



יד ברודמן

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

אבני משפט

קובץ תודני בעניני

אבן העזר וחושן משפט

כ'

סיון, תשע"ו

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 הענינים

| | |
|-----|---|
| 7 | בפתח הקובץ |
| | משיעורי ראש הכולל שליט"א |
| 9 | התפשטות בקידושין |
| | אבן העזר |
| 21 | בענין גוי מסל"ת בתחנת איסוף חללים/ הרב יצחק ביסמוט |
| 33 | כסות בכלל מזונות/ הרב אריה ויזל |
| 46 | שיטת הבית שמואל בקידושי שוטה וקטן/ הרב יהודה צור |
| 58 | חיוב אשת איש בדמי חבלה/ הרב ישי שרעבי |
| | חושן משפט |
| 72 | שכר עבודה אסורה/ הרב מאיר ברקוביץ |
| 77 | "המחלל אינו מתחלל" - שיטת ר"ח/ הרב שלמה זאב פיק |
| 91 | דיין פסול בהתרת נדרים/ הרב יוסף שליט |
| | דיני ממונות |
| 102 | דברים שבין שוכר ומשכיר – בדין ובמנהג המדינה/ הרב ירון רוזיליו |
| 120 | פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בראלי |
| | דרוש/הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרישצ'ה |
| 137 | לשבועות תשע"ו |
| 143 | מפתחות אבני משפט א – כ (לפי שמות מחברים) |

בפתח הקובץ

מתוך דברי הרב ראי"ה קוק זצלה"ה

טפשות היא להתבטל מן הלימוד או מכל דבר טוב או מחידוש או אפילו מכתובת חידו"ת מפני חשש שתערובת גאווה. כי אם צריך לעסוק בכל טוב ולהשתדל שכל המחשבות יתעלו, והגאווה או שתדחה או שתתקדש ותתרומם למקורה או שתתבטל ע"י תשובה תתאה ועילאה. (מדות הראי"ה גאווה, כג)

צ"ב מדוע כתב הרב 'אפילו' על כתיבת חידו"ת יותר מהדברים האחרים, ונראה שכתבת חידושי תורה כרוכה – לכאורה – באיסור, מצד 'דברים שבעל פה אי אתה רשאי לכתבן' ואף שהתירו ידועים דברי החת"ס (שו"ת או"ח רח) שהמחבר דברים שלא לשם שמים עובר איסור דברים שבע"פ אי אתה רשאי לכתבם, ואיסור זה הותר רק משום 'עת לעשות לדי' הפרו תורתך' וכל שאינו מכויין לשם שמים 'איסורו במקומו עומד'. וי"ל שלכן הדגיש הרב שלא לחוש – אפילו – בכתבת חידו"ת לגאווה, ומתוך שלא לשמה וכו'.

ייתכן והתופעה הנפוצה של הדפסת חידו"ת מבוססת על כך שהרמב"ם השמיט מחיבורו דין זה של "דברים שבע"פ אי אתה כו"י וי"ל שנקט שלאחר קביעתו של רבי כי עת לעשות לדי' ולערוך המשנה בכתב שוב אין איסור זה כלל (אך לשון החת"ס בתשובה הנ"ל לא נראה כך).

והנה זוכים אברכים לשבת באהלה של תורה מתוך דיבוק חברים, עמל ויגיעה וחלק מפירות הלימוד רואה אור בקובץ הנוכחי. לכתבת חידושי התורה כשלעצמם ולהפצת התורה ברבים מעלות גדולות (ועיי' בהקדמת בעל הלהורות נתן לשו"ת ח"ה בענינים אלו בכלל ובשיטת החת"ס בפרט).

בתפלה להרמת קרן עמלי התורה בישראל,

העורך

סיון תשע"ו

מו"ר הגאון רבי משה חיים דימנטמן שליט"א ראש הכולל

התפשטות בקידושין¹

א. סוגיית הש"ס

בדף ז,א אמר רבא התקדשי לי לחציי מקודשת, חציך מקודשת לי אינה מקודשת. א"ל אביי לרבא מאי שנא חציך מקודשת לי דאינה מקודשת, "אשה" אמר רחמנא ולא חצי אשה, ה"נ "איש" אמר רחמנא ולא חצי איש? א"ל הכי השתא, התם אתתא לבי תרי לא חזיא אלא גברא מי לא חזי לבי תרי, וה"ק לה דאי בעינא למנסב אחריתי נסיבנא.¹ אמר ליה מר זוטרא בריה דרב מרי לרבינא ונפשטו לה קדושי בכולה, מי לא תניא האומר רגלה של זו עולה תהא כולה עולה (וזהו גזרת הכתוב, אפילו שהמקדיש אינו רוצה, הקדושה מתפשטת), ואפילו למ"ד אין כולה עולה, ה"מ היכא דמקדיש דבר שאין הנשמה תלויה בו, אבל מקדיש דבר שהנשמה תלויה בו הויא כולה עולה? מי דמי, התם בהמה הכא דעת אחרת, הא לא דמיא אלא להא דאמר רבי יוחנן בהמה של שני שותפין הקדיש חציה וחזר ולקחה והקדישה, קדושה ואינה קריבה (פרש"י): הואיל ובתחילת הקדישה לא נראית לקרב, שלא קדשה אלא חציה, ותמכר ויקריב אחרת בדמיה), ועושה תמורה ותמורתה כיוצא בה.

ב. קושיית המקנה

הקשו המקנה (ז,ב ד"ה תוסד"ה חציך בפרוטה, בא"ד) ועוד אחרונים² למר זוטרא, שכאשר מקדיש רגל למ"ד או ראש לכו"ע, זה חל על אבר אחד ושייך לומר שהקדושה תתפשט, אבל בקדושי אשה שנתמעט מהכתוב "אשה" שאין קדושין תופסים בחצי אשה, מהיכן תתפשט בכולה, הלא גם החצי שקדש לא נתפס כלל?

ג. תירוץ המקנה

המקנה עצמו תירץ, שכוונת מר זוטרא להקשות על רבא, דהא דאין אשה מתקדשת לחצאין נלמד מלישנא דקרא, דמשמע "אשה" ולא חצי אשה, ודורשים שאין קדושין לחצאין ולא חלו כלל, דלמא אשה מתקדשת לחצאין,

¹ שיעור שנמסר ע"י מו"ר שליט"א בכולל, נרשם ע"י הרב דני אסס הי"ו בתוספת כותרות ומ"מ; ההערות בסוף המאמר נרשמו ע"י הכותב.

וכוונת הכתוב שממילא מיד פושט החלות בכולה, דכיון שתפסו הקדושין בחציה תפסו בכולה וזה חל בשני שלבים, ולכן מצד התוצאה יש כאן אשה שלימה ולא חצי אשה? ותירץ רבינא דע"כ לומר דאין קדושין חלין כלל בחצי אשה, דא"כ הא משכחת קדושין בחצי אשה היכא דאינה מתרצית אלא בחצי, דכיון דאיכא דעת אחרת לא פשטה בכולה. אע"כ דהכי אמר קרא דלא שייך כלל קדושין בחצי אשה. וממילא אפילו היכא דמתרצית לא דמי לבהמה כלל, דשאני התם דמתקדשת לחצאין.

ד. חקירת הרב אלחנן וסרמן

הרב אלחנן וסרמן (קובץ הערות נו, יד³) תירץ, דהא דפשטה בכולה בבהמה, אין הכוונה שהקדושה חלה מתחילתה בחצי אחד ומתפשטת אח"כ לחצי השני, אלא דגז"כ דהקדושה חלה בכולה אף שלא הקדיש ממנה רק אבר אחד, דאין צריך להקדיש בדיבורו את כולה כדי שיחול דיבורו על כולה. ולפי"ז, מה שמר זוטרא מקשה "ונפשטו", אין הכוונה בחלות אלא בלשון, שכאילו אמר כולה מקודשת (וכן רואים ברש"י, שכתב בד"ה התם בהמה היא. ושלו היא ואין מעכב על ידו מלהתקדש, לפיכך יש כח במאמרו לפשוט). והביא ר' אלחנן דוגמא לזה, בנוזיר ז, א אדם שמקבל עליו נזירות ליום אחד, קדוש ממילא ל' יום. ובודאי שאין הכוונה שחל יום אחד ואח"כ מתפשטת הנזירות מהיום הראשון לשאר הימים, אלא דכך הוא דין נזירות, שדי אם יקבל ע"ע יום אחד, ונחשב שמקבל ע"ע ל' יום. והביא דוגמא נוספת, בנוזיר ג, לרבנן דרבי שמעון אם הזיר עצמו חוץ מן היין, הזיר עצמו מן הכל, דאין צריך לקבל עליו כל דיני נזירות, אלא די בכך שהזיר עצמו מדבר אחד ומיד חלים עליו כל דיני נזירות, ולא נאמר שקבל ע"ע דבר אחד ואח"כ חל על שאר הדברים. ולפי"ז מובן מה שהקשה מר זוטרא שלפי הלימוד אשה ולא חצי אשה צריכה להיות מקודשת כולה ע"י שקידש חציה. ותירץ רבינא שבדעת אחרת ליכא למימר הכי, דכיון שהקדושה היא מכח המקדיש ולא מאליה,⁴ לא עדיפא הא דפשטה בכולה מאילו הקדיש בפירוש חציה השני אם היתה של שותפות, דלא קדשה. עכ"ד. כלומר, דמתרץ רבינא שכמו שבבהמת שותפים אם הקדיש האחד חציה אינה מקודשת, וזה מראה שקדושה מתפשטת מכח המקדיש וההתפשטות בלשון, דאם ההתפשטות היתה מאליה היתה מתפשטת גם על החצי של השותף. וכן גם באשה, שיש עיכוב מצד דעתה, אם ההתפשטות היתה מאליה לא היתה חשובה דעתה והיתה מקודשת כולה, ומשום שהקדושין מצד המקדש, כיון שצריך דעתה ג"כ, אין הקדושה מתפשטת.

ה. נפ"מ א' בתירוצי האחרונים

התוספות (ד"ה ונפשטו) שואלים מדוע הגמ' מדמה אשה למקדיש בהמה, הרי בבהמה יש פסוק "כל אשר יתן ממנו לה'", ובאשה אין פסוק. ותירצו, שיש לחלק בין לשון "מקודשת" ששייך לומר שיפשטו הקדושין בכולה, ובין לשון "מאורסת", שע"ז הגמ' לא היתה מקשה. וכתבו שלכן רש"י דקדק ופירש שהקושיא כי כתוב מקודשת, בלשון הקדש. ור' אלחנן וסרמן (שם אות יח) הקשה, דבמקדש ליום אחד דאמרינן דמקודשת לעולם לא מצינו חילוק זה, דגם באומר הרי את מאורסת לי ליום אחד ודאי מקודשת לעולם⁵ ועוד, דבאמת דהתוס' צריכים ביאור, מה טעם לחלק באיזה לשון הוא מקדש, דלא מצינו בתורה שני מיני קדושין, דודאי לאחר שחלו הקדושין אין שום הבדל באיזה לשון נתקדשה? וכתב ר' אלחנן להסביר כוונת התוס', דבקדושין יש שני דברים: א. דאסר לה אכו"ע כהקדש. ב. שהיא נקנית לו. וצריך לחקור, האם כאשר איש מקדש אשה יש לו בעלות כמו בממון והאיסור נובע מקנין אישות, או להיפך, קונה קנין איסור וכיון שיש לו כח לאסרה אכו"ע כהקדש, ממילא מותרת לו. וזהו מ"ש התוס' שתלוי באיזה לשון אמר, מקודשת לי או מאורסת לי. דאם אמר מקודשת לי, הקנין נמשך מהאיסור ובוה שייך פשטה כמו בקדושת מזבח. אבל באומר הרי את מאורסת לי, הוא עושה הקנין והאיסור הוא ממילא, ובקנין לא אמרינן פשטה, כמו במשחרר חצי עבדו (גיטין מא,ב) דלא אמרינן פשטה, דהקנין אינו מתפשט. אבל, אם נאמר שההתפשטות היא בחלות אין הבדל באיזה לשון אומר, ויוצא דיש ראייה לר' אלחנן מהתוס'.

המקנה כתב (שם), שרוב הפוסקים חולקים על התוס', ואין חילוק בין אם אומר בלשון קדושין או בלשון אירוסין, וא"כ תקשי להו קושיית התוס' מדוע הגמ' מדמה אשה לבהמה? וכתב המקנה שבהסברו מתורצת קושיית התוס' לשיטת רוב הפוסקים, דכמו שיש פסוק לבהמה שהקדושה פושטת בכולה, כך בהוה אמינא של מר זוטרא יש פסוק לאשה, "אשה" ולא חצי אשה, ויפשטו הקדושין בכולה.

בעל הקונטרסי שיעורים (קדושין סימן יא) ועוד מחברים, נקטו כר' אלחנן, וההתפשטות היא בלשון ולא בחלות.

ו. תירוץ הרב מנחם זמבא

הרב מנחם זמבא (הובא בקובץ שיעורים ח"ב מכתבים עמ' פא אות ג) תירץ, דבגטין מג,א אמר רבא כשם שהמקדש חצי אשה אינה מקודשת, כך חציה

שפחה וחציה בת חורין שנתקדשה אין קדושיה קדושין. דרש רבה ב"ר הונא כשם שהמקדש חצי אשה אינה מקודשת, כך חציה שפחה וחציה בת חורין שנתקדשה אינה מקודשת. א"ל רב חסדא מי דמי? התם שייר בקנינו הכא לא שייר בקנינו. הדר אוקים רבה בר רב הונא אמורא עליה ודרש (ישעיה ג,ו) "והמכשלה הזאת תחת ידיך", אין אדם עומד על דברי תורה אא"כ נכשל בהן, אע"פ שאמרו המקדש חצי אשה אינה מקודשת, אבל חציה שפחה וחציה בת חורין שנתקדשה קדושיה קדושין. מ"ט? התם שייר בקנינו הכא לא שייר בקנינו.

וכתב הר"מ זמבא, שרואים מהגמ' בגיטין שכאשר מקדש חצי אשה יש חלות קדושין, אלא שהמיעוט של חצי אשה הוא משום ששייר בקדושין, שחצי מהאשה לא קידש, שהרי בחצי שפחה חלים הקדושין, ומשום שלא שייר בקדושין. ולכן הקשה מר זוטרא שבכל מקדש חצי אשה יחולו הקדושין מדין "פשטה" וממילא לא יהיה שיור בקדושין.

סיכום ביניים: שאלנו איך תחול ההתפשטות בקדושי אשה, הרי לא התחילו הקדושין לחול כלל, והבאנו אפשרות לומר שהכוונה שיש התפשטות בלשון ואפ"ל שההתפשטות בחלות. ויש הוכחה מהגמרא גיטין שההתפשטות בחלות, ומהגמ' אצלנו רואים שההתפשטות בלשון, ואפשר לומר שיש שני סוגי התפשטות. ואמנם למסקנה חציין מקודשת לי אינה יכולה להתקדש, שזה חסרון במעשה הקדושין, שכתוב "אשה" ולא חצי אשה, ואיש יכול לקדש אשה לחציו, שכוונתו אחרת, שיוכל לישא אשה אחרת.

ז. תירוץ רבינא - מחלוקת הראשונים

רבינא ענה למר זוטרא, מי דמי התם בהמה הכא דעת אחרת. הרשב"א פירש שבקדושין האיש צריך לקדש והאשה רק להסכים, שנאמר "כי יקח" ולא "כי תקח", וכאן כיון שאילו רצתה לעכב הקדושין היתה מעכבת ולא היתה מקודשת מכח דבריו בלבד, נמצא שאם נאמר שהיא מקודשת מדין פשטה, הוה ליה כמקחת את עצמה, ולכן לא הוה קדושין [הריטב"א פירש שאינה מקודשת מכיון שיש דעת אחרת של האשה והיא לא הסכימה להתקדש אלא רק לחציה, ור"ח פירש (הובא ברשב"א) שכיון ששמעה שמקדש רק חציה לא גמרה להקנות את עצמה כלל].

ח. בעל כרחו בקדושין

המשנה בריש המסכת פותחת במילים האשה נקנית בשלוש דרכים, והגמרא שואלת בדף ב,ב וניתני הכא האיש קונה ומקנה? והגמ' מתרצת אי בעית אימא,⁶ אי תנא "קונה" הו"א אפילו בע"כ, תנא "האשה נקנית", דמדעתה אין שלא מדעתה לא. והביא מסורת הש"ס שרש"י פירש ביבמות יט,ב (ד"ה קדושין דעלמא) שמ"ש "והלכה והיתה לאיש אחר", מדעתה משמע. ובקדושין מד,א (ד"ה קדושין דמדעתה) פירש"י דבעינן דעת מקנה. ולכאורה יש סתירה בדבריו, שמדבריו ביבמות משמע שלומדים כן מהפסוק, ומדבריו בקדושין משמע שלא נקנית משום הסברא שצריך דעת המקנה. ובאמת לכאורה דבריו ביבמות לא מובנים, דמה צריך פסוק לזה דבעינן דעתה? ואפשר לתרץ, שמלבד דבעינן דעת המקנה שזה מובן מסברא, צריך פסוק להשמיענו שצריך דעתה גם מצד מעשה הקדושין. ולפי"ז יוצא דלא כהחקירה של ר' אלחנן, ויש בקדושין שני קנינים ביחד, קנין איסור וקנין ממון.⁷

וכן הרשב"א (קדושין ב,ב) הביא שיש מי שהקשה שאפילו היה כתוב במשנה "האיש מקדש" איך היתה הו"א לומר שתתקדש בע"כ? ותירץ הרשב"א, שבב"ב מח,א הגמרא אומרת תליוהו וזבין זביניה זביני, ואמימר אומר שם שגם תליוהו וקדיש קדושיה קדושין, דאגב אונסא וזוזי גמרה ומקנה נפשה, ולמסקנה קי"ל כמר בר רב אשי שאמר באשה שאינה מקודשת, משום דהוא עשה שלא כהוגן, עבדינן ליה שלא כהוגן ואפקעינהו לקדושין מיניה, וכן המסקנה אצלנו בקדושין ב,ב, שאינה מקודשת.⁸

ט. כפוהו לקדש

הרשב"א הוסיף שאם אנסו את האיש לקדש, הרמב"ם כתב (אישות ד,א) שקדושיו קדושין, והעיטור כתב (מהדורת רמ"י ח"ב עמ' מא) שאין קדושיו קדושין, דתליוהו וזבין אמרו, תליוהו וקני לא אמרו. וכתב הרשב"א שנראה כהרמב"ם, דאי אגב אונסיה גמר וזבין, כל שכן דגמר וקני.

האבני מלואים (מב,א) הביא מחלוקת האחרונים בביאור מחלוקת הרמב"ם והעיטור. החלוקת מחוקק (סק"א) כתב דכו"ע סברי דקדושין מהני בין באונס האשה ובין באונס המקדש מדינא דתליוהו וזבין זביניה זביני, ונחלקו בתקנת חכמים שהפקיעו הקדושין מטעם שהוא עשה שלא כהוגן וכו'. דלדעת הרמב"ם הפקיעו רק באונס האשה ולא באונס האיש משום שיכול לגרש בע"כ, ולהעיטור חכמים הפקיעו גם בזה. והבית שמואל (סק"א) כתב אחרת,

דלעייטור הטעם הוא כמו שכתב הרמ"א בחו"מ רה דאנסוהו לקנות מדינא לא מהני. וכתב האבני"מ שרואים מהרשב"א כהסבר הב"ש להעייטור. והקשה האבני"מ להעייטור, דא"כ שלא חל כפיה לקדש, איך כופים את האונס לכנוס? ותירץ האבני"מ לפי מה שהגמרא בב"ב מח,א אומרת להוכיח שתליוהו וזבין זיניה זביני, מהמשנה שאומרת וכן אתה אומר בגיטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני, והגמ' דוחה, דלמא שאני גיטי נשים, דמצוה לשמוע דברי חכמים. אומר האבני"מ דכן נאמר כאן, דבכפיה לקדש לא חל ומשום דבתליוהו וקני לא קנה, אבל באונס שאני, דיש מצוה, ולכן חלים הקדושין.⁹

בדעת הרמב"ם יש לחלק בגדר רצון הבעל בין קדושין לגירושין, דבגירושין בעינן רצון גמור של הבעל, אבל בקדושין וכן במוכר נכסים א"צ רצון גמור, ודי בהסכמה¹⁰ יעוין בזה זכר יצחק (ח"ב מד) וקונטרסי שיעורים (קדושין שיעור ג אות ב, ד"ה ולפ"ז), שכתבו כן.

י. נפ"מ ב' בתירוצי האחרונים

הרב מנחם זמבא (הובא בקובץ שיעורים ח"ב, מכתבים עמ' פא) הביא גמרא בבא בתרא עט,א תנן התם: כל הראוי למזבח ולא לבדק הבית, לבדק הבית ולא למזבח, לא למזבח ולא לבדק הבית, מועלין בהן ובמה שבתוכן. כיצד? הקדיש בור מלאה מים, אשפות מלאות זבל, שובך מלא יונים, שדה מלאה עשבים, אילן נשוי פירות, מועלין בהן ובמה שבתוכן. אבל הקדיש בור ואחר כך נתמלא מים, אשפה ואחר כך נתמלאה זבל, שובך ואח"כ נתמלא יונים, אילן ואחר כך נשא פירות, שדה ואחר כך נתמלאה עשבים, מועלין בהן¹¹ ואין מועלין במה שבתוכן, דברי רבי יהודה.

כתב הרמב"ן בחדושי וז"ל: והא דאמרינן מועלין בהן ואין מועלין במה שבתוכן, שמעתי משום דלא קניא חצר להקדש דמשום יד איתרבאי ואין יד להקדש, וכן פי' ה"ר שמואל ז"ל. ויש לומר אי נמי קניא ליה אין מעילה בזכיתה, עכ"ל. כלומר, דהרשב"ם (ד"ה הכי קאמר) פירש שלומדים מהפסוק "אם המצא תמצא בידו" (שמות כב) שרשותו של הדיוט קונה לו ומשום יד, אבל להקדש אין יד ולכן רשותו של הקדש לא קונה לו, ואין בזה מעילה, וכ"כ התוספות שם (ד"ה ואין מועלין). והרמב"ן כתב הטעם שאין מעילה, אע"פ שחצר של הקדש קונה לו, משום שדין מעילה זהו רק כאשר הוקדש ע"י אדם ויש קדושת פה, דכתיב "מקדשי בני ישראל", ולא כאשר קדשה ממילא (הרב ב"ד פוברסקי הסביר שהקדש זה כאילו "בנק" שמונח בו כסף חולין, ולכן אין בו דין מעילה). והקשה הר"מ זמבא דלפי פירוש הרמב"ן כיצד נאמר גבי

בהמה "פשטה" שתהיה מקודשת כולה, הרי אין זה קדושת פה? ותירץ, די"ל דכיון דעיקרו מאליו ומועלין בו, גם זה שנתפשט ממנו כמוהו לימעל. חידושי הרי"מ אומר לתלות זאת בחקירה שלנו, שבמקום שיש התפשטות מצד הלשון תהיה מעילה לרמב"ן, שיש "מקדשי בני ישראל", ואם א"א שתהיה התפשטות מצד הלשון וההתפשטות מצד החלות, לא תהיה מעילה.

[קצות החושן (ר סק"א ד"ה ונסתפקת¹²) דן לשיטת הרשב"ם ותוס' שאין חצר להקדש, שזה דוקא כאשר החצר של הקדש, אבל חצר הדיוט קונה להקדש. והביא ראיה לזה מנדרים לד,ב אמר רבא היתה לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זה להקדש מועלין בו, ומפרש הר"ן כגון שהככר מונח תוך ד' אמותיו וזכו ד' אמות שלו להקדש כמו המגביה מציאה לחבירו ע"ש. וכתב קצוה"ח שמהגמ' נדרים הנ"ל ראיה לשיטת הרשב"ם ותוס' דאין חצר להקדש, דאי נימא דקני לה הקדש אלא שאין מעילה בזכייתה, א"כ בככר של הפקר היכי מעל ע"י זכיה שזכה הקדש ע"י ד' אמות כיון דאינו אלא ע"י זכיה, ומה לי חצר דהקדש או חצר דהדיוט סוף סוף לא הוקדש ע"י אדם אלא ע"י זכיה במה שהגביה מציאה להקדש דהו"ל כאילו הקדש הגביה וא"כ אינו אלא ע"י זכיה ואפ"ה מועלין בו, ומוכח מזה דכל דזכי הקדש אפילו ע"י זכיה נמי אית ביה מעילה, וא"כ הא דתנן בור ונתמלא מים אין מועלין על כרחך משום דאין חצר להקדש, ודוקא חצר דהקדש אבל חצר דהדיוט שפיר מהני, עכ"ד. ולרמב"ן קשה].

יא. התפשטות בעוף

האבני מלואים (לא סק"ח ד"ה וקשה) הקשה, שבגמרא תמורה יא,ב בעי רבא בעוף מהו, מי אמרינן בהמה אמר רחמנא או דלמא קרבן אמר רחמנא ול"ש? תיקו. פירש"י: לרבי יוסי (שסובר שמקדיש רגל בהמה פושטת הקדושה אף דלא הוי אבר שהנשמה תלויה בו) קא בעי לה, הקדיש רגל עוף דתור או בן יונה מי פשטה קדושה בכליה או לא: בהמה אמר רחמנא. בהאי קרא דמכל אשר יתן ממנו כתיב בהמה וקרבן.¹³ והקשה האבנ"מ דאם בעוף דהוי ודאי קדושת הגוף הגמ' מסתפקת אם אומרים פשטה, משום שכתוב "בהמה", בקדושין לפי הצד הזה בספק ודאי שלא נאמר "פשטה"?

תירץ האבנ"מ שני תירוצים:

א. קושיית מר זוטרא היתה, דכיון דרבא הסתפק בתמורה יא,ב לגבי עוף, לפי הצד שבעוף אמרינן שפושטת הקדושה ה"ה לגבי אשה שייך לומר שפושטת

הקדושה, ומדוע רבא נוקט להדיא דבאשה אין הקדושה פושטת. ותירץ רבינא שאשה שאני ומשום דאיכא דעת אחרת.

ב. הגמרא אומרת כאן ובתמורה יא, ב שאם מקדיש אבר שהנשמה תלויה בו לכו"ע הדיבור מתפשט בכולה, ואם מקדיש אבר שאין הנשמה תלויה בו יש מחלוקת תנאים אם פושטת בכולה. ורש"י (הני"ל) פירש שהספק של רבא בעוף הוא אליבא דרבי יוסי ורבי שמעון שסוברים שבדבר שאין הנשמה תלויה בו אמרינן פשטה, ומשמע מפירש"י דאילו באבר שהנשמה תלויה בו לכו"ע נאמר פשטה בעוף. ולכאורה מהו ההבדל בין אם הנשמה תלויה בו או לא? משום דכתיב "אשר יתן ממנו לה", וסוברים רבי יוסי ורבי שמעון ללמוד מהפסוק שאפילו הקדיש אבר אחד כולו קדוש, ולכן הסתפקו בעוף, כיון דהאי קרא בבהמה כתיב, אפשר בהמה אמר רחמנא. אבל רבי יהודה ורבי מאיר שחולקים וסוברים בדבר שאין הנשמה תלויה בו לא פשטה הקדש בכולה, והפסוק "אשר יתן ממנו לה" משמיע שרק אותו האבר קדוש, אבל בדבר שהנשמה תלויה בו גם רבי יהודה ור"מ מודים, לא לומדים זאת מהפסוק, אלא מסברא, דכיון שהקדיש דבר שהנשמה תלויה בו ממילא פשטו בכולה (שהסברא אומרת שכיון שהקדיש דבר שכל הגוף תלוי בו, הדיבור יתפשט על הכל), א"כ ממילא ודאי דה"ה בעוף, מפני שנלמד מסברא ולא מהפסוק. וזהו מה שהתוספות אצלו ז, ב הקשו לגבי חצייד בפרוטה וחצייד בפרוטה, שלעיל הגמ' אמרה שחצייד בפרוטה לא מקודשת משום שאשה שאני שלא מתרצית, אבל בחצייד בפרוטה וחצייד בפרוטה האשה כן מתרצית שכולה תתקדש, ומדוע הגמ' מסתפקת שלא תהיה מקודשת? וקושייתם מובנת לדברינו, שאמנם בעוף רבא הסתפק אבל בני"ד הוי באשה דבר שהנשמה תלויה בו ותתקדש! (והתוס' תרצו שיש לחלק בין אומר לשון קדושין או לשון ארוסין).

אמנם, תוס' ז, א (ד"ה ונפשטו) כתב להדיא בקושייתם שגם אבר שהנשמה תלויה בו נלמד מהפסוק,¹⁴ וכן סובר הרמב"ם (מעשה הקרבנות טו, ב), והגמ' בתמורה שואלת בעוף גם באבר שהנשמה תלויה בו, וחוזרת הקושיא באשה, מה שואלת הגמ' ונפשטו קדושי בכולה.

יב. דעת האיש והסכמת האשה - נפ"מ ג'

הגמרא מתרצת שאין "פשטה" משום שהאשה לא רוצה. והרי האיש ג"כ רוצה רק חצי, ובכ"ז הגמ' שואלת שיתפשטו הקדושין, ומה ההבדל?¹⁵

האבנ"מ הביא את הר"ן בנדריים ל,א שאמר שהאשה רק מסכמת לקדושי האיש, והיא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר, והבעל מכניסה לרשותו, הלכך אין אנו דנין בקדושין מצד האשה אלא מצד הבעל. וכתב האבנ"מ שלפ"ז מובן, דכיון שמצד האשה יש רק רצון, והיא רוצה חצי, לא שייך פשוט קדושין בכולה, שאין התפשטות ברצון, ומשא"כ מצד הבעל שהוא הפועל שייך התפשטות. וכל זה אם נאמר שההתפשטות מצד הלשון, ואם ההתפשטות מצד החלות אין לחלק בין האיש והאשה, וחוזרת קושיית האבנ"מ.

יג. הסכמת האשה - נפ"מ לחדר"ג

קצות החושן (קפב,ב) הביא דברי המשנה למלך (הלכות גניבה ג,ו), דהרמב"ם כתב וז"ל: עשה שליח לשחוט לו ושחט לו השליח בשבת, הרי הגנב (=המשלח) חייב בתשלומי ארבעה וחמשה, שהרי זה הגנב לא עשה עון מיתת ב"ד, וכבר ביארנו שהשוחט על ידי שליח חייב בתשלומין. וכתב המל"מ וז"ל: מדקדוק דברי רבנו ז"ל נראה לי דדוקא כשעשאו שליח סתם שישחוט לו והלך השליח ושחט בשבת אז הוא דחייב הגנב בתשלומי ד' וה', אבל אם עשאו שליח שישחוט לו בשבת והלך השליח ושחט בשבת פטור מתשלומי ד' וה'. וטעמא משום דמה שמתחייב הגנב בשחיתת השליח חידוש הוא שחידשה התורה, דהא בכל התורה כולה קי"ל דאין שליח לדבר עבירה, אלא דשאני טביחה ומכירה דגלי קרא דאיתיה ע"י שליח. וכיון דחידוש הוא אין לנו אלא היכא שלא נצטרף איסור אחר בשליחות זה, דלא עשאו שליח כי אם על הטביחה. אבל היכא דעשאו שליח שישחוט בשבת דמלבד איסור הטביחה איכא איסור שבת, ולגבי איסור שבת פשיטא דאין שליח לד"ע, ה"נ לענין הטביחה לא נעשה שלוחו. והביא המל"מ ראייה שהרמב"ם סובר כן ממה שכתב בהלכות מעילה (ז,ב) וז"ל: בד"א (שבעה"ב נתן לשלוחו בשר להוציאו לחולין ועשה השליח כן, שבעה"ב מעל) בשהיו החתיכות מקדשי בדק הבית, אבל אם היו בשר עולה וכיוצא בו, לא מעל אלא האוכל בלבד, שהרי הוא חייב באיסור אחר יתר על המעילה, ובכל התורה כולה אין שליח לד"ע אלא במעילה לבדה שלא יתערב עמה איסור אחר, עכ"ל, וגם הראב"ד שיבח את הרמב"ם על טעם זה. והוסיף המל"מ: הרי לך מבואר מה שכתבנו, דכל שנצטרף איסור אחר אמרינן אין שליח לד"ע. ודוקא כשעשאו שליח גם על האיסור האחר כגון שעשאו שליח שישחוט בשבת וכגון האומר לשלוחו שיתן בשר עולה לאורחים, אבל האומר לשלוחו שישחוט והלך השליח ושחט בשבת חייב המשלח שהרי שליחותו לא היה אלא באיסור אחד דהיינו הטביחה,

ואם השליח עשה איסור אחר דהיינו ששחט בשבת אין זה מעלה ומוריד כלל שהרי בעיקר השליחות לא נצטרף עמו איסור אחר, וזה פשוט בעיני, עכ"ל.

הנודע ביהודה (אבהע"ז קמא עה) העלה, דגט שניתן ע"י שליח בע"כ אינו גט כלל, כיון דהיכא דאין שליח לדבר עבירה המעשה בטל, וכמו שכתבו התוספות בב"מ (י"ב ד"ה דאמר), וכיון דאיכא חרם דרבנו גרשום, הוי ליה שליח לד"ע. והקשה קצוה"ח לנו"ב, דהכא שהבעל עושה שליח לגרש, והשליח נתן לה את הגט בעל כרחה, דשפיר הוי גט. ומה שנתן לה בעל כרחה ועבר בחרם רבנו גרשום, הו"ל כאילו עשה עבירה מדעתו, דכל כה"ג עיקר השליחות לא בטל, וכדברי המל"מ. ויצדקו דברי הנו"ב דוקא כאשר המשלח ציוה לשליח לתת לה הגט בע"כ, אבל לא כאשר השליח גירשה בע"כ מדעתו? והקשו הברוך טעם ובשו"ת כתב סופר לקצוה"ח דיש לחלק, דבנידון המל"מ יכל השליח לשחוט שלא בשבת והוא בחר לשחוט בשבת ולכן זה לא קשור למשלח, אבל בגט בזה"ז שצריך הסכמת האשה להתגרש ובלא דעתה אסור, אי אפשר שיגרשנה בהיתר, דהיא לא מתרצית להתגרש, והוי כאילו ששלח אותו המשלח לגרשה בעל כרחה, ומיושב הנו"ב.

המרדכי (קדושין פ"ב תקה) כתב בשם הקדוש מראדוש שאם שלח שליח לקדש הוי מילי, כיון שהאשה יכולה לסרב. ולכן אפילו אם נאנס השליח בדרך אינו יכול לעשות שליח אחר, דמילי לא מימסרן לשליח. ואע"ג דגבי גט שליח עושה שליח (גיטין כט, א ובשו"ע קמא, לח-מב) משום שיש מסירת הגט והכא נמי איכא מסירת הטבעת, מ"מ לא דמי, דגבי גט אשה מתגרשת בעל כרחה וגם כשהגיע הגט ליד השליח השליח יכול לגרשה בע"כ, דיד שליח כיד הבעל. אבל גבי קדושין אם לא תאבה האשה אינה מתקדשת, ולכן הוי מילי ולא מימסרן לשליח. והקשה מזה קצוה"ח, דבזה"ז שיש חדר"ג שלא לגרש אשה בע"כ, גם ע"י שליח אין אשה מתגרשת בע"כ, שאין שליח לד"ע, וא"כ אין חילוק בין קדושין לגירושין והוי מילי, ומטעם "מילי" אין שליחות? ובספר משנת רבי אהרון (קוטלר, תשובה סא) תירץ שיש לחלק, דבקדושין אמנם האשה נפעלת והבעל עושה את החלות, אבל צריך את דעתה כדי להשלים את חלות הקדושין. אבל בגט, אפילו שהאשה מתרצית ויורד האיסור לגרשה, מ"מ אין היא חלק מחלות הגירושין והבעל עושה הכל לבד. ולכן עדיין בקדושין הוי מילי ובגירושין לא.

תוספות ז, ב (ד"ה חציך בפרוטה) הקשה, שהגמרא הסתפקה במקרה שקידש חציה בפרוטה ועוד חציה בפרוטה, ומדוע לא יועיל, והרי הגמ' אמרה לעיל

שלא פשטו קדושי בכולה משום דאיכא דעת אחרת ואינה מתרצית אלא למה ששומעת, אבל אם היינו יודעים שמתרצה בכולה, פשטו קדושין בכולה, והכא גלי דעתה שמתרצה בכולה? ותירצו, שאמר לה בלשון אירוסין ולא בלשון קדושין. והרשב"א אומר (ז, א ד"ה התם בהמה) שכיון שהאשה יכולה לעכב שלא להתקדש, אם תתרצה שיפשטו הקדושין בכולה הוה ליה כמקחת את עצמה. הקשה ע"ז האבנ"מ (שם, הקשה על המהרי"ט שכתב כהרשב"א) דלפי"ז בכל קדושין בעינן הסכמתה והו"ל כמקחת את עצמה?¹⁶ ראשי הישיבות אומרים לתרץ דאה"נ, ובכל קדושין הבעל פועל את הקדושין לאחר הסכמתה. אבל הכא, שאמר חצי"ך מקודשת לי והיא קיבלה והסכימה, עדיין אין אנו יודעים לאחר שקדשה אם הסכימה להתקדש כולה, דאולי הסכימה להתקדש רק כפי דבורו והיינו לחציה, והסכמתה שלאחר הקדושין היא שפועלת לחלות הקדושין, וא"כ נמצא שהיא מקחת את עצמה.¹⁷ ורבי אהרון קוטלר שהבאנו כעין דברי הרשב"א.

¹ הקשה הריטב"א דגם בלא תנאה מצי עביד הכי. ותירץ דאתני הכי בהדה משום שלא תהא קובלת עליו, וזמנין דאהני ליה תנאה, כגון דלא מצי קאי אסיפוקייהו. יעוין אוצר מפרשי התלמוד קדושין (ח"א עמ' קפד הערה 150).

² יעווי"ש הערה 154.

³ יעוין עוד קוב"ש ח"א קדושין אות נב ואילך.

⁴ יעוין עוד קוב"ש ח"ב מכתבים עמ' עט אות ב, שכתב כן.

⁵ לכאורה אין זה מוסכם, ראה אנצ"ת (חלק כא טור תקט) הביאו דאינה מקודשת כלל.

⁶ התירוץ הראשון בגמ': משום דאיכא מיתת הבעל דלאו איהו קא מקני, מן שמיא הוא דמקני לה.

⁷ בשעורי רבי שמואל (קדושין אות כג) תירץ, שרש"י ביבמות יט, ב דיבר ביחס לקדושי מאמר, שהפסוק בא לדעת רבנן דרבי, דלא נאמר דמאמר דומה ליבום ומהני בע"כ, אלא מאמר דומה לקדושין ובעינן דעתה, ובאמת בקדושין רגילים לא בעינן פסוק, דנלמד מסברא. יעווי"ש מה שכתב עוד בזה. בקונטרסי שיעורים (קדושין, שיעור ג) כתב בדעת רש"י והסמ"ג, משמיענו דבקדושין בעינן פסוק משום דיש בקדושין הלכה מיוחדת דבעינן רצון טפי משאר קנינים, ובשאר ענינים נלמד מסברא.

⁸ בקרית ספר למבי"ט (אישות פ"ד) כתב כהרשב"א. והוסיף, דאחר שחכמים הפקיעו הקדושין, מדא"ו אינה מקודשת. ויעוין בקונטרסי שיעורים (קדושין שיעור ג בתחילתו) דלרשב"א אין חילוק בין מכר לקדושין, ודלא כרש"י. והר"ש רוזובסקי (הובא לעיל בהערה) כתב דהרשב"א כרש"י.

⁹ יעווי"ש באבנ"מ שכתב שלולי דברי הרשב"א, אליבא דהח"מ מיושבת הקושיא להעיטור.

-
- 10 יעוין בזה זכר יצחק (ח"ב מד) וקונטרסי שיעורים (קדושין שיעור ג אות ב, ד"ה ולפי"ז), שכתבו כן
- 11 בתוספות שם (ד"ה מועלין בו) הביאו פירוש הרשב"ם שהכוונה ב"נהנה בבור" היא שהשתמש בו, וכגון שהצניע בבור את חפציו ונהנה ממנו שוה פרוטה. והקשה ר"ת שאין מעילה במחורב? ותירץ ר"ת, כגון שעקר חוליא מן הבור ונהנה ממנה.
- 12 קצוה"ח שם דן בשיטותיהם של התוס' והרמב"ן, יעו"ש בדבריו.
- 13 ויקרא כז, ט: "ואם בהמה אשר יקריבו ממנה קרבן לה', כל אשר יתן ממנו לה' יהיה קדש".
- 14 והאבנ"מ הקשה שמהגמ' משמע שמהפסוק הנ"ל לומדים דוקא לאבר שאין הנשמה תלויה בו, ונשאר בצ"ע.
- 15 האבנ"מ הקשה שאם שניהם רוצים חצי, מי מעכב עליהם שיתפשט?
- 16 וכתב האבנ"מ שלכן י"ל כהר"ן שהבאנו לעיל בדברי האבנ"מ, שהאשה מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר.
- 17 עיי' ח"י הרשב"א הוצ' מוסד הרב קוק עמ' מט הערה 353, מלואי אבן על האבנ"מ הערה 225.

הרב יצחק ביסמוט

בענין גוי מסל"ת בתחנת איסוף חללים (תא"ח)

ראשי הפרקים

- א. הקדמה – הצגת הבעיה
- ב. נאמנות גוי מסיח לפי תומו
- ג. ביאה לבי"ד מתפרשת ככונה להעיד
- ד. מסל"ת כתשובה לשאלה וקישור דברים
- ה. מקום קביעות בי"ד – קבלת עדות בעמידה
- ו. שאלה במסל"ת
- ז. מסל"ת גרוע בצירוף אומדנא אחרת או חזקה
- ח. סיכום

א. הקדמה - הצגת הבעיה

במסגרת שרות מילואים בתפקידי כרב צבאי (תרגיל זיהוי חללים), התעוררתי לברר נוהג הקיים ברבנות הצבאית הנקרא "זיהוי בהיכרות אישית".

בהגיע חלל שנפגע בלחימה, לאוהל התא"ח (תחנת איסוף חללים) נשאלים המביאים על אופן היכרותם עם הנופל, מהיכן הביאוהו וכיצד נהרג.

בסוף ההליך מושיב הרב הצבאי ב"ד ומגלים את פניו של החלל על מנת שיזהה אותו כפלונג.¹

ב'פריסה' האחרונה הביאו נפגע מדומה (נפג"מ) לאוהל התא"ח, והתחלנו לתשאל את המביאים ע"מ לתרגל את הנוהל ואת מילוי הטפסים.

שאלנו לשמו של אחד מהם, ותשובתו עוררה חשד סביר שהוא גוי ע"פ שמו, ואולי גם על פי אומדנות אחרות. (החשד התאמת בבירור קל וד"ל).

¹ בב"ש סימן יז ס"ק ככד בשם הנמו"י דב"ד של הדיוטות כשרים לעדות אשה.

הלכה פסוקה היא, שגוי נאמן בעדות אשה רק במסיח לפי תומו. והסתפקתי בשעת מעשה כיצד לנהוג ע"מ שלא יתקלקל המסל"ת. כמו כן אפשר דהביאה לב"ד כבר נחשבת לכוונת עדות, וא"כ רצוי במקרים מסוימים לוותר על קבלת העדות ולהעביר בעד מפי עד לב"ד אחר על מנת לא לקלקל את המסל"ת. נראה שבעיה זו התחדשה בשנים האחרונות ולכן אין בהצגתה בבחינת "מוציא לעז על הראשונים" כיון שנוהל זה קיים מימי יסוד הרבנות הצבאית, שחיילים גוים היו מיעוט שאינו מצוי. כיום, למגינת הלב מעורבים בשורות הלוחמים גוים רבים, חלקם בהליכי גיור שונים אך אין זה מועיל לפתרון הבעיה. למותר לציין שלא באתי לדון בזה הלכה למעשה, אלא להצגת הבעיה ופתרונה לפי קוצר השגתי לאחר שחזרתי ת"ל לבית המדרש, ולפפולא בעלמא. וכיון שמלתא אלבישייהו יקירן, והתעוררתי לדון בבעיה בשעת מעשה אמרתי לכתוב את הדברים.

ב. נאמנות גוי מסיח לפי תומו

במשנה שלהי יבמות (קכא, ב) "אפילו שמע מן הנשים אומרות מת איש פלוני דיו. רבי יהודה אומר אפילו שמע מן התינוקות אומרים הרי אנו הולכים לספוד ולקבור את איש פלוני בין שהוא מתכוין ובין שאינו מתכוין רבי יהודה בן בבא אומר בישראל אף על פי שהוא מתכוין ובגוי אם היה מתכוין אין עדותו עדות.".

ובגמרא מסקינן שאפילו נתכוין להעיד אף שלא נתכוין להתיר אין עדותו עדות ומביאה הגמרא כמה מעשים של מסיח לפי תומו הניכר שאין כוונתו לעדות כלל.

בקונטרס עגונות למהרח"ש (דף י) נקט דגדר מסיח לפי תומו שלא יכוון בדבריו להתיר את האשה, ולא לשם עדות, רק כמספר דברים בעלמא.

ולכן כדי שנדון את דבריו כמסל"ת נצרכים כמה תנאים :

א) שלא יזכיר בדבריו אשה כגון אמרו לאשת פלוני שמת בעלה וכיוצא בזה שכל שהוא כן, הוי מתכוון להתיר.

ב) שלא יבוא לב"ד ויאמר פלוני מת שזה כמתכוון להעיד.

ג) שלא יבואו דבריו על ידי שאלה ששאלוהו על פלוני והוא משיב מת שכל שהוא משיב הוי מתכוין להעיד.

ד) שלא יהא שום אמתלאה בדבריו לומר שמשקר ומתכוון לדבר אחר.

ובנידון דידן נראה שיש לברר בעיקר מצד תנאי ב' וג'.

מצד התנאי הב' סבור הייתי, שעצם ביאתו לאוהל התא"ח, שם מוצב הרב הצבאי וצוות הרבנות, ותפקידם מוגדר כצוות ומקום הזיהוי, וכמו כן הושבת הב"ד לצורך קבלת עדות מי הוא החלל הרי הוא כבא לב"ד ממש. ובאופן זה הרי אם החייל המעיד הוא גוי הרי נתקלקל דין המסל"ית.

מצד התנאי הג' יש לדון כיצד ואם בכלל לתשאל את המביאים כשמתעורר חשש שהוא גוי, על פי שיטות הראשונים על מנת שלא לקלקל את המסל"ית שבעדותו.

ג. ביאה לבית דין מתפרשת ככוונה להעיד

והנה דין זה, כשבא הגוי לב"ד דלא חשיב מסל"ית, שנוי במחלוקת.

מקור הדברים בגמרא (יבמות קכא, ב) דאיתא שם "לא שנו אלא שנתכוין להתיר אבל נתכוין להעיד עדותו עדות".

ומקשה הגמרא היכי ידעינן? ומחלק רב יוסף בא לב"ד ואמר איש פלוני מת השיאו את אשתו זהו נתכוין להתיר, (בא לב"ד ואמר) מת סתם זהו נתכוין לעדות.

ואף שרב יוסף מפרש את דברי שמואל דלא קיי"ל כוותיה, דהלכה שבכל ענין שנתכוין להעיד אינו נאמן ורק במסל"ית נאמן, אך בהסבר רב יוסף שכשבא לב"ד מתכוין להעיד הוי, נראה מוסכם.

ובנמו"י (יבמות מו, א בדפי הרי"ף) "ואסיקנא דגוי אם היה מתכוין להעיד כגון שבא לב"ד ואמר פלוני מת אין עדותו עדות וכ"ש אם נתכוין להתיר כגון שבא לב"ד ואמר פלוני מת השיאו את אשתו."

ובב"ש (יז ס"ק לו) כתב "ועיין בנמו"י וכל שבא לב"ד להעיד אפילו אם הוא מסל"ת לא מהני ואמרינן דכוונתו להעיד ועיין תשובת ריב"ש."

