את כוונת הרוכש, אך מבחינת החיוב

על כן נראה שאם נדון את הזכיה בפיס כרווחים המופקים מסחורה, או ככסף שהתקבל כתוצאה מהלוואה בריבית, הבעל זוכה בסכום הזכיה במלואו, זכיותו בחלק האשה היא מפני שחלק זה יחשב מעשי ידי אשה לבעלה, מעשי ידיה שלא הושגו על ידי דחק, (ואף ביחס למעשי ידיה ע"י הדחק כתבנו לעיל את דינם).

אך נראה שאין להתייחס לזכיה זו כסוג מסויים של סחורה, אלא כמענק הניתן למי שעלה בגורל. וזאת מפני שלכל אדם ברור, שאין ברכישת כרטיס פיס סוג של סחורה. אלא רכישה זו נכנסת למסגרת של הימור עם סכויי זכיה מזעריים ביותר.

בכל סחורה קיים יחס מסויים בין ההשקעה לרווח, יחס המאפשר לראות ברווחים כפירות שהופקו מהסחורה. משא"כ בנד"ד שאין כל יחס בין ההשקעה לתוצאה במקרה של זכיה, אין זה אלא מענק, שדינו כמתנה לזוכה.

ואמנם ראיתי שכן התייחסו לזכיה זו בכמה מגדולי פוסקי זמנינו.

בספר אגרות משה אורח חיים חלק ד' סי' עו דן בשאלת רכישת כרטיס הגרלה ממעות מעשר כספים, וכתב - "והא דהגרלה דנעשית ממוסד צדקה אם רשאים לקנות כרטיסי הגרלה מכספי מעשר. הנה בעצם תלוי איזה מין הגרלה הוא. אם יש לזה שיוי ממון או אין להם שום שיוי. היינו דהגרלה שיש לה קצבה להכרטיסים כגון שלהרויח אלף דולאר עושין למשל רק חמשה אלפים כרטיסים שנמצא שהוא ספק ידוע דאחד מחמשת אלפים ירויח ושייך לשום כמה שוה ספק זה דאחד מחמשת אלפים ירויח סך אלף דולאר והוא כדמצינו בגמ' (מכות ג' ע"א) מכירה דטובת הנאה בכתובה שנישום לפי סך הכתובה ואיכות הספק דמיתה וגירושין שתלוי בבריאות הבעל והאשה ובאופן חייהם אם בשלום גמור או כשאיכא לפעמים קטטה ואם יש נכסים להבעל, וכן כל מכירת שטר שלבד ענין המתנת הזמן איכא ספק קצת לפי מצב הלוח בנכסים ולפי נאמנותו, וכן הוא שייך שומא לשיוי שומת ספק זה בקטנו וגדלו. ואיכא הגרלה דאין לה קצבה כגון שמוסד הצדקה מוכרת כרטיסים בלא מספר ומוכרים כפי שיוכלו למכור משך זמן גדול שאפשר שיהיו אף עשרת אלפים וגם כמה עשרות אלפים לא שייך לשום שיוי ספק כזה שא"כ אין לספק כזה שום שיוי, שלכן אם הוא הגרלה דיש לה שיוי, והשיוי שהעמידו הגבאים אינו גדול ביותר שייך שיקנו אף אינשי שאין בכוונתם לצדקה צריך שיקנה ממעות שלו, ואם הוא הגרלה דאין לה שיוי הרי כל מי שלוקח הוא לנתינת צדקה ויכול ליקח זה ממעות מעשר. ואם נודמן לאחד שגורלו הרויח, מעצם הדין הוא שלו, דהא כיון שאין להספק ענין שיווי, הוא בהכרח מה שעושין כן הוא למתנה לאחד מהנותנין, משום הזריזות לקנות כרטיסי הגרלה לצדקה, שעייז הדרך שמוכרין הרבה יותר ונתקבץ לצדקה הרבה יותר מכפי שמבקשין שיתנו צדקה, ואיכא רוחא לצדקה עייז. שלכן הרשות ביד

והו"ל הניח מעותיו על קרן הצבי, אלא כיון שכל מי שקונה מספר מהמספרים של החברה נקרא לוט"א יש לו זכות לקבל מתנה שלהם לפי ההגדרה שיצא אח"כ, ולאחר הגרלה שיוצאים כמה מספרים מי שקנה המספר (הנומער) הידוע מקבל כך וכך כסף במתנה. א"כ לכאורה הנותן כסף וקונה לעצמו מספר הרי בקבלת הכרטיס עם המספר שלו, קבל כבר את שלו דהיינו המספר שהוא קנה הכרטיס והמספר בממונו, אלא שיש לו עוד זכות לכל מי שיש לו מספר מהמספרים שלהם המסויימים שנכנס בקלפי של הגרלה וכשמוציאין המספר שהחליטו עליו ומכריזין על המספר אז רואין איזה מספר עולה בגורל, וכל מי שיש לו המספר זה הוא המוצלח ומקבל מתנה של המפעל או הלוט"א. אלא דלפ"ז נמצא דהמספר שקונה אותו זה מה שקבל הוא שקנה בכספו ואין זה אסמכתא כלל שהמספר שקנה שלו הוא והוא יכול להעבירו למי שרוצה והכסף של הגרלה הוא מתנה שנותנין למי שיש לו מספר ידוע, ותלוי שוב במזל שלו אם יצא או לא יצא המספר שלו. כנלפענ"ד לישב מנהג העולם שנהגו בהגרלות, ומיהו לענין מו"מ אין לזה דין של מסחר כלל, עכ"ל.

הרי מבואר שגם בספר משנה הלכות נקט בפשיטות שאין להתייחס לרכישת כרטיס פיס כסוג של סחורה, אלא יש להתייחס אל הזוכה כמקבל מתנה, מתנה המיועדת למי שעלה בגורלו המספר הזוכה.

האם מתנה מסוג זה של זכיה בפיס שייכת לאשה

לאחר שקבענו לדון את סכום הכסף שהתקבל ממפעל הפיס כמתנה הניתנת ישירות לזוכה, יש מקום לדון מה דינה של זכיה מסוג זה הניתנת לאשה נשואה.

נראה שאם הכרטיס נקנה מכסף השייך לאשה בלבד, אין ספק שהזכיה במלואה שייכת לה, ודינה כמתנה שאדם אחר נתן לאשה, שהמתנה במלואה שייכת לאשה והבעל אוכל מפירות המתנה, כדין פירות נכסי מלוג. וכשמחצית מהכסף שהושקע ברכישת הכרטיס שייך לאשה, מחצית הזכיה בלבד שייכת שלה, ובעלה אינו זוכה במחצית זו.

בירושלמי במסכת כתובות בתחילת פרק ששי (פרק מציאת האשה) נאמרו שני טעמים שתקנו מציאת האשה לבעלה – "אמר רבי חגיי מפני קטטה. רבי יוסי לא אמר כן, אלא שלא תהא מברחת משל בעלה ואומרת מציאה מצאתי. הגע עצמך שנתן לה אחר מתנה, קול יוצא למתנה ואין קול יוצא למציאה".

ובחידושי הרשב"א במסכת בבא בתרא דף נא. הביא את דברי רבי יוסי בירושלמי, וכתב – "שמעינן מינה, דמן הדין יכולה היתה לומר מציאה מצאתי, ולא היה לבעל בהן אלא אכילת פירות בלבד. אלא שחשו לה חכמים, ותקנו שתהא אף גוף מציאתה לבעל. אבל במתנה לא תקנו, שקול יוצא למתנה ואינה מעיזה פניה לומר ניתנו לי במתנה ומשקרא אלמא נאמנת היא בכך".

המשפטי שבין המוסד לזוכה, בשני המקרים אין כאן פירעון שטר, אלא מענק ומתנה למי שעלה שמספר כרטיסו עלה בגורל, או לבעל הממון שממנו נרכש הכרטיס לדעת הפוסקים שהובאו לעיל.

וכן כתב בשו"ת משנה הלכות שיש להתייחס להעברת הכסף לזוכה, כמתנה למי שעלה בגורל, ולהלן שתי תשובות העוסקות בשאלת קניית כרטיס הגרלה בחוה"מ. בתשובתו בחלק טו סי' קעה כתב – "בנדון מי שרוצה ליקח לאטאר"י בלע"ז בחוה"מ ... ושוב רצה לדמותו יותר למציאה שאמרו שם בס"ו דאסור לטרוח ולחפש עליה אם לא שיהיו ראויים לאכול במועד, וכתב המ"ב סקכ"ד דרק במו"מ שחיי אדם ופרנסתו תלוי בו ודעתם ע"ז תמיד חשיב פסידא, משא"כ במציאה דהיא רק רווחא בעלמא, וקנית לוט"א לכאורה דומה למציאה להא דינא.

ולפענ"ד לא דמי קניית לוט"א למציאה, דמציאה אינו מפסיד שום כסף כשהולך לחפש אחר מציאה אבל לוט"א הוא משלם כסף לקנות הלוט"א וכל שמשלם כסף אינו דומה למציאה שבה מן ההפקר ובחנם. ולכן אין בו משום פרנסה שהרי אין האדם מסתמך על המציאות, אבל הקונה לוט"א הרי הוא מטריח לילך ולקנות הלוט"א ומקוה שיקנה המספר הראוי להרויח מהלוט"א ... אלא שלעיקר הדין לפענ"ד אין לקניית לוט"א דין של מו"מ או סחורה וכיוצא בזה. דמו"מ או סחורה הוא שאדם לוקח חפץ ומוכרו לאחרים ומרויח בזה או מפסיד והאיסור דמו"מ משום טירחא או שמא יכתוב ... וכל זה בסחורה ומו"מ, אבל נדון דידן הוא הגרלה הנקרא לוט"א אינו נופל תחת דין של מו"מ אלא יש לו דין של מין הגרלה, ונופל בדין המשחק בקוביא אלא שכה"ג הוא פחות ממשחק בקוביא, דמשחק בקוביא עכ"פ יש לו סמך על מה לסמוך שירוויח וכן בהגרלה שיש שיווי משקל חצי וחצי וכיוצא בו ועכ"פ כל אחד סומך דעתו אולי הוא יצא עליו הגורל. אבל כאן הקונה כמעט מתיימשך מיד מהמספר שקנה והרבה אנשים אפילו אינם פותחים את המספר לראות לאחר ההגרלה אם הם מהזוכים, והקונה אותו הוא מין געמבלינג בלע"ז, וגם לא דמי לסטאק"ס שהתם נמי מין מסחר הוא ואיכא לוקח ומוכר, ולכן תלוי בתנאי הסטאק"ס וגם בתנאי מו"מ דחוה"מ, לא כן הלוט"א לפענ"ד שאין נכנס באיסור סחורה ולא נאסר מחז"ל הגרלה כזו כנלפענ"ד, עכ"ל.

ובתשובת משנה הלכות, שם בסי' קעו, הוסיף עוד בעניין זה – "ואמת אגיד כי איננו בקי במפעל הפיס בא"י, אבל הלאט"ו פה לכאורה הוא כך שיש חברה בשם כך וכך שהחליטו למכור מספרים וכל המספר שלהם מוכרים בכך וכך, אלא שכדאי להיות קונים המספרים אלו שאין להם שויות כלל החליטו שאם יאספו כך וכך כסף במכירת המספרים הנ"ל יתנו מתנה גדולה של המון כסף לכמה מלוקחי מספרים כפי המספר שיצא בגורל. ומד"ט יש כמה אינשי לוקחים מספרים נומערין בלע"ז ומשלמין כסף עבור הנומערין אף שאינו מקבל כלום מהמספר בשעה שקונהו

ובשטמ"ק במסכת כתובות בתחילת פרק מציאת האשה כתב בלשון זו – "הלכך להכי פריש להדיא ירושתה לומר דאפילו ירושתה דדמיא למציאה טפי, אין לבעל בה אלא אכילת פירות והקרן שלה דאילו מתנה פשיטא דלדידה אקני לה ולא לבעלה".

הרי מבואר מדברי התוספות רי"ד והשטמ"ק שבכל מקרה שבו דעת אחרת מקנה את הכסף לאשה, הדין פשוט שאין בעלה זוכה בסכומים אלו, מפני שמתחשבים בדעת המקנה שהקנה רק לאשה ולא לבעל. ורק במציאה שאין דעת אחרת מקנה והיא הגביהה וזכתה בה בעצמה, תקנו שתהיה לבעל. וכן המאירי בבית הבחירה למסכת קידושין דף כג. כתב לחלוק על שיטת רש"י וכתב – "אלא שמכל מקום גדולי המפרשים נסמכים לומר שהיא כירושה, ומצד שהמתנה כעין מקח הוא ומאחר שבירושה הבאה מאליה אין לו אלא פירות, כל שכן במתנה שהיא כעין מקח וכמו שאמרו אי לאו דהוה ליה הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה. ועוד לדידה אקני לדידה לא אקני, ודיינו שזוכהו בפירות מצד שהם גדלים ברשותו, שכל הבא מזה אחר על כל פנים צריך לירד לדעת הנותן, ודיינו אם מעבירין דעתו מן הפירות מצד שגדלים ברשותו".

וכעין זה כתב בספר תשובות חכמי פרוניציה סי' לג בתשובת ה"ר אברהם ב"ר יצחק ז"ל בלשון זו – "דהא ירושה קנין אשה היא וממילא היא כמציאה, ואפילו הכי אין לו אלא פירות, וכ"ש מתנה דדמיא למקח ולממכר בכל מקום, דאי לאו דהוה ליה הנאה מיניה לא הוה יהיב לה מתנה. ועוד דהאי גברא דאקני לה לדידה אקני לה לדידה לא אקני ליה, מיהו פירי דברשותיה רבו זכי בהו, אבל גופא דארעא דאיהו אקני לה לא זכי בה".

הרי שעל פי סברת התוס' רי"ד המאירי והרב אברהם ב"ר יצחק ז"ל, מאחר שמפעל הפיס זוכה את סכום הזכיה לאשה בלבד, הכל שייך לה בלבד, ואינו דומה למציאה שאינה באה מכח "דעת אחרת מקנה".

הבית שמואל אה"ע סי' פה ס"ק יב כתב – "או שניתנו לה במתנה, כן הוא בירושלמי. אע"ג מציאה שלו לגמרי, התם חיישינן שלא תהא אשה מברחת ותאמר מציאה מצאתי, משא"כ מתנה קול יוצא במתנה. ועיין הג"א ר"פ מציאת האשה, היינו למ"ד שם בירושלמי האומר מציאתה לבעל מטעם הנ"ל. ולת"ק שם הטעם משום קטטה היינו איבה, צ"ל במתנה לא חיישינן לאיבה, כיון דהנותן אין רצונו ליתן לו".

הרי שמצינו שתי דיעות בירושלמי בביאור התקנה שתקנו מציאת האשה לבעלה. דעה אחת סוברת שתקנו משום קטטה, ודעה שניה סוברת שתקנו כדי שלא תגנוב מבעלה ותאמר מציאה מצאתי.

לפי שתי הדיעות, מתנה שקיבלה מאחר, לרבות ממפעל הפיס תהיה שלה, ואין לחוש משום קטטה, מפני שהמקנה מבקש להקנות לה בלבד, ולכן אין לחוש לקטטה, וכן אין לומר שכשם שתיקנו מציאת אשה לבעלה מאותו טעם

ולפי זה, ק"ו שדין זכיה בפיס כדין מתנה, שהרי בודאי קול יוצא לזכיה כזו, ולכל זכיה כזו קיימת אסמכתא, ולעולם לא תוכל ליטול מנכסי בעלה ולטעון טענת זכיה בהגרלה. ומכיון שאין מקום לתקנה, חזרנו לעיקר הדין שהזכיה שייכת לאשה.

אמנם שיטת רש"י במסכת סנהדרין דף עא. שמתנה שניתנה לאשה דינה כמציאה השייכת לבעל. עיי"ש ברש"י (ד"ה על מנת שאין לבעלך רשות) שכתב דמתנה לא גרע ממציאה.

וכפי הנראה, סברת רש"י היא שכשם שמציאת אשה לבעלה משום איבה, מהאי טעמא אין לחלק בין מציאה למתנה, ובשניהם אם תזכה בהם לעצמה, יש לחוש לאיבה, מפני שהבעל מפרנס אותה והיא תזכה לעצמה במציאה ובמתנה.

אך כל הראשונים נחלקו על רש"י וכתבו לחלק בין מציאה למתנה, ומתוך דבריהם נלמד לנידון דידן, שסכום הזכיה יחשב כמתנה ולא כמציאה.

התוספות במסכת קידושין דף כד. (ד"ה ורבי) כתבו להוכיח שהאשה זוכה לעצמה במתנה מדברי רב יוסי בירושלמי הנוכר, וז"ל התוס' – "אע"ג דמציאת האשה לבעלה לגמרי, אין לדמות מציאה למתנה. וכן משמע בירושלמי דכתובות פרק מציאת האשה, דקאמר התם מפני מה מציאת האשה לבעלה, שמא תגנוב וזהובים ותאמר מציאה מצאתי, ופריך הגע עצמך מתנה, כלומר במתנה עצמה ניחוש להא שמא תגנוב ותאמר נתנו לי מתנה, ומשני מתנה יש לה קול, ואי במתנה הוי הגוף נמי לבעל, מה היתה מרווחת לומר ניתנו לי במתנה, אלא ש"מ דבמתנה שנתנו לה אחרים אין לבעל אלא פירות אבל הגוף לאשה".

ובספר יד רמ"ה עמ"ס סנהדרין דף עא. כתב – "ורבינו שלמה פרש דאי אמר ליה הכי, זכי בה בעל דלא עדיף ממציאה. ולא דייק, דהא ודאי אי איכא לדמויי לנכסי מלוג הוא דאיכא לדמוייה, דהא אידי ואידי מכח אחר קאתו לה, לאפוקי מציאה דלאו מכח אחר קאתיא, והיא גופה תקנתא דרבנן היא, הכי דלא תהוי להו איבה, ומאי דתקון תקון ומאי דלא תקון לא תקון".

לפי דרכו של הרמ"ה נאמר שתקנו רק במציאה, אך לא ביחס לכספי זכיה בפיס, "מאי דלא תקון לא תקון".

וכן בתוספות רי"ד במסכת קידושין דף כד. חלק על שיטת רש"י וכתב – "משמע מפתרון המורה, שהבעל זוכה במתנתה זכיה גמורה להיות שלו לחלוטנית, כמו מעשה ידיה ומציאתה שהם הכל שלו, ולא כנכסים שנפלה לה בירושה שהן נכסי מלוג שאין לו לבעל בהם אלא אכילת פירות בלבד, ודין הבעל והרב שוין בזה. וכל דבריו נראו לי קשין ביותר ... שזה הוא רחוק מן הדעת מאד שיזכה הבעל במתנה שניתנה לאשתו לגמרי יותר ממה שזוכה בנכסים שנפלו לה בירושה הבאה מאליה ואין שם דעת אחרת המקנה אותה".

שירצה, הלכך אף הגבהת המציאה בכלל מלאכות בעל הבית היא". אבל מתנה שבן גדול הסמוך על שלחן אביו מקבל הרי היא שלו כמבואר ברמ"א סי' ע"ר ס"ב, ורק בבנו קטן היא של אביו, שאינו ראוי לשמור את מתנתו.

מסקנת הדברים - דין הזכיה כדין מתנה. לכן אשה נשואה שזכתה במפעל הפיס באמצעות מנוי או כרטיס הגרלה שנרכש מכספה, הזכיה במלואה שייכת לאשה, ולבעל יש זכות בפירות זכיה זו, אך לא בגוף הזכיה. לכן אם מחצית מהכסף שממנו נרכש הכרטיס היה שלה, כבנידון שבפנינו, היא זוכה במחצית מכספי הזכיה.

חוק יחסי ממון

הצדדים הביעו הסכמה שרכושם יחולק בהתאם לחוק יחסי ממון. אך בחוק זה אין התייחסות מפורשת לסכומי כסף המתקבלים מזכיה בפיס.

האסמכתא המשפטית שהוצגה מערכאה נמוכה, אינה אלא דעת אותו שופט שדן בנידון זה אך אינה מחייבת שכך יש לפרש את החוק, ולמעשה אין התייחסות בחוק לנושא זה של כספי זכיה. ולכן מבחינת החוק ניתן לסווג שאלה זו כשאלה משפטית הטעונה הכרעה שאין לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, ואז, על פי הוראות סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם - 1980, על בית המשפט להכריע בה "לאור עקרונות החירות, הצדק, הישר והשלום של מורשת ישראל".

לכן מאחר שבתוך מערכת החוקים האזרחית אין תשובה לשאלה דנו, גם לא בדרך של היקש, על כן מאחר שעפ"י ההלכה סכום זה נחשב כמתנה לזוכה בו, יש לקבוע שגם החוק יתייחס לסכומים אלו כמתנה הניתנת ישירות לרוכש הכרטיס, וכשהכרטיס נרכש מכסף של שני שותפים, וכפי שהדבר בנד"ד, הזכיה תחולק בשווה בין הצדדים.

מסקנת הדברים

סכום הזכיה שייך לאותו אדם שמכספו נרכש הכרטיס או המנוי. על כן אם הבעל רכש את הכרטיס מכספו בלבד, הזכיה במלואה תהיה שלו, ואם האשה רכשה את הכרטיס מכספה בלבד סכום הזכיה במלואו יהיה שלה, והבעל רק אוכל פירות.

בנידון שבפנינו, אמנם מעיקר הדין הכסף שבחשבון הבנק של האשה היה שייך לבעל במלואו כדין מעשה ידי האשה לבעלה, אך מאחר שהבעל קיבל על עצמו את הוראות חוק יחסי ממון, בכך קיימת הודאת בעל דין של הבעל שהכסף שבחשבון הבנק של האשה היה רכוש משותף, על כן גם כספי הזכיה יחולקו בין שני הצדדים בחלקים שווים.

יתקנו שסכום הזכיה לבעלה מציאתה לבעלה, מפני שיוצא קול לזכיה כזו יותר מאשר יוצא למתנה, לעומת מציאה שאין קול למציאה.

לכן לפי שני טעמים אלו, גם זכיה במפעל הפיס תהיה כמתנה השייכת לאשה בלבד, והבעל זוכה בפירות נכסי מלוג.

וע"ע באגרות משה חלק אה"ע ח"א סי' קג שכתב בפשיטות שסכומי כסף שהאשה קבלה מהממשלה הגרמנית במסגרת השילומים לניצולי השואה יחשבו ככספי מתנה, ולא עלה על דעתו לדונם כמציאה.

ועיין בספר שאלו לברוך (לג"ר ברוך אברהם טולידאנו ממכנס - מרוקו) חלק אה"ע סי' רסז שסבר לדון כספי זכיה כזו כמעשי ידיה או כמציאה, ולא העלה את האפשרות שיחשבו כמתנה, אך דבריו אינם נראים. לעיל התבאר באריכות הטעם שאין מקום לדון את סכום הזכיה כמציאה. אך גם לא יחשב כמעשי ידה, מאחר שסכום הכסף אינו מתקבל כשכר עבודה, אלא כמענק כספי גבוה לאדם שהכרטיס שבידו עלה בגורל, ובודאי שסכום זה אינו משולם עבור העמל שברכישת הכרטיס וכיוצ"ב.

וכן ראיתי בשו"ת פרי השדה (להג"ר אלעזר דייטש ז"ל) ח"ב סי' יג שנשאל בדין בן הסמוך על שלחן אביו שזכה בכרטיס הגרלה והאב טוען שהזכיה שלו כדין מציאת הבן לאביו, והשיב - "הנה להלכה קיי"ל בחו"מ סי' ע"ר דהא דאמרינן במסכת ב"מ י"ב מציאת בנו לאביו ... ופשיטא מילתא דריוח מקלאססען לאאז (מכרטיס הגרלה) הוי ג"כ כמציאה. דאפילו מי שקונה סחורה בזול יש לו דין מציאה, כמבואר בפת"ש חו"מ שם בשם שו"ת חוט השני. והטעם דמציאתו לאביו הוא משום איבה, ועי"ש בבאה"ט דהוא מצד היורש כיון שאין מחוייב לפרנסו רק עד שש שנים ראו חז"ל מצד היורש לשלם טוב לעושי טוב עי"ש. והא דקיי"ל אם חבלו בו אחרים דאפילו השבת מגיע לבנו אע"ג שהוא סמוך על שלחן אביו, דלא זכה האב, דלא קפיד במידי דאתא מעלמא כמבואר בשו"ע חו"מ סי' תכ"ד סעיף ז' (והוא מגמרא מסכת ב"ק פ"ז ע"ב), היינו דוקא משום דמ"מ אתא ליה מעלמא ע"י צער, משא"כ במידי דאתא מעלמא שלא על ידי צער ודאי זוכה בו האב כשאר מציאות, דהא כל מציאות אתא ליה מעלמא, וא"כ היה הדין פשוט בנד"ד דהאב זכה".

לפי האמור לעיל צ"ע בדבריו שכתב בפשיטות "במידי דאתא מעלמא שלא על ידי צער ודאי זוכה בו האב כשאר מציאות, דהא כל מציאות אתא ליה מעלמא". שהרי בירושלמי בפרק מציאת האשה מבואר שמציאת בנו ובתו הקטנים הם של האב מפני "שהוא יכול לשנותן למלאכה אחרת", ובאר קרבן העדה "שיכול לשנותן לכל מלאכה

סימן מד

חלוקת רכוש בין בני זוג

אייר תשנ"ה

רשאי להחכיר לו לבדו את הקרקע מכיון שלפי תקנות האגודה של אותו מושב, רק זוגות נשואים יכולים להתקבל כחברים, ממילא הקנאת הקרקע בחכירה נעשתה מטעם מנהל מקרקעי ישראל עבור שניהם בחלקים שוים. על כן יש לקבוע כי הרישום בחוזה משקף את הבעלות האמיתית.

נוסף על כך, מקובל בין הסוחרים ובין העוסקים בנושא הנדל"ן כי הרישום במינהל מקרקעי ישראל נחשב כשוה ערך לרישום בטאבו לענין התוקף הקנייני שיש לרישום זה ודינו כקנין סיטומתא. ובכך המגרש שנרשם על שם שניהם אכן קנוי לשניהם. וע"ע בספר ישועות ישראל סי' סב סק"ב בסופו שכתב שאם הבעל ציוה לרשום את הנכס בערכאות על שם שניהם הוא שייך לשניהם, וכן פסק בספר דברי מלכיאל חלק ה' סי' רלב, וע"ע בפד"ר ח"ו עמ' 377-384 ובחלק יג עמ' 146. (בהמשך הדברים נתייחס לתביעת הבעל מהאשה לשלם לו את המחיר של חצי הקרקע ששלם עבורה).

לעומת זאת, ביחס לבית שנבנה על המגרש. אמנם מהמסמך שהוצג בבית הדין עולה שכיום כל הנכס במושב רשום על שם שניהם, אך יש להבחין בחילוק עקרוני בין המשמעות ההלכתית של רישום הקרקע למשמעות ההלכתית שיש לרישום הבית.

ביחס לקרקע, החוכר ערך חוזה חכירה עם המינהל וכן רשם את הקרקע על שמו בספרי המינהל, ויש בזה או משום קנין שכירות משותף מהמינהל או משום קנין סיטומתא. ובקנין זה הקרקע הועברה בתנאי חכירה לשני בני הזוג. לעומת זאת, ביחס למבנה שהוקם על המגרש, לא היה שום מעשה של קנין סיטומתא. אמנם אחד מתנאי החכרת הקרקע הוא שעל החוכר לבנות בית על קרקע תוך זמן מסוים. אך עכ"פ, הבית מעולם לא היה שייך למינהל מקרקעי ישראל, ומלכתחילה הבית נבנה כבית של החוכר. על כן יש להסיק כי ביחס לבית, מעולם לא נעשה קנין סיטומתא הקובע שהבית נקנה לשניהם.

לכן ביחס למעמדו של הבית יש לדון כאן במסגרת הדין של "המוציא הוצאות על נכסי אשתו". לאחר שאנו קובעים שמחצית המגרש שייכת לאשה והבעל בנה עליו את הבית, הרי שביחס למחצית הבית יש לדון דין מוציא הוצאות על נכסי אשתו, ולהלן נברר בעז"ה הלכה זו.

דין המוציא הוצאות על נכסי אשתו

שנינו במסכת כתובות דף עט: - "המוציא הוצאות על נכסי אשתו, הוציא הרבה ואכל קימעא, קימעא ואכל הרבה, מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל."

המקרה הנידון

בפני ביה"ד התקיים דיון בין בני זוג בנושא חלוקת הרכוש המשותף. הדיון החל בתביעת הגירושין שהגיש הבעל תבע להתגרש ובתוך דבריו טען שהאשה מרדה בו ובגדה בו. לעומת זאת, האשה מצידה הכחישה את טענת הבגידה. שני הצדדים הודיעו על רצונם בגירושין, והדיונים התמקדו בנושאי הרכוש הכרוכים בתביעת הגירושין.

לאחר שמיעת הטענות ההדדיות עולה, שהנידון העיקרי הטעון בירור הלכתי הוא, מעמדו של הבית המשותף שנבנה במושב שבני הזוג התגוררו. הבית רשום במינהל מקרקעי ישראל על שם שני בני הזוג.

הבעל טען שאת בניית הבית הוא לבדו שילם, משלשה מקורות מימון. ממכירת דירה שהיתה בבעלותו עוד בטרם הנישואין, וכן ממכירת חלקו במפעל שהוא היה שותף בו, וכן מהלוואת משכנתא מבנק למשכנתאות, ההלוואה אמנם ניתנה לשני בני הזוג, אך הוא לבדו שלם את התשלומים החודשיים. האשה תובעת שהבעל יתן גט לאלתר, מאחר ולטענת הבעל היא אסורה עליו, וכן מבקשת לחלק את הבית והמגרש בחלוקה שווה התואמת את הרישום של הנכס במינהל מקרקעי ישראל.

מהמסמכים שהוצגו בבית הדין עולה שהמגרש במושב הוחכר לשני בני הזוג על מנת שיבנו עליו בית מגורים. ויש לדון כיצד יש לחלק את הנכס בעת הגירושין, כשנקודת המוצא היא שהאמת כטענת הבעל, שהוא בכספו שילם עבור המגרש ובנה את הבית, וכמפורט לעיל, טענה שלא הוכחה ע"י האשה.

הבעלות על המגרש והבית

אין חולק שהמגרש שייך לשני בני הזוג, מאחר ובעל המגרש, שהוא מינהל מקרקעי ישראל, החכיר את המגרש לשניהם בשוה, ושניהם מופיעים בחוזה החכירה וברישומים הרשמיים כשותפים שוים בנכס. ואף אם הבעל יוכיח את טענתו שהאשה מרדה בו, אין הענין נוגע לבעלות על המגרש, ואין לדון שהוא נתן לאשה את המגרש במתנה, אלא שניהם קבלו את הקרקע ישירות מהמינהל כשותפים.

הדיון בפוסקים (עיין בש"ך סי' סב סק"ז ועוד) בבעל שכתב את השטר על שם אשתו, אינו רלוואנטי. דשאני התם שהבעל שילם מכספו שלו, ואנו תולים שהוא לבדו קנה את הבית אלא שמטעם כלשהוא רשם השטר על שם האשה. אבל בנידון דידן הבעל בעצמו מודה שהמינהל לא היה

לט שיתכן לבאר הפסד המתנות כחלק מקנס שקנסו במורדת. ועיין בפד"ר חלק יא עמ' 256, שלא יתכן שאשה שזינתה לא הפסידה ומורדת הפסידה, שהרי אשה שזינתה ממילא המרידה עצמה על בעלה בכך שאסרה עצמה עליו, ולמרות שהפסידה כתובתה לא הפסידה מתנות. וע"כ הפסד זה הוא קנס המשמש כחלק מהאיום על המורדת שאם לא תחזור תפסיד גם מתנות שנתן לה, (ועיין בלשון הריטב"א עמ"ס כתובות דף סד. שכתב "מורדת גמורה מפסידה אפילו בלאותיה הקיימים משום קנסא ואע"ג דכי זנתה לא מפסדת להו"). ולכן עכ"פ צריך להתרות בה בטרם תפסיד. וכן מפורש בחידושי הריטב"א עמ"ס כתובות דף סד. שכתב בדין מורדת דמאיס עלי - "האומרת מאיס עלי ... קנסינן לה טפי ממורדת גמורה ואין ממתנינן לה ד' שבתות, אלא מתרין בה ואם לא תחזור בה לאלתר, הפסידה כל כתובתה ומתנה שנתן לה הבעל סתם". מבואר שאין קונסין הקנס של הפסד מתנות אלא לאחר התראה. (וע"ע בתשובות הריטב"א סי' מא שכתב דאע"פ שאין צורך בהכרזה במאיס עלי, אך יש צורך בהתראה. וז"ל - והאומרת מאיס עלי אע"פ שלא הוזכר בה הכרזה לדברי הר"מ במו"ל (הל' אישות פרק יד, הל' ח') וחבריו ז"ל האומרין דיהיב לה גיטא לשעתו התראה ומיביעיא, ואח"כ מגרש וקונסין אותה בכתובתה, ולא לאפוקי שאין כופין אותו לשעתו אלא לאפוקי דלא קיימא ארבע שבתות, ולדבריהם ג"כ אין קונסין אותה עד שיתן לה גט"). לפי זה יש סברא לומר, שגם במקרה שלטענת הבעל האשה מרדה ומיד זינתה וממילא לא הספיקו להתרות בה שתחזור לבעלה, גם כן אינה בכלל הקנס שקנסו למורדת. שהרי לא הספקנו להחיל עליה קנס זה, ולכן דינה לענין הממון כאשה שזינתה ולא כאשה שמרדה, ואין מקום להחזיר מתנות בכה"ג כמבואר בטור סי' צט ובשו"ע ס"ב ובפ"ת ש"ס ק"ז.

וע"ע בפד"ר חלק יא עמ' 254 שפסקו לחלק את הבית הרשום על שני בני הזוג בחלקים שוים למרות שבעל נתן את רוב הכסף לקניית הבעל, ובנידון שם האשה מרדה בבעלה והבעל פתח בתביעה לשלום בית ולבסוף הבין שאין מנוס מגירושין והוסכם על גירושין, וכתבו לדון שלא הפסידה מתנות ובהעדר הכרזה כמורדת אין להוציא ממנה את חלקה, מכיון שדעת הרמ"ה שבטור סי' פה ועוד פוסקים דבלא הכרזה אין מפסידה מתנות, וה"ה הכא, אף אילו הבעל היה תובע שלום בית ולחילופין הכרזה כמורדת, לא הפסידה מתנות כל עוד לא הכריזו עליה. ואמנם רבינו ירוחם נתיב כג חלק ח' אינו סובר כן, וכתב הפסד מתנות בהעדר הכרזה, אך בנקודה זו יתכן שלא לפסוק כמותו כנגד דעת הסוברים דבעינן הכרזה או התראה. או שדברי רבינו ירוחם יתבארו כדעת הסוברים שהפסד מתנות אינו קנס, ואמנם לעיל בסי' לט נטינו כדעת הסוברים שהפסד המתנות אינו קנס אלא מדינא, אך יתכן דהיינו במגרשה מתוך מרדה, אך כאן נראה שמגרשה עקב כך שסרחה.

בתוספות הרי"ד באר דאיירי בכל סוג של הוצאה, כולל בניית בתים. וז"ל התוספות רי"ד - "כגון שהשביח כל הנכסים כגון שגדר את השדה או נטע גפנים ואילנות או בנה בהם בתים". וכן כתבו בחלקת מחוקק סי' פח ס"ק יא ובב"ש ס"ק יא בשם המרדכי דה"ה אפילו בנה פלטרין על גבי קרקע זו של אשתו, נאמרה ההלכה - "מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל", וכן בתשובת הרשב"א ח"א סי' תתקב. ולכן ה"ה בנידון דידן יש לפסוק - מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל.

והנה אם אדם בנה בית על קרקע המשותפת לו ולאשתו ודר בו, יש לדון אם דינו כמי שאכל גרוגרת אחת, או שמא יש לקבוע שהבעל דר רק בחלקו שלו, ואינו נידון כמי שנהנה מאותו חלק השייך לאשתו, ובכך אינו בכלל "אכל".

נראה שלפי המבואר במסכת נדרים בריש פרק השותפין דלר"א בן יעקב דקיי"ל כוותיה, השותפין שנדרו הנאה זה מזה, אף דאמרינן זה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו, מ"מ שניהם אסורים להעמיד ריחים ותנור. והטעם באיסור זה כתב האור זרוע עמ"ס ב"ק סי' קכה - "בכניסה דוקא שהוא משתמש תשמיש ארעי הוא דפליגי ופסקי הלכה כראב"י, אבל בתשמיש קבוע לכו"ע אסורים, כדקתני סיפא ושניהם אסורים להעמיד שם ריחיים ותנור ולגדל תרנגולים, ודירת ראובן נמי תשמיש קבוע וקריו נהנה". ועיי"ש באור זרוע בהמשך דבריו שעדיין הסתפק האם קרוי הנאה לענין שיחשב בשימוש בחלקו של חברו כגברא דעביד למיגר, אך בלא"ה גם האו"ז מסכים שנידון כהנאה. לכן גם בנידון דידן נראה שנחשב כמי שנהנה כגרוגרת, מאחר שמבואר באור זרוע שהסברא באיסור העמדת ריחים ותנור היא מפני שבתשמיש קבוע נחשב כנהנה מחלקו של חברו, וע"ע באור זרוע שם בסוף סי' קכה בתשובת רבי יצחק ב"ר אשר הלוי. (וע"ע בתפארת ישראל על המשניות בפרק השותפין (יכין סק"ה), דלפירושו שלא באר כאור זרוע אינו ענין לנ"ד).

בנידון העומד בפנינו, אין צורך להכריע בשאלה זו, מאחר ושניהם השכירו את הבית ורק הבעל קבל את שכר הדירה, ולא נתן לה חצי משכר הדירה, הרי ודאי שדינו כמי שאכל.

דין "מה שהוציא" וכו' בגירושין מחמת מרידה

הרי"ף שם בסוגיא כתב - "במורדת על בעלה בין אכל בין לא אכל ישבע כמה הוציא ויטול, דלא יהא אלא מתנה שהוא יחייב לה הא אמרינן כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה אדעתא למשקל ולמפיק לא אקני לה". וכן נפסק להלכה בשו"ע סי' פח סעיף ט'.

לכאורה בנידון שלפנינו, אם תתברר טענת הבעל, יש לדונה כמורדת, ויקבל את כל הוצאותיו.

אך יש לדון בנידון שלפנינו שמלכתחילה גם הבעל וגם האשה בקשו להתגרש אלא שלא הצליחו להגיע להסכמה בנושא חלוקת הרכוש, אין לדונה בדין מורדת. עיין לעיל סי'

החצי ... והרי הם בטענות הללו כשני לוויין ביחד". ועיי"ש בקצות החשן סק"ח בשם מהרשד"ם דשכירות הבית ששכרו הבעל ואשתו יש לו דין איש ואשה שלו, ועיי"ש בנתיבות סק"י דדוקא שחתמה עצמה בשטר, וכן העלה בנחל יצחק שם.

לכן בנידון דידן שחתמה עמו על שטר ההלוואה דינם כשנים שלו מאחד ששניהם ערבים זה לזה, וכתב שם בשו"ע סעיף א' - "אם פרע אחד מהם כל החוב חוזר וגובה מחבירו חלקו". אמנם הש"ך בסק"ה כתב שאין זה מוסכם בראשונים, עיי"ש, אך גם הש"ך הסכים למש"כ בשם תשובת הרא"ש שבמקום שלפי תנאי ההלוואה המלוה יכל לגבות את כל החוב ישירות מאחד מהם לא הפסיד מעותיו, ומבאר הרא"ש - "דהא דאמרינן הפורע חובו של חבירו הפסיד מעותיו, היינו היכא דמדעתיה קם ופרע ולא היה מוכרח לכך, דהוי כמו מבריה ארי, אבל היכא דמתחילה נעשו אחראים וערבים זה לזה אין כאן מבריה ארי וצריך חבירו לפרוע חלקו".

ולכן גם בנידון דידן לא הפסיד הבעל מעותיו וחוזר וגובה מהאשה.

וכן יש להוכיח מתשובת הרשב"א ח"ד סי' קיב, וז"ל - "ומה ששאלת בנאמני הקהל שלו מכותי אלף דינרין והכותי משכן בהמות היהודים הדרים בעיר והיהודים פחדו שלא ימותו הבהמות ופדו אותם, והקהל טוענים שאינם חייבים לשלם כי למה פדו אותם ... תשובה ... ואין זה כפורע חובו של חבירו שזהו מוכרח לפרוע מחמתו ומחמת הקהל דכשותפים הם ומחמת כולם לוו וכולם חייבים לשלם, וכן נוהגים בכל מקום". עכ"ל והובא בב"י חו"מ סי' קכח ובש"ך סק"ו.

וה"ה כאן, שני בני הזוג כשותפים שלו לצורך השותפות, ואם הבעל פרע את החוב היינו משום דאם לא היה פורע היה מסולק מהדירה, אבל אינו מפסיד, וכסברת הרשב"א בפדו בעלי הבהמות ושלמו את החוב, ויכול לחזור ולגבות המעות מהאשה.

וכן פסקו בפד"ר ח"ו עמ' 32, (עיי"ש שכתבו הדברים בקיצור ויתכן שדנו כך רק מפני שהבעל מוחזק, אלא שלא הזכירו כלל מהמבואר בסי' עז, אבל לפי המבואר בדברינו יש לפסוק כן בתורת ודאי בהתאם למה שהבאנו מסי' עז). ועיי"ש בפד"ר שכתבו שלא לדון דין פורע חובו של חבירו שלא מדעתו שהפסיד מעותיו רק מיום הגשת התביעה לגירושין, ועד אותו תאריך דנו דמסתמא התכווין לפרוע החוב עבורה על דעת שלא לתבוע ממנה החזר המעות.

ולכאורה דבריהם צ"ע דהרי מבואר בסי' עז דבעל ואשתו שלו דינם כשנים שלו ולא אמרינן בהם דין פורע חובו של חבירו ומסתמא עסקינן בבעל ואשה החיים בשלום, ואפ"ה אין אומרים דמה שפרע עבורה היה בתורת מחילה. אך יתכן דשאני התם שלו הלואה ומלכתחילה היה ברור שהאשה תשלם מחצית החוב מכתובתה, כמבואר בלשון השו"ע, ולכן

ועיינן בחזו"א סי' סט ס"ק יח שכתב לחלק בין דין כתובה ותוספת כתובה, ובין דין מתנות. וכתב - "לענין הלכה, נראה דמתנות מפסדת מיד כיון שמגרשה משום מרדה, וכמפורש ברשב"א ובר"ן ולא מצינו בהדיא מי שחלק עליהם ... והא דמגרשה מיד 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".

לפי דרכו, אמנם הפסד מתנות אינו כקנס שקנסוה בכתובתה, אך אינה מפסידה בעת המרד, אלא כשמגרשה מחמת מרדה, על כן אם חזרה בה לא הפסידה. ולפי זה בנידון דנן שלאחר שמרדה זינתה, והתגרשה מחמת כן. נראה שאף לפי דרכו של החזו"א, דינה כמתגרשת מחמת זנותה שאינה מפסידה מתנות.

מלבד זאת יתכן לומר בנידון דידן, שגם אילו היינו דנים בה דין מורדת שהפסידה מתנות, לא היה מקום להתייחס לחצי הבית שהבעל בנה עבורה כמתנה, מפני שאין הנידון לפנינו בבעל שבנה על קרקע שכולה שייכת לאשה, אלא הקרקע שייכת לשניהם כשותפים, ומלכתחילה היה ברור שהנכס ירשם על שם שניהם מכיון שלפי תקנות האגודה באותו מושב בו התגוררו הצדדים, רק זוג נשוי רשאי להיות חבר באגודה, ורק זוג נשוי רשאי לבנות בית במקום זה. לכן הבעל בנה בית וקבל מהאשה את הסכמתה לבניה זו, והיא חתמה לו על המסמכים הנחוצים, וזו התמורה שהיא נתנה לו כדי שהוא יוכל לבנות את הבית כפי שבקש. ולכן מכיון שהיא נתנה לו תמורה משמעותית ובעלת ערך, ורק בזכות תמורה זו התאפשר לבעל לבצע את המלאכה, אין לראות כאן מתנה ללא תמורה שדינה לחזור במורדת, אלא זוהי מכירה והבעל קבל תשלום מסויים עבור בניית חצי בית לאשה ובנסיבות אלו אין לדון החזר מתנות במורדת.

לכן מכל האמור עולה בבירור שהבית הוא בית משותף שיש לשניהם חלקים שווים בו.

וכמו כן ביחס לתשלום חלקה של האשה במגרש, שהבעל שילם במקומה את חלקה, התשלום נידון בהתאם למבואר, אינו יכול לתבוע תשלום זה בחזרה.

פירעון חוב המשכנתא

ביחס לפירעון חוב המשכנתא שהבעל שילם במקום אשתו, נראה שהאשה צריכה להחזיר לו, ועליה להחזיר לו את מחצית מתשלומי המשכנתא ששלם במשך הזמן.

כפורע חובו של חבירו שלא מדעתו נחלקו הראשונים, ובשו"ע חו"מ סי' קכח ס"א נפסק כדעת רוב הראשונים דהפורע הפסיד מעותיו, וא"כ לכאורה גם בנידון דידן הפסיד מעותיו, ועיי"ש בש"ך סק"ג במסקנתו בבעל חוב דוחק, ובודאי נידון דידן לא גרע מבעל חוב דוחק. אך הכא בנידון דידן לכו"ע לא הפסיד מעותיו. בשו"ע סי' עז ס"י פסק - "איש ואשתו שלו מאחד, היא חייבת לפרוע החצי מכתובתה, ואם הבעל או יורשיו פרעו כל החוב חוזרים ונפרעים ממנה

והנה מבואר בגמרא דלא אמרינן האי דינא אלא כשאכל לפחות גרוגרת אחת דרך כבוד או כדינר גם כשלא אכלה בדרך כבוד. ודין זה צריך ביאור מדוע יש צורך באכילה מועטת זו, שאם השקיע והוציא הוצאות וכוונתו למחול, מה התועלת באכילה מועטת זו.

ועוד צריך ביאור מדוע גם ביורד לנכסים נטושים ושמעו שבו שמת דכתב הרא"ש בב"מ דף לט שדינו של היורד כדין בעל בנכסי אשתו, וצ"ע מדוע הושוו שני דינים אלו.

ונראה שעיקר האי דינא דמה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל, יסודו בכך שהבעל רואה עצמו כמי שיושב לבטח בקרקע ומאחר וכבר אכל מפירות הקרקע הוא מרגיש כבעל הבית המשקיע ומוציא הוצאות בשלו. וכמו שכתב הריטב"א (שהבאנו לעיל) - "אבל בגדולה שצריכה גט לעולם הוא מוחל כשאכל קמעא, דלא שכיח שתתן לאחרים משום איבה, ועדיין הוא מצפה שתמות". דהיינו מאחר והוא סבור שירש את הנכסים הרי שנמצא במקום כבעל בית ומוחל על הוצאותיו.

ולפי זה במקרה בו בני הזוג שרויים בסכסוך וגרים בפירוד וכבר מנהלים מו"מ לגירושין, וברור לבעל שבסיומם של הליכים אלו הם עומדים להתגרש, הרי שזוהי מציאות חדשה, שבה כבר אינו רואה עצמו כמי שמשקיע בקרקע העומדת להשאר אצלו לתקופה ממושכת. וכן פשיטא שאינו רואה עצמו כמי שעשוי לירש אותה. על כן ביחס למציאות כזו, מעיקרא לא נאמרה הלכה זו. ואין זה מכח אומדנא שמסתמא אינו מוחל, כמ"ש הר"ב בארי שם, אלא שביחס למציאות חדשה כזו מעיקרא לא נאמרה הלכה זו של "מה שהוציא" וכו'.

מסקנת הדברים

יש לקבוע שהבית והמגרש שייכים לשני הצדדים בחלקים שווים. אך על האשה להחזיר לבעל את כל ההוצאות שהוציא על הבית מיום שנפרדו באופן סופי, כולל הוצאות החזר חלק האשה בחוב המשכנתא.

אם הבעל פרע את כל החוב, אנו אומדין דעתו שכוונתו לעמוד במה שסיכמו מלכתחילה, וינכו מכתובתה. אבל בחוב משכנתא על דירה שתנאי ההחזר הם שבכל חודש משלמים סכום מסוים, בכה"ג בזוג החי בשלום קיימת אומדנא דמוכח שהבעל פרע את חלקה של האשה בתורת מתנה שלא על מנת לחזור ולגבות מעותיו ממנה, משא"כ לאחר שהחליט על הגירושין ומנהלים מו"מ על הסכם הגירושין אין אומדנא וחזר הדין המבואר בסי' עז, ואין לדונו כפורע חובו של חברו.

דין "מה שהוציא" וכו' בתקופה שבני הזוג חיו בפירוד

חלק מההוצאות שהבעל הוציא נעשו בתקופה בה כבר חיו בפירוד והיו בסכסוך ועקב כך ניהלו מו"מ לגירושין. יש מקום לדון האם דין זה ששינוי במשנה "מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל" מתייחס גם במצב שבני הזוג חיים בפירוד ומנהלים מו"מ לגירושין. עיין בספר שורת הדין חלק ה' עמ' קנה במש"כ הרה"ג ר"ב בארי שליט"א, ומסקנתו לדון דין זה גם כשבני הזוג שרויים בפירוד. אך לאחר העיון נראה שאין דבריו מחוורים.

הריטב"א בסוגיא בכתובות (הובא בשטמ"ק) כתב - "המוציא הוצאות על נכסי אשתו כו' פירוש כל נכסי אשתו בכלל, ואפילו כשאין לו בהם כלום שיש לה רשות למכור ולתת לאחרים. תדע דלא מפיק בגמרא מהאי דינא אלא נכסי קטנה לפי שיכולה לצאת בלא גט וגם לתת נכסיה למי שתרצה, אבל בגדולה שצריכה גט לעולם הוא מוחל כשאכל קמעא דלא שכיח שתתן לאחרים משום איבה ועדיין הוא מצפה שתמות ויירשנה". וכן כתב הנמוקי יוסף (שם).

וכן כתב השטמ"ק במסכת ב"מ דף לט. בשם הרמב"ן הרשב"א והר"ן - "מדין מחילה נגעו בה, כיון שאינו מוציא אלא לרצונו, ואין הנכסים הללו יוצאים מתחת ידו אלא מרצונו, אף הוא אינו יורד בהם לדעת ליטול כאריס".

וכן מוכח מלשון הרי"ף בסוגיא בכתובות שכתב בדין מורדת "דלא יהא אלא מתנה דהוא יהיב לה" וכו'.

סימן מה

זכותו של בעל "מורד" בפירות נכסי מלוג

כח אדר תשס"ד

בנסיבות אלו שהבעל עזב את אשתו ומקיים קשרים עם אשה אחרת יש לדונו כ"מורד" באשתו עם כל ההשלכות הנובעות מכך, והאשה זכאית למזונות עבודה.

במקרה שבפנינו, האשה עובדת ומלכד זאת ברשותה שכר דירה מהשכרת שתי דירות שהתקבלו אצלה בירושה ושייכות לה, אך על פי ההלכה מעמדם כנכסי מלוג, כמבואר בשו"ע אה"ע סי' פה סעיף ז', והבעל זכאי בפירות הנכסים.

המקרה הנידון

הצדדים נשואים שלושים וארבע שנים ולהם שני ילדים בוגרים. בני הזוג גרו יחד עד לפני שנה, הבעל עזב את אשתו ועבר לגור במקום אחר. הבעל תבע להתגרש והאשה תבעה שלום בית ומזונות. הבעל הודה שיצר קשר עם נשים אחרות, ובית הדין קבל את תביעת האשה לשלום בית, לאחר שלא נשמעה עילה לדחות תביעה זו.

לאכילת פירות, והרי מה שקנתה אשה קנה בעלה. הכא נמי חשבינן לה דכוותה ומסתיין דמוסיפין לה אכתובתה, ולא למימרא דתיזבין בהו קרקע והכי מוכח לישנא דמוסיפין לה על כתובתה, וצ"ת."

בר"ן (על הרי"ף) מסכת כתובות פרק אע"פ (דף כו: בדפי הרי"ף) כתב - "גבי דידיה כי הוי מורד שמוסיפין לה ג' דינרין, לאו דיהבינן להו לה לאלתר, ונימא דילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות, אלא מוספין על כתובה קאמר, כלומר שנעשה חוב עליו כשאר סך הכתובה".

ובחי' רבינו קרשקש עמ"ס כתובות דף סג. כתב - "וגבי דידיה הוי מורד שמוסיפין לה ג' דינרין, לאו דיהבינן להו לה לאלתר ליקח בהם קרקע והוא אוכל פירות, אלא מוספין לה על כתובתה דוקא קאמרינן, כלומר שנעשין חוב עליו כשאר ממון הכתובה, והכי דייק לישנא דמוסיפין על כתובתה".

הרי מבואר בדברי הרא"ה הר"ן ורבינו קרשקש, שבמורד עדיין שרירה וקיימת זכות הבעל לפירות נכסי מלוג.

אמנם בספר ציץ אליעזר חלק טז סי' מה, הביא את דברי הר"ן, אך כתב שאין ראייה מהר"ן שהמורד זכאי לפירות נכסי מלוג, וז"ל - "יש לדחות ולומר, דכוונת הר"ן היא, דהיא הנותנת דמשום כך לא יהבינן לה זה באמת לאלתר, מפני דמורד הוא, ולא מן הדין הוא לתת לזה דין נ"מ שילקח בהן קרקע והוא יאכל פירות. אי נמי י"ל דכוונת הר"ן היא דאילו היינו נותנין לה לאלתר אזי מיד שיחזור ממרידתו בה היה הדין נותן שילקח בהן קרקע והוא יאכל פירות מכיון שחזר ממרידתו בה, אבל מכיון שזה נעשה חוב עליו כשאר סך הכתובה, אזי אפילו אם יחזור ממרידתו לא יהא לו בזה זכות פירות", עכ"ל.

אך גם אם ניתן לדחוק פירושו של הציץ אליעזר בדברי הר"ן, הדברים אינם ניתנים להאמר בדברי הרא"ה ומשמעות דבריו, שגם בעת היותו מורד הוא זכאי בפירות.

אך גם לשיטת הסוברים שהבעל המורד זוכה בפירות נכסי מלוג, קיים תנאי נוסף בזכות זו של הבעל. הבעל יוכל לזכות בפירות אלו, בתנאי שהפירות ישמשו ל"רווח ביתא", ככל בעל בעלמא, על כן גם הבעל המורד לא יוכל לקבלם ולהנות בהם מחוץ לבית.

במסכת כתובות דף פ: "הלכתא, בעל שמכר קרקע לפירות, לא עשה ולא כלום ... רבא אמר משום רווח ביתא". וכן פסק בשו"ע אה"ע סי' פה סעיף יז. ופרש רש"י - "משום רווח ביתא, שיכניס הפירות לביתו ויהא מזון הבית מצוי וייתב לה".

ובשיטה מקובצת כתב - "רבינו יהונתן הכהן פירש ... רווח ביתא כלומר שיהו שניהם מתפרנסין בכבוד יחד מן הפירות".

ובמאירי כתב - "בעל שמכר קרקע לפירות לא עשה כלום והיא מבטלת המקח שלא תקנו לו הפירות אלא ליטלם הוא ויהא הבית עומד בשפע והוא הנקרא רווח ביתא".

על כן אף לשיטת הרא"ה וסייעתו, הבעל המורד באשתו יוכל לקבל את הפירות ולזכות בהם רק בתנאי שהם ינוצלו

הבעל תבע לקבל זכויות בחלק מפירות נכסי האשה שאינן נחוצים למוזנותיה ולפרנסתה. השאלה העומדת בפנינו היא, האם גם במקרה זה שהבעל מורד באשתו, הוא יזכה בפירות נכסי מלוג, ויקבל חלק משכר הדירה המשולם לאשה מאותן דירות, ושאינו נחוץ למוזנותיה ולפרנסתה.

זכותו של בעל "שנתן עיניו לגרשה" בפירות נכסי מלוג

במסכת גיטין דף יז. - "איתמר מפני מה תיקנו זמן בגיטין, רבי יוחנן אמר משום בת אחותו, ריש לקיש אמר משום פירות ... ורבי יוחנן מאי טעמא לא אמר כריש לקיש, קסבר יש לבעל פירות עד שעת נתינה".

וכתב הרי"ף - "אבל הכא לענין פירי, בפרקונה תליא מילתא כדאמרינן תיקנו פרקונה תחת פירות, וקי"ל דלא פקע פרקונה מיניה עד דמטי גיטא לידה. הלכך כל כמה דמחייב בפרקונה אית ליה פירי, ושמעת מינה דהלכתא כרבי יוחנן דאמר יש לבעל פירות עד שעת נתינה".

וע"ע בב"י אה"ע סי' קצו שנקטינן להלכה כשיטת רבי יוחנן, וכמו שפסק הרי"ף.

במסכת בבא בתרא דף קמו. - "מעשה באדם אחד שאמר לו אשתו תותרנית היא, ונכנס אחריה לחורבה לבודקה אמר לה ריח צנן אני מריח בגליל אמרה ליה מן יהיב לן מכותבות דיריחו ואכלנא ביה נפל עלה חורבה ומתה. אמרו חכמים הואיל ולא נכנס אחריה אלא לבודקה, מתה אינו יורשה". וכתב הרשב"ם - "מהכא שמעינן שמי שמתה אשתו מתוך קטטה שיש בדעתו לגרשה שוב אינו יורשה, כדאמרינן במסכת גיטין משנתן עיניו לגרשה שוב אין לבעל פירות".

הרי דעת הרשב"ם מבוארת, בעל שנתן עיניו לגרשה אינו זוכה בפירות נכסי מלוג.

אך שאר הראשונים הקשו על הרשב"ם, עיי"ש בתוס'. וכן בחי' הרמב"ן הקשה - "דקיי"ל יש לבעל פירות עד שעת נתינה כר' יוחנן". ובחי' הריטב"א הקשה - "והרי כיון שנתן דעתו לגרשה אינה הלכה, וגם לא נאמרה אלא בגרושה שפסיד פירות משעה שנתן דעתו בכך".

על כן, במקרה שהבעל נתן עיניו לגרש את אשתו, לא פקע חיוב פרקונה ולא זכותו לפירות.

זכותו של בעל "מורד" בפירות נכסי מלוג

יש מקום לומר שדינו של בעל המורד באשתו אינו כבעל המבקש לגרש את אשתו בלבד, ואינו זכאי לפירות נכסי מלוג.

נפתח בדברי רבותינו הראשונים, שנקטו בפשיטות שיש לבעל מורד זכות לפירות נ"מ.

בשיטה מקובצת מסכת כתובות דף סג. הביא מחידושי הרא"ה שכתב בלשון זו - "אע"ג דבדידיה כי הוי מורד, תנן מוסיפין לה על כתובתה ג' דינרין בשבת, ולא יהבינן להו לדידה לאלתר, אלא לתוספת כתובה. התם הוא משום דלא יהיה אלא מתנה דקא יהיב לה אחר, מי לא מיקני לבעל

מנהג בעל, אבל זה שאינו נוהג בה מנהג בעל אינו מן הדין שיירשנה ע"כ.

הרמ"א בשו"ע אה"ע סי' צ' סעיף ה' הביא דעה זו בשם י"א. וכתב על זה בספר בית יעקב - "נראה דס"ל דדוקא בחיוב מדידה לדידיה מפסיד מורד ומדיר דס"ל דדמי למורדת שכתב הב"ש בסי' ע"ז ס"ק טו דהיא מפסדת ולא הוא, ה"נ ס"ל להגה"מ במורד דהוא מפסיד ולא היא דאטו מורד ומדיר כשאין האשה רוצה לכופו על הגט פטור ממזונותיה, א"ו דרק הוא מפסיד חיובא שלו, וכמו כן נראה דאין לו פירות ומ"י ממותר מזונותיה כשהוא מורד דחז"ל לא תקנו מ"י ופירות תחת מזונות ופרקונה רק לבעל ולא להמורד מאישות, וחיובים דידיה לא מפסדת רק כשיכול לומר לה צאי מעשה ידיך למזונותיך או פטור ממזונותיה, אבל חיובא דידיה דהיינו מזונות כשאין לה מעשה ידיה שנתקן מקודם לטובתה א"י לקלקל עכ"ל.

(נציין כי בספרי השו"ע הודפס בטעות המקור להלכה זו ברמ"א - "הגהות מרדכי", ועקב כך כתב הבית יעקב בהמשך דבריו - "ה"נ ס"ל להגה"מ במורד" וכו', אך יש למחוק את המלה "מרדכי" ולהשאיר "הגהות" וכוונתו להגהות הרי"ף - ש"ג בשם ריא"ז).

הבית יעקב פתח דבריו בלשון "נראה דס"ל" וכו', ולכאורה נראה שדבריו נאמרו רק אליבא דשיטת הרי"א"ז שהובא ברמ"א. וכן כתבו בפד"ר ח"א עמ' 101 (בפס"ד של ביה"ד בת"א בהרכב הדיינים א.ל. רביץ ז"ל ד. בורשטיין ז"ל ושב. ורנר ז"ל) שדברי הבית יעקב נאמרו רק אליבא דעת ה"א ברמ"א.

אמנם לפי דרכם קשה מאד מדוע הבית יעקב לא באר דבריו להדיא, שכל דבריו שכתב באריכות, ושהסברא העומדת ביסוד דבריו, אינם להלכה. אבל בציץ אליעזר (שם) ובפד"ר ח"ב עמ' 315, כתב שדברי הבית יעקב נכתבו כהלכה למעשה, ולהלן נוסף ביאור בדברי הבית יעקב.

ועיין בפד"ר ח"א עמ' 243 בפס"ד מהג"ר אליעזר גולדשמידט ז"ל שהעלה לתלות את שאלה זכותו של הבעל המורד בפירות נכסי מלוג במחלוקת הפוסקים האם בעל מורד יורש את אשתו, עיין בחלקת מחוקק סי' צ' ס"ק יז ובב"ש ס"ק כג.

וז"ל הג"ר אליעזר גולדשמידט ז"ל - "מאחר שיש מחלוקת בדבר, ורוב הפוסקים סוברים שלמורד יש פירות, יתכן אמנם שאין הבעל מוציא ממנה מספק, אבל במקרה שהוא המוחזק, כגון בנידון דידן שהאשה באה להוציא ממנו מזונות, אין היא יכולה להוציא נגד דעת רוב הפוסקים, כי כמוחזק הרי הוא טוען טלי מזונותיך מהפירות המגיעים לי ממך, כשיטת רוב הפוסקים הסוברים שלמורד יש פירות".

(במאמר מוסגר נציין כי מש"כ באותו בפס"ד שהאידינא שיש חרם דר"ג לכו"ע המורד לא הפסיד פירות, יסודו בטעות שלא עשה הבחנה בין בעל שנתן עיניו לגרשה, ותו לא, ובין

לרווח ביתא. אך בעל שעזב את ביתו ומורד באשתו, לא יוכל לקבל פירות שיהנה מהם בעת שהוא מחוץ לבית.

וכן כתב בציץ אליעזר חלק ט"ז סי' מה (ונדפס בפד"ר חלק יב עמ' 317). וז"ל בתשובת ציץ אליעזר - "טעמא דתיקנו רבנן פירות לבעל איתא בכתובות דף פ' דהוא משום רווח ביתא .. וכל זה לא שייך להחיל על מורד שאין לבו נתון להיטיב לה וברור שלא ישתדל על ידי כן שתתפרנס יותר בכבוד או שהבית יהא עומד בשפע. ועל אחת כמה שזה לא יקום ולא יהיה במורד כזה העוזב את אשתו לאנחות ועובר לגור בתמידות בבית אחר עם אשה אחרת בלא חוק, כי מורד כזה לבו נתון להחריב את ביתו ומחזר שביתו השני יהא עומד בשפע. דמים גנובים ימתקו. ורבינו יהונתן הרי מדגיש לכתוב שהמגמה היא כדי "שיהו שניהם מתפרנסים בכבוד יחד מן הפירות". ומגמה כזאת ממורד כזה ממנו והלאה ... וא"כ לפי"ז בנידוננו שהמדובר בסוג מורד כזה שבגד באשת נעוריו ועבר לגור במקום אחר ולחיות בתמידות עם אשה אחרת באיסור, מן הדין הוא שאין לו זכות בפירות מנכסי מלוג של אשתו החוקית. והבעל הזה בעצמו גילה את דעתו בטענותיו בביה"ד, שאין לו כל מגמה לרווח ביתא או להיטיב לה, ועל אחת כמה לא שיהיו שניהם מתפרנסים בכבוד, אלא כל מטרתו בתביעתו את זכות מעשי ידיה והפירות היא כדי שעל ידי כן יקוּוּ לו או יפטר והוה לגמרי מחיובו במזונותיה, והיינו שיהא לו ממילא על ידי כן רווח ביתא עם האשה הבלתי חוקית שלו. וא"כ אין זה רווח ביתא אלא "רועץ ביתא", שמבלעדי כן לא יוכל לעמוד בפרנסת שניהם ויאלץ לציית ולחזור לשלום בית עם אשתו. ואו אז יפסק ביתם מלהיות "בית מלא זבחי ריב", ויבוא הרווח ביתא, עכ"ל.

מצינו שיטה בראשונים הסוברת שבעל המורד באשתו אינו יורשה. וז"ל הרי"א"ז (הובא בשלטי הגבורים במסכת כתובות פרק אע"פ דף כב: בדפי הרי"ף) - "וכל המורד על אשתו או המדיר את אשתו, אם מתה אשתו בעוד שהיא במרדו ולא נתפייס עמה, אין בעלה יורשה הואיל ואינו נוהג בה מנהג בעל, כמו שבאר מו"ה בפסקיו".

מו"ה של הרי"א"ז, שהוא זקנו - בעל התוס' רי"ד, כתב דבריו בספר פסקי הרי"ד עמ"ס כתובות פרק אע"פ, הובא בשיטה מקובצת עמ"ס כתובות דף סד., וז"ל השטמ"ק - "וז"ל ה"ר ישעיה מטראני ז"ל: כתב ר"י צוק"ל ולדברי הכל כל מאן דכייפינן ליה לאפוקיה, בין מעיקרא דדינא כדתנן אלו שכופין אותן להוציא ומאי דדמי להון, ובין מעיקר תקנתא, אם מתה לה איתתא מקמי דתפוק מיניה דבעל בגט, בעל ירית לה ולא מפקעא ירושתיה דבעל אלא בגירושין וכן הלכתא. ונ"ל דדוקא המורדת על בעלה, וכן אותן שכופין להוציא, ירית לה בעל. אבל אם הדיר את אשתו, אם הוא מורד בה ואינו רוצה להתפייס עמה, אלא רוצה לגרשה, ומתה אשתו קודם גירושין, אינו מן הדין שיירש אותה. שהרי אינו נוהג בה מנהג בעל, ודוקא בעל יורש את אשתו שהנהיג

בירחון התורני "מוריה" (שנה עשרים גליון ח-ט תמוז תשנ"ה עמ' כד).

בתשובה זו, הגרי"א ז"ל פסק הלכה למעשה שהמורד באשתו אינו זכאי לפירות נכסיה, ומתוך דבריו נדחתה הטענה שדברי הבית יעקב נאמרו אליבא דשיטה אחת שאינה להלכה.

ח"ל הגאון רבי יצחק אלחנן ז"ל - "במורד על אשתו ואינו נוהג עמה מנהג אישות, מבואר באה"ע סי' צ' ס"ה ברמ"א דיש אומרים דאם מתה אינו יורשה. והד"מ שהובא בח"מ שם ס"ק י"ז ובב"ש ס"ק כ"ג ביאר זה, דכיון דאינו נוהג מנהג אישות ולמיפק קאי, ע"כ הפסיד זכותו ואינו יורשה. והב"ש שם כתב דלכאורה נראה דשיטה זו יחידאי היא, וכ"כ הב"ש בסי' ע"ז סק"ו. והיטב דיבר האבני מילואים בסי' ע"ז סק"ה דזה תלוי אי נימא דירושת הבעל דאורייתא, או העיקר כסוברים דאף מורד על אשתו יורשה, דאינה נפקת קורבא דשאר ר' ע"י גירושין גמורים. אכן לסוברים ירושת הבעל דרבנן, אז נראה דבמורד לא תקינו ל' זכות זה, ויפה כתב כי כן נראה מסברא. וחזוין דבמורד ואינו נוהג עמה מנהג אישות, הפסיד זכותו במה שזיכו לו רבנן. וכן ראיתי בספר בית יעקב להגאון מליסא על אה"ע סי' צ' ס"ה שכתב דבמורד על אשתו אין לו זכות אכילת פירות בנכסי אשתו, וכן אין לו זכות במעשה ידיה המותר מהמוזנות, לפי דלא תקנו זה רק להבעל ולא להמורד מאישות ע"ש. וזהו כעין סברת האבני מילואים בביאור שיטת יש סוברים דאינו יורשה כפי שכתב הדרכי משה, דאין סברא דיטול הזכותים מדרבנן והוא יהיה מורד עליה ולא ינהוג מנהגי אישות. על כן ה"ה במה שיש לבעל זכות בנכסי צאן ברזל דזה אינו רק מדרבנן ... במורד אין לו זכות זו, דלא תקנו זה למורד כמ"ש הבית יעקב, עכ"ל.

לפי דרך זו, אמנם מבואר ברא"ה בר"ן וברבינו קרשקש ז"ל, שבעל המורד באשתו זכאי לפירות נכסי מלוג. אך מאחר ושיטת החולקים שהם רבינו ישעיה מטראני והרי"א ז"ל הובאה ברמ"א בשו"ע, הרי שהוכרעה ההלכה, כסברתם שלא תקנו לבעל המורד את הזכויות הנובעות מהנישואין. על כן דברי הבית יעקב נכתבו בסתמא, ולא באר שהגדר שחידש בדבריו אינו להלכה ונכתב רק אליבא דשיטת הסוברים שבעל המורד אינו יורש את אשתו, שלא נפסקה להלכה. אלא גם הסוברים שבעל מורד יורש את אשתו, מודים שבעל המורד באשתו אינו זוכה באותן זכויות שזכיינת היא מכח תקנת חכמים. ורק נחלקו בירושה מפני שבה יש אומרים שזכיינתו היא מכח קורבא, ומדאורייתא.

מסקנת הדברים

א. בעל המורד באשתו, נחלקו ראשונים האם זכאי בפירות נכסי מלוג. לדעת הרא"ה הר"ן ורבינו קרשקש, לא נשללה זכותו זו, ולדעת הרי"ד והרי"א ז"ל אינו זוכה בפירות.

הבעל המורד באשתו, וכבר חזר בו הג"ר אליעזר גולדשמידט ז"ל בפס"ד אחר שהודפס בפד"ר חלק ה' עמ' 359. אך למרות האמור באריכות באותו בפס"ד בחלק ה', נראה ששאלת זכותו של הבעל ה"מורד" בפירות נכסי מלוג, שנויה במחלוקת ראשונים, וכאמור לעיל).

נציין, בשאלת זכותו של הבעל המורד בפירות נכסי מלוג, נחלקו הגרי"א הרצוג ז"ל והגר"ע האדיא ז"ל בעל ישכיל עבדי, וכדלהלן.

בספר פסקים וכתבים להגרי"א הרצוג ז"ל ח"ז סי' צג העלה שבעל המורד, חייב בפרקונה, ועל כן זוכה בפירות נכסי מלוג. אך לאחר שהבעל חוייב בגט, דינו כמדיר שפסק הרמב"ם בפ"ד מאישות הלכה כא שאינו חייב בפרקונה, ויש לשלול את זכותו לפירות.

לעומת זאת, בשו"ת ישכיל עבדי ח"ו סי' מה קבע שיש לשלול זכותו של המורד בפירות, וכתב שאף הסוברים שהבעל המורד יורש אשתו, היינו משום שירושה דאורייתא, אבל זכות פירות לכו"ע לא תקנו לו. ובתוך דבריו כתב - "כל זה שתיקנו חכמים שהבעל אוכל פירות הוא רק לטובת האשה לפדותה במקרה של שבויה, אבל במקום שהדבר לרעתה ... ודאי דאין תקנה כזאת". ועי"ש מה שהוסיף בזה. אך בהמשך דבריו לאחר שראה דעת הגרי"א הרצוג ז"ל כתב "ואם דעתו מכרעת כי הבעל זוכה בפירות, אני מבטל דעתי מפני דעתו הרמה".

מכל האמור עולה שנחלקו ראשונים ופוסקים אחרונים בשאלת זכותו של הבעל בפירות נכסי מלוג. ובמקום פלוגתא אין להוציא מהמוחזק.

ולהלן משי"כ הגר"ח"ג צימבליסט שליט"א בפס"ד בפד"ר חלק יא עמוד 95 במחלוקת זו - "וה"ה בנידוננו שהקיוסק רשום עכשיו על שמה, הרי היא המוחזקת בו, ואף שהוא מנהל את הקיוסק אין הוא נחשב למוחזק, דקרקע בחזקת בעליה עומדת. נמצא דאין להוציא ממנה פירות הקיוסק ועליו לעזבו. ומה שכתבנו דאמרינן הכא קרקע בחזקת בעליה עומדת, לכאורה יש לדחות ממ"ש בנתיבות המשפט סי' כ"ה, בדיני תפיסה אות כ"ב דבפלוגתא דרבוותא אין מוציאים מיד המוחזק אפילו בקרקע. אולם נראה דלא איירי שם בנה"מ אלא כשטוען על גוף הקרקע שהוא שלו, וכגון הא דב"ב ל"ב ע"ב בתד"ה והלכתא (שהוא מקור הדין של נתיבות המשפט, עיי"ש היטב), משא"כ בנידוננו שגם אם יאמר קים לי כהני רבוותא שהמורד אוכל פירות, מ"מ גוף הקרקע פשיטא שהוא שלה, לכן שפיר אמרינן הכא קרקע בחזקת בעליה עומדת ואין הוא נחשב למוחזק כלל".

האמור בפסק הדין הנ"ל נכתב בהנחה, שלהלכה בפנינו מחלוקת שלא הוכרעה, אך מצאתי לאחד מהפוסקים המובהקים בדור הקודם שהכריע ההלכה כדעת הסוברים שהבעל הפסיד זכותו לפירות.

הגאון רבי יצחק אלחנן ז"ל מקאוונא השיב להג"ר שמואל סלאנט ז"ל בנידון זה תשובה מפורטת, שהודפסה

למורד ואינו מתנהג עמה כבעל, וכעין סברת הבית יעקב בסי' צ' ס"ה הנ"ל ... ומזה הוציא הנימוקי יוסף והובא בחו"מ סי' שיי"ב סעיף ט', דמי שהשכיר בית לחבירו והיה אוהבו ונעשו שונאו, דאם אמר מתחילה שאינו משכירו רק מפני שהוא אוהבו ונעשה שונאו, יכול להוציאו ... והקצות בסי' קי"ט שקיל ושרי בדין זה, והנתיבות בסי' שיי"ב שם באר לדברי הרמ"א דמיירי שהבית לא היה עומד להשכיר רק לזה משום שהוא אוהבו, גם גילה דעתו שמשכיר לו רק מפני שהוא אוהבו אז יכול להוציאו כו', ע"ש. וה"ה הכא, כי זהו אומדנא ברורה, דמה שמכנסת האשה הנדונית לבעל זהו העיקר לפי דהוי בעלה, משא"כ היכא דמורד עליה ואינו נוהג מנהג אישות, אדעתא דהכי לא נתנה לו דידוע לכל דעיקר כוונתה היה ליתן לו רק אדעתא דיהיה לה בעל כדרך כל הארץ, עכ"ל.

העולה מתשובת הגרי"א ז"ל שהזכות של הבעל להחזיק בנכסי האשה בהיותה נשואה עמו, היא אחת מזכויות הנישואין שתקנו חכמים, וגם זכות זו לא תקנו לבעל מורד, וכסברת הבית יעקב.

לפי דרכו האשה תהיה זכאית להוציא מסכומי כסף המופקדים בבנק, והשייכים לה, גם אם אינם פירות, אלא הרכוש השייך לה.

סברת הרי"ד והרי"ז הובאה להלכה ברמ"א בשו"ע, וכן הבית יעקב כתב בפשיטות שהבעל המורד אינו זכאי לפירות, וכן פסק הלכה למעשה הגאון רבי יצחק אלחנן ז"ל מקאונא, וכן מסקנת ציץ אליעזר וביה"ד הגדול בפס"ד בפד"ר חיי"ב עמ' 311. על כן לדינא יש להורות שהבעל המורד אינו זכאי לפירות נכסי מלוג. ובודאי שהדין כן במקום שהנכס רשום על שם האשה והיא נחשבת כמוחזקת בו, וכמו שהעלו בפד"ר חיי"א הנוכח.

ב. גם לשיטת הסוברים שלא נשללה זכותו לפירות נכסי מלוג, עכ"פ זה רק כשהפירות מיועדים לרווח ביתא, ומשמשים לרווחת הבית. אבל לא במקרה שאינן משמשים לצרכי הבית שאשתו מתגוררת בו. לכן כשהבעל מורד ואינו גר עם אשתו, אינו זוכה בפירות נכסי מלוג גם אם הם משמשים לצרכי פעילותו הכלכלית של הבעל, מאחר שאין בהם תועלת להוסיף ברווח ביתא.

בסיום, נציין חידוש לדינא מתשובת הגרי"א ז"ל (שם) שכתב – "יש לדון בכל אשה אשר בעלה מורד עליה, ואינו נוהג עמה מנהג אישות, דהאשה יכולה לתבוע את הנדונית שלה מן הבעל שיתן לה מיד אף קודם הגירושים ... דהיכא דהבעל מורד עליה ואינו נוהג מנהג אישות, דבכה"ג יכולה לתבוע הנדונית אף בתוך זמנה, משום דאדעתא דהכי לא נתנה לו הנדונית. דהא עיקר נתינת הנדונית נתנה לבעל ולא

סימן מו

הסתלקות אשה נשואה מירושה

בנכסים הידועים לבעל. אבל אם נפלו לה נכסים ולא ידע בהם הבעל, לכתחילה לא תמכור ואם מכרה אותם קודם שידע בהם מכרה קיים."

נכסים אלו שבפנינו, ודאי אינם ידועים לבעל. גדר "אינם ידועים", בין שאינו יודע על קיומם ובין שאינו יודע על זכותה של האשה בהם. יעויין בתשובת רבי עקיבא איגר תניינא סי' פה שכתב - "נ"ל מסברא, כיון דהבעל חשב שכבר הוציאה כל אשר ניתן לה, ונתיאש לבו מזה, הו"ל כנכסים שאינם ידועים לבעל שמכרה ונתנה קיים."

גם במקרה הנוכחי, ברור שהבעל כלל לא ידע על זכותה של אשתו בירושת אביה ועל חלקה בדירה המשותפת להוריה, ואף אילו היה יודע, הרי היה מתייאש מכל זכות בדירה. מאחר שידוע בציבור, שעל פי החוק אין לבעל כל זכות בנכס שהתקבל אצל אשתו בטרם הנישואין, ובאדם שאינו בר אוריין אלא מהמון העם, היאוש מהרכוש, מיוסד על המציאות המקובלת בציבור, מציאות הנהוגה מכח החוק.

ועיין באגרות משה ח"א חלק אה"ע סי' קד שהעלה שאם הדין שיש לבעל זכות בנכסים אלו, אינו ידוע לבעל, יחשבו כנכסים שאינם ידועים.

במקרה שבפנינו, המנוח נפטר לפני 14 שנה, והותיר אלמנה ובת אחת קטנה בגיל 11.

עפ"י דין תורה, הבת היא היורשת היחידה, אך ההסדר הרצוי היה שהאלמנה תקבל את מלוא העיזבון, ובזמנו בהיות הבת קטנה לא היה ניתן לבצע קנין להקנות את חלק הבת בירושה לאמה, ולא ניתן צו ירושה על עיזבון המנוח במלואו, למעט פסיקת סכומי כסף מהעיזבון שהיו נחוצים עבור מזונות הבת, והאלמנה גרה בדירה עד היום.

כיום הבת היא אשה נשואה, והופיעה בבית הדין עם האם וברצונה להקנות את הירושה לאמה.

עלינו לברר, האם ניתן לבצע הקנאה זו בלא לצרף את בעלה של הבת לדיון, ובלא לבקש ממנו הסכמה לויתור אשתו על העיזבון.

מתוך דברי הבת עולה, שקיים חשש שאם יודע לבעלה שברצונה לוותר לאם, עלול להתעורר ביניהם סכסוך.

בנסיבות אלו, במידה שעפ"י ההלכה אין הכרח להזמין את הבעל לבית הדין, עדיף להמנע מכך, ויש מקום לברר שאלה זו.

בשו"ע אה"ע סי' צ' סעיף יא פסק - "במה דברים אמורים, שאם מכרה משנשאת מוציא הבעל מיד הלקוחות,

אלמנותה, על כן לעת עתה פירות הנכס, דהיינו המגורים בדירה משועבדים לאלמנה לכל חייה. וכל עוד האלמנה בחיים ולא נישאה מחדש, הבת אינה יכולה לעשות שימוש בדירה זו. וכיון שאין לה זכות לפירות, גם בעלה אינו יכול לזכות כעת בפירות הנכס, אף אילו היו הנכסים ידועים לבעל. והנה החזו"א סי' עו סק"ד פרש דברי הרמ"ה שהביא הרא"ש – "דהפירות שלה בנכסים שאינם ידועים, ולא תמכור דתנן, היינו שחייבת להודיעו, ואם מכרה ואח"כ נודע לו מכרה קיים", עכ"ל. דהיינו שלא תמכור אלא חייבת להודיעו כדי שיזכה בפירות הנכסים. אבל בנידון דנן, גם אם תודיעו כעת, לא יזכה בפירות הנכסים המשועבדים לאלמנה כל ימי מיגר אלמנותה, מדיכתי תיתי נחייבה להודיעו שמא בעוד זמן רב האלמנה תמות או תנשא ותאבד זכותה למגורים בדירה זו, ושמא באותו זמן, הבעל כבר לא יהא זכאי לפירות, מפני גירושין או שימות אחד מהם. ולא מצינו חיוב הודעה על ספק רחוק בעתיד.

ומצאתי כסברא זו בספר שער אשר להג"ר רפאל אשר קובו ז"ל חלק אה"ע סי' לו שכתב אודות נכסים שעדיין ביד האלמנה והבת נשואה, וז"ל – "לפי הטעם שתיקנו הפירות תחת פירקונה משום דאי לית ליה פירי כי משתבאה ממנע ולא פריק אמר כיסא נקיטא עילוה תיזיל ותפרוק נפשה. הכא לא שייך, דודאי פריק ולא מימנע, כיון שיודע שאין לה כלום עכשיו לא בקרן ולא בפירות, והו"ל דומיא דנכסים שאינם ידועים דלא תקינו ליה רבנן פירות ... לענין אכילת פירות ודאי דאינו זוכה הבעל, דלא תקון רבנן אלא דוקא היכא דזוכה אשתו בנכסים זכיה החלטית, אך היכא דהנכסים משועבדים למזונות האלמנה, ובענין זה לית לבעל שום זכות בפירות".

וכעין זה בספר שו"ת חמדת שלמה סי' סג כתב אודות שטר חצי זכר שנכתב לזכות האשה – "הא דלא הוי עכ"פ כנכסי מלוג, צ"ל דהוי כנכסים שאינם ידועים דלאו אדעתיה דהכי נשאה, הואיל ואיכא כמה ספיקות אם יבא לידה דבר מזה מחמת השטר חצי זכר".

ונראה שבמקום שיש חשש שיגרם סכסוך בין הבת ובעלה, יש לסמוך על סברות אלו שלא לחוש להמנע לכתחילה, מהקנאת הירושה מהבת לאם, ובלא לשתף את בעלה בכל ההליך.

אמנם דברי האג"מ עדיין צ"ע מדברי רא"ש מסכת כתובות פרק ח' סי' א' שכתב – "וה"ר מאיר הלוי ז"ל נתן טעם לדבר דטעמא מאי תקינו רבנן פירי לאיש תחת פרקונה. דאי לאו הכי לא פריק לה, אמר כיסא נקיטה לה תיזיל ותיפרוק נפשה. והאי טעמא לא שייך אלא בידועין לבעל. אבל כשאין ידועין לבעל, לא תקינו רבנן לבעל שום זכות לא בגוף ולא בפירות, ואם מכרה הפירות קודם ידיעת הבעל מכרה קיים".

הרי שלפי סברת הרמ"ה, כל עוד הבעל יודע שיש ברשותה נכסים, גם אם אינו יודע שיש לו בהם זכות, עכ"פ עדיין קיימת הסברא – "לא פריק לה, אמר כיסא נקיטה לה תיזיל ותיפרוק נפשה".

וע"ע בספר פתחי חושן חלק ח' (הלכות ירושה ואישות) פרק י' הערה עט, שתמה על סברת האג"מ, וכן ראיתי שהביאו מתשובת בית יהודה להגאון רבי יהודה עייאש ז"ל ח"ב סי' ט"ו ממנה עולה שאינו סובר את חידושו של האג"מ. אך בנידון דנן, הנכסים אינם ידועים כפשוטו שהרי הם נמצאים ברשות האם, ומעולם לא באו לידי האשה, על כן גם עפ"י סברת הרמ"ה, יחשבו כנכסים שאינם ידועים.

אך לכאורה לפי ההלכה הפסוקה בשו"ע, גם בנכסים שאינם ידועים לבעל, עכ"פ לכתחילה לא תמכור. וא"כ עלינו לברר האם אנו רשאים לעשות קניין עם הבת שהוא בניגוד להוראה זו.

עיינן בשו"ת מנחת יצחק ח"ו סי' קנב שכתב דלפי שיטת התוס' רי"ד בנכסים שאינם ידועים הבעל אינו יורשה, וכפשטות לשון הגמ' במסכת כתובות דף עט. ועל כן אין מניעה לכתחילה למכור. ועוד אף אליבא דשיטת הרמב"ם כתב הר"ן שאם מעיקרא גילתה דעתה שרוצה למכור את אותן נכסים, אינו יורשן. וגם בנד"ד בזמנו לולי שהבת היתה קטינה היו מוציאים צו ירושה המקנה את הדירה לאם, וכך היה רצונן כל הזמן, אלא חל עיכוב מפני היות הבת קטינה, שהחוק מונע ממנה לוותר עד הגיעה לגיל 18, עכ"פ זה היה רצונה מעיקרא, ובכה"ג אין מניעה למכור לכתחילה.

בדרך אחרת יש לומר, מאחר שהנכס הנידון הוא דירה שהבת קבלה בירושה, וקבלה רק את מחציתה שהיתה שייכת לאביה. ויש לאלמנה, אם הירושה, זכות לגור בדירה זו, מתנאי כתובה שהאלמנה זכאית לגור בדירה כל ימי מיגר

סימן מז

גביית כתובה במקרה שבו האשה מקבלת זכויות ממון המוקנות לה על פי החוק אך אינן מעוגנות בהלכה

לשלול את זכותה של האשה לגבות את הסכום הנקוב בכתובה במלואו. מאידך, תביעתה לזכויות ממון מכח חוק יחסי ממון נידונת בערכאה אחרת, בבית המשפט לענייני משפחה.

להלן פס"ד שנכתב בנסיבות שהדיונים בענייני הממון טרם הגירושין מפוצלים בין שתי ערכאות. התביעה של האשה לתשלום הכתובה נידונת בבית הדין, באותו מקרה, דינו של הבעל נקבע – "יוציא ויתן כתובה", ושאינן עילה

אין מקום לפרשנות המזכה את האשה בזכויות ממון כפולות, ראשית בזכויות הנובעות מכח חוק יחסי ממון ובנוסף בזכויות הנובעות משטר הכתובה.

נציין לסעיף 11 (ג) מחוק הירושה בו קבע המחוקק - "המגיע לבן זוג על פי עילה הנובעת מקשר האישות, ובכלל זה מה שאשה מקבלת על פי כתובה, ינוכה מחלקו בעיזבון". הרי שהמחוקק קבע שאין מקום שהאשה תזכה בזכות כפולה, הן בזכויות הממון שהמחוקק העניק לאשה בחוק הירושה, והן בתשלום דמי כתובתה, לה היא זכאית מכח דין תורה.

מסתבר שקיימת עקביות בחוקים המסדירים את יחסי הממון עם פקיעת הנישואין. אותו הגיון העומד ביסוד סעיף 11 (ג) הנזכר, והמתייחס לזכות הירושה הבאה עם פקיעת נישואין עקב מיתת הבעל, קיים גם ביחס להסדרת יחסי הממון ואיזון המשאבים בפקיעת הנישואין.

מאחר שזו פרשנות החוק המקובלת על בית הדין, על כן גם על פי הוראות חוק יחסי ממון, יש להורות על תשלום הכתובה בד בבד עם בחינת התוצאה המשפטית המתקבלת בסופו של הדיון בזכויותיה מכח חוק יחסי ממון.

אמנם אילו האשה צברה נכסים וזכתה בהם על פי דין תורה, לא היתה מניעה הלכתית שבנוסף לגביית נכסים אלו, האשה תגבה את שטר כתובתה. אך אין הדבר כן ביחס לאותן זכויות ממון שאינן מעוגנות בהלכה, ונקבעו על ידי המחוקק. וביחס לזכויות אלו יש לקבוע כי לא יתכן לאפשר לאחד מהצדדים לפצל את הדיונים, ולבחור את מערכת חוקים על פיו הוא מבקש להישפט בחלק מענייני הממון העומדים על הפרק לחלוקה בעת הגירושו, וביחס לחלק אחר של נושאי הממון יתבע להישפט על פי מערכת אחרת בה כללים אחרים, כך שבסופו של דבר התוצאה תהיה שבסופם של ההליכים יהיו בידו סכומי כסף, שבין על פי התפיסה ההלכתית לבדה ובין על פי התפיסה האזרחית הבאה לידי ביטוי בחוק, לא התקבלו כדין. והצידוק לקבלתם יהיה - כלאיים משפטיים, בהם הורכב מין בשאינו מינו.

נוסיף ונציין כי שטר הכתובה במהותו הוא מסמך דתי, והסמכות לדון בכתובה נתונה לבית הדין הרבני כחלק מענייני נישואין וגירושו. התייחסות היחידה האפשרית ביחס לכתובה היא ההתייחסות ההלכתית.

בית הדין יורה על גביית שטר הכתובה רק לאחר שהושלמו התנאים להוציא לפועל תשלום זה הלכה למעשה על פי דין תורה. במידה שעל פי ההלכה אין מקום לגבות את הסכום הנקוב בכתובה, שטר הכתובה הוא חסר ערך.

בירור זכות ממון שיש לאדם על חברו, הנידונת בבית הדין, תחילתה בבירור זכותו העקרונית על פי הדין, ולאחר מכן בטרם תנתן הוראה מעשית לתשלום, עלינו לברר שאין טענה צדדית שבכחה לעכב את התשלום. כגון טענת "יש לי בידך כנגדו" וכיוצ"ב, ועלינו לברר גם בהלכות "גביית חוב", שאין עיכוב חיצוני המעכב או מונע את גביית החוב.

ראשית, נציין שפיצול הדיונים ביחסי הממון הנובעים מהנישואין, מעצם טבעו עלול להביא לעיוות הדין. כידוע הדיונים בבית הדין ובבית המשפט, הן שונים בטבען, הן בדין המהותי על פיו דנים, והן בדיני הראיות וסדרי הדין.

כשהפיצול הוא בשאלת יחסי הממון הנובעים מעצם הנישואין ובתביעות למיצוי זכויות הממון של אשה בעת הגירושו, הרי שזו רעה חולה לקפץ מערכאה לערכאה בהתאם לנוחיות התובעת ולאחר שיקול דעת מוקדם היכן נוח לתבוע תביעה אחת והיכן תביעה אחרת, ולהפיק מכל ערכאה את המירב, גם אם היה ברור שבסופו של דבר לא תהיה התאמה בין פסקי הדין השונים.

במקרה הנוכחי, אילו כל נושאי הממון העומדים לדיון יחד עם הגירושו, היו נידונים בבית הדין, לא היה מקום לעיכוב תשלום הכתובה. אך בנסיבות הנוכחיות שהדיונים מפוצלים בין שתי ערכאות שיפוטיות, האחת דנה לפי דין תורה והשניה מחוייבת לחוקים וכללים אחרים. במידה שכעת ביה"ד יורה לגבות מהבעל את הסכום המחוייב מכח הכתובה, יתכן מאד שלאחר סיום ההליך בבית המשפט יתברר שנגבו מהבעל סכומי כסף שאינם מחוייב בהם על פי דין תורה, וכי על פי דין תורה יהיה ראוי לבקש החזר של סכומי כסף מסויימים.

על כן במקרה שבו קיים פיצול כמתואר לעיל, נכון שהחלטת בית הדין בנושא הכתובה תחולק לשני שלבים, בשלב ראשון תיקבע קביעה עקרונית ביחס לעצם הזכאות לתשלום הכתובה. השלב השני, הכולל הוראה המתייחסת לביצוע מעשי של התשלום, יעשה לאחר דיון נוסף שיתקיים לאחר סיום ההליך בבית המשפט.

נקדים ונבהיר כי במסגרת הנוכחית לא מצאנו לנכון להכנס לשאלת תוקפו של חוק יחסי ממון על פי ההלכה, ובסי' הבא - סי' מח, התייחסנו לשאלה זו.

במקרה הנוכחי שידוע לביה"ד שהאשה מנהלת בבית המשפט הליכים משפטיים לגביית סכומי כסף מהבעל. יתכן מאד שבסיומו של ההליך, ולאחר שהאשה תקבל את סכומי הכסף שביית המשפט פסק לזכותה, יתברר למפרע שלא היה מקום להורות על גביית הכתובה. וזאת משני טעמים.

ראשית, חוק יחסי ממון בסעיף 17 קובע "אין בחוק זה לגרוע ... מזכויות האשה לפי כתובתה".

הפרשנות הסבירה לסעיף זה היא שהוראה זו באה לשלול את הטענה שחוק יחסי ממון קובע איזון משאבים לפי הכללים הקבועים בחוק ומבטל את זכותה של האשה לגבות את כתובתה במקרה שהסכום המחוייב לתשלום על פי הכתובה גבוה מהסכום לו היא זכאית מכח איזון המשאבים. על כן המחוקק קבע שהאשה תוכל לגבות את הסך הקבוע בכתובתה, גם אם בסופו של דבר, תהיה חריגה מאיזון המשאבים הקבוע בחוק, ושהיא חריגה לטובת האשה.

מש"כ הגר"י קפאח ז"ל בפס"ד שהודפס בספר משפטי שאול סי' ל' (עמ' רו).

חיוב הכתובה, נחשב חיוב התלוי בדעת שניהם, ודנים בה רק על פי אומדנא גדולה. ונציין למש"כ הגרש"ז אויערבך ז"ל בספר מנחת שלמה (ב-ג) סי' קלד בביאור דברי התוספות בכתובות, וז"ל - "התוספות לא ביארו מהא דלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה, הרי ג"כ יש דעת אחרת ... ולכן נראה בכוונת התוספות, דבכה"ג שהאומדנא היא גדולה, ואנן סהדי שלא היה נכנס על ספק זה, לא תלוי כלל בדעתו של צד השני, הלכך גבי שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה ... כמו כן במתה האשה, מ"ט יתן תוספת כתובה לאביה הרי לא לקח את בתו".

על כן אילו מכח אומדנא בלבד אתינן, הרי שביחס לאומדנא הנזכרת בנידון דנן, יש לדון עד כמה האומדנא ברורה ובלא כל ספק. נראה שלא היינו דנים כאומדנא זו באותם נכסים שנצברו בתקופת הנישואין ושגם עפ"י ההלכה היא זוכה בהם או בחלקם. ויש לדון, האם קיימת אומדנא כנ"ל, באדם שאינו שומר מצוות וביחס לנכסים שהזכות בהם אלא עפ"י ההלכה אלא חוקית בלבד.

ביחס לטענת ב"כ האשה שתמה מדוע בית הדין נמנע לפסוק לאשה פיצויים. יש מקום להתייחס לשאלה העקרונית של פסיקת פיצויים לאשה בעת הגירושין. כידוע בהלכה הפסוקה בשו"ע אבן העזר אין זכר לפיצוי כזה. על כן על פי ההלכה אין לחייב את הפיצוי אלא ניתן להביא לתשלום כזה בהסכמה, במקרים שבהם ההליך מסתיים בהסכמה.

אמנם היתה תקופה בה בתי הדין נהגו כדבר שבשגרה לפסוק פיצויים אלו, וכפי העולה מפסקי דין שבאוסף פסקי דין של הרבנות הראשית מתקופה שלפני כחמישים וששים שנה, עיין בקובץ אוסף פסקי הדין ח"ב עמ' 42.

מאידך עיין בספר עטרת שלמה (להגרש"ש קרליץ ז"ל) ח"א עמ' רמ"ג שכתב בנחרצות לשלול את הבסיס ההלכתי למנהג זה. וע"ע בפד"ר ח"א עמ' 131 שנהגו בפיצוי זה על מנת להביא את האשה להסכמה לגירושין בנסיבות בהם היא אינה מעוניינת בגירושין, אך לא כשהיא תובעת להתגרש.

אך כל זה בטרם החוק קבע תשלום לאשה מלבד זכויותיה על פי הכתובה. אך לאחר שהונהג חוק יחסי ממון, ובדרך כלל האשה מקבלת על פי הוראות חוק יחסי ממון את הפיצוי ההולם על פי הנהוג, הן בהסכמה והן במסגרת הליך משפטי, אין מקום לתביעה לפיצויים בנוסף לסכומי הכסף המשולמים מכח החוק. וע"ע בפד"ר כרך טו עמ' 222 שציין להעדר פסקי דין לקביעת פיצויים, בפסקי הדין שהתפרסמו בפד"ר השונים, ונראה הטעם כאמור. ובכך נדחה מש"כ שם בעמ' 216, שהסתמכו על פסקי דין מהתקופה הקודמת להנהגת החוק.

כשבמקביל לדיון בבית הדין בשאלת גביית הכתובה, מתנהל דיון כנ"ל בערכאה אחרת, הבעל רשאי לטעון כי התשלום שבו חוייב או שיחוייב בסיום אותו הליך, יוכל להיזקק עבורו כתשלום הכתובה. בית הדין אינו רשאי להתעלם מטענה זו, מאחר שעל פי ההלכה יש לטענה זו מקום, ועל כן השלמת הליך הוצאה לפועל של גביית הכתובה יעוכב עד לבחינת טענה זו.

מסקנת הדברים - על פי העקרונות המפורטים לעיל, יש מקום לעיכוב גביית הכתובה עד להשלמת ההליך המשפטי המתנהל בערכאה אחרת ובחינה הלכתית של התוצאה הסופית.

לסיום נתייחס להחלטת בית הדין הגדול מיום ט"ו טבת תשס"ה שדן במקרה זה והסכימו לאמור לעיל. הנימוק שנכתב בהחלטתם היה שבגוף התחייבות של הבעל לתשלום הכתובה קיימת אומדנא דמוכח שהתחייבות זו אינה בנוסף לזכויות שהמחוקק העניק לאשה בחוק יחסי ממון אלא חופפות להן, ומעולם לא עלה על דעת הבעל להתחייב בסכום כסף כפי הנקוב בשטר הכתובה, שישולם בנוסף לסכום שהאשה תזכה מכספי הבעל (כספים שהם שלו בלבד, על פי הלכה) מכח חוק יחסי ממון, ובהתאם להגיון האמור לעיל, שלא עלה על דעתו להתחייב התחייבות הלכתית בנוסף לחובה החוקית שהטיל עליו המחוקק, אלא כהתחייבות החופפת אחת את רעותה.

אך הקושי בדרך זו נובע מכך שעל פי ההלכה הרשות נתונה לדון אומדנא ביחס למתנה, אך בהתחייבויות הדידיות, ניתן לדון אומדנא רק באומדנא מוכחת ביותר שאין בה צד ספק.

עיין בשו"ע חו"מ סי' רז סעיף ד' וברמ"א שכתב - "מיהו אי איכא אומדנא דמוכח, נתבטל המקח וי"א דבמתנה דברים שבלב הויין דברים". ובסמ"ע סק"י שכתב "במתנה דברים שבלב הויין דברים. הטעם דדוקא במכר דקיבל מעות, מסתמא גמר ומקני אם לא דפירש. משא"כ במתנה דהוא בחינם, דאומדן דעת כל דהוא מבטל המעשה, ואמרינן דלא גמר בדעתו ליתנו לו בחנם".

לעומת זאת במקח שבו קיימות התחייבויות הדידיות והתחייבותו נובעת מהתחייבות נגדית של הצד השני, אין דנים אומדנא, עיין במשנה למלך פ"ו מהלכות זכיה ה"א. אך עיי"ש שהביא משו"ת פני משה שגם בדבר התלוי בדעת שניהם, אם האומדנא היא "גדולה עד מאד" אזלינן בתר אומדנא של צד אחד. וע"ע בנודע ביהודה קמא חיו"ד סי' סט (ד"ה נמצא) שכתב כסברא זו, ובשו"ת דברי חיים ח"א חאה"ע סי' ג' כתב בלשון זו - "רבים ושלמים ס"ל דבאומדנא גדולה אפילו בדבר התלוי בדעת שניהם אמרינן אומדנא". וכן הסכים בשו"ת ברית אברהם חו"מ סי' כט סק"י. וע"ע

סימן מח

חלוקת רכוש בין בני זוג - אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית

אמנם אם נתן החלטה עקרונית הקובעת שהבעל מחוייב בכל החובות, תהיה לאשה הזכות לקזז מרכושו של הבעל לרבות מחלקו בבית המשותף, את תשלומיה לבעלי החובות. התגלו חילוקי דעות בין הצדדים כיצד התנהל העסק, האשה טענה שלא היתה שותפה מלאה בהחלטות העסקיות וכי כמה מהמהלכים החשובים נעשו בניגוד לדעתה. כמו כן טענה שהיו פרקי זמן בהם לא היתה מעורבת בעסק, וחתמה על ההלוואות רק מתוך אילוץ. למרות זאת, האשה הבהירה בפירוט כיצד ניהלה בדרך מדוייקת את העניינים הכספיים שהיו באחריותה.

הבעל מצידו טען לחלוקת עבודה בעסק בינו לבין אשתו כך שהוא מנהל את החלק המקצועי בעסק והאשה מנהלת את כל העניינים הכספיים לרבות הניירת והחשבונות עם הספקים ועם הבנקים. בדיון הראשון הבעל טען "היא ניהלה הכל, ואני ידעתי מה קורה".

למרות הטענות השונות שהועלו על ידי הצדדים, אין ספק שהעסק נפתח על ידי שני הצדדים כעסק משותף. ההתרשמות הברורה של בית הדין שהעסק נפתח על בסיס ברור של שותפות - "עסק משפחתי" כלשונה של האשה. עסק שבו הוסכם שכל אחד מבני הזוג יפעל בתחום המתאים לו - הבעל כאיש מקצוע, בתחום המקצועי, והאשה בניהול החשבונות. בשיגרה הקבועה, הבעל התרכז בעבודה בתחום המקצועי, לרבות הזמנת סחורה, והאשה עסקה בניהול ענייני החשבונות השוטפים, אך בשאלות העקרוניות, כיצד להוביל את ניהול העסק הבעל קבע את המדיניות, וכשהיו חילוקי דעות, כפי הנראה על פי רוב, דעתו של הבעל היתה הדעה הקובעת, והאשה נאלצה להסכים לצעדיו של הבעל, וחתמה על ההלוואות השונות שנלקחו לטובת העסק, ועל הלוואת המשכנתא שבמסגרתה שועבד ביתם המשותף.

חלוקת רכוש בין בני זוג - אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית

מצינו בהלכה מצב שבו האשה מוגדרת כ"אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית", עיין במסכת שבועות דף מה. "ואלו נשבעין שלא בטענה ... והאשה הנושאת והנותנת בתוך הבית", ופרש רש"י (שם דף מח:) - "והאשה הנושאת והנותנת בתוך הבית. שהושיבה בעלה חנונית או שמינה אפוטרופא לעסוק בנכסיו". והתפארת ישראל על המשניות כתב - "אשה שהרשה בעלה שתתעסק במשא ומתן שלו". בהתאם להגדרה זו, היה מקום לומר, שבמקרה שבפנינו, האשה נידונה כנושאת ונותנת בתוך הבית. אלא שבש"ס, במסכת שבועות שם ובמסכת בבא בתרא דף נב, לא הוזכר דינה של הנושאת ונותנת בתוך הבית ביחס לשאלת חיובה

בני הזוג נשואים 20 שנה ולהם בית משותף, ולעת עתה עדיין גרים תחת קורת גג אחת, אך מעל שנה שמתקיים סכסוך בין בני הזוג. האשה פתחה תיק לתביעת גירושין ותבעה להתגרש, וכן הגישה תביעות לחלוקת הרכוש, משמורת הילדים ולמזונות.

האשה תבעה לחלק את הרכוש כדלהלן - האשה מבקשת לקבל את מחצית הבית כאשר הוא נקי מכל משכנתא ושעבוד, וכן ביקשה לקבוע שהחובות הרבים שהצטברו במסגרת החנות שהבעל ניהל ועדיין מנהל, יחולו על הבעל בלבד, ולפוטרה מכל מחוייבות תשלום חובות אלו. לטענתה, הבעל לא שיתף אותה בניהול העסק, והמהלכים העסקיים בעסק הוכתבו על ידי הבעל בניגוד לדעתה, לרבות ההלוואות שנלקחו למען העסק שהיא היתה חתומה עליהם. לטענתה, הבעל ניהל את העסק בדרך כושלת ובזבו סכומי כסף רבים ללא היגיון ובניגוד לדעתה. על כן, לטענתה, אין מקום לחייבה בתוצאות החמורות הנובעות מכך.

הבעל מצידו טען שהוא מסכים לתת גט, וביחס לחלוקת הבית המשותף מבקש לקבוע כי חלוקתו תיעשה ביחס מתאים לחלקו של כל צד במימון הבית. לטענתו חלק גדול מהמימון לקניית הבית הגיע מבני משפחתו כמתנה או כהלוואה, ומאחר שלטענתו האשה מורדת, עליה להשיב את המתנות שקיבלה. כמו כן הבעל מבקש לחייב את האשה לשאת במחצית מחובותיו העסקיים של העסק. במהלך הדיונים הוצגו לבית הדין פרטים על היקף חובותיהם, והשתלשלות העניינים בעסק, ואין כאן המקום לפרט.

העקרונות המנחים את חלוקת הרכוש במקרה שלפנינו

הדרך הראויה לקביעת פסק הדין בנידון שלפנינו היא - בשלב ראשון לקבוע את העקרונות המנחים בדרך חלוקת הרכוש ולאחר מכן ינתן פסק דין פרטני.

להלן נפריד בין הדיון בשאלת חלוקת הבית המשותף, לדיון בנושא העסק והחובות הנלוים לעסק.

ביחס לעסק, השאלה המרכזית העומדת להכרעה היא, מהי מידת מחוייבותה של האשה לפירעון החובות שנלקחו לצורך העסק.

נקדים שהדיון בפנינו הוא בין שני צדדים בלבד, בין הבעל והאשה, אך למעשה קיימים צדדים נוספים לדיון זה, והם הנושים - בעלי החובות. גם אם תתקבל בקשת האשה לקבוע שאין לה חלק בחובות אלו, אין משמעות להחלטה זו ביחס לבעלי החובות שאינם צד לדיון זה בפני בית הדין, והם יוכלו לתבוע מהאשה כל חוב שגם היא חתומה עליו.

בפני עצמה וקבלה המעות דאו מדמה הבעה"ת והטור לשנים שלוו דצריך כל אחד לשלם החצי משלו והוא ברור". ובש"ת מהרש"ם ח"ב סי' ל' דן בשאלת חיוב הבעל בעסקי אשתו הנושאת ונותנת בתוך הבית, ופסק וז"ל - "בנ"ד שהיה לצורך מו"מ ואם היה עי"ז ריוח בהעסק היה הבעל נוטל חלק בהריוח, א"כ הלוואה זו היתה כשאר מו"מ שמכרה או לקחה, שמקחה קיים. וכן מצאתי בתשובת חוט השני סי' מ"ג וז"ל א"א שערבה בשביל אחרים ויש לה ריוח באותו ערבות שהמוכר נותן לה חלק בריוח, נ"ל פשוט דאם היא אשה נו"נ בתוך הבית שחייב בעלה לשלם, כשאר מו"מ שפוסקים כן בפראג לאשה הנו"נ תוך הבית עכ"ל. וה"נ בנ"ד כיון שהיה דרך מו"מ לשם ריוח חייב הבעל לשלם, ואף שהמנ"י בשו"ת שבסוף ספר תוה"ש סי' ט' חולק על הש"ך כבר הסכימו כל האחרונים להש"ך והעידו שכן המנהג, ובפרט בנ"ד לכ"ע הוי כן, ושוב מצאתי בשו"ת שו"מ תניינא ח"ב סי' ח"י שהאריך ג"כ בענין זה וגם הוא הסכים לדינא כדברינו. והנלע"ד כתבתי".

והנה בלבוש מבואר שקיים חילוק ברור בין זכות התביעה של המלוה מהאשה, להסדר הממוני שבין הבעל והאשה. ביחס למלוה כותב הסמ"ע - "נהי דהמלוה, דסמך דעתו עליה, מצי לגבות ממנה החצי". אבל בדין ודברים שבין הבעל והאשה היא יכולה לטעון שהוסכם ביניהם שהיא אינה אלא ערב. ובאר בשו"ת פני יצחק (שם) - "הלבוש ז"ל כתב דודאי נגד המלוה צריכה היא לפרוע לו דעל מנת כן נכנסה עמו שיגבה ממנה החצי". אך ביחס לבעל או ליורשיו קיים חילוק בין אם היא נושאת ונותנת בממון בפני עצמה שאז חייבת לפרוע החצי, לבין אם נושאת ונותנת בתוך הבית שאז אם יש לבעל נכסים לפירעון כל החוב, אינה צריכה לשלם מכתובתה.

העולה מדברינו שבנידון שהאשה נושאת ונותנת בתוך הבית, הרי שביחס לדין ודברים שבינה לבעל, האשה נידונת כידא אריכתא של הבעל, ובכל הלוואה שנלקחה על ידה הבעל נחשב כמי שהתחייב בהלוואה זו.

והנה הב"ש סי' קב סק"ח כתב - "וכתב מהרי"ל שם, לכ"ע אם היא נושאת ונותנת בתוך הבית ובאו המעות לידה חייבת מדין ערב". והיינו אם הבעל לבדו נטל את ההלוואה, ואשתו שהיא נושאת ונותנת בתוך הבית, באו המעות לידה, חייבת מדין ערב, כשכלו מעות הלוואה. ובאר בספר שער משפט סי' עז סק"ו - "ואף לשיטת הע"ש והש"ך בסעיף ב' דשני שותפים שלוה אחד מהם אין השני חייב לשלם, אף שנתברר בעדים שלוה לצורך השותפות ובא לתוך השותפות, אם כלה ממון השותפות ... מ"מ י"ל דהאשה הנו"נ בתוך הבית עדיף טפי משני שותפים ואדעתא דידה הלוה".

אלא שהבית מאיר באה"ע סי' קב ס"ב (ד"ה ולכולי עלמא) חלק על הב"ש, ותמה מדוע תחוייב האשה בכך שבאו המעות לידה לצורך עסק שהיא עושה עבור בעלה,

בחובות שנטלה לצורך העסק של בעלה, ונושא זה התברר בשו"ע ובפוסקים האחרונים.

בשו"ע חו"מ סי' עז סעיף י' פסק - "איש ואשתו שלוו מאחד, היא חייבת לפרוע החצי מכתובתה. ואם הבעל או יורשיו פרעו כל החוב, חוזרים ונפרעים ממנה החצי ... הגה, והרי הם בטענות הללו כשני לוויין שלוו ביחד". ועי"ש בסמ"ע ס"ק כה שכתב - "עיין בע"ש שכתב דצ"ל דהיינו דוקא במקום שנושאת ונותנת הנשים בממון בפני עצמן, אבל היכא שאין הנשים נושאות ונותנות בפני עצמן, נהי דהמלוה דסמך דעתו עליה מצי לגבות ממנה החצי, מ"מ מילתא דמסתברא הוא שאין הבעל ויורשיו נפרעים ממנה, אלא נאמנת לומר שכל הממון לקח הבעל לידו, והיא נכנסת בערב קבלן עם בעלה כדי שיוכל להחיותו". וכן הסכים הש"ך סק"ל. וכן כתב בביאור הגר"א ס"ק לג וז"ל - "איש ואשתו כו' וה"ה בטענות כו'. דכל שאינה נושאת ונותנת בתוך הבית כאחר דמי, וכמ"ש בב"ב נ"א ב' ת"ר אין כו' קבל כו'".

מבואר מדברי הע"ש הסמ"ע הש"ך והגר"א, שאם האשה נושאת ונותנת בתוך הבית אין דינם כדין שנים שלוו כאחד. ועיין בשו"ת פני יצחק חלק ה' חאה"ע סי' יח שדחה דעת הרב השואל שסבר שהב"י בשו"ע סתם ולא חילק ומשמע דלא ס"ל כסברת הלבוש (שהביאו הסמ"ע והש"ך), והביא כן ממשמעות הכנסת הגדולה שהסכים עם הלבוש. אך סיים הפני יצחק שכן הוא האמת לדינא כחילוק שכתבו הלבוש הסמ"ע והש"ך.

וכן פסק בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' קנה, עי"ש שהביא את מש"כ הע"ש הנזכר, ועל זה כתב השבות יעקב - "ואני כמוסיף על דבריו כיון שמבואר לדעתו שמוציא הדין שהוא מטור ובעה"ת דוקא במקום שנושאים ונותנים הנשים בפני עצמן, ע"כ אומר אני דכל דברי הטור ובעה"ת לא קאמרי לגבות כלל החצי מכתובתה אלא במקום שנושאים ונותנים הנשים בפני עצמן ואינם מטילים כלל לתוך כיס אחד, כמו רב פפא ובת אבא סוראה כדאיתא בש"ס פ"ק דסנהדרין דף י"ד ע"ב, אבל היכא שאין הנשים נושאים ונותנים בפני עצמן, כי האי גוונא אפילו החצי אינם גובים מכתובתה, רק יפרע הכל מתוך העיזבון, ואח"כ תפרע כתובתה כי היא לא נכנסה בתוך השעבוד רק בתורת ערבות, כדי שלא יהיה לה דין מוקדם ולפרוע תחלה החוב והוא מילתא דמסתבר". ובסיום דבריו כתב - "ובר מן כל דין הא גדולה מזו דנדון דידן מצינו באשת איש שנתחייבה בפני עצמה אם היא נושאת ונותנת תוך הבית הבעל חייב לשלם, דהוי כאלו הבעלים מינו שלוחים, וכן הסכמת רוב האחרונים כדעת המרדכי פרק החובל וכמו שהאריך הש"ך בזה בסי' צ"ו ס"ק ט' יע"ש, ועיין באבן העזר סי' ק"ב סעי' ב' בהג"ה ובחלקת מחוקק ס"ק ח', וא"כ דון מינה כ"ש בנדון שלפנינו שאם נתחייבה היא עם בעלה שאמרינן שהיא לא נשתעבדה רק לערבות ואין נפרעין מן הערב תחלה רק ישתלם הכל מנכסי בעלה ואח"כ תגבה היא כתובתה בשלימות אם לא שידוע שהיא נושאת ונותנת

אך לא סמכה דעתה שתקבל מחצית מהרכוש שנצבר יחד במהלך הנישואין.

אך בזמנינו שברור לבעל ולאשה, שהאשה אינה סומכת דעתה על הסכום הנקוב בכתובה כפיצוי, (למרות היותו שטר בר תוקף לכל דבר ועניין), אלא בעיקרו של דבר היא סומכת דעתה ששכרה ועמלה מהמאמץ המשותף בתקופת הנישואין יגיע לידי ביטוי בחלוקה שווה של הנכסים שנצברו במהלך הנישואין, וברור לשני בני הזוג שאם יהיו לעסק רווחים, שניהם יהנו בחלקים שווים ברווחים, הן מפני חוק יחסי ממון, הניתן לאכיפה בערכאות, והן מפני המנהג הנפוץ שבעת פירוד וגירושין משתדלים להגיע להסכמה על חלוקת הרווחים בחלקים שווים, על כן גם בלא שנכנס כעת לדון במסגרת זו של פסק הדין הנוכחי, בתוקפו ההלכתי של חוק יחסי ממון, מ"מ מאחר שהמציאות המקובלת בארץ במשך שנים רבות היא לחלק את הרכוש בחלקים שווים, הרי שמכח מציאות זו נוצרת אומדנא דמוכח, שבעת שהוקם ה"עסק המשפחתי" בכוחות משותפים, כוונתם היתה לפתוח עסק שבו שניהם יחשבו שותפים שווים ברווחים ובהתחייבויות, וללא ספק שזו היתה כוונת שניהם בעת שהתחייבו וחתמו על טפסי ההלוואות שלקחו יחד לצורך העסק.

שאלת תקפו ההלכתי של חוק יחסי ממון, ראוי לדיון בפני עצמו מצד דינא דמלכותא ומצד מנהג המדינה, אך מקומו בנסיבות אחרות, כגון במקרה שהבעל פתח עסק פרטי בלא לערב את אשתו באופן פעיל באותו עסק, או שעבד כשכיר וצבר ממון וכיוצ"ב, ובוודאי יש מקום לדון מכמה צדדים בהלכה, ואין מקומו בנידון זה. הלכה למעשה בכל המקרים שבאו לפנינו בבית הדין לאחר שהצדדים הצהירו על הסכמתם ובקשתם לפסיקה שווה של הרכוש על פי ההוראות שבחוק יחסי ממון, אנו עושים עמם קניין, ופוסקים על סמך הקניין, ולהלן נוסיף ונבהיר נקודה זו. אך המקרה שלפנינו עדיף, מאחר שבמציאות המעשית בני הזוג התנהגו כשני שותפים המפעילים יחד את העסק, בנסיבות אלו מסתבר שגם על פי ההלכה יש לדונם כשני שותפים שווים לכל דבר, ואין צורך כעת בקניין נוסף.

הא פשיטא שבכל שני שותפים בעלמא, במידה שכתבו הסכם שותפות, או שקיימת אומדנא דמוכח מהו הסכם השותפות, ההסכם מחייבם מאחר שעל דעת כן הוקמה השותפות. וה"ה במקרה הנוכחי, בפנינו שותפות ידועה ומוגדרת בין הבעל ואשתו, המנותקת משאר הרכוש שברשות כל אחד מהם. בנסיבות אלו קיימת אומדנא דמוכח ש, חוק יחסי ממון ומנהג המדינה, היה הבסיס להסכם השותפות שעליו הושתתה שותפות זו. אין לערער על קביעה זו רק מפני שהשותפים הינם בעל ואשה הנישואים זל"ז. אין אנו נזקקים במקרה זה לשאלת התוקף ההלכתי של החוק או למנהג המדינה מצד תוקפו של מנהג, ומסגרת פסק

ומדוע תתחייב כערב בלא קבלת ערבות. מסקנת הבית מאיר - "לדינא אין לחלק בין נושאת ונותנת ללא נושאת ונותנת, ומכל שכן שתהא ערב ושתחוייב לשלם מדידה חלילה להעלות בדעת מהרי"ו, זולת בנידון ידידה שנתערבה בפירוש".

ובספר נתיבות המשפט סי' עז ס"ק יא כתב שאמנם אשה הנו"נ בתוך הבית נחשבת כשלוחו של הבעל וכל הריוח וההפסד חל על בעלה, דינו של המלוה הוא רק עם בעלה, אלא שבסיום דבריו כתב הנתיבות - "אם לא שחתמה עצמה בשטר דאז הוא כפירש המלוה שדעתו עליה, ומכ"ש אם פירש בהדיא שאין סמיכת דעתו רק עליה, שאז חייבת גם היא לשלם כשאין לו לבעל". ועיין בספר נחל יצחק סי' עז סק"ד שהסכים לדינא כדעת הבית מאיר ונתיבות המשפט.

העולה מדברינו שגם באשה הנושאת ונותנת בתוך הבית, כל עוד היא בעצמה לא התחייבה התחייבות אישית, יש מקום לטענתה שיש לחייב את בעלה בלבד בהחזר ההלוואה שנטלה, אך אם היא חתמה בעצמה על שטר ההלוואה ומוכח שהמלוה סמך את דעתו עליה, או שהדבר נאמר בפירוש, בנסיבות אלו גם היא מחוייבת בחוב. ומשמע שכוונת הנתיבות לדונה כערב בלבד, וכן פשוט אם העמידה עצמה בפירוש כערב, דוגמת המבואר בבית מאיר, הרי שאז היא מחוייבת באופן אישי בהחזר החוב כערב. ולדעת הבית שמואל, גם בלא"ה, אף כשהבעל לבדו לווה, מ"מ אם באו המעות לידה היא מחוייבת כערב.

נחזור לנידון שלפנינו, האשה יחד עם בעלה לקחו את רוב ההלוואות וחתמו על המסמכים המתאימים לאישור ההלוואה, ובודאי ביחס שבין בעלי החוב לאשה, היא מחוייבת בחוב כשותפה מלאה, ובעלי החוב רשאים לגבות ממנה את מחצית חובם, ובמידה שאין לבעל מהיכן לשלם אך לאשה יש, דינם כשניים שלוו יחד שנעשים ערבים זה לזה. אבל בדין ודברים שבין האשה לבעל, אם הבעל יכול לפרוע את כל החוב, האשה יכולה לטעון שיש לדונה כשליח בעלה, ואף אם חתמה על שטר ההלוואה, על הבעל לפרוע את כל החוב והיא אינה אלא כערב.

כשיש אומדנא דמוכח שכוונתם מלכתחילה להיות שותפים שווים בהתאם ל"חוק יחסי ממון".

יש מקום להבהיר, כי יסודו של דין "אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית", נעוץ בבירור מעמיק של השאלה מהי האומדנא המוכחת מתוך העניין בהגדרת מעמדם של הבעל והאשה בנכסים, ובוודאי דנו הפוסקים את האשה כשליח של הבעל, וזאת מפני שהמציאות שבה עסקו הפוסקים, היתה כזו, שמעיקרא היה ברור לכל אדם שהאשה לא תתבע חלק מהרווחים שיהיו בעסק, וזאת על פי ההלכה שמעשי ידיה של האשה לבעלה, והאשה סמכה דעתה רק על הסכום הנקוב בכתובה שישולם לה במקרה של גירושין או אלמנות,

שברר עם דודו החזון איש ז"ל, ובו פסק החזו"א ביחס לחוק הגנת הדייר, שאמנם אין לחוק תוקף על פי ההלכה, ואין לדון בזה מכח ההלכה של דינא דמלכותא דינא, אך היינו דוקא ביחס למקרה שהשכרת הדירה נעשתה בטרם יצא החוק הנ"ל. אך אם לאחר שנכנס לתקפו, חוק הגנת הדייר, המשכיר השכיר בסתמא, ולא הזכירו דבר מהחוק, יש לקבוע דבסתמא דעתם היתה שינהגו על פי כללי החוק, כל עוד לא קבעו בפירוש להיפך. וז"ל שם - "דעת הגאון חזון איש, מאחר ששכר הדירה כשיש חוק כזה, א"כ על דעת זה שכר, דמאחר שיכול להכריח לפי החוק היה המשכיר צריך לחשוש, וע"כ השכיר על דעת זה כפי החוק על כל זכויותיו ועל כל חובותיו, מדלא התנה שהשכירות תלוי בדעתו הבלעדית, אשר לפי זה אין יכול המשכיר להוציא את השוכר למרות שהשכיר לו לזמן מסויים, אך לא דיבר בשעת ההשכרה שזה בלי הגנת הדייר, ולפי זה לא יכול לדרוש ממנו דמי שכירות גבוהים לאחר זמן השכירות ... צריך לשלם לו כפי מה שנקבע בחוק, מאחר שעל דעת זה השכיר לו".

ויסוד הדברים התבאר בחזו"א בספרו חלק חו"מ (ליקוטים סי' טז סק"א) שכתב על מה שכתב הרמ"א בחו"מ סי' עג סעיף יד שפסק את דברי המרדכי שכתב שגם בישראל שהלוחה לישראל הלואה על המשכון, אם המנהג שלא יוכל למכרו תוך שנה אזלינן אחר המנהג, וכתב החזו"א - "בדרכי משה סי' עג סק"ו פי' דברי המרדכי דינא דמלכותא דינא חשיב כמנהג, והמלוחה סתם ולא פירש זמן, דעתו כפי המנהג עם העכו"ם". ואח"כ הביא החזו"א מש"כ הש"ך בס"ק לט לחלק בדינא דמלכותא דינא בין דין המלכות הסותר דבר המפורש בתורתנו לבין כשאין מפורש בתורה, וכתב על זה החזו"א - "ולשון הש"ך ז"ל קשה לכווין, שאין חילוק בין דין מפורש לאינו מפורש, ואין כלל דין שאינו מפורש, שהכל מפורש בתורה. אלא שכן הוא הדין, שאם משכנו סתם, צריך בית דין לשקול את האומדן עד כמה מחל לו שלא יתבענו, ודינא דמלכותא מכרעת את האומדן. וכיון דמורגל אצלנו דינא דמלכותא דינא, אף שזה רק בתנאים מיוחדים, מ"מ זה משפיע על בני אדם לסמוך בסתמא על שיעור שהם דנים בו, וזו כוונת הראב"ד בש"ך ס"ק לו, ונמצא שאנו דנין בדיננו, ולא בדיניהם".

כעין סברת החזו"א כתב בשו"ת מנחת יצחק ביחס לחוק הגנת הדייר, עיי"ש בחלק ב' סי' פו שכתב - "כיון שעדיין החוק בתוקפו, וכבר קבלו עליהם החוק מרצונם, א"כ מי ששוכר דירה שוכר ע"ד החוק, וא"כ אם המשכיר לא היה מרוצה לזה, היה לו להתנות באופן היותר מועיל שלא יחול החוק על זה, וכזה"ג איתא בתשובת מהר"ש ח"ו סי' י"ט עיי"ש".

וכן בפד"ר חלק טז עמ' 312 הובא פסק דין מבית הדין האזורי בירושלים בהרכב הגר"י עדס ז"ל והגר"ב זולטי ז"ל ויבל"א הגרי"ש אלישיב שליט"א, שבו כתבו - "אם השכירות

הדין היא קביעת אומדנא דמוכח מה היתה דעתם של שני הצדדים בעת שהקימו יחד את עסק השותפות.

מסקנת הדברים - אין מקום לדון את האשה בדין "אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית" במתכונת שבה דנו הפוסקים ולדונה כשליחה של בעלה ולא כשותפה, מאחר שהפוסקים דנו במציאות שונה שבה היה מעיקרא ברור לכל שבני הזוג אינם שותפים בגוף הנכסים ושאינן לאשה חלק ונחלה בעסק של הבעל.

ונציין למש"כ בשו"ת חבלים בנעימים חלק ה' סי' לד. וז"ל השאלה שם - "נשאלתי אם מותר לקבל צדקה, סכום חשוב מאשה עשירה בלי ידיעת בעלה, והיא עוסקת במסחר יחד עם בעלה, ובעלה סומך עליה בכל דבר".

בתשובתו הביא הג"ר יהודה ליב גרויברט ז"ל את ההלכה הפסוקה (יו"ד סי' רמח ס"ד) שאסור לגבאי צדקה לקחת מנשים דבר מרובה, ומבואר דדינא הכי אף אם הם נושאות ונותנות בתוך הבית, ועיי"ש שלא מצא היתר לקבל מהאשה סכום גדול לצדקה. אך בסיום דבריו כתב - "אך נראה במדינה זו, שעל פי דין הממשלה יש לאשה חלק שוה ברכוש הבעל, וכל מי שחותם שטר נישואין יודע זאת, ועל זה הוא חותם ברצונו, הרי זו שותפות גמורה, ויכולה האשה ליתן אפילו מתנה מרובה. ואין זה ענין לדינא דמלכותא שיש דעות דמהני כמ"ש רמ"א חו"מ ס"ס עד וכן סי' רמח ס"א בצוואה ובתשובת שם אריה חו"מ סי' כ' אות ו', וכנגד זה ב"י חו"מ ס"ס כו בשם תשובת הרשב"א וש"ך סי' עג ס"ק לט ורמ"א ס"ס שסט וחתם סופר חו"מ סי' קמב, שדינא דמלכותא לאו דינא ושלא כד"ת, ועיין דברי אמת שו"ת סי' יב בענין דינא דמלכותא, דהכא שאני שכן המנהג והכל נוהגים כן וכחה ככחו", עכ"ל.

מבואר בדבריו שלא פסק כן מכח ההלכה של דינא דמלכותא דינא, אלא מאחר שהבעל חתם על שטר הנישואין בידועו את החוק ואת המנהג שהכל נוהגים כך, וכבר בעת הנישואין הבעל התחייב מרצונו לשתף את אשתו ברכוש שיצבור בשותפות שוה. יצויין, כי תשובה זו נכתבה בקנדה שבה בני הזוג נישאים בנשואים אזרחיים מלבד החוק, ויתכן שבעת הרישום האזרחי הבעל חותם על שטר נישואין, המוזכר בתשובה זו. ויש לדון בדבריו אם היה פוסק כן בלא חתימה זו, דהיינו האם מכח החוק ובצירוף המנהג "שהכל נוהגים כן", יהיה די כדי לקבוע שבני הזוג הפכו לשותפים שוים ברכוש, ועיין להלן בחלק ב', עמ' 889.

וכן בנידון דידן, לולי שעשו מעשה והקימו יחד עסק משותף, אין הכרח שעל פי ההלכה התקיים השיתוף הנ"ל בין הבעל והאשה ברכוש, אך לאחר שנעשה המעשה הנ"ל, האומדנא מחייבת שהשותפות הוקמה על בסיס החוק והמנהג. ונידון דידן עדיף טפי מהמבואר בתשובת חבלים בנעימים.

דוגמא נוספת לסברא שכתבנו, ראיתי בספר עטרת שלמה (להגרש"ש קרליץ ז"ל) ח"א עמ' שפ שהביא בירור הלכה

הזמן. ובתוך הזמן, הא אין יכול המשכיר להוציא, אף בנפל הבית של המשכיר שצריך לעצמו, כדאיפסק בסי' שיי"ב סעי' י"א וכדעת רוב הפוסקים דלא כתוס' ב"מ דף ק"ב. אך שמעתי שמדין המלכות שאם צריך המשכיר לעצמו יכול להוציא, וממילא יהיה זה גם מדין התורה דהוי כהתנו כן. וצריך לחקור אצל יודעי דיניהם שהוא אדם כשר. כי על השופט אין לסמוך שאין להם חזקת כשרות, ואפשר שיעוות בשוגג או במזיד".

וע"ע בשו"ת מהרש"ם ח"ג סי' קכח (ד"ה ועוד נראה). ולפי זה נראה ברור שבמקרה שלפנינו, שהאשה לחצה על הבעל לפתוח "עסק משפחתי", וכן בדיון בבית הדין, הגדירו כך את העסק שבקשו להקים, ושניהם ראו עצמם כשותפים מלאים בעסק. בנסיבות אלו גם אם לא היתה שותפות מלאה בקבלת ההחלטות החשובות בניהול העסק ובהשקעות בעסק, וכל אחד השקיע את כוחו בתחום שבו הוא מומחה, עכ"פ שניהם ראו עצמם כשותפים שוים ברווחים שיתקבלו מהעסק. ומתוך כך, כל ההתחייבויות של העסק הינן התחייבויות אישיות של שני בני הזוג, ואין מקום לטענת האשה המבקשת להתנער מחלקה בחובות אלו.

יצויין שאין כל ספק, שאם היה מתברר שהעסק נושא רווחים נאים, האשה היתה תובעת את חלקה ברווחים, בטענה שיש לראותם כשותפים שוים ברווחים, ומפני ההתייחסות הברורה לעסק, כעסק משפחתי שבו שני בני הזוג הינם שותפים שוים.

נוסיף ונבהיר, שאלת התוקף ההלכתי שיש לחוק יחסי ממון' ולמנהג המדינה (הבא בעקבות החוק), הקובעים חלוקה שוה של זכויות וחובות ממון שנצברו בתקופת הנישואין ראויה לביורור יסודי, וכאמור לא היה מקומו במסגרת הנוכחית, וכבר הזכרנו שאצלינו בבית הדין נוהגים לעשות קנין עם בני הזוג המבקשים פסיקה על פי חוק יחסי ממון. אך זאת נציין ביחס לשאלת תוקף חוק יחסי ממון על פי ההלכה - יעויין ברמב"ם בהלכות אישות פט"ז מהלכות אישות שכתב בהלכה ז' - "תקנו הגאונים בכל הישיבות שתהיה האשה גובה כתובתה אחרי מות בעלה אף מן המטלטלין כדרך שהתקינו לבעל חוב לגבות מן המטלטלין, ופשטה תקנה זו ברוב ישראל, וכן שאר תנאי כתובה כולן ככתובה הן וישנן במטלטלין כבקרקה, חוץ מכתובת בנין דכרין שלא מצאנו מנהג ירושתה פשוט בכל הישיבות, לפיכך אני אומר מעמידין אותה על דין התלמוד שאין יורשין כתובת אמן אלא מן הקרקע".

הרי מבואר שאפילו תקנה שתקנו הגאונים, אם לא פשטה ברוב ישראל, כגון ירושת בנין דכרין מן המטלטלין, שלא נמצא מנהג ירושתה פשוט בכל הישיבות, אין ללכת אחר תקנה זו, אלא מעמידים על דין התלמוד.

ועוד כתב הרמב"ם שם בהלכה ח-ט - "כבר נהגו בכל המקומות שידענו וששמענו שמען שיכתבו בכתובה בין מקרקעי בין מטלטלי, ודבר זה תיקון גדול הוא ואנשים

היתה בזמן שהיה כבר קיים חוק הדייר, הרי ברור שאדעתא דהכי היתה השכירות, שהמשכיר לא יכול להוציא את השוכר מהדירה גם לאחר תום תקופת השכירות שכתבו בחוזה השכירות, כיון שהמשכיר ידע שקיים חוק הדייר שאינו יכול להוציא את השוכר. ומה שהזכירו בחוזה זמן קצוב לשכירות היינו במקרה שיתבטל חוק הדירות, שהשכירות קיימת עד זמן הקצוב, אבל כל זמן שחוק הדירות קיים, אדעתא דהכי השכיר לו שלא יכול להוציא לעולם כפי מנהג המדינה, ובהלכות שכירות מבואר בהרבה מקומות שהכל כמנהג המדינה".

ובאגרות משה חלק חו"מ ח"א סי' עב כתב - "בעובדא זו, דעשו מדינא דמלכותא שהמשכיר אינו יכול להוציא את השוכר אף אחר שכלתה זמנו, כל זמן שרוצה לדור שם. אין הנידון כאן מצד דינא דמלכותא אלא לאלו ששכרו קודם שנעשה הדין שאז היתה השכירות בסתם רק להזמן שהתנו, והיה רשאי המשכיר להוציא והיינו צריכין לדון אם יש בזה דין דינא דמלכותא דינא. אבל לאלו ששכרו אחר שכבר נעשה הדין מהמלכות ולא התנו בפירוש שכשיבא הזמן יהיה מחוייב לצאת אלא סתם, הוי כהתנו שאדעתא דדין המלכות השכיר לו והשטר שעשו על שתי שנים הוא רק שלא יוכל השוכר לצאת קודם השתי שנים משום שעל השוכר לא עשו המלכות שום דין והוצרך המשכיר לעשות שטר שלא יוכל לצאת, וכן הוא שלא יוכל המשכיר לרבות בדמיה אף כשיתנו המלכות רשות להוסיף, וכן שלא יוכל המשכיר להוציא קודם שתי שנים אף אם המלכות תבטל את דינה. אבל באם יהיה עוד קיים דין המלכות הוי השכירות כהתנו שיהיה הזמן כפי דין המלכות, שכל זמן שירצה השוכר לדור שם ידור. וא"כ הוא גם מדין התורה ממילא כבתוך הזמן. והגע עצמך, דהא ברור ופשוט שכל אלו הדינים התלויין במנהג המדינה, כגון בב"מ דף פ"ג מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו רשאי לכופן, ומקום שנהגו לזון יזון לספק במתיקה יספק, וכגון בדף ק"ג במקבל שדה מחברו מקום שנהגו לקצור יקצור לעקור יעקור לחרוש אחריו יחרוש וכדומה, א"צ שיעשה המנהג ע"פ חכמי תורה וגם אף לא ע"פ יהודים דוקא. דאף שהנהיגו זה הנכרים, כגון שהם רוב תושבי העיר, נמי הוא מדין התורה בסתמא כפי המנהג, דאדעתא דמנהג העיר נחשב כהתנו בסתמא. וכן הוא בענייני מכירה, מה הוא בכלל המכר, שאף שאיכא דינים קבועים בפרקי המכירה בב"ב, מה הוא בכלל המכירה, מפורש ברמב"ם ס"פ כ"ו ממכירה ובש"ע חו"מ סי' רי"ח סעי' י"ט דהוא רק במקום שאין מנהג, אבל במקום שיש מנהג הולכין אחר המנהג. והטעם שבסתמא הוא כהתנו שהוא כהמנהג, ולכן אין חלוק מי הם שהנהיגו, דאף אם הנכרים שהם רוב תושבי העיר הנהיגו, נידון בדיון התורה בסתמא כהמנהג... ולכן ודאי לא גרע דין המלכות ממנהג, שבסתמא הוא כהתנו אדעתא דדין המלכות, וכ"ש שכן נוהגין כדין המדינה, ונמצא שגם המנהג כן נחשב זה ממילא כבתוך

וליתן משלו שלא מן הדין כמ"ש מתנה שומר חנם להיות כשואל".

וכן הש"ך בסי' עג ס"ק לט, למרות ששאל דינא דמלכותא במקום שדין תורה קובע אחרת, כתב שם - "וכן בפ"ק דגיטין (דף י:) ונתבאר לעיל סימן ס"ח סעיף א' דשטרי מתנות העולים בערכאות של גוים כשרים, היינו נמי כיון שהשטר עשוי בערכאותיהם א"כ אדינא דמלכותא סמך".

ולפי זה דברי הש"ך סי' כב ס"ק טו שאסר אם "קנו מידו סתם לדון בדיני גויים", בהכרח דבריו מתפרשים שקנו מידו לדון בדיני גויים ובערכאותיהם, דהיינו שקבל על עצמו גם את חוקי הגויים וגם לדון בערכאה שלהם, וכמו שכתב מיד אח"כ בטעם האיסור - "דהוי אויבינו פלילים שמחזיק ערכאותיהם ודתם", הרי מבואר דמייירי בתרתי לריעותא, דיון בערכאות הדנים עפ"י דתם. ובהתאם לשיטתו כתב הש"ך שאם גוי נאמן ידון על פי שיקול דעתו ולא על פי דתם, לית לן בה. אך לא מצאנו בדברי הש"ך איסור על בית הדין לדון ולפסוק על פי קניין שעשו הצדדים שהתחייבו על פי החוק. הרשב"א והש"ך בסי' עג לא מצאו ריעותא במקרה שבעת עשיית מעשה הקנין או ההתחייבות, אותו אדם שהקנה או שהתחייב, הוכיח במעשיו שסמך אדינא דמלכותא, ובכה"ג התוקף למעשיו יהיה בהתאם לדעתו הנ"ל. לא מצאנו בתשובת הרשב"א או בש"ך סי' עג שכתבו לגנות את מעשיו אלה, כנתינת תוקף לעקירת תורה, כפי שהרשב"א עצמו כתב דברים קשים בתחילת דבריו. והיינו טעמא, דבכה"ג י"ל כמו שכתב החזו"א (שהובא לעיל) - "נמצא שאנו דנין בדיננו, ולא בדיניהם". ולעיל הבאנו מגדולי הפוסקים בדורינו שהורו לאפשר פסיקה על פי חוק הגנת הדייר, או דיני עבודה, אם הפסיקה המיוסדת על קבלת הצדדים.

מסקנת הדברים, בנידון שבפנינו לפי המבואר לעיל, ניתן לקבוע באופן ברור, שבעת ייסוד העסק המשפחתי, מלכתחילה דעת הבעל והאשה היתה להתחייב בהתאם לחוק או למנהג המדינה, ומכיון שכך, אין להמנע מלפסוק כן מכח ההתנגדות לפסיקה עפ"י חוקים הנוגדים את דין תורה. אין להמנע מכך, מאחר ולמעשה אנו פוסקים בזה כדין תורה, וכמ"ש החזו"א.

ביחס לטענת האשה שחתמה על ההלוואות הנ"ל בעל כורחה, יש לומר בזה ארבעה דברים -
א. לא הוצגו כל הוכחות לטענה זו.

ב. מסתבר שלא היה כאן מעשה של כפייה ממש, אלא כדרכם של שני שותפים המחולקים בדעותיהם, פעמים שאחד חותם על מסמך, בניגוד לדעתו האישית, מאחר ומעדיף לחתום ולהמשיך בשותפות מאשר לפרק את השיתוף, ואין בזה גדר אונס וכפייה. וגם כאן מסתבר שלא היתה לה מניעה להכריז כי אינה עוד צד בעסק, וכפי שכעת מבקשת להתנער ממנו, ומאחר ולא עשתה כן, מסתבר שאין

גדולים ונבונים הנהיגו דבר זה ... הרי שלא כתב כך בשטר הכתובה אלא נשא סתם, אם היה יודע בתקנה זו של גאונים גובה, ואם לאו או שנסתפק לנו הדבר מתישבין בדבר זה הרבה, שאין כח בתקנת הגאונים לדון בה אע"פ שלא נתפרשה כדין תנאי כתובה שהם תקנת הסנהדרין הגדולה עד שנוציא בה ממון מן היורשים".

הרי מבואר שאם הבעל ידע מהתקנה, גם אם אין לתקנה תוקף מחייב מצד עצמה, עכ"פ קיימת אומדנא דמוכח שעל דעת כן התחייב. ולפי זה היה מקום לדון האם בני הזוג היודעים מחוק יחסי ממון ומהמנהג, מתחייבים על דעת המנהג, גם אם המנהג החל על סמך חוק שאינו בר תוקף על פי ההלכה, ודוגמת המובא לעיל ביחס לחוק הגנת הדייר. אך פשיטא שכל דברינו מתייחסים לשאלת חלוקת זכויות ממון בדרך שיויונית, שהיא חלוקה הוגנת על פי דעת האדם הפשוט. אך אין בכלל דברינו חלוקת זכויות ממון בדרך שאינה שיויונית, ושעלול להיות בה עיוות דין. וגם אם המחוקק לאחרונה מצא לנכון לאפשר חלוקה כזו, הרי שאין מנהג התומך בחלוקה כזו, ופשיטא שלא ניתן לומר שקיימת אומדנא ברורה שעל דעת כן בני הזוג נכנסו למסגרת הנישואין.

פסיקה בהתאם לחוק יחסי ממון לאחר קנין

כשהחוק מנוגד להלכה, אך בית הדין פוסק כהוראות החוק, פסיקה המיוסדת על התחייבות הצדדים בקנין, שהקנו והתחייבו זה לזה בקניין המועיל בהתאם להוראות החוק, ובקשו מבית הדין שיפסקו להם בהתאם לקנין. בנסיבות אלו אין מניעה לפסוק כבקשתם על פי החוק, שהרי בדבר שבממון אדם רשאי להתחייב אחרת מהמחוייב על פי ההלכה.

אך מאחר שהיו דיינים בבתי דין אחרים שפקקו וטענו שאף לאחר קנין עדיין אסור מפני שמייקרים דיני ערכאות, נציין לתשובת הרשב"א המפורסמת (ח"ו סי' רנד, שהביא הב"י חו"מ סי' כו) שיצא בתוקף ושלל הזדקקות לחוקי העכו"ם ועזיבת דיני ישראל, (הנדון בתשובה היה נידון של דיני ירושה). למרות שבאותה תשובה, הרשב"א כתב דברים קשים כנגד חלוקת הירושה בהתאם לחוקי העכו"ם, הרי שבהמשך דבריו באותה תשובה כתב - "במ"ש דינא דמלכותא דינא ... אינו דין אלא במה שיש לו למלך תועלת ... וא"נ במה שישראל עושה עם ישראל חבירו מדעת עצמו כאותה שאמרו בפ"ק דגיטין גבי מתניתין דכל השטרות העולות בערכאות שלהן כשרים חוץ מגיטי נשים, דאקשינן קא פסיק ותני כל השטרות ואפילו שטרי מתנה במאי קני בהאי שטרא חספא בעלמא הוא. ופרקינן תני חוץ מגיטי נשים. ואיכא דאמרי משום דינא דמלכותא דינא, כלומר אע"פ שמצד דיני המלך אינו מועיל כיון שבמתנה אין בו תועלת למלך, כיון שזה מדעתו עשה מתנתו בערכאות הרי קבל עליו לילך בזה בדיני המלכות שאמר שכל שטר שיעלה בערכאות שיועיל ויקנה. ובדבר שבממון יכול לשעבד עצמו

לשניהם בשוה את המגרש, ושניהם מופיעים בחוזה החכירה וברישומים הרשמיים כשותפים שוים בנכס. ואף אם הבעל יוכיח את טענתו שהאשה מרדה בו, אין הענין נוגע לבעלות על המגרש. ואף במורדת שהפסידה מתנות, בכה"ג אין לדון שהוא נתן לאשה את המגרש במתנה, אלא שניהם קבלו את הקרקע כשותפים ישירות מהמינהל. ואין כאן מקום לדון במה שדנו הפוסקים (עיין בש"ך סי' סב סק"ז ועוד) בבעל שכתב את השטר על שם אשתו, דשאני התם שהבעל שלם מכספו שלו, ואנו תולים שהוא לבדו קנה את הבית אלא שמטעם כלשהוא רשם השטר על שם האשה. אבל בנידון דידן שכפי הידוע, מינהל מקרקעי ישראל, לא היה רשאי להחכיר לו לבדו את הקרקע מכיון שלפי תקנות האגודה של אותו מושב, רק זוגות נשואים יכולים להתקבל כחברים, ממילא בודאי שהקנאת הקרקע בחכירה נעשתה מטעם מינהל מקרקעי ישראל עבור שניהם בחלקים שוים, על כן יש לקבוע שהרישום בחוזה משקף את הבעלות האמיתית.

עיין בפד"ר ח"ג עמ' 148 (אות ב') שכתבו סברא דומה שאם על מנת לקבל משכנתא צריך לרשום מחצית הדירה על שמה, יש לראות בזה מתנה גמורה שמגמתה לאפשר לו לקבל את ההלוואה, ואין להתייחס לרישום כשטר מברחת.

נוסף על כך, מקובל בין הסוחרים ובין העוסקים בנושא הנדל"ן כי הרישום במינהל מקרקעי ישראל נחשב כשוה ערך לרישום בטאבו לענין התוקף הקנייני שיש לרישום זה ודינו כקנין סיטומתא, וממילא המגרש שנרשם על שם שניהם אכן קנוי לשניהם, וע"ע בספר ישועות ישראל סי' סב (סק"ב בסופו) שכתב שאם הבעל ציוה לרשום את הנכס בערכאות על שם שניהם, הוא שייך לשניהם, וכן פסק בספר דברי מלכאל חלק ה' סי' רלב וע"ע בפד"ר ח"ו עמ' 377-384 ובחלק יג עמ' 146.

אלא שאם יתברר שהכסף שניתן לבני הזוג על ידי בני משפחת הבעל לצורך רכישת הדירה, ניתן בתורת הלוואה, הרי שיהא מוטל על שניהם להחזיר את ההלוואה בחלקים שוים. דמסתמא ההלוואה ניתנה לשניהם בשוה מאחר ושניהם בעלי הבית בשיתוף, ולא היתה כוונה שהבעל לבדו יחוייב בהחזר ההלוואה. אך יש לציין כי הבעל בעצמו טען בדיון שהכסף ניתן בתורת מתנה.

כאן יותר מ,תליוהו זובין' ד,אגב זווי גמר ומקנה', וכך גם כאן, אגב רצונה בשימור המסגרת המשפחתית והעסקית, התרצתה להוראות הבעל, והתחייבה התחייבות המועילה. ג. מאחר שקבענו שהסכם השותפות הושחת על בסיס מנהג המדינה ובכפוף ל,חוק יחסי ממון' ומנהג המדינה, הרי שבהתאם לחוק זה, אף אם האשה כלל לא היתה חותמת על מסמך כלשהוא, עכ"פ מעשה ההלוואה שעשה הבעל לבדו היה מחייבה. ולכן גם אילו היתה טענתה מתקבלת שהיתה כפיה מסויימת, באילוצים אלו או אחרים, ואפילו אם היינו דנים משום כך, שאין משמעות לחתימתה זו וכאילו לא השתתפה בפועל במעשה ההלוואה, מ"מ מאחר ותלו עצמם בהוראות החוק והמנהג הבא בעקבותיו, אין לכך כל משמעות להסיר מהאשה את החובה לפרעון הלוואות אלו.

ד. טענה זו אם תתקבל, עשויה לפטור את האשה ממחצית מהחובות הקיימים, ומקומה בדיון שבין האשה ובעלי החוב, וקשה להתייחס לטענה זו בלא לשמוע את תגובתם, ביחס לכל הלוואה והלוואה. ומסתמא טענה כזו כלל לא עלתה ולא תעלה בדיון ודברים של האשה עם בעלי החוב.

לכן ביחס לכל הכרוך בעסק יש לדונם כשותפים מלאים לזכויות ולחובות.

לכאורה היה מקום להגביל את הקביעה הנ"ל רק עד ליום בו נפרדו וחדלו מחיים משותפים והאשה חדלה מלהשתתף בפעילות העסקית. אך מאחר שהעסק הוקם כעסק משותף, גם אם שותף אחד למעשה אינו עובד בעסק, עכ"פ כל עוד לא נעשה הליך מסודר לפירוק השיתוף, יש לראותו עדיין כעסק משותף הממשיך לפעול, ובמידה ויש רווחים, שניהם זכאים לחלוק את הרווחים בחלקים שוים. וכמו כן אם העסק הפסיד, ההפסדים הינם משותפים. אלא שאם נעשו באותה תקופה, פעולות חריגות ושאינן מקובלות, כגון נטילת הלוואות בעלות היקף משמעותי, שאינן נצרכות לצורך הפעילות השוטפת, והן נלקחו ללא הסכמת האשה, בהם אין לחייבה.

מעמד הבית המשותף

נראה שהבית והמגרש בודאי שייכים לשני בני הזוג מאחר ובעל המגרש, שהוא - מינהל מקרקעי ישראל, החכיר

סימן מט

אשה אלימה שהכתה את בעלה - חיובה בגט וזכותה לתשלום הכתובה

סיון תשנ"ז

להכותו, וכן להכות את הילדים. לדבריו, התנהגות זו נובעת מהפרעות נפשיות של האשה.

הבעל התלונן במשטרה כנגד אשתו, והוגשו כנגדה כתבי אישום על הכאת הבעל והילדים. בפני בית הדין הוצג

פרטי המקרה הנידון

בפנינו תביעת גירושין שהוגשה על ידי הבעל המבקש לחייב את אשתו בגירושין. הבעל טוען שהאשה נוהגת

הפוגעת בגופו של הבעל, חמורה יותר, ככל שהדבר נוגע לחיוב הגירושין ללא כתובה. מאחר שלדעת רוב הפוסקים, שורש הלכה זו של עוברת על דת, אינו קנסי על מעשה שנעשה, אלא מחמת העתיד, דהיינו מחמת שהאשה במעשה קלקלה את האפשרות שהיא ובעלה יוכלו להמשיך לדור יחד, על כן גם אשה החובלת בבעלה, דינה כעוברת על דת.

בפד"ר ח"א עמ' 338, בפס"ד מהרבנים הגר"י עדס ז"ל הגר"ש אלישיב שליט"א והגר"ב ז'ולטי ז"ל בארו את יסוד הדין בעוברת על דת, וז"ל - "עיקר הטעם של עוברת על דת הוא לא משום מעשה העבירה, אלא משום דבמעשה היא גורמת להפרעה ולקילקול בחיי המשפחה התקינים בינה לבין בעלה". ולהלן נרחיב את היריעה ונבהיר בעז"ה, שהלכה זו של "עוברת על דת", שורשה נעוץ בכך שארע מצב שהאשה עברה על דת ובמעשה אלו היא מונעת את האפשרות להמשיך בעתיד בחיים משותפים עם בעלה. ובטרם לבאר דינה של אשה המכה את בעלה, נקדים לבאר את סוגיית עוברת על דת על חלקיה השונים. מצינו ארבעה סוגי מקרים בו האשה נידונת בדין עוברת על דת.

- א. עוברת על דת משה שהכשילה את בעלה במאכלות אסורים או איסור נדה וכיוצ"ב.
- ב. נודרת ואינה מקיימת.
- ג. מתנהגת בפריצות דוגמת המקרים המוזכרים בסי' קטו ס"ד.

ד. מקללת את בעלה בפניו או את אביו בפניו. הרא"ש (כתובות פ"ז סי' ט') כתב - "האי דעוברת על דת משה ויהודית אין לה כתובה היינו בדבר שהיא מכשילתו כי הנך דמתניתין וכיוצא בהם כגון שהאכילתו חלב או דם. וכן נודרת ואינה מקיימת בשביל בניו. אבל אם היתה עוברת בשאר עבירות, כגון שהיא עצמה אכלה דבר איסור לא הפסידה כתובתה. ודת יהודית משום חציפותא ומשום חשד זנות הוא דמפסדה", עכ"ל.

מבואר בדברי הרא"ש שלכל אחד מארבעת סוגי המקרים הנ"ל יש טעם שונה, אך המשותף לכולם הוא, שהאשה במעשה גרמה לכך שהיא ובעלה אינן יכולים יותר לדור יחד.

א. מכשילה את בעלה אינה יכולה להמשיך לדור עמו, מכיון שלאחר שהכשילתו היא אינה נאמנת עליו בענייני אסור והיתר.

ב. התנהגות פרוצה גורמת לכך שהאשה חשודה אצלו בזנות ובכך היא קילקלה את האמון ההכרחי בין הבעל ואשתו.

ג. המקללת נוהגת בחציפות ובמעשה פגעה בבעלה עד כדי שמעשים אלו אינם מאפשרים להם להמשיך לדור יחד.

ד. נודרת ואינה מקיימת אינה מאפשרת לבעל להמשיך ללדת עמה ילדים מחשש העונש שיענשו עקב כך שהיא נודרת ואינה מקיימת.

פרוטוקול הדיון בבית המשפט שבו הודאת האשה בטענות הבעל על תקיפתו, והכאתו מספר פעמים. וכן נושא הכאת הילדים מטופל בנפרד.

מהחומר שהוצג לבית הדין עולה שאירועי האלימות של האשה כנגד בעלה חזרו ונשנו מספר פעמים. לא היתה זו מעידה חד פעמית, אלא בעיה קבועה הנובעת מסגנון התנהגות לקוי. יתכן שהדבר נבע הפרעה מסויימת הכוללת התנהגות עצבנית וחריגה של האשה. אך אין לקבוע שהאשה עשתה מעשה בחוסר שפיות, ולדונה כחולה במחלה נפשית. לא נשמעה טענה במהלך הדיונים שזוהי מחלה שאין לה עליה שליטה. גם המשטרה הגישה כתבי אישום, והפרקליטות החליטה להעמידה לדין על מעשה, ולא עלתה טענה שהיא אינה אחראית למעשה, אלא האשה הודתה במעשים, והורשעה.

בעקבות האירועים האלימים, הבעל עזב את הבית, לטענתו לא ניתן להמשיך ולחיות עמה. מאחר שהעובדות הנטענות לא הוכחו, השאלה העומדת בפנינו היא האם בנסיבות אלו יש לחייב את האשה בגירושין.

האם דינה כעוברת על דת

עלינו לברר האם על פי ההלכה יש לחייב בגירושין אשה הנוהגת באלימות כנגד בעלה, והאם דינה שתצא ללא כתובה.

לכאורה "עוברת על דת" שדינה התבאר בשו"ע אה"ע סי' קטו, המחויבת בגירושין וללא כתובה, היינו כשהיא עברה על דת והכשילה את בעלה ללא ידיעתו במאכלות אסורים או באסור נדה. אבל כאן העבירה של הכאת הבעל אינה מכשילתו בעבירה, ולכאורה אינו נוגע להלכה זו.

למרות זאת, נראה שדינה של אשה זו לחייבה בגירושין וללא כתובה, וכדין עוברת על דת, ולהלן בעז"ה נבאר הלכה זו. ראשית יש להבהיר שאשה זו עברה על דת, מפני שאירועי האלימות אסורים מצד עצמן באיסור תורה של, לא יוסיף להכותו, כמבואר ברמב"ם פ"ו מחובל ומוזק ה"א.

אמנם בני הזוג דנן, אינם מגדירים עצמם כאנשים דתיים ובודאי שאינם מקפידים על מצוה קלה כחמורה, ואילו היינו שוקלים האם לדונה כעוברת על דת מחמת לבוש בלתי צנוע וכיוצ"ב היה מקום להתיישב בדבר האם תידון כעוברת על דת לחיוב הגירושין כשגם הבעל לא הקפיד עם עצמו ועם אשתו בקיומה של מצוה זו, עיין חלקת מחוקק סי' קטו סק"ז ופד"ר ח"ד עמ' 363 וחלק ח' עמ' 353, ואכמ"ל. אך ביחס לאיסור חבלה והכאה שהם מהאיסורים המקובלים בכל חברה מתוקנת, וגם הבעל הזה מקפיד על כך, יש במעשה זה עבירה על דת.

אמנם ביסוד הדין של "עוברת על דת", אם האשה עשתה מעשה איסור, כגון שאכלה מאכל אסור היא אינה בכלל הלכה זו, כמבואר ברא"ש כתובות פ"ז ס"ט, אך עבירה זו

ונראה שהגרע"א נקט בפשיטות כדעת הבית יעקב. בספר דרוש וחדוש עמ"ס כתובות דף יב: במשנה שהיא אומרת משארסתני נאנסתי, כתב הגרע"א "מסתפקנא באשת כהן שאומרת כן אם נאמנת ליטול כתובתה ... תו י"ל דבממ"נ שאם תחתיו נאנסה הכשילתו בביאת איסור ואיבדה כתובתה כמו במשמשתו נדה".

הרי מבואר דאף דעסקינן באשת כהן שנאנסה תחתיו בין קידושין לנישואין, ומעיקרא לא היתה ראויה לדור עמו מכיון שהיה חייב לגרשה, אפ"ה כתב הגרע"א להסתפק אם דינה כעוברת על דת.

ובאר הגר"ש רוזובסקי ז"ל (שם) את שיטת הגרע"א שהיא מנוגדת לשיטת ההפלאה, וז"ל - "הגרע"א ס"ל דעצם ההכשלה מפסידה כתובתה, דבאשה כזו שמכשילה לבעלה לא תקנו כתובה, והיינו דעוברת על דת בענייני אישות ובדברים הנוגעים לו או שאינה נוהגת בצניעות, ואפילו אי כתובה דאורייתא, מ"מ מפסדת את הכשילתו".

ומצינו שהגאון רבי מאיר שמחה מדווינסק בתשובה האריך לבאר דין עוברת על דת ובאר את שיטת הראב"ד בדרך קרובה לסברת ההפלאה, וגם כתב בדעת שאר הראשונים שהחשש הוא מצד העתיד.

בשו"ת אור שמח ח"ב סי' ל"ח כתב - "והנה בעוברת על דת צריך לברר מה הטעם דמפסדת כתובתה ... והנה הר"ן הביא בשם הראב"ד ... דלא מוקים במודה, משום דאינה נאמנת, דאין אדם משים עצמו רשע. ופליגי עליו דלהפסיד ממון נאמנת ... והנראה לי דסבר הראב"ד דשלא על העבר קנסו אותה להפסיד כתובה, שא"כ בחייבי לאוין שלא הכיר בה אם בא עליה כמו אלמנה לכהן גדול, אמאי תנן דיש להן כתובה לרב הונא אף בלא הכיר בה, וכן בחייבי עשה לדידן בלא הכיר בה, נאמר דהוי עוברת על דת דהכשילתו בביאת איסור. ועל כרחין משום דחכמים רוצים שתצא רשעה זו מביתו, ומצוה לגרשה מפני שחשודה להכשילו עוד בביאת איסור. ובעצמותה היא מותרת אליו שיאמר בלבבו שמכאן ולהבא תהא צנועה וכשירה ככל בנות ישראל ולאחרים הא אינה אסורה להנשא, לכן הסירו חכמים החבלים מעליו, זה הכתובה שמחוייב ליתן לה כדי שלא יהיה לו עיכוב מלגרשה ... וכיון שכן אתי שפיר שעל פי עצמה אינה מחזקת עצמה לחשודה, ומותרת לו ככל בנות ישראל הכשירות. א"כ על העבר לא מפסדת כתובה וכמו כל חייבי עשה שלא הכיר בה, ולהחזיק עצמה לחשודה להבא אינה משימה עצמה רשע, וכיון שבי"ד אומרים לו שהיא אינה חשודה על פי עצמה להבא, ועל העבר לא קנסוה, א"כ מהיכי תיתי תפסיד כתובה על פי הודאת עצמה, זה סברת הראב"ד".

ובדעת החולקים על הראב"ד כתב האור שמח שאי אפשר לפרש דקנסו אותה רק משום קנס על העבר, וכדמוכח מחייבי לאוין וחייבי עשה, וכמו שהתבאר. אלא עיקרו של דין הפסד כתובה נובע משתי סיבות, קנס על מעשיה בעבר ומפני החשש שמא תרגיל עצמה כך גם להבא. בלשונו של

ולהלן נוכיח את היסוד הנ"ל שלא מטעם קנס אתינן עלה, אלא מפני שהאשה במעשיה אלו מנעה את האפשרות לחיים משותפים בעתיד.

א. נפתח במחלוקת הבית יעקב וההפלאה, בעוברת על דת משה שהכשילתו.

ההפלאה בחי' עמ"ס כתובות דף עב. כתב בדין עוברת על דת משה - "כתב הראב"ד דהא דלא משני שהודתה היא עצמה שהאכילתו שאינו מעושר, משום דאין אדם משים עצמו רשע. והקשה עליו הרשב"א דהא לענין ממון אדם נאמן על עצמו. ונלע"ד לתרץ דברי הראב"ד ז"ל דס"ל דהכא שאני דעיקר הטעם משום דחשודה להאכילו דברים האסורים, וכיון דאין אדם נעשה חשוד על פי עצמו, הרי יכול לסמוך עליה. דלא דמי למאי דקיי"ל בחו"מ סי' צב סעיף ה' דאף דאין אדם חשוד על פי עצמו, מ"מ אם הוא מהנשבעין ונוטלין אינו נשבע ונוטל כיון שהודה על עצמו שפסול לשבועה, אפ"ה לא שייך לומר הכא דלא תטול כתובתה כיון שהודתה על עצמה שעברה על דת משה, כיון דאינה נעשית חשודה על פי עצמה ויכול לסמוך עליה מכאן ולהבא, אינה מפסדת כתובה. אך נראה דלפי זה דכשהוא אמר שיודע בודאי שהאכילתו שאינו מעושר והיא גם כן מודה בדבר, שפיר מפסדת, דהא הוא אינו יכול לסמוך עליה, כיון שיודע בעצמו שהכשילתו".

ובספר אהל אברהם (לקט חדושי תורה על מסכת כתובות, בדף תקיד) הביא מדברי הג"ר שמואל רוזובסקי ז"ל שכתב לבאר את דברי ההפלאה בלשון זו - "בעוברת על דת העיקר משום דנעשית חשודה, וכיון דעל פיה אינה נעשית חשודה דאין אדם משים עצמו רשע, תו אפילו אי כלפי שמיא גליא דהכשילתו אינה מאבדת כתובתה. דאין מציאות ההכשלה מפסידה כתובתה, אלא דכיון דנעשית חשודה הרי אינו יכול לדור עמה, ועל כן אין לה כתובה".

הבית יעקב (בחי' עמ"ס כתובות עב.) כתב על דברי ההפלאה - "ודבריו תמוהין לפענ"ד, דודאי אף דמותר לסמוך עליה, כגון שנתוודע שעברה על זה אחר שעשתה כבר תשובה, מפסדת כתובתה".

הרי שההפלאה והבית יעקב נחלקו בשאלת ההגדרה העקרונית של הלכה זו. סברת ההפלאה היא ששורש דין עוברת על דת נובע מכך שהבעל לא יוכל יותר לסמוך עליה בענייני אסור והיתר, ובכך התבטלה האפשרות שהוא ימשיך בעתיד לדור עמה. ולכן אין לדון אשה כעוברת על דת במקרה שהיא הכשילה את בעלה ואח"כ חזרה בתשובה וכל עניין זה שהכשילתו, התברר לבעל רק לאחר האשה חזרה בתשובה. מאחר וכבר חזרה בתשובה, הרי שמכאן ולהבא אין לחוש שתכשילו, ולא יהיה אף רגע אחד שבעלה היה במצב בו הוא יודע כי אינו יכול לסמוך עליה.

משא"כ לדעת הבית יעקב, גם בכה"ג, למרות שמכאן ולהבא יוכל לסמוך עליה, וממילא החיים המשותפים בעתיד לא נפגעו, אפ"ה דינה כעוברת על דת מפני הקנס שקנסוה על עצם המעשה שארע שהכשילתו.

וכתב לבאר – "ליכא למימר דהא עכשיו התרתה בידה, וא"כ חזינן למפרע דלא הכשילתו בעבירה. זה אינו, דזיל בתר טעמא. דהא טעמא דעוברת על דת הוא דכיון דחזינן דהיא רשעה ומכשילתו בעבירה, א"כ איך ידור עמה דלמא תכשילנו עוד. וא"כ ה"נ הא חזינן דהיא רשעה דנתייחדה עמו אף שעדיין היתה בחזקת אשת איש, א"כ איך ידור עמה שמא תכשילנו עוד".

אמנם בעיקר דינו של מהר"ם זיסקינד, נראה שהחת"ס בתשובתו הנזכרת חולק על דבריו, מאחר שמכאן ולהבא כבר לא תוכל להכשילו באיסור זה. עכ"פ בעיקר הסברא, פשיטא למהר"ם זיסקינד כהפלאה.

ב. עוברת על דת יהודית שנהגה בפריצות, כתב הרא"ש "משום חשד זנות הוא דמפסדא". וכתב הב"ש סי' קטו סק"א דמאחר ועשתה דבר פריצות יש חשש שמא תזנה תחתיו, דהיינו חשש ביחס לעתיד.

אמנם המל"מ (בפ"ב מהלכות סוטה ה"א, הובא בבית מאיר ובפת"ש סק"א) כתב דהחשש שמא זנתה, אך החזו"א (הלכות כתובות סי' עט ס"ק כז) הביא את דברי המשנה למלך ובאר דבריו, וז"ל - "נראה דאין לחוש שזינתה להפסידה כתובתה משום זה, אלא נראה דלא מיתדר ליה באשה כזו שאין הפריצות מקרה אלא תכונה רעה ומביאה לידי זימה, והרי קלקלה האישות שאינו יכול לדור עמה, מיהו אם קינא לה שראויה להשקותה וזה תקנתה בהשקאה ... וכיון שיש לה תקנה לשוב למתדר עמה לא הפסידה כתובתה", עכ"ל.

ויתכן שאין כוונת החזו"א לחלוק על המל"מ, אלא לבאר דבריו דודאי אינה מפסידה כתובתה מצד שקיימת אומדנא דמוכח על מעשה זנות. שהרי אי אפשר לקבוע שנעשה מעשה כזה בלא שיש בפנינו הוכחה מספקת, אלא ההתנהגות בפריצות הגורמת לה להחשד. ולא מיתדר לו עמה בהיותה חשודה, לכן במעשיה קילקלה האישות ביניהם מכאן להבא.

וכן האור שמח בתשובה (ח"ב סי' לח) בהמשך לשיטתו שהובאה לעיל, הוכיח מהסוגיא במסכת סוטה דף כה. שעוברת על דת אינה נאסרת על בעלה, וכתב - "הרי דאין הטעם שמא זנתה בנתייחדה עם בני אדם וכמו שכתב המשנה למלך, רק עיקרו קנס הוא ושלא תתרגל להבא".

ג. כמו כן במי שמקללת את אבי בעלה בפניו או מקללת בעלה אינה נידונת כעוברת על דת מחמת עצם האיסור שבקללה, אלא מפני החציפותא שבדבר הפוגעת ישירות בבעלה. וזו כוונת הרא"ש במש"כ "ודת יהודית משום חציפותא".

(בתשובות המיוחסות לרמב"ן שהובא בב"י סי' קטו, כתב דמש"כ בסוגיא דמקללת יולדיו בפניו לאו דוקא, וה"ה למקללתו לבעלה בפניו דנידונת כעוברת על דת. אמנם הב"י תמה על תשובה זו, אך הרמ"א חלק על הב"י ופסק כתשובות המיוחסות לרמב"ן, וכן פסקו גם בשו"ת מהריט"צ

האור שמח - "קפידא דבעל הוא משום העבר ושמא תעשה להבא, הרכבה מכל הטעמים". ועל כן חלקו הראשונים על הראב"ד וסבירא להו דמאחר והאשה נאמנת על לשעבר יש מקום לקנס זה, וגם קיים החשש שמא תמשיך בעתיד במעשיה, וגם אם היא עצמה אינה נאמנת לעשותה חשודה בעתיד, היינו לפוסלה מנאמנות, אך עכ"פ אנן חיישינן שמא תחזור על מעשיה, ועל כן הפסידה כתובתה כדי שלא יהא עיכוב לגרשה.

ומצינו בכמה פוסקים שנקטו בפשיטות כסברת ההפלאה. החתם סופר בתשובה (חלק אה"ע סי' קמח) הובא בפת"ש סי' קטו סק"כ, כתב אודות אשה שלאחר הנישואין התברר שהיא מעוברת, והכשילה את בעלה באיסור מעוברת חבירו. וז"ל החתם סופר - "ומ"ש מעלתו דהוה עוברת על דת אחר התראה כיון שנאמר לה מפי הרב שאם אמת שהיא מעוברת אסורה על בעלה ... לא נלע"ד, דלא מיקרי עוברת על דת אלא במה שעתידה להכשיל לבעלה לעתיד, אבל אם לא תכשילה עוד לעולם, לא ... וא"כ הכא ליכא למיחש שתכשילה עוד באיסור מעוברת חבירו לעולם, אינו מוציאה אפילו אחר התראה".

ועיי"ש בחת"ס שהוכיח כן מגוף הסוגיא של עוברת על דת (כתובות עב). דהיודע באשתו שאינה מפרישה חלה דרב יהודה אמר שיפריש אחריה ולא יבוא לידי מכשול, וחלקו עליו ואמרו אין אדם דר עם נחש בכפיפה, ומבואר בגמ' הטעם דזימנין דמקרי ואכיל. וכתב על זה החת"ס - "משמע דאי לאו דאיכא למיחש דמיקרי ואכיל, לא היה צריך להוציאה, אע"ג דעברה אחר התראה".

הרי שלדעת החתם סופר יסוד הדין בעוברת על דת אינו מצד עצם מה שארע שהכשילתו, אלא מצד מה שאינו יכול יותר לסמוך עליה ולדור עמה. והיינו כסברת ההפלאה ודלא כבית יעקב והגרע"א.

וכן בשו"ת בית שלמה חלק אה"ע סי' סז הסכים לסברת החתם סופר וכתב - "בעוברת על דת שאין בו חשש זנות לא מקרי עוברת על דת, רק בהכשילתו שבעל באיסור משום שמא תכשילנו עוד. אבל בנ"ד ל"ל הכי כיון דעתה אי אפשר להכשילו, וכן הוא בתשובת חת"ס סי' קמ"ח על נ"ד ממש".

וכן בשו"ת דברי חיים ח"א חלק אה"ע סי' מט כתב - "במה שכבר עברה הגם שהכשילתו לבעלה לא בשביל זה נקנסה הכתובה דהיכן מצינו זה להפסיד ממון בהכשיל לחבירו באיסור, ולכן מצד הסברא גם במאכילתו שאינו מעושר וכה"ג אינה מפסדת הכתובה רק משום דחיישינן שתכשילו לעתיד ... אין אדם דר עם נחש בכפיפה ופרש"י דחיישינן שלא יוכל הבעל להיזהר".

ובשו"ת מהר"ם זיסקינד סי' כז דן באשה שבעלה נעלם ונישאה ללא היתר, ורק זמן מה לאחר הנישואין התברר היתרה, אך בעלה השני לא ידע מכל הנ"ל ותובע גירושין. וכתב שמאחר שקודם שהתברר ההיתר היתה בחזקת אשת איש, הרי שבכך הכשילה את בעלה, ודינה כעוברת על דת.

האיסור, שעברה על לאו שלוקין עליו, אלא מפני שעשתה מעשה איסור שיש בו התנהגות חצופה הפוגעת בבעל ואינה מאפשרת את המשך החיים המשותפים בעתיד.

ונסיים פרק זה בהערה על מש"כ הגאון רבי דוד מנחם מאניש באבד בספרו חבצלת השרון.

בשו"ת חבצלת השרון חלק אה"ע סי' ה' כתב, וז"ל - "הרא"ש פרק המדיר סי' ט' על מתניתין דאלו יוצאות שלא בכתובה כתב דטעמא דדת יהודית הוא משום חשד זנות עיי"ש. וא"כ בשלמא כל הני דיוצאת וראשה פרוע ומדברת עם כל אדם ומגלה זרעותיה, איכא חציפותא וחשש זנות. אבל המקללת בפניו או את יולדיו מה פריצותא וחשש זנות איכא, ומאי מצוה לגרשה איכא אם רוצה למחול על כבודו. ובאמת במתניתין פרק המדיר אפשר לפרש דמאי דקאמר אבא שאול אף המקללת יולדיו בפניו, לאו על עוברת על דת יהודית קאי, דכל הנך דחשיב הוא רק משום פריצות וחשש זנות ואין זה במקללת וכו'. אלא דקאי על אלו יוצאות שלא בכתובה, וקאמר דאף מקללת וכו' יוצאת שלא בכתובה, ולא משום עוברת על דת יהודית, אלא משום דאינו מחוייב לסבול זאת ממנה. ונ"מ דאין מצוה לגרשה ... ואמנם משמעות כל הפוסקים והטוש"ע משמע דאף מקללת יולדיו הוי בכלל עוברת על דת יהודית. וצריך לדחוק ולפרש לדבריהם דכיון דהיא חצופה כ"כ נגדו וליכא עליה אימת בעלה, חשודה ג"כ על זנות. וגם מצינו בש"ס פרק השוכר את הפועלים דקאמר מדחציף כולי האי ש"מ רשיעא הוא עיי"ש. וא"כ מבואר ביו"ד סי' קי"ט לענין חשוד במאי דקילא להו לאינשי אינו חשוד על ידי זה לעבור על מה דחמירי להו לאינשי ואף דזה איסור גדול יותר. הכי נמי בזמן הזה דקילא טובא לאינשי שתהיה מקללתו לפעמים והוא יקלל אותה משום קטטה ושכיחא טובא, בודאי א"א לומר בזמן הזה דמשום הכי תהיה חשודה על זנות, ואם נאמר כן לא הנחת בת לאברהם אבינו שתהיה יושבת תחת בעלה".

הנה סבר הגאון בעל חבצלת השרון, דטעמא דכל הני שהן בכלל עוברת על דת דדינם דיוצאות שלא בכתובה הוא מפני שהן חשודות על זנות, והיינו דאמנם אין לחוש שמא זינתה, אלא מאחר ועשתה מעשים אלו המפורטים בסוגיא, יש לחוש שמא בעתיד תזנה, ועל פי זה העלה דבזמן הזה שאני. אך אין הכרח לדבריו. המקור היחיד לסברא זו נמצא בדברי הרא"ש, וז"ל הרא"ש (כתובות פ"ז סי' ט) - "האי דעוברת על דת משה ויהודית אין לה כתובה היינו בדבר שהיא מכשילתו ... ודת משה יהודית משום חציפותא ומשום חשד זנות הוא דמפסדה". וסבר החבצלת השרון דכוונת הרא"ש דכל הני דמשום דעוברת על דת יהודית שיש במעשיה משום חציפותא ממילא היא חשודה על הזנות. אבל אין נראה לפרש כך בכוונת הרא"ש, ויותר בכוונת הרא"ש, דלצדדין קתני. יש מהם דתצא שלא בכתובה משום חציפותא, כגון מקללת, ויש מהם משום חשד זנות, כגון יוצאת וראשה פרוע או מגלה זרעותיה וכיוצ"ב, והמשותף

סי' קסב בשו"ת פעולת צדיק ח"ב סי' כז ובשו"ת שופריה דיעקב ח"א סי' נד, ולא מצינו מי שיחוש לתמיהת הב"י ויפסוק למעשה דלא כתשובות המיוחסות לרמב"ן. והיינו מטעם דודאי במקללתו לבעלה בפניו יש חציפותא שהרי היא חייבת בכבודו).

ועיין בפת"ש סי' קטו סק"י שהביא דעה הסוברת שדוקא במקללת בשם נידונת כעוברת על דת, ומבואר דס"ל לדעה זו דאינה נעשית עוברת על דת אלא כשעברה על איסור חמור שלוקין עליו דהיינו קללה בשם או כינוי, ומשמע דהקפידא היא על חומרת האיסור. ולפי דעה זו אין הכרח לדברינו. אך הפת"ש נשאר בצ"ע על דעה זו, ובשטמ"ק (כתובות עב:) מפורש דלא בענין שתקלל בשם או בכינוי. בשטמ"ק שם כתב - "וז"ל תלמידי רבינו יונה ... ואפילו לא קללה אותו בשם ולא בכינוי, תצא שלא בכתובה, כיון שהפקירה עצמה ולא חששה לכבוד חמיה ואישה".

ובשו"ת חבצלת השרון חלק אה"ע סי' ה' כתב - "מה שהביא דברי הגאון מבריסק שהובא בפת"ש בסי' קט"ו דדין מקללת הוא רק בשם או בכינוי, לא חזי לאיצטרופי כלל לדעתי, דהרי מפורש להיפך בשטמ"ק כתובות (דף עב:) ד"ה ורש"י, בשם תלמידי רבינו יונה שכתבו להדיא דאפילו לא קיללה אותו בשם או בכינוי תצא שלא בכתובה עיי"ש. וגם משמעות כל הפוסקים הוא כן דלא בעינן שם או כינוי, אבל עכ"פ קללה ממש בעי ולא בזיון בעלמא".

ובשו"ת פעולת צדיק ח"ב סי' כז כתב - "הכא לא בעינן שתקללנו בשם וההיא דח"מ סי' כז לענין מלקות איתניא, ותדע דהרי סתמא קתני פ"ז דכתובות המקללת יולדיו בפניו ... כבר פירשו הרמב"ם שם בפירוש המשנה דלאו דוקא קללה אלא ה"ה חירוף וגידוף באיזה אופן מהקללה או החירוף, וכ"כ רבי עובדיה מברטנורה שם".

ובשו"ת דברי מלכיאל ח"ג סי' קמה כתב, וז"ל "הביא הפת"ש שם סק"י דבעינן שתקלל בשם ... סברא זו צ"ע טובא, וגם הוא עצמו נדחק שם יעו"ש. ובשטמ"ק בכתובות ע"ב מפורש שאין צריך שם וכינוי".

וכן בשו"ת שופריה דיעקב ח"א סי' נד כתב שהטעם להא דמקללת נידונת כעוברת על דת הוא מצד החציפותא שבדבר, וז"ל - "אין לך חציפותא וצער לבעל כמקללתו בפניו, ועפ"ז העלה דאף במקללת בלא שם או כינוי נידונת כעוברת על דת דאע"פ דאינה לוקה על קללה כו, עכ"פ איסורא מיהא איכא, ומאחר שיש במעשיה משום חציפותא, תצא בלא כתובה.

ובקובץ "כנסת ישראל" קונטרס ח' סי' קנז אות ו' תמה הג"ר שלמה חריף ז"ל על מש"כ בפת"ש דבעינן קללה בשם, וכתב - "ולפלא איך אפשר שסתמו הפוסקים ולא הודיעונו חידוש כזה, וגם בעלי השו"ע סתמו ויהיה העיקר חסר מהספר, וגם אשתמיטית' דברי השטמ"ק". וכן מבואר בפד"ר חלק ה' עמ' 294, שחלק מדבריו יובא להלן.

מבואר מכל הנ"ל, דאין הטעם שהמקללת נידונת כעוברת על דת משום קנס עקב החומרה היתירה של

בפוסקים שהוסיפו כמה מקרים, ולפי סברתם במקרים אלו הפגיעה בבעל היא כה ברורה וקשה, לכן פוסקים את דינה - "תצא בלא כתובה" ופסיקה זו נלמדת בק"ו ממקללת יולדיו. בראשונים מצינו שהרחיבו את דינה של מקללת יולדיו,

גם לפגיעות קשות אחרות בבעל. בהגהות מיימוניות הלכות אישות פרק כד אות ג' הביא מתשובת מהר"ם שכתב בלשון זו - "אחרי שהביאה ריק אחד רוצח על בעלה לגזמו אם יעשה לה דבר, וגיזם לו להורגו, לא גרע ממקללת יולדיו בפניו לאבא שאול, והילכתא כוותיה, כ"ש הכא דמגזמת לו להרגו", עכ"ל, וכן פסק הרמ"א סי' קטו סוף סעיף ד' - "אשה שגזמה לבעלה שרצונה להשכיר עליו גוים להרגו אם יעשה לה דבר, מקרי עוברת על דת". וכתב בביאור הגר"א ס"ק יח - "כל שכן ממקללת יולדיו בפניו".

וכן בספר ערך לחם (למהריק"ש) אה"ע ריש סי' קטו כתב - "אשה שרצתה להאכיל את בעלה סם המת, ונתברר בירור גמור בעדים שקנתה אותו בפועל וגמרה בדעתה להאכילו ולא לתשמיש אחר. חמירא סכנתא מאיסורא ועדיף מזינתה, ואין לה כתובה ולא תנאיה כי אם בלאותיה הקיימים. ובית דין מפרידים ביניהם כדי שלא תצא מחשבתה לפועל, ומעשיה הרעים גרמו לה כנ"ל, כל שלא גרם הוא במעשיה וראוי לכך (עיין הגהות מיימוני פכ"ד מהלכות אישות אות ג')", עכ"ל והובא בשו"ת גינת ורדים אה"ע כלל ד' סי' יב.

וכן בשו"ת הב"ח החדשות סי' פד כתב - "מהר"ם למד באשה שהביאה רוצח שגיוס על בעלה להורגו אם יעשה לה דבר שזו נקראת עוברת על דת דגרע ממקללת יולדיו בפניו כו' אלמא דלא דווקא נקט התנא אילו דברים, אלא אילו וכל כיוצא בהם וכ"ש דגרע מנייהו".

ההתייחסות לאשה המכה את בעלה, יכולה להלמד מדינו של בעל המכה את אשתו.

בשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' קב כתב - "אין לבעל להכות ולענות אשתו. דלחיים ניתנה ולא לצער. ואדרבא, צריך לכבדה יותר מגופו ... ומודיעין שאם יכה שלא כדיון, שיהא חייב להוציא וליתן כתובה. שאפילו על שאר דברים שאין לה כ"כ צער, כגון שמדירה שלא תלך לבית אביה, או לבית האבל, או לבית המשתה, או אפילו שלא תשאל נפה וכברה מחברותיה, או שלא תשאל להם, הוא מוציא ונותן כתובה. כ"ש במכה ופוצע ומצערה בגופה", עכ"ל וכן פסק הרמ"א סי' קנד סעיף ג' לחייבו בגט, ועיי"ש בביאור הגר"א סק"י שהביא את דברי התשובות המיוחסות לרמב"ן כמקור לפסיקת הרמ"א. וע"ע להלן סי' צב שהארכנו בביאור הלכה זו.

לכן אם ראינו שהכאת הבעל את אשתו גוררת חיוב הבעל "יוציא ויתן כתובה", מפני הפגיעה הקשה שבמעשים אלו באשתו. הוא הדין להיפך, פגיעה כזו של אשה בבעלה תביא לפסיקת "תצא בלא כתובה". מפני הפגיעה בגופו, ונכלל בהלכה זו של מקללת יולדיו, ועל פי דרכו של הב"ח בתשובה הנזכרת, ומפני שבמעשיה אלו קלקלה את

לכולן הוא מפני שהאשה במעשיה אלו קלקלה את האפשרות שיוכל לדור עמה. ולסברת חבצלת השרון תימה גדולה היא לומר דמשום שקללה ועשתה מעשה שיש בו חציפות, מתוך כך תחשד על זנות.

וכן מבואר בתשובת שופריה דיעקב שהבאנו לעיל שכתב "אין לך חציפותא וצער לבעל כמקללתו בפניו", דהיינו הטעם הוא מצד הצער שגורמת לבעל והפגיעה זו.

ובמש"כ חבצלת השרון לדון אם אף מקללת יולדיו היא בכלל עוברת על דת יהודית, יש להעיר מדברי רש"י במסכת סוטה דף כה. שכתב - "עוברת על דת יהודית שאינה צנועה יוצאה וראשה פרועה וטווה בשוק ומדברת עם כל אדם דאמר בכתובות בפרק המדיר דיוצאה שלא בכתובה", ומשמעות לשונו שלא כתב כגון וכו', נראה שהביא את כל המקרים שהוזכרו במשנה כעוברת על דת יהודית, משמע דדוקא בהני דינה כעוברת על דת יהודית ולא בשאר המקרים שהוזכרו במשנה. אך בחלקת מחוקק סי' קטו ס"ק יג דן את הקולנית המוזכרת במשנה כמי שאינה נוהגת בדת יהודית, ודלא כמשמע מרש"י שלא הזכיר את הקולנית.

ובגמרא במסכת כתובות דף קא. - "נשים שאמרו חכמים יוצאות שלא בכתובה, כגון עוברת על דת וחברותיה אין להן תוספת". ופרש רש"י - "עוברת על דת. בפרק המדיר. וחברותיה. נמצאו עליה נדרים או מומין והמקללת יולדיו בפניו". ומבואר להדיא דלא כחבצלת השרון, אלא המקללת יולדיו אינה בגדר עוברת על דת אלא בכלל "חברותיה", דהיינו חברותיה שהמשותף לכולן הפסד הכתובה. לפי זה אין מקום לומר שמש"כ הרא"ש דעוברת על דת משום חשש זנות, קאי גם על מקללת.

וגם אם משמעות הפוסקים כמו שהביא חבצלת השרון שדנו מקללת בכלל עוברת על דת, מנלן לומר דמש"כ הרא"ש בטעמא דעוברת על דת, דהוא משום חשד זנות, יאמרו אותם פוסקים גם על מקללת וקולנית, יתכן שהרא"ש קאי בשיטת רש"י דמקללת וקולנית אינן בכלל עוברת על דת ועל כן כתב דמשום חשד זנות הפסידה, אך הפוסקים שכללו כולן בכלל עוברת על דת יהודית, אין הטעם בכולן משום חשש זנות כמו שסבר חבצלת השרון, אלא מפני דלא מיתדר ליה עמה, מחמת היותה עוברת על דת יהודית. ומה עוד דאף דברי הרא"ש יכולים להתפרש דלצדדים קתני, וכמ"ש לעיל.

מסקנת הדברים - בכל המקרים בו אנו דנים את האשה כעוברת על דת, היינו מפני שהאשה עברה על דת כשעשתה מעשה איסור, ובמעשה זה היא פגעה באפשרות להמשיך לדור יחד עם הבעל.

האם אשה המכה את בעלה היא בכלל עוברת על דת

לכאורה, אין לדון בדין "עוברת על דת", אלא את אותם המקרים המפורטים במשנה ובגמ', ואין להוסיף עליהן מקרים אחרים בסברא בעלמא, שגם במקרים אלו האשה קלקלה את האפשרות להמשיך בחיים משותפים. אך מצינו

האריך הרבה, וצבא המחברים נגדו, וכל הראיות יש לדחות. אולם הך דתנן בתוספתא לא התרה בה יוציא ויתן כתובה, משמע דבכל העוברת על דת מצוה להוציאה, ויעוין תוס' ריש פרק המדיר בשם ר"ח ותמן בכולהו דכופין אותו משום טיבותא דילה וכאן משמע דמצוה לגרשה.

ועיין ברי"ף כתובות פרק שביעי בסוגיית עוברת על דת שהביא את התוספתא כלשונה, (אלא שכתב הדברים בשם הירושלמי). וכן כתב בחי' הריטב"א עמ"ס כתובות (עב. ד"ה מתני'), וז"ל - "אמרין בירושלמי תמן תנינן נשים שאמרו חכמים יוצאות שלא בכתובה צריכות התראה, ואם לא התרה בהן יוציא ויתן כתובה וכן פסק הרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל".

וע"ע בתוספות שאנץ עמ"ס סוטה דף כה. שהביא את התוספתא הנ"ל כלשונה, וכתב לתמוה על ספק הגמרא (שם) אי עוברת על דת צריכה התראה, מאחר והדברים מפורשים בתוספתא שצריכה התראה, וכתב "ושמא לא הוה ידע לה". עכ"פ מבואר שביחס לאותה התראה המבוארת בגמ', פשיטא לתוספתא דאמנם בלא התראה לא הפסידה כתובה אך עכ"פ מצוה לגרשה.

ולכאורה היה מקום לפרש התוספתא דחייב לגרשה ואף כופין להוציאה, שהרי נקטה לשון "יוציא ויתן כתובה", דמשמע חיוב לגרש. והיה מקום לומר דמה דאיבעיא לגמ' בסוטה (כה). אם רשאי לקיימה ולא איפשטא, פשיטא ליה להתוספתא.

(וע"ע בשו"ת הרשב"א ח"א סי' תתסד בתשובת מהר"ב שהשואל כתב בתוך דבריו "וגם בעיא היא בפרק ארוסה אם רצה הבעל לקיימה אם יכול לקיימה אם לאו ... והאלפסי פסק דכופין אותו להוציא היכא דרגילה בכך". כפי הנראה כוונתו לדברים הנ"ל של הרי"ף, והרב השואל שם פרש דברי הרי"ף ברגילה לעבור על דת, ואז כופין אותו לגרשה. אך עכ"פ קשה לומר כן, דברי"ף לא מוזכר חילוק בין רגילה לאינה רגילה).

ומסתמית הדברים בשאר הראשונים והפוסקים דפסקו דרשאי לקיימה ולא הזכירו דהרי"ף שהביא את התוספתא להלכה חולק וסובר דכופין אותו לגרשה, משמע דפשיטא להו דלשון יוציא המוזכר כאן אינו אלא למצוה. כן מוכח מחי' הריטב"א, דלאחר שהריטב"א הביא את התוספתא וכתב שכן פסקו הרי"ף והרמב"ם, מיד בהמשך דבריו (בד"ה העוברת) כתב הריטב"א בפשיטות דאם רוצה לקיימה אין כופין אותו להוציאה. ובע"כ צ"ל דלשון "יוציא ויתן כתובה" שבתוספתא אינו לשון חיוב אלא רק מצוה.

לפי זה מש"כ הר"ן (על הרי"ף) ובחי' הרשב"א (עמ"ס כתובות) בסוגיית עוברת על דת, בשם הראב"ד דעוברת על דת מצוה לגרשה, נראה שמקורו של הראב"ד מהתוספתא. ולפי זה אף בלא שהתרו בה מצוה לגרשה. ונראה שהדברים מבוארים בראשונים עמ"ס גיטין דף פט. דלענין שמצוה לגרשה אין צורך בהתראה.

האפשרות שלה להמשיך עמו. וכן מצאתי בתשובת בית שלמה חלק אה"ע סי' נב לחייב אשה אלימה בגט, ומהטעם המבואר לעיל, וכתב - "כיון שפסק רמ"א סי' קט"ו ס"ד דהמקללת בעלה בפניו הוי עוברת על דת, כ"ש בחוצפה רבה כזאת. וגם יפה כתב כ"ת שזהו כ"ש ממ"ש רמ"א שם באשה שגזמה לבעלה כו".

