

תוכן העינים

7	בפתח הקובץ
	משיעורי מו"ר הגרמ"ח דימנטמן, ראש הכולל
9	בשיטת הרמב"ם בחייבי לאוין
17	קנין אגב (בממון ובגט)
23	חופה לפסולות
	הלכות אישות
34	דין יכיר/ הרב דוד מרציאנו
52	בסוגיה דמעוברת ומינקת חבירו/ הרב שלמה זאב פיק
	הלכות עגונות
58	עד אחד במלחמה/ הרב יוסי איגרא
78	בסוגיא דההוא גברא (יבמות קטו,א)/ הרב צחי זפרני
90	סימנים בעדות אשה/ הרב יוחאי יחיא
	הלכות קידושין
102	המקדש בפירות שביעית/ הרב מאיר כהן
114	עדי קיום/ הרב ירון רוזיליו
	הלכות כתובות
132	ספר המקנה בכתובה/ הרב יצחק ביסמוט
	הלכות יבום
147	תקנת "קבורתה תחת כתובתה" בשומרת יבם/ הרב יוסף אביטן
	הלכות סוטה
159	שונה ושונה/ הרב מאיר ברקוביץ
	הלכות עבדים
179	קנין עבד כנעני/ הרב יוחנן גבאי
	פסקי דין ודיני ממונות
192	פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בר-אלי
	דרוש
214	לפ' החדש/ הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרישציה

בפתח הקובץ

"ורוממתנו מכל הלשונות".

מלמדים את הילד לדבר. כאשר למד לדבר, זהו טבעו לדבר ולפטפט בלי מעצור. האם מלמדים את האדם גם לשתוק?

אמת: טבעי הוא לאדם לדבר. לשתוק צריך ללמוד. ונבין בזה מאמרם ז"ל: א"ר יצחק מאי דכתיב 'האמנם אלם צדק תדברון מישרים תשפטו בני אדם' מה אומנותו של אדם בעוה"ז – ישים עצמו כאילם. יכול אף בדברי תורה כן, ת"ל צדק תדברון. יכול יגיס דעתו, ת"ל מישרים תשפטו בני אדם (חולין פט).

אומנות צריך ללמוד. דיבור הוא טבעי, שתיקה צריך ללמוד, עד כדי שישים עצמו כאילם. ועד כדי כך אילם עד ש"יכול אף לדברי תורה", שגם בתורה לא ידבר עם אחרים, אלא ששם הציווי "צדק תדברון", דלגבי תורה חייבים לתפוס פלך הדיבור...

(הגר"ש וולבה זללה"ה, 'פלך השתיקה ופלך ההודיה')

בשעה שחובשי ספסלי בית המדרש מעלים על הכתב מדברי תורתם, בבחינת כתיבה כדיבור, נמצאנו אף אנו אווזים בהוראת חז"ל לפסוק 'צדק תדברון', אם כי יש שבענותנותם חוששים לייגיס דעתו' ובוחרים בכאן בפלך השתיקה...

מוגש בס"ד גיליון שמיני של 'אבני משפט', וכקודמיו נמצאים בו חדו"ת, פסקי הלכה וברורים הלכתיים בנושאים בהם עסקנו בכלל בשנים האחרונות. סגנון המאמרים אינו אחיד ויש בו ביטוי אישי של הכותבים.

הקובץ הנוכחי יוצא לאור עם סיום לימוד שו"ע אבה"ע בכלל, דבר המשתקף בתוכן הענינים, וכעת החל מחזור חדש בלימוד חו"מ (הלכות טוען ונטען).

שוב נודה לכל המסייעים לכולל בכלל, בחומר וברוח, ובפרט לסיוע בכתיבת המאמרים ובהבאתם לדפוס.

העורך

ערב סוכות, תשס"ח

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

בשיטת הרמב"ם בחייבי לאוין

קלבד"מ בחייבי מיתות או מלקות שוגגין

איתא במס' כתובות (לא,ב) אהא דאמרינן במשנה שם, הבא על אחותו ועל אחות אשתו וכו' דמשלם קנס, ורמינהו אלו הן הלוקין הבא על אחותו וכו', וקיי"ל דאינו לוקה ומשלם. וס"ד בגמ' דאפילו בדלא אתרו ביה למלקות והוי חייבי מלקות שוגגין פטורין מן התשלומין.

ומשני עולא, דמתני' דמס' מכות דלקי, מיירי באחותו בוגרת דליכא קנס, ולכן לקי, או אפילו באחותו נערה, ביתומה ומפותה, דליכא קנס. ואילו מתני' דכתובות דמשלם קנס מיירי באחותו נערה דאית לה קנס, וס"ל לעולא דהיכא דאיכא ממון ומלקות, ממונא משלם מילקא לא לקי.

ורבי יוחנן אמר, דכל היכא דאיכא ממון ומלקות, מילקא לקי, ממונא לא משלם. ומתני' דמכות מיירי בדאתרו ביה למלקות, הלכך מילקא לקי, ממונא לא משלם. ומתני' דכתובות מיירי בדלא אתרו ביה, הלכך ממונא משלם, וס"ל לרבי יוחנן דחייבי מלקות שוגגין וממון, חייב ממון.

ולכאורה אמאי ס"ל לריו"ח דחייבי מלקות שוגגין וממון, חייב ממון, ובחייבי מיתות שוגגין וממון נפטר מן הממון מדתנא דבי חזקיה (כמבואר לקמן לה,א).

וכן אמרינן במס' חולין (פא,ב) חייבי מיתות שוגגין ומלקות, לריו"ח חייב מלקות. ומאי שנא מחייבי מיתות שוגגין וממון דמיפטר מן הממון.

וצ"ל לפי מה דאמרינן בכתובות (לז,א) דאיכא שני פסוקים, 'כדי רשעתו' – 'משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעויות' ופסוק נוסף: 'ואם לא יהיה אסון ענוש יענשו' (הא אם יהיה אסון לא יענשו). חדא במיתה וממון, קרא ד'לא יהיה אסון', מיירי במיתה וממון, דאמרינן קלבד"מ, והמיתה פוטרת הממון. וחדא במלקות וממון, או במיתה ומלקות, קרא ד'כדי רשעתו' משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעויות.

לאור האמור, מיתה וממון דלמדים מקרא ולא יהיה אסון, הא אם יהיה אסון לא יענש, היינו מעשה אסון, ואפילו בשוגג מקרי מעשה אסון, ונפטר מן הממון. וזהו לימוד של תנא דבי חזקיה. משא"כ מיתה ומלקות או מלקות וממון, דילפינן מ'כדי רשעתו' וכנ"ל, והיינו דאינו נענש בשתי רשעויות, וזהו דוקא במזיד ולא בשוגג (דבעינן 'אתה מחייבו').

ובמס' סנהדרין (עג,ב) פריך הגמ' ורמינהו ואלו נערות שיש להן קנס, הבא על אחותו, ופרש"י, כלומר אפילו בא על אחותו דלא קרינא בה ולו תהיה לאשה, אפילו הכי קרינא בה ונתן האיש השוכב עמה, דאיתרבי מקראי בכתובות, ואע"ג דחייב כרת, לא מפטר מתשלומין, ואי ניתן להצילו בנפשו אמאי משלם הרי מיתה ותשלומין יש כאן, ואע"ג דלא אקטול, פטור מתשלומין, כדקיימא לן בכל חייבי מיתות ב"ד שוגגין, דנפקא לן מדתנא דבי חזקיה מה מכה בהמה לא חלקת בה וכו' אף מכה אדם לא תחלוק וכו'.

ולכאורה קשה אמאי לא פריך הגמ' על מתני' ריש פ"ג דמכות, דהבא על אחותו לוקה, הרי מיתה ומלקות יש כאן וצריך להיות דמיפטר מן המלקות.

והישוב בזה, לפרש"י הכא ולעיל עב, א דס"ל דרודף ובא במחתרת, ושבר את הכלים, דמיפטר מדמי כלים דקלבד"מ אף דניצל ולא נהרג, דקיי"ל חייבי מיתות שוגגין פוטר מממון, ומובנת קושיית הגמ' בסנהדרין שם, אמאי בא על אחותו איכא קנס, והרי חייב מיתה מדין רודף אחר הערוה ואף דבפועל לא אקטול, מ"מ הוי חייבי מיתות שוגגין דפטור מתשלומין, אבל לא שייך להקשות אמאי חייב מלקות בבא על אחותו, והרי הוא רודף ונפטר מן המלקות, משום דרודף הוי כחייבי מיתות שוגגין, וחייבי מיתות שוגגין ומלקות, קיי"ל כריו"ח (חולין פא) דחייב מלקות.

מיהו יד הרמ"ה (עב,א) וקצוה"ח (כח,א) ס"ל דרודף או הבא במחתרת חשיב חייבי מיתות מזידין, כיון דנתחייב מיתה בהיותו רודף או בא במחתרת, ולא דמי לחייבי מיתות שוגגין דלא נתחייב מיתה. ולפי"ז הדרא קושיא לדוכתא, אמאי לא פריך בגמ' סנהדרין שם, על מתני' דמס' מכות, דהבא על אחותו לוקה.

וצ"ל דרודף או בא במחתרת, פוטר ממון, דמיתה הפוטר ממון ילפינן מקרא ד'לא יהיה אסון', ורודף הוי מעשה אסון, ומיפטר מממון. אבל מיתה דפוטר מלקות ילפינן מ'כדי רשעתו' משום רשעה אחת אתה מחייבו וא"א מחייבו משום שתי רשעויות, והיינו דבי"ד אינם יכולים לחייבו בשתי רשעויות, ורודף או בא במחתרת, אין מיתתם מסורה לבי"ד ולכן מיתה ברודף או בבא

במחותרת אינה פוטרת חיוב המלקות. הלכך הגמ' בסנהדרין פריך רק על מתני' דכתובות דהבא על אחותו יש לה קנס (סברא זו ברודף מבוארת בשו"ת הרשב"א ח"ה סי' יח).

קידש ולא בעל בחייבי לאוין

והתם במס' כתובות (לא,ב) מקשה הגמ' אמאי בא על אחותו משלם קנס, והרי הבא על אחותו לוקה (כדתנן במכות יג,א). ובתוס' שם כתבו דהוה מצי למיפריך מרישא דקתני הבא על הממזרת יש לה קנס, והתם קתני דלקי עלה, אלא נטר הכא להקשות מהבא על אחותו, דפריך מרישא דמתני' דהתם (במכות), דחיי"ל שנויין שם בתר חייבי כריתות והיה צריך להביא כל המשנה עד הבא על הממזרת, ע"כ.

ולכאורה לשיטת הרמב"ם (אסו"ב טו,ב) וז"ל שם :

אחד ממזר שנשא ישראלית או ישראלי שנשא ממזרת כיון שבעלו אחר הקידושין לוקין, קידש ולא בעל אינו לוקה, בעל ולא קידש אינו לוקין משום ממזרות שאין לך בכל חייבי לאוין מי שלוקה על בעילה בלא קידושין אלא כהן גדול באלמנה כמו שיתבאר. (ומש"כ דשאני כה"ג באלמנה הוא מקרא דכתיב יולא יחלל זרעו).

ומקור דברי הרמב"ם דחייבי לאוין לא לקי עד שיקדש ויבעל, ממסכת קידושין (עח,א) אמר אביי קידש לוקה, בעל לוקה, קידש לוקה משום לא יקח, בעל לוקה משום לא יחלל. (כה"ג או כהן הדיוט ואחת מן הפסולות האמורות בענין, קידש לוקה משום לא יקח, בעל לוקה משום לא יחלל, עפרש"י שם).

רבא אמר בעל לוקה, לא בעל אינו לוקה, משום דכתיב לא יקח ולא יחלל, מה טעם לא יקח משום לא יחלל (בעל אחר קידושין לוקה שתים, לא בעל אינו לוקה אפילו אחת, רש"י).

ומודה אביי במחזיר גרושתו שאם קידש ולא בעל שאינו לוקה 'להיות לו לאשה' אמר רחמנא, והא ליכא. ומפרש"י אע"ג דמחייב מלקות אקידושין באיסורי כהונה, הכא דכל חד וחד לאו באפי נפשיה, ולא תלה הכתוב את זה בזה בפירוש, אבל ישראל המחזיר גרושתו משנשאת לאחר ונתארמלה או נתגרשה, אע"ג דכתיב לא יוכל לשוב לקחתה, דהיינו אזהרה שלא יקדשנה, מודה אביי דאינו לוקה עד שיבעל, דבהדיא תלה רחמנא קידושין בביאה. דכתיב לא יוכל לשוב לקחתה להיות לו לאשה, אישות של ביאה קאמר.

ומודה רבא בכה"ג באלמנה שאם בעל ולא קידש שלוקה, דיולא יחלל זרעו בעמיו אמר רחמנא והרי הוא חילל. והיינו אע"ג דרבא תרתי בעי באיסור כהונה דוקא ביאה אחר קידושין הוא דבעי, דאקידושין לחודייהו לא לקי, מודה באלמנה לכה"ג דבעל ולא קידש לקי, שהבעילה אינה תלויה בקידושין דלא יחלל אמר רחמנא והא חילל.

ושניהם מודים במחזיר גרושתו דאם בעל ולא קידש שאינה לוקה דדרך ליקוחין אסרה תורה.

וזו שיטת רש"י, דהגמ' התם מיירי באיסורי כהונה בלבד, כי בשאר איסורי לאוין לא נאמר בהם קיחה או הויה וכן דעת הרמב"ן. מיהו דעת הרמב"ם היא, שכשם שנאמר באיסורי כהונה לשון קיחה, ובמחזיר גרושתו כתיב הויה, דמשמעו קידושין, נאמר בשאר איסורי לאוין ביאה בקהל, וביאה בקהל לא הוי אלא בקידושין אבל זנות לא מיקרי ביאה בקהל.

ולפי האמור בשיטת הרמב"ם דלא לקי על איסורי לאוין אא"כ קידשה, לפ"ז ניחא (קושיית תוס' הנ"ל –) הא דבגמ' לא מקשה מחיי"ל כגון ממזרת, אמאי יש להן קנס, כי המשנה מיירי באנס או פיתה ובלי קידושין, ולא לקי על לאו דממזרת, הלכך משלם. ולכן פריך הגמ' רק מחייבי כריתות דלקי על ביאה לחוד (דל"ש קידושין בחיי"כ).

והתוס' דלא אמרי כן, משום דס"ל דבכל איסורי לאוין, לוקין על ביאה גרידא, וס"ל כרש"י והרמב"ן הנ"ל.

אונס או פיתוי בארוסתו

ויש לציין, דא"א לומר דמתני' דכתובות מיירי דקידש את הממזרת, ואח"כ אנסה או פיתה, דלקי על הלאו דממזרת, כיון דקידשה; זה אינו, כיון דקידשה והוי אשתו, ליכא לא אונס ולא פיתוי, ואין לה קנס.

ויש להביא ראיה לזה, מהא דהקשו תוס' (כתובות כט, א ד"ה ועל הכותית): "אבל קשה דליתני מחזיר גרושתו משניסת ונבעלה שלא כדרכה, ואע"ג דאמרינן בפי' עשרה יוחסין הכל מודים שאם בעל ולא קידש, שאינו לוקה, מ"מ לר"ע דאמר אין קדושין תופסין במחזיר גרושתו, ליתני".

ולכאורה מאי קשה לתוס' ליתני מחזיר גרושתו משניסת ונבעלה שלא כדרכה, וקידשה ואנסה או פיתה אותה, דאיכא הלאו דמחזיר גרושתו. חזינן להדיא דכיון דקידשה ליכא לא אונס ולא פיתוי, ואין לה קנס וכנ"ל.

בשיטת הרמב"ם בחייבי לאוין

ועוד ראייה מתוס' ישנים (כתובות כט, ב ד"ה מאי בינייהו), דמקשים אמאי לא קאמר סוטה, שאירס וזינתה תחתיו שלא כדרכה וגירשה, דאית בה הויה לכו"ע וכו'. ולכאורה אמאי נקט 'וגירשה' נימא אירסה וזינתה תחתיו, ואח"כ אנס אותה או פיתה אותה, הרי להדיא דאשתו ארוסה ליכא, לא אונס ולא פיתוי ולא משלם קנס, וכן עולה מהכס"מ המובא לקמן.

סתירה בפסקי הרמב"ם וביאור הכס"מ מר"א בנו של הרמב"ם

מיהו הכס"מ שם מעיר בשם ר"א בנו של הרמב"ם, בהא דכתב הרמב"ם (נערה בתולה א, יא) וז"ל:

היתה בתולה זו אסורה על האונס או המפתה אם היתה מחייבי כריתות כגון אחותו ודודתו והנדה וכיוצא בהן או שהיתה **מחייבי לאוין**, אם התרו בו הרי זה לוקה ואינו משלם קנס שאין אדם לוקה ומשלם, ואם לא היתה שם התראה הואיל ואינו חייב מלקות הרי זה משלם קנס. (הרמב"ם פסק כריו"ח כתובות שם).

וקשה, אם הבתולה מחייבי לאוין היא, אם אינה מקודשת לו, בין התרו בו בין לא התרו בו אינו לוקה עליה (כאמור לעיל בשיטת הרמב"ם דחיי"ל כל שלא קידש אינו לוקה על ביאה גרידא) ואם מקודשת היא, בין התרו בין לא התרו בו אינה בת קנס (כנ"ל דליכא קנס דאונס או פיתוי בארוסתו), וקשה כנ"ל.

וכתב הכס"מ (איסורי ביאה טו, ב), דלעולם בלי קידושין היא, ואם התרו בו משום חייבי לאוין אה"נ דלא לקי, אמנם אם התרו בו משום קדשה, לוקה ואינו משלם קנס, ואפילו אינה מאיסורי לאוין (כממזרת וכד'). ומפני זה שינה הרמב"ם לשונו ונקט "או שהיתה מחייבי לאוין", ולא כתב או שהיתה מאיסורי לאוין, שהפרש יש בין האיסור לחיוב, וכך כתב בתחילת הלכות אישות, כל שאסר ביאתו בתורה ולא חייב עליו כרת הן הנקראים איסורי לאוין, וקדשה ודאי מחייבי לאוין היא. ומשי"כ הרמב"ם הנ"ל בעל ולא קידש אינן לוקין משום ממזרות, אבל משום קדשה בעדים והתראה לוקין. ומיירי דאתרו בה משום קדשה (כס"מ שם).

וצ"ב רב, דהרי גם אונס או מפתה כשרה, איכא קנס, היכא דלא אתרו ביה משום קדשה, ואם התרו ביה משום קדשה, לקי ואינו משלם, ולא משמע בגמ' כתובות שם (שהקשו מחיי"כ בלבד ולא מכל אונס או פיתוי), וצ"ע.

יישוב האבי עזרי לרמב"ם

וראיתי בספר אבי עזרי (אישות א, ד) שכתב בהא דכתב הרמב"ם שם וז"ל:

קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק, אם רצה הוא והיא נותן לה שכרה ובוועל אותה על אם הדרך והולך וזו היא הנקראת קדשה. משנתנה תורה נאסרה הקדשה שנאמר לא תהיה קדשה מבנות ישראל. לפיכך כל הבועל אשה לשם זנות בלא קידושין לוקה מן התורה לפי שבעל קדשה.

והראב"ד כתב, שאין קדשה אלא מזומנת והיא המופקרת לכל אדם אבל המייחדת עצמה לאדם אחד, אין בה לא מלקות ולא איסור לאו.

הרי משמע ברמב"ם דמסיק 'לפי שבעל קדשה' משמע רק אם בעל קדשה עובר בלאו ולא בכל ביאת זנות. וכן במש"כ הרמב"ם (סנהדרין יט) הבא על הקדשה, ולא כתב הבא על הפנויה. ומהי קדשה, שיטת הראב"ד המופקרת לכל אדם, ושיטת הרמב"ם, כל שהיה ברצונה ולא ע"י פיתוי או אונס, אם הסכימה לזנות עם זה אפילו עמו בלבד, זוהי קדשה וישנו לאו דלא תהיה קדשה. אבל אם היה בדרך פיתוי ואונס, ליכא לאו דקדשה.

ועיי רמב"ם (סופ"ב מנערה בתולה) וז"ל:

אני אומר שזה שנאמר בתורה אל תחלל את בתך להזנותה, שלא יאמר האב הואיל ולא חייבה תורה מפתה ואונס אלא שיתן ממון לאב, הריני שוכר את בתי הבתולה לזה לבוא עליה בכל ממון שארצה או אניח זה לבוא עליה בחנם וכו', לכך נאמר אל תחלל את בתך, שזה שחייבה תורה לאונס ולמפתה ממון ולא מלקות, כשאירע הדבר מקרה שלא מדעת האב ולא הכינה עצמה לכך שדבר זה אינו הווה תמיד ואינו מצוי, אבל אם הניח בתו הבתולה מוכנת לכל מי שירצה שיבוא עליה גורם שתמלא הארץ זמה וכו' והמכין בתו לכך הרי היא קדשה ולוקה הבועל והנבעלת משום לא תהיה קדשה ואין קונסין אותו, שלא חייבה תורה אלא לאונס ומפתה, אבל זו שהכינה עצמה לכך, בין מדעתה בין מדעת אביה, הרי"ז קדשה וכו'.

הרי להדיא דהלאו דלא תהיה קדשה הוא רק ברצונה ובהסכמתה מתחילה לכך, אבל ע"י אונס או פיתוי אין זו קדשה, לא רק ביחס לחיובא דידה אלא אף לענין חיובא דידיה, ליכא ללאו דלא תהיה קדשה.

ולאור האמור דברי הכס"מ הנ"ל צ"ב, במש"כ בפשט דברי הרמב"ם (נערה בתולה פ"א) "או שהיתה מחייבי לאוין אם התרו בו לוקה ואינו משלם", וכוונתו דהתרו בו משום לא תהיה קדשה, ולפי המתבאר ליכא לאו דקדשה בדרך אונס ופיתוי.

ומש"כ הרמב"ם "או שהיתה מחייבי לאוין", אפשר לומר בכוונתו, דהיתה אלמנה מן האירוסין ואנסה כהן גדול, דחייב מלקות בבואה לחוד בלא קידושין (משום הלאו דלא יחלל) כמפורש ברמב"ם (איסו"ב יז, ג).

קידושין וביאה – שני חלקי איסור או איסור ותנאי

ובהא דהבאנו בשיטת הרמב"ם, דכל איסורי לאוין בעינן קידושין וביאה, לכאורה קשה מהא דאיתא במס' יבמות: אשת כהן שנאנסה, בעלה לוקה עליה משום זונה. ובגמ' שם איכא תרי לישני, אם באונס הוי שם זונה. ולכאורה הקידושין היו בהיתר, א"כ אמאי לוקה עליה משום זונה.

ויש להסתפק בהא דבעינן קידש ובעל, אם הקידושין והביאה הם שני חלקי האיסור כמו עקירה והנחה בשבת, ולפי"ז לא ילקה א"כ הקידושין היו באיסור, וקשה כנ"ל.

אולם אפשר לומר דהאיסור הוא בביאה גרידא, אלא דבעינן שתהא הביאה דרך אישות דוקא ולא דרך זנות. ולפירוש זה, מיושבת הקושיא הנ"ל, דאף אם הקידושין היו בהיתר ילקה משום איסור זונה.

ובספר קובץ הערות (סי' ג) הקשה דאם נפרש כן, תקשה לרמב"ם קושיית תוס' (קידושין נא) דבכל חי"ל הוי הקידושין קידושין שאינם מסורים לביאה, ותוס' תרץ דבכל חי"ל אין הקידושין גורמים האיסור של הביאה, שהרי מקודם לכן נאסרה הביאה כמו לאחר קידושין. ורק היכא דקידש אחת משתי אחיות בסתם, שלפני הקידושין היו שתיהן מותרות וכעת עיי הקידושין הוא דנאסרו הוי קידושין שאינם מסורים לביאה.

ולפי האמור ברמב"ם, בחי"ל הקידושין גורמים שתהא הביאה אסורה והוי בחי"ל קידושין שאינם מסורים לביאה ולרבא לא הוי קידושין.

מיהו לפירוש הראשון ניחא, שאין הקידושין גורמים לאסור הביאה אלא הקידושין והביאה יחד הוי שני חלקי איסור.

וכן צ"ל לכו"ע במחזיר גרושתו, דהכל מודים דבעל ולא קידש אינו לוקה, ותקשה דהוי קידושין שאינם מסורים לביאה, אלא ודאי צ"ל דהקידושין הן חלק מהאיסור.

ולכאורה לפי"ז הדרא קושיא לדוכתא, אמאי אשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עליה משום זונה, והרי הקידושין היו בהיתר. וצ"ל דהיכא דלא שייכי קידושין (דהרי היא אשתו של הכהן) לוקה בביאה גרידא כמו בבא על זונה נכרית.

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

קנין אגב (בממון ובגט)

קנינים בגט

איתא במס' גיטין (עז, ב) :

ההוא שכיב מרע דכתב לה גיטא לדביתהו בהדי פניא דמעלי שבתא, ולא הספיק למיתבא לה, למחר תקף ליה עלמא, אתו לקמיה דרבא, אמר להו זילו אמרו ליה ליקניה ניהלה לההוא דוכתא דיתב ביה גיטא ותיזיל איהי ותיחוד ותפתח ותחזיק ביה דתנן נעל גדר פרץ כל שהוא, הרי זו חזקה וכו' הדר אמר רבא לא שנא ארוסה ולא שנא נשואה, גיטה וחצרה באין כאחד.

ובפרש"י שם וז"ל: "דהשתא קא יהיב לה חצר וגיטה בתוכו ותנן נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להן אחריות בכסף בשטר ובחזקה". והיינו דקנתה הגט מדין אגב.

ולכאורה אמאי רש"י אינו מפרש דקנתה הגט מדין חצר וכמו שפרשו התוס' בד"ה ותיזיל וכ"כ הר"ן במקום.

זאת ועוד, איתא בגיטין (כא, א): "אמר רבא כתב לה גט ונתנו ביד עבדו וכתב לה שטר מתנה עליו קנאתה ומתגרשת בו ואמאי חצר מהלכת היא וחצר מהלכת לא קנה וכו' והלכתא בכפות ואמר רבא כתב לה גט ונתנו בחצרו וכתב לה שטר מתנה עליו קנאתה ומתגרשת בו וצריכא דאי אשמעינן עבד הוה אמינא דוקא עבד אבל חצר ליגזר משום חצרה הבאה לאחר מכאן (ובעבד לא גזרינן משום חצרה הבאה לה לאחר מכן, כיון דאיירי בכפות, ומילתא דלא שכיחא לא גזור בה רבנן, תוד"ה אבל) ואי אשמעינן חצר ה"א דוקא חצר אבל עבד ליגזר כפות אטו שאינו כפות, קמ"ל".

הרי מפורש להדיא בגמ' שם, גבי עבד כפות או חצר, ומקנה הבעל העבד או החצר, קונה הגט מדין חצר, ואמאי בנידון דידן כתב רש"י דקונה הגט מדין אגב.

וצ"ל בדעת רש"י, דס"ל דקנינים מהני בגט, ומיקרי ונתן בידה (דלגירושין לא בעי נתינה מיד ליד), מיהו אימתי מהני קנינים בגט, דוקא קנינים מצד

המקנה, ואזי מקרי ונתן בידה, כיון דחלות הקנין היא מצד המקנה – הבעל, ובעינן רק להסכמת הקונה, אבל קנינים מצד הקונה, והכא קנין מצד האשה – הקונה, לא חשיב 'ונתן' כיון דחלות הקנין מצד האשה – הקונה. ולכן בסוגיא בדף כא דמיירי שהבעל הקנה לה את העבד או החצר בקנין שטר, וחלות ההקנאה הוא מצד המקנה – הבעל, מיקרי שפיר ונתן בידה ומתגרשת, אבל הכא דהאשה עושה קנין חזקה, דהוי קנין מצד האשה – הקונה, הוי כטלי גיטך מעל גבי קרקע, וחסר ב'ונתן', ולכן פרש"י דקנתה הגט מצד קנין אגב.

קנין אגב – מצד הקונה או מצד המקנה

וביחס לקנין אגב, אם קנינו הוא מצד המקנה או מצד הקונה, נראה דנחלקו בזה קצוה"ח (רעה) והאו"ש (מכירה ג, טז).

קצוה"ח שם מסתפק אם קנין אגב מהני בנכסי הגר והיו בתוכם מטלטלין, אם קנה בתורת אגב, דאפשר דקנין אגב לא מהני אלא בדאיכא דעת אחרת מקנה, ומעצמו אינו זוכה בתורת אגב, ונפ"מ להיכא דלית ביה משום תורת חצר כגון בחצר שאינה משתמרת. ולכאורה נראה מהא דקונין בתים בנכסי הגר (ע"י ב"ב נב, א) ולדעת הפוסקים דתלוש ולבסוף חיברו, וכגון בית, הוי דין תלוש, ולפ"ז הא דבתים נקנים בכסף, שטר וחזקה, היינו בתורת אגב, א"כ מוכח דהפקר נקנה בתורת אגב כיון דמוכח בש"ס דבתים מנכסי הגר נקנים, אלא שניתן לומר דקונה הבית מדין חצר, כיון דקונה הקרקע שתחתיו בחזקה.

והקצות שם מסיק דהפקר נקנה בתורת אגב, ומביא ראיה מהא דאמרין בב"ק (ק"ז, ב) פלוגתא דרבי אליעזר ורבנן בגזל קרקע ושטפה נהר אם קרקע נגזלת וכו'. והא דתניא הגוזל את הפרה ושטפה נהר חייב להעמיד לו פרה דברי רבי אליעזר וחכמים אומרים אומר לו הרי שלך לפניך, התם במאי קמיפלגי, אמר רב פפא הכא במאי עסקינן כגון שגזל שדה מחבירו והיתה פרה רבוצה בו ושטפה נהר, רבי אליעזר לטעמיה, ורבנן לטעמייהו. ופרש"י פרה רבוצה וכו', וגזלן לא משכה, והוי כקרקעות, ורבי אליעזר דאמר שדה נגזלת, קונה פרה עמה וחייב לשלם, דמטלטלין נקנין אגב קרקע, ולרבנן לא קנה שדה ולא פרה שבה, עכ"ל. והתם גבי גזלן הרי ליכא דעת אחרת מקנה ואעפ"כ קונה באגב (לחיוב אונסין וככל קניני גזלה). מוכח לן בהדיא דקנין אגב מהני אף בנכסי הפקר.

ועיי בהגהות ברוך טעם שדחה ראית הקצות, דליכא ראייה דהפקר נקנה באגב, דבגזלה חייב באונסין כשעושה קנין כזה, שאילו היה מרצון הבעלים היה קונה, ולכן שפיר מהני אגב (ולא חשיב כאין דעת אחרת מקנה), ועיי כעין זה בספר דבר אברהם (ח"א סי' ג).

ומכל האמור חזינן בדעת קצוה"ח, דהפקר נקנה בתורת אגב, כי חלות קנין אגב הוא מצד הקונה, ולכן מהני אגב אפילו בהפקר, דליכא דעת אחרת מקנה.

ומאי דך, דעת האו"ש שם, דלא מהני אגב בהפקר ובנכסי הגר. ודייק מגמ' במס' גיטין (כב, א) וז"ל הגמ' שם :

עציץ של אחד זורעים של אחר, מכר בעל עציץ לבעל זרעים, כיון שמשך קנה. מכר בעל זרעים לבעל עציץ, לא קנה עד שיחזיק בזרעים (כיון דהזרעים מחוברין ודינן כקרקע). עציץ זורעים של אחד ומכרן לאחר, החזיק בזרעים קנה עציץ וזו היא ששנינו נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להן אחריות בכסף ובשטר ובחזקה. החזיק בעציץ אף עציץ לא קנה **עד שיחזיק בזרעים**.

והעיר בעל האו"ש שם, שהמלים 'עד שיחזיק בזרעים' אין להם מובן, שכבר אמר הדין דהחזיק בזרעים קנה עציץ (מדין אגב). וכתב האו"ש דקמ"ל דאם החזיק בעציץ ואחרי זה החזיק בזרעים, קנה ולא אמרינן דאיהו לא נתכוין לקנות את העציץ בחזקה זו זרעים, שכן הוא היה סבור דהעציץ כבר קנה בחזקתו וכבר נעשה שלו ולא נתכוין לקנותו והוי כעודר בנכסי הגר וסבור דהן שלו ולא קנה, קמ"ל דבחזקה זרעים מיהו קנה, אע"פ שלא נתכוין לקניה, משום דכאן דעת אחרת מקנה אותו שאני, ואף שאין הקונה מתכוין לקניה, ובפרט אם החזיק בזרעים קנה את העציץ מדין אגב, אף דאיהו סבר דעציץ הוי כבר שלו, דקנין אגב קרקע, תורף הקנין הוא מצד המוכר, דבהפקר לא מהני אגב וכו'.

וכן בגמ' בקידושין (כז, א) נסתפקו במקנה מטלטלי לאחד וקרקע לשני, דכל עיקרו של אגב הוי מצד המקנה, ולא נסתפקה הגמ' במטלטלין דאחד וקרקע של אחר אם מהני בהו אגב, וכן בגמ' גיטין הני"ל בעציץ של אחד זרעים של אחר, לא מיירי בגמ' אלא בששניהם העציץ והזרעים של אחד. (ועיי לקמן בענין קרקע דאחד ומטלטלין של אחר ועשאו שליח למכור).

חזינן להדיא בדעת האור שמח, דהפקר לא מהני ביה אגב, כיון דחלות קנין אגב הוא מצד המקנה.

ולפי האמור, רש"י הכא סובר כשיטת האו"ש דהוי קנין מצד המקנה ושפיר מהני לגירושין, דמיקרי ונתן בידה וכנ"ל.

ושיטת תוס' והר"ן דקנינים לא מהני בגט, דבעינן ונתן בידה, ועל כן, מפרשים את הגמ' הכא, דקנתה הגט בקנין חצר. ונהי דקנתה החצר בקנין חזקה, דהוי קנין מצד הקונה, מיהו החסרון של טלי גיטך מע"ג קרקע, היינו דבלי הבעל יש לה יד, ובעי דעתו והסכמתו של הבעל, אך הגט הגיע לידה ללא הקנתו של הבעל, אבל הכא הרי בהסכמתו להקנות לה את החצר עושה לה יד, ואלמלא הקנתו אין לה יד, דהרי החצר של הבעל, ובכה"ג ליכא חסרון של טלי גיטך, הן בגיטין כב,א והן בסוגיין ריש פ' הזורק.

צבורין בקנין אגב בגט

ובנוגע לשיטת רש"י דקנינים מהני בגט, ומיירי בקנין אגב, הקשו ראשונים (רמב"ן, רשב"א ור"ן) דאם הקנין מצד אגב, הרי קיי"ל דאגב לא בעינן צבורין כמבואר במס' קידושין (ומדוע הקפיד להקנות דוקא 'ההוא דוכתא')?

ומיישב קצוה"ח (רב) לפי הגמ' ב"מ (ז,א) דבגט בעינן כריתות, ולכן גט בידה ומשיחה בידו, אינה מגורשת הואיל ויכול לנתקו ולהביאה אצלו. נמצא דאף דקנתה הגט, דהרי הגט בידה וכמאן דפסיק דמי, הואיל ויכול לנתקו ולהביאו אצלו, אכתי אגוד גביה ולא הוי כריתות. א"כ אילו היה מקנה לה דוכתא אחרינא והגט אגבו, כיון דהגט ברשותו ובחצירו, הוי אגוד גביה וליכא כריתות, ומשו"ה יהיב לה האי דוכתא דנמצא בו הגט, דהשתא תו לא אגוד גביה.

ולכאורה אפשר לומר בדעת הראשונים שהקשו ל"ל ההוא דוכתא ולא תירצו כתירוץ הקצות, דנראה דסברי דדוקא בההיא דגט בידה ומשיחה בידו דאגידא לגוף המגרש בכה"ג אין זה כריתות, אבל כשהגט נמצא ברשות המגרש ולא אגידא לגופו של הבעל, הוי שפיר כריתות, דהא עכשיו בשעת זכייתה בגט אינו יכול לנתק את הגט ולתופסו לעצמו.

ויש להביא ראיה לדברי קצוה"ח, דלקמן בפי' הזורק (עח,א) בזרק לה גט, מחצה על מחצה, מגורשת ואינה מגורשת. ופריך הגמ' היכי דמי מחצה על מחצה, הא א"א לצמצם. מבואר דאם אפשר לצמצם שפיר דמגורשת ואינה

מגורשת. והקשו הרשב"א והריטב"א שם אמאי לא אמרינן דאינה מגורשת כלל משום דאגיד גביה. ותירץ הרשב"א כיון דקאי גם בד' אמות דידה דין הוא דתהוי מגורשת ואינה מגורשת. והריטב"א כתב דאיה"נ דהו"מ למיפרך הכי. הרי מבואר מהראשונים דאם הגט הוא רק ברשות הבעל, ודאי לא מהני משום דאגידא גביה, אע"ג דקנתה הגט, ואע"ג דאינו אגוד לגוף המגרש רק לרשותו לא מהני, וכסברת קצוה"ח.

קנין סודר בגט

הקצות שם כתב דאפילו לדעת רש"י דגט נקנה באגב, אבל בחליפי סודר לא מהני, משום דגבי גט כתיב 'ונתן' וחליפין דרך מקח וממכר ולא דרך נתינה, כדאמרינן ב"מ (יא,ב) בעובדא דר"ג וזקנים (לענין נתינת מתנות כהונה).

ובשיעורי ר' שמואל (גיטין אות רמ) כתב טעם נוסף להא דלא מהני קנין חליפין בגט, אף לשיטת רש"י דמהני קנינים בגט, משום דרק קנין כאגב שהוא מצד המקנה מהני בגט, אבל חליפין הוי קנין מצד הקונה ולא מהני בגט, ועי' בזה.

הקנתת שליח באגב

ובהא דהבאנו לעיל, בשני מקנים, האחד מקנה קרקע והאחר מטלטלין לקונה אחד, לא מהני באגב.

ורע"א בגליון השו"ע (חו"מ רב) כתב, אם עשה שליח להקנות מטלטלין, אם יכול להקנות בקנין אגב שדה שמוכר השליח. וכתב די"ל דמהני. ויש להעיר בזה, דנהי דבשני מקנים וקונה אחד, לא מהני אגב וכנ"ל, מיהו אם השליח מקנה לו מטלטלי דמשלח אגב שדה של השליח, אפשר לומר דחשיב מקנה אחד, לפי שהשליח חשיב לבעל דבר להקנות לו מטלטלי דמשלח. וחשיב מקנה אחד – דמקנה לו מטלטלי וקרקע, לקונה אחד. מיהו אם נימא דהשליח הוי כיד המשלח, והמשלח חשיב המקנה, לא מהני אגב באופן הנ"ל, דהוי שני מוכרים וקונה אחד.

וכן נראה מדברי הר"ן (גיטין שם ר"פ הזורק) דמקשה הר"ן מאי קושיא (בגמ' שם – מה שקנתה אשה קנה בעלה) ורבא אמאי איכסיף, הא איהו דאמר במס' ב"ב דבעל שנתן מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות (וע"ש תוס' עז,ב). ותירץ הר"ן די"ל דגט זה לא היה בביתו של שכיב מרע אלא בבית השליח, שהוא עשה שליח מערב שבת לתת גט לאשתו והגט היה בבית השליח

וחצרו של שליח כידו וחצרו של בעל ורבא אמר לשליח דליקני לה ההוא
דוכתא כדי שלא תטרף דעתו של שכ"מ עליו, וליקני לה גיטה מדין חצרה
כנותן גט בחצרו וכתב לה שטר מתנה עליו דקנאתו ומתגרשת בו וכו'.

הרי להדיא דהשליח הוא בעל דבר על הגירושין, והיכא דהוא, השליח, מקנה
לה החצר והגט בתוכו מתגרשת בו, דאי לא תימא הכי, אלא דשליח הוי יד
אריכתא של הבעל ותו לא, הוי חצרה הבאה לאחר מכן דלא מתגרשת בו.

חופה לפסולות

איתא בגמ' יבמות (נז,א),

איתמר רב אמר יש חופה לפסולות. ושמואל אמר: אין חופה לפסולות.

דעת שמואל שכיון שאסורה בביאה יש חסרון גם בחופה וכהן גדול שיכניס אלמנה לחופה, לא עשה כלום.

ביבמות (צ,ב) הגמרא לומדת מפסוק שכהן אינו מיטמא לאשתו פסולה.

ולא זה וזה מטמאין לה מנלן דכתיב כי אם לשארו הקרוב אליו...
וכתיב לא יטמא בעל בעמיו להחלו יש בעל שמיטמא ויש בעל שאין מיטמא הא כיצד מיטמא הוא לאשתו כשרה ואינו מיטמא לאשתו פסולה.

והקשו הראשונים – לפי שמואל, שאין חופה לפסולות, לעולם גם אין נישואין לפסולות – וממילא אשה פסולה לכהן יכולה להיות רק ארוסתו, שהרי גם כשיכניסנה לחופה לא יועיל כלום. והרי ממילא כהן מיטמא רק לאשתו נשואה ולא לארוסתו – וקשה א"כ מ"ט צריך פסוק לפי שמואל למעט כהן מלהיטמא לאשתו פסולה, הרי לעולם לא תהיה אשתו.

ומתרצים (הריטב"א בסוגיין והרמב"ן שם): דין זה גופא, שאין חופה לפסולות, נלמד – לשמואל – מהפסוק הממעט כהן מלהיטמא לאשתו פסולה. כלומר זה גופא הטעם שאינו נטמא לאשתו פסולה – כי אין חופה לאשה כזו, והיא רק ארוסתו ולא אשתו, ומשמעות הדבר היא שאין חופה לפסולות.

עוד תירצו – גם לשמואל שאין חופה לפסולות, זה דוקא כשהכניסה לחופה בלבד, אך אם בא עליה – היא אשתו. ביאה אחרי אירוסין ודאי פועלת ומעתה היא אשתו. א"כ הפסוק נצרך למעט כהן שבא על אשתו הפסולה מההיתר להיטמא לה.

* סיכום שיעור שמסר ראש הכולל, תמוז תשס"ז, נרשם ע"י אחד השומעים.

ראיה לכך שגם שמואל מודה שביאת כהן באשה פסולה יוצרת נישואין, מביא התוס' ישנים (נז, ב סוף אות א) מסוף סוגייתנו :

אמר רב עמרם... יש חופה לפסולות ותנא תונא אמן שלא שטיתי ארוסה ונשואה שומרת יבם וכנוסה. האי ארוסה היכי דמי... אלא דקני לה כשהיא ארוסה ואיסתתרה וקמשקה לה כשהיא נשואה.

ומקשה הגמ' – אם קינא לה באירוסייה ובכ"ז הכניסה לנישואין אין המים בודקין אותה דכתיב ונקה האיש מעון – בזמן שמנוקה מעון, והרי היתה אסורה עליו כדין סוטה והכניסה באיסור.

...אלא דקני לה כשהיא ארוסה ואיסתתרה ונכנסה לחופה ולא נבעלה ושמע מינה יש חופה לפסולות.

הוא מנוקה מעון, דלא בעל אותה – ומשמע שהפכה לנשואה ע"י חופה.

אכן מההו"א – מוכח להדיא שביאה לפסולות גם לשמואל יוצרת נישואין, שכן הגמ' הקשתה מכח העובדה שאינו מנוקה מעון וזו המניעה היחידה לכך שהמים יבדקו אותה, אך פשוט היה לגמ' שאם בעל אותה נחשבת נשואה גם לשמואל, שהרי המדובר שקינא לה כשהיא ארוסה, "וקמשקה לה כשהיא נשואה", אף שהמדובר בביאת איסור.

בקרן אורה (נז, ב) ד"ה והעיקר מקשה על עיקר קושיית הרמב"ן והריטב"א – מדוע צריך פסוק למעט חופה לפסולות הרי לשמואל אין אשה פסולה יכולה להיות נשואה – שלכאורה הקושיה לא מובנת. דשפיר משכח"ל אשה פסולה נשואה, כשקידש ונשא כדין, ואח"כ נפסלה כסוטה מדין זונה ואסורה לבעלה. ולכה"ג בעינן פסוק שלא ייטמא לה אם מתה קודם שהותרה ממעמדה כסוטה.

אך שפיר יש להסביר את קושייתם – עפ"י יסוד שחידש רש"י ביבמות (מט, ב) :

אמר אב"י הכל מודים בבא על הנדה ועל הסוטה שאין הולד ממזר. נדה – דהא תפסי בה קידושין שנאמר ותהי נדתה עליו אפי' בשעת נדתה תפסי בה קידושין. סוטה נמי דהא תפסי בה קידושין.

ומבאר רש"י גבי סוטה – דהא תפסי בה קידושין – לאשה, דאף לאחר שזינתה לא פקעו ממנה קידושיה הראשונים.

כלומר, אילו היה הדין שאין קידושין תופסים בסוטה, גם אשת איש שנתקדשה בהיתר ואחר כך נאסרה – היו צריכים לפקוע קידושיה.

היינו – כל מקום שבגלל פסול כלשהו **לא יתפסו** קידושין, אז אם יוצר פסול כזה **אחרי** הקידושין – הקידושין **יפקעו**.

ועפ"י אפרש לומר גם בנישואין לפסולה – אם שמואל ס"ל שאין חופה לפסולות, אז א"כ גם כשמתעורר פסול **אחרי** חופה כשרה, וכגון במקרה שהביא הקרן אורה שקידש ונשא ואח"כ זינתה ונאסרה כסוטה – תפקע החופה, ושוב אינה נשואה – וממנ"פ יוצא שהיכא שפסולה לו, אינה אשתו – ולכך הקשו הראשונים מ"ט בעינין פסוק למעט כהן מליטמא, הרי בכל מקרה כהן אינו נטמא לארוסתו.

וע"כ תירצו שמדובר שבא עליה – וביאה לעולם יוצרת נישואין, אף באשה פסולה. ובכה"ג בעינין פסוק למעט, שכשנשוי לפסולה – אינו מיטמא לה.

חופה לבעולה

ביומא (יג,ב) בסוגיא העוסקת באשה שמתקינין לכהן גדול עיוה"כ, בתוס' ד"ה לחדא – מובאת שיטת הירושלמי שלבעולה אין חופה, "אלמנה שאין לה חופה ואינה נקנית לבעלה ליורשה וליטמא לה ולהפר נדריה **אלא ע"י ביאה** – צריך לבוא עליה מבעוד יום שלא יהא כקונה קנין בשבת...". רק בתולה מותר לכנוס לחופה בע"ש ולבעול בשבת – כי החופה כבר קנתה, והבעילה אינה חלק מהקנין.

משנתנו עוסקת באלמנה לכה"ג – ובגמרא נחלקו רב ושמואל אם יש חופה לפסולות או לאו, ואי נימא שמחלוקתם קאי אמתניתין – אליבא דשיטת התוס' מה שייך בכלל לדון האם יש חופה לפסולות או לאו, הרי לתוס', כשנושא אלמנה – חופתה בלא ביאה ממילא לא קונה – ולעולם אינה נשואה – ומה שייך לחלוק בחופה גרידא.

ובשו"ע הלי' קידושין (סד,ה) – אלמנה קונה בה חופה רק ע"י יחוד של ביאה ובגר"א שם (סק"י) – מוכיח גם מסוף דברי תוס' ביומא וגם מגמ' בקידושין (י,ב) שחופה גרידא קונה בין בבתולה ובין באלמנה – שכן הבעילי חולק בזה על הירושלמי.

רעק"א בדרוש וחידוש, מוכיח מסוגיין נגד הירושלמי וכנ"ל – משנתנו עוסקת באלמנה לכה"ג ובכ"ז חולקים רב ושמואל אם יש חופה לפסולות – מוכח שחופה מועילה בבעולה.

אמנם ניתן לדחות ולומר שהמשנה מדברת באלמנה מן ה**אירוסין** שאינה בעולה, ורק לכן שייך שחופה תקנה בה.

וכן ניתן להוכיח מסוף סוגייתנו, שהובאה לעיל – שקינא לה באירוסיה ונסתתרה ונכנסה לחופה ולא נבעלה על ידו (ולכן הוא מנוקה מעוון והמים בודקים אותה) וקמשקה לה כשהיא נשואה – וש"מ יש חופה לפסולות. ואם נימא כדברי הירושלמי שחופה לא קונה בבעולה – א"כ צ"ע טובא, שהרי אין היא נשואה כלל, מכיון שנבעלה לבועל, וכנסה בעלה לחופה ולא בא עליה.

והגמרא הרי העמידה מקרה זה כדי לבאר את שבועתה – אמן שלא שטייתי ארוסה ו**נשואה** – משמע שחופה זו יצרה נישואין, וחופה קונה גם בבעולה.

(ואין לומר דהיינו טעמא שנחשבת נשואה, כי הרי רק ספק נבעלה, ויתכן שחופתה היתה חופה מעליא אם לא נבעלה והיא בתולה – שהרי המים בודקין אותה, כלומר **שיתכן שנבעלה** – ובכ"ז נחשבת כנשואה).

ועוד, למסקנה הגמי' מעמידה את השבועה שלא שטייתי ארוסה ונשואה באופן שבא עליה בבית חמיו, וקדמה שכיבת בעל לבועל – להדיא רואים שאף שנבעלה כבר – חופתה קונה.

ראיה נוספת לכך שהבבלי והירושלמי חולקים בכך יש להביא מהסוגיא בכתובות (מה, א):

תני שילא שלוש מידות בנערה... סרחה ולבסוף בגרה תידון בחנק.

נערה המאורסה שזינתה, אך בגרה קודם העמדה בדין, דינה בחנק – כשם שאילו היתה מזנה כעת בבגרותה, דינה היה חנק ולא סקילה. סקילה נאמרה רק **בנערה** המאורסה (רש"י).

למימרא דכל היכא דאישתני גופא אישתני קטלא, ורמינהי נערה המאורסה שזינתה ומשבגרה הוציא עליה שם רע הוא אינו לוקה ואינו נותן מאה סלע... והיא או זוממיה מקדימין לבית הסקילה.

וא"כ חזינן שגם בבוגרת מצינו סקילה ולא דוקא בנערה, ואע"ג דאישתני גופא.

אמר רבא מוציא שם רע קאמרת, שאני מוציא שם רע דחידוש הוא – דהא נכנסה לחופה ולא נבעלה בעלמא וזינתה בחנק, ואילו מוציא שם רע בסקילה.

אין להביא ראיה ממוציא שם רע לכך שיש בוגרת בסקילה, שכן כל דין מוציא ש"ר – חידוש הוא שחידשה תורה. שהרי בדרך כלל כל היכא שאישתני דינא אישתני קטלא – ולפי"ז היה צריך להיות שכל נערה המאורסה שאחרי נישואיה בעלה טוען שזינתה – דינה יהיה בחנק, שהרי אם תזנה אחרי כניסתה לחופה, ודאי דינה כאשת איש שזינתה בחנק, וא"כ אישתני דינא, ואף שזינתה קודם חופתה ראוי היה לדונה בחנק – דאישתני קטלא. ובכל זאת התורה חידשה שדנים אותה בסקילה. ומחידוש לא ילפינן לסתם בוגרת. עכת"ד הגמ'.

רבא בדבריו על מוציא ש"ר, מביא כדוגמא לאשת איש שזינתה, שדינה חנק – "דהא נכנסה לחופה ולא נבעלה" – וראיה א"כ שלבבלי חופה קונה אף בבעולה (הרי זינתה קודם חופתה).

אילו הדין היה כירושלמי, שחופה לא מועילה לבעולה אלא רק ביאה – אין חידוש כלל בכך שנערה המאורסה שנכנסה לחופה בסקילה, דהיינו טעמא שמיתתה בסקילה, שהרי בעולה היא וחופתה לא קנתה, וממילא לא אישתני דינא, שכן נשארה מאורסה ואינה אשת איש – ולכן לא אישתני קטלא.

טענת מקח טעות בנישואין

רעק"א בתשובותיו (תניינא סי' נא) מחדש שכל מקח טעות הוה מדין תנאי. ויוצא מכך שבנישואין אי אפשר לטעון טענת מקח טעות, שהרי אין שליחות בנישואין, ומילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי. וממילא אין מקח טעות בנישואין.

מסוגיא זו בכתובות מתחזק לכאורה חידושו זה של רעק"א, שכן ברגע שכנסה לחופה והתברר שאינה בתולה היה נראה לדון נישואין אלו כמקח טעות (ורבא דהוא מרא דשמעתא ס"ל בכתובות יב שכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כלום), וביותר – כאן הרי זינתה ונאסרה עליו, וודאי הוה מקח טעות, וממילא חופתה בטילה ולא אישתני דינא כלל – ובכ"ז הגמרא מחשיבתה כנשואה שהרי אומרת דהיינו חידושא שאישתני דינא ולא

אישתני קטלא – והיינו טעמא, שאין מושג של מקח טעות בנישואין. כי כל מקח טעות מועיל מדין תנאי, ואין תנאי בנישואין.

אמנם רעק"א עצמו מסייג ראייתו – בכתובות (מח,ב) מסר האב לשלוחי הבעל, מתה – בעלה יורשה. בד"א לירושתה.

רש"י ס"ל שאינה נשואה, ומועילה המסירה רק לענין ירושתה, אך לא נטמא לה ואינו מיפר נדריה.

אבל תוס' ס"ל שנעשית נשואה גמורה במסירה זו, והגמרא הדגישה שבעלה יורשה אע"פ שירושתה היא רק תקנתא דרבנן, הוה ס"ד שהיכא שרק מסר לשלוחי הבעל לא תקון רבנן, קמ"ל.

א"כ ההנחה של רעק"א נכונה רק לרש"י – כי לתוס' רואים שגם נישואין איתא בשליחות (מסר האב) – וממילא איתא בתנאי, ויש מקח טעות.

חופת נידה

הרמב"ם סובר שחופת נידה אינה קונה ונחשבת ארוסה. חופה לשיטתו, זה ייחוד, ואם נתייחד עם הנידה אין כאן חופה.

וז"ל בהלכות אישות (י,א-ב)

א. הארוסה אסורה לבעלה מדברי סופרים, כל זמן שהיא בבית אביה. והבא על ארוסתו בבית חמיו, מכין אותו מכת מרדות. ואפילו קידשה בביאה, אסור לו לבוא עליה ביאה שנייה בבית אביה, עד שיביא אותה לתוך ביתו, ויתייחד עימה ויפרישנה לו; וייחוד זה הוא הנקרא כניסה לחופה, והוא הנקרא נישואין בכל מקום והבא על ארוסתו לשם נישואין אחר שקידשה משיערה בה, קנאה ונעשת נשואה, והרי היא אשתו לכל דבר.

ב. כיון שנכנסה הארוסה לחופה הרי זו מותרת לו לבוא עליה בכל עת שירצה, והרי היא אשתו גמורה לכל דבר ומשתייכנס לחופה נקראת נשואה, אף על פי שלא נבעלה: והוא, שתהיה ראויה לבעילה אבל אם הייתה נידה אף על פי שנכנסה לחופה, ונתייחד עימה לא גמרו הנישואין, והרי היא כארוסה עדיין.

הר"ן בריש כתובות כותב שמקורו של הרמב"ם לכך שחופת נידה לא מועילה היא בסוגיא שם:

ועכשיו ששנינו שקדו... הגיע זמן באחד בשבת מתוך שאינו יכול לכנס
אינו מעלה לה מזונות. לפיכך חלה הוא או שחלתה היא או שפירסה
נדה אינו מעלה לה מזונות

אינו מעלה לה מזונות, שכן הוא אנוס. (דאם הגיע זמנה ולא כנסה באשמתו –
אוכלת משלו, ואוכלת בתרומה). ואם נפסוק שחופה היינו הכנסה לרשות
בלבד בלא ייחוד – אין הוא אנוס בכך שהיא נידה. שיכניסה לרשותו ויאכילה
מזונות.

מדין הגמי' שבפירסה נידה הבעל נחשב אנוס ואינו מאכילה – לומד הרמב"ם
שגם אם יכניסה לא תהיה קנויה לו, דהיינו שחופת נידה "לא גמרו הנישואין,
והרי היא כארוסה עדיין". ולכן הוא אנוס.

אך הר"ן דוחה וס"ל שאיה"נ הכנסה לרשות כן קונה אף דלא נבעלה. ואם
יכניס את אשתו הנידה לחופה – יאכילה במזונות אף שלא יבעול אותה.

מה שהגמי' אמרה שפירסה נידה או שהוא חלה נחשב לאנוס – הכוונה היא
שמאחר ומהות ותכלית הנישואין היא אישות – ולא יכול לבעול כל עוד היא
נידה, ממילא **לא חייבוהו** חכמים להכניסה ולתת לה מזונות. אבל איה"נ
לדינא, אם יכניס תהיה אשתו לכל דבר.

מקור נוסף לרמב"ם מביאים הראשונים מכתובות (נו,א). דעת ראב"ע במשנה
שהכותב לאשתו כתובה ותוספת כתובה ומת לפני הנישואין, גובה רק עיקר
כתובה שלא כתב לה תוספת מדעתו אלא על מנת לכונסה. ובגמי' שם:

בעי רבין נכנסה לחופה ולא נבעלה מהו חיבת חופה קונה או חיבת
ביאה קונה...

אם חיבת חופה קונה – תקבל את התוספת אף שלא נבעלה קודם שמת. אך
אם חיבת ביאה קונה – לא תקבל.

בעי רב אשי נכנסה לחופה ופירסה נידה מהו אם תימצי לומר חיבת
חופה קונה חופה דחזיא לביאה אבל חופה דלא חזיא לביאה לא או
דלמא לא שנא תיקו.

רב אשי מסתפק לפי הצד שחיבת חופה קונה – בעינן חופה הראויה לביאה,
ולכן אם פירסה נידה לא תקבל תוספת, או דילמא לא שנא, תיקו.

ועי"ש בר"ן וברא"ש, שהרמב"ם למד בבעיא דרב אשי שאינה רק לגבי קנין התוספת, אלא לגבי עצם קנין החופה. האם חופה דלא חזיא לביאה קונה או לא, וכיון שכך פסק שחופת נידה אינה מועילה.

אך דוחים הראיה וטוענים שאדרבה, מסוגיא זו משמע שחופת נידה ודאי קונה וכל ספיקו של רב אשי נוגע רק לקנין התוספת. אם כהרמב"ם שרב אשי הסתפק בעיקר הדין של חופת נידה, לא היה לו להסתפק בעקיפין בסוגיא העוסקת בתוספת כתובה. לכן חולקים על הרמב"ם לדינא. אך עכ"פ לשיטתם – מכאן למד הרמב"ם את דינו.

ולכאורה קשה – איך ס"ל לראשונים שזה מקורו של הרמב"ם. הרי מסקנת הגמ' היא תיקו, וא"כ היה הרמב"ם צריך לפסוק לחומרא – שחופת נידה אינה גומרת נישואין, אך ודאי לחומרא נחשבת כנשואה.

ויש כמה נפק"מ האם חופת נידה דלא חזיא לביאה אינה מועילה מעיקר הדין או רק לחומרא:

1) כהן שהכניס לחופה ולא בעל ומתה האשה – האם יטמא לה כנשואה, או שהיא ארוסה.

2) כמו"כ אם אחר חופה בלא ביאה נישאה האשה לאחר – האם כתובתה מנה או מאתיים.

3) בבת כהן – האם אחיה מיטמאין לה (אח נטמא רק לאחותו הבתולה, שלא נישאה עדיין).

לפי הרמב"ם בכל אלו – הרי היא כארוסה, שהרי פסק שכל חופה בלא ייחוד וביאה, לא גמרו הנישואין. ולכן בעלה כהן לא יטמא לה. ואם תינשא לאחר כתובתה מאתיים, כארוסה, ואחיה הכהן יכול ליטמא לה.

אך מפשט הגמ' היה צ"ל לחומרא. בעלה כהן לא יטמא לה, כארוסה. כתובתה תהיה מנה, כנשואה. אחיה לא יטמא לה, כנשואה.

ועוד נפק"מ דין נערה בכה"ג, אם נחשיבה כנשואה רק היא מקבלת גיטה, אך אם היא עדיין ארוסה – גם אביה יכול לקבל גיטה.

ועוד קשה, הרמב"ם פוסק כרב שיש חופה לפסולות, ומאידך פוסק שחופת נידה לא מועילה. ולכאורה מאי שנא חופת נידה מסתם חופת פסולות. (ר"ן בדף נו).

ועוד מקשה הנתיבות מגמ' יומא – דעת ר' יהודה שמתקינין לו אשה אחרת, שמא תמות אשתו, וכתוב וכיפר בעדו ובעד ביתו, וחייב להיות נשוי.

ובמסקנת הגמרא שם נחלקו הראשונים כיצד מתקינין לו, כי אינו יכול לכונסה כאשה רגילה – בית אחד אמר רחמנא ולא שני בתים – וכונס את האשה השניה רק על תנאי, עיי"ש.

הרמב"ם פוסק כחכמים, שאין מתקינין לו אשה אחרת – ואם בכ"ז תמות אשתו, יקדש ויכנס אשה ביוה"כ עצמו.¹

והקשה בעל הנתיבות בחיבורו בית יעקב – לרמב"ם, איך יכנס אשה ביוה"כ, הרי אסור בתשמיש, והוי כניסה לחופה דלא חזיא לביאה, ואינה מועלת.

ואם כי אפשר לחלק מדין נידה, שהרי כאן אין איסור ביאה בחפצא של האשה אלא איסור גברא על הכהן מדיני העינוי, ויתכן דנחשב חופה דחזיא לביאה (שער המלך) – אך הבית יעקב לא סבר כן.

ועוד קשה – מסר האב לשלוחי הבעל, הבאנו שלתוס' הוה נישואין גמורין. והרי הרמב"ם ס"ל שאין הכנסה לרשות בלא ייחוד, והרי שם אין יחוד – ואיך נחשבת נשואה.

ומדויק ברמב"ם שבנידון זה ס"ל כתוס' שכן פסק בהלכות נדרים (יא, כב):

הלך האב עם שלוחי הבעל, או שהלכו שלוחי האב עם שלוחי הבעל עדין אביה ובעלה מפירין נדריה. מסר האב לשלוחי הבעל, או שמסרו שלוחי האב לשלוחי הבעל אין האב יכול להפר, שהרי יצאת מרשותו; ולא הבעל יכול להפר, שאין הבעל מפר בקודמין, כמו שביארנו.

משעה שמסר לשלוחי הבעל יצאה מרשות האב, ואינו יכול להפר נדריה אפילו בשותפות עם הבעל. וגם בעלה לא יפר נדריה, **כי אין הבעל מיפר בקודמין**. ולא נימק שאינו יכול להפר כי לא היתה חופה ועדיין היא ארוסה. משמע שהיא כבר נשואה, כתוס', ומטעם אחר הוא, שלא יפר.²

¹ עיי אור שמח איסורי ביאה זו, שהיות הכה"ג נשוי מעכב בעבודת יוה"כ, אלא שלא נתפרש ברמב"ם האם ישא אשה ביוה"כ (עיי ערוך השלחן קנו, יז עפ"י ירושלמי) או שמא כהן אחר יחליפו (כפי שהעלה המאירי ד"ה ואמרו לו). והשיח יצחק סבור שהיותו נשוי אינו אלא דין לכתחילה בלבד.

² וילה"ע – גם בדעת הרמב"ם אפשר ללמוד שבמסר האב לשלוחי הבעל אינה כנשואה גמורה, וכפרש"י. ופירוש דבריו – מהאב היא ודאי יצאה, ולמשל אם תזנה תהיה בחנק ולא בסקילה. לכן ודאי האב אינו מיפר. אך גם בעלה "אינו מיפר בקודמין" – היינו, ודאי

וא"כ קשה איך היא נשואה בלא ייחוד (גרנ"ט).

וצ"ל, וכך פ"י שער המלך בקונטרס חתנים, ואחריו פ"י כן הגרנ"ט, דבכל נישואין יש שני דברים. יש קנין בנישואין – יורשה, מיטמא לה, מיפר נדריה. וגם בחופת נידה קיים מימד זה של קנין, של הכנסה לרשות.

אך מכיון שיש איסור לבוא על ארוסתו, בנישואין יש גם מימד נוסף של **היתר ביאה**. ובמימד זה של היתר ביאה – צריך נישואין דחויא לביאה. חופת נידה אינה מספיק טובה לכך. דעת הרמב"ם שחופת נידה אכן קונה, אבל אינה מספיק חזקה בשביל ליצור היתר ביאה.

לכן דייק הרמב"ם בלשונו – "אבל אם הייתה נידה אף על פי שנכנסה לחופה... **לא גמרו הנישואין**, והרי היא כארוסה עדיין".

בעצם האשה קנויה לו לגמרי, אלא שלענין היתר ביאה היא לא קנויה לו לגמרי.

ונפק"מ לפי"ז בין אשה שנכנסה לחופה גמורה לבין אשה שנכנסה לחופה כנידה:

א. כנשואה יכול לכפותה לבוא עליה, וכעת עדיין אינו יכול.

ב. כארוסה יכולים שניהם לאסור עצמם בתשמיש זה על זה, דעדיין אין שעבוד. וכן במעמדה זה אחר חופת נידה – עדיין יכולה לאסור עצמה כיון שאינה משועבדת לדברים שבינו לבינה.

ועפ"י ז' יובנו גם הדינים דלעיל: אחיה הכהן **לא** יטמא לה – כי היא כבר נשואה. כהן גדול שכנס לחופה ביוה"כ – נחשבת אשתו, לענין וכיפר בעדו ובעד ביתו. כהן שכנס ולא בעל – נטמא לה, כי היא אשתו.

וכן במסר האב לשלוחי הבעל – אינו מיפר נדריה אפילו בשותפות – כי היא כבר נשואה, ונכנסה לרשות בעלה אף שאין עדיין היתר ביאה.

אמנם הגמ' בכתובות נו לא פשטה את בעיית רב אשי ובנכנסה לחופה ולא נבעלה יתכן ולא תקבל תוספת, ומסקנת הגמ' היא תיקו. ולפי"ד היה נראה לומר שכיון שחופה כזו קונה לכל ענייני הקנין, ודאי תקבל תוספת כתובה.

אינה נשואה גמורה כעת, והיא כעין מצב ביניים. ואפילו אם יכניסה לחופה גמורה אח"כ – הבעל לא יוכל להפר את נדריה שתידור עכשיו – אינו מיפר בקודמין לחופה, שכן אינה אשתו עדיין.

צ"ל שגם אם חיבת חופה קונה, לא ברור שהיא קנויה לו לענין תוספת, שכן בעינין חופה דחזיא לביאה, וחופת נידה לא חזיא לביאה. יתכן שלא התכוון להקנות לה תוספת כתובה, דהרי טעמא דראב"ע שם במשנה הוא שאדם כותב תוספת כתובה אדעתא דלכונסה. ואכן נגמר בתיקו ולדינא, הממע"ה ולא תקבל.

ודאי שלפי מהלך זה בדברי הרמב"ם – **מקור** הדין שחופת נידה לא קונה אינו ברור, שכן הסוגיא בכתובות נו, אינה עוסקת במהות קנין חופה, אלא רק בתוספת כתובה, וכדברי הרא"ש.

(את הסוגיא בריש כתובות נראה שא"א ללמוד כמקור לכך, וכנ"ל).

ממילא אין סתירה בין פסקי הרמב"ם. מחד, יש חופה לפסולות – וקונה לכל קנייני הבעל. ומאידך, חופת נידה לא קונה – לענין היתר ביאה, וצריך חופה נוספת לענין זה, יחוד הראוי לביאה.

בדין יכיר

ראשי הפרקים

- א. מקור הדין
- ב. גדרי דין יכיר
- ג. מי נאמן בדין יכיר
- ד. הכרת הבן לענין יבום
- ה. פסיקת ההלכה
- ו. אופנים שונים של קביעת אבהות

במאמרנו שני חלקים :

בחלק הראשון נגדיר בעז"ה את דין הכרת האב את הבן (יכיר – ועוד) : מקור הדין, מחלוקת התנאים בענין זה – יסודותיה ושרשיה, גדרים מסוימים בדין זה לפי שיטות הראשונים והאחרונים, וההלכה כפי שנפסקה בטור ובשו"ע. בחלקו השני של מאמרנו נביא השלכות מעשיות שנידונו בספרי האחרונים בענין קביעת אבהות ע"י הנהגות או הוכחות מדעיות שביכלתן לקשר בין אב לבנו. לדינים אלו השלכות רבות. אנו נתמקד בשני תחומים : ממזרות ויבום.

א. מקור הדין

איתא במשנה (קידושין עח,ב) : האומר בני זה ממזר אינו נאמן, ואפילו שניהם אומרים על העובר שבמעיה שממזר הוא אינם נאמנים. רבי יהודה אומר נאמנים.¹ בגמרא (שם) : רבי יהודה אומר נאמנים כדתניא יכיר (דברים כא) יכירנו לאחרים, מכאן אר"י נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שנאמן לומר זה בני בכור, כך נאמן לומר זה בן גרושה ובן חלוצה.

¹ אמנם הלכה נקבעה כר"י, ונעסוק בעיקר בדעתו, אך יש לעיין בסברת ת"ק. ובטעם דבריו נחלקו הראשונים :

רש"י אומר שהוא אינו נאמן משום שהוא קרוב אצלו ואינו כשר להעיד עליו. המאירי כותב את טעם רש"י ומוסיף עוד טעם שאין אדם משים עצמו רשע, לומר שבא על חיבי כריתות. הר"ן תמה על פרש"י ואומר שאין צריך לכך (לטעמו) שהרי כיון שהולד בחזקת כשרות ואין ערער פחות משנים, אי"כ בוודאי שלא יהיה נאמן.

ואומרת הגמרא שלרבנן לומדים מיכיר שהאב נאמן כשצריך היכירא, ופרש"י שלרבנן דין יכיר הוא בכגון שבא ממדינת הים ולא הוחזק לנו בבכור אלא על פי אביו (ובזה הוא נאמן), וכ"פ בתוס' ר"י הזקן ושהאב נאמן מדין מגו.

עוד איתא בב"ב (קכז, ב) דתניא יכיר² וכו'. ת"ר היו מוחזקין בו שהוא בכור ואמר אביו על אחר שהוא בכור נאמן. היו מוחזקין בו שאינו בכור ואמר אביו בכור הוא – אינו נאמן. רישא רבי יהודה. סיפא רבנן.

איתא בגמ' (יבמות מז, א) מעשה באחד שבא לפני רבי יהודה ואמר לו נתגיירתי ביני לבין עצמי, אמר לו רבי יהודה יש לך עדים? אמר לו לאו. יש לך בנים? א"ל הן. אמר לו נאמן אתה לפסול את עצמך ואי אתה נאמן לפסול את בניך. ומי א"ר יהודה אבנים לא מהימן, והתניא יכיר וכו'. הכי קאמר ליה: לדברך עובד כוכבים אתה ואין עדות לעובד כוכבים.

יסוד מחלוקת רבי יהודה וחכמים

מרש"י (קידושין עח, ב ד"ה אינו נאמן), וכן מדברי המאירי משמע שסוד מחלוקתם הוא לענין הנאמנות לפסול את הילד, אך לענין לקבוע בכורה אין מחלוקת שהוא נאמן.

תוס' הרא"ש (קידושין עד, א) והרי"ד (קידושין עח, ב) מקשים על רש"י מהגמ' ב"ב קכח, ב "אלא אמר רבא הכי קאמר, האומר על תינוק בין הבנים בכור הוא נאמן כרבי יהודה, ורבי יוחנן אמר אינו נאמן כרבנן" ע"ש. רואים מגמרא זו מפורש שמחלוקת ר"י ורבנן היא גם לענין הכרת בכורה.

ועוד, הגמרא קידושין (עח) שואלת אלא יכיר לרבנן למה לי? ומתרצת בצריך היכרא ע"ש. רואים שגם בענין בכורה יש מחלוקת ביניהם?

לכן תוס' הרא"ש, הרי"ד והרשב"ם (ב"ב קכז, ב ד"ה נאמן וד"ה וחכ"א) מסבירים שמחלוקתם היא גם לענין נאמנות האב לומר על בנו שהוא בכור, בכגון שמוחזקים באחר שהוא הבכור.

וכמובן אם באים בני משפחה ולא יודעים מי הבכור גם לרבנן האב נאמן לומר כ"כ הרי"ף (ב"ב נו, ב) ועוד.

² פרשב"ם: יכיר קרא יתירא הוא.

מקור הדין (הנאמנות לפסול את בנו)

מאלו מילים בפסוק בדיוק לומדים על הנאמנות לפסול את בנו (לפי רבי יהודה)? רבי אליהו מפארי"ש (תוד"ה כד יבמות מז, ב) מפרש שמקור נאמנות האב לומר זה בן גרושה ובן חלוצה. מזה שכתוב "בן השנואה יכיר" (פי', בן שנוולד מאשה שהיא שנואה בנשואיה, כגון חיבי לאוין – כ"מ בתוס' ב"ב קכז, ב) ושכן משמע בירושלמי. אך תוס' סובר שלשון הש"ס לא משמע הכי, דקתני כשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור וכו', משמע שמיניה (יכיר) למד, והריטב"א אמר ע"ז ויפה פרש ז"ל.³

אין אדם משים עצמו רשע

הבאנו את טעמו של המאירי כנ"ל שלדעת חכמים, שהאב אינו נאמן לומר בני זה ממזר, משום אין אדם מע"ר. וצ"ל מה יענה על כך ר' יהודה?

נמו"י (ב"ב קכז, ב) אומר שמדובר כגון שאמר שוגג הייתי וכו', דבמזיד אינו נאמן כי אין אדם משום עצמו רשע.

הרש"ש (ב"ב קכז, ב) אומר וגם י"ל שזה ידוע שנשא גרושה ואומר שהילד הזה נולד ממנה (אבל אין לומר שזה שאין אדם מע"ר הוא מטעם שאדם קרוב אצל עצמו, ופה רואים שהתורה האמינתו אף על בנו שהוא קרוב, שהרי ביבמות אמרה הגמ' שאם יש לבן בנים שוב אינו נאמן אפילו על בנו כמ"ש שם בתוס', ועוד דלדבריו רשע הוא ופסול לעדות וכד').

