

יד ברודמן

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

אבני משפט

קובץ תורני בעניני
אבן העזר וחושן משפט

י"ח
שבט, תשע"ה

לע"נ אסתר יפה קליימן

יוצא לאור על ידי

"יד ברודמן"

כולל להוראה ודיינות

לבוגרי ישיבות הסדר

ויוצאי צבא, רחובות



בית שפירא

רח' הרצל 148,

רחובות, 76264

טל' 08-9452189

פקס. 08-9452329

בעריכת הרב מאיר ברקוביץ

לתגובות: mbhacohen@gmail.com

הדפסה: דפוס ש.ה.ר רחובות, טל. **08-9475106**

חוברת חידושי התורה

אבנ"י משפט

מוקדשת לע"נ

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

שנקטפה בדמי ימיה ע"י בני עוולה

י"א בניסן תשס"ב

ת.נ.צ.ב.ה.

"ותהי אסתר נושאת חן בעיני כל רואיה" (אסתר ב, טו)
"והיתה אסתר מתוקנת לפני הקב"ה" (ילקוט אסתר, ב)
"אסתר שמה, ולמה נקרא שמה הדסה, על שם צדיקים" (שם)

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



יד ברודמן

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

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

בראשות מורינו הגאון
הרב משה חיים דימנטמן שליט"א

מפעולות הכולל:

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

תוכן הענינים

בפתח הקובץ ---------- 7

משיעורי ראש הכולל שליט"א

תרתי לרעותא ---------- 9

נתינה וכריתות בגט ---------- 13

הלכות אישות

רות המואביה או רות המדינית?/ הרב שלמה זאב פיק---------- 17

הלכות קידושין

קידושין דרבנן ו'סיבת האיסור'/ הרב מאיר ברקוביץ ---------- 35

דין קידושין ונישואין שאינם חלים מדאורייתא/ הרב יהודה צור ------- 45

שליח נעשה עד/ הרב דני אסס---------- 71

הלכות כתובות

גדר תקנת נכסי מלוג/ הרב אריה ויזל ---------- 81

הלכות אונס ומפתה

בגדר 'ולו תהיה לאשה'/ הרב יצחק ביסמוט ---------- 106

חושן משפט

עביד איניש לאחזוקיה דיבוריה / הרב יוסף שליט ---------- 124

גדר הקבלה ב'נאמן עלי אבא'/ הרב ירון רוזיליו ---------- 137

חיוב הבעל בשמירת נכסי אשתו/ הרב יוני אקשטיין ---------- 158

פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בראלי ---------- 171

דרוש

לסוכות, תשע"ה/הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרישצ'ה--195

בפתח הקובץ

וְאַתְּ כֹּה לַחַי וְאַתָּה שָׁלוֹם וּבֵיתֵךְ שָׁלוֹם וְכֹל אֲשֶׁר-לָךְ שָׁלוֹם:
(שמואל א פרק כה,ו)

לקובץ ח״י,

לְחַי, לְשׁוֹן הַלְצָחָה

״על כן קרא לבאר באר לחי ראי״ (בראשית טז,יד). ופרש בעל הכתב והקבלה: ״באר לחי ראי. באר לחי במרכא טפחא, ומלת רואי לבדה, וזה יוכיח שפירושו באר לחי של רואי, והמכוון בו באר ההצלחה של רואי, לחי לשון הצלחה כמאמר לשון חכמים אי שוי׳ לך אלפא זוזי לחי, כך לשון המוכר ברצותו המכר יאמר הצלח בו, ומזה בענין דוד ששלח לנבל לברכו בשלום ולבקש ממנו מאכל לאנשיו ואמר, ׳ואמרתם כה לחי ואתה שלום׳, מלת כה בטפחא להפרידו מתיבת לחי, ופירושו כה תאמרו לו לחי ר״ל הצלח ואתה שלום״.

׳וְאַתְּ שָׁלוֹם׳

״...אבל בזו המדה שאנו מיואשים משלמותה [של מדת השלום בעולם] כן אנחנו מובטחים לזכות בחלקים ממנה כאשר נשים לזה השתדלותנו כאשר אמרו חז״ל ת״ח מרבים שלום בעולם א״כ ע״י כינוס לצדיקים גדולי תורה ויראה יראי ד׳ וחושבי שמו שיחד יתועדו ויתיעצו איך להביא ברכת השלום על ישראל ברית כרותה היא שחפצם בידם יצלח והשי״ת ששמו שלום יהיה בעזרם לבשר שלום לעם...

על כל אחד מאתנו לדעת כי הבקיעים בעמנו רבו עד אין מספר ובן אדם אשר לתבונתו יש מספר לא יבקר לדעת כי אם את אשר יד כוחו מגעת ויחרץ לתקן רק את הקלקולים אשר בשכלו מצאם אבל כאשר לדאבון לבבנו המציאות גדולה מן השכל והבקיעים רבו ממלא עין הרואה עלינו לשמח כל איש בהגות רוחו ועצתו של חברו, אין לך אדם שאין לו מקום אמרו חז״ל, וכיון שכ״א מתיחד במקומו א״א לו להשקיף כי אם עד מקום שקוטבו מגיע וחוץ לאותו המקום שתחומי הקוטבים מובלעים זה תוך זה אין לדעת כ״א על ידי שישתמש כ״א להועיל בכח ראייתו של חברו העומד רחוק ממקומה ויאמר שלום שלום לרחוק ולקרוב״. (מדברי הראי״ה, תחת הכותרת ׳שלום לעם׳ זיימל מרחשון תרנה נדפס בחוברת אורות הראיה עמ׳ טז).

בתפילה שיקויים בנו שלום רב בין אהבי תורתך ומשם לגוי כולו,

העורך

שבט תשע״ה

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

תרתי לרעותא[1]

במשנה גיטין יז,א איתא, נכתב ביום ונחתם ביום, בלילה ונחתם בלילה, בלילה ונחתם ביום, כשר. ביום ונחתם בלילה, פסול. כלומר, מפני שזה שטר מוקדם. רבי שמעון מכשיר, שהיה ר"ש אומר כל הגיטין שנכתבו ביום ונחתמו בלילה פסולין, חוץ מגיטי נשים. ובגמרא, אתמר מפני מה תקנו זמן בגיטין?[2] רבי יוחנן אומר משום בת אחותו. פירש"י שמדובר שהיא אשתו, ושמא תזנה תחתיו וחס עליה שלא תחנק וכותב לה גט בלא זמן ונותן לה, וכשמעידין עליה בבית דין מוציאה גיטה ואומרת גרושה הייתי ופנויה באותה שעה (והוא הדין כשאינה בת אחותו, ורק לדוגמא נקטה הגמ'). וריש לקיש אמר משום פירות.

הוקשה לתוספות (ד"ה משום) איך יחפה עליה, דמכיון שיש ספק שאיננו יודעים מתי נתגרשה, נעמידנה בחזקת אשת איש ותחנק, שהרי חזקה זה הכרעה? [כלומר, אמנם חזקה זו הנהגה, ומ"מ סוקלים על החזקות משום שהתורה אומרת כך תתנהג, כפי המצב הקודם, וזוהי הכרעת התורה, הגרש"ש (שערי יושר ש"ב פ"ב ד"ה ונראה לי)]. מתרצים התוס', כיון שגרושה לפנינו. כלומר, משום שיש חזקה דהשתא. ותירצו התוס' עוד, אדרבה אוקמה בחזקת כשרה, שלא נבעלה כשהיא אשת איש.

שואלים הפני יהושע והשב שמעתתא (ש"ג פ"ד ואילך) לתירוץ הראשון, שהרי לעולם כאשר יש חזקה דמעיקרא וחזקה דהשתא אמרינן חזקה דמעיקרא עדיף? [רע"א באר (דרו"ח), שהסברא בחזקה דהשתא היא כמו בחזקה דמעיקרא, דכמו דאזלינן בתר חזקה דמעיקרא ואמרינן דמסתמא הדבר עומד כמקדם בלא שינוי, כך גם בחזקה דהשתא יש לומר דאנו דנים על ענין שלפנינו, דמסתמא לא נשתנה ממעיקרא ומוכח דנולד כך.] לכן אומרים הפנ"י והש"ש ורע"א, שמ"ש התוס' שנעמידנה בחזקת צדקות, זה המשך התירוץ ולא תירוץ שני, ושני התירוצים הם תירוץ אחד, והיינו דין תרתי לריעותא. דוגמא כעין זה, בגמרא נדה ב,ב, טמא שטבל במקוה ונמצא אח"כ

---

[1] שיעור שנמסר בכולל, נרשם ע"י הרב דני אסס הי"ו.

[2] הנמו"י (סנהדרין י,ב בדפי הרי"ף) שואל שצריך זמן בשביל שיהיה אפשר לחקור? כלומר, והוי דין תורה וא"צ תקנה. יעוין שמועות גיטין ח"א עמ' שטז.

שהמקוה חסר, ויודעים שהמקוה היה שלם ולא יודעים מתי נחסר, לפני שהטמא טבל והטמא נשאר בטומאתו, או אחרי שהטמא טבל והטמא נטהר. החזקה דמעיקרא אומרת שבזמן שהאדם טבל המקוה היה שלם, והחזקה דהשתא אומרת שהמקוה היה חסר, אומרת הגמרא דהוי תרתי לרעותא ומעמידים שהאדם שטבל עדיין טמא.

אפשר להסביר זאת בשני אופנים: א. ישנן שתי חזקות דמעיקרא, חזקת כשרות דמקוה וחזקת הגברא שהוא טמא. נעמיד שתי חזקות אלו זו מול זו חזקת כשרות דמקוה וחזקת טמא דגברא, ונשארה חזקה דהשתא שהמקוה חסר, ואזלינן בתרה. וכן אצלנו, יש חזקת א״א וכנגדה חזקת כשרות דאשה, וכיון שהן סותרות זו את זו נניח את שתיהן, וניזיל בתר חזקה דהשתא שהיא פנויה, ואין חנק. ב. יש ראשונים שאומרים שאין דבר כזה חזקה דהשתא [יעוין ש״ש פט״ז בשם תוס׳ קדושין (עט,א ד״ה מי איכא)], אפילו אם אין כנגדה חזקה דמעיקרא. ולפי״ז כוונת התוס׳ לומר שכנגד חזקת א״א יש רעותא משום דגרושה לפנינו, כלומר, דמה שאנו מסתכלים על מה שהיא כעת גרושה אין זה ״כנגד״ חזקה דמעיקרא, אלא רק מגרע את החזקה דמעיקרא. יוצא מזה, שכנגד חזקת א״א עם רעותא יש חזקת כשרות שלא הורעה, וחזקת כשרות גוברת. וכן במקוה, יש חזקה דמעיקרא שהמקוה שלם, והיא הורעה ע״י שהמקוה נמצא חסר לפנינו. כנגד חזקה דמעיקרא של המקוה יש חזקת האדם שהוא טמא שלא הורעה, ואזלינן בתרה, וטבילתו אינה כלום[3] (יוצא, דלהסבר הראשון בתר״ל התוספות תירצו דאזלינן בתר חזקה דהשתא, ולכן אין לאשה חיוב מיתה. ולהסבר השני בתר״ל התוס׳ תירצו דאזלינן בתר חזקת צדקות, ולכן אין לאשה חיוב מיתה).

הברוך טעם (שו״ע אבהע״ז יט,א) ועוד חולקים, וכתב בשם תרומת הדשן (סימן רז) שהביא דברי האור זרוע (ח״א סימן תשס) שיש שני סוגי חזקה דמעיקרא, יש חזקה שבאה מכח רוב, כגון חזקה על העדים שאין חותמים אלא בגדולים, חזקה אין אדם פורע בתוך זמנו, חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וכדומה, ובהן אמרינן שסוקלים על החזקות, שזה כמו בירור. אבל יש חזקה שעשויה להשתנות, וכגון חזקת פנויה או חזקת אשת איש וכד׳, שגם בהן אמרינן לדון על פיהן כל עוד לא נמצאה רעותא. אבל באלו האחרונות אם הורעו, לא אזלינן בתריהון כלל בדיני נפשות, אלא רק לאיסור והיתר. והתוס׳ אמרו ב׳ תירוצים, ולתירוץ הראשון צ״ל שכיון שהורעה

[3] יעוין בפנ״י שהקשה גם על הסבר זה שהתוס׳ אמרו תירוץ אחד.

חזקת א״א ע״י חזקה דהשתא גרושה לפנינו לא תחנק (וכתב דעפי״ז מיושבים כל קושיות הפנ״י).[4]

חו״מ לד,כג: הפסול מן התורה שהעיד עדותו בטלה אע״פ שלא הכריזו עליו בבתי כנסיות ובבתי מדרשות, והפסול מדבריהם כל עדות שהעיד קודם שהכריזו עליו כשרה. וכתב רמ״א בהגה, ואפילו פסול מן התורה אין לפסלו אלא בודאי, אבל לא מספק, כגון שהעיד בבי״ד ואח״כ באו עדים עליו שעבר עבירה שנפסל בה מן התורה אבל אין יודעין אם עבר קודם שהעיד או אח״כ, מוקמינן גברא אחזקתו וכל מה שהעיד כשר עד דידעינן דעבר קודם לכן (ריב״ש סימן רסו). שואל קצות החושן (סק״ה) שכמו במקוה שנחסר יש כאן תר״ל, כנגד חזקת כשרות דעדים יש חזקה דהשתא פסולים לפניך וגם חזקת ממון, ולא נוציא ממון ע״פ עדותם? נתיבות המשפט (סקט״ו) חולק על קצוה״ח, וסובר שיש חילוק בין החזקות במקרה של המקוה ובין חזקת ממון, דבמקוה שתי החזקות, שנמצא חסר לפניך וחזקת טמא, הן חזקות המבררות ומצטרפות לברר שנחסר המקוה קודם שהאדם טבל בו, ומשא״כ חזקת ממון איננה חזקה המבררת, אלא שאין יכולין להוציא מיד המוחזק בלא ראיה (ב״ק מו,ב)[5] [ולדברינו מקודם, חזקת ממון זה לא הכרעת הספק]. כלומר, דלנתיה״מ תר״ל הוא משום דיש שתי חזקות נגד אחת, ולכן בעינן שתי חזקות מבררות, ודלא כפירוש הפנ״י וש״ש.

הטור באבהע״ז קכז כתב, שכיון שחכמים תקנו זמן בגט, אם יתן לה גט ללא זמן ותאמר שזנתה לאחר שקבלה הגט, עליה להביא ראיה. כלומר, שדינה להחנק אם לא תביא ראיה. וכתב האבני מלואים (סק״ב) שהקשו עליו איך תחנק מספק? ועוד, דיש כאן תר״ל וכאמור (לשיטתו בש״ש)? ותירץ האבנ״מ, שהגמרא בגיטין יז,ב שאלה שהמשנה אומרת ג׳ גיטין פסולים ואם נשאת הולד כשר, וא׳ מהם שאין בו זמן, וא״כ מה הועילו חכמים בתקנתם לכתוב זמן? ותרצה הגמ׳ שהועילו שלכתחלה לא תנשא, ופירש״י שהעדים לא יחתמו. ולכן, כיון שאסורים העדים לחתום על גט שאין בו זמן, אם עברו וחתמו פסולים הם לעדות, כמו עדים שחתמו על גט מוקדם שנפסלים לעדות

---

[4] וכ״כ השע״י (ב,ז) וכתב עוד דחזקת צדקות אינה כחזקת איסור או חזקת היתר, שנאמר דע״י דמוקמינן על החזקה מזה תוכרע המציאות, אלא חזקת צדקות באה על עיקר המעשה, שלא נעשה מעשה רשע. וכתב שחזקה זו עדיפה מחזקת הגוף והוסיף דעפ״ז יש לפרש את התירוץ השני בתוס׳, שכתבו ׳אדרבא׳ אוקמה בחזקת כשרה, משמע דחזקה זו עדפיא מחזקת א״א.

