



יד ברודמן

לע"נ משה חנה ובנם בן ציון הי"ד
שנספו בשואה

אבני משפט

קובץ תודני בעניני

אבן העזר וחושן משפט

י"ז

תמוז, תשע"ד

לע"נ אסתר יפה קליימן

יוצא לאור על ידי
"יד ברודמן"
כולל להוראה ודיינות
לבוגרי ישיבות הסדר
ויוצאי צבא, רחובות



בית שפירא
רח' הרצל 148,
רחובות, 76264
טל' 08-9452189
פקס. 08-9452329

בעריכת הרב מאיר ברקוביץ
לתגובות: mbhacohen@gmail.com
הדפסה: דפוס ש.ה.ר. רחובות, טל. 08-9475106

חוברת חידושי התורה

אבנ"י משפט

מוקדשת לע"נ

אסתר יפה הי"ד בת נחמן ורוחמה קליימן יבלחט"א

שנקטפה בדמי ימיה ע"י בני עוולה

י"א בניסן תשס"ב

ת.נ.צ.ב.ה.

"ותהי אסתר נושאת חן בעיני כל רואיה" (אסתר ב, טז)
"והיתה אסתר כותוקנת לפני הקב"ה" (וילקוט אסתר, ב)
"אסתר שמה, ולמה נקרא שמה הדסה, על שם צדיקים" (שם)

נאים דברי חז"ל אלה, לתאר את דמותה של אסתר יפה הי"ד
שנרצחה ע"י מחבלים בדרכה מנווה צוף, לעבודתה כגנת בעפרה.



יד ברודמן

לע"נ משה חנה ובנם בן ציון הי"ד
שנספו בשואה

כולל "יד ברודמן" להוראה ודיינות
לבוגרי ישיבות הסדר ויוצאי צבא
רחובות
להנצחת ולע"נ משפחת ברודמן
שנספתה בשואה
משה ב"ר אבנר, חנה ב"ר ישעיהו הכהן ובנם בן ציון הי"ד

בראשות מורינו הגאון
הרב משה חיים דימנטמן שליט"א

מפעולות הכולל:

תוכנית לדיינות
"מכון לחקר החברה והכלכלה על פי התורה"
פעילות תורנית - קהילתית חברתית
כולל יום שישי

תוכן העינים

7	בפתח הקובץ -----
	הלכות קידושין
9	שליח עושה שליח בקידושין, מיקומה של הלכה/ הרב שלמה זאב פיק -
17	אישות דקטן/ הרב מאיר ברקוביץ -----
	הלכות כתובות
23	תוספת כתובה/ הרב יצחק ביסמוט -----
	הלכות גיטין
41	ושמרתם את המצות – בגדרי 'לשמה' / הרב דוד בגנו -----
59	קנין גט בד' אמות / הרב יוסף שליט -----
73	חקירה כללית בהלכות גירושין/ הרב אריה ויזל -----
	חושן משפט
103	דיון עפ"י אומדנא / הרב יוני אקשטיין -----
127	באור הגר"א למשנת 'ואלו הן הקרובין' / הרב אהרן בר יעקב -----
140	פלגינן דיבורא/ הרב ירון רוזיליו -----
156	חזקת ממון – הסתלקות או הכרעה (בשיטת רע"א)/ הרב יהודה צור -----
174	פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בראלי -----
	דרוש
	לפ' מקץ, שבת חנוכה תשע"ד/
205	הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרשיצה -----

בפתח הקובץ

*"ואצודי היה דרכי לכתוב חדושי אשר חנני ה' אק
להדפיס הדפריט ולהפיצט אף פני תפל לא אלה אף
דצתי ואין אף יפה מן הצניעות..."*
(מתוך ההקדמה לספר אגלי טל)

לקובץ טו"ב,

"ואין לך יפה מן הצניעות..." ואנו מה נענה אחריו?
שערי תירוצים לא ננעלו, אך טוב לחזור ולהרהר בדברי האדמו"ר מסאכצ'וב.
כנראה שימנהג העולם להישען בדבר זה על דברי הרד"ק (הקדמה לני"ד), שכתב
שייש לחבר ספרים ולחלקם ביעקב והאומר 'לא נאה' כי אין לו ודכוותה, אין לו
שחר. " והואיל ואכן כך מנהג העולם רשאים גם אנו להציג בפני הלומדים
מפירות בית מדרשנו.

אילו פינו מלא שירה אין אנחנו מספיקים להודות ולהלל וליתן שבח והודיה
להי"ת, על כל הטוב אשר גמל עמנו, על אחת כמה וכמה כשזוכים אנו להסתופף
באהלה של תורה תחת הנהגתו של מו"ר הגרמ"ח דימנטמן שליט"א.

טוב להודות, וקובץ טו"ב אף הוא מחייב הודאה מיוחדת בפרט שאין טוב אלא
תורה שנאמר כי לקח טוב נתתי לכם.

תודה לכותבי המאמרים שמשתפים את הרבים בדברי תורתם.

תודה ליעושים על המלאכה כי באמונה הם עושים, ישלם ד' שכרם.

בתפילה שנזכה ללמד וללמד לשמור ולעשות,

העורך

סיון תשע"ד

הרב שלמה זאב פיק
ר"מ במכון הגבוה לתורה
אונ' בר-אילן

על מיקום הלכה בשו"ע: שליח עושה שליח בקידושין¹

אחת השיטות המפורסמות בסוגית שליח עושה שליח בריש פ' שני דקידושין היא שיטת "הקדוש מרדוש"² ומקורו בהגה"ה במרדכי שם, רמז תקה :

הגה"ה [רמז תקה] פסק הקדוש מדרוש דהעושה שליח לקדש אשה ומסר לו הטבעת לקדש אפילו איתניס בדרך אינו יכול לעשות שליח אחר משום דמילי נינהו ומילי לא ממסרן לשליח ואף על גב 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 בע"כ ומיד כשיגיע הגט ליד השליח הרי היא כאילו מגורשת הלכך לא הוי מילי שהרי השליח יכול לגרשה בעל כרחה דיד השליח כיד הבעל אבל שליח של קדושין אם לא תאבה האשה אינה מתקדשת הלכך ה"ל מילי ועיין פרק התקבל... ע"כ הגה"ה.

סוף דברי ההג"ה מפנה לדעת החולקים על שיטה זו כפי שהובא במרדכי מסכת גיטין פרק האומר, רמז תכ :

מילי נינהו ומילי לא מימסרי לשליח הקשה הר"ב ז"ל פ"ב דקדושין בספר החכמה והא אמרינן ושילח ושילחה מלמד שהשליח עושה שליח ואין זה כ"א מילי והיכי משוה שליח וי"מ דקבלת גירושין הגט או קדושין הוי מעשה גמור וממורי הכהן קבלתי כל היכא שאין הדבר נגמר ע"פ השליח חשיב מילי ולא מימסר לשליח אבל קבלת הגט זהו גמר דבר אבל הכתיבה שאמר לעדים חשיב מילי משום

¹ תודתי לרב נחמיה טיילור שליט"א שיחד עמו נתלבנה סוגיה זו ועמדנו על הצדדים שונים של הנושא.

² רבי שלמה ב"ר אברהם מדרוויש המכונה הקדוש מדרוויש (Dreux), לעיתים בגרסה המוטעית: הקדוש מרדוש היה מבעלי התוספות, ולמד אצל ר"י הזקן (שו"ת מהרש"ל כט). נראה שהוא נהרג על קידוש השם (ומכאן כינויו "הקדוש"). מוזכר בכמה מקומות בתוספות שלנו (כתובות לב; מכות יד; שם טו ועוד), ובדברי ראשונים ואחרונים רבים (מרדכי קידושין פ"ב; תשובות מהרש"ל הנ"ל ועוד). ראה עוד בספרו של א"א אורבך, בעלי התוספות, ירושלים תש"מ, מהד' רביעית, ח"א, עמ' 340-337, לפרטים נוספים.

דאין הדבר נגמר עד נתינת הגט ואף על גב דהם שלוחים על הכל מ"מ שליחות הכתיבה מילי נינהו ואף על גב דפליגי ר"מ ור"י במילי אי מימסרן לשליח הנ"מ כשעשאן ב"ד כגון שאמר לשלשה אבל אמר לשנים דאינם ב"ד כולי עלמא מודו דלא מימסרן לשליח עיין פרק האישי מקדש בהגה"ה.

דברי הקדוש מרדוש הובאו בבית יוסף אבה"ע סו"ס לה, ללא איזכור השיטות החולקות עליו:

כתב המרדכי בר"פ האישי מקדש (סי' תקה) פסק הקדוש מרדוש דהעושה שליח לקדש לו אשה ומסר לו הטבעת לקדש אפילו איתניס בדרך אינו יכול לעשות לו שליח אחר משום דמילי נינהו ומילי לא מימסרן לשליח (גיטין כט, א) ואף על גב דגבי גט קי"ל (קידושין מא, א) שליח עושה שליח ולא הווי מילי משום מסירת הגט הכי נמי הא איכא מסירת הטבעת לא דמי דגבי גט בע"כ לא הווי מילי שהרי השליח יכול לגרשה בע"כ אבל שליח קידושין אם לא תאבה האשה אינה מקודשת הילכך ה"ל מילי ע"כ.

מדברי הב"י משמע שהוא פסק כמו הקדוש מרדוש שהרי לא הביא שום שיטה החולקת עליו. לעומת הב"י, הרמ"א בדרכי משה הארוך הביא את כל השיטות שנמצאות בדברי המרדכי:

בהגה' מרדכי ר"פ האישי מקדש (סי' תקה) פסק הקדוש מרדוש העושה שליח לקדש לו אשה אעפ"י שמסר לו טבעת קידושין אין השליח עושה שליח דמילי נינהו ולא מימסרן לשליח ובמרדכי סוף התקבל (גיטין סי' תכ) כתב דיש אומרים דשליח עושה שליח ובהגהות אלפסי פרק ב' דקידושין (טז, ב אות א) דאם מסר לו שטר לקדש בו יכול לעשות שליח אחר אבל אם אמר קדש באיזה כסף שתרצה לא מצי עביד שליח אחר עכ"ל ומשמע דאם מסר לו טבעת קידושין הוי כאילו מסר לו שטר.

אולם לאחר שהדפיסו את דברי הב"י, קצרו את דברי הדרכי משה להתאימם לדברי הב"י וכך כתוב בדרכי משה הקצר [= כמודפס בטור ה'ירגיל'] שם:

ובמרדכי סוף התקבל (גיטין סי' תכ) כתב דיש אומרים דשליח עושה שליח ובהגהות אלפסי פרק ב' דקידושין (טז, ב אות א) דאם מסר לו שטר לקדש בו יכול לעשות שליח אחר אבל אם אמר קדש באיזה

על מיקום הלכה בשו"ע: שליח עושה שליח בקידושין

כסף שתרצה לא מצי עביד שליח אחר עכ"ל ומשמע דאם מסר לו טבעת קידושין הוי כאילו מסר לו שטר.

בפשטות הדברים, משמע שהרמ"א חולק ואינו פוסק כשיטת הקדוש מרדוש. ואכן, כך פסק הים של שלמה קידושין פ"ב ס"א. אחרי שהביא את דברי הקדוש מרדוש כתב המהרש"ל:

...ואומר אני, דאף דנפק מפומיה דגברא רבא, לא צייתנין ליה, דהא ברייתא דושלח ושלחה, דמלמד שהשליח עושה שליח, מייתי בסוגיא דהכא לענין קדושין, ואמרינן אכולהי מילתא, ואשכחן גירושין, קידושין מנלן. ומסיק, אמר קרא ויצאה והיתה כו'. וה"ט, דכל היכא ששלחו לעשות מעשה, ובגמר שליחותו נגמר המעשה, לא הוי מילי, משא"כ בכתיבת הגט וחתמתו, וכהאי גוונא כתב המרדכי בסוף פ' התקבל (גיטין ס"י תכ):

גם הב"ח שם בס"י לה הסתייג מדברי הקדוש מרדוש ואחרי שהביא את דברי המרדכי הנ"ל, כתב:

...ויש לתמוה דהתם (קידושין מא,א) אמר ושילח ושילחה מלמד שהשליח עושה שליח אשכחן בגירושין בקידושין מנא לן וכי תימא נילף מגירושין מה לגירושין שכן ישנו בע"כ אמר קרא ויצאה והיתה מקיש הויה ליציאה מה יציאה משוי שליח אף הויה נמי משוי שליח וכו' מבואר דהתלמוד משוי קידושין לגירושין והקדוש מחלק ביניהם. גם בסוף פרק התקבל במרדכי (גיטין ס"י תכ) בדברי ר"ב בספר החכמה משמע דאין מחלק בזה בין קידושין לגירושין. ודוחק לומר דס"ל להקדוש דההיקש לא אתא אלא לענין זה שהבעל עצמו יכול לעשות שליח אבל לא לענין שהשליח יכול לעשות שליח אחר דלענין קידושין ה"ל מילי וכו' דמנ"ל הך סברא להקדוש ולחלק ולומר כיון דאם לא תאבה האשה אינה מקודשת דלפיכך ה"ל מילי הרי לא אשכחן דבר זה בתלמוד. וגם פשט ההיקש דלגמרי מקשינן הויה ליציאה לענין שליחות וצ"ע.

והנה בשו"ע אבה"ע ס"י לה, העוסק בדיני שליחות לקידושין, המחבר לא כתב דבר בשאלה האם שליח הבעל יכול למנות שליח אחר לקדש אשה – לא את שיטת הקדוש מרדוש שהמחבר בעצמו הביא בסוף הפירוש הארוך שלו, הבית יוסף, בסוף ס"י לה, ולא דעת החולקים עליו. אי-לכך, הרמ"א שסבר שיש

להביא את השיטות בעניין זה, היה צריך לכתוב אותם באיזו הלכה בסימן זה, ולכן החליט להוסיף אותה בסעיף ו, וכך כתוב בשו"ע (אבה"ע לה, ו):

הכל כשרין לשליחות קדושין, חוץ מחרש שוטה וקטן, לפי שאינן בני דעת. והעובד כוכבים, לפי שאינו בן ברית. והעבד, לפי שאינו בתורת קדושין. הגה: וי"א דשליח ראשון יכול לעשות שליח שני (מרדכי פ' המקבל בשם י"א) אם מוסר לו הקידושין שמסר לו הבעל, אבל אם לא מסר לו הבעל הקדושין, רק צוה אותו לקדשה בכל כסף שירצה, אין עושה שליח. ויש אומרים דבכל ענין אין שליח ראשון עושה שליח שני (הגהות מרדכי פרק האיש מקדש). השולח כתב ע"י עובד כוכבים לחבירו ישראל שבמקום אחר, וממנו להיות שלוחו לקדש לו אשה, י"א שדינו כמו בגיטין (שיתבאר לקמן סימן קעא) (רבינו ירוחם). וי"א דגבי קידושין לכולי עלמא הוי מקודשת מדאורייתא (כ"כ הבי"י).

מובנת שייכות הסיפא של דברי הרמ"א (השולח כתב ע"י עובד כוכבים) לסעיף זה, שהרי המחבר דיבר על גוי שהוא מופקע משליחות קידושין, ולכן הרמ"א דן איפה שהשליח גוי כן יועיל בקדושין. אבל מה פשר מיקום דין שליח עושה שליח בסעיף זה? נראה שששת הסעיפים הראשונים עוסקים במינוי השליחות ומסעיף ז דנים על תוכן השליחות, לכן הרמ"א הכניס דבריו במקום אחרון שדנים במינוי השליח, ומוסיף שיש מחלוקת אם שליח יכול לעשות שליח בקדושין.

והאבנ"מ כאן בס"ק י הביא את השיטות הנמצאות במרדכי, והוסיף:

...ובתוס' רי"ד (קידושין מא, א) מחלק בין קידושי שטר לקידושי כסף דגבי שטר כיון דאינו יכול לקדשה אלא בשטר זה יכול לעשות שליח כמו בגט ולא הוי מילי אבל בכסף כיון שיכול לקדשה בכסף שלו ואין קפידא לקדשה דוקא בכסף זה ה"ל מילי וכ"כ בש"ג (שם טז, ב מדפי הרי"ף) ועמ"ש בזה בקצה"ח סימן קפב ס"ק ב ובסימן רמד ס"ק ב.³

³ והדברים מפורשים בפסקי רי"ד למסכת קידושין, מא, א: ויש שליחות מנולן, דתניא שילח מלמד שהאיש עושה שליח, שילחה מלמד שהאשה עושה [שליח], ושילחה מלמד שהשליח עושה שליח. פ"י האי דכתיב גבי גירושין ושילחה מבינתו קרא יתירא הוא, דאיבעי ליה למיכתב וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה [והלכה] והיית' לאיש אחר, אלא לדרשא (אף על גב) אתא, ודרשינן ושילח מלמד שהאיש עושה שליח

והנה המתברר אכן פסק את דברי הקדוש מרדוש, אך לא במקומו המקורי, בסוף סי' לה, אלא בסי' לו סעיף ה: "יש מי שאומר דשליח דקדושין אינו יכול למנות שליח, דמילי נינהו ולא ממסרי לשליח. (ועיין לעיל סי' לה סעיף ו נתבאר)." ונשאלת השאלה, מדוע שינה המחבר את מקומה של הלכה זו?

במבט ראשון, ייתכן לומר שנושא הסימן הזה הוא "כל דיני שליחות לאשה", ואולי המחבר צמצם את דברי הקדוש מרדוש לשליח האשה בלבד, כלומר רק בשליח לקבלה לבד, וכן למד הבי"ש שם, ס"ק ד: "ויש מי שאומר דשליח דקדושין - משמע דוקא בש"ק ס"ל דא"י למנות שליח אחר דאינו אלא מילי משא"כ בש"ה ויש בידו כסף לקדש ועסי' ל"ה", כלומר, כשהחליט המחבר לכתוב השולחן ערוך, הוא חזר בו ממה שכתב בבית יוסף. שם הוא פסק כקדוש מרדוש בכל שליח העושה שליח בקידושין, וכעת הוא חזר מזה וצמצם את הפסק של הקדוש מרדוש לשליח לקבלה בלבד, אבל שליח האיש המקדש אכן יכול לעשות שליח לקדש האשה, וכדברי החולקים על הקדוש מרדוש.

אם כנים דברנו, מדוע חזר בו המחבר מפסקו המקורי? אולי דברי הרשב"א בריש פ' שני של קדושין (מא,א) השפיעו על המחבר, שכן כך כתב הרשב"א:

מלמד שהשליח עושה שליח. וא"ת בשלמא שליח דידיה משוי שליח אבל שליח דידיה היכי משוי שליח והא מילי נינהו ומילי לא מימסרן לשליח, כדאמרין בהמביא תניין, ותירץ הרב ברצלוני ז"ל דהכא בדשווייה איהי שליח בקנין דאלים לשוויי שליח, ומסתברא בשנתנה

להוליד גט לאשתו ושלוcho כמותו, ועוד דרשינן ה"י וקרינן ושילחה מלמד שהאשה עושה שליח לקבל גיטה מיד בעלה, ועוד דרשינן ה"י מלמד שגם השליח עושה שליח, ואינו דומה שליח דאשה לשליח דבעל, דדוקא שליח דבעל הוא משוי שליח, כדתנן עושה בית דין ומשלחו אבל שליח דאשה לא מצי לשוויי שליח אחר משום דמילי נינהו שלא מסרה לו האשה אלא דברים בעלמ' התקבל לי גיטי, וקימי' לן כר' יוסי דאמי מילי לא מימסרן לשליח, בפי' האומי' התקבל לי גיטי, ולא דמי לשליח דבעל דמסר ליה חפצא ומצי לשוויי שליח.

אשכחן בגירושין בקידושין מנלן, וכי תימי' נילף מגירושין, איכא למיפרך מה לגירושין שכן ישנן בעל כרחא, אמי' קרא ויצא' והיתה, מקיש היה ליציאה, מה יציאה משוי שליח אף היה משוי שליח. וכתב רבינו יצחק זצוק"ל, וכי היכי דבגירושין מצי שליח לשווייה שליח הכי נמי גבי קידושין אלא מיהו לא משוי שליח אלא היכא דאניס דומיא דשליח דגירושין, ואינו נר' לי, דכי ילפינן קידושין מגירושין דוקא שליח ראשון, אבל [לא] שהשליח יעשה שליח דמילי נינהו, שאומי' לו צא וקדש לי אשה, ואפי' אם מסר לו שום חפץ לא דמי לגט, שהגט הוא דבר המגרש, שאם נאבד אין כח בשליח לגרשה, אבל חפץ הקידושין שמסר לו אם נאבד יכול לקדשה לו משלו, נמצא שעיקר השליחות מילי הוי והילכך לא מימסרן לשליח, אך אם קידשה בשטר שהוא דומה לגט.

לו רשות לשוויי שליח, דלא אמרינן מיילי לא ממסרן לשליח אלא כשהשליח עושה אותו שליח מדעתו, אבל מדעת בעלים משוי שליח, וכדמוכח התם דהא באומר אמרו שליח עושה שליח, א"נ בשחלה שליח או שנאנס שהשליח עושה שליח, משום דסתמא דמלתא כל שחלה דעת בעלים שימנה השליח שליח, וה"נ בכה"ג מיירי, ולא באו כאן אלא ללמד שהבעלים רשאים למנות שליח ושהשליח שלהן ממנה שליח כדיניה.

הרי לפי הרשב"א, זה פשוט ששליח הבעל עושה שליח, והוא הסתפק אם שליח הקבלה יכול לעשות שליח לקבלה, שלפי קושייתו השליח אינו יכול לעשות שליח מפני שזה מיילי, והציע כמה תירוצים לפתור הבעיה זו. אולי אפשר להציע שלאחר שהרשב"א למד בפשטות ששליח הבעל יכול לעשות שליח, צמצם מחבר את דינו של הקדוש לשליח קבלה בלבד, ואת זה הוא כתב עם הקדמה "יש מי שאומר", שהרי הן מדברי המרדכי בגיטין והן מדברי הרשב"א אין בעיה של מיילי, או אפשר להתגבר על עניין של מיילי, והקדוש שלל כל אפשרות כזה.

אולם הח"מ לו, וזו חולק על הב"ש וכתב: "דשליח דקדושין אינו יכול למנות - קאי אכל שלוחים בין שליח לקבלה בין שליח להולכה ואיכא לפלוגי בין מסר בידו טבעת או דברים ומדסתם ש"מ דקאי אכל שלוחים כדעת הקדוש לעיל ס"ק טז". הרי הח"מ למד שמחבר לא חזר בו מפירושו המקורי בדברי הקדוש מרדוש, ואכן פסק אותו כפשטותו לגמרי. ונראה להביא ראיה לדבריו מתוך התבוננות בסעיפים הראשונים של סימן לו:

שו"ע אבה"ע סימן לו – כל דיני שליחות לאשה, ובו י"ב סעיפים.

א: האשה יכולה לעשות שליח לקבל קידושיה, ומצוה שתתקדש על ידי עצמה, אם תוכל, אבל איסור ליכא כמו שיש באיש, ואומר האיש לשליח: הרי פלונית ששלחה אותך מקודשת לי, והשליח אומר: קדשתיה לך. ואם אמר: הן, דיו. ואפילו שתק, אם היו עסוקים באותו ענין ונתן לשליח ולא פירש ולא אמר דבר, דיו. ואם מקדשה בשטר, אינו כותבו אלא מדעת השליח. ויש מי שאומר שאינו כותבו אלא מדעתה.

ב: בכל הדברים של קידושין דין האיש עם שלוחה כדינו עם האשה.

על מיקום הלכה בשו"ע: שליח עושה שליח בקידושין

ג: אמרה לשליח: קבל הקדושין במקום פלוני, והוא קבלם במקום אחר, או בכל דבר שישנה בשליחותה, אינה מקודשת.

ד: אמרה לו: הרי הוא במקום פלוני, וקבל במקום אחר, מקודשת, שמראה מקום היא לו.

ה: יש מי שאומר דשליח דקדושין אינו יכול למנות שליח, דמילי נינהו ולא ממסרי לשליח. (ועיין לעיל סי' לה סעיף ו נתבאר).

ו: מי שקדש ע"י שליח לא יקדש פעם אחרת בשעת חופה, שלא להוציא לעז על הקדושין הראשונים, שיאמרו: אין קידושי שליח כלום (ועיין לעיל סו"ס לד). חזרה וביטלה השליחות קודם שקיבל הקדושין, הרי הוא בטל, ואינה מקודשת. ואם אין ידוע אם ביטלה השליחות קודם קבלת הקדושין או אחר כך, הרי זו ספק מקודשת.

ז: אם קיבל שלוחה קידושין מאחד, והיא בעצמה קיבלה קדושין מאחר, ואין ידוע אם קדושין שקבל שלוחה קדמו שלה או שלה קדמו, אסורה לשניהם, וצריכה גט משניהם. ואם רצו, אחד נותן גט ואחד כונס. (ומקדשה קידושין אחרים) (רבינו ירוחם נ' כב). במה דברים אמורים, ברחוקים, אבל אם קדשה השליח לאב, וקידשה היא בעצמה לבן או לאח, שניהם נותנין גט ואסורה לשניהם.

ח: אשה נעשית שליח לחברתה לקבל קדושין, אף ע"פ שנעשית לה צרה, שמקדש שתיהן. ויש מי שאומר שאפילו אם כשאמרה לה: קבלי גם בשבילי, ולא השיבה הן אלא שתקה וקבלה סתם, מסתמא גם בשבילה קיבלה.

הנושאים של סעיפים א-ד הוא האשה, וכן סעיפים ז-ח. אולם, סעיף ז בוודאי מדבר על המקדש, ולפי זה, גם סעיף ו יכול לדבר על כל שליחי קדושין. אי-לכך, יש לשאול מאיזו סיבה המחבר כתב את זה בסי' לו?

נראה לומר, שאולי המחבר רצה להדגיש שלמרות שיש סברות לומר ששליח האשה יכולה לעשות שליח וכתירוצים המופיעים ברשב"א, המחבר רצה לשלול כל אפשרות לזה כלל וכלל.

אולם עדיין צ"ע, שהרי אם המחבר היה כותב את זה בסי' לה, וששליח הבעל אינו יכול לעשות שליח, אז כל שכן שליח האשה לקבלה, דהווי מילי, והדרא קושיא לדוכתא, וצ"ע.

ראה עוד דברי הרב חיים אמסלם במאמרו "בענין: אי שליח עושה שליח בקדושין", אור התורה, שבט תשמ"ח, שנה כ', חוברת ה (רלט), סי' פא, עמ' תא-תב, שדן בדברי המחבר בסי' לו, ומצדד בדברי הב"ש והביא שלוש נימוקים כראיות לדבריו של הבית שמואל. אחד מנימוקיו הוא המיקום, וכמו שהעלינו כאן, אלא התעלם מסעיפים ו-ז בסמן זה, וממילא אזלא ראייה זו. עוד טען שאין נימוקו של הקדוש מרדו"ש מטעם מילי אלא מטעם אם נגמר המעשה או לא, וממילא דברי המחבר אינם בכלל לפי שיטת הקדוש מרדו"ש. טעם זה תמוה שהרי המרדכי כתב בפירוש שטעמו הוא מטעם מילי, וכן כתב הבית יוסף בשמו (הובא לעיל בריש דברינו) – הן בתחילת שיטת הקדוש והן בסוף דבריו. וההוכחה השלישית שלו הוא שהרמ"א לא השיג לדברי המחבר בסי' לו, ולכן למד כמו הב"ש שאין כאן שיטת הקדוש מרדוש. נראה שגם זו אינה ראייה, שהרי הרמ"א היה נאמן לדבריו בדרכי משה, והדברים של הקדוש שייכים בשליח להולכה וכל שכן לשליח לקבלה, וממילא לא היה צריך להשיג על דבריו בסי' לו. הקושי הוא למה המחבר לא הביא את דברי הקדוש (כבר) בסי' לה.

לסיכום:

לפי הב"ש, אפשר להסביר מדוע המחבר שינה את מיקום דינו שחל הקדוש מרדוש, מפני שהמחבר חזר מהבנה רחבה בשיטתו, להבנה מצומצמת, וכדפרישית. אולם, לפי הח"מ, צ"ע מדוע המחבר שינה את מקום ההלכה מסי' לה לסי' לו.

אישות דקטן

משנה קידושין (נ,ב): וכן קטן שקידש. פרש"י: ושלח סבלונות משהגדיל (אינה מקודשת שמחמת קידושין הראשונים שלח). מבואר שקידושי קטן אינם תופסים.

קידושי קטן מדין זכיה

בשם ר"י בר ברזילי (ר"י בר יהודה) הובא במהרי"ק (שרש לב) ובמל"מ גירושין (ו,ג), דמהני זכיית האב לקידושין עבור בנו הקטן. (וכבר העירו על דבריו שאם זכיה מדין שליחות, קטן לאו בר שליחות, וי"ל).

והקשה מהרי"ט בתשובה (אבה"ע סי' מא) מקידושין (יט,א), שם הגמ' הסתפקה אם שייך יעוד לבנו קטן:

אמר רבי זירא, תא שמע: (ויקרא כ) איש - פרט לקטן, אשר ינאף את אשת איש - פרט לאשת קטן; ואי אמרת מייעד, אם כן מצינו אישות לקטן! ואלא מאי? אינו מייעד, אמאי קא ממעט ליה קרא? תיפשוט מינה דמייעד! אמר רב אשי: הכא, ביבם בן תשע שנים ויום אחד הבא על יבמתו עסקינן, דמדאורייתא חזיא ליה, מהו דתימא כיון דמדאורייתא חזיא ליה וביאתו ביאה, הבא עליה מתחייב באשת איש, קמ"ל.

ולפי הר"י ב"ב מה התימה "אם כן מצינו אישות לקטן" – אכן מצינו כשאביו קידש לו אשה מדין זכין?

האבנ"מ (א,א) תרץ באופן הבא: אילו ההיכי תימצי היחיד לקידושי קטן היה באופן של זכיה, הרי שמיעוט הכתוב 'אשת איש פרט לאשת קטן' היה מוסב על מקרה כזה. מכיון שקדושין אלו ממועטים מחיוב מיתה אין כאן דיני עריות ואם יבוא אחר ויקדש אשה זו – יתפסו הקידושין. נמצא שקידושי האב עבור הבן – אינם זכות, כי קידושין שאינם מונעים מקידושי אחר לתפוס אינם נחשבים כזכות.¹ רק לאחר שנמצא יישום אחר לדרשה 'פרט

¹ כיוצא בזה מבואר במל"מ (אישות ז,כ): "ונסתפקתי באומר לחברו צא וקדש לי אשה פלונית והלך וקדשה קידושין דרבנן או ספק קידושין מהו. מי אמרינן דהויה מקודשת דרבנן או ספק מקודשת או דילמא הוי שינוי בשליחות דמצי למימר המשלח אני לא עשיתך שליח אלא בקידושין ודאין מן התורה שאם יבא אחר ויקדשנה שלא יהיו

לאשת קטן, שפיר הוי זכות בשביל הקטן ומעתה אם אביו יקדש לו אשה מקודשת קידושין גמורים.²

האבנ"מ לשיטתו (מד, א) שרק שם ערוה מונע תפיסת קידושין. לשיטת הפני"י הקנין מונע תפיסת קידושי אחר באשת איש.

המשך חכמה (ויקרא כ, יד) סובר שהמיעוט לאשת קטן אינו אלא ממיתת בית דין ולא מכרת (בפרשת קדשים – אצל חיוב הכרת נאמר אשת עמיתך – שכלל בין קטן ובין גדול, כדכתיב – ואיש כי יתן מום בעמיתו) ומסיים שלפי"ז נסתרו דברי האבנ"מ הנ"ל. א"א לתרץ דברי ר"י בר ברזילי שהגמי לא העמידה המיעוט לאשת קטן בבן קטן שאביו קידש מדין זכיה כי אין זו זכות הואיל וקידושי אחר נמי תפסי בה, כי למשך חכמה יש בה איסור כרת ושוב לא יתפסו בה קידושי אחר (וכ"כ באו"ש יבום א, יז, בקוב"ש קידושין אות קיט וכן הוא ברש"ש יבמות נא, ב).

התראת ספק

השאגת אריה (השמטות סי' א) סבור שהואיל וקידושי האב לבנו קטן הם מדין זכין, הבן יכול למחות כשיגדל. ממילא א"א לומר שהמיעוט פרט לאשת קטן נועד למעט קידושין כשיטת ר"י ב"ב, כי אין לחייב מיתה אף ללא הדרשה – פרט לאשת קטן – הואיל וההתראה היא התראת ספק (שמא ימחה הבן כשיגדל).³

המני"ח (מ' מג) כתב, שהרגע הקובע להלכה שאדם אינו מייעד לבנו קטן היא שעת המכירה כי מעות ראשונות לקידושין ניתנו. אולם אם נאמר שדי בכך שהבן גדול בשעת ייעוד, א"כ י"ל שהבן הגדיל בין המכירה לייעוד וחלו הקידושין למפרע ועל כגון זה מיעטה התורה ממיתה, ואין כאן התראת ספק – כל שאיגלאי מילתא למפרע.

קידושין תופסין בה אבל קידושין דרבנן או ספק קידושין דקידושי אחר תופסין בה לא ניחא לי ולפי זה דהוי שינוי בשליחות אינה מקודשת כלל.

² ואם תשאל - המיעוט פרט לאשת קטן ממעט כל אישות של קטן ולפי האבנ"מ יפול דינו של הר"י ב"ב? והיא קושיית הדבר אברהם (ג, ח)? אם נאמר – כדלקמן – שביבס בן ט' זו אישות קלישתא, אפשר לומר שהפסוק מיעט רק אישות זו.

³ עדיין אפשר לצייר נפ"מ: נתקדשה לקטן ע"י זכיה וחזרה ונתקדשה לגדול ובא עליה אחר. אלמלא המיעוט לאשת קטן, בכה"ג היא חייבת מיתה ממני"פ ונפ"מ מהפסוק שאם הגדיל ולא מיחה מבורר למפרע שהיתה אז אשת קטן והבועל פטור (קושיית הדבר שמואל קידושין יט).

המני"ח נקט דלא כשאג"א וכל גילוי מילתא – שמתברר למפרע אינו נחשב להתראת ספק.⁴

יבום ע"י קטן בן תשע

נחלקו רש"י ותוס' (קידושין יט) ביבום בן ט' שבא על יבמתו ועליו אמר קרא אשת איש פרט לאשת קטן: לדעת רש"י היבום תפס ואתמעיט ממיתה ולתוס' לא תפס (אך לכו"ע אין איסור, עיי' יבמות קיא, ב). תוס' הוכיחו דבריהם מלשון הגמ': עשו ביאת קטן בן ט' כמאמר בגדול, ר"ל: תוקף דרבנן בלבד. רש"י יפרש שמדאורייתא תפס יבום וחכמים החמירו ואם – משיגדיל – ירצה להוציאה צריך גט וחליצה. דעת הרמב"ן ביבמות צו, א כדעת רש"י.

משהגדיל

הנו"ב (אבה"ע נד) סבור (בדעת רש"י) שאם הגדיל (היבם) חייבים עליה מיתה אף שלא בא עליה משהגדיל. המני"ח סותר משנתו: במצוה לה [יח] נקט כנו"ב ואילו במצוה קצא [ג] סבור שהבא עליה אינו במיתה עד שתבעל משיגדיל היבם. האור זרוע (ח"א קלו) כתב: "אע"ג דקנייא ל"י התורה מיעטנו מחיוב מיתה את הבא עלי' עד שיגדל ותהי' אשתו גמורה". יש שדייקו מלשונו 'עד שתהיה אשתו גמורה' ר"ל בא עליה משהגדיל (עפ"י שיעורי ר' שמואל יבמות כט, ב).⁵

יש צד לומר שאישות קטן הוי אישות גמורה אלא שגזרה תורה שאין חיוב מיתה ומשהגדיל והויא אשת גדול חייבים עליה מיתה ויש צד לומר שאישות זו אינה אישות גמורה – עד שבא עליה משהגדיל. ואף לצד שאינה אישות גמורה ייתכן והחסרון הוא לא מצד המעשה אלא מצד החלות, וזו נפעלת מאליה משבגר.

המני"ח (שם) הסתפק: האם מיעוט התורה פרט לאשת קטן הוא רק ביחס לאיסור אשת איש או גם ביחס לשאר עריות. יבמה נפלה לפני יבם בן ט' שיבם אותה. משהגדיל (ולא בא עליה) נשא אשה אחרת ונולד לו בן. אח"כ

⁴ ועיי' תוס' יבמות (פ, א ד"ה נעשה) והשוה לדברי המל"מ סנהדרין (טז, ד).

⁵ ויש לעיין מה התועלת כשבא עליה משהגדיל – אם הזיקה כבר פקעה מה טיב ביאה זו? עיי' שיעורי ר' שמואל שם.

מת. האם אשת אביו אסורה לבן זה מדין אשת אב? והניח בצ"ע. (כיוצ"ב ראה לעיל לגבי אישות שפחה חרופה).

שיטת הרמב"ם

הנו"ב (שם) כתב שלא מצא הכרע בדעת הרמב"ם בהלכות יבום אך יש להסיק מדבריו בהלכות איסורי ביאה (ג,א):

הבא על אשת קטן אפילו היתה יבמה שבא עליה בן ט' שנים ויום אחד הרי זה פטור וכו' ואם היו מזידין מכין אותן מכת מרדות.

אם יבום אינו תופס מדאורייתא, היבמה נשארת במעמד של יבמה לשוק והבא עליה היה צריך להיות חייב מלקות מהלאו ד'לא תהיה אשת המת החוצה לאיש זר', חיוב מכת מרדות בלבד הנזכר ברמב"ם מורה על כך שהיבום תפס – לפחות לענין שאינה חשובה יבמה לשוק.⁶

נראה להוכיח שכן דעת הרמב"ם מדבריו בהלכות סוטה (ב,ב). הרמב"ם מונה גדולה אשת הקטן בכלל חמש עשרה נשים שאינן שותות (לאחר קינוי וסתירה) אלא יוצאות בלא כתובה. אם הרמב"ם סובר כתוס', ולא משכחת לה כלל אשת קטן מדאורייתא פשוט שלא תשתה מחמת קינויו. יותר מסתבר שסי"ל כרש"י, אא"כ נאמר שהרמב"ם מסכים לדברי הר"י בר ברזילי שמועיל קידושי קטן ע"י אביו מדין זכין.⁷ אמנם הכלי חמדה (פ' נשא) כתב שחידושו של הר"י בר ברזילי אינו אלא בקידושין. נישואין המחייבים שאר, כסות ועונה הם חוב. לפי"ז א"א לפרש דברי הרמב"ם כריב"ב כי ארוסה כבר נתמעטה שלא תשתה.

מכאן מוכת, שייתכן ואשה תאסר לבעלה בקינוי וסתירה אף באופן שאינה חייבת מיתה ואם תזנה ללא קינוי וסתירה לא תאסר עליו (אחיעזר⁸ אבה"ע לד,יא).⁹

⁶ במהדו"ת תשובה קמט יצא הנו"ב להגן על הבנתו בשיטת הרמב"ם.

⁷ ראה זו מופיעה בשו"ת נו"ב אבה"ע סי' סג בתשובת חתנו – רבי יוסף. וכ"כ המנ"ח מ' ששה [נט].

⁸ אלא שהאחיעזר הוסיף שיייתכן ובאשת יבם קטן לא תאסר לבעלה כי "זהו מין אישות אחר שאין עליו חיוב סקילה".

⁹ ועי' בדברי הרמ"א אבה"ע (כ,א): "אשה גדולה שבא עליה קטן פחות מבן ט' שנים, אינה חייבת מיתה על ידו (טור). ונראה לי דה"ה אינה נאסרת על בעלה. ולכן כתב הרב בעל

לפי המשך חכמה הנ"ל, הבא על אשת יבם קטן שפטור ממיתה חייב כרת. נראה שלא כתב כן בדעת הרמב"ם. מדברי הרמב"ם הנ"ל: "אפילו היתה יבמה שבא עליה בן ט' שנים ויום אחד הרי זה פטור". יש להסיק אחד מן השנים: או שאין כאן חלות דאורייתא כלל (כתוס') או שאם תופס היבום (כרש"י), פטור אף מכרת (ודלא כמשך חכמה).

צריכה גט וחליצה

לשיטת תוס' – חליצה מדאורייתא (לזיקתה) וגט מדרבנן (ל'מאמרה'). לשיטת הרמב"ן - גט מדאורייתא (היבם תפס) וחליצה מדבריהם (עשו ביאת בן ט' כמאמר בלבד).

תוס' תמה לפרש"י למה צריכה חליצה הרי הבא על יבמתו קנאה?

הגר"ד"ס (מסורה א) הציע ביאור חדש בשיטת רש"י:

הדרשה אשת איש פרט לאשת קטן אינה גזה"כ גרידא לומר שאין חיוב מיתה אלא באה להורות שאישות קטן אינה אישות גמורה. ייתכן וצריכה גט וחליצה – ושניהם מדאורייתא! מאחר וקנאה 'מקצת' – פקעה הזיקה לפי שיעור קנינו. כלפי הקנין במקצת צריכה גט וכלפי הזיקה שנותרה צריכה חליצה. לשון הברייתא שעשו ביאת בן ט' כמאמר בגדול מתפרש שכמו שבגדול – לאחר מאמר - צריכה גט וחליצה – אך טעמם שונה.¹⁰

לפי האבנ"מ, לרש"י שיש יבום בקטן והמיעוט הוא מחיוב מיתה – תופסים בה קידשין. לגר"ד"ס יש להסתפק. לכאורה עדיין רובץ עליה איסור של יבמה לשוק. אמנם לפי דברי הגר"ד"ס היא יבמה לשוק במקצת בלבד וצ"ע.

עדות ביבום

רבי דוד דייטש בספרו אהל דוד (יבמות קיא,ב) העלה שלפי הנו"ב הנ"ל שהרמב"ם סובר כרש"י וכרמב"ן שיבום של קטן תופס, מוכח שיבום לא בעי עדים (כשיטת הרשב"א בניגוד לשיטת שלטי הגיבורים). הרמב"ם גירושין (ו,ט) כתב שקטנה אינה עושה שליח לקבלה כי מינוי שליח צריך להיות בפני עדים ואין מעידין לקטן. אם יש יבום בקטן, כנ"ל, ע"כ שאי"צ עדים ליבום.

הטורים הרבה דינים אימתי חייבים מיתה או לא, נפקא מינה בזמן הזה באיזה ביאה אשה נאסרת על בעלה".

¹⁰ העירו שלגר"ד"ס צ"ב לשון 'עשו'.

האמרי בינה (גביית חוב כט, ט) והאור שמח (יבום א, יז) חולקים. אף שאין מעידים על קטן – ליבום אין צריך דעת (ביאת יבום קונה בשוגג ובאונס) ועדות על מעשה של קטן – בודאי שייך. כונת הרמב"ם מפורשת בדבריו: אין מעידין על הקטן "לפי שאינו בן דעת גמורה".

שיטת רש"י מהדו"ק (ועל דעת אחרת מקנה בקידושין)

האבנ"מ (מג, ב) הביא מהשטמ"ק כתובות (עד, א) שי רש"י מהדו"ק, שקטן יכול לקדש לו אשה בביאה מהתורה לשי רש"י בב"מ יב דהפקר נחשב דעת אחרת מקנה ולר"ן בנדרים (ל, א) האשה מבטלת ומפקירה דעתה ואיכא בקידושין דעת אחרת מקנה ורק בקדושי כסף ושטר ל"מ שאין נתינתו כלום ואינו יכול להקנות הכסף והשטר ובשעורי רבי שמואל באות יז ביאר כונת רש"י דקנין ביאה בקידושין אי"צ דעת קנין אלא כונה לעשות הביאה לביאת אישות וביאת אישות ממילא הוא דקניא וגם קטן יש לו כונה. הנו"ב תנינא (אבהע"ז סי' נד) הק' מסוגיין דלא משכח"ל שיהא לקטן אישות אלא ביבם בן ט'.

תוספת כתובה ככתובה

ראשי הפרקים

- א. פתיחה
- ב. נתאלמנה מן האירוסין
- ג. כתובה – דין פסיקת מקח באישות
- ד. תוספת כתובה באיילונית
- ה. תוספת כתובה בחייבי לאוין
- ו. חיוב תוספת כתובה בטוען פ"פ
- ז. סיכום

א. פתיחה

בהתחייבות הבעל בשטר הכתובה מעבר לחיוב מאתיים זוז לבתולה בתנאי ב"ד (וי"א מדאורייתא) ומנה לאלמנה. לחתן יש אפשרות להוסיף ולהתחייב יותר מכך ואפילו מאה מנה.

תוספת זו נקראת בכל מקום תוספת כתובה (או תנאי כתובה): המתחדש בדין תוספת הוא שאין התוספת נידונת כחוב או התחייבות רגילה שאדם מתחייב לזולתו, אלא דבקים בה מקצת מדיני הכתובה, ואף קבלת ההתחייבות בתוספת אינה כקבלת התחייבות בעלמא.¹

וכך שנינו (כתובות נד, ב): "אע"פ שאמרו בתולה גובה מאתיים ואלמנה מנה אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה יוסיף וכו'" וברמב"ן: "משמע מסוגיין דמסתמא כותבין תוספת".²

¹ תוס' כתובות נד, ב ר"פ אע"פ וברא"ש דקבלת ההתחייבות מועילה מצד המעשה נישואין כשם שחלה עליו חובת כתובה. וכן לחלק מהשיטות א"צ קניין בתוספת. (עי"ע באבי עזרי אישות יח, יד ובמשכ"ב באבני משפט יב עמ' 55 במאמר "לקיים כל דבר".)

² יש שדייקו בלשון הרמב"ם שהמנהג להוסיף שכתב (אישות י, ז) "וכמה הוא כותב לה, אם היתה בתולה אין כותבין לה פחות ממאתים דינרים ואם בעולה אין כותבין לה פחות ממאה דינרים וזהו הנקרא עיקר כתובה" ורואים שדקדק ש"לא לפחות" ואפשר לדחות שכוונת הרמב"ם לומר שכוללים התוספת עם העיקר כמו שכתב ה"ה כאן בשם הרמב"ן.

ובגמרא "רצה לכתוב לא קתני אלא רצה להוסיף" וברש"י: "אי תנא לכתוב לא הוה שמעינן מינה שיהיה התוספת קרוי כתובה אלא כמתנה מדעתו ואין שם כתובה עליו השתא דתנן להוסיף משמע נוסף על הכתובה שתיקנו חכמים ושם כתובה עליו גם הוא".

ובהמשך במשנה נחלקו תנאים בנתאלמנה מן האירוסין אם גובה את התוספת ונפסקה הלכה כראב"ע שבנתאלמנה מן האירוסין אינה גובה את התוספת שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה.

א"כ מיד כשלמדנו את דין התוספת, משמיענו התנא דין המחלק בין דין הכתובה מהתוספת וכן באמצעי הגביה ובקדימה ישנם חילוקי דינים בין העיקר כתובה לתוספת.

אולם בגמרא שם מנויים כמה וכמה דינים שלגביהם התוספת כתובה ככתובה לחלוטין, וכפשטות רש"י דלעיל.

ויש להתבונן במה דין התוספת כתובה הוא ככתובה, ובמה דינם מחולק ומה הסיבה לחלקם או להשוות.

בפרט שישנן שגובות כתובה ואינם גובות תוספת ויש שגובות תוספת בלבד אף שאת עיקר הכתובה היינו מנה ומאתים הפסידו מסיבה כל שהיא.

ולשון הב"ש (סח ס"ק כג) בדין שטען הבעל שלא מצאה בתולה והיא טוענת משארסתני נאנסתי דגובה עיקר כתובה "דלפ"ז כתובה ותוספת שני הפכים הם..."

במאמר זה נתמקד בדין הנשים היוצאות וגובות תוספת כתובה אף שאת עיקר הכתובה הפסידו, ומתוך כך יתברר גדר מחודש בדין התוספת.

ב. נתאלמנה מן הארוסין

כנזכר לעיל, נחלקו במשנה ריש פרק אע"פ ת"ק וראב"ע בנתאלמנה מן האירוסין יש לה תוספת או לא דת"ק סבר שגובה עיקר ותוספת וקיי"ל כראב"ע דבנתאלמנה מן האירוסין גובה רק עיקר כתובה.

ובס"פ הכותב (פט"ב ובב"מ יז,ב) הגמרא דנה בעיקר חיוב כתובה לארוסה במנה ומאתים בתנאי ב"ד. אלמנה מן האירוסין מנלן דאית לה כתובה? ומביאה הגמרא הוכחה ממשנתנו שיש חיוב כתובה לארוסה דבנתאלמנה מן האירוסין גובה עיקר ולא תוספת, ודוחה הגמרא דהתם בדכתב לה.

ובשטמ"ק בב"מ הקשה דאי אין לארוסה כתובה בתנאי ב"ד, אלא בדכתב לה וחייב עצמו במה שאינו חייב א"כ מה ההבדל בין עיקר לתוספת הרי שניהם מחויבים אך מתוקף התחייבותו?

ומתוך דכתובה מנה והמאתים אינו צריך לכתוב לה מאירוסיין דבזה יתחייב בע"כ בנישואין, אבל תוספת כותב לה כדי שלא יחזור בו בנשואין.

ולכן הכתיבה של המנה ומאתים מיותרת ומחייבת אותו מאירוסיין דבהכרח רצה להוסיף על חיובו מאירוסיין, אבל התוספת המרובה שכותב לה, אף אם תחייב רק מנישואין יש תועלת בכתיבתה עכת"ד.

ולכאורה לא מובן, כיצד אפשר לכתוב תוספת בלי עיקר?

ומ"מ נחלקו הראשונים בדין כתובה לארוסה: הרמב"ם פסק שלארוסה אין כתובה מתנאי ב"ד, אלא בכתב לה כשינויי הגמרא שהמשנה בריש פרק אע"פ איירי בכתב לה וז"ל (אישות י,יא):

המארס את האישה וכתב לה כתובה ולא נכנסה לחופה, עדיין ארוסה היא ואינה נשואה, שאין הכתובה עושה נישואין.

ואם מת או גרשה גובה עיקר כתובתה מבני חורין, ואינה גובה תוספת כלל הואיל ולא נכנסה.

אבל אם ארס ולא כתב כתובה ומת או גרשה והיא ארוסה אין לה כלום ואפילו העיקר שלא תיקנו לה עיקר כתובה עד שתנשא או עד שתכתוב וכו'.

וברא"ש פ' אע"פ (סי' ה) תמה שהרי לשיטתו ארוסה גובה כתובה רק בכתב לה והיינו שהשטר מחייבו, וא"כ לא יהא אלא כשט"ח בעלמא ולמה אין גובה ממשועבדים?

עוד יש לדקדק שב"כתב לה" כתב הרמב"ם "עדיין ארוסה היא ואינה נשואה שאין הכתובה עושה נישואין" מה הצורך בזה, מהיכן נלמד או נבין בטעות שכתובת כתובה לארוסה עושה נישואין?

ולכך נראה דלרמב"ם אף שסובר כמ"ד דאין לארוסה כתובה מתנאי ב"ד, אבל בכתב לה נתחייב בחיובי כתובה כתנאי ב"ד ולא מדין התחייבות בעלמא.

ובזה תובן לשונו בסוף ההלכה "שלא תיקנו לה עיקר כתובה עד שתינשא או עד שיכתוב" דכך היא התקנה, משעת נישואין או משכתב לה, וכשכתב לה חייב מתקנת כתובה וככל משפטה וחוקה.

ולפי"ז מובן מה המקום לטעות שכתבת עיקר כתובה נישואין עושה, שהוצרך הרמב"ם להוציא ממנה. וכמבואר דכיון שתקנת כתובה היא או כשכתב לה או כשנשאה בפועל, היה מקום לטעות שכל מקום שיש חיוב כתובה יש נישואין, דהיינו שהחיוב הבא בשעת הנישואין בכתובה הוא הגורם לנישואין (או אחד הגורמים) ולכן כשכתב אף בלי חופה, כתיבת כתובה נישואין עושה, קמ"ל שנישואין אינם תוצאה מחיוב כתובה, אלא הפוך החיוב נישואין פועל חיוב כתובה אף בלא כתיבה.

ומ"מ אפשר להתחייב אף באירוסין בכתובה ואף זה בתקנת כתובה, ואינה לגמרי ככתובת נשואה דגובה רק מבני"ח מסיבות שיתבאר לקמן.

ג. כתובה-דין פסיקת מקח באישות

בעניין חיוב כתובה אם הוא מהתורה או מדרבנן נחלקו תנאים ובעקבותם ראשונים ונביא את תמצית דעות הראשונים בזה:

דעת ר"ת (כתובות י, א ד"ה אמר) שחיוב כתובה מדאורייתא, ולכך גם הכסף היינו המאתים שמתחייב לה הוא בכסף של תורה והיינו כסף צורי.

אולם רוב הראשונים וכן נראה עיקר להלכה ברמב"ם ובשו"ע שחיוב כתובה אינו אלא מדרבנן. ולכן גם המאתים שמתחייב הוא בכסף מדינה דהיינו אחד חלקי שמונה מכסף צורי של תורה.

שיטה ממצעת היא שיטת הרא"ש, דאף שחיוב כתובה הוא מדרבנן אפשר לכתוב בכתובה "דחזי ליכי מדאורייתא" לומר שהתשלום הוא בכסף צורי של תורה אבל החיוב הוא מד"ס.

שיטה ממצעת הפוכה היא דעת הרמב"ן³ בשלהי מסכת כתובות (קי, ב) ותו"ד דאף אם עיקר חיוב כתובה הוא דאורייתא, השיעור של מנה ומאתים הוא מדרבנן ולכן משערים את המאתים זוז בכסף מדינה.

ובשיטת הרמב"ן נראה לפתוח צוהר והבנה כללית במהות חיוב כתובה.

³ הביאו הח"מ סו"ס"ק כד.

ולשון הרמב"ן שם: "אלא מדאמר רחמנא כמוהר הבתולות משמע דלכולן יש להן מוהר, ולא כסף כמוהר הבתולות קאמר." והיינו שהסך חמישים כסף דאונס ומפתה אינו שווה אלא סך שקנסה התורה שהוא יהיה מוהר הבתולה הזאת, אבל הי' הדמיון אינה לסך אלא לעצם החיוב, וכמה הוא מוהר, לזה אין שיעור.

ויש להתבונן מהו חיוב זה שאין לו שיעור, והיכן מצינו בתורה חיוב ממון כזה, כמה התביעה של האישה כלפי החרתן הנושא אותה?

ונראה שהחיוב מהתורה בכתובה הוא לפסוק את השווי של האישות, ובזה החיוב הוא כמה שהם מסכימים ביניהם ורמז לדבר "הרבו עלי מוהר ומתן" ופרש"י מוהר- כתובה.

ר"ל, כדרך שאמרה תורה 'וכי תמכרו ממכר לעמיתך וכו' ולא אמרה בכמה מוכרים, דהחיוב הוא לפי הפסיקה, כן הדבר הזה, ישנו חיוב לתת מוהר כפי המוסכם וכפי הערך כמו בשאר דרכי המו"מ והתשלום הוא עבור האישות.⁴

ובזה יש מקום לברר מה ההבדל בין הכתובה שמתחייב לתת לה עבור האישות, לכסף קידושין שגם הוא תשלום וקנין באישה וכבר ביאר האבנ"מ (כט, ב) שהוא תשלום שיווי האישות ולא שווי האישה.⁵

והנראה דכסף קידושין הוא קניין אישות לאוסרה על העולם, ואילו כתובה שבאופן הפשוט מתחייב בנישואין הוא התשלום עבור היתר האישות.⁶

ואחר שנתבאר בדברי הרמב"ן שחיוב כתובה הוא פסיקת דמים עבור האישות של נישואין, יש מקום לברר מתי נעשית הפסיקה?

שהרי כשהאישה מקודשת היא מחוסרת כל כח מיקוח, דאף שאינו יכול לכונסה בע"כ, עכ"פ היא אינה יכולה לצאת לרצונה, ואף אם תרצה להתמקח

⁴ רעיון זה שכתובה הוא תמורת האישות מד"ת נאמר בשיעור הרב ברקוביץ שליט"א בשם המשאת משה; שענינה כפסיקת מקח שמעתי מהרב אשר אריאלי שליט"א.

⁵ אמנם בכסף קידושין התשלום מידי ואילו כתובה היא התחייבות לכשתצא ממנו. אבל מ"מ הוא תשלום על אותו חפצא היינו האישות כביכול. זאת ועוד שאכן חיוב כתובה בצורתו הנוכחית לאחר תקנת שמעון בן שטח הוא באופן זה אבל קודם התקנה היתה הזכיה בכסף או בחפץ בשעת החופה כמבואר בפי' הכותב.

⁶ אמנם זה נסתר, דאין איסור ביאה בארוסה מדאורייתא, ויש ליישב שגם אין חובה ומצווה מה שא"כ בנשואה וכעין מה שמתרצים בשם הגר"ח (סטנסיל קידושין כא וחיודשי הגר"ז תמורה ל) לענין היתר שפחה כנענית לעבד עברי לשיטת הרמב"ם.

על גובה התוספת ולעכב הנישואין הרי היא מורדת, ואיך יתכן כאן פסיקת דמים ומיקוח לגבי שכר האישות היינו הכתובה אחר האירוסין?

ולכך נראה שאף שחיוב פסיקת מקח היינו הכתובה מדאורייתא שייכא בעיקרא להיתר הבא בנישואין, מ"מ בהכרח הפסיקה היא קודם או בשעת אירוסין.

אכן לאחר שתקנו רבנן שיעור מנה ומאתים א"צ לפסוק משעת קידושין, דחל מתנאי ב"ד בנישואין גם בלי פסיקה מוקדמת.

אך כשרוצה להוסיף או שהיא מעונינת שיוסיף לה, חוזר הדין המקורי שהפסיקה היא בשעת קידושין כדי שתוכל לדרוש את התוספת הראויה לה, אבל תוספת כשמה שמוסיף על העיקר ושיהיה לה דין כתובה דאורייתא שהרי נתחייב בדרך פסיקת מקח.

אלא שעדיין קשה מדוע האומדנא שרוצה להתחייב בכתובה רק אם יכנסנה לא תועיל גם לעיקר? ומה שתירץ בשטמ"ק דהעיקר לא היה צריך לכתוב דחייב מתנאי ב"ד ולכן הכתיבה מחייבת, עדיין קשה דהרי ל"ש לכתוב שמוסיף בלי לכתוב עיקר, ואף אם לא יכתוב מנה ומאתים עצם הכתיבה שמוסיף היינו מוסיף על העיקר?⁷

ובהסבר הדברים נ"ל דאם כותב כתובה ובתוספת מארוסין, היינו ע"מ להתחייב לכונסה בתוספת זו, ואילו היה הדין שאינו חייב כלום בנתגרשה מן האירוסין א"כ אין כל משמעות להתחייבותו בתוספת המרובה. שלא יסכים לכונסה ויגרשנה ופטור מכלום אם לא תסכים למחול התוספת, ולכן בהכרח שחיוב העיקר חל קודם הנישואין ע"מ לחייבו לכנוס.

ולפי"ז לשון המשנה "שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה" מתפרש לצדדים: לגבי התוספת אינו מתחייב בגירשה מן האירוסין, כיון שכתב לה רק ע"מ לכונסה.

אבל ע"מ לחייבו לכונסה בקבלת התוספת שהתחייב, חייב מאירוסין מנה ומאתים.

⁷ בדברות משה ב"מ הערה נג תירץ שגם בארוסה שייכת התקנה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ונהי דבעלמא לא תקנו דאין בגירושי ארוסה צער, מ"מ בכתב לה תקנו.

דאליה יכול לגרשה בלי שום חיוב בין אירוסין לנישואין ואין כל משמעות להתחייבותו בתוספת דיכול לגרשה בלי עיקר ובלי תוספת, וזה עומק כוונת השטמ"ק.

ובזה גם מובן מדוע הגביה היא מבני"ח לשיטת הרמב"ם, הרי כתובה גביה ממשעבדי?⁸ ולפ"ד המחייב בעיקר כתובה בארוסה הוא מעשה הגירושין או המיתה ולכן אינה גובה ממשעבדי משעת אירוסין דהמעשה המחייב אינו האירוסין אלא הגירושין או המיתה.⁹

ולאחר שלמדנו כך בדעת הרמב"ן נראה שניתן לומר כך בשיטת הרמב"ם.

הגם שכתבו ה"ה ועוד דהרמב"ם סובר דכתובה דרבנן, כבר הקשו מלשונו בסהמ"צ ובעוד מקומות משמע שכתובה מדאורייתא, ותירצו באופנים שונים¹⁰ וא"כ שערי תירוצים לא ננעלו, ועדיין יש מקום ליישב כרמב"ן דעיקר החיוב מדין פסיקה הוא מדאורייתא, והשיעור של מנה ומאתים מדרבנן.

ואף אם יש לבעל דין לחלוק, מ"מ שיש סוג תשלום ומחייב כזה בתורה בוודאי אפשר ללמוד.

כוונתי, שכמו שוודאי שאין חיוב לפסוק אתנן, אבל חידשה התורה שמקח הנעשה בצורת התחייבות אתנן יש לו שם אתנן, א"כ כשנאמר בתורה "כמוהר הבתולות" אף שאין חיוב לתת מוהר עכ"פ מצינו סוג תמורה כזו עבור האישות, וכשפוסק בצורת מוהר כלומר בנישואין, מחויב בחיובי מוהר היינו הכתובה.

אכן חז"ל חייבו לתת כתובה מאתים ומנה כשלא כתב ולכן מנה ומאתים דרבנן, אבל כשנעשה בדרך פסיקת כתובה היא מדאורייתא (ונפק"מ לתוספת כדלהלן).

⁸ מראשי הישיבות כתבו (בבית יחזקאל שם ובשיעורי הגר"ש רוזובסקי זצ"ל) דכתובה מעיקר הדין לא גביא ממשעבדי רק מתקנת שמעון בן שטח ובכתב לארוסה חזר לעיקר דין כתובה.

⁹ ובפני"י (כתובות מגב, ובקו"א) כתב כן שגובה מב"ח כיון שהחיוב הוא רק בגירושין או המיתה וכך הייתה התקנה אך לא פירש מדוע.

¹⁰ עיין משאת משה הנ"ל כתובות סימן ח ס"ח.

ד. תוספת כתובה באיילונית

במשנה בס"פ אלמנה ניזונית (כתובות ק,ב): "הממאנת והשניה והאיילונית אין להם כתובה ולא פירות ולא מזונות ולא בלאות אם תחילה נשאה לשם איילונית יש לה כתובה."

ופירש רש"י שם שלממאנת אין כתובה משום שמעצמה יוצאת (והיינו דתקנו כתובה שלא תהא קלה בעניו להוציאה אבל כשאפשרות הפירוד הוא בידה אין סיבה לחייבו כתובה) ושניה היא אישה שאסורה באיסור ערוה מד"ס ג"כ אין לה כתובה שזה קנס מיוחד, ובאיילונית משום דמקח טעות הוא.

ובגמרא (שם קא,א): "אמר שמואל ל"ש אלא מנה ומאתים (שמפסידות) אבל תוספת יש להם."

ונחלקו הראשונים אם שמואל קאי גם על איילונית או רק על ממאנת ושניה.

שיטת הראב"ד בהשגות על הרי"ף דבאיילונית הוא מק"ט כמו בשאר מומין ואינה גובה לא כתובה ולא תוספת.

הרי"ף והר"ן סוברים שגם באיילונית הדין כן, ושאני מום איילונית משאר מומים דבשאר מומים היא ידעה והעלימה ועל כן מפסידה כתובה ותוספת.

וז"ל הרי"ן: "לא היה הדבר מוטל עליה שהרי לא היתה יודעת בכך". ובדעתנו נראה להוסיף הסבר ע"פ התוס' (מז, ב ד"ה שלא כתב לה) ואם תאמר א"כ כל הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה אגן סהדי שלא על מנת כן לקחה? וי"ל דהתם אגן סהדי שבאותו ספק היה רוצה להכנס וכו' עכ"ל. וה"ה הכא דכיון דאין יודע אם היא איילונית אף שיש מקצת סימנים, כל אדם שנושא אישה מוכרח לקחת את הסיכון הזה ובוודאי שאין איתנו נביא או יודע מה שיוליד ממנה זש"ק, ולכך אין זה מק"ט כי אף אישה לא תסכים לקחת את כל הסיכון על עצמה ולהתקדש רק על מנת שאינה איילונית ולשמשו על תנאי זה לכן לא שייך טענת מק"ט.

אלא שאם טענת מק"ט אין כאן, למה מפסידה העיקר כתובה?

וברמב"ם אישות כד,ב פסק כרי"ף, דאיילונית שלא הכיר בה גובה תוספת כתובה ואינה גובה עיקר.

בהלכה ג טרח הרמב"ם להסביר דין זה¹¹ וז"ל:

ולמה אין להם עיקר ויש להן תוספת, העיקר שהוא תקנת חכמים כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה, הואיל ולא הכיר בה אין לה עיקר אבל תוספת שהוא חייב עצמו בה¹² כל זמן שתוצה ותעמוד לפניו הרי עמדה בתנאי שלה והרי הקנית לו הנאתה והרי היא עומדת [לפניו] אבל התורה אסרה אותה עליו. ומה היא יכולה לעשות לפיכך יש לה תוספת שאין מעשיה הן הגורמין לה להאסר אחר הנישואין, אלא אסורה היתה מקודם.

ובפשטות לשון הרמב"ם משמע שהחייב בתוספת הוא כעין מה שכתב רש"י שתוספת היא מתנה שהוא נותן לה "שהוא חייב עצמו בה" ואינו תלוי בדין האישות ביניהם.

א"כ ברמב"ם לא קשיא בדין מה ששאלנו דלעיל בר"ן למה מפסדת עיקר כתובה, דע"ז הסביר הרמב"ם מפני שהיא תקנ"ח שלא תהיה וכו' אלא שהמשך דבריו למה אינה מפסידה תוספת לא מובן מה מיושב בזה, הרי הכא מדובר כשלא הכיר בה ואם כן כל ההתחייבות היא בטעות, ומה מועיל שכאן זה התחייבות ולא תקנ"ח?

ובספר פסקי הלכות (יד דוד פ"ד שעא) הסביר את שיטת הרמב"ם ובהקדם מחלוקת הראשונים בענין קידושי איילונית.

שיטת התוספות (יבמות ב, ב ד"ה או שנמצאו) דאיילונית שלא הכיר בה הוי קידושי טעות, ואינה צריכה גט כלל.

והוקשה להם מהא דקטנה אינה מתייבמת שמא תמצא איילונית ואמאי תתיבם ממ"נ, אם אינה איילונית שפיר מייבם ואם היא איילונית, ג"כ מותרת לו שהרי לא הייתה אשת אחיו מעולם ותירצו דאיירי שקיבל האח עליו מום זה.

¹¹ אמנם עיקר הדברים שייך להסבר חייבי לאוין שגם כן גובות תוספת על אף שהפסידו כתובתן. אך מסדר ההלכות נראה שהרמב"ם בא להסביר גם את דין האיילונית.

¹² יש לעיין מה הדין כשאין שטר כתובה (כגון במקום שאין כותבים וכד') ותובעת תוספת ע"פ מנהג בני משפחתה כתובת בנות כהנים וכדומה ומלשון הרמב"ם משמע שבאופנים אלו גובה רק התוספת מצד התחייבותו האישית וצ"ע.

ורבי אברהם מבורגילה תירץ שהמשנה בתחילת יבמות איירי שנמצאה אשת האח איילונית עוד בחיי האח והקפיד ולכן אינה צריכה גט אפילו מדרבנן שהרי הקפיד לפנינו תיכף כשידע.

אבל אם נודע שהיא איילונית רק לאחר שמת חיישין שמא אם היה בחיים לא היה מקפיד על זה ותיכף היה התרצותו מועילה לעשות קידושין למפרע.

ובסברת ר"א בורגיל כתב היד דוד, דהדבר לא מוכרע דאילונית הוא מום שאינו מתרצה בו.¹³

והן אמת דרוב בני"א מקפידים ע"ז ומיעוט אינם מקפידים, לכן כשגילה דעתו שהוא מהרוב בטלו הקידושין מדין מקח טעות, וכשגילה דעתו שהוא מן המיעוט הדבר ספק אם יכול לעשות קידושין ודאין ולכן צריכה גט מספק.

ובלשון המשנה "איילונית אין לה כתובה" דדייקין דגט בעיא מדובר באופן זה דכשנודע לו לא הקפיד, אבל עכ"פ רוצה לגרשה וא"כ כיון שגילה דעתו שאינו מקפיד צריך לגרשה בגט אבל כתובה א"צ לשלם לה דכיון שהקידושין תלויים ועומדים בהקפדתו, באותו רגע שהכיר, ובאותו הזמן שהוא יכל לבטל, גם היא יכלה לבטל כמו בכל מק"ט שברשות שני הצדדים לבטל המקח.

לכן התחייבות הבעל בקידושין על עיקר הכתובה נתבטל ונשאר חיוב התוספת שהיא בשכר התרצותה לעמוד לפניו ע"כ שרוצה לגרשה צריך לשלם לה תוספת כתובה.

ולפי מה שנתבאר לעיל ניתן להוסיף שכיון שחיוב העיקר הוא בקידושין תמורת התחייבות הבעל לקיים הנישואין עם התוספת שנתחייב, א"כ כשנתבטל החיוב לקיים הנישואין מחמת הקידושין הראשונים, אלא מרצונם הטוב (ורצונם הטוב מקיים את הקידושין דלא יהיו מק"ט) ממילא יורד חיוב עיקר הכתובה, דהעיקר הוא נתחייב בתקני"ח (שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ובזמן שבין אירוסין לנישואין המשמעות של התקנה היא לכופו לקיים הנישואין) ולכן אף אם גילה דעתו שאינו מקפיד, ונתקיימו הקידושין כיון שכעת לאחר נישואין הדבר היה תלוי בדעתו ובדעתה, ל"ש לחייב עיקר כתובה, שהרי משעה שנודע לו והיו הקידושין תלויים, ירד חיוב עיקר הכתובה

¹³ עיין בבני אהובה דלולא מצוות ה' לפרות ולרבות לא היה זה מום כלל ואם קיים פו"ר אין זה מום אצלו וא"כ אינו כשאר מום בעצמותו עכ"ד וצ"ע דסימני איילונית הם מומים.