תוס' רא"ש (קידושין עד) ותוס' רי"ד (יבמות מז) מתרצים: לענין לומר שהבן הוא ב"ג וב"ח, כמו הנמו"י, שאומר שלא ידע שהיא גרושה. לענין בנו שהוא ממזר טוען שנתחלפה הערוה באשתו (ג"כ כנמו"י הנ"ל). ריטב"א (ב"ב קכז) כותב בתרוץ השני, שזו נאמנות מכח גזה"כ ולא מגדרי עדות, ולכן מועילה גם כשמשים עצמו רשע.

ב. גדרי דין יכיר

1. לקבוע בכורה ולענין פסלות (ממזרות וכד')

נחלקו ראשונים האם אדם נאמן לפסול את בנו דוקא דרך הכרת בכורה או אפילו ישירות:

³ עיין בשו"ת חת"ס אבה"ע יג שכותב שיסוד המחלוקת בין הר"א מפארי"ש לתוספות תלויה בשתי דעות בירושלמי עיי"ש ד"ה הנה, והנה.

השלטי גבורים (קידושין לב,ב) מביא בשם הסמ"ג שיש מי שפסק שאין אדם נאמן לפסול את בנו אלא על ידי הכרת בכורה, כגון שאומר על תינוק בין הבנים שהוא בכור, ועל ידי זה הוא עשה כל בניו הגדולים מהתינוק ממזרים.

ויש פוסקים שגם שלא על ידי הכרת בכורה נאמן אדם לפסול את בנו, אלא נאמן לומר עליו ישירות שהוא ממזר.

הסוברים כשיטה הראשונה: בה"ג (מובא בתוס' ב"ב קכז,ב), וכן תוס' רא"ש (קידושין עד) ועוד בשם ר"ת.

הרמב"ן (ב"ב קכז,א ד"ה היו), הרשב"א (ב"ב קכח,ב ד"ה אמר), והריטב"א (ב"ב קכז,ב דה ובשם) דוחים שיטה זו בטענות הבאות: מפורש בשיטת רבי יהודה שנאמן לומר זה בן גרושה ובן חלוצה וזה לא שייך בדרך הכרת בכורה? ועוד שבמשנה (קידושין עח) הנ"ל מפורש שנאמן לפסול את העובר שבמעיה בממזרות (משמע באופן ישיר)? גם ר"י בתוס' (הנ"ל) ועוד מקשים על הבה"ג ור"ת מהגמ' (יבמות מז הנ"ל) שמשמע ממנה שאם הוא לא היה גוי לדבריו היה נאמן אפילו ששם זה לא דרך הכרת בכורה?

על הקושיא האחרונה תרץ הר"ר אלחנן (מובא באו"ז ב"ב פרק ח אות צו) שגם בגמ' הנ"ל שהוא מעיד על עצמו שהוא גוי, רצונו לומר שבנו אינו בכור שיטול פי שניים⁴, וא"כ העדות היא על ענין בכורה, וממילא מאחר ואנו מאמינים לו שהתגייר בינו לבין עצמו לענין בכורה, נאמן גם לפסול בניו בעדות תינוק בין הבנים.

וכעין זה מביא רע"א (סי' קכח) בשם התיבנות שנכרי שהוליד גם בגיותו (מישראלית) וגם לאחר שהתגייר, הראשון שנולד לו לאחר שהתגייר הוא הבכור, כיון שבנו מגיותו אינו מתייחס אחריו, ממילא גם כאן אפשר לומר שמדובר שהוליד בן אחרי שהתגייר בפנינו ואומר על הבן הראשון שהוא נולד לו כשהיה נכרי כשהתגייר בינו לבין עצמו ומשוי להשני בכור, וא"כ זה דרך הכרת בכורה.⁵

⁴ אפשר עוד ליישב עפ"י הרא"ש (פי' י"נ כא) שגם בזה יש דרך הכרת בכורה. שאם נולדו בגיותו אין לבנים דין בכור לנחלה. וע"ע בשו"ת חת"ס חאבה"ע סימן יג בענין זה.

⁵ וצריך לעיין איך הסבר זה יסתדר לפי השיטות שנאמן דוקא כשמעיד על הבכור בעצמו, ולא סילוק בכורה כדלקמן ס"ק 4.

יש להעיר, שבדברי בה"ג יש סתירה בענין זה: בריש הלכות נחלות כתב שנאמן אדם לומר זה בני בכור הוא, בן גרושה הוא, ממזר הוא – כרבי יהודה. ושם בסוף הלכות עריות כתב שנאמן דוקא דרך הכרת בכורה?

מהרא"ש⁶ (פרק י"ג סי' כא) יוצא תרוץ לסתירה: אמנם בה"ג סובר שר"י אומר שנאמן האב בכל ענין (כמ"ש בהלכות נחלות) אך אגן קיימ"ל כר"י דוקא דרך הכרת בכורה (וזמשי"כ בהל' עריות, וכ"כ התוס' בשמו).

2. דוקא במוחזק כבנו

הרמב"ם (נחלות ד, יד) ועוד סוברים שהאב נאמן לומר על מי שלא הוחזק בנו כלל שהוא בנו בכורו, וכן על מי שהוחזק כבכורו שאינו בכורו. הרשב"ם (ב"ב קלד) ועוד סוברים, שדוקא במי שמוחזק לנו כבנו נאמן לומר שהוא הבכור (לענין נכסים עתידיים כמ"ש בגמ').

התורה תמימה באר את יסוד מחלוקתם באופן הבא: רשב"ם ותוס' למדו מהפסוק "כי תהינה לאיש שתי נשים וכו'", מדובר שברור לנו שהיא אשתו ומוחזק לנו שנשאה וילדה לו את הבן (ברור שהוא בנו) אך לא ידוע מי הבכור, ועל כך האמינה לו התורה. אך הרמב"ם והרא"ש אומרים מסברא שכמו שהאמינה לו התורה שהוא הבכור, כך האמינה לו שהוא בנו.

מצאנו בדעת הרמב"ם שנאמן לומר על העובר שאינו בנו. אלא שיש לברר במקרה זה האם יהיה הולד ממזר ודאי או ספק ממזר, בזה יש לכאורה סתירה בדברי הרמב"ם, ונבאר: הפת"ש (אבה"ע ד, סקל"ו) מביא תשובת נו"ב (סי' ד) בענין אחד שאמר על אשתו, שהעובר אינו ממנו רק הרה לזנונים, האם הולד מותר בממזרת? תוך כדי התשובה מתייחס הנו"ב לסתירה לכאורה בפסקי הרמב"ם: הרמב"ם (איסו"ב טו, טז) כתב שנאמן אדם לומר עובר זה אינו בני וממזר הוא ודינו כממזר ודאי.

ושם בהלכה יט אומר הרמב"ם – אשת איש שהיתה מעוברת וכו' ואמר האב אינו בני, או שהיה בעלה במדינת הים הרי זה בחזקת ממזר וכו', ולא כתב ודאי ממזר?

מתרץ הנו"ב בהלכה טז האיש אומר שהעובר ודאי ממזר, אך בהלכה יט הבעל אומר שאינו ממנו, אך הוא לא אומר שהולד ממזר, ושמה הוא מגוי. ובנידון השאלה הולד אסור בממזרת ע"ש.

⁶ דעת הרא"ש דלא כבה"ג, ונאמן לומר זה בני ממזר בכל ענין (פרק י"ג סי' כא).

שעה"מ (איסוי"ב טו,יז, מובא בפת"ש הנ"ל) מיישב אחרת: בהט"ז היא אומרת שממנו נתעברה, לכן לא תולים, שהבן הוא מכותי, והולד ממזר. אך בהי"ט מדובר שהיא לא טוענת כלום. ושעה"מ ר"ל שאין מחלוקת בין הטור לרמב"ם בזה, ושכן מבואר בלשון הבי"י, שהטור שאומר שהולד ודאי ממזר, מדבר במקרה שהיא טוענת שממנו נתעברה.⁷

נראה שהרי"ד הולך בשיטתם של הרשב"ם והתוס' הנ"ל שהאב נאמן לומר שהוא ממזר דוקא על המוחזק שהוא בנו, שהרי בתוס' רי"ד (ב"ב קכח,ב) מביא את דעת הרי"ף שכשם שנאמן לומר על תינוק שהוא בכור, כך נאמן לומר על אחרים שהם ממזרים. התוס' רי"ד חולק עליו ואומר שבעל שאומר בנים אלו אינם ממני והיא זינתה מאחרים, אינו נאמן, משום שהוא נאמן (מדין יכיר) על בנו, ולא על מי שאינו בנו. ומש"כ בפרק עשרה יוחסין שלר"י נאמן לומר זה בני ממזר, זה כפרש"י, שאומר שבא על הערווה והוא בנו (וגם אז נאמן דוקא כשהאם אינה מכחישתו). ומה שנאמן כאן על בן בין הבנים (שהוא הבכור) מדובר שיש בן שנראה קטן בגוף, והאב אומר שהוא הבכור, אך גם שאר הבנים הם בניו. בזה נאמן כרבי יהודה. וכ"כ בספר המכריע סי' סד. וכ"ד תרוה"ד רסז (מובא ברמ"א ד,כט).

הש"ך ביו"ד (שה,כג) לומד בתרוה"ד, שהאב נאמן לומר על הבן שמאשתו (או ארוסתו) שאינו בנו ושהולד ממזר, ואפילו היא מכחישתו הוא נאמן. ונשאר בצ"ע. וזה בפשטות דלא כתוס' רי"ד, ונראה שהוא הולך בשיטת הרמב"ם וסיעתו.

לסיכום: הרמב"ם, רא"ש, ש"ך בשם תרוה"ד ועוד סוברים, שהאב נאמן אפילו על מי שהוא טוען שאינו בנו.⁸

3. יכיר נגד עדים

הנמו"י (ב"ב קכז,ב) כותב מכאן אר"י נאמן אדם לומר זה בני בכור, ואפילו יש עדים שאחר הוא הבכור, משום שהתורה האמינה לו וממילא האחר הוא

⁷ הרמ"ה (קידושין עח,ב אות קי ד"ה ש"מ) אומר על דברי ר"י שנאמן לומר על בנו קטן שהוא בכור וממילא הגדול ממזר, שהגדול דינו כספק ממזר ולא כודאי ממזר, שמא נולד לאשתו מגוי או עבד ואז אינו ממזר. הובא בבירור הלכה על מסכת קידושין.

⁸ אך כ"ז דוקא באחד שבלא אמירתו היינו מחזיקים אותו לבנו, אך בודאי שלא נאמן אחד מן השוק שאין אנו מכירים אותו ואין אנו יודעים כלל שהוא אביו לומר על בנו שהוא בנו והוא ממזר וכד' – אמרי משה (סימן יא) – הובא בפד"ר (יג,376) ועיי"ש שכ"מ בשו"ע (אבה"ע ד,כו ובבאור הגר"א שם נז).

ממזר. וכ"ד הרמב"ן (ב"ב קכז, ב ד"ה היו) והריטב"א (שם ד"ה היו), וכ"ד המאירי בשם חכמי ההר (ב"ב שם).

לעומתם הרשב"ם⁹ (ב"ב קכז, א ד"ה למאי הלכתא), מאירי (בשם גדולי הרבנים), וכן מדויק מהרי"ף (ב"ב נו, ב) סוברים שדוקא אם יש קול שאחד הוא הבכור אז נאמן האב לומר על הקטן שהוא בכור, אך אם יש עדים על אחד שהוא הבכור – אין האב נאמן נגדם לומר על אחד שהוא הבכור.

4. הכרה דרך סילוק בכורה

רע"א בתשובה (פסקים סי' קכח) מביא תשובת מהרי"א בן חיים שאומר שכל שאינו דרך הכרת בכורה, אלא רק דרך סילוק בכורה (לומר שזה לא הבכור) אינו נאמן. ושכ"כ הרמב"ן בחידושו (ב"ב קכז, ב ד"ה היו), שסילוק הבכורה לא הוי הכרת בכורה.

אמנם, מהרא"ש (פרק י"ג סימן כא) נראה לכאורה שגם זה נקרא יכיר: שהרי הרא"ש מקשה שם על הבה"ג מהגמ' בפרק החולץ (כנ"ל ס"ק 1) ואומר הרא"ש שיש שם הכרת בכורה שאם נתגייר בינו לבין עצמו אין דין בכורה לעו"כ, פירוש, שהוא אומר שהבן הזה אינו בכור עיי"ש.

משמע שהרא"ש סובר שלומר על בן זה שאינו בכור (וממילא אחר הוא הבכור) זה נקרא הכרת בכורה. אך אומר רע"א שאפשר שהרא"ש כתב כן בדרך דחיה בעלמא, אך גם הוא סובר שזה לא נקרא הכרת בכורה. אלא שמהנתיבות שהביא רע"א (הנ"ל) נראה, שר"ל שגם בגמ' ביבמות פרק החולץ שייך הכרת בכורה, שעיי' שאומר שהראשון נולד בגיותו ממילא אינו בכור, רואים שהוא סובר שגם לסילוק בכורה יש לאב נאמנות מדין יכיר.

5. חזרת האב מהכרת בכורה

התוס' רי"ד (בקידושין עח) מביא שהרי"ף פוסק הלכה כר' יהודה, וזה דוקא כשלא התחזק הבן בכשרות, אבל אם בשעת הלידה לא אמר האב כלום ויצא קול שהוא בנו ולא ערער ואח"כ פסלו אינו נאמן. אך הרי"ד חולק (ואומר שכן דעת ר"ח) ואומר שרואים מפרק יש נוחלין שהאב נאמן גם להוציאו מחזקתו (שהיה בחזקת בנו ואומר שהוא ממזר, וכן שהיה בחזקת בכור ואומר שאינו בכור) שמחלוקת רבי יהודה וחכמים היא להכחיש החזקה.

⁹ וכ"מ מפרשב"ם ב"ב (לד, מ ד"ה הכא) ע"ש.

אלא שמעירים איך הוא אומר בקידושין שהאב נאמן על בנו לומר שהוא ממזר, פירוש שאינו בנו והרי הוא עצמו סובר בפי י"נ (הובא לעיל בס"ק 2) שאינו נאמן לומר על המוחזק כבנו אינו בני! אלא – אומר החת"ס בתשו' (אבה"ע סי' יג) שבסוף מפנה התוס' רי"ד להסתכל בספר המכריע ויתכן שחזר בו שם מדבריו בפסקים (קידושין עח).

הרמב"ן, הרשב"א, הריטב"א (ב"ב קכז), נמו"י (שם), רבינו ירוחם (ח"ו נכ"ג, ד) בשם הרמ"ה (הביאו הבי"י ד"ה ומ"ש) סוברים שאם הוחזק על ידי אביו שהוא בכור שוב אינו חוזר ומגיד.

ולפי"ד החת"ס הנ"ל גם התוס' רי"ד יצטרף לדעתם לומר שאינו חוזר ומגיד.

6. האם נאמן אגב יכיר לפסול גם אחרים

נמו"י (ב"ב קכז, נו) אומר שכשהאב אומר על בנו שהוא ממזר – אין אשתו נאסרת שיפסלו הבנים שיהיו אחר כך בני זונה, והטעם:
א. משום שהאב אומר שהיא היתה שוגגת (ולא נאסרה עליו).
ב. אפילו אמר שהיא מזידה אינו נאמן לענין לפסול את הבנים שבאו אח"כ, לכהונה – ריטב"א ז"ל.

7. דין יכיר עדות או נאמנות?

מפשט לשון הגמ' (יבמות מז) "לדבריד עו"כ אתה ואין עדות לעו"כ" משמע שדין יכיר הוא מגדרי עדות.

וכנ"ד רש"י (שם) וז"ל: "ואין אתה נאמן להעיד עליהן ולפסלן" וכ"נ מרש"י (קידושין עח) על דברי ת"ק אינו נאמן ע"ש. גם באבי עזרי (יבו"ח ג, ד) לומד בפשיטות ברמב"ם שזה מגדרי עדות. וכ"ד הרי"ד (יבמות מז).

מהש"ש (הנ"ל בס"ק 8) לענ"ד רואים שהוא סובר שיכיר זה לא מדין עדות, שהרי הוא סובר שהאב נאמן מדין יכיר (לפחות לענין ירושה) על סמך דעת אחרים, וזה לא שייך אם זה מדין עדות. וכך תופס בפשטות בהערות רווחא שמעתתא ברמב"ם, בתוס' וברא"ש (גיטין עא) הנ"ל שגדר יכיר הוא נאמנות ולא עדות.

בתורע"א (יבמות פ"ב אות כו) מסתפק בזה, וז"ל: "אני מסופק אם נאמנותו של אב רק כמו שני עדים בכל התורה, ואם הוא רשע אינו נאמן, או שבכל ענין המניה רחמנא לאב וכו".

8. יכיר על פי אחר

בדין זה נחלקו השב שמעתתא (ב,כ) והבית מאיר (ו,יג) ועוד: השי"ש סובר שמועיל דין יכיר גם כאשר האב נסמך על אחרים, ואלו תו"ד: הרמב"ם (יבו"ח ג,ד) כותב: מי שזינה עם א"א ונתעברה ואמרה ממנו נתעברה, אפילו הוא מודה לה, הוא בנו לענין ירושה וספק לענין יבום, שכמו שזינתה עמו זינתה עם אחר וכו'. הרא"ש (כלל פב סי' א) תמה על הרמב"ם – אם הוא ספק לענין יבום כיצד מוציא ממון מהיורשים, ואם אינו ספק – א"כ מדוע אינו בנו לענין חליצה?

מסביר השי"ש: הרמב"ם סובר שכמו שהאב נאמן מדין יכיר לומר שזה בנו, כך הוא יכול להאמין לאחר ולסמוך דעתו עליו וזה נחשב כאילו הוא יודע ומודה שזה בנו (וכך מבואר בב"ש ו,כז – לגבי אשת כהן שאומרת שנאנסה שאם הבעל מאמין לה אז בניהם חללים). לכן לענין ירושה כיון שהוא מאמין לה וסומך על דבריה שהוא ממנו – נאמן מדין יכיר, אך לענין חליצה – כיון שאין הענין נוגע לגוף הבן אינו נאמן.

ובענין מש"כ באבה"ע (קנו,ו) שהאומר יש לי בנים – נאמן לפטור את אשתו מהיבום אומר השי"ש שזה לא מדין יכיר, אלא מדין מגו שבידו לגרשה (כמ"ש בגמ' ב"ב קלד,ה), וכיון שזה מדין מגו הוא נאמן דוקא כאשר יודע בעצמו, ולא יועיל לסמוך דעתו על אחרים.

אבל הרא"ש לשיטתו, שהוא סובר שאדם נאמן מדין יכיר רק לגבי מי שהוא מוחזק כבנו לומר שהוא בכור, אבל אם אינו מוחזק כבנו – אינו נאמן לומר שהוא בנו מדין יכיר אלא רק בתורת מגו שיכול לתת לו כל נכסיו (בירושה) (וכ"ד תוס' ורשב"ם הובאו בקצה"ח רעז,ב) וא"כ כיון שיש ספק אולי זינתה עם אחרים א"כ אין מגו.¹⁰

הרווחא שמעתתא (שם) מביא את דברי האבי עזרי יבו"ח ג,ד שרוצה להוכיח דלא כהשי"ש וסובר שרק אם יודע בעצמו יש דין יכיר ולא כשסומך דעתו על אחר שמאמין לו, ואתו"ד: בגמ' יבמות מז שאמר לו ר"י אין אתה נאמן לפסול את בניך, והטעם משום שלדבריו הוא עו"כ, ואין עדות לעו"כ.

¹⁰ הרווחא שמעתתא מעיר על השי"ש שאומר בדעת הרא"ש שאינו נאמן לומר על מי שאינו מוחזק כבנו שהוא בנו מדין יכיר אפילו לירושה (אלא מדין מגו) ושכ"כ באבני"מ ד,כג. אך שזה תמוה שהרי בטור חו"מ סי' רעט כתב שהרא"ש חולק על הרשב"ם בזה, ובאמת בקצה"ח רעז,ב כתב שדעת הרא"ש כדעת הרמב"ם.

וכ"כ ברמב"ם (אסו"ב יג, ח) ואמר נתגיירתי ביני לבין עצמי נאמן לפסול את עצמו ואינו נאמן לפסול את הבנים וחוזר וטובל בבי"ד. ובפשטות הסיבה שאינו נאמן על הבנים, משום שיכיר זה מדין עדות ולכן לא יועיל שיעיד על בנו אפילו אחרי שהוא עצמו (האב) יטבול ויתגייר כי צריך תחילתו וסופו בכשרות, ואם נאמר כש"ש וכב"ש שאם יודע על פי אחר אז הוא נאמן מדין יכיר, כ"ש כשיודע מפי עצמו רק שידע זאת כשהיה עכו"ם, ויהא נאמן לאחר שהתגייר ומזה שלא נאמן הוכחה דלא כב"ש וש"ש.

הרווחא שמעתתא בעצמו אומר שאמנם מתוס' רי"ד (יבמות מז) מוכח שדין יכיר זה מדין עדות, וצריך שיראה את העדות וכן שיעיד כשהוא בכשרות, אך מהרמב"ם (פ"ב מהל' נחלות הטי"ו) משמע שהוא חולק, שהרי כותב הרמב"ם שהאב שנשתתק בודקים אותו כדרך שבודקין לגיטין, אם רמז או כתב שזה בנו בכורו ה"ז נוטל פי שנים. ומקורו מהגמ' גיטין (עא) וכפירש התוס' והרא"ש, ואם נאמר שנאמנות האב זה מדין עדות איך נאמן ע"י הרכנת ראש או כתב, אלא מוכח מהרמב"ם והתוס' ורא"ש שיכיר זה לא מדין עדות אלא מדין נאמנות – וממילא ל"צ תחילתו וסופו בכשרות.

ולענין מש"כ האבי עזרי שהאב יעיד על בנו לאחר שטבל, אפשר שכן יועיל (וע"ז לא דיבר הרמב"ם), ואפשר שלא יועיל מטעם עביד איניש לאחזוקי בדיבוריה (ע"י רמ"א חו"מ לג, ב). וע"ע ברווחא שמעתתא אריכות בענין זה.

לעומת הש"ש והב"ש סובר הב"מ שלא (שם) מועיל דין יכיר בהסתמך על דעת אחרים, ואתו"ד: הב"מ מביא את הב"ש הנ"ל (סי' ו סקכ"ז) ותמה עליו היכן מצינו שהתורה נתנה נאמנות על הכרה במה שבעצמו אינו יודע ומאמין לאשתו. וע"ע עיין בתשובת הרא"ש כלל פב סימן א.

ג. מי נאמן בדין יכיר

איתא בקידושין (עד) אמר רב נחמן שלשה נאמנים על הבכור: חיה, אביו ואמו. חיה לאלתר, אמו כל שבעה, אביו לעולם. אומר הפסקי רי"ד (קידושין עג) שהנאמנות של חיה הוא דוקא בשלא יצאה וחזרה.

ובגמ' (שם עג) ת"ר נאמנת חיה לומר זה כהן וזה לוי וזה נתין וזה ממזר. פירוש, כגון שילדו בבית אחד, אשת כהן, אשת לוי, אשת הנתין ואשת הממזר – נאמנת החיה להבחין איזהו בנה של כל אחת ואחת. בד"א בשלא קרא עליו ערער, אבל קרא עליו ערער אינה נאמנת. ערער כמה וכו' והאמר רבי יוחנן אין ערער פחות משנים! ה"מ היכא דאית ליה חזקת כשרות, אבל היכא דלית ליה

חזקת כשרות חד נמי מהימן. (התוס' רי"ד מביא רק את התרוץ השני שבגמ')
אומר הרי"ד לכן אם יש אחד שמערער לומר שזהו בן הפסולה, אין החיה
נאמנת להכחישו אלא הו"ל ספק ופסול.

וכ"פ הרמב"ם (איסו"ב טו,יט) א"א שהיתה מעוברת ואמרה עובר זה אינו
מבעלי אינה נאמנת לפסלו... שלא האמינה תורה אלא האב.

וכ"פ הרי"ז (בשה"ג קידושין לב) וז"ל: האשה שילדה תחת בעלה, ואפילו
על עובר שבמעיה שהוא בחזקת שעברתו מבעלה ובכשרות, והיא אומרת עליו
שהוא ממזר והאב אין לפנינו שיעיד עליו – אין האשה נאמנת עליו, שאין
מוציאין אותו מחזקת כשרותו אלא עפ"י שני עדים או עפ"י האב, שהתורה
האמינתו.

הטור (ד) פוסק שאשת איש שאומרת על העובר שאינו מבעלה – אינה נאמנת
לפסלו. ואומר הב"י שמקורו ברמב"ם (שם) וטעמו כמו בפנויה (הב"י הביא
בענין נאמנות פנויה להכשיר את וולדה ולא לפסלו, את טעמו של הר"ן
שמדאורייתא הולד כשר (ספק ממזר), ולכן אם אומרת שהוא כשר נאמנת,
אך לפסלו אינה נאמנת). וממשך הטור, אבל האב שאומר על העובר שאינו
ממנו, או על אחד מבניו שאינו בנו נאמן לפסלו והוא ממזר ודאי,¹¹ ואם יש
לבן בנים אינו נאמן, ומביא הב"י שמקורו בגמ' יבמות (מז).

וכתבו הרי"ף והרא"ש ונפסקה הלכה במפורש כרבי יהודה (בפרק י"ג ובפי
החולץ) ואם יש בנים לבנו אינו נאמן אפילו על בנו – כ"כ הרי"ף, הרא"ש
התוס' וה"ה.

לסיכום: הנאמנות של החיה היא דוקא בעודה בחדר לברר מה מהותו של כל
ילד, ודוקא אם אין מי שמערער עליה. נאמנות האם לברר מי הבכור – כל
שבעה (אך לא לפסול את הולד). ונאמנות האב – היא לענין בכורה, וכן לפסול
את הולד.

ד. הכרת הבן לענין יבום

משנה (קידושין סד,א), מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים נאמן, יש לי אחים
אינו נאמן. פרש"י: יש לי בנים ואין אשתו זקוקה ליבום. יש לי אחים זקוקה
ליבום, והיא היתה עד הנה בחזקת שאינה זקוקה.

¹¹ ואם היא אומרת מעבד או מעכו"ם נתעברתי, הולד כשר, שאין הבעל יכול להכחישו בזה.

ובב"ב קלד, א משנה, האומר זה בני נאמן וכו'. ובגמ' זה בני נאמן למאי הלכתא?! אמר רב יהודה אמר שמואל ליורשו, ולפטור את אשתו מן היבום. שואלת הגמרא: ליורשו פשיטא¹² לפטור אשתו מן היבום אצטריכא ליה. שואלת הגמ': הא נמי תנינא מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים נאמן וכו'? התם בדלא מוחזק לן באח הכא¹³ אע"ג דמוחזק לן באח. אמר שמואל מפני מה אמרו זה בני נאמן הואיל ובידו לגרשה וכו'.

הש"ש (ב, כ) לומד שהנאמנות של האב לומר זה בני לענין יבום זה מדין מגו כמ"ש מהגמ' כאן שהנאמנות היא בגלל שבידו לגרשה, ומזה יוצא לו שלמרות שבדין יכיר, לשיטתו, האב נאמן אפילו כשסומך על דעת אחרים, ביבום זה לא יועיל שהרי נאמנות מדין מגו מועילה דוקא כשהוא עצמו יודע. וכן נראה שפשוט לב"ש (אבה"ע קנו, ו) שהנאמנות של האב היא מכח מגו.

אם יש עדים שיש לו אחים האם נאמן לומר שיש לו בנים? הב"י (קנו, ו) גורס בטור שאם אחרי שהאמינוהו שיש לו בנים באו עדים שיש לו אחים – נאמן, כיון שכבר האמינוהו. ואומר הטור שאם יש לו עדים שיש לו אחים אינו נאמן לומר שיש לו בנים. אומר הב"י, שכך מדויק מרשב"ם שאומר שנאמן כיון שיש חזקה בעלמא בלא עדים (כנ"ל), והטעם מכיון שיש עדים שיש לו אחים אז היא בחזקת איסור ולכן אמירתו לא יכולה להתירה, ושכן כתב רבינו ירוחם.

אך, אומר ב"י, מלשון הרמב"ם (יבוי"ח ג, א) משמע שנאמן בכל מקרה (לא חילק בין יש עדים לאין עדים).

הב"ש (סקי"א) משיג על הב"י ואומר שמש"כ שהרמב"ם חולק על הרשב"ם זה אינו, כי הרמב"ם לא דיבר כשיש עדים.

הראב"ד נוטה לצד השני ומשיג על הרמב"ם ואומר שאם היא מוחזקת (משמע אפילו בלי עדים) באחים ולא בבנים אינו נאמן הבעל להתירה, לומר יש לי בנים, בלא חליצה.

¹² מדין מגו שיכל לתת לו במתנה, נאמן לומר שהוא בנו לירושה (רשב"ם).

¹³ למרות שהוא מוחזק באח, חזקה בעלמא בלא עדים אפי"ה הוא נאמן לפטרה מן היבום (רשב"ם).

ה. פסיקת ההלכה

שו"ע (אבה"ע ד, כט), א"א שאומרת על העובר שאינו מבעלה אינה נאמנת לפסול, אבל האב שאומר על העובר שאינו ממנו, או על אחד מבניו שאינו בנו, נאמן לפסלו והוא ממזר ודאי, ואם יש בנים לבן אינו נאמן אף על הבן.

הב"ש (סקנ"ב) הביא את מחלוקת הרמב"ם והטור, שלרמב"ם הוא בחזקת ממזר, כלומר, ספק ממזר שמא נתעברה מגוי, ולטור הוא ודאי ממזר. והב"ש מקשה על הטור, אם הוא ודאי ממזר מדוע היא נאמנת להכשיר? נראה שהוא תופס עיקר כרמב"ם בזה (ועין משי"כ ע"ז בשיטת הרמב"ם בס"ק ב).

הכרת בנו לענין יבום

שו"ע (קנו, ו) מביא שתי דעות: האומר זה בני נאמן אפילו הוחזק באחים (ב"י בשם הרמב"ם כנ"ל) וי"א שאם יש עדים שיש לו אחים אינו נאמן. (ב"י בשם הרשב"ם כנ"ל).

הב"ש (סק"י) אומר שהטעם שהוא נאמן לפטור את אשתו מן היבום כי יש לו מגו שיכל לתת לה גט, וכיון שזה מטעם מגו לכן:

- א. אם הוא מוחזק שאין לו בנים – אינו נאמן, כי זה מגו נגד חזקה ולא אמרינן. אך המ"מ בשם הרשב"א אומר שנאמן גם במוחזק שאין לו בנים.
- ב. תוס' (פרק האומר) אומר שבשעת מיתתו אינו נאמן לומר יש לי בנים, הואיל ואין לו מגו, שיש לומר שאין לו כח לתת גט. אך מהרמב"ם והר"ן משמע שגם בשעת מיתה נאמן.

ולענין משי"כ השו"ע שיי"א שאם יש עדים שיש לו אחים אינו נאמן, אומר הב"ש (סקי"א) שכ"כ הטור ור' ירוחם, ולא מצאנו מי שחולק ע"ז ומשי"כ הב"י שהרמב"ם חולק ע"ז זה אינו, עיי"ש.

ו. אופנים שונים של קביעת אבהות

באנציקלופדיה הלכתית רפואית (הרב ד"ר אברהם שטיינברג), ערך אבהות מביא מספר אופנים המורים על הכרת אבהות:

- א. משו"ת הריב"ש סימן מא–מב, ומשו"ע אבה"ע עא, ד – יוצא שהדרך (היחידה) לקביעת אבהות זה בהודאת האב – הנטען, עיי"ש.
- ב. יש אומרים שניתן להעזר דאומדנא, כגון כשיש עדות שהיו אביו ואמו אסורים בבית האסורים (חולין יא, ב) ויוצא משו"ת הרשב"ץ (ב, יח) שאפשר

להטיל על האב הנטען חרמות ושבועות וכן על מי שיודע עדות בזה, שלא יכבש עדותו לשם הוכחת אבהותו אם הוא עומד בהכחשתו.

ג. יש שקבלו כהוכחה על אבהות התנהגויות מסוימות של האב הנטען, כגון:

1. העלה שמו כשם קרוביו, וכן שהיה מייסר אותו וגעגעועו עליו (שו"ת הרא"ש כלל פב סי' א עיי"ש).

2. האב הנטען הציע לאם בזמן ההריון לבצע הפלה.

3. כשהוכח שהאב הנטען בא על אשתו בזמן המתאים להריון זה, וכשלא הוכח שבאותו זמן באו עליה אחרים (משפטי עוזיאל).

ד. בשו"ת יבי"א (ח"י אבה"ע סי' ח) מביא עוד אופן, כגון שעשה לו ברית ורשם אותו בתעודת זהות שלו (שכך החזיקו לבנו, ואינו יכול לחזור בו – עפ"י הרמ"א ד, כט).

ה. בענין דמיון קלסתר פנים יש דעות שונות: יש מקורות שדבר זה מוכיח על יחס בין אב לבן (ב"מ פז, א, רש"י עה"ת ריש פרשת תולדות). ויש שמשמע מהם שאשה נואפת יכולה להתעבר מבעלה, אך לחשוב בדמיונה על מישהו אחר, והולד ידמה לו (מד"ר נשא ט, א וכ"כ בשו"ת מהרש"ם ח"ג סי' קסא).

ו. בדיקת דם/רקמות: להלן מעט רקע מדעי בענין בדיקת רקמות (אנצקלופדיה הני"ל): "דרך זו מדעית יותר (מהבדיקה על סמך סוגי הדם) ומהימנה יותר להוכחת אבהות, (הבדיקה ע"ס סוגי הדם היא 93% מהימנות, כאשר אפשר באמצעותה רק לשלול אבהות ולא להוכיח). הבדיקה מבוססת על מערכת האנטיגנים מסוג HLA, שהם אנטיגנים לתיאום רקמות הגוף. זאת היא מערכת תורשתית, דהיינו חלק מהאנטיגנים מסוג HLA בא מן האם, וחלק אחר בא מן האב. מערכת תורשתית זו אחראית להמצאותם של אנטיגנים ספיציפיים לתאום רקמות על פני מעטפת התא בכל רקמות הגוף ובכל תאי הגוף המכילים גרעין תוך תאי, למעט כדוריות אדומות, שאינן מכילות גרעין כזה.

מערכת תיאום הרקמות באדם מצטיינת ברבגוניות עצומה, כל תא בגוף נושא על פניו תריסר אנטיגנים שונים של HLA: ששה אנטיגנים שונים שהתקבלו בתורשה מהאב, וששה אנטיגנים אחרים שהתקבלו מהאם. ניתן לקבל כמיליון גנוטיפים שונים. שיטה זו על ריבוי מרכיביה, השינוי בגילוייה באוכלוסיות השונות, יכולת איתורה למן תקופת העוברות, והיותה בלתי

מושפעת משינויים סביבתיים כלשהם, עושים אותה לשיטה אמינה ביותר, מעין טביעת אצבעות גנטית יחודית לכל אדם".
הסתברות: באנצקלופדיה שם משמע שההסתברות בבדיקת רקמות היא מעל 93%. בתחומין (ד עמ' 431 ואילך) מובא שב- 91% מהמקרים ניתן להכיר "ממזר סמוי", וכמעט לשלול אבהות באופן מוחלט. ושבחלק מהמקרים ניתן לזהות את האב הביולוגי בהתסתברות גבוהה הדומה להסתברות בטביעת אצבעות. וכמובן הנפקא מינה היא לענין – דיני ממונות, ירושה, מזונות ודיני ממזרות.

באנצקלופדיה הלכתית רפואית מובא, שקביעה חיובית על אבהות לפי סוג דם היא רחוקה מוודאות מדעית, לכן אי אפשר להעניק דיני יורש על סמך זה, אך אם התוצאה שלילית, כלומר, שלפי סוג הדם של הולד לא יתכן שאביו הוא מולידו האם בכח זה לסלקו מירושה? יש בכך מספר דעות, ונרחיב בעזה"י דיון זה גם לענין קביעת ממזרות.

א. יש דעה בחז"ל שהדם הוא מן האשה ולכן אין משמעות להשוואת נתוני סוגי הדם בין הולד לנטען.

בשו"ת יבי"א (ח"י אבה"ע ח-ט) מביא שרבים אינם סומכים על בדיקת רקמות, שהרי בגמרא (נידה לא) מובא: ת"ר שלשה שותפין באדם: הקב"ה, אביו ואמו. אביו מזריע הלובר, שממנו עצמות וגידים וצפרניים והמח שבראש והלוברן שבעיניים. אמו מזרעת אודם ועור ובשר ושחור שבעין, והקב"ה נותן בו כוח ונשמה. הרי שהאשה מזריעה אודם, שזה כולל הדם, וכן הגיה הגר"א "ודם", אם כן אין בדיקת הדם מעידה על היחס שבין האב לבן. ושכ"כ בשו"ת צ"א (יג, קד ב-ה) בשם השערי עוזיאל (ח"ב, שער מ א, יח) ושאין סומכין על בדיקה מדעית כאשר הקבלה מחז"ל הפוכה/שונה וכנ"ל. והסכים עמו הצ"א, וכ"ד הגר"ע יוסף להלכה.

ב. יש שלא קבלו בדיקה זאת כהוכחה כיון שעמדת המדע לא ודאית ולא קבועה: הצ"א הנ"ל, שהמדע עניינו השערה שמשתנה במהלך הדורות, ושידוע דעת הפוסקים שאין להסתמך ולקבוע הלכה עפ"י אומדנות הרופאים. וכ"כ בפד"ר מביה"ד בחיפה, תש"ט (אבי"ד הרה"ג יעקב רוזנטל, שם עמ' קסד) ובסוף דבריהם כתבו שמטעם אחר אין לקבוע אבהות על סמך בדיקות מדעיות, כי המדע הולך ומתפתח ואולי מה שקבעו היום יסתרו למחר.

ג. יש שהבדילו בין הדם כולו שבא מן האם לבין תאי הדם ורקמותיו שיכולים לבוא גם מן האב כדברי המדע. עיי ביבי"א וצ"א הנ"ל שר"ל שהשו"ע ג"כ

סובר שיש השפעה לאב על הדם של הולד, שהרי בשו"ע (יו"ד רסג,ב) כותב: אשה שמלה את בנה הראשון ומת מחמת מילה שהכחישה כוחו ומלה גם את השני ומת מחמת מילה הרי שהחזקה שבניה מתים מחמת מילה וכו' וה"ה אם איש אחד מל את בנו וכו'. אומר הרמ"א: ויש חולקין וס"ל דלא שייך באיש רק באשה (חידושי אגודה פרי"א דמילה). וכתבו הט"ז והגר"א ועוד בטעמו של האגודה, שהדם מן האשה. אומר הגרע"י שגם מרן שחושש לצד הבעל, מודה שהדם מן האשה כנ"ל, אלא שהוא סובר שהבלעת הדם בגוף הולד לא תלויה בדם בלבד אלא בחולשת הגוף (כמ"ש הבי"ש אבה"ע ט), וכ"כ החת"ס (אבה"ע קלו וע"י אגרו"מ יו"ד א, קנד) דס"ל שזה תלוי בכח האדם, והאב זוכה לבנו בכח (עדות ב, ט).¹⁴

אכן למעשה, ביבי"א הביא מספר נשמת אדם (חאה"ע"ז ד, ג עמ' ל) בשם הגרש"ז אוירבך שאין להסתמך על בדיקת דם לשם קביעת אבהות (ועיי"ש שאין לסמוך על זה באופן החלטי, אך אפשר לצרפה כסניף לדיון בין לשלילה בין לחיוב).¹⁵

גם ביה"ד הגדול (הובא ביבי"א שם) קבע שבדיקה זו אינה הוכחה כלל, והפקפוק עליה מבחינת ההלכה הוא עצום ורב, ובדיקת הרקמות לא די בה כדי לקבוע אבהות בודאות אלא רק בסיוע נוסף. ובאנציקלופדיה שם הביא ג"כ מבי"ד רבני ת"א שהכריעו בענין ממזרות שאין סומכין על בדיקות אלו.

מאידך, יש שסמכו לחלוטין על בדיקת סוגי הדם להוכחת אבהות: משנת אברהם על ספר חסידים; הרב הרצוג ב"אסיא" (חוברת לה עמ' קצו הובא ביבי"א הנ"ל ועוד); בשו"ת ישכיל עבדי ח"ה חאבה"ע סי' יג (הובא באנציקלופדיה הנ"ל); ואפילו לאסור אשה על בעלה כנואפת פד"ר ה, בי"ד רבני ת"א-יפו (שם). אחד המקורות לשיטה זו הם דברי הספר חסידים (סי' רלב), אודות מעשה מרבי סעדיה גאון שהיה בזמנו אדם שנפטר ולו עבד וכן,

¹⁴ עוד הובא באנציקלופדיה הנ"ל שבשני בתי"ד (אשדוד, חיפה) השיטות לקביעת אבהות על סמך רקמות ואזואנזימים (עיי"ש הסבר בענין זה) התקבלו מקבילות, שכן אין מחלוקת בין המדע לחז"ל ביחס לתורשת הדם ע"י האם בלבד או בשתוף עם האב, כי ה- HLA נבדק בכדוריות הלבנות ומשותף לכל הרקמות שבגוף, וכן מפני שבדיקה זו היא בודאי רוב של טבע והוא רוב מוחלט שלא חוששים בו למיעוט, ועל כן הוא עדיף מרוב בעילות אחר הבעל, שזה רוב של מנהג. אבל פסק דין זה נתקבל רק לענין מזונות אך לקביעת ממזרות צריך ודאות של 100%.

¹⁵ פרופ' דב פרימר כתב בשמו באסיא שדינה של בדיקת דם אינו אלא ספק ויש לדון מכח רוב.

וכל אחד טען שהוא בנו ליורשו, לקח רס"ג עצם מהאב וכן דם משני האנשים הטוענים, והניח דם של כל אחד מהם בספל נפרד, הכניס רס"ג את העצם לספל הראשון והדם לא נספג בה, אך כאשר הכניס את העצם לספל השני עם הדם נספח ונבלע העצם כי הוא גוף אחד עם הבן, ונתן הירושה על פי זה לבן (הובא ביבי"א הנ"ל ועוד).¹⁶

זיהוי הלכתי על פי בדיקת DNA

בתחומין (כא עמ' 121) מובא דיון מבית ההוראה בראשות הגר"ש וואזנר בני"ל, ראשית נביא מקצת פרטים ממהות בדיקה זו (יש, כמובן, לעיין בכל הפרטים המופיעים במאמר כדי לקבל את התמונה השלמה):

1. הדנ"א הוא חומר כימי ביולוגי שמכיל את המידע התורשתי להתפתחות הגוף.

2. הדנ"א אחיד בכל תא גרעיני מתאי הגוף באותו אדם.

3. אם אין חומר שידוע שהוא מהאדם הנעדר, יש אפשרות להעזר לצורך זיהוי בדוגמאות דם מהוריו של הנעדר או צאצאיו, אולם אין הממצאים ע"י בירור זה חותכים בצורה ברורה כמו הבירור שנעשה ע"י חומר מהנעדר עצמו.

4. הזיהוי ע"י בדיקה זו מחייבת מומחיות הן בצד הטכני והן בצד המדעי.

5. כאשר ממצאי הבדיקה מצביעים על אי התאמה בין הגופה הנבדקת לבין הנעדר הקביעה היא ברורה ומוחלטת ללא ספק, גם אם הבדיקה נעשית ע"י בדיקת דם מהורים או צאצאים.

ויש לברר האם אפשר לקבוע ממזרות על סמך אי התאמה בין אב לבן? התשובה שהשיבו בבית ההוראה ע"ד הגר"ש וואזנר ושאושר ע"י הגר"נ קרליץ והרב משה קליין היא שאין לקבוע ממזרות על סמך בדיקה זו, ואף שמבחינה מדעית אי התאמה הוא בירור מוחלט, עיי"ש. (נעשה שימוש בבדיקות כאלו לקביעת זהות חללים ויש שסומכים על קביעה כזו בלבד ויש שצרפו לסימנים נוספים ואכמ"ל).

¹⁶ יש שתלו את יסוד המחלוקת האם גרסת הגמרא כוללת גם דם מהאם, או שסמכו על הגרסא שלנו שלא גורסים דם כלל. ויש שהוכיחו שזו מחלוקת בתלמוד האם הדם מהאם או לא. ועיי' אגרו"מ חיו"ד א, קנד, ובנשמת אברהם (שם) עמוד לב, ובאנציקלופדיה הנ"ל.

סיכום

במאמר זה פתחנו במחלוקת יסודית בדין יכיר, בין רבי יהודה לחכמים, מצאנו מחלוקת ראשוניים האם מחלוקת תנאים זו היא רק לענין הכרת בכורה או שמא גם לפסול.

בגדרי דין יכיר דנו במספר נקודות:

באיזו דרך ניתן לקבוע פסלות של וולד (הכרת בכורה או ישירות), כלפי מי הוא (הטוען לפסול את הולד) נאמן, מה קורה כאשר יש עדים שמתנגדים לדבריו, האם הוא נאמן רק על הכרת בכורה או גם על סילוק בכורה, האם גדר יכיר הוא נאמנות או עדות והאם נאמן כאשר סומכת דעתו על אחרים.

ראינו שבעיקר יש נאמנות לאב (האם והחיה נאמנות באופן מוגבל ביותר).

למדנו שהאומר יש לי בן, לענין יבום, אין זה דין יכיר אלא נאמנות מכח מגו, וכמובן הבאנו את פסיקת ההלכה כפי שמופיעה בטור שו"ע.

בחלקו השני של המאמר הבאנו אופנים שונים של קביעת אבהות והדעות השונות בענין, כאשר עיקר העיסוק היה בנושא בדיקת רקמות, כאשר ניצבים הפוסקים מערכה לקראת מערכה אלו סומכים ואלו לא, אלא רק מצרפים זאת כסניף, ונראה שכך (כדעה השניה) נוטה דעת רוב האחרונים ופסקי בתיה"ד למעשה, שלא לסמוך על בדיקה זו כודאות מוחלטת לענין קביעת ממזרות אלא רק כסניף בלבד, וכן לגבי בדיקת הדנ"א.

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

בסוגיה דמעוברת ומניקת חבירו

א

עיינן ביבמות לו, ב – לו, א במחלוקת רבי מאיר וחכמים בענין מעוברת ומניקת חבירו ואמר רבא אליבא דחכמים, שיוציא בגט. ושאלו הרשב"א, הריטב"א ונמו"י למה לפי רבנן דמשנה לה, ב, לא אמרינן שיוציא את יבמתו המעוברת מאחר שכנס מעוברת חבירו. ותירצו ששאני יבמה דהוי טועה בדבר מצוה, ולכן חז"ל לא חייבו את היבם לגרש את יבמתו המעוברת. ואין לחלק בין יבמה לבין מעוברת חבירו, שהאחרונה אפשר להחזירה אחרי הלידה והנקה, משא"כ היבמה אי אפשר להחזיר מכיון שגרש אותה בעת הזיקה, שאז הדין שאין מחזירין אותה לעולם, אפילו הפילה. שכן למדנו לקמן (לו, א), שכהן שכנס מעוברת או מניקת חבירו חייב לגרשה, אע"פ שהאיסור להחזירה הוא איסור עולם. אם כן, למה לא גזרו על הכונס יבמתו מעוברת שחייב לגרש? אלא תירצו ראשונים הנ"ל דהוה טועה בדבר מצוה.¹

ועיינן בדברי הנודע ביהודה (אבה"ע קמא יח), שתמה על הנמו"י, שתרץ כנ"ל, שהיבם טועה בדבר משנה (יבמות, יא, א, מדפי הרי"ף):

¹ דברי ראשונים אלו מבוססים על דברי הראב"ד בסוף השגתו על הרמב"ם גירושין יא, כד שהעיר למה לא תקנו דיני הבחנה גם במשנה דריש פרק החולץ, שלפי דברי הראב"ד גם אלמנת חבירו או גרושתו כופין לתת גט. ותירץ הראב"ד שאם יתן ליבמתו גט, הוי נתינת גט לזיקתו שאוסרת את יבמתו עליו לעולם. ולמעשה, הרשב"א חולק על הראב"ד ושואל, במה שונה יבמה ממעוברת לכהן (ולפי הראב"ד אלמנת חבירו בתוך ג' שכנס אותה כהן)? הן יבמה והן מעוברת חבירו לכהן והן אלמנת חבירו לכהן, הם חלקים של דין הכולל של אלמנת – גרושת חבירו ומניקת – מעוברת חבירו. לכן הזדקק הרשב"א לתירוץ של טועה בדבר מצוה. (ועיינן עוד בדברי הרב יפהן, הע' 148). ושמה יש לבאר שיטת הראב"ד, דשאני יבמה מיתר דינים אלו. עצם העובדה שדין היבמה הוא במשניות יבמות, ודין מעוברת הוא בברייתא, ומסתבר שהוא מסונף למשנה בפ"ד דסוטה, ודין הבחנה הוא על פי מימרות דאמוראים, מראה שיש כאן דינים חלוקים. הראב"ד למד שאין דין יבמה בגי' חדשים הראשונים או יבמה מעוברת בתוך הדין הכללי של מעוברת או אלמנת חבירו, אלא מהוה מערך של דינים עצמאיים וחלק מדיני יבמה, לכן לא גזרו לגרשה בגט. והראיה לזה שגם הרמב"ם לא כתב דין אלמנת חבירו שהיא יבמה בה"ל גירושין אלא בה"ל יבום.

אני תמה דאם כן איך אמר רבא בדף לו ע"ב דרבי מאיר ורבי אלעזר אמרו דבר אחד, ולא מיבעיא דקשיא לי על המשנה למלך דמשני דחכמים עשו חיזוק יותר משל תורה, שזה בעצמו דברי אביי שדחה מה דאמר רבא ר"מ ור"א אמרו דבר אחד, והשיב אביי ודלמא לא היא וכו', אי נמי עד כאן לא קאמר ר"מ אלא משום דרבנן וחכמים עשו חיזוק לדבריהם וכו'. וא"כ שזה סברת אביי, אבל רבא לא ס"ל סברא זו, ואיך נתפוס דברי אביי נגד דברי רבא? ודברי הנמו"י פשיטא שתמוהים, דא"כ איך אמר רבא דר"מ ור"א אמרו דבר אחד, ודילמא ע"כ לא קניס ר"מ אלא היכא דלא סבר לעשות מצוה, אבל במשנתנו שסבר לעשות מצוה כרבנן ס"ל, ואפילו אביי לא פריך לה חילוק זה, וא"כ דברי הנמו"י וסייעתיה הם דלא כאביי ודלא כרבא?

ועמדו על כך הישרש יעקב ועוד אחרונים ודייקו מדברי הרשב"א, שכל דבריו הם אליבא דרבנן דרבי מאיר, אבל אליבא דרבי מאיר עצמו לא היינו אומרים חילוק כזה.² ועדיין צריך עיון, למה לא נאמר חילוק זה גם לרבי מאיר? הרי הוא סבור דקנסינן ליה מפני שעבר על דברי חכמים, אבל אולי גם רבי מאיר מודה שאם טעה בדבר מצוה שאין קנסינן ליה!?

ונראה לומר בזה, שאין המחלוקת בין רבי מאיר לחכמים במעוברת רק שאלה אם מחמירים עליו מפני שעבר על דברי חכמים וקנסינן ליה לא להחזירה משא"כ לפי חכמים, לא קנסינן ליה, וכל טעם הגט הוא רק להבטיח הפרשה ולשמור את הולד, שא"כ קשה כמו ששאלנו על דברי הישרש יעקב. אלא יעויין בדברי הרמב"ם סוטה ב, ח-ט:

(ח) כל איש שבא ביאה אסורה מימיו אחר שהגדיל אין המים המאררים בודקין את אשתו, ואפילו בא על ארוסתו בבית חמוי שאסורה מדברי סופרים אין המים בודקין את אשתו שני ונקה האיש מעין והאשה ההיא תשא את עונה: בזמן שהאיש מנוקה מעון, האשה נושאה את עונה. (ט) לפיכך אם היתה אשתו אסורה עליו מחייבי לאוין או מחייבי עשה אפילו שנייה וקנא לה ונסתרה אינה שותה אלא תצא

² ואלו הם דברי הרשב"א: "...ומכל מקום מסתברא דביבמה לא כייפינן ליה להוציא כדי שלא תאסר עליו עולמית, ולא דמי למעוברת שנשאת לכהן, משום דזקוקה היתה לו וטעה בדבר מצוה, ואעפ"י שאין זמנו בהול, מכל מקום כיון דעיקרא דמילתא בעלמא לרבנן ליתא אלא משום תקנת ולד, ולא קנסו לאוסרה עליו עולמית, הכא כיון דטעה בדבר מצוה ואי מפיק לה תאסר עליו עולמית, לא מפיקין לה מיניה".

בלא כתובה ותהיה אסורה עליו אף משום זה. עבר ונשא מעוברת
חבירו ומניקת חבירו הרי זו שותה שאין כאן עבירה.

ונראה מדבריו דיש הבדל בין בעל שעבר ובעל ביאת איסור שאינו משקה את
אשתו ('אין האיש מנוקה מעוון'), לבין כנס מעוברת שכן משקה את אשתו.
וכבר עמד על כך המשנה למלך (ד"ה ונראה) וביאר, שבמעוברת שכל טעם
האיסור הוא מפני סכנה לולד אין כאן דין של איסורי ביאה אלא דין של
איסורי סכנתא, משא"כ כל יתר האיסורים הם איסורי ביאה בהגדרתם. ויש
להביא וראיה לזה: אם לפי הרמב"ם היה איסור ביאה במעוברת או מינקת
חבירו, היו דינים אלו מובאים בהל' איסורי ביאה ולא בהל' גירושין ודו"ק.

ומדברי חכמים, שהרמב"ם פסק כמותם, אפשר להבין את שיטת רבי מאיר
במשנה בסוטה: אם לפי רבי מאיר לא משקים אשה מעוברת שלאחר שכנס
קינא לה ונסתרה, ראיה שיש כאן איסורי ביאה כמו ביתר דיני המשנה.
והדברים מבוארים בדברי הרמב"ם בפירוש המשניות (מהד' הרב קאפח):

רבי מאיר סובר שנושא מעוברת חבירו ומינקת חבירו יוציא ולא יחזיר
עולמית. ולפיכך הוא לדעתו עובר עבירה כישראל שנשא נתינה וכיוצא
בה.

וברור שלפי דברי רבי מאיר, יש כאן איסורי ביאה מדרבנן, דומיא דנתינה.
ומנין לרמב"ם שיש כאן איסורי ביאה לפי רבי מאיר? מכך שר"מ אוסר
עולמית, דהיינו הקנס הזה שאוסרה עולמית, יוצר (אולי – משקף?) חלות דין
שיש כאן איסורי ביאה. [ושמא ניתן לומר באופן שונה, שלפי רבי מאיר יש
תקנת חכמים שיש כאן איסורי ביאה וממילא האיסור הוא איסור עולמית].
ובכל מקרה, ברור שלפי הרמב"ם אפשר ללמוד בפשטות שהיא גופא
המחלוקת בין חכמים לבין רבי מאיר: אליבא דרבי מאיר, הכונס מעוברת או
מינקת חבירו עובר על דין של איסורי ביאה, וממילא יש כאן איסור עולמי.
[ולפי הרמב"ם בפירוש המשניות: מפני שכנס מעוברת חבירו, קנסו שיש כאן
איסור עולם, וממילא נוצר חלות איסורי ביאה]. ואילו הרמב"ם היה פוסק
כרבי מאיר, הוא היה כותב דיני מעוברת חבירו ומינקת חבירו בהל' איסורי
ביאה. אבל חכמים דרבי מאיר סבורים, שאין כאן איסורי ביאה אלא דין
בסכנה, ולכן, ברגע שעברה הסכנה, אפשר להחזיר את מעוברת חבירו.

ועל פי דברים אלו, אפשר להסביר את דברי הרשב"א: לפי חכמים, מכיון
שכל האיסור של מעוברת ומינקת הוא מפני הסכנה, אפשר לחלק בין יבמה
דיש נסיבות מקילות והוי טועה בדבר מצוה, ולכן אפשר להקל ולומר שלא

היה כוונה לסכן את הולד ולעבור על דברי חכמים, לבין מעוברת חבירו שאין כאן טועה בדבר מצוה, ולכן מחייבים גט כדי להבטיח הפרשתן. אבל לפי רבי מאיר, הרי כל האיסור הוא איסורי ביאה, ויש מקום לומר שאין נסיבות מקילות באיסורי ביאה, כמו שאין פטור מתעסק באיסורי ביאה. הרי המתעסק בחלבים ועריות חייב מפני שכן נהנה, פירוש מפני שיש לו הנאה פיזית, ולכן אי אפשר לומר שיש כאן נסיבות מקילות שהרי במציאות עבר על העבירה. והוא הדין בהיתר של טועה בדבר מצוה שאינו אלא במקום שחייב קרבן חטאת ואין בו הנאה פיזית כגון בשחיטה או במילה בשבת. אבל דין זה של טועה בדבר מצוה אינו שייך בחלבים או בעריות או באיסורי ביאה. וממילא כל דברי הרשב"א הם רק לפי חכמים.

ב

והנה ראיתי בשם הגרי"ד סולובייצ'יק זצ"ל (במחברותיו של הגאון רבי צבי שכטר שליט"א), שבמקדש ממזרת, פשיטא דכופין אותו להוציא בגט, **דאיסור אישות** איכא, מלבד דחיישינן שמא יבוא עליה, אפילו יהיה הוא במדינה אחרת, מחוייב הוא לגרשה, דאסור שיהיה לו בה תפיסת אישות. והנה במעוברת ומניקה כופין לגרש לכולי עלמא, אך לר"מ הכי טעמא דהוי **איסור אישות** ודומיא לממזרת דאסור שיהיה לו תפיסת אישות בה. ואפילו להחזירה אחר כך אסור, משבא עליה בעודה מעוברת, הרי להדיא דהוי **איסור אישות**, מלבד מאי דהוי איסור סכנתא. אך לרבנן, הגט הוא אך **שיעור בפרישה** ותו לא, עכת"ד. ולכאורה הדברים צ"ב, דמנין שיש איסור אישות, בממזרת – יש איסור ביאה. אמנם יש תנאי שיהיה קדושין, אבל לכאורה עיקר האיסור הוא מעשה ביאה במסגרת אישות.

ונראה שהגריד"ס זצ"ל למד שהצורך בקדושין פירושו שיהיה אישות בכדי לחול איסורי ביאה, וממילא האישות אסורה, אלא שאין לוקין עליו עד שבועל. בכל מקרה, אם לפי רבי מאיר עצם האישות אסורה, אז ממילא מובן למה אי אפשר לומר שהוי טועה בדבר מצוה, שהרי באיסור האישות כלול גם האיסורי ביאה וכנ"ל.

אמנם הסבר דברי מרן הגריד"ס זצ"ל הובא בשם אביו, הגאון רב משה זצ"ל, שהקשה על שיטת הרמב"ם בהל' איסורי ביאה יז, ב, ו–יח, א:

[יז, 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.

[יח,א] מפי השמועה למדנו שהזונה האמורה בתורה היא כל שאינה בת ישראל, או בת ישראל שנבעלה לאדם שהיא אסורה להנשא לו איסור השוה לכל, או שנבעלה לחלל אע"פ שהיא מותרת להנשא לו, לפיכך הנרבעת לבהמה אע"פ שהיא בסקילה לא נעשית זונה ולא נפסלה לכהונה שהרי לא נבעלה לאדם, והבא על הנדה אע"פ שהיא בכרת לא נעשית זונה ולא נפסלה לכהונה שהרי אינה אסורה להנשא לו.

ועיין בהשגת הראב"ד יח,ב:

א"א ליתנהו להני כללי שאין זונה אלא מחייבי כריתות או מעכו"ם ועבד שאין בהן קידושין מיהו כל הפסולים לבא בקהל אם באו עליה פסלוה מן הכהונה ומן התרומה ואפילו חלל משום דכתיב ולא יחלל זרעו מה הוא מחלל אף זרעו מחלל אבל ללקות עליה משום זונה לא.

לפי שיטת הרמב"ם בעינן בכל חייבי לאוין קידש ובעל,³ משא"כ בחיובי כריתות אי אפשר להצריך קידש ובעל, דהא אין קידושין תופסין בחייבי כריתות, וביאור הגר"מ זצ"ל דחייבי כריתות הוי איסור **ביאה**,⁴ משא"כ

³ ועוד משמע מלשונו שמצריך נשא ובעל כמו שמצינו בריש פרק טז מאיסורי ביאה הלכה א: "פצוע דכא וכרות שפכה שנשאו בת ישראל ובעלו לוקין שנאמר לא יבוא פצוע דכא וכרות שפכה בקהל ה', ומותרין לישא גיורת ומשוחררת ואפי' כהן שהוא פצוע דכא מותר לישא גיורת ומשוחררת לפי שאינו בקדושתו, ואפילו נתינה או אחד מן הספיקות מותרת לו", וכן פ"יז ה"ב, ה"ל, וסנהדרין יט,ד: (קנ) כהן שקדש אשה זונה ובעלה, (קנא) כהן שקדש גרושה ובעלה, (קנב) כהן שקדש חללה ובעלה, (קנה) הנושא זקוקה ליבם, (קנו) הבא על הקדשה, (קנו) ממזר שנשא בת ישראל ובעל, (קנח) פצוע דכא שנשא בת ישראל ובעל, (קסד) גר עמוני שנשא בת ישראל ובעל, (קסה) גר מואבי שנשא בת ישראל ובעל, וע"ש בראב"ד: "פצוע דכא שנשא בת ישראל ובעל. א"א לא ידעתי נשואין מה צורך והרי מצינו על הממזרת משלם קנס והקשו בגמרא על רבא קשיא ממזרת לדעת רבי יצחק היאך לוקה ומשלם אלמא בביאה לחודה לוקה". וצ"ע למה פעמים השתמש הרמב"ם בלשון קידש ופעמים בלשון נשא, ובמיוחד באיסור זונה, גרושה וחללה שבאיסורי ביאה השתמש בלשון נשא ובסנהדרין בלשון לקח, לעומת פצוע דכא שהלשון אחיד.

⁴ וראיה לכך מדברי הרמב"ם איסו"ב יב,א-ג: "ישראל שבעל עכו"ם משאר האומות דרך אישות, או ישראלית שנבעלה לעכו"ם דרך אישות הרי אלו לוקין מן התורה שנאמר לא תתחתן בס בתך לא תתן לבנו ובתו לא תקח לבנך, אחד שבעה עממין ואחד כל אומות באיסור זה וכו' ולא אסרה תורה אלא דרך חתנות אבל הבא על הכותית דרך זנות מכין אותו מכת מרדות מד"ס, גזירה שמא יבא להתחתן, ואם ייחדה לו בזנות חייב עליה משום נדה ומשום שפחה ומשום כותית ומשום זונה, ואם לא ייחדה לו אלא נקראת מקרה אינו חייב אלא משום כותית וכל חיובין אלו מדבריהן. בד"א כשהיה הבועל ישראל **אבל כהן הבא על הכותית לוקה מן התורה משום זונה** ואחד זונה כותית ואחד זונה ישראלית ובעליה בלבד לוקה **שהרי אינה בת קידושין**".

חייבי לאוין דגדר האיסור הוא איסור אישות, והביאה (שלאחר קידושין/ נשואין) אסורה לא בתורת מעשה ביאה, אלא בתורת המשך וגמר לאישות, דביאה חשובה כמעשה אישות.⁵

ולפי זה שאל הגר"מ זצ"ל, דבשלמא דנבעלה לחייבי כריתות ניחא דנעשית לזונה, שהרי זאת הביאה – אסורה היתה. משא"כ בנבעלה לחייבי לאוין, דהתם ליכא באמת איסור ביאה כלל, דהביאה בעצמותה היתר היא, רק דהיא איסור בתורת מעשה אישות, והאישות הוא הנאסר, אמאי עשאה זונה וצ"ע.⁶

ולפי דברי הגר"מ זצ"ל, ובמידה שזה הסברו לדברי בנו הגריד"ס זצ"ל הנ"ל, לא יתיישבו דברי הרשב"א, שהרי אין כאן איסור ביאה אלא איסור אישות, וא"כ אפשר לומר שזה אכן טועה בדבר מצוה, וזה אליבא דרבי מאיר, וא"כ, הדרא קושיית הנודע ביהודה לדוכתא, וצ"ע.

⁵ ועיין במסורה, ב (תשרי, תש"ן), עמ' כו–כח, "בגדר איסור חלוצתו" להסביר את שיטת הרמב"ם בפ"א יבום וחליצה א, יב: "...וכן החולץ ליבמתו נאסרה החלוצה היא וכל צרותיה על החולץ ועל שאר האחין וכולן אסורות עליהן מדברי סופרים כשניות שמאחר שמת אחיו בלא ולד נסתלק איסור ערוה מעל כל נשיו לפיכך תופסין בהן הקידושין כשניות" לעומת שיטת התוס' יבמות דף י, ב ד"ה איהו, הביא הגריד"ס זצ"ל את הפירוש הזה להסביר את דברי הרמב"ם (אמנם לא בשם אביו) והוסיף ואמר: "שחייבי לאוין וחייבי כריתות חלוקים הם זה מזה לא רק בעונשם, אלא אף בעצם חלות איסורם. דבחייבי כריתות – גדר איסורם הוא בתורת איסורי ביאה, ואילו בחייבי לאוין גדר איסורם הוא בתורת איסור אישות, דהביאה שלאחר האישות חשובה כמעשה אישות, ובתורת כן נאסרה. [ובאמת יש להסתפק בזה לדעת הרמב"ם, אם דוקא אביאה ראשונה שלאחר הקידושין הוא דלקי בחייבי לאוין, שהיא כאילו גומרת ומשלימה את האישות; או אפילו שאר ביאות נמי יהיה לוקה, שכל ביאה שלאחר קידושין חשובה כמעשה אישות].". ועיין עוד שם איך באר את שיטת הרמב"ם לעומת התוס' הנ"ל, ואכ"מ.

⁶ ועיין עוד בתוס' בסוגיה דאין שליח לדבר עבירה (ב"מ י, ב ד"ה דאמר), שדנו בכהן שקידש לו שליח גרושה, ומשמע שיש בקידושין עצמם האיסור.

עד אחד במלחמה

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. שיטת הרי"ף

1. הסבר ספק הגמרא

2. בירור הספק

3. עדות במלחמה ללא קברתיו

ג. שיטת רש"י

1. הסבר הלחם משנה – 'דייקא' מוציא מ'בדדמי'

2. ביאור הגר"א – 'בדדמי' רק במלחמה ואפי' באומר קברתיו

3. בית הלוי – הכרח רש"י להעמיד 'בדדמי'

ד. שיטת תוס'

1. הרב אונטרמן – גדר דייקא ומינסבא

2. בית הלוי – שני סוגי 'בדדמי'

ה. סיכום

פסק הלכה

א. הקדמה

חידשו לנו חכמים שעד אחד נאמן בעדות אשה להעיד שבעלה מת כדי להתירה להינשא. הגמ' (יבמות פח) דנה מדוע עד אחד נאמן, הרי זה דבר שבערוה, ומסיקה, 'אמר ר' זירא: מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה הקלת עליה בתחלה, לא ליחמיר ולא ליקיל! משום עיגונא אקילו בה רבנן'. ומבאר רש"י שחוששת שמא תקלקל ולא מינסבא עד דבדקה שפיר.

הגמ' במספר מקומות מסתפקת עד כמה צריך את הדיוק של האשה והאם יש פעמים שלא נאמין לעד אחד. אחד הספקות בגמ' הוא בעדות של עד אחד במלחמה. בהסבר הספק ישנה מחלוקת ראשונים גדולה, נביא את הדעות המרכזיות בהבנת ספק הגמ' ודרך ביאורם נלמד מה החששות שיש לחוש בעדות של עד אחד בהיתר אשה.

בגמ' יבמות (קטו, א)

איבעיא להו עד אחד במלחמה, מהו? טעמא דעד אחד מהימן – משום דמילתא דעבידא לאיגלווי הוא לא משקר, ה"נ לא משקר, או דלמא טעמא דעד אחד – משום דהיא גופא דייקא ומינסבא, והכא [כיון דזימנין דסניא ליה] – לא דייקא ומינסבא. ת"ש: מעשה בשני תלמידי חכמים שהיו באין עם אבא יוסי בן סימאי בספינה, וטבעה, והשיא רבי נשותיהן עפ"י נשים; והא מיס כמלחמה דמו, ונשים אפילו מאה כעד א' דמו, וקתני: השיא. ותסברא? מיס שאין להם סוף נינהו, ומיס שאין להם סוף – אשתו אסורה! אלא ה"ד? דאמרי: אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר, וקאמרי סימנין, דלאו עלייהו סמכינן אלא אסימנים.

ב. שיטת הרי"ף

1. הסבר ספק הגמרא

הרי"ף מעמיד את ספק הגמ' כשאומר העד 'ראיתי פלוני מת וקברתי', והספק הוא האם ההיתר על פי עד אחד הוא משום דהוי מילתא דעבידא לגילויי ואין חשש שמשקר או שיש חשש שהעד משקר אך הואיל ויש דייקא של האשה שמצטרף לעד אז מותרת, ובמלחמה יש חסרון שהאשה לא דייקא.

הרי"ף גורס 'כיון דזימנין דסניא ליה לא דייקא ומינסבא', ולכאורה למה בגלל המלחמה יש לחשוש דסניא יותר משאר מיקרים, ונראה שבכל אשה יש לנו חשש מסויים ששמחה קצת במות בעלה אך לעולם תדייק מפחד שתתקלקל, אך כאשר יודעת שבעלה במלחמה תקל דעתה ותנשא שאומרת שודאי מת.¹

2. בירור הספק

א. ממעשה בב' ת"ח

הגמ' רוצה להוכיח מהמעשה בב' ת"ח שהתרנו את נשותיהם עפ"י עדות נשים, וצריך להבין במה זה דומה לעדות במלחמה. בדעת הרי"ף אין החשש שהעד אינו מדויק בעדותו שהרי ספק הגמ' כאשר אומר 'קברתי' ובזה ודאי שאינו מדמה במיתתו, אלא החשש שהאשה, שיודעת שבעלה במלחמה,

¹ הגמ' (קיד, ב) דנה מדוע האשה עצמה אינה נאמנת במלחמה ובתחילה אמרה 'ס"ד בכל הני דאיקטול הוא פליט?! ודחתה הגמ' 'את"ל כיון דשלום וכו' וצ"ל שכאן הגמ' חוזרת לחשש זה שכאן שיש עד שמסייע תקל דעתה.

תסמוך על העד ולא תדייק האם דבריו נכונים, ולכאורה הוא הדין כאשר יודעת שבעלה היה בספינה שטבעה שוב לא תדייק האם אכן ראו את בעלה שמת.

אך לדברינו ספק הגמ' הוא כאשר ידוע לאשה על הימצאות בעלה במלחמה או בספינה הטובעת אך כאשר היא אינה יודעת על מקומו לא תנשא עד שתדייק והעד יהיה נאמן. ומבאר הרמב"ן במלחמות שאינו כן, שגם בכה"ג שהיא לא יודעת שהוא במלחמה או שטבע כאשר תתחיל לדייק ולחקור ותשמע שהיה במלחמה או בספינה שאבדה, שוב לא תדייק ותסמוך דעתה על העד. ואם כן כאשר השיא רבי את נשי הת"ח משמע שאין צריך כלל את הדייקא של האשה אלא סומכים על העד משום מילתא דעבדי לגלוי.

אך קשה שהרי הגמ' דוחה את הראיה מב' ת"ח שודאי ששם לא התרנו עפ"י עדות טביעה שהרי זה משאל"ס ואשתו אסורה, משמע שבהו"א של הגמ' אין חסרון של משאל"ס, ואם כן לפי דברי הרמב"ן שהאשה מדייקת עד ששומעת שבעלה היה בטביעה ואז סומכת על העד שוב אין פה חסרון בעדות, שהרי התברר לנו שהבעל טבע ומותרת כמו במים שיש להם סוף. וכך שואל רעק"א (סימן קז):

ולכאורה תמוה, דהא להס"ד מירי דהעידו רק על הטביעה, וכיון דהיה ס"ל דמספיק הטביעה להתירן א"כ דיוקא דידה על הטביעה סגי ולא צריך יותר. (אך מיישב רעק"א:) צ"ל דמ"מ לסלקא דעתך במשאל"ס מהני הטביעה דמי למים שיל"ס לדידן, דבעי שיאמר העד שעמד שם עד שיעור שתצא נפשו ולא יצא, או שיאמר טבע ומת, וכמ"ש הה"מ (פ"ג מה"ג) ולזה ניחוש דמשקר העד במה דאמר שעמד עד שתצא נפשו והיא לא דייקא, וע"י הטביעה תאמין להעד שלא יצא ולא תידוק יותר.

היינו שאשה שתשמע שבעלה מת ויתברר לה שמת בטביעה לא תדייק האם העד שהה עד כדי שתצא נפשו, ולכן אם רבי התיר את נשות הת"ח משמע שלא צריך כלל את הדיוק של האשה.