ובביאור הגר"א (ס"ק נב) ציין בשיטת המחבר "וכן כל הני עובדי דשם ע"כ הגוי לא בא לב"ד, דאם כן הוי מתכוין להעיד. הרא"ש".

מנגד הובא בפתי"ש (סק"ס) הסבר הרד"ך ברי"ף שלא הביא דברי רב יוסף "דבא לב"ד זהו נתכוון לעדות".

ובכוונתו, ביאר הרד"ך משום שלמסקנת הסוגיה שגוי נאמן רק במסל"ת אין נפק"מ בין בא לב"ד לאומר כך בשוק. ואם יבוא לב"ד ויאמר בקישור דברים כמסל"ת נאמן. והביא בפתי"ש שם עוד ראשונים ואחרונים החולקים בזה.²

וביסוד מחלוקתם נראה לומר על פי מה שמצינו שנחלקו הראשונים בגדר נאמנות מסל"ת אם הוא גדר של עדות בצורת מסל"ת, או שמא אינו מתורת עדות כלל אלא אומדנא והוכחה לפנינו שדובר אמת.

מבואר בריטב"א (יבמות קכא, ב) דאין נאמנות עכו"ם מסל"ת מתורת עדות "דגוי אינו בר עדות כלל אלא משום דקים לן דקושטא קאמר כיון שמסיח לפי תומו, וגם זה אינו מדין עדות, דגוי אינו בר עדות כלל, אלא משום דקים לן דקושטא קאמר כיון שמסיח לפי תומו"

ואילו הרשב"א בתשובה (חלק א תתק"פ) דן לומר דאחר גוי מסל"ת יש דין שכל מקום שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשניים ואין נאמן אחר להכחישו. וא"כ יש למסל"ת כח ודיני עדות ויש חולקים.³

ולכאורה נחלקו בצדדי החקירה הנ"ל אם נאמנותו מדין וכח עדות בתנאים מיוחדים, או שהוא כח אומדנא לפנינו בלי כוחות ותנאי עדות.

וא"כ ע"פ דברי הריטב"א דגוי אינו בר עדות כלל, ואין לביאתו או לאמירתו בב"ד שום משמעות של עדות, דלקבל מעלת עדות פסולה בעינין לשם עד.⁴ וכשתקנו שיהיה נאמן בעדות אישה במסל"ת לאו בתורת עדות האמינהו, אלא כאומדנא שאינו משקר כיון שמסיח לפי תומו. ואם כן אין שום צד עדות לא באמירתו ולא בביאתו לב"ד כיון שאינו עד בשום אופן ואומדנא שדובר

² ריב"ש (שעז) הסובר דבכל ענין אינו נאמן בבא לב"ד ותשובת הרמב"ן (קכח).

³ בשו"ע סמן יז, לז.

⁴ עיין בנתהמ"ש סימן לו סק"י בביאורים שדין נמצא אחד מהם קא"פ לא שייך בגוי.

אמת הרי היא מעצם צורת הסיפור לפי תומו, ולא תהא שמיעת האומדנא מפי אחרים גדולה מראיה.

ואילו לנמו"י והריב"ש וסיעתם הפוסלים מסל"ת בב"ד, יש לומר דסוברים דמה שהמנוהו לגוי במסל"ת הוא גדר עדות המיוחד לגוי, דנאמן כעד רק במסל"ת. ואם כן כשבא לב"ד הרי הוא כנתכוין להעיד שהרי לצורת אמירת עדות בב"ד אין כללים וכל דברי עד בב"ד נחשבים עדות.⁵

ד. מסל"ת כתשובה לשאלה וקישור דברים

בעיה נוספת העולה בתא"ח, היא מסל"ת כתשובה לשאלה, ומסל"ת בלי קישור דברים.

כאמור צוות הרבנות מתשאל את המביאים, מהיכן הביאו את החלל, וכיצד נפגע, אופן ההיכרות עמו וכדומה, וממלאים את כל התשובות בטפסים המיוחדים לכך.

כמו כן מודרכים הרבנים להסביר למביאים את חשיבות עדותם ושיתוף הפעולה מכמה סיבות ביניהם, הודעה למשפחה, היתר האישה ותשלומים למשפחה.

ברמב"ם (גירושין יג,א): "כבר אמרנו שהעכו"ם שהסיח לפי תומו משיאין על פיו כיצד היה עכו"ם מסיח ואומר אוי לפלוני שמת כמה היה נאה וכמה טובה עשה עמי או שהיה מסיח ואומר כשהייתי בא בדרך נפל פלוני שהיה מהלך עמנו ומת ותמהני לדבר זה כיצד מת פתאום וכיוצא בדברים האלו שהן מראין שאין כונתו להעיד ה"ז נאמן."

והיינו כדוגמת המעשים שם בגמרא, והסביר הר"ן בתשובה, שכל שמתכוון להעיד אומר אותו הדבר לבדו, ומי שאומר במסל"ת אינו אומר אלא בקישור דברים לפניו או לאחריו, וכל שלא אמר כן אלא אמר איש פלוני מת לבד ולא הקדים דיבורים אחרים אינו אומר כמספר דברים אלא כרוצה להודיע אותו דבר ואינו נאמן.

⁵ ואפשר שתלוי במחלוקת הראשונים אם גוי כשר לעדות כשמוחזק שאינו משקר כשיטת רבנו יקר (בהג"א גיטין פ"א) ותמיהת הב"י חו"מ לד. (ועיין בהערת הרצ"ה קוק זצ"ל לעזרת כהן עמוד תח).

וממשמעות דבריו נראה שמסיח לפי תומו צריך שיספר על דברים אחרים קודם או אחר כן, ובדרך סיפור ולא "פלוני מת" וכן פסק השו"ע (יז, יד הביא לשון הרמב"ם).

וברמ"א שם בשם ריב"ש, שאף אם אמר פלוני מת במסל"ת אע"פ שלא אמר דברים אחרים מקרי שפיר מסל"ת.

ובח"מ וב"ש הביאו מהב"י שכתב בשם מהר"י טאיטשק שבכל בתי דינים שהיו בסאלניקי בימי איתני וגאוני עולם פשט המנהג להתיר.⁶

ולדרכם נראה שכדי להוציאו מכוונת "מעיד", די שמספר סתם "פלוני מת", רק שלא כתשובה לשאלה בכדי להאמינו. אמנם אם כתשובה לשאלה יספר לנו "פלוני מת" יצא מכלל מסל"ת.

ואם כן בנהל הקיים בתא"ח שהליך הזיהוי כולו מתנהל בתשואל המביאים, אף לדעת המקילים שאין צריך קישור דברים, מ"מ ע"י השאלות אינו מסל"ת ובזה אפילו בלי ב"ד.

לסיכום ישנם שתי בעיות בזיהוי בתא"ח שהחייל המביא את החלל הוא גוי.

בביאה לבית דין נחשב ככוונה להעיד לרבים מהפוסקים וכיון שבתא"ח מוקם ב"ד שדה לצורך הזיהוי נחשב כבא לב"ד.

אף לסוברים שבביאה לב"ד אינו נחשב ככוונה להעיד צ"ב אופן השאלות על מנת שלא יתקלקל המסל"ת.

הצעות לפתרון

ה. מקום קביעות בי"ד – קבלת עדות בעמידה

והנה יש להסתפק אם ישיבת הבי"ד רק לצורך קבלת העדות נחשב כבא למקום קביעות הבי"ד דנראה שהפסול והגרועותא במסל"ת היא עצם כניסתו

⁶ הרב בנימין בארי שליט"א (אב"ד אשקלון) אמר בשיעור בכולל שזהו בסיס גדול להיתר, ואף בלי קישור דברים חשיב מסל"ת. וביאר בזה, שנחלקו הר"ן והריב"ש אם נאמנות מסל"ת היא מפני שאנו מניחים שגוי משקר ומסל"ת ספונטני בקישור דברים מברר לנו שאינו משקר או שהנחה שגם גוי דובר אמת אלא שהוא פסול להעיד ולכן האמינו לו דווקא במסל"ת אבל א"צ קישור דברים כיון שיצא מכלל עדות. ויש לברר לפ"ז אם מועיל קישור דברים לשיטת הר"ן והרמב"ם ע"י שאלה שהרי התשובות לחלק מהשאלות הם קשור דברים.

של הגוי לב"ד ובה מוכחא דכוונתו להעיד אולם בתא"ח אף שיושבים כב"ד לצורך קבלת העדות אפשר שאין זה נחשב כב"ד קבוע.

ומצאנו לעניינים שונים גדרים למקום המיוחד לישיבת הדיינים, לענין טענות מחוץ לב"ד, הודאה בפני ב"ד במקום הקביעות וקבלת עדות.

ובאוצר הפוסקים (יז, קג) דנו בזה אם אמר בפני ג' יהודים דעלמא, אם חשוב כבא לפני ב"ד ומתשובת רשד"ם הובא שם שאם בא לבית דין היינו מקום מושב ועד הב"ד.

ובהמשך שם הובא רח"ש (ח"ד סימן לה) על דבר גביית עדות בזה הלשון: בא לפנינו ישמעאל אחד וחתום עליה ד' יחידי הקהל ואף אם לא היו במקום מושב המיועד לב"ד רק שעתה בפעם הזאת נתחברו אלו במקום אחד לקבל העדות ואיכא למימר דלא הוי כמו מושב ב"ד מ"מ אני חוכך בזה שכיון שנתחייבו אלו החתומים לקבל כל העדויות על אותם האנשים שנאבדו ובתוך העדויות בא אותו ישמעאל הוי כמו בא לב"ד עכת"ד.

ולפי דבריו נראה דבנידון דידן שתפקיד התא"ח הוא לקבל עדויות על זיהוי החללים חשיב כב"ד לענין זה וא"כ חשוב כמעיד אף שאינו מקום ב"ד קבוע. וא"כ בנידון זה ממש חכך הרח"ש.

ואולי אפשר לחלק ע"פ המבואר לעיל, דפסול מתכוין להעיד בבא לב"ד, היינו מפני שנאמנות גוי במסל"ת הוא מגדרי עדות, ולכך כשנאמר בפני ב"ד הרי כל הנאמר בפניהם הרי הוא כמתכוון להעיד דבפני ב"ד אין משמעות לצורת האמירה אלא כל הנאמר בפניהם הוא עדות.

א"כ רק כשכתבו מעשה ב"ד וישבו לקבל את העדות יש לזה דיני עדות, דבלי זה הרי הוא כמי שבא וסיפר לגי מעלמא שמבואר קודם לכן שחשוב מסל"ת.

ולפי"ז אולי אפשר להציע שאם קיים חשש שהמעיד הוא גוי יקבלו דבריו בעמידה,⁷ ואם אפשר שיצא אחד מהם מהתא"ח ויכתבו את דבריו באופן של עד מפי עד, ולא יחתמו שלושתם על הטופס המנוסח באופן של מעשה ב"ד.

ו. שאלה במסל"ת

שולחן ערוך (אבן העזר יז, טו):

⁷ עיין שער משפט סימן כח סק"ו שהביא מהמבי"ט דשלא במקום קביעות הדיינים אף בדיעבד לא מקרי עדות כשהדיינים עומדים והביא שעמ"ש שם ראה לזה.

עובד כוכבים שהסיח לפי תומו תחלה, אף על פי ששאלו אותו אח"כ ובדקוהו עד שיפרש כל המאורע, ה"ז נאמן ומשיאין על פיו. הגה: אבל שאלו אותו תחלה: איה חברינו, ואמר להם שמת, אין זה מקרי מסיח לפי תומו.

ומבואר שאם הקדימו ושאלו את הגוי, נחשב כמתכוין להעיד ואינו נאמן.

וכאמור לעיל צוות התא"ח ע"פ ההוראות, מתשאל את המביאים וכותב את דבריהם במקום המיועד בטופס.⁸

ומקור דין זה הוא הוא בשלהי יבמות (קכב) שנחלקו רבי עקיבא וחכמים אם אשה נאמנת לעדות עגונה והוכיחו חכמים שנאמנת ממעשה.

אמרו לו: מעשה בבני לוי שהלכו לצוער עיר התמרים, וחלה אחד מהם והביאוהו בפונדק, ובחזרתם אמרו לפונדקית: איה חברנו? נומית להם: מת וקברתיו, והשיאו את אשתו; ולא תהא כהנת כפונדקית? אמר להו: לכשתהא כפונדקית נאמנת, הפונדקית הוציאה להם מקלו ותרמילו וספר תורה שהיה בידו.

ובגמרא מאי גריעותא דפונדקית? אמר רב כהנא: פונדקית עובדת כוכבים היתה, ומסיחה לפי תומה היתה: זה מקלו וזה תרמילו, וזה קבר שקברתיו בו. וכן תני אבא בריה דרב מניומי בר חייא: פונדקית עובדת כוכבים היתה, ומסיחה לפי תומה היתה: זה מקלו וזה תרמילו, וזה קבר שקברתיו בו. והא איה חברנו קאמרי לה! כיון דחזיתנהו בכיא, אמרו לה: איה חברנו? אמרה להם: מת וקברתיו.

ומכאן למד הרי"ף דהיכא ששאלו לגוי שאלה אינו מסל"ת, אבל אם הקדים והסל"ת כמו בפונדקית שהקדימה ובכתה אף שאין זה מספיק להתיר, ועל ידי השאלות הגיעו להתיר שפיר מיקרי מסל"ת.⁹

⁸ טופס 246 מיועד לכתובת עדות שני עדים ושלושה מקבלי עדות. על פי חוברת פק"ל רבני גדוד, ישאל מפקד התא"ח הרב הצבאי את העד (א) האם אתה מכיר את החלל (ב) מה שמו תפקידו ודרגתו (ג) מהיכן וממתי אתה מכיר את החלל (ד) מתי הייתה פעם האחרונה שראית אותו (ה) האם אתה בטוח בעדותך לגבי זהות החלל. חלק מהתשובות לשאלות אלו יכולות ליצור "קישור דברים" ויש לעיין אם מועיל קישור דברים על ידי שאלה.

⁹ ובשו"ת עזרת כהן למרן הראי"ה זצ"ל (סמן כב) דן בדברי הרי"ף (והנמו"י) הני"ל והביא מתשובת מהרמ"ל דאין כל שאלה חשובה כ"איה חברינו" וחדש מושג של "שאלה סתמית" שאינה פוסלת את המסל"ת כלומר שרק שאלה שמשמעותה האם פלוני הוא חי או מת פוסלת המסל"ת בכל גוונא "וי"ל דה"נ שיש לפרש השאלה על שתי הכוונות בשווה י"ל דה"נ דעכ"פ הוי מקצת מסל"ת עד שמהני בזה צירוף הוכחות גם לגבי לכתחילה" ודחה הרב זצ"ל מלשונות הראשונים דכל שאלה מוציאה מידי מסיח לפי"ת.

בח"מ ובב"ש הסכימו שאם שאלו אותו והשיב ואחר זמן הסלפ"ת נאמן "וכי בשביל שאשתקד שאלו אותו לא יהא נאמן עתה!?"

ובשב שמעתתא (ש"ז פ"ט) מביא חולק. בתשובת צמח צדק (סימן מב) הוכיח שאם נשאל הגוי, שוב אינו נאמן אף אם לאחר זמן יספר לפ"ת. ולמד כן מעיקר הדין שאם הסיח ואחר כך נשאל נאמן, דזה המשך המסל"ת הוא הדין להיפך שנשאל ויצא ממסל"ת שוב חוזרים כל דבריו כתשובה לשאלה.¹⁰

ז. מסל"ת גרוע בצירוף אומדנא אחרת או חזקה

בשב שמעתתא האריך להוכיח כדעת הח"מ והב"ש, ותו"ד דבמעשה דפונדקית הרי הוציאה להם מקלו ותרמילו וזה מצטרף לאומדנא של המסל"ת וע"י כך החשבנו את כל דבריה והיינו גם זה שבכנה בתחילה וגם שהוציאה מקלו ותרמילו. וא"כ איך הוכיח הרי"ף ממעשה זה דהיכא שהיה תחילה במסל"ת אף ששאלו חשיב מסל"ת, והרי שם היו הוכחות נוספות להתיר האשה?¹¹

ומוסיף להקשות על חכמים שרצו להוכיח לר"ע שאשה נאמנת ממעשה דפונדקית, הרי הפונדקית בהכרח הייתה מסל"ת ואיך למדו רבנן לעדות אשה?

והסביר הש"ש דבהכרח האי דקא בכיא הוא מסל"ת גרוע ומ"מ על ידי חזקה אשה דייקא ומנסבא מתחזקת הראיה להיות מסל"ת טוב.¹²

וכמו שבמסל"ת גרוע, מצטרפת חזקה דייקא ומנסבא כך בעדות אשה לא גרע מגוי מסל"ת גרוע.

והשיב להם רבי עקיבא דלאו משום חזקה דייקא ומנסבא אלא משום שהוציאה להם מקלו ותרמילו נחשבת למסל"ת גמור וא"א ללמוד ממסל"ת טוב לעדות אשה.

¹⁰ וכן בנמו"י שלהי יבמות ובמ"מ גירושין יג, ב שם הרשב"א.

¹¹ ובתרה"ד סמן קלט הוכיח מהא דפונדקית דמקלו ותרמילו הויה הוכחה לבכיה שבהתחלה והולידו מזה דכל היכא דאין מסל"ת גמור מצטרפים הוכחות ואומדנות לנאמנות המסל"ת.

¹² הנו"ב אבהע"ז מב סובר דבגוי מסל"ת לא שייך לצרף חזקה דייקא ומנסבא, דחזקה זו מוכיחה דמשום כך ירא העד לשקר אבל בגוי מסל"ת הרי נאמנותו מצד שסח לפ"ת לא שייך לומר שידייק בעדותו מפני יראה שאישה דייקא שהרי כל נאמנותו מצד שאינו מתכווין להתיר. ועיין באחיעזר ח"ג סי' כד ג שתמה על הנו"ב.

וכיון שכן לרבנן שקיי"ל כוונתיהו הרי בכל מסל"ת גרוע מצטרפת חזקה אשה דייקא ומנסבא לחזק את המסל"ת, וזו הסיבה שאף שרק בכתה ואחר כך נשאלה, מ"מ המסל"ת גרוע מתחזק ע"י החזקה דייקא ומנסבא.

ומיושב דלפ"ז כל גרועות במסל"ת בין אם השאלה בסוף או בתחילה מתחזקת ע"י חזקה דייקא ומנסבא עכת"ד השי"ש.

הנה מבואר בהנחתו בקושיה שאומדנות והוכחות נוספות שאינן מתירות בפני עצמם, מועילות לנאמנות של מסל"ת גרוע להיות מסל"ת טוב ולזה הסכימו אחרונים בתשובות.

ובתירוצו שכל מסל"ת גרוע אף בלי אומדנות נוספות, מצטרפת חזקה אשה דייקא ומנסבא ומאמינים לגוי.

במעשה דפונדקית מבואר בגמרא שתחילת דבריה היה "דקא בכיא" וזה נקרא ע"פ השי"ש מסל"ת גרוע.

ואפשר שכשבאים לאוהל התא"ח עם ההרוג בעצמו הוא יותר תחילת מסל"ת מבכ"ת הפונדקית שהרי ההרוג נמצא ואין צורך לבירור על מיתתו אלא על זהותו (מפני זה גם לא בעינן כאן קברתיו ואכמ"ל).

ואם כן יש כאן אולי תחילת מסל"ת גרוע, ואפשר שיש להורות שהמביאים ידברו קודם ומ"מ מסתמא הם באים (גם בתרגיל) בסערה ובבכיה, או הלם ודיבורים על הקרב, וגם אם בסוף יסיחו לפ"ת מקרי לכל הפחות מסל"ת גרוע.

ואחר שיש מסל"ת גרוע מצטרפת חזקה דייקא ומנסבא ומשויה ליה למסל"ת מעולה.

וכמו כן אפשר גם להשתמש בהנחתו של השי"ש בקושיה, שהרי גם כאן שמובא חלל בד"כ ישנם עליו סימנים מובהקים ובינונים ובגדים ונעליים ודיסקיות, ונשק אישי, אף שחיישינן לשאלה יכולים להצטרף ע"פ סברת הקושיה (והאחרונים שהלכו בעקבותיה) שבפונדקית נאמנת במסל"ת גרוע בגלל שהוציאה להם מקלו ותרמילו והם ראיות ואומדנות המחזקים את המסל"ת הגרוע.

ועוד יש לברר בנדו"ד שהרי בכל המעשים בגמרא ובתשובות, נצרכים אנו לנאמנות הגוי לעצם הידיעה על המוות דהיינו עדות על נעדר שמת, משא"כ כאן שהחלל לפנינו וכל שאנו צריכים הוא לברר את זהותו.

והנה כבר נתברר שאם חלק מהאמירה היא בלי שאלה אף שאין בה כדי להתיר די בזה כדי להחשיב את העדות ככשרה, וכאן לענין גוף המעשה דהיינו המיתה, הרי הוא הביא את המת וכאילו השיח בכשרות.¹³ אם כן אפשר שלענין הזיהוי תשאול אינו פוסל את המסל"ת.¹⁴

ובאוצה"פ הובא מתשובת בית אפרים סברא מחודשת כעין זו "נראה דדוקא היכא שהעכו"ם מגלה לנו המיתה, אז היה מקום לומר דהוי כאמרו איה חברינו כיון שמחפשים אחריו, אבל בזה דאנו רואים איש לפנינו מוטל מת והגויים אומרים מי הוא האיש הלזה פשיטא שכל שאומר דרך מסל"ת פלוני הוא דשפיר מהימן שהכירו שהוא פלוני... משא"כ בזה דנראה בעליל שהוא מוטל מת ורק שהגוי מגלה שזה הנמצא הוא פלוני שפיר מהני".

¹³ בשו"ת עזרת כהן (שם) תמך סברא זו מדברי המבי"ט וז"ל:

"נראה שמדמה לה להקולא של דחזיתנהו בכיא, שהוציא מזה שמאחר שיש איזה התחלה כשרה די להמשיך את העדות גם בלא מסיח לפ"ת, ומזה דן דה"ה אם יש לנו התחלה של עדות זו ממקום אחר, הוי ג"כ כמו התחלה של מסלפ"ת, וע"כ דן בני"ד שהתחלה שיודעים מהטביעה, שלא ע"פ הגוי, הוי כמו שהתחיל הגוי לומר במסיח לפ"ת, וע"כ מהני אח"כ ברור הפרטים גם כשאינו מסיח לפ"ת. ואם ניסד את דברינו ע"פ סברא זו יש לומר שהענין שלנו אינו דומה להא דהמבי"ט, משום ששם היתה ידיעת הטביעה קודמת לעדות הגוי, וא"כ הוי התחלת עדות בכשרות, שמועיל ההמשך והסוף גם בלא מסלפ"ת" וא"כ גם בנד"ד שהגוף מת לפנינו והם הביאוהו הוי כהתחלה בכשרות. ודו"ק.

¹⁴ ברמב"ם חליצה ויבום ד, לא "ואפילו אשה או עבד או קטן שהוא מכיר ונבון נאמנין לומר זה הוא פלוני אחי פלוני וזו היא יבמתו וחולצין על פיהן מה שאין כן בשאר עדיות של תורה בין לעדות ממון בין לעדות איסור, שזה דבר העשוי להגלות הוא ואפשר לידע אמתת הדבר שלא מפיחן כענין שבארנו בסוף הלכות גירושין" ואפשר להבין מדברי הרמב"ם שכל אלו המופקעים מדין עדות נאמנים להעיד בהכרה כיון שתוכן האמירה זהו פלוני אינו עדות. ואם כן נמצא לומר שכל מה שהצריכו חכמים מסל"ת בגוי היינו היכא דבישראל היינו צריכים לעדות וקבלת עדות משא"כ בזיהוי דמוכח מהרמב"ם שאין זה מגדרי עדות וקבלת עדות כלל ואף פחות מעדות איסורים. ובחוו"ד יו"ד צח ביאר דברי הטי"ז (בישוב הקושיה איך מאמינים לגוי בטעימת תערובות באיסורים) דהא דאמרין דאין גוי נאמן "היינו דווקא במידי דעדות דווקא" והסביר דהיינו דווקא במידי דבעי ב"ד וקבלת עדות בפני ב"ד וגם בעדות אשה בעינן ב"ד אלא דמקלינן משום עיגונא ולכך נאמן רק במסל"ת, אבל במידי דל"ב ב"ד וזהו כוונת הטי"ז דלא אתי לאפוקי רק מידי דבעי עדות דוקא דהיינו שיהיה שם עדות עליו דבעינן שיעיד בב"ד עכ"ד. וע"פ הרמב"ם הנ"ל שזיהוי הוא לא מילתא דעדות וקיל אף מעדות איסורים נמצא לומר דבנד"ד נאמן הגוי אף בלי מסל"ת ועכ"פ בצירוף כל הנ"ל דהיינו להקל בדיני מסל"ת ע"פ הגדולים הנ"ל - כ"ז הצעה כתלמיד הדין בקרקע.

ח. סיכום

בענין הנהלה המקובל "זיהוי בהיכרות אישית" בתא"ח עוררנו שאלה בנוגע להליך הנפוץ והוא קבלת עדות על זיהוי החלל מפי המביאים, דפעמים שהמביאים נאמנים במסל"ת ובעצם הביאה לב"ד ישנה כוונת עדות ע"פ הנמו"י והב"ש.

כמו כן יש לדון על אופן הצגת השאלות וחשיבות העדות במקרה של חשש גוי על מנת שלא להוציאו ממסל"ת.

ביאה לב"ד בתא"ח - יש להסתפק אם נחשב כוונה להעיד בעצם המציאות בב"ד הוא דווקא בב"ד קבוע שהרי פשוט שבאמר לשלושה יהודים בשוק לא נחשב כמעיד, ואפשר שהמקום גורם.

או שעצם מציאות תא"ח לקבלת עדויות חללים, חשיב כב"ד לענין זה. והעלינו שקבלת עדות בעמידה בב"ד שאינו קבוע לא נחשב קבלת עדות בשום אופן.

ולפי"ז יש להציע שיעמדו בשעת התשאול כשיש חשש.

לגבי צורך ב'קישור דברים' נחלקו הראשונים ובעלי השו"ע, בנו"כ ובתשובות נראית נטיה להקל, אמנם אפשר שיצירת קישור דברים על ידי שאלה מועיל אף לשיטות המחמירים.

בנוגע לאופן תשאול המביאים - שאלה במסל"ת העלינו צדדים שונים.

ואפשר שיש לתדרך את הצוות שיאפשרו למביאים לדבר קודם הצגת השאלות כדי שתהיה התחלה במסל"ת.

ובכל אופן אפשר שעצם הבאתם את המת ברגליהם הרי אין לך תחילה בכשרות יותר מזה.

עוד יש מקום לדון בחסרון נאמנות באמירת גוי לגבי זיהוי אדם כפלוני, אף אם אינו מסל"ת (וכן להקל בבא לב"ד) שכל המעשים בגמרא הם עדות על פלוני שמת ואין כל גוף או הרוג לפנינו ואולי לכך צריך עדות אבל בזיהוי בעלמא אולי יש מקום לומר שאין צריך עדות ובגוי לא בעינן מסל"ת.

הרב אריה ויזל

כסות בכלל מזונות

ראשי הפרקים

- א. פתיחה
- ב. איני ניזונית ואיני עושה
- ג. הגיע זמן ולא נישאו
- ד. משכון כסות אשה
- ה. צמצמה מכסותה
- ו. מורדת
- ז. הערת הרוגאצ'ובר

א. פתיחה

אומרת התורה (שמות כא, י) "אם אחרת יקח לו שארה כסותה וענתה לא יגרע".

בגמרא (כתובות מז, ב) מובא שישנם ג' חיובים של בעל לאשתו: מזונות, כסות ועונה. ומבואר (שם) שיש הסוברים ששלושת חיובים אלו הם מהתורה, ומאידך יש הסוברים שחיוב מזונות הוא מדרבנן. הבי"ש (סט, א) סיכם את הכרעת הראשונים בעניין זה. הרמב"ם (אישות יב, ב) פסק ששלושת חיובים אלו הם מהתורה. הרא"ש (שם פ"ג סימן ו) סובר שבעונה וכסות חייב מהתורה, אך במזונות חייב רק מדרבנן. הרמב"ן (שמות כא, ט) והר"ן (כתובות יז, א דפי הרי"ף) סוברים שרק בעונה חייב מהתורה ואילו מזונות וכסות חייב מדרבנן.

ואלו דברי הר"ן (יז, א מדפי הרי"ף ד"ה ובגמ' איכא):

וכיון דלכולהו תנאי דבגמרא ס"ל דכסותה כמשמעה היה נראה לומר דכסותה מדאורייתא, אלא כיון ששנינו במשנתנו חייב במזונותיה ולא הזכיר כסות כלל נראה שהכסות בכלל מזונות ועלה דמתניתין תנן בברייתא תקנו מזונות תחת מעשה ידה [דמשמע] שהכסות ג"כ אינו אלא מן התקנה.

מכך שחיוב כסות לא הוזכר במשנה לומד הר"ן שחיוב זה כלול ב"מזונות", ומתוך כך ממשיך הר"ן (שם) ואומר: "וכיון דסוגיין דעלמא דמזונות דרבנן כדאיתא פ' אע"פ [דף נח ב] קסבר כי תקינו רבנן מזוני עיקר משמע שאף הכסות אינו אלא מדבריהם".

כיוצא בזה הרמב"ם (אישות יג,ו) והשו"ע (אהע"ז עג ו-ז) פסקו: "ולא האשה בלבד אלא בניו ובנותיו הקטנים בני שש או פחות חייב ליתן להם כסות המספקת להם וכלי תשמיש ומדור לשכון בו, ואינו נותן להם לפי עשרו אלא כפי צרכן בלבד. זה הכלל כל מי שיש לו עליו מזונות בין בחייו בין אחר מותו יש לו כסות וכלי בית ומדור, וכל שבית דין מוכרין למזונותיו כך מוכרין לכסותו וכלי ביתו ומדורו".

וכתב ה"ה (שם): "וזה פשוט שהפרנסה והכסות הרי הן כמזונות וכן הזכירו בגמרא בהרבה מקומות פרנסה בכלל מזונות".

מבואר איפה ש"כסות בכלל מזונות" וישנה התאמה בין שני חיובים אלו.

ניתן לבאר זאת בב' אופנים: א. חיוב מזונות וכסות הוא בעיקרו חיוב אחד – חובת הבעל לדאוג לצרכי אשתו, ועל כן ישנה התאמה ביניהם.¹ ב. באמת הם ב' חיובים שונים אך עדיין ישנה התאמה ביניהם.²

במאמר זה נברר עד כמה הקביעה 'כסות בכלל מזונות' רחבה וכיצד היא מגיעה לידי ביטוי בהלכות כתובות. כמו כן נברר האם הנחה זו מוסכמת לכולי עלמא או שהיא תלויה במחלוקת הראשונים הנ"ל ביחס לחיובי מזונות וכסות מהתורה או מדרבנן.

ב. איני ניזונת ואיני עושה

מבואר בגמרא (כתובות נח,ב) שאישה יכולה לומר איני ניזונת ומתוך כך אין מעשה ידיה לבעלה. דין זה נפסק בשו"ע (אהע"ז סט,ד).

הר"ן (כג,ב מדפי הרי"ף ד"ה דקסבר) כתב, וכן פסק הרמ"א (אהע"ז שם), שכאשר האישה אומרת איני ניזונת ואיני עושה, בעלה פטור מלספק לה גם

¹ אפשר שהסבר זה יותר תואם להגדרה: "כסות בכלל מזונות", שאותה ייסד הר"ן.

² אפשר שהסבר זה תואם ללשון ה"ה: "שהפרנסה והכסות הרי הן כמזונות", היינו שאינם כוללים בחיוב מזונות אלא שדומים וזהים לו.

כסות ולא רק מזונות משום 'דכסות בכלל מזונות'. נראה שדברים אלו מבוססים על דברי הר"ן שהבאנו לעיל.

הב"ש (שם, א) למד שהסיבה שפטור גם מכסות היא דוקא לשיטתו, שסובר ששני חיובים אלו מדרבנן ועל כן פטור גם מכסות, אך לשיטת הרמב"ם הסובר שכל החיובים הם מהתורה, וכן לשיטת הרא"ש שחיוב מזונות מדרבנן וכסות מהתורה, אי אפשר לומר שכאשר האישה אומרת איני ניזונת זה כולל גם כסות, ועל כן תמה על הרמ"א מדוע פוסק את דברי הר"ן שבעלה פטור מכסות שהרי זה דוקא לר"ן ולא לשאר הראשונים?

במהדורה קמא, שלא כבמהדורא בתרא, כתב הב"ש (שם, א) בפשיטות שהפטור מכסות תואם גם את שיטת הרמב"ם, שאף שהוא סובר ששניהם מהתורה, מכל מקום חיוב כסות כלול בחיוב מזונות.

ומוסיף: "וצ"ל הואיל ומצינו בכמה מקומות דכסות בכלל מזונות כמ"ש בסימן עג, משו"ה באשה נמי אף על גב דכסות דאורייתא, מ"מ כל שמחלה מזונות סתם אמרינן דבלשון בני אדם כסות בכלל, ומחלה הכל"י.

נראה שכוונתו לתרץ שדברי הרמ"א תואמים גם את שיטת הרא"ש משום שלגבי דין חיוב מזונות לבנים (יובא לקמן) מצינו שישנה התאמה בין כסות למזונות, ומתוך כך לשון בני האדם כוללת גם כסות, וממילא מובן שגם לשיטת הרא"ש האישה מחלה גם על חיוב כסות. אפשר שלכך התכוון הב"ש במהדורא בתרא "ויש ליישב קצת".

מבואר שלשיטת הרא"ש לשאר דינים שאינם תלויים בלשון בני האדם אין מקום לקביעת הר"ן שיכסות בכלל מזונות ויש הבדל בין שני חיובים אלו לדינא. גם לכאורה מדוקדק שבמהדורה בתרא, הב"ש לא מקבל את דבריו במהדורה קמא, שהרמב"ם מודה לכלל של 'כסות בכלל מזונות', אלא סובר שדין זה נכון רק לר"ן משום שהרי הב"ש כותב שדברי הרמ"א: "לא אתיא אלא כהר"ן", ומשמע רק לר"ן ולא לרמב"ם.

נמצא שלדעת הב"ש קביעת הר"ן 'כסות בכלל מזונות' נכונה דוקא לשיטת הר"ן ולא לשאר שיטות הראשונים.

גם הנתיבות משפט (דף קנג טור ב ד"ה ומ"ש תקנו) כתב כב"ש וז"ל:

ואני מסתפק בזה דשמה ע"כ לא כתבו הריטב"א והר"ן כן דאף הכסות בכלל אלא לפי דעתם דס"ל דכסות בכלל מזונות הוא וכמ"ש

הר"ן בפרק נערה... אבל לפי דברי הרמב"ם וסייעתו דסבירא להו דשארה הם מזונות וכסותה כמשמעו ותרתי מילי נינהו שמא כשתיקנו מעשה ידיה תחת מזונות בלבד תיקנו ולא תחת כסות גם כן דתרתי מילי נינהו ואם כן כשאמרה ניזונת עדיין חייב בכסות ואף לפי דעת הרב המגיד דסבירא ליה דמזונות הם דרבנן וכסות דאורייתא יש להסתפק בזה דשמא כי תקנו מעשה ידיה כנגד תקנתם במזונות תקנו לא כנגד הכסות שהוא חייב בו מדאורייתא ואם כן אע"פ שאמרה איני ניזונת עדיין חייב בכסות.

והנה הלבוש (שם, ד) ביאר את דין הרמ"א הנ"ל שכל שאינה ניזונת אינה לה גם כן כסות "דבלישנא בני אדם כסות בכלל פרנסת מזונות הן". ולכאורה מדוקדק בדבריו שבאמת אין הלכה כזו "כסות בכלל מזונות" אלא דוקא משום שבלשון בני האדם כשאומרים "מזונות" מתכוונים גם לכסות ממילא פטורה גם מכסות. לפי זה נראה לכאורה שדוקא בנידונים של לשון בני האדם וכגון 'איני ניזונת ואיני עושה' ישנה התאמה בין כסות למזונות אך בנידונים אחרים יתכן שיהיה הבדל בין חיוב כסות למזונות.

הב"ש מקשר את הנידון של 'כסות בכלל מזונות' לנידון נוסף של 'איני ניזונת ואיני עושה'. הראשונים נחלקו (ראה ב"י סו"ס פ) האם אישה שאמרה איני ניזונת ואיני עושה יכולה לחזור בה לאחר מכן ולומר אני ניזונת ועושה. הר"ן (שם) מביא בשם הרא"ה שהסיבה שאינה יכולה לחזור בה היא "שאינו הדין שיהא הרשות בידה לשנות הדבר כל פעם כמו שתראה, שא"כ כשלא תמצא מלאכה תרצה להיות נזונת וכשתמצא תאמר איני נזונת ולקתה מדין הדין". לעומת זאת סובר רבינו ירוחם (מישרים נתיב כ"ג חלק ה) שיכולה לחזור בה וביארו הב"ש (שם, ג): "כיון דקי"ל מזוני עיקר, בדין הוא שתהיה ידה על העליונה, דהא יש חוק קצוב בכל שבוע כמה היא עושה, מ"ה הברירה בידה לומר בשבוע זו אני אעשה לעצמי ובשבוע אחרת תאמר תן לי מזונות ואני מוכן לעשות חוק הקצוב".

הרמ"א (שם) הביא מחלוקת זו.

והוסיף הב"ש (שם):

ולכאורה נראה דפלוגתא זו תליא בפלוגתא אם כסות גם כן תחת מ"י והר"ן אזל לשיטתו דס"ל כסות ג"כ תחת מ"י מ"ה ס"ל דא"י לומר בשבוע זו איני ניזונת ובשבוע אחרת ניזונת ור"י ס"ל כשיטתו הרא"ש דאין כסות בכלל מזונות דאי כסות בכלל מזונות א"כ תקנו

חז"ל היה כל מ"י של כל ימי חייה תחת מזונו' וכסו' דהא כסות הוא דבר שאין מתחלק ע"כ שבוע וא"כ איך י"ל זמן קצוב אני אעשה לעצמי ובזמן אחר תאמר אני עושה ואוכל ואיך תעשה עם הכסות.

הב"ש תולה את מחלוקת הראשונים האם האישה יכולה לחזור בה מ'איני ניזונת ואיני עושה' בנידון של 'כסות בכלל מזונות'. הר"ן שסובר שאינה יכולה לחזור הוא לשיטתו ש'כסות בכלל מזונות', ועל כן אינה יכולה לחזור משום שכסות אי אפשר לחלק לשבוע, ואם חיוב כסות אינו יכול להתחלק אז ה"ה ביחס למזונות. אמנם רבינו ירוחם סובר כרא"ש שכסות אינה בכלל מזונות, ועל כן לא אכפת לו שאי אפשר לחלק את חיוב כסות לשבוע שהרי האישה לא הסתלקה מחיוב זה, אלא רק ממזונות ואותו אפשר לחלק לשבוע. אמנם רבים מהפוסקים חלקו על המהלכים הנ"ל של הב"ש והנתיבות משפט.

הבית יעקב (אהע"ז שם סעיף ב ד"ה עוד), ההפלאה (אהע"ז שם סק"א), הבני אהובה (אישות ב, יב) והחזו"א (אהע"ז עא, ח) סוברים שדברי הרמ"א שאישה האומרת איני ניזונת ואיני עושה בעלה פטור גם מכסות, אמורים לכו"ע ולא רק לר"ן אלא גם לדברי הרמב"ם והרא"ש משום שגם הם מודים ש'כסות בכלל מזונות' ושתיקנו חיוב מעשי ידיה כנגד שני חיובים אלו.³

גם על המהלך השני של הב"ש לתלות את מחלוקת הראשונים האם יכולה לחזור בה מאיני ניזונת ואיני עושה במחלוקת של 'כסות בכלל מזונות', חלקו הבית יעקב (שם סעיף ד), ההפלאה (שם סק"ב, חידושים מז, ב ד"ה בא"ד שאם), והחזו"א (שם ד"ה ס"ק סק"ג) שהרי לשיטתם כולי עלמא מודים

³ על דברי החזו"א העיר הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג [במכתב - נדפס בספר דרך אמונה (ביבאס) ח"א עמוד 119]: "ולעני"ד קשה א"כ למה אמרו בגמ' תקנו מזונות תחת מעש"י או מעש"י תחת מזונות ולא הזכירו כסות בשלמא למ"ד שמזונות וכסות שניהם דרבנן וכן למ"ד שניהם מהתורה נקט מזונות וה"ה כסות, שלמ"ד שניהם דרבנן אין כסות תקנה בפני עצמו אלא לא היתה אלא תקנה אחת, וכן למ"ד שניהם מהתורה נקט חיוב אחד וה"ה השני שאין שום סברא שרק תקנו נגד מזונות ולא נגד כסות, אבל למ"ד מזונות דרבנן וכסות מהתורה בוודאי אין קשר בין מזונות לכסות ואם תקנו מעש"י נגד תקנת מזונות מהיכי תיתי לומר שגם נגד כסות תקנו כן נראה לענ"ד. עכ"פ הדבר מסופק זולת אם יטען קים לי שאני פטור גם מהכסות, אכן אם הבעל נתן לה כבר הכסות האשה יכולה לומר איני ניזונת ואיני נותן מעש"י ואי אפשר להוציא מידה". על הערה דומה לזו חזר הגרז"ן גם במאמר אחר (שורת הדין ח עמ' רצה).

שכסות בכלל מזונות ואם כן אי אפשר לתלות את מחלוקת הראשונים בנידון של 'כסות בכלל מזונות'.⁴

נמצא איפה שהפוסקים נחלקו האם דברי הר"ן ש'כסות בכלל מזונות' נתונים במחלוקת. לדעת הב"ש והנתיבות משפט כלל זה נכון רק לר"ן, ובמהדורה קמא משמע שגם לרמב"ם, אך לדעת שאר הפוסקים כולי עלמא עם העקרון של 'כסות בכלל מזונות'.

ג. הגיע זמן ולא נשאו

במשנה (נח,א) מבואר שכאשר הגיע זמן ולא נשאו הבעל חייב במזונות ארוסתו. דין זה נפסק בשו"ע (אהע"ז נו,ג). ולדרכנו יש לדון האם הבעל חייב גם בכסות.

נראה שאם חייב בכסות ניתן להסביר זאת בשתי דרכים :

- א. חייב בכסות משום ש'כסות בכלל מזונות'. לדרך זו חייב דוקא בכסות אך לא בשאר חיובי הבעל לאישה, משום שדין זה של הגעת זמן הוא חידוש ומכיוון שאין מקור לחייב אותו בשאר החיובים נראה שחייב רק במזונות.
- ב. האחרונים חקרו⁵ האם חיוב מזונות בהגיע זמן ולא נשאו הוא משום קנס שקנסו אותו על כך שעדיין לא כנס את ארוסתו או משום שחז"ל הגדירו כאילו הם נשואים ועל כן ממילא מתחייב בחיובים אלו לארוסה כדין נשואה. לצד שהוי כאילו הם נשואים נראה שחייב בכל חיובי הנישואין לאשתו וממילא גם בכסות, ואין זה משום ש'כסות בכלל מזונות'.

⁴ ההפלאה גם לא הסכים עם עיקר דברי הב"ש שאי אפשר לחזור מכסות משום שהוא דבר שאי אפשר לחלקו, שהרי לקמן (סימן עג) מבואר שנותן לה בגדים לשנה וא"כ יכולה לחזור בשנה האחרת ועוד הוסיף "דלפי דבריו עכ"פ בפעם ראשונה שאומרת איני ניזונת ואיני עושה והלבישה עצמה משל עצמה, יכולה אח"כ לחזור ולמכור בגדיה שלה ע"כ דזה אינו כלל".

⁵ ראה באור שמה (אישות י,יט) שתלה בחקירה זו את הנידון (ראה אוצר הפוסקים ס"ק יד אות ב באריכות) האם בהגיע זמן ולא נשאו מעשי ידי הארוסה לבעלה שהרי חייב במזונותיה שעשאוה כנשואה או שאין מעשי ידי הארוסה לבעלה משום שרק קנסו אותו אך לא קבעו פה מעין מעמד של נישואין.

הריטב"א (כתובות נז, ב ד"ה אוכלת) כתב: "פירוש שחייב במזונותיה, וה"ה בכסותה ופרנסתה כאלו נכנסה לחופה והוא ג"כ זוכה במציאתה ובמעשה ידיה".

מלשון הריטב"א 'כאלו נכנסה לחופה', וכן מכך שהריטב"א אומר שהבעל זוכה גם במציאתה ובמעשי ידיה, משמע שהריטב"א למד כאפשרות השנייה שכאלו הם נשואים וממילא גם חיוב כסות בכלל כפי שכתב זאת בפירוש.

אמנם הרא"ה (שם נח, ב ד"ה אשתכח) לאחר שכתב שהאומרת איני ניזונת ואיני עושה פטורה גם מכסות משום שיכסות בכלל מזונות, הוסיף: "וארוסה הניזונת כגון שהגיע זמן, בוודאי חייב בכסותה וצריך תלמוד". מבואר שבהגיע הזמן חייב בכסות משום שיכסות בכלל מזונות ולא משום שבהגיע זמן נחשבים כנשואים והיינו כאפשרות הראשונה.⁶

אמנם יש לעיין מדוע סיים הרא"ה: "וצריך תלמוד", הרי הוא כבר קבע ביחס לאיני ניזונת ואיני עושה שיכסות בכלל מזונות, ומדוע בהגיע הזמן הוא קצת מסתפק?

הוצעו לעיל שני אופנים בהגדרת 'כסות בכלל מזונות': א. חיוב מזונות וכסות ביסודו הוא חיוב אחד – חובת הבעל לדאוג לצרכי אשתו, ומתוך כך ישנה התאמה ביניהם. ב. באמת הם ב' חיובים שונים אך עדיין ישנה התאמה ביניהם.

בפשיטות נראה שלביאור הראשון שמזונות וכסות הם בעיקרם חיוב אחד לא מסתבר שחז"ל פרקו חיוב זה, וקנסו אותו רק במזונות ולא בכסות. לאור זאת ניתן לבאר את הסתפקות הרא"ה בשתי דרכים שונים אך דומים:

א. הרא"ה למד כביאור השני שאף שיכסות בכלל מזונות אין הכוונה שהם חיוב אחד לדאוג לצרכי האישה, אלא שהם חיובים שונים ומכל מקום דינם שווה, ועל כן דוקא ביחס לאיני ניזונת ואיני עושה, פשוט לרא"ה שגם כסות בכלל, שהרי מעשי ידיה תוקנו כנגד שניהם וכאשר האישה מפרקת את כל מערכת החיוביים ההדדיים, היא מסתלקת מהכל גם מהכסות ולא רק מהמזונות, אך ביחס להגיע

⁶ ואכן האור שמח (שם) הביא מהשטמ"ק (קז, ב) בשם הרא"ה שאינו זוכה במעשי ידי הארוסה אע"פ שחייב במזונותיה, ולמבואר בהערה הקודמת נמצא שהרא"ה סובר שחיוב מזונות בהגיע זמן הוא רק קנס ועל כן אינו זוכה במעשיה ידיה, ונמצא שהדברים תואמים כפי שציין הרב ז'ולטי בקובץ בית התלמוד ג'.

הזמן יתכן שיש לחשבן כל חיוב בנפרד, שהרי בנידון זה אין עוסקים בחיובים ההדדיים של הבעל לאישה, היינו מזונות וכסות כנגד מעשי ידיה, אלא עוסקים דוקא בחובות של הבעל לאישה, ועל כן בהגיע הזמן יתכן שחז"ל קנסו וחייבו את הבעל רק בחיוב אחד ולא בחיוב נוסף. מאידך גיסא ייתכן שקנסו אותו בשניהם. נמצא שהרא"ה הסתפק לפי הביאור השני, האם יקנסו אותו בחיוב נוסף או רק בחיוב של מזונות.