[5] וכ״כ בקובץ הערות (עא,ב).

כיון שאינם רשאים לחתום על גט כזה. וא״כ יוצא שיש לאשה חזקת א״א, ואפילו שיש חזקה דגרושה לפנינו, מ״מ חזקת א״א עדיפה. ואם משום שיש לה חזקת צדקות שזנתה לאחר שנתגרשה, מ״מ יש חזקת צדקות דעדים, שאומרת שנפסלו כעת, לאחר הזנות, משום שכעת הם חתמו שלא כדין. כלומר, חזקת העדים להעמידם בכשרותם דמעיקרא. ובזה מיושב גם מה שהטור כתב לכאורה שלא כדברי הגמ׳, שהגמ׳ אמרה שהזמן מועיל דלכתחילה לא תנשא והטור כתב שכעת שתקנו זמן תהא צריכה להביא ראיה, ומיושב, שדברי הטור והגמ׳ חד טעמא הוא, דכיון דלכתחילה לא תנשא אין העדים רשאים לחתום, וכיון שהוציאה גט שאין בו זמן ועדים חתומים בו בפסול, אמרינן השתא הוא דחתמי בפסלות והשתא הוא דאגרשה. וא״כ כנגד חזקת כשרות שלה יש חזקת כשרות דעדים לומר דהשתא הוא דאגרשה ומש״ה אם לא תברר מתי ניתן הגט קטלינן לה משום חזקת א״א.

שואלים על האבנ״מ, שרבנו ירוחם אומר שבעבירה דרבנן צריך להיות רשע דחמס כדי להפסל לעדות, וכאן העדים אינם רשע דחמס ולא יפסלו? ואולי הטור לא ס״ל כרי״ו. ואפ״ל, דהנמו״י אומר בסנהדרין (ד,ב מדפי הרי״ף) על מעשה דבר בניתוס, שעל אותו המעשה שעשה באיסור א״צ הכרזה בפסול עדות דרבנן.

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

נתינה וכריתות בגט[1]

במשנה גיטין עז,א:

> הזורק גט לאשתו והיא בתוך ביתה או בתוך חצירה הרי זו מגורשת. זרקו לה בתוך ביתו או בתוך חצירו אפילו הוא עמה במטה אינה מגורשת. לתוך חיקה או לתוך קלתה הרי זו מגורשת. ובגמרא, מנא הני מילי? דת"ר "ונתן בידה" (דברים כד,א), אין לי אלא ידה, רגה חצירה וקרפיפה מנין? תלמוד לומר "ונתן" מכל מקום. ותניא נמי הכי גבי גנב, "ידו" (שמות כב,ג: "אם המצא תמצא בידו"), אין לי אלא ידו, רגו חצירו וקרפיפו מנין? ת"ל "המצא תמצא" מ"מ. וצריכא, דאי אשמעינן גט, משום דבעל כרחה מגרשה, אבל גנב דליתיה בע"כ אימא לא. ואי אשמעינן גנב, משום דקנסיה רחמנא, אבל גט אימא לא, צריכא.

א

מקשים האחרונים לקצות החושן שאומר (סימן ר סק"ה) שבגט די בנתינה ולא צריך קנין, מה שואלת הגמרא לדמות גנב לגט, הרי בגנב עוסקים בקנינים ובגט לא? תירץ האחיעזר (אבהע"ז סימן לא,ו) דאין הכי נמי, והגמרא בהוה אמינא רצתה לדמות גנב לגט משום שחשבה שבשניהם קונים משום קנין, ותירצה שבגט יכול לגרשה בעל כרחה, ומכיון שכך, רואים שגט עובד משום "בידה" ולא משום קנין, ולכן אי אפשר ללמוד גנב מגט, ומדחיית הגמ' יש הוכחה לשיטת קצוה"ח.[2]

לכאורה אפשר להסביר אחרת: בגניבה האיסור הוא הוצאה מרשות הבעלים, ומה שקנינים מועילים, משום שע"י הקנין "מוציא" מרשות הבעלים (וראיה מהמשנה ב"ק עט,א, שהגבהה ברשות הבעלים נחשב הוצאה), ולתוספות כתובות לא,ב והרמב"ם (לגבי מגרר ויוצא) די בהוצאה וא"צ קנינים. ולפי"ז,

---

[1] שיעור שנמסר בכולל, נרשם ע"י הרב דני אסס הי"ו.

[2] נלמד מתוך התירוץ השני שכתב לקושית נתיה"מ (בפתיחה לסימן ר) דנילף מקדושין שהוקש לגט, לגנב, יעוי"ש. ויעוי"ש שהקשה איך נילף גט מגנב ומה שתירץ.

מה שהגמ׳ רוצה ללמוד זה מגט, שצריך נתינה ולא קנין, לגנב, שצריך הוצאה. ורק, דאם עושה קנין נחשב הוצאה.

ב

בהמשך הגמ׳ שואלת איך מגורשת כאשר זרק לחצירה, הרי הפירות של הבעל ומה שקנתה אשה קנה בעלה? כלומר, יש כאן חסרון ב״ונתן״, שלא יצא מרשות הבעל כיון שיש לבעל פירות בקרקע, ואע״פ שהגט קנוי לה, אין ״ונתן״, כך אומרים רש״י והר״ן.

בדף כ,ב: ת״ר הרי זה גיטך והנייר שלי אינה מגורשת, ע״מ שתחזירי לי את הנייר ה״ז מגורשת. בעי רב פפא בין שיטה לשיטה ובין תיבה לתיבה מאי? תיקו. ותיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנא (=״וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה״) ולא שנים ושלושה ספרים? לא צריכא, דמעורה. ע״כ בגמ׳. אפשר לפרש את הרישא בשני אופנים, רש״י אומר שכיון שהנייר של הבעל אין ״ונתן״, ורש״י התקשה שנאמר שנתן את האותיות? ותירץ, שאותיות פורחות באויר ולא נקרא נתינה. הרמב״ם (גירושין ח,יד) אומר שאינה מגורשת משום שאין כאן כריתות, שעדיין יד הבעל שייכת בגט.

יש ראיה לרש״י, שבמקרה שהנייר של האשה אומרת הגמרא (שם בהמשך) שהאשה צריכה להקנותו לבעל. כלומר, דאם הבעל כתב לה את הגט על נייר שלה ורוצה לתת לה את הגט אינה מגורשת. ולרש״י א״ש, שאין כאן נתינה, אבל לרמב״ם לא מובן, שאין כאן חסרון בכריתות, שהנייר שלה? וע״כ צריך לומר שגם הרמב״ם מודה שיש גם חסרון של נתינה.

יש ראיה לרמב״ם, שהגמ׳ המשיכה בבעיית רב פפא בין שיטה לשיטה ובין תיבה לתיבה מהו? תיקו. כלומר, שהבעל שייר לעצמו את מקום השטר החלק בין השורות או המילים, ואין בזה חסרון נתינה, שכל השטר תחת הכתב שייך לאשה (וממשיכה הגמ׳ שמדובר במעורה, שגם כשינטל הנייר שבין השיטין ישאר הגט כתב אחד ולא ב׳ וג׳ ספרים), וע״כ ר״פ הסתפק משום חסרון של כריתות, כיון שהבעל שייר לעצמו מקום בגט. וכן כתב הריטב״א (=רבנו קרשקש), שהביא את שני הטעמים, ובבעיא דר״פ ההסתפקות היא האם יש כריתות, ומשמע דכאשר כל הנייר שלו ודאי שיש חסרון כריתות. יוצא שיש שני חסרונות, חסרון נתינה וחסרון כריתות.

הגר״ח אומר (סטנסיל סימן קמו) שהגמ׳ שאלה לפשוט בעיא דר״פ משום שיש חסרון של שני ספרים, והסביר דלהרמב״ם שלא הביא חסרון זה, יש

לומר בהבנת הקושיא, שכיון שיש לבעל בין שיטה לשיטה, לולי החלק הזה בשטר היה חסרון של שני ספרים, וא״כ מה שעושה את הגט לשטר אחד זהו החלק של הבעל, וא״כ נמצא דחלקו של הבעל מכשיר את הגט, ויש כאן חסרון של כריתות. (ע״ש שהאריך).

המשנה בדף יט,א אומרת ״על הכל כותבין... ועל הקרן של פרה ונותן לה את הפרה, ועל יד של עבד ונותן לה את העבד״. כלומר, צריך לתת לה את כל העבד או הפרה ולא די בנתינת יד העבד או קרן פרה. הגמ׳ בדף כא,א-ב: מקשה דבשלמא יד של עבד אי אפשר לקצוץ (רש״י: דא״א לחבול בו), אבל קרן של פרה שיקצוץ את הקרן ויתן לאשה? עונה הגמ׳ שכתוב ״וכתב... ונתן״, וצריך שיהיה במעשה הגט כתיבה ונתינה ולא כתיבה קציצה ונתינה. הקשה הפני יהושע שיתן את היד או הקרן בלא קציצה, ולמה צריך שיתן את כל העבד או את כל הפרה? ואמנם אמרינן דכל העומד ליקצץ כקצוץ דמי, מ״מ למקשן דלא ידע דיש חסרון קציצה מדוע לא מהני? וכן למסקנה מדוע לא יוכל לתת את היד או הקרן בלבד (ללא שיהיה צורך לקצוץ). והוכיח מכאן הפני״י דכאשר הגט מחובר לחלק השייך לבעל, פסול הוא משום שאין זה כריתות, כיון שהגט אגיד לממונא של הבעל. והוקשה לו ע״ז מבעיא דר״פ הנ״ל, ויצא לו שיש סתירה בגמ׳, דאצל ר״פ רואים שבמשייר נייר שחוץ לגט כשר (וכ״כ הריטב״א), ובעבד ופרה רואים שפסול? ויישב הפני״י, שכאשר עיקר הדבר נמצא אצל הבעל והגט טפל לו, וכגון שכל העבד או הפרה שייכים לבעל ולאשה יש חלק קטן, נחשב שהגט טפל ונמצא ברשות הבעל ואין זה כריתות, אבל כאשר הגט עיקר וחלק הבעל טפל לו, וכגון ששייר גליון קטן חוץ לגט, לא נקרא שהגט נמצא בממון הבעל, אלא אדרבא, חלק הבעל נמצא בגט. יוצא שהכלל הוא שהעיקר גורר את הטפל [וכעין זה כתבו התוספות (כא,ב ד״ה יצא, בסופו) בשם ר״ת לענין מחוסר קציצה, דזהו דווקא בקלף גדול אבל מחוסר קצת קציצה, וכגון ליפותו, לא הוי בדין מחוסר קציצה, כיון שהגט חשוב יותר ממה שנקצץ ממנו]. וגם מהפני״י רואים שיש חסרון כריתות.[3]

וכן בב״מ ז,א הגמרא אומרת שאם הבעל נתן גט לאשה ויש משיחה בידו, אם יכול לנתקו אצלו אינה מגורשת, דבעינן כריתות. ובודאי רש״י אינו חולק על

[3] הקהלות יעקב (גיטין יד) הביא דהתורת גיטין חולק על הפני״י, יעוי״ש. ויעוין עוד טור וב״י סימן קכד ס״ג.

טעם זה שמופיע להדיא בגמ׳, וצ״ע מדוע רש״י נקט רק טעם דנתינה והרמב״ם רק טעם דכריתות.

רש״י בגיטין (ד״ה ת״ל ונתן) פירש שבעינן נתינה כל דהוא וא״צ שתיקנה הגט. וקשה, דעדיין הבעל אגידא גביה? ואפשר לומר בפשיטות, דבהנייר שלי יש אגידא גביה מצד דברי הבעל, ומשא״כ כאן הבעל אינו מונע כלום. ואפשר לומר, שהירושלמי (ו,א) אומר דהתורה זיכת אותה בגט, וכיון שכן הגט שלה לגמרי.

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

רות המואביה או רות המדינית?

ראשי הפרקים

א. הקושיה והנוסחאות והפירושים במדרש

ב. פירושים ונוסחאות שונים במדרש זה

ג. דברי המהרי"ט, הרב יוסף אנגל ומושב זקנים

ד. מי היה בלק?
1. בלק היה אמורי
2. בלק היה מדיני
3. בלק היה ארמי
4. בלק היה מואבי
5. סיכום

ה. דברי העוד יוסף חי

א. הקושיה והנוסחאות והפירושים במדרש

כשלמדתי פ' בלק בשנת תשע"ג התעכבתי על דברי רש"י בתחילת הפרשה: "בעת ההוא - לא היה ראוי (בלק שז"פ) למלכות. מנסיכי מדין היה, וכיון שמת סיחון מנוהו עליהם לצורך שעה" (במדבר כב,ד). והרי ידוע המדרש שעגלון מלך מואב היה בנו או בן בנו של בלק מלך מואב. ועגלון היה אביה של רות. לפי ההלכה הייחוס אצל הגוים הולך אחרי האב, וממילא לפי דברי רש"י אלו, עגלון היה מדיני וממילא גם רות היתה מדינית, ולכן צ"ע למה חז"ל (יבמות סט,א) נזקקו לדרשה מואבי ולא מואביה – הרי רות מדינית היתה ולא מואביה.

שאלה זו דרבנה אותי לברר את המדרש שרות היתה נינה או נכדה של בלק, והנה ארבעה מקורות בתלמוד בבלי עם שינוי נוסחאות מסוימות וכן ארבע מדרשים:

1. סוטה מז,א: רות בתו של עגלון בנו של בלק היתה.[1]
כ"י ותיקן: רות בתו של עגלון בן בנו שלבלק מלך מואב היתה...
2. נזיר כג,ב: רות בת בנו של עגלון מלך מואב היתה.
כ"י ותיקן: רות בת בנו של עגלון בן בנו של בלק מלך מואב
3. סנהד' קה,ב: רות בתו של עגלון בן בנו של בלק מלך מואב היתה.
4. הוריות י,ב: רות בת בנו של עגלון בן בנו של בלק מלך מואב.
כ"י פריז: רות בתו של עגלון בן בנו של בלק...
5. פסיקתא זוטרתא רות פ"א: רות מבניו של עגלון בן בנו של בלק מלך מואב היתה.
6. ילקו"ש מלכים ב רמז רכו: רות בתו של עגלון מלך מואב בן בנו של בלק היתה...
7. ילקו"ש בלק רמז תשסה: ויצאה ממנו רות בת בנו של עגלון בן בנו של בלק...
8. רות רבה (מהדו' לרנר) פרשה ב: רות וערפה בנותיו של עגלון היו...עגלון היה בנו של בלק...

ריבוי נוסחאות לפנינו, אבל כולם מודים שרות היתה בת בנו או בתו של עגלון, וכן עגלון היה בן בנו או בנו של בלק, וא"כ קשה כאמור מדוע רות נחשבת למואביה ולא למדינית?