ומה שנשאר חיוב התוספת הוא מצד הנישואין שקיימים ועל התוספת התחייב לא מחמת הקידושין אלא הוא חיוב פסיקת מקח על הנישואין.

ובאופן אחר, אחר שנודע לו ותלויים הקידושין בהקפדתו, ומפני זה גם היא יכולה לבטל הקידושין חזר דינה להיות כממאנת שכיון שאפשרות הפירוד תלוי בה לא תיקנו כתובה, ומה שנשאר זה התחייבותו במוהר מדאורייתא שהוא התוספת שהיא כדרך פסיקת מקח ובזה נתקיים המקח דהרי ס"ס לא הקפיד ואף היא קיימה התנאי.

ה. תוספת כתובה בחייבי לאוין

הרמב"ם כתב דין חייבי לאוין שלא הכיר בה בסמיכות לדין איילונית, אבל במשנה ובסוגיא הם דינים נפרדים בקבוצות נפרדות, המשנה פותחת בדין האיילונית והממאנת והשניה שדין נתברר לעיל.

ובסיפא "אלמנה לכ"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט ממזרת ונתינה לישראל בת ישראל לנתין וממזר יש להם כתובה". וזה הדין בחי"ל שהכיר בהם.

ובגמרא נחלקו רב הונא ורב יהודה מה הדין בחייבי לאוין שלא הכיר בהן הבעל, ונפסקה הלכה כרב יהודה הכיר בה יש לה כתובה לא הכיר בה אין לה כתובה."

ולא נתפרש בגמרא בדעת רב יהודה דין תוספת כתובה במציאות זו. ובראשונים (רי"ף) על דברי רב יהודה דבהכיר בה יש לה כתובה ובלא הכיר בה אין לה כתובה, כתבו דתוספת יש לה כשמואל וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע (אישות כד, ב; אבה"ע קטז, א ובח"מ סח ס"ק יג).

דהיינו דפשיטא להו דהיכא דמפסידה כתובה שדין לה בדין המנויות ברישא ממאנת שניה ואיילונית דכתובה אין להן ותוספת יש להן כמימרא דשמואל לגבי הממאנת וחברותיה.

ולא מובן מהיכן הפשיטות, הרי באופן פשוט הפסד הכתובה גורר אחריו את הפסד התוספת (כדין עוברת על דת ומומין) ובמה דומה חי"ל שלא הכיר בה, לממאנת וחברותיה?

ונראה שהוכיחו כך מהא דנחלקו ר"ה ורב יהודה באיילונית ובחי"ל ומסקנה דסוגיה, דאחת זו ואחת זו הכיר בה אישה לא הכיר בה אינה אישה, ורואים שרב יהודה משווה לגמרי בין איילונית וחי"ל ובאיילונית כבר למדנו שיש לה תוספת כשמואל וא"כ כך הדין בחי"ל שלא הכיר בהם.

ובר"ן שם (שלהי אלמנה ניזונית) הקשה מאי שנא חייבי לאוין ואיילונית מעוברת על דת שכיון שמפסידה עיקר מפסידה תוספת? ותירץ וז"ל:

וכן הדין באלמנה לכהן גדול ממזרת ונתינה לישראל שאע"פ שלא הכיר בהן יש להן תוספת שלא היה הדבר מוטל עליהן לגלות דסברי דאפשר שיערב עליו המקח ואע"פ שיש איסור בדבר, משא"כ במומין ונדירים שאין אדם ניפייס בהן.

והדברים צל"ע רב, דמה שכתב "שלא היה מוטל עליהן לגלות דסברי דאפשר שיערב עליו המקח" וכי אם יטען מוכר שסבר שיערב המקח ולכן לא הודיע על מומיו יהיה ממש בטענתו? מלבד מה שקשה דאיך אפשר שיערב עליו המקח הרי מחוייב להוציאה ואדרבא היא הכשילתו באיסור?

ואפילו אם יכולה לטעון כך, למה לא מועיל אף לגבי עיקר הכתובה, וכך סובר רב הונא דבחייבי לאוין שלא הכיר בה יש לה ג"כ עיקר.

ובאחיעזר¹⁴ הוסיף להקשות מאי שנא משאר מומין דאמרינן אין אדם מתפייס במומין, והרי חיי"ל אין לך מום גדול מזה? ומאי שנא ממוכר בשר טריפה בחזקת כשירה שצריך המוכר להחזיר הדמים אף בעד מה שאכל ונהנה?

ומ"מ גם הצד השני לא כ"כ ברור, הא קיימ"ל דקידושין תופסים בחייבי לאוין, וא"כ למקשים על הר"ן שבחייבי לאוין שלא הכיר בא הוי מק"ט לגמרי אף לגבי התוספת א"כ צריך להיות הדין שיבטלו הקידושין ואינה צריכה גט כלל, ובפשטות נקטינן שהקידושין אינם בטלים.¹⁵

א"כ על הר"ן קשה למה אין כאן מק"ט לגבי התוספת, ואף אם נבין את תירוצו, למה אינו מועיל לגבי העיקר. ולמקשים על הר"ן קשה, דע"כ לא פליגי ר"ה ור"ח אלא לגבי כתובה אבל גט לכו"ע בעי ואם זה כמומין למה אין בטלים הקידושין ממק"ט?

¹⁴ אחיעזר (ח"א כז אות ב) וביד דוד הביא הקושיה בשם הרב יצחק אלחנן עיין באר יצחק אבהע"ז סי' ג ענף ב.

¹⁵ עיין באחיעזר שם מחלוקת אחרונים. יש המצריכים גט מדאורייתא אף בלא הכיר בה ויש המצריכים גט מדרבנן בלבד.

ובחזו"א (אהע"ז עט, טז) הקשה לשיטת רב הונא דסבר שיש לה אף עיקר כתובה מאי שנא ממומין? וז"ל:¹⁶

ונראה דדוקא נדרים ומומין ואיילונית וכיו"ב שנפשו של אדם סולדת מהן חשיב בסתם כתנאי מפורש אבל עריות לא חשיב מום במיחוש האדם, דנפשו של אדם מחמדתן.

ונהי דלאחר ההתבוננות יתחרט, אבל הכא הנידון הוא על רגע הקדושין והחופה שאילו נודע לו עכשיו ברגע ששמח בקרבתה ומתעצב בריחוקה, אי היה שב כרגע וכובש יצרו וזה לא חשיב אומדנא דמוכח, דבעצם הוי ספק אולי קדמה פחזותו להתבוננותו. ובסתמא לא חשיב תנאי, ונהי שכל התקרבותו בשידוכין עמה היה בטעות וישראל בחזקת כשרות שלא יתן עיניו במה שאינו שלו אבל זה לא מהני לבטל הקדושין כל שברגע הקדושין לא היה שב בידיעתו וזה אינו אלא ספק ולא חשיב אומדנא דמוכח וכו'.

ויש לחלק בין מומין לאיסור דמומין חשיב אומדנא דמוכח שדינו כתנאי מפורש, ואיסור לא חשיב אומדנא דמוכח, אף אם באמת אי הוי ידע לא היה מקדש וכונס. דיראת המומין שדוחין אותה בטבע חשיב כאילו נחית לספק זה בלבו וחשב עליהן לבטל הקדושין.

אבל יראת האיסור שאין הדחיה בחק הטבע ובקושי, לא חשיב כאילו נחית לחשוב עליהן ולעשות תנאי בזה וכאילו מוחלט בידו שא"א שתהיי אסורה ומצינו כן ב"ק קי, ב ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין משום דאשה בכל דהו ניחא לה ופרש"י דניחא לה להתקדש לראשון אף בספק שתזקק לאחיו ואע"ג שאין צורך לה להכנס בספק זה שאם מתקדשת בתנאי נמי אינו חסירה כלום בחיי בעלה אלא משום שניחא לה בהאי לא חשיב כמעלה על לבה תנאים וכו'.

ואע"ג דבאמת כל האומדנות אינו מחשבת הקונה והמקנה בשעת הקנין והמעשה מ"מ מדת סתמא שתלוי במשפט החכמים מה חשיב

¹⁶ העתקתי את רוב לשונו כיון שהדברים מיוחדשים עד מאוד. וגם דומני שיש בהם הערה מוסרית חשובה.

תנאי ומה לא חשיב תנאי תלוי בחזק החשק של הענין שעושה ובחזק ההפסד של החשש העתידי המסופק. עכ"ד המופלאים.¹⁷

והנה הגם שהסבר זה מקהה קצת את עוצמת הקושי, הרי חיי"ל אין לך מום גדול מזה? ולדברי החזו"א, יש בזה קצת הפרזה בערך היראת העונש שהשריש האדם בעצמו, עד כדי כך שברור לנו שסולד הוא מהחטא כמו ממומים, וברור שלמכאובינו רובא דרובא דאינשי עדיין לא הגיעו למידה זו.

אלא שאם זו ההבנה בר"ן קשה למה אין מחייבים אותו גם במנה ומאתים כיון שאין לנו אומדנא דמוכח לבטל הקידושין מכל וכל, והתחייבותו בכל הכתובה כרב הונא.

וע"פ המבואר לעיל, דחויב כתובה דאורייתא הוא פסיקת מקח עבור האישות של הנישואין, והוא דבכל מקום שיש חלות הקידושין אם פסק על הכתובה חל חיוב פסיקת המקח דהיינו הכתובה, והפסיקה צריכה להעשות קודם הקידושין שתמורת הפסיקה מסכימה האישה להתקדש, אמנם לאחר תקנת חז"ל במנה ומאתים דמ"מ מחויב לה א"צ בפסיקה לפחות לגבי הסכום המינמלי.

אכן כשמוסיף לה, הוא ג"כ בדרך פסיקה ומו"מ, ולכן התוספת מקבלת את הדין הדאורייתא של הכתובה, ואילו המנה ומאתים אינם אלא לחייבו לכנוס ע"פ התוספת שהתחייב, וכאן הרי לא שייך לחייבו במנה ומאתים מצד תקנת חכמים מפני שלא תקנו בחיי"ל דבעמוד והוצא קאי, ולכך נשאר רק החיוב שהתחייב לה מצד הפסיקת מקח בדמי הכתובה שהם התוספת,¹⁸ וזה חיוב הכתובה הדאורייתאי.

ובכך אפשר להבין את דברי הר"ן (הו"ד לעיל) ש"לא היה מוטל עליהם לגלות וסברה אולי יערב המקח" כל אלו סברות שלא לבטל הקידושין מצד מק"ט, ואילו במומין ל"ש דאין אדם מתפייס במומים.

¹⁷ והרב יוסף שליט ציין לתוס' תענית ד, א שהטענה על אליעזר עבד אברהם ששאל שלא כהוגן רק על חירת או סומא ולא על ממזרת, ע"ש.

¹⁸ ובהא דלא מהני טענת מקח טעות בחיי"ל ראיתי בגידולי שמואל (כתובות עג) דכיון דא"א לקדש חיי"ל ע"י שליח דאשלד"ע, ודליתא בשליחות ליתא בתנאי ואם כל יסוד ביטול מקח בטענת מק"ט הוא מדין אומדנא בתנאי, כסברת רעק"א (שו"ת מהדו"ת קו) ל"ש מקח טעות בקידושין בחיי"ל ובגדולי שמואל דחה את זה ע"פ האו"ש (הלי יבום) דדווקא בחליצה דליתא בשליחות כלל שייך האי כללא אבל בקידושין דשייך באופן עקרוני שליחות לא אמרינן ליתא בשליחות ליתא בתנאי.

ועיקר דברי הר"ן להסביר למה אין כאן מקח טעות בקידושין, וכיון שיש כאן קידושין יש נישואין וכשיש נישואין חל חיוב כתובה מדאורייתא, ומהו חיוב כתובה ד"ת? ע"פ המתבאר שהתחייבות בתוספת בדרך פסיקה היא הכתובה דאורייתא. דמנה ומאתים אינם מצד הפסיקת מקח תמורת האישות, אלא מצד תקנה ע"מ לכופו לקיים הנישואין עם התוספת שהתחייב וכיון שכאן מעולם לא היה צורך במנה ומאתים ולא תקנו, נשאר כאמור, התחייבותו בתוספת שהיא הכתובה העיקרית מדאורייתא.

ו. חיוב תוספת כתובה בטוען פ"פ מצאתי

בגמרא בכתובות ט, ב: האומר פתח פתוח מצאתי נאמן להפסידה כתובתה. ובהמשך שם י, א חכמים תיקנו להם לבנות ישראל לבתולה מאתים ולאמנה מנה והם האמינוהו שאם אמר פתח פתוח מצאתי נאמן. א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם, אמר רבא חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה.

וכתבו הר"ף והרא"ש שם וז"ל: וחזינן לגאון דקאמר הני מילי לענין מנה ומאתים אבל לענין תוספת לא מהימן ומימרא וטעמא דמסתבר הוא דלא תקינו רבנן אלא מנה ומאתים אבל לענין תוספת לא מהימן וכו'.

והקשה הרא"ש וז"ל: איני כחולק על דברי הגאון אבל מתוך הסברא נראה דמהימן גם לענין תוספת דדבר ידוע דלשם חייבת חופה וביאה הוסיף לה, וכי היכי דאמרינן לענין מנה ומאתים חזקה אין אדם טורח וכו' גם לענין תוספת שאינו מוסיף לה אלא בשעת חופה היאך נאמר שבשעת חופה כתב לה ולמחר בבוקר נתחרט ומגרשה, אלא וודאי טענתו אמת ולהכי מגרשה ואדעתא דהכי לא הוסיף לה וכו'.

והכס"מ (אישות יא, טז) תירץ קושית הרא"ש, דגאון דייק לשון הגמרא דלא האמינוהו אלא לגבי מנה ומאתים שהם תיקנו, וא"כ בתוספת שאינה מתקנת חכמים לא האמינוהו.

ובאופן פשוט כוונתו כמבואר במ"מ שמרצונו נתחייב לה והרי זה כשאר חיובים שאין המתחייב נאמן בהפקעתם.

וא"כ צריך להבין את תירוץ הכס"מ, שהרי היא גופא מה שמקשה הרא"ש, דכיון דדבר ידוע שלחיבת ביאה וחופה יהיב, לכך ראוי להפסידה גם תוספת, שהרי אינה כשאר חיובים אלא ככתובה.

ובשו"ע (סח,ח) פסק כשיטת הגאון ובבאור הגר"א ציין לרי"ף ולעיין בבה"ג שכתב הטעם כנ"ל כרב המגיד ואח"כ הוסיף הגר"א: "וני"ל טעמם ממ"ש חכמים כו' הואיל ומדרבנן הוא משא"כ במתני' דהיא דאורייתא".

ונראה שהגר"א מוסיף על סברת באר הגולה שציין והביא את דברי הרב המגיד, שבהם ניתן להבין שאף שתוספת כתובה דרבנן דסוף סוף היא מחיובי הכתובה. מ"מ כיון שהוא התחייב בכתובה כזו אינו נאמן בטענתו.

והגר"א מוסיף ומבאר שמהגמרא משמע שדוקא מאתים חייב מדרבנן, אבל בתוספת חייב מדאורייתא.

ובתחילה הבנתי שכוונת הגר"א לחיוב מדאורייתא, כסתם התחייבות ממונית שבין אדם לחברו וכמובן שכל המחוייב לחברו מצד הלוואה או כל חוב אחר הוא חייב מדאורייתא.

אלא שא"כ יקשה למה שביעית אינה משמטת תוספת כתובה ככל חוב בעלמא כמבואר ריש אע"פ?

ועוד קשה בסברא שחוב התוספת יהיה בתוקפו יותר חזק מחוב העיקר רק מפני שהתחייב, שהרי גם במנה ומאתים מעבר לתקנת חכמים הרי גם עליהם התחייב בשטר, ומדוע לא יקבלו מצד אותה התחייבות תוקף חיוב דאורייתא?

ואפשר שכוונת הגר"א שבתוספת כתובה חייב מדאורייתא הוא דין כתובה דאורייתא, כמו שנתבאר לעיל ויהיו דבריו סיוע גדול לדברנו.

והיינו שכשמוסיף החיוב הוא חיוב כתובה דאורייתא מדין הפסיקה וכנ"ל, משא"כ העיקר כתובה יש בו תקנה בלבד.

וכן מורים ג"כ דברי הכס"מ שהובאו לעיל דבזה תירץ את קושיית הרא"ש דאל"ה קשה כדלעיל.¹⁹

¹⁹ ולפי"ז אולי מיושבת מה שהקשו (רעק"א כתובות לו,ב; החזו"א סימן עט ס"ק כו) דגבי חרשת דלית לה כתובה כלל דאין לה ט"ב, אם כן כשכתב לה הוי הכל בכלל תוספת ואמאי נאמן בטוען פתח פתוח? ולפי"ד מובן דמאי דאמרין דתוספת דאורייתא אינו דין התחייבות בעלמא אלא דין כתובה דאורייתא ולחרשת וודאי שאין דין כתובה דאורייתא, כיון שאין לה נישואין מדאורייתא.

ז. סיכום

נתחדש ע"פ שיטת הרמב"ן שכתובה דאורייתא אבל אין לה שיעור ושיעור מנה ומאתים הוא מדרבנן, ומדין "פסיקת מקח" וכתמורת האישות.

ולכך אף לאחר שתיקנו חז"ל שיכתוב לא פחות ממאתים לבתולה ומאה לאלמנה נשאר המנהג והדין להוסיף, ותוספת זו הוא הדין הדאורייתאי של כתובה שהוא פסיקת מקח תמורת האישות.²⁰

נתבאר דינם של הנוטלות תוספת כתובה אף שמפסידות עיקר, שהוא מנוגד לסברא שתוספת כתובה כשמה כן היא ומקבלת את דיני הכתובה.

בדין כתובה לארוסה ובדין איילונית שלא הכיר בה נתחדש שדין מנה ומאתים ומחוייב בשורשו מתוקף חלות קידושין, ותפקידו שלא תהיה קלה להוציאה היינו קודם הנישואין ובגלל זה יש לארוסה עיקר.

ולאיילונית כיון שהיו הקידושין תלויים ועומדים בהסכמתם וגם היא יכלה לבטלם, התבטל החיוב עיקר כתובה שמחייב את הבעל לכונסה.²¹

ובדין חייבי לאוין נתחדש ונתבאר ביתר תוקף דחיוב התו"כ אינו מתבטל אף שהעיקר התבטל, דכיון שחיובו מצד פסיקת המקח עבור האישות ונתחייב בזה מכת חלות הקידושין והרי הקידושין אינם מתבטלים ולכן חיוב הפסיקה מדאורייתא נשאר משא"כ העיקר שהוא מתקני"ח ובזה לא תיקנו.²²

ובאופן דומה בטוען "פתח פתוח מצאתי" שהוקשה למה אינו נאמן להפסידה אף התוספת? ודייקנו מלשון הגר"א דתוספת דינה כדין כתובה דאורייתא והיינו מדין פסיקת מקח עבור האישות ואינו נאמן כנגד חיוב שמחוייב לה מדאורייתא.

ונחתום בדבר הלכה, דהב"ח (סו, ד"ה כתב ר"ה) כתב וז"ל: "ואם לא נכתב התוספת כלל בכתובה, לא מבעיא דאסור לו לבוא עליה דלא סמכא דעתא וכו'.

²⁰ עפ"י דיוק הלשון ברמב"ם הנ"ל הערה 2 מכוון, דיש חובה שלא לפחות.

²¹ כביכול היה כאן חלות של קידושין ונישואין בב"א.

²² ומה שבמשנה בהכיר בהם מחוייב בעיקר היינו קנס כדפירש רש"י. ומעיקר הדין לא שייך תקני"ח בזה.

ודבריו צ"ע שהרי אפילו אם איבדה כתובתה או מחלה הלכה פסוקה היא שצריך לכתוב לה רק את עיקר כתובתה?²³ ולמבואר נראה דל"ק, דדין התוספת הוא פסיקת מקח עבור הסכמתה של האישה להינשא, ובכונס לחופה אסור בלי תוספת כי זהו הדין דאורייתא של כתובה, אבל לאחר הנישואין אם מחלה או אבדה הכתובה, צריך לכתוב לה עיקר מתקני"ח כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה אבל את התוספת שהיא מצד הפסיקה ועליה כבר מחלה אין צורך כיון שכבר היא קנויה לו לאישות.²⁴

ונראה עפ"י שגם מטרת וכוונת ההתחייבויות שונה בתכלית, דאילו גבי עיקר כתובה, מטרת התקנה שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה, ואילו הוראת התוספת היא חשיבות וחיבה וכמבואר שלא כתב אלא ע"מ לכונסה וחיבת ביאה וכד'.

ובתוספת נופך בזה ניתן להביא בדרך הדרוש; בנבואה בהושע פ"א בסופה כתיב "כי אתם לא עמי ואנוכי לא יהיה לכם" ופרק ב מתחיל "והיה מספר בני ישראל כחול הים וכו'" ומביא רש"י ז"ל מספרי דבי רב רבי אומר מה ענין זה אצל זה אלא משל למלך שכעס על אשתו שלח אחר הסופר לכתוב לה גט, עד שלא בה הסופר נתרצה המלך לאשתו אמר המלך אפשר יצא סופר זה מכאן חלוק, כלומר לבו חלוק ותוהה לומר למה שלח אחרי, אמר לו בא וכתוב לה שאני כופל לה כתובתה", ואם כתיבת תוספת מרובה מהווה ג"כ סנקציה כלכלית על הבעל, כדי להקשות על הבעל ולהרחיק את עניין הגירושין, מה יועיל לכפול כתובתה? להיפך מיד יבין הסופר מה התחולל קודם בואו, אלא ברור שכתיבת תוספת מורה חשיבות וחיבה בין איש לאשתו ובנמשל בין כנסי"י לרבש"ע.

²³ אף שאפשר לדחוק בכוננתו דאיירי כשנתחייב בע"פ בתוספת ובזה לא סמכא דעתא, אם זו כוננת הב"ח עדיין דבריו מהוים ראייה דתוספת היא התחייבות הכתובה וצריכה האישה להיות בטוחה בפסיקה שפסק לה ע"פ אף שכתב המנה והמאתים.

²⁴ ומתבאר שיש ענין להוסיף על הכתובה וליידע הכלה ולקבל הסכמתה על התוספת. ומכאן הערה על מי שרוצה לתקן בכתובות ספרדיות תוספת קבועה (ראה קובץ שערי צדק בדברי הרב ערוסי).

הרב דוד בגנו
ר"מ במכון הגבוה לתורה,
אוניברסיטת בר-אילן

'ושמרתם את המצות' – בגדרי לשמה

ראשי הפרקים

- א. פתיחה
- ב. ביאור מחלוקת רבה ורב יוסף
- ג. נפקא מינה בהגדרת "לשמה"
- ד. סתמא לשמה או לא – זבחים מול גט
- ה. קרן אורה: יסוד דין "לשמה" – היחס לדין "כוונה" במצוות
- ו. "לשמה" – הגדרת ייעוד החפץ למטרתו
- ז. מקורות המתאימים ליסוד הנ"ל
- ח. מילה ומגילת סוטה – יצירת חפצא
- ט. החילוק בין זבחים לגט – סתמא לשמה
- י. "ושמרתם את המצות" – שימור לשמה במצה

א. פתיחה

"לשמה" הוא דין רחב המופיע בכמה וכמה מצוות בתורה. ננסה, בע"ה, לעמוד על שורש דין זה מתוך כמה מהן.

גם בהלכות הכשר המצה מצאנו מקור לצורך ב"לשמה":

שנינו במשנה העוסקת בדיני הכשר המצה לפסח (פסחים לה, א):

חלות התודה ורקיקי נזיר – עשאן לעצמו אין יוצא בהן, עשאן למכור בשוק יוצאין בהן.

המשנה עוסקת באדם שרוצה לצאת ידי חובה בחלות תודה או ריקי נזיר, שמצד אופן עשייתו הן מצה לכל דבר, אך למרות זאת אינו יכול לצאת בהן ידי חובתו.¹

נחלקו האמוראים (לח, א – ב) בטעם פסול זה :

מנא הני מילי? אמר רבה : דאמר קרא "ושמרתם את המצות" – מצה המשתמרת לשם מצה. יצתה זו שאין משתמרת לשם מצה אלא לשום זבח. רב יוסף אמר : אמר קרא "שבעת ימים מצות תאכלו" – מצה הנאכלת לשבעת ימים. יצתה זו שאינה נאכלת לשבעת ימים אלא ליום ולילה.

רבה מחדש שצריך שימור לשמה במצה. מקורו הוא "ושמרתם את המצות" – הפסוק מצריך לא רק שימור טכני מחימוץ אלא גם שהשימור יהיה מכון ומיועד "לשם מצה".

לעומתו, רב יוסף פוסל את המצה מכיוון אחר לגמרי – מתנאי ההכשר של המצה הוא שתהיה ראויה לאכילת שבעת ימים, וכיון שחלות תודה וריקי נזיר אסורות לאחר זמן – אינן ראויות לשבעת ימים.

בפשטות, נראה שרב יוסף חלק על הצורך ב"לשמה" במצה. אולם הראשונים ציינו שעיון מדוקדק בסוגיא מראה שאין זה כך –

במשנה מבואר ש"עשאו לעצמו – אין יוצא בהן, עשאו למכור בשוק – יוצאין בהן".

הגמ' מסבירה שאם עשאו למכור בשוק יוצאין בהן משום שמחשבת האופה לא הוקבעה על החלות שתהיינה בדווקא חלות תודה או ריקי נזיר, אלא כוונתו היא שהדבר תלוי במחשבת הקונים – אם יקנו ממנו – תהיינה חלות תודה או ריקי נזיר, ואם לא יקנו – ישתמש בהן למצות מצווה.

א"כ, ודאי שמדובר באופן שעדיין לא חל על החלות בפועל שם חלות תודה או ריקי נזיר, כלומר, עדיין לא נשחט הזבח ולא קדשו אלא הן חולין גמורים.

ממילא, הה"ד ברישא – "עשאו לעצמו" – מדובר באופן שעדיין לא חל עליהן בפועל שם חלות תודה. וממילא, עדיין הן ראויות לאכילה שבעת ימים שהרי הן חולין גמורים!

¹ לא נעסוק בהרחבה ב"עשאו למכור בשוק". עיין לקמן.

א"כ, תמוה ביותר טעמו של רב יוסף – מה פשר הפסול משום שאינן ראויות לשבעת ימים? הרי הן עדיין ראויות לכך?

ב. ביאור מחלוקת רבה ורב יוסף

מסביר רש"י (לח,ב ד"ה שאינה נאכלת) ובעקבותיו ראשונים אחרים שרב יוסף ג"כ מסכים לדרשת רבה המצריכה "לשמה" במצה, אלא שנחלק עליו בפירוש הדרישה "לשמה".

בנקודת המחלוקת בין רבה לרב יוסף מצאנו כמה דרכים בראשונים :

א. רש"י (ע"פ הג"ר אלחנן וסרמן הי"ד – קוב"ש פסחים אות קעא) וז"ל :

ואית ליה לרב יוסף הא דרשה דרבה דבעינן שימור לשם מצוה, ואההוא קרא סמך, ובהא פליג: דאי נמי איכוין לה נמי לשימור מצת מצוה, למיפק בה משום תודה ומשום מצה - לא נפיק, דבעינן שימור לשום מצה כל שבעה.

גם רבה וגם רב יוסף הסכימו שצריך "לשמה" בשביל מצת מצווה.²

כמו כן, שניהם הסכימו שבמקרה של כוונה לשם דבר נוסף יחד עם "לשם מצת מצווה" – אם במידה והדבר הנוסף אינו פוסל את המצה – אין הכוונה אליו גורעת מ"לשמה" של המצה, אך במידה והדבר הנוסף פוסל אותה – הכוונה גורעת.

המחלוקת היתה בכוונה לשם חלות תודה ורקיקי נזיר – האם זו כוונה לדבר הפוסל את המצה או לא: רבה סבר שאין תנאי שמצת מצווה תהיה ראויה לאכילת שבעת ימים (ולכן, כוונה לני"ל אינה לשם דבר הפוסל), ורב יוסף סבר שיש תנאי שכזה (ולכן, הכוונה לני"ל היא לשם דבר הפוסל את המצה).³

ב. רבנו דוד :

ורבה קאמר שבשביל שהיא משתמרת לשם זבח אין יוצאין בה, שמ"מ אין השימור מיוחד לשם מצה, ובכך הוא עושה אותן כמצה שלא נעשה בה שימור.

² וכ"כ רש"י לקמן מ,א ד"ה שיאכל כזית – "...ומיהו למצה של מצוה שימור לשמה בעינן".

³ מצאנו מחלוקת דומה בין ר' אליעזר לחכמים (סוכה כז) בתנאי הכשר סוכה – ר' אליעזר סבר שצריך "סוכה הראויה לשבעת ימים", ולכן, העושה סוכה בחוה"מ – הסוכה פסולה. ואילו חכמים סברו שאין צורך בתנאי כזה, וכשרה.

ורב יוסף קאמר שחלות תודה ורקיקי נזיר לאחר שנשחט עליהן הזבח פסולות הן מדין תורה... ומעתה אף קודם שנשחט עליהן הזבח אין יוצאין בה משעה שנתן דעתו להקדישן שהרי עושה בהן שימור לשם פסול...

מדברי רבנו דוד עולה הבנה מחודשת בגדר המחלוקת בדין "לשמה":

רבה סבר שדין "לשמה" הוא דין חיובי. צריך לעשות שימור מיוחד לשם מצה. לכן, אפילו כוונה לשם דבר אחר שאינו פסול לשמש כמצה פוסלת. שהרי לא היה ייחוד למצה. ואילו רב יוסף סבר שכל עניין השימור הוא שלא ישמר לשם פסול. דהיינו, "לשמה" אינו דין חיובי אלא העדר שלילה. אל תכוון לשם משהו שפסול להיות מצה.

ג. גם מדברי הרמב"ם נראה שעניין השימור "לשמה" במצה אינו עניין חיובי אלא רק העדר שלילה:

הרמב"ם מביא את דין "ושמרתם את המצות" שלש פעמים –

1. בפרק ה הלכות ח-ט: "ושמרתם את המצות כלומר הזהרו במצה ושמרו אותה מכל צד חימוץ". שם מדובר על שמירה טכנית מחימוץ ולא על עניין "לשמה".
2. בפרק ו הלכה ה: "עיסת הכלבים בזמן שהרועים אוכלין ממנה יוצא בה ידי חובתו. אין הרועים אוכלין ממנה אינו יוצא בה שאין זו משומרת לשם מצה".
3. בפרק ו הלכה ט: "חלות תודה ורקיקי נזיר שעשה אותן לעצמו אין יוצאין בהן שנאמר ושמרתם את המצות מצה המשתמרת לענין מצה בלבד היא שיוצאין בה אבל זו משתמרת לענין הזבח..."

הגר"מ הלוי סולובייצ'יק העיר שאין הלכה כוללת ברמב"ם שמצה צריכה להיות משומרת "לשם מצה" אלא רק שתי הלכות פרטיות ביחס לעיסת הכלבים וחלות תודה וכו'. דבר זה מראה בפשטות שאין הלכה חיובית לשמר לשם מצה אלא רק להימנע מלשמר לשם דבר אחר כגון עיסת הכלבים או חלות תודה וכו'.⁴

⁴ יש להעיר על דבריו מלשון הרמב"ם בפרק ו הלכה ט, המורה שיש עניין חיובי לשמר את המצה "לענין מצה בלבד". אך מאידך – הסיפא של ההלכה מגדירה זאת כהעדר שלילה ("לענין זבח").

ג. נפקא מינה בהגדרת "לשמה"

ישנן כמה נפק"מ בין אם נגדיר את הצורך ב"לשמה" כצורך חיובי או כהעדר שלילה –

1. אדם שמכין את המצות בסתמא, ללא כוונה מיוחדת לשם מצת מצווה. האם המצה כשרה או לא? מחד – אין כאן מחשבה חיובית לשמה, אך מאידך – לא היתה כוונה שלילית לשם דבר אחר שאינו מצת מצווה.

2. נכרי – מבואר במסכת גיטין כג,א כלפי דין "לשמה" הנצרך בכתיבת הגט (לדעת ר' אליעזר שמצריך כתיבה לשמה) שנכרי פסול לכתוב את הגט אפילו אם ישראל עומד על גביו ואומר לו לכתוב לשמה כיון ש"נכרי אדעתא דנפשיה קעביד". מקשים תוס' (שם ד"ה "עובד כוכבים"): הרי גם במילה צריך "לשמה", ואעפ"כ נכרי יכול למול?

ומתרצים: נכרי עושה סתם (דהיינו, אין לו מחשבה חיובית לשמה). במקום שבו צריך מחשבה חיובית לשמה (גט) – נכרי לא מהני. אך במקום שמספיקה מחשבה סתמית, ורק צריך להימנע ממחשבה הופכית – גם נכרי מהני (מילה).⁵

ממילא, אם במצה צריך מחשבה חיובית "לשמה" – נכרי פסול, ואם רק צריך העדר שלילה – נכרי כשר.⁶

3. חרש, שוטה וקטן – גם כאן הדיון כנ"ל, אלא שיתכן שאצלם כן תועיל עמידת הישראל על גביהם, כדברי הגמ' שם בגיטין שכשהיה גדול עומד על גביהם כתיבתם כשרה כיון שהם עושים לדעתו של הגדול.⁷

ד. סתמא לשמה או לא – זבחים מול גט

לכאורה, השאלה שלפנינו נידונה מפורשות בגמ' בזבחים ב,ב בהקשר אחר:

⁵ החילוק יוסבר בהמשך הדברים.

⁶ וכ"כ להדיא בתשובות הרשב"א (חלק א סימן כו) – שכיון ש"מצה של מצוה צריכה שימור לשם מצה בין שימור דלישה בין שימור דמעידן קצירה... ומעתה על כרחנו אין אדם יוצא במצה שלשה נכרי ואפילו ישראל עומד על גביו ומזהירו שיכוין לשם מצה לפי שאין הגוי עושה אלא על דעת עצמו ולא על דעתנו..."

⁷ עיין בתשובות הרשב"א הנ"ל שמחלק בין אם יש הוכחה שהבינו את דברי הגדול או לא.

אמר ליה רבינא לרב פפא: לא הוית גבן באורתא בתחומא בי חרמך, דרמי רבא מילי מעלייתא אהדדי ושני להו. מאי מילי מעלייתא? תנן: כל הזבחים שנזבחו שלא לשמן כו', טעמא דשלא לשמן, הא סתמא - עלו נמי לבעלים לשם חובה, אלמא סתמא נמי כלשמן דמי; ורמינהי: כל הגט שנכתב שלא לשם אשה - פסול, וסתמא נמי פסול! ושני: זבחים בסתם לשמן עומדין, אשה בסתמא לאו לגירושין עומדת.

רבא הקשה סתירה בין שני עניינים המצריכים "לשמה" – קרבנות וגט⁸:

בקרבנות: מחשבת סתמא מועילה, ואין צורך לחשוב באופן חיובי (בזמן השחיטה וכד') לשם אותו קרבן. רק אם היתה מחשבה הופכית (=שחט את הקרבן לשם קרבן אחר, כגון עולה לשם שלמים) – הקרבן אינו עולה לחובת הבעלים.

ואילו בגט: מחשבת סתמא אינה מועילה. צריך מחשבה חיובית לשם האישה המתגרשת. הא כיצד?

מתרץ רבא: זבחים בסתם לשמן עומדין, משא"כ אישה בסתמא אינה עומדת לגירושין. הראשונים טרחו לבאר מה ההבדל בסברא בין זבחים לגט.⁹

האם שני הצדדים בסוגייתנו – האם צריך שימור חיובי לשמה במצה או מספיק העדר שלילה – תלויים בסוגיא בתחילת מסכת זבחים? או במילים אחרות – האם המצריכים מחשבה חיובית סוברים שמצה דומה לגט (סתמא לאו לשמה) והמצריכים רק העדר שלילה סוברים שמצה דומה לזבחים (סתמא לשמה)?

מסתימת לשונו של רבנו דוד, שהעמיד את מחלוקת רבה ורב יוסף סביב השאלה הזאת, לא משמע שזה היה הויכוח ביניהם. א"כ, מה בסיס המחלוקת בין רבה ורב יוסף במצה?¹⁰

⁸ בקרבנות צריך להקריב את הקרבן לשם אותו קרבן (עולה לשם עולה, שלמים לשם שלמים). בגט – צריך לכתוב את הגט לשם האישה המסוימת שרוצה לגרש.

⁹ עיי תוד"ה סתם אישה זבחים ב,ב, ריטב"א פסחים מ,א סוף ד"ה הדר אמר רבא ועוד.

¹⁰ יש להעיר שמצאנו התבטאויות בראשונים ובאחרונים המקשרות בין מצה לגט או לזבחים: הריטב"א (פסחים מ,א סוד"ה הדר) כתב כדבר פשוט שמצה דומה לגט (סתמא לאו לשמה קאי), ודווקא כשהישראל לש את העיסה – כיון ש"כל דקא עביד לפסח קא עביד – זהו כפירש לשום מצוה". אולם כשגוי לש או אפילו ישראל שמשמר בשעת

ה. קרן אורה: יסוד דין "לשמה" – היחס לדין "כוונה" במצוות

בספר קרן אורה (פתיחה למסכת זבחים) הוכיח שדין "לשמה" בקרבנות אינו מן התורה, ובעקבות זאת הקשה:

ואי"כ קשה לי, מאי שנא מכל מצוות התורה דאיכא מאן דאמר דצריך כוונה, ומאי שנא עבודת קדשים דלכו"ע לא בעינן כוונה?

ותירץ: כוונה מעכבת בכל המצוות כיון שלולא הכוונה הרי הוא מוגדר כ"מתעסק" ואין שום היכר שהוא עושה מצוות קונו (אדם עשוי לטלטל לולב או שופר סתם בשביל לשחק בו). אך בקדשים – כיון שהעבודות אינן נעשות בדברי הרשות אלא דווקא בקרבנות – גם אם לא תהיה כוונה הרי מעשהו ניכר שעושה במצוות קונו ואינו "מתעסק".

לכן, בקרבנות אין צורך ב"כוונה", וזה כוונת רבא (זבחים ב,ב) "זבחים סתמן לשמן".¹¹

מתוך קושיית ותירוץ הקרן אורה ניתן לראות בבירור שהבין ששתי הסוגיות – "לשמה" ו"כוונה" – הן דבר אחד. כשם שצריך לכוון במצוות כך צריך לכוון "לשמה" בעשיית גט, בהקרבת הקרבנות וכו'.

לפי דבריו, פירוש המושג "סתמא לשמה" אינו שאין צורך בכוונה לשמה, שהרי ודאי שצריך כוונה, אלא שהעשיה מתפרשת "לשמה" גם אם האדם לא יגיד זאת בפירוש.¹²

הקצירה – צריך שימור חיובי לשם מצת מצווה, ולכן, גוי לא מהני אפילו ישראל עומד על גביו.

וכ"כ גם הביאור הלכה (תס, א ד"ה "אין לשיין") שמצה היא כגט וצריך מחשבה חיובית "לשמה". אך הביא את הריטב"א הנ"ל והבין מדבריו שבישראל שלש "סתמא לשמה קאיי" (כזבחים), והקשה מאי שנא מכתבת אזכרות ספר תורה שאמרינן "סתמא לאו לשמה קאיי" בגיטין מה, ונשאר בצ"ע.

לעני"ד, הריטב"א לא התכוון לומר שישראל שלש מצה הוי "סתמא לשמה" (כזבחים), שהרי כתב מפורשות שפשוט שמצה דומה לגט, אלא כוונתו היא שנחשב כפירש לשם מצווה, כאילו אמר את הדברים מפורשות "לשמה". וממילא, גם לדבריו יוצא שמצה וגט שוים. אי"כ, יש להבין מדוע רב יוסף (לדעת רבנו דוד), והרמב"ם (להלכה) פסקו שמספיק העדר שלילה ואין צורך במחשבה חיובית "לשמה"?

¹¹ עיי"ש שכותב כך גם כלפי מילה, שלדעת התוס' (זבחים ב,ב) ג"כ "סתמא לשמה", שהטעם הוא בדיוק כזבחים – כיון שמילה אינה נעשית סתם בדברי הרשות אלא רק למצוותה – גם אם לא יכוון ניכר הדבר שעושה במצוות קונו ואינו "מתעסק".

כך צריך להבין את החילוק בין קרבנות לגט :

בקרבנות – כיון שהאדם הקדיש אותם לפני-כן לקרבן מסוים – כל עשייה שנעשית אח"כ בהם מתפרשת לשם אותו קרבן גם אם האדם לא יאמר זאת בפירוש.

אולם בגט – כיון שסתם אישה אינה עומדת לגירושין – המעשה לא יתפרש כמעשה לשם אותה אישה כל עוד לא יפרש זאת להדיא.

קשיים במהלך הקרן אורה

אולם ההשוואה בין "כוונה" ל"לשמה" קשה מאד מכמה טעמים :

1. מדוע דין "לשמה" מופיע רק במצוות מסוימות (זבחים, גט, ספר תורה, תפילין ומזוזות, מילה, מצה, מגילת סוטה, סוכה – לדעת ב"ש), ואילו דין "כוונה" מופיע בכל המצוות ("מצוות צריכות כוונה או אין צריכות כוונה")?
2. פסול נכרי ב"לשמה" –

כבר הזכרנו שהגמ' בגיטין כג,א אומרת שנכרי פסול לכתובת הגט אפילו אם ישראל עומד על גביו כיון ש"אדעתא דנפשיה קא עביד". להבנת הקרן אורה, החסרון בנכרי הוא רק מצד חסרון כוונה ותו לא, שהרי כל מה שאנחנו מחפשים זה רק את הכוונה.

באמת, לשון רש"י (גיטין כג, א) נראית כמחזקת את הכיוון הזה :

לדעתיה דנפשיה עבד - דהא גדול הוא ויש בו דעת ואף על פי שזה אומר לו כן שמא הוא גמר בלבו לשם אחר...

כלומר, הבעיה בנכרי היא בשה"כ שמא לא כיוון לשמה. אך, אי"כ, קשות שתי קושיות (הגרע"א, מהדו"ק סי' ד) :

א. מדוע לא מתייחסים לגט שכתב גוי כספק כשר (שמא כן נכתב "לשמה")? נפק"מ, שנחשבת מגורשת ואינה מגורשת מספק?

¹² היה מקום לומר שזו כוונת הריטב"א (פסחים מ,א) : "שאני מילה דסתמא היא לשמה דאין שום טעם אחר לקיצת הערלה..." כלומר, כיון שהמעשה אינו יכול להתפרש בצורה אחרת אלא לשם מצווה – סתמו כפירוש.

ב. אם אותו גוי התגייר אח"כ, ולאחר גירותו העיד בפנינו שבזמן גיתו כתב את הגט לשמה – מדוע איננו מכשירים את הגט למפרע? הרי נפשט הספק?

ו. "לשמה" – הגדרת ייעוד החפץ למטרתו

הקושיות הללו מובילות אותנו למסקנה ש"כוונה" ו"לשמה" הם שני נידונים שונים.

הכוונה מתעסקת באופן עשיית המצווה ע"י האדם – שלא יעשה זאת סתם אלא מתוך כוונה (מדוע אני עושה זאת? כיון שהקב"ה ציווה אותי), ואילו "לשמה" מתעסקת בהגדרת מטרת החפץ לייעודו – כשמכניס חפץ של קדושה או מצווה אין לעשות זאת באופן מקרי ועראי אלא בצורה מכוונת וברורה (לשם מה החפץ עשוי? כדי להיות ספר תורה או גט וכד').

היטיב להגדיר את החילוק בין העניינים הג"ר אלחנן וסרמן הי"ד (קוב"ש פסחים אות קעא):¹³

...דבלשמה אין הדין על האדם שיכוין אלא שיהא הדבר מיוחד לשם כך. והיכא שהוא מיוחד מאליו – אין צריך כוונת האדם כלל כמו בקדשים דסתמן לשמן קיימי, ואם אין הדבר מיוחד מעצמו צריך האדם ליחדו ע"י מעשה שעושה לשמו¹⁴ ... אבל במצוות צריכות כוונה הדין הוא רק על האדם שיכוין לשם מצוה, ובזה נראה דלא מהני לומר סתמא לשם מצוה קיימא, דמ"מ האדם לא כיוון למצווה...

"כוונה" מתעסקת בגברא. כל עוד האדם לא יעשה את פעולת הכוונה – היא איננה. ולכן, לא שייך לדבר על "סתמא" בכוונה. משא"כ, "לשמה" מתעסקת בחפצא. לייעד את החפץ למטרתו. לכן, שייך שחפץ המיועד מצד עצמו למטרה – לא נצטרך בו כוונה כלל.

¹³ אותו יסוד מובא גם בקובץ שיעורים ח"ב סימן כב אות ב: דבכל מקום שצריך לשמה – אין הכוונה שצריך האדם לכוין לזה כמו במצות צריכות כונה אלא דבעינן שיהא הדבר מיוחד לזה – כמו בג: בעינן שיהא השטר מיוחד ועומד לגירושי האשה הזאת... וכן בציצית בעינן שיהיו החוטיין מיוחדין ועומדין למצות ציצית...

¹⁴ לפי"ז, אין צורך לומר ש"מילה סתמא לשמה" משום שמעשה המילה מתפרש בהכרח לשם המילה (כמשתמע מהריטב"א בפסחים מ ע"א שהובא לעיל) אלא אפשר לומר שכיון שכל תינוק יהודי באופן טבעי עובר דרך המסלול של מילה – אין צורך ליחד את המעשה לשם מילה אלא מעצמו יש ייחוד של המילה לשמה.

הבנה זו נותנת פירוש חדש ל"סתמא לשמה". אין זה משום ש"סתמו כפירושו", ומעשה האדם מתפרש מתוך הנסיבות כ"לשמה", וכאילו האדם כיוון לכך בפועל, אלא הפירוש הוא שאין צורך בכוונתו כיון שהחפץ מיועד מצד עצמו למצווה.

ז. מקורות המתאימים ליסוד הנ"ל

ישנם מספר מקורות, המסתדרים היטב עם הבנה זו, שדין "לשמה" מבוסס על יצירת חפץ המכוון למטרתו. נביא כמה מהם:

א. הראשונים במסכת סוכה ט,א הגדירו באריכות מתי נאמר דין "לשמה" ומתי לא. הריטב"א (שם) כותב מסברא דנפשיה:

דגבי מצות שאינם עצמן דבר שבקדושה והן נזרקין בעיני דלכתוב קרא בהדיא דבעינן עשיה לשמה והיכא דלא כתיב לשמה לא בעינן ליה, אבל דברים שבקדושה כגון תפילין ומזוזות וס"ת מסתמא משמע דבעינן להו לשמה כקדשים, עד דאיכא קרא או גמרא דלא בעינן לשמה

כלומר, היה ברור לריטב"א מסברא שהצורך ב"לשמה" משתנה בין רמת קדושת החפצים – חפצים שנזרקים - אין צורך שייעשו "לשמה" אלא אם כן התורה דרשה זאת בפירוש. אך חפצים של קדושה – צריכים "לשמה" כל עוד התורה לא פטרה אותם מזה.

ברור שהבנה זו מסתדרת היטב עם היסוד של ר' אלחנן, ש"לשמה" הוא דין בחפץ.¹⁵

ב. המשנה במסכת גיטין פו,ב אומרת: "שנים ששלחו שני גיטין שוין ונתערבו – נותן שניהם לזו ושניהם לזו...". כלומר, אין צורך שהנתינה תהיה מיוחדת לשם אחת מהן. נחלקו האמוראים בגמ' כפי איזה שיטה הולכת משנה זו:

ר' ירמיה סבר שהמשנה אינה מסתדרת עם ר' אליעזר (שסבר "עדי מסירה כרת") כיון שלשיטתו צריך שהן הכתיבה והן הנתינה יהיו "לשמה". ואילו אביי סבר שהמשנה מסתדרת גם עם שיטת ר'

¹⁵ אפשר להוסיף גם את לשון רש"י (עירובין צה,א במשנה) לגבי תפילין (ד"ה אבל בחדשות): "...ואין בהן קדושה אלא בנעשים כהלכתן והיינו לשמן...". רואים שהעשיה "לשמה" מחילה את הקדושה על החפץ.

אליעזר. וטעמו: "אימר דבעי ר"א כתיבה לשמה, נתינה לשמה מי בעי?!"

מדוע היה ברור לאבבי שהנתינה אינה צריכה להיות "לשמה"? לפי דברי ר' אלחנן הדברים מובנים היטב: רק הכתיבה (או החתימה – לדעת ר' מאיר) יוצרים את החפצא שנקרא "גט". הנתינה כבר איננה שייכת ליצירת הגט אלא למעשה הגירושין. לכן, אין מקום לומר שתהיה דרישה של "לשמה" בנתינה.¹⁶

(ולעומתו, יתכן שר' ירמיה סבר שגם הנתינה שייכת ליצירת הגט, וכמו שכתב רש"י (קדושין נו) בפירוש "עדי מסירה כרתי" = "משוי לה גט כריתות". כלומר, מסירת הגט בפני עדים היא הנותנת לו את תוקפו. לכן, גם היא צריכה להיות "לשמה").

ע"פ הבנה זו נוכל ליישב את הקושיות דלעיל:

כלפי הקושיא הראשונה: בשונה מ"כוונה", המופיעה בכל המצוות, דין "לשמה" מופיע רק בסוג מצוות המתעסק ביצירת חפץ של קדושה או מצווה, כגון: יצירת גט, ציצית, ספר תורה תפילין ומזוזות.

כלפי הקושיא השניה: נבין כעת את החסרון של נכרי בעניין "לשמה" באור חדש:

אין לפנינו רק צורך ב"כוונה" לשמה אלא יש לפנינו צורך בייחוד החפץ למטרתו המסוימת.

החסרון בנכרי הוא שאין בכוחו לייחד את החפץ לשם מטרתו. מדוע? אפשר להבין זאת בשני אופנים, ובעקבותיהם ניישב, בע"ה, את קושיות הגרע"א:

1. הג"ר חיים הלוי (הלכות תפילין א, טו):

דהא דמעשה נכרי לא הוי בכלל לשמה אין זה רק משום חסרון מחשבתו, כי אם דהנכרי מופקע מעיקר דין עשית לשמה, וכך הוא דינו דאין במעשיו כל עיקר החלות של לשמה... ומחשבתו לשמן אינה מועלת כלל... והא דנכרי עושה על-דעת עצמו זהו גופא יסוד הדין מה דמעשיו מופקעין מדין תורת לשמה.

¹⁶ ראייה זו ראייתי בשיעורי הרב אהרן ליכטנשטיין שליט"א על מסכת זבחים.

כלומר, אין בכוח הנכרי לייעד את החפץ למטרתו. אמנם, בגמ' כתוב שהטעם הוא משום ש"נכרי אדעתא דנפשיה קא עביד" (גיטין כג, א) אך מחדש ר' חיים שסברא זו היא היסוד מדוע הנכרי מופקע מפרשת "לשמה".

אם הנכרי היה מוכן להסמיך את מחשבותיו על דעת ישראל שעומד ומדריך אותו – היה יכול להיכלל בפרשת "לשמה". אך כיון שהנכרי עובד עצמאית בלבד – אפילו אם יהיה מצב שכן יחשוב "לשמה" – לא תועיל מחשבתו.

לפי"ז, מיושבות לגמרי קושיות הגרע"א – לא שייך להגיד שגט שכתבו נכרי יהיה ספק כשר, כיון שאפילו אם היינו יודעים בבירור שהגוי כיוון "לשמה" אין זה מועיל.

כמו-כן, לא תעזור עדות הגוי לאחר גיורו שחשב בגיותו "לשמה" כאשר כתב את הגט, שהרי אין מחשבתו בגיותו מועילה כלל וכלל.

2. הצעה נוספת ע"פ רש"י (גיטין כג, א) ועוד ראשונים: מדברי שאר הראשונים משמע שלא כדברי ר' חיים. החסרון בנכרי הוא משום "שמא הוא גמר בליבו לשם אחר" (רש"י גיטין כג, א), כלומר – במישור האומדנא שחסרה כאן כוונתו "לשמה".¹⁷ א"כ, חוזרות קושיות הגרע"א?

נראה לעני"ד לבאר את העניין בהמשך ליסודו של ר' אלחנן דלעיל: כיון שעניין "לשמה" אינו רק כוונה אלא לייעד את החפץ למטרתו, ממילא, ספק ייעוד אינו מספיק כדי להיחשב ייעוד.

פירוש הדברים: אמנם, יתכן שהגוי כיוון "לשמה", אך כדי שהגט יוגדר כעשוי לשם גירושי האישה המסוימת שלפנינו – צריך ודאות שהגט נעשה "לשמה", וכל עוד אין ודאות שכזאת – הגט אינו גט כלל!

¹⁷ וכן נראה מפשטות לשון תוסי' (ע"ז כז, א ומקומות נוספים) שאמנם אין לגוי מחשבה הופכית אך גם אין לו מחשבה חיובית לשמה.

ממילא, גם אם הגוי יתגייר אח"כ ויאמר שבשעת גיתו כיוון "לשמה", אין זה מספיק. שהרי סוכ"ס בשעת כתיבת הגט לא היתה לנו ודאות שהגט אכן נכתב "לשמה".¹⁸

ח. מילה ומגילת סוטה – יצירת חפצא

אלא שלפי הבנה זו יש להקשות משני מקרים שמצאנו בהם דין "לשמה", ולכאורה, אינם קשורים ליצירת חפץ של מצוה או קדושה:

1. מילה – בסוגיא בע"ז כז, א לומדת הגמ' (ר' יהודה) שצריך "לשמה" במילה. וכי איזה יצירת חפצא יש כאן?¹⁹

2. מחיקת מגילת סוטה – לדעת ר' אחי בר יאשיה (עירובין יג, ב) צריך למחוק את המגילה "לשמה" של הסוטה המסוימת. וטעמו: כיון שכתוב בפסוק "ועשה לה הכהן את כל התורה הזאת", ועיקר עשייתה היא המחיקה. נמצא, שלא זו בלבד שאיננו יוצרים חפץ אלא אנחנו מוחקים ומכלים חפץ?

לאחר העיון נראה שגם במקרים הללו מדובר ביצירת חפצא –

במילה – התינוק הנימול הוא החפצא. המילה מכשירה אותו להיות כלי שהוא בן-בריתו של הקב"ה, ובזה יוצרים חפצא של קדושה.²⁰

¹⁸ היה נראה, לכאורה, להביא ראיה ליסוד זה מסוף המשנה בריש כל הגט (גיטין כד ע"ב) לגבי אדם שיש לו שתי נשים ששמותיהן שוים, ואמר לבלר "כתוב (גט), לאיזו שארצה אגרש" – פסול לגרש בגט הזה, כיון שבשעת כתיבתו לא היה ברור לשם מי מהן הגט נכתב, וחסר ב"לשמה".

הגמ' מציעה שני טעמים להבנת דין זה: א. אין ברירה. ב. סתם גט אינו לשמה (זבחים ג ע"א בדעת רבא). אמנם טעם ב נדחה ע"י הגמ' ("דילמא שאני התם דאין ברירה") אבל לאחר שהגמ' מוצאת מקור אחר שסתם גט אינו לשמה ממילא אפשר לחזור להסבר זה ולומר שאפילו אם "יש ברירה" הגט פסול כיון שצריך בירור בשעת הכתיבה שנכתב "לשמה".

עוד יש להוכיח גם לטעם א – אפילו נאמר שהטעם הוא משום ש"אין ברירה" – הרי סוכ"ס מידי ספק לא נפיק. א"כ, מדוע הגט פסול (כלומר, האישה אינה מגורשת כלל) ולא אמרינן שהאישה ספק מגורשת? אלא שהן הדברים – לא מספיק לנו ספק ידיעה (=אין ברירה) אלא צריך ודאות שהגט נכתב "לשמה".

¹⁹ באמת, בשו"ת מנחת שלמה (תניינא סימן ד) כתב הגרשז"א זצ"ל ש"לשמה" במילה אינה מצד יצירת חפץ אלא על-דרך כוונה במצוות.

²⁰ אולי ניתן להביא מקור דומה לזה בדברי חז"ל (סנהדרין כב ע"ב) "אין האישה כורתת ברית אלא למי שעושה אותה כלי" (=ע"י דם הבתולים). רואים שדם הברית הופך אותה לכלי, והה"ד דם הברית של התינוק.

במגילת סוטה – אפשר לבאר בשני אופנים :

א. התהליך כולו נועד כדי ליצור את המים המרים שיבדקו את הסוטה. חלק ממנו הוא מחיקת מגילת הסוטה לתוך המים המרים. וממילא, החפצא הוא המים, ויצירתו צריכה להיות "לשמה".²¹

ב. גם אם נבין שהחפצא הוא המגילה עצמה – מחיקתה אינה רק השמדתה אלא השימוש בה.²² מטרת המגילה היא להיכתב כדי להימחק אח"כ. ובמחיקה – מביאים את המגילה לידי שיא שימוש. הדבר דומה לשטר חוב שמטרתו אינה רק כתיבתו אלא ניצולו ע"י הגביה והפירעון, למרות שמיד אחרי הפירעון קורעים את השטר.

ט. החילוק בין זבחים לגט – סתמא לשמה

לפי"ז, נבין את החילוק בין זבחים לגט – אימתי צריך "לשמה" ואימתי אומרים "סתמא לשמה" :

במקום שבו החפץ מצד עצמו מיועד ומכוון למטרתו (קדושה או מצוה) – אין צורך במחשבה חיובית "לשמה", ורק מחשבה הופכית מפקיעה מ"לשמה" ופוסלת את החפץ.

אולם כשהחפץ מצד עצמו אינו מיועד למטרה זו, ואפשר בהחלט להבין שיצירת החפץ אינה דווקא למטרת קדושה או מצוה – צריך מחשבה חיובית של "לשמה".

זבחים ומילה: החפץ מיועד מצד עצמו למטרת קדושה – בזבחים: משום שהמקדיש כבר נתן לבהמה שם קרבן (עולה או שלמים וכד') וע"י זה העלה אותה על מסלול המוביל אותה להיקרב כקרבן המסוים הזה, ובמילה: משום שכל תינוק יהודי מיועד באופן טבעי לברית מילה.²³

אולם בגט אישה: הגט אינו מיועד מצד עצמו לגירושי האישה המסוימת הזו, שהרי "סתם אישה לאו לגירושין עומדת", וכפירוש התוס' (זבחים ב, ב ד"ה

²¹ שמעתי מהרב מאיר ברקוביץ שליט"א.

²² והראיה – אי אפשר פשוט לקרוע את המגילה או להשמיד אותה בדרך אחרת. מי שעושה זאת עובר על איסור דאורייתא של מחיקת השם!! רק בסדר המסוים של שימת המגילה בתוך המים המרים מותר וצריך למחוק את השם.

²³ אע"פ שיכולים להיות הורים שיחליטו ח"ו לא למול את בנים, מ"מ, באופן טבעי – המסלול הוא שהילד ימול.

"סתם אשה") שאפילו אם האישה זינתה – לא בהכרח שתתגרש בגט זה, ולא בהכרח שיגרש אותה. לכן, צריך מחשבה חיובית לייחד את הגט "לשמה".

י. "יושמרתם את המצות" – שימור לשמה במצה

שאלנו בתחילת דברינו – מה יסוד המחלוקת בין רבה לרב יוסף? רבנו דוד פירש שנחלקו בשאלה האם "לשמה" הנצרך במצה הוא עניין חיובי (רבה) או רק העדר שלילה, דהיינו, לא לשמר לשם דבר פסול (רב יוסף).

לא משמע מדבריו שנחלקו בשאלה האם מצה דומה לקרבנות (סתמא לשמה) או לגט (סתמא לאו לשמה). ואדרבה! משמע מהראשונים שברור שמצה דומה לגט, וצריך מחשבה חיובית כדי להחיל "לשמה" במצה. ודבריהם מסתברים, כיון שסתם עשיית מצה אימה מועדת בדוקא למצת מצוה.

א"כ, מה יסוד המחלוקת?

נראה לבאר כך: כיצד אנחנו אמורים ליצור את החפצא של מצה "לשמה"? התורה מגדירה זאת בפסוק "יושמרתם את המצות". מה המשמעות של המילה "יושמרתם"?

הרא"ה (הובאו דבריו בריטב"א פסחים מ,א) מחדש יסוד בקשר לשימור לשמה ע"י גוי. זו לשון הריטב"א:²⁴

אבל מורי הרא"ה ז"ל היה דן להקל דסגי בישראל עומד על גבו (=של הנכרי), דלא בעינן עשיה לשם מצוה רק שימור לשם מצה, דהכי כתיב ושמרתם את המצות. כך היה דן מורי הרא"ה ז"ל להלכה ולא למעשה.

פירוש דבריו: אם היה צורך בעשיה "לשמה" – ודאי שישראל עומד על-גביו לא היה מועיל לשם כך, שהרי צריך שהנכרי יכוון לשמה, והוא אינו עושה זאת אלא "אדעתא דנפשיה קא עביד".

אך כיון שכתוב "יושמרתם את המצות", ועניין "שימור" אינו בהכרח עשיה חיובית אלא לדאוג ולשמר שהמצה תיעשה לשמה, יתכן שאין צורך שהעושה את המצה יכוון לשמה אלא סגי בכך שהמשמר מכוון לשמה.

²⁴ הדברים הובאו גם בשער הציון (תס ס"ק ד).

אמנם, הרא"ה לא היה מוכן להורות כך למעשה, אך למדנו מדבריו יסוד שיכול להוות את נקודת המפתח להבדל בין "לשמה" במצה ל"לשמה" בשאר העניינים – שימור מול עשיה.

בהמשך ליסוד זה נבין את דברי הצפנת פענח (רוגאצ'ובר, שמות, פרשת בא, אות מב) בהגדרת "ושמרתם". זו לשונו:

דכל מקום שנאמר שימור צריך לעשות כל הפעולות שלא לבטל הדבר אף בהתר... הגדר כך דכל מקום שנאמר שמירה צריך לעשות כל הפעולות שהדבר יתקיים...

בניגוד לעשיה לשמה – העוסקת ודאי בציווי חיובי, ולכן, צריך בו כוונה חיובית לשמה – שימור לשמה עוסק בשמירה מפני ההיפך (=העדר שלילה).

לפי זה, אפשר לפרש שרב יוסף סבר ש"ושמרתם" פירושו רק שמירה מפני דבר פסול למצה. לכן, פירש שטעם הפסול בחלות תודה ורקיקי נזיר הוא משום שפסולות למצת מצווה, ונמצא שכיוון לדבר פסול. אך אין שום צורך בכוונה חיובית לשם מצה של מצוה.

אולם רבה סבר שאין הבדל ממשי בין שימור לעשיה. שניהם מחייבים עשיה חיובית. הדבר היחיד שיכול לפתור בעיה זו הוא "סתמא לשמה קאיי" (כבזבחים ב,ב – ג,א). וכיון שבמצה לא אומרים "סתמא לשמה קאיי" (שהרי מצה דומה לגט) – צריך מחשבה חיובית "לשמה".²⁵

לימוד תורה ועשיית מצוות – "לשמה"²⁶

במסכת נדרים (סב,א) אומר ר' אליעזר ב"ר צדוק:

עשה דברים לשם פעלם ודבר בהם לשמם. אל תעשם עטרה להתגדל בהם ואל תעשם קורדום להיות עודר בו...

²⁵ דוגמא לשני צדדים אלו ניתן אולי למצוא בשני הצדדים המופיעים במסכת עירובין צו,א. ר' אבין בשם ר' אילעאי סבר ש"כל מקום שנאמר השמר, פן ואל – אינו אלא לא תעשה". הגמ' הבינה בהתחלה שאפילו "השמר" הצמוד למצוות עשה פירושו לא תעשה. אולם אח"כ הגמ' דחתה ואמרה ש"השמר" הצמוד למצוות עשה – פירושו עשה, והצמוד למצוות ל"ת – פירושו ל"ת.

כלומר, אפשר להבין ש"השמר" פירושו תמיד התייחסות לשלילת הדבר, ואפשר להבין שיש פעמים שעניינו חיובי (אם צמוד למצוות עשה).

²⁶ יתכן שכל זה בבחינת דרוש בלבד כיון שכאן לא מדובר על יצירת חפצא מסוים אלא על אופן לימוד התורה והמצוות. לכן, הבאתי את זה רק בסוף הדברים.

מפרש הרא"ש :

עשה דברים לשם פועלם – לשמו של הקב"ה שפעל הכל למענהו, ודבר בהם לשמם – כל דבורך ומשאך בדברי תורה יהיה לשם התורה כגון לידע ולהבין ולהוסיף לקח ופלפול ולא לקנטר ולהתגאות.

צריך להבין – מדוע בקיום המצוות ("עשה דברים...") הדגיש הרא"ש רק את הפן החיובי (לשמו של הקב"ה) ובלמוד התורה ("ודבר בהם...") את הפן השלילי (ולא לקנטר ולהתגאות)?

נראה שהוקשה לרא"ש בפשט הדברים – הרי כל אחד לומד כדי ללמוד ולהבין ולא סתם לדקלם בלי להבין את משמעות המילים. א"כ, מה החידוש ב"דבר בהם לשמם"? אלא ודאי שהחידוש אינו בפן החיובי אלא דווקא בפן השלילי – לא לקנטר ולהתגאות, לא לעשותם פרנסה וכו'.

כנראה, הרא"ש מצא להבנה זו סיוע מהמשך המימרא, שמתפרש גם הוא על לימוד תורה, "אל תעשם עטרה וכו'", ומראה את האופנים השליליים של לימוד התורה.

על רקע דברינו לעיל, עולה חילוק בין עשיית המצוות ללימוד תורה – בעשיית המצוות: צריך לכוון באופן חיובי "לשמה" (לשם הקב"ה). ואילו בלימוד התורה: צריך רק להימנע מהשלילי בלימוד התורה. כלומר, "סתמא לשמה!" מה ההבדל בין מצוות ותורה?

הרמב"ם (הלכות תפילין א, טו) פסק שכתובת סת"ם אינה צריכה כוונה "לשמה" אלא רק כתיבת האזכרות.

הקשה עליו הגר"ח מבריסק: הרי הרמב"ם עצמו פסק להלכה שצריך לעבד את הקלף "לשמה". א"כ, אם אפילו העיבוד צריך להיות "לשמה", ק"ו שהכתיבה צריכה להיות "לשמה"²⁷? ותירץ: אדרבה! ככל שהמעשה יותר קרוב ליצירת הס"ת – כך פחות נצרכת בו כוונת "לשמה". והטעם:

כיון דמעשה הכתיבה היא בעצמותה עצם מעשה הסת"מ על-כן חייל בה קדושת סת"מ ממילא, וסתמא לשמן קאי. משא"כ בעיבוד... רק מעשה הכשר בלבד הוא דהוי, ועל-כן בעינין בו כוונת לשמה כיון דבלא"ה אין בהמעשה שום חלות קדושה כלל.

²⁷ כקושיית הגמ' גיטין מה – "ורשב"ג עיבוד לשמן בעי, כתיבה לשמן לא בעי!!"

נמצא, שככל שהמעשה יותר קרוב לקדושה – אמרינן בו "סתמא לשמה" ואין צורך בכוונה חיובית מצד האדם, וככל שרחוק יותר – נצרכת כוונת האדם "לשמה", ולולא כוונתו – המעשה ריק מקדושה.

יתכן שעל-דרך-זו ניתן להבין גם את החילוק בין לימוד התורה לעשיית המצוות:

לימוד התורה הוא העיסוק בדבר ה'. עצם העיסוק יש בו חיבור וקדושה גם ללא צורך בכוונות נוספות, כמו שהרחיב בזה הגר"ח מואלאז'ין זצ"ל בנפש החיים (שער ז). רק מחשבה הופכית (לקנטר, להתגאות, לפרנסה) יכולה לקלקל. אולם עשיית המצוות – כיון שהיא יותר שייכת לעולם המעשי, הגשמי – רחוקה יותר מהקדושה, ולכן, צריך כוונה חיובית "לשמה" (= "לשם פועלם", הקב"ה) כדי שתחול עליה הקדושה.

לכשתמצי לומר, לימוד התורה דומה לזבחים ומילה – שסתמן מיועדים לשמה, ואילו עשיית המצוות דומה לגט – כיון שהיא מעשה גשמי שיכול להתפרש גם אחרת – אינה מיועדת בסתמא לשמה.

הרב יוסף שליט

קנין גט בד' אמות

ראשי הפרקים

- א. פתיחה
- ב. גירושין ע"י זריקת הגט
- ג. פסק הרמב"ם
- ד. באור הכס"מ ופסקו השו"ע
- ה. ד' אמות – מדאורייתא או מדרבנן
- ו. שיטת התוס' רי"ד
- ז. שיטת המאירי
- ח. שיטת הפני יהושע
- ט. דברי הירושלמי
- י. שיטת הגר"א
- יא. סיכום

א. פתיחה

האם ניתן לבטל קידושין למפרע ע"י זריקת הגט לד' אמות?

במשך הדורות נידונו בבתי הדין מקרים רבים בהם בכדי להתיר אשה להינשא היזדקק בי"ד לבטל את קידושיה לבעלה הראשון.

ישנם מקרים בהם חשבה האשה שהגירושין היו כשרים והתברר לאחר זמן שהיו פסולים במקרה זה אע"פ שהאשה היתה שוגגת הילדים מן השני ממזרים. וישנם מקרים ל"ע שאשה זינתה תחת בעלה ונולד לה ממזר מהזנות. בכל המקרים הנ"ל אם בי"ד יפקיע את קידושי הראשון למפרע יתבטל האיסור החמור של אשת איש ובזה יתכן ויוכשרו הממזרים.

בש"ס ישנם מספר מקרים בהם הוזכר שחכמים הפקיעו את הקידושין למפרע:

א. דין אונס בגיטין – אדם שהתנה שיחול הגט אם לא יחזור ונאנס ולא חזר ומשום צנועות ופרוצות הפקיעו את הקידושין.

ב. דין המשלח גט לאישתו ע"י שליח וביטל השליח (או הגט) שלא בפני השליח או האשה.

ג. בנדרים (צ) מבואר למשנה אחרונה אשה שאמרה לבעלה "נטמאתי" לא צריך לגרשה. ומבאר שם הר"ן שמצד אפקעינהו רבנן את הקידושין מותר לבעלה לחיות אתה שלמפרע יוצא שלא זינתה.