ב. שורש הספק של הרא"ה הוא בשאלה הנ"ל האם חיובי מזונות וכסות הם בעיקרם חיוב אחד ועל כן בהגיע הזמן חייב גם בכסות או שהם ב' חיובים שונים ורק ביחס לאיני נזונת ואיני עושה ישנה התאמה ביניהם משום ששם אנו דנים בחיובים אלו ביחס למעשי ידיה לבעל כנ"ל.

אכן לא מצאתי דעות הסוברות שבהגיע זמן יש פטור מפורש מכסות, אמנם ברמב"ם (אישות י, ט), בשו"ע (שם) ובשאר הפוסקים לא מובא כלל שה"ה בכסות, וייתכן שחייב רק במזונות ולא בכסות, וכמובן שלפי הבי"ש ונתיבות משפט שהרא"ש והרמב"ם חלקו על הכלל של 'כסות בכלל מזונות' ניתן להבין זאת היטב.

ד. משכון כסות אישה

הרשב"א בתשובה (ח"ד סי' ריד הובא בב"י סימן צ) כתב שבעל יכול למשכן כסות אשתו שהרי "שלו הם אלא שיחדם לה". כן פסקו השו"ע (אהע"ז עג, ט) והש"ך (חו"מ עב, כו). מכאן הרב יוסף כהן (דברי יוסף עמ' רמז) הסיק: "שאין חיוב הבעל בנתינת כסות לאשה מקנה לה זכויות בבגדים שעשה לה – לענין שיהא שלה ושלא יוכל למשכנם – וכל הזכויות שיש בבגדים אלו הוא רק שיכולה להתלבש בהם, והם נשארים קנינו של הבעל אלא שיחדם לאשתו להתלבש בהם".

והוסיף הר"י כהן:

ובלימוד הישיבה העירו דלמה לא נשואה כסות למזונות גם לענין זה כמ"ש בשו"ע סימן עג ס"ז: זה הכלל כל מי שיש לו עליו מזונות בין בחייו בין אחר מותו יש לו כסות וכלי בית ומדור.

לפני כן (שם עמ' רלז) הגדיר הר"י כהן את גדר הבעלות של האישה במזונות. כאשר הבעל נותן את המזונות לאשה, מסלק הבעל רשותו מהם ולאשה יש

זכות להוציא כל מה שנתן לה הבעל למזונותיה, ואף לתת אותם לאחרים, ומכל מקום המזונות אינם בבעלותה אלא רק זכות ממונית להוציאם, ונמצא שהו"ח כהפקר שמבעלותו של הבעל נסתלקו ועדיין לא נכנסו לבעלות האישה, וע"ש מה שביאר באריכות לאור הגדרה זו.

לאור דבריו שהמזונות אינם בבעלות שניהם אלא שרק ניתנה לה הרשות לכלותם, מבאר (שם עמ' רמח) הר"י כהן:

לענין זה שכתב הרשב"א שהכסות שנותן הבעל לאשתו שלו הם אלא שיחדם כדי להתלבש בהם, אין ללמוד דין כסות ממזונות, דשאני מזונות שהוא נותן לה לאכילה ולכלותם ולכן בנתינים לאישה סילק בעלותו מהם ואינם שלו, משא"כ בכסות שאינו נותן לה לכלותם אלא להתלבש בהם לא סילק את בעלותו מהם, ונשארים קנינו של הבעל אלא שיחדם לאשתו להתלבש בהם.

הר"י כהן מחלק בין חיוב מזונות לחיוב כסות. המזונות אינם של שניהם ורק ניתנה לה רשות לכלותם כנ"ל אך הכסות הם של הבעל ולא סילק את בעלותו מהם. נמצא שהר"י נוקט שאף שישנה התאמה מסוימת בין חיוב מזונות לחיוב כסות, מכל מקום יש הבדל מהותי בגדר הזכות הממונית של האישה בהם וממילא אפשר שיוצר הבדל בין שני חיובים אלו לעניינים מסוימים. אם כן הר"י כהן למד ש"כסות בכלל מזונות", שלפי ה"ה הוא המקור להלכה "כל מי שיש לו עליו מזונות בין בחייו בין אחר מותו יש לו כסות", אין הכוונה שחיובי כסות ומזונות הם בעיקרם חיוב אחד, אלא הם חיובים שונים שיכולה להיות ביניהם התאמה לעניין דינים מסוימים.⁷ עיקרון זה בא לידי ביטוי בנידון נוסף שהר"י כהן מעלה.

אמנם הר"י כהן מביא דרך נוספת בהגדרת בעלות האישה בכסות. אף שכאמור פשט השו"ע הוא שבעל יכול למשכן את כסות אשתו, הר"י כהן מעיר שהשו"ע סותר עצמו, שהרי בחו"מ (צז, כה) פסק השו"ע שאין הבעל חוב גובה מכסות אשתו של הלווה. כעין זה הקשה הבית יעקב (אבה"ז צ, טו) שכיצד השו"ע פסק (שם) שבעל שמכר בגדי אשתו המכירה קיימת והרי בחו"מ (שם) פסק שבעל חוב אינו גובה מכסות אשתו. מסקנת הבית יעקב היא שגם לדעת הרשב"א אין המכירה קיימת אלא בנותן לה בגדים כיוצא

⁷ הערת עורך: הר"י כהן כתב להדיא שמהות המזונות לכילוי משא"כ כסות, אין א"כ הכרח להעמיס בדבריו חילוק נוסף.

באלו או ביפיים מכך, כמבואר בחו"מ (שיב, יז) בהשכיר לו בית סתם דכאשר לא נפל הבית אינו יכול לשנות לבית קטן ממנו, אבל לכיוצא בו או ליפה ממנו יכול לשנות אפילו לא נפל.

מדבריו למד הר"י (שם עמ' רמט) "שיש לאשה זכויות בבגדים שעשה לה בעלה כאותן הזכויות שיש לשוכר ולכל הפנים כמשכיר לו בית סתם". נמצא שאכן ישנו כיוון מסוים שלאשה אכן יש זכות ממונית בנכסים, כשוכר, ולדרך זו ישנה יותר התאמה בין מזונות לכסות.

ה. צמצמה מכסותה

בספרו דברי יוסף (סימן עג סק"ט) מאריך הר"י כהן לדון האם דין אישה שצמצמה מכסותה זהה לדין אישה שצמצמה ממזונותיה. עיקר נידונו הוא ביחס לדברי הפוסקים במותר שנבע מכך שהאישה קמצה מעיסתה. התשובה מאהבה (ח"א סי' עח וסי' פ) פסק שדוקא אם נשאר ממה שבית דין פסקו מחמת שאינה רעבתנית או מחמת שהוזלו המזונות - מותר מזונות לבעל, אך אם קימצה מעיסתה - מותר המזונות לאישה. הוא כתב שכך משמע בתוספות (נזיר כד, ב ד"ה שקימצה) בשם הר"מ, בר"ן (כתובות כח, א מדפי הר"י) וברש"י (כתובות סה, ב ד"ה מותר). הוא אכן הודה שיש ראשונים שמשמע שלא קיבלו חילוק זה, אך הוא הכריע לא כמותם. הבית מאיר (שם) והבית יעקב (שם) נקטו גם כן כתשובה מאהבה, אמנם לא בתורת ודאי אלא משום שהאישה מוחזקת, ויכולה לטעון קים לי כשיטת הראשונים הסוברים שבקימצה מעיסתה המותר שלה.⁸ הר"י כהן העלה לדון כעין זה בכסות, במקרה שדחקה עצמה ולא השתמשה בבגדים, ונשאר במצב טוב שלא נשחקו עדיין וא"צ לקנות חדשים, או במקרה שהבעל נתן לה כסף לקנות בגדים חדשים והיא קנתה משומשים שלכאורה הי"ה שהמותר יהיה לאישה.

לאור הכלל 'כל מי שיש לו עליו מזונות יש לו כסות' המבוסס על 'כסות בכלל מזונות', הר"י כהן חשב בתחילה להשוות בין חיוב כסות למזונות, אמנם למעשה הוא כתב שיש לחלק ביניהם. במזונות כאמור כאשר קימצה מעיסתה והרעיבה עצמה רבים פסקו שהמותר לאישה, אמנם בכסות יש לומר שזה תלוי בשאלה האם הכסות שהבעל נותן לאשתו נעשה שלה או שהיא שלו אלא שיחדם לה. שאם נאמר שהכסות שהבעל נותן לה שלו היא אלא שיחדה לה כדי להתלבש כלשון הרשב"א לעיל, פשוט שאין ללמוד דין

⁸ ראה על כך באריכות באוצר הפוסקים (שם ס"ק יד אות א).

כסות מדין מזונות לעניין צמצמה, דשאני מזונות שהוא נותן לה לאכילה והיא מקבלת זכות לכלותם, לכן בנתינתם לאישה יצאו מבעלותו ויש לאשה בהם זכייה ממונית, וכיון שזכתה בהם המותר הוא שלה. מה שאין כן בכסות שמעיקרא לא נתן לה שהיא שלה, ואין לה זכייה ממונית בהם, אלא להשתמש בשלו, בודאי שהמותר הוא שלו ורק אם נאמר שגם כסות שנתן לה הבעל שלה, אז יש להשוות כסות למזונות גם לעניין צמצמה.

אמנם לפי מה שהבאנו לעיל דרך נוספת, שגם מי שלמד שיש לאשה בעלות בכסות, אין הכוונה שהכסות שלה אלא שיש לה זכות ממונית כשוכר, דן הר"י כהן שאפשר שגם שיש לה זכות ממונית מסוימת מכל מקום בצמצמה המותר יהיה של הבעל, וראה שם מה שהאריך בזה.

גם הגר"ן תלה (הישר והטוב טו עמ' רט) את הנידון של אישה צמצמה מכסותה והותירה בנידון האם האישה קנתה את הכסות או שהיא של הבעל.⁹

נמצא שעיקר הנידון בצמצמה בכסות הוא כיצד להגדיר את אופי הבעלות של האישה בכסות, ואם כן מבואר שאף שכאמור ישנה התאמה מסוימת בין מזונות לכסות ו'כסות בכלל מזונות', ביחס לצמצמה אפשר שיש לחלק בין שני חיובים אלו, ואין הכרח לדמות בין דין צמצמה במזונות לדין צמצמה בכסות, שהרי יש לדון בכל חיוב לגופו באופי הבעלות המשפטית שיש לאישה בהם.

ו. מורדת

בגמרא (כתובות סד, א) מבואר שאישה המורדת על בעלה - "משהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא ובהנך תריסר ירחי שתא לית לה מזוני מבעלי". לרוב הראשונים מדובר כאן על מורדת האומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה" ולא במורדת האומרת "מאיס עלי" וכן פסק השו"ע (עז, ב).

יש לדון מה דין הכסות כאשר אישה מורדת על בעלה, האם הבעל חייב בכסות אשתו? באופן פשוט יש לומר שלפי הכלל של 'כסות בכלל מזונות',

⁹ אמנם לדבריו שם אכן יש התאמה בין מזונות לכסות שבשניהם הוא נוקט שהאישה אכן היא בעלים בהם, אמנם הוא דן בכל חיוב בנפרד ולאחר שהוא הכריע שהמזונות הם בבעלותה של האישה הוא לא ראה הכרח לטעון שגם בכסות כך משום שכסות בכלל מזונות אלא דן בחיוב כסות בפני עצמו.

כיון שהבעל פטור ממזונות אשתו המורדת הוא הדין שהבעל פטור מהכסות, וכן נקט בפתחי חושן (ירושא ואישות פ"ט הערה קלג).

כעין זה בפסקי דין (ח עמ' 30) דנו באישה שעזבה את בית בעלה אשר אינה בגדר מורדת אשר לפי פסק הרמ"א (אהע"ז ע,יב) שאין הבעל חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו, דנו בית הדין האם הוא הדין ביחס לחיוב כסות? הם ניסחו שאלה זו כעין דברינו לעיל: "עצם חיוב הכסות מהו, אם זה קשור לחיוב מזונות, או שחיובו בפני עצמו, ויתכן שיהיה חייב בכסות גם כשאינו חייב במזונות".

לפי פסק הרמ"א שאישה האומרת איני ניזונת ואיני עושה פטורה גם מכסות, ובפרט לפי דברי הבית יעקב וההפלאה שביארו שדין זה אינו תלוי במחלוקת ראשונים וכולי עלמא מסכימים בזה, נקט בית הדין שהבעל פטור מחיוב כסות.¹⁰

ז. הערת הרוגאצ'ובר

בראשית דברינו הבאנו את לשון ה"ה: "וזה פשוט שהפרנסה והכסות הרי הן כמזונות וכן הזכירו בגמרא בהרבה מקומות פרנסה בכלל מזונות".

מדברי הרוגאצ'ובר (צפנת פענח שם) משתמע שהוא בא להשיג על דברי ה"ה, שאדרבה במספר מקומות משמע שכסות אינה בכלל מזונות.

בכתובות (סח,א) מביאה הגמרא את דברי שמואל שכדי לחשב את הנדוניה של בת יתומה שמין באב. הגמרא מקשה על כך מברייתא שמשמע להיפך: "הבנות ניזונות ומתפרנסות מנכסי אביהן כיצד אין אומרים אילו אביה קיים כך וכך היה נותן לה אלא שמין את הנכסים ונותנים לה". על כך מתרצת הגמרא שאין הברייתא עוסקת בנדוניה אלא במזונות שהיתומה מקבלת מאחיה בעודה אצלם עד שנשאת, ומה שכתוב בברייתא "ניזונות" הכוונה לאכילה ושתיה, ומה שכתוב "מתפרנסות" הכוונה ל"לבוש וכיסויא". על דברי ה"ה כותב הרוגאצ'ובר "עייין בהך דכתובות דף ס"ח ע"א דלבוש וכסות לא הוא בכלל מזונות". ונראה שכוונת הרוגאצ'ובר שמכך שהברייתא נזקקה

¹⁰ למעשה עיקר הנידון שם הוא ביחס לתביעתה של האישה להחזרת הבגדים והתכשיטים שלה כי הם שייכים לה. הבעל טען שהבגדים שייכים לו כיון שהם נקנו מכספו והיות שברחה מהבית אינו צריך להחזיר. על כן במקרה זה עיקר הנידון של בית הדין הוא האם כסות שכבר נתנה לאישה שייכת לה או שיש לה רק זכות השתמשות כפי שכבר הזכרנו לעיל נידון זה בשם הר"י כהן.

לפרט באופן נפרד את ב' החיובים הללו נמצא שהם חיובים שונים וחיוב כסות אינו כלול במזונות, הבחנה זו בין מזונות למלבושים מופיעה אף בבאור הגר"א (אהע"ז קיד, א).

הרוגאצ'ובר מפנה גם לגיטין (יב, ב) שביחס לחיוב האדון לעבדו אומרת הגמרא "אי הכי ניזון מתפרנס מיבעי ליה", ומשמע שפרנסה (היינו כל שאר צרכיו - רש"י ד"ה פרנסה) אינה כלולה במזונות.

גם בב"ב (קלט, ב) מזכיר הרשב"ם מזונות בהדי פרנסה והריב"ן חולק עליו "דהא מזונות היינו אכילה ושתייה ופרנסה היינו מלבושין וצרכי נישואין ותרי מילי נינהו כדאמרין מוציאין לפרנסה ואין מוציאין למזונות וקתני נמי הבנות נזונות ומתפרנסות וכן בכמה דוכתי משמע דתרי מילי נינהו".

ובירושלמי כתובות (יב, א): "תמן תנין בן נוקבן דיהוון ליכי מינאי יהון יתבן בביתי ומיתזן מניכסיי ותני עלה ומתכסיין בכסותי". מכך שהיה צורך להוסיף "מתכסיין בכסותי" על גבי "מיתזן מניכסיי" משמע שכסות אינה כלולה במזונות.

ואפשר לומר שמסוגיות אלו אין השגה על הכלל 'כסות בכלל מזונות' ביחס לחיובי בעל לאשתו, משום שהגמרות הנ"ל עוסקות בחיוב מזונות וכסות לבנות, ובאמת אפשר שביחס לחיובי האחים לבנות, כל אחד מהחיובים הללו עומד בנפרד וכל חיוב הוי תקנה בפני עצמה, אך ניתן לומר שחיובי מזונות וכסות לאישה הוי כגדר אחד, שבמסגרתו הוטלה על הבעל החובה לדאוג לכלל צרכי האישה, וממילא ישנה התאמה בין מזונות וכסות ו'כסות בכלל מזונות'. כמובן שחילוק זה מסתבר יותר לשיטת הרמב"ם הסובר שבאמת שני החיובים הם מהתורה ולא מדרבנן ועל כן מסתבר שהם גדר אחד.

לאור זאת אפשר שהערת הרוגאצ'ובר מוסבת על חיוב מזונות וכסות לבנות ולא על מזונות וכסות האשה.

הרב יהודה צור

שיטת הבית שמואל בקידושי שוטה וקטן

ראשי הפרקים

א. שיטת הבי"ש בסימן סז

ב. שיטת הנו"ב בקידושי קטן

ג. הצעה לביאור נוסף בבי"ש

ד. שיטת הרב מטאווריג

ה. זכר יצחק

ו. ביאור שיטת הבי"ש

ז. ביאור הסוגיא ביבמות

ח. ביאור דברי הרמב"ם

ט. סיכום

א. שיטת הבי"ש בסימן סז

בקובץ אבני משפט יח במאמר 'קידושין שאינם דאורייתא' הבאנו את מחלוקת הבי"ש והרב המגיד בסימן סז האם צריך לחזור ולקדש במצב שבו הקידושין הראשונים לא חלו מדאורייתא אלא רק מדרבנן כגון קידושי קטנה וכן במצב שבו הקידושין לא חלים בכלל כקידושי שוטה וקטן. הבאנו שם את דברי האחרונים שדנו בשיטת הבי"ש (הבית מאיר והבית יעקב) שהקשו כיצד יכול להיות שלא יהיה צורך לחזור ולקדש שהרי קידושין זהו מעשה המחיל חלות כקנין ואם כן אם המעשה בטל מסיבות שונות קידושי טעות וכו' כיצד החלות תחול ללא מעשה מחודש. כמו כן הבאנו שם שקדם לבי"ש בדרך זו היש"ש בכתובות והולך אף יותר רחוק ואומר שאף בקידושי טעות אין צריך לחזור ולקדש שבה"ש חולק ואומר שקידושי טעות לא חלים כלל וצריך לחזור ולקדש. הבי"ש מזכיר את שיטתו זו במקומות נוספים ואחד מהם הוא בסי"ס ל"א ס"ק כ"ב כתב וז"ל "וכתב בתשובת מיי" אס אחר שנודע לו שלא היה שוה פרוטה דר עמה כדרך איש ואשתו ולא היו עדי יחוד י"ל דהוי כעדי יחוד. ובתשובת ריב"ש סימן קצ"ג כתב בשם הרא"ה דהוי כעדי יחוד ובסוף

תשובה ו חולק ע"ז וכתב כל הראשונים כתבו דצריך עדי יחוד ועיין ריש סי' קמט" עכ"ל הבי"ש.

ב. שיטת הנו"ב בקידושי קטן

הנו"ב באה"ע תנינא בסימן נב נשאל לגבי קטן שקידש ולא בעל בגדלות ולבסוף ברח ואשתו עגונה והשאלה היא האם היא צריכה גט מקידושי הקטן הנ"ל. בתשובתו וכן במספר תשובות שלאחר מכן מאריך הנו"ב בבירור הענין של קידושי קטן מביא הרבה מקורות הנוגעים לענין וביניהם את הבי"ש הנ"ל, וחולק עליו בביאור דברי הרא"ה והריב"ש שהביא הבי"ש. בחלק זה נביא חלק מהמקורות הקשורים לעניננו המובאים בתשובת הנו"ב הנ"ל וביאורו בהם.

1. יבמות קט, ב

הנו"ב מביא סוגיא ביבמות דף קט לגבי קידושי קטנה וז"ל: "ר"ג אומר: אם מיאנה וכו'. בעא מיניה רבי אלעזר מרב: מאי טעמא דר"ג? משום דקסבר: קידושי קטנה מיתלא תלו, וכי גדלה גדלי בהדה אף על גב דלא בעל, או דלמא משום דקסבר: המקדש אחות יבמה - נפטרה יבמה והלכה לה, אי בעל אין, אי לא בעל לא? אמר ליה: היינו טעמא דר"ג, משום דקסבר: המקדש אחות יבמה - נפטרה יבמה והלכה לה, אי בעל אין, אי לא בעל לא. אמר רב ששת: אמינא, כי ניים ושכיב רב אמר להא שמעתא; דתניא: המקדש את הקטנה - קידושיה תלויין, מאי תלויין? לאו כי גדלה גדלי בהדה ואף על גב דלא בעל! אמר ליה רבין בריה דרב נחמן: הא מילתא דקטנה מיתלא תליא וקיימא, אי בעל אין, אי לא בעל לא, דאמרה: הוא עדיף מינאי ואנא עדיפנא מיניה".

מקשה הנו"ב על דברי הראשונים שסברו שבקידושי קטנה מרגע שנהיית ברת חיוב הקידושין מקבלים תוקף של דאורייתא מעצמם, שהרי הגמרא דחתה הבנה זו של רב ששת ורבין אמר שאי בעל (משהגדילה) קנה ואי לא לא קנה ואם כן קשה על דעה זו בראשונים. כמו כן קשה בדברי רבין עצמו במה שאומר שהקידושין מיתלא תלי ואם יבעל קנה ואם לא לא קנה הרי לפי דבריו הביאה בגדלות תהווה קידושין מחדש אם כן מדוע להגדיר את קידושי הקטנה כמיתלא תלי.

2. קושיות הנו"ב בדברי הרמב"ם

בהמשך דבריו מביא הנו"ב את דברי הרמב"ם בענין זה, וז"ל הרמב"ם בהלכות אישות ד, ח:

כיצד מתקדשת למיאון, שאם נתקדשה ולא רצת לישב עם בעלה צריכה למאן בפני שנים ולומר איני רוצה בו ויוצאה בלא גט כמו שיתבאר בהלכות גירושין, וזו היא הנקראת ממאנת, ולמה יוצאה בלא גט מפני שאין קידושיה קידושין גמורין מן התורה אלא קדושי קטנה זו מדברי סופרים והן תלויין שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרו קידושיה ונעשית אשת איש גמורה ואינו צריך לחזור ולקדשה אחר שגדלה, ואם לא רצת לישב צריכה למאן ותצא בלא גט. הראב"ד: שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרו קדושיה ונעשית אשת איש גמורה. א"א זה אינו אלא מדרבנן היא ואינה יכולה למאן.

וז"ל בהלכות גירושין יא,ו: "קטנה שלא מיאנה והגדילה אף על פי שלא בעלה בעלה משנעשית בת שנים עשרה שנה ויום אחד הרי זו אינה ממאנת שהרי הגדילה, וצריכה גט מדברי סופרים שהרי לא בא עליה אחר שהגיעה לשני נערות עד שנחוש לה שמא הביאה סימנין ותהיה ספק מקודשת ולא בא עליה אחר שגדלה כדי שתהיה אשת איש גמורה, ונמצאת שאינה צריכה גט אלא מנשואי קטנות שהן מדברי סופרים. לפיכך אם עמדה ונתקדשה אחר שגדלה תופסין בה קדושי שני."

וכך כותב הנו"ב על דברי הרמב"ם: "ודברי מרנא ורבנא הרמב"ם בזה תמוהים מאד. ומדכתב רבינו (בהלכות אישות ד, ח) וא"צ לקדשה אחר שגדלה מכלל דמיירי שלא בעלה שאם מיירי שבעלה ומקדש אותה בביאה א"כ הרי מקדש אותה אחר שגדלה ואיך כתב וא"צ לקדשה אחר שגדלה. ומעתה דמיירי שלא בעיל ואפ"ה קאמר הרי היא א"א גמורה וא"צ לחזור ולקדשה מכלל שהיא א"א מן התורה דאלי"כ לא שייך א"א גמורה. והה"מ שרצה לדחוק דרצונו בזה שהיא א"א גמורה דלא סגי לה במיאון וצריכה גט אבל לעולם שהוא רק מדברי סופרים, ולפי עניינת דעתי אין לשון א"א גמורה סובל פירוש זה. ועוד דא"כ איך סיים וא"צ לקדשה אחר שגדלה הלא אכתי צריך לקדשה שתהיה אשתו מן התורה ולא יהיה תפסי בה קידושין מאיש אחר. והראב"ד באמת פירש כוונת הרמב"ם שהם קידושי תורה והשיג עליו וכתב שאינן אלא מדרבנן ובפי"א מגירושין הל' ו כתב שם שאם לא בעלה צריכה גט מד"ס וסותר דבריו שכתב בהל' אישות. ועוד תמוהין לי דברי רבינו שם בפ"ד מאישות מ"ש והן תלויין שאם ישבה עם בעלה וכו' במה מיירי אי בלא בעיל לענין שלא תצא בלא גט וכדמפרש הה"מ את דבריו מה ענין ישבה עם בעלה דקאמר ומה חסר אם היה אומר שקידושיה תלויין שאם לא מיאנה עד שגדלה גמרו קידושיה ואינה יכולה למאן וכלשונו בפ"א מגירושין קטנה

שלא מיאנה והגדילה וכו', ואם מיירי שנבעלה ולקידושי תורה ג"כ קשה הלשון שישבה עם בעלה וג"כ הל"ל והן תלויין שאם בעלה אחר שגדלה גמרו קידושיה וכו' וכלשונו (גירושין יא,ד) שכתב הגיע זמן זה ונבעלה ומה ענין ישבה עם בעלה דקאמר הרמב"ם. וגם סוף דברי רבינו שסיים ואם לא רצתה לישב צריכה למאן ותנשא בלא גט לדעתי דברים הללו תמוהין מאד ועל אימת קאי הך דלא רצתה לישב צריכה למאן. אי קודם שגדלה מאי קמ"ל רבינו בזה והלא כבר כתב זה בהתחלת הל' ח' שאם נתקדשה ולא רצתה לישב עם בעלה צריכה למאן בפני ב' ויוצאה בלא גט. ואם קאי אחר שגדלה קשה היאך תמאן והרי הוא עצמו בפ"א מגירושין כתב קטנה שלא מיאנה והגדילה אף על פי שלא בעלה וכו' הרי זו אינה ממאנת שהרי הגדילה וכו'. באופן שדברי הרמב"ם תמוהים מאד."

3. הסבר הנו"ב בדברי הב"ש לא וקושייתו עליו

בהמשך דבריו מביא הנו"ב את שיטת הב"ש ומצטט אותו בשני מקומות. הראשון בסימן לא ס"ק כב בענין קידושי טעות וז"ל:

במקום דאיכא למיטעי - היינו דלא ידע שטבעת קידושין לא היה שוה פרוטה ולבסוף נודע לו, וכתב בתשו' מיימוני אם אחר שנודע לו שלא היה שוה פרוטה דר עמה כדרך איש עם אשתו ולא היה עידי יחוד י"ל דהוי כעידי יחוד ובתשו' ריב"ש סי' קצ"ג כתב בשם הרא"ה דהוי כעידי יחוד ובסוף תשובה ו' חולק ע"ז וכתב כל הראשונים כתבו דצריך עידי יחוד ועיין ר"ס קמ"ט.

המקום השני בענין ממאנת בסימן קנה ס"ק לב בסעיף כא בשו"ע שבו כותב המחבר וז"ל:

הביאה שתי שערות אחר שנים עשר שנה, ולא בעל אח"כ, הוה ספק קדושין. ואם בא להוציאה צריכה גט, מדרבנן.

ועל זה כותב הב"ש שם וז"ל:

צריכה גט מדרבנן - הנה מקור דין זה נובע מדלא אפשטי הבעי פ' ב"ש אם הקידושין גדלו בהדה אף שלא בעיל נגמרו הקידושין אחר שגדלה. ובכל זה איירי בידוע בודאי דלא בעיל אבל מסתמי כל שדר עמה כדרך איש עם אשתו אמרינן שבעיל אף על גב דליכי עידי יחוד כמ"ש ר"ס קמ"ט.

ומבין הנו"ב שהב"ש הכריע כסברת הרא"ה שבזמן שחיים כאיש ואשתו זה נחשב כקידושין אף בלא עדי יחוד אך זה דוקא בממאנת אך בקידושי טעות הכריע כריב"ש כנגד הרא"ה שבמצב זה לא יועיל שחיים כאיש ואשתו אלא צריך לקדש מחדש. מסביר הנו"ב שכך למד הב"ש בדעת הריב"ש, שלכאורה יש סתירה בדבריו שבסימן קצב' פוסק כדעת הרא"ה ובסימן ו דוחה אותו וז"ל הנו"ב: "ומזה למד הב"ש דבסי' ו מיירי הריב"ש שנשאה מתחלה בנימוסי המדינה באופן שלא היה שם שום קידושי יהדות בשום אופן ואח"כ ישב עמה כאיש ואשתו בזה נחלק הריב"ש על הרא"ה, ומינה דהה"ד בקידשה בפחות מש"פ דמזה מיירי הב"ש בס"ס ל"א הביא הריב"ש נחלק על הרא"ה ובסי' קצ"ג דשם מיירי הריב"ש מקטנה שהגדילה והביא דברי הרא"ה ולא נחלק עליהם ולכן גם הב"ש בסי' קנ"ה דמיירי מקטנה שהגדילה הביא דברי הרא"ה לחלוטין בלי חולק", כלומר הנו"ב סובר שהב"ש נקט כריב"ש ולכן בקידושי טעות שאלבא דהב"ש זה שוה למקרה שעליו מדבר הריב"ש (סי' ו) פוסק הב"ש שצריך לחזור ולקדש ובממאנת פוסק כרא"ה וכמו שפסק הריב"ש שכאשר חיים כאיש ואשתו אין צריך לחזור ולקדש. וכותב על זה הנו"ב שיש להבין מהו טעם החילוק בין שני המקרים והוא ממשיך שם וז"ל: "ואני אברר הדברים כשמלה מחוורת כדת של תורה, ואומר אני הא ודאי שסברת הרא"ה נכונה היא דאדם היושב עם אשתו כדרך איש ואשתו הוה כידוע שבעל אותה אפי' ליכא עדי יחוד והכל יודעים כלה למה נכנסה לחופה. ואמנם אעפ"כ השגת הריב"ש נכונה היא, דמה בכך שודאי בעל אותה וגם הוי כידוע שבעל אותה מ"מ מה יועיל זה לקידושין, הן אמת שאנו יודעים שבמשך הזמן בועל אותה אבל לקידושין צריך עדות בשעת הקידושין ועל איזה שעה יועיל מה שאנו יודעים שבודאי בעל אותה ואין אנו יודעים באיזה זמן והלא על הקידושין צריך עדות בשעת הקידושין. כלומר הנו"ב מבין את אמיתות האומדנא שהרא"ה מדבר עליה אך מסביר בדעת הריב"ש שגם אם יש אומדנא כזו ואפילו היא חזקה ככל שתהיה היא איננה יכולה להיחשב כקידושין מכיון שקידושין חלים רק כשיש מעשה קידושין מסוים עם עדי חלות ולכן הוא מסביר שגם הרא"ה מודה שהאומדנא לא יוצרת קידושין אלא שבמצבים מסויימים כגון קידושי קטנה המקדש מקדש אותה על תנאי שתתרצה כשהיא מגדילה וכשהיא מגדילה ולא ממאנת חלים הקידושין הראשונים למפרע וכך הוא מסביר את הסוגיא ביבמות הני"ל ואת דברי הרמב"ם שהביא לעיל ומה שהתקשה בהם כנ"ל, ועיין שם בהמשך דבריו ושיטתו בזה.

ג. הצעה לביאור נוסף בשיטת הב"ש

לולא דבריו של הנו"ב רצינו להציע ביאור אחר בשיטת הב"ש והיש"ש שהבאנו לעיל, ליישב את תמיהת האחרונים שהבאנו בדברי הב"ש ואת קושיית הנו"ב עליו ועל שיטת הרא"ה.

ההגדרה של קידושי אשה כמעשה קנין וכל המשתמע מכך זהו דבר הטעון בירור והסבר וזוהי סוגיא ידועה ומפורסמת וכבר דשו בה רבים ונראה שהסבר הדברים באופן הפשוט הוא שמעשה קנין ענינו הוא להגדיר בצורה מבוררת מסויימת ומוחלטת את ההתרצות שיש לשני הצדדים בקנין (וגם זהו כמובן נושא שהאריכו בו מאוד ואנו מביאים רק את ההגדרה הבסיסית והפשוטה), ולפי זה תפקיד הקנין במעשה הקידושין הוא ליצור ודאות ברצון האשה להתקדש.¹

גם אם דברים אלו נכונים וניתנים להאמר ביחס לקידושי כסף ושטר הרי שלגבי קידושי ביאה מצאנו אחרונים המסבירים באופן שונה את צורת פעולתם.

ד. שיטת הרב מטאווריג

הרב מטאווריג בספרו נר אהרון שיעור ח כותב כך :

ועוד צריך להבין דבקידושי ביאה אמרינן דא"צ עדים לביאה ממש דהן הן עדי יחוד והן הן עדי ביאה דממילא יש ראייה דהיתה כאן ביאה, וקשה הא בקידושין לא מהני עדי ידיעה רק ראייה ממש צריכים כמו בדבר שבערוה דלא דמי לממון ד"או ידע" כתיב דבידיעה גרידא מספיק כי שם אינו רק בירור אבל בקידושין וגירושין אינו אלא קיום על הדבר כמו המעשה ממש, חלק מן המעשה ולא מהני בדבר שבערוה ידיעה לחוד, ובעדי יחוד הוי ידיעה רק על הביאה אבל ראייה לא הוי, מאי טעמא מהני? ונ"ל דהנה בקנינים יש ב' אופנים א' דקנין הוא רק הסכם ובירור של גמירת דעת דשני הצדדים, דרך משל קנין כסף דבאמת הקידושין מתהוה ע"י האמירה של הקידושין והכסף רק בירור על ההסכם לקיים הדברים אבל יש עוד קנין דרך משל קנין ביאה שם עצם הביאה הם

¹ פשוט וברור שהקנין גם מחיל חלות שבזה הוא נבדל מקנין "רגיל" שלכאורה אין בו חלות מעבר להעברת הבעלות ולכאורה מזה נובע הצורך בקידושין בעדי קיום משא"כ בשאר קנינים וכידוע הדברים ארוכים ואכמ"ל.

הקידושין וזהו גופא האישות והקנין ואין הביאה מקיימת הדברים אלא דזהו התחלת אישות וממילא נעשית מקודשת וכמו שהקדמנו מכבר בחליפין דשם יש גם קנין טבעי חליפי שוה בשוה כמו"כ קנין ביאה הוא קנין טבעי. ועפ"י היסוד דביאה הוי אישות ולא קנין כדהקדמנו. אתי שפיר הקושיא מהן הן עדי יחוד ועדי ביאה והקשינו הא הוי עדי ראייה בלי ראייה אבל אתי שפיר דבקידושין דשם הוא קנין וחלות ע"כ צריך ג"כ עדים לקיים הדבר כמו דצריך אמירה ונתינה לקיומו של דבר כמו"כ העדים הם חלק הקידושין וע"כ ידיעה לא מהני רק ראייה אבל בקנין ביאה דאין זה קנין רק מעשה אישות והמעשה בעצמו לבד זהו האישות א"כ לא שייך על זה עדים לקיים הקידושין דהמעשה הביאה בעצמה מקיימת הקידושין רק ע"כ צ"ל דהעדים בביאה אף דהדין דיהיו עדים אבל זה מצד ידיעת הדברים וזהו דין דצריכים עדים דוקא מצד ידיעת הענין וע"כ גם בעידי יחוד כיון דידיעה יש לנו מ"מ כיון דהיה יחוד היה ביאה וע"כ מהני.

בהמשך דבריו שם רוצה לבאר על פי יסוד זה דברי ירושלמי בתחילת פרק החרש שנשא ביבמות המובאים ברשב"א ובנמו"י בתחילת פרק זה שמה שאמרו שחרש שקידש ברמיזה יוציא ברמיזה זה דוקא בקידושי כסף אך אם קידש בביאה לא יכול לגרש. והדברים תמוהים מה החילוק בין סוגי הקידושין ובאמת הנמו"י שם כתב שלא חששו הפוסקים לירושלמי זה וכן כתב הב"י. ומבאר הנר אהרן וז"ל:

ולפי דברינו מבואר היטב החילוק בין כסף לביאה דהנה בחרש יש שני חסרונות אחד דאין לו דעת ואין מעשה הקידושין שלו כלום דמעשיו לאו כלום הם, וא"כ בקנין כסף דרבנן תיקנו לו מעשה ונחשב כאילו יש כוונה בהקנין א"כ הם אמרו והם אמרו דיוציא זה ע"י גט שתיקנו לו אבל בביאה דנהי דרבנן תיקנו לו דיהא נחשב כאילו יש לו דעת וע"י יכול גם הגט להפקיע אבל הביאה מצד המעשה בעצמו מהני ואין שייך ע"י תקנתא דרבנן בגט דיועיל להפקיע דבלי תקנתם נמי מהני משום דהמעשה בעצמו מהני רק דדעת צריך ותיקנו לו דנחשב כדעת אבל הגט אינו יכול להפקיע רק תקנתם דהיינו הדעת והכוונה אבל המעשה א"א להפקיע ע"י גט משום דמהני מצד עצמו ע"כ קאמר הירושלמי דלא מהני גט בקנין ביאה דהוא טבעי מצד עצמו.

והעולה מדבריו בדומה למה שהקדמנו שקניני הקידושין מתחלקים לשנים :
א. קנין כסף (ואולי גם שטר) הוא אמצעי שמכשיר את ההיווצרות של חלות
הקידושין שנוצרת ע"י האמירה וקנין כזה מצריך תנאים מיוחדים כדי לפעול
את פעולתו כגון עדי קיום. ב. קנין ביאה שהוא עצם הקנין בעצמו והוא
הגורם את היווצרות חלות הקידושין וממילא אין צורך בעדי קיום אלא בעדי
ראיה רגילים ולכן בחרש נוצרת ע"י חיי הנישואין חלות קידושין אלא שכדי
להחיל חיובים צריך דעת תיקנו לו חכמים שיחשב שבנישואיו יש דעת ולענין
זה יועיל גט מדבריהם אך לענין חלות הקידושין לא יועיל הגט.

ה. זכר יצחק

בזכר יצחק (סימן יד) ישנו סגנון דומה. הוא מביא ר"נ (גיטין לה, ב) מדפי
הרי"ף ד"ה זה היה) לגבי עדות מיוחדת בקידושין וז"ל הר"נ: "זה היה מעשה
ואמרו אין מצטרפין. דאע"ג דלגבי ממון קיימא לן בפרק זה בורר (דף ל, ב)
דהלואה אחר הלואה והודאה אחר הודאה מצטרפין לגבי אישות דשייך בדיני
נפשות בבת אחת בעיא להו".

ורבים מקשים על הר"נ מדוע נזקק לטעם זה שאישות דומה לדיני נפשות
ולכן לא מועילה עדות מיוחדת, הרי אם בקידושין צריך עדי קיום במצב של
עדות מיוחדת פשוט שלא יהיה קידושין כי אין שני עדים על הדבר. וליישב
את הר"נ כותב הזכר יצחק וז"ל: "וטעמו של הר"ן דהוכרח לזה ולא כתב
כפשוטו כמו שפירש הרב בית יוסף בטור חו"מ סימן ל דאין כאן קידושין כלל
הוא לפי המבואר אצלי שיטת התוספתא והירושלמי דקדושי ביאה שאני
מכסף ושטר דכסף ושטר הם בגדר קנין שהוא קונה אותה אבל בביאה עצם
המעשה הוא הקנין וכמו בב"נ לחד מ"ד בירושלמי קידושין פ"א ה"א דאף
בע"כ קונה אותה דהיא אשתו רק דבעי כונה לשם אישות וכל שבא עליה
סתמא דהיא ביאת זנות לא קנה. ולפי שיטת התוספתא אין מקום לעדים
כמו בב"נ קודם מתן תורה דקנה ביחוד בינו לבין עצמו כמש"כ הרמב"ם
בריש הלכות אישות פ"א ה"א אבל אחרי דמוכרח דהש"ס דילן חולק לזה גם
בביאה בעי עדים ולזה תמצא דבכל דוכתי דהירושלמי מחלק בין ביאה לכסף
לא הביאים הר"מ והראשונים כמו בחרש שאם קידש בביאה מהני עיי"ש
ביבמות פ"ד ה"א וביעוד בקידושין פ"א ה"ב דהכל הולך למקום אחד כאשר
יראה המעיין ואם כך לפי התוספתא בקידושי ביאה לא בעי עדים לחלות
הקידושין ומוכרח כהר"ן דבדיני קידושין פסול עדות מיוחדת כד"נ.

ומכאן שגם הוא סובר אליבא דהירושלמי והתוספתא שהביאה בעצמה מחילה את הקידושין ואין צורך בדברים נוספים כגון עדי קיום, אך הוא מוסיף שהבבלי שהקיש הויות להדדי חולק וסובר שגם בביאה צריך עדים ולכאורה יהיה צורך בעדי קיום ושכך פוסק הרמב"ם.² וכן כתב בסימן עג ע"ש.

יוצא שהזכר יצחק והנר אהרן הסבירו באותו אופן את הירושלמי שהבאנו לעיל המחלק לגבי גירושין בין חרש שקידש בכסף לבין חרש שקידש בביאה ולדעת שניהם בביאה מכיון שעצם הביאה מחילה את חלות הקידושין גם ביאת חרש תחיל חלות קידושין אפילו ללא דעת.

ו. ביאור שיטת הב"ש

לפי כל המתבאר רצינו לנסות ליישב את שיטת הב"ש והיש"ש מקושיות האחרונים שהובאו לעיל, ולומר שאליבא דשיטה זו יש לחלק בין סוגי הקנינים בקידושין ובשונה מקידושי כסף קידושי ביאה הם בעצמם מחילים את חלות הקידושין וכדלעיל, ואם כן מובנת סברת הרא"ה שהבאנו לעיל שבכל מצב שבו יש מציאות של חיי נישואין ממילא יש אומדנא שיש ביאה ובזה די כדי להגדיר שיש חלות קידושין.³ ולפי זה במצבים השונים שבהם אין חלות למעשה הקידושין שהם: קידושי קטנה, קידושי קטן, חרש, שוטה, טעות, חיי הנישואין שבאים בעקבותיו יחילו את חלות הקידושין, ולכן אין צורך לדעת הב"ש לחזור ולקדש.⁴ אמנם כללנו בדברינו גם את המקרה של

² ולכאורה קשה אם כך כיצד מועילים עדי יחוד בקידושי ביאה וכפי שהקשה הנו"ב שהבאנו לעיל ועיין זכר יצחק בסימן עג שכתב שבאמת בעדי יחוד יש קידושין רק מדרבנן וכדי שיהיו קידושין מדאורייתא יש צורך שהעדים יראו כמכחול בשפופרת, ועיין בית מאיר סימן מב שכתב שמכיון שיחוד זה אש בנעורת יש ודאות שהיתה ביאה כאומדנת גמל העוכר בין הגמלים, ועיין חלקת יואב סימן ו - ז, ועיין אוצר מפרשי התלמוד גיטין עג, ב הערה 31.

³ ועל פי זה אולי ניתן להתקדם שלב נוסף ולומר בשיטה זו שמכיון שתכלית מעשה הקידושין הוא ליצור מצב וחלות של אשה מקודשת לאיש וכפי שאמרנו לעיל הקנינים השונים מהווים שלבים שונים בדרך ליצירת מציאות זו, ממילא אולי ניתן להרחיב את זה ולומר שאיש ואשה החיים כזוג נשוי זה עצמו יהווה חלות קידושין. אמנם לכאורה ההגדרה של חיים כזוג נשוי משמעותה היא יחוד הראוי לביאה וממילא אין כל נפ"מ לדברינו, אך לו יצוייר במקרה של מעשה קידושין שלא מחיל חלות קידושין כגון קידושי קטן שיהיה מצב שמתקיים יחוד הראוי לביאה באופן שיוצר חלות נישואין אך ידוע בדאי שלא היתה ביאה על פי מה שאנו רוצים לומר יהיה חלות קידושין.

⁴ יש לציין שיש בדברים אלו מעט הרחבה ממה שהגדירו הנר אהרן והזכר יצחק מכיון שהם הגדירו איך פועל מעשה הקידושין בקידושי ביאה ואנו רוצים להרחיב גדר זה גם

קידושי טעות ובאמת לפי דרכינו בקידושי טעות הסברא נותנת שודאי שחלות הקידושין תחול ע"י חיי הנישואין הבאים בעקבותיו, שהרי יש דעת והתרצות וכל החיסרון הוא רק במעשה הקידושין עצמו ובאמת היש"ש כפי שהזכרנו לעיל סובר שגם בקידושי טעות אינו צריך לחזור ולקדש אך הבי"ש סובר שבקידושי טעות צריך לחזור ולקדש ולפי דברינו לא מובן החילוק וכקושיית הנו"ב על הבי"ש שהבאנו לעיל. ואולי בדוחק ניתן לנסות ליישב ולומר שכאשר ידוע שהמעשה קידושין לא חל נוצרת חלות הקידושין ע"י חיי הנישואין הבאים בעקבותיו, אך כאשר דעת המקדש להחיל קידושין ע"י מעשה שבדיעבד מתברר שלא היה יכול להחיל קידושין כוונה זו מונעת מחיי הנישואין להחיל חלות קידושין,⁵ אך זה נראה דוחק וצ"ע.

ואמנם יש להדגיש שלכו"ע בקידושין מסוג זה (קטן, חרש וכדו') יהיה צורך בביאה בגדלות/ פקחות כדי ליצור מחוייבות ודעת של הקטן/ חרש בקידושין, אך זה לא נחשב כמעשה קידושין מחודש. יש לעיין האם לדעת היש"ש שבקידושי טעות לא מצריך לחזור ולקדש יש צורך בביאה לאחר שנודעה הטעות שהרי לפי דברינו הדין נותן שבקידושי טעות אפילו ביאה לאחר שנודעה טעות לא צריך מכיון שאין כאן חסרון של דעת והתרצות וצ"ע.

ז. ביאור הסוגיא ביבמות

לפי מה שנתבאר בדרך זו ניתן לכאורה ליישב את מה שהקשה הנו"ב על הסוגיא ביבמות קט,ב והבאנו לעיל מדבריו שתי קושיות א. קשה על שיטת הראשונים שפסקו בקידושי קטנה שמתו שגדלה הקידושין חלים מדאורייתא

לחיי נישואין שלא מוגדרים ע"י המקדש כמעשה קידושין אך לכאורה זה יביא לאותה התוצאה.

⁵ ועיין שו"ת מהרש"ם ח"א סי' רכ בתחילתו וז"ל: "הנה בירושלמי ר"פ חרש מבואר דדוקא בקידש בכסף גרמיה משא"כ בקידש בביאה אם כן לפי זה בני"ד שדר עמה כמה שנים והוליד בנים אין תקנה. אבל בנימוק"י כי שהפוסקים השמיטו ד"ז כמ"ש בב"י וע"ש בשו"ת קרבן על הירושלמי, ולפמ"ש המרה"פ שם דדוקא בקדשה בביאה אבל בקדשה בכסף אף שבעל אותה אחר כך ע"ד הראשונה הוא עושה ואינו אלא קידושין דרבנן. ובאמת שכן מוכח מדברי תש"י מ"י שהובא ברמ"א אבה"ע סו"ס לא דהיכא דאיכא למיטעי שהקידושין הראשונים הם קידושין אין הביאה גורמת קידושין ומכ"ש בני"ד דגם בתחלה הוי קידושין מדרבנן. ועי' תשובת מהר"ם ב"ב הישנות סימן תקט בדין קידוש והיה ע"א מהם קרוב וכו' דאם בעל א"צ קידושין אחרים וצריך לומר דמיירי שידע מזה בשעת קידושין. וע"ע בתש"י מהר"ם מינץ סימן מט וסימן נ וע"ע בתש"י נאות דשא סימן קלב שהאריך בדברי הירושלמי הנ"ל והעלה דמיירי רק בגירושין על ידי קפיצה או על ידי כתב יד אבל מלשון הירושלמי אין נראה כן ומ"מ לדינא יש לסמוך ע"ד מרה"פ הנ"ל." ולכאורה צ"ע בדבריו מה שהביא ראייה לדין המהר"פ מדברי הרמ"א בסימן לא ואכמ"ל.