ב. דחיית הראיה

הרי"ף כתב שהגמ' אצלנו דחתה את הראיה מב' ת"ח הואיל ולא עליהו סמכין אלא אסימנים. ומקשים הראשונים מה מועיל שאומרים סימן הרי אם יש חשש שהעד משקר גם אם יאמר סימן אולי מכיר את הבעל בחייו ומכיר את הסימן ומשקר שמת. ומתרצים (רמב"ן, נמו"י) שאמרו סימן שיש

להם במקום מוצנע שמתזירין אבידה בענין הזה ואין לחוש לרמאי'. אך עדיין צ"ב שבאבידה אנו מאמינים לו שמכיר את החפץ והוא בעליו שרק בעלים מדייק כל כך, אך כאן גם אם מדייק מי אמר שמת אולי ראו סימן זה בחיים. אלא שהריטב"א מוסיף כאן משפט על דבריהם 'דלא אפשר להו למידע יתיה אי לאו דחזו השתא' דהיינו שזהו סימן שאפשר לראות רק לאחר מיתה, וכלשון הגר"א (ס"ק קז) "שכיון שאמרו סימנים במקום המוצנע שע"כ ראוהו לאחר מיתה שהנשים ע"כ לא ראו במקום המוצנע בחייו וסמכינן אסימנים מובהקים דלא משקר כמו באבידה". זאת אומרת שבכה"ג לא צריך כלל את ההיתר של ע"א אלא נאמנים מדאורייתא כמו באבידה.²

ג. ראייה ממעשה דגלת

כתב הרי"ף שאע"פ שלא נפשט הספק כאן בסוגיא, יש לפשוט מהגמ' בדף קכא ע"א:

ההוא גברא דטבע בדגלת ואסקוה אגישרא דשביסתנא ואסבא רבא לדביתהו אפומא דשושבינא לבתר חמשא יומא.

וכתב הרי"ף: "שמעינן דעד אחד במים שאין להם סוף נאמן ודוקא היכא דאמר אסקוה לקמאי וחזיתיה לאלתר ואישתמודענא ליה דאיהו פלוני. והוא הדין לעד אחד במלחמה היכא דאמר מת וקברתי". זאת אומרת שאע"פ שיש כאן חסרון בדייקא של האשה, שכאשר תתחיל לברר מה נעשה עם בעלה ויתברר לה שטבע שוב לא תדייק שאכן נמצא וזוהה והוכח שהוא מת, ובכל זאת התיר אותה רבא להינשא.

הרמב"ן במלחמות מציין לשני מקומות מהם מוכח שבאומר קברתי יש להקל:

א. מהא דתניא 'מעשה בששים בני אדם שהיו מהלכים לכרקום ביתר ובא עובד כוכבים ואמר חבל על ששים בני אדם שהיו מהלכים לכרקום ביתר ומתו וקברתי' ושם היתה שעת מלחמה וחרום גדול והאמינוהו, ולא יגרע ישראל כשר מעכו"ם מסל"ת.

² באבידה סימן מובהק פותר לנו לכאורה שני ספקות: א. אין חשש שימצא סימן כזה בחפץ נוסף. ב. ודאי לנו שזה הבעלים שאדם אחר לא יכיר סימן זה. וכן כאן במת הסימן מוכיח שזה האדם שאנו מכירים וכן אין לנו חשש שאדם זה חי שאפשר לראות הסימנים רק לאחר מיתה.

ב. להלכה פסק הרי"ף שעד אחד נאמן על מיתת היבם, הואיל וכך פסקו רב רב ששת ואע"פ דסניא ליה ולא מדייקת האימנהו. ומדייק הרמב"ן, שע"א נאמן מטעם מילתא דעבידי לגילויי גם כאשר אין דייקא של האשה.

ניתן להבין למה הרי"ף לא רצה לפשוט מדינים אלו. לגבי המקור הראשון מגוי מסל"ת, כותב הנו"ב (קמא מב) שבגוי מסל"ת ודאי אין הטעם שנאמן משום הדייקא של האשה שלדעתו כל התועלת של הדייקא זה כדי שהעד ימנע מלהעיד שקר משום שידוע שהאשה תדייק ותבדוק ואם ימצא משקר יפסל לעדות וכד', אך לגבי גוי שכלל לא התכוון להעיד אין משמעות לדיוק האשה, אלא בגוי האמינו כיון שמסל"ת אינו משקר, ואם כן אין הוכחה שעד אחד נאמן גם ללא דייקא.

גם בית הלוי (ט,ג) מבאר שהגמי לא מסתפקת לענין גוי במסל"ת וברור לה שנאמן, אך לא מטעם הנו"ב, שלדעתו ההיפך הוא הנכון שכאשר גוי העיד לה ודאי שמדייקת ולא סומכת עליו ולכן אם ברור לה שאכן טבע בעלה שוב הע"א נאמן מהתורה כיון שכבר יצאה מחזקת אשת איש אין כאן מקום להסתפק. (ענין לקמן בשיטת רש"י ביאור דעתו).

ייתכן והרי"ף לא הוכיח מע"א ביבמה, כי רבא פושט את הדין מק"ו 'לאיסור כרת התרתה לאיסור לאו לא כל שכן' ומבאר תוס' (ד"ה לאיסור) שאם לאיסור כרת לא חששנו ששונאת כש"כ באיסור לאו לא נחשוש. משמע שם שהחשש שאע"פ שיש ביכולתה לברר אינה מבררת משום השנאה ויש בזה חוסר אמינות ולזה פשטנו שלא חוששים, אך במלחמה אומרת 'בדדמי', זאת אומרת שהיא אכן סבורה שהוא מת אלא אנו חוששים שלא דייקא מספיק, ואם כן אע"פ שפשטנו שבע"א ביבמה מדייקת, לא מוכרח שבע"א במלחמה גם כן תדייק.³

אך עדיין צריך בירור למה הרי"ף לא פשט את הספק בע"א במלחמה ממעשה דחסא, 'ההוא דהוה קאמר ואזיל: מאן איכא בי חסא, טבע חסא! אמר רב נחמן: האלקים! אכלו כוורי לחסא. מדיבוריה דרב נחמן, אזלא דביתהו דחסא ואינסבא, ולא אמרו לה ולא מידי', שהרי שם אם נשאת לא תצא וא"כ משמע שאין צריך את הדייקא כדי להתירה. ואין לומר שמספיק שתדייק שהיתה טביעה וממילא נתירה בדיעבד, שהרי עדיין יש לחוש שהעד משקר

³ כן מוכח מדעת הרא"ש ששני החששות שונים, שבע"א ביבמה החמיר ובע"א במלחמה לא הכריע. וכן כותב תוס' בהדיא בד"ה כי תיבעי (צד,א) "ואפי' נאמן כאן בהנך בעיי (ע"א להתייר ליבם וע"א ביבמה) אכתי איכא למיבעי לקמן ע"א בקטטה וע"א במלחמה וכו'".

ששהה כדי שתצא נפשו כמו שהבאנו לעיל בשם רעק"א שעל זה היא לא תדייק, וא"כ אם התרנו את חסא בדיעבד משמע שלא צריך דייקא. אמנם לראשונים שסוברים להלכה, שכדי להתירה בדיעבד במשאל"ס לא צריך שיששה כדי שתצא נפשו (עי' פת"ש קמד דעות הסוברים כן), ממילא אין חסרון שלא תדייק שמספיק שנדע על עצם הטביעה וא"כ אחרי שהגמ' דחתה שהמעשה כאן בבי' ת"ח זה משאל"ס שוב אין כאן מקום להסתפק שעד אחד נאמן, אכן הריטב"א מביא ראיה לפשוט מעובדא דחסא.⁴

3. עדות במלחמה ללא קברתיו

הרי"ף פשט את ספק הגמ' ממעשה דדגלת אך דוקא אם אמר קברתיו: "אי לא קא מסהדי הכי ואפילו תרי סהדי לא סמכינן עלייהו וכ"ש עד אחד או אשה חיישינן דילמא אאומדן דעתא קא מסהדי". דהיינו כאשר לא אמרו 'קברתיו' יש חשש שהעדים עצמם מדמים ואפילו כאשר זה שני עדים כשרים, מבין הרי"ף שבמלחמה בלתי אפשרי לראות היטב כמו שאמרה הגמ' לגבי עדות האשה 'זימנין דמחו ליה בגירא או ברומחא וסברא ודאי מתי' ולכן כל עד במצב כזה אינו יכול לדייק, אך כאשר אומר קברתיו או שאומר שמצאו ליד הנהר שמוכח שלא היה במצב של בריחה אין חשש לבדדמי של העד.

יש לברר מה מקורו של הרי"ף לחשש זה, חשש שאינו מוזכר כלל בגמ'.

הרמב"ן במלחמות מבאר בדברי הרי"ף שהחשש שהעד מדמה זה כל שכן מהאשה, שאם האשה שמרחמא ליה וחוששת לעצמה אנחנו אומרים שאמרה בדדמי, עד שתאמר קברתיו, כש"כ העדים. וכמו שאמרה הגמ' והא מיס כמלחמה דמי, הוא הדין שמלחמה כמים. כמו שבמים חוששים שמא הוא חי כך במלחמה שמסתמא אין העד 'בודק דופק' (שאם כן אפשר דחשיב קברתיו) גם יש חשש שניצל.⁵

הרשב"א מקשה על הרי"ף מהגמ' שאמרה 'הא מיס כמלחמה דמי ומאה נשים כע"א וכו' שתי קושיות: א. בהו"א נקטו שהמעשה היה שלא העלו אותם ליבשה א"כ מוכח שהסתפקה גם בע"א שלא אמר קברתיו.

⁴ לפי מה שהבאנו לעיל בשם הנו"ב שבנכרי אין להסתפק כלל וברור שלא צריך דייקא שוב אין להוכיח ממעשה דחסא אך הואיל וקי"ל שבכל עד על טביעה אם נשאת לא תצא ההוכחה נותרת בעינה.

⁵ הרמב"ן עצמו חולק על הרי"ף, וסובר שבעד אין חשש בדדמי כלל במלחמה שאם היה לו קצת ספק לא היה מכניס עצמו לזה.

ב. 'מאה נשים כע"א' משמע שאם היו שני עדים לא היה חשש.

אך דבר זה צריך בירור, מנין לרשב"א שהרי"ף סובר שגם בעד שמעיד על טביעה יש חשש שהוא מדמה, הרי כל מה שדימינו מים למלחמה שבשניהם יש חשש שהאשה לא תדייק ותסמוך דעתה על העד, אך להגיד שהעד מדמה שרואה הטביעה אין זה פשוט, שפעמים רבות הרואה אינו נמצא במצב סכנה. ובשלב זה מנסה הגמ' להוכיח שעד אחד לא צריך דייקא ולכן אפילו שמאה נשים הם כעד אחד, התרנו. אך ודאי שאם היו אלו שני עדים היו נאמנים, שלהעיד על טביעה אין חסרון בדדמי, ובשלב זה של הגמ' גם אין חסרון של משאל"ס. וכך מקשה רעק"א על הרשב"א (סי' קז):

וזה תמוה, דמאי קושיא הא לפי סברת המקשן דבמים שאל"ס מהני הטביעה הוי כמו מים שיל"ס לדידן, דל"ש בזה בדדמי כההיא דחסא אלא דפריך דניחוש לשקרא כמו במלחמה וקברתיו ובוזה ודאי מהני שני עדים כשרים, וצע"ג לכאורה.⁶

ג. שיטת רש"י

רש"י מבאר את הצד שלא נאמין לעד 'והכא לא דייקא – ותרוייהו אמרי בדדמי כן הדברים כאשר אתה אומר'. משמע לכאורה שהספק האם האמנו ע"א בעדות אשה לגמרי, כמו שני עדים, משום מילתא דעבידי לגילויי ולא נחוש כלל לבדדמי או שמעולם לא סמכנו כל כך על ע"א אלא משום שגם האשה מדייקת התרנו אותה וא"כ כאן שיש חסרון של דיוק האשה גם העד לא נאמן ונחוש שמדמה.

אך צ"ב אם אנו סוברים שצריך שהאשה תדייק, שאין העד נאמן כל כך, וכאן ודאי לנו שיש חסרון בדיוק שלה, למה לנו להמציא חשש שגם העד מדמה, אפשר שאינו נאמן כי אין כאן את הסיוע של הדייקא.

1. הסבר הלחם משנה – 'דייקא' מוציא מ'בדדמי'

ניתן להבין את רש"י עפ"י הסברו של הלחם משנה (גירושין יג, ט). לדעתו צד הספק שאין ע"א נאמן ללא דייקא אינו משום חשש שקר אלא משום חשש בדדמי, ובלשונו:

⁶ ע"ש ברעק"א שמיישב לשיטת הרשב"א והרא"ש שהבינו שודאי שבמשאל"ס העד מדמה ולא מדייק אפילו לפי ההו"א של הגמ' שנשאת במשאל"ס אך יש בעיה בעדות, וגם בכה"ג לדברי הרי"ף היה לחוש לבדדמי כאשר אין קברתיו.

הפירוש הראשון, דבעיין בלא קברתיו, וה"פ בקברתיו פשיטא ליה לבעיין דנאמן משום דמילתא דעבידא לאיגלווי לא משקר, אבל היכא דלא קאמר קברתיו, דאיכא למימר דאמר העד בדדמי, מי אמרינן דהעד נאמן או לא, מי אמרינן טעמא דהאמינוהו רבנן עד אחד בשעת שלום משום דמילתא דעבידא לאיגלווי לא משקר ביה העד, כל' ולא יאמר העד בדדמי ואם אינו רואהו העד מת ודאי לא יעיד משום דמילתא דעבידא לאיגלווי לא משקר וא"כ ה"נ, או דילמא לעולם חיישינן דבשעת שלום יאמר העד בדדמי אלא האי דהאמינוהו רבנן הוא משום דאע"ג דלפעמים הוא יאמר בדדמי שראהו נוטה למות ואומר שמת מ"מ האשה דייקא ומינסבא ולכך האמינוהו רבנן, וכשהוא שעת מלחמה לא דייקא דהיא אמרה בדדמי, אבל בקברתיו דלא שייך לומר העד בדדמי ודאי דע"א מהימן משום מילתא דעבידא לאיגלווי לא משקר.

זאת אומרת, שכוונת רש"י במש"כ 'ותרוויהו אמרי בדדמי' היא, שעל עדות העד יש לחשוש כרגיל שאומר בדדמי, והואיל והאשה מדמה ואינה מדייקת אין לסמוך עליו, וא"כ גם לדעת רש"י החסרון שיש במלחמה זה רק לגבי הדיוק של האשה ולא חסרון מיוחד בעדות העד. ועוד משמע מדברי הלח"מ, שבאופן שאין חשש בדדמי אין צריך דייקא של האשה.

לפירוש זה ההוכחה מב' ת"ח, שאע"פ שיש חשש בדדמי של האשה שאינה מדייקת כשטובע וגם על עדות העד יש לחשוש שמדמה, בכל זאת התיר רבי את נשותיהם, ומתוצאת הגמ' שאסקינהו קמן ואמרי סימנים שבכה"ג ודאי שהעד מדייק שחשיב כמו קברתיו ואין לחשוש לבדדמי ולכן אע"פ שאין כאן דייקא (כפי הסברנו ברי"ף שסומכת על זה שטבע) יהיה נאמן.

אך קצת דחוק להסביר את דברי רש"י על פי פירושו של הלח"מ, לפיו הספק הוא האם יש חשש קבוע שהעד מדמה, משתי סיבות: א. גם בע"א ביבמה ובקטטה כל ההספק הוא האם מדמה ושם רש"י לא כתב 'והכא תרוויהו אמרי בדדמי'. ולדברי הלח"מ גם בזה אם היה אומר 'קברתיו' שוב אין מקום להסתפק.

ב. הרב אונטרמן (שבט מיהודה עמ' קיג) מקשה שאם פשטנו בע"א ביבמה שנאמן, שוב אין לשאול האם יש חשש בדדמי בעד אחד, שאם ישנו חשש שהעד מדמה ודאי שאינו נאמן כאשר אין דייקא של האשה, ובזה אין לומר שמא יש דייקא זוטא, שכאשר יש חשש בדדמי בדברי העד משמעות הדבר

שאנו מתירים ע"י בירורה של האשה א"כ ודאי שנפשוט דאין חשש בדדמי של העד.

2. ביאור הגר"א – בדדמי רק במלחמה ואפי' בקברתיו

הגר"א (בביאורו לסעיף לג,מח) מבאר את ספק הגמ' לפי רש"י (והרמב"ם) באופן הבא:

דווקא בעדות במלחמה יש חשש שהעד מדמה מה שא"כ בעדות בעלמא. בעדות שלא במלחמה החשש היחיד הוא שמא העד משקר, וזה מה שהסתפקה הגמ' בע"א ביבמה, האם יש חשש שהעד משקר והיתר האשה בנוי על הדייקא, ומסקנת הגמ' שאין חשש שקר והעד נאמן גם ללא דייקא. אך בע"א במלחמה יש חשש נוסף שמא העד מדמה ולא ראה שמת או שלא זיהה את המת, ולאידך גיסא, דילמא בע"א לא חוששים לבדדמי כמו לגבי שני עדים.

הגר"א מבאר שחשש בדדמי במלחמה קיים אף כשאומר 'מת וקברתיו', כמו שכתב הרמב"ם לגבי האשה עצמה שבאומרת מת וקברתיו במלחמה יש לחשוש שמדמה שמא קברה אדם אחר, וה"ה בע"א ג"כ ידמה שקבר פלוני. ואומר הגר"א שכאשר אומר 'קברתיו' נפשט הספק ממעשה דגלת.

הוכחתו של הגר"א, שהספק הוא גם כאשר אומר העד 'קברתיו', מדחית הגמ' את הראיה מבי' ת"ח, 'אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר וקאמרי סימנים' והרי אסקינהו קמן חשיב כקברתיו ולמה צריך סימנים אלא שהגמ' אמרה שאין מכאן הוכחה אפילו לעדות שהעד אומר מת וקברתיו במלחמה, ולכן נצרכנו לפשוט ממעשה דדגלת ששם לא אמרו סימנים אלא משום שחשיב כקברתיו אין חשש בדדמי.

צ"ב בהבנת הגר"א מה הדמיון בין עדות מיתה במלחמה לעדות טביעה, שהרי במלחמה יש חשש גדול שממהר ולא מדייק, משא"כ בטביעה שפעמים העד נמצא במקום מבטחים. ואולי אפשר לומר שהוכחת הגמ' היא מנשים שהיו איתם בספינה ואז יש חשש של בדדמי, אך עדיין קשה מה ההשוואה ממעשה ד'דגלת' ל'קברתיו במלחמה', בדגלת העלו את המת מהנהר ואין כאן חשש שמדמה ואינו מדייק, שהרי עכשיו אין זה שעת סכנה, משא"כ במלחמה שתמיד יש חשש של מדמה, כמו שאמר הגר"א לגבי האשה עצמה 'דכיון

שנדמה לה שבעלה מת והיא בהולה וכו' לכן אומרת קברתיו אע"ג שלא דייקא אם אמנם קברה את בעלה".⁷

ונראה שצ"ל שהחסרון כאן אינו בכך שנמצא במצב סכנה ובהלה, אלא החשש בעדות מלחמה וטביעה נובע מכך שהעד משוכנע שפלוני מת, שהרי ראה שנפצע לפניו במלחמה או שיודע שטבע במים שאין להם סוף,⁸ ושוב אינו מדייק ומכריע שהמת הנמצא לפניו זה האדם שראה שנפצע או טבע, אע"פ שבמקומות אלו מצויים גם מתים נוספים. ולכן מסתפקת הגמ' גם כאשר אומר העד קברתיו או שהעלוהו מהנהר שיש כאן חשש בדדמי, אך ממעשה דדגלת שהתרנו את אשתו של הנטבע משמע שאם אומר קברתיו נאמן ואין חשש בדדמי.⁹

הסבר זה של הגר"א אינו מתאים לגירסת הגמ' אצלנו 'או דילמא טעמא דע"א משום דהיא גופא דייקא ומינסבא וכו' שהרי כבר הכריע הרמב"ם שהטעם בע"א משום מילתא דעבידי לגילויי ואין צורך בדייקא של האשה, ואומר הגר"א שגירסת רש"י והרמב"ם 'או דילמא דזימנין דאמר בדדמי' (וכן גורס המהרש"ל), דהיינו שאין ספק שאין צורך בדייקא אלא הספק האם נחשוש בע"א שמדמה לפעמים או שאין חשש כמו בב' עדים ונפשט שכאשר אומר 'קברתיו' אין חשש שמדמה.¹⁰

3. בית הלוי – הכרח רש"י להעמיד 'בדדמי'

בית הלוי (סימן ט,א) מבין כמו הגר"א, שהחשש שהעד מדמה הוא דווקא במלחמה שהעד יודע שהאשה לא מדייקת ואינו ירא להעיד, ויעיד אפילו בדדמי, דהיינו שעלול להעיד אף שהדברים אינם מוחלטים אצלו שאכן בעלה מת, ולכן אומר רש"י שכאשר אינה מדייקת נחשוש 'דתרוייהו אמרי בדדמי'.

⁷ עיין בהסברו של הרז"ה (מב, ב ברי"ף), שמבאר שהספק דווקא כאשר ראו את הטביעה אז יש חשש של דדמי כמו במלחמה, אך במעשה דגלת שהשיאה רבא, בשלא ראו הטביעה אלא שראוהו לאחר שאעלוהו ולא דמי למלחמה, ודומה לאומר קברתיו שפשיטא שנאמן, אך בגר"א צריך ביאור שהחשש דדמי ופושט מדגלת.

⁸ צריך לומר במעשה 'דגלת' שהעדים ידעו שפלוני טבע.

⁹ אפשר שכוונתו שפשטנו מ'דגלת' שאין חוששים בעד לבדדמי בזהו המת אלא רק חוששים שמדמה האם מת.

¹⁰ נראה שמבין את דברי רש"י 'ותרוייהו אמרי בדדמי', שכמו שבאשה המעידה במלחמה יש חשש בדדמי אפילו בקברתיו כן נחשוש גם לעד שמדמה, אך צ"ב מה כוונת רש"י בדבריו 'כן הדברים כאשר אתה אומר' שהמשמעות הפשוטה שהאשה לא מדייקת וצ"ב.

וספק הגמ' האם בכלל אנו חוששים לדדמי בעדות של ע"א. אך שואל בית הלוי מה הכריח את רש"י לפרש כן, שהרי בספק בע"א ביבמה ובקטטה אין החשש שהעד מדמה, אלא רק שאינו נאמן ללא הדיוק של האשה, וכן תוס' מבאר גם בע"א במלחמה, וא"כ צריך להבין מה גרם לרש"י לפרש הספק באופן שונה.¹¹

מבאר בית הלוי, שהחשש במלחמה הוא שהאשה אינה מדייקת משום שכאשר יודע לה שהיה במלחמה או שטבע תסמוך דעתה ולא תמשיך בבירורה, אך לגבי עצם העדות שהיה במלחמה או בטביעה זה כן יתברר, שהרי הגמ' (קיד, ב) מבארת שמדמה 'זימנין דמחו לו בגירא ורומחא וסברא ודאי מת', וא"כ גם כשהעד מעיד לה תברר עד שתשמע דמחו לו בגירא ורק אז תסמוך דעתה. ואם כן על ידי עדותו של העד יוצאת מחזקת אשת איש, שהרי ידוע לנו שהגיע למצב שרוב למיתה, מעכשיו עד אחד יהיה נאמן מדאורייתא, ואפילו לסוברים שגם כשלא איתחזק איסורא אין דבר שבערוה פחות משנים כאן שרובא דרובא למיתה יודו שעד אחד נאמן. ולפי זה מובן למה הוכרח רש"י לבאר שהחשש הוא שהעד מדמה, שאם אינו מדמה היה נאמן מדאורייתא אפילו שהאשה לא מדייקת לגמרי עד שיהיה מוכח לה שמת. מה שאין כן בע"א ביבמה וקטטה אנו מסתפקים האם דייקא בכלל ולכן לא יצאה מחזקת אשת איש, ולכן אע"פ שעד אחד נאמן כאן מדינא, מסתפקת הגמ' האם יש פה עדות טובה כדי להתיר על פיה.

אך שואל בית הלוי, הרי לרש"י פשוט שבשני עדים אין חשש בדדמי ואם כן כאן שהעד נאמן מדינא, שאין חזקת א"א צריך להיות שאין חשש בדדמי. ומבאר, שהואיל ועל עיקר עדותו צריך דייקא של האשה משום הכי על יתר העדות, שהאשה לא מדייקת, חוששים בדבריו דאומר ג"כ בדדמי. דהיינו, משום שאי אפשר לקבל את דבריו ללא דיוק האשה ואנו חוששים לבדדמי, לכן גם אחרי בירור האשה לא נוכל לומר שמעכשיו נאמן הוא מהתורה שהרי כבר הוטל ספק בדבריו.

לפי דברי בית הלוי משמע, שכאשר העד מעיד עדות שהאשה עשויה לברר ולדייק נאמן ואין חשש שקר או בדדמי, הואיל ויודע שהאשה מדייקת ומדייק בעדותו, וכן בעדות עד אחד בשאר מקומות שנאמן מהתורה אין חשש

¹¹ לדעת הגר"א הדבר מבואר, שהרי ספק זה נפשט כבר בע"א ביבמה, ובקטטה החשש הוא ששכרתו, ובמלחמה הספק הוא על בדדמי של העד. וכן לדעת הלח"מ א"ש שמבאר את כל הספקות לגבי חשש בדדמי של העד.

שקר או בדדמי, אלא שכאן יש לנו ספק שהואיל ולחלק מהעדות נצרכנו לסיוע מדיוק האשה אפשר שאינו נאמן גם על שאר דבריו אע"פ שנאמן מהתורה.

בית הלוי שואל לפי דרך זו, מה ההוכחה מבי' ת"ח הרי הנשים עמדו ביבשה ואין כאן חשש בדדמי של העד, אלא שצריך לומר שכאן אמרו עוד הרבה אומדנות ששייך בזה בדדמי, ולא דוקא מחשש פחד, ולאחר שהאשה התחילה לדייק וגילתה שבעלה טבע לא דייקא בשאר האומדנות ובכל זאת התירו על פיהם את נשותיהם, משמע שאין חשש בדדמי בעדות של עד אחד אע"פ שעל חלק מדבריו נצרכנו לסיוע של דייקא.

ד. שיטת תוספות

כותב תוס' (ד"ה טעמא):

טעמא דעד אחד נאמן משום דמילתא דעבידא לאיגלווי לא משקר הכא נמי לא משקר – ולא יאמר בדדמי כיון שהדבר יהיה גלוי או דלמא טעמא דנאמן משום דדייקא ומינסבא והכא לא דייקא. כלומר לעולם לא יאמר עד אחד בדדמי כמו האשה עצמה ומכל מקום אין להאמינו דנהי דלא אמר בדדמי האשה לא דייקא כאן וסומכת עליו יותר ממה כשאומר מת על מטתו כיון דיש רגלים לדבר.

לדעת תוס' ודאי שבע"א אין חשש בדדמי אפילו כאשר אינו אומר 'קברתיו', רק הספק האם ההיתר של עד אחד בנוי על הדייקא של האשה, ובמלחמה אינה מדייקת, או הטעם משום דעבידא לאיגלווי ונאמן גם ללא עזרת הדייקא.

תוס' (ד"ה והא מים) מבארים את ההו"א של הגמ' לפשוט את הספק מבי' ת"ח "השתא סלקא דעתך שראו הנשים שטבעו אבל לא ראו שהעלום מן המים ולכך אמרו בדדמי". ומקשים האחרונים שדברים אלו סותרים לדבריהם, שאין חשש בדדמי בעדות של עד אחד. ועוד מקשים מדברי התוס' (קט"ו, ב ד"ה וקאמרי) שלאחר שהעלום מהמים צריך סימנים 'אבל על ידי טביעות עין אין להאמינם דאמרי בדדמי והרי לתוס' אין חשש בדדמי בע"א.

בישוב הסתירה מד"ה והא מים כתב בספר ושב הכהן, שטעות סופר יש כאן והגירסא הנכונה במקום 'אמרו בדדמי' 'אמרה בדדמי' שהכוונה לאשה עצמה ולא לנשים המעידות. וכן משמע מלשון תוס' הרא"ש: "סלקא דעתך השתא

שהעידו הנשים שראו שטבעו אבל לא אמרו שראו שהעלום מן המים ולכן אמרה האשה בדדמי, שסומכת על העד ולא דייקא".

אמנם גם לפי גירסת ושב הכהן צריך להבין כוונת תוס', מה מועיל שהעלו את המת, הרי עדיין יש לחוש שהאשה לא תדייק כמו שבמלחמה אפילו אם אומר העד 'קברתי' אנו עדיין חוששים שהאשה סמכא דעתא ולא מדייקת והוא הדין כאן שאחרי שיתברר לה שבעלה היה בספינה שטבעה שוב לא תדייק אפילו אם יאמר לה שהעלום מן המים.

1. הרב אונטרמן – גדר דייקא ומינסבא

מיישב הרב אונטרמן (עמ' קיד) את סברת תוס' עפ"י דברי תוס' ישנים. תו"י מקשה על דברי רש"י (קטו, ב ד"ה וקאמרי), שביאר שצריך סימנים לאחר שהעלום משום דהמים משנים צורתם ודלמא אחרים הם, ועל זה שואל תו"י "דהא מים מיצמת צמתי ועוד אף אי אמרי סימנים האיך מהימני דסוף סוף עליהו קסמכינן דהא איכא למימר דאמרה בדדמי דמים כמלחמה דמי, וי"ל דאמרה בדדמי כשלא יצא הטבוע מין המים, ופריך אם לא יצא מין המים אשתו אסורה, דהא מים שאין להם סוף ניהו, ומשני כגון דחזינהו לאלתר כשעלה מן המים דהתם לא שייך בדדמי דלא מצית להיות ביה שינוי ואין לה במה לטעות ודייקא, אבל אם המתינה עד לאחר ג' ימים לא מהימנא, דאימור נשתנה מראיתו ואמרה בדדמי, וא"נ לאחר ג' ואמרה סימנים מובהקין דאין עשוין להשתנות אחר מיתה ולא על טביעות עין קסמכינן שהיה לנו לחוש דלמא תפח".

משמע מדבריהם שלפי המסקנה שהעלום מן המים שוב אין לחוש כאן לבדדמי, אמנם כאשר זה לאחר ג' ימים שוב יש לנו לחוש לבדדמי וצריך בירור בדבריהם שהרי אנו עוסקים בדייקא מצד האשה, שאינה רואה את המת כלל.

ומבאר הרב אונטרמן, שלדעת תוס', גדר 'דייקא ומינסבא' הוא, שהאשה חוקרת את העד בדרישות וחקירות לזהות אם דבריו אמת, ואע"פ שאנו לא סומכים על עדותו, האשה הואיל והיא נוגעת מאד לא תנשא עד שברור לה שדובר אמת, מה שא"כ כאשר טבע במים שאין להם סוף, סומכת דעתה מבלי לברר כולי האי עם העד, אך כאשר העלוהו תדרוש ותחקור האם המת הוא בעלה ולכן באופן כזה יש דייקא ומינסבא אפילו שטבע במים שאין להם סוף, ולכן עד אחד נאמן. לפיכך אומר תוס' שלמסקנה שהמעשה היה 'שהעלום' שוב אין הוכחה לספק האם העד נאמן גם ללא דייקא.

אך עוד צריך ביאור בדעת הרב אונטרמן: א. שאלת האחרונים מתוסי' (ד"ה וקאמר), שחוששים שהעד אומר בדדמי, ולפי הרב אונטרמן, בדעת תוסי', לעולם אינו מדמה. ב. אם כאשר יש אפשרות לחקור את העד על ראייתו יש דייקא, למה כאשר אומר העד 'קברתי' במלחמה אינו נאמן.¹²

2. בית הלוי – שני סוגי 'בדדמי'

א. ביאור החשש בעדות מלחמה

בית הלוי מוכיח שתוסי' סובר כרש"י, שכאשר כבר יצאה מחזקת אשת איש (באופן שיש רובא דרובא למיתה) עד אחד נאמן מהתורה, אלא שכאן מסתפקת הגמ' שמא האשה אינה מדייקת כלל ומיד כשנודע לה שהיה מלחמה במקום הבעל לא תדייק אלא תסמוך דעתה על העד. דבר זה מדויק מלשון תוסי' "ומ"מ אין להאמינו דנהי דאינו אומר בדדמי האשה לא תדייק וסומכת עליו יותר מאלו אמר מת על מיטתו כיון דיש רגלים לדבר" וקשה למה הוצרך לומר שסמכה דעתה על העד, גם ללא העד אם יודעת 'דמחו ליה בגירא' שוב לא מדייקת, אלא מוכח שתוסי' חושש שכלל אינה מדייקת ולכן אין העד נאמן, שעדיין לא יצאה מאיסור תורה, אך אם יהיו שני עדים דמחו ליה בגירא או שטבע במים שאין להם סוף עד אחד יהיה נאמן לומר שראהו מת.

בית הלוי לא מקבל את גירסת הושב הכהן בתוסי' 'ולכך אמרה בדדמי', שהרי לפי דבריו אין הספק שמא האשה תאמר בדדמי אלא החשש שמא לא תדייק כלל וא"כ לא היה לתוסי' לומר 'דאמרה בדדמי' אלא 'ולכך תסמוך דעתה', לדעתו הגירסא הנכונה היא: 'דאמרי בדדמי' והכוונה לנשים המעידות, וצריך א"כ לבאר דבריו, שהרי אמרו 'לעולם לא יאמר העד בדדמי'.

¹² הבי"ש (קמג) והגרי"א (קז) כתבו בפשטות, שלדעת תוסי' הספק גם כאשר אומר העד 'קברתי' שהרי הספק האם יאמינו לו. אך בקרבן נתנאל (ו) כותב שלדעת תוסי' ב'קברתי' העד נאמן מק"ו, שהרי היא עצמה נאמנת. אך קשה מה הסברא, שהרי אם אינה מדייקת במלחמה אינו נאמן, ומיושב לפי הסברו של הרב אונטרמן.

ולפי זה ניתן ליישב קושית הבי"ש שם: "לפי" קשה לפירושם ליישב סוגיא הנ"ל איך התירו שני ת"ח עפ"י ע"א שאומר סימנים אכתי יש לחוש דלמא משקר ואינו מת, בשלמא אם היה שם סימן מובהק י"ל דהיה סימן במקום מוצנע דאי אפשר לידע אלא בעת מיתתו דראה אותו, אבל תוסי' כתבו דהיה סימן שאינו מובהק והיה לעד טביעות עין א"כ ע"כ בחיים ראה אותו סימן וע"י סימן זה יש לו טביעות עין א"כ מאחר והוא אומר שראה אותו בחייו למה נאמן ד"ל דראה הסימן ובאמת אינו מת וצ"ע. אך לפי דברי הקרבן נתנאל והסבר הרב אונטרמן כאשר העלוהו שוב אין חשש שלא תדייק.

ב. ישוב דברי תוספות

בית הלוי מחלק בין שני סוגי בדדמי. כאשר האשה מעידה שבעלה מת במלחמה אמרה הגמ' בתחילה שאינה נאמנת שמא מעידה מסברא 'דכל הני איקטיל ואיהו פליט?!' זאת אומרת שאף על פי שלא ראתה שמת ברי לה הדבר ובאה ומעידה והרי זה שקר גמור, ואפילו לטעם השני בגמ' דמחו ליה בגירא וסברה ודאי מת, אין הכוונה שראתה שהוא בעילפון וסברה שמת אלא פירושו שכאשר ראתה שנפצע ברור לה שסופו למות ולכן מעידה בבי"ד שמת בעלה ואם כן כאשר מעידה שמת זה שקר גמור, (כמו המעשה באשה שהגיע לרבא שמת בעלה ברעבון אע"פ שלא ראתה שיצאה נשמתו). ובזה הוא שכתבו תוס' שהעד לא יאמר בדדמי כזה, שרק האשה עצמה שחוששת להתעגן סומכת על זה ואומרת שכבר מת אבל העד לא יאמר יותר ממה שראה, שאין לו להכניס עצמו לספק.

אמנם יש בדדמי אחר, שטועה בדמיונו שכן הוא, ולדעתו אומר ממש מה שראה, לכן כאשר מעיד שנפל במים וצריך שישהה עליו כדי שתצא נפשו יש לחוש שלא אמד את הזמן נכון ויש לחוש לבדדמי, וכן תוס' בד"ה וקאמרי, שאמרו שכאשר העלום מן המים אי אפשר להעיד על יד טביעות עין משום חשש בדדמי, שגם שם יש חשש שלעד ברור שזה פלוני שמכיר אך טועה בדמיונו. וסובר תוס', שהחשש שהעד טועה בדמיונו תלוי בספק, האם הטעם שעד אחד נאמן משום 'מילתא דעבידי לגילויי', שמחזיקן שהעד חושש להעיד שמא תתברר המציאות ולכן גם במקום שיודע שיייתכן והוא מדמה לא יבוא ויעיד, אך אם נאמנות העד מבוססת על דייקא ומינסבא ובמקום שאינה מדייקת אינו ירא להעיד, אם כן אפילו אם אין חשש שמשקר, קיים חשש שיעיד אף שאולי הוא מדמה. לכן מובן איך רצתה הגמ' ללמוד מכך שרבי התיר את נשותיהם של ב' ת"ח, שעד אחד נאמן משום מילתא דעבידי לגילויי, שהרי רבי לא חשש שאומרות בדדמי על זמן השהייה. אם כן יוצא בדעת תוס' שספק הגמ' בעד אחד כולל שני חששות, שאם הטעם משום דייקא נחשוש: א. שהעד משקר היכא דאין דייקא. ב. אפילו היכא שאין חשש משקר יש לחוש לבדדמי של טועה.

ג. מדוע לחשוש לדדמי בעד?

אך סוף סוף יש לשאול מדוע שינה תוס' בהסברו, ולא פירש, שהחשש שהואיל וטבעו במים שאין להם סוף, האשה לא דייקא ואי אפשר לסמוך על העד, כמו שפירשו בספק הגמ' בעד אחד במלחמה. מבאר בית הלוי, שאי

אפשר לומר, שידוע היה ששני הת"ח היו בספינה שטבעה, שאם כן יש לה דין ספינה שאבדה שנותנים עליהם חומרי מתים וחיים, ובגמ' ב"ב (קלו, א) מבואר שרובן למיתה ואפילו אם לא נתיר על פי רוב משום סמוך מיעוט לחזקת אשת איש ונידון כפלגא ופלגא, מכל מקום הוא ספק שקול בדבר שבערוה בלא שום חזקה ודעת הרבה ראשונים שעד אחד נאמן, ולכן צריך לומר שמדובר שלא ידוע שהת"ח היו בספינה או שידוע שהיו בספינה אך לא ידוע שהיא טבעה, ורק מדברי הנשים נודע לנו שהם בספינה שטבעה, ואם כל החשש בעד אחד הוא שמא משקר, כאן הרי יש לה מיגו שיכולה לומר שמת במקום אחר, לכן ודאי שנאמנות הנשים להעיד שטבע ולכן הוכרח תוס' לבאר שבע"א חוששים לבדדמי של טועה.¹³

אך בדעת בית הלוי, צריך ביאור, מהו ספק הגמ', הרי אם כשמעיד על טביעה אין חשש משקר משום המיגו, רק יש חשש שמדמה אם שהה כל צורכו, הרי גם אם לא שהה לדעת חלק מהראשונים יצאה מאיסור תורה או לכל הפחות הוא ספיקא דאורייתא, כפי שכתב לגבי עדים המעידים על הטביעה, ושוב עד אחד נאמן מדינא ואין לחשוש לבדדמי.¹⁴

ה. סיכום

דברי הרי"ף התבארו על פי הסבר הרמב"ן. ספק הגמ' הוא האם, ועד כמה, היתר האשה על פי ע"א תלוי בדיוק של האשה, הואיל ובמלחמה יש חסרון בדיוקה, כי שכאשר יתברר לה שבעלה היה במקום סכנה שוב אינה מדייקת. ופוסק הרי"ף להלכה שבמלחמה (וטביעה) אין חסרון בדייקא, כדמוכח ממעשה ד'דגלת' שרבא התיר את אשתו. אך כל זה כאשר אומר העד קברתו דאם לא יש לנו חשש שהעד מדמה ואפי' בשני עדים.

בדעת רש"י הבאנו ג' הסברים :

¹³ גם לפי הסברו של בית הלוי מיושבת קושיית הבי"ש הנ"ל, שכאן אין חשש שקר שהרי יש לנשים מיגו אלא כל החשש שמדמות בגלל הטביעה, ולזה די בסימן בינוני.

¹⁴ בית הלוי לומד בדעת כל הראשונים, שהספק קיים רק כאשר לא יצאה מחזקת אשת איש, שכן באופן שיצאה מחזקת א"א שוב אין מקום להסתפק, האם עד אחד נאמן, שהרי נאמן מהתורה ואין לחשוש לדבר, וכך גם מסביר בדעת הרי"ף, שחושש שאין האשה מדייקת כלל ואסורה מדאורייתא, אך רעק"א נקט בדעת הרי"ף, שהספק בעדות טביעה הוא משום שלא מדייקת אם שהה העד כל צורכו ולכאורה כאן כבר יצאה מחזקת אשת איש או שזה ספק ובכל זאת העד אינו נאמן.

א. לח"מ – ספק הגמי' במלחמה דומה לספק הגמי' בסוגיות נוספות, האם יש חשש שעד אחד מדמה. אך כאשר אומר קברתינו נאמן ללא ספק.
 ב. גר"א – יש חשש מקומי בעדות מלחמה וטביעה שעד אחד מדמה ואפי' כאשר אומר קברתינו. הספק נובע מוודאות העד במיתה, אע"פ שלא זיהה את המת. והוסיף הגר"א שבמעיד 'קברתינו' אין חשש ונאמן.
 ג. בית הלוי – ספק הגמי' הוא האם יש חשש שעד אחד מדמה, ואף על פי שבשאר ספקות הגמי' משמע מרש"י שהספק הוא האם יש חשש משקר כאשר האשה אינה מדייקת, כאן חייבים לבאר שהחשש הוא מצד בדדמי, שכן לאחר שהאשה יצאה מחזקת אשת איש שוב אין לחשוש לשקר כי באופן זה עד אחד נאמן מדינא.

בדעת תוס' ראינו שיש לכאורה סתירה. בתחילה כותב תוס', שבעד אחד אין חשש של בדדמי כלל ובביאורו למעשה של ב' ת"ח כתב שיש חשש שהנשים יאמרו בדדמי. הבאנו את הסברו של הרב אונטרמן על פי גרסתו ושב הכהן שאכן אין חשש בדדמי של העד והחשש שאינה מדייקת הוא רק כאשר העד לא ראה את המת בבירור ואין האשה יכולה לחקור אותו. בית הלוי לא מקבל את שינוי הגירסא ומבאר שיש שני סוגי בדדמי. האחד, שקרוב לשקר שזה אין בעד אחד, ושני, שלעד ברור שאינו טועה, אך אנו מסתפקים, וזה שייך גם בעד אחד.

פסק הלכה

השולחן ערוך (אבה"ע יז, לג) פוסק: "עד אחד אמר: ראיתי שמת במלחמה או במפולת או שנטבע בים הגדול ומת, וכיוצא בדברים אלו שרובם למיתה, אם אמר: קברתינו, נאמן ותנשא על פיו. ואם לא אמר: קברתינו, לא תנשא, ואם נשאת לא תצא". וכן בסעיף נ: "בא עד אחד ואמר: ראיתי שמת במלחמה או במפולת, אם אמר: קברתינו, תנשא על פיו, ואם לא אמר: קברתינו, לא תנשא, ואם נשאת לא תצא".

אם כן השו"ע פוסק שכאשר אומר העד 'קברתינו' נאמן בעדות במלחמה וכאשר אינו אומר 'קברתינו' אסורה להנשא ואם נשאת לא תצא.

ניתן להבין את דעת השו"ע לפי הסברנו בדעת רש"י, כל החשש בעד אחד הוא לבדדמי, וכאשר אומר 'קברתינו' שוב אין מה לחשוש, ולכן כאשר אומר 'קברתינו' נאמן לכתחילה וכאשר אינו אומר 'קברתינו' הרי זו בעיא דלא

איפשטא, ואם נשאת לא תצא. ולפי הסבר הגר"א היה ספק גם באומר 'קברתי' אך זה נפשט מ'דגלת'.

הבי"ש (קמג) אומר שהרמב"ם פסק כרי"ף, וספק הגמ' הוא באומר 'קברתי'. הספק נפשט מ'דגלת', וכאשר אינו אומר 'קברתי' יש לחוש שמא אומר בדדמי, אך אם נשאת לא תצא שאינו אלא חשש בעלמא.¹⁵

השו"ע בסעיף לג כתב, שעד אחד נאמן במלחמה, מפולת וטבע בים הגדול, אם אמר קברתי. ושאלו האחרונים מה טעם לומר קברתי, כאשר מעיד שטבע בים הגדול, די שיאמר שהוציאוהו מהמים וראה שמת, ששוב אין לחשוש לבדדמי ודומה 'לקברתי'. אכן הח"מ (סב) מבאר, שכוונת השו"ע שראהו מיד בשעה שעלה מהמים, באופן שנאמן אף שראה הטביעה, ולא דוקא שקברו בפועל. הנו"ב (כח) אומר שפלא לעקור תיבת קברתי מפשטיה שהרי הרמב"ם כתב זאת בחדא מחתא עם מלחמה ומפולת, ושם בעיני קבורה ממש, ומבאר שכוונת הרמב"ם דיש עוד חשש בעולה מן המים והוא שאומר בדדמי על המיתה, שמחמת הטביעה נדמה לו שמת ואפשר שיש בו רוח חיים, וכבר ראינו שכאשר העלו אדם מהמים היה נראה שמת ואחרי פעולות מסוימות חזר ונתעורר. הקהלות יעקב רצה לדחות את הדברי הנו"ב מדברי תוס' (קטו, א ד"ה זמנין) שביארו שבנפלו עליהם גוים אין בדדמי כי אינה יראה לעמוד שם ותמתין ותדייק היטב, אם כן הוא הדין בעדות שהעלו אדם מהטביעה אין חשש שאינו מדייק. אך חזר בו כי בתשובת הרשב"א (ח"ב) כתב שדווקא אשה ממתנת ומדייקת אבל איניש דעלמא לא.

החת"ס (אבה"ע נח) נשאל על דברי אשה שאמרה שהיתה על מעבורת עם בעלה ועוד בני אדם ובהמה רבה, ובעלה נפל למים, ולאחר תשעה ימים נמצא חבול ופצוע באופן שאין בו כלל טביעות עין אך יש בו סימנים.

בתחילה דן החת"ס האם יש פה איסור דרבנן הואיל ויש עדות שטבע במים שאין להם סוף, אך כל זה רק אם שהה כדי שתצא נפשו, דאם לא, הוי ספקא דאורייתא. ואומר שאפילו אם תאמר האשה ששהתה כדי שתצא נפשו לא נאמין לה הואיל ואמרה בדדמי דמים כמלחמה דמו.

¹⁵ לפי זה מבואר למה הרמב"ם כתב רק את הטעם של מילתא דעבידי לגילויי ולא את הטעם של דייקא ומינסבא, הואיל ונפשט הספק, אך אם נאמר שעדין יש ספק ולכן לא תצא היה לרמב"ם להסתפק בטעם עד אחד.

גם לפי הסברנו בתוס' על פי באור הרב אונטרמן והקרנן נתנאל, אי"ש, שכאשר אומר 'קברתי' לא הסתפקנו.

והוכיח שיש חשש בדדמי בעדות על זמן השהיה, שהרי בהו"א של הגמ' רצינו לפשוט ממעשה דבי ת"ח להוכיח שאין חשש בדדמי, ולדעת המקשן אין חסרון של משאל"ס ואם כן מה בדדמי יש כאן אלא ודאי שיש חשש בדדמי בעדות על זמן השהיה. אמנם לפי הסברו של הרמב"ן בדעת הרי"ף אין החשש שהעד מדמה אלא שהאשה לא תדייק בפרט זה (זמן השהיה) ושוב אין הוכחה, אך להסברם של הרז"ה¹⁶ והראב"ד¹⁷ ותוס' (לפי הגירסא שלפנינו), ורש"י שיש חשש שהעד מדמה, מוכח שיש חשש בדדמי על זמן השהיה. ואם כן אף על פי שפסק הרי"ף לקולא בעד אחד אבל האשה עצמה אינה נאמנת במלחמה דאמרה בדדמי והוא הדין שלא תהיה נאמנת לומר שמת בעלה.¹⁸

רבי אליעזר פלציניסקי (שלום יהודה, נשים כז) נשאל על עדות מיתה במלחמה, וזה לשון העדות: "במהלך המלחמה מצאתי מת מושכב על הארץ והסתכלתי היטב והכרתיו שהוא פלוני בן פלוני".

והשיב שלכאורה אין להתיר, שהרי לדעת התוס' והמרדכי לא נפשט הספק, ולדעת הרי"ף מועיל רק אם אמר קברתי. אך למעשה נקט לקולא מכח דברי המרדכי (הובאו ברמ"א סעי' נ). וז"ל המרדכי (צ):

במקום דאמר העד, אפילו בעת המלחמה, ראיתו הרוג אח"כ והכרתיו יפה יפה בטביעות עין, בהא לא איבעיא, דפשיטא דנאמן דלא גרע מאשה גופא דאי אמרה מת על מיטתו נאמנת דלא שייך למימר בה בדדמי דלא שיכא אלא בהריגה שיש לאומרה על הספק, אבל באמיתת הדבר מה לי עת מלחמה מה לי עת שלום.

¹⁶ הרז"ה מבאר, שהספק הוא שיש חשש שהעד עצמו מדמה שהבעל מת וכן יש חשש בטביעה שמדמה אך דוקא כאשר ראה את הטביעה, ובמעשה דגשרא דשביסתנא לא ראו את הטביעה ולכן האמינום שם. ובעיא לא איפשטא, וכאשר אומר שקברו פשיטא דנאמן.

¹⁷ הראב"ד (מובא ברא"ש) כתב לפשוט הספק 'ממעשה דחסא' שלא התירוה משום דהוי מים שאין להם סוף אך אם היה מים שיש להם סוף היה נאמן, משמע שאין חשש דדמי. מוכח שסובר שהספק בגמ' האם העד עצמו מדמה.

¹⁸ מדברי החת"ס משמע שלדעת הראשונים הני"ל פשטנו שבע"א אין חשש בדדמי בעדות טביעה ורק אצל האשה עצמה קיים חשש זה. וצ"ב מנין לו שהספק נפשט, הרי הרז"ה והרי"ח כתבו דבעיא לא איפשטא, ומה שפשוט הראב"ד מעובדא דחסא כבר דחו אותו הרא"ש, הרמב"ן והרשב"א. ואין לפשוט ממעשה דחסא עצמו שאם יש חשש שמדמה למה אם נשאת לא תצא, שאם כן לא מובנת דחית הראשונים לדברי הראב"ד. ומבאר רעק"א (קז) למה אין להוכיח מזה שלא תצא בדיעבד – שאפשר שכל החשש שמדמה הוא מדרבנן ולכן בדיעבד נאמין ששהה ולא תצא. אך למעשה אין נפ"מ אם יש חשש שמדמה את הטביעה שהרי בכל אופן בדיעבד לא תצא אלא שלכתחילה לא תנשא.

ומבאר השלום יהודה את סברת המרדכי, דלכאורה אינו מובן מה נפ"מ מה מעיד, הרי כאשר האשה תדע שבעלה היה במלחמה שוב אינה מדייקת בדבריו, וצריך לומר שהאשה אינה מדייקת רק כאשר בגוף העדות יש חשש בדדמי, כגון שיאמר העד שראה שנהרג, שהאשה תאמר לעצמה ודאי מת ולא תדייק, שכן תחשוב שמא העד עצמו לא ראה היטב, אך בעדות שאין חשש בדדמי כלל תחקור ותדרוש בדבר עד שיברר הדבר. ולפי זה מבאר בדעת תוס' מדוע כאשר העלו את המת שוב אין חשש בדדמי. (בדומה מאד לסברת הרב אונטרמן בתוס' לעיל).

הרמ"א הביא את דברי המרדכי עם תוספת: "וי"א אפילו בעד אחד, אפילו אמר: מת, או נהרג, וראיתיו אחר כך והכרתיו היטב בטביעות עין וראיתיו שמת, נאמן, דהוי כאלו אמר: קברתיו (ב"י בשם המרדכי פרק האשה)". משמע מהרמ"א שאפילו כאשר ראה שנהרג אם יאמר אחר כך שהכירו היטב יהיה נאמן. ומקשה הח"מ מנין זאת, הרי המרדכי דבר רק כאשר לא ראה שנהרג. ומבאר השלום יהודה שהמרדכי כתב לשיטתו דהבעיא לא איפשטא אפילו כאשר אומר 'מת וקברתיו' כדעת תוס', אך כאשר מעיד שראוהו מת נאמן יותר מאשר אומר ראיתיו כשמת וקברתיו, שהאשה ששומעת מהעד שמת בעלה לא מתייחסת לעדות הקבורה אלא לעדות המיתה שזה עיקר ההיתר ובזה אינה מדייקת, שהרי יש חשש שהעד מדמה, מה שאין כן כאשר מעיד שרק מצאו מת בזה אין לחשוש לדדמי ותדייק. אמנם הרמ"א כתב את דבריו אליבא דהרי"ף, שבמת וקברתיו נאמן ואם כן כאשר אומר שראה את המיתה אין זה גורע מדיוק האשה ותדייק היטב.

אם כן יוצא שגם לדעת תוס' והמרדכי ומאידך לשיטת הרי"ף והשו"ע, בכה"ג נאמן העד והאשה מותרת.

הרב צחי זפרני

בסוגיא דההוא גברא (יבמות קטו,א)

ראשי הפרקים

א. פתיחה

ב. שיטת רש"י

1. הסבר בית הלוי

2. הסבר הערוך לנר

3. הסבר הברכת רצה

ג. שיטת הריטב"א

הסבר החתם סופר

ד. שיטת הרמ"ה ורבינו ירוחם

1. הסבר החתם סופר

2. הסבר החזו"א

ה. שיטת הרשב"א

1. הסבר החתם סופר

2. הסבר האמרי יושר

ו. בענין זה שנמצא הוא זה שאבד

א. פתיחה

איתא בגמרא (יבמות קטו,א) "ההוא גברא דבשילהי הלוליה איתלי נורא בי גנניה אמרה להו דביתהו חזו גבראי חזו גבראי אתו חזו גברא חרוכא דשדי ופסתא דידא דשדיא סבר רב חייא בר אבין למימר היינו עשינו עלינו בית עשינו עלינו מערה אמר רבא מי דמי התם לא קאמרה חזו גבראי חזו גבראי ועוד גברא חרוכא דשדי ופסתא דידא דשדיא. ורב חייא בר אבין גברא חרוכא דשדיא אימא איניש אחרינא אתא לאצולי ואכילתיה נורא ופסתא דידא דשדיא נורא אתיליא ואיתיליד ביה מומא ומחמת כיסופא אזל וערק לעלמא".

וצריך לברר בסוגיה זאת מספר דברים :

(א) מהו יסוד מחלוקתם של רבא ורב חייא בר אבין.

(ב) מהי נקודת הדמיון בין סוגיין לסוגיא דעשינו לפי רחב"א.

(ג) של מי פיסת היד המושלכת ליד הגופה החרוכה.

ד) האם בהשתנות פרטים מסויימים יודה רחב"א שיש להקל ולאידך גיסא יודה רבא שיש להחמיר.

וננסה לעמוד על בירור הדברים מתוך עיון בשיטות הראשונים השונות. (בביאור פשט הגמרא בסוגיא זאת רבו מאוד שיטות הראשונים ויותר מהמה ברבותינו האחרונים ואנו נתמקד בכמה מהם, וישמע חכם ויוסף לקח).

ב. שיטת רש"י

כתב רש"י בד"ה פסתא דידא: מאיש אחר הבא להצילו. ותמהו כל חכמי לב על רש"י שלפי דבריו קשה מה מביא רבא ראייה מהפסתא דידא להתיר, עד שמכח זה כתב החזו"א שאולי יש טעות סופר בלשון רש"י וצ"ל "וגברא חרוכא דשדיא מאיש אחר" אבל בתוספות רא"ש גרס כמו הגירסא המופיעה לפנינו והסביר שלא נראה לרש"י שהמום שנולד בבעל הוא זה שנקטעה ידו והוא יצליח לברוח בחיים. ולכן פירש רש"י שהפסתא דידא היא של איש אחר והמום שנולד בבעל היה מום קל יותר.

1. הסבר בית הלוי

בית הלוי (ח"ג סימן יג) עמד בביאור שיטת רש"י. והמעייין בדבריו יראה שאפשר לפרשם בשני פנים:

א) מאיש אחר הכוונה היא לאיש אחר מהחרוך ובא רבא לומר שגם אם נאמר שהחרוך אינו הבעל והיד היא של הבעל. אז עצם זה שנשרפה ידו זה מהווה סימן שהוא נשרף כליל והפך לאפר. ועל זה חולק רחב"א וסובר שיש לחוש שהאשה אמרה בדדמי שהחרוך הוא בעלה ובאמת זה איש אחר ובעלה רק איבד את ידו ונעשה לו נס וניצל וברח מחמת הבושה. אבל אם נפרש כך את דבריו קשה לי מדוע הוסיף שם הביה"ל שכל מה שרש"י כתב מאיש אחר זה רק לרבא כיוון שרחב"א יש לחוש שהיד היא של הבעל. והלא גם לרחב"א יש לומר שהיד היא מאיש אחר ולא מהחרוך וגם רבא מודה שיתכן שהיא של הבעל אלא שנחלקו האם יש לחוש להצלה של זה שנשרפה ידו, וצ"ע.

ב) איש אחר הכוונה היא לאיש אחר מהבעל. שהיה להם סימן שהיד איננה של הבעל אבל אם נאמר כן יהיה קשה מדוע חושש רחב"א לכך שהיד היא של הבעל וגם לא מובן מדוע היה לבית הלוי לרדת לזה שסברת רבא היא שבוודאי גם בעל היד נשרף והלא אין הנידון עליו כלל.

ג) מכח זה יתכן לומר בכוונת הביה"ל דרך שלישית אף שהיא קצת דחוקה בלשונו והיא שמה שפירש רש"י מאיש אחר הכוונה היא לאיש אחר מהבעל

וזה לפי טענת האשה שהחרוך הוא בעלה (ולא על פי סימנים) וממילא היד איננה של בעלה ולפי שיטת רבא שלא חושש שהאשה אומרת בדדמי. ולכן אומר הביה"ל שכל זה רק לרבא אבל לרחב"א שחושש לדדמי יש לחוש שהיד היא של בעלה. ועל זה מוסיף רבא שגם אם נקבל את דברי רחב"א שיש לחוש לדדמי מכל מקום אין לחוש שמי שנשרפה ידו ישאר בחיים וגם על זה חולק רחב"א וחושש לנס שנעשה לבעל ונמלט.

2. הסבר הערוך לנר

הערוך לנר כתב שרש"י לא כתב כן לפי שיטת רבא, שהרי רבא מביא ראיה להיתר מפיסת היד אלא לרחב"א פירש כן רש"י שהוא חושש שפיסת היד והגופה איננה מהבעל ובבעל נעשה מום אחר קל יותר והוא ברח. על פי דברי הערוך לנר יוצא, שגם לרבא וגם לרחב"א יש לתלות את היד והגופה באותו איש אלא שנחלקו האם יש לחוש שהאשה אמרה בדדמי שהאש אוכלת בבעלה ולרב אין לחוש לכך ולכן תולים את הגופה בבעל (וזה לכאורה מכח חזקה דכאן נמצא וכאן היה ויתבאר בס"ד עוד לפנינו). ולרחב"א חיישינן שלא ראתה את שליטת האש בבעלה אלא במישהו אחר ואומרת בדדמי מכח שהיא בטוחה שהוא לא נמלט מהבית ואנו כן חוששים שנמלט לפני שאחזה בו האש וכמו שלה התרחש נס וברחה כך גם לו התרחש נס והספיק לברוח. עוד יש להוסיף, שלפי כל זה יצא שאם ידענו בוודאות שהאש אחזה בבעלה ולאחר מכן מצאנו גופה גם רחב"א יודה שיש להתיר.

3. הסבר הברכת רצה

ביאור נוסף בדעת רש"י נמצא בשו"ת ברכת רצה (סימן פז). והמורם מדבריו הוא, שברור שפיסת היד איננה מבעלה ובנוסף לכך היא היתה מושלכת רחוק מהגופה ולכן אומר רבא שאין לחוש שהיא שייכת לגופה וממילא מוכרחים לומר שהגופה של בעלה, דלאדם שלישי וודאי לא חוששים. וזהו שאמר רבא פיסתא דידא דשדיא דהיינו שפיסת היד מושלכת במרחק מהגופה וכיוון שכן אין לחוש שהיא שייכת לגופה. ועל זה נחלק רחב"א וס"ל שיתכן ובתחילה שרפה האש את גופת האדם האחר שבא להציל והוא עוד הספיק ללכת במנוסתו כמה צעדים לפני שנשרף כליל ולכן הגופה נמצאת במרחק מהיד ובבעל נולד מום אחר וברח מחמת הבושה.

ג. שיטת הריטב"א

זה לשון הריטב"א: "והכירה יפה דפסתא דידא דבעלה הוא והכין מוכח ממאי דאמרינן דדילמא חרוכא גברא אחרינא הוה ולא אמרינן דפסתא דידא אחרינא הוא אלא דאמרינן דדילמא איתליא ביה נורא וחזא נפשיה בעל מום וערק מחמת כיסופיה ואזל לעלמא" עכ"ל. מבואר בדבריו שהוא מפרש שמדובר שהיה היכר בפיסת היד שהיא של בעלה וסברת רבא היא שיש לנו לתלות שמן הסתם היד שייכת לגופה החרוכה וממילא יש לנו הכרעה שהבעל נשרף. ורחב"א חולק וסובר שאין לתלות שהיד היא מהגופה ויתכן שהגופה אינה של הבעל והבעל שנשרפה ידו ברח מחמת הבושה והנה הב"ש (יז ס"ק סט) כתב שסימני כלים מועילים רק אם הם נמצאים בבגדים אשר לבוש בהם המת אבל אם נמצאים הכלים סמוך לגופה לא מהני והסכים עימו הנתיבות (רסב ס"ק ו) אבל הקצה"ח (שם, ס"ק ב) נחלק עליהם וסבירא ליה שסימני כלים מועילים לזהות את הגופה גם אם נמצאים בצידה ולא עליה ונראה לומר שלפי הסבר הריטב"א בדעת רבי חייא בר אבין מוכח כדעת הב"ש שהרי לפי רב חייא בר אבין לא מהני מה שהפסתא דידא נמצאת סמוך לגופה וכל זמן שהיא איננה מחוברת לה אנו חוששים שמא הגופה איננה של בעל היד ולפי סברת רבא מוכח כדעת הקצה"ח כיוון שסברת רבא היא שאנו תולים שפיסת היד שנמצאת סמוך לגופה היא שייכת לגופה (שו"ר שהחת"ס בסימן סז עמד על הדמיון בין סוגיין לדברי הב"ש ובהמשך נביא דבריו).

אלא שבעיקר פירושו של הריטב"א קשה לי:

(א) מה הדמיון למקרה של עישינו לפי רב חייא בר אבין ואיזה חשש בדדמי יש בנידון דידן? שהרי גם רב חייא בר אבין מודה שיש לסמוך על זיהוי האשה את היד של בעלה אלא שהוא חושש שמא הגופה אינה שייכת לאותה יד ואיזה בדדמי יש כאן?

(ב) רבא נימק את היתרו בשני טעמים: (1) בכך שהאשה צעקה חזו גבראי. (2) בכך שמצאנו את חתיכת ידו של הבעל וגופה לידה והדברים מראים שהגופה היא גופת הבעל. ולפי"ז לא מובן לכאורה לשם מה נזקק רבא לנימוק הראשון שהאשה צעקה חזו גבראי, והלא גם לולא שצעקה כן ידענו שהבעל היה במקום השרפה מחמת הפסתא דידא שלו שנמצאה שם. ומה יוסיפו לנו זעקותיה של האשה.

הסבר החתם סופר

והנה החת"ס בסימן סז כיון מדנפשיה לפירושו של הריטב"א בסוגיה ועפ"י דבריו תתורצנה שתי השאלות: תורף דברי החת"ס הוא, שגם רבא מודה שאין להתיר את האשה רק על סמך שנמצאה פיסת יד הבעל סמוך לגופה החרוכה (וכסברת הב"ש הנ"ל) אלא שבנידון דידן האשה צעקה בתחילה חזו גבראי ומפרש החת"ס שמדובר שהיא זעקה שהאש שולטת בו וכפי שפירש רש"י בד"ה חזו גבראי "שהאש אוכלתו" ומשום כך סובר כאן רבא שניתן לתלות את זיהוי הגופה החרוכה בזיהוי היד כיוון שידענו עפ"י דברי האשה שהאש כבר שלטה בבעלה ונתון זה בהצטרפות לזה שמצאנו גופה חרוכה ופיסת ידו של בעלה לידה מובילים למסקנה שהגופה היא גופת הבעל ומיושב לפי"ז מה שהקשינו מדוע נצרך רבא לנמק את היתר האשה בכך שהיא זעקה חזו גבראי עוד כתב החת"ס בביאור סברת רב חייא בר אבין שהוא חושש לכך שהאשה לא ראתה ששולטת האש בבעלה אלא רק שהוא נמצא במקום השרפה והיא לא מעלה בדעתה שהאש שולטת במישהו אחר שבא להציל את בעלה ולכן אומרת על סמך השערות שהאש שולטת בבעלה אבל באמת יתכן שזה מישהו אחר, ולפי"ז מיושב גם מה שהקשינו איזה חשש בדדמי יכול להיות בסוגיין.

לפי דברי החת"ס יוצא שמחלוקת רב חייא בר אבין ורבא אינה תלויה במחלוקת הב"ש והקצוה"ח אלא כולם מודים לסברת הב"ש ונחלקו עד כמה יש לחוש לדדמי של האשה שאומרת שהאש אווזת בבעלה ויש לעיין לפי דברי החת"ס מה יהיה הדין לרב חייא בר אבין כאשר יש שני עדים שהאש שלטה בבעלה (ובכה"ג הרי אין לחוש לדדמי לפי שיטת כל הפוסקים מלבד הרי"ף ואכמ"ל). האם בכה"ג יודה רב חייא בר אבין שיש להתיר את האשה או שעדיין הוא יחוש שמא אף על פי ששלטה בו האש נעשה לו נס והוא ברח מחמת כיסופא ובאמת שבתחילת דבריו שם כתב החת"ס בפירוש שלפי רחב"א יש לחוש לתרתי גם לחשש דדמי וגם שמא אף על פי ששלטה בו האש נעשה לו נס. ועל זה פליג רבא וסובר שבכה"ג שידענו ששלטה בו האש ומצאנו את פיסת ידו ולידה גופה אין לחוש שנעשה לו נס על פי כל האמור יוצא שמחלוקת רבא ורחב"א היא בתרתי: (א) עד כמה יש לחוש לדדמי. (ב) עד כמה יש לחוש לנס.

ד. שיטת הרמ"ה ורבינו ירוחם

כתב רבינו ירוחם בשם הרמ"ה: "אם נפלה דליקה במיטתו או בביתו ואמרה אשתו ראו פלוני בעלי מת וראו אדם מושלך חרוך ופס ידא מושלכת לא אמרינן זהו בעלה אלא אמרינן שמא האי אדם חרוך אדם אחר מעלמא הוא שבא להציל וזה הפס מבעלה היה ומתוך שנפל בו מום ברח מבשת... וכתב הרמ"ה ודוקא שאותו פס ידא אינו מהאיש החרוך כאן דאז אמרינן דשמא מבעלה הוא הפס וברח מברח אבל אם לא היה שם ידא אלא האיש החרוך או שיש שם פס ידא והיא מהאיש החרוך כגון שלא מצא לו כי אם יד אחת אמרינן דודאי האי פס ידא מהאיש החרוך הוא וכיוון שהיא אומרת שזה האיש החרוך הוא בעלה ואומרת מתחילה ראו בעלי נאמנת וכן עיקר", עכ"ל. מדברי הרמ"ה נראה שהוא מפרש שהנידון בגמרא הוא שהאשה זעקה חזו גבראי שהאש אוכלתו ולאחר מכן מצאנו גופה חרוכה והאשה טוענת שזאת גופת בעלה וליד הגופה ראינו פיסת יד שהיא בוודאות לא של הגופה ובה נחלקו רבא ורב חייא בר אבין ופסק הרמ"ה כרחב"א, אבל אם נמצאה גופה ללא יד לידה בזה גם רחב"א מודה שתולים שהגופה השרופה היא גופת הבעל כיוון שהאשה צעקה מתחילה חזו גבראי וגם עכשיו היא אומרת שזו גופת בעלה דבכהאי גוונא אין לנו יסוד לחוש שמא היה עוד אדם שנפגע כתוצאה מהדליקה אלא שלפיי"ז יש לתמוה: א) מהו זה שאמר רבא "ופסתא דיידא דשדיא" כנימוק להיתר והלא על ידי פיסת היד ידענו שיש שני נפגעים מהדליקה, אחד שנמצאה גופתו ואחד שנמצאה רק ידו ויתכן שהוא ניצל ומאן יימר לן שהגופה היא גופת הבעל. ב) הרמ"ה מפרש שהאשה אומרת על הגופה שנמצאת שהיא גופת בעלה.

ולכאורה ממאי נפשך: אם יש בגופה סימנים או שאפשר להכירה בטביעות עין, לכאורה פשיטא שהאשה נאמנת ואם אין בה סימנים אז מה תתן ומה תוסיף טענת האשה שזוהי גופת בעלה?

ויתכן ליישב שמדובר שהגופה ניתנת לזיהוי אלא שאנו חוששים שמתוך שחזק בלב האשה שבעלה מת היא לא מעיינת היטב לראות אם אכן זהו בעלה או לא, דלכאורה זה אינו שהרי לפיי"ז אם האשה לא ראתה שאוחזת בבעלה האש זאת סיבה יותר להאמינה וא"כ לא מובן מדוע רבא סובר שצעקת האשה חזו גבראי היא סיבה להיתר. ואולי צריך לומר שכוונת הרמ"ה שאנו מצרפים את אמירתה שזהו בעלה והיא מכירה אותו על פי טביע אע"פ שאין בטביע כזו כדי להיתר כיוון שתואר פניו נשחת מכל מקום

אמירתה בצירוף זה שאין לנו לחוש שהיה שם עוד מישהו כל זמן שלא ידענו על כך יש בהם כדי להכריע שהחרוך הוא בעלה, ועדיין צ"ע. (שו"ר בשו"ת הבי"ח סימן נה, שהביא שיטת האגודה שגם ממנה משמע שצריך שהאשה תאמר שהחרוך הוא בעלה והקשה על זה כנ"ל. וגם בשו"ת ביה"ל סימן יד הרגיש בזה שצריך לפי הרמ"ה שהאשה תאמר שהחרוך הוא בעלה אבל לא עורר בזה דבר).

1. הסבר החתם סופר

גם בביאור שיטת הרמ"ה חשף החת"ס את זרוע קדשו ותוכן דבריו הוא שסברת רבא היא שלא יתכן שהאיש שבא להציל סיכן את עצמו להיכנס לתוך הבית בו היתה השריפה ומן הסתם הוא עמד בחוץ והכניס ידו מהחלון ולכן יש לתלות שפיסת היד היא שלו והגופה היא של הבעל ומה שאמר רבא פיסתא דידיא דשדיא כוונתו לומר שאם ידו של המציל נשרפה קל וחומר שהאיש שהיה בתוך הבית נשרף. ועל זה נחלק רחבי"א וס"ל שיש לחוש שהמציל כן נכנס לבית והוא שנשרף ואילו לבעלה של האישה נעשה נס ורק ידו נשרפה ומחמת הבושה הוא ברח.

ולכאורה צריך עיון שהרי יסוד דברי הרמ"ה הוא שאין לנו לחוש לאנשים נוספים כל זמן שלא התברר לנו כן. ולכן ברור שהיד היא של הבעל או של מצילו וכיוון שסברת רבא על פי החת"ס היא שמן הסתם המציל לא נכנס לתוך הבית ולכן יש לתלות שהיד שלו הרי שגופת הבעל שוכבת גלויה לפנינו. ולשם מה נזקק רבא לקל וחומר שאם זה שעמד בחוץ נשרפה ידו קל וחומר שהעומד בפנים נשרף כולו, וצ"ע. עוד כתב החת"ס שם שכל זה הוא רק במקום שהאשה צועקת בתחילה ראו בעלי שהאש מלהטת סביבותיו. וכנראה שהוא מפרש שגם לרמ"ה צריך שהאשה תאמר חזו גבראי רק בתחילה. ועל זה חולק רב חייא בר אבין וסובר שאם נתברר לנו שהיה שניים במקום השריפה יש לחוש שהאש ליהטה סביב המציל שהגיע לפני שהאשה צעקה חזו גבראי. (כך צריך לומר לפי החת"ס ודו"ק). והאשה אמרה בדדמי שזה בעלה. אבל במקום שלא נתברר שהיה עוד אחד, בזה גם רחבי"א מודה לרבא אם צעקה האשה בתחילה חזו גבראי.

2. הסבר החזו"א

מכח הקושיא דלעיל, שלא מובן מדוע פיסת היד מהווה נימוק להיתר, פירש החזו"א (אבה"ע כה, ה), את דברי הרמ"ה שהוא מעמיד את סוגיא שהיה גברא

חרוכא ופסתא דידא שליידו היתה ניכרת שהיא של החתן. ועל זה אומר רבא שאין לחוש לאחר שהיה שם חוץ מהחתן מאחר שאין לנו ראיות לכך, וזה מספיק להיתר. וכל שכן שגם מצינו ליד הגופה את פיסת ידו של הבעל וזה מחזק לנו לתלות שהגופה היא שלו (וזה שלא כדעת הריטב"א שרבא מתיר רק בצירוף הפסתא דידא) ועל זה נחלק רחב"א וס"ל שיש לחוש לכך. והרמ"ה פסק להלכה כמו רבא אבל במקום שיש הוכחה שהיו שני אנשים גם רבא מודה שחיישין שמא הבעל ניצל (וכל זה שלא כביאור החת"ס בשיטת הרמ"ה).