ד. כפית גט ע"י ביי"ד שאינם סמוכים לדעת הרמב"ן והרשב"א חשוב גט מעושה שלא כדין ופועל מדין אפקיענהו.

ה. גט ללא זמן לדעת הנמו"י בסנהדרין מדאורייתא אינו גט ופועל מצד אפקעינהו.

באפשרויות הנ"ל ישנם מספר קשיים להפקעת הקידושין למפרע. חלקם מצד הקושי ליצור את הסיבה להיתר לכתחילה וחלקם לפי שלא נפסקו להלכה להרבה מן הדעות.

הנידון של הפקעת גט ע"י שליחת גט וביטולו נידון ע"י המהרש"ם ח"א סי' ט ובעקבותיו אחרוני זמנינו. יש שפקפקו בהיתר זה משום שאף אם יבטל הגט ויתבטלו הקידושין מהתורה עדיין מדרבנן תישאר מקודשת או שביטול הקידושין למפרע לא נפסק להלכה וכן מסיבות נוספות.

במאמר זה ננסה לבחון אפשרות נוספת להפקיע קידושין למפרע ע"י זריקת גט לד' אמות של האשה העומדת ברה"ר. כאשר להלכה אפשר שהאשה חשובה מגורשת אף מדרבנן.

לפני מספר שנים באה לבי"ד בירושלים אשה אשר לאחר שנישאה בשנית התברר שהגט שקיבלה בחו"ל מבעלה הראשון היה פסול. ע"מ להכשיר את ילדיה מבעלה השני הורה בי"ד לאתר את בעלה הראשון אשר יזרוק גט לארבע אמותיה ברחוב העיר. ויש לעיין אם גירושין כאלו מועילים לבטל הקידושין למפרע והאם זה עדיף מאשר ביטול גט שלא בפני השליח.

ב. גירושין ע"י זריקת הגט

במשנה גיטין עח,א נאמר "היתה עומדת ברשות הרבים וזרקו לה, קרוב לה - מגורשת, קרוב לו - אינה מגורשת, מחצה על מחצה - מגורשת ואינה

מגורשת. וכן לענין קדושין. וכן לענין החוב...". ובגמ' שאלו "היכי דמי קרוב לה, והיכי דמי קרוב לו?"

ונחלקו האמוראים בהסבר המשנה :

א. דעת רב שקרוב לו זה ד' אמות שלו וקרוב לה ד' אמות שלה. ומחצה על מחצה זה בגט שחציו בד' אמות שלו וחציו בד' אמות שלה או בספק אם נפל בד"א שלו או בד"א שלה.

ב. דעת ר' יוחנן – קרוב לו אפי' מאה אמה אם הוא יכול לשומרו. קרוב לה אפי' מאה אמה אם היא יכולה לשומרו. ומחצה על מחצה זה ששניהם יכולים לשומרו או שניהם אין יכולים לשומרו.

ג. דעת שמואל – שקרוב לה שמגורשת זה בכדי שתשוח ותטלנו.

תוס' עה, ב ד"ה רבי יוחנן מקשים הרי הגמ' בב"מ י מבארת בשם רב ששת שלא תקנו חכמים קנין ד' אמות ברה"ר וא"כ סותר למבואר במשנה (ע"פ רב) שד' אמות מועילים בגירושין אף ברה"ר? ומתרצים תוס' שני תירוצים -

- א. במשנה מדובר שהאשה יכולה לשמור הגט ולכן מועיל אף ברה"ר.
- ב. כוונת המשנה לסימטא ולא ממש לרה"ר ובזה יש קנין ד' אמות אך ברה"ר אינה מגורשת.

בחידושי רשב"א עה, א הקשה כתוס' ותירץ שני תירוצים נוספים :

- א. רב חולק על הגמ' בב"מ וסובר שד' אמות קונות אף ברה"ר.
- ב. בגיטין ישנה תקנה מיוחדת משום חשש לעגונות שד' אמות יקנו.

תירוצו האחרון של הרשב"א מחדש שיש בדין זריקת גט לד' אמות של האשה תקנה של חכמים. וקשה איך חכים מתירים לאשת איש להינשא לשוק הרי מהתורה כלל לא קיבלה גט?

לכך ביארו האחרונים שכוונת הרשב"א כמו שכתב הרמב"ן בחידושו שחז"ל עשו אפקעינהו בשביל תקנת העגונות שיזרקו להם גט לד' אמות. והואיל וכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש יכולים חכמים להפקיע את הקידושין.

ג. פסק הרמב"ם

הרמב"ם גירושין ה, יג – טו פסק את שלוש השיטות הנ"ל. וז"ל:

זרקו לה ברשות הרבים או ברשות שאינה של שניהם, קרוב לו אינה מגורשת, היה הגט מחצה למחצה וממחצה למחצה עד שיהיה קרוב לה הרי זו ספק מגורשת, היה קרוב לה כדי שתשוח ותטלנו הרי זה פסול עד שיגיע הגט לידה ואחר כך תנשא בו לכתחלה.

כיצד הוא קרוב לו, היה הוא יכול לשמרו והיא אינה יכולה לשמרו זה הוא קרוב לו, שניהם יכולין לשמרו או שניהם אין יכולין לשמרו זה הוא מחצה למחצה.

בא הוא תחלה ועמד ואחר כך עמדה היא כנגדו וזרקו לה, אם היה הגט בתוך ארבע אמות שלו אינה מגורשת אע"פ שאם תשוח תטלנו, עמדה היא תחלה ובא הוא ועמד כנגדה וזרקו לה אע"פ שהוא מחצה למחצה הואיל והוא בתוך ארבע אמות שלה הרי זה פסול עד שיגיע הגט לידה.

פסק זה קשה להבנה שכן כל דעה מבארת את הנאמר במשנה קרוב לו או קרוב לה וא"כ איך ניתן לפסוק את כל הפירושים יחד?

עוד קשה הרי הרמב"ם פסק בהלכה יב במקרה בו זרק גט לידה ונפל הגט בתוך ד' אמות מגורשת כדברי רב יהודה בהמשך מהלך הגמ'. וא"כ איך פוסק כשמואל בזרק גט לד' אמותיה שהגט פסול מדרבנן?¹

הרשב"א בחידושו מתרץ את פסק הרמב"ם ומבאר דברי שמואל שהצורך שיגיע הגט לידה זה רק במקום שהאשה עומדת עם הבעל בתוך ד' אמות ורק אז הגט לא כשר עד שיגיע לידה. אך במקום שזרק הגט לד' אמות שעומדת בהם לבד ויכולה לשוח וליטול אותו מגורשת גם בלי שיגיע לידה.

המ"ם מביא את דברי הרשב"א ומקשה שאין זה ההסבר ברמב"ם משום שכלל לא העמיד ההלכה במקום שעומדים שניהם בתוך ד' אמות. ועוד הרי הגמ' שואלת נברר מי כנס לד' אמות ראשון ויהיו הד' אמות שלו ואם היא קדמה אז תהיה מגורשת?

עוד מקשה המ"ם על הרשב"א הרי הרמב"ם לא כותב כלל שמועיל לזרוק הגט קרוב לה ומבואר בדבריו שהגט פסול עד שיגיע לידה ואיך נעמיד כל ההלכות שזה בתוך ד' אמות של שניהם?

¹ וכך הקשו גם תוסי' והרמב"ן והר"ן.

בעקבות קושיות אלו דוחה ה"ה את תירוץ הרשב"א ומבאר שמעיקר דין דאורייתא פסק הרמב"ם כר' יוחנן שקרוב פרושו שיכולה לשומר אף החמירו חכמים שלא תהיה מותרת עד שיגיע לידה ולכן אף שמדאורייתא זוכה בגט מיד שיכולה לשומר הצריך שמואל שיגיע לידה.²

ומה שפסק הרמב"ם בהלכה יב אף שהגט נפל בד' אמות ולא נח בידה כיון שבהתחלה נזרק לידה אז חשוב שהגיע לידה אף שלא נח שם. ורק במקום שזרק לתוך ד' אמות שלה ולא נפל לידה בזה הצריך שמואל שיגיע לידה.

אך צריך להבין מה מועיל שנגע בידה הרי אם נופל אח"כ מחוץ לד' אמות לא מגורשת וא"כ מוכח שהגירושין נעשים ע"י הקנין ד' אמות. וחוזרת השאלה למה לא נחוש לדברי שמואל שנפסקו בהלכה יג שמגורשת רק כשיגיע הגט לידה?

עוד קשה איך הרמב"ם סתם שמועיל קנין ד' אמות ברה"ר הרי פסק בהלכות זכיה ומתנה ד, ט שאי אפשר לקנות בד' אמות ברה"ר וכן בד' אמות שרשות חברו. וז"ל: "... וכן ארבע אמות של אדם שהוא עומד בצדן קונין לו בסימטא או בצדי רשות הרבים או בחצר שאין לה בעלים, אבל ברשות הרבים או בשדה חבירו אינו זוכה עד שיגיע מתנה לידו".

ומנין לרמב"ם לחדש שד' אמות בגט קונות אף ברשות של אחר הרי המשנה חידשה זאת רק ברה"ר?

ד. באור הכס"מ ופסק השו"ע

הרמב"ם (אישות ד, כב) פסק:

היו עומדים ברשות הרבים או ברשות שאינה של שניהם וזרק לה קידושיה קרוב לו אינה מקודשת קרוב לה הרי זו מקודשת, מחצה למחצה או שהיו ספק קרוב לו ספק קרוב לה ואבדו קודם שיגיעו

² אך לפי זה קשה מה שפסק הרמב"ם שאם נפל הגט בתוך ד' אמות של הבעל אינה מגורשת אפילו אם האשה יכולה לשוח וליטול את הגט ואין הבעל משמרו. הרי אם פוסקים כר' יוחנן אז בכך שהיא יכולה לשומר היא זוכה בגט ומה מעכב זה שנפל בד' אמות שלו?

ואכן הרשב"א בחידושין מבאר בדברי הרמב"ם שאם נפל הגט קרוב לה כדי שתשוח ותטלנו לא מועיל משום שאלו הד' אמות של הבעל ולא חשוב שיצא הגט מרשות הבעל.

לידה הרי זו מקודשת בספק. כיצד הוא קרוב לו וקרוב לה, כל שהוא יכול לשמור אותן והיא אינה יכולה זה הוא קרוב לו, היא יכולה לשמור אותן והוא אינו יכול זה הוא קרוב לה, שניהן יכולין לשמור אותן או שניהן אינם יכולים לשמור אותן זה הוא מחצה למחצה.

ובולט מאוד שהשמיט הרמב"ם הדין של ד' אמות בהלכות קידושין והזכיר רק הדין שמקודשת בזרקו קרוב לה. וצ"ב הרי בהלכות גירושין פסק גם את דעת רב שגם לאשה וגם לבעל יש ד' אמות ברה"ר ובמשנה נאמר "וכן לקידושין" ז"א שיש השוואה בין קבלת הגט לקבלת קידושין?

עוד צ"ב מדוע לא כתב שאם המקדש קדם בד' אמות שלו ואינה מקודשת ואפי' שהיא יכולה לשומרו וכמו שמבואר בהל' גיטין?

הכס"מ (אישות שם) ביאר שפסק הרמב"ם כר' יוחנן ודלא כרב ולכן לא הביא הדין של ד' אמות בהלכות קידושין. ולעולם ד' אמות קונות רק בסמטא ולא ברה"ר. ולפי האמור ישנה סתירה בדברי הרמב"ם שבהלכות גירושין פסק כדעת רב?

ואכן בהלכות גירושין מביא הכס"מ את קושית הר"ן על הרמב"ם איך פסק שמועיל ד' אמות ברה"ר הרי בהלכות גזילה פי"ז מבואר שד' אמות קונות רק בסמטא ולא ברה"ר וא"כ פסק הרמב"ם קשה ונשאר בצ"ע על דעת הרמב"ם.

על אף תמיהתו של הכס"מ בדברי הרמב"ם בשו"ע אבה"ע קלט, יג-טו נפסק כדברי הרמב"ם שגם ברה"ר אם זרק הגט לתוך ד' אמות שלה מדאורייתא מגורשת ורק מדרבנן פסול הגט.

ושוב קשה הסתירה בשו"ע בין הדין בגט לבין הפסיקה בחו"מ רמג ס"ק כב שאין ד' אמות קונות ברה"ר?

הבית שמואל ס"ק כ' מעלה שאלה זו ומבאר שהרמב"ם והשו"ע פסקו כתירוץ הרמב"ן והרשב"א שבגט תיקנו חכמים מפני תקנת העגונות שגם ברה"ר יועיל קנין ד' אמות. ולפי"ז יוצא שאם בעל יזרוק גט בתוך ד' אמות של אישתו ברה"ר הגירושין יפקעו והאשה מותרת למפרע.

אך למעשה יתכן שישנה דרך אחרת לבאר דברי הרמב"ם ופסק השו"ע.

ה. ד' אמות מדאורייתא או מדרבנן

לפני שנבוא לבאר דעת הרמב"ם בקנין ד' אמות יש לעיין בדברי שאר הראשונים בעצם הדין של ד' אמות בגט.

כאמור הגמ' בב"מ דף י דנה בקנין ד' אמות במציאה ומבארת הגמ' "רב ששת אמר: כי תקינו רבנן - בסמטא, דלא דחקי רבים, ברשות הרבים דקא דחקי רבים - לא תקינו רבנן. - והא בכל מקום קאמר! - כל מקום לאתווי צידי רשות הרבים."

ע"פ גמ' זו ביארו רוב רובם של הראשונים שד' אמות הוא קנין שתקנו חכמים וע"כ שאלו איך מועיל קנין זה בגט הרי צריך להתיר איסור תורה של אשת איש?³

עוד שאלו הראשונים הרי ע"פ הגמ' בב"מ ברה"ר לא תקנו ד' אמות שכן "דחקי רבים" וא"כ קשה מה שמבואר במשנה שאם זורק הגט קרוב לה ברה"ר האשה מגורשת ומעמיד רב שקרוב לה זה ד' אמותיה?

קושי נוסף לבאר שד' אמות בגט מהני מתקנת חכמים הוא שהראשונים ביארו שטעם התקנה הוא משום תקנת עגונות. וא"כ צריך עיון מדוע פשוט בגמ' שגם לבעל יש ד' אמות והוא מעכב על האשה מלזכות בגט הרי זה כלל לא מוסיף לתקנת העגונות?⁴

ו. שיטת התוס' רי"ד

להסבר דין ד' אמות בגט ניתן להביא את דברי התוס' רי"ד בב"מ י. הרי"ד מקשה סתירה מהגמ' בב"מ המבארת שלא תקנו קנין ד' אמות ברה"ר ולעומת זאת במשנה בגיטין עח מבואר שאשה קונה את הגט כשעומדת ברה"ר ומעמידה הגמ' בקנין ד' אמות?⁵

³ הרמב"ן (גיטין שם) מפרש שרבנן הפקיעו הקידושין כאשר מגרש בד' אמות הר"ן (שם). ועו"ר מבארים שחכמים הקנו לאשה הד' אמות ואז היא קונה הגט בקנין חצר ולכן מועיל עיי"ש.

⁴ וכך הקשה השואל בשו"ת רע"א.

⁵ קושיא זו הובאה כבר בתוס' גיטין עח,ב ד"ה רבי יוחנן ותרצו או שמדובר שיכולה לשומרו ובה קונה ד' אמות אפי' ברה"ר או שבאמת רה"ר לאו דוקא ובעצם מדובר בסימטא.

וז"ל בתשובתו: "ומש"ה אמרינן הכא במציאה תקינו ל"י רבנן כי היכי דלא ניתו לאינצויי הא לא"ה לא היו קונות ודוקא בסימטא תקון רבנן אבל לא ברה"ר ולא דמי לאשה דאשה קבלה היא בידם מסיני דד' אמות קונות, ור' יוחנן אמר התם קרוב לה שנינו אפי' מאה אמה, ואין ללמוד דבר אחר מגט"

ומבואר בדבריו חידוש גדול שד' אמות בגט הם מדאורייתא מהלכה למשה מסיני וההלכה נאמרה רק בגט. אך חכמים תקנו שגם במציאה יקנו ד' אמות אלא שהתקנה היתה רק בסימטא.

ובאמת ע"פ חידוש זה היה אפשר לבאר ההבדל ברמב"ם בין גיטין לבין קידושין וקנין. שבגיטין זה הלמ"מ שמועיל אף ברה"ר אך בקידושין וקניינים שד' אמות הם מתקנת חכמים לא יקנו ברה"ר אלא דוקא בסמטא. ולכך השמיט הרמב"ם בהלכות קידושין דין ד' אמות משום שמדובר על רה"ר ובזה לא תקנו חכמים.

אך עדיין קשה מדברי המשנה בגיטין שמשווה דין גיטין וקידושין משום היקש "ויצאה והיתה". וא"כ מדוע הרמב"ם מחלק ביניהם להלכה?⁶

עוד יש להבין ע"פ הרי"ד מדוע אם הד' אמות הם של הבעל הוא מעכב האשה מלקנות גט? הרי ברה"ר אין ד' אמות אלא בגלל ההלמ"מ? ואולי צ"ל שגם זה בכלל ההלמ"מ וצ"ב.

ז. שיטת המאירי

דרך נוספת להסבר קניין ד' אמות אפשר למצוא בדברי המאירי בב"מ י וז"ל:

ארבע אמות של אדם זוכות לו ר"ל שאם היה שם מציאה או נכסי הפקר משבא לו לתחום ארבע אמות של אותה מציאה זכה אע"פ שלא אמר בפירוש שהוא רוצה לקנות בכך ודבר זה תקנת חכמים היא שמא תאמר והלא אף בגט אמרו כן אלמא מן התורה הוא יש אומרים שאינו אלא מתקנה אלא שהפקר בית דין הפקר והפקירו כל אותן ארבע אמות ואני אומר שבגט אינו אלא מן התורה אחר שאין כאן מערער הרי הוא כידה אבל בדבר שיש בו מערערים אחרים הוצרכו לתקנת חכמים.

⁶ ואף שלא לומדים היקש מהל"מס כבר ביארו הרשב"א והר"ן שההיקש הוא מדרבנן ובגלל ההיקש השווו חכמים את דיני גיטין וקידושין.

בדברי המאירי מתחדש שאכן קנין ד' אמות בגט הוא מדאורייתא משום שד' אמות של האשה חשובים כידה.⁷

ע"פ דברי המאירי נראה שגם לבעל יש דין ד' אמות מדאורייתא בגט שכן אין אחרים רוצים לזכות בו וכל זמן שקדם הבעל הד' אמות הם שלו לענין הגט. כמו כן נראה שע"פ דברי המאירי אף שהד' אמות חשובים ידה של האשה זה מועיל רק ביחס לגט אך חפץ ממוני שנכנס לד' אמות לא חשוב בידה שכן אחרים רוצים ליטלו.

עוד מבואר במאירי שם שנחלקו הראשונים האם יש קנין ד' אמות ברשות של אדם אחר ויש החולקים שאין ד' אמות קנות ברשות של אדם אחר אף בגיטין. בהסבר הדעה שד' אמות קונות אף בגט מבאר המאירי שישנה אומדנא שאדם לא מקפיד אם האשה תזכה בגט ע"י חצרו ולכן רק בגט ד' אמות קונות אפי' ברשות אחר.

וא"כ אפשר לבאר דברי הרמב"ם כדברי המאירי שדוקא בגט אין אחרים שעוררים על הקנין ולכן מועיל לקנות מדאורייתא. אך בקידושין ובמציאה אפשר שזורק לה כסף שגם אחרים היו רוצים לזכות ולכן לא מתקדשת בד' אמות אלא רק מכח תקנת חכמים אם יכולה לשומרו. ולכן מובן שד' אמות לא מועילים בקנינים ברה"ר שבזה חכמים לא תיקנו אך בגט מהני מדין תורה שחשוב בידה.

עוד מבואר ע"פ המאירי שהרמב"ם חידש שגם ברשות אחר מועילים ד' אמות בגט מסברא הואיל ואין עוררים ואין מי שרוצה לזכות בגט זה מסכים בעל הרשות לאפשר לאשה לקנות בד' אמות.

ולפי זה יתחדש לגבי שטר קידושין ששוב אין עליו מערערים צריך להועיל קנין ד' אמות אף ברה"ר ובזה נראה שדברה המשנה בגיטין. אך בכסף קידושין שיש עליו עוררים באמת לא יועילו ד' אמות ברה"ר. ולפי הסבר זה ניתן יהיה להסביר השמטת הרמב"ם דין ד' אמות מהלכות קידושין משום ששם בהלכה כב' מבואר שמדובר גם על מקדש בכסף וגם על מקדש בשטר ובכסף לא מועיל קנין ד' אמות משום שיש עליו עוררים.

אך צריך לבאר מנין לגמ' שד' אמות חשובים ידה מהתורה כשאין עוררים?

⁷ בספר קונטרסי שיעורים (שם) מבאר דברי המאירי כדברי הפנ"י (גיטין שם) ומבאר שהואיל ואין על הגט עוררים מאפשרת להגדיר את הד' אמות כ"ידה" ורשותה.

עוד קשה שלא מצינו את החילוק בין קידשי כסף לשטר בדברי הגמ'?

ח. שיטת הפני יהושע

הגמ' בב"מ י שואלת האם לקטנה יש ד' אמות לקנות מציאה? ומבארת הגמ' שהספק הוא האם נלמד לדין מציאה מגט או לא.

ובפנ"י גיטין עח מקשה לדעת הראשונים שבגט ד' אמות זו תקנת חכמים מדוע שנלמד ממונות מגיטין האם עושים בנין אב מתקנות חכמים?

מכח קושיא זו מבאר הפנ"י שד' אמות בגט אינם תקנת חכמים אלא דין דאורייתא. ומבאר בשיטת רש"י שהתורה הצריכה שהגט יבוא ל"ידה" של האשה. ובכלל "ונתן בידה" כל מקום שהיא משמרת הגט דהיינו גם ד' אמותיה.

בכך מתרץ הפנ"י איך מועיל קנין ד' אמות להתיר איסור אשת איש דאורייתא משום שבגט חשוב מהתורה נתינה לידה גם בד' אמות. ועוד מובן לפי זה מדוע רוצה הגמ' ללמוד מציאה מגט לפי שבגט מועיל ד' אמות מדאורייתא ולכן מסתפקים האם חכמים הרחיבו זאת בתקנה אף למציאה.

ע"פ שיטת הפנ"י מתרצים האחרונים קושי נוסף. בב"מ י: הקשו תוס' מדוע יש הו"א לגמ' ללמוד מציאה מגט הרי בגט מועיל הקנין אפי' במאה אמה לדעת רבי יוחנן וא"כ רואים שאין הקנין בגט שוה לקנין במציאה?

ותירצו תוס' שבד' אמות שלה באמת האשה קונה אפי' אם גם הבעל משמר לעומת מאה אמות שאם הבעל משמר כמוה לא קונה. וא"כ מבואר שיש לד' אמות חשיבות לקנות לה וזה נלמד למציאה שאדם יכול לקנותה בד' אמותיו.

רע"א בגליון הקשה על תוס' הרי דעת רבי יוחנן שמועיל קנין מאה אמות זה בגלל שהקנו לה רבנן וא"כ זה עובד בדיוק כמו ד' אמות. וא"כ צ"ע מה התקשו תוס' בכך שלומדים מציאה מגט הרי ד' אמות במציאה יפעלו כמו המאה אמות שתקנו חכמים לאשה?

אך לפי ביאור הפנ"י הנ"ל מבואר היטב דברי התוס' משום שבקושייתם סברו שבגט ישנו דין של נתינה למקום שמשתמר. ולכן אין ללמוד מגט למציאה שבה צריך דין של קנין וקשה איך רוצה הגמ' ללמוד מציאה מגט? אך בתשובתם מבארים שבגט ישנם שני דינים:

א. קנין ד' אמות שהוא מדין חצר וא"כ אפשר שיועיל גם בקניינים ובמציאה.

ב. קנין מאה אמה שהוא מדין "ונתן בידה" ולא מדין חצר.

ובאמת הלימוד למציאה הוא רק מדין קנין ד' אמות שחשוב כתצרה. וזה כדברי הפני"י (הנ"ל).⁸

אפשר היה לבאר דברי הרמב"ם ע"פ הסבר הפני"י ורק בקנין שצריך דין חצר לא מועיל ד' אמות ברה"ר אך לענין גיטין וקידושין חשוב ונתן בידה.

אך לפי הסברו נראה שמה שלמדה הגמ' היקש "ויצאה והיתה" מגיטין לקידושין הוא היקש גמור שמחדש שיש דין של נתנה שמספיקה בקידושין בכך שמגיע לרשותה אף שלא מועילה מצד הקנין.

אך עדיין צריך להסביר מדוע לא הביא הרמב"ם קנין ד' אמות בקידושין הרי מהגמ' בגיטין עולה שאם קדם הבעל בד' אמות לא חשוב שהתקים ונתן בידה וא"כ גם בקידושין לא יועיל לאשה להתקדש?

ט. דברי הירושלמי

הירושלמי בגיטין בהסבר מהו "קרוב לוי" ו"קרוב לה" מביא את דברי רב בלבד שהדין הוא בד' אמות.

על המשך דברי המשנה שגם בקידושין ובחוב מועיל לזרוק קרוב לה ישנה מחלוקת בין ריש לקיש לר' יוחנן.

מדברי ר"ל מבואר שקנין ד' אמות בגיטין קידושין ובחוב נלמד מפסוק בדברי הימים. בציווי דוד המלך לשלמה לבנין המקדש (דברי הימים א כב, יד): "הנה בעוניי הכינותי לבית ד' זהב ככרים מאה אלף וכסף אלף אלפים ככרים ולנחושת ולברזל אין משקל כי לרוב הכינותי ועצים ואבנים הכינותי ועליהם תוסיף". וקשה איך דוד המלך קרא לעצמו עני הרי היה לו כ"כ הרבה זהב להקדיש? וכן אי אפשר לומר שהקדיש דוד את הזהב לפני שזכה בו שכן אין

⁸ לכאורה יש להבין מדוע כאשר הבעל נכנס ראשון לד' אמות מעכב על האשה מלקבל הגט אפי' שהיא יכולה לשוח וללטל. הרי התורה חידשה שחשוב "בידה" של האשה כשהיא יכולה לשומרו ולא מצינו שחידשה התורה שיחשב כידו של הבעל? אך יתכן שבד' אמות של בעל שהוא משמרם חשובים כידו אף ברה"ר למרות שלא מועיל לקנייני הבעל. וזה יעכב על האשה מלקנות ועצ"ב.

אדם מקדיש מה שאינו שלו? אלא מוכרחים לבאר שהקדיש כל מה שיכנס⁹ לדי' אמותיו וממילא מוכח שדי' אמות של אדם קונות לו.

ר' יוחנן שם חולק¹⁰ שדי' אמות מועילות רק בגיטין וקידושין ולא בממונות. ומבאר הירושלמי שבחוב מועיל לזרוק קרוב ללוה משום שהלוה אמר זרוק חובי קרוב לי וימחל החוב. הסבר ר"י דומה להעמדת הבבלי את המשנה באומר "זרוק לי חובי בתורת גיטין והפטר".

ומבואר מדברי הירושלמי שקנין ד' אמות במציאה הוא מדאורייתא ולא מתקנה. אך קשה מדוע לא מועיל קנין ד' אמות ברה"ר אף בממונות הרי הפסוק אצל דוד המלך מדבר גם על מה שמצא דוד ברה"ר שאם לא נאמר כך שוב דוד המלך חשוב עשיר; וכן איך הגמ' לומדת מדוד המלך לזריקת גט ברה"ר?

יתכן לבאר שלפי דברי ר"ל בירושלמי באמת יש קנין ד' אמות אף ברה"ר משום שהוא נלמד מהפסוק ובזה חולק על הגמ' בב"מ שמבארת שאין דין ד' אמות ברה"ר משום שזה רק תקנה דרבנן. ומובן לפי זה איך האשה מותרת מאיסור א"א ע"י קנין ד' אמות ברה"ר משום שזהו קנין דאורייתא כנלמד מהפסוק.

ובדעת ר' יוחנן שחולק על ר"ל אפשר היה להסביר שסובר שלא לומדים כלל מהפסוק אלא קנין ד' אמות הוא תקנה כדברי הגמ' בב"מ. ולכך יש חילוק בין גיטין וקידושין שבהם תיקנו לבין ממון שלא תיקנו.

י. שיטת הגר"א

אע"פ שיש אחרונים שבארו דברי הירושלמי בדרך הנ"ל, בבאר הגר"א חו"מ קכ אות ג ביאר שיטת הרמב"ם. וכתב שם שהרמב"ם פוסק ע"פ הירושלמי שבגיטין וקידושין קנין ד' אמות הוא מדאורייתא משום שמתיר איסור א"א

⁹ לכאורה דברי ר"ל צריכים באור מה מועיל שנכנס החפץ לדי' אמות של אדם בשביל להקדישו הרי עדיין לא זכה בחפץ ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו? אך נראה שדעת ר"ל היא ראייה לשיטת הר"ן והרשב"א בנדרים לד. שאדם יכול להקדיש ככר של הפקר שבתוך ד' אמותיו ולזכות בה בשביל הקדש אע"פ שאינו שלו עדיין. ושם ביארו הראשונים שהאדם עושה קנין ד' אמות בשביל הקדש וזוכה בחפץ להקדש. ועיין בקצוה"ח ר,א מבאר דין הזכיה בשביל הקדש ובאור"ש מעילה ה,ו.

¹⁰ אין להקשות איך ר' יוחנן יבאר הפסוק על דוד המלך משום שירושלמי שם פירשו האמוראים הפסוק בדרכים אחרות שאין מהם ראייה לקניין ד"א עיי"ש.

ורק במציאה זו תקנת חכמים. עוד מבאר הגר"א שבאמת לרמב"ם מועיל קנין ד' אמות בקידושין כמו בגט ואין כאן השמטה לפי שהדין אינו מפורש בגמ'.

ומבאר שמבין בדעת ר' יוחנן שבגיטין וקידושין מועיל ד' אמות מדאורייתא ומדוע לא יועיל גם בחוב?¹¹

וע"פ הנאמר לעיל אפשר לבאר דברי ר' יוחנן בירושלמי כדעת התוס' רי"ד שישנה הללמ"ס שמועיל ד' אמות בגט בלבד. ובאמת הלימוד מהפסוק הוא רק לר"ל ור' יוחנן לומד שזה דין תורה רק בגו"ק ולא בממונות.

וכן ע"פ דברי המאירי הנ"ל אפשר שלעולם ר' יוחנן לומד מהפסוק דין ד' אמות וכמו במקום שמקדיש אין לחפץ עוררים (שכן אין מי שישקר כדי לזכות בממון ולעבור על איסור מעילה) כך גם בגט שאין בו עוררים מועיל קנין ד' אמות מהתורה. לפ"ז גם מדויקים דברי הירושלמי שר' יוחנן עונה הוא גיטין הוא קידושין ולא ויצאה והיתה כמו בקידושין משום שהלימוד הוא מהדין של מקדיש ומשם לומדים לכל דבר שאין בו עוררים.

עוד יתכן לבאר כדברי הפנ"י הנ"ל שרק בגו"ק חידשה התורה שצריך נתינה לידה ולא קנין ולכן אין זה מועיל לדיני קנינים. בדרך זו היה צריך לבאר שר' יוחנן לומד שגם בשביל להקדיש מספיק שהחפץ יהיה ב"ידו" של המקדיש

¹¹ ואולי ניתן להסביר את החידוש של הירושלמי מהפסוק, שאף ד' אמות של אדם יהיו חשובים חצרו אין זה מספיק בשביל לקנות שכן צריך להיות גם חצרו המשתמרת לו. והואיל וברה"ר דחקי רבים אין הד' אמות משתמרות ולא יקנו מדאורייתא. אך בהקדש מספיק שאדם אומר שהקדיש החפץ נשמר להקדש וההקדש קונה. וכמו כן בקידושין וגירושין הואיל ויש עדים שמעידים על הקידושין הם עצמם הופכים את הד' אמות למשתמר.

ולפ"ז הלימוד של הירושלמי מהפסוק הוא שיש קנין ד' אמות כאשר פעולת הקנין תמיד מוגדרת כמשתמרת. ולכך בהקדש שם תמיד המקדיש משמר להקדש ומודיע לרבים האיסור לקחת הופך את הד' אמות למשתמר. וכן בגיטין וקידושין פעולת הזכיה תמיד משתמרת משום העדות שבדבר.

אך בדיני ממונות לדעת ר"י אי אפשר ללמוד מהקדש שאין הקנין תמיד משתמר בד' אמות ולכן לא יועיל הקנין ברה"ר.

ובזה מתורצים דברי הרמב"ם שפסק שמועילים ד' אמות בגט ברה"ר ובקידושין אך בפ"ד מהלכות זכיה כתב שלא מועיל קנין ד' אמות ברה"ר. אך לא מצאתי פירוש זה. ויתכן שאין לומר כך משום שהרמב"ם פוסק שעדי חתימה כרתי וממילא גם בגיטין אין עדי מסירה שמשמרים הגט.

ולכן אפשר ללמוד זאת מהפסוק. אך קצת קשה מדוע לא מביא הירושלמי הפסוק של "ונתן בידה" ולומד דוקא מדוד המלך?

העולה מההסברים הנ"ל ברמב"ם שזריקת גט ברה"ר אינה מועילה מדין תקנת עגונות כבאור הרמב"ן והרשב"א אלא זהו דין דאורייתא הנלמד מהפסוק.

ולפי"ז השו"ע שמביא לשון הרמב"ם בהלכות גט ומאיך פוסק שאין דין זכיה בד' אמות בממונות בס' רמג יתכן שסובר שבגט מועילים ד' אמות מדין תורה כהסבר הגר"א ברמב"ם.

ע"פ באור זה כלל לא שייך להפקיע קידושין של אישה ע"י זריקת גט משום שאין כאן גירושין מתקנת חכמים בהם צריך להפקיע הקידושין אלא קבלת גט מדאורייתא.

יא. סיכום

פתחנו בשאלה שהקשו הראשונים איך מועיל קנין גט בד' אמות של האשה ברה"ר הרי נפסק שאין קנין ד' אמות ברה"ר.

בארנו שלשיטת חלק מהראשונים באמת לא מועיל כלל קנין ד' אמות ברה"ר וכוונת המשנה בגיטין לסימטא.

הרמב"ן והרשב"א ביארו שישנה תקנת חז"ל מפני העגונות שהגט יהיה כשר וזאת ע"י הפקעת הקידושין.

השו"ע פסק שמועיל לזרוק גט בד' אמות ברה"ר והב"ש ביאר שסובר כדעת הרשב"א וחכמים תקנו הפקעת הקידושין. ע"פ רצה ב"ד להפקיע קידושין כדי להתיר אישה למפרע.

הבאנו מספר דרכים לבאר פסק הרמב"ם שד' אמות בגט הם דין דאורייתא והסתמכנו בכך על שיטתו של הגר"א.

ע"פ באורנו בדברי הרמב"ם והשו"ע אין כלל פתח להפקיע הקידושין ע"י זריקת גט לד' אמות של אישה ואלו גירושין מכאן ולהבא בלבד.

חקירה כללית בהלכות גירושין

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. 'כריתות' - המגרש אשתו חוץ מפלוני
- ג. משלחה ואינה חוזרת
- ד. חיוב אמירת 'הא גיטיך' – מדין משלחה וחוזרת
- ה. גט בידה ומשיחה בידו
- ו. באור הגמ' ר"פ הזורק
- ז. גט בידה ומשיחה ביד שליח
- ח. טלי גיטך מע"ג קרקע
- ט. טלי גיטך כחסרון בחלות הגירושין
- י. נספח – לאור דברי הגר"ח מטלז

א. הקדמה

הל' גירושין נכתבו בתורה בפ' כי תצא (כד, א – ב), וכך אומרת התורה:

כִּי יִקַּח אִישׁ אִשָּׁה וּבָעֵלָה וְהָיָה אִם לֹא תִמְצָא חֵן בְּעֵינָיו כִּי מִצָּא בָּהּ עֲרֹת דָּבָר וְכָתַב לָהּ סֵפֶר כְּרִיתוֹת וְנָתַן בְּיָדָהּ וְשִׁלְחָהּ מִבֵּיתוֹ. וַיִּצְאָה מִבֵּיתוֹ וְהִלְכָה וְהָיְתָה לְאִישׁ אֲחֵר.

מבואר בתורה שתהליך הגירושין מורכב ממס' שלבים. שלב הראשון הוא שלב כתיבת הגט – 'וכתב לה ספר כריתות', השלב השני הוא שלב מעשה הגירושין היינו נתינת הגט לאשה - 'ונתן בידה', ולאחר שני שלבים אלו האשה משולחת מבית האיש.¹

¹ לקמן נראה שישנם הלכות שנלמדו מהמילים 'ושלחה מביתו' וכאשר לא מתקיימים תנאים אלו הם מעכבים את חלות הגירושין, ואעפ"כ בפטות נראה שהשילוחין, היינו עצם יציאת האשה מבית בעלה, אינם חלק מתהליך הגירושין בעצמו אלא הם פועל יוצא מתהליך הגירושין המתבצע לפני כן והוא כתיבת הגט והקנייתו לאשה, ובמילים אחרות, בעקבות התהליך הנ"ל האשה משולחת מביתו ויכולה לינשא לאיש אחר, ולא כמו גירושין אצל נכרים שהשילוחין בעצמותם הם עיקר הגירושין, היינו שהגירושין הינם רק תהליך

חז"ל למדו משני פסוקים אלו הלכות רבות,² ובפשטות נראה שיש שלשה נושאים בהלכות גירושין השייכים לחלקים שונים בתהליך הגירושין.

א. הלכות הנוגעות לכתיבת הגט – כאמור, הגירושין נעשים באמצעות 'ספר כריתות' וישנם הלכות בדיני כתיבת הגט ובפשטות ההלכה של 'לשמה' שייך להלכות כתיבת הגט.

ב. הלכות הנוגעות למעשה נתינת וקבלת הגט – הבעל צריך לתת את הגט לאשה וישנם הלכות הנוגעות למעשה נתינה זה ובפשטות הנתינה לחצרה של האשה או לשלוחה שייכת להלכות אלו.³

ג. הלכות הנוגעות לחלות הגירושין – ישנם מקרים שאף על פי ששני השלבים הראשונים נעשו כראוי מכל מקום אין האשה מגורשת והלכות אלו שייכות לחלות הגירושין שאף על פי שהגט נכתב כראוי ונעשה מעשה נתינה מהבעל לאשה מכל מקום אין הגירושין חלים.

לקמן נביא מקצת מהל' גירושין ונחקור, האם הלכות אלו שייכות לסוג השני הנוגע למעשה נתינת הגט או שהם שייכות לסוג השלישי הנוגע לחלות הגירושין⁴ ונצביע על הנפ"מ הנובעות מחקירה זו.

מעשי וקיומי של שילוחין ואין אצלם שלבים קודמים של כתיבת גט והקנייתו לאשה, אמנם הר"א ליכטנשטיין בשיעוריו (גיטין, שיעור ראשון) נוקט שגם אצל ישראל השילוחין הינם חלק מהתהליך הגירושין ואולי אף עיקר הגירושין, היינו שתהליך הגירושין הוא במהותו תהליך קיומי של שילוח האשה, ועיקר ראייתו היא מכך שישנם הלכות הנוגעות לשילוחין וא"כ נמצא שהשילוחין הינם חלק מתהליך הגירושין ולא רק פועל יוצא מהקניית לאשה.

² נזכיר מקצת מההלכות הנלמדות מפסוקים אלו. דין 'לשמה' נלמד מהמילים - 'וכתב לה' (גיטין כ, א). 'לה ולא לחברתה' נלמד מהמילה - 'לה' (שם פז, א). 'ספר אחד ולא שנים ושלושה ספרים' נלמד מהמילה - 'ספר' (שם כ, ב). 'גט בידה ומשיחה בידו' נלמד מהמילה - 'כריתות' (שם עח, ב). 'המגרש את אשתו ואמר לה הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלוני אינה מגורשת' נלמד מהמילה - 'כריתות' (שם פב, ב). 'טלי גיטיך מע"ג קרקע' בפשטות נלמדה מהמילים - 'ונתן בידה' אמנם ראה לקמן. נתינה לחצר האשה מועילה נלמד מהמילה - 'ונתן'. שוטה אינה מתגרשת נלמד (לדעה א') מהמילה 'ושלחה' - 'משלחה וחוזרת' (יבמות ק"ג, ב).

³ לגבי סוג זה אפשר לחקור, האם העיקר הוא שהבעל נותן את הגט לאשה וקבלת הגט על ידה היא רק תנאי או שדוקא קבלת הגט היא העיקר ונתינתו ע"י הבעל היא רק תנאי ואולי שני החלקים – נתינת הגט וקבלתה שוים במעמדם. אמנם אנו לא נאריך בחקירה זו.

⁴ במאמר זה לא נעמוד על ההבחנה והיחס שבין הסוג הראשון הנוגע לכתיבת הגט לבין שאר הסוגים הנוגעים למעשה הנתינה ולחלות הגירושין.

והנה מסברא נראה שההלכות הנלמדות מהמילה 'ונתן' שייכות לסוג השני, המתייחס למעשה נתינת הגט ולעומת זאת ההלכות הנלמדות משאר הפסוק ולא מהמילה 'ונתן' כגון 'כריתות' או 'ושלחה מביתו' שייכות לסוג השלישי המתייחס לחלות הגירושין בדוקא ולא לכתיבת הגט או מעשה הנתינה ונוסיף בזה.

ב. 'כריתות' - המגרש אשתו חוץ מפלוני

בגמ' (פב,ב) מבואר שהמגרש את אשתו ואמר לה הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלוני אינה מגורשת לפי חכמים 'דבעינן כריתות וליכא', ובאר רש"י (ד"ה בעינן כריתות) שהאשה אינה מגורשת כיון שהיא אגודה בבעלה שהרי לאותו פלוני היא אסורה לינשא, ומסברא נראה דהלכה זו שייכת להלכות הנוגעות לחלות הגירושין, שאין הגירושין חלין באופן שהאשה עדיין אגודה בבעלה, ואין הלכה זו נוגעת להל' מעשה נתינת הגט משום דקשה לומר שמכיון שהאשה עדיין אגודה בבעלה נתינת הגט אינה נתינה טובה שהרי האגידות בבעל נוצרה בעקבות אמירה של הבעל 'חוץ מפלוני' שהיא אינה שייכת וקשורה לעצם מעשה נתינת הגט לאשה.⁵

⁵ לקמן נבאר שאחת הנפק"מ מהחקירה האם דין מסויים שייך למעשה הנתינה או לחלות הגירושין היא הצורך לקחת את הגט מיד האשה ולחזור ולתת לה שנית. אם ההלכה נוגעת למעשה הנתינה על הבעל לקחת את הגט ולתת לאשה מחדש אך אם מעשה הנתינה אינו נפסל אלא רק שחלות הגירושין אינה חלה, אין צריך ליתן את הגט מחדש אלא מספיק שאותו גורם המעכב בחלות יוסר, וא"כ יש לשאול לפי דברינו שדין המגרש אשתו ואומר לה חוץ מפלוני שאינה מגורשת נוגע לדין חלות הגירושין ולא למעשה הנתינה, מדוע המשנה אומרת שלפי חכמים 'יטלנו הימנה ויחזור ויתנו לה' הרי הנתינה הינה נתינה טובה אלא שישנו מעכב בחלות הגירושין ודי אם יאמר לה 'הרי את מותרת לכל אדם' ומדוע צריך לתת לאשה את הגט מחדש?

לכאורה מוכח מזה דדין 'חוץ מפלוני' הנלמד מ'כריתות' הוא דין במעשה הנתינה ולא בחלות הגירושין דלא כמו שכתבנו מסברא, אך באמת זה אינו שהרי בגמ' (פד,ב) הסבירה שהמשנה שהצריכה נתינה מחדש היא נכונה גם לרבי שלא מצריך נתינה מחדש לגבי דין הא גיטיך (ראה לקמן) משום 'דשאני הכא הואיל וקנאתו ליפסל בו לכהונה', ומבואר שאף שהבעל אמר שלא תנשא לפלוני ואינה מגורשת מכל מקום גט זה פוסל אותה לכהונה, וא"כ דוקא בגלל שהגט פעל במשהו ואסר את האשה לכהונה צריך הבעל לקחת את הגט ולתתו מחדש אך בלי זה אין צריך לתת את הגט מחדש ודי אם הבעל היה אומר לאשה הרי מותרת לכל אדם (וכן משמע בבית שמואל קמז,ו), ונמצא שאפשר לבאר שדין 'חוץ מפלוני' נוגע לדיני ותנאי חלות הגירושין ולא למעשה הנתינה כמ"ש והערנו כבר דזה לכאורה ההנחה המסתברת יותר. [אלא שעדיין צ"ע לפי הרמב"ם (גירושין י,יא) שגט זה פוסל לכהונה רק מדרבנן ולא מהתורה וא"כ לכאורה נתינת הגט מהתורה לא הועילה כלום וא"כ מדוע צריך הבעל לתת את הגט מחדש לאשה אמנם יש שכתבו שגם הרמב"ם מודה שגט פסול לכהונה מהתורה ולא מדרבנן ולשיטתם א"ש].

ג. משלחה ואינה חוזרת

בגמ' ביבמות (ק"ג,ב) מבואר ששוטה שאינה יודעת לשמור גיטה אינה מתגרשת מהתורה, ואיתא התם שני לימודים לדין זה:

א. "אמר דבי רבי ינאי: ונתן בידה - מי שיש לה יד לגרש עצמה, יצתה זו שאין לה יד לגרש עצמה".

ב. "תנא דבי רבי ישמעאל: ושלחה מביתו - מי שמשלחה ואינה חוזרת, יצתה זו שמשלחה וחוזרת".

הגמ' בגיטין (סד,ב) מוסיפה שגם קטנה שאינה יודעת לשמור גיטה אינה מגורשת, וכתבו הראשונים שמקור דין זה הוא הגמ' ביבמות. ומוסיפה הגמ' (סה,א) לבאר:

אמר רבא, ג' מדות בקטן: צרור וזורקו, אגוז ונוטלו - זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים, וכנגדן בקטנה - מתקדשת למיאון; הפעוטות - מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין, וכנגדן בקטנה - מתגרשת בקידושי אביה..

כך היא הגירסא בגמרא שלנו, אך הרי"ף והר"ן גרסו להיפך שקטנה מתגרשת בקידושי אביה כבר במידה הראשונה של אגוז ונוטלו ובמידה השניה גרסו וכנגדן בקטנה - מתקדשת למיאון, ואכמ"ל בזה.

בגמ' בגיטין (נט,א) מבואר שגיל פעוטות הינו בין שש לשמונה.

ויש לחקור האם דין 'משלחה וחוזרת', שדוקא אשה שמשלחה ואינה חוזרת מגורשת אך אשה שמשלחה וחוזרת אינה מגורשת, הוא דין במעשה הנתינה, דלמדנו מהפסוק 'ושלחה מביתו' שאם האשה חוזרת לבעלה הוי נתינה חסרה, דדוקא נתינה כזו שגורמת שהאשה אינה חוזרת הוי נתינת גט אך אם האשה חוזרת הוי נתינה חסרה כיון שנתנה זו אינה גורמת לכך שהאשה לא תחזור או דלמא שהנתינה הינה מעליא אלא דדין זה הוי דין בחלות הגירושין דלמדנו מהפסוק 'ושלחה מביתו' שאם הוי משלחה וחוזרת אין חלים הגירושין.⁶

⁶ חקירה זו היא דוקא לרבי ישמעאל שסי"ל ששוטה אינה מגורשת משום דמשלחה וחוזרת אך לרבי ינאי ששוטה אינה מגורשת משום שאין לה יד בפשטות הוי דין במעשה הנתינה

ובפשטות יש נפק"מ בבעל שנתן גט לאשה 'משלחה וחוזרת' ואח"כ הפכה להיות 'משלחה ואינה חוזרת', וכגון שוטה שהינה 'משלחה וחוזרת' ואח"כ התרפאה (לא אשה המוגדרת כעתים חלים עיתים שוטה) או כגון קטנה פחותה מגיל פעוטות ואח"כ גדלה, דאם נאמר דדין 'משלחה וחוזרת' הינו דין במעשה הנתינה צריך הבעל לשוב ולתת מחדש את הגט לאשה דכיון שבשעת הנתינה האשה הינה בגדר משלחה וחוזרת אין הנתינה חשובה כנתינת גט ראויה,⁷ אך אם נאמר דדין 'משלחה וחוזרת' הוי דין בחלות הגירושין אח"כ הנתינה הינה נתינה מעליא אלא שישנו מעכב ומונע בחלות הגירושין ולכן כאשר סר אותו מעכב ומונע, האשה מגורשת (אמנם אפשר שצריך שהבעל יאמר 'הא גיטיך' במקרה זה אך לפחות נתינה מחדש אין צריך לצד זה).

ונראה להוכיח מדין אמירת 'הא גיטיך' שבמקרה זה אין צריך נתינה מחדש והאשה מגורשת:

ד. חיוב אמירת 'הא גיטיך' – מדין משלחה וחוזרת

אומרת המשנה (עח,א): "אמר לה כנסי שטר חוב זה, או שמצאתו מאחוריו, קוראה והרי הוא גיטה - אינו גט, עד שיאמר לה הא גיטיך".

בגמ' מבואר שהמשנה היא לדעת רבי שאין צריך נתינה חדשה ולדעתו מספיקה אמירת 'הא גיטיך' אך לפי רבי שמעון בן אלעזר צריך נתינה חדשה, ולהלכה פסק השו"ע (קלח,ג) כרבי שאין צריך נתינה חדשה.

ולא בחלות הגירושין, ואף שתוס' (יבמות קיג,ב ד"ה יצתה) כתב שר' ישמעאל לא פליג ארבי ינאי כוונתו היא, שאין נפק"מ לגבי השאלה האם האב מקבל גט לביתו קטנה אך אפשר שיש נפק"מ בין שתי דעות אלו ומוכח כן גם בתוס' הני"ל.

⁷ ואף שיש מקרים (ראה לקמן) שהפסול הוא בנתינה ולא בחלות ומ"מ אם ישנה אמירת 'הא גיטיך' לאשה מהני ואין צריך נתינה חדשה, מ"מ מסתבר דזה מהני רק כשהפסול בנתינה נבע מהבעל ועל כן כאשר ישנה אמירת 'הא גיטיך' הרי זה מתקן ונותן שם לחדש לנתינה שנעשתה לפני כן אך אם הנתינה פסולה מצד האשה וכגון כאן שכיון שהאשה בגדר משלחה וחוזרת לא חשיבא כנתינה לצד זה, לא יהני הא גיטיך לאחר שהאשה נהיית משלחה ואינה חוזרת דאין אמירה זו של הבעל מתקנת פסול נתינה שנבע לא מהבעל אלא מהאשה דמה בכך שאומר לאשה הא גיטיך הרי הפסול בנתינה נבע מכך שהאשה הינה חוזרת והוי נתינה שאינה גורמת לשילוחין וא"כ כיצד אמירה אח"כ של הבעל תתקן את הנתינה שנעשתה לפני כן, אלא אם כן ננקוט שאמירת 'הא גיטיך' חשיבא כנתינה חדשה והוי חידוש גדול.

הראשונים האריכו לבאר מהו הטעם להצריך אמירת הא גיטיך,⁸ והתוסי' (שם ד"ה אינו) הקשה, מדוע בגמ' (נה,א) משמע שאפי' כשלא אמר הבעל 'הא גיטיך' לאשה הרי היא מגורשת ואילו כאן משמע שבלא 'הא גיטיך' אינה מגורשת ותרץ "דהתם נמי אחר כך יגידו לה העדים שהיא מגורשת. אף על פי דהאשה מתגרשת בעל כרחא מכל מקום צריך לומר לה הי גיטיך והרי את מותרת לכל אדם שתדע שהיא מגורשת ולא תהא חוזרת דבעינן שהיא משלחה ואינה חוזרת".

מבואר בתוסי' שהטעם שהבעל צריך לומר לאשה 'הא גיטיך' מבוסס על דין 'משלחה ואינה חוזרת' ועל כן ס"ל לתוסי' שאם העדים אומרים אח"כ לאשה הרי היא מגורשת.

ופשט התוסי' הוא שבמקרה שבו הבעל לא אמר לאשה 'הא גיטיך' אלא אמר רק לעדים, אם העדים לא יאמרו לאשה אח"כ אינה מגורשת דחשיבא בגדר 'משלחה וחוזרת', אמנם באמת האחרונים נחלקו בענין זה בהבנת התוסי'.

הבית שמואל (קלו, סק"ג) והאבני מילואים (קלו, סק"ב) נקטו שאם העדים לא אמרו לאשה ואינה יודעת על כך אינה מגורשת, אמנם התורת גיטין (קלו,

⁸ בעל המאור (מ,א בדפי הרי"ף) פירש שהטעם שצריך לומר 'הא גיטיך' הוא שבעינין שיוציא הבעל השילוחין בפיו בעינין שיתבונן הדבר או לעדים או לאשה וכיון שפירש הדבר לעדים אין צריך דעת האשה'. ומקור דין זה, כתב בעל המאור שהוא ממה שנאמר בקידושין (ו,א) שילפינן מ'ושלחה', שלא ישלח את עצמו. הרמב"ן במלחמות הוסיף שדבר זה מפורש בספרי (דברים כד,א) ולמדו זאת מהפסוק 'ושלחה מביתו'.

כתב הרמב"ם (גירושין א,ט): "ומנין שאינו נותנו לה אלא בתורת גירושין, שני 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".

העונג יו"ט (סי' קג סקט"ז ד"ה והנה) הבין שהרמב"ם נקט שהחסרון בכנסי שטר חוב הוא לא משום לתא דידה, שאשה תדע שהוא גט אלא, 'משום לתא דבעל פסלין בלא נתן בתורת גירושין, דבעינן שיתן בתורת גירושין. וגם כיון דדרשינן ספר כריתות ונתן בידה אי"כ פשיטא דקפדינן על נתינת הבעל שתהא בתורת גירושין. וא"כ לפי פירוש זה ברמב"ם אין צורך שהאשה תדע על הגירושין ומספיק שהבעל אומר לעדים, אמנם הרב שך (אבי עזרי גירושין י,כג) פירש דרשת הרמב"ם שהיא משום לתא דאשה שאינה יודעת וחסר בכריתות.

הראב"ד פירש (הובא בבעה"מ ובעוד ראשונים) שהטעם שצריך לומר הא גיטיך מפני שאם אמר תחילה כנסי שטר חוב יש לחוש שביטל את הגט וכעת אינו רוצה לגרשה עד שיאמר לה 'הא גיטיך', ולפי"ז אף אם אמר תחילה רק לעדים כבר אין לחוש שרוצה לבטל את הגט כיון שגילה דעתו שנותן גט זה לגירושין ואינו רוצה לבטלו, ועיין בבעה"מ מה שהקשה על פירוש ובמלחמות וברשב"א מה שתרצו ואכמ"ל.

סק"א) כתב שאפשר שאין צורך שהעדים יגידו לאשה וזה שהבעל אומר לעדים מספיק כדי להגדיר את האשה בתור אינה חוזרת, 'כיון דעדים ודאי יגידו לה אח"כ דמילתא דעדים קלא אית ליה, אבל לא שיהיו מחוייבים העדים לומר כן', וע"ש שהוסיף שאפי' בנתקרקע הגט קודם שנודע לה כשר, 'כיון דעומד היה להתברר בשעת נתינה הוי כמשלחת ואינה חוזרת' וצ"ב מהו יסוד פלוגתם.

ונראה לבאר שיסוד מחלוקתם בחקירה הנ"ל. אם האבנ"מ ס"ל שהצורך שהאשה תדע על הגירושין כדי שלא תהיה בגדר 'משלחה וחוזרת' הינו דין ותנאי בנתינת הגט ולא בחלות הגירושין, דכאשר האשה אינה חוזרת הוי נתינת גט ראוייה אך אם האשה תחזור הנתינה הינה חסרה, דדוקא נתינה כזו הגורמת לשילוחין הוי נתינת גט אך נתינת גט שאינה גורמת לשילוחין אינה נתינה, וכן ס"ל לאבנ"מ שידיעת האשה הינה הכרחית ולא די בידיעת העדים, א"כ כיצד אפשר שאחר שלב הנתינה תנאי זה מתממש ומגדיר שהנתינה הינה נתינה הגורמת לשילוחין שהרי בפשטות הנתינה כבר נגמרה ואין היא ממשיכה אח"כ, וא"כ אף שלבסוף האשה יודעת על הגירושין והוי בגדר 'משלחה ואינה חוזרת' מ"מ בעת נתינת הגט האשה לא ידעה על כך והוי נתינת גט שאינה גורמת לשילוחין. מסתבר שהתנאי שמתממש אח"כ אינו יכול להגדיר את הנתינה שנעשתה לפני כן, ואם ס"ל שידיעת האשה הכרחית ובלעדיה חשיב כמשלחה וחוזרת א"כ בע"כ שאינו תנאי בנתינה אלא הוי תנאי בחלות הגירושין, דבאמת אין צורך שהנתינה תהיה נתינה הגורמת לשילוחין, דהנתינה חשיבה כנתינת גט גם בלי תנאי זה אלא שהוי רק תנאי בחלות הגירושין דכל עוד שהאשה אינה יודעת על הגירושין אין הגירושין חלין ועל כן ס"ל שכאשר לבסוף תנאי זה מתממש - הגירושין חלין, דכיון שהנתינה היתה נתינה טובה והיה רק מעכב בחלות הגירושין, כאשר המעכב הוסר האשה מתגרשת ובאמת כעין זה משמע בלשונו של האבנ"מ.⁹

⁹ וז"ל האבנ"מ: "וכיון דלשיטת תוס' מיירי שאמר לעדים ראו גט זה ואינו צריך להודיע לה אלא כדי שתדע משילוחיה ומשי"ה סגי כשמודיע לה אפי' אח"כ ולכך בכנסי שט"ח זה או במצאתו מאחוריו ה"ל תורת גירושין דכל שהודיע לה אח"כ הרי היא מתגרשת למפרע כיון דגוף ההודעה אינו אלא בכדי שתהיה משולחת ואינה חוזרת וא"כ בתחילה הי' הנתינה לשם גירושין ממש", ומשמע באבני מילואים כדברינו שכיון שסיבת החיוב לספר לאשה על גירושיה נובע רק משום 'משלחה וחוזרת' א"כ הנתינה בעצמותה הינה נתינה טובה אלא שישנו מעכב ומונע בחלות הגירושין. והנה האבנ"מ למד בדעת התוס' שס"ל שנתינה לשם פקדון לא מהני דדוקא במקרה זה שהוי נתינה לגירושין אלא שישנו תנאי של משלחה וחוזרת הוי נתינה לשם גירושין אך באופן שהוי נתינה לשם פקדון אינה מגורשת, וראה לקמן (הערה 12) שעמדנו על כך שהאבנ"מ הבין שלפי תוס' גם במשנה

אמנם התו"ג ס"ל דדין משלחה וחוזרת הינו תנאי בנתינת הגט ולא בחלות הגירושין ועל כן ס"ל שדי בכך שישנה מסוגלות שהענין יתברר לאשה אך אין הכרח שבפועל יתברר לה, דכל מטרת דין 'משלחה וחוזרת' (לפחות אותו הנובע מדין 'הא גיטיך') הוא כדי לשוות למעשה הנתינה שם של נתינת גירושין ולכן די במה שבפועל העדים יודעים ויכולים לספר לאשה, ובלשון התורת גיטין: "כיון דעומד הי' להתברר בשעת נתינה הוי כמשלחת ואינה חוזרת", ועל כן ס"ל לתורת גיטין שאפילו נקרע הגט קודם שהאשה יודעת הגירושין חלים שהרי באופן שהעדים יודעים יש על הנתינה שם של נתינה הגורמת לשילוחין והיא נתינה מעליא והגירושין חלים.

ונראה עוד להוסיף, דאם נאמר דדין 'משלחה וחוזרת' הוא דין בחלות הגירושין ולא בנתינת הגט אפשר להבין היטב לפי תוס' את דברי רבי שאינו מצריך שהבעל יטול הגט ויחזור ויתן שנית, דכיון שהטעם שצריך לומר 'הא גיטיך' הוא משום 'משלחה וחוזרת', א"כ לאותו הצד שדין 'משלחה וחוזרת' הינו דין ותנאי בחלות הגירושין נמצא שהנתינה הינה נתינה טובה אלא שישנו חסרון ומעכב בחלות הגירושין, שכיון שאין האשה יודעת שזהו גט היא בגדר משלחה וחוזרת והוי עיכוב בחלות הגירושין ועל כן כשסר העיכוב הנ"ל ע"י אמירת 'הא גיטיך' או אמירת העדים לאשה, אין צריך נתינה חדשה והגירושין יחולו, וכעין זה באר האבני"מ (שם) את דברי התוס'.¹⁰

מיירי באמר לעדים תחילה, אמנם אבן האזל (פ"א מגירושין) חלק על האבני"מ ובאר בתוס' שהמשנה מדברת באופן שלא אמר לעדים תחילה ובכל זאת מהני לתוס' ואין צריך נתינה חדשה כיון שס"ל לתוס' שנתינה לשם פקדון מהני וכ"ז להיפך מהאבני"מ ע"ש הכרחו לזה, ומ"מ לפי הצד דדין 'משלחה וחוזרת' הינו תנאי בחלות הגירושין ולא בנתינה מקרה זה אינו חשיב כנתינה לשם פיקדון דהנתינה היא ודאי נתינה מעליא וחשיבא כנתינה לשם גירושין אלא שישנה ריעותא בחלות ואפשר שס"ל לאבן האזל כתו"ג דדין 'משלחה וחוזרת' הנובע מדין אמירת 'הא גיטיך' הינו דין בנתינת הגט ולא בחלות הגירושין ועל כן הוא מבין שאם האשה אינה בגדר משלחה וחוזרת הנתינה הינה נתינה גרועה וחשיבא כנתינה לשם פקדון.

¹⁰ ואף שגם לפי התו"ג בארנו היטב מדוע אין צריך הבעל לתת את הגט מחדש לאשה אע"פ שס"ל ש'משלחה וחוזרת' הינו דין בנתינת הגט ולא בחלות הגירושין, מ"מ כפי שנבאר לקמן, נראה שדברי התורת גיטין מסתברים דוקא לגבי דין 'משלחה וחוזרת' השייך לדין 'הא גיטיך' אך בדין 'משלחה וחוזרת' השייך לדין שוטה וקטנה מסתבר יותר לומר שהוי דין בחלות הגירושין ולא בנתינת הגט, ועל כן יותר טוב לבאר את תוס' ע"פ ההבנה שדין 'משלחה וחוזרת' הינו תנאי בחלות הגירושין ומלבד זה, מפשט התוס' נראה יותר שאם העדים אינם מודיעים לאשה אינה מגורשת כפי שכתבו הבית שמואל והאבני"מ ולא כתו"ג וגם התו"ג בעצמו כתב כדבריהם בתחילת דבריו אלא שהוסיף על דרך האפשר הבנה נוספת. והנה שאר הראשונים בארו שהטעם של אמירת 'הא גיטיך' אינו משום 'משלחה וחוזרת' שהוי תנאי בחלות הגירושין כמ"ש, אלא בארו שצריך לומר הא גיטיך

ולפי"ז נלמד לגבי נידון דיין, שאף שהבעל נותן לשוטה או לקטנה שהם בגדר משלחת וחוזרת מ"מ לאחר שהשוטה מתרפאת והקטנה גדלה אין צריך נתינה חדשה. עוד נראה לומר, דגם לתורת גיטין שס"ל שדין 'משלחה וחוזרת' של 'הא גיטיך' הינו דין בנתינת הגט וכפי שבארנו, אפשר שמודה דדין 'משלחה וחוזרת' של שוטה וקטנה הוי דין בחלות הגירושין ולא בנתינת הגט.

והביאור בזה, כפי שראינו - התורת גיטין ס"ל שלא איכפת לך בדוקא שהאשה עצמה תדע מהגירושין ותהיה משולחת אלא די אם תהיה אפשרות שהאשה תהיה משולחת נמצא שגדר משלחה וחוזרת במקרה זה, הוא כדי להגדיר את מעשה נתינת הגט ולא להגדיר את האשה עצמה שהרי אפשר שהאשה עצמה לא תדע ובאמת תחזור לבעלה ולא תהיה משולחת אלא דזה מהני כיון שס"ל שהוי תנאי בנתינת הגט ולא בחלות הגירושין, אך לגבי שוטה וקטנה אף שהבעל עצמו אומר לאשה 'הא גיטיך' וא"כ לכאורה הוי נתינה מעליא כשם שס"ל לעיל, מ"מ חזינן שהאשה אינה מגורשת, נמצא דבאופן זה דין 'משלחה וחוזרת' תלוי באשה עצמה שהיא אינה חוזרת ולא במעשה הנתינה של הבעל, ועל כן נראה שגם התורת גיטין מודה, שגדר 'משלחה וחוזרת' בשוטה וקטנה שאני מגדר 'משלחה וחוזרת' של 'הא גיטיך', דלגבי שוטה וקטנה חשיב כתנאי בחלות הגירושין ולא במעשה הנתינה, והטעם הוא כנ"ל דאמירת 'הא גיטיך' מוטלת על הבעל ומסתבר דחשיב כחלק ממעשה הנתינה דמעשה הנתינה הרי מתקיים על הבעל, אך דין 'משלחה וחוזרת' דגבי שוטה וקטנה תלי במצב של האשה ועל כן מסתבר יותר דזה שייך לחלות הגירושין ולא למעשה הנתינה.¹¹

כדי שהנתינה תהיה נתינה לשם כריתות (עיין לעיל הערה 8), ובפשטות לדבריהם דין 'הא גיטיך' הוא דין בנתינה ולא בחלות הגירושין ומ"מ מודו דלרבי אין צריך נתינה חדשה כמבואר בגמ', וא"כ לכאורה נדחין דברינו לעיל שהנפק"מ של החקירה האם הוי דין בנתינה או בחלות היא האם צריך לשוב ולתת מחדש שהרי כאן אף לשיטות שאומרות שהוי דין בנתינה ולא בחלות הגירושין, מ"מ מודו דאין צריך לשוב ולתת מחדש, ובאמת ז"א דאדרבה הר"ן למד מכאן (ע"ש כיצד יצא לו זה) שנתנה לשם פקדון הוי נתינה, ונמצא שהסיבה שלרבי אין צריך ליתן מחדש זה דוקא בגלל שמקרה זה כן חשיב כנתינה מעליא אע"פ שלא הוי נתינה לשם כריתות, ולפי"ז במקרה שבו הנתינה לא תחשב כנתינה צריך יהיה לשוב ולתת מחדש כדכתבנו לעיל, וכך משמע גם באבני מילואים.

¹¹ אמנם אין זה מוכרח, דאף שהוי תנאי באשה ולא בבעל מ"מ אפשר שתנאי זה הוא מדיני הנתינה, וביתר דיוק - שהוי תנאי בדיני הקבלה של הגט שכיון שהאשה חוזרת חשיב כאילו לא קיבלה את הגט, שדוקא גט הגורם לשילוחי האשה הוי נתינה וקבלה מעליא, ונמצא אף שהוי שני דינים שונים לגבי 'משלחה וחוזרת' מכל מקום שניהם שייכים להלי' נתינת הגט ולא לחלות הגירושין, דכאשר האשה הינה אשה רגילה אך הבעל לא אומר 'הא

עפ"י אפשר שכו"ע ס"ל דגבי שוטה וקטנה הוי תנאי בחלות הגירושין, וא"כ זכינו לחידוש גדול שהבעל אין צריך לתת לאשה מחדש והטעם כנ"ל דדין 'משלחה וחוזרת' הינו תנאי רק בחלות הגירושין ולא בנתינת הגט.¹²

גיטיך' הוי פסול בנתינת הגט מצד הבעל וישנו פסול נוסף והוא במקרה שהבעל אומר 'הא גיטיך' דשפיר הוי נתינת גט מצד הבעל אמנם הנתינה פסולה מצד קבלת הגט שכיון שהאשה 'משלחה וחוזרת' הוי פסול בקבלת הגט מצד האשה והנתינה נפסלה, ומ"מ נראה דיותר מסתבר שהוי דין בחלות הגירושין ולא בדיני הנתינה והקבלה משום שהבנה זו שכאשר האשה משלחה וחוזרת הוי חסרון בנתינה ובקבלה, הינה הבנה מיוחדת.

¹² ניתן לפרש דין זה, שהגירושין חלין גם ללא נתינה חדשה בשני אופנים :

א. בתחילה נעשה מעשה הנתינה אך החלות מתעכבת והגירושין חלין רק כאשר האשה נעשית 'משלחה וחוזרת'.

ב. כאשר האשה נעשית 'משלחה וחוזרת' חלים הגירושין למפרע משעת הנתינה.

האבנ"מ (שם) באר בתוס' שכאשר ישנה אמירה לאשה לאחר הנתינה הרי היא מגורשת למפרע משעת הנתינה והנה באבנ"מ משמע שפירש בדברי התוס' שגם המשנה עצמה מדברת באופן שאמר לעדים קודם (ועיין במילואי חותם הערה 22א בזה), וצ"ע האם דוקא במקרה שאומר לעדים מתחילה ס"ל לאבנ"מ שמגורשת למפרע אך כאשר אינו אומר לעדים מתחילה אע"פ שאומר אח"כ לאשה הרי היא מגורשת רק לאחר אמירת הבעל הא גיטיך ואינה מגורשת למפרע או שאפי' במקרה שאינו אומר לעדים הרי היא מגורשת למפרע ובגדול ממינסק (ראה לקמן) משמע שמגורשת למפרע אפי' בלא אמירה לעדים מתחילה.