האם מצוה לגרשה גם אם לא התרו בה

בנידון דידן לא ידוע לביה"ד שהתרו באשה קודם שעשתה מעשיה, יש לדון האם יש לפסוק ביחס לאשה זו דין עוברת על דת גם בהעדור התראה.

נראה שיש מקום לקבל את תביעת הגירושין, וזאת מכמה טעמים.

א. אמנם בשו"ע (סי' קטו ס"ד) נפסק דעוברת על דת אינה מפסידה כתובה אם לא התרו בה. אך הרבה פוסקים כתבו דאין צורך בהתראה אלא להפסידה כתובה, אך גם ללא התראה יוכל הבעל לגרשה ולא יחול עליו חרם דרבינו גרשם. כן כתב הט"ז סי' קטו סק"ט, ובפת"ש סי' קטו ס"ק יד הביא שכן פסקו תה"ד מהר"ם פאדוואה הנודע ביהודה ורע"א. וכן פסק בשו"ת הב"ח החדשות סי' פד, ובשו"ת מהרש"ם ח"ז סי' רטו הביא כן בשם כמה אחרונים, וכתב דהחת"ס שלא כתב כן, הוא דעת יחיד.

ובספר אבני נזר חלק אה"ע סי' לו כתב - "פשוט בפוסקים שאפילו עוברת על דת בלא התראה אף שאם רצה לקיימה מקיימה, מ"מ מצוה לגרשה ואין בו משום חדר"ג".

הטעם דבעוברת על דת ליכא חרם דר"ג אף בלא התראה, מבואר בתרומת הדשן סי' רמב, וז"ל - "הואיל וחשיב עוברת על דת מצוה לגרשה ואם אינו מוציאה נקרא רשע, ופשיטא דאכה"ג לא תיקן הגאון כדאיתא בהגהות מיימון ובמרדכי בשם מהר"ם".

ואמנם בנדון דידן עסקינן במי שאינו מקפיד על המצוות, והעילה לתביעת הגירושין אינה מפני שהבעל חושש מלהקרא רשע שאינו מקיים מצות גירושין. אך אין בכך נפקא מינה, דעכ"פ עסקינן במקרה של עוברת על דת, וביחס למקרה כזה מלכתחילה לא נתקנה תקנת רבינו גרשם.

כאמור, פסק זה שאין חרם דר"ג גם בלא התרו בה, מבוסס על ההנחה שגם בלא התראה מצוה לגרשה, ודבר זה מבואר בתוספתא כתובות פ"ז הלכה ו'. וז"ל התוספתא - "כל אלו נשים שעברו על הדת צריכות התראה ויוצאות שלא בכתובה, לא התרה בהן יוציא ויתן כתובה".

מבואר דאף ללא התראה לכל הפחות מצוה להוציאה, דאל"כ לא היתה התוספתא נוקטת לשון "יוציא ויתן כתובה", אלא לשון אחרת המורה על כך שלא הפסידה כתובתה בלבד בלא המצוה להוציאה.

ומצאתי שהאור שמח בתשובה ח"ב סי' לח הוכיח כן מהתוספתא. וז"ל האור שמח - "אמנם להקת המחברים האריכו אם בלא התראה מצוה לגרשה, והחתם סופר

כשליכא התראה ועדיין לא הפסידה כתובתה. ותירצו הראשונים, דאה"נ גם לריב"נ מצוה לגרש אף כשעדיין לא התרו בה, ואם התרו בה מתוסף הענין שהיא מפסידה כתובתה. והעולה מדבריהם דגם עוברת על דת, שדינה כאותן נשים שהזכרו בסוגיא בגיטין, מצוה לגרשה מצד עצם המעשה ואף בלא התראה.

מסקנת הדברים - מכל המבואר לעיל מוכח דנקטינן להלכה דעוברת על דת מצוה לגרשה אף אם לא התרו בה. ההתראה נאמרה רק לענין להפסידה כתובתה. וכמו שמדוייק מלשון הגמרא במסכת סוטה (כה). "עוברת על דת צריכה התראה להפסידה כתובתה". משמע שלענין כתובה בלבד יש צורך בהתראה. וכמו כן אין מקום לחלק בין המקרים של עוברת על דת, וכדמוכח מהתוספתא ומהרי"ף והריטב"א שהביאו את התוספתא בסתמא.

ועיין בספר תשובות רבי אליעזר (גורדון) ח"א סי' כב שפרש בדרך אחרת את דברי הרשב"א בגיטין (פט). והריטב"א בכתובות (עב). והמעייין בדבריו יראה שנדחק טובא והגיה שלא לצורך בדברי הריטב"א, ואכמ"ל. ומאחר שאין הכרח לביאורו בראשונים, ודברי הראשונים מבוארים היטב כדברינו, הרי שאין מקום למסקנתו בתשובה הנ"ל לנטות מדעת רוב האחרונים שהעלו דאף ללא התראה מצוה לגרשה. ואמנם עיין בשו"ת מהרש"ם ח"ז סי' רטו, שדן באותה עובדא שבתשובות רבי אליעזר, והעלה להתיר חרם דר"ג אף בלא התראה עפ"י דעת רוב האחרונים שפסקו כן.

ועיין בפד"ר כרך ה' עמ' 295 (בפס"ד מביה"ד הגדול בהרכב (הגר"י עדס ז"ל הגר"ש אלישיב שליט"א והגר"ב זולטי ז"ל) לאחר שהביאו דדינה של המקללת כעוברת על דת אף בלא שם וכנוי כמבואר בשטמ"ק, וכן הביאו מהטור חו"מ סי' כז דאף בלא שם וכנוי איסורא מיהא איכא, וכתבו - "עכ"פ זה נראה פשוט במקרה והיא מקללת בלא שם ובלא כנוי, אף דלפי האמור דינה כעוברת על דת, אבל יסוד ההלכה הזאת הוא לא משום לתא דאיסורא נגע בה. אלא הטעם הוא כמ"ש הרבינו יונה הנ"ל "כיון שהפקירה עצמה ולא חששה לכבוד חמיה ואישה", לכן תצא שלא בכתובה. וא"כ נראה דבגוונא דא כולי עלמא מודו דבלא התראה אין להרשות לבעל לגרשה בעל כרחו ... בדבר שהיא מפסדת כתובה לא משום לתא דאיסורא או פריצות, אלא משום שהיא מזוללת בבעלה, הרי ודאי שאין זה נכנס בכלל ספק הגמרא דטוטה אם הבעל רשאי לקיימה או לא, וי"ל דאליבא דכו"ע שייכת בזה תקנת רגמ"ה".

ודברים אלו צ"ע טובא. מאחר ומבואר בטור חו"מ סי' כז דבמקלל בלא שם ובלא כינוי איכא איסורא, ומבואר שם בב"ח דהאיסור הוא איסורא דאורייתא, וכן כתבו בתשובת מים עמוקים ח"ב סי' סט ובחזו"א סנהדרין סי' כ' סק"ז, הרי דאשה המקללת נידונת כעוברת על דת מפני שעשתה מעשה שיש בו שני יסודות - א. מעשה האסור מצד עצמו באיסור תורה. ב. במעשה זה היא זילולה בבעלה זילול חמור המצדיק תביעת גירושין של הבעל. לכן אין מקום

בגמ' שם נאמר "אכלה בשוק גירגרה בשוק הניקה בשוק ככולן אמר ר"מ תצא, ר"ע אומר משישאו ויתנו בה מוזרות בלבנה, אמר לו רבי יוחנן בן נורי א"כ לא הנחת בת לאברהם אבינו שיושבת תחת בעלה והתורה אמרה כי מצא בה ערות דבר ולהלן הוא אומר על פי שנים או על פי שלשה עדים יקום דבר מה להלן דבר ברור אף כאן דבר ברור".

וכתב בחי' הרשב"א - "הקשה הראב"ד ז"ל לרבי יוחנן בן נורי לית ליה הא דתנן ואלו יוצאות שלא בכתובה העוברת על דת משה ויהודית. ואיכא למימר שאע"פ שיוצאות בלא כתובה לפי שלא נהגו כמנהג הצנועות מ"מ אם רצה הבעל לקיים יקיים, אלא שמצוה לגרשה כדאמרינן לקמן. וצריכה התראה להפסידה כתובתה כדאיתא בסוטה פרק ארוסה, ואם רצה לקיים יקיים אפילו לאחר התראה".

וכלשון זו ממש כתבו גם בחי' הרמב"ן בחי' הר"ן ובחי' הריטב"א (מכת"י, הוצאת מוסד הרב קוק).

ונראה דמה שכתבו הראשונים דמצוה לגרשה אינו דוקא לאחר התראה, וכמה ראיות לדבר. ראשית, הראשונים למדו דמצוה לגרשה מהא דסוף מסכת גיטין (דף צ:), ושם לא מוזכרת התראה.

שנית, מפשיטות לשונם שכתבו "מצוה לגרשה ... וצריכה התראה להפסידה כתובתה". משמע דדוקא לענין הפסד כתובה בלבד צריכה התראה.

ראיה נוספת יש להוכיח מהריטב"א. דברי הריטב"א עצמו בחי' עמ"ס כתובות מלמדים על כוונתו בחי' עמ"ס גיטין. דהריטב"א בחי' עמ"ס כתובות (עב). הובא בשטמ"ק כתב בישוב קושיית הראב"ד - "וי"ל דהתם קאמר ת"ק תצא ורבי יוחנן אמר אין כופין אותו להוציא שאם כן לא הנחת בת לאברהם אבינו, אבל מודה הוא שאם רצה להוציא שיתן כתובה, והנכון דהתם כשעשתה כן בלא התראה ומתניתין בהתראה, והיינו דלא קתני האוכלת בשוק כו", עכ"ל הריטב"א. דהיינו הריטב"א באר דרבי יוחנן בן נורי איירי בלא התראה, ולכן לא הפסידה כתובתה, ובא ריב"נ בדבריו לחלוק על שיטת רבי מאיר, לרבי מאיר חייב לגרשה, ולריב"נ אינו חייב לגרשה. ובחידושו לגיטין הוסיף הריטב"א (בעקבות דברי הרמב"ן והרשב"א) דאמנם לשיטת ריב"נ אינו חייב לגרשה אך עכ"פ מצוה לגרשה. ובלא התראה עסקינן כמבואר בדבריו בחי' לכתובות, שכתב "והנכון דהתם כשעשתה כן בלא התראה".

לפי זה, דברי הראשונים (הרמב"ן הרשב"א והריטב"א והר"ן) הנוכרים לעיל, מתבארים כדלהלן, עיקר הדיון בדבריהם נסוב על השאלה האם יש חובה או מצוה לגרש באותם מקרים המוזכרים שם בסוגיא בגיטין. דהראב"ד בקושייתו סבר דבשיטת ריב"נ דפליג לגמרי על רבי מאיר שחייבו לגרשה, ולדעת ריב"נ אף מצוה לגרש ליכא, וכדמשמע מלשונו של ריב"נ שאמר "א"כ לא הנחת בת לאברהם אבינו שיושבת תחת בעלה", ולכן הקשה הראב"ד מהאי דינא דעוברת על דת, דמאחר ויוצאת בלא כתובה משמע דעכ"פ מצוה לגרשה מצד המעשה שעשתה, אף

התראה, אלא ע"כ סבירא להו שבדבר ידוע ומפורסם אין צריך התראה.

וע"ע בפד"ר כרך ט' עמ' 224 שדנו בנידון כעין נ"ד באשה שאימה על בעלה בסכין, והביאו מספר ימי יוסף להגריי ידיד ז"ל שבמקרים כעין אלו שכו"ע יודעים את חומרת הענין, אינה צריכה התראה, ואף אם תקבל עליה להמנע ממעשים כאלו בעתיד, אינו צריך להאמין לה ויכול לגרשה בעל כרחו. ובלבד שהאירוע לא החל כתוצאה ממעשים חמורים שהוא פשע כנגדה.

נראה שקיים טעם נוסף לפסוק שמצוה לגרשה אף ללא התראה. דמאחר ויסודו של דין עוברת על דת נובע מכח שלילת אפשרות החיים המשותפים בעתיד, וכמו שבארנו לעיל, על כן יש מקום לומר שההתראה נחוצה מתוך ההנחה שהיא עשויה לעזור לשפר ולתקן את המצב בעתיד. ולפי"ז י"ל דהיינו דוקא בחשש שתכשילו או שתתנהג בפריצות, משא"כ בעובדא דמהריק"ש והגינת ורדים באשה שניסתה להרעיל את בעלה, לא ניתן לחייב את הבעל להכנס לבית הספק ולשוב לדור עמה, דחמירא סכנתא מאיסורא, ואין מקום להורות על ניסיון נוסף לאחר התראה. ולמעשה האשה במעשיה שללה את האפשרות לניסיון נוסף לתקן את החיים המשותפים, באמצעות ההתראה, ונראה שזהו הביאור בפסקו של מהריק"ש שהסכים עמו הגינת ורדים. וע"ע בפד"ר חלק ח' (עמ' 216 והלאה) שבארו את פסק מהריק"ש בדרך זו, וכתבו - דאמנם ככה"ג שגומה בבעלה שתשכור עליו כותים להורגו בעיני התראה, "אך החילוק פשוט ששם רק הגזימה שתשכיר עכו"ם כדי להורגו, ומבואר בשבועות דף מו דעביד איניש דגזים ולא עביד, אבל היכא שעשתה מעשה בפועל וכפי שהדגיש מהריק"ש שקנתה אותה בפועל אין צורך בהתראה".

נראה שה"ה בנ"ד שהאשה חבלה בבעלה מספר פעמים מלבד שאימה עליו בסכין כפי שעולה מהודאתה בכתבי האישים, ומאחר ובני הזוג כבר חיים בנפרד תקופה ארוכה, עקב האירועים האלימים הנ"ל, ביה"ד אינו רשאי להורות לבעל לחזור יחד לחיים משותפים, ואף לאחר שיתרו באשה, דחמירא סכנתא מאיסורא, לאחר שהיא הוחזקה בהתנהגותה הנ"ל. (כשם שאשה המסרבת לחיות עם בעל אלים אין מחייבים אותה לחזור לבעלה גם אם יתרו בו, ק"ו ממורדת האומרת מאיס על שפסק הרמ"א בסי' עז ס"ג "ואין כופין אותו לגרש ולא אותה להיות אצלו"). ומאחר שלא ניתן להורות לבעל לחזור לחיות עמה, הרי שהאשה במעשיה שללה מעצמה את האפשרות שביה"ד יורה לצדדים לעשות ניסיון נוסף. ומאחר ושלילת האפשרות נגרמה בעטיה של האשה, על כן דינה כמי שהתרו בה והפסידה כתובה ומוזנות.

תשובת הבית יצחק בנידון

בשו"ת בית יצחק (להגריי שמעלקיש ז"ל) חלק אה"ע ח"ב סי' ט' נשאל - "באחד שיש לו עדים שאשתו מכה אותו והוא

למש"כ שם בפסק הדין, "יסוד ההלכה הזאת הוא לא משום לתא דאיסורא נגע בה", מאחר שראינו שהמעשה הוא ביסודו מעשה האסור מהתורה. ומה שכתב רבינו יונה הנ"ל "כיון שהפקירה עצמה ולא חששה לכבוד חמיה ואישה", אינה עילה העומדת בפני עצמה, אלא כתוספת לעצם הענין שהקללה היא מעשה האסור מהתורה, אך לא די בעצם האיסור אלא בעיני שנוסף לכך הזילזול בבעל.

ומאחר שהאשה עברה עבירה כזו, היא נידונת בכלל אותן נשים שמצוה לגרשן, וממילא לענין זה לא בעיני התראה, וכמ"ש הפוסקים שהבאנו לעיל.

וכן מוכח ברי"ף ובריטב"א שהביאו את התוספתא (הנזכרת לעיל) דעוברת על דת יוציא ויתן כתובה, ביחס לכלל המקרים של עוברת על דת, ולא כתבו לחלק בין המקרים.

וכן בפת"ש סי' קטו ס"ק יד (הנזכר לעיל) לאחר שהביא את הפוסקים שלענין שמצוה לגרשה וליכא חדר"ג אין צורך בהתראה, כתב (על מש"כ הנו"ב בתשובה) - "ממ"ש שם שא"צ התראה היכא שכבר הכשילתו כו' משמע לכאורה דדוקא בהכשילתו ולא בשאר עוברת על דת, אך מדברי הפוסקים הנ"ל מבואר דה"ה בכל עוברת. ולע"ד מבואר ג"כ הכי להדיא בלשון הג"א פרק המדיר".

ועיקר דבריהם בפסק הדין הנ"ל שיש נשים שמפסידות כתובה מדין עוברת על דת, אך לא משום לתא דאיסורא, קשה דאם אכן העילה להפסד הכתובה אינה מצד עצם העבירה על הדת, לא היה מקום לכלול דינה של מקללת בלא שם וכנוי בכלל עוברת על דת. אך לדברינו אתי שפיר, דהיא נידונת בדין זה מפני שהתקיימו בה שני תנאים, נעשתה עבירה וזוהי עבירה שיש בה זילזול בבעל.

אף לאותם דברים שצריך התראה, כגון להפסידה כתובתה, מצינו במקרים מסויימים שגם ללא התראה מפסידה כתובה. עיין בפת"ש סי' קטו סוף ס"ק יא בשם השבות יעקב דבדבר הידוע לכל הנשים אין צריך התראה ודינה כמי שהתרו בה.

וכן פסקו בפד"ר כרך א' עמ' 335 (בפסק הדין שהזכרנו לעיל) דלהסכמת האחרונים דעוברת על דת דצריכה התראה לענין הפסד כתובה, היינו התראה שלא תעשה דבר זה, אך א"צ להתרות בה שהיא עלולה להפסיד כתובתה, ולכן בכל דבר שהוא ידוע ומפורסם בין הנשים, אין צריך התראה. ולפי זה כתבו באשה שבקשה לפגוע בבעלה להורגו או לעשותו בעל מום דמפסידה כתובתה בלא התראה מאחר ולדבר כזה אין צריך התראה.

ויש לסייע לפסק זה ממש"כ מהריק"ש אה"ע סי' קטו ס"א והובא בספר גינת ורדים אה"ע כלל ד' סי' יב, והבאנו מדבריו לעיל - "אשה שרצתה להאכיל את בעלה סם המות ... חמירא סכנתא מאיסורא, ועדיף מזינתה ואין לה כתובה ולא תנאיה כי אם בלאותיה הקיימים".

לכאורה קשה מדוע פסקו מהריק"ש והגינת ורדים להפסידה כתובה, הא קיי"ל דאינה מפסידה כתובתה ללא

ושנית, הבית יצחק חשש להקל מחמת החומרא שבחרם דר"ג, אך בנידון דידן שבני הזוג הינם בעדות המזרח שלא חל עליהם חרם דר"ג, נראה שגם הבית יצחק היה דן להקל בזה. אם תעמוד על הפרק התביעה להיתר נישואין במידה והאשה תמאן לקבל גט, הרי הדבר המונע מהבעל לשאת אשה שניה, הוא הדין המבואר בשו"ע אה"ע סי' א' ס"ט - "במקום שנהגו שלא לישא אלא אשה אחת אינו רשאי לישא אשה אחרת על אשתו". דאדעתא דהכי נשאת לו, והוה כחמר שאינו רשאי להעשות גמל. ועל כן לענין זה סגי באומדנא דמוכח שהבעל מלכתחילה לא התחייב אלא כשנוהגת עמו כראוי ולא במקרה שהיא מכה אותו באופן חמור כבב"ד, וע"ע כנסת הגדולה אה"ע סי' א' (הגב"י סעיף עד). ואין הכרח שהגדרים להתיר לו לשאת אשה שניה יהיו זהים לגדרים בהם מתירים לאלו שנוהגים בחרם דר"ג.

ומצאתי תשובת הבית שלמה שכתב בנידון בעין נידון דידן, ומסקנתו שונה מדעת הבית יצחק. וז"ל הבית שלמה בחלק אה"ע סי' נב - "וע"ד שאלתו באשה שרגילה תדיר להכות את בעלה כמעט מכות מות על לא דבר, וגם רגילה לזרוק עליו כלים כבדים שיש בהם כדי להמית, ועל כן אי אפשר לו בשום אופן לדור עמה כי בכל יום ויום ידה נטויה להמיתו ואינה רוצה להתגרש ולקבל כתובתה, ודעת כ"ת שיכול לגרשה בעל כרחא ושאל חו"ד. יפה הורה כ"ת ואף באיש שרגיל להכות אשתו הביא רמ"א בסי' קנ"ד ס"ג בשם י"א דכופין אותו להוציא, ולא עדיפה אשה מאיש כמ"ש הרא"ש בתשובה כלל מ"ב הובא ברמ"א ס"י קי"ז. אלא שלפי מש"כ הנ"ב תניינא סי' ק"ד לא החליט הרא"ש רק לכופה שתקבל גיטה ותאמר רוצה אני כמו שהדין באיש היכא שכופין אותו להוציא, אבל לא לזרוק לה גט. אמנם כיון שפסק רמ"א סי' קט"ו ס"ד דהמקללת בעלה בפניו הוי עוברת על דת, כ"ש בחוצפה רבה כזאת. וגם יפה כתב כ"ת שזהו כ"ש ממ"ש רמ"א שם באשה שגומה לבעלה כו'. וכבר מבואר בתה"ד ובתשובת מהר"ם פדוואה דלענין לגרשה בעל כרחא אין צריך התראה. אמנם לענין הפסד הכתובה בעי התראה, אמנם צריך להתברר כן בפניו (צ"ל בפניה) על המעשה הרע שרגילה לעשות".

ומבואר מדבריו דפשיטא ליה שיש לדונה כעוברת על דת ק"ו ממקללת, ואין צריך התראה לענין לגרשה בעל כרחא, אך לענין הפסד כתובה, הבית שלמה לא נחית למה שכתבנו לעיל אלא כתב בפשיטות שלא הפסידה כתובה ללא התראה. וכן ראיתי בספר להורות נתן ח"ג סי' עו ובחלק יב סי' צט שהביא מתשובת הבית יצחק הנוכרת וכתב על דבריו - "באמת נראה ברור, דגם לדעת הבית יצחק ז"ל, לאו כל אנפין שוין, והיכי דברור לו שאי אפשר לו לסבול מה שמצערתו, דיש מקום להתיר לישא אשה על אשתו".

המשקל שיש להודאת האשה

בדיון בביה"ד האשה הכחישה את המעשים האלימים הנ"ל, אך לאחר שהעניין נחקר על ידי המשטרה והוגש כתב

לא פשע כנגדה ואינו יכול לדור עם אשה רעה כזאת, ואין רצונה לקבל ג"פ ברצון אם מותר לישא אשה על אשתו". את תשובתו פתח הבית יצחק בלשון זו - "בחלה נפשי להכניס את עצמי בהיתרים כאלו כעת אשר רבו הפורצים ועניינים כאלו יתרבו בכל יום, ואם אשתו מקללת יולדיו בפניו הוה ג"כ עוברת על דת יהודית, ואין לך איש שלא יהיו לו שתי נשים לפי זה".

בהמשך התשובה הבית יצחק דן בשאלה האם כעוברת על דת מתירין רק את החרם דר"ג שלא לגרשה בעל כרחא, או אף מתירין לו לישא אשה אחרת. אך בהמשך דבריו כתב - "אינו מבואר כלל אם מותר לגרש בנידון זה. אך בסי' קנ"ד מבואר דאם הוא מכה אותה י"א שכופין להוציא, ולפי זה גם האשה כופין אם היא מכה אותו דלא עדיפא מיניה כמ"ש הרא"ש בתשובה הובא בב"ש סי' קי"ז ס"ק כ"ב. ובכ"ז כיון דלא מבואר להדיא ואין ללמד ק"ו ממקללת יולדיו, לפי מה דמבואר בפת"ש דזה דוקא במקללת בשם או בכינוי וגם זה אחר כמה התראות, ומי יהין בזה"ז להורות בזה", עכ"ל.

ויש להעיר על תשובה זו של הבית יצחק -

א. מש"כ הבית יצחק "וגם זה אחר כמה התראות". צ"ע, מאחר שכל הנידון בתשובה אינו בשאלת תשלום כתובה אלא בשאלת המצוה לגרשה כדי שנוכל להתיר לו חרם דר"ג, הרי שלענין זה נקטו הפוסקים שמאחר שעברה על דת אין צריך התראה, וכמו שהארכנו לעיל.

ב. מש"כ הבית יצחק "אין ללמד ק"ו ממקללת יולדיו, לפי מה דמבואר בפת"ש דזה דוקא במקללת בשם או בכינוי". לפי המבואר לעיל אין צורך בשם וכינוי, רק הפת"ש כתב כן בשם גדול אחד, והפת"ש נשאר בצ"ע על דעה זו, ונעלמו מאותו גדול דברי השטמ"ק בשם תלמידי רבינו יונה, וכן נחלקו כמה אחרונים שהובאו לעיל על אותה דעה שהביא הפת"ש. וכתבנו שכן מוכח מהא דלמדו הפוסקים מדין מקללת את הדין באשה המאיימת לשכור כותים שיהרגו את בעלה. וכמו כן לעיל הבאנו את לשונו של הב"ח בתשובה שכתב "דלא דווקא נקט התנא אילו דברים, אלא אילו וכל כיוצא בהם וכ"ש דגריע מנייהו". ולכן נראה דאשה המכה את בעלה ואינו יכול לדור עמה, לא גרע ממקללת.

ואף אליבא דתשובה זו של הבית יצחק, עכ"פ בב"ד אין מקום לדחות את תביעת הגירושיין, וזאת משני טעמים. ראשית, הבית יצחק בפתחת דבריו כתב "כעת אשר רבו הפורצים ועניינים כאלו יתרבו בכל יום ... ואין לך איש שלא יהיו לו שתי נשים לפי זה". ונראה שכונתו לסברת התה"ד המובא בסי' קטו בח"מ סק"ו וב"ש סק"ז שבזה"ז שרבים פרוצים בנדרים יש לדקדק היטב אם להוציא אשה הנודרת ואינה מקיימת. וכפי הנראה המקרה בב"ד שהוא חריג בחומרתו שהאשה איימה עליו בסכין וחבלה בו, חמור הרבה יותר מהנידון בתשובת הבית יצחק שהיה מקרה יותר מצוי (באופן יחסי), מקרה של הכאה בלבד.

האישים, היתה מנהלת מערכה משפטית על מנת לצאת זכאית. על כן אין צורך לנהל מערכה משפטית מחודשת ולהביא לדיון בבית הדין, על מנת לחייבה בגירושין, את ההוכחות שהיו אמורות להיות מובאות במסגרת המשפט בבית המשפט להוכחת כתבי האישים.

לכן יש לדון המקרה שבפנינו כדין בעל ואשה הבאים לביה"ד ושניהם מודים במעשים הנ"ל, ואין צורך בעדות נוספת. ואף במקרה שהבעל אינו יודע ממעשי האשה שעברה על דת ורק היא מודה בכך, מצוה לגרשה, כמבואר בפת"ש סי' קטו ס"ק כא בשם תשובת פנים מאירות ח"ב סי' יב ומהר"י הלוי אחי ה"ט"ז בתשובה. ובנדון כנ"ד של בני זוג מעדות המזרח שלא קבלו עליהם חרם דר"ג, הרי שהמניעה לישא אשה שניה הוא מכח השעבוד שהשתעבד לה בעת הנישואין כמבואר באה"ע סי' א' ס"ט וזהו כשיעבוד ממון בלבד, עיין בשו"ת דברי מלכיאל ח"ג סוף סי' קמה, על כן הודאתה מועילה לעניין שהפסידה את השיעבוד שהבעל השתעבד לה דהוי כהודאה על ויתור זכותה הממונית, (ולענין שלא לגרשה בע"כ אם נידון כמי שהשתעבד לה לכך, עיין תשובת עין יצחק ח"א אה"ע סי' ד' ס"ק טו, ואכמ"ל).

אך א"צ לזה בנ"ד שגם הוא טוען כן, והיא לאחר הודאתה אינה יכולה להכחישו.

מסקנת הדברים - יש לדון את האשה כעוברת על דת ומצוה לגרשה ויכול לגרשה בעל כרחיה. ואם תסרב לקבל גט יוכל לשאת אשה אחרת. בנידון זה יתכן שהפסידה כתובה מאחר שעשתה מעשים שאיסורם מפורסם והרי היא כמי שהתרו בה, עיין פת"ש סי' קטו ס"ק יא, וכשהפסידה כתובה הפסידה גם את כל תנאי כתובה, ומטעם זה אינו חייב במוזנותיה.

אישים בבית המשפט, האשה הודתה באשמה. יש לדון האם בני"ד שאין עדות של שני עדים על מעשיה, אלא הודאתה בלבד, האם ניתן לקבל הודאה זו כעדות גמורה, ולקבוע על פי ההודאה, שדינה כעוברת על דת עם כל ההשלכות שיש לכך. יש להקדים שמאחר שאין בית דין של תורה המוסמך לדון בנושאים פליליים ובתי הדין אינם מוסמכים לענוש, ובלא"ה אין בנמצא בית דין של תורה שיסכים לדון בעניינים אלו, הרי שבעניינים אלו אין לדון את בית המשפט של המדינה כערכאות של גוים, אלא לעניינים אלו בית המשפט כשליח המלכות, ואלמלא מוראה של מלכות איש את רעהו חיים בלעו. על כן גם עפ"י דין תורה יש להם סמכות לדון בנושאים אלו. וכן מכח הסכמת הציבור, הסכמה שאינה נוגדת את דין תורה, דינם של בתי המשפט כבי"ד של קרובים ופסולים שהצדדים קבלום עליהם.

על כן הודאה בפני בית המשפט היא כהודאה בבית דין שאינו יכול לחזור בו מהודאתו בטענת השטאה, כמבואר בחו"מ סי' פא ס"ו וסכ"ב.

וגם בלא"ה, מאחר שהמודה בבית המשפט יודע שהודאה זו עשויה להרשיעו, והוא עשוי להענש על כך, ודאי שאינו מודה בעבירה שלא עבר בה, ואינו יכול לחזור בו מהודאתו.

וע"ע בפד"ר חלק ח' עמ' 349 ועמ' 351 שפסקו לקבל הודאת האשה במשטרה, מפני שאינה יכולה לטעון דהוי מילי דכדי, וכן כתבו בפד"ר ח"ג עמ' 265 ביחס להודאתה בפני רב העיר.

על כן בנ"ד ההודאה בבית המשפט היא מקובלת גם בבית הדין.

אמנם הודאה זו נאמרה במסגרת עסקת טיעון אך אין עובדה זו מערערת את ההוכחה שבהודאתה, מאחר שאילו סברה האשה שאין ממש בעובדות המפורטות בכתבי

סימן נ

נאמנות מורדת בטענת "טמאה אני לך"

כעבור שנתיים במהלך דיון נוסף בין הצדדים, האשה הודיעה לבית הדין שהיא נכשלה באיסור אשת איש וכי היא אסורה על בעלה. לדבריה כבר ניתקה כל קשר עם הבעל, אך מבקשת להביא לסיום הפרשה בגירושין. מתגובת הבעל להודעה זו התברר שהבעל מאמין לאשתו שאכן האירוע התרחש כפי הודאתה, והלה ביקש לנקוט באמצעים כנגדה עקב מעשיה הנ"ל.

השאלה העומדת בפנינו האם בנסיבות המתוארות יש מקום לפסוק לחייבו בגירושין.

כשהבעל מאמין לדברי אשתו

כאמור הבעל מאמין שאשתו זינתה, ובכך שניהם טוענים טענה דומה, ומטעם זה יש מקום לחיוב הגירושין.

נציין לתשובת נודע ביהודה תניינא אה"ע סי' יב שהביא הפת"ש סי' קע"ח ס"ק כ"א שכתב בלשון זו - "בנידון דידן

המקרה הנידון

בבית הדין התקיימו דיונים בתביעת האשה לגירושין. בני הזוג חיו יחד מספר חודשים ולאחר מכן האשה מאסה בבעלה ועזבה את הבית, ומזה כשנתיים וחצי שבני הזוג בפירוד מוחלט.

בדיון הראשון, בית הדין בחן האם קיימת אפשרות לחזרה לשלום בית, אך התברר שהפירוד הוא מוחלט והאשה אינה מסוגלת לשוב לגור עם בעלה, ובית הדין קבע שמעמד האשה כטוענת "מאיס עלי" באמתלא מבוררת, ואינה חייבת לדור עם בעלה.

למרות מאמצים מרובים להביא לגירושין הבעל עמד בנחרצות בסירובו להתגרש וטען לרצונו בשלום בית.

בית הדין פסק לנקוט ביחס לבעל הרחקות דר"ת, אך גם בהם לא היה תועלת להביאם לגירושין.

באחר ומקלקלת על בעלה, האומרת טמאה אני לך, תביא ראייה לדבריה”.

וכתב הר”ן – “ואיכא למידק אמתני, כיון דמדינא דאמרה טמאה אני לך מיתסרא אבעלה כמשנה ראשונה, משום שלא תהא נותנת עיניה באחר היאך התירוה, וכי איסור שבה להיכן הלך ... ואחרים תרצו דמשנה ראשונה לא דינא קתני. דמדינא ודאי אין האשה נאמנת לומר טמאה אני לך להפקיע עצמה מבעלה שהיא משועבדת לו, אלא משום דהא מילתא דטמאה אני לך כסיפא לה, תקינו במשנה ראשונה להאמינה, דאי לאו דקושטא קאמרה לא הות מזולזה נפשה למימר הכי, ומכי חזו רבנן בתראי דאיכא למיחש לשמא תהא נותנת עין באחר אוקמוה אדינא”.

וכן בתוספות ר”ד מסכת קידושין דף יב. כתב כסברת הר”ן לחלק בין נאמנות האשה לשווא אנפשה חד”א כשאינה משועבדת לבעל, כארוסה, ובין העדר נאמנותה כשהיא נשואה מפני היותה משועבדת לבעל, וז”ל – “אמר לה לאו כל כמינך דאסרת לך. פירש אף על גב דהיא מהימנא לשווי נפשה חתיכה דאיסורא, ותנן לקמן בפרק האומר קידשתני והוא אומר לא קידשתניך הוא מותר בקרובותיה והיא אסורה בקרוביו, התם משום דלא אגידא גבייהו הילכך כי קא אסרה נפשה עילויהו מהימנא כיון דלא מפסדא לאחריני, אבל הכא דאגידא ביה ומשעבדא ליה ומטי איסורא לגביה לא מהימנא. והא דיהודית דמיה להנך תרי עובדי בשילהי נדרים דאמר רב נחמן עיניה נתנה באחר ולא מהימנא”.

וכתב בנודע ביהודה תניינא אבן העזר סי’ יב – “בגוף הדין שתהא נאמנת לאסור עצמה למשנה ראשונה מצד הדין, דעת הר”ן שם בנדרים דמצד הדין מעולם לא היתה נאמנת אלא שחכמים אמדו דמסתמא קושטא קאמרה, דהרי מילתא כסיפא לה. ואח”כ במשנה אחרונה חזו דנותנות עיניהן באחר כו’ העמידו הדבר על צד הדין ע”ש. א”כ לפ”ז איכא למימר אפילו במקום דלא שייך עיניה נתנה באחר ג”כ אינה נאמנת שמה שאמרו במשנה דנדרים חזרו לומר שלא תהיה אשה נותנת עיניה וכו’ זהו טעם של עיקר הדבר שבטלו התקנה הראשונה שתהיה נאמנת וכיון שכבר בטלו התקנה שוב נשאר הדין שאינה נאמנת להפקיע עצמה משעבודה לבעלה, ושוב לא חילקו בין מקום דשייך נתינת עיניה באחר ובין מקום דלא שייך”.

כמו כן מצינו להיפך, שבמקום שהאשה אינה משועבדת לבעלה, היא נאמנת לומר “טמאה אני לך”.

בספר תשובות רבי משולם מאיגרא סי’ מג כתב שלפי סברת הר”ן, ארוסה נאמנת בטענת טמאה אני לך, מאחר שאינה משועבדת. ובאר הגאון רבי משולם מאיגרא ז”ל הלכה זו – “כתב הר”ן בנדרים דטעמא דאומרת טמאה אני אינה נאמנת היינו משום דמשועבדת היא לו, וזהו בנושאה, אבל בארוסה אינה משועבדת, אף דכותבים אגרת מרד על ארוסה, מיהו אינה משועבדת”. וכעין זה כתב בספר עצמות יוסף עמ”ס קידושין דף יב.

שהיא עצמה אמרה טמאה אני לך, הא ודאי שאין כאן מקום לחרם דרגמ”ה, ואם הוא מאמינה חייב לגרשה”.

הנודע ביהודה פתח את תשובתו וכתב – “הא ודאי שאם האשה עדיין עומדת בהודאתה, והבעל כבר אמר שמאמין לדבריה, פשיטא שאסורה לו, ולא שייך חר”ג, שהרי היא עדיין בהודאתה עומדת. ואפילו אם הבעל יאמר עתה שחזר בו ממה שהאמינה והוא חושדה במשקרת, הלא אין שום אמתלא למה חוזר ממה שכבר האמין לה”.

ונציין שבאותה תשובה הנודע ביהודה לא בקש לחקור אם הבעל מאמין לאשתו כבי תרי, וכפי הנראה פשיטא ליה לנודע ביהודה שדינו של מהרי”ק שהביא הרמ”א סי’ קט”ו ס”ז לא נאמר כשאשתו טוענת כך והוא מאמין לה. וכן עולה מתשובות אחרות בנודע ביהודה, עיין מהדו”ק אה”ע סי’ יא, סי’ ע, מהדו”ת אה”ע סי’ י, סי’ קנ”ט.

וכן בספר בני אהובה הלכות אישות פרק כ”ד (דף ע”ח.) – “לא מצאנו בשום פוסק באומרת טמאה אני לך והבעל מאמינה, שיש לחוש לחרם דר”ג ... לכו”ע אסורה, ואין כאן דעה החולקת כלל”. והסכים עמו בספר כתב סופר חלק אה”ע סי’ י’.

אמנם בספר אגרות משה חלק אה”ע ח”ג סי’ ל’ וסי’ טז, נקט בפשיטות שדינו של מהרי”ק נאמר גם כשהבעל מאמין לאשתו. וכן מבואר בספר מנחת פתים ובספר תורת חסד חלק אה”ע סי’ יא שנקטו בפשיטות שדינו של מהרי”ק נאמר גם כשמאמין לאשתו.

וכן בספר ברית יעקב (להג”ר ברוך מרדכי ליפשיץ ז”ל) חלק אה”ע סוף סי’ נה, כתב – “ואין לחלק בין אם מאמין לעד דבעינן שיהא נאמן לכל דבר, ובין אם אמר יאמר דמאמין לדבריה, דה”נ בדידה בעינן למהרי”ק שיהיה מאמין לה לכל דבר, אבל בלא”ה לא מהני לאוסרה עליו”.

אך עיי”ש בברית יעקב שכתב שכל זה כשהיא חוזרת בה ונותנת אמתלא לדבריה ואינה רוצה להתגרש, והשאלה עדיין נותרה מפני שהבעל מאמין לדבריה. אבל “אם היא מתרצית בגירושין, וגם הבעל מאמינה, דליכא בזה גזירת חרם דרגמ”ה, ודאי מחוייב לגרשה”.

ובכך אין תמיהה על דינו של הברית יעקב מדברי הנודע ביהודה וספר בני אהובה. אך באגרות משה לא נחית לחילוק זה.

ולפי זה, בנידון דנן שגם האשה מבקשת להתגרש וגם הבעל מאמין לה, מחוייב לגרשה.

נאמנות האשה בטענת “טמאה אני לך” כשאינה משועבדת לבעלה

נראה טעם נוסף לפסוק בנידון דנן שהאשה אסורה על בעלה, ונבאר הדברים.

שנינו בסוף מסכת נדרים (דף צ:.) – “בראשונה היו אומרים, שלש נשים יוצאות ונוטלות כתובה. האומרת טמאה אני לך ... חזרו לומר, שלא תהא אשה נותנת עיניה

בעלה ואף אין מניעה שתצא לגור בארץ אחרת, וכתוצאה מכך אין לך אשה שאינה משועבדת לבעלה יותר מזו. על כן אם לאחר מכן היא טוענת "טמאה אני לך", בכך שויהא אנפשה חד"א, ונאסרת על בעלה.

ויש להוסיף בזה. הנה בתוספות מסכת כתובות דף סג: כתבו בדין אומרת מאיס עלי – וי"מ דכופין אותו להוציא, ואין נראה לר"ת דניחוש שמא עיניה נתנה באחר, כי ההיא דתנן בפרק בתרא דנדרים (דף צ:): גבי שלש נשים יוצאות ונטולות כתובה". ואליא דשיטת הר"ן בביאור הסוגיא בסוף נדרים, הקושיא עומדת במלוא עוזה, כיצד האשה נאמנת בטענת "מאיס אני לך" ובכך יכולה להפקיע את שעבודתה לבעלה.

אך הדברים מתבארים בפני יהושע במסכת כתובות דף סג: שכתב לבאר את שיטת הרמב"ם שכופין את הבעל לתת גט כשאשתו טוענת מאיס עלי, וכתב הפני" – "הרמב"ם ז"ל וסייעתו למדו כן מדין היבמה, דאע"ג דדרשינן ויבמה בעל כרחא, אפ"ה היכא דנפלה לפני מוכה שחין אין חוסמין אותה, וכתב רש"י ז"ל הובא בתוס' בסמוך, דלאו דוקא מוכה שחין אלא הוא הדין לשאר אמתלא, וכתב ג"כ דכופין אותו לחלוץ והיינו כדי שלא תתעגן".

ועיין בספר עצי ארזים סי' ו' ס"ק כג שתמה על שיטת הרמב"ם שנאמנת בטענת מאיס עלי וכופין אותו בגט, מדוע אין דינה כדין האומרת טמאה אני לך דאינה נאמנת מחשש שמא עיניה נתנה באחר, וכתב לבאר את שיטת הרמב"ם על פי המבואר בפני יהושע הנזכר, וכתב דהרמב"ם ס"ל כשיטת הר"ן בסוף נדרים "ולכן מחלק בזה, דכשאומרת טמאה אני לך מדאורייתא אינה נאמנת, דאין דבר שבערוה פחות משנים, ואיהי לאו כל כמינה לאפקועי עצמה מבעלה ואינה נאמנת אלא מטעם תקנה, לכן אמרו חכמים שאפילו אומרת שזינתה ברצון שמפסידה כתובה אינה נאמנת ואוקמוה אדינא דאורייתא, משא"כ בטוענת מאיס עלי דמדאורייתא יכולה להפקיע עצמה בטענה זו כדילפינן מיבמה, לכן לא רצו חכמים לגרע נאמנותה מחשש דעיניה נתנה באחר, כיוון שמפסדת כתובתה ודאי קושטא קאמרה", עכ"ל.

ועיין בספר שו"ת לחם שלמה חאה"ע סי' טז שהביא את דברי העצי ארזים והסכים עמו.

אמנם לדינא, נקטינן כדעת החולקים על הרמב"ם, ואין כופין את הגירושין בטוענת מאיס עלי. אך היינו רק לענין כפיית הגט, אך ככל שהדבר נוגע לכל שעבודי האשה לבעלה, נקטינן להלכה ולמעשה שהאשה נאמנת להפקיע את השעבוד, ולדעת הפני" והעצי ארזים ילפינן הלכה זו מיבמה שנאמרה בה ההלכה שאין חוסמין אותה.

ובדומה לזאת מצינו בספר שם אריה חלק יו"ד סי' לה. עיי"ש שהביא קושיית ספר שיבת ציון כיצד האומרת שראתה דם מחמת תשמיש שלש פעמים נאמנת לאסור עצמה לבעלה עולמית, הרי היא משועבדת לבעלה, ולשיטת הר"ן אינה נאמנת להפקיע את השעבוד לבעל. וכתב השם אריה לתרץ

וכן מצינו בתשובה מהגרע"א ז"ל שכתב בפשיטות, שאם אמנם ארוסה אינה משועבדת לבעלה, היא נאמנת לאסור עצמה כשאומרת טמאה אני לך, ואין לבטל נאמנותה מחשש שמא עיניה נתנה באחר. אך הגרע"א ז"ל מסתפק שמא ארוסה משועבדת להנשא, ובכך דינה כנשואה. בספר "כתב חותם דרעק"א" מהדורה תניינא סי' ו', כתב בלשון זו – "על דבר שאלתו במאי דקיי"ל בשו"ע אה"ע סי' קט"ו סעיף ו' אמרה לבעלה טמאה אני לך דאינה נאמנת, דאמרינן עיניה נתנה באחר, אם דין זה גם בארוסה או רק בנשואה. בפשטא דמילתא נראה דלענין סברת עיניה נתנה באחר אין חילוק בין ארוסה לנשואה. אמנם נ"ל שיש לדון בזה טובא למאי דהסביר הר"ן סוף נדרים ... וא"כ י"ל הא דמדינא אינה נאמנת היינו בנשואה דמשעבדא ליה לתשמיש, אבל בארוסה דעדיין לא משעבדא ליה י"ל דשייך לגבה שויהא אנפשה חתיכה דאיסורה, דעדיין היא ברשותה דידה ... י"ל דלענין דאורייתא גם ארוסה כן, דמ"מ משעבדא ליה להנשא לו לזמן הקצוב".

בסוף דבריו הגרע"א ז"ל נשאר ב"צ"ע לדינא, אך דבריו נסובו על ארוסה, ובארוסה יש להסתפק אם אינה משועבדת עדיין, או מאחר שהיא משועבדת להנשא נחשבת כמשועבדת, אך עכ"פ באשה שאינה משועבדת כלל לבעלה, פשיטא ליה להגרע"א ז"ל שהיא נאמנת לשויהא אנפשה חד"א בטענת טמאה אני לך, ואין לבטל נאמנותה מחשש שמא עיניה נתנה באחר.

העולה מדברינו, שאשה הטוענת "טמאה אני לך", בעת שאינה משועבדת לבעלה, נאמנת ונאסרה משום שויהא אנפשה חד"א, ואין לבטל איסור זה מחשש שמא עיניה נתנה באחר.

והנה באשה הטוענת מאיס עלי באמתלא מבוררת, נקטינן שאינה חייבת להיות עמו, וזאת על פי הוראת הרא"ש בתשובה כלל מג סי' יד שהורה – "זאת האשה, שטוענת מאוס עלי, אין כופין להיותה עמו, וגם אין כופין את הבעל לגרש". וכן פסקו הטור סי' עז והרמ"א בסעיף ג'. ויתירה מזו כתב הב"י סי' ע"ז בשם הר"ן בתשובה סי' יג – "אבל האומרת מאיס עלי ... הרי היא מבטלת תנאי האישות מיד, והפסידה כל שיש לה על הבעל".

ובפד"ר חלק ג' עמוד 328 בפסק דין מבית הדין הגדול בהרכב הדיינים הגאון רבי יעקב הדס ז"ל, יבל"א הגאון רבי יוסף שלום אלישיב שליט"א, והגאון רבי בצלאל זולטי ז"ל כתבו – "הואיל ולפי ההלכה אין חוסמין אותה לפניו והיא זכאית, להני קדמאי הנ"ל, להוציא מן הבעל גם לפני מתן הגט כל מה שהכניסה לו, או עכ"פ להחזיק במה שתפסה מבעלה, לפי דעת הט"ז והב"ש, וכל שכן גופה שהיא מוחזקת בעצמה, לכן נראה שאין זכות להבעל, במקרה דנן, לעכב את יציאת אשתו מן הארץ".

הרי שאשה האומרת מאיס עלי ובאמתלא מבוררת, ביטלה מיד את תנאי האישות, אינה משועבדת לגור עם

שיבואו שני עדים". היינו בכדי"ג שהעד האחד המעיד שאשתו זינתה אינו נאמן מפני שהוא רק אחד ואינו כשני עדים, או שהאשה אינה נאמנת מפני החשש שמא עיניה נתנה באחר, אך חיוב הגירושין נובע מכך שהבעל מאמין לעד או לאשה, בזה כתב הרמב"ם שיש לחייבו ולא לכפותו. אבל אין ברמב"ם התייחסות מפורשת למקרה שבו האשה נאמנת בדבריה ושעל פי דבריה היא נאסרה, דבכה"ג יתכן לפסוק לכפותו בגירושין, וכפי ההלכה הפסוקה שאין מעשין אלא לפסולות. ובכך נחלק לדינא בין מקרה שבו הבעל שויא אנפשיה את אשתו חד"א, דוגמת המבואר ברמב"ם, ובין מקרה שבו האשה נאסרה על בעלה כתוצאה מהודאתה, כשהיא נאמנת לשויא אנפשיה חד"א.

ולמעשה שאלה זו קיימת בכל אשה האומרת טמאה אני לך ויש רגלים לדבר כדבריה, דקיי"ל שהיא נאמנת וכפסק הרמ"א סי' קט"ו ס"ו, האם לאחר שבי"ד פוסקים לאוסרה עליו עקב הודאתה, האם אפשר לכפות את הגירושין על הבעל.

וראיתי בספר גנוי שלום חלק אה"ע סי' ז' שכתב בנידון שנשאל עליו - "הוי כאומרת טמאה אני לך במקום דאיכא רגלים לדבר דקיי"ל דנאמנת, וכמ"ש מור"ם בהגה סי' קט"ו סעיף ו' וז"ל ואם יש רגליים לדבר נאמנת לומר טמאה אני לך וכו' ע"ש. ובנ"ד אין לך רגלים לדבר יותר מזה ... ודאי שנאמנת וליכא למימר שמא עיניה נתנה באחר, וכיון שאשה זו אסורה על בעלה ואינו רשאי לקיימה, וכופין אותו לגרשה".

פסק זה לכפות את הבעל בגירושין הלכה למעשה נחתם בתוניס שנת התקפ"ז ע"י הג"ר יצחק טייב ז"ל הג"ר שלמה זרקא ז"ל הג"ר ישועה בסיס ז"ל והג"ר יצחק כהן ז"ל. וכן העלה בספר פרחי כהונה להג"ר מסעוד הכהן ז"ל חלק אה"ע סי' טז.

ועיין בספר שואל ונשאל חלק ה' אה"ע סי' נח שהקשה על פסק זה מדברי הרמב"ם, אך לפי האמור אין מדברי הרמב"ם פירכא על הלכה זו שפסקו רבני תוניס.

אך עיין בספר שושנים לדוד (להג"ר דוד צבאח ז"ל) ח"ב אה"ע סי' צה שכתב שגם בדינו של הרמ"א באומרת טמאה אני לך ויש רגלים לדבר, חייב לגרשה אך אין כופין לגרשה. נראה שבנידון שבפנינו, יש מקום להוסיף לדון ולברר את שאלת כפיית הגירושין על הבעל, ופסק הדין בשאלה זו ינתן במועד אחר, אך לעת עתה ניתן לחייבו במזונות עבורה, וזאת משני טעמים, ראשית מדין כפיה בדרך ברירה, וכן מפני היותה מעוכבת מלהנשא מחמתו, וכמו שפסק בספר ציץ אליעזר בחלק יט סי' נח ובחלק כב סי' טו. ולהלן עיקרי דבריו -

"אשה שזינתה ברצון תחת בעלה באופן שנאסרה עליו. אם יש לחייב את הבעל, או גם לכופו לפוטרה בג"פ בדרך ברירה, או שיכול לסרב מלגרשה ותשב בעגיונותה ... ומכיון שכן, האשה אמנם מפסידה כתובתה ויתר זכויותיה, אבל

דמכיון שמעיקרא בשעת נישואין האשה אינה משתעבדת לימי נדתה ולשעת ווסתה, על כן נאמנת לטעון שראתה דם מ"ת ונאסרת כדין שעת ווסתה, מאחר שהשעבוד אינו מונע ממנה להיות נאמנת בטענה שהיא נדה או בזמן ווסתה והיא נאמנת. וה"ה שאין חוששין שמא עיניה נתנה באחר, גם כשאוסרת עצמה עולמית כשטוענת שראתה דם מחמת תשמיש, ובדבריה אלו נאמנת להפקיע עצמה מבעלה.

העולה מדברינו, האשה שטענה מאיס עלי ובית הדין הורה לה שאינה חייבת לדור עם בעלה ובכך פקעו כל שעבודי האשה לבעלה, לאחר מכן תהיה נאמנת בטענת "טמאה אני לך", ודינה כארוסה הטוענת "טמאה אני לך" האסורה על בעלה, ואין מבטלים איסור זה מחשש שמא עיניה נתנה באחר, כמבואר לעיל, וכמבואר בתשובת הגרע"א ז"ל ורבי משולם איגרא ז"ל הנוכרות לעיל, שכל עוד אינה משועבדת, תאסר על בעלה ואין לבטל האיסור מטעם "שמא עיניה נתנה באחר". כגון, אם ארוסה אינה משועבדת, היא נאמנת לאסור עצמה ואין בכך החשש שמא עיניה נתנה באחר לבטל נאמנותה.

ונוסיף ונציין בנידון שבפנינו, שלאחר שהאשה הודתה כאמור לעיל, הודאה שנאמרה בפני בית הדין, היא אינה יכולה לחזור בה אפילו באמתלא טובה, ואיסורה נשאר איסור עולם, וכמו שכתב הב"ח בתשובה סי' צח - "דוקא כשהיו דבריה ראשונים והאחרונים חוץ לבית דין, אפשר שתתן אמתלא לדבריה שהיתה נותנת עיניה באחר מתחלה ועכשיו חזרה מדעתה, אבל הכא שהיתה מודית בפני ב"ד בתורת הודאה גמורה לא מצי הדרה בה".

וכן כתב בספר פרחי כהונה להג"ר מסעוד הכהן ז"ל חלק אה"ע סי' טז בנידון אשה האומרת טמאה אני לך הנאמנת כשיש רגלים לדבר, וז"ל - "כיון שהודית לפני בית הדין שוב אינה יכולה לחזור בה אפילו בנותנת אמתלא טובה לדבריה, כמ"ש בתשובות הב"ח סי' צ"ח עיי"ש".

על כן מטעם זה יש לפסוק - מאחר שהאשה אסורה על בעלה, הבעל חייב לגרש את אשתו, וכמו בדין המבואר ברמב"ם בפרק כד מאישות הלכה יח - "אמרה לו אשתו שזינתה תחתיו ברצונה אין משגיחין בדבריה שמא עיניה נתנה באחר ... ואם היה מאמינה וסומכת דעתו על דבריה הרי זה חייב להוציאה".

אך אין לכפות עליו את הגירושין כמבואר ברמב"ם בסיום ההלכה הנ"ל - "ואין בית דין כופין את האיש לגרש את אשתו בדבר מדברים אלו עד שיבואו שני עדים ויעידו שזינתה אשת זה בפניהם ברצונה, ואחר כך כופין אותו להוציא". וכן כתב בשו"ת מהרי"ט צהלון החדשות סי' צט שבדברי הרמב"ם מבואר שאין לכפות גט אף שקיים איסור מפני שויא אנפשיה חד"א, אלא אם יעידו שני עדים שנאסרה עליו.

האם ניתן לכפות על הבעל את הגירושין

עדיין יש לדון, שדברי הרמב"ם ברור מללו "ואין בית דין כופין את האיש לגרש את אשתו בדבר מדברים אלו עד

הפוסקים ויושבים על מדין פסקו ונהגו לחייב את הבעל במזונות אשתו האסורה לו עד שיגרשנה. והכי מעיד גם הגר"מ טולידאנו בדבריו שם כי כך פשטה הוראה להקל בזה לכפותו ע"י מזונות, וכך עשינו מעשה בבי"ד שבמצרים ובת"א, דאל"כ יש לחוש שתפקיר עצמה לזנות, ושכ"כ הרב דשאלוניקי בשו"ת כוכב מיעקב סימן ט"ז, ובשו"ת שבסו"ס חגור אפוד ח"ב סוסי' ח' ונסמכו ע"ד הגאון הראש"ל בשו"ת בני בנימין ח"א סימן ל"ז דס"ח עיי"ש ... ובהצטרף זה להאמור, יש לחשוב זה שפיר כסניף נוסף לחייב את הבעל בדרך בכפיה דרך ברירה, והיא שיטת הרמב"ם (בפי"ד מה' אישות) ה"ח, וכמה דקיימא כוותיה דאם האשה אומרת מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתי כופין אותו לשעתו לגרשה לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוא לה, ותצא בלא כתובה כלל. (ויעוין מ"ש מכל זה באריכות בספרי שו"ת ציץ אליעזר חלק ד' סימן כ"א, וקחנו משם) ... לכן יש לתת לבעל זמן מסוים להחליט בדעתו לפטור את אשתו בג"פ, ותצא בלא כתובה וכו'. אם עד אז לא יפטרה בג"פ נחייבו במזונות אשתו כשהיא איננה יושבת תחתיו, עכ"ל הציץ אליעזר.

על כן נראה למעשה, שביחס לפסיקה הקובעת כפייה גמורה על הבעל, עדיין מן הראוי לברר סוגיא זו בנסיבות נד"ד, אך ככל שהדבר נוגע לפסיקת חיוב המזונות, יש לחייבו במזונות כבר כעת, וכהוראת הרב ציץ אליעזר, שהסתמך על פוסקים רבים מהדור הקודם שפסקו כן.

מאידך הבעל חייב לפטרה בג"פ ולא להשאירה תחתיו תלויה בו במצב כזה שתכשל ותכשיל בני אדם בה בקלות דעתה שבהפקיירא ניהא לה. וכך פוסק הרמב"ם בפרק כ"ד מהלכות אישות ה"ז, דמי שראה אשתו שזינתה או שאמרה לו מקרובותיו או מקרובותיה שהוא מאמינם וכו' הרי זה חייב להוציא ואסור לו לבוא עליה, ואם הודתה שזינתה תצא בלא כתובה. וכך פוסק בה"ח שם היכא דאמרה לו אשתו שזינתה תחתיו ברצונה ומאמינה.

עוד יעוין בשו"ת חתם סופר חאה"ע ח"א סימן כ"ח שכותב עפ"י הריטב"א בקדושין שמביא שם, דכל זמן שעומד בדיבורו שזינתה, אדם נאמן על עצמו וכופין להוציא ע"ש ... על אף האמור, נראה דמ"מ למעשה יש עוד להסס אם לכוף להבעל על כך בכפיה של ממש לכגון נידוננו. וכדהעלה גם הגרע"א שם במסקנת דבריו דלמעשה אי אפשר לעשות מעשה לכוף לגרשה בגט ע"ש וכן בח"ס שם אולם יש אבל מקום שפיר לאחיות אמצעים נגד הבעל שאינם על דרך של כפיה ממש, עד אשר יגרשנה מכיון שמחויב בכך, והיינו בכפיה בדרך ברירה, או שיגרשנה או שישלם לה מזונות גם כשאינה תחתיו מכיון שהיא מעוכבת בגללו.

וזאת גם בקחת בחשבון, שישנו בדבר זה גם משום מצוה דרבים להסיר מכשול מבני אדם שנכשלים בה ונוהגים מנהג הפקר, ומצינו שנוטה לכך גם הגרי"א הרצוג בקונטרסו הארוך באוצה"פ כרך ב'. וכך העלה גם הראש"ל הגר"צ עזיאל בקונטרסו שם ומעיד ובא דרבים מגדולי

סימן נא

חיוב גט בעקבות התחמקות מבדיקת פוליאגראף שהוסכם עליה בבית הדין

הודיע שמסמכים אלו לא יתקבלו כראיה חותכת, עקב היכולת של כל אחד לייצר תדפיס כזה גם כשאינו משקף את המציאות.

הצדדים נשלחו להליך גישור, במגמה להסדיר הסכם גירושין המקובל על שניהם, אך הניסיון כשל, והצדדים נותרו במצב של פירוד ממושך וללא הסכם, פירוד המלווה באוירה עכורה ועויינת כפי שנוכחנו בדיונים בבית הדין.

בסיום הדיון האחרון, לאחר שהבעל חזר וטען בנחרצות שאירעו מספר מקרים של בגידה ושאשתו אסורה עליו, האשה הודיעה על הסכמתה להבדק באמצעות מכשיר פוליאגראף, על מנת לאמת את דבריה שאין ממש בטענות הבעל המייחס לה בגידה. יצויין כי כבר בדיון קודם, שהתקיים שנה קודם לכן, האשה הצהירה על הסכמתה ללכת לבדיקה כזו יחד עם הבעל.

בהתאם להסכמת הצדדים ניתנה החלטה שבה בית הדין אישר את הסכמתם לבדיקת הפוליאגראף ושבדיקה זו תוכיח מי מהצדדים דובר אמת, וניתנה הוראה על קיום בדיקה זו תוך 15 יום. אך בסופו של דבר, כשהאשה התבקשה לעמוד

בפני בית הדין תביעת הבעל לחיוב האשה בגירושין. בני הזוג נשואים קרוב לעשרים שנה ולהם שלושה ילדים.

מזה שלש שנים שבני הזוג מתגוררים בנפרד, לאחר שהבעל עזב את הבית, ולאחר מכן החלו הדיונים בתביעת הבעל לגירושין.

הצדדים טוענים טענות הדדיות קשות זה כנגד זה. החל מהדיון הראשון, הבעל טען שיש לחייב את האשה בגירושין עקב בגידה, ולאחר מכן חזר וטען על התנהגות מוסרית ירודה מצד אשתו. לדבריו, אשתו נאסרה עליו, ובנוסף טען שאשתו תקפה אותו באלימות בנוכחות הילדים. לעומת זאת, האשה בקשה לדחות את התביעה, הכחישה את המיוחס לה וטענה לרצונה בשלום בית. לדבריה, הרקע לתביעה זו הוא הקשר הקיים בין הבעל לאשה אחרת, העובדת יחד עמו במקום עבודתו, קשר הנמשך תקופה ארוכה.

שני הצדדים הציגו תדפיס מאתרי אינטרנט שבהם הצד השני מצולם ומחפש קשר עם בן זוג אחר, אך בית הדין

יסתמך על הבדיקה ושהבדיקה תחשב כמהימנה לחלוטין, למרות שאינה הוכחה מוחלטת של מאה אחוז, היא אינה רשאית לחזור בה.

ועיין בספר החשמל בהלכה ח"א עמ' 315 שיש לתוצאת הבדיקה כח של "רוב", מאחר שרוב הגדול של המקרים התוצאה זהה לאמת, וע"ע בספר אגרות משה אה"ע ח"ד סי' צח. כיון שכן, אמנם מלכתחילה בית הדין אינו רשאי לחייב את אחד הצדדים ללכת לבדיקה כזו. אך אם בעלי הדין קבלו על עצמם לנהוג עפ"י תוצאה זו ושבית הדין יפסוק כך, וכקבלת קרוב או פסול הנאמן על שני הצדדים, ניתן לפסוק בהסתמך על בדיקת הפוליגראף.

אמנם בנידון דנן לא נעשה קניין על הסכמה זו, אך די בהסכמתם בפני בית הדין שבדיקה זו תוכיח את האמת, עיין בשו"ע חו"מ סי' כב סעיף א' בדין המקבל עליו קרוב או פסול שיכול לחזור בו עד גמר דין, ובפסק הרמ"א שכתב - "מיהו אם הם ממונים בעיר או טובי העיר לא יוכל לחזור דכן נוהגים דכל מה שאדם מקבל לפני ראשי העיר שלא יוכל לחזור בו". וכתב הסמ"ע ס"ק יב - "וכל דבר שנעשה בפני שלשה אינו יכול לחזור", ועפ"י זה פסק בשו"ת ישכיל עבדי ח"ז חו"מ סי' א' ביחס להסכם שאושר ע"י ביה"ד, וכתב - "וכן אם הפשרנים היו ז' טובי העיר לא צריך קנין, והרי פשוט דאישור ביה"ד הוא עדיף טפי מז' טובי העיר".

וכן בשו"ת ציץ אליעזר חלק יב סי' עד וחלק טז סי' נג קבע שהסכם גירושין שנעשה בפני ב"ד יש לו תוקף מחייב, גם בהעדר קניין אחר.

על כן מאחר שהצדדים הסכימו בבית הדין שבדיקת הפוליגראף תחשב כבדיקה אמינה ומחייבת, יש תוקף להסכמה זו, ובכך תוצאות הבדיקה יחשבו כראיה מוכחת ככל שהדבר נוגע לענייני הממון הכרוכים בחיוב הגט. והתחמקות מהבדיקה, מוכיחה את טענת הצד השני.

ניתן להביא ראיה שההתחמקות מהבדיקה מוכיחה את דברי הצד השני, מההלכה הפסוקה ברמב"ם הלכות סוטה פרק ג' הלכה ב' שסוטה המסרבת לשתות מהמים המאררים תצא בלא כתובה, ובאר הכסף משנה הלכות סוטה - "דכיון שפחדה מלשתות, מוכחא מילתא ודאי שהיא טמאה, שאילו היתה טהורה לא היתה נמנעת מלשתות, והכי אמרינן בירושלמי פרק היה נוטל, סבר ר"ע האומרת איני שותה כאומרת אני טמאה לך".

גם בנידון דנן, כתוצאה מההסכמה שהושגה בבית הדין והתוקף שניתן להסכמה זו, בדיקת הפוליגראף תחשב עבור הצדדים כבדיקה מהימנה לחלוטין ככל שהדבר נוגע לענייני הממון בדיוני בית הדין, וכפי הנאמנות המוחלטת שהיתה בזמנו לבדיקת המים המאררים. על כן התחמקות מבדיקה כזו נחשבת כאמירת האשה - "טמאה אני לך".

בנסיבות אלו שהבעל טוען שאשתו נטמאה ושהדבר התברר אצלו באופן בלתי אמצעי, וכאמור בנידון דנן גם

בהתחייבותה לבצע בדיקה זו, היא התחמקה ממילוי הוראה זו, וטענה שהיא חוזרת בה מהסכמתה, וטענה שקיים סיכוי של אחוז אחד שהבדיקה לא תהיה מהימנה, ותהיה מוטה לרעתה.

לאחר עיון בטענות הצדדים ובחומר שבתיק, אנו פוסקים לחייב את האשה בגירושין.

ראשית, נציין שמיד לאחר פתיחת התיק לתביעת הגירושין, ועוד קודם שהתקיים הדיון הראשון, בדיון בבית המשפט האשה הודיעה לביהמ"ש כדלהלן - "מהרגע שהוא פתח את התיק בבית הדין הרבני, אני אמרתי שאני מוכנה להתגרש".

בעקבות הסכמת הצדדים בבית המשפט, ומבלי להודות בטענות שנטענו שם, בני הזוג הסכימו שהבעל יהיה מנוע מלהכנס לבית המגורים לתקופה של ששים יום וכי "בני הזוג מנועים ליצור קשר זה עם זה בכל מקום ובכל אמצעי, למעט קשר בנושא הילדים". בסיום הדיון בביהמ"ש, הסכמות אלו קבלו תוקף של החלטה.

אך לאחר פחות מחודש, בדיון הראשון בבית הדין, האשה הפכה את עורה וטענה שרצונה בשלום בית וכי אינה רוצה להתגרש.

המהפך בעמדת האשה, ערער מאד את אמינות הטענה לרצונה בשלום בית.

בנוסף, כאמור בית הדין נוכח באופן בלתי אמצעי אודות העוינות והשנאה השוררת בין הצדדים. לטענת האשה, הגורם לסכסוך הוא הקשר שבין הבעל לאשה הזרה, קשר שהבעל הודה בו בשפה רפה. ואילו לטענת הבעל, התנהגות האשה ביחס אליו ובגידותיה הם העילה לסכסוך. בכל מקרה, בעקבות האירועים שבין הצדדים והפיזור הממושך, קיימת אומדנא ברורה שכבר כעת מניי וגמור עם האשה שלא לשוב לבעלה, וכי לא תסכים לשוב אליו גם אם ינתק את הקשר עם האשה הזרה. ואם אכן כך, כששני בני זוג בפירוד ואינם רוצים זה בזה, זוהי עילת חיוב גט לבן הזוג המעכב את הגירושין ללא הצדקה, עיין רבינו ירוחם נתיב כג חלק ח'.

מלבד זאת, כאמור האשה נתנה את הסכמתה לבדיקת הפוליגראף, וזאת בעת דיון בבית הדין, כשעורכת הדין המייצגת אותה היתה נוכחת, ומתוך שיקול דעת. הסכמה זו קבלה תוקף של החלטת בית הדין המחייבת את הצדדים לפעול עפ"י הסכמתם. אך לאחר מכן, האשה חזרה בה מהסכמתה לבדיקת הפוליגראף.

חזרת האשה אינה מתקבלת, והיא מוכיחה שיש ממש בטענת הבעל.

אמנם כדברי האשה, קיים אחוז מזערי של תוצאות בדיקת פוליגראף שאינן תואמות לאמת. אך מאחר שהדבר ידוע לכל שאין לבדיקה זו אמינות מוחלטת של מאה אחוז, ובודאי הדבר היה ידוע לב"כ האשה שייצגה אותה בדיון, ולמרות זאת הנתבעת הסכימה וקבלה עליה שבית הדין

מהבדיקה האמורה, מפני שכתוצאה מהתחמקות זו, לא ניתן להשלים את בירור המשפט כנדרש.

מלבד זאת, נציין לשו"ת יד יצחק (להג"ר אברהם יצחק גליק ז"ל) ח"ב סי' ער שהשיב בנידון בעל הטוען נגד אשתו שהיא חיה עם גבר זר אך אין עדויות של שני עדים כשרים להוכחת טענתו, אלא רגליים לדבר שיש בהם אומדנא טובה להוכחת הטענה, וכתב - "הגם שכתב הרמ"א ז"ל בסי' קעח סעיף ט' דיש אומרים דבזמן הזה דיש חדר"ג אינו נאמן לומר שמאמין לדברי העד, נלענ"ד דמ"מ היכא דאיכא רגלים לדבר שפיר נאמן, וכן ראיתי בפתחי תשובה שם אות כ"א שכתב כן בשם שו"ת הגרע"א ז"ל סי' צ"ט וכ"כ שם בסי' ק' שדין זה תליא לפי ראות עיני הדיינים ע"ש".

ולפי זה, וכאמור עפ"י סברת הכסף משנה, ההתחמקות מהבדיקה, לכל הפחות תחשב כ"רגליים לדבר" שדברי הבעל כנים.

על כן ככל שהדבר נוגע לזכותה של האשה לתשלום הכתובה, ולמנוע גירושין בעל כרחו, יש בצירוף כל הטעמים הנ"ל, יסוד לפסיקת חיוב הגירושין, ושליטת זכותה לתשלום הכתובה (הטעם הראשון לבדו אינו עילה להפסד הכתובה, עיין לעיל סי' לו).

שאלת איסור האשה לבעלה אינה עומדת לדיון מאחר שכעת הבעל אינו חפץ באשתו, ולאחר הגירושין לא תוכל לשוב אליו מפני היותו כהן. על כן אנו פוסקים - אנו מקבלים את התביעה ומחייבים את האשה בגירושין.

האשה נידונת כמי שמודה בכך, יש לחייבה בגירושין, כמבואר באה"ע סי' קעח בפת"ש ס"ק כא.

וע"ע בתשובת מהרש"ם חלק ו' סי' קלג וח"ב סי' כד, שהסתמך על דברי הכסף משנה הנזכרים. בשתי תשובות אלו קבע מהרש"ם את העיקרון האמור, שהתחמקות מהבדיקה המחוייבת, מוכיחה שטענת המתחמק היא טענת שקר, ועכ"פ בדיני ממונות, ניתן לפסוק כאילו נערכה הבדיקה והתברר להיפך מטענתו.

יציין כי גם זכותה של האשה שלא יכפו עליה גט בעל כורחה, דינה כזכות ממון שהוסכם עליה בעת הנישואין, עיין דברי מלכיאל ח"ג סי' קמד וסי' קמה, ובודאי שכן בקהילות שלא נהגו חרם דר"ג, שהמניעה לגרשה בעל כרחו היא מפני שעל דעת כן נשאו, ובנסיבות המתוארות נשללה ממנה זכות זו.

בנוסף, יש יסוד למסקנה הנ"ל, מתשובת הרא"ש כלל קז שהובא להלכה בסמ"ע סי' טו ס"ק יג וש"ך שם סק"ה שאם הנתבע אינו רוצה להשיב על כל דבר שבית הדין חוקר אותו ודאי רמאי הוא, ובית הדין יכול לפסוק כאילו השיב והתברר לבית הדין. ועיי"ש ברא"ש שבאר שאם נראה לדיין שאם היה בעל הדין משיב היה בתשובתו כדי לברר את הדין, והלה מתחמק מתשובה, יעשה הדיין כאילו השיב ונתברר שקרו ויחייבנו מאומד הדעת, אע"פ שאינו יכול לברר שקרו בבירור.

ונראה שלעניין זה אין הבדל בין התחמקות מתשובה בחקירת בית הדין ובין התחמקות מביצוע בדיקה המחוייבת כתוצאה מהסכמה והחלטת בית הדין, סברת הרא"ש הסמ"ע והש"ך תיאמר באותה מידה גם בנסיבות של התחמקות

סימן נב

טענת מקח טעות בקידושין

אייר תשנ"ג

יש לדון האם האשה חייבת לקבל גט ואין מקום לטענתה שהבעל ישלם לה תמורת הסכמתה לגט, והיא זכאית לקבל רק את מה המגיע לה עפ"י הדין. וכמו כן יש לדון האם הבעל חייב בכתובתה.

השאלות העומדות בפנינו הן:

- האם יש להגדיר את הבעיה שהתגלתה כמום ודינו כשאר מומים שנתבאר דינם באה"ע סי' לט סעיף ה'.
- את"ל שנחשב מום, יש לדון האם יש נ"מ בכך שהאשה ידעה לפני הנישואין רק שאין לה וסת ולא ידעה את הבעיה שיש לה ברחם.
- את"ל שאין נ"מ בכך, יש לדון האם הבעל הפסיד את זכותו לטעון טענת מקח טעות במידה שהמשיכו לחיות יחד לפרק זמן מסויים לאחר שהענין התברר לבעל. ראשית עלינו להגדיר את המצב שבפנינו. ברור שאין מדובר באשה "אילונית", מאחר שסימני אילוניות מבוארים

בנידון שלפנינו מדובר בזוג שנישאו לפני כשנתיים וחצי, הבעל טוען שלפני כחצי שנה, כעבור כשנתיים מהחתונה, לאחר שהאשה לא נכנסה להריון, הלכו בני הזוג לרופא, ובעקבות כך התברר לבעל שמאז ומעולם אין לאשה אורח כנשים. לטענתו, האשה העלימה ממנו מידע זה, ואף נהגה בכל חדר דיני נדה וספירת שבעה נקיים והלכה למקוה, למרות שלא היה בכך כל צורך.

הממצאים שהעלה הרופא הם, שבנוסף לבעיה שאין לה דמים, הרחם קטן מאד ואין כל אפשרות שהיא תוכל ללדת. כפי הנראה לפני הנישואין האשה רק ידעה שאינה רואה דם, אך לא ברור שידעה על הבעיה ברחם ושהדבר ימנע ממנה כל אפשרות ללדת.

הבעל טוען שיש לבטל את הקידושין בטענת מקח טעות, והאשה מסכימה לקבל גט, אך האשה תבעה לקבל חלק מרכושו של הבעל, בתמורה להסכמתה לקבל גט.

דבשלא הכיר בה איירי ותצא שלא בכתובה משום דהוי מקח טעות". וכן כתב בחי' הרמב"ן - "משום תצא קתני, לומר דממי שאין לו בנים מוציאין אותה על כרחא בלא כתובה, הא ממי שיש לו בנים לא תצא. אבל אם בא להוציאה וטען עליה משום מקח טעות, ודאי דאין לה כתובה, דומיא דאילונית שלא הכיר בה". וכ"כ הרא"ש שם דבלא הכיר בה שהחזקה עקרה, זהו מקח טעות.

לעומת זאת, יש ראשונים שכתבו שגם באותה שנשאת לשלישי אינו מקח טעות, ועדיפה מאילונית, מכיון שאינה ודאי עקרה, שהרי אין בה סימני עקרות בגופה, אלא רק החזקה כעקרה. וז"ל הריטב"א "לא דמיא לאילונית שלא הכיר בה דלא בעיא גיטא ואפילו מדרבנן כדכתיבנא בריש מכילתין, דאילונית הוא מקח טעות ברור, אבל בזה אפשר שהוא לא זכה להבנות ממנה שהרי אין בה סימנים שאינה ראויה ללדת, אלא דמשום חזקה בעלמא מפקינן לה ומפסדי כתובה, אבל אפשר שהיא בת בנים ולא הטעתו וקידושיו קידושין". וכן כתבו המאירי ונימוקי יוסף וכן נראה מהרשב"א. ועיין בחי' הרמב"ן שדחה סברא זו.

העולה מדברינו שבעקרה ודאית לכו"ע מקחה מקח טעות, ובמי שרק החזקה שאינה בת בנים נחלקו הראשונים, לדעת התוס' הרמב"ן והרא"ש הוי מקח טעות, ולדעת הריטב"א הרשב"א המאירי ונימוקי יוסף לא הוי מקח טעות. ויש לציין שאין הדברים אמורים אלא לענין כתובה, והסכימו כל הראשונים הנזכרים שאם נמצאה ודאי עקרה ולא הכיר בה, הפסידה כתובתה, וכן מוסכם שאף כשאינה ודאי עקרה אלא רק החזקה עקרה אם נשאת למי שאין לו בנים שהפסידה כתובתה, והטעם דבזה לכו"ע הוי מקח טעות, מכיון שהבעל עדיין לא קיים פו"ר ויחויב להוציאה ולשאת אחרת שהיא בת בנים.

ואין לומר דשאני התם דמכיון שידעה שהחזקה שאינה בת בנים קנסו אותה על שנשאת לשלישי באיסור, דבתוס' שם מבואר דהפסד כתובתה אינו מכח קנס שנשאת באיסור אלא מפני שהוא מקח טעות, ולכן אין נ"מ בכך שידעה ולא אמרה לשלישי שהיא אינה בת בנים, וכן נראה ששאר הראשונים הסכימו בזה עם התוס', מדלא הזכירו אלא סברת מקח טעות ולא כתבו דהוי קנס. (ולהלן יובאו דברי הב"ש סי' קיז בזה).

וע"ע בב"ש סי' קנד ס"ק לג שנקט בדעת התוס' דלא כדברינו, אלא כשיטה השניה שהזכרנו לעיל. ובערוה"ש שם סעיף לו הוסיף לבאר - "דכיון דאנו כופין אותו להוציא כשלא קיים פו"ר ואין לו אשה אחרת והוא לא הכיר בה, הרי מקחו מקח טעות וממילא שאין לה כתובה".

ועיין בשו"ת אמרי יושר ח"ב סי' קנט שנשאל באשה שנשאת בחזקת בריאה ואחר הנישואין התברר לבעל שיש לאשה צלקת בבטנה ומתוך כך התברר שבקטנותה הרופאים הוציאו לה את הרחם מפני חולי, והאשה אינה מוכנה להתגרש והשאלה האם ניתן להתיר לבעל לשאת אשה שניה.

במסכת יבמות דף פ: עיי"ש, ולא נשמעה מפי הבעל טענה שלאשה זו יש אחד מסימנים אלו.

בנוסף, אשה שאין לה דמים אינה אילונית, וכמבואר בתשובת רבינו גרשון מאור הגולה המובאת בהגהות מרדכי עמ"ס יבמות סי' קיג, שכתב וז"ל "אין הדם מסימני אילונית דתניא אלו סימני אילונית, הלכך אע"פ שאינה רואה יש לה כתובה".

כמו כן אין לדון אשה זו כאשה ממשפחת דורקטי, הנידונת במסכת כתובות דף י: דיש אומרים דהוי מעליותא ויש אומרים דהוי גריעותא, עיי"ש בסוגיא, דהכא גרע טפי שהרי התברר שהבעיה היא, שבעקבות מצב הרחם אינה יכולה ללדת. וכן כתב בספר חוט המשולש (בתשובות הג"ר רבי אליעזר יצחק סי' כג) שהאשה שאין לה דמים שהיא ממשפחת דורקטי עדיין יכולה להתעבר, רק שאין בניה מרובים כמבואר בגמרא, אבל אם אינה יכולה כלל להתעבר, הרי מקחה מקח טעות כאילונית.

אמנם בנידון שבפנינו, אם האשה לא ידעה על בעיה זו לפני הנישואין, ורק ידעה שאינה רואה דם, ולפי מידע זה יתכן שסברה שהיא רק כאשה שדמיה מועטים אך יכולה להתעבר.

נראה שיש להגדיר אשה זו כאשה עקרה, שלאחר הנישואין התברר שהגורם לעקרות היה עוד מלפני הנישואין. ויש לדון האם העקרות לכשעצמה היא מום שניתן לטעון בעקבותיו טענת מקח טעות.

במקדש אשה ונמצאת אילונית דעת הרבה ראשונים שאינה צריכה גט, (תוס' ורא"ש ריש יבמות ועוד ראשונים) ומבאר הרא"ש במסכת כתובות פ"ז סי' י' שהמום הזה של היותה אילונית, גרע משאר מומים, וז"ל "שאני מום דאילונית, דעיקר דעתו של אדם הנושא אשה בשביל בנים, הלכך הוי קידושי טעות". ואמנם מום דאילונית גרע שהרי תשמיש קשה לה ועוד ריעותות, מ"מ הרא"ש לא תלה הטעם שאינה צריכה גט רק בכך שאינה יכולה ללדת.

והמאירי בריש מסכת יבמות כתב, וז"ל "מאחרוני הרבנים כתבו שאין באילונית מקח טעות כל כך שתהא יוצאה בלא גט. והדברים זרים, שהרי אין לך מקח טעות גדול מזה, וכל הנושא לדעת בנים הוא נושא, ואפילו בעל, אין אדם מוחל בדבר זה".

וכן עולה מהראשונים בסוגיא במסכת יבמות דף סה. שהנושא אשה שהיא ודאי עקרה ולא הכיר בה שזהו מקח טעות. בסוגיא שם נאמר - "ת"ר נשאת לראשון ולא היו לה בנים לשני ולא היו לה בנים לשלישי לא תנשא אלא למי שיש לו בנים, נשאת למי שאין לו בנים תצא בלא כתובה". הקשו הראשונים מדוע צריכה גט מהשלישי הרי כבר החזקה שאינה יולדת, ומדוע אין דינה כאילונית שלא הכיר בה שמקחה מקח טעות.

כמה ראשונים כתבו דאד"נ גם זו כשנשאת לשלישי מקחה מקח טעות ותצא שלא בכתובה דומיא דאילונית. התוספות (ד"ה תצא) כתבו על נשאת לשלישי - "נראה לר"י

לפי שהאילונית יכול היה לבדקה קודם לכן בסימנים, וג"כ יכולה לישוב תחתיו ותשמשנו וישא אחרת אם לא קיים פור, אבל זו שאסורה לשמשו ולא היה יכול לבדקה קודם לכן אבדה כתובה ותוספת. ועיין בב"ש סי' קטז סק"ג וסי' קיז סק"א שהביא דברי המ"מ ומבואר מדבריו שהפסד כתובה ותוספת ברואה מ"ת אינו מפני שהיא אסורה עליו, אלא מפני דהוי מום ששניהם לא יכלו לדעת ממנו. ולשיטת הב"ש הכלל הוא - במום שהאשה ידעה אך שגם הבעל יכל לבדקה, הפסידה כתובה ותוספת, מכיון שהיתה צריכה להודיעו. במום שהאשה לא ידעה באופן ברור שיש לה את המום והבעל יכל לדעת על סימני המום כגון באילונית לא הפסידה תוספת. ובמום ששניהם לא יכלו לדעת ולבדוק אחריו, כרואה מ"ת, הפסידה כתובה ותוספת.

ולפי זה בנידון שלפנינו ששניהם לא יכלו לדעת שיש בעיה ברחם של האשה, דמיא לרואה מ"ת והפסידה כתובה ותוספת. וגם הסברא השניה שכתב המ"מ דבאילונית לא הפסידה תוספת מכיון שיכול להשאירה תחתיו ולשאת אשה אחרת, לא שייך בנידון דידן מכיון שעפ"י החוק המחייב בארץ לא ניתן לשאת שתי נשים, ואף כשנותנים היתר נישואין עפ"י דין במקרים חריגים, היינו רק כשאינו חי עם הראשונה.

אך לשיטת הרמב"ן והעיטור בנידון דידן יש לה תוספת, וז"ל המ"מ גבי רואה מ"ת - "אבל הרמב"ן ובעל העיטור ז"ל כתבו שיש לה תוספת, והטעם לפי ששאר מומים היא היתה יודעת אותם והיה לה לגלות ולהודיע, אבל זו לא היתה יודעת במום זה, הא למה זה דומה לאילונית שלא הכיר בה שנתבאר בפרק כד שיש לה תוספת", עכ"ל. ולפי זה ה"ה בנידון דידן שלא ידעה את הבעיה שיש לה ברחם, יש לה תוספת, ומה שלא גילתה לבעל שאין לה דמים, לא הפסידה מחמת כך מכיון שדבר זה לכשעצמו אינו מום המבטל נישואין.

אך מכיון שלהלכה נפסק בשו"ע כדעת הרמב"ם, הרי שבנידון דידן הפסידה כתובה ותוספת.

אלא שעדיין יש לזון מה הדין כשעדיין המשיכו לחיות יחד זמן מסוים ורק אח"כ הבעל החליט שאינו מוחל על מום זה.

הר"ן במסכת כתובות סוף פרק יא (דף נט. בדפי הרי"ף) כתב גבי חיוב מזונות לאילונית שלא הכיר בה, וז"ל - "אי ביושבת תחתיו לאחר שהכיר בה, אמאי לית לה, והרי היא כנשאה מתחילה לשם אילונית שיש לה מזונות, מיהו לשניה אין לה מזונות דבעמוד והוצא קאי, והרב רמב"ם ז"ל הוזהר בפירושו המשנה אילונית לשניה שאפילו יושבת תחתיו אין לה מזונות". ועיין בב"ש סי' קטז סק"ז שהביא את דברי הר"ן בלבד שיש לה מזונות. וכתב בהפלאה (בקו"א סי' קטז סק"ז) - "משמע דה"ה לענין כתובה ג"כ אית לה, אע"ג דבתחילת הנישואין לא נתחייב, מ"מ כיון שדר עמה ממילא אית לה כתובה".

האמרי יושר בתשובתו האריך לבאר את דין אילונית אם צריכה גט. ואח"כ כתב דהכא עדיפה מאילונית, וז"ל - "אילונית לא חויא לביאה דאין לה תאוה כלל ומתקשה בשעת תשמיש מחמת צער, כמ"ש רש"י (יבמות פ), א"כ בנידון דידן שאינה אילונית רק שניטל האם שלה שפיר חויא לביאה ואינה מקח טעות כלל, ואפשר דגם מום לא הוי, דמחוסר אבר מבפנים לאו מום מיקרי כמ"ש הרמב"ם פ"א מהלכות אי"ב הי"א. ויש להוכיח כן מדברי הב"ש ס"ק נד ס"ק לג דניסת לשני אנשים ושהתה עמם עשר שנים ולא היו לה בנים ונשאת לשלישי דאין לה כתובה היינו בניסת למי שאין לו בנים, אבל ביש לו בנים או אשה יש לה כתובה יעו"ש. הרי דעקרה לא דמיא לאילונית, וע"כ מטעם הנ"ל ונידון דידן כעקרה דמיא". עכ"ל האמרי יושר, אלא שאח"כ הביא האמרי יושר מדברי הרשב"א בחי' ליבמות שאינו מחלק בין עקרה לאילונית, ומוסיף האמרי יושר - "עוד מבואר מדבריו דאם הוי ודאי עקרה אינה צריכה גט כלל כמו באילונית יעו"ש, הרי דאינו מחלק כלל בין עקרה לאילונית. וא"כ בנ"ד שאינה ראויה לילד בודאי אף שאינה אילונית הוי מקח טעות וא"צ גט כלל לרוב הפוסקים אף שיש לו בנים". ולכן העלה האמרי יושר להלכה כיון דלרוב הפוסקים א"צ גט, עכ"פ ודאי שיש לחייבה בגט ואם תמאן לקבל גט יש להתיר לבעל לשאת אשה על אשתו ע"י היתר ק' רבנים.

ולפי האמור, כל הראשונים מסכימים לשיטת הרשב"א, ואף בדעת הב"ש יש לפרש כן, ולא מצינו מי שיחלק בין עקרה לאילונית כסברא שכתב האמרי יושר בתחילת דבריו. העולה מדבריו, בנידון שלפנינו שהתברר שהאשה ודאי עקרה, לכו"ע מקחה מקח טעות והפסידה כתובתה.

אך עדיין יש לזון דלכאורה לא הפסידה תוספת כתובה. דבמשנה במסכת כתובות דף ק: שנינו "הממאנת השניה והאילונית אין להן כתובה", ואיתא בגמרא (דף קא.) אמר שמואל לא שנו אלא מנה ומאתים אבל תוספת יש להן ... ממאנת וחברותיה אין להן מנה ומאתים אבל תוספת יש להן". ודעת הרי"ף והרמב"ם דלאילונית יש תוספת אפילו לא הכיר בה, ואע"פ שהראב"ד והרמ"ך בריש פרק כד מאישות השיגו על הרמב"ם ולדעתם אף תוספת אין לה מפני שמקחה מקח טעות ואדעתא דהכי לא כתב לה תוספת, וכן דעת הריטב"א והמאירי עמ"ס כתובות שם, מ"מ הרמב"ן הרא"ש והר"ן הסכימו לדעת הרי"ף והרמב"ם, וכן פסק בשו"ע סי' קטז סעיף ג'.

ולפי זה לכאורה ה"ה בנדון דידן לא הפסידה תוספת כתובה אף שלא הכיר בה.

אך עדיין יש לחלק בין אילונית לנדון דידן. דבהחזקה לראות דם מחמת תשמיש נחלקו הראשונים, הרמב"ם בפרק כה מאישות ה"ח כתב שתצא בלא כתובה ותוספת, והמ"מ הביא בשם הרמב"ן ובעל העיטור שיש לה תוספת.

ומבאר המ"מ סברת הרמב"ם לחלק בין אילונית לרואה מ"ת, וז"ל המ"מ - "ולדברי רבינו נ"ל לחלק בין זו לאילונית,

באילונית שדר עמה לאחר שהכיר בה שיש לה מזונות וכתובה "ולא דמי למה דאיתא לעיל בסי' קטו בעוברת על דת שדר עמה אח"כ דלית לה כתובה, דהתם משום דמצוה להוציאה, משא"כ באילונית".

ולפי"ז ה"ה בנידון דידן שאין לבעל בן או בת ולא קיים עדיין פו"ר, מצוה לגרשה על מנת שיוכל לשאת אחרת, לכן דינה לענין זה כדין עוברת על דת שאף אם המשיך לדור עמה אין לה כתובה או תוספת.

מסקנת הדברים - יש לחייב את האשה לקבל גט ואם תסרב יש להתיר לבעל לשאת אשה אחרת. האשה הפסידה כתובה ותוספת, ואין לה אלא את הרכוש השייך לה. ולענין מתנות שהבעל נתן לה אם חוזרות עיין בחת"ס אה"ע ח"א סי' קמא, ואכמ"ל בזה מאחר ושאלה זו לא עלתה לדיון.

סימן נג

חיוב האשה בגירושין עקב העלמת מידע על מחלה נפשית קודם לנישואין

שדרך בני אדם להקפיד בה תחשב כמום. ובודאי שבעיה מהסוג הנ"ל "דרך בני אדם להקפיד בה".

ועיין בפד"ר כרך טו בפס"ד מביה"ד ירושלים בהרכב הדיינים הגרס"ח עבודי ז"ל והג"ר אברהם שפירא ז"ל והג"ר כהן ז"ל שכתבו (בעמ' 91) שביחס למחלת נפש שהתעוררה בעת הנישואין, יחשב כמום רק אם המחלה היא בדרגה המונעת את הזוג מחיי משפחה, אבל אם הטענה היא על העלמת מחלת נפש קודם לנישואין, "יש מקום לדון על כפיה מחמת מום גם אם אין המחלה בדרגה מלאה וחמורה".

אמנם בשו"ע סי' ל"ט הנזכר ובפסק הדין הנ"ל, הדיון הוא במום שהעלימו מהבעל ועדיין המום עדיין קיים כעת לאחר הנישואין. אבל בנידון דנן, אין ספק שכעת האשה כבר אינה במצב שהיתה בעבר, וגם חוות הדעת העדכניות קבעו שמצבה כעת סביר. אך ככל שהדבר נוגע להעלמת מחלת נפש, אף שהיא כבר נתרפאה, יש מקום לטענת ביטול הנישואין.

ובשו"ת מהר"ח אור זרוע סי' קע כתב - "אחד שקדש אשה, וקודם הארוסין יותר משנה נכפית פעם אחת ושוב לא נכפית עד שנתארסה ... נראה דאין לה כתובה, אבל בלא גט אין להתירה דספק קידושין הם, מיהו נראה דכפינן לה לקבל גט". (עיין בתשובת הרא"ש כלל מב בתשובת רבי יצחק ב"ר מאיר ז"ל שכתב לדון שחולי מחלת הנפילה יחשב כמום מפני שדומה לשוטה. על כן נראה שדינו של מהר"ח או"ז יאמר גם במחלת נפש), אך מעיון בתשובה זו עדיין לא ברור אם באותו נידון גם לאחר נישואיה חזרה להיות נכפית ומתוך כך הוגשה תביעת הבעל, או שהתביעה מבוססת רק על מה שאירע קודם לקידושין.

אבל הדברים התבארו בספר תועפות ראם (להגרא"מ טויבש ז"ל) חלק אה"ע סי' מא שכתב לענין התרת התקשרות שידוכין שיש בהם חרם וקנס, שיש לחלק בין מום בעלמא שאם

וע"ע בספר מלבושי יו"ט ח"ב אה"ע סי' א' שהסתפק האם בכה"ג יש לה כתובה מנה ככתובת בעולה, מכיון שאנו דנים שלאחר שהכיר בה והתרצה לדור עמה התחייב לה כתובה כדי שלא תהא בעילתו זנות, וממילא אין לה תוספת, או שבכה"ג התברר למפרע שעבורו אילונית אינו מום ומעולם לא היה מקח טעות, ועיי"ש שנוטה לצד השני מכח לשון הר"ן שכתב "והרי היא כנשאה מתחילה לשם אילונית שיש לה מזונות".

אך נראה שבנידון דידן אין לה כתובה ותוספת אף אם המשיך לדור עמה זמן מסוים לאחר שהתברר הענין. שהרי הר"ן כתב "מיהו לשניה אין לה מזונות דבעמוד והוצא קאי", ואמנם עדיין י"ל דהיינו דוקא בשניה שיש איסור בעצם הנישואין, אך מצינו בהפלאה (שם) שכתב על שיטת הר"ן

בפני בית הדין תביעה מטעם הבעל לחיוב האשה בגירושין.

בני הזוג גרים בנפרד תקופה ממושכת, ונשארו במצבם הנוכחי למרות מאמצי בית הדין להביא לשלום בית ביניהם. לאחר פרק זמן של פירוד הבעל העלה טענה חדשה, לדבריו רק לאחרונה התברר לו שהאשה, שנישאה בהיותה בגיל 33, העלימה ממנו מידע חשוב אודות בעיות נפשיות קשות שעברה מספר שנים קודם לנישואין, בין גיל 19 לגיל 26, בעיות נפשיות שחייבו את אשפוז בבית חולים לחולי נפש.

בכתב התביעה הבעל מייחס לאשתו התנהגות עצבנית ורגזנית ואף אלימה, ולדבריו יש יסוד להניח שהתנהגות זו קשורה למצבה הנפשי בעבר.

בדיון שהתקיים, האשה הודתה שלא סיפרה דבר לבעל, ואף בביה"ד ניסתה להעלים את המידע הבסיסי על מצבה בעבר. העובדות לאשורן התבררו רק לאחר שניתן צו לבית החולים ובאמצעותו ביה"ד הגיע לחקר האמת, שהאשה אושפזה בבית חולים לחולי נפש שלש פעמים לפרקי זמן ארוכים.

כאמור, לאחר שנודע לבעל על האשפוזים שעברה, לא חזר לחיים משותפים עם אשתו.

בנסיבות אלו יש מקום לקבל את תביעת הגירושין ולחייב את האשה בגירושין וללא תשלום הכתובה.

אין ספק שהמידע הרפואי מהסוג הנזכר היה חייב להיות מועבר לבעל קודם לנישואין, והעלמתו מהבעל גוררת אחריה חיוב האשה בגירושין, כמו שכתב הבי"ש סי' קי"ז ס"ק כד "אבל אם היה בה מומין והוא לא ידע, י"ל דכופין אותה, כיון דעשתה שלא כהוגן, כמ"ש בתשובת הרא"ש כלל ל"ה אם הוא עשה שלא כהוגן וקידש ברמאות כופין אותו, ה"ה דכופין אותה".

מלבד זאת, העלמת מידע כזה יש בו כדי להביא לטענת מקח טעות. עיין שו"ע אה"ע סי' לט סעיף ה' שבעיה רפואית

אדה"ע סי' ל"ח, ואף אם תשתפה אם יש לחוש שתחזור לשטותה יכול לכופה לגרשה כמבואר בסי' קי"ז לענין נכפה. ובאור גדול סי' ה' - שפיר כתבו הח"מ והב"ש דאף בהיתה נכפית ונתרפאת מ"מ תצא שלא בכתובה, דמ"מ הוה מום משום חשש חזרה. ובשו"ת דברי חיים אה"ע סי' נ' - וביותר לפי אשר נראה לי בכוננת דברי הח"מ ז"ל הנ"ל דדוקא בנכפית ומצורעת דשכיח שתתעורר המחלה חשב למום גם אם נתרפא אבל לא בשארי מומים כמו שהבין הב"ש ז"ל בכוננת דבריו כן נ"ל ברור, וא"כ בנשתתית דעינינו רואות דדבר זה חוזר ומתעורר ובפרט בעת הריון והלידה דשפיר הוה מק"ט ויוכל לגרשה בע"כ ... ומעתה אם לפי האמור, דבר זה שחלתה לפני הנישואין במחלת נפש אף שנתרפאת יש לדון דהרי זה בגדר מום, כי רוב בני אדם מקפידים ע"ז, הרי כתב הב"ש בסי' קי"ז סק"ד בהיה בה מום והוא לא ידע, כופין אותה לקבל גט כיון דעשתה שלא כהוגן ולא גילתה לו מאומה, וכבר העלו הבית שלמה אה"ע סי' ע"ח, תורת חסד אה"ע סי' ל"ה, אור גדול סי' ה' דאין אנו צריכין לטעמא דעשתה שלא כהוגן, אלא מכיון דנמצא בה מום והוא לא ידע ובא בטענה של מקח טעות, אין בזה תקנת חרד"ג". **עד כאן מפסק הדין הנוכר.**

על כן יש לפסוק לחייב את האשה בגירושין, ושאינה זכאית לתשלום הכתובה ומוזנות עבודה.

נוסיף ונבהיר, פסק הדין הנוכחי קובע את חיוב האשה בגירושין, עקב העילות המפורטות לעיל, אך פסק הדין אינו קובע את העדר הצורך בגט עקב ביטול הקידושין או הנישואין למפרע, אלא את חיוב האשה בגירושין בטענת מקח טעות. וכמו שהבאנו מתשובת מהר"ח אור זרוע סי' קע שבנסיבות אלו של הטעיה מעמדה של האשה כספק מקודשת, וכן פסק בשו"ע חלק אה"ע סי' לט סעיף ה'. על כן מצד אחד האשה מפסידה את זכותה לתשלום הכתובה, ומאידך אינה מותרת לאדם אחר בלא גט.

וכן פסקו בפד"ר חלק ח' עמ' 183 בנסיבות הדומות לנידון שבפנינו, (מההיבט העקרוני), מאחר שהקידושין הם קידושי ספק, אינה זכאית לתשלום כתובה ומוזנות, וכעין זה בפד"ר חלק א' עמ' 74.

בהתאם לכך, אמנם ביחס לכל סכום כסף שהאשה כבר גבתה למוזנותיה, אין להוציא ממנה, ומספק אינה חייבת להשיב סכומים אלו. אך ביחס לעתיד, אין להמשיך בהליכי הוצל"פ לגביית סכומי כסף שעדיין לא שולמו על ידי הבעל.

לאחר ההתקשרות התגלה על קיומו בעבר אך כבר קודם להתקשרות נתרפא, שאינו מקח טעות, משא"כ ביחס למחלת נפש, ח"ל "אבל בנשתתית כיון דאמרינן בגמרא דבבא קמא דף פו: שוטה אין לך בושת גדול מזה, וא"כ אף שחזרה לאיתנה הרי כתבו התוספות בפרק המדיר דף עד: (ד"ה חכם עוקר הנדר מעיקרו) דבקפידת המומין תלי הטעם, שאחר שנתרפאת היא נמאסת בעיניו שזוכר שהיו בה מומין עי"ש. וא"כ אף שחזרה לאיתנה, מ"מ כיון שכבר נשתתית, גם היא נמאסת בעיניו כשזוכר מפגם הנשתתית מאז, ואדעתא דהכי לא נשבע, כנ"ל".

ובספר פתחא זוטא (להג"ר פנחס חיים הלוי הורוויץ ז"ל) חלק אה"ע סי' יט הביא מדברי התועפות ראם והוסיף - "ועוד יש לבאר זאת ולחלק בין חולי השגעון לשאר מומין, דבשלמא שאר מומין שפיר כתבו משום דסתם בני אדם אין מקפידין במומין שעברו, דאין אדם מתבייש אם היו בו פעם אחת איזה מום שנתרפא. וכן עמא דבר דאם איש אחד יחלה ח"ו על חולי העיניים וכדומה ויתרפא, בודאי אח"כ לא יתבייש, ולא יכלם מאומה. משא"כ אם היה פעם אחת חולה השגעון והשוטה, אזי בודאי אף שנתרפא עדיין הבושה במקומה עומדת קצת. ודוגמא לזה מימרת הש"ס ב"ק דף פ"ו שאמרינן שם שוטה אין לך בושת גדולה מזה ... ונראה לפענ"ד ברור ונכון שיש לדמות חולי השגעון ר"ל להא דמבואר בחלקת מחוקק סי' קי"ז סק"ב דאם היתה מצורעת או חולי נכפית קודם הקידושין הוי מום אף שנתרפאה קודם הקידושין, משום דחיישינן שמא יחזור החולי ר"ל כנלענ"ד ברור".

ובפד"ר כרך ה' עמ' 194 והלאה בפס"ד מבית הדין הגדול בהרכב הגר"ע הדאיא ז"ל והגר"ב זולטי ז"ל ויבל"א הגרי"ש אלישיב שליט"א כתבו בנידון דומה, כדלהלן - "והנה לדברי הפוסקים הללו דלאו דוקא מומים הפוסלים בכהנים פוסלים בנשים, אלא הם וכיוצא בהן דבר שרוב בני אדם מקפידים עליו הוה מום, וכמו מום במקח כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום - הוה מום, כמבואר בחו"מ סי' רל"ב סעי' ו'. ... והנה אין ספק דבמקרה כעין זה שלפנינו בחלתה במחלת נפש לפני נישואיה, אף שנתרפאת, מ"מ בני אדם בזמנינו מקפידים ע"ז טובא. ואמנם גדולי הפוסקים נקטו הכי בדעת הח"מ סי' קי"ז סק"ב דבנכפית, והוא הדין בנשתתית, ונתרפאת הוה מום.

בחת"ס באה"ע סי' קמ"א כתוב כשנתרפאת מהחולי לגמרי ולא נמצא בה אחר נישואיה רק שנודע לו שהיה לה כן בילדותה ונתרפאת, נהי דמ"מ יכול להוציאה משום אולי תחזור לקדמותה כמבואר בח"מ סק"ב, ובשו"ת תפארת צבי

סימן נד

חיוב גירושין לאשה המסרבת להתגרש כששני בני הזוג אינם רוצים בשלום בית והפירוד בעטיו של הבעל

באמצעים כנגד אשתו המסרבת להתגרש. בנוסף, מתנהלים דיונים ממושכים לפירוק השיתוף ברכוש המשותף. דיונים

במקרה שבפנינו, הבעל תבע להתגרש לפני שלש שנים והאשה התנגדה להתגרש. כעת הבעל מבקש לנקוט

שהדבר נוגע לחיוב הגירושין, טענה זו אינה מתקבלת מאחר ושלמעשה כעת שני בני הזוג בפירוד ממושך ואינם רוצים זה בזה, וזו עילה מספיקה לפסיקת חיוב הגירושין על בן הזוג המעכב את הגירושין, גם בלא להגדירו כמורד.

ראיה לדברינו מדברי רבינו ירוחם בספר מישרים נתיב כג ח"ח שכתב - "כתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל, כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אמר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנים אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא דילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש".

באותו מקרה בדינו של רבו של רבינו ירוחם, האשה החלה במרידה, וכתוצאה מכך הבעל גם הוא אינו רוצה בה. ופסק לכפותו לגרשה, למרות שעמדתו זו של הבעל נובעת ממרידת האשה שלא נמצאה לה הצדקה. רבו של רבינו ירוחם לא נמנע מכפיה זו מפני הטענה שהיתה יכולה לכאורה לעלות - שהבעל אינו בגדר "מורד", לאחר שכבר אשתו מרדה בו, וכי הוא מצידו לא חטא ולא פשע, וכי העדר רצונו של הבעל באשתו ואמירתו "לא בעינא לך", באו לעולם רק כתוצאה ישירה מההתנהגות השלילית של האשה ומרידתה. על כן ה"ה בנידון דנן, אם התקיימו נסיבות מתאימות שאנו דנים את האשה כאומרת "אנא נמי לא בעינא לך", ומתקיים מצב קבוע ששניהם אינם רוצים זה בזה, יש לחייבה בגירושין.

לעיל סי' לה בארנו הטעם שבנסיבות הנוכחיות אין לדון את האשה כמורדת, ואינה מפסידה מזונות, אך עכ"פ ככל שהדבר נוגע לחיוב הגירושין, לא יתכן להנציח מצב בלתי אפשרי כזה, ששבני הזוג חיים בפירוד, ואינם רוצים זה בזה ופועלים לפירוק השיתוף ביניהם, וכך מנהלים את חייהם לאורך ימים ושנים ללא גירושין. אין להמנע מגירושין רק מפני שהקולר תלוי בצווארו של הבעל שבמעשיו השליליים גרם לתוצאה העגומה. וכאמור, בהלכה זו אין הבדל בין אם הבעל הביא לפירוד או האשה, אלא הכל תלוי במציאות הקיימת כעת. על כן יש מקום לפסוק צווי הגבלה כנגד הנתבעת המסרבת להתגרש ומבקשת להנציח את המצב הנוכחי לפרק זמן נוסף.

ועיין להלן סי' פט שהארכנו בביאור שיטת רבינו ירוחם, ודחינו בראיות מנומקות דעת הסוברים שלא לדון את דינו של רבינו ירוחם כשהבעל אשם במצב הנוכחי שהזוג בפירוד ושהאשה כבר אינה רוצה בו.

עיין בפד"ר כרך ז' עמ' 108 בפס"ד שניתן ע"י ביה"ד האזורי בחיפה בו קבעו שלא לחייב את האשה בגט למרות שאין כל סיכוי לשלום בית, מאחר שמצב זה נגרם בעטיו של הבעל, עקב מעשיו, והאשה אינה אשמה במצב שנוצר. אך כשהגיע הנידון הנ"ל לבית הדין הגדול בהרכב הרבנים הג"ר יצחק נסים ז"ל והג"ר בצלאל זולטי ז"ל ויבל"א

אלו הם ביוזמת האשה שהגישה תביעה זו, ומתקיימים בערכאה אחרת. במסגרת הדיונים לפירוק השיתוף התקבלה החלטה שיפוטית הנותנת תוקף מחייב להסכמת הצדדים לפירוק השיתוף במיכלול הרכוש המשותף.

ביחס לתביעת הגירושין - כבר בהחלטות הקודמות, בית הדין קבע ששני הצדדים אינם מעוניינים בשלום בית, וגם כעת לא חל שינוי בקביעה זו. בנסיבות אלו, שאין אחד מבני הזוג מוכן לאפשרות לשלום בית, ובצירוף העובדה שהפירוד נמשך כשלוש שנים, ושני הצדדים פועלים במשותף לפירוק השיתוף ברכושם לרבות בדירת המגורים המשותפת, אין מקום לעיכוב סדור הגט. הדברים שנאמרו על ידי האשה בדיון האחרון על אופציה לשלום בית אינם אמינים, ונאמרו בניסיון למשיכת זמן נוספת.

מאידך, בית הדין אינו מתעלם מכך שהפירוד נוצר עקב מעשיו השליליים של הבעל שיצר קשר עם אשה אחרת. אמנם לכאורה חוטא נשכר, הבעל חטא כנגד אשתו ובסופו של דבר תביעתו לגירושין מתקבלת. אך פסק הדין חייב לבטא את ההלכה בנסיבות אלו, ואינו ניתן על יסוד של שיקולי שכר ועונש. העיקרון היסודי העומד בבסיס פסק הדין - בנסיבות ששני בני הזוג שוללים כל אופציה לשלום בית, ומסגרת הנישואין שלהם כבר ריקה מכל תוכן, אין מקום שאחד מבני הזוג, הבעל או האשה, יעגן את בן הזוג השני או יכפה עליו להמשיך בנישואין כאלו. אף שזו סברא ברורה, יש לה ראייה מדינו של רבינו ירוחם שיובא להלן. עמדת בית הדין המוקיעה את מעשיו של הבעל היתה באה לידי ביטוי אילו תביעת הגירושין היתה מוגשת על ידי האשה, והבעל היה מסרב להתגרש, ובמסגרת פסק דין לחייבו בגט עקב מעשיו, יעויין בשו"ע סי' קנ"ד סעיף א' ברמ"א בשם ספר האגודה, וכן במסגרת פסק דין לחייבו בתשלום הכתובה במלואה, יעויין בפד"ר ח"א עמ' 218-219 ובפד"ר חלק ח' עמ' 278.

עמדת האשה שאינה מסכימה לשלום בית עקב מעשיו המתוארים, אינה עילה לשלול את זכותה לתשלום הכתובה. כל עוד הבעל יצר את המשבר ביניהם בעזיבתו את אשתו ובקשירת הקשר עם האשה הזרה, אשתו זכאית להמנע ממילוי חובות אשה לבעלה וליזום פירוד עד שהבעל יחדל ממעשיו אלו. בנסיבות אלו שהמרידה בבעל נגרמת ממעשיו, אין מרידה זו גוררת אחריה הפסד הכתובה, ובכל מקרה אין מעמדה של האשה כמורדת מפני שאינה יכולה להחשב כמורדת לאחר שבעלה כבר אינו עמה, עיין לעיל סי' לו. וכן בנסיבות אלו היא זכאית למזונות מבעלה, למרות שהם בפירוד, עיין לעיל סי' לה.

למרות זאת האשה אינה זכאית לעכב סדור הגט בנסיבות אלו כשהעמדה הברורה של שני בני הזוג היא שאין כל אופציה לשלום בית. אין מקום לטענה שאין לחייב את האשה בגט מאחר שהמצב הנוכחי אירע בעטיו של הבעל, וכי האשה לא גרמה את הפירוד ואינה אשמה כלל במצב הנוכחי. ככל

חרם ביניהם על כל איש ואשה לגזור באלה חמורה שלא יהיו רשאים לדבר עמו ולישא וליתן עמו" וכו'. הרי שהלבוש קבע שבית הדין רשאי לנקוט הרחקות דר"ת כנגד הבעל אם האשה "טוענת מאיס עלי, וכה"ג שיראה להם שאין זיווגם עולה יפה".

על כן, בהתאם לאמור לעיל עפ"י דינו של רבינו ירוחם, בנידון דנן יש מקום לחיוב הגירושין, ובשל כך יש מקום להרחקות דר"ת. וגם בנסיבות הנדונות בפסק הדין של בית הדין הגדול בפד"ר ח"ז הנזכר, ע"ש בהמשך דבריהם שדנו בשאלת חיוב הגט אך לא הכריעו לחיוב גירושין, גם אם בנ"ד היינו מיישמים את מסקנת פסק הדין הנ"ל, אך ככל שדבר נוגע להרחקות דר"ת, מאחר שאין זיווגם עולה יפה, ובית הדין נוכח שאין סיכוי לשלום בית, לרבות עקב הצעד שננקט על ידי האשה לפירוק השיתוף ברכוש, יש מקום לנקוט בהרחקות אלו על מנת להביא לידי סיום, מצב בלתי סביר זה, שהצדדים חיים בנפרד מספר שנים, ועיין להלן סי' נו.

לולי ננקטו ההליכים לפירוק השיתוף והיתה מתגבשת הערכה כי במידה שהבעל ינתק כל קשר עם אשה אחרת, האשה תסכים לשוב לשלום בית, בליווי יעוץ נישואין מקצועי וכיוצ"ב, היה מקום לשקול להמנע מהצעדים הנ"ל. אך לאחר שמנוי וגמור עם האשה שלא לשוב לשלום בית ונקטה בהליכים לפירוק השיתוף, היא אינה רשאית לומר איני רוצה שלום בית ואיני רוצה גירושין, וכך המצב ישאר שנים נוספות, בלא גירושין ובלא שלום בית.

סיכומו של דבר, עקרונית, האשה לא איבדה את זכותה לתשלום הכתובה ותוספת הכתובה ומוזנותיה, ופסק הדין המורה על תשלום הכתובה ינתן לאחר שיתקבלו תוצאות ההליך המשפטי שהתקיים בערכאה אחרת, עיין לעיל סי' מז, אך כעת האשה אינה רשאית לעכב את הגירושין לפרק זמן נוסף. על כן ינתן פסק דין הקובע צווי הגבלה ביחס לאשה, ובנוסף ינתן לשקול לשלול מוזנות עקב סרבנות הגט, עיין שו"ע סי' קיז סי"א.

הגאון רבי יוסף שלום אלישיב שליט"א פסקו (פד"ר כרך ז' עמ' 112-113) שלמרות המתואר לעיל במקרה זה, אם סירובה של האשה לקבל גט נובע מנקמות גרידא, יש מקום לדון שבנסיבות אלו לא תיקן רגמ"ה תקנתו שלא לגרשה בעל כרחה. להלן נצטט מקצת דבריהם שנאמרו באותו נידון, והדברים יפים לענייננו -

"כאשר עוברים על החומר של המתדיינים, מתקבל הרושם כי במקרה דנן לא נשאר לאשה שום יחס חיובי כלפי בעלה ולא קיים עוד אצלה כל קשר נפשי אליו, ואינה מעוניינת בבעלה בתור שכזה כלל. ואם כך, הרי ההסבר היחידי שיש לתת לסירובה של האשה להגיע לידי הסדר סופי של פירוד, הוא לכאורה רק נקמות גרידא, בחינת תמות נפשי עם פלשתים, ותו לא. אם כי יתכן שזה נובע מהצטברות של מרירות שהיא נוקטת בלבה כלפי בעלה, אך מסיבה זו או מסיבה אחרת, דבר זה לא משנה עצם העובדה שהיא בבחינת לא בעינא ליה משום שהוא שנוי עליה, ובכל זאת, אינה רוצה להיפרד ממנו, אחותיו ולא ארפנו, וניחא לה שהמצב הבלתי נורמאלי ימשך לעולמים, וירעו שניהם עד שיסתאבו.

יש לדון אם תקנת רגמ"ה ז"ל, לא לגרש בניגוד לרצון האשה, כוללת גם מקרה כעין זה שאינה רוצה להתגרש לא מתוך כוונה שהיא מצפה לשובו או מטעם שאינה יכולה להיפרד מבעל נעוריה, אלא מפני שרצונה להחזיק בו כבבני ערובה. מסתברא שלא על כגון זה תיקן רגמ"ה ז"ל, עכ"ל **בפסק הדין הנזכר**. וע"ע במש"כ בהמשך דבריהם שם. במקרה דנן, בית הדין פסק לנקוט צווי הגבלה כנגד האשה צעדים שאינן יותר מהרחקות דר"ת.

היסוד לפסיקה זו הוא כדלהלן - רגמ"ה השווה כח האשה לכח האיש, וביחס לאיש שאינו מסכים לתת גט פסק הלבוש בחלק אה"ע סי' קלד ס"ד - "אם רואים בית דין לפי ראות עיניהם שיש תקנת האשה בדבר, כגון שטוענת מאיס עלי וכה"ג שיראה להם שאין זיווגם עולה יפה, ואע"פ שאין האיש מאותם שכופין להוציא, מ"מ יכולים בית הדין להטיל

סימן נה

זכותה של האשה לעכב את הגירושין עד להבטחת תשלום הכתובה

ואינם מעוניינים לבחון חזרה לשלום בית. מצב כזה גורר אחריו חיוב גירושין ביחס לכל אחד מבני הזוג שיסרב להתגרש ללא הצדקה המתקבלת על ידי בית הדין. במקרה זה, הבעל תובע להתגרש ללא דיחוי גם בהעדר תשלום הכתובה, אך האשה סבורה שמאחר והבעל אינו רשאי לתת גט בעל כרחה, היא זכאית לעכב את הסכמתה לגירושין בטרם יוסדר תשלום הכתובה או תשלום חילופי המקובל עליה. אך לעת עתה הבעל אינו יכול לשלם את סכום הכסף הנדרש על ידה, ומוטל על בית הדין להכריע

המקרה הנידון

בבית הדין התקיימו דיונים בתביעת הבעל שתבע להתגרש. האשה הודיעה על הסכמה עקרונית להתגרש, ובלבד שהבעל ישלם את הכתובה במלואה או סכום אחר שיוסכם עליו כפיצוי הולם. בפסק דין אחר, בארנו את העילה לחיובו של הבעל במלוא תשלום הכתובה, בנסיבות מקרה זה. יצויין ששני הצדדים גרים בנפרד כשנה וחצי, ושניהם מעוניינים להתגרש, וכן שניהם מבקשים להשאר בנפרד

מפשטות לשון הריב"ש נראה שחולק על תשובות הרי"ף הרשב"א והתשב"ץ, ושאינה יכולה לעכב הגירושין עקב אי תשלום הכתובה, ולאחר הגירושין ישלם כפי יכולתו והשאר ישאר עליו כחוב.

להלכה, הרמ"א שם בסי' קיט ס"ו פסק כדעת הריב"ש, וכתב שמדינא דגמרא הבעל יכול לגרש אשתו בעל כרחא, "ואפילו אין לו לשלם לה הכתובה ונדונייתה, אינה יכולה לעכב משום זה הגירושין, אלא תגרש ותתבע אותו מה שחייב לה". וכן דעת הרי"ף בבדק הבית כאמור לעיל.

לכאורה, לאחר שהונהג חרם דרבינו גרשם, ולקהילות הנוהגות בחרם זה עד היום, אין נפקא מינה בשאלה זו. מכיון שכל עוד הגט יוכל להינתן בהסכמת האשה בלבד, היא רשאית להתנות את הסכמתה להתגרש בתשלום הכתובה במלואה בד בבד עם סידור הגט, כשם שהיא רשאית להציב כל תנאי אחר בטרם תודיע על הסכמתה להתגרש.

ואמנם בספר משיבת נפש (למהרא"ל צינץ ז"ל) ח"ב סי' יא כתב שבהכרח לומר שהרי"ף והרשב"א בתשובותיהם הנוכחות סוברים שאדם יכול לגרש את אשתו בעל כרחא, ולא נהגו בחרם דר"ג, שאם לא כן הרי האשה רשאית להתנות את הסכמתה להתגרש בתרקבא דדנרי, ובודאי שתוכל להתנות שישלם את הכתובה יחד עם הגירושין.

על כן לדין שאנו נוהגים שאין גירושין בעל כרחא, או מפני חרם דר"ג, או מפני שנשאה על דעת מנהג המקום שאין מגרשים אשה בעל כרחא, אין נפקא מינה בהלכה זו. אלא רק בנסיבות שבית הדין פסק חיוב האשה בגירושין ונקבע שבאותן נסיבות אין חרם דר"ג. ובהתאם להנחה זו תתפרש שיטת הרא"ש דלהלן.

שיטת הרא"ש

הרא"ש בתשובה כלל מב סי' א' השיב - "על ראובן שנשא אשה ושהה עמה יותר משנתיים, ונודע לו שהיא נכפית והוציאה מביתו. והנה תובעת ממנו שאר כסות ועונה, והוא משיב, שהדבר ידוע שאין הדעת סובלתה להסתופף אצלה, גם סכנה יש בדבר, וחפץ לגרשה וליתן לה את כל אשר לו, ועני הוא". בתשובתו פסק הרא"ש שבמקרה זה אין חרם דרבינו גרשם שלא לגרשה בע"כ. ובסיום תשובתו כתב - "אף האשה כופין אותה לקבל גט. ואם תמאן לקבל, ימנע ממנה שאר כסות ועונה, ואינה יכולה לומר, אין רצוני לקבל גט עד שיתן לי כתובתי, דזו אינה טענה, כיון דמן הדין היא חייבת לקבל גט, כאשר הוכחתי, נמצא פריעת חוב כתובתה הוי נשאר חוב שהיה מחוייב לה, והנמצא איתו יתן, והמותר כאשר תשיג ידו".

עיינן בחלקת מחוקק סי' קיט סק"ה שכתב שתשובת הרא"ש אינה חולקת על הרי"ף והרשב"א, "ומ"ש הרא"ש בתשובה כלל מ"ב כיון דמן הדין היא חייבת לקבל גט נמצא

האם קיימת הצדקה לעיכוב הגירושין על ידי האשה בנסיבות אלו.

מחלוקת הראשונים האם הבעל רשאי לתת גט בלא פירעון הכתובה

הרשב"א בתשובה ח"א סי' אלף רנד (הובא בב"י אה"ע סי' קיט) כתב וז"ל - "שמעתי משם הגאון ז"ל שאין אדם רשאי לגרש את אשתו אם אין לו לפרוע כתובתה, כן מצאתי לרב אלפסי ז"ל בתשובה. והביא ראיה ממה ששנינו (כתובות דף נ"א) לקתה חייב לרפאותה, אמר הרי גיטה וכתובתה תרפא את עצמה רשאי. הרי גיטה וכתובתה, אבל שלא בכתובתה אינו רשאי. ואם לא קבל עליו את הדין מנדין אותו זה, לשון התשובה".

תשובת הרי"ף מצויה בשו"ת הרי"ף סי' קג שכתב - "ואין לו רשות לגרשה אחר הנישואין בלא כתובה, משום שאמרה המשנה חלקתה חייב לרפאותה, אמר הרי גיטה וכתובתה תרפא את עצמה רשאי. נמצא שאינו רשאי לגרשה אלא אם אמר הרי גיטה וכתובתה, אבל שלא בכתובה לא. ואם לא קבל עליו את הדין מנדין אותו, וכן הדין".

הרי"ף הביא שכן פסק התשב"ץ (ח"ג סי' רכג).

ובבדק הבית כתב הבית יוסף על תשובת הרשב"א - "ואינם נראים דברי סמכא, דלא לישתמיט חד מהפוסקים המפורסמים לכתוב כן אפילו ברמו. והראיה שהביא מידחיא בגילא דחיטתאה כמבואר למבין, וכמה תשובות כתובות בשם הגדולים ואינה שלהם וכדאמרינן בפרק ב' ביבמות (כב.) לאו מר בריה דרבינא חתים עלייהו, וכיוצא בזה כתב הרשב"א ז"ל בתשובה אחרת (ח"א סי' אלף קסו). ועיין בתשובת הריב"ש (סי' צא) שכתבתי בסוף סימן א".

ולהלן עיקרי דברי הריב"ש סי' צא שהביא הרי"ף.

בלשון השאלה נכתב - "מי שיש לו אשה ובנים, והוא רוצה לקחת אשה על אשתו, אם תוכל האשה היושבת תחתיו למונעו, ... אם תבקש ממנו להתגרש, ולפרוע לה כתובתה ונדונייתה ותוספת, אחר שרוצה לישא אחרת עליה, אם הדין עמה, וכופין אותו על זה, אם לאו".

בתשובתו כתב הריב"ש - "מי שרוצה לקחת אשה על אשתו, ויש ספוק בידו לזון ולפרנס את שתיהן, אין האשה יכולה למונעו מזה, כל שלא התנתה עמו כן בשעת נישואין. אבל אם הוא עני, ואין ידו משגת לזון ולפרנס את שתיהן, יכולה לעכב עליו מלישא אחרת עליה, או יוציא ויתן כתובתה ... וכן הדין היכא דלא אפשר ליה למיקם בספוקייהו, והוא רוצה לגרשה כדי שישא אחרת, והיא אינה רוצה להתגרש, אינה יכולה לתבוע נדוניא וכתובה ולא מטלטלין לאחריותן, אלא תקבל גיטה ואחר כך תתבע כתובתה ואם אינה רוצה, אין מונעין אותו מלישא אחרת עליה ... אלא, דאי לא אפשר ליה למיקם בספוקייהו, והיא רוצה להתגרש, יוציא ויתן כתובה אם יש לו, ואם אין לו, תהיה כתובתה עליו עד שיהיה לו".

בחינוכי חתם סופר עמ"ס גיטין (בסופה ד"ה רבי עקיבא) כתב על הראיה שהביא הב"י מדברי הריב"ש שיחלוק על הרי"ף והרשב"א, וז"ל - "אין ראייה, דהתם מיירי מי שרצה לישא אשה על אשתו ולא מצי למיקם בסיפוקה שכופין אותו לגרש הראשונה ולא תשב תחתיו במזונות מצומצמות, ושם כתב שיגרש ... ועי"ז היא כופהו לגרשה, ושם אין הכתובה מעכב, אבל המגרש מרצון מוחלט משום הקדחת תבשיל ומכ"ש משום אחרת נאה פשיטא שצריך לסלק כתובה".

בשו"ת בני יעקב (להג"ר יעקב ששון ז"ל) סי' ח' כתב - "איכא למימר דהריב"ש והרי"ף לא פליגי, ומ"ש הריב"ש היינו ברובה היא להתגרש, דהא ודאי בכה"ג הסברא מוכחת דגם הרי"ף ז"ל אזיל ומודה דיכול לגרשה, שהרי היא רוצה בכך, ודברי הרי"ף אינם אמורים אלא בשאינה רוצה להתגרש ובא לגרשה בעל כרחיה, בכה"ג עשו תקנה לאשה שלא יוכל לגרשה אלא א"כ יש לו לפרוע כתובתה".

וכן בשו"ת מהר"ם די בוטון סי' טו הביא מדברי הריב"ש וכתב - "מדכתב אם תרצה להתגרש, משמע דוקא אם רצתה להתגרש יגרש אותה ואחר כך יתפשר עמה על כתובתה. הא לא רצתה להתגרש, לא יגרש אותה עד שיתן לה כל כתובתה, וכן משמע ג"כ מלשונו שכתב קודם זה, וז"ל ואם לא אפשר ליה למיקם בסיפוקיהו והיא רוצה להתגרש יוציא ויתן כתובה אם יש לו ואם אין לו תהיה כתובתה עליו עד שיהיה לו ע"כ. משמע מדבריו דדוקא אם היא רוצה להתגרש, אם אין לו תהיה כתובתה עליו, הא היא אינה רוצה, לא יגרש".

וכן בספר גט מקושר לרבי יונה נבון ז"ל הלכות גיטין סי' קיט ס"ק יח כתב שהריב"ש איירי כשהיא רוצה להתגרש, ובזה לא נחלקו עליו הראשונים, שקודם תתגרש ואח"כ תתבע כתובתה.

עיי"ש שבאר מ"ש הריב"ש "וכן הדין היכא דלא אפשר ליה למיקם בסיפוקיהו, והוא רוצה לגרשה כדי שישא אחרת, והיא אינה רוצה להתגרש, אינה יכולה לתבוע נדוניא וכתובה ולא מטלטלין לאחריותן, אלא תקבל גיטה ואחר כך תתבע כתובתה", דלכאורה משמע שגם באינה רוצה להתגרש כתב הריב"ש את דינו, הנ"ל. ועל זה כתב הגט מקושר וז"ל "הרואה יראה שנידון הריב"ש ששאלו לו, היה שכבר יש לו לפרוע הכתובה, אלא שהאשה רוצה שיתפס שיעור כתובתה לפי שיראה שמא תפסיד. ועל זה השיב שאין כתובה נגבית אלא או במיתה או בגירושין". הגט מקושר באר דברי הריב"ש הללו - "כוונתו רצויה כגון נ"ד שכבר יש לו לפרוע כתובה אלא שהיא אינה רוצה להתגרש ורוצה לתבוע כתובה בלא גירושין, קאמר הרב דאינה יכולה לתבוע כתובה אלא אחר שתקבל גיטה, כיון דכבר יש לו לפרוע. כיון שהיא רוצה לתפוס בלא גירושין דמוכח דכבר יש לו. אבל לעולם דאם אין לו ואינה רוצה להתגרש, ס"ל כתשובת הרי"ף דאינו רשאי לגרשה".

פריעת חוב כתובתה הוי כשאר חוב וכו' באשר תשיג ידו, אפשר לומר דלא כ"כ הרא"ש אלא במקום שחייבת לקבל גט, שבא בטענת מום גדול וכיוצא, אבל במוציא לרצונו אפשר דמודה להרשב"א, וכן בחלקת מחוקק סי' ק' ס"ק כז כתב - "וכן משמע קצת מלשון הרא"ש כלל מ"ב שכתב כיון שמן הדין היא חייבת לקבל גט נמצא פריעת חוב כתובה כשאר חוב, משמע הא כל שאין חייבת לקבל גט רק שהוא מגרשה מרצונה, צריך ליתן לה כתובה. אבל כל שחייבת לקבל גט, יכול לגרשה ואח"כ תתבע היא אותו, ואם יש לו ישלם לה". וכן בספר פרי חדש כתב בפשיטות שהרא"ש סובר כרשב"א.

אבל בביתאור הגר"א סק"ז, כשהביא מקור לדברי הרמ"א הנזכרים לעיל כתב - "ואפילו כו'. ריב"ש סימן צ"א ותשובת הרא"ש, וכמש"ל סימן קי"ז סי"א".

ובסי' קי"ז סי"א, השו"ע הביא להלכה את תשובת הרא"ש, וכתב - "מי שנודע לו שאשתו נכפת, ורוצה לגרשה ואינו משיג כדי כתובתה, כופין אותה לקבל גט ויתן הנמצא בידו לכתובתה, והמותר כשתשיג ידו". וכתב הגר"א (ס"ק יד) "ויתן וכו'. דגירושין אינו תלוי בכתובה, והיא כשאר בע"ח".

הרי מבואר שביסוד הדין, הרא"ש נקט כסברת הריב"ש שאינה יכולה לעכב את הגירושין בטענה שאינו משלם את הכתובה. אלא שתשובת הרא"ש התייחסה למקום שנהגו בחרם דר"ג שלא לגרש אשה בעל כרחיה, ובזה כתב שמפני חיוב האשה בגירושין שנפסק באותו נידון אין מקום לחרם דרבנן גרשם וחזרנו לעיקר הדין. לפי זה אדרבה משמע מדברי הרא"ש, שעיקר דינא דגמרא הוא שהגירושין אינם תלויים בכתובה.

וכן בספר ברית אברהם חלק אה"ע סי' צא כתב - "החלקת מחוקק סי' ק' ס"ק כ"ז הביא ראייה מדכתב הרא"ש כיון שמן הדין חייבת לקבל גט נמצא כתובה הוי כחוב וכו', מוכח דוקא בכה"ג, הא במתגרשת מרצונה יכולה לעכב וכו' וס"ל כהרשב"א ... ולדעתי המה דברים תמוהים, דהא הרא"ש הוצרך לדייק כיון שמן הדין כו' היינו משום דמיירי אחר תקנת חרם דר"ג ולהכי כתב כיון שמן הדין חייבת כמו שהוכחנו וכו' היינו מדכופין באיש הוי כשאר חוב ... וא"כ כיון דחזינו דהיכי דרשאי לגרש וחייבת לקבל גט בעל כרחיה, אינה יכולה לעכב בשביל פירעון הכתובה, ולוי דאינו יכול לגרש מחמת חרגמ"ה כמ"ש הרמ"א. וא"כ בכה"ג דאין בו משום חרגמ"ה, למה נעכב ההתרה באין לו לשלם".

שיטת הריב"ש

דברי הריב"ש הובאו לעיל, וכתב הח"מ - "מדברי הריב"ש סי' צ"א משמע קצת שתקבל גיטה ואח"כ תתבע כתובתה ואינה יכולה לעכב הגט עד שתהיה הכתובה מוכנה כי קודם הגט אין לה דין ודברים על הכתובה". אך כמה אחרונים כתבו שהריב"ש אינו חולק על הרי"ף והרשב"א.

המקרה שבפנינו אינו תלוי בשיטות הראשונים

במקרה שבפנינו, לאחר שקבענו שיש חיוב גירושין על בן הזוג המעכב את הגירושין, הרי שאין מניעה לגירושין מפני חרם דר"ג. על כן לשיטת הרא"ש והריב"ש ולפי הכרעת הבי"ד והרמ"א, עליה לקבל גט, ומיד לאחר מכן יתקיים בירור ליכולתו של הבעל לשלם את הכתובה, ובהתאם לפסיקת הרא"ש בתשובה והשו"ע בסי' קי"ז סי"א. אך גם לשיטת הרי"ף והרשב"א והכרעת כמה אחרונים כשיטה זו, בנסיבות אלו שגם האשה רוצה להתגרש, אין הצדקה לעיכוב הגירושין. מכיון שכעת האשה אינה רוצה בבעלה ומבקשת להתגרש, היא אינה יכולה לעכב את הגירושין גם אם עילת העיכוב הוא העדר תשלום הכתובה במלואה עם סידור הגט. שאם לא נאמר כן, אלא נאפשר לאשה לעכב את הגירושין עד השלמת מלוא דמי הכתובה, נגיע למצב שאין הדעת סובלת, ששני בני זוג התובעים להתגרש ואינם מעוניינים זה בזה, ושאינן דרך להחזירם לשלום בית, ישארו בפירוד בלא שלום בית ובלא גירושין למשך שנים ארוכות, עקב העדר יכולתו של הבעל לעמוד בתשלום המלא של הסכום הנקוב בכתובה.

אמנם, עיין בב"ש סי' קנד סק"ה ובבית מאיר שהובא בפת"ש סק"ו, שיכולה לכופו שלא תדור עמו עד שיפרנסנה כראוי, כדינא דעביד איניש דינא לנפשיה. לכאורה היה מקום לומר שעיכוב הגירושין היא ככפיית תשלום הכתובה. אך אין מקום לטענה זו כשאין ביד הבעל לשלם את הכתובה. וכן כתב בשו"ת אמרי דוד (להג"ר דוד הלוי הורביץ) סי' כג. תשובה זו מתייחסת למקרה שהבעל עני ואינו יכול לפרנס את אשתו ולכן עזבה את הבית, ואינה מסכימה להתגרש עד שישלם מזונות או כתובה. וכתב – "והנה הב"ש שכתב דהיא אינה מורדת מטעם עביד איניש וכו' מיירי דוקא ביש לו. ונחזי אנן דדין עביד איניש וכו' היא בב"ק (כו:): דר"נ ס"ל הכי ובמו"ק (יז). אמרינן עביד צו"מ דינא וכו' רש"י, במילתא דפסיקא ל"י דודאי חייב לו ויש לו לשלם כן משמע שם, אבל באין לו לשלם אין זה דין, ודומה לזה בחו"מ סי' צט ס"ד מי שהוחזק שהוא עני ... ועל כיוצא ב אמרו רז"ל דרכיה דרכי נועם וכו' ובודאי כה"ג באין לו ואין רצונה לדור עמו ולא להתגרש, היא מורדת ולא עליה תיקן רבינו גרשום ... ומה שהיא אומרת אם יתן לה סך אלפים זהובים תקבל ג"פ מרצונה, אין זה טענה. ועל כך אמרו בגיטין (ל). אטו תרקבא דדינרא בעי למיתבא, רש"י, והרי אין לו ואנוס הוא ע"כ. ואין מגיע לה רק כפי שיאמרו הב"ד באמת וצדק. וגם זה לא ברור לנו אם יכולה לעכב הגט אם אין לו לשלם הכתובה בכה"ג, עיין אה"ע סי' קי"ט ס"ו חלקת מחוקק וב"ש, עכ"ל.

הרי שבתשובה זו כתב בפשיטות שאין הדבר מתיישב עם מש"כ "דרכיה דרכי נועם" וכו' אם נאפשר לאשה שאינה רוצה שלום בית אך מסרבת להתגרש, להשאיר מצב כזה ללא קץ, עקב העדר יכולת הבעל לעמוד במוטל עליו על פי הדין, אלא דינה כמורדת שלא נאמר בה דינו של רבינו גרשום.

בסיום דבריו העלה הגט מקושר – "המורם מכל האמור, שארבעה חילוקי דינים יש בדין זה. השנים מוסכמים לכו"ע, והשנים יש בהם מחלוקת. השנים המוסכמים הם ביש לו לפרוע ובאין, והיא רוצה להתגרש, לכו"ע רשאי לגרשה ואח"כ תתבע ביש לו, ואם אין לו ישאר חוב עליו. והשנים שיש בו מחלוקת הוא באין לו והיא אינה רוצה להתגרש, דלדעת מרן ומור"ם אינה יכולה לעכב הגירושין שבביל זה אלא ישאר חוב עליו, ודחו תשובת הגאון והרי"ף והרשב"ץ והרשב"א, וסמכו על תשובת הרא"ש והריב"ש, דלדעתם פליגי. ולדעת כל האחרונים ז"ל המבי"ט ומוהריק"ש ופר"ח והג"פ והבני יעקב לא פליגי בהכי וקיי"ל כתשובת הרי"ף שאינו רשאי לגרש ... והכי נקטינן להחמיר כוותיהו בדין זה השלישי".

וכן מצאתי שבתשובת התשב"ץ מפורש שדינו של הרי"ף בתשובה לא נאמר אלא במקרה שהיא רוצה לישב עמו, והוא רוצה לגרשה. התשב"ץ חלק א' סי' צד כתב – "ראובן נשא אשה ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה, ועכשיו הוא רוצה לישא אחרת והיא מעכבת על ידו שיפטרה בגט ויפרעה כתובתה נדוניא ותוספת, וזה מכח תנאי שהוא ביניהם. וז"ל התנאי הכתוב בשטר כתובתה וקבל על עצמו פלוני החתן הנזכר שלא ישא אחרת על פלונית כלתו אלא ברצונה ואם עבר ונשא עליה אשה אחרת שלא ברצונה יתן לה כל מה שכתוב בכתובתה כתובה ותוספת ועיקר עד פרוטה אחרונה ויפטור אותה בגט כשר לאלתר ע"כ ... ואחר שנתבאר שהתנאי קיים, יראה לי שהדין בזה הוא שאם היא תובעתו כתובתה אם ישא אחרת שלא ברצונה שהדין עמה, דתנאי שבממון הוא וקיים ... ואם אפשר לפרוע לה כתובתה מוטב, ואם לאו כגון שאין לו נכסים, אי אפשר להתבטל מפריה ורביה דלא תהו בראה לשבת יצרה. ואם יש ביניהם טענות והיא אומרת יש לו נכסים ומבריחן ממני והוא אומר אין לי נכסים, הרי דינן כמלוה ולוה ומשביעין אותו כתקנת הגאונים ז"ל וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בהלכו' מלוה ולוה (פ"ב ה"ב) ... ולענין שלא לפטור אותה בגט הרשות בידו, בין אם יפרעה בין לא יפרעה. ואפילו תובעת גיטה הרשות בידו לגרש או שלא לגרש דאין האיש מוציא אלא ברצונה. אלא שאם היא רוצה לישב עמו והוא רוצה לגרשה, ואין לו במה לפרעה, אינו יכול לגרשה, וכ"כ הרי"ף בתשובה".

הרי למרות שהתשב"ץ מסכים לדינו של הרי"ף בתשובה, כמבואר בסיום דבריו, וכמ"ש התשב"ץ ח"ג סי' רכג. היינו דוקא – "אם היא רוצה לישב עמו, והוא רוצה לגרשה". וכן מבואר בתשובת הרדב"ז בחלק א' סי' תנח שתובא להלן. וראיתי בשו"ת שואל ונשאל חלק ה' חלק אה"ע סי' מב שכתב – "ומ"מ נראה לענ"ד דלכ"ע אם מורדת ואינה רוצה לשוב אליו, יכול לגרשה ותהיה כתובתה עליו חוב, ובפרט אם עבר זמן רב משמדרה ואינה רוצה לשוב לו וא"צ להמתין לכל סדר המורדת", עכ"ל. דהיינו במורדת שעדיין לא הפסידה כתובתה, מאחר שלא נהגו בסדר הקבוע במורדת, אפ"ה ליתא לתקנה זו שלא יגרשה בלא תשלום הכתובה.

דעת הרדב"ז - מניעת הגירושין בלא תשלום הכתובה היא תקנת גאונים.

יש מקום לברר, מה טיבה של הלכה זו שכתבו הרי"ף והרשב"א והרא"ש. האם זו הלכה ביסוד דיני הגירושין, המונעת מהבעל לתת גט בלא תשלום הכתובה, או שזו תקנה שלא מן הדין.

לכאורה מדינא, אין מקום לתביעת תשלום הכתובה אלא לאחר הגירושין, וקודם לכן אין מקום לתחולת חיוב זה. אם כן מה היא העילה לעיכוב הגירושין בטרם נוצר החיוב. יש שכתבו שהלכה זו ביסודה היא תקנת הגאונים, שלא יגרש את אשתו אם לא יוכל לשלם את הכתובה.

הרדב"ז בשלש מתשובותיו כתב שהלכה זו המבוארת בתשובת הרי"ף אינה מדינא אלא מתקנת גאונים. עיין רדב"ז ח"ב סי' תש שכתב בתוך דבריו "ותקנת הגאונים היא שלא יגרש אדם אשתו עד שיתן לה כתובתה". וכן בתשובת רדב"ז חלק א' סי' קעח – "ואע"ג דתקנו הגאונים שלא יגרש אדם את אשתו אלא א"כ נותן לה כתובתה".

ועל פי דרך זו כתב רדב"ז בחלק א' סי' תנח – "שאלת ממני אודיעך דעתי בראובן שנשא אשה ושהתה עשר שנים ולא ילדה וכתובתה מרובה, ואין לו, מה תקנה יעשה לקיים מצות פריה ורבייה, לפי שיש עליו שבועה בכתובה כמנהג המדינה.

תשובה, כבר נשאלתי על כיוצא בזה פעמים אחרות והעליתי שיפייס בכל מה שדרך הנשים להתפייס ואם לא נתפייסה, אנוס הוא ומתירין לו שבועתו, דלאו תרקבא דינירי יהיב לה כדי שתתפייס, ואחר שיתירו לו שבועתו אם תרצה להיות אצלו בצרה מוטב, ואם לא תרצה להיות אצלו בצרה מגרש אותה ונותן לה כל מה שיש בידו, והשאר מסדרים עליו כדין שאר בעלי חובות דעלמא, ואין כופין אותה לשבת אצלו בצרה, שלא נשאת אלא על תנאי שלא ישא אחרת, ואין מתירין אותו לישא אשה עד שיגרשנה ויתן לה מה שנמצא בידו ויסדרו אותו מפני תנאי כתובתה. ואע"ג דתקנו הגאונים ז"ל שלא יגרש אדם את אשתו אלא א"כ יתן לה כתובתה, הנ"מ בעל כרחיה, אבל הכא היא רוצה להתגרש שאינה רוצה לעמוד עם צרה, והוא רוצה לקיים מצות פריה ורבייה".

העולה מדברי הרדב"ז שהלכה זו היא תקנת הגאונים, אך תקנה זו קיימת, רק כשהאשה רוצה להמשיך לדור עמו ולא להתגרש, אלא שהבעל יחום את הגירושין. ובמסגרת תקנה זו קבע הרא"ש בתשובה הנזכרת, שלא תיקנו אם האשה חייבת לקבל גט. ולפי המבואר לעיל הוא הדין במקרה שהאשה רוצה להתגרש.

ולכן במקרה שבפנינו, אמנם האשה לא הפסידה את זכותה לתשלום הכתובה, אך מאחר שכעת כבר אינה רוצה לדור עמו, ומבקשת להתגרש, בנסיבות אלו הגאונים לא תקנו והיא אינה רשאית לעכב את הגירושין.

(עפ"י דרכו של הרדב"ז ל"ק קושיית כמה אחרונים שהקשו על תשובת הרי"ף מגמ' נדרים סה:; עיין עונג יוט

סי' קנא ושוי"ת ספר יהושע פסקים וכתבים סי' מו, שהקשו דמסוגיא זו מוכח דלדינא דגמ' יכול לגרשה בלא תשלום כתובה, ורק אח"כ נעשה עליו חוב, ואילו דינו של הרי"ף יסודו בתקנת גאונים.

אך דרך זו של הרדב"ז אינה מתיישבת עם הראשונים, הרי"ף והרשב"א והתשב"ץ בתשובותיהן הנזכרות, שהביאו ראיות להלכה זו מהגמ'.

לעומת זאת, מפשטות לשונות הראשונים שכתבו למנוע גירושין בלא תשלום הכתובה, נראה שהלכה זו ביסודה היא מצד הדין ואינה תקנת גאונים, וזו דעת הצמח צדק.

ביאור מחלוקת הראשונים לפי הצמח צדק

בספר צמח צדק חלק (החדש) אה"ע סי' ו' באר את דעות הראשונים.

דעת הרי"ף והרשב"א התבארה על ידי הצמח צדק כדלהלן – "אם אינה מחוייבת לקבל גט, אלא שמדעתו מגרשה, אף גם לדין הש"ס שהאשה מתגרשת בע"כ, מכל מקום יכולה לעכב הגט עד שיסלק כתובתה. ולא דמי לשאר חוב, דאדעתא דהכי נישאת לו שלא יגרשנה בלא כתובה, דמשי"ה תיקנו כתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציא... ואע"ג דהרי"ף כתב בפרק אלמנה ניוזנית ורפ"ק דב"מ, דש"ס דילן פליג איירושלמי וס"ל דאינו מחוייב במזונות אשתו שגרשה אף על פי שלא נתן כתובתה. יש לומר דהיינו כשנתרצית בגרושין, משא"כ אם גירשה בע"כ, כיון דאם לא גירשה היה מחוייב במזונותיה, אינו יכול להפקיע ממנו חיוב זה בעל כרחיה, ואף על גב דיכול לגרשה בע"כ, היינו כשמסלק לה הכתובה. ואפילו את"ל שאין חילוק זה מוכרח להרי"ף, מכל מקום עכ"פ מה"ט ודאי שיכולה לעכב הגירושין לכתחילה כל זמן שאינו מסלק לה כתובה, כדי שלא תפסיד מזונותיה. ומה"ט לא דמי לשאר חוב... להרא"ש צ"ל דהיינו דווקא באשה שאינה מחוייבת לקבל הגט, אלא שבעלה מגרשה מדעתו. אבל כשמחוייבת לקבל הגט, אז אינה יכולה לעכב בשביל הכתובה. וכאותה שאמרו פ"ט דב"מ דף ק"י ע"ב, כיון דלמיקץ קיימא כו', כיון דלגוביינא קיימא כו'. הרי שאנו רואים שדבר המחוייב להעשות עכ"פ, כאילו נעשה. ואם כן כשנעשה ה"ל הכתובה כחוב דעלמא. ואשה רעה דרפ"ד דעירובין אף על פי שארז"ל שם דמצוה לגרשה, מ"מ צ"ל דמיירי דאינה מחוייבת לקבל הגט מדינא. וכ"מ בש"ע סי' קי"ט ס"ד דרק מצוה לגרשה. והרא"ש בתשובה כלל מ"ב ססי' א' לא כתב רק כיון דמן הדין היא חייבת לקבל הגט כאשר הוכחתי נמצא פריעת חוב כתובתה הוי כשאר חוב, ושם מיירי במום גדול שגם באיש כופין אותו להוציא כו' יעו"ש, בכה"ג דוקא ס"ל".

ובדעת הריב"ש כתב הצמח צדק – "אבל הריב"ש סי' צ"א כתב וז"ל וכן הדין היכא דלא אפשר למיקם בסיפוקיהו והוא רוצה לגרשה כדי ליקח אחרת כו' תקבל גיטה ואחר כך תתבע כתובתה. ומיירי אפילו אינה מחוייבת לקבל הגט, שהרי אחר כך כתב וכ"ש אם שהתה עמו כו' שמן הדין כופין כו', מכלל

לשלם הכתובה, אזי אביה יוכל לברר על מה שיש לבעל אם יש לברר. אבל אם אין לברר עליו שיש לו, אזי ישבע הבעל שאין לו ויסדרו לו סדור בעל חוב, ויתן לה שטר חוב על עצמו עד כדי כתובתה, כמו שפסק הרמב"ם בכה"ג בפרק י"ב דאישות הלכה יא".

וכן בשו"ת הבי"ח הישנות סי' צט בנידון דומה העלה בסוף דבריו – "ואם האשה רוצה להתגרש חייב ליתן לה כתובה משלם או ידור עמה, ואם הוא ג"כ רוצה לגרשה אלא שטוען שאין לו לשלם כתובתה וגם אינו רוצה לדור עמה, אזי אחר הברור מה שיהא נודע שיש לו ישלם, ואחר כך ישבע שאין לו יותר ויסדרו לו סדור בע"ח, ויתן שט"ח על מה שנשאר חייב לה וכמ"ש הרמב"ם בדין עני שקצרה ידו ליתן לאשתו מה שחייב לה שכופין אותו להוציא ותהיה הכתובה עליו חוב עד שיעשיר".

ועיין בשו"ת ברית אברהם חלק אה"ע סי' צא שהורה כן בנידון שהתירו לבעל חרם דר"ג אך חייבוהו להשליש גט וכתובה, שאם אין ידו משגת לשלם הכתובה, ינהגו עמו כאמור בתשובת הרמ"א הנזכרת.

מסקנת הדברים בנידון שבפנינו – אין מקום לעיכוב הגירושין, הבעל ישלם במעמד סידור הגט את הסכום שבידו לשלם, והשאר ישאר עליו כחוב, ויגבו את החוב ממנו בהתאם להלכות סידור בעל חוב.

דברישא מיירי אפילו אם אין כופין מן הדין כו'. וס"ל דאפילו בכה"ג מחוייבת לקבל הגט, ואחר כך תתבע כתובתה. וממילא שאם אין לו היא הכתובה חוב עליו לבד כדמסיק שם. וכן משמע דעת הרב ב"י בבדק הבית סי' קי"ט. וכן הבין החלקת מחוקק כאן סי' קי"ט סק"ה בדברי הריב"ש ... ואף על גב דהיא מפסדת מזונות עי"ז, ס"ל דמדינא מחוייבת להפסיד".

על כן בנידון שבפנינו, לפי דרכו של הצמח צדק בביאור דעת הרי"ף והרשב"א שעיקוב הגירושין הוא מפני זכותה של האשה שלא להפסיד את המזונות, הרי שבנסיבות המתוארות לעיל ולאחר שבפסק דין קודם בית הדין קבע שאינה זכאית למזונות ומהטעמים שהתבארו באותו פסק דין, על כן הטענה להפסד המזונות, כבר אינה עילה לעיכוב הגירושין קודם לתשלום הכתובה.

יש לבסס את מסקנת דברינו שבהעדר חרם דר"ג אין מקום לאפשר לאשה לעכב את הגירושין עקב אי תשלום הכתובה, עפ"י תשובות כמה מגדולי האחרונים.

הרמ"א בתשובה סי' יב ובספר שארית יוסף סי' עח, השיבו אודות אותו מקרה, ופסקו שהאשה לא הפסידה כתובתה אך גם אין על הבעל חרם דרבינו גרשום, וכתבו – "בכה"ג שמגרשה משום נדנוד איסור לא תיקן הגאון, ולכן ... יגרשנה כנ"ל ויתן לה כתובתה. ואם יטעון הבעל שאין לו

סימן נו

"הרחקות דר"ת" כנגד אשה שאינה מסכימה להתגרש

יז סיון תשנ"ח

מתגרשת בעל כרחיה. ועיין בתשובת הר"ן בסי' מח, ומבוארת דעתו דיש חילוק בין החרם שלא לישא שתי נשים שלא התקבל בכל הארצות לבין החרם שלא לגרשה בעל כרחיה שפשט בכל מקום.

ובספר גט פשוט סי' קיט ס"ק כב כתב - "היה נראה דתקנה זו לא פשטה בכל הארצות כגון בספרד ומערב וכל המזרח, וכן כתב הר"ם אלשקר ס"ס צ"ה. אך הר"ן בתשובתו סי' לח כתב שאנו מחזיקים שיש חרם הקהילות או תקנת ר"ג ופשט איסורו בכל ישראל, והרשד"ם (אה"ע סי' עח) חייש לדבריו".

ובנודע ביהודה מהדו"ק חלק אה"ע סימן עז כתב בתוך דבריו - "ומאוד תמהני על מחותני הרב שעושה חרם ר"ג קל, והוא איסור חמור מאד. ואף שהחרם של שתי נשים לא פשט בכל ישראל, אבל חרם שלא לגרש בע"כ חמיר טפי ופשט בכל ישראל, ויש בכוחו לדחות איסור דאורייתא, וכמבואר בתשובת הר"ן סי' ל"ח".

וכן החתם סופר בתשובה (חלק ו', סימן ע"ז) כתב בסיום תשובתו - "ולא יגרש בע"כ כי חרם דבע"כ חמיר טפי ונתפשט בכל מקום ובכל זמן, משא"כ לישא אשה על אשתו".

יש לברר הדין במקרה שקיים פירוד ממושך בין בני הזוג, ובית הדין קובע שאין סיכוי לשלום בית, ועקב כך הבעל מבקש לתת גט והאשה מסרבת להתגרש למרות שברור לה שאין כל סיכוי להשבת שלום הבית, והתוצאה ממצב זה שהבעל מעוגן, האם במידה שבית הדין פסק שלא לחייב את האשה לקבל גט, אבל נקבע שמצויה עליה להסכים לקבל גט, והאשה מסרבת ומעגנת את הבעל ללא תקוה לשלום בית, האם בית הדין רשאי לנקוט ביחס לאשה הרחקות דר"ת עד שתסכים לקבל גט.

גירושין בעל כרחיה

רבינו גרשום החרים שלא לגרש אשה בעל כרחיה. ראשית עלינו לברר האם חרם זה תקף ביחס לבני הזוג שלפנינו. יש לברר האם חרם זה התקבל גם על ידי עדות הספרדים בארץ ישראל.

נראה שהדבר אינו מוסכם, וכמו שיבואר להלן. הר"ן בתשובה סי' לח כתב, וז"ל - "אנו מחזיקים שיש חרם הקהילות בדבר או תקנת רבינו גרשום ז"ל, ודבר זה פשט איסורו בכל ישראל, שלא שמענו ולא ראינו אשה

אלא שהנידון שם היה בזוג שהתחתן במרוקו ועלו לארץ ישראל, אך ביחס לזוגות הנישאים בארץ, קיים שיקול נוסף, מאחר וכאן קיים מנהג ברור שלא לגרש אשה בעל כרחיה.

וז"ל הריטב"א בחידושו עמ"ס יבמות דף מד: - "אומר רבי ז"ל בשם רבותיו ז"ל, דבמקום שנהגו שלא לישא אלא אשה אחת, אין לו רשות לישא אחרת על אשתו, דאומדנא דמוכח הוא דאדעתא דהכי אינסבא ליה דלא לינסוב אחריתי והו"ל כחמר שאינו רשאי לעשות גמל. ובתוס' כתבו כי ר' גרשון החריים על הנושא אשה על אשתו."

מבואר שגם בלא חרם דרבינו גרשם, אם נשאה במקום שכך נהגו, אדעתא דהכי נשאה. וכן פסק להלכה בשו"ע אה"ע סי' א' ס"ט.

והבית יוסף בסי' קיט כתב - "כתב הרשב"א בתשובה (ח"ד סי' קפו) כל שנשא במקום שאין מגרשין אלא מדעת האשה סתמו כפירושו ועל דעת כן נשאה שלא יגרשנה אלא מדעתה. ואם יגרשנה שהוא חייב במה שנהגו לחייב העובר על אותו מנהג בין בקנס בין בנידוי. ואפילו הוציאה מהמקום ההוא והוליכה למקום אחר, אינו רשאי לגרש אלא על פי דרך מנהג מקום הנישואין, שעל מנת כן נשאה, וכל שכן אם יש שם הסכמה ידועה, ויכולים הם לקנסו באותו קנס או לנדונו כאילו נשא וגירש שם עכ"ל."

אך י"ל דבמקום שבית הדין פוסק שלא עלה זיווגם יפה וראוי שיתגרשו, בכה"ג אין מניעה שיגרשנה בהתאם להנחיית בית הדין, ועל דעת כן לא התחייב. וכמ"ש כעין זה הג"ר מרדכי אליהו שליט"א בפד"ר חלק ט' עמ' 167, וז"ל - "אם נהגו במקום מסויים להשביע את החתן או מנהג המקום שלא נשאים אשה על אשה, היא יכולה לטעון דאדעתא דהכי נסיבנא, כלומר שאדעתא דהכי שלפי המנהג הנהוג באותו מקום ובאותה עדה ולא יכולה להחיל עליו חיובים שלא לפי מנהג העדה והמקום. וא"כ חרם דרגמ"ה אינו חל עליו, שבועה אינו חלה עליו כי הרי לא נשבע, מה שנשאר הוא שנשא אותה לפי מנהג המקום, והרי בהיות והם שניהם ספרדים ואילו נשאו עפ"י מנהגי העדה היו כותבים בכתובה שלא יגרשנה אלא מדעתה או ברשות ביה"ד, כלומר שאם ימצא ביה"ד לנכון שהיא צריכה להתגרש אזי עליה להתגרש. וא"כ בני"ד אפילו אם ניתן עליו חומרי ספרד ומנהגם הרי שהוא יכול לגרשנה ברשות ביה"ד, ובי"ד ראה שהיא רעה בדעותיה ואי אפשר לגור יחד. וכן התחייב הבעל מעל ומעבר לסך כתובתה, סכום שביה"ד ראה בו כראוי לפיצוי הוגן, א"כ על האשה לקבל הצעה זו ועליה להתגרש לפי תנאים אלו שהציע ביה"ד, ולא להשאיר את הבעל מעוגן לכל ימי חייו."

בנידון שבפנינו, מעיון בכתובה עולה, שאף אם נאמר שהכתובה מעידה על שבועה שהבעל נשבע בעת הנישואין, עכ"פ לא מוזכר שם העניין שלא יגרשנה בעל כרחיה, ועל כן אין עומד כנגדו לא החרם ולא שבועה, אלא מנהג המקום. וביחס למנהג, מאחר שביה"ד רואה שאין זיווגם עולה יפה, ושניהם מעוגנים זמן רב, י"ל דאדעתא דהכי לא התנה עמה שלא יגרשנה בעל כרחיה.

ועיין בשו"ת רב פעלים ח"ב חלק אה"ע סי' יז שדן בפשיטות חרם דר"ג שלא לגרש אשה בעל כרחיה ביחס לאדם ששמו אברהם שלום שרעבי מסינגפור, ולא סבר שהחרם לא חל על קהילות הספרדים שבמזרח.

ועיין בשו"ת ציץ אליעזר חלק י' סי' מו, שם הובא פסק דין מביה"ד האזורי בירושלים (בפס"ד מבעל הציץ אליעזר והגר"י כהן ז"ל) שפסקו עפ"י דברי הר"ן הגט פשוט הנודע ביהודה והחת"ס, שחרם זה שלא לגרשה בעל כרחיה חל גם על יוצאי מרוקו.

אך כשהגיע התיק לדיון נוסף בבית הדין הגדול, לאחר שהבעל ערער על פסק הדין, בית הדין הגדול, בהרכב בראשות הראש"ל"צ הג"ר עובדיה יוסף שליט"א, ביטל פס"ד זה וקבע שחרם זה אינו חל על הבעל.

פסק דין זה הובא בשו"ת יביע אומר חלק ה' חלק אה"ע סי' א' ועיקרו נשען על פסק מרן המחבר בשו"ע סי' קיט סעיף ו' - "יכול לגרשה בלא דעתה", ולא הזכיר כלל את חרם דר"ג, ואף שבסי' א' סעיף י' הזכיר בשו"ע החרם שלא לישא שתי נשים וכתב השו"ע שלא פשטה תקנתו בכל הארצות, הרי שלעניין החרם שלא לגרש בעל כרחיה, העניין הושמט לחלוטין מהשו"ע, ורק הרמ"א בסי' קיט הביאו.

ועי"ש בתשובת יביע אומר שהביא תשובות חכמי הספרדים שהעידו שלא נהגו בחרם זה, ואח"כ כתב - "נמצינו למדים שכן המנהג פשוט בארצות המערב לגרשה בעל כרחיה בלי שום סיבה, ורק שצריך לפרוע לה כתובתה במזומנים. וכן שאלנו לרבני מרוקו שעלו מהתם להכא בשנים האחרונות, על מנהגם בזה בארצות המערב, וענו ואמרו שמעולם לא נהגו איסור לגרש בעל כרחיה, ושהמנהג הפשוט בארצותיהם שמיד שהבעל משליש בקופת ביה"ד סכי כתובתה, פוטרים אותו מכל חיוביו, שאר כסות ועונה, ומגרשים את האשה, ואם האשה מסרבת להתגרש מתירים לבעל לשאת אשה אחרת עליה. וא"כ ברור הדבר שלא צדקו חברי ביה"ד האזורי בירושלים שפסקו כל בתר איפכא מן האמור לעיל."

אמנם אילו היינו דנים בשאלה הלכתית, היה מקום להחמיר במקום שהר"ן הג"פ הנודע ביהודה והחת"ס החמירו, אך כאן שורש הדיון הוא בירור המציאות, האם אמנם תקנת רבינו גרשם שלא לגרש אשה בעל כרחיה התקבלה בכל המקומות. יתכן שבתקופת הר"ן התקבלה תקנה זו בכל מקום, אך בדורות יותר מאוחרים, חדלו מלנהוג כן. אמנם הנודע ביהודה והחת"ס סמכו בסתמא על תשובת הר"ן, אך מאחר שכעת המציאות אינה כזו, ויש מקומות שלא נהגו בתקנה זו, ניתן לפסוק כן.

ואף אילו היתה כאן מחלוקת היה מקום להקל בזה כמבואר בט"ז אה"ע סי' לט סק"ה הביאו הב"ש סק"ט, שבמקום שיש ספק אם קיים חרם דר"ג יכול לגרשה בעל כרחיה.

מסקנת הדברים - נראה שיש לנהוג כמסקנת הגר"ע יוסף שליט"א כפי שהובאה בתשובתו בספרו יביע אומר.

גדר דין זה אנו למדים מתשובת הרא"ש. הרא"ש בתשובה דן במי שאשתו נכפית ואינה מסכימה לקבל גט, האם יוכל לגרשה בעל כרחו. וז"ל הרא"ש (כלל מב סימן א') - "רבינו גרשום עשה גדר לדבר ... כולי האי לא יפה בתקנתו כח האשה מכח האיש. אך כי ראה הדור פרוץ, ומזולזלין בבנות ישראל בזריקת גט, ותקן להשוות כח האשה לכח האיש. כמו שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו, כך האשה אינה מתגרשת אלא לרצונה. אבל לא יתכן כלל לומר במקום שהאיש כופין להוציא, לא יגרשנה בעל כרחו. ואף אם תמצא לומר שהשוה מדותיו, ששום אדם לא יגרש בעל כרחו, מכל מקום, במה שהאיש כופין אותו להוציא, אף האשה כופין אותה לקבל גט, ואם תמאן לקבל, ימנע ממנה שאר כסות ועונה".

ומשמע שמסקנת הרא"ש היא שרבינו גרשום תקן להשוות את כח האשה לכח האיש, ואותם גדרים שנאמרו ביחס לחיובו של הבעל לגרש יאמרו ביחס לחיובה של האשה לקבל גט, וכן הובא בקצרה ברמ"א סי' קיז סי"א.

ועיין בשו"ע סי' קיז סעיף יא, ובח"מ סק"כ ובב"ש ס"ק כב. והנה כמה מגדולי האחרונים לא קיבלו את הסברא כפי הנראה מלשון הח"מ שרק יוכל למנוע שאר כסות ועונה, ולא את מש"כ הב"ש שיכול לזרוק לה גט בע"כ, אלא דעתם שרבינו גרשום השווה לגמרי את כח האשה לכח האיש, וכשם שבאיש נכפה, לדעת הרא"ש, יכפוהו עד שיאמר רוצה אני, וע"י כך היא נידון כמגרש מרצונו, כך באשה יכפוהו עד שתאמר רוצה אני ויחשב כמגרש לרצונה. אך לא נוכל לכפות גירושין, כפייה גמורה גם ללא אמירת רוצה אני, כשם שבבעל אין כופין גירושין בלא אמירת רוצה אני. כן כתבו הגרע"א בגיליון שו"ע שם ובפת"ש (שם סק"ה) בשם הנודע ביהודה ובהפלאה קו"א ס"ק יז. וע"ע בחוט המשולש לגר"ח מוואלאזין ח"א סי' יב ובשו"ת מהרי"א אסאד חלק אה"ע סי' צה מש"כ בזה.

ולפי זה באותם מקרים בהם אנו נוקטים הרחקות דר"ת ביחס לאיש המסרב לתת גט, ה"ה דיש לנקוט כנגד האשה. ידועה שיטת רבינו תם בספר הישר (חלק התשובות סי' כד). למרות שר"ת החמיר מאד שלא יכפו לגרש במי שאשתו אומרת "מאיס עלי", מ"מ התיר לנהוג כנגדו הרחקות. וז"ל ר"ת - "אך אם כל רבותינו שוין בדבר תגזרו באלה חמורה על כל איש ואשה מזרע בית ישראל הנלוים אליכם, שלא יהו רשאים לדבר עמו לישא וליתן עמו להאריחו ולהאכילו ולהשקותו וללוחו ולבקר בחלותו. ועוד יוסיפו חומר ברצונם על כל אדם, אם לא יגרש ויתיר אותו האיש את הילדה הזאת, שבזה אין כפייה עליו. שאם ירצה מקיים, והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה, אך אנו נתפרד מעליו".

תשובה זו של רבינו תם הובאה במהרי"ק (שרשים כט, קב וקלה). וכן הבי"ב בסי' קלד הביא את תשובת מהרי"ק סי' קב בשם ר"ת, וכן הלבוש בסי' קלד סי' הביאו להלכה.

אך עדיין יש לדון, שבתשובת יביע אומר שם לא התיר לגרשה בעל כרחו, אלא לשאת אשה אחרת. אך לעניין גירושין בעל כרחו לא התיר, ונראה דהטעם הוא עפ"י מש"כ הרשב"ש בתשובה סי' תיא שאדם שזהו זיווג ראשון שלו אסור יש איסור לגרשה בעל כרחו ואסור לביה"ד להיזקק לגרשה בעל כרחו, וכן במי שאין מצוה לגרשה ואין איסור לגרשה אין לביה"ד להזקק לגרשה, ורק אם גרשה מגורשת, עיי"ש. ולפי זה כל עוד לא הגענו למידה זו דמצוה לגרשה אין להזקק לו לסייע לו לכפותה לקבל גט.

אך נציין לדברי הג"ר חיים פלאגי בספרו חיים ושלום ח"ב סי' קיב, שכתב בלשון זו -

"בדרך כלל אני אומר, כל שנראה לבי"ד שהיה זמן הרבה נפרדים ואין להם תקנה. אדרבא צריך השתדלות הרבה להפרידם זה מזו ולתת גט, כדי שלא יהיו חוטאים חטאים רבים אחד האיש ואחד האשה. וידעו נאמנה כי כל הבא לעכב מלתת גט כענין זה, כדי להנקם זה מזה מחמת קנאה ושנאה ותחרות, כאשר יהיה האופן פעמים שהאיש שירצה לגרש והאשה אינה רוצה, וכדי להנקם מהאיש מעכבים הדבר שלא לשם שמים, עתידים ליתן את הדין. ולדעת מרן חביב ב"ד מנדין אותו, וכמו כן להפך כשהאשה רוצה לגרש והאיש אינו רוצה, וכדי להנקם מהאשה מעכבים מלתת גט שלא לשם שמים גם בזה לא בחר ה', ויש עונש מן השמים כי על העניינים האלו וכיוצא באלו אמר קרא עפ"י התורה אשר יורוך, ודי בזה והותר לחכם ירא וסר מרע. והנני נותן קצבה חזמן לדבר הזה. דאם יארע איזה מחלוקת בין איש לאשתו, כבר נלאו לתווך השלום ואין להם תקנה, ימתינו עד זמן ח"י חדשים ואם בינם לשמים נראה לבי"ד שלא יש תקוה לשום שלום ביניהם, יפרידו הזווג ולכופם לתת גט עד שיאמרו רוצה אני כדבר האמור, ותמצא מ"ש בזה בספר החסידים".

וע"ע בפד"ר ח"ז עמ' 111 בפסק דין מביה"ד הגדול שהסתמכו על הגר"ח פלאגי במקרה דומה לנידון דידן. אמנם קשה לקבל את פסקו של הגר"ח פלאגי ולכפות את הבעל בגירושין (בנידון שהוזכר בתשובתו בספר חיים ושלום) מחשש גט מעושה שלא כדין, מאחר שלא מצינו בגמרא עילה כזו לכפות על גט. אך ניתן לקבל את דבריו ביחס למסקנתו שיש לכפות את האשה בגירושין במקום שבית הדין התרשם שאין כל סיכוי להשיב את השלום על כנו, ושניהם מעוגנים ללא כל תכלית. ואף אם לא הגענו למידה זו, ואין נוקטים צעד של גירושין בעל כרחו ממש, ובהתחשב באמור בתשובת הרשב"ש סי' תיא, אך לכל הפחות ניתן לנקוט כנגדה בהרחקות כדי להביאה להסכמה לגירושין, וכמו שיבואר להלן.

גדרי האיסור לגרשה בע"כ לפי תקנת רבינו גרשום

להלן נדון מה הדין באותם שהם בכלל חרם דרבינו גרשום, מהו גדר איסור זה שלא לגרש בעל כרחו.

וכן כתב בשו"ת סדר אליהו (לר"א אלפאנדארי) סי' יג, שהבטיס למה שפסק ר"ת לנקוט הרחקות הוא מניעת עיגון האשה. וז"ל - "אסר ר"ת הנידוי והתיר ההרחקה מהטעם המפורש בדברי ר"ת ז"ל עצמו דהנידוי הוי רידוי בגוף הבעל עצמו כמו שבט מכה, עשה דבר זה ואם לא שבט יכך, וכל כי האי אין בידנו לעשות כי אם במקום שאמרו חכמים ז"ל בהדיא כופין אותו. ובמקום שלא אמרו כן בהדיא אין לנו רשות להכותו. אבל הרחקה זו אינה שום רידוי על גופו של בעל, אלא אנחנו בעצמנו גודרים דרכינו בגזית לבלתי הטיב עם האיש ההוא. וכל כי האי אין אנו צריכין שירשו לנו חכמים לעשות כן, אלא אנו רשאים בעצמנו לעשותו. כי אם היות שאנו מצווין מן התורה שלא למנוע טובה מחברנו כדכתיב ואהבת לרעך כמוך ולא תעמוד על דם רעך, היינו כשהוא רעך במצוות. אבל זה אשר לא טוב עושה בעמיו לעגן בת ישראל, מצוה עלינו להרחיקו כדי שישבו מדרכו הרעה וכדי להציל העניה העשויה מידו".

לפי זה ניתן לפסוק הרחקות דר"ת גם ביחס לאשה המסרבת לקבל גט ומעמידה תנאים להסכמתה לגירושין, תנאים בלתי מתקבלים על הדעת, ולמעשה בכך מעגנת את הבעל. או במקום שבית הדין השתכנע שאין זיווגם עולה יפה ואין צפוי שהשלוש יחזור על כנו, וניתן לפסוק הרחקות אלו גם בהעדר פסק דין לחיוב האשה בגירושין.

כשם שבאומרת "מאיס עלי", לדעת רוב הראשונים והכרעת השו"ע, אין פוסקים לחייבו בגירושין, ולמרות זאת אם המצב הגיע לידי כך שהאשה מעוגנת נוקטים הרחקות אלו. ה"ה להיפך גם כשאין עילה לחייב את האשה בגירושין בעל כרחא, ולא קיימת האפשרות לתת לבעל היתר נישואין, אם ביה"ד נוכח לדעת שנעשו כל הניסיונות לשלום בית וכעת כבר אין סיכוי שיחזרו לשלום, וביה"ד אינו פוסק שעל הבעל לחזור לשלום בית, מאחר וביה"ד מבין לליבו של הבעל שלאחר כל הניסיונות לשלום ולאוור כל התפוכות שעברו עליהם הוא כבר אינו מסוגל לניסיון נוסף. במקרה כזה מאחר ולמעשה הבעל מעוגן ללא תקנה המתקבלת על הדעת, ניתן לנקוט הרחקות אלו ביחס לאשה, הרחקות שאינן בגדר כפייה לגירושין אלא התרחקות של הציבור מהמורחק בשב ואל תעשה, שנמנעים מלהיטיב עמו, וכל זה מפני שהיא נוהגת שלא כהוגן ומעגנת את הבעל בעיכוב הגט.

ועיין בשו"ת מהר"ם לובלין סי' א' שכתב להשוות כח האשה לכח האיש גם לעניין הרחקות דר"ת, שיש לנהוג בהם כנגד האשה באותם מקרים בהם נוהגין כן כנגד הבעל, ועיין בשו"ת דברי חיים ח"א אה"ע סי' נא שהביא מדבריו, והסכים עמו. וכן מתשובת ושב הכהן סי' נה (הובא בקצרה בפת"ש סי' קנד ס"ק כט) עולה שגם בכל הנוגע להרחקות דר"ת השוו את כח האשה לכח האיש. וכן הנודע ביהודה תניינא אה"ע סי' קד כתב - "בצד השני שכתב הרא"ש שאת"ל שהגאון השהה מידותיו ואף שכופין אותה, אם במילי

הן המהרי"ק והן הביאו דברי ר"ת ללא כל ערעור ופקפוק, וכן הלבוש פסק כן להלכה. ובשו"ת מהריב"ל ח"ב סי' יח כתב ששיטה זו מוסכמת, וז"ל - "איברא דרבינו תם שהיה ראש המחמירים באומרת מאיס עלי, הוא ז"ל כתב שיתרחקו ממנו בכל ההרחקות שבעולם ... על זאת ההרחקה הסכימו עליה הסמ"ק והקולון ז"ל ולא מצינו מי שיחלוק עליהם". (ומה שמהריב"ל גופיה חשש למעשה לפסוק כן בארנו להלן סי' פ' ואכמ"ל).

וכן בספר סדר אליהו (לרבי אליהו אלפאנדארי מח"ס מכתב מאליהו) סי' יג פסק להלכה שאפשר לנקוט הרחקות דר"ת כנגד הבעל באומרת מאיס עלי, ולהלן בסי' פ' - פג התבארה הלכה זו של הרחקות דר"ת גם בהעדר חיוב גירושין.

לפי זה ה"ה כשהבעל תובע גירושין וטוען "מאוסה עלי", ניתן לנהוג הרחקות דר"ת ביחס לאשה עד שתסכים לגירושין. ובאותן נסיבות שהיינו נוהגים כן ביחס לבעל, וכשביה"ד נוכח לדעת שהבעל מעוגן ללא תקנה.

הלבוש בסי' קלד ס"ד שפסק להלכה הרחקות דר"ת, כתב כן גם במקרים נוספים מלבד מאיס עלי. הלבוש הביא להלכה את ההרחקות דר"ת בלשון זו - "אם רואים בית דין לפי ראות עיניהם שיש תקנת האשה בדבר, כגון שטוענת מאיס עלי וכה"ג שיראה להם שאין זיווגם עולה יפה, ואע"פ שאין האיש מאותם שכופין להוציא, מ"מ יכולים בית הדין להטיל חרם ביניהם על כל איש ואשה לגזור באלה חמורה שלא יהיו רשאים לדבר עמו ולישא וליתן עמו".

מבואר להדיא בדברי הלבוש שככל שהדבר נוגע להרחקות הננקטות כנגד הבעל, אין צורך שיושלמו כל גדרי "מאיס עלי", אלא ה"ה באם התברר "שאינן זיווגם עולה יפה" ויש תקנת האשה בדבר, דהיינו כשבני הזוג נקלעו למצב שאין ממנו מוצא, והאשה נשאר מעוגנת עקב כך.

והטעם הוא מפני שיסוד הדין של הרחקות דר"ת ביחס לבעל אינו הלכה ייחודית בהלכות מורדת האומרת "מאיס עלי", שהרי לא מצינו לכך מקור בגמרא. אלא סברת ר"ת היא דמאחר שאין הרחקות אלו נחשבות ככפייה, על כן בכל מקרה שביה"ד מגיע למסקנה שהאשה מעוגנת, ואין בפנינו תקנה אחרת, ניתן לנהוג בהרחקות אלו על מנת למנוע עיגון זה. ולכן ר"ת כתב בתשובה הנ"ל - "אך אם כל רבותינו שוין בדבר תגורו באלה חמורה על כל איש ואשה" כו', דהיינו אין כאן הלכה שפוסקים בכל מקרה שהאשה אומרת "מאיס עלי", אלא רק באותם מקרים שבית הדין נוכח לדעת שהיא מעוגנת ללא תקנה.

וכן עולה מלשון הריב"ש סי' קכו שהזכיר את דינו של ר"ת בלשון זו - "וכ"כ ר"ת ז"ל בתשובה דליכא עליה אלא מצוה דרבנן, כדי שלא תעגן, שאומרים לו לגרש, ואי לא, עבדי רבנן הרחקה מיניה".

מבואר בדברי הריב"ש שההרחקה שקבע ר"ת יסודה במה שמוטלת עליו מצוה מדרבנן להמנע מעיגון האשה.

להשבת שלום הבית, ועקב כך שני בני הזוג בפירוד ומעוגנים, במקרה כזה גם אם אין מקום לפסק דין המחייב את האשה לקבל גט, עכ"פ מצוה עליה להסכים לקבל גט. ואם היא מסרבת ומעגנת את הבעל ללא תקוה לשלום בית, בית הדין רשאי לנקוט בהרחקות דר"ת עד שתסכים לקבל גט.

ואם בשוטין ואם בשאר כפיות בהרחקה של ר"ת, לכל מר כדאית ליה".

מסקנת הדברים - במקרה שקיים פירוד ממושך בין בני הזוג, ובית הדין קובע שאין סיכוי לשלום בית, והבעל מבקש לתת גט והאשה מסרבת למרות שברור לה שאין כל סיכוי

סי' נז

כפיות גירושין באמצעות מאסר

לחליצה והיא אומרת איני חולצת ולא נוטלת כתובה אלא אשב בבית בעלי כשאר כל האלמנות אין שומעין לה, שהרי הקנו אותה לזה מן השמים ורצה מיבם רצה חולץ ונותן כתובה, ולא עוד אלא אפילו אמרה אני ניוזנת משלי ואשב עגונה כל ימי אין שומעין לה, שהרי היבם אומר לה כל זמן שאת זקוקה לי אין נותנין לי אשה, ואפילו היה נשוי אפשר שישא אשה אחרת או תהיה לו מריבה בתוך ביתו מפני היבמה". הרי מבואר שאין שומעין לה, מפני שכל עוד היא זקוקה לו אינו יכול לישא אחרת.

הר"ן לא באר מה טיבן של הכפיות הנוספות שאפשר לכפותה. אמנם ממש"כ הר"ן דאפשר לנדות אותה אין ראייה שאפשר לנקוט כפיה גמורה ככפיה בשוטים, מאחר שיתכן שהר"ן מהסוברים שנידוי אינו נחשב לכפיה גמורה, אלא נכנס בגדר כפיה במילי בלבד, וכדעת התוספות ר"ד עמ"ס כתובות בסוף פרק המדיר והרא"ש במסכת יבמות פ"ו סי' יא (וכמ"ש הדרישה סי' קנד והבית מאיר סי' קנד סכ"א בדעת הרא"ש והטור), וכן הובאה דעה זו בתשב"ץ ח"א סי' א' (עמ"ט במהדורת מכון ירושלים), ודלא כמ"ש ר"ת בספר הישר (חלק התשובות סי' כד) והרמ"א בסי' קנד סכ"א בשם המרדכי.

אך מסתימת דברי הר"ן שכתב "ובכפיות אחרות", משמע שאפשר לכפותה אף בכפיה גמורה.

וכן בתשובת הרשב"ש סי' יג כתב - "ואם אינה רוצה לחלוץ ולא להתייבם כופין אותה לחלוץ או להתייבם, כדאמרינן בפרק אע"פ, וכ"כ הר"מ ז"ל בפ"ב מהלכות יבום וחליצה". ומבואר דנקט בפשיטות כדעת הר"ן.

דברי הר"ן הובאו להלכה בב"י סי' קסה, ונראה שהב"י הסכים להלכה עם תשובת הר"ן, (הב"י לא הביא דעה החולקת על הר"ן).

לעומת זאת הרמ"א בדרכי משה סק"ט כתב - "ובמרדכי פרק החולץ כתב דאין כופין אותה, רק מוציאין כל הממון מידה מלבד נדונייתה שהכניסה לבעלה ונכסי מלוג שלה כשאר מורדת".

וכן בתרומת הדשן ח"ב סי' רסד כתב - "ואשר נסתפקת אם היבמה אינה רוצה לחלוץ כלל, כל דבר זה מפורש בדברי מהר"ם ובהגה"ה באשירי פרק אע"פ, כולו כתבו

המקרה הנידון

במקרה שבפנינו, בית הדין פסק לחייב את האשה בגירושין, מפני שעזבה את בעלה ואינה מסכימה לשוב לביתם ולשלום בית עם הבעל. למרות פסק הדין, האשה עומדת בסירובה לקבל את הגט, וללא כל הצדקה. הבעל תבע לאכוף עליה את הגירושין באמצעות מאסר.

אמנם הבעל יוכל לקבל היתר נישואין, ובכך יוסר ממנו העיגון, אך עדיין יש לברר האם למרות האפשרות להיתר נישואין לבעל, יהיה ניתן לאכוף על האשה את הגט באמצעים חריפים כגון מאסר. כידוע גם לאחר היתר נישואין, כל עוד הבעל נשאר נשוי, יקשה עליו להנשא מחדש בהיותו קשור בקשרי נישואין לאשתו הנוכחית. וכפי שמצינו במסכת כתובות דף סד. - "דאמר כיון דאגידא בי לא קא יהבו לי אחריתי", ועיי"ש בתוספות (ד"ה תבע) דעסקינן בכה"ג שהיבמה אינה רוצה לא לחלוץ לא להתייבם.

הדין ביבמה שאינה רוצה לחלוץ

בתשובת הר"ן סי' סא נשאל - "יבמה שאינה רוצה לחלוץ ולא להתייבם מהו דינה". והשיב הר"ן - "קיימא לן דכותבין אגרת מרד על שומרת יבם, הילכך זו דינה כדין המורדת שמכריזין עליה ארבע שבתות ואח"כ אם לא רצתה להתייבם הפסידה כתובתה אלא שמההין אותה שנים עשר חדש, דאי בעיא למיהדר תהדר, ולאחר זמן זה אע"פ שהפסידה כתובתה, נראין הדברים שכופין אותה בנידוי ובכפיות אחרות עד שתרצה לחלוץ או להתייבם, לפי שהיבם מעוכב מלישא אשה מחמתה, כדאמרינן בפרק אע"פ כמה דאגידא ביה לא יהבו ליה אחריתא, וכך נראין דברי הרמב"ם ז"ל".

מבואר בדברי הר"ן שמטעם זה "דלא יהבי ליה אחריתי", כופין אותה בנידוי ובכפיות אחרות. ומבואר בדבריו, שהכפיה אינה מכח ההלכה שכופין על המצוות (גם אם המצוה לחלוץ או להתייבם מוטלת על שניהם לרבות על היבמה), אלא מפני שהיא גורמת ליבם עיגון.

וכן מבואר מלשון הרמב"ם, שהזכיר הר"ן. הרמב"ם בהלכות יבום וחליצה פ"ב הט"ז כתב - "יבמה שתבעה היבם

שהשוה מידותיו, ששום אדם לא יגרש בעל כרחו, מכל מקום, במה שהאיש כופין אותו להוציא, אף האשה כופין אותה לקבל גט, ואם תמאן לקבל, ימנע ממנה שאר כסות ועונה."

דברי הרא"ש הובאו להלכה ברמ"א סי' קיז סי"א. אמנם החלקת מחוקק סק"כ סבר דלפי מש"כ הרא"ש "ואף אם תמצא לומר" וכו', אין לגרש אשה בעל כרחו, אפילו כשעל פי דין היא מחוייבת לקבל גט, ורק יוכל לכפותה במניעת שאר כסות ועונה, (כך באר הנוב"י שבפת"ש את דברי הח"מ). אך כל האחרונים חלקו על הח"מ בזה.

הב"ש ס"ק כב כתב - "גם נשמע דיכול לכופה אפילו בשוטים, דהא הרא"ש ס"ל אם הבעל נכפה כופין אותו לגרש ... והיינו בשוטים כמ"ש בי' קנ"ד". וכן בתשובת מהר"ם לובלין סי' א' העלה במסקנתו בנידון של אשה נכפית, וז"ל - "העולה מכל דברינו אלה שמצד הדין נראה שיכולין לכפותה אף בשאר כפיות, לא לבד במניעת שאר כסות ועונה".

ובנודע ביהודה מהדורה תניינא חלק אה"ע סי' קד כתב לבאר את דברי הרא"ש, וז"ל - "דברי רבינו הרא"ש אמורים על הסדר, ודע לך שהאיש לעולם אינו מוציא אלא לרצונו ולא משכחת כלל באיש שיוציא שלא לרצונו. ואפילו באלו שכופין אותן להוציא ואפילו בשוטים, מ"מ אינו מוציא אלא לרצונו אלא שהרצון הוא ע"פ כפיה שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני, באופן שעכ"פ מוכרח הוא שגוף הגט יהיה לרצונו שיאמר רוצה אני. ובאשה ע"פ דין התלמוד מתגרשת בע"כ לגמרי, כי אף שבע"כ נכלל שני עניינים, האחד כמו על כרחו של האיש במקום שכופין אותו שבודאי הוא על כרחו אבל אעפ"כ לא מיקרי שלא לרצונו שעכ"פ צריך שיאמר רוצה אני, והאחד על כרחו ממש שאינו אומר רוצה אני, וזה הצד השני לא משכחת באיש כלל ולעולם אינו מוציא אלא לרצונו. ובאשה ע"פ דין התלמוד מתגרשת בע"כ לגמרי, ואין צריך רצונה כלל, ואפילו עומדת וצוחת אין רצוני להתגרש, זורק לה גט בעל כרחו ומתגרשת בו.

ואמנם הצד השני לכופה אותה שתקבל מרצונה שתאמר רוצה אני, לא משכחת לה בימי חכמי הש"ס לפי שהוא פועל ריק, שלמה יכפיה בשוטים ללא צורך, כי יוכל לזרוק לה גט על כרחו, או לתתו בחיקה על כרחו וכדומה לזה, ובא רגמ"ה וביטל זריקת הגט, ותיקן שלא לגרש אשה אלא לרצונה ממש. ונסתפק הרא"ש בתקנתו ואמר הרא"ש מתחלה שכיון שבמום כזה כופין האיש שיוציא לא עלתה על לבו כלל כיוצא בזה באשה, ולא תיקן בזה כלל. וכיון שלא תיקן בזה ממילא נשאר בה דין הש"ס וזורק לה גט בלי רצונה כלל, ואף שהיא גרועה בצד אחד מהאיש, שהאיש אף שכופין אותו, מ"מ צריך עכ"פ רצונו שיאמר רוצה אני. ובאשה לא בעינן רצונה כלל, כן הוא דין הש"ס, והגאון לא תיקן בזה. ואח"כ אמר ואף את"ל שהשוה מידותיו ששום

דינא דמורדת אית לה. ובמורדת פסקו להדיא דלא מפקינן נדונייתא מתחת ידה. ומ"ש הרמב"ם שאין שומעין לה, אפשר ר"ל נמי דכתבינן עליה אגרת מרד, ונפקא מינה שתפסיד כתובתה וכה"ג."

מבואר שבפנינו מחלוקת הר"ן והרשב"ש על תרומת הדשן בביאור דברי הרמב"ם - "אין שומעין לה, שהרי היבם אומר לה כל זמן שאת זקוקה לי אין נותנין לי אשה". אליבא דהר"ן והרשב"ש, "אין שומעין לה" ויכפו אותה בשוטים, ולדעת תרומת הדשן ידונו בה דין מורדת בלבד.

ועיין בשו"ע סי' קסה ס"ג, שהמחבר סתם הדברים כמבואר ברמב"ם, ולאור דבריו בב"י נראה שכוונתו לפסוק כר"ן, והרמ"א נקט כשיטתו בד"מ וכתב שדינה כמורדת, ומשמע שלא יכפיה כפיה גמורה.

ועיין בחזו"א חלק אה"ע סי' קכב סק"ו שהעלה שלא כרמ"א, וז"ל - "וכן בתבע הוא, כופין אותה בשוטים ולא בפחיתת כתובה". ובס"ק יא כתב החזו"א שכן מתפרשים דברי הרמב"ם, וכתב שהמרדכי אינו חולק, אלא איירי בתבע או ליבם או לחלוץ, דבכה"ג מאחר שמצד היבם קיימת האפשרות ליבם, יש מקום לדונה כמורדת, וזאת כדי לחלוץ עליה להסכים להתייבם. משא"כ כשתבע לחלוץ בלבד, והיא אינה רוצה לחלוץ, כופין אותה לחליצה ואפילו כפיה בשוטים.

כל הנ"ל ביבמה שאינה רוצה לחלוץ, ויש מקום לומר בדעת תרומת הדשן והרמ"א דהיינו דוקא ביבמה שאינה אשתו ממש אלא זקוקה לו ליבום, ועל כן יש מקום לסברת תרומת הדשן והרמ"א שאין מקום לכפותה לחלוץ, מאחר והזיקה היא רק זיקת יבמה ולא אשתו גמורה. אך באשתו שאינה מסכימה לקבל גט, במקום שהדין מחייב גירושין, יש לומר דכו"ע מודו שיש לכפותה אפילו כפיה גמורה, וכמו שיתבאר.

כפייית האשה לקבל גט

ביחס לגירושי אשה בעל כרחו, כשהדין נותן שעליה לקבל גט, כתב הרא"ש בתשובה כלל מב סי' א, וז"ל - "על ראובן שנשא אשה ושהה עמה יותר משנתים, ונודע לו שהיא נכפית והוציאה מביתו ... ועתה, שתיקן הגאון רבינו גרשום ז"ל, שאין לגרשה בעל כרחו, איך יתכן שיתחייב לה שאר כסות ועונה, אם כן, יפה כח האשה הרבה מכח האיש. דאלו נולד מום זה באיש, אין אנו אומרים יכפיה להיות אצלו, אלא כופין אותו להוציא ויתן כתובה, ואם נולד באשה, יכפיהו להיות אצלה ולפרנסה. השתא באיש, שאינו מוציא אלא לרצונו, כופין אותו להוציא ויתן כתובה, אם נולדו בו מומין. אשה, שמתגרשת בעל כרחו, לא כל שכן. אלא שרבינו גרשום עשה גדר לדבר, וכי לאו קל וחומר שלא עלתה על לבו על כיוצא בזה, לעגן האיש לבטלו מפריה ורביה. אלא ודאי יגרשנה ויתן לה כתובתה, כי כולי האי לא ייפה בתקנתו כח האשה מכח האיש ... ואף אם תמצא לומר

והבעל או שלוחו ישליך הגט לחיקה או יתחבנה לידה בע"כ, או לכפותה ע"י מושלים עשה מה שישראל אומרים לך עד שתאמר רוצה אני".