ללא צורך בביאה בגדלות והרי הגמרא שם דוחה דעה זו ואומרת שאי בעיל קנה ואי לא לא קנה. ב. גם בשיטת רבין שמצריך ביאה בגדלות הגמרא מגדירה את הקידושין הראשונים כמיתלא תלי והרי באופן פשוט הביאה יוצרת קידושין מחודשים ואם כן למה להתחשב בקידושין הראשונים. ובדומה לישובו של הנו"ב על פי דרכו, לפי דרכינו ניתן אולי לומר שבאמת לשתי הדעות בגמרא הקידושין חלים מעצם חיי הנישואין וזוהי פסיקת הראשונים הנ"ל והמחלוקת בגמרא היא לגבי השלב שבו נחשב שהקטנה מתרצה בגדלות האם זה דוקא לאחר ביאה בגדלות או אפילו בלא ביאה, ולכן נוקטת הגמרא לשון מיתלא תלי גם אליבא דרבין כי המחוייבות של הקטנה כתוצאה מהקידושין תלויה בגדלות.

ח. ביאור דברי הרמב"ם

ואולי ניתן ליישב גם את דברי הרמב"ם שהובאו לעיל אך יש לציין שמוכח מהרמב"ם הנ"ל בגירושין יא,ו דלא כהירושלמי בחרש שהרי הרמב"ם כותב שם: "ונמצאת שאינה צריכה גט אלא מנשואי קטנות שהן מדברי סופרים." והרי לפי הירושלמי עצם הנישואין יוצרים את חיוב הגט, אלא שאולי אפשר לומר שהרמב"ם סובר ששני הגורמים כאחד מהווים את חלות הקידושין גם חיי הנישואין עצמם וגם התרצות מדעת שיכולה לחייב אותה וללא אחד מהם אין חלות קידושין מדאורייתא אלא מדרבנן במקרה של קטנה, וממילא תיושב הסתירה בין ההלכות מכיון שמדוייק בלשונו בהלכות אישות שאין צורך בבביאה בגדלות כדי שיחשב קידושין מחדש אלא מספיק התרצות בגדלות וזה "ישבה עימו משהגדילה" ואולי בפועל המשמעות היא שהיתה ביאה או יחוד הראוי לביאה אך זה לא ביאת קידושין אלא מעשה שמראה התרצות בגדלות ולעומת זאת בהלכות גירושין מצד אחד אין התרצות בגדלות ולכן אין חלות קידושין מדאורייתא אך עצם חיי הנישואין יוצרים חלות קידושין מדרבנן ולכן אם הגדילה אינה יכולה למאן.⁶

ט. סיכום

א. הבאנו את שיטת הבית שמואל שבקידושי קטן שוטה וחרש אין צורך בקידושין מחדש.

⁶ אמנם יש להעיר על כל זה שהרב מטאוורייג והזכר יצחק שניהם מזכירים בדבריהם את הרמב"ם ואומרים שהוא לא הולך בכיוון זה ולכן אין טעם להעמיס בדבריו את כל הנ"ל, אלא רק בשביל להגדיל תורה ולהאדירה וגם כך כל ענינו של מאמר זה הוא חידוד הקוראים בלבד.

ב. האחרונים מקשים על הב"ש איך יתכן שמעשה ללא דעת יצור חלות ולא יהיה צורך בקידושין מחדש.

ג. הנו"ב (מהדו"ת סימן נב) מקשה על הב"ש למה חילק בין קידושי טעות לשאר המקרים הנ"ל.

ד. הנו"ב מאריך בהסבר הסוגיא ביבמות קט, ב ובישוב דברי הרמב"ם בסתירה בין אישות ח,ד ובין גירושין יג,ו עפ"י שיטתו שבקידושי קטן וקטנה יש תנאי שאם יתרצו בגדלות יחולו למפרע משעת קידושין הראשונים.

ה. הבאנו יסוד מהנר אהרן והזכר יצחק בשיטת הירושלמי בפרק החרש ביבמות שיש חילוק בין סוגי הקנינים בקידושין שלעומת קנין כסף שהוא מכשיר לחלות קידושין ולכן מצריכים בו עדי קיום קידושי ביאה זה עצם הקנין וחלות הקידושין עצמם ולכן בקידושי ביאה אין צורך בעדי קיום.

ו. עפ"י יסוד זה רצינו ליישב את שיטת הב"ש ולומר שהב"ש סובר שכאשר יש חיי נישואין יש חלות קידושין אפילו בלא דעת והתחייבות ולכן בכל הדוגמאות לעיל אין צורך בקידושין מחדש.

ז. הערנו שאם אומרים כך לא מובן למה בקידושי טעות יהיה צורך לחזור ולקדש אליבא דהבית שמואל ועיין מה שנסינו ליישב.

ח. רצינו ליישב עפ"י יסוד זה את הקשיים בסוגיא ביבמות ואת הסתירה בדברי הרמב"ם.

תשלומי נזיקין באשה נשואה שהזיקה

ראשי הפרקים

א. חיוב תשלומין נזק מנכסי מלוג

ב. האם בחיוב קנס חייבת למכור בטובת הנאה

ג. גדר זכית הבעל במעשי ידה

ד. אילו מלאכות נכללות ב'מעשי ידיה'

ה. חיוב הבעל בנזקי אשתו

א. חיוב תשלומין נזק מנכסי מלוג

איתא בב"ק (פז,א) עבד ואשה פגיעתן רעה הן שחבלו באחרים פטורים ואחרים שחבלו בהם חייבים. ופרש"י שאף אם יש לה נכסי מלוג פטורה היות ומשועבדים הם לבעל לפירות. ושם פט,א: כי אתא ר"פ ור"ה בריה דר"י מבי רב אמרי תנינא לתקנת אושא העבד והאשה פגיעתן רעה ואי ס"ד ליתא לתקנת אושא תזבין נכסי מלוג ותתן ליה (אלא ע"כ שפטורה מלשלם מכח תקנת אושא שהבעל ייחשב כלוקח ראשון וא"א למכור ולהפסידו זכותו). דוחה הגמ' – יש לה אפשרות למכור נכסי מלוג בטובת הנאה, כלומר על הצד שהיא תקבל נכסים אלו אם תתגרש או תתאלמן והיא מקבלת עליהן פחות משווים ואין בכך כל סתירה לתקנת אושא ואעפ"כ המשנה לא הזכירה אפשרות כזו וע"כ יש להעמיד המשנה בציור שאין לה נכסי מלוג ולכן אין ראייה מהמשנה לתקנת אושא. אפשרות שתמכור כתובתה כדי לשלם הנזק (ולא ייחשב משהה אשתו ללא כתובה כי סוכ"ס יחזרו אליו לגבותה) נדחית מכח דינו של שמואל: המוכר שט"ח לאחרים וחזר ומחלו מחול וכאן בודאי תמחול לבעלה לאחר שתמכור הכתובה ולכן בפועל לא יקנו ממנה הכתובה ואף לנחבל לא שייך למכור הכתובה דאטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן.

בפשטות עולה מהגמ' שיש מקום לחייב אשה למכור נכסי מלוג על מנת לפרוע חוב (מחמת נזיקין) וכ"כ הרא"ש. אולם רש"י (על מתני' הני"ל) כתב שאין

לחייבה למכר נכסי מלוג היות ומשועבדים הם לבעלה (כן נקט בהגהות אשר"י בדעת רש"י).

הרי"ף (דף לא) והרמב"ם (חובל ומזיק פ"ד) סתמו שאשה פגיעתה רעה ולא חילקו בין יש לה או אין לה נכסי מלוג והשלטי גבורים (לא, ב אות ב) כתב שחולקים הם על הרא"ש וס"ל שמהני מחילת האשה לבעלה בנכסי מלוג ולכן א"א לחייבה למכרם שכל לגבי בעלה ודאי מחלה לכן לא חילקו וגם ביש לה נכסי מלוג חשיב כאין לה. והניח דברי הרא"ש בצ"ע מה בין נכסי מלוג ותוספת לבין עיקר כתובתה. החילוק ביניהם הנזכר בגמ' הוא רק במי שחבלה בבעלה כי לגבי אחרים ודאי תמחל (ולא על הכתובה בלבד אלא אף על תוספת, נצ"ב ונכסי מלוג). מהרש"ל ביש"ש (סי' כז) כתב שהרי"ף והרמב"ם לא הזכירו נכסי מלוג וכד' כי לא ימצאו קונים ואף אם ימצאו הרי זה עבור סך מועט ופחות מחצי שווים ולא יכוהלזלזל כ"כ בנכסיה והשתנו הזמנים שבזמן הש"ס כן היה אפשר למכור בטוה"נ. והיה לזה 'שוק' ובאמת זה תמוה שנראה שממתינים אימתי ימות או יגרשנה ואכן כיום שלא מוכרים גם אם יש לה נכסי מלוג פטורה ויתירה מזאת הביא היש"ש שגם דעת הטור והרא"ש כך, שבסימן צו הביא הטור תשובת אביו הרא"ש שמשביעים אשה וכותבים פס"ד שאם תתאלמן או תתגרש יגבו ממנה. וכן הביא את דברי המהר"ם שבמרדכי סי' פט ותרומה"ד ח"ב סי' ריג שאשה לא תשבע כיון שאין לה במה לפרוע. ומדוע לא תמכור בטוה"נ? אלא ע"כ היות ואין לזה 'שוק' לא כופין למכור ועל דעת אור זרוע... ברש"י על המשנה ב"ק פז, א בד"ה שחייבין לשלם - שהרי מתחילה הן חייבין אלא שאין להם מה לשלם שנכסימלוג של אשה משועבדים לבעל לפירות ולירושה, כתב מהרש"ל: ושרי ליה מריה כי טעה בדעת רש"י שדעתו אינה שלא תמכרם בטוה"נ אלא דאינה יכולה להגבותם בעצמם, ומה שכופין אותה למכרה בטוה"נ זהו דבר מועט וכמה פעמים שלא יגיע זה להזיקו ועוד דאין דרך למצוא קונים ע"ז ואם יקנה הוא בעצמו לא יגיע לו רווח מזה עד שתתאלמן או תתגרש.

נמצא שלפי היש"ש כו"ע מודו שא"א לחייב כיום את האשה – אפילו אם יש לה נכסי מלוג וכד' אבל אם יש לה נכסים אחרים שאין לבעלה רשות בהם, לדוגמא: הנותן לה מתנה על מנת שאין לבעלה רשות בה באופן המועיל...

חבל באשתו ושילם לה חלקה או נתן לה שט"ח ע"ע בשעת הנישואין שתגבהו מתי שתרצה, אמר קודם נישואין א"א בנכסים שתכניס מבית אביה וכדו' אפשר לחייבה לשלם מהם את מה שחבלה היות ואין לבעלה זכות בהם וצ"ב, ומחילה לא שייך הכא. וכן רואים בפנ"י שהסביר שטעמם של רש"י והרי"ף שלא מועילה מכירת נכסים בטוה"נ מפני שזה דבר שלא בא לעולם וכדמוכח ממסקנת הגמ' בכתובות נט,ב שדנה איך אשה יכולה להקדיש את מעשי ידיה ולאסרם בכך על בעלה ומעמידה הגמ' בכל מיני אופנים שאמרה יקדשו ידי וידיה ישנם בעולם וכו' ע"ש. ואדרבה דברי החולקים צ"ע. והקשה האבי עזרי על הפנ"י שמוכח מרמב"ם מכירה שמועילה מכירת נכסי מלוג ע"י האשה ותירץ שדעת רש"י והרי"ף והרמב"ם שרק בנ"מ לא תמכור היות ולא תועיל מכירתה שהרי הבעל ימשיך לאכול פירות ממה שקיבלה עבור המכירה ונמצא שלמעשה אין לה נכסים שאפשר לשלם מהם אבל נכסי צ"ב וכתובתה שייכים לה. רואים מכאן שמנכסי צ"ב שפיר מצי לשלם רק שכל זה יהיה לדינא דגמ' שבזמנם היה לזה שוק וכדברי היש"ש שכיום אין לזה שוק... אין לחייבה אבל משמע שזה רק ענין של היכי תימצי שיהיו לה נכסים ואם יש לה נכסים שלא שייך בהם ענין זה וכנ"ל, מחוייבת לשלם. וכן מוכח משו"ע חו"מ שפח שמביא הרמ"א בס"ב שאשה שמסרה משמתין לה ואם יש לה נכסים שאין לבעל רשות בהן משלמת, ע"כ.

ב. האם בחיוב קנס חייבת למכור בטובת הנאה

אמנם שיש להבחין שלא כל מה שעשתה אשה יש לה אותו דין, ובהמשך כתב הרמ"א: ואם יש לה נ"מ הבעל אוכל פירות כל ימי חייה וכשתמות משלם מהקרקע... ומקשה שם בסמ"ע סתירה מסי' תכד, שם מבואר שאשה שחבלה צריכה למכור נ"מ בטוה"נ ואילו כאן כתב שהבעל אוכל פירות בחייה.

ומתוך הסמ"ע:

ואפשר דבמסירה דלא הזיקה בידים הקילו, דשם קנס עליו, גם מה"ט במת קודם שעמד בדין אמרינן בסמוך דאין היורשים חייבים לשלם בעדו, אבל במידי דאינו קנס, כגון הלואה ושאלה ונישאת, וגניבה וחבלה, מוכח לקמן סימן תכ"ד דאם יש לה נכסי מילוג או

נכסי צאן ברזל או תוספת כתובה על כתובה דאורייתא, דמחויבת היא למכרה בטובת הנאה ולשלמם.

ומביאו הש"ך (ס"ק טז) ותמה עליו:

ולא ידעני מה קשיא ליה דודאי הכא אם הוא רוצה שתמכור נ"מ שלה בטובת הנא' מחויבת לעשו' כן וכמ"ש הוא עצמו בסי' תכ"ד סס"ק ט"ז דגם בהלואה ובהשאלה ובכל דבר הדין כן אף על פי שלא הוזכר שם כן וא"כ ה"ה הכא ואדרבה הכא אשמועי' גדולה מזה דהנכסים מיד בחזק' הנמסר רק שהבעל אוכל פירות כל ימי חייה וחייב לשלם אחר מיתתה ואדרבה איפכא קשיא דהכא חייב לשלם לאחר מיתתה ובסי' תכ"ד לא מחייבים לה אלא למכור נ"מ בטובת הנאה פי' דאם תמות ירשנה הבעל כמ"ש הטור שם הרי דאין הבעל חייב לשלם לאחר מיתתה?

ותירץ הש"ך על פי תוס' ס"פ י"נ [ב"ב קלט, ב] ד"ה התם] שהקשו מה הראיה מהמשנה של העבד והאשה פגיעתן רעה לתקנת אושא הרי כאשר יש פסידא דלקוחות תיקנו שהבעל יהיה כיוורש ולא כלוקח? נמצא שהבעל לא יכול להוציא מהניזק ומדוע לא חייבוה למכור נכסיה בטוה"נ? ותירץ תוס' בשם רשב"א: היות ותיקנו שכאשר האשה מוכרת הבעל מוציא מיד הלקוחות תיקנו כן גם כאשר חבלה באחרים היות וזה לא שכיח אז אפילו שיש פסידא זה נחשב שאין לענין שהבעל יחשב כלוקח ויוציא מידם וכן תירץ הרמב"ן שם בחדושו וז"ל: "א"נ משום חבלות דמלתא דלא שכיחא הוא לא פלוג רבנן בתקנתא דבעל". נמצא שלא כמו שכתב הסמ"ע שבמסירה הקילו אלא אדרבא החמירו ובודאי אם ירצה למכור בטוה"נ יכול אלא שגם אם לא ימצא קונה מחוייב למכור לאחר מיתה.

נמצא לפי"ז שיש חילוק בין היזקים שכיחים בהם הבעל יחשב כיוורש לחייבו גם לאחר מיתה וזה חידוש גדול שכל מה שהגמ' דיברה זה רק בהיזקים שאינם שכיחים כגון חבלות ואם זה היזק מצוי ויש לה נכסים מחייבים אותה למכרם.

אמנם בהמשך דבריו הש"ך מעמיד את תירוץ תוס' ואת תירוץ הרמב"ן עפ"י דרכו בחדא מחתא – הבעל לעולם יחשב כלוקח שלא חייב לאחר מיתה וגם מוסר נחשב כחבלות לענין זה. ולדברי מהר"ם הנזכר במרדכי שסובר שצריך לשלם אין הדבר נובע מחילוק בין שכיח ללא שכיח כתירוץ ב' בתוס' אלא כתירוץ א' בדבריהם, שאה"י היה אפשר לתרץ ולטעמך שאכן דין הבעל כדין יורש כאשר איכא פסידא ובסוף דבריו הביא הש"ך מדברי רש"ל ביש"ש שכתב כרשב"א הנ"ל שדינו של הבעל כלוקח ואין נפ"מ אם חבלה או הזיקה ובכל ענין יוציא מיד לקוחות אלא שאם יש נכסי מלוג חייבת למכרם בטוה"נ.

המורם מהנ"ל שלענין מוסר נחלקו שלסמ"ע דינו כקנס שהקילו שאינו חייב למכור בטוה"נ ואילו לש"ך גם במוסר יחייבו למכור הנכסים בטוה"נ. ולגבי קנס שהתחייבה האשה לא נחייבה למכור נכסיה בטוה"נ כפי שמביא הסמ"ע ומשמע שהש"ך מודה לו בכך שדוקא מוסרת היא ממש מזיקה אלא שעשתה בדיבורה ולא במעשה אבל אם עשתה מעשה המחייבה בקנס שאני ולא נחייבה מעכשיו למכור נכסיה כדי לשלם קנס ורק בחיוב שיסודו בשורש הדין יש מקום לחייבה למכור בנכסיה משא"כ קנס. והראיה ממת קודם שעמד בדין שאין היורשים חייבים לשל עליו כי זהו גדר קנס שכלל עוד לא התחייב בדין זה לא חיוב ממוני שעובר בירושה וגם באשה שעשתה מעשה המחייבה בקנס י"ל שאין עליה חיוב כעת כל עוד אין לה ממון ולא שייך לחייבה למכור בטוה"נ שפירושה שמתחייבת עתה על הצד שיהיה לה אח"כ.

ג. גדר זכית הבעל במעשי ידה

עוד דוגמא שיש לה נכסים ומחוייבת לשלם" אמרה איני ניזונית ואיני עושה, אומרת הגמ' (כתובות סה,ב) במשנה: מציאת האשה ומעש"י לבעלה וכו' ומסתפק הקובץ שיעורים אות רטז האם מעש"י קנויים לבעלה או שקודם היא זוכה בהם והבעל זוכה ממנה ומביא ראיה מב"מ יב לענין מציאה שהבעל מינה זידה קא זכי ובתוס' בדף סו (ד"ה מציאתה) משמע שמציאה ומעש"י חד דינא נינהו א"כ מוכח שגם במעש"י כמו מציאה האשה זוכה תחילה וממנה חוזר הבעל וזוכה. שהגמ' אומרת (ב"מ שם) שהשוכר את הפועל ר' יוסי שהלכה כמותו אומר בין כך ובין כך ילקטו בנו ואשתו אחריו כלומר הם

לא נגררים אחר אביהם ואפילו אם הוא נחשב עשיר הם נחשבים כעניים ומוותרים בלקט. אך שנותר מקום לספק מהו גדר התקנה שתיקנו שמעש"י לבעלה תחת מזונותיה, שכן האבני"מ (פא,ב) מבאר את מחלוקת ר"ה ור"ל שלר"ל יש לבעל קנין בידי אשתו לכן יכול להקדיש מעש"י כמו מקדיש דקל לפירות שהדקל נמצא בעולם כן הידים בעולם ולכן אינה יוכלה לומר איני ניזונת ואיני עושה אבל ר"ה – שהלכה כמותו – ס"ל שאין לבעל זכיה בדידה לכן אינו יכול להקדיש מעש"י דהוי דבר שלא בא לעולם והיא שפיר יוכלה לומר איני ניזונת ואיני עושה אלא שכל עוד לא אמרה כן הרי הם שייכים לבעל. ויש לחקור בזה האם זהו סדר זכיה של הבעל שעובר דרך האשה אלא שאין בכוחה לעכב אצלה והבעל אינו צריך זכיה נפרדת או שגדר התקנה שהאשה צריכה ליתן מעש"י לבעלה ותלוי בדעתה (ר"ל מחוייבת היא על פי דין להקנותם לבעלה אבל זכייתו וקנינו בפועל תלויים בנתינתה).

והנה מגמ' ב"ק הנ"ל שהעבד והאשה פגיעתן רעה וכו' וכמו שנתבאר שפטורים רק מפני שאין להם ממה לשלם כי כל מה שקנו אזיל לבעל ולאדון ומ"מ משלמים אחר זמן כשישתחרר העבד ולכשתתגרש האשה ויהו מעש"י לעצמם יש להוכיח לכאורה שמעש"י הם לבעלה באופן ישיר, כי אם נאמר שיש לאשה בעלות על מעש"י ויכולה (מבחינה קנינית) לעכבם לעצמה אלא שתבטל בכך תק"ח א"כ בנדון שחבלה או הזיקה תתחייב לשלם ממעש"י כי יש עליה חיוב מהתורה לשלם תשלומי נזיקין (מלוה הכתובה בתורה) וקודם חיוב זה לתק"ח לתת מעש"י לבעלה ומדוע פטורה מלשלם מצד שאין לה? מוכח מזה שזה רק סדר זכיה שחכמים קבעו שמעש"י יהיו לבעל וזה נעשה באופן זה שקודם האשה זוכה ומיד הבעל זוכה ממנה ומעבר זה אינו תלוי בדעתה כלל ואינה יכולה לעכבו (אא"כ אמרה איני ניזונת וכו').

והביא שם שיש עוד להוכיח משו"ע (צז,טו) שכתב: שאין כופין בע"ח להשכיר עצמו ולא לעשות שום מלאכה כדי לפרוע והביא הפתי"ש משער המשפט שכונת המחבר שאין ב"ד כופין אותו להשכיר עצמו לפרוע חובו אבל אם יש חיוב על הלוח לעשות זאת בעצמו תלוי במחלוקת. לתוס' ב"מ י על דברי הגמ' שפועל יכול לחזור בו בחצי היום משום 'כי לי בני ישראל עבדים, עבדי הם ולא עבדים לעבדים' כתבו וז"ל:

נ"ל דמ"מ מותר אדם להשכיר עצמו דדוקא עבד עברי שאינו יכול לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור עובר משום עבדי הם.

הרי לנו לשיטתו שפועל דומה לעבד ורשאי להשכיר עצמו כי יכול לחזור בו. מעתה לפי"ז בעל חוב אינו חייב להשכיר עצמו לפרוע חובו כי אם יהיה מחוייב בכך חוזר הוא להיות כעבד כי החוב מוטל עליו אבל שיטת מהר"ם שהובאו בהגמ"ר בפי האומנין (עי' ש"ך חו"מ שלג, יז) כתב וז"ל:

כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים תימה אם כן כשם שאסור למכור בע"ע כך יהא אסור להשכיר עצמו מדקרי הכא פועל עבד וי"ל דפועל לא מיקרי עבד אלא שכיר והא דילפינן ליה מעבד היינו לענין קולא וכו'.

א"כ כיון שפועל לא נקרא עבד אלא דמקילינן לחזור בחצי היום שלא לכופו לעשות מלאכה נראה שמחוייב הוא להשכיר עצמו לפרוע חובו כיון שמחוייב בכך אלא שאין ביי"ד כופין לכך.

ועיי' מחנ"א (שכירות פועלים א) שכתב על דברי המחבר שזה שבי"ד אינם כופין לעשות מלאכה היינו דוקא כששיעבד את גופו לעשות כל מלאכתו בקבע כמו העבדים, אבל במשכיר עצמו לימים לעשות מלאכה ידועה אינו דומה לעבד אלא לפועל בעלמא וכך יתבארו גם דברי התוס' ב"מ י, א הנ"ל שאם נשכר על מנת שלא יחזור בו עובר על עבדי הם ר"ל בכה"ג שהשכיר עצמו בקבע לעשות כל מלאכתו דבעה"ב דומיא דעבד. ובאמת באמרי בינה (דיני גביית חוב ב) כתב שלדבריו יכול ביי"ד לכופו לבע"ח לעשות מלאכה ידועה שלא בקבע כי מהני החיוב שלא יוכל לחזור בו ממילא אפילו שלא נתחייב חלה עליו חובה לקיים מצות עשה לפרוע החוב וצריך להשתדל להשכיר עצמו וכד' וגם רשאים ביי"ד לכופ' ע"ז. ומביאו הערך לחם למהריק"ש בשם רדב"ז וז"ל:

ומסתברא לי שאם הוא רגיל לעשות מלאכה או להשכיר עצמו ועתה כדי שלא יקח בעל חוב מה שיעשה אינו רוצה לעשות כופין אותו לעשות כמו שהיה רגיל.

וסיים שלדינא צ"ע כיון שמלשון השו"ע משמע שבכל אופן אין כופין אותו להשכיר את עצמו ואכן בערוך השלחן (צו, כה) הביא את דינו של הערך לחם וכתב:

אבל אם אין לו במה לשלם אין כופין אותו להשכיר את עצמו ולא לעשות מלאכה אם אין הוא בעל מלאכה עד עתה.

והנה בשו"ע הרב (הלואה סעיף ה) כתב:

אבל אם הוציא (הלואה הוציא את כסף ההלואה) לצורך עסק פרנסתו ואח"כ מטה ידו, ואין לו לפרוע, אנוס הוא ואינו חייב להשכיר עצמו, ולא לעשות שום מלאכה, כדי לפרוע, אעפ"י שנקרא ליה רשע ולא ישלם.

ובהל' שכירות (כא) הביא הרב להלכה את שיטת מהר"ם המובא בש"ך הנ"ל שעד ג' שנים נחשב שכיר ורק ביותר מזה נכנס בכלל עבד ומ"מ כתב שאינו חייב להשכיר את עצמו ולא לעשות שום מלאכה כדי לפרוע ולא כשער משפט ומבואר שהיות והוציא את ההלואה לצורך פרנסתו אלא שאח"כ מטה ידו ולא יכול לשלם אנוס הוא ומדינא אינו מחוייב להשכיר את עצמו לפרוע חובו ומשמע שאם גנב כסף או לווה ובזבזו סתם וכד' שאינו אנוס על ההוצאות חייב להשכיר עצמו וכן נראה שלדבריו אם הוא רגיל לעשות מלאכה ורק כעת אינו רוצה לפרוע חובו ביטול מלאכתו חשיב כפשיעה ויהיה חייב להמשיך לעבוד. ולפי"ז צ"ע מדוע אשה שחבלה באחרים פטורה מלשלם כי אין לה כסף מדוע לא תתחייב להשכיר עצמה כדי לפרוע החיוב שעליה? ומוכח מדבריהם שאפילו תשכיר עצמה מעש"י שייכים לבעלה ולא תוכל לפרוע בהם את תשלום החבלה או הנזק ואין לה בהם זכיה עצמאית.

ואם אמרה האשה איני ניזונת ואיני עושה קיי"ל כר"ה שיכולה כי עיקר התקנה לטובתה כדי שיהיו לה מזונות כמבוא בשו"ע אבה"ע סי' פ, נמצא שאם אמרה כן תוכל לפרוע החוב מכסף זה.

ולענין אם תוכל לחזור בה תלוי הדבר במחלוקת הראשונים – לדעת תוס' בכתובות מז': "אף על גב דלרב הונא יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניזונת כו' התם משום דאינה מפקעת לגמרי התקנה שאם אמרה היום איני ניזונת

ואיני עושה למחר תעשה ותהא ניזונית" שזו תקנה שיהיה ברשותה להחליט מתי לקבל מזונות ולתת מעש"י ומתי לא ואילו לדעת הרא"ה (הובא בריטב"א ובר"ן כתובות נח,ב) שאינה יכולה לחזור בה משאמרה איני ניזונית ואיני עושה ואם אמרה כן בטלה התקנה ויש שבארו שהנידון הוא בגדר התקנה האם חיוב מזונות הוא דבר יום ביומו ונמצא שאינה מפקיעה התקנה או שחיוב המזונות הוא מתחילה לכל אורך הנישואין ולפיכך אינו בדין שתחזור בה כל יום ואם אמרה איני ניזונית כו' בטלה התקנה. שתי הדעות הובאו ברמ"א (סט,ד): "י"א דכל אשה האומרת: איני ניזונית ואיני עושה, נתבטלה התקנה, ואינה יכולה לחזור בה ולומר: אני ניזונית ואני עושה (ב"י בשם הר"ן שכ"כ בשם הרמ"ה). ויש חולקים".

ד. אילו מלאכות נכללות ב'מעשי ידיה'

עוד יש לדון בנשים דידן שעובדות מחוץ לבית בעבודות הוראה, משרד וכד' האם שכר עבודתן בגדר מעש"י שתיקנו תחת מזונותיה, שהרמב"ם (אישות כא,א) כתב מציאת האשה ומעשה ידיה לבעלה ומה היא עושה לו הכל כמנהג המדינה מקום שדרך לארוג אורגת, לרקום רוקמת לטוות צמר ופשתים טווה. ובשו"ע אבה"ע פ מנה המלאכות שהאשה חייבת לעשות לבעלה.

ויתכן שדוקא במלאכות אלו תיקנו חכמים שמעש"י לבעלה משא"כ מלאכות אחרות אינה חייבת לבעלה ויהיה להם גדר של העדפה שע"י הדחק או מותר מעש"י שבזה לא ברור לכו"ע שהם שייכים לבעל. הב"י הביא בשם הרשב"א:

האשה אינה חייבת לטרוח לסתור ולבנות לעקור ולנטוע ולא להתעסק ברבית אלא לעשות בצמר ואם רוצה הבעל לשנותה למלאכה אחרת אינו רשאי שאינה אצלו כעבדים.

וכך כתב השו"ע בסי' פ: מעש"י לבעלה כיצד הכל כמנהג המדינה מקום שדרך לארוג אורגת לרקום רוקמת לטוות צמר או פשתים טווה. ואם לא היה דרך נשי העיר לעשות כל המלאכות האלו אינו כופה אלא לטוות הצמר בלבד. וממ"ש מרן כל המלאכות האלו דייק הבית מאיר שס"ל למחבר כרשב"א, שאינו כופה למלאכה אחרת ממה שחייבוה חכמים.

ומה הדין אם עשתה עבודות כאלו? בשו"ת המהרי"ט (חו"מ סז) נסתפק השואל באלו הנישם הנכנסות בבית השרים והמה כאניות סוחר להביא טרף לביתם ומכלכלין את בעליהן אם נאמר שאשה כזאת אין לבעלה זכות במעש"י או שמא זוכה הוא במעש"י. ומהרי"ט הכריע שאפשר שבנידון דידן נחשב שהבעל זן אותה משום דאפשר לומר דנשים אלו כיון שמתחילת שימושן במלאכה זו עדיין הבעל טורח במזונות וכשהיא מרווחת ונותנת בעין יפה ונותנת יציאות הבית כל שלא אמרה איני ניזונית ואיני עושה יש לה ממה להתפרנס – ממה שהרויחה כבר ומדידה קאכלה. וכל מה שהיתה הולכת ומשתכרת קמא קמא בטיל לגבי בעל. וכ"כ החזו"א (אבה"ע עו), וז"ל: "ובעיקר הדין נראה שכל שהתחילה מלאכתה בשעה שכבר אכלה משל בעלה כל מה שעשתה הוי לבעלה בין שהוא העדפה בין שהוא מציאה וממילא כשניזונת אח"כ מאותו הרויח הוי כניזונית משל בעלה עכ"ל. רואים מדברי המהרי"ט שאע"פ שהתאמצה לעשות יותר מחיובה (מהתאור של היתה כאניות סוחר וכו' ברור שיש כאן יותר מעשיה בצמר), עולה מהמהרי"ט והחזו"א שהעושה מלאכה בסתמא כל שלא אמרה איני ניזונית וכי מעש"י לבעלה ואינה יכולה לפרוע בזה את חובה. וזו הלכה שנוגעת היום לאברכים ששכיח שבתחילת הנישואין הוא המפרנס ממילגת הכולל ומעתה חשיב שקיבלה על עצמה התקנה ואח"כ שיוצאת האשה לעבוד ומרויחה פי כמה מבעלה על דעת ראשונה היא עושה.

ואם עשתה ע"י הדחק כגון שעבדה בלילה או כמה מלאכות ביחד – בזה נחלקו הראשונים והפוסקים אם שייך לבעל או לאשה. ר"ח אומר שזה שייך לאשה והרמב"ם (בעקבות הרי"ף) פסקו ששייך לבעל. המחבר והרמ"א פסקו ששייך לבעל אבל הבי"ח סבור שיכולה לומר קי"ל כהר"ח וזה שייך לה ואינו יכול להוציא ממנה ומיירי באופן שכבר נתן לה מזונות מראש דבלא"ה גם הבעל יוכל לטעון קי"ל כאידך פוסקים דשייך לי ואני אעכב מזונותיך כנגד מעש"י. הח"מ (פ,ב) נקט כבי"ח וכן כתב בשו"ת בית שלמה יו"ד ב,קט ואילו החזו"א אבה"ע עז, פסק כמחבר והרמ"א שהעדפה שע"י הדחק שייך לבעל. נמצא שהדבר במחלוקת וגם לשיטת הבי"ח שיכולה לטעון קי"ל אבל כל עוד

לא טענה כן לא זכתה בהם וממילא אין לה מהיכן לפרוע נזקיה. ולמעשה אינה מחוייבת לטעון קי"ל ולגרע מבעלה את מה שעשתה לשלם הנזק.

ה. חיוב הבעל בנזקי אשתו

עד כאן דנו בכך שלאשה אין נכסים משלה ולכן פטורה כל זמן נישואיה, אבל פשיטא לן שהבעל אינו מחוייב לשלם ויש לדון בכך. בב"מ קד, א ר' יהודה אומר מביא אדם קרבן עשיר על אשתו וכן כל קרבן וקרבן שהיא חייבת שכך כותב לה אחריות דאית לך עלי מן קדמת דנא. ופרש"י שבעלה חייב בקרבן לידתה וצרעתה ואם הוא עשיר אינו יכול לפטרה בקרבן עני וכן כל קרבן שהיא חייבת שלא בנדר או בנדבה ודעת תוס' שאף במה שהיה עליה קודם נישואיה אבל רק בקרבנות חובה שהן לכפרה (לידה, זיבה צרעתה דמחוסר כיפורים) אבל נדרים ונדבות שקדמו לנישואין אינו חייב כמו מה שלותה ואכלה קודם נישואין אינו חייב ואף אם לותה תחתיו כל שאינו לצורך מה שמשועבד לה לא חייב. וסברא פשוטה היא דאם נחייבו אם יקניטה תלך ותלווה ותשליך לאיבוד ותפסידו מאה מנה בכל יום וכן נוי"נ (ובנזירות ליכא למיחש). הרמ"א (צא, ד) כתב: קהל שתיקנו תקנות עם קנסות לעובר עליהם ועברה אשה על התקנות חייב בעלה לשלם הקנס ומקור הדין מתרוה"ד (רפב) שמדמה חיוב הקנס לקרבן (דקנס מכפר דומיא דקרבן) ויש שואלים מה בין חיוב הבעל בקרבנות אשתו לפוטרו מחבלתה ונזקיה וגזלתה (חוי"מ שמט – אם גזלה פטורה כל זמן שעומדת תחת בעלה) וביותר צ"ב לרמ"א שחייב על קנס אשתו מאי שנא מגזילתה.

בשו"ת חת"ס (אבה"ע קלט) באשה שעברה על תקנת הקהל ומכרה בשר בלי לשלם החכירה והחת"ס פטר את הבעל מהתשלום – גם לרמ"א שמחייב בעל בקנס אשתו. ולפי הנ"ל צ"ב מדוע? ובאר החת"ס בנידון של הרמ"א שתיקנו למיגדר מילתא והיא עברה על התקנה הרי זה כעוברת על איסור תורה ולכן הבעל חייב משא"כ בעברה על התקנה למכירת בשר בלא תשלום החכירה זהו ענין ממוני גרידא ובכה"ג לא חייבוהו דלא דמי לקרבן הבא לכפרה. דלו יהא דעשק את עמיתו איננו אלא במ"ע של והשיב את העושק ואין עליו עונש נוסף וכל שניתן להשבון אין עליו עונש. ובאר דבריו הרב אהרן גאלדמינצער הי"ו

עפ"י דברי קונטרס הספקות שכל ענייני ממון אף שיש בהם איסור מ"מ האיסור שבו תלוי בדין הממון ואם מצד דיני הממון פטור אין עליו יותר עונש ובממונות אמרינן הממע"ה לא מתחשבים באיסור גזל שיש על הצד שאין זה שלו, לכן אין לחייב הבעל לשלם בעדה דזהו ענין ממוני בלבד ואינו כקרבתן שבא לכפרתה עכ"ד. וכל זה מעיקר הדין אבל יש ענין נוסף שמביא המרדכי בפי החובל בשם ראב"ן דהאידינא דנשים נושאות ונותנות בכל ענייני הבית הבעל חייב לשלם עבורן מטעם תקנת השוק וז"ל בסי' פז פסק הראב"ן: כן שהנשים רגילות לישא וליתן בזה"ז הרי אלו כאילו מינום בעלים שליחים ואם יש עדים חייב הבעל לשלם מפני תקנת השוק שישאו ויתנו עמהם כו'. ועוד תתבזה ותתבזה ולא תגזול, משא"כ חובל שאין הבעל נהנה מזה ע"כ.

ואילו הדרכי משה (חוי"מ צו) הביא דעת ראב"ן וכתב שתרוה"ד (ריג) חלק עליו ולדעתו בהלאות בלבד הבעל חייב לשלם מפני תקנת השוק אך בגזילות ופקדונות שלא שייך בהם תקנת השוק אי"צ לשלם. והעלה הד"מ שבתשובת מהרי"ק (שרש קצב) כתב שמוהר"ם ושאר פוסקים חולקים על ראב"ן וגם באופן ששייך תקנת השוק הבעל פטור הואיל ואף ראב"ן חייב בכה"ג בדבר מועט בלבד ולכן אין להוציא מספק דהמע"ה וכך פסק הרמ"א שם סעיף ו' :

ואם אין לה לשלם, יכתבו לו פסק שתשלם לכשתתאלמן או לכשתגרש (טור); אבל אין בעלה חייב לשלם בשבילה, אף על פי שנושאת ונותנת תוך הבית (מהרי"ק שורש קצב בשם מוהר"מ), ודלא כיש חולקין בזה.

אבל הש"ך (סק"ט) פוסק כראב"ן וז"ל: "אבל לפע"ד כל דברי מהרי"ק בתשובה זו אינם נכונים, דנ"ל ברור דגם מהר"ם מודה לראב"ן ואיהו מיירי בסתם נשים. וכן מה שכתב מהרי"ק שם דכיון דשאר כל הפוסקים לא הזכירו זה משמע דלא סברי הכי. אין מזה ראיה, דאינהו מיירי מסתם נשים, אבל באשה הנושאת ונותנת בתוך הבית לא מסתבר כלל שהיא תקח מאחרים ממון והבעל ידע מזה ויאכלו ביחד שניהם הממון ולא ישלמו כלום. וכן בדבר שדרך הנשים ליקח כגון דבר מועט וכה"ג לצרכי הבית פשיטא דדין סתם נשים כאשה הנו"נ בתוך הבית וכו'". ומביא ממהרש"ל פ' החובל סי' כט

שהבעל חייב לשלם עבורה לפי מה שהיא נו"נ בתוך הבית לפי ראות עיני הדיין שאם היא אשה שמחיה את בעלה וכל ממון הבעל בידה פשיטא שאפילו דבר גדול מוכרח הבעל לשלם אבל כל זה בהלואה או פקדון, שהיה להם הנאה מזה אבל אם פשעה בפקדון אן משליכתו לאש או חבלה וכה"ג הבעל פטור כמבואר בהגה' אשר"י פ' החובל בשם הראב"ה. וזה דוקא בפקדון שאינה מקבלת עליו שכר אבל אם יש לה שכר ודאי חייבת בפשעה בו שדינה ככל נו"נ ושייך בזה תקנת השוק.

המרדכי בב"ק (פז, א) מביא את שיטת רב נחשון גאון: "וכתב רב נחשון גאון הא דאמר העבד והאשה פגיעתן רעה היינו לשלם ממון אבל מלקות חייבות שאם לא כן עבדים מחבלים בבני מיוחסים ונשים באנשים כו'. ונחלקו באיזה אופן דיבר רב נחשון, שהסמ"ע בסי' שפח אומר שדיבר באופן שאין לאשה נכסי מלוג דוקא דאל"כ הרי זה לאו הניתן לתשלומין ואין אדם לוקה ומשלם, שהרי מפני זה החובל בחבירו פחות משו"פ לוקה דעבר על לאו דלא יוסיף להכותו אבל בחבל בו ביותר משו"פ אינו לוקה הואיל ומשלם. אבל האחיעזר (ח"א סי' כא) ובשו"ת יהודה יעלה (יו"ד א, קסד) הסבירו שמה שפטור החובל ממלקות הוא עצם החיוב לשלם ולא התשלום בפועל. לכן כיון שהאשה חייבת לאחר שתתגרש תו אינה יכולה ללקות לכן הם מבארים את דברי רב נחשון שהמלקות הם להרתעה כדי שלא תהא רגילה לעשות כן וכדמשמע בדבריו נמצא שגם אם יש לה לשלם לוקה דזהו 'מכת מרדות' ושואל בקובץ בית יצחק הנ"ל מדוע לא נחייב את הבעל לשלם מצד דינו של ר' אלעזר בכתובות סא: כי היא היתה אם כל חי כו' לחיים ניתנה ולא לצער שלמדנו מזה שעולה עמו ואינה יורדת ואם יש דברים שגורמים לה צער עליו לדאוג לסלקם שיהיו לה חיים טובים וכדברי הבי"י סו"ס עד: "הבורחת מפני שמכה אותה או מפני שחמותה מצערתה ולא במרד חייב הבעל לתת לה מזונות ואם לוותה ואכלה הבעל חייב לפרוע" וכן בשו"ת הר"י"ף (רלה). ועיי בשו"ת מהר"ם ב"ב פא בשם תשובה לגאון שבקובלת על בעלה אי אפשר לדור עם אחיך ועם אחיותיך המחרפים ומגדפים אותי חייב הבעל להוציאה משום ולדור בבית אחר. נמצא שגם יצטרך הבעל לשלם עבורה דאל"כ תצטער ע"י שתלקה ולגבי החשש שמא תעשה כן ותחייב את בעלה הרי חשש

זה לא שייך היכא דחבלה בשוגג שגם אז חייבת ומדוע בעלה לא ישלם בעבורה? ובאמת כל זה בשוגג אבל במזיד הרי לא שייך לחייבו מצד הסברה שמביאה הגמ' שמא יקניטנה ותלך ותחייבו ממון נוסף. ויש לדון באשה שעברה עבירת תנועה – למשל או חנתה במקום אסור האם יש לחייב את בעלה בגינה או שיזקף הסכום כחוב עליה לכשיהיה לה? אז ראשית יש לכאורה לדמות זאת להא דהבעל פטור משום שמא יקניטה ותלך ותאבד לו מאה מנה בכל יום שהרי אינה מרגישה כעת בהוצאה הכספית שאין זה מגרע ממנה כשבעלה זן אותה אא"כ יש לה משלה שאז תתחייב אבל לאור האמור לעיל שהרמ"א מחייב על תקנות הקהל וכמו שמסביר החת"ס שבכהאי גוונא שזה בא למגדר מילתא הבעל חייב לשלם עבורה דהוי כקרבן גם כאן חייב וביותר שיש לראות בזה חיוב גדול יותר מתקנת הקהל שהרי זה חוק מדיני ואם תפטור אותם ביטלת כל החוק והסדר במדינה ואין לך מיגדר מילתא גדול מזה.

לסיכום

אשה שהזיקה וכד' אם יש לה נכסים שאין לבעל רשות בהם חייבת לשלם ואשה הנו"נ בתוך הבית חייב הבעל לשלם עבורה. ואם אינה נו"נ ואין זה מצרכי הבית מעיקר הדין פטורה אבל יש לבעל לשלם עבורה מצד ועשית הישר והטוב.

ואמנם עדיין צריך לברר המצב למעשה היום לאור נסיבות המשתנות ועוד חזו"ל.

הרב מאיר ברקוביץ

שכר עבודה אסורה

ראשי הפרקים

- א. חיוב היסת בתביעת אתנן
- ב. חת"ס: רבנן מודים בחייבי כריתות בעריות
- ג. הרודף אחר הערוה מצילים בנפשו
- ד. הסכם עבודה אסור
- ה. חיוב תשלום בגין איסור

א. חיוב היסת בתביעת אתנן

בחור"מ (פז, כה) נפסק:

כל הטוען לחבירו טענה שאפילו אם הודה לא יתחייב ממון, אם כפר אינו חייב היסת. כגון בטוען לחבירו: אמרת שתתן לי מנה והלה כופר, פטור משבועה, שהרי אין כאן חיוב ממון ע"י דיבורו (אם רק אמר לחבירו שיתן לו מנה אינו חייב).

הרמ"א הוסיף על פי הריב"ש:

מי שטוענת כלפי אחד שנדר לה דבר באתננה והוא כופר, חייב להישבע.

מבואר כאן שהמודה בהתחייבות שלו באתנן חייב לשלם.

הב"ח מקשה מפ' השוכר את הפועלים (צא,א) שם אומר רבא: אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו. רש"י מקשה שהרי הוא מחייבי כריתות ואומרים קם ליה בדרבה מיניה, ובדיני אדם פטור, כיון שעכ"פ נתן את התחייבותו, הוי אתנן ואסור לגבוה. ומסביר רש"י שבאמת בדיני שמים חייב אלא שלבית הדין אין כח לחייבו בדיני אדם. או שמועילה תפיסה בזה. כיון שכך יש לשה שנותן לאשה (אפילו בא על אמו) שם אתנן. והרי כל המזנות אין חוששות לטבול והן מוחזקות בנדות, אם כן הוי חייבי כריתות ויש קם ליה בדרבה מיניה. וממילא אינה יכולה לתבוע את אתננה, ומדוע הכופר בזה חייב להישבע?

הש"ך (ס"ק נח) מקשה על הב"ח, שאין לדמות הדין כאן לדינו של רבא 'אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו'. שם הוא עוסק בחיוב מיתת בי"ד שאכן אומרים קם ליה בדרכה מיניה ואינו חייב בדיני אדם לתת לאמו אתננה. אולם כאן זהו חיוב כרת ואין הלכה כרבי נחוניא בן הקנה שאומרים קם ליה בדרכה מיניה בחייבי כריתות. אם כן חייב בדיני אדם לשלם לה אתננה!

ב. חת"ס: רבנן מודים בחייבי כריתות בעריות

החת"ס (אבה"ע קלג אות ג) אומר: 'לענ"ד הדין עם הב"ח', ומסביר: תוסי בב"ק (ע,א ד"ה אתנן) הקשו מנין לרבא שיאתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו? אולי התורה מדברת על אתנן דוקא כאשר אין חיוב מיתת בי"ד בביאה? תוסי מתרצים שבתמורה לומדים שהפסוק 'לא תביא אתנן' מדבר על איסורי עריות, שבשניהם נאמר 'תועבה'. עדיין יש לשאול (פנ"י שם): אולי הפסוק נאמר בחייבי כריתות בדוקא, אך כאשר בא על אמו (שיש דין קלב"מ) י"ל שלימתנה' שיתן אין דין אתנן?