ה. שיטת הרשב"א

כתב הרשב"א: "מעשה בעסיא באחד ששילשלוהו לים ולא עלתה בידם אלא רגלו ואמרו חכמים מן הארכובה ולמעלה תנשא מסתברא כשקשרוהו ברגלו ושילשלוהו אבל אם השליכוהו והשליכו מצודה בים ולא עלה בידם אלא אחד מאבריו או אפילו כל גופו בלא ראשו אין משיאין את אשתו דחוששין שמא אותו הלך לו ויצא במקום אחר ורגל זה מאדם אחר היה והראיה ההוא דאיתלי נורא בגננא ואישתכח גברא חרוכא פסתא דידא דשדיא ואפ"ה חיישין דילמא איניש אחרינא הוא דאתא לאצוליה ההיא פסתא מיניה הות ומשום כיסופא ערק ועד כאן לא פליג התם רבא אלא משום דאמרה איתתיה חזו גבראי חזו גבראי כדאיתא התם" עכ"ל.

מבואר בדברי הרשב"א שגם רבא שפסק להיתר במקרה של גברא חרוכא יודה במקרה ששילשלוהו לים ועלתה בידם רגלו ללא סימן שאזלינן לחומרא כיוון שהמרכיב של חזו גבראי לא קיים בכהאי גוונא. ולכאורה קשה: שהרי האנשים שעל הספינה יודעים שהנעדר היה במים וזה דומה לצעקת האשה חזו גבראי שעל ידה נודע שבעלה היה במקום השרפה, וכן הקשה החת"ס. והוסיף עוד להקשות שהיה לרשב"א לומר שההבדל נעוץ בזה שבמקרה של ההוא גברא נמצאת פיסת ידו שהיה בה סימן מובהק שהיא שייכת לאותו גברא, ואנו מניחים שהגופה והיד מאותו איש. משא"כ אם שילשלוהו לים ולא עלתה בידם אלא רגלו ללא איבר נוסף שניכר שהוא של המושלך לים, חסר היסוד להניח שהרגל היא רגלו של המושלך לים.

1. הסבר החתם סופר

ותירץ החת"ס שכוונת הרשב"א לומר שבלשון חזו גבראי כלול גם עניין זה שהאשה הכירה שפס היד הוא של בעלה וכלפי זה אומר הרשב"א שכאשר

עלתה רגל ללא סימן חסר מרכיב זה וגם רבא יודה שיש להחמיר. והחת"ס הוכרח לכל זה כיוון שהיה פשוט לו שהרשב"א מפרש כריטב"א שהפסתא דידא היא בוודאי של ההוא גברא.

ובשו"ת אמרי יושר (ח"ב סע"ו) כתב שהוכרח לזה החת"ס משום שאי נימא שהרשב"א מפרש כרמ"ה שהנידון בסוגיא דגברא חרוכא הוא שהיה ניכר שפיסת היד אינה מהגופה החרוכה הרי שאין שום ראייה לדברי הרשב"א מהסוגיא כיוון שבמעשה דעסיא מדובר שעלתה בידם רגל אחת ואין כל יסוד להניח שהיה אדם נוסף על פני זה שהשליכוהו לים משא"כ בנדון דגברא חרוכא יש להחמיר כיוון שידענו שהיו שם שניים ולא ידענו של מי הגופה ושל מי היד. אלא שהאמרי יושר הקשה על החת"ס שהסברו ברשב"א דחוק.

2. הסבר האמרי יושר

האמרי יושר העלה הסבר אחר ברשב"א. לפי הרשב"א בסוגיא דגברא חרוכא לא ידענו אם הפסתא דידא היא מהחרוך או לא, ולא היה בה שום היכר ואפשר שהיא מהחרוך ואפשר שלא, ועל כל פנים אין יסוד חיובי להניח שהיו שם שני אנשים ובכל זאת החמיר רב חייא בר אבין לחוש שמא הגופה והיד הם מאנשים שונים והיד היא של בעל האשה שברח. גם רבא הקל רק מכח שהאשה אמרה חזו גבראי והיינו שידענו בבירור שהחתן היה שם בעת התחלת האש ולא ברח תכף משם וכיון שידענו שהיה שם בעת שכבר היתה הסכנה וליהטה אש סביבותיו אמרינן כאן נמצא וכאן היה והאיש שנאבד הוא זה שנמצא שרוף. ובמעשה דעסיא כיוון שעלתה בידינו רק רגל אחת גם כן אין יסוד להניח שנמצאים בתוך המים שני אנשים. אבל מסוגיא דגברא חרוכא מוכח שצריך בנוסף לזה שגם נדע שהנעדר היה בסכנה בזמן שקשה בריחתו משם ואז אמרינן שכיוון שהוחזק במקום הסכנה רגע אחד כאן נמצא וכאן היה, אבל בהושלך לים תמיד קיימת האפשרות שהגלים יוליכו אותו ובכהאי גוונא שיש לו אפשרות להתנייד לא אמרינן כאן נמצא כאן היה. (וכדברי האמרי יושר מבואר גם בשו"ת בית אפרים סימן מ).

אלא שלכאורה פירוש זה צ"ע: א) לפי דברי האמרי יושר שלא היה ניכר לנו כלל של מי הפסתא דידא לא מובן מה הראייה של רבא מהפסתא דידא שיש להתיר את האשה (וכבר הקשה כן החזו"א ומכח זה דחה אפשרות זו בבאור הגמרא).

ב) גם לפי פירושו יש מקום להקשות שעדיין יש לחלק בין מעשה דההוא גברא שבו יש מקום להסתפק שמא היד והגופה הם משני אנשים שונים ובזה

הוא שהחמיר רחב"א וגם רבא הקל רק בצירוף חזו גבראי לבין מעשה דעסיא שעלתה בידם רגל אחת ואין יסוד לעורר ספק שמא היה במים עוד מישהו, וצ"ע.

ו. בענין זה שנמצא הוא זה שאבד

הנו"ב (אבה"ע קמא מו) הביא את שיטת המבי"ט (א,קלה), שאם הולך יהודי בדרך ממקום למקום ונאבד, ולאחר מכן נמצאה גופה בלתי מזוהה באותו מקום שבו הלך הנעדר, סומכים על זה להתיר את אשתו. ובשו"ת שב יעקב (אבה"ע יא) הביא ראייה לדברי המבי"ט מדברי רבי בפסחים (י,א) בשדה שהיה בה קבר ואבד (כלומר, נשכח מקומו) ושוב לאחר זמן נמצא בשדה זו קבר, ושיטת רבי היא שההולך בשדה זו הוא טהור כיון שאומרים קבר שאבד הוא קבר שנמצא, ולא חוששים שמא יש עוד קבר בשדה, בנוסף על הקבר הידוע לנו מקודם.

דברי רבי הם ראייה למבי"ט. גם לענין אדם שאבד בדרך ולאחר זמן נמצאה גופה באותה דרך שבה הלך הנעדר, אמרינן שזה שאבד הוא זה שנמצא ולא חיישינן שמא איש אחר הלך באותה דרך ואבד והוא ההרוג שלפנינו. עכת"ד השב יעקב. (ואע"פ שרשב"ג חולק על רבי, קי"ל כרבי מחבירו, ע"ש).

והנה בסוגייתנו יש שתי שיטות עיקריות:

א) הרמ"ה ודעימיה דס"ל שרק במקום שיש במקום השריפה הוכחה ששני אנשים ניזוקו מהשריפה אין מתירים את העגונה, אבל אם מוצאים רק גופה אחת תולים שזו גופת מי שידוע לנו שהיה במקום השריפה.

ולכאורה שיטת הרמ"ה מהווה יסוד לדברי המבי"ט.

ב) שיטת הרשב"א והריטב"א, שגם במקום שאין ראייה שהיה עוד אדם במקום השריפה יש לחוש שהגופה שנמצאה היא גופת אדם אחר ולא גופת הנעדר, וכל זאת לשיטת רב חייא בר אבא.

ולכאורה כיון שהם פסקו כרחב"א מוכרחים לומר שהם חולקים על דינו של המבי"ט. וצ"ע אם כן, מה יענו לראיית השב יעקב מהגמ' בפסחים.

והנה הנו"ב חולק על המבי"ט והשב יעקב מטעם שאין לדמות נדון של הרוג שנמצא בדרך שהולכים בה הרבה בני אדם בוודאות, והסברא נותנת שיש חוש לכך שההרוג שלפנינו הוא אדם אחר שהלך בדרך ונאבד, לבין נידון של

שדה שהיה בה קבר אחד ידוע ונעלם ומעולם לא ידענו על קבר נוסף, ודוקא שם פוסק רבי שאין לחוש לקבר הנוסף.

אך כל זה לא יעלה מזוור לשיטת הרשב"א והריטב"א. שהרי גם בסוגיין לא ידוע בוודאות שבמקום השריפה היה אדם נוסף. ואעפ"כ להלכה חוששים שמא בא אדם נוסף למקום השריפה ולא אומרים שזה שאבד הוא זה שנמצא שרף.

והנו"ב, אע"פ שחלק על המבי"ט והשב יעקב כאמור, סמך בנידונו על סברתם כיון שהנידון שהובא לפניו היה באיש שנתלה על עמוד תלייה. ובשעה שזיהו אותו העדים היה מפרפר ולאחר כמה ימים חזרו העדים לאותו מקום ומצאו תלוי שלא ניתן לזיהוי. ופסק הנו"ב להתיר על יסוד סברת השב יעקב וראיתו מסוגיא דפסחים הנ"ל. ובצירוף זה שבעמוד תלייה לא ידוע לנו שנתלה אדם אחר נוסף על התלוי הידוע לנו ולכן אין לחוש לכך ואמרינן שזה שנתלה הוא זה שנמצאה גופתו על העמוד.

ויעוי"ש שהנו"ב הקשה על עצמו משיטת הרשב"א בסוגיין ותרץ שבסוגיין מדובר שהיתה פיסת יד נוספת על הגופה החרוכה ועל כרחינו היה כאן אדם אחר.

וכבר העירו אחרונים על דבריו שכל זה לשיטת הרמ"ה, אבל ברשב"א מבואר שהגברא חרוכה היה חסר יד, ואם כן אין הכרח להימצאות אדם נוסף. (עי' שו"ת נו"ב הוצאת מכון ירושלים הערה כא לסימן מו).

ולפי כל זה עדיין צ"ע כיצד תתישב שיטת הרשב"א והריטב"א עם הסוגיא בפסחים ומדוע לא נימא בסוגיין, שזה שנשרף הוא זה שנמצא.

והנראה לענ"ד לתרץ שלכאורה יש שוני בין הסוגיות. הנידון בסוגיית קבר שאבד הוא אינו להכריע שהקבר שנמצא הוא אכן הקבר שאבד, כיון שהספק אינו על המקום בשדה שבו נמצא הקבר כי במקום זה אין ספק, והמאהיל עליו נטמא בודאי. הנידון שלנו הוא על שאר השדה ועל דין העובר בתוכו. מעתה י"ל שהואיל ולא ידוע לנו על קבר נוסף י"ל ששאר השדה בטהרה. כי על הקבר שנמצא אמרינן שהוא הקבר שאבד. טהרת שאר המקומות אינה תלויה בוודאות שהכרענו שזה הקבר שאבד אלא נובע מכך שאין סיבה לחשוש לקברים נוספים.

מה שאין כן בסוגיין. הנידון אינו האם יש לחוש לאנשים נוספים אלא האם הגופה שנמצאה חרוכה היא גופת בעל האשה או לא. יש צורך בהכרעה

בסוגיא דההוא גברא (יבמות קטז)

חיובית שאכן זו גופת הנעדר. ייתכן מאד שבכה"ג אין כלל ענין של חזקת קבר שנמצא שכל ענינה לא להכריע על הקבר הנמצא אלא שאין לחוש לקברים נוספים בלתי ידועים וכנ"ל. וייתכן שזו דעת הרשב"א והריטב"א. (שו"ר שבשו"ת עטרת חכמים אבה"ע סי' ו כתב כעין זה והו"ד בשו"ת נו"ב מהדורת מכון ירושלים הערה א לסימן מו).

סימנים בעדות אשה

ראשי הפרקים

- א. סימנים בעדות אשה – סוגיית הגמרא
- ב. הכרעת ההלכה – סימנים דאורייתא או לאו דאורייתא
 1. שיטת האחיעזר
 2. שיטת החזו"א
 - ג. חשש שאלה
 - שיטת המהר"ל מפראג
- ד. סימנים דאורייתא או לאו דאורייתא – יסוד המחלוקת

א. סימנים בעדות אשה – סוגיית הגמרא

איתא ביבמות במשנה (קכב): אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אע"פ שיש סימנים בגופו ובכליו, והנה יעוין בסוגיית הגמרא שם היטב ועולה ממנה שיש שתי אפשרויות להבנת המשנה הנ"ל וכדלהלן:

א.1. אמנם סימנים דאורייתא וסימנים אמצעיים מועילים בעדות אשה אלא שבמשנה מדובר בסימני גוף גרועים כגון גבוה ונמוך שאינם מועילים אפילו למאן דאמר סימנים דאורייתא. ומובא ברש"י (ד"ה דאריך וגו') שסימנים אלו אינם סימנים.

א.2. בהסבר הדין שסימני כלים אינם מועילים למאן דאמר סימנים דאורייתא יש מחלוקת בגמרא.

לשיטה אחת – אפילו סימנים אמצעיים שמועילים מהתורה לא יועילו בכלים כיון דחיישינן לשאלה.

ולשיטה השניה – אין חוששין לשאלה ומדובר במשנה בסימנים גרועים כגון חיוורי וסומקי (לבנים ואדומים) וכתב על זה רש"י שאין זה סימן שהרי יש הרבה שחורים ולבנים.

ב. סימנים דרבנן – מדובר במשנה בסימנים אמצעיים שאינם מועילים מהתורה הן בגוף והן בכלים אבל סימנים מובהקים מועילים אפילו לענין איסורי תורה כבעדות אשה אפילו למאן דאמר סימנים דרבנן. כמובא ברש"י

(ד"ה מובהק הוא) ואע"ג דסימנין דרבנן אסימן כי האי סמכינן אפילו באיסור דאורייתא.

עד כאן סיכום דברי הגמרא הנצרכים לענייננו, וצריך לברר מספר דברים:

א. הכרעת ההלכה במחלוקת, האם סימנים דאורייתא או דרבנן?

ב. הגמרא העלתה את הסברה דחיישינן לשאלה רק למאן דאמר סימנים דאורייתא ולמאן דאמר סימנים דרבנן לא הזכירה הגמרא מאומה מעניין זה ויש לברר האם למאן דאמר סימנים דרבנן יש חשש שאלה?

ג. מהו יסוד המחלוקת האם סימנים דאורייתא או דרבנן?

ב. הכרעת ההלכה – סימנים דאורייתא או לאו דאורייתא

בסוגייתנו הרי"ף פסק להלכה שסימנים דרבנן, ואילו הריטב"א פסק להלכה שסימנים דאורייתא. הרמב"ם (גירושין יג, כא) כותב וז"ל: "ואם ניטל אחד מאלו אעפ"י שיש להם סימנים בגופו ובכליו ואפילו שומא אין מעידין עליו שמא אחר הוא" ולכאורה מוכח מזה שכתב "ואפילו שומא", שאפילו שומא אין מעידין בלשון של רבותא, משמע שפסק להלכה שסימנים דרבנן. שהרי האפשרות ששומא הוא סימן מובהק הועלתה בגמרא רק למאן דאמר סימנים דרבנן. אבל למאן דאמר סימנים דאורייתא שומא הוא או סימן גרוע או סימן אמצעי וזהו שכתב הרמב"ם ואפילו שומא לאפוקי מזה ששומא הוא סימן מובהק.

וכן מוכח ממה שפסק הרמב"ם (גירושין ג, יא) שמחזירין גט ע"י סימן, דנקב יש בו בצד אות פלונית שזהו סימן מובהק ורואים מכאן שדוקא על סימן מובהק סומכים להחזיר הגט, ומוכח מכל זה שדעת הרמב"ם כרי"ף שסימנים דרבנן וכן הוכיח הכסף משנה במקום.

והקשה הכסף משנה שבהלכות גזילה ואבידה (ג, ה) פסק הרמב"ם וז"ל: "הסימנים המובהקים סומכים עליהם ודנים על פיהם בכל מקום דין תורה" וכדוגמא לסימנים מובהקים נקט הרמב"ם משקל, מידה ומנין ומקום האבידה והרי אלו סימנים אמצעיים, ומדבריו אלו עולה לכאורה שקי"ל שסימנים דאורייתא וזה סותר למה שמבואר מדבריו בהלכות גירושין וצ"ע.

עוד כתב הרמב"ם (נחלות ז, ג) וז"ל: "היו לו סימנים מובהקים בגופו והכירו אותם, בכל אלו הדברים וכיוצא בהם אם אבד זכרו אח"כ יורדין לנחלה

בעדות זו אעפ"י שאין משיאין את אשתו, שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת".

ויש לעיין אם כוונתו במה שכתב סימנים מובהקים לסימנים שמועילים אפילו למאן דאמר סימנים דרבנן ועל זה כתב שחכמים החמירו מפני איסור כרת שלא לסמוך עליהם.

קשה, היכן יש זכר בגמרא לתקנה זו, שהרי בגמרא מבואר שלמאן דאמר שסימנים דרבנן סימנים מובהקים מועילים לעדות אשה ואם נאמר שסימנים מובהקים כוונתו לסימנים אמצעיים, גם קשה שאם סימנים דרבנן מדוע הוצרך הרמב"ם לומר שהסיבה שלא משיאין על פיהם את אשתו היא מפני שחכמים החמירו מחמת איסור כרת, תיפוק ליה שלמאן דאמר סימנים דרבנן, מדינא דאורייתא סימנים אמצעיים אינם סימנים על ואין צורך בתקנת חכמים.

ואם סימנים דאורייתא גם קשה – היכן מצא הרמב"ם דלמאן דאמר סימנים דאורייתא לא סומכים על סימנים אמצעיים להשיא את אשתו מתקנת חכמים, שהרי בגמרא ביבמות קכ מבואר שלמאן דאמר סימנים דאורייתא סימנים אמצעיים מועילים בעדות אשה. כיון שכל ההנמקה לכך שנפסק במשנה שלא מעידים על סימנים שבגופו למאן דאמר סימנים דאורייתא זה רק מפני שמדובר בסימנים גרועים כארוך וגוף ומוכח מזה שבסימנים אמצעיים אשתו מותרת להינשא.

ביישוב כל הסתירות האלו בדברי הרמב"ם נאמרו מספר הסברים :

א. הסבר קצות החושן – (רנט ס"ק ב) – איתא בגמרא ב"ב כז,ב – איבעיא להו סימנים דאורייתא או דרבנן. מאי נפקא מינא לאהדורי גט אשה בסימנים אי אמרת דאורייתא מהדרינן ואי אמרת דרבנן בממונא עבדי רבנן תקנתא באיסורא לא עביד רבנן תקנתא. והגמרא לא הכריעה ספק זה.

מקשה הקצות, מדוע הגמרא לא ציינה שנפקא מינה אי סימנים דאורייתא או דרבנן לענין אם אפשר להשיא על פיהם אשה עגונה ורק ציינה, שהנפקא מינה רק לענין להחזיר גט אשה עוד מקשה הקצות שבגמרא בחולין עט – מוכח שסימנים דאורייתא.

דהנה מובא שם בגמרא שרבי אבא סבר שכדי שלא יהיה איסור חרישה בשור וחמור צריך שהאם של שתי הבהמות תהיה מאותו מין, ולכן פרד שנולדה

מאתון אסורה בחרישה עם פר שנולדה מסוסה אעפ"י ששניהם באו מסוס ואתון.

ומובא שם בגמרא שרבי אבא אמר לשמשו שכאשר הוא מכניס לו פרדות לעגלה שהוא רוכב בה שיביא פרדות שסימני גופם דומים כדי ליצור ודאות שהפרדות הן בני אותה סוסה או אתון.

ומוכח מכאן, שסימנים מועילים לדין כלאים שהוא דאורייתא. ולכאורה הגמרא בחולין שעולה ממנה שסימנים דאורייתא סותרת את הגמרא בב"מ שהסתפקה בדבר זה ולא הכריעה? וביישוב קושיות אלו חידש הקצות שזה פשוט לגמרא בב"מ שסימנים דאורייתא. אלא שכל זה דווקא כאשר אין לנו חשש של שקר, כמקרה שמובא בגמרא בחולין בעוד שבמקרה שבב"מ מדובר בהחזרת אבידה על ידי סימנים ששם יש חשש של שקר, שהרי יתכן שהוא לפני כן ראה את האבידה וסימניה או שהוא רק מנחש. במקרה זה הסתפקה הגמרא בב"מ האם גם בחשש שקר מהני סימנים מהתורה, או שיש לחשוש מהתורה לניחוש או לשקר ובכהאי גוונא סימנים מועילים רק מדרבנן.

אבל הגמרא בב"מ מודה ליסוד שסימנים בעצמותן מועילים מהתורה כפי שמוכח מהגמרא בחולין ולפי זה אין סתירה בין הגמרות הנ"ל. לפי זה מיישב הקצות גם את קושייתו השניה. הקצות הקשה מדוע הגמרא בב"מ לא כתבה שנפקא מינה בין אם סימנים דאורייתא לבין אם סימנים דרבנן הוא גם לעניין עדות אשה, ולפי כל הנ"ל לא קשה.

שהרי כששני עדים באים ומעידים על סימן אמצעי בגופו אין חשש של שקר, אלא שיש להסתפק האם סימן אמצעי מועיל לזהות על פיו את המת ובזה הגמרא בב"מ לא הסתפקה כאמור לעיל ולכן מובן מדוע הגמרא נקטה כנפקא מינה רק האם מחזירין גט על פי סימנים.

ויסוד הספק הוא שמדובר בשליח הבעל להביא הגט לאשה איבד את הגט וטוען השליח שהגט שנמצא ע"י מישהו אחר הוא הגט שאותו הוא איבד וכראיה לדבריו הוא אומר סימן אמצעי אלא שיש מקום לחוש שמחמת שהוא רוצה למלא שליחותו ולקבל את שכרו מהבעל הוא אומר כן, אבל באמת הוא ראה את הסימן לפני כן או שניחש את סימנו – והוא משקר.

ובזה הסתפקה הגמרא כאמור, האם חוששים מדאורייתא לשקר או לא. עוד כתב הקצות ליישב על פי זה דהנה בהמשך הגמרא מביאה ראיה שסימנים דאורייתא מזה שמחזירין חמור בסימני אוכף מהתורה, ודחתה הגמרא

שמחזירין חמור בעידי אוכף שמעידים בטביעות עין שהאוכף של הטוען לבעלות על החמור.

ולכאורה קשה מדוע נזקקה הגמרא לדחות שמדובר בעידי אוכף לכאורה היה לדחות ולומר שנתן סימנים מובהקים על האוכף שהרי גם למאן דאמר סימנים דרבנן סימנים מובהקים מועילים מהתורה. ועל פי היסוד הנ"ל מיישב הקצות שכיון ששאלת הגמרא היא האם יש לחוש למשקר או לא, ואז אפילו סימנים מובהקים לא יועילו כיון שגם בהם יש חשש שקר. ולכן הוכיחה הגמרא לדחות ולומר שמדובר בעידי אוכף כדי להעמיד את הצד שסימנים דרבנן.

העולה מכל הנ"ל:

1. סימנים דאורייתא כשאין חשש שקר וספק הגמרא ביבמות קכ לענין עדות אשה הוכרע עפ"י הגמרא בחולין שמוכח ממנה שסימנים דאורייתא.
2. במקום שיש לחוש לשקר בזה הסתפקה הגמרא בב"מ ונשאר הדבר בספק.

עוד הביא הקצות גמרא בב"מ דף יח, ומבואר שם שרב אשי התיר להחזיר גט אשה עפ"י סימן מובהק כנקב בצד אות פלונית, ובביאור הדברים כתבה הגמרא שרב אשי מספקא ליה סימנים אי דאורייתא אי דרבנן.

וקשה שהרי על פי דברי הקצות מקודם, על הצד שסימנים דרבנן ויש לחוש למשקר הרי שאפילו סימן מובהק לא מהני. ומתוך הקצות שהגמרא בב"מ יח מדברת במקום שאין חשש שקר כגון שאת הסימנים נותנים שני עדים.

ורב אשי הסתפק האם סימנים דאורייתא כלומר האם סימנים מועילים רק מדאורייתא בלבד אבל מדרבנן החמירו משום חומר איסור כרת, או שסימנים דרבנן כלומר שאפילו מדרבנן מועילים סימנים אמצעיים באיסור כרת.

על פי זה מיישב הקצות את כל פסקי הרמב"ם. הרמב"ם בהלכות נחלות שכתב שלא משיאין את אשתו על פי סימנים מובהקים בגלל חומר איסור אשת איש כוונתו לסימנים אמצעיים, ושיטת הרמב"ם היא שסימנים אמצעיים מועילים מהתורה כשאין חשש שקר כמוכח מהגמרא בחולין.

אלא שרב אשי חידש שיש להתספק האם במקום של איסור כרת רבנן החמירו להצריך סימנים מובהקים ולכן כתב הרמב"ם שרק משום חומר איסור אשת איש לא משיאין את אשתו אבל מעיקר הדין משיאין. וכמו כן

מובנים דברי הרמב"ם בהלכות גזילה ואבידה שכתב שסימנים מועילים מהתורה ולדוגמא נקט בסימנים של מידה, משקל ומנין שהם סימנים אמצעיים, כיון ששיטת הרמב"ם היא שסימנים דאורייתא. עד כאן דברי הקצות.

ויש להעיר, דלעיל הבאנו את דברי הרמב"ם בפרק יג מהלכות גירושין שכתב שלא מעידים אפילו על השומא והכסף משנה הוכיח מלשון "אפילו" ששיטת הרמב"ם היא שסימנים דרבנן, כיון שהצד לומר ששומא הוא סימן מובהק מובא בגמרא רק למאן דאמר סימנים דרבנן. ולפי דברי הקצות קשה שהרי לפי דבריו שיטת הרמב"ם שסימנים דאורייתא ולצד בגמרא שסימנים דאורייתא הרי ששומא הוא לכל היותר סימן בינוני ויתכן שאפילו גרוע ומדוע כתב הרמב"ם שאפילו על שומא לא מעידים, ומאי רבותא בשומא כלפי שאר סימנים וצריך לומר לפי הקצות כיון שסוף סוף יש צד בגמרא לומר ששומא הוי סימן מובהק, רצה הרמב"ם להוציא מדעה זו ולהדגיש שגם על שומא לא מעידים.

1. שיטת האחייעזר

האחייעזר (ח"א יג,ה) מסביר כקצות ששיטת הרמב"ם היא שמעיקר הדין סימנים דאורייתא, ורבנן החמירו מפני חומר איסור אשת איש להצריך סימנים מובהקים אלא שהאחייעזר ציין מקור שונה מהקצות לחומרא זאת.

בגמרא בבכורות (מו,ב) מובאת מחלוקת בין רבי יוחנן לר"ל לגבי ולד שפדחתו יצאה מרחם ומיד מת, ואחריו יצא אח נוסף האם הראשון היה בכור לנחלה או שיציאת הפדחת לאויר העולם אינה נחשבת להולדה ואיתו אחד שהוציא פדחתו ומת נחשב כמי שמת ברחם אימו והאחר הנוסף הוא הבכור לנחלה.

ונחלקו בדבר ר' יוחנן ור"ל.

שיטת ר"ל היא שלקביעת בכורה בעיני לדין יכיר כלומר שכמות האיברים שיוצאת לאויר העולם צריכה להיות כזאת שניתן לזהות על פיה את הבן אדם ועפ"י פדחת בלבד לא ניתן לזהות. ור' יוחנן מסכים עימו שצריך לדין יכיר אלא שלדעתו ניתן לזהות עפ"י פדחת בלבד.

ומקשה הגמרא על פשיטת ר' יוחנן מהגמרא יבמות קכ, שמבואר בה שאין מעידין עד שיהא פרצוף פנים עם פדחת וחוטם וכמקור לכך מביא אביי את

הפסוק "הכרת פניהם ענתה במ", הרי שרואים מכאן שזיהוי אפשרי רק ע"י פרצוף עם פדחת וחוטם ואין מספיק לזהות עם פדחת לבד.

ומתוך ר' יוחנן שמדאורייתא מספיק הכרת הפדחת לעדות אשה אלא שרבנן החמירו והצריכו פרצוף פנים וחוטם נוסף על הפדחת ואומר האחייעזר שגמרא זו היא המקור לשיטת הרמב"ם שרבנן החמירו בהלכות זיהוי המת ואעפ"י שסימנים דאורייתא. הקיש הרמב"ם מהחומרא שהחמירו רבנן בהכרה עפ"י פרצוף לזיהוי עפ"י סימנים ולמד שגם בהלכות סימנים החמירו רבנן על פני הדין דאורייתא והצריכו סימנים מובהקים, ולכן כתב הרמב"ם בהלכות נחלות שרק מפני חומר איסור אשת איש לא מתירים אשה עפ"י סימנים מובהקים, כלומר אמצעים.

ויש לעיין בשיטת האחייעזר, שהרי הרמב"ם פסק להלכה (ביכורים יא, טו) כר"ל שפדחת פוטרת אבל בהלכות נחלות לא התייחס לזה ומשמע שפסל כר"ל ולפי זה שיטת ר' יוחנן נדחית, וגם האוקימתא שהעמיד ר' יוחנן ביבמות שזו רק חומרא דרבנן נדחית וצ"ע.

עוד יש להעיר, שמה שהאחייעזר לא הביא כמקור לשיטת הרמב"ם את הגמרא בב"מ יט, שאותה הביא הקצות זה משום שהפשט של הקצות בגמרא הוא מחודש מאוד. שהרי הפשט הפשוט הוא שרב איש מספקא ליה אם סימנים דאורייתא או דרבנן, והכוונה היא שהוא מסופק האם סימנים מועילים מדאורייתא או רק מדרבנן והקצות מפרש שהכוונה היא האם סימנים מועילים רק מדאורייתא ורבנן החמירו או גם מדרבנן שלא החמירו והעמידו דבריהם על דין תורה.

2. שיטת החזו"א

עד כה הבאנו את הסברי הקצות והאחייעזר, לפיהם הרמב"ם סובר סימנים דאורייתא. אבל החזו"א חולק עליהם וסובר, שלדעת הרמב"ם סימנים דרבנן כפי שדייק הכסף משנה מדברי הרמב"ם (גירושין יג, כא) ומסביר החזון איש שמה שניזקק הרמב"ם בהלכות נחלות לטעם דמפני חומר איסור כרת אינו אלא למקרה שנפל לגוב האריות או טבע במים שאין להם סוף וכד' שבהם האשה מותרת מדאורייתא כיון שרובם למיתה, ורבנן החמירו מפני חומר איסור אשת איש. אבל צריך עיון לדבריו איך יתפרשו דברי הרמב"ם בהלכות גזילה ואבידה שכדוגמא לסימנים המועילים מהתורה הביא סימנים כמידה, משקל ומנין שהם סימנים אמצעים.

והנה האבני נזר (אבה"ע ע) גם הוא נוקט בדעת הרמב"ם, שסימנים דרבנן ומה שהרמב"ם נזקק בהלכות נחלות לטעם שהחמירו מפני איסור אשת איש, זה רק בגלל שמדובר שם שגם אבד זכרו. ובאבד זיכרו בצירוף סימן אמצעי מועיל מדאורייתא ורק רבנן הם שהחמירו.

והאבני נזר עמד על הקושי שיש לפי זה בדברי הרמב"ם בהלכות גזילה ואבידה, וכתב ליישב, שרק כיון שיש תקנת חכמים שלא להחזיר אבידה אלא רק למביא עדים שאינו רמאי שוב כשנותן סימנים הם מהתורה כיון שאין חשש שלא איבד כלל בסימן כזה והסימנים שאומר הם כסומא בארובה. וכיון שאין לחוש לזה הרי שהסימנים חוזרים להיות מדאורייתא.

לסיכום: שתי שיטות עיקריות בביאור הרמב"ם.

שיטה אחת – מעיקר הדין סימנים דאורייתא ורבנן החמירו.

שיטה שניה – מעיקר הדין סימנים דרבנן.

להלכה נפסק בשו"ע (אבה"ע יז, כד) שרק אם היו להם סימנים מובהקים ביותר מעידים עליו.

ג. חשש שאלה

החכם צבי (קלד) כתב שאם מצאו אדם עם סימן אמצעי בגופו וסימן מובהק בכליו מהני להשיא אשת הנעדר עפ"י זה.

טעמו של חכ"צ הוא דהנה נחלקו אב"י ורבה בב"ב קסה בשטר חוב ששם המלווה הוא יוסף בן שמעון ומוחזק בידי יצחק בן מיכאל הטוען שקנה שטר זה מיוסף בן שמעון. לרבה מקבלים דבריו ולא חוששים שהשטר נפל מאחד והשני מצאו, ולאב"י חוששין לנפילה ועליו להוכיח שקנה שטר זה כדין. אך במקרה שישנם בעיר שני יוסף בן שמעון והשטר נמצא ביד אחד מהם מודה אב"י שלא חוששין לנפילה דיחיד ז"א שלא חוששין לכך שנפל מיוסף בן שמעון המלווה ומצאו יוסף בן שמעון השני.

ומוכיח מכאן החכ"צ שכמו שלנפילה דיחיד אין חוששים כך אין חוששים במקרה שיש סימן מובהק בכלי וכן סימן אמצעי בגוף אין חוששים לשאלה דיחיד. כלומר שבעל הכלי השאילו לאדם עם סימן אמצעי כמותו.

והחכ"צ הקשה על זה – סברה זו שלא חוששים לנפילה דיחיד היא סברת אב"י אבל מנלן שרבה שלא חושש כלל לנפילה מסכים איתו שבמקום שיש

לחוש לנפילה דרבים כגון שפלוני השאיל כליו לאדם אחר לא חושש לנפילה דיחיד. ומתוך החכ"צ דמסברה נראה שרבה ודאי מסכים לאביי אלא שעדיפא מיניה קאמר שלא חוששין כלל לנפילה.

הבית מאיר (יז, יד) חולק על החכ"צ וסובר שאין לדמות חשש שאלה שזהו דבר שכיח לחשש נפילה שאינו שכיח כיון שבעל השטר מיזהר זהיר בה. וע"כ אין להביא ראיה מכך שאין חוששים לנפילה דיחיד, שאם רואים שהשאלה מצד עצמה לא שכיחה דומיא דשאילת כלים רבים וכיוצא בו ודאי יפה דיבר החכ"צ.

החזון איש (אבה"ע כה, א) חולק על החכ"צ מטעם אחר מאשר הב"מ ודעתו היא שאין לדמות אדם שמחזיק שטר חוב בידו והוא בחזקתו ואין לפסלו מספק נפילה דיחיד למקרה שבו האשה היא בחזקת אשת איש ואנו באים להתירה לשוק ויתכן שיש לחוש לשאלה דיחיד.

שיטת המהר"ל מפראג

הבית שמואל (יז, ט) מביא את שיטת המהר"ל מפראג לפיה בסימן אמצעי בגוף וסימן מובהק בכלים יש להתיר לכולי עלמא. וטעמו של המהר"ל, שאם נאמן שסימנים דאורייתא הרי שיש להתיר על סמך הסימן האמצעי שבגוף ואם נאמר שסימנים דרבנן הרי שיש להתיר על סמך הסימן המובהק שבכלים ואין לחוש לשאלה כיון שהגמרא העלתה חשש זה רק למאן דאמר סימנים דאורייתא אבל לא למאן דאמר סימנים דרבנן.

אלא שהב"ש מפקפק בסברה זו וטענתו היא שאם למאן דאמר סימנים דאורייתא יש לחוש לשאלה כ"ש שיש לחוש לכך למאן דאמר סימנים דרבנן.

הקהילות יעקב (יבמות מז) חוקר בחשש שאלה כשיש סימן מובהק בכלי האם זה מוריד את הזיהוי לרמה של סימן בינוני או שע"י חשש שאלה הזיהוי יורד לדרגת סימן גרוע. והנה הגמרא ביבמות קכ דנה בשאלה מדוע למאן דאמר סימנים דאורייתא לא מועילים סימני כלים.

והגמרא מתרצת שני תירוצים: א. חיישינן לשאלה. ב. מדובר במשנה בסימנים גרועים של כלים.

ואומר תוספות (במקום) שלפי תירוץ ב' לא חוששין לשאלה ורואים מדברי התוספות שהסברה שחיישינן לשאלה נאמרת רק אם יש הכרח ליישב על פיה את המשנה אבל אם היא לא נצרכת ליישוב המשנה לא אומרים סברה זו.

ולפי זה מוכיח הקה"י, שגם אם נאמר כשיטת הבית שמואל שיש לחוש לשאלה למאן דאמר סימנים דרבנן ואפילו אם יש סימן מובהק בכלי אין לסמוך עליו, מכל מקום החשש שאלה מוריד את וודאות הזיהוי לבמה של סימן בינוני אך לא פחות מכך, כיון דלמאן דאמר סימנים דרבנן מספיק סימן אמצעי כדי שלא ניסמוך עליו.

עוד מוכיח הקה"י, שלפי חשש נפילה לאביי גרוע מסימן בינוני, שהרי לנפילה דרבים חושש אביי דהיינו שאם יצחק בן מיכאל מחזיק בשטר על שמו של יוסף בן שמעון וטוען שקנאו ממנו, עליו להביא ראיה שאכן קנאו כדן והשטר לא נפל מיוסף בן שמעון והוא מצאו, ולעומת זאת אם נמצא שטר חוב ואין ידוע של מי הוא ובא אדם ונתן בו סימן בינוני, נותנים לו את שטר החוב (כך מבואר בחו"מ סימן סה, ט-ז).

נמצאנו למדים, שחשש נפילה דרבים הוא חשש יותר גדול מחשש שאלה דרבים שלגביו הוכיח המהר"ל שעל כל פנים אינו גרוע מסימן בינוני.

ועפ"י זה מוכיח הקה"י את דינו של החכ"צ דשאלה דיחיד לא חיישינן כאן, שאם לחשש נפילה דיחיד לא חיישינן כ"ש דחשש שאלה דיחיד לא נחוש. ולפי זה מתורצת קושיית הבית מאיר, שמא חשש שאלה אלים יותר מחשש נפילה וחישינן אפילו מיחיד ליחיד, דזה אינו, כיון דחשש שאלה, לפי מה שמוכיח הקה"י, קטן יותר מחשש נפילה.

ד. סימנים דאורייתא או לאו דאורייתא – יסוד המחלוקת

בשו"ת בנין עולם (אבה"ע טו, ב) מבאר שיסוד שיטת מאן דאמר סימנים דאורייתא הוא שסימנים מועילים מדין רוב, דעל פי רוב לא שכיח שהוא חפץ אחר הדומה לו בסימניו. ולכן מהני סימנים להתיר אשה ולהוציאה מחזקת אשת איש, כיון דרובא עדיפה מחזקה.

מבואר בדבריו שסימנים כשם כן הן דהיינו שהם מהוים רק סימן ואינדיקציה לפשוט ספק שהתעורר אבל לא שנאמר שסימנים מהוים זיהוי מוחלט על החפץ וכאילו שהיכרנו את החפץ בטביעות עין.

ולמאן דאמר סימנים דרבנן מבאר הבנין עולם (שם סק"ג) שגם מאן דאמר זה מודה שסימנים הוי כרובא, "רק ספיקא דהש"ס הוא דנגד רוב זה יש על כל פנים רוב אחר המכחישו דילמא נתלה לומר דאבידה היא של זה האומר סימנים או דילמא מרובא דעלמא".

באור אחר במחלוקת ראיתי בספרו של הרב משה בלייכר שליט"א עמק חברון (סימן ז) וזה תוכן דבריו: חפץ מתגלה אלינו בעולם בשתי צורות שעל פיהם אנו מזהים אותו: טביעת עין וסימנים. וכאשר מזהים חפץ או אדם על פי סימנים אין כאן רק ראייה חזונית או דין רוב שמתברר על פי רוב סיכויים שחפץ זה הוא החפץ של פלוני ואין זה רק אינדיקציה בלבד, אלא שעל פי סימני החפץ מתגלה החפץ עצמו אלינו ומתברר מתוך המציאות גופא שהפשט הפשוט של המציאות הוא שחפץ זה הוא החפץ שאלו סימניו ואין לנו עוד ספק בדבר זה.

מדבריו יוצא שסימנים אינם רק סימן בעלמא אלא שלמאן דאמר סימנים דאורייתא יסוד שיטתו הוא שאנו רואים את החפץ דרך הסימנים.

לפי הנ"ל נראה לומר שמחלוקת הבי"ש והמהר"ל בשאלה האם למאן דאמר סימנים דרבנן ק"ו שחיישינן לשאלה או שחשש שאלה אינו קשור למחלוקת האם סימנים דאורייתא או דרבנן תלוי בהבנות הבנין עולם והרב בלייכר בביאור המחלוקת האם סימנים דאורייתא או דרבנן.

עפ"י הבנתו של הבנין עולם, שסימנים מועילים מדין רוב, הרי שגם למאן דאמר שסימנים דאורייתא נשאר מקום לספק שמא החפץ אינו החפץ של נותן הסימנים.

אלא שלא מתחשבים בספק זה וסומכים על הרוב ולמאן דאמר סימנים דרבנן אנחנו חוששים לספק זה. עפ"י זה מובן היטב הק"ו של הבית שמואל שאם למאן דאמר סימנים דאורייתא יש לחוש לספק שאלה ק"ו שלמאן דאמר סימנים דרבנן יש לחוש לספק שאלה כיון שמחלוקתם היא בנקודה לאיזה ובה של חשש צריך לחוש ואם המאן דאמר שסימנים דאורייתא שהוא המיקל יותר חושש לספק שאלה ק"ו דמאן דאמר סימנים דרבנן שהוא המחמיר יותר יחוש לספק שאלה.

אולם לפי הבנתו של הרב בלייכר נראה שחשש שאלה אינו קשור כלל למחלוקת האם סימנים דאורייתא או דרבנן כיון שכבר הסברנו שלפי דבריו סימנים אינם פועלים בגדר של רוב אלא הם דרך לראות את החפץ עפ"י הסימנים ויסוד שיטת מאן דאמר שסימנים דאורייתא היא שהחפץ כאילו עומד לנגד עינינו לא רק בטביעות עין אלא גם בסימנים וכאשר יש סימנים לא מתעורר ספק כלל שמא החפץ אינו של נותן הסימנים. אלא שהעלתה הגמרא אפשרות שחשש שאלה כן מעורר ספק למרות הסימנים.

עפ"י זה מובנת סברת המהר"ל שאין לעשות ק"ו, שאם למאן דאמר סימנים דאורייתא חיישינן לשאלה ק"ו שלמאן דאמר סימנים דרבנן חיישינן לשאלה. כיון שיתכן דלמאן דאמר סימנים דרבנן אעפ"י שסימנים אמצעיים אינם דרך לראות את החפץ על פיהם מ"מ במקום שיש סימנים מובהקים שהם כן מהוים דרך לראות החפץ, אין לחוש לשאלה.

ואין להקיש משיטתם מדין סימן אמצעי שאינה בנויה על מידת הספיקות והחששות שיש לחוש אליהם לכך שחיישינן לשאלה.

המקדש בפירות שביעית*

ראשי הפרקים

- א. סוגית הגמרא במסכת קידושין
- ב. המקדש בפירות שביעית מקודשת – דיעבד או לכתחילה
- ג. שיטת הירושלמי
- ד. האיסור לקדש בפר"ש – ד"ת או דרבנן
- ה. כסף קידושין – כסף שיווי או כסף קנין
- ו. קידושין – קנין ממוני או קנין איסורי
- ז. גדר איסור סחורה בפירות שביעית
- ח. קידושי אשה צורך השווה לכל נפש

א. סוגית הגמרא במסכת קידושין

משנה קידושין נ,ב: "מעשה בחמש נשים ובהן שתי אחיות וליקט אדם אחד כלכלה של תאנים ושלחן היתה ושל שביעית היתה... אין אחיות מקודשות" ובגמ' (שם נב,א) – "אמר רב ש"מ המקדש בפירות שביעית מקודשת" בראשית דברינו נבוא לבאר ההו"א מדוע המקדש בפירות שביעית לא תהיה מקודשת הרי לכאורה, זכה בהם והרי הם שלו לכל דבר? בביאור ההו"א נביא כמה הסברים:

הסבר א' – פירות שביעית לא ממונו דזוכה הם, רש"י (שם ד"ה המקדש) – "ולא אמרינן לאו ממונו דזוכה בהן נינהו אלא כיון דזכה בהן ממונו הוא לכל דבר" (ע"כ הסבר א' ברש"י) וכן כתב ר"י הזקן בפירוש השני ובשיטה לא נודע למי בפירוש א' ובמאירי. והתוס' (שם ד"ה המקדש) הביא גם הוא הסבר זה והוסיף שהטעם דלא הוי ממונו דזוכה כיון דלא בא אלא מטעם זכיה.

הרש"ש והפנ"י מקשים על תוס': מה ההו"א שבגלל שבא עליו מטעם זכיה לא יוכל לקדש בו אשה, וכי מי שזוכה בממון מהפקר לא יוכל לקדש בו אשה!?

* המאמר הוא פרי לימוד משותף עם אחי ר' יעקב כהן הי"ו.

לכן פירשו בכוונת רש"י, שס"ד שפירות שביעית הוי כמו מעשר שני לר"מ (קידושין נב, ב): "המקדש במעשר שני בין שוגג בין מזיד לא קידש דברי ר"מ, ושם ברש"י – דקסבר ר' מאיר מעשר ממון גבוה הוא) דהוי ממון גבוה וכוונתו לומר דס"ד דכמו דמעשר שני יש בו רק היתר אכילה ואין בו זכות ממונית דמבחינה ממונית הוי ממון גבוה, ה"ה פירות שביעית שכתוב בהם (ויקרא כה, יב) "ויובל הוא קדש יהיה לכם" לא יהיה בהם אלא היתר אכילה בלבד, ולא הוו ממון לקדש בו אשה קמ"ל דהוי ממון לגמרי, ואין כונת התורה לומר שהם כהקדש מבחינה ממונית (אלא שצריך לאוכלם בקדושה) וא"כ נמצא שמקדש בשלו.

ולתרץ דברי התוס' כתב המהרי"ט (ח"א סי' קנ ד"ה איברא) דס"ד שפירות שביעית הותרו לאכילה ומשולחן גבוה קאכיל אלא שיש איסור ליתנם לאחרים, ודמי לפועל שמותר לו לאכל פירות מהכרם שעובד בו, ואסור לו לתת מהם לאשתו ולבניו (למ"ד משל שמים הוא אוכל כדאיתא בב"מ צב, א).

ר"ל דשאני זכיה דפירות שביעית מזכיה בהפקר, שבזכית פירות שביעית בא מטעם זכיה ז"א שיש לו רק דין זכיה (מסוים) בפירות אך לא זכיה ממש, דהיינו לאכול הוא בעצמו ולא ליתנם לאחרים. משא"כ בזכיה מההפקר הוי זכיה לגמרי והוי קנינו לכל דבר.

הסבר נוסף כתב המהרי"ט (שם) בביאור תוס' דידן, דהו"א שלא הגביה את הפירות כדי לזכות בהם לעצמו אלא לקדש בהם אשה ולא נעשה ממון (כדין המגביה מציאה לחבירו שקנה חבירו ולא הוא), קמ"ל דזכה בהם לעצמו קודם והוי ממון לקדש בו האשה.

בספר דבר יעקב (שם) הביא הסבר נוסף בהו"א דתוס', שיש חילוק בין פירות שביעית לסתם הפקר. דהו"א שדין הפקר בפירות שביעית הוי דין בחפצא שנשארים לעולם הפקר ואין בהם זכיה (וכתב שפירוש זה ניחא בלשון רש"י ודחוק בלשון התוס').

העצמות יוסף מבאר, שתוס' קיצרו דבריהם, וכוונתם דכיון שפירות אלו גדלו בשדה של האשה ופירות אלו בעצמם ניתנו לה בקידושיה, הו"א שאין לה גמירות דעת להתקדש כיון שסבורה שקיבלה דבר שהוא בלאו הכי שלה (וכוונת תוס' כיון שבאו מחמת זכיה מהאשה) קמ"ל כיון שזכה בהם הוי ממון וגומרת בדעתה להתקדש לו בהם.

הסבר ב' – "לאכלה ולא לסחורה" – רש"י (שם): "א"י דלא תימא לאכלה אמר רחמנא ולא לדבר אחר", וכן כתב תוס' (שם): "א"י יש לפרש דאע"ג דאסור לקנות מהם חפץ כדכתיב לאכלה ולא לסחורה ה"מ לכתחילה אבל בדיעבד המקח קיים, וכן גבי אשה בדיעבד מקודשת, וכן משמע לקמן במתני (נו, ב) דקתני מכרן וקידש בדמיהן מקודשת" עכ"ל. וכן כתב ר"י הזקן בפירושו הראשון.

וצריך ביאור, דמפשט התוס' בתירוץ זה (השני) נראה שסובר דפר"ש הוי ממונו דזוכה ובזה נחלק על התירוץ הראשון, שסבר דהוי ממון גבוה, רק שיש איסור סחורה וההו"א שאינה מקודשת גם בדיעבד, מדוע? הרי הוי ממון, וגם אם עבר על איסור סחורה זה לא ימנע את חלות הקידושין?

אלא צ"ל שההו"א שהתורה עשתה פר"ש ממונו דזוכה רק לענין אכילה, אבל לענין סחורה לא הוי ממונו – ולכן לא יכל לקדש בו אשה (וכן כתב בשיעורי ר' דוד פוברסקי עמ"ס קידושין).

ב. המקדש בפירות שביעית מקודשת – דיעבד או לכתחילה

כאמור תוס' בתירוץ השני כתב "המקדש בפירות שביעית מקודשת אע"ג שאסור לקנות מהם חפץ כדכתיב לאכלה ולא לסחורה ה"מ לכתחילה אבל בדיעבד המקח קיים וכן גבי אשה בדיעבד מקודשת".

ז"א, למסקנה המקדש בפירות שביעית מקודשת בדיעבד אבל לכתח' אין לקדש בהם משום איסור סחורה וכשם שאסור מדינא לקנות חפץ (שאינו אוכל) בפירות שביעית. וכן שנינו (שביעית ח, ח) "אין לוקחין עבדים וקרקעות ובהמה טמאה מדמי שביעית, ואם לקח – יאכל כנגדן". וה"ה שאין מקדשין בהם ירושלמי (שם) "א"ר יוסי זאת אומרת שאסור ליקח אשה מדמי שביעית דלכן מה בין הקונה אשה מה בין הקונה שפחה".

וכן ברמב"ם (אישות ה, ג) "המקדש בפירות שביעית או באפר פרה אדומה או במים שמילאן לעשותן מי נדה הרי זו מקודשת", והמשנה למלך (שם) כתב דהרמב"ם אזיל בשיטת התוס' והירושלמי דלכתחילה אסור לקדש בפירות שביעית, וז"ל: "ומדברי רבינו שכתב המקדש בפירות שביעית וכו' נראה דסבירא ליה דדוקא בדיעבד אבל לכתחילה אסור וכסברת הירושלמי" (בהמשך נביא חולק על פירוש זה ברמב"ם).

ר"י הזקן (בד"ה בפירות שביעית) מגיע למסקנה שונה מתוסי, וז"ל: "ואע"ג דאמר רחמנא לאכלה ולא לסחורה לא אמרינן קידושין שהאשה נקנית מהם כסחורה דמי". מבואר בדבריו שקנין אשה לא הוא סחורה, ולא דמי לקניית חפץ בפירות שביעית, שאסורה משום לאכלה ולא לסחורה. ולפי"ז יוצא דלכתחילה מותר לקדש אשה בפירות שביעית, ובזה חלוק ר"י הזקן על תוסי הנ"ל שכתבו שיש איסור לכתחילה לקדש אשה בפר"ש משום איסור סחורה.

תוסי בע"ז (סב,א ד"ה נמצא) מסתפקים האם מותר לקדש אשה בפירות שביעית לכתחילה, וז"ל: "ואע"פ שאמרנו שאסור לפרוע חובו בפירות שביעית משום שלא לאכלה הוא, מ"מ לקדש אשה מותר אע"פ דלא לאכלה הוא. כדאמרינן פרק האיש מקדש מעשה באחד שקידש חמש נשים בכלכלה של שביעית ואמרו חכמים אין האחיות מקודשות הא אחרות מקודשות וטעמא דמשום פריה ורביה אקילו בה רבנן. ומיהו יש לדחות דהתם דיעבד אבל לכתחילה אסור", עכ"ל. נמצא דתוסי נוקטים, בצד אחד, כשיטת ר' הזקן בהבנת הגמ' בקידושין והוא שמותר לכתחילה לקדש אשה בפירות שביעית. מ"מ ישנו הבדל ביניהם בסיבת ההיתר. לתוסי ר"י הזקן הטעם שמותר לכתחילה משום שקנין אשה לא הוא סחורה כלל, ואילו תוסי בע"ז ביארו שמותר למרות איסור סחורה משום שהקילו חכמים מטעם פו"ר¹. ולכאורה, יש נפ"מ בין הטעמים כגון המקדש איילונית וזקנה. לתוסי ר"י הזקן שהטעם שמותר לקדש לכתחילה בפר"ש משום דקנין אשה לא הוא סחורה ה"ה שמותר לקדש לכתחילה איילונית.

אבל לתוסי דע"ז שטעם ההיתר משום פו"ר יהיה אסור לקדש לכתחילה איילונית בפר"ש דכאן לא שייך ההיתר דפו"ר (מ"מ אפשר דאחר שהתירו לקדש בפר"ש לכתחילה לא פלוג חכמים).

נפ"מ נוספת בין הטעמים: באופן שיכל להשיג בקל פירות שאינם קדושים בקדושת שביעית ולקדש בהם האם צריך מדינא להשתדל לקדש בפירות שאינם קדושים בקדושת שביעית. לתוסי ר"י הזקן – אין צורך בהשתדלות זו

¹ ויש להעיר – דכיון שרק האיש מחוייב בפו"ר ולא האשה אי"כ האשה עוברת באיסור סחורה בקבלת קידושה, וצ"ל שתוסי סובר שאיסור סחורה אינו אלא על המוכר בלבד. וכמו שכתב הנוב"י (מהדו"ק עז) שאיסור סחורה חל על המוכר בלבד כיון שהוא מוכר ואינו משתמש בפירות לאכילה, אבל הלוקח שקונה לאכילה אינו עובר על איסור סחורה. ולכן האשה שקונה הפירות לשם קידושין אינה עוברת עבירה. וכן דעת הכפות תמרים (סוכה לט,א) ואפשר שגם המקנה (קידושין נב), שסובר שאיסור סחורה הוא גם על הלוקח, יסכים לתוסי שההיתר משום פו"ר, דפו"ר לאו דוקא וה"ה מצות שבת (לשבת יצרה) שגם האשה חייבת בה דוחה איסור סחורה.

משום שההיתר הוא היתר גמור, אך לשיטת תוס' בע"ז שההיתר בנוי על דחיה של איסור סחורה מפני פו"ר י"ל שבאופן זה שיכול בקל לקדש בפירות שאינם קדושים בקדושת שביעית מבלי להזדקק להיתר פו"ר, אין איסור סחורה נדחה (אף כאן אפשר לומר שאחרי שהתירו חכמים לקדש משום פו"ר לא דנים בכל מקרה בפני עצמו אם יש צורך בהיתר זה או אין צורך ובכל מקרה מותר).

ג. שיטת הירושלמי

בירושלמי (שביעית ח,ח) על המשנה ש"אין לוקחין עבדים וכו' מדמי שביעית", נאמר: "א"ר יוסי זאת אומרת שאסור ליקח אשה מדמי שביעית דלכן מה בין הקונה אשה מה בין הקונה שפחה" (וכן איתא בירושלמי מעשר שני פ"א הל' א). מבואר בירושלמי כתוס' בקידושין (נב,א) שאסור לכתחילה לקדש בפירות שביעית. וכבר העיר רעק"א בגליון הש"ס (ע"ז סב,א) על מה שכתבו התוס' (בתחילה) שמותר לכתחילה לקדש אשה בפר"ש, שלכאורה זה נגד הירושלמי הנ"ל, וכן העיר המשנה למלך (אישות ה,ג).

המלאכת שלמה (שביעית ח,ח) על המשנה ש"אין לוקחין עבדים וקרקעות ובהמה טמאה מדמי שביעית" כתב וז"ל: "עבדים וקרקעות ובהמה טמאה דאינם בני אכילה ולאכלה ולא לסחורה אמר רחמנא, וכתוב בה"ר שמשון המוגה ירושלמי א"ר יסא זאת אומרת שאסור לאדם ליקח אשה מפירות שביעית דאשה ליקוחין כתיב בה, דאם לא כן מה בין הקונה אשה לקונה שפחה. ויש לחלק דגבי אשה איכא מצות פו"ר וראוי להקל" ע"כ. ולכאורה, צ"ב האם כוונת הר"ש לחלוק על הירושלמי, וצ"ל שכוונתו דלפי הבבלי יש סברא לחלק בין קונה אשה לקונה שפחה. המצפה איתן (ע"ז,שם) – מיישב את הסתירה על התוס' מהירושלמי ומסביר שהתוס' סובר שהתירו שבות משום פו"ר (וכעין זה פר"ת בביצה לו), אך הירושלמי איזל לשיטתו (במס' יומא) דמשמע דס"ל – שאסרו שבות.

ישוב זה אין בו כדי ליישב את שיטת ר"י הזקן שסובר שההיתר לקדש בפר"ש אינו משום פו"ר. בפרשת המלך (אישות ה,ג) – כתב שמה שפסק הרמב"ם "המקדש בפירות שביעית וכו' ה"ז מקודשת", ר"ל שמקודשת לכתחילה (ולא כמו שכתב המל"מ שם שהרמב"ם פסק כן רק בדיעבד אבל לכתחילה אסור, וכדברי הירושלמי). ובהמשך דבריו הקשה "מנין לקחו (הרמב"ם) והסוברים כוותיה) לדחות מה שמפורש בירושלמי", וכמו שהקשה רעק"א הנ"ל, ותירץ וז"ל: "ונראה לי בזה דיש לרבינו הכרח מגמ' בבלי דמותר גם לכתחילה

לקדש אשה בפירות שביעית. דהנה בקידושין שם אמרו אמר רב ש"מ ממתניתין ארבע ונקט רב בידיה תלת, ש"מ המקדש בפירות שביעית וכו' וש"מ אשה נעשית שליח לחברתה ואפילו במקום שנעשית לה צרה, ואם נימא דמה דאמרו ש"מ המקדש בפירות שביעית מקודשת הכוונה לדיעבד אבל לכתחילה אסור וכדברי התוס' שם, א"כ איך נעשית אשה שליח לחברתה הרי אין שליח לדבר עבירה וכו'. מבואר דאם היה כאן דבר עבירה לא היו חלים הקידושין רק בשביל המקבלת עצמה, ולא לאחרות שמקבלת בשבילן. ומדנשנה דרך האחיות אינן מקודשות הא נכריות מקודשות משום שאשה נעשית שליח לחברתה אפילו במקום שנעשית לה צרה, בע"כ דס"ל בבבלי שאין כלל איסור לקדש בפירות שביעית, ודחו הנאמר בירושלמי מפני הבבליי (ועיי"ש מה שכתב בהסבר המשנה לדעת הירושלמי). וא"כ אפשר שגם ר"י הזקן למד הכרח זה ולכן פסק שמותר לכתחילה לקדש בפר"ש (וכן כתב פרשת המלך מפורשות בדעת ר"י הזקן ע"ש).

ד. האיסור לקדש בפר"ש – ד"ת או דרבנן

לשיטות הסוברים שאסור לכתחילה לקדש אשה בפר"ש האם הוא איסור מדרבנן או שיש בזה איסור דאורייתא. הנה בתוס' בע"ז (סב,א) שהזכרנו, מבואר שלצד שאסור לקדש בפר"ש ה"ז איסור דרבנן, שהרי מה שצדו שמותר לקדש בפירות שביעית לכתחילה הוא משום שהקילו מטעם פו"ר משמע שלצד שיש איסור הוא איסור מדרבנן. וכן הוכיח בספר משנת יוסף (שביעית ח,ח) מתוס' דידן ממה שהביאו ראיה בסוף דבריהם שבדיעבד מקודשת מדרבנן (קידושין נו,ב) מ"המקדש בערלה, בכלאי הכרם וכו' אינה מקודשת, מכרן וקידש בדמיהן מקודשת", ולכאורה, מה הראיה הרי חלופי איסורי הנאה אינם אסורים בהנאה מן התורה אלא מדרבנן ולפיכך מקודשת, אבל פירות שביעית תופסין דמיהן מן התורה, ואסורים בסחורה מן התורה הם ודמיהם, אלא על כרחך דסבירא להו שהאיסור לסחור, לקנות ולקדש בפר"ש אינו אלא מדרבנן. (אך העיר שמתחילת דברי התוס' שכתבו שאסור לקנות מהם חפץ כדכתיב 'לאכלה ולא לסחורה' משמע כביכול שהאיסור מד"ת. וסיים, דאולי נתכוונו לאיסור דרבנן משום לתא דלאכלה ולא לסחורה).

לעומתם, הרמב"ן והרשב"א כתבו שהאיסור לקדש אשה בפר"ש הוא איסור ד"ת, וז"ל הרמב"ן (ע"ז סב, א ד"ה נמצא): "פירש (רבינו חננאל) רחמנא אמר בפירות שביעית דלאכלה ניתנו ולא לדבר אחר, לפיכך אסור ליקח בפירות

שביעית מן התורה כל דבר שאינו נאכל, כדתנן במסכת שביעית אין לוקחין עבדים וקרקעות ובהמה טמאה מדמי שביעית. וכ"ש בפירות שביעית עצמן, והא דתנן במסכת קידושין וש"מ המקדש בפירות שביעית מקודשת, דיעבד קאמר, והיינו, ש"מ דאף על גבי דאסור מקודשת היא² וכך אמרו בירושלמי, מה בין הקונה אשה לקונה שפחה", עכ"ל. וכן משמע בריטב"א (שם) בשם רבו הרשב"א.

ה. כסף קידושין – כסף שיווי או כסף קנין

כעת, נבוא לבאר מה כוונת ר"י הזקן ד"אשה לא הוי סחורה", ובמה נחלקו עליו הראשונים הנוקטים שיש איסור בקידושי אשה לכתחילה.

הנה נחלקו הסמ"ע והט"ז בחו"מ (ר"ס קצ) בהגדרת קנין כסף בקרקע. לסמ"ע מה ששדה נקנה בשווה פרוטה זה דוקא בשנותן בעד שיווי המקח ונותן פרוטה בעת תחילת הפרעון והשאר זוקף עליו במלוה, או כשכל שיווי המקח אינו אלא פרוטה, אבל אם אינו נותן בעד שיווי המקח אלא שנותן לקנין לא מהני שהרי בשדה עפרון הוי בעד שיווי המקח.

ובט"ז (שם) השיג על הסמ"ע ממה שאשה נקנית בפרוטה, דודאי שכסף זה אינו אלא כסף קנין דשיווי המקח לא שייך באשה, וז"ל: "וזה פשוט שבאשה קונה אותה דרך נתינה לחוד לא בתורת שיווי מה שהוא שוה"

והב"ח (בטור חו"מ, שם) השיג על עצם היסוד שכסף הוי כסף שיווי, ולדעתו כל קנין כסף הוי בתורת קנין אפילו בשדה כדכתיב "שדות בכסף יקנו".

² והרי קיי"ל כר"ב (תמורה ד, ב) שסובר שאי עביד לא מהני, וא"כ איך מקודשת בפר"ש הרי עבר על איסור סחורה? וראיתי להביא מה שהביא לתרץ ע"כ בסי' דבר יעקב. אכן לסוברים שהאיסור לקדש אשה בפר"ש הוא מדרבנן – לא קשה לפי החת"ס (יו"ד סי' ו) והנו"ב (מהדו"ק אה"ע עו) שס"ל שבאיסור דרבנן לכו"ע אי עביד מהני. אבל לסוברים שהאיסור הוא איסור ד"ת, וכן לסוברים שאי עביד לא מהני קיים גם באיסורי דרבנן (סמ"ע חו"מ רה, ג) קשה. הפנ"י (סוף גיטין) כתב, שרק בלאו אי עביד לא מהני אבל באיסור עשה מהני, א"כ כיון שאיסור סחורה הוי לאו הבא מכלל עשה אי עביד מהני.

ר' נתן אדלר (בספרו משנת נתן) תירץ – דשאני פירות שביעית שכתוב בהם "קודש יהיה" וילפינן (קידושין נח, ב) מכאן שתופסת דמיה ש"מ שהקנין קיים.

והדבר יעקב תירץ כיון שקיי"ל שבמקום שלא יתוקן האיסור, ע"י שנאמר אי עביד לא מהני, אין את הכלל אי עביד לא מהני. י"ל כיון שבסחורה בפירות שביעית האיסור הוא לא בעצם חלות הקנין אלא במה שמתנהג בפר"ש כדרך הסוחרים (שכן מוכר מעט שרי) א"כ גם אם נאמר שהקנין לא חל, עבר על האיסור. ככה"ג לא אמרינן אי עביד לא מהני המקח קיים.

מעתי' י"ל שזהו שורש מחלוקתם של תוס' ר"י הזקן ויתר הראשונים, דאם גדר כסף קידושין הוא כסף שיווי, דהיינו, שהכסף הוא תמורת האשה יש מקום לאסור קידושי אשה בפירות שביעית משום סחורה דנמצא שתמורת שווה פרוטה מפירות שביעית הניתנים לאשה נקנית לו האשה, והוי סחורה בפירות שביעית – כך סברו החולקים על תוס' ר"י הזקן.

אך דעת ר"י הזקן שגדר כסף קידושין אינו כסף שיווי אלא כסף קנין. וא"כ המקדש אשה בפירות שביעית אין מקום לאסור זאת משום סחורה, מכיון שהאשה לא נקנית לו תמורת הפירות שנתן לה – שנאמר שסחר בפר"ש, אלא האשה נקנית לו בעצם מעשה נתינת הפירות, ונמצא שרק השתמש בפירות שביעית לעשות מעשה קנין, ואין פעולה זו שייכת לאיסור סחורה כלל. וזהו שכתב ר"י הזקן "דאשה לא הוי סחורה", דרק בקניית חפץ בפירות שביעית או בדמי שביעית שמשלם את שיווי החפץ יש לאסור משום סחורה. (כך גם מבאר את מחלוקת הראשונים בספר דבר יעקב).

אך עפ"י מה שהביא האפיקי ים (ח"א סי' טז) בשם הגאון ר' חיים עוזר שיש לחלק בין קנינים לקידושין, דבמכירה גדר קנין כסף הוא כסף שיווי החפץ הנמכר, ובכסף קידושין לכו"ע הוי כסף קנין – א"א לתלות מחלוקת הראשונים הנ"ל בגדר קנין כסף, משום שגם הסמ"ע יודה בקידושין דהוי כסף קנין דבאשה לא שייך שיווי ותמורה. (וכן הסביר פרשת המלך בדעת הרמב"ם שהתיר, לדעתו, לקדש לכתחילה בפר"ש).

אבל באבני מילואים (כט,ב) צידד בשיטת הסמ"ע דגדר קנין כסף הוי שיווי (והוכיח זאת מכמה מקומות ע"ש) ולא רק במכר אלא גם בכסף קידושין הוי כסף שיווי דגם באשה שייך שיווי³, עיי"ש, א"כ נוכל לחזור ולתלות מחלוקת הראשונים הנ"ל במחלוקת בגדר קנין כסף.

ו. קידושין – קנין ממוני או קנין איסורי

בעוד אופן (ע"פ שיעורי הגר"ד פוברסקי זצ"ל) אפשר לבאר פלוגתת הראשונים אם קידושי אשה הוי סחורה. דלכו"ע כסף קידושין הוא כסף

³ עיי' בחידושי שרידי אש (קידושין יא,א) שהלך בגישת האפיקי ים שהבאנו, ושם בהערות גחלי אש (ד"ה אבל) כתב לבאר דברי האבני מילואים, שאין כוונתו לומר דכסף קידושין הוי שיווי לאשה, דהרי אין לבעל קנין בגוף האשה, והכוונה שיווי להסכמתה ולהתרצותה להתקדש, וכלשונו של האבני מילואים "שיווי הקידושין" ולא שיווי האשה.

שיווי, אלא נחלקו במה שנחלקו הראשונים בסוגית המקדש במלוה (קידושין ו, ב): "אי בקידושין חשוב שהאשה נותנת לו דבר שיחשב ריבית".

"אמר אביי המקדש במלוה אינה מקודשת בהנאת מלוה מקודשת ואסור לעשות כן מפני הערמת ריבית". והגמ' מבארת מהי הנאת מלוה שמקודשת בה "דארווח לה זימנא". וברש"י (שם ד"ה לא) – "ולא ריבית גמור דלא קץ לה מידי ולא מידי שקל מינה" וכו'. ובתוס' (שם ד"ה דארווח) הקשו "לא נהירא כיון שהוא נותן לה זה פרוטה בקידושין ולא נתן לה כלום הוי כאילו נתנה לו פרוטה ממש והוי ריבית גמור"

והרשב"א (שם ד"ה אילימא) כתב – "וי"ל כיון דגופה ממש לא קני ליה לא הוי ריבית". ז"א ואין בקידושיה נתינת דבר ממשי שתחשב נתינה זו שכר וריבית עבור הרווחת הזמן. א"כ אפשר לומר שר"י הזקן שכתב ש"אשה לא הוי סחורה כלל" זאת משום דסבירא ליה כשיטת הרשב"א שלא שייך לומר דקנין האשה לבעל הוי ריבית, משום שאין לבעל קנין ממוני באשתו אלא הקנין באשה הוא חלות איסור באשה. וא"כ לא דמי לסחורה דמקבל תמורה ממונית בעד הפירות שביעית, ולא הוי סחורה. ואילו יתר הראשונים סוברים דלא כרשב"א ולפיכך הוי סחורה.

ז. גדר איסור סחורה בפירות שביעית

ונראה, שאין הכרח לומר שדעת האוסרים לקדש אשה בפר"ש הוא משום ההסברים שהבאנו לעיל שכסף קידושין הוי כסף שיווי או משום שקידושי אשה חשוב נתינת דבר (וכדלעיל ודלא כהרשב"א), וזאת ע"פ מה שנברר בגדר איסור סחורה בפר"ש. דישנם שני מיני סחורה:

א. קניה במקום הזול ומכירה במקום היוקר, וגדר האיסור הוא – שמתנהג בפירות שביעית בדרך סחורה.

ב. קנית חפץ בפירות שביעית, פריעת חוב, תשלום לבלן ולספר בפר"ש, וגדר האיסור, שמשמש בפירות שביעית שלא לצורך אכילה.

ונצטט כאן את דברי העוטה אור (ענייני שביעית, סי' יא הערה 17) שמוכיח שישנם שני דינים נפרדים הנלמדים מהדין ד"לאכלה ולא לסחורה", ושפריעת חוב וקנית חפץ וה"ה קידושי אשה בפירות שביעית אסורה לא מדין סחורה אלא מפני שאין משתמש בפירות לשם אכילה.

"הנה, הדין שאין פורעין בפירות שביעית סתמא קתני, אפילו חוב מועט. והכי מוכח נמי ממתניתין פ"ח מ"ד לקח ככר מן הנחתום בפונדיון סתם לא ישלם לו דמי שביעית, שאין פורעין חוב בפירות שביעית, אף שפונדיון הוא דבר מועט (שש עשרה פרוטות כדאיתא בקידושין יב), וכן קפסיק בגמ' ותני שאין פורעים בפירות שביעית. ומשמע אפילו מאותם שקנה לאכילה והותיר שמוטר למוכרם. ולכאורה תימה, דבגמ' ע"ז (סב, א) איתא דה"ט דאין פורעין חוב מפירות שביעית משום דכתיב לאכלה ולא לסחורה. והרי פירות שהותיר יכול למכור וכן הרי דעת תוס' בע"ז שם ד"ה נמצא, דמעט מותר למכור שלא בשוק, וא"כ כשפרע חוב לא יהא אלא כאילו מכר הפירות וקיבל כסף תמורתם ואיך אסרינן בפירות שהותיר (או בחוב מועט) לפרוע חוב. וצ"ל דשני דינים ואיסורים ילפינן מ"לאכלה": א. איסור סחורה מלאו הבא מכלל עשה ואם קנה מעט ומכר או מכר מפירות שהותיר אין זו סחורה דדרך סחורה קונה הרבה במקום הזול ומוכר במקום היוקר. ב. שפירות שביעית ניתנו לצורך אכילה דוקא, והא דמותר למכור מעט או מה שהותיר בכסף, הוא משום שעם הכסף יכל לקנות דבר מאכל. כמש"כ התוס' בע"ז שם, ולא מבעיא אם שילמו לו מיד דהכסף נתפס בק"ש וחייב לקנות בו אוכל, אלא אפי' במכר בהקפה דהכסף שקיבל לא יתפס בק"ש, ומ"מ עם הכסף יוכל לקנות אוכל חולין, והרי א"כ השתמש עם פירות שביעית שמכר לצורך אכילה אלא שהחליפם באוכל חולין, משא"כ כשפורע חוב בפירות שביעית הרי לא קיבל מזומנים שיוכל לקנות בהם אוכל, ונמצא שהשתמש בפירות שביעית שלא לצורך אכילה. ועיין היטב לשון חזו"א סי' יג סקכ"ו שכתב כדברינו, וה"ט ג"כ שאין קונים בהמה טמאה וחלוק וכלים מפירות שביעית, דמשתמש בהם שלא לאכילה, ולשון הגמ' בכורות יב גבי קונה בהמה טמאה, ובע"ז סב גבי פריעת חוב משום דכתיב לאכלה ולא לסחורה הוא לאו דוקא ועיקר הדבר שאין זה לאכלה אף שאין זה סחורה".