ושם בסי' צה מהרי"א אסאד הביע את דעתו בנידון הנ"ל וכתב, וז"ל - "ונחזה אנן, הנה הגאון בתשובת נוב"י תניינא סימן ק"ד מחלק אה"ע השיג על הח"מ וב"ש ותשובת מור"ם לובלין בפירוש כוונת תשובת הרא"ש כלל מ"ב וגם לדינא, וסיים דבע"כ לזרוק לה הגט שלא לרצונה לא החליט הרא"ש והן ולא ורפיא בידי, ולכן א"א לעשות מעשה בזה ... ותמיה לי איך לא ראה הגאון נוב"י ז"ל גם פסק גאון אחד ושמו מרדכי בר יוסף שכתוב אחר פסקו דהרא"ש והגאון ריב"ם הנ"ל וז"ל שורת הדין כאשר כתב מורי הרא"ש ז"ל וכו' וכי סבור אתה שר"ג ז"ל עשה תקנתו על עוברת הדת וחמירא סכנתא מאיסורא וטוב לה שתפייס וכו' שאם יזרוק לה גט מי יבא אחרי וכו', הרי ביאר דבריו מאחר שלא עשה רגמ"ה תקנתו בכה"ג, בע"כ ממש ע"י זריקת הגט מותר, ואע"ג שכתב לישראל דדיעבד אם יזרוק וכו' אחר אשר כבר עשהו אם איתא דלכתחילה אסור לעשות מעשה אטו ברשיעי עסקינן שיכנסו א"ע בספק חרם דרגמ"ה, וגם הגאון אחר ריב"ם הנ"ל פתח דבריו ז"ל כאשר כתב מורי הרב אשר כן נ"ל, ואם דעת שני הגאונים תלמידי הרא"ש נוטה לצד הראשון שכתב הרא"ש וכתבו כן על שם רבם הרא"ש ודאי הכי עיקר. ... ועוד י"ל אפילו אם היה הרא"ש מחליט לאיסור בזריקה, היינו משום דהרא"ש לטעמיה דס"ל אפילו אחר אלף החמישי לא כלתה גזירת הגאון, אבל לדידן דנקטינן המחבר בסימן א' כשמועת עדות הרשב"א ומהרי"ק סוף שורש ק"א דאחר כלות אלף החמישי פסקה גזירתו, ואילו היה שומע מה ששמע הרשב"א היה מקבלו, כמ"ש בתשובה ב"י סוף סי' י"ד בדיני נישואין שחתם עליו יוסף בר מאיר יעו"ש, א"כ לדידן רק עפ"י המנהג ההוא, ובכה"ג דליכא מנהגא ליכא למימר להשוות המידות, ודאי מותר לגרש בע"כ במקום מצוה אפילו בזריקה, כ"ז נ"ל להצדיק הצדיק דמעיקרא הב"ש ומור"ם לובלין הנ"ל ולא כנוב"י, עכ"ל מהרי"א אסאד, ומבואר שהסכים אף לכפותה על ידי המושלים, וכפי שנוכר בלשון השאלה שהבאנו מדבריו בסי' צד.

וכן בשו"ת דברי חיים ח"א חלק אה"ע סי' נ' דן באשה שחייבת לקבל גט, שמחמת חולי היא משתטה, ומסקנתו - "ולכן נכון יותר להתיר לו לישא שתי נשים ועפ"י מאה רבנים או שיכפוה ועפ"י בית דין בכל מה שאפשר למכפיהו ... ובאחד מאלו יד הבעל על העליונה או לכפותה עפ"י ב"ד בשוטים שתקבל גט, או להתיר לו לישא אשה אחרת, או לזרוק לה גט בעל כרחיה".

העולה מדברינו שכל הפוסקים שהבאנו (למעט החלקת מחוקק) כתבו בפשיטות שבמקום שהדין נותן שהאשה חייבת לקבל גט, אפשר לכפות את האשה בכל מיני כפיה שתקבל גט, והפוסקים שהבאנו לא חשו להמנע מכפיה כזו מפני שהבעל אינו מעוגן ויכול לשאת אשה אחרת.

אדם לא יגרש בע"כ, דהיינו בע"כ לגמרי, שזורק לה גט בלי רצונה כלל אפילו בכפיה, אבל עכ"פ במקום שכופין אותו להוציא כופין אותה לקבל הגט, דהיינו שכופין אותה שתאמר רוצה אני לקבל הגט ... בצד השני שכתב הרא"ש שאת"ל שהגאון השוה מידותיו ואף שכופין אותה אם במילי ואם בשוטים ואם בשאר כפיות בהרחקה של ר"ת לכל מר כדאית ליה, עכ"ל הנודע ביהודה (הובא בפת"ש סק"ה).

העולה מדברי הנודע ביהודה, שבמקום שכופין את האיש לגרש, דומיא דהכי באשה, יכפוה לקבל גט, ואפילו כפיה בשוטים, ואין להימנע מכפיה זו מפני שהבעל יוכל לקבל היתר נישואין.

וכן בגליון שו"ע לרע"א סי' קיז אות ד' כתב במקום שהאשה חייבת לקבל גט, אפשר לכופה בשוטים עד שתאמר רוצה אני. ושם באות ה' כתב רע"א - "אבל מעשין אותה עד שתאמר רוצה אני".

וע"ע בנודע ביהודה מהדורה תניינא חלק אה"ע סי' כו שפסק בעוברת על דת שאפשר לגרשה בעל כרחיה, ומסקנתו למעשה שם - "לכן הטוב שבדרכים להכריחה ע"י המושל שם בכל הכפיות עד שתקבל הגט", ומבואר דפשיטא ליה שאפשר לכפותה אף על ידי מאסר. (דברי הנודע ביהודה הובאו בפת"ש סי' קטו סק"ד).

כל הדיון הנ"ל הוא מכח סברת הרא"ש בתשובה שכתב דרבינו גרשם השוה כח האשה לכח האיש. אך יש שכתבו דלמעשה יש לפסוק כדעת הב"ש (סי' קיז ס"ק כב) שפסק שיוכל לזרוק לה גט אפילו בלא שתאמר רוצה אני, והיינו מטעם דלא נקטינן כסברא זו של הרא"ש דרבינו גרשם השוה כח האיש לכח האיש.

בספר חוט המשולש בתשובת הגר"ח מוואלאז'ין סי' יב כתב - "לדינא איכא למימר דגם הרא"ש ז"ל ס"ל כסברתו הראשונה דבכה"ג לא גזר ר"ג הואיל והדין הוא לגרשה. ואף אם נימא דהרא"ש ספוקי מספקא ליה אי גזר ר"ג גם בהא, מ"מ חכמי דורו שהסכימו שם לדעתו כתבו בפשיטות דבכה"ג לא גזר ר"ג ... וכן אני מורה ובה שלכתחילה צריך הסכמת ג' קהילות והיינו משום חומרא כראוי להחמיר בדורינו מה שהפרוץ מרובה בעה"ר. אבל לדינא אין לנו אלא דברי רבותינו הראשונים והאחרונים ז"ל. הראשון שבראשונים הוא מהר"ם מרוטנבורג ז"ל בתשובה הוא הובאו דבריו גם במרדכי והג"א בכתובות בפרק המדיר דבעוברת על שבועה לא בעו הסכמת חכמי הקהילות, וכן כתב הרמ"א ז"ל והאחרונים ז"ל בפשיטות דהיכא שמהדין הוא לגרשה יכול לגרשה בע"כ, ולא חיישינן לספיקא דהרא"ש ז"ל".

ובשו"ת יהודה יעלה ח"ב חלק אה"ע סי' צד שאל הגאון מהרי"א אסאד את החתם סופר, וז"ל - "ע"ד הפסק דין הרצוף פה ... שיכול לשלח את הרשעה מתוך ביתו ולדונה בגירושין בע"כ ... יורינו כבודו על איזו אופן תהיה הכפיה אם תעמיד במרדה שממאנת לקבל גיטה, אם לתופשה על ידי עכו"ם

לנקוט כדעה יחידאה של הח"מ. ותמוה שהתבססו שם על תשובת מהר"ם לובלין, מאחר ומסקנתו היא כמ"ש לעיל מדבריו, ורק בתוך המו"מ שם דן שמא כוונת הרא"ש למניעת שכ"ו בלבד. ומש"כ להוכיח כדבריהם מתשובת הגרע"א תניינא סי' עד, אינה ראייה מאחר שהגרע"א נשאל רק אם יוכל למנוע ממנה שאר כסות ועונה, ובוזה השיב שיוכל למנוע ממנה, אך אין מבואר בדבריו שבמקום שחייבת לקבל גט שלא יוכלו לכפותה כפיה גמורה, ומאחר שדברי הגרע"א בגליון שו"ע ברור מללו כמ"ש לעיל, אין מקום לדייק מדבריו בתשובה, שנטה מסברא זו. ומש"כ שם מדברי הראב"ד שכתב שמעולם לא שמענו יסור נשים בשוטים אינו נוגע לנדון דידן, אלא לעניין מלאכות הבית, אך אף אם נקבל טענתם שם בפסק הדין דמשמע דבכל עניין אין מקום ליסור נשים בשוטים, היינו אליבא דהראב"ד, ויתכן שבמקומו לא נהגו בחרם דר"ג, ואף אם נהגו בחרם דר"ג, מסתבר שבאשה שהדין מחייבה להתגרש פסקו לגרשה בעל כרחיה בזריקת גט לתוך חיקה וכיוצ"ב, ועל כן גם במקום שפסקו שהאשה חייבת לקבל גט, לא נזקקו ליסרה בשוטים, אך הדיון בפוסקים הנ"ל שהבאנו שפסקו ליסרה עד שתאמר רוצה אני, הוא במקום שנהגו בחרם דר"ג, ונקטו כסברת הרא"ש שרבינו גרשם הוזה את כח האשה לכח האיש ואין לזרוק לה גט בע"כ בלא שתאמר רוצה אני, על כן הוזקקו ליסרה עד שתאמר רוצה אני.

לדעת הרא"ש (אליבא דהנודע ביהודה ועוד אחרונים) עניין זה נכלל בתקנת רבינו גרשם שהשוה כח האשה לכח האיש, ובכלל תקנתו אף עניין זה שבאותן נסיבות שכופין את האיש בכפיה גמורה, גם את האשה יכפו עד שתאמר רוצה אני.

על כן ה"ה דומיא דהכי באשה שאינה רוצה בשלום עם בעלה ואינה מסכימה לקבל גט, שיכפו אותה לקבל גט בכל דרכי הכפיה האפשריים. וכן מוכח מכל הפוסקים שהבאנו לעיל שכתבו "מעשין אותה עד שתאמר רוצה אני", או שכתבו לכפותה בשוטים עד שתסכים להתגרש, באשה שנמצאו בה מומין של מחלת נפילה או נשתטית או בעוברת על דת, גם אם דומיא דהכי, בבעל שיש בו עניין כזה, חששו לשיטות מחמירות שאין לכפות כפיה בשוטים.

כמו כן הבאנו מתשובת חוט המשולש ומשו"ת מהר"י אסאד ושו"ת דברי חיים שנקטו שלמעשה לא נקטינן כסברת הרא"ש שרבינו גרשם הוזה כח האשה לכח האיש, ולמעשה לא נקטינן כסברא זו לקבוע הגבלות על גירושי האשה בעל כרחיה במקום שהדין מחייבה להתגרש.

וע"ע בפד"ר ח"ב עמ' 140-142 שקבעו שהעיקר בדברי הרא"ש כפירוש הח"מ, והורו שלא לכפות אשה נכפית אלא במניעת שאר כסות ועונה ולא בשאר דרכי הכפיה, ודבריהם אינם מחוורים. מאחר ומפורש בב"ש ובתשובת מהר"ם לובלין וברע"א ובנודע ביהודה ובתשובת מהר"י אסאד ובתשובת הדברי חיים שאפשר לכפותה בכפיה גמורה, מנלן

סימן נח

היתר נישואין לבעל שאשתו חולת נפש

ר"ח אייר תשנ"ג

הבעל הופיע בביה"ד ובקש היתר לשאת אשה אחרת. נראה שבנסיבות המתוארות יש לתת לבעל היתר נישואין. למעלה משנה וחצי שהאשה אינה מסוגלת כלל לתפקד בבית, וכפי הנראה בעתיד הקרוב לא תשוב לאיתנה. דינה כשוטה שמתירין לבעל לשאת אשה על אשתו. אמנם יש לדון אם להגדיר את האשה כשוטה שאינה יכולה לקבל גיטה, שבעלה חייב במזונותיה כמבואר בשו"ע סי' ע' ס"ד ובב"ש סי' קיט סק"י. אך אין נ"מ בדיון זה בעצם ההיתר נישואין, וככל שהדבר נוגע להיתר הנישואין אין צורך שתגיע לגדר שוטה, ודי בכך שאינה יכולה למלא את התחייבויותיה המוטלות עליה במסגרת הנישואין. ועיין בשו"ת שופריה דיעקב סי' עב שבמקום אונס לא תקנו שלא יוכל לשאת אשה על אשתו.

בעיקרו של דבר אם לדון את האשה כשוטה, לכאורה נראה שדינה כשוטה, שהרי מבואר במסכת חגיגה דף ד. "איזהו שוטה זה המאבד כל מה שנותנים לו". והרי היא עשתה מעשה בידיים לאבד את היקר לה, את בתה, וכן ניסתה להרוג עצמה.

בני הזוג נשואים כשלוש שנים וחצי, ולהם בת בגיל שנה וחצי. לאחר הנישואין התברר לבעל שאשתו סובלת מבעיות נפשיות קשות, וכי נכנסה לדכאונות וניסתה להתאבד. לאחר לידת הבת החמיר מצבה של האם והיא אושפזה בבית החולים לחולי נפש. לפני כשנה בהיות הבת בגיל חמישה חדשים, ארע מקרה חמור שהאשה קבלה חופשה מבית החולים וניסתה להרוג את הבת בהשליכה אותה מהמרפסת בקומה השנייה.

לאחר אותו אירוע, ובמשך השנה האחרונה האשה מאושפזת בבית החולים לחולי נפש במחלקה סגורה.

הבעל תובע גירושין ולחילופין היתר נישואין, האשה הוזמנה לדיון בבית הדין אך נמסר מבית החולים שהיא אינה מסוגלת לעמוד בדיון בבית הדין. בית הדין מינה לאשה אפוטרופוס, והתקבלה חוות דעת רפואית על מצבה. מחוות הדעת עולה שלא חל שיפור מהותי במצבה, וכי רק לפני שלשה חדשים לאחר שחזרה מחופשה בקשה לשוב ולהתאבד, אלא שלאחרונה הוטב מעט מצבה, אך היא עדיין במחלקה הסגורה, ולא ניתן להעריך את מועד השחרור.

השחורה שאנו קוראים מלאנקאלי אינו בכלל שוטה. לא מחוור דתחת שם מלאנקאלי הוא גם משוגעים גמורים כידוע לאשר יש לו ידיעה קצת בספרים המחוברים בזה. ועל מי שאחזו קורדייקוס מפרש הרמב"ם שרוח רעה מבעתתו. ובהלכות שחיטה פ"ב משהו דין שחיטת חש"ו ומי שאחזו רוח רעה. ובפ"י המשניות פ"ב דשבת על משנה המכבה את הנר או מפני רוח רעה כתב בזה"ל רוח רעה קוראים לכל מיני החולים הנקרא בערבי מלקוניא כו' יעו"ש שבאר להדיא שהוא החולה האוהב התבודדות. הרי שגם זה נקרא רוח רעה וממילא אם הגיע האדם בעל מלאנקאלי להתמיד שטות בדבר שמורה על טירוף הדעת בודאי הוא מכלל השוטים לשיטת הרמב"ם. וכל עוד שלא יצא אל פועל כזה רק שמתבודד מחברת אנשים וחושק לישב יחידי ובחושך אינו בשם שוטה. ולכך אפשר מדייק הרמב"ם בלשונו פ"ב מהלכות גירושין במ"ש מי שהיתה רוח רעה מבעתת אותו שהכוונה בזה שהגיע לכלל בלבול דעת וכמו שמבאר בפ"י המשניות ר"פ מי שאחזו. והכל הולך אל מקום אחד לפי שיטת הרמב"ם אם נראה באדם טירוף ודעתו משובשת תמיד באחד מהדברים הוא שוטה יהיה סיבתו מה שיהיה".

לפי זה נראה מכיון שבנידון דנו, הדיכאון היה חמור והביא אותה למעשי שטות חמורים, אין ספק שיש להגדירה כשוטה גמורה שאינה יכולה לקבל גיטה.

אלא שיש לדון, מאחר שלאחרונה חל שיפור מסויים במצבה, מאיזה שלב יש לקבוע שהיא כבר חזרה ונתרפאה.

ועיין בשו"ת דברי חיים ח"א סי' א' העלה שאם המגרש היה שוטה בדבר אחד, אינו יוצא מידי שטותו רק אם נבדק שבאותו דבר כבר אינו שוטה, ובלא"ה אף שבדקוהו כמה ימים ונראה כפקח גמור לא מהני.

לכן בנידון דידן מכיון שאין לתלות את הדיכאון בדגנדרפוס אחדיה, מאחר ומעשי השטות הוכיחו שהדיכאון עצמו הוא חלק משטותה, כל עוד לא תתרפא מדיכאונה דינה כשוטה, ולפי חוות הדעת שבפנינו, האשה לא התרפאה ממחלה זו, ובשל כך היא עדיין מאושפזת במחלקה סגורה של בית החולים לחולי נפש.

מסקנת הדברים - יש לתת לבעל היתר נישואין. מכיון שהבעל הוא מאותן קהילות שמנהגן להשבע בעת הנישואין שלא ישא אשה על אשתו ויתכן שאף הבעל דנן נשבע יש להתיר לו את שבועתו, ועיין באוצר הפוסקים סי' א' ס"ק עב אות ט' שבנסיבות אלו י"א שיש להתיר לו שבועתו, וי"א דמדינא אין צריך היתר דאדעתא דהכי לא נשבע ורק מהיות טוב יש להתיר לו שבועתו.

נושא מזונות האשה אינו עומד על הפרק במקרה זה, מכיון שהאשה מטופלת ע"י המוסדות הדואגים לה לכלל מחסורה.

אמנם ביחס לדינו של אדם שניסה לאבד עצמו לדעת, כתב בשו"ת ישועות מלכו חלק אה"ע סי' עז שמבואר מהסוגיא בגיטין פרק האומר שאם עלה לגג והפיל עצמו ולפני כן ציוה לתת גט הרי זה גט. וכתב הישועות מלכו - "אלמא דבמה שרוצה לאבד ולהמית עצמו לדעת לא נפיק עדיין מחזקת בריא וחלים, וכמ"ש הרמב"ם ז"ל סוף פי"ח מהלכות סנהדרין, שהסנהדרין אין ממיתין ועונשין ע"פ הודאתו שמא נטרפה דעתו בדבר זה, ועוד שמא הוא מהמחכין למות וכבר זכר הרמב"ם ז"ל בספרו המורה וגם הרדב"ז בתשובה הרבה מהפילוסופין שגינו חיי העוה"ז. ואע"ג דאסור לאבד עצמו, זה ככל עברות שבתורה לא שיהיה זה מכלל השוטים שאינן בני גירושין. ובודאי שהכל לפי מה שהוא אדם, אם רואים שהוא משונה תולין שגם זה היה בדרך שטות, אבל כשלא ראו סימני שטות, ודאי דאין מחזיקין לשוטה כדמוכח מהא דפרק האומר הנזכר".

וכן בתשובת בעל שו"ת זיכרון יוסף שבספר אור הישר סי' יב כתב שמי שהפיל עצמו מן הגג, יש ספק האם עשה כן מפני שנטרפה דעתו או מפני שהוא מן העמילין מרי הנפש ואינו נעשה בכך שוטה.

לפי זה בנידון שבפנינו אין לקבוע מסמרות שהיא בגדר שוטה עקב האירוע שבו ניסתה להתאבד. אך בצרוף הניסיון לאבד את בתה המוכיח על שטותה, ובהתחשב בחוות הדעת הרפואית, ממנה עולה ששורש הבעיה הוא הדיכאון העמוק ששקעה בו, יש מקום למסקנה זו, וכפי שיבואר.

בספר ערוך השלחן סי' קכא סעיף יג כתב - "בעלי מרה שחורה שאין עושין כלום דברים של שיגעון רק יושבים בעצבות ורחוקים מחבורת אנשים ואין מבקשין לאכול, וכשנותנים להם לאכול אוכלין ואין מתחילין לדבר. וכששואלין אותן עונין מעט דברים ואין מדברים דברים של שיגעון. יש להתיישב אם דינם כשוטה אם לאו. ולפי הסברא אין בזה סימני שטות אלא מחלת העצבות בלבד. ותלוי בראיית עיני הבי"ד להבין דרכו ועלילותיו. (ועיין רש"י חגיגה ג: ד"ה לעולם וכו' אני שמעתי חולי האוחז מתוך דאגה עכ"ל ואין זה שוטה ועפ"ת)".

בתשובת הג"ר יצחק הלוי איש הורוויץ אב"ד קהילות אה"ו שבספר אור הישר סי' כו כתב - "גם מוכח מהירושלמי שמביאין התוס' שם דהיכא דניכר דגנדרפוס אחדיה מודה ר"י דלא מחזקין ליה לשוטה אף במועד ג' פעמים. וגנדרפוס פי' רש"י ז"ל מחמת דאגה יצא יחידי בלילה. ובפ"מ על הירושלמי מפרש בהלה ושעמום".

הרי שלדעתם אין בדיכאון הכרח להגדירו כשוטה. אך הדבר ברור שהכל תלוי בחומרת החולי ועומק הדיכאון. בתשובת עטרת חכמים אה"ע סי' יז כתב - "ומה שרצה מעלתו להמציא שאם השטות מצד חולי מרה

סימן נט

גט שניתן לאשה בעל כרחה באמצעות בית הדין

אלול תשנ"ח

בטרם החל הדיון, השליח הנ"ל הודיע לעדים שהוא עומד למסור את הגט לאשה הנ"ל בשליחות בעלה והעדים קראו את הגט וקיימו חתימתם. השליח והעדים נכחו בדיון, ולאחר שהתברר שלמרות המאמץ הרב שנעשה לשכנעה לקבל גט, היא אינה מסכימה לקבל, ביה"ד הודיעה לה שהיא תאלץ לקבל את הגט בעל כרחה, ומיד אחר כך השליח מסר לה את הגט. באותה עת של מסירת הגט, האשה לא היתה מודעת לכך שהנייר הנמסר לה הוא הגט בעת מסירת הגט, האשה ישבה על גבי כסא והשליח הניח את הגט על גבי השמלה שעליה, ולמעשה הגט הונח על השמלה שמעל רגליה, במקום שאין בו שיפוע אלכסוני, והגט נשאר במקומו ולא נפל על הארץ. לאחר זמן קצר (כשתים או שלש שניות) האשה הרימה את הגט וזרקה אותו על הרצפה. קודם למסירת הגט, השליח אמר בפני בית הדין "בפני נכתב ובפני נחתם", ולאחר מסירתו ביה"ד הודיע לאשה שהיא קבלה גט לשם גירושין. האשה עזבה את אולם הדיונים והשליח הרים את הגט ומסרו לעדים כדי שיקראוהו. לאחר שהעדים קראו את הגט האשה נכנסה לאולם הדיונים פעם נוספת ובקשה לקבל את הנייר שנמסר לה על מנת לקרוא שאכן זהו גט, לאחר שהגט ניתן לה על מנת שתוכל לקרותו, היא קרעה את הגט. וביה"ד הבהיר לה פעם נוספת שזהו גט פטורין.

ההליך הנ"ל אינו מצוי לחלוטין בבתי הדין, ונעשה כמקרה חד פעמי מתוך אילוף, עקב המצב הקשה המתואר לעיל. יצויין, לא היה ספק שגם האשה היתה מעוניינת לסיים את קשר הנישואין עם בעלה, אך ממניעי נקמנות לא עלה בידה להתגבר על השנאה, והעדיפה להשאר במצבה הבעייתי, ובלבד שלא לקבל גט שייטיב את מצבו של הבעל. ללא ספק שבהליך זה בית הדין סייע לאשה להסיר את מניעיה השליליים, ולהגיע ליעד שהיה מועדף עליה, והוא סיום קשר הנישואין עם בעלה.

להלן נבאר בעז"ה את הבסיס ההלכתי של ההליך מתחילתו ועד סופו, וכן את הספקות שהתעוררו במהלך סידור הגט. אך בטרם נפתח בביורר הלכה זו נציין למש"כ המהרש"ם בתשובה חלק ז' סימן יז. לאחר שהמהרש"ם התיר לגרש בעל כרחה באותו נידון שנשאל שם, סיים את התשובה בלשון זו - "מ"מ ידי אל תהי בזה, ועובדא ידענא ששאל הרה"ק ר' משה ליב מסאסוב להגה"צ ר' אפרים בהח"צ, בענין היתר לגרש בע"כ, והשיב שיש בזה חשש סכנת נפשות, דלפעמים מתה ע"י צער, ולכן אין רצוני להורות, והטוב בעיניו יעשה".

פרטי המקרה

בני הזוג נישאו בחו"ק לפני תשע עשרה שנה ולהם שלשה ילדים. כעשר שנים מתנהלים דיונים בבית הדין בתביעת הגירושין של הבעל ובתביעות הדדיות נוספות. וכשש שנים שהם מתגוררים בנפרד. בחדש אב תשנ"ג ניתן פס"ד המחייב את האשה בגירושין, פסק הדין ניתן לאחר שהתקבלו בביה"ד עדויות שהאשה גרה בפרהסיא עם גבר זר. האשה סירבה לקבל, גט וביה"ד פסק להתיר לבעל לשאת אשה אחרת.

בהתאם לנוהלי ביה"ד, התיק נשלח לעיונו של נשיא ביה"ד הגדול הרב הראשי הגר"א בקשי דורון שליט"א, ובחדש שבט תשנ"ד התקבל אישור לפסק הדין, והבעל קבל היתר לשאת אשה שניה. מאז נעשו מאמצים לשכנע את האשה לקבל גט, אך היא עמדה בסירובה ללא הסבר המתקבל על הדעת. ביה"ד ראה בסירובה זה, עיקשות ונקמנות בלבד.

ביה"ד ראה צורך דחוף בסידור בגט על מנת למנוע המשך ללא קץ של המצב הנוכחי שיש בו משום מכשול לרבים, שאשה נשואה, המוחזקת להכשיל אחרים באיסור אשת איש, תשאר במצבה הנוכחי.

וכן הבעל ניזוק מעיכוב הגירושין. כידוע, אדם שעדיין נשוי, אף שכבר קבל היתר נישואין, כל עוד לא סודר ג"פ עם האשה הראשונה, קשה לו למצוא אשה שתסכים להנשא עמו, וכלשון הגמרא במסכת כתובות דף סד. "דאמר כיון דאגידיא בי לא קא יהבו לי אחריתי".

בנוסף לכך, התברר שנגרם לבעל נזק רציני, שאינו מוכר במוסדות הרשמיים כגרורש ואינו זכאי לסיוע ממשלתי כאדם גרורש, סיוע הנחוץ לו במצבו הכלכלי הקשה, על מנת לפתוח דף חדש בחייו ושיוכל לשוב ולהנשא בשנית.

בנסיבות חריגות אלו הוחלט בביה"ד שהבעל ימנה שליח להולכת הגט, ואם האשה תסרב לקבלו מרצונה, הגט ינתן לה גם בניגוד להסכמתה. הבעל מינה סופר ועדים שכתבו וחתמו את הגט, ומינה שליח למסירת הגט. השליח קבל מהבעל את הרשות למסור את הגט בשליחותו, בין מדעתה ובין בעל כרחה.

האשה הוזמנה לביה"ד, ובדיון שהתקיים בהעדר הבעל, האשה הודיעה שאינה מוכנה לקבל את הגט, הכריזה על עצמה שהיא אשה עקשנית, וגם אם יעברו מאה שנה היא תתמיד בסירובה לקבל את הגט, וכי היא מוכנה להכנס לבית הסוהר עקב סירוב זה.

מתגרשת בעל כרחה". ועיין בתשובת הר"ן בסי' מח, ולשיטתו קיים חילוק בין החרם שלא לישא שתי נשים, שלא התקבל בכל הארצות, לבין החרם שלא לגרשה בעל כרחה, שפשט בכל מקום.

אך בספר גט פשוט סי' קיט ס"ק כב כתב - "היה נראה דתקנה זו לא פשטה בכל הארצות כגון בספרד ומערב וכל המזרח, וכן כתב הר"ם אלשקר ס"ס צ"ה. אך הר"ן בתשובתו סי' לח כתב שאנו מחזיקים שיש חרם הקהילות או תקנת ר"ג ופשט איסורו בכל ישראל, והרשד"ם (אה"ע סי' עח) חייש לדבריו".

ובנוגע ביהודה מהדו"ק חלק אה"ע סימן עז כתב בתוך דבריו - "חרם שלא לגרש בע"כ חמיר טפי ופשט בכל ישראל, ויש בכוחו לדחות איסור דאורייתא, וכמבואר בתשובת הר"ן סי' ל"ח".

וכן החתם סופר בתשובה (ח"ו, סימן ע"י) כתב בסיום תשובתו - "ולא יגרש בעל כרחה, כי חרם דבעל כרחה חמיר טפי ונתפשט בכל מקום ובכל זמן, משא"כ לישא אשה על אשתו".

ועיין בשו"ת רב פעלים ח"ב חלק אה"ע סי' יז שכתב בפשיטות לדון חרם דר"ג שלא לגרש אשה בעל כרחה, ביחס לאדם ששמו אברהם שלום שרעבי שהיה מצוי בעיר סינגפור, ולא סבר שהחרם לא חל בקהילות הספרדים שבמזרח.

ועיין בשו"ת ציץ אליעזר חלק י' סי' מו, שם הובא פסק דין מביה"ד האזורי בירושלים (בפס"ד מבעל הציץ אליעזר והג"ר יוסף כהן ז"ל) שפסקו עפ"י דברי הר"ן הגט פשוט הנודע ביהודה והחת"ס, שחרם זה שלא לגרשה בעל כרחה חל גם על יוצאי מרוקו.

אך כשהגיע התיק לדיון נוסף בבית הדין הגדול, לאחר שהבעל עירער על פסק הדין, בית הדין הגדול, בהרכב בראשות הראשל"צ הגר"ע יוסף שליט"א, ביטל פס"ד זה וקבע שחרם זה אינו חל על הבעל.

פסק הדין נמצא בשו"ת יביע אומר חלק ה' חלק אה"ע סי' א', ובעיקרו נשען על פסק המחבר בשו"ע סי' קיט סעיף ו' שכתב - "יכול לגרשה בלא דעתה". אף שבשו"ע סי' א' סעיף י' הוזכר החרם שלא לשאת שתי נשים, אבל החרם שלא לגרש בעל כרחה הושמט לחלוטין מדברי מרן בשו"ע, ורק הרמ"א בסי' קי"ט הביאו.

ועיי"ש ביביע אומר שהביא תשובות חכמי הספרדים שהעידו שלא נהגו בחרם זה ואח"כ כתב, וז"ל - "נמצאנו למדים שכן המנהג פשוט בארצות המערב לגרשה בעל כרחה בלי שום סיבה, ורק שצריך לפרוע לה כתובתה במזומנים. וכן שאלנו לרבני מרוקו שעלו מהתם להכא בשנים האחרונות, על מנהגם בזה בארצות המערב, וענו ואמרו שמעולם לא נהגו איסור לגרש בעל כרחה, ושהמנהג הפשוט בארצותיהם שמייד שהבעל משליש בקופת ביה"ד סכי כתובתה, פוטרים אותו מכל חיוביו, שאר כסות ועונה,

אלא שמהרש"ם דן בכפיית אשה לגירושין, במקרה שבו עילת הכפייה היתה שהאשה חולה בחולי קשה ואינה יכולה לרדת ממטתה, ואינה מסוגלת לעשות דבר, אך עכ"פ מעשה כפיית גט נתפס בעיניה כמעשה שאינו הגון, ומרוב הצער הנגרם לאשה החולנית, היא בסכנה. אך בנידון זה של אפרושי מאיסורא, שבו גם האשה מבינה שבהכרח עליה לקבל גט, הן מדעתה והן בעל כרחה, ודאי שלא נאמרו דברי מהרש"ם.

גירושין בעל כרחה

בתשובת הרשב"ש סי' תיא דן האם בית הדין נזקקין לגרש אשה בעל כרחה, היינו מעיקר דינא דגמרא בלא חרם דרבינו גרשם. וכתב לחלק דין זה לארבעה סוגי מקרים, וכדלהלן.

א. באותן נשים שאסור לגרשה כגון בזיווג ראשון, אסור לביה"ד לסייע לבעל המבקש לגרשה בעל כרחה, ואם סדרו לו גט זה בעל כרחה חייבים נידוי. ב. נשים שאין איסור לגרשן ואין מצוה בכך, ביה"ד אינן נזקקין לסייע לבעל לגרשה בעל כרחה, ובנשים אלו נהגו שלא לגרשן אלא מרצון האשה, ומנהג זה מחייב על פי דין. ג. בנשים שיש מצוה לגרשן כגון שמצא בה ערות דבר כתב הרשב"ש, וז"ל - "הכלל שכל שיש בה דבר פריצות או חשש זנות מצוה לגרשה, ובודאי שבזו אם רצו בית הדין נזקקין לו או מצוה להיזקק לו, ואם אינה רוצה לקבל גיטה יכריחוה לקבלו שהכל מסייעים לדבר מצוה להזדרז בזה". ד. הסוג הרביעי הוא מקרים שעל פי דין כופין את הבעל לגרשה, גם אם אינו רוצה.

ואמנם בימינו לפי מצב הדור, ביה"ד אינו נזקק לכפות אשה בגירושין גם במקרה שנמצא בה דבר פריצות. אבל במקרה דנן שהאשה נפרדה מבעלה והלכה והיתה לאיש אחר בלא שקבלה ג"פ מבעלה, וחויבה להתגרש אך עומדת בסירובה לקבל גט כחמש שנים, ובעקבות סירובה הבעל למעשה מנוע מלהנשא, אף שכבר קבל פס"ד להיתר נישואין, במקרה כעין זה יש מקום שביה"ד ישקול להביאה לקבלת הגט גם בלא הסכמתה, אם אמנם ניתן להסדיר זאת למעשה.

כאמור הרשב"ש כתב דבריו אליבא דדינא דגמרא. ועלינו לבחון הלכה זו לאחר תקנת רבינו גרשם שאין לגרש אשה בעל כרחה, מהו היקף התקנה והאם קיימת מניעה לגרשה בעל כרחה ממש, בנידון כעין המקרה שבפנינו.

ראשית, עלינו לברר אם חרם זה חל בנידון דידן שבני הזוג מקהילות הספרדים, מאחר שהמחבר בשו"ע השמיט חרם זה של רגמ"ה שלא לגרש אשה בעל כרחה, (לעומת החרם שלא לשאת שני נשים שהוזכר בשו"ע אה"ע סי' א').

הר"ן בתשובה סי' לח כתב וז"ל - "אנו מוחזקים שיש חרם הקהילות בדבר או תקנת רבינו גרשם ז"ל, ודבר זה פשוט איסורו בכל ישראל, שלא שמענו ולא ראינו אשה

וי"ל דגם רבינו גרשם מאור הגולה ס"ל כן, וכיון דבע"כ של האשה בעי בית דין ... כיון שתיקן רבינו גרשם שלא לגרש בע"כ וגזר על זה ואסור לגרש בע"כ, א"כ אפילו גירשה בפני בית דין בעל כרחיה מ"מ הא לא שייך לומר דשליחותיהו דקמאי קעבדי, כיון דאסור לעשות כן, ובפרט אם נאמר דגזירתו הוי איסור אדאורייתא, וממילא הגט בטל מדאורייתא.

ומבואר מדבריו שגם במקום שנותנים גט לאשה בעל כרחיה על פי דין, דומיא דנידון דידן, מלבד שהדבר חייב להעשות בפני בית דין, גם עניין זה הוא מעכב בחלות הגט. ועיין בספר עונג יו"ט סי' קנה שכתב ג"כ כעין סברא זו. אך לא זכיתי להבין טעמו של דבר.

הטעם שמוטל לעשות דבר זה בפני בית דין באר הבית הלוי - "דכל דבר הנעשה בשל חבירו שלא ברצונו בעי בית דין". אך מהיכתי תיתי יבוטל הגט לאחר שכבר ניתן, שלא בפני בית דין, וכי משום שעברו ולא הקפידו לכנס בית דין בעת מתן הגט תהיה ריעותא בעצם חלות הגירושין. ומרשי"י בריש סנהדרין אין גילוי אלא שקיימת הוראה לכתחילה כיצד יש לנהוג בגירושין בעל כרחיה, אך מאחר שהבי"ד אינן פועלין בחלות הגט, וכמו שגם הבית הלוי מסכים, דבעלמא בסדור הגט לא בעי בי"ד, א"כ מדוע יבוטל הגט בדיעבד בגט הניתן בעל כרחיה, עקב חסרון שלא נעשה בפני בי"ד. ואין ללמד מהא דבעינן בית דין בגט המעושה כדן, שעישו את הבעל כדן, דבלא בית דין איכא ריעותא בדרך שהביאווהו לומר "רוצה אני", והגט נידון כגט הניתן בלא רצון הבעל שאינו מתיר, משא"כ בגירושי אשה בע"כ, שהאשה אינה פועלת דבר בקבלת הגט, ומהני אף כשאינה יודעת בעת קבלת הגט שקבלה את גיטה, וכמו שיבואר להלן.

ועיין בספר ליקוטי תשובות ר' אליעזר (תשובות הגר"א גורדון ז"ל) בסוף סי' ו' במש"כ לבאר דינו של בית הלוי, אך בסוף דבריו כתב "ולענ"ד דבר זה שחידש הבית הלוי, דגירושין בעל כרחיה מדינא בעי בית דין, נסתר מגמרא קידושין ס"ב האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר אינה מקודשת אף שבידו להתגייר, אמרינן דגר צריך שלשה שוב לא הוי בידו דמי יימר דמזדקקי ליה בי תלתא. ופריך אלא מעתה האומר לאשתו הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשיך תהא מקודשת שבידו לגרשה. ואי אמרת דגט בע"כ צריך בית דין, א"כ אין בידו לגרשה דילמא לא מזדקקי ליה בי תלתא, והיא ראייה חזקה".

אך אין בכל זה נ"מ לנידון דידן שהכל נעשה בפני בית דין של שלשה, שהורו כדן.

ונחזור למה שכתבנו שבמקום שהאשה נאסרה על בעלה, אין חרם דרבנו גרשם, אף שזו סברא פשוטה, כך עולה גם מפסקי הרמ"א בסי' קטו ס"ד ובסי' קיט ס"ו וכן בשו"ת מהרש"ל סי' לג, וכן פסק בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' קכ. ולמעשה כבר בראשונים מצינו דבכה"ג לא החרים רבינו גרשם, עיין בהגהות מרדכי יבמות סי' קכב שפסק באשה

ומגרשים את האשה, ואם האשה מסרבת להתגרש מתירים לבעל לשאת אשה אחרת עליה, וא"כ ברור הדבר שלא צדקו חברי ביה"ד האזורי בירושלים שפסקו כל בטר איפכא מן האמור לעיל".

לפי זה במקרה שבפנינו נשאר הדין כדינא דגמרא, ויכול לגרשה בעל כרחיה ממש, וכמו שפסק הרשב"ש.

אך הנידון באותו מקרה בתשובת יביע אומר היה בבני זוג שנישאו במרוקו, וביחס אליהם קבע הראש"ל צ"ה הגר"ע יוסף שליט"א שהחרם אינו חל עליהם, אך כידוע שכאן בארץ ישראל גירושין בעל כרחיה אינן מצויין כלל, ויש לדון האם כל הדרים כאן, קבלו על עצמם חרם דרבינו גרשם שלא לגרש אשה בעל כרחיה.

אך גם אם לא מכח חרם אתינן, עכ"פ יש לדון מכח מנהג המקום, וכפי שמצינו בשו"ע אה"ע סי' א'. אמנם השו"ע שם פסק שלא פשטה תקנת ר"ג שלא לשאת שתי נשים, מ"מ בסעיף ט' כתב, וז"ל - "נושא אדם כמה נשים, והוא דאפשר למיקם בסיפוקיהו ... ובמקום שנהגו שלא לישא אלא אשה אחת, אינו רשאי לישא אשה אחרת על אשתו", והיינו מטעם שכך קבל על עצמו בשעת הנישואין ועל דעת כן נישאה לו, וכדין חמר שאינו רשאי להיות גמל. ועל כן ה"ה בענין זה, מאחר ונשאה במקום שנהגו שלא לגרש אשה בעל כרחיה, על דעת כן נשאה, ואף שלא נדון עליו את החרם, מ"מ אינו רשאי לגרשה בעל כרחיה.

וז"ל הבית יוסף אבן העזר סי' קיט - "כתב הרשב"א בתשובה (ח"ד סי' קפו) כל שנשא במקום שאין מגרשין אלא מדעת האשה, סתמו כפירושו ועל דעת כן נשאה שלא יגרשנה אלא מדעתה, ואם יגרשנה שהוא חייב במה שנהגו לחייב העובר על אותו מנהג, בין בקנס בין בנידוי, ואפילו הוציאה מהמקום ההוא והוליכה למקום אחר אינו רשאי לגרש אלא על פי דרך מנהג מקום הנישואין, שעל מנת כן נשאה, וכל שכן אם יש שם הסכמה ידועה, ויכולים הם לקנסו באותו קנס או לנדונו כאילו נשא וגירש שם עכ"ל".

העולה מדברינו שביחס לכל אשה הנישאת כאן בארץ ישראל יש איסור לגרשה בעל כרחיה.

אך איסור זה אינו חל במקום שהאשה נאסרה על בעלה, ובכה"ג לא החרים רבינו גרשם שלא לגרשה בעל כרחיה.

והנה במקום שחל חרם דרבינו גרשם שלא לגרשה בעל כרחיה ועבר על החרם י"א שהגט בטל, עיין שו"ת מהר"ם מינץ סי' יז. ובספר בית הלוי בסוף חלק א' כתב, וז"ל - "מדהצריכה המשנה (בריש מסכת סנהדרין) במיאון שלשה, ופרשי" משום דתיקנו רבנן כעין דאורייתא, והרי במיאון הוי בעל כרחו של הבעל כמו בגט בעל כרחיה של האשה, דהא אין צריך לשום מעשה דידי' כלל רק היא ממאנת בו, ואם נאמר דבע"כ דידה לא בעי בית דין, גם במיאון אין צריך בית דין ... ומוכרח דס"ל לרש"י דגם בע"כ של האשה בעי בית דין, דאע"ג דהתורה אמרה שמתגרשת בעל כרחיה, מ"מ ס"ל דכל דבר הנעשה בשל חבירו שלא ברצונו בעי בית דין לזה.

בעלה, אין כופין אותה לקבל גט בעל כרחה בלא שתאמר רוצה אני, אלא יכפוה בכל דרכי הכפייה עד שתאמר רוצה אני.

אך נראה שאף לשיטה זו, הסברה להשוות את כח האשה לכח האיש, ולהמנע מלזרוק לה גט בעל כרחה, נאמרה רק בנשים שהדין מחייבן לקבל גט מחמת מומין כגון נכפית. משא"כ באותן שמצוה לגרשן עקב מעשיהן, באלו אנו קובעים שמעיקרא לא חלה תקנת ר"ג במקום מצוה. וכן מוכח מדברי הרמ"א, שבסי' קיז הביא להלכה את תשובת הרא"ש, ומאידיך פסק בעוברת על דת שיוכל לגרשה בעל כרחה, ובפשיטות משמע בעל כרחה ממש, ולא רק כפייה עד שתאמר רוצה אני, וכן כתב בשו"ת דברי חיים ח"א חלק אה"ע סי' נ' סי' נא.

וכן הנודע ביהודה גופיה, אף שהוא מבעלי שיטה זו שלגמרי הושוו כח האשה לכח האיש, אפ"ה בתשובה תניינא חלק אה"ע סי' כו (הובא בפת"ש סי' קטו ס"ק יד), התיר לגרשה בע"כ.

אמנם בשו"ת חוט המשולש (להגר"ח מוואלאזין ז"ל) סי' יב הסתפק בזה שמא לדעת הרא"ש אף במקום שהאשה מחוייבת בג"פ לא יוכלו לגרשה בע"כ, דלגמרי השוו האשה לאיש, ונ"מ בנידון דנן אליבא דהסוברים שבכל מקום פשטה התקנה שלא לגרש בעל כרחה. אך גם מסקנת החוט המשולש היא שאפילו אם אמנם זוהי שיטת הרא"ש, הלכה למעשה אין לחוש, ויכול לגרשה בעל כרחה. וז"ל הגר"ח ז"ל - "לדינא איכא למימר, דגם הרא"ש ז"ל ס"ל כסברתו הראשונה דבכה"ג לא גזר ר"ג, הואיל והדין הוא לגרשה. ואף אם נימא דהרא"ש ספוקי מספקא ליה אי גזר ר"ג גם בהא, מ"מ חכמי דורו שהסכימו שם לדעתו, כתבו בפשיטות דבכה"ג לא גזר ר"ג. ואף דמש"כ שם וכי סבור אתה שר"ג עשה תקנתו על עוברת ע"ד איננה ראייה מכרעת, דאף אם נאמר שר"ג הושוו מדותיו ששום אדם לא יגרש בע"כ, הרי נתן רשות לחכמי קהילות להתיר והמה יתירו במקום שהדין הוא לגרשה. וכן אני מורה ובא שלכתחילה צריך הסכמת ג' קהילות, והיינו משום חומרא כראוי להחמיר בדורינו מה שהפרוץ מרובה בעה"ר. אבל לדינא אין לנו אלא דברי רבותינו הראשונים והאחרונים ז"ל. הראשון שבראשונים הוא מהר"ם מרוטנובורג ז"ל בתשובה, הובאו דבריו גם במדרכי והג"א בכתובות בפרק המדיר, דבעוברת על שבועה לא בעו הסכמת חכמי קהילות, וכן כתב הרמ"א ז"ל והאחרונים ז"ל בפשיטות דהיכא שמהדין הוא לגרשה יכול לגרשה בע"כ ולא חיישינן לספיא דהרא"ש ז"ל".

ובשו"ת יהודה יעלה ח"ב חלק אה"ע סי' צד שאל הגאון מהר"י אסאד את החתם סופר, וז"ל "ע"ד הפסק דין הרצוף פה ... שיכול לשלח את הרשעה מתוך ביתו ולדונה בגירושין בע"כ ... יורינו כבודו על איזו אופן יהי הכפייה אם תעמיד במרדה שממאנת לקבל גיטה, אם לתפשה על ידי עכו"ם והבעל או שלוחו ישליך הגט לחיקה או יתחבנה לידה בע"כ,

שיש עליה עידי כיעור - כ"ללא דמילתא אסור לקיימה ורשאי לזרוק לה גט אם יוכל בעל כרחה ואם אינו יכול ישא אחרת".

וכן בתשובת הרשב"א חלק א' סימן תקנו כתב - "שאלת על אודות דברי ראובן שראה דברים מראים באשתו שזינתה. אם תיקן בזה רבינו גרשון ז"ל שלא יגרשנה.

תשובה איברא כל כי האי גוונא חס ושלום שלא יתקן הרב ז"ל שלא יגרשנה. אדרבה הרב ז"ל מצריך לגרשה כדי שלא יהא רשעה בתוך ביתו ... ואפילו אם תמצא לומר שהוא מדת חסידות, מכל מקום מפני מדת חסידות מוציאה, והיאך יתקן הרב ז"ל שלא יתנהג במידת חסידות. ועוד מסתברא לי דשמעינן לה מדבית שמאי דאמרי לא יגרש אדם את אשתו אלא אם כן מצא בה ערות דבר ... נראה דלאו בעדים ממש קאמר דאם כן למה הוצרך הכתוב לומר לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה לשוב לקחתה, והלא אסורה היא לו וחייב לגרשה לכתחילה. ועוד דהא קאמרי לא יגרש אלא אם כן מצא בה. ואי בעדים ממש אדרבה ככי הא חייב לגרש על כרחו. אלא ה"ק בית שמאי כל זמן שמצא בה דברים מכוערים בשני עדים מצוה לגרשה ולהוציא רשעה מתוך ביתו".

האם לאחר חדר"ג יוכל לכפותה להסכים לקבל גט, אך לא גירושין בע"כ ממש

בשו"ע סי' קי"ז סעיף יא פסק - "מי שנודע לו שאשתו נכפית, ורוצה לגרשה ואינו משיג כדי כתובתה, כופין אותה לקבל גט (ואין בזה משום תקנת רבינו גרשם), ויתן הנמצא בידו לכתובתה, והמותר כשתשיג ידו, ואם תמאן לקבל גט, ימנע ממנה שאר כסות ועונה. הגה. ודוקא במום גדול כזה שאלו היה באיש היו כופין לגרש מדין התלמוד, ולא תקן ר"ג שתהא האשה עדיפא מאיש (תשובת הרא"ש כלל מ"ב)". ועיין בח"מ סק"כ ובב"ש ס"ק כב.

והנה כמה מהפוסקים שייבאו להלן, לא קיבלו את הסברה העולה מהחלקת מחוקק שדרך הכפייה האפשרית היא, למנוע ממנה שאר כסות ועונה בלבד, אך לא כפייה גדולה מכך. וכמו כן אותם פוסקים לא קבלו את דברי הב"ש שיכול לזרוק לה גט בעל כרחה ולגרשה ללא הסכמתה כלל, אלא דעתם היא שרבינו גרשם הושוו לגמרי את כח האשה לכח האיש, וכשם שבאיש נכפה, אליבא דשיטת הרא"ש, יכפוהו עד שיאמר רוצה אני, וע"י כך יהא נידון כמגרש מרצונו, כך באשה יכפוה עד שתאמר רוצה אני ויחשב כמגרש לרצונו. אך לא נוכל לכפות גירושין גם ללא אמירת רוצה אני, כשם שבבעל אין כופין גירושין בלא אמירת רוצה אני.

כן כתבו הגרע"א בגיליון שו"ע שם ובפת"ש (שם סק"ה) בשם הנודע ביהודה ובהפלאה קו"א ס"ק יז. ולפי שיטה זו, לכאורה היה מקום לומר שרבינו גרשם הושוו מידותיו ליפות כח האשה ככח האיש, וגם במקום שהאשה נאסרה על

אלא דגם יש תיקון העולם שתהיה פנויה ולא אשת איש ותכשיל רבים ותרבה ממזרים. ואיך יעלה על הדעת דרבינו גרשם החרים שלא לגרשה בעל כרחיה, אם אי אפשר בשוטים. אבל בסי' קי"ז דמיירי בנכפית או שאר מומין, שהיא אשה כשירה, בזה מסתבר כהרא"ש כנ"ל. ואפילו אם נאמר דכיון שיש לכופה בשוטים אין לגרש כלל בעל כרחיה ממש, מ"מ בזמנינו דמצד חוקי המדינה אי אפשר כלל לכופה בשוטים, הרי יש תיקון העולם גדול לגרש הזונות ע"י זריקת הגט כדי להסיר מכשול מישראל, וכן הייתי עושה בנידון דידן".

מסקנת הדברים - בנידון זה, שהתקבלו בביה"ד עדויות שהאשה מתגוררת בפרהסיא עם אדם אחר תקופה ממושכת, וביה"ד פסק שהיא אסורה על בעלה וחייבת בגירושין, הבעל יכול לגרשה בעל כרחיה, וניתן לנהוג כך כהוראת שעה.

גם אילו נאמרה תקנת ר"ג ביחס לזוג זה, עכ"פ במקום איסור לא תיקן רבינו גרשם, מה עוד שיש כאן משום אפרושי מאיסורא.

הערת המהרש"ם בגירושין בעל כרחיה במורדת

מהרש"ם בתשובה חלק א' סי' כא העיר בשאלת תוקף גירושין בעל כרחיה, בכל אשה שהפסידה זכותה לכתובה ומזונות, ח"ל "ראיתי שהביא כת"ר דברי הרשב"א גיטין (ע"ד), דהא דמהני גט בע"כ, אף דנתינה בע"כ ל"ש נתינה, דהא אין בעלה קנוי לה. אלא שיש לאשה שיעבוד על בעלה, והוא מסלק שיעבודה ע"י הגט. ואם נאמר שאינו יכול לסלקה אלא מדעתה, אתה מחייב אותו בעל כרחו, ואל תחייבהו ... עלה בלבי, דלפ"ז בכה"ג דנ"ד שהבעל פטור מכל חיוביו לנגדה, שהרי נשבעה שלא ליהנות ממנו, וגם היא מורדת ומסרבת, וכמ"ש כת"ר. א"כ שוב לא יועיל מדינא גט בע"כ, דנתינה בע"כ ל"ש נתינה. והוא הערה גדולה. אך לפ"ז קשה גם בעוברת על דת משה דהפסידה כתובתה וכל חיובי הבעל, ותיקשי, דלא יוכל לגרשה בע"כ מן התורה, וצ"ע".

אמנם קשה לקבל הערה זו כנגד סתימת כל הפוסקים שכתבו שמדינא דגמרא יכול גרשה בעל כרחיה ולא כתבו למעט נידון שאינה זכאית לכתובה ומזונות.

ובספר עמק הלכה (להג"ר יהושע בוימפל ז"ל) ח"א סי' טז השיג על דברי מהרש"ם, וכתב - "גוף היסוד שהניח הגאון מהרש"ם לדעת הרשב"א היכא שהבעל נפטר מחיוביו לא מצי לגרש בעל כרחיה, דאז נתינה בעל כרחיה לא שמה נתינה. אין לו קיום, ובמחכתה"ג לא עיין בדברי הרשב"א, דזה לשון הרשב"א ... ותמצית הדברים דנתינה בעל כרחיה דלא הוי נתינה, הוא רק היכא שהמקבל מפסיד על ידי הנתינה דבר שהיה שלו מקודם, אבל היכא שאינו מפסיד מה שהיה שלו אין זה בגדר נתינה בעל כרחיה. ולכן כיון שאין הבעל קנוי לאשתו, א"כ בנתינת הגט לידה אינה מפסידה מה שהיה שלה, כיון שאין הבעל שלה ... ורק דהא יש לה שיעבוד על

או לכפותה ע"י מושלים עשה מה שישראל אומרים לך עד שתאמר רוצה אני".

ובסי' צה כתב מהרי"א אסאד תשובה נוספת בה הביע את דעתו, וז"ל - "ונחזה אנן, הנה הגאון בתשובת נוב"י תניינא סי' ק"ד מחלק אה"ע השיג על הח"מ וב"ש ותשובת מור"ם לובלין בפירושו כוונת תשובת הרא"ש כלל מ"ב וגם לדינא, וסיים דבע"כ לזרוק לה הגט שלא לרצונה לא החליט הרא"ש והן ולא ורפיא בידי, ולכן א"א לעשות מעשה בזה ... ותמיה לי איך לא ראה הגאון נוב"י ז"ל גם פסק גאון אחד ושמו מרדכי בר יוסף שכתוב אחר פסקו דהרא"ש והגאון ריב"ם הנ"ל ח"ל שורת הדין כאשר כתב מורי הרא"ש ז"ל וכו' וכי סבור אתה שר"ג ז"ל עשה תקנתו על עוברת הדת וחמירא סכנתא מאיסורא וטוב לה שתפייס וכו' שאם יזרוק לה גט מי יבא אחרי וכו', הרי ביאר דבריו מאחר שלא עשה רגמ"ה תקנתו בכה"ג בע"כ ממש ע"י זריקת הגט מותר, ואע"ג שכתב לישנא דדיעבד אם יזרוק וכו' אחר אשר כבר עשהו אם איתא דלכתחילה אסור לעשות מעשה, אטו ברשיעי עסקינן שיכנוס א"ע בספק חרם דרגמ"ה. וגם הגאון אחר ריב"ם הנ"ל פתח דבריו ז"ל כאשר כתב מורי הרב אשר כן נ"ל, ואם דעת שני הגאונים תלמידי הרא"ש נוטה לצד הראשון שכתב הרא"ש וכתבו כן על שם רבם הרא"ש ודאי הכי עיקר. ... ועוד י"ל אפילו אם היה הרא"ש מחליט לאיסור בזריקה, היינו משום דהרא"ש לטעמי' דס"ל אפילו אחר אלף החמישי לא כלתה גזירת הגאון, אבל לדידן דנקטינן המחבר בסי' א' כשמועת עדות הרשב"א ומהרי"ק סוף שורש ק"א דאחר כלות אלף החמישי פסקה גזירתו, ואילו היה שומע מה ששמע הרשב"א היה מקבלו, כמ"ש בתשובה ב"י סוף סי' י"ד בדיני נישואין שחתם עליו יוסף בר מאיר יעו"ש, א"כ לדידן רק עפ"י המנהג ההוא, ובכה"ג דליכא מנהגא ליכא למימר להשוות המידות וודאי מותר לגרש בע"כ במקום מצוה אפילו בזריקה, כ"ז נ"ל להצדיק הצדיק דמעיקרא הב"ש ומור"ם לובלין הנ"ל ולא כנוב"י".

ובספר זכר יצחק (מהדורת מכון ירושלים) ח"ב סי' ט' תמה על מש"כ הנודע ביהודה דלאחר חרם דר"ג, הכפיה היא שתאמר רוצה אני, אך לא לזרוק לה גט בעל כרחיה. ח"ל - "הכי אחר החדר"ג בעי רצונה לחלות הגט, דרבינו גרשם אין בכוחו לחדש דינים, כי אם לאסור בשביל תקנתה, וכל שמתרצית חל הגט לא בשביל רצונה. וא"כ מה מקום שנכופה עד שתאמר רוצה אני, ומה תקנה לה בכך ומה תועלת יהיה מזה, והם דברים תמוהים".

ובספר שו"ת דור רביעי ח"ב סי' לו, דן במקרה דומה לנידון, דנן באשה פרוצה שאינה מסכימה לקבל גט, ונשאל אם יש לאכופף עליה את קבלת הגט. והביא מתשובת הרא"ש והנודע ביהודה וכן מדברי הרמ"א בשלשה מקומות, סי' קי"ז לעומת סי' קט"ו וסי' קי"ט, וכתב - "ע"כ דחילוק יש בין הנושאים, והוא משום דבסי' קט"ו וקי"ט מיירי באשה פרוצה רעה בדעותיה ומעשיה. ועוברת על דת, דלא די שפשעה,

הרבה מגדולי הפוסקים שדנו בדברי הנודע ביהודה דחו דבריו, במה שכתב ללמד דין זה מתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים.

הבית מאיר אה"ע סי' קטו ס"ד חלק על הנודע ביהודה, וכתב - "דגירושין לא מיקרי כלל במקום שחב לאחרים, דהא באמת אינו חב אלא לדידה ... גבי גירושין שכן דרכי התורה שהאשה משועבדת לקבל גיטה כשרוצה לגרשה, ולהכי יכול לגרשה אף בעל כרחא ואף ע"י שליח, ולא מיחשב כלל במקום שחב לאחרים".

וכן הקצות החושן (סי' קפב ס"ק ב') דחה את דינו של הנודע ביהודה, וכתב שאינו נידון כתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים. וז"ל הקצות - "נראה דלפי מ"ש בש"ע סי' קה (סעיף ג') דאם הלואה אומר לאדם זכה כו', אין אחד מבע"ח יכולים לגבות שכבר זכה בהם אחר ע"ש. ושם (סק"ג) כתבנו הטעם דאע"ג דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא מהני אפילו שויה שליח וכמבואר שם בש"ע. ומשום דנכסי הלואה אינן, ויכול אדם לעשות בשלו מה שירצה, וה"ה דיכול להקנותן ע"י שליח, אע"ג דחב לאחרים, ודוקא תופס לבע"ח הוא דלא מהני ע"י שליח, דכיון דאכתי לאו דידיה נינהו אלא אחר שיתפוס וע"ש, והא דאשה, לאומר הלואה, זכה דמי, כיון דהתורה נתנה לו לבעל רשות לגרש בע"כ ויכול לחוב אותה ה"ה דיכול נמי ע"י שליח לחוב אותה".

וכן בספר אבני נזר (חלק אה"ע סי' יג) דחה את דינו של הנודע ביהודה, אך כתב הדברים בסגנון אחר.

הנידון באבני נזר היה במי שאשתו היתה עוברת על דת משה אשר דינה מפורש ברמ"א סי' קטו ס"ד שיכול לגרשה בע"כ אפילו בלא התראה, והבעל רוצה לגרשה בע"כ ע"י שליח. וז"ל האבני נזר בתשובה - "מ"ש הנודע ביהודה, דאפילו מדינא דגמרא אינו יכול לגרשה ע"י שליח בעל כרחא, משום תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, לית דחש לה. ומפורש בגיטין (דף י') בשליחות בע"כ דבגירושין איתא. והטעם בזה פשוט לפמ"ש הרשב"א גיטין (ע"ה) בהא דמספקא ליה בנתינה בע"כ, וכתב הרשב"א וז"ל תמוה לי אשמעתין אמאי לא דקי לה מקרא דהא גבי אשה כתיב ונתן בידה וקי"ל דמתגרשת בע"כ. ומסתברא דלא אמרו נתינה בע"כ לאו שמיה נתינה אלא בנתינה שמפסיד בכך המקבל מה שהיא שלו וכו' אבל גבי גט אשה שאין בעלה קנוי לה, שאינו מקיח את עצמו, אלא שיש לאשה שיעבוד על בעלה בעודה תחתיו, כשהוא בא לסלק שיעבודו מעליו, אם אתה בא לומר שאינו יכול לסלקו אלא מדעת האשה נמצא אתה מחייב את שלו בע"כ ואל תחייבהו עכ"ל, וע"כ לא מקרי חב לאחרים שאינו נוטל את שלה רק שמסלק השיעבוד מעליו, ואינו בדין שתעכב עליו מלעשות שליח לכך".

וכסברא זו כתב בספר גט מקושר (סג"ר סי' ריד) לדחות את דינו של הנודע ביהודה.

ובשו"ת ספר יהושע (פסקים וכתבים סי' קכט) דחה שיטת הנוב"י שדן דין תופס לבעל חוב בגירושין אשה בע"כ ע"י

הבעל, וא"כ הרי היא מפסדת השיעבוד על ידי הנתינה, על זה קאמר הרשב"א דלסלק שיעבודו לא בעי דעת האשה, דא"כ אתה מחייבו בעל כרחו, ולכן יכול לסלק שיעבודו בלא דעתה, זה תו"ד הרשב"א. ולפי זה היכא דאין לאשה שום שיעבוד על הבעל, אדרבא עדיף טפי, וכ"ש הוא דמהני הנתינה בעל כרחו, דהא אין מפסדת כלל, וממילא במורדת וכהאי גוונא לא שייך כלל לדון משום נתינה בע"כ, וזה פשוט וברור".

גירושין בעל כרחא על ידי שליח

במקרה שבפנינו, לא היתה קיימת אפשרות מעשית שהגט ינתן לה על ידי הבעל בעצמו, ולכן הבעל מינה שליח למסירת הגט. הנודע ביהודה (מהדו"ק חלק אה"ע סי' ב') כתב דלדינא דגמרא, אף שאשה מתגרשת בעל כרחא, מ"מ אין אדם יכול לגרש אשה בעל כרחא על ידי שליח, והובאו דבריו בפת"ש אה"ע סי' קיט סק"ו.

וז"ל נודע ביהודה - "נלפע"ד שלפי סברת הרא"ש במסכת גיטין דף יא: גבי תופס לב"ח במקום שחב לאחרים, שפסקו כל הפוסקים דאפילו עשאו הבעל שליח, ודלא כרש"י, וכתב הרא"ש הטעם אף דבכל התורה שלוחו של אדם כמותו, משום דלאו כל כמיניה לשויה שליח במקום שחב לאחרים. ובוזה אמרתי דין חדש מה שלא נזכר עדיין בשום פוסק דאפילו קודם חרגמ"ה ולדינא דגמרא דמגרש אדם אשתו בע"כ, מ"מ ע"י שליח אי אפשר לגרש בע"כ דאי אפשר לשויה שליח לחוב להאשה ... ולפ"ז הוי שליח לגרש כמו שליח לקדש. וכשם ששליח לקדש אי אפשר לשליח לגמור הדבר בלי רצון האשה, כן גבי שליח לגרש אין ביד השליח לגמור הדבר בלי רצון האשה".

שיטת הנודע ביהודה לא התקבלה.

רבים הקשו מהגמרא במסכת גיטין דף י: "בשליחות בעל כרחא דבגירושין איתא ובקידושין ליתא". ומהסוגיא בגיטין דף כא. "מתקיף לה רב שימי בר אשי" וכו' וברש"י ד"ה והא שליחות.

וכן המרדכי כתב בפשיטות דשליח להולכת הגט יכול לגרשה בעל כרחא. המרדכי בריש פרק שני בקידושין הביא את דינו של הקדוש מרדוש ששליח לקידושין אינו יכול לעשות שליח במקומו דמילי לא מימסרן לשליח, ובתוך דבריו כתב בלשון זו - "ואע"ג דגבי גט קי"ל שליח עושה שליח ולא הוי מילי, משום מסירת הגט, הכא נמי הא איכא מסירת הטבעת. לא דמי דגבי גט אשה מתגרשת בעל כרחא ומיד כשיגיע הגט ליד השליח הרי היא כאילו מגורשת, הלכך לא הוי מילי, שהרי השליח יכול לגרשה בעל כרחא דיד השליח כיד הבעל, אבל שליח של קידושין אם לא תאבה האשה אינה מתקדשת הלכך ה"ל מילי".

הגרי"פ פערלא ציין לדברי בעל העיטור שכתב בפשיטות דלא כסברת הנודע ביהודה, וז"ל בעל העיטור ח"א אות ש' ריש הלכות שלישות הגט - "קיימא לן שלוחו של אדם כמותו, וכי היכי דבעל נותן בעל כרחא הכי נמי שליח".

מלבד זאת בנידון דידן, לאחר שביה"ד פסק שהאשה אסורה על בעלה, בכה"ג אף הנודע ביהודה גופיה מודה דיכול לגרשה בעל כרחיה על ידי שליח. הנודע ביהודה במהדורה תניינא (חלק אה"ע סי' קי) כתב - "מה שתמה על מה שכתבתי בנוגע ביהודה (קמא) בחלק אה"ע סי' ב' דלדעת הרא"ש דלאו כל כמיניה לשויייה שליח לחוב לאחרים אי אפשר לגרש ע"י שליח בעל כרחיה של האשה אפילו לדינא דהש"ס דלא מצי משוי שליח לחוב להאשה, ועל זה הקשה מעלתו דזה נגד תלמוד ערוך בגיטין דף י.

בשליחות בע"כ בגירושין איתא ובקידושין ליתא. אהובי ידידי דבר זה נשאלתי כבר מכמה חכמי הדור ובתוכם גם בני הרב הגדול מו"ה יעקבא נ"י מק"ק בראד שראו דבר זה בספרי. והנני מעתיק לו אשר השבתי לבני בזה שאין מדברי הגמרא שום סתירה לדברי. הנה אף שיצאתי ללמד דבר חדש דלדברי הרא"ש שאינו יכול לעשות שליח לחוב לאחרים אינו יכול לגרש אשתו בע"כ ע"י שליח, והקשו הרבה מחכמי הדור שהרי מבואר בגיטין דף י"ד ע"א בשליחות בע"כ דבגירושין איתא ובקידושין ליתא וכן הקשו מסוגיא שבדף כ"א ע"א ... ואומר אני שמכל זה אין שום השגה, שגם לדידי עכ"פ משכחת שליח להולכה אפילו בע"כ. שעד כאן לא אמרתי דלא מצי מגרש בע"כ ע"י שליח, משום דלא מצי משוי שליח לחוב להאשה, אלא היכא דהגט הוא חוב להאשה, אבל היכא שאין הגירושין חוב לה, כגון ארוסה שעדיין אינו זוכה בשום דבר משל בעלה שיהיה הגט מיחשב חוב, ואפילו לאסרה לכהונה משכחת שאין הגט חוב לה כגון שנתגרשה מאיש אחר, וכמו כן שזינתה תחת בעלה שנאסרה על בעלה והפסידה כתובתה וכל תנאי כתובה, שוב אין הגט חוב לה שהרי אינה מפסדת מאומה ע"י הגט ואדרבה זכות הוא שמתירה לשוק".

וע"ע בשו"ת תשורת שי קמא סי' רלא (ובמהדורות אחרות סי' רל) שכתב שבכל מקום שיכול לגרשה בעל כרחיה ושם תסרב יהא רשאי למנוע ממנה שאר כסות ועונה כמבואר בתשובת הרא"ש כלל מב, לא גרע דינה מארוסה ומודה הנודע ביהודה שיכול לגרשה בע"כ על ידי שליח.

מסקנת הדברים - רבו החולקים על דינו של הנודע ביהודה, ובראשונים סתמו דלא כוותיה, והאבני נזר כתב - "לית דחש לה". ואף לשיטת הנודע ביהודה, בנידון דידן שביה"ד פסק לאוסרה על בעלה והפסידה כל תנאי כתובה, והבעל קבל היתר לשאת אשה אחרת, לכו"ע יכול למנות שליח שיגרשנה בעל כרחיה.

יש לציין שבמקרה כעין זה שהבעל ממנה שליח למסירת גט בעל כרחיה ראוי שיאמר בפירוש שממנה אותו לתת את הגט בין מדעתה ובין בעל כרחיה. וכן לא יאמר כנוסח המקובל בסדר הגט שממנה אותו שליח ליתן הגט לידה, אלא יאמר בפירוש שיוכל לתת את הגט בין לידה ובין על בגדיה או לחצרה. אמנם גם אם הבעל יאמר כנוסח המקובל בסדר הגט בנוסח מיני שליח להולכה אין לחוש, כמבואר

שליח, וז"ל - "ולענ"ד לא קרב זה אל זה. דבשלמא בתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, הרי תיכף שתפס בשביל אחד הוא חב לאחרים בתפיסתו, א"כ התפיסה הוא תיכף חוב לאחרים שהם אינם יכולים לתפוס עוד. משא"כ גבי גט הרי בזמן שהגט תחת יד השליח אין כאן שום חוב עדיין אפילו לאשה, רק החוב בא לאיש על ידי קבלתה בעל כרחיה, ואז נסתלק השליח משליחותו לגמרי, ולכן אין כאן שום חוב בעת שליחותו דנימא דהוי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים כלל, ודוק".

ובשו"ת פרשת מרדכי (לגר"ר מרדכי בנעט ז"ל) חלק אה"ע סי' ט' כתב - "סברתו שדימה זאת לתופס לבעל חוב וכו', לא דמי כלל כי עוכלא לדנא, שכאן כיון שיש לבעל רשות וכח לגרשה בעל כרחיה, ה"ה דמשוי שליח ג"כ בעל כרחיה. משא"כ בתופס לבעל חוב, איהו גופא מי קא שרי לתפוס לנפשיה בעל כרחיה".

ובספר אבן יקרה ח"א חיו"ד סי' נ' בהגה"ה כתב לדחות את דברי הנודע ביהודה, וכתב - "דבר זה לא ניתן להאמר כלל שלא יהיה שייך מינוי שליחות לחוב לחבירו, דא"כ מה יענה הרא"ש ז"ל לש"ס ערוך קידושין (דף מ"ב ע"ב) דמקשינן שם מהא דתנן השולח את הבעירה כו' שילח ביד פקח חייב, ואמאי נימא שלוחו של אדם כמותו, עי"ש. ואי נימא דלהרע לחבירו לא מהני מינוי שליחות, הא אין התחלה לקושיית הש"ס. והאמת יורה דרכו, דכל מה שנשתמשו בדינא דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, הוא דוקא היכי שתפיסת השליח קונה למשלח או למי שנשתלח לו, כמו בתפיסת שליח עבור בעל החוב, או במזכה גט ע"י אחר שבליקחת השליח את הגט מתגרשת, דעל זה שפיר שייך לומר שאין בכוחו של זה לעשות שליח כזה שעל ידי תפיסתו עבור זה יגרע כח האחר. משא"כ כשעושה שליח שימסור הגט לידה, ורק בליקחתה היא מתגרשת, והשליח אינו קונה לה בליקחתו, מה ענין זה לתופס לבעל חוב, בודאי הוא יכול לעשות שליח למסור הגט לידה אפילו בעל כרחיה, היכא שמצד הדין יכול לגרשה בעל כרחיה, ואע"ג שחוב הוא לה, אין בכך כלום".

וכן חלקו על הנודע ביהודה הגרע"א בתשובתו בחת"ס (חלק אה"ע סי' קנב בסוף התשובה) והחתם סופר בחלק אה"ע ח"ב סי' ו', וכן הבית אפרים בתשובה בחלק אה"ע סי' קיד, וכן הגרי"א ז"ל בשו"ת באר יצחק חלק אה"ע סוף סי' יד ובעין יצחק ח"א אה"ע סי' ב' ס"ק יא ובשו"ת ברית אברהם אה"ע סי' קיט.

וכן משמעות השו"ע. בשו"ע בתחילת סי' קמ בפתיחה להלכות שליח הגט כתב בלשון זו - "האיש עושה שליח להוליך גט לאשתו, וזה נקרא שליח הולכה, ואינו גט, עד שיגיע גט לידה, לפיכך יכול לחזור בו עד שיגיע גט לידה. כל דין האיש עם האשה, בענין נתינת הגט וקריאתו ודיבורו, כן דין שלוחו עמה". ומאחר שהשו"ע בסי' קיט פסק שיכול לגרשה שלא מדעתה, ה"ה על ידי שלוחו.

קיימין דבעינן דעתה, דהוא עיקר סוגיין, וגיטין אגב ריהטא דמתניתא דלקמן נקטינן לה. דבגיטא לא בעינן דעתה כלל, כדתנן במסכת גיטין העיד רבי יוחנן בן גודגדא על החרשת שהשיאה אביה שמתגרשת, ואע"ג דלית לה דעת כלל. ואמרינן עלה בגמרא, מעדותו של ר"י בן גודגדא נלמד אמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לאשתי וחזר ואמר כנסי שטר חוב זה הרי זה גט, אלמא לא בעינן דעתה כלל. מיהו דעתו בעינן שיהא הוכחה בדבריו או במעשיו שנותן לה גט זה לגירושין, ואע"ג דלא אמר לדידה, כגון זו שאמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לאשתי."

מבואר בדברי הריטב"א, שהאשה מגורשת אף שלא ידעה כלל מקבלת הגט, וכי הצורך באמירה לעדים "ראו גט זה" וכו' היינו על מנת לברר לנו, שאנו נדע שהבעל נתן את הגט לשם גירושין.

ובמשנה במסכת גיטין דף עח. שנינו - "אמר לה כנסי שטר חוב זה, או שמצאתו מאחוריי, קוראה והרי הוא גיטה אינו גט, עד שיאמר לה הא גיטיך. נתן בידה והיא ישנה נייערה קוראה והרי הוא גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטיך". לכאורה מבואר, דלא מהני בלא אמירה שיאמר לה הרי זה גיטיך ושתדע שמקבלת גט.

התוספות בדף עח. כתבו בלשון זו - "אינו גט עד שיאמר לה הא גיטיך. ר"י היה מצריך לנותן גט לאשתו לומר הי גיטיך וגם הרי את מותרת לכל אדם, כדמשמע בהמגרש (לקמן דף פה:): שהיו רגילים לומר ג"כ ודן. ומיהו קשה דבהניזקין (דף נה.) משמע דאפילו לא אמר כשר, גבי מעדותו של רבי יוחנן בן גודגדא נשמע אמר לעדים ראו גט זה וכו'. וי"ל דהתם נמי אחר כך יגידו לה העדים שהיא מגורשת, אף על פי דהאשה מתגרשת בעל כרחיה, מכל מקום צריך לומר לה הי גיטיך והרי את מותרת לכל אדם, שתדע שהיא מגורשת, ולא תהא חוזרת דבעינן שיהא משלחה ואינה חוזרת."

מבואר בתוספות שאם הבעל הקדים ואמר לעדים ראו גט זה וכו', אף שהאשה לא שמעה ממנו דבר, אינו צריך לומר לה דבר נוסף לאשה, אך העדים צריכים אחר כך לומר לה שהיא מגורשת בקבלה זו, ושהיא מותרת לכל אדם. ובמשנה בדף עח. איירי כשהבעל לא אמר דבר לעדים, לכן בהכרח שיאמר לאשה הרי זה גיטיך וכו'.

וכתב בספר מנחת פתים (אה"ע סי' קלו) - "עיין ריטב"א (קידושין ו.) שכתב דכל שנתן לה סתם, אלא שיש הוכחה מדבריו או ממעשיו שמכוין לשם גט מועיל, והיינו אע"פ שהיא אינה יודעת ולא תדע לעולם, ולית ליה סברת תוס' דכל שהיא לא תדע משולחת וחוזרת היא. ולכך כתב ריטב"א בקידושין שם דהא דפריך מנא ידעה קאי על קידושין ולא על גירושין, דבגירושין לא בעינן רק דעתו. אבל לשיטת תוס' ובעל המאור בגיטין שם הך מנא ידעה קאי גם על גירושין דעכ"פ העדים צריכין לידע והם יודיעו לה ... שיטת ריטב"א דהודעת עדים מועיל שנדע אנן דעתו ע"י זה שכוונתו לגרש."

בתשובת תשורת שי ח"א סי' קיט (ובמהדורות אחרות סי' קיח), דידו של אדם היינו רשותו, וגם בלא"ה מאחר והבעל אמר בעת מינוי השליח כפי שהרב המסדר הקריא לו מילה במילה, ודאי אין לחוש שמקפיד שיתן לידה דוקא, כל עוד הבעל לא הוסיף לומר כן מדעתו, עי"ש בתשורת שי, ועיי"ש שבאר שגם אם בסופו של דבר לא יתירו להנשא בגט זה, אין ריעותא במה שהבעל מצוה לשליח ליתנו לידה ושתהיה מותרת בו לכל אדם.

תוקף הגירושין, אם בעת מסירת הגט האשה, אינה יודעת שקבלה גט

יש מקום לברר, האם יש ריעותא בגירושין אם האשה בעת המסירה אינה מבחינה ואינה יודעת שזהו גט וסבורה שקבלה דבר אחר.

בנידון שבפנינו מלכתחילה היה ברור, שהאשה לא תסכים לקבל את הגט, ונאלצנו להסדיר מסירת גט בלא שתבחין באותה עת שהיא מקבלת גט. ואכן בעת מסירת הגט לאשה, היא לא ידעה שנמסר לה גט, וגם לאחר שראתה נייר המונח על ברכיה, כפי הנראה עדיין לא הבינה שזהו גט, רק התעורר בלבה החשד, ונטלה את הנייר שהונח על ברכיה וזרקה אותו, ולאחר מכן הובהר לה שזהו גט. השליח לא אמר לה דבר בטרם המסירה כדי שלא לעורר התנגדות מצד האשה, וגם בעת המסירה השליח אמר "גט זה בפני נכתב ובפני נחתם" בלבד, ולא הספיק לומר לה שזהו גיטה. אך קודם לכן השליח אמר לעדים בלשון זו - "אני שלוחו של הבעל פלוני שמינה אותי למסור גט לאשתו פלונית ראו גט זה שאני מוסר לה לשם גירושין". וכן לאחר שהאשה זרקה את הגט, ביה"ד הודיע לה שזהו גט אך השליח לא אמר לה דבר.

בנסיבות אלו השאלה העקרונית היא - האם תנאי הוא בחלות הגירושין, שהאשה תהיה מודעת לכך שקבלה גט. ואף כשמגרשה בעל כרחיה, האם יש צורך שלכל הפחות בעת הנתינה תדע שנמסר לה גט.

שנינו במשנה במסכת גיטין דף נה. - "העיד רבי יוחנן בן גודגדא על החרשת שהשיאה אביה שהיא יוצאה בגט". ובגמ' שם - "אמר רבא מעדותו של רבי יוחנן בן גודגדא, אמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לה, וחזר ואמר לה כנסי שטר חוב זה הרי זה מגורשת, מי לא אמר ר' יוחנן בן גודגדא לא בעינן דעתה, ה"נ לא בעינן דעתה. פשיטא, מהו דתימא, כיון דאמר כנסי שטר חוב זה בטולי בטליה, קמ"ל, אם איתא דבטליה לעדים הוה אמר להו, והאי דקאמר הכי משום כיסופא."

מבואר מפשטות לשון הגמרא, שאין עיכוב בחלות הגירושין אם בעת מסירת הגט האשה לא ידעה שקבלה גט, וילפינן לה מחרשת.

ח"ל הריטב"א (בחידושו עמ"ס קידושין דף ו.) - "הא דקאמרינן (קידושין ו.) מנא ידעה מאי קאמר לה, אקידושין

וע"ע בביאור הגר"א סי' קלו סק"י שכתב שהתוספות חולקים על הרמב"ם, והיינו כדעת הב"ש בביאור דברי התוספות.

אך בספר תורת גיטין (סי' קלו) חלק על הב"ש, וז"ל - "עב"ש סק"ג שכתב בשם התוס' דצריך שיאמר הוא או העדים בשעת נתינה וכו'. הנה בתוספות לא נמצא בלשון זה, רק בסתם שהעדים יאמרו לה אחר כך, משמע אפילו לא בשעת נתינה. ואפשר דהתוס' לא פליגי כלל ארמב"ם, דתוס' ג"כ לא ס"ל דבעינן שהעדים יאמרו לה כן, רק שכתבו זה לשיטתם שכתבו הטעם דבעינן שיאמרו לה הא גיטך כדי שלא יהא משלחה וחזרת א"כ מה בכך שמודיע לעדים דהא מ"מ משלחה וחזרת היא, ע"ז כתבו דהעדים יגידו לה אחר כך, פי' דכשאומר כן לעדים הוי ג"כ אינה חזרת כיון דעדים ודאי יגידו לה אח"כ, דמילתא דעדים קלא אית ליה, אבל לא שיהיו העדים מחוייבים לומר לה כן. ונראה אפילו נתקרא הגט קודם שנודע לה כשר, כיון דעומד היה להתברר בשעת נתינה, הוי כמשלחה ואינה חזרת".

וגם האדמו"ר הזקן בעל התניא בתשובותיו סי' כד, הלך בדרך זו בביאור שיטת התוספות, וז"ל - "מאי דמספקא ליה למעב"ת לחוש לדעת התוספות (דף עח סע"א) דבעינן שתדע האשה שהיא מגורשת. נלענ"ד דגם התוספות מודים דאין הגירושין תלויים ועומדים עד שעה שתדע דוקא, אלא כשתדע היא מגורשת למפרע משעת נתינה, כמ"ש הרשב"א בשיטת הראב"ד גבי היא בטבריא כו' וכן דעת התוספות כמבואר בדבריהם דף עט ע"א ד"ה היתה עומדת כו' ע"ש דקתני כיון שהגיע לאויר הגג מגורשת".

אמנם נראה ששיטה זו אינה ממש כשיטת התורת גיטין. לתורת גיטין האשה מגורשת מיד מפני שכבר כעת העדים יודעים, ודי בכך שהעניין עומד להתברר לאשה. ולשיטת בעל התניא, רק לאחר שהאשה תדע אמרינן דהוברר הדבר למפרע שבעת מסירת הגט התגרשה בו.

וע"ע באבני מילואים סי' קלו סעיף ה' (ד"ה והנה) שנראה שנקט בדעת התוספות שהוא תנאי שיודיעה, ואז מגורשת למפרע, וכמ"ש בעל התניא.

ויתכן שלפי התורת גיטין יש מקום להשוות את שיטת התוספות לשיטת הריטב"א בקידושין שהבאנו לעיל, והאשה מגורשת אף שלא תדע על כך מעולם, (וכמ"ש המנחת פיתים בדעת הריטב"א, הובא לעיל), ודי בכך שהעניין מצד עצמו ראוי ועומד לכך שהאשה תדע על כך שהתגרשה, וזאת על ידי שהעדים יודיעה לאחר זמן. אבל לשיטת בעל התניא, אם למעשה היא לא תדע, הוברר מעיקרא שאינה מגורשת, ודלא כריטב"א. ונפקא מינה, אם האשה מתה לאחר זמן קצר ולא הספיקו להודיעה, או אף אם לא מתה, אך למעשה אף אחד לא הודיעה מעולם.

ובספר משחא דרבנותא על אה"ע סי' קלו כתב שקיימות שתי שיטות עקרונית מדוע באמר כנסי שטר חוב אינה מגורשת אלא אם הקדים לומר לעדים ראו גט זה שאני נותנו בתורת

ויש לדון בשיטת התוספות האם אמירה זו של העדים לאשה צריכה להיות בעוד הגט בידה ורק בעת האמירה הושלמו הגירושין, ונ"מ שאם הגט נקרע בטרם נאמר לה דבר, אינה מגורשת. ואם הבעל מת בטרם נאמר לה דבר, האשה תידון כאלמנה ולא כגרושה, וכשמת בלא זש"ק היא זקוקה לחליצה. או שנאמר שהגירושין כבר הושלמו בעת המסירה, אלא שיש צורך שהאשה תדע שהיא גרושה ומותרת לכל אדם כדי שלא תחזור אליו, ואין נ"מ מתי תדע זאת, ואף אם הדבר נאמר לה לאחר שנקרע הגט או לאחר שכבר אינו בידה סגי בהכי, וכבר מעת המסירה דינה כגרושה.

והנה באשה שנמסר לה הגט בעודה ישנה, מבואר בסיפא של אותה משנה בדף עח. - "נתן בידה והיא ישנה, ניעורה, קוראה והרי הוא גיטה, אינו גט, עד שיאמר לה הא גיטיך". וכתב הטור באה"ע סי' קלח - "נתנו לה כשהיא ישנה ונערת והגט הוא בידה אומר לה ה"ז גיטיך, וא"צ לחזור וליטלו ממנה וליתנו לה ... אם נפל מידה בעודה ישנה אף ע"פ שחזרה ולקחתו אינו גט עד שיחזור ויתננו לה ויאמר הרי זה גיטיך".

ומבואר שהגירושין הושלמו רק בעת אמירת הרי זה גיטיך, על כן קיימת ההקפדה שעד שיאמר כן הגט ישאר בידה. על כן בנידון שאמר לעדים ראו וכו' ובעת המסירה אמר כנסי שטר חוב והאשה לא ידעה שמקבלת גט, יש לדון אליבא דשיטת התוס' שכתבו שיש הכרח שהעדים יאמרו לה, האם אמירה זו כאמירת הרי זה גיטיך בישנה וניעורה שכל עוד לא אמר לא חלו גירושין, ומאחר שהם הושלמו באמירה זו, יש הכרח שבאותה עת הגט ישאר עדיין בידה. או דילמא שאני ישנה מנידון דידן, ואף אם העדים אמרו לה לאחר שהגט נקרע, מגורשת.

ונחלקו הב"ש והתורת גיטין בביאור דברי התוספות. הב"ש סי' קלו סק"ג כתב "וכ"כ תוספות פרק המגרש (צ"ל הזורק) דצריך שיאמר הוא או העדים בעת הנתינה דזאת גיטה, ומתניתין פרק הנזקין קמ"ל, אף ע"ג דאמר לה הרי זה שטר חוב, לא בטל הגט כשאמר לעדים שהוא הגט, והעדים יאמרו לה".

מבואר שהב"ש נקט בדעת התוס' שדין זה דמי לישנה, שרק לאחר אמירה זו הושלמו הגירושין מעת שהדברים נאמרו לה. ועל כן אמירה זו של העדים צריכה להיות בעת הנתינה ולכל הפחות כל עוד הגט בידה. אבל בנידון שהדברים נאמרו לאשה רק לאחר שזרקה את הגט או קרעתו לא מהני. והטעם בזה הוא מאחר שתנאי יסודי בגירושין, שיהא משלחה ואינה חזרת, הרי שדיעה זו ששולחה מביתו צריכה להיות בעת המסירה כל עוד הגט בידה. ואם תדע דבר זה רק אחר שכבר אינו בידה, אין לגירושין מקום לחול. וכמו שמצינו בישנה וניעורה שאינה מגורשת אם הגט כבר אינו בידה בעת שאמר לה הרי זה גיטיך.

ג. וכן בחידושי הרשב"א על מסכת גיטין דף עח. כתב - "לעולם דעת בעיני, אבל דעתה דוקא לא בעיני, אלא או דעתה או דעת העדים, דטעמא משום דכתיב ספר כריתות ונתן בידה שיהא ניתן בידה לדעת שהוא ספר כריתותיה, ולא הקפיד הכתוב בדיעתה דוקא אלא כיון שנודע לעדים הרי כאן דעת שהוא ניתן לה לכריתות, והיינו אמר לעדים ראו גט שאני נותן לה אע"פ שחזר ואמר לה כנסי שטר חוב זה דמגורשת. אבל כי לא אמר לא לה ולא לעדים ולא היו עסוקין באותו ענין אינה מגורשת, והיינו מתני' אמר לה כנסי שטר חוב זה ונתן לה סתם דאינה מגורשת דאין כאן דעת נתנית גירושין כלל ... והיא בטבריא וחצרה בצפורי אע"פ שאינה יודעת בשעת זריקתו דהיא מגורשת לרב הושעיא או בחצרה הסמוכה לה אליבא דעולא כמו שכתבתי למעלה התם היינו טעמא משום דחצרה משום ידה איתרבאי וכיון שהיא יכולה להתגרש על ידה בכענין זה שאם נתנו בידה סתם והיא נעורה ואמר לעדים ראו גט שאני נותן לה מגורשת, כמו שכתבתי למעלה, ה"נ בחצרה מגורשת שהרי יש כאן דעת העדים ודיו".

ובשו"ת צמח צדק (החדש) חלק אה"ע סי' רסו סק"ה באר דמש"כ הרשב"א בתחילת דבריו דלא בעיני דעתה - "פירוש דבריו שלא מדעת היינו שלא ידעה כלל מזריקה זו, דאם ר"ל שלא מרצונה, הא בתחילה תני לה בין בע"כ, וכן משמע במ"מ ובר"י, גם ברשב"א כן מפורש גבי מש"כ ר"א אפילו היא בטבריה וחצירה בצפורי שאז אינה יודעת בשעת זריקתו כלל אם זרק לה ומגורשת לר"א, וכה"ג בחצירה הסמוכה לה לעולא ע"ש. מכל הלין מוכח דלא בעיני דעתה כלל וכלל, רק דעת העדים סגי, כל שנתן לה במקום המשתמר".

ד. לעיל הבאנו מדברי הריטב"א בחידושו עמ"ס קידושין שכתב בפירוש דהאשה מגורשת אף אם לא ידעה שקבלה גט.

ה. וכן בחי' הר"ן עמ"ס גיטין דף נה. כתב - "חרשת שהשיאה אביה שהיא יוצאה בגט, אע"ג דחרש דינו כשוטה ושוטה לא מגרשה ... אפ"ה כיון דחרשת אינה חוזרת, מגרשה כיון דלא בעיני דעתא דידה. וא"ת דהכא משמע דלא בעיני דעתא דידה ואלו בפרק הזורק אמרינן אמר לה כנסי שטר חוב זה ... אינה מגורשת עד שיאמר לה הרי זה גיטך ... י"ל דנהי דלא בעיני דעתא דידה, דעתא דידה מיהא בעיני, ומשום הכי כל שאין עסוקין באותו ענין לא מוכחא מלתא דלשם גירושין יהבא ניהלה".

ו. בחי' רבנו קרשקש (שנדפסו ע"ש הריטב"א) כתב כמ"ש בחי' הר"ן.

ז. במרדכי עמ"ס גיטין דף נה. כתב - "אמר לעדים ראו גט זה ואח"כ חזר ואמר כנסי שטר חוב זה כו', אע"ג דאמרינן לקמן בהזורק כנסי שטר חוב זה או שמצאתו מאחוריו אינו גט. התם מיירי שלא אמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לה ולכך אינו גט, דלא הוי בדעתו ליתן לה לשם גירושין. אבל הכא מיירי כשאמר לעדים ראו גט זה, הואיל ודעתו לשם גירושין, בדעתה לא אכפת לן".

גירושין, לשיטת הרמב"ם העיקר שיתנו לה בתורת גירושין, ולענין זה סגי באמירה לעדים. לעומת זאת לשיטת התוספות והטור צריך להקדים ולומר כן לעדים כדי שלא יהא משלחה וחוזרת. ולפי זה באר טעמו של הטור שכתב שאם נתן לאשה גט בלא שאמר לה דבר אינה מגורשת כלל, והיינו מטעם שמשלחה וחוזרת, וכשיטת התוספות. וסיים שם בספר משחא דרבותא - "יצא לנו ממ"ש ההפרש שבין התוס' והרמב"ם ... דאם אמר לעדים ראו גט שאני נותן לה וחזר ואמר לה כנסי שטר חוב הרי זה כשר, דלתוס' צריכים העדים, שאחר כך יגידו לה שהיא מגורשת, וכמ"ש בהדיא (דף עח. ד"ה אינו גט). ולדעת הטור והרמב"ם שלא כתבו זה דצריכי העדים שיגידו לה שהיא מגורשת, משמע דס"ל דאין צריך שהעדים יגידו לה. ואע"פ שכתבתי דהטור ס"ל טעמא דהתוס', מ"מ נראה דבזה חולק, כיון דהגיד לעדים והיא מלתא דעבידא לאיגלווי, הו"ל כאלו הגיד לה ושפיר קרינן בה דמשלחה ואינה חוזרת".

וממוצא דבריו עולה, שכתב בפשיטות בדעת הטור כסברת התורה גיטין, אלא שהתורה גיטין כתב כן בדעת התוס', אך המשחא דרבותא נראה לו כפשטות לשון התוספות דבעינין שהעדים יאמרו לה, ובלא"ה אינה מגורשת. אלא שלא התנה שיאמרו לה דוקא בעוד הגט בידה, והיינו כדעת בעל התניא.

ונראה שגם אם נפרש את דברי התוספות כמ"ש הב"ש, מ"מ שיטה זו של התוספות היא שיטה יחידאה, ורבים הם הראשונים החולקים והסוברים שהאשה מגורשת אף אם לא ידעה דבר בעת המסירה או בעת שהגט בידה, וכמו שנביא להלן.

א. הב"ש עצמו כתב בדעת הרמב"ם שאינו סובר כשיטת התוספות. והיינו לפי מה שפרש הב"י (בסי' קלו) את דעת הרמב"ם שאין צורך שהאשה תדע כלל בעת המסירה, עיי"ש, (ולהלן נדון בהרחבה בביאור שיטת הרמב"ם).

ב. וכן שיטת בעל המאור שלא כתוספות. בעל המאור במסכת גיטין דף עח כתב - "מתני' אמר לה כנסי שטר חוב זה ... ואיכא דקשיא ליה הא גרסינן בפרק הניזקין ... אמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לאשתי וחזר ואמר לה כנסי שטר חוב זה הרי זו מגורשת לאו אמר ר"י לא בעיני דעתה ה"נ לא בעיני דעתה. ויש להשיב דנהי דלא בעיני דעתה, אבל בעיני שיוציא הבעל השילוחין בפיו לאחר כתיבת הגט בענין שיתבונן הדבר או לעדים או לאשה, וכיון שפרש הדבר לעדים אין צריך דעת האשה בגירושין. וכן בקידושין צריך שיוציא בפיו הקידושין בענין שיתבונן לעדים ולאשה, כדאמרינן התם גבי קידושין כתיב כי יקח ולא שיקיח את עצמו, גבי גירושין כתיב ושלחה ולא שישלח את עצמו ... וחרשת שהשיאה אביה, אע"פ שיודעת בשמירת גיטה ושמירת עצמה, שאלמלא כן לא היתה מתגרשת, אינה שומעת מה שיאמר לה בפיו הא גיטיך, ומש"ה שמעינן מינה דלא בעיני דעתה שתתבונן היא בשילוחין שמוציא מפיו, ודי לנו בשמיעת העדים".

בספר ערוך השלחן אה"ע סי' קלו סעיף ז' וסעיף ט' פסק כשיטת התורת גיטין, ותמה על הב"ש שכתב שלתוס' בעיני שיאמרו לה בעת הנתינה, וכן תמה ערוה"ש על הב"ש והגר"א שעשו כאן מחלוקת בין הרמב"ם ושאר הראשונים לתוס'. ועיי"ש שכתב עפ"י דרכו דהרמ"א שהביא בהמשך לדברי המחבר את שיטת התוס', היינו מאחר שהרמ"א פרש את שיטת התוספות כפי שהתבארה בתורת גיטין, הרי שהרמ"א כתב דינו אליבא דכו"ע, דעכ"פ לאחר זמן צריך להודיעה שקבלה גט והיא מגורשת.

העולה מדברינו שקיימת מחלוקת בביאור דברי הרמ"א, הב"ש באר דברי הרמ"א על פי שיטת התוספות וכפי שהתבארה שיטה זו בב"ש, והערוה"ש שהלך בדרכו של התורת גיטין באר דברי הרמ"א כשיטתו בביאור דברי התוספות.

נראה שבמקום שיש ספק בביאור דעת הרמ"א, יכריעו דברי הלבוש - תלמידו של הרמ"א. וז"ל הלבוש בסי' קלו סעיף ג' - "וכשיודע הבעל בשעת נתינה שהוא גט, אע"פ שאין האשה יודעת בשעת נתינה שהוא גט כגון שאמר לה כנסי שטר חוב זה ואמר לה אחר כך הרי זה גיטך ותתגרש בו, או שהודיע לעדים בתחילה שנתנו לה לשם גירושין הרי זו מגורשת ויגידו לה העדים אחר כך שהוא גיטה שתדע ותפרוש ממנו תצא". ובסי' קלח ס"ד כתב "אם אמר לעדים כנסי שטר חוב זה הרי זה גט אע"פ שלא אמר לה הרי זה גיטך ... ולא אמר לה כן מפני הבושה או שהיה ירא שמא היא תשתמט הימנו ויבוא הדבר לידי עיכוב וכה"ג אמתלאות אחרות שלא רצה לגלות לה ... אבל אם לא אמר מתחילה לעדים ראו גט זה שאני נותן לה, ואמר לה כנסי שטר חוב זה, אע"פ שהיו עסוקין באותו ענין צריך שיאמר לה בעוד הגט בידה הרי זה גיטך".

מבואר בדבריו שבאומר לעדים ראו וכו', ואמר לה כנסי שטר חוב האשה מגורשת אף אם שמעה שקבלה גט רק לאחר שהגט כבר אינו בידה. ורק כשלא אמר כן לעדים, ואמר כנסי שטר חוב, יש צורך שהבעל בעצמו יאמר לה הרי זה גיטך כל עוד הגט בידה. והיינו כדרכו של התורת גיטין (או של בעל התניא) בדעת התוספות.

נראה שהלכה למעשה, אין צריך גט נוסף לאחר שכבר נעשה מעשה והאשה קבלה גט כעין נידון דידן, שבעת שהגט היה בידה לא ידעה דבר, ורק לאחר שזרקה אותו מידה נאמר לה על ידי ביה"ד שהיא גרושה בקבלת הגט. ובדיעבד אין לחוש להצריכה גט נוסף ואין לחוש למש"כ הב"ש בדעת התוספות. לשיטה זו קשה טובא -

א. קושיית התורת גיטין שהקשה דהתוספות כתבו בלשון זו - "התם נמי אחר כך העדים יגידו לה" וכו', ואילו אליבא דהב"ש היו התוספות צריכים לומר שהעדים צריכים לומר לה בעת המסירה בעוד הגט בידה.

ב. אם נבאר שיטת התוספות כפי שבארו הב"ש, הרי שתוספות כתבו חידוש חשוב להלכה, ותמוה מאד שהרא"ש

וכן בתחילת פרק המגרש כתב המרדכי - "ר"י כשהוא עוסק בנתינת הגט מצריך לנותן הגט לומר הרי זה גיטך והרי את מגורשת ממני והרי את מותרת לכל אדם. ומיהו אין צריך לומר כן אלא לרווחא דמילתא בעלמא, כדאמרין לעיל פרק הניזקין מעדותו של רבי יוחנן בן גודגדא נשמע אמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לה ואח"כ חזר ואמר כנסי שטר חוב זה מגורשת, אלמא לא אמר לה הרי זה גיטך ולא הרי את מותרת לכל אדם שאינה יודעת שהוא גט, ולא בעינן דעתה, וכ"פ בסה"מ".

הרי שהמרדכי פתח עם דינו של ר"י שיאמר לה בעת המסירה הרי זה וכו' ולאחר שהקשה מהגמרא בהניזקין, כקושיית התוס' המרדכי כתב ליישב בדרך אחרת, והיא דאה"נ, ודינו של ר"י הוא רק לרווחא דמילתא.

העולה מדברי הראשונים הנזכרים, שאם אמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לשם גירושין ונתנו לה בסתמא מגורשת, אע"פ שבעת הנתינה ובעת שהגט בידה אינה יודעת שקבלה גט. ומה שמצינו דבעינן יאמר לעדים בטרם מסירת הגט לאשה ראו גט זה וכו', היינו כדי שיוציא השילוחין מפיו ויברר בפניהם שנתנו לשם גירושין.

וכן הרשב"ש בתשובותיו בסי' תיא כתב בפשיטות דלא כשיטת התוס' (אליבא דהב"ש), וז"ל - "המשנה הזאת (יבמות קיב:) שאמרה שהאשה מתגרשת שלא ברצונה, כשידע אדם איך נשנית ועל מה נשנית, מיד מבין שאין שלא ברצונה בכפיה ממש, אלא בלא ידיעתה. שהרי שנינו שם חרש שנשא פקחת ... אמר רבי יוחנן בן נורי מפני מה האשה שנתחרשה תצא והאיש שנתחרש לא יוציא. אמרו לו אינו דומה האיש המגרש לאשה המתגרשת שהאשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה והאיש אינו מוציא אלא לרצונה. והרי הדברים ברורים כבוקר הזה שברצונה ושלא לרצונה ר"ל בידיעה ושלא בידיעה, ואין כאן זכר לכפיה כלל. וכן מה שאמר רב יצחק (יבמות קיג:) דבר תורה שוטה מתגרשת מידי דהוה אפקחת בעל כרחה, כלומר שאין צריך ידיעתה בגירושין. וכן שוטה שאין לה ידיעה מתגרשת דבר תורה".

לדרכו של הב"ש, למעשה יש לחוש לשיטת התוספות, מאחר שהרמ"א הביא להלכה שיטה זו. אמנם הב"ש תמה על הרמ"א שהביא דבריו כהמשך לדברי המחבר שפסק כרמב"ם, אך נראה שהלכה למעשה הב"ש סבור שיש לחוש לשיטת התוספות (כפי שהתבארה בב"ש).

אבל התורת גיטין, לשיטתו בביאור התוספות, סובר שאין כאן כל מחלוקת, ולכו"ע חלו הגירושין מיד, וסגי בכך שהעדים יודעים שהיא מגורשת ומסתמא יודיעוה, ואין מניעה שיודיעה לאחר זמן, לאחר שהגט כבר נקרע. וע"ע בשו"ת דברי מלכיא"ל ח"ג סי' קמג דפשיטא ליה שלשיטת התוספות העדים יכולים לומר לאשה שהיא מגורשת, אף לאחר זמן רב ולאחר שהגט כבר אינו בידה. ועיי"ש שכתב דלא סגי שעד אחד יאמר לה שמא לא תאמין לו, ויש צורך ששני העדים יאמרו לה שהיא מגורשת.

וכן עולה ממש"כ מהר"ם פדוואה. מהר"ם פדוואה בתשובה סי' ח' דן בחרשת המתגרשת, אם יש לחוש שאינה נחשבת כמתגרשת מרצונה והמגרשה עובר על חרם רגמ"ה. וז"ל - "הנה דנת בחרשת שנתקדשה קידושי דאורייתא על ידי אביה בקטנותה להוציא בגט כשהיא גדולה, והיות מעשיה בדעת ורצון לבל יחול בה תקנת רגמ"ה שלא לגרש אשה בעל כרחיה. והנה פלפולך וראיותיך אשר הבאת להוכיח כי רמיוזתיה יספיקו להיקרא מעשיה מעשה רצון לענין זה, לא יכוננו לפני ונקל להשיגה במ אחר ... הא לך ראייה מבוארת על הפכו, היות רמיוזתיה כאין וכאפס ותוהו נחשבו, דבפרק הניזקין אמר רבא מעדותו של רבי יוחנן בן גודגדא אמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לה וחזר ואמר לה כנסי שטר חוב זה הרי זו מגורשת מי לא אמר ר' יוחנן בן גודגדא לא בעינן דעתא ה"נ לא בעינן דעתא פשיטא מהו דתימא כו', הרי כי ידמו רמיוזתיה לאשה שאין דעתה להתגרש כלל, דאל"כ מנא ליה לרבא להוציא דבריו מעדותו של ריב"ג עד כי אפילו דבר פשוט הוא לתלמוד לפרוך פשיטא. אמנם בעיקר הדין לא אחלוק עליך ... עוד דרך אחרת לי וקרוב הוא כי רבינו גרשם לא כוון רק לתקנת האשה שלא לכופה ולגרשה אף כי תמאן עומדת וצווחת או לגרשה בלתי ידיעתה לזרוק הגט לחצירה וד' אמותיה עד כי ישאל את פיה. אמנם בחרשת אף כי רמיוזתיה לא יקראו רצון גם כפייה ואונס אין כאן, רק כי אינה מבינה להתגרש עד יוציאנה בעל כרחיה, ואז היא משתלחת ואינה חוזרת כדאיתא בתוס' ריש פרק חרש".

הרי שהשואל סבר שבחרשת המתגרשת מרצונה, אנו רואים אותה כאשר המביעה רצון להתגרש ועל כן אין לדונה כמי שמתגרשת בעל כרחיה בניגוד לחרם ר"ג. אך המהר"ם פדוואה סובר דמוכח מהתוספות בריש פרק חרש, שאין ערך לרמיוזתיה המביעות הסכמה ו"כאין ואפס ותוהו נחשבו", וכי היא "אינה מבינה להתגרש עד יוציאנה בעל כרחיה". דהיינו שבעת מסירת הגט לחרשת היא אינה מבינה דבר ואינה מעלה בדעתה שקבלה גט פיטורין, ורק לאחר זמן היא משולחת מביתו בעל כרחיה.

דבריו אלו של מהר"ם פדוואה הובאו בספר גט פשוט סי' קיט ס"ק כט ובגליון שו"ע של הגרע"א סי' קיט אות ב'. ולפי זה, גם דברי התוס' בגיטין יתפרשו כן, מדין זה של גירושי חרשת, שבזמן הגירושין אינה מבינה דבר, אנו למדים שאמנם קיים תנאי לעיכובא בחלות הגירושין שהאשה תדע שהיא משולחת, כדי שלא תחזור, אך אין ריעותא אף אם העדים יודיעוה עניין זה לאחר זמן, ואין צורך שיודיעוה דוקא בעת שהגט עדיין בידה, מאחר שגירושיה כבר חלו בעת מסירת הגט.

ד. אם נפרש את דברי התוספות כפירוש הב"ש, קשה על התוספות קושיית הגט מקושר (סג"ר אות רכח). להלן נביא את דברי הגט מקושר שנקט בפשיטות בדעת התוספות כביאור הב"ש ומשום הכי הקשה קושייתו.

והמרדכי והטור לא יביאו חידוש זה להלכה. ובספר אבן האזל (הלכות גירושין פ"א ה"ט) הוכיח מכח קושיא זו דודאי הפירוש בדברי התוספות דלא כב"ש. וז"ל אבן האזל (בביאור דעת התוספות) - "יתכן דסברי דכשאמר לה אחר כך היא מגורשת משעת נתינה, וכדמוכח זה ממה דלא הביאו הרא"ש והטור שיטת תוס', שאינו מצוי בדבריהם דתמיד הולכים בשיטת תוס', ובפרט בחומר אשת איש דלא יתכן שיפסקו לקולא נגד שיטת התוס'. ואמרתי דמוכח דאין כוונת התוס' במש"כ דאח"כ יגידו לה העדים, דאינה מגורשת עד שיגידו לה העדים, אלא כיון דעכ"פ נתן לה גט רק שאמר לה כנסי שטר חוב, ולכן כיון שאח"כ יגידו לה העדים ותדע מהגירושין ומה שאמר לה כנסי ש"ח הוא משום כיסופא, נמצא שבשעה שנתן לה הוי כמו שאמר לה הרי זה גיטך כיון תדע לבסוף הוי נתינה לגירושין".

ג. עיקרו של דין זה שאמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לאשתי וחזר ואמר כנסי שטר חוב, נלמד בגמרא (בדף נה.). מעדותו של רבי יוחנן בן גודגדא שחרשת שהשיאה אביה שהיא יוצאה בגט. ואם נאמר שקיים תנאי בחלות הגירושין שבעת המסירה האשה תדע שהיא מקבלת גט פיטורין, וכסברת הב"ש בדעת התוספות. קשה, שהרי מפשטות לשון הגמרא שם משמע להיפך, בגמרא מבואר - "מי לא אמר רבי יוחנן בן גודגדא לא בעינן דעתה ה"נ לא בעינן דעתה". ומבואר דאין צורך כלל בדעתה.

ועוד שהרי בחרשת המציאות היא שאין לה דעת להבין בעת קבלת הגט שאכן כעת היא מקבלת גט. וז"ל הרשב"א בחי' עמ"ס גיטין דף עח. "וחרשת נמי כנותן לה סתם דמי, דאע"פ שהגט שמור בידה מ"מ כשאמר לה הא גיטך אינה שומעת מה שאומר לה בפיו, ואפילו הכי כי אמר להו לעדים מגורשת, אלמא אמר לעדים ונתן לה סתם מגורשת".

וכן מבואר בתוספות במסכת יבמות (דף קיב:). דבמשנה ביבמות דף קיב: בתחילת פרק חרש הובאה עדותו של רבי יוחנן בן גודגדא על החרשת שהשיאה אביה שהיא יוצאת בגט, ולעומתו שיטת רבי יוחנן בן נורי שחרשת אינה ראויה לגירושין. וכתבו התוס' - "העיד ר' יוחנן בן גודגדא. רבן הביאה לבית המדרש להביא ראיה לדבריהם, מאמרו לו אף זו כיוצא בה. ואם תאמר לר' יוחנן בן נורי למה אינה מתגרשת, הלא אינה חוזרת כשמרמזים לה. ויש לומר דמכל מקום בשעת נתינת הגט משלחה וחוזרת היא ואינה מבינה עד שמוציאין אותה על כרחיה".

הרי מפורש בדברי התוס' דחרשת אינה מבינה בעת מתן הגט שהיא מגורשת, אלא רק לאחר זמן, כשמוציאין אותה בעל כרחיה מבית בעלה, היא מבינה שהיא משולחת מביתו ויותר אינה חוזרת. ובזה פליג רבי יוחנן בן נורי וסובר דמאחר ואינה מבינה בעת מתן הגט אינה יכולה להתגרש. ומאחר דלהלכה קי"ל שהחרשת מתגרשת כעדותו של ר"י בן גודגדא, הרי דנקטינן דאין ריעותא במה שבעת מתן הגט אינה מבינה דבר.

הכרח כשאמר לעדים ראו וכו' ואמר לאשה כנסי שטר חוב, שהעדים יאמרו לה.

יש מקום לתמיהה הגט מקושר על התוס' אם נבאר את דברי התוס' כפי שבארו הב"ש, שבעת הנתונה האשה צריכה לדעת שבגט זה היא מתגרשת, ובוזה תמה הגט מקושר דלא יתכן לבאר דבחרשת היא מבינה זאת בעת קבלת הגט. אך אם נבאר שאין ריעותא בכך שהאשה תדע זאת גם לאחר זמן, ל"ק מידי. והעיקר הוא שהאשה המקבלת גט תדע בזמן כלשהוא שהיא מגורשת ממנו, וזה מתקיים גם בחרשת, שלאחר זמן תבחין שהיא מרוחקת ממנו ויותר לא תחזור, וכמבואר בתוספות ביבמות. הגירושין מעיקרא חלו מאחר שריחוק זה נובע ממעשה הגירושין.

ואמנם הידיעה ההכרחית לכל הפחות, היא ידיעה הקיימת אצל חרשת, אך לכתחילה יש צורך בידיעה ברורה כידיעת פקחת, לכן לכתחילה בהכרח שיאמר לה כן בעת הגירושין בטרם מתן הגט, אך אין זה לעיכובא אם תדע אח"כ. ובכך יתיישבו דברי התוס' בשם ר"י עם מה שהביא המרדכי בשם ר"י כפי שהבאנו לעיל.

מסקנת הדברים

שיטת הריטב"א (בקידושין ו.) שאין צורך כלל בידיעת האשה ובלבד שיאמר בפני עדים ראו גט זה שאני נותן וכו' על מנת שאנו נדע שהבעל נותן הגט לשם גירושין, וכן באר המנחת פתים את דעת הריטב"א. וכן נראה מפשטות לשון שאר הראשונים החולקים על שיטת התוספות. ולדעת התורת גיטין אף התוספות סוברים כן שהגירושין חלו אף שהאשה לא ידעה בעת מסירה הגט שקבלה מבעלה ג"פ, וסבורה שקבלה דבר אחר. ובלבד שהבעל אמר לעדים בטרם המסירה, ראו גט זה שאני נותן לאשתי לשם גירושין, ודי בכך, ומסתמא האשה תדע על כך יותר מאוחר.

לדעת האדמו"ר הזקן בעל התניא, לשיטת התוספות, אמנם אין צורך בידיעת האשה בעת מסירת הגט ודי בידיעת העדים, אך יש צורך שהאשה תדע לאחר זמן, ואף אם ידעה לאחר שהגט כבר אינו בידה או נקרע מהני, ורק לאחר שנודע לאשה, היא מגורשת למפרע, ולשיטתו האשה מגורשת אף אם נקרע הגט קודם שתדע.

ולעומת זאת, דעת הב"ש והגר"א בביאור שיטת התוספות היא שאם אינו אומר לאשה הרי זה גיטך, יש צורך שיאמר לעדים בטרם המסירה ראו גט וכו', ולעיכובא הוא שהעדים יאמרו לאשה בעת המסירה או בעוד הגט בידה שהיא מגורשת ממנו ומותרת לכל אדם. גם אליבא שיטה זו, שאר הראשונים חלקו על התוס', ומלבד זאת, הב"ש מודה שהמחבר בשו"ע פסק כשיטת הרמב"ם ודי במה שהבעל אמר לעדים בטרם מסירת הגט אע"פ שהאשה לא ידעה דבר. על כן בנידון דידן שבני הזוג מאותם עדות שקבלו עליהם את פסקי מרן הב"י, יהיה דינה כמגורשת ללא ספק.

בתחילת דבריהם כתבו התוספות - "ר"י היה מצריך לנותן גט לאשתו לומר הי גיטיך וגם הרי את מותרת לכל אדם", ועל זה הקשו מפרק הניזקין - "ומיהו קשה דבהניזקין (דף נה.) משמע דאפילו לא אמר כשר, גבי מעדותו של רבי יוחנן בן גודגדא נשמע אמר לעדים ראו גט זה וכו'" דהיינו שהקשו על שיטת ר"י ממה דמוכח בפרק הניזקין שאינו צריך לומר דבר. ועל זה תירצו "וי"ל דהתם נמי אחר כך יגידו לה העדים שהיא מגורשת, אף על פי דהאשה מתגרשת בעל כרחה, מכל מקום צריך לומר לה הי גיטיך והרי את מותרת לכל אדם, שתדע שהיא מגורשת, ולא תהא חוזרת דבעינן שיהא משלחה ואינה חוזרת".

ח"ל הגט מקושר - "קשה לי טובא, דא"כ איך מתגרשת שאינה בת דעת כלל לשום דבר, וחרש אינו מוציא שאינו חשוב בן דעת, ובכל דוכתא משוינן ליה לשוטה. רק לענין גט, כיון דמתגרשת, בע"כ חשבינן לחרשת משלחה ואינה חוזרת, דמ"מ ע"י רמיזה מגרשה שלא תחזור, אבל באמת אינה בת דעת כלל ואין לה הרגשה כל דהו שהבעל מרחיקה ממנו, אבל לא שייך בה ידיעה גמורה שהיא מותרת לכל אדם. ואיך לא תהא פיקחת שאומר לה הא גיטיך אפילו לא אמר לה הרי את מותרת לכל אדם, כיון שמרגשת ההרחקה, ואף שאינה מבינה מה שהוא אומר, מ"מ פשיטא שכשתתן גיטה לקרות יפרשו לה הקוראים שנתגרשה מבעלה ... ואין לדחוק ולומר דחרשת יש לה קצת דעת ומתגרשת מיד בשעת נתינת הגט שנותן לה גט, דמלבד שזה רחוק מן השכל, אף גם קשה לפ"ז מנ"ל לדייק באמר לפיקחת כנסי שט"ח זה דלא בעינן דעתה, נימא חרשת שאני דאית בה קצת דעת ומבינה שהוא גט. אלא ודאי ברור דחרשת אינה מבינה כלל מה הוא, רק דמ"מ אינה בגדר משלחה וחוזרת, דמ"מ מגרשה כשירחיקנה הבעל, משא"כ שוטה שאינה נכזית אפילו בחמי חמין. אבל אי צריכי להודיע לה שהיא מגורשת איך תהא חרשת מתגרשת, הא אינה בת דעת כלל. ועוד דהתוס' גופיהו מודו דא"צ הבעל לומר לה רק העדים מפרשים, מה תועיל אמירת העדים כיון שכבר ניתן לה הגט והבעל לא אמר לה כלום. ואי מהני מה שמפרשים לה אח"כ, הרי ממילא ניתן הגט לקרות לכל ותדע שמגורשת, וא"כ מה בצע במה שיפרש לה הבעל שהיא מותרת בגט זה. ואף שהחרשת יודעת ג"כ לשמור גיטה, ע"כ לאו משום ידיעה שהוא גט, שאינה מתבוננת בזה, רק במה שנותנו לה הוא בחזקת שימור ואינה מאבדת אותו, אבל שתדע ותבין שהוא גט ודאי לא. ואילו היתה מבינה שהוא גט לא הוה מוכח בפקחית כנסי שטר חוב זה, אלא פשיטא שבחרשת גט ושטר חוב שוין אצלה, אלא שיודעת לשמור גיטה וגם אינה חוזרת, ועיין במרדכי (ר"פ המגרש) משמע ג"כ כדפרישית".

מבואר שהגט מקושר תמה על התוספות שכתבו שהעדים יאמרו לה שהיא מגורשת, שהרי החרשת אינה מגיעה לרמת הבנה כזו, ואע"פ כן היא מגורשת, ומדוע יש

ביאור שיטת הרמב"ם

הבעל, שנתינתו היא בתורת גירושין. ואחת הדוגמאות שמנה הרמב"ם (בפרק א' ה"ט) לנתינה שלא בתורת גירושין, היא - "נתנו בידה והיא ישינה ונעורה והרי הוא בידה". הרי שמצבה של האשה קובע האם הבעל נתן בתורת גירושין. (ודלא כדעת כמה מרבתינו הראשונים שכתבו דהריעותא בישינה היא שאין לה יד, ונביא להלן מדבריהם). לפי זה, מאחר שהריעותא בישינה הוא חוסר הדעת שלה באותה עת, ה"ה באשה שוטה או קטנה. לענין זה דמיא לישינה, מאחר ושאיין בה דעת להבין מה קבלה, ומשלחה וחוזרת, ועצם המסירה אינה כמסירה לשם גירושין. משא"כ במסרו לה ואמר כנסי שטר חוב, אין ריעותא בידיעת האשה, מאחר שקבלה את הגט לידה, ממילא לאחר מכן האשה תקראנו ותראה שקבלה גט פיטורין, או העדים יאמרו לה, עכ"פ הידיעה שתדע אחר כך, גורמת למסירה דמעיקרא להחשב כמסירה לשם גירושין. רק בקטנה ושוטה שאין בהן דעת ואינן מבינות טיבו של גט, ומשלחה וחוזרת, בהן בלבד קיימת הריעותא שקבלו הגט בלא שיוכלו להבין דבר, ובאלו בלבד כתב הלח"מ דאין זו נתינה לשם גירושין מאחר שאינה יודעת, וגם לא תוכל לדעת אחר כך, שנמסר לה גט לשם גירושין.

לפי דרכנו, בנידון דנן, אף אליבא דהלח"מ משנה אין ריעותא במסירת הגט. אך בספר עונג יו"ט נקט שאינה מגורשת אם בעת שקבלה את הגט אינה יודעת שקבלתו לשם גירושין, ולכל הפחות בהכרח שתדע כן כל עוד הגט בידה.

העונג יו"ט בסי' קסג השיב בנידון בעל שנתן גט לאשתו בעת שישבה בעגלה בדרכה לבית אביה, ובטרם מסר את הגט הודיע לעדים שעומד לתת גט, אך האשה סברה שמקבלת אגרת שלומים, ורק לאחר שהגיעה לבית אביה, הראתה את הנייר לאביה, והתברר לה שזהו גט. העונג יו"ט דן האם האשה נידונת כגרושה ונ"מ אם תוכל לחזור לבעלה הכהן. בתוך דבריו כתב העונג יו"ט לדונה כאינה מגורשת מפני שלא הבינה שמקבלת גט.

וז"ל העונג יו"ט - "נראה לי דמ"ש הרמב"ם ז"ל (פ"א מגירושין הי"א) דבלא אמר לה כלום הוי רק גט פסול, מיירי שהיא ידעה שהוא גט, רק שהוא לא אמר לה כלום, אבל אם היא לא ידעה כלל שהוא גט, וכשנתוודע לה שהוא גט כבר לא היה הגט בידה, כעובדא דידן דכשנתנה לאביה כסבורה שהוא אגרת שלומים, מודה הרמב"ם ז"ל שהגט בטל ... הרמב"ם ז"ל כתב שם (פ"א ה"ט) ומנין שאינו נותנו לה אלא בתורת גירושין שנאמר ספר כריתות ונתן בידה, אבל אם נתן לה בתורת שטר חוב או מזוזה או שנתן בידה וישינה וניעורה והרי גיטה הוא בידה אינו גט ואם אמר לה אח"כ הרי זה גיטך כשר עכ"ל. הרי שכתב בהדיא דטעמא דישינה הוא מפני שלא נתן לה בתורת כריתות, ולא כמו שפירש הרשב"א ז"ל והר"ן ז"ל שהטעם בישינה שאין לה יד ואין משתמר לדעתה, אלא משום דבעינן בתורת כריתות ונתן

לעיל הבאנו את דרכו של הב"י סי' קלו בביאור שיטת הרמב"ם, שאינו סובר כשיטת התוספות, וכן כתבו הב"ש והגר"א בפשיטות. להלן נביא את מש"כ הלח"מ משנה והעונג יו"ט בביאור שיטת הרמב"ם, ומדבריהם עולה שלשיטת הרמב"ם האשה אינה מגורשת אם אינה יודעת בעת מתן הגט שהיא קבלה גט פיטורין.

נפתח בשיטת הלח"מ משנה (בתחילת הלכות גירושין). לכאורה נראה שדעתו היא שקיים תנאי בחלות הגירושין שהאשה תדע בעת הגירושין שמקבלת גט, אף כשמקבלתו בעל כרחה.

דברי הלח"מ משנה נסובו על שיטת הרמב"ם, ונקדים את לשון הרמב"ם בפרק א' מהלכות גירושין (ה"א, ה"ט) - "אין האשה מתגרשת אלא בכתב שיגיע לה וכתב זה הוא הנקרא גט, ועשרה דברים הן עיקר הגירושין מן התורה ואלו הן ... שיתננו לה בתורת גירושין ... ומנין שאינו נותנו לה אלא בתורת גירושין, שנאמר ספר כריתות ונתן בידה, שיתן אותו בתורת ספר כריתות, אבל אם נתנו לה בתורת שהוא שטר חוב או מזוזה או שנתנו בידה והיא ישנה ונעורה והרי הוא בידה אינו גט, ואם אמר לה אחר כך הרי הוא גיטיך הרי זה גט".

והוא כתב הלח"מ משנה - "עשרה דברים הם עיקר הגירושין מן התורה ... קשה למה לא מנה שתהא האשה המקבלת אותו בת דעת ולא קטנה ושוטה שנתמעטה מושלחה פרט לזו שמשלחה וחוזרת. וי"ל ... הא דקטנה ושוטה, בכלל דשיתנו לה בתורת גירושין הוא, כלומר דהיא יודעת שהוא לשם גירושין, וקטנה ושוטה לאו בני דעה ניהור".

מפשטות לשון הלח"מ משנה עולה, שלדעת הרמב"ם אחד מהתנאים לגירושין הוא שבעת הגירושין האשה תדע שהגט ניתן לשם גירושין, ובלא"ה אינו נידון כנותנו לה לשם גירושין.

אך לפי זה קשה כיצד הלח"מ יבאר את דברי הרמב"ם בפ"א ה"י שכתב - "אמר לעדים ראו גט שאני נותן לה וחזר ואמר לה כנסי שטר חוב זה הרי זה כשר, שהרי הודיע את העדים שנתנו בתורת גירושין, וזה שאמר לה שטר חוב מפני שנכלם ממנה".

משמע מפשטות לשון הרמב"ם דמיירי בכה"ג שהאשה אינה יודעת דבר בעת הנתינה, וכמ"ש הב"י והגר"א בדעת הרמב"ם, ואילו סבר הרמב"ם שתנאי הוא שבעת המסירה שתדע שמקבלת גט פיטורין, כיצד פסק שהיא מגורשת למרות שסבורה שקבלה שטר חוב.

ועוד תמוה, ברמב"ם מבואר שהדין המחייב שיתננו לה בתורת גירושין, מתייחס לכוונת הבעל, ומנין לומר דהרמב"ם ס"ל שמתייחס גם לידיעת האשה.

על כן נראה, שאף הלח"מ נקט בדעת הרמב"ם כדעת הב"י והב"ש והגר"א, ואחד מעיקרי הגירושין שמנה הרמב"ם - שיתנו לה בתורת גירושין, אמנם מתייחס למעשהו של

שפסק - "נתן הגט כשהיא ישנה, וננערה, והרי הוא בידה, ואמר לה הרי זה גיטך, אין צריך לחזור וליטלו מידה וליתנו לה. אבל אם לא אמר לה הרי זה גיטך, אפילו אמר לעדים ראו גט שאני נותן לה, אינו כלום, כיון שהיא היתה ישנה".

לפי דרכו של העונג יו"ט קשה, מאחר שהשו"ע סי' קל"ו וכן הרמ"א פסקו כשיטת הרמב"ם, מדוע סתמו בסי' קל"ח כשיטת החולקים עליו, ולא חששו לחומרא לדונה כספק מגורשת.

ג. העונג יו"ט יסד את שיטתו על דין המגרש אשתו ישינה, שהרמב"ם בהלכה ט' הביאו בכלל מי שאינו נותן בתורת גירושין, באותה הלכה עם נותן גט בתורת שטר חוב או מזוזה. וסבר העונג יו"ט דהיינו טעמא בשתי הלכות אלו דאינה מגורשת מפני שהאשה אינה יודעת דבר בעת קבלת הגט.

אך קשה דבגמרא (גיטין עה.). מבואר דשאני ישינה מנותן בתורת שטר חוב. נאמר שם בגמרא - "אמר לה כנסי שטר חוב זה, או ששלפתו מאחוריו, קראתו והרי הוא גיטה אינו גט, עד שיאמר לה הא גיטיך, דברי רבי. רבי שמעון בן אלעזר אומר לעולם אינו גט, עד שיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה ויאמר לה הא גיטיך. נתנו בידה והיא ישנה, ניעורה וקוראה והרי הוא גיטה אינו גט, עד שיאמר לה הא גיטיך, דברי רבי. רבי שמעון בן אלעזר אומר עד שיטלנו הימנה ויחזור ויתננו לה ויאמר לה הא גיטיך. וצריכא, דאי איתמר בהך קמיינא, בהדיא קאמר רבי, משום דבת איגרושי היא, אבל נתן בידה והיא ישנה דלאו בת איגרושי היא אימא מודי ליה לרבי שמעון בן אלעזר".

הרי מבואר בגמרא דישנה היא בגדר "אינה בת איגרושי" לעומת אמר לה כנסי שטר חוב שהיא "בת איגרושי", ופרש"י - "דבת איגרושי היא - שהרי ניעורה, ולא מיחסרא אלא אמירת הי גיטך הלכך כי אמר לה בתר הכי שפיר דמי שקבלתה הוגנת". מבואר שיש חילוק יסודי בין ישינה למי שקבלה גט בתורת שטר חוב, דישנה אינה בת גירושין כלל ואילו בכנסי שטר חוב היא במהותה בת גירושין אלא שחסרה אמירת הרי זה גיטך.

והטעם שישנה אינה בת גירושין, כתב בעל המאור בפרק הזורק, וז"ל - "נתן בידה והיא ישנה לאו בת איגרושי היא מפני שאין הגט שמור בידה ולא משום דבעינן דעתה".

וכ"כ הרשב"א (חי' עמ"ס גיטין עה.), וז"ל - "ישנה אינה מגורשת דלאו בת איגרושי היא ולא משום דבעינן דעתה, אלא שאין גיטה שמור בידה כדאמרן, וגריעה מחרשת דחרשת יודעת לשמור גיטה ומשום הכי יש לה יד להתגרש אבל זו אין לה יד כלל כל זמן שהיא ישינה ... אע"פ שיש כאן דעת העדים דאינה מגורשת, אין הענין משום דעת אלא לפי שאין לה יד כלל והרי זו כנשטית או שאינה יודעת לשמור את גיטה דאינה יכולה להתגרש".

וכ"כ הר"ן והריטב"א ורבנו קרשקש דישנה לאו בת איגרושי מפני שאינה יכולה לשמור את גיטה.

בידה, והא התם בשינה היא נתן לה בתורת כריתות, רק שהיא היתה ישינה והיא לא ידעה שנותן לה גט. הרי חזינן דהתנאי דתורת כריתות אתרווייהו קאי, דגם היא צריכה שתדע שנתן לה גט בתורת כריתות ואם לאו אינו גט. ומה שמהני אם אמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לה, ע"כ דגם הרמב"ם ז"ל סובר בזה כדעת התוס' דהעדים יאמרו לה אח"כ כל זמן שהגט בידה. ולא הזכיר דבר זה כיון שרבה לא הזכירו דבעינן שיאמרו לה העדים, להכי לא הזכיר גם הרמב"ם ז"ל. ומתקיים גבי דידה הא דדרשינן ספר כריתות ונתן בידה במה שיתודע לה אח"כ כל זמן שהוא בידה.

ולפי זה ע"כ דמש"כ הרמב"ם ז"ל דאם נתן לה הגט בשתיקה הוי רק גט פסול אבל מן התורה כשר, מיירי שגם היא ידעה שהוא גט רק שנתן בשתיקה, אבל בלא ידעה עד אחר שיצא מתחת ידה לא הוי גט כלל. ולפי זה בשינה מהני אם אמר מעיקרא לעדים ראו שאני נותן לה גט, כמו דמהני בכנסי שטר חוב, דחד טעמא לתרווייהו לשיטת הרמב"ם ז"ל משום דבעינן שיתן בתורת כריתות, וכי היכי דמהני גבי כנסי שטר חוב אמר לעדים ראו גט זה שאני נותן ה"נ מהני גבי ישינה דלא כמ"ש הרשב"א ז"ל דבישינה לא מהני. ומה שלא הזכיר הרמב"ם ז"ל דמהני גבי ישינה אמר לעדים ראו גט וכו', הוא משום דאין דרכו להזכיר דין שאינו מוזכר בגמרא.

ואתני שפיר דברי הרמ"א (בסי' קל"ו) שכתב וצריך שתדע שהוא גט, אף שהוא קאי על דברי המחבר שהם כדברי הרמב"ם ז"ל דהטעם הוא משום דבעינן תורת כריתות ואפ"ה בעינן שגם היא תדע שזה גט, וכפי מה שהוכחנו מדברי הרמב"ם ז"ל דבישינה אינו גט אע"פ שהוא נתן בודאי בתורת גט, משום דבעינן שגם היא תדע שזה גט. וזה שלא כדברי הב"ש שכתב דלהר"מ א"צ שתדע ואפילו אם לא אמרו לה העדים נמי כשר, ותמה בזה על הרמ"א ז"ל, ולפמ"ש דברי הרמ"א נכונים, עכ"ל העונג יו"ט.

העולה מדברי העונג יו"ט, שאחת מהתנאים לחלות הגירושין הוא שהאשה תדע בעת קבלת הגט שהוא מוסר לה ג"פ, ובלא"ה לא מתקיים "ספר כריתות ונתן בידה" שיתננו לה בתורת ספר כריתות. ולפי דרכו של העונג יו"ט דברי התוספות מתפרשים כמ"ש הב"ש, אך גם הרמב"ם ס"ל כן, ודלא כמ"ש הב"י והב"ש בדעת הרמב"ם. והכי נקטינן להלכה וכמ"ש הרמ"א, וממה שהרמ"א לא כתב את דברי התוספות בלשון י"א מוכח שכך פרש בדעת הרמב"ם והמחבר.

אך דבריו של העונג יו"ט צ"ע.

א. קשה מחרשת שהשיאה אביה שהיא יוצאה בגט, למרות שאינה שומעת ואינה מבינה דבר בעת קבלת הגט, וכמו שהוכחנו לעיל באריכות מדברי התוספות ביבמות ומדברי מהר"ם פדוואה, וכמ"ש בספר גט מקושר.

ב. עוד קשה, העונג יו"ט לשיטתו שהשווה כנסי שטר חוב לישינה, והאומר לעדים ראו גט זה שאני נותן לאשתי ונתן לה כשהיא ישינה מגורשת אליבא דהרמב"ם והתוספות. לכאורה נעלמו ממנו דברי השו"ע המפורשים בסי' קל"ח ס"ג

לא היה לה יד, וכ"כ קשה לטעמו של הר"ן שכתב משום דלא הוי ידה משתמרת לדעתה א"כ לא קרינן בשעת נתינה ונתן בידה. והרב ב"י באה"ע סי' קל"ט הביא בשם הרמ"ה בנתן לה גיטה בחצרה והיא לא היתה בצדה אע"פ שבאה אחר כך לשם ואמר לה הא גיטך לא מהני דבעינן בשעת נתינה ממש שתהא עומדת בצדה דאל"כ לא קרינן ונתן בידה, וכן הוא דעת הטור ג"כ. אבל הרשב"א והר"ן חולקים ע"ז יע"ש. ולפי דעת הרמ"ה והטור ז"ל צ"ל דישנה אית לה יד וקרינן בה ונתן בידה, אלא דגבי גט בעינן דעתה ולא מהני עד שיאמר לה אחר כך הא גיטך. אבל גבי מתנה לא בעינן דעת המקבל כל דאיכא דעת מקנה כמ"ש הראב"ד ז"ל.

מבואר בדבריו שפרש את שיטת הרא"ש הרמ"ה והטור שישנה יש לה יד, ומשום הכי יכול לתת מתנה למי שישן וסגי בדעת אחרת מקנה, אף שאין דעת קונה. והטעם שהישנה אינה מגורשת הוא מפני שאין לה דעת להתגרש באותה שעה.

לכאורה כוונת המחנה אפרים לבאר את הרא"ש הרמ"ה והטור כסברת העונג יו"ט, וכן יתפרשו דברי הב"י סי' קלח. אך לא יתכן לבאר אליבא בדעת הב"י, מאחר שהב"י בסי' קלו כתב להדיא בפשיטות שאין צורך בידיעת האשה בעת קבלת הגט. על כן אף אם לא נבאר את הרא"ש כמ"ש הקרבן נתנאל, אלא כב"י והמחנה אפרים שנקטו שקיימת מחלוקת בין הרשב"א והרא"ש, מסתבר שגם אליבא דשיטת הרא"ש אין צריך שתדע בפועל בעת מסירת הגט שבקבלה זו היא מגורשת, אלא העיקר תלוי אם בעת מסירת הגט האשה ראויה להתגרש באותה שעה. על כן באותה אשה שהבעל אמר לה כנסי שטר חוב, אם אמר קודם לכן בפני עדים שהוא מוסר את הגט לשם גירושין, אף שהאשה לא הבינה דבר בעת מסירת הגט, עכ"פ היא ראויה לכך, דהיינו יכולה היא לקרוא את הגט או אחרים יסבירו לה בעת הגירושין שקבלה גט והיא מותרת לכל אדם. וה"ה בחרשת, אף שלמעשה היא לא הבינה דבר בעת מסירת הגט, עכ"פ ראויה היא לכך שמיד באותו רגע יבהירו לו באר היטב לפי כח הבנתה שהיא משולחת ועליה להמנע מלחזור לבית בעלה. משא"כ בישנה שאינה ראויה לכך בעת קבלת הגט, מאחר שאין בה דעת באותה שעה, אינה מגורשת. וזהו החילוק בגמרא בין ישנה שאינה בת גירושין, לאשה שאמרו לה כנסי שטר חוב שהיא בת גירושין.

ולפי זה סובר המחנה אפרים בדעת הרא"ש הרמ"ה והטור שהישן יש לו יד, וראוי הוא לקבל מתנה בדעת אחרת מקנה כשהניחו המתנה בידו או בחיקו וכיוצ"ב. אך באשה ישנה אף שיש לה יד באותה שעה עכ"פ היא אינה בת דעת באותה שעה, ואינה בת גירושין. שלענין גירושין יש תנאי שיתן הגט בתורת גירושין, ונתינה לאשה ישנה שאינה מבינה דבר ואינה ראויה להבין בעת השינה, היא כנתינה שלא לשם גירושין. אבל נתינה לאשה הראויה להבין את משמעות קבלת הגט, אם תקרא את הגט או שאחרים יבארו

ולפי זה מבוארים פסקי השו"ע שפסק בישנה לא מהני מה שיאמר לעדים קודם המסירה ראו וכו'. וכן באר הט"ז בסי' קלח סק"ד, וז"ל - "אפילו אמר לעדים ראו גט שאני נותן לה אינו כלום כיון שהיא היתה ישנה. אע"ג שבסעיף שאחרי זה בכנסי שטר חוב מועיל אמירתו לעדים, נ"ל החילוק דהתם יש כאן נתינה גמורה אלא שמחוסרת ידיעה מה ניתן לה, על כן מהני מה שהעדים יגלו לה אחר כך. משא"כ כאן במשנה דלא הוי נתינה כלל דלאו בת גירושין היא ע"כ לא מהני אמירה לעדים. אלא דוקא אומר לה אחר כך הרי זה גיטך דזה הוי במקום נתינה כיון שהוא בידה בעת ההיא".

והנה הרא"ש בפרק הזורק סי' ד' כתב - "נתן לה והיא ישנה נייעורה קוראה והרי הוא גיטה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטך דגרעה מחרשת דישנה לית בה דעת כלל".

לכאורה היה מקום לומר שהרא"ש באר דין ישינה דלא כשיטת בעל המאור הרשב"א ושאר הראשונים, מטעם דלית לה יד, אלא כסברת העונג יו"ט שהטעם הוא מפני שאין לה דעת דהיינו שאין לה ידיעה בעת קבלת הגט.

אך אין נראה לפרש כן בדעת הרא"ש. עיין בקרבן נתנאל שם שפרש כוונת הרא"ש כשיטת שאר הראשונים, והיינו דמאחר שהיא ישנה ואין לה דעת אין לה יד ואינה מגורשת, וכן בשו"ת רע"א ח"ב סי' צב. וכן בהכרח מתבארים דברי המרדכי בריש פרק המגרש שכתב הדברים באותו לשון כפי שברא"ש, וכפי שיבואר.

לעיל הבאנו את תחילת דברי המרדכי שכתב שהאשה אינה צריכה לדעת דבר בעת מסירת הגט ודי אם אמר לעדים ראו גט וכו'. ובהמשך דבריו כתב המרדכי וז"ל - "ואע"ג דאמר לעיל נתן לה גט והיא ישנה דאינו גט, אלמא דבעינן דעתה, היינו משום דאין בה דעת כלל וגרועה מחרשת". הרי שהמרדכי נקט באותו סגנון שברא"ש שישנה אינה מגורשת מפני שאין בה דעת, ודבריו ודאי אינן מתפרשים כסברת העונג יו"ט, שהרי כתב שהאשה אינה צריכה לדעת דבר בעת קבלת הגט, ועל כרחק הביאור במרדכי הוא כסברת שאר הראשונים ומטעם שאין לה יד באותה שעה מחמת שאינה בדעתה בעת השינה. לכן גם דברי הרא"ש יכולים להתפרש כן.

אך עיין בב"י סי' קלח (ד"ה נתנו לה כשהיא ישינה) ומשמעות לשונו דהרא"ש והרשב"א חולקים. וכן בספר מחנה אפרים הלכות קנין חצר סי' יב פרש את דברי הרא"ש בדרך אחרת מפירושו של הקרבן נתנאל. המחנה אפרים כתב - "מי שנתן מתנה לחברו כגון שהניחה בחיקו או בידו אי קנאם בעודו ישן. ראיתי במתני' דהזורק, נתן לה גיטה והיא ישנה נייעורה קוראה והרי הוא גיטה אינו גט עד שיאמר הרי זה גיטך. וכתב הרא"ש ז"ל דה"ט משום דבעינן דעתה וגרעה מחרשת. והרשב"א ז"ל פירש דישנה אין לה יד כלל. וצ"ע לטעמו של הרשב"א דישנה אין לה יד כלל, א"כ כי אמר לה בתר הכי הא גיטך אמאי מהני והא חשיב כאלו אמר לה טלי גיטך מעל גבי קרקע, והכא נמי בשעת נתינה

מקבלת את גיטה להתגרש בו, והטעם דחיישינן שמא ישכח מלומר לה אח"כ הרי זה גיטך או העדים לא יגידו לה אח"כ שהיא מגורשת ותהא חוזרת אליו. וזהו שדקדק רבינו וכתב וצריך שתדע בשעה שמקבלת גיטה וכו' דכך צריך לכתחילה".

מבואר שהב"ח סובר, דמימרא דרבא בפרק הניזקין (דף נה.) דמהני באומר לעדים ראו וכו', היינו דכשר בדיעבד, אך אין לנהוג כן לכתחילה מחשש שמא ישכחו לומר לה אח"כ. ולפי זה, בנידון דידן לכאורה ביה"ד נהג שלא כראוי כשסידר גט באמירה לעדים בטרם המסירה ובלא לומר לאשה דבר בעת המסירה.

אך י"ל בזה שלשה דברים -

א. דאף אליבא דשיטת הב"ח, הכא שאני, שהאשה סירבה במשך חמש שנים לקבל גט, והיה ידוע שיש בזה מכשול לאחרים, ובכזה"ג נחשב כשעת הדחק וכדיעבד דמי. ב. עיין בט"ז סי' קלו סק"ב שדחה את דברי הב"ח, ונראה מדבריו שבאומר לעדים מתחילה ראו גט זה וכו' כשר לכתחילה.

ג. עיין בב"ח בסי' קלח (ד"ה נתנו לה כשהיא ישנה) שהביא את דברי התוספות בדף עח. ובתוך דבריו כתב בלשון זו - "לפירוש ר"י באמר לה כנסי שטר חוב זה שהגט כשר באומר לעדים ראו גט שאני נותן וכו' לפי שהעדים יגידו לה אח"כ שהיא מגורשת כמ"ש בסי' קל"ו ס"ג דהוה ליה כאילו אמר לה הבעל הרי זה גיטך". נראה שפרש בדעת התוספות כדרכו של הב"ח, ואמירת העדים היא כאמירת הבעל האומר לה הרי זה גיטך, ואמירה זו צרכה להאמר כל עוד הגט בידה. על כן הקשה שם הב"ח מדוע אם אמר לעדים ראו וכו' ונתן לה בעודה ישנה לא מהני מה שהעדים יאמרו לה אח"כ, הרי אמירת העדים תהיה בעת שהגט בידה, ואז מהני אמירת הבעל שיאמר הרי זה גיטך.

עכ"פ הב"ח לשיטתו שיש קצבה לאמירת העדים, דהיינו כל עוד הגט בידה, לכן יש מקום להורות לכתחילה שיאמרו לה קודם המסירה שהיא מקבלת גט, דחיישינן שמא לא יספיקו לומר לה כן קודם שיצא מידה. אבל לדעת התורת גיטין, בביאור שיטת התוספות אין מקום לחשש, מאחר שגם אם יאמרו לה אחר כך מהני.

על כן למעשה דנקטינן כתורת גיטין, אין הכרח לביאור של הב"ח בדברי הטור, ואף לכתחילה יכולים לנהוג כן.

יצויין שקושית הב"ח בסי' קלח, קושיא שהב"ח נשאר בה בצ"ע, היא סיעתא גדולה לשיטת התורת גיטין. אמנם אליבא שיטת הב"ח והב"ש אין דרך ליישב את דברי הטור שלא הכשיר במוסר גט לישנה אף אם הקדים ואמר לעדים ראו וכו', אלא אם נאמר שאמירת העדים לאשה, בנידון של כנסי שטר חוב, אינה בעת שהגט בידה, וכדעת התורת גיטין, ובזה אמרינן דדומיא דהכי לא מהני בישנה. אך אה"נ מסתבר, שאם העדים יאמרו לה מיד כשהיא ניעורה והגט עדיין בידה שזהו גיטה, יועיל כשם שמועילה באותה עת

לה, היא מגורשת מיד בעת קבלת הגט, גם אם למעשה לא עשתה מאמץ להבין מה קבלה לידה. וה"ה בנידון שבעונג יו"ט, אין מקום לבטל הגירושין מהאי טעמא, (אלא ששם בתשובה היו סניפים אחרים).

וע"ע בספר חיי אריה להג"ר אריה לייב הורביץ ז"ל (חתנו של בעל העונג יו"ט) חלק אה"ע סי' ו' שכתב לדון על תשובת חותנו העונג יו"ט בסי' קסג הנ"ל, והביא כמה ראיות לדחות את שיטת העונג יו"ט, אך עיקר ראיותיו הן בנידון שם שהאשה קבלה את הגט והבעל אמר לה שהוא גט רק שהיא סברה שכוונתו לשחוק, ולא הבינה שהוא גט. אך גם ציין לעיין בתורת גיטין סי' קלו במש"כ בשם הרשב"א (שהובא לעיל) דמוכח דלא כעונג יו"ט, אלא אפילו נקרע הגט קודם שהתברר לה שהוא גט, מגורשת.

מסקנת הדברים -

דברי העונג יו"ט שכתב בשיטת הרמב"ם, שהאשה אינה מגורשת אם בעת שהגט בידה היא אינה יודעת שנמסר לה גט, לא התבררו. ושיטת הרמ"א התפרשה היטב כפי שכתבנו לעיל.

אך עדיין יש לדון אם היה ראוי לכתחילה לנהוג בדרך זו ולסדר את הגט באופן שאינה יודעת דבר בעת המסירה. הלכה זו התבררה בדברי הב"ח בסי' קלו.

הטור סי' קלו כתב - "וצריך שתדע בשעה שמקבלת גיטה שהוא גיטה ושהיא מקבלת אותו להתגרש בו. אבל אם נותנו לה בחזקת שהוא שט"ח אינה מגורשת אא"כ יאמר לה אח"כ ה"ז גיטך או שיודיענו לעדים תחלה".

וכתב הבית יוסף - "וצריך שתדע בשעה שמקבלת גיטה שהוא גיטה וכו'. לשון זה אינו מדוקדק שאע"פ שלא ידעה כן בשעה שקיבלה הגט כיון שאמר לה אח"כ או שהודיע לעדים תחלה סגי וכך הוה ליה למימר וצריך שיתננו לה בתורת גירושין וכן כתב הרמב"ם בפרק א' ולמד כן מדכתיב ספר כריתות ונתן בידה שיתן אותו בתורת ספר כריתות. והשתא אפילו אמר לה כנסי שטר חוב כיון שהודיע לעדים שהוא נותנו לה בתורת גירושין מיקרי שפיר שהוא נותן בתורת ספר כריתות".

הב"ח לא קבל את ביאור הב"י בטור שאין כל צורך שהיא בעצמה תדע בעת מסירת הגט, וכתב דהטור קאי בשיטת התוס', ולשיטה זו לכתחילה צריך להודיע בעת מסירת הגט, ורק בדיעבד כשר אם הודיע לעדים והם הודיעו לה אח"כ.

ח"ל הב"ח - "וצריך שתדע וכו', כתב ב"י לשון זה אינו מדוקדק וכו', ושוא ליה מאריה, דלשונו מדוקדק על פי דברי התוספות בפרק הזורק בד"ה אינו גט שכתבו ח"ל ר"י היה מצריך ... מבואר מדברי התוספות דאע"פ דבגט כשר אפילו לא הודיע לה שהוא גט, אלא שאמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לה, מ"מ כיון דאפילו בדיעבד אינו כשר אלא אם כן שהעדים יגידו לה שהיא מגורשת שלא תהא חוזרת, לפיכך צריך שתדע בשעה שמקבלת את גיטה שהוא גיטה ושהיא

הביאו את שיטת רבינו חננאל שגם ביחס לחצרה אמרינו דלא לעביד עובדא.

הרמב"ן בחי' (שם) כתב - "וכתב רבינו חננאל ז"ל ואת לא תעבד עובדא ותורה (ר' בסגול) שתהא מגורשת לגמרי עד דמטא גיטא לידה לגמרי וכו' ואנו קבלנו מרבתינו שאפילו זרקו לה לחצרה לא משתריא ליה לעלמא עד דמטי גיטא לידה וכו' דגרסינן בירושלמי מחזור מכולם עד שיתנו לידה. אלו דברי ר"ח ז"ל ודברי קבלה הן וראוין לחוש, אבל ודאי רבא עבד עובדא בההוא גיטא דשכיב מרע בריש פירקין ... ורבינו הגדול ז"ל כתב הלכות אלו ולמעשה כתבן, ואע"פ כן הוא מקפץ ומדלג בהם שלא לפרסם בהם קולא כמנהגו בכל מקום הראוי להחמיר".

והרשב"א (חי' גיטין עח:) כתב על דברי ר"ח - "דברי תימה הם דהא רבא דבתרא הוא עבד עובדא כדאמרינן לעיל תיזול ותיחוד ותפתח ותקני גיטא אגב ביתא ... אלא שדברי קבלה הן וראוי לחוש להם".

וכן כתב הר"ן שיש לחוש לדברי ר"ח, וכן והריב"ש בסי' רה כתב על דברי ר"ח - "ואע"פ שזו היא חומרא יתירה, שלא לעשות מעשה בחצרה, אע"פ כתב הרמב"ן ז"ל שראוי לחוש לדבריו שדברי קבלה הם".

לעומת הרמב"ן הרשב"א הר"ן והריב"ש שכתבו לחוש לשיטת ר"ח שדבריו דברי קבלה, הרי שהתוספות (עח: ד"ה את) והרא"ש (סי' ז') הביאו את שיטת ר"ח ודחו אותה ולא סיימו לחוש לדבריו.

וכן המרדכי סי' תלו הביא את רבינו חננאל והערך שפרשו החומרא בגמרא בגירושין לחצר האשה, ודחה דבריהם כמ"ש התוס' והרא"ש, ואחר כך כתב - "נהגו העם שלא לגרש ע"י נתינת גט תוך ביתה או חצירה ואפילו בתוך קלתה או בתוך מלבושיה. והטעם פרש רבינו יחיאל לפי שלפעמים מלבושיה שאולים ואולי הבעלים מקפידים על כך, וא"כ לא הוי גיטא כיון דלאו להכי אושלינהו. לכך טוב לתת הגט לידה ממש וידה תהיה פתוחה מתחילת הנתינה עד גמר הנתינה, וכ"כ רבינו פרץ בן רבינו אליהו ז"ל".

וכן בהגהות מיימוניות (דפוס קושטא) פ"ה מגירושין ה"א הסכים לפסק הרמב"ם שיכול לגרש בזריקת גט לחצרה, ודחה דברי ר"ח, אך למעשה הביא את הסמ"ק שכתב שנהגו שלא לגרש לחצרה או כליה או בגדיה מחשש שהם שאולים.

בשו"ע סי' קלט סעיף יד פסק הרמ"א - "אם זרק לה לתוך ארבע אמות שלה, ואין הבעל נכנס לתוכו, הרי זו מגורשת. וכל זה מדינא, אבל לכתחילה אין לגרש, אפילו ליתן הגט לתוך חצירה או לתוך מלבושיה, אלא לתוך ידה ממש, וידה תהא פתוחה מתחילת הנתינה עד סופה, ואפילו בדיעבד אין להתירה לעלמא עד שבא הגט לידה ממש".

ועיין בבאר הגולה וביאור הגר"א שהחומרא שלא לגרש בחצר האשה נובעת משיטת הר"ח והערך. והחומרא שלא להניח במלבושיה נובעת מהמרדכי בשם ר"פ.

אמירת הבעל שאומר הרי זה גיטך, והטור בסי' קלח לא איירי בכה"ג.

מסקנת הדברים נראה שבנידון דידן היה ראוי לנהוג כן אף לכתחילה.

במקרה שבפנינו עלתה סברא, שאין מקום לחוש כלל אליבא דכו"ע, מאחר שהאשה ניהלה דין ודברים עם הדיינים. הדיינים ניסו לשכנעה לקבל גט והיא הודיעה שאינה מוכנה לקבלו, ולבסוף ביה"ד הודיעה שהיא תאלץ לקבלו בעל כורחה ומיד לאחר מכן השליח הניח את הגט, כמפורט לעיל, לכאורה יש לדון שיחשב כאמירת "הרי זה גיטך" מאחר שהיו עסוקים באותו ענין.

אך י"ל בזה שני דברים -

א. עיין ברמ"א סי' כו ס"א ובט"ז סק"ב דלא מהני אמירה שדברו אחרים בפניהם ובעינן שהבעל ידבר עמה באותו ענין. ובמהרש"ם ח"ז סי' קסד כתב - "דוקא בהוא בעצמו עוסק באותו ענין מהני, אבל אמירת אחרים לחוד לא מהני כמ"ש הט"ז סי' כ"ז סק"ב, וכן הוא באבני מילואים סי' כח סקמ"א (באמצע הס"ק) שדוקא כשהמקדש מדבר מעסקי קידושין מיקרי עסוקים באותו ענין, אבל אם אחרים מדברים או אפילו היא מדברת כל שלא דיבר המקדש לא". וה"ה בנידון זה השליח לא דבר עמה כלל באותו ענין.

ב. נראה שאם אמנם האשה לא הבינה בעת מסירת הגט שנמסר לה גט, לא יועיל מה שהיו עסוקין באותו ענין. ודמי למי שאמר 'הרי זה גיטך' לאשה שאינה מבינה כלל לשון הקודש, דמסתבר דלשיטת התוספות אליבא דהב"ש ולשיטת העונג יו"ט לא יועיל עד שיבהירו לה את מה שארע. וה"ה הכא אם אמנם האשה לא הבינה דבר בעת שנמסר לה הגט, לא יועיל מה שעסוקין באותו ענין.

נתינת הגט על בגדי האשה

במקרה שבפנינו, מאחר שהגט ניתן ללא הסכמת האשה, ולא היה ניתן לסדר את הגט כמקובל שהאשה מקבלת הגט לתוך ידיה, אלא השליח מסר לאשה את הגט בהתאם לאפשרויות שעמדו בפניו באותו מעמד. אמנם בסמוך למסירת הגט, נאמר לשליח שינסה למצוא דרך להניח את הגט בחיקה, אך למעשה היה קושי בדבר ולבסוף הונח הגט על השמלה שמעל שוקי רגליה בעת שהאשה ישבה, (ורגליה לא היו באלכסון). יש לברר האם האשה מגורשת בגט שניתן לה בדרך כזו.

שנינו במסכת גיטין בפרק הזורק (דף עח.) "היתה עומדת ברשות הרבים וזרקו קרוב לה מגורשת". ושם בגמרא (עח:) "אמר ליה שמואל לרב יהודה שיננא כדי שתשוח ותטלנו, ואת לא תעביד עובדא עד דמטי גיטא לידה".

ופרש רש"י - "עד דמטי גט לידה. גזירה שמא יאמרו על רחוק שהוא קרוב". לפי פרוש רש"י הא דבעינן מטא גיטא לידה, היינו לאפוקי קרוב לה, שמא יאמרו על רחוק שהוא קרוב, ואין מניעה לגרשה בזריקת גט לחצרה. אך הראשונים

לקבל את פסק הרמ"א הבנוי על שיטת כמה מגדולי הראשונים. שהרי כיוצ"ב מצינו פעמים רבות שהרמ"א פסק כשיטת מקצת רבותינו הראשונים אף שיש בראשונים דעה אחרת.

דברי ה"ב"ש התבארו בתשובת הגר"ח מוואלאזין בחוט המשולש ח"א סי' יב, (וכן הובאה תשובה זו בספר בית הלוי בסוף חלק א' בתשובות הגר"ח מוואלאזין תשובה ב'), וז"ל - "אשר הקשה כת"ר על שהביא ראייה מהריב"ש, שהיה מחכמי הספרדים ולא קבלו חומרות רבותינו הצרפתים אשר הרמ"א הביא דבריהם. הנה באמת חכמי הצרפתים הראשונים לא החמירו אלא לענין לכתחילה. שהרי לא כתב הסמ"ק והכל בו והמרדכי, אלא לשון טוב או נכון ליתן הגט לידה ממש. וכן משמע מדברי המרדכי שהרי הביא שם לעיל מיניה דברי הר"ח וחלק עליו, ואח"כ הביא דברי הגהות סמ"ק שלא ליתן לתוך חצירה. והיינו משום דחומרת הר"ח הוא אפילו לענין דיעבד, וכמ"ש שם דבחצירה לא משתרי לעלמא, וע"ז הוא דחולק עליו, וחומרות הסמ"ק הוא רק לענין לכתחילה. הרי דלענין חצירה הצרפתים מקילים לענין דיעבד והספרדים מחמירים לחוש לדברי הר"ח אף לענין דיעבד. ולענין מלבושיה וקלתה לא הזכירו כלל חכמי הספרדים הראשונים כגון הרמב"ם והרשב"א והר"ן כלל. ודברי הרמ"א שהחמיר לענין מלבושיה גם בדיעבד באמת חידוש הוא שלא נזכר בשום פוסק, ורבינו משה מדעתו הוסיף חומרא זו. ונראה דעת הרמ"א ז"ל דחצירה וקלתה ומלבושיה בחדא מחתא נניהו, וכמ"ש הסמ"ק דבחד טעמא שייכים, וס"ל להרמ"א ז"ל דכמו שלדעת חכמי הצרפתים כולוהו אסירי לכתחילה, ה"ה לחכמי הספרדים דנקטו חומרות הר"ח לאסור בחצירה אף דיעבד, ה"ה נמי קלתה ומלבושיה אף דיעבד אסירי, וא"כ שפיר מצינן לאתויי ראייה מהריב"ש דמחמיר בחצירה אף בדיעבד, ובמלבושיה כתב דהוי כמטא גיטא לידה, ולישנא דכמטא גיטא לידה משמע ודאי דשריא להנשא."

העולה מדברי הגר"ח ז"ל, שטענת ה"ב"ש כנגד הרמ"א היא, שמצינו שתי שיטות בראשונים, שיטת חכמי הספרדים שהחמירו כדברי ר"ח אף לענין דיעבד, שלא להתירה להנשא בגט שנפל בחצירה, ומאידך מצינו שיטת חכמי האשכנזים כתוספות המרדכי והרא"ש דלא חששו לשיטת ר"ח ואדרבה דחו דבריו, אך כתבו להחמיר לכתחילה שלא לגרש בחצירה או בהנחה על בגדיה מחשש שמא הם שאולין אצלה, אך בדיעבד לאחר שקבלה גט בדרך זו יכולה להנשא. ולפי זה, ה"ב"ש הסכים לדעת הרמ"א שפסק למעשה כחומרי שתי השיטות, אך טענת ה"ב"ש היא שבהניח לה גט על בגדיה, לא מצינו מי שיחמיר שלא להתירה להנשא, מפני שחכמי הספרדים החמירו דוקא בורק לתוך חצירה ולא בהניח על בגדיה. על כן לענין בגדיה יש בפנינו רק חומרא לכתחילה הנובעת משיטת חכמי האשכנזים, ולא מצינו מי שיחמיר שלא תנשא אף בדיעבד לאחר שקבלה גט בדרך זו.

לפי האמור, אם בנידון זה ביה"ד יורה הלכה למעשה כפסק הרמ"א, הרי שאפילו בדיעבד שכבר קבלה את הגט, אין להתירה לעלמא.

אך ה"ב"ש ס"ק כד כתב - "ואפילו בדיעבד. עיין בתשובת הריב"ש בנפל על בגדיה הוי כנתן לידה וליתא חומרא דשמואל, ומשמע אפילו אם לא נשאת מיקל". הרי שה"ב"ש חלק על הרמ"א וכתב להקל להתירה להנשא במקרה שהגט נפל על בגדיה.

אין לומר דה"ב"ש מפרש דברי הרמ"א שלא החמיר לענין בדיעבד בנפל על בגדיה, דלשון הרמ"א ברור מללו, דבעינן "לידה ממש" אף לענין דיעבד, והיינו לאפוקי בנתן על בגדיה, וכמו דמוכח מתחילת דברי הרמ"א ד"לתוך ידה ממש" היינו לאפוקי מלבושיה ע"ש.

וכן אין לומר דה"ב"ש רק מציין לדברי הריב"ש אך אין בדעתו לחלוק על הרמ"א, דפשטות לשונו מורה שחולק על הרמ"א, וכן כתב בשו"ת חוט המשולש ח"א סי' יב שה"ב"ש חולק על הרמ"א. הרב השואל בחוט המשולש נטה לומר דאין כוונת ה"ב"ש לחלוק, והגר"ח ז"ל כתב - "אשר כתב כת"ר שה"ב"ש לא הביא דברי הריב"ש אלא לפלפולא בעלמא, הוא דוחק גדול, ושיחלק ה"ב"ש על הרמ"א לא נפלא הוא. וכן דרך האחרונים בכל חלקי השו"ע."

ביאור שיטת ה"ב"ש - ה"ב"ש חלק על הרמ"א מכח תשובת הריב"ש (שהובא בב"י). הריב"ש בסי' רה נשאל באשה שקבלה גט בבית הכנסת, והגט נפל בסמוך לה תוך ד' אמותיה, הריב"ש הביא את שיטת רבינו חננאל להחמיר בנפל לחצירה וכתב לחוש לדבריו, וכפי שהבאנו לעיל דבריו, ואע"פ כן הריב"ש בסי' רו כתב בפשיטות שאנו מחמירים כשיטת רבינו חננאל, היינו דוקא בורק לתוך חצירה משא"כ בנפל הגט על בגדיה. וז"ל הריב"ש - "וכל שכן שבשטר כתוב, שנפל על בגדיה, וזו הרי הוא כמטא גיטא לידה."

אמנם מתשובת הריב"ש שכתב דהוי "כמטא גיטא לידה", לכאורה היה נראה שיוכל לכתחילה לגרשה בדרך זו, אך ה"ב"ש שהביא את הריב"ש חלק על הרמ"א רק במה שהחמיר אף בדיעבד שכבר קבלה את הגט, שלא תנשא לעלמא לאחר שקבלה גט בדרך זו. אך ה"ב"ש מסכים דלכתחילה אין לתת גט בדרך זו, וכמבואר בלשונו של ה"ב"ש. וכן כתב הנודע ביהודה (תניינא אה"ע סי' כו, הובא בפת"ש סי' קטו ס"ק יד וסי' קלט סוף סק"ד) וז"ל - "הגם שב"ש ס"ק כ"ד כתב בשם הריב"ש שאם נפל על בגדיה הוי כמטי לידה, וכתב שם שאפילו עדיין לא נישאת תנשא, מ"מ משמעות לשונו שם היינו בדיעבד שכבר ניתן הגט באופן הנ"ל."

אך בעיקר דברי ה"ב"ש יש מקום לתמוה. הרמ"א פסק כרבינו יחיאל ורבינו פרץ שבמרדכי, לחוש לבגדים שאולים ושמא לאו להכי אושלינהו. וכי מפני שה"ב"ש מצא בתשובת הריב"ש, שהריב"ש לא נחית לחשש זה והקל בנפל הגט על בגדי האשה, וכי מטעם זה יורה ה"ב"ש הלכה למעשה שלא

ובשו"ת יהודה יעלה (למהרי"א) ח"ב חלק אה"ע סי' צה כתב - "חידוש עוד, שלא לזרוק לה גט לפי שלפעמים מלבושים שאולים ואולי בעלים מקפידים על כך, ולא היו גיטא כיון דלאו להכי שאולים. ואני תמה מאגדה במסכת תענית כ"ג ע"ב באבא חלקיה אמר להו טלית שאולה היתה להכי שאלו ולהכי לא שאלו וכפרש"י וז"ל ולהכי לא שאלו לי להטיל עליה קוצין לקרעה עכ"ל, משמע בלא הא דלקרעה כמו לזרוק לה גט עליהם לא קפדי ושרי. ויותר מזה קיי"ל באה"ע סי' קל"ט סעיף י"א וסעיף י"ב כולי האי לא קפדי אינשי והוא מגמרא דגיטין ע"ז וע"ט ע"ב שוב כתב לי ... הביא כן בשם המרדכי פרק הזורק ע"ש הירושלמי והגאונים רבינו יחיאל ורבינו פרץ בר"א יעו"ש, וא"כ אותן הגאונים שבמרדכי י"ל דלא מפרשי כפירש"י הא דאבא חלקיה רק כפשוטו ולהכי לא שאלו יהי' לדבר מה שיהי', ועוד שהם מודים שאין זה מדינא הוא רק המחמיר תע"ב, וכן כתב מהר"ם לובלין שהוא רק לחומרא בעלמא ואין לתפוס עליהם מהש"ס ופירש"י והתוס' ונכון" עכ"ל תשובת יהודה יעלה.

וע"ע בשו"ת מהר"ש ענגיל חלק ה' סי' יד מש"כ בזה. **העולה מדברינו** - בנידון דידן לדעת הרמ"א לא תנשא בגט זה, ולדעת הב"ש אמנם לכתחילה אין למסור גט בדרך זו של הנחתו על בגדיה, אך בדיעבד יכולה להנשא לאחר שכבר נמסר לה, והבאנו מכמה מגדולי הפוסקים שכתבו שעיקר דין זה הוא חומרא בעלמא ואינו מן הדין. בנידון דידן שהיתה שעת הדחק ואפרושי מאיסור אשת איש החמור, ומזה חמש שנים שלא נמצאה דרך אחרת להביאה להסכים לקבל גט בדרך המקובלת, בכה"ג לכו"ע היה מקום להורות לכתחילה לגרשה אף בדרך זו של הנחת הגט על בגדיה שמעל גופה.

וראיתי בתשובת הגרי"א מקובנא שכתב דבשעת הדחק, אף אליבא דשיטת הרמ"א יכול לכתחילה לתת גט בדרך זו והאשה יכולה להנשא לכתחילה.

וז"ל בשו"ת באר יצחק חלק אה"ע סי' יד - "אף דהאידינא אנו נוהגים שלא לגרש ע"י חצירה כמבואר ברמ"א (סי' קל"ט סעיף יד), עכ"ז פשוט דגם עתה בעת הדחק מהני חצירה. וראיה לזה דהא מה דאין מגרשין ע"י חצירה הוא ממרדכי (פ' המגרש) דכתב בזה"ל דנהגו העם שלא לגרש ע"י חצירה, וג"כ סיים דעל כן טוב ליתן לידה עכ"ל. א"כ משמע דאינו רק טוב לכתחילה היכא דאפשר בגט אחר, אבל לא בעת הדחק, וכמש"כ הט"ז בהא דעכשיו אנו נוהגים שלא לגרש ע"י ש"ק דבעת הדחק מהני דהא לא היתה תקנה ע"ז, ועוד דהא קיי"ל ביו"ד (סי' רמ"ב) ש"ך (הלכות אסור והיתר שם) דבדרבנן סומכים על יחיד נגד רבים בעת הדחק, וכש"כ דסומכים על רבים נגד יחיד. א"כ כיון דעיקר המנהג נובע משיטת ר"ח כמש"כ המרדכי דפי' הגמ' דואת לא תעבד עובדא עד דמטי גיטא לידה למעט קנין חצירה, אבל רוב פוסקים שהם תוס' והרא"ש ור"ג ומרדכי וכל הפוסקים

לפי זה מבואר הטעם שהב"ש פסק דעכ"פ לכתחילה לא יגרשנה בדרך זו של הנחה על בגדיה, אף שכפי הנראה הריב"ש היה מיקל בזה לכתחילה, עכ"פ למעשה לכתחילה נהגו כשיטת רבינו פרץ וסייעתו, ומנהג זה כולל אף בגדיה. נראה שהלכה למעשה נקטינן כדעת הב"ש, וכמבואר בנודע ביהודה (תניינא אה"ע סי' כו). וע"ע בסי' קי"ז בב"ש ס"ק כב שכתב בפשיטות בעניין אשה נכפית המחוייבת לקבל גט - "ומכל שכן דיכול לזרוק לה הגט בעל כרחה". ופשיטא דהתם לא יוכל לזרוק לה לתוך ידיה הפתוחות כשאינה רוצה לקבל הגט. מסתימת דבריו משמע שאף לכתחילה יוכל לזרוק לה גט ולהניחו על בגדיה. כפי הנראה סבר הב"ש, דבסי' קלט עסקינן בנותן גט ברצונה על כן לכתחילה יתן בידה ממש, אבל במקום שאי אפשר, כגון בנידון בסי' קיז, אף לכתחילה מותר להניחו על בגדיה. בעיקר דינו של הרמ"א שלא לגרש בהנחה על בגדיה, עיין בשו"ת מהר"ם לובלין סי' א' דהיינו חומרא בעלמא, ועיין בשבות יעקב ח"א סי' קכ שתמה בזה מדוע חיישינן לשאלה.

גם אם נחוש לשאלה, רחוק לחוש דלאו להכי אושלינהו, וכמ"ש בספר גט מקושר (סג"ר סי' רכ), וז"ל - "מ"ש דלאו להכי אושלינהו צ"ע, דכיון דהבגדים שאולים מאי סברא לומר דלאו להכי אושלינהו, דמאי קפידא למשאיל בקניית הגט. וכן איתא לעיל (סי' קל"ט) דחצירה שאולה קונה ולא מפלגינן כלל אי להכי אושלינהו ... כיון שהמקום שאול לה מה איכפת למשאיל במה שקנתה הגט, ואפילו יהיה איזה קפידא, מ"מ דברים שבלב הם כיון שלא התנה בפירוש שלענין זה אינו משאיל. ועוד דלא שייך בו קפידא, שהרי יכול לגרשה ולתת הגט בידה, וא"כ לכאורה גם זה חומרא בעלמא היא לחוש לקפידא דמשאיל".

ובשו"ת רבי שלמה איגר חלק אה"ע סי' כא (לעיל הבאנו את הנידון שעליו השיב), כתב - "ליתא בני"ד חשש תורה, דאי משום מה שכתב המרדכי דחיישינן לשאלה, הנה נ"ל דאינו מהדין כי אם חומרא בעלמא. חדא הא העלה הב"ש סי' יז ס"ק סט דלמאי דקיי"ל סימנים דרבנן לית לן חשש שאלה, רק היכי דבעי סימן מובהק החשש הזה מחליש את הסימן. ותו גם אם הם שאולים, עדיין צריכין לחוש שהמשאיל מקפיד, והוי תרי ספקי, דלמא אינן שאולים ודלמא אינו מקפיד, וידוע מה שכתבו הגדולים בתשובותיהם דגם בגט אשה סמכינן אספק ספיקא. ועוד איני יודע בזה בקיאות היכן מצינו לחוש להקפדת אדם בדבר זר לו ואינו נוגע לו כלל וכלל. גם איני יודע, כיון דאין דרך אדם זר להקפיד, והנה גם אם יבוא אליהו ויאמר שזה מקפיד, כלום מששא אית ביה, דכיון שהשאיל סתם הוי הקפדה דברים שבלב. גם איני יודע א"כ דחיישינן להקפדה איך יתורגם הדין דחצר קונה לה בין שאול בין שכור, ואטו שאול מיירי בפירש שמשאיל לקבלת הגט, כל כהאי לא היו סותמים הפוסקים".

הבגדים, הנה לפי הסברה בעיני שינתן הגט במקום שיש לו בית קיבול לעמוד בו, דהרי כתיב ונתן בידה. ואע"פ שדרשו ז"ל דגם חצירה היא כידה מדלא כתיב ובידה יתנו, מ"מ צריך מיהת לעמוד בחצירה, ובנוזק על בגדיה אינו עומד דמשרק שריק ונופל לארץ. ועוד דהרי כתב הרמב"ם ז"ל ריש פרק ה' ... ואחד ידה או חיקה ... הרי דבעינן ידה או חיקה וכיוצא דהו דומיא דידה שיעמוד בתוך ידה, אבל על בגדיה אין זה לא ידה ולא חיקה ... ותדע דהרי עדיפה מינה אמרו בגמ' (גיטין דף ע"ח ע"ב) היתה ידה עשויה כקטפרס חורקו לה, אע"פ שהגיע הגט לידה אינה מגורשת ... ותרצו בדלא נח אלא לתוך האש או לתוך הים כשהיתה עומדת על שפת הנהר דמעיקרא לאיבוד קאי, ופסקה הפוסקים ז"ל. וא"כ דון מינה ומינה לנ"ד. דאם שם דהוי ידה ממש לא מהני בהגיע לידה, כ"ש בבגדיה. ולפי"ז מ"ש הריב"ש ז"ל בתוך דבריו וז"ל שבשעת מסירה שנפל על בגדיה, במקום בית קיבול, ולא הוצרך לבארו לרוב פשיטותו. דודאי לא עדיף מידה קטפרס. דהרי דין ד' אמות בני"ד ליכא כיון דקדם הוא בתוכן ומיקרי לא נח, שהרי עדיין ברשותו וזה פשוט. וכן מוכח מלשון הג"ה שכתב לתוך חצירה או לתוך מלבושיה וכו', אלמא דבעינן תוך מלבושיה ממש, כגון בתי כסין העושין במלבושים דהווי מקום המשתמר".

בדברי הבית יהודה קיימת התייחסות לשני מצבים. האחד, כשהגט נפל על בגדיה ולא נח לגמרי אלא המשיך להתגלגל עד שנפל לארץ, ובוה הדבר פשוט שאינה מגורשת. והשני, כשהניחו בכיס הבגד או במקום אחר בו יש בית קיבול. כפי הנראה מאחר שבסתמא האשה עומדת בעת מסירת הגט, אם אינו מניח את הגט בתוך כיס וכיוצא"ב אין אפשרות שהגט ישאר במקומו אלא עומד לכך שיפול לארץ. אין בדברי הבית יהודה בירור הדין בכה"ג שהאשה יושבת והבעל מניח הגט על השמלה שעל ברכיה. בנסיבות אלו, אמנם הגט הונח שלא בתוך בית קיבול, אך לאחר מסירתו הגט מונח כראוי במקומו ואינו מחליק למקום אחר. והנה בשאלה האם בקניין חצר בהכרח שיהיה לחצר בית קבול, מצינו דיון בפוסקים.

המחנה אפרים בהלכות קנין חצר סי' יא כתב, וז"ל - "הא דכליו של אדם קונות לו, היה נראה דהיינו דוקא בכלי שיש לו תוך, אבל כלי שאין לו תוך לא קנה. ולכאורה היה נראה כן מההיא דפרק הניזקין גבי מתניתין (גיטין נט:): דמצודות חיה ועופות יש בהם גול מפני דרכי שלום יע"ש. אבל מההיא דפרק הריבית גבי משכנתא הנ"ל (ב"מ דף סז:): מוכח דאפילו כלי שאין לו תוך, כגון מחצלאות קונה לו. וההיא דהניזקין שאני משום דהוי כדי לקנות בהם בעלי חיים, ויש לחלק באופן אחר, אבל מ"מ נקטינן דלאו דוקא כלי שיש לו תוך, אלא אף מחצלאות קונות לו".

ועיין בספר חתן סופר שער המקנה (עמ' כג) שהביא את דברי המחנה אפרים והסכים עמו. ובשו"ת רבי שלמה איגר חלק אה"ע סי' כא כתב - "אריכות לשון המשנה (גיטין נט,ב) מצודות חיה ועוף ודגים

ורמב"ם דפי' ואת לא תעבד עובדא כו' היינו למעט קרוב לה, והוי הר"ח יחיד נגד רבים, דנהי דחיישי לדבריו לכתחילה, אבל בעת הדחק ודאי סמכינן על רבים. וכן משמע בהרמ"א גופיה, שמתחלה כתב דלכתחילה אין לגרש ע"י חצירה א"כ משמע דבדיעבד מגורשת, ואח"ז כתב הרמ"א דאף דבדיעבד אינה מגורשת, ולמש"כ ניחא, דלכן בדיעבד אינה מגורשת כיון דלכתחלה אין לגרש ע"י חצירה, וכיון דעבר על התקנה לכן בדיעבד ג"כ אינה מגורשת, כדמצינו כה"ג בכמה דוכתי. אבל היכא דא"א בגט אחר אף לכתחילה מגרשים בחצירה בעת הדחק, ולא הוי תקנה כלל בזה".

והנה בספר שבות יעקב ח"א סי' קכ פסק במי שהרחיק נדוד שתיים ושלוש שנים ואשתו זינתה והולידה ממזר ומסרבת לקבל גט דיוכל לזרוק לה גט לחצרה או למלבושיה, ומבואר בתשובה שם שאף אם זרק למלבושיה לא נתירה להנשא עד שתקבל לידיה ממש. השבות יעקב קאי בשיטת הרמ"א ולדעתו הרמ"א נקט דמחמירין דלא לעביד עובדא בין בזרק לחצרה ובין למלבושיה. השבות יעקב לא הזכיר כלל משיטת הריב"ש והב"ש.

וכן בשו"ת תשורת שי ח"א סי' קיח פסק למעשה כדעת השבות יעקב, ובתוך דבריו כתב - "הא בבגדיה כשר ודאי מדינא אף מדרבנן, רק מחומרא לא מתירין אותה להנשא לכתחילה". התשורת שי הלך בדרכו של השבות יעקב ולא הזכיר דבר מתשובת הריב"ש והב"ש שהביאו.

אך יש לדון שאמנם בני זוג מקהילות אשכנז, יתכן שיש מקום לפסק זה של השבות יעקב והתשורת שי, שלא רצו לנטות כלל מפסק הרמ"א. אך מאחר ובפנינו בני זוג מקהילות ספרד, שלא קבלו על עצמם את פסקי הרמ"א, אין למונעה מלהנשא לכתחילה. מרן המחבר בשו"ע לא הביא חומרא במי שזרק הגט למלבושיה ולדונה כמי שזרק לחצרה. אמנם הב"י הביא את המרדכי במש"כ בשם רבינו יחיאל ורבינו פרץ, אך מלבד שהב"י לא הזכיר מזה דבר בשו"ע, אך גם לפי המובא בב"י, היינו דוקא חומרא לכתחילה ולא למונעה מלהנשא לאחר שקבלה גט בדרך זו שזרק הגט על מלבושיה, ובב"י לא הוזכר דבר מחומרת הרמ"א דאף בכה"ג לא תנשא. וכפי שהתבאר בתשובת חוט המשולש שחכמי הספרדים לא החמירו לענין זרק על מלבושיה. ואף לבני אשכנז ראינו כמה מגדולי הפוסקים שכתבו דבדיעבד אין לחוש.

קנין חצר בכלי שאין לו בית קיבול

מפשטות לשון הסמ"ק והמרדכי בשם רבינו פרץ שהביא הרמ"א שדנו גט הניתן על בגדיה כגט הניתן בחצרה, עולה שדנו את הבגד כחצר. אך יש מקום לדון האם כלי שאין לו בית קיבול קונה כחצרו, שאם אינו קונה בקנין חצר, לכאורה מדינא אינה מגורשת.

בספר בית יהודה (להג"ר יהודה עייאש ז"ל) ח"ב סי' עב כתב - "יש לחקור ... אם מה שנוזק הגט על בגדיה ולא היה בית קיבול בבגדים אי חשיב כמו הגיע לידה ... בזרק על

קנה כלל. ודין ד' אמות ג"כ אין כאן כיון דבחצר דאחרינא לא תיקון ד' אמות, אפילו תימא דבגט תקנו אף ברשות הרבים".

העולה מתשובה זו של הבית אפרים, שאם הגט נפל על בגדיה של האשה במקום שיש בבגד בית קיבול, בכה"ג הרמ"א החמיר לחוש שמא הבגד שאול ולא להכי אושלינהו, ולשיטת הסמ"ק והמרדכי מה"ט החמיר ר"ח שלא להתירה להנשא, והריב"ש באר שיטת ר"ח שהחמיר בחצר היינו דוקא חצר ממש ומפני החשש שהחצר אינה משתמרת, אבל בבגד אין לחוש, ונראה שבמחלוקת זו הבית אפרים חושש לפסק הרמ"א, ולא מצא מקום להקל כריב"ש. אך אם הגט נפל על הבגד במקום שאין בו בית קיבול, בכה"ג סובר הבית אפרים דלכו"ע אינה מגורשת, מפני שאין כאן חצר שתוכל לקנות בו את הגט.

ובספר חי' רבנו מאיר שמחה (לבעל האור שמח) עמ"ס ב"מ דף סז: בתחילה באר שתמרים שנפלו על המחצלת נקנים בקניין חצר "אע"פ שאין להם תוך, בכל זאת כיון דמצי למיכפינהו ולהכי עבידי, דדרכן לכרוך התמרים בהנך בודיא, שוב הוה כיש לו תוך, ולא דמי ללחי וקוקרי דגיטין (סא). עיי"ש".

ולפי סברא זו אין לדמות כסת או בגד למחצלת של תמרים, מאחר ואינם עשויים לכרוך בהם חפצים. אך לאחר מכן הביא הג"ר מאיר שמחה ז"ל מדברי התוס' סוף פ"ק דטוכה, שכתבו דלאותה בודיא היה גדנפא וממילא היה להם תוך, ותמה על המחנה אפרים שנעלמו ממנו דברי התוס'.

וכן בספר תפארת בחורים (לרבי שלום חי הכהן מתוניס) בחי' עמ"ס סוכה דף כ: תוס' ד"ה מסככין העיר בקצרה (כמ"ש הבית אפרים) וכתב - "נעלם זה מהמחנה אפרים שכתב דכליו של אדם קונים לו אפילו אין להם בית קיבול". וראיתי בספר מנחת פתים (ח"מ סי' ר' ס"ג) שכתב בפשיטות כשיטת הבית אפרים (בלא שהזכירו), וז"ל - "כליו של אדם, היינו כלי שיש לו תוך כמבואר לקמן סי' רע"ג סעיף י"ג, מיהו כלי חלול כגון קופה שאין לה שוליים אע"ג דלענין קבלת טומאה לא מיקרי כלי, מ"מ לענין קנין קנה כדמשמע באה"ע סי' קל"ט סעיף ט' יעו"ש".

וכן בספר דברי מלכיאל חלק ה' סי' רו כתב בתוך דבריו - "ובכלי בעינן דוקא שיהא לו תוך כדאיתא בגיטין דף ס"א". יש מקום לכמה תמיהות על תשובה זו של הבית אפרים (ועל החולקים על המחנה אפרים).

א. מהתוספות במסכת גיטין דף עח. ד"ה, מקום חיקה' עולה כי דין בגדיה הנגררים של האשה, כדין חצרה, ויכול להניח שם גט. ומסתימת דבריהם נראה שלא דוקא בכיסים שבבגדים, אלא בכל מקום שיניח את הגט על הבגד מהני. ב. הסמ"ק המרדכי והגהות מיימוניות שהובאו להלכה ברמ"א כתבו שנהגו שלא לגרש בוריקת הגט לבגד האשה, וכל זאת מחומרא דחשש בגד שאול, ורבותא הו"ל

ולא קתני בקיצור מצודות יש בהן כו', והסוגיא דפרק איזהו נשך ב"מ דף ס"ז ע"ב "ולמ"ד כליו של לוקח ברשות מוכר קני כו' בסיסני קנינהו" מורה דלא בעי תוך אלא לקנות בעלי חיים דחשיבי, דהא סיסני היינו מחצלאות דלית להו תוך. וחפשתי ומצאתי שבגליון שו"ע חו"מ סי' ר' ריש סעיף ג' על תיבת כליו של אדם כתבתי בזה"ל "אף דלית להו תוך, מיהו לקנות בעלי חיים בעי תוך לקמן סי' ש"ע ס"ד, ועיין ספר מחנה אפרים הלכות קנין חצר סי' יא".

לעומת זאת, הבית אפרים בתשובה (חלק אה"ע סי' קד) חולק על דעת המחנה אפרים, ולדעתו כל כלי שאין לו חלל אינו קונה בקנין חצר, אא"כ נעשה לקבל עליו, ודוקא בכה"ג קונה אף שאין בו כלי קיבול.

הבית אפרים השיב בנידון שהגט נפל על כסת שהיתה שייכת לאשה, וכתב לברר הלכה זו האם קנתה את הגט בקנין חצר, וז"ל - "בכה"ג שנפל על הכסת שהוא כלי שאין לו תוך אין לו דין כלי שיקנה כלל, כמבואר בגיטין דף ס' לענין מצודות חיות ועופות באוהרי ואחזי כ"ע לא פליגי כו' ע"ש ברש"י וברמב"ם ובטור וש"ע סי' רע"ג וסי' שע. וא"כ פשוט דוקא לתוך קלתה שיש לו תוך וכן לתוך חיקה היינו כשנפל במקום שהוא בית קיבול, דאל"כ לא הוי בכלל כליו של לוקח כלל. וא"כ בזה שאין כאן בית קיבול הגט פסול ולא תנשא בו לכ"ע. והריב"ש ודאי נמי דלא מיירי כי אם היכא שנפל על בגדיו במקום בית קיבול. וראיתי בספר מחנה אפרים הלכות מכירה סי' יא שכתב ... והחילוק הזה אינו מובן כלל, דמה הפרש יש בין לקנות בו בעלי חיים או לא דהא מבואר שם בדבר שאין לו בית קיבול אע"פ שהבע"ח נצוד בו אינו מועיל שיתפוס בו קנין כלל. ומש"כ מההוא דמשכנתא דבב"מ, אישתמיטתיה דבר התוס' בסוכה דף כ' מסככין בבודיא עשויה היא לקבל תמרים כדאשכחן בכתובות, וי"ל דההיא דאית ליה גדנפא היא עשויה לקבל תמרים כו' ע"ש. וגם נראה דאפילו תימא דאין לה בית קבול כלל, מ"מ כיון דעיקר עשייתה לכך לקבל תמרים הנושרים מהאילן, שפיר מיקרי כליו של לוקח לענין זה, אבל כסת שאין עשוי לקבלת שום דבר פשוט לענ"ד דלא מיקרי כלי כלל".

בהמשך הדברים כתב הבית אפרים - "כיון דעכ"פ כליו מטעם חצר, ולפי מה שהסכים הריב"ש סי' ר"ה ראוי לחוש לפי ר"ח שלא להתירה אף בחצרה, ובתשובה שאח"ז סי' ר"ו כתב כ"ש שבשטר כתב שנפל על בגדיו וזו הרי היא כמטא גיטא לידה. ולכאורה מאי עדיפותא דבגדיו מחצרה, ושמא סובר הריב"ש טעמא דמחמרינן בחצר דזימנין שלא יהיה חצר המשתמרת, משא"כ בבגדים דמסתמא משתמר שם לדעתה. אך הרמ"א נמשך בזה אחר הפוסקים דטעמא דחומרא משום שאולין הוא, וא"כ אין לחלק בין חצר ובגדים, אדרבא בבגדים שייך הך חששא טפי דשמא היו שאולין, ועכ"פ נלענ"ד כיון דכלים מטעם חצר אתינן עלה, צריך שיהא דוקא בית קיבול ואם לאו אין לו דין כלי ולא

אף שאינו נעול במנעול נקרא חצר המשתמרת, וכמבואר בגיטין פרק הזורק. וראיה לזה דהא כלים מטעם חצר הוא, וא"כ קשה למ"ד דבעי דוקא בתוכה א"כ כלים בסימטא אמאי קנה דהא לאו משתמרת הוא, ועומד בתוכה אי אפשר בכלי, אלא על כרחך דמחיצות הכלי כמחיצת החצר וחשיב כחצר המשתמרת עכ"ל. ולכן שפיר אמרו כשי"ל תוך הוי גזל גמור דחשיב משתמרת, אבל כשאין לו תוך לא קנה מטעם דאין משתמר ואין עומד בצדו כסתם מצודות שפרסו הציידים".

וכן בספר חשב האפוד (להג"ר חנוך דוב פדווא) ח"ג סי' ע' כתב ליישב את שיטת המחנה אפרים כסברא הנ"ל, עפ"י דברי הנתיבות בסי' ר' סק"ג הנ"ל (שהביא מהר"ם יפה) וביאר שרק במצודות שיש להם תוך קנה קנין גמור, מפני דבאין להם תוך נידון כחצר שאינה משתמרת, מאחר והבעלים אינם עומדים בצד החצר.

ה. בתוספות במסכת סנהדרין דף כה. מוכח שכלי שאין לו תוך קונה, התוספות כתבו שם בסוגיית משחק בקוביא דהוי אסמכתא - "והא דפסקינן דמשחק בקוביא קני דווקא כשמעות שניהם על פי הדף לפי שהדף והמקום קנוי לאותו שירויה כדי לקנות המעות אשר עליו". וכן במרדכי שם וברמ"א סי' רז סעיף יג. ועיין בסמ"ע סי' רז ס"ק לג ובביאור הגר"א שבארו דהמעות שכל גבי הדף קונה נקנו לזוכה מטעם קנין חצר. אמנם לפי מש"כ הבית אפרים לחלק בין עשוי לקבל לשאינו עשוי לקבל אין פירכא מכאן על חילוק זה של הבית אפרים.

ובשו"ת מר"ם יפה כתב בזה בדעת הבית אפרים, וז"ל - "וגם בחו"מ סי' רז סי"ג בהג"ה וסמ"ע ס"ק לב צ"ל דוקא כשי"ל גדנפא או כמ"ש בנתיבות ס"ק יב שהיה קנין אחר ומ"מ צ"ל דף נמי".

ו. במסכת ב"מ דף ט: נאמר - "משוך בהמה זו וקני כלים שעליה מהו ... חצר מהלכת היא, וחצר מהלכת לא קנה. וכי תימא כשעמדה, והא כל שאילו מהלך לא קנה עומד ויושב לא קנה. והלכתא בכפותה". ועיי"ש בחי' הרמב"ן הרשב"א הר"ן והריטב"א (החדשים והישנים) שכתבו דבכפותה קונה כלים שעליה מכח קנין חצר ומוכח מסוגיא זו שקונה בקנין חצר אף בכלי שאין לו בית קבול, ומסתימת הסוגיא והראשונים נראה שבכל מקום שיניח על הבהמה הכפותה קונה ולא כתבו להקפיד להניח דוקא במקום שרגילים להניח עליה משאות וחפצים, ודלא כסברת הבית אפרים, אלא בכל גווני קונה כשמונח על הכלי אף כשאין לו בית קיבול. ובשו"ת מר"ם יפה כתב בזה בדעת הבית אפרים - "גם צ"ל בהאי דבבא מציעא ט' ב' בהמה יש לה תורת חצר אף שאין לה תוך הואיל דעשוי לישא כלים שמניחים עליה".

ז. מש"כ הבית אפרים להוכיח ממסכת סוכה אינו מוכרח, ונביא את לשון הגמרא והתוספות.

בגמרא (סוכה דף כ:): - "אמר רבי חנניה כשירדתי לגולה מצאתי זקן אחד ואמר לי מסככיך בבודיא, וכשבאתי אצל

לאשמועינן דאם הגט נפל על הבגד במקום שאין לו תוך דאינה מגורשת כלל.

ג. מש"כ הבית אפרים "הריב"ש ודאי נמי דלא מיירי כי אם היכא שנפל על בגדיו במקום בית קיבול", תמוה מאד. דהמעין בתשובת הריב"ש יראה שהריב"ש לא היה נוכח בעת מסירת הגט, אלא נשאל על מקרה שארע, ובתחילה (סי' רה) השואל כתב שהגט נפל בסמוך לד' אמות של האשה, והריב"ש ברר שאלה זו למעשה. ואח"כ בסי' רו בתוך הדברים כותב הריב"ש - "כל שכן שבשטר כתוב שנפל על בגדיה, וזו הרי הוא כמטא גיטא לידה". מבואר שאחר כך הגיע לידי הריב"ש שטר קבלת העדות של העדים שהיו נוכחים בעת מסירת הגט וכתוב בו שהגט נפל על בגדיה. ומאחר ולשון השטר סתומה, אילו סבר הריב"ש שאינה מגורשת כלל אם לא נפל הגט למקום בית קיבול בבגדיה, היה מוטל על הריב"ש לכתוב דנידון כמטא גיטא לידה רק בכה"ג. ומסתימת לשון הריב"ש בהכרח דלא סבר שיש לחלק בזה.