לפי הב"ח הדברים מובנים, שלדבריו גם בחייבי כריתות יש דין קלב"מ. הא כיצד? הב"ח לומד שרבנן ורבי נחוניא בן הקנה לא נחלקו אלא בחייבי כריתות שאין בהם שום צד מיתה, אלא חיוב הכרת בלבד (כגון העושה מלאכה ביוה"כ). לפי רבי נחוניא בן הקנה בכל זאת אמרי' קלב"מ ורבנן חולקים. אולם בעריות (גם בחייבי כריתות) יש תמיד צד מיתה נוסף, שמלבד מיתת בי"ד שיש בהם יש גם דין יהרג ואל יעבור, והוי כעין חייבי מיתה ואמרינן קלב"מ!

לכן אין לחייב שבועה על תביעת אתנן שהרי מסתמא היא נדה והוי חייבי כריתות שיש בהם צד של יהרג ואל יעבור ובזה מודים רבנן שאמרי' קלב"מ.

ג. הרודף אחר הערוה מצילים בנפשו

במקום נוסף (אבה"ע ח"ב ס"י קס) מוסיף על כך החת"ס: גם אם נאמר שמצד יהרג ואל יעבור גרידא אין קלב"מ, מ"מ הרי הדין 'ואלו שמצילים אותם בנפשם - הרודף אחר הערוה' (סנהדרין עד). אם כן, תוך כדי מעשה האיסור מרחף על ראש עוברי העבירה אפשרות מיתה. לגבי רודף ראינו שהעובדה שניתן להורגו פוטרת אותו ממנו.

יש לשאול על החת"ס, שהרי ניתן להצילו בנפשו כל עוד הוא רודף אחר הערוה אך כאשר התחיל במעשה כבר לא מצילים אותו בנפשו. חיוב הממון

הוא רק בעבור המעשה. אם כן חיוב המיתה והממון אינם באותו זמן, ולא אומרים בזה קלב"מ?

האמרי בינה (בשני מקומות: טו"נ סי' לא; דיינים סי' יז) מביא את דברי החת"ס הנ"ל ומעיר עליהם, ותו"ד: הרי דין 'אלו שמצילים בנפשם' הוא רק כאשר רודף אחר הערוה והיא אינה רוצה והרי היא אנוסה והדין הוא שהורגים אותו כדי להציל את הנרדפת מפגם (עי' מנ"ח מ' תר), אולם כאשר האשה מעוניינת בביאה (ובנדון דידן יש הסכם ביניהם, שהרי התחייב לה אתנן) ההלכה היא שאין מצילים אותו בנפשו, ומעתה נפל כל היסוד לתרוץ החת"ס.

יש מיישבים קושייתו על החת"ס, שאפשר שכל התרצותה היא רק כיון שמתחייב לה אתנן. אם נאמר שאינו חייב לה אתנן אינה רוצה, ומצילים אותו בנפשו.

ד. הסכם עבודה אסור

יש לדון בהסכם ממון/ עבודה שכרוך באיסור. במשנה שביעית (ה,ח), הדין לפי ב"ה שמותר למכור לחשוד על השביעית דבר שיכול להשתמש בו להיתר, כגון פרה כיון שיכול לעשות בה מלאכה מותרת או לשוחטה. אולם אם מפרש שישתמש בכך לאיסור, כגון שמבקש לפרוט מעות כדי לשלם לפועליו בשביעית – אסור לתת לו. הרמב"ם בפיהמ"ש לומד שהאיסור הוא משום מסייע לדבר עבירה.

ר' יונה עמנואל (המעין תשמ"ב) מקשה שהרי הפועלים כבר עבדו באיסור בשדה בשביעית. אם העבודה כבר נעשתה הרי הוא חייב להם כסף, בפשטות. ומדוע לא יפרוט עבורו כסף זה שהוא חייב להם, ומקיים בזה מצוות עשה של 'ביומו תתן שכרו'?

בשו"ת משנת יוסף (סוף ח"ב) מביא משו"ת מערכי לב (סי' קיג), האם יכול שליח לעשות דבר איסור לתבוע שכרו מהמשלח. מסברא הוא טוען שפטור, שלא יהא חוטא נשכר (צ"ע- כאן גם בעה"ב חוטא וירויה שפטור מלשלם?). ודן בראיות לכאן ולכאן.

לאחר מכן מביא דברי נתיבות המשפט במי ששכר עדי שקר, וכעת כשבית הדין גילו שהם שקרנים הוא תובע מהם את כספו בחזרה. הנתיבות אומר

שפטורים, בניגוד לדיין שנטל שוחד שצריך להחזירו, ועיין שם הוכחותיו.¹ על כל פנים משמע שלכתחילה אסור להם ליטול שכר עבור עדות שקר (מאזנים למשפט), וכל הנידון הוא רק אם צריכים להחזיר. אך מה המקור לכך?

בסוף התשובה מסיק שיש לחלק בין מצב שלא יכול לעשות בהיתר, שאז אינו יכול לתבוע שכר מלאכת האיסור, לבין מצב שהיה ניתן לעשותו בהיתר שיכול לתבוע. כגון גם אם בא על נדה, כיון שהיה יכול לייחדה לו והיא תטבול לנידותה, גם אם לא עשתה זאת הוא מתחייב בתשלום עבור המעשה וניתן להוציאו בדיינים, כפי המבואר ברמ"א הנ"ל.

יש להקשות: הרי מצאנו 'אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו', למרות שאין היכי תימצי של היתר במעשה שם? ואין לומר שאכן אינו יכול לתבוע ממון זה, שהרי רש"י (באחד הפירושים) אומר שיכולה לתפוס?

ה. חיוב תשלום בגין איסור

החת"ס (חו"מ סי' כז) מקשה: למאי דקיימא לן שמקח שנעשה באיסור אינו קונה (יעויין שו"ע חו"מ סי' רח סמ"ע סק"ג ושי"ך סק"ב סביב דין 'אי עביד לא מהני'), אם כן אתנן במה יקנה, הרי לא נקנה אלא ע"י ביאת איסור? הא לא קשיא, שיש לומר ששאני הכא שגלי קרא שיש מושג של 'אתנן' למרות שזהו הסכם של איסור. לפי זה יש לומר שהואיל וכל המושג של אתנן הוא חידוש, ואלמלא חידוש התורה הקנין לא היה חל כלל אין לך בו אלא חידושו ורק כאשר תפס וכדו' יהיה אתנן אך בלא זה אין אפשרות לתבוע תשלום האתנן.

כך נבין את הב"ח הנ"ל שנקט שאין להישבע על כפירת אתנן כיון שאף אם יודה יהיה פטור. (אמנם זו לא כוונת הב"ח שהקשה מצד אחר, אך יש ליישב דבריו מכיוון אחר).²

האמרי בינה (הלי' דיינים הנ"ל) מציין שבדברי החת"ס אנו רואים דין מחודש שהסכם של איסור אינו מחייב בתשלומים. לפי זה יש נפ"מ גדולה בין אביי

¹ הנוטל שוחד צריך להחזיר את הכסף (חו"מ סי' ט) למרות שהנותן נתן בלב שלם, מדוע? הפוסקים דנו בכך רבות, והציעו כמה נימוקים: כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד לא מהני, ועוד. אפשרות נוספת (מנ"ח) - שוחד הוא כתשלום עבור הדין, וכיון שדיין שקיבל שוחד דינו בטל, צריך להחזיר את השוחד.

² לדברי החת"ס מיושבת הקושיא הנ"ל. בעלמא אכן בהסכמים של איסור אינו מתחייב בתשלומין, מלבד אתנן בו חידשה התורה דין מיוחד.

לרבא, אי כ' מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, והרי הגמרא בתמורה (ו,א) מחפשת נפ"מ ביניהם ולא מוצאת. לדברי החת"ס הנפקא מינה היא במקח של איסור האם יוצא בדיינים או לא!

לכן טוען האמרי בינה, אין להביא כלל ראייה מדין אתנן. אין כאן כל תשלום עבור האיסור. האיסור הוא מעשה העבירה, אך תשלום עבור מעשה זה אינו איסור. לכן חייב לשלמו מדינא, ולא שייך לומר אי עביד לא מהני [וכיוצא בזה מפורש בר"ן ורא"ש (ע"ז סב) 'והא קמחסרה משיכה'].

עין בזה בדברי הרב זוין בספרו לאור ההלכה (לגבי משפט שיילוק).

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

"המחלל אינו מתחלל" - שיטת ר"ח (מכות ב,א)

שיטה חדשה בדין כהן הנשוי לגרושה

ראשי הפרקים

- א. מחלוקת רש"י ור"ח בפירוש הקל וחומר של בר פדא
- ב. פירוש אחר בדברי ר"ח
- ג. השלכות מהמהדורה קמא של הרמב"ם לענין עבודה ותרומה
- ד. השלכות מנוסחת מהדורה קמא לענין פסולי חיתון

א. מחלוקת רש"י ור"ח בפירוש הקל וחומר של בר פדא

בריש מסכת מכות (ב,א) הגמרא דנה בשאלה למה לא עושים לעדים זוממים (כהנים) שהעידו בכהן אחר שהוא בן גרושה כמו שזממו לעשות, כלומר למה אין פוסלים אותם מן הכהונה כעונש על זממתם שרצו לפסול כהן אחר. הגמרא מביאה מחלוקת בין ר' יהושע בן לוי לבר פדא בדין זה – אם הוא נלמד מן הפסוק או מקל וחומר:

מנהגי מילי? א"ר יהושע בן לוי (אמר ר"ש בן לקיש)¹ דאמר קרא: (דברים יט, יט) ועשיתם לו כאשר זמם, לו - ולא לזרעו. וליפסלוהו לדידיה ולא ליפסלו לזרעיה? בעינן כאשר זמם לעשות וליכא. בר פדא אומר: ק"ו, ומה המחלל אינו מתחלל, הבא לחלל ולא חילל - אינו דין שלא יתחלל.²

¹ המחיקה היא על פי ר' ישעיה פיק ברלין וכן הסכים אתו מהר"ץ חיות וכן הוא בכ"י מינכן ובילקוט שמעוני, וכן גרס הריטב"א. יש אחרונים כמו בעל לשם זבח שגרסו ר"ש בן לקיש או ריש לקיש.

² הראשונים והאחרונים דנים אם בר פדא חולק לגמרי על דברי ר"י בן לוי, או באופן עקרוני מסכים עמו ובא לחזק את דבריו, או חולק על חלק מדבריו, ראה ריטב"א על אתר, ודברי הצ"ח, לשם זבח, אור הישר, ואוצר לחיים שדנים בזה, ואכ"מ.

נחלקו רש"י ורבנו חננאל בפרשנות הקל וחומר של בר פדא. רש"י פירש: "המחלל אינו מתחלל - כהן הנושא את הגרושה שמחלל את זרעו אין הוא עצמו מתחלל מן הכהונה" כלומר מדובר בכהן הדיוט שנשא גרושה ומחלל את זרעו. לעומת פירוש זה, רבינו חננאל פירש: "בר פדא אמר ק"ו המחלל אינו מתחלל פי' כהן גדול שבא על אלמנה וחיללה הוא אינו מתחלל..."

והנה בש"ס וילנא נמצאה הערה של הרב שלמה כהן, מו"ץ דוילנא,³ על דברי רבנו חננאל אלו: "עי' רש"י ורבינו נקט לה בכ"ג דכתיב להדיא בקרא ועי' קידושין עז ב' סוטה כג ב'". לפי דבריו אין מחלוקת עקרונית ביניהם אלא כל אחד בחר דוגמה אחרת, והר"ח העדיף כהן גדול שבא על אלמנה מפני שדינו מפורש בפרשת אמור (ויקרא כא: יג, טו) שזרעו מתחלל.

אולם יש אחרונים אחרים, שלומדים שיש מחלוקת עקרונית בין רש"י ור"ח והם נחלקו במחלוקת הרמב"ם והראב"ד (איסורי ביאה יז, ב-ג):

הלכה ב: כל כהן שנשא אחת מהשלש נשים אלו בין גדול בין הדיוט ובעל לוקה ואם בא עליה דרך זנות אינו לוקה משום זונה או גרושה או חללה שנאמר לא יקחו עד שיקח ויבעול.

כתב הראב"ד: אין השכל מודה בזה שהרי למדו כהן הדיוט מכהן גדול לחלול הזרע בג"ש זונה זונה הלכך כי הדדי נינהו באסורייהו וטעות הוא בידו והטעהו מה שראה בגמרא כהן גדול באלמנה לוקה שתיים אחד משום לא יקח ואחד משום לא יחלל והוא סבר דוקא כהן גדול ולא היא אלא משום דלא מיתני ליה בכהן הדיוט חלול דאשה בשלא גמר ביאתו קמיירי דליכא חילול זרע עכ"ל.

הלכה ג: אבל כהן גדול שבא על אלמנה לוקה אחת אף על פי שלא קידש שנאמר לא יחלל כיון שבעלה חללה ופסלה לכהונה, אבל זונה וחללה וגרושה הרי הן מחוללות ועומדות קודם בעילתו, ולפיכך לוקה כהן גדול לבדו על בעילת אלמנה לבדה, אף על פי שאין שם קידושין שהרי חללה והוא מוזהר שלא יחלל כשרים לא אשה ולא זרעו.

³ ראה הקדמתו של הרב יחיאל שטרנברג ל"פירוש רבינו חננאל עמ"ס מכות", ישורון יא, תשס"ב, עמ' מד, הע' 9.

וכך פירש הרב חיים דוד מינצר בשיעורי הגר"ח"ד על מסכת מכות (תשנ"ח) על אתר:

גמ' ומה המחלל אינו מתחלל כו', פירש"י כהן הנושא את הגרושה שמחלל את זרעו אין הוא עצמו מתחלל מן הכהונה ע"כ. אבל הר"ח כתב פי' כהן גדול שבא על אלמנה וחיללה הוא אינו מתחלל כו', ופליגי בפלוגתת הרמב"ם והראב"ד פי"ז מאיסו"ב, דז"ל הרמב"ם אבל כהן שבעל אלמנה לוקה אחת אע"פ שלא קידש שנאי לא יחלל כיון שבעלה חיללה ופסלה לכהונה, אבל זונה חללה וגרושה הרי הן מחוללות ועומדות קודם בעילתו. אבל הראב"ד שם פליג דאף כשבעל גרושה לוקה בגמר ביאתו משום שחילל הזרע. ופליגי בהכי דהרמב"ם סובר דזרע לאו איהו קמחלל ומה שנעשה חלל הוא משום דינא דהולך אחר הפגום, אבל הראב"ד ס"ל דאיהו מחלל הזרע ושפיר יש לו ללקות משום זרעו (ויעוי' בגר"ח שם כע"ז) ונראה דרש"י סובר כשי' הראב"ד דאיהו קמחלל הזרע ושפיר יש אף בבעל את הגרושה מחלל שאינו מתחלל, אבל הר"ח ס"ל כהרמב"ם דהזרע לאו משום ידידה הוא דמתחלל, אלא משום דהולך אחר הפגום, לכן בעי לאוקמה באלמנה דמחללה, משא"כ גרושה שאינו מחללה שהרי היא מחוללת ועומדת.⁴

נמצא שרבנו חננאל סבור כמו הרמב"ם ורש"י סבור כמו הראב"ד.⁵

⁴ וכן פירש הרב אלעזר דוד אפשטיין בקונטרס פתח הסוגיא על מסכתות קידושין ומכות (חדרה תשי"ע) על אתר: "והנה רש"י פירש כוונת הגמ' ומה המחלל דקאי על כהן הנושא את הגרושה שמחלל את זרעו, אמנם ר"ח מפרש דקאי על כהן גדול שבא על אלמנה וחיללה, וצ"ע אמאי לא פירש ר"ח כרש"י דקאי על חילול זרעו? ואולי יל"פ עדמש"כ בחידושי הגר"ח בפ"ז מאיסו"ב ה"ב דכהן שבא על גרושה מה שנתחלל זרעו אי"ז רק משום שנתחלל ע"י ביאת איסור אלא גם משום דמאחר שאשתו נתחללה שוב אזלינן בתר הפגום (דהיינו האם) ודו"ק."

⁵ ראה הערת הרב יחיאל שטרנברג לדברי הר"ח, בפירוש הר"ח שפרסם (לעיל הע' 3) עמ' מה, הע' 3, שהקשה לפי רש"י שפירש במסכת קידושין עז,א, ד"ה ונתחללה: "שבא עליה כהן ועשאה חללה שהיתה אסורה עליו משום זונה" וכן כתב שם עז,א: "חזר ובא עליה - הוא או כהן אחר עשאה חללה שהרי אסורה לו משום זונה שאינו נוהג אלא בכהונה", ולפי דבריו גם כהן הדיוט שבא על גרושה זונה וחללה לוקה שהרי חיללה, ואם כן צריך ביאור מה טעם פירש רש"י במכות שמחלל זרעו ולא פירש שמחלל האשה עצמה. לפני זה הוא גם הציע שר"ח סבור כמו הרמב"ם הנ"ל באיסורי ביאה, והוסיף שהאחרונים האריכו לבאר את שיטת הרמב"ם מפני מה כהן הדיוט אינו נחשב למחללה לענין אכילת תרומה. כוונתו היא לדברי הרמב"ם תרומות (ו,ח), שכתב: "אבל התרומה אוכלת אחר שגירשה הישראל או מת אם לא הניח בן ממנה, שנאמר ובת כהן כי תהיה אלמנה וגרושה זרע אין לה ושבה אל בית

ב. פירוש אחר בדברי רבנו חננאל

הנה ידוע שכהן שמתחתן עם גרושה נפסל לעבודה, נשיאת כפיים, וכן אינו קורא בתורה ראשון ועוד דינים. אמנם למדנו במשנה במסכת סוטה ג, ז: "כהנת מתחלת וכהן אין מתחלל כהנת", ופירש הרמב"ם שם בפירוש המשניות:

ואמר לא יחלל זרעו, זרעו מתחלל והוא אינו מתחלל. וענין אינו מתחלל, שאינו נעשה חלל לעולם, אלא שהוא פסול כל זמן שהוא נשאר עם אותה האשה שעשאה חללה, כגון שנשא כהן גרושה, הרי כשבא עליה נעשת חללה כמו שנבאר במסכת קדושין בין שהיתה כהנת או לוייה או ישראלית, לפי שזה שאמר כאן כהנת מתחלת אין ענינו שהכהנת בלבד היא שנעשת חללה, אלא ענינו שהיא מתחלת כשאר המתחללות. וכשנעשת אשה זו חללה הרי היא נשאת חללה לעולם בין שמת בעלה או שגרשה. ואותו הכהן כל זמן שהוא עמה הרי הוא פסול לעבודה. ואם גרשה ונדר שלא ישא נשים בעבירה כמו שיתבאר בשביעי דבכורות חזר לכשרותו. ולשון ספרא להחלו, בזמן שהוא נוהג מנהג זה הרי הוא חולין.

וכן פסק הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה יט, א:

אי זו היא חללה זו שנולדה מאיסור כהונה, וכן אחת מן הנשים האסורות לכהונה שנבעלה לכהן נתחללה, אבל הכהן עצמו שעבר העבירה לא נתחלל.

ר' עובדיה מברטנורא גם פירש את המשנה בסוטה כד:

כהנת מתחלת - מן התרומה ומן הכהונה. אם נבעלה לפסולים שוב אינה חוזרת לכשרותה לעולם: כהן אינו מתחלל - אם נשא גרושה חללה או זונה, אלא כל זמן שהוא עמה הוא פסול לעבודה, משגרשה חוזר להכשרו, דכתיב (שם כא) ולא יחלל זרעו, זרעו חלל, והוא אינו חלל:

כעין זה פירש בתפארת ישראל שם, וכן פירש המאירי שם בבית הבחירה לסוטה כב, ב:

אביה כנעוריה מלחם אביה תאכלי" ואם כהן הדיוט נושא גרושה ובוועל אותה חללה לאכילת תרומה. עיין למשל אור שמח איסו"ב יז, ג, שהקשה כך, וראה שם מה שתירץ, ואכ"מ.

וזה הכהן כל מה שהוא עמה הוא פסול לעבודה וכאשר גירשה ונדר שלא ישא נשים בעבירה כמו שיתבאר בשביעי מבכורות יחזור לכשרותו ולשון ספרא להחלו בזמן שהוא נוהג מנהג זה הרי הוא חולין...

מקור הדין שצריך להדיר הנאה היא במשנה בכורות פ"ז מ"ז (וכמו שצ"ח הרמב"ם בפירושו למשנה בסוטה): "אלו כשרין באדם ופסולין בבהמה... הנושא נשים בעבירה פסול עד שידיר הנייה..." ופירש הרמב"ם שם:

והטעם שהצרכנו בנשיאת נשים נדר, ובטומאה מספיק שיקבל בלבד, מפני שיש שם תאוה האונסתו ולפיכך לא הסתפקנו אלא בנדר, ובתנאי שידור על דעת רבים שאין לו הפרה אלא לדבר מצוה כמו שנתבאר בתלמוד, ואין אנו יכולים לומר שמא ילך אצל חכם ויאמר לו נדרתי נדר על דעת רבים אלא שאירע לי דבר מצוה ורוצה אני להתיר את הנדר בשביל כך, לפי שהחכם יאמר לו על איזה דבר נדרת, כי הכלל אצלינו צריך לפרוט את הנדר.

להלכה כך פסק הרמב"ם בהלכות ביאת המקדש ו, ט:

כהן שהיה נושא נשים בעבירה אינו עובד עד שידירוהו ב"ד על דעת רבים כדי שלא יהיה לו הפרה שלא יוסיף לחטוא ועובד ויורד ומגרש, וכן אם היה מטמא למתים פסול עד שיקבל עליו בב"ד שלא יטמא, ואם עבר ועבד קודם שידיר או שיקבל אף על פי שהוא נשוי בעבירה לא חילל עבודה.

וכן נפסק הלכה זו בשו"ע או"ח קכח, מ:

כהן שנשא גרושה, לא ישא כפיו ואין נוהגין בו קדושה אפילו לקרות בתורה ראשון; ואפילו גירשה או מתה, פסול עד שידור הנאה על דעת רבים, מהנשים שהוא אסור בהם.

ופירש המשנה ברורה שם, ס"ק קמז:

כהן שנשא גרושה וכו' - וה"ה חללה וזונה או חלוצה ומה שנתבאר בסמוך שאין שאר עבירות מונעים נ"כ היינו דוקא בעבירות שאין שאר הכהנים מוזהרים יותר מישראל אבל במה שהכהנים מוזהרים יותר מישראל שקדושת כהנים גרם לו והוא חיללו לפיכך פסול מדרבנן לכל דבר כהונה עד שידור ע"ד רבים וכו'.

הרי כל הפסול של כהן הנשוי לגרושה הוא מדרבנן בלבד.

והנה מצאנו חידוש עצום במהדורת ר"י קאפח זצ"ל לפירוש המשנה של הרמב"ם לסוטה (ג,ז). הרמב"ם במקור גרס "אלא שהוא חלל כל זמן שהוא נשאר עם אותה האשה שעשאה חללה, לעומת המהדורה שלנו שהוא שינה ל"פסול כל זמן שהוא נשאר עם אותה אשה". לפי תיקון זה, הרב קאפח טוען שהרמב"ם שכח למחוק את המלה "לעולם" ארבע מלים לפני כן, שהרי אין טעם לכתוב לפי התיקון "שאינו נעשה חלל לעולם", אבל יש לו משמעות אם הרמב"ם כתב במהדורה קמא: "אלא שהוא חלל כל זמן..." כמו כן יש תיקון בסוף דבריו – לפנינו נמצא: "ואותו הכהן כל זמן שהוא עמה הרי הוא פסול לעבודה". אולם "פסול לעבודה" הוא תיקון, ובמקור נראה שהיה כתוב "הרי הוא חלל", כמו שכתב לעיל (ראה שם הערה 23 של קאפח). עוד שינוי היה שבמהדורה קמא לא היה כתוב "ונדר שלא ישא נשים בעבירה כמו שיתבאר בשביעי דבכורות", ומשמע לפי דבריו שאם גרשה חזר לכשרותו מן התורה בלי שום תוספת התחייבות. נמצא מפשטות לשונו שהרמב"ם במהדורה קמא היה סבור שכהן הנושא גרושה נעשה חלל כל זמן שהוא נשאר נשוי אתה.⁶

בטבלה הבאה ההבדלים בין הגירסאות ניכרים היטב:

| רמב"ם משנה סוטה ג, ז מה"ב | רמב"ם משנה סוטה ג, ז מה"ק |
|---|--|
| <p>וענין אינו מתחלל, שאינו נעשה חלל (לעולם), אלא שהוא פסול כל זמן שהוא נשאר עם אותה האשה שעשאה חללה, כגון שנשא כהן גרושה, הרי כשבא עליה נעשת חללה כמו שנבאר במסכת קדושין בין שהיתה כהנת או לוייה או ישראלית, לפי שזה שאמר כאן כהנת מתחללת אין ענינו שהכהנת בלבד היא שנעשת</p> | <p>וענין אינו מתחלל, שאינו נעשה חלל לעולם, אלא שהוא חלל כל זמן שהוא נשאר עם אותה האשה שעשאה חללה, כגון שנשא כהן גרושה, הרי כשבא עליה נעשת חללה כמו שנבאר במסכת קדושין בין שהיתה כהנת או לוייה או ישראלית, לפי שזה שאמר כאן כהנת מתחללת אין ענינו שהכהנת בלבד היא שנעשת</p> |

⁶ אמנם אחד מידידי הציע שיש כאן ניסוח 'לא מוצלח' ברמב"ם, ולא חשב אף פעם שיש כאן דין חלל ממש, אולם קשה לומר שהרמב"ם כל כך לא דייק בלשונו. כמו כן הנגדה בין "חלל לעולם" לעומת "חלל כל זמן" מצביע על דין דאורייתא. עוד נראה מסוף דבריו במהדורה קמא "ואותו הכהן כל זמן שהוא עמה הרי הוא חלל, ואם גרשה חזר לכשרותו" (בלי להזכיר ענין הנדר) משמע שזה מדאורייתא. כמו כן הבאת דברי הספרא ע"י הרמב"ם המצביע כמקור לדין זה במישור הדאורייתא. עם נוסף את הרקע של תשובת רב האי גאון שהובאה להלן, נראה שדברי הרמב"ם הם מדאורייתא.

| | |
|---|---|
| חללה, אלא ענינו שהיא מתחללת כשאר המתחללות. וכשנעשת אשה זו חללה הרי היא נשאת חללה לעולם בין שמת בעלה או שגרשה. ואותו הכהן כל זמן שהוא עמה הרי הוא פסול לעבודה . ואם גרשה ונדר שלא ישא נשים בעבירה כמו שיתבאר בשביעי דבכורות חזר לכשרותו. ולשון ספרא להחלו, בזמן שהוא נוהג מנהג זה הרי הוא חולין. | חללה, אלא ענינו שהיא מתחללת כשאר המתחללות. וכשנעשת אשה זו חללה הרי היא נשאת חללה לעולם בין שמת בעלה או שגרשה. ואותו הכהן כל זמן שהוא עמה הרי הוא חלל , ואם גרשה חזר לכשרותו. ולשון ספרא להחלו, בזמן שהוא נוהג מנהג זה הרי הוא חולין. |
|---|---|

לפי שני הפירושים אלו יש משמעות שונה למקור מן הספרא שהרמב"ם הביא בסוף פירושו למשנה זו: וכך כתוב בספרא לפרשת אמור, פרשה א:

בעמיו בזמן שעושים כמעשה עמיו, לא בזמן שפרשו מדרכי ציבור, להחלו, נהג מנהג כזה הרי הוא חולים יכול יהיו חולים לעולם תלמוד לומר בעמיו בזמן שהוא עמו הרי הוא חולים, פירש הרי הוא בקדושתו.

לפי המהדורה קמא, דברי ברייתא זו הם דין מדאורייתא, והם מקור לשיטת הרמב"ם, שלמד את דברי הברייתא לפי פשוטה. לפי המהדורה בתרא, כל הברייתא היא אסמכתא בעלמא המצביע על תקנת חכמים זו.

והנה מצאנו שיטה יותר מרחיקת לכת בתשובות הגאונים, שערי תשובה, סימן רלא, בתשובה של רב האי ז"ל:

וששאלתם אנשי הרבה כהני ראינו שחזרו בתשובה מאחר שלקחו נשי גרושי וחללות ואלמנו והתרו בהן ולא חזרו אין לכם לשאול דבר זה כי כמה הם המחוייבי מיתה בידי אדם מאחר שהתרו בהם ועברו עבירה ושלמו תאות' ומיד התנחמו וכך דרכי של עוברי עבירות שמיד מתנחמי לא יאמרו ב"ד כיון שהתנחם אין לדון עליו את הדין אבל יש לכם לדעת כי המקו' יתברך נתן מקדושתו לאהרן הכהן שהיה בחיר ה' ושאר הכהני מאותה הקדושה נוטלין ומקבצין זה מזה ואין נוטל שום כהן קדושה מלמעלה כמו שנטל אהרן הכהן אבל מקדושת אהרן נטלו זה מזה וקבלו זה מזה ולפי מברכין הכהני לאחר כן אשר קדשנו בקדושתו של אהרן והואיל והכהן מתקדש בקדושה שאינה מעצמו והוא חלל קדושת אהרן ואינה מעצמו

שנקדש מלמעלה לפי מעשיו הישרי לפי אין מברך ראשון ולא כל אות' הדברי הצריכין למי שמקבל קדושת אהרן והואיל והוא דחה ואתם התרו בו ולא רצה די לו להיות כשאר כל העם החוזרי בתשובה דקיי"ל קדושת אהרן חמורה משאר קדושות.

משתמע מפשטות דבריו שהכהן נעשה חלל לעולם ועד, וזה חל מדאורייתא. יתכן שזה היה מקור ותקדים לדברי הרמב"ם במהדורא קמא שלו, אלא הרמב"ם לא רצה להרחיק לכת לפסול אותו לצמיתות, וסמך עצמו על הספרא שהכהן הוא חלל זמני בלבד כל זמן שהוא נשוי לאותה גרושה.

אם כנים דברינו, ייתכן שרבנו חננאל היה סבור כמו רב האי או כמו הרמב"ם ולכן לא היה יכול לפרש את דברי פר פדא בכהן שנשא ובעל גרושה, שהרי אז הכהן עצמו מתחלל וממילא אין קל וחומר, ולכן פירש את דברי בר פדא בכהן גדול שבא על אלמנה ואינו נשוי לה, וממילא לא מתחלל. אמנם רש"י למד כמו שמקובל בהלכה ולכן היה יכול להעמיד את דברי בר פדא בכהן הדיוט שנשא גרושה שהרי לפי ההלכה המקובלת הכהן אינו מתחלל.

ג. השלכות מהמהדורה קמא של הרמב"ם לענין עבודה ותרומה

לפי שיטת הרמב"ם במהדורה קמא שלו לפירושו למשנה בסוטה הנ"ל, יש לדון בדין זה של כהן שנעשה חלל כל זמן שהוא נשוי לגרושה: האם יש כאן פסול של חלל במציאות, שאם יתחתן עם אשה אחרת היא תיעשה לחללה או שילידיה ממנו תהיו חללים, או האם יש כאן חלות דין פסול בלבד לעניין לפסול לתרומה ועבודה [כלשונו של הרב שמואל רוזובסקי זצ"ל בשיעורי רבי שמואל על מסכת מכות, תשנ"ה, בענין עדים זוממים בדף ב,א (עמ' סח), אות (סו)]. בקס"ד שם "וליפסליהו לדידיה ולא ליפסלו לזרעיה", ביאר הגר"ש רוזובסקי זצ"ל את שיטת הריטב"א:

דזה ודאי מוכח מסוגיין דאף אם היו העדים נפסלים מטעם כאשר זמם מכל מקום לא היו נעשים חללים במציאות דליהו "לאו זרעיה דאהרן" כשאר חלל דא"כ לא היה שייך שזרעם יהיו כהנים כשרים דמאחר דאביהם לאו זרעיה דאהרן הוא היאך יהיו הם כהנים ומ"ל אי נולד חלל או שע"י כאשר זמם נתחלל הא סו"ס לאו כהן הוא אי"ו דמתורת כאשר זמם לא הוי חייל בהו כ"א חלות דין פסול של חללות ליפסל לתרומה ועבודה אבל לא היו נעשים חללים במציאות ולכן זרעיה דאהרן מיהא הוו...

ונראה שאפשר לחקור כעין זה גם לפי המהדורה קמא של הרמב"ם. אולם, נראה שהרי אין כאן מציאות של פסול לדורות, אלא רק חלות דין של פסול.

הגר"ש רוזובסקי זצ"ל חקר לפי הקס"ד שם מה דינו של כהן שיש לו רק חלות דין פסול של חלל:

יש לחקור באיזה איסור יעברו אם יעשו עבודה בפסול זה דבחלל דעלמא דלאו זרעיה דאהרן הוא, הריהו עובר בלאו דזרות, אבל הכא דחשיב זרעיה דאהרן רק דיש בו חלות פסול, א"כ ל"ש ביה אזהרה דזרות וצ"ל דהוי דין איסור מקרא דכאשר זמם, וצ"ע.

הרי בפירוש המהדורה קמא של הרמב"ם, אין כאן כאשר זמם, אלא חלות דין פסול בלבד, ואין כאן אזהרה דזרות, ואין כאן איסור של כאשר זמם, אז ייתכן שאם יעבוד, עבודתו תהיה כשרה.

וכן המשיך הגר"ש זצ"ל לדון (שם):

והנה לעניין חילול עבודה קיי"ל דבן גרושה ובן חלוצה שעבד עד שלא נודע עבודתו כשרה, אבל לאחר שנודע מבואר בפשטות בסוגיא דלקמן (מכות יא ע"ב) ובשאר דוכתי דאם עבר ועבד עבודתו פסולה,⁷ ומעתה יש לחקור בהנך עדים אי הוו ג"כ מחללי עבודה לאחר שנודע פסולם וכשאר חלל, או לא. ובפשוטו צ"ל דמחללין עבודה אע"ג דלאו זרים נינהו, דאל"כ לא הוי כאשר זמם, וצ"ע.

לכאורה בנידון דידן שאין בעיה של כאשר זמם, נראה שהם לא יחללו את העבודה. יתר-על-כן, הרי הרמב"ם פסק בהלכות ביאת המקדש ו,י:

כהן שעבד ונבדק ונמצא חלל עבודתו כשירה לשעבר ואינו עובד להבא, ואם עבד לא חילל שנאמר ברך י"י חילו ופועל ידיו תרצה אף חולין שבו תרצה.

וכן פירש הרמב"ם בפירוש המשנה לתרומות ח,א:

ואמר ה' בכהנים ברך ה' חילו ופעל ידיו תרצה, ולפיכך חלל שעבד עבודתו כשרה. אבל בעל מום שעבד עבודתו פסולה, שעליו אמר ה' מום בו לא יקרב.

⁷ וכן פירש הרמב"ם בקדושין סו,ב שלא אמרו בן גרושה ובן חלוצה שעבודתו כשרה אלא בספק אבל בודאי חלל פסול.

הרי לפי הרמב"ם חלל שעבד לא פסל את העבודה וממילא, אם יש רק חלות דין פסול, ולא מציאות של חלל, ייתכן שלא יעבוד לכתחילה, אבל אם עבד עבד, עבדותו תהיה כשירה.

לענין תרומה, כתב הרמב"ם בהלכות תרומות י, ב :

בת כהן שהיתה נשואה לישראל או שנפסלה ואח"כ אכלה תרומה משלמת את הקרן ולא את החומש, האשה שהיתה אוכלת בתרומה ואמרו לה מת בעליך או גירשך, וכן העבד שהיה אוכל ואמרו לו מת רבך והניח יורש שאינו מאכיל או שמכרך לישראל או נתנך לו או שחררך, וכן כהן שהיה אוכל ונודע לו שהוא בן גרושה או בן חלוצה הרי אלו משלמין הקרן בלבד...

יש לחקור אם כהן שיש לו חלות דין פסול חייב לשלם את הקרן בלבד, או שמא פטור הוא אפילו מתשלום זה.

כל זה לפי שיטת הרמב"ם, אמנם לפי תשובת רב האי אם הכהן אכן חלל מה"ת לעולם ועד, ייתכן שזה מציאות של חלל שאינו נפקע ממנו לעולם, ואז לפי שאר הראשונים, עבודתו תהיה ודאי פסולה, וכן בודאי ישלם את הקרן עבור התרומה (לפי שיטת הרמב"ם).

ד. השלכות מנוסחת מהדורה קמא לענין פסולי חיתון

ונראה שיש לחקור עוד בעמקות: האם הדין חלל שחל על הכהן הנשוי לגרושה לפי המהדורה קמא של הרמב"ם בפירוש המשנה שלו, פירושו הוא קנס ועונש על זה שהתחתן עם גרושה, או שזה דין שחל ממילא שמפני שהתחתן עם גרושה נתחלל מכהונתו.

והנה מצאנו בסוגיה בריש מכות הנ"ל, מחלוקת הגר"ח לבין העורך לנר. ביישובו של תוס' ד"ה בענין לעניין מצרי שני, חילק הגר"ח בין פסולי כהונה לבין פסולי קהל. בדבריו על "לו ולא לזרעו" כתבו בשמו (בכתבי הגר"ח ולקוח מירחון "המתיתבא" טבת תשי"ג, שנה א חו' ג) :

ולכאורה נראה דהנה בבן גרושה מצינו חומרות וקולות, חומרות שפסול לכהונה וקולות שמותר בפסולי כהונה, ויש להסתפק בהך דבן גרושה אי לאו הך קרא דלו ולא לזרעו והיו נעשים העדים בן גרושה מה יהא דין העדים אם נעשים בן גרושה גם לקולא להיתר דפסולי כהונה או לא, ולכאורה הרי פשוט דעל הקולות לא שייך דין

דכאשר זמם, א"כ לענין זה לא יעשו העדים כלל ב"ג, אלא על החומרות דרק ע"ז שייך דין דכאשר זמם, אולם נראה דייעשו בן גרושה לכל דבר, ואף על גב דלא שייך על הקולות דין דכאשר זמם, דהנה הא דבן גרושה מותר בפסולי כהונה, הלא הא לא הוי זה דין בפ"ע אלא דהדין פסול גורם זה דכיון דנפסל לכהונה ואין עליו קדושת כהונה, ע"כ מותר הוא בפסולי כהונה, ונמצא דהקולא של בן גרושה נובע מהחומרא והפסול וא"כ גבי עדים זוממין נמי נהי דעל הקולות ל"ש הך דינא דכאשר זמם, מ"מ מאחר דעל החומרות והפסול הרי שייך כאשר זמם, א"כ הרי הן כהפסולים ואין צריכים לזה דין דכאשר זמם כלל.

האחרונים בדור הקודם הסבירו את דברי הגר"ח. הרב דוד פוברסקי זצ"ל (שיעורי ר' דוד מכות ב,א, אות לה, "אי בדין חלל מכאשר זמם, היו לו גם הקולות של חלל") פירש:

ודוקא בפסולי כהונה, שפיר היה שייך כאשר זמם, כיון דהתם הקולות הוי תוצאה מהחומרות, דהא דבן גרושה מותר בפסולי כהונה, לא הוי זה דין בפני"ע, אלא הדין פסול גורם זה, דכיון דכל מה שאסור בפסולי כהונה, הוי רק מחמת הקדושת כהונה שיש לו, לכן כשנפסל לכהונה, ואין עליו הקדושת כהונה, ממילא מותר הוא בפסולי כהונה.⁸

אם חל על העד זומם שם חלל, הרי הוא נפסל לכהונה, ואין עליו קדושת כהונה וממילא מותר בפסולי כהונה.

אולם הערוך לנר למסכת מכות (ב,א בד"ה בעינן), לענין עדים כהנים שהעידו על כהן שהוא בן גרושה ונמצאו זוממים כתב על פי דברי הריטב"א:

עיין בריטב"א שלא נ"ל תי' התוס' דדוקא זרעו ממעטינן מלו ולא אשתו, ולכן ה"י נ"ל ביישוב קושית התוס' דזה הסברא נותנת כיון דעונש עדים זוממים קנס הוא כדאמרינן לקמן (ד,ב) לא שייך לקנסם רק להחמיר אבל לא להקל עליהם, וכמו כן לא שייך ג"כ לענשם רק כאשר זממו ולא יותר, ולכן בשלמא בעדות בן גרושה אם נעשם בן

⁸ וכן למד הגר"ש רוזובסקי זצ"ל שסיכם את שיטתו של ר' חיים בענין זה (אות עו): "בפסולי כהונה דעצם דין הפסול לכהונה מפקיע מהם נמי קדושת כהונה לענין שמותרים בנשים האסורות לכהונה, וההיתר בא בתולדה מדין הפסול והחומר, " וראה המשך דבריו שם שהביא את הערוך לנר שחלוק על הגר"ח בענין זה.

גרובה אין אנו מחמירים ולא מקילים יותר מאשר היו לענין נישואיהם דעד הנה שהיו כהנים כשרים היו אסורים באיסורי כהונה ומותרים בכשרות וכן עתה כשנעשו בן גרובה...

ממילא, גם כאן בכהן הנשוי לגרובה, יש מקום לדון אם האיסור חלל הוא מטעם עונש וקנס, אז נראה שלא נקל להתירו להתחתן עם גרובה ופסולי כהונה. אבל אם זה דין חלל שחל עליו ואין לו שום סממני קנס ועונש, אז ייתכן כשיטת הגר"ח שהוא נפסל מן הכהונה ואין לו קדושת כהונה וממילא מותר בפסולי כהונה.

הגר"ח הביא ראיה לדבריו מדברי הרמב"ם הלכות איסורי"ב טז, א-ב:

הלכה א: פצוע דכא וכרות שפכה שנשא בת ישראל ובעלו לוקין שנאמר לא יבוא פצוע דכא וכרות שפכה בקהל י"י, ומותרין לישא גיורת ומשוחררת ואפי' כהן שהוא פצוע דכא מותר לישא גיורת ומשוחררת לפי שאינו בקדושתו, ואפילו נתינה או אחד מן הספיקות מותרת לו.

הלכה ב: הואיל ופצוע דכא אסור לבוא בקהל לא גזרו בו על הנתינים ולא על הספיקות, אבל פצוע דכא וכרות שפכה אסור בממזרת ודאית שהרי אסורה מן התורה.

הגר"ח דן על פי דברי הרמב"ם האלו בפסולי קהל, ואגב מביא ראיה לדבריו מכהן שהוא פצוע דכא:

והנה יש לחקור בפסולי קהל דכל הפסולין מותרין לבא זה בזה אם היתרם הוא מדין פסולם דכיון דיש להם דין פסול פקע מינייהו קדושת קהל וע"כ מותרים בפסולי קהל, או שאין תלוי זה בזה דאין היתרם משום דיש להם דין פסול נפקע מהם קדושת קהל, כ"א דזה דין מיוחד דפסולים מותרים לבא זה בזה, ונראה להביא ראיה מדברי הרמב"ם שכתב (איסורי"ב טז, א-ב) דפצוע דכא אסור לבוא בקהל, והואיל ופצוע דכא אסור לבוא בקהל לא גזרו בו על הנתינים ולא על הספיקות, אבל פצוע דכא וכרות שפכה אסור בממזרת ודאית, שהרי אסורה מן התורה עכ"ל. וצריך ביאור דמאי שנא דהותר בפסולי כהונה ולא בפסולי קהל, ולפי"ז ניחא דפסולי כהונה היתר מסתעף מן הפסול, ולכן כשנעשה פצוע דכא ונפסל דפקע מיניה קדושת כהונה הרי הוא מותר בפסולים, משא"כ היתר בפסולי קהל דהתירן

הוא משום דלא הוי קהל, ולא משום דמפסלי מקהל, וע"כ פצוע דכא כיון דהוא בכלל קהל אלא דאיפסל לבא בקהל לא הותר בפסולים...

נראה שכהן שנשוי לגרושה לפי הרמב"ם במהדורה קמא שלו דומה לכהן שהוא פצוע דכא, שכל זמן שפקע ממנו קדושת כהונה, הרי הוא מותר בפסולים.

פירושו של הגר"ח הוא לפי דברי הח"מ אבה"ע ה"ס"ק א :

לפי שאינו בקדושתו - משמע דה"ה גרושה וחללה (דמה לי זונה מה לי גרושה וחללה דהא בחד קרא כולהו כתיבי אשה זונה וחללה וגרושה מאישה לא יקחו וגירות זונה היא דנבעלת לכותי כך פרש"י פ' הערל עו, א כהן כשר אסור בגירות ומשוחררת משום זונה שנבעלה בגיותו) וכן אין עליו שום קדושת כהן כגון לטמא למתים ולישא כפיו דמאחר שאתה מתירו בגירות שהיא זונה דקרא ה"ה שאר מצות כהונה והוי כזר בעלמא...

ולא כמו שיטת הבי"ש שם, ס"ק א, החולק על דבריו: "...ולישא גרושה וחללה אסור... ולא כח"מ שכתב דמותר בגרושה..."

והנה, לו יצוייר שהפצוע דכא או כרות שפכה היו מתרפאים, אז אין ילדיו ממזרים, וכמו שפסק ערוך השולחן אבה"ע"ז ה, יט :

בכל הפסולים הודאים שנתבאר אם נשא אשה והולידה בנים הרי הם ממזרים דהרי הוא אינו יכול להוליד (בי"ש סק"ג) אלא שיי"א דבניקבו הביצים הם ספק ממזרים ולדעת כמה פוסקים אין רפואה לכרות שפכה וגם במה שיש רפואה אין תולין שנתרפא אא"כ ידוע שנתרפא (שם) ומ"מ נ"ל דאם האשה מוחזקת לצנועה ויראת ד' תולין לומר שנתרפא ואף גם לכרות שפכה לפמ"ש בסעי' ט"ו אפשר שיתרפא ע"י רפואות ע"ש והדבר תלוי לפי ראות עיני חכמי המקום.

ממילא נראה שאם הוא נתרפא הוא חוזר להיתרו ומותר לבוא בקהל. ואם היה כהן, אז היה חוזר לקדושתו, ואסור בגירות, ולפי הגר"ח אסור גם בזונה ובגרושה.

ונראה שה"ה בכהן שנשא גרושה לפי המהדורה קמא של הרמב"ם, שיש לו חלות פסול, ולפי הגר"ח מותר לו להתחתן עם פסולות לכהונה, אבל כשיגרש את אשתו הפסולה, מיד הוא חוזר לכשרותו, וכל איסורי כהונה חלים עליו.

ונעיר שלפי דברי רב האי גאון הנ"ל "והוא חלל קדושת אהרן" משמע שאין כאן עונש וקנס אלא דין, ולפי דבריו אם יש כאן דין חלל מן התורה, ייתכן שהוא יהיה מותר בפסולי כהונה לפי כל השיטות.

הרב יוסף שליט

דיין פסול בהתרת נדרים

ראשי הפרקים

- א. סיפור המעשה
- ב. דין קטן בהתרת נדרים
- ג. נמצא אחד קרוב או פסול בדיינים
- ד. אב ובנו במושב בי"ד
- ה. האם צרוף קטן פוסל מושב בי"ד
- ו. דיין בע"כ של הנידון
- ז. סיכום

א. סיפור המעשה

מעשה שהיה באדם שביקש משלשה להתיר לו נדרו. ואחד המתירים הושיב בנו הקטן לידו והראה לו בסידור את הנוסח שאמר הנודר. ואח"כ ענו השלשה מותר לך מותר לך מותר לך יחד עם הקטן שהצטרף להתרה. ונפש"ו בשאלת"ו האם עלתה לו ההתרה או שמא בכך שנצטרף הקטן אין הנדר מותר וצריך לעשות התרה נוספת?