ידידי הרב יצחק אוסטרוב שליט"א העירני שכבר שאל קושיה זאת המהרי"ט בחידושיו (לקדושין סז,ב) וז"ל:

> באומות הלך אחר הזכר. תימא לן הא דאמרינן בפרק עגלה ערופה (סוטה מז,א) דרות בתו של עגלון בנו של בלק היה, וכן בפרק רביעי דנזיר כג, ב ובפרק בתרא דהוריות (י, ב) בשכר מ"ב קרבנות שהקריב בלק זכה ויצתה ממנו רות, ואנן קי"ל (במדבר רבה פ"כ,ד) דבלק מנסיכי מדין היה וכשמת סיחון מינוהו עליהם לצרך שעה. ובפרק הערל (יבמות עו,ב) אמרינן גבי דוד שאמר דואג עליו שלא היה ראוי לבא בקהל דקאתי מרות המואביה עד שנתחדשה להם הלכה עמוני ולא עמונית, ואם איתא דבאומות הלך אחר הזכר שאפילו אם היה בלק נשא מואבית, בתריה דידיה שדינן לה, ורות מדנית היתה ולא מואבית.

[1] בספר מנורת המאור (לר' ישראל ב"ר יוסף אלנקאוה פרק ה - תלמוד תורה, עמ' 365) גרס: "רות בת בנו של בלק היתה". ויש להעיר על הערת ידידי הרב בצלאל דבליצקי, מסכת הוריות על פי נוסח ספרדי עם שינוי נוסחאות, עמ' נח (הוריות יא,א), הע' 88, שכתב על נוסח המנורת המאור למדרש זה וכתב "וגירסה זו ודאי שאין לה פתר מלבד מש"כ תוספות" – והרי זו גרסת הבבלי בסוטה ורות רבה. נוסיף שבחזקוני (במדבר כא, לד) הנוסח הוא כמו במסכת סנהדרין וכילקוט שמעוני מלכים ב.

למעשה שאלה זו כבר מופיעה בדברי בעלי התוספות בספר מושב זקנים על התורה:

> בעת ההיא. פר"ש [= פריש ר' שלמה] בלק היה מתחלה מנסיכי מדין, וכיון שמת סיחון המליכוהו עליהם. והקשה הר"י הא דאמרינן בנזיר פרק מי שאמר (כג,ב) ובסוטה (ליכא שם[2]) דרות בתו של עגלון בן בנו של בלק מלך מואב היתה, א"כ היכי אמרינן ביבמות בפרק הערל (עו,ב) דאי לאו דהוה דרשינן עמוני ולא עמונית, מואבי ולא מואבית היתה רות אסורה לבא בקהל, ולמה והלא מבלק היתה ובלק ממדין היה. וא"ת שאמו היתה ממואב, והא אמרינן (קידושין סז,א) באומות הלך אחר הזכר.

המהרש"א (ח"א סוטה שם) עמד על קושי זה והעלה שלפנינו מדרשים חלוקים, וז"ל:

> ...וצ"ל דההוא דרש דבלק ממלכי מדין הוה והוא צור ולפי שעה מנוהו מואב למלך פליגא אדהכא דמסיק דרות יצתה ממנו דהיינו ממש ממואב יצתה כדמוכח פ' ד' וה' אל תצר את מואב כו' נשא משה ק"ו בעצמו כו' ע"ש.

אולם, נראה שיש דרכים אחרות ליישב את המדרשים האלו.

ב. פירושים ונוסחאות שונים במדרש זה

בעלי התוספות הביאו מדרש זה, אולם עקב בעיות בסדר הדורות הם למדו שאין לקבל דברי המדרש באופן מילולי אלא הכוונה שרות היתה מזרעו של עגלון. מעתה תורץ הקושיא הנ"ל, שכן היות רות "מזרעו" יכול להתפרש שהיא מזרעו דרך האם, ואביה היה מואבי וממילא צריך לדרוש מואבי ולא מואביה. למשל ראה תוספות יבמות (מח,ב):

> אשר באת לחסות - פירוש שמיהרת ותימה דבפ' מי שאמר הריני נזיר ושמע חבירו ואמר ואני (נזיר כג,ב ושם) אומר רות בת בנו של עגלון בנו של בלק מלך מואב היתה וכשתחשוב שנותיו של אהוד שהרג עגלון עד סוף ימים של אבצן דהיינו בועז תמצא יותר ממאתים שנה ולעת זקנתו נשאה דכתיב לבלתי לכת אחרי הבחורים וי"ל דבת

[2] כמצויין לעיל רואים שזה נמצא בסוטה (מז,א).

> בנו של עגלון לאו דוקא אלא כלומר דמזרעו היתה כמו בן בנו של נמרוד הרשע (חגיגה יג,א) ובקרא קרי לה נערה.

כיוצ״ב בתוס׳ בנזיר (כג,ב): ״...לאו דוקא נקט בת בנו וכן בחלק (סנהדרין קה,ב) דאמר בתו של עגלון לאו דוקא אלא הרבה דורות היתה אחר עגלון.״[3]

לפי זה, רות היא מזרעו של בלק, אבל מכיוון שזה לאו דווקא דור אחרי דור דרך האב, אבל גם דרך בת אחת, שבמידה שבעלה היה מואבי, נמצא שרות תהיה מואביה ויש צורך בדרשת חז״ל.

לעיל ראינו שכבר שאלו את השאלה בעלי התוס׳ בספר מושב זקנים. אכן הם השתמשו במהלך זה בתירוץ השני שלהם:

> א״נ בת בנו של עגלון בן בנו של בלק לאו דווקא אלא משום בת אחרת של בלק הפסיקה יחס הזכרים ונשאת למואבי אחר. ולסיפרי דגרסינן בתו של עגלון לאו דוקא אלא בת בתו. וכן נראה דלאו דוקא דא״כ היתה לה יותר ממאתים שנה כשנתגיירה ובפרק החולץ (יבמות מח,ב) משמע שמיהרה עצמה להתגייר.

והנה יש ראשונים הן בצרפת והן בספרד שאכן ציטטו את המדרש כך. בספרד ר׳ יוסף ב״ר אברהם ג׳יקטיליא ציטט את המדרש כך בספרו כללי המצוות:

> דא״ר יוסי בר חוני רות בתו של עגלון בן בתו של בלק היתה.

וכן בצרפת מצאנו שכך ציטטו את המדרש בפסקי תוספות על מסכת סוטה, אות מח:

> באומות הולך אחר הזכר, בלק היה מנסיכי מדין ובתו נישאת למואבי, ורות בת בתו של עגלון, בשכר שיצא מעל כסאו יצא ממנו רות.[4]

לפי זה, לבלק היתה בת שהיתה סבתו של עגלון, ובת זו נשאת למואבי ועגלון הוא מואבי.[5]

---

[3] בתוס׳ הרא״ש נסתפק בדבר: ״ושמא בת בנו של עגלון לאו דוקא בת בנו..״

[4] העיר הרב יעקב ליפשיץ במהדורות שלו של הפסקי תוס׳, ירושלים תשכ״ט, הוצאת מכון הרי פישל עמ׳ קיט (וירושלים תשס״ח, מוסד הרב קוק, עמ׳ עב) שנוסח זה של המדרש בא לתרץ את הקושיה הנ״ל ואכן ציין לכל המקורות בתלמוד בבלי ותוס׳, והשאיר הסתירה בין המקורות בצ״ע. הוא לא הביא את המהרי״ט ויתר מפרשים שהקשו את הקושיה.

נוסח זה שרות היתה בת בתו של עגלון כבר קיים בפסקי התוס׳ לסוטה הנ״ל, ואכן יש גירסא כזאת בכ״י מינכן למסכת נזיר (כג,א) [הובא בדק״ס השלם לסוטה שם הע׳ 34].

לסיכום פרקים אלו, אם מקבלים את המדרש לפי הנוסחאות שלנו קשה הקושיה שהעלנו בתחילת הדברים. אבל אם מפרשים את המדרש כפי התוספות וכן אם גורסים ״בתו״ במקום ״בנו״ באיזה שלב, לא קשיא מידי.

ג. דברי המהרי״ט, הרב יוסף אנגל ומושב זקנים

לעיל הבאנו את דברי המהרי״ט לקדושין (סז,ב) וכן את ספר מושב זקנים לפ׳ בלק שכבר הקשו את השאלה. בתירוצים שלהם קבלו את שלשלת הדורות של רוב הנוסחאות כפשטותם, ולכן הם הציעו פירושים אחרים. כך תירץ המהרי״ט (שם):

> וי״ל דהכא מיירי באומות שנתערבו לאחר איסורן, אבל בלק בשעת גזרה מלך מואב היה ואף הוא בכלל האיסור היה, ולטעמא דיהיב קרא (דברים כג,ה) על דבר אשר לא קדמו, טפי ראוי לעונש המלך שספק בידו לקדם יותר משאר העם, ועוד דכתיב (שם) ואשר שכר עליך וכו׳ ומי שכר אלא בלק דכתיב (מיכה ו,ה) עמי זכור נא מה יעץ בלק וכו׳.

מדבריו משמע שכל הדין שבייחוס בגויים הולכים אחרי האב, זה אחרי שהתורה אסרה ייחוס מסוים. אבל בלק למרות שהוא מדיני, בשעת האיסור היה מלך מואב וממילא כעת הוא מוגדר להיות מואבי, וממילא גם רות היא מואביה. מוסיף המהרי״ט שאפילו אם נאמר שהוא היה מדיני על פי ייחוסו, אבל למעשה הוא היה מלך מואב ולפי טעמא דקרא שהאיסור להתחתן עם מואבי הוא מפני שלא קדמו מים לבני ישראל, הרי יש יותר אחריות על המלך. כמו כן, בלק הוא ששכר את בלעם שבעקבות עצתו בני ישראל חטאו עם בנות מואב. עקב האחריות שלו למעשה מואב, בלק נכלל באיסור של מואבי לבוא בקהל ה׳, ולפי זה קיבל דין של מואבי.

רבי יוסף אנגל (חוסן יוסף אות רלט) פרש דברי מהרי״ט באופן הבא:

---

[5] ראה עוד בדברי ר׳ צדוק בדברי סופרים אות כט: ״ורות בת בתו של עגלון בן בנו של בלק,״ ובבאור הגריפ״פ ל״ת רסג.

וגם י״ל דכיון דהיה י״ב חודש במואב חשוב מואבי, כמו אנשי העיר דמיקרי היכא דדר י״ב חודש, וחל עליו האיסור, וזה נראה ג״כ כונת תירוץ מהרי״ט.

אמנם יש מקום להסביר דבריו כפשוטם – אף שבלק לא היה מואבי כמלך דכשהתורה אסרה את המואבים עד סוף כל הדורות אסרה את כל אלה שהיו במואב באותו הזמן גם אם לא היו מואבים הם גם כן נאסרו וק״ו בלק שהיה מלכם בעת האיסור ודאי דנאסר יחד איתם, שהרי התורה נותנת טעם מדוע נאסרו המואבים, על דבר אשר לא קידמו אתכם בלחם ובמים בדרך בצאתכם ממצרים. והרי העיקר השליט הוא המלך ועליו היה לדאוג שדבר כזה לא יקרה וא״כ זיל בתר טעמא וגם בלק נאסר.[6]

והנה בדברי רבי יוסף אנגל תוספת דברים (חוסן יוסף אות רמ):

בענין דרשינן טעמא דקרא, דעת הר״ן בקידושין סוף האומר, דאפילו כשהטעם מפורש בקרא מהני לר׳ שמעון, להוסיף באיסור מי שהטעם שייך בו, אף שהלאו לא נאמר עליו, ולרבנן לא מהני, ועיין באבב״מ סימן טז סק״א ועיין במהרי״ט המובא באות הקדום דכתב ג״כ דמהני הטעם להוסיף בלק, אף שהלאו לא נאמר עליו, כי הוא איננו מואבי, וזה יתכן רק לר״ש ולשיטת הר״ן הנ״ל, ואולם לפי מה שכתבו האחרונים, דלחומרא לכולי עלמא דרשינן טעמא דקרא, א״כ לכו״ע מהני טעם להוסיף באיסור, ורק לגרוע תלוי בפלוגתא דר״ש ורבי יהודה, וזהו ביבמות עז,א דר״ש דריש טעמא דעל דבר וכו׳ לגרוע נשים, ורבי יהודה פליג, ואולם כאן ברות יש סברא לכולי עלמא שיועיל הטעם אף לגרוע, כיון דלולא הטעם אין לאוסרה כלל, דאיסורה רק מפאת היותה מזרע בלק, דבו שייך רק הטעם הזה לבד ולא הלאו שוב כיון דכל איסורה הוא רק מפאת הטעם, ממילא אין לאוסרה כלל כיון דבנשים לא שייך הטעם, ודו״ק.[7]

---

[6] ראה דברי רבי צבי רוטברג שליט״א שהובאו ביקרא דאורייתא של ר׳ יחיאל ציק, ספר דברים עמ׳ תקמה.

[7] הרב צבי איזנקרפט, קובץ תורני, יו״ל ע״י בית המדרש ״חניכי ישיבת קול תורה״, בני ברק מנ״א תש״ס, גליון ב, עמ׳ יג, אות כב ״מואבי ולא מואביה״, העיר: וא״ל דהנה בפ׳ כי תצא מבואר טעם וזמן איסורם של עמון ומואב שהוא על דבר שלא קדמו אתכם בלחם ובמים כצאתכם ממצרים, וכיון דהא באותה שעה היה בלק מלך מואב הרי גם הוא מואב יקרא. אמנם לטעם המבואר ברמב״ן שהוא משום שהיו עמון ומואב צריכים להכיר טובה לאברהם שהציל את לוט ולכן היה להם לצאת בלחם ובמים, קשה שעל בלק שלא היה

מלבד עניין של טעמא דקרא שרב יוסף אנגל דן בו בסימן זה, יש כאן שאלה הלכתית: מי שהגר למדינה אחרת והתאזרח, האם הוא מקבל את כל דיני המדינה החדשה, וממילא בלק שמקורו במדין, כעת הפך להיות מואבי עם כל החומרות שבדבר? הרב יוסף אנגל אכן טוען שכך הדין. לפי דבריו, מדיני שהגר לעמלק ונעשה אזרח עמלק, האם גם עליו יחול הדין של מחה תמחה את זכר עמלק? ואם אומרים זה לחומרה, האם נאמר את זה גם לקולה? מואבי שהגר למדין ונעשה מלך במדין, האם פקע ממנו דין מואבי? וכן עמלקי שהגר למדין ונעשה מדיני, האם פקע ממנו דין של עמלקי? וצ״ע.

בתירוצו השני והשלישי, מציע המהרי״ט שאכן בלק היה מואבי במוצאו:

> עיין מהרי״ט קידושין... ואין הקושיא מובנת, דאף דהיה מנסיכי מדין, שפיר יכול להיות שהיה מואבי בתולדה וכך היה להם בקבלה ומה שלא רצו המואבים למנותו רק לפי שעה, אין להביא ראיה מזה שלא היה מואבי;
>
> וגם י״ל דהיתה אמו מדינית ואביו מואבי, והא דבעכו״ם הולד הולך אחר הזכר אנו יודעים שהדין הוא כך, אבל עכו״ם גופיהו, דנשתבשו בזה, והיו מיחסים אחר האם, וע״כ החזיקוהו למדיני ולא רצו מואבים למנותו...

לפי התירוץ הראשון מוצאו במואב ונעשה מנסיכי מדין. לפי התירוץ השני, אכן אביו היה מואבי ואמו מדינית והגויים לא ידעו את ההלכה שבייחוס הולכים אחרי האב ולא האם. לפי שני התירוצים, המואבים בהתחלה לא רצו למנותו מלך עליהם. למעשה קדמו לר׳ יוסף אנגל בעלי התוספות בספר מושב זקנים (שם, בתירוץ הראשון שלו):

> ותירץ [הר״י] דבלק עיקר מולדתו היה ממואב והלך במדין ומנוהו נשיא עליהם, ואח״כ חזר למולדתו למואב והמליכוהו עליהם לצורך שעה, כי לא היה ממשפחת המלוכה.