ואלו דברי החזו"א (שביעית יג, כו): "הא דאין פורעין חוב מפירות שביעית אינו משום סחורה, שהרי בלקח לעצמו והותיר מותר למוכרו ואפ"ה אסור לפרוע ממנו חוב, אלא כשם שאין מוכרין מאכל אדם ליקח מאכל בהמה דחשוב כמשתמש בפירות שביעית שלא כדרך הנאתו, ה"נ כשפורע חובו חשוב כלקח דבר שאינו מהשתמשות פירות שביעית וגרע מאילו נתן במתנה.

ונראה דאיסור זה הוא מדרבנן (וכמש"כ תוס' ע"ז סב,א ד"ה נמצא דבמקום פו"ר אקילו רבנן, ואף למאי דכתבו שם לדחות י"ל דלא הקילו רבנן לכתחילה אבל האיסור הוא מדרבנן).⁴

משמע מהחזו"א ומהעוטה אור שקידושי אשה בפירות שביעית שייך לדין השני, דהיינו שמשתמש בפר"ש שלא לצורך אכילה. מעתה, אין לנו בסיס והכרח לומר שהראשונים הנ"ל נחלקו בגדר קנין כסף קידושין אם הוא כסף שיווי או כסף קנין, כמו שנקטנו לעיל, שיש לומר דכו"ע סוברים דכסף קידושין הוא כסף קנין, ובכל אופן אוסרים הראשונים לקדש בפר"ש משום שיסוד איסור סחורה בקניית חפץ בפר"ש, וה"ה קידושי אשה הוא משום שמשתמש בפירות שביעית שלא לצורך אכילה, וא"כ גם אם גדר כסף קידושין הוא כסף קנין יש לאסור מפני שמשתמש בפר"ש שלא לצורך אכילה.

מאותה סיבה אין הכרח לתלות את מחלוקתם במה שנחלקו הראשונים אם קידושי אשה חשוב קבלת דבר שיחשב ריבית, שיש לומר דכו"ע סוברים שאין קנין האשה אלא חלות איסור ואפ"ה אסרו הראשונים לקדש בפירות שביעית מפני שמשתמש בפר"ש שלא לצורך אכילה.

ח. קידושי אשה צורך השווה לכל נפש

אחר שהסקנו, שסברת האוסרים לקדש בפר"ש הוא מטעם שאסור להשתמש בפר"ש שלא לצורך אכילה, נשאר להסביר את דעת ר"י הזקן שמתיר לכתחילה לקדש אשה בפר"ש.

והנה, ראיתי מה שהביא המשנת יוסף (שביעית ח, ח אות ג) בשם האשל אברהם ומה שהוסיף מעצמו, לחדש שקידושי אשה (ביאה) הוא בגדר הנאה המותרת בפר"ש. ואע"פ שפר"ש נאסרו בסחורה הותרו להנאות אחרות ולאו דוקא לאכילה.

המשנת יוסף בא לתרץ מה ההבדל בין קידושי אשה שמותר לכתחילה לקדש בפר"ש (שכן משמע מהירושלמי קידושין ב,ו) ע"פ המראה פנים והבית

⁴ מכח יסוד זה, שיש איסור להשתמש בפר"ש שלא לצורך אכילה, דוחה המשנת יוסף (תוספות אחרונים ז, ג) את ראית התורת זרעים מקידושי אשה שאפילו מכירת פירות שביעית בשווה פרוטה אסורה כשהיא דרך סחורה, וז"ל: "ותו דאהא דתנן (ח, ח) אין לוקחין עבדים וכו' מדמי שביעית, ופירש הר"ש דשביעית לא ניתנה אלא לאכילה אמרינן בירושלמי ז"א (מדאסור ליקח עבדים ושפחות, פנ"מ) שאיסור ליקח אשה מדמי שביעית לא משום סחורה אתינן עלה, אלא שאין קנין האשה מידי דאכילה, ואין משם ראייה דסחורה אסורה אפילו בפרוטה".

רידב"ז) ואילו לקנות שפחה אסור, וז"ל: "ונראה לעני"ד בהקדם דברי האשל אברהם שהקשה על הירושלמי דאוסר לקדש אשה מדמי שביעית דאל"כ מה בין הקונה אשה לקונה שפחה, דלכאורה, אינו דומה דבירושלמי (ז, א) מבואר דורדים (שהעשירים כובשים אותם לשמן לריח) קדושת שביעית חלה עליהם משום דהוי דבר השווה לכולם (דמילכס לאכלה' דרשינן הראוי לכולכם ואף שאין עושים מלוגמא אינו ראוי אלא לחולים, ביאור הגר"א) וי"ל לפי"ז דגדר הצורך של הנאות מפר"ש דומה לגדר צורך אוכל נפש דמלאכת יו"ט (כתובות ז, א) דביאה הוי דבר השווה לכל נפש. ולכן אפילו לר"פ דאוסר למבעל בתחילה בשבת, מתיר ביו"ט דהוי חבורה לצורך השווה לכל נפש. אבל מוגמר אין עושים ביו"ט דהוי הבערה שאינה אלא למפונקים. והקשו בתוסי' (שם ד"ה אמר ליה) דהא (בביצה כב, א) אסר לכבות הנר מפני דבר אחר והכא (בחבורה) שרי משום שצריך לכל נפש. ותירצו דהכא דוקא בביאה ראשונה דמצוה הוא דהוי צורך מצות היום, אבל לכבות הנר בשביל שאר ביאות אינו כ"כ צורך מצות היום, ע"ש. וא"כ גם לענין שביעית הוה קידושי אשה דבר השווה לצורך כל נפש והוי בכלל 'לכס' השווה והראוי לכולם, וגם הוא מצוה רבה (כמו ביאה ראשונה שהותרה לצורך כיון דהויא גם מצוה כהתוסי' הנ"ל) דלא תוהו בראה לשבת יצרה, ומוכרים ס"ת ללמוד תורה ולישא אשה (מגילה כז, א), וכהן מיטמא טומאה דרבנן ללמוד תורה ולישא אשה וכו' אלו תורף דבריו בתוספת ביאור.

ולפי האמור יש חילוק גדול בין שפחה לאשה הגם שעושה לו מלאכתו ומשמשת אותו מ"מ הרי זו הנאה חיצונית כמו בית שפשיטא שאסור לבנותו מדמי שביעית. אבל אשה הוי צורך עצמו כעין אוכל נפש דפלג גופא דידיה הוא. והגם שלדברי הרמב"ן והריטב"א (עז, סב, א) עדיין אין זה מתיר לקנותה לכתחילה מדמי שביעית דכל הלוקח דבר שאינו נתפס בקדושת שביעית ה"ז בכלל סחורה, מ"מ לתוסי' על כרחך לא סבירא להו כן דהנאת גוף זו השווה לכל נפש מותרת לכתחילה", עכ"ל. גם המעשה רקח שלמד ברמב"ם שמותר לקדש בפר"ש לכתחילה כתב בטעם הדבר כטעם המשנת יוסף.

עדות קיום

ראשי הפרקים

א. הקדמה

1. עדות בקידושין – עדות קיום
2. עדות קידושין – ראייה או הוכחה?

ב. עדות קיום בקידושין

1. שיטת הקהילות יעקב (לבעל נתיבות המשפט)
2. שיטת הפני יהושע
3. שיטת קצות החושן
4. שיטת האגרות משה
5. שיטת האור שמח
6. שיטת הגר"ש שקופ

ג. עדות ראייה

1. דברי יחזקאל – עדות בשעת מעשה
2. ר' שמעון שקופ – ראייה פשוטה

ד. סיכום

א. הקדמה

בשו"ע אבה"ע מב,ב מובא "המקדש שלא בעדים ואפילו בעד אחד אינם קידושין, ואפילו שניהם מודים בדבר, ואפילו קידשה בפני עד אחד ואח"כ קידשה בפני עד אחר זה שלא בפני זה אינה מקודשת".

ברמ"א שם בסעיף ד :

צריכים העדים לראות הנתינה ממש לידה או לרשותה, אבל אם לא ראו הנתינה ממש לידה אעפ"י ששמעו שאמר התקדשי לי בחפץ פלוני ואח"כ יצא מתחת ידה אינן קידושין עד שיראו הנתינה ממש (תשובות הרשב"א סי' תשפ) ואין הולכין בזה אחר אומדנות והוכחות.

1. עדות בקידושין – עדות קיום

מתבאר מדברי המחבר שקידושין ללא עדים לא נחשבים כלל כקידושין, והאשה פנויה גמורה. ולא אומרים שמא בכל אופן היו קידושין ורק אנו לא יודעים מזה, וכלפי שמיא נתקדשה ונחוש לה, או שהיא תנהג בעצמה כפי ידיעתה, דאם יודעת שנתקדשה ללא עדים תנהג כאשת איש, אלא אמרינן שחסרון עדים בקידושין מבטל לגמרי את מעשה הקידושין אפילו כלפי שמיא. והדברים מבוארים במקומות רבים שעדי הקידושין הם "עדים המקיימים" והם חלק מחלות הקידושין, שלא כמו עדי ממונות שבאים רק לברר לנו מה היה, ומעשה בממון כמו קנין או הלואה חל גם ללא עדים, "לא איברו סהדי אלא לשקרי", עדות בקידושין היא חיונית לעצם חלותם של הקידושין.

2. עדות קידושין – ראיה או הוכחה?

ברמ"א מתבאר דין נוסף בעדות קידושין (שיתכן ושונה היא מדין עדות בממון וכדלקמן), שהעדים צריכים לראות את מעשה נתינת הקידושין ולא סגי בהוכחה או באומדנא שאכן ניתנה הטבעת וכדו'.

ואמנם הרמ"א מהווה מקור לדיון שם בין נושאי כלי השו"ע בכוונתו. הבית שמואל שם מביא שהמובא ברמ"א להצריך "ראיה" של העדים הוא דעת הרשב"א בתשובות, אולם המרדכי חולק וסובר שגם הוכחה יכולה להיות עדות בקידושין. ואם ב' עדים ראו דבר המוכיח סגי בהכי לחלות הקידושין. הבית שמואל נוקט להלכה כמרדכי מחמת שסובר שעדות קידושין דומה לעדות ממון, וראיה מכך שא"צ דרישה וחקירה, וא"כ כמו שבממון מועילה אומדנא ברורה כעדות, ה"נ בקידושין. אולם בדעת הרמ"א שהביא להלכה את דעת הרשב"א משמע שמבין שהעדות קידושין בעינן ראיה ממש.

אולם בפתחי תשובה מובאים כמה וכמה מהאחרונים שסוברים שאין מחלוקת בין הרשב"א למרדכי ושניהם מודים שבמקום דאיכא אומדנא ברורה מהני עדות העדים. ובנדון הרשב"א שם היה מקום להסתפק אם היתה נתינה טובה לשם קידושין ולכן פסל העדות, אבל במקום שמעמידים חופה והעדים הסיחו לרגע ראיתם בשעה שנתן החתן הטבעת, בזה כו"ע לא פליגי דמהני, דליכא שום ספק במעשה הקידושין, ואין דין מיוחד המצריך ראית עדים בשעת מעשה. בין האחרונים הנ"ל החוות יאיר, החתם סופר והבית מאיר, וכן הוא בביאור הגר"א במקום.

הגהות הרב ברוך טעם על הבית מאיר, וכן דברי יחזקאל בסי' מ מעירים שהמעין בתשובות הרשב"א יראה שדי מפורש בדבריו שאיכא חילוק בין קידושין לדיני ממונות, וכן שבקידושין בעינן לראיה ממש.

בתשובות הרשב"א ח"א סי' תשפ שהיא המקור לדברי הרמ"א כמצוין בדבריו מובא בזה"ל:

השיב עוד בשנים שהיו עומדים אחרי גדר בית אחד, ושמעו שאמר ראובן ללאה התקדשי לי באתרוג, אבל לא ראו נתינה ממש, ואפילו ראו האתרוג יוצא מתחת ידה, אין כאן חשש של כלום ואפילו היא מודה שלקחתו לשם קידושין, דעדות ראייה דיודעה ממש בעיא.

הרשב"א מזכיר מפורשות שאנו צריכים ראייה ידיעה, כלומר לא סגי בראיה סתומה, אלא בעינן ראייה מתוך ידיעה שאכן מדובר כאן במעשה קידושין. בתשובה נוספת של הרשב"א הדברים מתבארים יותר, בתשובה אלף קצג מביא הרשב"א:

"והלכך אפילו שמעו שהוא אמר אתרוג זה אני נותן לך לקידושין והיא שותקת, אין כאן בית מיחוש, אפשר שלא קבלתו. ולא עוד אלא אפילו ראינו אתרוג יוצא עכשיו מתחת ידה והיא מודה שקיבלתו מידו לשם קידושין איני רואה בו שום חשש קידושין, שאין כאן ראייה אלא כעין ידיעה ולגבי קידושין עדות ידיעה וראיה בעינן. ותדע לך דאפילו גבי ממון שהעדות מתקיימת בו בידיעה בלא ראייה ובראייה בלא ידיעה, ואמרינן ראייה בלא ידיעה כיצד מנה מניתי לך בפני פלוני ופלוני יבואו ויעידו.

אפילו הכי קאמר אם הלה טוען במתנה נתנם לי נאמן ופטור וכדאמר רב המנוא בפרק שבעת העדות, אלמא במכחיש בכענין זה פטור... ולגבי קידושין עדות ממש בעיא והודאת שניהם כמי שאינה, אי"כ לעולם אינה מקודשת אלא במקום שיש עדים גמורים שאין יכולים להכחישן".

חזינן ברשב"א דלא כבית שמואל שהשווה דיני ממונות לעדות בקידושין (וע"כ נטה מפסק הרשב"א), אלא שגם הרשב"א מודה שעדות ממון קלה יותר, ורק בעדות קידושין החמיר.

המרדכי הנ"ל וגם האחרונים שנקטו לפסק הלכה שא"צ בראיה ממש, ובידיעה מבוררת סגי, וטענו שאפילו דעת הרשב"א כך הביאו ראייה גדולה לדבריהם, דהרי בקידושי ביאה אי"צ שהעדים יראו מעשה הקידושין ממש דאין דרך לעשות כך, אלא אמרינן עדי יחוד הן הן עדי ביאה דיש לזו חזקה

דאש בנעורת וודאי תהיה ביאה, וסגי לן בהכי להחשיבה כמקודשת. והרי אף שיש הוכחה ברורה מאוד, מ"מ ראייה ליכא ואיך מקודשת, אלא ע"כ שא"צ בראייה אלא הוכחה מבוררת כעין ראייה.

רע"א בהגותיו מפנה לתשובת הרמ"א סי' ל, שמתוכה ניכר שהרמ"א תופס לדינא כפשטות דבריו שבעינן לראיה ממש, (ולא כדנקטו כמה מהאחרונים שכוונתו להוכחה ברורה וראייה לאו דוקא) וז"ל הרמ"א שם:

"העדות של ר' פנחס אינו כלום מחמת שלא ראה שום נתינה, שהרי כתב הרשב"א כל זמן שלא ראו עדים את הנתינה אינה מקודשת כלל, אפילו שבמעשה ההוא שכתב עליו הרשב"א היו הרבה אומדנות המוכיחות שנתן לשם קידושין, אפילו הכי התירה מטעם שלא ראו עדים את הנתינה וכ"מ בהגהות מימוניות שכתבו שם דלא אמרינן "הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה" אלא לענין קידושי ביאה אבל לא לענין שאר קידושין".

ובהמשך אכן מביא הרמ"א דעת הרא"מ שהובאה במרדכי דבמקום שאיכא אומדנא מוכחת הוי קידושין אף בלא ראייה. אולם ציין שם שהרשב"א חולק ואם באמת ליכא הוכחה מבוררת, גם למרדכי ל"ה קידושין, אולם לטעם הרשב"א הקידושין בטלים אפילו שיש הוכחה מבוררת.

א"כ נראה ברור שכוונת הרמ"א להלכה היא שעדי קידושין צריכים לראות ראייה ממשית, ואם לא ראו, אז אפילו שיש הוכחות מפורשות לדעת הרשב"א אינם קידושין, ולכן מציין שרק בעדי ביאה יש דין מיוחד להסתפק בעדות של הוכחה (ויבואר לקמן) ואין ללמוד מזה לשאר מעשי קידושין.

ומ"מ מתבאר שאיכא מחלוקת אחרונים, ויש שנקטו שזו מחלוקת ראשונים בין הרשב"א למרדכי, שיש המצריכים בקידושין שהעדים יראו בפועל את מעשה הקידושין, וללא זה הוי כלא העידו והקידושין בטלים, ולכך נוטה פשט דברי הרמ"א.

והנה המקור להאי דינא שצריכים עדים בשעת מעשה הקידושין, מבואר בקידושין סה"ב שהיא גזירה שווה "דבר" – "דבר" מממון, נאמר בממון, "על פי שני עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר" ונאמר "כי מצא בה ערות דבר" – (לגבי זנות) מהי להלן ב' עדים הי"נ ב' עדים.

וא"כ כל מה שמצריכים ב' עדים בקידושין נלמד מעדות ממון ויש לבאר מהיכן יצאו הני חומרות בעדות לקידושין שאינם בממון ודיו לבא מן הדין להיות כנידון, דכמו שבממון אנו אומרים שהמעשה קיים בפ"ע ועדים רק

מבררים אם היה או לא היה, ה"נ צ"ל בקידושין ומהיכן יצא הדין דעדי קידושין באים "לקיים" המעשה.

ועוד קשה לפוסקים שבקידושין צריך ראייה ממש של העדים, ראייה זו מה טיבה, ומדוע בממון לא צריך ראייה ולהלכה סגי לן בהוכחה מבוררת.

ב. עדות קיום בקידושין

צריך להעיר שהנודע ביהודה מביא בפשטות שכן מקובל בידי חז"ל שעדות קידושין היא עדות המקיימת ולא בירור בעלמא, אלא שעדיין יש מקום למצוא יסוד וסמך לקבלה זו.

1. שיטת הקהלות יעקב (לבעל נתיבות המשפט)

הקהלות יעקב (לא,ב) מביא שאף שקידושין נלמדו מממון מ"מ לא סגי לן בידיעה בלא ראייה, וכמובא ברשב"א והטעם הוא דקידושין דמיא לנפשות, וזאת עפ"י המובא בר"ן שהביא במתייחד עם אשתו (שכתב לה גט קודם) דאם הוא בפני עדים חיישינן שמא בא עליה וכיון לקידושין וצריך גט חדש, דאם היה בפני ע"א בשחרית ובפני עד אחר בערבית, אין צריך גט חדש, דכיון דקידושין דמיא לנפשות לא מועיל עדות מיוחדת כזו, ורק בממונות מועיל.

וא"כ לדברי הר"ן י"ל, שמזה הטעם גופא ל"מ עדות הוכחה בקידושין ובעינן לעדות ראייה כבדיני נפשות.

אלא שבדברי יחזקאל (סי' מ) הביא שלדעת תוספות (שבועות לד, א) מועילה אומדנא ברורה בדיני נפשות, ואמנם לדעת הרמ"ה בסנהדרין (דף לז) שבדיני נפשות ל"מ אלא עדות ראייה, ניתן ליישב כן, אלא שאת הרשב"א א"א לתרץ כך, דהא מהרשב"א בשבועות שם נראה דקאי בשיטת תוספות, דמועילה אומדנא מוכחת בדיני נפשות, ומלבד זה מובא ברשב"א שקידושין לא דמי לנפשות ורק בגיטין דבאים להתיר אשת איש לעלמא וההיתר יגרור באופן מידי היתירא לעלמא אז מדמין לדיני נפשות.

וא"כ אפשר לומר כן בדעת רמ"ה, אבל בדעת הרשב"א יש למצא טעם אחר.

2. שיטת הפני יהושע

בקידושין סה"ב מובאת מחלוקת אמוראים בדינא דמקדש בעד אחד. ר' כהנא אמר שאין חוששין לקידושין ור' פפא אמר חוששין לקידושין. אמר ליה ר' אשי לר' כהנא מאי דעתך דילפת דבר דבר ממון (ולכן אתה סובר שע"א לא

סגי לקידושין כמו בממון שבעינן ב' עדים) מה להלן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי אף כאן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי (כלומר כמו שבממון מועילה הודאת בעל הדין, ה"נ הרי האיש והאשה מודים בקידושין ומדוע שלא נכשיר קידושין בעד אחד) ענה לו ר' כהנא – "התם לא קא חייב לאחריני הכא קא חייב לאחריני" כלומר בממון מועילה ההודאה אם מודה על ממונו שלו, שאינו יוצר חובה לאחרים בהודאתו ואינו מפסיד אלא את עצמו. אבל בקידושין הודאתם מחייבת אחרים – שכן הקרובים של זה נאסרים על זה, (רש"י). ויש שפירשו שנאסרת האשה לכולם כאשת איש.

וסוגיא זו יש לבארה מכמה פנים, ודנו בה הראשונים והאחרונים. והנה פשט הסוגיא שקידושין דומים לממון. וגם בקידושין מועילה הודאת בעל דין אלא שהיות וההודאה מחייבת אחרים אינה מועילה, וכמו בממון שלא מועילה הודאה לחייב אחרים.

הפנ"י בסוגיא הקשה את קושית הראשונים בסוגיא מאי חב לאחרים איכא בקידושין דהרי האשה היא ברשות עצמה להינשא למי שתחפוץ, ועוד אפילו בדבר שחב לאחרים קיי"ל שאם הוא בידו נאמן, ואשה זו שבידה לקדש את עצמה תהא נאמנת שנתקדשה, ואינו דומה לממון דחב לאחריני שחב להם ממש וגם אינו בידו להפסיד להם ממונם. ועוד שאפילו בקידושין עצמם קיימא לן, שאשה שבאה ואמרה נתקדשתי בפני פלוני ופלוני והלכו למדה"י נאמנת דשויא אנפשה חתיכא דאיסורא ולא אמרינן חב לאחריני, והכא שאמרה שנתקדשה בלא עדים אינה מקודשת כלל אפילו אם נאמינה כיון דלא היו עדים.

ועוד הקשה הפנ"י מנ"ל לחדש שבקידושין העדים מקיימים את המעשה ומילא אם הפסוק "כי מצא בה ערות דבר" היה כתוב בקידושין היה מקום להעמידו במקום שהאיש והאשה מודים ובכל אופן חידשה תורה שבעינן ב' עדים ולקיומי (וגם בכה"ג עוד ידרש ביאור) אבל הפסוק "כי מצא בה ערות דבר" איירי בזנות – חובת האדם לגרש את אשתו אם זינתה תחתיו, ובזה אמרה התורה שאינו מחויב אא"כ נתברר לו עפ"י ב' עדים ולא סגי באחד, וא"כ התורה איירי בעדי בירור ולא בעדות לקיומי. ומנא לן לחדש דין הקיום, ודוחק לומר שהיות ובפרשה שם הוזכר דין קידושין וגיטין נלמד מזה לזה, כי לא עליהם נאמר דבר.

ע"כ מחדש הפנ"י שבאמת אה"נ, התורה לא לימדה אלא שלאסור אשה לבעלה בעינן ב' עדים, ולברורי, ומכאן למדנו "שאיין דבר שבערוה פחות

משנים" שא"א לב"ד לברר דבר שבערוה אלא בשני עדים, דערוה חמיר מאיסורין סתם, אולם כ"ז רק לענין בירור, התורה לא דיברה כלל מקיום, וחכמים מסברא חידשו, שבקידושין בעינן לעדות קיום, שהיות וכל ענין הקידושין הוא אסור אשה לעולם כהקדש, אם אין עדים אז העולם לא מחויב להתייחס לאשה זו כנשואה, ועל פי דבריה ודאי א"א לחייב אף אחד מיתה אם יבא עליה, וע"כ נמצא שאשה זו לא אסורה למעשה על העולם, והקידושין הם קידושין לחצאין, שביחס לעלמא לא נחשבת למקודשת, והיות וקיי"ל שאין קידושין לחצאים הקידושין בטלים. ולדרך הפני"א אפ"ל כך גם בגיטין שהיות ובעינן כריתות גמורה מבעלה וללא עדים אז העולם דן אותה כאגי"א בבעלה – חסר בכריתות ולכן הגירושין בטלים.

הקהלות יעקב (הגרי"י קנייבסקי) בקידושין (סי' מז) העיר שהיה מקום להתוכח עם הפני"א ונימא שמה אכפת לן אם העולם יודע או לא, נימא שכלפי שמיא גליא שהיא מקודשת אף שבפועל אין עדות לחייב אחריני עליה כאשר איש זה מחוסר ידיעה אבל עצם הקידושין הם קידושין שלמים ולא לחצאים. אולם יש מקום גם לסברתו דסו"ס הקידושין באים לאוסרה אכו"ע ובה בפועל לא תאסר יש לדונם כקידושין לחצאים.

ומ"מ נתבאר דברי הפני"א שענין קיום הקידושין נובע מכח סברת חז"ל ובאמת לא נלמד מממון, דמשם למדנו רק דבעינן ב' עדים לברורי.

3. שיטת קצות החושן

קצוה"ח (רמא, א) תמה כנ"ל מנ"ל לחדש בקידושין שצריך עדות לקיומי ובפרט שלגבי ממון קיימא לן דלא בעינן עדות אלא לברורי וכנ"ל.

חידש קצוה"ח שמשלשון הפסוק "על פי שני עדים... יקום דבר" – היינו שתקומת הדבר תליא בעדים, בין בממון ובין בקידושין, וגם בממון אם ליכא עדים המעשה בטל וצריך עדות לקיום בכ"מ. וסברת הענין נ"ל שהתורה לא אפשרה קיום מעשה בכל אופן, גם בממון וגם בגו"ק אלא באופן שלעלמא יש אפשרות לדעתו. חסרות בראיה מהווה מגזירת הכתוב חסרון בעצם המעשה והמעשה בטל.

ומה שבממון המעשה קיים אף בלי עדים, הסביר קצוה"ח שהוא מחמת הודאת בעל דין, שהיות ואם המקנה יבא לב"ד ויודה שהקנה חפץ שלו לקונה יהא נאמן מדין הודאת בעל דין, סגי בהכי, שאין לנו צורך דווקא בבי' עדים, אלא בראיה. וע"כ מובא בגמרא בקידושין שגם בקידושין יהני הודאת בע"ד

אם יצויר שלא הוי חב לאחריני (וכבר ציירו האחרונים ציור כזה, בגירושין של אשה גרושה מכבר שאסורה ממילא לכהן, או לראשונים הסוברים שכל גירושין ל"ה חב לאחריני ואיסור לכהן לא חשוב להיות חב לאחריני).

והראיה שבגו"ק א"צ בעדים ממש שיראו המעשה ובהוכחה סגי הביא קצוה"ח מהר"ן ב' המגרש, שהביא בשיטת הרי"ף דהא דמהני עדי חתימה לר"א ללא עדי מסירה, כי אחרי שהגט יוצא מתח"י האשה ברור לן שנמסר לה מבעלה – דעדים לא חותמים גט אלא לבעל וסגי לן בהכי, אף שאין עדים על עצם הגירושין והלא אין דבר שבערוה פחות משנים אלא ע"כ שהוכחה סגי ומה לי הוכחת ב' עדים מה לי הוכחת ע"א שנאמן.

בשיטת קצוה"ח נתייבשה הקושיא שהקשנו, שכן גם בממון העדים לקיומי, וכל מעשה לא חל אלא בעדים, והמקור הוא לשון הפסוק "יקום דבר". אולם האחרונים הרבו להקשות על קצוה"ח מכמה וכמה אופני קנין שא"א לקיימם מכח הודאת בעל דין.

הגרש"ק הקשה מקנין במציאה והפקר וכדו' ששם ליכא בע"ד המחייב עצמו ועוד יש להקשות מקנין חצר המשתמרת שמהני אף שלא מדעתו.

לעצם סברתו הקשה בקה"י (הנ"ל) דהא גם בקידושין אשה שתאמר שנתקדשה בפני פלוני ופלוני תהא נאמנת, לכה"פ לגבי עצמה מדין שויה אנפשה חתיכא דאיסורא ולקצוה"ח הרי "שויה" הוי כהודאת בע"ד שיסודו נאמנות, וא"כ מדוע לא תועיל הודאת בע"ד בקידושין דומיא דממון.

הסביר הקה"י בכוונת קצוה"ח שבעינן הוכחה המתקבלת בב"ד ביחס למי שהדבר נוגע לו. בממון שהדבר נוגע רק לבעלי הדברים, לקונה ולמקנה דהלא חפץ זה לא הפקר הוא, סגי לן בעדות הבע"ד שהוא מחייב עצמו ונוגע לו. אולם בקידושין שיש נ"מ לעלמא אם מותרת להינשא לעלמא או לא. מה שנאמנת על עצמה מדין "שויה" ולא לעלמא הוא חסרון בנאמנות דהרי ביחס לעלמא שנוגע לו העדות אין היא נאמנת.

אמנם יסוד קצוה"ח נסתר מתוספות (גיטין ד, ד"ה הלכה כר"א) שגם לר"מ שע"ח כרתי בעינן לעדים בשעת מסירת הגט דאין דבר שבערוה פחות משנים והרי לאשה יש גט החתום בע"ח, וא"כ אית לן בירור שנמסר לה, ובכל אופן חזינן שבעינן לעדי דבר שבערוה אפילו שאית לן "מברר" וכן העיר הקה"י שם, והוסיף שאפשר לחלק בין הוכחה בלבד שלא מספיקה לבין עד שהוא נאמן, שסו"ס איכא עדות לקיומי, ונלענ"ד שאף שאפשר לומר חילוק זה,

א"א לומר זאת בדברי קצוה"ח שכן הוא בעצמו מביא ראיה מדברי הר"ן שהסביר בדעת הר"ף, שעדי חתימה מועילים כע"מ – כי מתוכם איכא ראיה שהיתה כאן מסירה, משמע שלקצוה"ח סגי בהוכחה כזו.

ראיית קצוה"ח מהר"ן, שסגי בהוכחה בעלמא במקום עדות בדבר שבערוה נדחתה ע"י האחרונים מב' פנים.

א. יש מהאחרונים שנקטו בדעת הר"ן שבגט ל"ה חב לאחריני וא"צ כלל לעדות קיום, וע"ח וע"מ הם לאשוויי שטרא ולא לעדות דבר שבערוה. וא"כ איכא ראיה שלאשוויי שטרא מועילים ע"ח לר"א מחמת ראית המסירה שיוצאת מהם, אבל לא לענין דבר שבערוה היכא שצריך, כמו קידושין דבזה בעינן לעדות ממש.

ב. יש שהסבירו בר"ן אחרת, שעדי החתימה אינם משמשים ראיה גרידא להיות המסירה, אלא חתימתם על השטר חשיבא כעדות על המסירה ממש (בשם ר' חיים, ועיין קה"י ריש גיטין).

ומ"מ לדברי קצוה"ח לא משמע שתהיה חומרא בעדות קידושין יותר מעדות ממון, דהא אפילו במברר סגי ליה, ואפילו לאחר זמן כמו אשה שיש בידה שטר גיטין או קידושין ובמעמד המסירה אין עדים, ורק לאחר זמן שיצא מתחת ידה אנו יודעים.

וי"ל שהקצוה"ח לשיטתו דבאבנ"מ (סי' מב) בדיונו בדברי הרשב"א אכן הסתפק, האם כוונת הרשב"א לראיה ממש בפועל כפשטות לשונו, או כוונתו לאומדנא ברורה, והסיק שדי באמדנא ברורה לקיום הקידושין, ולהנ"ל ניחא דבאמת אין לנו מקור להחמיר יותר מבדיני ממונות.

4. שיטת האגרות משה

ר' משה פינשטיין במכתב לרב שך (אגרו"מ, חלק אבה"עז א, עת) מבאר בדומה לקצוה"ח, אלא שמצמצם את חידושו של קצוה"ח בממון ומיישב הקושיות הנ"ל.

זה לשון הרמב"ם גירושין (א, ג): "ומנין שיתננו לה בפני עדים, הרי הוא אומר על פי שנים עדים או שלשה עדים יקום דבר, ואי אפשר שתהיה זו היום ערוה והבא עליה במיתת בי"ד ולמחר תהיה מותרת בלא עדים ולפיכך אם נתן לה גט בינו לבינה ואפילו בעד אחד אינו גט כללי".

וכבר תמהו נו"כ הרמב"ם מנין הביא טעם זה דלא נתפרש בגמרא, ורק הגזרה שווה הנ"ל היה לו להביא. האגרו"מ מבין שקידושין וממון שווים הם,

ובשניהם בעיני עדים לקיומי, אלא שלא כדרכו של קצוה"ח, הבין האגרו"מ, שרק דבר חשוב בממון צריך עדים לקיומי – כמו עשית שטר, שהעדים משווים דין שטר לשטר, וכן הודאת ממון דא"א אלא בעדים והם יוצרים את האפשרות להוציא ממון (עיין בשיטת הגרשש"ק לקמן, ונראה שבה מכוון האגרו"מ לדבריו) וזו הכוונה "דבר" – שיהיה חשוב, ומעשה קנין רגיל באמת א"צ עדים ורק לברורי בעינין סהדי, ולכן לא קשה לשיטתו כל קושיות האחרונים מאפשרות קנין ללא עדים, דלשיטתו א"צ קיומי בסתם מעשה קנין. וסובר הרמב"ם שגם גיטין וקידושין לא גרעו מממון ושייך למילף מממון, וע"כ מנמק הרמב"ם שהיתר אשה לעלמא הוא דבר חשוב – וע"כ שייך למילף מממון.

דבר שלא נזכר בדבריו, שפשט לשון הרמב"ם משמע שהפסוק לא נאמר רק על ממון, דהרמב"ם לא מביא גז"ש, רק מביא הפסוק ולמד ממנו לגיטין, משמע שמבין שהפסוק לא רק בממון איירי, ובאמת בפסוק עצמו לא מובא ממון רק באופן כללי, וגם בגמרא עצמה לא תמיד מקשרים את הפסוק לדיני ממונות ויתכן שהרמב"ם תופס שהפסוק נאמר על כל "דבר" חשוב. ועיין פנ"י בקידושין סה"ב שדן בזה.

5. שיטת האור שמח

האור שמח (אישות ט,טז) באר, שבעדות גיטין וקידושין תפקיד העדים הוא לברורי, וכמו בממון. אלא שחלוק דין ממון מגיטין וקידושין שבממון כשבי' אנשים עושים ביניהם קנין, התחייבות, הלוואה וכדו' יש ביניהם גמירות דעת גם ללא עדים, דכ"א בוטח בשני שהיות וטוב לו הדבר אז לא יחזור בו. והאריך שם בפירוט מדוע במעשים ממוניים כ"א בטוח שחבירו לא יחזור. אולם בקידושין, עצם מעשה הקידושין הוא חוב לשניהם. האשה הרי נאסרת לעלמא והאיש ג"כ נקרא שמו עליה, ובפרט שמתחייב לה בכל מיני חיובים, אלא שאם רצונם בזה אז הופך לזכות אז אמרינן טב למיטב טן דו וכו'. וע"כ בקידושין כל זמן שלא ברור לאיש שהאשה לא תוכל לחזור בה מהסכמתה וכנ"ל לאשה ביחס לאיש אז אינם גומרים בדעתם את הקידושין. וע"כ נוכחות עדים במעמד הקידושין היא תנאי בגמירות דעת של האיש והאשה.

ובתחילה היה נראה מדבריו, שהתורה באמת הצריכה ב' עדי בירור וכמו בממון, וחכמים הבינו שללא בירור ליכא גמירות דעת וע"כ הקידושין בטלים, אולם מלשונו שם "התורה הכריעה דעתן דלא גמרי לשם קידושין רק לשחוק בעלמא" משמע שגם סברא זו נלמדת מהפסוק ולא הבנתי מהיכא.

האו"ש מאריך מאוד שם לבאר בפשטות גם קיום בגיטין, עדות מיוחדת וכו', אולם מתחדש מדבריו שבאמת עדי קיום אינם מקיימים ממש, אלא רק תנאי של גמירות דעת בין האיש והאשה. והדברים מחודשים מאוד. הוא בעצמו מעיר שבראשונים לא משמע כדבריו. והיה מקום למצא נ"מ רבות משיטתו – כמו עדים פסולים שהמקדש ומתקדשת לא ידעו מפסולם די"ל שהיה גמירות דעת, ואף שלנו אין ידיעה מהקידושין מ"מ כלפי שמיא היה קידושין, אלא אם נאמר שחסרון הידיעה דידן מפקיע חלות בקידושין שרק על דעת שיהיה בירור טוב לעלמא גמרו לקדש ועדים פסולים הרי לא מבררים לב"ד.

לשיטתו היה מקום אולי לחלק בין קידושי שטר וכסף לקידושי ביאה, שבביאה קיי"ל שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וא"כ יש להניח שאכן כיוונו לקידושין, ובזה יתכן לבאר מדוע בקידושי ביאה לכו"ע מועילה עדות בידעה ללא ראייה, אלא שלשיטתו בכל מקרה אין מקור להצריך ראייה דווקא דכל מה דבעינן שידעו האיש והאשה שא"א להכחיש מעשה הקידושין. וזה מותנה רק בידיעת ב"ד את הדבר מ"ל ע"י ראייה מ"ל ע"י הוכחה.

6. שיטת הגר"ש שקופ

ר' שמעון בשערי יושר (שער ז, א) בהתייחס לשאלה הנ"ל, דמ"ל דבעינן עדות לקיומי בגיטין וקידושין, ולאחר שהביא דסברת קצוה"ח והקשה עליה וכנ"ל, מבאר שקידושין וממון אכן שווין באמת. ובאמת כל דבר שבממון בעינן עדים לקיומי, וכעין דרך קצוה"ח, וגם זאת מלשון הפסוק "על פי שני עדים יקום דבר" תקומת הדבר תלויה בעדים ולא רק בירורו. אלא שמלבד הפסוק הנ"ל חידשה תורה שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ובזה אמרה תורה שבדבר שקיומו אינו נוגע אלא לעושי הדבר בזה א"צ לקיומי.

וביתר ביאור בשטמ"ק ב"ק דף צ הובא בשם הרשב"א, דאף שיחיד מומחה יכול לדון יחידי, מ"מ אינו יכול להוציא ממון ע"י ראיתו, רק על פי ב' עדים כשרים. ואף ששלושה שראו מעשה יכולים להוציא ממון לפי ראיתם, דלא תהא שמיעה גדולה מראיה, מ"מ יחיד מומחה שדן בעי ב' עדים. והוקשה לר' שמעון הלא העדים מבררים לדיין המומחה את המציאות, ועל פיהם מוציא ממון. א"כ כשראה בעצמו הלא זהו הבירור הטוב ביותר, ואם יכול להוציא ממון בעדים מדוע שלא יוציא בראית עצמו.

קצוה"ח הסביר שהיות ובעל הדבר יכול להכחישו לכן לא מוציא ממון. אולם ברשב"א לא מופיע נימוק זה.

הסביר הגרשש"ק שעדים שמעידים בפני ב"ד אינם באים רק לברר המציאות לב"ד, אלא שהם מחדשים אצל ב"ד הכח להוציא ממון. וזאת למדים מהפסוק עפ"י ב' עדים יקום דבר, שהעדים מחדשים כח אצל ב"ד – ולא רק מבררים. וע"כ ביחיד מומחה שראה מעשה לא חסר לו דבר בבירורו, דלא תהא שמיעה גדולה מראיה, אבל אין לו כח להוציא ממון שכת זה מתחדש רק בעדים.

ולפ"י יש לומר שכל מעשה בממונות א"א לעשותו אלא בפני שנים. אלא שחידשה התורה "אשר יאמר כי הוא זה" שבעל דבר נאמן ע"ע ואפשר להוציא ממנו אח"כ גם בעל כורחו, אף דליכא עדים. ומזה נלמד שכל מעשה שנוגע רק לעושי הדבר מתקיים אף ללא עדים. וע"כ כל קנין בעלמא א"צ עדים ע"מ לקיימו, דאינו נוגע אלא לקונה ולמקנה, ורק לברר אח"כ בעינן לעדי בירור.

אולם קידושין אף שגם הם כקנין, מ"מ זהו קנין שיש בו חובה לאחריני, ולא חובה ממש אלא שנוגע לאחריני, דאשה זו אסורה או מותרת לעלמא, וחידשה תורה שדומה היא לעניני ממון דיש בהם חוב לאחריני. בזה שהוקש דבר שבערוה ל"דבר" בממון בפסוק המדבר בממון שיש בו חובה. וא"כ יש צורך בבי' עדים לקיומי, כמו כל ממון הנוגע לאחרים שיש בו צורך לקיומי. ועי"ש שמבסס כל דבריו על דברי הרשב"א בקידושין סה,ב (אמנם הרשב"א עצמו יישב רק עניני הגזירה שווה ולא נגע בשאלה של קיום הקידושין וכמו שהעיר קצוה"ח רמא,א).

נמצא לפי דברי הגרשש"ק שחידשה תורה שעצם חלות הקידושין תליא בעדותם של עדים שיהיו במעשה הקידושין, וגם בממון מציע קיום כני"ל, כמו בדיין מומחה שאף שהאמת מבוררת לו, מ"מ צריך לכח עדים ע"מ לחדש אצלו הכח להוציא ממון.

ג. עדות ראיה

לאור הני"ל יש לבאר מה שמובא בחלק מהאחרונים, שבקידושין בעינן לעדות ראיה ממש, לפירוש הרשב"א וצריך לבאר מה מקור דין זה, ומה טיבה של ראיה זו.

1. דברי יחזקאל – עדות בשעת מעשה

בדברי יחזקאל (סימן מ) מובא בהסבר הרשב"א, שבאמת אין כוונת הרשב"א לראיית עין ממש – דא"כ יקשה מקידושי ביאה דאמרין הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה, ומ"מ נתחדש דבר בעדות קיום שאינו בעדות ממון.

בעדות ממון דלא איברו סהדי אלא לשקרי, והמעשה קיים ללא עדים, לא אכפת לן באיזה אופן ידעו העדים מהמעשה, ואם יש לנו אומדנא מבוררת, סגי בזה.

אולם בעדות קיום, שידיעת העדים היא המקיימת את מעשה הקידושין, י"ל שכל שלא ידעו העדים מהקידושין בשעה שקידש ממש, נמצא הקידושין בטלים, ושוב כשתתחדש ידיעת העדים לא יחזרו הקידושין ויתעוררו.

וע"כ בנידון דהרשב"א שלא ראו העדים את הנתינה, אף שאח"כ ראו שנמצא בידה ומסתמא ניתן לה לשם קידושין, מ"מ בשעה שקידש לא ידעו מזה, אז יוצא שקידשה בלא עדים ובטלו קידושיו.

והמרדכי, שלכאורה חלק על הרשב"א ודי לו בידיעה ללא ראייה, מיירי בגוונא שידיעת העדים היא בשעת מעשה ממש, וע"כ הביא ראייה מ"הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה" – ששם בשעת מעשה הביאה יודעים העדים מזה, וא"כ הוה קידושין בעדים. ונמצא שהרשב"א ומרדכי לא פליגי, ושניהם סברי שידיעה מועילה אלא דבעינן שתהא הידיעה בשעת הקידושין, ומ"ש הרשב"א ראייה – לאו דווקא, והוא היכי תימצא לידיעה בשעת הקידושין.

ולכאורה דבריו ניתנים להאמר רק לשיטות שיש חידוש מיוחד בקידושין ויש צורך בעדים לקיומי מגזירת הכתוב. דלשיטת הפני יהושע, הרי היות ובשעת הקידושין מונחים יסודות לידיעת העדים אח"כ – סגי בהכי, דכבר יוודע לעלמא ולא הוי קידושין לחצאין. וגם לשיטת האור שמח י"ל שכל שיגיע הדבר לידיעת עדים ולא יוכלו להכחיש איכא גמירות דעת בין המקדש והמתקדשת. דכל שאין העדאת העדים מועילה ופועלת באופן ישיר את חלות הקידושין, יש מקום להכשיר גם קידושין שמונחים בהם יסודות שיגרמו ידיעת עדים לאחר זמן. לשיטתו של הדברי יחזקאל נמצא שחידוש התורה להצריך עדי קיום בקידושין, גורר בעקבותיו את הדין הנוסף היוצא מהרשב"א, שבעינן שהעדות תהיה בשעת מעשה ממש.

אמנם מתשו' הרמ"א שהובא לעיל חזינן במפורש שקידושי ביאה הם דין מיוחד ושונה מסתם קידושין ורק בהם מתקיימים הקידושין ללא ראייה.

ולדברי יחזקאל הנ"ל אין שום חידוש בקידושי ביאה דשם הידיעה היא בזמן חלות הקידושין.

וגם בהגהות ברוך טעם על הבית מאיר (מב,ג) משמע שתופס קידושי ביאה לדין מיוחד, ומשמע שהבינו את דעת הרשב"א בשונה מהבנת הדברי יחזקאל.

וגם בעצם סברתו שקידושין שהיו חסרים עדים אינם חלים וא"א לומר חוזר ונעור, הגרשש"ק חלק עליו בהדיא, והביא שהעדות בקידושין היא כעין תנאי במעשה הקידושין, אבל מעשה קידושין הוא מעשה גמור בפ"ע ואף שבשעת הקידושין ליכא עדות כשירה, אם אח"כ תהיה לנו עדות כזו – יוכשרו הקידושין.

וכדוגמא הביא הגרשש"ק את דברי הר"ן שאם איכא ע"א המעיד שנתיחדה בבוקר ועד שני שמעיד שנתיחדה בין הערבים לא הוו קידושין כיון דקידושין דמיא לנפשות ול"מ עדות מיוחדת, משמע שאם קידושין היו דומים לממון היה מועיל.

רע"א בתשובה (רכב,יח) תמה ע"ד הר"ן דגם ללא הטעם של הדמיון לדיני נפשות י"ל שהקידושין בטלים דהרי בקידושין הראשונים היה רק ע"א ואינו צריכים ב' עדים, וע"כ הקידושין בטלו וכשיבוא עד נוסף בקידושין אחרים בין הערבים ג"כ לא יהנו, ומה שייך לדבר על הצטרפות. ומה שבממון מצרפים הוא מחמת שאם ע"א מעיד שלווה מנה ביום ראשון ועד שני מעיד שלווה מנה ביום שני, אף שאין לנו עדות מבוררת על אף הלוואה מ"מ סו"ס ב' עדים מעידים שחייב לו מנה ובעדות בירור שייך לצרף. אולם בעדות קיום מה שייך לצרף דהרי מיד אי ליכא עדים בטלו הקידושין.

אולם הגרשש"ק מביא שגם בעדות קיום, ע"א מקיים חצי מהקידושין ועד נוסף חצי השני (ועיי"ש שמבסס יסוד זה), וא"כ מעשה הקידושין של הבוקר הוא מעשה שלם של קידושין, ויש ע"א המקיים, אז יש חצי קיום של קידושיה, ועד שני יקיים חצי נוסף, ע"כ קידושין חלים. ואפילו למ"ד שהמקדש בע"א אין חוששין לקידושיו היינו שאין בהם נ"מ לאיסורא, אבל חזי לאיצטרופי עם עד נוסף.

וביתר בירור מביא הגרשש"ק שם בסוף פ"ב שהיות והעדים הם לא חלק ממש מהקידושין, רק מעין תנאי בקידושין, מהני אם תתחדש עדותם אח"כ.

אמנם אין מהגרשש"ק קושיא לדברי יחזקאל שכ"א נקיט שיטתו. ובפרט שבחי' רע"א בסוף כתובות מובא, בשמו של בנו של רע"א, יסוד כשל הדברי

יחזקאל שגם אי נימא שמועילה ידיעה, מ"מ מני"ל שתועיל למפרע. אבל מ"מ לגרשש"ק שסובר שאין חסרון בהמתנת זמן, וכן לרמ"א שהבאנו לעיל שנראה שסובר דלא כדברי יחזקאל יש להבין מה ענינה של ראייה זו.

2. ר' שמעון שקופ – ראייה כפשוטה

ר' שמעון מסתפק האם לאחר שגילתה לנו תורה שבעיני עדים לקיומי, כוונת התורה היא שיהיו עדים הראויים להעיד בשעת מעשה, או שאפילו אופן אחר שיכול להתברר אח"כ בב"ד סגי לן.

ובפשטות, המושג "עדים" – אין מובנו ראית המעשה גרידא, אלא אנשים שבאים לב"ד ומספרים מה שראוי ואז הם "עדים" ראייתם שקודם היא תנאי ביכולתם להיות עדים, אבל שעת עדותן היא השעה שמספרים עדותם בב"ד, ולפי"ז אין אולי הכרח שבשעת הקידושין יהיו "עדים כשרים" – וסגי לן במה שאח"כ יהיו כשרים לבא ולהעיד בב"ד.

אלא שמהריטב"א מוכח לא כך. הריטב"א בקידושין בסוגיא דשליח נעשה עד מביא "מיהו כל היכא שיש באותו מעמד כשרים ופסולים או קרובים צריך לייחד עדי הקידושין, דאי לא, כיון דאיכא עד פסול ביניהם עדות כולם בטלה ואע"ג דאמרי למיחזי אתינן דכי אמרינן במסכת מכות (דף ו) דאי אמרי למיחזי אתינן תתקיים העדות בשאר הינו בדיני ממונות ובדיני נפשות, שאין העדות מתקיימת עד שבאים לב"ד, ושעת ראייה לא חשיבא עדות, אבל הכא בקידושין אין העדות באה לאמת הדבר בלבד אלא אפילו ידענו דהכי קושטא דמילתא שקדשה אינה מקודשת בלי עדות ואין לקידושין קיום בלא עדות וגז"ה"כ היא וכיון דאיכא צירוף פסולי עדות עמהם עדות כולם בטלה דומיא דבעלמא כשיש צירוף פסולי עדות כשבאים להעיד בב"ד, שעדות כולן בטילה וכי אמרי למיחזי אתיתון הינו דאתי למיחזי בשעת מעשה. כך הורה רבינו נר"ו הלכה למעשה, אבל אין זה דעת המפרשים ז"ל וראוי להחמיר" עכ"ל.

הריטב"א מצריך לייחד עדי קידושין, שהיות ובאותו מעמד נמצאים גם קרובים או פסולים, ובעלמא קיי"ל דאם נמצא אחד מהעדים קרוב או פסול עדותם בטלה, ואמנם בעלמא אם רואה קרוב דבר עדות, אינו פוסל העדות ורק אם בא להעיד בב"ד נפסלת עדות הכשרים שהעידו עמו, אבל בשעת ראייה היא רק למחזי ולא להעיד. משא"כ בקידושין, שעת העדות היא שעת הקידושין עצמם, א"כ הדין של נמצא אחד קרוב או פסול מתקיים עכשיו וע"כ צריך לייחד העדים הכשרים ולומר להם שרק הם עדי הקידושין, והשאר אינו רוצה בהם כעדים. רואים מדברי הריטב"א שסובר באמת ששעת

העדות היא שעת הקידושין, ושונים עדי קיום מעדי בירור לענין זה, וחזינן שסובר שבעינין לעדים כשרים השתא, ולא רק אופן שבו יהיו עדים כשרים אח"כ, דאל"כ נמצא קרוב או פסול לא היה מפריע דהרי הקרוב או פסול לא יבואו אח"כ להעיד בב"ד (וגם אם יבואו, לא אכפת לן דעצם העובדה שיכולים לבא הכשרים בלבד, סגי לן, וכמו עדי קיום שמתו אחרי הקידושין דהקידושין חלין, שהיות ובשעת הקידושין יכלו לבא סגי לן).

ואמנם תוספות והרא"ש (מכות ו,א) חולקים על הריטב"א ומתרצים שלא אכפת לן מקרובים ופסולים בשעת הקידושין, דרק כשבאים לב"ד יש החסרון של קרוב או פסול. וא"כ נראה שסברי שא"צ עדים כשרים עכשיו, וסגי לן שיוכלו אח"כ להיות בב"ד, אלא שאפשר לומר שלא פליגי ביסוד זה עם הריטב"א ולכו"ע בעינין לעדים כשרים בשעת הקידושין ממש. רק תוספות סוברים שפסול "נמצא אחד קרוב או פסול" שייך רק בהגדה, ולא בראיה, ואמנם שפיר חידשה תורה בקידושין מושג חדש שיש "עדים" שענינם לראות וזו עדותם, מ"מ הפסול של נמצא קאו"פ לא שייך אלא בהגדה בב"ד.

וא"כ אפשר לומר שלכו"ע בעינין לעדים כשרים בשעת הקידושין, ואחרי שראינו ששעת עדותן היא שעת ראית הקידושין, נוכל לומר סברא בדעת הרשב"א שהצריך ראיה, ונאמר שכוונתו לראיה ממשית. דכל עדים המעידים בב"ד ואנו פוסקים הדין לפי דבריהם, אם ראו ממש שפיר ואם לאו אז הולכים בתר אומדנות והוכחות, בדיני ממונות וי"א אף בדיני נפשות, וגם מי שסובר שלא מהני אומדן בדי"נ, מ"מ אומדנא מוכחת ביותר אמרינן, ופוסקים הדין לפי"ז. וי"ל שאין כאן פסיקה עפ"י העדים, שהעדים מבאים לב"ד רק מה שראו או שמעו ממש. וכל ההוכחות היוצאות מזה זה ענין לדיינים לנתח המציאות עפ"י מה שמשתקף מראיית או שמיעת העדים.

וכל זה טוב בעדות לברורי שאז לא אכפת לן מה העידו העדים בפועל ומה ב"ד הוציא מתוך עדותם, דהכל הולך לדבר אחד – לידיעת האמת. אבל במקום שהתורה דרשה עדים שיעידו ע"מ לקיים את עצם המעשה¹ בזה בעינין לראיה ממש – דאם אנו נדרשים להוכחות ואומדנות והסקת מסקנות אז זו עבודת הדיינים, אבל לא עדות, וא"כ נמצא שאף שהדיינין יודעין מזה, מ"מ

¹ וכמבואר בריטב"א שראייתם זוהי עדותם וזה מה שחידשה תורה.

עדות לקידושין לא היתה.²

אלו תורף דברי הגרשש"ק לענ"ד, ונראה לי להוכיח כך מלשון הרשב"א בתשובה אלף קצב "בקידושין עדות ממש בעיא" – כלומר בממונות לא אכפת לנו שאין עדות על המעשה, ואם מתוך עדות עקיפה שאינה עדות על המעשה, אנו יודעים האמת לגבי המעשה – סגי בזה, אבל בקידושין עדות ממש בעינן.

ואמנם כל יסודו בנוי על ההגדרה שיוצאת מדברי הריטב"א הנ"ל ששם העדים בקידושין הוא בשעת ראיית הקידושין כדבר העומד בפ"ע. דאי נימא שהם עדים על סמך מה שיאמרו אח"כ לב"ד, קשה לומר היסוד הנ"ל, דמסתבר לומר שהתורה דרשה שיהיו עדים המעידים לב"ד בשעת הקידושין, ועיקר הענין הוא ידיעת ב"ד, ואם ב"ד ידע עפ"י אומדנא שיוצאת מעדות ב' עדים סגי בהכי. ומסתבר שזו הבנת המרדכי בעדי קיום, אבל הבנת הרשב"א היא כיוצא מהריטב"א ששעת הראיה היא שעת העדות וגזרה תורה שב' אנשים כשרים יראו את מעשה הקידושין.

אלא שיש לבאר, עפ"י היסוד הנ"ל איך מועילה עדות העדים בקידושי ביאה, וכדבהיא המרדכי מכך ראייה לשיטתו. דהלא גם אם עדים יודעים מכך עפ"י חזקה מבוררת ככל שתהיה, מ"מ ראייה ממש ליכא וצ"ל כפי המובא בהגהות ברוך טעם על הבית מאיר (אבה"ע מב,ג), שהיות ודרכיה דרכי נעם, לא מסתבר שהתורה תדרוש ראיית מעשה הביאה, ובראיית היחוד סגי, אלא שלדברי הרשב"א יתכן שראיה ממש בעינן, ואם תהיה אומדנא מוכחת שהיה יחוד (אך ללא עדות) – יתבטלו הקידושין, שהתורה לא ויתרה לגמרי על קיום עדים בראיה.

² ועיי' היטב במחלוקת קצוה"ח ונתה"מ בסי' נב, אם בעדים המעידים על קידושין, ומאופן עדותם עולה שהם נפסלים לעדות (עברו על החרם, ע"ש) אי שייך למימר פלגינן דיבוריה ונשמע מהם רק על הקידושין בלא העבירה שלהם (וכגון שלא הוזמנו להיות עדים ולכן לא עברו על החרם). ולכאורה שרש מחלוקתם בשאלה, האם מעשה קידושין ללא עדים חשיב מעשה או אינו כלום, שכן מהיכי תיתי לחדש דבר שלא התרחש ע"י פלגינן, כל הכח של פלגינן הוא להציל עדות מחסרונות, אך אם לדברי העדים לא היה קידושין לא שייך לחדש קידושין כתוצאה מפלגינן וליצור עדות יותר חזקה ממה שהעידו עליה העדים. (הערת עורך)

ד. סיכום

נמצאת מסקנת הדברים, שלדין קיום בקידושין, שהעיד עליו הנו"ב שקבלה בידי חז"ל שכך היא מהות העדים, הובאו באחרונים מספר אפשרויות כמקור הדין ויש השלכות למעשה מהיכן הדברים נלמדים.

אם נאמר שכל ענין העדים הוא ברור, ורק באופן עקיף נגרם הדבר שחסרון עדים מבטל הקידושין לגמרי, וכשיטת הפנ"י והאור שמח, מסתבר לומר שהעדות תהיה כעדות ממון, ואם בממון סגי לן בהוכחה עפ"י אומדנות הנובעות מעדות העדים, סגי לן גם בקידושין.

אולם לשיטות שסוברות שאכן עדי הקידושין מקיימים בפועל את המעשה ולפנינו דין עדות מיוחד "עדות של קיום", יש מקום לבחון השלכות לחומרא היוצאות מהגדרה זו.

הדברי יחזקאל, שמביא שבעיני לידיעת העדים בשעת הקידושין ממש דאל"כ הקידושין בטלים, ושוב כשידעו העדים כבר לא נאמר 'חוזר ונעור', שנתינת הקידושין כבר היתה, אבל עדין "ראיה" ממש לא הצריך.

והמובא בשערי יושר לגרשש"ק, שהרמ"א שמצריך ראיה הוא כפשט לשונו ראיה ממש ודין זה נובע מהגדרה מחודשת של חידוש התורה, שהעדים בקידושין הם יותר מאשר אמצעי ביד ב"ד לברר אח"כ, אלא שחידשה התורה שבשעת הקידושין בעיני לראית ב' עדים ממש וזו שעת עדותן.

ספר המקנה בשטר הכתובה

ראשי הפרקים

- א. הקדמה
- ב. ספר המקנה
- ג. שטר חוב – שטר ראייה או שטר קנין
- ד. כתובה – מנה ומאתיים
- ה. נכסי צאן ברזל ונדוניא
- ו. מכירת כתובה בטובת הנאה
- ז. תקנת שמעון בן שטח
- ח. סיכום

א. הקדמה

בדברים הנקנים בשטר (קרקע, עבד כנעני, ע"ע, קידושין¹) נדרש, שהבעלות על הנייר תהיה של המקנה, ולמדו זאת מהפסוק בירמיה (לב,יא) "ואקח את ספר המקנה"².

וכן בגט למדו חז"ל שצריך להיות של הבעל מדכתיב "וכתב לה" וכלשון המשנה (בי"ב קסז,ב) "והבעל נותן שכר סופר".

אמנם בשטר ראייה, כגון שמכר לו שדה בכסף וכתב לו על זה שטר אין צורך שהשטר יהיה של המוכר וזה מה שכתוב בשו"ע דהלוקח נותן שכר הסופר כי מעשה הקנין אינו ע"י השטר אלא ע"י כסף והשטר הוא לראייה בלבד.

שט"ח לכאורה הוא כשטר ראייה בעלמא ואין בו חסרון של ספר המקנה. אך מוכח מראשונים ואחרונים וכפי שיבואר שגם בשטר כזה יש צורך בבעלות המקנה, ובמקרה של הלוואה בבעלות הלווה.

בשטר כתובה צריך לברר האם הוא בגדר שטר ראייה או שהוא כשטר קנין ויש להקפיד שהנייר יהיה בבעלותו של המקנה דהיינו הבעל. ומשנה ערוכה

¹ אמנם בשטר קידושין בעיני שהנייר של הבעל אף שהוא הקונה וכלשון הגמ' ל"ד האי שטרא לשטר זביני.

² אמנם תיבת "המקנה" מנוקדת 'מ' חרוקה ו'נ' בקמץ א"כ ונראה שלמדו זאת מדכתיב "ואקח את ספר המקנה".

היא בב"ב (פרק ג"פ) "אין כותבים שטרי ארוסין ונישואין אלא מדעת שניהם והבעל נותן שכר סופר" ופירש הרשב"ם כתובה. ובשו"ע (אבה"ע סו,א) "אסור להתייחד עם הכלה קודם שיכתוב לה כתובה והבעל נותן שכר סופר" (ובבה"ג ציין למשנה זו), וכתב הפרישה כדן כל שט"ח שהלווה נותן שכר.

הרגילות היא שהרבנות שבה נרשמים לנישואין נותנת כתובה. ולכאורה זה בשכר האגרה על רישום לנישואין, בד"כ אין מקפידים מי המשלם. ובסתם נותן הדמים הוא הבעלים על הכתובה ואם שילמה האשה (כפי שמצוי, עכ"פ לא מקפידים שהחתן ישלם) הכתובה שלה ובה הבעל משתעבד. ואין לתרץ דקונה, ומקנה בדרך שתועיל כי א"כ בגט לא נזקקנו לתקנה מיוחדת והפקר ב"ד הפקר. על מנת שהאשה תשלם שכר סופר ומשום עיגונא.

ואף אין לדון בזה לכאורה מדין סיטומתא. כי סיטומתא הוא בקנינים המחודשים כדרך הסוחרים ואין בכוחו לשנות את קניני התורה (או חז"ל).³

במאמרנו נעמוד אי"ה על יסוד דין זה של "ספר המקנה".

מתוך כך יתבאר מהם חיובי הכתובה שבשטר. ואם צריך בסוג התחייבות מורכב כזה ספר המקנה.

ב. ספר המקנה

בעיקר דין זה של הבעלות על הנייר בשטר הקנאה צריך להבין טעמו. על אף שלכאורה זו גזה"כ – "ספר המקנה", אולם כידוע אין בתורת הקנינים הלכתא בלא טעמא אלא כולם מושתתים ומוסברים בסברא. (באחרונים חילקו את סברות הקנינים לארבע: תמורה, רשות, ראייה, והפגנת בעלות).

דרך הקצות (סי' ר סק"ה) שחילק בין גט לשאר שטרי קנין ומתנה, דבגט לא בעינן מעשה הקנאה אלא סגי בנתינה בעלמא ולהכי מהני גיטה וידה באין כאחד ומהני גט באיסוה"נ, לבין שאר שטרות שבעינן מעשה הקנאה בגוף הנייר-השטר, ולא מהני אי כתבו על איסוה"נ וכן לא מועיל גיטו וידו באין כאחד, בעינן מעשה קנין בגוף השטר, וחייב להיות בשטר המקנה. והביאו ראייה לשיטתו מהר"ן (ב"ב עז,א) וז"ל: "א"י דכל שלא הקנה מוכר ללוקח לראיה שבו אע"ג דקנה גופו לא מהני ולא מידי דשטר מקנה בעינן וכל שלא זכה בו הלוקח אלא מחמת גופו של נייר לאו שטרא הוא והו"ל מפי כתבם".

³ דרך משל אם מנהג הסוחרים שהגבהה בטפח, זה סתירה לקניני התורה ולא מהני.

וראים בסברת הקצות דקנין שטר הוא דווקא ע"י הקנאת הנייר וע"י זה נקנית הראיה הטפילה לנייר ומובן שפיר אמאי בעינן נייר של המקנה.

ולשיטתו גם מובן מדוע איצטריך קרא לרבוויי בגט שיהיה הנייר משל הבעל דבגט ל"ב מעשה הקנאה בשטר וכנ"ל.

אולם רשש"ק הקשה עליו מכמה צדדים ומסביר שקנין שטר אין הוא כדרך הקנינים במטלטלין דהמעשה הוא בחפץ הנקנה, ואין הקנין בגוף הנייר, והראיה שאין שטר נקנה בחליפין או במעמד שלושתן ואם קנו מידו על כתיבת השטר יכול למחות מלכותבו דהוי קנין דברים.

וז"ל: ⁴ "ועפ"י נ"ל דבכל שטרי קנין עיקר כוונת הקנין בזה הוא שע"י שנותן למקבל שטר שכתובה בו הראיה על מכירת השדה או נתינתו א"צ קנין על הנייר ולא על הראיה שבו, ורק ע"י שקונה את השדה ממילא תהיה הראיה שלו משום דבכה"ג ראייתו היא בשטר הזה, וכיון שהשדה שלו ממילא גם הראיה שלו, ולקנות את עצם הנייר גם כן א"צ קנין דכבר בארנו⁵ דבכל שטר נעשה הנייר בטל לראיה שבו ואין בזה לדון מדין קנית מטלטלין ורק קנין ראיה יש כאן וכל קנין ראיה נעשה ממילא ע"י התהוות הענין מה שכתוב בשטר ראיה. ומה דמהני לקנות שדה אינו משום דלכתחילה קנה את הנייר אלא להיפך שע"י שנותן לו שטר שאם יקנה את הדבר שכתוב בשטר אז תהיה הראיה שלו, נתינת שטר כזה חשוב מעשה קנין להועיל לקנות את הדבר, וענין זה הוא בכל קנין שטר בין בגו"ק בין במכר ומתנה ונמצא דאין הקנין נעשה ע"י קנית הנייר אלא להיפך דעל ידי קנין הדבר הוא זוכה בראיה שלו עם הנייר שהוא טפל לאותיות הכתובות בו....".

כלומר מסירת הראיה מקנה את השדה לקונה וע"י קנין השדה חוזר ונקנה הנייר – השטר לקונה. השטר הוא אפסרא דארעא ועל ידי קנית השדה נקנה גם האפסרא.

⁴ בחידושים גיטין ס"י ה.

⁵ הוכיח כך מהא דאין שטר נקנה בחליפין או במעמד שלושתן ואין דנים על השטר כנייר כלל.

ובראשית ההשקפה היה נראה לומר בהסבר זה שאכן אין צורך בבעלות המקנה בנייר השטר, דמה לי אם כתב את הראיה על הנייר שלו או של הקונה או איסוה"נ,⁶ הרי אין מסירת הנייר גורמת לקנינו אלא אדרבה קנין השדה גורם לזכות החזקת הראיה, ולא שייך קנינים בגוף השטר כנ"ל.

אולם לאחר העיון צ"ל שעצם הקנין נעשה ע"י שמעביר את 'זכות הראיה' שבבעלותו לקונה ומסלק זכותו מהשטר, שהרי ברור שאע"פ שגמר לכתוב השטר אין השדה נקנה עד למסירה, אע"פ שכבר נוצרה הראיה, שרק במסירת השטר הבעלים 'מוותר' על זכותו ומעביר את הזכות לקונה, אך אם השטר של הקונה או של אדם אחר אין רגע שבו אני מסיר את בעלותי שהרי קודם המסירה יכול הבעלים לקחת את השטר שהרי הוא הבעלים, ואנו צריכים שיהיה רגע ומעשה שיבטא את מסירת 'זכות הראיה' לכך בעיני שיהיה השטר של המקנה. דאם השטר אינו שלו מה מסר ליה הרי אותיות פורחות באוויר. אמנם אין שם מטלטלין על הנייר דהוא בטל לראיה אבל הראיה צריכה להימסר דזכות הראיה היא של המקנה עכ"פ כפי שביאר שם וזה לא אפשרי אם אין בעלות של המקנה על הנייר שבו הראיה הנמסרת ולאחר מכן נקנת.

ג. שטר חוב – שטר ראיה או שטר קנין

בגיטין כב, "בעי רמי בר חמא היו מוחזקים בטבלה שהיא שלה וגט כתוב עליה וה"ה יוצאה מתחת ידו מי אמרינן אקנויי אקניתא ליה א"ד אשה לא ידעה לאקנויי? אמר אביי אף הוא העיד על כפר קטן שהיה בצד ירושלים והיה בו זקן אחד והיה מלווה לכל בני הכפר וכותב בכתב ידו ואחרים חותמים והא בעינא ספר המקנה וליכא? שאני זקן דידיע לאקנויי".

בגט צריך שהנייר יהיה של הבעל. ובעי בגמ' אם אשה יודעת להקנות ע"מ שיכתוב לה הבעל גט או כיון שלבסוף הגט יהיה שלה חושבת את זה כשאלה בעלמא ולא ידעה לאקנויי.

אביי מוכיח שמועיל קנין כזה "ממעשה דזקן שהיה מלווה" דהיינו שטר הלואה, ותמהו תוספות שם מה ראיה יש מזקן הא שטר הלואה הוא לראיה בעלמא, ואף מלווה ע"פ גובה ממשעבדי אי לא משום דאין לה קול, ולא בעינן ספר המקנה, ותירצו שאגב שהיה מלווה להם היו מקנים לו שדות ובתים

⁶ קצוה"ח לעיל חילק בין גט דכשר על איסוה"נ לבין שאר שטרות דבגט סגי בנתינה בעלמא ורשש"ק לשיטתו לא חילק.

ולזה בעינין ספר המקנה. ובדבריהם נראה שמכח הקושיה הוכרחו לתרץ כך. עכ"פ לשיטתם מבואר שטר חוב הוא שטר ראיה.

אמנם בתוספות רי"ד שם תירץ דבשטר חוב נמי בעינין ספר המקנה כיון שע"י השטר מקנה הלווה למלווה שעבוד קרקעות, וז"ל: "פירוש – בעינין שהלווה יקנה לו קרקעותיו, וישעבדם לו בספר, וימסור לו למלווה הספר כתוב וליכא".

והיה נראה לומר שנחלקו אי שעבודא דאורייתא או דרבנן, דלתוס' שעבודא דאורייתא ואין השטר משעבד אלא מסירת המעות, ולתוס' רי"ד שעבודא דרבנן ומלווה ע"פ לא משעבד כלל ולכן השטר הוא יוצר השעבוד ושוב צריך שיהיה הנייר של הלווה שהוא המקנה כנ"ל.

אולם ידוע בשם הגר"ח מטלז דלמאן דאמר שעבודא דאורייתא וחכמים עקרו את השעבוד במלווה ע"פ משום פסידא דלקוחות, עדיין סיבת השעבוד היא המלווה והשטר הוא כעין תנאי לשעבוד, וכן למ"ד שעבודא דרבנן המשעבד הוא ההלוואה. כך היא עיקר התקנה שישעבד רק בשטר ע"י הלוואה ומוכיח כך מכמה מקומות. ולפ"ז לא יועיל שהתוס' רי"ד סובר שעבודא דרבנן. וגם לשיטת תוס' אפשר לומר ששעבודא דרבנן. (דאף למ"ד שעבודא דרבנן נתינת מעות משעבדת).

אמנם הנתיות (סו ס"ק כג) להדיא חולק על סברה זאת, שכן הוא מסביר איך מועיל מכירת שטרות בשטרי חוב, דהשו"ע פסק דלא מועיל מכירת שטרות בשטרי ראיה רק בשטרי קנין וכלל גם שטר חוב בכלל זה, מסביר הנתיות דבזה"ז שחז"ל הפקיעו את השעבוד במלווה ע"פ א"כ דומה למחילת השעבוד וא"כ המשעבד הוא השטר בלבד. וקצוה"ח שם במשובב נתיבות משיג עליו ומסביר כסברת הגר"ח מטלז.

ולכך מסביר הקצות דשטר חוב הוא שטר קנין אף למ"ד שעבודא דאורייתא, ותרץ את קושיית תוס' דכיון שאף אם היה כותב לו שט"ח בלי הלוואה היו משתעבדים לו נכסיו, חל שעבוד נוסף בכתיבת השטר אף שכבר אשתעבד לו בזווי, דשעבוד חל על שעבוד, ולהכי הוי השטר שטר קנין. וראיה הביא מתוס' בבכורות (מטב) דכהן טורף ה' סלעים מקרקעות שלקח הבכור לאחר שהגדיל דאז חל עליו החיוב והשעבוד, אף שלא כתב לכהן "דאיקני", דכל יום חל עליו חיוב נוסף מכח המצוה אף שכבר השתעבד מיד כשהגדיל. רואים שחל שעבוד על שעבוד להבדיל מקנין שלא חל על קנין שאם כבר מכר שדה לא מועיל מידי במה שימכרנה.

לסיכום, הקצות והנתיבות תרוויחו סברי דשט"ח הוא שטר קנין ונחלקו בטעם.

דעת קצוה"ח – כיון ששעבוד חל על שעבוד אף שהשתעבד כבר בזוּי.

דעת הנתיבות – לאחר שהפקיעו חכמים את השעבוד במלווה ע"פ שוב השטר משעבד ובעי לשעבד לו הקרקעות בשטר.

ד. כתובה – מנה ומאתיים

יש לדון מהו החיוב שיוצרת כתיבת השטר בכתובה. נחלקו תנאים אם כתובה דאורייתא או דרבנן. להלכה נקטינן בפשטות שכתובה דרבנן ואף לרא"ש דכתבין 'דחזי ליכי מדאורייתא' היינו שמתחייב בכסף צורי. עכ"פ חייב במנה ומאתיים מתנאי בי"ד אף אם לא כתב דכך שנינו (כתובות נא,א):

לא כתב לה כתובה בתולה גובה מאתיים ואלמנה מנה מפני שהוא תנאי בי"ד וכו'.

ובגמרא שם

הא מני ר"מ היא דאמר כל הפוחת לכתולה ממאתיים ולאמנה מנה ה"ז בעילת זנות.