ב. דין קטן בהתרת נדרים

דין התרת נדרים מבואר בגמ' נדרים עז: מתירים נדרים אפי' במעומד ובקרובים ובלילה. וז"ל הגמ' (נדרים עז, ב) אמר רבה אמר רב נחמן הלכה נשאלין נדרים עומד יחידי ובלילה ובשבת ובקרובים ואפי' היה להן פנאי מבעוד יום". וכן פסק רמב"ם בהלכות שבועות ו, ו ובשו"ע יו"ד רכח, ג.

ובח"מ ז, ג מביא המחבר מחלוקת האם קטן כשר לדון. שמדברי הגמ' בשבת נו, א לגבי יאשיהו המלך נראה שפסול לדון עד יח שנה. אך בירושלמי מבואר שמיג שנה יכול לדון אף שלא הביא שערות. ואלו שתי דעות שמובאות כ"א בשו"ע. הסמ"ע שם ס"ק ט מקשה מדוע קטן שלא הביא ב' שערות פסול לעדות אך י"א שכשר להיות דיין? ומבאר¹ שדוקא בעדות כתוב "איש" ולכן

¹ סמ"ע סימן ז ס"ק ט: "היינו טעמא, דאף על גב דלענין עדים בעינן ב' שערות, שאני התם דקפיד קרא להיות נקרא איש, כמו שנאמר (דברים יט, יז) ועמדו שני האנשים, משא"כ בדיין שאינו תלוי אלא בחריפותו ובקיאותו, ומשו"ה כתב הטור (סעיף ג) בדעת י"א זה

קטן פסול אך להיות דיין צריך להיות בקי בדין ולא דוקא גדול. אך בכ"ז מסיק שאם הוא קטן מ"יג שנה פסול לדון אף אם הוא בקי בדין הואיל ולא נצטווה בתור קטן לא יכול להיות דיין.

ולפי הנ"ל אפשר היה לטעון שקטן יהיה כשר להתרת נדרים. שכן לדעת הירושלמי כשר הוא לדון אף שלא הביא שערות ומדוע יפסל להיות דיין בהתרת נדרים? ועוד שאף הפסולים לדון כקרובים כשרים להתרת נדרים וא"כ גם קטן פחות מיג שנה יהיה כשר להתרת נדרים שכן הכשרנו גם דיינים פסולים. ומדוע יהיה שונה פסולו של קטן מפסולו של קרוב לדון?

אך בגליון רע"א יו"ד רכח מבואר שקטן פסול להיות דיין להתרת נדרים. וכותב שם שהכשר קרובים להתרת נדרים הוא בגלל שיכולים להיות דיינים ביחס למי שאינם קרובים לו וממילא אין פסול הקורבה פסול בגופם. אך קטן וכן אשה פסולים פסול הגוף מלהיות דיינים ולכן יהיו פסולים אף להיתר נדרים.

ומה שהתיר הירושלמי לדון בקטן שלא הביא ב' שערות מבאר רע"א שהואיל ולא ידוע אם הביא שערות סומכים על חזקה דרבא שבן י"ג שנים הביא גם שערות. וממילא רק בדיני ממונות יוכל הקטן לדון שבהם אפשר ללכת אחר חזקה דרבא. וטעם הדבר הואיל ולהיות דיין בממונות לא מפורש בכתוב שצריך "אישי" כמו בעדות, אפשר לסמוך על חזקה. אך להיות דיין בחליצה וכן בהתרת נדרים ששייך לדיני דאורייתא לא הולכים אחר החזקה וקטן שלא הביא ב' שערות פסול לדון.

ולפי העולה מדברי הרע"א יש לשוב ולהתבונן במקרה בו יושבים ב"ד ומתירים נדר ומצטרף עימהם קטן. שכן לגבי עדים מבואר בגמ' במכות ו שאם נמצא אחד מהעדים קרוב או פסול נפסלת כל הכת. וכך נפסק בשו"ע חו"מ לו. ובשו"ת תורת חיים (למהרח"ש) ח"ד יט פוסק שגם בדיינים יש דין שאם נמצא אחד מהם קרוב או פסול כל הדין בטל. והכנה"ג בהגה' הטור לו, ו

ז"ל, אם הוא מפולפל ובקי בחדרי התורה. ומ"מ פחות מבן י"ג דאין לו שם גדלות כלל פסול, דלא מצינו שום מצוה וציווי בקטנים מן התורה. ועיין פרישה [סעיף ג'] שכתבתי דלשני הי"א לא תקשה הא אמרינן [עיין טושי"ע לקמן ריש סימן ל"ג] כל הפסול להעיד פסול לדון והפסול לדון פסול להעיד חוץ מאוהב ושונא, דמ"מ בשניהם יש פסול קטנות כל חד לפי ענינו, וק"ל.

פסק כך שגם בדיינים אם נמצא אחד מהם קראו"פ כל הדין בטל. ולפי"ז יש לפסול את כל הבי"ד ואף שהיו בהיתר הנדרים ג' גדולים עדין יפסלו כולם.²

ג. נמצא אחד קרוב או פסול בדיינים

ביבמות קד, ב במשנה מבואר חלצה בפני שנים או בשלושה ונמצא אחד קרוב או פסול חליצתה פסולה. ומבאר רש"י שאם נמצא אחד קרוב שוב נשאר רק שנים. ומדויק מרש"י שאין כל הדיינים נפסלים אלא חשוב כבי"ד של שנים ומוכת שאין בדיינים פסול של נמצא אחד קראו"פ. וכך מובא במל"מ עדות טז ה בשם המחנה אפרים.

אך לעומת דברי רש"י הנ"ל בנימוק"י ביבמות (לב,ב בדפי הרי"ף) מדויק שדין נמצא אחד קראו"פ קיים גם בדיינים שכן מבאר שם בשם הריטב"א שאם ג' כשרים ישבו לדין של חליצה והוסיפו עוד שני גרים שישלימו הבי"ד לחמישה החליצה כשרה. ומבאר שם הריטב"א שבכך שקראו להם רק להשלים לא נפסל כל הבי"ד ואין המשלימים חלק מהבי"ד. ומדויק מדבריו שבמקום בו כל הדיינים מצטרפים לבי"ד אם נמצא אחד פסול באמת פוסל את כל הבי"ד.

ובתרומת הדשן רכו הביא דברי האור זרוע שהכשיר לקחת לחליצה קרוב או פסול לשני הדיינים הנוספים מעבר לג' הכשרים. ותרונה"ד חולק עליו שם שרק בעמי ארצות מכשירים אך לא בפסולים.

ומדויק כדבריו מלשון הרמב"ם שכתב (יבום וחליצה ד,ה) שהשנים הנוספים כשרים אפי' עמי הארץ. ומכך שלא הכשיר אפילו פסולים מוכח שקרוב או פסול לא יכולים להשלים הבי"ד לחמישה.

וכן בהגהות מימוניות שם אות ז כתב: "וראיתי שהיו השלשה נמשכים מן השנים המצטרפין להכירה וכן שאר הבאין למיחזי ופעמים הם קרובים ולפיכך יושבין ברחוק כההיא דמכות פ"ק ע"פ שנים עדים מה שנים וכו'".

² והגרי"ב ז'ולטי במשנת יעבץ או"ח ס' נג מבאר דברי רע"א שאין פסול של בי"ד שאינו שקול בהתרת נדרים לפי שכלל לא צריך תורת בי"ד בהיתר נדרים. ומה שצריך שלושה במקום שאין דיין מומחה זה בשביל להיות בגדר של "ראשי המטות". ושלושה הדיוטות יכולים להחשב ראשי המטות אף בקרובים ובלילה שכן אין לזה תורת דין כלל. ובוזה מבאר שרק קטן ואשה יהיו פסולים משום שזהו פסול בגופם דהיינו שאינם יכולים להיכנס בגדר ששל "ראשי המטות" עיין בדבריו הנפלאים שם. אך בקטנותי צריך לי עיון מדוע בהשמטות לשו"ת רע"א ביאר שישנו דין של נמצא אקראו"פ בבי"ד של היתר נדרים (וכפי שיובא לקמן אות ו) הרי אם הצורך בג' הוא לא משום שם בי"ד אלא רק בגלל גדר "ראשי המטות" מנין שיש בזה כלל את הדין של נמצא אקראו"פ? ועיין שם שביאר שרע"א"ן כן הצריך שם בי"ד בהתרת נדרים.

ובגמרא למיחזי אתיתו או לאסהודי וכו' אביי' ע"כ". ומבואר מדבריו כדברי הריטב"א הנ"ל, שצריכים הקרובים להימשך מהדיינים משום שאם ישבו ליד הדיינים יפסלו כל הבי"ד שכן נמצא אחד קרוב או פסול. ומשוה הדין לפסול עדים שכל העדות בטלה. ואף שכלל לא צריך את הבאים לראות שכן כבר יש חמשה דיינים בכ"ז כתב שימשכו מהבי"ד. ולכאורה א"כ אף במקום שלא צריך את הדיין הפסול בכ"ז יפסול את מושב הבי"ד אם נצטרף עימם.

וא"כ בנדו"ד היה נראה שדין התרת הנדרים יהיה תלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל שלדעת הריטב"א והאור זרוע לא יהיה פסול בקטן שמצטרף לבי"ד המתירים נדר ואילו למדויק בדעת רש"י ומדברי ההג"מ נראה שהקטן יפסול את מושב הבי"ד.

ובשו"ע הלכות חליצה (קסט,ג) הרמ"א פוסל לכתחילה בשני הדיינים נוספים שהם קרובים דלא כריטב"א ואור זרוע אך בדיעבד מכשירים. וא"כ עולה מפסק הרמ"א שאף שאין לחוש בדיעבד לנמצא אחד קרוב או פסול לדיינים לכתחילה אין לצרף קרו"פ לדיינים אף כשישנו בי"ד של ג' כשרים.

ד. אב ובנו במושב בי"ד

ונראה שהדין הנ"ל בו הקטן המצטרף הוא בנו של אחד המתירים תלוי במחלוקת ראשונים.

בסנהדרין לו, א מובאת ברייתא זו"ל:

הטהרות והטמאות האב ובנו הרב ותלמידו מונין להם שנים דיני ממונות ודיני נפשות ודיני מכות קידוש החדש ועיבור שנה אב ובנו הרב ותלמידו אין מונין להן אלא אחד.

ומלשון הברייתא אפשר להבין שאב ובנו יכולים לשבת יחד בדין ואין בזה פסול רק שבמנין הדיינים נמנים רק כאיש אחד. אך רש"י³ שם מביא שלשון התוספתא בסופה היא שאין אב ובנו יכולים לשבת כלל יחד בדין ואפי' הבן

³ זו"ל: "אבל דיני ממונות ונפשות ומכות שמנין שלהם אף בתחילת הדין מן התורה, שזה צריך שלשה ודיני נפשות עשרים ושלשה, וכן קידוש החודש שצריך שלשה דמשפט כתיב ביה כי חוק לישראל הוא משפט לאלהי יעקב ומוקמינן ליה בקידוש החודש במסכת ראש השנה וכן עיבור השנה שצריך שלשה חמשה ושבעה, אין האב ובנו כשרין זה עם זה, ולא הרב ותלמידו נמנין אלא אחד, וסיפא דברייתא: לא ישב בצידו ואפילו שותק אלא יעמוד והולך לו".

שותק אלא עומד והולך לו. ומבואר מדבריו שצריך שהבן כלל לא ישב בדין עם האב אף שלא נמנה בגמ"ד.

והיה אפשר לבאר דברי רש"י שצריך הבן ללכת ממקום הבי"ד משום שאם ישב בדין נמצא שאחד מהדיינים קרוב ויפסל כל מושב הבי"ד וכמו בעדים. וכן מבואר במאירי בסנהדרין שכתב "אבל בשעת גמר דין אינן נמנין כלל והוא שאמרו בתוספתא שבשעת גמר דין לא ישב בצדו אלא ילך לו שהדין שנעשה בקרובים פסול כעדות".

אך קשה לבאר כך דעת רש"י שכן התבאר לעיל מה שדייקו האחרונים מרש"י ביבמות קב שאין דין נמצא קרו"פ בדיינים? ומדוע התוספתא מצריכה שהבן ילך ממושב הבי"ד?

וברמב"ם סנהדרין יא, ח פסק שהבן יכול רק לידון עם אביו כאחד התלמידים אך לא לשבת במושב הבי"ד. וכוונת דבריו שאם יש קרוב בתורת דיין כל הבי"ד יפסל וכשיטת המאירי הנ"ל שגם בדיינים יש פסול נמצא אקרו"פ. א"כ מתבאר שהרמב"ם לשיטתו מהמדויק בדבריו לעיל בדין צירוף פסולים לדיני חליצה.

ובראב"ד שם חולק⁴ על הרמב"ם שלא שייד לפסול כל הבי"ד בגלל הבן שיושב בדין עם אביו שדומה לעד פסול שאומר "מיחזי אתיני" שאינו מצטרף לכת לפסול את כולה. ומה שהצריכה התוספתא שילך הבן ממקום הבי"ד זה רק משום חשש שיטעו לומר שנמנה עם הדיינים. אך מצד הדין וודאי שאינו פוסל הבי"ד.⁵ וכהסבר הראב"ד צריך לבאר דברי רש"י שלא יסתרו שיטתו וכנ"ל.⁶

⁴ וז"ל: "והקושיא שהוקשה לו אינה כלום לפי הגירסא שלנו דבדיני ממונות נמי אין מונין להם אלא אחד וכיון דאינו עולה מן החשבון הרי הוא כמי שאמר האחד למחזי אתיני שאינו פוסל בעדות וכן בדין והאב הוא הנשאר והבן הולך לו כדי שלא יטעה אדם בהן לומר שיהיו שניהן מן המנין והכי איתא בתוספתא".

⁵ וכך פסק הריב"ש סי' תיג וז"ל: "עוד נמצא לראב"ד ז"ל בהשגות (סנהדרין יא ה"ח) דאב ובנו שמונין להן אחד, בדיני ממונות, אפי' בשעת גמר דין הוא. דכיון שאין האחד מן המנין, הוי כאלו אתי למחזי. ומדבריו נראה דכל שהיו הדיינין שלשה כשרים, אפילו נצטרף עמהן רביעי, קרוב לאחד מהן, כשרים".

⁶ ועיין בשער המשפט ז, שהביאר שגם לדעת הראב"ד במקום שיהיו רק ג' דיינים כן יפסל כל הבי"ד. ורק במקום שהדיין הפסול נוסף על המנין הנצרך לא פוסל את שאר הדיינים.

והיא העולה מכל הני"ל, שלדעת הרמב"ם והמאירי וכדבריהם מדויק בדברי הריטב"א ביבמות ישנו בדיינים דין נמצא אחד קרוב. וא"כ אם קטן יצטרף להיתר נדרים הואיל והוא פסול להתיר יפסול כל הבי"ד.

אך מדברי רש"י והראב"ד וכך פסק הריב"ש אין בדיינים פסול בכך שיושב בנו של אחד הדיינים במושב הבי"ד אלא הפסול מצד מראית עין שיאמרו שנספר במנין. ולפי"ז בהתרת נדרים שלא שייך מנין הדיינים אין צורך שהקרוב ילך ממקום הבי"ד.⁷

ולכאורה היה אפשר לדייק בלשון הברייתא כהסבר הראב"ד שכן מנו שם הדיינים שיש בהם פסול בישיבת אב ובנו והם: דיני ממונות, דיני נפשות, דיני מכות, קידוש החדש ועיבור שנה. והשמיטה הברייתא דין התרת נדרים ולדעת הרמב"ם והמאירי צריך להבין מדוע הושמט? אך להסבר הראב"ד פשוט הדבר לפי שלא שייך מנין בהתרת נדרים לא שייך הדין של הברייתא.

ומתחילה היה נראה שדבר זה אינו שכן בהיתר נדרים מכשירים קרובים לדון וא"כ לגבי אב ובנו כלל לא שייך פסול בהתרת נדרים ולכן לא הזכירה זאת הברייתא. אך אם היו מביאים מקרה של קטן שמצטרף היו מונים גם את התרת נדרים שנפסל כל המושב בי"ד.

ומצאתי בשו"ת צבי תפארת (סי' ה) תשובה מאביו בעל השם משלמה שנשאל כני"ל מדוע הברייתא בסנהדרין לא הזכירה שגם בהיתר נדרים אב ובנו נמנים רק כאחד? ומתרץ שם שהואיל ומדאורייתא מועילה התרה ביחיד מומחה ולא צריך מנין ג' דיינים מהתורה ובזה באמת כשרים אב ובנו ונחשבים כשנים וכמו בדיני טומאות וטהרות.

אך בשו"ת בית יצחק (אבה"ע סי' ח) דן בדברי הגור אריה סי' כב שאין קרובים יכולים לחתום על היתר מאה רבנים ביחד, שכן אם יחתמו יחשב כבי"ד שיש בו קרובים ויפסל כל הבי"ד. ומסקנתו שם שיכולים קרובים לחתום בהיתר מ"ר שאינם חלק מהבי"ד אלא רק מסכימים לפסק. ומבאר שם שבהיתר נדרים אם ישבו אב ובנו ושלישי עמהם להתיר באמת נמנים רק כדיין אחד ולא יהיה חשוב כשלושה דיינים. וחולק על דברי השם משלמה הני"ל. וכל מה שהתירה הגמ' בנדרים לקרובים להתיר נדרים לא מדובר על אב ובנו שכן הם חשובים כאחד. ולדבריו צריך לי עוד ביאור למה השמיטה

⁷ ועי'פ דברי המשנת יעבץ המובאים לעיל (הערה 2) מובן מדוע להכשיר אב ובנו משום שלהחשב כ"ראשי המטות" יכולים גם אב ובנו ועוד אדם שלישי.

הברייתא בסנהדרין שגם בדין היתר נדרים אב ובנו אינם יכולים לשבת בבי"ד יחד.

ה. האם צרוף קטן פוסל מושב בי"ד

ובתומים (לו,יא) דן האם אשה הרואה עדות פוסלת את שאר העדים מדין נמצא אקרא"פ. וכתב "ונראה ברור, דאם היה האשה במעמד העדות, ואעפ"י שכוונה להעיד, מ"מ אינה בגדר קרוב או פסול דיהיה כל עדות בטלה, דהיא אינה בגדר עדות כלל, ולכך הקשו (תוס' שם) מגיטין וקידושין מקרובים, ולא שיש שם במעמד נשים". ומבאר מדבריו שמי שאינו בתורת עדות כלל לא פוסל את העדים האחרים מדין נמצא אקרא"פ.

ועל פי דברי התומים הנ"ל חידש נתה"מ (לו ס"ק י) חידוש נוסף. וכתב "עיין תומים... ועוד כתב (סקי"א), דאשה כיון דאינה ראויה להעיד לא מיחשב קרוב או פסול ולא נתבטלה העדות בשבילה, אבל פסול דרבנן מבטל העדות. ומדבריו יש ללמוד דהוא הדין גוי וקטן אינן מבטלין עדות הכשרים". ומבאר שאף שקטן הוא בתורת פרשת עדות לכשיגדיל אין חילוק בדבר והוא כגוי ואשה שאינה בתורת עד כלל ואינו מצטרף לפסול שאר העדים.⁸

ולשיטת התומים ונתה"מ לכאורה ברור שאפילו לדעות שקיים בדיינים דין של נמצא אקרו"פ אשה וקטן לא מצטרפים לפסול את מושב הבי"ד גם בהתרת נדרים שכן אינם כשרים להיות דיינים בשום מקום.

ואף לדברי הירושלמי (סנהדרין ד,ז, הובא בטור חו"מ ז) שמי שלא הביא שערות כשר לדון נראה שממה נפשך הקטן אינו פוסל. שכן אם חשוב כראוי להיות דיין אז נכשירו כדיין להתרת נדרים שכן הכשרנו פסולים וקרובים. ואם נסבור כרע"א שבקטן ישנו פסול הגוף שאינו יכול להיות דיין כלל ולכן פסול אף להתרת נדרים אז אינו פוסל את השאר מדין נמצא אקרו"פ.

⁸ ובטו"א במגילה ר"ה כב,א ד"ה הא אשה מבאר שלפסול עד גזלן לעדות אשה פשוט יותר שכן אינו בתורת עדות כלל. אך פסול של אשה הוא רק במה שצריך שני עדים אך מצד הנאמנות היה אפשר לקבל אותה וסיים "ש"מ דרשע אינו בכלל תורת עדות כלל ואין שם עד עליו לגמרי אבל אשה שם עד עליה" עכ"ל. ובנחל יצחק (לה,ה ענף ז) העלה מדבריו שחולק על דברי התומים והנתיבות שאשה כלל לא חשובה עד שכן יש עליה יותר שם עד מאשר בפסול. ולכן גם באשה שתצטרף לעדות יהיה הדין של נמצא אחד קרא"פ. וכן מבאר הנחל יצחק בקטן יש יותר שם עד מבפסול רשע ולכן גם בקטן יהיה גדר של נמצא אחד קרוב או פסול. אך כל דבריו שם נסובים על שם עד של אשה וקטן אך לגבי שם דיין באשה וקטן אפשר שאין להם שם דיין כלל ולא יפסלו הבי"ד מדין נמצא אקרא"פ.

אך בשו"ת רע"א בהשמטות לסי' עג פסק שדיין קטן שמצטרף לג' דיינים כשרים להתיר נדרים לדעות שנמצא אקראו"פ פוסל גם בדיינים, כל הבי"ד נפסל.⁹ ורק במקום שכבר מלאו יג' שנים מסכים לצרף החזקה שהביא ב"ש יחד עם השיטות שאין בדיינים פסול זה כלל אלא רק בעדים.

ומבואר מדבריו שאף שסובר שקטן אינו בתורת דיין כלל ולכן נפסל להתיר נדרים אין בכך לבטל מעליו את הצירוף לפסול מדין נמצא אקראו"פ.

וא"כ נראה לשיטתו שאין להכשיר היתר נדרים שיצטרף אליו מי שהוא וודאי קטן שכן נפסל כל הבי"ד וכאמור.

ו. דיין בע"כ של הנידון

אך גם לדעת רע"א הנ"ל יש לטעון שבמקרה בו הנודר לא התרצה כלל להתיר את נדרו בפני הקטן אלא הוא נצטרף מעצמו אין בזה כלל את הפסול של נמצא אחד קראו"פ.

שכן בגמ' בסנהדרין כט,ב מבואר¹⁰ ששלשה שאדם הודה בפניהם אינם יכולים לכתוב עליו פסק ב"ד שהוא חייב אם לא שהוא הזמין להיות ב"ד. ומבואר שבלי הסכמת הנידון אין ג' אנשים נחשבים מעצמם כבי"ד. וא"כ כל שלא כיוון האדם להתיר נדרו אף בפני הקטן או הפסול לכאורה אינו מצטרף לבי"ד ואינו חשוב כלל דיין בדבר.

אך מצאנו בנו"ב (קמא נח) דן בשלושה שחתמו בשטר שאשה נתקדשה בפניהם באופן שהשטר נפסל. ומחדש הנו"ב בשלושה כשרים שהיו שם וראו את הקידושין נעשים דיינים ובהם יכולים להעיד על הקידושין משום שלא

⁹ במילואי חושן סי' לו הערה 94 הביא בשם רבו לבאר מדוע בכלל לחדש שיש פסול של נמצא אקראו"פ בדיינים הרי נלמד מפסוק שמדבר על עדים; וכתב לתרץ שהמקור לפסול נמצא אקראו"פ בדיינים הוא מתוך הכלל של כל הכשר לדון כשר להעיד. וא"כ הואיל ולעדות נפסלים בצירוף פסול שוב לא יכולים להיות דיינים בדבר. ולפי"ז ליכ' לא שייך פסול זה בהתרת נדרים שכן הכשירו קרובים להתרת נדרים ובהם נפל הכלל לפיו רק הכשר להעיד כשר לדון. וא"כ חוזר הדין שאין שום מקור לפסול של נמצא אקראו"פ בדיני התרת נדרים. ומדברי רע"א מבואר שהבין שהפסול בדיינים הוא כמו בעדים ועיי'.
¹⁰ "אמר רב אדא בר אהבה הא אודיתא זימנין כתבינן וזימנין לא כתבינן כניפי ויתבי לא כתבינן כנפינהו איהו כתבינן רבא אמר אפילו כנפינהו איהו לא כתבינן עד דאמר להו הוו עלי דייני מר בר רב אשי אמר אפילו אמר הוו עלי דייני לא כתבינן עד דקבעי דוכתא ושלחי ומזמני ליה לבי דינא". וברש"י שם "כניפי ויתבי - שלשה שהיו יושבין ובא והודה לו בפניהם, הואיל ולא זימנום וקיבצום לכך לא נעשו בית דין אלא עדים, דדילמא אי לא הוו אלא תרי הוו מודי ליה קמייהו ולא הוו מהדר אחר בית דין".

תהא שמיעה גדולה מראה. ונעשים ב"ד לכתוב שטר על האשה שנתקדשה. ואעי"פ שלא קיבלם החתן עליו כבי"ד יכולים לפסוק הדין שהאשה נתקדשה.

ומבאר הנו"ב שדברי הגמ' בסנהדרין שמצריכה התרצות של הנידון בשביל להחשיב הדיינים כבי"ד זה רק בדיני ממונות אך באיסורים כל ג' שרואים דבר יכולים להיות ב"ד ולפסוק הדין גם ללא התרצות הנידון.¹¹

ולחנ"ל מבואר שגם שלא כיוון להתיר נדרו בפני הקטן באיסורים אין האדם קובע מי יהיו הדיינים. וממילא אף הקטן מצטרף לבי"ד ופוסל כל הדיינים שכן נמצא אקרו"פ.

אך יותר נראה לבאר שדוקא דין כשר לא צריך את התרצות הנידון בשביל להיות דין במלתא דאיסורא. וההסבר בזה שרק במקום בו הדין שייך לאיסורי תורה עשתה התורה את האדם כדין כדי לפסוק הדין ולאסור. אך באדם שהוא דין פסול אין התורה עושה אותו לדין שכן פסול לדון ומה התועלת בכך שנחשיבו לדין הרי לא יוכל לפסוק את הדין.

ורק במקרה בו האדם שלגביו נידון האיסור יבוא לצרפו לדין אז יפסל כל הבי"ד.¹² אך ללא רצונו וכוונתו של הנידון לא שייך לפסול את מושב הבי"ד שאין התורה מצרפת את הפסול.

¹¹ ובנו"ב הוצאת מכוון י-ס הובאה הגה' המחנה חיים מכת"י שכתב "הגם דלא יכולין להיות בעל כורחו דיינים. אעי"פ כן ג' שראו ויכולין להיות דיינים לא נכנסו בכלל עדים לענין "לא יגיד".... דיאמרו אם תרצה בא לפנינו ונעשה לך דין כי לא נחפוץ להיות עדים אלא דיינים". ועי"פ זה יש לעיין במה נתקשו הראשונים במכות ו,א איך מצינו ידינו ורגלינו כאשר נעשים קידושין בפני קרובים הרי נמצא אקרו"פ וכל העדות נפסלה. ולכאורה לחנ"ל יכולים ג' כשרים להחליט שאינם נעשים עדים אלא דיינים ושוב לא יפסלו ויוכלו להיות דיינים על הקידושין אף בלי דעת החתן והכלה?

אך אחר העיון נראה שאין הדבר נכון משום שכל הדין שאפשר לדון על פי ראיתם הוא מצד לא תהא שמיעה גדולה מראה כמבואר בר"ה כה,ב ובב"ב קיג,ב בראשונים. וא"כ אפשר שבמקום שלא יכולים להעיד על הקידושין שכן היו נפסלים וכנ"ל לא שייך להגיד שבראיתם יוכלו לדון מק"ו שלא תהא שמיעה גדולה מראה ועצ"ע.

¹² ויש להוסיף כאן מה שהקשה קצוה"ח לו, ז מדברי הגמ' בסנהדרין שמדאו' מספיק דין אחד הצריכו חכמים ג' דיינים כדי שימצא אחד מהם ת"ח. וקשה הרי אם יושב הת"ח עם העמי ארצות אז גם הוא לא יכול לדון שכן נמצא אחד קראו"פ ומה הועילה התקנה? ולכן הסיק שאין פסול כזה בדיינים. ועיין בשעה"מ שם ס"ק ב וקה"י סנהדרין יב מה שתרוצו הקושיא. ובחידושי ר' מאיר שמחה סנהדרין ג תירץ שהואיל ומספיק דין אחד לדון אז אין צירוף בינו לבין העם הארץ אעי"פ שמדברנן צריכים לדון בג' (והובא במילואי חושן לו). וא"כ נראה מוכרח שאם לא היתה כוונה לצרפו בעצם הצטרפות הפסול אין פסול של כל ב"ד.

ועפ"י חילוק זה נראה ליישב קושי נוסף. המהרא"ל צינץ בספרו טיב חליצה (השמטות אות יא) הקשה על הדעות שגם בדיינים יש פסול של נמצא אקרו"פ ממשנה מפורשת. שכן בר"ה כה, ב מבואר במשנה "ראוהו בית דין וכל ישראל נחקרו העדים ולא הספיקו לומר מקודש עד שחשיכה הרי זה מעובר". ומקשה המהרא"ל צינץ הרי בכל ישראל יש הרבה קרובים וא"כ איך הבי"ד יכולים לקדש החודש ע"פ ראייתם? הרי ראו הלבנה יחד עם קרוביהם? אלא מכריח שבדיינים אין הבי"ד נפסל ולכן יכלו הדיינים לקדש ע"פ ראייתם יחד עם קרוביהם.¹³ אך ע"פ הנ"ל נראה שגם בקידוש החודש שהוא כ"מילתא דאיסורא" התורה אינה עושה את הקרובים והפסולים להיות דיינים. וא"כ בודאי שרק הבי"ד נעשו דיינים בדבר ולכן יכולים לקדש החודש ולא חשוב שנמצא אקרו"פ¹⁴ אא"כ יתכוונו כולם להצטרף ואז נפסלים כמבואר בסנהדרין לו, א.

ז. סיכום

במאמר זה דנו בשאלה האם בי"ד שבא להתיר נדר ונצטרף אליהם קטן נפסל היתרם.

הצגנו את מחלוקת הראשונים בדין חליצה שלדעת רש"י ביבמות מדויק שלא נפסל כל הבי"ד. אך מדעת הריטב"א ביבמות וראב"ה בהגה"מ נראה שסברו שאם יצטרפו קרובים ופסולים יפסל כל הבי"ד.

עוד בארנו בזה מחלוקת הראשונים בבאור הגמ' בסנהדרין לו ונתבאר שהרמב"ם לשיטתו פוסל וכך סבור המאירי שם. לעומת דעת הראב"ד ופסק הריב"ש שאין ביה"ד נפסל.

למעשה בהלכות חליצה נפסק לכתחילה לא לצרף פסולים אך בדיעבד החליצה כשירה.

ובאחרונים מובא הדין כספק במל"מ ונתון במחלוקת אחרונים בחו"מ סי' לו.

¹³ ועיין בטיב חליצה שם מה שהסביר בדעת הריטב"א והגה"מ ודלא כמל"מ והב"ש.

¹⁴ ונראה עוד שאפי' אם הקרובים גם ירצו להיות דיינים נראה שהנידונים בקידוש החודש הם כלל ישראל שרוצים בקידוש החודש והם רוצים שדוקא הבי"ד ידונו בדבר אך אם בבי"ד עצמם יש קרובים ופסולים אז כן נפסל הבי"ד וכמובא לעיל מסנהדרין לו, א.

דיין פסול בהתרת נדרים

גם לדעות שפוסלות הדין אם נמצא דיין קרו"פ הובאה סברא להכשיר זאת בהתרת נדרים שכן הכשרנו בהתרה גם את הפסולים. אך מדברי רע"א בתשו' עולה לפסול מושב בי"ד כזה.

עוד הבאנו סברא להכשיר את ההתרה במקום בו לא התכוון המתיר להתיר בפני הקטן אלא נצטרף הקטן מאיליו משום שבאופן זה אינו חשוב דיין בדבר אם הנודר לא יצרף אותו. ואף שבשאר איסורים נעשים הרואים לדיינים בלי רצון האדם. לגבי דיין פסול יש לומר שלא נעשה דיין בדבר מעצמו אלא רק אם האדם הנידון או שאר הדיינים יתכוונו לצרף אותו.

הרב ירון רוזיליו

דברים שבין שוכר ומשכיר – בדין ובמנהג המדינה

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. חיובי המשכיר לדעת הנמוקי יוסף
- ג. דעת הרא"ש
- ד. ישוב דברי הרמ"א
- ה. מנהג המדינה
- ו. מהו מנהג המדינה ודוגמאות מעשיות
- ז. תשלומים שוטפים
- ח. סיכום

א. הקדמה

ראובן שכר בית משמעון שבו היה מותקן מזגן מרכזי. במהלך תקופת השכירות התקלקל המזגן. עלות תיקונו גבוהה מאד. שמעון טוען שאינו חייב לתקן כיון שכל התחייבותו היתה להעמיד דירה עם מזגן וקלקולו של המזגן אינה בתחום אחריותו וגם בדירתו שלו לא היה מזדרז לתקן מזגן בעלות כזו. ראובן טוען שהסיבה ששכר דוקא את דירתו של שמעון היתה בגלל המזגן שלא היה בדירה אחרת שהיתה באיזור והתשלום שהוא משלם עבור הדירה כולל גם תשלום עבור מזגן פועל. הצדק עם מי?

התשובה לשאלה הזו אינה חד משמעית. לדינא ישנם דעות שונות בפוסקים ונראה שהמנהג המקובל היום שונה מדין התורה הפשוט. מודעות לדעות השונות ולהבדל הקיים בין דין התורה לבין המנהג הקיים יכולה למנוע אי הבנות במקרים כאלו ודומיהם.

כל האמור לקמן אינו למעשה אלא לעיון בלבד.

ב. חיובי משכיר לדעת הנמוקי יוסף

בגמרא במסכת ב"מ דף קא, ב מובאת משנה:

המשכיר בית לחבירו, המשכיר חייב בדלת, בנגר ובמנעול, ובכל דבר שמעשה אומן. אבל דבר שאינו מעשה אומן - השוכר עושהו.

ובגמרא שם :

תנו רבנן: המשכיר בית לחבירו - משכיר חייב להעמיד לו דלתות, לפתוח לו חלונות, לחזק לו תקרה, לסמוך לו קורה. ושוכר חייב לעשות לו סולם, לעשות לו מעקה, לעשות לו מרזב, ולהטיח את גגו.

מתבאר שחובת המשכיר היא לדאוג שיותקנו בדירה כל הדברים שהם בגדר "מעשה אומן" היינו שרוב האנשים רגילים להזמין בעלי מקצוע לצורך התקנתם. אולם דברים שהם בגדר מעשה הדיוט אין על המשכיר חובה לעשותם. עשיית סולם או מעקה הנזכרים שם בגמרא הינם מעשה הדיוט כמובא שם ברש"י. בנמוקי יוסף שם מודגש שסולם הכוונה לסולם לצורך עליה לגג שאינו עיקר התשמיש אולם סולם המשמש לצורך ה"עליה" היינו קומה שניה במידה והיא מושכרת חלה על המשכיר שכן לולי זה אין אפשרות להשתמש בעליה, ומכאן נראה לכאורה שגם דברים שהנם "מעשה הדיוט" אם בהעדרם אין אפשרות להשתמש כרגע בדירה – על המשכיר לעשותם לכה"פ בתחילת תקופת השכירות.

הרמב"ם שכירות ו,ג מביא משנה זו להלכה :

המשכיר בית לחבירו חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו ולחזק את התקרה ולסמוך את הקורה שנשברה ולעשות נגר ומנעול וכל כיוצא באלו מדברים שהן מעשה אומן והם עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות, השוכר חייב לעשות מעקה ומזוזה ולתקן מקום המזוזה משלו, וכן אם רצה לעשות סולם או מרזב או להטיח גגו הרי זה עושה משל עצמו.

הרמב"ם מוסיף שהמשכיר חייב רק בדברים שהם "עיקר גדול בישיבת הבתים והחצירות". כלומר דברים שאינם חלק מהותי מהבית ואינם מעכבים את האדם מלגור במושכר באופן נורמלי – אינם חובת המשכיר אפילו שהם מעשה אומן. בערוך השולחן (סימן שיד) מובא שאפילו במקום שדרך העשירים להתקין דברים מסוימים בבתיהם – אפילו אם ידוע למשכיר שהשוכר הינה אדם עשיר – אין עליו חובה להתקין דברים אלו. מובן שאם התנו ביניהם הכל הולך על פי התנאי. כל האמור הוא בסתמא במקום שלא פירשו.

הריטב"א במקום מביא שכל האמור לעיל נאמר רק בשעת התחלת השכירות המשכיר חייב להעמיד לו וכו'. אם במשכיר בית זה או בית פלוני חייב להעמיד לו בשעה שמכניסו לתוכו, מכאן ואילך נפל אזדא ליה, ואם במשכיר בית סתם חייב להעמיד לו כן כל זמן השכירות, כן פי' רבינו.

הנמוקי יוסף במקום מביא את דברי הריטב"א להלכה. נמצא לדבריהם שמשכיר ושוכר שסיכמו ביניהם על השכרת "בית סתם" היינו התחייבות לבית ולא דוקא לבית מסויים – אזי חובה זו של המשכיר חלה כל זמן השכירות שכן חובתו היא לספק לו תנאי מגורים באופן כללי – והם הדברים המנויים במשנה. אולם במשכיר לחבירו "בית זה" – היינו השכרת נכס מסוים – בזה אין אחריות המשכיר לתקינותו של המושכר אלא בזמן תחילת השכירות, אם ישברו דברים או יתקלקלו במהלך השכירות – אפילו דברים המנויים במשנה שהם עיקר גדול בישיבת הבתים – אינו חייב לתקנם.

כיום כיון שהשכירות המקובלת היא "בית זה" – נכס מסויים, נמצא שלפי דברי הנמוקי יוסף אין על המשכיר חובה לדאוג לתקינות המושכר אלא בזמן תחילת השכירות. שכירות בית סתם אינה מקובלת בשוק הדיור כיום. שכירות כזו שייכת בשכירות חדר במלון, שכירות רכב וכדומה.

הסכם שכירות שבו בעצם זוכה השוכר בזכות השימוש בנכס למשך תקופה מוגדרת בפוסקים כמכר – "שכירות ממכר ליומיה" – היינו שהשוכר קונה את זכות השימוש במושכר למשך תקופה ובזמן זה הוא כבעלים על זכות השימוש – ולא שהשוכר משתמש ברכושו של המשכיר ומשלם שכר שימוש.

להגדרה זו השלכות רבות על יחסי השוכר והמשכיר. אחת ההשלכות היא אי אחריות המשכיר למושכר במשך זמן השכירות. כיון שהשוכר מוגדר כבעלים על זכות השימוש בזמן השכירות – אפילו אם המושכר יתקלקל – החסרון הוא של השוכר – "מזלו גרם" והוא כאדם שקנה חפץ שהתקלקל לאחר זמן – שאין על המוכר אחריות לפעילותו התקינה של החפץ לאחר זמן ובתנאי שבשעת המקח לא יהיה בחפץ חסרון המבטל את המקח כמקח טעות.

לפי זה אף שסוכם על שכירות לשנה ועל תשלום לפי חודשים – אף שפחת שווי השימוש במושכר מ"מ זה גופא הסיכום שביניהם וממש כקונה חפץ ותוך כדי שימושו מתקלקל או פוחת שאין על הקונה טענה כלפי המוכר.

אם ההגדרה של השכירות היתה שימוש של השוכר בחפציו של המשכיר תמורת סכום מסוים- ברור הוא שאחריות התיקון היא על המשכיר שכן השוכר משלם על שימוש יום יומי- ואם החפץ אינו ראוי למלאכתו הראשונה כפי שהיה בשעת תחילת השכירות אזי ודאי חובת המשכיר לתקנו שכן על שימוש כזה סוכמה השכירות והוערכה התמורה.

לפי זה יובן החילוק בין שוכר "בית סתם" לבין שוכר "בית זה" – בשוכר בית זה הסכם השכירות הוא על שימוש בחפץ מסוים וניתן אכן להגדירו כמכר של זכות השימוש. אולם במשכיר בית סתם אין חפץ מסוים שעליו יכול לחול מכר ויש כאן שעבוד כללי של המשכיר לדאוג שלשוכר יהיה מקום לגור- לכן ההסכם מתפרש כהתחייבות כללית ולא כמכר ובזה ההתחייבות אינה משתנה ואינה תלויה בתקינות מושכר זה או אחר.

בשו"ע חו"מ שיד, א מביא הרמ"א את דעת הריטב"א והנמוקי יוסף להלכה :

שו"ע: המשכיר בית לחבירו, חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו ולחזק את התקרה ולסמוך את הקורה שנשברה ולעשות נגר ומנעול. וכן אם נפחתה המעזיבה והתקרה בד' טפחים, חייב לתקנה; וכן כל כיוצא בזה מדברים שהם מעשה אומן והם עיקר גדול בישיבת הבתים והחצרות.

הגה: ואף על פי שנכנס שם השוכר וראה שלא היו שם דברים אלו, לא אמרינן דנתפייס במה שראה, אלא על המשכיר לתקן. תקן המשכיר דברים אלו, ונשברו תוך ימי השכירות, אם אמר ליה: בית זה, אין צריך להעמיד לו אחר. אמר לו: בית סתם, צריך לתקנו כל ימי השכירות (נ"י פרק השואל והגהות מיימוני פ"ו דשכירות). וע"ל סימן שיב ס"ז.

קצוה"ח ס"ק א במקום תמה על דברי הרמ"א :

אם אמר לו בית זה. והוא מדברי הנימוקי"י בשם הריטב"א פרק השואל (ב"מ נט, א בדפי הרי"ף) אם השכיר לו בית זה חייב להעמיד לו בשעה שמכניסו, מכאן ואילך אם נפל אין חייב להעמיד לו, ואם השכיר לו בית סתם חייב להעמיד לו כל ימי השכירות עכ"ל, והובא בדרכי משה (סעיף א). ותמיהא לי מלתא דהא פסק בשו"ע סימן שיב סעיף יז דוקא כשנפל כולו אבל אם הוא קיים אלא שהוא מסוכן לדור בו חייב המשכיר לתקנו ע"ש, והוא מתשובת הרא"ש (כלל לה

סי' ו) הובא בטור שם (סעיף טז) דוקא כשנפל כולו דאזדא ליה בית זה אבל אם הבית מסוכן כיון שהוא קיים דהשתא לא שייך לומר אזדא ליה דמסתמא עומד לתקן שעדיין נקרא בית הלכך מחוייב המשכיר לתקנו ע"ש, וא"כ הכא שהבית קיים אלא שנתקלקל המנעול והנגר ודאי שמו עליו ועומד לתקן אמאי אינו צריך המשכיר לתקנו. והריטב"א אפשר דלא ס"ל הך דרא"ש, אבל בשו"ע דפסק כרא"ש והרמ"א אינו חולק שם א"כ היכי פסק כאן כריטב"א אשר לכאורה נראה דהוא תרתי דסתרי עם הך דתשובת הרא"ש. ואף על גב שכתב בשו"ע סימן שיב שם אם יש לו שכירות מוקדם, כבר כתב בסמ"ע שם (סקל"ב) דלאו דוקא וגם בטור שם סימן שיב לא הזכיר שכירות מוקדם וצ"ע:

העולה מדברי בעל קצות החושן שיש סתירה בדברי הרמ"א. דעת הנמוקי יוסף חולקת על דעת הרא"ש המובא לעיל בסימן שיב, יז להלכה. דעת הרא"ש שם היא שחובת המשכיר לתקן קלקולים גם במשך תקופת השכירות ושם לא העיר הרמ"א דבר על פסק המחבר שפסק כרא"ש על כן נראה הדבר כסתירה בפסקי הרמ"א.

הגר"א בביאורו מציין לדעה זו של הרא"ש החולקת על הנמוקי יוסף. אלא שבדבריו נראה שלזה כיוון הרמ"א כשכתב לעיין בסימן שיב, יז – וכאומר שאכן פסק כאן דלא כרא"ש שם ולדבריו אין סתירה בפסקי הרמ"א ודעתו לפסוק כנמוקי יוסף וכפי שהביא כאן בפירוש.

כעין זה מצאתי בפסקי דין מסוימים שדעת הרמ"א לפסוק כנמוקי יוסף ומה שלא העיר על פסק המחבר לעיל בסימן שיב זה מחמת ששם מובאת דעתו בשם "יש מי שאומר" ולא ראה הרמ"א צורך להעיר שאין הלכה בזה כמותו.

ג. דעת הרא"ש

הטור חו"מ סי' שיב מביא:

נפל הבית לאחר שהשכירו אם אמר לו בית זה אני משכיר לך אינו חייב לבנותו אלא מחשב עמו מה שנשתמש בו ומחזיר לו המותר וכן אם לא פרעו עדיין צריך ליתן לו כל מה שנשתמש בו וכתב הרמ"א שאם יש בעציו ובאבניו כדי ליקח אחר יקח ואם אין בהם כדי ליקח אחר ויש בהן כדי לשכור ישכור וא"א הרא"ש ז"ל כתב שאפילו אם יש בעציו ובאבניו כדי ליקח אחר או לשכור אינו צריך ליתן לו אחר

ודוקא כשנפל כולו בהא אמרינן כיון דנפל אזדא ליה אבל אם הוא קיים אלא שנתקלקל עד שהוא סכנה לדור בו חייב המשכיר לתקנו דהשתא לא שייד למימר אזדא ליה דמסתמא הוא עומד לתקן שעדיין נקרא בית אלא שהוא מסוכן לדור בו הילכך חייב המשכיר לתקנו עד כאן ואם המשכיר סותר הבית חייב ליתן לו אחר.

דברי הטור מתבססים על דברי הגמרא בבא מציעא קג,א בסוף פרק השואל. תורף הדברים הוא שבמשכיר "בית זה" במקום שנפל הבית אזי הסכם השכירות פוקע כיון שהבית כבר אינו קיים ועל כן השוכר משלם רק את הזמן שבו גר בבית בפועל ואין המשכיר חייב להעמיד לו בית אחר. אולם בבית סתם האחריות היא כללית לדאוג למקום מגורים ועל כן חייב הוא לדאוג לבית אחר כלשהוא. ואם התחייב ל"בית כזה" מחויב המשכיר לדאוג לבית אחר דוגמת הבית הראשון.

אנו נדון במשכיר שהתחייב ל"בית זה". מתבאר שבמקום שהבית נפל ואינו ראוי למגורים אזי מתבטלת השכירות.

בבבא מציעא עט,א מובאת סוגיא דומה באדם ששכר מחבירו חמור ומת החמור תוך זמן השכירות. בגמרא שם מובאת דעת שמואל שנפסקה להלכה – שיכול השוכר לקחת את נבלת החמור ולמוכרה ולרכוש בדמיה או לשכור בדמיה חמור אחר – שבו יוכל להשלים את זמן השכירות שנחסר לו מחמת מיתת החמור הראשון.

תוספות במקום בד"ה "ואם יש" מקשה מדוע בבית שנפל לא הביאה הגמרא שיכול השוכר למכור את אבני הבית ולשכור בית אחר בדמיהם למשך תקופת השכירות שנותרה. וזו לשונם –

והא דאמר בסוף פרק השואל (לקמן קג,א) אי דאמר בית זה ונפל אזדא לה ולא אמר אם יש בדמיה לרב ליקח יקח ולשמואל אפילו לשכור ישכור דהתם אין הבית עומד לימכר אלא להוסיף עליו ולחזור ולבנותו כבתחילה וכיון דא"ל בית זה ונפל אין למוכרו וגם לא קבל עליו להוסיף יציאה בבנין בית זה אלא בית זה כמו שהוא השכיר לו לדור בו כל זמן שיוכל וכי נפל אזדא אבל חמור שמת אין עומד אלא למכרו בדמים ולכך יש בדמיה ליקח יקח לשכור ישכור.