והנה ע"פ דין זה שכאשר נותן לשוטה או קטנה ואח"כ נהיית משלחה ואינה חוזרת הגירושין חלים גם ללא נתינת גט מחדש, חשבתי לתרץ את קושיית הפני"י בהקדמתו לסדר נשים על שיטת רש"י (גיטין סד, ב ד"ה אינה) שקטנה פחותה מפעוטות אינה מתגרשת אף בקבלת אביה. בגמ' בסנהדרין (סט, ב) משמע שבת שבע ילדה את שלמה בגיל שמונה או בגיל שש ועוד מבואר בגמ' בכתובות (ט, ב) שדוד המלך לא חטא באיסור אשת איש כיון שכל היוצא למלחמת בית דוד גט כריתות נותן לאשתו ונמצא שאוריה גירש את בת שבע, ומקשה הפני"י דלשיטת רש"י כיצד חל הגט שנתן אוריה לבת שבע, שהרי אם שלמה נולד כשבת שבע היתה בת שש א"כ ביאת דוד על בת שבע היתה פחותה מגיל פעוטות כיון שהיה לבת שבע ולד מעיקרא ע"י ביאת דוד והגיל המוקדם שהגירושין חלים בנתינה לפעוטות הוא גיל שש והרי הגט ניתן בפחות מגיל זה ונמצא שבת שבע בעצמה לא יכלה לקבל את הגט, ולשיטת רש"י גם אביה של בת שבע אינו יכול לקבל בשבילה את הגט וא"כ כיצד הגט חל, וגם אם נאמר שבת שבע ילדה את שלמה בגיל שמונה ונמצא שהביאה שממנו בת שבע התעברה בולד הראשון נעשתה כשבת שבע היתה בת שש (שנתיים לשני עיבורים, ע"פ המהרש"א) מ"מ ע"כ כשהלך אוריה למלחמה היתה בת שבע פחותה מגיל שש שהרי צריך לחכות ג' חדשי הבחנה וא"כ אם דוד בא על בת שבע בגיל שש הרי שהגט ניתן ג' חודשים לפני כן וא"כ כיצד לרש"י הגט חל?

בעקבות קושיא זו הפני"י חידש שכיון שבדורות ראשונים היו מולידות בנות שמונה, וקי"ל בניים הרי הם כסימנים, א"כ שנות הגדלות נמי היה משתנה באותן הדורות, וא"כ לפ"י בפשיטות מצינו לומר דעונת הפעוטות היה ג"כ משתנה באותן הימים ואפילו פחות מבת חמש. אמנם נראה שע"פ דברינו אפשר לתרץ שפיר את רש"י דאף שהגט ניתן כשבת שבע היתה פחותה מגיל שש והוי בגדר משלחה וחוזרת מ"מ כשבת שבע הגיעה לגיל שש היינו לגיל פעוטות, היא בגדר משלחה ואינה חוזרת וכיון שאוריה אינו צריך ליתן את הגט מחדש - הגירושין חלים. (וצ"ל שאמירת 'הא גיטיך' נעשתה ע"י העדים). ולפי האבנ"מ

שוב מצאתי, שה'גדולי ממינסק¹³ והרב יצחק חבר¹⁴ כתבו כנ"ל, שכאשר הבעל נותן גט לאשה שהינה בגדר 'משלחה וחוזרת' אם לאחר מכן מתרפאת והופכת להיות בגדר שאינה חוזרת אין צריך נתינה מחדש.

הנה נתבאר שדין 'משלחה וחוזרת' הינו תנאי בחלות הגירושין ולא במעשה הנתינה והפוסקים כתבו נפק"מ נוספת ע"פ הבנה זו.

מפורסמת קושיית המגיה למ"מ (גירושין ו,ה) איך מהני השלשת הגט עבור אשה שוטה, שהרי כעת א"א לתת לה את הגט משום שהינה משלחה וחוזרת, וא"כ אינו יכול למנות שליח לתת לה את הגט לכשתתפא כיון שכל מידי דלא מצי עביד לא מצי משוי שליח (עיין בזה במל"מ אישות ט,ו)?

הרב יצחק חבר מחדש, דמה שאנו אומרים שלא יכול למנות שליח בדבר שאינו יכול לעשותו, 'אין זה אלא באם לא שייך בה שום ענין קידושין או גירושין... דבאשה פנויה לא שייך גרושין כלל, משא"כ בני"ד שבאמת היא אשתו ואגידא ביה רק שאינה בת קבלת גט ר"ל שאינה יכולה להיות ניתרת לכל אדם ע"י גט זה מגזירת הכתוב דושלחה מביתו פרט לזו שמשלחת וחוזרת, אבל בת קבלת גט היא, ולפ"ז מתרץ הר"י יצחק חבר קושיא זו, שע"פ דבריו שהבאנו לעיל שאם הבעל היה נותן לשוטה את הגט בעצמו הגירושין חלים לכשתתפא ואין צריך נתינה חדשה, א"כ נחשב שהאשה בת קבלת גט ושפיר יכול הבעל למנות שליח והשלשת הגט מועילה, דהכלל הנ"ל שייך רק

אפשר שכשמגיעה לגיל פעוטות הגט חל למפרע כדכתב הגאון ממינסק וא"ש גם לשיטת תוס' (כתובות ד"ה כל) שהיוצא למלחמה נותן את הגט מחשש שמא ימות במלחמה ולא רק מחשש עיגון.

¹³ שו"ת אור גדול (סי' מא,ד) ע"פ פשט התוס' והאבני"מ. והנה אף שהגדול ממינסק לא נחת לבאר מה הטעם לכך שהוי מגורשת למפרע גם בלי מעשה נתינה חדש, אמנם מוכח שם שס"ל כאבני מילואים שידיעת האשה מעכבת ולא מספיק שאומר לעדים, ובפשוטות ס"ל שהוי תנאי בחלות הגירושין ולא במעשה הנתינה כשם שדקדקנו בדברי האבני מילואים. וע"ש שעפ"ז שאפשר שהגירושין יחולו למפרע רצה הגדול ממינסק לתרץ את רש"י בסנהדרין (נה,ב ד"ה ואם בא) שמשמע ממנו שהסיבה שבפחות מג' אינו יכול לגרשה ע"י אביה משום שאינה נקנית לו שהרי בפחות מג' שנים אינה ביאה, והקשה שער המלך (הל' גירושין ב,יח ד"ה ושוב) מדוע רש"י כתב שאינה מגורשת מהטעם הזה ולא משום שהוי פחותה מעונת הפעוטות שהרי רש"י ס"ל (סד,ב) שקטנה שפחותה מפעוטות אינה מתגרשת אפי' ע"י אביה? ותרץ האור גדול, שכיון שכאשר הקטנה מגיעה לגיל פעוטות הגירושין חלים למפרע הוצרך רש"י לכתוב טעם אחר.

¹⁴ שו"ת בנין עולם אבה"ע סי' ג, וז"ל: "ולדעתי גם אם נתן לה הגט בעת שהיא שוטה שא"י לשמור גיטה בת קבלת גט היא רק שאינה מותרת ע"י גט זה והבא עליה חייב משום אשת איש. ונפ"מ אם אחר שנתרפאה והגט עדיין בידה ואומר לה הא גיטך מתגרשת ע"י בקבלה הראשונה".

בגונא שאין האשה בת קבלת גט משא"כ בשוטה חשיב שקיבלה את הגט אלא שישנו בינתיים מעכב בחלות הגירושין ולא בנתינת וקבלת הגט.

וכעין זה כתב הר' אליעזר שמחה רבינוביץ בתשובותיו,¹⁵ "דהתם [=בשוטה] הא הבעל יכול לכתוב גט ולמסור לה, דהא לא בעינן דעתה כלל, רק אחר הנתינה יש חסרון בזה דהיא אינה מגורשת, אי משום דמשלחה וחוזרת, או משום דאין לה יד, וא"כ החסרון אינו לא מצד הבעל ולא מצד הנתינה, רק אחר הנתינה וכל מה דהוא יכול לעשות, יכול לעשות שליח למסור הגט להאשה", וע"ש שכתב שפשוט שלפי הטעם שאינה מגורשת משום שמשלחה וחוזרת יכול הבעל למנות שליח ע"פ היסוד הנ"ל אלא שמסתפק שם האם גם לטעם השני שאינה מגורשת משום שאין לה יד הבעל יכול למנות שליח.

והנה עד עתה הנחנו מסברא, וכן הוכחנו זאת, שההלכות שלא נלמדו מהמילים 'ונתן בידה' כגון משלחה וחוזרת וכגון הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלוני נוגעות לחלות הגירושין ולא למעשה הנתינה, אך באמת נראה דיש ראשונים שלמדו שישנה הלכה מסוימת שנלמדה מ'כריתות' ואעפ"כ גדרה נוגע למעשה הנתינה ולא לחלות הגירושין והוא דין 'גט בידה ומשיחה בידו' ונמצא לפ"ז שיש שני סוגי 'כריתות': יש הלכה של כריתות שהיא תנאי בנתינה ויש הלכה של כריתות שהיא תנאי בחלות הגירושין ולא בנתינה.

ה. גט בידה ומשיחה בידו

גיטין (עח,ב): "אמר רב חסדא: גט בידה ומשיחה בידו, אם יכול לנתקו ולהביאו אצלו - אינה מגורשת, ואם לאו - מגורשת; מאי טעמא? בעינן כריתות וליכא".

הגמ' אומרת שאם יכול לנתק ולהביא את הגט אליו אינה מגורשת משום שבעינן כריתות וליכא'.

ונראה דיש לחקור האם 'משיחה בידו' שפסול מטעם ש'בעינן כריתות וליכא' הוא חסרון ותנאי במעשה הנתינה, שכיון שהבעל מחזיק במשיחה ויכול להביא את הגט אליו חשיב שעדיין לא נתן את הגט לאשה, ובדין זה התחדש שאע"פ שהגט נמצא בידה כיון שהגט קשור לבעל נמצא שהגט אינו כרות מן

¹⁵ חידושי רבי אליעזר שמחה ח"ב - שו"ת סימן יג.

האשה ועל כן הנתינה חסרה,¹⁶ או שמא הנתינה היא נתינה טובה וחסרון הכריתות אינו חסרון בנתינת הגט לאשה אלא שישנו חסרון ותנאי בחלות הגירושין, שבאופן כזה אין הגירושין יכולים לחול, ולפי"ז חסרון הכריתות הנ"ל הוא חסרון בחלות הגירושין אך הנתינה הינה נתינה טובה.

תוס' (שם, ד"ה אם) מעורר אותנו לדון באיזה מקרה מדברת הגמ' וז"ל: "נראה דלא מיירי כשהיתה ידה פתוחה ולאחר שנתן הגט בידה קפצה ידה, דא"כ אפילו אין יכול להביאו אצלו אינה מגורשת כיון דבשעת נתינה היה יכול להביאו אצלו ומה שקופצת ידה אח"כ זה אינו עושה הבעל אלא היא והוה ליה כמו טלי גיטיך מעל גבי קרקע ואינו גט".

תוס' מבאר שהגמ' אינה מדברת באופן שנתן את הגט לידה הפתוחה ואחר כך קפצה האשה את ידה שהרי במקרה כזה אינה מגורשת, שאף שעכשיו אין יכול להביא את הגט אליו ואין חסרון של 'משיחה בידו', מכל מקום כיון שהסיבה שאינו יכול להביא את הגט אצלו נבע מקפיצת ידה, הגירושין אינם חלים משום שהו' כ'טלי גיטך' היינו שהגירושין נעשו על ידי האשה ואינה מגורשת כמבואר בגמ' (עח,א), ועל כן תוס' מביא בשם ר"י ור"ת שתי אוקמיתות שונות כדי לבאר מדוע אין בגמ' חסרון של 'טלי גיטך'.¹⁷

לאחר שהרא"ש (פ"ח סי' ח) מביא אוקמיתא נוספת להסבר הגמ' בשם רשב"ם כדי שלא להעמיד באופן שקופצת ידה, הוא כותב כך: "ור"י אומר

¹⁶ ויש להוסיף ולבאר שגם לצד זה בחקירה שדין 'משיחה בידו' הינו דין בנתינת הגט ולא בחלות הגירושין אין דומה דין זה לדין 'אגיד גביה' המוזכר בגמ' (עח,א). דין 'אגיד גביה' עוסק בשאלה האם הבעל נתן לאשה והאם היא קיבלה וכאשר הגט מונח בדי' אמות של הבעל (או ברשותו) אין זה נחשב שהבעל נתן לה ושהיא קיבלה אך דין 'משיחה בידו' (אף שהו' גם דין מהל' הנתינה לצד זה), עוסק בשאלה האם הבעל עדיין נשאר קשור לגט או לא, האם הגט כרות מהבעל או לו שהרי לכאורה במקרה של גט בידה ומשיחה בידו ביחס לשאלה הראשונה האם האשה קבלה או לא, ודאי שהאשה קיבלה כיון שהגט מונח בידה וברשותה אלא שביחס לשאלה השניה האם הבעל כרות מהגט או לא התחדש בדין זה שכיון שהבעל עדיין כרות לגט כיון שיכול להביא את הגט אליו לכן הנתינה אינה מועילה אך ודאי שביחס לשאלה הראשונה ביחס לדין 'אגיד גביה' הו' נתינה מספקת ולפי"ז אפשר שיהיה הבדל ולפעמים לא יהיה חסרון של 'אגיד גביה' וחשיב נתינה מהבעל אף שלא הו' כריתות כבמקרה של 'משיחה בידו' וכן לפעמים אפשר שיהיה להיפך ראה לקמן בנספח בסוף המאמר.

¹⁷ "ז"ל התוס' (שם): "אלא נראה לר"י דמיירי שכבר היתה ידה קפוצה והוא תחב הגט לתוך ידה ואם תחב כל כך בחוזק עד שאינו יכול להביאו אצלו הו'א מגורשת ור"ת מפרש דבידה פתוחה איירי שפיר ואם אינו יכול להביאו אצלו היינו כשהגט כבד ואם ימשוך אצלו תינתק המשיחה".

דמיקרי שפיר נתינה כיון שהוא התחיל הנתנה קרינן ביה שפיר ונתן אע"פ שהיא גמרה הנתנה".

ר"י אומר שאע"פ שהאשה קפצה ידה אין פה חסרון בנתנה, ומביא ראיות לכך שהנתנה הינה נתינה שלמה ומספקת.¹⁸ ואלו ראיותיו:

א. הגמ' (גיטין כד, א) אומרת שאם הבעל אומר לאשה "לא תתגרשי אלא בפני בית דין פלוני" כאשר האשה מגיעה לבית הדין היא מגורשת ואומר ר"י שמסתבר שמדובר שם אפילו במקרה שבו האשה הוציאה את הגט בינתיים מרשותה ושוב נטלה אותו והגיעה לבית הדין ואעפ"כ היא מגורשת על אף שהגט בידה שלא מכח נתינתו מיד הבעל כיון שבתחילת הנתנה הוא נתן בידה שפיר נחשב לנתנה ואין חסרון של טלי גיטך מעל גבי קרקע.

ב. הגמ' (כתובות פו, ב) מסתפקת במקרה שבו הבעל אומר לאשה הרי זה גיטך ולא תתגרשי בו עד לאחר ל' והגט מונח בצידי רשות הרבים האם הוא גט אך פשוט שאם הגט בידה בסוף ל' יום שהאשה מגורשת אע"פ שהנתנה האחרונה נעשית מעצמה ולא מידו של הבעל.

אמנם הרא"ש מחלק: "ונראה לי דלא דמי דהתם מעיקרא נתינה מעלייתא היא אע"פ שיש הפסק בינתיים מכל מקום כשיגיע הזמן והגט בידה מגורשת על ידי נתינה הראשונה אבל הכא מעיקרא לא הויה נתינה דכל זמן שידה פתוחה יכול לנתקו ולהביאו אצלו וכשקפצה ידה הרי היא עושה כל הנתנה".

ולכאורה שפיר כתב הרא"ש, דמה ראייה לר"י מהמקרים הנ"ל לנידון דידן, שהרי שם הוא ודאי נתינה מעליא אלא שחלות הגירושין כעבור זמן ואילו כאשר הגט בידה ומשיחה בידו אין הנתנה נחשבת כנתנה כיון שהבעל מחזיק את הגט בעזרת המשיחה וא"כ כאשר האשה תקפוץ ידה הוא טלי גיטך ומה הוכיח ר"י מהמקרים הנ"ל בהם הנתנה היא נתינה טובה ללא שום ריעותא?

עוד צריך לברר במאי פליגי תוסי' ור"י (ברא"ש), דמדוע ר"ת, ר"י (בתוס') והרשב"ם ס"ל שאם האשה קופצת ידה הוא חסרון של 'טלי גיטך' ואינה מגורשת ואילו ר"י (ברא"ש) ס"ל דשפיר הוא נתינה ואין ריעותא בכך שהאשה קפצה ידה?

¹⁸ והאחרונים האריכו לדון ביחס בין ר"י המובא בתוסי' לר"י המובא ברא"ש שהרי לכאורה הם סותרים זה את זה, עיין בקרבן נתנאל (אות ו) ובבי"ש (קלח, ה).

והנה הגר"ח מטלז¹⁹ חקר כדברינו וז"ל: "יש לחקור בהא דבעינן כריתות גבי גירושין ואם אגוד הוא עתה במשיחה אף שקנתה את הגט אינה מגורשת, אם זהו תנאי מעצם הנתינה, כלומר שאינה נקראת גבי גירושין נתינה שתתגרש בנתינה זו אלא אם נכרת ונפרד ממנו לגמרי מבלי שנשארה שום התקשרות, אבל אם אגוד בה במעט אין זו נתינה של גירושין, וזהו מתנאי הנתינה, או דלמא דדין כריתות אינו אלא תנאי בגירושין אבל אינו מגרע בעצם הנתינה, אלא שאינה מועלת הנתינה אם לא יקוימו תנאי הגירושין ואחד מהם הוא שתהיה בהם כריתות".

ופשט הגר"ח ספקו מדברי תוס' שאומר שאם האשה קופצת ידה הוי חסרון של 'טלי גיטך' ומוכח שענין הכריתות הנ"ל הוא דין ותנאי בנתינה ולא בחלות הגירושין, שהרי אם הנתינה שפיר נחשבת כנתינה אלא שאין חלות גירושין, מה איכפת לן שהאשה היא שעושה זאת ולא הבעל,²⁰ אלא מוכח שלתוס' חסרון הכריתות הוא דין בנתינת הגט ולא בחלות הגירושין וכל זמן שהבעל מחזיק את המשיחה ויכול לנתק הגט מידה, חסר בנתינה והגט נחשב כמונח עדיין ביד הבעל ואם קפצה ידה היא עושה את הנתינה ואינה מגורשת.

ובע"כ לומר לפי הבנה זו של התוס', שיש שני סוגי הלכות שנלמדו 'מכריתות'. יש הלכות הנוגעות לחלות הגירושין כגון מותרת לכל אדם חוץ מפלוני וישנו סוג אחר של פסול כריתות שהוא נוגע למעשה הנתינה.

אמנם נראה דהרמב"ם (גירושין ה, טז) למד שדין 'משיחה בידו' הוי דין ותנאי בחלות הגירושין ולא בנתינת הגט ולפי דעתו אין הכרח לחלק ולחדש דיש שני סוגי 'כריתות', וז"ל הרמב"ם:

זרק הגט לידה והיה קשור במשיחה וקצת המשיחה בידו, אם יכול לנתקו ולהביאו אצלו אינה מגורשת עד שתפסק המשיחה ואם אינו יכול לנתקו הרי זו מגורשת.

¹⁹ ספר זכרון 'כצאן יוסף' גיטין סי' י עמ' קסו. דברי הגר"ח מטלז הובאו גם בספר 'נחלת אליהו' (נלקט ונערך ע"פ כתבי גאון הצדיק ר' אליהו דושינצר ע"פ מה ששמע מהגר"ח מטלז בעצמו), ויש הבדלים בין שתי השמועות הנ"ל, ובהערות הבאות נזכיר מקצת מן ההבדלים בין שני השיעורים. ועיין עוד לקמן שישנה עוד גירסא לדברי הגר"ח מטלז.

²⁰ הגר"ח מבין שדין 'טלי גיטך' המחייב את הבעל לעשות את פעולת הנתינה שייך רק לגבי הלכות הנוגעות לדיני הנתינה ולא לגבי הלכות הנוגעות לחלות הגירושין ועל כן הוכיח מהתוס' כנ"ל וראה לקמן מה שנכתוב בדין 'טלי גיטך'.

הב"י כתב שמשמע קצת מלשון הרמב"ם 'עד שתפסק המשיחה' שאם המשיחה נפסקת אף בעקבות קפיצת יד האשה הרי היא מגורשת²¹ ונמצא שהרמב"ם פליג על תוס'. לתוס' אם קפצה ידה לא הוי מגורשת אף אם אח"כ יעזוב את המשיחה וצריך נתינה חדשה אך לרמב"ם הוי מגורשת וצ"ב במאי פליגי.

נראה לומר שהתוס' והרמב"ם נחלקו בחקירה הנ"ל.

תוס' ס"ל ש'משיחה בידו' הוי דין בנתינה וכנ"ל ועל כן הנתינה חסרה וכאשר האשה קופצת את ידה היא עושה את הנתינה ואינה מגורשת. לעומת זאת הרמב"ם ס"ל שאף שיכול לנתק ולהביא את הגט אליו, הנתינה שפיר נחשבת נתינה כיון שהגט מונח בידה, אלא דדין כריתות מעכב בחלות הגירושין ועל כן ס"ל שאף אם האשה קופצת ידה אין זה נחשב שהיא עושה את הנתינה שהרי הנתינה הינה נתינה מעליא ואם אח"כ נפסקת המשיחה, הרי הגט כרות מהבעל ועל כן הגירושין יחולו כיון שכל המעכב והמונע הוא רק בחלות הגירושין ועתה המעכב הוסר.²²

²¹ הבית שמואל (קלח,ד) הביא את דברי הרמב"ם וכתב 'שלא משמע כן משאר הפוסקים', ובפשטות, אם הב"ש הבין שגם הרמב"ם מודה שאם האשה תקפוץ ידה אינה מגורשת אלא שמה שהרמב"ם פוסק שהאשה מגורשת מדובר במקרה שהבעל עזב את המשיחה עוד לפני שהאשה קפצה ידה, לכאורה אין מי שיחלוק בזה על הרמב"ם וודאי שהאשה מגורשת וכך משמע גם בתוס' שרק בעקבות זה שהאשה קופצת ידה אינה מגורשת אך אם הבעל יעזוב את המשיחה לפני שהאשה תקפוץ ידה ודאי שהוי מגורשת ואין מי שיחלוק בזה ואיך כתב הב"ש 'שלא משמע כן משאר הפוסקים' וא"כ לכאורה מוכח שהב"ש הבין כפי שהבין הבית יוסף ברמב"ם שאף שהאשה תקפוץ ידה או שהמשיחה נפסקה מעצמה הוי מגורשת, וכן מצאתי בגט מקושר (מהרא"ל צינץ, סי' רכד, ג) שכתב שבאופן שהבעל עצמו עזב את המשיחה ולא האשה משכה את הגט גם לדעת הב"ש יש כאן נתינה טובה והיא מגורשת.

²² כעין דברינו כתב האבנ"מ (קלח,ב), שסברת הרמב"ם היא 'שהנתינה הוי נתינה שלימה... אלא שלענין גיטין לחודיה לאו כריתות הוא משי"ה כל שנפסק החוט דתו לא אגיד גביה מהני', אמנם האבנ"מ באר שהסיבה שהרמב"ם נקט שהנתינה הינה נתינה שלימה היא משום שס"ל שנתינה לשם פקדון מהני והאוסרים ס"ל דנתינה לשם פקדון לא מהני ועל כן ס"ל שבאופן זה שלא הוי נתינה לשם גירושין שהרי לא הוי כריתות הוי כנתינה לשם פקדון ורק לכן ס"ל שהנתינה אינה נתינה שלמה. נמצא שלאבנ"מ השאלה האם כשאשה קפצה ידה מגורשת או לא תליא בסברא שכתבנו, שאם הנתינה הינה טובה הוי גירושין אף שקפצה ואם הנתינה אינה טובה לא הוי גירושין שהרי האשה היא זו שעושה את הנתינה אלא שהאבנ"מ ס"ל שעיקר השאלה האם הוי נתינה שלימה או לא תליא במחלוקת האם נתינה לשם פקדון מהני או לא ולדברינו אין צריך לזה. אמנם עיין בחידושי הגר"ח (על השי"ס סטנסיל סי' קנד בענין שחרור עבד) שכתב שבגמ' בגיטין מוכח 'דיש כריתות גם במעשה הנתינה, רואין מזה דנתינה וכריתות חד מילתא הוא דאי ליכא נתינה לאו כריתות הוא ואם היה בכאן כריתות גם נתינה היה מקרי', ועייש עוד מה שכתב

ונראה שקצת יש להוכיח מהגמ' (ב"מ ז, א) כרמב"ם, ש'משיחה בידו' הוי תנאי בחלות הגירושין ולא בנתינה:

הגמ' אומרת שאם מחזיק ג' על ג' מהסודר נחשב כ'ונתן לרעהו' וקונה בקניין סודר דחשיב כמאן דפסיק ומקשה הגמ' מדוע לגבי גט בידה ומשיחה בידו שאם יכול להביאו אצלו הוי מגורשת הרי שפיר נחשב לנתינה ומיישבת הגמ', 'התם - כריתות בעינן, וליכא. הכא - נתינה בעינן, והא איכא'.

פשט הגמ' הוא שאכן אופן זה נחשב שפיר לנתינה אמנם בגירושין ישנו דין כריתות ולכן אין הגירושין חלים, ולכאורה מוכח שדין 'משיחה בידו', הפסול מדין כריתות, הינו דין ותנאי בחלות הגירושין ולא במעשה הנתינה שהרי הגמ' אומרת שהנתינה מועילה אלא שיש חסרון של כריתות.

הדברים מפורשים בדברי התפארת יעקב (סי' קלח, ב סק"ה) שכתב, לאחר הבאת דברי הגמ' הנ"ל בב"מ: 'דנתינה ודאי הוי, רק דגזירת הכתוב שלא יהיה שום דבר המחברן וחוט זה מחברן לא הוי כריתות', והוסיף לבאר שזהו טעמו של הרמב"ם, 'אבל כאן דהוי נתינה מעליא כל שהיה כריתות אח"כ ברצון הבעל מהני... וזה שכתב הרמב"ם בפשיטות עד שתפסוק המשיחה דעיקר הקפידא שיהא כריתות אבל מצד הנתינה הוי נתינה מעליא', ועל כן תמה התפארת יעקב על התוס' דאיך פסל מדין 'טלי גיטך' הרי הנתינה הינה נתינה מעליא.²³

ולפי תוס' צריך לבאר שכוונת הגמ' היא שאף שלדיני קניינים שפיר נחשבת הנתינה לנתינה מעליא באופן זה, מ"מ בגירושין כיון שישנו דין כריתות יש צורך בנתינה מסוג אחר, נתינה יותר מעולה, וכיון שאין כאן כריתות שהרי הבעל מחזיק בגט, הנתינה הינה נתינה שאינה מועילה לגבי גירושין אף שלגבי שאר דיני קניינים שפיר נחשבת כנתינה מועילה.²⁴

ונראה לבאר שר"י (המובא רא"ש) ס"ל כרמב"ם דדין 'משיחה בידו' הינו דין ותנאי בחלות הגירושין והנתינה שפיר נחשבת כנתינה ועל כן שפיר דימה דין

בזה, ועי"פ משמע מדבריו דדין כריתות של 'משיחה בידו' הוי דין בנתינה ולא בחלות הגירושין, אמנם איני יודע היכן יצא זה לר' חיים בגמרא.

²³ ועי"ש (סק"ו) שצירף את שיטת הרמב"ם כסניף לשיטת הרמ"א (קלח, ב) שאם קפצה ידה ברצון הבעל מגורשת ומתוך כך השיג על הבית שמואל (סק"ו) שפסק דלא כרמ"א.

²⁴ כך פירש את הגמ' ר' אליעזר די אבילה בספרו מגן גבורים וז"ל: "הכא נתינה בעינן וכו', פי' דנתינה משמע כל דהו אלא דלגבי גט גלי קרא דבעינן נתינה מעליא דכתיב כריתות". ובאמת גם הגר"ח מבריסק שהזכרנו לעיל, הערה 22 למד כן בגמרא.

זה למקרים שבהם הנתינה שפיר נחשבת נתינה אלא שיש מעכב מסוים בחלות, אך הרא"ש ס"ל דדין 'משיחה בידו' הינו דין ותנאי בנתינה דכיון שהגט אינו כרות לגמרי מהבעל חשיב שהבעל עדיין מחזיק הגט בידו ונמצא שאין כאן נתינה, וכמעט שמשמע כן בלשון ר"י ובלשון הרא"ש, דר"י כתב 'דמיקרי שפיר נתינה' ואלו הרא"ש דחה דבריו 'הכא מעיקרא לא הויא נתינה דכל זמן שידה פתוחה יכול לנתקו ולהביאו אצלו וכשקפצה ידה הרי היא עושה כל הנתינה'.²⁵

ובאמת כן מצאנו בשיטה מקובצת וז"ל: "הוה מצינא לפרושי דכיון שנתן בידה וקפצה ידה ואינו יכול לנתקו, דהוי גט, דלא דמי לטלי גיטך מעל גבי קרקע, דהתם לאו מידי יהב לה איהו. והיינו דקאמר הכא, אם יכול לנתקו ולהביאו אצלו, דמשמע בכל גוונא. והתוספות דחו פירוש זה, דכיון דמשיחה בידו, ובשעה דיהיב לה היתה ידה פתוחה, והיה יכול להביאו אצלו, ליכא נתינה כלל, והשתא דקפצה ידה, היא גרמה הנתינה ולא הוא וליכא נתינה כלל".

משמע מלשונו שהאומרים שהאשה מגורשת אף בקפצה ידה ס"ל דהוי נתינה ולא דמי לטלי גיטך דשם הנתינה עצמה פסולה, אך האומרים שהאשה אינה מגורשת בקפצה ידה ס"ל שכאשר מחזיק את המשיחה בידו לא הוי נתינה כלל ועל כן אינה מגורשת דהיא עושה את הנתינה ולא הבעל.

שו"ר שאפשר לתלות את החקירה הנ"ל במחלוקת הבבלי והירושלמי.

ז"ל הירושלמי (גיטין א, א): "א"ל דברי הכל היא הכא אפי' כולה בידה וחוט אחד בידו אינו גט דכתי' ונתן בידה עד שיהא כולו בידה".

הירושלמי לומד שהאשה אינה מגורשת מדין 'ונתן בידה' וכפי שראינו בבבלי איתא שאינה מגורשת משום 'כריתות'. אפשר לבאר דשורש מחלוקתם בחקירה הנ"ל: הבבלי ס"ל שהוי דין בחלות הגירושין ואלו הירושלמי ס"ל דהוי דין במעשה הנתינה ולכן למד שאינה מגורשת מהכתוב 'ונתן בידה'.²⁶

²⁵ ועיין לעיל (הערה 22) שהבאנו את ביאורו של האבנ"מ בעיקר מחלוקת הרא"ש ור"י, ועיין עוד בברכת שמואל (גיטין מז) שבאר שר"י נקט שגם במקרים שמהם ר"י הביא ראיה התבטלה הנתינה לגמרי, וא"כ שפיר הוכיח ר"י שהרי אם מהני אף שהגט לא היה כל הזמן בידה מוכח שזה מהני כנתינה מעלייתא, ואילו הרא"ש נקט, שלא התבטלה הנתינה לגמרי, ומה שצריך שיהיה בידה לאחר ל' זה כדי שלא יהיה כלתה קנינו.

²⁶ שו"ר שבמראה הפנים (שם) עמד על ההבדל הנ"ל שבין הבבלי והירושלמי וכתב שהנפ"מ בין הלימודים היא מחלוקת הראשונים האם כשהאשה קפצה ידה מגורשת או לא, דאם

ו. ביאור הגמ' ר"פ הזורק

הגר"ח מטלז מקשר את החקירה הנ"ל למחלוקת הראשונים הידועה בשאלה האם קניינים מועילים בגט.

אומרת הגמ' (עז, ב):

ההוא שכיב מרע דכתב לה גיטא לדביתהו בהדי פניא דמעלי שבתא ולא הספיק למיתביה לה, למחר תקף ליה עלמא, אתו לקמיה דרבא, אמר לה: זילו אמרו ליה ליקניה ניהלה לההוא דוכתא דיתיב ביה גיטא, ותיזל איהי ותיחוד ותפתח ותחזיק ביה, דתנן: נעל, גדר, פרץ כל שהוא - הרי זו חזקה.

רש"י (ד"ה הרי זו) באר שקנין החזקה שעשתה האשה בקרקע, הועיל לכך שבעת שתקנה את הקרקע, תקנה אף את הגט בקניין אגב שהרי הגט הוא מטלטל ונקנה יחד עם הקרקע.

מרש"י משמע שקניינים מועילים בגט. יש ראשונים²⁷ שחלקו על רש"י, ורבים האריכו בזה ואכמ"ל, אמנם נזכיר שאחת הקושיות שהראשונים הקשו על רש"י היא שאם האשה קנתה את הגט בקניין אגב ולא בקניין חצר מדוע האשה היתה צריכה לקנות את הקרקע שהגט מונח עליה, הרי כדי לקנות בקניין אגב לא בעינן שהמטלטל הנקנה יהיה מונח בתוך הקרקע כמבואר בגמ' (קידושין כז, א)?

ידוע תירוצו של קצוה"ח (רב, ד) שהסיבה שהאשה קנתה דוקא את הקרקע שעליו הגט מונח משום שאף שתקנה את הגט וקניינים מועילים בגט, מ"מ כיון שהגט מונח על גבי הקרקע של הבעל הוי כ'משיחה בידו' שפסול מדין כריתות ולא הוי גירושין ועל כן האשה היתה צריכה לקנות את הקרקע שמתחת לגט.

אלא שלפי זה צריך להבין מה הקשו הראשונים על רש"י הרי לכאורה הוי כ'משיחה בידו'?

נלמד שהסיבה שלא מגורשת משום שלא הוי כריתות מגורשת גם בקפצה ידה, אך אם נלמד שהסיבה שלא מגורשת משום שלא הוי יונתן בידה' אינה מגורשת בקפצה ידה ולכאורה כוונתו כפי שבארנו לעיל, אמנם המראה הפנים אינו אומר במפורש את החקירה הנ"ל ע"ש.

²⁷ רמב"ן (ד"ה ותיזל), רשב"א (ד"ה דתנן), ריטב"א (ד"ה דנתן) ור"ן על הרי"ף (לט, ב).

ומבאר הגר"ח מטלז, שהראשונים הבינו שדין 'משיחה בידו' הוא דין ותנאי בנתינת הגט ולא בחלות הגירושין ועל כן שפיר הקשו על רש"י, שהרי אם דין 'משיחה בידו' הוא דין בנתינה א"כ דין זה שייך רק באופן שבעינן נתינה, וא"כ באופן שהגירושין מועילים גם ללא דיני הנתינה אין חסרון בכך ש'משיחה בידו' וכיון שרש"י ס"ל שקניינים מועילים בגט, א"כ ס"ל שאפשר שיצוירו גירושין ע"י קנין ולא בעינן נתינה, שהרי בקניין אגב אין כאן נתינה כלל אלא קנין בלבד, ועל כן שפיר הקשו על רש"י מדוע יש צורך שתקנה את הקרקע שתחת הגט והרי לא שייך כאן הפסול של 'משיחה בידו' שהרי דין זה שייך רק בנתינה וכאן לפי רש"י אין צורך בנתינה?²⁸

ולפ"ז דוחה ר' חיים את תירוצו של קצוה"ח בשיטת רש"י, שהרי כפי שבארנו לעיל מהתוס' מוכח דדין 'משיחה בידו' הוא תנאי ודין בנתינה וא"כ שפיר צדקו הראשונים בקושייתם על רש"י, דכיצד רש"י יכול לומר שכאשר הגט מונח בחצר הבעל אין האשה מגורשת מדין 'משיחה בידו' הרי דין זה הוא תנאי בנתינה וכיון שלפי רש"י הגט נקנה בקניין אגב ולא בעינן נתינה כלל, זה שהגט מונח ברשות הבעל לא ימנע מהאשה להתגרש.

אמנם לפי דברינו לעיל שהרמב"ם ור"י ברא"ש ס"ל דדין 'משיחה בידו' הוא תנאי בחלות הגירושין ולא בנתינה א"ש תירוצו של קצוה"ח, שהרי אפשר שרש"י יסבור כשיטתם דדין משיחה בידו הוא תנאי בחלות הגירושין ולא בדיני נתינת הגט, ולפ"ז ס"ל לרש"י שגם במקרים שאפשר שיצוירו הגירושין גם ללא נתינה, מ"מ צריך ששפיר יהיה כריתות והבעל לא יהיה קשור לגט, כיון שבאופן שהיו 'משיחה בידו' הרי זה מעכב את חלות הגירושין, ועל כן הוזקה האשה לקנות את הקרקע שמתחת הגט דא"כ הוא פסול משיחה בידו כפי שבאר קצוה"ח.

ושו"ר שדברי הגר"ח מטלז הובאו גם בקובץ אהל יצחק²⁹ ושם הובאו הדברים בסגנון שונה מהנ"ל, שאין כונתו להקשות על הסבר קצוה"ח ברש"י ופשוט לו דדין 'משיחה בידו' הוא רק פסול נתינה ולא פסול חלות הגירושין כפי שהוכיח מהתוס', אלא שכוונתו לבאר את שורש מחלוקת הראשונים עם רש"י, שהראשונים שהקשו על רש"י ס"ל שהיו פסול בנתינה כתוס' ועל כן שפיר הקשו על רש"י כדכתבנו לעיל, ורש"י ס"ל "דהחסרון דאגיד גביה הוא

²⁸ מפאת אריכות הדברים הערה השייכת לכאן מופיעה בסוף המאמר כנספח.

²⁹ קובץ אהל יצחק עמ' תנט. קובץ זה הוא 'אסופת כתבי יד שיעורים והערות מרבותינו הראשונים, האחרונים וראשית ישיבות' נערך ע"י הרב הלל מן ירושלים תשס"ה.

בעיקר הגירושין, ולכך ס"ל דאיכא לחסרון אף במקום דהגירושין נעשה בתורת הקנאה.³⁰

ז. גט בידה ומשיחה ביד שליח

בארנו שמחלוקת הראשונים האם כשהאשה קפצה ידה מגורשת או לא תליא בחקירה הנ"ל, ויש לדון במקרה שבו שליח (ולא הבעל) מניח גט ביד האשה אמנם המשיחה נמצאת ביד השליח ויכול לנתק את הגט, האם גם כאן נאמר שאינה מגורשת מדין 'משיחה בידו' או דדין זה מיירי דוקא בבעל, ונראה דשאלה זו תליא בחקירה הנ"ל. אם נאמר שדין 'משיחה בידו' הוי תנאי במעשה הנתינה הרי ודאי שדין זה שייך גם לגבי השליח שהרי השליח עושה את מעשה הנתינה במקום הבעל ולכן כשם שאם הבעל יכול לנתק ולהביא הגט אצלו אינה מגורשת כך גם לגבי השליח, אך אם נאמר דדין 'משיחה בידו' הוי תנאי בחלות הגירושין ולא במעשה הנתינה נראה שבשליח - האשה מגורשת מכיון שהשליח הינו שליח רק על מעשה הנתינה ולא לגבי כריתות ואפשר לנסח זאת בשני אופנים:

א. דיני שליחות בגט נאמרו לגבי מעשה הנתינה ולא לגבי הכריתות, דכל מה שלמדנו בפרשת שליחות הוא שהשליח יכול לעשות את המעשה במקום המשלח אך ודאי שעצם החלות נעשית ע"י המשלח עצמו ולא ע"י השליח ולגבי זה לא נאמר דין שליחות.

ב. לאחר הנתינה פוקע דין שליחות מהשליח, דמיד לאחר שגומר את תפקידו והוא מעשה הנתינה פוקע ממנו דין שליחות ולכן גם אם השליח יכול להביא את הגט אליו כיון שכבר אינו שליח לגבי הבעל אין זה מעכב בגירושין דדוקא אם הבעל הוא שקשור לגט אין הגירושין חלים אבל לא איכפת לן שאדם אחר שאינו בעלה של האשה יהיה קשור לגט.³¹

³⁰ נמצא שאכן רש"י ס"ל דדין 'משיחה בידו' הוי תנאי בחלות הגירושין כדכתבנו לעיל אלא שבקובץ זה לא צויין דכן ס"ל לרמב"ם ולר"י (ברא"ש) אלא רק שצ"ל שכך ס"ל לרש"י. וקצת יש להוכיח כן בשיטת רש"י מדבריו במסכת ב"מ, שהרי על קושיית הגמ' באר שהסיבה שהאשה אינה מגורשת כיון שילאו נתינה היא, וזהו פשט הגמ' שם בהו"א ואילו על מסקנת הגמ' כתב רש"י, 'הבדלה, שיהיו מובדלים זה מזה, והרי אגודים הם בחוט זה', ומכך שרש"י לא באר שכיון שאין כאן הבדלה ממילא אין כאן נתינה משמע קצת שכריתות הוי ענין בפני עצמו שאינו תנאי של הנתינה.

³¹ דין זה כתב בעל המחנה חיים בספרו פלס חיים (סוגיא דתופס לבע"ח עמ' פה), וז"ל: "ושליח דומה כאלו חוט קשור בגט ואיש אחר אחוז בו, דבודאי הוה ספר כריתות יען דבעל לא נקשרת עוד ומובדלין המה, וכן הוא השליח דלענין נתינה הוה כבעל אבל אם

שני האופנים הנ"ל שייכים דוקא אם נאמר דדין 'משיחה בידו' הוי מתנאי חלות הגירושין אך אם הוי מתנאי נתינת הגט נראה דלזה חשיב השליח כבעל והאשה לא תהיה מגורשת.

ח. טלי גיטיך מעל גבי קרקע

לעיל הבאנו את המשנה מפי הזורק וז"ל הגמ' (עח,א) :

"כי אמר לה הא גיטיך מאי הוי? הוה ליה טלי גיטיך מעל גבי קרקע, ואמר רבא: טלי גיטיך מעל גבי קרקע - לא אמר כלום! אימא: ששלפתו מאחוריו. שלפתו נמי, הא בעינא ונתן בידה וליכא! לא צריכא, דערק לה חרציה ושלפתייה".

מבואר בגמ' שאם האשה לוקחת את הגט מע"ג הקרקע אינו גט משום 'טלי גיטיך' ובפשטות דין זה הינו תנאי בהל' הנתינה, דכאשר האשה לוקחת את הגט בעצמה ואין הבעל נותן לה אין כאן נתינה מהבעל והוי חסרון במעשה הנתינה, דמעשה הנתינה צריך להעשות ע"י הבעל ולא ע"י האשה אמנם באמת יש להוסיף בזה. לכשנדקדק בלשון הגמ' נראה דיש כאן שתי קושיות שונות :

בתחילה הגמ' הקשתה מדוע כאשר הבעל אומר 'הי גיטיך' הגירושין חלים הרי הוי כ'טלי גיטיך מע"ג קרקע' ותרצה ע"ז הגמ' שהאשה לקחה את הגט מע"ג הבעל ולא מהרצפה, ושוב מקשה הגמ' 'הא בעינא ונתן בידה וליכא', וע"ז הגמ' תרצה שהבעל מעקם עצמו ומביא לא את הגט, ובפשטות משמע שהוי שתי קושיות שונות דתרי הילכתא איכא, הקושיא הראשונה לגבי 'טלי גיטיך' נפתרה כאשר הגמ' תרצה ששלפתו מאחוריו, ובכל זאת הגמ' הקשתה שאלה חדשה שונה מהשאלה הקודמת דמה בכך שהאשה לקחה מע"ג הבעל הרי סוף כל סוף הוא לא נתן לה והוי חסרון ב'ונתן בידה', ויש לתמוה הרי

ינתק הגט מידה לא שייך יד הבעל עשה זאת רק הוא עשה זאת, וממילא הגם אם השליח יכול לנתק עכ"פ מיד הבעל היא נבדלת, וע"ש שמבאר לפ"ז מדוע הגמ' (סג,ב) דנה שאין האשה יכולה למנות בתור שליח קבלה את שליח ההולכה של הבעל רק משום 'שלא חזרה שליחות אצל הבעל' ולא משום שאף שהשליח נעשה שליח קבלה של האשה הרי הוא גם שליח של הבעל ונמצא שחשיב כאילו הבעל קשור ומחזיק את הגט ומדוע אינה מגורשת מדין 'משיחה בידו' וכתב שלפי דבריו שפוסק כח השליחות לאחר הנתינה נמצא שלא הוי כבעל ולכן האשה מגורשת. סברא זו היא כעין דברי התו"ג (קמא,ד) שבאר שלאחר מסירת הגט שליח הולכה יכול להיות עד על מסירת הגט לאשה, שכיון שלאחר הנתינה פסק כח השליחות לא הוי כבעל, אמנם לומר סברא זו בנידון דידן הוי חידוש גדול יותר שהרי השליח קשור לגט מיד לאחר הנתינה ולא הרבה אח"כ בנידון התו"ג.

בפשטות שתי הקושיות נובעות מאותו עיקרון שעל הבעל לתת לאשה ואל"כ חסר בנתינה וא"כ, מדוע רק בקושיא השניה הלשון הוא 'ונתן בידה וליכא', הרי בפשטות גם ביחס לקושיא הראשונה יש להקשות שהוי חסרון ב'ונתן בידה' שכיון שהגט נלקח מהקרקע נמצא שהבעל לא נתן גט לאשה וצ"ע מדוע רק ביחס לקושיא השניה מביאה הגמ' שהוי חסרון בנתינה?

עוד יש לשאול³² כעין השאלה הקודמת, מדוע הוצרך דוקא רבא לחדש דין זה אטו לא פשיטא לן שבעינן 'ונתן', הלא ונתן כתיב?

רש"י (ד"ה טלי) עמד על הערה זו וכבר ביחס לקושיא הראשונה כתב 'דבעינן ונתן' ואפשר לבאר כוונתו בשני דרכים:

א. אחרונים רבים³³ דקדקו מהגמ' הנ"ל שאכן תרי הילכתא איכא בדין 'טלי גיטיד'. הדין הראשון הוא שהגט צריך להגיע מהבעל או מרשותו אל האשה וזהו הביאור בקושיא הראשונה שהאשה אינה מגורשת משום שהגט הגיע מהקרקע ולא מרשות הבעל וע"ז תרצה הגמ' 'שלפתו מאחוריו', היינו שהגט הגיע מרשותו של הבעל. ועוד דין נוסף התחדש בדין 'טלי גיטיד' והוא שמעשה הנתינה צריך להעשות ע"י הבעל ולא ע"י האשה וזוהי קושיית הגמ' השניה שעליה תרצה הגמ' שהבעל עיקם עצמו וחשיב שמעשה הנתינה נעשה מכח הבעל. ושני דינים אלו יכולים להתחלק זה מזה,³⁴ דבאופן שהאשה נטלה את הגט מעצמה ומ"מ נטלה את הגט מרשות הבעל הרי שמצד הדין הראשון שפיר הוי גט אך מצד הדין השני לא הוי גט, וזהו המקרה הנ"ל בגמ', וכן להיפך שהבעל עשה את מעשה הנתינה אך הגט לא הגיע מרשותו וזה שייך באופן שהבעל גרר את הגט מרשות הרבים לרשותה דהדין השני שפיר מתקיים שהרי הבעל נתן אך הדין הראשון אינו מתקיים שהרי הגט לא הגיע מרשותו.³⁵

³² לשון המשאת משה לרבי משה חברוני (גיטין ס"י כח).

³³ ובהם חידושי הרי"ם הלי קידושין סימן כז; הגרש"ש שקופ (ספר זכרון אבן ציון עמ' תיב); רבי חיים שמולאביץ (שערי חיים ס"י ב סק"ד בהג"ה) וסיים שבעין זה שמע מרי' שמעון; חידושי רבי ראובן (ס"י יח סק"ב); שיעורי רבי שמואל גיטין 'בדין טלי גיטיד מעל גבי קרקע' עמ' רנב – רנג אות רמג בדרך הראשונה.

³⁴ כ"כ ר' שמעון שקופ (בספר זכרון הנ"ל) וכעין זה בחידושי הרי"ם (שם) ומסתבר שגם שאר האחרונים הנ"ל מסכימים לכך אף שלא כתבו זאת בפירוש.

³⁵ חידושי הרי"ם (שם), ר' שמעון (שם), ר' חיים שמולאביץ (שם), ור' ראובן גרוזבסקי (שם) בארו עפ"ז את התוס' הידוע (עז, ב) שכתב שכאשר האשה קונה את הקרקע בקניין חזקה אין בכך פסול של 'טלי גיטיד' משום 'שהגט בא מרשות הבעל לרשותה הוי כאילו נתנו לה',

ויש להוסיף, שמפשט דברי האחרונים הנ"ל משמע ששני דינים אלו הם דינים השייכים לתנאי נתינת הגט ולא לחלות הגירושין, ששני דינים אלו כלולים ב'ונתן בידה', דהדין הראשון האומר שצריך שהגט יגיע מהבעל או מרשותו שייך למעשה נתינת הגט משום שאם אינו מגיע מהבעל אינו חשיב כמעשה נתינה, דדוקא כאשר הגט מגיע מהבעל חשיב שהבעל הוא הנותן ולא סתם אדם מעלמא,³⁶ והדין השני מלמד שהבעל צריך לתת ולא שהאשה תיקח ובי דינים אלו כלולים ומתייחסים למעשה נתינת הגט, וע"פ כל הנ"ל אפשר שזו כונת רש"י, להעיר שגם הדין הראשון מבוסס על דין 'ונתן בידה' אף שבאמת הוי דין אחר מהדין השני.

ב. אפשר לדחות כל זה ולבאר אחרת את קושיית הגמ', וכך באר ר' שמואל בשיעוריו (בדרך השניה), דאין כאן שתי הלכות שונות, "דאה"נ המקשן והתרצן הראשון הבינו דטעמא דטלי גיטך מעג"ק לא מהני, היינו משום דבעינן שיבא הגט מיזדו לידה, ולהכי משני ששלפתו מאחוריו, אבל לבתר דמקשה הגמ' והא בעינא ונתן בידה וליכא, ממילא זה ג"כ הטעם להא דטלי גיטך מעג"ק לא מהני משום דמיחסר נתינה, ולעולם ליכא עוד הלכתא דבעינן שיבא הגט מיזדו לידה, וכל שהיתה נתינה לידה אף שלא בא מיזדו מהני."

עפ"ז אפשר דכונת רש"י להעיר כנ"ל דכבר הקושיא הראשונה נובעת מ'ונתן בידה' והוי אותו הדין כמו הקושיא השניה ואין כאן שני דינים שונים.

ט. טלי גיטך כחסרון בחלות הגירושין

ונראה על דרך האפשר לדקדק מפשט הגמ' הנ"ל שבאמת תרי הילכתא איכא בדין זה, אמנם לדרך זו ההלכה הראשונה המתבארת בגמ' היינו הצורך שהגט יגיע לאשה מהבעל או מרשותו אינו דין בנתינה (כפי שמשמע באחרונים הנ"ל וכפי שמשמע ברש"י) אלא הוי דין בחלות הגירושין, ורק

וכתבו האחרונים שלגבי ההלכה השניה של 'טלי גיטך' שמעשה הנתינה צריך להעשות ע"י הבעל ולא ע"י האשה פשוט היה לתוס' שחשיב כמעשה נתינה של הבעל כיון שהגט נעשה בידה רק מכח זה שהבעל מקנה את החצר כפי שבארו האחרונים בדעת רש"י אלא שלתוס' היה קשה שמ"מ ההלכה הראשונה של 'טלי גיטך' שצריך שהגט יגיע מרשות הבעל אינו מתקיים שהרי הגט מגיע לאשה מהקרקע ולא מהבעל וע"ז תרצו תוס' שכיון שהקרקע לפני כן היא של הבעל חשיב שהגט הגיע מרשות הבעל ושפיר מתקיימת גם ההלכה הראשונה והגט הגיע מרשות הבעל, ונמצא שתוס' מודים לרש"י שמקרה זה חשיב כמעשה נתינה של הבעל ולא של האשה ומ"מ התקשו רק לגבי ההלכה הראשונה וע"ז תרצו כנ"ל.

³⁶ "שם היא נוטלת את הגט מהקרקע שלא של הבעל, ליכא מעשה נתינה כלל, דנתינה היא רק אם בא הגט מרשותו לרשותה". (חידושי ר' ראובן שם).

ההלכה השנייה האומרת שעל הבעל לתת את הגט לאשה ולא שתקח מעצמה הינו דין במעשה הנתינה. ובאור בדברים, שדוקא ביחס להלכה זו אמרה הגמ' 'הא בעינא ונתן בידה וליכא' ולא ביחס להלכה הראשונה ונמצא שההלכה הראשונה אינה מדיני נתינת הגט אלא הינה דין בחלות הגירושין, שכאשר הגט לא הגיע מהבעל או מרשותו אין הגירושין חלים, דכדי שיחשב שהגט הגיע מהנותן ולא מסתם אדם אין צורך שהגט יגיע ממש מידו של הנותן אלא סגי בזה שהנותן הניח את הגט אפי' על קרקע, דכיון שבעקבות פעולה זו הגט יגיע למקבל חשיב שהגט הגיע מהנותן (דלא כמו שכתבנו לעיל), אלא שאף שחשיב כנתינה מכח הנותן מכל מקום אין הגירושין חלין כשהניח על הקרקע משום שישנו דין עצמי בחלות הגירושין שאין הגירושין חלין כשלא הגיע הגט מהבעל או מרשותו וע"ז תרצה הגמ' 'ששלפתו מאחוריו' ונמצא שהגט הגיע מרשות הבעל, ומ"מ המשיכה הגמ' להקשות שישנה הלכה שניה הנוגעת למעשה הנתינה והיא שעל הבעל לעשות את מעשה נתינת הגט ולא שהאשה תעשה מעצמה ועל כן כאשר הגט מונח בקרקע אף שחשיב כנתינה מיד הנותן כיון שנעשה מכח הבעל ואף שחשיב שהגט הגיע מרשות הבעל מ"מ מעשה נתינת הגט פסול כיון שהאשה עושה את מעשה הגירושין ולא הבעל.

ונראה שכך למד התפארת יעקב (שם ד"ה הא בעינא) וז"ל: "הא בעינן ונתן בידה. מלשון זה משמע דהך טעמא דטלי מעל גבי קרקע פסול לאו מטעמא דלא הוי ונתן בידה רק בלא"ה פסול דלא קיבלה מיד הבעל דבעינן שתטול הגט מבעלה, ובשלפתו מאחוריו דלקחה מבעלה פריך דלא נתן בעלה רק היא לקחה".

מלשון 'לאו מטעמא דלא הוי ונתן בידה' משמע דלא הוי דין בנתינה אלא דין אחר, ובפשטות הוי דין בחלות הגירושין וכנ"ל, שהרי דיני נתינת הגט נלמדו מהמילים 'ונתן בידה' ואם דין זה אינו נלמד מהמילים 'ונתן בידה' בפשטות הוי דין בחלות הגירושין ולא במעשה הנתינה,³⁷ וממשיך התפארת יעקב, ובה תבין לשון הרא"ש בהך דערק ליה חרציה ודבריו אינם מובנים וכבר נתחבטו בפירוש דבריו.

ונראה שכונתו לדברי הרא"ש גבי הא דעריק לה חרציה (פ"ח סי' ה) וז"ל: "פירוש עיקם מתניו לקרב אליה הגט והוי כאלו קירב לה את ידו והיא לקחה

³⁷ ועיין במשאת משה (שם) שמשמע מדבריו ג"כ דהוי שני דינים כנ"ל, דין א' - דצריך שהגט יגיע מרשות הבעל לאשה, ודין ב' - שלא תיקח מעצמה אלא על ידו (ע"ש חידושו בדין זה), וייתכן ובדבריו סיוע למש"כ.

הגט מתוכה אבל אם היתה ידו פתוחה והגט מונחת עליה ולקחתו משם והוא לא קירב ידו אליה אין זו נתינה ואינה מגורשת. אבל אם אוחזו בראש האחד והושיטו לה ולקחתו בראש השני הרי זה גט דהוה כשלפתו דהכא".

הקרוב נתנאל (אות ח) כתב שמדברי הרא"ש משמע, דדוקא כאשר היתה ידו פתוחה ולא קירב את ידו לאשה אינה מגורשת אך אם קירב ידו הפתוחה אל האשה והיא בעצמה לקחה את הגט – מגורשת, והוי חידוש גדול שקירוב הגט על ידו מהני אף שהאשה עצמה עשתה את מעשה הלקיחה, והקשה הקרבן נתנאל דאם דיוק זה נכון מדוע ממשיך הרא"ש ואומר שאם אוחזו את הגט 'בראשו האחד והושיטו לה ולקחתו בראש השני הרי זה גט', ולכאורה הרא"ש היה צריך לומר חידוש יותר גדול וכנ"ל שאף שהאשה בעצמה לקחת את הגט הרי היא מגורשת?

ונראה דכונת התפארת יעקב לתרץ קושיא זו וז"ל: "ולנה"ל כונתו פשוט דהך דקירב ידו והגט בידו מהני דהוי נתינת בעל ונטילת האשה מבעלה, אמנם בהושיט לה הגט ואינו אוחזו רק בראש האחד וראש השני אוחזת האשה ס"ד דלא מהני כיון שאין הראש שאוחזת האשה ביד הבעל, לא הוי קבלה מבעלה, קמשי"ל כיון דעל קושיא הראשונה משני ששלפתו מאחוריו ש"מ דזה הוי קבלה מבעלה אף שאין הגט בידו ממש ולא הקשו על זה רק דהוא לא נתן אבל בהושיט דנתן הוא מהני".

התפארת יעקב מתרץ קושיית הקרבן נתנאל, שהסיבה שהרא"ש לא כתב את המקרה שבו הבעל מקרב ידו לאשה והיא נוטלת את הגט משום דאדרבה המקרה האחר שבו אוחזו הגט רק בקצהו האחד הוי חידוש יותר גדול מאשר המקרה שבו האשה נוטלת מיזו של הבעל משום שאף שהוי חידוש מסוים, מ"מ שני הדינים הנ"ל שפיר מתקיימים במקרה זה, דכאשר מקרב הגט אל האשה הדין הראשון המצריך שהגט יבא מהבעל מתקיים שפיר שהרי הגט הגיע מיזו של הבעל ולגבי הדין השני שהבעל צריך לתת את הגט לאשה שפיר אפשר להבין שהקירוב חשיב כנתינת גט, אמנם במקרה שבו אוחזו הגט בראשו האחד יש הו"א שהדין הראשון שהגט יגיע מיזו של הבעל אינו מתקיים שכיון שאוחזו הגט רק בראשו האחד אפשר דלא חשיב כהגיע מיזו של הבעל ועל כן הוצרך הרא"ש לומר דגם זה חשיב שהגיע הגט מיזו של הבעל כשם שמהני 'שלפתו מאחוריו'.

התפארת יעקב מבין שישנה הו"א שכאשר אוחזו הגט רק בקצהו האחד לא נחשב שהגט הגיע מיד הבעל ומטעם זה לא חלים הגירושין, ונראה קצת

להוכיח מדבריו שס"ל שהדין הראשון, שהגט יגיע מיד הבעל הינו דין בחלות הגירושין ולא במעשה הנתינה כמו שבארנו לעיל בדבריו, שהרי אם התפארת יעקב מבין שמה שצריך שהגט יגיע מיד הבעל הינו דין במעשה הנתינה היינו דרך כאשר הגט מגיע מידו של הבעל חשיב שהבעל נתן את הגט לאשה ולא סתם אדם דעלמא דהנתינה צריכה להגיע מידו של הנותן בדוקא, אך אם לא מגיע מיד הבעל לא חשיב כמעשה נתינה כמו שבארנו לעיל, קשה להבין מה ההו"א דכאשר אוחז רק בקצה הגט לא חשיב כידו של הבעל דכיון דכל מטרת הדין שהגט יגיע מידו של הבעל היא להחשיב את המעשה בתור נתינה מהבעל דכאשר הגט מגיע מיד הנותן חשיב מעשה נתינה ראוי, א"כ בפשטות גם כאשר אוחז בקצה הגט הוי נתינה, דבדרך נתינה כלול גם לאחוז את הגט אפילו בקצה אחד וכי דוקא כאשר אוחז את כל החפץ ולא בקצהו חשיב שהגט הגיע מנותן הגט, ועל כן נראה שס"ל שדין 'טלי גיטד' הוי דין עצמי בחלות הגירושין דאין הגירושין חלין אלא כאשר הגט הגיע מידו של הבעל, ועל כן אף שבאמת חשיב שהגט הגיע מהנותן כיון שהחזקת גט בקצהו חשיב שהגט הגיע מהבעל, מ"מ כיון שדין 'טלי גיטד' הוי דין בחלות הגירושין שהגט יגיע דוקא מיד הבעל, אפשר דצריך דוקא יד וזה שאוחז את הגט בקצהו לא חשיב כיד ורשות ממש, דיש ענין עצמי שהגט יגיע מידו של הבעל ולא כדי להחשיב את המעשה כנתינה וזוהי סברת התפארת יעקב בביאור ההו"א של הרא"ש.

י. נספח – לאור דברי הגר"ח מטלז³⁸

לעיל הובאו דברי הגר"ח מטלז ביחס לקושיית הראשונים על רש"י (עח,ב). אם רש"י ס"ל שקניינים מהני בגט, נמצא שיצויירו גירושין גם ללא נתינה ואם כן לא שייך הפסול של 'משיחה בידו' שהרי ??? זה נוגע דוקא לנתינת הגט והקשו הראשונים מדוע לפי רש"י מבואר בגמ' שיש צורך שהאה תקנה את הקרקע כדי להתגרש? לאור זה תרץ הגר"ח (כפי שמובא בספר נחלת אליהו) קושיא של הפנ"י. המשנה (יט,א) אומרת "על הכל כותבין, על העלה של זית, ועל הקרן של פרה ונותן לה את הפרה, על יד של עבד ונותן לה את העבד". שואלת הגמ' (כא,ב) "בשלמא יד דעבד - לא אפשר למקצייה, אלא קרן של פרה - ליקצייה וליתביה לה! אמר קרא: וכתב ונתן לה, מי שאינו מחוסר אלא כתיבה ונתינה, יצא זה שמחוסר כתיבה, קציצה, ונתינה".

³⁸ שייך להערה 29.

הקשה הפניי מדוע למקשן שלא ידע שיש פסול של מחוסר קציצה היה פשוט שיש צורך לקצוץ את יד העבד, ומדוע לא העלה סברא שיתן לאשה את ידו של העבד ושאר העבד ישאיר לעצמו ותירץ הפניי שכיון שגוף העבד והיד נצרכים זה לזה הוי כאלו שייר לו זכות ושותפות בגוף הגט במקום כתיבת האותיות. והקשה התו"ג שתירוצו מספיק רק בכתב הגט על ידו של העבד אך עדיין קשה מדוע יש צורך לקצוץ את הקרן מהפרה שאף שנאמר שהקרן יונקת מהפרה א"א לומר שהפרה זקוקה ליניקת הקרן. ועוד הוסיף שבעיקר דבריו יש לדון הרבה שאף שהיד והגוף צריכים זה לזה ויונקים זה מזה אבל מ"מ אין לבעל שום זכות בידו של העבד ויש רשות לאשה מצד הקנייני לקצוץ ידו ולהפריד בין הגוף ליד, ואף שלאשה אסור לקצוץ את יד העבד משום איסור חבלה, אבל מ"מ לא חשיב שהבעל יש לו זכות עוד בידו של העבד. ותרץ ר' חיים שלפי קצוה"ח הנ"ל שאם הגט מונח ברשות הבעל לא הוי גירושין משום שהוי 'כמשיחה בידו' ה"ה בנידון דידן אי אפשר לאוקמי כגון שיהא גוף העבד שייך לבעל ואת היד יתן לאשה, דאז יפסל מהדין הנ"ל כיון שהגט דהיינו היד נשאר בגוף היינו רשות הבעל. אמנם הקשה ר' חיים שהרי סברא זו באר קצוה"ח כדי לתרץ את רש"י מקושיית הראשונים ונמצא שהראשונים שהקשו עליו לא ס"ל דיש פסול של 'משיחה בידו' במקרה זה דפסול זה קיים רק כאשר הבעל עצמו מחזיק את המשיחה ולא כאשר הרשות של הבעל מעכבת (ובאמת ראה לקמן שכך הסביר הקה"י את מחלוקת הראשונים ורש"י) וא"כ לפי דבריהם א"א לתרץ ע"פ קצוה"ח את קושיית הפניי. אמנם אמר ר' חיים שלפי דבריו שהבאנו לעיל בשמו, א"כ נמצא שגם שאר הראשונים מודים שכאשר הגט ברשות הבעל אין האשה מגורשת משום שהוי כמשיחה בידו אלא שכל קושייתם היתה לפי שיטתו של רש"י שס"ל שקניינים מועילים בגט ואין צורך בנתינה כפי שבארנו לעיל באריכות וא"כ במקום שיש צורך בנתינה גם הם מודים שיש חסרון של 'משיחה בידו' אף שהגט אינו מונח דוקא בידו של הבעל אלא מונח ברשות הבעל.

ונראה שאפשר לתרץ ע"פ המהלך של הגר"ח מטלז קושיא נוספת. הקה"י (סי' יז) כתב שלפי ביאור קצוה"ח בדעת רש"י צ"ל שהראשונים שהקשו על רש"י ס"ל, 'ידוקא בההיא דגט בידה ומשיחה בידו דאגידא לגוף המגרש אין זה כריתות אבל כשהגט נמצא ברשות המגרש ולא אגידא לגופו של הבעל הוי שפיר כריתות דהא עכשיו בשעת זכיות הגט אינו יכול לנתק את הגט ולתופסו לעצמו'. והנה הסברו של ר' חיים מטלז אינו כהסברו של הקה"י, שהרי לפי ר'

חיים מטלז הראשונים באמת מודים לרש"י שאם האשה קונה את הגט מקניין חצר שיהיה פסול של גט בידה ומשיחה בידו' אף שהגט אינו מונח בגופו של הבעל אלא רק ברשותו אלא שכל קושייתם על רש"י היא דוקא לשיטת רש"י שס"ל שקניינים מועילים בגט לא יהיה כאן פסול של 'משיחה בידו' כאשר הגט מונח רק ברשות הבעל ולא בידו אך באמת מודים הראשונים שאם האשה קונה את הגט בקניין חצר יהיה פסול של 'משיחה בידו'. והנה בגיטין (עח,א) בזרק לה גט קרוב כו' מחצה על מחצה מגורשת ואינה מגורשת ופריך ה"ד מחצה על מחצה כגון שהיו שניהם עומדים בדי' אמות וכו' והא א"א לצמצם, ומבואר דאם אפשר לצמצם מגורשת ואינה מגורשת והק' הרשב"א אמאי לא אמרינן דאינה מגורשת כלל משום דאגיד גביה וכדפריך להלן (עח,ב) ותרץ הרשב"א דכיון דקאי גם בד"א דידה דין הוא דתהוי מגורשת ואינה מגורשת, וכתב הרב דז"י מיטרובסקי (על קצוה"ח שם הערה 107) שמבואר מדבריו (וכן בריטב"א ע"ש), דאם הגט הוא רק ברשות הבעל ודאי לא מהני משום דאגיד גביה ואע"ג דאינו אגוד לגוף המגרש רק לרשותו ל"מ והקשה שצ"ע מדוע כאן הקשו הרשב"א והריטב"א על רש"י הרי הם בעצמם ס"ל דאף שאינו אגוד לגופו של המגרש פסול משום אגיד גביה ונשאר בצ"ע. והנה אפשר לדחות קושיה זו בשני אופנים שונים :

א. הנה לפי מה שבארנו (לעיל הערה 16) שיש הבדל בין דין 'אגיד גביה' לדין 'משיחה בידו', דדין 'אגיד גביה' עוסק בשאלה האם האשה קיבלה ודין 'משיחה בידו' עוסק בשאלה האם הבעל עדיין קשור לגט (וכ"ז אפילו לצד בחקירה דדין 'משיחה בידו' הוי חסרון בנתינה ולא בחלות), נמצא שאפשר שיהיה הבדל בין שני הדינים הנ"ל, שאפשר שדין מסוים יפסול את הגירושין אף שהדין האחר לא יפסול את הגירושין. לפ"ז נראה לבאר שודאי שהראשונים יודו שכאשר הגט נמצא ברשות הבעל או בדי' אמותיו אינה מגורשת מדין 'אגיד גביה' כיון שאין כאן נתינה שהרי הגט עדיין ברשות הבעל, ועל כן שפיר הקשו הראשונים מדוע תהיה מגורשת כאשר הגט מונח בדי' אמותיו של הבעל כיון ש'אגיד גביה', ואפשר לצייר מקרה הפוך שאף שהגט יהיה מונח ברשות הבעל, לא יהיה חסרון ופסול של 'אגיד גביה' ומ"מ אפשר שיהיה עדיין חסרון של 'משיחה בידו' והאשה לא תהיה מגורשת, ודבר זה שייך באותו נידון שעליו דיבר רש"י, והוא שהגט מונח ברשות הבעל ונקנה בקניין אגב, דנראה דדין 'אגיד גביה' אינו פוסל כאשר הגט ניתן ע"י קנין אגב, שבקנין אגב כן נחשב שהאשה קיבלה, משום שזה שאנו אומרים שכאשר הגט מונח ברשות הבעל אין זה נתינה ואינה קבלה מיירי דוקא

באופן שהנתינה מתבצעת ע"י זה שהגט מונח בחצרה, דאז עלינו לבדוק האם הגט מונח גם בחצרה ולא בחצרו, אך אם הנתינה מתבצעת ע"י קניין אגב, אפשר לומר שהאשה קיבלה והנתינה התבצעה כיון שזה שהגט מונח בחצרו של הבעל אין זה מפריע ומונע את נתינת האגב, דנתינה כזו אינה תלויה בהיכן הגט מונח, ומ"מ אף לסברא זו עדיין יש פסול מדין 'משיחה בידו' משום שעיקר השאלה בדין זה הוא האם הבעל קשור לגט והאם הגט כרות מהבעל ועל כן אף שהנתינה נעשתה ע"י קניין אגב ולכן אין חסרון של 'אגיד גביה', מ"מ כיון שהגט מונח ברשות הבעל נמצא שהגט אינו כרות מהבעל ועל כן ואינה מגורשת מפני דין 'משיחה בידו'. וצ"ל לפ"ז שהסיבה שהראשונים הקשו על רש"י ונקטו שאין בקנין אגב פסול של 'משיחה בידו' משום שס"ל להו שכאשר מונח ברשותו ולא בידו חשיב הגט כרות ואינו קשור לבעל כפי שבאר הקה"י את סברתם, ולפי כל זה א"ש הקושיא הנ"ל, דכאשר הגט מונח ברשות הבעל ולא נקנה באגב אין הגירושין חלין מדין 'אגיד גביה' וזו קושיית הראשונים בגמ' (עח,א) אמנם כאשר הגט נקנה בקנין אגב אין חסרון כלל לא של 'אגיד גביה' ולא של 'משיחה בידו'.