לפי הר״י, במקורו בלק היה מואבי וממילא חל האיסור עליו. אמנם, תירוץ זה מביא אותנו להשאלה של פרק הבא: מי היה בלק?

מזרע לוט אין תביעה זו. וצ״ע.״ הצד הראשון הוא לפי המהרי״ט ולפי ר׳ יוסף אנגל. לגבי הצד השני, ראה המדרש תנחומא להלן שמציין דברי בלעם לבלק בעניין הכרת הטוב, והרי לפי מדרש זה, בלק היה מואבי!

ד. מי היה בלק?

פתחנו בדברי רש"י בפ' בלק שבלק "מנסיכי מדין היה, וכיון שמת סיחון מנוהו עליהם לצורך שעה". אולם יש מקום לדון במוצאו ובייחוסו של בלק וכדלהלן:

1.בלק היה אמורי

רבי אליהו מזרחי (שם) סבור ששיבוש נפל בגירסת הספרים בדברי רש"י וז"ל:

> בעת ההיא לא היה ראוי למלכות. מנסיכי מדין היה וכו'. ובבמדבר רבה אמרו (במדבר רבה כ,ד): "והלא מתחלה נסיך היה, דכתיב (לא,ח) 'את אוי ואת רקם ואת צור'". פירוש: בספר יהושע כתיב (יהושע יג,כא): "ואת נשיאי מדין את אוי ואת רקם ואת צור ואת חור ואת רבע נסיכי סיחון יושבי הארץ", ואם כן פירוש "והלא מתחלה נסיך היה", מנסיכי סיחון קאמר, ולא מנסיכי מדין, כמו שכתב רש"י, כי הם בעוד מדין בקיומה, מלכי מדין היו, כדכתיב בפ' מטות (לא,ח) חמשת "מלכי מדין", ואחרי הכבוש שכבשה סיחון, נתבטלה מלכותם ומינה אותם נסיכים, וקורא אותם נסיכי סיחון. ולכן מה שכתב רש"י "מנסיכי מדין היה", שבוש נפל בספרים, וצריך להיות מנסיכי סיחון, כי רחוק לומר שקורא אותם נסיכי מדין מפני שהיו מתחלה מלכי מדין.[8]

הרא"ם מתקן את דברי רש"י ואין בלק מנסיכי מדין, אלא היה מנסיכי סיחון, ואחרי שסיחון כבש אותם הרי הוא שמינה אותם לנסיכים וממילא בלק היה מנסיכי סיחון. הערתו של הרא"ם מבוססת על הפסוק ביהושע (יג,כא):

---

[8] הרא"ם ממשיך ומערער על עצם דברי רש"י וטען שבלק אינו מנסיכי סיחון/מדין אלא אכן הוא היה מלך מואב וכך כתב: "ולא ידעתי מאין הוציאו רז"ל שבלק היה מנסיכי סיחון, והלא לא נקראו 'נסיכי סיחון' רק חמשת מלכי מדין, כדכתיב 'את אוי ואת רקם ואת צור ואת חור ואת רבע נסיכי סיחון'. וליכא למימר שבלק היה אחד מהם ושני שמות היו לו, דמהיכן למדו זה, אדרבה ממה שאמרו רז"ל (במדבר רבה כ,כ) שבלעם נמצא במדין בעת שבאו ישראל עליהם למלחמה, מפני שהלך שם לקבל שכרו בעד העשרים וארבעה אלף שהפיל מישראל בעצתו ושם נהרג הוא וחמשת מלכי מדין, וזה המעשה היה כשהיה 'בלק' 'מלך למואב בעת ההיא', שאז נתן לו העצה הרמוזה במאמר 'אִיעָצך אשר יעשה העם הזה לעמך' (כד,יד), כי רחוק הוא שיעברו ימים רבים אחר מיתת העשרים וארבעה אלף שמתו בעצתו עד שיבקש שכרו ממדין."

וְכֹל עָרֵי הַמִּישֹׁר וְכָל מַמְלְכוּת סִיחוֹן מֶלֶךְ הָאֱמֹרִי אֲשֶׁר מָלַךְ בְּחֶשְׁבּוֹן אֲשֶׁר הִכָּה מֹשֶׁה אֹתוֹ וְאֶת נְשִׂיאֵי מִדְיָן אֶת אֱוִי וְאֶת רֶקֶם וְאֶת צוּר וְאֶת חוּר וְאֶת רֶבַע נְסִיכֵי סִיחוֹן יֹשְׁבֵי הָאָרֶץ.

ופירש הרד״ק שם:

נסיכי סיחון יושבי הארץ - אלה חמשת מלכי מדין היו נסיכי סיחון בעוד שהיו סיחון והאמרי יושבי הארץ קודם שלכדום ישראל היו אלה נשיאי הארץ נסיכי סיחון כי תחת ממשלת סיחון היה מדין בימים ההם.

לאור זה מוצאו של בלק מן האמורי.

הט״ז (שם) סיכם את דברי המזרחי:

בעת ההיא כו׳ מנסיכי מדין היה. הרא״ם כתב שיש כאן ט״ס וצ״ל מנסיכי סיחון כדכתיב ביהושע את נשיאי מדין את אוי ואת רקם כו׳ נסיכי סיחון ולא ידעתי מאין הוציאו שבלק היה מנסיכי מדין וכצ״ל מנסיכי סיחון... ויש מקיימין הגירסא שלפנינו דאמרינן במדרש דצור היינו בלק:

נראה שמקורו של רא״ם הוא במדרש תנחומא פ׳ בלק סימן ד, ולמעשה זה המקור של רש״י גם כן:

בלק בן צפור מלך למואב (במדבר שם כב,ד). והלא מתחלה נסיך היה, שנאמר את אוי ואת רקם ואת צור ואת חור ואת רבע נסיכי סיחון וגו׳ (יהושע יג,כא), אלא כיון שנהרג סיחון המליכוהו תחתיו. בעת ההוא (במדבר שם כב). שנזדמנה לו אותה שעה.[9]

גם בספר מושב זקנים (עפ״י ר׳ יהודה החסיד, בעקבות הפסוק ביהושע) הובאה שיטה שבלק היה מנסיכי סיחון: ״פי׳ החסיד שבלק משרי סיחון היה״.

למעשה, כמדומני שמקורו של הרא״ם הוא ברמב״ן במדבר (כב,ד) שכתב:

[9] ראה דברי הילקוט שמעוני תורה פ׳ בלק רמז תשסה: ״ובלק בן צפור מלך למואב בעת ההיא. והלא מתחלה נסיך היה שנאמר את אוי ואת רקם ואת צור ואת חור ואת רבע נסיכי מדין, אלא משנהרג סיחון המליכוהו תחתיו. בעת ההיא שנזדמנה לו אותה שעה״ – הרי הוא למד כרש״י שלנו.

...והנראה בעיני, כי היו מתחלה במדין מלכים, וסיחון מלך האמורי נלחם במלך מואב הראשון ויקח את כל ארצו מידו עד ארנון, ונלחם בבני עמון ולקח מארצם כמו שאמר מלך עמון ליפתח (שופטים יא,יג) כי לקח ישראל את ארצי בעלותו ממצרים, ויפתח השיב לו כי מסיחון לקחה (שם פסוק כא), וכתוב ביהושע (יג,כה) ויהי להם הגבול יעזר וכל ערי הגלעד וחצי ארץ בני עמון עד ערוער, ונלחם סיחון עוד עם מלכי מדין וכבש ארצם ושם אותם לו לעבדים נושאי מנחה, <u>והסיר עטרת ראשם ולא נתן להם הדר מלכות, והשאירם שופטים בארץ מדין בעבורו ולכן יקראו "זקני מדין"</u>, כדרך השערה אל הזקנים (דברים כה,ז). והראיה בזה, שכתוב ביהושע (יג,כא) וכל ממלכות סיחון מלך האמורי אשר מלך בחשבון אשר הכה משה אותו ואת נשיאי מדין את אוי ואת רקם ואת צור ואת חור ואת רבע נסיכי סיחון יושבי הארץ, כי היתה תחת ממשלתו. וטעם "ואת מלכי מדין" (להלן לא,ח), אשר היו מלכים תחלה, כמו שאמר "נשיאי מדין נסיכי סיחון", וכן נאמר (להלן כה,טו) ראש אומות בית אב במדין הוא, לא מלך. או יהיה טעם "מלכי מדין", שחזרו למלכותם בעת ההיא.

הרי נסיך מדין שווה לשופטי מדין השווה לזקני מדין – אבל המינוי היה מסיחון.

2. בלק היה מדיני

אמנם לפי הנוסח שלנו ברש"י, משמע שבלק היה מדיני, וכן כתב הט"ז (שם, אחרי שהביא את דבר המזרחי): "ויש מקיימין הגירסא שלפנינו דאמרינן במדרש דצור היינו בלק." עוד העיר הרב חיים דב שעוועל במהדורה שלו של רש"י שאכן כך הנוסח בד"ר ובכ"י.

הרמב"ן בסוף דבריו מזכיר את דברי חז"ל שהם המקור לדברי רש"י (אולם בלי לייחס אותו למדין):

ובמדרש במדבר סיני רבה (כ,ד) ראיתי, ובלק בן צפור מלך למואב בעת ההיא, והלא מתחלה נסיך היה שנאמר את אוי ואת רקם ואת צור ואת חור ואת רבע, אלא משנהרג סיחון המליכוהו עליהם, בעת ההיא, שגרמה לו השעה.

והנה מצאנו מקור למדרש זה שבלק היה מדיני במיוחס לתרגום יונתן במדבר לא,ח:

וְיַת מַלְכֵי מִדְיָנָאֵי קְטָלוּ עַל קְטוּלֵי מַשְׁרְיַיתְהוֹן יַת אֱוִי וְיַת רֶקֶם וְיַת צוּר הוּא בַּלָק וְיַת חוּר וְיַת רֶבַע חֲמֵשֶׁת מַלְכֵי מִדְיָן.

אם נקבל את הזיהוי של בלק עם צור, מלך/נסיך מדין, אז נמצא שכזבי היא בת בלק, וכן הוא בתרגום יונתן לבמדבר כה,טו: "וְשׁוּם אִתְּתָא קְטִילְתָּא מִדְיָנֵיתָא כָּזְבִּי בְּרַת צוּר דְּמִתְקַרְיָא שְׁלוֹנָאֵי בְּרַת בָּלָק רֵישׁ אוּמָא דְמוֹאָב בְּמִדְיָן בֵּית מוֹתְבֵיהּ הוּא".[10]

אכן אור החיים (במדבר כב,ג) מקבל דברים אלו ומתייחס אליהם בכמה מקומות:

> הוא אומרו ויקוצו מפני בני ישראל פירוש היותם בני ישראל ובאמצעות כל זה השלימו מואב עם מדין ומלך בלק עליהם ושלחו אחר בלעם והיו תוצאותיו חצר מות, ובהעדר אחת מכל הסיבות הנזכרות לא היו שולחים אחר בלעם ולא היה דבר, שאם לא היה ראיית בלק בנסתרות לא היה משיג לדעת את אשר תקראנה אותו ואת עמו במדין ולא היה מתרצה להשלים עם מואב להתחבר עמהם לבא כנגד ישראל, והגם שהיה שולח אחר בלעם והוא במקומו במדין, לא היה נסבב דבר בהפקרת הנשים שהפקירו המואבים כי מדין לא היו מובטחים ביציאתם לישראל כי אם המואבים לפי שאמר להם בנבואתו כי לא ירעו ולא ישחיתו להם אלא באחרית הימים דכתיב (כד,יד) את אשר יעשה העם הזה לעמך באחרית הימים, ומזה הובטחו לשלוח בנותיהם למחנה העברים ולהתגר עמהם (סנהדרין קו,א) כי שלמים הם עמהם, מה שאין כן מדין שלא מצינו שהפקירו מהם אלא מדינית אחת שאמרו ז"ל (מ"ר כאן) שהיא בתו של בלק כי הוא זה הנקרא צור, גם אם לא היה מוראם של מואב מהעם גם שקצו מפני בני ישראל כמו שפירשנו טעם הכפל וכו' לא היו משלימין עם מדין ולהמליך עליהם נסיכם, לזה הקדים ה' הסיבה ואמר וירא בלק וגו' ויגר וגו' ויקץ וגו' וזה היה סיבת ויאמר מואב וגו' וישלח מלאכים וגו' והיה מה שהיה.

עקב הנבואה של בלעם, המואבים היו בטוחים שלא יקרה להם שום דבר ולכן הפקירו בנותן לזנות, משא"כ, בנות מדין לא הפקירו את עצמן פרט

[10] כתר יונתן שם: "ושם האִשה ההרוגה המִדינית כזבי בת צור שְׁנִקראת שלונאי בת בלק ראש אומה של מואב במִדין בית מושבו הוא".

לאחת - בתו של בלק שבמקורו היה מדיני, וכנ״ל. אור החיים הזכיר זאת בפירושו לבמדבר כב,ו.

בפ׳ פנחס (במדבר כה,טו) אור החיים הרחיב את הדיבור בנושא זה, וטען שהזיהוי של בלק עם צור הוא מבוסס על הגיון הפסוקים עם המדרשים:

> המדינית. אמר בה״א הידיעה, נראה לומר כי לא היתה אשה אחרת מדינית במופקרות זולתה, ולזה גם כן בפ׳ בלק (כה,ו) כשהזכיר ויקרב אל אחיו אמר את המדינית בה״א הידיעה לומר אותה מדינית שהיתה במופקרות, וכפי זה לא הפקירו מדין בנותיהם, ואם היו המדיניות במופקרות היה ה׳ מצוה עליהם להורגם, וכן תמצא כשאמר הכתוב (שם א) ויחל העם לזנות אל בנות מואב, הא למדת כי המופקרות מואביות היו, וטעם שלא הפקירו מדין בנותיהם, לפי שלא היו בטוחים מהם כמואביות כמו שכתבתי למעלה (כד,יד) בפסוק אשר יעשה וגו׳ באחרית הימים, וזו שיצתה טעמה בצדה להיותה בת בלק השונא הגדול אשר שכר עלינו את בלעם בן בעור וקבל עצתו והפקיר בתו, מה שאין כן אנשי מדין קטן וגדול לא הפקירו.
>
> ובזה מצאתי נחת במאמר חז״ל (במד״ר פכ״א[11]) שאמרו כי צור שנהרג עם נסיכי מדין הוא בלק ובשביל שהפקיר בתו הורידוהו מגדולתו שהיה ראש לכלם דכתיב ראש אומות ועתה מנאו ג׳ למלכי מדין, וצריך לדעת מי גילה סוד זה כי צור הוא בלק, ולדברינו יש טעם נכון לומר כן, כיון שלא מצינו אלא מדינית אחת כאן הבן שואל מה נשתנית מדינית זו שיצתה מכל בנות מדין, אלא ודאי כי הוא זה בלק אשר שכר עלינו בלעם ויעצו וקיים עצתו בבתו והוא צור שזלזל בכבודו לקיים עצה רעה של בלעם, ואולי שלא רצו מואב להפקיר בנותיהם עד שקדם בלק שהיה אז מלך עליהם והפקיר בתו, והגם שכתבתי למעלה שלא עמד במלכותו אחר שהודיעם בלעם שלא יריעו ולא ישחיתו למואב, תיכף ומיד קיים העצה והלך לו לעירו ובזה הפקירו מואב בנותיהם, וזולת זה איך יתכן שישתנה צור מכולן:

---

[11] במדבר רבה (וילנא) פ׳ פינחס פרשה כא: ״ושם האשה המוכה ראש אומות בית אב וגו׳ להודיעך עד היכן נתנו המדינים עצמן, שבת מלך הפקירו שנאמר ואת מלכי מדין הרגו על חלליהם צור גדול מכולם מלך הוא והפקיר את בתו מי לא היה מפקיר ולפי שבזה את עצמו ופרסם את בתו בקלון גרעו הכתוב וכתבו שלישי אבל הוא מלך שבכולם ראש אומות בית אב במדין הוא.״

אלא שבא לידי מדרש (ילקוט מטות) וזה לשונם הן הנה מלמד שהיו מכירין אותם ואומרים זה לזה זו היא שחטא עמה פלוני עד כאן, כפי מדרש זה לא אחת ולא שתים היו, ואפשר לומר שמדין לא הפקירו מבנות הגדולים אלא מהמוניהם ולזה הורידו בלק שהפקיר בתו והוא היה מלך, ולדרך זה אומרו המדינית פירוש המכובדת שבכולן שלא יצאה ממדין בת מלך אלא היא, ולדרך זה יתאמת לנו מה שפירשתי בסוף פ׳ בלק שישראל לא היו מכירין אותם שהרי היו שם מדיניות הרבה, ולא אמר הכתוב (כה,א) אלא ויחל העם לזנות אל בנות מואב ולמה לא הזכיר גם בנות מדין, הא למדת שהיו כלן בעיניהם בנות מואב שזולת זה היו הורגים אותם מתחילה ויטלו ממונם או לבסוף אחר מעשה פנחס היה להם להרוג בנות מדין אלא שהיו כל הנשים בחזקת בנות מואב.