נראה מדבריהם שאומדים אנו את דעתם של המשכיר והשוכר. במשכיר חמור כיון שחמור שמת עומד למכירה אנו אומדים שגם זה נכלל בכלל

השעבוד של החמור לשכירותו של השוכר אולם בבית שאין רגילות למכור את האבנים אלא לבנותם מחדש – אין המשכיר משעבד את אבני הבית להמשך השכירות ולכן השכירות נפסקת ברגע נפילת הבית.

זו גם דעת הרא"ש. אולם הרמ"ה המופיע בטור חולק וסובר שבית וחמור דינם שווה ואכן אין הפסקה של הסכם השכירות בזמן נפילת הבית וכל אבני הבית משועבדים לצורך הענין.

מוסיף הרא"ש ואומר שכל מה שאמרנו שבנפילת הבית בטל הסכם השכירות – היא דוקא מכיון שאין בית בעולם. אולם אם הבית קיים אלא שהוא מסוכן לגור בו – בזה חובת המשכיר לתקנו ולהעמידו לרשות השוכר.

לענ"ד יש מקום להבין את דברי הרא"ש בתרי אנפי. או שכל זמן ששמו של הבית עליו הסכם השכירות ביניהם לא פקע – ולכן ממילא מוטל על המשכיר חובה לתקן את הבית על מנת שיהיה ראוי למגורים כפי שהיה בתחילה וככל משכיר שחובה עליו לתקן את הנכס המושכר. או שאף שהסכם השכירות הקודם הפסיק מחמת שהבית מסוכן לגור בו והוא כמאן דליתא – אבל בכל אופן כיון שבית מסוכן עומד הוא לשיפוץ ולא להריסה – בזה יודה הרא"ש לרמ"ה שלענין זה הבית משועבד להמשך השכירות ועליו לתקנו על מנת להמשיך את השכירות דומיא דנבילת חמור.

יתכנו נ"מ לב' ההבנות הנ"ל. להבנה השניה שההסכם הקודם פקע ורק שעבוד של המשכיר נשאר – השוכר יכול לקום וללכת ואינו חייב לממש את הסכם השכירות עד סופו – אלא שאם הוא רוצה אזי יכול לחייב את המשכיר לדאוג לו לבית חלופי. אולם אם ההסכם ממשיך אזי הוא מחייב את השוכר כמו את המשכיר. ואינו מוכרח.

בכל אופן בין להבנה זו ובין לזו – אנו רואים שדעת הרא"ש היא שהמשכיר מחוייב לתקן את המושכר ולהעמידו על מתכונתו אפילו תוך זמן השכירות ודלא כנמוקי יוסף.

המחבר בחו"מ בסימן שיב, יז מביא את הרא"ש להלכה -

המשכיר בית לחבירו לזמן, ורוצה לסתרו בתוך הזמן, השוכר יכול לעכב עליו. ואם עבר וסתרו בתוך הזמן, חייב להעמיד לו בית אחר או ישכיר לו כמותו. ואם מעצמו נפל, אם אמר לו: בית זה אני משכיר לך, אינו חייב לבנותו, (ואפילו בנאו המשכיר יכול לומר שלא ידור בו) (ב"י מדברי הרשב"א), אלא מחשב על מה שנשתמש בו

ומחזיר לו שאר השכירות. (ואפילו השוכר אומר: אבננו משלי, אין שומעין לו) (בי"י). ויש מי שאומר דדוקא בשנפל כולו, אבל אם הוא קיים אלא שהוא מסוכן לדור בו, חייב המשכיר לתקנו אם יש בידו שכירות מוקדם.

מה שמוסיף המחבר "אם יש בידו שכירות מוקדם" עיין בסמ"ע שתמה שלא מצאנו תנאי זה בראשונים ומביא שאינו הכרח. אמנם בנתיבות המשפט מסביר שכל חיוב המשכיר לתקן את המושכר הוא רק עד גבול השכירות שיש בידו שלא שעבד לשוכר אלא את הבית הזה ואת היוצא ממנו. מתחדש בדעת הנתיבות שגם לסברת המחבר שחייב המשכיר לתקן תוך תקופת השכירות מ"מ אינו חייב להשקיע כל סכום על מנת לממש את חוזה השכירות אלא עד גבול סכום השכירות שמרויח עד סוף התקופה.

בכל אופן המחבר מביא את הרא"ש להלכה, אמנם מביאו כיש מי שאומר והיה מקום לומר שסתם ויש אומרים הלכה כסתם, אולם כאן היש מי שאומר אינו סותר לסתם אלא מוסיף ומסתמא שכוונת המחבר בצינו "יש מי שאומר" היא רק לציין שיש חולקים אבל הלכה כרא"ש. וכן הבין הקצות החושן הני"ל בדעת המחבר וכן הבין בשו"ת חקרי לב לרב רפאל חיים חזן בחו"מ סימן סח.

העולה מן הדברים שבדעת המחבר נראה שאכן חובת המשכיר לתקן נזקים במושכר גם תוך תקופת השכירות אולם בדעת הרמ"א יש ספק - הגר"א הבין שפסק כנמוקי יוסף אולם בקצות החושן תמה על הסתירה בדעת הרמ"א.

ד. ישוב דברי הרמ"א

הרב צבי שפיץ בספר משפטי התורה ח"ב סימן עב בהערה 1 הביא את דעת הרמ"א ואת הסתירה בדבריו וכתב ליישב שיש לחלק בין מקום שנוצר קלקול שאינו מעכב באופן מהותי את השימוש בדירה שאז פטור המשכיר מתקון ועל זה דיבר הרמ"א בסימן שיד,א לבין מקום שהדירה כבר אינה ראויה לשימוש כפי המקובל וכפי שמובא שם בסימן שיב,יז שהבית נפל והוא מסוכן לגור בו שבוה חייב המשכיר לתקן ולאפשר שימוש מינימלי בדירה.

בסברא זו יש לדון.

אי נימא שסובר הרא"ש ששכירות ממכר ליומיה – הלא אין חיוב על המשכיר לתקן דבר – אפילו דבר שמגביל מהותית את השימוש בדירה שהרי מזליה דשוכר גרם והוא צריך לתקנה מכספו. ואי נימא ששכירות אינה ממכר

ליומיה אלא התחייבות גרידא – במה שונה התחייבות זו "מבית סתם" שבו עליו להעמיד דירה תוך זמן השכירות כמו בזמן השכירות ולא דוקא דברים שבלעדם אי אפשר לגור כלל בדירה באופן נורמלי.

הש"ך בסימן שלד, א מפקפק ביסוד של "שכירות ממכר ליומיה" ומוכיח שהתוספות לא סברי לה אלא לענין אונאה וזו לשונו :

.... ולענין דינא נ"ל עיקר כמהר"מ ואף על גב שבב"י ס"ס ש"ב פסק כהרשב"א ולא כמהר"מ כבר סתר הב"ח שם דבריו והוא דעיקר ראיית הרשב"א הוא מכח דשכירות ליומא ממכר הוא והתוס' פ' הזהב דף נ"ו ע"ב ופ"ק דע"ז דף ט"ו ע"א כתבו דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא אלא באונאי דרבי קרא ולא בשאר דוכתי וכ"ה בת"ה סימן ש"ח ומהרש"ל בתשו' סי' מג דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר רק גבי אונאה ולא בשאר מילי ע"ש (גם מ"ש הב"י שדעת התוס' פרק חז"ה נא, ב כהרשב"א סתר הב"ח שם) ועוד נ"ל דאפי' אי אמרי' שכירות ליומא ממכר הוא אין היורשים צריכין לשלם די"ל דלכל יומא ויומא ממכר הוא עוד י"ל דאטו במכירה גופא כשיש אונס בדבר והוא בענין שה"ל להמוכר להתנות מי לא נתבטל המכר וה"נ כיון דטעמא הוא דב"ה הוי כמו פועל וה"ל להתנות בטל השכירות מיהו אם כבר קבל השכירות א"צ להחזיר מטעם דכיון דנתן לו שכרו נתרצה לו שיהיה שלו אפי' יארע אונס וכמ"ש התוס' פ' האומנין עט, ב והפוסקים ות"ה סי' שכ"ט אלא דני"מ שצריך להחזיר לו כפועל בטל מה שהבית פנוי לו לעשות בו מה שירצה ודוק.

הנידון בש"ך שם הוא שוכר שמת בחצי זמן השכירות האם יורשיו משלמים את כל דמי השכירות לתקופה שסוכמה או רק עד כמה שגר בפועל. הרמ"א מביא שם בתחילה בשם המרדכי שאכן מנקה לו משכרו ומשלם רק את שכר השימוש בפועל אולם הרשב"א חולק וסבור שמשלם כל השכר אפילו לזמן שלא גר. סברת הרשב"א היא מחמת ששכירות ממכר ליומיה נמצא שהשוכר כבר רכש את השימוש בכל תקופת השכירות וזה שלו אף שאינו גר שם בפועל.

הש"ך מעלה כמה טענות. האחת, מתוספות רואים שלא אמרינן כלל שכירות ממכר ליומיה אלא לענין אונאה. השניה, גם אי שכירות ממכר ליומיה אפשר

לומר שכל יום ויום הוא מכר נפרד ולכן אין לחייב את השוכר אלא על הימים שגר בלבד.

הטענה הראשונה נוגעת לענייננו. יתכן שדעת הרא"ש היא ששכירות אינה ממכר ליומיה ולכן התשלום הוא עבור השימוש ועל המשכיר לדאוג לשימוש כפי שהיה ברגע הראשון. לפי זה אין מקום לחלק בין סוגי קלקולים ועל המשכיר לדאוג במשך זמן השכירות לכל מה שהיה צריך לדאוג בתחילת השכירות.

אמנם קשה לומר בדעת המחבר שפסק כרא"ש ששכירות אינה ממכר ליומיה שכן במקום אחר מביא הבית יוסף ששכירות ליומיה ממכר הוא בכללות וגם בדעת הרא"ש – וזו לשונו – בחו"מ סי' קעה:

אבל הרב המגיד כתב השכירות אין בו דין בן המצר זה לא מצאתי מבואר אבל נראה לי קל וחומר ממשכונא וכמו שיתבאר עכ"ל. ובדין משכונא כתב הרמב"ם בסמוך (ה"ט) הממשכן מקום ואחר כך מכרו לזה שהוא ממושכן בידו אין בו משום דינא דבר מצרא ואם כן נראה שהרב המגיד מפרש דהכי קאמר אם השכיר ביתו לאחד ואחר כך מכרה לו אין בן המצר יכול להוציאה מידו והקל וחומר הוא ומה משכונא שאינו דר בה וגם אינה קנויה לו אם קדם וקנה זכה שכירות שהוא דר בתוכה וגם היא קנויה לו דשכירות ליומיה ממכר הוא לא כל שכן שאם קדם וקנה זכה ומשמע שהרא"ש יסכים בדין זה מטעם שכירות ליומיה ממכר הוא ונראה דלפי זה הוא הדין אם מכרה לאחר שהשוכר מוציאה מידו מטעם דינא דבר מצרא ולדברי המפרשים דמשכנתא הממשכן מוציא מיד בן המצר הוא הדין לשוכר שמוציא מיד בן המצר. וכתב רבינו ירוחם (ני"א ח"ד מא) שהרשב"א כתב בתשובה כי בשכירות שייך דינא דבר מצרא כמו במכר.

גם בספר פתחי חושן מביא שסתמות הפוסקים היא ששכירות ליומיה ממכר הוא (פרק א, הערה ב). אמנם יש חולקים כאמור בדעת הש"ך.

לכן נראה יותר לומר שכוונת הרא"ש היא לומר שאף ששכירות ליומיה ממכר הוא מ"מ זה חלק מתנאי השכירות להעמיד את המושכר ראוי לשימוש כל תקופת השכירות. לפי זה אמנם ניתן להכניס סוגי תנאים נוספים אבל מני"ל לחלק בין שימוש כזה או אחר.

בקצרו' ואומר שכבר פסקו האחרונים והורו לנו שאלו הדינים תלויים יותר ע"פ המנהג מעפ"י דין תורה הר"ן בתשובותיו מהר"ר ישראל בת"ה ג"כ אלא שמ"מ צריך לידע ד"ת קודם ואח"כ לבקש המנהג שאע"פי שכת' מהר"ר ישראל ז"ל סימן שמ"ב שאין צריך לבקש בענין זה מנהג ותיקים אלא כל שנהגו הקהל כך די אמנם כ"כ וז"ל אמנם צריך לידע דמנהג קבוע ופשוט הוא שנהגו כן בני העיר לכל הפחות תלתא זמני ע"כ יראה בבירור שאם לא שנהגו כך ג' פעמים אין לעשות מעשה נגד מה שיגזור ד"ת ומעתה ראוי לידע בשני השאלות מה שנראה מד"ת ואח"כ אם יש בקהל ראוּבן מנהג קבוע כנ"ל יעשה כמנהגם ואם לא יעשו ע"פ הדין

העולה מדבריו שבמקום שיש מנהג – הדין יקבע על פיו ולא על פי דין תורה אולם צריך להיות ברור שאכן זהו המנהג. במקום שלא ברור המנהג יש לנהוג על פי דין תורה.

בענין שבו אנו דנים – חובת המשכיר באחזקת הדירה תוך תקופת השכירות - המנהג הרווח שונה מאד מדין התורה אפילו לדעת המחבר וודאי לדעת הרמ"א.

דומה שברוב המקומות מקובל שהמשכיר לוקח על עצמו את האחריות לתקינותה של הדירה כל משך השכירות. בודאי בשונה מדעת הרמ"א כפי שהבאנו לעיל ואפילו לפי הבנתו של הרב שפיץ במשפטי התורה שהרמ"א מודה בתיקונים מהותיים מאד.

אדם שבביתו תתגלה נזילה באחד הברזים או בדוד השמש לפי דעת הרמ"א אפילו לפי הפרשנות המרחיבה של הרב שפיץ אינו זכאי לתבוע את תיקון הנזילה מהמשכיר כיון שהבית יכול לשמשו גם כשיש נזילה ואף שהדבר יגרום להוצאה ממונית מיותרת אין על המשכיר חובה למנוע זאת ואם ירצה השוכר יתקן זאת משלו.

המנהג היום שונה לגמרי, כמעט כל שוכר יתבע מהמשכיר את תיקון הנזילה וכמעט כל משכיר מבין שזו חובתו.

נראה שהמנהג מרחיב את אחריות המשכיר אפילו ביחס לדעת המחבר. לפי המחבר חייב המשכיר לתקן רק דברים שהינם מעשה אומן ו"עיקר גדול בישיבת הבתים" כפי שהגדיר הרמב"ם את רשימת התיקונים שהובאה במשנה הנ"ל בבבא מציעא קא,ב. אולם המנהג כיום מטיל על המשכיר חובה

לתיקון אביזרים שאינם בהכרח "עיקר גדול". דוד שמש לכאורה אינו עיקר גדול בישיבת הבתים שכן יש לו תחליף בחימום בחשמל, אבל נראה שאצל שוכרים רבים אם יתפוצץ דוד השמש או הקולטים – יתבעו את התקון מהמשכיר וגם יקבלו.

לסיכום נראה ברור שמנהג המדינה כיום מטיל על המשכיר אחריות לכל תקופת השכירות ולא רק להעמדת דירה בתחילתה.

נציין שלשון החוק במדינת ישראל אכן מטילה את חובת התיקון על המשכיר כל משך התקופה אבל מגבילה זאת רק לעניינים שהעדרם מונע מהותית את השימוש בדירה.

חק השכירות והשאלה 1971 תשל"א קובע

המשכיר חייב תוך זמן סביר לאחר שקיבל דרישה לכך מאת השוכר לתקן במושכר או בנכס... כל דבר ששולל או מגביל הגבלה של ממש את השימוש במושכר לפי ההסכם או לפי המקובל בנסיבות... בין שהפגם היה בזמן מסירת המושכר לשוכר בין שהתהווה לאחר מכן...

גם בספר משפטי התורה של הרב שפיץ בחלק ב סימן עב מובא שעל אף שהדין אליבא דהרמ"א הוא כנ"ל מ"מ המנהג כיום בארץ ישראל שונה והמשכיר אכן אחראי לתקינותה של הדירה גם במהלך תקופת השכירות. חזינן כדעתנו שאכן המנהג שונה והולכים בזה בתר המנהג גם במקום שהדברים לא סוכמו במפורש.

1. מהו מנהג המדינה ודוגמאות מעשיות שונות.

אף שברור שמנהג המדינה שונה כיום מדין השולחן ערוך ובעניינים אלו הולכים בתר מנהג המדינה יש לעיין מהו מנהג המדינה.

ברור שהמשכיר כיום מחוייב לדאוג לתקינותה של הדירה גם במהלך תקופת השכירות. השאלה היא במה.

בספר משפטי התורה של הרב שפיץ (סימן עב) מובאת ההגדרה הבאה:

כל השקעה שנועדה לשמור או לתחזק את הדירה המושכרת או חלקים ממנה או חלקים מהרכוש המשותף השייך למשכיר ולשאר השכנים שבבנין – חייב המשכיר לשלם למרות שהשוכר קיבל דירה תקינה והקלקול ארע במהלך תקופת השכירות. הוצאות שנוצרו

במהלך תקופת השכירות ונועדו להמשך השתמשותו ברכוש זה ואינם השבחה בגוף הנכס – חייב השוכר לשלם.

בין הדברים שחלים על המשכיר מונה שם תיקון הגג, תיקון מערכת הסקה מרכזית. תיקון דלתות הבית, ארונות מטבח, מערכת החשמל או חלקים ממנה.

בין הדברים שחלים על השוכר – מיסים שונים כחשמל, מים ועוד. פתיחת צינורות ניקוז, תחזוקה שוטפת של המעלית כולל ביטוח, תיקון שמשות שנשברו בתקופת השכירות, החלפת נורות חשמל.

גם לאור ההגדרה הנ"ל לא תמיד ברור מה חובת המשכיר. עיי"ש בהערות שמסתפק לענין צביעת חדר המדרגות.

לענין דוד שמש במשפטי התורה ח"ב סימן עא מובא שאם התקלקל דוד שמש – יכול המשכיר שלא לתקנו אם יש דוד חשמל בבית. ואם התקלקלו שניהם יכול לתקן את הזול מביניהם – העיקר לאפשר שימוש במים חמים בדירה. דבריו הועתקו בספרים נוספים.

ויש לעיין בדבריו דמילא מצד הדין נחא שאינו חייב אליבא דהרמ"א אלא לתקן כל דבר המונע שימוש סביר בדירה וכפי שיטתו בהבנת הרמ"א. אולם כיון שהמנהג הוא לתקן כל דבר הטעון תיקון בדירה מדוע שלא תהיה חובת המשכיר לתקן גם דוד שמש.

נראה בדעת הרב שפיץ שגם אחרי המנהג חובת המשכיר היא לדאוג למגורים תקינים בלבד בדירה ומגורים ללא דוד שמש הם תקינים אף שהם יקרים במקצת.

הרב שפיץ שם מביא שאפילו שבחווה מצוין שיש בדירה דוד שמש מ"מ כיון שהעמיד דירה כזו בתחילת השכירות מילא את חובתו.

לעני"ד אי אפשר לומר שזהו מנהג המדינה. פוק חזי שרבים מהמשכירים מתקנים ליקויים בדוד שמש וכדומה.

נראה לעני"ד שמנהג המדינה כיום הוא שהמשכיר מחוייב להעמיד את הדירה לשימוש השוכר בדומה למצבה בזמן תחילת השכירות. מחיר השכירות שמשלם השוכר משקף בין היתר את רמת איבזור הדירה ומוכן לשני הצדדים שרמה זו אמורה להשמר במהלך כל התקופה. גם במקום שבו יעריך שמאי

שעלות השכירות לא תשתנה בלעדי דוד השמש וכדומה אין זה משנה את העובדה שבעסקה זו כלול גם דוד השמש.

השאלה הזו דומה לשאלה שהצגנו בתחילת המאמר לעניין מיזוג אויר. במקום שלא היה בתחילת השכירות מיזוג אויר אין חיוב להתקינו גם מצד המנהג וכך ראיתי שמובא בספר "חוקי חיים". אולם לאחר שבדירה קיים מזגן והחווה מתייחס לדירה המסוימת – מקובל מאד שהמשכיר מתקן את המזגן אם יתקלקל והשוכר תובע בצדק שהמחיר שנקבע הוא לדירה ממוזגת.

לא ראיתי בספר משפטי התורה ובעוד ספרים שעיינתי בהם התייחסות מפורשת לשאלה זו שהיא שכיחה מאד. לפי מה שנראה כל זמן שהדירה ראויה למגורים נורמליים גם ללא המזגן לא יחוייב המשכיר לתקנו אליבא דהגדרת "משפטי התורה". אולם כאמור לענ"ד במקומות רבים מקובל שהמשכיר מתקן כל דבר בעל משמעות בדירה אם היה בה בתחילת תקופת השכירות.

לענין תחזוקת מעלית בספר משפטי התורה שם מובא שהוצאת תחזוקה שוטפת של המעלית היא באחריות השוכר כולל הביטוח. ביטוח מעלית הינו תשלום קבוע לחברת אחזקה שבהתקלקל חלק מסוים – הוא מסופק ללא תשלום.

יש לעיין מדוע על השוכר לשאת בהוצאה כזו שנוגעת לאחזקה של המעלית ולא לשימושה? ובאמת מצאתי שב"משפט השכירות" לרב טולידאנו בפרק ד העוסק בענין זה הביא בשם ספר "משפט צדק" שתחזוקה של מעלית הינה באחריות המשכיר. בסברת משפטי התורה ניתן לומר שכיון שהדברים נצרכים לצורך תחזוקה שוטפת ושימוש שוטף של המעלית השוכר משלם. אולם בספר משפט צדק הבין כפשוטו שכל הוצאה הנוגעת למבנה הדירה והעמדתה לשימוש השוכר הינה חובת המשכיר לפי המנהג דהיום.

כל זה מדינא אולם לענ"ד וכפי שיבואר להלן הוצאה שמכוסה על ידי תשלומי וועד הבית נוהגים שוכרים רבים לשלם ולכן גם תחזוקה שוטפת של המעלית שמשולמת כחלק מתשלומי וועד שוטפים משולמת על ידי השוכר.

לאור האמור יש בנותן טעם להביא את דברי החפץ חיים בספרו אהבת חסד חלק א שדיבר בעניני שכירות פועלים אבל הדברים מתאימים לשכירות באופן כללי –

כל אדם שמבקש לאדם אחר שיעשה לו איזו פעולה בשכר יקצוב עמו המקח תחילה דאלי"כ עלול להיות גזלן ועושק שכר שכיר אם לא ירצה להיות ותרוך גדול בממונו לצאת מן הספק דהלא על פי רוב יצטרך האדם למאות פעולות בכל שנה ומצוי מאד שאחר הפעולה יש ויכוח בין האומן לבעל הבית בענין תשלום השכר וכשיפרדו כל אחד חושב שהוא נגזל מן השני אך אינו רוצה לריב עמו אבל אינו מוחל לו בלב שלם ולפעמים יש מריבה ביניהם ומדינא הוא כמנהג המדינה ואם יפחות לו פרוטה אחת מזה יקרא עבור זה מן התורה גזלן ועושק שכר שכיר ומי יוכל לידע מנהג המדינה בכל פעולה ופעולה לפי ענינה ובעל כורחו אם ירצה לצאת ידי חובתו בלי פקפוק יהיה מוכרח ליתן לבעל המלאכה כפי רצונו וזה גם כן קשה מאד על כן הרצה לצאת ידי שמים יקצוב עמו בתחילה ויצא מכל ספק ובפרט מי שהוא תלמיד חכם בודאי יעשה כן דאלי"ה מצוי מאד חילול ד' עי"ז שאינו נותן לאומן כפי רצונו ושהאומן יאמר שהת"ח גזל אותו.

החפץ חיים עומד על שתי הבעיות העיקריות גם בנושא דידן – אי הבנת הסיכום שבין הצדדים ובהעדר סיכום - אי ידיעה ברורה של מנהג המדינה בכל פרט ופרט.

העצה הטובה ביותר היא לסכם את כל הדברים בצורה ברורה ומפורטת מראש. חוזה שינוסח היטב לאור הבנת ההבדלים בין דין תורה כפשוטו לבין המנהג המקובל ימנע הפתעות וגם יפתור את הבעיה במקום שאין מנהג ברור. גם מקרה שבו השוכר נוהג כדעת המחבר והמשכיר כדעת הרמ"א יבוא על פתרונו על ידי כתיבת חוזה ברור.

ז. תשלומים שוטפים

נקודה נוספת שבה ישנו פער בין דין התורה לבין המנהג המקובל כפי הנראה הינו תשלומים שוטפים מסויימים.

מבחינת ההלכה על השוכר לשלם רק תשלומים הנובעים משימוש שוטף בדירה, תשלומים שנובעים מתוספת על הקיים או תחזוקה של המבנה הם באחריות המשכיר. עיין בספר משפטי התורה (חלק ב, סימן עב,ו) שתשלום וועד בית אמור להתחלק בין השוכר שישא בהוצאות שוטפות כמו נקיון, חשמל וכו' אולם תשלום שנועד לתוספת על הקיים כמו קניית עציצים או תמונות, הוספה על הגינה הקיימת וכדומה חלות על המשכיר.

לפי הגיון זה היה מקום לחשב אף את תשלומי הארנונה שכן חלק מהתשלום מיועד לבניית העיר ושיפוריה וחלק מיועד לשימוש שוטף. עיין בפתחי חושן (פרק ו, הערה ה) שהשאיר זאת בצ"ע.

בענין הארנונה יש לדון שכן גם תשלומי חשמל אינם משקפים שימוש בלבד אלא גם תחזוקת מערכת החשמל ועוד – וזה אמור להיזקף לחובת המשכיר ולא השוכר- אלא שאנו אומרים שחברת החשמל "מוכרת" חשמל בכו"כ, ואת הכסף היא מנווטת לפי צרכיה ואין זה מענייננו. גם את תשלומי הארנונה ניתן לראות כתשלום שהעירייה גובה תמורת שירותים שהיא נותנת והיא עושה בכסף כחפצה. בספר משפטי התורה נקט שבהעדר סיכום הארנונה משולמת על ידי השוכר.

אולם תשלומי וועד בית אינם כך והם באמת אמורים להתחלק לפי כל דין כפי הני"ל.

אלא שגם בזה נראה שהמנהג בין רבים מהשוכרים והמשכירים לא לעשות חשבון זה. ככל הנראה מחמת שמדובר בסכום יחסית קטן וגם בגלל שאין אפשרות לחישוב מדויק של חלוקת הוצאות. המנהג הוא שהשוכר משלם את כל התשלום לוועד הבית ורבים לוקחים בחשבון את הוצאות התשלום לוועד הבית כחלק מעלויות הדירה.

בהוצאות תחזוקה חריגות כמו שיפוץ מעלית, סיוד הבנין המנהג הוא שהמשכיר משלם.

במקום שהדברים לא יסוכמו בחוזה, השוכר יכול לתבוע מהמשכיר החזר עבור חלק מתשלומי וועד הבית ויהיה צורך להכריע האם ההתקשרות היא על סמך דין תורה פשוט ואכן על המשכיר להחזיר חלק מהסכום או על סמך המנהג המקובל שבו השוכר משלם את כל הסכום. תביעה כזו יכולה להצטבר בשנה אחת למאות שקלים.

גם לענין זה הפתרון הטוב ביותר הוא לציין בחוזה באופן ברור על מי חלים התשלומים השוטפים ובפרט לציין את נושא וועד הבית.

ח. סיכום

ביחסים שבין המשכיר לשוכר קיים פער בין המקובל כיום לבין דין התורה המופיע בשולחן ערוך וגם בדין תורה עצמו אנו מוצאים דעות שונות. המנהג המקובל הינו בעל חשיבות גם מבחינת דין התורה ובעניינים שנידונו במאמר

במקום שבו יש מנהג ברור שלא כדין תורה – הולכים בתר המנהג. אלא שמכיון שמנהג העולם לא תמיד ברור ולא כולם רואים את המציאות עין בעין יתכנו אי הבנות מהו בדיוק המנהג.

באפיונו של מנהג העולם הבאנו שלעני"ד המנהג כיום הוא שהמשכיר דואג לתקינותה הכללית של הדירה כפי שהיתה בזמן שבו החל חוזה השכירות לרבות כל דבר שמוקן בה.

אבל היות וישנה עמדה שונה ביחש למנהג ההמלצה היא כדברי החפץ חיים לענין שכירות פועלים - לנסח חוזה שבו יפורטו הדברים בבירור תוך מודעות להבדלים המוזכרים הנ"ל.

בהעדר פירוט בחוזה על מנת להגיע לחקר האמת על הצדדים להיות מודעים הן לדין התורה והן למנהג העולם.

הרב אריאל בראלי

ראש מכון משפט לעם, ישיבת ההסדר שדרות

עבודתו של פקח בניה¹

תאור המקרה

התובעים שכרו את שרותיו של הנתבע לשמש כפקח בניה על בניית בית ביישוב מסויים.

הסכם נחתם בניסן תשע"ג (3/13). התובעים טסו למשך שנה לחו"ל והפקידו את בניית הבית בידי של הנתבע. במשך שהותם בחו"ל נוצר אצלם הרושם שהבניה אינה מתקדמת בקצב הרצוי ולאחר שחזרו לארץ החליטו לבטל את ההתקשרות עם הנתבע (6/14).

התביעה עוסקת בליקויים שהתגלו בבניה ובאחריות לתיקונם.

טענות התובע

הבניה לא התקדמה בקצב ובצורה שרצינו. בזמן שהותנו בחו"ל חמי הגיע למקום והתרשם שהוא אינו מנוהל כפי שצריך. לכן עם חזרתנו ארצה החלטנו להיפרד מהנתבע.

בסמוך לחזרה לארץ (5/14) קיבלנו מכתב מועדת התכנון והבנייה המקומית, ולפיו בביקורת נתגלה שהמחסן חורג ממה שאושר בהיתר הבנייה. נכנסנו למאבק משפטי מול הועדה שארך למעלה משנה. במהלך תקופה זו נאלצנו לעבוד עם עורך דין ולשלם לאדריכלית (1000 ש"ח) עבור הגשת בקשה מעודכנת ולשלם אגרות נוספות. התהליך גזל מאתנו כסף וזמן ועגמת נפש, על כן התביעה היא בסך 6500 ש"ח.

תלונה שניה: האיטום סביבות הפתחים אינו תקין היתה אמורה להיות חגורת בטון ואיטום המכונה "רלקה". הדבר לא בוצע ולכן הופיעו סימני רטיבות בקירות. עבודת הרולקות התבצעה בתאריך כ"ג תשרי תשע"ו ועלותה היא 1,500 ש"ח. אנו תובעים לשלם לנו את סכום ביצוע העבודות בתוספת הוצאות ביטול זמן, ובסה"כ 2,500 ש"ח.

¹ פסקי הדין דלהלן הם מבית הדין לדיני ממונות שע"י ישיבת ההסדר בשדרות. שמות בעלי הדין – שונו. פסקי הדין ניתנו ע"י הרכבים של שלשה דיינים.

תלונה שלישית: קיימת בעיה שברכת הביוב נבנתה בתוך שטחו של השכן. יצוין שהתובע המליץ על אינסטלטור שלמפרע התברר שמבחינתנו הוא אינו מקצועי והוא אף שותף לחברה של מפקח הבניה, דבר שלא נאמר לנו. בגין עבודה זו, וביטול הזמן שנגרם לנו לצורך תיאומה וביצועה, אנו תובעים 6,500 ש"ח.

לסכום התביעה היא על 15500 ש"ח.

טענות הנתבע

כאשר סיכמנו על החוזה עדיין לא היה ברור שיטוסו לחו"ל ורק לאחר חודשיים הם הודיעו על הטיסה. ככלל, השקעתי רבות בבית זה אשר כלל בקשות מיוחדות כגון קירות שמשולב בהם קש ובניית מקווה בתוך הבית. אני נמצא במצב בעייתי מצד אחד הייתי מפקח ויש לי אחריות ומצד שני הם הפסיקו את העסקתי ואי אפשר לאחוז את החבל משני הקצוות. לגבי התביעה על מחסן זו אחריות של המודד, יש לפנות אליו, אני תפקידי להביא אנשי מקצוע בהתאם לדרישות התובע. אמנם אמרתי שאקח אחריות על החריגה של המחסן אך התכוונתי לעשות זאת כטובה משום שאיני מחויב בכך, בייחוד לאור זאת שההתקשרות עמי הופסקה.

לגבי הנזילה- הפסקת עבודתי היתה לפני תחילת הריצוף ולכן אין לי אחריות לגבי האיטום שאמור להיות בשלב הבא. זה קשור לרצף וכשאין מפקח בניה הוא היה צריך לעורר על כך.

אמנם כששאלו אותי אמרתי שהאיטום נעשה אך התכוונתי למקלחת ולגג ולא לפתחים.

לגבי פתיחת החברה החדשה עם האינסטלטור זה קרה הרבה לאחר שסיים את עבודתו בבית. אני מוכן לעזור הן בענין הטעות של הביוב והן בליקויים אחרים אך לא מתוך לקיחת אחריות מלאה.

בירור הדין

אין ויכוח על כך שישנם ליקויים בבניה שהיו יכולים להמנע מראש. ולכן בית הדין רואה צורך להעיר לנתבע שיש להקפיד יותר על עמידה בסטנדרטים ולקיחת אחריות על הבניה כפי שמתחייב מהמעמד של מפקח בניה.

אמנם כאשר הנדון הוא כספי אזי הביקורת הכללית אינה מספקת ויש להוכיח באופן מפורט את הרשלנות והסטייה הברורה של המפקח ממה שמצופה ממנו.

תפקידו של מפקח בניה אינו מוגדר דיו ומנוסח באופן כללי בלבד: "האדריכל נותן את הרעיון הכללי לתוכניות, ואז מגיע תפקידו של מפקח בניה לנצח על עבודת הביצוע. הוא נחשב לגוף בלתי-תלוי הנמצא לטובת הלקוח כל הזמן. כשיש תקלות, המפקח יחד עם האדריכל נותנים את הפתרונות" (מתוך אתר הדירה).

כמו כן העובדה שבמקרה הנדון, הופסקה ההתקשרות בין הצדדים באמצע הבניה, מקשה על הקביעה להטלת אחריות.

חריגה בבניית המחסן

בית הדין ערך בירור עם בעלי מקצוע ביחס לטעות שנתגלתה במחסן. ישנם סיבות שונות שיכלו לגרום לטעות זו: אם מדובר בטעות של קבלן השלד שלא עקב בדייקנות על סימוני המודד, מצב זה גם הוא באחריות מפקח הבניה.

אך טעות בסימון לקוי של המודד או של המהנדס, אינה בתחום אחריות מפקח הבניה. במקרה הנדון בית הדין לא יכול לעמוד על שורש הטעות, במקום של ספק הדין הוא שהמוציא מחברו עליו הראיה (ב"ק מו, ב) ומשום כך אין לחייב את הנתבע.

כמו כן יש לקחת בחשבון שלבסוף הדבר היטיב עם התובע כי יש בידו מחסן גדול עם אישור, ולכך אין זו סתם תביעת נזק אלא זו הוצאה ששכרה בצידה (כדין יורד לשדה חברו והשביחה).

למרות הנאמר לעיל, בית הדין מטיל אחריות חלקית על הנתבע מכוח הסמכות שניתנה בשטר הבוררות, שבו נאמר שבית הדין יכול לדון על פי פשרה. במקרה שלפנינו נראה לחייב את הנתבע מכוח אחריותו הכוללת, הרי אין ויכוח על המציאות כי קרתה טעות אשר גרמה להוצאות יתירות, וניתן היה למנוע זאת.

לאור זאת, יש להטיל על הנתבע אחריות של 1000 ש"ח.

סכום זה מקביל לשכרה של אדריכלית לתוכנית חדשה למחסן, ותכנון מקדים היה חוסך את עלותה. כאמור, יתר ההוצאות הנוספות ועגמת נפש לא יוטלו על הנתבע.

בענין התשלום על איטום הרצפה ליד הפתחים, בית הדין לא נחשף לראיה חד משמעית לכך שהיתה רשלנות מצד הנתבע ומכוח הספק יש לפטור אותו.

בענין התביעה על מיקום הביוב הרי התובע בחר להגיש במקביל תביעה כנגד האינסטלטור ולכן אין לדון בכך עכשיו. הטענה בדבר קשרים פסולים בין הנתבע לאינסטלטור דינה להדחות שכן היא אינה מוכחת ואין ראיות לכך שהיתה התקשרות ביניהם כבר בזמן העבודה על הבית.

סיכום

הנתבע ישלם 1000 ש"ח בתוך שלושים יום.

שיפוץ שבוצע ע"י שוכר

עובדות מוסכמות

התובע שכר את הבית למשך שנה החל מ-8/12 ובסופה האריך לשנה נוספת. בפועל, התובע עזב את הדירה ב-18/9/14 ושילם את כל דמי השכירות. לאחר שקיבל התובע לידי את הדירה, הוא השקיע בשיפוץ 7000 ש"ח בעיקר בסיוד הדירה כולה כולל דלתות ומשקופים. הדיון מתמקד בשאלה מי ישלם עבור השיפוץ? בחוזה נאמר (סעיף 5, א) "השוכר יחזיר את הדירה במצב שמיש ותקין ובהתאם למצב שקיבל זאת בתחילה למעט פחת ובלאי סביר".

השאלה האם מצב הדירה היה תקין?

טענות התובע

היחסים היו באופן כללי בסדר (מלבד ההורדה במחיר השכירות בשנה השניה) ואף הלכתי לקראתו לפני משורת הדין לאפשר לו חודש נוסף לפני הדירה, דבר שהקשה על השכרת הנכס.

העברת הדירה היתה חפוזה ולא אפשרה עזיבה מסודרת, אפילו נשאר כלים בכיור.

לצערי, הבית לא חזר כפי שהיה- היו קירות מלוכלכים, חורים במשקופים של הדלתות, עובש בחדר כביסה ומקלחת, סדק בכיור (לא נכלל בתביעה). הבית חזר במצב לא תקין ולכן היה צריך לסייד אותו מתחילה ועד סוף. יש לציין שכאשר הנתבע היה ברכב והחל לעזוב את הבית, נאמר לו במפורש שייקח בחשבון תשלום על הוצאות סיוד, לצערי כרגע הוא מתחמק מתשלום על כך.

במשך כל ימי השכירות הבית לא תוחזק במצב טוב. החלונות היו סגורים, היתה דלת רשת שמשמשת להגנה על הדלת הפנימית שלא השתמשו בה, ולכן נגרם נזק נוסף לדלת.

טענות הנתבע

מדובר בבית ישן והשקעתי בו כסף וזמן על חשבוני כדי לעשות תיקונים שונים.

דלת הרשת היתה בעייתית ולכן השתמשתי בה עם חוט ארעי. אין לי שום אחריות על הנזק שנגרם לדלת החיצונית. כבר בתחילה היו בעיות של עובש בדירה, טיפלתי בכך והתובע אף הסכים לקזז לי מתשלום השכירות את

ההוצאה זו. לגבי חדר כביסה, כבר בהתחלה, סגרתי את הכול עם ניילון על מנת שלא יכנסו מקקים ועכברים, לכן היה שם עובש. במקלחת ניקיתי את העובש והחלון היה פתוח שם כל הזמן. השתמשנו בדירה בצורה סבירה ולטעמי הבית חזר בצורה טובה ולא היתה סיבה לסייד את כולו, בוודאי שאין לי שום מחויבות לנזקים שמתאר התובע.

לפני שעזבנו, עשינו יחד סיור ולא נאמרה שום הערה ביחס לסיוד הקירות, כמו כן לא זכור לי שהתובע דיבר איתי כשהייתי ברכב, על הוצאות סיוד. אני לא מסכים לפשרה לאור העובדה שתחזקתי את הבית.

ברור הדין

המחויבות של השוכר נוסחה היטב בחוזה- להחזיר את הדירה למצבה הראשוני מלבד בלאי סביר הנובע משימוש נורמטיבי. בתחילה, הדירה נמסרה לאחר שעברה שיפוץ כולל וצביעה. אולם אין לצפות כי לאחר שנתיים שימוש בבית עם ילדים היא תישאר באותו מצב אך זה הוא בלאי סביר.

ישנו ויכוח בין הצדדים ביחס למצבה של הדירה האם היא זקקה סיוד של כל הבית או שהיה ניתן להסתפק בניקוי נקודתי. היות והשאלה הועלתה לאחר שהבית כבר סויד מחדש, לכן אין לבית הדין כלי ראייתי לפשוט את הספק. ישנה הכחשה בין הצדדים לגבי אמירה שכביכול נאמרה על ידי התובע שיש לסייד את הבית.

בספקות מעין אלו בית הדין נאלץ לקבוע כי "המוציא מחברו עליו הראיה" (ב"ק לה). כל עוד שלא הוצגה ראיה ע"י התובע אזי דינה של התביעה להידחות.

אולם, לגבי חדר הכביסה, בית הדין סבור שהנתבע נושא באחריות לטיפול בניקוי העובש. העובש נגרם כתוצאה מאטימת התריסים על ידי הנתבע. אף שהיתה לנתבע רשות לאטום את התריסים, מכל מקום עליו לשאת בתוצאה של פעולה זו – היווצרות העובש. הנתבע קיבל את החדר עם תריסים ולא העיר דבר. לכן כל אטימת החלונות נעשתה על דעת עצמו ומכאן שעליו לשאת בתוצאה, קרי: ניקוי העובש.

הוצג לבית הדין תמחור על סיוד החדר של 300 ש"ח.

סיכום

בית הדין החליט לחייב בסך 150 ש"ח בדרך של פשרה כי הדבר אינו יכול להתברר מידת ההשקעה שהיתה נצרכת לנקות את כתמי העובש.

החלטה

הנתבע ישלם בתוך שלושים יום עד לתאריך כד אב 150 ש"ח לתובע.

החלטת 'אספת דיירים' ביחס לזמני הפעלת מעלית²

העובדות

בבנין בן שש קומות יש מעלית שבת ומתגוררים בו עשרה דיירים. באספת דיירים הוחלט שמטעמי חיסכון, בליל שבת המעלית תעבוד רק עד חצות ותחדש את פעילותה למחרת בבוקר (חסכון של שבע שעות פעילות מעלית שבת). הדייר בקומה העליונה מתנגד להחלטה ולדעתו יש להפעיל את המעלית ברצף למשך השבת כולה. אולם, הוא בחר שלא להשתתף באספת הדיירים. יש לציין שהבנין יועד מראש לשומרי שבת, אך לא היה תנאי מחייב לכך.

הטענות

התובע רוצה לבטל את החלטת ועד הבית ולהפעיל את המעלית למשך כל השבת משום שההחלטה אינה סבירה ופוגעת בצורך הבסיסי לניידות בבנין בן שש קומות.

הנתבע (נציג ועד הבית) עומד על כך שההחלטה תקפה. הן מצד שהודעה על קיום אספת הדיירים פורסמה לעין כל בחדר מדרגות ומי שלא הגיע הפסיד. והן מצד הייעוד הראשוני של הבנין לשומרי מסורת שאינם צריכים בשבת שרותי מעלית בשעות המאוחרות של הלילה. הדיירים מתנגדים למימון של פעילות המעלית מחצות הלילה ועד שבע בבוקר ברציפות, מדי שבת.

בירור הדין

דרך התנהלות ברכוש משותף

א. הרמב"ם (שכנים ה,א) ובעקבותיו השו"ע (ח"מ קסא,א) כתבו שבני העיר כופין זה את זה לבנות דלת ובית שער לחצר. וכן כל הדברים שהחצר צריך להם צורך גדול, או הדברים שנהגו בני המדינה לעשותם. אבל שאר הדברים, כגון ציור וכיור, אינו כופהו.

ב. בפרוש חסדי דוד (השלם) על התוספתא הסביר והגדיר את הסוגים השונים: דבר שיש בו צורך גדול, אפילו לא נהגו בזה המדינה עכ"ז יכולים לכופו, ודבר שיש בו צורך קצת - אזלינן בתר מנהגא והוא החילוק השני. ודבר

² בהסכמת בעלי הדין השאלה הוצגה לבית הדין בכתב.

שאינו בו שום צורך כגון ציור אפילו נהגו אין לכופ את היחיד ליתן חלק דמצי למימר לא ניחא לי.

ג. לאור זאת פסק הרב שרים³ (קובץ בית הלל, ה, עמ' סט-עב) שכאשר ישנם הוצאות לצורכי תאורה ונקיון יכול היחיד לכפות את הרבים:

והנה בימינו, כאן בארץ ישראל, כנראה שבאמת יש דברים שדינם כבית שער ודלת שהובא בש"ס ובשו"ע, דהיינו דברים הנוהגים בכל בתים משותפים, כגון איסוף האשפה דנראה שדינו כדלת, דאף אם השכנים אינם רוצים לקנות פח אשפה לבנין יכולים לכופ זה את זה. ואף אם רוב השכנים, כמו שהבאנו, אינם רוצים לקנות, יכול אחר השכנים לכופ כולם לקנות פח, כיון שזהו כמו שהוגדר בשו"ע, דבר שהחצר צריך להם צורך גדול דא"א לגור בבית שלא יהיה מקום לאיסוף האשפה. וכן נראה גבי תאורה בחדר מדרגות שמיקרי 'דברים שהחצר צריך להם צורך גדול'. ואם אחד השכנים מעוניין בה, יכול לכפות השכנים להתקין ולשלם האור בחדר מדרגות. ויותר נראה, דאף לא יכול אחד השכנים לומר שהוא יתקין מנורה מעל דלת ביתו, ושוב אינו מעוניין באור בכל חדר המדרגות, כיון שזהו דברים שהחצר צריך להם צורך גדול. ואף שהרוב אינם רוצים יכול האחד לכפות השאר להתקין ולשלם האור בחדר מדרגות.

יש לבחון האם הפעלת מעלית שבת בשעות המאוחרות של הלילה האם היא 'צורך גדול' ואז יהיה רשאי היחיד לכפות על הרבים.

נראה שהיות ומדובר בבנין בעל שש קומות יש לראות את הפעלת המעלית למשך כל הלילה כצורך בסיסי. וגדולה מזאת מצאנו שכאשר ישנו צורך גדול כל השותפים משלמים גם אם הם לא נהנים, וכך כתב הסמ"ע (קסג, לב): "כל צורכי העיר אע"פ שמקצתן אינם צריכים כגון מקווה שאין צריך לו מחמת הזקנה, צריך ליתן".

החלטת אספת הדיירים

הרא"ש נתן תוקף להחלטת הרוב בכל מה שנוגע להתנהלות תקינה של הרכוש ציבורי, וכך כתב "דע, כי על עסק של רבים אמרה תורה: אחרי רבים להטות. ועל כל ענין שהקהל מסכימים, הולכים אחר הרוב, והיחידים

³ וכן בהלכות הבית המשותף (הרב קורנגוט עמוד 109).

צריכים לקיים כל מה שיסכימו עליהם הרבים. דאם לא כן, לעולם לא יסכימו הקהל על שום דבר, אם יהיה כח ביחידים לבטל הסכמתם; לכן אמרה תורה, בכל דבר הסכמה של רבים: אחרי רבים להטות (שוי"ת הרא"ש, כלל ו סי' ה).

לאור זאת שדבר קיום האספה פורסם ברבים והתובע בחר שלא להגיע, יש לראות בהחלטת התובע שלא להגיע מעין השלמה עם החלטת הדיירים ומחילה על זכותו הממונית להפעלת המעלית.

וכך פסק בשו"ת חתם סופר חלק ה (חו"מ קטז) "הדין עם הקהל דמה שלא באו לאסיפה רק כמו שלשים בע"ב מ"מ נראה פשוט כיון שהכריזו בפרהסיא ביום שהי' כל הקהילה בעיר שיבואו לפקח על עסק פלוני ופלוני מי שלא בא ה"ל כמוסר כחו והרשאתו לאותן שבאו".