ד. עיקר שיטתו שכלי שאין לו תוך אינו קונה בקנין חצר, צ"ע מה סברא יש לחלק בין כלי לקרקע, דמאחר שקרקע קונה בקנין חצר אף בלי מחיצות ובלא שיש לה תוך, מהו החילוק בין כלי לקרקע. ומאחר שחצר ילפינן מידו של אדם, הרי ידו קונה גם כשהיא שטוחה בלא תוך.

ומה שכתב הבית אפרים להוכיח שיטתו מגיטין דף ס:, המעיין שם בסוגיא יראה שהמצודות שאינן קונות, הן "לחי וקוקרי", ופרש רש"י דהינו חכה או מצודה המורכבת מחוט שיש בו מחטים והחיה נתפסת במחטים, ובאלו הריעותא היא שהחיה רק תלויה על המחט ואינה מונחת בכליו של בעל המצודה. אין מסוגיא זו הכרח דשכלי כגון מחצלת או בגד השטוח על הארץ אינו קונה מדין חצר, דמאחר וכל החפץ הנקנה מונח עליו נקנה לבעליו בקנין חצר. ונחשב ככלי שיש לו תוך. ומהסוגיא שם במסכת גיטין יש לנו למעט רק כה"ג שהחפץ אינו מונח כלל על הכלי אלא תלוי עליו כדג התלוי על המחט שבחכה.

ומצאתי בשו"ת מר"ם יפה (לג"ר מרדכי מיכאל יפה ז"ל מחכמי המבורג) סי' ד' (שהוא הרב השואל בתשובת ר"ש איגר שהבאנו לעיל, והשיב על אותו מקרה) שהביא את תשובת הבית אפרים וכתב ליישב הראיה מהסוגיא בגיטין, וז"ל - "לפרש"י בקוקרי מבואר דהניצוד מונח רק חלק אחד במחט שנתחב בו, ובכה"ג לא קנה מטעם חצרו לכן בעי תוך דוקא, אבל כשכל הדבר מונח בו, גם באין לו תוך קונה שפיר. עוד י"ל דלכאורה קשה מאי צ"ל באין לו תוך, הא מבואר ב"מ יא א' בחצר בעינן או עומד בצדו או חצר המשתמרת, וכל שאחר יכול ליטול לא מיקרי משתמר, א"כ נוקמא מתני' דלא עמד בצד המצודה וכסתמיי' נמי, לכן אין בו גזל רק מפני דרכי שלום. ומצאתי בנתיבות סי' ר' סק"ג מה נקרא אינה משתמרת נראה דדוקא כשהוא מגולה בלי מחיצות נקרא אינו משתמר, אבל כל שיש לו מחיצות סביב,

בית קיבול. וז"ל הג"ר שלמה איגר בתשובתו הנ"ל - "ויש לעיין, הן בנידון סברתו דמעלתו והן בנידון סברא דידי, מספר שיטה מקובצת בבא מציעא ט,ב סוף סוגיא דקני בהמה לקנות כלים שעליה, דשם חקר בקלתה שעל ראשה אי משום חצר הוא או מטעם גופה הוא. מיהו בזה נ"ל דקילקול המלבושים תקנתה. רצוני, אם נימא דבאין לו תוך אינו קונה, י"ל דקלתה שאני שהוא חצר בפני עצמו, ע"כ אזלינן בתר דידיה לא בתר גופיה, משא"כ באין לו תוך".
וכוונתו שאם נאמר שהבגד אינו נידון כחצר, הרי שאינו עומד בחשיבות בפני עצמו ובטל לגוף, וקונה מדין יד. ולהלן נברר בעז"ה הלכה זו.

קנין מדין יד

לצורך הקביעה שבהנחת הגט על בגדה, הגט נקנה לאשה בקנין יד, עלינו להניח שתי הנחות.

א. הכתוב "ונתן בידה", "ידה" לאו דוקא, וה"ה שאר אבריה, כגון אם הניח על ראשה או על אחד משאר אבריה מגורשת, ונידון כמי שהניח בידה.

ב. אין חילוק אם מניח על גופה ממש או על הבגד המכסה את הגוף.

ולהלן נברר אמיתות הנחות אלו, ונפתח בבירור ההנחה הראשונה ונקדים את דברי הרמב"ם בפרק ה' מהלכות גירושין הלכה א' - "זה שנאמר בתורה, ונתן בידה", אין ענין הכתוב אלא שגיגע הגט לה, ואחד ידה או חיקה או חצרה או שלוחה שעשתה ידו כידה הכל אחד הוא ... ומשיגיע הגט לרשותה נתגרשה".

ומאחר ו"ידה" דכתיב, אין המכוון על ידה ממש, על כן אין חילוק בין הניח על ידה להניח על רגליה או על ראשה וכיוצ"ב.

בחי' הרמב"ן עמ"ס גיטין דף כא. (ד"ה חצר) כתב - "חצר מהלכת לא קנה. הקשו בתוספות הא חצר מידה איתרבי וידה מהלכת היא. ומתרצי ידה מינח ניחא וגופה הוא דקא ממטי לה, כדאמרינן גבי קלתה בפ"ק דמציעא. ולא מילתא היא, דאע"ג דגופא ניחא ידה לא ניחא וכמהלכת דמיא, משא"כ בספינה וקלתה דנייחי לגמרי, ואפילו הניח לה על גבי גופה או על גבי רגלה ומהלכת מגורשת, אלא כיון שאינה מתרחקת ממנה כשאינה מהלכת, אבל חצר מהלכת כיון שאפשר לה להתרחק ולא תהא משתמרת לדעתה לא קני ליה", עכ"ל הרמב"ן, וכן כתב המאירי (שם).

ומבואר מדבריהם - "ידה" לאו דוקא, וה"ה שאר מקומות שבגופה כידה דמו.

והתוספות במסכת בבא מציעא דף ט: (ד"ה ספינה) כתבו - "ספינה מינח ניחא ומיא הוא דקא ממטו לה ... הכא חצר משום יד איתרבאי והוה שפיר דומיא דיד דמינח ניחא וממטו לה עם גופיה".

ומשמעות דבריהם שכל הגוף פרט ליד נידון כחצר מהלכת. והגרע"א בגליון הש"ס שם כתב - "תמוה לי דא"כ

רבי יהושע אחי אבא הודה לדבריו. אמר רב חסדא והוא דלית ליה גדנפא". ופרש רש"י בודיא מחצלת. מסככים דסתמא לסיכוך ואינה כלי לתשמיש.

וכתבו התוספות (ד"ה מסככין) - "מסככין בבודיא. עשויה היא לקבל תמרים, כדאשכחן בכתובות פרק נערה (דף נ: זיל הב ליה מתמרי דעל בודיא. וא"ת אם כן מקבלת טומאה מדרבנן כדף של נחתומין פרק המוכר את הבית (ב"ב דף סו). והיאך מסככין בה. ויש לומר דההיא דאית ליה גדנפא היא העשויה לקבל תמרים, והך מוקמינן בדלית ליה גדנפא דההיא ודאי עשויה לסיכוך וטהורה".

העולה מסוגיא זו שאם זו מחצלת עם גדנפא, אנו דנים אותה ככלי המקבל טומאה שמתחילת עשייתה היא עשויה לקבל תמרים, ואינה ראויה לסכוך, ולא יועיל מה שכעת הוא מיוחד אותה לצורך סיכוך ואם לית בה גדנפא מתחילתה היא עשויה לסיכוך.

אך עדיין פשיטא שקיימות מחצלות בלי גדנפא שלמעשה שוטחים אותם תחת התמרים על מנת שהתמרים יפלו עליהם, ומייחדים אותם לכך. ומאחר ובגמרא בב"מ פרק איזהו נשך (סז:) נאמר בסתמא דהמלוה מקבל תמרים שעל בודיא, ולא מצינו חילוק דהיינו דוקא שיש גדנפא למחצלת, מוכח דלענין קנין חצר, קנה בכל גווני את התמרים שעל גבי המחצלת.

ח. בספר אורח לחיים (להג"ר חיים ראצקי ז"ל), הערות סי' לה, כתב - "ועיין גיטין דף עט דתירץ הש"ס בקופה שאין לה שולים, ופרש הרמב"ם שהפנימית אין לה שולים והיא מוטה על צידה ונפל הגט על צידה של הכלי וקניא לה, ועיין שו"ע אבן העזר סי' קל"ט ס"ט. הרי דגם בלא תוך קונה, ויש לעיין בזה".

העולה מדברינו - לשיטת המחנה אפרים, כליו של אדם קונים לו אף אם אין להם בית קיבול, (ולפי סברא אחת במחנה אפרים, למעט בעלי חיים). וכן הסכימו כמה אחרונים. אבל הבית אפרים והמנחת פיתים נקטו שהכלי אינו קונה אלא אם יש לו בית קיבול, ולדעת הבית אפרים אף אם אין לו תוך קונה אם הכלי עשוי לכך שיקבל חפצים. וכן הבאנו דעת אחרונים שתמהו על המחנה אפרים מדברי התוס' סוף פ"ק דסוכה.

הבאנו כמה ראיות שכלי קונה בקניין חצר אף כשאין לו בית קיבול כל עוד החפץ מונח על הכלי, כגון במחצלת או דף וכיוצ"ב, ובמה שכתב הבית אפרים לחלק בין אם עשוי לקבל או אינו עשוי לכך, לא מצינו הכרח לחילוק זה. משמעות המרדכי הסמ"ק והרמ"א בסי' קלט שמדינא מגורשת בהניח על בגדיה, ומסתימת דבריהם משמע שלא חילקו בין אם יש לבגד בית קיבול או הניח עליו שלא במקום שיש בו בית קיבול.

אך גם אם נקבל את עיקר שיטת הבית אפרים שכלי אינו קונה אם אין לו בית קיבול, עכ"פ י"ל שאם הניח את הגט על בגדה, האשה מגורשת, גם אם הבגד אינו קונה לה מדין חצר, ודלא כמ"ש הבית אפרים דדוקא בהניח בבגד שיש בו

שמפילה לארץ ותוחב לה הגט בחזקה, ובוזה ליכא קנין הגבחה ... ואז צריכין אנו לחקור שתי חקירות אם זה מיקרי ידה, דאפשר דקנין יד הוא יד ממש לא שאר אברים, כדמשמע באלו נערות (לא): דקנין ידו הוא מטעם דידו של אדם חשובה לו כד' על ד' עיי"ש ובפנ"י. הספק השני, אף אם נאמר שכל האברים של אדם הוי כידו, מ"מ היכי דמיפסק דבר אחר שאינו שלה אם שייך בוזה חציצה."

ועיי"ש שהביא מדברי התוספות (שהבאנו לעיל). וכן הביא ממסכת חולין דף קלט במצא קן בראשו של אדם דמוכח דלא קנה ומשום הכי אינו כמזומן וחייב בשלוח הקן, ומתוספות במסכת גיטין דף עח. שכתבו דחיקה כידה ממש, וסיים דבריו וכתב - "באופן דעדיין הדבר אינו מבורר אם שאר אברים מועיל מטעם יד".

והנה מה שהביא ממסכת חולין נדחה לפי מה שכתב בשו"ת מהר"י הכהן דיש חילוק בין קנין הצריך להעשות מדעתו של הקונה, דבכה"ג במידי דלאו אורחא בכך אינו קונה, משא"כ לענין גירושין. ומטעם זה אין מקום למה שהוכיח החלקת יואב ממסכת כתובות דף לא:.

בגמרא שם - "הגונב כיס בשבת חייב, שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור סקילה, היה מגרר ויוצא מגרר ויוצא - פטור, שהרי איסור שבת וגניבה באין כאחד ... רב אשי אמר כגון שצירף ידו למטה משלשה וקיבלו, כדרבא, דאמר רבא ידו של אדם חשובה לו כארבעה על ארבעה. ופרש רש"י - "רב אשי אמר. מגרר ויוצא דקאמר פטור, לעולם ברשות הרבים, ודקשיא לך איסור גניבה ליכא. כגון שצירף ידו. השניה לפחות משלשה סמוך לקרקע ובידו אחת גיררה ונפלה לתוך חברתה וידו קניא ליה. כדרבא דאמר רבא ידו של אדם חשובה. לענין הנחת שבת כמקום ארבעה על ארבעה, וכי היכי דלענין שבת חשוב מקום לענין מיקנא נמי חשוב מקום למיקני כאילו הגביהה למעלה משלשה, ומיהו ברשות היחיד לא אגבהה דתיקני ליה מקמי דליתי חיוב שבת עליה וביאתה לרה"ר וקנייתה באין כאחד".

והתוספות דחו פרוש רש"י, וז"ל התוספות - "רב אשי אמר כגון שצירף ידו למטה מג' וקיבלה וכדרבא. פירש בקונטרס דקאי אמאי דפריך לעיל איסור גניבה ליכא, והשתא משני דאיכא נמי איסור גניבה כדרבא. וקשה לר"י חדא דמה ענין חשיבות מקום ד' דלענין שבת לקנין, ועוד דאין צריך שום ראייה להביא דקניא ליה ידו דפשיטא דונתן בידה אמר רחמנא".

ובספר פני יהושע יישב פרוש רש"י וכתב - "ולענ"ד שפיר כתב רש"י דהא בהא תליא ... ואשמעין רבא דהנחת ידו של אדם נמי חשוב כמו מקום ד', וע"כ היינו משום דדרך בני אדם להניח חפציו בידו לפי שעה עד שיצניע ... ולפי זה לענין קנין נמי, ענייני משיכה והגבחה בין למ"ד דאורייתא ובין למ"ד מדרבנן, לכונ"ע בעינן מידי דאורחא בכך, כדאמרינן להדיא בפרק הספינה דף פה, וא"כ ממילא שמעין דכיון שדרך בני אדם להניח חפצו בידו עד שיצניע הוי קנין

הגוף מקרי מהלך ואמאי מהני נותן גט על ראשה, גם אמאי בנתן גט ביד עבדה מקרי חצר מהלכת, הא היד מינח. אלא ע"כ דיד והגוף חד הוא, אלא דאמרינן מה ידה שאינו מהלך היינו דאינו מהלך מהקונה דבכל מקום שהיא מהלך שם הוא הקונה משא"כ חצר דמהלכת מהקונה וצע"ג".

והג"ר שלמה איגר (בתשובתו הנ"ל) כתב - "הן לשון התוס' בב"מ ט' ע"ב ד"ה ספינה "דידה מינח ניחא וממטיא לה עם גופה" מורה קצת דכל הגוף מקרי חצר מהלך, אבל לא מסתבר לי דבדוקא כתבו כן, דלמה לא נימא נמי גופיה ניחא ורגליים קא ממטי ליה כיון דהגוף איברים חלוקים מן הרגלים כמו דחלוקים הידים מן הרגלים ... אפס הא התוס' עצמן כתבו תירוץ אחר דרק בחצר מהלך שלא לדעתו אינו קונה (ודבריהם הלא המה בהר"ן פ"ב דגיטין נ"א, ד"ה וגרסינן), וא"כ ודאי הגב כידה ממש".

ובתוספות במסכת גיטין דף עח. ד"ה "מקום חיקה קנוי לה" כתבו - "וא"ת פשיטא דהא חיקה הוי ממש כידה". והוסיף ביאור בספר תפארת יעקב עמ"ס גיטין (שם), ח"ל - "נראה לי דכוונת התוס', דודאי אי היה זורקו על גופה ממש בחיקה כמו על ידה הוי מהני, דאטו גידמת לית לה יד, וכל גופה כידה".

העולה מהאמור - "ידה" לאו דוקא, וה"ה אם הניח את הגט על אחד מאבריה, ואין לחוש משום חצר מהלכת, מפני שאותו האבר אינו יכול להתרחק מגופה, וכשם שאחיות היד מתייחסת לאדם עצמו, ה"ה אחיות אבר אחר בגופה, או הנחה עליו.

וכן בשו"ת מהר"י הכהן (להג"ר ישראל רפפורט) מהדורא תניינא חלק אה"ע סי' כו דן במי שהניח גט על ראשה של אשתו בלא ידיעתה, וכתב לחלק בין קניינים בעלמא שאם האדם אינו יודע שהחפץ הונח על ראשו או במקום אחר בגופו אינה קונה, משא"כ בגט. חז"ל שם - "הנה נודע שחילוק רשות יש בקניינים, חז"ל חלקו הקניינים ברשות הרבים וברשות היחיד ובסימטא כל אחד ואחד לפי עניינו, ומקום ששיך בו משיכה מועיל שם קנין משיכה וכן בכל פרטי הקניינים ... ולפי זה המקום אשר אין דרך לקנות שמה אינו מקום קנין, ואף שבעצמותו מקום קנין הוא, מ"מ אם אין מכוין לקנות ושיקנה לו המקום אין המקום קונה לו ... ונאמר לפי זה דבבוא איזה דבר על ראשו של אדם אינו קונה אותו דאינו רגיל ואין המקום להניח שם חפצו, אך אם הוא מכוין לקנות בו ... לא גרע מכל מקום רשותו שקנה הוא, דמחשבתו משוי ליה מקום קנין ... אבל לענין גט אשה דלא בעינן דעתה דמתגרשת בעל כרחא ... שאין צריך דעת ומחשבת האשה כלל רק שישלך הבעל את שעבוד האשה מעליו. וכיון דזרק הגט לרשותה, כל מקום שהוא רשותה נסתלק הבעל ממנה, אף שהיא לא כיוונה לקנות ולא חשבה את המקום ההוא לרשות קנין. ויצא לנו הדין ברור מה שזרק הגט על ראשה הוה כאילו נתנה בידה ומהני".

והנה בספר חלקת יואב חלק אה"ע סי' יג כתב להסתפק אם "ידה" דוקא ולא שאר אברי הגוף. חז"ל - "מתרמי הרבה פעמים בנותן לה גט בעל כרחא, שהוא נלחם עמה עד

לוקח ברשות מוכר הוא. אמר רב יהודה אמר שמואל כגון שהיתה קלתה תלויה בה ... ור' שמעון בן לקיש אמר: קשורה אע"פ שאינה תלויה ... רבי יוחנן אמר מקום חיקה קנוי לה, מקום קלתה קנוי לה. אמר רבא מ"ט דר' יוחנן, לפי שאין אדם מקפיד לא על מקום חיקה ולא על מקום קלתה.

ופרש הרשב"ם (שם) "לא על מקום חיקה, כשנגררין בגדיה על הקרקע".

ובתוספות במסכת גיטין (שם) ד"ה "מקום חיקה קנוי לה" כתבו - "וא"ת פשיטא דהא חיקה הוי ממש כידה. ואומר ר"י דר' יוחנן קשורה ותלויה בעי, ומיירי כשבגדיה נגררין בארץ, והשתא אי לאו טעמא דמקום חיקה קנוי לה לא הוי מהני מידי, כיון דאינה קשורה ותלויה".

ובחי' מהר"ם שי"ף כתב על דברי התוספות, וז"ל - "במתני' י"ל דינא דידה גופה קמ"ל, ואה"נ חיקה וידה שוין, אבל למה לי לרבי יוחנן מקום חיקה קנוי לה דלמא מקום חיקה לא קנוי ואפ"ה מגורשת כנתן לידה דמגורשת בלא טעם דמקום ידה קנוי".

העולה מכל הנ"ל, "זורק לתוך חיקה" דמתניתין, חיקה היינו בגדיה, וכדמוכח בגמרא דנקטו לשון מקום חיקה קנוי לה, ופשיטא דאין הכוונה לחיקה ממש. ופרשו התוספות הא שהוזקקו לומר שמקום חיקה קנוי, היינו דוקא ביחס לבגדיה הנגררים על הארץ, וכן כתב הרשב"ם, ודוקא ביחס לבגד הנגרר, אי לאו דמקומו קנוי לה הוי ככליו של לוקח ברשותו של מוכר. ובאר מהר"ם שי"ף, שביחס לבגדיה שעל גופה ואינם נגררים על הארץ, אף אילו מקום חיקה אינו קנוי לה, מגורשת מפני שנידון כידה ממש, ולא מכח קנין חצר אתינן. ומבואר שבהניח הגט על בגד המכסה את גופה ואינו נגרר על הארץ, מגורשת כמו הניח בידה ממש.

וז"ל מהר"ם יפה שם - "ומבואר לדבריהם הא דמהני קשורה או קשורה ותלויה אין הטעם דבזה אינו בכלל כליו של לוקח ברשות מוכר ומשום דאין המוכר מקפיד בזה ... אלא הטעם דבזה כגופה ממש, ועיקר תירוץ הגמרא לאוקמי כה"ג דלא הוי מתורת כלים כלל, אלא מטעם ידה כגופה, ולכן הקשו (התוס') כיון דחיקה קשורה ותלויה אין מהצורך לאוקמא משום מקום חיקה קנוי לה, אלא דבזה הוי ידה ממש. ותירץ דרבי יוחנן ס"ל דקשורה לבד אין בכלל גופה ומתניתין איירי בנגררין בארץ ומהני רק משום תורת כלי, ושפיר צ"ל דמקום זה קנוי לה שלא להיות כליו של לוקח ברשות מוכר".

ומסקנת הדברים היא שהבגד נידון כמו הגוף עצמו מאחר שהוא בטל לגוף, אא"כ הבגד נגרר על הארץ שאז נידון משום חצר.

ולפי זה הנ"מ ממחלוקת המחנה אפרים והבית אפרים תהיה רק במקרה שהגט נפל על בגדיה הנגררין על הארץ, דומיא דהמבואר בתוס' בגיטין עח. (ד"ה מקום), דבכה"ג קונה רק מכח קנין חצר.

בהכי, והו"ל כמו הגבהה ומשיכה כל אחד במאי דאורחיה, אי לאו מימרא דרבא לענין שבת הו"א דידו של אדם לא חשיב שינוי רשות ולא קרינן מיד עמיתך ... אלא בדבר אחר, דידו לא מיקרי דבר שדרכו בכך, כיון שאינו אלא לפי שעה שינוח במקום אחר להצניע".

ולפי האמור לעיל, יש חילוק בין דרכי בקניינים של הקונה מדעתו, לדרכי הקניינים בגירושי אשה, ומאחר שהאשה מתגרשת בעל כרחיה, היא מגורשת גם אם הניח את הגט במקום דלאו אורחיה למיקני, ואין ראייה מהסוגיא בפרק אלו נערות, שגם לענין גט, בעינן בידה דוקא.

ובשיטה מקובצת עמ"ס כתובות (שם) כתב לישיב פירוש רש"י, וז"ל - "ס"ל לרש"י ז"ל, דאע"ג דלענין גט כתיב ונתן בידה, שמא היינו דוקא כשמגביהו שלשה טפחים מן הארץ. וההיא דקלתה שאני, משום דהויא הכלי שלה וקניא מדין רשותה, אבל כשידה סמוך לארץ הוא אמינא כלבוד דמי ובטיל אגב ארעא, וכן פירשו המפרשים ז"ל וכדבעינן למיכתב קמן". (דברי השטמ"ק הובאו בשו"ת צמח צדק החדש אה"ע סי' דש).

ולפי דרכו של השיטה מקובצת, בלא סברא דידו של אדם חשובה כד' על ד' לא יועיל לקנות גט או חפץ אחר, בלא הגבהה, דכלבוד דמי. ומשמע שבמקום שאין לחוש ללבוד, ידו של אדם קונה גם בלא האי טעמא דחשובה כד' על ד'. ולפי זה לשיטת רש"י גם שאר חלקי הגוף קונים כשאינם נמצאים בתוך שלשה סמוך לקרקע ואין לחוש ללבוד, ועל כן בנידון דידן שישבה על ספסל והונח על ברכיה, אין לחוש, ואין לדון כאן לבוד וכמ"ש הגט מקושר שנוביא להלן.

מסקנת הדברים - אין חילוק בין נותן הגט בידה ובין הניח על רגלה או על אחד משאר אבריה. אך לשיטת רש"י (לפי ביאור השיטה מקובצת) לא יועיל אם הניח הגט על אחד מאבריה המונח על גבי הקרקע או בתוך שלשה טפחים סמוך לקרקע.

הניח הגט על בגד המכסה את גופה

יש לדון האם בגד המכסה את גופה נידון כחצרה, או בטל לגופה וכשם דמועיל הנחת הגט על אחד מאבריה הוא הדין כשהניחו על בגד המכסה את אבריה.

בתשובת מר"מ יפה סי' ד' הביא ראייה שהבגד המכסה את גופה נידון כידה ממש, ולא מכח קנין חצר אתינן. ולהבהרת ראייתו נביא מדברי הגמרא והראשונים שהביא שם.

במשנה ריש פרק הזורק (גיטין דף עז.) - "הזורק גט לאשתו, והיא בתוך ביתה או בתוך חצרה, הרי זו מגורשת ... לתוך חיקה או לתוך קלתה, הרי זו מגורשת".

ובגמרא במסכת בבא בתרא דף פה: הביאו משנה זו, ושם פרש הרשב"ם - "לתוך חיקה, כלומר על בגדיה שהיא מלובשת".

ובגמרא מסכת גיטין דף עח. (וכעין זה בגמ' במסכת ב"ב שם) - "לתוך חיקה או לתוך קלתה מגורשת. אמאי כליו של

סוכה דף ל"ז דכל דליכא קרא שהחציצה מזיק אין החציצה מזיק, וה"נ הטעם אף דכתיב ונתן בידה, מ"מ הלא אמרינן דידה היינו רשותה. ומדברי הריב"ש סי' רו מבואר על בגדיה אין שום חשש ותנשא אף לכתחילה. ולזאת נלפענ"ד דרק בעומדת יש להתיר אם הבגדים מפסיקים, כיון דעיקר הדין דהגבהה מהני בגט מהתורה, אבל במקום דליכא הגבהה כנ"ל בשוכבת ובגדים שאינה שלה מפסיקים, הרבה יש לחוש שלא להתירה בגט זה, והנראה לפענ"ד כתבתי".

הרי מבואר מדברי החלקת יואב, שאם אין קנין הגבהה, אלא הניח הגט על גופה כשהיא שוכבת, וה"ה בנידון דידן, יש להסתפק האם חציצה פוסלת.

אך בשו"ת רבי שלמה איגר חלק אה"ע סי' כא כתב בזה, וז"ל - "כיון דתחב הגט על גבה, הנה הגב חלק מגופה והוי ידה, ואי משום דכותנתה או עוד בגדים מפסיקים בין הגט לגופה, היכן מצינו דחציצה פוסלת בגט, וגם חציצה שנזכר גבי לולב (בפרק לולב הגזול דף לז). הא כתב הר"ן (שם ד"ה לא לינקוט) דלאו משום חציצה, דהא ליכא קרא לחציצה כי אם בטבילה ותפילין, אבל הרצון משום דבעי לקיחה תמה. אך מה שכתב הרמ"א שם סי' קלט סי"ד שלא יהא טבעת באצבעה, תמהני אם בדיעבד לא תינשא משום זה".

ובשו"ת מר"ם סי' ו' השיב לגר"ש איגר דטעמו של הרמ"א אינו משום חציצה, וכמבואר בדרכי משה סי' קלט סק"ד דהטעם משום שמא תקפוץ ידה על ידי דבר אחר.

ומה שהקשה מהר"ם יפה (שם) מב"מ דף קב. דמוכח דכלי שבחצר מפסיק, וכשנפל עליו אינו נידון כנפל על הקרקע בחצר, נראה דלא קשה דשאני כלי שאינו משמש לקרקע ועל כן אינו מתבטל לקרקע, משא"כ בגד המכסה את הגוף המשמש לגוף ומתבטל אליו.

אמנם מה דפשיטא ליה להגר"ר שלמה איגר ז"ל שאין לחוש משום חציצה, יש מקום להרחיב בזה.

אמנם בדרכי משה כתב הטעם להסרת הטבעת כדי שלא תקפוץ ידה מחמת דבר אחר, אך בלבוש בסדר הגט (לאחר סי' קנד) סעיף סה כתב - "יצוה לאשה שתסיר טבעת מידה כדי שלא יהא חוצץ בין הגט וידה, דונתן בידה כתיב. וכן לא יגע סרבלה ולא שום דבר בידה בשעה שמקבלת הגט, שלא יחוץ בין ידה ובין הגט".

ועיין שו"ע אור"ח סי' תרנ"א ס"ז שפסק "כרך סודר על ידו, ונטלו, י"א דלא יצא". והרמ"א הוסיף - "ונהגו להחמיר להסיר התפילין וטבעות מידם, אבל מדינא אין לחוש הואיל ואין כל היד מכוסה בהן". ועיין בב"י שהביא מדברי האגודה שאין לחוש בחציצה במקצת כגון טבעת או רצועת תפילין אלא בחציצה בכלו. ועיי"ש בב"ח ובט"ז שהחמירו אף בחציצה במקצת, ועיין א"ר שכתב לחזור וליטול מספק, וכן במשנה ברורה ס"ק לו.

ובספר כפות תמרים דף לו. הביא מדברי השו"ע באה"ע בסדר הגט סעיף פא והרמ"א סי' קלט שכתבו להורות לאשה שתוריד את הטבעת קודם מסירת הגט, והיינו משום חציצה,

אלא שהבית אפרים לא נחית לחלק בזה, וכתב דהריב"ש והרמ"א סי' קלט שפסקו שמדינא מגורשת בנפל הגט על בגדיה, דוקא במקום שיש לו בית קיבול, ודבריו צ"ע.

והנה בספר תורת גיטין בסי' קלט סט"ו הביא מדברי הרשב"ם במסכת ב"ב דף פה שכתב שבקלתה קונה מטעם הגבהה, וכתב התורת גיטין - "דברי הרשב"ם תמוהים לי, דהא בקשורה אע"פ שאינה תלויה, והיינו שנגררת על גבי קרקע לאו מטעם הגבהה הוא, וע"כ הטעם דכשקשורה בה הו"ל כשיש לה רשות להניח, והקלתה קונה לה. א"כ י"ל דה"נ בתלויה".

אך בספר דברי ישעיהו להגר"ר ישעיהו ירחמיאל מינצברג ז"ל בסי' יד השיג על התורת גיטין וכתב - "ואני אומר דדברי הרשב"ם ז"ל דטעמא דקשורה ותלויה הוא מטעם הגבהה ודאי נראין. והכי משמע בירושלמי פרק הזורק דאר"ל בקשירה לה וא"ר יוסי ובמגבהת מחמתה, ע"כ ויעו"ש במפרשים. ומזה הלשון ודאי משמע דטעמא דתלויה משום הגבהה, דהיינו מגבהת מחמתה. וגם בלא"ה נראה כן, דאל"כ במה נחלק מ"ד קשורה ותלויה ומ"ד קשורה לחוד אי תרויהו מטעם חצר שאין מקפיד עליה על מקומה, וצריך לדחוק דלהאי מ"ד דוקא בתלויה אינו מקפיד על מקומו, ולהאי מ"ד אפילו בנגררת, ואינו במשמע".

ובהמשך דבריו הביא הגרי"י מינצברג ז"ל את דברי התוספות במסכת כתובות דף לא. ד"ה דאי שכתבו בלשון זו - "דאי בעי גחין ואכיל - פי' בקונטרס למטה מג' דלא היא הגבהה. וקשה לר"י דמה שייך הגבהה בדבר שהוא תופס בידו או בפיו, דונתן בידה אמר רחמנא ואמרינן בגיטין (דף עח). זרק לתוך קלתה מגורשת קשורה אע"פ שאינה תלויה, אע"ג דמיירי ברשות הבעל. ואפילו מאן דבעי התם תלויה אינו מצריך שתהא גבוה שלשה".

וכתב בספר דברי ישעיהו שם - "המעין היטב בתוס' יראה בעיניו דתוס' מפרש האי דקלתה הקשורה בה דהוא משום דהו"ל כגופה וידה, דאי כתורת גיטין ה"ל דבכה"ג אינו מקפיד והו"ל משום כליו שפיר, א"כ ל"ש קושיית התוס' מידי כיון דמשום כליו נגעו בה שהיא מתורת חצר, וגם הו"ל לתוס' להקשות מכל כליו של לוקח שקונים לו, ואמנם התוס' מפרשים כמ"ש, ואמנם מ"ד תלויה צ"ל משום הגבהה, ואפ"ה לא בעינן ג', זהו עומק דברי התוס' ... והכי משמע גם בתוס' גיטין (דף עח. ד"ה מקום) למעין היטב".

ובספר חלקת יואב חלק אה"ע סי' יג כתב שגם אם נאמר דשאר אברים נידונים כידה ממש, מ"מ יש להסתפק אם הניח על הבגד המכסה את גופה נידון כהניח על הגוף. וז"ל - "יש לחקור אם חציצה מזיק בגט, כי אין לומר כיון שהיא מלובשת בבגדים וקיי"ל דבגדים בטלים אגב גופה כמבואר בש"ס שבת ריש נוטל. ועיין תוס' חולין (דף עא:) עיי"ש ד"ה למאן לא הוי חציצה. אבל ז"א דהרי בכל חציצה אף הבגדים חוצצין, וכן בנדה טובלת בבגדים ל"מ רק ברפויים דעייל בהו מיא (עיין ש"ך יו"ד סי' קצ"ח ס"ק נו). אך י"ל כמ"ש הר"ן

אחרים ולבשתן שלא מדעת בעליהן, ובעליהן מקפידים אף לקבל בהם גט, עכ"ז מגורשת כיון דמחוברים ממש לגופה, וכל הקבלה היתה בידיה רק שהבגדים האלו חוצצין, ברור הדבר דלא שייך תורת חציצה בגט, דלא הוזכר בה לקיחה דנימא שצריכה שתהיה דוקא בידיה לא בדבר החוצץ. ולכן אף יפלו בבגדיה, כיון שכל הקבלה היתה בגופה ומחוברים בה, הוה כאילו מקבלת בידיה ממש. דאף בדברים שצריך בהם לקיחה בעצמו של המקבל, עכ"ז קיי"ל דלקיחה ע"י דבר אחר שמה לקיחה, ומכ"ש בגט, כן נראה לי. אלא שיש לפקפק בזה קצת ולא אסמוך על שיקול דעתי לכד בענין חמור כזה כל עוד לא מצאתי לי חבר ברבותינו הראשונים או האחרונים אשר יסכימו עמי בזה. וכל זה דוקא בנפל על בגדיה שלבשה אותם שלא מדעת בעלים והבעלים מקפידים ... הארכתי בזה מחמת שראיתי במרדכי בפרק הזורק שנתן טעם על המנהג שנהגו שלא לגרש רק לידה ממש, לא בתוך קלתה ומלבושיה מחמת שמא הבגדים שאולים לה והבעלים מקפידים על זה, והרמ"א בשו"ע אה"ע סי' קל"ט ס"ד קבע מסמרות בזה עד שמקפיד שלא יהיה שום דבר על האשה כגון טבעת וכיוצא בזה, שלא יהיה חציצה בין הגט לידה, וכפי שבארתי אין מקום כלל לכל אלו החששות אף לכתחילה. אך הואיל ונפק מפומא דרבוותא נכון שלא לשנות המנהג לכתחילה, אך בדיעבד אם שינו המנהג בזה מתירין אותה להנשא אף לכתחילה, ואין בזה שום חשש כלל, עכ"ל.

הרי מבואר דפשיטא ליה להגאון יד דוד שבנידון כפי שבפנינו שהגט הונח על גופה המכוסה בבגדיה, יחשב כידה, ואין לחוש לחציצה.

וכן בספר תפארת יעקב על הלכות גיטין סי' קלט ס"ק כה על דברי הרמ"א שהורה לאשה להסיר את הטבעת כתב וז"ל – "אבל מדברי תוס' גבי זרק לתוך חיקה וקלתה, שהקשו דהא חיקה הוי ממש כידה. ותירצו דרב יוחנן קשורה ותלויה ומיירי שנגררין על הארץ. עכ"פ מבואר דכל דהוי כידה, אין חציצה פוסלת, דהרי ודאי אין הכוונה חיקה כשהיא ערומה, וא"כ פשיטא דלתוך ידה ממש אין שום חציצה פוסלת וכ"ש טבעת, וצ"ע. ואולי אינו רק חומרא בעלמא".

מסקנת הדברים היא שאם הניח את הגט על בגד של האשה המכסה את גופה ואינו נגרר על הארץ, דינו כנתן בידה, ואין צורך לדון מדין חצר. ונראה דמהאי טעמא הריב"ש הקל בנפל הגט על בגדיה ולא הקל בנפל הגט בחצרה, דסבר שהחומרא דלא ליעבד עובדא לשיטת ר"ח היא דוקא כשקונה הגט בקנין חצר, ולא כשקונה הגט מכח קנין יד.

אמנם כמה פוסקים חששו מפני שהבגד חוצץ, ועקב כך לא דנו בזה כנתן בידה, ובכה"ג מכח קנין חצר אתינן, ויש בזה כמה עיקולי ופשוטי מפני שאין לו תוך, וכן עפ"י מש"כ להלן, אך הדעת נוטה כסברת הג"ר שלמה איגר והיד דוד והתפארת יעקב שהסכימו שמדינא אין לחוש לחציצה.

ותמה על הרמ"א באו"ח שכתב שמדינא אין לחוש לחציצת טבעת בנטילת לולב, ומתוך קושיא זו העלה דגם הרמ"א לא הכשיר נטילת הלולב אלא כשנוטל במקצת ידיו שאין בהם טבעת.

וכן בספר גט מקושר על סדר גט ראשון אות רכא כתב על מש"כ בסדר הגט להורות שתסיר הטבעת – "וענין דבר חוצץ נראה שאינו אלא חומרא בעלמא, דמכל מקום כיון שקונה הגט בהגבהה, ומה בכך שיש דבר חוצץ מ"מ הגט שלה על ידי הגבהה ... אפילו ידה כרוכה בדבר שאינו שלה, מ"מ כיון שהגט נקנה לה בהגבהה שפיר קנתה הגט ומתגרשת בו", עכ"ל הרי מבואר שבמקרה בו אינה מגביהה את הגט, מדינא אינה מגורשת.

העולה מתוך הנ"ל, שאשה הלובשת בית יד (כפפה) המכסה את כל היד, או בנידון דידן שהבגד מכסה את כולה, אין לדונו כנותן הגט בידה, מפני החציצה.

אך ראיתי בספר יד דוד פסקי הלכות מהגאון רבי דוד פרידמן ז"ל מקרלין ח"א הלכות אישות פ"ד הכ"א (דף קצד): שהאריך לברר הלכה זו והעלה שאין לדון דיני חציצה בקבלת הגט. בתחילת דבריו הביא את דעות האמוראים במסכת גיטין דף עח. בדין קלתה, וכתב – "עיקר שקלא וטריא שלהם הוא על עצם הקלתה, דהא קנויה היא לבעל, דלית להו לסברא דגיטה וידה באין כאחד ... וע"ז מתרץ שמואל שהיתה קלתה תלויה בה, ר"ל כיון דתלוי בה הוה כידה לגמרי, דהא הגט נתלה על ידה באויר, והוי כאילו אוחזת אותו בידה, והקלתה בטלה לה. וכמו אלו לבשה בית יד של הבעל על ידה וקבלה הגט בידה, דברור הדבר דמתגרשת אף שמפסיק בינתים סודר של הבעל, כיון דעיקר לקיחתה בידה והוה לקיחה על ידי דבר אחר. אבל עכ"ז לא נתבטלה ידה בזה. וריש לקיש מתרץ דסגי בקשור לה לבד, דאף דאינה תלויה עכ"ז נתבטלה לה והוה כגופה ממש. ורב אדא מוקי לה כגון שהיתה קלתה מונחת בין ירכותיה, ג"כ מהטעם הנ"ל, דכיון דמונח אצלה בין ירכותיה נתבטל לגופה והוה כגופה ממש".

בהמשך דבריו כתב היד דוד – "ולא נשאר לנו לבאר, אלא למה השמיטו הפוסקים הסברא בקשורה בה או קשורה ותלויה בה דבטלה הקלתה לגופה, דנ"מ מזה לענין אם קבלה גיטה בקלתה של אחר שלא השאיל לה כלל הקלתה הזו ... נראה שסוברים דהסברא דקלתה תבטל לגופה נדחית בבבלי מהא דב"מ (דף ט:); פריך הגמרא אלא מעתה היתה מהלכת ברשות הרבים וזרק לה גיטה בתוך קלתה ה"נ דלא מגרשה וכו'. מוכרח דבסתמא דהסוגיא סוברת דקלתה הקשורה בה אינה בטלה לגופה, ומתגרשת בתורת חצירה ולא בתורת ידה. אבל עכ"ז אין ראיה זו מוכרחת ואפשר לדחותה בדוחק, דהגמרא סברה דאם הוה בכה"ג חצר מהלכת לא היה מתבטל לגופה. והדבר ספק לדעתי, ויש להחמיר באשת איש החמורה. אבל זה לדעתי ברור דבבגדים המחוברים בגופה כגון בתי ידיה וכדומה להם, אף שהם של

הרי מבוארת שיטת החלוקה יואב שבקנין הגבהה אין צורך בהגבהה בפועל ודי בהנחה על ידיה הגבוהות מהארץ ומהשולחן ג"ט ודלא כט"ז, וה"ה הנחה על גופה בעת עמידתה נידון כהגבהה. אבל בעת שהיא שוכבת על הארץ אין לדון הנחה עליה כהגבהה, והריב"ש איירי דוקא שהניח על בגדיה בעת שהאשה עומדת.

ויש מקום להעיר על שיטה זו של החלוקה יואב -

א. מש"כ דאין צורך במעשה הגבהה, ודי במה שמניח את הגט על האשה, כדי שתקנה את הגט בהגבהה, אמנם כן משמעות לשון הרשב"ם במסכת בבא בתרא דף פה: שכתב גבי קלתה, ו"ל - "תלויה בה, ואינה נגררת בקרקע ולכך קונה לה קלתה דדמי להגבהה שקונה בכל מקום". אך כמה אחרונים כתבו לפרש דברי הרשב"ם שלא מכח קנין הגבהה קאי.

בשו"ת בית אפרים (חלק אה"ע סי' קד) כתב - "והרשב"ם בב"ב דף פה כתב דתלוין שאינו נגררת דמי להגבהה שקונה בכל מקום. וזה צ"ע דהא הגבהה מוגבה מכח המקבל בעיניו, ונראה דלאו דוקא קאמר, אלא ר"ל דהוי כמו הגבהה שהגביהו מרשות בעלים והכניסו לרשותו, אבל מ"מ עיקר הקנין מחמת כליו של הלוקח".

וע"ע באבני נזר חלק אה"ע סי' קס סק"ה ס"ק יא שכתב להוכיח בדעת הרשב"ם שקלתה התלויה עליה אינה קונה משום הגבהה, ולפי דרכו של האבני נזר כן היא דעת הר"ש והרא"ש שאם הטעינו על כתפיו של אדם ואותו אדם אינו זו אינו נידון כמגביה, אבל לדעת הרמב"ם נידון כמגביה.

ומה שהביא החלקת יואב מחי' הריטב"א במסכת ע"ז, המעייין שם (דף עא: ד"ה הא דאמרינן) יראה דהריטב"א ודאי מסכים שאין קניין הגבהה בלא מעשה. הריטב"א פרש את הגמרא בה מבואר דאם ישראל מוזג יין לתוך כלי שהנכרי מחזיק, הנכרי קונה את היין בקניין הגבהה ממי מטא היין לאויר הכלי. וכתב הריטב"א - "הא דאמרינן דמכי מטי לאוירא דמנא קנייה, והשתא הא סלקא דעתא דמדוין הגבהה אמרינן, וכדמוכח בסמוך דאמרינן ולקני ליה כליו. קשיא לי האיך קונה מדין הגבהה כי מטי לאוירא דמנא דהא לא עבד כלום ואין הגבהה קונה בשום מקום בלא שום מעשה". הרי דפשיטא ליה לריטב"א שאין שייך לדון קניין הגבהה בלא שהקונה יעשה מעשה הגבהה. ואף בתירוצו הריטב"א אינו חוזר בו מסברא זו, אלא מבאר שהחזקת הכלי גופא הוא המעשה. וז"ל הריטב"א - "וי"ל דכיון דאויר שסופו לנוח כמונח דמי, ואילו נח חשיבא הגבהה, ומעכשיו הוא מיישר הכלי יפה בעניין שיבוא היין לאוירא ולא ישפך לחרץ, הא חשיב לן מעשה לקנות בו מדין הגבהה, כנ"ל".

ובאבני נזר חלק אה"ע סי' קס כתב בביאור דברי הריטב"א, וז"ל - "מדקדוק דבריו נראה דכי מטא לארעיתא דמנא מדינא הוי הגבהה בלא טעמא דמיישר הכלי, והיינו דאותו הכלי שירד היין לתוכו חשוב מעשה ביין שאלמלא יתפשטו אצבעותיו יפול הכלי וישפך היין, ובמה שסוגר

אך קשה לפי דברינו, מדוע המרדכי והסמ"ק (שהובאו ברמ"א) החמירו לחוש שמא בגדיה של האשה שאולים ולא להכי אושלינהו, אף אם אכן הבגדים שאולים והבעלים מקפידים שלא יניח עליהם גט, עכ"פ בטלים לגופה ובהנחת הגט על בגדיה נידון כמניח הגט על גופה, וחשיב כנותן הגט בידה ומגורשת, אף אם עברה על דעת המשאיל.

ויש ליישב דבריהם, באחת משתי הדרכים, או דמדינא חששו רק בבגדים הנגררים על הארץ, דבהן מכח קנין חצר אתינן, אף דלמעשה לא פלוג וסתמו דבריהם. או דלא סבירא להו כסברת התוספות דבגדים שעליה בטלים לגוף ונידונים כגוף עצמו, אלא מאחר שהגט למעשה הונח על הבגד מכח קנין חצר אתינן עלה. ועל כן אף אם נאמר כדרך השניה, מ"מ להלכה אם הונח על בגד שאינו נגרר על הארץ, מלבד דחשש זה לבגדים שאולים שבעה"ב מקפיד הוא חשש רחוק כמו שכתבו כמה פוסקים, עכ"פ לדעת התוספות אין כלל מקום לחשש זה, ודעתם מצטרפת להקל להתיירה להנשא לאחר שניתן הגט בדרך זו.

קנין הגט בהגבהה

בספר חלקת יואב (בתשובתו שהבאנו לעיל) דלא ברירא ליה לדון את שאר חלקי הגוף (מלבד היד) כידה, וכן חשש שבגדיה חוצצים, וכמו שהבאנו לעיל, כתב עפ"י דרכו לבאר את תשובת הריב"ש שבהניח על בגדיה קונה את הגט מכח קנין הגבהה, להלן נביא עיקרי דבריו, ומתוך כך יש לדון האם במקרה שלפנינו תהיה מגורשת מכח שקנתה את הגט בהגבהה.

וז"ל החלקת יואב (חלק אה"ע סי' יב, יג). - "נראה ברור דכל הקניינים מהני בגט וכל שכן הגבהה אפילו בעל כרחיה מתגרשת כל שהבעל עושה פעולת מעשה הקנין ... אך צריך להשגיח שיהיו ג' טפחים אויר בין ידי האשה ובין השולחן או הקרקע, אבל לא צריך שתגביה ידיה אחר הנתינה ג' טפחים כמו שמבואר בט"ז אור"ח סי' שס"ו סק"ו עיי"ש כי דבריו תמוהין, רק דכל שנותן על ידיה התלויות באויר מיקרי הגבהה, וכן משמע להדיא בריטב"א (מסכת עבודה זרה דף עא:); גבי הני סבייתא ... ועוד שמתרמי הרבה פעמים בנותן לה גט בעל כרחיה, שהוא נלחם עמה עד שמפילה לארץ ותוחב לה הגט בחזקה, ובוזה ליכא קנין הגבהה כמבואר במהרי"ט קידושין (כב:); גבי אלא מעתה שפחה כנענית תקני בביאה ע"ש דכוונת המהרי"ט דהגבהה לא נקרא רק האדם שעומד דעמידתו הוא רק מכח חיותו שמחוק עצמו ועומד. אבל באדם ששוכב דאף אם מסלק חיותו יהיה הדבר מונח עליו במקום הזה כמקדם לא מקרי הגבהה כלל ... ומדברי הריב"ש סי' רז מבואר דעל בגדיה אין שום חשש ותנשא אף לכתחילה, ולזאת נלפענ"ד דרך בעומדת יש להתיר אם הבגדים מפסיקים, כיון דעיקר הדין דהגבהה מהני בגט מהתורה, אבל במקום דליכא הגבהה, כנ"ל בשוכבת, ובגדים שאינה שלה מפסיקים, הרבה יש לחוש שלא להתירה בגט זה, והנראה לפענ"ד כתבתי".

משיכה והגבהה שהוא במעשה קנין שלה אין שייך שיחשב מעשה שלה בע"כ, וכן אין שייך שליחות שלה בע"כ, ומטעם זה חצרה הוא רק מטעם ידה".

וכן כתב האבני נזר בחלק אה"ע סי' קט, וז"ל - "דברי התו"ג פשוטים וברורים, דיד שקונה שלא מדעת רק רצונה שלא לקנות מבטל הקנין, בזה אמרה התורה שאינה יכולה לעכב הגירושין שאינו בדין שיהיה בעלה שלא לרצונו, וכמו שביאר הרשב"א גיטין (ע"ה ע"א) וז"ל אבל גט אשה שאין בעלה קנוי לה אלא שיש לאשה שיעבוד עליו בעודה תחתיו, כשהוא בא לסלק שיעבודו מעליו אם אתה בא לומר שאינו יכול לסלקו אלא מדעת האשה, נמצא אתה מחייב את שלו בע"כ ואל תחייבהו, עד כאן. אבל הגבהה שבעצם אינו קנין, אין התחלת קנין כל זמן שלא נתרצתה, ודומה לנותן גט בחצר שאינה משתמרת, דאף דבמתנה מהני כיון שדעת אחרת מקנה דלא גרע משליחות, גבי גט לא מהני, דאין חבין אלא בפניו, ואף שאם היתה מתרצית היה מועיל, מ"מ כל זמן שלא נתרצתה אין כאן נתינה ה"נ בזה, ודווקא בידה שבעצם הוא קנין בזה אמרה תורה שלא תוכל לבטל".

וע"ע באבני נזר שם בסי' קסא ובסי' קעב ס"ק יג.

ג. החלקת יואב כתב "צריך להשיג שיהיה ג"ט בין ידי האשה ובין השולחן או הקרקע". וצ"ע מנא ליה שיש ריעותא אם ידיה גבוהות ג"ט מהקרקע אך אינן גבוהות מהשולחן. וז"ל הגט מקושר (סג"ר אות רכג בסופו) - "והנה רמ"א בסי' קל"ט לא הזכיר אלא שיהיו ידים גבוהות מן הארץ ג"ט, וא"כ אפשר שהשולחן אינו חוצץ כיון דעכ"פ גבוהים מן הארץ ... ואפילו אי בעי הגבהה ג', י"ל דהשולחן אינו מפסיק, וכן משמע בקידושין (דף כו) בפיל שמגביה ע"י חבילי זמורות ופרש רש"י שמוליכו שם, משמע בהדיא דאף במוליכו על חבילי זמורות מקרי הגבהה ג', וא"כ כ"ש שאם ידיה על השולחן דשפיר מקרי הגבהה גם לפי רש"י".

ואמנם יתכן שבעמוד המחובר לקרקע כעין המבואר בב"מ דף ט. צריך להגביה ג"ט מראש העמוד, אך כלי המונח על גבי קרקע או חבילי זמורות אינן כקרקע, ואם הגביה ג"ט מהקרקע יצא מתורת לבוד וסגי בהכי, וכעין שמצינו בא"ח ריש סי' שמה במג"א סק"ד דאין כרמלית בכלים אך כלי המחובר לקרקע שאני ונידון כקרקע.

ועל כן נראה שאם תשובת הריב"ש תתפרש עפ"י דרכו של החלקת יואב שקנתה הגט במה שמונח עליה והיינו בהגבהה. בנידון שלפנינו אינו דומה לשוכבת על הארץ, אלא מאחר שהגט הונח על ברכי האשה בעת שישבה על הספסל, והונח במקום הגבוה שלשה טפחים מעל הקרקע, קנתה בהגבהה.

העולה מדברינו, שהחלקת יואב על פי דרכו שמאן לדון מסירת הגט על בגדיה מדין יד או מדין חצר כשהבגד שאול, על כן פרש דעת הריב"ש והב"ש שמגורשת מדין הגבהה, ובלבד שבעת המסירה האשה עומדת. אך מאחר ונקטינן דבעינן מעשה הגבהה, וכאן האשה לא עשתה כל מעשה,

אצבעותיו לאחוז הכלי היין משתהה בכלי חשוב מגביה היין".

ולפי זה גם הריטב"א מסכים שבהגבהה בעינן מעשה, ובלא מעשה מצד הקונה אין כלל קנין, אלא הריטב"א חידש שמעשה של החזקת הכלי באויר מעשה המונע מהיין להישפך על הארץ, נחשב מעשה במה שמהדק אצבעותיו למנוע מהכלי לפול על הארץ. ולשיטה זו אם מחזיק ידיו באויר ומתכוין למונע מהחפץ הניתן בידיו לפול על הארץ, יתכן שיחשב כמעשה אליבא דהריטב"א. אבל אם האדם עומד ומניחים עליו חפץ, הרי שאין מצידו כל מעשה, ואינו דומה למי שמניח ידיו באויר כדי שיניחו בידיו את החפץ הנקנה, דחשיב מעשה. ועיי"ש באבני נזר ס"ק יא שאין מחלוקת בין הריטב"א לרשב"ם, וגם הריטב"א מסכים דאם מניח בתוך קלתה התלויה עליה אינה נחשבת כמי שהגביהה, משא"כ במחזיק כלי כגון בנידון שבריתב"א.

ומה שכתב החלקת יואב על שיטת הט"ז (או"ח סי' שסו סק"ו), יש לציין דמש"כ הט"ז דהגבהה היינו מעשה בפועל של הגבהת החפץ הנקנה, שיטה זו אינה שיטת יחיד, עיי"ש בשו"ע הרב בסי' שסו בסעיף יב ובמ"ב ס"ק נא ובביה"ל שהסכימו דבלא מעשה הגבהה אינו קונה בקנין הגבהה. וכן מבואר בספר המקנה קידושין כא. שבהגבהה בעינן מעשה. ולשיטה זו ודאי שאין מקום לומר שאם הניחו חפץ כלשהוא על גופו של אדם, החפץ נקנה לו בהגבהה בלא שעשה כל מעשה.

העולה מהאמור - לדעת רוב הראשונים ולדעת כמה פוסקים אין לדון את האשה כקונה את הגט בהגבהה כשהניחיהו על בגדיה, מאחר שהאשה באותה עת פאסיבית ואינה עושה מעשה הגבהה, אלא רק הבעל הניח את הגט עליה. ועל כן קשה לבאר שהריב"ש, והב"ש שהביא דבריו להלכה, פסקו דהאשה מגורשת מכח קנין הגבהה, אלא ע"כ הריב"ש שפסק בנידון שלו שהיא מגורשת, היינו מכח קנין יד או מכח קנין חצר של בגדיה. ועוד קשה לדרכו של החלקת יואב, הו"ל לריב"ש לחלק בין אם האשה עמדה באותו מעמד או ישבה או שכבה על הארץ, ומדלא נחית לזה מוכח דאין חילוק.

ב. החלקת יואב פרש את הריב"ש עפ"י דרכו, בצירוף שיטתו שכתב שם בסי' יב שיכול לגרשה בעל כרחא בקניין הגבהה, עיי"ש, על כן דברי הריב"ש יכולים להתפרש גם בגירושין שנעשו בעל כרחא ומגורשת מכח קנין הגבהה. אך שיטה זו של החלקת יואב אינה מוסכמת. אמנם גזירת הכתוב היא דאשה מתגרשת בעל כרחא, אך מהי"ת לומר שהאשה תזכה בגט באמצעות קנין שנעשה בעל כרחא. וכן דעת התורת גיטין בסי' קלט דאינה מגורשת בקנין הגבהה בעל כרחא, ובאגרות משה (חלק חו"מ ח"א סי' סד) באר שיטה זו, וז"ל - "התו"ג מחדש דבע"כ דגט הוא רק בידה וחצרה ולא בהגבהה ומשיכה ... הטעם הוא פשוט דבידה א"צ למעשה שלה וחצרה בגט הוא רק מטעם ידה, אבל

בעינן ולהכי נקט רבא כנסי שטר חוב שכן דרך פיקחין לשמור, ולא נייר בעלמא ... וא"כ בנדון דידן נמי שלא הרגישה בדבר הנתחב בבית צוארה ולא ידעה מה הוא לא היתה דעתה לשמירה כלל".

הצמח צדק הסכים עם הרב השואל שאמנם לשיטת רבינו שמחה בנדון כזה אינה מגורשת, אך שיטתו היא דעה יחידאה וכל הראשונים חלקו עליו.

וז"ל הצמח צדק - "הרי הרמב"ן והרשב"א והר"ן שתמהו אמתניתין דכנסי שטר חוב, לאשמועינן בסתמא כו' ע"כ לא ס"ל כרבינו שמחה, דלפי דבריו לק"מ דלגופיה איצטרך, דוקא בכנסי שטר חוב הוי גט שיש כאן דעת שמירה, אבל בסתם דנותן לה נייר בעלמא אין כאן דעת שמירה ולא הוי גט. והנה על קושיא זו בנו בניינים להוכיח דעוסקים באותו עניין לא מהני בכנסי שטר חוב, והכי קיי"ל, וע"כ דלא כרבינו שמחה שלדבריו לא מוכחי מידי. ומודינא ודאי דכל הפוסקים בעו דעת שמירה, שהרי הש"ס אמר והא לא מינטר כו', הכא משום אינטורי הוא כו', אבל במה שהצריך רבינו שמחה שיתננו לה בתורת דבר חשוב כשטר חוב שאז דרך הפיקחין לשמור, ולא כשנותן לה בתורת חפץ סתם שאין ידוע מה הוא, בזה י"ל שהפוסקים הנ"ל חולקים עליו, דאל"כ לא היה להם לדקדק במ"ש המשנה לשון כנסי כנ"ל. ומדבריהם נראה שכל שנותן לה בתורת דבר יהיה מה שיהיה, כיון שיודעת בנתינתו יש כאן דעת שמירה. והטעם, אע"פ שי"ל שבדעתה ספק שמא הוא צרור וכד"ג, מ"מ כיון שאינה יודעת מה הוא, וספק ג"כ בדעתה שמא הוא דבר חשוב, חזקה על בן דעת שאינו מוצא מתחת ידו עד שרואה מה הוא, וכשתראה שהוא גט תשמרנו ... וא"כ בנדון זה נמי, עם שתחבו לה מאחוריה שאינו מקום המשתמר מצד עצמו, מ"מ כיון דהרגישה עכ"פ שתחב לה דבר מה, הרי יכולה לשמור, ודמי לזרק לה גט בחצר שאינה משתמרת והיא עומדת בצידה דמהני כמבואר בלשון הרמב"ם רפ"ה ה"ב ואע"פ שהיא חצר שישתמר הגט בתוכה כו' ומשמע דגם באינה משתמרת סגי עכ"פ בעומדת בצד חצירה, דאל"כ הרי הול"ל והוא שהיא חצר שישתמר הגט בתוכה. גם הר"ן ר"פ הזורק ד"ה חצר משום ידה כו' כתב כלשון הזה וכ"כ להדיא הראב"ד בספר תמים דעים סי' רל"ט ... דלא בעינן חצר המשתמרת הואיל והיא בתוך חצירה מפני שהיא משמרת מה שבתוכה ... וע"ז הקשו והא לא מינטר כלומר שאפילו היא עצמה לא תוכל לשומרו מאויר הגג עכ"ל ... וא"כ בנדון זה נמי שתחבו לה הגט בקאלנער מאחוריה, אע"פ שאילו לא ידעה מתחיבה זו לגמרי, לא היה משתמר, כי היה יכול ליפול, אבל עכשיו שהרגישה מן התחיבה, אין לך עומדת בצד חצירה גדולה מזה, וחשוב מינטר, ... וא"כ ההיתר הראשון של כת"ר לבטל הגט ע"פ דעת רבינו שמחה, ג"כ אינו כלום, ועל כן חשובה מגורשת ואסורה לבעלה הכהן".

וע"ע בספר חיי אריה להג"ר אריה לייב הורביץ (בן רבי ישראל סלנטר) בחלק אה"ע סי' ו' אות ט' מש"כ בזה.

על כן בנידון דידן אי אפשר לצרף סברא זו, ובודאי שכן הוא בנידון שלפנינו שבגירושין בעל כרחא עסקינן, שדעת התורת גיטין והאבני נזר דאינה מגורשת בעל כרחא בהגבהה.

וממוצא הדברים, מאחר שדרכו של החלקת יואב בביאור תשובת הריב"ש והב"ש אינה מקובלת, הרי בהכרח שלשיטה זו מגורשת בהניח על בגדיה, או מכח קנין יד או מכח קנין חצר, ואין ריעותא במה שאין לבגד בית קיבול.

מסקנת הדברים נראה שבנידון שלפנינו, שבני הזוג הינן מעדות המזרח אין אנו מחוייבים לפסוק כדעת הרמ"א שלא תנשא לאחר שניתן הגט על בגדיה, ובהתחשב בשיטת הב"ש שחלק על הרמ"א ופסק להתירה להנשא, וכן דעת הנודע ביהודה, על כן מעיקר הדין ניתן לפסוק שהאשה מגורשת, אך מאחר שמצינו כמה מגדולי הפוסקים שהחמירו לחוש שהגט אינו מועיל בחצר שאין לה בית קיבול, אף ששיטה זו אינה מחוורת, מ"מ על מנת לצאת ידי כל השיטות בחומר אשת איש ראוי שתקבל גט כמקובל.

חצר המשתמרת

אם נאמר שבנדון דידן אין לדון קניין הגט מכח קנין יד אלא מכח קנין חצר, עדיין יש לברר אם יש ריעותא דחצר שאינה משתמרת דאינה קונה.

בשו"ת מהרש"ל סי' סה הביא תשובת רבינו שמחה, ובתוך דבריו כתב רבינו שמחה וז"ל -

"לברר לנו מה חשוב יודעת לשמור גיטה דשוטה, ובאתי לדון לפני רבותי לפי ענייני, מדאמר רבא (יבמות ק"ג:) מעדותו של ר' יוחנן בן גודגדא אמר לעדים ראו גט שאני נותן לה וחזר ואמר כנסי שטר חוב זה מגורשת, לאו אר"י לא בעינן דעתה, ה"נ לא בעינן דעתה, אלמא דבדעתא קלישתא שאינה יודעת טיבו של שטר מהו אלא כשיתנהו לה תשיאנו בחזקת נייר בעלמא סגי. והא דקאמר באמר לה שטר חוב, קמ"ל דאפילו בפיקחת, אע"פ שמתגרשת בעל כרחא, כשקיבלתו לשם שמירה בעלמא סגי, ולהכי נקט שטר חוב, שכן דרך פיקחין לשמור ולא נייר בעלמא, או אם זרקו בתוך חצירה המשתמרת".

מבואר מדבריו שאמנם אם האשה קבלה את הנייר לשם שמירה מהני, אך בפקחת שקבלה בחצירה נייר בעלמא אינה מקבלתו לשמירה ואינה מתגרשת בו, אא"כ אמר לה שהא שטר חוב וממילא קבלתו לשמירה, או בחצר המשתמרת.

תשובה זו של רבינו שמחה הובאה בשו"ת צמח צדק (החדש) חלק אה"ע סי' רסו בדיון על נידון כעין נידון דידן. הצמח צדק נשאל - "כהן שאמר לעדים ראו גט שאני נותן לאשתי והלך ותחבו לה באחוריה בקאלנער (=בצווארון) ואמר הרי זה גיטך בחפזון עד שלא הרגישה האשה שהוא גט כלל, ולאחר ששחקו העדים הבינה וניערה אותו מן הקאלנער ונפל לארץ". ונשאלה השאלה האם הגירושין הועילו לאוסרה על בעלה הכהן להחזירה אליו. הרב השואל טען - "על פי תשובת רבינו שמחה דדעת שמירה מיהא

זרק גט לחצרה ללא ידיעתה

לרב הושעיא או בחצרה הסמוכה לה אליבא דעולא, התם היינו טעמא משום דחצרה משום ידה איתרבאי וכיון שהיא יכולה להתגרש על ידה בכענין זה שאם נתנו בידה סתם והיא נעורה ואמר לעדים ראו גט שאני נותן לה מגורשת כמו שכתבתי למעלה, הכי נמי בחצרה מגורשת שהרי יש כאן דעת העדים ודיו. אבל מה שכתב רבינו זצ"ל דאפילו זרק לה בחצרה והיא ישנה דמגורשת, הא ודאי צריכא עיונא.

ומבואר הא דמספקא ליה לרשב"א בחי' בדף עז, פשיטא ליה בדף עח דבניעורה מגורשת בודאי זרק לענין ישנה כתב להסתפק. ועיין בר"ן (על הרי"ף דף מ. בדפי הרי"ף) ובמגיד משנה בפ"ה מגירושין ה"ה שהביאו את לשון הרשב"א בחי' בדף עז, ובעומדת בצד חצרה זרק לה שלא מדעתה לאחר שאמר לעדים ראו גט וכו' כתבו בשם הרשב"א דבכה"ג "אפשר לומר דמגורשת", ולא השאירו הדין בצ"ע כמו שכתבו בישנה, עיי"ש. ונראה דהיינו מפני שהרשב"א בדף עח כתב הדבר בפשיטות בלא ספק וכמו שכתבנו.

וכן הבי"ב בסי' קלט הביא את לשון הרשב"א מחי' בדף עז וכפי שהובא בר"ן ובמ"מ בלא לסיים בצ"ע. ובסוף סי' קלח הביא הבי"ב את לשון הרשב"א בחי' בדף עח שכתב בפשיטות דאם היא אינה ישנה מגורשת אף שהגט נזרק לחצרה ללא ידיעתה אלא בידיעת העדים. (וע"ע ברבינו ירוחם נתיב כד חלק ה' שנראה שהביא הלכה זו כספק, וצ"ע)

והנה הבי"ב בסי' קלט סק"א כתב - "ואם היא עומדת אצל החצר זרק גט לחצרה שלא מדעתה, ואמר לעדים ראו גט שאני נותן, מסופק הרשב"א בזה". ולפי האמור לעיל צ"ע, מדוע הבי"ב השאיר העניין בצ"ע.

וכמו כן קשה על בעל מרכבת המשנה (בספרו שולחן ערוך על אה"ע סי' קלט) שסתם דין זה כספק מגורשת.

ויותר תמוהים דברי התורת גיטין. דהשו"ע בסי' קלט סעיף ג' פסק - "נתנו בחצרה, שלא מדעתה, ואינה עומדת בצד חצרה, הרי זו ספק מגורשת". ועיי"ש בב"ש בט"ז ובביאור הגר"א במה שהניחו דברי השו"ע בצ"ע.

וכתב על זה התורת גיטין - "ויותר נראה דיש ט"ס במחבר, וצ"ל נתנו בחצירה שלא מדעתה ועומדת בצד חצירה הרי זה ספק מגורשת, ומיירי שאמר לעדים ראו גט שאני נותן והיינו ממש ספק של הרשב"א שהביא הבי"ב סק"א".

ודבריו צ"ע, מאחר שבב"י הובאו דברי הרשב"א, הן בב"י סי' קלט והן בסוף סי' קלח, ובשני המקומות היא דהרשב"א כתב דמגורשת, ולא העלה הדבר בספק, כיצד יתכן שבשו"ע יפסוק נידון זה כספק מגורשת. (וע"ע בשו"ת מהרש"ם ח"ב סי' קצה שהביא את שיטת הרשב"א שכתב דמגורשת והקשה עליו, והביא בפשיטות דהרשב"א סובר דמגורשת, ובסי' קצו כתב יישוב לקושיא זו).

העולה מדברינו - ברשב"א (בחי' בדף עח שהן מאוחרים יותר) בר"ן ובמגיד משנה כתבו בפשיטות דדינה כמגורשת, ואין חילוק בין מסר לידה בלא דעתה לזרק לחצירה, אך

נראה שקיימת נפקא מינה נוספת אם נדון הנחת הגט על בגדיה מדין יד או מדין חצר. אם נידון כידה, אף שבזמן מסירת הגט האשה לא ידעה דבר, האשה מגורשת אם הבעל אמר לעדים בטרם המסירה ראו גט זה שאני מוסר לאשתי לשם גירושין. אבל אם הבעל זרק את הגט לחצרה ללא ידיעתה, אף אם קדם ואמר לעדים, עדיין יש מקום לדון בזה אי מהני, ושרש הדין נובע מדברי הרשב"א.

ח"ל הרשב"א בחי' עמ"ס גיטין דף עז: -

"היכא דקיימא בצד ביתה וזרקו לה בתוך ביתה ושלא מדעתה, אפשר לומר דמגורשת אם זרקו לה בפני עדים ואמר להם ראו גט שאני נותן לאשתי, דומיא דידה, וכעדותו של ר' יוחנן בן גודגדה (דף נה.) שהעיד על חרשת שהשיאה אביה שהיא יוצאה בגט, ולא דמי לישנה דהכא אית לה יד לזכות לה, וכיון דיש לה יד אף חצרה קונה לה דומיא דידה, דידה אלו נתנו לה סתם ואמר לעדים ראו גט שאני נותן לאשתי ודאי מגורשת, דלא אמרו אינה מגורשת אלא בישנה דלאו בת אגרושי היא אבל נעורה דבת אגרושי היא מגורשת וה"ה לחצרה, וכל זה צ"ע, וכן נמי צ"ע ... אם זרקו לה בחצרה והיא ישנה אם היא מגורשת דאיכא למימר דלא עדיפא מידה, ומסתברא הואיל ואין לה יד אין לה חצר, ולקמן נאריך בה יותר".

מבואר שהרשב"א הסתפק בשני מקרים של מסירת גט לאשה ללא ידיעתה לאחר שקדם ואמר לעדים ראו גט וכו', משמעות הדברים היא שהספק הוא הן בזרק לחצרה בעת שהיא נעורה, והן בעת שזרק לחצרה בעת שהיא ישנה, וסיים דבריו "ולקמן נאריך בזה".

ובחידושי הרשב"א בדף עח. כתב -

"והר"א אב ב"ד זצ"ל הקשה דמהיחיא דצריך לפרש ומהא דנתן בידה והיא ישנה משמע דבעינן דעתה, וגבי חרשת שהשיאה אביה ובאמר לעדים ראו גט שאני נותן לה, ובהיא בטבריא וחצרה בצפורי, אם נתקרא הגט קודם שתדע דמגורשת ואם היתה ישנה בשעת זריקת הגט ונאבד או שנתקרא קודם שנעורה, מכולהו משמע דלא בעינן דעת, דהא משמע דאף בזו שנתקרא אחר זריקה קודם שנעורה מסתברא דמגורשת, דאינו עולה על דעת שאם נתקרא הגט מיד לאחר זריקתו לחצרה בפני עדים שיהו עדים אומרים נעורה היתה בשעת זריקת הגט, אלו דברי הרב זצ"ל ועלה כל זה בידו בספק. ומסתברא דאין כאן קושיא, ותיובתא לא חזינא דלעולם דעת בעינן, אבל דעתה דוקא לא בעינן אלא או דעתה או דעת העדים ... והיינו מתני' אמר לה כנסי שטר חוב זה ונתן לה סתם דאינה מגורשת דאין כאן דעת נתינת גרושין כלל. וישנה אע"פ שיש כאן דעת העדים דאינה מגורשת, אין הענין משום דעת אלא לפי שאין לה יד כלל והרי זו כנשטית או שאינה יודעת לשמור את גיטה דאינה יכולה להתגרש. וזרק לה גיטה בחצרה והיא בטבריא וחצרה בצפורי אע"פ שאינה יודעת בשעת זריקתו דהויא מגורשת

מהני ... רק דמ"מ מהני מתורת קנין הגבהה, וכל זה כשמקבלת הגט ברצונה דאיכא כוונת קנין, אבל במגרשה בעל כרחא דאין רצונה לקנות, שוב לא מהני רק מטעם ידה דמהני בעל כרחא, ולכן בעינן שיהיה כולו טמון בידה, עיי"ש בדבריו, ומעתה שפיר לא נהגו להתיר לגרש בעל כרחא, דקרוב לודאי שיהי בגט פסול כנ"ל, עכ"ל. אך לפי האמור לעיל, יוכל לגרשה בקניין יד בעל כרחא כשמניח הגט על הבגד של על גופה, וכגון נידון דידן, ולדעת הסוברים שמכח קניין יד אתינן.

מסקנת דברינו

במקרה שבפנינו התעוררו כמה שאלות הלכתיות, ובכל אחד מהנושאים ראינו הכרעה ברורה שמעיקר הדין אין לחוש והגט כשר, על כן במקום אפרושי מאיסורא ועיגון שנגרם לבעל, היה ראוי לנהוג כפי שביה"ד הורה, ומוטב שתידון כפנויה ולא כאשת איש. אך ביחס להכרעה בכשרות הגט, באיסור אשת איש החמור, ראוי להתירה לעלמא בגט שאין בו פיקפוק אליבא דכו"ע, וראוי לשכנע את האשה לקבל גט נוסף שיסודר כמקובל ובהסכמתה, ובטרם יסודר גט לא ינתן מעשה בית דין המאשר שהושלם סידור הגט כנדרש.

יצויין - לאחר מספר שנים האשה חזרה בה והסכימה לקבל גט נוסף וסודר גט כדמו"י כמקובל, וניתן מעשה בית דין להתירה לעלמא (פרט לבעלה ולנטען).

הב"ש התורת גיטין ומרכבת המשנה נקטו דדינה כספק מגורשת, ולא זכינו להבין טעמם.

הנה בנידון שזרק לאשה גט על בגדיה ללא ידיעתה, המקום לספק בזה יהא רק אם נאמר שקונה מכח קנין חצר. אבל אם נדון שמגורשת מכח קנין יד, מאחר שבבגדים שאינם נגררין על הארץ עסקינן, וכדמוכח מהתוס' דף עח, וכמו שהובא לעיל, הרי שבכה"ג גם אליבא דהב"ש אין כלל מקום לספק.

ועיין בשו"ת עמק הלכה (להג"ר יהושע בוימפל ז"ל) ח"א סי' טז שהביא מדברי הרמ"א סי' קלו סעיף א' שכתב שנוהגין שהבעל כופל הגט כמו אגרת ונותנו לה כדי שתוכל לאחוז כולו בידה. וכתב העמק הלכה "המנהג בכל בתי דינין שבישראל להתיר החרם דר"ג של שתי נשים, ולא להתיר לגרש בעל כרחא, ומעולם לא שמענו שינתן היתר לגרש בעל כרחא, ולדעתי יש למנהג זה יסוד גדול בהלכה על פי דברי הרמ"א ... והיינו דבעינן שיהיה הגט כולו טמון בידה ולא ישאר מקצת חוץ לידה, וא"כ הרי זה מן הנמנע בגירושין בעל כרחא שלא ברצונה לכוון שיהיה הגט כולו טמון בידה, והוא כמעט אינו בגדר האפשר כמובן, על כן לא הנהיגו להתיר הגירושין בעל כרחא. ואף דהרמ"א לא כתב רק "ונוהגין" דמשמע שאינו רק מנהג לכתחילה, מ"מ זה דוקא היכא שמגרשה מרצונה, אבל בגט בע"כ גם מדינא פסול, ואפילו בדיעבד לא מהני, עיין פת"ש סי' קלט סק"ג שהביא בשם תורת גיטין דהיכא דאין הגט טמון כולו באויר ידה לא

סימן ס'

מעמד הסכם גירושין בטרם סודר הגט לאחר שצד אחד חזר בו מההסכם

על הבעל שלא להסכים לחזור לשלום בית. בהחלטת בית הדין, לאישור הסכם שלום בית, הוספנו - "בית הדין קורא לצדדים ולבני המשפחה לעשות מאמץ להתעלות ולעסוק בתיקון ובניית המשפחה מחדש, ולהמנע מעיסוק בטענות הדדיות שעלו במהלך הדיון בבית הדין".

לאחר פרק זמן, התקיים דיון נוסף שבו האשה תבעה תביעת מזונות. התברר שהבעל לא עשה דבר להסדיר דירת מגורים חילופית כמתחייב, וכי הוא נחוש בדעתו שלא לחזור לשלום בית, ומבקש להתגרש.

לאחר שבית הדין נוכח שהבעל עומד בנחרצות על רצונו בגירושין, ושולל את האפשרות לחזרה לשלום בית, הומלץ לבני הזוג לערוך הסכם גירושין. בני הזוג קבלו המלצה זו ניסחו הסכם גירושין קצר וחתמו עליו.

בהתאם להסכמת הצדדים, ניתן בבית הדין פסק דין לאישור הסכם הגירושין וכן ניתן להסכם תוקף של פסק דין כמקובל, ונקבע מועד קרוב לסידור הגט.

הסכם הגירושין כלל חמישה סעיפים, וכדלהלן - א. הצדדים מסכימים להתגרש בג"פ כדמו"י.

המקרה הנידון

הצדדים נישאו בחו"ק כדמו"י בשנת תש"ס, כעבור חודשיים מיום הנישואין, האשה הגישה תביעת מזונות. לדברי האשה, נאלצה לעזוב את הבעל, מפני שמקום המגורים המשותף מיום הנישואין הוא בבית הורי הבעל, ומקום זה אינו מאפשר חיים משותפים סבירים. יצויין שהזוג גרו בבית הורי הבעל בקומה השניה, ובחדרים הסמוכים לחדרם, מתגוררים אחיו, ואחותו הגרושה עם ילד.

בדיון שהתקיים, האשה הודיעה על הסכמתה לשוב ולהתגורר עם בעלה, ובלבד שיסודר עבורם מקום מגורים חילופי מחוץ לבית הורי הבעל. בסיום הדיון הוסכם כמבוקש, והבעל התחייב להסדיר מקום מגורים חילופי שיוסכם מראש על דעת שניהם, ואינו בסמיכות לבית הורי הבעל. בעקבות הסכמה זו, נערך ונחתם הסכם שלום בית מפורט.

כבר באותו דיון בית הדין נוכח לדעת, שבני משפחת הבעל מעורבים מאד בכל המתרחש בין הצדדים, ומשפיעים

בנקודה זו דן בפרח מטה אהרן בסוף התשובה הנ"ל ... אין לומר דסברא וקבילה לחמותה, דמצי למימר סבורה הייתי שאני יכולה לקבל, ואין אני יכולה לקבל ... והפשטות היא, כי טענה זו סברת וקבילת, ידעת והסכמת, שייכת רק במום מסויים שהוא מום כשלעצמו, אנו אומרים ידעת מהי המגרעת וקבלת עליך. אבל ענין זה ביחסים בין איש לרעהו, הרי לא מדובר כאן באיזה מום ומגרעת, אין כאן דבר מסויים וקבוע. יחסים הוא ענין התלוי בכל הצדדים יחד, יסודו בסבך עומק כוחות הנפש, וקשור הוא גם באלפי דברים פעוטים של הרגלי ותכונות כל הצדדים ששומה עליהם לקשור יחסים ביניהם. אלו הם דברים שאין לנחשם מראש ואין לחזות את דרך התפתחותם, ועל פי רוב אותו בן אדם, כלפי אדם פלוני יחסיו טובים ביותר, וכלפי אלמוני הם גרועים ביותר, ומה שייך כאן סברית וקבילת לגור עם החמות, הסכמת עם המגרעת. וכי אפשר לדעת מראש איך יהיו היחסים עם החמות, הסכימה מפני שחשבה שהיחסים יהיו טובים ביותר, ואין כאן מגרעת כלל. וגם הרי יתכן ששנים על שנים יהיו היחסים טובים, ופתאום תבא הרעה מבלי שאפשר יהיה למצוא הסבר למה ומדוע.

טעמו השני של הפרח מטה אהרן פשוט הוא, מכיון שהמום ניתן לתיקון, אפשר להחליף את הדירה, מה שייך סברית וקבילת, היא חשבה מה אני מסכנת כאן בהסכמתי, אם השכנות לא תצליח, יוציאני הבעל לדירה אחרת. ועיין בספר דינא חיי שם הדין בענין התנו מפורש בשעת קדושין ומביא ראייה מתשובת הרי"ף, ואין ראייתו מוכרחת, ע"ש. עכ"ל הגר"א גולדשמידט ז"ל.

לעומת זאת בפד"ר ח"י עמ' 356 - 362. כתבו שיש להתחשב בהסכמת האשה בעת הנישואין, לגור עם בעלה בבית חמותה, ושאנה יכולה לחזור בה מהסכמה זו. ולהלן קטע מאותו פסק דין - "עתה נעתיק עצמנו לדון באופן שהיתה הסכמה מהאשה לדור יחד עם נשים אלה, - כנידון דידן, שגם האשה מודה שבשעתו הסכימה, אלא שטוענת שאין זה הסכמה לכל החיים, וכנ"ל. בזה לפנינו מש"כ דינא דחיי (על הסמ"ג מבעל כנסת הגדולה) וז"ל - והוי יודע דאם התנו בשעה קידושין שידור חמותה עמה ... אין שומעין לה. ודבר זה נלמד משאלה ששאלו לרי"ף ז"ל בלשון הזה אם נתקוטטה אשה עם חמותה ולא רצתה לדור עמה ... ולא התנו בשעת קידושין שידורו עמה, יש מן הדין להוציאן או לא. והרב ז"ל השיב עפ"י שאלתו, ולא אמר דאפילו אם התנו בשעת קידושין יכולה לומר סבורה הייתי לקבל עכשיו איני יכולה לקבל (דינא דחיי ח"א לאוין דף פ"ג א' והובא בפסקי דין רבניים ח"א עמ' רי"ד, וח"ד עמ' קל"ח).

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

ב. החפצים האישיים ילקחו ע"י הצדדים. כל אחד יקח את חפציו.

ג. מתנות שניתנו לצדדים על ידי קרובי המשפחה ישארו במקומם ולא יחזרו.

ד. האשה מוותרת על כתובתה.

ה. הבעל מחוייב לשלם לאשה סך 3000 ש"ח כפירעון חוב מזונותיה ושני הצדדים מצהירים שאין תביעות נוספות הכרוכות בתקופת הנישואין.

לאחר זמן קצר ובטרם סודר הגט, התקיים דיון שבו האשה הודיעה שחזרה בה מההסכם הנ"ל ומבקשת מבית הדין לבטל את פסק הדין המאשר את ההסכם. וכן האשה הודיעה על רצונה בשלום בית, ותבעה מזונות.

הבעל הודיע על סירובו הנחרץ לחזור עמה לשלום בית ותבע להתגרש. האשה הודיעה שתסכים להתגרש אם תקבל את הסכום הקבוע בכתובה או פיצוי חילופי הולם. הבעל מצידו התנגד לשלם מזונות או פיצוי אחר, לטענתו הוא אינו עובד ואינו מסוגל לשלם דבר.

כעת מוטל על בית הדין לקבוע האם בנסיבות המתוארות הבעל מחוייב בתשלום מזונות לאשתו, והאם לבטל את הסכם הגירושין כפי המבוקש על ידי האשה.

שאלת חובתו של הבעל דנן במזונות אשתו, מחייבת ברור שתי שאלות. ראשית, האם עזיבת האשה את בית בעלה קובעת את מעמדה כמורדת, וגוררת שלילת זכותה למזונות. שנית, האם הסכם הגירושין נשאר בעינו, ובהסתמך על הסכם זה הבעל פטור מתשלום המזונות.

האם אשה שהסכימה לגור עם בעלה בבית חמותה רשאית לחזור בה

במקרה שבפנינו, מגורי הזוג בבית הורי הבעל אינם כתוצאה מהסכם מפורש שנערך ביניהם קודם לנישואין, אלא בני הזוג נקלעו למצב זה מחוסר ברירה, בלא שהיתה התחייבות מפורשת של האשה להסכים למגורים במקום זה, אך למעשה בסופו של דבר, ערב החתונה האשה הסכימה לקבוע את מגוריהם בבית הוריו.

הצדדים סיפרו, שעוד ביום החתונה התעורר ביניהם ויכוח בשאלת מקום המגורים, והאשה דרשה שמקום מגוריהם יהיה בבית הוריה, ורק ברגע האחרון הסכימה לגור בבית הורי הבעל.

במקרה שהוסכם מראש בין בני הזוג, להתגורר בבית הורי הבעל, ואחר כך האשה חזרה בה מהסכמתה, ועזבה את בעלה עקב טענות הקשורות למקום המגורים, יש לדון האם דינה כמורדת המפסידה את זכותה לדמי מזונות.

בפד"ר ח"א עמ' 222-203 דנו בשאלה זו, ובעמ' 211 כתב הג"ר אליעזר גולדשמידט ז"ל בלשון זו - "מכיון שהזוג נכנס מיד אחרי הנישואין לגור בבית הורי הבעל, הרי הסכימה האשה לגור באותו בית, ולכאורה אין היא יכולה לחזור בה מהסכמתה, סברית וקבילית ידעת את המגרעת וקבלת עליך.

א. ביחס לאותו סעיף בהסכם בגירושין המתייחס לעצם הגירושין, ובו נקבעה הסכמת הצדדים להתגרש, אין ספק שאין בכחו של ההסכם לחייב את אחד הצדדים בגירושין. גם אם עשו קנין להתגרש, אין בו ממש ונחשב קנין דברים, כמבואר בתרומת הדשן פסקים סי' קעג ובתשובות הרדב"ז ח"ו סי' ב' אלפים שט ובב"ש סי' קלד סק"ז ובש"ך יו"ד סי' רנח ס"ק כב.

וכן בפד"ר חלק ח' עמ' 179 כתב הגר"ח ג צימבליסט שליט"א - "והנה זה ברור שהפס"ד לגירושין שניתן בהסכמה, אף שקיבלו הצדדים בקנין, אינו מחייב לגבי עצם הגירושין, שהקנין לא היה אלא לגבי התנאים הכספיים, שאם הם מתגרשים, אלה הם התנאים הכספיים, אבל מעצם הגירושין יכול כל צד לחזור בו, כי על זה לא קיבלו בקנין, וע"ז גם לא שייך קנין, כי הוא קנין דברים. וא"כ יכולה האשה לחזור בה מהסכמתה לגירושין".

גם בנידון שבפנינו, אין עילה לחייב את האשה בגירושין, ומלכתחילה הסעיף הראשון בהסכם לא קבע את חיוב הצדדים בגירושין. המשמעות של סעיף זה, היא הצהרתית בלבד, ובו הצדדים הצהירו שהושגה הסכמה להתגרש, וכי שאר סעיפי ההסכם הושגו כתוצאה מהסכמה זו.

הדיון להלן יתמקד בתוקף שאר סעיפי ההסכם, לאחר שהאשה חזרה בה ואינה מעוניינת להתגרש. אך זאת נקדים, כי גם אם היותור על הכתובה נשאר בעינו, מ"מ מאחר שהאשה אינה מחוייבת בגירושין, היא זכאית להתנות את הסכמתה להתגרש, בתשלום פיצוי הולם. אך ישנן כמה נ"מ בשאלה האם הכתובה נמחלה או לא, כגון זכאות האשה למזונות לדעת הרמב"ם הסובר שאשה המוחלת על כתובתה הפסידה מזונות מבעלה, עיין שו"ע סי' צג ס"ט. וכן נ"מ אם לאחר מכן בני הזוג יחזרו לשלום בית, האם עליהם לכתוב כתובה חדשה.

ב. ביחס לתוקף הסכם גירושין לאחר שאחד מהצדדים חזר בו, - באותם מקרים שמתוך ניסוח ההסכם עולה בבירור שכל סעיפי ההסכם תלויים ומותנים בביצוע הגט, הרי שבלא סידור הגט לא יתקיימו שאר סעיפי ההסכם.

יעויין בפד"ר ח"ה עמ' 208 בפס"ד מביה"ד בבאר שבע שדנו בהסכם גירושין בו קיים מבוא המתאר את השתלשלות העניינים בין הצדדים, ושהנישואין נקלעו למשבר, ועל כן רצון הצדדים להתגרש. ולאחר מכן נכתב במבוא להסכם "לכן הסכימו התנו והצהירו ביניהם הצדדים כדלקמן". ובסעיף הראשון נקבע - "המבוא להסכם זה מהווה חלק בלתי נפרד ממנו". ולאחר מכן פרטו את שאר סעיפי ההסכם.

ביחס להסכם המנוסח במתכונת כזו כתבו בפסק הדין שם, - "מאחר שבהסכם מפורש שכל חלקיו קשורים יחד זה בזה ועם המבוא שבו, נמצא שכל חלק ממנו הוא כתנאי לגבי שאר חלקיו, ולכן אי קיום חלק הגירושין ע"י סירוב האשה, הוא כלא נתקיים התנאי".

ומסתבר כמ"ש הגר"א גולדשמידט ז"ל, מאחר שקיימת אומדנא דמוכח, שאין ספק שהסכמת האשה לדור באותו בית שבו גרות חמותה ואחותו, לא התייחסה למקרה שיתברר מיד לאחר הנישואין שאינה מסוגלת לדור עם חמותה ועם אחות בעלה ואחיו בכפיפה אחת. וכן פסק בשו"ת ישכיל עבדי חלק ה' חלק אה"ע סי' לב, ועיין באוצר הפוסקים סי' עד ס"ק לד אות א-ג.

אמנם במקרה שבפנינו, בני הזוג לא גרו באותה דירה עם הורי הבעל, אלא בקומה מעליהם, אך בסמוך לחדרם גרה אחותו ובחדר אחר אחיו, ולמעשה מבחינה עקרונית אין חילוק בין המקרה הנוכחי למקרה הנידון בפוסקים הנוכחים. בנידון זה, לאחר שהתברר בבית הדין שקיים סכסוך רציני בין האשה לאמו של הבעל ובני משפחתו, והוסכם בהסכם מפורש בבית הדין שבני הזוג יחד ישכרו דירה במקום אחר, הרי שגם אילו היתה התחייבות ברורה של האשה לדור בבית הורי הבעל, הרי שבחתימתם על ההסכם הנ"ל, בטלה ההתחייבות המוקדמת של האשה להתגורר בבית הורי הבעל, וחזרנו לדין המפורש בשו"ע אבן העזר סימן עד סעיף י' - "וכן היא שאמרה אין רצוני שיבואו לבית אביך ואמך, אחיך ואחיותך, ואיני שוכנת עמהם בחצר אחד, מפני שמריעין לי ומצירין לי, שומעין לה", וכתב הבית מאיר - "מסתבר לע"ד דעת הרמב"ם דעל אמו ואחותו, שתמא יכולה לטעון". ק"ו בנידון דידן שאין כאן ה"סתמא" המוזכר בבית מאיר, אלא בית הדין נוכח, באופן בלתי אמצעי, שקיים מתח וסכסוך קשה בין ההורים של הבעל ובני המשפחה לבין האשה. על כן האשה לא חויבה לחזור לדור בבית בעלה, אלא אדרבה הבעל חוייב להסדיר לאשה מקום מגורים על מנת שבו יחזרו לשלום בית.

מתוך האמור עולה, שאין לשלול את זכותה של האשה למזונות מבעלה, והוא חייב לפרנס אותה גם כשהיא מחוץ לבית, ואינו יכול לטעון שהאשה מורדת ואינה זכאית למזונות.

אך עלינו לדון, האם הבעל כבר אינו חייב במזונותיה, כתוצאה מהסכם הגירושין שנחתם בין הצדדים ואושר בבית הדין וקבל תוקף של פסק דין.

מעמדו של ההסכם הגירושין בטרם בני הזוג התגרשו

בפסקי דין שניתנו על ידי חכמי דורינו, נכתבו פסקי דין שונים בשאלת זכותו של צד אחד לחזור בו מהסכם הגירושין, בטרם סודר הגט. יעויין בפד"ר ח"ג 169-161, ח"ה עמ' 204-214, חלק י' עמ' 145-115, חלק יא עמ' 96-89, וחלק יא בעמ' 171-153, וחלק טו עמ' 189-184, ובשו"ת ישכיל עבדי חלק ו' חלק אה"ע סי' עד, בספר ברכת שלמה סי' ח' אות ט-יב, בספר משפטי שאול סי' כז וסי' כח, ובספר דברי משפט (מאסף תורני בענייני אה"ע וחור"מ) חלק ח' עמ' קפט-קצה. אין כאן המקום לסכם את השיטות השונות, ונכתוב בעז"ה את אשר נראה לענ"ד בזה. אך נקדים כמה הקדמות -

נכסיו לעלות לא"י וכיוצא דגלוי דעת כי האי מהני בהם כתנאי ואומדנא רבתי דלא מחלה אף אם יעשו שלום והו"ל כמחילה על תנאי, וצריך עיון, עכ"ל.

וכן בשו"ת דבר אמת (לג"ר ידידיה מונסונייגו ז"ל) חלק אה"ע סי' קלח כתב - "נהגו העם להקל במוחלת כתובה לבעלה, כשעושים שלום ביניהם אין מחדשים כתובה אחרת וסומכים על כתובה הראשונה. עם היות שיש לפקפק בדבר, מ"מ הני מילי במוחלת כתובתה לבעלה ונתחייב לה לגרש ביום פלוני, בזה אנו אומרים דהוי כמחילה בתנאי שאם לא קיים התנאי ולא נתן הגט, אין מחילתה כלום, שאם היות שלא היה התנאי מפורש אין אומרים שתמו כפירוש, וכאילו היה התנאי מפורש, ואין צריך לחדש כתובה אחרת."

וכן פסק בשו"ת שושנים לדוד (להג"ר דוד צבאח ז"ל) חלק אה"ע סי' ע', ובתוך דבריו כתב - "בפרט שכבר העיד אדוני הארץ מנ"י אי"ש הצרפתי זלה"ה שמעשים בכל יום שעושים שלום ואין כל חדש לחדש כתובה אחרת, א"כ מעשה רב ... גם אלה אזכרה שבימי חורפי ארע מעשה כזה בה"ר אברהם אלמאליח ואשתו במדינתנו עי"ת ארבט יע"א, שרצה הרה"ג כמוהר"י צבע זלה"ה לדון לחדש כתובה אחרת ולא הודו לו חבריו רבני אתרא, כך דנין והולכים בכל יום."

ואמנם כאמור בתשובה זו, הובאה דעת הסובר שיש לחדש כתובה אחרת, אך הרב המשיב פסק הלכה למעשה לדחות דעה זו, והעיד שכן המנהג הפשוט. וע"ע שם בשושנים לדוד סי' עו שחזר על הדברים כפי שפסק בסי' ע'.

וראיתי בספר משפטי שאול סי' כח בפס"ד של הג"ר יוסף קפאח ז"ל שכתב בנידון שנערך הסכם גירושין ואחד מסעיפי ההסכם קבע - כי בזאת האשה ויתרה על כתובתה, אך למעשה לא סודר הגט עקב התנגדות האשה, וכתב הגר"י קפאח ז"ל - "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."

אך יש לציין שדעה זו, היתה דעת מיעוט באותו פס"ד. דעת החולקים עליו תובא להלן.

ויעויין בשו"ע יורה דעה סי' רנח סעיף יא שהביא להלכה את דינו של תרומת הדשן סי' שיא ופסק - "איש ואשה שקבלו עליהם חרם להתגרש, והעמידו קנסות על ככה לצדקה, ואח"כ נתפייסו שלא להתגרש, יש מי שאומר שפטורים מהקנסות". הרי שקיימת אומדנא דמוכח שלא היתה כוונתם להתחייב בקנס לצדקה אם שניהם יחזרו בהם וישובו לשלום בית בהסכמה, ומהלכה זו סיוע לדעת הסוברים שבמקרה שלאחר המחילה על הכתובה בני הזוג חזרו לשלום בית, אין תוקף למחילה, והכתובה חוזרת.

אפשרות שניה היא - שהאשה תבעה להתגרש, והבעל הסכים, ובעקבות הסכמה זו האשה מחלה על כתובתה, אך לבסוף הבעל חזר בו, ואינו מסכים לתת גט. במקרה כזה, אף

ולהלן בדברינו נביא דעת הסוברים שלא לדון את הגירושין כתנאי, אלא כקביעת מועד לחלות ההסכם, והמועד הוא עם מתן הגט. סברא זו שכתבו בפסק הדין בבאר שבע לדון את ההסכם כהסכם בר תוקף מעכשיו התלוי בקיום התנאי, אינה מוסכמת. אך בנידון דנן ההסכם נכתב כאמור לעיל, ורק כותרת ההסכם היא "הסכם גירושין", אך אין תנאי מפורש בגוף ההסכם הקושר את תוקף סעיפי ההסכם בסידור הגט. בנסיבות אלו, יש צורך לדון באומדן הדעת, האם סעיף המחילה על הכתובה ושאר סעיפי ההסכם מותנים בגירושין או לא. ואמנם בכל מקרה לגופו, יש לעיין היטב בנוסח ההסכם ולפרשו, האם הצדדים קבעו את הגירושין כתנאי להסכם, או כמועד לחלות ההסכם, או שבקשו לתת תוקף לאלתר לכל סעיפי ההסכם.

המועד שבו מחילת הכתובה נכנסת לתוקף

ביחס להסכמת האשה לוותר על הכתובה, נקדים את הידוע, והוא שעניין הכתובה חייב להיות מסודר בטרם סידור הגט, כקבוע בסדר הגט. בשו"ע אה"ע בסוף סי' קנו בסעיף פא כתב הרמ"א שענין תשלום הכתובה או מחילתה יסודר עוד לפני סדור הגט. וז"ל הרמ"א בשם מהר"י מינץ - "וישאל הרב אחר הכתובה ושתחזיר לבעל הכתובה או תמחול לו כדי שלא יבואו אח"כ לידי קטט מחמת הכתובה ושיאמר הבעל על מנת כן לא גירשה". וכן כתב בסדר הגט למוהר"ם ר' יחפז בסי' ריט. ובהתאם להלכה זו, נושא חיוב הכתובה עולה לדיון ומוסדר עוד בטרם הגירושין.

בדרך כלל בית הדין מורה לצדדים לנסח את סעיף המחילה על הכתובה בנוסח זה - "עם סידור הגט ובכפוף לביצוע הגירושין, האשה מוחלת על הכתובה ותוספת הכתובה". אך במקרה שלפנינו, נכתב סעיף סתמי שבו נקבע שהאשה מוותרת על כתובתה. ובשל כך התעורר הספק האם המחילה שרירה וקיימת גם לאחר שהאשה חזרה בה מהסכמתה להתגרש.

חזרת אחד הצדדים מהסכם הגירושין מתחלקת לארבע אפשרויות שיבוארו להלן.

אפשרות אחת היא - ששני הצדדים חזרו לשלום בית, וזנחו את ההסכמה להתגרש. ומצאתי שלש תשובות מחכמי מרוקו, מהם שתיים מלפני כמאתיים שנה, ותשובה שלישית מלפני כמאה שנה, ובכלם פסקו שהמחילה על הכתובה מבוטלת.

בספר משפטים ישירים חלק ב' סי' סד, כתב וז"ל - "שאלה. מעשה שהיה באשה אחת שנתקוטטה עם בעלה ומחלה כתובתה בקנין כראוי רק שיגרשנה, ושוב עשו שלום ביניהם כמה חדשים סתם, ויום מיומים הוציא שטר המחילה ורצה לפוטרה בלא כתובה על סמך המחילה הנוכרת.

תשובה. נראה דאין במחילה ההיא ממש, דלא מחלה אלא אם יגרשנה סמוך למחילה, דאנן סהדי דלא מחלה לעולם. דלא מחלה אלא אם לא עשו שלום, והו"ל כמוכר

נ"מ אם יש ממש בטענותיו או לא, מאחר שלמעשה העיכוב אינו על פי המוסכם מראש.

האפשרות השלישית היא במקרה שהבעל תבע את הגירושין, והאשה נתרצתה ומחלה על כתובתה, ולבסוף חזרה בה, וכגון נידון דיין. במקרה כזה לא ניתן לטעון שהמחילה היא בטעות, שהרי לא חל כל שינוי בדעת הבעל המבקש להתגרש, אלא השאלה במקרה כזה היא האם קיימת אומדנא הקובעת שהמועד שהמחילה תכנס לתוקף הוא רק בעת סדור הגט

והנה בראשית אותה תשובה (שבתשובת שופריה דייעקב חלק אה"ע סי' מ') נשאל במקרה דומה, באותו נידון נראה שהבעל בקש להתגרש ולא גרם לעיכוב הגט. נערך הסכם בו האשה זקפה על הבעל במלוה את דמי הכתובה, אך בטרם הספיקו לסדר את הגט, האשה נפטרה. ופסקו שם שהמחילה עומדת בתוקפה, ולא כתבו לדון את ההסכם כהסכם שנעשה בתנאי שיסודר גט פיטורין בין הצדדים, והוסיף שם שאף אם היו חוזרים לשלום בית היה מוטל עליו לכתוב כתובה חדשה.

וז"ל השאלה שם - "ראובן שהיה נשוי עם לאה. ושוב נשא עליה את רחל אלמנת שמעון ולה שתי בנות מבעלה הראשון נשואות. והוליד עם רחל בנות. ושוב נפלה קטטה ומריבה בין ראובן ובין רחל ותבער בם אש המחלוקת ונתן עיניו לגרשה וזקפה עליו כתובתה במלוה, ונתבטלה הכתובה היא וכל תנאיה, והתנו ביניהם לפורעה לזמן קבוע ובוה לא נשארה לרחל עליו שום תביעה וטענה כלל זע"ז, זולת אם לא פרע לזמן שקבעו ביניהם שאז כל מה שנתן לה יתנכה ממנו המזונות ויתחשב השאר. אך אם יפרע לזמן שקבעו אין לה שום מזונות וכו' אלא כשיפרע לה חוב כתובתה לזמן הנזכר יפטרה בגט כריתות לאלתר וכל זה היה בקנין שלם מעכשיו במנא דכשר למקנייא ביה ובשבעה חמורה כהלכה. ויהי היום נפטרה רחל לבית עולמה ורצו הבנות הנשואות לירש עם שאר האחיות כתובת אמם חלק כחלק ושוב עמדו לפני קצת מהירושים וטענו כך".

ובתשובה כתב שם - "בנ"ד כיון שבטלו הכתובה וכל תנאיה וזקפתה לשט"ח ומחלו זל"ז בכל דין ותביעה שיש ביניהם הן מפאת הכתובה וכו' ככתוב בשטר ביד שלמה ע"ש, ולא היתה מחוסרת אלא גט, ואם היה רוצה להחזירה היה צריך לחדש לה כתובה אחרת ... אך בנ"ד שזקפתה עליו וכתובתה חוב בעלמא ... ולכך בני"ד ג"כ שחזרה הכתובה חוב ואבדה כל תנאי כתובה כמוחלת דסי' ק"ה ס"ה, וגם בניה אבדו כתובת בנין דכרין כדאיתא בסי' קי"א סט"ו".

אך נראה שאין ללמוד מתשובה זו לנידון דנן, באותה תשובה הבעל זקף את דמי הכתובה במלוה, והזקיפה במלוה דינה כפרעון מידי. בזקיפה במלוה, נוצר מצב חדש, שבמקום שטר חוב במתכונת חוב הכתובה, שהוא חוב שיש לו מועד ידוע לפירעון, ומותנה בכמה תנאים הקבועים בהלכות כתובות, וימומש רק לאחר שיתברר שלא נמצאה

שלא חזרו לשלום בית, כגון שהאשה עומדת בתביעתה לגירושין, אם לא ניתן הגט, המחילה בטלה, מפני שמסתבר שהמחילה היתה בתמורה לגירושין. כך עולה מתשובת הנודע ביהודה תניינא חור"מ סי' לב שנשאל באשה שמחלה על הכתובה בטרם הגט, וסודר הגט, אך נמצא הגט פסול, ופסקו שהיא צריכה גט מחדש. וכתב הנודע ביהודה - "אך לפי מה שפסקתי שהגט פסול וצריכה גט מחדש, פשיטא שהיא מחילה בטעות, שהרי כל עיקר המחילה היתה כדי שיגרשנה".

אמנם בתשובת שופריה דייעקב חלק אה"ע סי' מ' דן במקרה שהאשה תבעה את הגירושין אך הבעל עיכב את סדור הגט עקב טענות כנגד האשה שגנבה ממנו חפצים מסויימים, ולכן לא סודר גט, ולבסוף האשה נפטרה, ופסקו שם עם בית דינו שהמחילה שרירה וקיימת למרות שלבסוף לא התגרשו, וז"ל - "זה כמה כתבנו בענין כהה"ר אליהו הכהן עם קרובי אשתו שמתה אחר שנתפשו בכתובה בסך א' ת"ם ונתקשרו לגרש והלכה לה שעפ"י העדות שביד כהר"א שלא חזרו ועשו שלום כלל אחר הפשרה אלא מאותו היום לא נהג בה מנהג אישות, ותמיד היתה האשה תובעתו בגט והוא היה מעכב בשביל החפצים שהיה גם הוא תובעה שגנבה לו, שקרוב לומר שכיון שנתבטלה הכתובה שהיתה ביניהם למנהג המגורשים ופרע לה סך הפשרה או שנתחייב לה בו ונתקשרו להתגרש, כשמתה אח"כ קודם הגירושין, אין ליורשיה בנכסיה כלום אלא יעמוד הדבר על הד"ת שהבעל יורש את אשתו שאין ירושתו נפקעת כי אם בגירושין גמורים. אבל היורשים שממשפחת בית אביה למה יירשו אותה שהיורשים אין להם זכות כ"א לפי תנאי הכתובה ... והן היום אינה ה' לדינו פסק ר"א ז"ל הנ"ב. וראינו שת"ל ספיקות שלנו נעשו ודאות. שהרי חבל נביאים לפנינו כולן עלו בהסכמה כאשר עלה בדעתנו בתחלה שכיון שנתפשו בכתובה ונתקשרו לגרש. אין לה יורש קרוב מהבעל. והוא היורש לבדו. ויורשיה ממשפחת בית אביה נסתלקו לגמרי. בין מנכסי הבעל בין מנכסי האשה. ומעתה קם דינא כדברי הרבנים הנ"ב ולה"ה שאין ליורשי אשת כהר"א הכהן הנזכר שממשפחת בית אביה כלום. לא בנכסי האשה ולא בנכסי הבעל. וזכאי הבעל הנזכר בכל נכסיה כד"ת שהבעל יורש את אשתו. וע"ד אמת ח"פ בכסלו פדה בשלום לפמ"ה וקים. שלמה טולידאנו ס"ט. מרדכי בירדוגו ס"ט. יעקב בירדוגו ס"ט".

אמנם בנידון שבתשובה זו, לבסוף האשה נפטרה, אך דעתו מבוארת, שגם אם הבעל עכב את סידור הגט עקב טענות שהעלה, אין אומרים שעל דעת כן לא מחלה על כתובתה.

תשובה זו צריכה עיון. לכאורה הדין נותן כסברת הנודע ביהודה, שאם האשה תובעת גירושין והבעל אינו מסכים לגרשה, ומעכב את מתן הגט בניגוד לרצונה, ואינו משלם את המחיר למחילה, בכך המחילה בטלה, על כן לכאורה אין

מאוחר לתחולת המחילה ויכול לחזור ממנה בטרם הגיעה זמנה, כן כתב מהרש"ם בתשובה ח"ב סי' קלג, ח"ל - "ועיין מש"כ בשו"ת שבסוף ספרי דע"ת סי' ח"י בהגהות לסי' ר"ז בזה, היינו כשנגמר המחילה מעכשיו שאמר שמוחל לו עכשיו בתנאי כו"כ, אבל הכא לא נגמר המחילה עוד, ודבר זה מבואר בשו"ת משפטי שמואל סי' ס"ו דבאמר לו אם תתן לי זאת אמחול לך ויכול לחזור בלא קנין כל זמן שלא נתן לו ע"ש, והיינו מפני שאמר בלשון עתיד ואמחול לך, אבל באמר תן לי כו"כ ומחול לך השאר שפיר מהני".

ב. הגר"א גולדשמידט ז"ל בפס"ד שהתפרסם בספר משפטי שאול סי' כח כתב - "אין כל ספק כי כאשר זוג עורך הסכם לגירושין, ומפרט בו את כל התנאים בקשר לגירושין, הרי ודאי הוא, בגדר אומדנא דמוכח לכל, כי הכוונה 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".

ג. פסק דין הנ"ל (שבספר משפטי שאול סי' כח) עסק במקרה שהאשה ויתרה על כתובתה והוסכם להתגרש, נוסח הסכם הגירושין היה - "האשה מוחלת בזה על כתובתה ועל כל הזכויות הנובעות ממנה". ולבסוף האשה חזרה בה והבעל מבקש להתגרש בהתאם להסכם, ולטעון שהכתובה נמחלה. הגר"ר שאול ישראלי ז"ל כתב שם ביחס לסעיף הנ"ל הקובע את ויתור האשה על הכתובה - "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 "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".

ובסיום פסק הדין כתב הגר"ש ישראלי ז"ל - "גם ויתורה ומחילתה על הכתובה, אינם קיימים, כל עוד לא נתגרשה בפועל, והאשה חזרה בה מהסכם הגירושין טרם ביצועו".

ד. בשו"ת ישכיל עבדי ח"ו חאה"ע סי' עד כתב ביחס להסכם גירושין שאושר על ידי בית הדין ולאחר מכן האשה

עילה להפסידה כתובתה. לאחר שהחוב נזקף במלואו, האשה מקבלת חוב חלוט הראוי לגביה בלא שום ספק. וכיון ששולמה התמורה למחילת הכתובה, לא ניתן לבטל את הפירעון עקב העדר סידור גט.

ועיין בשו"ת שושנים לדוד (להגר"ר דוד צבאח ז"ל) חלק אה"ע סי' עו שפסק לבטל את המחילה על הכתובה כשחזרו לשלום בית, וכפי שהבאנו דבריו לעיל. אך אם הבעל מבקש להתגרש והאשה חזרה בה מהסכמתה, ולמעשה עיכוב הגירושין בא מצידה, בזה כתב שלא לבטל את המחילה, רק אם נמצאה ריעותא בתוקף המחילה גופה, יעוי"ש. ונראה דפשיטא ליה לדון מחילה זו כמחילה המותנית שהבעל יסכים לתת גט, ועל כן אם העיכוב אינו מצד הבעל אלא מצידה, אין מקום לבטל המחילה בטענה שהתנאי לא התמלא.

להלן פסקי דין מדיינים מובהקים בדורינו שכתבו בפשיטות שהאומדנא היא שלא לתת תוקף להסכם הגירושין ולמחילת הכתובה בטרם סודר בגט, ושאין לדון את המחילה כמעשה המותנה במעשה אחר של סידור הגט, אלא כמחילה שנקבע זמן לחלות המחילה, והוא מועד סידור הגט, וכי האשה רשאית לחזור בה מהמחילה על הכתובה בטרם סודר הגט.

א. בפס"ד מביה"ד הגדול (בהרכב הדיינים הגר"ר י"מ בן מנחם ז"ל והגר"י הדס ז"ל והגר"ב ז'ולטי ז"ל) בפד"ר ח"ג עמ' 169 דנו במקרה הדומה לנ"ד. באותו מקרה, האשה עזבה את הבית עקב חמותה הדרה עמם באותו בית, בני הזוג חתמו על הסכם גירושין בו האשה ויתרה על הכתובה, ולאחר מכן חזרה בה. וכתבו שם - "נראה דיש הבדל בין אם המחילה היא מעכשיו, אלא שעשה תנאי, בזה אינו יכול לחזור בו אם השני רוצה לקיים התנאי, וכמש"כ הגר"י מקוטנא הנ"ל, עיי"ש. אבל בנדון המשפטי שמואל המחילה לא היה מעכשיו אלא בשעת קיום התנאי ולכן הוא יכול לחזור בו לפני שקויים התנאי. וכן מבואר בספר מחנה - אפרים בהלכות מכירה דיני אסמכתא סי' ו' שכתב לבאר את דברי הרמב"ם בפ"א מהלכות מכירה הי"ח כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושין ... קונין מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך הרי החוב זה מחול לו מעכשיו. וכתב המחנה אפרים - ומה שהוצרך לומר שיהא החוב מחול מעכשיו נראה דהיינו טעמא כדי שלא יוכל לחזור בו לומר איני רוצה למחול. הרי כתב דגם במחילה בקנין אם היה בתנאי הוא יכול לחזור אם לא מחל מעכשיו ... כשברור הדבר שהמחילה לא היה מעכשיו אלא בשעת קיום התנאי הוא יכול לחזור מהמחילה וכמש"כ המחנה אפרים הנ"ל.

והנה בנדון דידן שמחילת האשה על הכתובה היה בתנאי שהבעל יתן לה גט, מסתבר הדבר לומר לפי מסיבות הענין שמחילתה היתה שעם קבלת הגט תחול המחילה, כי למה תמחול לו מעכשיו לפני מתן הגט, עכ"ל בפסק הדין.

ונציין ביחס למש"כ לחלק בין מחילה מעכשיו הנעשית על תנאי, שאי אפשר לחזור ממנה, למחילה שנקבע בה זמן

הילדים וכדומה, ורצונו בשלום בית, וכל כהאי גוונא מסתבר שיוכל לחזור בו גם מהתנאים הכספיים שבהסכם, שיכול לטעון שעל מנת כן שלא אתגרש אלא אחזור לשלום בית לא קיבלתי בקנין ... ואף אנו נאמר בכל הסכם גירושין, כל שבא אחד הצדדים ואמר שנמלך בדעתו שמוטב לעשות שלום בית, וכל מה שהסכים תחילה לגירושין היה מתוך שיקול מוטעה, שפיר יוכל לומר שגם הקנין על הממון בטל, דקנין בטעות הוא. וכל זה דלא כמו שהעלו בפס"ד מבי"ד דבאר שבע הנ"ל.

לכאורה, הסברא שכתב לדון את הקנין על שאר סעיפי ההסכם, כקנין בטעות, מאחר שכעת אינו מסכים להתגרש, אינה סברה ברורה. וכי במה הדבר שונה מכל שאר קניינים בעלמא, שאם נעשה קניין בעת שהמוכר התרצה למכור, ואח"כ חזר בו וסבור שרצוי להמנע ממכירת הנכס, שאינו יכול לבטל הקנין בטענה של קנין בטעות. ועיין בפ"ש חו"מ סי' רמא סק"ג בשם שו"ת זכרון יוסף שאין לדון טעות במחילה אלא בדבר שהיה בעולם בעת המחילה ולא ידע עליו, משא"כ בדבר שהתחדש לאחר זמן, וכן בשו"ת נבחר מכסף סי' צב.

ואמנם בספר ברכת שלמה סי' ח' אות ט' כתב שרק אם האשה תבעה גירושין והבעל התרצה ולכן מחלה על הכתובה, ואח"כ חזר בו, דבכה"ג יש לדון את מחילתה כמחילה בטעות. שהרי בלא הגירושין ודאי שאינה מתרצה למחול. משא"כ אם הבעל תובע את הגירושין והאשה מתרצה ומוחלת על הכתובה, ולבסוף חוזרת בה, אין כאן טעות במחילה, שהרי לא התבררו כעת דברים שלא ידעה בעת המחילה, אלא יש לדון האם קיימת אומדנא ברורה הקובעת שהמחילה תכנס לתוקף רק בעת הגירושין. ועיי"ש שלא הכריע בשאלה זו.

קיימת אפשרות רביעית שהצד החוזר בו, אינו חוזר מהסכמתו להתגרש, ועדיין אינו מעוניין בשלום בית, אלא החזרה היא מתנאי ההסכם כפי שנוסחו בהסכם הגירושין, וצד אחד מעכב את סידור הגט על מנת ללחוץ על הצד השני ולהשיג הסכם משופר מבחינתו.

בפד"ר ח"א עמ' 93 כתב הגר"ח צימבליסט שליט"א ביחס למקרה בו הבעל חזר בו מהסכמתו להתגרש, וכתב לפי דרכו הנזכרת - "אולם נידוננו שאני, שהרי הבעל דנן גם עכשיו אינו מבקש שלום בית, ומסכים לגירושין, אלא שמבקש לשנות את תנאי הגירושין ולהוציא ממנה את הקיוסק וכנ"ל, וא"כ לא יוכל לטעון שהקנין היה בטעות, שהרי לעצם הגירושין דעתו עתה כדעתו אז, ושפיר עומד הסכם הגירושין בתקפו עכ"פ לענין הממון".

כאמור, סברא זו נאמרה בהתאם לדרכו של הגר"ח צימבליסט שליט"א לאפשר את החזרה מההסכם רק מכח הלכה זו של מקח טעות. אך לפי המבואר לעיל סברא זו, לדון החזרה מצד טענת מקח טעות, קשה להאמר, ובשאר פסקי הדין הנזכרים לעיל, דנו לאפשר את החזרה ההסכם,

חזרה בה מכל ההסכם - "מכיון שיש לה הזכות לחזור מהסכם קבלת הגט, ממילא שיכולה לחזור גם מכל הדברים הקשורים עם הגט".

ה. בפד"ר חלק י' עמ' 131 כתב הג"ר אברהם שפירא ז"ל - "בהסכם גירושין, הספק הראשון הוא שהזכרת הגירושין בהתחלת ההסכם, לא רק מעוררת עילה לעקירת עיסקה שבוצעה כבר, אלא ע"י הזכרת הגירושין, הכוונה היא שזמן הביצוע של ההתחייבות חל לא בזמן חתימת ההסכם, אלא מכח אומדנא דוחים זמנה עד ביצוע הגירושין בין הצדדים. שכל עיקרו של ההסכם בא להסדיר את העניינים של בני הזוג העומד להתגרש, על אחר הגירושין, וכל עוד שלא התגרשו לא הגיע בכלל זמן ביצוע ההתחייבות, ואין בכך התחייבות ממשית כלל לפני הגירושין. ועל כן כשמישהו מהצדדים חוזר בו מהסכמה לגירושין, אין כלל מקום לדון לחייבו בחיוב הכספי שבהסכם הגירושין, שהחויב אינו בר תוקף כלל לפני הגירושין, אלא אם כן הובהר בפירוש שההתחייבות הכספית חלה מיד, או שזה מובן מאליו שההסכם הכספי תוקפו לחול מיד.

והנה דיון על ביטול הסכם מפורש ע"י שדוחים מכח אומדנא את זמן הביצוע, מצינו במשנה בכתובות (דף נ"ד) ריש פרק אף על פי שפליגי שם ת"ק ורבי אלעזר בן עזריה במי שכתב כתובה גדולה לארוסתו והוא מת לפני הנישואין דלת"ק גובה את הכל שהרי זהו הכתובה שכתב לה, אבל ראב"ע אומר שגובה רק מאתים שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה. והיינו שזה אומדנא, אם כי לא פירט תנאי או הגבלה שלא יתחייב רק אחרי הנישואין, מ"מ הוא אומדנא ברורה שתוספת הכתובה התחייב רק ע"מ שישאנה לאשה. וקיי"ל דהלכה כראב"ע דסומכין על אומדנא כזאת, לבטל את השטר שכתוב באופן סתמי".

ובעמ' 139 כתב שם - "היוצא מכל הנ"ל הוא, שבכל הסכם גירושין שבו מודגש, עכ"פ בכותרת ההסכם, שכל הסעיפים הם סעיפי הסכם גירושין, כיון שזמנם הוא עם מתן הגט, ואדעתא דגירושין התחייבו מה שהתחייבו, לכן כל עיכוב בביצוע הגירושין הוא עיכוב לתוקף של הסעיפים של ההסכם, שרק לשם סידור העניינים אחרי הגירושין בין בני הזוג התחייבו מה שהתחייבו, ואפילו אם ביצוע הגירושין נתעכב או בוטל בפשיעה של אחד הצדדים, אין זה גורם לחייבו בהתחייבות הממונית".

ו. בפד"ר חלק ח' עמ' 179 בפס"ד של בית הדין בת"א בהרכב הדיינים הג"ר ש"ב ורנר ז"ל והגר"ע אזוראי ז"ל ויבל"א הגר"ח צימבליסט שליט"א כתבו ביחס למהותו של הסכם הגירושין - "הקנין לא היה אלא לגבי התנאים הכספיים שאם הם מתגרשים, אלה הם התנאים הכספיים".

והנה בפד"ר ח"א עמ' 92 כתב הגר"ח צימבליסט שליט"א - "זה ברור שבעל ואשה שערכו הסכם גירושין זכאי כל אחד מהם לבוא אח"כ ולומר שנמלך בדעתו והגיע למסקנא שקשים הגירושין, מצד עצמם, או מצד טובת

וגם בסתמא כך היא משמעות ההליך. יצויין שהמושג "אישור הסכם גירושין", והמושג של "נתינת תוקף של פס"ד להסכם", הינם מושגים המוכרים בערכאות המשפטיות, וגם בערכאות, בסתמא כשהצדדים מבקשים שינתן תוקף של פס"ד להסכם, כוונתם ליישם כאן את המושגים המשפטיים הנ"ל, ושינתן מתן תוקף מידי להסכם. במקרים אלו אין מקום לאומדנא שהזכרה לעיל שכוונת הצדדים החתומים על ההסכם לקבוע מה יהיו התנאים בעת הגירושין, אלא כוונת הצדדים לתת תוקף מידי להסכם, ואם אמנם מבוקש שהויתור על הכתובה יחול החל מסדור הגט, מן הראוי לציין זאת בפירוש בגוף ההסכם או שהצדדים יאמרו כן בפירוש והדבר יצויין בפסק הדין לאישור ההסכם. לכן הדבר ברור שאם הצדדים מבקשים בפירוש שינתן תוקף של פסק דין להסכם לאלתר, עוד בטרם סדור הגט, והם הבינו שמשמעות הדבר שההסכם נכנס לתוקף מיידית, או שהצדדים מיוצגים על ידי עו"ד הבקיא במושגים המשפטיים של אישור הסכם ומתן תוקף של פס"ד להסכם, הרי שבכך הצהירו הצדדים על בקשתם שהתוקף להקנאות ההדדיות יהיה מידי, אלא שעדיין נותר לבחון האם ההקנאות מטבען מותנות בסדור הגט בפועל או לא, אך בסתמא, אין מקום לטעון שכוונתם היתה לקבוע מה יהיו ההקנאות ביום סדור הגט. ודלא כמ"ש הג"ר משה טופיק שליט"א בפס"ד הנוכח לעיל. ומטעם זה יש לדחות מש"כ הג"ר שלמה שלוש שליט"א בפד"ר חט"ו עמ' 185, - "הואיל וההסכם שנערך בין הצדדים, נושא כותרת הסכם גירושין, וידוע כשהצדדים עורכים הסכם ומפרטים בו סעיפים שונים, הרי הסעיפים כרוכים בגירושין ומקבלים תוקף רק בגירושין בפועל. וכל זמן שלא בוצעו הגירושין, גם אם ב"ד אישר ההסכם, יכול כל אחד מהצדדים לחזור בו". המקום לחלק בין סעיף מחילת הכתובה ולשאר הסעיפים, מיוסד על כך שכאמור אין טעם במחילה קודם לגירושין, ובנוסף, גם אם מתעורר ספק במחילה זו, מספק יש לצמצם את המחילה, כפי העולה מדברי הרשב"א.

הרשב"א בתשובה ח"ו סי' ה' (הובא בב"י אה"ע סי' צג) כתב בדין אלמנה המוחלת על כתובתה - "קרוב הדבר שכל שלא מחלה כל מה שכתוב בכתובתה לא מחלה מזוונתיה ואין אומרים שהמוזנות תלויים בעיקר הכתובה בלבד שהם מנה וק"ק וכל שמחלה מנה וק"ק אבדה מזוונתיה שהרי אפילו לא מחלה מה שהוסיף לה יותר על מנה ומאתיים לא אבדה מזוונתיה ואע"פ שאין התוספת מעיקר תקנת חכמים, אף אנו נאמר כן בנדוניה ... ועוד מה שטען הטוען שמן הסתם ידה על התחתונה שהיא קרויה בעל השטר. מסתברא, דבמקום הזה הבעל קרוי בעל השטר וידו על התחתונה. לפי שהבעל לא פרע לה כלום, והיא משלה היא מוחלת, וכל מקבל מתנה או לוקח קרוי בעל השטר להיות ידו על התחתונה. ואינו דומה למה שאמרו בפרק גט פשוט (ב"ב קעג.) שטר לך בידי פרוע הגדול פרוע והקטן אינו פרוע, שאני התם שהלוה פרע וכיון שהמלוה מודה שפרע לו שטר

מפני שקבעו שמועד כניסת ההסכם לתוקף הוא בעת סדור הגט, ועל כן אין נ"מ מה גרם לאותו צד לחזור בו מהסכתו להתגרש.

וראיתי בפס"ד מביה"ד הגדול מתאריך יז טבת תשנ"ח בהרכב הגר"מ אליהו שליט"א והגר"מ טופיק שליט"א והגר"ג צימבליסט שליט"א, (פסק הדין לא פורסם) ובו כתב הגר"ג צימבליסט שליט"א בלשון זו - "מה שטוען שרצונו בגירושין על פי תנאים אחרים ולא על פי ההסכם, יש לדחות טענה זו, שהרי לשם כך קבלו הצדדים בקאג"ס שבמקרה של גירושין, אלה ואלה הם התנאים. ואם כל בעל ואשה יוכלו לשנות את תנאי הממון, א"כ מה תועלת יש באישור הסכם גירושין על ידי בית הדין. אמנם אם הבעל היה מתחרט מעצם הגירושין ומבקש שלום בית, כי אז גם תנאי הממון שבהסכם בטלים. שהרי ההסכם נועד למקרה של גירושין והרי אין כאן גירושין, משא"כ בנידוננו שהבעל אינו מתחרט מעצם הגירושין, אלא רוצה לשנות את התנאים, על זה יש לומר לו - לשם כך קבלת בקאג"ס שלא תוכל לשנות את התנאים, וכבר העלינו כן בפס"ד שנדפס בפד"ר כרך יא מעמ' 89 ואילך עיי"ש".

במש"כ ביחס למשמעות שיש לאישור הסכם הגירושין, נדון בזה להלן, עכ"פ הגר"ג צימבליסט שליט"א חזר על שיטתו הנ"ל.

באותו פס"ד נחלק עליו הג"ר משה טופיק שליט"א וכתב - "ההסכם הוא שאם יתגרשו יהא לו תוקף של פס"ד ולא לפני כן". ועל כן קבל את בקשת הבעל לחזור בו מהסכם הגירושין, למרות שלא חזר בו מההסכמה להתגרש. למעשה דעה זו נשארה באותו פס"ד כדעת מיעוט, וכפי הנראה, משום שהגר"מ אליהו שליט"א לשיטתו שכתב בפס"ד מביה"ד בבאר שבע, המוזכר לעיל. אך לפי הדעה המקובלת בין רוב הדיינים שהוזכרו, נראה שלא חילקו בין חזר בו מעצם הגירושין לחזור בו מההסכם בלבד.

חילוק בין מחילת הכתובה לשאר סעיפי ההסכם

יש מקום רב לחלק בין הסעיף המתייחס למחילת הכתובה לשאר סעיפי ההסכם. ביחס לכתובה, בסתמא אין טעם למחילתה קודם הגירושין, וגם אם הבעל תבע להתגרש, ובמסגרת ההסכם נקבעה המחילה על הכתובה, אין טעם לקביעת מועד אחר לתחולת המחילה מלבד מועד הגירושין. משא"כ ביחס לשאר סעיפי ההסכם, מאחר שהצדדים חתמו על ההסכם ובקשו מבית הדין לאשר את ההסכם ושינתן תוקף של פסק דין להסכם, ובית הדין אכן אישר את ההסכם וניתו לו תוקף של פסק דין, בכך ניתן פסק דין שקבע את סעיפי ההסכם כפסק דין לאלתר.

יצויין כי לעיתים הצדדים מבקשים מבית הדין לאשר את הסכם הגירושין ושינתן תוקף של פס"ד להסכם לאלתר, כדי שיוכלו להוציא לפועל סעיפים מסויימים בהסכם, עוד בטרם סידור הגט. במקרים אלו קיימת הסכמה ברורה שלא לקשור את המועד של ביצוע סעיפי ההסכם במעשה הגירושין גופו.

האשה לטעון לא מחלתי על הכתובה בכוונה שהמחילה תכנס לתוקף לאלתר, אלא הכוונה היתה שהמחילה תכנס לתוקף רק בעת סדור הגט.

ובשו"ת מהרש"ם ח"ב סי' קלג, לאחר שחילק בין מחילה הנכנסת לתוקף לאלתר אך מותנית בתנאי, למחילה החלה לאחר זמן, שיוכל לחזור בו בטרם נכנסה לתוקף, וכפי שהובא מדבריו לעיל, כתב בהמשך דבריו - "ועוד שכבר כתב בתשובת שבות יעקב ח"א סוסי" קכ"ד וסי' ק"ס דגם להסוברים דמהני מחילה במקום שטר היינו במחילה וודאי, אבל כל שיש איזה ספק במחילה מסתמא לא מחל ע"ש. וה"נ בנ"ד אפילו הוי לשון מסופק אם מחל מעכשיו לא מהני המחילה".

ולפי האמור, בנידון דנן, גם אם היה מקום להסתפק בכוונת המחילה על הכתובה, האם היתה כוונה שהמחילה תכנס לתוקף לאלתר או שתחול רק בעת הגירושין, הרי שמספק יד הנמחל על התחונה, ותופסים את המשמעות המצומצמת, דהיינו שהמחילה תכנס לתוקף ביום סדור הגט. לכן שני הטעמים הנזכרים, שונה סעיף המחילה משאר סעיפי ההסכם.

נחזור לנידון שלפנינו. בתחילה האשה הגיעה לדין לבקש שלום בית, אך בית הדין הבהיר שמאחר והבעל מסרב לשכור דירה ולחזור לשלום בית, ראוי להכיר במציאות ולהסכים להתגרש. האשה הסכימה, ומתוך הסכמה זו נערך הסכם הגירושין. אך לאחר זמן קצר האשה הודיעה לבית הדין על התנגדותה להתגרש. גם כעת עדיין נראה, שהאשה תשוב לשלום בית אם הבעל יגלה נכונות, אך מאחר שהבעל עיקש ואינו מסכים לכך, היא מסכימה לנהל מו"מ על הסכם גירושין, ובלבד שתקבל פיצוי הולם.

בנסיבות אלו, לפי האמור בפסקי הדין שהבאנו, האשה זכאית לחזור בה מההסכם, כל עוד לא סודר הגט, וכל זאת למרות שלא חל כל שנוי מהותי מיום חתימת ההסכם להיום. גם אז וגם היום הבעל נחרץ בדעתו להתגרש, והאשה מצידה מעדיפה שלום בית, אלא שבזמנו הסכימה להתגרש, ללא כל פיצוי, וכעת מבקשת שבמידה ויתגרשו, תקבל פיצוי. אמנם לפי דרכו של הגר"ג צימבליסט שליט"א יש לדון שבנסיבות אלו לא תוכל לחזור. אך כאמור סברתו בזה אינה מבוררת.

בהתאם לאמור במקרה שבפנינו פסקנו כדלהלן - האשה זכאית לתשלום כתובה ומזונות. הסכם הגירושין עדיין אינו מחייב את האשה בויתור על הכתובה ובויתור על דמי מזונות בתקופה שלאחר החתימה על ההסכם, וכמו שנפסק בפס"ד של בית הדין הגדול (ערעור תשל"ח/182) המובא בספר משפטי שאול סי' כח, הדין במקרה דומה למקרה שלפנינו, ופסקו לחייב את הבעל בתשלום מזונות האשה, וע"ע לעיל סי' כח שמחילה סתמית על דמי מזונות אינה מחייבת, ולכן גם אם שאר סעיפי ההסכם ישארו

אחד אם טען שלא פרע אלא הקטן עליו להביא ראיה. אבל בנותן או מוחל שטר שיש לו על ראובן, נ"ל דראובן מקבל מתנה הוא, ועליו להביא ראיה מה נתן לו או מה מחל לו, עכ"ל.

ועיין בחי' הריטב"א עמ"ס כתובות דף פג: שכתב כסברת הרשב"א, וכתב - "כשיש בלשון השובר לשון סתום שסובל שתי משמעויות, והרי הוא מסופק אם נמחל החוב בלשון ההוא, דכולי עלמא יד בעל השטר ההוא על התחונה ויד בעל החוב על העליונה, כיון שחיובו ברור הוא". וע"ע בספר שואל ומשיב מהדורה רביעאה ח"ב סי' רכ שהאריך בביאור דברי הרשב"א.

דינו של הרשב"א נפסק ברמ"א חו"מ סי' סה סעיף כג. - "האומר שטר בין שטרותי פרוע ... אם לא אמר אחד פרוע, אלא אומר שטר אחד מחול לך, הקטן מחול ולא הגדול". ועיין בב"ש סי' סו סק"ט שהוציא מתוך דברי הרמ"א שיד הנמחל על התחונה. ובבית מאיר הוסיף על דבריו - "לע"ד אף שם אינו אלא באומר שטר אחד מחול, דאמרינן אין בלשון זה כי אם הקטן, ומכ"ש אם טוען ברי לא נתכוונתי אלא להקטן, והנמחל הא אינו יודע דודאי חייב דהוה נתחייבתי ואיני יודע אם פרעתי. אבל בספיקא דדינא אם המחילה טוב, הרי פסקינן כבית הלל דשטר העומד להגבות לאו כגבוי, ופשיטא דאמרינן לגבי האשה המוציא מחבירו עליו הראיה, ואינו דומה לנתחייבתי ואיני יודע אם פרעתי, הואיל ושניהם טוענים ספק".

וכן בחי' הרי"ם אה"ע סי' סו סק"ט (הובא באוצה"פ) כתב שאם הספק אם מחל או לא יד הנמחל על התחונה, משא"כ בספיקא דדינא. וע"ע בספר ערך בשלחן על חו"מ סי' סה סכ"ג שכתב בביאור שיטת הרשב"א, שבכל ספק מחילה, יד הנמחל על התחונה.

ובשו"ת פרח מטה אהרן ח"ב סי' ז' דן בדברי הרשב"א בתשובה, ובתוך דבריו כתב - "דלא קאמר הרשב"א דיד הנמחל על התחונה אלא כל שיש קיום למחילה, אלא שהלוה טוען הגדול מחל והמלוה טוען שהקטן מחל, אמרינן יד הנמחל על התחונה ועליו להביא ראיה שהגדול מחל, אבל כל שמתבטלת המחילה מכל וכל לפי טענת המלוה, בהא אמרינן יד המלוה על התחונה, שכיון שאנו רואים חוב ומחיל, מהיכי תיתי לן לומר שהיה על חוב אחר, כיון שלא ראינו חוב אחר, א"כ ודאי על חוב זה קאי ... עוד נראה שיש לחלק מההיא דכתב הרשב"א לנ"ד, דלא קאמר הרשב"א דיד הנמחל על התחונה, אלא כל דתליא באומדנת דעת המוחל, אם אמרינן גדול מחל או קטן מחל, אמרינן כיון שהוא מקבל מתנה עליו להביא ראיה. אבל כל דתליא מילתא באומדנת דעת חכמים אי אמרינן דהויא מחילה או לא, בהא ודאי מצי המוחזק בממון לומר קים לי כמ"ד דהויא מחילה".

ולפי זה בנידון דנן, הכל תלוי באומדן דעת האשה שמחלה כתובתה ובדעת החתומים על ההסכם, ורשאית

במקרה שלפנינו, הבעל טען שאין לו כל הכנסה. ויש מקום לחקירה יסודית לבירור יכולתו הכלכלית.

בתוקף, עכ"פ אין לשלול זכותה למוזנות עפ"י סעיף ה' להסכם.

סימן סא

מגורי גרוש וגרושה באותה חצר

שמבואר בדברי הט"ז ס"ק טו שכתב בדעת הרמב"ם – "לא גרס לא תינשא בשכונתו אלא לא תדור בשכונתו ... הרמב"ם מפרש דהשכונה הנזכרת בגמרא, היינו חצר המוקפת, ויש בה בתים הרבה", עכ"ל. הרי שרק ביחס לחצר המוקפת הורו חז"ל לאסור את המגורים בדירות נפרדות שבאותה חצר. וכן עולה ממש"כ ראנ"ח בתשובה סי' ו' "דלא תדור ... שיש לחוש שיבוא להתייחד".

וכן בספר שו"ת בית דוד (להג"ר יוסף דוד ז"ל משאלוניקי) חלק אה"ע סי' פה הוכיח כן מפשט הסוגיא (כתובות דף כז:). שבתחילה דנו בשאלת שבויה, ובדברי רש"י (ד"ה יוצאה) מבואר, שהנידון הוא רק במגורים בחצר כזו, שבזמן שאין בה אדם אחר, הם באים לידי יחוד. וכתב הבית דוד – "ועל חצר כי האי, בעי אביי מהו לעשות כן בגרושה. נקטינן מיהא דמאי דפסק הרמב"ם לא תדור עמו בחצר ... לא קאסר הרמב"ם לדור אלא בחצר המיוחדת למגרש ולמגורשת בלי שום דיורין אחרים באופן שכשאינן בניהן עמהן מתייחדין, אבל בענין אחר לא שייך האי איסורא דלא תדור בחצר. וזה ברור מדברי הר"ן ז"ל שכתב וז"ל ומכאן יש ללמוד שאפילו אשת ישראל שנתגרשה ולא נשאת אסורה לדור עמו בחצר, אלא אם כן נוהרים שיהיו אחרים עמהם, דומיא דאשתו דרבי זכריא בן הקצב".

ועיין בראנ"ח סי' ו' שכתב בדעת הר"ן – "מעיקרא דדינא נראה, שכל שעל ידי עדים שרו, לא בעינן שיהיה השומר יושב ומשמר, אלא כל שהוא חושש שמא יראנו השומר סגי בכך".

ועיין בחלקת מחוקק סי' קיט ס"ק יז שהסתמך על דברי הר"ן, וכתב שלא החמירו חז"ל בגרושה יותר מבשבויה, ויכולים לגור בחצר אחת אם נוהרים שיהיו אחרים עמהם בחצר. ועיין בספר גט פשוט ס"ק מ', שהכריע שבשעת הדחק יש סמוך על שיטת הר"ן. וכן עיין בספר ישועות יעקב אה"ע סי' קיט (בפי' הארוך סק"ט) שהורה כדעת הח"מ, ודחה דברי הב"ש שחלק על הח"מ, וכן פסק בספר ערך שי על אה"ע (שם) כדעת הח"מ. ועיין בספר שו"ת הר צבי חלק אה"ע סי' קטז שהסכים לדינא עם הכרעת הישועות יעקב כחלקת מחוקק.

לפי דרכו של הח"מ, דין גרושה שוה לדינה של שבויה, ואין לאסור מגורים בחצר אחד כשאינן מתייחדים. וכאמור, כמה פוסקים (הישועות יעקב, הערך שי, והר צבי) הכריעו לדינא כח"מ, ועכ"פ כשהגירושין מחוייבים עפ"י פסק דין לחיוב הבעל בגירושין, ניתן לפסוק כשיטת הר"ן, ולא לעכב

בבית הדין התקיים דיון בין בני זוג ובסיומו ניתן פסק דין לחייב את הבעל בגירושין.

בני הזוג גרים בשתי דירות נפרדות המצויות על אותה חלקת קרקע משותפת, אך עקב מאבקים משפטיים בשאלת חלוקת הרכוש, אף אחד מהצדדים לא הסכים לצאת מביתו מחשש שהדבר יפגע בזכויותיו העתידיות בנכס.

בית הדין קבע שהמשך מגורים בבתי סמוכים לאחר הגירושין אינו מומלץ ועלול להביא לסכסוכים וכיוצ"ב, אך לא ניתן לקבוע שעל פי ההלכה לא ניתן להתגרש בנסיבות אלו.

להלן נימוקי פסק הדין.

נוכחנו שבני הזוג מתגוררים בדירות נפרדות המצויות על חלקת קרקע משותפת, ולדירות כניסות נפרדות ושביילי גישה נפרדים, וחלקת הקרקע הנ"ל אינה מוקפת בגדר או במחיצה המקיפים אותה. מקום זה משמש לצורך הפעלת הצימרים שברשות האשה. לשטח זה, רשאים להיכנס אנשים נוספים כגון שוכרי הצימרים או ילדי הצדדים שאחד מהם קטין. וכן נאמר לבית הדין שבמסגרת הדיונים בבית המשפט, הוטלו על הבעל הגבלות כניסה ושימוש, בחלק מהשטח המופעל על ידי האשה לצורך הצימרים. בנסיבות אלו, לא היה מקום לעכב את הגירושין המחוייבים עפ"י הדין ושיש בהם דחיפות, כשמצד הדין אין מניעה הלכתית לגירושין.

הלכה זו של מגורי גרוש וגרושתו בדירות שונות שבאותה חצר, התבררה בסוגיא במסכת כתובות דף כז:.

לדעת כמה ראשונים, כל עוד האשה לא נישאה מחדש אין מניעה לגרוש ולגרושה לגור בשתי דירות שהן בחצר אחת. כך היא שיטת רש"י (בסוגיא כתובות כז:), וכן הריטב"א, ורמ"ך, וכדעת הירושלמי, עיין ביאור הגר"א סי' קיט ס"ק טו (ויש מקום להרחיב בביאור השיטות ואין כאן מקומו). אך גם לפי ההלכה הפסוקה ברמב"ם ובשו"ע סי' קיט ס"ז, יש לאסור מגורים בשני בתים רק אם שני הבתים באותה חצר, ובלבד שזו חצר המוקפת מחיצה, ובכך החצר היא מקום הראוי ליחוד. בנסיבות אלו בלבד אסרו גם אם החצר אינה מיועדת לשימושי דירה, כמבואר בתשובת ראנ"ח סי' צו שהובאה בבאר היטב ס"ק יב.

כידוע, בסתמא "חצר" בגמרא ובפוסקים, היינו חצר המוקפת מחיצה, מפני שהורגלו בחצר שימושי דירה, עיין רש"י ב"ב דף ב. במשנה. ולכן גם לפי שיטת הרמב"ם והשו"ע, לא אסרו אם החצר אינה מוקפת בהיקף מלא, וכמו

מקום לאיסור זה בחצר שאינה מוקפת במחיצות, או בחצר המוקפת בהיקף חלקי בלבד, מאחר שמפני העוברים והשבים בדרך הסמוכה לחצר, אין בחצר כזו איסור יחוד עפ"י גרי ההלכה הפסוקה בשו"ע אה"ע סי' כב.

על כן מאחר שבמקרה שבפנינו, החצר אינה מוקפת אלא באופן חלקי, עפ"י ההלכה אין מניעה לסדר גט במצב הנוכחי.

וביחס לטענה על סמיכות הדירות שבין הצדדים, טענה זו אינה מעוגנת בהלכה, עיין בראנ"ח סי' צ', שקבע שאין מניעה במגורים בבתיים סמוכים, כל עוד יש כניסות נפרדות ואינם בחצר אחת.

את הגירושין, וכן הוא עפ"י הכרעת ספר גט פשוט הנזכר שפסק כדעת הר"ן בשעת הדחק.

אך גם לפי שיטת הב"ש ס"ק יד, שאסר בחצר אחת גם כשאחרים עמהם, עפ"י האמור, דברי הב"ש מתייחסים לחצר מוקפת בלבד, ולא לשטח שאינו מוקף, וכמבואר בט"ז, שהובא לעיל. ורק ביחס לחצר כזו הורה הב"ש, שלא להתיר אף כשיש בני בית אחרים בחצר. גם לפי שיטת הב"ש, מעיקרא לא אסרו, בחצר שאינה מוקפת מחיצה, שעפ"י ההלכה אין דינה כחצר, כמבואר לעיל.

העולה מכל האמור - חז"ל אסרו מגורים בחצר אחת, רק מפני שיכולים לבוא לידי יחוד כששניהם יהיו בחצר. אך אין

סימן סב

"מחוסר קציצה" לאחר כתיבת הגט וקודם לנתינתו

סיון תשנ"ז

דפסול מדאורייתא, ובגט פשוט ס"ק טז כתב שהיא ספק מגורשת, דהוי פלוגתא דרבוותא.

וכתב הטור בשם הרא"ש - "מיהו דוקא כשנחתך מקלף גדול הוא דחשיב מחוסר קציצה, אבל אם חתכו ממנו דבר מועט כדי ליפותו, לא מיקרי מחוסר קציצה".

וכן הרמ"א פסק בסי' קכד ס"ג, שאם חתך ממנו מעט כדי ליפותו לא מיקרי קציצה, ועיי"ש בפת"ש סק"י. וה"ה בנ"ד שנחתך ממנו דבר מאד מועט, ואותו דבר מועט נזרק מיד לאשפה.

אמנם מצינו שיטה בראשונים, שאף אם קצץ דבר מועט יש לפסול, עיין בב"ח סי' קכד בדעת בה"ג ובב"י בדעת הר"ן בשם רב האי גאון. אך גם לשיטה זו, דעת רב האי גאון שאין לחוש אלא במקום שהיתה דעתו מתחילה לקוצצו אחר כתיבה.

לשיטת בה"ג, כפי שפרשו הב"ח, יש לפסול, גם כשמתחילה לא היתה דעתו לקוצצו. אך נראה דאף לשיטה זו אין לחוש אלא כשנקצץ ע"י הבעל או הסופר, אך בנידון זה שנקצץ ע"י הפקיד, בלא שנתבקש לקצוץ, אין לחוש. והטעם לכך הוא, דבעיקר מחלוקת רב האי גאון ושאר הפוסקים שנחלקו בהאי דינא אי בעינן שתהא דעתו מלכתחילה לקוצצו, באר בספר ערך שי על אה"ע סי' קכד ס"ג, שמחלוקתם תלויה בדין זה שכתב הרשב"א שאם נכתב ונחתם בתלוש וחברו לקרקע לאחר כתיבה וחזר ותלשו דכשר, שרק בשעת כתיבה יש להקפיד שלא יהא מחוסר קציצה, ובזה דעת רב האי גאון, דבשלמא במחובר דאי אפשר ליתנו בלא קציצה, ממילא בסתמא דעתו בשעת כתיבה לקצוץ ולתת לה, אבל בתלוש, שיכול ליתנו לה בלא קציצה, אף אם למעשה קצץ לאחר כתיבת הגט, הרי עכ"פ לא היה מחוסר קציצה בעת הכתיבה, ולכן בעינן שכבר בשעת כתיבה תהא דעתו לקצוץ בטרם נתינה. ובדעת

הזה עובדא בגט שנשלח מבית הדין בצפת לבית דין בארה"ב. הגט נכתב ונמסר לשליח, אך עקב טעות של הפקיד בבית הדין, שעדיין לא היה מנוסה במלאכתו, הלה בקש לשמור את הגט בתיק בית הדין וניקב את הגט בגיליון הגט בשני חורים. החורים נעשו במכשיר לעשיית חורים (מחורר), כפי שרגילים לנקב את המסמכים הנשמרים בתיק בית הדין. הדבר נעשה לאחר שהבעל והסופר כבר הלכו לדרכם, וזימננו מחדש היה כרוך בטרחה רבה.

יצויין שהגט עצמו סודר רק מחמת הספק, לאחר שהזוג נישאו בנישואין אזרחיים ואצל הקונסרווטיווים. בפני ביה"ד לא היו עדויות ברורות בשאלה בטיב הקידושין, ולא היה צורך להכנס לבירור זה, מפני שבין כך ובין כך האשה אמורה לקבל ג"פ, רק נציין שלדברי הבעל, עידי הקידושין היו קרובי משפחה פסולי עדות דאורייתא.

לאחר עיון בשאלת כשרות הגט לאחר שנוקבו החורים, נראה שאין צורך לטרוח ולזמן את הבעל ולכתוב גט אחר, וזאת גם לולי הספקות שבתוקף הקידושין.

במסכת גיטין דף כא: מבואר שאינו יכול לכתוב גט על קרן של פרה ולקצצו וליתנו לאשה. והטעם - "אמר קרא וכתב ונתן לה מי שאינו מחוסר אלא כתיבה ונתינה יצא זה שמחוסר כתיבה קציצה ונתינה".

ובטור סי' קכד הביא מחלוקת ראשונים בהלכה זו של "מחוסר קציצה".

רש"י והרשב"ם ובעל העיטור ועוד גדולים סוברים שדוקא בקציצה שעוקר דבר מגידולו כגון בבעלי חיים או במחובר לקרקע. ור"ת ריב"ם והרא"ש כתבו שה"ה בכל דבר, אפילו בקציצת תלוש.

בשו"ע סי' קכד ס"ג פסק הרמ"א, שאם כתבו על נייר גדול וחתכו אחר הכתיבה קודם נתינה פסול, ועיי"ש בב"ש

וכן בספר פני יהושע על מסכת גיטין דף כא. כתב – "לולי דמסתפינא מרבוותא היה נראה לי דהא דפסלי הני רבוותא בקלף שחתכו היינו היכא שאין בדעתו להקנות לה הקלף, דא"כ אי אפשר ליתנו לה אלא ע"י קציצה, דאל"כ הו"ל שיוור בגט ואין זה כריתות". ועפ"י זה כתב בספר ארץ צבי (להג"ר צבי הירש תאומים ז"ל) חלק אה"ע סי' טז בנידון שהשליח להולכה חתך מעט מהנייר של הגט, שעפ"י סברת הפני יהושע יש להקל, דע"כ לא היתה דעתו של הבעל בשעת נתינה לזה, "וא"כ כיון שלא היתה דעתו מתחילה, הדר הוי כחתך מעט ליפותו דלא חשיב מחוסר קציצה".

מסקנת הדברים – אמנם לכתחילה נקטינן כחומר כל השיטות ומקפידים להזהר שלא לחתוך מאומה לאחר כתיבת הגט, מ"מ בנידון דידן שהגט ניתן רק על מנת לצאת ידי ספק אין לחוש לאחר שכבר נכתב, ויש טרחה גדולה לחזור ולכתוב מחדש ולכנס פעם נוספת את הבעל הסופר העדים השליח וחברי בית הדין, לכתוב גט שני.

החולקים על רב האי גאון כתב הערך שי - "נראה טעמייהו דהנך פוסקים דלא ס"ל כרב האי גאון, משום דחזינן דתלש אחר הכתיבה הרי דקפיד למיגזו ושלא ליתן לגמרי איגלאי מילתא למפרע דדעתו היתה מתחילה למיגזו".

ולפי"ז כשאדם אחר קצץ שלא ברשות הבעל או הסופר או בית הדין, לכו"ע אין לחוש, דהא לא שייך לומר דאיגלאי מילתא למפרע שכך היתה דעתם.

אמנם ביאורו זה של הערך שי מבוסס על שיטת הרשב"א הנזכרת (מקור הדברים בחידושי הרשב"א עמ"ס גיטין דף כא:), ואילו הרמ"ה שבטור סי' קכד פליג עליה, עיי"ש ובפר"ח שהסכים עם שיטת הרמ"ה, אך בשו"ת כתב סופר אה"ע סי' עז ישב את שיטת הרשב"א והעלה דשיטה זו נכונה לדינא, וכתב שכן דעת המחבר בשו"ע.

ועיין בתורת גיטין סי' קכד סק"ה שכתב בדעת רב האי גאון דהא דבעינן דעתו מתחילה לקצוץ, הכל דתלוי בדעת מי שהנייר שלו. ולדברינו, אף לשאר שיטות, אם נקצץ ע"י מי שאין לו רשות לקצוץ, אינו נפסל בכך.

סימן סג

גט שחסרה בו תיבת "דנן"

ועיין בספר מכתב מאליהו שער ב' סי' ז' שהביא את שיטות הראשונים בפסק ההלכה, שרוב הראשונים פסקו כרבי יוסי גם בגיטין, והרמב"ם פסק דלית הלכתא כרבי יוסי, והרי"ף נקט זאת כספק להלכה.

וכתב המכתב מאליהו - "באופן דלהנך רבוותא דקיימי בהך שיטה דהלכה כרבי יוסי בין בגיטין ובין בממון, ותקנת רב אינה אלא משום שופרא דשטרא ולא לעיכובא תקין ליה, שהרי בגט שכיב מרע גופיה שבעבורו תיקן רב הכי, בדיעבד משיאין אותה לכתחילה, כמבואר בדברי הגדולים הנזכרים, כ"ש בשאר גיטין דעלמא, ואף שיהיה באפשר לכתוב גט אחר, אם הוא על צד הדוחק חשיב דיעבד. ואף אם לא יהיה מדוחק נראה בעיני דלפום הך שיטתא אין מצריכין אותה גט אחר כל שאינו שכיב מרע, כיון שכבר הוחזקה למגורשת".

ובדעת הרמב"ם כתב המכתב מאליהו - "אם נתגרשה בגט שכיב מרע וכיוצא בלתי מהיום, אפילו נשאת תצא. ובגיטין דעלמא אם לא כתב מיומא דנן נראה שדינו כגט פסול שלא נעשה כתיקון חז"ל, ולא תנשא ואם נשאת לא תצא. ומכל מקום נראה דלדעת הגאונים שאמרו גבי הנהו דיקדוקי דאביי שאם הבעל אינו מערער שתנשא, גם הכא תנשא, דלא גרע הך מהנהו דאיכא בהו משמעות סילוק הגירושין, ואפשר שאפילו הרמב"ם הגזור שם שלא תנשא, מודה הכא שתנשא מטעמא דאמרן".

והנה הגט פשוט סי' קכו ס"ק צה כתב בפשיטות - "הפוסקים נחלקו די"א דלית הלכתא כרבי יוסי וי"א

הוה עובדא, שלאחר שטורד ג"פ ובני הזוג הלכו לדרכם, נמצא כי בגט חסרה תיבת "דנן". ובמקום "ואנש לא ימחא בידיכי מיומא דנן ולעלם" נכתב "ואנש לא ימחא בידיכי מיומא ולעלם". עלינו להכריע בכשרות הגט לאחר שכבר ניתן, האם יש צורך לזמנם לסדור גט נוסף.

ראשית, יש לדון הדין במקרה שלא נכתב כלל "מיומא דנן ולעלם".

בגמרא מסכת גיטין דף פה: - "אתקין רבא בגיטי איך פלניא בר פלניא פטר ותריך ית פלוניתא אינתתיה דהות אינתתיה מן קדם דנא מיומא דנן ולעלם ... מיומא דנן, לאפוקי מדרבי יוסי, דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו". ופרש רש"י - "מן יומא דנן ולעלם לאפוקי מדרבי יוסי דאמר אין צריך לכתוב מהיום בגט דשכיב מרע דזמנו של שטר מוכיח עליו ולא הוי כגט לאחר מיתה, לכך תקן רבא בכל הגיטין להיות הסופרים רגילין בו. ואע"ג דקיימא לן כרבי יוסי, בעינן לאפוקי נפשין מפלוגתא, שיצא הדבר בהיתר ולא יצא שם פסול אמשפחות ישראל".

וכן ר"ת בספר הישר חלק התשובות סי' כו כתב - "כי תקנות הללו לרווחא בעלמא עבדו להו ולכתחילה הוא דהזיקוקום, אבל בדיעבד לא מעכבי, כדאמרינן בסוף גיטין איתקן רב בגיטין וכו' מן יומא דין לאפוקי מדרבי יוסי דאמר זמנו של שטר מוכיח וכו', ופר"ח לאו משום דדחה דברי רבי יוסי לגמרי דהא אמר הלכה כרבי יוסי בפרק יש נוחלין ובפרק מי שאחזו קורדייקיס, ולהרווחא בעלמא קאמר שלא לגמגם כלל, וכדי שיצא הדבר בהיתר תיקן הכי".

וכל האמור היינו כשלא כתב "מן יומא דנן ולעלם", אבל אם כתב "מן יומא ולעלם" והחסיר תיבת "דנן" בלבד עדיף, וכהוראת מהר"ם אלשיך. מהר"ם אלשיך סי' קב כתב - "מאי דכתיב מן יומא ולעלם ולא כתיב דנן, הא נמי לא מעכב דהא תניא פרק גט פשוט אבא שאול אומר אם כתוב בו גרשתיה היום כשר, דההוא יומא דנפיק ביה משמע וגם זה פסקוה כל הפוסקים. והשתא מאי דקאמר מן יומא, הוא כאומר מהיום ולא פורש איזה יום הוא וכשר. זהו הנלע"ד".

ובספר בתי כהונה ח"ג סי' מ' כתב - "אם דילג תיבת דנן יש מכשירין, כנה"ג סי' קכ"ו וס"ה ועיין בספר ג"פ סי' קכ"ו ס"ק צ"ה". וכן בספר גרש ירחים הביא להלכה את תשובת מהר"ם אלשיך. ועיין באבני נזר חלק אה"ע ח"ב סי' קסט, שנראה שמקל בהשמטת תיבת "דנן". על כן נראה שאין מקום להחמיר לזמנם לסידור גט מחדש.

דהלכתא כרבי יוסי כדלקמן סי' קמ"ד וקמ"ג ס"א ובח"מ סי' רנ"ח יע"ש. ואם לא כתב בגט מן יומא דנן, נ"ל דפסול מדרבנן ואפילו נתגרשה לא תנשא". ונראה דהיינו מפני שבש"ע לא הכריע במחלוקת הרמב"ם ושאר הראשונים, נקט בג"פ להחמיר מספק.

ומתוך כך צ"ע במש"כ המאירי במסכת גיטין (דף פה:). ח"ל המאירי - "והתקין עוד רב לכתוב בגט מן יומא דנן ולעלם, מן יומא דנן לאפוקי מדרבי יוסי דאמר זמנו של שטר מוכיח. ואע"פ שהלכה כמותו בממון, בגט אינו כן. ואם לא כתבו אינו גט. ויש אומרים שלא תקן אלא לרווחא דמילתא. ואם לא כתבו לא הוי גט פסול".

צ"ע מדוע בכל גט שאינו גט שכיב מרע אליבא דרבנן דר"י, הגט אינו גט. לכל היותר חסר בגט הנוסח כתקנת רב, אך מנלן לקבוע שאינו גט.

סימן סד

כתיבת שם הנהר בגיטין הנכתבים בעיר צפת

תמוז תשס"ב

ובספר ספר חיבת ירושלים להג"ר חיים הורוויץ ז"ל, (שהיה בצפת לפני קרוב למאתיים שנה, הספר נדפס בירושלים בשנת תר"ד), כתב במאמר על העיר צפת באות א' - "וכותבים בגט מתא צפת דעל נהר דולבאי יתבא ומימי מעיינות מסתפקא", ואח"כ כתב - "בעמק שלמערב צפת במורד ההר אשר שם הריחים של מים, על נהר דולבאי הנזכרת אות א', שם גדלים אתרוגים".

בספר ארץ חיים אה"ע סי' קכ"ח כתב - "והנה פה עיה"ק צפת ת"ו נהיגין להזכיר שם נהר דולבאי בגט מזמן ראשונים ז"ל ... והנהר הוא חוץ לתחום העיר ואינו נראה כלל עם העיר, אך מסתפקים ממנו, כי כל בתי הריחים של מים דטחינת הקמח עומדים על הנהר מימי קדם וכנזכר בסוף שער הגילגולים להאר"י ז"ל הקדמה ל"ז".

אמנם בימינו, המים אינם משמשים לבתי הריחים, שחורבותיהם מצויות בסמוך לנחל, אך בריכת המים שבתוך הנחל משמשת רבים לטבילה, וגם אנשים רבים המטיילים במקום נהנים ממימיו.

וביחס להערה על כתיבת "ומימי מעיינות מסתפקא", הצגתי לגורם בכיר ונאמן בחברת מקורות באזור צפת, את השאלה מה הם מקורות הספקת המים היום בעיר צפת, ותשובתו היתה - "מקורות המים המסופקים לעיר צפת מגיעים ממעינות, וגם מקידוחים מתחנת מקורות על כביש 90 בין יסוד המעלה לצומת כח".

הרי שלפי נתונים אלו, שהם נתונים שהתקבלו מאדם נאמן ובר סמכא, אין מניעה להמשיך לכתוב "ומימי מעיינות מסתפקא".

נוסח שם העיר צפת בגיטין נקבע מקדמת דנא

בעיה"ק צפת נהגו לכתוב את שם העיר בגט - "מתא צפת דעל נהר דולבאי יתבא ומימי מעיינות מסתפקא". נוסח זה נקבע מקדמת דנא והובא בכמה ספרים - בספר פאת השלחן הלכות ארץ ישראל סי' ב' סעיף כה, בספר ארץ חיים להג"ר חיים סתהון ז"ל אה"ע סי' קכ"ח ס"ד בשם ספר הלכות קטנות, ובספר גט מקושר למהר"ם בולה ז"ל, ובספר ויקרא אברהם, וכן בספר ארצות החיים (להג"ר חיים פלאגי ז"ל) שער י' סי' ל'.

וראיתי בספר פרשת המים להג"ר שריה רוזנברג שליט"א עמ' לא, שהעיר על ניסוח זה וכתב - "כהיום אין ידוע כלל נהר דולבאי, וכנראה היה שם נהר ונסתם מקורו אולי ע"י הרעש וצ"ע אמאי אין משמיטין אותו בגט. וכן יש לברר אם אכן מסתפקין שם ממי מעיינות, או שגם בזה נשתנה המצב וכפי הנראה באים היום המים לעיר ממאגר שחוץ לעיר".

תמוה מאד שת"ח מחבר הספר פרשת המים, לא נקט בזהירות הראויה והעלה על ספר ספקות ותמיהות בגיטין הנכתבים מידי יום בעיר צפת מזה שנים רבות על ידי גדולי תורה, והשאיר דבריו בצ"ע והכל על סמך השערות וחוסר הכרת המציאות, כאילו זוהי המסקנה שיש לתמוה על ניסוח הגט המקובל כאן מקדמת דנא. ההשערה שהעלה שכביכול נהר דולבאי היה בעבר, אך כעת כבר אינו קיים ונסתם מקורו, אינה נכונה. "נהר דולבאי", נמצא בצד מערב לעיר צפת, והוא נחל איתן הנקרא כיום בשם "נחל עמוד". בעבר היה נקרא בשם "נהר דולבאי", יתכן על שם עצי הדולב הגדלים בערוץ הנחל, ובספר ארץ חיים (שם) כתב - "אפשר שנקרא כן על שם גלגלי הריחים שעל הנהר, שגלגל הוא דולא"כ בלשון ערבי".

גיטין זה שש שנים, ובודאי כבר נשאו הנשים וישימו בנים, ואיך יעלה על הדעת להרהר אחר הגיטין, ומלבד שיש ע"ז חרם רבינו תם אם לא בפסול ברור, עוד אחר שכבר נשאו וילדו, ואיך לא נבוש מאבותינו להוציא שם ממזרות עליהם."

שינוי שם הנהר בגט

מקור הדין של שינוי שם העיר נמצא במסכת גיטין דף פ. "שינה שמו ושמה שם עירו ושם עירה תצא מזה ומזה וכל הדרכים האלו בה". ובגמ' במסכת שבת דף לו. - "הני תלת מיילי אישתני שמייהו מכי חרב בית המקדש ... אמר רב אשי אף אנו נאמר בבל בורסיף בורסיף בבל, למאי נפקא מינה לגיטי נשים". ופרש רש"י בפירושו השני - "ואני אומר נפקא מינה לגיטי נשים לענין שינה שמו ושמה ושם עירו ועירה פסול, וצריך לכתוב שם של עכשיו". וכן בח"י הריטב"א (החדשים) עמ"ס שבת (שם) הסכים עם פרש"י.

אך בדין שינוי שם הנהר, הרמ"א סי' קכ"ח סד פסק שאם לא כתב שם הנהר או ששינה בו כשר. ועיין בפת"ש ס"ק כב שהביא מתשובת פנים מאירות שכתב "דהא הכריע הרמ"א דאם לא כתב שם הנהר או ששינה בו כשר, ומי יבוא אחרי לכתור דבריו".

נציין כי בנידון דנן, מאחר שהעיר צפת מפורסמת מאד מקדמת דנא, וכבר מאות שנים שאין עיר אחרת בשם כזה. הרי שכל אדם יודע ללא ספק, שהגט נכתב בעיר צפת שבגליל העליון. ואין הו"א שאפילו אדם אחד לא ידע זאת ויחליף את העיר בעיר אחרת אם לא יכתב שם הנהר. על כן הדבר פשוט וברור שבנסיבות אלו אליבא דכו"ע כתיבת שם הנהר היא רק מאחר שהוראת הפוסקים ומנהג אבותינו בידינו לכתוב את שם הנהר בגיטין בכל גוונא. על כן מטעם זה בלבד לא היה מקום לעורר דיון בשאלה זו של שינוי שם הנהר.

לכאורה די בקביעה זו כדי לסיים את הדיון בנושא זה, אמנם בספר ארץ חיים סי' קכח ס"ד כתב שבעיה"ק צפת הוכרחו לכתוב את שם הנהר מכיון שיש עוד עיר בשם צפת בארץ יהודה, אך בימינו שאין ידוע לנו על עיר נוספת בשם זה, די באמור לעיל.

ונראה דבלא"ה יש להורות שלא לשנות שם הנהר בגט. נקדים מתשובת מקור ברוך (להג"ר ברוך קלעי ז"ל) סי' טו שכתב לפסול אם כתבו בגט שם נהר שנשתקע. (דבריו הובאו בקצרה בכנסת הגדולה סי' קכח בהגהות ב"י סעיף פז ובבאר היטב סי' קכח ס"ק יד).

ולהלן עיקרי הדברים בתשובת מקור ברוך - "שאלה. בעיר ניקופול מימי קדם קדמתא היו קורין לנהר דונאלי, ועתה נשתקע שמו בין היהודים וקורין אותו טונא, וכן בין הישמעאלים. ילמדנו רבינו איזה שם יכתבו בו בגט, הלשון הראשון או אחרון".

"תשובה ... ולענ"ד ... אף אם מדינא לא היה צריך לכתבו, השנוי פוסל בו, משום דכשמשנה שם הנהר נקרא משנה שם

זהירות גדולי הדורות שלא לשנות בשם העיר המקובל

אודות כתיבת שם הנהר בגיטין הנכתבים בעיה"ק צפת, ידידינו הרה"ג הרב ... שליט"א סבר שהיה מקום לשקול לקבוע נוסח אחר בשם הנהר, ובמקום לכתוב "נהר דולבאי" יש לשנות ולכתוב את השם המקובל כיום, מאחר שהשם הזה, של נהר דולבאי אינו ידוע כיום ואינו מוכר לצבור, והביא כמה מקורות כסיוע לדבריו.

לאחר העיון בדבריו, נראה שאין נכון לשנות מהנוסח המקובל מזה מאות שנים.

בטרם נבהיר את הנימוקים לדברינו, נקדים ונציין כי גדולי הדורות חרדו מאד שלא לשנות, אף שינוי קל, בנוסח כתיבת שם העיר והנהר בגט, כשאין הכרח לכך, כל עוד לא התעורר חשש שבלא השינוי יש לחוש לכשרות הגט.

להלן לשונו של הנודע ביהודה (מהדורה תניינא חלק אה"ע סי' קיח) - "כאן בפראג נשתקע שם מוזי גרדי לגמרי, ואעפ"כ הוא נזכר בכל הגיטין. ובאמת בעת בואי הנה היה הדבר קשה עלי מאוד, ואעפ"כ שתקתי כי מי יהרהר אחר גדולי עולם שהיו כאן, ושם זה כבר נשתקע זמן רב מאוד אין זיכרון בכל שטאט ביכרין, ואעפ"כ כתבוהו הגדולים שקדמוני בגטין, הלכתי אני בעקבותיהם".

ולהלן לשון החתם סופר חלק ו' ליקוטי תשובות סי' מא - "נמצינו למדין לפ"ז, להחזיק במעוזנו כל מורה כאשר ימצא טופס גט מקדמונים בעירו הוא, גם הוא ינהג אחריו, ובלבד שלא נעשה בטעות בתחילה דאז לא ניזיל בתריהון, ולא נאמר כי הם הפקיעו שם העיר כך ע"י טעותם כי דעת שוטים אינה דיעה. אך כל מה דאפשר ליישב ולתרץ דלא נשוויי לקדמונים לטועים, חובה עלינו, ובפרט בענייני גיטין. כי אם נאמר שהמסדרים נכשלו בענייני שם העיר ולא ידעו זה הדין, נהי דמצד שנוי השם לא היה אכפת כל כך לדעת כמה פוסקים, כמו שהביא מעלתו בדבריו, מ"מ יש לחוש לומר שלא היו בקיאים בטיב גיטין ח"ו, כי נכשלו בדבר פשוט, וקרוב לפסול כל הגיטין שסדרו ח"ו, ע"כ חובה עלינו ליישב כל מה דאפשר, ומזה הטעם לא שניתני כלל בטופס הגט כאשר מצאתיו פה".

ובשו"ת שרידי אש (מהדורה חדשה סי' קא) כתב בתוך דבריו - "וידוע, שבעל תומת ישרים חושש בזה למוציא לעז על גיטין הראשונים, ואף שכבר הוכיח בג"פ הנ"ל שאין בזה משום הוצאת לעז, מ"מ חזינן לרבנן קשישאי שהיה לבם מהסס לשנות מסגנון השמות שנקבע בגיטין הראשונים, כמו שראינו להפנים מאירות, שלהלכה הוא מכריע דצריך לכתוב אובין דמתקרי בודין, ולמעשה הוא מסיק - ואפשר שלא לשנות בגיטין הקודמין, אפילו לכתחילה יש לכתוב בודין דמתקריא אובין".

נוסיף ונזכיר את דברי הגאון הנצי"ב בספר משיב דבר חלק ד' סי' נח, בפתיחת תשובתו לרב השואל שערער על ניסוח שם העיר והנהר במקום שכבר הורגלו לכתוב גיטין בשם זה, וז"ל - "נפלא ממני על בקשה כזו לאחר שכבר סידר

אמנם יש לדון את השם דולבאי כשם טפל ביחס לשם המצוי בפי ההמון, אך לענין שם נהר אין לחוש, ונציין למ"ש הגאון מהר"ם באנעט ז"ל בספרו פרשת מרדכי (אה"ע סי' נא) וז"ל – "ואמת בשביל שינוי שם הנהר לחודא רבו המקילין כמ"ש ברמ"א סי' קכ"ח ס"ד. ואע"ג דיש חבל נביאים אשר מחמירים בשם הנהר יותר מבשם העיר, ה"ה הרד"ך בית ד' ושו"ת מקור ברוך סי' ט"ו הביאם בספר גט פשוט, גם יש מדמים שם הנהר לשם העיר ופוסלין השינוי שכתב הרמ"א שם ... מ"מ לגבי שם הנהר אם כתב הטפל לחודא חזי לאיצטרופי דעת המקילין בשינוי שם הנהר עם דעת המקילין בכתב שם טפל לחודא".

מלבד זאת, נוסף ונציין לדברי הבית מאיר סי' קכח ס"א שכתב שאין לדמות שינוי שם הבעל והאשה לשינוי שם העיר. בשינוי שם הבעל או האשה, גם אם אין איש או אשה אחרת בשם זה, עכ"פ מכיון שנשתנה כמאן דליתא, ודי בכך כדי לפסול. אבל בשם העיר שנשתנה לשם אחר כל עוד אינו שם של עיר אחרת, הרי שלכל היותר יחשב כאילו לא נכתב כלל שם העיר, ואינו פוסל.

על כן, לפי דרכו, אין לחוש בכתיבת שם טפל של הנהר, כל עוד אין זה שם של נהר אחר. ואין מקום להקיש מהלכות כתיבת שם הבעל והאשה שיש פוסלים אם נכתב השם הטפל בלבד, לכתיבת שם העיר, וק"ו לכתיבת טפל של הנהר.

ובספר גט מקושר (למוהרא"ל צינץ ז"ל) בסדר גט ראשון סי' קי כתב בנוגע לסוגיא בסוף פ"ב דשבת - "דוקא לענין שם הדירה דהאדם נקרא על שם דירתו ולכן מקרי שינוי, אבל לענין מקום כתיבה, שעיקר הטעם שלא יוזמו העדים כמ"ש הרא"ש פרק הזורק, א"כ כיון שיש לעדים להתנצל שכתבו שם הישן, אפשר דלא מקרי שינוי. ואפילו נימא בלא כתב כלל דפסול, היינו משום שיש להסתפק בכל העולם, אבל כאן אין להסתפק אלא או בבבל או בורסיף, אפשר דליכא קפידא ... ועוד איכא לספוקי, די"ל דבש"ס בורסיף בבל, לא מיקרי שינוי רק בשביל שהוסב שם העיר לשם עיר אחרת שהחזקה בשם זה. אבל אם נשתנה שם העיר ואין אחרת כשם זה העיר, וכתב שם שנשתקע, איכא למימר דבכה"ג לא דמי לבורסיף בבל, דיובן שהוא המקום ההוא שמוחזק בבבל, אבל כאן שלא החזקה עיר אחרת בשם זה, מסקו דעתייהו שכתבו שם ישן, משיתלו בעיר שלא החזקה כלל. וגם אינו מפורש בהדיא בש"ס בורסיף בבל שיפסול אפילו דיעבד, וצ"ע בכל זה".

הוראת הפוסקים שלא לשנות משם העיר והנהר כפי המקובל, כל עוד השם נכתב בגיטין וכתובות

ולהלן מדברי הפוסקים שהורו שלא לשנות מהמקובל מקדמת דנא, במקרה שהשם הקודם לא התבטל לגמרי. בספר גט פשוט סי' קכח ס"ק כו הביא מתשובת הבית יוסף דיני גיטין סי' א'. הרב השואל (בשו"ת בית יוסף) שאל כיצד יש לכתוב בגט הנכתב בעיר טבריה, האם לכתוב רקת

העיר שיאמרו העולם שעיר אחרת היא, שבעיר הגט אינו נקרא שם הנהר כך ... ואחרי שהוכחנו ששינה שם הנהר פוסל בגט, או לכולי עלמא או לקצת מפרשים זלה"ה צריך לבאר אם כי האי גוונא שהיה נקרא מתחילה שם דונאלי ועתה נשתקע שמו מכל וכל וקורין אותו טונא, אם יכתבו דונאלי אם פוסל בגט. ונראה להביא ראיה גמורה דכי האי גוונא הוי שנוי, ממה דאמרינן בסוף פרק במה מדליקין ... בבל בורסיף ... ועוד יש ללמד זה ממה שכתבו הפוסקים זלה"ה על מי שנשתנה שמו מחמת חולי דצריך לכתוב שם השני עיקר וכו' וכתב מהר"י קארו ז"ל דהיינו דוקא היכא דנקרא לפעמים בשם הראשון, אבל היכא דאין קורין כלל בשם הראשון, ודאי דאין כותבין אותו אפילו לטפל ... דאם כתבו אותו הטפל לבד פסול דהרי אינו שמו אפילו לטפל ... ואם נשתקע מכל וכל שם הראשון וכתבו בגט פסול, הוא הדין לעירו ועירה, שכן כתב הרמ"ה ז"ל שדין העיר הוי כמי שיש לו שני שמות ... עם כל זה לנדון דידן שנשתקע מכל וכל נראה שפוסל בגט ... איברא דאפשר לפרש ולחלק בנהר, אחר דבנהר אפילו אם לא כתבו כשר, וזהו לדעת הפוסלים בעירו ועירה אם לא כתבו. אמנם לדעת הרא"ש זלה"ה שמכשיר בחיסור, ג"כ נהר הוי דומיא דידיה, אם לא שנאמר דשאני עירו ועירה שהוא מדין הגמרא ונהר אינו אלא מדינא דמנהגא, ואין טעם בזה החילוק לענ"ד כלל, ואם כן נקטינן מכל מאי דאמרן לענ"ד דאם כתב דונאלי דהגט פסול אחר דנשתקע מכל וכל, ולא חיישינן ללעז הגיטין הראשונים, הואיל והראשונים כפי שעתן כשרים היו, עכ"ל.

עפ"י תשובה זו לכאורה היה מקום לדון, שאין לכתוב בגיטין בצפת את שם הנהר "נהר דולבאי".

אך נראה שבנידון זה של העיר צפת, אין מקום לחוש ולדון השם "נהר דולבאי" כשם שנשתקע. מאחר שבעיר צפת קיים בית דין אזורי, ובכל שנה נכתבים בו כמאה וחמשים גיטין, המסודרים עבור תושבי האזור. ובמעמד סידור גט, הסופר העדים וחברי בית הדין קוראים את הגט בקול, והעדים קוראים את הגט בטרם החתימה, וכן בטרם המסירה ולאחריה, הגט נקרא בבית הדין. מלבד זאת, בשטר מעשה בי"ד שנכתב ונחתם על ידי בית הדין נכתב שם הנהר כנ"ל, והן הבעל והן האשה מקבלים את שטר המעב"ד ובאם רצונם להנשא מחדש הם מוסרים את שטר מעב"ד לעיונו של הרב רושם הנישואין. הרי שהסופר העדים וחברי בית הדין חוזרים פעמים רבות בשנה ומזכירים את שם העיר עם הנהר "נהר דולבאי", ומלבד זאת אנשי מזכירות בית הדין העוסקים בכתיבת מעב"ד, וכן לפחות חלק מהזוגות המקבלים את מעב"ד קוראים את האמור בו, וכן הרב רושם הנישואין המחמתן את אותו אדם המבקש לשוב ולהנשא. וכן נכתב בהרשאות הנכתבות כשנשלח גט מצפת למקום אחר, באמצעות שליח.

על כן בנסיבות אלו, אף אם בקרב הציבור הרחב, הנהר נקרא בשם "נחל עמוד", עכ"פ השם הקודם "נהר דולבאי" לא נשתקע.

והשל"ה הקדוש, בתשובה בסוף ספר חינוך בית יהודא (אה"ע סי' קמה), כתב אודות שם העיר- ורנקנורט, שכך כותבין שם העיר בגיטין, אף שלמעשה כולי עלמא קוראים בלא נ' לאחר הק', וכתב - "מה שכותבין גיטין עם נ', משום כך היו כותבין וקורין לה מימים ושנים הקדומים שעברו, אך שבאריכות הדורות וסיבובי המלחמות שנשתנה לפעמים איזה אות. וכזאת מצינו יותר הן אצל גיטין והן אצל חליצה, שידוע שאם שינה שום מה במלאכת המנעל, שחליצה פסולה, ועכשיו אין שום אומה ולשון בעולם שהולכים במנעל של חליצה שאנו עושין. אלא גם הכי הוא הענין שבימים ושנים שעברו היו הולכין כך, וא"כ נשתנה עשיית המנעלים, ואנחנו נוהגים כבראשונה".

ובתשובת הג"ר מאיר ליבוש מלבי"ם ז"ל, שהודפסה בקובץ "צפונות" שנה ה' גליון א' עמ' מד, כתב על דברי השל"ה - "זה סותר לכאורה למ"ש בסוף במה מדליקין בבל בורסיף אשתני שמייהו למאי נ"מ לגיטי נשים, ומוכרח דשאני זה שדומה לעיקר השם, ואף שהשם הקדום נשתקע לגמרי, מ"מ כותבין בגיטין שם הקדום שדומה לשם עריסה גבי איש ואשה ... ולדעת הב"י בתשובה גבי סיני וצובא שכתב שיש לכתוב שם הקודם וגבי טבריה כתב שיכתוב שם של עכשיו, שמפרש מ"ש בבל בורסיף אשתני שמייהו, היינו דוקא בעיר שנחרבה בינתיים, והרי זה דומה לנודר מן הבית ונפל הבית וחזר ובנאו דמותר להכנס בו דהוה כבית אחר, וכן נחרבה העיר הוה כעיר אחרת. ולפי זה אין ראייה מוורקורט דשם לא נחרבה העיר בנתיים".

וכן החתם סופר בתשובה חלק אה"ע ח"ב סי' כט כתב לשואל שבקש לשנות שם העיר כפי שנקראת כעת, וז"ל - "אל יחדש דבר ויניח כמו שישדו הראשונים וכמו דפקיע שם העיר בכל הגיטין עד עכשיו, והמשנה ידו על התחתונה. וגדולה מזה כתב הרב ב"י על שתי עיירות שנקראים עתה חאלב וטריפול ובשנים קדמוניות היו נקראים סינים וצובה, דלא נקרא נשתקע שם כיון שבגיטין לא נשתקע שם. וכתב עליו בספר גט פשוט סי' קכ"ח ס"ק כ"ו ד"ה הרי למדנו חילוק וכו' דכל שלא נתגרשו היהודים לא ישנו מלכתוב כאשר הורגלו בגיטין עד עכשיו, ועוד מייתי שם בשם תשובת תומת ישרים אם ישנו הו"ל מוציא לעז על הראשונים והגט פסול והוא פליג דאין כאן פסול אבל עכ"פ הוצאת לעז איכא. אך אם בין כך נתגרשו יהודים ונתבטל נתינת גטין וחזורים ומתישבים שם, אז שם האחרון עיקר, כי שם הראשון נשתקע, ובהא מיירי כי האי דבבל בורסיף ס"פ במה מדליקין".

ובספר עין הברדלח (להג"ר חיים צבי מנהיימער ז"ל) סי' יד השיב בדין כתיבת גיטין בעיר בודאפעשט, שנשתנה מהשם פעשט לשם בודאפעשט, ועדיין המשיכו לכתוב בגיטין את השם פעשט, וכתב "יען כי כבר מעולם כותבין גיטין בפעסט על נוסח זה שנדפס ונתפרסם בחיבורים ויהודים דרים שם מאז, אמרתי שלא לשנות ממה שהיו

או טבריה, ובתוך דבריו כתב - "ואם נאמר שיש לנו לכתוב השם העיקר שנתפשט בפי העולם, והוא שם טבריה, והלא חלב וטריפול שכך נתפשטו שם בעולם ובגיטין אינם כותבין אלא סינים וצובה".

בתשובתו כתב הבית יוסף - "אם כן נכתוב בגט רכת, כלשון המקרא, כמו שכותבים בסינים וצובה, דהתם שאני שכך היו כותבים ובאים מיום שנתיישבו, ואעפ"י שנשתנה שם בפי העולם, לא שינו ממה שהיו רגילים לכתוב, אבל טבריה שעכשיו נתיישבה, יותר נכון לכתוב השם המפורסם בפי העולם, מלכתוב שם הכתוב במקרא".

וכתב הגט פשוט - "הרי למדנו חילוק נכון, דאע"ג דהוכחנו דעיר אחרת שנשתנה שמה אין כותבין בגט אלא השם האחרון, כמ"ש רש"י ז"ל סוף פרק במה מדליקין, וכמו שהוכיח מרן מההיא דטבריה דלא היו כותבין בגט שם רכת כלשון המקרא אלא שם טבריה. היינו דוקא היכא דנתגרשו היהודים מאותה העיר בין שם ראשון לשם שני, והו"ל כנשתקע שם ראשון והוקבע לה שם שני, ואין לכתוב אלא השם השני. אמנם אם לא נתגרשו היהודים בין שתי השמות, דמתחילת ישוב העיר היו קוראים אותה בשם הראשון וכן היו כותבין בגיטין, אע"ג דבהמשך הזמן נשתנה שמה בפי העולם לשם שני, אין צריך לשנות בגיטין ממה שהיו רגילים לכתוב, כדאשכחן בסינים וצובא משום דלא נשתקע ממנה שם ראשון, דהרי בכל הגיטין וכתובות כותבין שם סינים וצובא, ואע"ג דההמון קוראים אותה בשמות אחרים, מה בכך הרי שם הראשון לא נשתקע מהם".

ובספר צמח צדק, שער המילואים ח"ד סי' צט, הביא מדברי הגט פשוט וכתב על דבריו - "הרי דבשביל זה לבד, שבגיטין ושטרות נכתב שם הראשון, חשוב לא נשתקע, אף שבפי כל ממש נקרא רק בשם השני לבד, עד דמה"ט כותבין בגיטין רק שם ראשון לבדו, ולא דמי לבורסיף בבל".

ועיי"ש בדברי הגט פשוט שבאר שהטעם בדינו של תשובת מקור ברוך שאם יכתוב את שם הנהר דונלאי פסול, היינו מפני ששם זה של הנהר נשתקע, ואינו מוזכר אף בגיטין ובכתובות, דאל"כ יש לתמוה עליו מתשובת הבית יוסף.

הרבה מגדולי הפוסקים במשך הדורות הסכימו הלכה למעשה לסברת הבית יוסף בתשובתו.

בספר מכתב מאליהו שער ג' סוף סי' ט' הביא את תשובת הב"י והסכים עמה הלכה למעשה. וכן בספר טיב גיטין (ליקוטי שמות עיירות ס"ק טו) כתב - "וכן כתבתי לעיל בתשובה כמה פעמים, דכל שלא נתלשו העיירות ממקומן, כענין בבל בורסיף, לא חשו לדבר זה מה שהשם משתרבב בפי העולם לענין אחר, וכותבין כדרכם מקדם. משא"כ בעיר שלא ניתנו שם גיטין כלל, אף אם ידוע שמקדם היה שמה כך, ע"י איזה סיבה נשתנה שמה, בלי ספק שצריך לכתוב השם כפי הקריאה שקורין עתה, כמבואר בהך דבבל בורסיף".

ובתשובת מרן הבי"ח כתב דאם כותבין שם העיר בגט תו לא מיקרי נשתקע, וכעין סברא זו כתב ריטב"א ע"ז ס"ו ד"ה אביי, ועיין בחת"ס בחידושים לע"ז שם ובלח"מ פ"ט מגדרים, עכ"ל המנחת פתים.

וז"ל החת"ס (עליו רמז המנחת פתים) - "אביי אמר במשהו. הסביר הריטב"א, כיון דלמ"ד חמרא, מקדשים עליו ומברכים עליו בורא פרי הגפן, ממילא הוה נמי שמא חמרא ... אגן לפום דינא דאורייתא אזלינן אי מקדשים עליו ומברכים בפה"ג, זהו שמו לעולם וזכרו לדור ודור."

יצויין שהמנחת פתים כשהביא את דעת מרן הבי"ח, הזכיר רק כתיבת השם בגיטין, ולא הזכיר שטרות, והביא תנא דמסייע מדברי הריטב"א והחת"ס, מהם עולה שחשיבות השם לעניין מצוה, קובעת את השם, למרות שלדברים אחרים אינו נקרא כן.

די בכתיבת השם הישן וא"צ לכתוב גם את השם החדש

אמנם שיטת הגט פשוט (שם) היא שלכתחילה יש לכתוב את השם הקדום של העיר, ואח"כ דמתקרי בשם הנוכחי של העיר, ובשם הנהר לכתוב את השם הקודם של הנהר, ודמתקרי על השם הנוכחי של הנהר. אך שאר הפוסקים לא הסכימו עם הגט פשוט בזה.

ולהלן מדברי המכתב מאליהו (שער ג' סי' ט') במה שכתב ביחס לכתיבת שם עירו בגט, ומדבריו יש ללמוד לענייננו.

וז"ל - "ומעתה אחרי הודיע אלקים אותנו את כל זאת, אודיע לבני האדם מה שאני נבוכך מאד במה שנוהגים בעירנו זאת קושטנדינה לכתוב בגיטין קושטנדינה וכל שום שיש לה. והנה היום השם המורגל בפי אנשים נשים וטף בין ישראלים ובין הגוים הוא אישטאנבול, הן אמת שידוע ג"כ ששמה קושטנדינה, והלועזים הבאים לכאן קורין לה כן. מ"מ השם המפורסם והמורגל בפי היושבים בה הוא אישטאנבול ... מקדמת דנא בהיות העיר הזאת ביד היונים היתה שמה קושטנדינה על שם הקיסר קושטאנדין שבנאה ... ואחר שבאו הישמעאלים וכבשוה קראו שמה אישטאנבול, ומאז ועד עתה נשתרבב שמה זה בפי כל היושבים בה וגם בכל הערים אשר סביבותיה ובכל מלכות התוגרמים אינה נקראת אלא בשם זה. וכיון שכן אף ששמה הראשון קושטנדינה לא נשתכח, מ"מ העיקר הוא אישטאנבול שהוא המורגל והידוע בפי הרוב, ומן הראוי לכתוב אישטאנבול דמתקריא קושטנדינה ... אבל השתא דכתבין קושטנדינה בפירוש וכוללים אישטאנבול בוכל שום, הוי פסול אליבא דרובא דרבוותא, שעושין הטפל עיקר והעיקר טפל."

ולאחר אריכות דבריו כתב המכתב מאליהו לחלק בין דיני שמות האיש והאשה שיש לכתוב את השם העיקרי ולכלול את השם הטפל ב"וכל שום". "אבל גבי שם העיר, כאשר יקרה שמתחילה היה לה שם אחד, ושוב נקראת בשם אחר, הנה קודם שנקראת בשם השני היו כל הגיטין נכתבים

כותבין ... והבאתי דברי הבי"ח בתשובה ... דלא נקרא נשתקע שם הראשון, כיון דיהודים דרים תמיד שם, ועדיין כותבין כן בגיטין". ולאחר מכן הביא את תשובת החת"ס הנזכרת וכתב - "ומעתה לפי זה עדיין אנכי עומד בדעתי שאין לשנות כלל בכתיבת הגט בעירו, רק כמו שהיו נוהגים מקדמת דנא."

ובשו"ת מהרי"ם סי' כח כתב - "ראיתי ונתון אל לבי בנידון כתיבת הגט פה ק"ק בריסק אשר נתיסדה מקרוב, כי נוסח גיטין שלנו בעירינו בעיר הישנה היה ברעסטי מתא ... וביש"ש על גיטין סי' ל"ב כתב ג"כ הנוסח, וכתב דאין צריך לכתוב דמתקריא בריסק, לפי שהעיקר בשמות העיר הוא השם אשר מונח בו מתחילה. ובתשובות הנדפסים בסוף ספר גבורות אנשים בתשובה של אבי הש"ך מבואר הטעם ... והעיקר דכותבין שם ברעסטי משום דכך היה שם ישראל. ולכאורה יפלא מאי נפקותא מה שהיו קורין בימים הראשונים ברעסטי כיון דעתה נשתנה השם בפי כל וקורין בכל תפוצות ישראל ובכל הדפוסים שנדפסו הסכמות מהגאונים הרבנים דפה ק"ק רק שם בריסק ... ובודאי מודים היכא דעיר נשתנה משנה הראשון צריכין לכתוב שם האחרון, ומאי מעליותא דעיר משם האדם היכא שהיה נקרא בשם אחד ועכשיו נשתנה שמו לשם אחר ונשתקע שם הראשון צריכין לכתוב שם האחרון. ולפי זה לכאורה יפלא על הנוסח הנ"ל שהיו כותבין ברעסטי. ויגעתי ומצאתי ישוב לזה בתשובת מרן הבי"ח ... ובזה מבואר לנו הטעם שהיו כותבין בעיר בריסק שם ברעסטי כיון דהונח שם זה מתחילה דהיה שם ישראל כן ... ומעולם לא נתגרש העיר ולא נשתקע ממנה שם שכתוב בגיטין וכתובות, אף שבפי ההמון נשתנה שם העיר, אזלינן בתר שם דמעיקרא, זה טעם הגאונים שכותבין בעיר בריסק שם ברעסטי."

וכן בשו"ת דברי חיים ח"ב סי' קא כתב - "בית יוסף כתב בתשובה שאפילו שם הנשתקע גבי עיר, אם נהגו בשטרות וגיטין לכתבו צריך לכתבו, אפילו אם כמעט הרוב-עם, לא ידעו מהשם הזה כלל. וכן הסכימו עם מרן הבי"ח - התומת ישרים גאון קדמון (בסי' ק"ד), ומהר"י טייטצק, ובנימין זאב והאחרונים, הביאום הגט פשוט להלכה."

תשובת הבית יוסף הובאה להלכה גם בשו"ת חיים שאל להרב החיד"א ח"ב סי' מד (שנביא להלן מדבריו) ובשו"ת ברכת יוסף (לג"ר יוסף לנדא) חלק אה"ע סי' נד.

ובתשובת הגר"ע ז"ל, בספר אחיעזר ח"ד סי' נט, כתב בלשון זו - "כבר ביאר הבי"ח בתשובה בדיני גיטין וקידושין, דשאני היכא שכתבו מיום שנתישבו, אע"פ שנשתנו שמם בפי העולם לא שינו ממה שהיו רגילים לכתוב ... אם לא נתגרשו היהודים בין שני השמות דמתחילת ישוב העיר היו קורין אותו בשם הראשון, וכן היו כותבין בגיטין, אע"ג דבהמשך הזמן נשתנה שמה בפי העולם, אין צריך לשנות בגיטין ממה שהיו רגילים לכתוב עד עתה."