מה אירע לבלק מלך מואב? מגלה לנו אור חיים בסוף דבריו:

במדין הוא. מאמר זה קשה המשמעות, אם כוונתו לומר שהוא ראש אומות של מדין היה לו לומר ראש וגו׳ בית אב למדין, כי שיעור תיבת במדין הוא משמע שמודיענו מקומו ואין ידוע הכוונה בזה. ונראה שהכוונה היא לפי שאמר צור ראש אומות על בלק יאמר האומר והלא בלק מלך מואב היה שהמליכוהו עליהם, לזה הודיעך הכתוב ואמר לא כמו שאתה חושב שנשאר מלך למואב אלא כבר נגרש מהם וחזר למקומו, והוא אומרו במדין הוא פירוש באותו מצב שהיתה מופקרת בתו היה במדין, ועיין מה שפירשתי בפסוק (כד,כה) וגם בלק הלך וגו׳.

בלק גורש ממואב וחזר למדין ושם הוא היה יודע בשמו ״צור״, ושם מצא את מותו במלחמה עם ישראל, כמו שמפורש במקרא: וְאֶת מַלְכֵי מִדְיָן הָרָגוּ עַל חַלְלֵיהֶם אֶת אֱוִי וְאֶת רֶקֶם וְאֶת צוּר וְאֶת חוּר וְאֶת רֶבַע חֲמֵשֶׁת מַלְכֵי מִדְיָן וְאֵת בִּלְעָם בֶּן בְּעוֹר הָרָגוּ בֶּחָרֶב (במדבר לא,ח).

ר׳ עובדיה מברטנורא בפירושו על התורה עמר נקא, לבמדבר כב,ד, מביא מדרש אחר:

בעת ההיא לא היה ראוי למלכות מנסיכי מדין היה וכו׳ קשה מנא לו וי״ל מדלא כתיב בתחלת הפרשה וירא בלק מלך מואב משמע שלא היה אז מלך בתחלת העניין אלא שאחר שספר מוראן של מואב ועצתן שנתיעצו עם זקני מדין כתב שהיה מלך בעת ההיא כלומר

שמנוהו לצורך שעה. וכיון שלא פי' לנו הכתוב את יחוסו והזכירו אחר עצת מואב עם מדין יש לנו לומר שמנסיכי מדין היה וראיתי במדרש[12] שרקם הכתוב בנסיכי מדין זהו בלק כך מצאתי כתוב.

מקור אחר לזהותו של בלק ממדין נמצא בזוהר פ' בלק:

ת"ח, מה כתיב, וירא בלק בן צפור, וכי מאי שנא דאדכיר שמא דאבוי משאר מלכין אלא יתרו אתמשך ואתעבר מע"ז ואתא לאתדבקא בישראל הוא ובנוי וכל עלמא נדוהו ורדפו אבתריה, בלק מבני בנוי הוה ואתעבר מארחא דאבוי כיון דחמו סבי מואב וסבי מדין דהוו בהדי הדדי באחוה דלהון בע"ז בחולקא דלהון, דיתרו ובנוי אתדבקו בשכינתא ודא אתמשך מנהון אתו ואמלכוהו עלייהו בהאי שעתא דכתיב ובלק בן צפור מלך למואב בעת ההיא, בעת ההיא הוה מלך מה דלא הוה מקדמת דנא וכו'.

לפי זה, אכן בלק היה מדיני, אבל לא מזוהה עם צור או רקם, אלא דווקא עם יתרו.

3. בלק הוא ארמי

אמנם ייתכן שרש"י עצמו חשב שבלק היה ארמי. על הפסוק (במדבר כב,ה): "וַיִּשְׁלַח מַלְאָכִים אֶל בִּלְעָם בֶּן בְּעוֹר פְּתוֹרָה אֲשֶׁר עַל הַנָּהָר אֶרֶץ בְּנֵי עַמּוֹ לִקְרֹא לוֹ לֵאמֹר הִנֵּה עַם יָצָא מִמִּצְרַיִם הִנֵּה כִסָּה אֶת עֵין הָאָרֶץ וְהוּא יֹשֵׁב מִמֻּלִי", פירש רש"י: "ארץ בני עמו - של בלק. משם היה, וזה היה מתנבא ואומר לו עתיד אתה למלוך." (וכן כתב רשב"ם, במדבר, פ' בלק, כב,ה). איפה זה היה? מתרגום אונקלוס שם אפשר לברר: "ושלח אזגדין לות בלעם בר בעור לפתור ארם דעל פרת ארע בני עמיה למקרי ליה..." מקורו של אונקלוס הוא בדברים כג,ה: עַל דְּבַר אֲשֶׁר לֹא קִדְּמוּ אֶתְכֶם בַּלֶּחֶם וּבַמַּיִם בַּדֶּרֶךְ בְּצֵאתְכֶם מִמִּצְרָיִם וַאֲשֶׁר שָׂכַר עָלֶיךָ אֶת בִּלְעָם בֶּן בְּעוֹר מִפְּתוֹר אֲרַם נַהֲרַיִם לְקַלְלֶךָּ.

מקורו של רש"י הוא במדרש תנחומא פ' בלק, סימן ד: "ארץ בני עמו שמשם היה בלק כשנמלך והוא אמר שסופך למלוך...".

הבהיר לפי זה רבינו בחיי פ' בלק, כב,ה: "פתורה. ע"ד הפשט שם מקומו הוא, וזהו שאמר: 'ארץ בני עמו', וארמיים היו, כי כן כתיב: (דברים כג,ה) 'מפתור ארם נהרים'".

---

[12] לא מצאתי.

וכן פירש המלבי״ם ע״ש.

אמנם יש חולקים על רש״י. ראה דברי האבן עזרא (במדבר, פ׳ בלק, כב,ה): ״פתורה - כמו מצרימה (בראׄ לז,כה), אל פתור. ארץ בני עמו והם ארמים, וכן מפתור ארם נהרים (דברׄ כג,ה).״ העיר עליו המזרחי, שם:

> ארץ בני עמו של בלק. במדבר רבה. לא של בלעם, דסתם כל אדם אנשי ארצו מבני עמו הם. ומן התימה מרבינו אברהם בן עזרא שפירש, ״ארץ בני עמו והם ארמיים. וכן ׳מפתור ארם נהרים׳. ובדרש, בלעם הוא בלע, כי זה ארמי והוא אדומי״, שנראה מזה שהוא מפרש ארץ בני עמו של בלעם....[13]

המהר״ל (גור אריה שם) מבאר מדוע רש״י הסביר אחרת:

> משם היה. דאין לפרש ״ארץ בני עמו״ של בלעם, דאם כן הוי למכתב ׳אל ארצו׳, ומדכתיב ״ארץ בני עמו״, משמע ארץ בני עמו היה, אבל לא ארצו. וזה בלק, שלא היה עכשיו ארצו, אבל הוא ״ארץ בני עמו״. ועוד, כל אדם הוא מארץ בני עמו (כ״ה בראׄ״ם). אלא פירוש ״ארץ בני עמו״ של בלק, שהיה משם ארץ בני עמו, ולא ארצו של בלק. והוקשה לרז״ל (תנחומא כאן, ד) דמאי בא הכתוב לומר בזה שהיה בלק משם, אלא לומר וכוׄ:

גם רׄ עובדיה מברטנורא (עמר נקא, במדבר, כב,ה) הסביר את דברי רש״י:

> ארץ בני עמו של בלק משם היה וכוׄ קשה מנא לן תאמׄ שלעולם לבלעם מוסב כפשט הכתוב. וי״ל שמאחר שהכתוׄ האריך כל כך בסימני שמות המקום הזה שכתׄ פתורה אשר על הנהר אין לומׄ שכנוי ארץ בני עמו יהא מוסב על בלעם דפשיטא לכך פירשו רש״י מוסב אל בלק...

ממילא ניתן לסכם על פי דברי השפתי חכמים שהבהיר לפי רש״י: ״ר״ל בלעם היה מתנבא עליו, ואף שהיה מנסיכי מדין ארץ מולדתו היה פתורה״. מקורו ולאומו הוא ארם, נעשה נסיך מדין ובסוף מלך מואב.

---

[13] וכן הוא ברמב״ן, במדבר, פרשת בלק, כב, ה ובחזקוני שם.

4. בלק היה מואבי

והנה יש פירוש חדש בדברי בעלי התוס׳ שכבר שאלו הקושיה בריש המאמר. כדי לתרץ קושיה זו הציע ר״י כך:

> ותירץ דבלק עיקר מולדתו היה ממואב והלך במדין ומנוהו נשיא עליהם, ואח״כ חזר למולדתו למואב והמליכוהו עליהם לצורך שעה, כי לא היה ממשפחת המלוכה.

בלק היה מואבי מלידה והיגר למדין ושם קיבל מינו כנשיא עליהם. לצורך שעה חזר למואב וקיבל מינוי חדש כמלך מואב. נמצא שהוא היה מואבי לא מיוחס ושיפר את מצבו במדין ובזה זכה לחזור למואב. ממילא יש פירוש חדש לגבי ייחוסו של בלק וכן למה צריכים הדרשה של מואבי ולא מואביה שהרי ראש השושלת היה מואבי וממילא גם רות.

הרמב״ן בהמשך פירושו (לפני שהביא המדרש שבלק היה מדיני), המשיך לחלוק על רש״י הנ״ל ולמד שבלק היה ממואב:

> ולא ידעתי טעם למה שאמר הכתוב ובלק בן צפור מלך למואב בעת ההיא - כי הראוי הוא שיאמר תחלה, וירא בלק בן צפור מלך מואב את כל אשר עשה ישראל לאמורי. ואולי היה בלק גבור חיל נודע מאד במעשה תקפו וגבורתו, והזכיר הכתוב כי אף על פי שהיה למואב בעת ההיא מלך תקיף ואמיץ לבו בגבורים היה ירא וקץ מאד מפני בני ישראל, ולכך אמר יפתח (שופטים יא,כה) הטוב טוב אתה מבלק בן צפור מלך מואב, כי לא יפחיד את המלך רק במלך נורא מאד.
>
> ויתכן כי מואב לא היה עליהם מלך, והיה העם ירא מאד מפני בני ישראל, ועשו שני דברים, שלחו אל זקני מדין לאמר עתה ילחכו הקהל, והקימו עליהם המלך הזה בעצת מדין, ואחרי כן שלחו כלם אל בלעם במצות המלך, וזה טעם ״בעת ההיא״, בהתיעצם בענין ישראל, ושלחם לבלעם. ויהיה טעם ״וירא בלק״, שהיה אחד משרי מואב וגבור חיל, ונתעורר בענין הזה ואמר למואב הבה נתחכמה לעם, והם קמו והמליכוהו בעצת מדין.

ראיה לזה נמצא במדרש תנחומא (ורשא) פ׳ בלק סימן יב:

> ד״א מן ארם ינחני בלק מהררי קדם השוינו שנינו להיות כפוי טובה שאלולי אברהם אביהם לא היה בלק שנאמר (בראשית יט) ויהי בשחת אלהים את ערי הככר וגו׳, ואלולי אברהם לא פלט לוט מסדום ואתה מבני בניו של לוט, ואלולי יעקב אביהם לא עמדתי אני בעולם שלא זכה לבן לבנים אלא בזכות יעקב שבתחלה באה רחל עם הצאן אלו היה לו בנים היאך בתו רועה ומשהלך יעקב לשם נתנו לו בנים שנאמר (שם בראשית לא) וישמע את דברי בני לבן, וכן הוא אומר (שם ל) נחשתי ויברכני ה׳ בגללך, ואני מבני בניו של לבן אלולי אברהם ויעקב אני ואתה לא עמדנו בעולם.[14]

לפי מדרש זה, בלק היה מצאצאיו של לוט, ומסתבר שהיה מואבי, ובלעם היה מצאצאיו של לבן הארמי. לפי זה, מובן מדוע רות היא רות המואביה.

5. סיכום

לסיכום, יש ארבע שיטות במקור זהותו של בלק. לפי רש״י על פי הדפוסים ולפי הפשטות, וכן לפי האור החיים וכמה מדרשים והזוהר, מקורו במדין והוא מדיני ובזה יש מחלוקת עם הוא מזוהה עם צור (או רקם) או מצאצאיו של יתרו. לפי הרא״ם ועוד מפרשים הוא אמורי במקורו מנסיכי סיחון, והוא אמורי במקור. לפי רש״י בהמשך פירושו, רבינו בחיי, מלבי״ם, ומדרשים אחרים, בלק היה ארמי במקורו. לפי הר״י, רמב״ן, ועוד מדרשים, בלק היה מואבי במקור. קושייתנו מבוססת על היותו מדיני, אמוראי או ארמי; אבל אם הוא מואבי במקורו מתורצת הקושיה בפשטות.[15]

ה. דברי העוד יוסף חי

ראה דברי בעל עוד יוסף חי[16] למסכת קידושין (סז,ב) לאחר הבאת דברי המהרי״ט:

---

[14] וכן הוא בבמדבר רבה פ׳ בלק פרשה כ, וכן הוא בילקוט שמעוני תורה פ׳ בלק רמז תשסה.

[15] ועיין עוד בספר דף על הדף, סוטה מז,א. ועיין בדברי הרב מאיר בנימין יוז׳וק, בספרו: אמרי בנימין, ישר הורי, על מסכת הוריות, לדף י,ב (עמ׳ רמ בספר) שהקשה הקושיות והביא המדרשים ודברי המהרש״א והשאיר את הכל ב״ועיין״.

[16] לר׳ יוסף זרקא היה מגדולי תוניס. נולד בשנת תפ״ב.

ואחר המחילה לק״מ אדמותיב מרישא דמלתא לסייען מסיפא דמלתא דקאמר נתגיירו הלך אחר הפגום שבשניהם ולא אזלינן אחר הזכר אלא בעודן אומות ולענין לא תחיה כל נשמה הוא דאמרי׳ הכי אבל לענין יוחסין הלך אחר הפגום.