ולקמן (נז,א) איתא, שאי אפשר לפחות אפילו בתנאי דס"ל כתובה ד"ת והוי ליה כמתנה על מה שכתוב בתורה, ועוד (שם נז,א) "זו דברי ר"מ אבל חכמים אומרים משהא אדם את אשתו שתיים ושלוש שנים בלא כתובה א"ל אביי והא א"ר נחמן אמר שמואל הלכה כר"מ בגזרותיו, אי הכי זיל כתוב לה". ופירש רש"י שם דאי לא כתב לה לר"מ הויא בעילת זנות דלא סמכא דעתא אף שגובה וכמתניתין לעיל, וכן פסק הרמב"ם כר"מ, וכתב המ"מ (אישות יב,ו) דאע"ג דהרמב"ם ס"ל דכתובה דרבנן פסק כוותיה ולא מטעמיה דאנן מייתנין עלה משום האי גזירה **דלא סמכא דעתה**, ומכח גזירה זו עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, עכת"ד.

מכל הנ"ל נמצאנו למדים שהאיסור לשהות עם אשתו בלא כתובה הוא מפני חסרון בסמיכות דעתה אבל מצד החיוב אין בשטר תוספת חיוב הואיל ומחויב בתנאי בי"ד. ועפ"ז אין הכתובה שטר קנין אלא שטר ראייה ולנדו"ד אי"צ בדין ספר המקנה.

אולם לכאורה ברור ומוכח שכוחה של האשה גדול בגביה מכך שיש לה שטר, כגון כשיש לבעל מיגו הוי מיגו נגד שטר, וכן כוחה למכור כתובתה ועוד.

ולפי מה שכתב קצוה"ח דשעבוד חל על שעבוד וחויב חל על חיוב יש גם תוספת שעבוד בכתובה הבאה לגבות בשטר וראיתו מפדה"ב דומה לנידון דידן.⁷ וא"כ שטר כתובה כשטר קנין וצריך שהבעל יקנה את שעבודו בשטר לאשה. (יעויין בספר בעקבי הצאן עמ' ערב).

ולדרך התיבות דשטר חוב הוא שטר קנין הואיל וחכמים הפקיעו את השעבוד במלווה ע"פ משום דל"ל קלא, חשיב כמחל השעבוד וחוזר השעבוד רק מכח השטר. ובכתובה הדין הוא שאם "לא כתב לה כל נכסין דאית לי אחראין לכתובתיך חייב מפני שהוא תנאי ביי"ד"⁸, ולכאורה אין הפקעת השעבוד בלי כתיבה דלא צריכים לתקנת לקוחות (דנישואין אית להו קלא), אפשר לומר דשאני כתובה משטר חוב דעלמא וכתובה שטר ראייה.

ה. נכסי צאן ברזל ונדוניא

אולם כל זה הוא כשאנו דנים על עיקר כתובה מנה ומאתיים, אבל כשבאים אנו לדון אודות שאר החיובים בכתובה (אף אי נימא דתוספת כתובה ככתובה לענין זה והתוספת הנהוגה ג"כ אין צריך לכתוב, והן הן הדברים הנקנים באמירה ותנאי כתובה ככתובה, עיי' ר"פ אע"פ דגם לשאר הענינים), דהיינו נכסי צאן ברזל ונדוניא שהכניסה לו ושם לה אותם בכתובתה יש להם לכאורה דין חוב גמור.

וראייה דבכתובה תקנו שאינה נגבית אלא מזיבורית (גיטין מט,ב) משום שיותר משהאיש רוצה לישא האשה רוצה לינשא, וכן פסק השו"ע: "אין עיקר כתובתה ותוספת⁹ נגבים אלא מזיבורית ואינם נגבים משבח שהשביחו נכסים לאחר מותו ואינם נגבים אלא מהמוחזק אבל לא מהראוי", ובב"י הביא דעת הרשב"א דאפילו נדוניא אין נגבית אלא מזיבורית דאין כאן נעילת

⁷ אף אי נימא דכתובה ד"ת כפדיון הבן, אכתי חל שעבוד על שעבוד, כ"ש שחל שעבוד על תנאי ביי"ד.

⁸ אמנם הגמרא אומרת מאי "חייב" במשנה חייב בבני חורין, כי מהדרינן לאוקמה כולא כר"מ דלשיטתו אחריות לאו טעות סופר, אבל לדידן דק"ל אחריות ט"ס גביא ממשעבדי אף אם לא כתב לה.

⁹ בדפוסים שלפנינו כתוב "ותוספות" ואפשר דפסק השו"ע כרשב"א (דלקמן) וכלל ב"תוספות" נדוניא ושאר צ"ב, אלא דלענין שבח מודה הרשב"א דזה כשאר חוב אבל בשו"ע מהדורת "ראש פינה" תיקנו "תוספת" (וכן הוא בדפ"ר) וזה כדעת הרמ"א.

דלת ואדינא מוקמינן לה כשאר בע"ח דמדינא לא גבי אלא מזיבורית.¹⁰ אבל ברמ"א הביא את דעת החולקים (ר"ן בהניזקין בשם יש אומרים "ולזה הדעת נוטה") דכל דיני קולי כתובה השנויים כאן אינם אלא בעיקר ותוספת, אבל נדוניא ונכסי צ"ב דינם כשאר חוב ודינם בבינונית.

א"כ לרמ"א ודאי חלוק דין נדוניא ונצ"ב מעיקר ותוספת, דלראשונים דין חוב גמור ואף לרשב"א דינם כשאר חוב אלא דאין בהם הטעם של נעילת דלת ולכן גובה מזיבורית, אבל לעיקר הדין מודה שהוא כשאר חוב.

וכן בגמ' כתובות (ק"ב) אם כתב לה מעות סתם דאינה גובה אלא פחות שבמטבעות "משום מקולי כתובה שנו כאן קסבר כתובה דרבנן" (רש"י כאן הקילו בכתובתה וזו אחת מקולי הכתובה).

כתב הרמ"א (שם סע' ה) אף בשם הרשב"א דבנצ"ב הולכים תמיד אחר מקום שנשתעבד שם כמו בחוב דעלמא וכן בבאור הגר"א (ק, סק"י"ז) וז"ל:

ממש"ש מקולי כתובה וזה לא שייך אלא בעיקר ותוספת אבל נדוניא הוא חוב ככל חוב וכמ"ש ר"פ אע"פ נפקא מינא כו' ולשבח כו' ואמרו בבכורות נב מקולי כתובה אלמא דווקא לעיקר ותוספת וכנ"ל ס"ב.

ראיית הגר"א היא ממטבע הלשון בגמ' בבכורות "מקולי כתובה" לענין גביה משבח שזה רק בתוספת כדמוכח ריש אע"פ ששם מדובר על תוספת וגם לענין "פחות שבמטבעות" אומרת הגמ' "מקולי כתובה", משמע שהוא דין רק בעיקר ותוספת כהגהת הרמ"א לעיל.

וכן לענין דין קדימה בגביה לגבי בע"ח שזמנם שווה ואין בקרקע כדי הכתובה, הדין הוא שבעל החוב קודם לגבות ואח"כ האשה, "שהרי בע"ח הפסיד והוציא מעותיו והאשה לא חסרה דבר, שיותר משהאיש רוצה לישא אשה רוצה לנשא", כלשון הרמב"ם (אישות יז, ד), ולענין נצ"ב כתב (שם הי"ז) "היו כתובים בכתובתה נצ"ב וטענה שאבדו או שלקחם הבעל ה"ה בנצ"ב כשאר בעלי חובות, וחולקת עם בעלי חובות".

וכן בדין ערב בכתובה בעיקר ובתוספת שאינו מתחייב דלאו מידי חסרה ומצווה קעביד דכל הסיבה שערב דעלמא משתעבד אף שזה לכאורה אסמכתא היא משום דהואיל ומהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה, ובאשה ל"ש

¹⁰ עיין בח"מ (קב ס"ק יא) "ואפשר שדעת רש"י (פז, א ד"ה האי כי דיניה) דדין הנדוניא ג"כ בזיבורית כמו שהיא דעת הרמב"ן (רשב"א)".

הואיל זה כיון דלא חסרה מידי. ועפ"ז כתבו הח"מ (קב ס"ק יז) והב"ש (שם ס"ק יט) דבנדוניא משתעבד ככל חוב.

מכל הלין משמע דחוב הנצ"ב ונדוניא בשטר הכתובה, הם ככל שטר חוב וא"כ לא מבעיא לדעת הקצות הנ"ל דבעינן ספר המקנה אלא אף לדעת הנתבות דבעיקר ותוספת אין שעבוד בשטר, בנצ"ב הדרינן לכל דיני שט"ח וכיון שהפקיעו השעבוד במלווה ע"פ הוי כמחל השעבוד ואינו מתחדש אלא ע"י השטר ובעינן ספר המקנה.

ולכאורה אף לגבי עיקר הכתובה ותוספת ישנה בעייתיות בשטר, כיון שלשאר חיובי הכתובה יש צורך בשטר, ולגבם הוי השטר כמאן דליתא וכמלווה ע"פ דמי, אף לגבי עיקר ותוספת נחשב כמאן דליתא. בפרט למנהג שכוללים הכל יחד בסה"כ, נהי דגובה מנה ומאתיים (דאף אם לא כתב לה גובה כדלעיל) אכתי חשיב כמשהה אשתו בלא כתיבת כתובה.¹¹

ו. מכירת כתובה בטובת הנאה

נחלקו ראשונים אם מכירת שטרות בכתיבה ומסירה מהני רק בשטרי קנין או גם בשטר ראייה. הטור כתב בשם הר"י מיגאש דשטר ראייה נמי נקנה בכתיבה ומסירה וראייתו משטר חוב (וכן דעת הרמב"ן) והרא"ש (ב"ב פ' גט פשוט סי' כג) כתב דרק שטר קנין נקנה בכתיבה ומסירה וגם שטר חוב דינו כשטר קנין לענין זה. (וכן דעת הרא"ש כתוס' רי"ד בגיטין הנ"ל ששט"ח הוא שטר קנין).

בשו"ע (ח"מ סו, יד) פסק כדעת הרא"ש שרק שטר קנין או שטר חוב "שהוא עיקר הקנין" נקנה בכתיבה ומסירה.

בב"ק (פטב, ב ובעוד מקומות) הגמ' דנה בענין מוכרת כתובתה בטוה"נ. ע"פ פשוטו מדובר שמוכרת שטר הכתובה ממש ואם תגיע הכתובה לידי גבייה היינו אם ימות הבעל או יגרשה יגבה הלוקח באמצעות שטר הכתובה מהיורשים. וא"כ יש ראייה ברורה לכך שכתובה היא שטר קנין, לכה"פ לשיטות ששטר ראייה אינו נקנה בכתיבה ומסירה (וכך נפסק בשו"ע כנ"ל).

¹¹ לדוגמה, כשכותב לה מאתיים עיקר, ונצ"ב הם עוד מאתיים או יותר ועליהם אינו משועבד כי בעינן ספר המקנה וליכא, יוצא שלא השתעבד כלל וכשתצא תוכל לגבות ממשועבדים מאתיים בלבד וזה הסך שהכניסה לו א"כ משהה את אשתו בלי כתובה.

אמנם יש לברר ענין "מכירת כתובה" אם אכן הכוונה למכירת שטרות ואשה מוכרת כתובתה בכתיבה ומסירה, או שמדובר במכר מסוג אחר. (כעין רכישת אופציות).

והנה בשו"ע (אבהע"ז קה,ו) פסק ע"פ מימרא דשמואל (כתובות פה,ב) ומעשה דקריבתיה דרב נחמן, שמכרה כתובתה בטובת הנאה ולאחר מכן בתה מחלה כמו בשטר חוב, שאפילו יורש מוחל. ושם דנים התוס' מה הרווח במחילה ומתמצים תירוצים שונים ומשווים דין זה ממש לדין מכירת שטר חוב ומחילתו.

אבל ק"ק איזה מכר יש כאן הרי השטר – אף אם יהיה לבסוף שט"ח, כרגע הוא לא שטר חוב ובתוס' ב"ק (פט,א ד"ה כל) כתבו שאין אשה יכולה להקנות כתובתה במעמד שלושתן בעודה תחת בעלה כיון דעדיין לא נתנה לגבות.¹²

ומצאתי בנחל יצחק (עה,כ,ענף ח) שכתב דמועיל מכירת כתובה משום דתיקנו מכירת שטרות בכתיבה ומסירה, אף שאינו יכול להוציאו בדיינים בעת המכירה.

מאידך יכולה אשה למכור מקצת כתובתה כדאיתא ברמב"ם (אישות יז,יז) "יש לאשה למכור כתובתה או ליתנה במתנה... הרי שמכרה מקצת כתובתה וכו'..." ובמכירת שט"ח בכתיבה ומסירה לא שייך מכירת חציו.

והנה הגמ' (כתובות צא,ב) דנה במציאות שהבן מוכר כתובת אמו בטוה"נ. (ע"פ הפרוש הראשון ברש"י) ומדובר שמכר כתובת אימו שהיתה נשואה לאחר, שאם ימות בעלה או יגרשה ואח"כ תמות היא והוא יירשנה, אז יקבל הלוקח את הכתובה. ושם ברור שאין ברשות הבן השטר למוכרו ול"ד למכירת שט"ח.¹³

ועוד יש לברר מדוע נקראת מכירה זו "בטובת הנאה". רש"י פירש בכ"מ "בדבר מועט" אבל לכאורה אין זה הסבר מילולי 'טובת הנאה', אלא שבד"כ מכירה בטוה"נ היא בדמים מועטים. ואם נאמר שמפני שספק אם יגיע לידי גביה, אם כן כל מכירת שטרות היא בטוה"נ והדמים מודיעים, כי ספק

¹² ובשי"ך ככו,סק"א הוכיח דל"ד למכירת שט"ח קודם זמן הפרעון שהוא כן נקנה במע"ש.

¹³ אמנם בעל העיטור (הביאו קצוה"ח רט סק"ו) למד מכאן דתופס בשטר בדשב"ל מועיל. והכרח לומר שכתבה לו שטר על זה אבל לא שמסרה לו הכתובה.

(סיכון) מסוים יש בכל שט"ח ומסתמא משלם פחות מהכתוב בשטר על ספק זה.¹⁴ לכך דימייתי להשוות ביטוי זה לענין "טובת הנאה" במתנות כהונה, דהיינו מתנות כהונה הינם ממון השבט ולאחר ההפרשה אינם ממון בעלים אבל יש לבעלים רשות לתת לאיזה כהן שירצה. זכות זו נקראת טובת הנאה. התשלום¹⁵ עבור טוה"נ אינה על גוף המתנות כי הם אינם של הנותן אלא עבור זכות הנתינה. בנתינה עצמה א"צ למעשה קנין רק לצורך נתינת הטוה"נ שבמתנות כהונה.

וכנ"ל אולי בני"ד הכתובה כשט"ח אינה עדיין ברשות האשה למוכרה שכן איננה גרושה עדיין ולא אלמנה. המכר הוא על העתיד בתנאי, לכן נקראת "טובת הנאה"¹⁶ כיון שאפשר שתהיה גביה ואז ברשותה לתת ללוקח מתנה והיא מקנה לו את זכותה לתתה לו. השאלה היא, כעת מה מכרה? ועל מה חל הקניין? בפשטות אם נדמה את זה ממש לטוה"נ של תרומה "הא לך סלע זה ותן את התרומה לבן בתי כהן" (בכורות כז, א) וגם שם מה קנה הרי מעות לא קונות. אומרת הגמרא (ב"ק פט, ב) טוה"נ היא מילי דמזדבני בדינרי.

ועוד אפשר לומר שנתנה לו שטר הכתובה אבל לא בכתיבה ומסירה (כי עדיין לא נחשב שט"ח למכרו). אבל לא מדין מכירת שטרות אלא כראיה על התחייבותה.¹⁷ ומה שדנו בתוס' דלאחר המחילה דיינינן לה כמוחלת שט"ח ואתאן למחלוקת הראשונים מה צריכה להחזיר ללוקח (דמי הנייר או את התשלום או סכום הכתובה) הוא לאחר מיתת הבעל או גירושין דזכתה כבר בכתובה. ואכן בנחל יצחק (שם) כתב טעם אחר דלהכי מהני מכירת כתובה דאמרינן אגלאי מלתא למפרע דשלה היתה מקודם. והיינו לא מדין מכירת שטרות בכתיבה ומסירה נחתינן לה. מעתה אפשר לדחות ראייה זו דכתובה היא שטר קנין מדמצינו דיכולה למכור כתובה בטוה"נ.

¹⁴ ישנם דיונים במוכר שטר לחברו ומחלו מה חייב לשלם, כמה ששילם או את הסכום הכתוב בשטר.

¹⁵ ע"י הכהן עצמו לחד מ"ד או אוהבו.

¹⁶ ובגמ' (ב"ק שם) טובת הנאה מילי ניהו.

¹⁷ רעק"א בב"מ טז דן מדוע אין זה כמוכר "דבר שלא בא לעולם".

ז. תקנת שמעון בן שטח

אולם בעיקר חיוב הכתובה ממתי חל, אם משעת נישואין או משעת גירושין ומיתה חקרו אחרונים. בעין יצחק (אבה"ע ח"ב עח) כתב, ברור ופשוט שחיוב כתובה מתחיל בעת הנישואין וראיה שטרפת ממשעבדי משעת נישואין ובקוב"ש (כתובות קנז) כתב שאין זו ראיה דהקשה דמלשון הרא"ש ר"פ אע"פ מוכח שמתחייב רק בשעת גירושין ומיתה. ותירץ דשפיר יש לומר דלא נתחייב משעת נישואין ומ"מ גובה מזמן נישואין ודימה את זה לפדיון הבן דאם מת האב בתוך ל' יום גובים מנכסיו לפדה"ב אף שעוד לא נשתעבדו נכסיו מחיים, כי סיבת החיוב היא גורמת לשעבוד נכסים וכן בזרק חץ ומת, והחץ הזיק לאחר מותו, גובים מנכסיו אף שמחיים לא נתחייב, כי סיבת החיוב היתה מחיים.¹⁸

ולעני"ד אם נביט אל צור חוצבה תקנת הכתובה נראה שחקירה זו תלויה במהות תקנת שמעון בן שטח.

דהנה בברייתא בכתובות פב, ב ישנם מספר שלבים בתקנת הכתובה:

בראשונה היו כותבים לבתולה מאתיים ולא למנה מנה... תנ"ה בראשונה היו כותבין לבתולה מאתיים ולא למנה מנה והיו מזקינין ולא נושאיין נשים התקינו שיהיו מניחים אותה בבית אביה ועדיין כשהוא כועס עליה אומר לה לך אצל כתובתיך התקינו שיהיו מניחין אותה בבית חמיה עשירות עושות אותה קלתות של כסף. ועדיין כשכועס עליה אומר לה טלי כתובתיך וצאי עד שבא שמעון בן שטח ותיקן שיהא כותב לה כל נכסי אחראין לכתובתה.

למעשה, לפנינו שלשה שלבים עיקריים:

שלב א: פרשו תוס', שבתחילה היה כותב לה שטר על מעות מסוימים המיוחדים לכתובתה ושעת זכיית וייחוד המעות הנ"ל בשעת נישואין, החסרון היה שזה היה במעות מסוימים, ומעות קל להבריא וחששו הנשים שאם ימותו יבריחו היורשים מעות אלה. רש"י פירש שהיה שטר חוב רגיל אבל בלי שעבוד.

שלב ב: התקינו שמניחה אצל חמיה, עשירות עושות אותם של זהב וכו'. כלומר תחת המעות, היו מיחדים כלי שווה מנה או מאתיים בבית עשירות

¹⁸ וכן הוא בחזו"א אבה"ע סי' נו.

היו משתמשות בזה לקישוט "קלתות של כסף וזהב", ואילו אצל עניות שהיה להם צורך בכלים לבית היו עושות כלים הצריכים להם אפילו "עביט של מי רגלים". עפ"י רש"י ברור היתרון (שכן בשלב א' היה חיוב בלבד). תוס' מסבירים שיותר קשה להבריא כלי (בשימוש או קישוט) ממעות מזומנים, בפרט בשלבים שהכלי היה מונח בבית אביה או חמיה,

החסרון הוא שאפשרות הגירושין זמינה וללא עיכובים או הפסד של הבעל, וכשכועס עליה אומר לה לך אצל כתובתיך או טלי כתובתיך.

שלב ג': זוהי תקנת שמעון בן שטח שיהיו כל נכסיו אחראין לכתובתה, כלומר שהכתובה לא תהיה חפץ מסוים, אלא כל נכסיו משועבדים לכתובתה כדי שיוכל לשאת ולתן במעות כתובת אשתו, "שמותוך שאדם נושא ונותן בכתובת אשתו והוא מאבדה, היא קשה בעינינו לגרשה" (ירושלמי). נראה בפשטות שאחריות הכתובה על כל נכסיו, והרשות לישא ולתן במעות הכתובה הוא אחד ושניהם מתקנת שב"ש.

מהירושלמי משמע שבשלב האחרון היה שלב ביניים, שמסביר את השאלה ששאל ר"י לר' אליהו ריש פרק אע"פ, איך כותבים היום מאה ליטרין לחתן שאנו יודעים שאין לו פרוטה, והיינו שהיה צריך להקנות לה את סך הכתובה בשעת נישואין אמנם יכול להשתמש בזה "שהתקינו שיהא אדם נו"נ בכתובת אישתו". ואם זה רק התחייבות ושעבוד על העתיד לכאורה אין קושי.

ניתן להבין שב"ש עשה את הכתובה כשטר חוב גמור וזה הפשט "שכל נכסיו אחראין לכתובתה", דהיינו לא עוד זכות בממון או חפץ משעת נישואין אלא התחייבות בלבד, וא"כ בעיני ספר המקנה בכתובה. וכן נראה מדברי הקוב"ש הנ"ל בהסבר הרא"ש דהחיוב הוא משעת מיתה או גירושין.

אבל אפשר לומר שפשוט שב"ש לא הקליש את זיקתה וזכותה בממון הכתובה, וזכותה במנה ומאתיים בשעת נישואין כממון מסוים. ואם המעות שהקנה לה אבדו, יכולה לגבות ממשועבדים ומנכסים שלקח (ומכר) אחר זה. אבל סמיכות דעת לכאורה צריכה להיות בממון עכשיו כי זו שעת זכות בכתובה בשעת נישואין. וא"כ אין שטר הכתובה שט"ח אלא ראייה על אחוזי השותפות של האשה בממון הבעל במה שהקנה לה בשעת הנישואין. וזה

שנהגו גם לשום נצ"ב ונדוניא¹⁹ בכתובה גם מוכיח כדברינו שמעמד הנכסים האלו דומה למנה ומאתיים לאחר התקנה, היינו נכסים שבשימוש הבעל שבשעת "פירוק השותפות" מוכיח עם מה היא יוצאת, וכמו שהכניסה לו נצ"ב בשעת הנישואין זכתה במנה ומאתים והם לרשותו לשימוש, השעבוד עליהם הוא מכת תקנת שב"ש. אכן בדיני גביית הכתובה יש דינים רבים הדומים לגביית חוב (ויש גם שונים), אבל לא מצד שט"ח. כמו שבנוזקין יש דינים הדומים לגביית חוב.

ואפשר להביא ראיה נוספת לדברינו. הגמרא בכתובות מז, ב מביאה תקנות הנישואין "תקנו מזונותה תחת מע"י, קבורתה תחת כתובתה" ובפשוטו היה נראה שאם מתה לפניו, התנאי של הכתובה "לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכ" לא התקיים ואין כתובה, וצ"ב מה הפשט "תחת כתובתה". אלא רואים שהכתובה היא נכסים מסוימים החיים ונושמים ובני ירושה,²⁰ ועוד מעיקר כתובת בנין דיכרין רואים שממון הכתובה אף עובר בירושה לבניה אף שכבר הוא ירשה, ותיקנו שיהיה על זה שם כתובה אף לאחר שהוא כבר ירש את הכתובה.

אמנם איכא למפרך דא"כ למה צריכים תנאי ב"ד של בנין דיכרין אבל צ"ל שירות הבעל היתה צריכה להפקיע את שם הכתובה מהנכסים ושיחלקו בניו בשווה (כגמ' כתובות נב, ע"ש).

ח. סיכום

ראינו שבשט"ח צריכים לדין ספר המקנה היינו שיהיה הנייר של המקנה – המתחייב – הלווה.

בכתובה אם הוא כשטר התחייבות על עיקר ותוספת ונצ"ב היה צורך שיהיה השטר של החתן ויקנה בו את שעבודו לאשה. אלא שלא מצינו שמקפידים בכך וכנ"ל.

¹⁹ ברש"י (פו, ד"ה האי) משמע שדיני כתובה השייכים בעיקר ותוספת נדבקים הנצ"ב מכת הכתיבה בכתובה ונהי דלענין גביה הם שונים בדיניהם ולא פוסקים כרש"י כדלעיל, את העיקרון ניתן ללמוד.

²⁰ אמנם תוספות פירשו שזה תחת נצ"ב, פירשו כך מפני שלארוסה אין קבורה ולא מפני שאין ירושת כתובה. אכן בשטמ"ק מביא תר"י שמפרשים דבאמת בעיקר כתובה לא שייך לומר שירשה מפני שלא התקיים התנאי ומדבריו משמע שתוספות סוברים שירש הכתובה.

ולחצדיק המנהג נראה לומר שהכתובה היא זכות שזוכה האשה מיד עם הנישואין וא"כ הקנין שעושים הוא לא התחייבות אלא קנין וזכות ממשי בנכסי הבעל אלא שכל זמן שהיא תחתיו אין כ"כ משמעות לבעלות הזו כי אף הנכסים שלה הם ברשותו. אמנם קודם תקנת שב"ש האחרונה לא היה אפשרות לבעל לסחור במעות כתובתה ומזה אנו למדים לכדלעיל. וא"כ שטר הכתובה הוא ראייה על קנין ממש (כעין שקנה שדה בכסף וכתב לו על זה שטר והוא שטר ראייה) ולא קנין על התחייבות ושעבוד, השעבוד הוא מתקנת שב"ש, דאם זה התחייבות ושעבוד לא נצרכנו לתקנת שב"ש.²¹ ומה שקשה מנצי"ב צריך לומר שמעמד של הנכסים הנישומים בכתובה דומה לעיקר ותוספת מצד שהם נכסי האשה שברשות הבעל כל זמן שהיא תחתיו. אמנם ערב משתעבד כי היא כן חסרה ועוד שינויים בפרטי דינים מקומיים וכנ"ל, אבל עיקרם הוא שנכתבים בכתובה ומהווים ראייה לקנין שהקנה לה הבעל כנגדם (מעות) בשעת נשואין.

²¹ אלא אם כן נסביר שהיא היא תקנת שב"ש שיהיה בגדר חוב.

הרב יוסף אביטן

תקנת "קבורתה תחת כתובתה" בשומרת יבם

ראשי הפרקים

- א. פתיחה
- ב. ירושת כתובת שומרת יבם
 1. מקור הדין
 2. שיטות הראשונים
 3. פסקי השו"ע והרמ"א ונו"כ
- ג. חיוב קבורת שומרת יבם
 1. קבורת אשתו
 2. זר שקבר
 3. קבורת שומרת יבם
 4. שיטות הראשונים ופסק השו"ע
- ד. מהות הקשר בין התקנות
- ה. שומרת יבם בזמן הזה

א. פתיחה

הזכויות והחובות הממוניות שבין בעל לאשתו ברורים וידועים, חלקן מהתורה וחלקן מדרבנן. הרמב"ם (אישות יב ובאותו לשון בטושו"ע אבה"ע סט) כתב: "כשנשא אדם אשה... יתחייב לה בעשרה דברים ויזכה בארבעה דברים. והעשרה שלשה מהן מן התורה ואלו הן שארה כסותה ועונתה... והשבעה מדברי סופרים וכולן תנאי בית דין הם... ולקברה כשתמות. והארבעה שזוכה בהן כולם מדברי סופרים... ואם מתה בחייו יירשנה...". (מדברי הרמב"ם מבואר שנקט שירושת הבעל מדרבנן והראב"ד סבור שהוא ד"ת). ובהמשך דבריו כותב הרמב"ם: "ועוד תקנו חכמים שיהיו מעשה ידי האשה כנגד מזונותיה, ופדיונה כנגד אכילת פירות נכסיה, וקבורתה כנגד ירושתו לכתובתה".

בבואנו לבחון את חיובי הממון שבין יבם לשומרת יבם נבחין בשינויים משמעותיים בינם לבין החיובים הנ"ל. במאמר זה נבחן מרכיב אחד – חובת הקבורה וזכות ירושת הכתובה בשומרת יבם.

ב. ירושת כתובת שומרת יבם

1. מקור הדין

נפתח בסקירה אודות ירושת הבעל:

הגאונים וראשונים רבים סבורים שירושת הבעל דאורייתא ואילו הרמב"ם (נחלות א, ח) כתב ש"ירושת הבעל מדברי סופרים" ומשמע (כנ"ל מהל' אישות) שהוא מדבריהם. (ועי' כס"מ שדחה אפשרות לפרש דבריו שהוא מדאורייתא וקרי לה דברי סופרים הואיל ואתיא מדרשה). ועי' תו"י יבמות נז, ב אות ב שכתב "שהרי כל העולם הורגלו לירש נשותיהן אע"ג דירושת הבעל דרבנן".

והנה, בענין ירושת שומרת יבם, שנינו ביבמות לח, א ובכתובות פ, ב:

שומרת יבם שנפלו לה נכסים מודים ב"ש וב"ה שמוכרת ונותנת וקיים מתה מה יעשו בכתובתה ובנכסים הנכנסים והיוצאים עמה ב"ש אומרים יחלוקו יורשי האב עם יורשי הבעל ובית הלל אומרים נכסים בחזקתם כתובתה בחזקת יורשי הבעל נכסים הנכנסים והיוצאים עמה בחזקת יורשי האב.

נקדים כאן מדברי ערוך השלחן (אבה"ע קס, טו):

והמחלוקת הוא בג' דברים בעניני זכות מכירתה אם יש ביכולתה ובעניני אכילת פירות נכסיה אם אוכל היבם בעודה שומרת יבם ובעניני ירושה כשמתה אם יורש היבם נכסיה כשעדיין לא ייבמה ולא חלץ לה.

בדברנו נעסוק רק בנקודה השלישית, ירושתה, אף שיש קשר הדוק בין מרכיב זה לקודמיו.

2. שיטות הראשונים

במשנה הנ"ל נפלו חילופי גירסאות. לעיל הבאנו שב"ה אומרים "נכסים בחזקתן כתובתה וכו'" המילה כתובתה ללא ו', לפי"ז לפנינו כותרת – "נכסים בחזקתן" – ושתי הלכות (וכן גרס ופרש הרשב"א): כתובה בחזקת יורשי הבעל, נכסים הנכנסים וכו' בחזקת יורשי האב. הגורסים 'וכתובתה' יפרשו שלפנינו שלש הלכות.

בנוסף לנ"ל, נחלקו ראשונים בפרוש המילה כתובה במשנה זו, וכן בשאלה האם במילים נכסים בחזקתם המכוון לנכסי צאן ברזל או לא.

יש להבהיר שהדיון אודות ירושת נכסי שומרת יבם נובע מכך שהיא נתפסת כ'ספק אשתו' (דעת עולא בגמ', ובנקודה זו לא חלקו עליו, כמבואר בב"ש אבה"ע קס ס"ק י). והואיל ואישות היבם בזקוקתו וכוחו בנכסיה באים מחמת אישות המת, הנופלת מן הנישואין נידונית – לענין נכסיה כספק נשואתו של היבם. ואף בנקודה זו נחלקו ראשונים: הרשב"א והריטב"א נקטו שזיקת יבם עושה ספק אישות לפי שספק לנו אם עתיד לייבם או לחלוץ. מבואר שאילו ברי לן שייבם היה יורש את אישות המת לענין הזכות בנכסיה. ולאידך גיסא, אם ברור שלא ייבם ייתכן ואינו זכאי כלל בנכסיה. ואילו רבי אברהם מן ההר סובר ש'ספק' בנדון דידן אינו כפשוטו, אלא המכוון הוא לכח קלוש הואיל והיא זקוקתו בלבד ואינה אשתו קרי לה כמי שיש לו ספק נכסים.

לגבי ירושת נכסי שומרת יבם יש להבחין בין שלשה סוגי נכסים:

(1) הכתובה (מנה ומאתיים). (2) נכסי צאן ברזל. (3) נכסי מלוג.

להלן שיטות הראשונים בנידון:

שיטת רש"י – נכסי מלוג שנפלו לה כשהיא שומרת יבם שייכים לה¹ וממילא במותה – ליורשיה² (וכן אינו אוכל פירות בחייה והיא יכולה למכור אותם), ונכסי צאן ברזל – אם נפלו לה בעודה שומרת יבם חולקין יורשי הבעל עם יורשיה, וכתובת מנה או מאתיים מבעלה הראשון שייך ליורשי הבעל.

שיטת ר"ת (תנוד"ה נכסים בחזקתן) והרא"ש – לא רק הכתובה שייכת ליורשי הבעל אלא אף נכסי צאן ברזל שייכים ליורשי הבעל, ר"ל היבם, וכל זה כשנפלו לה מן הנישואין, אך אם נפלו לה מן האירוסין – הכל שלה ובמותה ליורשיה (ע"ש שדין אכילת פירות כדין הירושה).

הרמב"ם (אישות כב) וכן נראה דעת הרי"ף (עד, בדפיו) סוברים שכל הנכסים שנפלו לה בעודה שומרת יבם, הן נכסי מלוג והן נכסי צאן ברזל אין בהם ליבם שום זכות לענין ירושה וחוזרים כל הנכסים ליורשיה (ואינו אוכל

¹ כך נקט הטור בסי' קס בדעת רש"י, אך הרשב"א והר"ן כתבו שלרש"י נכסי מלוג שנפלו תחתיו דבעל יחלקו יורשיה עם היבם.

² והוסיף ערוה"ש בדעת רש"י שאפילו עשה בה היבם מאמר הדין כן.

פירות ורשאית אף למכור לכתחילה). ואם נפלו לה בעודה תחתיו דבעל, אם מתה, יורשים יורשיה את נכסי המלוג שלה ומחצית נכסי צאן ברזל והיבם יורש המחצית השניה ואת כתובתה.

שיטת הטור – נכסי מלוג שנפלו לה כשהיא שמרת יבם, אין ליבם בהם שום זכות, אך בנכסי צאן ברזל שנפלו לה בעודה תחת בעלה אוכל היבם פירות ואם מתה יורשה וכן יורש היבם את כתובתה ותוספת כתובתה. ולגבי נכסי מלוג שנפלו לה תחת בעלה, חולקים יורשיה והיבם בירושתה. רק בדבר אחד הביא מחלוקת ולא הכריע – נכסי צ"ב שנפלו לה כשהיא שומרת יבם, האם חולקים (כרש"י) או הכל ליבם (כדעת ר"ת).

יש להוסיף את דברי הנמו"י בפי החולץ, שנכסים שנפלו לה בעודה ארוסה, אין ליבם רשות בהם לא בחייה ולא לאחר מותה.

3. פסקי השו"ע, רמ"א ונו"כ

השו"ע (אבה"ע קס, ז) פסק:

מתה כשהיא שומרת יבם, יורשיה יורשין נכסי מלוג שלה וחצי נכסי צאן ברזל ויורשי הבעל יורשים עיקר כתובה ותוספת וחצי נכסי צאן ברזל.

מפורש כדעת הרמב"ם והרי"ף. הרמ"א הגיה:

וי"א דכל צאן ברזל שלה הם בחזקת יורשי הבעל, כמו הכתובה (ר"ת והרא"ש).

בענין נכסי מלוג מתייחס הרמ"א לעיל (סעיף ו) כשעוסק בזכות היבם בפירות נכסי מלוג של שומרת יבם והביא שם שתי דעות (בנפלו לה בעודה תחת בעלה) לדעה ראשונה – הכל ליורשי האשה ודעת י"א – יחלוקו בירושתם, יורשי האשה עם היבם. הבי"ש (ס"ק י) ביאר דעת המחבר והרמ"א: המחבר ס"ל כרמב"ם ועל אף שהמשנה מדברת על נכסים שנפלו לה כשהיא שומרת יבם ה"ה לנפלו לה תחת הבעל ונכסי מלוג ליורשי האשה בלבד, ובנכסי צ"ב חולקין. הרמ"א ס"ל כגאונים, אך לא לגמרי: לדעת הגאונים נכסי צ"ב לעולם ליבם אפילו נפלו לה כשהיא שומרת יבם, ונכסי מלוג – אם נפלו לה בעודה שומרת יבם יורשיה יורשים, אך אם נפלו לה בעודה תחת הבעל, היבם יורש. ואילו דעת הרמ"א בנכסי צ"ב כגאונים ובנכסי מלוג הביא ב' דעות כנ"ל והשמיט שיטת הגאונים. ובאר הבי"ש שהרמ"א ס"ל שלא שייך שיורשי

הבעל המוחזקים יאמרו קים לי כדעה ששייך להם משום שגם יורשי האשה נחשבים מוחזקים כדמשמע בגמרא. וע"ע באריכות בבאור הגר"א בס"ק יח.

ג. חיוב קבורת שומרת יבם

1. קבורת אשתו

אשת איש שמתה, בעלה חייב בקבורתה, וחיוב זה מדרבנן הוא. אכן, בתורה מוצאים שאבותינו קברו נשותיהם ויעקב קבר מינקת רבקה (בראשית לה, ח). אך בסנהדרין מו, ב מבואר דהוי 'מנהגא בעלמא'. ובמשנה כתובות (מו, ב) איתא: "נישאת יתר עליו הבעל... וחייב... וקבורתה רבי יהודה אומר אפילו עני שבישראל לא יפחות משני חלילין ומקוננת".

ההפלאה (בקו"א סי' פט) שואל מדוע נקטו חז"ל 'קבורתה תחת כתובתה' ולא תחת ירושתה, ועוד שאל כיצד תיקנו חיוב דרבנן (קבורה) תחת זכות דאורייתא (ירושתה). ובאר שעיקר חיוב קבורה הוא מדאורייתא מדין 'מת מצוה' ועובדת היותו יורש יוצרת מצב דכמת מצוה דמיא. אך המרכיב של 'לפי כבודה' הוא מדרבנן ולכן ציינו 'כתובתה' ולא ירושתה.

2. זר שקבר

איתא בירושלמי, על משנתינו (כתובות ד, ו):

תני לא רצה הבעל לקבורה האב קבורה ומוציא ממנו בדין אמר רבי חגי לא אמרו אלא האב הא אחר אינו גובה רבי יוסי אומר בין אב ובין אחר גובה.

לדעת רבי חגי האב הוא מעין ממלא מקום של הבעל ואילו רבי יוסי סובר שאין בין אב לאחר. הרמב"ם (אישות יד, כד) פסק כר' יוסי ונימק "כדי שלא תהיה זו מושלכת לכלבים". והקשו עליו (מהר"ם מרוטנבורג והרשב"א) הרי הדין לא הוכרע בירושלמי ובדיני ממונות הממע"ה. הרשב"א נקט שהקובר אשת חבירו הפסיד מעותיו (כמו זן אשת חבירו) וכן הביא משמו רבינו ירוחם (מישרים נתיב כג ח"ה).

ייתכן שגם הרמב"ם וגם הרשב"א מסכימים שפרטי חיוב הקבורה הם מדרבנן, ונחלקו בכך שלרמב"ם כל התקנה היא מדרבנן ויסודה חיוב ממוני ומוטל על הבעל. הרשב"א למד שחובת הקבורה יסודה מדאורייתא וכמת מצוה אך פרטי החיוב הם מדרבנן, ואם הוא אינו קבורה, החיוב מוטל על כולם.

3. קבורת שומרת יבם

איתא בכתובות (פ,ב) על משנת "שומרת יבם שנפלו לה נכסים":

איבעיא להו: שומרת יבם שמתה מי קוברת? יורשי הבעל קברי לה, דקא ירתי כתובה, או דלמא יורשי האב קברי לה, דקא ירתי נכסים הנכנסין והיוצאין עמה? אמר רב עמרם: תא שמע, דתניא: שומרת יבם שמתה, יורשיה יורשי כתובתה חייבין בקבורתה. אמר אביי, אף אנן נמי תנינא: אלמנה ניזונת מנכסי יתומין, ומעשה ידיה שלהן, ואין חייבין בקבורתה, יורשיה יורשי כתובתה חייבין בקבורתה, ואיזוהי אלמנה שיש לה שני יורשין? הוי אומר: זו שומרת יבם. אמר רבא, ולימא: אח אני יורש, אשתו אין אני קובר! אמר ליה אביי: משום דבאין עליו משני צדדין, אם אחיו יורש – יקבור את אשתו, אם אינו קובר את אשתו – יתן כתובתה. אמר ליה, הכי קא אמינא: אח אני יורש, את אשתו אין אני קובר, ואי משום כתובה, לא ניתנה כתובה לגבות מחיים!

במסקנת הסוגיא הוקשה לאביי:

והא בעינן לכשתינשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי וליכא אמר רב אשי יבם נמי כאחר דמי.

בהסבר מחלוקת אביי ורבא י"ל שלאביי היבם אינו יכול לתפוס החבל משני ראשיו – לרשת נכסי האלמנה (דרך אחיו) ולא לקוברתה, אך יש לבחון מה עדיף – שיירש ויקבור או שלא יירש ולא יתחייב בקבורתה. כלפי הטענה שלא ניתנה כתובה לגבות מחיים היבם כלול בהגדרה של 'לכשתינשאי לאחר'. לעומתו סובר רבא שהואיל והירושה היא מכח אחיו ולא מכח היבמה על כן ניתן להפריד ולזכותו בירושה מבלי לחייבו בקבורה.

4. שיטות הראשונים ופסק השו"ע

חיוב קבורה בשומרת יבם קשור לתקנת 'קבורתה תחת כתובתה'. ויש להגדיר מהו בדיוק 'כתובתה'. לדעת הרא"ש הכתובה האמורה כאן המכוון למנה ומאתיים. רש"י ותוס' סוברים שכתובה כאן פירושו נכסי צאן ברזל (דהיינו נדוניא). והרשב"א סובר שכתובתה הכונה לירושתה (נכסי מלוג ונכסי צ"ב).

והנה הרמב"ם (אישות כב,י) פסק: "מתה כשהיא שומרת יבם... ויורשי הבעל חייבים בקבורתה". אפשר לומר שהרמב"ם ס"ל כאביי הואיל ורב אשי תרץ

הקושיא על אביי וכנ"ל, ונראה דס"ל כותיה. בעל המאור (יבמות יב, א בדפי הרי"ף) סובר שבאנו למחלוקת ב"ש ובי"ה, וז"ל: "ומן הדין טעמא קברי לה לשומרת יבם שמתה יורשי הבעל שהם יורשי כתובתה לבי"ש, ולבי"ה קוברין אותה אלו ואלו שחולקים בכתובתה".

כלומר לדעת בעה"מ יורש היבם את הכתובה 'כאילו' מן היבמה (דחשיב כגבויה מצד 'שטר העומד לגבות') ולכן חייב בקבורתה, וכך סובר אביי אליבא דבי"ש, אך לבי"ה שחולקים בכתובה, יש להתחלק גם בהוצאות הקבורה. לעומתו הרמב"ן במקום חולק וסובר שלעולם חייב היבם בקבורתה כיון שיוורש ממנה. גם הרשב"א מסיק כך.

בשו"ע (אבה"ע קס, ז) נקט כרמב"ם "ויורשי הבעל חייבים בקבורתה".

ד. מהות הקשר בין התקנות

תקנת קבורה וזכות הירושה כרוכות זו בזו. הקשר ביניהם מוסבר במשנה ר"פ אלמנה ניזונית (צה, ב): "אלמנה ניזונית מנכסי יתומים ומעשה ידה שלהם ואין חייבים בקבורתה, יורשיה יורשי כתובתה חייבים בקבורתה". ופרש"י (ד"ה אין חייבין): "אין חייבים בקבורתה אם מתה שהרי יורשיה גובין כתובתה מיוורשי בעלה ועליהם לקברה, שהרי בעלה תחת כתובתה חייב בקבורתה ועכשיו שאינו יורשה היא תקבור עצמה". ותוס' במקום (ד"ה ואין) הוסיפו שהמשנה באה להשמיע את הקשר שבין תקנת הקבורה לדין הירושה.

הבית יעקב (אבה"ע עז ד"ה בעלה יורשה) טוען שהיו שלשה שלבים לתקנה: בתחילה ירושת הבעל (מדאורייתא או מדרבנן), לאחר מכן תקנו קבורה לטובת האשה וכנגדה (בו זמנית) זכות הבעל לרשת נכסי צ"ב אף אם האשה מכרתם, ולבסוף באה תקנת אושא שהבעל יורש אף נכסי מלוג (שנמכרו) תחת קבורתה.

והנה יש לחקור בגדר תקנת חז"ל "קבורתה תחת כתובתה" מה פירוש תיבת תחת? האם ענינו תמורה, ר"ל בתמורה לכך שהבעל/היורש זכאי בירושתה, מתחייב הוא (חייבוהו חכמים) בקבורתה, וממילא מי שלא זוכה בירושה לא חייב בקבורתה, או דילמא אין כאן תמורה אלא 'כנגד', הואיל והבעל יורש³

³ הראגצ'ובר (אישות יב, ט) דן האם ירושת הבעל היא 'ממילא' או בגדר 'קנין', כלומר האם זכות ירושת הבעל היא ככל זכות ירושה של קרובים וגם הוא נחשב 'שאר' משעת נישואין והוא הישאר' הקרוב ביותר. או שזו זכות ממונית שקונה הבעל בנכסי אשתו ונפ"מ טובא ע"ש.

חשיב כקרוב ביותר וחייב בקבורה, ואף אם אינו יורש בפועל כך היתה התקנה.⁴

נפ"מ מחקירה זו – מצד אחד מה הדין בבעל שאינו יורש האם חייב בקבורת אשתו ולאידך גיסא – האם מי שלא קבר זכאי לירש כתובתה? אם מדובר בקשר של תמורה, ייתכן ובהעדר תמורה אין חיוב ואם אין לאשה נכסים שיעברו בירושה אין חיוב קבורה ולהיפך, אך אם לפנינו נימוק לתקנה, אף אם אין ירושה בפועל התקנה נשארת בעינה.

אולי ניתן לתלות מחלוקת אביי ורבא בחקירה זו. אם קבורה היא כתמורה לירושה והבעל נחשב ל'לוקח' הנכסים והיבם יורש ממנו, לעומת יורשי האלמנה (היבמה) מצד משפחת בית אביה היורשים נכסיה, הרי שהם חייבים בקבורתה שהרי הם קבלו ממנה הנאה במישרין, ולא היבם וזו דעת רבא. ואילו אביי ס"ל שטיב התקנה, זה תחת זה, ענינו סיבה ונימוק, והיבם עומד במקומו של הבעל והוא יתחייב בקבורתה ללא תלות בירושת כתובת היבמה. אם נאמר כך, הרי שמהסוגיא בה מובאת דעת רב אשי כמסייעת לדברי אביי והלכתא כרב אשי דהוא בתרא הרי שאופי התקנה – נימוק ולא תמורה, ועיי רמב"ם (אישות כב, י) שכנ"ל פסק כאביי.

נראה שנידון דידן (קבורת שומרת יבם) תלוי במחלוקת הראשונים: בשטמ"ק (כתובות מו, ב ד"ה וקבורתה תחת כתובתה) מובאת מחלוקת רש"י ותוס'. בדעת רש"י כתב "ומה ירש ממנה עד שנאמר קבורתה תחת כתובתה שהרי מנה או מאתיים מדידה יהיב לה, וכיון שתקנו זה תחת זה אפילו לא הכניסה נמי הדין כן". ואילו בדעת תוס' כתב "... ואילו לא הכניסה לו נדוניה אפשר שאינו חייב בקבורתה דומיא דארוסה" משמע שלתוס' ענין התקנה – בבחינת תמורה, ואילו רש"י קוברה גם אם לא ירש בפועל.

⁴ עיי כיוצ"ב בדברי הגר"א גולדשמידט בספר עזר משפט סימנים יב ולו וז"ל: "...מה היא הכונה וגדר הדברים: זה תחת זה, אם הדברים הם בבחינת תשלום, זה תמורת זה, היינו שכל אחד מבני הזוג זכאי לזכויות מרעהו, ואת תמורתם הוא משלם לו בחיובים כלפיו, כגון בפירות ופרקון: תחת הזכות לפירות נכסי האשה משלם הבעל לה בחיוב פדיונה המוטל עליו, ותמורת הזכות לפדיונה משלמת האשה לבעל בזכות לאכילת פירות נכסיה, וכך גם במזונות ומעשה ידיה, ובקבורתה וירושתה. זוהי דרך אחת בפירוש והגדרת זה תחת זה. דרך ההגדרה השניה: זה תחת זה, בבחינת טעם וסיבה, ולא במובן תמורה, כלומר למה תיקנו שהבעל זוכה במעשה ידי אשתו מפני שתיקנו כי הוא חייב במזונותיה, ולמה תיקנו שיאכל פירות נכסיה מפני שתיקנו שהוא חייב בפרקונה". ועייש נפ"מ מחקירה זו. (הערת העורך)

זאת ועוד, הרמב"ם פסק שיורשי הבעל חייבים בקבורת שומרת יבם ואף לגבי אלמנה שלא נשבעה נקט שיורשי הבעל חייבים בקבורתה (אם נשבעה שבועת אלמנה ומתה, יורשיה יורשים כתובתה וחייבים בקבורתה, עיי רמב"ם אישות יח,ו). הראב"ד השיג, "וכי מפני שלא נשבעה קרא ליורשי הבעל יורשי כתובתה... אלא ודאי יורשי נדוניתא ונכסי מלוג שלה קוברים אותה ואע"פ שלא ירשו כלום". ובאר ה"ה שלרמב"ם דין אלמנה שלא נשבעה נלמד מק"ו מדין שומרת יבם, שהיות ואינם יורשים אותה אינם מחוייבים בקבורתה אלא יורשי הבעל, ומסיים דבריו "יש לחלק בין זו שדינא שיורשיה יורשים אותה אלא שלא נשבעה להיא דשומרת יבם ואין בידי להכריע". (ע"ש שהכס"מ כתב שהר"ן נוטה לדעת הראב"ד).

נראה שכונת דבריו שיש הבדל בין שומרת יבם שאינה זוכה בכתובה (לא ניתנה כתובה ליגבות מחיים והאיכא יבם) ולכן חייב היבם בקבורתה לבין אלמנה שמקבלת כתובה (וחוסר שבועה היא בעיה צדדית) ולכן חייבים יורשיה לקברה. חילוק זה בדעת הראב"ד מתקיים רק אם נניח שגדר התקנה הוא נימוק, אך אם לפנינו תמורה, אם אלמנה שלא נשבעה לא תיטול כתובה מהיכי תיתי להעביר חיוב הקבורה ליורשיה. מעתה י"ל שלרמב"ם דין התקנה הוא תמורה ומסקנה זו סותרת דברינו לעיל.

ניתן להסביר עפ"י הבית יעקב (הובא לעיל בתחילת פרק זה) בענין חובת קבורת מורדת שמתה, שכתב שאם ירש הבעל מנכסי אשתו המורדת סכום העולה להוצאות הקבורה חייב לקבור מדין יורש משום "שלא עדיף משאר יורש שמחוייב לקבור מהנכסים שירש". יוצא מדבריו שגם אם אנו סבורים שיסוד התקנה בנימוק ולא בתמורה, אם בטל הנימוק (כגון במורדת) מ"מ אם יש תמורה, חייב בקבורתה.

גם בר"ן ניתן לראות את שתי הגישות. בשו"ת הר"ן (נד) נשאל לגבי נכסי צאן ברזל של שומרת יבם שמתה ובעוד שלדעת השואל "קבורתה תחת כתובתה מתקנת חכמים ולפיכך כל מי שיורש את כתובתה קוברה", סבור הר"ן "לפי שהקבורה תקנת חכמים היא ולא מדין תנאי ממון... והרי הבעל לא התנה (תנאי כתובה) אלא שאם תמות אשתו בחייו... אבל בחיי יבם אין לנו". רואים שלדעת השואל חיוב הקבורה בא בתמורה, ואם זו קיימת יקבור. אך הר"ן סבור שאין חיוב הקבורה אלא מכח תקנת חכמים שראו בירושה נימוק וטעם לחייב הבעל ולא כתמורה ממונית בלבד.

והנה בנוגע לקבורת ארוסה (ע"י כתובות נג,א השוואה בין קבורת שומרת יבם לבין קבורת ארוסה), אמר רבי חייא שארוס אינו חייב לקבור ארוסתו, וכך נפסק בשו"ע (אבה"ע נה,ה). ובאר הרמב"ן (שם) שבנשואה תיקנו קבורה על הבעל כיון ש"איהו קא ירית קריא ולא ענו לה, לפיכך תיקנו לה קבורה ממנו שלא נישאת על מנת להשליכה לכלבים...". לא תמורה אלא נימוק.

אך המאירי (שם) סבור שארוס לא חייב בקבורת ארוסתו משום שאינו יורשה לעומת נשואה "שאפילו אין לה נכסי צאן ברזל הואיל ואם יש לה ראויה להורישם לבעלה – קוברת". לדעת המאירי יש כאן ענין של תמורה ולא נימוק (אלא שאין דרישה לתמורה בפועל).

אף באחרונים מצאנו מחלוקת זו: המחבר פסק (נה,ה) שארוס אינו חייב בקבורת ארוסתו אלא אביה יורשה וקוברת, והרמ"א כתב שה"ה לנשואה במקום שלא זכה בנדוניא.⁵ והעיר הח"מ (יז): "ובשנה השניה נראה שהקבורה מוטלת על שניהם מאחר שאביה ובעלה חולקים הנדן", אך הב"ש (יא) חולק עליו וטוען: "ואינו נראה לי דהא שומרת יבם חולקים נמי היבם עם יורשיה ומ"מ היבם חייב בקבורה כמש"כ בסימן קס ומכל שכן הבעל כשהוא יורש נכסי מלוג, אפילו החצי, חייב הוא לבדו בהוצאות הקבורה וכן משמע בתשובת מהרי"ל".⁶

ניתן לומר שמחלוקתם תלויה בחקירה הני"ל. אם החיוב ד"זה תחת זה" יסודו תמורה, מובנת שיטת הח"מ, הואיל וחולקים בנדוניא יחלקו אף בהוצאות הקבורה. אך אם "זה תחת זה" ענינו נימוק לתקנה, ואינה תלויה, בהכרח, בתמורה ישירה, יש לומר שעל הבעל לקברה כי הוא יורש וכדעת הב"ש.

ה. שומרת יבם בזמן הזה

יש לדון על מי חובת קבורת שומרת יבם בזמן הזה. לפוסקים הסוברים שעל היבם לחלוץ ולא לייבם, האם יש לו זכות ירושה בנכסי שומרת יבם?

מהרי"ק בשרש צא, דן במקרה בו שומרת יבם מתה בשנה הראשונה לנישואיה. לאחר הבאת מחלוקת ב"ש וב"ה ומחלוקות הראשונים הני"ל, כותב המהרי"ק שאף לר"ית שסובר שיורשי הבעל יורשים נכסי צ"ב, כל זה

⁵ המכוון לתקנת ר"ית שאם לא הניחה האשה זרע, ומתה בשנה הראשונה לנישואין מחזיר הבעל כל הנדוניא ובשנה השניה מחזיר מחציתה (עפ"י תקנת שו"ם).

⁶ ע"י פת"ש סק"ה פוסקים הסוברים כח"מ ואחרים שנקטו כב"ש.

בימי חז"ל שהיתה אפשרות ליבם (אף למשנה אחרונה שמצות חליצה קודמת) וכן בזמן ר"ת שלא כפו על החליצה ואם שניהם רצו – ייבמו, אך בזה"ז שלא מאפשרים יבום אלא חליצה, אין הנכסים בחזקת יבם כלל אלא בחזקת יורשי האשה.

יוצא מדברי מהרי"ק, שקביעת היבם כירש באה משום שעומד הוא במקום הבעל ובזה"ז שאין מעמד כזה שוב אין טעם שיזכה בנכסים ואם מתה הכל ליורשיה.

אולם, מהרי"ק עצמו בשרש קב דן בשאלה האם כופין לחלוץ בזה"ז וכותב: "אבל היכא שהיא עשירה והיבם טוען שהנכסים בחזקתו מכח ירושת אחיו, אין בידינו לסלקו מירושת אחיו דממילא נפלה קמיה ונהי דלא שבקינן ליה ליבומי משום דחיישינן לשמא לא יתכוין לשם מצוה... מכל מקום אין כח בידינו להפקיע מירושתו ולכן נהגו לעשות פשרה...". לכאורה סתר מהרי"ק משנתו. ולקושיא זו רמז הב"ש (קס,יא).

השבות יעקב (א,כד) מנסה ליישב: נכסי צ"ב וירושתם הם של האשה (מהרי"ק שרש צא) כי שם השאלה מי זכאי לירש במות האשה ובזה"ז שכופין לחלוץ יורשי האשה יורשים. בשרש קב דן המהרי"ק בירושת הכתובה (כשהיבם חולץ מתחייב לתת הכתובה מנכסים שירש מאחיו) ובשעה שכופין לחלוץ ייתכן ואינו חייב בכתובתה כי הוא חפץ היה ליבם, ובעשירה מפשרים. השבות יעקב דחה חילוקו מפני דברי הסמ"ג שכלל כתובה ונכסי צ"ב יחדיו ומהרי"ק נשען בתשובתו על דברי הסמ"ג.

באופן אחר מיישב השבות יעקב: בשרש קב מיירי באשה לפנינו והוא רוצה ליבם ובכה"ג אין לנו כח להפקיע ירושתו, אך בשרש צא האשה כבר מתה, והיות ואינו עומד במקום הבעל אינו יורשה.

המתבר (קס,ז) פסק כרמב"ם בענין ירושת שומרת יבם והרמ"א פסק כר"ת וכנ"ל, והוסיף הרמ"א: "וי"א דכל נכסי צ"ב שלה הם בחזקת יורשי הבעל וכל זה במקום ובזמן שאין כופין לחלוץ אבל במקום ובזמן שכופין לחלוץ אם לא היתה ראויה להתייבם יש אומרים שאין הנכסים בחזקת יבם ולכך אם מתה אינו יורשה לדעת זה"ו וכדברי מהרי"ק בשרש צא. בסו"ס קסה הביא

רמ"א מנהג הקהילות לעשות פשרה ועיי ט"ז (קס, ח וקסה, ו) שהעיר דלדידן אין יורשי הבעל יורשים שומרת יבם כי אין בינינו כי אם חליצה.⁷

הבאר היטב (סו"ס קס) מביא תשובת כנה"ג שסובר שמהרי"ק מיירי שאינה ראויה ליבום מחמת הדין אבל כל שעומדת ליבום או לחליצה אע"ג דמצות חליצה קודמת, נכסים בחזקת יבם ודלא כרמ"א והט"ז. וכ"כ ערוה"ש (קס, כח) עפ"י התשב"ץ שפסק שבספק יבמה (ספק בן קיימא וכד') יורשי הבעל אינם מוציאים מיורשי האשה כי אין ספק מוציא מידי ודאי, ודייק ערוה"ש ל"ל טעמא ד'אין ספק' תיפוק ליה שאינה ראויה ליבום ויורשי הבעל לא יירשוה. ואולי י"ל שבזמן התשב"ץ נהגו ליבם (עיי מחבר ר"ס קסה), משא"כ למהרי"ק ולדעימיה כופין על החליצה.

⁷ בא"י בזה"ז קיימת תקנת הרבנות הראשית משנת תשי"י לפיה אין לייבם, ראה לשון התקנה ביבי"א (ז, אבה"ע יד) ואכמ"ל.

הרב מאיר ברקוביץ

שותה ושונה

ראשי הפרקים

- א. שותה ושונה – קושיית מהרי"ט
גלגול שבועה – מי המגלגל?
- ב. זכות תולה
- ג. מים שאיבדו סגולתם
 1. עדים במדינת הים
 2. יהיו לה עדים – הראויים להעיד?
 3. עדי טהרה
 - ד. בדיקת הבעל (כשהיא אנוסה)
השקאה שאינה מתירה האשה
 - ה. תשובה לענין מנוקה מעון
 - ו. חידושו של הזכר יצחק – היחס בין השבועה לבדיקת המים
 - ז. סתירה ללא קינוי
 - ח. תירוצים נוספים
 - ט. סיכום

א. שותה ושונה – קושיית מהרי"ט

הרמב"ם בסוף הלכות סוטה (ד, יז) פסק כשיטת ר"מ (משנה סוטה יח, א–ב) שמגלגלין עליה אף להבא (על מה היא אומרת אמן אמן – אמן שלא נטמאתי אמן שלא אטמא) והמים יבדוקה וע"ש בהשגות.

והנה בריש הלכות סוטה (א, יב) פסק הרמב"ם שאם שתתה ונמצאת טהורה, וחזר וקינא לה מאותו פלוני ונסתרה אינה שותה ואסורה עולמית ואם קינא לה מאחר חוזר ומשקה אותה. והמלי"מ (ד, יז וכן א, יב) ציין למהרי"ט (שו"ת חח"מ סו"ס קה) שהקשה, דא"כ למה שותה וחוזרת ושותה (כפי שפסק הרמב"ם סוטה א, יב) הרי היא בדוקה ועומדת לפנינו?

ובגמרא עצמה אין להקשות כן דיתכן ור"מ לא ס"ל דשותה ושונה, אך פסקי הרמב"ם צ"ע.¹

המהרי"ט² לא הציג זאת כקושיא אלא כראיה או הכרח לכך ש'אמן שלא אטמא' אינו מגוף השבועה של הסוטה אלא מכח גלגול שבועה,³ ולכן אם הבעל לא גלגל שבועה להבא שפיר משכחת לה שותה ושונה (ומכח זה רצה להוכיח שקיימת שבועה להבא אף בממונות, שכן גלגול שבועה ילפינן מסוטה). ובלשונו מהרי"ט:

"ומיהו יש ללמוד מדאשכחן בסוטה שמגלגלין עליה על העתיד דקי"ל בפרק ב' כר"מ דאמר אמן שלא נטמאתי אמן שלא אטמא דסוגיא דשמעתא כוותיה כדכתב הרמב"ם והראב"ד ז"ל בפרק ד' מה' סוטה. ואין לומר דהתם מריבויא דקרא נפ"ל ולא מדין גלגול, הא ליתא, דא"כ הא דקי"ל אשה שותה ושונה היכי משכחת לה הא משתייה קמבדקא, שהמים פקודים לכשתטמא ומערערין אותה, אלא ע"כ הכא מדין גלגול, **שהבעל יכול לגלגל עליה** להבא ומשכחת לה דשותה ושונה בשלא גלגל עליה, ועיקר גלגול שבועה מסוטה ילפינן כדאמרינן בספ"ק דקדושין".

¹ ועיי' ירושלמי סוטה ב,ה:

לא שהיה רבי מאיר אומר המים בודקין אותה למפרע תורת הקנאות תורת העולמים היא זו אין האשה שותה ושונה. ובאר החזון יחזקאל (השמטות ב,א ד"ה אמן), שאין כונת הירושלמי, שלרבי מאיר לא משכחת לה כלל שותה ושונה, אלא דלרבי מאיר דזאת תורת הקנאות דהמים בודקים עולמית משכחת לה שאינה שותה ושונה (דהיינו אם הבעל – לרמב"ם, או הכהן – לריטב"א, גלגל להבא ויתבאר לקמן) משא"כ לרבנן דר"מ דאין מגלגלין להבא לעולם משכחת לה דשותה ושונה. ואין מכאן סתירה לדברי הרמב"ם.

² נראה שהמנ"ח (מ' ססה) לא ראה דברי המהרי"ט בפנים, ולכן כתב על דברי מהרי"ט, שהקשה קושייתו על מנת לחדד התלמידים, דניתן ליישבה בנקל, דשפיר יש להשקותה במקרה שהבעל לא גלגל וכדברי מהרי"ט בעצמו.

³ כי אם נאמר שהשבועה לעתיד היא חלק מעצם השבעת הסוטה שוב אין ללמוד מכאן לגלגול על העתיד בשבועות ממון. יש להעיר מהירושלמי (הנוכח בהערה 1) "תורת הקנאות תורת העולמים היא זו אין האשה שותה ושונה" והרב אברמסקי (הע' הנ"ל) למד שיש כאן ילפותא לכך שהמים בודקים עולמית: "כיון דר"מ יליף מהא דכתיב בקרא סוף פ' סוטה 'זאת תורת הקנאות דהוה תורת העולמים' דשתייה זו שהוא משקה את הסוטה היא שתייה לכל הקנאות שיהיו לה לעולם, ממילא אין האשה שותה ושונה". ולפי הבנה זו בירושלמי (בניגוד להסבר הפני משה שם, ע"ש) יש מקום לומר שהשבועה לעתיד אינה באה בגלגול אלא חלק מעצם השבועה. אך אם כן תקשי מהירושלמי לרמב"ם, והרב אברמסקי, אע"פ שבאר כנ"ל לא נמנע מלהוסיף שאם לא גלגל אף לר"מ שותה ושונה, ולא הבנתי אם כן מה משמעות ילפותא זו (יותר מהדרשה מ'אמן אמן).

והנה זה לשון הרמב"ם (סוטה ד, יז) :

יש לבעל לגלגל עליה בשבועה שלא זינתה עם איש זה שקינא לה בו ולא עם איש אחר ושלא זינתה תחתיו משנתארסה קודם שתנשא ולא אחר שנשאת וכו' וכן יש לו לגלגל עליה בלהבא שלא תזנה תחתיו ושלא תזנה אחר שיחזירה אם יגרש ויחזיר, לפיכך כשתזנה להבא מים בודקין אותה ויארעו לה אותן המאורעות לכך נאמר אמן אמן, אמן מאיש זה אמן מאיש אחר, אמן נשואה אמן ארוסה, אמן לשעבר אמן להבא.

ובהגהות טורי אבן (מובא בליקוטים בר"מ מהדורת פרנקל) הקשה מדעתו הסתירה הנ"ל, ודייק ממה שכתב הרמב"ם 'יש לו לגלגל' ולא כתב 'ויכול לגלגל', דכך הוא הדין והמצוה, שיגלגל עליה כל מה שיכול. ולפי"ז א"א לתרץ כמהרי"ט, שסבר שרשאי הבעל לגלגל. ולטו"א כך היא המידה דעליו לגלגל כל מה שאפשר ודוחק לומר דמיירי שצריך לגלגל ולא נהג כראוי, ולהיכי תימצוי כזה בלבד נתחדש דין דשותה ושונה.⁴

⁴ נמצא שנחלקו מהרי"ט וטורי אבן כיצד ללמוד בלשון הרמב"ם 'יש לבעל', והמעין במקומות אחרים ברמב"ם יראה שפעמים לשון 'יש לו' פירושו רשאי ופעמים מצוה וחיוב:
ברכות ז, ב: ...ובשבת יש לו לבצוע פרוסה גדולה. ופירושו צריך (עיי' בשו"ע או"ח רעד, ב-מצוה לבצוע).
שבת יב, טו: ויש לו לטלטל בכל המרובע הזה (ד' על ד'), ופירושו רשאי.
תעניות א, ט: כשם שהצבור מתענים על צרתן כך היחיד מתענה על צרתו, כיצד הרי שהיה לו חולה או תועה במדבר או אסור בבית האסורין, יש לו להתענות עליו ולבקש רחמים בתפלתו. ופירושו צריך.
מגילה וחנוכה ג, ט: ימים שגומרין בהן את ההלל יש לו להפסיק בין פרק לפרק אבל באמצע הפרק לא יפסיק. ופירושו רשאי.
אישות ה, ו: מתנות שלא הורמו הרי הן כמי שהורמו, לפיכך ישראל שנפלו לו טבלים מבית אבי אמו כהן והפריש מהן תרומה ומעשרות הרי הן כתרומות ומעשרות שנפלו לו בירושה מאבי אמו ואם קידש בהן אשה הרי זו מקודשת, שאע"פ שאינן ראוין לו לאכילה יש לו למכרן למי שהן ראוין לו. ופירושו רשאי.
שם י, ג: יש לו לאדם לישא נשים רבות כאחת ביום אחד ומברך ברכת חתנים לכולן כאחת. ופירושו רשאי.
מעשה הקרבנות טז, יז: פירש ואמר הרי עלי להביא תודה ממעות מעשר שני ולחמה מן החולין יש לו להביא כמו שנדר, ואם הביא הכל מן החולין יצא. ופירושו רשאי (ע"ש בנו"כ ופשוט). ועיי' מקומות נוספים ברמב"ם.
וכבר דן בכגון זה בבאור הלכה ס"י רעא ד"ה מיד ברמב"ם שבת כט, יא ותפילה ג, ז (ולא ו, ד בכנדפס).

גלגול שבועה – מי המגלגל?

והנה בדין גלגול שבועה מצינו כמה שיטות בראשונים, מיהו המגלגל, ר"ל האם ב"ד פותחין הגלגולים (כשידוע להם שיש דין ודברים ביניהם בענין נוסף) או שרק אם בעל הדין תובע לכך מגלגלים:

(א) שיטת הרמב"ם שבי"ד מגלגלים שבועה רק על פי תביעת התובע וזה לשונו (טוען ונטען א,יב): "כל מי שנתחייב שבועה וכו' מגלגל עליו המשביע כל מה שירצה מדברים שאם יודה בהן יתחייב ממונ". וכך לכאורה ביחס לסוטה – ייש לבעל לגלגל.

(ב) הרא"ש בפ"ק דב"מ ס"י ד הסיק, מכך שילפינן שבועת ר' חייא קמייתא (העדאת עדים במקצת) מגלגול שבועה דע"א, דע"כ דבי"ד פותחים הגלגולים, "אלמא ב"ד פוסקין השבועה אע"פ שאין התובע טוען שיגלגל עליו לישיבע דומיא דהעדאת עדים והודאת פיו". וכן ס"ל לרא"ש ביחס לסוטה: "וכן בסוטה מגלגלין ממילא". נמצא שהכהן (אולי בית הדין) מגלגל ואינו תלוי בדעת הבעל.⁵

(ג) שיטה 'אמצעית' יש בדברי הריטב"א (קידושין כז,ב). בסוטה הכהן פותח הגלגולין ואילו בממונות משביעים רק אם בעל הדין תבע כן. ונימק שבכל ענין בעי תביעת בעל דבר, אלא שבאיסורים (גלגול שבועה בסוטה) כל ישראל חשיבי בעל דבר דכל ישראל ערבין זה לזה.

נמצא שלדעת הרמב"ם לעולם אין מגלגלים ללא תביעת התובע. לדעת הרא"ש בית דין פותחין בין בסוטה ובין בממונות והריטב"א מחלק בין ממונות לסוטה. עכ"פ לרא"ש ולריטב"א בסוטה הכהן הוא המשביע ויותר קשה לומר שדין שותה ושונה קיים רק למקרים בהם לא נהגו כדין. אלא דלרמב"ם שהכל תלוי בבעל שמא ניתן (במידה מסויימת וכנ"ל) להעמיד כן.

יעויין מנ"ח (מ' שסה) שהוסיף (בקומץ המנחה), דאף לשו"ע (ח"מ צד,א) דס"ל שבית הדין משביעים, מ"מ פשיטא ליה שאם התובע אינו רוצה שיגלגלו בודאי אין מגלגלין. ולאחר שהביא דברי הריטב"א, כתב שהרמב"ם פליג ואף לריטב"א אינה מצוה כי אם היתר לכהן, ועוד דאפילו לריטב"א אם הכהן לא גלגל, ההשקאה כשרה והגלגול אינו לעיכובא ואדרבא מדברי

⁵ וכן דעת הנמו"י, ואף הוכיח שבי"ד מגלגלין אע"פ שבעל הדין אינו תובע מכך שבסוטה אמרינן "אמן מאיש זה אמן מאיש אחר אע"פ שאין בעלה תובעה אלא מאיש זה שקינא לה שנסתרה עמו".

הריטב"א מוכח שצריך להשביעה בפירוש על הגלגולים ואם לאו אינה מושבעת עליהם.

וע"ע בשו"ת דברי מלכיאל (חלק שלישי סי' קנג) שנקט שהברירה ביד הבעל בגלגול השבועה בסוטה, ולמד כן מדברי הר"מ י"ש לבעל וכו" ודעתו הרמב"ם למד כן, מכך שבמס' קידושין יליף לגלגול שבועה מסוטה ולא אמרין דבסוטה הוי גזירת הכתוב ובכך יישב קושיית מהרי"ט וכנ"ל. בתוך דבריו, לאחר שציין שהברירה ביד הבעל, הוסיף: "וכמו שיכול למחול על קינויו⁶ כן יכול למחול על גלגול השבועה ולומר שעל פרט זה אינו חושדה". וכיו"ב כתב השפ"א במקום:

גם י"ל דמהני מחילת קינוי לענין טומאה דלהבא,⁷ וזה דוחק.

ב. זכות תולה

המל"מ (סוטה ד, יז) הפנה לספר קרבן חגיגה (אות פב) שם מהר"ם גלאנטי יישב קושיית המהרי"ט בכמה אופנים:⁸

קיי"ל דזכות תולה לסוטה ששתתה (סוטה כ, רמב"ם סוטה ג, כ), וי"ל דזכות שפיר תולה להשקאה קמייתא, אך אם יחזור וישקנה י"ל שהואיל והשם

⁶ אמנם יש להעיר דקיי"ל (רמב"ם סוטה א, ז) דמחילת בעל מהני לפני סתירה, אך לאחר סתירה אינו יכול למחול והכא אחר סתירה הוא. ועי' תוס' סנהדרין פח, א ד"ה קינויו מחול, שכתבו דקינויו מחול דוקא קודם שנמחקה המגילה אך אחר המחיקה אינו יכול למחול ודבריהם צ"ב דבסוטה כה מבואר דלאחר סתירה לא מהני מחילה, ועי' ירושלמי סנהדרין ה, ו בבאור דברי התוס' עי' באריכות בתשובת החיד"א יוסף אומץ סי' צט, ובדברי הירושלמי עי' אור שמח סוטה א, ו וצ"ל בדברי תוס' (כמבואר בירושלמי) דמחילה מועילה אף לאחר סתירה אך מ"מ אסורה עליו ושייכת מחילה למנוע השקאה, ולאחר מחיקה לא מהני מחילה אף שלא להשקותה. ועפ"י י"ל בנדון דידן דאף שהוא לאחר השקאה מהני מחילתו להבא (ולא תאסר, כמובן, ללא קינוי וסתירה נוספים), ואף על הגלגול מהני מחילה כל עוד אין הדבר מונע ההשקאה.