ובספר מנחת פתים (להג"ר מאיר אריק ז"ל) על אה"ע סי' קכח סי' ב כתב - "ועיין בב"ש דעיר שנשתקע אין כותבין בגט,

לים, ונהגו לכתוב כך לפרט יותר פרטות סימני העיר אין לשנות. ויש להביא ראיה ממה שכתב אבי התעודה מרן ז"ל בתשובות הראשונות השייכות לאבן העזר בריש דיני גיטין על כתיבת שם טבריא בגט, וז"ל ואין לומר א"כ נכתוב בגט רקת כלשון המקרא כמו שכותבים בסינים וצובה. דהתם שאני דכך היו כותבים ובאים מיום שנתישבו, ואף על פי שנשתנה שמם בפי העולם, לא שינו ממה שהיו רגילים לכתוב. אבל טבריה דעכשיו נתישבה, יותר נכון לכתוב שם המפורסם בפי העולם מלכתוב שם הכתוב במקרא. וראיה גדולה לדבר מההיא דפ"ק דמגילה דאיפליגו ר"י ורבא אם טבריא היא חמת או רקת ואם היו כותבין בגט שם הכתוב במקרא לא היה מקום למחלקת הזה ולמה הוצרך רבא להביא ראיה מהספדין, אלא ודאי גם בזמנם לא היו כותבין כי אם שם טבריא, וכן אין לכתוב ים כנרת וכו' עכ"ל הרי דאפילו לענין שם העיר שנשתנה כגון סינים וצובה שנשתנה שמם בפי ההמון כותבין כמו שהיו רגילים זאת לפנים. וה"ה לנ"ד כיון דהראשונים נהגו לכתוב דיתבא על נהר פאליון וים ליאון, אין לשנות. וכן יש ראיה משירון ושיריץ שכתב הרב תומת ישרים סי' ק"ך דכותבין שירון וכדמוכח מתשובת מרן הנזכרת, וכן עושים מעשה בקושטנדינה שאין כותבין אסטנבול כמ"ש הרב מכתב מאליהו, והוא הפך ממה שהעלה הרב גט פשוט סי' קכ"ח ס"ק כ"ו, וכבר עטרת ראשי מורי הרב ז"ל בספרו הבהיר גט מקושר שם השיגו ופקפק בדבריו.

ועיין בספר יביע אומר חלק ח' חלק אה"ע סי' כד שהביא מנהג קהילת אלכסנדריה לכתוב בגט שם העיר נא אמון בלבד, כשם העיר מקדמת דנא ולא כתבו אכסנדריה כשמה המקובל היום או אלכסנדריה כשמה המקובל אצל אנשי חו"ל. אמנם הגר"ע יוסף שליט"א דן במנהגם, אך נראה שהסכים הלכה למעשה שאין להורות לשנות ממנהגם שכבר הורגלו בו מדורות ראשונים.

ועיין בשו"ת מנחת יצחק חלק ד' סי' סג שהביא מנהג בית דין בעיר גראסווארדיין לכתוב שם העיר ווארדיין כמקובל מקדמת דנא ולא השגיהו על שינוי שם העיר מווארדיין לגראסווארדיין. ולא חשו להערת המנחת אליעזר בספרו (ח"ד סי' נב) שהעיר על כך. ולהלן עיקרי תשובת המנחת יצחק - "נראה דטעמם היא, עפ"י הבית יוסף בתשובה במה שכותבין בגיטין טבריה, ולא כותבין רקת כלשון המקרא, כמו שכותבין סינים וצובה, דהתם שאני שכך היו כותבים ובאים מיום שנתישבו, ואעפ"י שנשתנו שמם בפי העולם, לא שינו ממה שהיו רגילים לכתוב, אבל טבריה שעכשיו נתישבה, יותר נכון לכתוב שם המפורסם בפי העולם, מלכתוב שם הכתוב במקרא וכו' עכ"ל. וכתב ע"ז בג"פ (סי' קכ"ח ס"ק כ"ו), דמזה למדנו חילוק נכון, דאע"ג דמוכח מדברי רש"י ז"ל (ס"פ במה מדליקין) בבבל בורסיף, דאם נשתנה שם העיר, אין כותבין בגט אלא כשם האחרון, מ"מ היינו דוקא היכא דנתגרשו היהודים מאותה העיר בין שם ראשון לשם שני, והו"ל

על אותו השם, ואף לאחר שנקראת בשם האחרון, הנה אין השם משתרבב בפי ההמון תכף ומיד אלא לאט לאט לפי רוב השנים, וכיון שכן בהמשך אותו זמן צריך לכתוב הגיטין על שם הראשון, ואף גם זאת כי לאחר שנתפשט בפי הרוב אינו באפשר להתפש ולעמוד עליו, אלא בפתע פתאם ניכר שכבר דשו בו רבים באותו השם זה ימים, ויתכן שהיום יסכימו לכתוב עיקר השם השני ואתמול כתבו השם הראשון לעיקר ונמצא בזה מוציא לעז על כל גיטין הראשונים. וכ"כ בספר תומת ישרים בסי' קד על עיר שקורין אותה עכשיו שיריץ ושמה לפנים שירון וכותבין בגיטין שירון וסירכיהו נקטי ואולי, אם אתה מצריך שיכתבו שיריץ אתה מוציא לעז על גיטין הראשונים יע"ש. ואם כן, משום הכי ראו חכמי הדורות לעשות עיקר לעולם השם הראשון, אף שיהיה השם האחרון מורגל יותר, כדי שלא לבוא לידי לעז ... את זה ראיתי ונתן אל לבי לתת טעם למנהג קדמונינו בעיר הזאת לכתוב בגט שם קושטנדינה".

לאחר מכן הוסיף המכתב מאליהו שמצא את תשובת מרן הב"י במש"כ על סינים וצובה, וכתב המכתב מאליהו - "ומדבריו ז"ל תורה יוצאת לנ"ד, דכיון דמימי עולם נהגו לכתוב קושטנדינה, ואפילו שנשתנה שמה לא שינו את שמה, אם כן אין לשנות המנהג וברור".

ועיין בשו"ת בית אפרים מהדו"ת אה"ע ח"א סי' כט וסי' ל' שהביא את דברי המכתב מאליהו והסכים עמו. ובסי' ל' הוסיף ביאור בטעם שיש לכתוב את השם שהיה מקובל לכתוב בגיטין מקדמת דנא - "אין למנוע מלכתוב בגיטין ושטרות כמו שהיו כותבין מאז - קושטנדינה, והו"ל כחתימה, שהיא עושה שם הזה לעיקר, שאף שבקריאה נשתקע, מ"מ הכתב מוכיח כי זה שמה מאז". והדברים חזרו ונשנו בספרו טיב גיטין ליקוטי שמות נהרות ועיירות ס"ק טו. ובספר גט מקושר (להג"ר יונה נבון ז"ל, רבו של הרב החיד"א ז"ל) הביא את דברי הגט פשוט (הנזכרים לעיל) וכתב - "מש"כ עוד ולענין הלכה דראוי ונכון לכתוב שתי השמות וכו'. יראה המעיין דלפי זה גם בקושטא היה צריך לכתוב ג"כ קושטא דמתקריא איסטאנבול, ואין נוהגים כן אלא כותבין שם הראשון דוקא כמ"ש הרב מכתב מאליהו, ואין לשנות המנהג שנהגו הקדמונים ז"ל. ומש"כ דבדיעבד אם לא כתב אלא שם הראשון כשר, פשוט הוא דאפילו לכתחילה כותבין כן".

בהמשך דבריו כתב הגט מקושר על תשובת המקור ברוך - "נ"ל שהרב ז"ל לא ראה תשובת מרן ז"ל ולכן כתב כן, ומי"מ קשה על הרב כנסת הגדולה שהביא בסי' קכח תשובת הרב מקור ברוך הנזכר ולא הרגיש בה כלל, אף שכבר הביא תשובת מרן הנזכרת, שם באותו סי' יעו"ש בדבריו ודוק".

והחיד"א בשו"ת חיים שאל ח"ב סי' מד כתב - "הכא בנ"ד כיון דהמנהג לכתוב ים ליאון, מסתמא כך היו קורין הראשונים שם הים הזה כי היא עיר קדמונים מאד ומסתמא זה מנהג הראשונים ואין לזו ממנהגם, דכיון שכך היו קורין

ולכן אף שע"י שרוב הלשון הוסיפו הרגשת היו"ד, מ"מ בגיטין ושטרות דעודם מחזיקים כמקדם, וחותרם יד כל בשם הראשון, הרי זה כחתימת אדם, שהחתימה עיקר לגבי הקריאה, דכל שלא נתלשו העיירות ממקומן, כענין בבל בורסיף, לא חשו לדבר זה, מה שהשם משתרבב בפי העולם לענין אחר, וכותבים כדרכם מקדם, משא"כ בעיר שלא ניתנו שם גיטין כלל, אף אם ידוע שמקודם היה שמה כך, וע"י איזה סיבה נשתנה שמה, בלי ספק צריך לכתוב השם כפי הקריאה, שקורין עתה, כמבואר בהך דבבל בורסיף וכו' ע"ש, וכיוב"ז כתב הט"ג (בלקוטי שמות עיירות של הב"ש אות ו'), על דברי הפמ"א (ח"ב סי' מ"ה), במה שכותבין בודין דמתקריא אובן, ועיין בהקדמת החכ"צ, עיי"ש, ועוד שם (בלקוטי שמות שלו אות ח') עיי"ש, הרי הביא מעשה רב מהרבה מקומות שנהגו כן, ואף שכל אלו המקומות, המה קהילות אשכנזיות, דאין נוהגים לכתוב וכל שום, ואף דהיה למראה עיניו דברי הג"פ, מ"מ החזיק דאין לשנות כנ"ל.

והנה אף מה שהביא התשורת ש"י שם, דברי הג"פ, הנכון היה לכתוב, דונאי בשם הראשון, ודמתקרי טונא בשם שנתחדש עיי"ש, לא נעלם מדברי הט"ג, שהביאו שם (בלקוטי שמות להב"ש אות ג'), וסיים ע"ז, ועיין לקמן בשם העיר טרעבולא, כתבתי ג"כ כסברא הראשונה של הג"פ, דכיון שעודם מחזיקים כן בכתיבת גיטין ושטרות לא חשוב נשתקע, והוספתי לבאר דהו"ל כחתימת האדם עיי"ש, הרי דלא חזר משיטתו, אף אחרי שראה דברי הג"פ הנ"ל. ומה שהביא התשורת שי (בסוף התשובה), מדברי הב"ח (סי' צ') בתשובה, שהי' מנהג לכתוב שם העיר בגט, טיקטין, ונתקבל אחר לרב, וחקר אחר שם העיר, ומצא שהגויים כותבין, טיקאטשין, וכן בשטרי קיומים מן המלכות וכו', לכן כתב בגט, טיקטין דמתקריא טיקאטשין, והשיב הב"ח שיפה עשה עיי"ש. הנה שאני נדון הב"ח מדיננו מב' טעמי, א' דשם חקר ודרש אחר גט ישן, ויגע ולא מצא, ואפשר שגם הקדמונים כתבו שניהם, אלא דביני וביני נהגו לקולא, שלא לכתוב אלא טיקטין, דלא היו יודעין משם טיקאטשין, או שהיו יודעין והי' נראה להם שא"צ, כיון דלא נודע שם זה כ"א למיעוטא דמיעוטא עיי"ש. והב' דגם בהתחלת הסידור גיטין, כבר היה לה הב' שמות, והתחילו בסידור שם א' שלא כדון, מחמת חסרון ידיעה, או טעות בהלכה, משא"כ כמו בנד"ד, דבשעת התחלת הסידור גיטין, ל"ה לה שם אחר, ורק אח"כ נשתנה, שפיר י"ל, כיון דלא נתגרשו ממקומן, א"צ לשנות וכנ"ל, עכ"ל תשובת מנחת יצחק הנוגעת לענייננו.

מבואר שהמנחת יצחק דחה מהלכה את דעת הנוקטים כדרכו של הג"פ שיש לכתוב את שתי השמות, אלא הורה לחזק מנהג בית הדין בגראסווארדיין שיש לכתוב רק את השם הראשון שהיה מקובל מקדמת דנא, וכל זה אף בכתיבת שם העיר, ק"ו שיש להורות כן בכתיבת שם הנהר. אך נציין שאף לסברת התשורת שי ח"א סי' תקלח, הרי שבמקום שכותבים בגט וכל שום וכו', אין ספק שאפשר

כנשתקע שם ראשון, והוקבע לה שם שני, ואין לכתוב אלא השם השני, אמנם אם לא נתגרשו היהודים בין שני השמות, דמתחילת ישוב העיר היו קוראים אותה בשם הראשון, וכן היו כותבין בגיטין, אע"ג דבהמשך הזמן, נשתנה שמה בפי העולם לשם שני, א"צ לשנות בגיטין, ממה שהיו רגילים לכתוב, כדאשכחן בסינים וצובא, משום דלא נשתקע ממנה שם ראשון, דהרי בכל הגיטין וכתובות ושטרות שם סינים וצובא, ואע"ג דדהמון קוראים אותה בשמות אחרים, מה בכך, הרי שם הראשון לא נשתקע עכ"ד. אמנם הג"פ שם מסיק, דבנוגע לכתחילה, ראוי והגון לכתוב שתי השמות, מתא פלונית שם ראשון, דמתקריא פלונית שם שני עיי"ש, וכה"ג איתא בתשובת תשורת ש"י (ח"א סי' תקל"ח), והובא בתשובת מנח"א שם בהערותו בנדון גראסווארדיין עיי"ש, דשיטת הב"י הוא רק לפי מנהג בני ספרד, דכותבין וכל שום וחניכה דאית לי ולאיתי, תו א"צ לכתוב שם השני בפירושו, כיון דס"ל דשם הראשון עיקר, וכמ"ש בש"ע (סי' קכ"ט סעיף א'), אבל אנן דיוצאים ביד רמ"א, וכמנהג פולין, שלא לכתוב וכל שום וכו'. ודאי כשנתוסף להעיר שם חדש, צריכים לכתוב שם הראשון, ועל השני דמתקריא ... אבל אינו כן שיטת הטיב גיטין, דהרי הוא החזיק בשיטת הב"י הנ"ל, אף לדידן דלא כותבין וכל שום, ואף לכתחילה, לכתוב כמנהגם מקדם, ומכ"ש אם כבר כתבו כמה גיטין בשם הראשון, אף אחרי שכבר נשתנה שם הראשון, שלא לשנות משום הוצאת לעו, וכמ"ש שם (אות י"ג) מספר חינוך בית יהודא (סי' קמ"ה), בתשובה של הגאון מוה"ר ישע"י ז"ל אבד"ק פראנקפורט דמיין, במה שכותבין בגט שם ורנקורט בנו"ן אחר הקרף, אף דרגיל בפי הבריות, וגם במכתב, בלא נו"ן, היינו משום דמסתמא כך היו כותבין וקורין מימים ושנים שעברו הקדמונים, אף שבאורך הדורות וסיבובי המלחמות שנשתנה לפעמים איזה אות וכו' עיי"ש. והסביר הט"ג דבריו, דאף דלכאורה קשה ע"ז מבבל בורסיף, דאמרינן נפ"מ לגיטי נשים, צ"ל, דהתם חרבה בבל, והופסק שמה בכתובות שטרות וגיטין לגמרי, ושוב כשחזרה ונתיישבה, וקורא לה שם חדש בורסיף, והתחילו לכתוב גיטין ושטרות, צריך לכתוב שם החדש, דפנים חדשות באו לכאן, משא"כ אם לא חרבה כלל, וכתיבת גיטין ושטרות לא פסקו, והיו כותבין כמנהגם מקדם, אף שבאו מלכות אחרת, והסיבו את שמם, לא איכפת לן, כיון שבני העיר בכתיבת גיטין ושטרות מחזיקין בשם הזה, א"א להזיזו ממקומו, אע"פ שעתה הקריאה בשם האחר, בתר כתיבה אזלינן, וכמ"ש הב"י גבי סיני וצובא. וכן נראה מדברי הג"פ (סי' קכ"ח), ואני בארתי התשובה להסביר הענין ביותר, דכל שהם מחזיקים בשם זה בכתיבת גיטין ושטרות, הוי כאדם החותרם כן, דאזלינן בתר חתימתו עיי"ש. וכ"כ שם (באות ט"ו), בעיר טרעבולא, ע"ד שנשאל בהא דשם העיר בפי כל טרעבוליא בהרגש יו"ד אחר הל', ובגט כותבין טרעבולא בלא הרגשת יו"ד, ובכה"ג מקרי שינוי ופסול, והשיב, כיון דרבנן קמאי כתבו בלא הרגש יו"ד, בודאי כך היה שמה או,

בגיטין הנכתבים בצפת, מכיון שהעיר צפת היא עיר מחוז בו יושב בית דין אזורי ובכל יום שביה"ד פתוח מגיעים לעיר צפת זוגות מכל האזור להתגרש, ובכל שנה נכתבים כמאה וחמישים גיטין בעיר צפת. די בכך על מנת לקבוע ללא ספק ששם הנהר הנכתב בגיטין לא נשתקע. וע"ע בלשון החת"ס המנחת פיתים והגרח"ע ז"ל הנזכרים לעיל שהזכירו רק שעדיין כותבין גיטין בשם הקודם, ולא הזכירו מעניין השטרות. ואכן הדבר פשוט וברור שמה שנקטו כמה פוסקים בלשונם גיטין ושטרות, היינו כפי שהיה מצוי במקומם, אך אין כל מעליותא דוקא לשטרי כתובות או שטרי ממון, והכל תלוי במציאות, עד כמה רגילים עדיין להזכיר את השם הקודם, על כן ללא כל ספק שכתובת מאה וחמישים גיטין ושלוש מאות שטרי מעב"ד הניתנים לזוגות המתגרשים, עדיפים עשרת מונים על כתיבת גיטין בודדים בשנה ובצירוף כמה עשרות שטרי כתובה בשנה כפי שהיה מצוי בעיר קטנה שבה קהילה עם מאות או אלפי יהודים.

ומכיון ששם הנהר המורגל מקדמת דנא לא נשתקע אלא נחשב כשם טפל, נקטינן כדעת רוב הפוסקים שהעלו שאין מקום לשנות את שם העיר או הנהר, ואין להוסיף בדמתקרי את השם הנוכחי כדעת הגט פשוט, אלא כמו שהכריעו לדינא החתם סופר הטיב גיטין המכתב מאליהו הגט מקושר הרב החיד"א והמנחת יצחק, וכל המשנה ידו על התחתונה כמ"ש החת"ס.

הדברים יפים בכל עיר שהורגלו לכתוב גיטין מקדמת דנא, ק"ו בעיה"ק צפת המפורסמת לכל אדם, ואין מי שיטעה להחליפה בעיר אחרת, ואינו דומה לתקופות קדומות שהיו עוד ערים בשם צפת וכפי שהזכיר בספר ארץ חיים הנזכר. ובנוסף לאחר שאנו כותבים את השם הטפל של הנהר, הגט כשר לכתחילה בלא כל פקפוק. כיון שכן, כל שינוי ואפילו פרסום טענה על חשש ח"ו בכשרות הגיטין, אינם במקומם ויש לחוש להוצאת לעז על גיטין ראשונים, ועל ת"ח גדולים שישבו בביה"ד כאן בצפת במשך הדורות האחרונים ולא חשו כלל.

להמשיך בכתיבת שם אחד, ואין צריך להוסיף את השם השני בדמתקרי.

ואין מקום להחמיר ולשנות שם הנהר, מאחר ויש בזה משום הוצאת לעז על גיטין ראשונים. אמנם הב"י סי' קכח הביא מתשובת מהרי"ל שלא חשש ללעז בעיר שנתווסף בה נהר. הכא שאני, וכמ"ש בתשובת תשורת שי תנינא סי' קצ שהשיב על מי שעירער על כתיבת שם הנהר שהוא שם לעז ונכתב באות ח' ולא באות כ' כמקובל בכתיבת שמות לעז. התשורת שי דחה דברי הרב השואל ח"ל - "כתב בג"פ סי' קכ"ה ס"ק לא, במידי דחומרא בעלמא הוא, ואם נרצה להחמיר יוציאו לעז על גיטין הראשונים שלא היו נוהגין כשורה, בזה אין להחמיר, וכן כתב בטיב גיטין בשמות עיירות סוף ס"ק כ"ח, וכן כתבו האחרונים. וא"כ ה"נ אף דמה דיוציאו לעז על הראשונים שלא כתבו בכף הוא לעז קל, מ"מ כיון שישנו עכשיו לכתוב כף או שלא יסדרו שם עוד שום גט בזה יהא לעז גדול על גיטין הראשונים ועל המסדרים שם גיטין בחית. ואף דכתב מהרי"ל סי' קי"א דלהוסיף שם נהר ל"ש לעז כיון שמוסיפין רק לשופרא דגיטא. מ"מ כאן אם ישנו מחית לכף גרע, דשינוי חמיר מחסרון כדאיתא במהרי"ק והובא ברמ"א ס"ס קכ"ח, עכ"ל. על כן אין ללמוד מדברי מהרי"ל לנדון דנן.

מסקנת הדברים - בעיה"ק צפת השם "נהר דולבאי" לא נשתקע, מפני שרגילים להזכירו בגיטין כמה פעמים בשבוע, ויש לניסוח הגט פרסום בבית הדין ואצל העדים והסופר ועוד אנשים העוסקים בכתיבת הגט וקוראים את הגט בקול. ובנוסף בשטרי מעשה בית הדין ג"כ נרשם שם הנהר כנ"ל, וכן בהרשאות לשליח הגט. אמנם בשטרות אחרים כגון כתובות, אין מזכירין שם הנהר, נראה שהפוסקים שנקטו הזכרת שם העיר בגיטין ובשטרות, היינו מכיון שהגיטין נכתבו לעיתים רחוקות. ויתכן שיעברו חודשים או אף שנים בלא שיסודר ג"פ באותה העיר ואילו כתיבת כתובות מצויה. אבל בנידון דידן שאנו דנים בשאלת כתיבת שם הנהר

סימן סה

גט לזוג ספרדי אך שם העיר נכתב כפי ההלכה המקובלת אצל האשכנזים

הספרדים, - "אברהם דמתקרי אלבירט ודמתקרי ביביר". אך שם העיר בגט - מקום עמידת העדים ומקום עמידת הבעל נכתב על פי כללי כתיבת שמות לעז אצל האשכנזים - "מינכן דמתקריא מיכען מתא דיתבא על נהר איזער דמתקרי איזאר ועל מי מעינות".

נראה שלכתחילה יש לכתוב את כל השמות בגט לפי אותם כללי כתיבה, ובמקרה זה היה על מסדר הגט לכתוב גם את שמות העיר והנהר - "דמתקריא מיכין", "נהר איזיר",

בבית הדין התקבל גט שנשלח מגרמניה מהעיר מינכן. הבעל עזב את הארץ ונמלט עקב חובות שהצטברו ולא היה בידו לפרוע חובותיו, וגר בעיירה קטנה בגרמניה. לאחר מאמץ נוצר קשר עם הבעל ולאחר דין ודברים הלה נאות לשלוח גט לאשתו ונסע נסיעה ארוכה לעיר מינכן, שם סודר עבורו ג"פ. הגט התקבל בבית הדין ונמסר לאשה.

מאחר שהזוג הם ספרדים, שם אבי האשה בגט נכתב בהתאם למקובל בכללי כתיבת שמות לעז המקובלים אצל

בביאור דברי התשב"ץ מצינו שתי שיטות באחרונים יש שסברו בדעת התשב"ץ שלדעתו יש לפסול עקב השמטת האות ו', למרות שאין עיר אחרת בשם תנס חסר ו'. ויש שסברו שהפסול נובע מכך שקיימת עיר אחרת בשם תנס, ובלא"ה לא היה התשב"ץ פוסל את הגט.

בשו"ת מהרשד"ם חלק אה"ע סי' רמד נראה שבאר דעת התשב"ץ שפסל מפני שיש עיר אחרת בשם תנס. וכן באר המהר"ש את תשובת התשב"ץ מטעם שינוי לשם עיר אחרת.

הגט פשוט בסי' קכח סק"ג ובסי' קכט ס"ק קכה הביא דברי מהר"ש, וכתב על דבריו - "זה אינו, דאני שאלתי את פי אנשי ארצות המערב דשכיחי טובא פה עה"ק ירושלים תוב"א ואמרו לי דליכא אלא עיר אחת ששמה תנס". וכן דעת מהריב"ל ח"ג סי' ט' שכתב - "ואחר שראיתי זאת התשובה חשבתי דרך נכון באלו הדברים והוא שחסרון ו' הוא חסרון דהכל קפדי ביה". וכן משמע בשו"ת מבי"ט ח"א סי' רט, וכן דחה את דברי מהר"ש, בספר הוראה דבית דין (לרבי משה פארדו) אות י' (בשם יאקותה).

ועיין בתשובת נודע ביהודה קמא חאה"ע סי' פז במש"כ לדון בשם העיר פילץ או פילטץ, ומבואר מדבריו דפשיטא לו לפסול אפילו בדיעבד באם שינה את שם העיר, אפילו שינוי קל, אף שלא השתנה לשם של עיר אחרת. ולמרות שלא הזכיר מתשובת התשב"ץ שבב"י, כפי הנראה נקט בפשיטות בתשב"ץ כדעת הסוברים שדעתו לפסול בכל שינוי.

אך כמה מגדולי האחרונים השיגו על הנודע ביהודה. הבית מאיר בריש סי' קכח בהמשך לשיטתו הנזכרת לעיל תמה על דברי הנודע ביהודה, והוסיף "ובפרט היכי דאותיות השם המקום כולם כתובים על הסדר, אלא שחסרה אות אחת באמצע, ועם חסרון זה אכתי לא נקרא בשם זה מקום אחר. ואף אינו נקרא אלא לשם עיר זו אך שלא בדיוק, כמו בעובדא שבספר הגאון נודע ביהודה שיחיה סי' פ"ז שהיה ראוי לכתוב פילטץ וכתבו פילץ, דזה לעניות דעתי אף לראיית הג"פ אינו דומה, דשם שינה גמור היה מנו"ן לטי"ת, אבל חסרון כנ"ל לאו שינה מקרי, אלא חסרון מבפנים ולא שמייה חסרון, דיש לומר דלא גרע מחניכה הניכרת".

ובספר גט מקושר (סדר גט ראשון סי' קט) כתב - "כמה דיות נשתפכו וכמה קולמוסין נשתברו בתשובות האחרונים בענין כתיבת השמות ונהרות, וכמו בתשובת נודע ביהודה בענין פילץ או פילטץ, שלענ"ד אין להחמיר כלל בכיוצא בזה, מאחר שאין אנו כותבין רק מקום עמידה, ואין נ"מ באיזה מקום שעמדו הבעל, ואינו פסול רק בשקר מבורר, וכל שיש לפרש השם כפשוטו אין להחמיר בשביל דקדוקי עניות שאין להם שורש וענף כלל".

ובספר גט מקושר (לרבי יונה נבון, רבו של החיד"א) בסי' קכט סק"ג הביא את דברי הגט פשוט, וכתב על דבריו - "שאלתי את פי הת"ח ה"י שבישיבת כנסת ישראל ואמרו לי שיש כפר אחד ששמו תניס על שפת הים סמוך למוסתאגנים

ונזקקנו לברר את דינו של הגט. הגט נמסר לאלתר מחשש שמא הבעל יחזור בו והאשה תשאר עגונה, אך בטרם ינתן מעב"ד עלינו לברר את השאלה שהתעוררה בכשרות הגט.

יש לעיין כיצד לדון במקרה זה, האם יחשב כשינוי שם מקום עמידת העדים ומקום עמידת הבעל, או שלא יחשב כשינוי הפוסל, או שבנסיבות אלו לא נתחשב במה שנכתב ויחשב כהשמיטת את מקום עמידת העדים והבעל.

בשו"ע אה"ע סי' קכח סעיף א' - "צריך להזכיר בגט שם המקום שהעדים עומדים שם בשעת חתימה, למנין שאנו מונין בו כאן במתא פלונית, ואם שינה והזכיר שם מקום אחר, פסול ואם נשאת, לא תצא".

הרי מבואר דלהלכה נקטינן ששינוי מקום עמידת העדים פוסל את הגט מדרבנן, ולכתחילה לא תנשא, אך אם נשאת לא תצא, ועיי"ש בב"ש סק"ג שהביא את שיטות הראשונים וסיים - "ולמעשה צ"ע אם תצא מבעלה". אך אם השמיט את מקום עמידת העדים, ולא כתב כלל, כתב הב"ש סק"א דכשר.

ולענין מקום עירו של הבעל, אם שינה את שם מקום העמידה, עיין ברמ"א סי' קכח ס"ב שהביא מחלוקת והכריע להקל במקום הדחק, ומפשטות לשונו עולה דאירי בזמן הזה שכותבין רק שם מקום עמידת הבעל והאשה, ועיי"ש בפת"ש סק"ז. ועיין בב"ש סק"ה שלדעת רוב הפוסקים, הגט אינו נפסל בהשמטת מקום הבעל והאשה.

אמנם התשב"ץ ח"א סי' יב הביא בשם הרמב"ן בלשון זו - "דשם עירו ושם עירה בעינן שיכתוב בגט, שזוהו בכלל לשמו ולשמה דבעיא מדאורייתא דכתיב וכתב לה לשמה ואין אדם נודע אלא משמו ושם עירו". וע"ע בב"ש סי' קכח סק"ה מש"כ בשם הרי"ז שאם השמיט מקום הבעל או האשה בטל מדאורייתא. ולפי דרכם של הרמב"ן והרי"ז, היה מקום לפסוק ביחס לשם עירו כדין שמו ושמה לגמרי, ואם נכתב בדרך שאינה נכונה לפי מנהגו של הבעל יש לחוש לפסול.

אך יש לומר בזאת, ראשית - דעת הרמב"ן והרי"ז אינה מוסכמת, והתשב"ץ העלה במסקנתו שאם לא כתב שם עירו ושם עירה לא מעגנים את האשה מלהנשא. וכן דעת רוב הפוסקים כמבואר בב"ש סק"ה, וכן מסקנת הג"פ סק"י.

ב. נראה שהיה מקום לדון שדברי הרמב"ן נאמרו ביחס לשם עירו שדר בה, ולא לשם מקום העמידה, דודאי ביחס למקום העמידה לא יאמר הרמב"ן שאין אדם נודע אלא משמו ומשם עירו בה עמד שעה אחת בעת כתיבת הגט, וע"ע מה שהאריך בזה הג"פ סק"י.

וכעת נדון האם במקרה שבפנינו זהו שינוי גמור בשם מקום עמידת העדים ועמידת הבעל, ודינו כמבואר לעיל.

התשב"ץ בתשובה ח"ב סי' פג (הובא בב"י סי' קכח, ושם בטעות יוחסו הדברים לרשב"ש) כתב - "בשם עירו ועירה אם נראה בבלבול הכתיבה שינוי השם כגון שכתבו במקום תונס תנס או במקום מירוקא מנורקא הוא פסול".

אך בספר מכתב מאליהו שער ג' סי' ד' נקט בדעת התשב"ץ שלא כדעת מהרח"ש, ובסוף דבריו העלה - "נמצינו למדין שכל השינויים הפוסלים בשמות המגרש והמתגרשת פוסלין בשמות המקומות. וכן הביא מתשובת ריצב"א (הובאה במרדכי גיטין סי' תמ"ז) בגט שבא מארץ הגר שכתב שם העיר בוריי"ש והיו קורין אותה באוריי"ש, והכשיר מטעם כי מנהג ארץ הגר לדבר בלישנא קלילא, הא לאו הכי היה פוסלו משום דחשיב שינה שם עירו וכו' יע"ש. גם מדברי הרב המבי"ט ח"א סי' ר"ט שפסל שנכתב בו סיני במקום סינים, וכתב דאע"ג דסיני אינו שם עיר, הוי שינוי לפסול, דלא בעינן שינוי ממש כמו טבריה לציפורי, אלא אפילו כתב במקום ירושלם יושלים או יושמין וכיוצא דאינו שם כלל, אפילו הכי הוי שינוי ופסול יע"ש ... מכלל ופרט הני מילי דכתיבנא משם כל הנך רבוותא ז"ל יצא לנו בבירור דשם המקומות בין מקום הסופר והעדים בין מקום האיש והאשה שוים הם לענין שפוסל בהם איזה שינוי שיהיה חלוף או יתיר כדין שמות הבעל והאשה, וכ"כ הרד"ך ריש בית ד' ז"ל ונראה דכשם כן שם עירם והדין הנוהג בשמם נוהג בשם עירם כו' יע"ש. ולכן צריך להזהר הרבה מאד בכל פרט ופרט מהשינויים, לדון בהם כדין שינה שם עירו דתנן במתניתין, דכולהו חדא מלתא נינהו וכמבואר."

אך למרות שיטתו זו, כתב המכתב מאליהו בתוך דבריו מתשובת מהרי"ט שכתב - "ובמרדכי פרק המגרש (סי' תמ"ז) הביא תשובת ריצב"א על עיר שכתבו בשמה בורייש ואנו קורין באורייש, כיון שמקום דירת האיש ומקום כתיבת הגט מוכיח שמארץ הגר בא והוא לשונם לדבר לישנא קלילא אין להקפיד כלל, למדנו שכל שהשם אחד, אלא שבלשון העיר משתנה אין בכך כלום."

וכן בעל הגט פשוט, למרות שדעתו בביאור תשובת התשב"ץ שלא כדעת מהרח"ש, כתב בסי' קכח סק"ג (בסופו) "הכלל העולה דהדין דין אמת דאם כתב שם העיר בכלבול קצת בשינוי אותיות מיתיר או חסר או חליף ויש משמעיות באותו שם כפי הכתוב בגט דאיכא דקרו לה באופן מסכים לשמה ואיכא דקרו לה בשינוי יש להכשיר, משום דמסתמא תלינן דיקראו אותו שם באופן שיסכים לפי האמת. ואפילו תימא כיון דמשמע הכי ומשמע הכי הוה ליה כאילו לא נכתב, אפ"ה אין לפסול הגט כיון דקי"ל דאין שם עירו ושם עירה מעכבין בגט ... ומיהו לא כל השינויים שוין וצריך לשקול במאזני צדק כל שינוי ושינוי לפי מה שהוא, דיש מהם להקל ויש מהם להחמיר, וצריך לעיין בכל פרט ופרט במקומו ובשעתו לדקדק בכל דקדוקיו."

והנה הרמ"א בסי' קכט סעיף לד כתב "כל כינוי שמשנתה מכח לשון המדינות, כגון ליב, שיש מדינות מדברים לשון קלילא ליב, ובמקצת מדינות מדברים ליוא או ליבא ... או שהלשונות מתחלפות בקריאת הב' או פ' או ו', כגון זנביל או זנוויל פייפש ווייבש, שמקצת מדינות מדברים יותר בלשון רפה, הולכין אחר לשון בני אדם במדינה שנותנין בו הגט,

שבמלכות ארגיל ויש בו היום קצת יהודים דרים בה וקבור שם צדיק אחד מפורסם ... וא"כ צדקו דברי מהרח"ש ז"ל, וכן נראה ג"כ מתשובות התשב"ץ שנדפסו מחדש שמביא תניס ותוניס בתוך השאלות והרוב מתניס שהיא סמוך לארגיל כאמור והמיעוט מתוניס שהיא רחוק מארגיל כידוע."

וכן כתב רבי אליהו חזן בעל ספר תעלומות לב בספרו דבר אליהו על שמות גיטין אות פ' בשם פינחס כתב "והאמת כן הוא שעיר תוניס אחת היתה, אבל יש עיר ששמה תנס ואני ראיתיה ועמדתי על תלה. ובתשובות הרשב"ץ יש תשובות לעיר תנס והיא סמוכה לארגיל. וא"כ יפה כתב הרח"ש ז"ל ... אלא שראיתי להתשב"ץ בח"ב סי' פג שכתב ג"כ - או במקום מיורקה מנורקה עיי"ש, וצריך בירור אם גם יש מנורקא עיר אחרת, עכ"ל. הרי שעדותו סותרת השמועה שהגיעה לבעל הגט פשוט."

ויעויין בשו"ת ציץ אליעזר חלק יט סי' נט שהביא את דברי מהרח"ש וגט מקושר ותעלומות לב, והוסיף בזה - "ולחצדיק דברי המוהרח"ש, ראיתי שכותב גם בספר שו"ת משאת משה בח"ב חאה"ע סימן ח', דנקיט ליה בדבריו לפרש דברי התשב"ץ כמו"ש המוהרח"ש, ומסיר מעליו השגות שמשגי עליו הכנה"ג שמזכיר שם, ומסיים וכותב בזה"ל - ומ"מ יתד היא, דכל עצמו לא נחית (הרשב"ץ) לפסול מתוניס לתנס אלא משום איחלופי לעיר אחרת עכ"ל."

ויעויין בספר התשב"ץ מהדורת מכון ירושלים (שי"ל לאחרונה) בהערות לח"ב סי' פג שציין כי גם ביחס למיורקא - מנורקא, ידוע כי קיים אי קטן בסמוך לאי הגדול מיורקא, הנקרא בשם מנורקא, וכך היה בזמנו של הרשב"ץ כפי העולה מתשובת הר"ן סי' מה שהזכיר את שתי השמות הללו - מיורקא ומנורקא, וכן מוכח בתשב"ץ ח"ב סי' ד', ולפי זה מסתבר מאד שגם השמות תוניס - תנס הנזכרות בתשב"ץ עניינן אחד עם מיורקא - מנורקא, וכדעת מהרח"ש וסייעתו.

ועל כן לפי דרך זו בביאור דעת התשב"ץ אין לפסול בנידון דידן, מאחר שהשינוי אינו לשם של עיר אחרת.

הבית מאיר בסי' קכח סעיף א' כתב - "באמת לשון המשנה והרמב"ם והטור בתחילת לשונו והשו"ע אינם משמיעים אלא דוקא לשינה לשם מקום אחר, אבל שינה מקום העמידה לתיבה שאין שם מקום אחר, יש לומר דאינו אלא כאילו לא נכתב כלל, שמסקנת הגט פשוט ובית שמואל סק"א דכשר. ואף לטעם דין זה אפשר לחלק, דדוקא בשינה לשם מקום אחר שייך הוצאת לעז על העדים על ידי מי שידע האמת שבמקום אחר לא היו באותו יום אלא במקום הכתיבה באמת, ומיחזי כשיקרא, או שיאמרו הקדימוהו כדאיתא בב"ח, אבל אם הטעות לתיבה שאינה שם מקום כלל, ובפרט היכי שהוא קרוב מאד לעיקר השם, י"ל דאין לעז וכשר."

וע"ע בפתחי תשובה סי' קכח סק"ג שהביא מדברי הבית מאיר, ובשו"ת עין יצחק ח"ב סי' כג וסי' כד סק"י וסק"ק י"ב הסתמך להלכה על דברי הבית מאיר הללו.

ולפי סברתו, הניחא בשם הבעל ושם האשה שאם נכתבו בשיבוש כלשהוא, הגט בטל מאחר ולמעשה חסר בספירת הדברים של שמו או שמה. משא"כ בכתיבת שם העיר, מאחר וכל מי יבקש לברר מהיכן נכתב הגט, מיד יבין שהגט נכתב בעיר מינכן אלא שנכתב לפי כללי כתיבת בית הדין המסדר את הגט, על כן אין מקום לחוש שלא התקיימה תקנת כתיבת שם מקום עמידת העדים, או עמידת הבעל.

ובגט מקושר (בסדר גט ראשון סי' קי) ביחס לסוגיא בסוף פ"ב דשבת כתב - "דוקא לענין שם הדירה דהאדם נקרא על שם דירתו ולכן מקרי שינוי, אבל לענין מקום כתיבה שעיקר הטעם שלא יוזמו העדים כמ"ש הרא"ש פרק הזורק, א"כ כיון שיש לעדים להתנצל שכתבו שם הישן, אפשר דלא מקרי שינוי, ואפילו נימא בלא כתב כלל דפסול, היינו משום שיש להסתפק בכל העולם, אבל כאן אין להסתפק אלא או בבבל או בורסיף, אפשר דליכא קפידא ... ועוד איכא לספוקי, די"ל דבש"ס בורסיף בבל, לא מיקרי שינוי רק בשביל שהוסב שם העיר לשם עיר אחרת שהוחזקה בשם זה. אבל אם נשתנה שם העיר ואין אחרת כשם זו העיר, וכתב שם שנשתקע, איכא למימר דבכה"ג לא דמי לבורסיף בבל, דיובן שהוא המקום ההוא שמוחזק בבבל, אבל כאן שלא הוחזקה עיר אחרת בשם זה, מסקו דעתייהו שכתבו שם ישן, משייתלו בעיר שלא הוחזקה כלל. וגם אינו מפורש בהדיא בש"ס בורסיף בבל שיפסול אפילו דיעבד, וצ"ע בכל זה".

ובספר עין יצחק חלק ב' סי' כג ס"ק יא כתב - ועוד יש לדון בנ"ד להיתירא עפ"י דברי הגט פשוט בסי' קכ"ט ס"ק קכ"ו בשם שבתאי אם כתב שבתאי דבשעת הדחק יש להכשיר הגט לפי דשם שבתאי אינו מצוי בינינו וע"כ לכל הרוואה הגט יודע לו כי זה הוא גט של שבתאי ויתלו בטעות. ודברי הג"פ מסתברים קצת בסברא דזה מקרי מוכח הטעות מתוכו. וזה הוא בשם דבר המצוי לטעות וכעין הא דח"מ סי' מ"ג סעי' ח' ברמ"א גבי ענין אחר. והנה בחתם סופר סי' כ"ח הביא בשם הרא"ם בתשובה דדוקא שני דברים אין לתלות בטעות. ומשמע דדבר א' י"ל דיתלו בטעות ומקרי זה בשם מוכח מתוכו הטעות [ואין ת"י תשובת הרא"ם]. ומצינו בשו"ע ח"מ סי' מ"ט סעי' ו' דאם טעו וכתבו ראובן במקום שמעון כו' די"א דאם יתברר שהוא טעות סופר כשר. ואף להנך דפליגי שם זה הוא אם צריכין לבירור עפ"י עדים ע"ז וכיון דאין מוכח מתוכו הטעות ע"כ פסלו להשטר. אבל היכא דמוכח הטעות מתוך הכתב אף בלא בירור זולתו בזה כ"ע מודו דכשר ואין לנו להרבות במחלוקת. ונכונים דברי הגט פשוט בזה.

והנה בטיב גטין שמות אנשים אות ש' ס"ק ה' חולק על הג"פ בזה. והנה לפי הכלל של הג"פ הזה יש לנו להקל בקו"ח גם בשם העיר תונס שכתבו תנס אם אין עיר שנקראת תנס לפי דגם בזה שייך לדון לסברת הג"פ דכיון דליכא עיר ששמה תנס ע"כ ממילא יתלו בטעות וידעו כולם שנכתב הגט בתונס. והנה לכל הפחות ה"ל ספיקא דדינא בנ"ד אם כהג"פ או כהטיב גיטין. והנה לפי דברי הג"פ יש לדון להיתירא בנ"ד ג"כ

ואין להקפיד בזה איך נמצאו השמות והכינויין כתובים, כי כל אחד כתב כפי לשון מדינתו, ולכן סדר הגיטין משונים זה מזה בענין זה, והעיקר כאשר כתבתי כן נראה לי להורות. אמנם אם אין ידוע לשון המדינות, אין לשנות ממה שנמצא בדברי הקדמונים, ומכל מקום בדיעבד אם שינה באחד מאלו הדברים, כשר, כן נ"ל".

וכתב החזו"א סי' צה ס"ק טז - "מקור דברי הרמ"א בתשובת ריצב"א שכתב המרדכי פרק המגרש בכתבו בוריש תחת באורי"ש שכתב כיון שניכר בתוך הגט שבא מארץ הגר שמדברים שמה בלישנא קלילא אין זה שינוי".

ונראה ללמוד את דין חילופי מנהגי כתיבת שמות לעז בגט המחולקים בין אשכנזים לספרדים, מחילופי המנהגים בין אשכנזי לפולין כגון בשם פייבוש - וויבוש. לפי זה, במקרה הנוכחי, מאחר שבמקום הכתיבה יקראו את שם המקום כראוי לפי כללי שמות הלעז הנוהגים במקום הכתיבה ובבית הדין שסדר את הגט, על כן להכרעת הרמ"א שבדיעבד כשר גם כשהמדובר בשמות האיש והאשה, ק"ו שיש לומר כן ביחס לשם מקום עמידת העדים והבעל.

ובספר שו"ת נחלת אבות (למחבר ספר שער משפט על חו"מ) סי' טו כתב - "אמנם אם זה הוי שינוי מן בולא פוליא לבילו פילא צריך לעיין, כי לפי מה שכתב בתשובת מהר"ם פדווא סי' י"ח בנהר הנקרא בו ונכתב פואה דאין זה שינוי דהוא פחות מן נהר קייר שכתב ייר שכתב במרדכי דלא הוי שינוי יע"ש ואם כן הכי נמי י"ל דלא הוי שינוי אף שנשתנה המבטא בכך. אך בספר מכתב מאליהו להרב מהר"א אלפנדארי בשער ג' סי' י"ג האריך לחלוק עליו, גם בשער זה סי' ג' הביא בשם תשובת מהרשד"ם לפסול על שם עיר אישקופא שלא נכתב יוד בין אל"ף לשי"ן, והוכיח שם כן מדברי הרשב"ץ (ח"ב סי' פ"ג) שכתב תנס במקום תונס שהגט פסול אף בלא נודע שיש עיר אחרת כזו יע"ש, וכן מהר"א מזרחי (רא"ם ח"א סי' ס"ז) פסל גט בעיר ליפנטין שנכתב ליפונט, וגם המבי"ט (ח"א סי' ר"ט) פסול גט שנכתב בעיר סינס ונכתב סיני, אלמא כל היכא שנשתנה המבטא אף שקרובות השמות זו לזו פסל, ומי ירים ראש להכריע בין הגדולים בסברא בעלמא דתליא במילי דעלמא".

והנה בשו"ת ברכת יוסף חלק אה"ע סי' נא כתב - "בתשובה הארכתי בטעם הדבר שצריך לכתוב מקום עמידת עדים כדי שאם יהיה איזה לעז ושאלה על הגט יהיה מקום להתברר על ידי שיראו מקום עמידת העדים. וא"כ בנ"ד יש לצדד אפילו לאותם שפוסלים בלי מקום עמידת עדים היינו בדלא כתב כלל, אבל אם כתב מקום עמידת העדים רק שעל ידי אות אחת יש להסתפק בשתי עיירות הזו או הזו, הרי שעכ"פ אם יהיה איזה לעז יכולים להתברר על ידי הגט כי ישאלו מאיזה עיר בשניהם המסופקים ומשם יבורר הכל, משא"כ אם לא כתב כלל, פשיטא דאי אפשר לחקור בכל העולם".

שהאשכנזים מבטאים, ללא שינוי, אלא שכתובת האות י' אצל הספרדים היא כפי שהאות ע' אצל האשכנזים, והגט נכתב כפי המקובל אצלם במקום כתיבת הגט. וכך גם תתבאר כתיבת שם הנהר, שיובא להלן. וכפי הנראה הגט נכתב עבור זוג אשכנזי, ואפ"ה מסדר הגט כתב שם העיר כמקובל אצל הספרדים.

בהמשך התשובה כתב הפנים מאירות לעניין שם הנהר, ומדבריו נלמד לנידון דידן ששם הנהר נכתב כנ"ל. וז"ל הפנים מאירות - "פשיטא שאין לפקפק בשינוי הנהר בעני וכתבו ביגיי דהא הכריע רמ"א באה"ע סי' קכ"ח ס"ד אם לא כתב שם הנהר או ששינה בו כשר ומי יבוא אחריו לסתור דבריו ובעיגונא הקילו, ופשיטא כאן דהספרדים קורין לנהר כן דיש להכשיר".

מסקנת הדברים - במקרה שלפנינו שהבעל אינו כאן ובמאמץ רב הצליחו להביאו לסידור הגט, וגם קיים שיקול של זילותא לרב המסדר את הגט, אם נבקשו לטרוח הכל מחדש לכתת רגליו לעיר שבה נכתב הגט ולסדר גט פעם נוספת, יש להכשיר את הגט ולהתירה להנשא לעלמא, והסכים עמי בזה הלכה למעשה, דיין מובהק אב"ד לסדור גיטין העוסק בסידורי גט למעלה מעשרים שנה, הגאון הרב שמואל פלדמן זצ"ל.

כיון דשם פעשיא אינו מצוי בינינו ע"כ יתלו זה בטעות ויבורר לכל ע"י כתב הגט דהאשה פעשא נתגרשה".

במקרה שלפנינו קיימת סברא נוסף להקל, וזאת מפני שהשם העיקרי של העיר - "מינכן" נכתב כראוי גם לפי כללי השמות הנהוגים אצל הספרדים. השינוי בכתיבת שם העיר מתייחס לשם השני הנכתב "דמתקריא מינכען", או לשם הנהר, ועיין ברמ"א סי' קכח ס"ד שהכשיר אפילו בשינה שם הנהר, ק"ו בנידון דידן שאינו שינוי ממש, וכפי שהתבאר.

בסיום נציין למש"כ בתשובת פנים מאירות חלק ב' סי' יט (הובא בפת"ש סי' קכח ס"ק יד), וז"ל - "עוד ספק אחד בכתיבת שם העיר טעמשוואר שאנו אשכנזים כותבים בשני ווי"ן וכתב בבי"ת, כבר כתב רמ"א בסוף סי' קכ"ט מקום שהלשוונת מתחלפות בקריאת הב' או הפ' או הוי"ן כגון ונביל או ונוויל פיבוש ויבוש שמקצת מדינות מדברים יותר בל' רפוא הולכין אחר לשון בני אדם במדינה שנותנים הגט. א"כ כיון שהספרדים הדירים שם כותבים ב' במקום וי"ו יש להכשיר שכתבו טימשוואר. ואף בשינוי היו"ד שכתבו כיון שמדברים בלשונם כן הולכין אחר לשון בני אדם, וכיון שהרוב הקהל הם ספרדים והם כותבים שם המקום כך אנו בתרייהו גרין שלא לשנות שם העיר שלא להוציא לעו על גיטין הראשונים".

לולי דמסתפינא הו"א שבאותו נידון שבתשובת פנים מאירות, גם הספרדים היו מבטאים שם העיר כפי

סימן סו

כתיבת שם הבעל בגט כשהוא נקרא בשם המשפחה בלבד, או בשם קיצור משם המשפחה

סיון תשנ"ו

ואילו בהתכתבויות הפנימיות בתוך הקיבוץ הוא רושם עצמו בשם גברי. במקרה זה לא ניתן להתחשב בשם שעולה בו לתורה, מאחר שהבעל גר בקיבוץ חילוני ואינו רגיל כלל לעלות לתורה.

השאלה העומדת לביורר היא האם יש לכתוב בגט את השם "גברי". צדדי הספק הם, מאחר שאין כותבין שם משפחה בגט, גם קיצור השם נידון כמו השם המלא, ומדינא אין צריך לכותבו, על כן כשם שבנידון זה לא נכתוב בשם הבעל את שם המשפחה "גבריאל" כך אין לכתוב את הקיצור משם המשפחה. מאידך י"ל, שאני הכא שאין שאר בני משפחתו מכונים "גברי", וזהו כינוי המיוחד לבעל בלבד, ואינו כשם משפחה רגיל שגם שאר בני המשפחה נקראים בו.

כמוכן בנידון זה, אם על פי הדין יש לכתוב את השם גברי, ושם זה נחשב כשמו של המגרש, אם ישמיטוהו נכנס לחשש פסול גמור בגט עקב השמטת השם העיקרי, בהנחה שהשם שנקרא בו בפי הרוב, נידון כשם העיקרי לעניין כתיבת הגט.

פרטי המקרה

בבית הדין הופיעו זוג המבקש להתגרש, והתעוררה שאלה כיצד לכתוב את שם הבעל בגט. במקרה זה מדובר באדם שנולד באירן לפני כחמישים שנה, שמו - משה ושם אביו - גבריאל. הבעל עלה לארץ בהיותו נער ושם משפחתו נקבע כשם אבי המשפחה - משפחת גבריאל. עד הגיעו לגיל עשרים נקרא בפי כל - משה. אך בהיותו בצבא, החברים התרגלו לקרוא לו גברי, שם שהוא קיצור של שם המשפחה. לאחר סיום שירותו הצבאי הוא התחתן ועבר לגור בקיבוץ. מעת נישואיו ועד היום, במשך כשלושים שנה, הבעל נקרא בפי כל בשם "גברי" בלבד. רק בתעודת הזהות וברישומים הרשמיים הוא רשום בשם משה גבריאל, דהיינו "משה" כשם פרטי ו"גבריאל" כשם משפחה. אך מאחר שהוא מתגורר בקיבוץ, הרי שבחיי היום יום, הוא אינו נזקק לחתום בצ'קים וכדומה, אבל אם לעיתים רחוקות יכתוב מכתב למוסד רשמי, הוא מצייין את שמו בשם משה גבריאל,

כתיבת שם המשפחה בגט

שנינו במסכת גיטין דף פז: "כתב חניכתו וחניכתה כשר". ופרש רש"י - "שם לזוי של המשפחה כולה". וכתב הקרבן נתנאל (שם) - "חניכתו פרש רש"י שם לזוי של המשפחה, ר"ל שהוא ממשפחת רוטן בערג והיא ממשפחת ווייל, ולא הזכיר בגט רק שם ראש משפחתו ומשפחתה, שכתב מגזע רוטן בערג מגרש אשתו ממשפחת ווייל, ומיירי דנתן לה בפני עדי מסירה, כ"כ המרדכי ר"פ כל הגט בשם רבינו יואל, דאל"כ מה אנו יודעים איזה מן המשפחה הוא מגרש כיון דלא הזכיר שמותם".

מבואר משיטת רש"י דהגט כשר אע"פ שלא כתב שם המיוחד דוקא לאיש או לאשה, אלא כתב שם הכולל את כל בני המשפחה.

והתוס' (פח.) הרא"ש והרשב"א הביאו שיטת ר"ח ור"ת שהחניכה המוזכרת במשנה היא כינוי האדם עצמו, אך גם חניכה שהמשפחה כולה נקראת על שמה מהני, והיינו חניכת אבות שהוזכרה שם בגמרא.

וע"ע בב"י סי' קכט ד"ה, וכן חניכת' ובספר גט פשוט סק"ז שהביאו את הדעות בזה, ומסקנתם - מעיקר הדין עכ"פ בדיעבד הגט כשר גם אם כתבו חניכת משפחה בלבד.

אך בספר אהלי שם כלל ז' ס"ק נא כתב, וז"ל - "ואם לא כתבו רק כינוי המשפחה, אנא גראס אנת אנתתי גראס וכדומה. לא מיבעיא אם הוא לאחר שלש דורות (וכך הוא סתמא דמילתא בזמנינו שיש שלש דורות ויותר מעת שנתחדשו כינויי המשפחות) ודאי פסול. אלא גם אם הוא בתוך שלש דורות (דלפעמים מחדשים להם כינוי משפחה) הנה לעיל בסק"ז כתבתי כי לפענ"ד הרמב"ם ז"ל לא פסק כברייתא דפליגי בחניכת אבות עד כמה, אינו מכשיר אלא בכינוי האיש והאשה גופייהו כתנא דמתניתין. והנה גם בשו"ע גם המחבר וגם הרמ"א לא הביאו דין חניכת אבות. לכן לפענ"ד קשה להכשיר בזה".

יש מקום לברר, מה הטעם שהורגלו שלא לכתוב בגט את שם המשפחה בנוסף לשמו הפרטי.

ראשית ראוי לציין שאמנם התפשט המנהג להמנע מכתובת שם משפחה, אך בעיקר הדין בהלכה זו, נחלקו הפוסקים אם ראוי לכתוב בגט גם את שם המשפחה.

המהרי"ק בשורש קו כתב - "ועל כי קוראין אותו פוא"ה ... נקרא כן על שם משפחתו, וא"כ דבר פשוט הוא שיש לכותבו בגט בלשון המכונה, כיון דהוי לשון לעז כמו שכתב רבינו פרץ".

והבית יוסף בסי' קכט הביא את דברי מהרי"ק, ובהמשך דבריו חזר על סברא זו כדבר מוסכם וכתב - "אבל כשהוא כינוי משפחה נ"ל דלכולי עלמא כתבינן ליה וכותבין המכונה כמו שכתבתי למעלה".

הרמ"א בדרכי משה ס"ק יח חולק על הבי"ו וכתב - "בסדר גיטין שלנו כתב בשם הרבה גדולים דאין לכתוב שם הכינוי של המשפחה כלל כגון גנש קץ ושלייכר וכדומה, וכן אנו

נהגין. וכן ראוי לנהוג משום שכתב בסדר גיטין סי' לט על גט אחד שהיה כתוב בו חיים המכונה גנש שהוא כינוי משפחה ואמר ה"ר ז"ק שהגט אינו כשר כי על שם המשפחה כותבים החינוך ולא המכונה, כי מכונה משמע לשון יחיד, וחינוך על כל המשפחה כמו שפרש רש"י פרק המגרש, ובתרומת הדשן סי' רלה משמע דיש לכתוב וכל שום וחניכה אף במקום דלא נהיגין לכתוב כן בשאר גיטין. לכן נראה שאין לכתוב כלום מכינוי המשפחה להוציא נפשיה מספיקא, ויש לעשות כדברי בעל סדר הגט שכתב סתם שלא לכותבו כלל, ואילו היתה דעתו לכתוב שום וחניכא היה מפרש, כן נראה לי".

ובהתאם לדבריו אלו פסק הרמ"א בשו"ע סי' קכט סעיף טז - "וכל כינוי משפחה אין לכתבן כלל בין שהוא לשון עברי או לעז, והכי נהוג".

ובספר גט פשוט סי' קכט סק"פ כתב - "ודאי דכן הוא המנהג דאין כותבין כינוי משפחה, ולא ידעתי למה, דאדרבה האדם ניכר בשמו וצירוף שם משפחתו טפי משמו ושם אביו. ומדברי מרן הבי"ו יראה דיש לכתוב כינוי משפחה"

אך הג"פ פוסק - "אם יש שני יוסף בן שמעון כותבין שם המשפחה לסימן. סדר הגט דר"י מינץ סי' מה ... וכן ראיתי מעשה פה עיה"ק ירושלים ת"ו דכתבו שם המגרש וכינויו והכינוי היה כינוי משפחה וכתבו יוסף המכונה לופיס, ובגט אחר כתבו יוסף המכונה פינסור".

בשו"ת תשובה מאהבה ח"א סימן נב (אות ז') פסק הלכה למעשה כדעת הג"פ לכתוב שם משפחה לסימן. וז"ל - "פעם אחת היו פה שני יוסף בן שמעון, גם שמות דורות היו משולשים, יוסף בן שמעון בן יעקב, גם ארוך וגוץ לא היה בהו סימן. ואמרת בזה יש לסמוך על שני גאונים מהר"י מינץ בסדר הגט סימן מ"ה ומהר"י ווייל לכתוב חנוך המשפחה לסימן, ובזה גם המשאת בנימין בחדושי לאבן העזר סוף ספרו מודה, והסכימו עמי הרבנים בית דין מו"ש, וכן נעשה הלכה למעשה יום א' ח"י אדר השני תקס"ה".

ועיין בשו"ת חתם סופר חלק אה"ע ח"ב סי' לב שהביא את דברי התשובה מאהבה ובמסקנת דבריו העלה שאכן ניתן לכתוב את שם המשפחה כסימן, ואם הוחזקו שני יוסף בן שמעון, יכתוב יוסף דמתקרי יוסף קאץ בן שמעון.

הגט פשוט כתב ארבעה טעמים מדוע נמנעו מלכתוב את שם המשפחה בגט, כשאין נחוץ לכתוב סימן.

טעם ראשון - "אפשר דטעמא דאין כותבין כינוי משפחה, משום דברוב בני אדם מזכירין שם המובהק עם הכינוי. ובכה"ג לאו חניכה מקרי, דטעמא דכותבין החניכה בגט כדי להכיר שזהו פלוני המגרש, שלא יסברו שזה ראובן שכתוב בגט אין זה המגרש כי רבים שקורין לו בחניכה אינם יודעין ששמו הוא ראובן. ואם כן כל היכא שקורין תדיר שם המובהק עם הכינוי ליכא למיחש להכי".

סברא זו של הג"פ מקורה בדברי תרומת הדשן סי' רלה, עיי"ש. לפי סברא זו, אם האדם נקרא תדיר רק בשם משפחתו ואינו נקרא גם בשמו הפרטי יחד עם שם

וע"ע בשו"ת מהר"ם שיק חלק אה"ע סי' קיב שבאר הטעם שאין כותבין שם משפחה בגט מאחר ששם המשפחה כולל את כל המשפחה, אין הגט מוכיח מתוכו מי המגרש, ובתוך דבריו כתב - "א"כ מצד תרי טעמי אינו ראוי לכתוב שם המשפחה, א' דאינו יכול לכתוב דמתקרי על שם המשפחה וכן לא המכונה, דהרי מצד עצמו בשם העצם אינו נקרא כן אלא מצד כללות המשפחה. ושנית, דעי"ז לא יהי' מוכח מתוכו לגמרי ולא יהי' ידים מוכיחות דהרי מנאי על שם העצם הפרטי קאי, ולכך אין כותבין שם המשפחה. וזה הטעם עדיף ושייך יותר האידנא שהרגילו לקרוא את האדם על שם המשפחה יש בו חשש יותר ממה שהיה מקדמת דנא שהיה שם המשפחה רק שם לזוי וכפרשי" בגיטין דף פו.: אמנם גם מקדמת דנא שהיה נמשך שם המשפחה על שם פרטי שלו היה חשש הנ"ל, דהאיך יכתוב למשל משה בן אברהם הארטמאן, הרי יוכלו לטעות דשם הארטמאן דהוא באמת שם המשפחה, יאמרו כי הוא שם הפרטי של אביו, וכיוצ"ב מבואר בתשובת הרמ"א ומרומז בדברי סדר הגט אות יח".

עפ"י דברי המהר"ם שיק, אם הבעל בלבד מכונה בכינוי היוצא מתוך שם המשפחה, וכגון בנידון דידן, אין מניעה לכתוב כינוי זה.

בספר גט מקושר (על קונטרס השמות לב"ש בס"ק קעה, הובא בפת"ש סי' קכט ס"ק מא) כתב - "יש במדינות הללו לרוב שם כינוי, כמו רוזין או פייגן וכדומה, ורבים מעמי הארץ מתיידיים שלא להזכר שם ישראל עוד, ומפרסמין עצמן בשם הכינוי הנוכר. אף שרגילים גם ישראל בהזכרת השם הזה, מ"מ בגט אין לחוש לכתוב שם זה כדת משה וישראל, שהכל יודעים שעיקר שמו ביהדות אינו כן. ואין צריך להמציא כל שום בשביל זה, מאחר וידוע לכל שאין זה עיקר שמו ואין עולה לס"ת רק בשם ישראלי. ואפילו חותם עצמו ג"כ בשם הכינוי, ידוע שאינו אלא בדרך כינוי. ונראה הטעם דלא כותבין הני כינויים משום שהם כינויים כוללים לכל המשפחה כמ"ש רמ"א (סי' קכט סט"ז) כתבין עיקר השם לבדו וסגי בהכי, דלא גרע מחניכה שהכל קוראין, וכאן נמי כו"ע ידעי שיש לו שם עיקרי בלשון יהודים ולכן לא כתבין ליה".

מתוך דברי הגט מקושר עולות כמה סברות לכתוב את השם הפרטי בלבד -

- א. הכל יודעים שעיקר השם היהודי שלו הוא השם הפרטי השם העברי.
 - ב. הוא עולה לס"ת רק בשם הפרטי.
 - ג. שם המשפחה כולל לכל בני המשפחה, וכסברת הלבוש.
 - ד. אם כותבים רק את השם הפרטי ודאי כשר ולא גרע מחניכה שהכל קוראין בה.
- לפי זה בנידון דידן שאין אפילו אחת מהני סברות, ודאי יש לכתוב את הכינוי גברי, שהיא החניכה שהכל קוראין לו

המשפחה, יש לכתוב את שם המשפחה, ולא גרע מחניכה שהכל קוראין בה, ואם יכתבו בגט רק את השם הפרטי ולא יכתבו את שם המשפחה יש לחוש שמי שמכירו רק בשם המשפחה ורואה את הגט לא ידע שבעל זה הוא המגרש.

טעם שני - "אי נמי אפשר, דטעמא דלא נהגו לכתוב כינוי משפחה משום דיש פוסקים דמשמע מדבריהם דכשהכינוי משפחה בלשון לעז כותבין המכונה וכשהוא בלשון הקודש כותבין דמתקרי, וזהו דעת מור"ם, וי"א דכל חניכה כותבין המכונה בין שהיא לשון עברי ובין בלשון לעז וזהו דעת מרן. ומחמת ספיקא זו אם נכתוב המכונה או נכתוב דמתקרי נמנעו מלכתוב שם כינוי משפחה, וכן נראה מתוך תשובת מור"ם סי' פד יע"ש".

טעם שלישי - "ועוד נ"ל, דטעמא משום דיש כמה שמות במשפחות דאין אדם בקי בהן ובשמותיהן, ואיכא למיחש שמא לא יכתוב שם כינוי המשפחה כמשפטו ויהיה בזה שינוי השם דמבטל הגט. לכן נמנעו מלכתוב כל שם כינוי משפחה כי אם פלוני בן פלוני בלבד דרוב השמות הם ידועים ואין אדם מצוי לטעות בהם".

טעם רביעי - "הרב בעל הלבוש כתב דטעמא דאין כותבין כינוי משפחה, משום דס"ל שאין שם כינוי משפחה מפרסם להמגרש, שהרי כל משפחתו קרויים כן עכ"ל".

הנה הלבוש נקט שאין מקום לכתוב את שם המשפחה מאחר שאינו שם המיוחד דוקא לאדם זה, ולפי זה אין צורך לסברות הקודמות שהביא הג"פ. ובשו"ת דברי מלכיאל ח"ד סי' קלג כתב בתוך דבריו - "כתבו הפוסקים באה"ע סי' קכ"ט סט"ז שאם חותם או נקרא בפי הרוב בכינוי המשפחה כנהוג בעתים הללו, אין לכתבו בגט לפי שאין זה שמו המיוחד לו, והוי כסימנא בעלמא", וזהו כסברת הלבוש, והוסיף ביאור שאין שם המשפחה נידון כשמו של האדם אלא כסימן.

לפי זה, בנידון דידן יש לכתוב את הכינוי גברי, מאחר שהוא כינוי המיוחד רק למגרש ולא לשאר בני משפחתו.

שאר הפוסקים שכתבו טעמים אחרים לא סבירא להו כסברת הלבוש, ולדעתם אין להמנע מלכתוב שם הכולל את כל בני המשפחה, מאחר ולמעשה גם המגרש נקרא בשם זה, ונחשב כשמו. אלא בארו שאין הכרח לכתוב את שם המשפחה וניתן להסתפק בשמו הפרטי, מאחר ובדרך כלל הוא נקרא גם בשמו הפרטי ואין חשש שיטעו ולא ידעו מתוך הגט מי המגרש, ואינו כחניכה, ולכן כתבו שמחמת הספק אם לכתוב המכונה או דמתקרי או מחמת חשש שיטעו בכתיבת השם נמנעו מלכותבו. אבל במקום שיש צורך לכתוב אין מקום להמנע מפני החששות האלו, וכמו שבמקום שהוחזקו שני יוסף בן שמעון כותבין את שם המשפחה לסימן.

ולכן בנידון דידן, גם לסברת תה"ד, מאחר שאין רגילים לקרוא לו בשם משה בצירוף הכינוי גברי, הרי שיש הכרח לכתוב כינוי זה ולא גרע מחניכה שהכל קוראין לו בה, וניתן לכותבו מפני שהוא שם המיוחד רק לבעל הזה ולא לשאר בני משפחתו.

וכן בתשובה חלק ח' סי' רמב כתב המהרש"ם - "אגב אזכיר במה ששכיח בזה"ז אנשים שנקראים בפי כל רק בשם כינוי המשפחה כמו מרגליות, ראפאפארט, וכדומה ואינו עולה לתורה כלל ולא נקרא בשמו העצם והכינוי, והארכתיו בזה בתשובה דמ"מ אין שמו העצם בכלל נשתקע שהרי חותם בר"ת של שמו קודם שם כינוי המשפחה ועוד שהרי ידוע לכל שאין הכינוי אלא שם משפחה ויש לו שם אחר ... ועכ"פ אם יכתוב שמו העצם דמתקרי מרגליות או המכונה ראפאפארט דהיינו שם המשפחה כשר, וגם לכתחילה יעשה כן".

וכן מצינו בספר שואל ונשאל חלק ה' חלק אה"ע סי' יט שכתב לכתוב שם משפחה במקום שיש הכרח גם כשזהו שם הכולל את כל בני המשפחה ובצירוף שמו הפרטי, וז"ל - "דעת הרב מצות כהונה ז"ל במי ששמו חיים ושם משפחתו הלאל וכו"ע קרו ליה הלאל ואין מזכירין שם חיים כלל, וכתב שכותבין שם חיים דמתקרי הלאל ושכ"כ הרב מקור ברוך סי' ט' בנדונו ע"ש".

וע"ע בספר גט מסודר סי' יב סעיף לא שהביא העובדא שדן עליה המהרש"ם וכתב את דעת המהרש"ם וכן הביא דעה שיש להמנע מלכתוב שם משפחה גם במקרה כזה ולפרסם את שמו הפרטי במעמד עשרה, ומסקנתו דבמקום שא"א לפרסם ינהג כמהרש"ם, ומי שנוהג תמיד כמהרש"ם אין מוחיחין אותו ויש לו על מי לסמוך. וע"ע במש"כ בשדי חמד מערכת גט סי' ז' ס"ק יב ובשו"ת חלקת יעקב חלק אה"ע סי' צו.

העולה מהאמור - במקום שהאדם נקרא בכינוי היוצא משם המשפחה והוא כינוי המיוחד רק לו, וכמו בנידון דידן, לכל הסברות שכתבו הפוסקים ודאי שיש לכותבו בגט. לכן בנידון דידן השם "גברי" הוא השם העיקרי של הבעל, ואי אפשר להמנע מלכותבו. מאחר שאינו שם הכולל את שאר בני המשפחה אין חשש בכתיבתו. אך השם "משה" רשום בתעודת הזיהוי שלו והוא שם עריסה, ולפעמים רחוקות נקרא בו יש לכתוב את שני השמות, ועדיין יש מקום להתיישב בזה איזה שם להקדים. לכאורה הדעת נוטה להקדים את השם גברי, מפני ששם זה כבר הפך להיות שמו הפרטי לכל דבר ועניין, ויש להקדים השם גברי שנקרא בו בפי כל, אך עיין בגט פשוט סי' קכט ס"ק צא שדן בנידון קרוב לנידון דנן, באשה שנהגו במקומה שאם אביה אינו מצוי בעיר שלא לקרוא לה שם עצם עד שישוב למקומו, ובינתיים קוראים לה בשם המשפחה, ודן הג"פ בנידון שהשם משפחה שנקראה בפי כל אינו ממש כשם המשפחה אלא בשינוי מועט, וכעין נידון דנן.

וז"ל הג"פ - "כגון דשם המשפחה הוא אהובי קורין לה אהובה, ואם שם המשפחה הוא אמאדו קרו לה אמאדה, וכשבא אביה קורא לבתו שם העצם שרה רבקה וכיוצא, ולהיות כי הנערה מיום שנולדה קרו לה בשם המשפחה ושם העצם שלה בא אחר גדלות, רובא דעלמא קרו לה בשם

בה ואין כל בני המשפחה נקראים בשם זה, והשם משה אינו בשימוש אפילו לעליה לט"ת.

בספר דברי חיים על שמות גיטין (שער שינוי השמות סעיף יב) כתב - "הנה באותם אנשים שאינם נקראים בשם העיקרי מתולדותם רק ע"ש המשפחה, כמו פואה שמביא מהרי"ק ז"ל וכעין מה שמבואר בראשונים שיש משפחות גדולות שכלם נקראים על שם ראש המשפחה, וזה נקרא חניכת בתי אבות בשם. והרמ"א ז"ל כתב דאנו עתה אין כותבין שם המשפחה מחמת מחלוקת הפוסקים אם לכתוב המכונה או חינוך כמבואר בד"מ, וא"כ באיש כזה ששם תולדתו נשתקע כי אינו רגיל לעלות לט"ת וצ"ע איך יכתבו שמו הא הוא נשתקע שמו העיקרי ועתה אין לו רק שם המשפחה שאין נוהגין לכתבו בגט כנ"ל. ונלפענ"ד דבכה"ג נסמוך אמהרי"ק שהורה בכה"ג לכתוב שמו העיקרי לחוד ומטעם שהכל יודעין שאין השם שקורין אותו רק המשפחה, וא"כ אם יכתבו שם העיקרי לא ילעיוז כלל כי יבינו שזה הוא המגרש, כי בודאי ידעו שיש למגרש שם העצם זולת שם המשפחה יעו"ש במהרי"ק ז"ל. אך נראה לי דיותר טוב לכתוב עוד גט אחר ולכתוב דמתקרי על שם המשפחה. דנהי דכתבו הפוסקים דכה"ג בשם המשפחה כותבים חינוך, מ"מ דמיתקרי ג"כ כשר בדיעבד, כמבואר בתשובת רמ"א ז"ל".

והנה בנידון דידן אין שייכת הסברא שכתב הדברי חיים בתחילת דבריו, דשאני בנידון הדברי חיים שכולם יודעים שיש לו שם עברי מלבד שם המשפחה שהוא נקרא בו בפי כל. משא"כ הכא שהשם גברי נראה כשם פרטי שלו, ומי שאינו מכירו היטב סבור שאכן זהו שמו הפרטי. ולכן אין לנו אלא העצה שכתב הדברי חיים בסוף דבריו, ולכתוב משה דמתקרי גברי.

ובשו"ת מהרש"ם ח"א סי' פג נשאל במי שבלידתו נקרא בשם משה ובני ביתו קוראים לו בשם מאריץ ומחוץ לבית נקרא רק בשם המשפחה, ועולה לתורה בשמו משה רק פעם אחת בשנה, וגם זה אינו בכל שנה. ובמסקנתו כתב - "לענ"ד אם עולה לפעמים בשם משה יש לכתוב משה דמתקרי מרגלית או המכונה הורוויץ ... וראיתי בד"מ סי' קיט דבשם משפחה ל"ש לכתוב המכונה כי הוא חינוך ולא כינוי, והביא כן בשם סה"ג בשם כמה גדולים, וא"כ צ"ע בשם מרגלית אולי יש לכתוב וחינוכו מרגלית ... אבל י"ל דהד"מ מיירי רק בזמן הקדום שלא היה נקרא בפי כל בשם המשפחה לבד, אבל בזה"ז מודה. ולכן לענ"ד יש לכתוב משה המכונה מאריץ ודמתקרי מרגלית".

ובהשמטות הוסיף המהרש"ם - "ויען שמעתי מפקפקים עמ"ש בפנים לכתוב בזה"ז שם המשפחה, ובאמת לא מלבי יצא הדבר הזה. והדבר ברור דמבלעדי שם המשפחה הרי לא נודע לו שם אחר כלל, ולא הוי מוכח מתוכו מי הוא המגרש, ואיך יוכשר הגט. ואף דהרמב"ן גיטין יט כתב דמדאורייתא אין צריך שיהא מוכח מתוכו בגט ורק מדרבנן, כדמוכח בב"ב קס"ז ב', מ"מ הרי עכ"פ מדרבנן בעינן מוכח מתוכו, וליכא".

אחד שבו יכתב שמו הפרטי אף שאין משתמשים בו, ודמתקרי ע"ש המשפחה.

בשו"ת אבני צדק להג"ר מנחם מענדל פאנעט ז"ל סי' צב כתב על בעל ששמו מיכל ונקרא רק בשם המשפחה אדלר (לדעתו יש לכתוב אדלר ולא אדלער), וכתב שם – "אני מסתפק מאד, כי אם נאמר לכתוב שם מיכל לבד, זה אינו. דהגם שהסכימו הפוסקים דכשאינו ידוע שם הקודם כותבין רק שם החול, היינו בשם הנקרא כן בפי כל, דהוי ג"כ כעיקר השם. אבל אם לא נקרא בפי כל בשם זה, אין מקום להכשירו".

ולאחר מכן הביא מהדברי חיים שהורה שנכון לכתוב שני גיטין, אך בנידון שלו שהגט נשלח באמצעות שליח, העלה לכתוב גט אחד שבו יכתב מיכל דמתקרי אדלר.

בטרם הגט נכתב, הג"ר מנחם מענדל פאנעט ז"ל שלח שאלה זו להג"ר שרגא פייבל טויבש ז"ל מיאס שהסכים עמו, ותשובתו נדפסה בספרו אורי וישעי סי' מה, ובמסקנת דבריו הורה לכתוב - מיכל דמתקרי אדלער.

בתשובתו כתב – "כיון דהשם העברי מיכל נשתקע בקריאה, ולספר תורה אינו עולה כלל בשום פעם, ורק שהוא חותם כן, שייך שפיר לכתוב השם אדלער ג"כ. ולפענ"ד נראה דאף דלדעת הרמ"א ז"ל בד"מ ובשו"ע שאין לכתוב כינוי משפחה, הוא מטעם כי על שם משפחה כותבין החינוך ולא המכונה, כי מכונה משמע לשון יחיד, וחינוך הוא על כל המשפחה. עכ"ז דמתקרי שייך שפיר לכתוב. דלשון דמתקרי כולל הכל, וכמבואר בתשובת הרמ"א סי' פ"ד. ביחוד שכל הטעם של הד"מ ז"ל לפענ"ד נראה דזה דוקא בעיר שיש כל בני המשפחה שמה. אבל כיון דבכאן אין איש שיהיה נקרא בשם אדלער ... ודאי דשייך בזה לשון דמתקרי כיון דהוא דוקא נקרא בשם זה לבדו. גם כדאי הוא מרן הב"י ז"ל ואחריו הפוסקים האחרונים ז"ל, וגם הגאון האמיתי בעל חתם סופר ז"ל באה"ע סי' ל"ב, וכבוד אביו הגאון בספר (מראה יחזקאל) ... סי' עה אשר העלו כולם שיש לכתוב אף כינוי משפחה בגט ... וכדאי המה הב"י ושאר פוסקים ז"ל לסמוך עליהם עכ"פ בשעת הדחק, וביחוד דגם הרמ"א ז"ל אינו מחליט דעתו לפסול רק במנהגא, וכמו שסיים שם בהג"ה עיי"ש, והיכא דאי אפשר שאני".

וע"ע בשו"ת צמח צדק אה"ע סי' קפד שדעתו שגם אם שם העצם לא נשתקע, אבל כו"ע קרו לו בשם המשפחה וכיוצ"ב שיש לכותבו, עיי"ש שהביא מדברי הג"פ, וכתב – "העיקר טעמא קמא דכו"ע קרו לה בשם המשפחה לבד", דמשום הכי יש לכותבו. וע"ע במה שהבאנו לעיל מדברי מהרש"ם והגט מסודר, וכן מספר שואל ונשאל בשם הרב מצות כהונה.

וכן ראיתי בספר שו"ת אהל משה (להג"ר חיים רויזמן ז"ל מחאטין) אה"ע סי' ט' שדן אודות גט של בעל הנקרא רק בשם המשפחה, ואפילו אשתו ובני ביתו קוראין לו כן, ואינו מצוי בבית הכנסת אלא פעם בשנה בחגים, ואז עולה לתורה

של המשפחה אהובה או אמאדה. ובכל כה"ג יראה לי דאע"ג דאין רגילין לכתוב בגט שם משפחה, היינו מפני שאין רגילות להקרא בשם משפחה לבד כי אם בשיתוף שם העצם וכמ"ש ת"ה סי' רל"ה. אבל בנידון כזה דקרו לה בשם משפחה לבד, וכמה זמן זה השם היה לה במקום שם העצם, יראה לי דצריך לכותבו ויכתבו תחילה שם העצם ואח"כ יכתבו המכונה אהובה או אמאדה. דידוע דזה השם לא הוקבע לה בשום זמן בעבור שם העצם אלא משום כינוי משפחה לבד. ואם אירע ח"ו שמת האב במדינת הים ולא קרו לה לעולם בשם העצם, יראה לי דיכתבו אנת אנתתי המכונה אהובה או אמאדה להורות דשם זה הוא לה מחמת כינוי ולא מחמת שם העצם".

מסקנת הדברים - בנ"ד ניתן לכתוב גט אחד שבו יכתב – "משה דמתקרי גברי". אך לרווחא דמילתא ומאחר שלא היתה מניעה, כתבנו שני גיטין, ובראשון נכתב משה בלבד.

כשנקרא בפי כל רק בשם המשפחה

הוי עובדא, שהתבקשנו בבית הדין לסדר גט לאדם שנקרא בשם המשפחה בלבד, ואף אשתו קוראת לו בשם זה. אותו אדם מלידה שמו דוד, וכך רשום בתעודות, כשהיה ילד נקרא דודי (ד' בשורוק). אך מאז היותו בגיל 18 נקרא בפי כל רק בשם המשפחה שהוא שם לוועזי, מלבד אחותו שעדיין קוראת לו דודי.

נראה שאין מנוס אלא לכתוב שני גיטין שבראשון יכתב שמו מלידה ובתעודות – דוד, ובשני יכתבו שני השמות, דוד דמתקרי בשם המשפחה. וזאת עפ"י הוראת הדברי חיים (שמות גיטין שער שינוי השמות סי' יב) שהובא לעיל וכתב וז"ל – "והנה באותן אנשים שאינם נקראים בשם העיקרי מתולדותם, רק על שם המשפחה כמו פואה שמביא מהרי"ק ז"ל ... באיש כזה ששם תולדתו נשתקע, כי גם אינו רגיל לעלות לספר תורה, וצ"ע האיך יכתבו שמו הא הוי נשתקע שמו העיקרי, ועתה אין לו רק שם המשפחה שאין נוהגין לכותבו בגט כנ"ל. ונלפענ"ד דבכה"ג נסמוך אמהרי"ק שהורה בכה"ג לכתוב שמו העיקרי לחוד, ומטעם שהכל יודעין שאין השם שקורין אותו רק המשפחה, וא"כ אם יכתבו בגט שם העיקרי לא ילעזו כי יבינו שזה הוא המגרש, כי בודאי ידעו שיש למגרש שם העצם זולת שם משפחה, יעו"ש במהרי"ק ז"ל. אך נראה לי, דיותר טוב לכתוב עוד גט אחר ולכתוב דמתקרי ע"ש המשפחה, דנהי דכתבו הפוסקים דכה"ג בשם המשפחה כותבין חינוך, מ"מ דמתקרי ג"כ כשר בדיעבד, כמבואר בתשובת רמ"א ז"ל".

וכן כתב הדברי חיים שם בסי' יז – "אך יותר נכון לכתוב גם גט שני בשמו, ודמתקרי ע"ש המשפחה, אע"פ שכתבו הפוסקים דאין כותבין דמתקרי ע"ש המשפחה, מ"מ במקום שאי אפשר כותבין כן בגט שני".

אך נציין לכמה תשובות באחרונים שבנסיבות דומות הורו שאם לא ניתן לכתוב שני גיטין, לכתחילה יכתבו רק גט

מודה דהיכי דאי אפשר שאני ... ואף שהפתחי תשובה בסי' קכ"ט ס"ק מ"א מביא בשם הגט מקושר דאף אם נקרא וחותרם אך בשם המשפחה עכ"ז אין לכותבו, דכיון דעולה לתורה בשם ישראל, הכל יודעין דיש לו שם אחר, התם שאני דאולי היה עולה לתורה כמה פעמים בשנה והיה ידוע עכ"פ לכל שם העריסה, משא"כ בנידון דידן. ועוד, דהא הא דמכשירין כה"ג משום דסומכין על דברי מהרי"ק דהוכיח מדברי ר"ת בספר הישר דר"ת התיר במתנכר לכתוב שם יהודית אף דנשתקע. אבל בספר הישר לר"ת שנדפס מחדש מבואר להדיא בהיפך, דדוקא בלא נשתקע התיר לכתוב שם יהודית, כמבואר כ"ז בקו"א מהטו"ג שנדפס אצל ספר אהלי שם, וכן איתא בשם אריה סי' ס"ב ח"ב, לפי"ז פשיטא בנ"ד אין לכתוב שם העריסה לחוד. איברא בנ"ד היה אפשר לכתוב שם המשפחה דמתקרי יעקב, אך דעת הרב המסדר דאי אפשר לכתוב שם המשפחה לעיקר, לכן כה"ג דא"א בענין אחר כדאי הם הפוסקים הספרדיים הב"י והג"פ לסמוך עליהם לכתוב שם המשפחה בהמכונה אף לכתחילה, ומכ"ש בדיעבד שכבר ניתן. שוב ראיתי בשם אריה סי' ס"ב בתוך הדברים וז"ל והנה חניכת משפחה א"צ לכתוב כלל כמ"ש הרמ"א סעיף ט"ז, ועכ"ז כשהכל קורין בחניכה זאת כשר. וי"ל דאיירי בכותבין שם משפחה לבד דאינו עולה לתורה בשם עריסה, ומשם אביו יודעין שזה המגרש".

לעומת זאת, בתשובת הרי בשמים תניינא סי' קפב, לא הסכים לכתוב שם משפחה אף כשנקרא כן בפי כל. בתשובה זו דן במי שנקרא בפי כל רק בשם המשפחה מאשקוויטץ, והעלה שאין לכותבו בגט. להלן עיקרי דבריו – "מלבד דדעת רבים מהראשונים ז"ל דאף דנשתקע מקריאה, אי לא נשתקע מידיעה לא חשיב נשתקע ... לבר מן דין, הרי לא חשיב נשתקע רק היכי שנעקר השם הראשון ונתחדש שם עצם אחר במקומו, כענין השתנות בבל לבורסיף שבסוף פרק במה מדליקין. אבל היכי שנקרא בשם חניכה, הלא הכל יודעין שיש לו שם עצם ולא חשיב נשתקע על ידי זה, דומיא דכתבו בתוס' גיטין לה: דבמומר כותבין שם ישראל ואפילו נשתקע, כיון דהכל יודעין שיש לו שם יהדות וכן הוא בשו"ע סי' קכ"ט ס"ה, וכ"כ מהרי"ק שורש פ"ו ... אליהו ואח"כ נקרא בפי כל באלי, וכתב בגט אליהו לחוד, כתב שם דאם שם באלי אינו שם עצם רק כינוי, אז אע"פ שהאיש הזה לא נודע כלל בשם אליהו בגט כשר, דהשם אליהו לא חשיב נשתקע משום דכל הקורא אותו באלי יודע שיש לו שם אחר ע"ש. וא"כ ה"נ כיון ששם מאשקוויטץ אינו רק כינוי משפחה וידוע שבדאי יש לו שם מובהק, לא חשיב נשתקע. וי"ל דבנ"ד גם החולקים על מהרי"ק הנ"ל יודו דלא חשיב נשתקע שבשלמא בשם באלי היה מקום להסתפק דדילמא הוא שם עצם כמבואר בדברי מהרי"ק שם, ולכך יש איזה סברא לחשבו נשתקע, משא"כ שם מאשקוויטץ הלא הכל יודעין שאינו רק חניכה ... ויוכלו לכתוב שם דוד בלבד. ומה שעלה על דעת כבודו לכתוב בגט השם מאשקוויטץ בעיקר השם

בשמו יעקב. וכתבו בגט יעקב דמתקרי על שם המשפחה. ורב אחד עירער, דממה נפשך, אם השם יעקב נשתקע אין לכותבו כלל, ואם לא נשתקע הגט כשר בשם יעקב בלבד ומדוע לחרוג מהמנהג שכותבים רק את שמו הפרטי בלא שם משפחה.

והרב אהל משה הצדיק את הרב המסדר וכתב - "הנה החתם סופר אה"ע ח"ב סי' לח כתב דאם כותבין שם לביאה לחוד הגט פסול, ובכותבין גם שם לענא הגט כשר, והרי החת"ס סובר דשם לביאה לחוד הוא כשם הנשתקע, ועכ"ז בצירוף שם לענא הגט כשר, ומוכרחין לומר דסובר דכיון דנקראת בבית הכנסת במי שברך עכ"פ פעם אחת בשנה בימים נוראים תו לא הוא נשתקע גמור. אך לכותבו בעצמו אין לסמוך על זה כיון דחשש נשתקע הוא ספק איסור דאורייתא, גם השם לענא לחוד ג"כ לא עלה לרצון בעיני החת"ס לכותבו בעצמו, משום דבכל חד וחד לחוד לא הוא ספירת דברים ... אך בכתבו כל השמות מעריסה ובפי כל, אך בצירוף שניהם תו הוא דבר שלם וכשר אף לכתחילה. גם בחידושי אנשי שם (מובא באהלי שם כלל ז' ס"ק נא) באיש אחד מעריסה היה שמו אברהם ובפי כל נקרא באטשא ושם אברהם לא נודע, ולחתום לא ידע אך לס"ת עלה לעיתים רחוקות בשם אברהם, וכתבו בגט אברהם, והשיב דהגט פסול, דאף דלא הוא נשתקע גמור עכ"ז שם טפל הוא ופסול אף בדיעבד. ונידון דידן דומה ממש לנידון הגאונים הנ"ל. וכיון דאיכא דעת החת"ס ודעת הגאון חידושי אנשי שם דבכה"ג אם לא כתבו אך שם העריסה הגט פסול אף בדיעבד, אף דבאהלי שם שם מכשיר כה"ג, באשת איש החמור אין לסמוך עליו להקל נגד הני תרי אריותא ... במקום דאיכא חשש נשתקע ושם טפל ... לזאת לא היה מן הדין לכתוב אך שם יעקב לחוד נגד הגאונים הנ"ל, ובכתבו אף שם המשפחה כשר אף לכתחילה לדעת החתם סופר. ואף דגם כתיבת שם המשפחה אינו כשר אך בדיעבד, אין לדמות הדיעבד דשם המשפחה לחשש נשתקע דהוא ספק איסור דאורייתא גם מחשש טפל. וגם על ההכרזה דקודם כתיבת הגט אין לסמוך, דאהלי שם לא סמך על ההכרזה הנ"ל אלא בצירוף דנקרא בשם העכו"ם היוצא משם עברי ... ואף שבספר קב ונקי ס"ק פ"ח מביא בשם מהרימ"ר בביאורו דבכתבו גם שם המשפחה אף בדיעבד דכבר ניתן הגט פסול, התם שאני דהיה נקרא בפי כל חיים וכן עלה לתורה ולחתימה, אך היו מכנים אותו גם בשם גני"ט כינוי משפחה, וכיון דאם היו כותבים אך שם חיים הגט כשר, משום הכי פסל הגט, ועי"ל דכתבו שם המשפחה לסימן מחמת שני יוסף בן שמעון והיה אפשר לכתוב סימן אחר. משא"כ בנידון דידן דשם העריסה לחוד לא היה באפשר לכתוב כדאמרן, כה"ג שפיר דמי לסמוך על תשובה מאהבה שכתב שם משפחה לסימן. ואף שהחת"ס ח"ב סי' ל"ב מאה"ע פקפק בזה, היינו דוקא היכא שאפשר לכתוב שם העריסה עם שם המשפחה בלא המכונה, משא"כ בנ"ד שאי אפשר בעניין אחר גם החת"ס

בספר אדרת אליהו (ספר זיכרון להג"ר אליהו רא"ם ז"ל) הובא דיון שדנו אודות גט שנשלח מבוכרה לארץ ישראל בשנת תרצ"ט, הגט נכתב על ידי הבעל בעצמו והוא אינו בקי בטיב גיטין, ודנו גדולי הדור בכשרות הגט. ובתוך הדברים כתב החזו"א (שם עמ' רכט), – "יש עוד נידון חמור בגט (כמדומה לי) שכתוב כינוי המשפחה בלא המכונה ובלא חינוך. ועיין בפ"ת בסדר גט ראשון ס"ק י"ב בשם הרבה אחרונים שנתלבטו בזה בזמן שצריך לכותבו לסימן. ומבואר בדבריהם דלכתוב סתם ראובן אברבנל ודאי פסול, כי לפי מטבע שאמרו חכמים נקרא בגט שהכל שמו והוי שינה שמו, וכ"כ בפ"ת שם סק"ט בשם תשובת מים חיים דאם שמו טובי וכינויו גוטמן וכתבו טובי" גוטמן פסול אפילו במקום דחק ועיגון".

ובתגובה לדבריו כתב הג"ר יעקב קלמס ז"ל – "איני מבין, הלא שם גוטמן כינוי לטובי, ויש שקוראין אותו טובי" ויש שקורין אותו גוטמן, וכן מפורש בב"ש באות ג' בשמות גיטין וז"ל גוטמן הווי כינוי לטובי, כמו גרונם לשמואל. ומי שקוראין אותו גוטמן אינם קורין אותו טובי" ומי שקורין אותו טובי אינם קורין גוטמן. והוי כמו חיים ושמעון שיש שקורין חיים ויש שקורין שמעון והוא כותב חיים שמעון. אבל שם המשפחה שכותב וחותם תמיד ככה שם משפחתו וגם יש אנשים שקורין שמו ומשפחתו ביחד וכלם יודעים ששם אבאיו שם משפחה, א"כ איני יודע אם יש מקום לפסול".

הגאון חזון איש ז"ל השיב לג"ר יעקב קלמס ז"ל (שם עמ' רלג) וז"ל – "חסרון המכונה ב"משפחה" מראה לפי מטבע הגיטין – שאין כותבין כינוי בלא תיבת המכונה – שהוא שמו. ואף אם ידוע שמלה זו אין משתמשין בה לשם, אלא לכינוי, זהו תורה שבעל פה, אבל בגט כתוב דאיש ששמו פוא"ה הוא המגרש, והרי כתב הד"מ סי' קכ"ט ס"ק י"ט דאם כתבו המכונה על המשפחה הגט פסול, משום דהמכונה משמע דמיעוט קורין אותו לשם. ובאמת מכנין כן לשם משפחה אע"ג דידוע כן בעולם מ"מ לא מהני. ועיין עוד בפ"ת בסי' קכ"ט ס"ק מ"א בשם הג"מ דאע"ג דקורין כן בני אדם לא מהני. ועיין עוד בפ"ת על סדר הגט סעיף יט ס"ק י"ב בשם אחרונים דבזמן שהיו צריכין לשילוש דחקו איך לכתוב, אבל לא עלה על דעת שום חכם לכתוב בלא המכונה ובלא חינוך רק סתם בלשון שמו".

העולה מהאמור, שלדעת החזון איש יש לפסול גט שנכתב בו השם הפרטי ובסמוך שם המשפחה ברציפות ובלא דמתקרי או המכונה, כגון שכתבו משה מרגליות, וטעמו הוא מפני שממטבע כתיבת הגיטין עולה שנכתב גט לאדם ששמו הפרטי הוא משה מרגליות, ולמעשה מרגליות אינו שמו הפרטי. אבל כששם המשפחה נכתב בדרך ברורה ככינוי עצמאי לא פסול. ובעיקר דינו של החזו"א עיין בשו"ת חתם סופר חלק אה"ע ח"ב סי' לב הנזכר במש"כ "יוסף קאץ".

והשם דוד בדמתקרי הוא זרות לומר כן, כמבואר בסעיף ט"ז בהג"ה דאין לכתוב כינוי משפחה בגט, ואף שהכל קורין אותו בחניכה זו. ולפרש"י בגיטין פז: הא דקתני כתב חניכתו וחניכתה כשר היינו שם לווי של המשפחה וכך היו נקיי הדעת שבירושלים כותבין לכתחילה ... היינו דוקא כינוי משפחה שבדורות הראשונים שהיתה מיוחדת רק למשפחות ישראל ויסודתה בקודש ... כגון ר' אברהם אבן עזרא שכל בני משפחתו היו נקראין כך, וכינוי כזה ראוי להזכיר בגט. אבל כינוי משפחות של עכשיו שניתן להם עפ"י ערכאות ונקראים בשמות הללו עלי אדמות להיות ככל המון הגוים בעוה"ר, הוי כהא דקי"ל דאין להזכיר שם גיות בגט עט"ז שם ועיין בספר אנשי שם מהגאון מהרש"ק ז"ל סי' קמ"ב, עכ"ל **הרי בשמים.**

ולמעשה ראיתי שמגדולי דורינו הכריעו שבמקום שאי אפשר להמנע מכתובת שם המשפחה שיש לכותבו בדרך המבוארת בתשובת מהרש"ם.

בספר אבני חשן, להג"ר יצחק זילברשטיין שליט"א ח"ג עמ' תקכח, כתב בלשון זו – "ואמר מו"ח מרן הרב אלישיב, בזמנינו מעיקר הדין היה עדיף לכתוב ולחתום גם את שם המשפחה, שהרי בזה ניכר היום האדם, אלא שאין משנים שום דבר בגיטין ולכן אין אנו כותבים. ומעשה בגט שהיה ספק איך לכתוב את שם הבעל, ולא היתה הכרעה בזה, והוריתי לשנות ולכתוב רק את שם המשפחה שכשר עכ"פ בדיעבד כסוגיין, כיון שלא היתה אפשרות אחרת וסמכתי על המהרש"ם שעשה כן לכתחילה, ומ"מ אין לשנות כלום בגיטין עכ"ל".

סיפר לנו גם הגאון ר' בצלאל זולטי זצ"ל שהיתה להם בבית דין שאלה כעין זו באשה שלא ידעה ולא ידעו במדויק את השם הפרטי של הבעל, והגאון ר' בצלאל פנה בשאלה זו לבעל הדובב מישרים להסכמה לכתוב בגט את שם משפחת הבעל. ובאותו מעמד ישב לפני הרב מטשעבין הגאון ר' העניך פדווא מלונדון והרב ר' בצלאל שאל את השאלה בנוכחותו. קרא לו הרב מטשעבין החדרה, לצד, ואמר לו ר' בצלאל, הרי בסופו של דבר אתיר לך לכתוב את שם המשפחה של הבעל בגט, אבל מה צריך ר' העניך מלונדון לדעת מה עושים כאן בארץ ישראל, מה הוא צריך לדעת את ההיתרים שאנו משתמשים בהם בשעת הדחק ולמה שאלתני בנוכחותו.

הגאון ר' בצלאל הרגיש כמה יראת שמים אנו יכולים ללמוד מגדולי עולם. הרי ר' העניך ירא ה' מפורסם, וגם הוא מבין שיש שעת הדחק שצריך להשתמש בקולות כדי להתירה מעיגונה, ובכל זאת בקש הגאון מטשעבין זצ"ל להצניע הדבר ולא לפרסמו אפילו לרבנים גדולי הדור ויראה". עכ"ל **ספר אבני חשן.**

אך דעת החזון איש היא שעכ"פ אין לכתוב את שמו הפרטי יחד עם שם המשפחה ביחד בלא דמתקרי או המכונה.

את השם הפרטי ובשני את שמו הפרטי ושם המשפחה בדמתקרי או המכונה, אך בגט שליחות שאי אפשר לכתוב שני גיטין, יש לכתוב רק גט אחד עם שמו הפרטי ובדמתקרי או המכונה בשם המשפחה.

מסקנת הדברים - במקרה שאם לאחר שיכתב בגט רק שמו הפרטי עדיין יהיה חשש בכשרות הגט, כגון דכולי עלמא קוראים לו רק בשם המשפחה, ואינו רגיל לעלות לתורה, לכתחילה יש לכתוב שני גיטין, בראשון יכתבו רק

סימן סז

בירור בשאלת כשרות גט

מיקרי דבי בר סיסין, אמר ליה הא לאו דבי בר סיסין היא, ואיקרוייה הוא דמיקריא דבי בר סיסין.

וכן במסכת עבודה זרה דף סו. בפלוגתת אביי ורבא אי אזלינן בתר טעמא או בתר שמא, מצינו לשון מקרי במשמעות של קריאת השם. וזה הלשון בגמ' שם - "אביי אמר בנותן טעם, בתר טעמא אזלינן, והאי טעמא לחוד והאי טעמא לחוד, והוה ליה מין בשאינו מינו, ומין בשאינו מינו בנותן טעם, ורבא אמר במשהו, בתר שמא אזלינן, והאי חלא מיקרי והאי חלא מיקרי, והאי חלא מיקרי והאי חלא מיקרי, והאי חלא מיקרי, וה"ל מין במינו, וכל מין במינו במשהו".

ובגמ' במסכת בבא בתרא דף עד. - "רבי יוחנן משתעי, זימנא חדא הוה קא אזלינן בספינתא, וחזינן ההיא קרטליתא דהוה קא מקבעי בה אבנים טובות ומרגליות, והדרי לה מיני דכוורי דמקרי כרשא". וכתב שם הרשב"ם ששמו כרשא, ועל זה נזכר לשון הלשון "דמקרי".

וכן מצינו ברש"י במסכת קידושין דף ע: שכתב בלשון זו - "בי כובי דפומבדיתא. כפר הסמוך אל פומבדיתא דמקרי בי כובי". ובמסכת סנהדרין דף צו. כתב רש"י - "טבא מיליה דר' יצחק נפחא מדבר נפחא. ר' יוחנן דמקרי בר נפחא בכולא התלמוד, כמו (בבא מציעא פה, ב).

וכן ברש"י במסכת חולין דף סו. כתב - "תנא דבי רב. קרי לברייתא קמייתא ששנויה בתורת כהנים דמקרי ספרא דבי רב לפי שהיה שגור בבית המדרש בפי כולם".

אלא שיש לתיבת "דמקרי" גם משמעות אחרת. בגמרא במסכת בבא בתרא דף ל: - "ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא. אמר ליה מפלניא זבינא ואכלתיה שני חזקה. אמר ליה פלניא גזלנא הוא. אמר ליה והא אית לי סהדי דאתאי אימלכי בך, ואמרת לי זיל זבין אמר ליה השני נוח לי, הראשון קשה הימנו אמר רבא דינא קאמר ליה. כמאן כמדמון דתנן העורר על השדה וחתום עליה בעד אדמון אומר השני נוח לי, הראשון קשה הימנו. וחכ"א איבד את זכותו. אפילו תימא רבנן, התם עבד ליה מעשה, אבל הכא דבורא עביד איניש דמיקרי ואמר".

ופרש הרשב"ם, דמקרי ואמר. לשון ויקר מקרה (רות ב). יש מקום לומר דמכיון שתיבת "דמקרי" מתפרשת בשתי דרכים, אתינן למש"כ הרמב"ם בפ"ד מגירושין. בפרק ד' הלכה ט' כתב הרמב"ם - "כל לשון שיכתוב בה הגט, צריך שיזהר הסופר בדברי הגט שלא יהא משמען שני עניינות, עד

בפני בית הדין התעוררה שאלת כשרות גט שנכתב ונמסר ועוד באותו יום נמצא שנחסרה בגט אות אחת. הבעל שמו דוד ומכונה קיטשי. ובהתאם למקובל בבית הדין בכל מקרה לכתוב "דמתקרי" (ולא "המכונה") היה אמור להכתב בגט "דוד דמתקרי קיטשי", ובטעות נכתב דוד דמקרי קיטשי, בהשמטת הת'. רק לאחר שהגט נמסר והבעל ואשה הלכו לדרכם התבררה השמטת הת', ועלינו לברר האם יש לזמנם לסידור גט נוסף.

ומצאתי בספר חיים לעולם להג"ר חיים מודעי ז"ל ח"ב אה"ע סי' כא שכתב - "הוה עובדא שטעה הסופר במקום שהיה לו לכתוב דמתקרי בכור כתב דמקרי בחסרון הת'. וכעת לא נמצא דבר מפורש והצרכתיו לכתוב אחר משום דהיה כמשמעותו שיהיה מענין מקרי דרדקי האמור בגמרא במקומות רבים ויש לטעות שהוא סימן למגרש ששמו יששכר שהוא מלמד בכור, וזהו אומרו יששכר דמקרי בכור. ואף שבא אחריו ודמתקרי דאוד, עדיין יש לטעות שהוא חוזר אל בכור דסליק מיניה כמובן. בעבור זאת פסלתיו. ועוד יש לפרשו במשמעות רבים כנודע".

מתוך דבריו נראה שבנידון שם הגט עדיין לא נמסר, ועל כן הורה לכתוב גט חדש, ויש לדון האם בדיעבד שכבר נמסר הגט יש לזמנם לסדור גט מחדש.

(ביחס למחבר - רבי חיים מודעי ז"ל, הנודע ביהודה מזכירו בתשובה מהדורה קמא חלק יו"ד סי' פז וז"ל - "נשאלתי מהרב הגאון החכם השלם והכולל מוהר"ר חיים מודעי נ"י חד מחכמי קונסטאנדינא רבתי מדי עברו עלינו בשליחות מצוה לכונן את ק"ק צפת תוב"ב". ויעויין בשו"ת יחוה דעת חלק ו' סי' יט שהביא מספר דרך הנשר (ח"א דף מח ע"א), שהגאון רבי נתן אדלר עשה מעשה רב, שהזמין את הגאון רבי חיים מודעי מאיזמיר, אל עירו ואל שער מקומו, בפרנקפורט, ובמשך שלש שנים למד אצלו את המבטא וההיגוי הספרדי, ומאז נטש את המבטא האשכנזי, ואף כשליח צבור עבר לפני התיבה במבטא ספרדי).

והנה תיבת "מקרי" סובלת כמה פירושים, ויש לדון האם בכה"ג יש לחוש שיתפרש במשמעות הפוסלת.

מצינו בש"ס וברש"י שתיבת "דמקרי" בלשון קריאה. במסכת בבא בתרא דף ל. מצינו - "דההוא דא"ל לחבריה, כל נכסי דבי בר סיסין מזבינא לך, הואי ההיא ארעא דהוה

בגמרא והביאם הוא זכרו לברכה כגון ודין וכן כולם שהם מענין גירושין. ואפשר לקורא שיאמר שאף שהוא מגרשה, מכל מקום הוא אומר שמשפט בינו לבינה לענין הגירושין. או אף שהוא כותב לה גט הרי הוא אומר שלצחוק הוא כותב לה, או שבגט זה הוא מגרש עוד נשים אחרות, ועוד ליכי מדברו עמה, ומשם והלאה גופו של גט מדבר לנשים אחרות רבות או שתיים ואומר להן שאני רוצה שתהיו כל אחת ואחת מכם רשאה ושלטאה וכו' וכן במה שנזכר בגמרא שלא הביאו הרב ז"ל והוא מה שאמרו דלא ליכתוב להתנסבא באל"ף שלא יקרא הקורא לא תנסבא ויחשוב שכן כותב לה הגם שאני מגרש אותך איני מתירך להנשא לשום אדם ותאסר לאחריני אלא שתהיה פטורה ומותרת לכל אדם. ומה שכתב הרב זכרו לברכה עד שהקורא אומר שמא לכך נתכוין שאין משמעו לשון גירושין, לאו למימרא שהוא כותב דברים זרים שאינם מענין שאין דרך בני אדם ליכתוב דברים זרים בגיטין וטעות סופר הוא ואין הגט נפסל בכך כאשר אוכיח לפנים בעזרת השם, אלא שמדבר מענין הגירושין, אלא שאין משמעותן ענין אחר שגרש ושלח פלוני את פלוני עד כאן לשונו. הרי שפירש הרב זכרו לברכה שזה קורא ענין אחר וכשאינו כן אלא שמדבר עמה בענין הגירושין ואומר לה שיש לה דין עמה וכיוצא באלו שכתב קורא אותה שני עניינים, שזה אינו לשון גירושין ומענינו הואיל והוא כותב שיש לו דין עמה. וכן כתב הרב ז"ל בהדיא אחרי שבאר המלות שיזהר בהם האדם, וזה לשונו ועל דרך זה צריך ליזהר בכל לשון ובכל כתב שיכתוב שלא יהא בו משמע שני עניינים עד כאן לשונו. הרי לך בהדיא של כיוצא במה שכתב קורא שני עניינים, אבל שנדקדק שיש לחוש שלא יקרא הקורא דברי זרים דלא שייכי כלל בגירושין לא עלה על הדעת ואין לחוש כלל לכיוצא באלו.

ובשלחן ערוך אה"ע סי' קכו סעיף מט פסק - "אם חסר תיבה אחת מהטופס, לא נפסל בכך". והרמ"א הוסיף - "וכל שכן אם חסר וי"ו שנייה של וכדו, וכתב, וכד דמאחר שאין הענין משתנה, אין פסול בחסרון, וה"ה אם היו אותיות יתירות, כל שאין הענין משתנה, אבל אם נשתנה הענין, פסול. ולכן יש אומרים דאם כתב לבריאת עלמה, בה"א, שהגט פסול, דעלמה לשון נערה, ויש מכשירין בשעת הדחק".

מבואר שהרמ"א הביא מחלוקת זו של הבנימין זאב והרד"ך ולא הכריע. ועיין בתשובת חתם סופר חלק אה"ע ח"ב סי' מט שהשיב בענין גט שהחתם סופר חשש לפוסלו אם נכתב בו "מקדמת דנא" במקום "מן קדמת", ובתוך דבריו כתב וז"ל - "ועל זה ערער מעלתו ... אי ס"ד דיש לפרש כנ"ל לא יועיל לזה שום רמז ממה שכתב לפניו דהוית שהרי אנו חוששים מלכתוב מונין בוי"ו שלא יהי' משמעתו לשון אונאה כמו אומות העולם מונין את ישראל אעפ"י שאין המשמעות שלפניו ולאחריו משמע כן. וכן אם כתב לבריאת עלמה בה"י פסלינן

שנמצא הקורא אומר שמא לכך ולכך נתכוון שאין משמעו לשון גירושין, או שמא לענין זה נתכוון שמשמעו לשון גירושין, אלא יהיו דברים שאין בהן ספק באותה הלשון, אלא משמען ענין אחד שגירש ושלח פלוני את פלונית". ובהלכה יא כתב הרמב"ם - "היה בו משמע שני עניינות או שהיה בכתבו עיקום או בלבול עד שאפשר שיקרא ממנו ענין אחר, הואיל ונקרא לענין הגירושין ויש בו משמע גירושין הרי זה פסול".

ובהלכה יג - יד כתב הרמב"ם - "כשיכתוב הגט בלשון זה ובנוסח זה לא יכתוב ודין ביד, שמא יקרא הקורא ודין כלומר משפט יהיה ביני וביניך, ולא יכתוב ואגרת ביד שמא יקרא הקורא ואי גרת כלומר אם זינת, ולא יכתוב למהך ביד שמא יקרא הקורא לי מהך כלומר לי שחוק ... ועל דרך זו צריך להזהר בכל לשון ובכל כתב שיכתוב שלא יהיה בו משמע שני עניינות. הרי שכתב בנוסח זה ולא האריך ואין אלו או לא כתב היודין היתרות או שכתב היודין שאמרנו שלא יכתבו הרי זה גט פסול וכן כל כיוצא בזה בכל לשון פסול". ומצינו מחלוקת בין הרד"ך לבנימין זאב שדנו בגט שנכתב בו בשיטה ראשונה "לבריאת עלמה" במקום "לבריאת עלמא".

בשו"ת בנימין זאב סי' קח כתב - "לענין שכתוב בו עלמה יש לחוש דמשמע על מה או נערה, וכיון דמשמע מיניה שני עניינים ראוי לחוש. וכתב הרמב"ם ז"ל הלכות גירושין פ"ד כל לשון שיכתוב בגט, צריך שיזהר הסופר בדברי הגט שלא יהא משמען שני עניינים עד שנמצא הקורא אומר שמא לכך ולכך נתכוון שאין משמעו לשם גירושין, אלא יהיו הדברים שאין בהן ספק באותו הלשון אלא משמען ענין אחד שגרש ושלח פלוני את פלונית כו' עד היה בו משמעות שני עניינים כו' עד הרי זה פסול, וכבר ביאר הרב ז"ל הלכות גירושין פ"ב מה בין גט פסול לגט בטל שכל מקום שנאמר בחיבור זה שהוא בטל הוא בטל מן התורה ובכל מקום שנאמר פסול הוא פסול מדבריהם עכ"ל ... אפילו דנימא דגט זה פסול הוא ולא בטל, דלא שינה, מכל מקום כיון דהוא פסול לא תינשא לכתחילה. דהא משמעות עלמה דכתוב בו משמע לשני עניינים כדפרישית, והרמב"ם ז"ל כתב שהוא פסול והבאתי דבריו לעיל, ולפ"ז לכל הפחות אם הבעל הוא לפניכם יצוה שיכתבו גט אחר".

אבל הרד"ך בית ד' חדר ד' חלק על הבנימין זאב, וכתב בלשון זו - "ובמה שטעה הסופר וכתב דרגילנא בה"א ועלמא בה"א, אין חשש בזה לעניות דעתי. דמה שכתב כבודך שיש לחוש משום דעלמה בה"א אפשר לפרשו על דרך הרה העלמה, או שהוא שתי מלות וכתבת דמדברי הרמב"ם ז"ל יראה שהוא פסול שכתב וזה לשונו כל לשון שיכתוב בה הגט צריך ליזהר הסופר בדברי הגט שלא יהא משמען שני עניינים עד שנמצא הקורא אומר שמא לכך ולכך נתכוין שאין משמעותן לשון גירושין עד כאן לשונו. לא היא לעניות דעתי, שלא אמר הרב אלא בכיוצא אותם המלות שנזכרו

פב"פ צביתי ברעות נפשי ופטריית כו. ובודאי הגמור הוא שכל הקורא במינאי לא יקרא אלא מיניה ידידה. וכבר מבואר ברמב"ם ז"ל בפ"ד שכל אותם הדיקדוקים דאביי אינם אלא שמא יקרא הקורא ע"ש, דמשמע דאי קים לן שלא יקרא הקורא כן, אע"פ שהוא באפשר, כל שהוא אפשר רחוק לא חיישינן ליה. וכן מתבאר ממה שכתבו הפוסקים בשינוי בכתיבה להביא תינוק דלא חכים ודלא טפש, וכל שיקרא אותה כתקנה שפיר דמי, אע"ג דתינוק אחר דעדיף מיניה או דגרע טפי לא יקראנה הכי, לית לה בה. ועם היות דמדברי הרב המגיד וזולתו מוכח דכתיבה דנפיק ריעותא במשמעותה, בעינן שלא יקרא שום אדם באותו משמעות הפוסל, כמו שנכתוב לקמן בענין הארכת הווי"ן, מ"מ בנדון זה אפשר דאינו לשום אדם לקרוא ינאי. ובהצטרף עם זה סברת הגאונים דכל הנך דקדוקי דאביי אינם פוסלים אלא בכתב הבעל או הסופר מפי הבעל ומערער, אפשר להקל בנדון זה בשעת הדחק דהסכים מהריב"ל, עכ"ל.

ולפי זה בנידון דידן, נראה שאפשר לומר בבירור דקים לן שאף אדם לא יקרא "דמקרי" בפתח תחת המ', יש סברא לומר שאף לדעת הרמב"ם אינו פסול, ויתכן שתלוי במחלוקת הרד"ך והבנימין זאב שהובאו ברמ"א בלא הכרעה. ובהצטרף לסברות הגאונים החולקים על הרמב"ם, יש להורות לכתחילה לכתוב גט נוסף, אך אם הדבר לא יעלה בידנו יש מקום לדון להכשירו.

סוף דבר - הזוג הוזמן לבית הדין והסכים לסדור גט נוסף, וכך נעשה לצאת ידי כל הספקות.

דמשמע עלמה נערה אע"פ שאין המשמעות סובל כן, אע"כ אם אפשר לטעות לא יועיל לזה שום משמעות, אבל הכא ליכא למטעי כלל אם לא כתיב להדיא יותר מקדמת דנא, אלו דברי פקפקיו".

ומבואר בהמשך התשובה שהחתם סופר הסכים שאם אפשר לטעות להבין משמעות מוטעית הפוסלת, לא יועיל שנפרש משמעות זו היא רחוקה ואינה מתיישבת עם התוכן הכללי של הדברים הכתובים בגט.

ובספר מכתב מאליהו שער ב' סי' ב' דן בגט שנכתב בו "מינאי" עם אות י, במקום "מנאי", והביא שמהריב"ל כתב לחוש שמא יתפרש שנכתב בגט ודן די יהוי ליכי גט מאדם בשם ינאי. המכתב מאליהו הביא מהב"י והרמ"א סי' קכו סעיף מד שהכשירו אם נכתב "מינאי". וכתב המכתב מאליהו - "ומ"מ לבבי יחשוב להקל בזה מטעמא אחרינא, משום דלא אשכחן לראשונים שכתבו להזהר בזה זולת המרדכי, ואף הוא אפשר דלשופרא דשטרא כתב הכי ... והכותבים אותו ביו"ד הוא משום דכל לשון שאינו בעברי רגילות לכתוב ביו"ד כמ"ש התוספות (גיטין פה: ד"ה ולא) גבי ולא לכתוב איגרת ביו"ד ע"ש. ולפי זה אם כתב ביו"ד אליבא דכו"ע כשר, כל שאינו יוצא ממשמעות שום עקירה בגירושין. ואע"ג דהכא איכא עקירה מה שהוליד מהריב"ל, אפשר לומר שאינו פוסל אלא היכא דהמשמעות הוא קצת קרוב קצת להאמר, כגון ודין שהוא קרוב לדין, ואיגרת שקרוב קצת לגג (עיין רש"י גיטין פה:) או לזנות (עיין רמב"ם פ"ד מגירושין הי"ג) ... אבל ינאי במינאי הוא רחוק מה שיהיה דמאן דכר שמייה דינאי הכא. ובפרט שכבר כתוב בתחילת הגט אנא

סימן סח

בירור הלכה בדין קיצור השם בגט

חשון תשנ"ז

עיקר ושם טפל "אם השני שמות כתובים בפירוש בגט אין הפרש בין שכותב זה ראשון או זה".

אך בשו"ת בית אפרים אה"ע סי' פה השיב אודות אשה שמעריסה נקראת שאסיא טויבא והרוב קורין לה טויבא, ולשיטת הבית אפרים השם טויבא נידון כקיצור, ועל סברת הרב השואל שם שטען שיש להקדים את השם שנקראת בפי הרוב ולכתוב טויבא דמתקריא שאסיא טויבא, כתב הבית אפרים - "ז"א כמ"ש, כיון דטויבא קיצור השם הוא, אפשר שיש חשש אפילו בדיעבד אם עשהו לעיקר וכתב על השמות העיקריים דמתקרי, דקיצור השם גרע משם טפל", עכ"ל.

הרי שלדעת הבית אפרים דוקא בשם טפל קיי"ל דכשר בדיעבד אם נכתב השם הטפל בתחילה והשם העיקרי נכתב בדמתקרי, משא"כ בקיצור השם יש לדון לפסול אפילו בדיעבד, אם כתבוהו לעיקר ואת השם העיקרי כתבו כטפל,

בבית הדין התקיים בירור הלכה אודות גט שנכתב בו - "חנן דמתקרי יוחנן".

שם הבעל מלידה, יוחנן וקיצרו את שמו לשם, חנן וכך נקרא כיום בפי רוב, והמיעוט קוראים לו, יוחנן, וכן בתעודות רשום רק השם, יוחנן והוא חותם לפעמים, חנן ולפעמים, יוחנן (תלוי למי מיועד המכתב), ובבית הכנסת אין רגילים לעלותו לתורה בשמו, אך ב"מי שברך" מתברך בדרך כלל בשם, חנן.

אמנם לכתחילה יש לכתוב "יוחנן דמתקרי חנן" כמבואר בספר אהלי שם כלל ו' סעיף ח', אך כעת בפנינו גט שנכתב בו השם עיקרי, חנן, ועל השם, יוחנן, כתבו דמתקרי, האם יש לחוש לפוסלו והאשה צריכה גט נוסף שיכתב בו - "יוחנן דמתקרי חנן".

בפשטות היה מקום לומר, דמאחר ששני השמות נכתבו בגט, לא גרע מהמבואר בשו"ע סי' קכט ס"ב במי שיש לו שם

קרו לה נוחה וכתבו בגט מנוחה, ורב אחד ערער מפני שמצא שהשם נוחה הוא שם בפני עצמו, וע"ז כתב הב"ש אחרון בדביעבד כשר בשם מנוחה לחוד, והוכיח כן ממה שכתבו הפוסקים להכשיר בגט שכתבו שם עריסה שרה אף שמכנים את האשה שערלין, או שכתבו שם עריסה רחל אף שהאשה מכונה רעכיל, אע"פ שהכינוי שערלין ורעכיל הוא שם בפני עצמו למי שמעריסה נקראת כך כמבואר בב"ש.

והוסיף הב"ש אחרון וז"ל - "ג"ל לפרש דעת מו"ז הרמ"א ז"ל דבאלחנן חנן דוקא לכתחילה כותבין שניהם, אבל בדביעבד אם נתן הגט וכתב שם עריסה אלחנן, אין צריך לכתוב גט אחר. דהא באלחנן וחנן אף אם הוא שם בפני עצמו, אם כתב אלחנן לא הוי שינוי השם, דאף דהוא שם בפני עצמו מכל מקום הוא קיצור השם ג"כ, וא"כ ס"ל דהוי קיצור השם ולא הוי שינוי השם. רק דכיון דחנן הוא שם בפני עצמו יסברו העולם שהוא שם בפני עצמו, וא"כ אלחנן שכתוב בגט הוי איש אחר ואין זה המגרש. והנה לדין דנותנין הגט בפני עידי מסירה, א"כ עידי מסירה יודעין שזה האיש אשר נקרא חנן נתן גט זה וא"כ אין כאן חשש שיסברו שאין זה המגרש, דבשלמא אם יש בגט שינוי השם לא היו מועיל עידי מסירה, דמ"מ יש בגט זה שינוי השם. אבל באלחנן חנן דאין כאן שינוי השם רק מחמת דחנן הוא שם בפני עצמו יסברו העולם שאין זה המגרש, ולדין דיש עידי מסירה אין כאן חשש שיטעו שאין זה המגרש דהא יש כאן עידי מסירה ויודעין שזה המגרש ... לכתחילה צריך לכתוב שניהם, דאף דיש עידי מסירה, לכתחילה צריך להיות הגט מוכח מתוכו כמ"ש הפוסקים גבי שני יוסף בן שמעון להחמיר לכתחילה כר"מ דבעי להיות בגט מוכח מתוכו דעידי חתימה כרתי ואין לסמוך אעידי מסירה, וא"כ מתורץ דברי מו"ז הרמ"א ז"ל דלכתחילה יש לכתוב שניהם אלחנן חנן אף דיש עידי מסירה דלכתחילה אין לסמוך אעידי מסירה וחיישינן לר"מ דסובר עידי חתימה כרתי ... אבל אליבא דר"א דסובר עידי מסירה כרתי ודאי כשר אף אם לא כתב שניהם, דאין לטעות באדם אחר כיון דיש עידי מסירה ויודעין שזה המגרש, וכבר הכריע הב"ש ז"ל בסי' קלו דלענין מוכח מתוכו אם כבר נתן הגט אף דלא נשאת אין צריך לכתוב גט אחר."

מבואר מדבריו, שמעיקר הדין יש לדון את השם חנן כקיצור מאלחנן וכדין יצחק חקין, ורק מחשש לעז צריך לכתוב גם את השם חנן, ומדינא כשיש עידי מסירה אין לחוש, אלא לכתחילה.

בספר טיב גיטין ש"נ אות נ' סק"ה חלק על הב"ש אחרון, וכתב שאין ראיה מהכינוי שערלין או רעכיל שאינו שם אלא כינוי ולכן כשר בכתב רק שם עריסה שרה או רחל, אף שבפי כל נקראת בכינוי. וכתב הט"ג - "כששמה מעריסה שרה, הא קמן דזה עיקר שמה ושערלין קורין אותה לגעגוע ושפיר סגי בשם שרה לחוד. אבל באלחנן חנן, דחנן הוא שם בפני עצמו

מאחר ומדינא אין צריך לכתוב את קיצור השם יש ריעותא בהקדימוהו לשם העיקרי.

וכן בטיב גיטין ליקוטי שמות ס"ק טז חזר על סברתו זו שהקדמת קיצור השם לשם עיקרי גרע מהקדמת השם טפל לשם עיקרי, ומבואר שם שחשש לפסול אף בדביעבד. וע"ע בשו"ת מהר"ם שיק אה"ע סי' קז שהסכים עם סברא זו לחוש אם הקדים את שם הקיצור.

ולפי זה, בנידון דידן לכאורה, יש מקום לחוש ולהורות לבעל לתת גט נוסף.

אך יש מקום לברר האם ביוחנן שקיצרו שמו, והרוב קוראים לו חנן האם השם חנן נידון כקיצור השם או כשם העומד בפני עצמו. ונבאר מהו מקור הלכה זו שאין צריך לכתוב את קיצור השם.

המרדכי במסכת גיטין (סוף סי' שסח) כתב - "אין צריך לכתוב כנוי שהוא קצור של השם, כמו ביל"א בילת"א שמואל מואל מרגליות מרגלוט"א צפורה פורה בנימן בונמי יצחק חקין, שאין זה לא כינוי ולא שינוי."

הלכה זו הובאה בב"י סי' קכט ונפסקה בשו"ע סעיף טו. הרמ"א (שם) הוסיף - "מיהו כל קיצור שם שהוא שם בפני עצמו כמו אלחנן חנן כותבין וכיוצא בזה."

ויש לדון בדיון זה שכתב הרמ"א, האם צריך לכתוב גם את השם חנן מפני שיצא מגדר קיצור השם כשהוא שם העומד בפני עצמו, או גם כשהוא שם בפני עצמו עדיין לא יצא מגדר קיצור השם, ואע"פ"כ צריך לכתבו מטעם כלשהוא. והנה הרמ"א בדרכי משה הארוך כתב בסוף סי' קכט בסדר השמות - "אלחנן או יוחנן דמתקרי חנן, כיון דחנן שם בפני עצמו אין לחשבו קיצור השם."

וכן הלשון בב"ש סוף סי' קכט בשמות אנשים אות א' - "אלחנן דמתקרי חנן כן כותבין ולא הוי קיצור השם כי הוא שם בפני עצמו."

מבואר מלשון הרמ"א והב"ש, דאינו נידון כקיצור השם, מפני שהוא שם בפני עצמו. ונ"מ לדינא דאם יכתבו רק אלחנן יש לפסול אף בדביעבד, אם למעשה נקרא בפי כל רק חנן.

אך בספר גט פשוט ס"ק עה כתב - "יש לחקור אם לא כתב קיצור השם דהוא שם בפני עצמו אם הגט כשר או פסול. ויראה לי דלכתחילה דוקא הוא דכותבין אלחנן דמתקרי חנן ואם לא כתב אלא אלחנן לחוד כשר, כיון דידוע דעיקר שמו אלחנן. ובספר שמות בשם מיכאל דקרו ליה מיכל כתב בשם ד"א דאם לא כתב מיכל הגט פסול וצ"ע."

וכן כתב הג"פ בספרו עזרת נשים ש"א בשם מיכאל שדברי הד"א צ"ע, ורק לכתחילה צריך לכתוב, אך בדביעבד כשר כיון שידוע שעיקר שמו מיכאל, וכמו באלחנן חנן.

מבואר מדברי הגט פשוט - מעיקר הדין אנו קובעים שהשם חנן הוא רק קיצור מאלחנן, ולכן הוא מצילו משקיעה, ואף השם אלחנן נידון כשם עיקרי.

וכן דעת שו"ת בית שמואל אחרון. בחלק אה"ע סי' יג כתב הב"ש אחרון במי שנקראה מלידה בשם מנוחה וכו"ע

יותר דמ"ש הרמ"א דאלחנן חנן כותבין כוונתו שצריכין לכותבו ואפילו בדיעבד מעכב, ולא בא לומר אלא דלא דמי ליצחק חקין, וממילא דינו כשאר שמות. ואמנם גם אם שם אלחנן לא נשתקע (כגון באיש שדרכו לעלות לתורה) צע"ג אם להקל בשכתבו אלחנן לחוד ... לפע"ד אין להקל בשכתבו אלחנן לחוד גם בדלא נשתקע. ונ"ל דאין להקשות ממש"כ הפוסקים שכותבין אלחנן דמתקרי חנן, משמע דמקדימין שם אלחנן ואפילו באינו רגיל לעלות לתורה, וכן באשה מנוחה דמתקריא נוחה, ומאחר שמקדימין שם אלחנן ושם מנוחה ותופסין אותו לעיקר, א"כ אם אין כותבין כלל שם חנן ושם נוחה ליתכשר בדיעבד בשם העיקר לחוד. נראה לפע"ד דליתא, דטעמא דמילתא דמקדימין בזה שם הלידה ועושין אותו לעיקר זהו מפני שחנן ונוחה אינן אלא כמו כינויין ותולדות לעיקר השם, אבל לענין היכרא ברובא ומיעוטא תליא מילתא. לכן לפע"ד בשם העיקר לחוד אין בידינו להקל בזה. אבל במה שכותבין שני השמות אלחנן דמתקרי חנן אע"ג דנשתקע שם אלחנן נראה דאין לפקפק בזה ולומר דמאחר ששם אלחנן נשתקע לא נכתוב רק חנן לחוד. זה אינו דכיון דשם חנן נכלל באלחנן מעלהו משיקועו.

אמנם דברי האהלי שם צ"ב, דבתחילה כשדן האם סגי בכתיבת שם אלחנן נטה לומר שחנן אינו מעלה את השם אלחנן משיקועו אם אינו נקרא כלל אלחנן, ובסוף דבריו כשדן על כתיבת אלחנן דמתקרי חנן נוטה לומר שהשם חנן מעלהו לאלחנן משיקועו ואינו נידון כמי שכתב שם שנשתקע.

ונראה שמאחר ובעיקר העניין אם יש לדון את השם אלחנן לנשתקע כשאינו נקרא כלל בשם אלחנן האהלי שם מסתפק, ולכן אינו מקל אם כתבו רק אלחנן, אך בכתבו את שתי השמות הוא מצרף את הדעות דאין פסול בכתיבת שם שנשתקע בתחילה אם כותבין דמתקרי על השם שנקרא בו, עיין מש"כ בכלל סק"ה דהכי נקטינן מעיקרא דדינא, ועל כן התם העלה דכשר בשעת הדחק ומקום עיגון, והכא דיש סברא דכלל אינו נידון כנשתקע כתב דכך יש לנהוג, מאחר והסברא נותנת שלא יכתבו להפך חנן דמתקרי אלחנן מאחר והשם חנן נובע מהשם אלחנן.

עכ"פ מבואר באהלי שם, שהשם חנן אינו נידון כשם קיצור ואין להכשיר אם כתבו רק אלחנן, והשמיטתו.

העולה מדברינו דרבו הפוסקים הסוברים שאם כתב רק את השם אלחנן יש לפסול אפילו בדיעבד מאחר ולמעשה נקרא בפי כל או אף בפי הרוב בשם חנן, וכן נראה דעת הרמ"א בדרכי משה הארוך והב"ש שהבאנו לעיל.

אך עדיין יש להקשות, מה אכפת לן שהשם חנן הוא שם בפני עצמו, הרי עכ"פ הוא גם קיצור מהשם אלחנן, ומדוע בכה"ג שידוע לנו ששמו מעריסה אלחנן, לא סגי בשם אלחנן, לכאורה במקרה שהשם חנן לא ניתן לו כשם בפני עצמו, אלא השתלשל מהשם אלחנן והוא קיצור של אלחנן,

ולא נגזר כלל מאלחנן, אף שבזה האיש שלפנינו שמו מעריסה אלחנן, מ"מ אין דנין לקיצור השם רק לשם בפני עצמו, וא"כ כשכותב אלחנן אפשר לטעות דמה שנקרא חנן לא מן השם הזה של אלחנן אלא שם אחר הוא ונשתקע שם אלחנן לגמרי ... אם מעריסה שרה וממילא דשערלין לגעגוע וכשר בשרה לחוד. משא"כ באלחנן חנן או מנוחה נוחה דשם נוחה לא נגזר כלל משם מנוחה אלא שם בפני עצמו הוא, אע"ג דזו נקראת מעריסה מנוחה, לא תלינן נוחה לשם קטנות רק שם בפני עצמו הוא ונשתקע שם העריסה שהוא מנוחה וי"ל דאף בדיעבד הוא פסול ... אם נקראת שם העריסה רחל אף שקורין רעכיל הרי הוא כקורין רחל משא"כ כאן, ולכן מש"כ הגאון הנ"ל דשפיר הוי הגט אף לכתחילה תמוה. גם מש"כ דכיון דאיכא עידי מסירה ליכא לעז הוא תמוה דא"כ בטלת כל לעז דהא איכא עידי מסירה.

ובשו"ת בית אפרים אה"ע סי' פה באר הטעם שצריך לכתוב חנן - "קריאתו בשם חנן לא נגזר שורשו משם אלחנן אלא הוא שם לעצמו וא"כ אם יכתוב שם אלחנן הרי דילג שם הקריאה לגמרי ... גבי אלחנן חנן צריך לכתבו, כיון דחנן הוא שם בפני עצמו, הקורא לו חנן לא ידע שהוא קיצור השם הוא מאלחנן, ויסבור שעיקר שמו חנן ואין לו שם קדוש אחר כלל, לכן צריך לכתבו בפני עצמו".

הבית אפרים בתשובה זו דן בנידון אשה ששמה מעריסה שאסיא טויבא ורוב העולם קוראים לה טויבא, דיש סברא לומר דסגי מעיקר הדין בכתיבת השם שאסיא טויבא בלא דמתקריא טויבא, מאחר וטויבא נידון כקיצור השם לשאסיא טויבא. וכתב הבית אפרים דלכאורה צריך לכתוב את השם טויבא לחוד מאחר ודמי לאלחנן חנן דצריך לכתוב חנן דהוא שם בפני עצמו, וע"ז כתב הבית אפרים - "טעם נכון לחלק ביניהם דגבי שם אלחנן אע"ג דודאי הרוואה יוכל לפרש שהוא מחמת קיצור השם, מ"מ דילמא באמת אין שם חנן זה יוצא משם אלחנן אלא הוא נדרש לעצמו, משא"כ כאן דודאי שם זה שנקראת בו הוא יוצא משתי שמות אלו הנכתבין בגט והקורא ירגיש שזה שנקרא באחד הוא רק לקיצור השם".

ובספר דברי חיים ש"נ אות נ' סק"ב תמה על הט"ג שדחה את מסקנת הב"ש אחרון לאחר שהט"ג גופיה הביא את דברי הג"פ בשם מיכאל להכשיר בדיעבד, וכתב הדברי חיים - "ומ"ש לחלק בין מצוי לאינו מצוי, מהג"פ משמע דלא ס"ל החילוק הזה רק בכל מקום שכתב שם עיקר אף שהקיצור שם בפני עצמו מ"מ כשר, ובפרט אם יש שקורין אותו כן".

אך בספר אהלי שם כלל ו' ס"ק כד כתב - "הדבר תמוה לפע"ד אם נשתקע שם אלחנן ואין זכר לו וכל העולם קורין אותו רק חנן ובגט כתבו אלחנן לחוד, מדוע יהיה כשר, ואף שיש קצת מקום לומר דשם חנן מעלה לאלחנן משיקועו כיון שהוא נכלל בו, מהיכי תיתי לומר כן, מאחר דמ"מ שני שמות הן והוא נקרא חנן, מי יהיה הנביא שעיקר שמו הוא אלחנן ומנא לן להקל בחשש שינוי השם. לכן לפע"ד מסתבר

אין מבואר בב"ש אם היה פוסל אם כתבו כדעת הנחלת שבעה.

ג. לכאורה מצינו דבר תמוה בתשובות החת"ס שכתב במי שמעריסה ניתן לו שם קיצור בלבד דאפ"ה יש לכתוב לו את השם העיקרי ודמתקרי על שם הקיצור. בשו"ת חת"ס (קובץ תשובות, י"ל ע"י מכון חת"ס, סי' עד) כתב גבי מי שנקרא ארא שיש לכתוב אהרן המכונה ארא - וז"ל החת"ס "וקיצור בשם, אין פירוש ששם זה האיש נתקצר, כמו שחשב הרבני מו"ה עזרא נ"י, וע"כ כתב כיון שהאב קרא לבנו שם זה בשעת המילה לא שייך נתקצר - וזה ליתא, אלא קיצור הוא שנתקצר בלשון בני אדם באורך הזמן עד שנתכנה שם אהרן בארון ושוב קצרוהו וקראוהו ארא, ע"ד שהאב קרא לבנו וכל המשפחה יקרא בשם זה והכל קיצור מארון, וא"כ הוא כינוי לאהרן, וזה ברור לפענ"ד".

מבואר שהחת"ס סובר דבקריאת השם נידון בקריאת השם העיקרי. ומעיקרא כשניתן לו מעריסה שם הקיצור נחשב כמי שנתנו לו את השם העיקרי. אמנם דעת החת"ס אינה מוסכמת, והתורת גיטין סי' קכט ס"ק יח כתב דבכה"ג שמעיקרא ניתן לו שם נערו בלבד יש לכתוב רק לשם הנערות, וכן דעת הגט פשוט סי' קכט ס"ק סז ומהר"ם שיק אה"ע סי' קד בדין קיצור השם שניתן לו מעריסה. אך עכ"פ סברת החת"ס מתבארת בהתאם למה שבאר הנחלת דוד את דינו של המרדכי. והחולקים סוברים דכל עוד באדם זה לא ניתן לו כלל השם העיקרי אלא הקיצור, הרי שהקפידו שלא לתת לו את השם העיקרי אלא רק את הקיצור.

העולה מדברינו לפי מה שהתבאר בדין קיצור השם, הרי מי שנקרא אלחנן וקיצרו את שמו לחנן, אין מקום כלל לידון את השם חנן כקיצור מאלחנן, מאחר שהוא שם בפני עצמו. ובודאי אין לומר שמי שקורא לו חנן נידון כקורא לו אלחנן, ודינו כאדם שיש לו שני שמות שונים שצריך לכתוב את שניהם, ואם למעשה נקרא רק חנן וכלל אינו נקרא אלחנן יש לידון את השם אלחנן כנשתקע.

ביאור נוסף בטעם הדין שיש לידון את השם חנן כשם בפני עצמו ולא כקיצור מצינו באגרות משה.

בשו"ת אגרות משה חלק אה"ע ח"א סי' קלג הסכים עם הטיב גיטין ששם אחד מתוך שני שמות מצורפים, נידון כקיצור השם דמעיקר הדין אין צריך לכתבו לשם האחד בפני עצמו. ובתוך דבריו כתב האג"מ דמעיקר הדין אין צריך לכתוב השם היחיד ולא דמי לאלחנן חנן.

וז"ל האג"מ - "אלחנן חנן וגרשם גרשון שאין להם דין קיצור השם וצריך לכתבו מחמת שהוא שם בפני עצמו כמפורש בב"ש, אף שהוא באמת קצור בזה האיש מאלחנן, והטעם פשוט דכיון דשם חנן הוא שם בפני עצמו, אין נוגע לנו מאיזה טעם נקרא בשם זה, דנהי שהקצור גרם שיקראו אותו, מ"מ עתה קורין אותו בשם עצם אחר שאינו יוצא משם אלחנן. דקצור השם שאין כותבין הוא רק מטעם שמפורש במרדכי פרק השולח בשם ר"ת שהובא בב"י שכתב

לכאורה לא יהא הדין שונה מיצחק חקין, וסברת הבית שמואל אחרון נכונה דמעיקר הדין יש לדון את השם חנן כקיצור השם.

לביאור הסכמת רוב הפוסקים שחלקו על הג"פ והבית שמואל אחרון, נקדים ונחקור מהו יסוד הענין של קיצור השם שאין צריך לכתבו.

בשו"ת נחלת דוד סי' לא, ביאר דינו של המרדכי. הנחלת דוד הביא את לשון המרדכי שכתב "ואין צריך לכתוב כינוי שהוא קיצור השם כמו ... יצחק חקין שאין זה לא כינוי ולא שינוי", וכתב הנחלת דוד - "כוונתו מבוארת דזה לא הוי שינוי כלל כי גם הקורא אותו בשם הקיצור מכיון לשם האמיתי רק שמקצר בלשונו".

מבואר מדבריו שהמעליותא של קיצור השם היא שאנו מתייחסים לכל הקוראים בקיצור כמי שהתכוונו לקרוא לו בשם העיקרי אלא שקיצרו בלשונם. מסברא זו עולות כמה נ"מ.

א. הנחלת דוד כתב לחלוק על הטיב גיטין שנקט במי שיש לו שני שמות מצורפים ונקרא באחד מהם דהשם האחד נידון כקיצור השם, וכתב הנחלת דוד - "במי ששמו ראובן שמעון ונקרא בפי כל ראובן או שמעון לבד, הנה הקורא אותו בשם ראובן לבד מאין לו לידע ולהבין שנקרא בשם ראובן שמעון, וכאשר יראה בגט פיטורין שנכתב בשם ראובן שמעון יטעה ויאמר שאין זה בעלה של זו, ולכך בעינן למיכתביה מן הדין ולא לרווחא דמילתא, ודמיא ממש לרובא מרים ופורתא שרה דאמרינן בש"ס דבעינן למכתב מרים דמתקריא שרה לדעת ר"ת וכוותיה נקטינן להלכה".

ב. בנידון התשובה בנחלת דוד במי שנקרא בשם יצחק נתנאל ובפי כל נקרא תנא, וכתבו בגט יצחק נתנאל דמתקרי נתנאל פסק הנחלת דוד להכשיר, ובאר הטעם עפ"י מש"כ המרדכי לענין קיצור השם, וז"ל "וא"כ כשם שאין זה לא כינוי ולא שינוי לענין דלא צריכינן למכתביה, ה"נ בהיפוך אין כאן שינוי אם כתב שם העיקר על מי שקורין אותו בשם הקיצור כיון שגם הקוראו בשם הקיצור הוא מכוון לשם העיקר אלא שמקצר בלשונו". דהיינו כשכלם קוראים לו תנא אנו דנים אותם כמי שקוראים לו נתנאל, ולכן כשר אם כתבו דמתקרי נתנאל. אמנם בתשובת צמח צדק חלק אה"ע סי' רד חלק על הנחלת דוד דעכ"פ א"א לכתוב דמתקרי אלא אם יכתוב בדיוק השם שלמעשה נקרא בו, אך הנחלת דוד לא קבל סברתו, ולדעתו ניתן לכתוב עליו דמתקרי נתנאל, דבקריאת השם תנא הוא נחשב כנקרא נתנאל, ועיין בשו"ת אור שמח ח"א סי' ח' שהסכים בזה עם הנחלת דוד. ויש להעיר שבנחלת שבעה סי' מו אות נ' כתב במי שנקרא נתנאל לס"ת ובפי כל נקרא סענדר, יש לכתוב נתנאל דמתקרי אלכסנדר, ומבואר שלכתחילה יש לכתוב דמתקרי את השם המקורי למרות שנקרא בפועל רק בקיצור השם, ואמנם הב"ש ש"א אות ס' חולק עליו וכתב דיש לכתוב נתנאל המכונה סענדר, מ"מ

וגם אליבא דשיטת הג"פ וסייעתו שדנו מעיקר הדין את השם חנן כקיצור לשם אלחנן, יש לומר כמה טעמים שאין לפסול בדיעבד אם כתבו חנן דמתקרי אלחנן.

ראשית, בעיקר דינו של הבית אפרים לחוש לפסול אם כתבו שם הקיצור בתחילה כעיקר השם ואת השם העיקרי בדמתקרי, המעיין בלשונו של הבית אפרים יראה שלא החליט הדבר אלא הסתפק בכך. ובשו"ת בית שלמה חלק אה"ע סי' קכה כתב שהבית אפרים בתשובתו ובספרו טיב גיטין כתב בנידון שם שאין לפסול בדיעבד אם כתב רק גט אחד טובא דמתקריא שאסיא טובא, והטעם מפני דלא ברירא ליה שהשם טובא נידון כקיצור השם שאסיא טובא, עיי"ש, והוסיף הבית שלמה דש"מ דה"נ לא ברירא ליה לפסול בדיעבד אם כתב קיצור השם לעיקר, דאל"כ היה עכ"פ פוסלו בדיעבד מספק.

וכן נראה דהב"ש לא ס"ל כסברא זו של הבית אפרים, לדעת הב"ש (ש"נ אות א' ואות ב') המובא להלכה בספר גט מסודר (סי' י' ס"ג) אם האשה נקראת שרה ושערל, ואין ידוע שם העריסה שלה אזלינן בתר הרוב, ואם הרוב קוראים שערל והמיעוט שרה יש לכתוב שערל דמתקריא שרה. ואם נאמר שהב"ש חושש לסברת הבית אפרים היה לו לפסוק שלעולם יש לכתוב שרה דמתקריא שערל מחשש שמא שרה הוא שם העריסה ופסול מפני שכתבו שם קיצור כעיקר ושם עיקר בדמתקרי.

וע"ע בשו"ת בית שלמה אה"ע סי' קכה שכתב בנידון מי ששלח גט למקום אחר ושמו מעריסה יצחק יחיאל וכן עולה לתורה ובפי כל נקרא איציק וכן חותם, ובמקום נתינה כלם מכירים אותו רק בשם איציק. ופסק דיש לכתוב בגט איציק דמתקרי יצחק יחיאל.

הבית שלמה בתשובתו הביא שם את סברת הבית אפרים לחוש לפסול בהקדים קיצור השם לשם העיקרי, אך כתב כמה טעמים שלא לחוש לזה. ובתוך דבריו כתב שבמקום שאם יכתוב רק את שם הקיצור כשר מטעם דהוי חניכה שהכל קורין לו בה, לכן כשר אף אם הקדים קיצור כזה, משא"כ בנידון הבית אפרים לא הכשיר אם כתב רק טובא.

טעם נוסף כתב הבית שלמה, וז"ל - "רביעית והוא טעם פשוט ונכון מאד, דהא כתב בספר גט פשוט ס"ק סח דהא דאין צריך לכתוב קיצור השם הוא רק דוקא אם בעליה לס"ת ובחתימה היה רק בשם העיקר ולא בקיצור השם, אבל אם לפעמים חתם את עצמו בקיצור השם צריך לכתוב גם קיצור השם אף לטפל ע"ש. וא"כ כיון דע"י שחותם את עצמו בקצת פעמים בשם הקיצור יוצא מכלל קיצור השם לשם טפל מכ"ש בנ"ד דחותם תמיד בשם איציק לבד דיוצא משם קיצור לשם טפל, א"כ הוי כיש לו במקום הנתינה בשם הטפל דיש לכתבו לעיקר".

ולדבריו ה"ה בנידון דידן, ודאי אין לחוש בהקדים שם חנן לשם יוחנן, דמאחר ונקרא בפי הרוב חנן וכך חותם, וזהו

דאין זה לא כינוי ולא שינוי, וכוונתו דלכן הוא בכלל שמו הנקרא בתחילה שנכתב בגט, שטעם זה אינו שייך באם הוא שם בפני עצמו או כינוי לאיזה שם שג"כ הוא כשם בפני עצמו ואינו בכלל שם הנכתב ... אבל לשני שמות הוי שם אחד קצור מהשני שמות שנקראו לו, דהא אף כשנקרא בשני שמות נקרא באמת בשם זה ממש שנתוסף לו עוד אבל שם זה לא נשתנה בכלום שקורין לו בשם זה ממש אותו שנקרא, אך שהיה להם לקראו גם בעוד שם וקצרו לקרא רק בשם אחד ולכן אין שייך להחשיב שקורין אותו בשם אחר ממה שנקרא ונכתב בגט דאין כאן לא כינוי ולא שינוי אלא הוא בכלל שם הנקרא והנכתב, ונכונים דברי הטי"ג. אבל למעשה הא גם הטי"ג סובר דלכתחילה יכתבו אברהם יצחק דמתקרי אברהם וכדומה".

העולה מדברי האגרות משה, אמנם לא סבירא ליה כסברת הנחלת דוד, והסכים עם דינו של הטיב גיטין ששם אחד מתוך שני שמות מצורפים נידון כקיצור השם, ולא ס"ל שהטעם הוא דאמרינן שבקריאת שם הקיצור כבר נחשב כקורא בשם העיקרי. אלא טעם הדין שאין צריך לכתוב את קיצור השם מבואר במרדכי, דלאחר שכתבו את השם העיקרי אין לחוש לכתוב גם את קיצור השם, כי הקיצור אינו נידון לשם אחר ולא לכינוי העומד בפני עצמו והכל כבר כלול בשם הנכתב בגט, אבל כשידוע שהקיצור הוא שם בפני עצמו הרי שאלו שני שמות שונים והשם חנן אינו בכלל השם אלחנן שכבר נכתב בגט, וע"ז לא אמר המרדכי "שאיין זה לא כינוי ולא שינוי", אלא השם שנקרא בו בפי הרוב חנן הוא שינוי לשם אלחנן, ואם לא יכתובוהו הרי השמיטו שם עיקרי בגט.

העולה מהמקורות שהבאנו שקיימת מחלוקת בעיקר הדין, האם במקום ששם הקיצור הוא שם בפני עצמו כגון חנן מאלחנן, האם בכלל גוויי יש לדון את השם אלחנן כשם העיקרי ורק על מנת למנוע לעז יש לכתוב גם את השם חנן. או שהשם חנן הוא השם עיקרי מאחר שנקרא בפי הרוב בשם זה. לדעת הגט פשוט ותשובת ב"ש אחרון והדברי חיים בכלל גוויי יש לדון את השם אלחנן כשם עיקרי מאחר והשם חנן הוא יוצא מהשם אלחנן, ולדעת הדמשק אליעזר הטיב גיטין האהלי שם והאגרות משה השם חנן נידון כשם בפני עצמו, ורק לענין הקדמה מקדימין את השם אלחנן מאחר והוא שם עריסה, ושם חנן מצילו משקיעה.

ולפי מה שהבאנו לעיל מהרמ"א בדרכי משה הארוך ומהב"ש נראה שדנו לשם אלחנן כשם בפני עצמו ואינו כלל כקיצור, ומשמע דס"ל דלא כהג"פ וסייעתו, ולפי מה שבאר הנחלת דוד דין קיצור השם דינם מבואר היטב. ועל כן אין מקום להקל באם כתבו רק אלחנן, ונידון כמי שהשמיטו את השם העיקרי.

ולפי זה בנידון דידן, לשיטות אלו החולקות על הג"פ, דהעיקר כוותיהו, ודאי אין לחוש אם נכתב בגט חנן דמתקרי יוחנן, ועכ"פ לא גרע מכתב שם טפל בראש ומתקרי ע"ש עיקרי, דכשר בדיעבד.

דרובן גביה קריה ל"י כולן, דכיון דהרוב קורין אותו הירשלא שפיר כתב הרוב תחילה והמיעוט אחר כך דמתקרי הירש". ומדברי הבית יצחק נלמד ק"ו לנידון דידן, דאם בשם קטנות כתב דשפיר עבד המסדר במה שהקדים שם הקטנות שהרוב קורין לו בו, ק"ו בנידון דידן שהשם "חנן" עדיף משם קטנות. ובודאי אין חשש בהקדמתו, ולדברי הבית יצחק אף לכתחילה כשר, אלא שאין נוהגין כן, ואכן הבית יצחק בסיום התשובה כותב שיותר נכון להקדים שם הירש, אך עכ"פ מבואר מדבריו שאין ריעותא אף לכתחילה אם הקדימו שם הירשלא. ולכן אף אם נדון כשיטת הג"פ, שמעיקר הדין השם "חנן" נידון כקיצור השם לאלחנן או ליוחנן, הרי דלא גרע משם קטנות, ואם הרוב קוראים לו בשם זה והקדימו לשם עיקרי בגט כשר. **מסקנת הדברים** - נראה לפענ"ד שאין מקום לחייבה בגט נוסף.

סימן סט

כתיבת "דמתקרי" בגט, על שם שבתעודות וחותם בו

לתורה בשם אחר, ובלבד ששם החתימה הוא ג"כ שם עריסה, (וע"ע דברי מלכיאל ח"ה סי' קצה). ובשו"ת עין יצחק ח"ב סי' יז באר הטעם שאפשר לכתוב את שם החתימה בתחילה, וכתב - "ידוע מש"כ הטיב גיטין בשמות אנשים אות א' ס"ק ל"ה דעל חתימה אין לכתוב דמתקרי, וזהו עפ"י דברי הט"ז בשם אלעזר". ובאר העין יצחק, שאמנם לכתחילה יש להקדים את השם העיקרי, כדי שלא יוציאו לעז שזהו אינו המגרש, אך הוסיף - "זה אינו שייך רק היכא דהיה יכול לכתוב דמתקרי על שם הטפל וכיון דלא כתבו כן יוציאו קצת לעז, וע"כ חשו חז"ל דלכתחילה לא יכתבו שם הטפל מקודם. אבל בשם חתימה כיון דנהוג עלמא ובכל בתי דינין שלא לכתוב דמתקרי ע"ש חתימה, א"כ ממילא לא יהיה לעז, משום שיוודע להם הדין כפי הנהוג בבתי הדין שלא לכתוב דמתקרי ע"ש החתימה, ולא היתה לביה"ד עצה אחרת איך לכתוב שם החתימה בלשון דמתקרי, ע"כ היו מוכרחים לכתוב שם החתימה מקודם, וכדי לצאת ידי תקנת ר"ג דגיטין (דף לב) לכתוב כל שמותיו שיש לו. וזהו פשוט ומוכרח, דאל"כ אין לנו שום עצה לכתוב שם חתימתו, ואין סברא להשמיטו", עכ"ל. אך נידון דנן עדיף טפי, מאחר ושם זה, סינטיא, נכתב בתעודות.

אמנם לדעת מהר"ם שיק חלק אה"ע סי' קי אין מקום לכתוב דמתקרי על שם הרשום בתעודות, וכמו שכתב בדעתו בספר גט מסודר שער חמישי סי' יב ח"ד סק"י, אך בשו"ת מטה לוי סי' טו וסי' טז, הסכים שיש לכתוב דמתקריא, על שם שבתעודות.

וכן בשו"ת מנחת יחיאל ח"ב סי' יד כתב - "ומה שחשש כ"ת שכתב דמתקריא פאני, דהא לדעת הט"ז אין כותבין על

שם בפני עצמו דלכו"ע צריך לכתבו, דינו לכל הפחות כשם טפל דכשר בדיעבד.

ובשו"ת בית יצחק חלק אה"ע ח"ב סי' לג כתב - "השגתי מהרב המו"ץ משם שכתבו בגט הירשלא דמתקרי הירש ומתקרי יואל צבי, דהמגרש הרי נקרא בפי כל הירשלא ומקצת בני אדם היו קורין אותו בפניו הירש ... לא יפה עשה המסדר שעשה משם קטנות עיקר להקדימו לשם העיקר. ואף דבט"ג בלקוטי שמות כתב בסעיף ה' ו' שיש לכתוב ליזר דמתקרי אליעזר זאב, ליב דמתקרי משה יהודא, מ"מ שם קטנות אין לעשות לעיקר השם, ועוד דשם היו הכל קורין אותו ליזר או ליב הוה כחניכה שהכל קורין, משא"כ בזה שמקצת קורין אותו בפניו הירש, לא הוי הירשלא חניכה שהכל קורין אותו, רק חניכה שרוב קורין אותו ורוב לא מיקרי הכל ... ומ"מ אין זה מוכרח דאמרינן ביבמות כ"ז כיון

האשה הופיעה לבית הדין בבקשה שיסודר ג"פ כדמו". בעת ההכנות לכתיבת הגט התקיים בירור בבית הדין כיצד לנסח את שם האשה בגט.

האשה נקראת מלידה סינטיא וכך רשום בתעודות וכן חותמת. אך למעשה, נקראת בפי הרוב סינטיא, וכן נקראת שרה.

לכאורה היה מקום לכתוב את השם סינטיא בתחילה, מאחר שאי אפשר לכתוב עליו "דמתקריא". ואף שבכך אנו כותבים את השם הטפל בתחילה. לכאורה היה נראה, שיש לכתוב כן לכתחילה, כשאי אפשר לכתוב בדרך אחרת.

וכל זאת עפ"י שיטת הט"ז (שמות אנשים אות א' בשם אלעזר) שאין לכתוב "דמתקרי" על שם חתימה. אמנם עיין בפת"ש על דברי הט"ז, שהביא מתשובת חת"ס אה"ע ח"ב סי' כ', החולק על הט"ז, וסובר שבשם חתימה גם יוכל לכתוב דמתקרי, שהרי קוראים השטר שחתום בו. וכן עיין בספר שדי חמד מערכת גט סי' ו' אות ד' שהרבה גדולים חולקים על הט"ז.

אך הלכה למעשה, הורגלו לסדר גיטין עפ"י הוראת הט"ז, ולפי דרכו היה מקום לכתוב את שם החתימה כשם הראשון, אף שאינו שם עיקרי. וכמו שכתב בספר טיב גיטין בשמות נשים אות א' סס"ק י' שכדי לצאת דעת הט"ז שעל שם חתימה אין לכתוב דמתקרי, יש להקדים שם החתימה תחילה, ולכתוב דמתקרי על שם שהכל קורין בו ע"ש, וכן הוא בספר חידושי אנשי שם סי' ח', ובספר האלף לך שלמה אה"ע סי' ריא, היינו מפני שבדיעבד כשר, וכשאי אפשר אחרת נחשב כדיעבד.

וע"ע בספר דברי מלכיאל ח"ד סי' קלג שהורה לנהוג כן לכתוב את שם החתימה בתחילה, אף שנקרא בפי כל ועולה

שבמעטריקא ובפאס ... וכעת הגיע לידי ספר מטה לוי על הלכות גיטין, ושם בשו"ת סי' טו לענין אשה ששמה זעלמא בפי כל ובערכאות נקראת זעלמא לויאזע, והעלה לכתוב זעלמא דמתקריא זעלמא לויאזע, ולא השגיח על המפקפק דהאיך שייך לכתוב דמתקריא, והיא אינה נקראת כן. ונדפס שם תשובה מוהר"ח"ץ ... שהסכים עמו לכתוב כן, והביא משו"ת חת"ס אה"ע סי' כ' דעל כתיבת שטרות שייך דמתקריא אי קורין הכתב".

אמנם בנידון שבפנינו, לשם סינטיא שתי מעלות, גם חותמת בו וגם נכתב בערכאות. ובכה"ג כתב בספר גט מסודר שער חמישי סי' יב ח"ד ס"ק יא שאם גם חותם באותו שם שבתעודות, אפשר לכתוב דמתקרי על שם זה.

וז"ל הגט מסודר - "הכא יש לכתוב שם העליה בנימן לעיקר, ושם החתימה בענעדיקט לטפל. והטעם דאף דאין לכתוב על שם החתימה דמתקרי, מ"מ אם כתב בדיעבד כשר ... וגם בלאו האי טעמא הכא כשר אפילו לכתחילה, משום דהוי שם של ערכאות. דהא דאמרן לעיל סק"י דאין לכתוב על שם ערכאות דמתקרי, הוא מספיקא משום שיש לחוש לדעת מהר"ם שיק דס"ל כן. כי מדברי חידושי אנשי שם, בית יצחק ודברי חיים, שכתבו סתם דשם הכתוב בערכאות הוי כאילו נקרא כן בין הכותים, משמע לפי פשט הלשון, דלכל ענין הוי כאילו נקרא כן בין הכותים וכותבין עליו גם דמתקרי, כמו שכותבין על שאר שמות שהעכו"ם קורין, וכיון שרק מחמת ספק אין לכתוב על שם ערכאות דמתקרי, הכא שהוא שם חתימה, אין לחוש לספק", עכ"ל הגט מסודר.

מסקנת הדברים - מאחר שהאשה חותמת בשם סינטיא הכתוב בתעודות, הרי שבצירוף שניהם, אף לכתחילה יש לכתוב "דמתקריא" על שם זה.

שם החתימה דמתקריא. נראה לפע"ד דגם הט"ז מודה בנ"ד לכתוב דמתקריא כיון שכך נכתב במעטריקא פאני, ממילא כל כתבי תעודות שנצרך לה משלטון העיר וכן פאס אם תקח האשה, וכן כשבאה לעשות נישואין עפ"י נימוסי המדינה וכן גירושין עפ"י נימוסי המדינה ורשות על המסחר משלטונות, הכל היה נכתב ונחתם ונקרא רק עפ"י שם המעטריקא פאני. על כן יכולים לכתוב על שם כזה, אף לשיטת הט"ז, דמתקריא פאני". ובתשובה הבאה בסי' טו חיזק דבריו, וציין לתשובת דברי חיים ח"ב אה"ע סי' קנה שנראה שמסכים לסברא זו.

וע"ע בשו"ת הרי"ם חלק אה"ע סי' לה שכתב בפשיטות לכתוב המכונה על שם שנכתב בתעודות, (אלא שהסתפק שמא אין כותבו כלל ונחשב כנשתקע, כשזהו שם בתעודות בלבד בלא חתימה).

ובספר קנין תורה בהלכה ח"א סי' ע' כתב "בסידור הגיטין במדינה זו ... שני השמות חול שנכתבו במעטריקל ג"כ לא יזכרו יחד בשום פעם בקריאה, רק בערכאות המשפט. נהגתי, מקודם לכתוב שני השמות חול כשם העצם שנכתבו במעטריקל ופאס בכדי שלא יצטרך לכתוב על זה המכונה, ואח"כ דמתקרי שם האחד הנקרא בפי כל, ולבסוף דמתקרי שם הקודש ... וכל זה לצאת ידי חובת דעת מהר"ם שיק הנ"ל שלא לכתוב על שם הערכאות דמתקרי או המכונה, וכן הסכים עמי גדול אחד ... וסמכתי על דעת המחבר בסעיף ב' דכל ששני השמות כתובים בפירוש אין חילוק בין שכותב זה ראשון או זה. אמנם אח"כ ניהמתי דסו"ס זה דבר חדש להניח שם הקודש לבסוף, ולא חזינן רבנן קשישי מינן דעבדי הכי ... לכן חזרתי לכתוב שם הקודש בתחילה כסברת כל הגדולים הנ"ל ... המכונה שם החול האחד שנקרא בפי כל וחותרם על פי רוב בשם הזה ואח"כ המכונה שני השמות חול

סימן ע

האם בכתיבת השמות מרב ואילת בגט, יש לכתוב כחתימה בתוספת י'

ואך שיש חולקים עליו בשם מילכה, היינו מפני החשש שיטעו ויקראו מלכה (מ' בפתח), שהוא שם מצוי, אבל בלא"ה אין לשנות מהשם הכתוב בתנ"ך.

וכן הדין גם אם היא חותמת "מירב", מכיון שזו חתימה בטעות, לאחר שבתנ"ך כתוב פעמיים "מרב" ואין נמצא כלל "מירב", ואין אפשרות לטעות בקריאתו.

אמנם בימינו שיש שהורגלו בסגנון "כתיב מלא", האשה אינה רואה זאת כטעות, עכ"פ מאחר שידוע שבגיטין אנו כותבים כפי הכתוב בתנ"ך, (הנקרא כיום "כתיב חסר"), על כן אין לעז ממנה שלא כתבו בגט כחתימתה, שהכל יודעים שזהו אותו שם, אלא שהיא חותמת בכתיב מלא "מירב" ובכתיב חסר יכתבו "מרב". לכן יש לכתוב בגט כפי הכללים המקובלים אצלנו לכתיבת גיטין שאין מתחשבים בחתימה

להלן מש"כ לבי"ד לסידור גט שהתבקש לשלוח גט באמצעות שליח, אודות כתיבת השם מרב, כשהאשה חותמת מירב -

את השם מרב אנו רגילים לכתוב מרב, ולא "מירב", עיין בספר ברכת המים אות מ' שכתב בשם מילכה שיש לכתוב מלכה, וז"ל - "לא מצינו בשום מקום שיש לשנות ממה שראוי לכתוב בגט כדי שלא יטעו העולם, ואדרבא אם משנה ממה שראוי לכתוב ע"פ השם שנכתב בתורה הוי קצת כשינה שמו או שמה וכו' ואף שהעולם כותבין במילי דעלמא, אין למשוך אחריהם לכתוב כן גם בגט, דבמילי דעלמא אין חשש משא"כ בגט. ותדע שהרי כותבין בגט הכל ע"פ הדקדוק, ושלא כמו שנוהגין העולם לכתוב כמה תיבות שלא על פי הדקדוק".

בתהילים (כב,א) "למנצח על אילת השחר", או במשלי (ה,יט) - "אילת אהבים ויעלת חן".

על כן נראה שהדרך הנכונה לכתיבת השם אילת היא כפי הנמצא במקראות אלו - אילת.

כתיבת השם איילת בשתי יודי"ן אינה תואמת לכללי הדקדוק, והקורא שם זה בדקדוק המקובל בשמות גיטין, יקרא את תחילת השם, כפי שרגילים לקרוא את תחילת השם אייזיק, ויקרא כך - AILET.

ידוע שיש נשים הרגילות לחתום את שמן איילת על מנת שלא יקרא שמן כשם העיר אַיִלָת (מלכים ב' יד,כב). ויש לומר על כך, כי אמנם כוונתן רצויה, אך הנהגה זו הביאה לכתיבת השם בטעות - בניגוד לכללי הדקדוק.

בטרם נדון בשאלה האם בנידון זה יש להתחשב בחתימת האשה, נביא מדברי הפוסקים שדנו במקרה ששם הבעל או האשה נכתב בתוספת י' שאינה נחוצה.

בשו"ת ראנ"ח סי' לו כתב - "שאלה על דבר הגט שבא מברושא לאשה שבקושטנדינא שמה אריני, ונכתב הגט שם ע"י הספרדים וכתבו שם אריני, בשני יודין אחר הנון, יען מנהג הספרדים לעולם, לשום יוד אחר האות הנרגשת הרבה, כגון קלי ואריני וכיוצא בזה.

תשובה. נראה ודאי שאם גט זה היה נכתב בקושטנדינא או במקום שאין רגילין לכתוב יוד זו הנוספת, שהגט פסול, כיון שעל ידי תוספת היו"ד, יקרא הקורא השם בהרגשת יוד לבסוף שאין השם נקרא כן כלל, וחשיב שינוי בכי האי גוונא. וכדאמרינן בירושלמי במסכת מגילה אין מדקדקין בטעויותיה, ומייתי עלה דר' יצחק בר אבא ורב חננאל הוו יתבי קמיה דרב, חד קרי יהודים וחד קרי יהודיים, ולא אהדר חד מנייהו. והכא לא היה השנוי אלא קריאת היוד הנחה, ואפילו הכי קרי ליה טעות, אלא דלא אהדריה משום דאין מדקדקין בטעויותיה. ואפילו לפי מה שכתב הר"ן שם דלא אמרו אין מדקדקין בטעויות אלא בטעות דכי האי גוונא שהענין והלשון אחד, אבל בטעות אחרת לא, דאם כן חסר הקריאה. מכל מקום הא קרי ליה טעות, ובודאי דגבי גט חשיב שנוי בהכי. וכן דקדקו האחרונים בספריהם אפילו בשנוי דכי האי גוונא, ואפילו בציר מהכי, כאשר יראה הרואה בדבריהם. אך אמנם מפני שהגט הזה נכתב בברושא שרגילים שם לכתוב בכי האי גוונא, היה נראה לכאורה להכשיר. דכיון שמוכיח מתוך הגט שבא מהמקום ההוא, ובמקום ההוא רגילין שכותבין בכי האי גוונא, אם כן ודאי הקורא לא יקרא אלא אריני כמו שנקרא בקושטאנטינה כשהוא בידו א'. ולא חשיב בכי האי גוונא שנוי כלל, כיון שמוכיח מתוכו שנכתב שם. וכיוצא לזה איתא במרדכי פרק המגרש בשם ריצב"א".

וכדבריו אלו של הראנ"ח, כתב הגט פשוט, בספרו עזרת נשים (אות ב' ביין וינידא). וז"ל - "ובלכתי בשליחות ירושלים עה"ק ת"ו לגלילות טורקייא, מידי היותי בעיר בודון, שלחו מעיר בילוגראדו גט אחד לעיר בודון, ושם

כשהחתימה סותרת את הכתיב בתנ"ך, עיין גט מסודר שער שביעי סי' ט"ו סעיף ב'.

ובערוה"ש גבי שם הלל כתב שיש לכותבו חסר כמשפטו בתנ"ך, והוסיף - "מיהו אם כתב מלא אין לפוסלו כיון שהה"א אנו קורין בחיריק אין היוד משנה הקריאה, ואדרבא בלשונות לעז החיריק מושך יוד (עב"ש סקמ"ה) ועל כיוצא בזה פסקו בש"ע דאינו מזיק אם כתבו מלא, אבל במקום שנשתנה הקריאה קצת וודאי דפוסל אם לא במקום עיגון ולפי עניין השינוי"

ומאחר שתוספת י' בשם מרב, אינה להורות על חיריק מלא, אלא נמשך אחר הצירה, יתכן שהקורא יטעה ויקרא בהדגשת הי', ויחשב כשינוי מסוים בקריאה, עדיף שלא הוסיף י'. ובודאי שאין להוסיף כן באותן נשים שנקראו מרב ע"ש מרב בת שאול, אלא אם ידוע שנקראו שלא ע"ש מרב בת שאול, אלא על שם ריבוי מים.

אך באשה שבפנינו שהודיעתנו שנקראה מרב על שם מרב בת שאול בלא כוונה אחרת וכך גם שמענו מאמה שבאה להעיד על שמה, מן הראוי לכתוב דוקא - מרב. טעם נוסף שלא להתחשב בחתימתה מבואר בפתי תשובה שמות נשים אות ב' בשם שו"ת קרית חנה, ע"ש.

ולהלן מש"כ אודות השם אַיִלָת, כשהאשה חותמת איילת, ונשלח גט ממדינת הים ונכתב שם האשה כחתימתה.

כ"ז אלול תשס"ב

בס"ד

לכבוד הרב הגאון ... שליט"א

אב"ד ...

שלום וברכה !!!

בעניין הגט של גב' אילת ... הצטערנו צער גדול שבקשנו להטריח אתכם לכתיבת גט שני. ויישר כחך שהואלתם להענות לבקשתנו זאת.

כעת לאחר שכבר ניתן גט שאין בו כל פקפוק, ראינו לשתף את כת"ר בספקות שהיו לנו ביחס לגט שבו נכתב שם האשה איילת בשני יודי"ן.

כת"ר ציין למש"כ בתשובת עין יצחק השני סי' כה בשם בתיה שנכתב בסיא. אמנם, דברי הגרי"א זצ"ל הם חידוש גדול, ולפי המבואר להלן, כפי הנראה רבו החולקים עליו, וע"ע בשו"ת האלף לך שלמה חלק אה"ע סי' קפה.

להלן כמה נקודות לעיון, בשאלה כיצד במקרה הנוכחי יש לכתוב את שם האשה בגט.

הנידון הוא באשה ששמה אילת וחותרת עצמה איילת, האם ניתן מצד הדין להכשיר את הגט שנכתב בו איילת כחתימתה.

נקדים ונאמר שבעת לידתה ניתן לה השם אילת, על שם בעל חי, שהיא הנקבה של האיל. ונציין לספר ירמיה פרק יד פסוק ה' בו נכתב - "כי גם אַיִלָת בשדה ילדה". וכן מוזכר

בכתוב כי אם ירחמאל, אם כן השנוי של היו"ד אינו שנוי שם, אלא שלאי זו סבה דחקו בלשונם החירק כי אם היה נמצא שם ירחמיאל בכתוב וזה היה שמו ירחמאל ושנו את שמו בגט ירחמיאל פשיטא שהיה פסול כמו גרשום וגרשון, אבל מכיון שלא נמצא בכתוב זה השם אם כן הוא השם עצמו, אלא שלאי זו סבה, דחקו אותו בחיריק ויו"ד עכ"ל. והאמת שתשובת מהר"ר ישראל זו לא מצאתיה בלשון זה אלא בלשון אחרת ובענין אחר בסימן י"ח בפסקים ואדרבה מוכח מתוך אותה תשובה דחשיב שנוי מירחמאל לירחמיאל, ואפשר שהיא תשובה אחרת ולא מצאתיה כי גם כמה"ר לוי לא חלק עליו, אלא אמר שאין הנדון דומה לראיה, אבל מ"מ מתוך התשובה האחרת נראה הפך זה ממש, גם מתוך תשובת ריצב"א דלעיל אין נראה כן כלל, ולכן איני סומך על טעם זה כלל, עכ"ל.

לכאורה היה מקום לומר, דכל האמור לעיל לפסול בתוספת אות י, נאמר כשבעקבות התוספת, יש שינוי במבטא, דומיא דיהודים ויהודיים. אבל בנידון דידן מאחר וכיום הורגלו אנשים רבים לכתוב איילת בשתי יו"ד, לא קיים שינוי במבטא, שהרי כל הקורא את הגט שבו נכתב איילת, יקרא אותו כראוי.

יתכן לומר שפתרון שאלה זו, שנויה במחלוקת בין גדולי הפוסקים האחרונים. לדעת הדברי חיים (שנביא מדבריו להלן) מאחר ובשטרות רגילים לכתוב איילת, הקורא יקרא בלא טעות, וכשר, ולדעת בעל הקצשו"ע בספרו אהלי שם, וכן לדעת שו"ת ארי דבי עלאי אין להכשיר מכיון שהכל תלוי האם אותו אדם שיקרא את הגט בדקדוק העברי הנכון, יקרא את השם כראוי, או בשיבוש.

בשו"ת דברי חיים ח"ב חאה"ע סי' קיא דן באשה ששמה חיה, ונכתב בגט חייה. וז"ל - "בשם חייה שכתבו בשני יודין, יוד קרת חזינא, דמבואר בכל הפוסקים מהרנ"ח סי' לו וג"פ ועז"נ, דזה הווי טעות כמו יהודים יהודיים שאמר בירושלמי דאין מדקדקין בטעותי, אבל טעות מקרי ובגט פסול. אמנם בתשובת מהרא"י ז"ל גבי רייץ כתב וז"ל דכותבין שני יודין, דלשון אשכנז גרירי בתר לשון ארמי לא אחר העברית ... וגדולה מזו כתב במרדכי גבי זמן, מדלא כתב אלפיים בשני יודין, אלמא דאפילו במלה עברית משנין וכותבין בשטרות כלשון הנהוג בין כותבי השטרות וכותבים אלפיים בשני יודין את"ד מהרא"י ז"ל בתשובה ... לפי דעת מהרא"י ז"ל אם כתב בגט כפי מבטא בני אדם כשר ולא הווי טעות כלל, וכשר יותר ממה שכתב יאודא באלף אחר הדלת, והווי ממש כנוי לשם העיקר. וחייה השני יודין הוא כנוי לשם חיה ביד. ואין לומר דיתלו בטעות לקרות חי יה כמו שתי תיבות הראשונה בפתח והשניה בחיריק, דלמה יטעו, מסתמא יקראו כדרך שקורין בני אדם. וכן האריך בכיוצא בזה בספר עדות ביהוסף ... והפוסלים אם כתב שני יודין במקום שאין צריך רק אחד, היינו במקום שקורים שם בינידא בחיריק, אם כתב בשני יודין יקראו בפתח חריף, פסול. אבל באם נקראת בשני יודין

האשה היה כתוב בגט ביין וינידא, תיבת ביין בשתי יודין. ובעיר בודון מקום הנתונה היו קורין לאשה בין וינידא, תיבת בין בלי הדגשת היוד, וגדול אחד אשר היה בעיר בודון רצה לפסול הגט להחזירו מפני שכתבו ביין וינידא תיבת ביין בשתי יודין, ובי"ד של בילוגראדו מסדרי הגט היו מכשירים הגט. ושאלו את פי מה דעתי נוטה ומסכמת בנידון הלז. והשבתי דלכאורה היה נראה לפסול הגט מחמת שכתבו ביין ביד יתירה, דיקרא הקורא תיבת ביין בהדגשת היוד, וחשיב שינוי, כמו חד קרי יהודים וחד קרי יהודיים, דאמרינן פ"ק דמגילה דלא אהדרינהו, משום דאין מדקדקים בטעויותיה. אלמא בכה"ג טעות מיקרי. גם בפ"ק דסנהדרין דף ד' אמרינן - אקרא אני שבעים, כלומר מדלא כתיב וטמאה שבועיים מלא בשתי יודין, ולבסוף דן מבנין אב או מחמת דיש אם למקרא דלא הווי ע' יום אלא שבועיים. אלמא דיש הפרש גדול מחמת כפל היודין. גם בגט בענין דיתיצביין דבענין ג' יודין כדאיתא בסי' קכ"ו ס"י."

בסוף דבריו הכשיר בעל הג"פ את הגט מכיון שנכתב בהתאם למבטא השם המקובל אצל הספרדים ועל פי כללי הכתיבה הנהוגים אצלם, ומאחר ובני הזוג ספרדים ובמקומם נכתב כראוי, הגט כשר, יעוי"ש.

עכ"פ מבואר בדברי הג"פ שאם תוספת האות י' מביאה לשינוי במבטא, יש לפסול. אך אם התוספת אינה מביאה לשינוי במבטא, אין לפסול בדיעבד, וכפי שמצינו בדברי הג"פ בספרו עזרת נשים (שמות אנשים אות מ') שפסק שיש לכתוב את השם מימון, ב' אחת, אך אם כתב מיימון (בשתי יודין) כשר. וז"ל שם - "ולא דמי להא דאמרינן פ"ק דמגילה חד קרי יהודים וחד קרי יהודיים, ולא אהדר לחד מינייהו, משום דאין מדקדקים בטעויותיה, אלמא טעות מיקרי. דשאני התם דיהודים בחד יוד אין מרגישים היוד, והיוד היא נחה, ויהודיים בשני יודין מרגישים היוד, והיוד היא נעה, ויש הפרש במבטא הקריאה, וחשיב טעות. משא"כ בשם מימון, דגם ביד אחת היא נקראת בהרגש היוד, הלכך אם כתבו בשתי יודין, אין שינוי במבטא, ויש להכשיר הגט, כנ"ל."

והנה בתשובת ראנ"ח הנזכרת כתב בסוף דבריו - "עוד היה אפשר לצדד בכאן להקל, מטעם שאין בעולם שם אריניי שיהא נקרא בהדגש יו"ד ולא חיישינן שיחליפו אותו הקוראים בשם אחר ועכ"פ ידעו שהוא שם האשה הזאת הנקראת אריניי ולא שם אשה אחרת כיון שאין שם כיוצא בזה בעולם. ובתשובות כמה"ר לוי נ' חביב זלה"ה בספר, כתב איש ריבו על הגט שכתבו שם האשה גזול ושמה היה גאולה, כתב וז"ל לא יפסל בשנוי השם, כי אם כשמשנה משם אחד לשם אחר, אבל מכיון שזה השם של גזול אינו שם אחר, אלא קצור או לאי זו סיבה, אם כן לא יקרא שנוי שם ליפסל. וראיה ממה ששאלו למהר"ר ישראל בעל ת"ה על איש אחד שהיה שמו ירחמאל, וכתבו לו בגט ירחמיאל, אם היה הגט כשר. והשיב שכיון ששם ירחמיאל לא נמצא

וכן מצינו בשו"ת אריה דבי עילאי, חלק אה"ע סי' לא שכתב בסברת האהלי שם, וז"ל - "כ"ת שכתב במפורש, דלכך כשר בדיעבד אם נכתב טיבא, משום שנתפשט ספר בית שמואל, ורבים נגררו אחריו וכותבין כך, לכך לא הוי שינוי שם וכשר בדיעבד. הם דברים שאין להם שחר כלל, ואטו בכתיבה תליא מילתא, הלא רק במבטא שפתיים תליא מלתא. ואם היו רוב העולם טועים לכתוב במכתב איזה שם, ולשנותו מן המבטא שפתיים האמיתי, בודאי הוא שינוי שם ממש, ולא היה כשר אפילו בדיעבד כתיבה המשובשת בגט, ולא היה מועיל מחמת שכן הוא כתיבת רוב האנשים. והגם שאפשר שעל ידי כתיבה המשובשת היו מכירין מי זאת האשה המגורשת, מ"מ לא היה מהני מידי, כיון שעל פי מבטא השפתיים האמיתי הוא שינוי שם ממש. ובפרט מי שאינו טועה, ויודע בטיב שהמבטא של שם זה איננו כמו שנכתב בגט, הוי לדידי' טעות גמור בשם האשה המגורשת, והוא בכלל שינה שמה שפסול אף בדיעבד."

העולה מדברינו, לדעת מהרנ"ח והגט פשוט אם במקום י' אחת הוסיפו י' נוספת, הגט פסול. אך בשם חיה שנכתב בגט חייה, וכן בנדון דידן, לדעת הדברי חיים יש להכשיר את הגט, ודומה למקרה שבו בשנת שני אלפים נכתב בגט אלפיים, במקום אלפים, דמבואר בתרומת הדשן (כתבים סי' יא) שכשר אף שמנוגד לכללי הדקדוק, מפני שכך רגילים לכתוב בשטרות.

ולפי דעת האהלי שם ואריה דבי עילאי, נראה שהשם אילת דומה לשם חיה. אף ששמות אלו אינם מופיעים במקרא כשם של אדם. אך שם זה הוא שם עברי, המופיע בתנ"ך כמילה שאינה שם אדם, וכללי כתיבתן ככללי שמות עבריים, ותוספת י' פוסלת את הגט. האהלי שם חלק על הגאון ר"ח כהן ז"ל שפסק להכשיר בדיעבד שלא תצא מבעלה והולד כשר. וכתב אהלי שם - "בע"כ הקורא צריך לקרות כמו שכתוב לפניו", דהיינו לפי כללי הדקדוק המקובלים בלשון הקודש, ולא לפי הנהוג בשטרות לשבש את המילה העברית.

וכעת נדון בשאלה, האם יש להתחשב בחתימת האשה החותמת איילת. אמנם מצינו בפוסקים דאזלינן בתר חתימת הבעל, יעויין בסי' קכט סעיף כב, על מש"כ בשו"ע בספק אם שמו אליהו או אליה, כתב הרמ"א "ואם חותם עצמו או עולה לס"ת אליה כותבין אליה וכן כל כיוצא ב". ובשו"ע סעיף כה - "שם יונתן לא יכתוב יהונתן אא"כ ידוע שחותם שמו כן או עולה בו לקרות בתורה". ובחלקת מחוקק סק"ב - "מעשה באחד שחתם שמו פנחס חסר י' וכתבו בגט חסר י' ונעשה בהסכמה בקיבוץ כל חכמי העיר ולא חילקו בין הך לאליה או יונתן, אף שיש לחלק וכן משמע בשו"ע שלא כתב כן שהולכים אחר החתימה אלא באליה ויונתן וכיוצא בזה, ובדוד ובנימין לא כתב כן, מ"מ מפשטות דתרומת הדשן סי' רלג משמע כן, וכן משמע במהר"ם יפה עיין עליו שכתב אחר כל הנהו דאזלינן בתר חתימות".

כהלכתן כמו שקורין חיה, כמו אייא דבתרגום ובש"ס הוא בשני יודין, ורק בלשון הקודש סומכין אמסורה ואנקודה. ובגט כותבין לכתחילה כן, כיון שהוא בכתוב כעת חיה, אבל אם כתוב בשני יודין, לא מקרי טעות כלל, והגט כשר עכ"פ בשעת הדחק, כנ"ל."

ובתשובה נוספת בח"ב אה"ע סי' קסא חזר הדברי חיים על שיטתו והכשיר כשכתבו בגט חייא, על אשה ששמה חיה. וז"ל - "דעתי להכשיר, וכן כתב בהדיא בספר עזרת נשים וז"ל מימון כו' קושטא דמילתא אין בו אלא יו"ד אחד כו' ואם טעה הסופר וכתב מיימון בב' יודין כו' ... עכ"ל וא"ל דזה דוקא בשמות החול, לא בשמות הקודש. זה אינו, דהנה כתב מהרי"א ז"ל מביאו הס"ש ... הואיל ולא כתב אלפיים בב' יודין, הא קמ"ל דאפילו לשון עברית י"ל דכתבין ל' בשטרות כמו לשון בני אדם בב' יודין, והברת אלפיים ממש כהברת ריי"ץ עכ"ל. הרי אפילו דבר שבלשון הקודש ההמון עם כותבין בשני יודין אלפיים, וא"כ כיון שדבר זה יהא נקרא בפי ההמון חיה, לא הוי זה שינוי השם מה שנכתב בשני יודין. דבמקום שאין שינוי במבטא, לא אכפת לנו בחסר ויתר כלל, דגט אינו כספר תורה, כמבואר במהרשד"ם (סי' רה) ויש"ש (פ"ב דגיטין סי' לב בשם עקיבה) דהיכי דניכר הטעות ולא נשתנה המבטא כשר".

ובספר אהלי שם (שמות נשים אות ח' ס"ק יט) הביא משו"ת ר"ח כהן סי' עג שהכשיר בגט שניתן והיה כתוב בו חייה, וכתב בתוך דבריו - "בנ"ד נמי הא במבטא אין ניכר הפרש בין שם חיה ביוד אחת או בשני יודין, וא"כ אף אם ראוי להיות נכתב ביוד אחת וכתב בשני יודין כשר, לכן נלע"ד שאין להוציא האשה מבעלה, ופשיטא שהולד כשר, עכ"ל שו"ת ר"ח כהן.

אך האהלי שם תמה על דברי ר"ח כהן, וכתב - "תמהני מאד, הא דקיימא לן דמה שראוי להיות חסר וכתבו מלא כשר, זהו רק אם כתב לאחר חיריק או צירי יוד יתירה, דזה אינו הפרש בקריאה, דהא חיריק וצירי מושכין אחריהן יוד. וכן אם כתב ו' יתירה אחר חולם ושורוק שהן מושכין אחריהן ו'. אבל חיה, הח' בפתח ואין מקום ליוד אחריה, וכיון שכתב בשני יודין חייא אי אפשר לקרות הח' כי אם בחיריק, והא איכא שינוי שם. ואין לומר דאפשר לקרות יוד ראשונה בנח נראה ושניה בקמץ, כמו שם חיה שג"כ קורין כן על פי הדין כיון שהיוד דגושה, זה אינו, דלא נמצא במקרא דכוותיה, דבכל מקום בא רק דגש ולא כפל אות, ובעל כרחך צריכין לקרות היוד בחיריק".

בספר אהלי שם, הביא מדברי הדברי חיים הנוכחים לעיל, וכתב - "הנה מלבד דגם בלשון לעז יש שינוי במבטא בין פתח פשוט לפתח חריף, הרי בלשון הקודש אינו נמצא כלל פתח חריף, וא"כ הרואה כתוב חיה או חייא בע"כ צריך לקרות בחיריק ובקמץ. ומש"כ דלא מחלפי שם אשה בשם תנא, מה יועיל לנו זאת, כיון דבע"כ הקורא צריך לקרות כמו שכתוב לפניו".

יודעים בבירור שאין שמו כן כאשר חותם, ולא היה מקום לומר שיש לו שתי שמות, נראה פשוט שאין לילך אחר החתימה, כיון שידענו בבירור שאין חותם כהוגן.

ובספר קרית חנה (להג"ר גרשון קובלענץ ז"ל מדייני קהילת מייץ) סי' לח הביא ממורו בעל מנחת יעקב שכתב בגט יהודא על פי חתימת הבעל, וכתב על זה - "אכן כעת נתחדשה הלכה וסידר מ"ו הגאון אב"ד דקהילתינו יצ"ו, ... גט מומר לבת החסיד מוהר"ר ליב עלזוס זצ"ל שהיה בר אוריין כמה שנים מיושבי בית המדרש, וחתם עצמו בא, ואפ"ה צוה לכתוב בהא ... ואמרתי לו דבריו הנ"ל בשם מורי בעל מנחת יעקב הנ"ל, והשיב לי שפשוט אצלו, וכן קבל מרבתי לכתוב יהודה בהא. ולדעתם אפילו בדיעבד אם נכתוב בא' קרוב לפסול, אפילו חתם עצמו כן, שאינו משגיח בחתימה כלל. והעיד כן בשם הגאון המפורסם מוהר"ר הירץ זצ"ל אב"ד דק"ק לבוב שכתב יהושע במי שחתם עצמו יושע, אף שמצינו כן בקרא, דמ"מ עיקר השם יהושע דנקרא ע"ש יהושע כנ"ל, ולא השגיח בחתימה כלל. ובפירוש אמר לי שלדעתו חתימת האשה אינה מעלה ולא מוריד כי נעשה שלא בהשכל, ואין חכמה לאשה אלא בפלך. דברי טעם הם, והלכה כבתראי מאביי ורבא ואילך, ובפרט שגם מוהר"ג כתב כן בתשובתו ורב מובהק היה".

ובספר עזרת נשים שמות אנשים אות י' ישי, הורה שלא להתחשב בחתימה בשם קודש. וז"ל - "אע"ג דהם חותמים בשינוי, אפ"ה לענין שמות גיטין כיון דידוע דעיקר שמו בעת הלידה הוא משמות הנביאים והכתובים בתורה, אין משגיחין על חתימתו, וכותבין השמות ככתוב בתורה ובנביאים".

ועיין בפת"ש על הב"ש שמות נשים אות ב' שהביא מדברי תשובת קרית חנה דאין להשגיח בחתימה אפילו לכתחילה. והנה מבואר בתשובה זו, שאין נ"מ בזה בין איש לאשה, אלא שליתר חיוזק הוסיף שאין לחוש לחתימתה שנעשית שלא בהשכל. אך למעשה כתב את דינו, גם ביחס לאיש החותם, כגון בשם יהודא, שלא לחוש לחתימתו. וכל זה דלא כפי שהבין השדי חמד מערכת גט סי' יא אות ה', מתוך דברי הפת"ש שקיים חילוק בין חתימת איש לחתימת אשה, וטעה בזה מאחר ולא ראה את תשובת קרית חנה במקורה, אלא רק כפי שהובא בקצרה בפת"ש.

ובשדי חמד (שם סי' יא אות א') הביא דעת מוהר"א מוטל שבכל השמות הכתובים בתנ"ך, הן כשם והן כתיבה, כגון מאיר וכיוצא ב, אין מתחשבים בחתימת האיש או האשה כלל, וכותבים כמשפטו. ולאחר שהביא עוד דעות הסוברים כן כתב - "הרי לך שלמים וכן רבים, דס"ל דבשלא נמצא כמו שהוא חותם, וגם אין שינוי במבטא כגון יהודה ושרה וכיוצא, לא משגיחין בחתימתו, ופשיטא דהכי אית לן למיעבד הלכה למעשה. ועיין קב נקי בשם יהודא שכן הסכים בחידושי הרו"ה שלא להשגיח בחתימה בכה"ג". ובאות ב' כתב - "ועתה ראיתי בספר ישמח לב ח"ב הנד"מ

אך כל הנ"ל איירי כשיש מקום לדרך שבה הוא חותם את שמו, ואין זו חתימה בטעות, אך כשחותם עצמו בטעות אין מתחשבים בחתימתו, וכפי שיתבאר.