והעיר לי ידידי הרב שאול יוז׳וק שליט״א שלהלכה לא מפרשים את הגמרא בקידושין (סז,ב) כך:

נתגיירו - הלך אחר הפגום שבשניהם. במאי? אילימא במצרי שנשא עמונית, מאי פגום איכא? עמוני - ולא עמונית! אלא בעמוני שנשא מצרית, ואי זכר הוי האי - שדיא אבתריה דידיה, ואם נקבה הויא - שדיא אבתרה דידה.

ופסק הרמב״ם (איסורי ביאה יב,כא):

גר עמוני שנשא מצרית הולד עמוני, גר מצרי שנשא עמונית הולד מצרי, זה הכלל באומות הלך אחר הזכר נתגיירו הלך אחר הפחות.

וכן הוא בשו״ע אבה״ע ד,ז:

עמוני שנשא אשה מצרית, הולד עמוני. ומצרי שנשא עמונית, הולד מצרי, שבאומות הלך אחר הזכר. אבל אם נתגיירו, הלך אחר הפגום שבשניהם. לפיכך גר עמוני שנשא גיורת מצרית, הולד, אם הוא זכר, דינו כעמוני להיות אסור לעולם. ואם היא נקבה, דינה כמצרית. הגה: גר מצרי שנשא גויה עמונית הבן הוא עמוני והבת היא מותרת (גירסא אחרת מצרית) (טור).

פירוש הדבר שבאומות הלך אחר הפגום רק לאחר שנתגיירו ואילו בעל העוד יוסף חי נקט שגם בגויותם הלך אחר הפגום ודבר תימה הוא.

הרב מאיר ברקוביץ

קידושין דרבנן ו'סיבת האיסור'

ראשי הפרקים

א. אי תפיסת קידושין באשת איש – שני טעמים

ב. נושא הסוגיא בקידושין סז – אי תפיסת קידושין או/ו ממזרות

ג. נפקא מינות בין הטעמים
1. קידושי דרבנן
2. קידושי עובר
3. בבני נח
4. ארוסה ונשואה
5. זכין בגט

ד. קידושי דרבנן ו'סיבת האיסור'
1. קידושי דרבנן מונעים קידושי שני – 'סיבת האיסור'
2. קידושי כסף ושטר ביבמה
3. איסור אשת איש במקדש נדה
4. אין איסור חל על איסור - אין איסור או אין עונש?
5. מחלוקת אבנ"ז וחלקת יואב
6. ממזר מקידושין דרבנן

א. אי תפיסת קידושין באשת איש – שני טעמים[1]

בפ' קדשים (ויקרא יט,כ- כא) נאמר שהבא על שפחה חרופה אינו חייב מיתה אלא קרבן אשם. במסכת גיטין נחלקו מי היא שפחה חרופה. בשו"ע (אבה"ע מד,יב) נפסק שמדובר בחציה שפחה וחציה בת חורין שנתקדשה. בגמ' (גיטין מג) יש ספק מה מעמדה לאחר שנשתחררה ומה הדין אם לאחר שחרורה בא אחר ומקדשה. מה הדין אם אחר בא לקדשה לפני שנשתחררה? יש כאן אשת איש שאין בה איסור כרת – האם קידושי שני יתפסו? לבית שמואל (אבה"ע שם ס"ק טו) פשוט שקידושי שני לא יתפסו מאחר ומקודשת היא לראשון.

במסכת גיטין (מג,א) אומרת הגמ', שאין היכי תימצי של 'אשת ב' מתים' לענין יבום. הפנ"י הקשה – ראובן שקידש ח"ש וחב"ח וחזר אחיו וקידשה

[1] עי' אבני משפט ו עמ' 9 ואילך בדברי מו"ר הגרמ"ח דימנטמן שליט"א.

(לפני שנשתחררה) – הואיל ואין בה איסור כרת (ואפילו לאו אין אלא חיוב אשם) תפסי קידושי שמעון אחיו ואם שניהם מתו הרי היא אשת ב' מתים? על כך השיב :

> ובלא"ה לא משכחת קידושין אחר קידושין דכיון שתפסו קידושין של ראובן הרי היא ברשותו ואין לה יד לקבל קידושין מאחר, כן נראה לי.

וכדעת הב"ש הנ"ל. קידושי הראשון מונעים תפיסת קידושי שני כי 'אין לה יד לקבל קידושין'. האבנ"מ (שם, ד) חולק על הב"ש והפנ"י וסובר שבאופן הנ"ל תופסים קידושי שני. רק בחיוב כרת ומעלה (מיתת בית דין) אין תפיסת קידושין (על חיוב כרת – כסימן או כסיבה ידון אי"ה להלן). הדבר מבואר במסכת קידושין (סז,ב): יש פסוק שקידושין אינם תופסים באחות אשה. הגמ' מציעה ללמוד שאר עריות (בבנין אב) מאחות אשה. על כך מוסיפה הגמ' לשאול: אשת איש ואשת אח שונים מאחות אשה (לאשת איש יש היתר בחיי אוסרה – גט, ולאשת אח יש היתר במקום מצוה – יבום) ומנין נלמד שבהם אין תפיסת קידושין. לפי הפנ"י אין צורך לחפש מקור לאי תפיסת קידושין באשת איש – תיפוק ליה מכך ש'אין לה יד לקבל הקידושין' (כלשונו) והצד הקנייני מונע תפיסת קידושי שני?

לקושיית הפנ"י ש'משכחת לה אשת ב' מתים', משיב האבנ"מ כך: הבא על שפחה חרופה באשם תלוי, אך אם שמעון יבוא על שפחה חרופה שנתקדשה לראובן אחיו יתחייב כרת כדין איסור אשת אח! חידוש התורה על חיוב אשם בלבד מתייחס לאיסור אשת איש בלבד.[2]

ב. נושא הסוגיא בקידושין סז – אי תפיסת קידושין או/ו ממזרות

ר' אלחנן (קובץ הערות ג,ט), בעל הדברי יחזקאל (נו,ד) והחזו"א (אבה"ע קמח לדף סז,ב) דוחים את הוכחת האבנ"מ: הגמ' בקידושין שאלה אשת איש מנלן – לא לגבי תפיסת קידושין. כונת הגמ' לשאול מנלן שהנולד מביאת אשת איש הוא ממזר. אם הדבר המונע תפיסת קידושין הוא רק הקנין (פנ"י) ולא מצד ערוה מנין שיש ממזרות? הרשב"א ביבמות (מה,ב) באר שממזרות נובעת מקשר שאין בו אפשרות לתפיסת קידושין כשהמניעה היא איסור

[2] המנ"ח (מ' קצא) מסתפק בזה ונוטה לומר שאין חייבין עליה משום אשת אח. בנקודה זו – הגדרת מהות האישות בשפחה חרופה – ראה מש"כ באבני משפט ו עמ' 133 ואילך.

ערוה, על כן בנולד מגוי ועבד אין ממזרות כי הסיבה לאי תפיסת קידושין עמהם אינו מצד ערוה.

אמנם המעיין בתוס' (שם ד"ה מנא הני מילי) יראה שתירוץ זה אינו פשוט. לדעת תוס' נושא הסוגיא הוא תפיסת קידושין ולא ממזרות. ממזרות (הנלמד מ'לא יגלה כנף אביו') מוכיחה על אי תפיסת קידושין אך לשיטת רבי יהושע (יבמות מט,א) שרק מחייבי מיתות בי"ד יש ממזרות ואעפ"כ גם בחייבי כריתות אין תפיסת קידושין יש למצוא מקור לכך וזהו נושא הסוגיא (הערת ר' אלחנן והגרנ"ט בסי' פח).

יש המיישבים קושיית האבנ"מ באופן אחר (קובץ הערות הנ"ל). ברור שאין תפיסת קידושין באי"א בגלל הצד הקנייני. הגמ' חיפשה מקור שאין תפיסת קידושין (גם) מצד הערוה שבאשת איש ונפ"מ – אם הקנין בלבד מונע, הרי שאם שנים יקדשו בבת אחת יחולו קידושי שניהם, אך אם שם הערוה מונע – נאמר 'כל שאינו בזה אחר זה בבת אחת נמי לא' (קידושין נ,ב). בקניינים לא נאמר כן כי הסיבה שאדם אינו יכול למכור שדה פעם שניה היא בגלל שהשדה אינה שלו אבל אין חסרון בעצם ההקנאה לשנים [כמבואר בתוס' גיטין (מב,א ד"ה הא) שבשתי אחיות – קידושי הראשונה הם סיבה המונעת קידושי השניה (ועי' תוס' בכורות ט,א)].

אמנם גם תירוץ זה צ"ע. הפנ"י עסוק בסוגיית 'אשת ב' מתים'. לפי הקובץ הערות עדיין משכחת לה אשת ב' מתים – אם ראובן ושמעון יקדשו שפחה חרופה בבת אחת – כל מניעת הקידושין – לפנ"י – היא בגלל הצד קנייני, ואין – לכאורה – סיבה שקידושי שניהם בבת אחת לא יחולו וצ"ע. (לכאורה קושיא זו על הפנ"י אף ללא העיון בסוגיא בדף סז). וע"כ צ"ל (לפנ"י) שאין אפשרות להיות מקודשת לשני בני אדם (עי' קידושין ז,א ומ"מ אישות ג, ט איתתא לבי תרי לא חזיא).

ג. נפקא מינות בין הטעמים

1. קידושי דרבנן

אדם זרק לאשה כסף קידושין: קרוב לו אינה מקודשת, קרוב לה מקודשת מחצה על מחצה מקודשת ואינה מקודשת (גיטין עח).

האבנ"מ (כח,לג) למד בדעת הרמב"ם, שקנין דרבנן אינו מועיל לדינים דאורייתא. ולכן אם מדובר כאן בקנין ד' אמות אשה זו מקודשת מדרבנן בלבד. לכן הקשה האבנ"מ (ל,ה) מה בין מקודשת למקודשת ואינה מקודשת,

בשני המקרים אינה מקודשת מדאורייתא ובכל מקרה צריכה גט מדרבנן. למה התנא הציג כאן שני דינים נפרדים?

ואין לומר שנפ״מ אם קידושי שני יתפסו כי אין כאן ערוה (קידושי דרבנן בלבד) ובשני המקרים – גם קרוב לה ומקודשת מדין ודאי, יתפסו קידושי שני!

הפנ״י יחלוק על דברי האבנ״מ הללו. קידושי דרבנן ימנעו חלות קידושי שני (אם גם הוא יקדש בקנין דרבנן) אף שאין כאן ערוה – מ״מ קידושין לא תופסים באי״א בגלל שהיא כבר קנויה לאחר; האבנ״מ הקשה לשיטתו.

הבית שמואל (אבה״ע מד,א) סובר שאם פקח קידש חרשת (=קידושי דרבנן) ובא פקח אחר וקידשה, אף קידושי השני תופסים. בעל עצי ארזים (אבה״ע שם) תמה – מדוע יחולו קידושי שני שהם מדרבנן בלבד לאחר שהראשון כבר קידשה? נראה שיש לתלות מחלוקתם במחלוקת הפנ״י[3] והאבנ״מ, אם כי אין הכרח שהפנ״י והאבנ״מ יודו לדברי הבית שמואל והעצי ארזים.

2. קידושי עובר

הרב גוסטמאן (אהל יצחק עמ״ס גיטין עמ׳ שנז) כתב, שלפי הגר״ח (אישות ז,טז) שאם אב מקדש את בתו משעה שהוכר העובר, אין חלות אישות בעובר ויש כאן קנין ללא אישות כלל; לפנ״י לא יתפסו קידושי שני ולאבנ״מ קידושי שני יתפסו.

3. בבני נח

המנ״ח (סוף מ׳ קצא) מציין למל״מ (מלכים ט,י) שנסתפק אם בן נח בא על ערוה שלו אם קנה אותה בביאה זו שתחשב אשת איש ואחר שיבוא עליה יתחייב?

הפרשת דרכים (דרך האתרים דרוש א) מביא בשם חכמי אשכנז שאין קונה אותה כמו שבישראל אין תפיסת קידושין בעריות ולא הביאו ראיה לדבריהם. המנ״ח סבור שהואיל ובישראל לומדים שאין קידושין תופסים בעריות מהיקשא דרבי יונה, לעכו״ם שאין מקור ממילא תפסי קידושין.

---

[3] ולכאורה סתירה בדברי הב״ש. שפחה חרופה שתתקדש לשני – לא תופסים בה קידושין ולאחר קידושין דרבנן תופסים קידושין שניים וצ״ע.

אמנם לדעת הפנ"י שבא"א יש סיבה נפרדת לאי תפיסת קידושין, הצד הקנייני, אם כן אם ב"נ יבוא על אשת חברו בודאי שלא קנאה.

4. ארוסה ונשואה

החלקת יואב (אבה"ע סי' ב) מעלה אפשרות שיש לחלק בין ארוסה לנשואה. בנשואה כו"ע יודו שלא שייך תפיסת קידושין כי היא קנויה לבעלה. בעודה ארוסה, שאז אינה קנויה לבעלה רק שאסרה על כל העולם, לשם כך צריך את ההיקש דרבי יונה שהקישה הכתוב לכל עריות שבתורה (ומיושבת קושיית האבנ"מ על הפנ"י). והדברים טעונים ליבון וברור (שכן נקראת היא 'קנין כספו') ואכמ"ל.

5. זכין בגט

בשולי פרק זה נציין לדברי הגרמ"פ בשו"ת אגרו"מ (אבה"ע א,קיז) ביחס לאפשרות לזכות גט, ואם תאמר זכין לאדם אמרינן ולא זכין מאדם?

> ואין להקשות דהוא כמו זכין מאדם שהרבה סוברין דלא אמרינן, דהא עניני אישות אינו קנין ממש לאיש באשתו. וראיה דהא רק מצד אין קידושין תופסין בחייבי כריתות אין תופסין קידושין בא"א כמפורש בקידושין סוף דף סז ולא מצד שהיא כבר של אחר אלא ודאי דאין ענין אישות כזכות ממון אלא איסור והיתר בעלמא שעושה בהקידושין והגירושין ולכן שייך בזה ענין זכיה מטעם שליחות כדאשכחן בשליח לקבלה.

נקט להדיא שאי תפיסת קידושין באשת איש אינו נובע מענין קנייני, שלא כפנ"י.

ד. קידושי דרבנן ו'סיבת האיסור'

לעיל (ג.1) הבאנו מחלוקת הב"ש (מד,א) ובעל עצי ארזים בנדון פקח שקידש חרשת (=קידושי דרבנן) ובא פקח אחר וקידשה, האם קידושי שני תופסים וכתבנו שנראה שמחלוקת הב"ש והעצ"א היא היא מחלוקת הפנ"י והאבנ"מ.

הדברים מבוארים באבנ"מ (מד,א) בפקח שקידש חרשת ובא פקח אחר וקידשה. קידושי שני תופסים הואיל וקידושי ראשון הם מדרבנן בלבד. וז"ל :

> ודוקא באשת איש גמורה הוא דלא תפסי קידושי שני ומשום דהו"ל חייבי כריתות וכו' דיליף מקרא דלא תפסי קידושין אבל בקידושי

דרבנן דאינו לא מחייבי מיתות ב״ד ולא חייבי כריתות שפיר תפסי קידושי שני.