כמוכן, שאם בעתיד תתכנס שוב אספת הדיירים הרי שמורה הזכות לתובע להוביל החלטה חדשה. ואז יש לקחת בחשבון את העובדה שהבנין יועד מראש לשומרי מסורת וניתן לומר שכל מי שהגיע לבנין קיבל על עצמו להתנהל כפי הנוהג המקובל אצל אנשים שומרי מסורת שלא מפעילים מעלית שבת כל הלילה. כאמור, כל עוד שלא התקבלה החלטה אחרת יש תוקף מחייב להחלטת הדיירים ביחס לזמני הפעלת המעלית בשבת.

החלטה

התובע צריך לכבד את החלטת אספת הדיירים ביחס להפעלת מעלית השבת.⁴

⁴ כמוכן שביכולתו ליזום מפגש חדש של ועד הבית ולשנות את ההחלטה.

העבודה שבוטלה⁵

המקרה

נציגים של תלמידי החמישית פנו להנהלת הישיבה בבקשה לעבודה שתממן את טיול סוף שנה. מנהל הישיבה הגיעה להסכמה עימם שהם ינקו את הכיתות כל יום לאחר הלימודים בין השעות שבע לעשר בלילה תמורת 5000 ש"ח לחודש. עוד סוכם שהיות ואין מקום בישיבה לאחסון של ציוד הנקיון הם יקצו מקום בכיתה לצורך זה וינעלו את הכיתה וזאת ללא תמורה. ההסכמה היתה למשך ארבעה חודשים, עד סוף השנה.

כעבור חודש וחצי הודיע נציג החמישית למנהל הישיבה שהם חוזרים בהם היות והתברר שהמנקות קיבלו שכר הרבה יותר גבוהה. לכן הם חוזרים בהם מכל ההסכם וגם מבקשים שיפנו את ציוד הנקיון מהכיתה.

טענות התובע - נציג הנהלת הישיבה

הישיבה עשתה ככל שביכולתה ללכת לקראת הבחורים ולהודיע למנקות הקבועות שהם מפסיקות את עבודתם עד השנה הבאה. כמו כן התמחור גבוה באופן יחסי לעבודה שאינה מקצועית. בשלב זה של השנה אם הפסקת העבודה תתקבל יגרמו נזקים לישיבה.

היא תאלץ לשכור לתקופה קצרה מנקות בעלות יקרה. כמו כן, הישיבה במצב של שיפוצים ואין מקום חילופי לציוד הנקיון. לכן הדרישה היא לעמוד בהסכם או לחלופין לשאת בנזקים שיגרמו לישיבה מביטולו.

טענות הנתבע - נציג החמישית

אין כאן שום מחווה מהישיבה, להיפך, לישיבה נחסך כסף רב. התברר שהשכר מאוד נמוך⁶ וזו סיבה מספקת לחזור מסיכום העבודה עד שלא יעלה השכר. כרגע, אין שום רצון לעשות טובה לישיבה כולל המיקום של כלי הנקיון בכיתה והם יוצאו למסדרון.

⁵ בית דין נודד לדיני ממונות בישיבות תיכוניות.

⁶ בית הדין לא מצא ביסוס לטענה זו.

בירור הדין

האם ישנה זכות חזרה - פועל או קבלן?

לאור דברי נציגי המוסד כי ישנם הפסדים בביטול עסקת הנקיון משום שהמחיר להעסקת עובדים חדשים הוא יקר. יש לדון על מי לשאת באחריות להפסד כספי זה.

בהלכות שכירות פועלים (חו"מ שלג, ד) מובא הבדל בין פועל שחוזר בו לבין קבלן. פועל החוזר בו ידו על העליונה לעומתו קבלן ידו על התחתונה.

ביאור הדברים - פועל, ידו על העליונה הוא מקבל את כל שכרו היחסי אף אם נגרם למעביד הפסד⁷ כתוצאה מחזרתו כגון שהשלמת העבודה יקרה.

קבלן, ידו על התחתונה עליו לשאת בהפסדים שגרם למעביד עקב חזרתו.⁸ אם כן יש לדון כיצד להגדיר את עבודת הנקיון של תלמידי החמישית, האם זו עבודה בקבלנות או שהם פועלים?

ניתן לומר שהמאפיין של עבודה קבלנית הוא השכר. כאשר סוכם על שכר גלובלי אשר אינו מחושב לפי שעה, זה הוא קבלן (רמ"א שם סעיף ה).⁹ ולפי זה אף בענייננו מדובר על עבודה קבלנית שכן הסיכום היה 5000 ש"ח לחודש. אולם ישנה דעה אחרת (סמ"ע סקט"ז) ולפי דרכה, המדד להגדרת עבודה קבלנית הוא האם ישנה הגדרת זמן שבה העובד חייב לעבוד בה. דהיינו, כל שיש זמן מוגדר הרי דינו כפועל כי בזמן העבודה הוא שכור לבעל הבית. רק כאשר הסיכום הוא על התוצר וללא אזכור של שעות עבודה הרי דינו כקבלן. (אז שעות העבודה שלו הם ברשות עצמו ואינו ברשות המעביד).¹⁰

לאור זאת, עבודת הנקיון אינה נחשבת לקבלנית היות והוגדר זמן לעבודה בין השעה שבע לעשר.

⁷ במקרה הנידון המוסד יאלץ לשכור מנקות לתקופה קצרה - רק עד סוף השנה, ולכן ישלם להם שכר גבוה.

⁸ נפקא מינה נוספת בהנחה שאכן ישנה פה הונאה במחיר אז קבלן יכול לחזור בו, אך פועל הוקש לעבד ואין בו דיני הונאה - כפי שנפסק בשולחן ערוך חו"מ רכז, לג "השוכר את חברו לעשות עמו, בין בקרקע בין במטלטלין, אין לו אונאה".

⁹ שו"ת הרשב"ש (ק"ב) כתב ששליח ציבור דינו כקבלן.

¹⁰ הגהות חכמת שלמה שלג, ג, ובהרחבה אגרו"מ חו"מ פא, א.

לסיכום, נמצא כי ישנו ספק כיצד להגדיר את עבודת הנקיין שקיבלה עליה הכיתה. לדעה אחת הדבר המכריע הוא צורת התשלום, לכן במקרה המדובר זו עבודה קבלנית.

לדעה שניה, מכיוון שישנה הגדרת זמן לעבודה בין השעות שבע לעשר, הרי דינם כפועל.

חזרת פועל על מנת להעלות את שכרו

אולם גם לפי הדעה שהתלמידים מוגדרים כפועלים יש לברר כאשר סיבת החזרה היא רק מתוך רצון להעלות שכרם האם עדיין ידם על העליונה? הרמ"א פסק (שם סעיף ד) "אם חוזר מכח יוקר, אין שומעין לו". דהיינו, מי שחפץ להמשיך לעבוד וסיבת חזרתו אינה אלא מתוך רצון להעלות את שכרו, לא אליו נאמר הפסוק "כי לי בני ישראל עבדים". לכן מי שחוזר מפני היוקר ידו על התחתונה, ואף במקרה הנידון סיבת החזרה היא העלאת שכר ולפי פסק הרמ"א עליהם לשאת בהפסד שנגרם למוסד.¹¹

חזרה משמירה על נייר הטואלט

הבחורים התחייבו לאחסן את מזוודות נייר הטואלט בכיתתם ועתה הם מבקשים לחזור בהם. לכאורה דינם כפועל החוזר בו, אך היות והם לא מקבלים כסף עבור הסכמתם אזי אינם עובדים למען הישיבה אלא שומרים בטובה ועל כך כתב מחנה אפרים (סימן יח) כי שומר חנם אינו זכאי לחזור בו משום שאינו נחשב לפועל.¹²

אולם למעשה נראה שיכולים לחזור בהם משום שכל הסכמתם לאחסן את הנייר בכיתתם היתה כחלק מעסקת הנקיין. ברגע שהם חזרו בהם וביטלו אותה הרי גם טובה זו בטלה. ובנוסף יש להתחשב בדעות ששומר חנם יכול לחזור בו (מהרי"ק קלג).

¹¹ אולם יש החולקים על הרמ"א (נחל יצחק סימן ע"ד סעיף ג) וסוברים כי שזכותו של פועל לחזור בו בכל מקרה אף מסיבות של העלאת שכר.

¹² בניגוד לפועל בחנם וכפי שכתב הרמ"א סימן שלג, ה"פועל שעשה בחנם עם בעל הבית, יכול לחזור אפילו בדבר האבוד".

החלטה

מעמדם של הבחורים שנוי במחלוקת האם הם קבלנים או פועלים. למעשה, יש לפסוק כי ידם על העליונה והם מוחזקים בעצמם.¹³

מסקנה- הבחורים אינם נחשבים לקבלנים אלא לפועלים הרשאים לחזור בהם וידם על העליונה.

אולם לא ניתן להתעלם מפסק הרמ"א שפועל החוזר בו מחמת היוקר, ידו על התחתונה.

א. יש לפשר בין הצדדים ולחייב¹⁴ את הנתבעים לשאת במחצית

מההפסד שנגרם למוסד עקב החלפת העובדים והתייקרות העבודה.

ב. הנתבעים רשאים לחזור בהם מעבודת הנקיון ומשמירה על הצידוד שבכיתתם.

והאמת והשלום אהבו

¹³ קצוה"ח ש"ב ס"ק ה': "מיהו נראה דאם אין המלמד רוצה ללמוד בחדש העיבור צריך בעל הבית לשלם לו בעד י"ב חדש, ואין בעל הבית יכול לומר עדיין צריך אתה ללמוד עם בני בחדש העיבור עד שישלם לו בעד חדש העיבור כיון דהמלמד הוי מוחזק בעצמו והו"ל כדין קרקע בחזקת בעלים". אולם אם עדיין לא שולם שכרם יש המתירים למעביד לעכב את שכרם כנגד הפסדו, כפי שהסיק בפתחי חושן שכירות פרק יא, ג ולא כפי שכתב באורחות המשפטים כלל ד שיש בזה איסור דאורייתא דלא תעבוד בו עבודת עבד ואינו יכול לומר קים לי.

¹⁴ הן מצד דברי הרמ"א והן מצד הדעה שהם קבלנים וידם על התחתונה.

ליקויי עבודה

טענות התובע

הנתבע עבד אצלי כאינסטלטור וכחשמלאי בבית שבנינו. ישנם מספר ליקויים בעבודתו:

1. ברכת הביוב הותקנה בתוך המגרש של השכן, והיה צורך להעבירה למגרש שלנו. הנתבע הודה שזו אחריותו והתחייב לתקן זאת אך בפועל לא הגיע. לאחר מס' ניסיונות ליצור עמו קשר שלא צלחו- הוצרכתי לטפל בהעברת הברכה בעצמי. שילמתי לקבלן חיצוני 4000 ש"ח. על ענין זה אני תובע עוד 2500 ש"ח על בזבוז זמן טרחה ועוגמת נפש. סך כל התביעה 6500 ש"ח.

2. היתה נזילה באזור חדר השינה והמקווה, אמנם לבסוף הנתבע תיקן את הנזילה אך עד אז נוצר נזק לקירות כתוצאה מהרטיבות. הנזק נוצר כנראה כתוצאה משמוש בחלקים שאינם תקינים או באיכות ירודה באופן שישנה סבירות גבוהה לקלקול, לכן אנו זוקפים קלקול זה לרשלנות מצדו של הנתבע. אנו מעריכים את הנזק הכולל היא 8500 ש"ח.

3. ישנם צינורות שנעשו כהכנה לשימוש של חשמל בגינה. הצינורות חסומים ולא ניתן להשתמש בהם. אנו מעריכים את התיקון היא 8500 ש"ח.

סך כל התביעה 23,500 ש"ח.

טענות הנתבע

1. לגבי ברכת הביוב אני מסכים שהענין - באופן עקרוני - באחריותי. הסיבה שלא הגעתי לבצע זאת בעצמי היתה מחמת חוב שהיה לתובע כלפי ולא הסכמתי לעבוד לפני שהחוב יסודר. כמו כן אילו הייתי עושה זאת בעצמי הייתי מוציא לכל היותר כ-2000 ש"ח, אך בנסיבות שנוצרו אני מוכן לקחת אחריות על ההוצאה של 4000 ש"ח אך לא יותר מכך. אני מעונין שהתובע יקזז סכום זה מהחוב שבלאו הכי הוא חייב לי.

2. בענין הנזילה, לפני שעשו ריצוף עשיתי בדיקות שמקובל לעשותן, לחץ מים וכד', ולא התגלו נזילות. לא הורכבו חלקים שאינם מקוריים וגם כשהיה צורך להחליף- החלקים החדשים היו תקינים וראויים. יתכן שהקלקול נוצר כתוצאה משינוי בלחץ המים השכונתי או פגע טבע אך אינו באחריותי.

3. לגבי צינורות החשמל הסתומים, אני הנחתי צינורות תקינים, לעיתים כתוצאה מיציקת הבטון לרצפה הצינור נמעך, לכן סתימה זו אינה באחריותי. אני מוכן לנסות לתקן את הבעיה אע"פ שכפי שאמרתי אין אני אחראי על מצב הצינורות.

פסק הדין

1. בפתיחת הדברים נציין שהנתבע טען בפני בה"ד על כך שהתובע חייב לו סכום מסוים של כסף והוא מבקש לקזז את חובותיו מסכום זה, התובע לעומתו טען שהוא שילם את חובותיו כיון שישנם מס' דברים שהנתבע לא ביצע ויש להוריד את מחירם מערך החוב. כיון שקציבת חוב זה מצריכה דיון בפני עצמו לכן החלטת בה"ד בענין זה שאם הנתבע חפץ בכך עליו להגיש תביעה נפרדת בענין זה. אי לכך פסק הדין דלהלן לא יתייחס כלל לענין זה.

2. בענין בריכת הביוב, כיון שהנתבע מודה בכך שהוא חייב- עליו לשלם לתובע סך של 4000 ש"ח. התביעות הנוספות בגין זמן וטרחה, מכיוון שאינם נזק ישיר אלא לכל היותר גרמא בנוזיקין שהדין הוא שפטור מלשלם על כך (חוי"מ שפו), כמו כן הנתבע טוען שהשתהותו היא בגין חובות שלא שולמו לו ייתכן אם כן שיש הצדקה להתנהלותו ומידי ספק לא יצאנו. לסיכום, לא ניתן לחייב את הנתבע ביותר מ4000 ש"ח.

3. בענין הנזילה אנו רואים את טענת הנתבע שהוא השתמש בחלקים תקינים כטענה סבירה, שכן לא מדובר בחלקים יקרים שיש פיתוי לחסוך בעלויות שלהם. כמו כן ההשלכות של קלקול כאן הם גדולות וחזקה שיאומן לא מרע אומנותיה' (ש"ך יו"ד קנה סק"ג), ולכן סביר שאכן היו החלקים תקינים. גם אם נניח שלא כך- מידי ספק לא יצאנו וכלל גדול בדין הוא שבמקום ספק המוציא מחברו עליו הראיה (בבא קמא מו, ב).

4. בענין צינורות החשמל על הנתבע לנסות לתקנם כפי יכולתו, שכן מקובל שיש לבעל מקצוע אחריות מסוימת גם לאחר גמר העבודה. הזמן העומד לרשותו לכך הוא שלושים יום מיום הגעת פסק דין זה. אם הנתבע לא יגיע לבצע את העבודה במהלך זמן זה יוכל התובע להביא בעל מקצוע אחר לשם כך, ועל הנתבע יהיה לשאת בהוצאות.

החלטה

1. על הנתבע לשלם 4000 ש"ח לתובע.

2. על הנתבע לתקן את צינורות החשמל החסומים, הזמן העומד לרשותו של הנתבע לכך, הוא לכל היותר שלושים יום ממתן פסק דין זה.

3. במידה והתיקון לא יעשה בזמן אזי ישלם הנתבע 1500 ש"ח עבור האחריות לתיקון.¹⁵

לחלופין עומדת בפני התובע אפשרות לבחור (תוך שלושים יום נוספים דהיינו עד יא אדר ב) בתיקון ממשי ולהגיש לבית הדין קבלות על כך והנתבע יחוייב בכך.

¹⁵ על פי שומה שהוגשה לבית הדין לתיקון, בהנחה שאין צורך לשבור ריצוף.

הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ שליט"א אדמו"ר ממונסטרישצ'ה

דרוש בס"ד לחג השבועות תשע"ו¹

איתא במדרש (שהש"ר פר' א): ר' יהודה אומר בשעה ששמעו ישראל אנכי ה' אלקיך נתקע תלמוד תורה בלבם, והיו למדים ולא היו משכחין, באו אצל משה ואמרו משה רבינו תיעשה את פרוזביון שליח בינותינו שנא' דבר אתה עמנו ונשמעה ועתה למה נמות, ומה הנייה יש באבדה שלנו, חזרו להיות למדים ושוכחים אמרו מה משה בשר ודם עובר אף תלמודו עובר, מיד חזרו באו להם אל משה, אמרו לו משה רבינו לוואי יגלה לנו פעם שניה, לוואי ישקני מנשיקות פיהו, לוואי יתקע תלמוד תורה בלבנו כמות שהיה, אמר להם אין זו עכשיו, אבל לעתיד לבא הוא שנא' ונתתי את תורתך בקרבם ועל לבם אכתבנה, ר' נחמיה אמר בשעה ששמעו ישראל לא יהיה לך נעקר מלבם יצר הרע, באו אצל משה אמרו לו משה רבינו תיעשה את פרוזביון שליח בינותינו שנא' דבר אתה עמנו ונשמעה ועתה למה נמות, ומה הנייה יש באבדה שלנו, מיד חזר יצר הרע למקומו, חזרו על משה ואמרו לו, משה רבינו לוואי יגלה לנו פעם שניה, הלוואי ישקני מנשיקות פיהו, אמר להם אין זו עכשיו אבל לעתיד לבא הוא דכתיב והסירותי את לב האבן מבשרכם עכ"ל.

ומאמר המדרש צריך ביאור, שאם היו בני ישראל אמורים להיות במדריגה גבוהה שייתקעו דברי תורה בלבם וייעקר יצר הרע מלבם, ואיבדו מדריגה זו בגלל שאמרו למשה (שמות כ, טז) דבר אתה עמנו ונשמעה וגו', א"כ למה כאשר חזרו בהם לא ניתנה שוב להם מדריגה זו, אלא שאמר להם משה שהיא מיועדת רק לעתיד לבוא, ואם באמת לא היו ראויים אז למדריגה גבוהה זו א"כ למה ניתנה להם לכתחלה.

ונראה לבאר ע"פ מאי דאיתא בגמ' נדה (ל, ב): דרש ר' שמלאי למה הולד דומה במעי אמו, לפנקס שמקופל ומונח ידיו על שתי צדעיו, שתי אציליו על ב' ארכובותיו, וב' עקביו על ב' עגבותיו, וראשו מונח לו בין ברכיו כו', ונר דלוק לו על ראשו, וצופה ומביט מסוף העולם ועד סופו שנא' בהלו נרו עלי ראשי לאורו אלך חשך, ומלמדין אותו כל התורה כולה שנא' ויורני ויאמר לי

¹ שיחה שנמסרה בכולל, ב' בסיון תשע"ו.

יתמך דברי לבך שמור מצותי וחייה כו', וכיון שבא לאויר העולם בא מלאך וסטרן על פיו ומשכחו כל התורה כולה שנא' לפתח חטאת רובץ כו', ואינו יוצא משם עד שמשביעין אותו כו', ומה היא השבועה שמשביעין אותו תהי צדיק ואל תהי רשע כו' עכ"ל. וצריכים להבין איזו תועלת יש במה שמלמדים אותו כל התורה בהיותו במעי אמו אם משכחים אותו כל מה שלמד בצאתו משם. ועוד צריכים לדעת מהי מטרת השבועה שמשביעין אותו כשיוצא לאויר העולם.

וכתב בספה"ק נועם אלימלך (לקוטי שושנה ד"ה משוך וכו'): דהנה הנשמה שהיא תחת כסא הכבוד אז היא יודעת להשכיל כל התורה, כדאיתא בגמרא ומלמדין אותה כל התורה כולה וכיון שיצא לאויר העולם בא מלאך וסטרן על פיו, ויש ליתן טעם לשבח לזה שמתחלה מלמדין אותה ואחר כך המלאך סטרן, ונראה לי שמתחלה הנשמה ששוכנת תחת כסא הכבוד, ולמען לא יהא לה נהמא דכסופא היא נבראת כידוע, וזהו ההכרחי ללמדה כל התורה כולה, כי אילולי זה לא היה באפשרי להנשמה בבואה אל הגוף החומרי להתגבר עליו לשבר תאוותו, וההכרחי ללמדו כל התורה שעל ידה יכול לשבר כח ותאוות הגוף, ועוד אם לא היו מלמדין אותו לא היה באפשרי לקבל וללמוד אחר כך את התורה, לכן מלמדין אותה מתחילה כדי שאחר כך בנקל תוכל לקבל וללמוד התורה, אך אם היה נשאר כך בלתי סטירת המלאך לא היה תועלת בבריאותו כלל, כי לא היה צריך שום עבודה ופעולה לעבוד ולשבר כח התאוה, כי היה כבר מלא תורה כאשר היו מלמדין אותו מתחלה בקדושה, בא המלאך וסטרן על פיו ומשכחו, אך אע"פ כן נשאר הרושם שנרשם בו בזה שהיו מלמדין אותו כל התורה, וצריך האדם לעבוד בכל כחו והתאמצותו לעורר את הרושם הנרשם בו לבוא אל המעלה שהיה בו קודם בריאתו כמו שהיה במחצבתו מתחת כסא הכבוד עכ"ל ודפח"ח.

וכ"ק אא"ז זצוקלה"ה כתב בדברי יהושע (פרי' וישלח בד"ה קטנתל) בביאור המאמר שהאדם צריך קשר לתורה ולקדושה ובלאו הכי אינו יכול להשיג, והזיקה הזו הוא מקבל ע"י מה שמלמדים אותו כל התורה כולה לפני שנולד, וכן במה שמשביעים אותו להיות צדיק ולא רשע. אבל מכיון שעולם הזה הוא עולם העבודה לכן צריכים להשכיח אותו הכל, אלא רק שישאר אצלו רק רושם בלבד מן התורה שלמד ומן השבועה שהשביעו, וע"י הרושם שנשאר יש לו זיקה לתורה ולקדושה, ואח"כ הוא להשיג אותן בעמלו וכח היצירה שלו, עכתו"ד ודפח"ח.

ולפי זה בארתי מאי דכתיב (שמות כ, טו-יז) וכל העם רואים את הקולות ואת הלפידים ואת קול השופר ואת ההר עשן וירא העם וינועו ויעמדו מרחוק, ויאמרו אל משה דבר אתה עמנו ונשמעה ואל ידבר עמנו אלקים פן נמות, ויאמר משה אל העם אל תיראו כי לבעבור נסות אתכם בא האלקים ובעבור תהיה יראתו על פניכם לבלתי תחטאו. ולמדים אנו מפסוקים אלו, שהקב"ה נגלה אל בני ישראל בגילוי כל כך גדול שאינם יכולים לסבול אותו, עד שבני ישראל התחננו אל משה שיסתיר הקב"ה את עצמו מהם, וידבר אליהם דוקא ע"י משה רבינו. ומשה רבינו קיבל את טענתם, אלא שהוא הסביר להם למה רצה הקב"ה להתגלות בגילוי כל כך גדול, והוא משתי סיבות, אחת כדי להרים אותן למדריגה רמה, ועוד כדי להחדיר בקרבם מדת היראה. וצריכים להבין למה באמת עשה הקב"ה כן, דלכאורה היה פשוט יותר להתגלות אליהם במדריגה שהם יכולים לסבול אותו כך שיוכל להתגלות אליהם בתדירות, ולמה לא עשה הקב"ה כן, אלא דוקא נתגלה במדריגה שאי אפשר להם לסבול ואח"כ הסתיר את עצמו מהם.

אולם באמת זה סוד כל הבריאה כולה והנהגתה שהוא סוד הצמצום, שהקב"ה מצמצם אורו שיוכלו הברואים להיברא ושיוכלו לקבל את הארתו, וכל היצירה של העולם תלוי בצמצום שלולי הצמצום לא היה מקום לבריאה. ויוצא מזה שגם כל היצירות שבעולם היא ג"כ תלויה במושג הצמצום וההעלמה, שבמקום שאין צמצום אין יצירה. ואפילו בהשגת החכמה הוא כן, שאדם יוצר בחכמה ובבינה רק כאשר ההשגה מוסתרת ממנו ויש לו קושיות, וכדי לתרץ הקושיות הוא מוכרח ליצור ולחדש, ואילולי הקושיות לא היה מקום ליצירתו. וכמו כן הוא בחיים, שאם יש בעיות מתאמץ האדם לחדש ולייצר כדי לפתור אותם, ואילולי הבעיות לא היה מחדש ומייצר.

וכן הוא בהשגת אלקות שדוקא מן ההסתר באים לידי גילוי, וזהו סוד הכתוב (ירמ" לא, ב) מרחוק ה' נראה לי, שדוקא מן הריחוק באים לידי השגה באלקות, ודוקא מתוך ההסתר משיגים גילויים שלא היו משיגים בלאו הכי. ובדרך זו יש להבין מאי דאיתא בזוה"ק (ח"ג כ, ב): פתח רבי חייא ואמר ואתה אל תירא עבדי יעקב וגו' כי הנני מושיעך מרחוק, מרחוק, מקרוב מבעי ליה, והא אוקמוה האי קרא מרחוק כמה דאת אמר ושבו מארץ מרחק, אבל מרחוק כההוא דכתיב מרחוק ה' נראה לי, וכתיב ממרחק תביא לחמה, ומאן היא, עמיקא דנחלא, אתר דההוא נהר נגיד ונפיק, ושב יעקב, כיון דכתיב אל תירא עבדי יעקב מהו ושב יעקב, אלא כמה דתנינן קוב"ה סליק לעילא לעילא כמה דכתיב למה ה' תעמוד ברחוק, ומההוא אתר רחוק הנני מושיעך כו'

עכ"ל.

ובזה בארתי מאי דכתיב (שמות יד, ט-כ): ויסע עמוד הענן מפניהם ויעמוד מאחריהם, ויבא בין מחנה מצרים ובין מחנה ישראל, ויהי הענן והחשך ויאר את הלילה ולא קרב זה אל זה כל הלילה, שלכאורה לפי פשוטו של מקרא משמע שהענן והחשך האירו את הלילה, ואיך יתכן הדבר. ואמנם לפי מה שנתבאר אתי שפיר שדוקא ע"י העלמה והסתרה משיגים את האור. ורומז בפסוק זה על מצב בני ישראל בגלות שהיא בחי' לילה, שמטבע הדברים ירצו בני ישראל להתקרב לגויים ולהתבולל ביניהם ח"ו, ולכך עושה הקב"ה שישנאו הגויים את בני ישראל, יתעבו אותם וירחיקום כדי שלא יוכלו בני ישראל להתבולל בהם, וזהו הטובה שעשה הקב"ה לישראל בתקופת הגלות. ועובדה היסטורית היא שבאותן גלויות שקירבו הגויים את ישראל נתנו להם שיויון זכיות וכיו"ב נטמעו המוני בית ישראל בגויים, ודוקא באותם מקומות שהשפילו הגויים את ישראל שם עלו בני ישראל למעלה למעלה במעלות התורה והיראה. ובכן גם במישור זה בא אור הקיום היהודי בגלות דוקא מתוך החשך. וזהו שאמר הכתוב ויהי הענן והחשך ויאר את הלילה ולא קרב זה אל זה כל הלילה, כלומר שדוקא הענן והחשך האירו את ליל הגלות, שהרי הם גרמו שלא יתקרבו בני ישראל לגויים בכל אורך הגלות.

וזהו ג"כ ענין מאי דאיתא בגמ' סנהדרין (כד, א): במחשכים הושיבני כמתי עולם, אמר ר' ירמיה זה תלמודה של בבל, והיינו שגודל היצירה של האמוראים בתלמוד בבלי היה דוקא בתוך חושך גלות בבל. וכן הוא ענין ירידת הדורות מתקופה לתקופה, מהגאונים לראשונים ומהראשונים לאחרונים, שדוקא ע"י הירידה הגדולה נתהווה תקופה חדשה, ואז פורץ גל של יצירה תורנית שלא ראו לפני כן, שכל זמן שהאור של התקופה הקודמת מאיר בגלוי אותם קשה לחדש כיון שהם מסונוורים מהאור הגדול, ורק כאשר האור הגדול של התקופה הקודמת נעלם אז יכולים החדשים ליצור ולחדש. והטעם לזה הוא כמו שנתבאר שדוקא בתוך עומק החושך מתגלה, ולכך היו צריכים להיות ירידות אחר ירידות כדי שמריבוי החושך יתגלה אור גדול.

ולפי זה בארתי הפסוקים הנ"ל, שהקב"ה התגלה בפני בני ישראל בגילוי גדול ביותר, גילוי שלא היו יכולים לסבול אותו ולכך לא היה יכול להישאר בתמידות, והמטרה של הגילוי היתה לגדל בני ישראל ולרוממם ולהחדיר בהם של טהרה ויראה שיישאר מזה רושם לעתיד, אבל מכיון שעיקר הגילוי

צריך להיות דוקא מתוך החושך לכן היה רק זמני, כך שהם עצמם יגלו את האור מתוך החושך ע"י עמלם וכח היצירה שלהם, שזהו יסוד כל התורה כולה. וזהו שאמר הכתוב: כי לבעבור נסות אתכם (לגדל אתכם, כמו שפירש"י) בא האלקים ובעבור תהיה יראתו על פניכם לבלתי תחטאו, והיינו שמטרת גילוי אלקים היא לגדל בני ישראל לרוממם ולהחדיר בהם רוח יראה וטהרה.

ומעתה חוזרים אנו לבאר מאמר המדרש שהקדמנו, שמה שנתגלה אליהם הקב"ה בכבודו ובעצמו היה כדי לתקוע בלבם דברי תורה שיישאר אצלם רושם בל יימחה, אמנם מדריגה זו היא למעלה ממה שיכולים לסבול שבעולם הזה מכיון שאמורים להיות נשמה בתוך הגוף ולא נשמה ערטילאית בלבד, והגוף החומרי אינה יכולה לסבול מדריגות גבוהות כאלו. אבל מה שהיה במעמד הר סיני היה אמור להיות גילוי חד פעמי שלא יישאר אצלם בתמידות, והכל כדי שייקעו בלבם דברי תורה. אבל אם יישארו במדריגה זו הרי יאבדו כח העמל והיצירה שהוא עיקר תפקידם בעולם הזה, ולכך היה צריכים לקבל מכאן ואילך דוקא ע"י משה רבינו כדי שיהיו משכחין דברי תורה, וע"י זה יוכלו לעמול וליצור ולהוציא את הרושם הנשאר מן הכח אל הפועל.

וכמו כן הביאה אותה התגלות לידי מדת היראה שיעקר יצר הרע מלבם, והרי זה בדוגמת השבועה שמשביעים את הולד כאשר יוצא לאויר העולם, אבל זו היתה תופעה חדפעמית כדי שיחזור יצר הרע אליהם, ואדרבה עיקר עבודתם היא להרגיז יצר טוב על יצר הרע, ולהפוך גם את יצר הרע לטוב וכדתנן בפרק בתרא דברכות (נד,א): ואהבת את ה' אלקיך בכל לבבך וגו', בכל לבבך, בשני יצריך, ביצר טוב וביצר הרע עכ"ל. ורק לעתיד לבוא יחזרו למדריגה הנשגבה ויישארו דברי תורה תקועים בלבם ויעקר יצר הרע מקרבם, והבן היטב.

| | | |
|----|---|--------------------------|
| 14 | ג | קבלת מצוות בגרות |
| 16 | י | חיוב גט בגין פירוד ממושך |

אלגרוד, הרב אלחנן

| | | |
|-----|----|--------------------------|
| 56 | ט | בגדרי שבועת רב פפא |
| 223 | י | שיטת הרמב"ם בשיכוני גואי |
| 39 | יב | בגדר קנין מעמד שלשתן |

אליהו, הרב אלעד

| | | |
|-----|---|--------------------|
| 78 | ז | קטן בעדות אשה |
| 76 | ט | גביה בשטר מכח מיגו |
| 174 | י | הודאה בדבר שבמידה |

אמיתי, הרב איתאל

| | | |
|-----|---|--|
| 92 | ה | בענין היקש 'ויצאה- והיתה' בשטר קידושין |
| 193 | ו | מדור האלמנה |
| 147 | ז | כתיבת השמוט בגט |

אסולין, הרב אריה

| | | |
|-----|---|----------------------------|
| 76 | א | עד המסייע |
| 145 | ב | נוגע בעדות ונוטל שכר להעיד |
| 196 | ד | מזיק ברשות מצוה |
| 151 | ה | מזונות אשת איש ואלמנה |
| 152 | ו | המקדש בטבעת שאולה |

אסס, הרב דני

| | | |
|-----|----|-------------------------|
| 121 | ז | תרי ותרי |
| 105 | י | סירוב הלוח לפרוע בעדים |
| 14 | טז | קבלת עדות שלא בפני בע"ד |
| 71 | יח | שליח נעשה עד |

מפתחות אבני משפט א – כ לפי שמות מחברי המאמרים

אביטן, הרב יוסף

| | | |
|-----|----|--------------------------------------|
| 104 | ב | שמיעת טענות ופסיקת דין שלא בפני בע"ד |
| 50 | ג | העושה דין לעצמו |
| 134 | ה | חיוב מזונות בבנו מפנויה |
| 47 | ו | השלכותיו של גט לחומרא |
| 147 | ח | תקנת קבורתה תחת כתובתה בשומרת יבם |
| 14 | טו | גדר החיוב בדיני שמים |

אברמוביץ, הרב זיו

| | | |
|-----|----|----------------------|
| 27 | ט | ט"ח והודה לו בשעורים |
| 161 | י | גלגול שבועה במשוא"ל |
| 17 | יא | תוקפו של שטר |

איגרא, הרב אליעזר

| | | |
|-----|----|----------------------|
| 171 | טו | ויתור בטעות על ירושה |
|-----|----|----------------------|

איגרא, הרב יוסי

| | | |
|-----|----|--------------------------------|
| 58 | ח | עד אחד במלחמה |
| 40 | ט | בדין 'מתוך' |
| 118 | י | המתחייב בטענתו ורוצה לחזור בו |
| 48 | יא | למהותו של השעבוד |
| 19 | יב | מתנת שכיב מרע |
| 129 | יג | יש לבכור קודם חלוקה |
| 96 | יד | טענין, דין או לפנים משורת הדין |

איזור, הג"ר חגי נפתלי

| | | |
|----|---|-----------------------------------|
| 16 | ב | פסול רשע לעדות – חשש שקר או גזה"כ |
|----|---|-----------------------------------|

| | | | | | |
|-----|----|------------------------------|-----|----|------------------------------------|
| 137 | יב | חזרת קונה לאחר הכנת זר פרחים | 131 | יט | מיגו במקום חזקה |
| 174 | יג | מצר שהחזיקו בו רבים – | | | אקשטיין, הרב יוני |
| | | בראלי, הרב אריאל | 103 | יז | דיון עפ"י אמדנא |
| 7 | א | מידת המעורבות של השופט במשפט | 158 | יח | חיוב הבעל בשמירת נכסי אשתו |
| 202 | ב | יחסי מעביד ועובד | | | בגנו הרב דודי |
| 89 | ג | טוענים ליורש וללוקח | 188 | יא | היורד לשדה חבירו ונטעה שלא ברשות |
| 134 | ד | מצות הפשרה | 62 | יג | ברי ושמא ברי עדיף |
| 167 | ה | שאח"ד | 31 | טו | מפני מה אמרה תורה מוב"ב הטענה ישבע |
| 174 | יג | חרם צרכנים | 41 | יז | ושמרתם את המצות – בגדרי לשמה |
| 288 | ו | פסקים בדיני ממונות | | | ביסמוט, הרב יצחק |
| 188 | ז | | 79 | ו | בגדרי שבוייה |
| 192 | ח | | 133 | ז | פירי פירות |
| 187 | ט | | 132 | ח | ספר המקנה בכתובה |
| 68 | י | | 93 | ט | קדמה הודאה לתביעה |
| 209 | יא | | 123 | יא | בסוגיית 'צריך לברר' – לקיים כל דבר |
| 152 | יב | | 50 | יב | בענין עדות/ חזקת שוכרים |
| 197 | יד | | 105 | יג | בענין גלגול שבועה |
| 186 | טו | | 120 | יד | נמצא אחד מהם קאו"פ- שיטת הש"ך |
| 174 | יז | | 23 | טז | תוספת כתובה |
| 171 | יח | | | | בגדר קידושין דרבנן |
| 155 | יט | | 21 | כ | בענין גוי מסל"ת בתחנת איסוף חללים |
| 120 | כ | | | | בן סימון הרב נוריאל |
| | | ברטפלד, הרב הראל | 89 | יא | בסוגיית המוכר שט"ח |
| 252 | י | שטר אפסרא דארעא | | | |
| | | בר יעקב, הרב אהרן | | | |
| 132 | יד | בענין הרחקת נזיקין | | | |
| 46 | טו | אל תעש עצמך כעורכי הדיינין | | | |
| 39 | טז | רמב"ם ותוס' בפסול רשע | | | |

| | | | | | |
|-----|----|--|-----|----|------------------------------------|
| 63 | יט | פלגינן בעידי קידושין | 127 | יז | באור הגר"א למשנת 'ואלו הן הקרובין' |
| 72 | כ | שכר עבודה אסורה | | | |
| | | גבאי, הרב יוחנן | | | ברלוי, הרב איתאל |
| 66 | א | מיגו נגד ע"א | 277 | י | סוגיא לדוגמא |
| 48 | ב | לדון יחידי | | | ברקוביץ, הרב מאיר |
| 153 | ג | עדות קטן | | | חשוד על השבעה |
| 28 | ד | זיכוי גט | 90 | א | כיון שהגיד שוב אינו חוזר |
| 56 | ה | רצון בקידושין | 119 | ב | ומגיד ודרו"ח |
| 100 | ו | המקדש בשכר עבודתו | 138 | ב | רשע דחמס – בין אביי |
| 176 | ז | מצות יבום | | | לרבא |
| 179 | ח | קנין עבד כנעני | 38 | ג | בית דין, רק בהסכמת |
| 118 | ט | היפוך בשבועת הנוטלין | | | הדיינים |
| 241 | י | קנין חזקה שלא בגוף | 120 | ה | חיוב הבעל ברפואת אשתו |
| | | הקרקע | | | ובני הקטנים |
| 74 | יב | מחילה בדבר שבעין | 133 | ו | אישות שפחה חרופה |
| 121 | יג | ויתור בכור על זכות ירושה | 53 | ז | משפחת אם |
| 15 | יד | עונשין שלא מן הדין | 159 | ח | שותה ושונה |
| | | גולדברג, הגרז"נ | 109 | ט | קלב"מ בספק חיוב מיתה |
| 26 | ה | הלכות כתובות (פסקים) | 193 | י | על מחילה בלב, שתיקה |
| 46 | ה | הלכות גיטין (פסקים) | | | והקמה |
| | | גלזר, הרב עמיעד | 139 | יא | ע"א מעידה שהיא פרועה |
| 46 | א | חזרה מטענה לטענה | 64 | יב | כיצד אדם פורע חובו של |
| 63 | ב | פחות משו"פ (תביעות קטנות בבי"ד) | | | חבירו? |
| 66 | ג | פחות משו"פ (המשך) | 20 | יג | חיוב מיתה ברוצח |
| 149 | ד | עדים שדבריהם נראים מוכחשים אך יש דרך לישבם | 45 | יד | דין בשבת |
| | | | 199 | טו | קריאת התורה במנחה של יוה"כ |
| | | | 172 | טז | כסדרן בתפילין וספק הלל"מ |
| | | | 17 | יז | אישות דקטן |
| | | | 35 | יח | קידושין דרבנן וסיבת האיסור |

| | | | | | |
|-----|----|-----------------------------|----|----|--------------------------------|
| | | | | | גרובמן, הרב אלעד |
| 9 | יב | מצוה לקיים דברי המת | | | טענין בטענה שזקוקה |
| 14 | יב | תרי ותרי | 49 | יג | למיגו |
| 9 | יג | דמי קרקע כקרקע | | | |
| 15 | יג | בעניני שבועת העדות | | | |
| 9 | יד | השוחר בשבת | | | דיפני, הרב יוני |
| 9 | טו | גלגול שבועה | 42 | ד | שיטת הרמב"ם בי'שתתק' |
| 9 | טז | עניני חדש | | | |
| 9 | יח | תרתני לריעותא | | | דימנטמן, מו"ר הגרמ"ח |
| 13 | יח | נתינה וכריתות בגט | | | ראש הכולל |
| 9 | כ | התפשטות בקידושין | 9 | ב | בדין תחילתו בפסול וסופו בכשרות |
| | | האס, הרב ראובן | 9 | ג | גדרי קנין משיכה |
| 42 | ז | גיל הנישואין | 7 | ד | בענין שליחות |
| | | הולצמן, הרב אורי | 9 | ה | הפסד כתובה באונס |
| 210 | ד | מפיבושת בן יונתן | 14 | ה | בדין מוציא שם רע |
| | | וולפסון, הרב חיים י' | 17 | ה | חובל בחבירו ביוה"כ |
| 121 | ג | השפעת דין קיום שטרות | 21 | ה | בענין ספק טומאה ברה"י |
| | | על סדרי הדיון בשטר | 19 | ו | אין קידושין תופסין בא"א |
| 84 | ד | נתינת גט בחצר | 18 | ו | בעניני עבד עברי |
| 69 | יג | בגדרי שבועת היסט | 25 | ו | מהיום ולאחר מיתה |
| | | ויזל, הרב אריה | 9 | ז | חליפי השעבוד |
| 56 | טז | גדר דין יחוד עדים | 16 | ז | הפסד כתובה |
| 73 | יז | חקירה בהלכות גירושין | 21 | ז | בגדר חזקת מרא קמא |
| 81 | יח | גדר תקנת נכסי מלוג | 27 | ז | בסוגיית ספק ויבם |
| 9 | יט | זה בני באינו מוחזק כבנו | 9 | ח | בשיטת הרמב"ם בחייבי לאוין |
| 33 | כ | כסות בכלל מזונות | 17 | ח | קנין אגב (בממון ובגט) |
| | | זפרי, הרב צחי | 23 | ח | חופה לפסולות |
| 112 | ה | 'פשטה' בקידושין | 9 | ט | דברי שאינו ברשותו |
| 33 | ו | הלך אחר הפגום | 15 | ט | אסורה לבעל ולבועל |
| 93 | ז | ביאורים בעניני מסל"ת | 21 | ט | כפירת שעבוד קרקעות |
| | | | 9 | י | בעניני בל תאחר |
| | | | 9 | י | שור הנסקל שהוזמו עדיו |
| | | | 13 | יא | בדין טוען טענת גנב |

| | | | | | |
|-----|----|-----------------------------|-----|----|--|
| 149 | יד | מי הודיעו לבעל חיטין | 17 | יח | רות מואביה או מדינית? |
| | | רבינוביץ, הג"ר גדליה | 69 | יט | אישות בקטן |
| | | | 77 | כ | "המחלל אינו מתחלל" (שיטת ר"ח) |
| 131 | א | דרוש לשבת שובה תשס"א | | | צור, הרב יהודה |
| 219 | ב | בין תשעה באב ליוה"כ | 140 | ט | הודאה כנגד הודאה |
| 185 | ג | לפרשת שמיני שבת החודש | 209 | י | בגדרי חזקת מטלטלין |
| 222 | ד | לפי דברים – שבת חזון | 146 | יא | אונסא דנפשיה במתנה |
| 181 | ה | לפורים תשס"ה | 91 | יב | מקור הדין של גביית חוב |
| 229 | ו | לשבועות | 141 | יג | היחס בין מוחזקות לבין 'מוחזק' בחלק בכורה |
| 215 | ז | לפי נצבים וילך | 83 | טז | הודאת בע"ד במקום חיוב מיתה |
| 214 | ח | לפי החודש | 156 | יז | חזקת ממון – הסתלקות או הכרעה |
| 223 | ט | מלכויות, זכרונות ושופרות | 45 | יח | דין קידושין ונישואין שאינם חלים מדאורייתא |
| 288 | י | סוכה זכר לענני הכבוד | 29 | יט | ספק ממזר |
| 277 | יא | לחג השבועות תשס"ט | 46 | כ | שיטת הבי"ש בקידושי שוטה וקטן |
| 285 | יב | כח ההקשבה | | | קופמן, הרב אילן |
| 197 | יג | לחג השבועות | 20 | א | שעבודא דאורייתא בדעת רב פפא |
| 201 | יג | לפי נצבים וילך | 174 | ב | קנין סיטומתא – תוקפו ומהותו |
| 205 | יג | לחנוכה | 168 | ג | סיטומתא בקרקע ובדבר שלב"ל |
| 232 | יד | לפי זכור | 103 | ד | ד' אמות בגט |
| 238 | יד | לפי בהעלתך | 167 | ו | דברים שבלב |
| 242 | יד | לחודש אלול | | | קופר, הרב צבי |
| 205 | טו | לפי החודש | 33 | יא | עדין בחתומיו זכין לו |
| 192 | טז | לראש השנה | | | |
| 198 | טז | לחנוכה | | | |
| 205 | יז | לפי מקץ, שבת חנוכה | | | |
| 195 | יח | לסוכות | | | |
| 176 | יט | פסח מצרים – ביטול ע"ז | | | |
| 183 | יט | דרוש לשבת שובה תשע"ו | | | |
| 137 | כ | לשבועות | | | |
| | | רוזיליו, הרב ירון | | | |
| 119 | ד | אומדנא ומשפטי התנאים | | | |
| 67 | ה | טענת ברי ושמא באיסורים | | | |

| | | | | | |
|-----|----|---|-----|----|---|
| 58 | י | דמי תיווך לעסק שהתברר אח"כ שהוא בהפסדים | 115 | ו | מעמדם ההלכתי של הנתונים |
| | | שכטר, הג"ר צבי | 158 | ז | איגלאי מילתא למפרע |
| 26 | ג | תחילתו בפסול וסופו בכשרות | 114 | ח | עידי קיום |
| | | כפיה בגט | 157 | ט | הודאת בע"ד בדבר שבערוה |
| 13 | ד | | 145 | י | נאמנות מכח מיגו |
| | | שליט, הרב יוסף | 66 | יא | גביית שטרות |
| 105 | יא | חיוב שבועה מספק | 105 | יב | הפקר בית דין בקנין דרבנן |
| 125 | יב | סדר גביה מבע"ח עפ"י היתר עיסקא | 154 | יג | מתנה ע"מ שכתוב בתורה |
| | | גדרם ההלכתי של שוברי הנחה | 25 | יד | הוצאות ממון המגיע על פי דין במרמה |
| 32 | יג | | 136 | טו | ושפטו העדה... והצילו העדה |
| 163 | יד | בסיבת חיוב שומרים בפשיעה | 104 | טז | הזמה בעדות בשטר |
| 153 | טו | כמי שנחקרה בעדות ע"א | 140 | יז | פלגינן דיבורא |
| 125 | טז | בגדר כתיבת הגט | 137 | יח | גדר הקבלה ב'נאמן עלי אבא' |
| 59 | יז | קנין ד' אמות בגט | 115 | יט | בגדרי עדות שאא"י להזימה |
| 124 | יח | עביד איניש לאחזוקיה דיבוריה | 102 | כ | דברים שבין שוכר ומשכיר – בדין ובמנהג המדינה |
| 100 | יט | קידושין שאינם אוסרים | | | רוט, הרב משה |
| 91 | כ | דיין פסול בהתרת נדרים | 89 | יג | מיגו והפה שאסר נגד חזקת ג"ש |
| | | שרעבי, הרב ישי | 141 | יט | חובת ההשבה בשואל |
| 58 | כ | חיוב אשת איש בדמי חבלה | | | רונס, הרב יצחק |
| | | | 88 | יד | גר כדיין בב"ד לגיור |
| | | | | | שחור, הרב יהודה |
| | | | 39 | ב | מצות כיבוד או"א בקביעת מקום הדיון |