בשו"ת בית יהודה (למהר"י עייש ז"ל) כתב - "נסתפקתי במי שרגיל לחתום באגרות ובשטרות יאודה, באל"ף מתחילה, והרגיל עצמו לחתום באל"ף משום שנראה כשם ההוי"ה, מהו הדין כשיבוא לחתום בגט בתורת עד, אם בה"א כמו שכתוב בתורה, או באל"ף כמו שרגיל". ובתוך דבריו כתב - "ראיתי למהרנ"ח ז"ל סי' ל"ה על שם באל"י אם הוא מלא באל"ף כמו שנמצא בש"ס או חסר, כתב וז"ל יש לכתוב השם כמו שנמצא, ואפילו אם כשהוא חותם בשטרות חותם בלי בלא אל"ף, לא משגיחין בחתימתו, כיון דלא נמצא כן בשום מקום וטועה הוא בכתיבתו, שאין האנשים בקיאים באותיות התיבות היטב. ולא דמי ליונתן ויהונתן וכו', דהתם דוקא משום דשמות דיונתן ויהונתן שניהם נמצאו בספרים, יש לומר כשהוא חותם יהונתן, שהוא נקרא בשם ההוא, כיון שמ"מ השם ההוא נמצא. אבל בשם באלי שלא נמצא באלי כי אם באל"ף, אע"פי שהוא חותם שמו בלא אל"ף, אין לנו לומר ששמו לחוד ושם הנמצא בספר לחוד. אלא ודאי שמו הוא שם הכתוב בספר, אלא שהוא טועה באותיות שמו ... וגם מהר"ש ז"ל סי' י' סמך על תשובה זו דמהרנ"ח ז"ל, וכתב דיאושוע שרגיל לחתום באל"ף, אינו חותם בגט אלא בה"א ככתוב בספר. וז"ל אבל בשם א' בעצמו בענין הכתיבה והאותיות איך כותבין, פשיטא שעושין כאשר כתוב בספר, ואם הוא כותב בענין אחר בשינוי אותיות הוא טעות שלו. דהגע עצמך אם חותם רהובן בה"א, מי כותבין כן בגט, הא ודאי טעות שלו הוא וכו'. ועוד דמה שחותם יאושוע באל"ף הרגלו בכך כדי שלא לכתוב יו"ד ה"ה סמוכים שהוא משם ההוי"ה וכל זה פשוט עכ"ל".

וכן הובא בשו"ת דרכי נועם חלק אה"ע סי' מה.

ובספר גט פשוט ס"ק קיט (בסוף דבריו) במחלוקת מהריק"ש דס"ל שיכתבו מתתאי בא' כפי חתימתו, הביא - "אבל מהר"ש ז"ל כתב בתשובה סי' י' דכותבין בגט יהושע בה' אע"פ שחותם בא' לא משגיחין בחתימתו דטועה הוא, הגה עצמך דחותם רהובן בה' ודאי טעות שלו הוא וכן מצאתי כעין זה בתשובת הראנ"ח סי' לה. ועוד דמה שחותם בא' הוא לכבוד השם שלא לכתוב י"ה סמוכים וכל זה פשוט עכ"ל".

וכתב בשו"ת צמח צדק (החדש) אה"ע סי' קצו, דאף שהב"ש והט"ג לא כתבו כן, "מ"מ מתשובת מהר"י סי' קפב הנ"ל מוכח כמהר"ש, דאין לחוש לחתימה כשלא נקרא כלל כן עכ"פ כפי שחותם". (ודעת הב"ש והט"ג תתברר להלן).

ובשו"ת אמרי א"ש חלק אה"ע סי' עז כתב - "עכ"פ לכו"ע, זה שאנו הולכים אחר החתימה, היינו כי היא תוכיח על שמו, כי כן הוא כאשר יחתום באותיותיו. ואם היינו

עיקרי דבריו של הגט מקושר הובאו בפתחי תשובה סי' קכט בקונטרס שמות אנשים אות מ' מתתי'. וכן בפת"ש כללי הב"ש (שלאחר שמות נשים) אות א'.

וע"ע בפת"ש שמות נשים אות ל' שהביא מתשובת פנים מאירות באשה ששמה לביאה וחותרת עצמה לְבִיָּה, וכתב שם - "אף דלפעמים אזלינן בתר החתימה, הני מילי היכא דמספקין בשם, אבל היכא דהשם הוא ברור, לא משגיחין בחתימה אם כתוב בטעות, כמו שכתב הט"ז גבי אלעזר כו'. וה"ה כאן לא אזלינן בתר חתימת נשים דלא גמירי שחותמות בה' לבסוף ... ועיין בספר ישועות יעקב שהזכיר גם כן דברי הפנים מאירות הנ"ל והסכים עמו".

ובספר טיב גיטין ש"א אות נ' סק"ה כתב בשם הירש שאם חותם הערש אין לשנות מחתימתו, וכתב שם - "אע"ג דמסתמא הוא חותם בטעות, ובכה"ג שמות הקודש אין משגיחין על חתימתו, מ"מ בשמות החול כה"ג אפשר שיש לחוש לחתימתו".

הרי מבואר בטיב גיטין שבשמות הקודש אין משגיחין בחתימתו.

ועל פי זה כתב מהרש"ם בתשובה ח"ב סי' רנא - "אגב אכתוב באחד ששמו לס"ת אליהו ובפ"כ אליה וחותרת עליה בעי"ן, נשאלתי אם לכתוב כפי חתימתו, והשבתי דאין להשגיח בחתימתו בטעות. וד"ז נלמד מדברי הט"ז ש"א אות נ' סק"ה ודוקא בשם חול כמו הערש צידד שם לכתוב כפי חתימתו משא"כ בשם אליה".

בשו"ת דבר משה (להג"ר משה תאומים ז"ל) ח"א סי' צ' נשאל - "היאך לסדר ג"פ במגרש ששמו שמעלקא, ומהראוי לכותבו בא' לבסוף והמגרש חותם את עצמו בי' וגם במי שנקרא מניס בפתח וחותרת עצמו בא' אחר המ"מ".

ובתשובתו כתב - "דעתי מסכמת בשם מניס אין להשגיח בזה על חתימתו. ונהי שהעלה הט"ז בשם יהודה והמגרש חותם את עצמו בא' לבסוף וכתב בגט בה' דפסול אפילו בדיעבד, והב"ש בסכים לדבריו לענין לכתחילה דאין משנין חתימתו. מ"מ כבר העלה בשו"ת כנסת יחזקאל דע"כ לא כתב הט"ז למיזל בתר חתימתו רק בשם יהודא שאנו מסופקים אי נקרא על שם יהודה או ע"ש גוברין יהודאין, וכן בשם גדלי' ומתתי' שבכוונה חתם את עצמו בא' לבסוף משום קדושת השם. משא"כ במי ששמו יהודה ליב אין להשגיח בחתימתו בטעות הואיל ונקרא ע"ש גור אריה יהודה, ויש לכתוב בה' יעו"ש. וש"ב בספר טיב גיטין הביאו בש"א אות י' סק"ט והוסיף דאם הוא עצמו אומר שאין לו כוונה כלל בחתימתו רק שהוא סובר שכן הוא תכסיס כתיבת שם זה, בכה"ג גם הט"ז מודה שאין להשגיח בחתימה כלל, שאין כאן לעזו מחמת החתימה שהכל יודעים שהחתימה בטעות, והבי"ד כתבו כהוגן, וכיון דאין שינוי במבטא שפיר דמי אף לכתחילה לכתוב בה' יעו"ש.

ועיין בט"ז שכתב באחד שהיה חותרת אלעזר בי' והיה שמו בפי כל אלעזר בלא י' ולא ידע טעם למה חותרת אלעזר

שכתב שכבר פשוט המנהג לכתוב שם יהודה בהה"ן, אף אם המגרש חותרת בא', דלא כמוהריק"ש, ושכ"כ בספר גנוי חיים שלזה הסכימו רוב האחרונים, וכן הוא מנהגם".

ובספר גט מקושר בדבריו על הב"ש (שמות אנשים אות מ') כתב בס"ק פט שאין להתחשב בחתימת הבעל או האשה החותרת בניגוד לכללי הכתיבה הנכונים. ולהלן מקצת דבריו - "פשיטא דאם נכתב השם כראוי, אין להשגיח בחתימתו כלל, כי אפילו מי שידוע שחותם בעניין אחר לא יאמר זה לא המגרש. כי מה לחתימתו, אנו כתיבין כמשפט הקריאה ובקיאות הסופר כפי מה שנראה לו לכתוב השם ההוא. ואם חותרת יהודא בא' אטו נימא שמתכוין שיהיה המובהק שלו יהודא באל"ף, דליתא, שאין כוונתו לזה כלל, וגם לא אהני כוונתו לזה. דמה לנו לכוונתו. אטו אם שמו ראובן ... אם חותרת ראובן ע"ש ראובן, אטו נכתב בגט כן, הא ודאי ליתא ... אף מי שידוע שחותם עצמו ראובן ידע שאין אנו אחראין לכתוב טעותו בגט. ואף שהגט הוא לשון הבעל, מ"מ אנו מורינן ליה כראוי ... ואפילו בדיעבד יש לפסול אם כתב כאשר הוא חתום, ואנו ידעינן שלא חתם שפיר, דהיינו שחתם ראובן וכתבו כן בגט אפילו בדיעבד פסול, דמקרי שינוי מאחר שאין ראוי לכתוב כן בגט, נראה שאין שמו ראובן, ונקרא בענין אחר, כי מאחר שאין כתוב כהוגן י"ל שהוא שם אחר לגמרי ונקרא ראובן או כדומה טעותים אחרים".

בהמשך דבריו כתב הגט מקושר, שאף בשמות יהודה וגדליה ומתתיה, אם הבעל חותרת בסוף הכתיבה באל"ף ונכתב כן בגט "ליכא שינוי גמור לפסול בדיעבד כיון שידוע שדרכו לחתום באל"ף, א"כ י"ל שגם הסופר כתב כן כיון שאין שינוי בקריאה כלל, שהכל יודעים שזה שמו יהודא מתתיה ולא שייך לתלותו בשם אחר שיהיה שינוי בגט. אבל אם כתב שרא באל"ף, אף שיוכל להיות נקרא כמו שרה בה"א, מ"מ הוה שינוי ... אם נכתב שרא באל"ף כמשפט שם לעז, אע"ג דבמבטא אין הפרש בין אל"ף לה"א נחה, מאחר שידענו שהיה ראוי לכתוב על המגורשת שרה, וכתב באל"ף, י"ל שהוא שם אחר, שהרי אם היתה נקראת שרא בשי"ן ימנית ובפת"ח היה ראוי לכתוב כן, א"כ השתא לפי האמת ששמה שרה, הוה שינוי ופסול אפילו בדיעבד. וכן בשם המגרש, אם היה שמו משה וכתב בגט משא, אף שאין הפרש בין ה"א ואל"ף, מ"מ מאחר שאם היה שמו משא בשי"ן שמאלית הוא שם אחר לגמרי, נמצא שאין זה שם המגרש כתוב בגט כלל, אף שגם משה אפשר לקרות משא, מ"מ נודע לנו הקריאה על פי פרסום הראוי לכתובת שם המגרש, משא"כ כשנכתב בענין אחר נתלה בשם אחר. ואפילו חותרת עצמו משא אפילו בדיעבד פסול, שמ"מ שינוי שם הוא ואין משגיחים בחתימה כלל".

ובסוף דבריו כתב הגט מקושר - "ויצא לנו מזה שאין להשגיח בחתימה כלל, רק כותבים כראוי לפי ידיעתנו, ואם שמו משה וחותרת משא באל"ף, אפילו בדיעבד יש לפסול אם כתב כן בגט".

היכא שמהמבטא יש ראייה וסתירה לחתימתו באופן שהמבטא מה שנקרא בשם זה הוא כמו שנמצא השם כתוב בתנ"ך, יודה הב"ש בודאי דלא משגחינן בחתימתו כלל נגד מה שנקרא בפי כל, ונגד מ"ש בתנ"ך. שהרי כל חומרת הב"ש ליזל בתר חתימתו נובע ממ"ש בשם הט"ז ליזל בתר חתימתו גבי גדליה אם חותם עצמו באל"ף גדליא, וכן גבי יהודא וגבי מתתיה, וזהו הכל לפי שאין שינוי במבטא כיון שהאל"ף היא נחה, שהיא בסוף התיבה. על כן אין ראייה מהמבטא שהוא טועה בחתימתו, רק הראייה היא מצד עצם השם שנכתב בתנ"ך בה"א ולא באל"ף, על זה הוא דכתב הב"ש בשם הט"ז לילך אחר חתימתו, אבל כשגם מהמבטא נרגש שטועה בחתימתו, יודה הט"ז דאין הולכין אחר חתימתו, כמ"ש הט"ז עצמו גבי מי שנקרא לאור ונקרא לספר תורה אלעזר וחותרם את עצמו אלעזר כנ"ל דאין ליזל בתר חתימתו כיון דשמו מבורר אלעזר, רק שהוא משתבש לחתום אלעזר, לא אולינן בתר טעותו בחתימה, אלא בתר הבריר דקריאת ס"ת ובין הבריות הוא עיקר וחתימתו אינה בכלל קריאה למכתב בשביל זה דמתקרי עכ"ל. הרי כשהמבטא ניכר שהחתימה משובשת, מודה דלא משגחינן בחתימתו, כ"ש וק"ו בדאיכא עוד עד שני ממ"ש בתורה שמו כן, לא כמו שהוא חותם. וכן משמע מתשובת שב יעקב שבתשובת כנסת יחזקאל סי' סט וז"ל דעכ"פ בדיעבד אם נכתב באל"ף כמו שהוא חותם כשר, אף דשם זה כתוב בקרא בה"א, הואיל דאין שינוי במבטא עכ"ל, מבוואר הא אם יש שינוי במבטא גרע טפי, ואז אין משגחינן בחתימתו, וכן כתוב בתשובת עבודת הגרשוני סי' מב דאין להשגיח בחתימתו כשאנו רואין שהמבטא אינו כן כמו שחותם ע"ש. אף שאין הנידון כמו שאילתנו ממש, מ"מ ה"ה והוא הטעם בנדון זה. ומ"ש הב"ש גבי יהושע דהטעם דלא אולינן בתר חתימתו כשחותם יאושע משום שאין שינוי במבטא. אין ר"ל שכשיש שינוי במבטא אולינן בתר חתימתו, אף אם המבטא הוא נגד חתימתו, דזה אי אפשר כנ"ל. אלא שם מיירי לאפוקי כשהמבטא מסכים לחתימתו.

ובספר אהלי שם כלל ט' סעיף ד' פסק - "אם במקום ה"א נעה כתבו אל"ף וכן בהיפוך כגון ששמו יהודה וכתבו בגט יאודה באל"ף לאחר היו"ד, מאחר שיש קצת שינוי במבטא נראה לי דפסול. ואם הוא חותם את עצמו כן בכוונה מחמת איזה טעם יש לכתוב בעיקר כמו שהוא חותם את עצמו והשם שהוא כהלכה בדמתקרי."

ושם בשם יוסף ס"ק יב כתב - "בשם הכתוב בתנ"ך נראה ודאי דכל שיש בו שינוי בקריאה, אפילו שינוי קל, מ"מ שינוי השם מיקרי ... ועיין לשון המהרש"ל ... שכתב מאחר שהוא נח מה חילוק יש במבטא בין הוא אל"ף או ה"א, נשמע מזה דכל שאינו נח אלא נע ויש חילוק במבטא, שינוי נקרא ופסול גם בגט."

מסקנת הדברים - חזרנו על כל הצדדים ואין אפשרות אלא לכתוב את השם "אילת", ובכתיבת "איילת" יש לצדד שאינו גט לדעת הרבה פוסקים.

רק השיב שכך חותם מנעוריו, וע"ז כתב הט"ז שאין להשגיח בחתימתו דלא מהני החתימה רק לברר הספק משא"כ בזה ששמו מבורר אלעזר רק שהוא משתבש לחתום אלעזר, לא אולינן בתר טעותו בחתימה."

דבר משה במהדו"ת סי' כה חזר על פסקו הנ"ל, והשיב במי שנקראת שינדל וחותרת שינדיל דאין לחוש לחתימה, ובאר - "היכא דיש שינוי במבטא בין החתימה לקריאה כמו בנ"ד דנקראת בפי כל שינדל והיא חותרת בשתי יודין אחר הש'. וזהו דוקא כשקורין בפתח בהרגש הב' יודין שקורין בפתח חריף דוקא, וגם הי' שחותמת אחר הד' הוא למותר, דכל מקום שאין מדגישים החיריק אין לכתוב י' כמבואר בט"ז בשם זנוול וכמו איכל מיכל שנוכר באחרונים ובב"ש בכמה דוכתי. ולכן אין לחוש בנ"ד לדעת כלל לחתימה בטעות.

ואחר כותבי זה מצאתי בטי"ג ש"נ אות ב' סק"ז כתוב שם בזה הלשון ומה שכתב הב"ש ואם ידועה חתימתה ושונה כו' לענ"ד אין להקפיד כ"כ בשמות הלעו וחתימת האשה דנשי לאו דינא גמירי ואין מה שחותמת עצמה בשביל איזו כונה או קבלה מאבותיה, ואף שיראה הרואה שינוי מהחתימה לא יוציא לעז בשביל זה שהרי אין שינוי במבטא כלל עכ"ל. ומה שסיים שהרי אין שינוי במבטא כו' הנה כבר בארנו דהיכא דיש שינוי הניכרת בין הקריאה לחתימה יותר מסתבר שאין להשגיח בחתימתה שחותמת בטעות, והכל יודעים שהחתימה בטעות והבי"ד כתבו כהוגן."

והנה הב"ש בכמה מקומות כתב שאם יש שינוי במבטא, אין משנים מחתימתו. אך בנידון דידן, אין מי שיטען שכוונת החותרת איילת להורות על שינוי במבטא השם, אלא רק לפי דעתה, כך נכון לכתוב את השם, ובזה לא איירי הב"ש. אלא רק במי שחותם בחתימה המביעה כוונה לציין ששמו ניתן לביטוי שונה, כגון זעליק או זעליג וכיוצ"ב. ועל כן מתחשבים בכוונתו זו.

ובדעת הב"ש, כתב בשו"ת צמח צדק חלק אה"ע סי' קצט (אות ב') - "ויש לדקדק על הב"ש, מדוע גבי באלי הסכים דלא משגחינן בחתימתו, וגבי גדליא וגבי מתתיה פסק דלכתחילה אין משנין חתימתו, הא התם מוכח ביותר דצ"ל גדליה בה"א כמו שנמצא כן בתנ"ך, עדיף ממה שנמצא בתלמוד, דאותיות התנ"ך ספורות ומנויות. אך נראה הטעם משום גבי גדליה במתכוין חותם את עצמו באל"ף דוקא לכבוד השם, שלא לכתוב י"ה סמוכים, וכן במתתיה. ע"כ כיון דיש כוונה גמורה שמחזיק שמו כן, ס"ל לחוש לכתחילה לחתימתו. משא"כ גבי באלי דאין לתלות בשום כוונה, א"כ ודאי טועה הוא, לכן לא משגחינן בחתימתו אף לכתחילה, וחילוק זה מבוואר בתשובת כנסת יחזקאל סי' ס"ט. וגם מתבאר כן בב"ש עצמו בש"א אות פ' במ"ש גם כאן י"ל שהוא חסרון ידיעה כו'. וגם ממ"ש באות א' בשם הט"ז גבי אלעזר - והוא לא ידע למה היה חותם את עצמו ביו"ד ... ואף את"ל דהב"ש אינו מודה גם גבי באלי וסמך עמ"ש לקמן באות ג' ובאות פ' דלכתחילה אין משנין חתימתו, זהו ודאי משום שמהמבטא עכ"פ אין סתירה לחתימתו, אבל

סימן עא

כתיבת שם גאדי או גודי למי שהתברר שהשם מלידה הוא גר

הבית שלמה דן במי שהיה נקרא גאדיא דהיינו הי"ד אינו מורה על ניקוד בלבד אלא מבטאים אותה, ובוזה כתב בסיום תשובתו שיש לכתוב גאדיא או גאדיע, עכ"פ בנ"ד ודאי שיש לכתוב גאדי. ואמנם במי ששמו גר ומכנים אותו בהוספת י' לסוף השם יש לכתוב גדי, וכמו שמצינו בספר יהושע (יג,ח) "עמו הראובני והגדי", אך בנידון שלפנינו שהמדובר באדם שאינו רגיל כלל לדבר עברית בהברה אשכנזית, וכשהוא מבטא את השם גר הוא מבטא הג' בהברה ספרדית שהקמץ והפתח נשמעים אותו דבר, וממילא כשהוא מבטא את שמו לא ניתן לראות כאן תוספת י' לשם גר, מה עוד שחותם שמו גודי, ובוזה מודגש הענין שאמרנו שאין לראות את שמו כשם גר עם תוספת של האות י' בלבד. ולכן אין מקום לראות ששמו מציל את השם גר משקיעה, והסברא מתחזקת בכך שאף אחד, כולל הבעל עצמו אינו יודע לקשר את שמו לשם גר, ולכן יש לכתוב רק את השם גאדי.

אמנם במי שרגיל בהברה אשכנזית, לפחות לעניינים שבקדושה כגון תפילה וכדומה, י"ל שהשם גר לא נשתקע ויש כתוב גר ודמתקרי על שם הכינוי. ואת שם הכינוי לדעת הב"ש יש לכתוב גאדי, אך לדעת הטיב גיטין שמות נשים אות ש' סק"ב ודאי ניתן לכתוב גדי, ובהתחשב שצורה כזו נמצאת בספר יהושע ודאי שכך עדיף לכתוב, והבית שלמה איירי רק בשם גאדיע שצורה כזו אינה מופיעה בתנ"ך. וכן אף מי שרגיל בהברה ספרדית ושמו גר ומכונה גדי וקורא לעצמו גדי בקמץ הנשמעת כפתח, שהרי שאצלו ואצל הסובבים אותו השם המקורי גר והכינוי נשמעים במבטא קרוב זה לזה, משא"כ בנ"ד שאת השם גר הוא וכל הסובבים אותו מבטאים את הג' בקמץ הנשמע כפתח, ואת שמו הוא מבטא בקמץ הנשמע קרוב לחולם, ולכן אינו מקשר בין שמו לשם גר. וכן הסכים עמי במסקנת הדברים הגאון הרב מנחם ציוני שליט"א אב"ד לגיטין בת"א לכתוב גאדי בלבד.

בבית הדין התקיים בירור כיצד לכתוב את שם הבעל בגט.

הבעל נולד בדרום אמריקה ונקרא גר, מיד אח"כ החלו לקרוא לו GODI, וזאת מאחר שלא היה ניתן לבטא בספרדית היטב את השם המקורי גר. ומאז נקרא בפי כל רק כך וחותם עצמו גודי. הבעל עצמו כלל אינו יודע שמלידה שמו גר, ואף בעת שביה"ד ברר שמו לפני קביעת השמות לגט, הבעל טען ששמו מלידה גודי, וכן העיד העד שבא להעיד על שמותם העיד שכך נקרא בפי כל בקיבוץ שלהם. בהתאם לדברי הבעל והעד נכתב שמו בגט גאדי (הבעל אשכנזי). אח"כ לאחר שנוצר קשר עם אביו והענין נבדק עמו, התברר שמלידה שמו גר ומיד אח"כ החלו לקרוא לו גודי.

יש לדון בשתי שאלות האם השם גר ניצל משקיעה ע"י השם גאדי, והאם לכתוב גאדי עם א' כפי שכותבים שם לועזי או לכתוב גדי בלא א' שהרי מקור השם יוצא מהשם גר הנכתב בלא א'.

והנה ביחס לשאלה השניה, בב"ש בשמות אנשים אות ג' בשם גר כתב "אבל אין צריך לכתוב המכונה גאדיל בקמץ". דהיינו במי ששמו גר ומכונה גאדיל כתב שאין צריך לכתוב שם הכינוי. עכ"פ מבואר שאם יכתוב שם הכינוי יכתוב עם א' לאחר הג'. ובשו"ת בית שלמה (להגאון מסקאלא) חלק אה"ע סי' ק' כתב "ובשם האב, הנה אף ששמו הקודש גר מבואר מדברי הב"ש בש"א ריש אות ג' שכתב שאין צריך לכתוב המכונה גאדיל, דמשמע דבמקום שצריך לכתוב שם זה, כגון שכותבין לסימן וכדומה, כשנקרא גאדיל בקמץ צריך לכתוב גאדיל בא', ועי"ש בספר בטיב גיטין סק"א סק"ח וסק"י. וכן באשה הנקראת שארקה, אף שעיקר שמה שרה כתב הט"ז והב"ש בש"נ אות ב' לכתוב שארקה בא' בין שין לר' להורות על תנועת הקמץ, אף שבעיקר שמה שרה אין א' בין שין לר', ועיין בספר טיב גיטין בש"נ סק"ב. ויותר מזה סובר המ"ב דבאשה ששמה מלכה ונקראת המ' בחיריק יש לכתוב מילכה מלא ב' כדי לברר הקריאה בכדי שלא יקראו המ' בפתח".

סימן עב

ליקוט מדברי הפוסקים שדנו בטעויות בנוסח הגט

ימים - בית דינו של שלמה - מכאן ועד עשרה צריך לכתוב ימים ואם כתב יום, אם ניתן הגט כשר ואם לא ניתן לא ינתן אא"כ שעת הדחק.
שלשה - בית דינו של שלמה - חסר ו' בין ל' לש' ואם כתבו מלא בשעת הדחק הגט כשר.

להלן ליקוט מכמה ספרים שהורו כיצד לנהוג אם נמצאה טעות בנוסח הגט, ליקוט זה סודר לתועלת מסדרי הגט, אין בו פסיקת הלכה והכרעה אלא לעיון בלבד, ולהקל על מסדר הגט לציין מראה מקום שבו טעות כזו או אחרת נידונה בספרי האחרונים

הרגשנו שטעה הסופר והשמיט תיבת הנוכרת אצל עמידת האיש, וכתב העומד היום כאן במתא בוכארא וכל שום וכו' אפ"ה הכשרנו ליתן אותו לכתחילה עיין שד"ח מערכת גט סי' יז או טז ד"ה העומד בפ' מתא וכו'.

דמתקרי – אם השמיט האות ת' וכתב דמקרי, עיין לעיל סי' סז שיש לכתוב גט אחר.

וכל שום – בית דינו של שלמה – מלא בין ש' ו-מ', ואם כתבו חסר כשר לדעתי דמשמע שם בסגול.

וחניכא – בית דינו של שלמה – מלא י' בין נ' לכו'. ולדעתי שגם זה אם כתבו חסר י' הגט פסול הואיל ומשתנה משמעותו שנעשה מלשון חינוך כד"א קנה בית חדש ולא חנכו וכו'.

מנהגנו לכתוב תיבה זו בא' לבסוף ואם כתבה בה' לבסוף הגט כשר, דמלבד דאם שינה מא' לה' הגט כשר כנו"ל, אלא דיש מקומות שנוהגין לכתוב בה' וא"כ אין לנו לפוסלו.

ולאבהתי – בית דינו של שלמה – ואם כתב במקום ולאבהתי ולאבהתי עיין בספר המשחה דף ק"ד שטעה הסופר וכתב ולאבהתי וגם במקום ולאבהתיכי כתב לאבהתיכי והכשירוהו במקום עיגון.

גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' ט' – אם לא נכתב שם אבי המגרש ... וטעה הסופר וכתב ולאבהתי לא נפסל הגט בכך עיין ג"פ סי' קכ"ו ס"ק ל"ח ובספר יד אהרן שם הגה"ט אות ל"ו ול"ז ... ועיין בספר ג"מ למהר"ם בולא דקנ"ח ע"ג אות ט'. פאת ים בגט כ"ה וכ"כ הרב גנוזי חיים בגט מ"ד ע"ש. כתוב ולאבהתיכי ולא נכתב שם אביה ... פסלנו הגט אחר שנחתם משום דמחזי כמוזייף מתוכו. לב שלמה דס"ה ע"ב אות כ"א ע"ש. וצ"ע דבספר גט פשוט סי' קכ"ו ס"ק לח כתב להדיא דפעם אחת כתבו גט לבן אנוס בשמו וכינויו ושכח הסופר וכתב ולאבהתי והכשירוהו ונתנוהו ליד האשה כיון שבטופסי הראשונים הוי כותבין ולאתריהון דאבהתיכי אע"ג שלא הזכירו דירת אביהן ע"ש, ועיין פאת ים בגט כ"ה ובגנוזי חיים סי' מ"ד ומשם בארה.

ולאתרי – שמחת כהן סי' ע' אות ו' – "טעה הסופר ודילג תיבת ולאתריכי והכשרנוהו עפ"י מש"כ הלח"ש דקמ"ו על תיבת "כאן" שדילגו הסופר דיש להקל אפילו שלא בשעת הדחק, כיון דבמקומות הרבה אין כותבין "כאן". וה"נ יש מקומות שאין כותבין ולאתריכי כמ"ש ההנ"ז שם בע"ד. הרב און אהרן בסה"ג גט כ"ח (ועיין גנוזי חיים גט ל"ד).

צבית – בית דינו של שלמה – לא יכתוב י' בין צ' לב' ואם כתב לדעתי הגט פסול דמשמע מלשון ציבי ושבוהו רבנן אדציבי. ואם חסר י' בין ב' לת' וכתב צבתי, לדעתי הגט פסול דמשמע מלשון צבת בצבת עשויה.

ברעות – בית דינו של שלמה – מלא ו' בין ע' לת'. אם חיסר ו' זו לדעתי הגט פסול דמשמע ברעת דמפני הרעה רצה לגרש.

נפשי – בית דינו של שלמה – ולא יכתוב נפשי ואם כתב נפשי הגט כשר.

שלשה עשרה – **תשעה עשרה** – ולא יכתוב שלש עשר, תשע עשר ואם כתב אם ניתן הגט כשר ואם לא ניתן לא ניתן אלא בשעת הדחק.

רביעי – בתי כהונה ח"ג סי' מ' אם דילג שי"ן אמצעית דבששי או דברביעי או כל תיבה אחרת שניכר שהוא ט"ס בדיעבד כשר, אם לא שהוא בגוף השמות.

אלפים – ויקרא אברהם שדה מגרש גט ו' – טעה הסופר וכתב אלפי חסר מ"ם ולא הרגיש עד שכתב וחמש. ובשגם נראה לכאורה דגם אלפי כשר דאין כאן שינוי הבנה בין אלפים או אלפי, ובתרגום מתרגם אלפים אלפי, ומצינו גם במקרא נמי יש אלפי במקום אלפים כשלשת אלפי איש, רבבות אלפי ישראל ... מה גם דאם דילג האלפים כשר כמ"ש מרן ססק"ז. אך שלפי שעה לא מצינו הדבר מפורש הסכמנו שיגרר תיבת חמש ויניח מקומה חלק והוי"ו ימשכנה עם היו"ד ויעשנה מ"ם סתומה שיש שם ריוח שיעור זה שהוא בין אלפי לוי"ו של וחמש שהוא שיעור בין תיבה לתיבה.

שאנו – בתי כהונה ח"ג סי' מ' – אם דילג שי"ן דשאנו וכתב אנו ... או כל תיבה אחרת שניכר שהוא ט"ס בדיעבד כשר, אם לא שהוא בגוף השמות.

מנין – בתי כהונה ח"ג סי' מ' – מנין בלא וי"ו, ואם כתב בוי"ו כשר בשעת הדחק.

כאן – בתי כהונה ח"ג סי' מ' – אם לא כתב תיבת כאן אלא מנין במתא כו' בדיעבד כשר.

גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' לה – כתב משם הרב פאת ים דס"ז ע"א דאף שבדיעבד אם דילג תיבת כאן כשר, מ"מ לא ניתן לכתחילה, ושהרב בארות המים סי' נ"ו כתב שאירע מעשה זה בימי הב"ד שדילג תיבת כאן ולא הניחו הרב לחותמו וליתנו ושהרב ד"מ ח"א סי' עא דקע"ה סע"א כתב שנעשה מעשה לכתוב אחר כיון שלא היה שעת הדחק.

במתא – בתי כהונה ח"ג סי' מ' – אם לא כתב תיבת כאן אלא מנין במתא כו' בדיעבד כשר, וכן אם דילג במתא.

יתבא – בית דינו של שלמה – אם השמיט תיבת יתבא הגט כשר.

מעיינות – תשובות אור שמח ח"ב סי' מ' – "אם מעיינות ... בלא יוד חסר השורש ממעין, וקרוב למענות של חרישה וכמו ששינוי בפ"ק דתמורה דף י"ג שלש שדות ושתי מענות, ובאהלות פי"ז באר הרמב"ם בפיהמ"ש שהוא מלה עברית האריכו למעניתם, אבל משום כל זה כשר בשעת הדחק גדול".

מסתפקא – בית דינו של שלמה – אם כתב בה' לבסוף יש להכשיר.

במתא – בית דינו של שלמה – בא' לבסוף, ואם כתבה בה' פסול.

הנוכרת – עטרת חזקיה להג"ר חזקיה הכהן רבין עמ' רפח – אחר כתיבת הגט כשקראנו את הגט קודם החתימה כנהוג

יתכי ליכי - בתי כהונה ח"ג סי' מ' - יתיכי בג' יודיין
ופירושו גרשתי אותך. ליכי בב' יודיין, והכוונה הרי את
לעצמך. ואם כתב יתי כי, וכן לי כי, בשתי תיבות פסול, ועיין
בספר גט פשוט סי' קכ"ו ס"ק פ"ו ובפר"ח ס"ק נ"ה ונ"ו.

אנת - בית דינו של שלמה - אם כתב את והשמיט הנ'
הגט כשר.

אנתתי - בית דינו של שלמה - אם כתב אתתי והשמיט
הנ' הגט כשר. ואם דילג תיבת אנתתי הגט כשר כיון שעתיד
לכתוב דהוית אנתתי מן קדמת דנא ולא מיפסל אלא
בהשמיט בשתייהן אבל בחדא מינייהו סגי להכשיר.

גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' כא - כתב הרב יד
אהרן משם מהר"ם בן חביב דמשמע לו מדברי הפוסקים
דאפילו בעיר שנוהגים לכתוב אנתתי ב' פעמים ודלג אנתתי
קמא שהוא כשר לגרש בו אם כבר נכתב, אפילו שלא בשעת
הדחק.

אנת אנתתי - בתי כהונה ח"ג סי' מ' - אי לא כתב אלא
את (ט"ס וצ"ל אנת) הכשיר מהר"ש הלוי אה"ע סי' ב' אפילו
לגרש בו לכתחילה כיון שכתוב אח"כ דהוית אנתתי, ועיין
בכנה"ג סי' קכ"ו ובסדר הגט שם ובספר גט פשוט סי' קכ"ו
ס"ק פט ובפר"ח ס"ק נו. אם כתב אתתי יש מכשירים ועיין
בספר גט פשוט סי' קכ"ו ס"ק צ"א.

חיים לעולם ומימר חיים אה"ע סי' יד - הוה עובדא בגט
אחד שדילג הסופר מילת אנת מילת אנת וכתב ופטריית
ותרוכית יתיכי אנתתי, ויבוקש הדבר בספרים ולא נמצא
בעת ההיא מי שדיבר בזה. הגם שהסברא נותנת שאין כאן
בית מיחוש דלשון כפול ומכופל הוא שכבר אמר יתיכי ליכי
כמובן, ואין בחסרונו שום משמעות אחרת. עכ"ז לא מלאני
לבי להכשיר מילתא דתליא בסברא לחודא. ומפני שהשעה
היתה דחוקה הסכמנו שיעשה מתיבת אנתתי הנכתב אנת,
לפום דינא דלא להוי חק ירכות ולא יהיה נכתב על המחק
בשום צד ויחסר תיבת אנתתי לכתחילה. דכבר ידועה סברת
מהרד"ך ז"ל בזה ופסקו מור"ם ז"ל בסי' קכ"ג סל"ה ועיין
כנה"ג ז"ל בהגה"ט אות כד ולהרב ג"פ ז"ל שם ס"ק כ"ט
יע"ש. ואף דאנן בדין נהגינן לכתחילה לכתוב גם שניהם,
מ"מ בעובדא דידן לתקן חסרון תיבת אנת לא חשיב חסרון
תיבת אנתתי כלכתחילה. שוב אחר החיפוש מצאתי בספר
נחלת שבעה סי' מה סל"א שכתב בהדיא שאם חסר תיבת
אנת לא הפסיד ושבנוסח הלבוש ליתיה תיבת אנת יע"ש.

ובספר עבודת משא דיני גיטין וחליצה סי' כא אות ז'
הביאו מדבריו הנ"ל וכתב - ועיין לעט"ר מורי הרב בס"ה סי'
י"ט דאירע מעשה לפניו שדילג הסופר תיבת אנת אנתתי
שלא כתב אלא יתיכי ליכי וריש דבריו הביא דעת מוהר"ש
בחה"ע סי' ב' שכתב שאם דילג תיבת אנתתי ליכא קפידא
וגם הביא דברי הרב ג"פ סי' קכ"ו סוף ס"ק פ"ט ודברי הרב
פ"ח שם אות ז' יע"ש וכן הביא דברי מרן החבי"ב דקפ"ט
אות קנ"ה שכן מוכח מדבריהם דאם דילג תיבת אנתתי
דליכא קפידא ושוב כתב דשאני נ"ד דהסופר דילג נמי תיבת

בדלא - בית דינו של שלמה - בב' ולא בכ' ואם כתב בכ'
הגט כשר, כיון שיש מקומות שנוהגים לכתוב בכ'. וצריך
לכותבה בא' לבסוף. ואם כתבה בה' לבסוף לדעתי הגט
פסול דמשמע מלשון דלות או ענין אחר.

בתי כהונה ח"ג סי' מ' - בדלא בבית ולא בכ"ף, דמשמע
כאילו אינו אבל הוא, ונמצא מבטל הגט.

אניסנא - בית דינו של שלמה - ולא יכתוב אניס, ואם
כתב אניס הגט כשר. וצריך לכותבה מלא י' בין נ' לט' ואם
כתבה חסר י' לדעתי הגט פסול הואיל ומשתנה משמעותה
דאנסנא הוא פועל יוצא לאחרים ואין לה הבנה הכא
שהרצון בזה שהוא נותן הגט מבלי אונס.

וצריך לכותבו בא' לבסוף, ואם כתבה בה' לדעתי הגט
כשר דכל כותב ה' במקום א' במקום שאין שינוי במשמעות
לא עיכב.

גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' לה - הסופר טעה
וכתב דלא אניסנא בתרי שיטי. דהגם שהרב ג"מ הביא משם
הב"ש שצריך לכותבם בחד שיטה, הנה הרב ברכת המים
כתב שאם כתב בשתי שיטות שאף שלא נתן ינתן ואפילו
שאינו שעת הדחק ומקום עיגון, כיון שלא נמצא זה בשום
פוסק.

ושבקית - בית דינו של שלמה - ושבקית בו' בראש
התיבה ולא שבקית. ואם כתב שבקית בלא ו' בראשה,
לדעתי יש להסתפק אם כשר הגט..

וצריך לכותבה בי' בין ק' לת' ואם כתבה חסר י' לדעתי
הגט פסול. דכאשר תחסר בהם הי' ישתנה משמעותו ותהיה
פועל יוצא לאחרים ומדבר בעד שכנגדו דאיהו האחר שבק
ופטר ותריך

ופטריית - בית דינו של שלמה - בו' בראש התיבה, ואם
כתב פטריית בלא ו' לדעתי קרוב להיות שהגט פסול. וצריך
לכותבה בי' אחר הר' ואם כתב ופטרת חסר י' לדעתי הגט
פסול. דכאשר תחסר בהם הי' ישתנה משמעותו ותהיה פועל
יוצא לאחרים ומדבר בעד שכנגדו דאיהו האחר שבק ופטר
ותריך.

ותרוכית - בית דינו של שלמה - בו' בראש התיבה ואם
כתבו תרוכית בלא ו' בראש תיבה לדעתי קרוב להיות שהגט
פסול הואיל והם ווי' העיטוף כאילו הג' תיבות ושבקית
ופטריית ותרוכית ושיחסרו הווי"ן משמע שהם ענין בפני
עצמו ואינו כן אלא ג' לשונות הללו לשון אחד הם ולשון
גירושין ושלושתם קשורים יחד.

וצריך לכותבה מלאה בי' בין כ' לת' ואם כתבה חסר י'
לדעתי הגט פסול בג' תיבות הללו דכאשר תחסר בהם הי'
ישתנה משמעותו ותהיה פועל יוצא לאחרים ומדבר בעד
שכנגדו דאיהו האחר שבק ופטר ותריך. והרצון בזה שישמע
לשונו שמדבר על עצמו.

וצריך לכותבה מלא ו' בין ר' לכ' ואם כתבה חסר ו' הגט
כשר כיון שמתורת מנהג הוא שנהגו לכתוב אות מלא ו'.
ויאריך אותו אות הו' שאחר הר' יותר קצת משאר ווי"ן.

גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' ט' – כתב ולא בהתיכי בשתי תיבות פסול רלב"ח סי' קכ"ט קל"א וקל"א ובסי' קל"א כתב בשם מהר"ם מטראני דכשר. כנה"ג סי' קל"ו הגה"ט אות כה.

ולאתריכי – שמחת כהן סי' ע' אות ו' – טעה הסופר ודילג תיבת ולאתריכי והכשרנוהו עפ"י מש"כ הלח"ש דקמ"ו על תיבת "כאן" שדילגו הסופר דיש להקל אפילו שלא בשעת הדחק, כיון דבמקומות הרבה אין כותבין "כאן". וה"נ יש מקומות שאין כותבין ולאתריכי כמ"ש ההנ"ז שם בע"ד. הרב און אהרן בסה"ג גט כ"ח (ועיין גנוזי חיים גט ל"ד).

גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' ט' – בגט הולכה שאין כותבין מקום עמידת האשה אין כותבין ג"כ ולאתריכי. ואם טעה הסופר וכתב ולאתריכי אין לפוסלו ושכן הסכימו רבני מצרים כמ"ש הרב חיים שאל ח"א סי' טל אות י"ג ע"ש. גנוזי חיים דכ"ד ע"ב.

דהוית – בתי כהונה ח"ג סי' מ' – דהוית תיבה אחת ולא די הוית. ואם כתבו שתי תיבות עיין בספר גט פשוט סי' קכ"ו ס"ק פ"ז.

נודע ביהודה מהדורה תנינא אה"ע סי' קיג – החשש הרביעי שנשבר הרגל השני של התי"ו ונראית כה"א, וראיתי למעלתו נקל בעיניו דבר זה, ואני בעיני נראה דלכאורה הוא דבר קשה שהוא שינוי המשמעות כי דהוית הוא מדבר לנוכח שהוית אשתו אבל אם הוא בה"א הוא דהויה מדבר על אשה נסתרת שהיתה אנתתי וא"כ מדבר עם אשה אחרת ולא עם האשה שהתחיל לדבר בתחלת הגט אנתתי פלונית. וראיתי בפרי חדש סי' קכ"ו ס"ק כ"ח כתב בשם הרלב"ח בתשובה סי' קכ"ט על גט שהיה כתוב בו וכו' אנתתי באיזה מקום שתמצא שראוי לפוסלו שהיה לו לכתוב באיזה מקום שתמצא שמורה על נקיבה נמצאת בלשון הגט יתיכי ליכי אבל זה הלשון מורה על נקיבה נסתרת ונראה שאין כוונתו לגרש את אשתו אלא במקום שתמצא איזה אחרת ואע"פ שבשטר השליחות כתוב בו שיגרש את אשתו בכל מקום שימצאנה אינו מספיק לתקן טעות שבגט עצמו וכו' ומסיים הפ"ח שדבריו נכונים וראויים דלא כחכמים אחרים החולקים עליו ע"ש. ודומה לזה ממש הוא דהויה, ואין לומר ילמד עליו ריעו תחלת הגט וסופו שמדבר עם אשתו לנוכח שהרי בגיטין פ"ה ע"ב מבואר תיהויין תיצביין בתלתא יודיין מחשש זה שלא יהא קאי על נשים דעלמא אף הפר"ח מסיים שם שאין לגרש בגט זה לכתחלה ואם נתגרשה או במקום שאין השיירות מצויות יש להכשיר והרי גם בעובדא דא מקום עיגון הוא וחשוב כדיעבד ואף שמבואר בש"ע סי' קכ"ו סעיף כ"ב שאם לא כתב היודיין היתירות דהיינו תיצביין תיהויין הרי זה פסול ונראה דשם גרע טפי שהרי תיהויין רשאה ושלטאה וכו' למהך להתנסבא וכו' הוא עיקר הכריתות ואם זה חסר בגט או שמשמעותו על נשים דעלמא לא התיר אותה בכל הגט ואף שכתוב והרי את מותרת לכל אדם אין כאן היתר נשואין רק היתר זנות

אנת וכל כה"ג אפשר לומר דס"ל להרבנים הזוכרים דפסול. דכל עיקר חיליה דמהרש"ה דמכשיר אינו אלא מדברי הרמב"ם שלא כתב תיבת אנתתי קמא... שו"ר להרב נחלת שבעה נראה דעתו דאחר שראה לדברי הרב הנוכח דכתב דאם דלג תיבת אנת לא הפסיד ובנוסח הרב הלבוש ליתיה, מצינא למימר דאית ליה להתירו בשופי אף בלי שעה דחוקה. ומ"מ בנ"ד שהוא גט מומר וגם דבשעת כתיבת הגט היה חולה שלא היה ביה כח גברא לעמוד וע"כ חששנו פן יתחרט בינתיים וח"ו תשאר האשה עגונה, ובמקום עיגון רב כזה סמכנו על סברת הרב דאם חיסר תיבת אנת לא הפסיד והכשרנוהו.

ספר מחנה ישראל בספר קול אליהו אה"ע סי' פז – מעשה בא לפני בגט אחד שטעה הסופר ודילג שתי תיבות אנת אנתתי במקום יתיכי ליכי אנת אנתתי דילג שתי תיבות הללו אנת אנתתי. הנה במילת אנתתי אין קפידא כמ"ש מוהראנ"ח ז"ל ח"א סי' י"א יע"ש. אך מה שחששתי לכתוב גט אחר הוא משום תיבת אנת שדילג. ואע"פ שהוא כפול שכבר אמר יתיכי ליכי, אע"פ כן חששתי לכתוב גט אחר ממ"ש בסי' ר"מ על חסרון מילת כאן עיין בסי' ע' אות ו'.

הנזכרת – עטרת חזקיה להג"ר חזקיה הכהן רבין עמ' רפח – אחר כתיבת הגט כשקראנו את הגט קודם החתימה כנהוג הרגשנו שטעה הסופר והשמיט תיבת הנזכרת אצל עמידת האיש, וכתב העומד היום כאן במתא בוכארא וכל שום וכו' אפ"ה הכשרנו ליתן אותו לכתחילה עיין שד"ח מערכת גט סי' יז או טז ד"ה העומד בפ' מתא וכו'.

ולאבהתיכי – בתי כהונה ח"ג סי' מ' – אם הפריד ולא מן בהתיכי, עיין כנסת הגדולה ובספר גט פשוט סי' קכ"ה ס"ק ע"ט ובסי' קכ"ו ס"ק מ"א.

גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' ט' – אם לא נכתב שם אבי המגרש ... וטעה הסופר וכתב ולאבהתי לא נפסל הגט בכך עיין ג"פ סי' קכ"ו ס"ק ל"ח ובספר יד אהרן שם הגה"ט אות ל"ו ול"ז ... ועיין בספר ג"מ למהר"ם בולא דקנ"ח ע"ג אות ט'. פאת ים בגט כ"ה וכ"כ הרב גנוזי חיים בגט מ"ד ע"ש. כתוב ולאבהתיכי ולא נכתב שם אביה ... פסלנו הגט אחר שנחתם משום דמחזי כמזוייף מתוכו. לב שלמה דס"ה ע"ב אות כ"א ע"ש. וצ"ע דבספר גט פשוט סי' קכ"ו ס"ק לח כתב להדיא דפעם אחת כתבו גט לבן אנוס בשמו וכינויו ושכח הסופר וכתב ולאבהתי והכשירוהו ונתנוהו ליד האשה כיון שבטופסי הראשונים הוי כותבין ולאתריהון דאבהתיכי אע"ג שלא הזכירו דירת אביהן ע"ש, ועיין פאת ים בגט כ"ה ובגנוזי חיים סי' מ"ד ומשם בארה.

גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' ט' – כתב ולאבהתיכי ... איכא שינוי הבנת הלשון ... אפשר להתפרש מלשון רצון כמו ולא אבה ה' אלוקיך ... והו"ל כתנאי הכתוב בגט שאם לא יהיה רצונך איני מגרשך בספר חיים לעולם למהר"ח מודעי ז"ל וראיתי לו בדף ל"א סי' כ' מעשה כזה וכתב גט אחר.

אע"פ שיש שינוי בנו"ן ארוכה שהוא כזי"ן משא"כ צורת הוי"ו עכ"ז שמא יקראנה תינוק דלא חכים ולא טיפש נו"ן ... ועיין לג"פ סקכ"ו סמ"ו שלא התיר מהריב"ל כזה אלא במקום עיגון או שכבר ניתן הגט ... נידון דנן דאינו ברור לנו שכ"כ ארוכה והבאנו תינוק שלא חכים ולא טיפש וקראה וי"ו והכשרנוהו

גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' י' אם כתב וי"ו שניה דוכדו קצת ארוכה עד שתינוק דלא חכים ולא טיפש קורא אותה וכדן בנו"ן ארוכה הו"ל כאילו לו כתב כלל אותה התיבה. ואע"ג דהיכא דכתב וכדו בוי"ו זעירא איתא למאן דמחמיר ואפילו לא עירער הבעל ולא תנשא, מ"מ בהא שנראית כנו"ן ליכא חששא אלא משום דגורנין טופס אטו תורף וחששא דרבנן היה אפשר להקל היכא דנתגרשה, וה"ה היכא שלא נתגרשה אלא שהבעל במקום שאין השיירות מצויות ואיכא למיחש לעיגונא חשבינן לה כדיעבד, ותתגרש לכתחילה. מהריב"ל ח"ג סי' ס"ט ע"ש. ואולם ראיתי להרב ויאמר יצחק שכתב בדמ"ג ע"ג מתשובת מהרי"ל סי' צ"ח דעובדא הוה שהובא גט על ידי טורח גדול והוצאה מרובה וכתוב בו וכדן בנו"ן במקום וכדו ופסלו הרב הישיש מהר"י ע"ש ואולי שלא היה במקום עיגון ואפשר להשיג גט אחר אף שיהיה טורח והוצאה מרובה. אבל במקום דאיכא למיחש לעיגונא אפשר דגם הוא ז"ל מודה לגרש בו לכתחילה כדעת מהריב"ל.

ושלטאה - בתי כהונה ח"ג סי' מ' - אם כתב ושלטה בדיעבד כשר, עיין בכנה"ג סי' קכ"ו ובס"ה, גם בסדר הגט שבסוף ספר גט פשוט סי' ק"ט. ונראה דה"ה אם כתב ושלטה באלף, וכן הוא בנוסח הגט שבטור. ואם חסר תיבת ושלטה עיין בפר"ח סי' קכ"ה דף ט"ו ע"ב קרוב לד"ה וכלל וכו'.

בית דינו של שלמה - אם כתב ושלטה בדיעבד הגט כשר. ואם כתב ושלטה בא' בסוף הגט כשר. ואם לא כתב תיבת ושלטה מחמירים לפוסלו.

אם כתב תיבת ושלטה שתי פעמים עיין בספר שמן המנחה דף ק"י ע"ב סי' צ"ח שהכשיר אותה.

בנפשכי - בית דינו של שלמה - תיבה זו אנו נוהגים לכותבה חסירה י' בין ש' לכ'. ויש שנוהגין לכותבה מליאה. ובכל מקום אם שינו למנהגם הגט כשר. ובקריאה יקרא אותה המסדר והעדים בנפשכי במבטא הי' בחיריק.

למהך - בית דינו של שלמה - יזהר לכותבו חסר י' בין ל' למ'. ולדעתי אם כתבו מלא י' בין ל' למ' לימהך הגט פסול הואיל ומשתנה במשמעות.

להתנסבא - בתי כהונה ח"ג סי' מ' - להתנסבא בה"א אחר הלמ"ד ולא באל"ף, ואם כתבו באל"ף פסול, ועיין בספר גט פשוט סי' קכ"ו ס"ק נ"ב. גם בלא יו"ד אחר הה"א, ואם כתב יו"ד כשר. דילג ה"א שאחר הלמ"ד כשר בדיעבד, ואם דילג כל התיבה פסול.

בית דינו של שלמה - בה' אחר הל' ולא בא' ואם כתבה בא' הגט פסול. לא יכתוב י' בין ה' לת' ואם כתב הגט כשר.

שתשאר מותרת לכל אדם כמבואר בפוסקים ועיקר ההיתר הוא למהך להתנסבא ואם יש כאן משמעות על נשים דעלמא לא התיר אותה אבל דהוית אנתתי אפי' כתב דהויה וקאי על אחרת אין זה תורף הגט והרי אח"כ חוזר לדבר עליה וכדו צבית וכו' יתיכי ליכי דיתהוייין וכו' בנפשיכי וכו' וא"כ הרי התיר אותה ומה לנו אם כתוב באמצע הגט דהויה ועכ"פ במקום עיגון כשר וכמ"ש הפר"ח.

מן קדמת דנא - גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' י' - אם כתב מן קדמת בלבד ולא כתב דנא, כתב הד"מ סי' ע"א דאע"ג שמור"ם כתב דאם דילג תיבת מקדמת דנא כשר שאני הכא שדילג תיבת דנא לחוד. דתי"ו דמקדמת מורה שהיא דבוקה עם תיבה אחרת, והצריך לכתוב אחר, ע"ש והובא להרב אגורה באהלך דמ"ג ע"ג דבא לידו מעשה כזה בגט ב' והכשירו בו ע"ש טעמו. ועיין בשד"מ בגט מ"ד שבא מעשה לידו שדילג תיבת דנא וחזר לכתוב גט אחר ע"ש.

קדמת - בספר תשובה שלמה להג"ר חיים פישל עפשטיין ז"ל ח"ב סי' לט כתב "חסר בגט תיבת מקדמת ונכתב דהוית אנתתי מן דנא, וכתב כת"ר שדעתו היא דהוא מזויף מתוכו, כי משמע דהוית אנתתי מן דנא ולא מקודם עכ"ל. ואין הדבר כן, חדא מדסתמו האחרונים וכתבו אם לא נכתב מן קדמת דנא כשר, ומדוע לא כתבו דאם לא חסר רק קדמת דפסול, מזה משמע דאף אם חסר רק אחת מאלה התיבות דג"כ כשר ... ובספר אגורה באהלך הכשיר אם השמיט הסופר תיבת דנא וכתב רק מן קדמת, ומכ"ש אם חסרה תיבת קדמת, דאין כל שינוי במשמעות. דמה שכתב כת"ר בזה דהוה מזויף מתוכו, דמשמע דהוית אנתתי מן דנא ולא מקודם עכ"ל, דנראה שהבין דתיבת דנא משמעותה מעתה. אין הדבר כן, דתיבת דנא משמעותה זה. עיין בירושלמי ע"ז (פרק ב' הלכה ח') א"ל רב אסיר לך דנא. והיינו אסור לך זה. ובדניאל (פרק ו') פסוק יא) מן קדמת דנא, היינו מקודם זה. וא"כ כיון שנכתב דהוית אנתתי מן דנא משמעותה שהיית אשתי מזה, היינו שכבר את אשתו. דהא בלבוש אהע"ז סי' קכו סעיף יט כתב וז"ל ואם לא כתב מן קדמת דנא רק כתב דהוית כשר, שהרי משמעות דהוית הוא לשון עבר כמו שפירשתי, ואין צריך מן קדמת דנא אלא לכתחילה לבאר היטב שלא נטעה, וכן אם לא כתב דהוית כשר שהרי כתב מן קדמת דנא עכ"ל. וא"כ דהוית וקדמת הם ענין אחד, ואיך נוכל לומר דהוית אנתתי מן דנא ולא מקודם, הא כתב דהוית שהוא לשון עבר, וא"כ משמעותו שהיית אשתי מזה, היינו מזה ולשעבר ... א"כ לענ"ד יש להכשיר את הגט בלי פקפוק". ועי"ש שקודם לכן, הביא מהפר"ח סוף סי' קכ"ו שבהשמטת תיבה מהטופס לכתחילה לא תתגרש, אלא במקום עיגון.

דנא - גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' י' - דנא באל"ף ויש כותבים בה"א ומנהגנו לכותבו באל"ף. כנה"ג סי' קל"ו אות כ"ו.

וכדו - יקרא אברהם שדה מגרש י"ב - אירע בתיבת וכדו שהאריך הוי"ו קצת עד שנראית ואינה נראית כנו"ן ארוכה

יכול להיות ימחא יומא דנן לבד ולא ימחא לעלם, או ימחא לעלם ולא יומא דנן. גם מטעם אחר יש לפוסלו ד"ל דמתחילה קאמר דלא ימחא בידיכי יומא דנן דוקא ואח"כ חזר בו ואמר שגם לעלם, וא"כ איכא לספוקי אי תפסינן לשון ראשון או לשון אחרון. ועיין בטור אה"ע סי' קמ"ה גבי שכיב מרע שאמר הרי זה גיטך מעכשיו ולאחר מיתה דהוי ספק שמא חזר בו ממה שאמר מעכשיו וחולצת ולא מתייבמת. עוד י"ל דלא ימחא בידיכי יומא דנן ולעלם ר"ל ולעלם ביום זה שהוא כו"כ לחדש שלא ימחא ושהרשות בידה דוקא ביום זה להנשא ולא ביום אחר והו"ל כאומר היום אי את אשתי ולמחר את אשתי. פאת ים בגט רביעי. וכ"כ אגורה באהלך דמ"ג ג' דהגט פסול אם דילג תיבת מן מטעם המשמעות ע"ש באורך.

דנן – מהר"ם אלשיך סי' קב כתב - "ומאי דכתיב מן יומא ולעלם ולא כתיב דנן, הא נמי לא מעכב דהא תניא פרק גט פשוט אבא שאול אומר אם כתוב בו גרשתיה היום כשר, דההוא יומא דנפיק ביה משמע וגם זה פסקוה כל הפוסקים. והשתא מאי דקאמר מן יומא הוא כאומר מהיום ולא פורש איזה יום הוא וכשר. זהו הנלע"ד".

בתי כהונה ח"ג סי' מ' - אם דילג תיבת דנן יש מכשירין, כנה"ג סי' קכ"ו וס"ה ועיין בספר ג"פ סי' קכ"ו ס"ק צ"ה. שו"ת אבני נזר חלק אה"ע סי' קסט - נפסק הנון פשוטה של תיבת דנן. מקור הדברים בגיטין (פ"ה ע"ב) מיומא דנן לאפוקי מר' יוסי דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו, פירש"י ואף דקי"ל כר' יוסי בעינן לאפוקי נפשי מפלוגתא, לפי זה אינו אלא לכתחילה, אבל בדיעבד נסמוך על מה דקי"ל כר' יוסי, אך זה אינו דבגיטין בבאים ממדינת הים שאין נתנין בזמן הנכתב בגט לא שייך כלל זמנו של שטר מוכיח עליו, שכונתו מעכשיו, שהרי לא תתגרש בזמן ההוא, אך הא פירש"י דמה דצריך לכתוב מעכשיו הוא בגט שכיב מרע ותיקן רבא בכל הגיטין להיות הסופרים רגילים בו, וא"כ בשאר גיטין אינו אלא לכתחילה, ועוד דהא גיטי שכ"מ נתנין ביום כתיבתן כמובן, וא"כ למה דקי"ל כר' אסי לא שייך לגזור אטו גיטי שכ"מ, וא"כ הוא רק מטופס הגט:

והנה בטופסי גיטין פסק הרמב"ם פ"ג מהלכות גירושין דמותר לסופר להכין טרם בא הבעל לגרש כר"א, הנה שטופס הגט כשר שלא מדעת הבעל, ואף להחולקים על הרמב"ם ופסקו כת"ק דגזר טופס אטו תורף, כבר הקשו בזה מהא דמותר חשו"ק לכתוב טופס, ותירצו הרא"ש והר"ן דסופר הכותב טופסי גיטין שכיח טובא ואם נכשיר בזה כולם יעשו כן, דאתי למיטעי להכשיר גם בתורף, אבל חשו"ק לא שכיח, והוא הדין שיתקלקל אות לאחר כתיבה לא שכיח ונוכל לתקן בלא דעת הבעל.

אבל כל זה אם הבעל הי' נותן הגט בעצמו אבל בנשלח ממדינת הים והבעל לא עשה שליח על התיבה שכתב הסופר אח"כ וכאילו התיבה שיתקן הסופר לא נתן לה הבעל כלל:

ואם כתב לתנסבא והשמיט ה' הגט כשר. וצריך לכותבו בא' לבסוף ואם כתבו בה' כשר. ואם השמיט כל תיבת להתנסבא יש להחמיר לפסול הגט.

גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' יא - דילג הסופר תיבת להתנסבא וכתב למהך לכל גבר דיתיבבין ותו לא והסכמנו לכתוב להתנסבא אחר תיבת דיתיבבין משום דהכוונה אחת היא ואין במשמעותה הבנה אחרת. בית אהרן במזכרת הגיטין דנ"ד ע"ג ע"ש.

די תיבבין - ויקרא אברהם שדה מגרש גט י"א - לא נכתב תיבת דיתיבבין, בשגם שכתב מרן סקכ"ו אם חיסר תיבה אחת מהטופס אם אינו משנה הענין אינו נפסל בכך, וה"נ כיון שכתב למהך להתנסבא לכל גבר יהיה מה שיהיה כרצונה או שלא כרצונה, מ"מ הפר"ח כתב ע"ד מרן הנוכחים - מ"מ לכתחילה לא תתגרש בגט זה.

ואנש - בית דינו של שלמה - חסר י' בין נ' לש'. ואם כתב אניש מלא י' הגט כשר. גם אם כתב ואינש בי' בין א' לנ' הגט כשר. וכן אם כתב ואינש מלא בשתי יודי"ן לדעתי הגט כשר כיון שאינו משתנה המשמעות.

בתי כהונה ח"ג סי' מ' - ואנש חסר יו"ד, ואם כתב מלא דעת הרב ספר ג"פ דכשר, עיין סי' קכ"ו ס"ק ג'.

לא ימחא - בית דינו של שלמה - צריך לכתובה בא' לבסוף ימחא. ואם כתבה בה' אם ניתן הגט הנה מה טוב, ואם לאו לא ינתן אלא א"כ במקום עיגון ינתן לכתחילה, וכן הדין אם כתב ימחי בי' לבסוף.

מוהר"ם סוזין זלה"ה היה מזהיר שיהיו שתי תיבות אלו לא ימחא בשורה אחת.

בתי כהונה ח"ג סי' מ' - ימחא באל"ף ואם כתבו בהא כשר במקום עיגון או אם כבר ניתן הגט. ומורי ז"ל בפר"ח סי' קכ"ו ס"ק ל"ו החמיר בזה ע"ש, וכן אם כתב ימחי ביו"ד ועיין בזה בספר גט פשוט ס"ק נ"ו ונ"ו ושם בפר"ח ס"ק ל"ו.

בידיכי - בית דינו של שלמה - בשלשה יודי"ן ואפשר שלושתן לעיכובא. וקורין שלושתן בחיריק.

גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' יב - טעה הסופר וכתב בידיכי חסר יו"ד הראשונה דהיינו שכתב בידיכי והכשירוהו ממ"ש הרב העיטור הובא בב"י סי' קכ"ו דאם כתב בשי במקום בששי דכשר ... ומה גם בנ"ד היה שכיב מרע. והרב גרש ירחים מפקפק בזה וסיים - בתיבת בידיכי אע"ג דאין לה שום משמעות והו"ל תיבה זרה מ"מ יש לפסול הגט ולא תלינן בט"ס וכ"ש שיש בה משמעות אחרת.

מן שמי - בית דינו של שלמה - אם השמיט שתי תיבות אלו מן שמי, הגט כשר. ואם כתב משמי לדעתי הגט כשר ולא יכתוב מן שמאי בא'. ואם עבר וכתב הגט כשר לדעתי שאין כאן שינוי משמעות.

מן יומא - גרש ירחים - אם ... דילג תיבת מן ... הגט פסול מפני שהמובן אנש לא ימחא יומא דנן לבד או לעלם ולא יומא דנן, אבל ימחא יומא דנן למ"ד וי"ו לחלק. ואפילו למ"ד וי"ו להוסיף יש לפרש לא ימחא יומא דנן לעלם, אלא

דיתהוייין דיתיצביין בשיטה אחת אבל אם כתב בשיטה אחת די והשאר בשיטה שניה יש פוסלין ע"ש. ומ"מ הכשרנו עפ"י דברי הג"פ שם דמסיק דבדיעבד אם כתבן לגמרי תיבה אחת או לגמרי שתי תיבות ואפילו בשתי שיטין דכשר וכו' ע"ש. גם י"ל דלא כתב מור"ם שיש פוסלין אלא בתיבת דיתהוייין ודיתיצביין דפשט דברי מרן ז"ל נראה שיש לכותבן בתיבה אחת ועלה קאי מור"ם. גם מפשט דברי מהרי"ל ומהרי"ו שהביא הג"פ שם נראה כן. אבל תיבות די יהוי שכתב מר"ן ז"ל שם סעיף מ"ג שנהגו לכותבם בשתי תיבות ומור"ם מודה לו אלא דבדיעבד אם כתבם תיבה אחת דכשר ע"ש, י"ל דבדיעבד אם כתבם בשתי שיטות דכשר אליבא דכו"ע. וגדולה מזו כתב הג"פ שם סעי' על מ"ש מר"ן ז"ל דנהגו לכתוב דהוית תיבה אחת, דאפילו כתב די הוית שתי תיבות בשתי שיטות יראה דכשר ע"ש ומינה דכ"ש בתיבות די יהוי, ופשוט.

בית דינו של שלמה - אם כתב דהוי, במקום עיגון כשר.
מנאי - בית דינו של שלמה - אם כתבה מלאה י' מינאי, הגט כשר.

בתי כהונה ח"ג סי' מ' - מנאי בלא יו"ד אחר המ"ם, ואם כתב כשר במקום עיגון. ואם לא כתב תיבת מנאי פסול, ואם כתב ה"א במקום אל"ף יש מכשירין בשעת הדחק. יש אומרים שיש לכתוב תיבות יהוי לכי מנאי הכל בשיטה אחת, ולא ראיתי מדקדקין בזה וכ"כ בס"ה שבספר כנה"ג. גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' יד - כתב מנהי יש מכשירים בשעת הדחק, בתי כהונה דכ"א א', לחם שלמה קמ"ו ג'. וצ"ע ... יש בה גריעות משמעות מענין נהי ויללה וכאילו אומר ודן די יהוי ליכי מחמת נהי וקטטות שהיה ביננו, ולא דמי לתיבת מינאי ביו"ד דכשר בדיעבד, דהגם שיש בו משמעות אחר מ"מ יש בו נמי משמעות ממנו כמ"ש הג"פ סי' קכ"ו ס"ק ק' ע"ש ... משא"כ תיבה זו דמנהי אין בה שופ משמעות דממני ואין כאן ידים מוכיחות דלדעת קצת פוסקים דס"ל דמנאי הוי לעיכובא ... ובשלטי הגבורים בפרק המגרש כתב בשם ריא"ז דאם לא כתב ודן או לא כתב מנאי הוי ספק מגורשת וכ"כ הג"פ סי' קכ"ו סוף ס"ק צ"ו ... וכ"ש דיש בו משמעות אחר והוא מענין נהי ויללה וי"ל דה"ק ודן די יהוי ליכי הוא מסיבת נהי שהיה בך והוי כמטיל תנאי בגט דודאי הגט פסול, ואפילו נתגרשה לא תנשא דהוי ספק מגורשת מלבד שאין כאן ידים מוכיחות עוד יש בה שינוי משמעות לגריעותא.

גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' יד - אם במקום מנאי כתב ממני או מני יש להסתפק דנהי דהוי לה"ק ממני או מני כמו מה מני יהלך וכיוצא ... מ"מ יש בו שינוי הבנה כמו מתני' מני שפירושו מאן הוא ... א"נ לשון מינוי ... ונראה דבדיעבד ושעת הדחק יש להכשיר ולא דמי למ"ש באות הקודם (בענין מנהי).

תרוכין - בית דינו של שלמה - חסר י' בין ו' לר'. אם התיבה מלאה תירוכין הגט כשר.

מיהו אם התינוק הי' קורא אותו נון קודם התיקון, הנה לדעת כמה פוסקים כשר בגט בלא תיקון כלל, ואף להפוסלים, מ"מ יש לדמותו להא דמבואר בפוסקים דמהני בכזה תיקון בתפילין ולא חשוב שלא כסדרן, דהוא אות הראשון והוא רק להכשיר האות, וכיון שהוא אות הראשון והבעל עשאו שליח נתינה על זה אך נפלאתי למה לא כתב זה מעלתו אם תינוק יכול לקרותו או לא.

ולדינא נכשיר בכל ענין ונסמוך על הב"י סי' קכ"ז בשם רשב"ץ דאפי' חסר תיבה אחת בטופס הגט כשר, ואם תינוק יכול לקרותו נראה לי ליתן הגט בלא תיקון, כי לתקן מלבד שיש חשש הב"ש בשם ט"ז [סי' קכ"ה ס"ק ב"ה] דחשוב מחוסר תיקון, עוד אינו נראה לי לתקן בגט כלל לאחר שעשה שליח על הנתינה אך אם תינוק הי' יכול לקרות קודם התיקון יתקן אחר שנתן הגט ויתנונו שנית, לרווחא דמילתא, אך אם תינוק לא הי' יכול לקרות, האי תיקון לאו מידי הוא ואין נ"מ כלל אם יתן שנית, וטוב יותר שלא יתן רק פעם אחת בלא תיקון.

גרש ירחים - אם כתב מן יומא דין או דנא במקום דנן נראה דכשר, דדנא ודין כלם תרגום של זה כמבואר בערוך ערך דין ע"ש, וכן אם כתב דנה בה"א לבסוף דהכי איתא בדניאל בכמה פסוקים. אם דילג תיבת דנן כשר. הר"מ אלשיך סי' ק"ב, כנה"ג סי' קל"ו אות ל'.

בית דינו של שלמה - אם השמיט ג' תיבות הללו מן יוצא דנן הגט פסול. אם כתב מיומא דנן לדעתי הגט כשר. ואם כתב דנא בא' לבסוף במקום הנ' גם זה לדעתי הגט כשר הואיל ואין משתנה המשמעות.

ולעלם - בית דינו של שלמה - אם השמיט תיבה זו הגט פסול. אם כתב ולעולם מלא ו' בין ע' לל' לדעתי הגט כשר הואיל ואין משתנה המשמעות.

והרי את מותרת לכל אדם - בתי כהונה ח"ג סי' מ' - בשיטה אחת, ואם נכתב בשתי שיטות כשר ליתנו.

גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' כו - כתב הסופר תיבת והרי את מותרת לכל בשיטה אחת, ותיבת אדם נכתבה בראש השיטה האחרת, וכבר נודע שצריך לכותבם בשיטה אחת. מ"מ כבר כתב הרב בתי כהונה דכ"א א' דאם נכתב בשתי שיטות כשר ליתנו.

מותרת - בתי כהונה ח"ג סי' מ' - מותרת בוי"ו, ואם חסר יש פוסלין ואפילו בדיעבד, עיין כנה"ג ובספר ג"פ.

בית דינו של שלמה - אם כתבה חסירה (בלי ו') יש פוסלים.

ודן - גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' לא ודן שלא נכתבה בראש שיטה י"א אין קפידא דאינו אלא לזהירות בעלמא עיין בשד"מ בגט י"ד.

די יהוי - בתי כהונה ח"ג סי' מ' - אם כתב דיהוי תיבה אחת כשר.

גרש ירחים (להג"ר חיים כהן ז"ל) עמ' לא כתב די יהוי בשתי שיטות וכתב מור"ם ז"ל בסי' קכ"ו סעיף י' דיש לכתוב

דלפי שעה לא מצינו מפורש בנידון זה ממש עלה בדעתינו לגרר יו"ד ראשונה מהשי"ן ואח"כ יגרר ירך הוי"ו ובאותה נקודה שהשאיר בוי"ו יצרפנה עם שני ראשי השי"ן ותהיה שי"ן שלימה.

בית דינו של שלמה - חסר י' בין ש' לב'. ואם כתבה מלאה הגט כשר.

וגט - בית דינו של שלמה - אם כתב תיבות ואגרת וגט בלא ו' בראשי התיבות, אגרת שבוקין גט פיטורין לדעתי אפשר דיש להכשיר.

ואגרת - בית דינו של שלמה - אם כתב תיבות ואגרת וגט בלא ו' בראשי התיבות, אגרת שבוקין גט פיטורין לדעתי אפשר דיש להכשיר.

שבוקין - בתי כהונה ח"ג סי' מ' - שבוקין, אם דילג יש מכשירין בשעת הדחק, ועיין בכנה"ג.

ויקרא אברהם שדה מגרש גט ג' - טעה הסופר וכתב וי"ו אחר השי"ן ואח"כ כתב הבי"ת ... לפום ריהטא נראה שאין כאן בית מיחוש דאין כאן שינוי הבנה כל כך אלא שבוקין משמעותו מכאן ולהבא ושבוקין משמעותו עבר. ובתשובת מרן ס"ח כתב על תיבה זו אף אם לא נכתבה הגט כשר, אך

סימן עג

נאמנות הבעל בטענות הפוסלות את הגט

ועיין בשו"ת חתם סופר אה"ע ח"ב סי' ה' שהאריך להוכיח שהבעל אינו נאמן לטעון לאחר הגירושין שהגט ניתן באונס, עיי"ש שהסתמך על דברי הר"ן בתשובה, ובאר החילוק בין טענת מזויף שהבעל נאמן כשהגט אינו מקויים, לשאר טענות פסול.

וכן כתב בשו"ת בית שלמה חלק אה"ע סי' קלח שלא לחוש לטענות הבעל לפסול את הגט. וז"ל שם בלשון השאלה - "שורש השאלה הוא שכ"ת סידר לאחד גט פיטורין וגרש בו אשתו, ואח"כ הוציא קול לעז על הגט ואמר שמסר מודעא בין כתיבה לנתינה ואמר בפני עדים שאינו מתירה להנשא עד אחר שלושים שנה מן הגט, וכ"ת שלח אחריו ואמר שיש לו עדים על המודעא הנ"ל, רק שלעת עתה אינו רוצה להביאם, רק לכשירצה או כשתרצה להנשא".

הבית שלמה השיב - "הנה ברור דכיון שאינו מביא עדים לדבריו, אינו נאמן לערער על הגט לומר שעשה איזה דבר המבטל הגט. ודבר זה מבואר בתשובת הר"ן סי' מג והביא ראיות ברורות, ודבריו הובאו בב"י סס"י קלד". ועיי"ש בהמשך דבריו במה שדן אי חיישינן לקול שהוציא הבעל.

וכן בשו"ת בית אפרים (מהדו"ת חאה"ע סי' ע"י) הביא את דברי הר"ן, וכתב, ז"ל - "מבואר מדבריו דאפילו יש לבעל עד אחד שביטל בפניו ובפני עוד אחד, אין בדבריו כלום, משום שאין דבר שבערוה פחות משנים, וכן מבואר בשו"ת א"ז רמ"א סי' צא, וזה הלכה רווחת בישראל. ועוד כלל אחר אמרו אין עירעור פחות משנים, ולכן הבא לערער שהגט בפסול, שלא נכתב לשמה או בטענה שהיה אנוס או מסר מודעא לפני אחד שאם יכתוב גט יהא בטל, אין בדבריו כלום, וכמבואר בגיטין דף ט, אילימא ערער דחד והאמר ר"י ד"ה אין ערער פחות משנים, והא דאמר התם אלא ערער דבעל היינו לענין טענת מזויף, כמ"ש בפני יהושע שם ובדף ג' ברש"י ד"ה אי מצרכת כו' עיי"ש וע"ש בתוס' ד"ה חד אתי בעל ומערער ובפנ"י שם. והדבר פשוט בש"ס ובכל הפוסקים דמודעא בפני שנים דוקא, ואם אחר נתינת הגט הבעל בא

השאלה העומדת בפנינו היא, אם לאחר הגירושין הבעל טוען טענות לפסול את הגט, טענות שביסודן הן טענות על עובדות, ובלא שהביא ראיה להוכחת הטענות, האם הוא נאמן בטענתו.

במקרה שבפנינו הבעל טען שהגט ניתן רק למראית עין אך לא היתה כוונתו להתגרש מאשתו. במקום אחר כתבנו לברר את"ל שהבעל נאמן, האם יש לחוש לפסול את הגט עקב דברים שבלב. אך כעת נדון גם אם אכן כוונה כזו פוסלת, האם הבעל נאמן לטעון שזו היתה כוונתו.

במשנה בריש מסכת גיטין שנינו "המביא גט בארץ ישראל אינו צריך שיאמר בפני נכתב ובפני נחתם ואם יש עליו עוררין יתקיים בחותמיו". ובגמרא בדף ט. - "ערער כמה, אילימא ערער חד, והאמר רבי יוחנן אין ערער פחות משנים ... אלא ערער דבעל". ומפרש רש"י - "דבעל, הבעל ערער עליו לפוסלו".

מבואר בגמרא שאם הבעל מערער לפוסלו צריך להתקיים בחותמיו, ואם אינו מקויים נאמן לפוסלו. ועיין בשו"ע אה"ע סי' קמא סעיף נג שפסק שאם הבעל מערער שהגט מזויף ואינו מקויים האשה אינה מגורשת או עכ"פ ספק מגורשת, עיי"ש.

אך יש לחלק בין טענת מזויף לטענה אחרת. בסוגיא מיירי כשהבעל טוען שהגט מזויף, ואין ללמד מסוגיא זו לנידון שהבעל אינו מערער שהגט מזויף, אלא רוצה לפוסלו בטענה אחרת, וכמו שמבואר בדברי הר"ן בתשובה.

הר"ן בתשובה סי' מג כתב בנידון בעל ששלח גט על ידי שליח ואח"כ עירער וטען שביטל את השליחות עוד בטרם נמסר הגט. והר"ן מאריך להוכיח שאינו נאמן לטעון שהגט בטל. בסיום דבריו כותב הר"ן - "הדבר פשוט וברור שלאחר נתינת הגט אין בדבריו של בעל כלום אלא א"כ יברר אותם בעדים, דהא מכיון שנתגרשה הרי היא בחזקת פנויה ואין דבר שבערוה פחות משנים".

דברי הר"ן הובאו בבית יוסף אה"ע בסוף סי' קלד.

הבעל. ואמנם בדברי הר"ן באותה תשובה גופה, כתב בשם הרשב"א שבמקום שיש רגלים לדבר כטענתו חוששין לדבריו, והיינו במקום שאין אנו מסתמכים כעת רק על דברי הבעל בעירעורו, וגם בלא דבריו ראינו באותו זמן מעשים המוכיחים על טענתו, עיי"ש בדברי הר"ן.

ובאבני נזר חלק אה"ע סי' רא ס"ק לא כתב - "גם הא דבעל העיטור אין ענין לכאן, דתרוכין ביוד יש בו משמעות אחר וכשהבעל כותב כך או צוה לסופר לכחוב כך יוכל לומר אני כוונתי משמעות אחר, כדי לקלקלה, והרי התיבה יש בה גם פירוש אחר, והנה התיבה נמשכת אחר כוונת המכוון כמו סתם נדרים להחמיר ופירושן להקל עיין ר"ן ריש פ"ג דקידושין".

וע"ע שם בחידושי אנשי שם סי' רא, וכן בשו"ת האלף לך שלמה סי' רג, וע"ע שם בסי' קנה וקעב שפסק דהבעל אינו נאמן לערער על כשרות הגט דאין דבר שבערוה פחות משנים.

וכעין נידון המהרש"ק נשאל בשו"ת מאיר נתיבים (להגאון מאוסטרהא תלמיד הבעש"ט) והשיב (בדף סז) שאין לחוש לדברי הבעל שמעיקרא כיוון לתת גט פסול, ודברים שבלב אינם דברים וכל דיבור שאמר קודם מתן הגט מתבטל בביטול המודעות שהבעל אומר בסדר הגט, ובסיום דבריו כתב - "אם באנו לחוש בכגון זה לעירעור כזה כמדומה דלא שבקת חיי לכל בריה ולא תמצא בת מגורשת לאברהם אבינו כדת וכדין, שבכל גט שיתחרט הבעל יוכל להמצא לו מקום לערער שיתן אמתלא מבוררת בנקל שהיה נעלם ממנו איזה דין שמחמתו היה לו לטעות שיפסל הגט לפי טעותו ויאמר שאדעתא דהכי עשה את כל מעשה הגט".

וע"ע בשו"ת בר ליואי חלק אה"ע סי' מא שנידון בעל שעירער על כשרות הגט בטענה שבעת מסירת הגט אמר לאשתו ואי את מותרת לכל אדם, והעלה שאין לחוש לעירעורו, ובפרט במקום שהבעל בעצמו החזיק את עצמו ואת אשתו כגרושים, אינו נאמן לחזור ולטעון שהגירושין לא הועילו, וכמו שמוכח במסכת בבא בתרא דף קכו: שאם אמר בני הוא אינו נאמן לחזור ולומר עבדי הוא, כיון שבעצמו החזיקו כבנו, והוסיף שם - "ועוד דהרי לא גרע מכל היכי שהבעל אומר גרשתי את אשתי דאינו נאמן אח"כ לומר להיפך, ובפרט היכא שאנו רואים שעשה המעשה ונתן הגט בחזקת כשרות, דפשיטא דאפילו נתן אמתלא אח"כ לא מהני, כמו שמצינו בלבשה בגדי נידות דאינה נאמנת לומר אח"כ שהיא טהורה".

וע"ע בשו"ת ברכת יוסף חלק אה"ע סי' סג במה שהאריך לדון בשיטת הר"ן בתשובה. ועיין בשו"ת אבני צדק (להגר"י טייטלבוים ז"ל) סי' נ' שהאריך להוכיח שאינו נאמן לטעון שהטעה את ביה"ד בשם אביו, ואף במלתא דעבידא לאיגלווי אינו נאמן.

העולה מדבריו, בנידון דידן שלא היתה שום הוכחה במעמד סידור הגט שאין כוונתו לגירושין ואין בעדויות שהובאו הוכחה שהגט לא ניתן בלב שלם, אין לבעל נאמנות לעורר חשש פסול על הגט, והיינו אף לשיטת החכם צבי ולפי תשובת

ומערער באיזה טענה שיהי' הן טענת לשמה או טענת אונס או ביטול מודעא, אפילו מביא ע"א שעשה כן בפני שנים, אין בדבריו כלום אלא א"כ יברר בעדים, וכמש"ל בשם הר"ן דכיון שנתגרשה, בחזקת פנויה קיימא, ואין דבר שבערוה פחות משנים, עכ"ל.

וע"ע בשו"ת בית יצחק חלק אה"ע ח"ב סי' כד סק"ח שכתב לבאר את דברי הר"ן שאינם סותרים למבואר בגמרא שהבעל נאמן בטענת מזויף, וכתב שהעיקר תלוי אם טענתו מסתייעת מחזקת אשת איש של האשה, או שכבר אין חזקה זו. ובאר עפ"י מש"כ הרשב"א דמשום הכי לא אמרינן ברוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן סמוך מיעוטא לחזקה, משום דכיון דמתעסק בשחיטה לסלק החזקה איתרע החזקה. ולכן עד אחד המעיד שהגט מזויף, בכה"ג אינו נאמן מכיון שהבעל מסר גט והתעסק לסלק את חזקת אשת איש לכן איתרע החזקה, אבל כשהבעל עצמו טוען טענת מזויף הרי לטענתו לא התעסק כלל לסלק החזקה ונאמן, ולכן בדינו של הר"ן מכיון שהוא מודה ששלח לה גט והתעסק לסלק חזקת אשת איש, הרי גם לדבריו איתרע חזקה דאשת איש לכן בצירוף שדבריו הם כנגד הרוב שאין מועלים בחרם שהחרימו הבעל שלא לבטל השליחות לכן אינו נאמן.

לדבריו נראה ה"ה בנידון דידן שאינו נאמן לטעון שהגט נעשה בדרך של הערמה על בית הדין ובלא כוונת גירושין. וע"ע מה שהאריך שם בתשובה לדון בדעת הר"ן, וע"ע בשו"ת מהר"ש ענגיל ח"ג סי' עח במש"כ על דברי הבית יצחק.

ואמנם מצינו בטור אה"ע סי' קכו שהביא בשם בעל העיטור שאם הבעל כתב את הגט או הסופר כתבו מפיו ואח"כ בא הבעל וטוען ששינה בכתיבת הגט כדי לקלקלה נאמן. הרי דאף שבלא דבריו האשה מגורשת בלא חשש, נאמן הבעל לטעון שכיון לקלקלה. ולכאורה קשה אי נימא דס"ל כר"ן בתשובה מדוע הבעל נאמן.

אך מתוך דברי הג"ר שלמה קלוגר בספרו חידושי אנשי שם סי' לה מתבאר ענין זה. המהרש"ק דן במי שטען אחר הגירושין שהגט היה פסול מכיון שהיה שינוי בשמות, בתשובתו דן הרש"ק בשתי נקודות, ראשית האם השינוי הוא שנוי הפוסל, ושנית אפילו את"ל שאינו שנוי הפוסל, עדיין יש לחוש משום שלא כיוון לגרשה אלא לקלקלה, (וכעין דברי הנודע ביהודה מהדו"ת אה"ע סי' קט). וכתב מהרש"ק שם - "נראה דעד כאן לא חיישי הראשונים לשמא נתכוין לקלקלה רק בהני הפסולים הנאמרים שם דלא האריך הוויין או לא כתב היודין כו' דבזה הוי שינוי הניכר מגוף הגט, לכך כל שיש שום שינוי בגוף הגט בזה הוי כניכר הערמה מתוכו לכך לא הוי דברים שבלב".

העולה מדברי המהרש"ק דמכיון שבנידון בעל העיטור השינוי ניכר ומוכח, אין אנו מסתמכים על דברי הבעל בלבד, אלא על הכתוב בגט עצמו, וגוף השינוי הוא לכל הפחות בגדר רגלים לדבר, ובכה"ג מודה הר"ן לחוש לעירעורו של

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 אאעבב"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 היה בטל ולא בעל אלא ע"ד קידושין הראשונים" אלא שאילו היו לפנינו עדים שבא עליה או שנתייחד עמה לאחר הגירושין, היה מקום לדון, אם אפשר לסמוך על דבריו, שאומר עכשיו 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". עכ"ל באותו פסק דין.

מסקנת הדברים - הגט שניתן בזמנו עומד בתקפו ואין כל מקום לחוש לפקפק בכשרותו.

הדברי מלכיאל שלשיטתם אילו היה נאמן היה יכול לפסול את הגט. אך כבר העלינו שאף אם הבעל היה נאמן לגמרי בכל טענותיו, אין אלו טענות הפוסלות את הגט מכיון שנהג כמקובל בסדר הגט, ומחשבתו היא בגדר דברים שבלב שאינם דברים. ומצאתי בפסק דין מבית הדין הגדול בהרכב הג"ר אליעזר גולדשמידט ז"ל והג"ר שאול ישראלי ז"ל והג"ר יוסף קאפח שליט"א שדנו בנידון דומה ודחו טענות הבעל. ובנימוקים לפסק הדין כפי שהובאו בספר משפטי שאול סי' לו כתב הג"ר שאול ישראלי ז"ל - "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 יחדו 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 שנוולד למערער מאשה אחרת שחי עמה שלא בנישואין. וכן שלא נתייחדה עם המערער, אלא בנוכחות אדם אחר. עיינו בטענות ובחומר שבתיק, והגענו למסקנה 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.

סי' עד

דברים הנאמרים ע"י הבעל בזמן סידור הגט העלולים לפסול את הגט

שני עדים את דבריו והאם הם עדים כשרים. בהתאם לכך יש לקבוע האם יש משמעות לדבריו, ובמידה שאכן יש משמעות בדבריו על הגט, האם הגט בטל ואין ניתן לגרש בו או שמא די בציווי חדש או בביטול מודעות לפני מסירת הגט.

וכאן המקום להעיר שמכיון שבדרך כלל הבעל נמצא עם הסופר בזמן כתיבת הגט, ואם הבעל אומר דיבור שעלול לגרום פסול בגט, הדברים נאמרים בפני הסופר או בפני עדי הגט, יש להביא לידיעתם שעליהם להיות עירניים לכל דבר היוצא מפי הבעל שיש לו קשר לגט או לגירושין או להסכם הגירושין, בין אם הדברים נאמרו לסופר או לעדים ובין שנאמרו לאדם אחר. ועליהם להפסיק מלכתוב עד שיבררו

לעיתים במהלך סידור הגט הבעל אומר דברים העלולים להביא לפסילת הגט. הדבר תלוי בכמה דברים - א. בעיתוי של הדברים שנאמרו ע"י הבעל, האם דבריו נאמרו לפני סידור הגט, לאחר המינוי לסופר ולעדים, באמצע כתיבת הגט, בין כתיבה לחתימה, בין החתימה למסירה, בשעת המסירה או לאחריה.

ב. בתוכן דבריו של הבעל, האם דבר על הגט או על הגירושין או על פרטי הסכם הגירושין, וכן חשוב לדעת מהו הנוסח המדויק של הדברים שאמר הבעל, ויש לשמוע ממנו מה היתה כוונתו.

ג. בפני מי נאמרו הדברים, בפני הסופר, עדי הגט, האשה הרב המסדר את הגט, או בפני אדם אחר, וכן האם שמעו

שהגט שנכתב בהכשר אי אפשר לבטלו אין הגילוי דעת כלום כיון שהוא חוזר ומגרש בו. עכ"ל הר"ן.

בספר תשובות חכמי פרוניציא סי' סב בתשובת הר"ר מרדכי ב"ר יצחק ז"ל מחכמי פרוניציא (שחי בזמן הרשב"א), הביא דעות הראשונים בזה. לאחר שהביא את שיטת הרמב"ם כתב - "וכן היתה דעת הרב הגדול ז"ל נוטה, וכן כתב הרב רבינו מאיר הלוי ז"ל והאריך בזה, וכן דעת בעל ההשלמה וגדולים אחרים".

לעומת זאת, הרבה ראשונים כתבו שאי אפשר לבטל את הגט לאחר שנכתב ונחתם כהלכתו, כן דעת רש"י בגיטין דף לב: (כפי שפרשו הרמב"ן), וכן דעת הרמב"ן הרשב"א הר"ן הריטב"א והרא"ש.

וכן דעת הר"ף, וכמו שכתב בדעתו בתשובות חכמי פרוניציא, וז"ל בסי' סא - "ורב אלפס להוציא מלבן של הולכין כנגד זה הוסיף על סוגיית התלמוד, איתמר גט שבתלו חוזר ומגרש בו, ולא אמר גט שביטל השליח חוזר ומגרש בו וכו', אלמא ס"ל דבכל ביטוליה דגט פסיק דהלכה חוזר ומגרש בו". וכן הוסיף להוכיח שם בסי' סב מדלא הביא הר"ף את לשון הגמרא נהי דבטליה שליחותא דשליח גיטא גופיה מי קא בטיל, אלא הביא בסתמא את דינו של רב נחמן שחוזר ומגרש בו, משמע דבכל גווני חוזר ומגרש בו.

וע"ע בשו"ת משכנות יעקב חלק אה"ע סי' לא שכתב כן בדעת הר"ף וכיון מדעתו הרחבה לשתי הראיות הללו מלשון הר"ף, וכן כתב הכתב סופר אה"ע סי' צ' בדעת הר"ף מכח הדיוק השני בלשון הר"ף שהזכרנו לעיל.

בתשובות חכמי פרוניציא שם כתב - "מעשה היה בעירנו (כוונתו לעיר נרבונה) בעת שהיתה עיר ואם בישראל לתורה ולגדולה שהורו שגט שביטלו חוזר ומגרש בו, וזה אשר כתב הר"ר אברהם אב"ד ז"ל - הרי שהיינו חמישה בהסכמה אחת בגט שנכתב ולאחר שכתבו אמר גט זה לא יועיל ולא יגרש לא ישלח ולא יתיר בטל הוא אי אפשר בו, דחוזר ומגרש בו דהלכתא כרב נחמן דלא אתי דיבור ומבטל גיטא, ודבריו קיימין דקאמר, דבההיא נתינה לא מגרשא, אבל גיטא גופיה לא בטיל וחוזר ומגרש בו, ע"כ דבריו, וגם קצת מרבותינו ז"ל הכי ס"ל ... והכין הוא דעתא דבעל התוספות ז"ל דאינו יכול לבטלו בדיבור כיון דאית ביה מעשה גמור, וכן מפירוש רבינו שלמה הכי משמע, ולזה דעתי נוטה לפי סוגיא דשמעתא".

וכן מסקנת המאירי בריש השולח, והוסיף - "ואף גדולי קדמונינו כתבו שכך הסכימו בה על ידי מעשה בנרבונה במעמד חמישה סבי סמיכי, וכן כתובה חכמי הדורות". וכן כתב בספר מכתב מאליהו (שער ז' סי' ו') בשם בעל העיטור בדיני שליחות ורבינו ירוחם.

להלכה מצינו כמה ראשונים שאף שדעתם שאי אפשר לבטל הגט עצמו, מ"מ כתבו לחוש לדעת הרמב"ם, הרמב"ן

בפני בית הדין אם יש חשש פסול בגט, ולפעמים די בציווי חדש וכפי שיבואר להלן בדברינו.

במאמר שלפנינו לא נדון בדין מסירת מודעה על כתיבת הגט או על נתינתו, עקב טענת אונס וכיוצ"ב. אלא רק על אמירות כגון שאינו רוצה לתת גט וכדומה, כשהדברים נאמרו לאחר שכבר נכתב הגט, כולו או מקצתו, ועלולים להביא לפסילתו.

נחלקו הראשונים, אם הבעל יכול לבטל את הגט לאחר שנכתב ונחתם כהלכתו.

הרמב"ם בפרק ו' מהלכות גירושין הלכה כא כתב - "השולח גט ביד שליח ובטל הגט הרי זה חוזר ומגרש בו כשירצה. שלא ביטלו מתורת גט אלא מתורת שליחות. לפיכך אם היה הגט ביד הבעל ובטלו, כגון שאמר גט זה בטל הוא, אינו מגרש בו לעולם, והרי הוא כחרס הנשבר, ואם גרש בו אינה מגורשת. וכן אם פרש בעת שביטלו והוא ביד השליח, ואמר גט ששלחתי הרי הוא בטל מלהיות גט, אינו מגרש בו לעולם".

ועיין שם במגיד משנה וכן בחידושי הרמב"ן עמ"ס גיטין דף לב: שדינו של הרמב"ם עולה מגירסת הר"ח בסוגיא שם - "נהי דבטליה מתורת שליח, מתורת גט לא בטליה". דמבואר לפי גירסת זו שאם רוצה, יכול לבטל הגט עצמו.

לעומת זאת, לגירסת הראשונים שגרסו "גיטא גופיה מי קא בטיל", משמע שאינו יכול לבטל הגט עצמו, ובוזה נחלקו על דינו של הרמב"ם.

למרות שרוב הראשונים נחלקו על הרמב"ם, מ"מ הרמב"ם אינו יחידאי, ומצינו ראשונים נוספים שסוברים כדעת הרמב"ם.

כן דעת הר"ח המובא במ"מ וברמב"ן, וכן נראה בדעת התוספות בגיטין דף לב: ועי"ש שגירסת התוס' בסוגיא אינה כגירסת ר"ח, אך התוס' כתבו שהגירסא בגמרא בקידושין היא כגירסת ר"ח, ועי"ש שכתבו לבאר - דמכיון שאתי דיבור ומבטל דיבור, מהני הביטול מכיון שהגט אינו נחשב מעשה כל זמן שלא הגיע ליד האשה. (ועיין בספר מכתב מאליהו שער ז' סי' ו' שפרש כן דעת התוס' בריש בשולח, וכתב שמתוס' בקידושין דף נט: ד"ה מתורת נראה להיפך).

וכן דעת הסמ"ג עשין נ' וספר התרומה (הביאם הב"ש סי' קלד סק"ה). וכן כתב הר"ן בסוף פרק שמיני בגיטין בדעת הר"ר אלחנן שפסל גט שהבעל החתים עליו עד שלישי שלא בפני שני העדים שכבר חתמו, ומבאר הר"ן - "דכיון שבא להחתים שלישי גילה דעתו שלא יהא גט עד שיחתום השלישי, וחתמתו אינה כלום כיון שלא חתמו זה בפני זה, ונראה שזה על דעת מי שסובר כההיא דריש פרק השולח שאם ביטל הגט בפירוש מבוטל ושוב אינו חוזר ומגרש בו, דאילו למאן דס"ל

וכן בשו"ת צמח צדק (החדש) חלק אה"ע סי' ער כתב - "לענין מעשה, הביא בספר מכתב מאליהו שער ז' סי' ו' שיש לדון במחלוקת זו שבין הרמב"ם לשאר פוסקים דהוי ספק מגורשת, וכמו שפסק בשו"ע סי' קמא סעיף סו, מה גם לפי מה שכתבתי שכן דעת הרבה מגדולי הראשונים - התוספות וספר התרומה וסמ"ג והרמב"ם והרמ"ה ורבינו ירוחם".

והכנסת הגדולה סי' קמא בהגהות ב"י אות צ' כתב בשם מהריב"ל שאם התגרשה בגט כזה ומת הבעל חולצת. וע"ע מש"כ השאגת אריה סי' ל' שכתב על דעת הרמב"ם - "ומ"מ רוב פוסקים ככולן חלקו עליו בזה".

ועיין באבני נזר חלק אה"ע ססי' קעג שסיים שיש סיוע להקל ולהסתמך על הראשונים החולקים על הרמב"ם עפ"י דברי שאגת אריה, (ועי"ש בנידון שלו שהיו צדדים נוספים לקולא). וע"ע בתשובת נודע בשערים ח"א סי' ח' שיובא להלן שכתב "ובאמת לענין עיקר הדין בשעת הדחק ראוי לסמוך על רוב הפוסקים דלא ס"ל כדעת הרמב"ם, רק דאינו יכול לבטל גוף הגט. כי הרשב"א לא כתב רק דראוי לחוש לכתחילה מלגרש בו. רק הרא"ש כתב סתם להחמיר, והר"ן דחה בזה דברי הרמב"ם בהחלט. וכן דעת הרמב"ן והריטב"א בקידושין פרק האומר. לכן נראה שיטת רש"י ותוס".

אך לפי המבואר מדברינו שהרבה ראשונים עומדים בדעת הרמב"ם ואף המקילין כתבו להחמיר לכתחילה, והשו"ע הכריע להלכה דהוי ספק מגורשת, ולכן קשה לנטות מהכרעת השו"ע בזה, וכמסקנת הכתב סופר והצמח צדק.

סיכום

מצינו מחלוקת ראשונים אם אפשר לבטל את הגט עצמו. דעת רוב הראשונים שאי אפשר לבטלו, כן דעת הרי"ף רש"י בעל העיטור הרמב"ן הרשב"א הר"ן הריטב"א הרא"ש המאירי ה"ר מרדכי ב"ר יצחק הריב"ש והתשב"ץ, וכן נעשה מעשה רב ע"י חמישה גדולים בראשות רבי אברהם אב"ד בעל האשכול. לעומת זאת דעת הרמב"ם שאפשר לבטל את הגט עצמו, וכן דעת הר"ח הסמ"ג ספר התרומה הרמ"ה הלוי בעל ההשלמה ורבינו אלחנן (אליבא דפירוש הר"ן), וכן כתבו כמה אחרונים בדעת התוספות.

אף המקילים, כתבו לחוש לכתחילה לדעת הרמב"ם. ולהלכה פסק השו"ע שאם התגרשה בגט כזה דינה כספק מגורשת, וכן הסכימו הפוסקים, והכתב סופר דן שבוה"ז שיש חדר"ג שלא לגרשה בע"כ לכו"ע הגט בטל.

ביאור שיטת הרמב"ם

הרמב"ן (בחידושו לגיטין דף לב:): הקשה על שיטת הרמב"ם - "ולא מסתבר לי משום דלגביה גט גופיה לא שייך ביטול כיון שנכתב ונחתם לשמה ע"כ כשר הוא להתגרש בו,

סיים שיש לחוש בדבר, הרשב"א סיים בשם רבותינו הצרפתים - "שחשו להן ואמרו דלמעשה אין להקל בדבר אלא חוששין לו ולכתחילה לא יגרש בו". וכן כתב הריב"ש סי' קכו - "אמנם רש"י והתוס' והרמב"ן והרשב"א וכל האחרונים ז"ל כולם סוברים שהגט כיון שנכתב כהלכתו אינו יכול לבטלו ולעולם יכול לגרש בו. ואע"פ שכתבו שראוי להחמיר וזה לכתחילה, אבל בדיעבד כשר אפילו ביטלו בפירוש". וכן כתב התשב"ץ ח"א סי' א' (דף ד.).

בתוספות טוך עמ"ס קידושין דף נט: (ד"ה מתורת גט) כתב שיש לישב דעת הסוברים שאי אפשר לבטל את הגט עצמו. אך סיים - "מיהו אין לסמוך על זה להורות הלכה למעשה".

וכן הרא"ש לאחר שכתב דעתו שאי אפשר לבטל הגט עצמו, סיים - "מיהו אין לסמוך על זה לעשות הלכה למעשה אלא אזלינן ביה לחומרא".

האחרונים נחלקו בביאור מסקנת הרא"ש. בספר מכתב מאליהו (שם) כתב - "הנראה מדבריו ז"ל שאם עבר וגרש בגט זה הויא ספק מגורשת, וכן כתב בפירוש רבינו ירוחם". לעומת זאת בשו"ת כתב סופר חלק אה"ע סי' צ' כתב - "הרא"ש כתב דיש למיזל להחמיר משמע דמחמיר יותר (מהרמב"ן והרשב"א שכתבו דיש להחמיר לכתחילה), מ"מ אין מוכח מדבריו דס"ל שהוא ספק מעיקר הדין, רק שאין עושין בו הלכה ולמעשה, ואפשר במקום עיגון לא מחמיר. ועיין בלשון הטור דאין יוכל לגרש ולא כתב דאם גרש ספק מגורשת, ובלי ספק כוונתו כשיטת אביו הרא"ש ז"ל, ועכ"פ היה לו להביא שיטת אביו, נראה דס"ל דלא יוכל לגרש ובדיעבד אפשר לא נדון אותה כספק מגורשת שתצא משני, ועיין פרישה שמוסיף על הטור דאם גרשה ספק מגורשת, ואינו במשמע מסתימת הטור".

בשו"ע אה"ע סי' קמא סעיף סו פסק שאם גרש בגט שביטלו הרי זו ספק מגורשת. והב"ש בסי' קלד סק"ה כתב בלשון זו - "עייין סוף סי' קמא מבואר דקיי"ל כדעה זו, דכן הוא דעת הרמב"ם הסמ"ג והתרומה".

ובכתב סופר (שם) כתב - "מי יבוא אחר המחבר אחר שכבר עשהו וקבע להלכה בשו"ע דאם נשאת הרי היא ספק מגורשת, והוא עפ"י מש"כ בב"י דנראה מדבריו דס"ל לעיקר כרמב"ם, אלא כיון שיש מפרשים דלא ס"ל הכי לכן אם גרשה הרי היא ספק מגורשת, ואם נשאת לאחר צריכה גט, ובאמת הרמב"ם לאו יחידאי הוא, דהרב המגיד הביא שכן שיטת ר"ח, ועיין ב"י סי' קלד דספר התרומה וסמ"ג כרמב"ם ס"ל, ועיין בהגהת רמ"א וב"ש סק"ה, ומאן ספון וחשוב להקל במקום עיגון".

וע"ע מש"כ בכתב סופר לדון דבוה"ז שיש חרם דר"ג שלא לגרשה בע"כ, לכו"ע לא הוי מעשה עד שימסר הגט כיון שהענין תלוי בדעתה, ואתי דבור ומבטל דבור.

למ"ד שהסופר הוא שליח הבעל לכתיבת הגט, הרי שבביטול הגט הבעל מבטל את המינוי שמינה את הסופר לכתיבת הגט, ונמצא שהגט נכתב בלא שליחות הבעל ונידון כנכתב שלא לשמה דהוי כאומר כל הרוצה לכתוב גט לאשתי יכתוב. אבל למ"ד דאין הסופר צריך להיות שלוחו של בעל ומה דבעינן שהסופר ישמע קולו של הבעל הוא כדי שיכתב הגט לשמה. מאחר שבזמן שנכתב הגט נכתב כהלכתו בציווי הבעל וממילא נכתב לשמה, לא ניתן לבטלו מהכשרו.

וכן כתב התורת גיטין בפרק השולח דף לב, וזה לשונו - "למאן דס"ל דוכתב דקרא אבעל קאי ובעינן שליחות בכתיבה, ממילא יכול לבטל אף לאחר שנכתב, דאתי דיבור ומבטל דיבור השליחות דעד שלא ניתן הגט לא חשיב מעשה והוי כאילו נכתב שלא בשליחות. ולמאן דס"ל דוכתב אסופר קאי ולא בעינן שליחות, רק כל זמן שאין הסופר שומע מפי הבעל לא חשיב לשמה משום דסתם אשה לאו לגירושין קיימא, וכיון שבאמת שמע מפי הבעל ובודאי כתב לשמה א"א לבעל לבטל הכתיבה של הסופר שהיה לשמה, דע"כ נכתב הגט לשמה, כיון שאחר שציוה הבעל, סתם אשה לגירושין קיימא".

וכן כתב התורת גיטין על השו"ע סי' קמא סעיף סו. אמנם הרמב"ם גופיה ס"ל דלא בעינן שליחות כמ"ש הב"ש סי' קכג סק"ה ובתורת גיטין שם סק"ג, (ודלא כמחנה אפרים בפ"ג מגירושין, ודבריו צ"ע). ואכן התורת גיטין (שם בריש השולח) כתב - "וכתיבת הסופר א"א לבטל וחוזר ומגרש בו אפילו להרמב"ם, דהא ס"ל דלא בעינן שליחות בכתיבה ... וע"כ צ"ל בטעם הדבר, דבעל המאור ביבמות פרק ד' אחין כתב על הקושיא דאיך מועיל שטר הא הוי מפי כתבם, ותרץ דכיון דהלזה או הבעל מצוה לחתום חתימתם מטעם שליחות הוא והוי כאילו הבעל חתם עצמו והוי מפי כתבו. משום הכי כשמבטל הוי כאילו נחתם שלא בציווי ושלא בשליחות והוי מפי כתבם ולא הוי עדות, ומיירי דליכא על הגט רק העדי חתימה לבד וליכא עדי מסירה, דהא אפילו לר"א סגי בעדי חתימה כמ"ש הרי"ף בפרק המגרש, רק דבעינן שחתמו בשליחות הבעל, דבעדות ודאי בעינן שליחות וציווי הבעל, דחתימתן בלא ציווי לאו עדות היא כלל. וכשמבטל השליחות הוי כאילו נחתם שלא בשליחות והגט בטל".

לדברי התורת גיטין עולה חידוש לדינא, שגם לפסק השו"ע לחוש לדעת הרמב"ם ודינה כספק מגורשת, מ"מ למנהגנו שלעולם הגט נמסר בפני עדי מסירה, אף אם הבעל ביטל את הגט עצמו, אין כאן חשש אשת איש דאורייתא. ומסתימת השו"ע והפוסקים אין נראה כן. וע"ע בספר ברכת שמואל עמ"ס גיטין סי' לט במש"כ לבאר דברי התורת גיטין ובמה שחלק על דבריו.

בשו"ת צמח צדק (אה"ע סי' ער סק"ז) דחה את סברת התורת גיטין שתלה שאלת ביטול גופו של גט במחלוקת אי

למה זה דומה למי שכתב ס"ת לשמו וחוזר ומבטלו שלא כל הימנו לפסול מה שנעשה כבר בהכשר".

בהסבר שיטת הרמב"ם נאמרו שתי שיטות עיקריות.

א. שיטה אחת סוברת, שבביטול הגט הבעל מבטל שליחות הסופר והעדים.

הר"ן בתשובה (שבשו"ת הר"ן במהדורת מכון שלם צפונות קדמונים) סי' פה, כתב כך לבאר שיטת הרמב"ם. וז"ל - "לפי שיראה בתחילת העיון שיראה דינו מן המתמיהים, היאך אפשר שיוכל הבעל לפסול גט שנעשה בהכשר ולומר שיראה כחרס, וכי ס"ת שכתבו בהכשר בידו לפוסלו שלא יהא ראוי לקרות בו, אף גט זה שנכתב בהכשר היאך הוא יכול לפוסלו, ושלא יהא חוזר ומגרש בו, זה בודאי דבר של תימה וצריך ביאור ... היאך יאמר שלא יהא גט, אלא מהו מבטל שליחות הסופר והעדים שכתבוהו וחתמוהו ברצונו והרי הוא כעוקר אותו שליחות, או אותו רשות שנתן להם, ושיהא אותו הגט כאלו נכתב שלא לרצונו, וא"ת כיון שכבר עשו הם שליחותם היאך הוא יכול לבטלו. תשובתך, סבור הרב ז"ל שהמעשה הזה של כתיבת הגט הרי הוא כנותן מעות ליד האשה, שכשם שאותו המעשה לא נגמר עד לאחר שלשים, כך אותו שליחות או רשות שנתן להם לא נגמר ולא היה לו חלות עד שיגרש בו את האשה, שלהניחו בביתו או לצור ע"פ צלוחיתו אינם צריכים שליחות, אלא מהו שליחותם או רשות שנתן להם שיכתבו גט שיגרש בו האשה, וכיון שכן כל זמן שלא גרש לא חל שליחותיהו ולא עשה פירות. ואע"פ שהם עשו המוטל עליהם, אין שליחותם אלא כדיבור גרידא".

בספר בית אפרים חלק אה"ע סי' קכה כתב בדעת הרמב"ם שהביטול הוא שמבטל השליחות למפרע. והביא מחידושי הריטב"א (עמ"ס קידושין דף נט: ד"ה וקשיא) שכתב סברא כזו. אמנם הריטב"א כתב סברא זו רק בביאור ההו"א בגמ', אך הבית אפרים כתב שכן דעת הרמב"ם אף למסקנא. וז"ל הריטב"א - "כיון שאומר לעדים מתחילה כתבו וחתמו ותנו ובשליחות עשאוהו והוי לשמה, דכל כמה דלא מטי גיטא ליד האשה יכול הוא לבטל הגט ולומר שתבטל שליחותו למפרע, והוי כאילו עשאוהו מדעתם ולא הוי לשמה ופסול".

ונראה שזוהי דעת הר"ן בתשובה שהבאנו.

מדברי הר"ן והריטב"א עולה שעניין זה אינו תלוי בשאלה אם בעינן שליחות בכתיבת הגט, אלא מאחר ולכו"ע הסופר כותב מכח ציווי הבעל, הרי שאם בטלה שליחותו, אין ממש בגט, ואף אם הסופר אינו כשליח הבעל לכתיבת הגט, אך עכ"פ מוטל עליו לכתוב מכח ציווי הבעל, וזוהי שליחותו, ובביטול הגט בטלה שליחות זו.

אך המחנה אפרים בפרק ג' מהלכות גירושין כתב שדין זה תלוי במחלוקת הראשונים האם בעינן שליחות בכתיבת הגט.

כריתות, נמצא דהענין דלשמה היינו שיהיה נכתב לשם כריתות שמתהווה אח"כ בעת הנתינה ... לכן בזה מהני ביטול שיבטל הכנתם לשם כריתות הבאה אח"כ, אתי דיבור ומבטל להו. ונמצא דהוכחת המחנה אפרים בטלה מעיקרא, דשיטת רבינו דאין דין שליחות בכתיבה וחתימה, דוכתב היינו שיגרש בכתב כמו שכפל רבינו כמה פעמים".

וכן כתב האור שמח בתשובה שבספר "תשובות אור שמח" סי' יא.

וכעין זה כתב בספר חלקת יואב חלק אה"ע סי' לו - "הענין לשמה הצריך בגט, היינו דצריך שהגט יהיה מזומן לגירושין. וזוהי סברתו של הרמב"ם דסובר דיכול לבטל גוף הגט, והיינו שמבטל ההזמנה שלו".

וכעין זה כתב בספר קובץ הערות (הגר"א וסרמון ז"ל) סי' תשט"ז, עי"ש.

ועיין בספר ברכת שמואל עמ"ס גיטין סי' לט שניסח את הגדרת הדברים בשם הגר"א קוטלר והגר"א וסרמון ז"ל, וז"ל - "בגט אין זה רק דין כוונה דע"י המחשבה שמחשב לשמה הוי העשייה, אלא דין עשיית חלות קנין הגט, ועל כן לא חשיב גמר מעשה גמור ... מהני בו ביטול, דאינו גמר מעשה כמו לאחר נתינת הגט, אלא קנין גט". ועי"ש שהוסיף שגם לרמב"ם דלא בעי שליחות בכתיבת הגט, מ"מ מהני הביטול על הכתיבה, "דגם בכתיבת הגט דבעי ציווי הבעלים אין הכוונה דהוי רק עיכוב בעלמא, אלא דבעינן שליחות ודעת המתחייב מן הבעל ועשיית קנין גט".

בספר גליא מסכת חלק אה"ע סי' ד' הביא מהאחרונים שבארו סברת הרמב"ם שהביטול מועיל למפרע לבטל מינוי השליחות, וכתב - "הדבר תמוה איך אפשר לעקור ולבטל עסק אשר כבר נעשה ונגמר, ואפילו מתחילה לא נעשה רק על פי דיבור הואיל וכבר נגמר עפ"י דיבור הנ"ל אין להשיב, כמו שולח לתרום אם כבר עשה שליחותו ותרום אין יכול לבטל ולעקור שליחות אשר נעשה בדיבור ... וזה ברור שגט שנכתב בשליחות הבעל יש לו דין כמו שכתב הבעל עצמו דשלוחו כמותו, וגט שיכתב הבעל בעצמו לשמה ודאי אינו ראוי לקבל על עצמו עסק ביטול כלל". לכן העלה הגליא מסכת כעין סברת האור שמח, וז"ל - "שורש גט הוא שמהצורך שיוקבע עליו מקור ויסוד כריתות משעת כתיבה עד שעת נתינה ומסירתו מיד הבעל ליד האשה, ולא יהיה נפקע ממנו כלל וכלל קביעות כריתות מתחילתו עד שיבוא ליד האשה. ויסוד כריתות האמורה גבי גט הוא הכל בדעת הבעל כי עליו לגרשה מרצונו אף שלא ברצונה, ולכן אם אחרי שנגמרה הכתיבה קודם הנתינה נתהפך דעת הבעל מלגרשה ומתמצה לה לקיימה ולדור עמה כדרך כל הארץ, ממילא נפקע כח קביעות כריתות מן הגט ההוא ונעשה חרס ודומה לשטר שנמחל שעבודו". וכמו במגרש אשה וחזר וקדשה בו ביום שאינו יכול לחזור ולגרשה באותו הגט אף באותו יום, שכבר נפקע כח כריתות שבו.

בעינן שליחות בכתיבת הגט, וז"ל - "לענ"ד אי אפשר לקיים דבריו. שהרי ר"י סובר דבעינן שליחות בכתיבה כמ"ש הרא"ש בפרק המביא תניין סי' כה משמו וכן משמע בתוס' שם בשם ר"י, ועכ"ז משמע מיניה בתוס' דף פח דס"ל דא"א לבעל לבטל אפילו גט שלא נגמר וכן משמע בר"ן (שם) משמו. והתוס' סוף פרק המביא תניין ס"ל דלא בעינן שליחות בכתיבה ועכ"ז ס"ל בפרק השולח דיכול לבטל גוף הגט". ולכן ביאר שמחלוקת הראשונים היא בשאלה האם גט שנכתב ונחתם ועדיין לא ניתן חשיב כמעשה או כדיבור.

ויש להעיר על דבריו שברשב"א עמ"ס גיטין דף יח כתב בדעת ר"י דס"ל דמהני ביטול לגופו של גט, ומש"כ הצ"צ להוכיח משיטת ר"י שבדף פח אינו ראיה, די"ל דהר"י ס"ל שרק במבטל בפירוש את הגט הגט בטל, אך נמלך לא הוי כמבטל הגט עצמו, וכדעת כמה אחרונים שיובאו להלן, ובגמרא רק חששו לנמלך ולא לביטול, ולכן הר"י פרש הגמרא בדרך אחרת. וכמו כן בישב סתירת דברי התוס', י"ל שהתו"ג יפרש שמסקנת התוס' בריש השולח שרק גט שלא נגמר יכול לבטלו, עי"ש.

לעיל הבאנו מש"כ הבית אפרים על פי חי' הריטב"א. הבית אפרים כתב דיש נ"מ מדרכו זו בדעת הרמב"ם, וז"ל - "כשהוא אומר שיהא בטל עד לאחר זמן ובדעתו ליתנו אח"כ, אם כן חזינן שאין בדעתו לעקור את השליחות למפרע דהא בדעתו ליתנו עדיין, אלא שרוצה לבטלו מעתה ועד איזה זמן, וביטול כזה אינו מועיל לכו"ע".

לעומת זאת, בתורת גיטין בתשובתו בסוף סי' קמא (כפי הנראה הבית אפרים והתורת גיטין דנו באותו מקרה) חולק בזה וכתב בפשיטות - "ודאי הגט בטל אף דלא אמר רק שמבטל לשעה, וכמו שמבואר בסי' קמא סעיף סד בהג"ה גבי אמר לא תצא לצמיתות, עי"ש. ולפי דעת הרמב"ם דס"ל דכשמבטל הגט דשוב אינו חוזר ומגרש בו, וכתבתי לעיל הטעם דאתי דיבור ומבטל דיבור ונתבטל השליחות שצויה לכתוב והוי כאילו נכתב שלא בשליחות. א"כ דמי לקידושין גירושין והקדש דאף דאמר לזמן הוי כאמר לעולם כיון דלא אפשר להיות לזמן דהיינו שיהיה ביום אחד כאילו נכתב שלא בשליחות ואחר יום יהיה כאילו נכתב בשליחות אם לא שיכתוב מחדש, ובמידי דאי אפשר להיות לזמן לאו כל כמיניה לאתנויי לזמן והוי לעולם כמו בהני דלעיל וכמו בקיים ליכי שעה בנדרים".

ב. כמה אחרונים כתבו לבאר דעת הרמב"ם, שביטול הגט אינו מפני ביטול שליחות הסופר והעדים, אלא מטעם אחר. בספר אור שמח הלכות גרושין פ"ג הט"ו כתב - "בגט הלא כריתות בעי שיהיה ענין הספר לשם כריתות שתהיה הוראתו לכרות הנישואין ולהפריש אגד אישותו ממנה ... וזה נקרא ספר כריתות ונכתב לשם ענין כריתות שמתהווה רק בנתינתו ולא בעת הכתיבה, ומשום זה חלה עליו שם ספר

שאינו בטל, כך כתב הגליא מסכת לשיטתו, שהגט אינו מתבטל אם אינו מבטל הגט לעולם, אלא רוצה לאחר זמן לגרשה בו רק כעת אינו רוצה לגרשה, וז"ל - "אמנם אם לא נתפייסה דעתו של בעל לדור עמה עוד כדרך כל הארץ, אלא נמלך לפי שעה מלינתן לה עכשיו גט זה אלא אחרי איזה זמן, בכה"ג ודאי לא נתבטל כוחו של אותו גט, מידי דהוי אכותב גט שיחול אחרי שלושים יום".

לסיכום

בביאור דעת הרמב"ם נאמרו שתי שיטות. שיטה ראשונה היא שיטת הר"ן בתשובה המחנה אפרים התורת גיטין הבית אפרים והאור גדול שהבעל מבטל את מינוי השליחות לסופר שצוהו לכתוב גט, וביטול זה הוא ביטול המינוי למפרע.

לעומת זאת דעת הריב"ש, וכן כתבו כמה מהאחרונים - האור שמח הגליא מסכת החלקת יואב והברכת שמואל שהביטול הוא הפקעת כח הכריתות שבגט ע"י שאינו רוצה לגרש בו. בביטולו הבעל מבטל הזמנתו לשם גירושין ומבטלו בכך מתורת ספר כריתות.

הן הבית אפרים העומד בשיטה הראשונה, והן הגליא מסכת העומד בשיטה השנייה הסכימו שאם הבעל לא נמלך מעצם הגירושין אלא רק כעת אינו רוצה לגרש, אך ודאי יגרשה לאחר זמן, שאין בדבריו ביטול לעצם הגט אף אם אמר לשון שמשמעותה ביטול הגט. ולכן אם דבריו של הבעל נאמרו רק כדי לצער האשה או ללחוץ עליה שתתן לו דבר מה, אך ברור שברצונו רק לעכב את הגירושין לזמן ואינו מתחרט מעצם הגירושין, אף לרמב"ם יכול לגרש בגט זה. אלא שהתורת גיטין חולק בזה. ולהלן נביא דעת האבני נור סי' קעג שאם החליט שאינו רוצה לגרש בגט זה, הגט בטל אף שלא נמלך מעצם הגירושין.

נוסח דיבור הנידון כביטול הגט

הרמב"ם הביא את דינו שמועיל ביטול לגופו של גט בלשון זו - "אם היה הגט ביד הבעל ובטלו כגון שאמר גט זה בטל הוא, אינו מגרש בו לעולם והרי הוא כחרס הנשבר". יש לדון האם דוקא כשאמר נוסח כעין "גט זה בטל" שהביטול מתייחס במפורש לגופו של גט, או אף אם אמר שאינו רוצה לגרשה או שאמר שלא יתן את הגט גם בכה"ג הגט בטל.

לכאורה נראה, ששאלה זו תלויה בשני הביאורים שנאמרו בדעת הרמב"ם. אם כסברא השניה, אין צורך שהבעל יאמר לשון ביטול על הגט עצמו, אלא אם גמר בדעתו שלא לגרשה כבר ביטל את ההכנה שהכין וזימן את הגט לשם כריתות.

ואכן בספר גליא מסכת מבואר שביטול הגט נעשה לאחר שהבעל נמלך מלגרשה ומתרצה לקיימה ולדור עמה כדרך כל הארץ, ובכך בטל הגט, והיינו בהתאם לביאורו בשיטת הרמב"ם.

ומסיים הגליא מסכת - "זה ודאי שאין שייך על הגט עסק ביטול לשעבר דהואיל וכבר נעשה בהכשר לשמה וכתיקונו אינו יכול לבטל ולעקור ממנו את אשר מכבר עשהו, ונמצא שיסוד ביטול גט הוא דוקא להבא שמבטל כוחו מכריתות הקבוע בו".

וע"ע בספר חלקת יואב חלק אה"ע סי' כא שכתב להוכיח כסברה זו, דהא דאמרינן אתי דיבור ומבטל דיבור, הביטול הוא רק מכאן ולהבא ולא למפרע.

אבל בספר אור גדול (סי' ט פסקא ג' סק"ג) דחה את שיטת הגליא מסכת, וז"ל - "ומאד אני תמה עליו, דהא חזינן בריש השולח ובריש האומר דפריך מהא דאתי דיבור ומבטל דיבור על הא דחוזר ומגרש בו. מבואר מדברי הגמרא דהא דלא יחזור ויגרש בו היינו משום דאתי דיבור ומבטל דיבור, ולר"ל דס"ל לא אתי דיבור ומבטל דיבור ניחא הא דחוזר ומגרש בו, רק לרבי יוחנן דדיבור מבטל דיבור קשיא ליה אמאי חוזר ומגרש בו. ועל זה תירץ מתורת גט לא בטליה, דהיינו דלא כיון לבטל מתורת גט, אבל אם ביטל בפירוש מתורת גט אינו חוזר ומגרש בו, והיינו כסברת המקשן מטעם דאתי דיבור ומבטל דיבור. ומעתה לפי סברת בעל גליא מסכת דביטול גט היינו שהוסכם אצלו לבל יתן עוד בתורת גירושין ולבל לגרש עוד בו, מאי ענינו לאתי דיבור ומבטל דיבור, הלא אפילו למ"ד אין דיבור מבטל דיבור מ"מ פשיטא דיכול לחזור מלגרש בו. דאף אם אמר לגרש אינו אלא דברים בעלמא, דעד כאן לא פליגי רב ורב יוחנן אלא דברים אי יש בהם מחוסרי אמנה, אבל לכו"ע יכול לחזור בו. אלא ודאי מוכח בבירור גמור דביטול הגט היינו ביטול שליחות הסופר והעדים וכאילו נכתב שלא בשליחות הבעל, ואף למאן דלא בעי שליחות מ"מ נתבטל ציווי הבעל והוי כאילו נכתב שלא בציווי ופסול משום שלא לשמה, ואף אם הבעל בעצמו כתבו מבטל אמירתו שאמר לשמו ולשמה והוי כאילו שלא לשמה, ולהכי שפיר תליא באתי דיבור ומבטל דיבור".

אך האור גדול מביא שברייב"ש סי' תפב מפורש כסברת הגליא מסכת, וז"ל הריב"ש - "בגט כשהוא מבטל קודם כתיבה הוא מבטל שליחות הסופר והעדים, או שאינו כותבו לשמה ולתורת גירושין, ולכן הוא בטל לעולם. וכן כשמבטל אחר כתיבה הוא מבטל גט זה מלתתו לעולם בתורת גירושין, ולכן הגט בטל שאם לא נכתב לשמה או לא נתנו בתורת גירושין אינו גט כלל". הרי שרק בביטול קודם כתיבה הזכיר הריב"ש ביטול השליחות אבל בביטול גופו של הגט כתב שמבטלו מתורת גירושין. וכתב האור גדול בביאור דעת הריב"ש - "ע"כ צ"ל דאף דכעת נתנו בתורת כריתות, עכ"ז כיון דהוסכם בדעתו מקודם לבל ליתנו עוד בתורת כריתות, אזי נתבטלה תורת ספר כריתות מגט זה ושוב לא מהני, דבעינן משעת כתיבה עד נתינה יהא על הגט תורת ספר כריתות, וכמ"ש הגליא מסכת".

כשם שמצינו בבית אפרים שכתב בדעת הסוברים כשיטה ראשונה שאם ביטל הגט לזמן ולא באופן מוחלט

אפשי בו דלא הוי ביטול הגט כיון שאינו בידו וכיון דלא הוי ביטול הגט חוזר ומגרש בו. הרי שדעת התשב"ץ שאם אומר שאנוס על הגט הוי כאומר אי אפשי בו, ובוזה יש חילוק בין אם הגט בידו לאין הגט בידו, שאם הגט בידו יש כאן ביטול הגט אליבא דהרמב"ם וכשאין הגט בידו, כגון שהגט אצל שליח אנו מפרשים דבריו שביטל שליחות השליח. וכן כשהגט אצל הרב המסדר את הגט כעובדא דהתשב"ץ, אין אנו מיחסים לדבריו ביטול הגט גופו אלא שיש כאן מסירת מודעא על הנתינה וצריך לבטל המודעא לפני המסירה.

בדברי התשב"ץ קיים חידוש שלא מצינו בשאר הפוסקים, שבגט שאינו ע"י שליח יש חילוק בין אם הגט בידי הבעל או מונח במקום אחר. ומסתימת הפוסקים משמע שלא כדבריו. ומצאתי מפורש בתשובת אחד הראשונים שלא כתשב"ץ, בספר תשובות חכמי פרובינציא סי' סא כתב בדעת הרמב"ם שאם ביטל גט שביד שליח אינו בטל, "אבל כשהגט ביד סופר או ביד ביי"ד או בידו אינו חוזר ומגרש בו". וע"ע בספר מנחת פתים על אה"ע סי' קלד שכתב שמסתימת הפוסקים מבואר דלא כתשב"ץ, וכי "דברי קדשו בזה צריכים עיון"

בשו"ת נודע בשערים ח"א סי' ח' הביא את דברי הריב"ש, והסכים עמו שהאומר שהוא אנוס, אין זה אלא ביטול הנתינה שיעשה ונידון כשאר מודעות, דבסתמא אמרינן שבא לבטל דבר העתיד ולא מה שכבר עבר, ודייק כן מלשון הרמב"ם "כגון שאמר גט זה בטל הוא", שמבואר דצריך לומר לשון ביטול על הגט גופו. ומלבד זאת כתב שם הנודע בשערים - "ובאמת לענין עיקר הדין בשעת הדחק ראוי לסמוך על רוב הפוסקים דלא ס"ל כדעת הרמב"ם, רק דאינו יכול לבטל גוף הגט. כי הרשב"א לא כתב רק דראוי לחוש לכתחילה מלגרש בו. רק הרא"ש כתב סתם להחמיר, והר"ן דחה בזה דברי הרמב"ם בהחלט. וכן דעת הרמב"ן והריטב"א בקידושין פרק האומר. לכן נראה שיטת רש"י ותוס'. וא"כ די לנו לומר היכא שביטל הגט בפירוש, אבל דנחוש עוד דמסירת מודעא על הגט יהיה כביטול גופו של גט לבל יהיה עוד יכול לחזור ולגרש בו זה לא אמרינן, ויש לנו לסמוך בזה על הריב"ש, כי י"ל דגם הרמב"ם ז"ל מודה בהא".

וכן פסק בספר כתב סופר אה"ע סי' צ' שאם הבעל לא אמר שמבטל הגט, אלא אמר שנמלך ואינו רוצה לגרש, ואח"כ חוזר בו ורוצה לגרש, שיכול לגרש בגט זה. ומבאר הכתב סופר - "דלא נתבטל הגט רק כשאמר בפה מלא שמבטל הגט, אבל במה שאמר שאינו רוצה לגרש עוד לעולם, אין במשמעות שמבטל הגט שיהיה כחרס, אולי יעלה בדעתו לגרש. ואפילו היה כוונתו לבטל הגט, לא אתי דבור סתום כזה ומבטל דבור המפורש, כמ"ש לעיל בביאור טעמא דר"נ לרמב"ם דלא מהני ביטול הגט כיון שיש לתלות בביטול השליחות גם אם כוונתו לביטול הגט כיון שאין

לעומת זאת אם ביטול הגט היינו ביטול שליחות הסופר והעדים, י"ל שכל זמן שלא יאמר בפירוש שמבטל את הגט לא בטלה שליחותם, שאם רק יאמר שאינו רוצה לגרשה, עדיין אין הכרח שמבטל שליחותם, שהרי יכול להשאיר את הגט שנכתב כהלכתו בלא לגרשה.

בשאלה זו נחלקו הפוסקים, ונציין שלא כל הפוסקים שיובאו להלן דנו על אותו לשון שנאמרה על ידי הבעל, וקיימות דעות בפוסקים ביחס לאפשרויות השונות, וכפי שיבואר.

שיטת הסוברים שהגט מבטל רק אם אמר לשון ביטול גופו של גט

הריב"ש (סי' קכו) השיב אודות מקרה שלאחר כתיבת הגט וחתמתו קודם נתינתו ראה הבעל את דודו בוכה על הגירושו, ואז אמר הבעל - "מה צורך לבכות אני נותנו בכח". וכתב הריב"ש - "עוד נראה ברור, כי אפילו הרמב"ם ז"ל שסובר שיכול לבטל הגט אחר כתיבה אע"פ שנכתב כתקנו ובכשרות, זהו כשאומר בפירוש שהוא מבטל גופו של גט ואומר יהא כחרס או יהא בטל או לא יועיל או לא יתיר או אחד מן הלשונות הנזכרים בגמרא במבטל הגט, אבל זה שלא אמר לשון בביטול הגט עצמו רק שאמר על הנתינה שהוא נותנו בכח אף אם היה אומר בפירוש שאונסין אותו על הנתינה, אין זה בטל על הגט עצמו שלא יוכל לחזור ולגרש בו, אלא מסירת מודעא היא על הנתינה וגופו של גט אינו בטל, שכמו שאם הגט הוא ביד השליח ואמר יהא כחרס או יהא בטל אנו תולין שלא בטל הגט עצמו אלא שליחות השליח ויכול לחזור ולגרש בו כרב נחמן דקיי"ל כוותיה, ה"נ בשאינו ביד שליח אין הגט בטל אלא א"כ בטלו בפירוש בלשון שיהא מבואר שכונתו על הגט עצמו, אבל כל היכא דאיכא למתלי שלא בטל גופו של גט תלינן ויכול לחזור ולגרש בו".

אמנם נידון הריב"ש עדיף ממי שאמר שאינו רוצה לגרש, מכיון שלא אמר במפורש שאינו רוצה לגרש, אלא אמר שיגרש אך הוסיף שהגירושו יעשו מכח אונס. וי"ל דבכה"ג אין לדון מדין ביטול כלל, אלא רק מצד ההלכה של מסירת מודעא שמסר על הנתינה. אך עכ"פ בריב"ש מפורש שאין לדון את דינו של הרמב"ם אלא כשמפורש בדבריו לשון של ביטול הגט עצמו.

אף התשב"ץ כתב תשובה ארוכה (בחלק א' סי' א') על אותו נידון שדן הריב"ש, ובתוך דבריו דן התשב"ץ בשאלה אם יש לחוש לביטול גופו של הגט עפ"י דעת הרמב"ם. וז"ל התשב"ץ - "הרמב"ם ז"ל ישב בזה לפי סברתו דלא מיקרי ביטול גט אלא כשהוא בידו ואומר גט זה בטל הוא, אבל אם אינו בידו אלא ביד השליח אע"ג דאמר בטל הוא לא ביטל אלא שליחות השליח ... כאן יש לנו לומר לפי סברת הרמב"ם ז"ל שכיון שאינו בידו, מה שאמר גט זה שאתן אותו אני אתן אותו שלא ברצון ונגד רצוני דהוי כאילו אמר אי

כמו שאמר אחר כך שלא יתן את הגט". ובהמשך דבריו הוכיח מדין הפרת נדרים שלשון "אין כאן נדר" הוא לשון עבר ולכן לא מהני בהפרת בעל, וה"נ לשון "אין כאן גט" ג"כ מעיקרא משמע.

ועיין בשו"ת צמח צדק חלק אה"ע סי רסח שחלק על המשכנות יעקב ולדעתו דאמנם באומר "אינו גט" קיי"ל דלא אמר כלום, אך לשון "אין כאן גט" נידון כביטול גמור. הצמח צדק דחה ראית המשכנות יעקב מנדרים, וז"ל - "ונהפוך הוא דמשם ראייה להיפך דאין כאן גט הוי לשון ביטול. דהא אין כאן נדר היינו שמתיר הקשר עכשיו דוקא, אלא שעל ידי זה חזר הענין כאילו לא היה למפרע כלום, והיינו ע"י התרה דעכשיו דוקא, א"כ כשהזקן אומר אין כאן נדר הפירוש שעכשיו דוקא מתירו, וע"י זה היה כאילו לא היה למפרע. א"כ הרי גם אין כאן גט הפירוש שעכשיו דוקא מבטלו אלא שיש בכח ביטול זה לעקרו למפרע כאילו לא נכתב לשמה. והא דאינו גט לא מהני, היינו משום שזה הלשון משמע שלא הוא מבטלו כי אם שיש בו פיסול בעצם. אבל אין כאן גט משמע שהוא מבטלו כמו אין כאן נדר, דזהו מה שאחרים מוחלים ומתירים לו".

אך יש להעיר, מסתבר מאד שהצמח צדק פרש "אין כאן גט", עפ"י לשון בני אדם בזמנו. אך בזמנינו שיגרת לישנא של בני אדם האומרים "אין גט" או "אין כאן גט", כוונתם להתייחס לגירושין בלבד, דהיינו לא יהיו גירושין, ועפ"י רוב כוונתם שלא יהיו גירושין עד שיתמלא תנאי כזה או אחר, אך אין משמעות דבריהם להתייחס לגט עצמו ולתקופו של הגט, וכבר הבאנו להלן מתשובת הדברי חיים ח"ב חלק אה"ע סי' קכד שכתב כן.

שיטת הסוברים שהגט מבוטל גם אם רק אמר שאינו מעוניין לגרשה

בשו"ת הריב"ש החדשות סי' לב בתשובת מהר"ר יוחנן בן מתתיהו דעתו לחלוק על הריב"ש (התשובה נסובה על אותו נידון שברבי"ש סי' קכו ביחס לבעל שאמר בטרם מסירת הגט שנותן זה הגט בכח, אלא שמהר"ר יוחנן בן מתתיהו אינו מזכיר בפירוש את תשובת הריב"ש) וכתב בדעת הרמב"ם בלשון זו - "ואין לחלק ולומר דהיינו דוקא כשמבטל הגט בהדיא שאומר גט בטל הוא ... נ"ל דטעות הוא לומר כן ... אבל אם פירש בהדיא כדרך מודעא שהוא אינו רוצה נתינת הגט, או שהוא נותן בהכרח או כיוצא באלו, וכי לא יבטל הגט ... אבל אם אמר בהדיא בפיו שאין דעתו לגרש בטל הגט וזהו דאורייתא ... וע"כ הכי הוא, דאם איתא שאפילו שאמר בפירוש איני מגרש מרצוני או בעל כורחי לא יבטל הגט אי לא נאמר ממש גוף הגט בטל, היכא פליגא שום אמורא בגילוי מילתא כגון ברוך הטוב ומטיב יבטל הגט, מי עדיף האי גילוי כי אם שמגלה ששמח שלא קבלה הגט ואיך יוכל, והלא אם אמר כן בהדיא אפילו הכי לא היה מועיל ...

ברור מללו לא מהני, כ"ש כאן כשלא אמר כלל שמבטל הגט רק שאינו רוצה לגרש דאפילו התכוון על הגט דלא אתי דבור כזה ומבטל לדבור הראשון".

הכתב סופר הוכיח את דבריו מריש פרק כל הגט - במשנה שנינו "כתב לגרש את אשתו ונמלך מצאו בן עירו ואמר לו שמי כשמך ושם אשתי כשם אשתך פסול לגרש בו". ומבאר הכתב סופר - "מוכח מתוכו דהוא בעצמו יוכל לגרש ואחר לא, משום שלא נכתב על שמו, ואי תימא נמלך הרי הוא כמבטל הגט, גם הוא אינו יכול לגרש".

אלא שמסיום תשובת הכתב סופר מבואר שסמך על דבריו להקל רק במקום עיגון.

וכן דעת העונג יו"ט סי' קמג במי שאמר אחר כתיבה שאינו רוצה לגרש, וז"ל - "ביטול גופו של גט ודאי לא הוי, דהא כתב הרמב"ם דביטול גופו של גט היינו באומר גט זה בטל מלהיות גט. אבל אינו רוצה לגרשה לא הוי ביטול הגט בשום אופן".

וכן דעת השואל ומשיב מהדורא קמא ח"ב סי' קנה (הובא בשדי חמד מערכת גט סי' א' אות כא) בבעל שאחר כתיבת הגט וחתימתו אמר לפני הנתינה שלא יתן גט או שאמר שלא יתן הגט או שאמר שלא יגרש (הרב השואל לא זכר איזה מאחד מלשונות אמר הבעל).

והכתב השואל ומשיב - "אין כאן בית מיחוש כלל, דבאמת רוב הפוסקים הסכימו דאינו יכול לבטל גוף הגט, רק הרמב"ם דעתו דיכול לבטל הגט וחידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו רק כשאמר גט זה בטל הוא ולא כשאמר לא אתן, ואף שנסתפק אם אמר שלא אתן הגט בה"א הידיעה, מ"מ מאן לימא לן שרצה לבטל הגט רק שלא רצה ליתן".

ועיין בשו"ת דברי חיים ח"ב סי' פד שנראה שדן בעובדא זו של השואל ומשיב ופסק שאין בדברי הבעל לשון ביטול.

וכן הביא השדי חמד (שם) בשם ספר רוב דגן וספר ויקרא אברהם שכתבו להקל אם הבעל אמר שאינו נותן גט. וכן כתב העונג יו"ט בעובדא שאמר שאינו רוצה לגרשה.

וכן דעת המהרש"ם ח"א סי' ריח שבאומר לא אגרשך אין כאן לשון ביטול.

וכן בתשובות משכנות יעקב חלק אה"ע סי' לא כתב שאם אמר שלא יתן הגט אין בזה לשון ביטול הגט, ובאר המשכנות יעקב שאמנם מצינו בדף פח ברש"י שבנמלך באמצע כתיבת הגט נידון כביטול, "נראה לפרש דהתם שכתב רק מקצת הגט ושוב חזר ומנע הסופר מלכתוב, הרי בפירוש ביטל שליחות הסופר כיון שבטלה שליחותו, משא"כ אחר גמר הכתיבה שכבר עשה הסופר שליחותו".

והכתב המשכנות יעקב בנידון שהבעל אמר "גט זה אינו גט", או שאמר "אין כאן גט", - "אין בזה שום חשש לשון ביטול, דלא עדיף לשון זה מהאומר גט זה שנתתי לך אינו גט שהזכיר הגט הזה ביחוד ואמר עליו שאינו גט ואפ"ה קיי"ל דלא אמר כלום. וכ"ש כשלא הזכיר הגט ביחוד כלל, רק אמר סתם אין כאן, ופשטות כוונתו שאינו רוצה ליתן הגט

והגירושין ונתפייס לדור עמה, משמע שאם רק לעת עתה אינו רוצה לגרשה, אין זה ביטול לגט.

ומצינו לאחד מראשוני האחרונים שעומד בשיטה זו, המהר"ם מינץ בסי' יז כתב - "מילתא דפשיטא דאם ארע בכה"ג בבעל שאמר אחר כתיבת הגט שלא רצה ליתן הגט, דבטל הגט לחד גירסא ע"ש". מסתימת לשונו מבואר שאין צורך שיאמר במפורש שמבטל את הגט, ובכל גווני שאומר שאינו רוצה לגרש, הרי זה ביטול לגט.

אך בשו"ת דברי חיים ח"ב אה"ע סי' פד כתב שאין ללמד כן מדברי מהר"ם מינץ, וז"ל - "י"ל דשם הוי המעשה שהאשה היתה אנוסה להתגרש וכפו אותה בכמה דברים כמו שהיה שם המעשה, ולכן אמר שאם היה בבעל כה"ג ואמר שלא יתן הגט שהיה ביטול. דאנן אמדינן דעתו, דדיבורו הוא לבטל הגט, ולכן לא יתן פירושו שאינו רוצה בו. אבל כאן בנ"ד שכתב הגט מרצונו בלא כפייה, ורק אח"כ אמר שלא יתן הגט, אין כוונתו רק, שעכשיו אינו רוצה ליתן עד שיתרצו ויפייסו במה שרוצה, וכאשר גילה טודו שכוונתו שיתנו לו איזה סך מועט".

וצ"ע בדבריו, דמכיון שלשיטת הרמב"ם הבעל יכול לבטל את הגט גם לאחר כתיבתו, אף אם כתבו מרצונו מ"מ עכשיו נמלך ומבטלו. א"כ מה נ"מ שבשעת כתיבה אין ריעותא. אך נראה בכוונתו, דכל עוד ביטול הגט אינו מפורש, אנו תולין שאין כוונתו לבטל, והכל לפי העניין.

והנה בספר משחא דרבנותא אה"ע סי' קמא כתב - "שאלה, מי שאמר לסופר לכתוב גט לאשתו ולעדים לחתום, ואחר שנכתב ונחתם הגט חזר בו הבעל ואמר שאינו רוצה לגרש, אי אמרינן שבדבורו זה שאמר שאינו רוצה לגרש ביטול הגט, וכדפסק מרן דאם גירש הרי זה ספק מגורשת ... או נאמר כיון דלא ביטל הגט בפירוש לא הוי ביטול".

תשובה. הנלענ"ד דצריך גט שני כיון שלא רצה לגרש הרי הוא כמבטלו בפירוש. והראיה מהא דכתב הטור סי' קלח וז"ל אמר לעדים ראו גט שאני נותן לאשתי וא"ל בשעה שמשרו לה, כנסי שטר חוב זה, הרי זה גט אע"פ שלא אמר לה הרי זה גיטך, ולא אמרינן שביטלו אחר כך שהרי הודיע לעדים שנותנו לה בתורת גירושין ... וכתב הרמ"ה ... וחזר ואמר כנסי שטר חוב זה ש"מ לית ליה כיסופא מינה וא"כ למה אמר כנסי שטר חוב זה ש"מ ביטולי בטליה ... הרי בנידון זה לא ביטל הגט בפירוש אלא אמר כנסי שטר חוב זה, נתכוין לבטל הגט. וכן פסק מרן בסי' הנזכר".

ובמסקנת דבריו כתב בספר משחא דרבנותא - "כיון שאמר אינו רוצה לגרש, הרי הוא ביטול לגט".

ובספר ויקרא אברהם (להג"ר אברהם חיים אדאדי ז"ל, בהשמטה שבסוף הספר, דף קכח) כתב על דבריו, שבנו של המשיב הנ"ל, בתשובה אחרת בספר משחא דרבנותא בח"ב דף קכב סבר שאין בדבור זה משום ביטול הגט, והדין עמו.

ונשוב למה שהיינו בו ואין להאריך, שכל מודעא אונס או שאינו חפץ לגרש יותר חשוב לבטל הגט מביטול הגט עצמו, וזה כתוב בהדיא בקצת התוס' ... שסברא פחותה היא שיבטל הגט לגמרי כשאומר בטל הוא, דאילו ספר תורה הנכתב לשמה אפילו יאמר אדם יבטל, מי יבטל בהכי שלא יהא נכתב לשמה, אבל כשמגלה בפירוש שאינו רוצה לגרש אשתו אז ודאי הגט בטל, וא"כ גט זה בטל דאורייתא ולא יגרש בו לעולם, ואינו מועיל ביטול לפי הגירסאות שתפסו עיקר כל הגדולים".

בספר גליא מסכת חלק אה"ע סי' ד' לאחר שכתב את דרכו בביאור ביטול הגט אליבא דהרמב"ם (כפי שהובא לעיל), העלה שמכיון שיסוד הביטול הוא כשטר שנמחל שעבודו, שהגט צריך שיהיה בו כח גירושין וכריתות עד המסירה לאשה, והביטול הוא הפקעת כח זה מהגט. לפי דרכו די בכך שהבעל נמלך ומתרצה לקיימה ולדור עמה כדרך כל הארץ, ובכך נפקע כח קביעות כריתות מן הגט.

הגליא מסכת מביא ראיה לדבריו מהסוגיא בפרק בתרא דגיטין. בדף פז: מבואר במשנה - "שייר מקצת הגט וכתבו בדף השני והעדים מלמטה כשר". הגמרא שואלת - "ודלמא אימלוכי אימליך וכתב". רש"י מפרש שני פירושים, ובפירושו הראשון כתב - "ודלמא אימלוכי אימליך. מתחילה שלא לגרשה והדר אימליך לאחר זמן ולגומרו נמצא הראשון בטל". תוס' הקשו על שיטת רש"י מדברי רב נחמן בדף לב: שחזר ומגרש בו, ומתריצים בתוס' - "ומיהו אמר ה"ר עזרא הנביא דלעיל שנגמר הגט אינו יכול לבטלו, אבל כשלא נכתב כולו מודה רב נחמן דאינו חוזר ומגרש בו". והקשה הגליא מסכת - "ואין אלו אלא דברי נביאות, דלפי מה דדימו לספר תורה שאינו יכול לבטל את אשר כבר נכתב לשמה א"כ מה לי כולו או מקצתו, אטו בספר תורה כל זמן שלא נגמר כולה אפשר לבטלה". ולכן באר דעת רש"י דמכיון שנכתב על שני דפים חיישינן שמא נמלך מלגרשה וממילא נעקר קביעות כריתות מן הגט. אבל אה"נ אילו ידעינן שנמלך מלגרשה אף שנמלך לאחר גמר כתיבת הגט וחתימתו בטל הגט.

הגליא מסכת חילק בדין זה - "דוקא אם נתפייס לדור עמה ונמלך מלגרשה מכל וכל ממילא איפקע ונתבטל כוחו של הגט, ועסק כריתות שהיה תקוע וקבוע בו ונעשה כחרס, כמו מחילת שעבודו של שטר חוב. אמנם אם לא נתפייסה דעתו של בעל לאשתו לדור עמה כדרך כל הארץ, אלא נמלך לפי שעה מליתן לה עכשיו גט זה אלא אחרי איזה זמן, בכה"ג ודאי לא נתבטל כוחו של אותו גט, מידי דהוה אכותב גט שיחול לאחר שלושים יום". ובדברים אלו אין קושיא על שיטה זו מריש פרק כל הגט, (מהראיה שהביא הכתב סופר לשיטתו), ד"ל דאיירי בנמלך שלא לגרש עתה אלא לאחר זמן, ולכן הגט גופו לא בטל. הגליא מסכת הוסיף להוכיח מדיוק לשון רש"י בדף פח. שכתב "ודלמא אימלוכי אימליך מתחילה שלא לגרשה", משמע שנמלך מעיקר הכריתות

וכתב האבני נזר דבנידון שלפניו יתכן שמלכתחילה כך היתה דעתו של בעל שאם יפסל הגט השני, ינתן הגט הראשון, לכן יש לדון דלא הוי ביטול. ונראה שהאבני נזר בתשובתו לא הכריע בזה, ע"ש.

יש להעיר שיש להבחין בין הכלל העולה מדברי הגליא מסכת לעולה מהאבני נזר. הגליא מסכת תולה את תוקפו של הביטול בכך שהבעל נמלך באופן ודאי מהגירושין, לעומת האבני נזר שתולה הביטול בכך שנמלך מלגרש בגט זה, אף שלא נמלך כלל מעצם הגירושין. ועל הראיה שכתבו להוכיח מרש"י בדף פח. יש לציין שהרבה אחרונים ביארו דברי רש"י בהתאם למבואר בתוס' בשם ה"ר עזרא הנביא שהדברים נאמרו דוקא בביטול באמצע כתיבת הגט ואין ללמד מכאן לדין ביטול הגט לאחר שנגמרה כתיבתו וחתמתו, וכ"ש לפי מה שהובא לעיל מחידושי הרמב"ן, שרש"י סובר כרוב הראשונים שלא ניתן לבטל גט שנכתב בהכשר, ולהלן נבאר ענין זה באריכות.

ובשו"ת דברי מלכיאל חלק ה' סי' קע כתב במי שאמר לפני מסירת גט שלא יתן הגט והודיע שעומד לנסוע לאמריקה ולעגן את האשה, וכתב הדברי מלכיאל שיש חשש פסול בגט זה, וז"ל - "וכן נראה בשו"ת גליא מסכת סי' ד' שאם אמר שאינו רוצה לגרש בטל הגט. והסברא נראה דהא בעינן שיהא הגט עומד לגרש בו, וזהו ענין לשמה, אבל כיון שאינו רוצה לגרשה, א"כ אינו עומד לגרש בו והוי כאילו נכתב שלא לשמה". וע"ע בדברי מלכיאל ח"ד סי' קיג דנראה כסותר משנתו, ולהלן נביא את דבריו (במש"כ בענין ביטול באמצע כתיבת הגט).

ונסיים שבמקרה שהבעל אמר לאחר כתיבת הגט וחתמתו שאינו רוצה לגרשה, מצינו הכרעה בשו"ת ברכת יוסף (להג"ר יוסף לנדא ז"ל) חלק אה"ע סי' פב שדן להקל מכח ספק ספיקא, ספק אם הבעל התכוון לבטל את הגט עצמו, ואת"ל שאכן כיון לבטלו, עכ"פ להלכה נקטינן דהוי ספק מגורשת כמבואר בסוף סי' קמא, ומסקנתו להקל במקום עיגון.

וכן יש להוסיף, שגם לדעת המחמירים כשאמר שאינו רוצה לגרשה, היינו שמתוך דבריו עולה שאין יותר תועלת בגט וכי הוא כעת חסר ערך, כגון שהבעל מודיע על כוונתו לחזור לשלום בית, כמבואר בגליא מסכת, או על כוונתו לעגנה ושלא לתת גט, כנידון הדברי מלכיאל. אבל אין לחוש בנסיבות שמתוך דברי הבעל ברור שגם הוא מעוניין שגט זה ישאר בעינו, וכל כוונתו רק לעכב את ההליך הנוכחי עד שיובטח לו דבר מסויים, אבל מעולם לא עולה על דעתו שאין יותר תועלת בגט זה והוא כבר אינו נחוץ, וכפי שמצוי שיש בעלים המנסים עד הרגע האחרון לנסות להשיג הסכם משופר יותר מבחינתו. במקרה כזה אין לדון את הגט כשטר שנמחל שעבודו, או שבטל יחוד הגט לכריתות.

וז"ל - "יפה כח הבן, וראיתו מוכרחת מדברי הריב"ש שהביא שם שאמר המגרש שהוא נותנו בכח, דבזה לא הורע הגט ולא חשיב ביטול כיון דלא הזכיר אלא נתינה בעלמא, ושאיני הך דהרמ"ה דאמר לה כנסי שטר חוב זה על הגט ממש קאמר וחשיב ביטול. וז"ל הרשב"ץ ח"ב סי' סט בסוף דבריו ואפילו היו דבריו מראין שאינו חפץ בגירושין ושהם קשים עליו, כיון שלא הוציא מפיו דברים המבטלים הגט בפני עדים הו"ל גילוי דעתא בגיטא ע"כ יע"ש".

וכן בספר ישמח לב חלק אה"ע סי' כט השיג על תשובת משחא דרבנותא הנוכרת, וכתב - "בעיקר ראייתו של הרב מההיא דסי' קלח בכנסי שט"ח זה ... שדי בה נרגא הרב כמהר"ם בן חננאל הי"ו ... דהתם דחשיב אף לשון זה ביטול, היינו משום דאמר לה הכי בשעת נתינת הגט ממש לידה ולהכי מחזי ודאי כמבטל הגט כיון דהוא עת גירושין. אבל בנידון הרב דמיירי שלא בשעת נתינה, מנ"ל דלשון זה שאמר שאינו רוצה לגרשה דחשיב ביטול לגט עצמו ולא יועיל לגרש בו אחר כך. ואין לנו אלא הלשונות של ביטול שאמרו ז"ל דהוא בא לפגום הגט עצמו, לא כן הכא דעל עצמו קאמר, דלעת כזאת אינו רוצה לגרשה, ולא פגם גט עצמו, ושניא שעת נתינה כההיא דסי' קלח דבלשון שיהיה חשיב ביטול".

ועיין באבני נזר חלק אה"ע סי' קעג שדן על גט שלא הוטב בעיני הרב המסדר שהוא על הצד היותר טוב, ולא הוטב בעיניו ליתנו לאשה ואמר לבעל שמפני כן רוצה לסדר גט אחר וכן עשה, והובא הגט השני לפני הרב המסדר והיה בו פסול גמור, ולכן ניתן הגט הראשון. האבני נזר נשאל אם יש ריעותא בכך שלאחר שנגמר הגט הראשון נמלך מלגרשה בו, האם הוי כביטול הגט לדעת הרמב"ם.

וכתב האבני נזר - דאמנם באשה שמינתה שליח לקבלה וכשראתה שלא בא עשתה שליח אחר לא אמרינן דבטל שליח ראשון כמבואר בשו"ע סי' קמא. "דהתם כיון שלא ביטלה שליח ראשון עדיין אפשר שיקבל הראשון ולא בטל שליחותו, משא"כ בנידן שנמלך שלא לגרש בראשון רק בגט אחר. ודומה להא גיטין (פח.). דמקשה ודילמא אימלוכי אימליך, ופרש"י נמלך שלא לגרשה והדר אימליך לגומרו ונמצא הראשון בטל, מבואר דבמה שנמלך חשוב ביטול. וה"ה בנמלך שלא לגרש בגט זה, שגט זה בטל. וכהאי גוונא בתוס' ריש זבחים בהא דאשה לאו לגירושין קיימא כתבו תוס' ואפילו זינתה מ"מ לאו להתגרש בגט זה עומדת ולא חשוב גט זה לשמה, וה"נ אף שדעתו לגרשה כיון שנמלך שלא לגרש בגט זה, לא חשוב גט זה לשמה".

האבני נזר בתשובתו מחלק, בין ביטול הגט ובין מי שכותב גט אך עדיין לא החליט אם יגרש, דמוכח מכמה סוגיות שהגט כשר, "דמ"מ כתיבתו היתה רק משום גירושין, וכל זמן שהבעל מחזיק הגט שמא יגרש בו, ולכן הלשמה קיים. משא"כ אם ימלך לגמרי שלא יגרש בו".

אם הבעל מודיע ומספר שכבר ביטל את הגט, אין בדברים אלו משום ביטול הגט (ויכול לגרש בגט כל זמן שלא ביטלו). וה"ה אם אמר שמתחרט שהגיע לבית הדין לצורך ענין זה של סידור הגט.

כשאמר דברים שאינם מעידים בבירור על ביטול הגט עצמו
לפי השיטות הסוברות שאין הגט בטל בלא שיבטל בפירוש גופו של גט, יש לדון, במקרה שהבעל אמר דברים סתומים, שאפשר לפרשם כביטול גופו של גט, ואפשר לפרשם שלא ביטל את הגט עצמו, אלא רק כוונתו להודיע שאינו מעוניין כעת לגרשה. וכן יש לדון לדעת הסוברים שגם אם נמלך מלגרשה הגט בטל, מה הדין כשלושנו סתומה ולא ברור האם אמנם נמלך מלגרשה, או שרק מבקש לעכב את מתן הגט לזמן קצר, ומיד לאחר זמן יתן את הגט.

הריב"ש בסי' קכו שהזכרנו לעיל כתב - "זה שלא אמר לשון כביטול הגט עצמו רק שאמר על הנתינה שהוא נותנו בכח, אף אם היה אומר בפירוש שאונסין אותו על הנתינה, אין זה בטול על הגט עצמו שלא יוכל לחזור ולגרש בו, אלא מסירת מודעה היא על הנתינה וגופו של גט אינו בטל, שכמו שאם הגט הוא ביד השליח ואמר יהא כחרס או יהא בטל אנו תולין שלא בטל הגט עצמו אלא שליחות השליח, ויכול לחזור ולגרש בו כרב נחמן דקיי"ל כוותיה, ה"נ בשאינו ביד שליח אין הגט בטל אלא א"כ בטלו בפירוש בלשון שיהא מבואר שכונתו על הגט עצמו, אבל כל היכא דאיכא למתלי שלא בטל גופו של גט תלינן ויכול לחזור ולגרש בו".

ובשו"ת בית שלמה חלק אה"ע סי' קמב, וז"ל - "לדיעה זו דס"ל דאם ביטל גופו של גט בפירוש בטל, הם מפרשים מה שקאמר הש"ס גיטא גופיה מי קא בטיל היינו שאמרין שלא נתכוין לבטל גוף הגט, והרי אף שאמר גט זה בטל הוא או יהא חרס, דמשמע הלשון יותר ביטול גוף הגט מביטול השליחות, ועיין חידושי רשב"א ור"ן ר"פ השולח, ואפילו הכי אמרינן דלא כיון לבטל גוף הגט, רק השליחות, וע"כ דטעמא משום דכל כמה דאפשר למעט בהביטול ממעטינן, משום דמוקמינן הגט אחזקתו שלא נתבטל, ועיין ספר פני יהושע ר"פ השולח".

וכן בשו"ת דברי חיים ח"ב חלק אה"ע סי' קכד נשאל בנידון שהמגרש אמר שאם לא יתנו לו את המפתח לא יהיה גט, וכתב הדברי חיים בתוך דבריו - "בפרט בנידון דידן דהמון עם קורין לביטול ענייני גירושין, שלא יהיה גט, אבל אין כוונתו לבטל גט הכתוב כלל וכלל, וכל מקום שנוכל לומר שאין כוונתו לבטל גוף הגט, עדיף טפ"י".

ובמש"כ הבית שלמה בביאור דין זה "דטעמא משום דכל כמה דאפשר למעט בהביטול ממעטינן, משום דמוקמינן הגט אחזקתו שלא נתבטל", עיין בשו"ת תשורת שי תניינא סי' ס' שתמה עליו, דאמנם הגט בחזקת כשרות אך האשה בחזקת אשת איש, ועיי"ש שתמה ג"כ על ראייתו מהפני יהושע.

בסיום פרק זה נציין מקרים שבהם נראה דלכו"ע אין לחוש משום ביטול הגט. בשו"ת שם אריה חלק אה"ע (המובא בשדי חמד מערכת גט סי' א' אות כא) נמצאות תשובות על שני מקרים שבהם אין חשש ביטול הגט.

בסי' צה דן בעובדא שלאחר שניתן הגט לשליח שימסרו לאשה אמר השליח לבעל כי אם היה יודע מראש מכל הענין לא היה נכנס לזה, וגם הבעל ענה לו שגם הוא מתחרט שנכנס לענין זה.

והעלה שמכיון שלא ביטל מכאן להבא אלא התחרט על כך שכבר נכנס לענין, א"כ אין בזה דין ביטול, וכתב בשם אריה - "י"ל דהוא מתחרט רק על מה שנכנס תחילה בזה, אבל אחר שכבר עשה מה שעשה עשוי, ואינו מבטל כלל, א"כ אין לחוש כלל".

ובסי' ק' דן השם אריה באחד ששלח גט לאשתו ע"י שליח ולפני שהגיע גט לידה שלח לה מכתב שתשלח לו חפץ פלוני ובאם לא יסע למקום רחוק ותהיה עדי אובד לנצח. והשיב - "כיון שלא אמר שום לשון שיהיה משמע שמבטל הגט אין לחוש כלל, ומה שאמר שתאבד לנצח אין בו משמעות שלא תתגרש, אף שידענו שכונתו הוא כן הוי רק גילוי דעתא ולא כלום הוא". והוסיף השם אריה - "גדולה מזו נ"ל, דאף אם היה אומר שאם לא תעשה כן יבטל את הגט, ג"כ אינו בטל כל זמן שלא ביטלו אח"כ בפירוש. וראיה לזה ממש"כ בב"ש סי' קמא ס"ק צו דאם עשה שליח לבטל והשליח לא ביטל עד שבא לידה דכשר. הרי דאע"ג דרוצה לבטלו וצויה לשלוחו שיבטלו, מ"מ לא הוי ביטול כיון שלא ביטלו עכשיו, וכ"כ בתורת גיטין. וכן כשאומר הבעל שכבר ביטלו דאינו נאמן אף שהשליח עדיין לא מסרו לידה עיי"ש בב"ש ס"ק צא, אבל זה גופא שאומר שביטלו כבר לא הוי ביטול".

לסיכום

מצינו שתי דעות עיקריות בנוסח לשון הביטול. לדעת הריב"ש, יש צורך שיבטל בלשון ברורה המפרשת את כוונתו לבטל גופו של גט, אך אם נמלך מלגרש ולא ביטל בפירוש את הגט, יכול לחזור ולגרש בו, ובלבד שיעשה ביטול מודעות לפני מסירת הגט לאשה. וכן דעת כמה אחרונים - הנודע בשערים הכתב סופר השואל ומשיב הדברי חיים העונג יו"ט המהרש"ם והשדי חמד בשם רוב דגן וויקרא אברהם. וכן דעת המשכנות יעקב, ולדעתו גם אם אמר "אינו גט" או "אין כאן גט" לא הוי ביטול, והצמח צדק חלק עליו באומר "אין כאן גט".

לעומת זאת יש שכתבו שאם נמלך מלגרשה ואמר שלא יתן את הגט או שלא יגרש דינו כמבטל הגט בפירוש כן דעת מהר"ר יוחנן בת מתתיהו בתשובה שבשו"ת הריב"ש החדשות, וכן משמעות לשונו של מהר"ם מינץ, וכן דעת הגליא מסכת והדברי מלכיא. והאבני נור כתב שאם אמר שלא יגרש בגט זה בטל הגט אף שלא נמלך מעצם הגירושין.

אחר לקבל דבר, אך אין הכרח שאמנם כוונתו שאם לא יקבל את אותו דבר לא יגרשנה כלל, לכו"ע אין לחוש לביטול גופו של גט, ואם יחזור בו מדרישותיו ויתן את הגט, הגט כשר ללא פקפוק. שהרי ללא ספק שאם הבעל בטרם נתינת הגט מבקש להמתין ולמסרו רק לאחר שעה, אין בכך כח חשש, וכמו שהבאנו לעיל מלשונו של בעל הגליא מסכת (העומד בשיטה זו שאם נמלך מלגרשה הגט בטל) שכתב בלשון זו - "אמנם אם לא נתפייסה דעתו של בעל לאשתו לדור עמה כדרך כל הארץ, אלא נמלך לפי שעה מלינת לה עכשיו גט זה אלא אחרי איזה זמן, בכה"ג ודאי לא נתבטל כוחו של אותו גט, מידי דהוה אכותב גט שיחול לאחר שלושים יום". על כן כשניכר מדבריו שמבחינה עקרונית הוא מסכים לגרשה, אלא שכעת מעכב מתן הגט עד שיתמלאו דרישותיו, אין לראות בכך ביטול גופו של גט, גם לטוברים שאם נמלך מלגרשה הגט בטל, ואם יחזור בו מדרישותיו ונתן גט או שדרישותיו התמלאו ונתן גט, אין לחוש לכשרות הגט.

וכן מצאתי בשו"ת ברכת יוסף (להג"ר יוסף לנדא ז"ל) חלק אה"ע סי' פב, שכתב שאם הבעל לא אמר בסתמא שאינו רוצה לגרש, אלא אמר שאם האשה לא תתן לו סכום כסף לא יתן גט, בכה"ג אין לחוש. וז"ל הברכת יוסף - "דייני קהילת סקעווערא אמרו, שאמר שאם לא תתן לו הסך שרוצה אינו רוצה לגרשה, ובזה אין מיחוש כלל".

דברים שהבעל אמר באמצע כתיבת הגט

האמור לעיל התייחס לביטול הגט לאחר שנכתב ונחתם כהלכתו. אבל אם דברי הבעל נאמרו באמצע כתיבת הגט גרע טפי.

במסכת גיטין דף פז: מבואר במשנה - "שייר מקצת הגט וכתבו בדף השני והעדים מלמטה כשר". בדף פז. הגמרא שואלת - "ודלמא אימלוכי אימליך וכתב".

שיטת רש"י וה"ר עזרא הנביא -

רש"י מפרש שני פירושים - "ודלמא אימלוכי אימליך. מתחילה שלא לגרשה והדר אימליך לאחר זמן ולגומר נמצא הראשון בטל. א"נ הו"ל נכתב ביום ונחתם לאחר זמן דהואיל ויש ריוח מלמטה נראים כן הדברים". מפשטות לשון הגמרא ורש"י (בפירושו הראשון) נראה שאין צורך בלשון שמשמעותה ביטול הגט אלא די בכך שנמלך מלגרשה ובכך הגט בטל.

תוס' ד"ה ודלמא הביאו את דברי רש"י בלשון זו - "ודלמא אימלוכי אימליך. פי' בקונטרס שביטלו ושוב אינו יכול לגרש בו". ויש מקום לדון האם מש"כ התוס' "שביטלו". היינו שזו התוצאה מכך שאימלוכי אימליך. או שזוהי עצם פעולת הבעל שמאחר שנמלך מלגרש, הבעל הוסיף בדבריו לשון שמשמעותה ביטול הגט.

תוס' הקשו על שיטת רש"י מדברי רב נחמן בדף לב: שחזור ומגרש בו, ומתמצים בתוס' - "ומיהו אמר ה"ר עזרא

ועל כן באר התשורת שי דין זה מטעם אחר. התשורת שי הביא את קושיית הראשונים על שיטת הרמב"ם דס"ל שיכול לבטל גופו של גט, מהא דאיתא בריש השולח ובקידושין פרק האומר - באומר יהא כחרס דחזור ומגרש בו, דהא משמע טפי ביטול הגט מביטול השליחות. וכתב התשורת שי לבאר את שיטת הרמב"ם - "י"ל לרמב"ם נהי דאתי דיבור ומבטל דיבור, היינו אם דיבור אחרון מפורש להדיא כמו דיבור ראשון, משא"כ הכא דאמר בפה יהא כחרס, כיון דאפשר לפרש לשונו על ביטול השליחות, תו אין הדיבור מפורש להדיא על ביטול גוף הגט, נהי דבלבו אפשר כן היה, לא אלים ההוא דיבור לבטל דיבור הראשון, דדיבור גרוע הוא, כיון דאפשר לפרש כונתו על ביטול השליחות ולא על ביטול גוף הגט. אבל השליחות ממה נפשך בטל, דגם אם כונת הלשון ביטול הגט גופא ממילא הוא ביטול השליחות, דעשאו שליח לגרש בגט זה כשהיה כשר ועתה הוא חספא ... וכעין זה כתב הרא"ש בתשובה (מ"ה) דתנאי הבא לבטל המעשה, כל שאינו מפורש בפירושו ויש בו שום ספק, אין בו כח לבטל המעשה, דמן הדין אין בשום תנאי כח לבטל המעשה, אלא דאשכחן תנאי בני גד ובני ראובן, וילפינן מיניה, הלכך ריע כח התנאי, ועד שיהיו ברורין בלא שום ספק, לא יבטלו המעשה עכ"ל. וה"נ הרי פליגי רבי יוחנן וריש לקיש אפילו לענין השליחות אם אתי דיבור ומבטל דיבור, והדר פליגי רב ששת ורב נחמן אם חוזר ומגרש בו, דכתיבת הגט הוי מעשה. אלא מחמת שעדיין לא ניתן לה, ס"ל לרמב"ם דאם ביטלו בפירושו דאינו חוזר ומגרש בו. לכן דוקא בדיבור מפורש ואין בו שום ספק, דכל שיש בו שום ספק ואפשר לפרש דיבורו באופן אחר, הוי דיבור גריע, ולא אתי דיבור גרוע ומבטל דיבור שיש בו מעשה. ובחי' הר"ן ריש פרק השולח כתב אהא דתנן בראשונה היה עושה ב"ד ופליגי ר"ש ור"ג בשנים או בשלשה, תמהני בה, אפילו בטלו בינו לבין עצמו אמאי לא יבטל. וי"ל שהדין נותן בשליחות השליח כיון שבפניו היה אין מבטלין אותו שלא בפניו, דלא אתי דיבור שלא בפניו דגריע, ומבטל דיבור שהיה בפניו, כענין שאמרו מלתא דמתעבדא באפי עשרה צריכה בי עשרה למשלפא עכ"ל והובא באבני מילואים סי' קמ"א סעיף ס'. וכיון שהוא אומר יהא כחרס, דיש לפרשו נמי רק על ביטול השליח של הנתנה, אף דיותר יש לפרשו על ביטול הגט עצמו, מ"מ כיון שאין מפורש להדיא, ויש בו שום ספק, הוי דיבור גריע, ואין מבטל מעשה דגט גופא".

העולה מדברינו, שאלבא דכל אחת מהשיטות, אין מקום לבטל את הגט, אלא כשלושנו של הבעל ברורה, אבל כשאמר דברים סתומים וניתן לפרשם בדרך אחרת שאין בה משום ביטול הגט, כל אחד לשיטתו, אין לחוש כלל, ואפילו אינו כספק ביטול הגט לדעת הרמב"ם.

ולפי זה, במקרה שניכר בבירור שהבעל אמר דבריו, שאינו רוצה לגרשה, במגמה ללחוץ על האשה או על אדם

מלגרש, אף שאין הגט מתבטל כשלאחר כתיבתו וחתימתו הבעל נמלך מלגרש, כל זמן שלא ביטלו בפירוש, מכיון שאין הגט תלוי בגירושו. מ"מ באמצע כתיבה שאני, דביטול זה פוגע בכריתות שבו, שהרי במה שנמלך מלגרש ורוצה שישאר חצי גט בלבד נחשב כרוצה שגט זה לא יהיה ספר כריתות.

וכן הביא בספר שדי חמד מערכת גט סי' א' אות כא בשם הגר"ח פאלאג'י בספר גנזי חיים שפסל גט שבאמצע כתיבתו לאחר שהסופר כתב "אגרת שבוקין וגט פיטורין" הבעל אמר "איני נותן גט", והסכים עמו בספר ישמח לב. וכתב שם השדי חמד שיש חילוק בין אם אמר כן באמצע כתיבת הגט דפסלו, לאומר כן לאחר גמר הגט שכתבו האחרונים שאין פסול כשאמר בלשון זו.

להלכה, בביטול באמצע כתיבת הגט - בשו"ת צמח צדק (שם סק"א) בנידון שאמר לפני גמר הגט שלא יתן הגט אפילו תמורת סכום גדול. כתב הצמח צדק שמקרה שהבעל בטל הגט לאחר כתיבתו פסק בשו"ע דהוי ספק מגורשת ויש מקום לבסס פסק זה מכיון שכן דעת הרבה מגדולי הראשונים, על כן בביטול באמצע כתיבתו יש להחמיר טפי, מכיון שנוספה שיטה נוספת לחומרא והיא שיטת רש"י וה"ר עזרא הנביא, וכן דעת ספר האגודה על גיטין בפרק בתרא סי' קנט שהביא רק סברת ה"ר עזרא הנביא, וכן במשנה למלך בהלכות גירושין פרק ו' הלכה כא. לכן מסיק הצמח צדק - "יש להורות כן בפשיטות דאם ביטלו בפירוש דאין חוזר ומגרש בו, וחמור מספק מגורשת".

והמשכנות יעקב (חלק אה"ע סי' לא) כתב שאמנם מלשון רש"י בדף פח משמע דבהמלכה לחוד הוי ביטול אף שלא הזכיר לשון ביטול, אך הוסיף המשכנות יעקב - "ועיין בתוס' שם שהביאו בשם רש"י וז"ל פי' בקונטרס שביטלו ושוב אינו יכול וכו', משמע שמפרשים גם בדברי רש"י שביטלו בפירוש", עכ"ל. ועיין בצמח צדק חלק אה"ע סי' ער סק"ד שהשיג על דברי המשכנות יעקב.

ובספר שו"ת גלי ים (להג"ר יחיאל מיכל רבינוביץ ז"ל מח"ס אפיקי ים) סי' כג כתב - "אם נמלך באמצע הגט ולא רצה לגרש, ואחר כך נתפייס ולא ביטל גוף הגט, הדבר ברור בעיני דלא נבטל הגט. אף דמרש"י גיטין פ"ח ד"ה ודילמא מוכח לכאורה להיפך, דבנמלך לבד בטל הגט. עכ"ז ברור דכוונת רש"י רק דנמלך וביטל הגט, כדמוכח מלשון התוס' שם דכתבו וביטלו ... ואף אם נאמר דכוונת רש"י בדף פ"ח דנמלך לבד הוי ביטול, אין ראייה לנדון דידן. דשם איירי דצויה לסופר דיפסוק מלכתוב, כמ"ש חי' הר"ן להדיא על כן הוי ביטול, משא"כ בנידון דידן דלא אמר כלל לסופר ולעדים שלא יכתבו, ולא אמר כלל על גוף הגט, רק על עצמו דלא אגרשך, כו"ע מודים דלא הוה ביטול, וברור הוא בעיני דנמלך זה לא הוי ביטול בלא ספק", עכ"ל. (ונציין שסברתו היא להיפך מסברת הבית שלמה).

הנביא דלעיל שנגמר הגט אינו יכול לבטלו, אבל כשלא נכתב כולו מודה רב נחמן דאינו חוזר ומגרש בו".

נראה מדבריו, שאמנם לא מועיל ביטול לגט עצמו לאחר שנגמרה כתיבתו ודלא כשיטת הרמב"ם, מ"מ יכול לבטלו באמצע כתיבתו. ועדיין יש לברר האם בעינין לשון ביטול הגט או סגי בכך שאומר שנמלך מלגרש דאז אינו יכול לחזור ולגרש בגט זה.

לשיטת הגליא מסכת והאבני נזר סי' קעג (שהובאה לעיל) לדעת רש"י אין נפקא מינה בין נמלך באמצע כתיבת הגט או לאחר גמר כתיבתו, עיין לעיל שהבאנו שיטתם באריכות, אך רוב האחרונים נקטו בדעת רש"י כחילוק שכתב ה"ר עזרא הנביא שבתוס', שדוקא כשנמלך באמצע כתיבת הגט יש כאן ביטול לגט, וגרע מביטול לאחר כתיבתו וחתימתו.

בשו"ת צמח צדק חלק אה"ע סי' רסח וסי' רע האריך בזה והעלה לפסול גט שהבעל נמלך מלגרשה באמצע כתיבת הגט, וכתב שאין צורך שהבעל יאמר דוקא לשון ביטול, וז"ל - "כשנמלך ואומר איני חפץ לגרש עוד נתבטל מה שכתב המקצת גט. ואע"ג דלשון זה אינו רק להבא, אין נפקא מינה בכך דכל שנמלך מלגרש נתבטל מה שאפשר להתבטל. אלא התם היינו טעמא דחוזר ומגרש בו כי גט שלם אי אפשר לו להתבטל דלא אתי דיבור ומבטל מעשה. אבל כל זמן שלא נגמר דהו"ל רק דיבור לר"ת וסייעתו, אתי דיבור ומבטל דיבור ואין מדקדקים בדיבור אם הוא לשון לבטל להבא או לבטל גם לעבר, רק כל שיהיה לשון ביטול דהיינו שאינו חפץ לגרש. והטעם י"ל דאפילו כשהלשון הוא רק שמבטל את עצמו ומונע מלהבא היינו שלא יתן הגט, הרי מ"מ ממילא מובן שבכלל זה הוא ג"כ ביטול גוף הגט שנכתב כיון שלא יגרש בו".

בשו"ת בית שלמה חלק אה"ע סי' קמב דן במי שאמר לסופר באמצע כתיבת הגט שלא יכתוב יותר, ואח"כ חזר וצויה לסופר להמשיך לכתוב. ובתוך דבריו כתב הבית שלמה - "אף שמשמע מלשון רש"י דף פח דכל שאמר בפירוש שנמלך מלגרשה נתבטל גוף הגט אף שלא ביטל גוף הגט בפירוש. י"ל שהוא משום דכיון שגמר בפיו שלא יגרשה, א"כ כל הכתיבה של הגט הוא לריק, וממילא הוי כאילו פירש שמבטל גוף הגט. משא"כ בנידון דידן שלא פירש שלא יגרשה רק אמר לסופר שלא יכתוב עוד, א"כ אין בזה ביטול למה שכבר נכתב דהא אפשר לו לצוות לסופר אחר לכתוב חציה האחרון".

בהמשך הדברים נביא את מסקנת הבית שלמה בנידון שלו, עכ"פ דעתו שבאומר שאינו רוצה לגרשה הוי ביטול בכה"ג שאמר כן באמצע כתיבת הגט, אלא שאם כלל לא נמלך אלא רק אמר לסופר להפסיק לכתוב אין כאן ביטול.

וכן האבני נזר בחלק אה"ע סי' שעא כתב בדעת רש"י וה"ר עזרא הנביא דאין צורך בביטול מפורש וסגי בכך שנמלך

הבעל לא ביטל בפירוש את הגט, הגט לא בטל, וכתב דבכה"ג אין ריעותא אף שהדברים נאמרו באמצע כתיבת הגט. ועיי"ש שהתבסס על תשובות הדברי מלכיאל והמהרש"ם.

ודבריו בזה צ"ע, שבעובדא שלו שהבעל אמר במפורש "אז לא תכתבו", גרע מהנידון בדברי מלכיאל שרק אמר שלא יגרשנה, דכשהבעל אומר לא לכתוב הרי ביטל את המיניו לסופר ונראה מהדברי מלכיאל שם דבכה"ג לא היה מקל. וכן אין מקום להסתמך על המהרש"ם שלא פסל הגט מחמת הדיבור שבאמצע כתיבת הגט מכיון שהבעל היה מאותם שמחויבים מדינא לגרש, וכפי שהבאנו לעיל, משא"כ בנידון ביביע אומר. לכן נראה שלפי המבואר בצמח צדק שהבאנו לעיל ודאי שאין מקום להקל כשהבעל אמר באמצע כתיבת הגט שלא יגרש וק"ו כשאמר שלא יכתבו את הגט. אלא שביביע אומר שם בתשובה יז, הוסיף לצרף את שיטת ספר התרומה (שתובא להלן בהרחבה), ולכן יש מקום לקבל את מסקנתו להקל בנידון דידיה שהיה מקום עיגון שהבעל עזב ואין מקומו ידוע.

ונסיים במקרה שנראה שמוסכם לכו"ע שאין לחוש להחמיר. בספר גרש כרמל (לרב רחמים חי חויתה הכהן ז"ל מגר"בא) סי' ג' סעיף פד הביא מעשה "במי שבא מחוץ לעיר לגרש את אשתו, ובאמצע הכתיבה כעס המגרש ואמר שמתחרט על ביאתו מעירו לפה, ושם היה יודע שיש בזה טורח ואריכות זמן לא היה בא, ואמר כן בעבור שלא הנחנו אותו לצאת לחוץ קודם שיגמר הגט, והוא איש פתי ואינו יכול לסבול לשבת איזה שעות כלוא במקום אחד ומפני כך אמר כך, והדברים מובנים מעצמם דכוונתו שלא היה בא פה לגרש".

והעלה שם דכיון שלא אמר בפירוש שאינו רוצה לגרש לא עדיף מגילוי דעתא בגיטא דלאו מילתא היא. וציין לשו"ע סי' קמא סעיף סב וב"ש ס"ק צו ולתשובת שם אריה שהבאנו לעיל.

לסיכום

אם הבעל אמר באמצע כתיבת הגט שהוא מבטל את הגט, ודאי שהגט בטל וגרע מספק מגורשת, דבכה"ג מלבד הרמב"ם וסייעתו הצטרפה גם שיטת רש"י ה"ר עזרא הנביא, והסכימו עמם האגודה היש"ש והמל"מ, וכן העלה הצמח צדק.

לדעת הרבה אחרונים יש לפסול את הגט אף כשהבעל לא אמר בפירוש שמבטל את הגט אלא רק אמר שאינו רוצה לגרשה. לא מיבעיא לדעת הסוברים שיש בלשון זו ביטול הגט אף אם נאמרה לאחר שכבר נגמר, אלא אף לדעת הסוברים שאם אמר כן לאחר הגט אין לפסולו. מ"מ בכה"ג שהדברים נאמרו באמצע הכתיבה יש לפסול, כן דעת הצמח צדק וכ"כ בשדי חמד בשם הגר"ח פאלאגי וספר ישמח לב.

הג"ר יחיאל מיכל רבינוביץ ז"ל, שלח תשובתו להגאון מלאמז"א, ותשובתו מצויה בשו"ת דברי מלכיאל ח"ד סי' קיג, ושם כתב להקל בעובדא זו שבאמצע כתיבת הגט אמר הבעל לאשה שלא יגרשה, ואח"כ נתרצה לגרש והסופר המשיך לכתוב על סמך הציווי הראשון בלא שהבעל חזר לצוותו מחדש. סברת הדברי מלכיאל היא - באמירת הבעל שאינו רוצה לגרשה לא בטל הגט. הגט בטל רק אם מתכוין לבטלו וכשאומר שאינו רוצה לגרשה אינו מתכוין לבטלו, והבעל נאמן לומר שלא התכוין לבטל את הגט כיון שפשטות לשונו מורה כן. (ואם לאחר שיתנו לאשה יאמר שכיון לבטלו, כבר אינו נאמן על כך). וכן בדבריו אלו לא בטל הציווי הראשון לסופר. אלא שממילא בשעה שהבעל אינו רוצה לגרש הסופר אינו יכול לכתוב לשמה, ולכן לאחר שנתרצה לגרש, הסופר יכול להמשיך לכתוב על פי הציווי הראשון ונידון ככותב לשמה עפ"י מה ששמע מהבעל בתחילה. ונראה מדבריו בתשובה זו שיתכן שאין מקום לפסק זה אליבא דמ"ד דבעינן שליחות בכתיבת הגט, דלמ"ד זה יש לדון האם יכול להמשיך לכתוב כשאין ציווי מפורש ורק קיים גילוי דעת שימשיך לכתוב. (ועיי"ש בדברי מלכיאל שמסקנתו לקולא היתה במקום עיגון בצרוף סניפים נוספים שהיו בנידון שם, שלא נמלך לגמרי מלגרשה אלא תלה הענין בכך שהאשה הביאה את קרוביה וכן שאמר הדברים מתוך כעס, וכן יש להעיר שתשובתו זו סותרת תשובה אחרת שכתב בחלק ה' והובאה לעיל שהאמירה שאינו רוצה לגרש נידונת כביטול הגט).

וכן במהרש"ם ח"א סי' ריח השיב על אותו מקרה והעלה להקל במקום עיגון. המהרש"ם כתב שאמירתו של הבעל שלא יגרשה אינו נידון כביטול גט וכדעת הריב"ש והכתב סופר שהבאנו לעיל.

ומכאן דברי רש"י וה"ר עזרא, כתב המהרש"ם, כיון שבעובדא דידיה עמד לצאת לצבא למרחק גדול למשך חמש שנים ומדינא מחויב לגרשה עפ"י המבואר בשו"ע סי' קנד ס"ח וס"ט, בכה"ג לכו"ע לא הועילו דבריו לבטל את הגט אף באמצע הכתיבה. וזאת עפ"י מש"כ הכסף משנה בהלכות תרומות פ"ד ה"ט בשם מהר"י קורקוס דלא מהני ביטול מינוי השליח להפרשת תרומות ומעשרות כיון שהכרי עומד לכך שיתרמו ממנו, ולכן ה"ה בנ"ד האשה עומדת להתגרש ולא אתי דיבורו בביטול הגט ומבטל את המינוי שהוא דיבור אלים טפי, עיי"ש.

אך צ"ע להקל בביטול גט על סמך סברת המהר"י קורקוס שנאמרה בדין תרו"מ, ואף סברתו בתרו"מ היא סברא קשה עיי"ש בשער המלך ובערוה"ש העתיד סי' סד ס"ז.

ועיין בשו"ת יביע אומר ח"ה חלק אה"ע סי' טז בעובדא שאמר הרב המסדר לבעל באמצע כתיבת הגט "אנו לא נכתוב את הגט" והבעל ענה לו "אז לא תכתבו אני ג"כ לא אתן". והעלה להקל עפ"י דעת הריב"ש ועוד פוסקים שאם

בספר אור גדול סי' ט' (פיסקא א' סק"א) כתב לישיב את שיטת הרמב"ן (מקושית הר"ן), - דעת הרמב"ן היא ששליח לכתובת גט צריך להתמנות לדבר שלם של יצירת ספר כריתות, אבל מינוי ליצירת חצי ספר כריתות דומה למי שנתמנה לכתובת גט בלבד והבעל אמר שהוא יכוון לשמה ועל כך אינו ממנה אותו שליח, דלא מהני. כך מינוי כתיבת חצי גט אינו יותר ממינוי למעשה הכתיבה בלבד, ואינו מינוי לכתובת ספר כריתות שהוא רק כשמתמנה לכל הכתיבה, שהרי בכתיבת חציו אין כריתות כלשהיא. ואה"נ אם לאחר שנכתב חציו הבעל ימנה סופר שיכתוב גט שלם, כגון שאם יאבד הגט שנכתב חלקו שיוכל לכתוב חדש, בכה"ג יוכל הסופר להשלים את הגט מכיון שקבל מינוי שלם לא אכפת לן שיכתוב רק חלק מהגט. והרמב"ן איירי בכה"ג שהבעל מינה את הסופר רק להשלים את חציו השני.

בהתאם לביאור זה, וכן מפשטות לשון הרמב"ן ומקושיית הר"ן, נראה ששיטת הרמב"ן היא שהריעותא בנידון זה היא בחצי השני של הגט, דלא מהני ציווי לחצי גט.

וכן כתב בשו"ת דברי חיים ח"א אה"ע סי' פג, שהפסול אינו מפני שבטל חציו הראשון, רק כוונתו דביטל השליחות על להבא, והגם שחזר ועשה שליח לגמרי לא מהני דצריך שליחות לכתוב כל הגט ולא חציו. אלא שהדברי חיים הוסיף ששיטת הרמב"ן תלויה במחלוקת ראשונים, וז"ל - "והיינו למאן דבעי שליחות בכתיבה, אבל למ"ד דלא בעינן שליחות בכתיבה כשר לכו"ע ואינו יכול לבטל באמצע הכתיבה".

אך המחנה אפרים בפרק ג' מגירושיין הבין באופן אחר את שיטת הרמב"ן. וז"ל - "דנהי דבמצות הבעל נעשה, מ"מ חציו הראשון נכתב שלא בשליחות הבעל, דכיון שנמלך נתבטל שליחותו, ובעינן כתיבה בשליחות הבעל".

הרי שדעת המחנה אפרים שהריעותא היא בכך שהתבטל חציו הראשון, ואף שחציו השני נכתב כדינו, מ"מ לא תוקנה הריעותא שבחציו הראשון.

ועיין בחידושי הריטב"א על דף פח שנראה שנקט כדעת הרמב"ן אליבא דפירוש זה, (אלא שלשונו שם אינה ברורה לגמרי).

ניתן להבחין בשתי נ"מ בין דרכו של המחנה אפרים לדרכו של האור גדול -

א. כשבאמצע כתיבת הגט הבעל נמלך שלא לגרשה וביטל שליחות הסופר, וחזר לצוות סופר אחר שיכתוב לו גט שלם או שישלים את חציו השני של הגט שכבר נכתב חציו, ואכן הסופר השלים את הגט. לאור גדול הגט כשר ומחנה אפרים הגט בטל.

ב. כשסופר אחד כתב חצי גט ומעצמו הפסיק לכתוב וחזר הבעל וציוה סופר אחר להשלימו, דלמחנה אפרים הגט כשר כיון שלא התבטלה שליחותו של ראשון, ולאור גדול

לעומת זאת, הדברי מלכיאל דן להקל בזה (אלא שבתשובה אחרת פסק להחמיר), וכן פסק להקל במקום עיגון בתשובת בעל אפיקי ים. המהרש"ם הקל שלא מועיל ביטול אף באמצע כתיבת הגט במי שמדינא מחויב לגרש.

כשבאמצע הכתיבה אמר שמצטער שבא במקום זה אך לא אמר שלא יגרש, אין לחוש שמא התבטל הגט או המינוי לסופר.

שיטת הרמב"ן

הרמב"ן בחידושו (בהשמטות למסכת גיטין) פרש - "הא דאקשינן ודלמא אמלוכי אמליך, הכי פירושו שמא מתחילה אמר לסופר כתוב גט לאשתי וכתב חציו ונמלך בעל וחזר בו ומנעו מלהשלים הגט ונתבטל שליחותו, וכשחזר אח"כ ואמר לו השלם אותו הגט, לא עשאו שליח אלא לחצי גט ולא ניתן לגירושיין. ובין למ"ד אינו חוזר ומגרש בו ובין למ"ד חוזר ומגרש בו הכא בטל לגמרי כנ"ל".

בחי' הרשב"א (לדף פח) הקשה על שיטת הרמב"ן - "וצ"ע כיון שמתחילתו ועד סופו נעשה כהלכתו המלכה שבנתיים למה פסלו לרב נחמן דאית ליה חוזר ומגרש בו".

הר"ן (בחי' על הרי"ף) הקשה על דברי הרמב"ן - "ולא ידעתי למה פסול בכך, דכשם שהבעל יכול לכתוב ולהמלך ולחזור ולכתוב, שהרי לא שמענו פסול בכך, למה לא יהיה רשאי למנות שליח לחצאין, וכי תימא שליח שאני מדאמרינן בפרק כל הגט (דף כט:): והא שליח שלא ניתן לגירושיין, זה אינו מן השם, דהתם היינו טעמא משום דכיון ששליח זה אינו יכול לגרש כך אינו יכול לעשות שליח אחר שיגרש. אבל הכא בעל עצמו למה לא יהא רשאי לעשות הסופר שליח לחצאין".

ולכן באר הר"ן - "דהכי פרכינן וליחוש שמא נמלך בעל וביטל שליחות הסופר ואחר כך כשנתרצה לגרש לא חשש הסופר שיחזור ויעשהו שליח אלא השלים את הגט על דעת הראשונה". אבל אה"נ אם מינה אותו מחדש וציווהו להשלים כשר.

ובשו"ת בית אפרים מהדורה תניינא (הוצאת מוסד הרב קוק) חלק אה"ע ח"א סי' עח כתב בעובדא "שהעידו שהמגרש צווה להמסדר שבלא החפצים ומטלטלין שלו אין כאן התחלה כלל, ולשון זה מורה על ביטול השליחות באמצע הכתיבה שלא לגרש". וכתב הבית אפרים שלשיטת הרמב"ן ודאי הגט פסול אף אם היה חוזר ומצוה מחדש להמשיך לכתוב, אך אף לשיטת הר"ן והרשב"א יש לפסול מאחר שהסופר המשיך לכתוב בלא שהבעל חזר לצוותו מחדש.

וז"ל הבית אפרים - "הרשב"א והר"ן הקשו עליו מטעם שכיון שמתחילה ועד סוף נעשה כמצות הבעל, המלכה שבנתיים אינו פוסל, מבואר דדוקא בכה"ג שחזר וחידש השליחות אחר ההמלכה, אבל אם לא חידש השליחות כלל, רק מחמת שתיקתו חזר לכתוב, פשיטא דפסול גמור הוא ... בני"ד שלא נתחדש השליחות, כו"ע מודו דכל מה שנכתב אחר צווחות הבעל הוא נכתב בפסול גמור".