1. קידושי דרבנן מונעים קידושי שני – 'סיבת האיסור'

יש אפשרות נוספת לבאר דעת הסוברים שקידושי דרבנן מונעים חלות קידושי דרבנן, אף בלא טעמו של הפנ״י. ר׳ אלחנן (קובץ הערות ג,ג) מביא בשם הגרש״ש (עי׳ שע״י א,יא) והדברי יחזקאל (נו,ד) מביא בשם הגר״ח לדון מה הסיבה למניעת קידושין באחות אשה וכדומתה: האם היותה אחות אשה זו סיבה לחיוב כרת וחיוב הכרת גורם לאי תפיסת קידושין. או כלך לדרך זו: חיוב הכרת אינו סיבה אלא סימן. אותה נקודה שגורמת לכרת היא היא שגורמת לאי תפיסת קידושין. לא הכרת גורם לאי תפיסת קידושין אלא סיבת הכרת. לפי״ז י״ל שבקידושי דרבנן – על אף שאין כרת בפועל – סיבת הכרת (עכ״פ מדבריהם) קיימת ובכוחה למנוע תפיסת קידושין.

לעיקרון זה של 'סיבת האיסור' הביאו הגדולים הנ״ל כמה הוכחות:

בגיטין (פה,א) אדם המגרש אשתו ואומר לה חוץ מקידושיך בשטר מהו (ז״א שהיא מותרת לכל אדם אך לא תוכל להתקדש בשטר), ואיך תתכן הגבלה כזו הרי היא מגורשת! (לא מדובר בתנאי). ע״כ צ״ל שתפיסת קידושין אינה תלויה באיסור בפועל אלא בסיבת האיסור ולענין קידושי שטר היא עדיין אשת איש, למרת שזו אישות שאינה מחייבת כרת!

2. קידושי כסף ושטר ביבמה

רש״י ביבמות (נב,א) מבאר מדוע קידושי היבם אינם תופסים ביבמה. וז״ל: ״נתן לה כסף או שוה כסף – ואמר לה התקדשי לי במאמר יבמין ואף על גב דיהב לה מידי לאו קידושין גמורים הן כקידושי תורה שהרי אין קידושין תופסין באשת אח והתורה לא התירתה לו ליעשות כאשה נכרית אלא כסדר המצוה וביאה הוא דכתבה בה רחמנא״.

ביאור דבריו: בקידושין (יד,א) ילפינן מקרא, שיבמה נקנית בביאה ולא בכסף ובשטר. מדוע א״כ, נזקק רש״י לנימוק מדוע לא תפסי בה קידושין? הפסוק שבגמ׳ ממעט כסף ושטר כקנין ראוי למצות יבום אך הואיל ואיסור אשת אח פוקע (לכאורה) עם מות הבעל / האח מה מונע תפיסת קידושין 'רגילים'? על כך השיב רש״י כנ״ל. ואכתי צ״ב, סוכ״ס היא אינה ערוה ואם היבם בא עליה ולא קנאה אינו חייב כרת; מה – א״כ – מונע תפיסת קידושין? (ואף שיש דעה

שקידושין אינם תופסים ביבמה לשוק – הרי זה מקרא ד'ולא תהיה אשת המת החוצה לאיש זר' ויבם אינו זר) על כרחך צ"ל כנ"ל.

אבל אם נפרש דאין הכרת בעצמו גורם, אלא סיבת הכרת היא הגורמת למניעת הקידושין, אתי שפיר. דאף דאיסור אשת אח הותר ביבמה הזקוקה ליבם, מ"מ סיבת האיסור במקומה עומדת ולא הותר אלא האיסור בפועל (קובץ הערות שם).

3. איסור אשת איש במקדש נדה

מה הדין במקרה שאדם קידש אשה נדה (ותפסי בה קידושין כמבואר ביבמות מט,ב)? איסור כרת דאשת איש לא חל על איסור נידה; מעתה, אם יבוא אחר ויקדשנה (לאחר שתטהר) האם יתפסו הקידושין כי היא לא נאסרה על כל העולם בכרת? בשלמא לפנ"י, שהקנין מונע תפיסת קידושי שני הכא נמי קידושי השני לא תופסים אך לאבנ"מ שחולק יצא כאן חידוש דין. האחיעזר (אבה"ע סי' ג) הוכיח שקידושי שני לא יחולו. במשנה (יבמות יג,א) איתא שיש שש עריות שאין אפשרות שייפלו ליבום כי לא ייתכן שהן נשואות לאחיו, ביניהן: אשת אב. הקשה האחיעזר: אם האב נשאה בנידותה ומת ואחיו נשאה (איסור אשת איש ואשת אב לא חלים על איסור נדה) ונטהרה ומת האח – לכאורה יש לפנינו אשת אב שנופלת ליבום וצריך לאשמועינן שאין יבום בכה"ג. "אלא ודאי דכיון דמ"מ עיקר האישות חל בה אע"ג אין הכרת חל עלה מדין אין איסור חל על איסור מ"מ החומר שיש בה לא בטיל והוא גורם שלא יתפסו בה קידושין" (דברי יחזקאל בשם הגר"ח). ועי' קובץ הערות (לה,ו).

האחיעזר דן באפשרות שאיסור אשת איש יחול על איסור נדה כי איסור אשת איש מוסיף לגבי בני נח[4] (ואף שביחס לדידן חייבים הם על עריות דידן – כמבואר בסנהדרין נז - היינו בעריות מחמת קורבא כגון נערה המאורסה אף שלב"נ אין אירוסין), ע"ש.[5]

---

[4] וכיוצא בזה כתבו בעל ההפלאה בפנים יפות עה"ת פ' קדשים עה"פ "ואיש אשר ינאף", ובשו"ת עמודי אור סי' פ.

[5] ולפי דברי החזו"א (אבה"ע קלד לדף יג) י"ל שאיסור אשת איש חל על נדה כי כולל הזמן שעתידה להיטהר, והאחיעזר (אבה"ע לד,יא) כתב שכולל זמן הוי מחלוקת רמב"ם וראב"ד (שבועות ד,י) אך אינו שייך לנדו"ד כי טהרתה תלוי במעשה.

4. אין איסור חל על איסור - אין איסור או אין עונש?

ביבמות (לב,א) איתא, שלר״ש אם אח נשא אשה ואח״כ אחיו נשא אחותה ומת הראשון, האלמנה אסורה לאח מדין אשת אח ולא מדין אחות אשה (כי אין איסור חל על איסור). שאלה הגמ׳: אם היא אסורה רק בגלל איסור אשת אח – שתתייבם! ועל כך ענתה הגמ׳ שאיסור אחות אשה ׳מיתלא תלי וקאי׳ ואם איסור אשת אח יפקע, איסור אחות אשה יחול.

האחיעזר מבאר, שבהו״א הציעה הגמ׳ שתתייבם ואכן יתפסו קידושיו ואין בכח האיסור ה׳מרחף׳ של אחות אשה למנוע תפיסת הקידושין כי בהו״א סברו שהאיסור השני אינו חל כלל ולמסקנה נתחדש שכשאומרים שאין אחע״א פירושו שהאיסור חל אלא שלא נענשים מחמתו. לכן המקדש נדה – אע״פ שאיסור אשת איש אינו חל על אסור נדה, הני מילי לענין עונש אבל חומר האיסור קיים ובכוחו למנוע תפיסת קידושי שני וכן ליצור ממזרות.

יסוד זה של האחיעזר (בניגוד להוכחת האחרונים הנ״ל למציאות של ׳סיבת האיסור׳) תלוי באשלי רברבי:

הפמ״ג (פתיחה כוללת להל׳ פסח פ״א סוף אות טז) כתב שאיסור חל על איסור באחד משלשה אופנים: מוסיף, כולל ואיסור בת אחת. אולם באופנים אחרים בהם אומרים שאין איסור חל על איסור מ״מ ״תרין איסורין רביע עליה״. ביבמות לג,ב איכא נפ״מ: ״לקברו בין רשעים גמורים״.[6] לפי״ז, ממה שכתב הש״ך (יו״ד רלח,ה) שהנשבע לא לאכול נבלה (והשבועה לא חלה על האיסור) אם יקלע למצב של פקוח נפש אינו צריך להשאל על שבועתו, מוכח שסובר שהאיסור השני לא חל כלל.[7]

יש לציין לדבריו הפמ״ג בחיבורו תיבת גמא (פ׳ שופטים אות א) שם העלה את הספק הבא: איסור נבילה – למ״ד אין איסור חל על איסור – אינו חל על חלב. מה הדין במי ששגג באיסור הראשון והזיד בשני, אכל חלב של נבלה כשהוא שוגג בחלב וומזיד בנבלה, האם נפסל הוא לעדות באופן זה? (נפסלים לעדות בגין עבירת לאו שיש בה מלקות, אף אם אינו לוקה, כל שעבר במזיד). ולכאורה תלוי בגדר אאחע״א.

---

[6] לכאורה תלוי במחלוקת רש״י ד״ה אלא ותוס׳ שם, עי׳ אגרו״מ אבהע״ע ח״א סי׳ כב. ועי׳ רש״י ותוס׳ יבמות לב, א ׳מיתלא תלי׳.

[7] ״יתכן ואף אם האיסור השני חל שבועה שאני ואכמ״ל.

5. מחלוקת אבנ"ז וחלקת יואב

בשו"ת אבני נזר (אבה"ע קפב) מתייחס לשאלת החלקת יואב:[8]

> אשר נסתפק בחרשת גמורה או אשת חרש גמור, שעד אחד מעיד עלי' שנתגרשה אם נאמן מטעם כיון דבקידושי דרבנן תופסין קידושי אחר אפילו קידושין ג"כ דרבנן כמ"ש האבני מלואים (מד,א), וכל היכי דתפסי קידושין לא הוה דבר שבערוה, רק איסורין כנדה, וגם כאן כיון דלא הוי ממזר בקידושי דרבנן כמבואר בריי"ף פרק ב"ש (יבמות בד' הריי"ף לח,א), על כן נאמן ע"א שנתגרשה עכ"ל, וכוונתו לומר דה"ה באשת חרש יתפסו בה קידושי חרש אחר...

והשיב האבנ"ז: "הנה דברי האבני מלואים לא ראיתי, וכמדומה לי שלא כתוב כלל באו"מ, ובוודאי כבודו מדמה למ"ש (מד,ה) בחצי' שפחה וחצי' בת חורין שתופסין בה קידושין שניים משום שאין בה חיוב כרת, אבל זו היא בת כרת דרבנן, ובקידושי דרבנן שהם משום גזירה, כעין קידשה בפחות משוה פרוטה שהיא גזירה שיהי' כאן אחד מבני מדי, יש לומר דמכל מקום שייך הגזירה שיהי' כאן אחד מעיר ששם קידושין שניים שוים פרוטה, ויאמר כי קידושין דאורייתא אינם תופסין אחר ראשונים דרבנן, וכדומה בקידושין דרבנן שמשום גזירה, אבל חרש אטו פיקח לא מיחלף... וכשם שבא איסור אחות דרבנן ומפקיע זיקה דרבנן כך אתי קידושין ראשונים דרבנן ומפקיע קידושין שניים דרבנן".

דברי האבנ"ז תואמים למה שעולה מדברי הגר"ח והגרשש"ק שסיבת האיסור מונעת תפיסת קידושין וזו כונתו 'בת כרת דרבנן', שכן אין כרת מדרבנן והמכוון ל'סיבת כרת'.

6. ממזר מקידושי דרבנן

הדברי יחזקאל הנ"ל מבאר (מכח דברי הגר"ח, שבקדושי דרבנן בעקבות קנין דרבנן אי ס"ל שלא מהני לדאורייתא) שמנישואין דרבנן יהיה ממזר מדבריהם ואילו החלקת יואב והאבנ"ז מסכימים שלפי דעת הריי"ף (יבמות לח,א בדפיו) אין ממזר מנישואים דרבנן.

יש לשים לב שבודאי יש ממזר מדרבנן (כמפורש ברמב"ם אסו"ב טו,י: "שלשה מזרים הם: ממזר ודאי, ספק וממזר מדברי סופרים..."), כגון פסולי

[8] ומשם נדפס בחלקת יואב קונטרס הערות (כה).

גיטין שהם מדרבנן. מדאורייתא היא כבר מגורשת ומדרבנן יש חיסרון בגט ויש בכה״ג ממזרות (לסוברים כן – עי׳ טור אבה״ע קנ), והחילוק הוא בין קידושין שכל חלותם מדרבנן (כגון חרשת), לעומת קידושי תורה שחכמים הגבילו את הגט ואף שמדאורייתא היא מגורשת העמידוה על נישואי הראשון. עוד יש לחלק שבנדו״ד לא מדובר בקידושין מכח תקנת חכמים בענייני קידושין אלא שתיקנו קנין מדבריהם וייתכן ובכה״ג לכו״ע יש ממזר מדבריהם [בספר אבני האפד (ח״ב סי׳ ד ס״ק ג) חילק בין פסולי גיטין מדרבנן במקרה שהיתה קודם לכן בחזקת אשת איש לבין קידושי דרבנן וכנ״ל]. וראה באור הגר״א (אבה״ע יז אות קעא) באשה שנשאת ונמצא גיטה בטל שתצא מזה ומזה. ואם בא עליה ראשון קודם שקיבלה גט משני הולד ממזר (מדרבנן). והגר״א באר שעשאוה כאשת איש מדבריהם להצריכה גט ולכן הולד ממזר מדבריהם.

הרב יהודה צור

דין קידושין ונישואין שאינם חלים מדאורייתא

ראשי הפרקים

א. פתיחה

ב. בקידושין ונישואין שאינם חלים האם צריך לחזור ולקדש
1. שיטת הרמב"ם בקידושי חרשת ושוטה
2. הרב המגיד בהסבר הרמב"ם
3. שיטת הב"ש בהסבר הרמב"ם
4. קושיית האחרונים על דעת הב"ש

ג. מקורות לדיון האם צריך לחזור ולקדש
1. הסוגיא בהמדיר והראשונים שם
2. תשובות מיימוניות
3. שו"ת מהר"ם מינץ בישוב הסתירה בין התשובות
4. שיטת הים של שלמה
5. סיכום הדיון האם צריך לחזור ולקדש

ד. דין הברכות בנישואין השניים
1. שיטת הב"ש ומקורותיו
2. שיטת המהר"ם מרוטנבורג
3. שיטת החזו"א
4. ברכות בקידושי קטן הסמוך לפרקו

ה. דין חיוב בכתובה ודין הכתובה עצמה
1. הרב המגיד בהסבר הרמב"ם בחרשת ונתפקחה
2. שיטת האחרונים ברמב"ם הנ"ל
3. סתירה ברמב"ם מהלכות נחלות וישוב האור שמח
4. שיטת האבי עזרי בישוב הסתירה ברמב"ם
5. דין הכתובה עצמה

ו. סיכום

ז. נספח – קידושי קטנה

א. פתיחה

יש מספר מקרים של נישואין, שתחילתם היא בקידושין שאינם מדאורייתא, ומקרים אלו מתחלקים לשני סוגים: א. נישואין שתחילתם בקידושי דרבנן כגון נישואי קטנה וחרשת. ב. נישואין שבתחילתם אין אפילו קידושי דרבנן, כגון נישואי קטן ושוטה. לכאורה אפשר היה לכלול בקבוצה זו גם נישואין שתחילתם בקידושי טעות כגון שעדי הקידושין נמצאו פסולים לאחר הקידושין או במקרים שנתגלתה בעיה בקידושין עצמם כגון שקידש בטבעת של זהב ונמצא שהיתה של נחושת, או שהתברר שלא היתה שלו אלא מושאלת וכדומה, אך כפי שנראה בהמשך יתכן שזו קבוצה בפני עצמה שאין דיניה שוים לגמרי לקבוצה השניה.