ב. נראה שלפי המהלך הזה של הגר"ח מטלז אין כאן קושיא כלל, שהרי לפי ר' חיים מטלז הראשונים מודים לרש"י שיש חסרון של 'משיחה בידו' כאשר הגט מונח בחצר הבעל אלא שכל מה שהם הקשו זה לשיטתך רש"י שקניינים מועילים בגט זה דוקא כאשר הגירושין נעשים ע"י נתינה אך כאשר הגירושין נעשים ע"י קניין ולא ע"י מעשה נתינה אין צורך בהלי' מסוימות של הנתינה ולכן לא יהיה פסול של 'משיחה בידו' שהוי הלכה בנתינה כפי שבארנו לעיל (לפחות לדעת התוס'), אך ודאי שכאשר הגט מונח בחצר הבעל והאשה תתגרש מדין 'נתינה' ולא מדין 'קניין' מודים הראשונים לרש"י שישנו פסול של 'משיחה בידו' וממילא אין סתירה כלל בדברי הראשונים. (דוקא לפי המהלך של ר' חיים מטלז קנין אגב גורם לכך שאפילו אין פסול של 'משיחה בידו' כיון שר' חיים הבין שאין ענין של מעשה נתינה כלל בקנין אגב והוי גירושין גם מבלי מעשה נתינה וממילא הגט חשיב ככרות אמנם לפי המהלך הראשון גם אם הגירושין נעשים ע"י קניין אגב אין זה גורם לכך שאין פסול של 'משיחה בידו' כפי שבארנו לעיל).

הרב יוני אקשטיין

דיון עפ"י אומדנא

ראשי הפרקים

א. מבוא

ב. סוגי האומדנות השונים

1. אומדן דעת בפירוש כוונתו של האדם במעשה שעשה

2. בירור המציאות על פי חזקה הגיונית (חזקה מבררת)

3. אומדנא בדיני נפשות

4. אומדנת הדיינים בבירור טענות ועובדות, עפ"י הנראה להם בליבם

ג. אומדן דעת בבירור הטענות לדעת הרמב"ם

ד. קושייות הראשונים

ה. קושיות האחרונים מכתובות פה

1. נתה"מ : אומדנא של כל העולם

2. אבן האזל : הוצאה מהיתומים לא נחשבת הוצאה

3. נחל יצחק : אומדנא של הדיין עצמו

4. דיון בשיטות האחרונים

ו. ביטול האפשרות לדון באומדן דעת (הלכה ב' ברמב"ם)

ז. המקור לתקנת בטול דין אומדן דעת

ח. טבלת השוואה בין לשון הרי"ף לרמב"ם

ט. לשון 'הסכימו' ברמב"ם

י. באור הירושלמי בנסהדרין

יא. היחס בין אומדנא לבין ראיות קבועות כגון שתי עדים

יב. סיכום

א. מבוא

כידוע על פי התורה ההכרעה המשפטית תלויה בפסק הדין של הדיין, ובכדי לברר את הדין על הדיין להיעזר בעיקר בשני כלים משפטיים תורניים :

א. עדים – שני עדים כשרים המתארים את המציאות. התוקף ההלכתי לשימוש בכלי זה נלמד מהפסוק: "על פי שני עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר" (דברים ט).

ב. אומדנא – הכרעה המתקבלת על פי שכלו והבנתו של הדיין את המקרה הנידון (ולהלן נאריך מהו המקור לכלי זה).

תחילה נבאר את סוגי האומדנות השונים ואת ההבדלים ביניהם ונעמיק לברר מהו המשקל ההלכתי של כל אומדנא.

עוד נחקור ביחס בין שני כלי הבירור הנ"ל, ונברר איזה כלי עדיף (האם השימוש בעדים עדיף על פני השימוש באומדנא או שמא השימוש באומדנא עדיף על פני השימוש בעדים). בירור זה יעשה בעיקר סביב שיטת הרמב"ם שמפשט דבריו עולה שיש משקל רב לאומדנא אפילו ביחס לשימוש בעדים.

האחרונים אמנם נטו לצמצם את שיטתו מכח קושיות מגמרות מפורשות, אך ננסה בע"ה לתרץ את דברי הרמב"ם ובכך להעמיד דבריו כפשט משמעותם.

ב. סוגי האומדנות השונים

יש בש"ס אומדנות מסוגים שונים בהקשרים שונים. על מנת לעמוד על האומדנא הייחודית שבה ישנה סמכות לדעתו של הדיין, נחלק תחילה בקצרה את האומדנות בש"ס לארבעה סוגים שונים.

1. אומדן דעת בפירוש כוונתו של האדם במעשה שעשה

איתא בב"ב קלא, שאדם שכתב לפני מותו שהוא נותן לאשתו את כל נכסיו, לא קנתה אשתו את נכסיו, מכיוון שיש אומדנא שלא התכוון לתת לה באמת את כל נכסיו אלא לעשותה אפוטרופוס על נכסיו בכדי שילדיו יכבדו אותה אחרי מותו.

מקרה נוסף שמובא שם הוא של אדם שנתן לפני מותו את כל נכסיו לאחרים, ואחרי מותו התברר שיש לו בן, ופוסקת הגמרא שם שכל נכסיו חוזרים להיות של הבן שהתגלה, מכיוון שאומדנא פשוטה היא: הנפטר לא היה נותן את כל נכסיו לאחרים אם היה יודע שיש לו בן חי. שתי אומדנות אלו נותנות באור לכוונתו של האדם במעשיו, על פי הדרך ההגיונית שבה מתנהל כל אדם נורמאלי.

אומדנות מסוג זה, כלומר פירוש כוונתו ומעשיו של האדם, נפוצות מאוד בש"ס בגוונים שונים.¹

2. בירור המציאות על פי חזקה הגיונית (חזקה מבררת)

בב"ב צג, ב מובאת ברייתא על מקרה של שור המועד ליגח שנמצא שור נגוח בצידו, וכן גמל שאוחר (משתולל בשעת זווגו) בין הגמלים ונמצא גמל מת בצידו.

בשני מקרים אלו נחלקו התנאים: האם מחייבים את בעל השור המועד, מכיוון שחזקה ששורו זה מועד לנגוח. וכן האם מחייבים את בעל הגמל מכיוון שחזקה שגמל אוחר מועד לישך.

סוג זה של אומדנא, דהיינו בירור המציאות על ידי חזקה או רוב, שונה שוני מהותי מסוג האומדנא שהבאנו לעיל בשכיב מרע.

במקרה של השור והגמל, האומדנא באה לברר את שהתרחש במציאות עצמה ולא רק את כוונת הנידונים, ובזה נפסק שלא הולכים בתר האומדנא זאת,² ולעומת זאת במקרה של שכיב מרע האומדנא רק באה לברר את כוונת הנותן (ובזה נפסק שהולכים בתר אומדנא). כך חילק גם המהרי"ק (שרש קכט) וזה לשונו "היכא שהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקים באומדן דעת הנותן או המוכר או המגרש אזלינן בתר אומדנא, אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים כמו ההיא דגמל אוחר כו' דאין ידוע לנו אם נגחו ואם לאו אלא מתוך אומד בהא ודאי פליגו רבנן עליה דרבי אחא וקיימא לן כוותייהו."

יוצא אם כן שיש חילוק בין שני סוגי אומדנות: האחת, אומדנא שמפרשת את כוונת הבעל דין. ושניה, אומדנא שמבררת את שהתרחש במציאות עצמה שזאת אומדנא קלושה יותר.³

¹ כגון המוכר נכסיו ע"מ לעלות לא"י וכדומה.

² ובזה נפסק שלא הולכים בתר האומדנא זאת כך פסקו כל הראשונים כרבנן שם.

³ לפי המהרי"ק הנ"ל אי אפשר לעשות אומדנא בכלל בכדי לפרש את המציאות אך הרמב"ם, חלק על דעה זו, ראה לקמן.

3. אומדנא בדיני נפשות

בסנהדרין לז,ב מסופר על ר' שמעון בן שטח שראה אדם רודף אחר חברו לתוך חורבה כשבידו סכין, וכאשר נכנס אחריהם ר' שמעון בן שטח לחורבה, ראה את הסכין שביד הרודף נוטף דם, ואת הנרצח מפרפר. ואמר שם ר' שמעון שאינו יכול לדונו מכיוון שלא ראה ממש את פעולת ההרצחה.

סוגיה זו מלמדת, שאין לדון ד"נ על פי אומדנא אפילו כשהיא מובהקת וברורה.⁴ השאלה היא, האם זה דוקא בדיני נפשות או שדין זה נכון אף בדיני ממונות ומצאנו בזה מחלוקת ראשונים: המהרי"ק הנ"ל כתב: "אלא ודאי דאין לחלק, ומדחזינן דבדיני נפשות לא אזלינן בתר אומדנא אפילו באומדנא רבה כי האי דשמעון בן שטח... הוא הדין בדיני ממונות."

אך הרמב"ם⁵ בספר המצוות ל"ת רצ כתב:

היא שהזהירנו שלא לחתוך הגדרים באומד הדעת החזק ואפילו היה קרוב אל האמת... זה והוא אמרו יתעלה (משפטי כג) ונקי וצדיק אל תהרוג כי לא אצדיק רשע... ולא תרחיק זה ולא תפלא מזה הדין... ואילו התירה התורה לחתוך דיני נפשות באפשר הקרוב מאד... עד שיחתכו הגדרים וימיתו האנשים פעמים במעט אומד לפי דמיון הדין ומחשבתו וכו'.

בהלכה זו רואים שהרמב"ם למד שאין דנים על פי אומדנא בדיני נפשות בלבד, שהרי הביא פסוק ששייך רק לדיני נפשות ולא לדיני ממונות "ונקי וצדיק אל תהרוג כי לא אצדיק רשע..." וכן מכך שהאריך שם להסביר "שלא תפלא מזה הדין וכו'". מדבריו נראה שסברתו הפשוטה היא שבשאר דינים כן דנים על פי אומדנא וכן הבין הרמב"ן שהשיג עליו וכתב, שהרמב"ם הביא פסוק ששייך רק בנפשות.⁶

אם כן, מוסכם שבדיני נפשות אין לדון על פי אומדנא, אך נחלקו הראשונים אם לומדים זאת גם לדיני ממונות.

⁴ שהרי שם ודאי שהאומדנא מורה שזה הרוצח.

⁵ בנוסף לרמב"ם שניבא בהמשך המאמר שבו ודאי שהולכים בתר אומדנא.

⁶ הרמב"ן שם ז"ל: "וכן מאומד אף בדיני ממונות הוא פסול דקי"ל (נז"מ ספ"ח) כרבנן דפליגי עליה דר' אחא בגמל האוחר כמתבאר שם ברביעי שלסנהדרין (לז,ב). ולא בא הכתוב הזה ונקי וצדיק אל תהרוג אלא לפטור בדיני נפשות".

4. אומדנת הדיינים בבירור טענות ועובדות, עפ"י הנראה להם בליבם

בכתובות פה, א מובא מקרה שבו הפך רבא שבועה מהתובע לנתבע על פי עדות אשתו (של רבא) שאמרה לו על התובע שהיה אמור להשבע שהוא חשוד על השבועה, ועשה זאת רבא, אף על פי שנשים אינן כשרות לעדות ועוד שהיא רק עד אחד, מכיוון שסמך על אשתו שאינה משקרת.

לעומת זאת, באותה גמרא מובא, שבמקרה אחר לא הסכים רבא להתחשב בעדותו של רב פפא שאמר על שטר שהוא פרוע, מכיוון שהוא רק עד אחד ולא יקים לו בגוויה' (הוא אינו מכירו היטב כמו את אשתו)!

מכאן הסיק רב פפא, שדיין יכול להתחשב בדעת ע"א פסול כדי להרע שטר אם קים ליה בגוויה ואפילו בכדי לקרוע שטר חתום ותמהה הגמרא שם, לקרוע שטר, והרי זו הוצאת ממון!! אלא חוזרת בה הגמרא ואומרת שרב פפא אמר להרע שטר,⁷ ולא לקרעו.

מגמרא זאת יוצא, שעל ידי אומדן דעת של הדיין ניתן להפוך שבועה ולהרע שטר, על פי עד אחד ואפילו פסול, אך לא ניתן להוציא ממון על ידי אומדנא. (נדון בהמשך עוד בגמרא זאת).

בהמשך הגמרא שם בכתובות פה, ב מובא מקרה נוסף של אומדנת הדיינים בבירור העובדות, (שעל ידה הוציאו מיתומים):

מסופר על ר' אמי שהוציא מרגליות מיתומים ונתנם לאדם שטען שהפקיד את מרגליות הללו אצל אביהם של היתומים. ר' אמי הסתמך בדינו זה, על כך שאותו אדם שטען שהפקיד נתן סימנים על הצורה של המרגליות, וכן שאביהם של היתומים לא היה אמוד (עשיר), ולכן הסבירות היתה שמרגליות אלו באמת שייכים לטוען שהפקיד אצל אביהם.

סוג זה של אומדן - בירור הדין על פי אומדנא, דומה לסוג האומדנא של גמל האוחר בין הגמלים בכך ששתי אומדנות אלו מתיימרות לברר את שהתרחש במציאות, אך עם זאת שונה ממנה מהותית, מצד המקור שמחדש את האומדנא: במקרה של השור והגמל האומדנא היא 'חזקה' ידועה של שור מועד שיגח, ושל גמל אוחר לישך, וחזקה זאת לא הומצאה על ידי הדיין שדן

⁷ להרע שטר פירושו, להצריך שבועה בכדי להשתמש בשטר.

באותו דין, אלא שהוא רק מתחשב באותה חזקה ידועה.⁸ לעומת זאת אומדנות אלו של רבא ורב אמי (בכתובות פה) התחדשו על פי דעתו וליבו של הדיין, ואין לדיין מקור קדום או חזקה שעליה הוא מסתמך. באומדנא כגון זו עוסק הרמב"ם בפרק כד מהלכות סנהדרין.⁹

ה. אומדן דעת בבירור הטענות לדעת הרמב"ם

בהלכה א כתב הרמב"ם: שיש לדיין לדון על פי אומדן דעת. ונחלקו האחרונים בהיקף של אותה הלכה ברמב"ם, באילו דינים יכול הדיין לדון ולפסוק על פי אומדן דעתו ובאיזה דינים מחויב הדיין לדון על פי עדים? נביא את כל דבריו כלשונם בכדי שנוכל לדון ולדייק בדבריו.

יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אף על פי שאין שם ראיה ברורה ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע,

כיצד: הרי שנתחייב אדם שבועה בב"ד ואמר לדיין אדם שהוא נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו שזה האיש חשוד על השבועה יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו וישבע ויטול הואיל וסמכה דעתו של דיין על דברי זה, אפילו היתה אשה או עבד נאמנים אצלו הואיל ומצא הדבר חזק ונכון בלבו סומך עליו ודן, ואין צריך לומר אם ידע הוא עצמו שזה חשוד.

וכן אם יצא שטר חוב לפניו ואמר לו אדם שסמך עליו אפילו אשה או קרוב זה פרוע הוא אם סמכה דעתו על דבריו יש לו לומר לזה לא תפרע אלא בשבועה, או אם היה עליו שטר חוב לאחר יתן לזה שלא

⁸ גם במקרה של שכיב מרע שנותן את כל נכסיו יש מסורת קדומה שהעבירה את אותה אומדנא כמו שכתב רשב"ם שם על אומדנא זאת: "לא עשאה אלא אפוטרופא - דאומדן הדעת הוא דאין אדם מניח את בניו ונותן את הכל לאשתו ולא נתכוין אלא לעשותה אפוטרופא כדי שיחלקו לה בניו כבוד משום דאוקי אבוהון נכסי ברשותה לפרנסם מהם כפי אומדן דעתה ויהיו כפופים לה ולקמן מני לה מהני תלת מיילי דשוניהו רבנן כהלכתא בלא טעמא דדברי נבואה הם".

⁹ סוג נוסף של אומדנא מופיע בשבועות מו,ב ולא הבאתי מקרה זה מכיוון שזה יותר מאומדנא וזה נקרא ידיעה בלא ראיה. ויש בזה אריכות ולא כאן המקום.

נפגם שטרו כלל ויניח זה שנפגם שטרו בדברי האחד או ישליך השטר בפניו ולא ידון בו כפי מה שיראה,

גוכן מי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת בלא צואה ונתן סימנין מובהקין ולא היה זה הטוען רגיל להכנס בבית זה האיש שמת, אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה וסמכה דעתו שאין זה החפץ של מת מוציאו מן היורשין ונותנו לזה האמוד בו ונתן סימנים,

וכן כל כיוצא בזה שאין הדבר מסור אלא ללבו של דיין לפי מה שיראה לו שהוא דין האמת,

אם כן למה הצריכה תורה שני עדים שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר.

מלשונו של הרמב"ם בהלכה א' עולה שהצורך או היכולת של הבית דין לדון באומדן דעת הינה מוחלטת ואינה מוגבלת בדינים מסוימים או בסוגי אומדנא שונים. אלא שהבנה זאת בדין אומדנא מוקשה על ידי הראשונים והאחרונים מכמה סוגיות:

ד. קושיות הראשונים

הראשונים הקשו מהסוגיות של גמל האוחר בין הגמלים (ב"ב צג), ושל ר' שמעון בן שטח שרץ אחר הרוצח לחורבה ומצאו עם סכין מטפטף, שבסוגיות אלו נפסק על ידי הראשונים ובתוכם הרמב"ם עצמו, שלא הולכים בתר אומדנא. מכוח סוגיות אלה יש מהראשונים שחלקו על הרמב"ם¹⁰ ויש שדחקו ברמב"ם וכתבו שגם הוא לא סובר שהולכים בתר אומדנא כלל.¹¹

את הקושיה מר' שמעון בן שטח תרצנו לעיל, שלדעת הרמב"ם דוקא בדיני נפשות לא הולכים בתר אומדנא וזה מוכח מלשונו וכן הבין הרמב"ם שם. החינוך כתב בלשון זהה לרמב"ם והביא גם אותו פסוק ללמד שלא אזלינן

¹⁰ עיין רמב"ן על סהמ"צ ל"ת רצ.

¹¹ עיין שו"ת מהריק שורש קכט.

בתר אומדנא, וכתב עליו המנ"ח: "והנה משמע מלשון הרהמ"ח דדוקא בד"י הדין כן, ובד"מ סגי בידיעה בלא ראייה".¹²

את הקושיה מגמל האוחר תרץ החסדי דוד (על התוספתא) כך: הרשב"ם בסוגיה בב"ב שם כותב שגורסים שור שהיה רועה ולא גרסינן רועה על גב הנהר, ומשמעות גירסה זו - שיש הרבה שוורים על גב הנהר.

והנה הרמב"ם בהל' נזקי ממון כתב "שור שהיה רועה על גב הנהר ונמצא שור הרוג בצדו". כותב החסדי דוד שהרמב"ם גרס 'על גב הנהר' בדוקא, בגלל שיש שם שוורים רבים, ואז יש רוב נגד האומדנא. ולמרות ששור זה הוא מועד ויש אומדנא שהוא נגח, מכיוון שיש רוב נגד האומדנא שזה אחד מהשוורים הרבים שנמצא על גב הנהר לא אזלינן בתר אומדנא. הרי שרק כשיש רוב נגד האומדנא לא אזלינן בתר אומדנא, אבל בסתם אומדנא ודאי אזלינן אבתריה. ולכן כתוב: גמל אוחר בין הגמלים ושור שהיה רועה על גב הנהר.

ה. קושיות האחרונים מהסוגיה בכתובות פה

כתוב בגמרא כתובות שהבאנו לעיל: "קרענא סלקא דעתך?! אלא מרענא שטר." וביאר שם רש"י, שהוקשה לגמרא כיצד אפשר לקרוע שטר עפ"י אומדנא שהרי ברור שאין להוציא ממון על פי אומדנא. איך אם כן כתב הרמב"ם בפשיטות שיש לדיין לדון על פי אומדנא. ולא חילק או צמצם את כוחה של האומדנא.

מכח קושיא זו רצו האחרונים לתרץ ולצמצם את דעת הרמב"ם לפיה ככלל אי אפשר להוציא ממון על פי אומדנא אלא רק להחזיק ממון, אלא שאז הוקשה להם מהמשך הגמרא שם שרב אמי הוציאו ממון מהיתומים על פי אומדנא - ובזה תרצו כל אחד לפי טעמו:

1. נתה"מ: אומדנא של כל העולם

נתה"מ (באורים טו ס"ק ב) חילק בין שני סוגי אומדנא: אומדנא שיש לדיין בלבד ואומדנא שברורה לכל העולם. באומדנא שיש לדיין בלבד: לא יכול הדיין להוציא ממון, ועל כך מדובר במקרה הראשון בכתובות ולכן רק הפכו שבועה והרעו שטר.

¹² לקמן נביא מדברי הרב קוק שלמד מרמב"ם זה להיפך, שבדיני ממונות מועילה אומדנא.

אמנם באומדנא הברורה לכל העולם בה המציאות כמעט ברורה, בזה אפשר גם להוציא ממון, והאומדנא במקרה של יתומים היתה מסוג זה, שהיה ברור לכל מתבונן שהמרגליות היו של זה שמביא סימן ולא של הנפקד שאינו אמוד - ולכן הוציאו ממון (חילוק זה בין אומדנת הדיין לבין אומדנא לכול העולם. כתב גם התשב"ץ בספרו ח"א סי' פ).¹³

2. אבן האזל: הוצאה מהיתומים לא נחשבת הוצאה

לדעת אבן האזל (סנהדרין כד,א) בכחה של אומדנא ליצור ספק בלבד ולא לברר, ולכן אי אפשר להוציא באמצעותה ממון. על השאלה מדוע במקרה של היתומים בכתובות הוציאו בכל זאת ממון על פי אומדנא, ענה: מכיוון שאביהם של היתומים היה אדם שאינו אמוד, זה מגרע את חזקת 'מה שתחת יד האדם שלו', (מכיוון שלדעת אבן האזל שחזקה 'מה שתחת יד האדם שלו' זאת חזקה הגיונית מבררת¹⁴ ולכן מתי שהיא נגד ההיגיון היא לא פועלת) ומשום כך נחשבו היתומים כמוחזקים מספק כי אין להם בירור של 'מה שתחת יד האדם', ומוחזק סתם ללא חזקת 'כל מה שתחת' זה ספק, ולהוציא ממנו אינו נחשב הוצאה, שכן מהתורה אפשר להוציא על פי סימנים וכאן ניתנו סימנים במרגלית.

3. נחל יצחק: אומדנא של הדיין עצמו

הנחל יצחק (ח"מ טו) כתב "נראה דעיקר החילוק הוא דהא בהך דקים לי בגויה דלא משקר כיון דהדיין בעצמו אינו יודע העניין רק מה ששומע מהאחר ע"כ אין להוציא ממון על ידי זה".

הנחל יצחק חילק בין שני סוגי אומדנות אך בדרך שונה מנתה"מ. לדעתו, במקום שיש אומדנא לדיין על ידי עצמו, כגון במקרה של יתומים ששם ברור לדיין שהפיקדון אינו של הנפטר, נאמן גם להוציא ממון – כי אומדנא עצמית

¹³ עוד הוקשה לו מסוגיית אין עד נעשה דיין, שכתוב בב"ב קיג, שדיין שראה מקרה בלילה, לא יכול לדון באותו מקרה, מכיוון שלא יכול לקבל את עצמו בתור עד, וכן לא יכול לדון לפי ראייתו כי באותו זמן שראה (לילה) הוא לא יכול לדון. שואל נתה"מ: ומה בכך שלא יכול לקבל עצמו בתור עד? הרי הוא יכול לדון על פי אומדן דעתו שהרי הוא ודאי יודע את המציאות שראה בעניו? ממקרה זה רואים ודאי שיש צורך בהוכחה בב"ד על פי עדים וכדומה ולא די בידיעת הדיין. על זה יש להעיר שהדיין אינו יכול לדון מכיון שיש לו שם עד.

¹⁴ יש חולקים וסוברים שמוחזק זה חזקה שדומה לחזקה קמייאת ולכן גם אם תרע את ההגיון שבחזקתו של המוחזק הוא עדיין יחשב מוחזק לכל עניין. ועיין גרני"ט.

נחשבת כאומדנא מובהקת. ואילו במקרה שאין לדיין אומדנא על ידי עצמו אלא על ידי עד אחר שאומר לו, כמו המקרה של רבא שאמרה לו אשתו, בזה א"א להוציא ממון, מאחר והיא אומדנא קלושה יחסית, והאריך שם לבאר.

לסיכום: מפשט לשון הרמב"ם נראה שדיין צריך לדון באומדנא בכל דין ובכל מצב, אולם יש שני דברים קשים להבנה זו: ראשית, קושיית האחרונים שמהגמרא עצמה שנראה שמשם מקור לרמב"ם משמע שאי אפשר להוציא ממון על ידי אומדנא.

ועוד נראה שהיה קשה לאחרונים הנ"ל מפשט מהלך הסוגיה בכתובות. מהסוגיה שם משמע שהמקרים הכתובים שם שדנו על פי אומדנא הם יוצאי דופן ורק בהם אפשר לדון על פי אומדנא. כמו שאמר רב פפא שם: "השתא דאמר מר מילתא דקים ליה בגוויה מילתא היא...". משמע מדברי רב פפא, שזה דין מחודש 'במילתא דקים ליה בגוויה' בדוקא. איך אם כן מוציא הרמב"ם הוראה כללית לדיין לדון על פי אומדן דעת מאותה סוגיה?

מתוקף קשיים אלו האחרונים מגבילים את יכולתו של הדיין לדון באומדנא באופנים שונים. אך מוסכם לדעת כולם: שבדעת הרמב"ם אפשר להחזיק ממון על ידי כל אומדן דעת.

4. דיון בשיטות האחרונים

אלא שקשה על פירושם של האחרונים הנ"ל מכמה סיבות:

1. מדוע שאל הרמב"ם בסוף ההלכה: "אם כן (שאפשר לדון עפ"י אומדנא י"א) למה הצריכה התורה שני עדים" הרי לדעת האחרונים הנ"ל בודאי יש צורך בשני עדים באותם מקרים שבהם לדעתם אין לפסוק על פי אומדן דעת, כל אחד לפי שיטתו: אבן האזל: בכדי להוציא ממון צריך עדים;¹⁵ נתה"מ: מתי שאין לדיין אומדנא הברורה לכל (כמו אותם מקרים עצמם שהביא הרמב"ם בהלכה א) בכדי להוציא צריך עדים; נחל יצחק: גם לדעתו, באותן הדוגמאות עצמן שהביא הרמב"ם בהלכה א' צריך עדים בכדי להוציא ממון,

¹⁵ ועיין אבן האזל (הלכות נזק"מ ח, יד) שרצה לתרץ בזה על דרך הפלפול שמכיוון שאומדנא יוצרת ספק, אם כן אין להשביע את הבע"ד שנגדו הולכת האומדנא, ואם כך אז די לנו מהתורה בעד אחד, מכיוון שהוא מצריך שבועה ומהתורה אין גלגול ויש 'מתוך שאינו יכול להישבע' ולכן כל פעם שיש עד אחד ואומדנא יוציאו ממון. וזאת לדעתו כוונת הרמב"ם שאמר אם כן למה הצריכה התורה שני עדים, שהרי די בעד אחד בכדי להוציא ממון. אלא שזה קשה מאוד שהרי בקרקעות ועבדים ע"א לא מחייב שבועה. ועוד שאין זה הפשט של אם כן למה הצריכה כו'.

מכיוון שהאומדנא שם נעשתה שלא על ידי הדיין עצמו. אם כן לא ברורה שאלת הרמב"ם למה הצריכה התורה עדים.

וכן העיר באולם המשפט (ח"מ טו,ה): "ומש"כ ליישב דדוקא לענין ארועי שטרא וכה"ג אזלין בתר אומדנא פשוט דאין כן כוונת הרמב"ם שמסיים א"כ למה הצריכה התורה עדים". וכן הניח הרב דזיימטרובסקי בצע"ג בהשגותיו על נתה"מ.

2. עוד קשה על נתה"מ שביאר במקרה של יתומים, שהוציאו שם ממון מכיוון שזאת אומדנא של כל העולם ולא של הדיין לבד. והקשה האמרי בינה (סי' כד) שמלשון הרמב"ם נראה ההפך. וזה לשונו: "והמעין בדברי הרמב"ם יראה שכתב אם ידע הדיין שזה המת אינו אמוד להיות לו חפץ זה, וסמכה דעתו שאין זה חפץ של המת מוציאו מן היורשים, שאין הדבר מסור אלא ללבו של הדיין ושלבו ודעתו סמכה, ואף אם לא נודע וידוע לכל רק להדיין יכול להוציא מיתומים." משמע מפורש שהרמב"ם הבין שזאת אומדנת הדיין לבדו, והוא לא סבר כמו שרצה לתרצו נתה"מ.¹⁶

3. וכן קשה על האחרונים הנ"ל מכמה מקומות ברמב"ם שנראה בפרוש שהוא מחשיב אומדנא לא פחות מעדים. לדוגמא מש"כ בסוף הל' גיטין:

אל יקשה בעיניך שהתירו חכמים הערווה החמורה בעדות אישה או עבד או שפחה או גוי המשיח לפי תומו ועד מפי עד ומפי הכתב ובלא דרישה וחקירה כמו שבארנו (כל הדוגמאות הנ"ל נקראים אומדנא. י"א) שלא הקפידה תורה על העדת שני עדים ושאר משפטי העדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בריו אלא מפי העדים ובעדותן כגון שהעידו שזה הרג את זה או הלוח את זה. אבל דבר שאפשר לעמוד על בריו שלא מפי העד הזה (עד פסול במקום דעביד

¹⁶ ועוד קשה על נתה"מ שהעמיד את המקרה של יתומים כאומדנא שברורה לכל העולם. העמדה זו של המקרה של יתומים קשה משתי סיבות: ראשית: הרמב"ם בהלכות שאלה ו,ד, כתב, שרק אם לדיין עצמו נראה שאותו שומר אינו עמוד יכול הוא להוציא מהיתומים, אבל אפילו אם יש שתי עדים שאומרים לו שאינו עמוד אין זאת אומדנא טובה משמע שאינשי לא יודעים מי אמוד ומי לא וזה תלוי דוקא בדיין. (כן הקשה בנחל יצחק). ועוד קשה לי על דברי נתה"מ שכתב שכו"ע ידעי שאינו אמוד. ממה שכתב נתה"מ בעצמו (לד ס"ק ג) "שאין אדם יודע מטמונותיו של חברו", ולכן חלק נתה"מ על התומים וכתב: שכל אדם אפילו שנראה עני גמור, ייתכן שהוא עשיר גדול.

לאגלויי¹⁷) ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת כגון זה שהעיד שמת פלוני, לא הקפידה תורה עליו.

כותב הרמב"ם: שכל מה שתקנה התורה שני עדים זה רק במקום שחייבים את העדים אבל במקום שאפשר לעמוד על האמת ללא עדים כמו כאן על ידי אומדנא אין צורך בעדים.

מרמב"ם זה משמע קצת שאפשר גם להוציא ממון על פי אומדנא, שהרי כתב שאפשר אפילו להתיר אשת איש אפילו 'שאיין דבר שבערוה פוחת משניים'¹⁸.

לאור כל הקושיות הנ"ל, ננסה בכל זאת להעמיד הרמב"ם על פשוטו שאפשר לדון באומדנא בכל דין כמו שהבין התומים שכתב: "ואם נתברר לב"ד דהוא אמת אפילו מעוף הפורח מוציאים ממון, ודורות הראשונים היו מוציאים ממון על פי אומדנא" ומהתומים עולה: א. אפשר להוציא ממון על פי אומדנא. ב. אפילו אומדנא של עוף הפורח היא אומדנא טובה ולא צריך אומדנא מיוחדת. ג. רק בימי קדם היו דנים ומוציאים על פי אומדנא.

ברם, שיטת התומים קשה מכיוון שהאחרונים הנ"ל הביאו גמרא מפורשת בכתובות פה שאין מוציאים ממון על פי אומדנא. נראה שבכדי להבין שיטת התומים צריך להבין תחילה דבריו "שדורות הראשונים היו מוציאים ממון

¹⁷ עד פסול במקום דעביד לאגלויי, דומה לעד פסול במקום ש'קים ליה בגווייה' (שזאת הדוגמא לאומדן דעת) ואולי האחרון אפילו חזק ממנו. ולכן כל מה שאומר הרמב"ם על עד דעביד להגלויי שייך ודאי גם לענייננו באומדן דעת. וכן הבין הציץ אליעזר חלק ג סימן ל'. וכן כתב אבן האזל בהלכות גירושין על הרמב"ם שזה מדין אומדנא של ב"ד וציון לרמב"ם אצלנו בהלכות סנהדרין. וז"ל אבן האזל בהל' גירושין: "...ולכן אמרו חז"ל אומדנא כללית דבראי' זו ובאומדן זה סמוך לדון דבודאי מת בעלה, ונמצא דדין זה מסור רק ביד הב"ד לדון כפי אומדן דעתם, ובוזה נתנו לנו חז"ל כלל לכלל ב"ד שידונו כן באומדנא זו, אבל אומדן זה לא נמסר אלא לב"ד... ובטעמא אפשר לומר כמו שכתב הרמב"ם בפכ"ד מסנהדרין דיש רשות לדיין לדון בד"מ כפי אומדן דעתו.

¹⁸ עוד נראה להעיר, שמדברי הרמב"ם: "יש לדיין לדון בדיני ממונות" ובסוף שאל "אם כן למה הצריכה התורה שני עדים" משמע שיש עדיפות עקרונית לדיין לברר את הדין על פי אומדנא, על גבי בירור על פי עדים וראיות אחרות, ורק במקום שאין אומדנא אמרה התורה לדון על פי עדים או ראייה אחרת.

ויותר מזה כתב הרדב"ז בדעת הרמב"ם, שאפילו יש בדין שני עדים שיועד הדיין (באומדנא) שדיברו שקר יכול הדיין להתעלם מהם לחלוטין, משמע שלא רק שיש לדון תחילה על פי אומדנא, אלא שאומדנא עדיפה כראייה יותר משני עדים כשהם מתנגשים, שהרי כשהאומדנא אומרת שהעדים שקרנים יתעלם מהם. רדב"ז: "א"כ למה הצריכה תורה וכו'. מכאן יש ללמוד שאם יודע שהעידו שקר לא יאמר יהיה הקולר תלוי בצואר העדים אלא ידון לפי מה שהוא יודע ולא יחוש לעדים."

על פי אומדנא" מי הם אותם דורות ראשונים? לבאור שאלה זאת נעיין בהלכה ב ברמב"ם שכותב על התמעטות הדורות ביכולת הפסיקה באומדנא.

ו. ביטול האפשרות לדון באומדן דעת (הלכה ב' ברמב"ם)

כותב הרמב"ם בהלכה ב: "כל אלו הדברים הן עיקר הדין אבל משרבו בתי דינין שאינן הגונים ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה וכו'".

יש לדון מתי נתקבלה הקבלה שציין הרמב"ם שלא לדון לפי אומדן הדעת.

מדברי הכס"מ במקום, עולה שהקבלה שלא לדון לפי אומדן הדעת הובאה ברי"ף והתקבלה רק בתקופת הגאונים. וכן כתב הסמ"ג עשין קז: "גזרו הגאונים שלא יעשו כן שלא יאמר כל הדיוט והדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת לדבר זה."

לעומת זאת, ההגהות מימוניות על הלכה זו הפנה לירושלמי, וז"ל:¹⁹

צריכין הדיינין להתרחק בכל יכלתן שלא יקבלו עליהן דין תורה כי מאד נתמעטו הלבבות וגרסינן נמי בירושלמי פרק קמא דסנהדרין ובספר חפץ הביאו, בימי ר"ש בן יוחאי בריך רחמנא דליכא חכים מידון. רבי יוסי בן חלפתא באו שני אנשים לפניו לדין אמרו לו על מנת שתדיננו דין תורה אמר להן איני יודע לדון אתכם דין תורה.

יש לעיין האם ההג"מ ראה קשר בין הירושלמי שאומר שבזמן רשבי"ר ורי עקיבא לא דנו דיני ממונות על פי דיני תורה, לבין ההלכה הזו שבה נפסק שהפסיקו לדון על פי אומדנא.²⁰ נעמוד על שאלה זו בהמשך דברינו אך נעיין תחילה במה שמציינים חלק מהראשונים כמקור לבטול דין אומדנא.

ז. המקור לתקנת בטול דין אומדן דעת

הראשונים מציינים שהרמב"ם בהלכה ב הוציא דבריו מהרי"ף, אך כבר אותם הראשונים עמדו על כך שהרמב"ם שינה מדברי הרי"ף (ראה כס"מ).

¹⁹ אמנם דברי ההגהות מימוניות הם ציטוט מדויק מהסמ"ג מצווה קז. אך נראה בכל זאת לשאול מה הקשר להלכה זו ברמב"ם.

²⁰ ייתכן וההג"מ ציין מקור לכך שהתמעטו הלבבות אף שאין קשר ישיר להלכה זו ברמב"ם.

ננסה לעמוד לא רק על ההוספה ההלכתית שהוסיף הרמב"ם, אלא גם על ההבדל המהותי שגרם לרמב"ם לשנות מדברי הרי"ף.

לשון הרי"ף (כתובות מג, ב):

וחזינן לגאון דקאמר דהאידינא לא אפשר ליה לדיין למימר קים ליה בגויה דלא בריר לן קים לן בגויה היכי הוי הלכך: לית ליה לאורועי שטרא או לאפוכי שבועה אלא בעדות ברורה ואעפ"כ בעדות אדם נאמן מחמיצין את הדין ודורשין וחוקרין עד שיתברר הדבר ויצא הדין לאמיתו.

ח. טבלת השוואה בין לשון הרי"ף לרמב"ם

הסבר	לשון הרמב"ם	לשון הרי"ף	
לא ררי"ף: לא בקיאים בדין קים ליה בגויה. רמב"ם: ככלל רבו בתי דינים שלא מספיק הוגנים וחכמים בכל דיני אומדנא.	"כל אלו הדברים הן עיקר הדין אבל משרבו בתי דינין שאינן הוגנים ואפילו היו הוגנים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה",	דלא בריר לן קים לן בגויה היכי הוי.	הסיבה לקבלה שלא לדון באומדנא
לרי"ף: הגאון אמר שיותר לא שייך לעשות קים ליה. רמב"ם: הסכמת רוב בתי דיני ישראל.	הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא...	וחזינן לגאון דקאמר דהאידינא לא אפשר ליה לדיין למימר קים ליה בגויה וכו'	איך בדיוק התקבלה 'הקבלה'

<p>לא לרי"ף רק לא הופכים שבועה ולא פוגמים שטר אלא בראיה ברורה.</p> <p>רמב"ם: לא הופכים ולא פוגמים. ומוסיף, 'וכן בשאר כל הדינים'. והוסיף עוד 'ולא ידון הדין בסמיכת דעתו וכו' והוסיף עוד את המקרה של יתומים.</p>	<p>שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, ולא יפגמו שטר ויפסידו חזקתו בעדות אשה או פסול. וכן בשאר כל הדינים, ולא ידון הדין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה, וכן אין מוציאים מן היתומים אלא בראיה ברורה לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען</p>	<p>"הלכך: לית ליה לאורועי שטרא או לאפוכי שבועה אלא בעדות ברורה"</p>	<p>מה התוצאה ההלכתית של הקבלה</p>
--	---	---	--

מהשואת דברי הרמב"ם לדברי הרי"ף עולה, שההבדלים בין הרמב"ם לרי"ף במקור התקנה הם: שהרי"ף הבין שזאת היתה קבלה מסוימת שנקבלה על ידי גאון אחד בזמן מסוים. ומה שתיקן אותו גאון זה רק שלא לעשות דין 'קים ליה בגוויה'.

לעומת זאת הרמב"ם הבין, שתקנה זאת נתקבלה על ידי 'הסכמה' של כל ישראל כמו שכתב "הסכימו רוב בתי דיני ישראל" ולדבריו אפשר להסתפק שמא קבלה זאת לא נתקבלה בפעם אחת בזמן אחד (נבאר בהמשך). וכן שקבלו על עצמם שלא לעשות שום דין באומדן דעת ולא רק דין 'קים ליה'.

ט. לשון 'הסכימו' ברמב"ם

בלשונו של הרמב"ם מוצאים מקור נוסף בו מתוארת תקנה בלשון הסכימו, (וגם תקנה זאת נתקבלה עקב התמעטות החכמה וחוסר ידיעה). בהקדמה למשנה תורה, כתב הרמב"ם שאמוראים אינם רשאים לחלוק על תנאים, וכן גאונים אינם חולקים על האמוראים: "הואיל וכל אותם הדברים שבגמרא הסכימו עליהם כל ישראל" שתי הלשונויות של התקנות נראות כמעט זהות.

בבאור אותה תקנה המובאת בהקדמה ליד החזקה בלשון 'הסכימו', נחלקו הגר"א וסרמן והחזו"א (קובץ ענינים עמ' קצד). ר' אלחנן סבר שתקנה זאת נתקבלה במפורש על ידי קבוץ כל חכמי הדור שישבו והחליטו שמחתימת התלמוד והילך אסור לחלוק יותר על הדור הקודם. לעומת זאת החזו"א סבר שהאמוראים פשוט הבינו מעצמם שמשום מיעוט חוכמתם אין הם יכולים לחלוק על התנאים, וכן הגאונים והסבוראים הבינו מעצמם שנתמעטו הלבבות ולכן אין הם יכולים לחלוק על האמוראים.

מחלוקת זאת של האחרונים חושפת אותנו לשתי סוגים של תקנות חז"ל. סוג אחד: היא קבלה בזמן מסוים שמתקבלת על ידי הסכמת חכמים או על ידי אחד הגדולים, במפורש, כמו שכתב ר' אלחנן. וכמו שמציין הרי"ף כאן 'חזינן לגאון', וסוג שני: קבלה שלא מתקבלת במפורש, אלא שפשוט חז"ל רואים שאין הם יודעים או בקיאים לעשות מעשה מסוים ולכן הקבלה מתקבל מאליה על ידי חז"ל, כמו שכתב החזו"א.²¹

אם נשווה בין נידון זה לנידון דידן, שכאמור נכתבו שניהם ברמב"ם בלשון 'הסכימו ישראל' אפשר יהיה להסביר את ההבדל בין הרמב"ם לרי"ף. לדעת הרי"ף מדובר בתקנה אחת שתיקן גאון כמו שכתב: 'וחזינן לגאון דקאמר', ולעומת זאת לדעת הרמב"ם, תקנה זו התקבלה מאליה במהלך הדורות על ידי שנתמעטו הלבבות וראו שאינם יודעים לעשות אומדן דעת. גם מלשון הרמב"ם משמע שהיו הרבה תקנות שונות. "(1) שלא יהפכו שבועה אלא בראיה ברורה, (2) ולא יפגמו שטר... (3) וכן בשאר כל הדינין (4) ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו... (5) כן אין מוציאין מן היתומים...."

שוב מצאתי שהרב חיים דוד הלוי²² עמד על כך שגדר ומקור התקנה לרמב"ם שונה מגדר ומקור התקנה לגאון שבר"ף,²³ אלא שהרב ח"ד הלוי נשאר בצ"ע מהיכן הרמב"ם למד גדר שונה. ננסה לברר מהו המקור של הרמב"ם.

²¹ תקנה זו שמתקבלת מאליה עקב זה שרואים וחשים חוסר בקיאות, לעיתים יש שהיא מתקבלת פחות או יותר בפעם אחת, כמו המקרה שמצוין בהקדמת היד החזקה. אך יותר מסתבר שתקנה כגון זאת של מעוט הלבבות וחוסר בקיאות מתקבלת בשלבים במהלך הדורות, לדוגמא כמו שמצינו במסכת נידה, לענין ראיית דמים וכתמים, שבתחילה כתבו חלק מהתנאים והאמוראים שאין הם יודעים לראות מראות ולכן הפסיקו חלקם לראות מראות ולהתיר בין גוויי הצבעים של אדום, לאחר מכן תיקן רבי לעם שבשדות משום שלא ידעו לחשב ימים, ולאחר מכן "קבלו על עצמם בנות ישראל" לשבת על כל טיפת דם כחרדל (הסדרי טהרה כותב שגם 'קבלו על עצמם בנות ישראל' נבע מחוסר בקיאות בדמים).

²² קובץ התורה והמדינה יג- יד בעריכת הרב שאול ישראל.

י. באור הירושלמי בסנהדרין

הגמרא מביאה כמה מימרות שעוסקות בירידת הדורות לגבי היכולת לדון דיני ממונות.

1. ירושלמי סנהדרין

תני ר"ש בן יוחי, ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם. אתא מימר לך בפשוטה דקרייא ותייא.

(קרבן העדה: אתא מימר לך. קרא ואלה המשפטים: בא ללמד שאין הדיין צריך שידע כל הדינים הנדרשים מקרא על בוריין אלא משידע הדינים הנזכרים בפשוטו של מקרא יכול לדון.)

ר' יוסי בר חלפתא אתון תרין בר נש מידון קומוי א"ל על מנת שתדיננו דין תורה. אמר לון אני איני יודע דין תורה אלא היודע מחשבות יפרע מאותן האנשים. מקבלין עליכון מה דנא אמר לכון.

רבי עקיבה כד הוה בר נש אזל בעי מידון קומיה הוה א"ל הוה יודעין לפני מי אתם עומדין לפני מי שאמר והיה העולם.

בימי שמעון בן שטח (הראשונים גורסים רשב"י) ניטלו דיני ממונות.

אמר ר"ש בן יוחי בריך רחמנא דלינא חכים מידון. [רשב"י אמר ברוך ה' שאין מישוהו בדורי שמספיק חכם לדון כדין תורה שמשום כך בטלו דיני ממונות ואני לא צריך לדון דין תורה של ממונות. (הסבר הראשונים שם)].

²³ ציטוט מלא: "ובאמת שלפי טעמו של הרמב"ם שתלה הטעם בדיינים שאינם הגונים במעשיהם... אלא שיקשה לנו על הרמב"ם עצמו מנין הוציא טעם זה שלא נזכר כלל בדברי הגאונים שהביאו רק דלא ידעינן קי"ל בגויה היכי הווי ועוד איך היה ניחא ליה למרן הב"י להכניס תוך דברי הגאונים דהיינו לומר שראו ביד שאינם הגונים ונראה שדין זה דאין מוציאים מיתומים לפי אומדן דעת הדיין אינו מדברי הגאונים ואולי דכך קבל הרמב"ם מרבותיו שכך הסכימו רוב בתי דיני ישראל שגם בענין זה אין סומכין על דעת הדין כיון שגם זה טעון אומדן דעת ונתמעטו הדורות וזה מדוקדק מדברי הרמב"ם עצמו שכתב: משרבו וכו' הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו וכו' ולא יגמרו וכו' בעדות אשה ופסול, וכן בשאר הדינים וכו' שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת עליו ועד כאן הם דברי הגאון ממש ומה שתוסיף וכתב וכן אם אין מוציאים מיתומים וכו' ולא כלל זה עם תחלת דבריו משמע שלא ממקור אחד יצאו ואין הם לא מדברי הגאון וגם לא מטעמם וכמו שנתבאר".

יוצא אם כן שבזמן אותם תנאים חלה ירידה מסוימת ביכולת לדון בדיני ממונות, איזו ירידה חלה באותו זמן שמשום כך נטלו דיני ממונות, וליכא מאן דחכים מידון.

באופן פשוט נראה שכוונת הירושלמי היא שחלה ירידה בידיעת פרטי הדינים של התורה. אלא שבאור זה בירושלמי קשה מאוד מכמה סיבות:

2. קושיות על פשט הירושלמי

הקשו הראשונים על אתר, הרי רשב"י עצמו אמר שם בסוגיה, שכדי לדון דין תורה על הדיין לדעת רק את פשט פרשת משפטים בתורה:

ואם חוסר היכולת לדון נבע מחוסר ידע בפרטי הדין, למה אמר ר' יוסי בר חלפתא, שאינו יודע לדון דיני תורה, ורשב"י עצמו שמח שאין מישהו חכם בדורו שיודע לדון שהרי ודאי שהיו יודעים את פשט התורה.

יש לציין שמשמע שם שמימרא זאת של רשב"י שאין הדיין צריך לדעת אלא רק פרשת משפטים, זה חלק מאותה מימרא שבה הוא אומר שאין בזמנו משהו שיודע לדון.

ועוד קשה, מה הקשר בין המימרא של רבי עקיבא שהיה אומר לנידונים 'לא לפני אתם עומדים אלא לפני בורא עולם', למימרות שעוסקות בחוסר יכולת הדיינים לדון דיני ממונות.

ועוד, מה החומרא היתרה שיש בדיני ממונות שדוקא אותם לא דנו, שהרי אם לא ידעו דיני תורה על בוריים אסור להם לדון ולפסוק בשום תחום ולא רק בדיני ממונות.²⁴

ועוד אם כוונת הירושלמי היא שאי היכולת לדון נבע מחוסר ידיעת הדינים, מדוע ציין ההגהות מימוניות לגמרא זו הרי הרמב"ם כתב טעמים אחרים לכך שכיום אין דנים ע"פ אומדנא.²⁵

²⁴ ושכלל מצאנו שיש קולא בדיני ממונות בחוסר ידיעת הדין, כמו שפסק שו"ע דשתויי יין מותרים לדון דיני ממונות ואסורים באיסור והיתר כי בדיני ממונות יש הפקר בית דין ולכן גם אם תעו בדין זה לא נורא. שו"ע חו"מ ז' ס"ק ה' ובנו"כ שם.

²⁵ ועוד וכי ר' עקיבא, גדול תורה שבעל פה, ורבי יוסי בר חלפתא לא ידעו פשוטו של מקרא בכדי לדון.

בכדי לעמוד על פשט הירושלמי נעיין בהסברם של ה'באר אליהו' ו'העלי תמר'.

3. באר אליהו בבאור הירושלמי

הרב קוק בסימן יב בא להסביר מה הוא אותו 'דין תורה' שאותו לא דנו מזמן רשב"י והילך:

משמע שעיקר הכבדות (שלא דנו דיני תורה. י"א) הוא משום שמא יש ערמומיות בתוכן הטענות, ועל ידי זה יתעוות הדין, ומשום הכי קשה לדון דין תורה ממש. והיינו לפי אמיתת הדין מצד עצמו, ועל כן אמר להם ר' יוסי בר חלפתא אחר שאמר איני יודע דין תורה אלא היודע מחשבות יפרע מאותן האנשים, דהיינו שאינו יודע לברר את האמת הפנימית שבעניין מתוך טענותיהם. ונראה שאין החומר בדברי תורה מצד עצם בירור הדין שאם כן לא נשתנה דין תורה של דיני ממונות מכל הוראות שבתורה שדנים לפי הבנת המשפט על פי התורה לפי שכל האדם בגדרי התורה, אלא עיקר הכבידות הוא שלא יהיה דין מרומה מצד הטענות, ומשום הכי צריך להתרחק בכל היכולת שלא לקבל לדון כשאמרו מפורש שרוצים דין תורה.

וכך כתב בעלי תמר (על הירושלמי סנהדרין פ"א):

ובאור הדברים שבוודאי גדולי עולם ידעו לדון דין תורה אלא שחשדו בעצמם שאין בכוחם לעמוד על מה שבלב בעלי דין, שאין הם יודעים מחשבות הבעלי דין הטוענים טענות מרומות ומזוייפות וקשה להיות בוחן לבבות בעל דין בדין, ולפיכך אמרו אין אני יודע דני תורה, שכן יתכן שלא עמדתי על דבריהם שבלב וממילא איני יכול לפסוק... ואף דברי ר' יוסי בר חלפתא ורשב"י לא נזכרו כדי לא להחליש כחו של דברי תורה שנתנה להם התורה רשות לדון עפ"י כח מחשבתם וראות עיניהם.

הרב קוק כותב שרשב"י, ור' יוסי בר חלפתא ור' עקיבא לא דנו ולא ידעו לדון דין תורה, מכיון שלא ידעו לכוון ליאמת הפנימית של מציאות המקרה הנידון "שאינו יודע לברר את האמת הפנימית שבעניין מתוך טענותיהם". מה שהתמעט אם כך באותו דור לדעת הרב קוק, זאת לא ידיעת ההלכה ופרטי הדין אלא היכולת לכוון על פי הלב לאמיתת המציאות.

עתה על פי באור זה אפשר לתרץ את הקושיות שהוקשו בירושלמי הנ"ל. כתבנו, שהמימרא של רשב"י שדי בדיעת פרשת משפטים בכדי לדון, לא מסתדרת אם המימרא שאין מישהו בדורו של רשב"י שמספיק חכם כדי לדון דיני תורה.

על פי דברי הרב קוק מימרא זאת מובנת, שזה בדיוק מה שרשב"י בא לומר, שהחכמים בדורו יודעים מצוין את כל פרטי התורה, אך אין הם יודעים לעשות אומדנא כראוי, ולכן למרות שבכדי לדון די בלדעת את פרשת משפטים אין משהוא בדורו שראוי לדון.

ועוד מובן מה הקשר בין הזהרת ר' עקיבא את הנידונים שלא יטענו שקר לבין מימרת רשב"י, שמכיוון שלא ידע לברר את אמיתת הלבבות מי דובר שקר ומי אמת, ודן רק לפי הטענות כאילו הם אמת. אמר להם להיזהר שלא לטעון שקר אלא רק אמת. כמו שכתב בקיצור הפני משה שם בירושלמי על דברי ר' יוסי ב"ח:

אני איני יודע דין תורה: אלא לפי טענותיכם אני דן אתכם והיודע מחשבות הוא יפרע מאותן האנשי הטוענין שקר וכו'.

כמו כן מובן, מדוע יש חומרה בדיני ממונות דוקא ולא באיסור והיתר וכדומה. מכיוון שרק בדיני ממונות אפשר שבעלי הדין יטענו שקר, ואז צריך הדיין לברר על פי אומדנתו את האמת הפנימית של המקרה הנידון מה שאין כן בדיני איסורים ונפשות (כתבנו למעלה שנפשות לא דנים על פי אומדנא).

ועוד מובן, איך אפשר לטעון שאצל ר' עקיבא ור' יוסי בר חלפתא חלה ירידה בדיעת התורה עד כדי כך שלא ידעו לדון דין תורה בדיני ממונות. שאין הכוונה שלא ידעו הלכה ודינים אלא שלא ידעו לכוון לאמיתת המקרה מי דובר שקר ומי דובר אמת לא השכלים התמעטו כי אם הלבבות.

4. באור הרמב"ם על פי הבאר אליהו

ועתה על פי דברי הרב הנ"ל אפשר להעמיד הרמב"ם על פשוטו. וכן להבין את הקשר שראה ההגהות מימוניות בין הירושלמי לבין הלכה ב' ברמב"ם.

הרמב"ם כתב בהלכה ב שביטלו את הדין של אומדנא, ושאלנו באיזו תקופה בטלו את היכולת לדון באומדן הדעת. הבאנו את דברי הר"ף והסמ"ג שצינו לבטול אומדן דעת שהיה בתקופת הגאונים. ועל פי דברי הירושלמי הנ"ל אולי אפשר להרחיב קצת בדעת הרמב"ם.

נתבאר לעיל שכאשר יש תקנה שנתקבלה במהלך הדורות, בדרך כלל יש שתי אפשרויות: או שהקבלה נתקבלה על ידי אחד מגדולי הדור או בקבוץ כל גדולי הדור בזמן מסוים. או שהקבלה הלכה ונתקבלה מאליה עקב הצורך והכרח המציאות במהלך הדורות בהדרגה. וראינו שלשון הסכימו ברמב"ם נוטה יותר לתקנה מהסוג השני.

אם הקבלה דגן שלא לדון על פי אומדנא, נתקבלה בבת אחת בזמן הגאונים, באמת יש לתמוה ולצמצם את הרמב"ם מתוקף דברי הגמרות בכתובות, ששם הרי משמע שלא דנו על פי אומדנא להוציא ממון וכו'. אך לאור הדברים שראינו בירושלמי שכבר בתקופת התנאים, אמר רשב"י 'דליכא מאן חכים מידון' וביארנו על פי הרב קוק והעלי תמר, שהכוונה של רשב"י, שאינו יודע לדון על פי אומדנא.

משמע שכבר בתקופת התנאים התחילו שלא לדון על פי חלק מהאומדנות, מכיוון שלא ידעו לדון כך. אם כך מה שהקשו האחרונים, שאמוראים לא הוציאו ממון על פי אומדנא אין זו קושיה על פשט הרמב"ם מכיוון שכבר המעיטו מלדון באומדנא בזמן התנאים. ולזה כיון הרמב"ם כשכתב הסכימו רוב בתי דיני ישראל.

וכן לא קשה מזה שמשמע מהגמרא בכתובות שהאומדנות שאפשר לדון על פיהם אלו אומדנות מסוימות שרק על פיהם אפשר לדון ושככלל אי אפשר לדון בכל אומדנא, מכיוון שאז כבר לא היו מחדשים אומדנות מליבם ואותם אומדנות המסוימות שהובאו בכתובת הם אומדנות שנשתמרו עד אותה תקופה.²⁶

ועוד מובן מה שכתב הרמב"ם, "אם כן מדוע הצריכה התורה שני עדים", שבאמת מהתורה קשה מאוד, מדוע צריך דין של שני עדים בדיני ממונות, שהרי הדין צריך לדון "על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן" ואם כך, אם העדים ישכנעו את הדיין יפסוק כמותם, כי השתכנע, ואם עד אחד ישכנע אותו יפסוק כמותו, ואם עד פסול ישכנע אותו

²⁶ וכן מובן זה שיש תנאים שדנו לפי אומדנא כמו רבי בנאה ב"ב נח,א: "הך איתתא עשרה בני אית לה, ולית לי מאבוך אלא חד. כי שכיב, אמר להו: כל נכסי לחד ברא, לא ידעי להי מינייהו. אתו לקמיה דרבי בנאה, אמר להו: זילו חבוטו קברא דאבוכון, עד דקאי ומגלי לכו להי מינייכו שבקא. אזלו כולהו, ההוא דבריה הוה לא אזל, אמר להו: כולהו נכסי דהאי. אזלו אכלו קורצא בי מלכא, אמרי: איכא גברא חד ביהודאי, דקא מפיך ממונא מאנשי בלא סהדי ובלא מידי, אתיהו חבשוהו."

גם כן יפסוק כמותו, ואם שתי עדים לא ישכנעו אותו לא יתחשב בהם²⁷. אז מדוע צריך דין של שני עדים. ולכן תירץ שם הרמב"ם, שחידשה תורה שגם "שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר", שזה חידוש שאפשר לדון עפ"י שני עדים אפילו שלא השתכנע הדיין מאמיתת דבריהם.

וכמו שכתב בהל' יסודי התורה פרק ח :

שצונו לחתוך הדבר על פי שנים עדים ואף על פי שאין אנו יודעין אם העידו אמת אם שקר.

א. היחס בין אומדנא לבין ראיות קבועות כגון שתי עדים

יוצא מכל האמור לעיל - על דרך האפשר, שיש שלושה סוגי אומדנא :

א. שהדיין "יודע לברר את האמת הפנימית שבעניין מתוך טענותיהם (באר אליהו)" ובזה כתב הרמב"ם "ואין הדבר מסור אלא לליבו של הדיין". ובאומדנא כזו כבר המעיטו להשתמש כבר בזמן התנאים כי התמעטו הלבבות. והוא מה שכתוב בירשלמי שבזמן רשב"י לא דנו דין תורה בדיני ממונות, שזהו עיקר דין תורה של דיני ממונות.

ב. אומדנא מוּבְנֵת, כדוגמת עד אחד פסול במקום דעביד להגלויי, או במקום דקים ליה בגויה, או במקום שאינו אמוד וכו'. ובאומדנות אלו המשיכו להשתמש עד תקופת הגאונים ואז בטלו ע"י גאון שמובא ברי"ף.

ג. אומדנות שקבלו גדר של חזקה, כגון 'אין אדם פורע תוך זמנו' או אומדנות שמבררות את כונת האדם בעשיית מעשה מסויים באופן שנחשב ל'דברים שבלבו ובלב כל אדם' כגון הנותן כל נכסיו לאשתו, שלזה גדר של אגן סהדי שלא עשאה אלא אפוטרופוס, אומדנות חזקות מאד שקבלו את הגדר של ידיעה בלי ראיה כגון נשיכה בין כתפיו ובאומדנות אלו דנים גם היום.

ובזמן שדנו על פי כל האומדנות, הצורך בשני עדים היה רק למקום שאי אפשר לברר בצורה אחרת, אבל באמת היה עדיפות עקרונית לביורור על פי אומדנא כמו שכתב הרמב"ם בפרוש בהל' גירושין (יג,כט). שהבאנו דבריו לעיל.

²⁷ כמו שכתב שם הרדב"ז על הרמב"ם וזה לשונו: "א"כ למה הצריכה תורה וכו': מכאן יש ללמוד שאם יודע שהעידו שקר לא יאמר יהיה הקולר תלוי בצואר העדים אלא ידון לפי מה שהוא יודע ולא יחוש לעדים."

איך אם כן למד הרמב"ם את הפסוק (דברים יט): "על פי שני עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר".

גם אם אין שום אומדנא אפשר לפסוק על פי שני עדים. כמו שכתב מפורש בהלכות עדות (כד,א) הני"ל, וכן שכתב בהל' יסודי התורה פ"ח: "שצונו לחתוך הדבר על פי שנים עדים ואף על פי שאין אנו יודעין אם העידו אמת אם שקר" משמע שצווי התורה זה שחותכים על פי עדים מגזרת הכתוב הוא למרות שזה לא משכנע לגמרי שזה אמת. ומובנת גם שיטת התומים (צ,יד) שהבאנו שכתב: "ודורות הראשונים היו מוציאים ממון על פי אומדנא". שדורות הראשונים הכוונה לדורות שלפני רשב"י, והיו דנים הכל (אפילו להוציא ממון) על פי כל אומדנא.

יב. סיכום

הבאנו דברי הרמב"ם שכותב שפשיטות שיש לדון על פי אומדנא ולא צמצם זאת לדין מסויים, שדבר זה הוקשה לראשונים ולאחרונים.

הרמב"ן ומהרי"ק (ועוד): הקשו על הרמב"ם.²⁸ מכוח סוגיית שמעון בן שטח שרץ לחורבה וסוגיית גמל האוחר בין הגמלים בב"ב צג. והבאנו מקורות מפורשים על ר"ש בן שטח שדין זה לדעת הרמב"ם הוא רק בנפשות, והבאנו על גמל האוחר את תירוץ החסדי דוד שתירצו שמדובר שם שיש רוב נגד האומדנא ולכן לא אזלינן בתר אומדנא.

נתה"מ, הנחל יצחק, ואבן האזל (ועוד): הגבילו את כוחה של האומדנא בדעת הרמב"ם מכוח קושייתם מהגמרא כתובות פה. ונסינו לתרץ על דרך האפשר, שהאומדנא שעליה דיבר הרמב"ם בהלכה א מיעטו להשתמש בה כבר בימי רשב"י ור' עקיבא ולכן לא קשה מהגמרא כתובות.

התומים,²⁹ החסדי דוד (תוספתא ב"ב פ"ו), אולם המשפט,³⁰ מהרי"ם אלשאקר (סי' מח) ועוד: הבינו שיש לדון על פי אומדנא בכל דין ואין לצמצם דין זה ברמב"ם.

²⁸ מכח קושייה זאת סבר המהרי"ק שהרמב"ם פוסק שאי אפשר לדון על פי אומדנא.

²⁹ התומים לא כתב דבריו דוקא ברמב"ם אך נראה, שכיוון דבריו על פי הרמב"ם כמו שחילק בין דיני נפשות לממונות.

³⁰ אולם המשפט הקשה על נתה"מ שכתב שלא מוציאים ממון מזה שכתוב אם למה הצריכה התורה שתי עדים משמע ממנו מפורש שסובר שברמב"ם אין שום מגבלה כללית באומדנא.

מה מקורו של הרמב"ם לדין זה שדנים על פי אומדנא?

נראה שלדעת נתה"מ, אבן האזל, ר' אלחנן, וכן עוד אחרונים: המקור לדין זה הוא מכתובת פה. ששם דן רבא על פי אומדנא.

אך אולי אפשר לומר בטעמו של הרמב"ם:

א. מסברה: לאחר שכתב שבדיני נפשות אין לדון עפ"י אומדנא הוסיף הרמב"ם (שהבאנו לעיל מצוה ל"ת צ) וכתב "ולא תרחיק זה ולא תפלא מזה הדין". משמע שהרמב"ם הבין באופן פשוט מסברה שיש לדון על פי אומדנא ברורה, וחידוש הוא לדעתו לטעון שאסור לדון על פי אומדנא. וכן שכתב בהלכות יסודי התורה שזאת גזרת הכתוב לדון על פי עדים, משמע שמעיקר הדין לפני גזרת הכתוב צריך לדון על פי אומדנא. וכן כתב הרב קוק במשפט כהן: "דזה פשוט לד' הרמב"ם דאומדנא ברורה הוי דאורייתא וכדמוכח מאריכות דבריו בסהמ"צ בטעם המצוה שלא לדון בד"נ באומדנא דבא לדון שם מטעם גזיה"כ וחומר של נפשות."

ב. סנהדרין ו,ב "שמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה - תלמוד לומר עמכם בדבר משפט - אין לו לדיין אלא מה שענינו רואות." ורש"י שם: תלמוד לומר - ביהושפט עמכם בדבר משפט לפי מה שעם לבבכם, שלבבכם נוטה בדבר, כלומר בטענותיהם - עמכם במשפט לפי אותן דברים תשפוטו ולא תיענש."

הרב אהרן בר-יעקב

באור הגר"א למשנת 'ואלו הן הקרובין'

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. הפסולים המפורשים במשנה וע"פ פסק הגמרא

ג. הפסולים הרמוזים במשנה

ד. קרובים שלא הוזכרו במשנה

ה. בעל כאשתו

ו. מנין הקרובות הפסולות

ז. שלישי בראשון

ח. ע"פ מה הכריע הגאון במחלוקות אלו:

א. הקדמה

למדנו במשנה (סנהדרין ג, ד):

ואלו הן הקרובין:

אחיו ואחי אביו ואחי אמו,

ובעל אחותו ובעל אחות אביו ובעל אחות אמו,

ובעל אמו וחמיו וגיסו הן ובניהן וחתניהן,

וחורגו לבדו.

המשנה מנתה במילים קצרות את הקרובים הפסולים לעדות.

בתרגום לשפה המדוברת המשנה מנתה בתחילה את הקרובים בקירבה ישירה: אחים ודודים מאב ומאם. לאחר מכן הוסיפה את בני הזוג של קרובותיו בקירבה ישירה: בעל אחותו ובעלי דודותיו מאב ומאם. ולבסוף הוסיפה את קרובי אמו וקרובי אשתו (אביה ובעל אחותה).

גם בניהם של כל הנ"ל, וכן הנשואים לבנותיהן נאסרו. כלומר: אחיינים ובעלי אחיניות (מאחיו או מאחותו), בני הדודים והדודות ובעלי בנות הדודים והדודות (דודים מאב או מאם). אחי אשתו ובן אחותה והנשוי לבת אחותה.

בנוסף – חורגו, בן אשתו, פסול. אך לא בנו וחתנו.

עד כאן המשנה כפשטה. בגמ' ישנן הלכות נוספות שמבארות את המשנה או חולקות עליה. ואלו הן:

א. המנויים במשנה הינן עד קירבת שני בשני. בגמ' איתא דשלוש מחלוקות בדבר:

א. תנא דמתני' – פוסל בשני בשני ומכשיר בשלישי בראשון.

ב. רב – פוסל גם בשלישי בראשון ומכשיר בשלישי בשני.

ג. רבי אלעזר – פוסל גם בשלישי בשני.

ב. כל המנויים במשנה פסולים אהדדי. כגון חתן אחי פסול לי, וכן אני פסול לו. למדנו מכאן קירבה נוספת: אחי חמיו. על זה הדרך נלמדו אחי חמיו וחמותו, בני אחיהן ובני אחיותיהן.

ג. בעל כאשתו ואשה כבעלה. כלומר כל הפסול לי גם אשתו פסולה. אך מי שנתקרב לי מחמת אשתו אינו פסול לקרוביו. לדוגמא בן בעל אמו שאינו מאמו כשר.¹ וכן הורי החתן והכלה כשרים זה לזה.

ד. במשנה למדנו שבנו וחתנו של גיסו פסולים, וזו דעת רבי יהודה, אך רבי יוסי חולק וסובר שגיסו לבדו, והלכה כרבי יוסי.

הראשונים נתקשו איך אפשר להכשיר בבן גיסו, הלא בן גיסו הינו בן אחות אשתו, והוא בשבילו בעל אחות אמו שפסולו מפורש במשנה. לדעת תוס' ורא"ש רבי יוסי אכן פוסל בבן גיסו מטעם זה ומה שאמר גיסו לבדו היינו להכשיר בחתן גיסו בלבד. אך לדעת רי"ף ורמב"ם רבי יוסי אתא להכשיר בן וחתן גיסו מאשה אחרת (שאינה אחות אשתו), אך חתנו הנשוי לבת אחות אשתו פסול.²

¹ בגמ' נחלקו בדבר זה. רב ירמיה מפרש שבן בעל אמו הנאסר במשנה הוא גם מאשה אחרת, וע"כ סובר שאחי האח פסול. ורב חסדא מפרש שבן בעל אמו הוא דווקא מאמו, וסובר שאחי האח כשר. בע"ה להלן נראה שממחלוקת זו משתלשלת מחלוקת נוספת.