ומכיון שלא אמר כן יש לדון דבכה"ג שהפסיק מלכתוב מפני שהבעל מנעו דלא אמרינן דעל דעת ראשונה הוא כותב. ג. בסיום דבריו כתב הבית שלמה לחוש לדעת הרמב"ן, וז"ל - "ובפרט שהרמב"ן בלא"ה מחמיר בכה"ג, אף שהרשב"א והר"ן תמהו עליו וכן משמע מדברי הפוסקים בסי' קכה שאחר יכול לתקן כל שהוא בציווי הבעל, מ"מ סניף להחמיר הוא להנך תיוהות דלעיל, ע"כ נלענ"ד שהאשה צריכה להתגרש מחדש".

ונראה מדבריו שאם הבעל היה חוזר למנות את העדים וכן הסופר לפני שהמשיך לכתוב היה אומר שכותבו לשמה, לא היה הבית שלמה מחמיר לחוש לדעת הרמב"ן, וכבר הערנו לעיל על דבריו בזה. ונראה דעכ"פ עדיף טפי אם הבעל חוזר ומינה את הסופר שיכתוב גט שלם או שימשיך את הגט שהתחיל, דהיינו בהתאם לשיקול דעתו של הסופר, דבכה"ג אף הרמב"ן אינו מחמיר לשיטת האור גדול.

לסיכום

שיטת הרמב"ן, שאם הבעל באמצע כתיבת הגט מנע את הסופר מלהשלים את הגט, ואח"כ חוזר למנותו והסופר השלים את הגט, הגט בטל. ונאמרו שני ביאורים בדעת הרמב"ן, לדעת האור גדול והמחנה אפרים הריעותא היא במינוי השני שאינו מועיל מכיון שמינה אותו לכתוב חצי גט, ולדעת המחנה אפרים הריעותא היא שבטל חצי הגט הראשון. והבאנו נ"מ בין שתי הדרכים.

הרמב"ן מתייחס למקרה שהבעל אמר לסופר שלא ימשיך לכתוב, ולא כשאמר לאשה שאינו רוצה לתת גט. לעומת רש"י וה"ר עזרא הנביא, שלא התייחסו למקרה שאמר לסופר שלא יכתוב יותר, אלא דבריהם נאמרו כשביטל הגט או אמר שלא יגרשנה.

הר"ן נחלק על הרמב"ן, אך הסכים שאם הסופר המשיך לכתוב בלא שהבעל חוזר לצוותו דפסול, וכן הרשב"א העלה את דברי הרמב"ן בצ"ע.

הבית שלמה נקט דלהלכה הפוסקים לא חשו לסברת הרמב"ן, אך אין הכרח לדבריו, וכן מבואר ביש"ש שפסק כרמב"ן וכן משמע מכמה תשובות אחרונים.

הגדרת גט שלא נגמר

יש לדון, מה יחשב כאמצע כתיבת הגט לענין הלכה זו שמחמירים בה יותר מלאחר גמר הגט. דיון זה יתקיים בהתאם לשיטות השונות שהובאו לעיל. אליבא דשיטת רש"י וה"ר עזרא הנביא יש לדון אימתי עדיין דנים את הגט כדיבור דאמרינן ביה אתי דיבור של הביטול ומבטל דיבור, וכן יש לדון לשיטת הרמב"ן אימתי הגט בטל בכך שהבעל מנעו לסופר להמשיך לכתוב.

בגט שנגמרה כתיבתו אך עדיין לא נחתם -

בתוספות במסכת גיטין דף לב: (ד"ה התם) כתבו - "שמה התם לא נחתם לא חשיב גמר מעשה". וכן הרמב"ן

הגט בטל מכיון שאין ערך למינויו של השני. (וכל זה לדעת הפר"ח באה"ע סי' קכ סעיף ז' ששנים יכולים לכתוב גט).

ועיין באה"ע סי' קכה סעיף ו' בחלקת מחוקק ובב"ש שאם לאחר כתיבת הגט נמצא פסול בגט יכול סופר אחר לתקן בציווי הבעל, ולשיטת המחנה אפרים אתי שפיר אף לשיטת הרמב"ן מכיון שמעולם לא נמלך ולא ביטל. אך לדעת האור גדול, צריך שהבעל יצוה את הסופר השני שיכתוב גט חדש או ישלים ויתקן את הראשון. ומסתימת הח"מ והב"ש ושאר הפוסקים משמע דלא ס"ל כן.

והנה הבית שלמה אה"ע סוף סי' קמב כתב דהפוסקים בסי' קכה לא חשו לשיטת הרמב"ן, אך נראה שהבית שלמה נקט בדעת הרמב"ן כאור גדול, והח"מ והב"ש י"ל דס"ל בדעת הרמב"ן כמחנה אפרים, ולכן אין ראיה מדבריהם שדברי הרמב"ן נדחו מהלכה.

וע"ע ביש"ש שבפרק השולח סי' ט' פסק מעיקר הדין שא"א לבטל הגט עצמו ודלא כרמב"ם, אך בפרק בתרא דגיטין סי' כא כתב שעיקר כה"ר עזרא הנביא וכרמב"ן שאם מנעו הבעל מלהשלים הגט נתבטל הגט והשליחות ושוב אינו יכול לגרש בו ודלא כר"ן החולק על הרמב"ן.

יש לדון לשיטת הרמב"ן איזו לשון פוסלת את הגט.

לדעת הבית שלמה אף כשאמר לסופר שיפסיק לכתוב נפסל הגט לדעת הרמב"ן. וכן כתב בדברי מלכיאל חלק ד' סי' קיג, אך הוסיף שם דמשמע מלשון הרמב"ן דהיינו דוקא שמנעו לסופר מלהשלים הגט, אבל בנידון שלא אמר לסופר כלום אלא אמר לאשה שלא יגרש אותה, אין כאן ביטול מפורש לסופר והגילוי דעתא שכוונתו לביטול שליחות הסופר בכה"ג לאו מילתא, והיינו לשיטתו באותה תשובה שאין באמירתו שלא יגרש אותה משום ביטול הגט, וכדעת כמה אחרונים שהובאו לעיל שסוברים כן, הדברי מלכיאל הוסיף שאם הבעל יאמר לפני מסירת הגט שכוונתו היתה לבטל את הגט נאמן, אך לאחר המסירה אינו נאמן לטעון שכך היתה כוונתו ומסר לה גט מבוטל, עיי"ש.

אך נראה דהא דאמרינן שאם אמר לסופר שלא יכתוב יותר את הגט, הגט נפסל לדעת הרמב"ן, דין זה תלוי בשתי השיטות הנ"ל, לסברת המחנה אפרים הגט בטל, אבל לשיטת האור גדול לא מצינו ברמב"ן שניתן לבטל גט שכבר נכתב, וה"ה חצי גט שכבר נכתב, ובלבד שמנוי הסופר השני יעשה כהלכה.

והבית שלמה בעובדא דידיה שהבעל אמר לסופר באמצע כתיבת הגט שלא יכתוב, העלה שאין לחוש מצד דעת רש"י וה"ר עזרא וכפי שהובא לעיל. אך אפ"ה העלה להחמיר שהאשה צריכה להתגרש שנית מפני שיש כאן שלש סברות להחמיר. א. יש לדון שבזמן שבטל שליחות הסופר בטל המינוי לעדים לחתום, וכשחזר לומר לסופר לכתוב לא חזר למנות את העדים. ב. יש לחוש מפני שרק אמר לסופר להמשיך לכתוב והיה צ"ל לו לכתוב לשמה וכו' וגם הסופר היה צ"ל לפני שהמשיך לכתוב שכותב לשמה,

אין זה נכנס בכלל כתיבת הגט לכל דיני כתיבה רק מעכב בו משום קיום דבריו בלבד, אבל כל שנתרצה אח"כ לבטל דבריו אלו וליתנו בעדי מסירה כשר". ועיי"ש שמסקנתו להקל בנידון דידיה התבססה גם על סברא נוספת להיתר, והיא שלדעת המשכנ"י אין בלשון זה שאמר הבעל לשון ביטול.

הצמח צדק (שם בסי' ער) דן בדברי המשכנות יעקב ודוחה דבריו.

וע"ע בשו"ת ברכת רצ"ה (להגרצ"ה אורנשטיין) סי' קכד שתלה השאלה אם לאחר שנגמרה כתיבת הגט אך עדיין לא נחתם נידון כגט שאינו גמור, במחלוקת האם להלכה דקיי"ל דעדי מסירה כרתי, מהני מסירת גט חתום ללא עידי מסירה. דלמ"ד דמהני, ממילא העדים החתומים משלימים את הכשר הגט שיוכל להמסר ללא עדים.

ומכל האמור יש להעיר על דברי העונג יו"ט שלא נחית לכך שכל זמן שלא נחתם עדיין נידון כדיבור ואף החולקים על הרמב"ם מודים.

כשהבעל נמלך מלגרשה באמצע כתיבת הגט - לא מבעיא לפי האמור לעיל שאף בין כתיבה לחתימה בגט בטל, אלא לסברת החולקים, כל שנמלך באמצע כתיבת הגט ודאי יש לפסול הגט לדעת רש"י וה"ר עזרא וסיעתו. וכתב הצמח צדק שלענין דין זה אף אם כבר כתב את התורף עדיין נידון כאמצע כתיבת הגט, וכדמוכח בסוגיא שם בדף פח דעסקינן בנמלך באמצע כתיבת הרי את מותרת לכל אדם, ולדעת התוספות והרשב"א בדף כו. מכיון שמאריכינן לכתוב בגט כמה לשונות המבארינן את ענין הגירושין, ממילא הרי את מותרת לכל אדם כבר אינו תורף אלא שופרא דשטרא, וכן מבוארים לשונות אלו בנוסח הגט שכתב רש"י בדף פה: ומבאר הצ"צ הטעם - "וע"כ צ"ל דהוא משום דעדיין לא חתמו העדי חתימה שצוה שיחתמו. או משום דכיון שבדעתו שיגמרוהו כתיקונו, כל שלא נגמר אינו מעשה שלם, ועיין בב"י סי' קכב דאפילו פסול דרבנן נקרא חספא בעלמא, ע"ש".

וכתב בספר אור גדול (בתחילת סי' ט' ועיי"ש בסק"ג) שאם דברי הבעל נאמרו לאחר שהסופר סיים לכתוב את הגט, קודם שהראה לרב אם הוכשר בעיניו, והגט היה צריך תיקון לתקן כמה אותיות, בכה"ג נידון כגט שעדיין לא נגמר ולדעת הרבה ראשונים הבעל יכול לבטלו.

אמנם האחרונים שהבאנו דנו אליבא דשיטת רש"י וה"ר עזרא הנביא. אך גם בשיטת הרמב"ן יש לדון אימתי נאמר דינו. ונראה ברור שאם נגמרה כתיבת כל הגט אף שעדיין לא נחתם אין מקום לפסול לדעת הרמב"ן, אלא שצריך לחזור ולמנות את העדים.

וכשעדיין לא נגמרה כתיבת הגט - אליבא דהמחנה אפרים יש לדון אימתי עדיין נידון כגט שאינו שלם דמהני

והרשב"א הריטב"א והר"ן בחידושיהם עמ"ס גיטין דף יח: כתבו סברא זו דכל זמן שלא נחתם הגט יכול לבטלו דלא חשיב גמר מעשה.

בחי' הרע"א (דרוש וחידוש עמ"ס גיטין שם) הקשה על תוספות דמכיון דאמרינן עדי מסירה כרתי מדוע בגוף הכשר הגט וקיומו קיים חילוק בין גט שלא נחתם לגט שנחתם, לכאורה קיימות רק שתי אפשרויות, או שנאמר שהגט אינו נחשב כמעשה עד שימסר בפני עדים מכיון שעדי מסירה כרתי, או שנאמר שלאחר שנגמרה כתיבתו נחשב כמעשה, אך מדוע יש מעליותא בחתימת הגט.

בספר אור גדול (סי' ט' פסקא א' סק"ב) כתב לישב, וז"ל - "ולדעתי לא קשה מידי, דהא אף למאן דס"ל עדי מסירה כרתי עם כל זאת אין שום הפרש בין הכתיבה לחתימה לכל מילי, וכדאייתא בגיטין (דף ד.). לענין שלא לשמה דמודה רבי אלעזר במזויף מתוכו, ויעוי"ש בתוס' דאף דלא שייך הטעם דבכל מזויף מתוכו מ"מ פסול דגורינן חתימה אטו כתיבה. וא"כ כי היכי דבאמצע כתיבה יכול לבטל כיון שלא נגמר, ה"נ יכול לבטל כל שלא נחתם דגורינן אטו כתיבה". והוסיף שם דכיון דעיקר ביטול הגט פוגע בלשמה, ודאי מצינו דגורו חתימה אטו כתיבה.

תירוץ נוסף לקושית הרע"א, ניתן לומר עפ"י מש"כ האור שמח פ"ו מגירושין הלכה ל', עיין שם שפרש בדעת הירושלמי דאף לרבי שמעון דס"ל עדי מסירה כרתי ולא בעינן עדי חתימה, מ"מ ברוצה להחתים עדים ואנו רואים שיש לה גט חתום בעדים הלא חזינן שלא גמר בדעתו לתת לה הגט עד שיחתמו בעדים ולכן לא הפסיד פירות עד שעת החתימה, ולכן ה"ה בנידון דידן קודם שנחתם יכול לבטלו, דעד גמר חתימה הוי כדיבור.

וכעין זה כתב בשו"ת צמח צדק (שם) בסברת התוספות, וז"ל - "הטעם ברור דאע"ג דעדי חתימה הם רק מדרבנן מ"מ כל שצויה הבעל שיחתמו והם לא חתמו, הגט בטל מדאורייתא, דכ"ש הוא מדין כולכם חתומו. וא"כ כיון שמתחילה צויה שיחתמו עדי חתימה, כל שלא חתמו לא נגמר הגט מדאורייתא כאילו לא נגמרה כתיבתו וממילא יכול לבטלו כמו קודם שנגמרה כתיבתו". וכן פסק שם בצמח צדק להלכה שהגט בטל ולא יועיל אם יחזור ויצוה לעדים לחתום.

אך בשו"ת משכנות יעקב אה"ע סי' לא פסק שאם בין כתיבה לחתימה אמר שלא יתן הגט ואח"כ נתרצה וביטל מודעות וצויה לחתום דלהלכה אין חשש פסול. דאמנם לתוס' בריש השולח הגט בטל וא"א לחזור ולגרש בו וכן משמעות המרדכי וספר התרומה, אך אין כן דעת רוב הפוסקים, ועיי"ש שהוכיח כן מכמה מקומות, והוסיף - "וכי"ש לדין דקיי"ל עדי מסירה כרתי ועיקר וכתב דקרא קאי אכתיבה לחוד, ודאי דאין הכתיבה מתבטלת בביטול שבין הכתיבה לחתימה ולא הוי כחצי מעשה מפרשינן וכתב דקרא רק על הכתיבה לבד ולא על החתימה, אף שיגלה דעתו שרוצה לחתמו דוקא ואינו רוצה ליתנו זולת החתימה,

רב ששת אמר בפני ג'. מחלוקתם האם "בי"ד" המוזכר במשנה היינו שנים או שלושה, וקיי"ל דיכול לבטלו בפני שנים.

נאמרו כמה סברות מדוע בעינין שיבטל את השליח בפני שנים -

א. הר"ן כתב - "והא דבעי שנים, משום שאין דבר שבערוה פחות משנים. והיינו דאמרינן לקמן בגמרא (לד.) אותיבו קרי באודנייכו, דאע"ג דמוכחא מילתא שהוא היה מבטלו כיון דליכא עדים לא חשיב ביטול". וכ"כ הרמב"ן (בפירוש השני שכתב) וכן בחי' רבינו קרשקש (המודפסים כחי' הריטב"א).

ב. שיטת התוספות, - בדף לב: (סוף ד"ה ורב נחמן) כתבו התוספות - "ולרב נחמן אע"ג דבפני שנים איכא למיחש לממזרות כדאמרינן בסמוך, ואפ"ה הוי מבוטל, מ"מ בפחות משנים דאיכא למיחש טפי אינו מבוטל, ובהא אפילו רבי מודה דאמרינן מה כח בי"ד יפה". לעומת זאת, בתוספות בדף לג. (ד"ה רבי) במש"כ בתירוצו הראשון מבואר דמה שאינו יכול לבטל בפני אחד היינו מטעם דאין דבר שבערוה פחות משנים, (ורק כשמבטל בפני השליח עצמו אין צורך בשנים).

המהרש"א הקשה שדברי התוס' בדף לב שכתבו דביטול בפחות משנים אינו מועיל מכח תקנה דא"כ מה כח בי"ד יפה, סותרים לדברי התוס' בדף לג שכתבו מטעם דאין דבר שבערוה פחות משנים.

בהגהות קרני ראם על המהרש"א כתב לישיב שהביטול בפני אחד לא מהני מדינא דאין דבר שבערוה פחות משנים, ודברי התוס' בדף לב נאמרו על ביטול בפני שנים זה שלא בפני זה, דמהאי דינא דאין דבר שבערוה היה צריך להועיל ולזה כתבו דלא מהני רק מכח התקנה. ואמנם קי"ל כרבי דביטלו מבוטל, אך עכ"פ אינו מבוטל כשלא ביטלו בפני שני עדים, ומבואר בדברי התוספות דהיינו מכח התקנה שלא ירבו ממזרים בישראל, ובמקום שיש לחוש שהאשה לא תוכל לדעת מהביטול, הביטול אינו מועיל.

וע"ע באור גדול (שם סק"ד) שבאר דשיטת התוספות דמכח הדין דאין דבר שבערוה פחות משנים אמרינן שאין נאמנות על הביטול אלא לשני עדים, אך עצם הביטול תקף אף בלא עדים, ולזה הוסיפו תוס' בדף לב שמצד התקנה אין כלל ערך לביטול שנעשה שלא בפני שנים, עי"ש שכתב לבאר באריכות את שיטת התוספות, וכתב שכן דעת הרשב"א בחידושי.

ג. שיטת הרמב"ן (דף לב: בפירושו הראשון), וז"ל - "תמיהני בה אפילו ביטלו בין עצמו למה לא יבטל דאי ידעינן ביה להוי ביטול, וי"ל שהדין נותן ששליחות השליח כיון שבפניו היה אין מבטלים אותו שלא בפניו, דלא אתי דיבור שלא בפניו שהוא גרוע ומבטל דיבור שהוא בפניו כענין שאמרו מילתא דעבידא באפי בי עשרה צריכי ביה עשרה למשלפה, והיינו נמי דאמרינן לקמן אותיבו קרי באודנייכו, ואע"ג דודאי קא מבטל ליה כיון דלא שמעי לא הוי ביטול".

ביטול שליחות הסופר הראשון, ולפי ראיית הצמח צדק מהסוגיא שהבאנו לעיל, אף לרמב"ן י"ל דאף שכבר נכתב התורף כל שעדיין לא נגמרה כתיבתו עדיין לא נגמרה שליחותו של הסופר ואם מנעו מלהמשיך בטל הגט.

וכן אליבא דהאור גדול יש לדון אימתי המינוי לסופר השני נידון כמינוי לכתיבת חלק מהגט בלבד, ויתכן שאם הראשון כתב רק את תחילת לשון הגט בכה"ג שאם יושמט מהגט לא יפסל, ממילא המינוי לשני נחשב למינוי שלם, וה"ה אם ימנה את אותו הסופר להמשיך. וכן אם הגט כמעט נגמר ומנעו מלגמור, וחזר ומינה אחר או את אותו סופר להשלימו, יש לומר שאם כשרות הגט אינה תלויה בכתיבת השני אין לפסול את הגט.

לסיכום

לדעת רש"י וה"ר עזרא הנביא וסייעתם אם הבעל נמלך מלגרשה באמצע כתיבת הגט, אף שכבר נכתב התורף הגט בטל. ולדעת התוספות (דף לב:) ה"ה אם נגמרה כתיבת הגט אלא שעדיין לא נחתם, וכן נראה בדעת הרמב"ן הרשב"א הריטב"א והר"ן בדף יח: דס"ל שגט שעדיין לא נחתם נידון כדיבור ואתי דיבור ומבטלו. וכן פסקו להלכה בתשובת צמח צדק ובאור גדול. לעומת זאת המשכנות יעקב והעונג יו"ט הקלו אם כבר נגמרה כתיבת הגט אף שעדיין לא נחתם.

לשיטת הרמב"ן אם מנעו לסופר באמצע כתיבתו, נראה שהדין תלוי בהתאם לשתי הדרכים בביאור שיטת הרמב"ן, וכפי שבארנו. ואם כבר עשה הסופר שליחותו וגמר את כתיבת הגט, ודאי שאין מקום לדינו זה של הרמב"ן.

בפני מי מבטלו

השאלה בפני מי צריך לבטל מתחלקת לכמה סעיפים. האם יש צורך לבטל בפני שני עדים, או שאין צורך בשנים. את"ל שיש צורך בשני עדים האם כשביטל בפני הסופר או בפני אחד העדים אין צורך בשנים. כמו כן יש לדון האם ביטול גופו של הגט נידון כדבר שבערוה, ואין דבר שבערוה פחות משנים. ואת"ל דהוי דבר שבערוה עדיין יש לדון אם שני העדים הם עדי קיום לחלות ביטול הגט, כעדי קידושין דקי"ל שאין בקידושין ממש בלא עדי קיום. או שהמעשה עצמו מבטל את הגט אלא שבלא עדי בירור חסרה הנאמנות על כך. ויש לברר האם אותו דין קיים הן לאחר גמר כתיבתו וחתימתו לרמב"ם וסייעתו, והן באמצע כתיבתו לראשונים שהבאנו לעיל.

הסוגיא במסכת גיטין בריש פרק השולח דנה בביטול שליח להולכת הגט בפני כמה מבטלו, ומסוגיא זו יתבאר דין ביטול גופו של הגט בפני כמה מבטלו.

בגמרא בדף לב: - "בראשונה היה עושה בי"ד במקום אחר ומבטלו. איתמר בפני כמה הוא מבטלו רב נחמן אמר בפני ב',

הסופר לכתיבת הגט ולא בביטול השליח. וממילא י"ל דס"ל דשאני ביטול שליח להולכה דבעי עדים ולכן לא מהני ביטולו שלא בפניו מביטול מינוי לכתיבת גט דלא בעי עדים ולכן הביטול קל יותר (וכמו שיתבאר להלן שיש מקום לחלק בזה). ולפי"ז אין ראייה מפסק המחבר בשו"ע שדברי התוס' רי"ד נדחו מהלכה מכיון שהשו"ע לא איירי בביטול גופו של גט. אך ממש"כ הרמ"א בסעיף ס' בשם הריב"ש משמע דלא כתוס' רי"ד (אליבא דהאור גדול).

כאמור, הסוגיא בריש השולח וכן שלושת השיטות בראשונים שהבאנו עוסקות בביטול שליח להולכת הגט. וכתב באור גדול (שם סק"ח) שבהתאם לשלושת הסברות שנאמרו בראשונים בטעם הדין שצריך לבטל את השליח להולכה בפני שנים, יש לדון האם ה"ה בביטול הגט לדעת הרמב"ם וסייעתו.

וכתב דלשיטה הראשונה הסוברת דבעינן שנים משום שאין דבר שבערוה פחות משנים, "נראה דזהו דוקא בשליחות להולכה דמבטל השליחות, דדעת רוב הפוסקים דשליח להולכה צריך לעשותו בעדים, א"כ חזינן דענין שליחות ההולכה הוא ענין דבר שבערוה דאיננו מתקיים אלא בעדים, וכיון דקיומו איננו אלא בעדים, ה"נ ביטולו הוא ג"כ דבר שבערוה דאיננו מתקיים אלא בעדים, כענין גיטין וקידושין. משא"כ במבטל גוף הגט, דענין הביטול הוא שמבטל שליחות הסופר והעדים, וכמ"ש התורת גיטין והמחנה אפרים וכן מבואר בריטב"א קידושין".

ולפי זה, שאלה זו אם ביטול גופו של הגט צריך להעשות בפני עדים, תלויה בשאלה האם צריך למנות את הסופר בפני עדים. מדברי הרמ"א בס"י קכ סעיף ד' והח"מ שם מבואר שמעיקר הדין אין צריך למנותו בפני עדים ורק לכתחילה הבעל יאמר מינוי הסופר בפני עדים. אך בב"י ס"י קלא במש"כ בשם סדר הגט דסמ"ג ומרדכי משמע דאמירת הבעל לסופר עפ"י הדין צריכה להאמר בפני עדים, דכתבו שם - "ואם אין שם עדים בשעת כתיבת הגט נראה שהוא כשר, דמסתמא כיון שהבעל צוה לסופר לכותבו לשמה בפני עדים, מסתמא כותבו כן לשמה ובהכשר". ולכן לדעת האור גדול הדין אם בעינן ביטול גופו של גט בפני שנים תלוי במחלוקת הנ"ל אם צריך למנות הסופר בפני עדים.

וע"ע בספר דברי אמת (קונטרס יא בענין גיטין ס"י כח) שהביא מחלוקת האחרונים בציוה לעדים לחתום ולא היו שניהם במעמד אחד, אלא בזה אחר זה. והכריע דלפי מה שהוכיח שם דגם חתימה בעי שליחות, כשם שדעת הסמ"ג והמרדכי דבעינן עדים על מינוי שליחות הסופר, ה"ה דבעינן עדים על מינוי העדים, ולכן העדים צריכים להיות יחד בשעת מינוים. עכ"פ עולה מדבריו דפשיטא ליה דמכיון דשלדעת כמה ראשונים הסופר פועל בשליחות, צריך למנותו בפני עדים.

ועיין באבני מילואים ס"י קמא סק"ו שהביא סברא זו (באבני מילואים הדבר מובא בטעות בשם הר"ן). וכתב באבני מילואים שבהתאם לסברא זו, יש לבאר את דברי התוספות בדף לב. (ד"ה מהו דתימא) שכתבו דהא דלא מהני ביטול שלא בפניו משום שעשאו כאלו לא ביטל וכאלו הוא דברים שבלב, והיינו מתקנת חכמים עשאו לדיבור של הביטול כדיבור גרוע נגד הדיבור הראשון ולא אתי דיבור גרוע ומבטל לדיבור יפה. האבני מילואים הוה את שיטת הרמב"ן לשיטת התוס' בדף לב. מפני שדעתו שמה שכתב הרמב"ן בתחילת דבריו "שהדין נותן" וכו' לאו דינא דאורייתא קאמר, אלא דהוי דינא דדבריהם, ולא הוי עקירת דבר מן התורה כיון דדומה קצת לדברים שבלב.

ולעומת זאת, שיטת התוס' רי"ד בדף לד דמהני ביטול השליח שלא בפני שני עדים. התוס' רי"ד הקשה על הסוגיא דרב יהודה אמר לעדים "אותיבו קרי באודניכו וכתובו ליה", וז"ל - "וקשה לי טובא דאפילו לאביי דאמר גלוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא, היכא דביטלו מפיו מי לא בטיל, והיכי אמר דליתבי קרי באזנייהו שלא ישמעו ביטולו, אטו בשמיעת העדים תליא מילתא, אי בטליה מי לא בטיל ונמצא גט בטל ובניה ממזרים, ועדים אינן אלא לברר העדות שבטלו אבל שלא יתקיים הביטול בלא עדים שאלו שניהם מודים הבעל והאשה מי לא בטיל. וי"ל לפי הדחק שהביטול בלי עדים אינו מועיל ואע"פ ששניהם מודים. ואע"פ שרואים גילוי דעתו שרץ אחריהם לבטלו גילוי דעתא לאו מילתא היא. והנכון בעיני לומר דרב יהודה ס"ל דהלכה כרשב"ג ולית ליה דרב נחמן". הרי לשיטת התוס' רי"ד להלכה דקי"ל כרב נחמן שהלכה כרבי בשתיקה, ביטלו שלא בפני עדים מבטל. והעדים נחוצים רק לביור הענין. ואה"נ אם יתברר הענין בלא עדים, כגון שהאשה יודעת שהבעל בטלו, או דחזינן דרהיט בתריה לביטולי ואמר דברים שהעדים לא שמעו, יש לחוש שבטלו ואינה יכולה להנשא.

ועיין בשלטי הגבורים (דף יז. בדפי הרי"ף) שהריא"ז הביא את דברי זקנו התוס' רי"ד וחלק עליו. וע"ע באור גדול (שם סק"ה) שבאר דעת התוס' רי"ד דס"ל דלר"נ לא היתה תקנה כלל, והא דהיה מבטלו בפני שנים היינו כי היכי דלהוי עליה סהדי.

דעת התוס' רי"ד היא דעת יחיד בראשונים, וכן בשו"ע ס"י קמא סעיף ס' נפסק דלא כוותיה. אולם היינו דוקא במה שפסל גט שהבעל בטל השליח שלא בפני שנים, אך בעיקר שיטתו שבעצם חלות הביטול לא אמרינן בזה אין דבר שבערוה פחות משנים, כן דעת הרמב"ם והתוס' שבב"ש ס"י קמא סק"צ וכמ"ש המשכנות יעקב המובא להלן. אלא שלשיטתם מ"מ ביטול השליח שלא בפניו לא מהני כשנעשה שלא בפני שנים מטעם התקנה וכמ"ש לעיל בשם האור גדול.

דרך נוספת בביאור דעת התוס' רי"ד כתב באור גדול (שם בסק"ח) די"ל שדברי התוס' רי"ד נאמרו רק בביטול מינוי

ממזרים, היינו כיון דמודעא היא קודם הנתינה והבעל יודע מזה לא יתן כי אינו חשוד לקלקלה בידי שמים, יעוי"ש. וא"כ ה"נ כיון שהבעל צריך ליתן אח"כ הגט ואינו חשוד לקלקלה לא שייך תקנת ממזרים. וגם לשיטת הרמב"ן שהביא האבני מילואים דהטעם משום דלא אלים דיבורא דשלא בפניו, מ"מ כיון שהוכחתי דאינו מדינא רק מתקנתא וכמ"ש האבני מילואים, שוב י"ל דהוא משום תקנת ממזרים. וממילא היכא דהנתינה תהיה מהבעל עצמו דלא שייך תקנתא וכנ"ל לא תקינו ויכול לבטל. וכן נראה קצת מוכח מדברי הרמב"ן דדוקא שלא בפני השליח בעי בי"ד אבל בפני השליח לא בעי בי"ד.

ומכל האמור העלה האור גדול - "עכ"פ נתבאר דמפאת שלא היה הביטול רק בפני אחד קשה להקל, כי דעת נוטה לרוב הפוסקים להחמיר בזה". היינו דלשיטת התוספות וכן לשיטת הרמב"ן מועיל הביטול, ולשיטת שמדין אין דבר שבערוה בעיני שנים בביטול שליח להולכה, בביטול הגט תלוי במחלוקת הפוסקים אם צריך למנות הסופר בפני שנים. והוספנו להעיר שלפי דרכו של האור גדול, לשיטת הריב"ש ועוד אחרונים הדין אינו תלוי במחלוקת זו, אלא לכו"ע אין צריך לבטל בפני שנים.

בנוסף לכך יש לציין למש"כ התוספות בריש פרק השולח (דף לב. ד"ה מהו) ביחס לביטול השליחות של שליח להולכה - "ועדיפא מינה אמרינן בביטול שלא בבית דין בלא ידיעת שליח ואשה דמשמע פשט הלכה דלא הוי ביטול. וצ"ע כי שמא ביטול שלא בבית דין אינו מועיל להקל אבל יועיל להחמיר". וכתב על זה בספר בית מאיר אה"ע סי' קמא סעיף ס' - "ור"ל שלא בבית דין היינו לפני שניהם יחד, אלא בפני שנים זה שלא בפני זה. ועיין מ"ש רש"א ד"ה ור"נ ודוק. ונלע"ד מה שנסתפקו היינו שמסופקים אם הכלל דאין דבר שבערוה שייך בלא אתחזיק לא איסור ולא היתר כאשר העירותי סי' ל"ז ס"ק מה ע"ש. וכאן הוי כלא אתחזיק, דהגט בחזקת אינו מבוטל, והאשה בחזקת אשת איש. ועיין תוספות פרק האשה רבה ד"ה הבא עליה באשם תלוי, נשמע מדבריהם שבאופן דשייך חזקה מול חזקה הוי כלא אתחזיק, ואלו כן היה נשמע מהרמב"ם והטור דלא מקרי דבר שבערוה בלא אתחזיק, וצ"ע".

ולפי זה גם לענין ביטול גופו של הגט בפני עד אחד, י"ל דמדינא חל הביטול, אלא שאין עד אחד נאמן. אבל אם העד נאמן על האשה מחוייבת להחמיר שלא להנשא בגט כזה. (ועיין להלן מש"כ בשם ספר חבליים בנעימים בביאור דברי התוספות).

ומצינו כמה אחרונים, שהחמירו בביטול הגט בפני עד אחד -

הרמב"ם בפ"ו מגירושין הי"ח כתב "שלח הגט ביד שנים הרי זה יכול לבטל זה שלא בפני זה, ואפילו היו עשרה,

הקושי על שיטת האור גדול הוא, דמשמע מכמה מקומות שאין לחלק בין ביטול שליח להולכה לביטול מינוי לסופר. דהנה בסוגיא בדף לב עסקינן בביטול שליח להולכה, לעומת זאת בסוגיא בדף לג במחלוקת רבי ורשב"ג עסקינן באומר לעשרה לכתוב את הגט וכן בדף לד גבי רב יהודה דאמר לסהדי אותיבו קרי באודניכו. וחזינן בראשונים שהוכיחו מההיא דאותיבו קרי באודניכו לדין ביטול שליח להולכה, וכמו שהבאנו לעיל מהר"ן רמב"ן וחי' ר' קרשקש. וכן המהרש"א שהובא לעיל הקשה בדברי תוס' דאיירי בדברי רבי באמר לעשרה כתבו גט על דברי התוס' בדף לב: דאיירי בביטול שליח להולכה, והמהרש"א וכן הקרני ראם והפני יהושע שכתבו לישב קושייתו לא כתבו לחלק בין הנושאים, ואילו לדברי האור גדול אין ללמד ביטול שליחות שליח להולכה מביטול מינוי לסופר לכתוב שלדעת הרבה פוסקים אינו ביטול מינוי שליחות, (להלן נביא את דברי התפארת יעקב שכתב לישב קושיית המהרש"א ואכן חלק בין הנושאים, אך מדבריו עולה להפך מדרכו של האור גדול).

האור גדול גופיה כתב לישב קושי זה מדברי הר"ן הרמב"ן וחי' הריב"א (ר' קרשקש), וז"ל - "י"ל או דסברי דבעי שליחות ומשום הכי בעי עדים וכדין שליח להולכה, או ד"ל דהתם עשאן שלוחים לנתינה ג"כ וממילא כשמבטל שליחות הכתיבה והחתימה מיבטל ממילא שליחות הנתינה ג"כ ומשום הכי בעי עדים, אבל היכי דעדיין לא עשה שליח לנתינה, ביטול כתיבה וחתימה לחוד לא בעי עדים".

יש להעיר, שכל דבריו של האור גדול לתלות דין ביטול הגט עצמו אם צריך להעשות בפני עדים בשאלה אם צריך למנות את הסופר בפני עדים, עולה היטב רק לשיטת הסוברים שביטול גופו של גט נידון כביטול השליחות לסופר. והיינו לשיטת הר"ן וכן המחנה אפרים התורת גיטין והבית אפרים שהאור גדול מצדד כשיטתם, וכמו שהובא לעיל. אך לשיטת הריב"ש הגליא מסכת האור שמח החלקת יואב והברכת שמואל שבביטול הגט הבעל מפקיע את כח הכריתות שבו מכאן ולהבא ע"י ביטול הזמנתו לשמש לשם גירושין, וכמו שהתבאר לעיל באריכות, נראה שלפי דרכו הנ"ל של האור גדול שגדר הביטול הוא כגדר המינוי, אין צורך בשני עדים בשעת הביטול, כשם שעצם הזמנת הגט לשם גירושין אינה צריכה להעשות בפני עדים, שהרי הגט כשר גם כשכותבו לשמה שלא בפני עדים כמבואר בסדר הגט דסמ"ג ומרדכי שבב"י סי' קלא המובא לעיל. וכן הבעל הכותב את גיטו ודאי שיכול לכתבו בלא עדים כלל בשעת הכתיבה.

כל האמור עד כה הוא לשיטה ראשונה שהבאנו לעיל דמכאן אין דבר שבערוה אתינן עלה, וכתב באור גדול - "וגם לשיטת התוספות דהטעם הוא משום תקנת ממזרות, נראה לפי מש"כ בתורת גיטין (סי' קמא סוף סעיף ס') דהא דבמודעא סגי ב' זה שלא בפני זה ולא חששו לתקנת

ועיין בפתחי תשובה סי' קמא ס"ק ס' שהביא מסקנת המשכנות יעקב.

וכן בתורת גיטין בסוף סי' קמא כתב - "ועוד נראה דלמאן דמחמיר לעיל סי' מב בעד אחד בקידושין, דיש להחמיר בעד אחד בביטול שמבטל קודם הנתינה שנותן בעצמו, דדמי למודעא. אף דבביטול שליחות לא מהני כלל עד אחד, היינו משום דלא מהני אפילו בשני עדים זה שלא בפני זה דבעינן בי"ד דוקא מטעם תקנת ממזרים. אבל במודעא דמהני זה שלא בפני זה, וע"כ הטעם כיון שהגט בידו לא חיישינן כ"כ שיקלקלה וליכא כ"כ תקנת ממזרים, אפשר שיש להחמיר ג"כ בעד אחד כמו שמחמירים בעד אחד בקידושין".

התורת גיטין קאי עלה רק מכח החומרא דמחמירים בע"א בקידושין, מפני שדעתו דמעיקר הדין אין מועיל ביטול שלא בפני שנים, וכמ"ש שם בסעיף ס' דביטול הגט היינו ביטול שליחות הסופר וביטול שליחות בעי בי"ד. אבל האור גדול והמשכנות יעקב צדרו דאף מדינא אין צורך בשני עדים לחלות הביטול.

לעומת זאת כמה אחרונים כתבו להקל בביטול הגט בפני עד אחד.

האור שמח בתשובה (שבספר תשובות אור שמח שי"ל לאחרונה בסי' יא) כתב להקל, וז"ל - "אין דבר שבערוה פחות משנים, ואף למאן דחייש במקדש בעד אחד זה דוקא בשניהם מודים הבעל והאשה, משא"כ הכא שהאשה אינה יודעת כלום, וזה היתר ברור".

(ומבואר מדבריו שאם האשה יודעת מהביטול שנעשה בפני עד אחד יש מקום להחמיר).

וכן דעת העונג יו"ט סי' קמג וכתב שיש להוכיח דלא מהני ביטול שלא בפני שני עדים מהא (בדף לד.) דאמר להו לטהדי אותבי קרי באודנייכו, וכן הא דאמר להו שם (לג): זילו איטמרו וכתבו, ואת"ל דמהני הביטול נחוש שמא יבטל בינו לבין עצמו. והוסיף העונג יו"ט - "ובפרט הא דעת התוספות דביטול בפני שנים הוא משום תקנת ממזרים, וכיון דמשום תקנה הוא דלא ידעה ומנסבה מה לי ביטול השליחות ומה לי ביטול הגט גופו בכולהו איכא למיגזר משום תקנת ממזרים". ובסברא זו חולק העונג יו"ט על האור גדול והמשכנות יעקב.

וכן בספר חרושים ובאורים (להגרח"ש גריינמן עמ"ס גיטין סי' ח' סק"י) כתב להוכיח כהוכחת העונג יו"ט דאף ביטול גופו של גט צ"ל בפני שני עדים. והוסיף - "ומינה נמי, למש"כ תוס' דפני שנים זה שלא בפני זה אף ר"נ מודה דאינו מבוטל, ומשום דבכה"ג איכא למיחש טפי לממזרים. דאף זה לא שנא בביטול שליחות לא שנא בביטול הגט דחד טעמא נינהו. וגם זה מוכח מהא דזילו אטמורו ומהא דאותיבו קרי, דבזה לא פליגי רבי ורשב"ג ואי לרשב"ג לא מהני ה"ה לרבי. וגם דיוק התוס' מהא דקתני במתניתין בי"ד דמשמע דבלא בי"ד אינו מבוטל, ולרב ששת הרי איירי

משבטלו בפני אחד מהם בטל הגט". הראב"ד הר"ן והמ"מ סברו שדעת הרמב"ם ששליחות שבטלה מקצתה בטלה כולה ולכן אם בטל שליח אחד בטלו כולם. אך כמה אחרונים כתבו שאם זו כוונת הרמב"ם הו"ל "משבטל אחד מהם", ודייקו מלשון הרמב"ם שכתב "משבטלו בפני אחד מהם", משמע "שבטלו" קאי אגט. כ"כ המעשה רקח, המכתב מאליהו (שער ז' סי' ד'), הבי"ח ססי' קמא (ד"ה ול"ש) ובשו"ת הרא"ם (להג"ר אלכסנדר סענדר מרגליות) סי' לט. ולפי זה התחדש ברמב"ם, שמועיל ביטול הגט בפני אחד.

וכן בספר משכנות יעקב חלק אה"ע ססי' לט דן להחמיר בביטול הגט בפני ע"א, מכמה טעמים. לשיטת הרמב"ם (המובא בב"ש סי' קמא סק"צ) דביטול שליח הולכה בפניו אינו צריך להיות בפני שנים וכן לתרוץ אחד בתוס' דף לג. הרי דהא דאמרינן דבעינן שנים דאין דבר שבערוה פחות משנים היינו רק לבירור הענין, אך עצם הביטול מתקיים בלא שנים. ולכן - "יש לנו לחוש לחומרא אפילו בעד אחד היכא דידעינן דמהימן הוא, וכדאמרינן גבי אשתו זינתה בעד אחד דאי מהימן ליה מחייב לאפוקה". ויש להעיר שגם בפני יהושע (על התוס' בדף לג. ד"ה רבי) פרש ששני התירוצים בתוס' שנחלקו אם כשמבטל השליח בפניו צריך שני עדים, נחלקו בשאלה אם עצם הביטול מתקיים בלא עדים ורק לבירור הענין צריך שני עדים או שהעדים הם עדי קיום. (עיין באור גדול סי' ט' פסקא א' סק"ד).

המשכנות יעקב הוסיף שסברת התוס' בדף לב: שביטול שליח הולכה בפני אחד לא מועיל מטעם תקנת ממזרים לא שייכת אלא כשמבטל במקום אחר שלא במקום נתינת הגט ומפני התקלה, אבל היכא דליכא תקלה לא התקין וממילא אין מקום להפקעת הקידושין.

וז"ל המשכנות יעקב - "בנידון דידן שכל הביטולים שעשה המערער היה בפני הדיינים שהוא הרב ר' אייזיק סופר ודיין, ותיכף הגידו דבריו להרב המסדר, ולא שייך בזה תקנת עגונות ולא תקנת ממזרות, דהא נודע הדבר תיכף בבית הדין, ועל דעת כן אמר זאת, והוי כמו שלח אחריו שליח, דהא בחזר בו לפני בית הדין ומבטל לא עבר על תקנת רבן גמליאל, רק במבטל במקום אחר ומפני התקלה, הא היכא דליכא תקלה לא התקין, וא"כ ממילא דאין מקום להפקעת הקידושין אפילו אי יהיבנא להו כולהו טענתיהו דהוי ביטול בעד אחד, אין מקום בזה לבטל הקידושין כלל לדעת הרמב"ם ורוב הפוסקים".

עוד כתב המשכנות יעקב דכשם שבקידושין חיישינן להחמיר במקדש בפני עד אחד למרות דהוי דבר שבערוה, ה"ה במבטל גט בפני עד אחד. בסיום דבריו כתב המשכנות יעקב בתשובתו להגאון בעל הבית אפרים - "והנה גם ראיתי שגם הוד כת"ר בספר תשובותיו סי' קכה חוכך להחמיר בביטול בפני עד אחד מדברי הרמב"ם ז"ל, ולא ידעתי למה זה הכריע פה בפשיטות להקל, בפרט לטעם דהפקעת קידושין הוא דבר קשה מאד".

בנעימים והחידושים ובאורים. לדעת התורה גיטין מעיקר הדין אין לחוש לביטול זה, אך בביטול בפני עד אחד יש להחמיר כשם דמחמירים במקדש בפני ע"א, והאור שמח חולק בזה וכתב שבמקום שהאשה אינה יודעת אין להחמיר כשם דבכה"ג אין מחמירים בקידושין.

לעומת זאת, כמה אחרונים כתבו להחמיר בביטול בפני עד אחד, כן מסקנת האור גדול לאחר שדן לפי כל אחת משיטות הראשונים שבארו הטעם דביטול שליח הולכה בפני ע"א לא מהני. וכן מסקנת המשכנות יעקב, וכ"כ כמה אחרונים בשיטת הרמב"ם - המעשה רקח המכתב מאליהו הב"ח ובספר תשובות הרא"ם.

שיטת ספר התרומה

בספר התרומה (הלכות גיטין סי' קכח) כתב - "בכל הגיטין מצרכינן לומר לבעל בשעת נתינה לבטל כל מודעי דעבד ... וכן נכון לבטל כל מודעי, אפילו לנותני הגט בלא כפייה, פן ירשיע המגרש למסור מודעה מחמת שנאה ... והשתא לפי גירסא אחרונה שיכול לבטל הגט, א"כ לדין מה מועיל ביטול מודעי בשעת נתינה, דילמא ביטל גוף בגט ... וגם ביטול מודעי אינו מועיל דהא רב יהודה ורב ששת עשו גט אחר לאחר ביטול הגט משום דסוברים אינו חוזר ומגרש, ולא עשו ביטול מודעי. וצריך לפרש דמצינן למימר כשאמר לסופר לכתוב ולעדים לחתום אינו יכול לבטלם שלא בפניהם, כי אם על פיהם כיון שצוה להם לעשות מעשה ... ואי קודם שנגמר הגט ביטל בפניהם, אינו מועיל בטול מודעי, ולכך רב יהודה ורב ששת אצרכוה גיטא אחרינא, שהבעל ביטל את הגט לעדים עצמן קודם שנגמר הגט".

במרדכי בריש פרק השולח (סי' שסח) הביא שיטה זו של ספר התרומה שביטול גופו של גט מועיל רק בפני הסופר והעדים. וכן הובאה שיטה זו בסמ"ג ובהגהות מיימוניות (פ"ו מגירושין אות ה') ובשלטי הגבורים על הרי"ף (דף טז: אות ב').

וכן הב"ש סי' קלד סק"ה לאחר שכתב דקיי"ל כשיטת הרמב"ם שיכול לבטל את הגט עצמו, ואין מועיל לזה ביטול מודעה, הוסיף הב"ש - "ועיין בספר התרומה ובסמ"ג שאינו יכול לבטל שלא בפני הסופר ועדים שצוה להם לכתוב הגט".

שיטת ספר התרומה טעונה ביאור, וכמ"ש בשו"ת נודע בשערים ח"א סי' ח' - "דבריו נעלמו ממני, דאף אם זה ביטול השליחות, הא קיי"ל ביטלו מבוטל". וכן הקשה בשו"ת עטרת יצחק סי' מד (הובא ביביע אומר ח"ה אה"ע סי' יז).

ועיין בשו"ת הריב"ש החדשות בתשובות סי' כט לא ולב, שלש תשובות מגדולי הדור בדורו של הריב"ש שהביאו את שיטת ספר התרומה ודנו בדבריו, ושם בסי' לב בתשובת מהר"ר יוחנן בן מתתיהו (מחכמי צרפת בדורו של הריב"ש)

מתניתין בביטול הגט, ואף לרב נחמן אם אין אפשרות לבטל השליחות יש לפרש לשונו על ביטול הגט, וא"כ אף בלא בי"ד יכול לבטל, אלא ודאי בלא בי"ד דהיינו בפני שנים זה שלא בפני זה למאי דקיי"ל כר"נ אף ביטול הגט אינו מועיל".

וכן צ"ל בדעת התפארת יעקב עמ"ס גיטין דף לב: במש"כ לישב קושיית המהרש"א (שהובאה לעיל על סתירת דברי התוס'). וז"ל התפארת יעקב - "לק"מ דדוקא הכא בשליחות גט לא הוי דבר שבערוה דאין הגט עומד להשתלח ע"י שליח דוקא, ובשביל שביטל השליח הרי הגט עומד בתוקפו ולא מיקרי ביטול השליחות דבר שבערוה כיון שאין הגט עומד לכך. אבל לקמן שמבטל הכתיבה כגון אמר לעשרה כתבו, שפיר הוי דבר שבערוה, דכתיבת גט לשמה הוי דבר שבערוה והרי מבטל הכתיבה לגמרי".

ואמנם התפארת יעקב איירי במבטל הציווי לכתוב עוד לפני שנכתב הגט, אך עכ"פ לסברא שכתב י"ל דה"ה ביטול גופו של גט הוי דבר שבערוה. וע"ע בספר ברכת שמואל עמ"ס גיטין סי' מ' סק"ד.

וכן בשו"ת חבלים בנעימים ח"ב סי' צה העלה מכח דברי הריב"ש סי' רלב שכל ביטול שמבטל דבר דהיה בעבר צריך לבטלו בפני בית דין, ולענין זה שנים נקראים בי"ד, וכמבואר בגמרא בריש פרק השולח. אך ביטול של דבר העתיד להיות, כגון במסירת מודעה על מה שעומד לעשות, יכול לבטלו בפני שנים זה שלא בפני זה. ולפי דרכו העלה שביטול הגט, שהוא ביטול דבר שהיה בעבר, בין אם ביטול המינוי לסופר, ובין אם ביטול המתפרש בדרך אחרת, עכ"פ מאחר ומבטל דבר שהיה כבר, לא מהני אם אינו נעשה בפני שני עדים בעת שהם זה בפני זה.

וכתב עוד - "ואף שבתוספות ריש פרק השולח ד"ה מהו, כתבו דצ"ע דשמא ביטול שלא בבית דין אינו מועיל להקל אבל יועיל להחמיר, מ"מ הא בשו"ע סי' קמ"א נשמט דעה זו. והלכה פסוקה סעיף ס' דביטול שלא בעדים לא מהני, ובבית מאיר תמה על ההשמטה. ולי נראה כי דברי תוס' שם סובבים רק לרבא דגלוי דעתא בגיטא מלתא היא. והקשו לדעתו למה לא מהני הא דמהדר עליה לבטולי. ותירצו משום דבאותה שעה לא נודע הגלוי דעתא הוי כדברים שבלב. ועל זה הוסיפו, דעדיפא מינה אמרינן בביטול שלא בבית דין דלא מהני, והיינו אף שהיה בפני עד אחד. וקשה הא עכ"פ יועיל מצד גלוי דעתא שממאן בגט, לרבא דס"ל מלתא. וע"כ צ"ל דעשאוה כדברים שבלב. ועל זה סיימו בצ"ע דמ"מ י"ל מצד גלוי דעתא מהני הביטול להחמיר. אבל לדין דקיי"ל כאביי אין נפקא מינה בכל זה, וביטול שלא בעדים אין בו ממש".

לסיכום

ביטול שליח להולכה צריך להיות בפני שני עדים, ובלא"ה אינו מועיל. ויש מהאחרונים שכתבו שה"ה בביטול הגט, כן דעת האור שמח העונג יו"ט התפארת יעקב החבלים

והנה התשב"ץ בתשובה ח"א סי' א' כתב בדעת ספר התרומה, וז"ל - "לא נאמר דברים אלו, אלא אם בטל שלא בפניהם לא נתבטלה שליחותם, וכיון שצויה אותם לכתוב ולחתום, אעפ"י שקודם שנגמרה חתימת הגט בטל שליחותם שלא בפניהם, לא הוי ביטול לגבי הגט, והוי גט כשר בביטול מודעא. שאם לעדי הגט עצמן אמר שהוא מבטל או לסופר וכתבו וחתמו אחר ביטול לא סגי בביטול מודעא שהרי הגט נכתב שלא מדעתו, אבל מכיון שלא אמר לעדים עצמו כן, אעפ"י שבטלו בפני עדים סגי בביטול מודעי".

ונראה כוונתו, שלענין הכשר הגט, הסופר אינו שליח הבעל, אלא רק יש צורך שיכתוב הגט מדעתו, וכל זמן שהסופר לא שמע מהבעל שמבטל הגט נידון ככותב מדעת הבעל לשמו ולשמה ולשם גירושין, ואינו דומה לביטול שליח להולכת הגט, דקיי"ל ביטלו שלא בפניו מבטל.

וכ"כ לבאר דעת סה"ת בתשובות בית אפרים אה"ע סי' קכה, וז"ל - "כיון דלא בעינן שליחות בכתובה וחתימה, אלא עיקר הטעם משום דאם יכתבו בלי צוואת הבעל לא יתנו לב לכתוב לשמה, וא"כ כיון שסוף סוף הם עפ"י ציווי הבעל כותבין וכוונתם לשמה, מה בכך שהוא ביטל שלא בפניהם כיון דלאו מטעם שליחות קאתינן עלה".

והנה בשו"ת ברכת רצ"ה סי' קכד כתב, שסברת ספר התרומה תלויה במחלוקת הרמב"ן והר"י הזקן האם בעינן שליחות בכתבת הגט או שהסופר אינו צריך להיות שלוחו אלא כתיבת הגט לשמה היינו כתיבה עפ"י ציווי הבעל.

אך בשו"ת דברי חיים ח"א חלק אה"ע סי' פג דחה סברא זו, וז"ל - "וכבר נתקשו הרבה למאן דלא בעי שליחות בכתובה ולא צריך צוואת הבעל רק שיהיה לשמה, מה מהני הביטול שלא בפניהם, ועיין בבית אפרים. אולם הדבר פשוט, דבעינן עפ"י חוקי התורה לשמוע דוקא מפי הבעל, ובמבטל מקודם לא מהני שוב הצוואה, וכמו שמסביר הרמב"ן ז"ל דהוי כאומר להם כתבו מדעתכם דכבר ביטל דיבורו, אך לפי"ז במצווה לכתוב ואח"כ מבטל שלא בפניהם דאז העדים כותבין עפ"י ציווי הראשון ומהראוי שלא יהני ביטולו שלא בפניהם, אך אמת שזה ליתא דאתי דיבור ומבטל דיבור".

ולכן מבאר הדברי חיים את סברת ספר התרומה, שאמנם מועיל ביטול שליח להולכת הגט שלא בפניו דקיי"ל ביטלו מבטל, וקיי"ל דאתי דיבור ומבטל דיבור ומינוי שליח הולכה הוי רק דיבור. "אבל בכתבת הגט, לא מיבעיא למאן דס"ל דלא בעי שליחות בכתובה והא דבעי לשמוע מפי הבעל כדי שיהיה לשמו, א"כ הרי מצוה להם שיעשו מעשה הם עצמם ואין בו עוד שום התלות בדבר, ורק המה העושים. וא"כ עתה שבא לבטל מעשיהם הוי כדיבור נגד מעשה. ואפילו למ"ד דבעינן שליחות בכתובה לא דמי שליחות הסופר לשליחות השליח לנתינה, דהתם מוסר לו הגט, והשליח אינו רק שעושה דיבור, וכל זמן שלא עשה

באר את שיטת ספר התרומה שגם ספר התרומה מסכים שאם ביטל את הגט הוא מבטל, אך היינו דוקא אם ביטלו בדרך שלא תוכל לבוא לידי תקלה שתנשא בגט מבטל שלא ידיעתה, ונראה ששורש סברת ספר התרומה נובע מפני התקנה שלא יועיל ביטול הגט במקום שהביטול עלול להביא לידי תקלה.

וז"ל מהר"ר יוחנן שם - "אע"ג דאית ליה שאם ביטל השליח שלא בפניו שמועיל, היינו דוקא כשמבטלו בבית דין, דס"ל דביטול בבית דין קלא אית ליה, ויודע לאשה קודם שתנשא ולא תנשא. אבל היכא שיוכל לבא לידי תקלה אפילו רבי מודה, וכן כתבו התוספות עלה דקאמר יכול לבטל זה שלא בפני זה ... וא"כ מה שפוסק רבינו ברוך, לא יאמר ... שלא יוכל לבוא ולבטל אלא בפני העדים מן הגט, היינו בעוד שהגט לא יצא ונגמר מתחת ידי הסופר והעדים, מפני שאם יבטל בפניהם יקרעוהו ולא ינתן, ולא יוציאוהו מידם ... בעודו ביד העדים, אם יבטל שלא בפניהם ויאמר גט שאני כותב בטל הוא, אעפ"י שיצא הקול מזה שבטל הגט שלא נכתב, תזכור האשה דמסתמא גם נודע לעידי הגט, ואותו הגט לא הוציאו מידם אם לא שידעו שחזר ונתרצה וצוה לעשות אחר, והוא זה שנתן לה ותנשא, ויבא לידי תקלה, לכך אמרו לא יבטל אלא בפניהם ... אבל כשיצא מידיהם אפילו שלא בפניהם, ס"ל דיכול לבטל בפני האחרים. הלכך איכא למימר שגם רבינו ברוך אינו חולק על המיימוני. והגהות מיימון לא הביאה לחלוק על המיימון אלא בזה שהמיימוני כתב שמאחר שאמר לסופר לכתוב ולעדים לחתום וכו', לא יניחוהו לילך עד שיגיע הגט לידה. ורבינו ברוך סובר שיכולין להניחו כל עוד שהגט בידם, שאז אפילו אם יבטל בפני אחרים אינו בטל. אבל לאחר שיצא מידם גם רבינו ברוך יאמר כדפרישנא, וכמו המיימוני שהביטול מועיל ואין לו תקנה".

ובדרך זו הלך בתשובת תועפות ראם (להג"ר אהרן משה טויבש ז"ל) חלק אה"ע סי' עה, ועפ"י זה כתב - "על כן נראה לי, דאפילו לדעת ספר התרומה דאינו יכול לבטל שלא בפניהם, זהו דוקא בהיכא דמקפיד שלא ידעו הסופר והעדים מהביטול, וכמו דקאי ספר התרומה שם על הא דמהני ביטול מודעא בשעת נתינה דילמא ביטל שלא בפניהם, ושם ודאי הוא מקפיד שלא יודע לעדים, שהרי משום הכי עושה הדבר בערמה על ידי ביטול שלא בפניהם ... משום הכי הך שלא בפניהם לא אלים לעקור ציווי הכתיבה והחתימה. אבל כל שאינו מקפיד שתבוא הידיעה מהביטול לסופר והעדים, ככה"ג אע"ג דמבטל שלא בפניהם מהני. שאף שמבטל שלא בפניהם מיחשב כלפניהם, ומהני הביטול ... היכא דיכול לבטל בפני הסופר והעדים, והוא ערום יערים לבטל שלא בפניהם בכדי שתקבל האשה הג"פ ותדמה להיות מגורשת, ובכל זאת יהיו הגירושין בטלין, ובוה עושה עיקר בכדי לבטל תקנת רבן גמליאל וגם איכא חשש ממזרות יותר, ככה"ג אפילו רבי מודה דאמרינן מה כח בית דין יפה, ובטלו אינו מבטל".

הסופר והעדים, שהרי הדבר ברור שהגט לא ימסר אלא על דעת הרב המסדר את הגט, וצ"ע.

החולקים על ספר התרומה

בתשובת מהר"ר יוחנן שבשו"ת הריב"ש החדשות סי' לב פשיטא ליה שהרמב"ם חולק על ספר התרומה, והבאנו לעיל מדבריו.

ובספר דברי חיים בתשובתו (שם) כתב - "ובאמת שלא מצינו חולק על ספר התרומה בהדיא, והגהות מיימוניות והש"ג והמרדכי, כמעט כל גדולי האחרונים הביאו דבריו להלכה, גם ברמ"א סי' קלד ס"ג משמע דבדיעבד יש לסמוך עליו, ומשום הכי לא חייש שמא ביטל הגט. ורק הרמב"ם ז"ל חולק עליו בפירושו שכתב (פ"ו מגירושין הי"ח) אמר לעשרה כתבו גט ותנו לאשתי יכול לבטל לזה שלא בפני זה ואפילו בפני שנים אחרים. הרי דס"ל שיכול לבטלו אפילו שלא בפניהם".

וכן בספר תשובות הרא"ם (להג"ר אלכסנדר סענדר מרגליות, דודו של הבית אפרים) בסי' לט כתב - "ונראה דלהרמב"ם מבוטל אף שלא בפני הסופר והעדים, חדא דלא נזכר ברמב"ם פ"ו הלכה כא סופר ועדים. ועוד לענ"ד מוכח כן ממ"ש הרמב"ם פ"ו הי"ח ואפילו היו עשרה, משביטלו בפני אחד מהם בטל הגט. וחלקו עליו כל הבאים אחריו מהגמרא דהל"ל כרבי דעדות שבטלה מקצתה לא בטלה כולה. ונלע"ד דאין כוונת הרמב"ם בדיבור משביטלו בפני אחר מהם דקאי אם ביטל השליחות של השליח, דאין לשון הרמב"ם סובל זה, דהל"ל משביטל לאחד מהם, לא לשון בטל הגט. רק דכוונת הרמב"ם, משביטלו היינו גופו של גט, וקמ"ל דאף דביטול השליחות צריכה להיות בפני שנים עכ"פ, מ"מ ביטול גופו של גט אפילו בפני אחד מהני".

(ועיי"ש בהמשך התשובה שכתב דכל זה דוקא בביטול גופו של גט ולא במוסר מודעה על הנתינה)

ובספר בית מאיר על אה"ע סי' קלד ס"א בהג"ה כתב - "כתב הב"ש ועיין בספר התרומה וכו' והש"ג פרק השולח מסיים בטעמם כיון שצוה להם לעשות מעשה. ועיין ברמב"ם פ"ט הלכה כה, והוא בשו"ע ס"ס קמ"ט ובהרב במגיד שם. לע"ד כל החולקים שם על הרמב"ם מ"מ מודים לו דבטול שלא בפניהם מועיל. ואולי מה דחייש הרמב"ן שם לשמא פייס ובטל, היינו בפניה דהוי כמו בפניהם, אבל צ"ע מנ"ל לחלק".

מסקנת הפוסקים

בתשובת הדברי חיים (שם) לאחר שהאריך בביאור שיטת ספר התרומה והרמב"ם, כתב במסקנתו לדינא - "היוצא לנו מזה דלדברי ספר התרומה והגהות מיימוניות ושלטי הגבורים והמרדכי ושאר הגדולים ואחרונים והיש"ש והרמ"א ז"ל כולם ס"ל דבדיעבד אינו מבוטל שלא בפני הסופר והעדים, וגם לדברי הרמב"ם ז"ל גופא אם הגט אינו

שליחותו לא הוי רק דיבור ואתי דיבור ומבטלו. אבל בכתיבת הסופר דהוי מילי ומשום הכי לא נמסרו לשליח לעשות שליח שני, וא"כ הוא אינו מוסר דבר והשליח עושה גוף המעשה, א"כ תיכף בדיבורו שצוהו לעשות הרי הוא כקצת מעשה שמרשהו לעשות מעשה ממש ולא יכול לבטלו בדיבור שלא בפניהם. הגם שאין זה מעשה ממש, מ"מ עשאוהו חז"ל כמעשה שלא יוכל הדיבור לבטלו, דנפיק מיניה חורבא, כמו שלא יוכל לבטלו שלא בפני ב"ד שליחות השליח לנתינה דעשאוהו כדברים שבלב לדיבורו הגרוע שלא בפניו (וכמ"ש התוס' דף לב. ד"ה מהו), ככה נמי עשאוהו לצוואת הבעל לסופר ולעדים כמעשה ממש שלא יוכל לבטלו אפילו בפני ב"ד".

בדעת ספר התרומה כתב בשו"ת רמ"א סי' קה שאם ביטל הגט בפני הסופר והעדים הגט בטל ולא מועיל בטול מודעה, ואם ביטלו שלא בפניהם אין צורך בביטול מודעה.

על מ"ש הרמ"א שאם ביטלו שלא בפניהם אין צריך אפילו ביטול מודעה הביא הבית אפרים חלק אה"ע סי' קכה מהתשב"ץ ח"א סי' א' (שהבאנו לעיל) שכתב "מאן דאמר הכי לא חש לקימחיה, שלא נאמרו דברים אלו אלא אם ביטל שלא בפניהם לא נתבטלה שליחותם, וכיון שצוה אותם לכתוב לחתום, אע"פ שקודם שנגמרה חתימת הגט בטל שליחותם שלא בפניהם, לא הוי ביטול לגבי הגט והיה גט כשר בביטול מודעה. שאם לעדי הגט עצמן אמר שהוא מבטל או לסופר וכתבו וחתמו אחר ביטול לא סגי בביטול מודעה שהרי הגט נכתב שלא מדעתו. אבל מכיון שלא אמר לעדים עצמן כן, אע"פ שביטלו בפני עדים סגי בביטול מודעה, אבל שלא יצטרך ביטול מודעה, למודעה שנמסרה בפני עדים שאינם עידי הגט ישתקע הדבר ולא יאמר, דהא קיי"ל בפרק השולח ביטול מבוטל אע"פ שלא ביטלו בפני עדי הגט כדמוכח התם, ואין דברים אלו כדאי להשיב עליהם".

וכ"כ בתורת גיטין סי' קלד סעיף ג - "גוף הגט אינו יכול לבטל שלא בפניהם אבל השליחות ודאי אפילו ביטלו שלא בפניהם מבוטל דהא קיי"ל כרבי דס"ל ביטול מבוטל, ומשום הכי צריך לבטל מודעה בפני עדי הגט קודם הנתינה כיון שאינו יכול לבטל גוף הגט שלא בפניהם ואין לחוש רק שמא מסר מודעה על הנתינה, ולזה מהני ביטול מודעה".

וכן הובא בשו"ת יביע אומר ח"ה אה"ע סי' יז בשם ספר עמודי אש ושו"ת עזרת ישראל סי' לג שלאחר שביטל הגט שלא בפני הסופר ועדי הגט יש לבטל מודעות לפני הנתינה. אך יש להעיר על תשובת יביע אומר שם, דלכאורה נראה שלפי דעת ראשונים ואחרונים שהבאנו שבארו דברי ספר התרומה מפני חשש תקלת ממזרות אם יבטל שלא בפני הסופר והעדים ולא ידעו וימסרו את הגט ותצא תקלה, הרי שלפי דרך זו, מעיקרא ספר התרומה לא אמר דבריו כשהבעל מבטל הגט בפני הרב המסדר את הגט, ושלא בפני

מעשה ומבטל קידושין הראשונים". בהמשך דברי הכתב סופר מבואר דהיינו דוקא כשעשה מעשה בגופו של הגט ולא כשעשה מעשה אחר המעיד על כך שאינו רוצה לגרש, וז"ל - "בנדון שלפנינו שבאותו מעמד בפני ב"ד חזר ונמלך שלא לגרש עוד והגט מונח במקומו והוא שלם, ואפילו אחר שהלך לו מב"ד והניח הגט שם, אין בזה הפקר וביטול, שהרי יוכל לקחתו כל זמן שירצה דשלו הוא שהקנה לו הסופר ואם יתירו לו לגרש בגט זה יגרש בו ואם לאו יקחנו לעצמו שמא ירצה פעם לגרש או לצור עפ"י צלוחיתו, נלענ"ד דאין בו בית מיחוש".

וכן בשו"ת ברית אברהם חלק אה"ע סי' קכ צידד לומר שאם הבעל לא אמר את לשון הביטול אלא כתב שמבטל הגט חמור טפי, וז"ל - "לפי שהעידו עדים שהבעל כתב כתב ביטול והמה חתומים עליו י"ל דזה הוי כמעשה, ואפשר דגם ר"ל דס"ל לא אתי דיבור ומבטל דיבור דבזה מודה דנתבטל ע"י המעשה. ועיין תשובת הר"ן ססי' מג שהובא ברמ"א סי' קמא סעיף סב בביטול ע"י כתב, ויש לי לדון גם למ"ד חזר ומגרש בו ולפי דעת הפוסקים דאי אפשר לבטל המעשה של כתיבת הגט אי כה"ג במבטל ע"י כתב".

לעומת זאת, זקני הגאון רבי נפתלי צבי גולדברג ז"ל ראב"ד דקהילת טארנא בגליציה בספרו בית לוי עמ"ס גיטין דף לב: חולק ולדעתו אפילו מעשה אינו יכול לבטל מעשה שנעשה בהכשר וכתקונו. וכן כתב שם לפקפק על סברת הברית אברהם הסובר שביטול שנכתב נידון כמעשה, וז"ל - "והנה באמת על גוף דברי הר"ן הנ"ל פקפק הגאון החתם סופר וכתב דכתב לא הוי רק כהרהור וכגילוי דעת וקיי"ל גילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא עיי"ש. ולפענ"ד דאף דנאמר כדעת אותם פוסקים דכתב הוי כדיבור לענין שבועה בכתב, מ"מ לא עדיף כתב עכ"פ יותר מדיבור ובמקום דלא מהני דיבור גם כתב לא מהני".

אם הבעל לא ביטל באופן מוחלט אלא התנה הביטול בדבר אחר. בתשובות אור שמח (שי"ל לאחרונה ע"י מכון ירושלים) סי' יא דן בבעל שאמר שאם לא יחזיר לו הדיין ההשלשה ביום ב' יהא הגט בטל. וז"ל - "שיטת הרמב"ם דבתנאי דאם שאינו נגמר מעכשיו, היינו שנתן הגט ליד אשתו בתנאי שתעשה כך, יכול הבעל לבטל הגט ולהוסיף על תנאו כל זמן שלא נתקיים התנאי כמ"ש פ"ח מגירושין הלכה א' ובשו"ע סי' קמג ס"ב. א"כ כמו שיכול לבטל הגט כל זמן שלא נתקיים התנאי, כן נראה דבהתנה שאם לא יחזיר לו הדיין ההשלשה ביום ב' יהא הגט בטל עדיין לא נגמר הביטול של הגט ומצי לבטל את הביטול, היינו שאם לא יחזיר יהא הביטול בטל והגט בתקפו ולא נפסל הגט מלחזור ולגרש בו כיון שחזר בו ופרש שאף אם לא יתן ההשלשה יהא הגט קיים והשליחות קיימת, כן נראה ברור". וע"ע מש"כ שם האור שמח להקל אף אם התנאי נאמר במעכשיו.

ביד השליח אינו רק ספק כמבואר בפני משה ריש השולח, לכן יש מקום להתיר במקום עיגון".

וכן בספר יביע אומר ח"ה סי' יז כתב להקל בעובדא דידיה במקום עיגון שהבעל חמק חלף לו ועקבותיו לא נודעו והסתמך על שיטת ספר התרומה בצירוף סניפים נוספים.

לעומת זאת, בשו"ת ברכת רצ"ה (להגרצ"ה אורנשטיין) סי' קכד מאן להקל במקום דחק ועיגון עפ"י שיטת ספר התרומה, עיי"ש שהאריך לדון בעובדא שהבעל אמר בפני שנים ושלא בפני הסופר ועדי הגט, באמצע כתיבת הגט, שהגט בטל ומבוטל, ובטרם מסירת הגט לאשה ביטל המודעות כנהוג. הגרצ"ה אורנשטיין הוכיח שהרמב"ם לא ס"ל כספר התרומה, והוסיף - "ואחרי שהרמב"ם ז"ל חולק בהדיא בזה על ספר התרומה ז"ל ובשאר הקדמונים ז"ל לא נמצא דבר מזה, מי ירום ראש להקל ולסמוך על זה, ביחוד שגם מצד הסברא יש לדון בגוף סברא זו דמהני ביטול לביטול הגט גם אחר שחל ביטולו, דכיון דכבר חל הביטול ונעשה כחרס י"ל דזה חשוב כמעשה, וקשה להקל איפוא מפאת זה, וביחוד בהצטרף עוד דעת הר"י ז"ל דבעינן שליחות ממש בכתיבה, דלדעתו אף אם כה נאמר דמהני הביטול לביטול הגט עצמו, יש לחוש מצד ביטול השליחות, דלזה לא מהני הביטול שאח"כ כיון שנכתב ונחתם בפסול וכנ"ל".

לסיכום

שיטת ספר התרומה שאין מועיל ביטול לגופו של גט שלא בפני הסופר והעדים. דעת ספר התרומה הובאה בסמ"ג במרדכי בהגהות מיימוניות ובשלטי הגבורים. הרמב"ם אינו סובר כדעת ספר התרומה, ובשו"ת ברכת רצ"ה העלה שאין להסתמך להקל כשיטת ספר התרומה אף במקום דחק ועיגון, לעומת זאת מסקנת הדברי חיים להקל במקום עיגון.

לשיטת ספר התרומה, אף שהגט לא התבטל, מ"מ יש צורך בביטול מודעות לפני המסירה. אך אם ביטל הגט בפני הסופר ועדי הגט, הגט בטל ולא יועיל ביטול מודעות לפני המסירה.

יש מהראשונים שכתבו שדינו של ספר התרומה נאמר כל עוד לא סיימו את כתיבת הגט, אך גם כל זמן שהגט עדיין לא יצא מיד הסופר ועידי החתימה.

ביטול ע"י מעשה וביטול בתנאי

בשו"ת כתב סופר חלק אה"ע סי' צ' כתב - "על ידי שנמלך לא נתבטל הגט, אבל נ"ל אם השליך הגט לאיבוד זהו ביטולו, ואפשר דכו"ע מודו דניכר מתוך מעשיו דאינו חפץ בו לעולם כיון שמשליכו לאיבוד, וגם רב נחמן אי ס"ל דאינו יכול לבטל בדבור אבל מודה דעל ידי מעשה כזה דבטל הוא, כבש"ס קידושין דאם קבלה קידושין מאחר דאתי

אח"כ לפרש דבריו שכוונתו היתה באופן שאינו גורם פסול לגט. עיין בריב"ש סי' קכ"ז ובתשב"ץ ח"א סי' א', ובמשנה למלך פ"ו מגירושין הכ"א בסוף דבריו ומשכנות יעקב אה"ע סי' לח ובספר אור גדול סי' ט' פיסקא ג' ובשו"ת דברי מלכיאל ח"ד סי' קיג ובשו"ת דברי חיים ח"ב סי' פד. ואכמ"ל בזה.

העולה מדברינו, שיש להקפיד שהבעל לא ידבר בשום דבר הנוגע לגט או לגירושין או להסכם הגירושין בכל מהלך סידור הגט. ועל הסופר והעדים או שאר הנמצאים במחיצתו של הבעל להיות עירניים לכך. ובמקרה והבעל אמר דברים היכולים לגרום פסול בגט עליהם להפסיק מלכתוב עד שיתברר הענין. ויש מקרים בהם יועיל ציווי מחדש, וכפי שהתבאר בדברינו.

אם הבעל באמצע כתיבת הגט לא אמר לשון ביטול הגט אלא אמר שמגרשה בתנאי שתעשה כך וכך, יש בזה חשש פסול לדעת הרמב"ם בפרק ח' ה"ד שפסק שאם התנה על פה קודם כתיבת התורף הרי זו ספק מגורשת וכן בשו"ע סי קמו. ועיין במשכנות יעקב חלק אה"ע ססי' לח (ד"ה מעתה) במש"כ שיש לחוש בזה. ולכן יש למנוע מהבעל לדבר על תנאי הסכם הגירושין כדי שלא יצא מדבריו שהגט הוא בתנאי זה, ולשיטת הרמב"ם הוי ספק גירושין אף אם אח"כ יאמר שנתן הגט בלא תנאי. ולדעת ראשונים אחרים צריך שיתקיים אותו התנאי, ואכמ"ל בסוגיא זו.

בענין ביטול גופו של הגט קיים דיון נוסף באחרונים, כשהבעל אמר לשון שמשמעותה ביטול הגט האם הוא יכול

סי' עה

"הסכם קדם נישואין" שבו המסרב להתגרש מחוייב בתשלום

משתי האפשרויות הבאות - 1500 דולר או מחצית מהכנסתו החודשית נטו. התחייבות זו אינה תלויה בהכנסתו או בהכנסת האשה וההתחייבות שרירה וקיימת במלואה למרות כל מעשה או מחדל של האשה.

בנסיבות בהם על פי הדין הבעל אינו מחוייב בדמי מזונות אלו, ההתחייבות בהסכם היא התחייבות ממון לכל דבר, ובלבד שהיא נעשתה בדרך המועילה על פי הדין, אך לא בהכרח שאלו "מזונות" עפ"י ההלכה. אך הגדרת התשלום בהסכם כ"מזונות", מבהירה שחיוב זה יבוטל עם פקיעת הנישואין, דהיינו עם מתן הגט, וכפי המקובל ביחס למזונות אשה הלכתיים.

במבוא להסכם קדם נישואין המכונה "הסכם לכבוד הדדי" שהופץ לאחרונה, נכתב - "כידוע בימינו מקרי הגירושין אינם נדירים, והסכם זה נועד ליצור כלים שיקשו על כל אחד מהצדדים לגרום סחבת במתן הגט ... בני הזוג שיחתמו על הסכם זה, יקבלו על עצמם דווקא כעת ... התחייבות הדדית שאם ח"ו הם יעמדו בפני מצב משברי, לא יעכבו את סיום הנישואין מעבר לזמן סביר ומקובל. בחתימתו על ההסכם לכבוד הדדי, כל אחד משניהם מקבל על עצמו שאם הוא יעכב את סיום הנישואין לאחר דרישה למימוש ההסכם, הוא ישלם מזונות חודשיים מוגדלים לבן הזוג השני כל עוד הם נשואים".

אף שמנסחי ההסכם נמנעו מלקשור בפירוש את חיוב הממון במתן הגט, הרי שמבוא זה מעיד על כוונת הצדדים לקשור בין חיוב הממון להעדר הגירושין. וגם אם יסירו את המבוא כחלק אינטגרלי מההסכם, הרי שברור שלמעשה הדברים יאמרו בעל פה על ידי הצדדים בטרם יחתמו על ההסכם, ויבהירו לבעל שהמזונות המוגדלים ישולמו על ידו אם יסרב לתת גט. ובכך אמירה זו היא חלק מגוף ההסכם.

מבוא

אנו עדים למאמץ שנעשה לאחרונה, מטעם גורמים שונים, להמליץ ולשכנע זוגות לחתום על הסכם ממון בטרם נישואיהם.

להלן נתייחס להסכם הכולל מרכיב של קנס, המוטל על הבעל המעכב את הגירושין. בחלק מההסכמים קיים סעיף הקובע את חיוב הבעל בתשלום מזונות גבוהים, לאחר מספר ימים המוסכם מראש, שחלפו ממועד הגשת תביעת גירושין. חיוב זה אינו מותנה בזכאות האשה לדמי מזונות על פי הדין, וישולם גם אם האשה עובדת ומשתכרת לפרנסתה, או אם בית הדין קבע כי על פי הדין האשה אינה זכאית לדמי מזונות.

ההנחה העומדת בבסיס הצעה זו, שלאחר שהבעל יחויב בדמי מזונות מאד גבוהים, הרי שעל מנת להפטר מתשלום המזונות, הבעל ימנע מעיכוב הגירושין.

הבירור במסגרת הנוכחית, נועד לבחון כיצד על בית הדין לנהוג במקרה שהופיעו בפני בית הדין בני זוג החתומים על הסכם כזה, וכעת מבקשים להתגרש. וכן לברר כיצד לנהוג במקרה שרק לאחר סידור הגט התברר שהגירושין הושגו באמצעות איום במימוש הסכם זה.

ובכלל דברינו יתבאר דינם של בני זוג המופיעים בבית הדין לסידור הגט עם הסכם גירושין בר תוקף, הכולל מרכיב של קנס במידה שלא יסודר הגט.

חיוב מזונות גבוהים כשאינו מפורש בשטר ההתחייבות שהתשלום מותנה בסירוב לתת גט

בהסכמי קדם נישואין שנוסחו לאחרונה קיימת התחייבות הבעל לתשלום מזונות חודשיים בסך הגבוה

חיוב ממון זה שמלכתחילה נוצר על מנת ללחוץ על הבעל לתת גט, גם אם בתחילה הבעל הסכים לחיוב זה, יחשב כקנס שיוטל על הבעל אם לא יתן גט. אך מאחר שהבעל התחייב מרצונו בקנס זה, דנו הפוסקים האם יחשב כאנוס על הגירושין.

הדיון כיצד להתייחס לקנס כזה נמצא בשתי תשובות שהובאו בבית יוסף סי' קלד.

בתחילה, הביא מתשובת הרב מימון נג'אר, וז"ל - "כתב ה"ר מיימון נגאר שנשאל על ראובן שקנס עצמו במאה זהובים לאדון העיר אם יחזיר את אשתו ולא יגרשנה ואחר כך גירשה בביטול כל מודעי. והשיב, לא אמרינן גט מעושה אלא בשכפוהו שלא מדעתו בדבר שאינו רוצה לעשות וכפוהו עד שעשה או הפחידוהו להפסידו אם לא יגרש, אבל בנדון זה שהוא חייב עצמו במה שהוא רוצה לעשות אין זו כפייה, שכל זמן שהוא מגרש ברצונו מגרש, ואע"פ שאין בידו להחזירה אם לא יפסיד, לא הוה ליה אונס. שזה רצונו היה מתחילה לגרש, וברצונו הוא מגרש, והקנס שעשה ברצונו עשאו לחזק עצמו לגרש, ולא הוה ליה אונס. וגבי מוציא אשתו משום שם רע אמרינן (גיטין מו): באומר יאסרו כל פירות העולם עלי אם איני מגרשך היעלה על הדעת כשגירשה שנאמר שהיה אנוס בעבור הקונם, אין לנו לומר כן כיון שברצונו נדר. כל שכן בנדון זה שכל זמן שאינו מגרש לא נתחייב בקנס לא יחזירנה ואם יגרש לא יפרע ... ומה שכתבו רבותינו הצרפתים שאם נשבע ליתן גט צריך שיתירו לו קודם שלא יהיה דומה לאונס, סבירא להו דמתניתין דקונם כיון שתלה נדרו בדבר אחר שאמר כל פירות העולם וכו' אין בזה אונס כלל כשגירש אבל בנשבע לגרש דומה לאונס שתלה הגט בשבועתו. ובנדון זה נמי תלה גיטו בדבר אחר ואין כאן אונס".

לאחר שהביא את תשובת רבי מימון נג'אר, הביא הביא הביא את תשובת הרשב"א חלק ד' סי' מ'. וז"ל - "שאלת, ראובן בעל לאה, וקרובי לאה, היו בהסכמה שיגרש ראובן זה את לאה אשתו. ונאותו זה לזה בקנס אלף דינרים, ושיגרש זה לזמן ידוע. ואחר כך נתחרט ראובן, ומיאן בדבר. והללו מתרין בו מצד הקנס, עד שזה הולך אצל הגזבר ומחלה פניו שיתפטר עמו. ולא רצה בתחבולות שעשו קרובי האשה. אדרבא איימו שאם יעבור אפילו שעה אחת מן הזמן, יניחחו במשמר עד שיפרע. ומחמת יראה זו הוא מגרש, אלא שלא היה בקי למסור מודעה. אם נדון גט זה כדן גט מעושה, אם לאו.

תשובה, נ"ל, שגט זה גט מעושה, ופסול הוא, כל שידענו באונסו של זה. ואע"פ שלא מסר מודעה ... ואונס קנס, אונס הוא. דלאו תלוהו, דאונס גוף הוא, דוקא אמרינן. אלא אפילו אונס ממון נמי הוא אונס ... וגט מעושה כגון זה, אפי' ביד ישראל פסול, וכ"ש ביד גוים".

מפשטות הדברים, כפי שהובאו בבית יוסף, נראה ששתי תשובות אלו סותרות.

הרמ"א (שו"ע סי' רז סעיף א') פסק - "אם התנו תנאי ואח"כ כתבו השטר סתם, ודאי על תנאי הראשון כתבוהו", ומצינו מקור להלכה זו של הרמ"א בתשובת הרמב"ם (מהדורת בלאו סי' תב) שכתב בתוך דבריו "מאחר שהודה שמעון שעל מנת כן מכר לו ראובן, אע"פ שלא פירש בשטר, חייב לעמוד בתנאיו".

על כן גם בנידון של הסכמי קדם נישואין הנ"ל, מאחר שאומרים לבעל קודם החתימה על ההסכם שהתחייבות הממון תמומש במועד סירובו לתת גט ותשאר בתוקף עד שיתן גט, ובעניין זה אין בזה כל ספק לצדדים החותמים על ההסכם, הרי בנסיבות שבהם על פי ההלכה הבעל אינו מחוייב בתשלום זה כחלק מחובתו בדיני המזונות, חיוב זה דינו כקנס המיועד להביאו למתן גט.

המקורות בראשונים שדנו בכשרות הגט שניתן לאחר שהבעל קנס עצמו

כידוע גט הניתן בעקבות כפייה שהופעלה על הבעל שלא כדין פסול, ונחשב כגט המעושה שלא כדין - שו"ע אה"ע סי' קל"ד סעיף ה' וסעיף ז', ועי"ש בב"ש סק"י שהלכה כדעת רוב הראשונים שהגט בטל מהתורה.

בין שאנסוהו באונס הגוף ובין באונס שכפוהו בהפסד ממון, נחשב כאונס כמ"ש בתשובת הרשב"א ח"ד סי' מ' בשם הראב"ד ור"ח ובחי' הריטב"א במסכת קידושין דף נ. (הוצאת מוסד הרב קוק עמ' תקכו) ובמאירי במסכת גיטין דף פח: (ד"ה ועישוי), ומהרי"ק שרש סג, וכן פסק בשו"ע חו"מ סי' רה סעיף ז' ברמ"א. וכן פסקו האחרונים - מכתב מאליהו שער ז' סי' יט ובשו"ת רבי בצלאל אשכנזי סי' טו ופת"ש סי' קל"ד סק"י.

אמנם במקרה שבו הבעל חייב חוב ממוני לאשתו או לאדם אחר, ומבקש להביא למחילת החוב תמורת ההסכמה לתת גט, אין לחשוש לגט מעושה שלא כדין.

במה דברים אמורים, בחוב המוטל על הבעל כדין, מכל עילה שתהיה, אך לא הוטל עליו כדי שיתן גט. אך ביחס לחוב שהוטל על הבעל ומעיקרו נוצר עקב סירובו לתת גט, לדעת הרבה פוסקים הגט נידון כגט המעושה שלא כדין, וכפי שיבואר בהמשך דברינו להלן.

החוב הנ"ל אינו דומה לחוב מזונות המוטל על הבעל מכח חיובי הנישואין, כחיוב מהתורה לדעת הרמב"ם בפרק יב מהלכות אישות ה"ב - "שארה אלו מזונותיה", או כחיוב מדברי חכמים לדעת הרמב"ן (הובא שם במגיד משנה), מאחר שחוב המזונות הוא כתוצאה מהנישואין ולא הוטל על הבעל כדי שיתן גט, לכן אם האשה מוחלת לו על החוב תמורת הסכמתו לתת גט, אין חשש בכשרות הגט. אבל החוב הנ"ל אינו דומה לחוב מזונות המוטל על הבעל מכח חיובי הנישואין. גם אם יגדירו בהסכם את חיוב הממון כ"דמי מזונות", זו קביעה מטעה, ואין הגדרה כזו הופכת חיוב ממון רגיל, לחיוב הנובע מעצם הנישואין.

אותו לפרוע כתובתה, ואם מתוך כפייה זו רוצה לגרש יגרש, וכן כתב הרמב"ן ז"ל בפרק אעפ"י ... ומיהו מסתברא, דה"מ כשכפוהו בדין בדברים אחרים כגון הכא שהדין נותן לפרוע כתובתה, וכדין כפוהו בפריעתה", עכ"ל התשב"ץ, הובא בבית יוסף אה"ע סי' קלד.

יש שכתבו שדברי הרשב"א נאמרו רק במקרה שחיוב הקנס הוסדר בדרך שאינה בתוקף על פי ההלכה, ולמעשה גביית הקנס תיחשב כגזילת הבעל.

בספר גט מקושר (סדר גט ראשון אות לט) כתב - "הרשב"א מיירי שלא נתחייב בו על פי הדין בדיני ישראל, והוא גרש למורא שיתחייב בקנס, וכשבית הדין יודעים שאינו חייב על פי הדין בקנס, אמרינן לבי' אנסי", שאילו ידע שלא יהא חייב על פי הדין לא היה מגרש, אבל אם כבר נתחייב בדין בקנס, וגרש להפטר מן הקנס, אין מקום לקרותו אונס, ויכולים בית הדין לומר אם לא תגרש תחייב בקנס, והרי זה דומה לאומרים לו אם לא תגרש אתה חייב במזונות כפי תנאו שאין זה אונס כלל". "למה יחשב אונס במה שמגרש להיפטר מן הקנס, שאין כאן אונס רק דניחא ליה לגרש ממה שיתחייב בקנס. והרי זה דומה למי שנחייב לאשתו להאכילה מעדנים ולהלבישה שנים בגדי מלכות, כדי להפטר מן החיובים מגרשה, מה מקום לקרות אונס אדרבה אנו אומרים שמגרשה ברצון להפטר מן החיובים. וכן הכא י"ל שמגרשה ברצון גמור להפטר מן הקנס, והרי זה דומה למוחלת כתובתה כדי שיתן לה גט, אטו משום הכי מקרי אונס, אדרבה אנו אומרים שלכך מגרש ברצון. ולכן צריך לומר דמיירי שבדין ישראל לא היה חייב בקנס, רק שמתירא שיעבירו עליו הדרך לכופו בדיניהם על הקנס. אבל אם הוא בענין שנתחייב בקנס מדינא, גם הרשב"א מודה דלאו אונס הוא כיון שיכול ליתן הקנס ואמרינן שמגרש ברצון להפטר מן הקנס. ואף שהיה רוצה שלא לגרש וגם לא יתן הקנס, מ"מ כיון שיכול מתחילה להתחייב בקנס וכבר נתחייב בו אין כאן אונס כלל", עכ"ל ספר גט מקושר.

וכן כתב החזו"א אה"ע סי' צה סק"ג וסק"ה שהרשב"א איירי בקנס שאינו בתוקף על פי ההלכה.

וכן בספר יד דוד (להגר"ד פרידמן ז"ל מקארלין) על הלכות אישות דף צה כתב שתי דרכים בביאור תשובת הרשב"א.

בתחילה הקשה על תשובת הרשב"א "מה מייתי ראייה מגט המעושה שכופין אותו בדבר אחר ... הכא אין כופין אותו כלל, אלא שתובעין אותו מה שנתחייב, והוא מחמת שאינו רוצה ליתן מגרש, לא הוי אונס כלל ... בנידון של הרשב"א שאין שום אדם מכריחו, רק הוא הביא מתחילה האונס עליו, לא הוי אונס כלל. ודמי לאחד שהיה תפוס בשביל חובותיו ובאו קרובי אשתו ואמרו לו שאם יגרש את אשתו יתנו לו המעות לפרוע חובותיו, האם נימא דזה הוי מעושה. זה לא יעלה על הדעת, שהרי לא הוכרח על הגירושין, הוא הכריח עצמו מעיקרא, וחייב עצמו במעות,

מעיון בשיטות הראשונים בשאלה זו, מצאנו שלש שיטות עיקריות, ולהלן נבאר בעז"ה את כל אחת מהשיטות.

שיטת הרשב"א

לעיל הבאנו את דברי הרשב"א בתשובה. לדעת הרשב"א הגט בטל מהתורה, כן כתב בספר משאת משה (להגר"ר משה ישראל ז"ל, חתן מהר"ם בן חביב ז"ל) חלק אה"ע סי' יז, וז"ל - "ע"כ, פסול דנקט הרשב"א, בטל הוא דקאמר. תדע דהרי הרשב"א הוא מכת הסוברים דאנסוהו ישראל שלא כדין הוי גט בטל ... ודלא כשיטת הרמב"ם דקסבר בתרוייהו פסול כנודע, וא"כ בתשובה שהביא מרן בסי' קל"ד, בהכרח צ"ל דמש"כ גט פסול אינו ברקדוק, דבטל קאמר". וכן דעת ספר יד אהרן אה"ע סי' קלד אות כז, ועיי"ש שדחה דעת הסובר שפסול מדרבנן.

המאירי סובר כדעת הרשב"א. המאירי מסכת גיטין דף פח: כתב - "עשוי זה שהוזכר במשנתנו, לא סוף דבר שחבטוהו והכוחו על כך, אלא כל אונס במשמע, אפילו אונס ממון. כגון שהיו כובשין את ממונו עד שיגרש, או הטילו עליו קנס על ידי גוים, ואפילו קבלה מעצמו, כל שנתחרט וכופין אותו לקיים מצד הקנס, אונס גמור הוא. וגדולה הימנה כתבו קצת רבנים שאם נשבע הוא לגרש ונתחרט, ושכנגדו מתרין אותו לגרש מצד השבועה אונס גמור הוא, אלא שבזו איני מודה הואיל ובידו לישאל".

יצויין, הרב השואל בתשובות הרשב"א, הוא רבי מנחם מפירפיניאן, ונראה שהוא רבי מנחם המאירי, שמקום מגוריו היה פירפיניאן שבדרום צרפת, בקרבת מקום יחסית, למקומו של הרשב"א בברצלונה, ונשאו ונתנו בהלכה. ולפי זה, מסתבר שלאחר שהרב המאירי קבל את תשובת הרשב"א הסכים עמו, והביא את דעת הרשב"א בספרו בית הבחירה, כהלכה פסוקה.

חיוב קנס בתוקף על פי ההלכה

יש מקום לברר האם בנידון בתשובת הרשב"א, הבעל מחוייב כדין בתשלום הקנס, לאחר שהוסדר באופן המועיל על פי ההלכה, ואע"פ כן הגט נידון כגט מעושה שלא כדין. או שבאותו נידון לא היה תוקף לחיוב הקנס, ומפני כך הקנס נחשב כעשוי שלא כדין, ואה"נ אם יסדירו חיוב קנס בר תוקף על פי ההלכה, לא יהיה מקום לחוש לגט מעושה שלא כדין, גם אם הבעל יתן גט כדי להפטר מחיוב זה, מפני שהחיוב הוטל עליו כדין.

כידוע ביחס לחוב מזונות שבו הבעל מחוייב על פי ההלכה או ביחס לחוב אחר, אין מניעה שהבעל יתן גט בתמורה לביטול חוב זה. וכמבואר בתשובת התשב"ץ ח"א סי' א' שכתב, וז"ל - "יש אונס אחר אעפ"י שהוא אונס בגופו אינו אונס לגרש אלא שאונס אותו לעשות דבר אחד והוא מעצמו כדי להנצל מאותו אונס מגרש מעצמו, וזה אינו קרוי כפייה כיון שלא כפו אותו ממש להוציא ... שכופין

ושאינו חולק על מהרי"ק דאיירי בקנס שהוא מחוייב עפ"י הדין, אך סיים בתשובת אמרי אש - "אבל מי ידבר נגד רבינו (הרמ"א) שחשש לכתחילה לפוטרו מכל קנס, והיינו בבעל שיש חשש איסור אשת איש בכפייתו".

וכן מהר"ש, בספר תורת חיים ח"ב בקונטרס המודעא והאונס, בתוך דבריו בביאור דברי הרשב"א כתב בפשיטות - "דהא אם לא יגרש לזמן קבוע ויהיו מוליכין אותו לבית דין, ישלם הקנס מדינא, כיון דהוא נתחייב מדעתו ולא אנסו אותו על כך", הרי שהדבר היה פשוט למהר"ש שהקנס מחוייב עפ"י דין.

ובספר שו"ת אגודת אוזב (להג"ר משה זאב ז"ל מחבר ספר מראות הצובאות על הלכות עגונות) חלק אה"ע סי' יט הביא מדברי הגט מקושר הנזכרים לעיל, וחלק עליו ולדעתו יש להוכיח מדברי הרשב"א באותה תשובה שהקנס היה מחוייב על פי הדין. וז"ל - "מוכח מדברי הרשב"א ז"ל מיני' ובי' דע"כ איירי בשהשעבוד היה באופן המועיל על פי דין תורה, ואפ"ה ס"ל דחשיב אונס. דזה לשון הרשב"א ... אם נפשך לומר כתליוה וזבין הוא זה דכיון שקיבל על עצמו מדעתו קנס אלף דינרים ובנתינת הגט הרויח ממון זה הוה כמקבל ממון דעלמא, לא היא שאין זה כמקבל ממון אלא כניצול מן הפסד ממון וגריע טובא מהפקעת שאר וכסות (פי' גם בכל אשה דעלמא) וכו' דמפטר מינייהו על ידי הגט דלא חשבינן להו כקבלת ממון עכ"ל. ואם איתא דהרשב"א לא איירי אלא כשהחויב של אלף דינרים לא היה על פי דין תורה, אלא שהיו רוצים לאנסו אותו סך אשר לא כד"ת, האיך ס"ד דהרשב"א מעיקרא למימר דהוה כתליוה וזבין מפני שהרויח בנתינת הגט הסך הנזכר. מה ריוח הוא זה במה שלא נתחייב בו מעולם אלא שהיו רוצים לאנסו שלא מן הדין ובנתינת הגט ניצול מן האונס. וא"כ אין כאן אלא הצלת האונס לבד. ומה בין זה לכל שאר אונסים דעלמא דלא סגי בהצלת האונס לבד, אם לא בנתינת דמים בעד החפץ לבד מהצלת האונס, כמו בתליוה וזבין דלבד מהצלת התלוי' בענין קבלת דמים ... ולמה הוצרך הרשב"א לחלק בין הצלת הפסד לקבלת דמים, הלא אין כאן דמים כלל כי אם הצלת האונס לבד. אלא ודאי דהרשב"א איירי כשהחויב בסך אלף דינרים אם לא יגרש היה באופן המועיל על פי דין תורה או על פי דינא דמלכותא, וס"ל להרב ז"ל דאפ"ה חשיב אונס אע"פ שהוא כדיון. ועל כן הרגיש הרב שפיר בזה דנהי דחשיב אונס כל שאינו מגרש מרצונו אלא מפני חויב הקנס, מ"מ ליהוי כמו תליוה וזבין, כיון שאם לא היה מגרש היה מחוייב בקנס מן הדין, ובנתינת הגט נפטר מזה, הרי הרויח ממון זה ממש ... ועל זה השיב הרשב"א ז"ל שפיר, דאפילו הכי לא דמי לתליוה וזבין משום דאין זה כמקבל ממון אלא כניצול מן הפסד ממון".

בספר אגודת אוזב (שם סק"ח) כתב לבאר החילוק בין דינו של התשב"ץ ח"א סי' א' הנזכר לעיל שקבע שאם אונסים אותו על ממון כדיון והוסכם לתת גט ולפוטרו מאותו

ויש לו מקום לפטור עצמו בגט, זה לא מחשב אונס ... ויש מקום ליישב דינו של הרשב"א באופן שיכול מן הדין לחזור מן הקנס, רק כופין אותו בקנס שלא כדיון, בחזקת האדון וכדומה, דזה הוה ודאי אונס, ודומה ממש לתליוהו וגירש".

אך בדרך השניה כתב היד דוד בביאור דברי הרשב"א - "או באופן שניכר לכל שמגרש שלא ברצון, והיה גילוי הדעת שאינו מגרש בלב שלם. אף שלא מסר מודעא, עכ"ז הגט נתבטל, והוה כמו מתנה טמירתא דב"ב שהבאתי לעיל. דכיון שניכר לנו שאינו נותן ברצון גמור, שהרי סרב בתחילה במתנה, ועתה ג"כ נתן מקודם לה מתנה טמירתא מועלת לבטל המתנה. כ"כ נידון של הרשב"א, כיון שסרב ליתן הגט, ולא גירש אלא מחמת יראת הקנס שמיראין אותו, לכן מהני גילוי דעת קצת להחשב כאילו מסר מודעא בפירוש על הגט, כמו שבארתי לעיל בענין מתנה טמירתא".

אך רבו החולקים על הגט מקושר והחזו"א, ולשיטתם דינו של הרשב"א נאמר גם במקרה שהבעל שהתחייב בקנס שהוא בתוקף על פי ההלכה.

נפתח ונציין לדברי המאירי (גיטין דף פח:): שהבאנו לעיל, שהסכים לשיטת הרשב"א, וכתב בלשון זו - "עשוי זה שהזכר במשנתנו, לא סוף דבר שחבטוהו והכוהו על כך, אלא כל אונס במשמע, אפילו אונס ממון. כגון שהיו כובשין את ממונו עד שיגרש או הטילו עליו קנס על ידי גוים, ואפילו קבלה מעצמו, כל שנחתרס וכופין אותו לקיים מצד הקנס אונס גמור הוא".

מסתימת דבריו עולה בבירור שלא חילק בין קנס בר תוקף לקנס שאינו בר תוקף. והדבר ברור שרק ביחס לדברי הרשב"א העוסק בתשובה הלכה למעשה המתייחסת למקרה מסויים שארע, יש מקום לדון כיצד ארע אותו מקרה, האם אכן הוסדר קנס בר תוקף. אך ביחס לדברי המאירי שנכתבו כהלכה פסוקה, אילו סבר שיש לחלק בין סוגי הקנסות, בהכרח המאירי היה מצייין חילוק זה. שהרי אם יסוד התשובה נעוץ בכך שהקנס אינו עפ"י ההלכה, לא יתכן שהעיקר יושמט מדברי המאירי. (התינח ביחס לתשובת רשב"א, מאחר ותשובה זו מתייחסת למקרה מסויים, יתכן שהדבר היה ידוע לרב השואל ולרשב"א שהקנס אינו עפ"י ההלכה, אבל כשהמאירי כותב זאת כהלכה פסוקה בספרו, לא יתכן שלא יזכיר את העיקר, דהיינו שהקנס אינו עפ"י ההלכה).

מאחר וכאמור, מסתבר שהמאירי היה הרב השואל בתשובת הרשב"א, ואח"כ הביא הדברים להלכה, בלא לציין שהקנס אינו מחוייב עפ"י ההלכה, הרי מסתמא זהו הנידון בדברי הרשב"א.

וכן הדבר ברור בדברי הרמ"א שהביא את שיטת הרשב"א בסתמא, וקשה מאד לומר דכוונתו לקנס שאינו עפ"י דין ושיש איסור גול בגבייתו. וכן כתב בדעת הרמ"א בשו"ת אמרי אש אה"ע סי' ס', עיי"ש שכתב דאף דלכאורה היה אפשר לפרש תשובת הרשב"א בקנס שאינו עפ"י דין,

תשובת האגודת אוזב הנ"ל במה שהוכיח מתוך תשובת הרשב"א.

וכן פסקו בפסקי דין רבניים כרך ב' עמ' 9 בפס"ד מבית הדין הגדול בהרכב הדיינים הגר"י נסים ז"ל הגר"ב זולטי ז"ל ויבלח"א הגר"ש אלישיב שליט"א. באותו פסק דין הבעל התחייב בהסכם תשלום מזונות גבוהים פי שנים מהאמור להיות משולמים בלא התחייבות זו. הסכם זה היה בר תוקף ובית הדין אישר את ההסכם ונתן לו תוקף של פסק דין.

וז"ל בפסק הדין (עמ' 14) – "אין חילוקי דעות שמה שנאמר בסעיף 8 של הסכם הגירושין הנדון, אם הבעל יתחרט מלתת גט ... הוא מתחייב לשלם לאשה ... סך 500 ל"י לחדש. היינו שסכום זה לא נערך לפי שעור דמי כלכלה שהבעל חייב לתת לאשה מתורת מזונות. שהרי גם ב"כ האשה טען לפנינו כי הסכום 270 ל"י לחדש שנקבע ע"י ביה"ד האזורי למזונות הוא פסק דין צודק, ונקבע על שיקולים יסודיים ואין למצוא כל פסול בשיקולים אלה. יוצא איפוא שהסכום 500 ל"י לחדש שחייב עצמו הבעל, במקרה שיתחרט, הוא בתור סנקציה וקנס שהטיל הבעל על עצמו, אם לא ימלא אחרי תנאי ההסכם. וא"כ במקרה שהבעל היה מקיים את תנאי ההסכם והיה נותן את הגט במועד שנקבע היה חשש פסול על הגט שהוא גט מעושה. שהרי לדעת ביה"ד האזורי אם הבעל היה באמת מתחרט מלתת גט, היה חייב לשלם את הקנס שהטיל על עצמו, א"כ הגט שהיה נותן היה עליו חשש של גט מעושה".

ביאור דינו של הרשב"א

בספר נתיבות המשפט סי' רה סק"ט, באר הטעם להחמיר בבעל שקבל על עצמו קנס, וז"ל - "נראה דאף דבגט חשיב ליה אונס כשמתחרט והוי בכלל גט מעושה להרבה פוסקים באה"ע סימן קל"ד, מ"מ במתנה נראה כיון שאמר רוצה אני הוי מתנה, משא"כ בגט דבעינן דוקא ריצוי בלב כמבואר ברמב"ם פ"ב מהלכות גירושין ה"כ ... לכך חיישינן שמא בלבו לא ניחא ליה ואינו נותן הגט רק מפני חומר השבועה או הקנס, כיון דלא שייך כאן הטעם שכתב הרמב"ם. דשם כיון דמצוה לשמוע דברי חכמים אמרינן דודאי גם בלבו ניחא ליה כמ"ש הרמב"ם שם. משא"כ כשעושה משום קנס ושבועה יש לומר דבלבו לא ניחא ליה, ולכך מחמירין הפוסקים".

אך עכ"פ עדיין דינו של הרשב"א טעון ביאור, מה ההבדל בין בעל הנותן גט כדי להפטר מחיוב ממון שהוא "כדין", כגון מזונות וכיוצא ב, שהגט כשר כמבואר בתשב"ץ ח"א סי' א' (הובא בב"י אה"ע סי' קלד), ובין בעל הנותן גט כדי להפטר מחיוב הקנס, שהוא בתוקף עפ"י ההלכה.

בספר משאת משה (להגר"ר משה ישראל חתן מהר"ם בן חביב) חלק ב' חו"מ סי' לו באר את סברת הרשב"א שאינה מנוגדת להלכה המבוארת בתשב"ץ, וז"ל - "הרשב"א והרשב"ץ, מר אמר חדא, ומר אמר חדא ולא פליגי דהא

ממון שאינו גט מעושה לדינו של הרשב"א, וז"ל - "ומ"ש התשב"ץ בריש ח"א סי' א' ... זהו דוקא בשאין הכפיה תלוי בגירושין, שהרי גם אם לא יגרש כ"ש שיחוייב בפריעת הכתובה, אלא שהם רוצים לוותר לו פירעון הכתובה בעבור שיגרש, וכיון שכבר הוא מחוייב ממון זה, הו"ל כאילו נטל ממון או מחילת החוב. משא"כ כשעיקר חיוב הקנס תלוי בגירושין, שאם הוא מגרש לא חל עליו חיוב כלל, דהו"ל כהצלת הפסד דחשיב אונס כמ"ש הרשב"א".

ובסיום דבריו כתב האגודת אוזב - "שוב הגיע לידי קונטרס המודעא להרח"ש וכן תשובת מהרלב"ח בסי' קכ"ד, ונראה מדבריהם שם בפשיטות דהרשב"א איירי אפילו כשחיוב הקנס היה עפ"י דין תורה, ובלי שום הוכחה יעו"ש. וכ"ש לפי דרכינו הוא מוכרח בודאי כנ"ל".

וכן כתב האבני נזר (אה"ע סי' ח' ס"ק יט והלאה, וחו"מ סי' קלח) שדעת הרשב"א לפסול את הגט גם כשהקנס בתוקף על פי הדין, עיי"ש שדן בבעל שאשתו שוטה והבעל כבר קבל היתר לשאת אחרת, אך מבקשים להבטיח מתן הגט לאשתו הראשונה במקרה שתחזור ותתרפא, ומבקשים ממנו שיתן וועקסיל (כעין שטר חוב) שאם תשתפה ולא ירצה ליתן גט שיתחייב לשלם הוועקסיל. האבני נזר הורה שלא לעשות כן מפני שהכריע כשיטת הרשב"א, ומסקנתו לדינא היא - "על כן אין לעשות שום בטוחות על הגירושין מחדש, רק להשליש גט ביד שליח".

הרי שאף ביחס לקנס המחוייב בדיני ממונות, כגון וועקסיל שהוא שטר חיוב בר תוקף, כעין צ'ק של ימינו, סבר האבני נזר שאליבא שהרשב"א הגט אינו מועיל מכיון שהקנס נועד להביאו שיתן את הגט. (האבני נזר אינו דן במקרה מסויים, אלא כתב לברר האם קיימת דרך להבטיח שהבעל שקבל היתר נישואין, יתן גט כשהאשה תהיה ראויה לקבלו, ואילו סבר שהדרך היא לחייבו בקנס בר תוקף, היה מורה על דרך זו).

וכן דעת הגרצ"ה אורנשטיין ז"ל בספרו ברכת רצה סי' קכד, וכתב לבאר הטעם בדינו של הרשב"א, וז"ל - "ס"ל דדוקא היכי שלא יהי' אונס מאחרינא כלל, כגון שנותנים לו מעות בעד הגירושין והוא דחוק וצריך לזווי, הו"ל אונס שאינו מבטל, דכיון שאין שום אונס מאחר, גם עתה גמר ומקני. אבל בקנס, כיון שמ"מ בשביל שלא יגרש יאנסוהו לשלם, הו"ל אונס ולא גמר ומגרש. ואין חילוק א"כ, בין עשה הקנס סתם ובין עשה על דרך חכמי ספרד".

וכן בספר תורת גיטין סי' קלד סעיף ד' כתב שלדעת המחמירים בקנסות, דהיינו לדעת הרשב"א, אף אם הקנס בתוקף עפ"י ההלכה מאחר שנעשה בדרך שאין בה אסמכתא, כגון בדרך שעשו חכמי ספרד שהביא הרמב"ם (הלכות מכירה פי"א הי"ח), אפ"ה הגט נחשב לגט מעושה שלא כדין, מאחר שהקנס תלוי בגירושין.

ועיין בספר עטרת שלמה (להגר"ר שלמה שמשון קרליץ ז"ל) ח"ב סי' טו שדחה סברת החזו"א (הנוכרת לעיל), על פי

ועומד עליו ואינו מותנה בשום תנאי, כגון חוב הכתובה וכיו"ב, ועל ידי מעשה הגירושין נמחל לו החוב, כי אז הרי זה כמו תלויה וזבין, כי יש כאן קבלת התמורה המלאה עבור מעשה הגירושין, ובוה אמרינן שפיר אגב אונסא וזוי גמר ומגרש... בהאי עובדא של הרשב"א, שגם שם לא טען הרשב"א נגד תוקף ההתחייבות בקנס, וזה מפני שכל שהדבר בידו לקיים התנאי (שבנידון זה היינו הגירושין), אין כאן אסמכתא. ומ"מ הקנס אינו אלא כתוצאה מאי הגירושין ועל כן רואה זאת הרשב"א כגט מעושה".

בדבריו אלו דחה הג"ר שאול ישראלי ז"ל את הצעתו של הרב יהודה דיק לערוך הסכמי קדם נישואין המיועדים להביא לחיוב הבעל בממון עקב סירוב לגירושין לאחר פירוד או גירושין אזרחיים, כפי שיש שרצו להנהיג בארצות הברית.

אך עיין בספר בית מאיר סוף סי' קסה, שהובא להלן, ומדבריו לכאורה נראה, שגם חיוב ממון שמעיקרו נוצר כדי להביאו לגירושין, אינו בכלל דינו של הרשב"א ובלבד שהחוב שריר וקיים כחיוב ממון העומד בפני עצמו עוד קודם לגירושין, אלא הכל תלוי אם תוקף הקנס מתחיל עם סירובו לתת גט.

אך מסתבר מאד כמ"ש הדברי מלכיאל והגר"ש ישראלי ז"ל בביאור שיטת הרשב"א. כיוון שהרשב"א נקט כסברא פשוטה, שהבעל יחשב כאנוס למרות שהוא עצמו הביא את האנוס על עצמו, הרי שלאחר שהבעל התחרט ואינו מסכים לתת גט, הוא כפוי מחמת האנוס, מפני שממון שנוטלים ממנו כדי שיגרשנה, נחשב כמקל שחובטים באמצעותו את הבעל כדי שיתן גט. רק חיוב ממון שהוא "כדין" וגם נועד למטרה אחרת, אינו כמקל החובט בבעל כדי שיתן גט, מאחר שהחיוב ביסודו נועד למלא חובה אחרת כגון חיוב הבעל במזונות. אבל קנס זה, גם אם הוסדר בדרך המחוייבת על פי ההלכה, עכ"פ רואים בחיוב זה מקל חובלים שיתן את הגט.

מלבד זאת, בהסכם שאנו דנים בו, עפ"י התחייבותו בהסכם, החל ממועד מסויים שהגט עדיין לא ניתן, הבעל מחוייב בתשלום חודשי קבוע עד שיתן את הגט, ואם יתן את הגט, לא יחול חיוב זה, ובנסיבות אלו גם הבית מאיר מסכים שלדעת הרשב"א יחשב ככפוי על הגירושין, מפני שהחיוב המתחייב לאותו מועד והלאה, עדיין אינו קיים, והבעל נותן את הגט כדי להפטר מחיוב חודשי זה.

נציין שבנידון שבספר תורת גיטין (הנוכר), בספר עזר מקודש פקפק בדינו של התורת גיטין, וביאר דבריו בספר גדולי הקדש דמכיון שהחיוב על הבעל חל מדינא בין אם יתן גט ובין אם לא יתן גט, אלא שהאשה התחייבה להביא לביטול החיוב אם יתן גט, אך אם לא עלה בידו שהאשה תבטל את חובו, כגון "אם מיד שגירש, מתה או ברח, הוא חייב לפרוע, וא"כ אין החוב תלוי בגט... משא"כ בקנסות שבשו"ע שמקבל עליו קנס אם לא יגרש, דתלוי חיוב זה רק באם לא יגרש, ובוה הרי לא נתנה לו משלה מידי בעד הגירושין, לכן י"א דהוי אנוס על הגט לפטור מקנס".

טובא איכא בינייהו. דאילו בנדון הרשב"א איירי במי שדינו להוציא ולתת כתובה, כיון דלא מצינא לכופו בגט משום גט מעושה, אתאן לכופו לפירעון כתובה מיהא דלית בה צד איסורא, ואם מתוך כפיה זו קביל לגרשה להקל מעליו הפירעון אין רע, דהרי חיוב כתובה אכתפיה רמי בין שיגרשנה ובין שלא יגרשנה כיון שנגמר דינו דיוציא ויתן, ואין זה מגרש מתוך האנוס. משא"כ בנדון הרשב"א, דכל עצמו לא בא לכלל חיוב הקנס אלא כדי שיהא זריו בגירושין ואל ישעה בדברי הבאי, דהשתא כי נמי אין אונסין אותו לגרש ממש, אין זו כי אם הערמה וגניבת הדעת, דהרי סוף סוף עיקר החוב אגירושין הוא דהוה, תדע דאי מגרש נפטר מחובו ומה יעשה זה ולא יגרש דזוי ניהו דאנסי ליה, הראיה דטרח להתפשר עם הגובר ולא עלתה לו. ואפילו מגרש ואומר דמדעתיה עביד אנן סהדי לא בדעת ידבר, וא"כ אין זה ממש כאונסין אותו לדבר אחר, דהכל הולך אחר הגירושין ואעיקריה קאי, וזה מבואר לע"ד, והיינו דכתב המבי"ט בתשובה הנזכרת דכיון דעיקר מאסרו של זה וממונא דבעו מיניה אינו מסובב מחמת גירושי אשתו כי בחטאו נלכד, כי מגרש לבעבור יפרעו קנסו לאו אונסא הוי, דבלאו גירושין נמי חטאו ישא וממונא בעי שלומי לסרדיוט וברור, והיא היא איך דר"ת בנתפס על המס דבכל גווי שלומי בעי דומיא דכתובה".

וכעין זה כתב בקצרה בספר דברי מלכיאל ח"א סי' פו סק"ד. בתשובה זו הדברי מלכיאל דן במי שנשא אשה בלא אישור חוקי של הממשלה וצפוי לעונש ועקב כך נותן גט, וכתב - "כתבו הפוסקים שאם האנוס אינו על הגירושין רק על עניין אחר, ועל ידי הגט ניצול מאותו אנוס לא מיקרי אנוס על הגט... ולא דמי למי שהתחייב ליתן קנס אם לא יגרשנה שכתבו קצת פוסקים דמיקרי אנוס עיין אה"ע סי' קל"ד, דשם הקנס הוא בשביל שאינו מגרש, והכא העונש בשביל הנישואין ורק שנותן את הגט להנצל מהעונש... בנ"ד עדיף טובא כי אונסו אינו מצד שום אדם רק מצד שעשה שלא כחוק מגיע לו עונש ומגרשה שיפטר מזה... ה"נ אם אמרה לו שהיא תמסרנו למלכות ועל ידי זה גירשה ליפטר מעונש אפשר דהוי אנוס, אבל לא בנ"ד", עכ"ל.

מבואר בדבריו, שהטעם בדינו של הרשב"א דאמנם עפ"י דין הבעל מחוייב בקנס, אך מאחר שהקנס הוטל עליו עקב כך שאינו נותן גט, אינו דומה למקרה שבו הוטל על הבעל עונש או תשלום שאינו קשור לסירובו לתת גט.

וכן הג"ר שאול ישראלי ז"ל באר את סברת הרשב"א. הדברים נכתבו בספר היובל לגרי"ד סולוביצ'יק ח"א עמ' רלו כהערות העורך למאמר של הרב יהודה דיק, וכן בספר חוות בנימין ח"ג סי' קיא. ובאר שם את דינו של הרשב"א כדלהלן - "בהא דהרשב"א אין מקבל על עצמו החיוב בקנס אלא כשלא יגרש, אז נמצא שאינו פוטר עצמו מחוב על ידי גירושין, אלא מונע חלות החוב, וזה הוא דנוקט הרשב"א, דזהו גדר תלויה ויהיב. ולא כן בהא דהתשב"ץ שהחוב קיים

התם. אבל כל שלא חזר ונתחרט ובדעתו הראשונה הוא עומד לא מיקרי אונס כיון שמעצמו עשה חיוב הקנס. ותימה על מור"ם ז"ל בהגהותיו בסי' קל"ד שכתב על תשובת ה"ר מימון ויש מחמירין והורה מקומו מתשובת הרשב"א. ואחר המחילה מגדולת חכמתו אין נראה שיהיה ביניהם מחלוקת ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי, וכדמשמע ממין בית יוסף שהעתיק שתי התשובות בסתם ולא הזכיר ביניהם מחלוקת, כנלע"ד, עכ"ל.

אמנם דברי הבית יהודה בדעת הרשב"א מוסכמים על הרבה אחרונים, שהובאו לעיל, אך אין מקום לתמיהתו על הרמ"א, מאחר ושיטת מהרי"ק להקל אף כשהבעל התחרט, וכמ"ש בספר מכתב מאליהו בדעת מהרי"ק, ויובא להלן, ויש לצדד כן אף בדעת הרב מיימון נג'אר והתשב"ץ כמ"ש להלן. וכן בספר אורים גדולים למוד פז תמה על חכם אחד שהשאיר דברי הרמ"א בצ"ע, וכתב להסתייע מדברי מהריב"ל ח"ב סי' יח ומהר"י לבית הלוי כלל ב' סי' יא, שיובאו להלן, שדעתם שהרב מיימון נג'אר חולק על סברת הרשב"א גם כשהבעל התחרט מרצונו לתת גט.

יצויין שלשיטת הרשב"א הגט בטל מפני האונס, אף שהבעל לא מסר מודעא, ולא אמר דבר בעת סידור הגט, אלא נתן את הגט באמירת רוצה אני. וכן כתב בספר אורים גדולים למוד פז, וז"ל - "בנידון הרשב"א ז"ל דלא אשכחן שאמר המגרש דבר בשעת נתינת הגט ... אלא שהשואל מודיע האמת שמחמת יראת הקנס גרש ... בנידון הרשב"א ... אף דלא מסר לה מודעא, האונס ניכר והוי גט מעושה".

יש מקום לברר אליבא דשיטת הרשב"א, כשהבעל קבל על עצמו את הקנס מרצונו הטוב, מפני שבקש לתת גט לאשתו, ולא חזר בו מרצונו זה עד למועד סידור הגט, והוסדר שחיוב הקנס יקבל תוקף עפ"י ההלכה, האם ניתן לסדר גט אף לכתחילה, או שמא מוטל עלינו להביא לביטול הקנס קודם הגירושין.

לעיל הבאנו מפס"ד של ביה"ד הגדול (בפד"ר כרך ב'). בסיום אותו פסק הדין כתבו שאינם מסכימים לפסק דינו של בית הדין האזורי שאישר הסכם גירושין הכולל מרכיב של קנס אם לא ינתן הגט, קנס שהבעל התחייב בדרך המועילה, וכתבו - "אמנם יתכן לומר שביה"ד האזורי לא חשש לזה, כי היה משוכנע שהבעל לא יתחרט מלתת גט, הואיל והוא היה הדורש לגט, ובכל תקופת הדיונים הממושכים שהיו בין הצדדים, עמד הבעל על דעתו לגרש. אבל למעשה לכתחילה יש לחוש בכל מקרה לחשש גט מעושה, ויש להמנע מלאשר הסכם של גירושין אשר בו מתחייב הבעל בקנס, אם יתחרט מלתת את הגט", עכ"ל בפסק הדין.

יתכן שיסוד הוראה זו שכתבו בית הדין הגדול, הוא עפ"י פסק השו"ע בסי' קל"ד סי' קנד סעיף כג שאם הבעל נשבע טוב שיתירו לו השבועה קודם סידור הגט. אך יש מקום לבחון את הדברים, לאור דברי האחרונים שיובאו להלן.

לפי זה, העזר מקודש נחלק רק בנידון שבתורת גיטין, שהחיוב ממון מצד הבעל אינו תלוי בגירושין, וסבר העזר מקודש שהתחייבות הנגדית של האשה למחול על החיוב אין בה כדי לתלות את חיוב של הבעל במעשה הגירושין. אך בחיוב מזונות חודשי המוטל על הבעל כקנס שלא מן הדין, עקב סירובו לתת גט, לית מאן דפליג דמכיון שהחיוב בטל מעצמו מיד לאחר הגירושין, ובכך בטל החיוב החודשי מכאן ולהבא, ומתברר שחיוב הממון תלוי בגירושין.

סידור הגט כשהבעל לא חזר בו מהסכמתו

הרבה אחרונים כתבו שהנידון בתשובת הרשב"א הוא כשבתחילה הבעל הסכים לתת גט ולכן קנס עצמו, אך לאחר מכן הבעל התחרט ואינו רוצה לתת גט, והגט ניתן רק מפני הכרח הקנס. כן כתבו מהרח"ש בקונטרס המודעא והאונס ובספר מכתב מאליהו שער ז' סי' כ', וכן כתב הבית מאיר בסי' קל"ד ס"ד בדעת הרשב"א, וז"ל - "בעובדא דידיה שנתחרט ועשה השתדלות אצל השר לבטל או לפשר, ומסתמא לא שמע לו השר ומחמת יראהו גירש, הרי דידיעין דגופי הגירושין לא מרצונו נעשה אלא מחמת אונס הממון", משא"כ "בשלא ראינו שנתחרט על נדרו או על קנסו וגירש, בפשוט הוא דלא מקרי אונס, ומתחילה עד סופו כולו רצון אחד".

וכן בספר נתיבות המשפט סי' רה סק"ט, הנזכר לעיל, כשבאר הטעם להחמיר בבעל שקבל על עצמו קנס, כתב - "נראה דאף דבגט חשיב ליה אונס כשמתחרט, והוי בכלל גט מעושה להרבה פוסקים באה"ע סימן קל"ד", ומבואר דנקט בפשיטות שאליבא דהרשב"א יש להחמיר, רק אם הבעל התחרט.

וכן כתבו בספר משכנות יעקב חלק אה"ע סי' לח וסי' לט, (הובא בפת"ש סי' קל"ד סק"י), ובשו"ת אדמת קודש חלק אה"ע סי' ל'.

וכן בספר חלקת יואב דיני אונס ענף ב' כתב - "כתבו הפוסקים (אה"ע סי' קל"ד סעיף ד') דאף לסוברים בנשבע לגרש דהוי אונס, זה רק אם יתחרט ואינו מגרש רק מכח השבועה, אבל אם מגרש ברצון פשוט כמו שהיה לו מקודם, בזה מהני לכו"ע. והיינו כיון שמתחילה הכניס את עצמו לזה ועדיין רצונו לזה".

בשו"ת בית יהודה חלק אה"ע סי' כט כתב בדעת הבי"י שאין מחלוקת בין הרשב"א לרב מימון נג'אר. וז"ל - "אם הבעל מרצונו קנס עצמו בסך ממון שאם לא יגרש יתחייב להפסידו, כיון שמרצונו עשה ולא בא לו הדבר מאחרים, לא מיקרי אונס, והוה נדון דתשובת ה"ר מימון נג'אר ז"ל שהעתיק מרן בי"י סי' קל"ד יע"ש. ולא דמי לנדון דתשובת הרשב"א ז"ל דקרובי לאה וכו' דנאותו זה לזה בקנס אלף דינר כדי שיגרש לזמן פלוני כו' יע"ש. והתם מעצמם נתקשרו בקנס ואף על פי כן השיב הרב ז"ל דחשיב אונס. דשאני התם שנתחרט אח"כ ומיאן, והללו מתרין בו מצד הקנס כדאיתא

כרוב דאי עביד לא מהני, עכ"ל. להלן בדברינו אודות שטר חליצה הבאנו המשך דבריו.

ויש לצרף לזה מש"כ הגר"א בביאורו לסי' קנד ס"ק עא שחלק על פסק השו"ע שטוב להתיר השבועה קודם סידור הגט, והביא מדברי הרא"ש והמרדכי שלא הורו כן וסיים שכן כתבו הרבה פוסקים דכל דבר שאדם עושה מעצמו אין בו משום אונס.

הרי שרבו הפוסקים הסוברים, שאם ידוע שהבעל קבל על עצמו את הקנס מרצונו, והקנס נעשה בדרך שיש בה תוקף עפ"י ההלכה, והבעל עומד ברצונו לתת גט, כל זמן שלא שמענו שהבעל חזר בו מרצונו להתגרש אין מניעה לסדר גט, ואפילו לכתחילה אין צורך להביא לביטול הקנס. אמנם בתשובת משכנות יעקב אה"ע סי' לט ס"ק יד נראה שאינו סובר כן, אלא כדעת פס"ד ביה"ד הגדול שהבאנו לעיל. אך בכל מקרה למעשה יש לנהוג כהוראה זו של ביה"ד הגדול מפני שבמקרים רבים ביה"ד אינו מודע לאמירות כאלו או אחרות של הבעל שנאמרו מחוץ לאולם הדיונים, שבהם הוא טוען להיותו אנוס מפני הקנס, ובכל מקרה אין לסדר גט אלא לאחר שיבטלו הקנסות, ועוד מפני שעפ"י סדר הגט הנהוג עושים התרת נדרים ושבועות ובהעדר התרת נדרים אין מסדרים גט למי שנשבע לגרש גם אם מודיע שמגרש מרצונו הטוב.

שיטת מהרי"ק

שיטת מהרי"ק היא שאין לדון את הבעל כאנוס, אם הוא מרצונו הביא על עצמו את האונס. מהרי"ק בשרש סג כתב - "גם בענין אונס ממון דבר פשוט הוא שהוא אונס כאשר כתבת. אמנם נסתפקתי במה שכתבת שהממון הושלש מתחלה אדעתא דהכי, שאם רצונך לומר אדעתא דהכי שלא יתננו לו אלא אם כן יגרש, א"כ עשה הבעל מתחלה מדעתו. פשיטא שאין זה אונס מה שלא רצה השליש להחזיר לו המעות אם לא יגרש, דאין אונס אלא הבא לאדם מחמת אחרים וזולתו, לאפוקי זה שהביא האונס עליו".

מבואר בדברי מהרי"ק שאין לדון גביית הקנס כאונס מאחר שהבעל הביא זאת על עצמו.

ובספר מכתב מאליהו שער ז' סי' כ' כתב על דברי מהרי"ק - "מדקאמר שלא רצה השליש להחזיר לו המעות, נראה בהדיא שנתחרט הבעל ומיאן בגט, ורצה שיחזיר לו המעות, ואפ"ה פשיטא ליה ז"ל דאין זה אונס, כיון שהוא הביאו עליו".

וכן מפורש בתשובה אחרת של מהרי"ק הנמצאת בשו"ת מהרי"ק החדשים סי' כט, וז"ל - "ואשר נסתפקת בענין השכיב מרע שנותן גט לאשתו מחמת שבועתו אשר קדמה מעת הנישואין, ויש עדים שלא היה מתרצה לגרש אם לא מכח הכרח השבועה שהכריחתו לקיימה, ושאלת האם יקרא זה גט מעושה, ואם לרווחא דמילתא הוא דמתירים השבועה שנשבע הבעל לגרש. לע"ד נראה דודאי לרווחא דמילתא

מהרח"ש בקונטרס המודעא והאונס הביא מדברי הרשב"א, וכתב שבנידון שבתשובת הרשב"א מבואר שהבעל התחרט מרצונו לתת גט, אבל אם עמד וגרש ולא ראינו שהתחרט, הגט כשר. ולאחר שהביא מדברי הריטב"א ותשובת ר' מיימון נגאר, כתב מהרח"ש - "א"כ נמצינו למדין לפי זה, דכל שמביא האונס עליו ולא נתחרט אם תלה גיטו בדבר אחר כגון שנדר יאסרו פירות העולם או חייב עצמו בקנס כך דינרין, אם לא יגרש כל אפין שוין דלא הוי אונס ובדיעבד כשר. ואף לכתחילה כפי הנראה אין צריך, מדכתב רבינו פרץ והביאו הטור אבן העזר ז"ל סוף סימן קנ"ד וז"ל, כתב הרבינו פרץ וכו' ואם נשבע הבעל ליתן גט צריך שיתירו לו קודם שלא יהא דומה לאונס, אך עירבון יתן אם ירצה שאין זה דומה לאונס ע"כ, הרי שכתב שאעפ"י שנותן עירבון והיינו כמו חייב עצמו בקנס, ואפילו הכי אין צריך שיחזירו לו העירבון, ואדרבא כתב שיתן לכתחילה. ויראה הטעם משום דתלה גיטו בדבר אחר, מה שאין כן בשבועה".

ובדרך זו הלך בספר אגודת אזוב אה"ע סי' יט (אות ז'). האגודת אזוב הביא מדברי הרמ"א סי' קלד ס"ד, וכתב - "יש להעיר, א"כ למה סתם הרב לפני זה כהמחבר שכתב אך ערבות יתן אם ירצה והוא רבינו פרץ שהביא הטור סי' קנ"ד. משמע דאפילו לכתחילה נמי שפיר דמי, וגבי קנסות הכריע שיש לחוש לכתחילה לפוטרו מן הקנס, ומאי שנא ערבות מקנסות ... לכן יראה דהרב מפרש דברי רבינו פרץ והמחבר שכתבו אך ערבות יתן וכו', דהיינו דוקא בסתמא דלא ידעינן שחוזר בו מן הגירושין ואינו מגרש אלא מפני הפסד העירבון, ובכה"ג שפיר דמי לגרש אפילו לכתחילה. משא"כ בדידעינן שאינו מגרש אלא מפני הערבות או הקנס שקיבל על עצמו, בזה איכא פלוגתא כמ"ש בהגה"ה".

ועפ"י זה העלה האגודת אזוב במסקנת דבריו (שם באות יח) - "העולה מכל זה לדינא, במי שקיבל עליו קנס אם לא יגרש, כל זמן שלא שמענו ממנו שהוא מתחרט על הגירושין, יכול לגרש לכתחילה".

ובספר זכר שמחה סי' קצ"ז הביא מדברי הג"ר מנחם מענדל קארגויא ז"ל (מחבר ספר גידולי טהרה, תלמיד ההפלאה ורבי נתן אדלר ז"ל) שכתב בלשון זו - "אע"ג דהרשב"א מחמיר בקנס, היינו ששם היה המעשה שהבעל התחרט ומיאן לגרש והלך לגזבר להתפשר ולא עלתה בידו, בהא איכא גילוי דעת יתירא דרק מחמת הקנס הוא מגרש (עיינ ב"י, ודלא כב"ש והלבוש). אבל אם הוא אומר בפירוש אני מגרש ברצון טוב, ואפילו לא הייתי מחוייב בקנס, אין ספק שהקנס לא מגרע דיבורו. וכן מי שנשבע לגרש דחששו הפוסקים, היינו בסתם, אבל אם אומר אף שלא הייתי אנוס מן השבועה אני מגרש מרצוני, אין כאן פקפוק והבאתי ראיות לזה. וזה אחד מן המקומות שלא דקדק מהר"ם בעל סדר הגט, שכתב דמתירין לו מספק שמא נשבע לגרש, אף דאין בזה אלא חששא בעלמא, ויותר היה לנו להדר להתיר מספק שמא נשבע שלא לגרש דיש חששא דאורייתא דקיי"ל

אונס מבחוח, והוה ליה כמחזק את עצמו לעשות דבר ... שכל דבר שיתחייב ברצונו אין שם טענת אונס."

בנידון נוסף שבאותה תשובה, כתב הר"מ נג'אר - "קודם נתינת הגט בשלשה ימים, שמעו מפי הבעל שהוא מתפחד מהקנס שיצא עליו, ועל כן הוא רוצה לגרש", ועל מקרה זו כתב הרב מימון נג'אר שיש שחששו לפסול את הגט וטעמם היה - "כי כונתם היא שכל אשר יטיל על עצמו קנס לגרש, הוה ליה מעושה. ואני אין כוונתי כן, לפי הראיות אשר הבאתי". ומבואר בדברי הר"מ נג'אר שאין לחוש לכשרות הגט גם אם הבעל הודיע שהוא נותן את הגט רק מפני חשש שיחוייב בקנס.

וכן בתשב"ץ ח"ב סי' סח כתב - "מדברי הרב ז"ל שכתב שנתנית עירבון לא הויה אונס, למדנו שהמחייב עצמו ממון אם לא יגרש וגרש שאין זה אונס. וא"כ האומר אתן למלך מאה זהובים אם לא אגרש אשתי, מגרש ואין חשש בדבר, שכיון שמעצמו נתחייב בזה ברצונו הוא מגרש".

הרי שהתשב"ץ הסכים לסברת הרב השואל, שהוא הרב מימון נג'אר.

אמנם בספר אגודת אוזב אה"ע סי' יט סק"ח סבר שדעת התשב"ץ היא כשיטת הרשב"א, ומש"כ התשב"ץ בדבריו הנ"ל יתפרשו במקרה שבו הבעל לא חזר בו מהסכמתו לתת גט, שבוזה גם הרשב"א מודה, כמבואר לעיל. וז"ל האגודת אוזב - "מדברי התשב"ץ ... נראה דס"ל כהרשב"א שהרי כתב על דברי הר"פ שכתב אך ערבות יתן וכו' שהטעם הוא משום דתלינן מסתמא ברצונו הוא מגרש. משמע הא אילו ידעינן שאינו מגרש מרצונו, חשיב אונס, אע"פ שהוא מחוייב בקנס ההוא מן הדין, דהרי הר"פ שכתב ערבות יתן וכו' ודאי באופן המועיל עפ"י דין תורה קאמר".

יצויין, הן בתשובת התשב"ץ והן בתשובת הרב מימון נג'אר נכתב שבאותו נידון היו דיינים שחלקו וסברו שבנסיבות אלו הגט נחשב כגט מעושה שלא כדין, והיינו כשיטת הרשב"א והמאירי, (אלא שדברי הרשב"א והמאירי לא היו לעיני התשב"ץ ורבי מימון נג'אר).

מהרלב"ח בתשובה סי' קכד נקט להלכה כשיטת מהרי"ק. וז"ל - "הדין להתיר למגרש השבועה קודם, אינו מעיקר הדין שיצטרך על כל פנים, ושם לא התרו לו שבועתו קודם שיהא הגט פסול, אבל הוא מדרך חומרא ולכתחילה דוקא. אבל בדיעבד, או היכא דלא אפשר, הגט כשר. ראיה לזה, שזה הדין לא נמצא בשום פוסק אלא בקצת מהפוסקים האחרונים ז"ל, בעל הטורים ובעל כלבו והרב שמעון צמח ז"ל, וכולם משם הרב רבינו פרץ ז"ל כמו שהוא בספר מצות קטן ... ויש בהם כמה וכמה שאם נעשה הגט זולתם כשר, וזו היא כמותם. גם הוא ז"ל בעצמו דייק בלשונו להודיענו שמדרך חומרא היה המצוה בכך שכתב שלא יהא דומה לאונס כנזכר, שאינו אונס כפי האמת, אלא שהוא ע"ד החומרא שלא יהא דומה לאונס. והטעם לזה שאינו חשוב אונס אלא הדבר שבא לאדם שלא מעצמו, אבל הדבר שבא

הוא שמתירים שבועות האלו, דכן יש ללמוד מתוך דברי רבינו פרץ עצמו שכתב שאם יש שבועה מתירים לו כדי שלא יהא דומה לאונס, משמע מתוך לשונו דלא חייש אלא משום לעז מפני שהוא דומה בעיני העולם לאונס, אבל לא שיהא אונס גמור, דא"כ הל"ל צריך שיתירו לו דלא ליהוי אונס, אלא שאין זה אלא משום חשש לעז ... עוד נראה לי ראיה ברורה להכשיר אשר אין לפקפק עליה, והוא כי דבר פשוט דכי היכי דגט מעושה פסול ה"ה חליצה מעושה כדתניא בבבביתא ומייתי בפרק מצות חליצה (דף קו, א), והתם מדמה להו להדדי לגמרי גט מעושה וחליצה מעושה, ואם איתא דבכה"ג שנשבע לגרש או לחלוץ משעת נישואין חשיב עישוי ואונס שמחמת השבועה מגרש או חולץ, א"כ היאך מצינו ידינו ורגלינו, והלא מעשים בכל יום שמשיעין אחי החתן ביום הנישואין שאם תוקק הכלה לייבום שיחלוץ לה חליצה כשרה וכתוב בספר וחתום והעד עדים ונתון בכלי חרש למען יעמוד ימים רבים. ואם איתא דבכה"ג חשיב אונס האי שטרא חספא בעלמא ומה הועילו חכמים בתקנתן, הלא יאמר היבם אונס אנכי לחלוץ מחמת השבועה, וגם אנו סהדי דהכי הוא דאי לאו השבועה לא היה חולץ לה אי לא יהיבא ליה תרקבא דדינרי, וכתב רבינו ברוך דחליצה מעושה פסולה, ולזה הסכים רבינו מקוצי (עשין נב) בשם רבינו יהודה מפריש, וגם הסמ"ק נראה דהכי ס"ל, ופשיטא שלא תקנו רבותינו הקדמונים לעשות שטר חליצה הללו שלא כדעת הני אשלי רברבי. ועוד שהרי אבות עולם שהם רבינו אלפס והשאלתות ורבינו שמואל וריב"א ורבינו משה כולו ס"ל דמצות יבום קודמת אפילו בזמן הזה, ופשיטא דלדידהו הוי חליצה פסולה. ודבר פשוט הוא יותר מביעתא בכותחא דאע"ג שאנו מחמירים כדברי ר"ח ורש"י ור"ת שאמרו דמצות חליצה קודמת, מ"מ ח"ו לא עלה על דעת רבותינו הקדמונים לעשות כדבריהם ולהקל בערוה כנגד רב אלפס ושאר אבות העולם שהזכרתי למעלה, ואם היינו מחשיבים אונס כה"ג שנשבע לגרש או לחלוץ, א"כ היתה תקנתנו ומנהגנו שלא כדבריהם להקל בשל ערוה ח"ו, וחלילה לנו לעשות כדבר הזה. אלא ודאי פשיטא דכה"ג לא חשיב אונס כלל, שהרי מרצונו ומדעתו אנס עצמו בכך, ועדיף טפי מאונסא דנפשיה דלא חשיב אונס כדמשמע בהדיא בפרק חזקת הבתים, וזה ברור למבין".

וכן הרב מימון נג'אר בתשובתו שהובאה בב"י (שהבאנו לעיל), סובר כשיטת מהרי"ק, וכפי העולה ממש"כ "אין זה אונס שכבר נתרצה בזה". וכן כתב בשו"ת אגודת אוזב סי' יט סק"ה בדעת הרב מימון נג'אר שדעתו היא כשיטת מהרי"ק. נציין שדברי הרב מימון נג'אר הובאו בב"י בקצרה, ולאחרונה יצאה לאור תשובתו המלאה, בספר התשב"ץ ח"ב, מהדורת מכון ירושלים, עי"ש בנספח שבסוף הספר שהביאו תשובה זו מכת"י, וממנה עולה שדעת הרב מימון נג'אר שכל דבר שיתחייב ברצונו אינו נחשב כאונס. וכתב שם - "בוזה הנידון שהוא בעצמו חייב עצמו לרצונו ואין לו

קודם לכן באותה תשובה הוכיח מתשובת רב האי שניתן לסדר גט גם אם הבעל מתחרט, ונותן גט רק מכח השבועה.

עוד כתב מהרלב"ח באותה תשובה – "מכל מקום נראה לדעת הר"י קולון ז"ל באונס ממון ואונס שבועה שוים הם ומהטעם שכתבתי, דמה לי שימסור המעות ביד השליש או שימסור השבועה ביד החכם, וכל שכן כשהשבועה הוא באופן שאף על פי שהחכם ירצה להתירה לא יוכל מצד השבועה או הנדר בעצמו שעשה אותה הנשבע או הנודר באופן שלא יהיה לה היתר כמו בנושא שלפנינו, דאז כל האונס בא לו מחמת עצמו ולא מחמת אחר דהוא בעצמו רצה בכך ולזרוזי נפשיה הוא דנדר הכי. והנה הר"י קולון ז"ל החמיר שם הרבה מאד בענין שלא יהא המגרש אונס בגט יותר מכל אשר לפניו ועם כל זה כתב הדבר הזה בפשיטות כאלו אין ראוי להחמיר בו כלל. הרי נתבאר מדברי כל אלו הרבנים דמה שכתב הר"י ז"ל הוא בדרך חומרא ולכתחילה דוקא והיכא דאפשר. ושאר כל הפוסקים ז"ל עם היות שלא כתבו זה הדין מבואר עם כל זה לא נמצא בשום אחד מהם בהפך מזה כפי מה שחפשתי בספרים אשר בידי ומי שיאמר שלדעתם יקרא אונס המגרש קודם היתר שבועתו עליו להביא ראיה. אשר מזה הצד יכולני לומר דזכיתי לדון לדעת הרמב"ם ז"ל הרב בזה המלכות, דאין זה אונס מהטעם הנזכר דלא כתב היתר השבועה. גם מהראיה שהביא הרב ז"ל לשצריך שיגרש האיש מרצונו שהיא מפסוק והיה אם לא תמצא חן בעיניו, נראה שהדין הזה פשוט לדעתו ז"ל שאם לא מצאה חן בעיניו עד שלסבת כן נשבע לגרשה, מרצונו הגמור מקרי, ואפילו מדרבנן אינו פסול, כי אין שם אונס כלל שהרי גירש לרצונו. ובפרט אם הסיבה שלא מצאה חן בעיניו כשנשבע לגרשה היא קיימת בשעת הגירושין, וכל שכן אם היא חזקה יותר בשעת הגירושין, כמו בנושא שלפנינו כי בודאי מרצונו הגמור מקרי".

העולה מהאמור שדעת מהרלב"ח להקל להתיר לסדר גט בנידון שלו שהבעל רצה לתת גט מיום שנזר נזירות שמשון ועד למועד הגירושין, ובנסיבות אלו מהרלב"ח לא מצא מקום לחוש כלל, מפני שגם אין לחוש מכח תשובת הרשב"א, וכן עפ"י סברת הרמב"ם הנזכרת, הגט כשר. אך מהראיות שהביא מהרלב"ח, עולה שדעת ראשונים להקל גם אם לאחר שנשבע הבעל חזר בו, ונותן גט רק מכח הכרח השבועה.

וע"ע בשו"ת בית יוסף דיני גיטין סי' ג' שהשיב בנידון דומה וכתב בקצרה כמהרלב"ח להוכיח מדברי רב האי גאון שלא לחוש לדונו כאנוס על הגירושין.

בתשובת הרדב"ז חלק ג' סי' תקנב כתב – "מעשה בראובן שקפץ ונדר בניירות שמשון שאם אשתו תמחול לו כתובתה שיתן לה גיטה ויגרש אותה ובא לגרשה כדי שלא יהיה נזיר שמשון ואינו מגרש אותה אלא מכח נזירות ... ולענין הנשבע לגרש את אשתו כתבו בשם רבינו פרץ ז"ל ואם נשבע איש ליתן גט צריך להתיר לו קודם שיתן שלא יהא דומה לאונס

לו מעצמו אין נקרא אונס, וכל שכן כשנשבע או נדר הוא מעצמו לא לבקשת שום דבר אחר, אלא לזרוזי נפשיה כמו בנושא שלפנינו, שאינו נקרא אונס. ולקיים דברי עוד עם היות שכפי הנראה היה מספיק מה שכתבתי אעידה לי עדים נאמנים מגדולי ישראל רבנים וגאונים, חדשים גם ישנים, ולא לכד הם עדים שהם שנים או שלשה אבל הם עדה ועדים.

הראיה הראשונה היא, מהרב רבינו האי ז"ל ממחר"ם והרא"ש והמרדכי ז"ל כתובה בפסקי הרא"ש ז"ל בנדרים פרק ד' נדרים ובמרדכי בשבועת פרק שבועות שתיים בתרא. וזה לשון רבינו האי גאון ז"ל שם ... ומי שיצרו מתגבר עליו וקפץ ונשבע בתורה כשהספר בידו, שאשה פלונית לא תהיה אשתו לעולם, ואחר כך נתחרט על שבועתו ומקבץ בעלי תורה ומוטר להם טענותיו ושבועתו אם יש להם להתיר את שבועתו כדי לעשות שלום בין איש לאשתו או לא. כך ראינו שבדורות האחרונים אין כח באדם להתיר שבועה כלל לא בארץ ישראל ולא בחוצה לארץ ... הילכך יוציא ויתן כתובה, ואין בו משום לעשות שלום בין איש לאשתו עד כאן לשונו. הרי ראיה גמורה לדברי ומבואר שהגאון ז"ל צוה לעשות מעשה שיגרש הנשבע לגרש את אשתו בלי התרה כלל, שאם כשמגרש היו מתירין לו יתירו לו כדי לעשות שלום בין איש לאשתו, אבל ודאי צוה לעשות מעשה בלי התרה כלל, עם היות שהמגרש היה מתחרט ומבקש שיתירו לו ומראה שהגט שהיה נותן הוא מצד אונס השבועה, ושב"ד לא היו נוקקין להתיר לו". עכ"ל מהרלב"ח.

עיין בבית יוסף בסוף סי' קנד ובשו"ע סי' קנד סעיף כד שהביא להלכה את דינו של מהרלב"ח. אך בשו"ע סיים "וטוב לגרשה בשני גיטין, ויתנם לה זה אחר זה". עכ"פ מבואר שנקט לדינא כדינו של מהרלב"ח. וכאמור, בתשובת מהרלב"ח מבואר שפסק דינו גם במקרה שהבעל חזר בו ואינו רוצה לגרש, ונותן גט רק מכח הכרח השבועה. ועיין ביאור הגר"א סי' קנד ס"ק ע"א, שהביא את ראיית מהרלב"ח מדברי הרא"ש והמרדכי, וסיים "וכן כתבו הרבה פוסקים דכל דבר שאדם עושה מעצמו אין משום אונס".

אמנם מהרלב"ח הזכיר את תשובת הרשב"א וכתב בלשון זו – "וכבר ראיתי תשובת הרשב"א ז"ל שהחמיר במי שהסכים עם קרובי אשתו לגרשה בקנס אלף דינרים ואחר כך נתחרט ומבקש להפטר מן הקנס, ומחמת שלא יכול להפטר גרשה, והשיב שהגט פסול. וכעת איני מכניס עצמי לבאר אם חולק על דעת הר"ף אם לא, האמנם לנושא שלפנינו אני אומר שאין ממנה קושיא כלל לדברי, כי יש ויש כמה חלוקים מבוארים מלשון התשובה והשאלה לנושא שלפנינו, שהכל היה ברצונו הגמור, כמו שאזכיר לפנים בע"ה".

נראה מרמיזת לשונו, שהרשב"א אינו מחמיר כשמתחילה ועד סוף הבעל רוצה לתת גט, על כן בנידון שדן עליו מהרלב"ח הגט כשר גם אליבא דשיטת הרשב"א. אך כאמור

מהריב"ל ח"ב סי' יח הביא מחלוקת הרשב"א ומהרי"ק, ולאחר מכן כתב – "ואם הלכה רופפת בידך פוק חזי מה עמא דבר, שנהגו לכתוב בכתובות, שאם יחלה שהוא נשבע לגרשה, כדי שלא תשאר זקוקה ליבם". בנידון שבתשובת מהריב"ל היבם נשבע לחלוץ ולאחר מות אחיו חזר בו ומסרב לחלוץ, ובה כתב להורות כשיטת מהרי"ק.

בתשובת מוהר"י הלוי (להג"ר יעקב לבית הלוי ז"ל) כלל ב' סי' יא הסכים עם מהריב"ל.

ובספר משאת משה חלק אה"ע סי' יז כתב, וז"ל - "כתב מרן בסי' קל"ד בשם ה"ר מימון נג'אר במי שקנס עצמו במאה זהובים לאדון העיר אם לא יגרש כו' דלא אמרינן גט מעושה אלא היכא דכופין אותו שלא לדעתו, אבל בנידון זה איהו ניהו שחייב עצמו, ולכי מגרש מרצונו מגרש ... וכזאת כתבו בכמה דוכתי הרא"ש והמרדכי ... בשם רב האי במי שנשבע ומתחרט על שבועתו שאין כח בידינו להתירו, אלא יקיים שבועתו יגרשנה יע"ש. אשר מכלל דברי קדשם שמעינן דלא חשיב אונס אלא את העשוי משל אחרים, ברם מה שהאדם בשבועה או בחיוב ממון בודה והביא האונס על עצמו, לא יחשב מחמתו גט מעושה. דאיהו ניהו האונס את עצמו. וכבר באמת אמרו דמ"ש רבינו פרץ בנשבע לגרש שצריך להתירו תחילה וכו', לאו מדינא אמרה למילתיה, אלא לחומרא בעלמא ומהיות טוב ... והלום הרשב"א דידיה לא מפליג בין אונס הבא לו מאחרים לבא מחמת עצמו, מדקא פסיל לההוא גיטא דהו"ל לאכשורי בהדיא מהאי טעמא, אלמא בכה"ג נמי אונסא הוי לדידיה. הנה הרואה יראה שלא עמדו דבריו בפני האחרונים. דהרי מהריב"ל כתב להדיא בשניות סי' יח על דברי הרשב"א הללו וז"ל ופוק חזי מאי עמא דבר שנהגו לכתוב בכתובות ונשבע החתן שאם יחלה שיגרשנה בגט שלא תפול כו' יע"ש. גם מרן מוהר"י קארו בתשובה סי' ג' כתב במי שקבל נזירות שמשון ... דאם באמת קיבלו מעצמו שלא היה אדם אונסו לקבל, דין הוא שיגרש והגט כשר ע"ש. גם הרב מוהר"י הלוי בתשובה י"א ורבים במנין מן האחרונים ז"ל קיימו וקבלו גט הניתן מחמת האונס שהבעל הביא על עצמו, ודלא כהרשב"א בתשובה".

והנה היה מקום לבאר את תשובת רב האי גאון שהביאו הראשונים בדרך אחרת ממה שפרשוהו הרלב"ח הבי"י ומשאת משה הנזכרים, אלא עפ"י דרכו של התשב"ץ. התשב"ץ בחלק ב' סי' סח כתב "ואני אומר שהנשבע לגרש אומרים לו לגרש לקיים שבועתו משום מצות עשה דככל היוצא מפיו יעשה, ואם אמר איני מגרש כופין אותו כדין כל מבטל מצות עשה, כדאיתא בפרק הכותב (פ"ו ע"א). ולא הוי גט מעושה, שהרי מצוה עליו לגרש כדמוכח בפרק חזקת (מ"ז ע"ב) דאמרינן ... וכן אתה אומר בגטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ודילמא התם נמי סבר מצוה לשמוע דברי חכמים. וכיון דמצוה לשמוע דברי חכמים אינו אונס, ולא הוי גט מעושה. כ"ש אי מצוה דאורייתא רמיא עליה דכייפינן ליה ולא מקרי גט מעושה".

אך עירבון יתן אם ירצה שאין זה דומה לאונס עכ"ל. וכתוב בהגה"ה ובספר אבן העזר הרי שאינו אונס גמור אלא שדומה לאונס ומודה הרב ז"ל שאם גירש ולא התירו לו הוי גט. וטעמא דמילתא, דאונס שאדם מביא על עצמו לא הוי אונס שהרי בשעה שנשבע לגרש מדעתו נשבע וגם עתה שרוצה לגרש ולקיים שבועתו מדעתו הוא ... ואי לא מסתפינא שכבר הורה זקן הוה אמינא דלא צריך התרה אפילו לכתחילה שהרי כל הראשונים לא הזכירו חומרא זו, אלא אדרבה כתב הרמב"ם ז"ל פ"ב מה' גירושין וז"ל ולמה לא ביטל גט זה שהרי הוא אונס וכו' שאין אומרים אונס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחוייב בו מן התורה כגון שהוכה עד שמכר או עד שנתן ע"כ. ובג"ד הרי מחוייב מן התורה לקיים שבועתו דכתיב ככל היוצא מפיו יעשה ולא יחל דברו ואין זה אונס. ותו דאין אדם לוחץ ודוחק אותו אלא הוא דוחק את עצמו ולא הוי אונס. ונ"ל שגם הרב רבינו פרץ ז"ל לא אמרה אלא משום חומרות גטין כשאר חומרות שנהגו הראשונים ואינם לעכב. הא למדת שאין הגט מעושה, ופשיטא דיצא ידי נזירתו. ומשנה שלימה שנינו בפרק השולח א"ר יוסי בר יהודה מעשה בצידון באחד שאמר לאשתו קונם שאני מגרשך וגרשה והתירו לו חכמים שיחזירנה מפני תיקון העולם, ולא מצינו ולא ראינו לאחד מן המפרשים שיאמר שצריך להתיר נדרו קודם שיגרש שלא יהיה הגט מעושה".

ובתשובה אחרת בחלק ג' סי' תרי כתב הרדב"ז – "הילכך בג"ד יגרש את אשתו ויצא ידי החרם שהרי מן התורה מגורשת גמורה היא, שאין זה אונס, כיון שהוא הביאו על עצמו, אינו אלא חומרות אחרונים. ואם יחזיר אותה מוטב, ואם לא ירצה להחזירה יתן לה גט אחר מדעתו, להוציא מידי חומרת האחרונים ז"ל".

וכן הוא בתשובת הרדב"ז חלק א' סי' קסא ובחלק ד' סי' קכו, אך בתשובה זו שבחלק ד' הנידון הוא כשהבעל מתחרט ואינו רוצה לגרשה, ולמעשה נותן גט רק מפני הכרח הנדר. וז"ל – "שאלה מעשה היה בראובן שנדר בנזירות שמשון שיגרש את אשתו והוא עומד קרוב לפסח ... ועתה מתחרט מה היא תקנתו. תשובה, כבר ידעת כי נזיר שמשון אינו בשאלה והתרה ואפי' שיתחרט או שימצא פתח לנדרו אינו מועיל ... וא"כ אין לו תקנה אלא שיגרש ויצא ידי נזירותו, ואעפ"י שנראה שמגרש באונס וגט מעושה אינו גט לא קשיא כיון שע"י גט זה נפטר ממזונותיה ואינה כאשתו לשום דבר כבר יצא ידי נזירותו, ואם נתקדשה לאחר תפסו בה קידושין שאין זה אונס גמור שהרי מדעתו ורצונו נדר והביא עליו את האונס. ואע"ג דקצת האחרונים הצריכו למי שבא לגרש את אשתו להתיר כל נדר או שבועה שיש לו לגרש אותה, חומרא בעלמא היא כשאר חומרות שהחמירו בגיטין".

מבואר שהרדב"ז כתב שמדינא הגט כשר אף כשהבעל חוזר בו ואינו רוצה לתת גט, אלא עושה כן רק מהכרח הנזירות שמשון שקבל על עצמו.

האונס, מאחר ועפ"י ההלכה אסור לגבות ממון זה בעל כרחו, וממילא מלכתחילה הבעל לא הביא על עצמו כל אונס. ואם יאכפו עליו את חיוב הממון, הרי שהאונס נוצר על ידי אחרים.

וכן כתב בשו"ת נודע בשערים ח"א סי' ג', שהשיב בנידון שלאחר שכבר ניתן הגט התברר שהבעל קנס עצמו אם לא יתן גט, וכתב להקל בדיעבד עפ"י שיטת מהרי"ק, אך התנה זאת שהקנס בר תוקף עפ"י ההלכה. וז"ל הנודע בשערים - "בדבר האונס עפ"י קנס, מבואר באה"ע סי' קל"ד ס"ד דטוב לחוש לכתחילה, אבל אם גרש מפני זה כשר ... אך אף לדברי המקילים הכל תלוי אם החיוב כדין דהיינו שמחייב את עצמו בממון ונעשה עליו חיוב גמור, רק שאם יגרש יפטר מהחיוב. אבל היכא שאין החיוב ע"פ הדין הוא אונס גמור לכו"ע."

ולפי זה כתב הנודע בשערים בנידון שלפניו, שהבעל קבל על עצמו שבוררים יפסקו בסכסוך בינו לאשתו, והם חייבו אותו בקנס אם לא יתן גט, - "הנה לא ידעתי אם הקנס היה לקיים דברי הפשרנים, אבל הקנס היה על פי עצמו שנתחייב כדין באופן המועיל גם בדין. או שהקנס עשו הפשרנים לקיים ולאמץ דבריהם. באמת לא ידעתי אם יכולת בידם לעשות קנס וחיוב לקיים דבריהם עפ"י הדין, הוי גט מעושה ... לא ראיתי להאריך בזה, כי לדעתי הכל תלוי אם היה החיוב כדין או לא, דאם החיוב אינו ע"פ דין הוי גט מעושה, ואם היה ע"פ דין רק שמעצמו להנצל מאותו חיוב מגרשה, הוי אונס דנפשי".

ובסיום התשובה כתב - "בנ"ד העיקר שיש לבטל הגט הוא מפני הקאמפראמיס, אם חיוב הקנס אינו עפ"י הדין". ב. מהריב"ל ח"ב סי' יח כתב להגביל את העישוי האפשרי במקרה שבו הבעל הביא על עצמו את האונס, אליבא דשיטת מהרי"ק. וז"ל מהריב"ל - "כיון דכן הוא, שהאונס שמביא האדם על עצמו לא היה אונס. אם כן היה נראה לכאורה כדכתבינן דמצינן לכוף אותו לקיים את שבועתו. ואף על גב דמנדין לעובר על השבועה והרשות ביד בית דין לייסר ולהוכיח כאשר יראה בעיניהם, מכל מקום מסתברא לי דאין כופין אותו לחלוץ לא בשוטים ולא בנדוי ולא בחרמים, דכמה עברו על שבועתם ולא נענשו, ומצינן למימר דהאי גברא לא אסיק אדעתיה כשנשבע שיכפוהו על שבועתו בשוטים או בסילוא דלא מבע דמא, ואדעתא דהכי נשבע, ואי כפינן ליה הוי אונס שלא הביאו הוא עליו".

וכן הסכים בתשובת מוהר"י הלוי כלל ב' סי' יא. מבואר מדברי מהריב"ל, שאמנם הכריע להלכה כמהרי"ק, ואין לחוש להפעיל את העישוי שהאדם הביא על עצמו בהסכמה, ויגרש או יחלוץ רק מכח השבועה. אך אין לנקוט באמצעים אחרים לכופו על שבועתו, אמצעים שלא הביא על עצמו בעת שנשבע.

מדברי מהריב"ל עולה שגם לשיטת מהרי"ק, אם הבעל התחייב בקנס אם לא יתן גט, או בתשלום המוסכם שיחשב

וכן דעת רבי יהודה בן הרא"ש שהובא בב"י סי' קנד שכתב "גם נשבע שאם ישחוק שיגרשנה בגט כשר ... והלך ושחק. והשיב הרי הוא מושבע ועומד לגרשה, ובית דין כופין אותו לקיים שבועתו והגט הניתן בכפייה זו גט הוא, שכל דבר המוטל על האדם לעשות כופין אותו לעשותו והמעשה קיים עכ"ל.

ואמנם, כן כתב מהר"ש בקונטרס המודעא והאונס, וז"ל - "אין הכרח לומר דהרשב"א ז"ל חולק על אותם הגדולים הנז"ל שהביאו תשובת רב האי, ולא הם עליו. דאפשר דאע"ג דכתב הרשב"א ז"ל דאונס שמביא אדם על עצמו הוי אונס, היינו דוקא בשאר אונסין שאינו מחוייב בדין לגרש, כההוא נידון דידיה שהיו מיראים אותו מחמת הקנס ואינו בדין לגרש על כל פנים רק שמגרש מחמת היראה. וכיון דחשיב אונס מה שהוא מביא על עצמו הוה ליה גט מעושה שלא כדין אם אנסוהו. אבל כשנשבע לגרש שמחוייב בדין לגרש כדי לקיים שבועתו אפשר דיודה הרשב"א דהגט כשר, ויש כח ביד ב"ד לכופו על זה כמו גבי גט מעושה כדין, דאמרינן [גיטין פח ע"ב] דהגט כשר אע"ג דאנסוהו אונס גמור בשוטים ובכל מיני כפיה כיון שהדין נותן כך. הכא נמי שהדין נותן כך אע"ג דכפוהו על זה הגט כשר, וכל שכן אם הוא עשאו מאליו כדי לקיים הדין. וכן כתב רבינו יהודה בן הרא"ש ז"ל בתשובה הביאה הרב ב"י באבן העזר סימן קנ"ד וז"ל, שנשאל על מי שאסר על עצמו הנאת תשמיש אשתו אם ישחוק, גם נשבע שאם ישחוק שיגרשנה בגט כשר מוסף על איסורו, והלך ושחק, והשיב הרי הוא מושבע ועומד לגרשה וב"ד כופין אותו לקיים שבועתו, והגט הניתן בכפייה זו גט הוא, שכל דבר המוטל על האדם לעשותו כופין אותו לעשותו והמעשה קיים עכ"ל וכו'. ויש ללמוד מדברי המרדכי והגהותיו [ב"ב רמז תפ] וכמש"כ במקום אחר. אבל הריטב"א ז"ל חולק על זה בתשובה הביאה הרב ב"י סימן קס"ה וז"ל, שאלת על יבם שנשבע לחלוץ ליבמתו ליום ידוע אם כופין אותו לחלוץ, הא ודאי למאן דסבר דחליצה מעושית שלא כדין פסולה, ואפילו למ"ד מצות חליצה קודמת אף לזה אין כופין וכו'".

אך המהרלב"ח, הב"י בתשובה, ובספר משאת משה לא בארו כך את תשובת רב האי. כפי הנראה הטעם מפני שנקטו בפשיטות דלא כסברת התשב"ץ והר"י בן הרא"ש, אלא כסברת הריטב"א בתשובה שהביא הב"י סי' קסה שכתב "כי אע"פ שעל השבועה אתה בא לכופו, כיון שמחמת אותה כפייה הוא חלוץ, החליצה מעושית היא". ומתוך כך הוכרחו לבאר שמתשובת רב האי מוכח שאונס שאדם הביא על עצמו אינו נחשב כאונס.

אליבא דשיטת מהרי"ק חשוב לציין שני דברים.

א. חיוב הקנס והממון שהוטל על הבעל עקב סירובו לתת גט, נוצר בדרך המועילה על פי הדין, שאם לא כן הבעל רשאי להתנער מחיובו זה ולטעון שמאחר ואין בו תוקף, אין ממש בקבלת הקנס ולא יחשב כמביא על עצמו מרצונו את

והנחש הרי אלו אונסיין. אימתי, בזמן שבאו מאיליהן, אבל אם הולכין במקום גדודי חיות ולסטים, אין אלו אונסיין. ואפשר לחלק ולומר, דהתם הוא לענין חיוב הנזק שנתחייב בו מן הדין, והוא רוצה לפטור את עצמו מחמת האונס, וכיון שהוא גורם האונס, הרי הוא פושע וגורם האונס, ואין ראוי שיהיה פוטר אותו האונס ההוא. אבל בנדון זה, אף אם מתחלה פשע בהראות עצמו במקום הצחוק, אין זה מחייבו בחרם. וכשהמלך צוה עליו, וצחק מפני פקוח נפש, הרי עתה אונס הוא בשעת הצחוק, ולא חל עליו החרם.

בספר אבני נזר חלק אה"ע סי' רמה הביא מש"כ בספר ישועות ישראל לבאר כוונת הריב"ש לחלק בין אונס לפיקוח נפש, שבפיקוח נפש מחללים שבת גם אם הכניס עצמו בפשיעה למצב הסכנה, אך אינו נחשב אונס כשהביא עצמו למצב של אונס. האבני נזר דחה ביאור זה של הישועות ישראל, וכתב - "אף שדברי טעם הם, אין נראה שיהי' זה כוונת הריב"ש, שהרי כתב וכשהמלך צוה עליו וצחק מפני פיקוח נפש עתה אונס הוא. הנה שאחר שכתב מפני פיקוח נפש כתב הרי אונס הוא, הרי שמשום טענת אונס פוטר אותו".

מסקנת האבני נזר בביאור דברי הריב"ש היא שגם אם אדם הכניס עצמו מדעתו למצב של אונס, בסופו של דבר בעת היותו אונס, דינו כאונס, ולא כעושה ברצון, אך אין בכוחו של אונס כזה לפוטרו. וז"ל - "נהי דאונס כזה אינו פוטרו מפשיעה שבתחילה, מ"מ אינו בדין שיתחייב עליו ... בכל מקום דאמרינן אונס רחמנא פטרי, כל שסיבב לעצמו אונס, אין האונס פוטרו ... דכשהפטור מולנערה לא תעשה דבר דאז לא חשוב אונס בכה"ג ... בנוקין וכה"ג נעשה ההיזק, ע"כ מחוייב לשמור מתחילה שלא יעשה ההיזק, וכשלא נשמר לאו אונס".

ולפי דרכו באר האבני נזר שבנידון הריב"ש, דהנ"מ היא בשאלה האם יחשב כעובר על החרם באונס או ברצון, נידון כעובר באונס.

וכן בספר חלקת יואב דיני אונס ענף ה' הלך בדרכו של רבו האבני נזר, ודחה את ביאורו של הישועות ישראל, וקבע עפ"י דברי הריב"ש שאונס הבא מחמת מעשה שברצונו, יחשב כאונס, והגדיר את שיטת הריב"ש כדלהלן - "אונס הבא מחמת רצון, לא מיקרי לא אונס ולא רצון, ואינו פוטר ואינו מחייב".

ועפ"י זה כתב החלקת יואב - "בגט ומתנה שתולה רק בדעת הבעל והנותן, צריך רצון גדול, וע"כ לא מהני בהם רצון הבא מכח אונס".

ובזה מיושבת קושיית הגט מקושר, דשאני התם בתשובת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן שהאדם הנשבע מחוייב למנוע שיכנס למצב שבו הוא יהיה אונס שלא לקיים שבועתו, לדור במקום חמיו. ולענין זה, אם הכניס עצמו ברצונו למצב של אונס, הרי זה בניגוד לשבועתו. משא"כ לענין אם נחשב כרצון בעת האונס, לא יחשב כמי שעשה מעשה ברצון גם

כמוזנות אף שאינו מחוייב בהם על פי הדין, אמנם ניתן לגבות ממנו סכומים אלו, כשאינו נותן גט. אך אין להפעיל אמצעי כפיה שאותם הבעל לא קבל על עצמו, כגון כליאת הבעל עקב אי תשלום וכיוצ"ב.

האם אונס שהאדם הביא על עצמו יחשב כאונס

שורש המחלוקת בין הרשב"א למהרי"ק היא האם אונס שאדם הביא על עצמו גורם לו להחשב כאונס. מהרי"ק כתב "אין אונס אלא הבא לאדם מחמת אחרים וזולתו, לאפוקי זה שהביא האונס עליו". שיטה זו מיוסדת על ההנחה שאונס שהאדם הביא על עצמו מרצונו, אינו אונס, גם בסופו של דבר, כשהוא למעשה כבר אונס. לעומת זאת, דעת הרשב"א שיש לדונו כאונס, מאחר ולמעשה בעת הגירושין הבעל אונס, ודינו כאונס גם אם הוא בעצמו הביא את המצב לידי אונס, מ"מ ברגע הקובע, שהוא מועד סידור הגט, הבעל אונס.

מאחר ושאלה זו האם אונס שאדם הביא על עצמו נחשב כאונס היא שאלה עקרונית שיש לה נ"מ בנושאים שונים, עלינו לבחון דעת הפוסקים בשאלה זו.

אמנם לכאורה, מצינו בתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' רע"ב שכתב כסברת מהרי"ק, וז"ל - "ראובן נשא בתו של שמעון, ונשבע ראובן זה, לשמעון חמיו, על דעת רבים, שידור הוא ואשתו ה' שנים שלמות, בכל מקום שידור שם שמעון חמיו ... אבל הוא יהא רשאי לדור אצל אביו או אצל אמו, בכל שנה, ארבעה חדשים, ולא יותר, שלא ברשות חמיו. ובלבד שלא יעכבהו אונס הדרך, או אונס הגוף הניכר לדעת שני עדים כשרים. ולאחר שיעבור מכל האונס, יהא מוכרח לשוב לביתו מיד ... אני אומר דרך כלל, שאונס כשמו, ואין הרצון אונס. ואילו מסבב זה אונסיין לעצמו, כגון שסבב על ידו, או שלוחו, או שאחרים עושים על דעתו, שיהיו אדוני הארץ מאיימין אותו, ומשימין עליו קנס, אין זה אונס אלא רצון. וכן הדין לכל שאר האונסיין שאמרת. אבל אם מאיימים עליו, שלא בסיבתו ושלא מרצונו, ויש כח ביד האנס ההוא לאנסו, אין לך אונס גדול מזה".

ועיין בחלקת מחוקק סי' נ' ס"ק טז שהביא מתשובה זו. ואמנם בספר גט מקושר סג"ר אות לט סק"ג הקשה על הרשב"א שדן הגט כגט מעושה כשמגרש עקב אונס קנס שהביא על עצמו מתשובת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן הנזכר, וז"ל - "גם כאן שמעצמו נתחייב בקנס ומגרש להנצל מן הקנס למה יקרא אונס, וא"כ יש לתמוה דדבריו סתרי אהדדי".

אלא שהדברים מיושבים על פי מש"כ הריב"ש בתשובה סי' קעא במי שהכניס עצמו למצב שהמלך יאונס אותו למעשה האסור - מעשה צחוק, כלומר משחק, שגורו הקהל בחרם לאסרו, וכתב - "הרי זה כאותה ששנינו בפרק השוכר את הפועלים (צג:), לענין אונסיין, ששומר שכר פטור עליהן הליסטים הרי הוא אונס, הארי והדוב והנמר והברדלס

מקום לצרף שיטה זו לשיטת הרשב"א וסייעתו שחלקו על דברי מהרי"ק שדן את הבעל כמגרש מרצון לאחר שהכניס עצמו לאונס הממון מדעתו.

אמנם החלוקה יואב בסוף דבריו, העלה לחלק לענין זה בין אונס גוף שיחשב כאונס, גם אם הכניס עצמו לאונס זה מרצונו, ובין אונס ממון, וסיים "ולפי"ז הרבה יש להקל בקנס עצמו בממון אם לא יגרש את אשתו". אך דברים אלו מיוסדים על מש"כ לחלק בין אונס ממון ואונס גוף, עיי"ש, ודבריו אלו צ"ע. מה עוד שהחוקק לחילוק זה מכח דברי רבינו ירוחם נתיב כד סוף חלק א' שהכשיר גט במקרה שאשתו תפשה שטרי חובות ועי"ז נתן את הגט. אך כבר הבאנו במק"א מספר ברכת יוסף (להג"ר יוסף לנדא ז"ל) חלק אה"ע סי' פג שכתב שבדברי רבינו ירוחם אין מוזכר שכפו על הבעל לתת גט, אלא שהאשה תפסה שטרות שהיו לה טענות עליהם, והבעל מפני טעותו בהלכה סבר שהדין עמה והתפשר ונתן גט בהסכמה ללא כפייה, ועל כן לא התעוררה שאלת גט מעושה אלא שאלת גט מוטעה בלבד. וסיים הברכת יוסף - "יהי איך שיהי" כוונתו של רבינו ירוחם, העיקר הוא כמו שהסכימו כמעט כל הפוסקים, דאונס ממון הוא אונס לגבי גט. והיכא שידוע באונסו, לא מהני ביטול מודעא לגבי גט".

ובשו"ת צמח צדק חלק אה"ע סי' רסב סק"ג, לא נחית לביאור הנ"ל בדברי רבינו ירוחם, אך כתב - "כיון דהסכמת כל הפוסקים דאונס ממון חשוב אונס, כמו שקבצם מהר"ר בצלאל אשכנזי סי' טז הביאו המכתב מאליהו שער ז' סי' יט והוסיף עליהם ופסק כן, חלילה לזו מזה. וגם כי אמרו חז"ל אם נאמר בכל נפשך למה נאמר בכל מאורך, משום שיש לך אדם שממונו חביב עליו מגופו. א"כ לא יפלא אם אונס ממון חשוב אונס אף בסתם בני אדם. ומ"מ זה דוקא באונס ממון רב, אבל בממון מועט לא שייך לומר דחשוב אונס". על כן קשה לקבל את מסקנת החלוקה יואב הנוכרת, ומסקנת הדברים היא שדברי הריב"ש הם חיוזוק נוסף לשיטת הרשב"א כנגד שיטת מהרי"ק.

שיטת הריטב"א

שיטת הריטב"א טעונה בירור. נקדים ונציין שהפוסקים ובראשם הרמ"א, נתנו לשיטה זו משקל רב בהכרעת ההלכה במחלוקת הרשב"א ומהרי"ק. עיין בדרכי משה סי' קלד סק"ז, ובדבריו בשו"ע סעיף ד'. הרמ"א הביא את שיטת המקילין במי שקנס עצמו אם לא יתן גט כדעה ראשונה ואת דעת הרשב"א בשם "ויש מחמירין", ובמסקנתו לדינא פסק - "טוב לחוש לכתחילה ולפטר מן הקנס. אבל אם כבר גירש מפני זה, ואפילו גירש מכח שבועה שעשה מעצמו לגרש, הגט כשר, הואיל ומתחלה לא אנסוהו על כך". הרמ"א פסק כך מפני שסבר שהריטב"א מסכים עם סברת מהרי"ק, וכמ"ש האבני נור אה"ע סי' ח'.

על מנת לברר את שיטת הריטב"א, עלינו לעיין בדבריו בשתי תשובות ובכמה מקומות בחידושי.

אם קודם לכן הביא האונס על עצמו. וגם בנידון החלוקה מחוקק (בסי' נ' הנזכר לעיל) איירי במי שפוסק על בתו, שהכל תלוי בדעת בני אדם, ואין דעת בני אדם להתייחס לאונס שהכניס עצמו לתוכו כאונס. משא"כ בשאלת הגדרת המעשה לכשעצמו, כל עוד המעשה נעשה באונס, לא ניתן להחשיבו כמעשה ברצון.

בספר היוכל שיצא לכבודו של הג"ר שמעון שקאפ ז"ל (דף צו) כתב הג"ר ישראל זאב גוסטמן ז"ל בשם רבו הגרש"ש ז"ל, חז"ל - "ביאר מו"ר שליט"א בשיעורו בישיבה, דהא דפטר התורה אונס, שני טעמים בזה. א) רחמנא חס עליה דהא לא פשע. ב) דאונס מגרע מעשה האדם. והוכיח זה מהא דאיתא במסכת ע"ז נ"ד דנעבד באונס מותר משום דאונס רחמנא פטריה, מולנערה לא תעשה דבר. אע"ג שאין איסור הנעבד תלוי במה שמחוייב העובד, מיתה בפועל. ואי נימא שמעשה ע"ז יש כאן אמאי לא נאסר, אלמא שאונס מגרע המעשה ולא מיקרי מעשה עבודה זרה. ... ובוזה נראה לי דהיכא דהוא גרם לעצמו והכניס את עצמו בזה האונס, טעם הראשון לא שייך בזה דהא פשע, אבל טעם השני שייך נמי הכא, דנהי דפשע מתחילה, אבל מ"מ המעשה נעשה באונס ויש כאן גירעון המעשה. ולכן בנזקי ממונו דלא שייך התם גרעון במעשה שורו ואין אנו צריכין אלא לפשיעתו ופשיעה יש כאן, משום הכי חייב. ... וזה לדעתי כוונת הריב"ש שם". ועיין בחי' רבי שמעון יהודה הכהן עמ"ס כתובות סי' נ'.

ובספר מצפה איתן (להג"ר אריה ליב ברוידא ז"ל) סי' מא הביא ראייה שיחשב כאונס, חז"ל - "בגוף הדבר באונס שהביא על עצמו אי חשיב אונס יש להביא ראייה לענ"ד משבת דף ד' ע"א, דבעי התם רב ביבי בר אביי הדביק פת בתנור מהו, התיירו לו לרדות קודם שיבא לידי איסור סקילה או לא ... והא הכא בהדביק פת שהוא ידע מקודם שאחר כך לא יהיו מניחין לרדותה והוא הדביק את הפת, הא הכניס את עצמו לתוך האונס, ומ"מ פטרינן ליה מסקילה דחשבינן ליה לאונס, אלמא בכל כה"ג אזלינן בתר השתא, והיא ראייה נכונה לדעתו".

וכן בספר דרוש וחידוש רע"א כתובות דף ג': (במש"כ הג"ר שלמה איגר) כתב חז"ל - "אף דבכל מקום אסור להביא עצמו לידי אונס ... סוף סוף תעבור רק באונס", עיי"ש שכתב כדבר פשוט בביאור תוס' בסוגיא שם "לידרוש להו דאונס שרי", שאדם שהכניס עצמו מרצונו למצב של אונס, יחשב כאונס, מפני שבסופו של דבר ברגע הקובע הוא אונס, אלא שאסור לו להכניס עצמו למצב כזה.

העולה מדברי הפוסקים שהבאנו, שמצד אחד אסור לאדם להכניס עצמו למצב שיעבור עבירה באונס, אבל אם עבר והכניס עצמו נחשב כאונס, ושיטה זו מתאימה לדרכו של הרשב"א.

על כן לפי מש"כ אבני נור וחלוקת יואב בביאור שיטת הריב"ש, וכן לפי מש"כ הג"ר שלמה איגר והמצפה איתן, יש

מהשבועה ומצד אונס השבועה חשש על עצמו, לפיכך לא יפסל הגט, דלא הוי אונס. אבל גבי החליצה שהכפייה היתה על ידי בית דין, אע"ג דהוי הכפייה שיקיים שבועתו, מ"מ מחמת הכפייה הוא חולץ, והו"ל חליצה מעושה ופסולה", עכ"ל. ועי"ש שכתב שמהרי"ק שלא חשש שיחשב לאונס מחמת הממון שאצל השליש, מוכח שהוא חולק על הריטב"א, דהרי לא חשש שיחשב אונס, מאחר והוא הביאו על עצמו, אע"ג שבסופו של דבר האונס בא מבחוץ דהיינו מחמת השליש שאינו מחזיר לו את כספו, ובוזה אליבא דשיטת הריטב"א יחשב אונס.

לפי דרכם של הרב מקור ברוך והרב פרח מטה אהרן, הדברים ברורים בשיטת הריטב"א שאם הבעל מסרב לתת גט וכפו אותו לגרש ולקיים שבועתו, הגט בטל. ומאידך, כשמתחילה ועד סוף הבעל מודיע על רצונו לתת גט, אין לחוש לזונו כאונס מחמת השבועה, מפני שהוא הביא אותה על עצמו.

אך יש מקום לברר מהי דעת הריטב"א במצב ביניים. כשמצד אחד לא הופעלו כנגד הבעל אמצעי כפייה על ידי אחרים, אך למעשה הגט ניתן עקב אילוץ השבועה. כגון במי שנשבע לגרש, ובטרם הגירושין הבעל מודיע שמצד עצמו הוא אינו מעוניין לגרש את אשתו, ורק עקב שבועתו הוא נאלץ לתת גט. האם גם במקרה כזה יאמר הריטב"א שאין לחוש מפני שהבעל הביא על עצמו את השבועה, או שמקרה כזה גרע מהנידון בתשובה השניה של הריטב"א, מכיון שלמעשה הבעל אומר שאינו רוצה לתת גט, והכל ניתן עקב אילוץ מפני השבועה.

ומצינו שנחלקו אחרונים בביאור דעת הריטב"א, ודבריהם יובאו להלן. אך נקדים את דברי הריטב"א בחידושו על הש"ס.

בחידושי הריטב"א במסכת קידושין דף נ. כתב בלשון זו – "במעושה שלא כדן שאע"פ שאמר רוצה אני, כיון שהוא אונס מתחילתו בגופו או בממונו או בנידוי וחרם ושבועה פסול. ואפילו נתנו לו ממון גדול עד שאמר רוצה אני, ולא אמרינן דאגב דארצי זוזי גמר ומגרש. ואפילו ביטל כל מודעות שמסר לא מהני עד שיבטלם ברצון נפשו, ולא אשתמודענא ביה שום אונסא, וכן קבלתי מפי מורי רבינו נר"ו".

נראה מלשונו שכלל בחדא מחתא "אונס מתחילתו בגופו או בממונו או בנידוי וחרם", עם אונס שבועה. משמע דומיא דאונס בגופו ובממונו, שהם האונסים אותו, וכן הנידוי והחרם אונסים אותו, כך השבועה בלבד היא מצד עצמה אונסת אותו. אך לא מפני שהופעלו אמצעי כפייה אחרים בגופו או בממונו לכופו על שבועתו. שאם כוונת הריטב"א לדון את הגט כמעושה מצד אמצעי הכפייה שנקטו לאכופו עליו לקיים את שבועתו, לא היה מקום להכניס את השבועה בחדא מחתא עם כפייה בגופו בממונו שהם גופא כופים לגרש, משא"כ בשבועה שהיא מצד עצמה אינה כופה אותו

בב"י סי' קסה הביא מתשובת הריטב"א סי' קעח שכתב – "שאלת על יבם שנשבע לחלוץ ליבמתו ליום ידוע אם כופין אותו לחלוץ. תשובה הא ודאי למאן דסבר דחליצה מעושה לא כדן פסולה, ואפילו למאן דאמר מצות חליצה קודמת אף לזה אין כופין. כי אע"פ שעל השבועה אתה בא לכופו כיון שמחמת אותה כפייה הוא חולץ החליצה מעושה היא".

ובסי' קנד הביא הב"י מתשובת הריטב"א סי' צו, וז"ל – "על איש שנשבע לגרש את אשתו וגירשה קודם שיתירו לו, ואח"כ היה מערער לפסול הגט מפני כך. והשיב זו אינה טענה לפסול הגט בדיעבד, שלא מצינו שיהא חשוב אונס בגט אלא באונס שבא לו שלא מעצמו, אבל שבועה זו הוא הביאה על עצמו שהרי מרצון עצמו חייב עצמו בשבועה לגרש לפי שגמר דעתו לגרש עכ"פ ונשבע לזרוזי נפשיה. ואם נתחרט אחר שבועה ואינו מגרש אלא מחמתה היה לו לבקש צד להיות נקי משבועתו או לגלות דעתו למסור מודעא בכך. ומה שכתב ה"ר פרץ שצריך שיתירו לו וכו', לפי דעתי לא כתב אלא שצריך כן לכתחילה לעשות גירושין ברורים, לא שיהא פוסל הגט בזה בדיעבד, וכמו שכתב שם בהלכות ההם דברים הרבה דרך חומרא".

לכאורה היה מקום לטעון ששתי תשובות הנ"ל אינן עולות בקנה אחד, מאחר שבתשובה אחת הריטב"א קבע שחיובו לקיים שבועתו, גורם לחליצה להחשב כחליצה מעושה. ובתשובה השניה כתב שלא לחוש לגט מעושה מפני "שבועה זו הוא הביאה על עצמו, שהרי מרצון עצמו חייב עצמו בשבועה לגרש לפי שגמר דעתו לגרש".

אך מעיון בדברי הריטב"א עולה שאין סתירה בין התשובות. בראשונה, הנידון כשכופין אותו לחלוץ מחמת שבועתו, וכפי המבואר בלשון השאלה – "ואשר שאלת על יבם שנשבע לחלוץ ליבמתו ליום ידוע, אם כופין אותו לחלוץ לקיים שבועתו". לעומת זאת בתשובה השניה, הנידון הוא שהבעל אינו מגלה דעתו שאינו רוצה בגירושין, שהרי כתב "ואם נתחרט אחר שבועה, ואינו מגרש אלא מחמתה, היה לו לבקש צד להיות נקי משבועתו או לגלות דעתו או למסור מודעא בכך", משמע שבאותו נידון הבעל לא חזר בו מרצונו לתת גט.

וכן בספר מקור ברוך (להג"ר ברוך קלעי ז"ל) כתב בישוב שתי תשובות אלו, וז"ל – "ויש לחלק שלא יהיו דברי הריטב"א זלה"ה סתרי אהדדי ... דשאני התם דלא כפו אותו בשום דבר, אלא מעצמו גרש, אין לומר דאונס היה לגרש מצד שבועתו. אבל הכא דהוא אינו רוצה לגרש וכופין אותו שיחלוץ, אע"פ שאומר רוצה אני, הרי גילה דעתו שמצד אונסו אומר כן".

וכן בספר פרח מטה אהרן ח"ב סי' מח כתב – "אפשר לחלק בין שתי תשובות הללו, דבשלמא גבי אותה שבועה שנשבע לגרש, כיון שהגירושין שגירש הוא חשש על עצמו כדי שלא לעבור על שבועתו, נמצא הוא עצמו הביא האונס

מגרש, הגט כשר. ולא משמע כן מדבריו המובאים בספר אסיפת זקנים לדף ס"א. דהיינו בספר דברי אמת פרש את תשובת ריטב"א עפ"י דברי הריטב"א בחידושו למסכת ב"מ. וכן מהר"י בן לב בתשובה חלק ג' סי' נד כתב – "הריטב"א כתב בתשובת שאלה, שאפילו מי שנשבע לחלוץ ויש לו אשה ובנים, אפילו הכי אין כופין אותו לחלוץ. איברא דאפשר לומר דאין מביאין ראייה מדבריו, לפי שהוא ז"ל סבור כפי מה שנראה מתוך דבריו, דאפילו האונס שמביא האדם על עצמו קרוי אונס", עכ"ל. ובהכרח שמהריב"ל פרש את שמש"כ הריטב"א בתשובה השניה, שאונס שהביא על עצמו אינו אונס, היינו כשנותן ברצונו גם לולי השבועה, וקמ"ל שלא לדונו כאונס מפני שלמעשה גם קיימת שבועה, שהיא כופה אותו לתת גט, דמסתמא גמר בלבו לגרשה, כמו שחזינן ממה שאף בתחילה חיזק הדבר בשבועה, ואינו דומה למי שאנו רואים שחזר בו מרצונו לתת גט ונאלצו לכופו על שבועתו.

הדברים מתבארים היטב עפ"י סברת הריטב"א במסכת קידושין דף נ. שכתב "ומסתברא לי דבשלמא כדן, הוה דברים שבלבו, דהא אפשר דכיון דאניס כדן דגמר ומגרש, ואי לא גמר בליביה, דברים שבלבו הם ואינם דברים. אבל כשהוא מעושה בעכו"ם, א"נ בישראל שלא כדן, אנן סהדי שהוא אונס מתחילה ועד סוף והוה להו דברים שבלבו ובלב כל אדם דהוה דברים", עכ"ל.

ובספר ברוך טעם להגר"ר ברוך תאומים פרענקיל ז"ל (בשער הכולל, בסופו) כתב לבאר את שיטת הרמב"ם בפ"ב מגירושין ה"כ, הידועה, עפ"י דברי הריטב"א, וכתב – "הא דאונס מבטל המעשה, אף דבכל מקום אמרינן דברים שבלב אינם דברים, הטעם דכיון דהוא אונס הוה כמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו דכל הרואה ושומע יודע שאין לבו של זה לעשות המעשה, ובכה"ג דברים שבלב דברים. וממילא כשיש מקום לומר, אף דרך ספק, דלמא גמר בלבו לעשות זה ברצון שלם, אף אם אין כן בלבו, הוה מחשבה זו כדברים שבלב שאין מחשבתו ניכרת מתוך המעשה שהמעשה קיים", עכ"ל.

ולפי זה, מדינא אונס שאדם הביא על עצמו יחשב כאונס, מפני שעכ"פ אנו רואים שכעת הוא אונס לתת גט, אך הדבר כן רק כשאנו רואים בבירור שהוא כעת אונס. אבל כשאין הדבר ברור שהוא אכן כפוי מחמת אונס זה, אנו אומרים אדרבה דברים שבלב אינם דברים ומסתמא אינו אונס, שהרי הוא הביא זאת על עצמו, ומסתמא גמר ומגרש. ולפי זה דברי הריטב"א שכתב "שלא מצינו שיהא חשוב אונס בגט אלא באונס שבא לו שלא מעצמו, אבל שבועה זו הוא הביאה על עצמו שהרי מרצון עצמו חייב עצמו בשבועה לגרש לפי שגמר דעתו לגרש עכ"פ", הדברים יתפרשו כסברא באומדנא לתלות שאינו כפוי לתת גט, שהרי הכפייה נוצרה ממעשיו שלו. אבל כשאין אומדנא כזו, לאחר שהוא עומד ומודיע שאינו רוצה לתת גט, אם יכפוהו לגרש דינו כאונס.

לגרש. (ומה שנכתב בביאור שיטת הריטב"א, בהערות לחי' הריטב"א הוצאת מוסד הרב קוק, הן בהערות לריטב"א בקידושין והן בהערות לחי' הריטב"א ב"מ שיובא להלן, לחלק בין נשבע מעצמו להשביעוהו אחרים, אינו נראה, ואין אחיזה לחילוק זה בדברי הריטב"א).

וכן בחידושי הריטב"א (החדשים) עמ"ס מסכת בבא מציעא דף סא. (הובא בשטמ"ק). ח"ל - "מחילה באונס לא מהניא, ולפיכך אלו שמשביעין את הלוח בשעת הלואה שיעשו להם מחילה לאחר הפרעון, כי עבדי לה נמי לא מהני, דמחמת אונס השבועה הוא דעבדי לה, אלא א"כ מודים על עצמם שמוחלין בלב שלם ואפילו שלא מחמת שבועה. וכן הנשבע לתת מתנה לחברו ובשעת המתנה מוסר מודעא כי מפני חיוב השבועה הוא שעושה קרוב הדבר שאין מתנתו כלום. שזה כמסירת מודעא וגלוי דעתא שנותן באונס. ואין צריך לומר דבגט כיוצא בזה פסול". (דברי הריטב"א הובאו בשטמ"ק וכן הובאו בקצרה בב"י הלכות רבית סי' קס בבדק הבית, וכן בבית יוסף חו"מ סוף סי' רה בבדק הבית).

הרי מבואר בדברי הריטב"א, שלא יחשב כאונס רק אם "מודים על עצמם שמוחלין בלב שלם ואפילו שלא מחמת שבועה". ואם הבעל הנשבע לתת גט מגלה דעתו שנותן הגט רק עקב אילוץ השבועה, הגט בטל, אף שמלכתחילה הבעל הביא את השבועה על עצמו מרצונו. ומשמע שאין צורך בנוסח מיוחד של מסירת מודעא, אלא די שאינו מודה בלב שלם שנותן את הגט בלב שלם אלא נותנו עקב השבועה. ולפי זה מש"כ הריטב"א בתשובה הנזכרת "או לגלות דעתו או למסור מודעא בכך". היינו שדינו כאונס גם בלא מסירת מודעא אלא רק בגילוי דעתו בלבד.