⁷ כיו"ב וביתר באור עי' כלי חמדה פ' נשא אות ו ד"ה ומה שיש לקיים, עמ' כה, והלאה.

⁸ בתחילת דבריו כתב שניתן היה לפרש שהמים בודקים לעתיד רק מאותו אדם שקינא לה, או לחילופין יש דין של שונה ושונה אם נתגרשה ונישאת לאדם אחר.

אמנם שתי אפשרויות אלו אינן מעלות ארוכה לדברי הרמב"ם, שכן הרמב"ם כתב שאם חזר וקינא לה מאותו אדם שכבר שתתה מחמתו פעם ראשונה, נאסרת עולמית, ואף כאן יש לשאול – הרי המים הראשונים אמורים לבדקה אף עתה, ואם היא לא נבדקה, לכאורה מוכח שהיא טהורה; ותירוצו השני נסתר מדברי הר"מ שכתב להדיא דשותה ושונה כשבעלה הראשון חזר וקינא לה מאיש אחר וצ"ע.

נמחק שנית "כמעט כמעט תאבד כמו רגע במצולות מבהילות ולא יהיה זכות שיתלה לה".

ז"א שאה"נ אף בלי השקאה נוספת המים הראשונים אכן יבדקוה, אך יש נפ"מ מהשקאה שניה. אמנם יש להעיר שלתירוץ זה נמצא שהשקאה שניה – כל עניינה למהר מיתתה ואין בה נפ"מ להתירה לבעלה (דאף בלי שתיה נוספת י"ל שמותרת לבעלה מחמת המים הראשונים, ואין להקשות דילמא זכות תולה לה, דא"כ כיצד מותרת לבעלה מיד אחרי ההשקאה הראשונה (ופשוט) וראה לקמן בענין השקאה שאינה מתירה האשה, שבפשוט לא מצינו השקאה אא"כ עניינה להתירה לבעלה.

באופן אחר כתב השפ"א בחידושיו במקום, וז"ל:

ולמ"ד זכות תולה י"ל דתלי בשעת השקאה לכן משקין לה שנית.

נראה שכונתו 'דתליא בשעת השקאה' שאם בשעת ההשקאה הראשונה היתה לה זכות שוב מים אלו (הראשונים) לא יבדקוה מחמת טומאה עתידית, ולכן בעינן השקאה נוספת.

ג. מים שאיבדו סגולתם

1. עדים במדינת הים

המל"מ (סוטה א, יד) דן באריכות בדינו של רב ששת, שכל שיש עדי טומאה אין המים בודקין אותה, האם מדובר בעדי טומאה על סתירה זו שמחמתה אמורה לשתות או כל עדי טומאה. בתוך דבריו הציע ליישב קושיית מהרי"ט באופן הבא:

"ואני הייתי רגיל לומר דמים אלו כל שנשתו כדין, שאם היה טומאה באותה סתירה היו בודקין אז יש להם כח שאף אם היתה טהורה באותו פעם אם חזרה ונטמאת היו בודקין אותה על הטומאה השניה אבל אם בפעם הראשונה נשתו שלא כדין כגון שהיו עדים באותה טומאה לפיכך לא בדקוה א"כ אפילו אם חזרה ונטמאה ובאותה טומאה לא היו עדים אין המים בודקין הטומאה השניה ולפיכך חוזר ומשקה אותה משום דאימור על הטומאה ששתתה פעם ראשונה היו עדים בדבר ולפיכך אזדא לה סגולת המים ולפיכך לא בדקוה אף מטומאה שניה".

ומוסיף המל"מ שפירוש זה יתכן רק אם נאמר, שעדי טומאה שמונעים בדיקה הם רק עדי טומאה על סתירה זו, דאל"ה כל שלא נבדקה בראשונה מטעם זה דאיכא עדי טומאה, מה תועלת בבדיקה שניה, ע"ש.

החת"ס בתשובה (אבה"ע ח"ב צו) הוסיף לבאר את דברי המל"מ: על אף שגזרה תורה שסוטה מותרת לבעלה אחרי קינוי וסתירה (לאחר ששתתה) אף שיתכן ויש עדי טומאה במדינת הים מ"מ אין לחוש לכך. וא"כ מדוע חוזר ומשקה? אלא הואיל ויש קינוי וסתירה חדשים רשאי לחזור ולהשקותה.⁹

הכלי חמדה (פ' נשא אות ו) תמה על המל"מ דמה ירויח בהשקאתה? אף אם תמצא טהורה בבדיקה כעת, יתכן ולא היתה טהורה בסתירה הראשונה ולא נבדקה כי היו עדי טומאה, אלא דאמרינן דזנות בעדים לא שכיחי (סוטה ו,א), א"כ מהיכי תיתי לחשוש לכך כעת. ואם רשאי הבעל לחשוש ומחמת זה לחזור ולהשקותה, מדוע תותר לו לאחר השקאה? והואיל וממילא אתה מתירה גם לאחר השקאה שניה מדוע להשקות? "וזה ודאי אין לומר דעכ"פ משקין אותה דילמא יתברר לן בבירור גמור דזינתה דהמים יבדקו אותה, זה אינו כיון דעל היתר לבעלה לא תועיל השקאה רק לאסור אותה באיסור ודאי ועל זה לא שייך השקאה ולא הותרה מחיקת השם וז"ב בעיניי". סברה זו כבר נזכרה לעיל, שהשקאה שלא תועיל להתיר האשה לבעלה (או מפני שבין כך ובין כך אסורה עליו, או כבנדו"ד שמ"מ מותרת – אם לא תבדק) אין בכה"ג השקאה (ועיין לקמן תחת הכותרת 'השקאה שאינה מתירה האשה').

2. 'היו לה עדים' – הראויים להעיד?

המל"מ הנ"ל העלה, שההלכה של רב ששת שהיו לה עדים במדינת הים אין המים בודקין היא רק אם העדים הם על טומאה בסתירה זו (דרק באופן זה משכחת לה שותה ושונה).

האור שמח (סוטה ג, כג ד"ה ומזה) דחה ראיתו וכתב, די"ל שעדים על כל זנות שלה מבטלים הבדיקה, ומשכחת לה דשותה ושונה (ומה תועלת בהשקאה נוספת אם היו עדי טומאה בעלמא?) כגון שמתו העדים לאחר השקאה ראשונה. השתיה הראשונה אכן לא בדקה, אך יש מקום להיותה שותה ושונה הואיל ויתכן ובראשונה היו עדים וכעת הם מתו.

ויש לעיין מדוע המל"מ לא סבר כדברי האו"ש.

⁹ יש לעיין אם בכה"ג שייכת מחלוקת התנאים אם מצוה או רשות לקנא.

וי"ל שהמל"מ אזיל לשיטתו וכפי שיתבאר: המים אינם בודקים סוטה שיש לה עדים במדינת הים. והנה בב"י (אבה"ע קעח) איתא דבשנים אומרים נטמאת ושנים אומרים לא נטמאת היו משקין אותה. ותמה התרומת הכרי (סי' לא ד"ה נקטינן, לאחר שכתב שמצא כן אף בדברי בעל המאור) הרי לצד זה שנטמאת ויש לה ב' עדים אין המים בודקין אותה, וא"כ כיצד ניתן להשקותה, ממנ"פ המים לא יבדקוה – או שהיא טהורה ואף אם נטמאה יש לפנינו כת המעידה שנטמאה, ומפני כת המכחישה (ויתכן ואינם דוברי אמת) נשקה אותה? ולמד מתוס' (יבמות קיז, ב ד"ה לא צריכא, בחלק הנמשך בקיח, א) שבתרי ותרי אינה שותה. ובשם אחיו מוהר"ר חיים ש"ן כתב: "ואחי אמר דהיכי דאיכא תרי ותרי המכחישים אלו את אלו גם רב ששת סובר דהמים בודקין אותה" ועל כך כתב: "ואין דבריו נוחים לי כיון דהיו עדים בעת הטומאה שוב אין המים בודקין אותה וכו'".

ז"א שלבעל תרומת הכרי ההלכה של רב ששת קיימת כשהיו עדים בשעת הטומאה ולאז דוקא כשקיימים עדים בשעת ההשקאה. ואולי הב"י ובעה"מ סוברים שעדים המונעים השקאה הם רק עדים שיכולים להעיד בזמן השקאה ועדותם תתקבל.¹⁰

כיו"ב עיי' מל"מ (סוטה ג, כג סוד"ה אבל הנראה), שהקשה לתוס' (ו, א ד"ה ושבאו לה עדים) דס"ל שאף ע"א מונע השקאה, צ"ב משבועות לב, א בענין שבועת העדות דהכל מודים בעד טומאה, ובתוס' בשבועות הקשו מדוע העד גרם הפסד כתובה בכך שכפר ונשבע שאינו יודע עדות, הרי יכול לטעון שאף בלי עדותו תשתה ותמות וממילא ייפטר הבעל מכתובתה (ותירצו דפעמים הרבה זכות תולה). והמל"מ הקשה דהלא הוא עד טומאה וממילא המים לא יבדקוה! ועיי' נו"ב (אבה"ע מהדו"ת קסא) ובאבנ"מ (קעח) שתרצו דלאחר שהעד כפר ונשבע שוב אינו יכול להעיד שנטמאה, וממילא אינו מעכב הבדיקה כדין מי שהיו לה עדים דשוב לא מיקרי שיש לה עד כיון שכעת אינו יכול להעיד (דהוי חוזר ומגיד). וצ"ל שהמל"מ סובר שהזמן הקובע לדינו של רב ששת הוא לא זמן ההשקאה אלא זמן הטומאה, וכל שבאותה שעה היה עד (או עדים, לחולקים על תוס') שוב המים לא יבדקוה. (וצ"ל שזו גזה"כ ולא מטעמא דכתיבנא לקמן, שכל שיכול להתברר לא חידשה תורה תורת בדיקה בהשקאה).

¹⁰ ע"ש בתרומת הכרי באריכות בענין תרי ותרי כמאן דאיתא או כמאן דליתא ואכמ"ל בזה.

מענה י"ל דהמל"מ לשיטתו, ולכן אף אם היו עדי טומאה בשעת סתירה ומתו לפני השקאה, המים לא יבדקו אותה. וכן משמע שנקט בעל תרומת הכרי הנ"ל, והאוי"ש סובר שהזמן הקובע הוא כשרות העדים בשעת ההשקאה וכל שמתו לפני השקאה המים בודקים אותה.¹¹

3. עדי טהרה

הכלי חמדה מציע יישוב אחר לקושיית מהרי"ט בדומה לתרוץ המל"מ אך באופן הפוך! איתא בברכות לא, ב שחנה אמרה אלך ואסתתר בפני אלקנה בעלי. ותמה הפנ"י חנה דנביאה היתה היאך רצתה לעבור על איסור דאורייתא דיחוד, והוסיף: "ואף אם תמצי לומר שהיתה מטמנת עדים אחורי הגדר בענין שאותן עדים היו יכולים להרגיש ולראות שלא נעשה דבר וע"י עדים אחרים שראו סתירה גמורה היה מקנא לה אלקנה בעלה, אלא דאפי"ה מאן יימר דבכה"ג בדקו מיא כי בשיש עדים שהיא טהורה ובודאי לא גריעי עידי טהרה מעידי טומאה דאמרינן בסוטה אפילו כשיש עדים במדינת הים לא בדקו לה מיא וממילא דלפי"ז לא שייך בכה"ג ונקתה ונזרעה" (ע"ש שהסיק שאמרה כן דרך טענה, אטו מיגרעה גרעה מפני צניעותה, דאילו לא היתה צנועה והיתה נסתרת היתה זוכה וכו').¹²

עכ"פ נמצאנו למדים מדברי הפנ"י שחידש מסברה, שאם יש עדי טהרה על הסתירה, המים מאבדים סגולתם ולא מתקיים וניקתה וכו'. מענה יש לומר שיש כאן עילה לחזור ולהשקות לאחר קינוי וסתירה נוספים, כי יתכן והמים הראשונים איבדו סגולתם – לא מפני עדי טומאה במדינת הים (וכדברי המל"מ) אלא להיפך בגלל עדי טהרה (כפנ"י) ולפי"ז שפיר לא תותר עד שלא תשתה, ואין השקאה שניה תלויה בחשש לזנות בעדים.

ד. בדיקת הבעל (כשהיא אנוסה)

בדברי השואל, המובאים בכלי חמדה (פי' נשא אות ו) מובא ישוב לקושיית מהרי"ט:

¹¹ העירוני מלשונו של רב ששת: סוטה שיש לה עדים במדינת הים וכו', ומדוע לא נקט סוטה שהיו לה עדים? וי"ל דפרט לנדון בפנים אין נפ"מ מהלכה זו כל שמתו העדים דלא ידענא בהו כלל, ולכן אמר רב ששת עדים במדינת הים, ונפ"מ אם יבואו אחר השקאה ויעידו.

¹² ע"ש בכלי חמדה ד"ה אמנם, שסבור שחידושו של הפנ"י תלוי במחלוקת תנאים, האם כשהאשה נמצאת טהורה, מ"מ עבדה איסורא בזה שנסתרה וגרמה למחיקת השם ולשבועה, ע"ש.

איתא בירושלמי (הובא במל"מ סופ"ב מסוטה) דאם המים בדקו את הבועל ולא אותה, אמרינן דהיה באונס, וא"כ בכה"ג אשת כהן תאסר. ולפי"ז משכחת לה שותה ושונה אם היה בעלה כהן. ומה שנמצאת טהורה אחרי שתיה ראשונה, ועתה חזר וקינא לה יתכן והמים לא בודקים אותה כעת כי היא היתה אנוסה "וזה ודאי אין סברא לומר דיבדקו את הבועל לעתיד היכא דאין בודקין אותה" ולכן שפיר יש צורך לחזור ולהשקותה, כי אם הבועל יבדק היא תאסר על בעלה. ובקיצור – יש תועלת בהשקאה שניה, כדי לבדוק את הבועל, שלא יבדק על סמך שתיה ראשונה שלה.

הכלי חמדה דחה תירוץ זה. במקום שידוע שלא זינתה ברצון, אלא ספק על זנות באונס בלבד אין משקין כלל. דלרמב"ם דס"ל ספיקא דאורייתא מהתורה לקולא וספק סוטה לחומרא משום דאיכא רגלים לדבר, בנדו"ד שהספק הוא רק ספק אנוסה, לאונס – אף לאחר קינוי וסתירה – אין רגלים לדבר ושוב הדר דינא דספיקא דאורייתא לקולא מהתורה. ואף לחולקים על הרמב"ם וס"ל סד"א לחומרא מהתורה, מ"מ זונה לכהן לא חשיב דבר שבערוה והואיל וע"א נאמן באיסורין ואפילו בעל דין עצמו נאמן, א"כ האשה עצמה נאמנת לומר שלא זינתה הואיל וע"י המים הראשונים נתברר שלא זינתה ברצון ועל ספק זנות באונס נאמנת.¹³ ולפי"ז לא שייך השקאה כלל.

עוד יש להעיר על דברי השואל הנ"ל, דמלבד דאין לחשוש לאונס (דאין לכך רגל"ד) ויש אמנם לדון אם נכנסה עמו למקום סתר ברצון אי חשיב אונס, מונח כאן חידוש נוסף. ממנ"פ – אם בעלה כהן כיצד זה סתם הרמב"ם דשותה ושונה, הרי דין זה (לתרוץ הנ"ל) שייך רק באשת כהן, ואם נאמר שכונתו דאף באשת ישראל נשקה על מנת לבדוק הבועל, נמצא ששייכת השקאה כשהנפ"מ היא לא להתיר האשה לבעלה אלא כדי לבדוק הבועל.¹⁴

¹³ ואפילו למקצת פוסקים שאשה אינה נאמנת באיסורין (עי' דברי אמת בענין זה) י"ל דהכא נאמנת כמו שנאמנת לכו"ע בעניני טומאת נידה וטהרתה, וכמו שנאמנת לעצמה נאמנת לבעלה (רמב"ן) ה"ה הכא.

¹⁴ וכעין הערה זו ע"י לעיל על תירוצו של המל"מ.

השקאה שאינה מתירה האשה

ע"י רש"י סוטה ו, ב (ד"ה שמת הוא), שבמת בעלה אינה שותה דאמאן בעינן למישריה.¹⁵ והקשה הרש"י דעדיין איכא נפ"מ טובא בהשקאה זו, דנפ"מ אי שריא ליבם¹⁶ ולאכילת תרומה, ולמשריא לבועל. מוכח א"כ מדברי רש"י, שעיקר יסוד ההשקאה הוא להתירה לבעל וכשלא תותר לו ע"י שתיית המים אין להשקותה כלל, וה"ה לכאורה לנדון דידן, שלפי הצעת השואל בכלי חמדה, כל מטרת ההשקאה היא לבדוק הבועל. וכן יש לומר בסברא עפ"י דברי חז"ל, שהותרה מחיקת השם להטיל שלום בין איש לאשתו, ולא למטרות אחרות.

אמנם ע"י רמב"ם בפרוש המשנה (ר"פ רביעי לדף כד, א), דתנן התם שאשת כהן שותה ומותרת. ובגמ' – פשיטא, מהו דתימא שאינה בפרשה דהיא לא נתפשה כתיב, קמ"ל. אך הרמב"ם כתב (ואולי כך היתה גירסתו בגמ') וז"ל (מהדורת הרב קאפח):

היה עולה בדעתינו שאשת ישראל אשר אם זנתה באונס מותרת לבעלה היא ששותה ותותר לבעלה, אבל אשת כהן אשר אם זנת באונס אסורה עליו היינו אומרים שאינה מותרת אחר ששתתה שמא באונס נבעלה ולפיכך נצולה אבל היא אסורה עליו, לפיכך השמיענו שהיא שותה ומותרת לבעלה.

מבואר שהו"א, עכ"פ, להשקות אשת כהן אף שלעולם לא תותר לו. הרי שיש השקאה אף ללא היתר האשה. ודוחק לומר שהיא גופא קמ"ל תנא, שההשקאה היא רק להתירה.

שו"ר מה שכתב בזה בספר יד המלך סוטה פ"א בבאור שיטת הרמב"ם, דמקנין משחוף, והקשו דאין ביאתו ביאה. ומאן לקבל התרוץ, דאע"פ שאינו אוסר בביאתו, שאני אחרי קינוי וסתירה דבקפידת הבעל תליא (וכבר האריך בכגון זה בשו"ת בית הלוי) ע"ש. ולכן ר"ל דאע"פ שלא תאסר לבעלה מחמת ביאת שחוף, מ"מ שפיר יש להשקותה, דבתרומה לא כתיב ישכבת זרע' אלא

¹⁵ הקשה הרש"י מדברי רש"י לקמן כד, א דבמתו בעליהן עד שלא שתו כתב רש"י דבעינן והביא האיש את אשתו, וצ"ב למה לי האי קרא ת"ל כדבריו כאן דאמאן בעינן למשריה, וצ"ע.

¹⁶ אמנם אי מצד להתירה ליבם יש להשיב דהואיל ובשעת נפילה היתה אסורה, אע"פ שאח"כ תמצא טהורה – למפרע, מ"מ בשעת נפילה היתה אסורה מדין ספק כודאי וכל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבוא עליה וכו'.

ובת כהן כי תהיה לאיש זר בלבד ושחוף בכלל. וא"כ י"ל דשייך להשקותה ותבדק אע"פ שמוותרת לבעלה! (ואם אכן נבעלה לשחוף יבואו בה המים!). ויצא לו חידוש לדינא דבזמן הזה, שאין השקאת מי סוטה נוהג, ואין נפקא מינה בקינוי וסתירה בזמן הזה רק לענין איסור לבד, אם קינא לה בזמן הזה משחוף ונסתרה עמו מותרת לבעלה, וסיים דצ"ע לדינא. נמצא שלשיטת יד המלך אכן שייך השקאה גם כשאין ענינה להתירה האשה לבעלה ודבריו מחודשים.¹⁷

ה. תשובה לענין מנוקה מעון

בעל הקרבן חגיגה מסתפק מה הדין באיש שאינו מנוקה מעון באופן שאין המים בודקין אותה, אם מהני תשובה להחשיבו מנוקה מעון, ואם כן א"ש, די"ל דמים ראשונים לא בדקה הואיל ולא היה מנוקה מעון ושוב לא יבדקה לעתיד ולכן שפיר חוזר ומשקה אותה. וסיים 'והדבר צריך מתוך'. יש להעיר, שלתירוץ זה האפשרות של הבעל לחזור ולהשקותה כרוך בהודאתו שלא היה מנוקה מעון (א"י"צ הודאת פיו אך זו המשמעות של שותה ושונה לאחר קינוי וסתירה נוספים).

באופן קצת שונה כתב הנצי"ב בחידושי מרומי שדה, שאם המים הראשונים נשתו כראוי ונמצאת טהורה אכן ראויים הם לבדקה אף בעתיד, אך אם אח"כ הבעל בא ביאה אסורה באופן שכעת אינו מנוקה מעון שוב בטל כח המים לבדקה. אלא דא"כ מה מהני שחוזר ומשקה דמים שניים לא יבדקה הואיל ואינו מנוקה מעון? לכך הוזקק הנצי"ב לומר שתשובה מהני להחשיבו מנוקה מעון.¹⁸

¹⁷ ועי' אור שמח (סוטה ג, כג) וז"ל: "והנה בירושלמי (שם ד, א) אמר טעמא דנשים האסורות לקיימן אין המים בודקין אותן, אמר ריב"ב כלום המים באין להתירה איש לאשתו, וזו כיון שכנסה אומרים לו הוצא, וכן איתא בבבלי (שבת קטז, א) ומדרשות, ומה לעשות שלום בין איש לאשתו אמרה תורה ימחק שמי על המים, וכאן שאף אם שתתה והיה תועלת בבדיקתה לידע מזה אם נטמאה, בכ"ז בכה"ג ידעינן רצון התורה דאין תועלת בקרבנה ושתיתה, דבכל גווי אף אם נאמר דהמים יבדקו אותה לא תהיה טהורה לבעלה, וא"כ הוה קדושת המנחה מעיקרא בטעות" (וע"ש מה שדן בכך האו"ש). ולכאורה ניכר מדבריו כפי שצויין בפנים מדברי רש"י, שאין השקאה שאין מטרתה להתיר האשה לבעלה.

¹⁸ עפ"י הנצי"ב מובן מדוע חשיב 'שותה ושונה', דהשקאה ראשונה כראוי היתה אלא שנתקלקלה עתה כשהוא אינו מנקה מעון, אך לקרבן חגיגה יש להעיר קצת מלשון 'שותה ושונה' דכל ההיכי תימצוי הוא כשלא היה מנוקה מעון מעיקרא נמצא שלא שתתה מעולם. וביותר, במה נחלקו תנאים אי שונה ושותה – בבעל אחד ושני בועלים – הרי מתברר שלא שתתה כלל?

עפ"י דרכו מרויח הנצי"ב ביאור בדברי הברייתא: "דתניא לא כשאמר ר"מ אמן שלא אטמא שאם תטמא המים בודקין מעכשיו, אלא כשתטמא המים מערערין אותה ובודקין אותה". וצ"ב היאך יעלה על הדעת שתבדק ותענש לפני העבירה. אך הנצי"ב באר לשיטתו: המים יבדקו בעתיד בהתאם למצב בעתיד (נפ"מ אם בעתיד הבעל לא יהיה מנוקה מעון) ולא בהתאם לזמן השתיה, ואם הבעל אינו מנוקה מעון מחמת עבירה שלאחר ההשקאה, שוב לא יבדקו המים בעתיד. ובפירושו זה לברייתא הנצי"ב הוא בר מזליה דהמני"ח (מי' שסו אות ו).¹⁹ וכיו"ב כבר כתב בספר קרבן חגיגה סי' פב.

אמנם בענין זה אי מהני תשובה להיות הבעל מנוקה מעון, כבר עלה ונסתפק המל"מ (סוטה ב, ח ד"ה ויש להסתפק), והוא סבור ד"ו(מלכד שהדברים לפי פשטן כך הם מורים (שלא מהני תשובה) ואף הביא ראיה לדבריו: דאיתא ביבמות (נח, א) ובקידושין (כז, ב) אהא דתניא 'אמן שלא שטייתי ארוסה' האי ארוסה היכי דמי וכו' אלא דקני לה כשהיא ארוסה ואיסתתרה וקמשקה לה כשהיא נשואה מי בדקי לה מיא והתניא ונקה האיש מעון בזמן שהאיש מנוקה מעון המים בודקין את אשתו וכו' (ובכה"ג אינו מנוקה מעון דבא עליה

¹⁹ ולהעיר מהירושלמי (ב, ה), הובא בתוס' יח, א ד"ה אמן) שם נאמר "אלא המים פקודים בה לכשתטמא המים בודקין אותה למפרע". ותיבת למפרע צ"ב לפי דברי הנצי"ב. (אלא שאף לפרוש קרבן העדה והפני משה, תיבה זו צ"ב). עוד צ"ב מדוע תוסי' הביאו כן מהירושלמי והרי הדברים מבוארים אף בבבלי (יח, ב) וכן העירו הקרן אורה והרש"ש ועי' שפי"א, אלא שהמעין בירושלמי יראה חילופי נוסחאות בפיסקה זו ואולי תוסי' לא באו לחדש אלא להורות גירסה נכונה בירושלמי (ולכך רמו קרבן העדה שעל גירסתו בירושלמי כתב "וכ"ה גירסת תוס'"). אך בספר תורת הקנאות העלה ארוכה לכל הני"ל. ורצה לומר שכונת הירושלמי 'למפרע' הוא שאם יש לה זכות דתולה לה ב' וגי' שנים, זכות זו תולה לה מעכשיו אע"פ שתטמא בעתיד וזה כונת הירושלמי 'למפרע', וא"ש שתוסי' הביאו מהירושלמי כי תיבת למפרע ליתא בבבלי. ובזה דחה דברי הגהות פורת יוסף שנתקשה כנצי"ב מהיכי תיתי שתבדק עכשיו על שם העתיד, ור"ל דהו"א שזכות תולה מעכשיו וקמ"ל שלא, ולדברי תורת הקנאות אדרבא מבואר בירושלמי להיפך, דבנקודה אחת נבדקת למפרע, שאם יש לה זכות תולה, זה מתחיל משעת השקאה ראשונה. (בעל הקרבן חגיגה (סו"ס פב ד"ה ובגליון כתוב עוד) כתב דהבבלי והירושלמי פליגי באופן הבדיקה להבא, דלירושלמי המים כפקדון ובודקים רק בעתיד ואילו לבבלי הבדיקה היא על פי שעת השתיה ונפ"מ כנ"ל אם בא ביאה אסורה בין השקאה לטומאה דידה, אלא שהדברים צ"ב עם לשון הירושלמי 'למפרע').

שו"ר שהנדון, בחלקו, כבר מופיע בראשונים. דבתוס' הרא"ש העיר, שאם לר"מ נבדקת כעת על העתיד 'היאך תטמא עוד' (נראה שאין זו קושיית הקרן אורה והרש"ש והמני"ח דאדם אינו נידון על שם העתיד, אלא מצד זה שבפועל אם תמות כעת לא תחטא כלל), ולכן באר שהו"א שהמים עושין רושם מזמן השתיה שאינה יולדת ואינה משבחת אף שכעת היא טהורה (ואולי כונתו דאף מתנוונה, דאל"ה יש עוד נשים שאינן יולדות), וקמ"ל שאין הדברים כן ועל חטא עתידי יבדקו רק בעתיד, ולפי"ז אין כאן מקור לדברי האחרונים הני"ל.

אחרי קינוי וסתירה). ואי נימא דמהני תשובה לוקמא בעשה תשובה לאחר שנודע לו שהיא נסתרה, אלא ע"כ דלא מהני תשובה.²⁰ ומכח ראייה זו דחה את נטיית בעל הקרבן חגיגה לומר דתשובה מועילה בנדו"ד.

על דברי המל"מ השיב רבי דוד פרדו בספרי דבי רב²¹ דאם קינא לה בעודה ארוסה ואיסתתרה ונכנסה לחופה, הרי כל כניסתה לחופה באיסור ובעמוד והוצא קאי, ולכן לא תועיל תשובה, אטו כהן שישא גרושה תועיל לו תשובה מבלי שיוציאנה?! ואין זה בעל תשובה עד שיגרשנה לתקן הנישואין שהיו באיסור וסיים 'דאכתי הא מילתא רפויה היא בידנו'.

ויש לעיין בדבריו, דאם נאמר שרשאי להשקותה, א"כ אין לראות בכך שאינו מגרשה חסרון בתשובתו.

באופן אחר דחה בעל התורת חסד (שו"ת אבה"ע ו,ו) את ראיית המל"מ, בטענה שיש לחלק בין תשובה על ביאה אסורה בעלמא לבין תשובה לאחר שבא עליה לאחר שנסתרה, דהואיל ואינו מנוקה מעון בהאי סוטה גופא שוב לא תועיל תשובה לענין זה. וביסס חילוק זה עפ"י הספרי, דעיקר ענין מנוקה מעון מכוון לעון זה המסויים באשה זו, ואילו לאינו מנוקה מעון שאר ביאות אסורות יליף לה בסוטה נז, ב מקרא אחרינא. ועוד הוסיף בסברא על פי הגמ' ביבמות צה, א, דבעל שמחל על השתיה אינו יכול לחזור בו ('אמר אין אני משקה'), וא"כ אם בא עליה לאחר קינוי וסתירה – דבר המבטל ההשקאה, אין לך מחילה גדולה מזו!

באופן אחר יש לדחות ראיית המל"מ. אף אם תשובה מועילה, י"ל דאם אירע הדבר (שאינו מנוקה מעון) לאחר קינוי וסתירה – משחלה כבר חובת השקאה – נמצא שבטל דין ההשקאה ושוב לא תועיל תשובה לענין שתיה זו כי אין בכח תשובה לחייב השקאה, והחיוב הראשון כבר בטל, וזהו נידון הסוגיא הנ"ל ביבמות וקידושין, משא"כ בציריחם של הקרבן חגיגה והנצי"ב בהם החזרה בתשובה קדמה לקינוי וסתירה וי"ל דשפיר מיקרי מנוקה מעון וחלה חובת השקאה.

²⁰ ואף דמייירי בשוגג כמבואר בתוס' שם ד"ה ונקה. אמנם ע"ש במל"מ לעיל מיניה בארוכה, ערוך לנר בסוגיין וישרש יעקב.

²¹ מהדורת מכון לב שמח עמ' ס. וע"ש שלא מצא בדברי הקרבן חגיגה נטייה אלא הסתפקות בלבד.

ו. חידושו של ה'זכר יצחק' – היחס בין השבועה לבדיקת המים

ע"י בספר נחל יצחק (צב לסעיף ב ד"ה וע"פ דברי הרא"ש) שיישב קושיית מהרי"ט כך :

שבועה לשעבר חמורה יותר משבועה להבא כי בשעה שנשבעים לשעבר כבר עוברים על איסור, משא"כ להבא, יתכן וסבור בשעת השבועה לקיימה. ולכן מצינו הסוברים בחו"מ לד,ה שבגין שבועה להבא לא נפסלים לעדות. ובדברי הרא"ש (גיטין פ"ד סי' ח) מצאנו שאף לסוברים שנעשה חשוד כשעבר על שבועה להבא, מ"מ שבועה להבא – אין ענשה מרובה כשבועה לשעבר. מעתה, כותב הנח"י, י"ל שחוזר ומשקה אותה כי השבועה דאמן שלא אטמא פחות חמורה משבועה שתשבע על העבר. וכיו"ב כתב בספר תורת הקנאות סוטה יח,ב.

והדברים צ"ב דסוכ"ס אמר ר' מאיר שהמים בודקין אף להבא (וכן קשה מדוע אם חזר וקינא לה מאותו אדם דאינה שונה, מדוע נאסרת עולמית?) ומה תועלת/צורך יש בהשקאה נוספת ע"מ להחמיר בשבועתה, סוכ"ס אם לא בדקה המים, מוכח לך שהיא טהורה?

ואולי ניתן להעמיס בדבריהם את חידושו של הזכר יצחק (כח אות ב) :

סוטה מותרת לבעלה אחרי שתיית המים, לא מפני בדיקת המים אלא מכח נאמנות האשה, אלא שלולי חידוש התורה היתה נאמנת בטענת ברי, ובקינאי וסתירה חידשה תורה שתהא נאמנת רק בשבועה. והרי זה דומה לדיני ממונות בכמה מקומות בהם בעל דין צריך שבועה לחזק טענתו כבמודה במקצת וכיו"ב, ולכן ילפינן גלגול שבועה מסוטה. אלא שבסוטה הוסיפה התורה שיהיה איום לשבועה ע"י דין ההשקאה, שאם תשקר תענש. לפי"ז מעיקר הדין היתה צריכה להיות מותרת לבעלה מיד לאחר השבועה (אף קודם השקאה) אלא שאילו התרנו מיד כשנשבעה אז ההשקאה לא היתה איום ולכן חובה להשקותה. ואם קודם מחיקת הפרשה מסרבת לשתות, מוכח לנו ששבועתה היתה בשקר. (ואם נשפכו המים, בעי כתיבה והשקאה אחרת, רמב"ם ד,יא, בשביל שחלה עליה דין התורה של השקאה). לפי"ז מיד לאחר השבועה נסתלק דין ספק כודאי אלא שאם לא תשתה תיאסר בשביל הספק שנוול לנו כעת מסרובה לשתות. ולכן אם ניתן להשקותה, כגון שנשפכו המים ואפשר לחזור ולכתוב פרשה וכו' שפיר חשיב ניתן לברר אך אם (בדיעבד) הקריבו מנחתה קודם השקאה מהני בדיעבד.

מעתה לפי"ז א"ש הא דשותה ושונה אף שמגלגלין להבא. אדם שנשבע לפרוע חובו, וכעת נתבע לפרוע החוב וטוען פרעתי באופן שנתחייב שבועה, האם לא נחזור ונשביעו בטענה שכבר נשבע, בשבועה להבא, שיפרע החוב? נאמנות בשבועה היא בשבועה לשעבר ולכן שפיר יחזור וישבע. לפי"ז אף שהמים בודקין גם להבא, וזו שבעלה חזר וקינא לה ולא ארע לה דבר – לכאורה – בדוקה ועומדת היא, מ"מ אינה מותרת לבעלה, כי ההיתר לבעלה הוא רק מכח נאמנותה בשבועה לשעבר ולכן חוזר ומשביעה (ומשקה אותה – לצורך האיום וכנ"ל).

וע"ע בסוטה יח, א כמה ספקות בענין ההשקאה והרמב"ם (ד, יא) פסק שלא ישקה ואם השקה כשר. והכס"מ כתב שמספק לא מחייבין אותה לחזור ולשתות. וצ"ע דאיך מותרת לבעלה מספק, הרי אחרי קינוי וסתירה נאסרת אא"כ תבדק ותמצא טהורה והכא ספק לן בכשרות הבדיקה (קושיית הקרן אורה והמנ"ח מ' ששה)²².

והזכר יצחק מיישב לשיטתו: האשה מותרת לבעלה מכח נאמנותה בשבועה. הצורך בהשקאה הוא רק מחמת "חובת ההשקאה שחלה עליה" ומספק אין לחייבה (וע"ש ראייה לדבריו מפסק הרמב"ם שמהני קרבן קודם השקאה).

כאמור, יתכן ולדברים אלו רמז הנחל יצחק.

ייתכן ונמצא סימוכין לשיטתו המחודשת של הזכר יצחק, בדברי הש"ך. יעויין חו"מ פז, כה: "טוען על חבירו: גזלתני או גנבת ממני, והוא כופר, אע"פ שלפי טענות התובע פסול לישבע, אפילו הכי נשבע לו. ודוקא שתבעו הממון, שעיקר התביעה הוא משום ממון, אבל אם עיקר התביעה הוא משום האיסור, אין משביעין".

ובסמ"ע שם ס"ק עח באר דאע"פ שמתביעת האיסור יש נפ"מ לענין ממון, אין משביעין. והש"ך (ס"ק נו) הוסיף כגון בהיא אומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתך, אך הדין עצמו הניח בצ"ע, דאדרבא באיסורא אמרינן בפ"ק

²² והרב שך באבי עזרי באר שיטת הרמב"ם כך: בדין סוטה (ספק) שאסרה התורה, יש חידוש דקי"ל דאין אוסרין על היחוד, אלא דחידשה תורה דלאחר קינוי וסתירה: (א) יש לפנינו ספק. (ב) ספק זה נידון כודאי (עי' גר"ח יבום וחליצה ו, ט). וראיה לכך מדין בעל שמחל על קינויו דמהני ויש מ"ד שמהני אפילו לאחר סתירה וע"כ שהאיסור נובע מקינוי וסתירה. וא"כ, באר האבי עזרי, לאחר ששתתה באופן שיש ספק אם נבדקה, בכה"ג לא חידשה תורה ספק כודאי ונשאר לנו ספק אם זינתה או לא ולכן מהני ברי שלה.

דקדושין גבי סוטה, אשכחן איסורא ממונא מנלן, וילפינן גלגול דממונא מאיסורא דסוטה.

ובן הנו"ב (בהג"ה בתוך תשובת אביו אבה"ע מהדו"ת עו) השיב על דברי הש"ך:

לא ידעתי תמיהתו, דהא שבועת סוטה אינה להאמין לה דהא שותה מים מאררים אחר השבועה, ואף דילפינן גלגול שבועה מסוטה, היינו דין חיוב שבועה, אבל להשביע משום איסורא לענין מאי נילף מסוטה כיון שגם בסוטה השבועה אינו מועיל להאמין לה וכו'.

אם נאמר שהש"ך סובר כזכר יצחק מסולקת הערת בן הנו"ב.²³

ז. סתירה ללא קינוי

מרכבת המשנה (סוטה א, יב) העלה תירוץ פשוט, וז"ל:

גם י"ל דאינו מגלגל עליה אלא סתירה שלא ע"י קינוי ובהכי ניחא הכל.

ר"ל הגלגול להבא אינו בודק אלא מאפשרות טומאה שלא במסגרת קינוי וסתירה אך במקום שניתן לבדוק ע"י השקאה (דהיינו אחרי קינוי וסתירה נוספים) לכך לא מהני הגלגול כלל. וניתן להסביר זאת בדומה להלכה שאם יש לה עדים (טומאה) במדינת הים המים לא היו בודקין אותה. ובטעמא דמילתא נאמר, שהואיל ויש אפשרות לדונה, שוב לא חידשה תורה בדיקת המים וה"ה לכאן. חידושו של רבי מאיר שמגלגלין להבא לא נאמר אלא במקום שיש צורך בבדיקה זו.

והיסוד הני"ל מבואר בלשון הר"מ (סוטה ג, כג): "באו עידי טומאה אחר ששתת הרי זו תצא בלא כתובה ואסורה לבעלה ואפילו לא אירע לה דבר מדברים האלו מפני שאין המים בודקין אלא מי שאין לה עדים **שמודיעין זנותה**". ובתוספת זו "שמודיעין זנותה" רמז לטעם הדין, שבדיקת המים

²³ וע"ש בדברי ההג"ה לעיל מינה: "ואין להקשות הא גבי סוטה משביעין אותה כדכתיב בקרא ואמרה האשה אמן, שבועה זו אינה כדי להאמין לה שלא זינתה אלא לאיים כדי שתודה מעצמה שזינתה ולא נצטרך למחוק את השם במים אבל אם לא הודית אין אנו מאמינין לה ומשקין אותה".

נועדה רק למקרה בו אין אפשרות אחרת לגלות מעשיה. וביתר שאת נתבארו הדברים בפרוש המשנה (סוטה א,ג):

אמרו ושבאו לה עדים שהיא טמאה... והטעם שלא פגעו בה מי המרים לפי שאין מי המרים פוגעים אלא במי שאין שום עדות שזנתה כלל, אבל אם היו שם עדים יודעים שזנתה ואפילו לא היו ידועים אינה נפגעת לפי שהעדים יספרו מעשיה ותתגרש וכו'.

אך לכאורה לא די בתרוץ זה. הרמב"ם (סוטה א,יב) פסק שבחזר וקינא לה מאותו אדם ונסתרה עמו, אסורה לבעלה לעולם וצ"ב מדוע נאסרת, הרי המים הראשונים לא בדקוה כעת ומוכח דטהורה היא? ובקה"י (סוטה סי' ד) העלה כנ"ל, והגדיר טעמא דמילתא כך:

נחלקו מהרי"ט ומהר"י באסן אם שייך (בממון) שבועה להבא. ולכאורה אין סברא להשביע להבא כי אין כאן שום טענה ותביעה. וצ"ב מה פשר הגלגול להבא בסוטה. ויש לומר שההיתר הניתן לה בעקבות ההשקאה הוא היתר על להבא ומכחה מחזיקים אותה בחזקת היתר וע"י זה עלול לבוא מכשול אם תזנה ולא ידע על כך (דכל זמן שהיא ספק סוטה אין חשש שיקיימנה אם תזנה אח"ז), לעומת שבועות ממון – אם הנתבע ייפטר כעת בשבועה, לא יוכשר ע"י כן לגנוב ממנו בעתיד, והואיל וזו תוצאה של השבועה וההשקאה שפיר י"ל שמשביעים אף להבא. וכל זה במקום שהבעל יכול לטעון שמחמת ההשקאה עלול להנזק אך במקרה שיש קינוי וסתירה ויכול לשוב ולהשקותה ממילא אין צורך להשען על הגלגול להבא וממילא לא חל ביחס לכך, כי לא ייגרם לכך מכשול מכך.

ח. תירוצים נוספים

א. מרכבת המשנה (סוטה א,יב) תרץ, שהרמב"ם בפרוש המשנה נמנע מלהכריע במחלוקת ר"מ ורבנן דמספקא ליה הלכה כמי ומה שפסק דמגלגלין, (ד,יז) מספק כתב כן (ע"ש היטב כס"מ ובהשגות), ומצד שני בשני בועלים שותה ושונה מספק דילמא לית הלכתא כר"מ.

ב. באופן אחר כתב בספר כרם נטע עמ"ס סוטה (יח,ב ד"ה תניא לא שבודקין) דפשוט הוא שמים בודקין רק באיש אחד ובבועל אחד, דבכל ענין אחר כבר כתב הרמב"ם דשותה ושונה. ולא הבנתי תירוץ, דעדיין תיקשי מראש דברי הרמב"ם (סוטה א,יב) מדוע אם חזר וקינא לה מאותו אדם ונסתרה עמו דנאסרת עולמית, הרי אם היא לא נבדקת כעת מוכח לן שלא נטמאה וצ"ע.

ג. האור שמח (טוען ונטען ב,ב) העלה אפשרות נוספת: י"ל ש'אמן שלא אטמא' מוסב על האלה בלבד ולא על השבועה. עפ"י זה מובן מדוע אין למדים מסוטה גלגול שבועה להבא (נ.ב. ע"י לעיל בענין זה), בפרט שאם 'שלא אטמא' הוי שבועה הרי זה נשבע לקיים המצוה ולא חלה שבועה (ע"י רמב"ם שבועות ה,יא ויז). וסיים וז"ל: "ולפ"ז יכול להיות דחוזר ומשקה אותה, משום דאימור זכות תלה על האלה לחודא, וכשיחזור וישקנה אז חלה השבועה ולא יתלה, דאין זכותה גדול, ומיושב קושית המהרימ"ט הובא במשנה למלך וכו'".

ט. סיכום

(בסיכום נתייחס לקושיית מהרי"ט וליישובו בלבד ולא לכל החקירות שנידונו בארוכה).

קושיית מהרי"ט: הרמב"ם פסק כר"מ דמגלגלין בסוטה 'שלא אטמא' ופסק ששותה ושונה, ולכאורה שתיה שניה היא מיותרת למשנת ר"מ?

הובאו כמה וכמה תירוצים:

א. באופן שלא גלגלו שבועה להבא. (או מפני שרשות לבעל לגלגל או שאף אם הכהן הוא המגלגל, לא עשה כן ואינו מעכב). (מהרי"ט, מנ"ח ועוד).

ב. זכות תולה. גם בלא השקאה שניה תבדק, אך חומר השקאה שניה יזרז הבדיקה. (קרובן חגיגה)

ג. יתכן והיו עדים (על טומאה) במדינת הים ולכן לא נבדקה בראשונה והמים כבר לא יבדקו, ולכן יש להשקותה שנית (או שהעדים הם על טומאה באותה סתירה, ואם עדי טומאה מונעים הבדיקה י"ל דילמא מתו). (מל"מ, או"ש)

ד. ייתכן ולא נבדקת כעת ע"י המים הראשונים כי היתה אנוסה (בסתירה שניה) ונפ"מ לאשת כהן, ואם ישקוה בשנית הבעל ייבדק. (השואל בכלי חמדה)

ה. האיש לא היה מנוקה מעון ולכן לא נבדקה בראשונה, ועבד תשובה והשקאה שניה תועיל. (קרובן חגיגה)

ו. בשתיה ראשונה היו עדים במדה"י שהיא טהורה ולכן המים אינם ראויים לבדיקה, ובעי (להבא) השקאה נוספת. (כלי חמדה)

- ז. שבועה לשעבר חמורה משבועה להבא ולכן יש לחזור ולהשביעה.
(נחל יצחק)
- ח. היתר האשה לבעלה אינו מבדיקת המים אלא מכח נאמנותה
בשבועה וההשקאה היא רק לאיום. (זכר יצחק)
- ט. בדיקה לעתיד מועילה רק למקומות בהם אין אפשרות של בדיקה
חדשה (טומאה ללא קינוי וסתירה) אך במקום קינוי וסתירה שפיר
יש לחזור ולהשקות. (מרכבת המשנה, קה"י)
- י. תירוצים נוספים ע"י בפרק ח.

קנין עבד כנעני

ראשי הפרקים

- א. קנין עבד כנעני
- ב. מאירי – טבילה יוצרת קנין
- ג. אמרי משה – קנין בשעת טבילה
- ד. קהילות יעקב – טבילה כקנין חזקה
- ה. נפ"מ בין קנין הגוף לקנין למעשה ידים
- ו. קנין הגוף לגוי בגוי
- ז. ספיקו של הכסף משנה
- ח. מלך ששבה – דינא דמלכותא דינא
- ט. שיטת הרמב"ם

עבד כנעני נקרא אחד מכל האומות שקנאו ישראל לעבדות, אלא שנתייחסו כל העבדים בשם כנען מפני שכנען נתקלל להיות עבד הוא וזרעו לעולם.

עבד כנעני חייב במצוות כאשר ודין זה חל רק לאחר קנין, מילה וטבילה.¹ ואם קנאו ולא מל ולא טבל הרי הוא גוי גמור ואין האדון יכול למסור לו שפחה כנענית, ונחשב כשורו וחמורו.

בתורה נאמר (ויקרא כה, מד): "ועבדך ואמתך אשר יהיו לך מאת הגויים אשר סביבותכם תקנו עבד ואמה" ומכאן שישנה אפשרות ויכולת לקנות עבד כנעני.

במאמר זה נעסוק אי"ה בקנינו של עבד כנעני ונדון האם נקנה גופו או שמא נקנה הוא למעשה ידים בלבד, ונפ"מ העולות מכח קנינים אלו.

א. קנין עבד כנעני

איתא ביבמות מה, ב – מו, א: אמר רב חמא בר גוריא אמר רב הלוקח עבד מן העובד כוכבים וקדם וטבל לשם בן חורין קנה עצמו בן חורין מאי טעמא עובד כוכבים גופא לא קני ליה. מאי דקני ליה הוא דמקני ליה לישראל, וכיון

¹ דעת הרמב"ן (יבמות מז, ב) שסדר הפעולות בגיור אינו מעכב, ואם קדמה טבילה למילה מהני, וה"ה לגירות עבד כנעני. וע"ע יבמות מו, א במעשה בבלוריא הגיורת שקמו עבדיה וטבלו לפניו ונעשו בני חורין וצ"ל שכבר מלו עצמם קודם (עפ"י מנ"ח שמו, א).

דקדם וטבל לשם בן חורין אפקעיה לשעבודיה כדרבא דאמר רבא הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שעבוד.

ובהמשך הגמ' אמר רב אויא לא שנו אלא בלוקח מן העובד כוכבים אבל עובד כוכבים גופיה קני. דכתיב 'וגם מבני התושבים הגרים עמכם מהם תקנו' אתם קונים מהם, ולא הם קונים מכם,² ולא הם קונים זה מזה. ולא הם קונים מכם למאי אילימא למעשה ידיו אטו עובד כוכבים לא קני ליה לישראל למעשה ידיו אלא לאו לגופיה, וקאמר רחמנא אתם קונים מהם אפילו גופיה. פריך רב אחא אימא בכספא ובטבילה קשיא.

מדברי הגמ' עולה שלדעת רב אדם שקנה עבד מן העכו"ם, קנאו למעשה ידיו ולא קנה את גופו ויכול העבד לטבול לשם בן חורין ומוציא עצמו מידי שעבוד והוסיף רב אויא דזה דוקא בקונה עבד מעכו"ם אבל הקונה עבד באופן ישיר ולא דרך עכו"ם אחר הרי הוא נקנה לישראל בקנין הגוף ואין לו יכולת להפקיע עצמו ולצאת בן חורין.

ודעת רב אחא היא, שדוקא בקנין כסף וטבילה אין יכולת לעבד להפקיע עצמו מידי שעבוד, אבל בנקנה בקנין כסף ללא טבילה אינו נקנה קנין הגוף ויכול להפקיע עצמו מידי עבדות.

לדברי רב דלעיל אדם שקנה עבד מגוי קונהו למעשה ידיו בלבד ללא קנין הגוף, עד שיטבילנו לשם עבדות ובזמן זה יכול העבד לטבול לשם בן חורין.

יש לשאול כיצד יש בכוחו של האדון להטבילו לשם עבדות, וכיצד יכול גם העבד לטבול לשם בן חורין ולהפקיע עצמו ועוד הרי מצאנו שע"ע גופו קנוי למעשה ידיו וא"כ גם שטבל העבד לשם בן חורין ונעשה בן חורין מדוע שיפקיע קנין של מעשה ידיו.³

רבינו אברהם מן ההר (בחדושי ליבמות מו, א) כותב וז"ל: וטעמא דמילתא דסתם מוכר עצמו מסלק עצמו מגופו ומקני גופו למאן דקני ליה, ומכי מכר

² עיין ב"ק קיג, ב גוי שקנה עבד עברי קנה את גופו א"כ ישנה יכולת לגוי לקנות גופו של אדם ותירצו הריטב"א ונמו"י שקנאו כמשכון והוה ליה כמלוה שיש עליו משכון ויש איסור ליטול משכונו והוי גזל וזו כוונת הגמ' שקנה גופו.

³ אפשר לתרץ שע"ע אע"פ שגופו קנוי למעשה ידיו אין קנינו פוקע כיון שיש בו גם קנין איסור ואולי זה דין מיוחד שהתורה גילתה בע"ע אבל לא מצאנו שישראל יהיה משועבד למעשה ידיו וא"כ כאשר הלך העבד וטבל לשם בן חורין הפקיע עצמו מקנין מעשה ידיו (ברכת אברהם יבמות מו, א).

עצמו לגוי הוה לן למימר שקנה גופו אי לאו דבהדיא אמרינן לא הם קונים זה את זה. ומשום דההיא דרשא לא קני ליה אלא למעשה ידיו וכי אתי ישראל וזבין ליה מגוי, כי מקני ליה הגוי זכותיה בכספא או בשטרא או בחזקה לא מצי לאקנויי אלא זכותיה וכו' ומכי מסתלק זכותיה דגוי מצי למכפיה ישראל לטבול לשם עבדות הואיל ומכר עצמו, דסתם מוכר עצמו מסלק עצמו מגופו ומשום הכי יש לו לעבד רשות לצאת בן חורין ורשות לאדון לכופו לטבול לשם עבדות, עכ"ל. הנראה מדבריו שהמוכר עצמו מקנה את גופו לקונה אלא שהקונה אינו קונה גופו מפאת גזירת הכתוב וא"כ כאשר מוכרו לישראל מקנה לו רק שעבוד גופו ובאותו זמן יכול להטבילו לשם עבדות מכיון שמצד העבד כבר נסתלק מגופו ומצד שני יכול העבד לטבול לשם בן חורין כי סוף כל סוף האדון טרם קנאו בקנין הגוף.

ב. מאירי – טבילה יוצרת קנין

ועיין במאירי (יבמות מו, א) שכתב וז"ל: "שגוי שקנה עבד קנאו למעשה ידיו אבל ישראל שקנה עבד מגוי לא קנאו (אלא)⁴ למעשה ידיו באותו קנין עד שיטבלנו לשם עבדות, באותה טבילה נתוסף לו עליו קנין הגוף שנעשה הענין כאילו כבשו במלחמה, "עכ"ל.

מדבריו עולה שבשעת הקנין קנאו הישראל למעשה ידיו ורק לאחר שמטבילו לשם עבדות נוסף עליו קנין גוף, משמע שהטבילה פועלת כמו אחד מדרכי הקנינים, ויש לשאול היכן מצאנו טבילה לשם עבדות שפועלת פעולת קנין (הערת האמרי משה).

ג. אמרי משה – קנין בשעת טבילה

בספר אמרי משה (כב, ח–ט) כתב שאדם שקנה עבד כנעני מגוי אינו יכול להטבילו בע"כ של העבד ובטבילה בע"כ אינו קונהו קנין הגוף, ואם קנה את העבד בקנין גוף מהני טבילתו בע"כ, כיון שיש לו כבר קנין הגוף בעבד ואז מהני טבילתו להוסיף עליו איסורא דעבדות. ולדבריו משמע שהטבילה אינה פועלת בצד הקניני אלא בצד האיסורי. בהמשך דבריו כתב שמדברי הראשונים משמע שגם בקנה מעכו"ם, שקנאו רק למעשה ידיו, מ"מ יכול להטבילו בע"כ.

⁴ בדברי המאירי ביבמות מו, א תיבת "אלא" ליתא, אבל בדבריו בגיטין לז, ב מופיעה מילה זו וניכר שכך הגירסה הנכונה.

וא"כ צריך להבין כיצד הטבילה פועלת פעולת קנין ועוד יש לברר דברי הגמ' ביבמות מו, א "אמר שמואל וצריך לתוקפו במים" וברמב"ם כתב "ולפיכך צריך לתוקפו במים עד שיעלה והוא תחת שעבודו". מהו השעבוד וכיצד הוא פועל?

מציע האמרי משה, שהטבילה אינה עושה קנין אלא שצריך קנין בשעת טבילה וכאשר תוקפו במים הרי זה קנין חזקה, שהעבד יעשה מלאכת רבו, וזו כוונת הרמב"ם 'שיעלה והוא תחת שעבודו'.

ומחדש שכנראה שזו גזירת הכתוב, שכאשר עושים קנין בשעת הטבילה, גוף העבד נקנה, ונהפך לעבד כנעני לכל דבר, אבל שלא בשעת טבילה לא מועיל מה שמחזיק בו בעל כרחו. ועדיין דברי האמרי משה צריכים ביאור מדוע שקנין חזקה בעל כרחו של העבד לא יועיל שלא בזמן הטבילה, ועוד אם ישנו צורך בקנין מדוע שלא יקנה בקנין אחר ומדברי הגמ' משמע שיש לתוקפו במים בדוקא.

ד. קהילות יעקב – טבילה כקנין חזקה

הטור בסימן רסז כתב: "מי שלקח אחד מכל הגויים לא שנא אם לקחו מישראל או מנכרי או שגנבו וכבשו להיות לו לעבד הרי הוא עבדו" וצריך להבין דבריו כיצד אדם שגונב גוי הופכו להיותו עבד כנעני, בשלמא בשביה קונהו נלמד מגזירת הכתוב "וישב ממנו שבי", אבל בגניבה מנלן? הב"ח מסביר שגם יחיד הכובש יש בו דין כיבוש מלחמה, שקונה בחזקה כמו דאמרינן בגיטין דשבאי קונה ומשמע אפילו בשעת שלום.

הקרבן אורה הקשה מדברי הגמ' ביבמות מו, א בעי רב פפא דיהבי זוזי אכרגא ומשתעבדא כי נפקי צריכי גיטא דחירותא או לא? (אותם אנשים הפורעים מס עבד האנשים שלא שלמו ובוה קונים אותם לעבדים האם צריכים גט לשחרור).

ושאל מדוע הגמ' מסתפקת האם צריכים גט שחרור תיפוק ליה שנחשבים עבדים כנענים מחמת שכבשום ומשתעבדים בהם ויקנו מדין כיבוש מלחמה.

מסביר הקהילות יעקב (יבמות לה) שקיים הבדל בין אם השבאי קנאו מתחילה בדין כיבוש שאז קנאו קנין גוף לבין מקרה שבו אדם קנה עבד למעשה ידיו (כגון במקרה של הגמ' שקנו אותם בתמורה ותשלום המס עבורם), שאינו יכול לקנותו אח"כ בקנין הגוף בזמן שמשעבד בהם ורוצה

לקנותם מדין כיבוש. וכה"ג מצאנו דבר זה במחנה אפרים הלכות שכירות סימן יג. המשכיר בית לחבירו ובתוך זמן השכירות מכר את הבית לשוכר ואע"פ שאמר לו לך חזק וקני אין השוכר קונה, שאין זו חזקה לקנות בו את הבית כיון שגם בלא קנין חזקה זה היה עושה כן, וא"כ פעולת קנין זו אינה מראה על בעלות בקניית הבית.⁵ לפי זה ישנה אפשרות להבין דברי הגמ' ביבמות מו, א: אמר רב הלוקח עבד מן הנכרי וקדם וטבל לשם בן חורין קנאו עצמו ב"ח מ"ט נכרי גופיא לא קני ומאי דקני הוא דמקני ליה.

נמצא שגם הישראל קנאו רק למעשה ידיו ובגמ' שם אמר שמואל וצריך לתוקפו במים ופרש"י לתת עליו עול מלאכה במים, כדי שתהא נראית כטבילת עבדות. א"כ יוצא איפוא, שע"י פעולת טבילה קנאו להיות עבד כנעני וקנה גופו.

ומדוע יכול לעשות זאת רק בשעת טבילה ולמה רק בצורה של טבילה ולא בצורת קניינית אחרת.

ולדברינו דלעיל מובן, שאם היה עושה מעשה חזקה כזה שכבר קודם לכן עשה פעולות כאלה מכח העבדות שבו, א"כ חזקה כזו לא מראה בעלות על העבד לקנותו. אבל טבילה לשם עבדות זו צורת קנין חדשה שלא היה עושה אותו קודם לכן, ובזה קונה. מדבריו משמע שהטבילה פעולה קניינית והיא אחת מדרכי קנין חזקה, ודווקא בקנין כזה קונהו בקנין הגוף כי צריך לפעול פעולה שקודם לכן לא עשאה.

ולפי זה אפשר להסביר דברי המאירי דלעיל, ששאלנו על דבריו כיצד הטבילה עושה קנין, והתשובה שזה קנין חזקה ודווקא בצורה כזו ולא בפעולת חזקה אחרת וכנ"ל.⁶

ה. נפ"מ בין קנין הגוף לקנין למעשה ידים

יש להבחין בין שני סוגי עבדים כנעניים: האחד – עבד כנעני החייב במצוות כאשה, והשני – עבד שגופו קנוי. חיוב המצוות חל רק לאחר קנין (הגוף) מילה וטבילה לשם עבדות, ואילו הקנוי לגופו ללא טבילה אינו חייב במצוות.

⁵ עיין במל"מ מכירה א, ח ובקצה"ח רטז, יב.

⁶ מדברי רש"י נראה שסיבת טבילת העבד כדי שלא יקפוץ ויטבול לשם בן חורין ואין צורך להטבילו בחזקה שאם העבד רוצה לטבול מרצונו להיות שם עבד זה אפשרי. אמנם מדברי המאירי שכתב שעצם הטבילה מוסיפה לו קנין הגוף ולפי דברינו הטבילה היא קנין החזקה א"כ צריך לעשות זאת בחזקה שמראה כלפיו בעלות האדון ורק ככה"ג קונהו.

נחלקו ראשונים בקנה עבד למעשה ידיו והטבילו בעל כרחו לשם עבדות (ובכך קנה גופו) האם התחייב העבד במצוות. לדעת רש"י חייב במצוות ולדעת הר"י אף שטבילה בע"כ מהני לקנות גופו, אך להפכו לעבד כנעני החייב במצוות בעי טבילה מדעתו (עי' ב"י יו"ד רסז, ג).

מדברי הראשונים נראה שיש כמה נ"מ בין עבד שנקנה בקנין גוף לבין עבד שנקנה למעשה ידיו בלבד.

א. קנאו למעשה ידיו אין הולדות של האדון ואין ידו כיד רבו. (מנ"ח שמו, ב).

ב. בקנאו למעשה ידיו יכול לשחררו אפילו במחילה ואין צורך בהקניה מה שאין כן בקנאו לגופו צריך קנין שחרור (ריטב"א רמב"ן).

ג. בקונה גופו יש בו את הדין לעולם בהם תעבודו (מנ"ח שמו).

ו. קנין הגוף לגוי בגוי

מדברי הגמ' ביבמות ובגיטין דלעיל משמע שאין אפשרות לגוי לקנות גוי בקנין הגוף אלא רק למעשה ידיו וזה נלמד מגזירת הכתוב. אמנם הגמ' גיטין לז, ב דנה בשבאי ששבה עבד מה דינו, האם יש יכולת בידו לקנות גופו או לא. ובגמ' – עבד שנשבה ופדאוהו אם לשום עבד – ישתעבד, אם לשום בן חורין – לא ישתעבד. ובגמ' שם: ממאן קני ליה? משבאי שבאי גופיה מי קני ליה אין קני ליה למעשה ידיו דאמר ר"ל מנין לעכו"ם שקנה עכו"ם למעשה ידיו שנאמר וגם מבני התושבים גרים עמכם מהם תקנו ואימא ה"מ בכספא אבל בחזקה לא קונהו אמר רב פפא עמון ומואב טיהרו בסיחון וכמו שקנו את ארצם בחזקה גופם נמי נקנה בחזקה (תוס').

מדברי הגמ' עולה שאף השבאי קונה את העבד למעשה ידיו בלבד ואף הישראל שפודהו קנאו למעשה ידיו.

המהרשד"ם (יו"ד קצד) כותב שיש לכאורה סתירה בדברי הש"ס. מסוגית הגמ' בגיטין לז, ב משמע שהשבאי קונהו למעשה ידיו, ואילו מהסוגיא ביבמות מו, א משמע שהגוי קונה גוי בקנין הגוף בחזקה דכיבוש מלחמה, במעשה דבי רב פפא דיהבי זוזי אאנשי לכרגיהו ומשעבדי בהו כי נפקי צריכה גיטא דחירותא או לא. ובמסקנת הגמ' מאן דלא יהיב כרגא משתעבד למאן דיהיב כרגא (דבי רב פפא שלמו מס עבור האנשים שלא שלמו את מס המלך וקנאום לעבדים וכדי לשחררם צריכים ליתן גט שחרור אלמא קנאום לגופם).

בראשונים מובאים כמה הסברים ליישב סתירה זו :

הרמב"ן (יבמות מו,א) מסביר את הסוגיא כך : כאשר דבי רב פפא שלמו מס עבור האנשים לא קנו אותם מידי המלך, שהרי היו קונים אותם למעשה ידים בלבד, אלא כאשר שלמו את המס האנשים הקנו את עצמם בתמורה עבור התשלום וא"כ דבי רב פפא קנו ישירות ולא דרך המלך, ומצאנו שישראל קנה גופו של עבד.

הריטב"א מסביר בדרך אחרת. לדעתו, המלך קונה אותם מדין כיבוש מלחמה ובקנין זה קונה את גופו, ודבי רב פפא קנה את גופם מהמלך. לפי זה משמע, שיש הבדל בין שבאי יחידי שקונה למעשה ידיו, לבין כיבוש מלחמה של מלך שקונה גופו של עבד.

תוס' ותוס' הרא"ש מסבירים שהמלך קונה אותם מדין דינא דמלכותא דינא ובקנין זה קונה גופם.⁷

מתבאר מדברי הראשונים (תוס', תוס' רא"ש וריטב"א) שיש אפשרות לגוי לקנות עבד בקנין הגוף, לעומתם יש סוברים (רמב"ן) שאף מלך ששבה אינו קונה קנין הגוף אלא למעשה ידיו בלבד.

מהרמב"ם (עבדים ט,ד) משמע שסובר כתוס' וז"ל : "מלך גוי שעשה מלחמה והביא שביה ומכרה... הרי הוא כעבד כנעני לכל דבר".

וכתב הכס"מ שנראה שמקורו של הרמב"ם מסוגיא דיבמות מו,א ושם כתבו התוס' מספקא ליה אי דינא דמלכותא דינא או לא פירוש אי אמרינן דינא דמלכותא קונה גופו של עבד או דלמא הכא נמי לא קני אלא למעשה ידיו וכיון שפשטו בגמ' שצריך גט חירות אלמא גופיה קנוי משום דינא דמלכותא, וזו כוונת החכם "הרי הוא כעבד כנעני לכל דבר".

⁷ ועיי' ישי"ש יבמות (פרק רביעי מג) ששאל על דברי הרא"ש, שאמר שהמלך קונה לגופו מפני שיד המלך תקיפה עליו להיות גופו מכור. ושאל הישי"ש : ותימה הוא למאי נפ"מ למלך אי גופו של עבד קנוי או קנוי לו למעשה ידיו. ולכן כתב, שצ"ל שספק הגמ' הוא, האם מעשיו של המלך נחשבים כקנין ונפ"מ לישראל שיקנה ממנו ומטבילו לשם עבדות דבעי גט שחרור או שנאמר שבכה"ג אינו נחשב קנין למלך ואין בו דין עבד אלא חוב בעלמא. לפי"ז מסקנת הגמ' שמעשיו של המלך כקנין מדין דינא דמלכותא, אלא שקונהו למעשה ידיו בלבד וכשקנאו ישראל ממנו ויטבילו, יזכה בו לגופו.

ז. ספיקו של הכסף משנה

ממשיך הכס"מ וכותב ומיהו יש לספוקי האם דין זה נאמר דווקא בישראל שקנה גוי בדינים אלו קונה גופו, אבל גוי שקנה גוי בדינים אלו לא קנה גופו, כמו שלמדנו בגיטין לח,ב ששבא קונה דווקא למעשה ידים, או דילמא אעפ"י שאין יכולת קנינית לגוי לקנות גופו של עבד, בכ"ז אם שבה אותו קנאו בדינא דמלכותא. ופירוש זה נראה יותר, אבל בתשובת הרשב"א נראה סובר כהסבר הראשון עכ"ל. דברי הרשב"א הובאו בתשובותיו סימן צ"ט וז"ל: "אבל העבד הישמעאלי איננו קנוי לרבו קנין גוף אלא קנין פירות, לפי שאין הגויים קונים זה מזה קנין הגוף עכ"ל והבין הכס"מ בדבריו שאפילו מלך ששובה אינו קונהו בקנין הגוף שגזירת הכתוב שאין קונים זה מזה אלא למעשה ידים.

וחולק עליו וסובר שגם גוי ששבה קונהו בקנין הגוף וכבר תמה הקרן אורה על דבריו שהרי מדברי הרשב"א יבמות מו,א משמע שמלך קונה בקנין הגוף בבאים לגור בארצו וכמי שלקחם במלחמה וכן הבין הב"ח בדעת הרשב"א.⁸

ובתשב"ץ ח"ב,כז הביא דברי הרשב"א וכתב שלא רק גוי נקנה למלך בקנין גוף אלא אף ישראל נקנה בקנין הגוף, וכמעשה דבי רב פפא שקנו את האנשים שלא שלמו מס וקנו אותם לגופם ושם משמע אנשים ישראלים.⁹

ועוד הוסיף לשאול הקרן אורה כך: לא הבנתי ספיקו של הכס"מ שלדבריו אין השבאי קונה גופו של עבד א"כ ה"ה שאין לישראל שקנאו ממנו קנין גוף דמאי דקני ליה מקני ליה. א"כ כיצד כותב הרמב"ם הנלקח ע"י מס מן הפחא או ע"י שבי במלחמה הרי הוא כעבד לכל דבריו.

⁸ נחלקו האחרונים בדעת הרשב"א ושאלו במקרה שנשבה ופדאוהו לשם בן חורין קודם יאוש חוזר לרבו ראשון ולא אמרינן שיזכה העבד במעשה ידיו שכבר היה קנוי לשבאי, כדחזינן שבפדאוהו לשם עבד משתעבד לשני כיון שקנאו למעשה ידיו והסביר הדבר אברהם (ח"א יא,ז) מוכח מהרשב"א ששבאי קונהו קנין הגוף אלא שקנין זה זמני בלבד לזמן הכיבוש וכשפסק הכיבוש פקע קנינו והדר לבעלים ראשונים וא"ש שבפדיה לשם עבד ממשיך את קנינו ובפודהו לשם בן חורין פקע הכיבוש וחזר לבעלים ראשונים. ובאמרי משה כגו, חולק וס"ל שקנין כיבוש קנין עולמית ומה שכותב הרשב"א שיש לשבאי קנין הגוף פירוש קנין גוף למעשה ידיו וא"כ קנין הגוף נשאר אצל רבו ראשון ולכן חוזר אל האדון.

⁹ עייש בתשב"ץ שתמה בזה על דברי הרשב"א שלא מצאנו שישראל קונה ישראל בקנין הגוף, ועין בריטבי"א שם בסוגיא שכתב במעשה דבי רב פפא היו ישראלים כהבנת הרשב"א.

מ"מ יש מקום לספיקו של הכס"מ אם מכר השבאי לעכו"ם אחר, האם קנאו קנין גוף אבל השבאי בעצמו פשיטא שיש לו קנין הגוף.

ועיין עוד במחנה אפרים (עבדים א) שהביא ספיקו של הכס"מ, וכתב להוכיח מדברי הרמב"ם שגוי קונה גוי בקנין הגוף, מזה שכתב "וכן הרשה לכל מי שירצה שילך ויגנוב וכו' הרי דיניו דין", ומסיים בדבריו "אבל ודאי שהשבאי שמוכרו לגוי אחר אין שום ספק שאינו יכול להקנותו קנין הגוף".

מדברי הקרן אורה דלעיל במקרה כזה יש מקום להסתפק האם גוי יכול לקנות מגוי אחר קנין הגוף, ולדעת המחנה אפרים ברור שאין מקום לספק זה ואין באפשרות לקנותו בקנין הגוף.

על שאלת הקרן אורה דלעיל שהוכיח שהשבאי קונה קנין הגוף, דאל"כ כיצד יכול לקנות לישראל הרי מאי דקני ליה מקני ליה וכיצד הישראל קונהו לגופו יש להעיר מדברי המאירי יבמות מו, א וז"ל ובקנאו מן השבאי כבר ביארנו שישראל קונהו קנין הגוף אע"פ שהשבאי אינו קונה אלא למעשה ידיו שמן הדין קונהו אף לגופו אלא שאין קנינו חזק כ"כ וכשישראל קונהו ממנו קונהו על הדרך שהיה השבאי קונהו מן הדין עכ"ל.

מדברי המאירי עולה שישנה אפשרות שהשבאי קונהו למעשה ידיו, ובכ"ז הישראל שקונהו ממנו, קונה קנין הגוף ודלא כהבנת הקרן אורה. אבל עדיין צריך הסבר לדברי המאירי, שהרי דין זה נאמר בגמ' דמאי דקני העכו"ם מקני ליה לישראל וכיצד במקרה של השבאי יכול להקנות לו קנין הגוף.

המאירי בגיטין לו, ב מרחיב יותר בדבריו וכותב כך וז"ל אעפ"י שהשבאי לא קנאו אלא למעשה ידיו כמו שיתבאר מ"מ הואיל וכשנתייאש רבו ראשון ברשות שבאי היה, לא פקע מכל וכל, ועדיין אויר שתי רשויות שולט בו שמן הדין שבאי היה קונהו אף לגופו אלא שאין כח בגוי לקנות קניה חזקה כ"כ ושכנס מרשותו לרשות ישראל חזר לענינו ונתרוקנה רשות בעלים ראשונים לבעלים שניים עכ"ל.

ובספר בית יחזקאל (עמ"ס גיטין טז, ב) כתב להסביר דברי המאירי שמן הדין השבאי היה קונהו לגופו, לכן עד כמה שהוא קונה ג"כ בקנין הגוף לעכב זכיית העבד בעצמו, וא"כ גם כשאינו קונהו, לפחות מעכבו מלזכות וכיון שמכרו לישראל חזר להיות המצב הקודם של קנין הגוף.

ח. מלך ששבה – דינא דמלכותא דינא

מדברי הראשונים שהוזכרו לעיל (תוס' ותוס' הרא"ש וכן סבר הכס"מ בדעת הרמב"ם) יוצא, שמלך ששבה קונה גופו של עבד מדין דינא דמלכותא דינא.

שאל הקרן אורה היכן מצאנו שקנין חזקה עדיף על קנין כסף, כמו שקנין כסף אינו קונה לגוי אלא למעשה ידיו הי"ה בקנין חזקה. ע"כ צ"ל שקנין דינא דמלכותא דינא אינו קונה מדין חזקה אלא שזה קנין נפרד ויש בכוחו לקנות יותר מקנין כסף.