² רי"ף מביא ירושלמי דמשמע כשיטה זו "אגיסו - אית תניי תני יש לו בנים וחתנים ואית תניי תני אין לו בנים וחתנים. מאן דמר יש לו בנים וחתנים ממנה ומאן דמר אין לו בנים וחתנים ממקום אחר". הרא"ש (סי' כ) כותב ע"ז שאמנם כך משמע בירושלמי אך גמ' דידן פליגא על זה. כי אם צריך למעט בנו וחתנו מאשה אחרת משמע שלשאר הקרובים ככה"ג פסול, אך מאחר שקיימ"ל כרב חסדא שבן בעל אמו דמתני' היינו מאמו ולא מאשה אחרת מוכח שכל בנו וחתנו של בעלי הקרובות המוזכרים במשנה הכוונה לבנים מהקרובה ולא מאשה אחרת. ועוד מוסיף הרא"ש שלדרך זו יצא שרבי יהודה פסול אף בחתן גיסו מאשה אחרת וזו קירבה ע"י שלשה חיתונים "ורחוק מן הדעת הוא זה".

לאחר הקדמה זו נוכל לבא לדברי הגאון על המשנה.³ בדבריו הקצרים הגאון רומז למחלוקות ראשונים ופוסק בהן, כמו כן הגאון מפרט את כל הפסולים מחמת קורבה, ובכללן המפורשים והרמוזים במשנה וכן הנלמדים מהכללים הנוספים בגמרא. להלן נביא את דבריו ונבארם אחד לאחד.⁴ בביאור הגר"א בחו"מ ריש סי' לג ישנה התייחסות לאותן סוגיות, במקום בו קיצר בביאור למשנה נוסף מדבריו על השו"ע.

ב. הפסולים המפורשים במשנה וע"פ פסק הגמרא

והכלל אלו עשר דמתני' נחלקים לשלוש בבות.
ג' ראשונות אחים [אחיו, אחי אביו, אחי אמו]
וג' אמצעות בעלי אחות [בעל אחותו, בעל אחות אביו, בעל אחות אמו]
וג' אחרונות נפרדים. בעלי קרובתו [בעל אמו], וקרובי אשתו [חמיו] (ומשניהם⁵) [גיסו].
וכולן עם בניהם וחתניהם.
לבד חתן גיסו לרבי יוסי דקימ"ל כוותיה.

לעיל הבאנו שהגמרא פסקה שאף גיסו לבדו, כרבי יוסי. ונחלקו הראשונים האם חתן גיסו הנשוי לבת אחות אשתו כשר או פסול. הגאון כאן פוסק כדעת התוס' שמכשירו.

ועשירי חורגו והוא לבדו.

ג. הפסולים הרמוזים במשנה

והן כ"ז והיפוכן.

במשנה מנויין עשרה קרובים, שמונה מהן גם בניהן וחתניהן פסולים, גיסו אוסר רק את בנו וחורגו לבדו והן ביחד כ"ז. ראינו לעיל שהגמרא הוסיפה את היפוכן. ולפי"ז לכאורה יש 54 פסולים. אך הגאון מפרט אלו קרובים נכפלו: אלא שתשעה מהן והיפוכן כפולים: בן של ראשון בבבא אי' והיפוכו (דהיינו א' בן אחיו = ואחי אביו)

³ נדפס במשניות זכר חנוך ומשניות וילנא החדש על הדף.

⁴ הדברים המובאים תוך כדי הציטוט בסוגריים מרובעים הן תוספת שלי.

⁵ נדפס בסוגריים. וכוותו שגיסו הוא בעל קרובת אשתו, היינו קירבה ע"י שני הנ"ל.

ובנים של ב' מבבא שניה (דהיינו ב' בן אחות = ואחי אמו. ג' בן אחות אביו = בן אחי אמו).
 ובנים וחתנים מכל הג' של בבא שלישית (דהיינו ד' אחיו. ה' בעל אחותו = ואחי אשתו. ו' אחי אשתו = בעל אחותו. ז' גיסו. ח' בן אחות אשתו = בעל אחות אמו).
 ט' וחורגו ג"כ כפל. הרי תשעה והפוכן כפולים.

לביאור דבריו נעזר בטבלה:⁶

הקורבים	אחיו- אחיו 4	אחי אביו- בן אחיו 1	אחי אמו- בן אחותו 2	בעל אחותו- אחי אשתו 5 (אח מאם) 6 (אח מאב)	בעל אחות אביו- בן אחי אשתו 8	בעל אמו- חורגו 9*	חמיו- חתנו	גיסו- גיסו 7	חורגו- בעל אמו 9
בניהם	בן אחיו- אחי אביו 1*	בן אחי אביו- בן אחי אביו 3	בן אחי אמו- בן אחות 2*	בן בעל אחותו- אחי אמו 2*	בן בעל אחות אביו- בן אחי אמו 3*	בן בעל אמו- 4* אחי מאם	בן חמיו (אחי אשתו)- בעל אחותו 6*	בן גיסו (בן אחות אשתו)- בעל אחות אמו 8*	
חתניהם	חתן אחיו- אחי חמיו	חתן אחי אביו- בן אחי חמיו	חתן אחי אמו- בן אחות חמותו	חתן בעל אחותו- אחי חמותו	חתן בעל אחות אביו- בן אחי חמותו	חתן בעל אמו- אחי אשתו מאם 5*	חתן חמיו- חתן חמיו גיסו 7*	חתן/ גיסו- מחלוקת וקימ'ל דכשר.	

⁶ במשניות עם ביאור הגר"א מודפסת טבלה זו. הוספתי עליה סימונים.

1. הקוים המודגשים מפרידים בין שלש הבבות.
 2. בשורה האמצעית רשומים כל הבנים של הקרובים שבמשנה.
 3. הראשון בשורה זו הוא בן אחיו שהוא הפכו של אחי אביו (1 ו- 1* הפוכים זל"ז וכן ע"ז הדרך).
 4. בבבא השניה הראשון הוא בן אחותו שהוא הפכו של אחי אמו. השני הוא בן אחות אביו שהוא הפכו של בן אחי אמו.
 5. בבבא השלישית בן בעל אמו הוא אחיו, בן חמיו הוא אחי אשתו שהוא הפכו של בעל אחותו, ובן גיסו הוא בן אחות אשתו שהוא הפכו של בעל אחות אמו.
 6. בבבא זו גם החתנים נכפלו. חתן בעל אמו הוא למעשה בעל אחותו שהיפוכו הוא אחי אשתו (שנכפל שלוש פעמים במשנה), וחתן חמיו הוא למעשה גיסו.
 7. בנוסף הקרוב העשירי, חורגו, הוא הפכו של בעל אמו.
 8. עד כה נזכרו 18 כפולים.
- עוד יש ארבעה שאינן מתהפכין ואלו הם: א' אחיו. ב' בן אחי אביו. ג' בן אחות אמו. ד' גיסו נמצא נשאר ל"ב.
- ארבעה קרובים אלו הם "סימטריים" היינו שהן והופכן זהה. א"כ יש להפחית עוד ארבעה ממנין 54.
- ובמילים אחרות, הקרובים שהתחדשו ע"י היפוך הקירבה הן שמונה. ששה הוזכרו בגמרא (דודי ובני-דודי אשתו מאב ומאם), בן אחי אשתו וחתנו. נמצא סך הקרובים המפורשים והרמוזים במשנה הוא 32.

ד. קרובים שלא הוזכרו במשנה

ועוד יש ד' והיפוכן שלא נזכרו במתני' והם א' אביו.⁷ ב' אבי אביו. ג' ואבי אמו.⁸ ד' ובעל חורגתו.⁹

⁷ מפורש בפסוק "לא יומתו אבות על בנים".

⁸ שני אלו מפורשים בסוגיא בב"ב קכח: "מר בר רב אשי אכשר באבא דאבא ולית הלכתא כבר בר רב אשי".

[והיפוכם : בנו, בן בנו, בן בתו, בעל חמותו] הרי ארבעים.

נמנה את הקרובים ונחלקם לקבוצות :

1. קרובים ישירים - אחיו, אחי אביו, אחי אמו, בן אחיו, בן אחי אביו, בן אחי אמו, בן (בעל) אחותו, בן (בעל) אחות אביו, בן (בעל) אחות אמו, אביו, אבי אביו, אבי אמו, בנו, בן בנו, בן בתו. סה"כ 15.
2. בעלי קרובותיו¹⁰ (חד בעל כאשתו) – בעל אחותו, בעל אחות אביו, בעל אחות אמו, חתן אחיו, חתן אחי אביו, חתן אחי אמו, חתן (בעל) אחותו, חתן (בעל) אחות אביו, חתן (בעל) אחות אמו, בעל אמו, חתנו. סה"כ 11.
3. קרובי אשתו¹¹ (חד בעל כאשתו) - אחי אשתו, אחי חמיו, אחי חמותו, בן אחי אשתו, בן אחי חמיו, בן אחי חמותו, בן גיסו, בן אחות חמיו, בן אחות חמותו, חמיו, חורגו. סה"כ 11.
4. בעלי קרובות אשתו (תרי בעל כאשתו) – גיסו, בעל חורגתו, בעל חמותו. סה"כ 3.

ה. בעל כאשתו

כעת הגאון מונה אילו מהן אף נשותיהן פסולות מטעם בעל כאשתו.

ובכולם ג"כ לנשיהם, לבד מאחרונות של ב' בבות ראשונות: אחי חמיו, בן אחי חמיו, בן אחות חמיו, אחי חמותו, בן אחי חמותו, בן אחות חמותו. דהיינו ששה.

כל אלו קרובים לאשתו בדרגת שני בשני (בני הדודים) או שני בראשון (הדודים). ולבני זוגן הוי תרי בעל כאשתו. וראינו לעיל שהגאון פסק כשיטת הראשונים המכשירים בחתן גיסו משום שפסק שתרי בעל כאשתו בשני בראשון כשר.

ועוד שביעי בן גיסו

⁹ בשמעתין נזכר לפסול אשת חורגו מטעם בעל כאשתו ואשה כבעלה. ולפי"ז ההד"נ לבעל חורגתו. וכן איתא בירושלמי.

¹⁰ שים לב שרשימה זו מסודרת לפי רשימת הקרובים הישירים הנ"ל בהיפוך לקרובות (למשל אחיו=אחותו). חסרים כאן רק המקבילות לאבי אביו, אבי אמו, בן בנו, בן בתו. וראה להלן.

¹¹ שים לב שרשימה זו מסודרת לפי רשימת הקרובים הישירים הנ"ל בהחלפת קרוביו לקרובי אשתו (למשל אחיו=אחי אשתו). גם כאן חסרים כאן רק המקבילות לאבי אביו, אבי אמו, בן בנו, בן בתו. וראה להלן.

מטעם הני"ל, שלאשתו הוי ג"כ שני בראשון ע"י שני קשרי נישואין.

[נתקשיתי מאד מדוע הגאון לא מוסיף כאן את בן אחי אשתו, שכשר לאשתו בדיוק מאותו טעם שכשר לאשת בן גיסו. וצ"ע]

ועוד אבי אביו, ואבי אמו והפוכן דאפליג דרא.

כאן יש להבין. בשלמא אשת אבי אביו ואשת אבי אמו הוא לה בן חורגה או בן חורגתה, והרי שנינו חורגו לבדו, אך היפוכן היינו אשת נכדו (בן בנו או בן בתו) ומדוע אינה נפסלת, הלא הווי שני בראשון עם חד בעל כאשתו? ומצינו שפסול כה"ג כגון בבעל אחות אביו.

הגאון מנמק "דאפליג דרא". במילים קצרות אלו רומז הגאון לסוגיא שהרחיב בה בביאורו לשו"ע.

בטור חו"מ סימן לג כתב "חמיו ובנו ובן בנו וחתנו פסולין לו אבל אבי חמיו כשר לו אף על פי שהוא פסול לאשתו."

ותמה הב"י שהרי מפורש במשנה שבעל אחות אביו פסול, היינו שני בראשון בחד בעל כאשתו ולפ"ז ההד"נ אבי חמיו ואבי חמותו צריכים להיות פסולים. וכתב שאפשר שהגירסא היא "אבל אחי אבי חמיו כשר לו" דהוא שלישי בראשון דלא אמרינן ביה בעל כאשתו. או "אבל חתן אבי חמיו כשר לו" דהוא שני בשני עם תרי בעל כאשתו דכשר. גם בדרכ"מ לא קיבל את גירסת הטור שלפנינו וכתב שאפשר שנפלה טעות סופר (מחמת הדומות) וצריך לגרוס "אבל אבי חמיו כשר לו" שהוא שלישי בראשון דלא אמרינן ביה בעל כאשתו.

הב"ח (ס"ק יח ד"ה ותו שאל ממני החכם) הביא דברי החכם מוהר"ר שמואל ז"ל אשכנזי מלוקבא שהביא שתי ראיות לדברי הב"י לפסול באבי חמיו מדברי הרא"ש:

א. ראינו לעיל מחלוקת האמוראים בדין שלישי בראשון. הראשונים הפוסלים בו, והרא"ש ביניהם, מביאים ראיה מהירושלמי דקא מיבעיא ליה משה מהו שיעיד באשת פנחס ומסיק שכשר. ומדייקים שמושה לפנחס פסול. לפי קו זה, לדייק שמה שלא הסתפק בו הירושלמי פשיטא שפסול, כמו כן יש לדייק שאהרן כשר לאשת פנחס, והרי הוא לה אבי חמיה.

ב. הרא"ש כתב שבכל הפסולים אמרינן חד בעל כאשתו חוץ משלישי בראשון ומבן חורגו (הפסול לאשתו ולא לו). ולא הזכיר את אבי חמיו.

אמנם הב"ח עצמו קיים דברי הטור להכשיר באבי חמיו ע"פ הרמב"ם בפ"ג הי"ג שכתב: "האיש עם אשתו ראשון בראשון לפיכך אינו מעיד לא לבנה ולא לאשת בנה ולא לבתה ולא לבעל בתה ולא לאביה ולא לאמה ולא לבעל אמה ולא לאשת אביה". מדוע חידש הרמב"ם שבעל עם אשתו ראשון בראשון, הלא פשט הגמ' שבעל כאשתו?

מסביר הב"ח שרמב"ם התקשה מדוע חורגו וגיסו השתנו מכל הקרובים שבמשנה שבנם כשר? ותירץ שהם היחידים שגם בנם קרוב ע"י בעל כאשתו. דהיינו שהמשנה כללה כלל דבעל כאשתו לא יאסור מי שהוא שני בראשון לאשתו. והטעם כמו שכתב הרמב"ם שהוא לאשתו ג"כ ראשון בראשון וממילא הוא לבן חורגו שלישי בראשון.

ויש להעיר על דברי הב"ח, וגם רמב"ם עצמו, הרי שנינו דבעל אחות אביו פסול, והוא לאשתו שני בראשון, ואם הבעל עם אשתו בראשון בראשון מדוע לא נאמר שלישי בראשון? ונראה דכוונתם דבכה"ג חשיב שני בשני. דדוקא בן חורגו, שמתרחק ממנו בעוד דור נחשב שלישי לגביו, אך בעל דודתו שהוא באותו דור של דודתו נחשב שני בשני. כך נראה לומר אע"פ שחילוק זה אינו מפורש בב"ח.¹²

על פי העיקרון הזה ברור שלדעת הרמב"ם אבי חמיו ג"כ כשר, דגם הוא לגביו שלישי בראשון. ולפ"ז מדויק היטב לשון הרמב"ם שמנה בדוקא את בני והורי אשתו ותו לא לאשמועינן בחדא מחתא שבני בניה והורי הוריה כשרים.

מוסיף הב"ח שלא זו בלבד שרמב"ם יכשיר בכה"ג מטעם שלישי בראשון, אלא אפילו ר"ת הפוסל שלישי בראשון יכשיר באבי חמיו משום שהוא שלישי בראשון ע"י קשר נישואין, ואף הוא בכלל פשיטת הירושלמי להכשיר משה לאשת פנחס. ואע"פ שלכאורה יש לחלק דמשה לאשת פנחס הוא שלישי בראשון מלבד בעל כאשתו, ואהרן לאשת פנחס הוא שלישי בראשון שאחד מהם הוא בעל כאשתו, הב"ח לא סב"ל לחלק כך.¹³

¹² וזה כמעט כדברי הגאון שיובאו להלן דדוקא באיפליג דרא לא אמרינן בעל כאשתו.

¹³ וראה להלן דעת הסמ"ע.

ואת מש"כ להוכיח מהירושלמי דוחה הב"ח. הירושלמי בעי משה לאשת פנחס לא משום דפשט"ל שאהרן פסול לה, אלא משום שאם היה בעי אהרן מהו לאשת פנחס היינו מדייקים שדווקא בשלישי בראשון שחד מיניהו ע"י חיתון מיבעיא להו, אך בשלישי בראשון דעלמא, כמשה לפנחס, פשיטא שכשר. ולאחר שפשטנו להכשיר משה לאשת פנחס אף אהרן בכלל זה.

בשו"ע סעיף ח הביא לשון הרמב"ם הנ"ל, ודייק מלשונו הסמ"ע כמש"כ לעיל שאבי חמיו כשר. אך הוסיף שזה דווקא לדעת ר"ף ורמב"ם המכשירים בשלישי בראשון אך לר"ת פסול. כלומר הסמ"ע מחלק שמש"כ ר"ת להכשיר בשלישי בראשון וחד בעל כאשתו הוא כאשר מלבד החיתון יש שלישי בראשון.

עיקר שיטת הב"ח מבוססת על השוואת קירבת חורגו לחמיו, שכשם שבן חורגו כשר הה"ד לאבי חמיו. ויש להבין בדעת החולקים עליו מה הסברא לחלק ביניהם. הטי"ז עונה שדעתו של אדם מקורבת יותר לאלו שאשתו באה על ידם (אביה וסביה) מאשר לצאצאיה מאיש אחר.

לסיכום ישנן שלוש שיטות בדין אבי חמיו:

א. ב"י, דרכ"מ, ט"ז – פסול. ככל שני בראשון וחד בעל כאשתו. ורק חורגו נשתנה שהוא לבדו.

ב. ב"ח – כשר. דחשיב שלישי בראשון. ולא מיבעיא לדעת המכשרים בשלישי בראשון אלא אפילו לר"ת כשר דחשיב שלישי בראשון ע"י חיתון.

ג. סמ"ע – דינו ככל שלישי בראשון (לר"ף ורמב"ם כשר ולר"ת פסול).

כעת נבוא לבאר דברי הגאון הנ"ל ע"פ ביאורו על השו"ע (ס"ק כג):¹⁴

האיש אעם אשתו כו' לפיכך אינו כו'. רוצה לומר רק דור אחד בין למעלה בין למטה. אבל דור ב' שהוא שלישי לה [נכד או סבא] אע"ג דבראשון בשני אמרינן בעל כאשתו כדתנן במתניי [לדוגמא בעל אחות אביו] ואפילו שני בשני [לדוגמא חתן בעל אחות אביו], בדור שלישי לא דאיתפליג דרא. לכך מכשיר בירושלמי אשת פנחס [לפי הגירסא שלפנינו לא ברור מדוע מביא הגאון את הירושלמי כמקור

¹⁴ בסוגריים מרובעות תוספת ביאור שלי.

לשיטה זו. הלא לעיל ראינו שהפוסקים דייקו משם להיפך, שדווקא משה כשר לאשת פנחס אך אהרן פסול לה. ברם בהגהות הגר"א על הרא"ש¹⁵ שהביא גמ' זו כתב: "אבל המעיין שם מוכח שט"ס הוא וצ"ל אהרן מהו שיעיד כו"ל לפי גירסא זו ליכא כלל קושיא מהירושלמי ואדרבה כתוב להדיא כשיטה זו] ובגמ' מר בר רב אשי באבא דאבא¹⁶ [ופירשו התוס' שאע"פ שהוא שני בראשון כשר משום דאיתפלג דרא. ואף שאין הלכה כמותו למדנו יסוד להכשיר בריחוק הדור יותר מאשר קירבה רחוקה, כגון שני בשני, שאין בה הפרש של שני דורות] ומתני' שלמה תנן חורגו לבדו אבל בנו לא [חורגו לבדו מלמדנו את הכלל שלא אמרינן בעל כאשתו באתפליג דרא, וממילא הוא המקור לכשרות אבי חמיו, ואין לחלק ביניהם.¹⁷] וכמ"ש רש"י שם¹⁸ וזהו שכתב הטור בסעיף כג אבל אבי חמיו כו' ובחינם דחקו ב"י ודרכי משה וע"ש.

למעשה הגאון פוסק כשיטת הב"ח, וכפשט לשון הטור. עתה יובנו דברי הגאון על המשנה:

אחי חמיו, בן אחי חמיו, בן אחות חמיו, בן אחות חמותו, בן אחי חמותו, בן אחות חמותו. דהיינו ששה. ועוד שביעי בן גיסו. ועוד אבי אביו, ואבי אמו והפוכן דאפליג דרא. (הרי י"א שכשר להעיד על נשותיהן).¹⁹

י"א אלו הן קרובי אשתו במדרגת שני בראשון או שני בשני, וקרובים ישירים באיתפליג דרא.

ו. מנין הקרובות הפסולות

וכן בכולן לנשים הקרובות אחותו וכו' עם בעליהם.

¹⁵ סנהדרין פ"ג סי' כ.

¹⁶ ב"ב קכ"ח, א: "מר בר רב אשי אכשר באבא דאבא ולית הלכתא כמר בר רב אשי". רשב"ם מפרש שסברת מר בר רב אשי להכשיר משום שמחשיבו כשלישי בראשון, וסברת הגמ' לפסול דבני בנים הרי הם כבנים ופסול לבני בניו עד אלף דורות. דעת הרי"ף שסברת הגמ' לפסול משום דחשיב כשני בראשון. אך לבנו כשר. הגאון מכוון לדעת התוס' שם ד"ה מר.

¹⁷ להוציא מדברי הטי"ז.

¹⁸ לא הבנתי מה ראה הגאון לציין לפרש"י.

¹⁹ הסוגריים במקור.

עד כה מנינו ארבעים קרובים פסולים ש 29 מתוכם גם נשותיהן פסולות. אמנם כשם שקרובים גברים פסולים כמו כן קרובותיו הנשים פסולות, לדוגמא כשם שאחיו פסול ההד"נ לאחותו. וכן כל קרובה כזו פוסלת גם את בעלה משום בעל כאשתו, מלבד י"א הנ"ל. א"כ לכאורה יש להוסיף על המנין הנ"ל עוד ארבעים קרובות ועוד 29 בעלים. ונגיע לסה"כ 138 קרובים.

אלא שכולן נכללים במתניי בעל אחותו כו' לבד אחד עשר הנ"ל שאין נשותיהן כמותן. ג"כ כנגדן י"א לקרובות שאין בעליהם כמותן ואין נכללין במתניי.

כוונת הגאון שבכלל 29 הנשים הפסולות שמנינו עד כה כבר נכנסו כל קרובותיו האוסרות בעליהן (כלומר כולן עד שני בשני מלבד אתפליג דרא), וכן כל קרובות אשתו האוסרות בעליהן (רק ראשון בראשון. כלומר, אם אשתו, אחות אשתו ובת אשתו).

נמצא שיש להוסיף רק את הנשים שלא פסלו בעליהן ואלו הן :

אתפליג דרא - אם אביו ואם אמו, בת בנו ובת בתו

קרובות אשתו בשני בראשון ושני בשני - אחות חמיו, בת אחי חמיו, בת אחות חמיו. אחות חמותו, בת אחי חמיו ובת אחי חמותו. ובת גיסו (בת אחות אשתו)

סה"כ י"א נשים שלא נפסלו מחמת בעליהן, וגם הן אינן פוסלות את בעליהן.

כלומר, אותה סיבה שמחמתה נשים אלו לא נזכרו במשנה היא הגורמת שאין לפסול את בני זוגן. ולכן יש להוסיף למנין י"א נשים בלבד.

מסכם הגאון :

נמצא הם שמונים. ארבעים לזכרים וארבעים לנקבות.

וכולם נכללים בגי' [כלומר שלוש רמות קורבה]

ראשון בראשון [הורים, אחים, בנים].

ראשון בשני [סבים. דודים. אחיינים. נכדים].

שני בשני [בני דודים]

ובכולן אפילו בחד בעל. לבד אבי אביו ואבי אמו והפוכן [מטעם

אתפליג דרא כנ"ל].

²⁰ עיין לעיל שציינו שצ"ע מדוע לא מנה גם בת אחי אשתו.

וכן לנקבות.
וראשון בראשון אפילו בתרי בעל.
וכ"ז כדעת הרי"ף לבד ראשון בשני בתרי בעל דלא כוותיה.

ז. שלישי בראשון

למה התכוון הגאון כשכתב "וכ"ז כדעת הרי"ף"?

לעיל ראינו מחלוקת אמוראים בדין שלישי בראשון. נחלקו הראשונים כיצד לפסוק בסוגיא זו ושורש מחלוקתם נעוץ בביאור הגמ' בבב"ב קכ"א-ב:

"שלח ליה רבי אבא לרב יוסף בר חמא הלכה שלישי בשני כשר. רבא אמר אפילו בראשון וכו' דרש מר זוטרא הלכתא ככל הני שמעתתא דשלח רבי אבא וכו'."

שלוש מחלוקות בדבר:

א. ר"ת - פסק כרבי אבא בר יוסף דשלישי בראשון פסול.

ב. בה"ג - שלישי בראשון פסול מדרבנן.

ג. רי"ף ורמב"ם – שלישי בראשון כשר.

א"כ כוונת הגאון שבענין שלישי בראשון פסק כרי"ף, אך בענין שני בראשון בתרי בעל כאשתו, דדעת הרי"ף לפסול ודעת הרא"ש להכשיר, בזה פסק שלא כרי"ף.

ח. ע"פ מה הכריע הגאון במחלוקות אלו?

ראינו שהגאון פסק להכשר בשלוש מחלוקות:

א. שלישי בראשון.

ב. ראשון בשני בתרי בעל כאשתו.

ג. חד בעל כאשתו באתפליג דרא.

זו הכרעה ייחודית משום שהמחבר בשו"ע פסק להכשיר בשלישי בראשון ולפסול בראשון בשני בתרי בעל כאשתו, כדעת הרי"ף והרמב"ם. והרמ"א פסק להפך, לפסול בשלישי בראשון ולהכשיר בשני בראשון בתרי בעל כאשתו. כדעת ר"ת ורא"ש. ושניהם פסקו לפסול בחד בעל כאשתו באתפליג דרא.

האם יש קשר בין הכרעותיו של הגאון?

לגבי הסוגיא הראשונה והשלישית נ"ל שהקשר ברור מאד. הרי הראשונים הסתייעו מהירושלמי "משה מהו שיעיד באשת פנחס אמר רבי יוחנן מותר לכתחילה" ודייקו ש"משה לפנחס פשיטא להו שפסול. אך ראינו לעיל שהגאון גרס "אהרן מהו שיעיד" וכו' וא"כ בחדא מחתא נפלה הראיה לפסול שלישי בראשון וקמה הראיה להכשיר חד בעל כאשתו באתפליג דרא.

לגבי המחלוקת השניה כבר כתב הרא"ש שזו מחלוקת בבלי ירושלמי, ובתלמוד דידן הוכרע ש"בניהם וחתניהם" שבמשנה הם מהאשה הקרובה. ובאמת הרי"ף שמכריע לפסול מסתמך על הירושלמי. נראה שהלך לפי הכלל המקובל שהלכה כבבלי במקום שהירושלמי חולק עליו.

פלגיין דיבורא

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. סוגית אילעא וטוביה
- ג. האם שיטת הי"מ ברא"ש – חולקת על פלגיין נאמנות?
- ד. האם שיטת הראב"ד – חולקת על פלגיין דיבורא?
- ה. מחלוקת הקהילות יעקב ור' שמואל רוזובסקי
- ו. לדבריך רשע אתה
- ז. האם לדעת הראב"ד אין כלל "פלגיין דיבורא"?
- ח. סיכום

א. הקדמה

הפסולים לעדות שפסלה תורה יש מהם הנובעים ממצבו של העד – גוי, קטן, רשע וכדומה – בהם כל העדות נפסלת שכן העד אינו כשר בעצמו. אולם יש הנובעים מהיחס שבין העד לעדותו – כגון עדות על קרוב או עדות אדם על עצמו או על ענין שיש לו בו טובת הנאה שהפסול נובע לא מהעד עצמו אלא מאופי העדות וקישורה לעד – במקרים אלו יש לדון מה הדין במקום שרק לגבי חלק מהעדות יש סיבת פסול ועל חלק אחר של העדות אין סיבת פסול כי ביחס אליה אין קירבה או טובת הנאה – האם יגרום הדבר לביטולה של העדות כולה.

הגמרא בסנהדרין ט,ב מביאה :

ואמר רב יוסף: פלוני רבעו לאונסו – הוא ואחר מצטרפין להרגו. לרצונו – רשע הוא, והתורה אמרה אל תשת רשע עד. רבא אמר: אדם קרוב אצל עצמו, ואין אדם משים עצמו רשע. אמר רבא פלוני בא על אשתי – הוא ואחר מצטרפין להורגו, אבל לא להורגה. – מאי קא משמע לן – דמפלגיין בדיבורא, היינו הך! – מהו דתימא: אדם קרוב אצל עצמו – אמרינן, אצל אשתו – לא אמרינן, קא משמע לן.

אדם המעיד על פלוני שרבעו לאונסו – עדותו מתקבלת שהרי לאונסו היה ואינו רשע, ואם יש עד נוסף שמעיד כמוהו הרובע נהרג על פי שני העדים.

העובדה שאחד העדים היה שותף פסיבי במעשה אינה פוסלת אותו לעדות היות והוא איננו הנידון בעדות זו. היה מקום לפוסלו מחמת סיבות צדדיות המצטרפות כגון היותו שונאו על שרבעו לאונסו וכדומה, ואכן נידונו הדברים בראשונים שם ומסקנת הדברים שאינו נפסל לעדות.

אדם המעיד על פלוני שרבעו לרצונו – בעדותו מעיד גם על עצמו שנרבע לרצונו וגם עליו יש לדון לגבי חיוב מיתתו ועוד מעיד הוא על עצמו שהוא רשע והרי פסול הוא לעדות – בזה סבר רב יוסף שאין אפשרות לקבל כלל עדות זו.

רש"י מסביר שהסיבה שעדותו אינה מתקבלת היא מחמת שאדם קרוב אצל עצמו ואין לאדם נאמנות לומר על עצמו שרשע הוא, וכשם שאין אפשרות לקבל את חלק העדות שמעיד על עצמו שרשע הוא כן אי אפשר לקבל את החלק השני שפלוני רבעו.

רבא סובר שניתן לחלק את העדות לשנים – "פלגינן דיבורא" – את החלק הנוגע לעצמו שהוא נרבע לרצונו – לא ניתן לקבל, אולם את החלק הנוגע לרובע שעליו יש לו נאמנות לקבל. אמנם כיון שאין רובע ללא נרבע – בית דין משלים את התמונה בעצמו – שאותו פלוני רבע אחר או שאכן רבע את המעיד אבל לאונסו ולא לרצונו כך שאינו פסול לעדות ע"י מעשה זה.

עיקר חידושו של רבא הוא שבית דין רשאי לקבל חלק מהעדות ודלא כרב יוסף שנראה מדבריו שבית דין יכול לקבל רק את העדות בשלמותה – ואם יש בה פרט שלגביו העד איננו נאמן – גורם הדבר לאי קבלת העדות כולה.

גם בדין השני המובא בסוגיא העקרון דומה – אדם המעיד "פלוני בא על אשתי" – אינו נאמן ביחס לאשתו שהרי קרוב הוא לאשתו והיה מקום לומר שכשם שאין אפשרות לשמוע מאדם זה שאשתו זינתה וחייבת מיתה – כך לא נקבל את דבריו הנוספים באותו מעשה – שאותו פלוני זנה איתה על מנת להורגו – אולם רבא מחדש שניתן לקבל רק את חלק העדות שבה העד נאמן ועל כן העדות מתקבלת ביחס לאותו פלוני ואנו הורגים אותו כבא על אשת איש ולא דוקא על אשה פלונית זו שלגביה אין לעד זה שהוא בעלה נאמנות.

על פניו סברת פלגינן דיבורא נראית תמוהה – שהרי אין לדיין אלא מה שענינו רואות – וכל ידיעתינו נזונית מעדות העד – וכיצד יכול בית דין לקבל באופן חלקי את סיפור העד ולהשלים את חלקו השני. נראה שיסוד הענין הוא שבית דין מתעלם מהחלק השני של הסיפור שכן הנושא אינו הנרבע אלא הרובע. ולכן לא אכפת לן מיהו הנרבע אלא שללא אפשרות מציאותית

להשלמת הסיפור – אין אפשרות לקבל עדות שלא תיתכן במציאות אבל אין כאן שום החלטה של בית הדין ביחס לחלק השני. בהעדר אפשרות להשלים את התמונה – אכן העדות מתבטלת גם אליבא דרבא, עיקר ענינו וחיידושו של פלגינן דיבורא הוא קבלת חלק מהעדות בלבד והשמטת החלק שלגביו אין לעד זה נאמנות.

האחרונים הוכיחו (קובץ הערות לר"א וסרמן סימן כא) שפרט לעקרון שאנו רואים בדברי רבא "פלגינן דיבורא" ישנה אפשרות נוספת לקבלת עדות שבה יש חסרון בנאמנות העדים – "פלגינן נאמנות" – בית הדין אינו "גוזר" את המקרה לשניים אלא מקבל את כל העדות – ביחס לאדם שכלפיו יש לעד נאמנות בלבד. כלומר בית דין מאמין לאדם שפלוני בא על אשתו – אולם ביחס לבעל בלבד. החידוש הוא שבית הדין יכול להחליט שהדיון יהיה רק על הבעל אף שבכחה של עדות כזו להרשיע גם את האשה אם היתה נאמרת מעד אחר. ואף שבכל אופן העד נמצא מעיד על קרובו היות ואין הדבר נוגע לקרובו למעשה אין בכך חסרון כי בית דין מנוע מלקבל עדות על קרובי העדים אם היא גוזרת את דינם אולם אינו מנוע מלשמוע סיפור מסוים על קרובי העדים אם הסיפור אינו נוגע לדינם.

באופן זה התמיהה שהבאנו כיצד יוצרים מקרה חדש כבר איננה קיימת שהרי בית הדין אינו נדרש להמציא מקרה חדש על דרך האפשר אלא מקבל את המקרה כפי שהוצג על ידי העד – אלא שההשלכות הדיניות יהיו רק על אלו שהעד נאמן להעיד עליהם.

ויש נפ"מ מהבחנה זו שכן יש מקרים שבהם לא ניתן לעשות פלגינן דיבורא ויש מקרים שבהם לא ניתן לעשות פלגינן נאמנות וכפי שיבואר.

נמצא שלדעת רבא וכן נפסק להלכה – עדות שחלק ממרכיביה אינם מתקבלים בבית הדין אינה סיבה לדחיית כל העדות. ניתן לקבל את חלק העדות שעליו יש לעד נאמנות או בחלוקת המעשה עצמו או בקבלת המעשה בשלמותו כשההשלכות הדיניות יהיו רק ביחס למי שיש לעד נאמנות לגביו.

לקמן ננסה לברר את היחס בין שתי האפשרויות הנ"ל, בעיקר לשיטת הראב"ד שתובא להלן.

ב. סוגית אילעא וטוביה

איתא במכות ז, א:

אילעא וטוביה קריביה דערבא הוה, סבר רב פפא למימר: גבי לוח ומלוה רחיקי נינהו, א"ל רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא: אי לית ליה ללוה, לאו בתר ערבא אזיל מלוה?

לרב פפא הגיע דין על הלואה שבו העדים היו רחוקים מהלווה וכשרים להעיד לו אבל קרובים לערב ופסולים לו לעדות. רב פפא סבר להכשיר את העדות על ההלואה לכל הפחות. רב הונא בריה דרב יהושע חלק וסבר שאי אפשר לקבל עדות זו כלל כי במקרה שללוה לא יהיה ממה לשלם יתחייב הערב – נמצא שעדות זו בעקיפין חלה על הערב וכן היא מסקנת הסוגיא.

הרא"ש במקום בסימן יג כתב

אילעי וטוביה קריביה דערבא הוה סבר רב פפא למימר גבי לוח ומלוה רחוקים נינהו א"ל רב הונא בריה דרב יהושע אי ליתיה ללוה לאו בתר ערבא אזיל.

ופרש"י דעדי הלואה הוה ודמיא להא דירושלמי כתב נכסיו לשני בני אדם והעדים כשרים לזה ופסולין לזה הכא נמי כיון דאי לית ליה ללוה אזיל בתר ערבא א"כ נכתב השטר על הלוח ועל הערב וכיון דפסולין לערב פסולין אף ללוה.

והראב"ד כתב שטענותיהן על עיסקי פירעון כגון שאמר לוח למלוה פרעתיך ובטענה זו נפטר הערב והביא עדים שלא פרעו ונמצא הערב מתחייב

וא"ת ונהימניה לגבי לוח שלא פרע ולא ניהמניה לגבי ערב דפלגי דיבורא מידי דהוה אההיא דפ"ק דסנהדרין (ט, ב) פלוני רבעו לרצונו הוא ואחר מצטרפין להורגו דפלגינן דיבורא דאדם קרוב אצל עצמו ואינו משים עצמו רשע וכן בפרק זה בורר (כה, א) בר בניתוס אסהידו ביה תרי סהדי חד אמר אוזיף ברביתא וחד אמר לדידי אוזיף ברביתא ופסליה רבא לבר בניתוס משום דאדם קרוב אצל עצמו ומהמנינן ליה דאוזיף ברביתא ולא לדידיה. וכן ביבמות (כה, ב) עד שבא ואמר הרגתי לבעלה של אשה זו שמשיאין אותה דמהימנינן ליה שנהרג ולא שהוא הרגו הכא נמי לפלוג דיבורא ולהימניה לגבי לוח ולא לחיובי ערב.

ויש מתרצין דלא דמי התם הני סהדי לאיחיובי גברא או למיפסליה קאתו הלכך בעיקר העדות שהם אומרים שרבע או שלוח ברבית

נאמנים ובמה שאמר לדידי מילי אחריני נינהו ולא מקבלינא מיניה אבל להאמיננס לחייב הלוח ולא הערב אי אפשר כיון שיש שטר שהוא הערב.

והראב"ד ז"ל כתב בתשובותיו שכל עדות שבטלה מקצתה מחמת פסול קורבה בטלה כולה ולא פלגינן דבורא. דהא לא פליג בהו רחמנא דאמר מה שנים נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותם בטילה אף שלשה אלמא לא פלגינן עדותם והא דאמר אדם קרוב אצל עצמו ואין משים עצמו רשע היינו דוקא כשמעיד על עצמו שאין זה עדות כלל אלא כמי שאינו דמי שאין אדם נקרא לעצמו עד פסול כדי שנאמר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ודמיה 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. וכי היכי שאין ההורג פוסל את שאר העדים מפני שאין אני קורא בו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה הכי נמי כשהוא מעיד על עצמו ועל אחר בכלל אין אני קורא בו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה לפי שאין עליו שם עד כלל ומוכח כדבריו בפ"ק דסנהדרין (י, א) דאמר פלוני בא על אשתי הוא ואחר מצטרפין להורגו אבל לא להורגה פשיטא סד"א אדם קרוב אצל עצמו אמרינן אצל אשתו לא אמרינן קמ"ל. פי" ס"ד אין אדם קרוב כל כך אצל אשתו שלא תהא עדותו שהוא מעיד עליה עדות פסולה ולבטל כל העדות מפני שבטלה מקצתה בטלה כולה קמ"ל דאשתו כגופו ואין זה עדות כלל הלכך פלגינן דבורא כדפלגינן בגופו...

הדיון הראשון ברא"ש הוא באילו עדים מדובר. רש"י מסביר שהיו אלו עדי ההלואה – עדים המעידים על עצם ההלואה ואולי היו אלו העדים החתומים בשטר. הראב"ד חולק וסובר שמדובר בעדי פרעון כלומר שעדים אלו מעידים שההלואה נפרעה למרות שהשטר קיים (כך בפשטות, ניתן לומר גם שמעידים על אי פרעון). בפלפולא חריפתא מובא שרק במשמעות הסוגיא פליגי אבל אין נ"מ ביניהם. אולם נביא לקמן גישות אחרות.

שאלה נוספת שמעלה הרא"ש היא מדוע למסקנת הסוגיא לא מקבלים את העדות הרי ניתן לעשות פלגינן דיבורא ולקבל את דבריהם בעדותם על הלוח והמלווה ולא על הערב כמובא בסנהדרין ט, ב בדברי רבא שהובאו לעיל –

באופן זה נוכל לחייב את הלווה לשלם אבל לא נוכל לחייב את הערב במקום שללוה לא יהיה מהיכן לשלם.

תרוץ אחד מביא הרא"ש בשם י"מ: אי אפשר לחלק את העדות לשניים מכיון ששם מדובר שיש שטר שהערב ערב על ההלוואה ולכן קבלת העדות על ההלוואה תביא בהכרח לחיובו של הערב שכן הוא חתום בשטר אולם אם אין עדות מפורשת כזו – אכן ניתן לעשות פלגינן דיבורא.

תרוץ נוסף מביא הרא"ש בשם הראב"ד. לשיטת הראב"ד התחדש יסוד בדין "פלגינן" האומר שכל ענין פלגינן דיבורא יתכן רק בעדות שאדם מעיד על עצמו ועל עוד אדם – שבה חידש רבא שניתן שלא לקבל עדות על עצמו ולקבל על חבירו. וה"ה על אשתו שנחשבת כבעל דבר שכן אשתו כגופו. אולם במקום שפסול חלק מהעדות נובע מחמת פסול קורבה – בזה אין אפשרות לחלק הדיבור כיון שבזה אתינן לכלל אחר – "עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה" – היות ומקצת העדות בטלה – החלק הנוגע לקרוב – כל העדות מתבטלת וכמו במקום שנמצא אחד מהעדים קרוב או פסול – שכל העדות בטילה – ה"נ – עדות שבטלה מקצתה מצד תוכנה – מתבטלת כולה. אמנם במקום שמעיד על עצמו אין החסרון של עדות שבטלה מקצתה כי עדות על עצמו אינה עדות כלל וכמאן דליתא דמי ואינה דומה לעדות על קרובים שיש בה שם "עדות" אלא שעדות פסולה היא.

הראב"ד מסתייע מדברי הגמרא בסנהדרין – הגמרא שם שאלה מה החידוש בכך שנאמן אדם להעיד פלוני בא על אשתי – הרי כבר נתחדש הדין של פלגינן דיבורא לפי רבא. ותירצה – שהו"א אדם קרוב אצל עצמו אמרינן אצל אשתו לא אמרינן קמ"ל. מסביר הראב"ד, שההו"א היא שאדם הוא רק "קרוב" לאשתו ולכן אי אפשר לעשות פלגינן דיבורא כי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה – קמ"ל למסקנה שאשתו כגופו והאדם כלפי אשתו נחשב כמעיד לעצמו ואינה עדות כלל ועל כן ניתן לעשות פלגינן.

בסוגיא במכות שם פסול העדים לערב נובע מחמת קורבה ולכן אי קבלת העדות לגבי הערב פוסל את כל העדות ולכן אי אפשר לעשות "פלגינן". נמצא שלשיטת הראב"ד מצטמצמת יכולת בית הדין לקבל חלק עדות רק למקרה שבו האדם מעיד על עצמו או אשתו, אבל במקום שמעיד על קרוביו אי אפשר לקבל רק את החלק שאינו נוגע לקרוביו.

שיטת הראב"ד מופיעה בעוד ראשונים, בדרך כלל בשמו, ראה רשב"א בב"ב מג, א בד"ה ואמאי וריטב"א במכות שם.

בסנהדרין שם התקשו תוסי' בקושיית הראב"ד – מה הו"א שם בגמרא ביחס לאשתו שלא נעשה פלגינן. התוספות ורש"י שם תירצו שהו"א שכשם שנאמן להעיד על הרחוק להורגו כך יהיה נאמן על אשתו כיון שמעיד באותה עדות. קמ"ל שלא. (האחרונים די מתקשים להבין מה הו"א שאדם יעיד לאשתו ומה בכך שבאותה העדות מעיד גם לרחוק).

לפי הראב"ד הו"א בסוגיא שם שהעדות כולה תיפסל מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ולתוספות ורש"י הו"א היא שהעדות כולה תתקבל ולמסקנה – העדות מתקבלת רק ביחס לבוועל.

מהעובדה שרש"י ותוספות לא הסבירו שם כראב"ד וגם למסקנת הסוגיא לדעתם האשה היא קרובת הבעל ולא כגופו ניתן להסיק שחולקים עליו וסברי שגם בקרובים אפשר לומר פלגינן, וכן הובא באחרונים. התומים מרבה להביא את שיטת הראב"ן שם בסנהדרין כחולק על הראב"ד.

נמצא שנחלקו ראשונים האם בעדות קרובים ניתן לקבל חלק מהעדות מדין "פלגינן".

ג. האם שיטת הי"מ ברא"ש – חולקת על פלגינן נאמנות?

הרא"ש מקשה כאמור מדוע שלא נחלק את הדיבור ומביא תרוץ י"מ – שכיון שיש שטר שהוא ערב על ההלואה – אי אפשר לעשות פלגינן דיבורא.

בתרוץ זה מוסבר מדוע אי אפשר לחלק את עצם הסיפור לשניים ולומר שהיתה הלואה אבל על הערבות אין עדות – כי יש שטר שאכן ישנה ערבות וקבלת עדות על ההלואה מחייבת את הערב. אולם לא מוסבר מדוע שלא נקבל את סיפור העדות כולו לגבי הלווה והמלווה שלגביהם נאמנים העדים – כלומר "פלגינן נאמנות" ואז העובדה שיש שטר שהוא הערב אינה מעכבת שכן אנו מקבלים את כל הסיפור אלא שאין אנו פוסקים דין על הערב הקרוב.

חלק מהאחרונים הבינו מכאן ששיטת זו ברא"ש אינה מקבלת את המושג "פלגינן נאמנות" ולשיטה זו במקום שאין אפשרות לחלק את המעשה – העדות כולה נדחית.

אמנם יש קושי לומר שאין אפשרות של פלגינן נאמנות כי ישנם מקומות ששם רואים להדיא שעושים חלוקת נאמנות ומאמינים לעד רק ביחס לחלק מהנידונים. לדוגמא – אשה שבאה ואומרת מת בעלי או עד אחד שהעיד על בעלה שמת – מתקבלת העדות בתנאים ידועים לגבי היתר האשה להנשא

אולם לא לענין ירידת הבנים לירושה. כי אשה ועד אחד נאמנים רק לענין היתר נישואין – רואים שיש עדויות שמתקבלות בבית הדין רק לענין חלק מההשלכות. דוגמאות נוספות הן לכאורה כל המקומות בהם יש נאמנות עדים לענין מסוים בלבד. לדוגמא – עד אחד נאמן לספר לבית הדין שפלוני חייב ממון – אולם רק לענין חיוב השבועה. עד אחד נאמן לספר שזו חתיכה של חלב אבל רק לענין האיסור ולא לענין השלכות ממוניות שיכולות לנבוע מכך. אנו רואים שקבלת עדויות לגבי חלק מהנידונים הוא דבר מקובל.

ניתן לומר שיש חילוק בין מקום שהעד אינו נאמן ביחס לחלק מהעדות מחמת שאין די כח בעדותו. כגון עד אחד שאינו נאמן לגבי ממון אבל נאמן לגבי היתר אשה להנשא, לבין מקום שבו העד פסול לחלק מהעדות שאז העדות כולה נפסלת. החילוק מוסבר שעד אחד המעיד על אשה להנשא – עדותו נשמעת לכל העדות במלואה אולם אין בה כח להוריד בנים לנחלה. אולם קרוב המעיד על קרובו – עדותו נפסלת לגמרי לגבי קרובו – וחלק מהעדות שנפסל – גורם את פיסולה של כל העדות.

בשיעורי רבי שמואל במכות על הסוגיא שם מובאות אפשרויות נוספות לחלק בין "פלגינן נאמנות" שלא אמרינן לשיטה זו, לבין המקרים הנ"ל שבהם הנאמנות אכן מתחלקת לכל הדעות.

בכל אופן ייתכן ואנו מוצאים שיטה שמקבלת את האפשרות של פלגינן דיבורא אבל לא מקבלת אפשרות של פלגינן נאמנות.

ר' אלחנן בקובץ הערות (כא, ז) מסביר שיטה זו באופן אחר. גם לשיטה זו ניתן לעשות פלגינן נאמנות וכפי שאנו מוצאים דוגמאות לכך במקרים אחרים. אבל במקרה זה של ערב ולווה אי אפשר לפלוג נאמנותם כיון שהדינים היוצאים הם בתולדה אחד מהשני. עד המעיד שמת בעלה – למות הבעל ישנן שתי השלכות שונות – האשה מותרת להנשא וגם שהבנים יכולים לרדת לנחלה ולירש. אולם היות ואין לעד אחד נאמנות לגבי ממון – עדותו אינה מתקבלת לגבי ירידת הבנים לנחלה ואף שאין מיתה לחצאין כך הוא הדין שהנאמנות מחולקת. אולם במקרה של לווה וערב – אם יש חיוב על הלווה לשלם אזי ממילא חייב הערב במקום שהלווה לא ישלם. הדינים הן בתולדה אחד משני ולכן אין אפשרות לחלק נאמנותם במקרה כזה.

הדבר דומה לאשה שהעיד עליה עד אחד שמת בעלה – שהדין הוא שיכולה לגבות כתובה אף שהבנים לא יורדים לנחלה. ואף שכתובה היא ענין שבממון – מ"מ נוטלת כתובתה. והסברא מובאת בגמרא – "דמספר כתובתה נלמד

"כשתינשאי לאחר תיטלי וכו'" – נטילת הכתובה תלויה בהיתר הנישואין והיות וניתן לה היתר להנשא נוטלת כתובה. הסביר ר' אלחנן שאף שהדבר הוא דבר שבממון והיה מקום לומר שלענין ממון נניח שבעלה לא מת ואין לה היתר נישואין – מ"מ כיון שענין הממון בא בתולדה מהיתר הנישואין – אין אפשרות לפלוג הנאמנות וע"כ נוטלת כתובתה. (אמנם יש לשים לב שבמקום זה אי אפשרות חלוקת העדות גרמה לקבלת כל העדות ואילו במקרה של אילעא וטוביה במסכת מכות מכח סיבה זו התבטלה כל העדות ויש צורך לברר מתי אומרים כך ומתי אומרים כך).

לפי הבנה זו של ר' אלחנן לא מצאנו חולק על האפשרות של פלגינן נאמנות.

ד. האם שיטת הראב"ד – חולקת על פלגינן דיבורא?

הראב"ד מסביר שהסוגיא במכות ו,ב הנ"ל עוסקת בעדי פרעון. הסיבה לכך שלא נקט כרש"י, לפיו מדובר בעדי הלואה, היא בפשטות שעדי הלואה שמעידים על ההלואה ועל הערבות ויש קירבה בין העדים לערב אין סברא שלא לקבל את עדותם לגבי ההלואה ואפילו סברת פלגינן דיבורא לא נדרשת, שכן ההלואה והערבות בזמן לקיחת ההלואה שני דברים הם ואם יש עדות רק על ההלואה היא עומדת בפני עצמה וניתן להכריע שהיתה הלואה אבל לא ידוע על ערבות וכן מובא בבעל המאור שם.

בשיטת רש"י שהעמיד בעדי הלואה הסבירו הראשונים שמדובר בעדות שבשטר והוא דין מדיני השטר. אבל הראב"ד הסביר בפשטות שהכוונה לעדי פרעון – ובזה לאחר שההלואה והערבות ידועים ואולי כתובים בשטר – ודאי שעדות על הפרעון שייכת מהותית גם להלואה וגם לערבות וקבלה של חלק מהעדות אינה פשוטה.

לפי הראב"ד הקושיא מדוע שלא נקבל את העדות רק ביחס להלואה לא יכולה להתפרש כפלגינן דיבורא שכן אין אפשרות לחלק את המעשה עצמו לשניים ולומר שהיה פרעון של ההלואה ולא של הערבות שכן באם היה פרעון אזי נפטרו גם הלווה וגם הערב. השאלה היא ודאי מדוע שלא נעשה "פלגינן נאמנות" כלומר שנסמוך על העדים ונקבל את כל עדותם ביחס ללווה ולא ביחס לערב וכך נניח שהיה פרעון בכל הקשור ללווה ולא נניח שהיה פרעון אם הדין יתגלגל לחיוב הערב.

לאור הבנת הקושיא לשיטת הראב"ד נעמוד על תירוצו וז"ל:

והראב"ד ז"ל כתב בתשובותיו שכל עדות שבטלה מקצתה מחמת פסול קורבה בטלה כולה ולא פלגינן דיבורא. דהא לא פליג בהו רחמנא דאמר מה שנים נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותם בטילה אף שלשה אלמא לא פלגינן עדותם והא דאמר אדם קרוב אצל עצמו ואין משים עצמו רשע היינו דוקא כשמעיד על עצמו שאין זה עדות כלל אלא כמי שאינו דמי שאין אדם נקרא לעצמו עד פסול כדי שנאמר עדות שבטלה מקצתה בטלה....הכי נמי כשהוא מעיד על עצמו ועל אחר בכלל אין אני קורא בו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה לפי שאין עליו שם עד כלל ומוכח כדבריו בפ"ק דסנהדרין (י, א) דאמר פלוני בא על אשתי הוא ואחר מצטרפין להורגו אבל לא להורגה פשיטא ס"א אדם קרוב אצל עצמו אמרינן אצל אשתו לא אמרינן קמ"ל. פי' ס"ד אין אדם קרוב כל כך אצל אשתו שלא תהא עדותו שהוא מעיד עליה עדות פסולה ולבטל כל העדות מפני שבטלה מקצתה בטלה כולה קמ"ל דאשתו כגופו ואין זה עדות כלל הלכך פלגינן דיבורא כדפלגינן בגופו וכו'.

הראב"ד מביא יסוד – כל ענין פלגינן הוא דוקא באדם המעיד על עצמו או על אשתו שהיא כגופו – ואז אנו אומרים שהעדות על עצמו היא כמי שאינה ולכן בית הדין מתייחס רק לחלק שהוא באמת נאמן בו. אולם במקום שפסול העדות נובע מחמת קורבה – גם על חלק העדות שבו אינו נאמן יש שם "עדות" ועל כן אנו אומרים עדות שבטלה מקצתה מחמת פסול קורבה בטלה כולה.

הראיה שמביא הרא"ש בשיטת הראב"ד לקוחה מהגמרא בסנהדרין לענין המעיד פלוני בא על אשתי, שהיא המשך הסוגיא לענין פלוני רבעני לרצוני שהבאנו לעיל. שם הסוגיא דנה לענין פלגינן דיבורא – שאנו מאמינים אותו שרבע אבל לא מי נרבע. או מאמינים שפלוני בא על אשת איש אבל לא על אשת העד. והדברים טעונים בירור שכן הוכחנו לעיל שהראב"ד מקשה מדוע שלא נעשה "פלגינן נאמנות" ובתירוצו מביא הראב"ד ראיות מסוגיות שמדברות על "פלגינן דיבורא".

היה מקום לומר באופן פשוט שסברת הראב"ד לחלק בין עדות קרוב לעדות על עצמו שייכת גם בפלגינן דיבורא וגם בפלגינן נאמנות ולכן מביאים הראשונים ראיות מזה על זה אולם הדבר לא פשוט כל כך שכן מסברא היה מקום לחלק.

בפלגינן דיבורא אנו לא מקבלים כלל חלק העדות שבו האדם מעיד על עצמו ובעצם "חותכים" אותו ולא שומעים אותו – יתכן שבזה היינו מקבלים גם עדות קרוב שכן ממילא חותכים את עדותו ועל כן בפלגינן דיבורא לא תהיה שייכת סברת הראב"ד, ואם נאמר שאכן שייכת אזי קל וחומר שתהיה שייכת בפלגינן נאמנות, אמנם צ"ע קצת יש לבאר שלא ציינו שיש חלוקה בין המקרים.

ומאידיך ניתן לומר שבפלגינן דיבורא דוקא יש בעיה של עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה מכיון שאנו חותכים חלק מהעדות שאמר העד. אבל בפלגינן נאמנות שבה מקבלים כל סיפור העד רק ביחס למי שהוא נאמן עליו – בזה לא מתבטלת כלל חלק מהעדות ולכן לא שייך כלל לומר שעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ואז אכן תתעורר קושיא – מדוע הביא הראב"ד ראייה מסוגיא העוסקת בפלגינן דיבורא לענין פלגינן נאמנות ובפרט שהרא"ש לא ציין בדבריו שיש שוני בין הסוגיות.

בעקבות הקושי הנ"ל בדברי הראב"ד נחלקו אחרונים בהבנת שיטתו.

ה. מחלוקת קהילות יעקב ור' שמואל רוזובסקי

הקה"י בספרו קהילות יעקב בסנהדרין בסימן ז מבין בדעת הראב"ד שהסוגיא בסנהדרין עוסקת בפלגינן נאמנות ולא בפלגינן דיבורא כלל. לשיטתו כל המקומות בש"ס שדנים בפלגינן – דנים רק מצד פלגינן נאמנות.

לפי הבנה זו בית דין באמת לעולם אינו משנה את הסיפור שסיפרו העדים וכל ענין פלגינן דיבורא הנאמר בגמרא הוא בעצם פלגינן נאמנות.

ר' שמואל בשיעוריו למסכת מכות ז, א מביא שבאמת יש קושי בדבר שהראשונים מביאים ראיות מפלגינן דיבורא לפלגינן נאמנות ולא מבחינים ביניהם וכאילו ענינים דומים הם לגמרי.

הדבר מלמד לדעתו, שהראשונים למדים מזה על זה אף שהם שני נידונים מחמת שהעיקרון העומד ביסודם הוא דומה – האם ניתן לקבל עדות בחלקה בלבד. העובדה שהראב"ד מביא ראייה לשיטתו מפלגינן דיבורא אף שהוא עוסק בפלגינן נאמנות – היא מחמת שהבין שלענין החלוקה בין קרוב לעדות על עצמו – אין סברא לחלק ביניהם.

לשיטתו הראב"ד לא יוציא את הסוגיות העוסקות בפלגינן דיבורא מפשוטם.

בהערות שם מביא ר' שמואל שיש שפירשו שהראב"ד מבין את כל הסוגיות כעוסקות בפלגינן נאמנות ואין לזה הכרח כלל. נראה שכוונתו לשיטת הקה"י אף שאינו מביאה בשמו.

ו. לדבריק רשע אתה

בחידושי רע"א בכתובות יח,ב מובא יסוד. פלגינן נאמנות לא אומרים אם על ידי הפלגינן יצא שהעד פסול, וכל ענין פלגינן נאמנות שייך רק במקום שהעד נשאר בכשרותו. לדוגמא, היכא שהעד מעיד פלוני רבעני לרצוני – לפי רב יוסף העדות לא מתקבלת. אי אפשר לעשות פלגינן דיבורא ולקבל שפלוני רבע אבל לא אותו שכן רב יוסף פליג על זה. ומדוע שלא נעשה פלגינן נאמנות – אומר רע"א – אי אפשר להאמינו לכל דבריו ביחס לחברו – שכן לדבריק רשע אתה. בית דין לא יכול לקבל עדות על הרובע כשבאותה עדות מקבלים שהעד עצמו נרבע לרצונו. שכן ממנ"פ אין עדות – אם לא מקבלים את העדות – אין עדות על הרובע ואי מקבלים – נמצא שהעד המעיד רשע ואין עדות.

אבל במקרה שמובא בהמשך הגמרא בסנהדרין בדף י,א – פלוני בא על אשתי – שפיר ניתן לחלק את הנאמנות שכן לדבריק אינך רשע שכן אינו מעיד על עצמו שהוא עשה מעשה רשע אלא על אשתו.

לכן סבור רע"א שגם רב יוסף שלא מקבל ענין פלגינן דיבורא וחולק לגבי פלוני רבעני (ט,ב) – יסכים לדין המופיע בדף י,א שניתן לפלוג הנאמנות ולקבל עדות האומר פלוני בא על אשתי. (אמנם יש דוחק בגמרא שם ששאלה פשיטא על המקרה השני ולאמור במקרה השני יש חידוש גדול שגם רב יוסף מודה בו).

יוצא לפי רע"א – פלגינן נאמנות ניתן לומר רק במקום שהעד אינו מעיד על עצמו באופן שפוסל את עצמו לעדות.

לפי הבנת הקה"י בדעת הראב"ד שכל הסוגיות מדברות על פלגינן נאמנות קשה שכן בחלקם מדובר שהעד פוסל את עצמו. בסנהדרין ט,ב "פלוני רבעני לרצוני", בסנהדרין פרק זה בורר כה,א לגבי בר ביניתוס שהעיד לדידי אוזיף בריבית – שפסל עצמו לעדות כלוה בריבית. (אמנם יש מחלוקת האם לווה נפסל לעדות). ולפי היסוד של רע"א הרי אי אפשר לפלוג נאמנותו בהכי.

הקה"י בסנהדרין העלה שחייבים להסביר על פי היסוד שיסד התומים (סימן פז, ס"ק כז) שעד לא נפסל לעדות אפילו בעבירה מהתורה עד שיעידו עליו

בבית דין. ועל כן לא שייך לומר לדבריו רשע אתה שכן כל זמן שלא הועד עליו בבית דין אפילו שידוע שהוא רשע לא נפסל.

לפי זה לא נוכל לקבל את חידושו של רע"א שרב יוסף יסכים עם סברת פלגין נאמנות אף שחולק על פלגין דיבורא. שכן אם היה מסכים עם סברת פלגין נאמנות לא היה חולק גם בפלוני רבעני לרצוני שכן אין חסרון ב"לדבריו רשע אתה" ואף אם לא עבדין פלגין דיבורא ניתן לפלוג הנאמנות ולקבל עדותו על הרובע – ועל כרחינו לומר שרב יוסף חולק אף על סברת "פלגין נאמנות".

אלא שאם כן יש צורך ליישב את הסוגיא ביבמות כה, א:

מתני'. המביא גט ממדינת הים, ואמר בפני נכתב ובפני נחתם – לא ישא את אשתו; מת, הרגתיו, הרגנוהו – לא ישא את אשתו; רבי יהודה אומר: הרגתיו – לא תנשא אשתו, הרגנוהו – תנשא אשתו.

ובגמרא שם:

מת הרגתיו הרגנוהו – לא ישא את אשתו. הוא ניהו דלא ישא את אשתו, הא לאחר תנשא, והאמר רב יוסף: פלוני רבעני לאונסי – הוא ואחר מצטרפין להרגו, לרצוני – רשע הוא, והתורה אמרה: אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס! וכ"ת, שאני עדות אשה, דאקילו בה רבנן, והא"ר מנשה: גזלן דדבריהם – כשר לעדות אשה, גזלן דדברי תורה – פסול לעדות אשה, נימא, רב מנשה דאמר כר' יהודה! אמר לך רב מנשה: אנא דאמרי אפילו לרבנן, וטעמא דרבנן הכא כדרבא, דאמר רבא: אדם קרוב אצל עצמו, ואין אדם משים עצמו רשע. לימא, רב יוסף דאמר כרבי יהודה! אמר לך רב יוסף: אנא דאמרי אפי' לרבנן, ושאני עדות אשה, דאקילו בה רבנן, ורב מנשה דאמר כרבי יהודה.

בסוגיא שם מובאת מחלוקת בדעת ת"ק, שאפילו באומר הרגתיו תינשא אשתו. והרי אין אדם משים את עצמו רשע. לרבא לא קשה שכן פלגין דיבורא ולא מקבלים שהוא הרגו. אולם לרב יוסף קשה ונצטרך להעמיד את דעתו כרבי יהודה דלא כהלכתא. מתרץ רב יוסף, שגזלן דאורייתא כשר לעדות אשה ולכן לא אכפת לן שאומר שהוא הרגו ורוצח הוא ופסול דאורייתא כי אפילו רוצח כשר לעדות אשה.

בסברת רב יוסף יש לעיין שהרי אין אדם משים את עצמו רשע ואינו נאמן לומר על עצמו שהרגו – ואיך מאמינים לו שמת בעלה הרי גם לפלוג דיבורו אי אפשר לדעת רב יוסף.

רע"א יסביר לשיטתו – גם רב יוסף מודה שאפשר לפלוג נאמנותו – וע"כ אנו מאמינים לכל דבריו ביחס למיתת הבעל והיתר אשתו להנשא – ואיננו מאמינים לדבריו שהוא הרגו ביחס לעצמו להפסל לעדות. אמנם בעלמא היכא שמשים עצמו רשע אי אפשר לסמוך על עדותו שהרי "לדבריד רשע אתה" אולם בעדות אשה הקלו אפילו ברשע דאורייתא לדעה זו ויכול להעיד.

לשיטת הקה"י אי אפשר להבין כן שכן לשיטתו רב יוסף חולק הן על פלגינן דיבורא והן על פלגינן נאמנות ואי אפשר כלל לחלק את דבריו והיתה צריכה העדות להתבטל לחלוטין. על כן מסביר הקה"י שרב יוסף חולק על הכלל של אין אדם משים את עצמו רשע וסובר שאדם נאמן לפסול את עצמו לעדות ואנו מאמינים לו לגמרי שהוא הרגו ואף שהוא רשע – בעדות אשה הקלו להאמין אף לרשע.

ובאמת מלשון רש"י ביבמות שם משמע שמסביר כך את דברי רב יוסף.

יוצא שבין ההבנות הנ"ל יש מספר נפ"מ:

א. לקה"י הסוגיות כולם עוסקות רק בפלגינן נאמנות ואילו ר' שמואל רובם עוסקים בפלגינן דיבורא.

ב. לקה"י אין חסרון ב"לדבריד רשע אתה" ואילו ר' שמואל יכול לסבור כדעת רע"א שאם לדבריו רשע הוא העדות לא מתקבלת.

ז. האם לדעת הראב"ד אין כלל "פלגינן דיבורא"?

לאחר שראינו שהקה"י מבין בדעת הראב"ד שכל המקומות המזכירים פלגינן דיבורא כוונתם לפלגינן נאמנות. מסתבר היה לומר שהראב"ד כלל לא מקבל את היסוד של פלגינן דיבורא ולדעתו ניתן לעשות רק פלגינן נאמנות.

כן נראה בדברי התומים בסימן לד ס"ק כג:

כתב הסמ"ע בשם תשובת הרשב"א סימן אלף רלו לחלק בין אשתך זנתה עמי פלגינן דיבוריה דיש לומר אשתך זינתה מבלי עמו לבין אם אמר אני זינתי עם אשתך דאי אפשר למיפלג דיבורא ע"ש. ויש להבין למה השמיטו המחבר כאן ובאבן העזר וכו'. ודוחק לומר כי

דין זה של הרשב"א תלוי במחלוקת הראב"ן והראב"ד וכו' והן שני תירוצים המובאים ברא"ש סוף פ"ק דמכות סימן יג אי פלגינן בלישנא וכו' והרשב"א נראה דסבירא ליה כתרופ' הראשון והוא שיטת הראב"ן והתוספות (סנהדרין ט,ב) וכו' אבל לשיטת הראב"ד בכל מקום פלגינן דיבורא דהוי בעל דבר וכו'.

התומים מקשה מדוע לא הביא המחבר להלכה שיטת הרשב"א בתשובה שמחדש שפלגינן דיבורא תליא בלשון העדות – דהיכא שאמר אשתך זינתה עמי אפשר לפלוג והיכא שאמר אני זינתי עם אשתך אי אפשר שכבר פסל עצמו] והאחרונים דנים רבות בסברת דברי הרשב"א].

רצה התומים לומר שהמחבר סבר כראב"ד ולכן לא הביא דברי הרשב"א. בפשטות כוונתו שהראב"ד הרי איירי בפלגינן נאמנות ולא מחלקים הדיבור כלל וע"כ אין משמעות ללשונו. אלא שדחה אפשרות זו שכן לא מסתבר שהמחבר יפסוק דלא כתוספות ורשב"א ללא הזכרתם כלל.

כוונת התומים לכאורה לא ברורה שהרי גם לשיטת הראב"ד שהבין הסוגיא שם בעדי פרעון והקשה שנפלוג הנאמנות מ"מ אין שום הכרח לומר שיחלוק לחלוטין על פלגינן דיבורא במקומות אחרים – ולכן גם לשיטתו יש משמעות לדעת הרשב"א לחלק בין לשונות העדות. לפי הבנת הקה"י שהראב"ד מבין את כל הסוגיות רק על פי פלגינן נאמנות א"ש שכן לראב"ד אין כלל מושג של פלגינן דיבורא, ובאמת הוא מזכיר שהבין כן משיטת התומים, ודלא כהבנת ר' שמואל בראב"ד.

אלא שהוקשה לי על הבנה זו שכן התומים עצמו בסימן פז ס"ק כח וכן הקה"י בהמשך דבריו שמביאו מביאים פלגינן דיבורא בדברי הראב"ד. התומים שם מאריך להוכיח את יסודו שרק עד שהעידו עליו בבית דין נפסל לעדות אפילו שעבר עבירה דאורייתא. ראייתו היא מהסוגיא בסנהדרין שהבאנו – פלוני רבעני לרצוני – והוא ואחר מצטרפין להורגו – לרבא – פלגינן דיבורא מאמינים לו לגבי הרובע ולא מאמינים לו שהיה לרצונו או שלא דנים עליו כלל.

הקשה התומים – הלא העד השני שמצטרף מעיד שאתו רובע רבעו לרצונו – וא"כ הוא עצמו מעיד שהעד השני שאתו רשע הוא והוא עצמו נפסל מדין נמצא אחד מהם קרוב או פסול, ואי אפשר להעמיד שמעיד שרבעו לאונסו דאז נמצאו העדים מכחישים זא"ז.

ואי נימא שנפלוג דיבורו ולא נאמין אותו לגבי העד השני שכן לגבי רשעתו של הנרבע הוא רק עד אחד ואינו נאמן – הלא אינו בעל דבר אלא עד פסול לגבי זה, ולשיטת הראב"ד אי אפשר לפלוג בכה"ג. מתוך כך הכרח הוא לומר שכל זמן שלא העידו עליו ב' עדים בבית דין אינו נפסל.