והנה בתשובת מהרלב"ח סי' קכד כתב בדעת הריטב"א שאינו נידון כאונס אלא אם הופעלו אמצעי כפיה חיצוניים, דהיינו אדם אחר שכפה אותו בגופו או בממונו לתת גט ולכופו על שבועתו. ח"ל מהרלב"ח – "כפי הנראה מהטעם שכתב הריטב"א ז"ל, והוא דלא חשיב אונס בגט אלא האונס שבא למגרש שלא מחמת עצמו וכו', אם כן אין חילוק ואפילו שיגלה דעתו שמחמת הנדר או השבועה הוא דגירש הגט כשר. ומה שכתב זכרוננו לברכה או לגלות דעתו, כתבו לרווחא דמילתא בנושא שלפנינו לומר שאותה הטענה היתה בטלה בכל מכל שם".

אך מהרח"ש בקונטרס המודעא והאונס דחה דברי מהרלב"ח, ח"ל "לפי דבריו אלו חולק על הרשב"א ז"ל. אמנם כפי קוצר דעתי לא נהירא, דמלבד דפירוש זה הוא דחוק בדברי הריטב"א, מסתברא לן לומר כדכתיבנא, כדי שלא יחלוק הריטב"א ז"ל על רבו הרשב"א ז"ל". לדעת מהרח"ש אליבא דהריטב"א יש לחלק בין אם הבעל התחרט מרצונו לתת גט ובין שעומד ברצונו. וכן בספר דברי אמת (קונטרס) יא בענין גיטין סי' ב' כתב - "וראייתי להרלב"ח סי' קכ"ד רצה לומר שדעת הריטב"א אף בגילה דעתו שמפני השבועה

יצחקי ז"ל שפרש את דברי הריטב"א כדעת הסוברים דסגי בגילוי דעתו שמגרש מפני השבועה כדי שיחשב כאונס. אך הג"ר אברהם זאבי ז"ל (מחבר הספר אורים גדולים) בלמוד פז דחה דבריו, וכתב בביאור שיטת הריטב"א כדלהלן - "הריטב"א סיים וכתב ואם נתחרט אחר השבועה ואינו מגרש אלא מחמתה היה לו לבקש צד להיות נקי משבועתו או לגלות דעתו למסור מודעא בכך, הרי שכתב בפירושו דגילוי דעת יהא במסירת מודעא דווקא, אפילו שנתחרט מהאונס שהביא על עצמו ואינו רוצה לגרש, כל כמה דלא מסר מודעא לאו כלום הוא אע"ג דאנן ידעינן באונסיה".

וכן בתשובת אגודת אזור אה"ע סי' יט באר שדעת הריטב"א כשיטת מהרי"ק, וכפי שנקט בספר דרכי משה, ועפ"י דרכו של מהרלב"ח. ופרש כך את שיטת הריטב"א לפי הנוסחא שהביא הב"י סי' קנד "לגלות דעתו למסור מודעא". דהיינו דוקא מסירת מודעא. ומזה הוכיח שבלא מסירת מודעא אין ביטול הגט למרות שגילה דעתו שהוא אונס.

אך יש להעיר שבמקור הדין בתשובות הריטב"א סי' צו (כפי שבשו"ת הריטב"א מהדורת מוסד הרב קוק) הנוסח הוא "לגלות דעתו או למסור מודעא". וכן הנוסח בתשובת הריטב"א שהביא מהרלב"ח סי' קכד ומהר"ח"ש קונטרס המודעא והאונס. ומבואר שאין צורך יותר מגילוי דעת שמגרש מפני השבועה כדי שיחשב כגט מעושה שלא כדין. ואילו הריטב"א סבר כמהרי"ק, אין ריעותא בכך שיגלה דעתו שמגרש מפני השבועה, שהרי נשבע מדעתו, ואין כאן גילוי דעת על אונס.

מסקנת הדברים היא שלפי דעת מהר"ח"ש, ספר דברי אמת, מהריב"ל, הג"ר אברהם יצחקי ז"ל שבתשובת אורים גדולים, ספר מצפה איתן והאבני נזר, שיטת הריטב"א תתפרש כדלהלן, אם הבעל נשבע מרצונו לתת גט, והוא עומד ברצונו זה מתחילה ועד סוף, אין לחוש אף שהשבועה עומדת במקומה. מאחר ולמעשה הבעל נותן את הגט מרצונו, השבועה מצד עצמה אינה יכולה להחשב ככפיה, כל עוד הבעל לא חזר בו מרצונו לתת גט. אבל אם לאחר שנשבע, חזר בו ואינו רוצה לתת גט, הגט בטל, מאחר שהרצון שהיה בעת השבועה כבר אינו קיים בעת הגירושין. ק"ו אם יכפוהו על שבועתו, אף אם יתן את הגט תוך אמירת רוצה אני, יחשב כאונס. וזאת מפני שהריטב"א אינו מסכים לסברת מהרי"ק שאונס שאדם קבל על עצמו לא יחשב כאונס. על כן די בגילוי דעת שחזר בו מרצונו הקודם כדי להחשיבו כנותן גט שלא מרצונו.

דרך זו מיושבת היטב עפ"י הנוסח במקור תשובת הריטב"א, ועפ"י דברי הריטב"א בחידושו למסכת ב"מ ולמסכת קידושין.

אבל לדעת מהרלב"ח, ספר אורים גדולים ותשובת אגודת אזור אין הבעל נחשב כאונס כל עוד לא מסר מודעא על אונסו. אבל אם הבעל אמר שאינו רוצה לתת גט, אלא נותנו עקב אילוץ השבועה, לית לן בה.

וכן באר בספר מצפה אריה (להג"ר אריה ליב ברוידא ז"ל) סי' מא, ובתחילת דבריו כתב לברר את דברי הריטב"א בתשובה שהביא הב"י סי' קנ"ד, וז"ל - "והנה הלשון של הריטב"א ז"ל הוא קצת מגומגם. שמתחילת דבריו משמע דכל שהאונס בא לו על ידי עצמו לא הוי אונס. ומסוף דבריו מוכח דעיקר טעמו הוא דתלינן דאינו מגרש כלל מחמת שבועתו, רק ברצון גמור הוא מגרש, מדלא התיר שבועתו וגם לא מסר מודעא, ומתוך דבריו אלו משמע דאילו הוי ידעינן דמגרש רק מחמת השבועה לא היה הגט כשר לדעתו ז"ל".

ובישוב דברי הריטב"א הביא מדבריו בחי' לב"מ שמהם נראה דס"ל שאונס שאדם הביא על עצמו יחשב כאונס, וכמ"ש ספר דברי אמת, והוסיף - "דע"כ צריך לחלק להריטב"א ז"ל בין היכי שנתחרט על מה שנשבע והוא מגרש רק מחמת השבועה דאז חשיב אונס. אבל היכי דאינו מתחרט כלל, וברצון גמור הוא מגרש שפיר כשר. ולהכי סיים דאילו נתחרט היה לו לבקש צד להיות נקי משבועתו".

וכן מצאתי שהאבני נזר הבין דברי הריטב"א דס"ל כשיטת הרשב"א ולא כמהרי"ק.

וז"ל האבני נזר חלק אה"ע סי' ח' (וכן בחלק חו"מ סי' קלח) - "כתב בד"מ שכן כתב מהרי"ק בשורש ס"ג דכל ששיעבד עצמו בקנס לא מקרי אונס הואיל ועשה מרצון נפשו, וכן הוא בתשובת הריטב"א שאכתוב בסמוך, עד כאן... ובוודאי כוונתו לתשובת ריטב"א שהביא ב"י סי' קנ"ד בנשבע לגרש וגירשה קודם שיתירה לו דלא חשוב אונס הואיל שבועה זו היא הביאה על עצמו, ואם נתחרט הוי לו לבקש צד להיות נקי משבועה או לגלות דעתו למסור מודעא עכ"ל. ועפ"י זה כתב רמ"א בשם הריטב"א דאפי' גירש מכח השבועה הגט כשר, והבין הרמ"א דמ"ש הריטב"א הוי לו לגלות דעתו למסור מודעא, היינו מודעא ממש שיאמר שאונס הוא ואינו נותן מרצונו. אך בשטמ"ק ב"מ (ס"א ע"א) בשם ריטב"א, וז"ל הנותן מתנה לחבירו ובשעת המתנה מוסר מודעא כי מפני חיוב השבועה הוא שעושה קרוב הדבר שאין מתנתו כלום ואצ"ל דבגט כיוצא בו פסול הריטב"א עכ"ל. הרי דאף שאינו מודעא ממש שהוא אונס, רק שאומר שעושה כן מחמת השבועה פסול. וזה היפוך דברי רמ"א בשמו שאם גירש מחמת השבועה כשר. ולפנינו בריטב"א שבשטמ"ק שפסול, וזה כוונת דבריו בתשובה ג"כ לגלות דעתו למסור מודעא. ואם היתה מודעא ממש אין זה גילוי דעת רק דיבור שלם. אך כוונת דבריו ג"כ כמ"ש השטמ"ק בשמו שאומר שמגרש מחמת השבועה, וזה גילוי דעת שהוא אונס. ולפי זה דברי ריטב"א הם ממש כמ"ש רשב"א בתשובה, שאם לא היה רוצה לגרש והללו מתרין בו מצד הקנס ומחמת יראה זו גירש פסול".

אך כאמור המהרלב"ח פרש אחרת את שיטת הריטב"א. וכן בספר אורים גדולים סי' פו הביא מתשובת הג"ר אברהם

הרי הוא כנותן מתנה, אלא שמתנה שאם יגרש יחזרו ליתן לו מתנה, והרי זה כמקבל ממון דעלמא, ואין זה דומה לאונס. ... מכל מקום מצד דברי הר"ף בעצמם שחלק בין שבועה לעירבון צריך לחלק החלוק שאמרתי. ועיי"ש במש"כ במסקנתו לעניין עירבון.

וע"ע בתשובות מהרש"ך חלק א' סי' טז שכתב כסברא שניה שכתב רבינו בצלאל אשכנזי.

הגבלת ההיתר רק בקנס שהבעל יכול לעמוד בתשלום

מצינו בדברי הב"י בתשובה ובדברי הרמ"א שהוסיפו ביאור אחר בשיטת ר"פ.

בספר אבקת רוכל סי' קעז (וכן בשו"ת בית יוסף דיני גירושין סי' ג') כתב הב"י - "עד כאן לא אמר רבינו פרץ אלא בנשבע, אבל בנודר ואוסר עליו דבר פלוני אם לא יגרש, אין צריך שיתירו לו. וטעמא דהא איכא לפלוגי בנייהו. שמי שנשבע אם לא יתירו לו, אין לו צד לקיים שבועתו אם לא יגרש. אבל הנודר ואוסר עליו דבר פלוני אם לא יגרש, הרי אפשר לקיים לו נדרו אעפ"י שלא יגרש. ויש הוכחה בדברי רבינו פרץ ממה שלא הצריך התרה אלא לנשבע ולא להזכיר נודר. ועוד שכתב, אך עירבון יתן אם ירצה שאין זה דומה לאונס עכ"ל, והטעם הוא משום דכיון דבידו להפסיד העירבון ולא יגרש, אין זה דומה לאונס."

הרמ"א בסי' קלד סעיף ד' כתב - "אם קבל עליו קנסות אם לא יגרש, לא מקרי אונס, מאחר דתלה גיטו בדבר אחר, ויוכל ליתן הקנסות ולא לגרש". ולאחר מכן הביא דעת הרשב"א בשם יש אומרים.

ובביאור דברי הרמ"א כתב בתשובת אגודת אזור (הנוזכר) סי' יט סק"ז - "בזה יובן דברי הרב בהגה"ה דנסיב טעמא דלא חשיב אונס משום שיכול ליתן הקנסות ולא יגרש וכו'. ובמהרי"ק ובהרב מימון בעל דעה זו ליתא להאי טעמא, רק שהטעם הוא מפני שהוא בעצמו הביא עליו האונס. משום דלדעת הר"פ שהביא המחבר, בנשבע לגרש דחשיב אונס, אע"פ שהוא עצמו הביא עליו האונס, מוכח דליתא לטעמא דמהרי"ק בזה. מיהו מדכתב הר"פ דאך עירבון יתן וכו' מוכח דמ"מ גבי אונס ממון ס"ל להר"פ ג"כ כמהרי"ק בדינא, אך לא מטעמא דידי, אלא משום דיכול ליתן הקנס ולא יגרש. ואע"ג דאונס ממון נמי חשיב אונס, מ"מ הכא שהוא עצמו הביא האונס עליו, והאונס הוא כדון, לא חשיב אונס. ואולי יש לכיון גם דעת מהרי"ק לזה, עכ"ל.

דהיינו לדעת ר"פ, באונס ממון שהאדם הביא על עצמו, לא יחשב אונס רק במקרה שהוא יכול לעמוד בכך שלא יגרש ויתן את הממון, ובנסיבות אלו גם אם בסופו של דבר, הבעל העדיף לתת גט, לא יחשב כאונס.

על כן מאחר והב"י בתשובה פרש בדרך זו את שיטת ר"פ, והרמ"א נקט כסברא זו להלכה, הרי שבמקרה שידוע שאין ברשותו של הבעל סכום כסף לשלם את הקנס ולהמנע מגירושין, אין מקום לקולא אף לדעת הרמ"א.

הנותן עירבון להבטיח את הגירושין - שיטת רבינו פרץ

הטור סי' קנד כתב - "אם נשבע הבעל ליתן גט צריך שיתירו לו קודם שלא יהא דומה לאונס, אך עירבון יתן אם ירצה שאין זה דומה לאונס", הלכה זו הביאו משם רבינו פרץ. וכן פסק השו"ע סי' קלד ס"ד.

מקור הלכה זו בהגהות רבינו פרץ לסמ"ק (מצוה קפד) שכתב "אם נשבע האיש ליתן הגט, צריך שיתירו לו קודם שיתן, שלא יהיה דומה לאונס. אך ערבות יתן אם ירצה, שאין זה דומה לאונס".

בתשב"ץ ח"ב סי' סח הביא מדברי ר"פ, וסבר ששיטה זו מתפרשת עפ"י סברת מהרי"ק. וז"ל - "מדברי הרב ז"ל שכתב שנתנת עירבון לא הויא אונס, למדנו שהמחייב עצמו ממון אם לא יגרש וגרש שאין זה אונס. וא"כ האומר אתן למלך מאה זהובים אם לא אגרש אשתי מגרש ואין חשש בדבר, שכיון שמעצמו נתחייב בזה ברצונו הוא מגרש".

בשו"ת רבינו בצלאל אשכנזי סי' טו הקשה מתשובת הרשב"א הנוכרת על הלכה זו שיכול לתת עירבון, וכתב - "תשובתך שניא היא דההיא דהרשב"א ז"ל איימו הגזבר ונכנס העובד כוכבים באמצע ומחמתו גירש, ואילו לא היה מתחרט ראובן והיה מגרש לא היינו חוששין לומר דמחמת יראת הקנס קא מגרש, וההיא דהר"ף ז"ל מיירי בשנתן העירבון וגירש מדעתו. וס"ל להר"ף ז"ל דלא חיישינן דמחמת העירבון שלא יפסידנו הוא דגירש. אי נמי שניא עירבון דמאחר שאינה בידו, כמקבל ממון דמי ולא כניצל מהפסד ממון".

הדרך הראשונה שכתב רבינו בצלאל אשכנזי תואמת לסברת האחרונים שהובאו לעיל ובארו את דעת הרשב"א דאיירי דוקא שאנו רואים שהבעל התחרט מרצונו לתת גט. ולפי דרכו השנייה יש חילוק בין ממון שכבר אינו נמצא ביד הבעל, לממון שעדיין ברשותו ולא נלקח ממנו, אך צפוי להפסידו אם לא יתן גט.

וכן בשו"ת ראנ"ח סי' סג כתב לחלק בין דינו של הרשב"א לדינו של רבינו פרץ, וז"ל - "אין ענין לזו עם ההיא דהרשב"א כלל, וההיא דהרשב"א לא דמיא אלא לשכ"ו שאף הר"ף מחמיר בה. שהרי בנדון דהרשב"א לא נתן עירבון כלל ולא זכה אחר בממון ההוא, אלא העמיד עליו קנס כדי לגרש, ואם לא היה מגרשה היו תובעין ממנו וממון והיה נפסד בכך, ואונס תביעת הממון רביע עליה, והרי זה כאונס השבועה, והילכך לא הוי גט, דלא דמי כלל לההיא דעירבון כלל. וכן מוכיח מתוך תשובת הרשב"א עצמה, שכתב ואם נפשך לומר דתליוה וזבין הוא זה דכיון שקבל על עצמו מדעתו בקנס אלף דינרין ובנתנת הגט הוא מרויח ממון זה שקבל על עצמו מדעתו בלא אונס הרי הוא כמקבל ממון דעלמא, לא היא, שאין זה כמקבל ממון אלא כמפסיד ממון. מעתה אחר שאין זה כמקבל ממון אלא כמפסיד ממון לא דמי לההיא דעירבון, דכיון שנתן הממון כבר אינו אלא כמקבל ממון דעלמא ואפשר לומר שמשעה שנתן העירבון

הכרעת ההלכה

הרמ"א בדרכי משה סי' קלד סק"ז סבר שאם הבעל הסכים לתשלום קנס כשלא יתן גט נחלקו ראשונים, ולפי דרכו לדעת רוב הפוסקים אין לחוש לגט מעושה שלא כדין מפני שהבעל מרצונו הסכים לקנס זה, ורק הרשב"א בתשובה (ח"ד סי' מ') מחמיר, ועל כן בשו"ע סי' קלד סעיף ד' הרמ"א פסק - "אם קבל עליו קנסות אם לא יגרש, לא מקרי אונס, מאחר דתלה גיטו בדבר אחר, ויוכל ליתן הקנסות ולא לגרש. ויש מחמירין אפילו בכהאי גוונא, וטוב לחוש לכתחילה ולפטרו מן הקנס. אבל אם כבר גירש מפני זה, ואפילו גירש מכח שבועה שעשה מעצמו לגרש, הגט כשר, הואיל ומתחלה לא אנסוהו על כך".

אך מהר"חש בקונטרס מודעא ואונס, במסקנת דבריו כתב, וז"ל - "יראה דלענין מעשה ראוי להחמיר ולחוש לסברת הרשב"א ז"ל, וכמו שיש לדקדק שהסכימו לדעתו הרב מימון והריטב"א וכמו שכתבתי לעיל. ומ"מ היכא שלא נתחרט וגירש בדיעבד בלא התרה יראה דודאי הגט כשר ... דוקא דנתחרט יש לחוש אבל בלא נתחרט אין לחוש. וקצרן של דברים לענין דינא, מי שנשבע או נדר או חייב עצמו בקנס לגרש ואח"כ מגרש בסתם ולא גילה דעתו שנתחרט, לכתחילה מתירין לו שבועתו קודם כדי שלא יהא דומה לאונס. ובנדר ג"כ המחמיר להתיר קודם לא הפסיד, ואם גירש בלא התרה כשר, וכן אם לא נמצא התרה לנדר או לשבועה מגרש לכתחלה, דכל מילתא דלא אפשר בלאו הכי כדיעבד דמי בכל דוכתא, וכמש"כ הרב מהר"י לוי ן' חביב ז"ל בסי' הנו"ל ... אמנם אם נתחרט בפנינו ולא גירש אלא מחמת הנדר או מחמת השבועה שלא מצא לה היתר או מחמת הקנס, ראוי לחוש להרשב"א דהוי גט מעושה ופסול". וע"ע בפת"ש סי' קל"ד סק"י שהביא מכמה אחרונים שהסכימו עם סברא זו.

ביחס לדעת הב"י, יש מחכמי הספרדים שלא קבלו את הכרעת הרמ"א, והורו לפסוק כדעת הרשב"א, מאחר וסברו שזו הכרעת הבית יוסף שהביא תשובת הרשב"א לאחר תשובת הרב מימון נג'אר.

כן כתב בספר תורות אמת לג"ר רפאל בירדוגו ז"ל (המכונה רפאל המלאך) בסי' קלד, ובתוך דבריו כתב בלשון זו - "נהגו האחרונים בי דינא בתר בי דינא, שמפני חומר אשת איש, חוששין אפילו לחומרא שבאה בדברי הגט, וכ"ש בזה שאחד מעמודי ההוראה, הרשב"א ז"ל, כתב שהוא גט מעושה ופסול ... ואפילו בדיעבד נראה דיש לחוש לדברי הרשב"א ... ולכן נראה דהקנס על הגירושין בטל הוא, וכן פסקנו הלכה למעשה והסכימו חכמי פאס מאדר תקע"ג".

וכן בספר ישמח לבב (מחכמי מרוקו מלפני מאה שנה) ח"א אה"ע סי' כד כתב פסק דין הלכה למעשה, ובסיומו כתב - "שוב מצינו להרה"ג מוהר"ר רב בספר תורות אמת בסי' קל"ד שאחר שנשא ונתן בענין הקנס, שמנהג הראשונים לחוש בדיני ערוה החמורה לצאת ידי כל הדעות, כ"ש שראוי

וכן בתשובת אגודת אוזב במסקנת התשובה (ס"ק יח), אף שהעלה לדינא כדעת הרמ"א להקל בדיעבד במקרה שהבעל גרש קודם שפטרו אותו מהקנס, אף שגרש רק מיראת הקנס, ובלבד שהקנס נעשה באופן המועיל. אך במסקנתו כתב - "מיהו כל זה באם היה הקנס דבר שיכול לעמוד בו וליתן הקנס ולא לגרש. אבל אם הקנס היה בסך גדול שלא היה יכול לעמוד בו עד שהיה מוכרח לגרש, אע"פ שלדעת הריטב"א ומהרי"ק ז"ל גם בזה לא חשיב אונס הואיל והוא בעצמו הביא האונס עליו. מ"מ מדברי שאר פוסקים אין הכרח להקל גם בזה. א"כ צ"ע להקל בזה אפילו בדיעבד נגד דעת הרשב"א והתשב"ץ ח"ב סי' סח שהבאתי למעלה דס"ל דחשיב אונס, וכמו שיראה ג"כ מלשון הרמ"א בהג"ה שסיים בטעם המקילים מפני שהיה יכול ליתן הקנס ולא לגרש, משמע שלא הקל אלא בענין זה".

(כאמור, דבריו אלו של האגודת אוזב נאמרו לשיטתו שפרש את שיטת הריטב"א כמהרי"ק, אך לעיל הבאנו שהרבה האחרונים לא הסכימו עמו בביאור שיטת הריטב"א).

וכן בספר שו"ת ברכת רצה סי' קכד כתב בדעת הרמ"א - "כשגילה דעתו אח"כ שמחמת הקנס יהיה מוכרח לגרשה, בזה דעתו ז"ל דכיון שנפטר על ידי הגירושין מחיוב הממון שנתחייב על פי הדין, כיון שהוא גרם מעצמו ... הו"ל כזביני, דמה שנפטר מחיוב ממון הו"ל כזווי ואמרינן דאגב אונסא וזווי גמר ומקני, ודלא כסברת הרשב"א ז"ל, דיחידאה הוא בסברא זו וכנ"ל. ועל זה כתב והוסיף דיכול ליתן הקנס. והיינו דהיכי דהקנס הוא סך רב שקשה לסבול, לא אמרינן הכי. ומשום דכיון שקשה לישא הפסד רב כזה לא שייך לומר שוב מדלא נתן הקנס ולא גירש, הוא שם לה להגירושין בממון זה, ושפיר א"כ דמי למתן דמים, דלא מצנין להשוות גט למכר דאין קצבה לשינוי אשה לבעלה".

כוונתו היא שבמידה והבעל יכול לשלם את הקנס ומעדיף לתת גט הרי שהגט ניתן ברצון מתוך שיקול דעת שהוא מעדיף לתת גט, והוא נחשב כמי שהעריך את הגירושין כשוה ערך לממון הקנס. אך אם אינו יכול לשלם ממון רב של הקנס, אין ברצונו לתת גט משום הוכחה שכך רצונו. אלא האמת היא שאצלו אין קצבה לערכה של האשה והוא כפוי על מתן גט.

וכן בספר ישמח לבב (להג"ר ישועה שמעון חיים (ישמ"ח) עובדיה מחכמי מרוקו מלפני מאה שנה) ח"א אה"ע סי' כד כתב - "הכא בנ"ד נראה דליכא מאן דפליג דמקרי אונס, שלא כתב מהר"מ נג'אר ז"ל דלא מקרי אונס אלא בקנסות של ממון שיכול הוא לשלם הקנס ולא לגרש כמ"ש מור"ם ז"ל בשמו, וטעמו ונימוקו עמו. מה שאין כן בקנס רע וז"ל בשמו, וטעמו ונימוקו עמו. מה שאין כן הוא מוכרח ועומד לגרש כדי להוציא עצמו מצרה הזאת כמ"ש המבי"ט ז"ל, ודאי דמקרי אונס גמור ואם גירש מחמתו הוי גט מעושה לכו"ע".

להציל עצמו מקנס שיפסיד מכיסו, וזה ברור לפענ"ד. הלכך העיקר להחמיר כדברי הרשב"א שהביא הב"י.

וכן בערוך השלחן סי' קלד סעיף כח תמה על דברי הרמ"א - "לדינא תמיהני איך הכריע בדיעבד נגד דעת הרשב"א שפוסלו לגמרי ... ואפילו אם היה מהרי"ק חולק על הרשב"א מפורש, קשה לפסוק נגד דעת הרשב"א ובפרט שמהרי"ק לא הביאו כלל, ובעל כרחך או שלא ראה דברי הרשב"א או שאין כוונתו כשחזר בו ונתן בהכרח".

ויש שפסקו למעשה כהכרעת הרמ"א להקל בדיעבד כשהתברר לאחר סידור הגט שהבעל קנס עצמו, ובלבד שלא הודיע שהוא מתחרט מרצונו לתת גט.

בספר מצפה אריה סי' מא (הנוזר לעיל) דן במקרה שלאחר סידור הגט התברר שהבעל קנס עצמו אם לא יתן גט. ובדבריו באר את שיטת הריטב"א כאמור לעיל, ובמסקנתו העלה - "כיון דדעת רוב גדולי הקדמונים דכל שלא גילה דעתו בשעת סידור הגט שהוא מגרש מחמת השבועה או הקנס בגט כשר, עיין בספר דברי אמת קונטרס י"א בענייני גיטין, וכן פסק הרמ"א ז"ל. ובעובדא דידן הלא אדרבה שאל אותו הרב המסדר אולי נשבע לתת גט או יש לו אונס אחר שמגרש מחמתו, והוא השיב לא, א"כ פשיטא שהגט כשר".

וכן כתב בשו"ת נודע בשערים ח"א סי' ג' להקל בדיעבד לאחר שסודר הגט, ובלבד שהקנס היה בתוקף עפ"י ההלכה, (הובא לעיל).

לעומת זאת, בספר כנסת הגדולה אה"ע סי' קלד הגהות ב"י סעיף ל' הביא את מחלוקת הרשב"א ומהרי"ק, וכתב - "ולענין דינא העלה מהרי"ב דתשובה זו חולקת אמ"ש מהרי" קולון ז"ל שרש ס"ג הביאה הרב המחבר ז"ל לפנינו דלא מקרי אונס אלא הבא לאדם מחמת אחרים ולא כשהביא האונס עליו, ושסוגיא דעלמא כמהרי"ק".

ולעיל הבאנו שבשו"ע סי' קנ"ד סכ"ג פסק - "אם נשבע הבעל ליתן גט, טוב שיתירו לו קודם, שלא יהא דומה לאונס" ובביאור הגר"א - כתב על זה - "אבל ברא"ש פ"ג דנדרים לא משמע כן שכתב שם בס"ב בשם ר"ה גאון ומי שיצרו מתגבר כו' אלא חייב לקיים ולגרש כו' וכ"כ כ"ז במרדכי פ"ג דשבועות, ועב"י סימן קל"ד, וכ"כ הרבה פוסקים דכל דבר שאדם עושה מעצמו אין משום אונס".

ובספר איש מצליח (להג"ר מצליח מאוזן ז"ל) ח"א אה"ע סי' סו הביא מדברי כנסת הגדולה, וכתב - "וכן לפי הנשמע, מעשים בכל יום פה בבית דין מימות הראשונים זיע"א כסברא זו, ואפילו לכתחילה, אלא שעושין הקנסות בתורת מזונות מהיות טוב, דאפשר דבהכי מהני אפילו להמחמירים. מעין דוגמא למ"ש בפת"ש שם סק"ט בשם התורת גיטין אמנם נראה דבאופן זה וכו' ע"ש".

אך כאמור גם אליבא דמהרי"ב"ל שפסק כמהרי"ק, קיים הכרח שחייב הממון הוסדר בדרך שהיא ברת תוקף, ושלא

לחוש לדעת הרשב"א דרב גובריה ועוד כתב בסוף דבריו וז"ל, ולכן נראה דקנס על הגירושין בטל הוא, וכן פסקנו הלכה למעשה והסכימו חכמי פאס באדר התקע"ג לפ"ק, עכ"ל. הרי שגם בקנס של ממון הסכימה דעתם לבטל הקנס מכל וכל. קם דינא דהכא בנד"ד הדין עם הבעל שאין לכפותו לא על הגט ולא על הקנס".

ובספר שושנים לדוד (לג"ר דוד צאבא ז"ל) חלק אה"ע סי' נו כתב - "מוריניו הב"י ז"ל לא הכריע לא כמר ולא כמר. ולדעתי נראה, שמאחר שהביא באחרונה תשובת רבינו הרשב"א ז"ל נראה דעתו מכרעת כתשובה זו של הרשב"א ז"ל. דכבר העיד עליו הרב ב"י הן בהלכות ס"ת והן בהלכות שבת כי הרשב"א ז"ל רב מובהק הוא אפילו נגד הפוסקים, וכן הביא הרב מפי אהרן ... משם החקרי לב".

ובתשובה נוספת בספר שושנים לדוד בחלק אה"ע סי' ל' העלה "מאחר שהרב ב"י הביא סברת הרשב"א באחרונה, פשוט דהכי קיי"ל דנקרא אונס, וכן הבין בו הרב דרכי משה, יעו"ש".

הבית מאיר סי' קלד ס"ד כתב לפסוק כשיטת הרשב"א ולהחמיר במקרה שהבעל חזר בו מרצונו לתת גט, ובדבריו מבואר הטעם שאין לפסוק כשיטת מהרי"ק, מפני שאמנם הלכה כבתראי, אך היינו דוקא אם בתראי ראו קמאי וחלקו עליהם ולא כשלא ראו דבריהם.

לפי דרכו של הבית מאיר, אנו נוסף ונאמר, מאחר ומהרי"ק והרב מימון נג'אר והתשב"ץ, (באם דעתו כרב מימון נג'אר ודלא כמ"ש האגודת אזור), לא ראו דברי הרשב"א הריטב"א והמאירי, שהרי לא הביאו דבריהם, על כן אין לפסוק כדעתם כנגד שלשת גדולי הראשונים, מאחר ומסתבר שאילו ראו דבריהם לא היו חולקים עליהם.

וכעין זה כתב באבני נזר חלק אה"ע סי' ח' (וכן בחלק חו"מ סי' קלח) - "אך את"ל שמהרי"ק פליג וס"ל דאף כהאי גוונא לא מקרי אונס, מ"מ לא פסק רמ"א כמהרי"ק כנגד הרשב"א אלא מפני שחשב שהריטב"א והרב מימון בשיטת מהרי"ק, אבל אם היה רואה דברי ריטב"א שבשטמ"ק שהריטב"א בשיטת הרשב"א, וממילא מובן שמהרב מימון אין ראייה למהרי"ק אפשר לא היה פוסק כמהרי"ק להקל באיסור א"א נגד תרי תקיפי קמאי רשב"א וריטב"א, וידוע שספר שטמ"ק לא נתגלה בימי רמ"א ז"ל".

בספר תפארת יעקב על הלכות גיטין סי' קלד כתב לדחות ראיית הרב מימון נג'אר וכתב "גם הראיה העיקרית שלו שהביא מהך דגיטין באומר יאסרו כל פירות העולם עלי אם איני מגרשך, ג"כ אינה ראייה כלל לפענ"ד. דודאי כל שהוא אונס בהפסד שיוציאו ממנו ממון והוא מציל עצמו בגט זה, הוי אונס. אבל להיפוך אם נותנין לו ממון לגרש, אף דבלי המעות לא היה מגרש, רק לאהבת הממון, פשיטא דלא מיקרי אונס. וה"ה התם, שאין אנו מפסידין אותו בשום דבר, רק לאהבת הפירות שיוכל לאכול, לא מיקרי אונס. משא"כ

מכח הקנס שדינו כאנוס על הגט, לכאורה היה מקום להקל אם יבטל מודעות בטרם מתן הגט. ועל זה כתב האבני נזר - "לכאורה יש לפקפק, שהרי בשעת נתינת גט הוא מבטל כל מודעות, וכן כל הדברים שגורמים ביטול הגט, וא"כ גם דיבור זה יתבטל. אך גם הא לא תברא, שהרי בידוע שהוא אנוס לא מהני ביטול מודעא. דדל מודעא מהכא הא הוה תלוהו ויהיב דלא מהני וכמבואר בפוסקים. והכא הרי ידוע אונסו, הוועכסיל שמשליש, רק כשאינו מגלה דעת שמחמת זה הוא מגרש אמרינן שכשם שתחילה כשנתן הבטוחות הי' ברצון, כן בסוף בשעה שגירש היה ברצון. אבל כשאמר אח"כ שמחמת אונס מגרש, הרי חזינן שנשתנה דעתו, ושוב אין ראייה ממה שתחילה היה ברצון, ושוב נשאר אונס בעצם ולא מהני ביטול אח"כ".

וכן כתב בספר ערוך השלחן סי' קלד סעיף כג - "כיון שעשה הקנס הו"ל רצון גמור, וכל זה כשאינו מתחרט על הגט, אבל אם מתחרט ורוצה לחזור מהקנס וכפוהו על פי הקנס ומחמת הפסד הקנס היה מוכרח לגרש הוה אונס גמור, אע"פ שלא מסר מודעא כיון שאינו רוצה בגט. ומסופקני אפילו אם ביטל מודעות אם מועיל כל שלא סילקו מעליו אונס הממון, דכיון שצווק שאינו רוצה לגרש אלא שמוכרח מפני הממון המושלש מה מועיל ביטול מודעות כל זמן שהאונס קיים".

האם יש להוכיח משטר חליצה להתיר קנס להבטחת גירושין

בקהילות רבות נהגו להחתים את אחי החתן קודם לנישואין על שטר חליצה שבו האח מתחייב שאם אחיו החתן ילך לבית עולמו בלא להשאיר זש"ק יחלוץ בחינם. עיין בספר נחלת שבעה סי' כב וסי' כג שהביא נוסחי שטרות אלו. ועיין ברמ"א אה"ע סי' קסה ס"ד ובב"ש ס"ק יא במ"ש אודות התועלת שבשטר כזה.

נוסיף ונציין מש"כ השבות יעקב חלק ב' סי' קכח על המנהג לכתוב שטר להבטחת החליצה. השבות יעקב דן בדברי מהר"ם לובלין שהבן אינו מחוייב לשמוע לאביו הדורש ממנו לחתום על שטר חליצה בחינם. ובתוך דבריו כתב - "נראה דיש לכופף האחין ליתן זה לזה שטר חליצה בחנם כדי שלא לעגנו. ולא דמי לנדון דמהר"מ מלובלין דנראה מתוך תשובתו שם שלא בא לדון אלא לפי שעתו וחמנו שעדיין לא נתפשט המנהג שאין מתחתנין כלל עם מי שאין לו שטר חליצה מאחיו, רק נותנין לו נדוניא קטנה ושוב עושין כתקנת הקהלות שהחלוץ וחלוצה חולקין בעזבון המת, ולא בא לדון רק שאין שייך בזה לכופו משום מצות כבוד אב ואם, כאשר כתב שם באריכות. אבל עכשיו שכבר ידוע ומפורסם במדינות אלו שאין מתחתנין כלל עם מי שאין לו שטר חליצה מאחיו, ואם כן צריך לעגן אותו כל ימיו. וכיון דאיכא ביטול מצות פ"ו ושאר עבירות שאפשר לבא ע"י זה, נראה פשוט דכופין על זה משום תקנת אחיו שלא לבטלו מפ"ו, וכהא דאמרו מי שחציו עבד וחציו בן חורין כופין את

ינקטו אמצעי כפיה לגביית הממון, אמצעים שלא קבל על עצמו בעת החתימה על ההסכם, כגון מאסר.

והנה בשולחן ערוך חלק יורה דעה סי' רנח סעיף יא פסק - "איש ואשה שקבלו עליהם חרם להתגרש והעמידו קנסות על ככה לצדקה, ואח"כ נתפייסו שלא להתגרש, יש מי שאומר שפטורים מהקנסות".

מקור הדין בתרומת הדשן סי' שיא שכתב בלשון זו - "וכן מצאתי הועתק מתשובת גדול אחד מן הגדולים הראשונים, איש ואשה שקבלו עליהם חרם לעשות גירושין והעמידו קנסות להקדש על ככה, ונתפייסו אח"כ להיות ביחד. ותובעין הקהל הקנסות. והשיב דפטורין משום דלא העמידו הקנסות אלא משום דלא יעכבו זה את זה, וכיון שאין אחד תובע את חברו מה להקהל עליהם שהרי נתקיימו דבריהם". ועיין בש"ך ס"ק כג שהביא את דברי תרומת הדשן. וכן בט"ז סק"ז כתב "לפי שלא העמידו הקנסות אלא משום דלא יעכבו זה את זה".

אמנם דינו של תרומת הדשן והשו"ע בא ללמדנו שלאחר שהזוג התפייסו, אין הקהל יכולים לגבות את הקנס, אך עכ"פ מבואר בדבריהם שאם לא התפייסו ועמדו בדעתם ומבקשים להתגרש, אין מניעה. שהרי כתב תה"ד "דלא העמידו הקנסות אלא משום דלא יעכבו זה את זה". ועוד משמע שאם הבעל יעכב את אשתו ויסרב לגרשה, ניתן לחייבו בקנס. (וע"ע בספר רב פעלים ח"א חיו"ד סי' לט ובספר צדקה ומשפט חלק יו"ד סי' טז).

אמנם השאלה הנידונה בתשובת תה"ד ובשו"ע, אינה שאלת הגירושין, על כן קשה לקבוע מסמרות בהלכות גירושין עפ"י דבריהם, אך לא ניתן להתעלם שמסתימת דברי תה"ד והשו"ע נראה שאין חילוק בין אם הבעל אומר קודם הגט שאינו רוצה לגרשה אלא שהסכים לתת גט מחשש שיחוייב בקנס, ובין שאינו אומר דבר, וכדעת מהרי"ק. אך עדיין יתכן להעמיד דברי תרומת הדשן והשו"ע, שלמעשה לא יסודר הגט אם הבעל יודיע שאינו רוצה לתת את הגט אך נותנו עקב אילוץ הקנס והחרם, אלא הנידון הוא בגט הניתן בסתמא.

עכ"פ מתוך תשובת תרומת הדשן בשם "גדול אחד מהגדולים הראשונים", והשו"ע שהביאו, עולה שאף לכתחילה אין מניעה לסדר גט בעת שקיים קנס וחרם, אלא אם כן נאמר שכבר בזמנו של אותו גדול שהשיב בנידון זה - "גדול אחד מן הגדולים הראשונים" (כלשון תה"ד) נהגו בהתרת שבועות חרמות וקנסות, קודם הגירושין, וממילא למעשה כבר קודם לסידור הגט בוטלו כל האילוצים לתת גט. אך עיין ברא"ש סוף מסכת גיטין ובתשובת הרשב"א ח"ז סי' שצו, שלא הזכירו התרת נדרים ושבועות, רק בטור סוף סי' קנד הביא כן בשם רבינו פרץ.

האם ביטול מודעות בטרם מתן הגט יביא להכשר הגט

לפי דרכו של האבני נזר (בתשובותיו הנזכרות לעיל) שאם הבעל מגלה דעתו שאינו רוצה לתת גט אלא נאלץ

בטחון על שטר חליצה". ונראה כוונתו, לאחר שפקפק בתוקף השבועה בכתב, סיים שעדיף להתחייב בדרך המבוארת בנחלת שבעה סי' כג, דהיינו התחייבות ממון גמורה, בעת הנישואין, והיא תבוטל עם החליצה. אמנם הנחלת שבעה איירי כשהמתחייב הוא אבי החתן, אך נראה שכוונת השב יעקב להציע אפשרות של התחייבות אחי החתן, האמור לחלוץ, כגון כשאבי החתן כבר אינו בחיים וכיוצא ב.

וכתב על זה הבית מאיר סי' קסה ס"ד – "ועיין תשובת שב יעקב סי' מ"א, כתב אע"פ ששבועה אינה על ידי כתב העדים, מ"מ חרם חל, ומשמעותו דיותר נכון לנהוג בשטר בטחון חליצה על דרך שטר חצי זכר. ואף בזה צ"ע קצת אם יש לכופו לפרוע או לחלוץ, כדי שלא ליגע במה שמחמיר הרשב"א בגט, הקונס עצמו אם לא יגרש, ועיין סי' קל"ד. ואפשר יש לחלק דשאני הכא שכבר מחוייב בחוב גמור לשלם כל זמן שלא נפטר בחליצה, והוא כמי שאינו מקיים עונה שבסוף סי' קנ"ד בהג"ה שיכולים להחרימו שיקיים עונה או יגרש, כי אין זה כפיה רק לקיים עונתו".

ונראה כוונתו לחלק בין חיוב ממון שכבר שריר וקיים, והעילה לגבייתו היא שטר החוב, ובין חיוב שאינו עומד בפני עצמו אלא נוצר רק כשמתברר שאין רצונו לתת גט, וכנידון שבתשובת הרשב"א.

ובשו"ת נהרי אפרסמון אה"ע סי' כב נשאל אודות שטר חליצה שבו האח קנס עצמו במאה וחמישים זהובים אם לא יחלוץ. וכתב בתשובתו – "אין זה אונס כיון שיכול ליתן הקנס ולא יחלוץ, וכמבואר באבן העזר סי' קל"ד, מ"מ הא מבואר שם ברמ"א דלכתחילה לענין הגט צריך לפטור מן הקנס, רק בדיעבד כשר, ודין חליצה בזה שוה לגט. לכן תשתדל לפייסו שיחלוץ לה מרצון טוב".

מסקנת הדברים היא שאין מניעה לחתום על שטר חליצה שבו החולץ מתחייב בקנס אם לא יחלוץ, מאחר ובכך החולץ מתחייב לקיים מצות חליצה המוטלת עליו, אך קודם לחליצה ינהגו כמקובל בסדר החליצה שמתירים שבועות ונדרים וכן יסירו ממנו חיוב הקנס.

אין ללמוד ממה שהנהיגו גדולי הדורות להחתים על שטר חליצה, להנהיג כן גם בהסכם קדם נישואין הנזכר. שהרי אין חולק שהאח מצווה לחלוץ, משא"כ בהסכם קדם נישואין ההסכם ינוצל גם למקרים שאין חיוב גירושין, ולעיתים אף במקרה שבו הם אינם במקומם. מלבד זאת, בשטר החליצה, למעשה החליצה תבוצע לאחר ביטול השבועה או הקנס, ואילו בהסכם קדם נישואין יתכן שבית הדין המסדר את הגט לא ידע דבר מההתחייבויות שבהסכם, וההתחייבות לא תבוטל קודם הגט כנדרש.

הסכם קדם נישואין הקובע חיוב המזונות רק לאחר פס"ד לחיוב גירושין

ניתן להסדיר הסכם קדם נישואין הקובע חיוב הבעל במזונות האשה עד שיתן גט, ובלבד שיוסיפו סעיף הקובע

רבו ועושה אותו בן חורין וכותבין שטר על חצי דמיו, וכד"ג מי ששהה עם אשתו עשר שנים ולא ילדה דכופין אותה לקבל גיטה".

הרי שהמנהג המקובל בזמנו של השבות יעקב, שאין מתחתנים כלל עם מי שאין לו שטר חליצה מאחיו, והנמנע מלחתום על שטר כזה מעגן את אחיו.

ונציין לספר אגרות רבי עקיבא איגר עמ' קמו קסח קעג, שבשטר התנאים של הגרע"א ז"ל בזיווג ראשון ושני וכן בשטר התנאים שנכתב כשארס את נכדתו, קיימת התחייבות להסדיר שטר חליצה, וכן בשטר התנאים בזיווג ראשון ושני של החת"ס ז"ל, כפי המצוי בספר חוט המשולש עמ' לו ועמ' עא.

בשטר החליצה הנזכר בנחלת שבעה, אחי החתן קבל על עצמו בחרם חמור ובשבועה דאורייתא לפוטרה בחליצה כשירה בחנם, זולת מה שהוא תיקון המדינה, וכל זמן שלא יפטרנה תהיה היבמה ניונת מנכסי מיתנא ומוחזקת בהם. והנה לענין מזונותיה מבואר בנחלת שבעה סעיף ג' דהיינו עפ"י הדין, ונראה שאין כאן התחייבות ממון יותר מהמחוייב עפ"י דין, אך עכ"פ קיימת שבועה לחלוץ. ובסי' כג מביא שטר חליצה הקשור בחיוב ממון, אך היינו כשיש לחתן אח קטן שאינו ראוי לחלוץ, אבי החתן מתחייב, אך לא האח האמור לחלוץ.

עכ"פ נהגו שהאח נשבע לחלוץ, ולא חששו לדונו כאנוס בחליצה. אך כבר כתב הבית מאיר סי' קלד ס"ד – "נוסח שטר חליצה שבנחלת שבעה נכון הוא על ידי שבועה לחלוץ, אך יש לחוש להתיירה לו טרם שיחלוץ, כמו בגט". וכן כתב הבית מאיר בסי' קסה ס"ד "למנהגינו בשטר חליצה בשבועה, ראוי להזהר קודם החליצה להתיירה, כמו שנוהרין בגט".

ובספר זכר שמחה סי' קצ"ז הביא מדברי אביו (הג"ר יצחק דוב באמברגר ז"ל) שכתב להעיר בלשון זו – "ומידי דברי אעורר על ענין חליצה שמתירין לו שבועות ונדרים, אבל החיוב שמחייב עצמו בשטר חליצה אם נכתב בו קנס, ואף בלתי קנס, למ"ש לעיל ע"פ הש"ך ח"מ סי' כ"ב ס"ק ד' וצ"ע דהוי לן לצוות על האשה שהיא תמחול לו שיעבודו שבשטר". ושם בתשובת הג"ר מנחם מענדל קארגויא ז"ל (מחבר ספר גידולי טהרה, תלמיד ההפלאה ורבי נתן אדלר ז"ל) כתב בלשון זו – "מה שעורר מר על מה שמתחייב שטר חליצה בחר"ם ובשד"א ... לדברי מר היה לנו לפקפק על כל קידושי בעלמא, דהזוג הם משועבדים בקנס וחרם, ונימא דהוה תלאוהו וקידש דלא הוי אלא ספק קידושין ואם בא אחר וקדשה הוי ג"כ ספק קידושין. מיהו כבר נתבאר דכל היכא דתחילת התחייבות שלו ברצון, וגם סופו ברצון שאומר רוצה אני, אין לחוש".

בספר שב יעקב אה"ע סי' מא השיב אודות שטר להבטחת חליצה ובסוף התשובה כתב – "לפע"ד יותר טוב שיעשה שטר החליצה בתורת שטר חוב, כמו שנוהגין בשטר חצי זכר, וכמו הנוסח שכתב בספר נחלת שבעה בשטר

ובפד"ר ח"י עמ' 305 בדעת הרוב בביה"ד הגדול, ובמשפטי שאול סי' לא, שמע שלמה ח"ב אה"ע סי' יט. לעומת בפד"ר חט"ו עמ' 14 בפס"ד מביה"ד הגדול פסקו דין מזונות מעוכבת כדין מזונות רגילים ומתחשבים במעשי ידיה, וכן דעת הגר"א גולדשמידט ז"ל בדעת מיעוט בפס"ד שבפד"ר י' עמ' 309, וכן פסקו בביה"ד חיפה (פד"ר ח"י עמ' 297) שלא להוציא מהבעל המוחזק, וכן בביה"ד ירושלים (פד"ר ט"ו עמ' 14), ועיין לעיל סי' מ' מש"כ בזה.

ב. באשה שזינתה נהגו לחייב מזונות מעוכבת, עיין פד"ר ח"א עמ' 238 ושו"ת ציץ אליעזר חלק יט סי' נח, אך נחלקו בדבר מג"א (שו"ת גאוני בתראי סי' סב) ורע"א (דרוש וחדוש רע"א דף צא:).

ג. גובה החיוב במעוכבת מחמתו לא התברר בפוסקים, עיין משפטי שאול סוף סי' לא שאינו מחוייב לפי כבודו, אלא כפי רמת החיים המקובלת במעמדה. וע"ע שואל ומשיב תניינא ח"ד סי' קע.

בהסכם הנ"ל הבעל מקבל על עצמו את השיטות המקיימות את ההסכם ושלא לטעון קים לי. ובכך חוזר לתוקפו חיוב מדין מעוכבת עפ"י עיקר הדין בלא לחוש לדעות מקצת פוסקים.

בהסכם קדם הנישואין הנ"ל הצדדים יקבלו עליהם שלא יוכלו לטעון טענת קים לי ומקבלים את השיטות הנותנות תוקף לסעיפי ההסכם במקרה של מחלוקת הפוסקים, ולא תהיה מניעה ליישם חיוב ממון זה ללא דיחוי, מיד לאחר שינתן פסק דין לחיוב גירושין. בכפוף לכך שהבעל לא יחוייב בסכומי כסף שאינו מסוגל לעמוד בו, מאחר ותשלום זה יחרוג ממסגרת זו של מזונות מעוכבת מחמתו.

קבלת בעל הדין לשלול זכותו לטעון טענת קים לי היא ברת תוקף (ואכמ"ל במקורות דין זה). אין דין קבלת הבעל שלא לטעון טענת קים לי, כדין התחייבות לעצם התשלום. מאחר שאנו פוסקים לחייבו על פי הדין כדעת רוב הפוסקים, וסעיף זה בהסכם רק מונע מהבעל לעמוד על זכותו להעלות טענה בו הוא מבקש שיפסקו לו כדעת מיעוט הפוסקים. ועיין במש"כ הג"ר חיים פלאגי ז"ל בתשובת בספרו חיים ביד סי' מא שהורה לממש שטר היתר עיסקא שבו המתחייב קבל על עצמו שלא לטעון טענת קים לי. ובריבית לא מהני לחייבו עפ"י התחייבותו לעצם התשלום, שהרי כל תשלום ריבית הוא מתחייב בתשלום אך התורה אסרה ריבית כזו, אלא בהכרח שהדין נפסק עפ"י דעת רוב הפוסקים, אך המתחייב מנוע מלרוקן מתוכן את פסק הדין בטענת קים לי.

ביחס לחיובי האשה בהסכם. למרות ש"מזונות מעוכבת" אינו רלוואנטי, בחיוב המושת על האשה עקב סירוב לקבל גט. מ"מ יש מקום להשוות בהסכם בין הבעל לאשה, בהתאם לעיקרון העולה מדברי הרא"ש בתשובה (כלל מב סי' א') שרבינו גרשם בתקנתו שלא לגרש אשה בעל כרחו, השווה את כח האשה לכח הבעל, ויש לנסח את ההסכם ביחס לאשה שתחייב במזונות עקב סירוב להתגרש, רק

שחיוב זה יכנס לתוקף רק לאחר שינתן בבית הדין פסק דין לחיוב הבעל בגירושין, וכי סכום זה יפסק על ידי בית הדין בלבד בכפוף לבירור יכולתו של הבעל לעמוד בתשלום זה.

במקרה שבו בית הדין פסק לכפות את הבעל בגירושין, הרי שחיוב הממון בהסכם הוא כלי נוח לביצוע כפיה זו. עיין בב"ש סי' קלד סק"ו שכתב דמ"ש בשו"ע שצריך שיתירו לו השבועה – "היינו כשאין יכולים לכופו על פי הדין, צריך שיתירו לו, כי השבועה הוי ככפיה. אבל בוודאי אם הדין נותן לכופו לא אכפת לן בשבועתו".

ועיין בשו"ת משיב דבר להנצי"ב ח"ד סי' א' סי' ג' וסי' ד' שכתב כסברא זו, ביחס לאדם שנשבע לגרש את אשתו, אין לחוש שעקב השבועה יחשב כגט מעושה שלא כדין, בנסיבות בהם יש מקום לכופו לתת גט.

גם במקרה שבו בית הדין פוסק חיוב גירושין, דהיינו הוראה "יוציא ויתן כתובה" או חייב לגרשה, אך פוסק שלא לכפות כפיה גמורה בגירושין, לאחר שלא הושלמו התנאים לכופו בגירושין, אין מניעה שחיוב הממון שבהסכם ישמש ככלי עזר ביד בית הדין, להביא את הבעל לקיים חובתו לתת גט. אמנם בנסיבות אלו אין כופין אותו כפיה גמורה, אך עכ"פ מחייבים את הבעל במזונות המוגדרים כמזונות "מעוכבת מחמתו". וזאת על פי דברי תשובת מהרי"ט חלק א' סי' קיג שכתב ביחס למקרה בו נפסק חיוב גירושין - "מזונות 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, אע"פ שנתן לה כתובתה כל זמן שהיא מעוכבת מלינשא מחמתו".

ועיין במאמרו של הגר"ב ז'ולטי ז"ל שהתפרסם בחוברת "הפרדס" שנה נז חוברת ז' סי' ל', שהציע לחייב את הבעל בטרם הנישואין בתשלום מזונות ידוע מראש שימומש במקרה של פירוד אזרחי חוקי כמקובל בחו"ל, כשהיסוד בהלכה למזונות אלו הן "מזונות מעוכבת". לדעת הגר"ב ז'ולטי ז"ל, חיוב זה הוא עפ"י ההלכה, אלא שהבעל מראש קובע את סכום החיוב, ומאפשר לעצמו לבוא לבית הדין ולבקש הפחתת מזונות והעמדת על סכום אחר עפ"י יכולתו אך יש מקום להוסיף על דבריו וכדלהלן.

בהעדר הסכם קדם נישואין שבו הבעל התחייב במזונות אם יחוייב בגט, יתכנו מקרים שביית הדין היה נמנע מלפסוק מזונות אלו. כגון במקרים בהם האשה עובדת ומשתכרת למחייתה, או במקרים שבהם האשה אסורה על בעלה, וזאת למרות שהעיקר כדעת הסוברים לחייב מזונות "מעוכבת" גם בכה"ג, אך יש שנמנעים מלהוציא ממון כשהבעל יכול לטעון קים לי כשיטות הסוברות שבנסיבות אלו אין לפסוק מזונות מעוכבת, ונבהיר את דברינו.

במזונות "מעוכבת מחמתו", פוסקים אחרונים דנו בכמה נושאים -

א. יש שפסקו שהבעל מחוייב במזונות בלא להתחשב במעשי ידיה הנשארים לאשה, כן פסקו בפד"ר ח"ג עמ' 56

הזוג לאכופ את פירוק הנישואין בניגוד להסכמת הצד השני, ללא עילה שיש בה כדי להביא לחיוב הגירושים עפ"י ההלכה, וללא הצדקה לפי כל קריטריון אחר, ולעיתים כתוצאה מכך שעניו נתן בן זוג אחר.

המנגנון שנוצר בעקבות ההסכם הוא למעשה כמין "גולם" שאין בו שיקול דעת, וכיון שניתנה הרשות לאותו "גולם" להשחית, אינו יכול להבחין בין פירוק נשואין הגון לפירוק נישואין הכרוך בעוול וחוסר צדק, לבעל או לאשה.

אין כך פני הדברים אם חיוב הממון יבוצע בכפוף לפס"ד שינתן בבית הדין, פס"ד לחיוב הצד השני בגירושים, ובלבד שגם מימוש חיוב הממון יפסק במסגרת בית הדין. בנסיבות אלו, אין כאן "גולם" חסר שיקול דעת, אלא שיקול דעת של גורם אובייקטיבי - בית הדין שדן ביניהם, וההסכם יופעל בכפוף להכרעתו על חיוב הגירושים.

ב. נחלקו ראשונים, האם הגט שסודר לאחר שהבעל קנס את עצמו אם לא יתן גט, הוא גט כשר. לדעת הרשב"א גם אם הבעל התחייב בקנס ועפ"י ההלכה הוא מחוייב בממון עקב סירובו לתת גט, והבעל חוזר בו מרצונו לתת גט, אך עקב אילוץ הקנס, התרצה לגרש, הגט בטל מהתורה. לפי דרכו אמנם הבעל יצר את המצב של האונס, אך הגט בטל עקב האונס הנובע מנטילת ממונו כדי שיגרש. ולדעת מהרי"ק הגט כשר מכיון שהבעל הביא על עצמו את האונס מרצונו. ויש אומרים שאין להכשיר את הגט אלא אם מצבו הכלכלי של הבעל מאפשר לו לשלם את חיוב הממון שבו התחייב. הלכה למעשה, רבו המחמירים כדעת הרשב"א.

ג. אם חיוב הממון אינו בר-תוקף עפ"י ההלכה, והבעל נאלץ לתת גט עקב החשש מהקנס, הן לדעת הרשב"א והן לדעת מהרי"ק הגט בטל. וה"ה במקרה שחיוב הממון בתוקף עפ"י ההלכה, אך כפו אותו לשלם באמצעי כפייה שלא הוסכם עליהם מלכתחילה, כגון מאסר, וכן אם איימו בהפעלת אמצעי כפייה אלו.

ד. במקרה שבו הצדדים חתמו על הסכם קדם נישואין הקרוי "הסכם לכבוד הדדי", הרי שעפ"י הוראת הרמ"א (אה"ע סי' קלד) אין לאשר סידור הגט, ועליהם לבטל את ההסכם. אך אם ברור לבית הדין שהבעל נשאר ברצונו לתת גט, וכך בזמן סידור הגט הבעל מסכים לתת גט גם לולי הקנס, אם סודר הגט, הגט כשר. יש אומרים שבנסיבות אלו בלבד אפשר לכתחילה לסדר גט, ובפס"ד מביה"ד הגדול (פד"ר ח"ב עמ' 14) הורו שבכל מקרה יש לבטל את חיוב הקנס קודם לסידור הגט.

ה. אם כבר סודר הגט, והגט הושג כתוצאה ממימוש ההסכם או מאיום לממשו, לדעת הרשב"א הגט בטל. אמנם יש אומרים שבדיעבד הגט כשר, אך גם לשיטה זו, יש לברר שחיוב הממון בהסכם הוסדר בדרך שהיא ברת תוקף עפ"י ההלכה, ואין להכשיר את הגירושים בטרם הושלם בירור זה, ואין להכשיר את הגירושים בדיעבד, אלא לאחר שידוע שהבעל היה יכול לעמוד בתשלום סכומי הכסף, שנדרש

לאחר מתן פס"ד הקובע חיובה בגירושים. ואמנם חיוב הממון אינו מכח הדין אלא מכח התחייבות האשה, אין לחוש לאחר דרבינו גרשם שאינו קיים במקרה שהאשה מחוייבת בגירושים. אך נציין שגם אם ההסכם יקבע את חיוב האשה בלא חיוב גירושים, ולבסוף האשה תסכים להתגרש מפני הקנס, לא יהיה מקום לחוש לחדר"ג, עיין בית שמואל סי' קטו סק"ז, בית מאיר סי' קנד סדר הגט אות רי"ג, ערוך השלחן אה"ע סי' קנד סידור הגט התמידי סעיף יט, וש"ת מהר"ם אש אה"ע סי' ס'.

ובעיקר דברינו שניתן לחתום על הסכם כאמור, בנסיבות שימומש רק לאחר חיוב הבעל בגירושים, מצאתי שבספר פסקים וכתבים להגרי"א הרצוג ז"ל כרך ח' סי' קסה כתב שניתן לצרף את השיטות שאם הבעל התחייב בתשלום אינו נחשב אנוס על הגט, עם השיטות שבכל חיוב גט ניתן לכפותו על הגירושים, ע"ש.

הסכם המאפשר מימוש חיוב הממון בערכאות

אין מקום שינתן הכשר הלכתי להסכם שבו הצדדים מקבלים על עצמם סמכות בית המשפט, וזאת מכמה טעמים. ראשית, עפ"י ההלכה הפסוקה ברמב"ם (סוף הלכות סנהדרין) ובשו"ע (ח"מ סי' כו ס"א), התובע תביעה משפטית בבית המשפט במקום בבית הדין, נחשב רשע מחרף ומגדף ומרים יד בתורת משה רבינו ע"ה. לא יתכן שרוב רושם נישואין יאשר הסכם שבו הצדדים קובעים את סמכות בית המשפט, ושאהד מהצדדים יוכל לאכופ על חבירו לדון בבית המשפט.

מלבד זאת, במידה וחיוב הממון אינו בר תוקף עפ"י ההלכה, הגט שינתן לאחר אילוץ הבעל באמצעות ההסכם, הוא גט בטל אליבא דכו"ע, הן אליבא דהרשב"א והן אליבא שיטת מהרי"ק, וכמבואר לעיל.

בית המשפט יחייב את חיוב הממון שבהסכם בלא לבדוק ולבחון את תוקף ההסכם עפ"י ההלכה, ויחייב את סכומי הממון, לאחר שיאשר את תוקף ההסכם עפ"י החוק.

על כן בנסיבות בהם ההסכם אינו בתוקף עפ"י ההלכה, מוטל על בית הדין להורות על ביטול ההסכם והשבת סכומי הכסף שכבר ניגבו באמצעותו, כל זה קודם לאישור הגירושים. הליך כזה יחייב לשלוח את הצדדים חזרה לבית המשפט, המוסמך חוקית לדון בכל הקשור להסכם, ולבקש להחזיר את הגלגל אחורנית, הליך שיעכב את הגירושים ועלול להיות לרועץ. והמבקש להקל על הליך הגירושים נמצא מעכבו ומסרביל אותו.

סיכום

א. הסכם קדם נישואין שבו אחד מבני הזוג התחייב בחיוב ממון המוטל בעת סירוב לגירושים, אינו רצוי מפני שהסכם מביא לשינוי בעקרונות המקובלים מקדמת דנא במוסד הנישואין בישראל. שינוי המאפשר לכל אחד מבני

חוקי, ורק כתוצאה מאישורו ניתן להסכם תוקף חוקי לרבות לסעיף המחייב את הצדדים לשיפוט בערכאות.
 ז. אין מניעה לחתום על הסכם שבו הבעל או החתן מתחייב במזונות שיגבו ממנו בכפוף לפס"ד לחיובו בגירושין, ושבו המתחייב מקבל על עצמו שלא לטעון טענות קים לי, ובלבד שהסמכות לגביית המזונות היא ע"י בית הדין שיברר את חיוב הגירושין ותוקף ההתחייבות, ויקבע את יכולתו של הבעל לתשלום החיוב ואת האמצעים לגביית הממון.

סימן עו

סדור גט, לאחר שהבעל חוייב בערכאות ב"תשלומי נזק" עקב עיכוב הגירושין

דיינים שהוכשרו והוסמכו לפסוק בנושאים חמורים אלו. השופט שאינו מלומד במשפט התורה, ואינו יודע לברר הלכה ממקורותיה, וכמובן שלא הוסמך לפסוק בנושא הלכתי של כשרות הגט, במקום לפנות בשאלתא מתאימה לגורמים המוסמכים, ולבקש חוות דעת הלכתית. מצא לנכון להסתמך על השערה של שני משפטינים, שלא הוכשרו ולא הוסמכו לפסוק בנושאים אלו, וגם מלכתחילה לא נטלו על עצמם את האחריות להכריע בשאלה זו, והוציא תחת ידו פסיקה שרק תסבך את אותה אשה, שבין כה וכה מצבה אינו קל, ותכביד עוד יותר על האפשרות שתקבל גט. נוצר עיכוב נוסף בגירושין, דוקא במסגרת דיון משפטי שמגמתו לענוש את הבעל על עיכוב הגירושין. כל זאת, מלבד הבעייתיות שבפלישת ערכאת שיפוט אזרחית לתחום מובהק של דיון הלכתי בענייני גירושין, שמקומו בבית הדין בלבד. גם אם השופט מצא לנכון לקיים דיון בתביעת נזיקין, שלפי השקפתו המשפטית הדיון במסגרת סמכותו, מ"מ העדר ההתחשבות מההשלכות הישירות של פסק הדין על הדבר החשוב לאשה שהוא להתגרש בהקדם, אינו מתקבל על הדעת.

בנסיבות אלו ולאחר שפסיקה זו קיבלה הד ציבורי, מן הראוי שינתן מענה הולם ומוסמך, של בעלי ההלכה, ולהסיר מכשול מנשים המקבלות יעוץ לפנות לתביעות משפטיות לתשלומי נזיקין.

נוסיף ונציין כי מתוך עיון בפסק הדין הנ"ל עולה שאין זה המקרה היחיד שנגקט צעד כזה. כבר בגוף פסק הדין מצויין כי היו תקדימים נוספים בבית המשפט לענייני משפחה בירושלים, כפי הנראה באותם מקרים ההליך לא הסתיים בפסק דין לתשלום נזיקין והגט ניתן בטרם ניתן פסק דין, עקב האיום על הבעל במתן פס"ד כזה, וזאת בעקבות ההחלטה המקדמית של השופטים שאישרו את סמכותם לפסוק תשלום נזק עקב סירוב לתת גט, והודעתם על כוונתם לדון בנושא. ובכך הציבו סימן שאלה על כשרות הגט. באותן נסיבות שהליך המשפטי לא הבשיל לידי פסק דין, והיה די באיום על הבעל על מנת להפחידו ולמונעו מעיכוב הגירושין, בית הדין המסדר את הגט לא היה יכול לדעת על

לשלם עפ"י ההסכם, ולא ננקטו אמצעי כפייה כגון מאסר, וכן לא איימו על הבעל בנקיטת אמצעים אלו.

ו. רב רושם נישואין, המוסמך עפ"י החוק לאשר הסכם קדם נישואין, אינו רשאי לאשר הסכם הקובע את סמכות בית המשפט לדון במימוש ההסכם, מפני האיסור הכרוך בדיון בפני ערכאה שיפוטית הדנה עפ"י חוקים הסותרים דין תורה. וזאת מאחר שבהעדר האישור, ההסכם חסר תוקף

מבוא

לפני מספר שנים, ניתן בבית המשפט לענייני משפחה בירושלים (תמ"ש 19270103), פס"ד המחייב בעל סרבן גט, בתשלום סך 425,000 ש"ח. עילת התשלום היא, הנזק שנגרם לאשה בסירובו לתת גט, לאחר שחוייב בבית הדין בגירושין. להלן ציטוט מסיום פסק הדין - "סוף דבר, בשל כל נזיקה של התובעת שנגרמו בשל סירובו של הנתבע לתת לה גט, וזאת החל מיום 24.1.2002 המועד בו חוייב הנתבע על ידי בית הדין הרבני הגדול ליתן גט לאשה ועד ליום הגשת התביעה, 9.9.2003, אני פוסק לה פיצוי בסך 200,000 ש"ח לשנה ולפיכך בגין כל התקופה (תשעה עשר וחצי חודשים) סך של 325,000 ש"ח. כן אני מחייב את הנתבע בפיצויים מוגברים בסך של 100,000 ש"ח. סה"כ על הנתבע לפצות את התובעת בסך של 425,000 ש"ח".

בתחילת בפסק הדין נכתב - "אוסף ואומר, כי לא לי לקבוע (הגם שהעליתי סוגיא זו במהלך ישיבת קדם המשפט) האם במידה והתביעה המונחת לפני תתקבל, ובעקבות כך יתוצאה הבעל וימסור לאשה הגט המיוחל, יהיה זה גט מעושה או לא".

דהיינו, השופט בעצמו מודיע בפסק דינו, כי הוא מודע לכך שיתכן ובעקבות פסק דינו לא יהיה ניתן לסדר גט, עקב היותו גט מעושה שלא כדין, ואע"פ כן הוא התעלם מכך והתייחס רק להיבט הממוני שבפניו.

בהמשך פסק הדין קיימת התייחסות לשאלת כשרות הגט. האסמכתא של השופט להסיר חשש לכשרות הגט, היא מאמר של שני משפטינים, וכתב בשמם - "אין זה מן ההכרח, לאור עקרונות המשפט העברי, שקיומה של זכות תביעה בנוזיקין ותשלום הפיצוי למסורבת גט, יפגום בתוקפו של הגט. תביעת הנוזיקין אינה מיועדת לשמש אמצעי ישיר לאכיפת פסק הדין של גירושין. תוצאותיה בתחום הגירושין עקיפות".

במקרה זה התגלה בפנינו מצב אבסורדי. שאלת כשרות הגט היא שאלה הלכתית מובהקת, ויוכלו להכריע בה רק

בין שאנסוהו באונס הגוף ובין שכפוהו באמצעות הפסד ממון, נחשב כאונס כמ"ש בתשובת הרשב"א ח"ד סי' מ' בשם הראב"ד ור"ח ובחי' הריטב"א במסכת קידושין דף נ. ובמאירי במסכת גיטין דף פח: ומהרי"ק שרש סג, וכן פסק בשו"ע חו"מ סי' רה סעיף ז' ברמ"א. וכן פסקו האחרונים - מכתב מאליהו שער ז' סי' יט ובשו"ת רבי בצלאל אשכנזי סי' טו ופת"ש סי' קל"ד סק"י.

בספר בית אפרים אה"ע תניינא סי' עג כתב - "לדעת רוב הפוסקים, אונס ממון הוא אונס, והגט בטל אף בלא מודעא". ובספר שבט הלוי חלק ה' סי' רי כתב - "כבר יצאה הלכה לכלל ישראל, שאונס ממון נקרא ג"כ אונס, כמבואר שם באה"ע וחו"מ, ובתשובת מהר"ב אשכנזי סי' טז ומהרי"ק סי' סג ובמכתב באליהו סוף פרק יט ובשאר הרבה פוסקים".

ומש"כ בזה בשו"ת בית אב"י (להג"ר יצחק אייזיק ליעבעס ז"ל) ח"ד סי' קמג וסי' קסט, עיי"ש, דבריו תמוהים שפסק על פי שיטת רבינו ירוחם (נתיב כד סוף ח"א) שסבר דלא הוא אונס.

בביאור דברי רבינו ירוחם, עיין בספר ברכת יוסף (להג"ר יוסף לנדא ז"ל) חלק אה"ע סי' פג שכתב שבדברי רבינו ירוחם אין מוזכר שכפו על הבעל לתת גט, אלא שהאשה תפסה שטרות שהיו לה טענות עליהם, והבעל מפני טעותו בהלכה סבר שהדין עמה והתפשר ונתן גט בהסכמה ללא כפיה, על כן לא התעוררה שאלת גט מעושה אלא שאלת גט מוטעה בלבד. וסיים הברכת יוסף - "יהיה איך שיהיה כוונתו של רבינו ירוחם, העיקר הוא כמו שהסכימו כמעט כל הפוסקים, דאונס ממון הוא אונס לגבי גט. והיכא שידוע באונס, לא מהני ביטול מודעא לגבי גט".

גם בשו"ת צמח צדק חלק אה"ע סי' רסב סק"ג הביא מדברי רבינו ירוחם, אך כתב - "כיון דהסכמת כל הפוסקים דאונס ממון חשוב אונס, כמו שקבצם מהר"ר בצלאל אשכנזי סי' טז הביאו המכתב מאליהו שער ז' סי' יט והוסיף עליהם ופסק כן, חלילה לזוז מזה. וגם כי אמרו חז"ל אם נאמר בכל נפשך למה נאמר בכל מאורך, משום שיש לך אדם שממונו חביב עליו מגופו. א"כ לא יפלא אם אונס ממון חשוב אונס אף בסתם בני אדם. ומ"מ זה דוקא באונס ממון רב, אבל בממון מועט לא שייך לומר דחשוב אונס".

אילו בית הדין היה פוסק לכפות את הבעל לתת גט, היה ניתן לכופו בכל אמצעי כפיה, בין בגופו ובין בממונו, ובלבד שהכפיה היתה נעשית על ידי בית דין של ישראל או על ידי ערכאות המחייבים את הבעל לעשות מה שבית דין פסקו. אך בהעדר פסק דין לכפיה, אלא פסק דין לחיוב הגט בלבד, הרי שבפנינו הוראה של בית הדין שהבעל חייב לתת גט, "יוציא ויתן כתובה", ובנסיבות אלו ניתן לנקוט באמצעים שהם במסגרת "הרחקות דרבינו תם", וכפסק הרמ"א בשו"ע סי' קנ"ד סכ"א, אך לא ניתן לנקוט באמצעים שיש בהם כפיה על הגט.

עיין בשו"ת מהרלב"ח סי' לג שכתב אודות מקרה שנפסק חיוב גט בלבד בלא כפיה - "מבקשים ממנו שיגרשה ושהוא

טיבו של ההליך שהתקיים קודם לכן בביהמ"ש, והוכשל בסידור גט בלא להקדים את הביורור ההלכתי הנחוץ בשאלת כשרות הגט.

פסק הדין הנ"ל היה הראשון בסדרה של פסקי דין דומים שניתנו לאחר מכן, והסתמכו על פסק הדין התקדימי הנ"ל. יש שמצאו לנכון להרחיב את היריעה לשאר המקרים שבהם הבעל מתנגד לתת גט, גם בנסיבות בהם אין פס"ד לחיוב גירושין.

בנסיבות אלו מוטל עלינו בבתי הדין למצוא תשובה ברורה ומנומקת לשאלה כיצד על בית הדין לנהוג כשבני הזוג יופיעו לסדור גט, לאחר שניתן בביהמ"ש פסק דין לתשלום נזיקין בסוג כזה.

הקושי של בתי הדין בעיסוק בנושא זה נובע מכך שאותו בעל (שנידון בביהמ"ש) חוייב בגט על ידי בית הדין, ויחד עם חשיבות הבהרת הפן ההלכתי של פסלות הגט שינתן לאחר מתן פסיקה כזו, עלינו להימנע ממתן גיבוי לבעל המתעלם מפסק דין של בית הדין, אפילו גיבוי בעקיפין או במשתמע. מעיון בפסק הדין עולה שבאותו מקרה קשה, קיים עיגון הנמשך 12 שנה מצד בעל הפכפך שחוייב בגט ואינו מציית להוראת בית הדין. אין להסיק מדברינו דלהלן אפילו שמץ של לגיטימציה למעשיו, אך כשננקטים צעדים שאינם מתאימים, המטרה מתרחקת, והמבקש לסייע נמצא מכביד על השגת הגט.

אותו בעל נמנה על הציבור החרדי. יתכן שנקיטת אמצעי של הרחקות דר"ת כפשוטו, כפי המפורט בתשובת ר"ת בספר הישר סי' כד, ולא רק במתכונת הקבועה בחוק (שלילת רישיון נהיגה וכיוצ"ב), תוכל לסייע. עיין בפסק דין מבית הדין הגדול שהובא בספר יביע אומר חלק ח' אה"ע סי' כה, שפסקו כן הלכה למעשה, ועיי"ש בפרטי ההרחקות הקשות שהוטלו באותו מקרה.

על פי ההלכה ניתן לנקוט באמצעים אלו שאין בהם כפיה ישירה אלא הרחקה, במקרה שהבעל חוייב בגט (רמ"א בשו"ע אה"ע סי' קנ"ד סכ"א) ואף בהעדר חיוב גט אלא לאחר טענת "מאיס עלי" כשהאשה מעוגנת (ספר הישר לר"ת סי' כד ב"י סי' קל"ד ולבוש סי' קל"ד ס"ז), והדברים התבארו אצלנו להלן סי' פ' - פג.

במסגרת הנוכחית התייחסנו לשני נושאים, ראשית, ביורור הלכה בשאלת מעמדו של חיוב הממון (שנפסק בביהמ"ש) כעישוי שלא כדין על הגט. שנית, כיצד ינהג בית הדין, אם לאחר הפסיקה הנ"ל של ביהמ"ש, בני הזוג יופיעו לסדור הגט "בהסכמה".

חיוב הממון כעישוי שלא כדין

כידוע גט הניתן בעקבות כפייה שהופעלה על הבעל שלא כדין, נחשב כגט המעושה שלא כדין ואינו גט - שו"ע אה"ע סי' קל"ד סעיף ה' וסעיף ז', ועיי"ש בב"ש סק"י שהלכה כדעת רוב הראשונים שהגט בטל מהתורה.

הלגיטימית על פי ההלכה להביע שאט נפש ממעשיו, אך נטילת הממון אינה כדין, ועל פי ההלכה נטילת ממונו אינה הדרך הלגיטימית להביע את היחס השלילי למעשיו.

יובהר, מאחר שכשרות הגט נבחנת בהתאם לכללי ההלכה בלבד, אין להכשיר את הגט כשחיוב הממון, שהוטל עליו על מנת להביאו למתן הגט, נקבע עפ"י עקרונות משפטיים הסותרים את ההלכה, ועל פי ההלכה מעמדו כממון שהבעל חייב "שלא כדין".

החילוק בין חיוב "כדין", לחיוב "שאינו כדין"

הפוסקים חילקו בין גט הניתן בעקבות חיוב ממון שהבעל חייב "כדין", לגט הניתן בעקבות חיוב ממון "שלא כדין". התשב"ץ בתשובה חלק א' סי' א' כתב וז"ל - "יש אונס אחר, אעפ"י שהוא אונס בגופו אינו אונס לגרש אלא שאונס אותו לעשות דבר אחד והוא מעצמו כדי להנצל מאותו אונס מגרש מעצמו, וזה אינו קרוי כפייה כיון שלא כפו אותו ממש להוציא ... אם עישו אותו בדברים אחרים שהיה הדין לכופו בהן לגרש, כגון פריעת כתובתה, דפריעת ב"ח מצוה ומכין אותו עד שיאמר רוצה אני כדאיתא בפרק הכותב, ולהציל עצמו מאותו עישוי נתרצה לגרש, לא הוי גט מעושה. ומיהו מסתברא, דה"מ כשכפוהו בדין בדברים אחרים כגון הכא שהדין נותן לפרוע כתובתה, וכדין כפואו בפריעתה. אבל אם כפואו שלא כדין בדבר אחר, ומתוך אותה כפייה גירש אפשר דהוי גט מעושה, דנקטיה בכובסיה דלשבקיה גלימיה הוי, וצריך עיון", עכ"ל התשב"ץ, והובאו דבריו בבית יוסף סי' קלד.

ביחס לספקו של התשב"ץ, כתב בשו"ת רבי בצלאל אשכנזי סי' טו שאין מקום לספק בזה, וז"ל - "אע"פ שהוא כמסתפק קצת, נראה לי ברור".

וכן המבי"ט בתשובה חלק ב' סי' קלח כתב ביחס לסיוס דברי התשב"ץ - "גם שכתב אפשר, והניחו בצ"ע, אפ"ה אזלינן לחומרא ויצטרך גט אחר, גם כי הסברא נותנת שהוא אונס".

ובשו"ת בית אפרים תניינא סי' עג (עמ' רצט) כתב - "אין מקום לספיקו של הרשב"ץ שהעלה בצ"ע באונס על ממון שלא כדין".

והחזו"א בסי' צט סק"ג כתב - "מה שהסתפק הרשב"ץ אם דבר שכופהו עליו אינו חייב מן הדין אי חשיב אונס, צ"ע. דודאי הוי אונס גמור, אם לא בדבר שקל הוא לקיימו בלא הפסד ממון ובלא צערא דגופא".

מן הראוי להוסיף ביאור בחילוק בין בעל הנותן גט כדי להיפטר מתשלום ממון המחוייב על פי ההלכה, לבעל הנותן גט כדי להיפטר מתשלום שאינו מחוייב בו על פי ההלכה, ח"ל שו"ת בגדי ישע סי' לו סק"ה - "צריך להבין דעת הפוסקים מה בין זה לזה, וכי חוקה היא זו בלי טעם, הלא בין כך ובין כך הוא נותן הגט מחמת אונס, דאף אם מגיע ממנו המעות שייך לומר דנקטי' בכובסי' דלישבקי' לגלימא. אלא

עובר על דברי חכמים אם לא יגרשה, אבל אין כופין בשום דבר אחר כלל על הגט". וכן בשו"ת משכנות יעקב חלק אה"ע סי' מא סק"ג כתב - שאומרים לבעל המחוייב גט שהוא עבריין וכיוצ"ב כפיה בדברים, אך כל עוד לא ניתן פס"ד לכפיית הבעל בגירושין, לא ניתן להפעיל כנגדו אמצעים להפעלת כפיה בגופו או בממונו, למרות שהוא עבריין.

לכאורה היה מקום לטעון שיש מקום להענישו על הזילזול שאינו מציית להוראת בית הדין שהורו שעליו לתת גט, לפי האמור אין לכך מקום, ועיין בדברי הגרי"א הרצוג ז"ל בתשובת היכל יצחק חלק אה"ע ח"א סי' ה' סק"ח ששלל את האפשרות לקבוע שהעונש הוא על בזיון בית הדין, ולא על אי מתן הגט, מאחר שלמעשה הסירוב לתת גט גורר אחריו את העונש.

במקרה שניתן פסק דין שהבעל חייב בגירושין אך שלא לכפותו על הגט, ובניגוד לפסק הדין ננקטו אמצעי כפיה בגופו או בממונו, הגט בטל. כן כתב הגרי"א מקאוונא ז"ל בספרו באר יצחק חלק אה"ע סי' י' ענף ז' - "כתבו התוס' (ר"פ המדיר) והרא"ש (ס"פ המדיר) וביבמות (דף ס"ד) ובאה"ע (סי' קנ"ד) בגט מעושה דהיכא דאין לכפותו בשוטי רק במילי, ועברו וכפו בשוטי דהוי גט מעושה שלא כדין ובטל מהתורה".

וכן מבואר בחזו"א אה"ע סי' צט סק"א שכתב בלשון זו - "גט המעושה שלא כדין כו' מסקנת הסוגיא דשלא כדין בישראל וכדין בכותים פסול מהתורה. ואע"ג דמצוה לגרשה, מ"מ כיון דגרש על ידי כפייה, והכפייה היתה שלא כדין, לא מקרי רצון. דכפייה בדין נמי אינה עושה רצון עצמו, אלא דסגי ברצון הבא בכפייה בדין. דעצם טובתו הוא להתרצות, וכשמתרצה על ידי כפייה בדין חשיב רצון. ואין זה אלא במקום דמעשה הכפייה נמי הוי כדין. אבל כשהכפייה שנעשתה היתה שלא כדין, אע"ג דחייב לגרשה, הרצון הבא על ידי כפייה זו לא חשיב רצון לדיני התורה. ונראה דה"ה בכפואו בי"ד של ישראל בשוטי, במקום שאין כופין אלא במילי, הגט בטל מהתורה, וכ"כ תוס' כתובות ע' א' ד"ה יוציא, וכ"מ ברא"ש פרק הבע"י סי' יא".

וע"ע בספר אוצר הפוסקים בהערות שבסוף חלק ב' עמ' יא.

במקרה שבפנינו, הבעל חייב בתשלום גבוה, עקב ההשלכות הנובעות מסירובו להתגרש והפוגעות באשה. גם אם על פי החוק, השופט מוסמך להשית תשלום כזה, ואין בפסק דינו חריגה מסמכות, הדבר ברור שבנסיבות אלו, על פי ההלכה, חיוב הממון מוגדר כחיוב "שאינו כדין", מאחר שאין לחיוב כזה בסיס בהלכה, ועל פי ההלכה גביית ממון זה כרוכה באיסור גזל. ובנידון הנזכר, התשלום בסך 425,000 ש"ח אינו מוטל על הבעל על פי הדין. אמנם יש מקום להתרחק ממנו כאמור לעיל, לרבות הרחקות מרחיקות לכת כמפורט בתשובת ר"ת בספר הישר סי' כד, וזו הדרך

עד שיתן גט, אבל אם עומדים בעצמם מלעזור לו לצאת אין זה כפייה".

וכן בספר שו"ת דברי נחמיה חלק אה"ע סי' לב כתב להבחין בין אונס העומד להתבצע כנגד הבעל, והלוחץ אותו לתת גט כדי להפטר מהאונס, כגון חיוב ממון המוטל עליו, שבו יש לחלק בין חיוב כדין לשאינו כדין. ובין מאסר שהבעל כבר מצוי בתוכו עקב עניין אחר שאינו קשור לגירושין, שבו אין לחלק בין "כדין" ל"שאינו כדין". וז"ל - "בהיה תפוס בבית הסוהר בעד חוב, נראה דאף אם היה זה שלא כדין, וכגון שתפסוהו עובדי כוכבים ואפילו בעלילה, נראה דבכה"ג נמי לא הוי גט מעושה אם יגרש כדי שיפדוהו כו', וכן משמע מדברי הגהות מרדכי דגיטין ... ועיין מהרי"ק שרש קל"ג שהביא הא דר"ת, וסיים הרי דלא חשיב אונס מניעת עשיית הטוב, ואע"ג דפשיטא דכל אדם מצווה להוציא חבירו ממסגר כו'. ע"ש דמשמע שעיקר הטעם הוא לפי שכבר נתפס מכח דבר אחר, אע"פ שהוא שלא עפ"י דין, שוב מניעת ההצלה אם לא שיגרש לא חשיב אונס".

וכן כתב בשו"ת אגודת אוזב חלק אה"ע סי' יט (אות י' ואות יח).

והיינו מפני שמעשה הכפיה הוא בשב ואל תעשה, שאינו נידון כעישוי הפוסל את הגט. ולכן אם כעת הבעל כבר נתון במאסר, אף אם אסרוהו שלא כדין, ואין ביכולתו להשתחרר בעצמו. הרי בנסיבות אלו, המאסר, אינו קשור לסירובו לתת גט. אם הבעל יסרב לתת גט אנו רק נמנע מלסייע לשחררו, ואין בהימנעות כזו משום כפיה על הגט, עפ"י דרכו של ר"ת בספר הישר סי' כד שקבע שהגדרת כפיה לעניין גט מעושה היא פעולה בקום עשה ולא הימנעות מעזרה בשב ואל תעשה.

אבל במקרה שעומד להתבצע מעשה בקום עשה, כגון גביית סכום כסף גבוה מהבעל, אם סכום זה אינו "כדין", והוטל עליו כדי להביאו להסכמה לתת גט, הגט יחשב כגט מעושה שלא כדין. וטעם הלכה זו התבאר בספר בגדי ישע ובספר בית אפרים שהבאנו, וכן בחזו"א.

כל האמור ביחס לחיוב ממון שאינו כדין, שריר וקיים גם אם בעת הטלת חיוב זה לא נאמר לו שהחיוב הוטל עליו כדי שיתן גט, וכמ"ש בשו"ת בצלאל אשכנזי סי' טו (ד"ה ולא דוקא) - "גם מהכא משמע דאם אנסו אותו בממון שלא כדין, אע"ג שלא הזכירו לו גירושין כלל, ומתוך אותו האונס נתרצה לגרש דהויא ליה גט מעושה, וכדכתיבנא לעיל".

אמנם בשו"ת דברי נחמיה חלק אה"ע סי' לב כתב "גם התשב"ץ שכתב דמסתברא כשאותו דבר שלא כדין אפשר דהוי גט מעושה, צ"ל דהיינו כשמזכיר גם הגירושין בתחילת הכפיה. וכעין ההיא דכופין על הכתובה דאירי בה, והרי שם מבקשין עכ"פ על הגט כמ"ש רמב"ן. ואפשר נמי דהיכא דמתחילה מובן עכ"פ הכוונה על הגט, אף שלא פירש דינו כאילו פירש ... שוב ראיתי בתשובת רבי בצלאל אשכנזי סי' ט"ז (דף כ"ט ריש ע"ב) דבשלא כדין אע"ג שלא הזכירו הגט

ודאי טעם הדבר הוא, שאם מגיע מאיתו מעות באמת עפ"י דין תורה, ואם לא יגרש לא יפטר מתביעת בעל חובו, אזי אמרינן דמחמת מצות פרעון חוב ושלא יהי' לזה רשע ולא ישלם, גמר ומגרש מרצונו ... במקום מצוה דאורייתא פריעת בעל חוב או להשיב את הגזילה, ודאי גמר ומגרש מרצונו. משא"כ אם אנסוהו על ממון שאינו מגיע ממנו כלל, ונותן גט כדי להפטר מהאונס, בזה ודאי אינו מגרש מרצונו. זה הוא ודאי טעם הפוסקים הנ"ל, שמחלקים בין מגיע ממנו על פי דין תורה ובין אינו מגיע ממנו שום ממון על פי דין תורה".

בדרך דומה באר בתשובת בית אפרים אה"ע תניינא סי' עג, וכדלהלן - "כאן שאין אונסו על הגירושין ממש, רק החיוב שנתחייב מחמת האונס הוא רוצה להפטר על ידי הגירושין ... דוקא כשכפוהו על דבר שמחויב בו מן הדין כגון פירעון כתובה, דאז חל החיוב שנתחייב על ידי האונס, ואם זה מפקיע החיוב על ידי הגירושין, אין כאן אומדנא דמוכח שהגט הוא מחמת כפיית האונס, דהא על גוף הכפיה של פירעון הכתובה אמרינן דפקע האונס, כיון שמחויב בדינא ומצוה לשמוע דברי חכמים, גמר ומקני. וממילא מה שנותן גט בשביל מחילת הפירעון, אין תורת אונס עליו. משא"כ אם אונסין אותו לתת ממון שלא כדין, ומחמת זה הוא מגרש בכדי למחול לו החיוב, אז כיון שהחיוב אינו כדין והוא מגרש עבור חיוב זה להפטר ממנו, אז י"ל דהגירושין הם מחמת אונס הממון שאונסין אותו שלא כדין, שהרי לא גמר ואקני חיוב הממון כלל, ועדיין באונסו הוא עומד. ואם מחליף הגירושין תמורת החיוב, נכנסו הגירושין תחת סוג האונס הזה. משא"כ אם האונס על ממון שמגיע מן הדין, אמרינן דגמר ומקני ואין כאן אונס על החיוב, וממילא שאינו קרוי אונס על חליפי' דהיינו תנינת הגט".

לעיל הבאנו מדברי החזו"א שבאר הטעם בהלכה זו, וכתב - "כשמתרצה על ידי כפיה בדין חשיב רצון. ואין זה אלא במקום דמעשה הכפיה נמי הוי כדין. אבל כשהכפיה שנעשתה היתה שלא כדין, אע"ג דחייב לגרשה, הרצון הבא על ידי כפיה זו, לא חשיב רצון לדיני התורה".

ויש להוסיף בזה ביאור. דברי הפוסקים נאמרו במקרה שהבעל מחוייב בתשלום ממון, וידוע שאם יתן גט יפטר מהו, וכנידון דנן. אבל במקרה שהבעל כבר נמצא בבית הסוהר, ונעשה מאמץ לשחררו תמורת מתן הגט, אין בכך משום גט מעושה גם אם המאסר היה שלא כדין, מאחר שהבעל כעת כבר כלוא, ואם לא יתן גט, אנו רק נמנעים מלהיטיב עמו, וכל עוד הדברים נעשו בשב ואל תעשה, יחשב כהרחקות דר"ת בלבד. עיין הגהות מרדכי במסכת גיטין סי' תסט שכתב "אם נתפס עבור מס או דבר אחר, יכולים לומר לו לא נעזור לך לצאת מתפיסתך עד שתגרש. דאין זו כפיה, דאין עושין לו דבר, רק שנמנעים מלעזור לו". וכן בתשובת רבינו יו"ט שהביא בספר בנימין זאב סי' פח באר ההיתר להתנות שיחרור ממאסר במתן הגט, וכתב "יש ללמוד דבר זה מתשובת ר"ת, אם לא יכפוהו ממש לאוסרו במקום שהיה,

אין מקום להציג את פסק הדין הנ"ל באופן זה שכל מגמתו הסדרת פיצוי לאשה, ואין להתעלם מהמציאות הברורה שבפנינו. פסק דינו של בית המשפט ביסודו, נועד להביא את הבעל ליתן את הגט, וללא ספק שלאחר שניתן אותו פסק דין, חיוב הממון יבוטל בד בבד עם הסכמת הבעל לתת גט, בלבד, ולא יבוטל כל עוד לא יובטח מתן הגט.

נציין למש"כ בנסיבות דומות בשו"ת רבי בצלאל אשכנזי סי' טו, וז"ל - "אבל גיטא כל שאנסו לו בממון סתם, ושוב מתרצה האנס בגירושי אשתו, כיון דזווי לא תלו בגירושי דאטו גרושי אשתו של הלה מייתי זווי, הילכך אומדנא דמוכח דבעקיפין קא אתו עליה. ואע"ג דאין מזכירין לו גט כלל, כמאן דמנקטיה בכובסיה כי היכי דלישביקיה לגלימא דמי. דאי קא מהדרי אזווי היאך נתרצו בגירושי. ודוקא כשאותו ממון דקא אנסי ליה אינו חייב בו מן הדין אלא דבאין בעקיפין. אבל אם היה חייב באותו ממון ותפסוהו עליו, ולהציל עצמו מאותו ממון נתרצה לגרש לא מיקרי עישוי. למה זה דומה למי שהיו נושין בו ממון והיה תפוס בבית הסוהר עליו, ואמרו לו קרובי אשתו, אם תגרש אשתך נפרע אנחנו בעדך החוב ההוא ותצא ממאסרך, והוא נתרצה בזה וגירש מרצונו, דאין בזה עישוי כלל, וכמו שכתב הריב"ש ז"ל סי' קכ"ז".

אך אין צורך להאריך בנקודה זו, מאחר שלפי המבואר גם אילו כוונת השופט היתה באמת ובתמים לפסוק פיצוי נזק לאשה, עכ"פ הגט יחשב כמעושה שלא כדין, כשהבעל יתן את הגט כדי להיפטר מתשלום כזה "שאינו כדין", וכמבואר לעיל, (אמנם לדעת שו"ת דברי נחמיה, עכ"פ צריכה להיות זיקה מסויימת בין חיוב הממון לגירושי, אך כאמור, בנסיבות המקרה הזיקה ברורה ואינה מוטלת בספק).

ולהלן תשובה של אחד מגדולי התורה בארצות הברית בדור הקודם (הג"ר יהושע סיגל ז"ל) בספרו שו"ת אזני יהושע ח"א סי' טו (הודפס בשנת תרע"ד) שנשאל בנידון קרוב למקרה שבפנינו, ואף קל ממנו.

וז"ל בשאלה - "הנה כשיעגן איש את אשתו או ימנע ממנה מזונות, הכח ביד האשה עפ"י חוקי המדינה לתבוע את הבעל לפני ערכאותיהם לכל זמן שלא יתן בטוחות או ערבות בטוחים שיתן לה משך שנה כולה מזונותיה כאשר יושת עליו בפלילים, יושם הבעל בבית הסוהר לעבוד שם עבודה קשה ככל אסירי המדינה האסורים שם ... ואם בתוך הזמן תמחול לו האשה, הרשות בידה להוציאו לחופשי. על כן יקרה זה כמה פעמים שהאשה תרצה רק בג"פ להפטר ממנו, תאמר אליו אם תעשני חופשית בישראל אזי מיד אמחול לך ... וכאשר יתרצה הבעל לזה, חיש מהר ישלח אחרי רב מסדר גיטין, והגט נעשה שם במקום בית משמרתו".

בפתיחת התשובה כתב שבנידון זה, מצד אחד הכפיה הוטלה על ידי הערכאות כדי להבטיח את מזונות האשה ולא להביאו להסכים לתת גט, ומאידך, הכפיה היא שלא

כו', ע"ש דמשמע שכן דעת ריב"ש ותשב"ץ. אך משמע דהיינו כשניכר המכוון בשביל הגט כו' ע"ש".

המקרה שבפנינו אינו נכנס לדיון זה, מאחר שהדברים נאמרו בפירוש שקיימת זיקה בין הסירוב לתת גט לתשלום שהושת על הבעל.

וכן בספר אגודת אוזב חלק אה"ע סי' יט (אות יח) כתב במסקנת דבריו - "אם רצו לאונסו על דבר אחר שלא כדין, אם ידוע שכוונת המאנס הוא ג"כ בשביל הגט, שאע"פ שאונסו על דבר אחר, מ"מ אם היה מגרש היה פוטרו מזה האונס שעל דבר אחר, חשיב אונס לכו"ע, מאחר שהיה שלא כדין. אבל אם אין כוונת המאנס כלל על הגט, כגון שחבשוהו גוים על דבר אחר, ואמרו לו קרובי האשה שאם יגרש ישתדלו בגופם וממונם להוציאו חפשי מזה האונס, אע"פ שהיה שלא כדין, לא חשיב אונס לכו"ע".

אילו הבעל היה מחוייב בתשלום על פי הדין, כגון שחבל באשתו ובית הדין היה מחייבו בנזק צער ריפוי וכו', אין מניעה להשית את התשלום על הבעל. ואף אם בסופו של דבר האשה תוותר לו תמורת מתן הגט אין בכך ריעותא, וכפי העולה מדברי הריב"ש סי' קכו וסי' רלב (הנוכח בתשובת ר"ב אשכנזי).

אמנם לדעת המבי"ט ח"ב סי' קלח גם בחיוב ממון כדין, קיים תנאי נוסף שאין כוונתם בחיוב הממון כדי לאלצו להתגרש, וכעין זה במשנה למלך בהלכות גירושין פ"ב ה"כ. אך דבריהם אינם מוסכמים ויש חולקים, עיין בית אפרים אה"ע תניינא סי' עג ובחזו"א הנוכח, וסברתם היא, שאין לחוש, מפני שבסופו של דבר החיוב והעישוי להוציאו לפועל הם כדין, ולהלן נחזור לנקודה זו.

וכן בשו"ת פני יהושע חלק אה"ע סי' עה ציטט מדברי התשב"ץ הנוכחים, וכתב - "משמע מדבריו, דאע"ג דכוונת העישוי על הדבר האחר הוא כדי שמתוך זה יתרצה לגרש, דאל"כ פשיטא דליכא למימר נקטיה בכובסיה עד דשבקה לגלימא, שהרי אין הכוונה על הגלימא כלל, אלא ע"כ צריך לומר דכוונתייהו לגרש אלא שאין כופין לגרש וכופין אותו על הדבר האחר ועל ידי זה יתרצה ממילא לגרש", עכ"ל. לפי דבריו, בנסיבות אלו שכוונת הכופין על הדבר האחר היא להביא לגירושי, חילק התשב"ץ בין כפיה על דבר אחר שאינה כפיה כדין, לכפיה על דבר אחר שהיא כדין.

מסקנת הדברים - כל עוד על פי ההלכה, הבעל אינו מחוייב בתשלום הממון שהושת עליו בבית המשפט, וכגון בנידון דנן, אם הבעל יתן גט כדי להפטר מתשלום זה, דינו כגט מעושה שלא כדין.

כל זה גם אם היה מקום לטעון ביחס לפסק הדין שניתן בבית המשפט, שכל מגמתו לפצות את האשה על נזק שהבעל גרם לה עקב סירובו לציית לבית הדין. כל עוד על פי ההלכה הבעל אינו מחוייב בתשלום זה, דינו כממון המוטל עליו שלא כדין, על פי דיני התורה, ואם הבעל יבקש להסיר את החיוב באמצעות מתן הגט, יחשב כאנוס על הגט.

הרשב"ץ דמיירי הוא שם היכא דבי"ד של ישראל כופין אותו ... אי לאו בני עשייה נינהו, אין כאן הכפיה כדין מ"ש הרשב"ץ

ובסיום הדברים הביא בתשובת אזני יהושע מדברי הש"ך בספרו גבורות אנשים שלא לכוף אף במונע כל ענייני אישות אא"כ באה מחמת טענה, ומדברי אחרונים שחששו לכפות גט, וכתב – "ואם חשו כל כך בבית דין של ישראל, ק"ו בן בנו של ק"ו בענין גט מעושה בעכו"ם. על כן בודאי אין היתר בנידון דין אף אם האשה תצדק בתביעתה. ואיך עוד כשלא היה לפנינו שום דין ודברים ולא נודע לנו כלל את מי הצדק. ואין זה צריך לפנינו כי המזדקק עצמו לכמו אלה, הוא מחזיק ידי עוברי עבירה להיות במעל עושי הרשעה לקיים בפועל דייני עכו"ם, כמבואר ברמב"ם הלכות סנהדרין סוף פרק כ"ו שהוא רשע, וגם ברשעתו זאת הוא מרבה ממזרים בישראל להתיר ערוה דאורייתא, והד' יצילנו מזה".

בשולי תשובה זו נבחר שיש להבחין בין דינו של הגהות מרדכי שהובא לעיל במי שנתפס עבור מס וכיוצ"ב, שמאסרו אינו קשור לאשה המתגרשת, ואינו מכח תביעתה. משא"כ כאן שהיא זו שהביאה אותו לכלא וגם מביאה לשחרורו תמורת הגירושין.

אך עיין בספר אגרות משה אה"ע ח"א סי' קלו במי שנאסר בערכאות עקב חיוב מזונות כדין, ולא חש לסברת הג"ר יהושע סיגל הנזכרת, לפסול את הגט מפני שהכפיה על חיובו נעשתה בערכאות. וכן ראיתי תשובת הראשל"צ הג"ר אברהם אשכנזי ז"ל בתשובה שבספר בני בנימין סי' לה שהשיב על אדם שעקב סיכסוך עם אשתו נשא אשה אחרת, ולאחר שנמנע מלגרש הראשונה, למרות שהראשונה כבר אינה יכולה לחזור לביתו, חייבוהו בערכאות לשלם לאשתו עשרת אלפים פראנק אם אינו מגרשה, והרב השואל חשש לגט מעושה שלא כדין. והג"ר אברהם אשכנזי ז"ל השיב שהכל תלוי אם הסכום הנ"ל מחוייב כדין, וכתב – "כל שאנו כופין אותו כדין על דבר אחד, וכדי לפטור עצמו ממנו מגרש, אינו נקרא גט מעושה, והדברים יצאו מפה קדוש התשב"ץ בח"א סי' א'. דון מינה לנד"ד דמה שחייבוהו בערכאות על מזונותיה כדין עשו, אילו אתו קמן כך היינו מחייבים, דאיש אמיד הוא ועולה עמו ואינה יורדת עמו, והלואי יספיקו לה היותה רכה בשנים לשכור לה בית ומשרתת לכל ימיה. כגון דא אי ירצה לפטור עצמו ולגרשה, אין זה גט מעושה".

הרי שהג"ר אברהם אשכנזי ז"ל כתב כך בפשיטות, ולא חשש שחיוב זה שהוא כדין, נכפה על הבעל בערכאות, (וכן יצויין, בנסיבות המקרה שכבר נשא אשה אחרת, סבר הג"ר אברהם אשכנזי ז"ל שחיוב סכום גבוה של עשרת אלפים פראנק למזונות האשה עבור פרק זמן שהוא "לכל ימיה", לא יחשב "שלא כדין").

ובמש"כ בספר אזני יהושע לחשוש לשיטת הש"ך בספרו גבורות אנשים כשאינה באה מחמת טענה, עיין מש"כ בזה להלן בסוף סי' צ'.

כדין. וז"ל - "כאן בנידון דין שהאונס של הנכרי הוא על דבר מן הצד, ואין בדעת הנכרי שיתן גט ... מכריחין אותו על ענין אחר מן הצד, הוי לגמרי שלא כדין דין. דבדין תורה לא נוכל להכריח אותו ליתן כסף קדימה על שנה כמבואר באה"ע סי' ע' ס"ז שרק על חצי שנה נותנין לה קדימה ... ההכרח שלהם הוא שלא כדין, וגם אינם אומרים לו כלל המלים האלה תן גט, רק תן מזונות, אלא שהבעל מעצמו מצד האונס ימצא לו מקום להפטר מן האונס על ידי הגירושין".

בהמשך דבריו כתב, שהאנס במקרה זה אינו הערכאות בלבד, אלא גם האשה עצמה שהביאה אותו לערכאות, מפני שאם תמחול על תביעתה, מיד ישחררו אותו. במסקנת דבריו כתב כדלהלן -

א. "אם הזכירה האשה בפירוש לאומרו גרשני ואזי אצוה להסיר האונס מעליך, אשר אנסוהו על פיה במה שהיא מסרה אותו להאונס, בודאי הוי גט מעושה כה"ג, כמבואר בחו"מ סי' ר"ה דאחד צער הגוף ואחד צער ממון מיקרי אונס, וכמבואר במשנה למלך הנ"ל, דהיכא שהזכירה לו הגירושין אין כאן הו"א שלא יהיה גט מעושה, כמ"ש שם שהיא גמרא ערוכה".

ב. "היכא שהיא לא הזכירה לו הגירושין, אלא שהבעל אמר לה שיגרשנה ויפטר ממילא. באופן זה הוא ממש דינו של הרשב"ץ הנ"ל של ענין כפיה על תנאי כתובה. על כן צריכין לידע מעתה, אי הוי הכפיה על תנאי כתובה כדין, וגירש מעצמו כדי להפטר מאלה, לא הוי גט מעושה. והיכא שהוא שלא כדין, זאת גט מעושה מה שגרש אותה כדי להפטר מן אלה החיובים במה שיאנסוהו עליהם שלא כדין".

ג. "היכא שהאשה לא הזכירה לפניו על דבר הגירושין, רק אחרים יעצוהו ואמרו לו מה לך ולצרה הזאת, גרש אותה וממילא תפטר מכל החיובים, והוא שם לבו לזאת שהצדק איתם. דבודאי כה"ג לא שייך לחוש אל העישוי שהוא על הגירושין, דהא הכופים אותו לא הזכירו לו ענין גירושין כלל ... נראה מדברי המל"מ הנ"ל, שהדבר תלוי אם אלה שכפוהו לא אמרו לו שיגרש ... לפי זה צריכין אנו רק לעיין בזה אם הכפיה הצדדית במה שרוצים להוציא ממנו עבודה, אם היא כדין כדברי התשב"ץ הנ"ל. והנה דבר זה מבואר בשו"ע אה"ע סי' ע' ס"ז ברמ"א שאין מעכבין משל בעל יותר מעל ששה חדשים ... ואפילו ת"ל דהיכא שאין הבעל יכול או אינו רוצה ליתן בטוחות על מזונות אפילו על ששה חדשים א"כ מקרי הכפיה כדין ... גם בזה יש לשדות נגרא דלא מיבעיא באינו יכול היינו שהוא עני ואין לו, הא בודאי לא שייך כפיה בדינא דדין שיתן בטוחות, דאיך שייכת כפיה על דבר שאין באפשרותו, והא אונס רחמנא פטריה ... ואפילו ביש לו ואינו רוצה, ג"כ יש לחלק דלא דמי להא דרשב"ץ הנ"ל. דהא הרשב"ץ קאמר דעכ"פ הכפיה על התנאי כתובה תהיה כדין ... בדיני ישראל ולא ע"פ ערכאותיהם, דכיון שהמה לאו בני עשו נינהו, א"כ לא מקרי כדין, ולא הוי זאת כגונא שכתב

שיטת ספר תורת גיטין

לא יגרש תוכל לתבעו סך עשרת אלפים הנ"ל, יש לדעת אם לא הוא גט מעושה ... בנ"ד צ"ע אם מה דחייבו הערכאות לבעל לשלם הנזק, ואם יעמוד הבעל ויגרשנה שוב יפטור מתביעת ממון הנ"ל, הו"ל אנוס מחמת ממון לגרש, או דילמא כיון דאין שייכות בין הקנס והגירושין שאין בכח המדינה כלל לצוות על הגירושין אלא על הנזק מי שאין נותן גט ופוגע במצפון האשה, ומה שיהי' פטור מהקנס הוא דבר דממילא, א"כ שוב הו"ל כמי שאינו מזכיר מן הגירושין, ולפי התורה גיטין י"ל שאין זה גט מעושה".

בתשובתו כתב המנחת יצחק לדונו כגט מעושה שלא כדין, ובתוך דבריו כתב - "בנוגע לשיטת התורה גיטין, נראה דזולת החולקים בהלכה, גם לפי המציאות שכתוב בפסק דינם של הערכאות כי אחרי שבמדינת צרפת קיימת הפרדה בין דת למדינה, אסור לבית משפט לצוות על גט, ואינם דנים רק על הנזק הנגרם להאשה וכו', כנ"ל, פשיטא דהוי גט מעושה דהוי כמו דנקטי' בקובסי' דלשבקי' לגלימי".

יצויין כי הסכום שהבעל חייב באותו נידון היה 10,000 פרנק צרפתי, סכום קטן עשרת מונים יחסית לסכום שפסק השופט בבדיהמ"ש כמפורט לעיל.

הרב השואל את בעל המנחת יצחק, שלח את שאלתו גם להגאון ר"ש ואזנר שליט"א, ותשובתו מצויה בספר שבט הלוי חלק ה' סי' רי.

בתשובתו כתב שבט הלוי על דברי התורה גיטין שדבריו צ"ע לדינא, עיי"ש. ומסקנתו היא שהגט נידון כגט המעושה שלא כדין. ואף שהשופט בבית המשפט הצהיר שאינו מתערב בענייני דת מכח כללי המשפט המחייבים הפרדה בין דת למדינה ושאינן לבתי המשפט סמכות לכפות גירושין, כתב על זה בתשובת שבט הלוי - "מ"מ פשיטא שקנס שלהם בא על שמעכב האשה שנמנע ממנה הנישואין על ידי דין תוה"ק במה שהבעל מעכב ממנה הגט, ואין לך מזכיר גירושין גדול מזה. באופן שחשש גט מעושה במקומו עומד, כיון שהיא כפית ממון על ידי אחרים, וכבר יצאה הלכה לכלל ישראל שאונס ממון נקרא ג"כ אונס ... ואין עצה אלא שימחלו לו הקנס, ושהיא תכתוב כן לערכאות וכשהוא חופשי מזה לפעול אצלו על הגט ברצון" עכ"ל.

האיום על הבעל מכאן ולהבא

לאחר שכבר ניתן פס"ד לחייב את הבעל על אי מתן הגט בעבר, ונקבע סכום מוגדר של פיצוי עבור כל שנה שחלפה ולא ניתן גט, הרי שמכאן ולהבא הבעל מאויים, באיום שיש בו ממש, שאם יעמוד בסירובו לתת גט, יחוייב בתשלום דומה עבור כל פרק זמן נוסף בעתיד. בשו"ע חו"מ סי' רה פסק שאם איימו לנקוט בצעדי כפייה שביד המאיים לבצע, נחשב כאונס. אמנם הרמ"א הביא בשם י"א דעת מהרי"ק (שרש קפה), שאין לחוש לאיום גרידא, "דעביד איניש דגזים ולא עביד". במקור הדברים בתשובת מהרי"ק כתב טעם נוסף (מלבד הטעם שהביא הרמ"א), שלא לחוש אם מאיימים עליו להביאו

בספר תורת גיטין סי' קלד ס"ד כתב שתי נקודות שיש בהם מקום לבירור.

א. התורה גיטין כתב שדברי הרשב"א שהביא הרמ"א סי' קל"ד ס"ד בשם י"א, לא נאמרו במקרה שהבעל "התחייב עצמו בקנס כשלא יגרש לזמן קבוע, ונתחרט ולא רצה לגרש עד שעבר הזמן, ממילא כשעבר הזמן נתחייב בקנס אפילו אם יגרשנה שוב, דהא חיוב הקנס חל תיכף כשהגיע הזמן ולא יגרש".

ומתוך כך היה מי שטען שאין הבדל בין קנס שהבעל התחייב בדרך זו המבוארת בתורת גיטין, לחיוב ממון שהושט על הבעל על ידי בית המשפט בנידון הנוכח לעיל, מאחר שהחיוב הושת עליו במועד הקודם לגירושין.

יש להשיב על דבריו. בספר תורת גיטין כתב לבאר דבריו הנוכחים, וז"ל "בית הדין יכולין לתובעו כדין בקנס, והוי ככופין אותו לשלם חובו, וכשמגרש להיפטר מחובו לא הוי גט מעושה כמ"ש הרשב"ץ הנ"ל".

דהיינו דברי התורה גיטין נאמרו במקרה שגביית סכום הכסף - הקנס, נחשב "כדין", מאחר שהבעל התחייב בו בקניין, וזאת בהתאם לדברי התשב"ץ הנוכחים שחילק בין חיוב "כדין" לחיוב שאינו כדין. ומפורש בדברי התורה גיטין שדבריו אינם מתייחסים לחיוב "שלא כדין".

הסברא לחלק בין שני המקרים התבארה בדברי הפוסקים שהבאנו (בית אפרים בגדי ישע וחזו"א), שהגדרת "כדין", היינו שהחיוב תואם להלכה. אבל בתשלום שהבעל אינו מחוייב על פי ההלכה, יש לדונו כחיוב שלא כדין, גם אם לא ניתן להתחמק מהתשלום, מאחר שבכל מקרה קיימת אומדנא ברורה שהתשלום נתפס אצל הבעל כממון שהוטל עליו כדי שיתן גט. שהרי לא ניתן לתלות חיוב זה בכל עילת חיוב אחרת שהיא כדין. ולהלן הבאנו מדברי הבית אפרים, שתלה סברא זו באומדנא בדעת הבעל.

ובודאי שהדין כן לסברת החזו"א הנזכרת.

בגוף דינו של התורה גיטין, יש לעיין בב"ש סי' קלד סק"ח במש"כ בשם הלבוש שהרשב"א איירי בבעל שהתחייב בקנס "אם לא יגרש לזמן המוגבל". לכאורה היינו מש"כ התורה גיטין שהתחייב בקנס אם לא יגרש לזמן קבוע, דבזה הרשב"א מודה. אך אין כאן מקומו להאריך בנקודה זו.

ב. בספר מנחת יצחק חלק ח' סי' קלו נשאל במקרה דומה לנידון שבפנינו. הרב השואל סבר לסמוך על דברי התורה גיטין (סי' קלד) שאם האנס האונסו באונס ממון אינו מזכיר הגירושין, אין זה גט מעושה. וז"ל בשאלה - "ע"ד שאלתו, באשה נפרדת מבעלה בערכאות, והבעל סירב לתת גט לצערה. האשה הגישה תלונה נגד בעלה בערכאותיהם על כי מצער אותה בהמנעה מלהנשא לפי דתה"ק. והאשה השיגה לחייב בעלה פיצויים על סך עשר אלפים פרנקים צרפתיים. והסכום טרם ניתן ואינו ביכולת הבעל לשלם. ועתה מצאנו עצה להשיג גט פיטורין מהבעל, אבל כיון שאם

קיימת כפייה ישירה לגירושין, ובנסיבות אלו אף התשב"ץ אינו מסופק.

ג. הבעל חוייב רק עקב "נוזק" המתייחס לתקופה קצובה שכבר עברה, אך כעת לאחר מתן פסק הדין, הבעל מאויים בהגדלת חיובו, בהתאם לפרקי הזמן שיחלפו ממועד פסק הדין ועד ליום מתן הגט. ויש באיום זה כפייה גמורה לתת גט. טעם נוסף, יתבאר להלן, עפ"י שיטת הרשב"א.

סידור גט לאחר חקיקה מתאימה

במקרה שבפנינו חיוב הנוזק שהוטל על הבעל אינו מעוגן בחקיקה מפורשת, אלא השופט שקל בדעתו וקבע שסרבנות הגט נחשבת לנוזק המצדיק פיצוי כספי. אך מאחר וכבר עלתה הצעה לעגן חיוב ממון כזה בחקיקה, עלינו להתייחס לאפשרות כזו.

גם במידה שהמחוקק ימצא לנכון לעגן קביעה כזו בחקיקה המתייחסת לבעל שחוייב בגט ומסרב למלא חיובו, והחוק יטיל עליו תשלום פיצוי כספי, לא תהיה בכך תועלת. נקדים, כי בנסיבות אלו יהיה עלינו לברר האם לאחר חקיקה כזו, הבעל אכן מחוייב בתשלום כזה על פי ההלכה, וחייבו יחשב "כדין". נושא זה רחב ומתפרס בסוגיות שונות של דינא דמלכותא ותוקף חוקי הכנסת כתקנת קהל בהעדר הסכמת "אדם חשוב", והאם פורום המורכב ממאה עשרים ח"כים שמקצתם נכרים ומקצתם נציגי ציבור שחרטו על דגלם חקיקה שיש בה עקירת מצוות התורה, יקבל מעמד של "טובי העיר", עפ"י ההלכה, ואין כאן מקומו.

אך גם אילו תימצא הדרך להסדיר חוק שיהיה תקף על פי ההלכה, לא נוכל לעשות בו שימוש כדי להביא את הבעל לתת גט. מאחר שהורתו ולידתו של חוק זה נועד ללחוץ על הבעל לתת גט, וזו תהיה כוונתם של אותם שיעשו שימוש בחוק זה. הרי שביחס לסוג חיוב כזה קבע הרשב"א בתשובה (ח"ד סי' מ') שגם כשהחיוב כדין, הגט נידון כמעושה שלא כדין מאחר ויצירתו של חיוב זה הוא כדי לאלצו לתת גט. הרשב"א פסק שאם הבעל קבל על עצמו קנס כספי גבוה אם לא יתן גט, לא ניתן להביא למתן גט באמצעות האיום למימוש הקנס.

מרבית הפוסקים כתבו שהקנס הנידון בתשובת הרשב"א הוא קנס בר תוקף על פי ההלכה, וגבייתו עקב סירוב הבעל להתגרש היא "כדין". כן כתבו תורת גיטין סי' קלד סעיף ד', שו"ת אגודת אוזב אה"ע סי' יט, מהרח"ש בשו"ת תורת חיים ח"ב בקונטרס המודעה והאונס, אבני נזר (אה"ע סי' ח' מס"ק יט והלאה וח"מ סי' קלח) שו"ת ברכת רצה סי' קכד, פד"ר כרך ב' עמ' 14, חוות בנימין ח"ג סי' קיא, עטרת שלמה (לה"ר שלמה שמשון קרליץ ז"ל) ח"ב סי' טו, ועיין לעיל סי' עה שהבאנו דבריהם באריכות.

הרשב"א השיב במקרה מסויים שהיה לכאורה מקום להעמידו בקנס שאינו בר תוקף על פי ההלכה, אך המאירי גיטין דף פח: והרמ"א סי' קלד ס"ד שהביאו את דברי

בערכאות ואינו נחשב כאונס, "שהרי לא כל המביאים חבריהם בערכאות של גויים נוצחים, והרבה עשו כן ולא הצליחו".

אך במקרה שבפנינו, אין יסוד שלא לחוש לאיום בהסתמך על דברי מהרי"ק. במקרה שבפנינו האשה לא נרתעה מהגשת תביעה בערכאות, והורתה היתר לעצמה, אין מקום לסברא – "דגזים ולא עביד". וביחס לאותן נסיבות שיהיו בעתיד בפני ביהמ"ש, כבר ניתן פסק דין לחייב את הבעל בתשלום, ובכך האיום לחיוב עתידי הוא מוחשי וברור. עיין בקונטרס המודעה והאונס למהרח"ש במה שכתב – "באותו נידון לא מקרי גיזום אלא עביד מקרי, דכבר הוציאו הדברים לפועל דמקדמת דנא הלשינוהו בערכאות בכמה הלשנות ומסירות והביאו השוטרים עמהם לתופסו לולי שחתם באותו שטר".

וכן פסק בשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' יח שדברי מהרי"ק לא נאמרו במקרה שכבר פעם אחת המאיים הביאו בערכאות. וכן הוא לפי מש"כ בשו"ת לחם רב (לבעל הלחם משנה) סי' רו לבאר סברת מהרי"ק "דלא אמרו אלא בהפחדה שיעשה עמו דבר שלא כדין, דודאי אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן וגזים ולא עביד. אבל בנ"ד, ודאי דעביד דמורי היתרא לנפשיה". ובשו"ת שער אפרים סי' קכב כתב שסברת מהרי"ק לא נאמרה במי שאינו שומר מצוות, ואינו נרתע מהאיסור לתבוע בערכאות של גויים. ובמהרי"ט חלק חו"מ סי' ד' כתב שמהרי"ק פסק את דינו רק במי "שהגזים עליו במילתא אחריתי למסור ממנו או גופו, דלית ליה הנאה בגויה ואימור לא עביד". משא"כ כשיש לו הנאת ממון ישירה מפסק הדין בערכאות, כמו במקרה שבפנינו, שאין מקום לטענה שרק גזים, אך לא עביד.

מלבד זאת, אם במהלך הדיון שכבר התקיים בתביעת האשה לפיצוי כספי, השופט בעצמו הודיע בפירוש לבעל שגם בעתיד יחוייב בתשלום נוסף על כל שנה שתעבור בלא שיתן גט, בודאי תהיה בכך כפייה, עיין מהרש"ף ח"א סי' י'. על כן במקרה שבפנינו כשהזוג יופיע בבית הדין לסידור הגט, כיצד ביה"ד יוכל לברר אם איום כזה נאמר על ידי השופט במהלך המשפט, (כידוע לא כל אמירה של השופט במהלך המשפט מוצאת ביטוי בפרוטוקול הדיון).

סיכומו של דבר

בפנינו שלש נקודות המביאות למסקנה שבפנינו כפייה לגירושין

א. חיוב הממון שהבעל חוייב בו, אינו על פי הדין (גם אם על פי כללי המשפט הנהוגים בביהמ"ש, השופט מוסמך לפסוק כך). ואם כדי להפטר מחיוב זה הבעל נותן גט, הגט נידון כגט מעושה שלא כדין. אמנם התשב"ץ נשאר בצ"ע במקרה שהכפייה היא בעקיפין, אך מסקנת הפוסקים לדון מקרה כזה ככפייה ישירה על הגירושין.

ב. מעיון בפסק הדין של ביהמ"ש עולה שכוונת בית המשפט לחייבו בתשלום גבוה כדי לאלצו בגירושין. ובכך

"בההיא דצידן (גיטין מו.), למהר"ם נג'אר כפשוטה דהוא הביא האונס עליו ... לפי שאין האונס בגירושין עצמן אלא בדבר אחר, והכוונה דלרבותינו הצרפתים בעינין תרתי, שהוא הביא האונס על עצמו, והוא בדבר אחר שאינו בגירושין עצמן".

בטרם הרמ"א הביא את דעת הרשב"א בשם י"א, כתב בדעה ראשונה "אם קבל עליו קנסות אם לא יגרש, לא מקרי אונס, מאחר דתלה גיטו בדבר אחר, ויוכל ליתן הקנסות ולא לגרש".

דברי הרמ"א כפשוטן טעונים ביאור, וכמו שהקשה הבית מאיר על אה"ע סי' קלד, שכתב על דברי הרמ"א – "ומה שכתבו ... לא מקרי אונס מאחר דתלה גיטין בדבר אחר ויוכל ליתן הקנסות ולא לגרש, צ"ע. דאם כן בכל אונס שאנסוהו בממון שסיפק בידו ליתן אם לא יגרש נמי נימא דאינו אונס מדיוכל ליתן הממון, וכבר מוסכם בחו"מ סי' ר"ה סעיף ז' דאף אונס ממון חשוב אונס".

אך דברי הרמ"א בהכרח מתבארים כדלהלן. אין כאן דעה חדשה שלא הוזכרה בראשונים ולא בב"י ובדרכי משה. כידוע אין דרכו של הרמ"א לחדש שיטה חדשה בלא מקור בראשונים, ובלא שיש רמז לחידוש כזה בספרו דרכי משה. אלא מקור דבריו הם בשיטת מהרי"ק שהובאה בדרכי משה, והרמ"א הוסיף מגבלה בשיטה זו, וקבע שקנס שאדם קבל על עצמו, אינו אונס רק כשיכול לעמוד בתשלום, משא"כ קנס שאינו מסוגל לשלם. וכן כתב בספר גט מקושר (סג"ר אות לט סק"ג) בביאור את דברי הרמ"א, וז"ל – "כתב הרמ"א שאינו אונס שהרי יכול ליתן הקנס, ור"ל דבתחילה שנתחייב בקנס הרי נתחייב בו ברצון, וכשמגרש אח"כ להפטר מן הקנס אינו שום אונס, רק שרצונו בגירושין יותר ממה שיתחייב בקנס". ולפי דרכו של הגט מקושר, הרמ"א הביא להלכה את שיטת מהרי"ק, ובניסוח ה"ל.

על כן אין מדברי הרמ"א יסוד שלא לפסוק כסברת הרשב"א, אם החיוב הוטל על הבעל על ידי גורם אחר. בנסיבות אלו אין שיטה החולקת על הרשב"א.

אמנם הגרי"א הרצוג ז"ל בתשובה (היכל יצחק סי' ב' ס"ק כג) סבר לפרש את דברי הרמ"א בדרך אחרת, עיי"ש. אך דברי הרמ"א שפסק בחו"מ סי' רה ס"ז שאונס ממון נחשב כאונס, שוללים את האפשרות לפרש דבריו באה"ע בדרך זו. מלבד האמור לעיל נציין למש"כ בתשובת שיבת ציון סי' צו שכתב – "עוד שאל כבוד מעלתו לעיין כי אחרי אשר שמעה היבמה דלא אהני לה מעשה בכפיה זו השיאה את לבבה למצוא טענה (וזה בודאי ע"פ עצת איזה תלמיד טועה) ואומרת שאינה רוצית הכפיה ע"י מושל העיר דוקא על החליצה אלא שאם יפייס אותה בממון ליתן לה בכדי פרנסה כל זמן שהיא יושבת בלי בעל ג"כ היא מרוצית ויסיר ממנו הכפיה ולחץ התפיסה. הנה זה הוא טעות גדולה והרואה שאומר כן לא שימש כל צרכו ונשתבש במה שראה בסי' קל"ד סעיף ד' בהגה"ה שהרמ"א מביא שם שתי

הרשב"א בסתמא, ולא ציינו שהקנס אינו בר תוקף, ודאי נקטו שהרשב"א אמר דבריו גם בקנס שהוא בר תוקף, שאם לא כן היה עליהם לחלק בכך.

שיטת הרשב"א טעונה ביאור מה החילוק בין גביית הקנס לגביית חוב אחר שאינו כפייה על גט אם הוא "כדין".

בספר דברי מלכיאל ח"א סי' פו סק"ד הבהיר את דינו של הרשב"א וכתב – "שם הקנס הוא בשביל שאינו מגרש", וכן הג"ר שאול ישראל ז"ל בספר חוות בנימין ח"ג סי' קיא כתב "הקנס אינו אלא כתוצאה מאי הגירושין, ועל כן רואה זאת הרשב"א כגט מעושה". ובכך אינו דומה לחיוב אחר שאינו נובע מכך שאינו נותן גט. וע"ע לעיל סי' עה שהארכנו בביאור שיטת הרשב"א.

הרי שבפנינו מסקנה נוספת בסוגיא דנן, והיא שחיוב ממון "כדין" אינו פוסל את הגט, מכיון שהחיוב עומד בפני עצמו ואינו מיועד ללחוץ על מתן הגט. אבל חיוב ממון שהורתו ולידתו כדי לאכוף על הגט, נתפס על ידי הבעל כשוט המונף כדי שיתן גט, ולא כתשלום שמגמתו לפרוע חיוב ממון גרידא, ופוסל את הגט.

לעיל הובאה שיטת הבית אפרים החולק על המבי"ט והמל"מ, בחיוב "כדין" המבוצע כדי להביאו בכך לתת גט. טעמו מתאים רק ביחס לחיוב שאינו קשור לסירובו לתת גט. בודאי לשיטת המבי"ט והמל"מ קיימת כאן בעיה הלכתית בסידור הגט לאחר חיוב ממון, אך בנסיבות הנזכרות כן הוא אפילו לדעת החולקים. הבית אפרים נימק שיטתו וכתב (חלק אה"ע תניינא סי' עג) "הו"ל כאילו היה חייב לו מנה ומחל לו המנה כדי שיגרש, שאין זה אונס, שהרי לא אנסו על הגירושין, ואין כאן אומדנא דמוכח שאין מגרש ברצון, דמאן לימא לן דהכי הוא, דשמא בההיא הנאה שפוטר מהמנה גמר ומגרש וכיון שכן, אפילו תימא שאין דעתו על זה לגרש בשביל זה ברצון, אלא אונס הוא מחמת האונס שנתחייב המנה ורוצה להיות פטור ממנה, מ"מ אומדנא דמוכח שכן הוא אין כאן, ושוב אף אם אין בדעתו כן הו"ל דברים שבלב ואינם דברים".

סברא זו נאמרה רק ביחס לחוב שאינו קשור לסירובו לתת גט, אך לא כשהחוב נוצר עקב אי מתן הגט, שאז קיימת אומדנא דמוכח שהוא אונס על הגירושין באונס ממון.

אמנם שיטת הרשב"א הובאה להלכה ברמ"א (סי' קלד ס"ד), בשם י"א בלבד. אך בנידון שבפנינו אין מחלוקת. מאחר שהחולק הוא מהרי"ק בשרש סג שכתב – "דאין אונס אלא הבא לאדם מחמת אחרים וזולתו, לאפוקי זה שהביא האונס עליו". דבריו נאמרו בחיוב קנס שהבעל הביא על עצמו ולא בחיוב ממון שאחרים חייבו בעל כרחו.

על כן אין מקום להניח כי העמדה העקרונית הנ"ל של הרשב"א שנויה במחלוקת, ביחס לחוב שאחרים השיתו על הבעל, ומלכתחילה נוצר כדי לאכוף את הגט.

וכן בספר אורים גדולים (סוף לימוד פט) כתב בדעת מהר"ם נג'אר (שהביאו הב"י וכן הרמ"א כדעה ראשונה) –

ראוי לציין שיש מהאחרונים שפרשו שהרשב"א פסל את הגט רק בקנס שאינו בר תוקף על פי ההלכה. כן דעת הגט מקושר (סג"ר אות לט סק"ג) והחזו"א (אה"ע סי' צט סק"ג וסק"ה). לפי שיטתם לא יתכן שהליך לגביית ממון שהוא לכשעצמו "כדין", יביא להגדרת הגט כמעושה שלא כדין, מאחר שרצון לגרש שהושג על ידי הליך כפיה "כדין", נחשב לרצון לדיני התורה, עיין ספר גט מקושר סג"ר אות מח וחזו"א שם סק"א שהובא לעיל. ולפי דרכם הגט כשר אם נמצאה הדרך להסדיר שגביית הממון תהיה על פי ההלכה.

במאמר מוסגר נציין כי לעיל הבאנו מחלוקת מבי"ט ומשנה למלך כנגד שו"ת פני יהושע הבית אפרים והחזו"א, בחיוב הבעל בממון "כדין", כשהמגמה הברורה והמפורשת היא לאלצו בכך לתת גט. מעיון בשיטת הבית אפרים והחזו"א, עולה כי אף שמסקנתם שוה, הרי שטעמיהם שונים. הבית אפרים (כפי שהובא לעיל) יסד את שיטתו על כך שאם חיוב הממון "כדין", קיימת אומדנא שהבעל כפוי על חיוב הממון ואינו רואה עצמו כפוי לגירושין, שהרי חיוב הממון ביסודו הוא כדין ואינו קשור לגירושין.

לעומת זאת, החזו"א לא תלה את הכשר הגט באומדנא בדעת הבעל, אלא קבע שרצון הבעל לתת גט שהושג מכח מעשה כפיה שהוא כדין, נחשב לדיני התורה כרצון, ואין צורך לרדת לסוף דעתו של הבעל באומדנא, כסברת הבית אפרים.

מכח הבחנה זו בין שיטת הבית אפרים והחזו"א, עולה נ"מ בחיוב קנס, שהבעל קנס עצמו אם לא יתן גט, ונעשה קניין המועיל להסדיר חיוב זה עפ"י ההלכה. הבית אפרים בתשובותיו (אה"ע תניינא סי' ע-עב) מסכים לחוש לשיטת הרשב"א אם התברר שהבעל אינו רוצה לגרש ונותן גט רק מיראת הקנס, והחזו"א טוען שהרשב"א לא אמר דבריו ביחס לקנס המחוייב עפ"י דין.

אלא שהגט מקושר והחזו"א לא התייחסו בפירוש אלא לחיוב ממון הנובע מהתחייבות הבעל בקנס אם לא יתן גט, ואין בדבריהם התייחסות מפורשת על חיוב ממון שהוטל על הבעל מטעם גורם אחר, חיוב שמגמתו להביאו ליתן את הגט, ויתכן שאילו שאלה זו היתה עומדת בפניהם היו מכשירים את הגט רק בנסיבות בהם הבעל התחייב בתשלום ממון זה, ובהסתמך על סברת מהרי"ק, ולא בחיוב ממון שנקבע על ידי גורם חיצוני, גם אם הוא כדין.

כאמור לעיל בסי' עה, הרבה אחרונים חולקים על דעת הגט מקושר והחזו"א בביאור שיטת הרשב"א, וכן משמע מדברי המאירי והרמ"א, שאינם מסכימים לביאור זה בדעת הרשב"א. לא מסתבר שיביאו להלכה את דעת הרשב"א בסתמא, ובכוונתם להתייחס רק לקנס שגבייתו כרוכה באיסור גזל, ולא לקנס שאין איסור בגבייתו, בלא שיכתבו זאת להדיא, וכי דבריהם נאמרו בסתמא רק ביחס לעבריינים שאינם חוששים לאיסור גזל, וביחס לאנס נכרי, עכ"פ מסתימת דברים מוכח כמ"ש לעיל בדעתם.

דעות אם קיבל עליו קנסות אם לא יגרש, לא מקרי אונס מאחר שתלה גיטו בדבר אחר ויוכל ליתן הקנסות ולא יגרש, ויש חולקים ומחמירין אפילו בכה"ג, והרמ"א מכריע דלכתחילה יש לחוש לדעת המחמירין שהוא הרשב"א, ובדיעבד אם כבר גירש מפני זה כשר ע"ש. והנה הרואה יראה דזה הוא דוקא אם הוא מעצמו קיבל על עצמו קנס בלי אונס, אבל לאנוס אדם בתפיסה שיתן ממון או שיחלוץ הוא אונס לחליצה, ודבר זה מפורש בב"י בשם תשובה המתחלת כתב הר"ר מימון נואר ע"ש. וכן מפורש בד"מ שם אות ז' ע"ש וכן מורין דברי הרמ"א הנ"ל בהג"ה שמסיים הואיל ומתחלה לא אנסוהו על כך, הרי דאם אנסוהו על כך הוא אונס, וכן מפורש בתשובת מהרי"ק שורש ס"ג אות ב' עיין שם, והוא דבר פשוט.

וכן בספר שדי חמד כרך ו' מערכת אישות סי' ב' אות כב כתב על דברי הרמ"א - "מלשון הרב ... הואיל ומתחילה לא אנסוהו, יבואר דוקא כשמתחילה קבל עליו הקנס מדעתו ורצונו, ולא כשהיה שומת הקנס עליו על דעת אחרים ובלתי רצונו".

וכן בשו"ת בית ישראל (להג"ר ישראל כהנא ז"ל) סי' עד כתב, וז"ל - "לדעת החולקים על הרשב"א, הובא בב"י וברמ"א דס"ל דקנס לא מיקרי אונס, מ"מ בנד"ד נלענ"ד כו"ע מודים, דשאני התם שהיה רצונו מתחילה לגרש, והקנס נעשה מרצונו לחזק הענין, ואע"ג דנתחרט לבסוף ולא יוכל לחזור מפני הקנס, לא משום זה מיקרי אונס ע"ש. אבל בנד"ד שכפואו מתחילה לגרש ועד סוף היה בכפיה שלקחו כל אשר לו, ומפני זה היה מוכרח לגרש, דאי מיקרי אונס גמור, ולא בעי מסירת מודעה כלל".

ובשו"ת אגודת אוזב אה"ע סי' יט סק"ז, כתב שמקור תוספת זו שכתב הרמ"א שיכול ליתן הקנס ולא לגרש היא בדברי רבינו פרץ (שהביא הטור סי' קנד והשו"ע סי' קלד ס"ד שעליו מתייחסים דברי הרמ"א), שכתב סברא דומה ביחס לעירבון שהבעל כבר נתן מדעת עצמו, שיכול להשאירו אצל השליש בלא לתת גט.

נחזור לנידון שפתחנו בו, המקרה שבו הבעל חוייב בביהמ"ש בתשלומי "נוזיקין". אמנם היה מקום לטעון שמבחינה פורמאלית, החיוב הוטל על הבעל עקב הצער שהסב לאשתו, אך מאחר והכל יודעים שהחיוב מוטל עקב סירובו לתת גט וכדי ללחוץ עליו להתגרש, אין ערך לטענה פורמאלית שאין לה כיסוי במציאות, וכסברת רבי בצלאל אשכנזי בתשובה שהובאה לעיל, אלא קיימת אומדנא דמוכח שהבעל רואה עצמו כפוי על הגירושין, ובצדק שכך הדבר נתפס בעיניו, ודי בכך לפסול את הגט, וכמו שכתב הבית אפרים.

לכן במקרה זה, הטעם לדון את הבעל כאנוס, אינו דוקא מפני שחיוב הממון שפסק השופט הוא אינו כדין, כפי המבואר לעיל. בנסיבות המתוארות, גם אילו החיוב היה כדין, הגט יחשב כמעושה שלא כדין.

ועיין בשו"ת רבינו בצלאל אשכנזי סי' טו שכתב "ולדברי הפוסקים ז"ל דסגי בהפחדה ובהגזמה לעולם הויא אונס עד שיחליש כוחו מכל וכל". וכן בספר מכתב מאליהו שער ז' סי' כא פרש את המהרי"ק דאף הוא ס"ל דבעינן שיטור מעליו האונס מכל וכל ולא תהיה יכולת כלל ביד האנס לחזור ולאנסו.

מקרה דומה לנידון שלפנינו מצינו בתשובת שיבת ציון סי' צו בו היבם סרב לחלוץ והיבמה הביאה לפסק דין מערכאות לתופסו במאסר. בנסיבות אלו כתב בתשובת שיבת ציון שאם בטרם בוצע פסק הדין, היבם מבקש לחלוץ, אין לסדר חליצה מפני שהיבם נידון כאנסו. וז"ל - "אם יאמר היבם עתה שהוא רוצה לחלוץ לה מרצונו הטוב ויבטל כל המודעות וכל הדבורים אשר יהיו לגרוע כח החליצה, גם זה אינו מועיל, דהא גם זה הוא באונס ועדיין האונס במקומו דהא אנסוהו לזה בעונש תפיסה אם לא יחלוץ לה. ודבר זה מפורש בתשובת הריב"ש סימן תפ"ב ... ועיין במהרי"ק שורש ס"ג שכתב שאף שנתפייס ליתן הגט לא מהני כל זמן שלא נשתנה הענין ונתברר לנו שאין ביד האונס לאונסו כבתחלה עכ"ל מהרי"ק, וגם הב"י בסימן קל"ד הביאו. ומעתה גם בנ"ד כל זמן שהאונס במקומו קשה למצוא היתר לחליצה זו, עכ"ל.

ועיין בפת"ש סי' קסה סק"י בסופו שהביא תשובה זו. מצינו שנים מגדולי האחרונים שדנו באריכות בשאלה זו, הגאון בעל בית אפרים (בתשובות בית אפרים מהדורה תניינא אה"ע סי' ע - עב) נחלק עם הגאון משכנות יעקב (בתשובותיו חלק אה"ע סי' לח - מא) בעובדא שהיה חשש גט מעושה שלא כדין במקרה שהבעל התחייב בערכאות שאם לא יתן גט ישלם קנס. המשכנות יעקב בסי' לח כתב שיש להחמיר אף כשהבעל בא ואומר שמגרש מרצונו הטוב. וז"ל המשכנות יעקב בסי' לח - "ואשר אומרים לו קודם כתיבת הגט שיסורו מעליו כל המכריחים, קשה מאד לסמוך על זה כל זמן שלא עשו מעשה בפועל לבטל ההכרח ועדיין חושש הוא פן יחזור לאונסו כבתחילה, כאשר מבואר כל זאת באריכות בתשובת מהרי"ק דלא סגי לידע משנסתלק האונס, רק כשידענו שתשש כוחו של המאנס ואין בידו לאנסו כלל, ואכתי לא סמכא דעתיה אולי לא יתרצו השני בוררים לבטל הקאמפראמיס ואולי לא יעלה בידם אחר שנכתב בערכאותיהם ואולי ימחו בידם מהצד השני כמובן". ובסי' לט ס"ק יב חזר המשכנות יעקב על דבריו, וז"ל - "כבר כתבנו מדברי כל הראשונים דבעינן שיסתלק האונס מכל וכל, ולא יהיה כח בידו לאנסו כלל, וכל שמתירא פן יחזור לאנסו הוי אונס. והא ודאי לא סמכא דעתיה שהנבררים יבטלו כל מעשיהם ויפסידו שכר אשר לקחו מזה, וכסבור הוא שאומרים לו פטומי מילי בעלמא כדרך כל המגרשים שאומרים להם כן, ובפרט שטרחו והביאו הענין בערכאות לחיזוק לא יחשב לו שיסתרו כל הבנין, וזה דבר מובן".

ביטול העישוי בטרם יסודר הגט

בנסיבות בהם הופעלו כנגד הבעל אמצעי כפייה לתת גט, גם אם בני הזוג יופיעו בבית הדין ויבקשו לסדר גט "בהסכמה", אין לסדר את הגט אלא לאחר שיבוטלו אמצעי הכפייה. גם אם האשה לא נקטה פעולות מעשיות לגבות את הסכום שנקבע בפסק הדין, עכ"פ כל עוד פסק הדין שריר וקיים וניתן להוציאו לפועל, הרי הבעל נידון כאנסו. ויש להורות כפי מסקנת תשובת שבט הלוי הנזכרת, שיש להביא לביטול פסק הדין המחייב את הבעל בתשלום. עיין בתשב"ץ ח"א סי' א' (עמ' ח' במהדורת מכון ירושלים) ומדבריו עולה שכל שיש ביד האנס לבצע את אימו עדיין נקרא אונס. ובתשובות הריב"ש החדשות סי' לב בתשובת רבי יוחנן ב"ר מתתיהו כתב, וז"ל - "תמיד נקרא אונס כל שהיה פעם אחת אונס בדבר, ותמיד היה ביד המאנס הראשון לעשות האונס אם לא יעשה בקשתו, ואע"פ שאינו עושה לו שום אונס ורמוז אונס, ואפ"ה קרינן באונס כל המעשה ואיכא מודעא רבה".

וכן כתב רב חסדאי קרשקש שהובא בתשובות הריב"ש החדשות סי' כז - "דבר פשוט הוא ... כל שסיפק בידם לעשות העיכוב, אונס גמור מקרי, דאיכא למימר דמחמת יראה הוא דעבד. דמשנה שלימה שנינו (גיטין נה:): לקח מסקריקון וחזר ולקח מבעל הבית מקחו בטל, דתלינן דמחמת יראה עשה נחת רוח לסקריקון, וכ"ש כאן שהתחילו לעשותו ע"י גוים. והיינו מעשה דפרדיסא (ב"ב דף מ:): דבהפחדה בטל, כיון שסיפק בידם לעשות אע"פ שלא עשו דבר, וכ"ש כאן שהתחילו לעשות האונס שדינו כגט המעושה".

ביחס לשאלת הדרך לביטול האונס, הלכה זו התבררה בדברי מהרי"ק שרש סג הובא בבית יוסף סי' קלד. וז"ל מהרי"ק - "ואשר שאלת, היכא שיאנסו אחד ליתן גט ויהיה מאחד שאין כופין להוציא כו' ואח"כ נתפייס ליתן גט אם מחמת ממון אם מחמת יראה כו'. ומכירים אנו שמגרש לאונסו, במה יודע שנסתלק האונס כו'. לע"ד נ"ל דודאי עומד הוא בחזקתו הראשונה, עד שיתברר לנו שנשתנה הענין, כלומר שאין ביד האנס לאנסו כאשר בתחילה. דאי אין לתלות ולומר מחמת האונס הראשון עשה, כיון שנשתנה הענין, חשיב כדברים שבלב אם באנו לתלות ולומר שעוד ירא פן יאנסו פעם אחרת, כיון שסבה הראשונה הלכה לה. ואע"ג דאפשר לומר דעדיין יש כח ביד האנס לאונסו, מ"מ כיון שתשש כחו בקצת, אין לנו לבדות מלבנו אונס אחר כדי לבטל המעשה הנעשה בפנינו דחשיב כדברים שבלב כדפירשתי, עכ"ל.

הרי מבואר בדברי מהרי"ק, שגם אם הבעל יבוא לבית הדין ויאמר שנותן את הגט מרצונו, אין לסדר את הגט אלא לאחר שיתברר שאין ביד האנס לאונסו, דהיינו שהבעל כבר אינו מאויים שינקטו כנגדו פעם נוספת באמצעי הכפייה, וכי "סיבה הראשונה הלכה לה", כלשון מהרי"ק.

ג"פ כדמו"י. אמנם קיימת בעיה קשה באותם מקרים שבהם ההליך המשפטי לא הושלם לכדי פסק דין והבעל הופיע למתן הגט לאחר שאויים על ידי ביהמ"ש בפסק דין לתשלומי נזיקין, אך בית הדין שהתבקש לסדר את הגט, אינו יודע דבר מכל העניין. לכן מן הראוי שבאותם מקרים שקיים סיכוי שנגקט הליך כזה בביהמ"ש, בטרם יחל סידור הגט, בית הדין יחקור אם אמנם החל הליך משפטי מסוג זה.

כאמור במקרה הנידון, נראה שאם לאחר שיבוטל חיוב הממון שנקבע בביהמ"ש הבעל ימשיך בסירובו לתת גט, ראוי לשקול להפעיל הרחקות דר"ת במתכונת מלאה וכפי שנקבע בפס"ד מביה"ד הגדול שהובא בספר יביע אומר חלק ח' אה"ע סי' כה.

במקרה שבפנינו נעשה ניסיון להביא לפתרון סרבנות הבעל באמצעות הליכים משפטיים מחוץ לכותלי בית הדין, וללא הדרכה הלכתית מתאימה. צעד כזה, מלכתחילה נועד לכישלון, אינו יכול להביא לפתרון הבעיה, ולמעשה מביא להשקעת מאמץ רב לריק, במקום שהמאמץ יושקע באפיקים היעילים. בסופו של דבר נגרמת עוגמת נפש נוספת לאותה אשה שבעלה כבר חוייב בגט ואינו ממלא חובתו.

קיים מסלול חילופי שהניב פירות, והוא נקיטת צעדים שעפ"י ההלכה אינן נחשבים כפיה, אף שהם לוחצים את הבעל לתת גט. והם כל אותן פעולות שאין בהם כפיה ישירה בגופו או בממונו, אלא ננקטות כתוצאה מהחלטה של הציבור שלא להטיב עם אותו בעל, שבית הדין פסק שהוא נוהג שלא כשורה ומעגן את אשתו, ולמעשה הציבור מתרחק מהבעל, ונוהג עמו ב"הרחקות רבינו תם".

"הרחקות" אלו קבלו ביטוי מעשי ויעיל בצווי ההגבלה הקבועים כיום בחוק (חוק בתי דין רבניים - קיום פסקי דין של גירושין, התשנ"ה-1995) בהם קיימת אפשרות חוקית למניעת שירותי בנק, ומניעת מתן רישוי ממשלתי לאותן פעולות הטעונות רישוי. ולאחרונה הורחב החוק וניתן למנוע מהבעל לקבל חלק מקצבאות ביטוח לאומי, וזאת על פי שיטת ר"ת בספר הישר סי' כד שפסק שאמצעים אלו אינן נחשבים כפיה על הגט, דבריו הובאו במהרי"ק שרש קב ובב"י אה"ע סי' קלד וכן פסקו הרמ"א אה"ע סי' קנד סעיף כא והלבוש אה"ע סי' קלד ס"י.

מהריב"ל (ח"ב סי' יח) שלל את האפשרות שדינו של ר"ת שנוי במחלוקת ראשונים, וכתב - "רבינו תם שהיה ראש המחמירים באומרת מאיס עלי, הוא ז"ל כתב שיתרחקו ממנו בכל ההרחקות שבעולם ... על זאת ההרחקה הסכימו עליה הסמ"ק והקולון ז"ל, ולא מצינו מי שיחלוק עליהם". ועיין להלן סי' פ-פג שהארכנו לבסס את היסודות ההלכתיים של אמצעים אלו.

וע"ע במשכנות יעקב סי' מ' שהוסיף לחזק דבריו והביא גם משו"ת מהרי"ט צהלון סי' מ' "שאינן שום תקנה ע"י ריצוי ופיתוי ולא בנתינת מעות עד שיתברר שלא נשאר שום חשש האונס, וכל שיש לתלות באונס הראשון תלינן באונס ולחומרא".

ועיין בתשובת בית אפרים סי' עב והעולה מדבריו שהדרך לבטל את האיום שלא יחשב כאונס היא שאותו אדם שאיים עליו, הוא בעצמו יודיע לו שאין עליו כל איום או אונס. בכה"ג אין לחוש לגט מעושה, אמנם אם האנס ירצה לחזור לאונסו, יש בכוחו לחזור ולאנסו, אך אין חוששין שיחזור בו מדיבורו האחרון, והיינו מש"כ מהרי"ק שתשש כוחו של האנס, כלומר שהאנס בעצמו הודיע שאין בכונתו לאנסו יותר. ולפי דרכו, בנידון שלפנינו, די בכך שיבוטל ההליך בבית המשפט, האשה תביא למחיקת התביעה ובית המשפט יבטל את פסק דינו ויחליט שלא יינקטו אמצעים אלו בעתיד.

מסקנת הדברים

בנסיבות המקרה הנזכר, הדרך להביא לסידור הגט תהיה להורות לאשה להביא לביטול פסק הדין ולמחיקת התביעה בבית המשפט.

אמנם גם לאחר מחיקת התביעה, עדיין קיימת אפשרות חוקית להביא לחידוש ההליכים בבית המשפט במידה שלא ינתן הגט, והיה לכאורה מקום להורות לאשה לבקש לקבל פסק דין מבית המשפט הקובע לדחות את התביעה בהעדר עילה, או להעביר לבית הדין את הסמכות לדון בנושא תביעת הנזיקין, במסגרת התביעות הממוניות הנידונות בבית הדין, ובכך יתבטל לחלוטין כוחו של האנס לכפות את הגט. אך לדעת הבית אפרים אין צורך לחייב נקיטת צעד זה, ויש מקום לדון האם יש להורות כן, לדעת המשכנות יעקב שכתב "כל שמתירא פן יחזרו לאנסו, הוי אונס".

אך כל זה אילו היה חשש שהגט יסודר בפני בית דין שאינו מודע להליך המתנהל בבית המשפט. אך מאחר וכאן בארץ לא ניתן לסדר גט אלא בבית הדין אזורי, וגם אם יסודר גט בחו"ל, לא יאשרו לאשה להרשם כגרושה בלא אישור בית דין אזורי, ובנסיבות שניתן פסק דין בביהמ"ש הנוגע לעניין הגירושין, מוטל על הצדדים לעדכן את בית הדין על ההליך המשפטי ועל פסק הדין שניתן שם. הרי שהן האשה והן בית המשפט יודעים שאם יחזרו ויפסקו תשלום ממון, כפי שכבר נפסק, לא יסודר הגט, וכי פסק דינו של ביהמ"ש הפך לרועץ ואין בו תועלת, נראה שבנסיבות אלו ניתן לקבוע שלאחר שתמחק התביעה בביהמ"ש ויבוטל חיוב הממון, בכך תשש כוחו של האנס והוסר האונס, וניתן לסדר

תוכן העניינים המורחב

כרך א

חלק אבן העזר

אדה"ע סי' א וסי' קיט.

סימן א. היתר חרם דרבינו גרשם לאחר פירוד ממושך וגירושין בערכאות 1
בני הזוג גרים בנפרד פרק זמן ארוך, הבעל בישראל והאשה באנגליה, ובעקבות יוזמה של האשה הוסדרו גירושין בערכאות. האשה מסרבת להיענות להזמנת בית הדין לדון בתביעת הבעל לגירושין. האם ניתן להתיר לבעל חרם דר"ג לשאת אשה שניה עקב הגירושין בערכאות, הפירוד הממושך והסירוב להגיב לתביעת הגירושין של הבעל. דין חרם דר"ג לאחר גירושין בגט פסול, שרק לאחר הגירושין התברר פסולו.
אדה"ע סי' א.

סימן ב. היתר נישואין לבעל שאשתו עקרה 3
האשה עקרה והסיכוי שתוכל ללדת מזערי, הבעל והאשה מסכימים ומבקשים שינתן לבעל היתר נישואין לשאת אשה שניה, האם יש מקום להיזקק לבקשה זו. מה התנאים שבלעדיהם לא תידון בקשה להיתר נישואין.

אדה"ע סי' ג.

סימן ג. עולה מרוסיה ששם משפחתו "כגן" המבקש לישא בת ישראל שאביה נכרי. 5
המבקש אביו וסבו מעולם לא נהגו מנהגי כהונה ולא שמעו על היותם כהנים, ורק כשהופיע להרשם לנישואין, התעורר הספק שהוא כהן בהסתמך על שם המשפחה שהוא שם מובהק לכהנים. מעמד חזקת כהונה של "כהני הזמן הזה", האם ודאי כהנים או ספק, האם חזקה זו מתייחסת למי שמעולם לא הוחזק בחזקה מעשית של כהן. מה המשקל שיש לשם משפחה שהוא שם מובהק של משפחות כהנים.

אדה"ע סי' ד.

סימן ד. פס"ד בשאלת כשרות לבוא בקהל 11
אדם שנולד לאשה שאינה נשואה, והאם טענה שגיסה הוא אבי הבן וכן טען הגיס, האם הבן כשר לבא בקהל. נאמנות האם לפסול את הבן, נאמנות הגיס לפסולו. מה המשקל שיש לכך שהבן הוחזק כבנו של הגיס, האם קיימת ריעותא אם האמין שהוא בן הגיס, והאם יכול לחזור בו ממה שהאמין. כשאין עדות מועילה לפסולו, האם בהעדר עדות להכשירו ישאר כשתוקי. האם "תרי רובא" הוא יסוד להיתר ביוחסין.

אדה"ע סי' ד.

סימן ה. בירור הלכה בשאלת ממזרות 20
אשה נשואה ילדה בן ובת, והתגרשו לפני 16 שנה ובבית הדין הבעל הודיע שאינם ילדיו והאשה לא הכחישה, ובית הדין קבע שאינם ילדיו, אך לא נמצא פסק דין לאוסרם בקהל. "יכיר", הנאמר מחוץ לבית הדין או בפני בית דין שיש בו רק שני דיינים, או בכתב. מהו המשקל שניתן לכך שילדי אשתו לא הוחזקו כילדיו.

אדה"ע סי' ד.

סימן ו. בירורי הלכה בשאלת ממזרות 29
בני הזוג נפרדו, האשה יצרה קשר קבוע עם גבר זר ולאחר מכן הזוג התגרש. קרוב לשנה מיום הפירוד, וששה חודשים ועשרים יום מיום הגירושין לאשה נולד בן, והבעל שולל אבותו. עוד בהיות האם נשואה נערכו שתי בדיקות שהוכיחו שהריון החל עוד קודם לגירושין. האם והנטען מצהירים שהבן מהנטען, והאם גרה עמו ושניהם מחזיקים את הבן כבנם המשותף. שאלת כשרות הבן לקהל נידונה בבית הדין ועלו לבירור השאלות האם יש מקום לפקפק בנאמנות הבעל מדין "יכיר", והאם בנסיבות אלו יש מקום לתלות הבן שהוא מנכרי. וכיצד להתייחס למה שהאם והנטען החזיקו את הבן כבנם בנסיבות המתוארות.

אדה"ע סי' ב.

סימן ז. רישום אדם ברשימת פסולי חיתון או טעוני בירור 58
מקובל בארץ, וכן בקהילות אחרות, לרשום בפנקס מיוחד את פסולי החיתון, לזיכרון שלא ינשאו עמם. מהו המקור למנהג זה, והאם כשמתעורר ספק בכשרות לבוא בקהל נכון שלא להכנס לבירור.

אה"ע סי' ד.

סימן ח. נאמנות האם להתיר את בנה או בתה לבוא בקהל 60
 אשה נישאה בחו"ק ונפרדה בגירוש ערכאות בלבד, ונישאה ליהודי בערכאות ונולדה בת. האם מעידה וכן קרובי משפחה שהיתה דיימא מגוי וכן האם טוענת שהבת נולדה מאותו גוי. הן הבעל הראשון והן השני כבר אינם חיים. האם ניתן להכשיר את הבת על פי עדות האם. נאמנות האם גם כשלולי דבריה הבת ממזרת ודאי. מה גדר נאמנות האם, מכח עדות או מכח טענת ברי. האם בנישואי איסור ובערכאות נאמרה הסברה "רוב בעילות אחר הבעל". נאמנות האם לחזור בה ממה שהחזיקתה כבתו של הבעל השני.

אה"ע סי' ד.

סימן ט. פס"ד להתיר לבוא בקהל 73
 "יכיר", האם אלו דברים העומדים בגדרי עדות, ומה התנאים לקבלת עדות זו. מברר האם אדם חולה נפש עברייני ופרוץ יאמן בעדות "יכיר" לשלול אבהות על בתו, וכן אדם שהוחזק כפרן האם יאמן בעדות כזו. היתר ממזרות על יסוד ספק ספיקא. "יכיר" צירף שיטת בה"ג שאינו נאמן אלא בדרך הכרת בכורה, ושיטת הרי"ד שאינו נאמן אלא להכירו כבנו ולא לשלול אבהות.

אה"ע סי' ד.

סימן י. בירור הלכה בדין "יכיר" 78
 שאלת כשרות לקהל של ששה אחים ואחיות, שבזמן גירושיהם האב שלל אבהותו והאם הודתה. בירור נאמנות "יכיר" של אדם שהוחזק לחזור בו מדבריו. הכיר בו כבנו האם נאמן לחזור בו. ביטול עדות "יכיר" על יסוד "עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה", קראים, מעמדם וכשרותם לנישואין עם בן או בת ישראל.

אה"ע סי' ד.

סימן יא. פס"ד בשאלת כשרות הבן לבוא בקהל 94
 כשנולד בן וספק אם ההריון החל קודם לגירושין ספק לאחר הגירושין, ובמקום שרובם ישראל, וברור שאינו בנו של בעלה הקודם, ניתן להתיר על יסוד ספק ספיקא, ספק לאחר הגירושין, וספק מנכרי, גם אם רוב ישראל.

אה"ע סי' ד.

סימן יב. פסק דין בדינו של תינוק אסופי 96
 נמצא תינוק בעיר שרובה ישראל, ויש ראיות שננטש בצורה המוכיחה כוונה לשמרו בחיים וכדי שישאר בחיים. האם צריך גיור מספק, והאם לאחר גיור יוכשר לבא בקהל.

אה"ע סי' ד, חו"מ סי' טז.

סימן יג. תביעת האב לעריכת בדיקת רקמות לילדיו לבירור אבהות 97
 לזוג נולדו שני ילדים, וההריון של אחד מהם החל קודם לנישואין, האם הבעל רשאי לתבוע לערוך לילדיו בדיקת רקמות. האם קיימת הבחנה בין הדרישה לבדיקה כזו ביחס לילד שההריון החל קודם לנישואין ובין הדרישה ביחס לשני. האם יש מקום לתביעה כזו בתגובה לתביעת מזונות עבורם.

אה"ע סי' יא וסי' קטו.

סימן יד. עוברת על דת ועשתה מעשה כיעור לענין גט מזונות וכתובה 102
 אשה שנהגה בהתנהגות המקובלת כפרוצה גם בחברה שבה היא חיה, ובעלה תובע לחייבה בגירושין, האם הפסידה כתובה ומזונות. אשה שעשתה מעשה מכוער או עוברת על דת, לענין הפסד כתובה ללא התראה.

אה"ע סי' יא.

סימן טו. איסור האשה לנטען עפ"י הודאתה 108
 הודאת אשה נשואה בלינה בביתו של גבר זר, האם תאסר על בעלה ועל הנטען עפ"י הודאתה. האם נאמרה כאן ההלכה "אין אוסרין על היחוד".

אה"ע סי' יג.

סימן טז. היתר נישואין למינקת שפסקה להניק בטרם הגירושין 112
 אשה שפסקה להניק שלשה חודשים קודם למועד הגירושין, ויש לה תינוק קטן שלא מלאו לו כ"ד חדש, האם רשאית להינשא או שדינה כמינקת המחויבת בהמתנת כ"ד חדש. האם האשה נאמנת בטענה המתירה נישואין תוך כ"ד חדש.

אד"ע סי' יג.

113 סימן יז היתר נישואין למינקת חבירו מינקת חבירו התעברה בהיותה גרושה וילדה, ומבקשת לשוב לבעלה הקודם לגדל עמו את ילדיהם. בירור שיטת ר"ש הזקן שבגרושה לא גזרו, האם יש חילוק בין מכירה או אינן מכירה, האם יש ראשונים שדעתם כדעת ר"ש הזקן, מהי הכרעת ההלכה. בירור שיטת מהר"ם מינץ בפנויה שזינתה והכרעת הרמ"א.

אד"ע סי' יג.

121 סימן יח היתר נישואין למינקת חבירו רווקה שילדה ומבקשת להנשא לאחר תוך כ"ד חדש. בנוסף לשיטות שהובאו לעיל סי' יז הצטרפה שיטת הפני יהושע להתיירה כעבור ט"ו חדש, בירור שיטה זו.

אד"ע סי' יג.

122 סימן יט ספק מינקת חבירו אשה שהתגרשה בהיותה בהריון, אך התעורר ספק בכשרות הגט וקבלה גט נוסף לאחר הלידה לאחר שכבר גמלתו, האם יש לחוש לדונה כמינקת חבירו עקב הגט הראשון. והמסקנה שכל עוד לא הותרה בגירושין גמורים לא חל עליה דין מינקת חבירו.

אד"ע סי' יג.

123 סימן כ גדרי הנאמנות הנחוצה לענין מינקת חבירו זוג מבקש להנשא, ולמבקשת בן שלטענתה הבחור הוא אבי הבן, והבחור מסופק אך מסכים להכיר באבהותו על יסוד בדיקת רקמות שהוכיחה בסבירות של 92% שהוא האב. הדין בספק מינקת, בירור נאמנות האם בלא עדות הבחור, והמשקל להכרה המיוסדת על בדיקה כנ"ל.

אד"ע סי' יז

126 סימן כא היתר עגונה שבעלה טבע בכנרת ולא נמצא הבעל טבע בעת סערה חזקה בהיותו במרחק מהחוף, והסירה נמצאה בקרקעית הכנרת, וכן חבירו נמצא מת. מה התנאים לקבוע שהאשה יצאה מחזקת אשת איש דאורייתא, והאם ניתן להתיירה על יסוד אומדנות חזקות המוכיחות שודאי מת, למרות שלא נמצאה גופתו ולא התקבלה עדות על רגע טביעתו. האם להלכה נקטינן חילוק בין תחילת עדות לסוף עדות. בירור שיטת רבי אליעזר מווארדון והחולקים עליו.

אד"ע סי' כח סעיף כא.

147 סימן כב האם ניתן להפקיע קידושין של סרבן גט בירור המושג "אפקעינהו רבנן לקידושין", באילו מקרים נאמרה הפקעה זו, ושלילת הטענה שעקרונית בית דין של שלשה רשאי להפקיע קידושין בנסיבות נחוצות לפי שיקול דעתו. וכן שלילת ההצעה שניתן לתקן תקנת קהל להפקיע כסף קידושין במקרי סרבנות גט וכיוצא ב. ראיות ש"הפקר בית דין הפקר", אינו יכול לחול למפרע בהפקרת כסף קידושין שניתן לפני זמן.

אד"ע סי' מב

157 סימן כג קבלת עדות לביטול קידושין שלא בפני בעל דין, ועדי קידושין שלא ראו נתינת הטבעת הבעל נפצע קשה בראשו והוא "צמח", ועלתה הצעה להתייר את אשתו על יסוד ביטול קידושי האשה עקב ליקוי בראיית מסירת הטבעת בזמנו. בית הדין התבקש לברר אם ניתן לזמן דיון לבירור טענה זו. מברר אם ניתן לקבל עדות זו בהעדר הבעל, והאם יש תועלת בדיון מסוג זה לגופו של עניין.

אד"ע סי' מב.

163 סימן כד היחס לתביעה לביטול הקידושין מעיקרן בטענה לפסול שהתגלה בעדי הקידושין דחיית טענות שעלו לביטול הקידושין ולהיתר האשה ללא גט עקב פסול שהתגלה באחד מהעדים. קיום הקידושין על יסוד סברת "אנן סהדי", שיטת החת"ס. בירור שיטת התומים שאין לפסול בהעדר פסילתם בבית הדין, או בהעדר ידיעתם שנפסלים לעדות עקב העבירה, שיטת הסמ"ע. שלא לבטל קידושין מחמת פסול עבירה, שמא עשו תשובה, או על יסוד הנישואין. שלילת האפשרות לסדר גט בתנאי.

אדה"ע סי' מד סעיף ג, חו"מ סי' לו.

169 סימן כה קידושי שיכור, קידושי שחוק וקידושין בפני קרוב ופסול קידושין שנעשו על ידי אדם בעת שכרותו, תוקפן. הגדרת שיכור שאין ממש במעשיו. קידושי שחוק ובטבעת שאולה. נמצא אחד מהעדים קרוב או פסול.

אדה"ע סי' קמא סעיף ל.

176 סימן כו סידור חופה וקידושין על ידי אדם שאינו מוסמך ואינו מורשה האם בדיעבד ניתן לאשר קידושין שנערכו על ידי אדם שאינו מוסמך לסידור חו"ק, ובאה תקלה על ידו.

אדה"ע סי' סז וסי' סח.

177 סימן כז כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה, חיובו בכתובתה ובמזונותיה הבעל טען שכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה, אם יתברר כדבריו האם יפטר מכתובה ומזונות ויהיה רשאי לחייבה בגט. והאם יש מקום לטענה זו לאחר ששהה ושתק.

אדה"ע סי' סט סעיף ד.

179 סימן כח גדרי מחילת אשה על מזונותיה נחתם הסכם בין בני זוג שבו התחייבויות הדדיות לרבות הסכמה שאין תביעות בכל נושא לרבות בנושא המזונות. האם בהסכם זה נקבעה מחילת האשה על מזונותיה ואינה יכולה לחזור בה. גדר ההלכה במחילת מזונות, ודין מחילה מסופקת, או מחילה שניתנה במסגרת הסכם כולל והצד השני אינו ממלא את מלוא התחייבויותיו.

אדה"ע סי' ע סעיף ה.

192 סימן כט חיוב הבעל במזונות למפרע עבור תקופה שקדמה להגשת התביעה אין פוסקים מזונות אלא החל ממועד הגשת התביעה, הטעם בהלכה זו, וכשהתביעה הפורמאלית הוגשה במועד מאוחר, וקודם לכן התקיים דיון שבו הובהר ע"י האשה שאינה מוחלת על המזונות. בעל שלא שלם דמי מזונות במשך תקופה ממושכת, האם בטרם גבייתם למפרע יש לברר מה היו מקורות המחיה של האשה, והאם בנסיבות מסוימות יפטר מחובתו למפרע.

אדה"ע סי' פב סעיף ז.

193 סימן ל חיוב האב במזונות הבן המתנכר אליו ומסרב לראותו בני הזוג התגרשו והבן הקטן נשאר אצל אמו ובמשך השנים נוצר נתק ביניהם, וכעת קיימת סרבנות קשר מוחלטת. האם בנסיבות אלו עדיין מוטלת על האב החובה לפרנס את בנו, ומה הדין כשחובת המזונות נקבעה בהסכם גירושין בר תוקף, האם מאחר שהתחייבות במזונות אינה מותנית, לא יוכל להתנער מחובה זו בנסיבות הנ"ל.

אדה"ע סי' עא.

202 סימן לא חובת האב לזון את בניו כשהוא אסיר האב כלוא בכלא בחו"ל, והתקיים דיון לחיובו במזונות ילדיו. במידה שיתברר שהאב חסר כל יכולת כלכלית, האם ניתן לפסוק חיוב מזונות על מנת שהמוסד לביטוח לאומי ישלם לאשה ויגבה מהאב בבוא היום. האם ביחס לאדם חסר-כל, בטל חיובו במזונות אשתו וילדיו. האם מוטלת עליו חובה ללוות כדי לפרנס את אשתו וילדיו. הגדרת המוסד לביטוח לאומי כגוף המבצע הוצל"פ של פסקי דין לחיוב מזונות, אך לא כגורם העוסק בהלוואות.

אדה"ע סי' עה וחו"מ סי' קעא.

206 סימן לב חובת הבעל ל"מדור ספציפי" לאשתו הבעל חייב במדור לאשתו כחלק מחובת המזונות, באילו תנאים רשאי להעבירה למדור אחר. האם יוכל לפרק את השותפות בבית המשותף ולהעבירה למדור אחר ששכר עבורה. חילוק בין מדור אלמנה למדור אשה נשואה. "שטר התנאים" תוקפו למנוע מכירת המדור. זכותה של האשה כשותפה במדור למנוע פירוק השיתוף בטענה שתקופת השותפות לא הסתיימה ומחייבת השארת השיתוף.

אדה"ע סי' עה.

218 סימן לג יציאת בן קטן מארץ ישראל לחו"ל לביקור אצל אמו בני הזוג התגרשו והבן נשאר אצל האב והאם ירדה לגור בחו"ל ונישאה שם. האם מבקשת שהבן יצא מהארץ לביקור אצלה, והאב מתנגד, ואחת מטענותיו מסתמכת על ההלכה האוסרת יציאה מהארץ לחו"ל. האם נאסרה יציאה מהארץ לקיים מצוות כבוד אב. הבחנה בין יציאה לזמן קצר לירידה לחו"ל.

אדה"ע סי' עז.

222 סימן לד' גדריו חיוב מזונות האשה אשה העוזבת את בעלה בטעם מוצדק גרה בנפרד ותובעת גירושין, האם זו עילה לשלול את זכותה לתשלום מזונות. האם הבעל נפטר מתשלום מזונות עקב הפירוד או רק בכפוף להגדרתה כמורדת, ובהעדר הגדרה כזו אין שלילת מזונות. נפקא מינה בבני זוג הגרים בנפרד עקב אילוץ חיצוני שאין אחד אשם בו, האם הבעל חייב במזונות בתקופת הפירוד.

אדה"ע סי' ע' וסי' עז.

239 סימן לה' חיוב מזונות לבעל שעזב את אשתו הבעל עזב את אשתו וגר עם אשה אחרת, וטוען לפוטרו מדמי מזונות לאשתו בטענה שאשתו אינה רוצה בו. האם יש מקום לטענה כזו בעת שכבר אינו גר עם אשתו, ולא ניתן לבחון טענה כזו. יסוד חיוב הבעל במזונות, ופטור עקב מרידה. אשה שבעלה עזבה, אינה יכולה להחשב כמורדת, וחיובה בגט רק בנסיבות שתסרב לשלום בית לאחר בעלה יבקש לחזור בו ולחזור לאשתו, ובכפוף לכך שיעמוד בתנאים שביה"ד יקבע לו.

אדה"ע סי' עז.

243 סימן לו' חיוב הבעל בתשלום הכתובה ותוספת הכתובה במקרים שונים הגדרת התנאים לחיוב הבעל בכתובה ובתוספת כתובה, ובאילו תנאים יפטר מתשלום. החיוב כשהאשה רוצה להתגרש ואינה רוצה בו, או לאחר תביעת גירושין של האשה גרידא. וכן לאחר תביעת גירושין של הבעל עקב מריבות שהאשה גורמת. החיוב לאחר תביעת גירושין של הבעל עקב מרידתה. החיוב כשהאשה מרדה, ולכן הבעל אינו רוצה בה, או להיפך כשהבעל מרד, ולכן האשה אינה רוצה בה. החיוב כשהבעל נהג באלימות, ולכן האשה אינה רוצה בו, אך טרם נפסק חיובו בגירושין בהעדר התראה.

אדה"ע סי' עז.

256 סימן לז' הגדרת טענת "מאיס עלי" בדין מורדת קיימת חלוקה בין אומרת "מאיס עלי", או אומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה". האם "מאיס עלי" בדוקא, דהיינו טענת מאיסות, או שהדין כן בכל טענה שמשמעה שאינה רוצה בו כבעלה. כיצד מכריזים על מורדת "בעינא ליה ומצערנא ליה", בתנאי החיים בימינו.

אדה"ע סי' עז וסי' קנד סעיף א.

261 סימן לח' בעל שחוייב בגירושין עקב מרידה או בגידה ומבקש לחזור ולתקן מעשיו בעל שחוייב בגירושין עקב מרידתו בגידתו באשתו, וכשהוזמן לדיון נוסף טען שהוא חוזר בו ומבקש שלום בית. האם די באמירה בעלמא וכבר האשה תחוייב לקבלו או שהחזרה ממרידה או מבגידה כרוכה בכך שיעמוד בתנאים שבית הדין ימצא לנכון לקבוע לו.

אדה"ע סי' עז.

264 סימן לט' חלוקת הרכוש בזוג שנפרד לאחר שהבעל חזר בתשובה והאשה נשארה חילונית. הזוג התחתן בעת ששניהם חילונים והבעל חזר בתשובה, והאשה מסרבת לשנות דבר מהרגלי החיים שהורגלו בהם, הבעל תובע להתגרש והאשה מסרבת, האם יש מקום להיענות לתביעת הגירושין, האם האשה תפסיד כתובה ומתנות, האם יש מקום להכרזת מורדת. מעמדו של הבית שנקנה בכסף שהבעל השקיע אך נרשם בטאבו על שם שני הצדדים, זכותו של הבעל לקבל חלק בזכויות הממון שנצברו לאשה במקום עבודתה.

אדה"ע סי' פ' באר היטב סק"א.

270 סימן מ' ניכוי מעשה ידי האשה מדמי מזונות "מעוכבת מחמתו" הבעל חוייב בגירושין, לאחר שבית הדין קבע שהאשה אינה רוצה בבעלה והבעל אינו רוצה באשתו. הבעל לא נתן גט ובית הדין התבקש לחייבו במזונות אשתו עקב היותה "מעוכבת מחמתו", היסוד בהלכה למזונות אלו, האם יחוייב גם אם האשה עובדת. האם הבעל יוכל לטעון קים לי כדעת הסוברים שלא לחייבו כשיש לאשה מעשי ידיה.

אדה"ע סי' עז סעיף ד.

277 סימן מא' בעל העוזב את אשתו בטענה שהיא גרמה לפירוד, על מי חובת ההוכחה בעל שעזב את אשתו גר עם אשה אחרת ותובע גירושין, והאשה תובעת שלום בית, האם יש להטיל את חובת ההוכחה על האשה שאכן רצונה בשלום בית, או שכל עוד הבעל מתמיד בבגידתו אין מטילים על האשה חובה כזו.

אדה"ע סי' פב סעיף ז.

סימן מב "טובת הילד" כשיקול מכריע בקביעת המשמורת והסדרי ביקורי הילד 279
 בעת קביעת משמורת הילדים, "טובת הילד", הוא השיקול המכריע בקביעת משמורת והסדר ביקורים. האם מלבד שיקול
 "טובת הילד", מתחשבים בזכויות ההורים בילד.

אדה"ע סי' פה.

סימן מג אשה נשואה שזכתה במפעל הפיס, כיצד יחולקו כספי הזכיה 284
 אשה נשואה ניהלה חשבון בנק נפרד שבו נכנסו הכנסותיה, ורכשה מנוי מפעל הפיס וזכתה בסכום גבוה. למי שייכים כספי
 הזכיה, האם סכום זה יחשב כמעשי ידיה שהם לבעלה מפני שזוהי הכנסה הבאה כתוצאה ממאמץ, או יחשב כמתנה שהוענקה
 לה מגורם אחר למרות שהמתנה ניתנה בגין רכישת הכרטיס. הקונה כרטיס הגרלה בכסף שהוא בשותפות עם חבירו, למי שייכת
 הזכיה.

אדה"ע סי' פח, חו"מ סי' עז.

סימן מד חלוקת רכוש בין בני זוג 291
 המגרש נרכש בכסף שהתקבל מהבעל, ונרשם על שם שני בני הזוג, על המגרש נבנה בית במימון הבעל, כיצד יחולק הרכוש
 בעת הגירושין. האם רישום הנכס ב"מנהל מקרקעי ישראל" בשותפות דינו כרישום בטאבו, והאם הרישום מעיד על שיתוף
 בגוף הנכס. הבעל פרע את מלוא חוב המשכנתא, האם בעת גירושין יקבל החזר. בירור פרטי ההלכה "המוציא הוצאות על נכסי
 אשתו – מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל", והטעם בהלכה זו.

אדה"ע סי' צ סעיף ה.

סימן מה זכותו של בעל "מורד" בפירות נכסי מלוג 294
 בעל המורד באשתו, האם יזכה בפירות נכסי מלוג, כגון שכר דירה המתקבל מדירה השייכת לאשה בלבד. מחלוקת הראשונים
 האם יורש את אשתו, האם דין זכות לפירות נ"מ כדין ירושה. האם יתכן לתת לבעל פירות נכסי מלוג כשלא ינוצלו ל"רווח
 ביתא". האם האשה רשאית לקבל את נכסי צ"ב והנדוניא לאחר מרידת הבעל ועוד קודם הגירושין.

אדה"ע סי' צ סעיף יא

סימן מו הסתלקות אשה נשואה מירושה 298
 אדם נפטר והשאיר אלמנה ובת, הבת נשואה ומבקשת לוותר על חלקה בירושה לטובת אמה. האם ניתן להסדיר הסתלקות זו
 בקנין שתעשה הבת, ובלא ידיעת הבעל. גדר "נכסים שאינם ידועים", האם ההלכה שלכתחילה לא תמכור, נאמרה גם בנכס
 שהוא מדור אלמנה ושלבעל אין כעת זכויות לפירות בנכס.

אדה"ע סי' צו

סימן מז גביית כתובה במקרה שבו האשה מקבלת זכויות ממון המוקנות לה על פי החוק אך אינן מעוגנות
 בהלכה 299
 האם האשה רשאית לטעון שהיא תגבה את הכתובה לה היא זכאית על פי ההלכה, ובנוסף תגבה את זכויותיה על פי חוק יחסי
 ממון, גם ביחס לרכוש שאינה שלה על פי ההלכה, כגון זכויות קופות חסכון ופנסיה של הבעל. וזאת גם אם יש מקום עפ"י
 ההלכה לגבות זכויות אלו.

חו"מ סי' עז סעיף י.

סימן מח חלוקת רכוש בין בני זוג - אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית 302
 בני הזוג ניהלו חנות ביחד תוך חלוקת תפקידים, יחשבו כשותפים הן לזכויות והן לחובות. האם חלוקת רכוש שוה עפ"י חוק
 יחסי ממון הנהוגה בציבור הרחב, מעוגנת בהלכה, והאם ניתן לעשות קנין לחלוקה כזו, ולפסוק על יסוד הקנין, האם יש יסוד
 לטענה שיש להמנע מקנין מפני שמייקר ערכאותיהן.

אדה"ע סי' קטו.

סימן מט אשה אלימה שהכתה את בעלה - חיובה בגט וזכותה לתשלום הכתובה 308
 האם אשה הרגילה להכות את בעלה תחשב כעוברת על דת. ארבעה סוגי עוברת על דת, והמכנה המשותף לכולם חיוב
 הגירושין ושלילת הכתובה מפני שגרמה לכך שהמגורים המשותפים בלתי אפשריים. האם תחוייב בגירושין גם ללא התראה
 מוקדמת.

אה"ע סי' קטו.

סימן נ נאמנות מורדת בטענת "טמאה אני לך" 318
אשה שמרדה בבעלה ומאסה בו, ונפסק דינה שאינה חייבת לשוב לבעל, ואינה משועבדת לו כלל, ואח"כ טענה "טמאה אני לך", והבעל מאמין לאשתו. יש יסוד להאמינה ואין דינה כאותן שאינן נאמנות, מפני שכבר אינה משועבדת לבעלה. האם יש מקום לפסוק חיוב או כפיית גט בנסיבות אלו.

אה"ע סי' קיט

סימן נא חיוב גט בעקבות התחמקות מבדיקת פוליגראף שהוסכם עליה בבית הדין 322
בני הזוג בפירוד וטענות הדדיות קשות, והבעל טוען שהאשה אסורה עליו והאשה מכחישה והוסכם בבית הדין שבדיקת פוליגראף תהווה אסמכתא להכריע בין הצדדים, אך האשה התחמקה מבדיקה זו, האם התחמקות זו תחשב ראייה להעדר אמינותה, מה המשקל שיש לחזרה מההסכמה הנ"ל בבית הדין

אה"ע סי' לט סעיף ה.

סימן נב טענת מקח טעות בקידושין 324
לאחר הנישואין התברר שאשה עקרה עקב ליקוי פיסיולוגי, האשה לא הודיעה לבעל קודם לנישואי על הליקוי שהיה ידוע לה עוד קודם לנישואין האם יחשב כמקח טעות, האם הפסידה כתובה. האם יבוטל מקח הטעות עקב שהיית הבעל לאחר שנודע לו.

אה"ע סי' לט סעיף ה.

סימן נג חיוב האשה בגירושין עקב העלמת מידע על מחלה נפשית קודם לנישואין 327
הבעל תובע גירושין, וטוען שהאשה העלימה ממנו מחלה נפשית שלקתה בה קודם לנישואין וחייבה אותה באשפוזים בבית חולים לחולי נפש במחלקה סגורה. למרות שכעת האשה בריאה בנפשה, יש בהעלמת מידע מסוג זה מקום לטענת "מקח טעות" הגורר חיוב האשה בגירושין, וקביעת מעמדה כספק מקודשת שאינה זכאית לכתובה ומזונות מכאן ולהבא.

אה"ע סי' קיט.

סימן נד חיוב גירושין לאשה המסרבת להתגרש כששני בני הזוג אינם רוצים בשלום בית והפירוד בעטיו של הבעל 328
כשהבעל במעשיו השליליים גרם לפירוד, וגם האשה כבר פועלת בהליכים משפטיים בערכאות לפירוק השיתוף בנכסים ומוכיחה שאינה רוצה בבעלה, אך מתנגדת לקבל גט. האם כשבית הדין משוכנע ששני בני הזוג אינם רוצים זה בזה, יחוייב המסרב להתגרש. "הרחקות דר"ת" לאשה המסרבת להתגרש. יתכן שתחוייב בגירושין, למרות שלא איבדה את זכותה לכתובה. ואיבוד המזונות רק כאמצעי כפיה להתגרש.

אה"ע סי' קיט.

סימן נה זכותה של האשה לעכב את הגירושין עד להבטחת תשלום הכתובה 330
האם הבעל רשאי לתת גט לאשתו קודם שיפרע את מלוא הסכום הנקוב בכתובה, החילוק בין מקרה שהאשה מחוייבת בגירושין ובהעדר חרם דר"ג חזרנו לדינא דגמרא, למקרה שאינה מחוייבת בגירושין וזכותה להציב תנאים. מדוע לדינא דגמרא תיתכן מניעה לתת גט קודם פירעון הכתובה, מה העילה לעיכוב הגירושין.

אה"ע סי' קיט.

סימן נו "הרחקות דר"ת" כנגד אשה שאינה מסכימה להתגרש 335
הבעל תובע להתגרש, אך נפסק שאין עילה לפסיקת חיוב גירושין, אך קיים פירוד ממושך וביה"ד קבע שאין סיכוי לשלום בית, האם בקהילות שלא קבלו עליהם חרם דר"ג הבעל רשאי לתבוע לתת גט בעל כרחה או לשאת אשה שניה, האם בהעדר גירושין בעל כרחה ינקטו צעדים שהם במתכונת "הרחקות דר"ת".

אה"ע סי' קיז סעיף יא.

סימן נז כפיית גירושין באמצעות מאסר 339
האשה עזבה את בעלה ואינה רוצה שלום בית אך גם מסרבת להתגרש, ובית הדין פסק לחייבה בגירושין, האם ניתן לאכוף את הגירושין לרבות באמצעות מאסר.

אדה"ע סי' א וסי' קיט.

סימן נח היתר נישואין לבעל שאשתו חולת נפש 342
 אשה שלקתה במחלה נפשית ודיכאון, ניסתה להתאבד ולאבד את בתה, עקב התמשכות המחלה הבעל מבקש להתיר לו לשאת
 אשה אחרת. גר שוטה לעניין קבלת הגט והיתר נישואין.

אדה"ע סי' קיט, סי' קלו, סי' קלט.

סימן נט גט שניתן לאשה בעל כרחיה באמצעות בית הדין 344
 אשה חוייבה בגירושין לאחר שעזבה את הבעל וגרה בפרהסיא עם אדם אחר. למרות מאמץ רב, האשה נשארה בסירובה לקבל
 גט. באופן חריג ביותר וחד פעמי בית הדין אישר לסדר גט שניתן באמצעות שליח וללא הסכמה מוקדמת. בירור תוקף גט בע"כ
 ע"י שליח, וגט שניתן בהעדר ידיעתה בעת מסירת הגט, וגט שהונח על בגדיה ולא בתוך ידה.

אדה"ע סי' עד

סימן ס מעמד הסכם הגירושין בטרם סודר הגט לאחר שצד אחד חוזר בו מההסכם 376
 לאחר החתונה בני הזוג גרו בבית הורי הבעל, והאשה מבקשת לעבור למקום מגורים חילופי, האם הבקשה מתקבלת, והאם
 זכאית למזונות בעודה מחוץ לבית כשמסכימה לחזור למגורים במקום אחר. נחתם הסכם גירושין הכולל ויתור על הכתובה,
 ההסכם אושר וקבל תוקף, האם בטרם סודר הגט האשה רשאית לחזור בה מההסכם, ותחזור לזכאות למזונות עבודה. בירור
 מעמד הסכם גירושין בטרם הגירושין. מעמד המחילה על הכתובה בטרם הגירושין.

אדה"ע סי' קיט סעיף ז.

סימן סא מגורי גרוש וגרושה באותה חצר 385
 האם במקרים חריגים ניתן לאשר גירושין, כשלאחר הגירושין הגרוש והגרושה יגורו בדירות נפרדות ולהן כניסות נפרדות, אך
 הדירות בחצר אחת שאינה מגודרת. האם "חצר" לעניין איסור מגורים לאחר הגירושין, משמעה מקום מוקף מחיצות, הראוי
 ליחוד.

אדה"ע סי' קכד.

סימן סב "מחוסר קציצה" לאחר כתיבת הגט וקודם לנתינתו 389
 לאחר שנכתב ונחתם הגט, נוקבו שני חורים עקב טעות של הפקיד, האם ניתן למוסרו לאחר מכן. בירור ההלכה שלא יהיה
 מחוסר קציצה בין כתיבה לנתינה.

אדה"ע סי' קכו סעיף מ.

סימן סג גט שחסרה בו תיבת "דנן" 387
 הטעם בכתיבת "מיומא דנן ולעלם", בגט. האם השמטת תיבת "דנן" בגט פוסלתו ומחייבת סידור גט מחדש.

אדה"ע סי' קכח.

סימן סד כתיבת שם הנהר בגיטין הנכתבים בעיר צפת 388
 בנוסח הגט הנכתב בצפת מצויין מקובל מקדמת דנא לכתוב "מתא צפת דעל נהר דולבאי יתבא ומימי מעינות מסתפקא".
 מבאר באריכות שכתובה זו היא נכונה וראויה לכתחילה, ואין יסוד לעורר ספקות אם לשנות את שם הנהר, או בציון המעינות.

אדה"ע סי' קכח.

סימן סה גט לזוג ספרדי אך שם העיר נכתב כפי ההלכה המקובלת אצל האשכנזים 395
 שם העיר בגט נכתב בסגנון המקובל בקהילות אשכנז, ושמות הזוג בסגנון המקובל בקהילות ספרד, האם יש בזה תרתי דסתרי
 המעורר ספקות בכשרות הגט. בירור הלכה של שינוי שם העיר בגט. דין שינוי שאינו לשם אחר.

אדה"ע סי' קכט.

סימן סו כתיבת שם הבעל בגט כשהוא נקרא בשם המשפחה בלבד, או בשם קיצור משם המשפחה 399
 הטעם שבגט כותבים רק שמות פרטיים ואין כותבים שם משפחה. האם כשאדם נקרא רק בשם משפחה, יש לכתוב את שם
 המשפחה. כשנקרא בקיצור משם המשפחה, ורק הוא נקרא בקיצור זה יש לכותבו.

אדה"ע סי' קכו סעיף מט.

סימן סז בירור בשאלת כשרות גט 406
גט שהושמטה ממנו אות אחת, ובמקום "דמתקרי" נכתב "דמקרי", האם הגט כשר. האם יש לחוש לשינוי מהותי במשמעות הכתוב.

אדה"ע סי' קכט סעיף טו.

סימן סח בירור הלכה בדין קיצור השם בגט 408
שם הבעל מלידה יוחנן, ואחר כך הורגלו לקוראו חנן, נכתב בגט "חנן דמתקרי יוחנן", האם יש חשש פסול מפני הקדמת השם חנן. ביאור ההלכה שאין צריך לכתוב שם קיצור בגט.

אדה"ע סי' קכט.

סימן סט כתיבת "דמתקרי" בגט, על שם שבתעודות וחותרם בו 413
עפ"י הוראת ה"ט"ז אין כותבים בגט דמתקרי על שם שאינו נקרא בו אלא רק חותרם בו. אבל אם אותו שם נכתב בתעודות הרשמיות, יתכן לכתוב עליו דמתקרי.

אדה"ע סי' קכט.

סימן ע האם בכתיבת השמות מרב ואילת בגט יש לכתוב כחתימתה בתוספת י' 414
בכתיבת שמות עבריים בגט, צריך לכותבם בהתאם לכללי כתיבתן בדקדוק, האם ניתן להכשיר גט שבו השמות נכתבו תוך חריגה מכללים אלו, כגון בתוספת האות י' בשמות מירב ואיילת.

אדה"ע סי' קכט.

סימן עא כתיבת שם גאדי או גודי למי שהתברר שהשם מלידה הוא גר 421
אדם שנקרא בפי כל גודי (ו' חלומה), והתברר שהשם המקורי מלידה הוא גר ורק הכינוי הוא גודי.

אדה"ע סי' קכו

סימן עב ליקוט מדברי הפוסקים שדנו בטעויות בנוסח הגט 421

אדה"ע סי' קמא סעיף נג.

סימן עג נאמנות הבעל בטענות הפוסלות את הגט 428
לאחר הגירושין הבעל טוען טענות, ואם יתברר שהאמת כדבריו, יהיה בהם להטיל חשש בכשרות הגט, האם הבעל נאמן בטענות אלו.

אדה"ע סי' קלד וסי' קמא סעיף סו.

סימן עד דברים הנאמרים ע"י הבעל בזמן סידור הגט העלולים לפסול הגט 430
בירור המשמעות של דברים שהבעל עלול לומר בזמן סידור הגט, אודות ביטול הגט והעדר רצונו להתגרש, האם יש להחמיר יותר כשהדברים נאמרים באמצע כתיבת הגט. האם יש להקל כשדבריו נאמרו שלא בפני הסופר והעדים.

אדה"ע סי' קלד.

סימן עה "הסכם קדם נישואין" שבו המסרב להתגרש מחוייב בתשלום 455
האם ניתן לסדר גט אם ההסכמה להתגרש הושגה בעקבות הסכם קדם נישואין, שבו נקבעה חובת תשלום חודשי שתוטל על המסרב להיענות לתביעת הגירושין שתוצג לו. האם קנס שהוטל על מנת להביא להסכמה לגירושין יחשב ככפיה לגירושין. האם קנס המיוסד על התחייבות ברת תוקף יחשב ככפיה לגירושין. הצעה להסכם קדם נישואין שבו הקנס יוטל בכפוף לפסק דין לחיוב הגירושין, והוצאתו לפועל אפשרית במסגרת בית הדין בלבד.

אדה"ע סי' קלד.

סימן עו סידור גט, לאחר שהבעל חוייב בערכאות ב"תשלומי נזק" עקב עיכוב הגירושין 479
האשה תבעה להתגרש ובית הדין פסק חיוב גט אך לא כפיית גט, ובית המשפט הטיל על הבעל חובת תשלומי "נזיקין" עקב סירובו לתת גט. הגדרת תשלומים אלו ככפית הבעל לגירושין. הבהרת ההבחנה בין חיוב גט לכפיית גט. ביטול ההליך המשפטי שיאפשר לבית הדין לזמנם לסידור גט.