וכן הבין הרב שך בדעת הרמב"ם (אבי עזרי עבדים ח,טו) בבואו ליישב סתירה בדברי הרמב"ם: הרמב"ם כתב (ח,טו) "עבד שנשבה אם נתיאש ממנו רבו ראשון כל הפודה אותו לשם עבד ישתעבד והרי הוא שלו". ואילו בפרק ט ה"ד כתב "מלך עכו"ם שעשה מלחמה והביא שביה ומכרה וכן אם הרשה לכל מי שירצה שילך ויגנוב מאומה שהיא עושה עמו מלחמה יביא וימכור לעצמו וכן אם היו דיניו שכל מי שלא יתן מס ימכר... הרי דיניו דין ועבד הנלקח כדינים אלו הרי הוא כעבד כנעני לכל דבר" עכ"ל.

יוצא מדבריו שבפ"ח נהפך להיות עבדו בקנין הגוף דווקא אם נתיאש ממנו רבו הראשון אבל בפ"ט כותב שהעבד הנלקח נחשב עבד לכל דבר גם ללא יאוש הבעלים הראשונים (שם לא שייך בו יאוש), וכיצד קונהו.

ותירץ שבשבאי (פ"ח) קונהו מדין כיבוש מלחמה ולכן שם יש צורך ביאוש בעלים כדי לזכות בו בקנין הגוף מה שאין כן במלך ששבה קונהו מדין דינא דמלכותא דינא ואין צורך בקנין זה ביאוש בעלים.

מדבריו רואים את ההבדל בין שני סוגי הקנינים בין קנין כיבוש מלחמה שכנראה פועל מדין חזקה לבין קנין דינא דמלכותא דינא שהוא קנין אחר.

בדבר אברהם (ח"א,ו) מסביר כיצד פועל קנין זה, ורצה לתלות דבר זה במחלוקת ראשונים.

לדעת הרשב"א והריטב"א המלך ששובה קונה העבדים לגופם וז"ל הריטב"א (יבמות מו,א): "שכן זכה בהם ברעש הארץ וקונה ישראל במלחמה", וכ"כ הרשב"א כלשונו: ע"מ כן באו לגור בארצו ובאלו לקחים במלחמה שיש להם בהם קנין הגוף דכתיב "וישב ממנו שבי".

אך בדברי רבינו יונה (מובא בשטמ"ק ב"ב נד,ב) משמע שדינא דמלכותא דינא יוצר הפקעה של הממון כדין הפקר ב"ד הפקר ומי שירוד ורוצה לזכות בו צריך לקנותם בחזקה וכל עוד שלא החזיק בהם לא זכה.

לדברינו לעיל שדינא דמלכותא עדיף על קנין חזקה ויש בכוחו לקנות גופו של עבד, אפשר לתלות זאת במחלוקת הראשונים בגדר דינא דמלכותא. לדעת הרשב"א והריטב"א שהקנין פועל וקונה ישירות גופו של העבד אכן עדיף קנין זה על פני קנין חזקה או כסף, המועילים למעשה ידים בלבד, אך לרבינו יונה שסובר שדינא דמלכותא יוצר הפקעה כעין הפקר וצריך לקנות העבד בקנין נוסף, אין בכח החזקה להוסיף קנין, אלא לקנותו למעשה ידיו בלבד.

ט. שיטת הרמב"ם

הרמב"ם (עבדים ט,ה) פסק: "גוי שקנה גוי לעבדות לא קנה גופו ואין לו בו אלא מעשה ידיו אעפ"כ אם מכרו לישראל הרי גופו קנוי". לכאורה דברי הרמב"ם סותרים דברי הגמ' יבמות מו,א שכתוב שם שגוי מקנה לישראל רק מה שקנוי לו, וכיון שקנה רק למעשה ידים א"כ כשמכרו לישראל מוכר לו מעשה ידים, וכיצד פוסק הרמב"ם שקונהו קנין הגוף.

ועוד, הרי בדברי הרמב"ם עצמו ישנה סתירה שפסק (ח,ט) "הלוקח עבד מן הגוי וקדם העבד וטבל בפני רבו לשם בן חורין יצא לחירות ושלא בפני רבו צריך לפרש לפיכך צריך רבו לתוקפו במים". מדבריו יוצא שבקניית עבד מגוי יכול העבד לטבול לשם בן חורין משמע שאין גופו קנוי, וא"כ כיצד פסק לעיל שגופו קנוי.

הכס"מ מסביר בדעת הרמב"ם שישראל שקונה עבד מגוי קונהו למעשה ידיו ומה שפסק שקנה גופו של עבד מיירי לאחר טבילה לשם עבדות (אבל קנה את העבד ישירות קנאו בקנין הגוף). הלח"מ (ספ"ח) כתב שלדעת הרמב"ם בין אם קנה ישירות את העבד בן אם קנה מעכו"ם אינו קונה גופו של עבד וקונהו רק לאחר טבילה, ופסק כדברי רב אחא בגמ' ששאל "ואימא בכספא ובטבילה" וכוונתו שזה צורת קנין עבד.

והביא ראיה לדבריו מהרמב"ם עבדים ט,ב שפסק "אחד הקונה עבד כנעני מישראל, גוי מגר תושב או מן הגוי שהוא כיבוש תחת ידינו או מאחד משאר האומות וכן גר תושב או הגוי שהוא כיבוש תחת ידינו או אחד משאר האומות יש לו את עצמו לישראל לעבד והרי הוא כעבד כנעני לכל דבר". ודייק הלח"מ בדבריו שאין הבדל בין אם קונה עבד מגוי לבין קונה את עצמו

שלשניהם דין אחד, והוא שכדי לקנות גופו צריך קנין וטבילה ומה שפסק הרמב"ם בפ"ט ה"ה שקנה מגוי קנה גופו זה כפירוש הכס"מ שמיירי לאחר טבילה.

ותמה הקרן אורה על פירושים שמדברי הרמב"ם לא משמע שהיתה טבילה אלא קונהו בקנין הגוף ללא טבילה.

וכתב ליישב דברי הרמב"ם כך: מכירת העבד תלויה ברצונו וכוונתו בזמן שהעבד רוצה למכור עצמו בקנין הגוף, גם אם נמכר לגוי ומשם לישראל נקנה גופו, ובזמן שמסכים למכירה רק למעשה ידיו, גם אם קונה גופו של עבד אין קונהו בקנין הגוף.

לפי זה, מה שהרמב"ם כתב שקנה הישראל מגוי עבד שקנאו בקנין הגוף מיירי שהעבד מסכים למכירה ולכן גופו קנוי.

ויש להעיר על פירושו שהרי בגמ' כתוב שגוי יכול להקנות לישראל רק מה שיש בידו בקנין ולדבריו נוצר מצב שהיתה הסכמה של העבד למכור לגופו וכאשר קנאו הגוי, קנאו רק למעשה ידיו מגזירת הכתוב ולאחר שמכרו לישראל נקנה בקנין הגוף.¹⁰

ואולי יש ליישב עפ"י דברי בעל חלקת יואב (מהדורא תנינא סימן ח) שרצה להסביר את דברי הרמב"ם כך: בפ"ט מדובר בישראל שקנה עבד מעכו"ם והעכו"ם קנאו מהמלכות בזה אמרינן שישראל קונהו בקנין גוף משא"כ בפ"ח מיירי שהעכו"ם מכר עצמו מדעתו לעכו"ם ואח"כ הישראל קנאו ממנו. ועדיין יש לשאול מהו ההבדל הרי מאי דקני ליה מקני ליה, עוד יש לשאול מהו ההבדל הבסיסי בין איכות הקנין של גוי שקונהו למעשה ידים לבן קנינו של ישראל שיכול לקנותו בקנין הגוף.¹¹ והטעם לכך עפ"י דברי הגמ' בנוזר סא,א דאמרינן התם שנכרי יורש את אביו, מ"מ ירושת עבדים אין להם וזה נדרש מהפסוק "והתנחלתם אותם לבניכם" בישראל כתוב ולא בעכו"ם ולכן קנינו של עכו"ם למעשה ידים בלבד שאין בכוחו להוריש לבניו, וא"כ מדוע

¹⁰ בעצם זו שאלת הקרן אורה שהקשה על דברי המאירי.

¹¹ עיי בגרי"ז בכורות ג,א שמעשה הקנין של עכו"ם למעשה ידים וקנין הגוף של ישראל לדעת הרמב"ם אינם שני סוגי קנינים אלא הכל אחד, אלא שכאשר ישראל קונה מהני לקנות גופו של הנכרי ואילו כשגוי עושה אותו קנין מהני לזכות במעשה ידיו בלבד. וכך כונת הרמב"ם (ח,ט): עבד שנשבה אם נתיאש ממנו רבו ראשון כל הפודה אותו לשם עבד ישתעבד בו והרי הוא שלו. משמע שקונהו קנין הגוף. והרי השבאי קנאו רק למעשה ידיו? אלא שאותו קנין שהשבאי עשה שמועיל למעשה ידים, לישראל מהני לקנותו קנין הגוף.

שישראל קונהו אינו קונהו לגופו? י"ל עפ"י דברי הרשב"א (ח"ד סימן קנ) דבמוכר שדהו בזמן היובל אפילו אם בטל היובל אח"כ צריך הלוקח להחזיר את השדה, כיון שדעת המוכר ואף הקונה בשעת מכירה לא היתה למכור, אלא מכירה זמנית עד היובל, א"כ ה"ה בעכו"ם שמוכר עצמו לעכו"ם אחר שמתכוון למכור מכירה זמנית עד שימות האדון, וכן האדון נתכוין לקנותו לזמן מוגבל, כיון שידעו מראש שאין האדון יכול להוריש לבנו, וכיון שכך שייך למימר מאי דקני יכול להורישו ומ"מ הישראל שקונהו קנה בקנין הגוף שהרי אין דעת העכו"ם בדין המלכות.

ולפי דבריו אפשר לחדש ולומר שאם העבד מסכים להמכר לצמיתות וזו היתה כוונתו ורצונו, א"כ כאשר הגוי מוכרו לישראל אפשר שיקנה גופו ואין יכול העבד לטעון שנמכר לזמן מוגבל ובזה לא אמרינן מאי דקני מקני ליה, ולפי זה מיושב דברי הקרן אורה דלעיל.

השאלת רכב עם משאבה שאינה תקינה

אדם שאל רכב מחבירו על מנת לנסוע משדרות לאשקלון. בדרך חזור, המנוע התחמם, הרכב נעצר ונגרר למוסך. שם התברר שהמנוע אינו ניתן לתיקון. מצב זה נגרם מקלקול במשאבת המים.

עוד התברר, שהקלקול היה לפני ההשאלה. (בעל הרכב נזכר שהחימום הפנימי ברכב לא עבד כבר כמה ימים, לדברי בעל המוסך הדבר מעיד על קלקול במשאבה ולכן לא היו מים במערכת החימום).

בירור הדין

נחלק את הבירור לשלש נקודות, שתיים לפטור ואחת לחיוב:

נימוקים לפטור:

א) **מתה מחמת מלאכה** – יש לפנינו שואל שהשתמש ברכב כדרכו והרכב "מת" תוך כדי שימוש. לכאורה הדין הוא פשוט – שואל פטור במתה מחמת מלאכה. מקור הדין הוא במסכת בבא מציעא (צו, ב) "אמר רבא: לא מיבעיא כחש בשר מחמת מלאכה דפטור, אלא אפילו מתה מחמת מלאכה – נמי פטור. דאמר ליה: לאו לאוקמא בכילתא שאילתה".

יש לפנינו סברא, אומר השואל – אני לקחתי את הפרה להשתמש בה ולא להעמיד אותה ברפת. כוונת הדברים, היות והמשאיל יודע שצפוי בלאי בעצם השימוש ובכל זאת הוא נותן, אם כן נתינת הרשות כוללת בחובה מחילה על הבלאי. רבא הוסיף, שאף מתה מחמת מלאכה זה סוג מסויים של 'בלאי', על כך ישנה מחילה מהמשאיל. הנהג אמנם נחשב למזיק בידיים אך ניתן לפטור מחמת רשות הבעלים. אדם שקיבל רשות לשבת על ספסל ומחמת כובדו הספסל נשבר, פטור מטעם מתה מחמת מלאכה (חוי"מ שסא).

המשאיל ידע כי ישנו סיכון שהפרה תמות ובכל זאת נתן, מסתבר שגם על כך הוא מחל.¹

¹ כך כתב הרשב"א: "ני"ל דהיינו עיקר טעמיה דרבא דודאי מאן דמשאיל פרה לחבירו למלאכה מידע ידע דעבידא לאכחושי בבשרא דלאו לאוקמה בכילתא שאלה, ואפי"ה לא שם ליה מעיקרא בכחשא, וכיון דלאו בכחש קפיד אף במתה מחמת מלאכה נמי לא קפיד, דמה לי קטלה כולה מ"ל קטלה פלגא".

בעל הרכב מודע לאפשרות שרכבו יינזק ובכל זאת משאיל אותו, סימן שמחל על כל תביעת נזק הנגרם בעקבות שימוש ראוי.

אפשרות נוספת להסבר דברי רבא מובאת ברמב"ן במקום: "שואל ודאי חייב באונסין אבל לא בפשיעה דמשאיל, וכאן **משאיל פשע** בה שהשאילה למלאכה והיא אינה יכולה לסבול אותה". כאשר הפרה לא עומדת בעומס, סימן שהבעלים/המשאיל טעה בהערכת היכולת שלה והם גרמו לעצמם הפסד. נחזור למקרה שלנו – סברא זו ודאי קיימת – המשאיל נתן רכב שאינו מסוגל לשמש לנסיעה, משאבת המים שבו אינה תקינה!

נראה שאף לשון הרמב"ן "פשיעת המשאיל" אינה מתפרשת כפשיעה במכוון אלא שלאחר שהבהמה מתה מוכח שהיא לא כשירה לעמוד במשימה המיועדת לה, וזה נקרא פשיעה.

ב) מקח טעות – השואל יכול לפטור עצמו בטענת מקח טעות ולומר "מראש לא קיבלתי שמירה על רכב שאינו תקין".² שואל דומה לקונה וכשקונה מגלה פגם במקח יכול הוא לחזור בו. קצות החושן (סימן רצא סק"ד) הביא בשם המרדכי לפטור שואל מאחריות בטענת מקח טעות כאשר לא היה מודע לערך החפץ שניתן לו. יסוד זה אף מופיע בגמרא (בפרק הכונס) לגבי קבלת שמירה על חיטים אשר היו מחופים מבחוץ בשעורים, ולבסוף הם נגנבו והשומר לא ידע על קיום החיטים. אין כאן קבלת שמירה על חיטים ולכן הוא פטור.³

נימוק לחיוב:

שימוש לא אחראי ברכב – מנגד, לא ניתן להתעלם מצורת השימוש של השואל ברכב. כאשר הופיעה הבעיה של חימום יתר, מטבע הדברים נדלקה נורית בקרה בלוח השעונים של הרכב. השואל מודה שלא התבונן בלוח השעונים תוך כדי הנסיעה ולכן לא ראה את נורית האזהרה.

² לדעת המחנה אפרים סימן ד משאלה כל הפטור של מתה מחמת מלאכה יסודו במקח טעות.

³ מנגד ניתן לטעון שמשאבת מים ברכב משומש עשויה להימצא במצב לא תקין והשואל לוקח על עצמו סיכון, "חייטא דקיטרי סברת וקיבלת" (כתובות צג). דומה הדבר לסברה המוזכרת בתוס' כתובות מז, ב כל קונה בהמה מודע לכך שישנו סיכון שהיא תיאסר בשעת השחיטה ומקבל על עצמו את הסיכון ולא יוכל לטעון על דעת כן לא קניתי. אמנם הדבר תלוי עד כמה המום שכיח, כמבואר בסימן רכז.

כאן נשאלת השאלה: מה היא מידת המחוייבות של הנהג להביט במד החום? יש לדון האם מכריעים לפי המצב הרצוי או המצוי? בפועל ישנו הבדל בין נסיעה קצרה מאוד שבה לא רגילים להתבונן בלוח השעונים לבין נסיעה ארוכה. האם מתחשבים בכך או ששואל תמיד מחוייב להשתמש בצורה הזהירה ביותר?

אנו רואים שהתורה חייבה את השואל באונס. ברור שאין הוא אשם בכך אלא זה חיוב שהתורה הטילה עליו בגלל שהוא משתמש בחינם. הפטור היחיד הקיים, הוא מתה מחמת מלאכה. לכן יש לחזור לטעמי הדין של מתה מחמת מלאכה המובאים לעיל.

לפי הרמב"ן אנו מטילים את האחריות על המשאיל – הוא נתן רכב שאינו עומד במשימה, כל זה קיים כאשר השואל השתמש כדרכו ובכל זאת נגרם נזק אז אנו תולים את האשמה במשאיל. לעומת זאת, כשיש אפשרות למנוע את הנזק – להתבונן בנורית האזהרה, מסתבר שלא נוכל להאשים את המשאיל וממילא אין פטור של מתה מחמת מלאכה.

אף אם נניח כי דרך העולם לא להתבונן במד החום בנסיעה קצרה ולצורך העניין הוא נחשב אנוס, שואל חייב באונס.

אמנם להסבר הרשב"א הגורס כי סיבת הפטור של מתה מחמת מלאכה היא מחילת המשאיל על כל נזק הנגרם תוך כדי שימוש, עדיין יש להסתפק אם ברור למשאיל שלא מתבוננים על מד חום בנסיעות קצרות, במיוחד כשמדובר ברכב יחסית חדש ובכל זאת הוא נותן את הרכב לשימוש סימן שהוא מוחל על כך.

האם מנהג העולם משפיע על הציפיות של המשאיל מהשואל?

הסברא מכריעה לחיוב – רכב הוא דבר יקר, הבעלים ודאי מצפים שינהגו עמו לפי כל הכללים ובמירב הזהירות ולכן אם ישנו מד חום ברכב מוטל על הנהג להתבונן בו אפילו בנסיעות קצרות.

נכון הדבר שישנם נהגים אשר מזלזלים ברכושם ולוקחים את הסיכון, וכן נהגים אשר אינם מודעים כל הצורך לקלקול שעלול להיווצר מחימום יתר של המנוע ומחשיבים את ההנחיה הזו לעצה טובה בלבד. אף אם המשאיל עצמו לוקח לפעמים סיכון ולא מתבונן במד החום, אין זה משפיע על הציפייה שלו מהשואל. זכותו של אדם לזלזל ברכושו בלבד ולא בממון חברו. החובה להתבונן במד החום שומטת את הקרקע מתחת לטענת מקח הטעות

השאלת רכב עם משאבה שאינה תקינה

שהוזכרה לעיל. אין כאן מקח טעות כי ישנה מערכת בקרה המתריעה על הליקויים לכן אין פה פגם המצדיק ביטול ההשאלה.

מסקנה – השואל השתמש ברכב בצורה רשלנית, אם השואל היה עוצר בצד הכביש לא היה נגרם כל⁴ נזק למנוע. **לאור זאת יש לחייב את השואל בנזק.**⁵

סיכום

מצד הדין יש לחייב את השואל בכל הנזק שנגרם למנוע. מתוך התחשבות בכך שישנם לא מעט נהגים שאינם מתבוננים במד החום ומדובר ברכב יחסית חדש הנתפס כמוגן מקלקולים, החלטנו להשתמש בכוח הפשרה הניתן לבי"ד ולהוריד שליש מהנזק ולחייבו **בשני שליש** בלבד.

⁴ וכן מצאנו בסימן שט סמ"ע ס"ק ז' כאשר הבהמה נהייתה פיסחת על השוכר לעצור מיד כדי למנוע ממנה נזק.

⁵ כמו כל שומר שפשע בשמירתו. כמו כן ניתן לחייבו מצד מזיק. כל לחיצה על הדוושה מתיכה את המנוע וממילא יש כאן אדם המזיק בידים, אשר חייב אף באונס. יש שפקפק אולי כאן הרשות להשתמש מפקיעה מהשואל דין מזיק כעין מזיק ברשות. (לפי זה יש לדון בכל שואל ב"בעלים" ופשע בצורת השימוש האם ניתן לחייבו מדין מזיק). לעני"ד אין כאן רשות. אף אדם לא מסכים שישתמשו ברכבו בצורה לא זהירה, ממילא אין פטור של מזיק ברשות. כעין זה העיר הרב בלוי בספרו פתחי חושן הלכות שאלה פרק י' סוף הערה כה. ועיי' חזו"א ב"ק יא ס"ק כא.

השקעה ברכב פגום

תאור המקרה

ראובן שמע על כוונתו של שמעון למכור רכב שטח "באגיי" במחיר אטרקטיבי של 1600 ש"ח. שמעון אמר לו שהרכב כרגע אינו יכול לנסוע. הסיבה היא בעיה במערכת ההצתה של הרכב. הרכב נסע היטב עד לפני חודשיים ואף נבדק על ידי מוסך, לפתע הוא לא מניע לכן יש להניח שהבעיה היחידה היא מערכת ההצתה. ראובן הציע לשלם תמורת הרכב – קטנוע ולהוסיף 800 ש"ח.

שמעון הסכים, המכירה התקיימה, התשלום היה קטנוע וסכום של 500 ש"ח. יתרת התשלום על סך 300 ש"ח תשולם במידה והכול יהיה תקין.

טענות התובע

הבאתי את הרכב למוסכניק, הוא החליף את "כבל ההצתה" ובכל זאת הבעיה לא נפתרה.

הוא הציע להחליף חלקים אחרים במנוע כגון פלגים ופלטינות. נסעתי לקנות את החלקים אשר עלו לי 300 ש"ח. המוסכניק הרכיב אותם ואז הרכב התחיל לנסוע באיטיות.

הוא בדק שוב את הרכב ואיבחן שהמנוע מקולקל, שילמתי לו על העבודה 300 ש"ח.

אני מאוכזב מהקניה השקעתי 600 ש"ח וכן זמן ואין לי רכב תקין ביד. לעומת זאת הקטנוע נמצא ברשות המוכר כבר ארבעה חודשים והוא נהנה ממנו בינתיים. לדעתי כל ההוצאות שהיו לי צריכות להיות על חשבון המוכר. אני תובע מהמוכר לתקן את המנוע משום שהוא מכר לי רכב לא תקין.

מצורפת חוות דעת מאת המוסכניק וכן תעודה המעידה על כך שהוא סיים לימודי מכונאות רכב כבר לפני עשרים שנה.

טענות הנתבע

הקונה ידע שמדובר במנוע ישן משנת 1970 ולכן יש לנהוג בו בזהירות יתירה. מי שאינו מבין במנועים כאלה יכול להרוס את המנוע בטעות. נכון שהרכב עמד חודשיים אבל לפני כן הוא נסע ללא בעיה. גם לנו היו בעיות לפעמים עם הרכב ונראה היה שהמנוע גמור אולם בעזרת טיפול נכון הבעיות נפתרו. אין לי ידיעה האם המוסכניק הוא אדם מקצועי מספיק לטיפול ברכב. בנוסף ניתן להניח שהקונה עצמו הרס את המנוע. אפשר שהוא התעסק איתו לבד ופגע בטעות במנוע. כמו כן אני יודע שהקונה שם במנוע שמן גיר במקום שמן מנוע ולכן נגרם נזק למנוע. מראש השארנו חוב של 300 ש"ח במידה ותהיה בעיה, כאן אני לא משוכנע שהבעיה היתה בגללנו. לכן אין כאן מקח טעות וכל אחד צריך להחזיק בשלו.

ברור הדין

העסקה שלפנינו כוללת בחובה סיכון, לא היה אבחון מדוייק בזמן המכירה על מצבו של הרכב. הקונה קיווה לבעיה קטנה בלבד אולם שום גורם מקצועי לא הבטיח לו שאכן כך פני הדברים. המוכר אינו איש מקצוע ולכן יש להתייחס לאבחון שלו בערבון מוגבל. (מומחה אשר נתן חוות דעת מוטעית אכן צריך לשאת בתוצאה, חושן משפט סימן שו סעיף ו).

עם זאת ברור הוא שהמכירה נעשתה על דעת כך שהמנוע תקין.

לכן אם יתברר שהמנוע לא היה תקין בזמן המכירה אין ספק שיש כאן מקח טעות.

השאלה המרכזית היא **מתי** המנוע התקלקל?

המוכר טוען שהקלקול נגרם לאחר המכירה. טענתו מתבססת על היכרותו את הרכב עד הזמן שנעמד. אין לו ראיות למצב המנוע בזמן המכירה.

הקונה טוען שהקלקול היה לפני המכירה הוא מתבסס על המוסכניק שבדק את הרכב וצירף את חוות דעתו. "לפני כן, הרכב לא הניע ולא התעסקתי בו", אמנם שמן גיר הוכנס למנוע אבל הטעות התגלתה מוקדם ואז השמן הוחלף לשמן תקין. (המוכר עצמו העמיד אותי על הטעות וזה היה הרבה לפני שהמוסכניק הניע את הרכב).

לאור התעודה שהוצגה בפנינו, בית הדין מניח שהמוסכניק שטיפל ברכב אכן מוסמך לכך ולכן אין יסוד להניח שהוא פגע בטעות במנוע. הקביעה שלו כי המנוע אינו תקין מקובלת.

עדיין ישנה טענה¹ של המוכר כי הקלקול נגרם על ידי הקונה עוד לפני שהמוסכניק בדק את הרכב (מדובר בפרק זמן של שלושה שבועות בין המכירה לבדיקה).

נראה שטענה זו אינה סבירה. הקונה ודאי מעוניין בשלמות המנוע, הוא קנה רכב שאינו נוסע, הסבירות שהוא יגרום נזק בטעות למנוע של רכב עומד אינה גבוהה. לשם כך היה עליו לעשות מעשה חריג שהיה מתגלה על ידי המוסכניק שבדק אחריו את הרכב. אמנם כאשר ישנו ספק בדין מקח טעות אזי ידו של המוחזק גוברת (חושן משפט סימן רלב סעיף טז). בנדון שלפנינו המוכר מוחזק בכסף. אולם לדעתנו טענת המוכר אינה סבירה ולא יוצרת ספק. דוגמא לכך: טענת מחילה בחוב אינה מתקבלת אלא במיגו של פרעתי. (חושן משפט סימן עה).

מסקנה – כנראה שהמנוע לא היה תקין בזמן המכירה והמקח הוא מקח טעות.

המשמעות של מקח טעות

הקונה יחזיר את ה"באגיי" למוכר. אין ממש בדרישה לתיקון המנוע ברגע שהמקח בטל הרכב חוזר לבעליו הקודם.

המוכר יחזיר את התשלום שקיבל – 500 ש"ח.

¹ יש להתבונן האם טענה זו נקראת טענת ברי? הטענה אינה מבוססת על ידיעת המציאות בצורה ודאית הרי הוא לא ראה את הקונה מזיק לרכב. האם ביד התובע להמיר את הערכת המציאות שלו לטענת ברי? האם הדיין מתחקה על שורש הטענה או שזכותו של בעל הדין להחליט שהוא השתכנע ולדידו זו טענת ברי, בית הדין ידון לפי מה שנטען בפניו. לכאורה ניתן ללמוד מההלכה בתחילת הלכות טוען ונטען – חובה על כל בעל דין **לברר** את טענתו. טענת פטור או חיוב ללא נימוק אינה מתקבלת. יש לדחות, החיוב הוא רק לפרט את הסיבות לטענה, אולם **לא** מצאנו חיוב להביא בפני בית הדין את **מקורות המידע של הטענה**. ברגע שבעל הדין מסביר **למה** הוא טוען כך, הוא בירר את טענתו.

ישנה דעה ברמ"א האומרת כי אדם שמעריך כי חבירו פרץ את התיבה שלו יכול **להשיעו**, בפתחי תשובה (סימן עה ס"ק כ) הביא מחלוקת, האם בטענה כזו ניתן לתפוס? האם מותר לאדם לטעון טענת ברי בהסתמך על אומדנא בלבד – "רגליים לדבר" ועל סמך זה לתפוס משל חבירו. נראה שהסבר המחלוקת הוא לאור מה שנתבאר, האם זכות הטענה היא החלטתו האישית של בעל הדין או בית הדין מבקר את השיקולים לטענה.

לגבי הקטנוע אין² חובה על המוכר להחזיר אותו אלא את שווי 800 ש"ח.

יש לדון על ההוצאות שהוציא הקונה :

מדובר בהוצאה של 600 ש"ח אשר לא נשאה פרי אם נעמיד את ההשקעה הכספית לעומת התוצאה הסופית יתברר שחלק גדול מהכסף ירד לטמיון. עכשיו מתברר שהמנוע אינו תקין ואין כל כך משמעות לחלקים אלו על גבי מנוע מקולקל. להערכתנו ה"שבח" הוא 300 ש"ח בלבד (החלקים עצמם שווים כסף ואף הבדיקה שעשה המוסכניק נותנת מידע מסוים).

אנו מוצאים הבדל בין יורד ברשות, ליורד שאינו ברשות. המשביח את נכסי חברו ברשות מקבל את כל ההוצאות שהשקיע ואף יותר מכך כדין פועל. "היורד לשדה חברו ברשות, אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע שמין לו וידו על העליונה, שאם היתה ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה ואם השבח יתירה על ההוצאה נוטל השבח" (חו"מ סימן שעה).

המשביח את נכסי חברו ללא רשות רשאי לתבוע החזר רק על ההוצאות, בתנאי שאכן ישנו שבח גדול מסכום ההשקעה. למשל אם הוא השקיע מאה ש"ח ועכשיו הנכס עלה למאתיים ש"ח הוא זכאי להחזר הוצאות על סך מאה ש"ח.

ניתן לומר שיש בפנינו שדה שאינה עשויה ליטע משום שעכשיו ידוע שהמנוע אינו תקין. אם כך שמין לו וידו על התחתונה ויטול רק את השבח – 300 ש"ח. "יורד לתוך שדה חברו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה ונוטל מבעל השדה, ואם אינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה".

לאור ההגדרות הנ"ל מה הדין של הקונה?

² הקטנוע ניתן כשווה כסף. הוא אינו חלק מהעסקה, אין כאן החלפת קטנוע ברכב אלא שימוש בקטנוע כפרעון החוב. הנגזר מכך – אין חיוב להחזיר את הקטנוע! ממילא אין לחייב את המוכר בדמי שימוש בקטנוע. (ומה שלמדנו על חובת תשלום הנאה בהלכות מקח טעות בסימן רלב סעיף טו): "המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ולאחר זמן נראה לו בה מום, אם רצה להחזיר הקרקע לבעלים **מחזיר כל הפירות שאכל**, ואם היה חצר ודר בו צריך להעלות לו שכר" דין זה קיים רק בחפץ פגום החוזר לבעליו וממילא מתברר שהקונה השתמש בשל המוכר. (הערת הרב בן יעקב מחבר הספר "משפטיך ליעקב". יעויין אבני מילואים סי' כח ס"ק סג הדן על דמים של מק"ט האם הם פקדון או מלוה) לעומת זאת אם תהיה הסכמה על החזרת הקטנוע, יש לברר את שווי הנוכח.

לאחר שנקבע דין מקח טעות מתברר שהרכב שייך למוכר מאז ומעולם וכל ההשקעה היתה בשל המוכר! האם הקונה קיבל רשות להשקעה זו או שמא הוא השקיע על דעת עצמו?

הרכב נקנה במצב לא תקין. ברור שצריך להשקיע בתיקון שלו, אם כן יש כאן אומדנא להוראה של המוכר להשקיע ולכן הקונה נחשב ליורד ברשות.³

כעין זה מצאנו בספר נתיבות המשפט (סימן רלב סעיף יא). שם אדם קנה חמור על מנת לקחת אותו לעיר אחרת ושם נתברר שיש בו מום המבטל את המקח. הדין הוא שהמוכר צריך להחזיר לו את ההוצאות. אומר הנתיבות שאם הקונה רגיל ללכת לעיר, אזי המוכר מחזיר לו את ההוצאות בכל מקרה. אף אם הקונה לא סיפר למוכר את מטרת הקניה ברור שזו מטרתו.⁴

אמנם לא ברור שכל ההשקעה היתה נצרכת אפשר שהקונה עשה שיקול דעת מוטעה בכך שהשקיע מעבר להחלפת כבל ההצתה. השקעה של 600 ש"ח ברכב שאינו תקין אינה פשוטה. יש להוסיף טענה שהוא לקח סיכון מסויים בקניה של רכב במצב כזה, הוא נהנה ממחיר נמוך יחסית דוקא בגלל הסיכון.

לכן נראה לנו לחייב בהחזר של שלוש מאות ש"ח בלבד.⁵ (נוסיף שהמוכר עצמו הסכים לעיכוב בתשלום של 300 ש"ח).

³ מסיבה זו המוכר לא יוכל לומר "טול עצידך ואבנידך" אף לדעה שבשדה העשויה ליטע ניתן לומר כך, כאן הוא יורד ברשות!

⁴ וכן פסק בשו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' רכט לחייב הוצאות אכילה של שור אשר הוחזר במקח טעות. הסיבה היא שכך נהוג וידוע שצריך להאכיל את השור ולכן נחשב הדבר כאילו אמר לו.

⁵ הדבר מתברר בדברי הנתיבות (רלה, טז) בשם מהר"ם ששון: **כל מקח טעות דינו כיורד ברשות**. אמנם רק לעניין שיטול את השבח (כאשר הוא גדול מההוצאה) ולא לעניין החזר ההוצאות (כאשר הם גדולים מהשבח). ביאור הדברים: אין כאן אמירה מפורשת מצד המוכר ולכן אין דין יורד ברשות גמור. יש כאן אומדן מקומי למקרה ויש בפועל שבח אז הוא נחשב כיורד ברשות. במקרה שלנו ההוצאות גדולות מהשבח ולכן יטול רק את השבח.

ב"ה כט סיון תשס"ז

פסק דין

- על המוכר לתת לקונה : א) 800 ש"ח או קטנוע בשווי הנ"ל .
ב) 500 ש"ח החזר התשלום.
ג) 300 ש"ח שבח.

על הקונה להחזיר את הבאגי למוכר.

באנו על החתום: הרב שלומי בן-יאיר הרב אריאל בר-אלי הרב חיים גרוס

ביטול הופעה של תזמורת

לקראת יום העצמאות היה סיכום בעל פה בין עמותה משדרות לנציג תזמורת מקומית על הופעה בליל יום העצמאות. בעקבות כך ביטל בעל התזמורת הופעה בעיר אחרת, השיקול שלו היה פרסום מקומי.

התזמורת לא מספיק מוכרת בשדרות ואירוע המוני על פי רוב גורר הזמנות חדשות.

שבוע לפני יום העצמאות התקשרו לעמותה והודיעו להם, שמוסד חינוכי מירושלים יגיע לשדרות לחגוג יחד את יום העצמאות. מדובר במוסד חשוב בעל יכולת כלכלית, לכן לעמותה יש עניין גדול לעבוד עמו בשיתוף. התברר שיחד עם תלמידי המוסד מגיעה תזמורת יוקרתית. העמותה התקשרה לבעל התזמורת המקומית והודיעה לו שההסכם מבוטל. נציג התזמורת ביקש להופיע אפילו רק חלק מהזמן אולם לא היה די זמן לאפשר זאת.

בעל התזמורת תובע את השכר המלא שסוכם עליו, סך 5000 ש"ח ועוד פיצוי כספי על הפסד הפרסום.

נציג העמותה טוען שהוא הודיע שבוע לפני האירוע, והוסיף כי סיבת הביטול לא תלויה בו, אין צורך בשתי תזמורות באותו אירוע. הוא מוכן לפצות את התובע בסכום של 1500 ש"ח בלבד.

בירור הדין

ראשית יש לברר האם היה היתר לעמותה לחזור בה מהסיכום ולאחר מכן נדון על המשמעות הכספית של החזרה. מוכר החוזר בו מההסכמה שהיתה בעל פה בינו לבין הלוקח נקרא מחוסר אמנה (חו"מ רד, יא). נחלקו הדעות כאשר הוא חוזר בו מחמת עליית מחירים. "אף על פי שבדברים בלא מעות יכול לחזור בו וא"צ לקבל עליו מי שפרע, מ"מ ראוי לאדם לעמוד בדיבורו אע"פ שלא עשה שום קנין, רק דברים בעלמא, וכל החוזר בו, בין לוקח בין מוכר אין רוח חכמים נוחה הימנו. והני מילי בחד תרעא, אבל בתרי תרעי אין זה ממחוסרי אמנה. וי"א דאפילו בתרי תרעי אסור לחזור, ואם חזר בו יש בו משום מחוסר אמנה וכן נראה עיקר" (שם).

הסמ"ע כתב שאותה מחלוקת קיימת גם בשכירות פועלים. ובשו"ת חתם סופר (סימן קב) דן אודות מקרה שבו הקונה זוכה בירושה ומחמת כן הוא

רוצה לבטל את העסקה והעלה שיש להקל. אם כן כאן שהגיעה תזמורת ממקור לא צפוי הדבר דומה לירושה שהגיעה פתאום, ולהכרעת החת"ס מותר לחזור בו.¹

נעבור למשמעות הכספית של החזרה – במקרה שלנו לא היה קנין אלא דיבור בעלמא לכאורה אין אפשרות לתבוע שכר כאשר לא היה קנין בין הצדדים. החזרה מסיכום כשלעצמה, אינה סיבה לתשלום!

אולם כאשר נגרם נזק לפועל רשאי הוא לתבוע את כיסוי הנזק מדין גרמי (תוספות ב"מ עו, ב ד"ה אין). "אם היו נשכרים אמש, ועכשיו אינם נשכרים כלל, הרי זה כדבר האבוד להם, ונותן להם שכרם כפועל בטל" חו"מ שלג, ב. במקרה שלנו היתה לתזמורת הצעה אחרת והיא ביטלה אותה, אם כן ודאי יש פה הפסד. ההודעה על ביטול הסיכום היתה מאוחרת מדי ובזמן כזה אין אפשרות למצוא מקום חדש. לכן יש לחייב את הנתבע לשלם את ההפסד. (אין טעון שהעמותה אנוסה וממילא היא פטורה מתשלום כמבואר בסימן שלג. ההחלטה לבטל את התזמורת נובעת מנקודת מוצא של טובת העמותה אבל מצד המציאות ניתן להמשיך בהסכם ולא לקבל את התזמורת החדשה). בשולחן ערוך מוזכר כי שכר הפועל אינו מושלם אלא נותן לו שכר כפועל בטל.

נראה שאין הדבר נכון כלפי המקרה שלנו. ישנה דוגמא אשר בה חייב בעל הבית לשלם את כל שכר הפועלים. מי שהזמין סבלים וחזר בו והם לא מוצאים כרגע עבודה, צריך לשלם להם שכר מלא. (בבא מציעא עז, א). שכר של פועל בטל בנוי על כך שהפועל מוכן להפחית משכרו על מנת לשבת בטל ולא לעבוד. אם שכרו הוא 1000 ש"ח מסתבר שיסכים לקבל 500 ש"ח ולהישאר בבית. הסבלים צריכים לשמור על יכולת גבוהה של משא. כאשר הם לא עובדים אז הם מאבדים את הכושר שלהם, לכן הם תמיד מעדיפים לעבוד ולא לקבל שכר בטלה.

¹ ישנה תרעומת של הפועל כלפי המעסיק היות ויש לו טירחא למצוא עבודה אחרת (ב"מ עה, ב). נציג התזמורת מעלה טענה שיש לו ענין בהופעה לשם פרסום. ניתן לומר שכלפיו זה דבר האבד ואז אין רשות לבעל הבית לחזור. נראה שכאן אין זה דבר האבד היות ומדובר על מניעת רווח ולא על הפסד ישיר. מצאנו דבר האבד בפועלים שלא העלו את הפשתן מתוך החומצה בה הוא שרוי או תזמורת החוזרת בה מהופעה בחתונה כאשר אי אפשר למצוא תזמורת אחרת, אז האירוע יתקיים בצורה חסרה. לא מצאנו דבר האבד כלפי רווח עתידי.

האם ניתן ללמוד מהתקדים של הסבלים לכל מקרה פרטי שבו הפועל מעדיף לעבוד ולא לשבת בטל?

אם הפועל זקוק מאוד לכסף וברור לנו שהוא היה מעדיף לעבוד, האם יקבל את שכרו? גם במקרה שלנו ברור שהתזמורת היתה מופיעה משום הפרסום ולא תסכים ליטול שכר בטלה.

הרב שפיץ בספרו (מנחת צבי חלק א) פסק, שאכן יש להתחשב במצבו הכלכלי² של הפועל ובמקום שברור לנו שהוא לא היה מוותר על עבודתו, אם המעביד חזר בו צריך לשלם לו את כל שכרו. אם כן, יש לחייב את העמותה בכל השכר שסוכם.

לגבי התביעה לפיצוי על אובדן פרסום – אין בסיס לתביעה היות והמעביד לא התחייב לפרסם אותם אלא דרך אגב הם היו מתפרסמים לכן אין לו אחריות על כך. ובכל מקרה זו מניעת רווח שאינה אלא גרמא בעלמא ופטור.

מסקנה – על העמותה לשלם לתזמורת את מלוא השכר עליו סוכם, סך 5000 ש"ח.

² הרב אשר וייס שליט"א הגדיר אחרת. לדעתו סיבה כלכלית אינה שיקול, שהרי חז"ל ידעו שישנם פועלים שאם הדבר תלוי בהם יעדיפו לעבוד ולא להשתכר דמי בטלה, אף על פי כן חז"ל לא חילקו. רק במקרה ויש סיבה חיצונית כמו בסבלים ניתן לדבר על שכר מושלם. לדעתו שיקול של פרסום כן דומה לסבלים לכן שכרם יהיה שלם.

הרב אריאל בר-אלי

תשלום ללא סיכום מראש

ראובן פנה לרואה חשבון על מנת שיכין עבורו את הדו"ח השנתי למס הכנסה. השכר היה \$500. לאחר שנה הוא פנה שוב לאותו רואה חשבון ושוב שילם \$500. הדבר חזר על עצמו בשנה השלישית אבל עכשיו הוא לא מוכן לשלם אלא \$250 בלבד.

התובע, רואה החשבון, טוען שעשה את העבודה על דעת הסיכום הראשוני לפני שלוש שנים.

הנתבע טוען שבעצם הוא נוצל גם בשנה שעברה (אבל אין ברצונו לדון על כך) היות והסכום של \$500 מתאים לשנה הראשונה שבה היתה עבודה רבה (הוא באמת מכיר טובה על העבודה הטובה שנעשתה) אבל בשנים האחרות אין כ"כ עבודה, מחזור הכספים שלו הוא כעשרים אלף שקל בלבד. יש להוסיף שמדובר בשכנים ולכן הציפייה היא למחיר הוגן. הוא המציא בפני בית הדין נתונים על שכנים אחרים ששלמו \$250 בלבד.

בירור הדין

א) אין ויכוח על כך שהלקוח צריך לשלם על מה שהוא נהנה כמבואר בחו"מ (סימן רסד סעיף ד):

וכן כל אדם שעושה עם חברו פעולה או טובה, לא יוכל לומר בחנם עשית עמדי הואיל ולא צוותיך, אלא צריך ליתן לו שכרו.

אולם ישנו הבדל ממה נובע החיוב. ניתן לומר שלא היה סיכום ולכן חיוב השכר נובע מהלכות נהנה. לפי זה, התשלום הוא לפי הפחות שברואי החשבון כמבואר בקצות החושן סימן שלב סק"ג. מאידך ניתן לראות את הסכום של השנים הקודמות כסכום מחייב כל עוד לא דובר אחרת. הרמ"א (בסימן שלג סעיף ח) הכריע כצד השני:

אם לא התנה ודאי על דעת התנאי הראשון השכיר עצמו.

לכן אין אפשרות לבטל את ההסכמה הראשונית על סך \$500 מאחר והעבודה כבר נעשתה.

ב) יש לוודא שאין פה הפקעת מחירים וממילא איסור הונאה. אף שלגבי פועל אין דין הונאה אבל עבודת רואה החשבון (במקרה זה) היא בקבלנות, וכלפי קבלן כתב השו"ע שקיים דין הונאה (חוי"מ רכז, לו). הנתבע נתבקש להמציא הצעת מחיר זולה יותר מרואה חשבון אחר. הנתבע הביא הצעת מחיר מיועץ מס על סך \$200. וכן סיפר על שכנים שקיבלו הנחה מהתובע ושילמו רק \$250. רואה החשבון הסביר לבית הדין כי אין מה להשוות בין העבודה שלו לבין עבודה של יועץ מס. בבירור שעשה בין הדין עלה שהסכום \$500 הוא לא מופקע.

סיכום

ראובן חייב לשלם \$500 לרואה החשבון.

ברצוננו להמליץ לתובע להתחשב בכך שהנתבע פנה אליו על בסיס שכנות וציפה ליחס בהתאם, בייחוד שישנם תקדימים להנחות כלפי שכנים אחרים.

תביעה הודית

לבעלי הדין, ראובן ושמעון היו בעבר קשרי מסחר הדדיים. ראובן הינו סוכן ביטוח ושמעון סוכן של כלים חד פעמיים. בעבר היתה לשמעון בעיה של כסף נזיל, הוא ביקש מראובן שיתן לו צ'ק דחוי על סך 30,000 ש"ח, הוא התחייב לראובן שהוא לא יפדה אותו אלא רק ישתמש בו כעירבון בבנק. שמעון נקלע למצוקה כלכלית ולכן הבנק דרש מראובן לפרוע את הצ'ק. ראובן נאלץ לפתוח בהליכים משפטיים מול הבנק, לבסוף הבנק הגיע איתו להסכם. נגרמה לו עגמת נפש רבה וכן בזבוז זמן.

ראובן תובע סכום של 30,000 ש"ח שהם סכום הצ'ק ובנוסף 7,800 ש"ח שכר עורך הדין וכן פיצוי בסך 10,000 ש"ח אובדן שכר של ארבעה ימי עבודה ועגמת הנפש.

שמעון מוכן לשלם את החוב של 30,000 ש"ח וכן את שכר עורך הדין. לגבי אובדן ימי עבודה ועגמת הנפש הוא לא מוכן לשלם. הוא עצמו עזר לראובן פעמים רבות והשקיע ממרצו וזמנו עבורו. הבעיה שהתעוררה היתה לא צפויה ובודאי ללא שום כוונת זדון. שמעון עצמו היה נוכח במשפט לכן לא היה צורך בראובן המיוצג על ידי עורך דין.

במקביל הוא תובע מראובן 6,500 ש"ח תשלום עבור פלאפונים שניתנו לו.

בירור הדין

נחלק את בירור הדין לשניים. חלק אחד יתייחס לתביעת ראובן והחלק השני לתביעתו הנגדית של שמעון.

א) אין ספק ששמעון גרם לראובן נזק ועגמת נפש, ואף שהדבר נעשה ללא כוונה, בפועל נגרם צער לראובן ושמעון צריך לרצות אותו. אולם לגבי התביעה הממונית התביעה לא מתקבלת. תביעת ימי העבודה צריכה להתבסס על הפסד ממשי שנגרם. דהיינו ראובן חייב להוכיח שהיו לו פניות באותו יום ונגרם לו הפסד כספי. אף אם ראובן יוכיח את הנדרש מכל מקום האחריות של שמעון לכך היא עקיפה. הדבר מוגדר גרם נזק והדין הוא לפטור

כמבואר בסימן שפו.¹ בית הדין מתרשם ששמעון לא ידע שהעסק שלו עומד בפני התמוטטות ולכן בזמן שניתן הצ'ק לא היתה רשלנות. לכן גם אם היינו מגדירים את הנזק כגרמי, ואז הדין הוא לחיוב, תנאי לחיוב בגרמי הוא כוונה להזיק או רשלנות וכאן זה לא קיים. אף לגבי פיצוי על עגמת נפש אין מחייבים (יעויין תחומין טז, מאמרו של הרב ליפשיץ).

(ב) בעניין התביעה הנגדית של שמעון:

תיאור העובדות

שמעון רכש ארבעה מכשירי פלאפון עבור ראובן ובנוכחותו. לשמעון היתה הטבה בחברת פלאפון והוא רצה להשתמש בה לטובת ראובן. המחיר לכל מכשיר היה 900 ש"ח או שימוש למשך 36 חודשים הפוטר מתשלום עבור המכשירים. כעבור שלושה חודשים ראובן התחרט והפסיק את השימוש במכשירים. רק לאחר שמונה חודשים הוא החזיר את המכשירים לשמעון, כעבור עשרה חודשים פונה שמעון לחברת הפלאפון ומגיע עמה להסדר פריסת חוב על סך 6,500 ש"ח. החוב כולל חיוב על שיחות של ראובן שטרם שולמו וכן את מחיר המכשירים (לא ניתן לקבל פירוט).

שמעון דורש את כיסוי כל החוב על ידי ראובן, לטענתו הוא היה רק מתווך בינו לבין החברה ולכן אין לו אחריות על החוב.

ראובן טוען שאחריותו מצטמצמת רק לעלות השיחות שהתקיימו, ולהערכתו מדובר בסך של 2,000 ש"ח. אין לו שום קשר לחברת הפלאפון בודאי לאור העובדה שהוא לא מצוי ברזי ההסכם. "לא ידעתי מההתניה הדורשת שימוש של 36 חודשים, לאחר תקופה קצרה של שימוש התחרטתי על העיסקה והפסקתי את השימוש במכשירים".

ראשית יש לדון מה הוא מעמדו של כל אחד מבעלי הדין בעסקת הפלאפונים?

שמעון חתם על הסכם עם החברה, דבר זה מחייב אותו אף אם עשה בכך טובה לראובן. לראובן אין חיוב כלפי החברה אבל כלפי שמעון הוא מחוייב. קבלת מכשירי הפלאפון היא פעולת קנין. הקנין חייב את ראובן בשווי

¹ ניתן לטעון שברגע לקיחת הצ'ק מראובן ישנה אומדנא דמוכח ששמעון מתחייב לכסות את כל הנזקים שיגרמו לצורך החזר הסכום, ואז גם הזק המוגדר כגרמא, ישולם. נראה שאין זו אומדנא כל כך ברורה, כאשר המצב הוא ששניהם האמינו שהצ'ק לא יגיע לכלל גביה ממילא לא חשבו על האפשרות של גבית הצ'ק, "אוונסא דלא אסיק אדעתיה" כתובות ב,ב.

המכשירים לפי התנאים של חברת הפלאפון. אם כן השעבוד הממוני של ראובן כולל את מחיר המכשירים ואת כל ההתחייבויות שהוטלו על שמעון. אף אם נניח שראובן לא ידע מהדרישה להחזיק חשבון פעיל למשך 36 חודש, אין זה פוטר אותו!

ראובן נכח בזמן חתימת העסקה ויכול היה להתבונן בכל המסמכים. ברור לשני בעלי הדין כי העסקה נעשתה עבור ראובן. לכן העסקה שלו מול שמעון היא העתק מדויק של העסקה בין שמעון לחברת הפלאפון. ראובן טען – "קניתי מכשירים ממך, ללא שום התחייבות למסלול שהחברה קבעה" – "זה כלפיך". במידה וראובן לא היה נוכח בזמן העסקה ניתן לדון בטענתו, אולם היות והוא נכח וראה את צורת העסקה, המשמעות היא קבלת מסלול העסקה. עקרונית אין לראובן יכולת לחזור בו באמצע הזמן אולם כאן שמעון עצמו הסכים לכך. (עקב החוב הכספי הגדול שלו כלפי ראובן כמבואר לעיל). כיצד, אם כן, יתחלק החוב לחברת הפלאפון?

שמעון התעכב בפנייה לחברה, לכן הוא חייב לשאת בכל ההשלכות הכספיות הנובעות מן האיחור. למעשה לא ניתן לחשב בצורה מדויקת את המשמעות של האיחור מאחר והדבר משליך גם על הסכום שדורשת החברה עבור המכשירים.

ראובן חייב בתשלום עבור המכשירים וכמובן חייב הוא בתשלום על השיחות שחוייגו. חלק מהחוב הוא בגין ריבית על הפיגור בתשלום עבור השיחות והמכשירים. לכאורה הדבר מוטל על ראובן, אולם יש צד לומר שברגע שהוחזרו המכשירים לשמעון הוא לקח אחריות על החשבון ובכך פטר את ראובן מכל אחריות. הנפק"מ היא מי נושא באחריות על הריבית שחוייבה מהזמן שהחזיר ראובן את המכשירים. (ניתן לומר שאף דמי השיחות שלא שולמו אינם באחריות ראובן, היות ושמעון חייב לו 30,000 ש"ח, כל סכום שראובן חייב לשמעון מתקזז).

סוף דבר לא ניתן להגיע להגדרות מדויקות בחלוקת החוב לחברת הפלאפון, הן מפני קושי טכני של חוסר נתונים והן בגלל הקושי להכריע מה היו יחסי העבודה בין בעלי הדין.

מסקנה – היות ואין אפשרות להגיע להגדרות מדויקות אנו משתמשים בכוח ההלכתי הניתן לבית הדין להכריע על פי שיקול הדעת, כדי שהדין לא יישאר חלוק (חו"מ סימן יב סעיף ה). לדעתנו ראובן נושא באחריות העיקרית לחוב

של 6,500 ש"ח לכן אנו מחייבים אותו בשני שליש מהסכום (4,333 ש"ח) ואת שמעון בשליש מהסכום (2,177 ש"ח).

פסק דין

חובות ממון המוטלות על שמעון – 30,000 ש"ח ערך הצי"ק.

7,800 ש"ח שכר טרחת עורך דין.

2,177 ש"ח חוב לפלאפון.

חובות ממון המוטלים על ראובן – 4,333 ש"ח חוב בגין הפלאפון.

”והאמת והשלום אהבו”

קידושין בטבעת ביסלי

בחור חמד לצון ובזמן פעילות בתנועת נוער לקח עיגול בסלי, ענד אותו על האצבע של מדריכה ואמר לה "הרי את מקודשת לי". המדריכה לא הגיבה ואף אכלה את עגול הביסלי. לטענתה היא לא שמעה מה אמר הבחור באותו רגע. לאחר כמה דקות אחד החניכים יעץ לה לגשת לרב ולהתייעץ עמו. היא לא הבינה מה רוצים ממנה עד שאחד החניכים הסביר לה מה קרה ואז היא פרצה בבכי.

לאחר שיחה עמהם התברר שלא היו ביניהם שום קשר או דיבור על נישואים. הבחור טוען בתוקף שהכל היה בצחוק גם היא חוזרת וטוענת שלא הבינה על מה מדובר ולא היה רגע אחד של הסכמה לקידושין.

מחמת חומר הנושא התייעצנו עם הגאון הרב אשר וייס שליט"א אשר מלוה את בית הדין מאז הקמתו.

בירור המציאות

ראשית יש לבדוק האם עיגול הביסלי שוה פרוטה. מבדיקה של עלות חבילה שלמה וחלוקת מכיר זה למספר הפריטים שהיו בה הגענו לסכום של 10 אגורות¹ ליחידה. אם כן יש בפנינו שוה פרוטה. (לדעת הסמ"ע חושן משפט סימן פח סק"ב צריך סכום המבטא כוח קניה סביר ולא בודקים מה הוא השיעור הקבוע לשוה פרוטה. לדבריו אפשר שאין לפנינו שוה פרוטה שהרי לא ניתן לקנות דבר בסכום של 10 אגורות. ניתן לצרף אותו כצד להקל).

¹ הרב וייס שליט"א ר"ל שצורת החישוב הנ"ל אינה מדוייקת – אינו דומה מחיר חטיף כאשר הוא ארוז בשקית ומשתמר לאורך זמן למצב בו העיגול עומד בפני עצמו ואינו יכול להמכר. [יש להשיב: כלפי הטענה שאינו משתמר הדבר תלוי בה. היא יכולה לשים אותו בשקית לאורך זמן. כלפי הטענה שאין לו שוק כיחידה בודדת אפשר שיכולת המכירה אינה מדד אמיתי לשווי החפץ. הוא מצד עצמו שוה פרוטה אלא שטורח לקנות אותו כיחידה בודדת זו סיבה חיצונית הגורמת לכך שבפועל אין לו שוק, אבל אין זה מעיד על שוויו. וכן משמע מדברי השולחן ערוך אבן העזר סימן כח סעיף יז "אם קדשה בדבר שאין בעל הבית מקפיד עליו, כגון תמרה או אגוז, הרי זו מקודשת מספק"].

בירור הדין

מצד המעשה הטכני יש לפנינו קידושין גמורים: נתנית דבר השוה פרוטה, אמירה מצד המקדש, קבלת האשה את כסף הקידושין, ישנם עדים כשרים. מצד שני כל הנוכחים באירוע הבינו שמדובר על מעשה שטות ללא כוונה רצינית מצד המקדש ומצד המתקדשת. אם כן יש בפנינו² אומדנא דמוכח כי אין כאן כלל קידושין.

כבר האריכו הפוסקים בעניין אומדנא דמוכח לבטול קידושין וזה לשון הרמ"א (אבן העזר סימן מב): "אמרה תחלה: קדשיני, וזרק קדושין לתוך חיקה ואמר לה: הרי את מקודשת לי, וניערה בגדיה תוך כדי דיבור להשליך ממנה הקדושין, ואומרת שלא כיוונה מתחלה רק לשחוק בעלמא, אפילו הכי הוי מקודשת (תשובת מוהר"ם סוף ספר נשים). ואין הולכים בענין קידושין אחר אומדנות והוכחות המוכחות שלא כיוונה לשם קדושין". מקור פסק זה בתשובת מהר"ם מרוטנבורג ושם מוזכרת הסברא: "איתתא בכל דהוא ניחא לה". נקודת המוצא היא ניחותא של האשה, אבל אם ברור לנו שאין הסכמה מצד האשה והיא עצמה טוענת שלא התכוונה לקידושין לא שייך להחמיר. וכבר פירש כן החזון איש את דברי הרמ"א - אין כוונת מהר"ם להגיד שלא שייך להשתמש באומדנא דמוכח בקידושין. אלא יש להזהר מאומדנות שאינם מוכחות מספיק. זה לשונו: "כוונת מוהר"ם שלא נסמוך על הכרעת הדעת להתיר אשת איש לומר שיש כאן אומדנא דמוכח. מי יערב לבו לזה ומניין לנו שלא נתרצו, אבל אם באמת הוא אומדנא דמוכח ודאי אין כאן קידושין דאין חילוק קידושין משאר מילי". וכן כתבו אחרונים נוספים המובאים באוצר הפוסקים סימן מב ס"ק יא.

בנוסף יש להעיר שדברי הרמ"א מוסבים על מקרה שבו היתה הסכמה ראשונית מצד האשה "אמרה תחלה: קדשיני" וממילא יש יותר מקום לומר ש"ניחא לה בכל דהוא", וכן כתב הט"ז שם, שדווקא כשהסכימה מראש. במקרה שלנו לא היה דיבור כל שהוא עם האשה מראש ולכן יש להקל.

הרב וייס שליט"א הוסיף עוד שלושה ענפים להקל:

(1) הסברא של "ניחא לה בכל דהוא" נאמרה רק כלפי האשה. האיש בורר לו את מי שהוא חפץ לכן הוא נאמן לפרש שלא התכוון לשם קידושין.

² הרב וייס שליט"א הוסיף שכאן צריך אומדנא לקיים את הקידושין היות ובאופן פשוט לא היתה כוונה לשם קידושין.

2) לאחר בירור נמצא רק בחור אחד ששמע באופן ברור את דברי המקדש, אם כן אין שני עדים על האמירה. (וכ"כ אגרות משה אהע"ז ח"א סימן פג).

3) יש לצרף את דברי המרדכי [על פי הבנת חת"ס אהע"ז סימן קז] שאם נוסח הקידושין לא כלל את המילים "בטבעת זו" אין קידושין (שמא רוצה לקדשה בדיבור בעלמא, והחפץ הניתן אינו אלא למתנה), גם כאן לא אמר הבחור בביסלי זה.

לאור כל הנ"ל השבנו למדריכה שהיא מותרת ללא גט.

[נשלח מכתב התראה לבחור].

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

לפר' החדש תשס"ז*

החדש הזה לכם ראש חדשים וגו'. צריכים להבין למה הקדימה התורה הפסוק החדש הזה לכם לפרשת הפסח. ואיתא במדרש (שמו"ר טו, ג): החדש הזה לכם, אמר שלמה בי מלכים ימלוכו (משלי ח, טו), אי"ר לוי משל לדוכוס שזרקו לו הלגיונות פורפירא (לבוש מלכות), מה עשה, פונה לופס (פונה ומבטל המס שעליהם) ושוּרף את השטר, ומוציא הלגיונין, והיא נקראת ראש למלכותו, כך לכ"ו דורות מלך הקב"ה במצרים, פונה לופס שנאי ובני ישראל יוצאים ביד רמה, ושרף את השטר שנאי ומושב בני ישראל אשר ישבו במצרים, ומוציא לגיונין, והיא נקראת ראש למלכותו, החדש הזה לכם, לקיים מה שנאמר כי מלכים ימלוכו עכ"ל. וצריכים להבין למה קושר מלכותו של הקב"ה דוקא לקידוש החודש.

והנה כתב בס' בוצינא דנהורא בשם הרה"ק ר' ברוך ממעז'ביז' זצוק"ל על הפסוק (שמות יג, ה) ועבדת את העבודה הזאת בחודש הזה, בזאת רומז על בחי' תשרי דכתיב (ויקרא טז, ג) בזאת יבוא אהרן אל הקודש, וזה רומז על חדש ניסן דכתיב (שמות יב, ב) החדש הזה לכם ראש חדשים, ושיעור הכתוב הוא שיעבוד בחודש ניסן אותה עבודה שהוא עובד בחודש תשרי עכדה"ק. וצריכים לדעת מה הקשר שבין העבודה דחדש תשרי להעבודה שבחדש ניסן.

והנראה לומר בזה הוא, דהנה יש לשאול למה עשרת ימי תשובה שמתחילים בראש השנה ומסתיימים ביוה"כ הם דוקא בתחילת השנה, שלכאורה הם יותר מתאימים לסוף השנה, והיינו שבסוף כל שנה ושנה יתחייב לעשות חשבון נפשו על מה שעשה ופעל בשנה שעברה, ויחזור בתשובה ויתחיל השנה הבאה נקי מעוונות השנה שעברה.

אולם הענין הוא דבאמת אמרו חז"ל במדרש (ויק"ר כט, א) דבכ"ה באלול נברא העולם. וא"כ לכאורה קשה למה הוי ר"ה ביום הששי ולא ביום שנברא העולם. והתשובה היא שתחילת המנין הוא דוקא מהיום שנברא בו האדם ולא לפני כן. והטעם הוא שכל מטרת הבריאה אינה אלא התגלות מלכות שמים בעולם, וכדתני בסוף פ"ו דאבות (מ"א) דכל מה שברא הקב"ה בעולמו

* שיחה שנמסרה בכולל, אדר תשס"ז.

לא ברא אלא לכבודו שנא' כל הנקרא בשמי ולכבודי בראתיו יצרתיו אף עשיתיו ואומר ה' ימלוך לעולם ועד. וכתב רבינו בחיי בכד הקמח (ערך ראש השנה): שביום זה ברא העולם והיה מלך, כי אין מלך בלא עם עכ"ל, וכן כתב בפירושו על התורה (בראשית לח, ל): וזה אנו אומרים בראש השנה, שבו נברא העולם המלך הקדוש והמלך המשפט, לפי שהיום ההוא הוא תחלת מעשיו שאין מלך בלא עם עכ"ל. ואע"ג שכבר היו ברואים לפני יום הששי, מ"מ הברואים ההם אינם בעלי בחירה, ומשום הכי לא שייך שיקבלו עליהם עול מלכות שמים מרצון, מה שאין כן באדם, שהוא בעל בחירה, מה שהוא מקבל עליו עול מלכות שמים הוא מרצונו ובחירתו החפשית.

והנה איתא בזוה"ק (ח"א קלד, ב): כד בעא למברי אדם אמרה תורה קמיה אי בר נש יתברי ולבתר יחטי ואנת תידון ליה אמאי יהון עובדי ידך למגנא דהא לא ייכול למסבל דינך, אמר לה קוב"ה הא אתקינת תשובה עד לא בראתו עלמא עכ"ל, דבלא תשובה לא שייך עבודת השי"ת שהרי אין קיום לאדם, שהרי אם הוא בעל בחירה הרי יש לו יצה"ר, ואם יש לו יצה"ר הרי עלול הוא ליפול, ולכן מצב האדם הוא מצב תמידי של מלחמה, וכדאיתא בפ"ק דברכות (ה, א) לעולם ירגיז אדם יצ"ט על יצה"ר, ודייק לומר "לעולם" ועוד איתא בגמ' סוכה (נב, ב) דאמר רבי שמעון בן לקיש יצרו של אדם מתגבר עליו בכל יום ומבקש להמיתו, וכתוב (קהלת ז, כ) כי אדם אין צדיק בארץ אשר יעשה טוב ולא יחטא.

ולא עוד אלא שכתב הרב בעל התניא בהקדמה לשער יחוד והאמונה: אך הנה ידוע לידועים טעמא דקרא מאי דכתיב (משלי כד, ז) כי שבע יפול צדיק וקם, ובפרט שהאדם נקרא מהלך ולא עומד, וצריך לילך ממדרגה למדרגה, ולא לעמוד במדרגה אחת לעולם, ובין מדרגה למדרגה טרם שיגיע למדרגה העליונה ממנה הוא בבחינת נפילה ממדרגה הראשונה, אך כי יפול לא יוטל כתיב (תהלים לז, כד), ואינה נקראת נפילה אלא לגבי מדריגתו הראשונה ולא לגבי שאר כל אדם ח"ו, שאעפ"כ הוא למעלה מכל האדם בעבודתו כי נשאר בה בחי' רשימו ממדריגתו הראשונה עכ"ל. ולמדים מזה שחיי האדם הם רצופים במאבקים והתמודדויות עליות וירידות, ורק ע"י זה יגיע לתכליתו בעולם הזה.

ונראה דזוהי כוונת שמואל באומרו דאין בין העולם הזה לימות המשיח אלא שעבוד מלכיות בלבד (ברכות לד, ב), והיינו כדאיתא להלן (שם יז, א) דרי' אלכסנדרי בתר דמצלי אמר הכי, רבון העולמים גלוי וידוע לפניך שרצוננו

לעשות רצונך, ומי מעכב שאור שבעיסה ושעבוד מלכיות, יהי רצון מלפניך שתצילנו מידם ונשוב לעשות חוקי רצונך בלבב שלם. ועל זה קאמר שמואל שההבדל בין העולם הזה לימות המשיח הוא שבעולם הזה יש התמודדות כפולה, שאור שבעיסה (וכמו שפירש"י שהוא יצר הרע שבלבנו המחמיצנו) ושעבוד מלכיות, ולעתיד לבוא תתבטל ההתמודדות עם שעבוד מלכיות ותישאר רק ההתמודדות עם יצר הרע. ומבואר שהתמודדות אלו הם יסוד חיי האדם לכן אינם בטלים אפילו לימות המשיח.

ומהאי טעמא יסוד קיומו של האדם ויכולתו להשיג את ייעודו בעולם הזה הוא תשובה, ובלתה אין טעם לבריאתו כלל, וזוהי הדרך לקבלת עול מלכות שמים שהיא תכלית הבריאה. וא"כ שפיר מובן למה עשרת ימי תשובה הם דוקא בתחילת השנה, ומתחילים דוקא ביום בריאת האדם שהוא יום קבלת מלכותו יתב'.

ולפי זה אפשר לנו להבין מה ששאל אברהם אבינו מהקב"ה במה אדע כי אירשנה (בראשית טו, ח) והקב"ה ענה לו ידוע תדע כי גר יהיה זרעך בארץ לא להם ועבדום וענו אתם ארבע מאות שנה, וגם את הגוי אשר יעבדו דן אנכי ואחרי כן יצאו ברכוש גדול (שם יג-יד), שלכאורה הוא שלא ממין הטענה. אמנם לפי מה שנתבאר הדברים מובנים היטב. והיינו שאברהם אבינו הבין שאם זרעו זוכים לירש את הארץ הרי זה משום מטרה מיוחדת. והיינו כמו שכתב הגאון יעב"ץ זצ"ל בספרו מור וקציעה (סי' שו – גדר ישוב אי"י): אלא ודאי לעולם מצות ישיבתה במקומה עומדת, מצות מלך היא עלינו ליישב ארצו, שמו נקרא עליה ביחוד, אין מלך בלא עם, וברב עם הדרת מלך עכ"ל [ועי' בפ"י הרמב"ן (ויקרא יח, כה)]. ושמע מינה שתכלית ירושת הארץ היא שבני ישראל ימליכו את הקב"ה על הארץ. ולזה שאל אברהם אבינו באיזה כח יזכו בני ישראל לקיים ייעוד זה לגלות מלכותו יתב' בארץ הקודש.

וענה לו הקב"ה שכמו שיש תשובה בפרט אצל כל אחד ואחד, והיא יסוד הוויתו וייעודו בעולם הזה, כך יש תשובה בכלליות, והיינו שבני ישראל צריכים לרדת ואחר כך לעלות. וזהו שאמר לו הקב"ה: ידוע תדע כי גר יהיה זרעך בארץ לא להם ועבדום וענו אתם ארבע מאות שנה, וגם את הגוי אשר יעבדו דן אנכי ואחרי כן יצאו ברכוש גדול, כלומר שהיסוד לעליית בני ישראל למדריגה הראויה לירש את הארץ צריכה לבוא דוקא ע"י הירידה בגלות מצרים, ורק ע"י זה יצאו ברכוש גדול – הכחות הרוחניים שידרבנו אותם

לירש את הארץ ולמלא את ייעודם בה. ויוצא מזה שענין הירידה למצרים ויציאת בני ישראל ממנה היא תהליך תשובה כללית.

ולפי זה יש לבאר אימרתו של הרה"ק ממעוזיבז' זי"ע על הפסוק ועבדת את העבודה הזאת בחודש הזה, שבא ללמדנו דהעבודה של חדש ניסן היא מקבילה לעבודה של חדש תשרי, והיינו שבחדש תשרי עבודת התשובה היא על כל יחיד ויחיד ובחדש ניסן שהוא החדש של יציאת מצרים עבודת התשובה היא של כלל ישראל כולו. וזה בא לידי ביטוי בדין סיפור יציאת מצרים דמתחיל בגנות ומסיים בשבח (פסחים קטו, א). [ולפי דברינו אפשר להבין למה בנוסף למצות סיפור יצי"מ שבליל פסח יש גם מצות זכירת יצי"מ בכל יום (ברכות יב, ב), והיינו כמו דאמרי' דבנוסף ליום הדין של ר"ה הרי אדם נידון בכל יום (ר"ה טז, א), ומהאי טעמא חייב אדם להיות בתשובה כל ימיו (שבת קנג, א), כמו כן הוא בעבודה של כלל ישראל, שבנוסף לסיפור יצי"מ בליל פסח יש מצות זכירת יצי"מ בכל יום].

ומאחר שהגענו לזה שיציאת מצרים היא תהליך של תשובה שפיר מבואר מאי דאיתא בזוה"ק (ח"ב קפג, ב): השתא דזכו ישראל לנהמא עלאה יתיר לא יאות הבה לאתבטלא חמץ ולא אתחזיא כלל, ואמאי קרבנא דא חמץ הוה דכתיב סלת תהיינה חמץ תאפינה, ותו דהשתא ביומא דא אתבטל יצר הרע ואורייתא דאתקרי חירו אשתכחת, אלא למלכא דהוה ליה בר יחידאי וחלש, יומת חד הוא תאיב למיכל, אמרו ייכול בריה דמלכא (ס"א מיכלא דאסוותא) אסוותא דא, ועד דייכול ליה לא ישתכח מיכלא ומזונא אחרא בביתא, עבדו הך, כיון דאכל ההוא אסוותא אמר מכאן ולהלאה ייכול כל מה דאיהו תאיב ולא יכיל לנזקא ליה, כך כד נפקו ישראל ממצרים לא הוי ידעי עקרא ורזא דמהימנותא אמר קוב"ה יטעמון ישראל אסוותא, ועד דייכלון אסוותא דא לא אתחזי להון מיכלא אחרא, כיון דאכלו מצה דאיהי אסוותא למיעל ולמנדע ברזא דמהימנותא, אמר קוב"ה מכאן ולהלאה אתחזי לון חמץ וייכלון ליה דהא לא יכיל לנזקא לון עכ"ל. והזוה"ק בא לבאר איך יתכן שאיסור חמץ הוא חמור כל כך ובכל זאת נאסר רק לשבעה ימים, ובשאר ימות השנה הוא מותר. ומתרץ שביציאת מצרים היו בני ישראל נחשבים כחולים והיו צריכים לקחת תרופות, ולא היו יכולים לאכול מאכל בריאים, אבל אחרי שנתרפאו שפיר יכולים הם לאכול מאכל בריאים. ותהליך זה מתחדש בכל שנה ושנה, והיינו שכל שנה ושנה צריכים להרגיש כאילו ירדו לתוך מצרים ועלו משם, שעל זה נאמר (פסחים קטז, ב): בכל דור ודור חייב אדם לראות את עצמו כאילו הוא יצא ממצרים. והיינו כמו שנתבאר שתהליך

יציאת מצרים הוא בחי' תשובה ורפואה של כלל ישראל, ותהליך זה צריך להתחדש מדי שנה בשנתו.

ומעתה חוזרים אנו לבאר מאמר המדרש שהקדמנו, שהרי כבר נתבאר שיציאת מצרים היא תחילת קבלת עול מלכות שמים של כלל ישראל, ותהליך של רידה וגלות צריך להקדים לעליה וגאולה, ובזה דומים הם ישראל ללבנה שיורדת ומתעלמת וחוזרת ונראה, וזוהי עבודת התשובה של כלל ישראל בחדש ניסן. ומשום הכי הקדים מצות החדש הזה לכם לפרשת הפסח. ועל זה מביא המדרש הפסוק בי מלכים ימלוכו להורות שכך הוא הדרך לקבלת עול מלכות שמים, ודוק היטב בזה.