ושם לכאורה אין הכוונה בקושיא שנפלוג נאמנותו ונאמינו לכל הסיפור לגבי הרובע ולא לגבי הנרבע שאז יצא שלדבריהך העד שעמך פסול. וכוונתו הוא בהכרח לפלגינן דיבורא שנקבל מקצת הדברים שאותו רובע רבע – אבל לא נקבל את חלק העדות על רצונו של הנרבע.

נמצא שעל אף הבנת הקה"י הנ"ל בדברי התומים ועל אף שכן נראה מדברי התומים עצמו – אנו מוצאים שהתומים כן מקבל יסוד של פלגינן דיבורא אפילו בשיטת הראב"ד. ואף שבדעת הקה"י נוכל לומר שהסוגיות איירי בפלגינן נאמנות אבל אליבא דאמת יש גם פלגינן דיבורא, בדברי התומים עצמו חזינן לעיל שהבין בדעת הראב"ד שאין כלל פלגינן דיבורא. ויל"ע.

ח. סיכום

הבאנו את הבנת הקה"י בדעת הראב"ד שסובר שכל הסוגיות המביאות פלגינן דיבורא מתכוונות לפלגינן נאמנות. ר' שמואל חולק עליו וסובר שאין הכרח להבין כך את דברי הראב"ד ולכן גם לשיטתו ניתן להבין את סוגיות הגמרא בסנהדרין ובעוד מקומות כעוסקות בפלגינן דיבורא וכפשט הדברים. ההבנה הפשוטה בדעת הקה"י בהבנת הראב"ד היא שאין כלל אפשרות של פלגינן דיבורא.

לשאלה אם ניתן לפלוג הדיבור יש השלכות בהבנת סוגיות העוסקות בנושא וגם לשאלה האם אנו אומרים "לדבריהך רשע אתה".

להבנת הקה"י יש תימוכין בדברי התומים שנראה מדבריו שכך הבין את הראב"ד.

צויין שעל אף הדברים אנו מוצאים בדברי הקה"י והתומים בכל אופן אפשרות של פלגינן דיבורא.

יוצא אם כן, שבדעת ה"יש מפרשים" ברא"ש יש המבינים שחולקת היא על יסוד פלגינן נאמנות וסוברת שאפשר לפלוג הדיבור בלבד. ובשיטת הראב"ד ניתן אולי להבין להפך – שחולק על יסוד פלגינן דיבורא וניתן לפלוג רק את הנאמנות.

חזקת ממון – הסתלקות או הכרעה? בשיטת רע"א

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. הסוגיא ביבמות ל, ב
- ג. רע"א: הסבר המחלוקת תו"ת ספיקא דאורייתא או דרבנן
- ד. המקור והסברא של חזקה דמעיקרא
- ה. השוואה בין חזקה דמעיקרא לחזקת ממון – מוחזקות
- ו. מוחזקות בתרי ותרי (רע"א בדרו"ח)
- ז. מוחזקות בתרי ותרי (רע"א בתשובה)
- ח. מחלוקת קצוה"ח ונתה"מ בחזקת ממון
- ט. סיכום

א. הקדמה

במאמר זה נדון בשאלה כיצד פועלת חזקת ממון – מוחזקות, כלומר מכת מה היא מכריעה בספק? האם בכל המצבים של ספק, חזקת ממון תכריע? ומה היחס בינה לבין חזקות אחרות?

ב. הסוגיא ביבמות ל, ב

המשנה במסכת יבמות ל, ב אומרת כך:

כיצד ספק קדושין? זרק לה קדושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה - זהו ספק קדושין. ספק גרושין? כתב בכתב ידו ואין עליו עדים, יש עליו עדים ואין בו זמן, יש בו זמן ואין בו אלא עד אחד - זהו ספק גרושין.

ומקשה שם הגמרא למה המשנה לא הביאה גם בגירושין מקרה של ספק קרוב לו ספק קרוב לה כמו שהביאה בקידושין? ומיישבת הגמרא שבגירושין

לא נאמר שתחלוץ לחומרא כי זה יביא לכך שיבואו ליבם אותה ובכך יעברו על איסור כרת. על זה אומרת הגמרא כך :

וגבי גירושין מי לא תנן? והתנן: היתה עומדת ברה"ר, וזרקו לה, קרוב לה - מגורשת, קרוב לו - אינה מגורשת, מחצה על מחצה - מגורשת ואינה מגורשת; ואמרינן: למאי הלכתא? דאי כהן הוא - אסורה ליה, ואי ערוה היא - צרתה בעיא חליצה, ולא אמרינן: שאם אתה אומר חולצת, מתייבמת! הא איתמר עלה, רבה ורב יוסף דאמרי תרווייהו: הכא בשתי כיתי עדים עסקינן, אחת אומרת קרוב לה ואחת אומרת קרוב לו, דהוה ליה ספיקא דאורייתא, ומתניתין דהכא בכת אחת, דה"ל ספיקא דרבנן. וממאי דמתניתין דהכא בכת אחת? דומיא דקדושין, מה קדושין בכת אחת, אף גרושין בכת אחת. וקדושין גופייהו ממאי דבכת אחת? דלמא בב' כיתי עדים! אי בב' כיתי עדים, תתייבם ואין בכך כלום. קיימי עדים וקאמרי קרוב לה, ואת אמרת תתייבם ואין בכך כלום! ותו, בשתי כיתי עדים נמי ספיקא דרבנן היא, דאמרי' אוקי תרי לבהדי תרי ואשה אוקמה אחזקה, מידי דהוה אנכסי דבר שטיא, דבר שטיא זבין נכסי, אתו בי תרי ואמרי כשהוא חלים זבין, ואתו בי תרי ואמרו כשהוא שוטה זבין, ואמר רב אשי: אוקי תרי להדי תרי וארעא אוקמא בחזקת בר שטיא!

ביאור הגמרא: הגמרא מקשה שהרי את המשנה בגיטין של ספק קרוב לו ספק קרוב לה, מעמידים רבה ורב יוסף במקרה של תרי ותרי כלומר ששני עדים מעידים שנפל קרוב לבעל ואין כאן נתינה והאישה אינה מגורשת ושנים אחרים אומרים שנפל קרוב לאישה ויש כאן נתינת גט והיא מגורשת, ועל מצב זה אומרת הגמרא שם שאם קרה מקרה כזה בערוה שאסורה ביבום ולאחר מכן הבעל מת ויש צרת ערוה, הצרה חולצת. ואם כן כיצד הגמרא ביבמות אומרת שבתרי ותרי בגירושין האישה אינה חולצת. עונה הגמרא שבגיטין מדובר בשתי כיתי עדים שמכחישות זו את זו ואז זה מוגדר כספק דאורייתא, ואומר על כך רש"י:

כיון דתרי אמרי קרוב לה לא מצית לאוקמי צרה אחזקה ולמיפטרא לעלמא בלא חליצה.

כלומר שבמקרה של ספק רגיל היינו מעמידים את הערוה על חזקתה שהיא נשואה וממילא צרתה עומדת על חזקתה שהיא פטורה מיבום וחליצה, אך

במקרה של ספק שנוצר ע"י תרי ותרי שמוגדר כספיקא דאורייתא, אי אפשר לסמוך על החזקה ולכן הצרה תהיה חייבת בחליצה מספק. לעומת זאת המשנה ביבמות מדברת על מקרה שיש בו רק שני עדים והאחד מכחיש את חברו, לכן בגירושין הדין שלא תחלוץ שמא מתוך שתחלוץ תבוא להתייבם ואז זה מגיע לחשש איסור כרת במידה והיא פטורה מיבום כי מעמידים את הערוה בחזקת נשואה, אך בקידושין הדין שתחלוץ כי גם אם מתוך כך תבוא להתייבם אין בזה חשש איסור כרת כי מעמידים את הערוה בחזקת פנויה. ומקשה הגמרא מנין שהמשנה כאן שמדברת על קידושין, מדברת על מקרה של שני עדים המכחישים זה את זה, אולי מדובר במקרה של תרי ותרי? ועונה הגמרא שגם במקרה של תרי ותרי נעמיד את הערוה על חזקתה וצרתה תחלוץ, ועל זה מקשה הגמרא שהרי אמרנו שתרי ותרי ספיקא דאורייתא ואם כן לא מעמידים על החזקות במקרה כזה, דוחה הגמרא את הקושיא בכך שהיא מערערת על עצם הקביעה שתרי ותרי זה ספיקא דאורייתא, שאפשר לומר שתרי ותרי זה ספיקא דרבנן, כלומר ספק שמדאורייתא כלומר מעיקר הדין הספק מוכרע ע"י העמדה על חזקות - אך מדרבנן החמירו לא לסמוך על חזקות ולהשאיר את הדין בספק.¹

הגמרא מוכיחה זאת מהמקרה של בר שטיא, שהיה בעליה של קרקע ומכר אותה, והיה במצב של עיתים בריא עיתים שוטה, ובאו שני עדים והעידו שמכר את השדה כאשר היה בריא ולכן המכירה חלה, ולאחר מכן באו שני עדים אחרים והכחישו את הראשונים והעידו שמכר כאשר היה שוטה ולכן המכירה לא חלה, ואמר רב אשי אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת בר שטיא, ומכאן ראייה שהולכים בתרי ותרי אחר חזקות וממילא מוכח שתו"ת זה ספיקא דרבנן.

מהסוגיא עולה שיש שתי הבנות חלוקות לגבי ספק של תרי ותרי. לפי ההבנה הראשונה – תו"ת ספיקא דאורייתא - במקרה של ספק שנובע מתו"ת לא מכריעים אותו עפ"י חזקה כמו בשאר מקרי ספק שבתורה. לפי ההבנה השנייה – תו"ת ספיקא דרבנן – גם במקרה של ספק שנוצר מתו"ת מדאורייתא מכריעים אותו על פי חזקה אלא שחכמים החמירו וגזרו שלא

¹ בארנו את הסוגיא אליבא דהפירוש השני ברש"י שם, ועיין שם גירסה אחרת ופירושים נוספים בתוס' שם וברמב"ן במלחמות במסכת כתובות. ועיין ביאור הגר"א בחו"מ לד, כח ובבאר אליהו שהרחיב ובאר את הסוגיא לפי כל אחת מהשיטות, ומה יוצא מהם להלכה בשאלה האם תו"ת ספיקא דאורייתא או ספיקא דרבנן.

הולכים אחר חזקות במקרה של תו"ת. מסקנת הסוגיא היא שתו"ת ספיקא דרבנן (לשיטת תוס' ורש"י שם).

ג. רע"א: הסבר המחלוקת תו"ת ספיקא דאורייתא או דרבנן

בהסבר המחלוקת בין שתי הדעות הנ"ל אומר רע"א בשו"ת מהדורא קמא תשובה קלו כך:

וצ"ל דשורש הפלוגתא הכי הוא, דמ"ד ספיקא דאורייתא ס"ל כמו דאמרינן תרי כמאה ולא אמרי' אוקי תרי להדי תרי ונשאר אידך עדים, והיינו ע"כ דתרי אלים כחייהו נגד כמה כתות, הי"נ נגד עדים וחזקה, דחזקה המסייע לאידך כת לא עדיפא מאלו עוד כת עדים מסייעים להם, וכסברא זו כתבו ממש התוס' ב"ב (דף לא ד"ה זו באה וכו') בתירוץ הראשון לענין מגו, ואידך מ"ד ס"ל דדוקא תרי כמאה אמרינן, דהכל רק מדין עדות, משא"כ לענין חזקה אמרינן כיון דהוי עדות מוכחשת מסלקין לכל העדות ונתקיימה החזקה, ונ"ל דמה"ט מיאן הר"י שם בתוס' הנ"ל בתירוצם הראשון, וכן מבואר בתוס' בב"ק (דף עב) מספקא להו בהך בתרי ותרי ויש מגו, היינו ד"ל כמו דאמרינן לענין חזקה דמדאורייתא מסלקין להעדות ונתקיימה החזקה, הי"נ לענין מגו, או די' לחלק דלענין מגו הוא דרך הוכחה ובירור, והוי רק כמו אן סהדי מדלא טעין הכי, ולא עדיף מסהדי ממש ואמרינן דתרי כמאה, משא"כ לענין חזקה דאינו מדרך בירור והוכחה, אלא דכך אמרה התורה דבכל ספק נניח הדבר כמקדם ולא ישונה לאוקמי על חזקתו הראשונה, גם בתרי ותרי אמרינן הכי דהוי ספק מעליא ואוקמי על החזקה הראשונה.

ביאור דבריו: למ"ד תו"ת ספיקא דאורייתא, כמו שלא תועיל הוספת עדים לצד אחד שהרי תרי כמאה בעדות, ולא נאמר ששנים יבטלו שנים כנגדם ונכריע על פי העודפים, כי שני עדים כחם שוה לכח כל כיתות העדים שיבואו להכחישם. לפי זה יהיה אותו הדין גם בתו"ת שלאחד הצדדים מצטרפת חזקה, כלומר כמו שעדים נוספים אין בכוחם להכריע את השנים שמכחישים כך גם צירוף של חזקה לא יכריע אותם. יש סיעתא לכיוון זה מתוס' ב"ב לא, ב ד"ה וזו באה. תוס' שם מתייחס למחלוקת רב הונא ורב חסדא בשאלה האם שתי כיתות עדים המכחישות זו את זו יכולות אח"כ להעיד כל אחת בפני עצמה, ומשמע שבעדות המוכחשת פשיטא שאינן נאמנות, ומקשה התוס' שם כך: "יתימה בין לרב הונא בין לרב חסדא נהמנינהו לבתראי במיגו

דאי בעי פסלינהו לקמאי בגזלותא" כלומר למה שלא נאמין לכת שבאה שניה, במה שמעידה שהרי יכלה לפסול את הראשונים ולהעיד עליהם שהם עדים פסולים משום שהם גזלנים והם יהיו נאמנים בכך, ואם כן יש להם מיגו בעדותם, ומתוך התוס' שמיגו במקום עדים לא אמרינן, כי גם אם נאמר שנאמנות המיגו נחשבת כשני עדים, הרי מול עדים זה לא יעלה ולא יוריד שהרי תרי כמאה.

לעומת זאת מ"ד תו"ת ספיקא דרבנן סובר שבאמת כאשר יש עדות נוספת או ראייה בירורית זה לא ישנה את ההכרעה בדין מכיון שתרי כמאה, אבל בתו"ת וחזקה העדות תהיה כמאן דליתא² ונעמיד על החזקה (בהמשך דבריו הדברים מתבארים יותר). ואולי מסיבה זו ר"י בתוס' הנ"ל בב"ב תירץ תירוץ נוסף ולא הסתפק בתירוץ הראשון שהבאנו לעיל, שהרי גם במיגו אפשר לומר שהעדים כמאן דליתא ונשאר המיגו. רע"א מביא בדבריו תוס' נוסף (ב"ק עב, ד"ה אין) ואומר עליו שהתוס' מסתפק בשאלה הנ"ל, וכוונתו שהתוס' בב"ק דן בשאלה שהקשה התוס' הנ"ל בב"ב והוא עונה עליה כמעט באותה לשון של התוס' בב"ב וז"ל:

ועוד נראה דקצת דמי האי מיגו למיגו במקום עדים שהרי יש עדים כנגד האי מיגו להכחישם ואע"פ שי כמו כן עדים עם המיגו אין בכך כלום [ועוד]³ דלא עדיף מיגו מעדים שאם היו עדים מסייעים לאלו לא היה להם כח להכחיש את אלו דהא תרי כמאה וכ"ש מיגו.

לכאורה נראה שרע"א הבין מלשון תוס' שכתב "נראה דקצת דמי האי מיגו... שתוס' מסתפק בכך וההסתפקות היא האם במיגו בתו"ת הדין כמו בחזקה למ"ד ספיקא דרבנן שאומרים שהעדים כמאן דליתא והעמד הדבר על חזקתו וכך גם לגבי מיגו או שמיגו מועיל מצד זה שהוא מברר ע"י כך שאומרים על טוען המיגו שמזה שיכל לטעון טענה יותר טובה ולא טען אותה סימן שהוא דובר אמת וזו ראייה דרך הוכחה ובירור וכעין אנן סהדי, ואם כן זה לא עדיף מעדות ממשית שלגביה אנו אומרים תרי כמאה. מה שאין כן לגבי חזקה שאינה הכרעה מכח בירור אלא זו גזירת הכתוב שבכל ספק "נניח

² בקונטרס הספקות כלל ז סימן י כתב דמה שפירשו הראשונים למ"ד תו"ת ספיקא דרבנן דמהתורה סלק עדותן כמאן דליתא ומוקמינן אחזקה, אין כוונתם כאלו לא העידו כלל, אלא הכוונה היא שאין מתחשבים בכח העדות, ולכן אפשר להעמיד על החזקה הקודמת. וכן אפשר לפרש את דברי רע"א כאן – הערת המהדיר לשו"ת רע"א, מהדורת המאור.

³ על פי המהרש"א.

הדבר כמקדם ולא ישונה" להעמידו על חזקתו הראשונה, ולכן גם בספק שנוצר מתו"ת נעמיד על החזקה הראשונה.

לכאורה אפשר להבין מדבריו של רע"א ששתי הדעות – ספיקא דאורייתא וספיקא דרבנן הן בעצם שתי הבנות במהותה של חזקה שלמ"ד תו"ת ספיקא דאורייתא החזקה היא מכח בירור (להלן נפרט איזה בירור יש בחזקה) ולמ"ד ספיקא דרבנן חזקה היא הכרעה מכח גזירת הכתוב שבמצב של ספק יש להמשיך את המצב הקודם, ונבאר את הדברים.

ד. המקור והסברא של חזקה דמעיקרא

המקור לדין חזקה מובא בחולין י,ב:

מנא הא מלתא דאמור רבנן אוקי מילתא אחזקיה? אמר רבי שמואל בר נחמני אמר ר' יונתן, אמר קרא: ויצא הכהן מן הבית אל פתח הבית והסגיר את הבית שבעת ימים, דלמא אדנפיק ואתא בצר ליה שיעורא! אלא לאו משום דאמרינן אוקי אחזקיה.

כלומר הגמרא לומדת מהדין של הסגרת נגע צרעת בבית את הדין של הסתמכות על חזקה, שהרי הכהן מסגיר את הנגע רק כאשר הוא יוצא מן הבית, והרי על מנת שהנגע יהיה בר הסגרה הוא צריך להיות בשיעור מסויים, ואם כן יש אפשרות שבזמן שבין ראיית הכהן את הנגע לבין הסגרת הנגע, התמעט הנגע מהשיעור הנדרש, ואם כן כיצד הכהן מסגיר את הבית ללא ספק, אלא מכאן שסומכים על כך שהנגע שהיה בגודל מסויים בפעם האחרונה שנראה ע"י הכהן, המשיך להיות באותו גודל דהיינו העמד את הנגע על חזקתו.⁴

ביחס לסברא שעומדת ביסוד הדין של העמד דבר על חזקתו אנו מוצאים שני כיוונים עיקריים באחרונים, ונביא את דבריו של חידושי הרי"מ בכתובות בסוגיית בר שטיא (מב,א ד"ה והנה לי שב) שבהם מובאים שני הכיוונים הנ"ל וז"ל:

והנה ליישב קושית תוס' נראה לע"ד פשוט. דהנה תוס' כתבו דמיגו לא מהני להכריע בתרי ותרי דלא עדיף כאלו הי' עוד עדים דב' כמאה

⁴ תוס' שם אומרים שצריך להעמיד שהנגע נחסר מהשיעור בסוף הז' ימים וכן מקשה למה אומרים העמד נגע על חזקתו ולא נאמר שנעמיד מי שנכנס לבית על חזקת טהרה שלו וזה יגבר על חזקת הנגע שהרי נמצא חסר לפניך.

ע"ש. וקשה לכאורה למה מוקמינן אחזקה בתרי ותרי הא ג"כ שייך סברא זו דחזקה לא עדיף מעדים ותרי כמאה. אמנם נראה דחזקה יש ב' טעמים, מצד רא"י שהחזקה מורה שהוא כן כמו שהיה קודם ולא נשתנה כמו כל חזקת הגוף, ועוד גם בלי ראיה אין להוציא דבר ממה שהיה כבר בלי ברור וכמו המוציא מחברו עליו הראיה דסברא הוא דדבר שהי' בחזקתו אין להוציאו בלא רא"י כנ"ל. ולכך בשלמא מיגו שהוא רק מצד רא"י שאמת ואין ראיה יותר מעדים שייך סברת תוס' כנ"ל, אבל גבי חזקה נהי דמצד רא"י שייך ג"כ כנ"ל דאינו מועיל להכריע בתרי ותרי דלא עדיף מעדים מ"מ טעם הב' הנ"ל שייך דמ"מ נשאר הדבר כמו שהיה מוחזק עד עתה דכיון שהוא תרי ותרי ואין לנו ברור אין להוציא הדבר מחזקתו מספק וכנ"ל. ושפיר מדויק לשון הש"ס יבמות פרק ד' אחין (לא א) דאמר בתרי ותרי אי קרוב לה כו' אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ומספק אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק כו' ולא אמר כדאמר בכל דוכתי בקצרה דמוקמינן אחזקה. ולמ"ש מדויק דבתרי ותרי אין טעמי' שהחזקה מברר כמו בכל מקום רק דאין לאסרה מספק כיון שאין ברור אין מוציאים הדבר ממה שהיה וזה נכלל ג"כ במה שאמרה תורה לילך אחר חזקה בנגע או מהלכה למשה מסיני שישאר הדבר בחזקה שהיה כל שאינו מבורר שיצא מחזקתו כנ"ל.

ואם נתרגם את דבריו למושגים שבהם השתמשנו בחזקה יש שני טעמים: א. בירור סברתי – הגיוני שמה שהיה במצב מסויים עד עתה לא השתנה.⁵ ב. הכרעה שפועלת כמו המוציא מחברו עליו הראיה כלומר שבמצב ספק אין לשנות מהמצב הקיים ללא ראיה ברורה.

המרחשת (ח"א מט) מביא גם כן את שני הסברים הנ"ל בגדר חזקה, אך אומר שאלו שני כיוונים שישנם באחרונים, בהסבר החזקה ושהם חלוקים ביניהם וז"ל:

והנה בעצם דין חזקה שמהני להכריע נחלקו האחרונים אם היא מצד בירור שחזקה היא מבררת ואין כאן ספק כלל, או שהספק במקומו

⁵ יש להעיר שאפשר בקל להבין סברא זו במקום שבו לא איתרע החזקה דמעיקרא כמו במקרה של הגמרא בחולין, אך שהחזקה איתרע יותר קשה להבין את הסברא של חזקה דמעיקרא ובאמת יש ראשונים שלמדו שהגמרא בחולין מדברת דוקא על חזקה דלא איתרע, אך רוב הראשונים לא הבינו כך, ויש לעיין.

עומד ואין בה הוכחה להכריע ולברר את הספק, אלא דין הוא שגזרה תורה להעמיד כל דבר על חזקתו ולא משום שנתברר הספק ע"י זה.

בהמשך דבריו שם הוא מבאר שבמחלוקת זו נחלקו האמוראים בגמרא בחולין שהבאנו לעיל. בהמשך הסוגיא שם שואלת הגמרא "מנלן דאזלינן בתר רובא" ושואל התוס' שם שהרי קיימא לן שרובא וחזקה רובא עדיף ואם כן אם למדנו לפני כן מהפסוקים את ענין החזקה, למה צריך ללמוד רוב גם כן מהפסוק היה אפשר ללמוד אותו בקל וחומר מחזקה? ומתרץ התוס' שהשאלה בגמרא היא רק לשיטת רב אחא בר יעקב שסובר שחזקה לא נלמדת מפסוק אלא מסברא,⁶ וממילא צריך מקור מהפסוקים לדין רוב,⁷ יוצא לפי זה שלפי ראב"י חזקה נובעת מסברא כלומר שיש בירור לספק, ומי שחולק עליו ומצריך פסוק סובר שחזקה זה גזירת הכתוב, ובהמשך דבריו שם מסביר המרחשת את הסוגיא ביבמות לאי כפי שמסביר אותה רע"א כנ"ל.

בסיכום שלב זה עולה, שיש שתי אפשרויות להסביר חזקה דמעיקרא: א. סברא הגיונית שהמצב שהיה נמשך ב. גזה"כ. ובענין תרי ותרי להלכה נפסק שתו"ת ספיקא דרבנן כלומר שמדאורייתא הולכים אחר חזקה גם בתו"ת אך רבנן החמירו והגדירו שהמצב ישאר בגדר ספק.⁸

ה. השוואה בין חזקה דמעיקרא לחזקת ממון - מוחזקות

בהשוואה לכך נברר עתה מה הדין כשהדיון הוא ממוני ולאחד מן הצדדים יש חזקת ממון – מוחזקות.

הגמרא בכתובות כ,א מביאה את המקרה של בר שטיא (שהוזכר לעיל בסוגיא ביבמות):

ת"ר שנים חתומין על השטר ומתו, ובאו שנים מן השוק ואמרו ידענו שכתב ידם הוא, אבל אנוסים היו, קטנים היו, פסולי עדות היו - הרי

⁶ כך מסיק המרחשת מדברי תוס', אך המהרש"א לומד בתוס' שראב"י לומד זאת מהלכה למשה מסיני.

⁷ יש לעיין כיצד המרחשת יתרץ את קושיית המהרש"א למה לפי התוס' אליבא דראב"י לא נלמד רוב מחזקה, אמנם המהרש"א עצמו מתרץ שראב"י לומד חזקה מהלמ"מ ולכן לא יכול ללמוד ק"ו לרוב כי אין לומדים ק"ו מהלמ"מ אך לשיטת המרחשת שראב"י לומד זאת מסברא זה עדיין קשה.

⁸ רש"י ותוס' ביבמות שם, רע"א בתשובה קלו ועוד.

אלו נאמנים; ואם יש עדים שכתב ידם הוא זה, או שהיה כתב ידם יוצא ממקום אחר משטר שקרא עליו ערער והוחזק בב"ד - אין אלו נאמנים; ומגבין ביה כבשטרא מעליא? ואמאי? תרי ותרי נינהו! אמר רב ששת, זאת אומרת: הכחשה תחלת הזמה היא, וכשם שאין מזימין את העדים אלא בפניהם, כך אין מכחישין את העדים אלא בפניהם. אמר ליה רב נחמן: אילו הוּו קמן ומכחישין להו הוה הכחשה, ולא הוה משגיחין בהו דהוי לה עדות מוכחשת, השתא דליתנהו, דאילו הוּו לקמן דלמא הוּו מודו להו, מהימני? אלא אמר רב נחמן: אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מריה, מידי דהוה אנכסי דבר שטיא.

ביאור הדברים: בברייתא מובא דין שטר שיצא ומתו עדים החתומים בו ואין כתב ידם מקויים, ובאו שנים אחרים ואמרו כתב ידם הוא זה אך פסולים היו, קטנים היו וכו', נאמנים מכח מיגו אך אם כתב ידם יוצא ממקום אחר, העדים הפוסלים אינם נאמנים ואפשר לגבות עם השטר. מקשה הגמרא שהרי זה תרי ותרי ואם כן זה ספק והממון צריך להישאר אצל המוחזק. עונה רב ששת שמכאן ראייה שהכחשה תחילת הזמה היא ומכיון שהעדים אינם לפנינו אי אפשר להכחישם כשם שאי אפשר להזימם. חולק עליו רב נחמן ואומר שזה לא מסתבר לומר כך שהרי אם העדים היו לפנינו אולי היו מודים להכחשה ולכן היה צריך להיות שאף כשהם אינם לפנינו יהיה ניתן להכחישם, אלא אומר רב נחמן שבאמת הדין הוא שלא גובים עם השטר הזה והממון נשאר ביד המוחזק כמו במקרה של בר שטיא, כפי שהבאנו לעיל, ומה שכתוב בברייתא שבמקרה שכתב ידם יוצא ממקום אחר הפוסלים לא נאמנים הכוונה היא שלא קורעים על פיהם את השטר.

ו. מוחזקות בתרי ותרי

על גמרא זו מקשה רע"א בדרוש וחידוש לאיזה ענין הביאה הגמרא את המקרה של בר שטיא, שהרי ללמוד ממנו שבספק משאירים את הממון בידי המוחזק ודאי לא צריך, ומוכח שהגמרא ידעה את זה כבר מקודם מעצם שאלתה "ומגבין ביה כשטרא מעליא? והא תרי ותרי נינהו וכו'". כלומר שלגמרא פשוט שבמקום ספק לא מוציאים מהמוחזק. ואם נאמר שהראיה היא לענין תפיסה כלומר להעמיד את המקרה של בר שטיא שהקרקע הייתה אצל בר שטיא מכח תפיסה ומזה להוכיח שתפיסה מועילה בתרי ותרי, זה גם לא נכון שהרי במקרה של בר שטיא מדובר על קרקע ובקרקע אין תפיסה,

ואם כן קשה מאוד לאיזה צורך מביאה הגמרא את הראיה מבר שטיא. מתרץ רע"א עפ"י הגמרא ביבמות הנ"ל, שאליבא דמ"ד תו"ת ספיקא דרבנן, כלומר שמדאורייתא בתו"ת נלך בתר חזקה, אז במקרה של בר שטיא הקרקע נשארת בחזקתו כי יש לו חזקת מרא קמא, אך למ"ד ספיקא דאורייתא שבתו"ת לא הולכים בתר חזקה חזקת מרא קמא לא תועיל.⁹ אך הקושיא נשארת בעינה מצד המוחזקות כלומר שגם אם נאמר שלא הולכים בתר חזקת מרא קמא במקרה של תרי ותרי, זה עדיין לא מאפשר הוצאת ממון ממוחזק. בכדי ליישב את הקושיא צריך להעמיד שהגמרא שדיברה אליבא דמ"ד תו"ת ספיקא דאורייתא הבינה בשלב הראשון שגם מוחזקות מתבטלת בתו"ת והדין הוא יחלוקו, ולכן הגמרא שואלת בשלב הראשון "ומגבינן ביה כשטרא מעליא?" כלומר את כולו והרי זה תו"ת והדין צריך להיות יחלוקו, ובאמת רב נחמן היה יכול לתרץ שמה שכתוב בברייתא שגובים בשטר הכוונה רק לחצי מדין יחלוקו, אלא שרב נחמן סובר שתו"ת ספיקא דרבנן כפי שמוכח מבר שטיא ולכן מוחזק ואפילו חזקת מרא קמא מכריעים את הדין ולכן אי אפשר לגבות עם השטר והעמד ממון על חזקתו.

עולה מדבריו של רע"א, בשילוב דבריו הנ"ל, שיש שלוש רמות של בירור ספק שנוצר ע"י תרי ותרי:

א. חזקה דמעיקרא ככח בירורי – תו"ת ספיקא דאורייתא – לא הולכים אחר חזקה כי זו הכרעה שנובעת מסברא ולכן זה כח בירורי וממילא בתו"ת זה לא יעלה ולא יוריד כי תרי כמאה.

ב. חזקה דמעיקרא – הנהגה במצב ספק – תו"ת ספיקא דרבנן – חזקה זה דין שנובע מגזירת הכתוב שענינו הוא הסתלקות מהספק והשארית המצב כפי שהיה, ולכן בתו"ת מדאורייתא נלך בתר חזקה אך חכמים החמירו לא להכריע כחזקה נגד העדים.

ג. מוחזק – מדברי רע"א בדו"ח עולה שבהו"א הראשונה היה נראה לו שאפילו למ"ד ספיקא דאורייתא במוחזקות זה יהיה שונה, ובלשונו: "והנה בפשוטו היה נראה כיון דאיסתלק חזקת מר"ק מוקמי הקרקע ביד המוחזק דאי אפשר להוציא מהמוחזק...", כלומר על אף שלמ"ד ספיקא דאורייתא לא נכריע על פי חזקת מר"ק שהיא חזקה דמעיקרא בכל זאת נכריע עפ"י מוחזקות. ניתן להבין את דבריו בשתי דרכים:

⁹ משמע מדבריו שמבין שחזקת מרא קמא היא לא חזקת ממון אלא חזקה דמעיקרא.

א. למ"ד תו"ת ספיקא דאורייתא שכל החזקות הן ברוריות כפי שהסברנו לעיל, מוחזקות היא הנהגה של הסתלקות מספק, ולמ"ד תו"ת ספיקא דרבנן אין חילוק בין מוחזקות וחזקה, ולפי זה יצא שהוא יסבור שגם במקרה של תו"ת במוחזקות ממונית מדרבנן לא נכריע על פי המוחזקות, או שניתן לומר שבממון לא שייך להחמיר מדרבנן כי מה שהוא קולא להאי הוא חומרא להאי ולכן על אף שהסברות שוות, בממון נכריע על פי מוחזקות ולפי זה גם על פי חזקת מרי"ק למרות שהיא ממש חזקה דמעיקרא כדין דאורייתא, ובאיסורים נחמיר מדרבנן ונשאיר בספק.

ב. גם למ"ד תו"ת ספיקא דרבנן יש חילוק בין חזקה דמעיקרא לבין מוחזקות, שאמנם גם בחזקה דמעיקרא הסברא היא הסתלקות מספק והמשכת המצב הקיים, אך במוחזקות זו הסתלקות גמורה מהדין, ואולי אפשר להסביר את הענין בצורה כזו: בחזקה דמעיקרא יש הכרעה של בית הדין במצב ספק על פי עיקרון של הסתלקות מספק, ואילו במוחזקות אין הכרעה של בית הדין אלא הסתלקות מעצם הדיון בשאלה והכרעתה^{10, 11}.

לצורך תירוץ הקושיא שם אומר רע"א שהגמרא מבינה שלמ"ד תו"ת ספיקא דאורייתא שאפילו מוחזקות לא תכריע בספק של תו"ת. לפי הבנה זו, לפי שתי הדרכים שהבאנו, יש במוחזקות נקודה סברתית של הכרעה שמסולקת בתרי ותרי, או שלמ"ד ספיקא דאורייתא גם הכרעה של הסתלקות לא עומדת מול עדים, כעין הסברא של החומרא מדרבנן למ"ד תו"ת ספיקא דרבנן, שלמרות שהחזקה מכריעה, חכמים החמירו – אמנם יש להדגיש שהאפשרות האחרונה להסבר הולכת בדרך שונה ממה שהלכנו עד עכשיו בהסבר שיטתו של מ"ד ספיקא דאורייתא.

¹⁰ לכאורה דרך זו נראית יותר, שהרי מצינו שמוחזקות עדיפה מחזקה כפי שרואים זאת למשל בדברי הר"י על הר"י בכתובות כב, א שאומר שלא מוציאים ממון מבעליו ולא אישה מבעלה בתו"ת, ובספיקא דרבנן כשהולכים אחר חזקה זה דוקא כשלא מוציאים ממוחזק. עוד ראייה לדבר, מכך שהמקור למוחזקות הוא כפי שמופיע בב"ק לד, א מאן דכאיב ליה כייביה לזיל לביה אסיא וזה לא נלמד מהפסוק שממנו נלמדת חזקה דמעיקרא כפי שהבאנו לעיל מהגמרא בחולין.

¹¹ לפי מה שהבאנו למעלה יש לדון מה הדין כאשר מוחזקות עומדת מול חזקה דמעיקרא ואפילו היא חזקת הגוף, שלכאורה לפי הסברות שהבאנו למעלה מוחזקות עדיפה ועיין מהר"ק שרש עב ד"ה ואחרי אשר תרצתי ובהמשך שם וכן שב שמעתתא א, טו.

ז. מוחזקות בתרי ותרי (רע"א בתשובה)

גם בתשובה קלו הנ"ל מתייחס רע"א למקומה של מוחזקות במקום ספק של תרי ותרי. השאלה שנשאל שם רע"א הייתה ביחס לסעיף בשו"ע חו"מ לד, כח ששם כתוב כך:

שנים שהעידו באחד שהוא פסול באחד מאלו העבירות, ובאו שנים והעידו שחזר בו ועשה תשובה או שלקה, הרי זה כשר. אבל אם באו שנים והכחישום, ואמרו: לא עשה עבירה זו ולא נפסל, הרי זה ספק פסול; לפיכך לא יעיד, ואין מוציאין ממון בעדותו, ולא ידון עד שיודע שעשה תשובה.

והשואל שם רצה לדייק מדברי השו"ע והרמב"ם שאמרו "שאין מוציאין ממון בעדותו" של העד שהיו תו"ת ביחס לכשרותו, שהם נקטו בדוקא "אין מוציאין", אך אם העד מעיד לטובת המוחזק, כן נתחשב בעדותו מכיון שיש שתי חזקות, חזקת כשרות וחזקת ממון, ואמנם בתרי ותרי אנו פוסקים שספיקא דרבנן, ומדרבנן צריך להשאיר את הדין בספק, אך כאשר יש שתי חזקות שמצטרפות להכריע, בזה חכמים לא גזרו. עונה לו רע"א וז"ל:

וא"כ י"ל לדין אף דמדאורייתא בתרי ותרי אוקמי אחזקה, מ"מ חז"ל החמירו כיון דאיכא עדים דמעידין היפוך בפנינו, מסלקין להחזקה וכמאן דליתא א"כ אם מעיד להמוחזק דל חזקה מהכא, מ"מ מספק אין מוציאין מהמוחזק כמו בכל ספק ממון בליכא חזקת ממון, כגון בההוא ארבא דמהני תפיסה אח"כ דפשיטא דל"ש לומר דנולד עתה החזקה להכריע הספק, א"ו דבפשוטו דבספק אין עושין מעשה להוציאו ממוחזק, א"כ גם בתרי ותרי הכי הוא.

כלומר, הואיל ואנחנו פוסקים שתו"ת ספיקא דרבנן כלומר שמדאורייתא הולכים בתר חזקה אלא שחכמים החמירו לא להכריע על פי חזקה, זה לא משנה אם יש חזקה אחת או שתי חזקות, חכמים בכל מקרה יחמירו, לכן במקרה שלנו חזקת כשרות וחזקת ממון (מר"ק) לא יועילו, אך בכל זאת לא נוציא מהמוחזק מספק, שהרי גם במקום שאין חזקת ממון (מר"ק) כגון ב"ההוא ארבא" כלומר מקרה ששנים טוענים על בעלות על ספינה ולשניהם אין לא ראיות ולא מוחזקות והדין במקרה זה הוא כל דאלים גבר, ומי שיתפוס הספינה תהיה שלו, ופשוט שלא יתכן לומר שנוצרה חזקת ממון (מר"ק) בעקבות התפיסה, אלא שלמרות שאין חזקת ממון, במקום ספק לא נוציא ממוחזק ואם כן גם בתרי ותרי הדין צריך להיות כך. ובהמשך דבריו

שם מוסיף רע"א וז"ל: "גם אף אלו הי' גם זה בגדר חזקה, והי' מקום לומר דבתרי מעידים דההוא ארבא הוא של המוחזק ותרי מעידים שהוא של אחר, דלא מהני תפיסה דתרי ותרי מסלקין להחזקה, מ"מ הכא דהתרי ותרי הויין על העד אם הוא פסול, והוא בא להעיד להמוחזק לסייעו בזה חזקת המוחזק בודאי אלים, דהא אין בפנינו עדים דמסלקין לחזקתו, דאף לפי כת העדים שזה פסול מכל מקום אפשר דאמת העיד ודבר זה בחזקת זה." כלומר שאף אם נאמר שאף מוחזק נכנס תחת ההגדרה של חזקות רגילות, ולכן בתו"ת אפילו למ"ד תו"ת ספיקא דרבנן, לא נכריע עפ"י מוחזקות אלא כמו שראינו לעיל הכרעת הדין תהיה יחלוקו, בכל זאת במקרה שלנו, נכריע עפ"י מוחזקות כי התו"ת הם לא ביחס לבעלות על החפץ, אלא ביחס לכשרותו של העד, ובמקרה כזה פשיטא שחזקת המוחזק מספיק חזקה בשביל שלא נוציא ממנו.

העולה ממה שראינו בתשובה זו, שההבנה הפשוטה אליבא דמ"ד תו"ת ספיקא דרבנן היא שמוחזקות ממונית במקום ספק של תו"ת מהוה הכרעה, כי בספק אין מוציאים ממוחזק, אך יכולה להיות הוה אמינא שגם מוחזקות לא תכריע בספק של תו"ת, אך בסוף התשובה שם משמע ממנו שפשוט לו שבין למ"ד ספיקא דאורייתא ובין למ"ד ספיקא דרבנן לא מוציאים ממוחזק בתו"ת, ולעומת זאת בדרוש וחידוש אומר רע"א שאלבא דמ"ד ספיקא דאורייתא ההבנה הפשוטה היא המוחזקות ממונית מכריעה בתו"ת, אך בכדי ליישב את הקושיא שם רצה לומר שלמ"ד זה אף במקום של מוחזקות במקום ספק של תו"ת הדין יהיה יחלוקו, ולמ"ד ספיקא דרבנן נלך אחר חזקה ומשמע שאפילו אחר חזקת מר"ק ולא רק אחר מוחזקות (ומה שלמ"ד זה מדרבנן מעמידים על ספק או שנאמר שרע"א בדו"ח דיבר רק על דין דאורייתא, או שהוא סובר שבממון חכמים לא החמירו, כפי שהוא כותב בסוף תשובה קלו הנ"ל).

ח. מחלוקת קצוה"ח ונתה"מ בחזקת ממון

לעיל הצגנו התלבטות בשיטת רע"א בדבריו בדרו"ח, האם הוא סובר אליבא דמ"ד תו"ת ספיקא דרבנן שמוחזקות שונה מהותית משאר חזקות ולכן אע"פ שבשאר חזקות שהסברא להכריע על פיהן היא הסתלקות מהספק והשארית המצב על עומדו, בכל זאת חכמים גזרו והחמירו לא לסמוך על חזקה, אך במוחזקות ממונית לא גזרו ולכן מכריעים על פיה גם בספק של תו"ת, או שאלבא דמ"ד ספיקא דרבנן שני סוגי החזקות שוים לגמרי, ומי

שמחלק זה מ"ד ספיקא דאורייתא שלשיטתו חזקות רגילות הן הכרעה סברתית ולכן לא יועילו בתו"ת, אך מוחזק בממון זו הנהגה של הסתלקות מהספק ולכן זה יכריע בתו"ת, אך מ"ד ספיקא דרבנן סובר שגם שאר החזקות מכריעות בגלל הסתלקות מהספק, וכמו שהסברנו לעיל ולכן אין חילוק. לעומת זאת מדבריו בתשובה קלו, ששם הספק הנ"ל מובא בדברי מ"ד ספיקא דרבנן, נראה פשוט מדבריו לפי זה שיש חילוק מהותי בין מוחזקות לבין שאר חזקות, אפילו למ"ד ספיקא דרבנן,¹² וכפי שאמרנו לעיל נראה מדבריו בסוף התשובה שפשוט לו לכו"ע שלא מוציאים ממוחזק בתו"ת, ונזדקק לכאורה לסברא שאמרנו בזה לעיל שבשאר חזקות יש הכרעה של בית הדין להסתלק מהספק ואילו במוחזקות בית הדין לא מתחיל לדון בכלל.¹³

על פי דברינו אלה ניתן אולי להסביר את מחלוקת קצוה"ח ונתה"מ שמופיעה במספר מקומות בספריהם ביחס לחזקת ממון.

המקום הראשון שבו מופיעה מחלוקת זו הוא בחו"מ (לד, כג) ואלו דברי השו"ע והרמ"א שם:

הפסול מן התורה, שהעיד, עדותו בטלה אף על פי שלא הכריזו עליו בבתי כנסיות ובבתי מדרשות. והפסול מדבריהם, העדות שהעיד קודם שהכריזו עליו, כשרה. הגה: ואפילו פסול מן התורה, אין לפסלו אלא בודאי, אבל לא מספק, כגון שהעיד בב"ד ואחר כך באו עדים עליו שעבר עבירה שנפסל בה מן התורה. אבל אם אין יודעין אם עבר קודם שהעיד או אחר כך, מוקמינן גברא אחזקתו וכל מה שהעיד כשר, עד דידיעין דעבר קודם לכן (ריב"ש סימן רסו).

ועל כך מקשה קצוה"ח שם וז"ל שם:

¹² יש לכאורה ראייה מפורשת נגד הכיוון הזה מהגמרא ביבמות לא שהבאנו לעיל, שהרי הגמרא מוכיחה מבר שטיא שתו"ת ספיקא דרבנן ולפי דברינו עתה לא מובנת ההוכחה ואומר רע"א בהמשך התשובה שם שמכיון שבבר שטיא מדובר בקרקע ממילא אין מוחזק והחזקה שיש שם זה מרא קמא שהיא חזקה דמעיקרא, ומזה הוא מוכיח שבממון חכמים לא גוזרים ובתו"ת מכריעים על פי חזקת מר"ק.

¹³ אולי אפשר לשייך זאת למחלוקת הרמב"ם והרא"ש לגבי כל דאלים גבר האם לאחר שאחד הצדדים תפס הצד השני יכול להוציא ממנו שלרא"ש ע"י התפיסה נוצרת הכרעה ולפי הרמב"ם ניתן להמשיך לתפוס ואולי אפשר לומר שבזה נחלקו שלפי הרא"ש מוחזקות יוצרת הכרעה של הב"ד ולפי הרמב"ם זו הסתלקות מהדין. ועיי' קובץ הארות סי' עא.

הוא מדברי הריב"ש (סי' רסו), והיינו כשהעיד בב"ד ואח"כ באו עדים שעבר עבירה ואין אנו יודעין מתי עבר מוקמינן אותו אחזקתו חזקת כשרות ואמרינן השתא הוא דאיתרע. ובקונטרס שב שמעתתא (שמעתא ג,ד) הארכנו בזה להקשות ממקוה שנמדד ונמצא חסר בריש נדה (ב,ב) דכל הטהרות שנעשו על גביו טמאות משום דאיכא תרתי לריעותא העמד טמא על חזקתו והרי חסר לפניך, וא"כ הכא נמי נימא אוקי ממון על חזקתו והרי פסול לפניך.

וביאור דבריו: הרמ"א פוסק שאם יש ספק לגבי כשרות העד, מה שהעיד עד עכשיו זה עדות כשרה כי מעמידים אותו בחזקת כשרות שהייתה לו עד שהתעורר הספק, ומקשה עליו קצוה"ח שהרי מול חזקת הכשרות של העד יש חזקת ממון של הנתבע ואם כן זה דומה למקוה שנמדד ונמצא חסר שאדם טמא שטבל בו ונגע בטהרות, הטהרות טמאות כי יש תרתי לריעותא, חזקת טמא שהייתה לו מקודם ומקוה שנמצא חסר לפניך, ואם כן גם במקרה כאן הדין צריך להיות שלא נעמיד אותו בחזקת כשרות ונוציא ממון על פיו מכיון שהרי רשע לפניך וגם יש חזקת ממון לנתבע, ואם כן זה תרתי לריעותא, ועיין שם בקצוה"ח מה שמתרץ. נתה"מ בהתיחסו לקושיית קצוה"ח כותב כך:

ולפי עניות דעתי נראה דלא קשה, דשאני התם בטהרות דשתי החזקות חזקות המבררות הן ומצטרפות לברר שנחסר מקודם, מה שאין כן חזקת ממון דלאו חזקה המבררת היא, רק שאין יכולין להוציא מיד המוחזק בלא ראייה, מטעם סברא או מקרא, כמבואר בב"ק ריש פרק שור שנגח (מו,א). ועיין בקונטרס התפיסות שבסוף ספר קצוה"ח (כלל א אות ה – ו) שכתב גם כן בהדיא כן. ולזה לא חזו אותן השתי חזקות לאיצטרופי."

ויש להדגיש שאמנם נתה"מ משתמש בלשון של "חזקה מבררת" ומזה היה נראה שסובר כמ"ד תו"ת ספיקא דאורייתא עפ"י הסברו הנ"ל של רע"א, אך יותר נראה לומר שכוונתו שחזקה מבררת פרושו שיש גזרת הכתוב שאומרת שבמצב של ספק נשאר את המצב כפי שהוא כמ"ד ספיקא דרבנן אליבא דרע"א, וזו חזקה מבררת לעומת חזקת ממון שנלמדת מסברא (ב"ק מו) שהיא רק הסתלקות מלדון.

מקום נוסף שבו מחלוקת זו מופיעה הוא בקצוה"ח עה,א שמביא רמב"ם שחולק על הגאונים וז"ל:

והנה ז"ל הרמב"ם בפ"ד מגזילה (הט"ז), יש גאונים שהורו דאם אמר על המקצת אין חטפי ודידי חטפתי והיה עד אחד שחטף ועל הקצת אומר לא חטפתי חייב שבועה דאורייתא כיון דנתחייב במקצת לשלם על פי ב"ד. אבל הרמב"ם חולק וס"ל דאינו נשבע אלא היסת.

ושואל קצוה"ח מה החילוק אליבא דהרמב"ם בין הדין של ר' חייא קמייתא (ב"מ ג,א) בכופר הכל ובאים עדים ומעידים נגדו שחייב מקצת הסכום שכפר בו שבזה חייב שבועת מודה במקצת ובין המקרה הזה שבית הדין מחייב אותו במקצת הרי בכל המקומות רואים שכח ב"ד יפה מכח העדים ואם כן למה לא נוצר כאן חיוב שבועה מכח קביעת הב"ד שהנתבע חייב במקצת. הש"ך שם (ס"ק יט) חולק על הרמב"ם בזה ומביא ראיה לשיטתו מלשון הש"ס בב"מ ד,א לגבי שנים אוחזים בטלית "כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי" כלומר שזה שב"ד רואים שכל אחד מהצדדים מחזיק בטלית מהווה ראיה לבעלותו עליה ואם כן ידיעת הב"ד על חיוב הנתבע במקצת תחייב אותו שבועה. קצוה"ח מתרץ לשיטת הרמב"ם, שבב"ד ההגדרה היא שכשהם מחייבים צד אחד במקצת, שאר הסכום לא נשאר מסופק באופן שיביא לחיוב שבועה אלא כמו שיש בירור לחיוב צד אחד בחלק מהסכום יש בירור שהוא פטור על השאר וממילא לא נוצר פה חיוב שבועה.

על דברים אלה אומר נתה"מ כך :

ועיין בקצוה"ח (סק"א) דרצה לסתור הראיה שהביא הש"ך מהש"ס דאמר אנן סהדי, וכתב וז"ל, דלפי מסקנת הש"ס דלא דמי, דהכא כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי, א"כ הי"נ בפסק דין הוי כאנן סהדי להאי ולהאי, עכ"ל. וליתא, דהנה יש שני מיני חזקות, אחת, חזקה המבררת את האמת כעדים, כמו חזקת הגוף דבתולה ושאר חזקות, ונלמד מקרא, משא"כ חזקת ממון דאינה מבררת האמת ולא נלמד מקרא רק מסברא כמ"ש בפרק הפרה (ב"ק מו,ב), כמ"ש בקונטרס הספקות בסוף ספרו בקצוה"ח, כלל א (סי' ו). וא"כ לא דמי, בשלמא על המקצת שהוא חייב לשלם, דהטעם הוא דרחמנא הימניה לעד אחד כשנים היכא דאינו יכול לישבע, הוי כאנן סהדי מטעם הנ"ל, וכן במקום דאיכא חזקה המבררת האמת הוי כאנן סהדי, אבל על המקצת השני דפטור הוא מטעם חזקת ממון, לא הוי

כאנן סהדי, דהיא חזקה שאינה מבררת האמת, משא"כ בש"ס (שאר סוגי?) החזקות לשניהן שוין הן.

וביאור דבריו: נתה"מ חוזר על העיקרון שאמר בסימן לד ביחס לחזקת ממון ולכן במקרה של הרמב"ם חולק על קצוה"ח ואומר שעל החצי שהב"ד מחייבים בגלל דין מתוך שאינו יכול להישבע משלם זה דין מבורר כמו חזקה רגילה, ולעומת זאת את שאר הסכום הב"ד משאירים ביד הנתבע רק מכח חזקת ממון שהיא לא הכרעה מבוררת כלל. על דבריו אלו של נתה"מ עונה קצוה"ח במשובב כך:

ואין אומר ואין דברים, דהא בש"ס אמרו עלה דשנים אוחזין כי היכי דאנן סהדי להאי אן סהדי להאי, דאינו אלא חזקת ממון דמאי דתפיס האי, ומאי דתפיס האי. ומה לי אם הוא מחמת סברא או לא כולן מרועה אחד ניתנו, ולא יאמר הלכה זו נאה, וכולם פסק דין המה והו"ל אן סהדי מחמת פסק דין להאי כמו להאי.

כלומר, אומר קצוה"ח, שהש"ס הגדיר במפורש מוחזקות כאנן סהדי, ואם כן מאי נפ"מ מה הנימוק שעליו אנו מסתמכים ביצירת החזקה הרי בסופו של דבר נוצר פסק דין. ונראה לכאורה שזו נקודת המחלוקת ביניהם האם נוצר פה פסק דין או שבמוחזקות ב"ד מסתלקים מלדון ולכן אין כלל פסק דין.

ט. סיכום

1. הגמרא ביבמות לא, א מביאה מחלוקת בתרי ותרי האם זה ספיקא דאורייתא או דרבנן.
2. ביאור רע"א במחלוקת זו: למ"ד ספיקא דאורייתא חזקה היא בירור סברתי ולכן הוא לא יכול להכריע בתו"ת ולמ"ד ספיקא דרבנן חזקה היא גזה"כ של הנהגה ולכן זה מכריע גם ספק של תו"ת מדאורייתא.
3. הגמרא בחולין י - יא מביאה את המקור לחזקה מהפסוק והבאנו מהאחרונים את שני הכיוונים הנ"ל בהסבר ענינה של חזקה דמעיקרא בירור או הנהגה.
4. בהשוואה בין חזקה דמעיקרא לחזקת ממון – מוחזק – רע"א בדו"ח על כתובות בהו"א הראשונית אליבא דמ"ד ספיקא דאורייתא אומר שמוחזק מכריע בתו"ת, אך בכדי ליישב את הקושיא מהסוגיא שם אומר שהגמרא שם הבינה שלמ"ד ספיקא דאורייתא נוציא ממוחזק.

5. רע"א (תשובה קלו) אומר אליבא דמ"ד ספיקא דרבנן שמוחזק יכריע תו"ת אך מעלה אפשרות שאולי לפי מ"ד זה מוחזק "יתנהג" כמו חזקה רגילה, אך בסוף דבריו נראה שם שלפי כל השיטות תו"ת לא מוציא ממוחזק כלומר שמוחזק מכריע תו"ת.

6. בהסבר הענין מה החילוק בין מוחזק לחזקה דמעיקרא בעיקר אליבא דמ"ד ספיקא דרבנן שמסביר חזקה דמעיקרא בהסבר של הסתלקות מהספק, רצינו לומר סברא שאולי אפשר לחלק ולומר שבחזקה דמעיקרא יש הכרעה של בית הדין שנעשה עפ"י עיקרון של הסתלקות מהספק, ואילו במוחזק בית הדין מסתלק מעצם הדיון.

7. עפ"י סברא זו רצינו לבאר את מחלוקת קצוה"ח ונתה"מ שמופיעה במספר מקומות האם חזקת ממון נחשבת כחזקה רגילה או לא.

הרב אריאל בראלי
ראש מכון משפט לעם, ישיבת ההסדר שדרות

פיטורין ממניעים פוליטיים¹

בעניין שבין התובע
לבין
נציג המועצה הדתית הנתבע

טענות התובע

אשתי² עבדה במשך כשנתיים במספר תחומים במסגרת המועצה הדתית. להלן אפרט את היקף עבודתה ואת משך זמן תקופת העבודה:
נקיון המועצה - עבדה מעל לשנה בהיקף של 50 שעות חודשיות.
נקיון בית העלמין - עבדה כשמונה חודשים בהיקף של 24 שעות חודשיות.
בלנית - עבדה כשנה, בליל שבת ובמוצ"ש בהיקף של 24 שעות חודשיות.

לפני מספר שבועות פקיד מטעם המועצה הדתית הודיע לאשתי שהיא מפסיקה לעבוד. לא קבלנו הסברים המניחים את הדעת לצעד זה, אנו סבורים שפיטוריה היו פוליטיים על מנת ל"סדר עבודה" לאשה אחרת. לכן אני תובע להחזיר את אשתי להיקף עבודתה הקודמת. ברצוני להוסיף שתקופה ארוכה עבדתי בהתנדבות במסגרת חברה קדישא, וכך גם אשתי, לאור זאת צעד זה של פטורים יש בו כפיות טובה. כעת מונתה אשה אחרת כמחליפה בבלנות, ולא נותר לאשתי אלא כשמונה שעות חודשיות בליל שבת. כלומר, מהיקף משרה של 1000 שעות חודשיות, לא נותר לה אלא 180 שעות.

טענות הנתבע

א. האשה עבדה ללא חוזה ועל בסיס שעות בלבד, לפי הצורך. במשך הזמן נפח הפעילות גדל אבל לא היה הסכם מסודר.

¹ כח בתשרי תשע"ב. בפני הדיינים: הרב אריאל בראלי, הרב דוד פנדל והרב דרור טוויל.

² התביעה היא על פיטורי אשה ובית הדין בקש את הסכמת הנתבע לכך שבעלה ייצג את אשתו בתביעה זו, ונתקבלה הסכמה על כך (חוי"מ קכב, ח, ואה"ע פה"ד בענין הרשאה בייצוג הבעל את אשתו).

ב. הקטנת היקף המשרה הוא רק מחמת הצורך לצמצם הוצאות.

ג. ביחס לטענת "סדור עבודה" לאשה האחרת, הדברים אינם נכונים. כחלק מההתייעלות הכלכלית מצאנו עובדת שמוכשרת לעבודה משרדית במחשב וכמו כן היא מועסקת בנקיון המועצה כחצי שעה ביום.

ד. הקטנת העבודה בבלנות היא מחמת שאנו מעוניינים בבלניות שעברו הסמכה מסודרת עם תעודה המכשירה אותן לתפקיד זה.

בירור הדין

א. פיטורין

מעביד אינו רשאי לפטר עובד ללא סיבה (אגרות משה חו"מ א,עה). אולם הדבר נכון רק כאשר ישנם יחסי עובד מעביד כגון שהעבודה הוגדרה בזמן והמעסיק מפטר את העובד באמצע הזמן.

אך במקרה שלפנינו לא נחתם חוזה עבודה מעולם עם התובעת, והבסיס לתשלום היה לפי שעות. לכן אין מסגרת של זמן שהמעביד מחויב אליה. אין מחויבות של המעביד להמשיך ולהעסיק אותה וזכותו לפטר אותה אף בלא סיבה.³

בנוסף טוען המעביד שהפיטורין הם לצורך התייעלות כלכלית, דבר זה מצריך בדיקה אך לאור מה שנתבאר בית הדין לא רואה צורך לבדוק טענה זו.

ב. פיצויי פיטורין

הזכות לפיצויי פיטורין נוצרה על ידי המחוקק וקיבלה גושפנקא הלכתית מתוקף מנהג מדינה (משפט הפועלים פרק יח). זכות זו מוקנית לכל עובד שעבד שנה והתקיימו בו יחסי עובד מעביד. במקרה שלפנינו העובדת עבדה בהקף של 74 שעות חודשיות למעלה משנה ונשארה עם הקף של 18 שעות שבועיות. לכן יש לתת לה פיצויים בהתאם למקובל על הקף של 56 שעות שבועיות.

³ במקרה וישנה הגדרת זמן בסיסית למשל שנה אזי כל התחלה חדשה של השנה נחשבת לחתימת חוזה חדש ובתוך זמן זה אי אפשר לפטר סתם (ש"ך שלג,מד). ישנם מקרים שביית דין לעבודה מחיל על שכר שעות דין של קביעות אולם אין זה חוק קבוע ולכן אין לכך תוקף של מנהג מדינה (רמ"א שלא,א).

פסק הדין

- א. לא ניתן לכונן את הנתבע להעסיק את הגב' ב' בהיקף המשרה הקודם.
- ב. יש לשלם פיצויים תוך שלושים יום.
- ג. גובה התשלום יהיה ע"פ חוק פצויי פיטורין לגבי 56 השעות שבוטלו.

שינוי תנאי תשלום⁴

בעניין שבין התובעת
לבין
מוסדות לתפארת - הנתבעת

א. העובדות המוסכמות

התובעת רשמה שני ילדים למעון לקראת שנת תשע"ג. התובעת חתמה על חוזה והסדירה את כל התשלומים, כולל תשלום 5400 ש"ח דמי פיקדון למקרה שמשרד התמי"ת לא יאשר לה דרגה.

התשלום נקבע על פי המחירון של המעון שבו יש הנחה כפולה הן מצד תושבי שדרות וכן הנחה שניתנה למשפחה שיש לה שני ילדים במעון בסך 200 ש"ח לחודש. התשלום הסופי נקבע על 1050 ש"ח לחודש לשני הילדים ושולם בשיקים לכל השנה.

לאחר כחודשיים, היא ביקשה חזרה את סכום הפיקדון בסך 5400 ש"ח. הנתבע סרב להחזיר את כל הסכום, הוא מוכן להחזיר רק 3000 ש"ח, לדבריו ההנחה הכפולה שניתנה מראש התבררה כטעות.

ב. טענות התובעת

1. אחת מהסיבות שהמעון הזה נבחר על פני מוסדות אחרים היא ההנחה של 200 ש"ח לחודש. כעת נוטלים את ההנחה וכבר אי אפשר לעבור מעון.
2. הפנייה למעון הייתה על בסיס הכרות מהשנה הקודמת בה ניתנה הנחה זו.
3. בשעת חתימת החוזה סוכם בפרוש על ההנחה בצורה ברורה וללא התניות.
4. לכן הפיקדון של 5400 ש"ח צריך לחזור במלואו.
5. הסיכום היה שהתשלום יהיה במזומן או באמצעות זיכוי של כרטיס אשראי, יש לציין שעד לרגע זה לא התקבל שום החזר כולל 3000 ש"ח שכבר סוכם עליהם.

⁴ ט בתמוז תשע"ג. בפני הדיינים: הרב אריאל בראלי, הרב דוד פנדל והרב דרור טוויל.

ג. טענות הנתבע

העובדות מוסכמות, אך יש לקחת בחשבון שהתובעים קיבלו במצטבר שלוש הנחות שונות.

מדובר על הנחה מתוקף יישובי עימות, וכן הנחה הניתנת לאברכים, וכן הנחה על שני ילדים במעון. לכן הסכום שנקבע 1050 ש"ח הוא מחיר נמוך.

השנה, ההנחה של 200 ש"ח לחודש התבררה כטעות, שכן משרד התמ"ת אינו מוכן לתת גם הנחה של קו עימות וגם הנחה על שני ילדים. לכן כל ההורים שקיבלו את ההנחה נדרשים להוסיף 2400 ש"ח.

לגבי הסכום הנותר 3000 ש"ח הוא יועבר בהקדם האפשרי ובמזומן.

ד. תגובת התובעת

השינוי בזכות להנחה נודע רק באמצע השנה וזו הבעיה. החובה לבדוק את תוקף ההנחה מוטלת על מזכירת המעון ולכן הייתה פה פשיעה. אין אפשרות לחזור מסיכומים מפורשים בייחוד לאור העובדה שהייתה אפשרות לברר את תוקף ההנחה עוד לפני חתימת ההסכם.

ה. מעמדו ההלכתי של המעון

יש להקדים ולברר מה מעמד של מוסדות לתפארת ביחס למשרד התמ"ת?

מוסדות לתפארת הם המפעיל של המעון. משרד התמ"ת אינו גורם מפעיל אלא רק קובע כללים למי שמעוניין לקבל מהמשרד תשלום עבור הנחות לנשים עובדות. כמו כן משרד התמ"ת דואג למבנה ראוי לטובת המעון. לכן יש לראות במוסדות לתפארת את האחראים הבלעדיים להפעלת המעון. ביחס למעמד המזכירה של מוסדות לתפארת היא כאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית (שו"ע חו"מ סימן סב) המוסמכת לפעול בשם המוסדות.

מי נושא בתוצאות ביטול ההנחות ע"י משרד התמ"ת?

יש לראות בהתקשרות בין הצדדים חוזה עבודה לכל דבר כאשר הורי הילדה הם המעסיק, ומוסדות לתפארת הם נותני השירות לילדים במסגרת המעון. לאור זאת יש לבחון את ביטול ההנחה על ידי משרד התמ"ת, מברור שנעשה עולה כי ההוראה החדשה שלא לתת שלוש הנחות במקביל, נמצאת במערכת כבר מתחילת השנה. דהיינו אם המוסד היה מברר היטב אזי בזמן הרישום היה מוסר נתוני אמת להורים. אומנם גם אם ההורים היו מבררים היו

מגיעים לאותו מידע אך האחריות לבדיקת התקפות של ההנחה מוטלת על מוסדות לתפארת, משום שבהלכות שכירות פועלים נאמר (חוי"מ שלד, א):

השוכר את הפועל להשקות השדה מזה הנהר ופסק הנהר בחצי היום אם אין דרכו להפסיק או אפילו שדרכו לפסוק והפועל יודע דרך הנהר פסידא דפועל.

הביאור הוא שכל מידע שהיה רק על אחד מהצדדים לברר ולא עשה כן – הוא נושא באחריות. אף בענייננו מוסדות לתפארת אמורים לשאת באחריות לביטול הנחה. לאור נסיונו צריך המוסד לצפות מצבים כאלו, מה שאין כן ההורים שמבחינתם אין חשש סביר לביטול הנחה ידועה.

ו. משמעות החוזה

אולם, נראה כי יש לפטור את הנתבעת מלשאת באחריות לביטול ההנחה, לאור החוזה שנחתם בין הצדדים. בחוזה שנחתם בין הצדדים בסעיף 23 נכתב:

בכל מקרה של מחלוקת – התקנות של משרד התמ"ת קובעות.

כלומר, היה תנאי ברור עם ההורים כי תנאי התשלום יהיו ע"פ תקנות משרד התמ"ת, הדבר מוזכר כמה פעמים לאורך החוזה. לכן נראה שהמובן של סעיף זה רחב והוא בא להוסיף התניה לכל סיכומי השכר שהשכר יקבע על פי הגדרות משרד התמ"ת וכל ההנחות מותנות בהגדרות של משרד התמ"ת.

לאור זאת יש לקבל את טענת הנתבע ולבטל את ההנחה שנתנה למפרע.

לפיכך מוסדות לתפארת זכאים לעכב 2400 ש"ח עבור שכר למעון לשנת תשע"ג.

ז. תרעומת

למרות המסקנה הקודמת שההנחה בטלה למפרע, אין בכך להקהות מהרשלנות של מוסדות לתפארת⁵ וכך נאמר (שו"ע חוי"מ שלג, א):

השוכר את הפועלים והטעו את בעה"ב או בעל הבית הטעה אותם אין להם זה על זה אלא תרעומת.

⁵ התרעומת קיימת למרות שהייתה חתימה על החוזה מצד התובעים משום שלא נאמר במפורש בחוזה שכל הסיכומים הכספיים מותנים באישור משרד התמ"ת אלא הדבר עולה במשתמע וכפי שצוטט בפסק הדין.

עניין זה של תרעומת אין לו ביטוי ממוני אך יש לתובעים סיבה מוצדקת להתרעם על המוסד שהתירשל ולצפות שיפייסו אותם.

ח. החלטה

- א. מוסדות לתפארת רשאים לעכב 2400 ש"ח מדמי הפקדון לטובת פרעון ההנחה שבוטלה.
- ב. יש להחזיר מדמי הפקדון סך של 3000 ש"ח לתובעת בתוך עשרה ימים עד כ"ב תמוז תשע"ג.
- ג. יש לתובעת "תרעומת" על מוסדות לתפארת מחמת שלא הודיעו מתחילת השנה על ביטול ההנחות של משרד התמ"ת מראש.

חוטי חשמל שנגנבו⁶

א. העובדות המוסכמות

התובע הוא חשמלאי במקצועו, והגיע לסיכום עם הנתבעים על ביצוע עבודות החשמל בביתם החדש. הצעת המחיר הינה על סך 45,000 ש"ח מתוך הבנה שהתשלום יהיה לפי קצב התקדמות העבודה. התובע סיים את שלב השחלת החוטים בבית בר"ח כסלו וקיבל 23,400 ש"ח.

לאחר כמה ימים נגנבו כל החוטים שהושחלו בבית.

המשטרה גבתה עדות מהחשמלאי אשר העריך את הנזק ב- 6,000 ש"ח.

ב. טענות התובע

החשמלאי טוען שמבחינתו, ברגע שהוא קיבל תשלום על החוטים הוא סיים את אותו שלב והאחריות עברה לידי בעל הדירה. על העבודה החדשה של השחלת החוטים הוא תובע 8000 ש"ח.

ביחס לאפשרות להניח את החוטים מאוחר יותר, הדבר נעשה מתוך שיקול דעת כי גניבות של חוטים אינם דבר שכיח, לעומת זאת, השחלת חוטים לאחר ביצוע הטיח עלולה להביא לסיבוך ולחייב חציבות נוספות לאחר הטיח. לכן לדעתו עדיף להשחיל את החוטים לפני הטיח, למרות הסיכון לגניבה.

התובע מודה שהוא הזכיר את הסכום 6,000 ש"ח בעדותו לשוטר אך התברר לו שאין זה מדויק, וכעת לאחר שעשה חשבון הוא תובע 2,000 ש"ח עבור חומר ועוד 6,000 ש"ח עבור העבודה, אם יידרש לשוב ולהשחיל את החוטים.

ג. טענות הנתבעים

הנתבע טען שלדעתו, כל עוד שהחשמלאי לא סיים את העבודות בבית הרי שהאחריות עליו, בחוזה כתוב שהתובע צריך להביא טופס 4 המעיד על סיום עבודות החשמל ולכן כל האחריות על נזקים היא עליו.

התשלום בסיום הביצוע של השלב אינו מעיד על מסירת העבודה אלא נועד כדי לאפשר את השלב הבא.

⁶ כב אייר תשע"ג. בפני הדיינים: הרב אריאל בראלי, הרב דוד פנדל והרב עדו רכניץ.

לדבריו, כבר בהתחלה מנהל העבודה אמר לו שהנזק מוטל על החשמלאי וכך הוא פירש את השתיקה של התובע במשך שלושה חודשים.

יתירה מזו, לדבריו התובע אמר במפורש "בשל הגניבה הזו אין לי רווח בבית הזה", סימן שהוא עצמו מודה שהנזק מוטל עליו.

הנתבע טען שהוא מצפה שבעל מקצוע רציני יידע אותו מראש ביחס לשיקולים השונים בנוגע לעיתוי השחלת החוטים ולסיכונים האפשריים. לדבריו, יתכן והיה מגביר ערנות ושומר על הבית.

הנתבע הוסיף שהגניבה אירעה אף בבית הסמוך ושם החשמלאי הגיע להבנה עם בעל הבית שיקבל רק את עלות חומר, סה"כ 1500 ש"ח, עבור ביצוע חוזר של העבודה. לדבריו גם הוא מוכן לדרך זו ואף הציע אותה לתובע שסירב.

לטענתו הוא בדק ומצא שעלות השחלה חוזרת של החוטים היא 2000 ש"ח עבור החומר, ובין 2000 ש"ח ל- 3000 ש"ח עבור העבודה.

לפיכך, הנתבע דורש מהתובע להשחיל את החוטים ללא כל תשלום נוסף.

ד. תגובת התובע

התובע טוען שמעולם לא התכוון למחול על מה שמגיע לו. כאשר אמר ש"אין לו רווח" הוא התכוון לומר שהנזק אינו רק בגניבת החוטים אלא שהגנב גרם לכך שכל עבודתו הייתה לריק.

הוא מסביר ששתק כל התקופה כיון שכבר קיבל את הכסף.

מכיוון שגנבות לא שכיחות הוא החליט להשחיל את החוטים לפני הטיח, ולכן לא שיתף את הנתבעים בשיקול זה.

לגבי המחיר שאמר למשטרה, הוא שב וטען שהמחיר שאמר (6000 ש"ח) אינו מדויק כיון שעבד יחד עם שלושה פועלים במשך שלושה ימים, כאשר כל פועל מקבל 450 ש"ח ליום.

לטענתו השחלה חוזרת חוסכת רק חצי יום עבודה. לפיכך הוא עומד בתביעתו לקבל את מלוא הסכום אם יידרש לשוב ולהשחיל את החוטים.

אם הוא לא יקבל את הסכום אותו הוא דורש, הוא ישמח אם מישהו אחר יבצע את ההשחלה.

ה. חוות דעת מומחה

בית הדין פנה לשני מומחים וחוות דעתם הועברה לשני הצדדים לתגובה.

א. חשמלאי א' כתב בחוות דעתו :

1. כפי המקובל איש מקצוע אשר קיבל שכר עבור העבודה שביצע אינו סופג את הנזק של גנבה, גם אם יש לו עבודה נוספת בבית.

2. לאחר סיום בבית והתבוננות בתכנית החשמל והצעת המחיר, אני מעריך את שווי העבודה והחומר ב04700 ש"ח כולל מע"מ.

ב. מנהל העבודה ב' כתב בחוות דעתו :

1. לדעתי במקרה כזה מקובל שבעל הבית נושא בנזק הגנבה.

2. אבל הקבלן לא לוקח תמחור מלא עבור העבודה החדשה אלא נותן מחיר מינימאלי מתוך הבנה שכוח שלישי הזיק.

3. הערכתי לעבודה היא כ5000 ש"ח כולל מע"מ על פי תחשיב של 45 שקלים לנקודה על קצת יותר ממאה נקודות בבית.

שני הצדדים הגיבו לחוות הדעת. התובע כתב שהוא מסתייג מהמחיר הנמוך לדבריו שקבעו המומחים. הנתבעים הגיבו באריכות וחזרו על חלק מהטענות שעלו בדיון. לדבריהם יש חשש שהמומחים נוטים לכיוון התובע כיון שגם הם בעלי מקצוע.

ביה"ד דוחה טענה זו, כיון שמדובר בשני מומחים בעלי מקצועות שונים. כמו כן, הנתבעים טוענים שהתמחור גבוה מדי.

ו. מעמדו ההלכתי של התובע

על פי ההלכה הנתבע הוא קבלן. ההבדל בין קבלן לפועל הוא שפועל נשכר לעבודה למשך זמן מסוים (ללא תלות בתפוקה), וקבלן נשכר להשיג תוצאות מסוימות, כפי שכתב הרמ"א (ח"מ שלג, ה):

שכר עצמו לזמן, יש לו דין פועל; אבל אם שכר עצמו ללמוד ספר או חצי ספר, יש לו דין קבלן.

במקרה זה התובע הוא חשמלאי שהתחייב לבצע את עבודות החשמל בבית הנתבע, והתחייב להגיע לתוצאה מסוימת: טופס 4, ולכן דינו כקבלן.

ז. האם התובע חייב לשוב ולהשחיל את חוטי החשמל?

עוד לפני ההכרעה מי אחראי על החוטים יש לדון בשאלה האם התובע חייב לשוב ולהשחיל חוטי חשמל חדשים.

כיון שמדובר בקבלן יש לבחון האם קבלן יכול לחזור בו באמצע עבודה.

התשובה לשאלה זו היא שאילו היה חוזה חתום בין הצדדים אזי התובע לא היה רשאי לחזור בו (פתחי תשובה חו"מ שלג ס"ק ב). אך מכיוון שבמקרה שלפנינו ישנה רק הצעת מחיר אשר אינה חתומה על ידי שני הצדדים, ישנה זכות משפטית לתובע לחזור בו מהמשך העבודה (שו"ע חו"מ שלג, ד). יש להוסיף כי קיימת חובה אישית לכל אדם לקיים את דיבורו אף כאשר הסיכום היה בעל פה וללא שטר חתום (סמ"ע חו"מ שלג ס"ק א).

אף שהתובע רשאי לחזור בו מההסכם (כאמור יש בכך בעיה כלפי שמיא), במקרה כזה המזמין יוכל לקחת קבלן שישלים את העבודה והקבלן יקבל את ההפרש בין מה שסוכם איתו לבין מה שיבקש הקבלן החדש (ולא יותר ממה שמגיע לו על מה שעשה). וכפי שפסק השו"ע "ידו על התחתונה" (חו"מ שלג, ד).⁷

מסתבר שעובד חדש יבקש שכר גבוה על מנת לסיים את העבודה, ואם כך, התובע יאלץ לשאת בפער ואולי אף יחויב להחזיר חלק מהכסף שקיבל.

לסיכום ניתן לומר כי יש ציפייה מהתובע שיסיים את העבודה בבית ויקיים את דיבורו. אם יבחר התובע להפסיק את החוזה, אזי הנתבע יהיה זכאי להזמין חשמלאי שיסיים את העבודה, ותוספת העלות תושט על התובע.

ח. מי אחראי על החוטים לאחר שהושחלו

כעת השאלה היא איך להגדיר את שלב השחלת החוטים? האם החשמלאי סיים את עבודתו והחוטים שייכים לבעל הדירה או שמא החוטים שייכים

⁷ נראה שבמקרה שלנו קיים דין ידו על התחתונה על אף שלא התחייב בפרוש לחזור על השחלת החוטים. היות ואנו מפרשים את ההסכמה לקחת את כלל עבודת החשמל בבית כהתחייבות לעשות כל מה שצריך על מנת להגיע לטופס 4. ואף דברים שאינן מתוכננים. הסברה לכך שהאפשרות האחרת היא להכניס אדם חדש רק לצורך ההשחלה החוזרת. ברור שיש חסרון בכניסה של איש מקצוע חדש לבית כלפי אחריות על בעיות עתידיות. כאשר ישנם שני בעלי מקצוע קשה לחייב אחד מהם לתקן את עבודתו, משום כך האומדנא שקבלת עבודת החשמל מתייחסת גם למקרים לא צפויים. למותר לציין שהתובע זכאי לקבל תשלום על כך ולשם כך נעזרנו בהערכה מקצועית.

לחשמלאי עד לגמר כל עבודות החשמל בבית? היות ואין לצדדים חוזה מפורט המתייחס לשאלה זו אלא רק הצעת מחיר, עלינו לבדוק את הדין ואת המנהג.

ט. מנהג המדינה

בחוות דעתו המצורפת כתב חשמלאי א':

כפי המקובל איש מקצוע אשר קיבל שכר עבור העבודה שביצע אינו סופג את הנזק של גנבה, גם אם יש לו עבודה נוספת בבית (וכן כתב מנהל העבודה ב). הסיבה לכך היא ככל הנראה שבעל מקצוע שמגיע לעבודה באתר הבנייה באופן לא-רציף איננו יכול להיות אחראי לעבודות שכבר ביצע. ועל פי הכלל הידוע "הכל כמנהג המדינה" (ב"מ פג,א; טור חו"מ שלא) הנזק של הגניבה מוטל על בעל הבית.

י. האם הבעלות על החוטים עברה לנתבעים?

מלבד המנהג שלכאורה די בו, יש לדון האם הבעלות על החוטים עברה מהתובע לנתבעים. שהרי מי שהוא הבעלים על החוטים הוא זה שאמור לשאת בנזק הגניבה גם אם אין מנהג ברור.

הטענה של הנתבע שהעסקה לא חלה עד לסיום עבודות החשמל כולן - אינה מתקבלת. השחלת החוטים בבית הנתבעים דינה כהעברת הבעלות עליהם לידי הנתבעים. מה גם שבמקרה זה גם בוצע תשלום לאחר סיום שלב ההשחלה.

ומכאן, שלמרות האחריות הכוללת של התובע לסיום עבודות החשמל, האחריות על החוטים עוברת לכתפי הנתבעים ברגע שהחוטים נמצאים ברשותם.

מעשה הקניין

השאלה הנשאלת כאן היא מה היה מעשה הקניין שבו עברו החוטים לידי הנתבעים. הדבר תלוי בשאלה האם החוטים נחשבים כקרקע (כיון שהם חוברו לקרקע) או כמיטלטלין.

לכאורה הדבר תלוי במחלוקת המובאת ברמ"א (חו"מ צה,א):

י"א דתלוש ולבסוף חברו בקרקע לאו כקרקע דמי; ויש חולקין. ולכן אם שאל בית, ונשרף, פטור מלשלם.

הרמ"א הביא שתי דעות בשאלה האם תלוש שחובר לקרקע דינו כקרקע לעניין שבועה (כיון שאין נשבעים על קרקעות). אולם, בספר פתחי חושן (קניינים פרק ב, הערה ח) כתב: "ונלעני"ד שלעניין קנין כולי עלמא מודים דהוי כקרקע", והביא כמה ראיות לדבריו.

כעת יש כמה אפשרויות מהו מעשה הקניין:

קניין כסף – בתשלום עבור סיום שלב ההשחלה. לכן ההנחה הבסיסית שהחשמלאי מצדו התכוון להקנות את החוטים לבעל הדירה והקניין אכן התבצע. יש להחשיב את התשלום שניתן לחשמלאי כקניין גמור של החוטים. התשלום ניתן הן עבור העבודה והן עבור החוטים⁸. על פי זה כל זמן שלא בוצע תשלום, הבעלות לא עברה (בניגוד למנהג ממנו עולה שהאחריות עוברת לאחר ההתקנה בבית גם ללא תשלום).

קניין חצר - קצות החושן (צה,ג) כתב שמחובר לקרקע נקנה בקניין חצר. אמנם, בקניין חצר יש צורך בחצר המשתמרת שלא היתה כאן, אך לדעת הרמ"א (חוי"מ ר,א) כשיש דעת אחרת מקנה הקניין חל אף בחצר שאינה משתמרת. הש"ך (שם, א) חלק על הרמ"א, ובקצוה"ח (שם, ב) כתב שכאשר יש דעת אחרת מקנה אין צורך שהחצר תהיה משתמרת. בספר מחנה אפרים (קנין חצר, סי' ב) כתב שבמכר צריך שהחצר תשתמר לדעת הקונה. ראו עוד פתחי חושן, קניינים, פרק ח, הערה ג.

לסיכום, על פי המנהג ועל פי הדין האחריות לחוטי החשמל מוטלת על בעל הבית ולא על החשמלאי.

יא. תמחור עבודה

בהצעת המחיר שהובאה לפנינו אין פירוט העלות של כל שלב, ובכלל זה אין פירוט של עלות ההשחלה.

מה גם שהגנבה פגעה בחוטים אך הותירה את הצינורות במקומם לכן עלות השחלת החוטים החוזרת אמורה להיות זולה יותר.

⁸ גם אם מדובר על מיטלטלין שאינם נקנים בכסף, כאן הקניין חל. אלא שכל הסיבה שקניין כסף אינו קונה מיטלטלין הוא מפני חשש שיאמר לו "נשרפו חיטיך בעלייה" (בי"מ מו). אך מובא בסמ"ע (חוי"מ קצח,ט) שכאשר מדובר על חצר של הקונה אין חשש, וקניין כסף קונה.

נקודת המוצא של בית הדין שיש לחייב את הנתבעים לשלם לתובע עבור השחלה חוזרת בהתאם למחיר שהוא גובה עבור עבודתו, ולא ע"פ מחיר נמוך יותר שניתן למצוא בשוק. זאת, כיון שהנתבעים בחרו את התובע כחשמלאי שלהם באיכות ובמחיר המקובלים אצלו.

משום כך בקשנו משני המומחים להגיע לבית ולתת הצעת מחיר להשחלת החוטים. בפני המומחים הובאה תכנית החשמל של הבית והצעת המחיר של התובע והתבקשו לאור זאת לתת חוות דעת, א הגיע למסקנה שעלות העבודה והחומר הינה 4700 ש"ח, וב' קבע שמדובר על סכום של 5000 ש"ח.

יב. החלטה

- א. אנו ממליצים לתובע לעמוד בדיבורו ולבצע שוב את השחלת החוטים כפי התכנית שסוכמה בעבר.
- ב. במידה והתובע יבצע את השחלת החוטים מחדש על הנתבעים לשלם לו על כך 4700 ש"ח יום לאחר סיום העבודה.
- ג. במידה והתובע יסרב להשחיל שנית את החוטים אזי הוא זכאי לקבל את הסכום שסוכם בהצעת המחיר (45,000 ש"ח) לאחר הפחתת עלות ההשלמה של העבודה שתבוצע על ידי קבלן חדש.
- ד. על התובע להודיע תוך שלושים יום האם מעוניין לסיים את העבודה בעצמו או להפסיק את החוזה.

מכירת משק⁹

א. העובדות המוסכמות

ביום ט"ז כסלו התש"ע 3/12/09 נחתם הסכם בין הצדדים על מכירת משק הנמצא במושב. התובעים הקונים שילמו לנתבע סך של 300,000 ש"ח שהוא כל הסכום אותו התחייבו בהסכם לשלם לנתבע.

הצדדים ערכו חוזה ביניהם בכתב ידם (החוזה הוצג בפני ביה"ד), ועדיין לא דווחו לרשויות על מכירה זו, אך מבחינתם מוסכם שהעניין מוחלט, והמכירה התבצעה באופן בלתי הפיך. שני הצדדים מעוניינים לדווח על העברת הבעלות לרשויות בהקדם האפשרי, ולרשום את החלקה בטאבו על שם התובעים.

בינתיים, בפרק הזמן שעבר מזמן המכירה, נעשו מס' פעולות ממוניות ע"י בעלי הדין, והן:

א. התובעים שילמו חוב בסך 22,000 ש"ח למנהלת ההסדר.

ב. הנתבע קיבל 2,000 ש"ח כספים שחולקו בחגים לבעלי המשקים.

ג. הנתבע קיבל 15,000 ש"ח כספים שחולקו לבעלי המשקים עקב בעלות של המושב על מניות של תנובה.

ד. הנתבע קיבל לידיו 3,000 ש"ח של דמי שכירות עבור המשק שנמכר. השכירות התקבלה בגין התקופה שלאחר המכירה, לכן פשוט שסכום זה מגיע לקונה. המוכר נתן לאחד מן התובעים שיק שקיבל ממקום אחר בתמורה, השיק שהונח בכיסו כובס בטעות, וכתוצאה מכך הוא כבר אינו בר שימוש.

ב. טענות התובעים

1. החוב בסך 22,000 ש"ח ששולם על ידינו הוא חוב אישי של הנתבע למנהלת. לכן, אע"פ שבחזרה מפורש שקבלנו על עצמנו חובות הקשורים למשק שקנינו, המדובר הוא דוקא בחובות המפורטים בכרטיס המצוי במזכירות המושב, ולא חובות אישיים של הנתבע.

⁹ ר"ח תמוז תשע"ג. בפני הדיינים: הרב דוד פנדל, הרב דרור טוויל והרב אריאל בראלי.

מחמת שלא רצינו להתעכב בקבלת אישורי בניה, פרענו את החוב המדובר בלא סיכום ברור מראש עם הנתבע, על דעת שלאחר מעשה הוא ישלם לנו את הסכום שפרענו במקומו.

2. כיון שרכשנו את המשק, הועברו אלינו כל הזכויות שמגיעות לבעלי המשקים, כפי שנכתב בחוזה. לכן אנו תובעים מהמוכר להביא לידינו את האמור לעיל בסעיפים ב' ו' בסך כולל של 17,000 ש"ח.

3. השיק שהגיע לידינו אינו בר שימוש, וכיון שלא קבלנו למעשה כסף אנו תובעים תשלום של 3,000 ש"ח.

סך כל התביעה 42,000 ש"ח.

ג. טענות הנתבע

1. בחוזה מפורש שהקונה מקבל על עצמו זכויות וחובות של המשק, החוב למנהלת אינו חוב אישי, אלא הוא מוטל על בעל המשק, כיון שכך הוא הועבר לאחריותו של הקונה.

יתירה מזאת, עוד קודם שנחתם ההסכם הנתבע טוען שהוא אמר לתובע שישנם חובות שעוברים לאחריותו. והזכיר שיש חוב בסך כ-40,000 ש"ח והתובע קיבל זאת על עצמו. לדבריו, הוא חזר על הדברים גם בזמן המכירה שהוא פטור מכל חוב שהוא, ורוצה לקבל לידי 300,000 ש"ח ולא פחות מכך.

2. ביחס לסך 2,000 ש"ח שנתקבלו בסביבת החגים, הוא מסכים לתת אותו לנתבעים.

3. ביחס לסך 15,000 ש"ח שהתקבלו כתוצאה ממניות של תנובה, לא מדובר בזכות שמגיעה לבעלי המשק, אלא זו זכות ממונית אישית, לכן אינה כלולה בזכויות שמגיעות לקונה כתוצאה מן המכירה.

4. ביחס לשיק שכובס, כיון שהשיק ניתן לתובעים והם קבלו זאת, הכביסה שקלקלה את השיק היא באחריותם הבלעדית ואין עליה חובה נוספת. הוא מוכן לנסות במידת האפשר לבקש שיק אחר מבעל השיק, לדבריו הוא ביקש זאת, ובניתיים בעלת השיק טוענת שאין לה עדיין מהיכן לשלם סכום זה.

ד. תשובת התובע

1. שאר חברי המושב שלמו כבר את החוב הזה למנהלת, זו היתה גם ההנחה של התובעים שהמוכר כבר שילם את החוב הזה. כיון שכך התובעים אינם

חייבים אלא בחובות הכלולים בחוזה והם חובות מחמת הנכס ולא חובות אישיים.

2. כהוכחה לדבריהם שמניות תנובה מגיעות לבעלי המשק בלבד, טענו התובעים שכך נהגו אנשים נוספים שמכרו את המשק שהפסידו את זכותם במניות, אא"כ כתבו במפורש בחוזה המכירה שאינם מוכרים זכות זו. התובעים טענו שישנם כמה דוגמאות לכך, ופירטו אותם במכתב.

(הנתבע השיב על כך, שבכל הדוגמאות הללו מדובר באנשים שלא היתה להם זכות במניות תנובה, או שלא ממשו את חברותם במושב, מלבד באותו מקרה שהמוכר היה בעל זכות ואכן קבל את מניות תנובה ולא כללם במכירה).

להלן נפרט את כל התביעות שהוזכרו לעיל, ונבאר את הדין ביחס לכל אחת מהן.

ה. ברור הדין - החוב למנהלת

בחוזה המכירה נכתב: "המשק נמכר כולו, בין זכויותיו ובין חובותיו, ואין למוכר כלום במשק זה, ואין לקונה שום טענה על חובות שיש למשק". לשון "חובותיו" שהוזכרה בחוזה ודאי אינה כוללת חובות אישיים של המוכר שאין להם כלל זיקה למשק, ומאידך פשוט שהיא כוללת חובות שיש להם זיקה מובהקת למשק. על כך מסכימים שני הצדדים.

נקודת המחלוקת היא ביחס לחוב המדובר שהוא חוב למנהלת, האם הוא מוגדר כחוב אישי או כחוב מחמת המשק. ביה"ד ניסה לברר עם מזכירות המושב כיצד מוגדר החוב הזה, ולא הצליח להגיע למסקנה ברורה בענין.

לכאורה, גם אם נגדיר את החוב כאישי, יש לדון לפטור את הנתבע, שהרי הלכה פסוקה היא שהפורע חובו של חברו, פטור החייב מלשלם לפורע (שו"ע חו"מ קכח א). אלא שמלשון השו"ע שם נראה שרק חוב שייתכן שלא היה נפרע פטור הלוח מלשלם: "(שמא) היה הלוח מפייס את המלוה ומוחל לו", אך כאן שהוא חוב לרשויות לא יכול הנתבע לפייס את בעלי החוב, לכן נראה שאין לפטור את הנתבע מחמת סיבה זו.¹⁰

אמנם למעשה נראה לפטור את הנתבע מסיבות אחרות:

¹⁰ בתוספות בב"ק נח, א, ד"ה א"נ מבריה ארי, בשם ר"י, ומשמע משם לפטור את הנתבע גם בנדון דידן, וכ"נ מלשון הר"ן כתובות סג, ב, ד"ה ירושלמי.

א. כיון שיש ספק האם זהו חוב אישי או חוב המוטל על המשק, וכיון שהנתבע מוחזק לא ניתן לחייבו מספק, שהרי כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה (ב"ק מו, א).

ב. מלבד זאת, את המילה "חובותיו" המופיעה בהסכם המכירה מסתבר לפרש באופן מרחיב, שכולל מלבד החובות הרשומים בכרטיס חבר, גם חובות כאלו שיש אפשרות לפרשם כחובות מחמת המשק ולא כחובות אישיים, לכן גם החוב הנדון בכלל הלשון האמורה בשטר.

ג. הנתבע המוחזק טוען טענת ברי לפטור מחמת שאמר לתובע במפורש שבכוונתו לכלול חובות אלו בחוזה.

לפיכך, טענת הנתבע בעניין החוב למנהלת – מתקבלת.

ו. כספים שחולקו בגין החגים

הנתבע מודה שעליו לתת לתובע 2,000 ₪, שחולקו לחברי המושב בחגים.

ז. מניות מתנובה

כאמור, בחוזה המכירה נכתב: "המשק נמכר כולו, בין זכויותיו ובין חובותיו, ואין למוכר כלום במשק זה." המחלוקת בעניין זה נובעת מפירוש המילה "זכויותיו".

מוסכם על שני הצדדים שביטוי זה כולל כל זכות של בעל משק במושב, גם זכות שסיבתה נעוצה בעבר, אך הדיון הוא על מהות זכות המניות מתנובה, האם היא זכות מחמת המשק או זכות אישית כמניות בחברה.

למעשה נראה שהזכות במניות אלו היא של התובעים, מכמה סיבות:

א. כיון שהמניות מגיעות למזכירות המושב, ומשם הן מחולקות לתושבים בעלי המשקים, מסתבר מאוד שהגדרת הזכות היא אינה אישית אלא זו זכות שנובעת מהיות האדם בעל משק. כיון שכך נראה שהתובעים שנעשו בעלי המשק הם בעלי הזכות גם במניות אלו.

ב. גם אם נניח שהעובדה שהמניות מגיעות למושב ומשם מחולקות לתושבים אין בה בכדי להגדיר באופן חד משמעי את המניות כנובעות מבעלות על המשק, ודאי שיש זיקה ברורה בין בעלות על המשק למניות אלו. כיון שכך, נראה שלשונו של חוזה המכירה המתייחסת ל"זכויותיו" של המשק, מתייחסת לזכויות אלו שכאמור יש להן זיקה ברורה לבעלות על המשק.

אמנם אילו צוין במפורש במכירה שהיא איננה כוללת זכות זו, כפי שנעשה במקרה אחר שהוזכר ע"י בעלי הדין, לא היתה המכירה כוללת זכות זו. אך כיון שלא נעשה כך, הרי זכות זו ככלולה במפורש בחוזה.¹¹ לכן, גם מכאן ולהבא, מניות אלו כלולות בזכותו של הקונה.

לפיכך, טענת התובעים לזכות במניות תנובה – מתקבלת.

ח. אחריות לשיק שכובס

יש לדון במצב זה האם קבלת השיק ע"י בעל החוב התובע מוגדרת כפרעון או שמא רק פדיון השיק הוא מעשה הפרעון.

הדבר תלוי בהגדרתו של שיק שבה נחלקו אחרונים :

א. יש שכתבו ששיק נחשב כמזומן (הרב יעקב אריאל, שו"ת באהלה של תורה, ח"א סי' פד).

ב. יש שכתבו ששיק אינו נחשב שווה כסף, אלא רק כהוראה של בעל השיק לבנק לתת למחזיק בשיק כסף על חשבונו (שו"ת שבט הלוי ז, רכב).

ג. ויש שכתבו ששיק הוא התחייבות של בעל השיק (שו"ת מנחת יצחק ז, קלא).

ונפרט ביחס לנדון דידן.

א. אם נניח ששיק הוא כמזומן, נמצא שבעל החוב קיבל כבר תשלום תמורת החוב והוא אינו זכאי לקבל שיק אחר עבור זה שניזוק.

ב. אם נניח שהשיק הוא רק הוראה לבנק, הרי שעדיין לא שולם לתובע. אך אעפ"כ כיון שהנתבע הסכים לכך שהפרעון יהיה באופן זה, יש לומר שנטל על עצמו את האחריות לגבות באופן כזה את החוב, ופטר את התובע, אא"כ לא ניתן לגבות באופן זה כגון שאין כיסוי לשיק וכד'. אך בנדון שלפנינו שהיתה אפשרות עקרונית לגבות, רק בגין רשלנות מצד התובע נמנעה הגביה, ייתכן לפטור את הנתבע. דיון בכעין זה מצאנו בשו"ע (חו"מ ככו, ט) שאם מתוך

¹¹ **דעת המיעוט**- היות והתברר שמקור הכסף זה חוב של חברת תנובה לבעלי משקים משום שהחברה הפחיתה בזכויות שלהם לכמויות החלב. ברור שהחוב הינו אישי למי שהיה בעל משק באותה תקופה ואין זה כלול בדברי החוזה שכן כוונת הצדדים רק לזכויות הצומחות מתוך המשק עצמו. כל ההתניה של תנובה לתת לבעלי משקים היא התניה חיצונית ואינה מהותית. לכן הנתבע הוא בעל הזכויות ואינו צריך לתת לתובעים דבר.

הסכמה הקנה הלוה למלווה חוב שיש לו כלפי אדם אחר ב"מעמד שלושתן", ולאחר מכן רוצה המלווה לחזור בו מחמת שאינו מצליח לגבות מן השלישי, נחלקו הפוסקים אם המלווה יכול לחזור בו מהסכמתו.

השו"ע (שם) סתם כדעת הסוברים שאינו יכול לחזור בו. א"כ גם בנדון דידן יש לומר שבהסכמה לקבל את השיק כלולה האחריות על אובדן בגין כיבוס, קל וחומר מהנדון בדברי השו"ע שעיקוב הפרעון אינו מחמת המלווה.

גם לדעת הרמ"א (שם) שפסק שבמקרה שעיקוב הפרעון הוא מחמת האדם השלישי יכול בעל החוב לחזור ולתבוע מן החייב, זהו דווקא כשהסיבה למניעת הפרעון אינה מצידו, אך כשהסיבה שאינו יכול לגבות היא מחמת רשלנות מצידו של המלווה, מפורש ברמ"א שאינו יכול לחזור לגבות מבעל החוב, וכאן שבעל החוב נתרשל ומחמת מעשיו הופסד השיק, ודאי הדבר כלול בקבלתו ואינו יכול לחזור בו.

ג. אם נניח ששיק הוא התחייבות, נראה שנחשב כפרעון מצד החייב. כעין מה שמצאנו בשו"ע (ח"מ קא,ה) שיכול הלוה לפרוע את חובו למלווה ע"י מתן שטר חוב שיש לו על אחרים, וערכו יקבע ע"פ שומא. מבואר ברמ"א (שם) ששטח חוב נחשב כשווה כסף והלווה יכול לפרוע בו החוב גם כשיש לו שווה כסף אחר. אמנם מבואר בשו"ע שם שאין לאמוד את ערכו של שטר החוב ע"פ הסכום הנקוב בו אלא בפחות מכך. ומכאן שיתכן שכך גם בשיק, לכל הפחות כל שעדיין לא נפרע, ובפרט בפרוע בצ'ק של אחרים כבנדון דידן.

ויש להוסיף, בנדון דידן גם אם נניח שדעת בעל החוב שהפרעון יהיה רק בפדיון השיק ולא קודם לכן, א"כ נמצא שהשיק הוא ממונו של החייב, וכיבוס השיק ע"י התובע הוא מעשה היזק, שהרי היתה לחייב זכות בשיק זה והיא אבדה ממנו מחמת הכיבוס, והתובע שכיבס את השיק עליו לשלם מדינא דגרמי כשורף שטרותיו של חבירו (שו"ע חו"מ שפו,ב).

לסיכום, מכל הנ"ל נראה שהנתבע אינו צריך לפרוע את החוב פעם נוספת. אך עליו להשתדל ולבקש מבעלת השיק לכתוב לו שיק נוסף בר מימוש, ולהביאו לידי התובעים.¹²

¹² **דעת המיעוט** - כל קבלת צ'ק היא על דעת שיהיה פרעון ואם מסיבה כל שהיא לא ניתן לגבות את הצ'ק חוזר החוב לאיתנו. לעניין חיוב מדין מזיק על כיבוס הצ'ק נראה שכיון שלא הייתה כוונה להזיק ואולי אין כאן רשלנות אלא שכחה אין לחייב מדינא דגרמי.

ט. החלטות

- א. הנתבע פטור מלשלם בגין פרעון החוב למנהלת.
- ב. על הנתבע להחזיר 2000 ש"ח שחולקו מהמושב לבעלי המשקים.
- ג. על הנתבע לשלם לתובע 15,000 ש"ח שקיבל מחמת המניות של תנובה. גם מכאן ולהבא זכות זו היא של התובע.
- ד. הצק שכובס הוא הפסד למי שכיבס אותו והנתבע אינו צריך לפרוע פעם נוספת את החוב בסך 3,000 ש"ח. אמנם עליו לסייע לתובעים לקבל שיק חדש במקום זה שכובס.

סיכום

הנתבע צריך לשלם לתובע סך של 17,000 ש"ח בתוך שלושים יום.

הפסקת עבודת שיפוצים¹³

א. עובדות מוסכמות

הצדדים חתמו על הסכם עבודה בתאריך 4/9/12. בחוזה מפורט המתווה לעבודת שיפוצים בביתו של התובע. בהסכם נקבע שתאריך הסיום יהיה 1/10/12 ועל כל יום עיכוב ישלם הקבלן 250 ש"ח. כמו כן התחייב הנתבע לעבוד בכל ימי העבודה המקובלים (סעיף 9 ב) "ולבצע בשקידה ובקצב התקדמות ראוי".

התובע שילם לנתבע מקדמה על סך 7,000 ש"ח כפי שמצוין בחוזה.

הנתבע החל בעבודה שבר קירות והכניס לבית חשמלאי. בנוסף, הגיע אינסטלאטור אשר נשלח לביתו של התובע לקבל את שכרו. התובע שילם לו 3,700 ש"ח שלא לפי ההסכם. קצב העבודה לא התקדם כפי שסוכם, ולמעשה ב20/9/12 העבודה הופסקה לגמרי. התובע הפציר בנתבע לסיים את העבודה מכיון שהוא רוצה להשכיר את שתי יחידות הדיור בטווח הזמן המייד. לאחר שהגיע התאריך המדובר 1/10/12 דרש הנתבע לקבל עוד חלק מהתשלום על מנת לעמוד בהסכם. הנתבע לא הסכים לחרוג מהחוזה ולשלם בשלב זה כסף. הנתבע פנה לקבלן שיפוצים חדש וסיים בעזרתו את העבודה רק לאחר חודש בתאריך 1/11/12.

ב. טענות התובע

א. התובע מבקש חזרה 5000 ש"ח מתוך 7000 השקלים אשר הנתבע קיבל כמקדמה. לטענתו השווי של העבודה שנעשתה בבית היא רק 2000 ש"ח, הערכה זו בנויה על פי מה שבפועל הופחת מתשלום לקבלן החדש.

ב. התובע מבקש חזרה 3200 ש"ח מתוך הסכום ששילם לאינסטלאטור.

לדבריו, הקבלן החדש נאלץ לעקור את כל העבודה שנעשתה ולחזור עליה שוב, מכיוון שאין הכנה למים חמים והעבודה לא נעשתה באופן תקין. הקבלן החדש השתמש רק בחומר בשווי של 500 ש"ח.

סיכום טענה זו: התובע מבקש 3,200 ש"ח החזר על תשלום לאינסטלאטור.

¹³ סיון תשע"ג. בפני הדיינים: הרב דוד פנדל, הרב אריאל בראלי והרב דרור טוויל.

ג. התובע מבקש תשלום על הפסד שנגרם לו עקב הסיוס המאוחר של הבית וכפי שנקבע בחוזה. מדובר על חודש שכר דירה סך 2,800 ש"ח (זהו הסכום שמשולם בפועל כיום על יחידות הדיור).

סיכום סך התביעה: 11,500 ש"ח.¹⁴

ג. טענות נתבע

הנתבע הסביר שהעבודה נעצרה מפני שלא היה לו כסף כי במקום אחר לא שילמו לו.

השקעה בדירה - כל הכסף שהתקבל כמקדמה הושקע בדירה:

שבירת קיר בטון 2,000 ש"ח.

שבירת קיר חוץ 1,200 ש"ח.

פינוי פסולת 1,500 ש"ח (750 ש"ח לפועלים ו- 750 ש"ח עבור מכולה).

עבודות חשמל 2,480 ש"ח (980 ש"ח חומר, ו- 1500 ש"ח עבודה).

סך כל ההוצאות – 7,180 ש"ח.

ד. תביעה נגדית

הנתבע מבקש תשלום עבור עבודה שעדיין לא שולם בעדה. העבודה כוללת הורדת קרמיקה באמבטיה ופינוי האריחים סך 1000 ש"ח. בנוסף תשלום על הוצאות הדלק בסך 300 ש"ח.

לסיכום: נשארה יתרת חוב לתשלום בסך 1,480 ש"ח.

ה. תוקף החוזה

בחוזה ישנה התחייבות של הנתבע לעבוד כל יום ולסיים את השיפוץ עד 1/10/12. מוסכם שהנתבע לא עמד בכך ובפועל עבודת השיפוץ הסתיימה ע"י קבלן אחר חודש מאוחר יותר.

¹⁴ העבודה שנעשתה לא הייתה אכותית. שבירת הקירות לא נעשתה במילואה וכן פינוי הפסולת לא התבצע. עבודת החשמלאי לא תקינה, משום שהנתבע לא עקב אחר העבודה ולא הגדיר לחשמלאי מה לעשות. היה צורך לחזור עליה מחדש. אותה בעיה קיימת גם בעבודת האינסטלציה אשר אינה תקינה והיה צריך לחזור עליה מחדש.

ו. מעמדו ההלכתי של הנתבע

על פי ההלכה הנתבע הוא קבלן ולא פועל. ההבדל בין קבלן לפועל הוא שפועל נשכר לעבודה למשך זמן מסוים (ללא תלות בתפוקה), וקבלן נשכר להשיג תוצאות מסוימות, כפי שכתב הרמ"א (חו"מ שלג, ה):

שכר עצמו לזמן, יש לו דין פועל; אבל אם שכר עצמו ללמוד ספר או חצי ספר, יש לו דין קבלן.

קבלן שלא עמד בזמנים שסוכמו דינו כמי שהפר חוזה (פתחי תשובה חו"מ שלג, ס"ק ב, משפט הפועלים פרק טו סעיף יא).

ז. האם הקבלן מוגדר כאנוס

הקבלן נימק את העיכוב בכך שלא היה לו די אמצעי תשלום לרכישת חומרים. טענה זו אינה מתקבלת ואינה נחשבת לטענת אנוס שכן הקבלן ידע על כך מראש והסכים לחתום על התחייבות לסיים את השיפוץ.

אף טענתו שהוא אנוס כי קיווה לקבל כסף ממקור אחר, ולבסוף לא קיבל – אינה מתקבלת. הקבלן שמר דבר זה בליבו ולא אמר זאת לתובע. במצב כזה בו צד אחד מודע לסיכון והצד השני איננו מודע – מי שהיה מודע נושא בסיכונים, כפי שכתב הרמ"א (חו"מ שלג, א):

וכן בכל אנוס שאירע לפועל, בין ששניהם היו יודעין שדרך האנוס לבא או ששניהן אינן יודעין, הוי פסידא דפועל. אבל אם בעל הבית יודע והפועל אינו יודע, הוי פסידא דבעל הבית.

בדוגמא שבא עוסק הרמ"א מדובר על מצב שבו המזמין מודע לסיכון ולכן הוא מחויב לתוצאות שלו. כך גם במקרה הנדון רק הקבלן מודע לסיכון ולכן רק הוא נושא בו.

ח. הפרת חוזה

השלמת העבודה על ידי קבלן חדש תומחרה ב 7000 ש"ח יותר מההצעה המקורית. ומכיון שהנתבע הפר את החוזה שבין הצדדים, עליו לשאת בתוצאות של מעשיו ולממן את התייקרות העבודה.

למעשה לא ניתן לגבות מהקבלן סכום זה. כי החיוב שלו לשלם רק מהשכר שחייבים לו ולא מכיסו. כפי שכתב השי"ך בשם הטור (חו"מ שלג, כא):

ומיהו אם נתייקרה הרבה שצריך ליתן עליה יותר ממה שפסק עמו א"צ לשלם לו מכיסו כלום.¹⁵

אולם ניתן להשתמש בחיוב זה על מנת לדחות את התביעה הנגדית של הנתבע על סך 1480 ש"ח. כיון שגם אם צודק הנתבע והוא זכאי לתשלום נוסף עבור עבודתו, הרי שהוא הפסיד אותו כדי לממן את סיום העבודה.

ט. פיצוי על אובדן הכנסה משכר דירה

היות והנתבע הפר את החוזה וגרם לעיכוב של חודש בסיום העבודה יש לחייבו בשכר דירה בסך 2800 ש"ח (כפי שהציג התובע חוזה עם שוכרים על סך 2800 ש"ח). זאת, כיון שישנה התחייבות בחוזה לשלם 250 ש"ח על כל יום פיגורים. (באופן עקרוני לפי חשבון זה האיחור היה יכול להגיע עד 7500 ש"ח אלא שהתובע ביקש תשלום שווה ערך לשכר דירה חודשי).

אמנם, התחייבות לשלם קנס מוגדרת בהלכה כאסמכתא והיא בדרך כלל חסרת תוקף (מחבר ורמ"א רז, יג). אולם, כאשר יש הפסד לצד השני יש תוקף להתחייבות, כפי שעולה מדברי (שו"ע חו"מ רז, טז):

וכן אם המלמד קבל עליו בעת שהשכירוהו קנס אם יחזור בו, ולא נמצא מלמד אחר מזומן, אינו אסמכתא.

כלומר, מורה שהתחייב לשלם קנס אם יחזור בו באמצע העבודה – חייב, כיון שגרם נזק (וכן כתב הש"ך חו"מ רז, כד). סברא נוספת היא שכיון שמדובר בהתחייבות שיש לה תוקף בבית משפט, הרי שדעתו של אדם להתחייב באופן גמור ואין בכך משום אסמכתא (בכורי גשן ח"ב סימן כו, בשם הרב יוסף שלוי אלישיב). במקרה דנן, מסתבר שמקובל לחייב את הקבלן בשכר דירה במקרה של איחור, בוודאי במקרה שנכתב סעיף קנס. ולכן הקבלן אחראי לתשלום על שכר דירה.

מסקנה: הנתבע צריך לפצות את התובע ב- 2800 ש"ח עבור אובדן דמי שכירות לחודש.

¹⁵ ואף שמדברי הש"ך משמע שניתן להוציא כסף ששולם עבור העבודה, רעק"א דייק מדברי הסמ"ע ס"ק כה אחרת.

י. תמחור העבודה בבית

הצדדים חלוקים ביחס ל-7000 ש"ח ששולמו כמקדמה. התובע טוען שרק 2000 ש"ח נוצלו לשיפוץ ולכן יש להחזיר לו 5000 ש"ח. הנתבע לעומתו טוען שכל הסכום הושקע בבית ואף יותר מכך.

היות ואין אפשרות לברר מה היה מצב הבית בזמן הפסקת העבודה ועל פי הכלל "המוציא מחבירו עליו הראיה" אין התובע יכול להוציא כסף מהנתבע עבור טענה זו.

אולם הנתבע הודה בכך שהאינסטלטור לא סיים את העבודה בשווי של 500 ש"ח. כמו כן, ישנה עדות של בעלי מקצוע בדבר פינוי הפסולת מהדירה, ומתקבל הרושם שאכן העבודה לא התבצעה במילואה.

עלות פינוי מכולה שלמה היא 750 ש"ח וכאן מדובר על כמות פסולת של לפחות חצי מכולה שנשארה בדירה דהיינו 375 ש"ח. בנוסף הנתבע חייב שבועת מודה במקצת שכן כנגד התביעה של 3200 ש"ח הוא מודה בסכום של 500 ש"ח.

מסקנה: לאור כל השיקולים הללו בית הדין מחייב את הנתבע לשלם עוד 1000 ש"ח.

יא. החלטה

1. הנתבע חייב לשלם לתובע 2800 ש"ח עבור הפסד שכ"ד למשך חודש.
2. הנתבע חייב לשלם לתובע 1000 ש"ח עבור החזר דמי מקדמה שלא נעשה בהם שימוש.
3. סה"כ הנתבע ישלם לתובע סך 3800 ש"ח תוך שלושים יום.

פסק דין בעניין רכב שאול שתקלקל¹⁶

טענות בעלי הדין

טענת התובע:

אני אחראי על הרכב מטעם קייטרינג. רכב זה משמש בעיקר את הקייטרינג, אך לעיתים הוא מושאל לאנשי הקהילה לצרכיהם הפרטיים (תמורת תשלום הוצאות) או לצרכי הקהילה בכללותה. אנשי הקהילה חפצו לקנות תנור לאפיית מצות לכבוד רב הקהילה. להבאת התנור הוצרכו לרכב של הקייטרינג. נתתי את הרכב לי לצורך זה. מבחינתי הוא האחראי להחזיר לי את הרכב.

כשקבלתי את הרכב בחזרה היה בו נזק המצריך החלפת מנוע. החלפת המנוע עלתה 9,500 ש"ח. תביעתי היא שבמידה ומאן דהו חייב לשלם, כסף זה ישולם לקייטרינג.

התובע הבהיר שמבחינה כלכלית באופן עקרוני הקייטרינג הוא חלק מגוף רחב שכולל את הישיבה וקהילת הישיבה (צבור האברכים), וכולם תחת הנהגתו של רב הקהילה.

אך באופן מעשי ישנה הפרדה בין הקייטרינג לבין שאר צרכי הישיבה והקהילה, והוא מתנהל כגוף בפני עצמו.

טענת הנתבע:

אכן קבלתי את הרכב מגי, אך הנסיעה בו היתה בהתנדבות לא לצרכי הפרטיים אלא לצורך הקהילה כולה ע"מ להביא את המתנה לרב הקהילה.

תיאור המאורעות בקצור: למעשה לא נהגתי ברכב אלא בקשתי מבחור א' להתלוות אלי והוא זה שנהג ברכב.

א' לעיתים נוסע ברכב לצורכי הקייטרינג, כך שמדובר באדם שמכיר את הרכב וסומכים עליו. הנסיעה כולה היתה מתוך שיקול דעת משותף של שנינו. לאחר זמן מה מתחילת הנסיעה הרגשנו שדבר מה אירע, מהירות הרכב ירדה מעט, כמו כן נשמע רעש משונה.

¹⁶ ר"ח אלול תשע"ב. בפני הדיינים: הרב ש' בן יאיר, הרב א' בראלי, והרב ד' טוויל.

עצרנו בצד, וא' אמר שכנראה נקרע כבל גז וזו הסיבה לתופעות הנ"ל. המשכנו לנסוע והרעש המשיך, נדלקה נורה כתומה, לאחר מכן נדלקה נורה אדומה. המשכנו לנסוע כי חשבנו שהבעיה היא בכבל הגז. הגענו למוכר התנור בגוש עציון. שאלנו לחוות דעתו, ואף הוא חשב שלא מדובר בדבר משמעותי, סמכנו גם עליו ועל הנסיון של שנינו והחלטנו לקחת את התנור ולחזור עם הרכב.

בדרך חזור החלטנו לעצור את הרכב ולהזמין גרר. טענתי היא שלא פגענו אלא כך סברנו לתומנו, וסמכנו על שקול דעתנו כבעלי נסיון מסויים בענייני רכב, ולכן המשכנו לנסוע.

כמו כן לא נסענו לצורך פרטי אלא לצורך הקהילה כולה, גם לענין זה יש משקל מבחינתנו. אם משמעות הדבר שאין אנו רשאים להפעיל שיקול דעת כלל, ייתכן בעתיד נעדיף להימנע מלקחת את הרכב לצורכי הקהילה.

בירור הדין

הבהרה

בירור הדין להלן מתייחס לקייטרינג כגוף בפני עצמו אשר השאיל את הרכב לאחרים.

זאת לאור דברי התובע שהתנהלות המעשית היא שהקייטרינג הוא גוף בפני עצמו וברוח זו מעוניינים הצדדים לנהל את הדיון ביניהם. (אע"פ שמבחינה עקרונית הקייטרינג והקהילה הם תחת "קורת גג אחת", כנ"ל).

בירור הדין- מי חייב?

במצב זה נראה ששואל הרכב אינו י' או א' אלא הקהילה כולה.

מבחינתנו י' הוא שליח הקהילה לענין זה וכולם נחשבים לשואלים כדין שותפים ששאלו. ביחס למעמדו של א', כיון שמסתבר שדעת המשאיל מסכימה לאופן שימוש כזה של הקהילה, שהרי באותה עת גם א' היה מקושר לישיבה, ועוד שלפעמים גם הוא נוהג ברכב, לכן אין זה שואל שמסר לאחרים אלא כשימוש רגיל של השואל עצמו (הקהילה).

ע"פ הערכת בעל מקצוע קלקול המנוע כנראה אירע בשני שלבים. בשלב הראשון התקלקל הטורבו, וזה פשר ירידת המהירות הראשונית. אך לאחר

מכן כנראה המשך הנסיעה גרם לקלקול המנוע כולו. את הקלקול הראשוני של הטורבו שלו לא היה סימן מוקדם אנו רואים כמתה מחמת מלאכה והשואל פטור מלשלם על כך (חוי"מ שמ,א).

המשך הנסיעה לאחר שנדלקה נורת אזהרה נחשבת לרשלנות. גם אם נניח שבנדון דידן ע"פ אופן ההתנהלות בהשאלת הרכב לקהילה ואנשיה לא בהכרח שיש צורך להקפיד על כל חוקי השימוש כברכב שכור, וניתן להפעיל שקול דעת רחב יותר, נראה שהמשך נסיעה לאחר שדולקת נורה, ובפרט כאשר מצבו של הרכב משתנה ומחמיר ה"ז רשלנות.

פשוט שבנסיבות כאלו אין כאן פטור של מתה מחמת מלאכה כמבואר בשו"ע (שם) שאם השואל שינה אין כאן פטור.

לפי"ז נמצא שא' שנהג ברכב בפועל הרי הוא כאדם המזיק שהרי המשך הנסיעה הוא בגדר "מעשה בידיים" של הזק.

ביחס להגדרתו של י' כיון שלא נהג ברכב בפועל נראה לכאורה שאין לחייבו, אך נראה שכיון שהוא המשמש כשליח הקהילה האחראי על הרכב, הוא זה שהזמין את א' לנהוג ברכב, נוסף על כך בעצה אחת עמו א' נסע ברכב, יש לראותו כמשועבד כמו א', מדין ערב.

שכך מובא בשו"ע (חוי"מ עט,א):

שנים שלוו כאחד, או שלקחו מקח אחד, שניהם ערבים זה לזה אף על פי שלא פירשו; ואם אין נכסים לאחד מהם, גובה מחבירו הכל.

ועיי"ש בש"ך (סק"א). מבואר מדבריו שאם שנים קבלו שמירה ביחד כלפי הבעלים, ואחד מהם פשע וכתוצאה מכך הופסד החפץ, עיקר התביעה כלפי מי שפשע, אלא שאם אין לו לשלם ניתן לגבות את כל החוב מחברו, ולאחר מכן הערב יוכל לתבוע את התשלום ממי שפשע. בנדון דידן נראה שי' אינו רק ערב בעד א' אלא מכיון שהוא הזמינו לנהוג, ונסעו יחדיו, יש לראותו כמי ששעבד עצמו כשותף לנזקים שיתרחשו בנסיבות כעין אלו שאירעו.

כיון שמעשה ההיזק נעשה ע"י א', אין המשאיל מחוייב לתבוע גם מי, אלא יכול הוא לתבוע מא' לבדו או מי' לבדו. (מסתבר שקבל על עצמו ערבות כערב קבלן בנסיבות אלו וכנ"ל). כמובן שיכול הוא לתבוע מכל אחד רק חצי מערך החוב. אם התביעה הופנתה כלפי אחד מהם, יכול הוא לתבוע את האחר מחמת הערבות לפרוע לו מחצה ממה שנתבע.

חייב הקהילה בנזק

יש לברר האם מאחר וי" וא' הם שליחי הקהילה, יכול המשאל לתבוע מהקהילה כולה.

בשו"ע (חוי"מ שט, ד) מובא :

השוכר את הפרה לחרוש בהר, וחרש בבקעה ונשבר הקנקן, והוא הכלי שחורש בו, הרי השוכר פטור ודין בעל הפרה עם האומנין שחרשו. וכן אם לא שינה על דעת הבעלים, ונשבר הקנקן, דין בעל הפרה עם האומנים.

מבואר שאם השוכר נתן לאומנין שיחרשו עם הפרה, כל שהשוכר לא שינה מדעת הבעלים, דין בעל הפרה עם האומנים שהזיקו, למרות שאת האומנין הביא השוכר.

נתה"מ (ביאורים סק"ד) כתב שזה מקביל לדין שומר שמסר לשומר שנתבאר בשו"ע (רצא, כד), שאם מדובר באומנין שרגיל השוכר לתת בידם, בעה"ב תובע מהם תחילה, ואם אין להם לשלם, נחלקו אם השומר צריך לשלם.

לכאורה גם בנד"ד יש לומר שכך הדין, שאין לתבוע מהקהילה אלא מהנוהגים ברכב, שהרי הקהילה בכללותה "שאלה" מהקייטרינג, והיא "מסרה" את החפץ השאול לי' וא'.

אך נראה פשוט שיש לחלק, האומנין אוחזים בפרה לצורך עצמם לקבל שכרם, אמנם בזה מתקיים ג"כ רצונו של השוכר, אך יש בזה גם ענין מצידם, לכן ה"ז כשומר שמסר לשומר כמש"כ בנתה"מ שם, אך כאן הנסיעה אינה לצורך עצמם אלא לצורך הקהילה, וזה גופא אופן שימוש הקהילה בדבר, לכן נראה פשוט שהקייטרינג יכול לתבוע מהקהילה בכללותה לשלם. מאידך נראה שכיון שא' עשה מעשה היזק בידים, הרי יכול גם לתבוע ממנו את התשלום, (למעשה יכול לתבוע מא' לבד, אך י' יצטרך לשלם לא' חצי מערך החוב).

מסקנה - אם רצה גובה מן הקהילה מדין שואל, או מהנוהגים ברכב מדין אדם המזיק.

חלוקת הנזק בין חברי הקהילה

אם יגבה מהקהילה נראה שבני הקהילה יכולים לתבוע את א' וי' לשלם, שהרי מחמת מעשה שעשו גרם לשעבוד ויש לחייבם מדינא דגרמי כיון שיצר שעבוד לקהילה כולה. כך מצאנו גם בשו"ע (שם) בדין השוכר עם האומנין: "שכרה לחרוש בבקעה, וחרשה בהר ונשבר הקנקן, השוכר חייב, ודינו של שוכר עם האומנים." כיון שנתבאר לעיל שי' הוא כערב קבלן, ניתן לתבוע גם את י' מחמת ערבותו, ובאותם תנאים שנתבארו לעיל לגבי תביעת המשאיל.

שומת הנזק

לגבי שומת ערך הנזק, אמנם החלפת המנוע כולו עלתה 9500 ש"ח (כולל התקנה), אך ע"פ מה שנתבאר לעיל לא ניתן לחייב את מלוא הערך של המנוע, שהרי ההיזק היה למנוע מקולקל שטעון תיקון טורבו ולא למנוע תקין. ע"פ דברי התובע עלות ערך תיקון הטורבו בלבד היא 3000 ש"ח, אך נראה שאין להפחית את מלוא סכום זה שכולל התקנה אלא פחות מכך, לכן נעריך זאת כשני שלישי מערך זה, שהוא בבחינת "דמים בזול" (עיין חו"מ שמא, ד). לפ"ז יש להפחית מערך התקון 2000 ש"ח.

החלטה

- א. בעלי הקייטרינג יכולים לתבוע מהקהילה סך של 7500 ש"ח לתשלום בתוך שלושים יום.
- ב. במידה והתביעה לתשלום תופנה לקהילה, רשאים בני הקהילה לתבוע את א' לשלם על הנזק.
- ג. אם הופנתה תביעה בין מבעלי הקייטרינג ובין מן הקהילה לא' הוא יוכל לתבוע מי' לשלם חצי מערך התביעה.

בשולי פסק הדין:

בית הדין נתבקש גם לחוות את דעתו ביחס להנהגה הראויה ולאו דוקא מצד הדין.

מכיון שהנסיעה נעשתה בשליחות הקהילה, והנזק נעשה שלא בזדון לב אלא כתוצאה משקול דעת מוטעה, אם כי אין בכך כדי לפטור מדין אדם המזיק, אך יש מקום להתחשב בכך. לכן יש לשקול את אפשרות שהנזק יושת על הקהילה בכללותה, ובאופן יחסי ישלמו א' וי' יותר משאר חברי הקהילה.

לפ' מקץ – שבת חנוכה תשע"ד לפ"ק¹

איתא במדרש (בי"ר פט,א): ויהי מקץ שנתים ימים, קץ שם לחושד, זמן נתן לעולם כמה שנים יעשה באפילה, ומאי טעם קץ שם לחושד, שכל זמן שיצר הרע בעולם אופל וצלמות בעולם דכתיב אבן אופל וצלמות, נעקר יצר הרע מן העולם אין אופל וצלמות בעולם, דבר אחר קץ שם לחושד, זמן נתן ליוסף כמה שנים יעשה באפילה בבית האסורים, כיון שהגיע הקץ חלם פרעה חלום עכ"ל. וכתב ביפה תואר שהכוונה היא שמתחלה היה קצוב ליוסף שיישאר בבית האסורים י"ב שנה. וכן איתא מפורש במדרש תנחומא (מקץ סי' א): מפני שכל דבר ודבר שיוצא מפי הקב"ה בקצבה הוא נותן כו', לחושד נתן קץ שנאי קץ שם לחושד ולכל תכלית הוא חוקר, ואף כשנחשב יוסף קץ שם לו שנאי ויהי מקץ שנתים ימים עכ"ל.

אלא דהקשו על זה ממאי דאיתא במדרש (בי"ר פט,ג): אשרי הגבר אשר שם ה' מבטחו, זה יוסף, ולא פנה אל רהבים, ע"י שאמר לשר המשקים זכרתיני והזכרתיני ניתוסף לו שתי שנים עכ"ל, דמשמע מדבריו שבאמת היה אמור יוסף להישאר רק עשר שנים בבית האסורים, ומה שניתוספו לו שתי שנים אינו אלא משום שאמר לשר המשקים זכרתיני והזכרתיני (בראשית מ,ד), וא"כ זה סותר למה שאמרו במאמרים הקודמים שהיה קצוב מראש שיישאר י"ב שנה בבית האסורים. ועוד הקשו על דברי המדרש, דקאמר על יוסף אשרי הגבר אשר שם ה' מבטחו ולא פנה אל רהבים ושטי כזב, וא"כ איך קאמר עליו שבגלל שביקש משר המשקים זכרתיני והזכרתיני נענש שניתוספו לו שתי שנים.

והנראה לומר בזה הוא, דהנה כתב הרמב"ם בפ"ג מהל' מגילה וחנוכה (ה"א):

בבית שני כשמלכו יון גזרו גזירות על ישראל ובטלו דתם ולא הניחו אותם לעסוק בתורה ובמצות, ופשטו ידם בממונם ובבנותיהם

¹ שיחה שנמסרה במסיבת חנוכה בכולל.

ונכנסו להיכל ופרצו בו פרצות וטמאו הטהרות, וצר להם לישראל מאד מפניהם ולחצום לחץ גדול עד שריחם עליהם אלקי אבותינו והושיעם מידם והצילם, וגברו בני חשמונאי הכהנים הגדולים והרגום והושיעו ישראל מידם, והעמידו מלך מן הכהנים וחזרה מלכות לישראל יתר על מאתיים שנה עד החורבן השני עכ"ל.

והנה מצינו שהרמב"ן כתב בפירושו על התורה (בראשית מט, י): לא יסור שבט מיהודה - אין ענינו שלא יסור לעולם כו', אבל ענינו שלא יסור שבט מיהודה אל אחד מאחיו, כי מלכות ישראל המושל עליהם ממנו יהיה, ולא ימשול אחד מאחיו עליו כו', ולפי דעתי היו המלכים המולכים על ישראל משאר השבטים אחרי דוד עוברים על דעת אביהם ומעבירים נחלה כו', וזה היה עונש החשמונאים שמלכו בבית שני, כי היו חסידי עליון, ואלמלא הם נשתכחו התורה והמצות מישראל, ואף על פי כן נענשו עונש גדול, כי ארבעת בני חשמונאי הזקן החסידים המולכים זה אחר זה עם כל גבורתם והצלחתם נפלו ביד אויביהם בחרב, והגיע העונש בסוף למה שאמרו רז"ל (ב"ב ג, ב) כל מאן דאמר מבית חשמונאי קאתינא עבדא הוא, שנכרתו כולם בעון הזה עכ"ל. וא"כ איך מזכיר הרמב"ם מלכות בית חשמונאי כדבר שיש להודות עליו בחנוכה, הא כל המלכות שלהם היתה באיסור. אולם יתכן לומר שהרמב"ם חולק על הרמב"ן בזה וקסבר דהא דכתיב לא יסור שבט מיהודה אינו אלא ברכה והבטחה ולא איסור, וא"כ אין קושיא על הרמב"ם מדברי הרמב"ן.

אלא דעדיין קשה מהא דאיתא בגמ' קידושין (סו, א) שינאי המלך שהיה מבית חשמונאי הרג כל חכמי ישראל. ולא עוד אלא דאיתא בגמ' סוף מס' סוטה (מט, ב): ת"ר כשצרו מלכי בית חשמונאי (שני אחים שהיו מתקוטטין על המלוכה הורקנוס ואריסטובלוס) זה על זה היה הורקנוס מבחוץ (צר על ירושלים והביא עמו חייל רומיים) ואריסטובלוס מבפנים, בכל יום ויום היו משלשלין דינרים בקופה (מתרומת הלשכה לתמידים) ומעלין להן תמידים, היה שם זקן אחד (מבפנים) שהיה מכיר בחכמת יונית, לעז להם (לאותן שבחוץ) בחכמת יונית אמר להן כל זמן שעוסקים בעבודה אין נמסרין בידכם, למחר שלשלו להם דינרים בקופה והעלו להם חזיר, כיון שהגיע לחצי חומה נעץ צפרניו נזדעזעה א"י ארבע מאות פרסה (מחמת המלך שבערה על חילול שמו), אותה שעה אמרו ארור אדם שיגדל חזירים עכ"ל. ורואים מזה שמלכות בית חשמונאי הידרדרה עד כדי כך, עד שאחד מהמלכים שלהם הביא עמו חייל רומיים לעזור לו לצור על ירושלים, וזה הביא בסופו של דבר

לשלטון הרומיים על הארץ ולחורבן בית המקדש ולגלות הארוכה שעדיין לא יצאנו ממנה. וא"כ קשה איך אומר הרמב"ם שצריכים להודות על מלכות זו בחנוכה.

אכן התשובה היא כדתנן בפרק בתרא דברכות (נד,א): מברך על הרעה מעין על הטובה ועל הטובה מעין על הרעה, וקאמר עלה בגמ' (שם ס,א): מברך על הרעה כו' היכי דמי, כגון דשקל בדקא בארעיה, אף על גב דטבא היא לדידיה דמסקא ארעא שירטון (מחמת המים והוה ליה לזבל) ושבחא, השתא מיהא רעה היא (שמחבלת תבואה של שנה זו ומברך דין האמת), ועל הטובה כו' (יברך הטוב והמטיב) היכי דמי, כגון דאשכח מציאה אף על גב דרעה היא לדידיה דאי שמע בה מלכא שקיל לה מיניה, השתא מיהא טובה היא עכ"ל. אלמא דאזלינן בתר השתא לגבי ברכות, שאם השתא הוי לטובה מברך על הטובה למרות שתצא ממנו רעה לבסוף, ואם השתא הוי לרעה מברך על הרעה למרות שתצא ממנה טובה לבסוף. אלא דהא גופא צריכים להבין, דלכאורה יש לו לאדם להיות חכם שענינו בראשו (קהלת ב,יד) ולראות את הנולד (אבות פ"ב מ"ט) ולברך על זה בהתאם, ואמאי מברך על מה שנראה עכשיו מבלי לקחת בחשבון התוצאות לעתיד.

אמנם ביאור הענין הוא, דבאמת מאמינים אנו שאין רע מוחלט וכדאיתא במדרש (ב"ר נא,ג): א"ר חנינא אין דבר רע יורד מלמעלה עכ"ל, והיינו כדאיתא בספ"ק תשואות חן (פ"ר תולדות): והענין הוא להיות כי חפץ חסד הוא וברצונו להטיב, ולכך ברא העולם בכדי להטיב לנבראיו, אך מצד שאין אנו יכולין לקבל רוב טובה הוכרחו הגבורות להיות, שיהיה צמצום בעולם, בכדי שנוכל לקבל החסדים, והגבורות הם תכלית החסדים, והם בח"י הכלים שיש בהם בית קיבול לקבל החסדים ובהיות דבר המאורע לאדם ח"ו, איזה דבר לא טוב למראה עין ישפוט, כי ודאי מוכן הוא לקבל איזה חסד, וזהו כלי החסדים, ואפי' אם אינו רואה בעיניו הטובה עכ"פ יאמין בזה שוודאי כן הוא, ובזה גופא נמתק הדין, וזה פירוש הפסוק אודך כי עניתני ותהי לי לישועה, פי' כשאודך בעת העינוי [במדרש תהלים (ק"ח,יט) דרש עניתני מלשון עינוי עיי"ש], ע"ד מאמרם ז"ל חייב אדם לברך על הרעה כשם שמברך על הטובה, כשם דייקא, שהיא ממש הטובה, אז ותהי לי לישועה, שנתגלה החסד שבתוך הכלי עכ"ל. ואם כן אם נלך אחר מה שיהיה לבסוף אזי לא יהיה שייך לברך על הרעה כלל, שהרי לבסוף מוכרח הכל להתהפך לטובה. אלא על כרחך הברכה אינה אלא על מה שנראה בשעת מעשה.

וממילא מובן מה שמזכיר הרמב"ם מלכות בית חשמונאי בתוך הדברים שצריכים להודות עליהם בחנוכה, ואע"פ שלבסוף יצאה תקלות גדולות ממלכות זו, מ"מ כיון שבתחלתו היתה טובה גדולה לישראל ממלכותם שהיתה לישראל מלכות עצמאית ונפטרו משעבוד מלכות יוון, והם עשו תקנות גדולות לדת ישראל, וכגון הא דתקנו נגד נישואי תערובת וכדאיתא בגמ' סנהדרין (פב,א): כי אתא רב דימי אמר בית דינו של חשמונאי גזרו הבא על הנכרית חייב עליה משום נדה שפחה גויה אשת איש, כי אתא רבין אמר משום נשג"ז נדה שפחה גויה זונה עכ"ל, לכן חייבים להודות ולהלל על הטובה שצמחה ממלכות זו שחייבים לברך על הטובה מעין על הרעה.

ומעתה חוזרים אנו לבאר מאמרי המדרש שהקדמנו, שמביא המדרש הפסוק באיוב (כח, ג) קץ שם לחושך ולכל תכלית הוא חוקר אבן אופל וצלמות. ויש לומר שהפסוק רומז לשתי תקופות. אחת מהן היא תקופת שליטת היוונים על ישראל, וכדאיתא במדרש (ב"ר ב,ד): ר"ש בן לקיש פתר קריא בגליות, והארץ היתה תהו זה גלות בבל שנא' ראיתי את הארץ והנה תהו, ובהו זה גלות מדי - ויבהילו להביא את המן, וחושך זה גלות יון שהחשיכה עיניהם של ישראל בגזירותיהן שהיתה אומרת להם כתבו על קרן השור שאין לכם חלק באלקי ישראל כו' עכ"ל, וא"כ מאי דקאמר קץ שם לחושך קאי על חושך של מלכות יון. ולכאורה קשה איך קאמר וקץ שם לחושך על מלכות יון הא בא אחר כך מלכות רומי שהחריבה בית המקדש והגלתה ישראל. אלא דלזה בא סיפא דקרא וקאמר ולכל תכלית הוא חוקר אבן אופל וצלמות, ויש לומר דרומז על תקופת גלות רומי. ועל זה אומר המדרש: שכל זמן שיצר הרע בעולם אופל וצלמות בעולם דכתיב אבן אופל וצלמות, נעקר יצר הרע מן העולם אין אופל וצלמות בעולם, והיינו בביאת גו"צ בבי"א. ובכן בא הפסוק ללמדנו שאע"פ שעדיין נמצאים אנו במצב של אופל וצלמות בכל זאת יש מקום לומר קץ שם לחושך, כיון דבהודאה אזלינן בתר השתא וכמו שנתבאר.

ולפי זה יש לבאר למה מביא המדרש הפסוק לגבי יוסף, דהנה באמת יש לתמוה ביותר על התנהגותו של יוסף כלפי אביו וכלפי אחיו, שאיך התחמק מלהודיע לאביו שהוא חי וכי הוא מושל בארץ מצרים, ואיך התנכר לאחיו, והרי זה נראה כנקמה אכזרית ביותר על מה שעשו לו אחיו, ואיך יתכן שיוסף הצדיק יתנהג כן. ומה גם שיוסף הכיר שכל מה שעשו לו אחיו היה לבסוף לטובתו, וכמו שאמר אחר כך ואתם חשבתם עלי רעה אלקים חשבה לטובה (בראשית נ,כ), שהרי הגיע ע"י זה למלכות במצרים, וא"כ למה התנכר אליהם.

אולם נראה שיוסף הכיר את טומאת תרבות מצרים בהיותו בתוך הצמרת המצרית, גם בהיותו עבד בביתו של שר הטבחים ועוד יותר בהיותו משנה למלך ומושל בכל ארץ מצרים. ולכן פָּחַד שזה ישפיע על יעקב ובניו אם הם ירדו ממצרים, שעם כל צדקותם וגדלותם מי יכול להיות ערב שלא יושפעו מהאווירה ששררה במצרים, שמצד אחד מצרים היתה אז אימפריה גדולה וחשובה והיתה נחשבת כמתקדמת בין האומות בעת ההיא, ומאידך גיסא היתה מצרים "ערות הארץ", מושחתת ביותר מבחינת מוסר ומדות. ומשום הכי העדיף יוסף שהם יישארו בארץ כנען וימשיכו בדרכם הקדושה והטהורה. אבל אחרי שראה את גדלותו של יהודה שבהראותו אומץ ותעוזה יוצא מן הכלל, שהיה מוכן להתמודד עם יוסף שהיה משנה למלך במצרים, אז הבין שתחת מנהיגות נועזת כזו הם יכולים להתמודד עם תרבות מצרים, ושוב אין טעם להמשיך בהתנגדותו לירידת יעקב ובניו למצרים, ולכך התודע אז לאחיו והזמין את יעקב וכל בני ביתו לרדת למצרים.

ומאחר שכן מובן המשך דברי המדרש שאומר: קץ שם לחושך, זמן נתן ליוסף כמה שנים יעשה באפילה בבית האסורים, כיון שהגיע הקץ חלם פרעה חלום עכ"ל. ולכאורה קשה, וכי ביציאת יוסף מבית האסורים היה קץ לחושך, הלא יציאה זו היתה התחלת התהליך של ירידת יעקב ובניו למצרים ושעבוד מצרים שבא בעקבותיה, וא"כ אדרבה יש בזה התחלת תהליך של חושך ואפילה. אולם התשובה היא כמו שנתבאר, שעצם הדבר שהזמין הקב"ה לפני יוסף את שר המשקים ושר האופים ואת חלומותיהם היה רמז ליוסף שהגיע הזמן שהוא צריך לעשות השתדלות לצאת מבית האסורים. והתהליך היה צריך להיות שהוא יעשה השתדלות ועם זה לחכות עד שיגיע הזמן המיועד מאת השי"ת שצריך לצאת משם. ואדרבה נתגלה בזה בטחונו בהקב"ה, ולא שראה ח"ו בפנייתו לשר המשקים כאמצעי לישועה ולא פנה אל רהבים ושטי כזב, אלא אדרבה במה חיכה לישועת ה' בעתו ובזמנו התגלה בטחונו בהקב"ה שהגיע הזמן שיוכל הוא להתמודד עם טומאת מצרים, ולכן כאשר הוציאו אותו מבית האסורים היה קץ לחושך. וכמו כן כאשר ראה יוסף שיהודה מוכן לעמוד בעוז וגאון הבין שהגיע הזמן שיעקב ובניו יכולים לרדת לארץ מצרים ולהתמודד עם תרבותה המפוארת עם כל מגרעותיה, ודוק היטב בזה.