במאמר זה נבחן מה הדין בכל המקרים הנ"ל ביחס לשלוש שאלות עיקריות: א. האם יש לקדש מחדש כאשר יש אפשרות ליצור קידושין מדאורייתא כגון כאשר הקטן או הקטנה מתבגרים ונהיים ברי קידושין דאורייתא? ב. מה דין הברכות, כלומר האם בזמן הקידושין הראשונים מברכים, ואם ברכו האם יהיה צורך לחזור ולברך? ג. מה יהיה דין הכתובה, האם יהיה צורך לכתוב מחדש וכו'?

ב. בקידושין ונישואין שאינם חלים האם צריך לחזור ולקדש

איתא ביבמות קיב,ב:

> גמ'. אמר רמי בר חמא: מאי שנא חרש וחרשת דתקינו להו רבנן נשואין, ומ"ש דשוטה ושוטה דלא תקינו להו רבנן נשואין? דתניא: שוטה וקטן שנשאו נשים ומתו - נשותיהן פטורות מן החליצה ומן היבום; חרש וחרשת דקיימא תקנתא דרבנן - תקינו להו רבנן נשואין, שוטה ושוטה דלא קיימא תקנתא דרבנן, דאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת - לא תקינו רבנן נשואין. ומאי שנא קטן דלא תקינו רבנן נשואין, וחרש תקינו ליה רבנן נשואין? חרש דלא אתי לכלל נשואין - תקינו רבנן נשואין, קטן דאתי לכלל נשואין - לא תקינו רבנן נשואין. והרי קטנה דאתיא לכלל נשואין, ותקינו רבנן נשואין! התם שלא ינהגו [בה] מנהג הפקר." מגמרא זו עולה שלקטנה ולחרש וחרשת תיקנו רבנן נישואין, ואילו לקטן ולשוטה ושוטה לא תיקנו.

1. שיטת הרמב"ם בקידושי חרשת ושוטה

הרמב"ם הביא גמרא זו להלכה בהלכות אישות יא,ד וז"ל:

> בתולה שהיא בוגרת או סומה או אילונית כתובתן מאתים, אבל החרשת והשוטה לא תיקנו להן חכמים כתובה, השוטה לא תיקנו לה נישואין כלל, והחרשת אף על פי שיש לה נישואין מדבריהם לא תיקנו לה כתובה כדי שלא ימנעו מלשאת אותה, וכשם שאין לה כתובה כך אין לה מזונות ולא תנאי מתנאי כתובה, ואם כנס החרשת ונתפקחה יש לה כתובה ותנאי כתובה וכתובתה מאה.

ובהמשך דבריו שם בהלכה ו:

> חרש או שוטה שנשאו נשים פקחות אף על פי שנתפקח החרש ונשתפה השוטה אין לנשיהם עליהם כלום, רצו לקיימן אחר שהבריאו יש להן כתובה מאה, ואם בית דין הם שהשיאו החרש וכתבו לה כתובה על נכסיו נוטלת כל מה שכתבו לה בית דין, אבל השוטה אין בית דין משיאין אותו, במקום שאין תקנת חכמים עומדת לא תיקנו לו נישואין. וכן קטן לא תיקנו לו חכמים נישואין הואיל וסופו לבוא לידי נישואין גמורין, ומפני מה תיקנו נישואין לקטנה ואף על פי שהיא באה לידי נישואין גמורין, כדי שלא ינהגו בה מנהג הפקר, ואין משיאין את הקטן עד שבודקין אותו ויודע שהביא סימנין.

מדקדוק בדברי הרמב"ם עולות כמה שאלות: א. בסוף הלכה ד אומר הרמב"ם "ואם כנס חרשת ונתפקחה" ולא מתייחס לשוטה ונתפקחה למרות שבתחילת ההלכה דיבר על שתיהן. ולעומת זאת בהלכה ו שבה הוא מדבר על חרש ושוטה שנשאו נשים, הוא אומר לגבי שניהם שאם נתפקחו ורצו לקיימן יש להן כתובה מנה. אם כן מדוע השמיט הרמב"ם בהלכה ד את הדין של שוטה ונתפקחה? ב. בהלכה ו וכן גם בהמשך הפרק ביחס לקטן הרמב"ם מדגיש שאם החרש והשוטה שנשאו מתפקחים הם צריכים לרצות לקיים את הקידושין ורק אז מתחייבים כתובה ובכל שאר החיובים הנובעים מנישואין, ואם הם לא מתרצים אין שום חיוב כי הנישואין הראשונים שנעשו בלא דעת אינם מחייבים (ואולי אפילו לא יהיה צורך בגט), ולעומת זאת בהלכה ד ביחס לחרשת אומר הרמב"ם "ואם כנס חרשת ונתפקחה יש לה כתובה" והוא לא מזכיר שלב של התרצות למרות שלכאורה הדין דומה לחרש ונתפקח שיש צורך בהתרצות.

2. הרב המגיד בהסבר הרמב"ם

הרב המגיד מבאר שבאמת אין חילוק בין חרשת ושוטָה לחרש ושוטֶה, והרמב"ם למד מהגמרא ביבמות שאמרה שחרש ושוטה שנתפקחו ורצו לקיימן יש להן כתובה מנה, שאותו הדין שייך גם בחרשת ושוטה שלאחר שהתפקחו צריך לבוא שלב של התרצות בנישואין. וביחס לשאלה הראשונה, אומר הרב המגיד שהרמב"ם לא הזכיר שוטה בסוף הלכה ד מכיון שקידושי שוטה אינם קידושין כלל, ולכן פשוט שבשוטה תהיה כתובה מכיון שצריך לקדש אותה מחדש, ואין צורך לכתוב זאת, בניגוד לקידושי חרשת שחלים מדרבנן, ובהם הרמב"ם צריך לכתוב שלאחר שהתפקחה והתרצתה בקידושין יש לה כתובה. עולה מדבריו אם כן, שיש שתי רמות של קידושין שאינן מדאורייתא: א. קידושי חרשת שחלים מדרבנן, לאחר התפקחות החרשת נשארים קיימים ואין צורך לקדשה מחדש, אך צריך התרצות מצד האשה בקידושין לאחר התפקחותה. ב. קידושי שוטה שלא חלים כלל, ויש צורך בהתרצות וקידושין מחדש לאחר ההתפקחות.

השו"ע (אבה"ע סז,ז) כותב: "השוטה לא תיקנו לה נישואין כלל" ובסעיף ח שם כותב: "החרשת אע"פ שיש לה נישואין מדבריהם לא תיקנו לה כתובה ולא מזונות ולא תנאי מתנאי כתובה, ואם כנס החרשת ונתפקחה או שוטה ונשתפית יש לה כתובה ותנאי כתובה וכתובתה מנה". ובסעיף י שם לגבי חרש ושוטה מביא את לשון הרמב"ם שהבאנו לעיל שחרש ושוטה שנשאו אין לה עליהם כלום, ואם נתפקחו ורצו לקיימן יש להן כתובה, וכן שם בסעיף יא לגבי קטן שנשא, שאם בא עליהן לאחר שהגדיל יש להן כתובה לבתולה מאתיים ולאלמנה מנה. דבריו אלה של השו"ע דומים מאוד לדברי הרמב"ם שהבאנו לעיל אך בפרט אחד הוא משנה מלשון הרמב"ם וכותב כטור, וזה האזכור של כנס את השוטה ונשתפתה יש לה כתובה שאת זה הרמב"ם לא הזכיר.

3. שיטת הב"ש בהסבר הרמב"ם

הב"ש (שם ו) עומד על כך ומסביר בדעת השו"ע בשונה מדעת הרב המגיד, שהשו"ע סובר כטור שגם בשוטה שהתפקחה הקידושין הראשונים חלים כשם שחלים בחרשת, ומקשה הב"ש שלוש קושיות על שיטת הרב המגיד בהסבר הרמב"ם: א. אם נכונים דברי ה"ה, לא היה לו לרמב"ם להזכיר שוטה ונשתפה שהרי פשיטא שלאחר שמתפקח הוא יתחייב כתובה שהרי צריך לקדש מחדש. ב. דין קטן שקידש כדין שוטה ואם כן גם לגבי קטן לא

היה לו לרמב״ם להזכיר את דינו מכיון שצריך לקדש מחדש ופשוט שיצטרך לכתוב כתובה. כמו כן נראה מלשון הרמב״ם והשו״ע שדין קטן כדין חרש ושוטה שנתפקחו שדי בכך שרוצים לקיימן והאישה נחשבת מקודשת, והרי אם כדברי הרב המגיד גם קטן יהיה צריך לקדש מחדש. ג. הדין של הרמב״ם לגבי שוטה ונשתפה כתוב במפורש בגמרא ביבמות, ולפי דברי הה״מ קשה למה הגמרא היתה צריכה לומר זאת, הרי פשוט שיהיה חייב כתובה מאחר שצריך לקדש מחדש. מכח קושיות אלו דוחה הב״ש את הסבר הה״מ בדברי הרמב״ם ואמר שיש לחלק בין קידושי טעות שדינם מפורט בסימן לא[1] כלומר בדוגמאות שהבאנו בתחילת המאמר, שבהן יש צורך לקדש מחדש, לבין הקידושין שעליהם מדובר בסימן זה, שבהם כולל שוטה וקטן בהם אין צורך לקדש מחדש.

4. קושיית האחרונים על דעת הב״ש

האחרונים תמהו על דברי הב״ש שבקידושי קטן ושוטה לא יהיה צורך בקידושין מחדש, שכן בקידושי קטן ושוטה אין שום חלות והם לא יוצרים שום דבר, ואם כן יהיה צורך לקדש מחדש. נביא דברי שנים מהם.

הבית מאיר מבין את דברי הב״ש כפשוטם ותמה עליו כנ״ל, ומביא ראיה מתשובת רש״י שעוסקת בקידושי טעות. בתשובה מביאים ראיה שיכול להיות מצב שבו חופה מתקיימת לפני קידושין, מנישואי קטן שצריך לחזור ולקדש אך לא צריך לחזור ולעשות חופה, ומכאן ראיה שקטן צריך לחזור ולקדש. ואומר הב״מ שאם כוונת הב״ש לומר שהקטן כן צריך לחזור ולקדש אך לא צריך לעשות זאת ע״י קידושי כסף, אלא די אם בא עליה וזה נחשב כקידושי ביאה, יוצא שגם לדבריו יש כאן קידושין מחדש ואם כן יהיה צורך בכתובה חדשה ויחזרו הקושיות שהקשה על הרב המגיד אף על עצמו. הב״מ חולק על הב״ש גם לפי מה שהוא מסביר בדבריו שכוונתו שקטן מקדש מחדש בביאה ואומר שהרי אסור לקדש בביאה דרב מנגיד על מי שמקדש בביאה כדאיתא בסימן מט, ואם כן קטן שיבוא אלינו לשאול מה עליו לעשות נאמר לו לקדש מחדש בכסף ולא בביאה, ואין לדמות דין זה לנישואי קטנה, מכיון שיש לה נישואין מדרבנן, ולכן אין צורך לקדשה מחדש, אלא צריך לבוא

[1] לפי גרסת הב״מ בדברי הב״ש ועיין לקמן שנביא בענין זה את גרסת הבית יעקב.

עליה לכשתגדיל על מנת להחיל דין דאורייתא על הנישואין.[2] ועיין שם בהמשך דבריו מה שכתב ליישב את דעת הרב המגיד מקושיות הב״ש.

הבית יעקב סבור שהב״ש לא התכוון שלא צריך קידושין מחדש כלל שזה כלל לא מסתבר אלא שכוונתו שמכיון שבבא על משודכתו שעל אף שלכו״ע אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, יש מחלוקת האם ביאה זו אירוסין עושה ובמצב כזה עדיין אין לה כתובה אליבא דהרמב״ם, או שביאה זו נישואין עושה, וממילא כבר מביאה זו ואילך יש לה כתובה. אומר הבית יעקב בדעת הב״ש בהסבר הרב המגיד שהוא סובר שביאה אירוסין עושה ולכן בשוטה וקטן כדי שהאשה תחשב נשואה יש לעשות קידושין מחדש ואז הביאה תיחשב כנישואין ולכן אין צורך לפרט שיש לה כתובה, ובחרשת וקטנה שבהם יש קידושין דרבנן הרב המגיד יודה שדי בביאה בשביל להגדירה כנשואה דאורייתא (וכעין זה כתב ההפלאה בישוב הרב המגיד) ואילו הב״ש אליבא דהבית יעקב סובר כדעת הר״ן שביאה נישואין עושה ולכן בקטן ושוטה אין צורך בקידושין מחדש, אלא תספיק ביאה בגדלות כדי לעשות נישואין.[3]

העולה מפשט דברי הב״ש, שמקרה שלא מוגדר כקידושי טעות כגון נישואי קטן ושוטה, למרות שאין להם קידושין כלל, אם הם בכל זאת קידשו אשה, הקידושין האלה מהווים בסיס לחלות נישואין לכשיגדיל הקטן ויתפקח השוטה. אמנם נראה באופן פשוט שהב״ש יודה שצריך לבוא עליה לאחר שנהיה בר דעת כדי ליצור נישואין דאורייתא. האחרונים שהבאנו חולקים על

---

[2] יש להעיר שלכאורה גם לפי דברי הרב המגיד והב״מ בקטנה הדין הוא שעל מנת שתהיה נשואה דאורייתא צריך לבוא עליה משתגדיל כלומר שמצד אחד מסתמכים על קידושי דרבנן שנעשו ואין צורך בקידושין נוספים ומצד שני על מנת שיהיה לנישואין דין דאורייתא לא מספיקה חופה אלא צריך ממש ביאה כלומר שזו ביאה שמחילה חלות אך לא מוגדרת כקידושין מחדש ואולי הגדרה כזו כבר מקטינה את ״המרחק״ בין דברי הב״מ לדברי הב״ש מכיון שיכול להיות שהב״ש סובר שמכיון שנעשו קידושין למרות שהם לא חלים כלל ולאחר מכן יש ביאה שמחילה חלות דאורייתא זה יספיק ולא נחייב את הקטן בקידושין מחדש, ואולי אם נאמר כך החילוק בין קידושי קטן לקטנה לפי הב״ש יהיה שבקטן הביאה בגדלות תיצור קידושין ולכן יצטרך להתכוון לכך או שגם אם לא יתכוון נאמר שמן הסתם התכוון לשם קידושין מהחזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, ואילו בקטנה הדין יהי שגם בביאה סתם אפילו במקום שלא שייכת החזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, הביאה תועיל להחיל חלות דאורייתא על הנישואין.

[3] לכאורה מפשט הסוגיה ביבמות שהבאנו לעיל וכן משמע מהר״ן על הסוגיה אין שום חילוק בין קידושי קטן לקטנה.

כך ואומרים שקידושי קטן ושוטה לא יוצרים כלום, ולכן או שחולקים על הב״ש בדינו או שמסבירים את הב״ש בצורה שונה.

ג. מקורות לדיון האם צריך לחזור ולקדש

1. הסוגיא בהמדיר והראשונים שם

הזכרנו לעיל בדברי הב״מ שהוא מביא תשובת רש״י להוכיח ממנה את שיטתו וננסה להביא את מקור הדברים לשאלה האם בקידושין שאין להם חלות מדאורייתא ואף לא מדרבנן כגון קידושי קטן ושוטה צריך לקדש מחדש לכשיהיה בן דעת.

בכתובות עג,א מובאת מחלוקת רב ושמואל לגבי קטנה שלא מיאנה והגדילה ועמדה ונישאת לאחר רב אמר אינה צריכה גט משני ושמואל אמר צריכה גט משני. ומסביר רש״י שהגדילה פירושו הגדילה ובא עליה, והמחלוקת בין רב ושמואל היא האם אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ולכן יש חזקה שהוא התכוון לקדשה כאשר בא עליה, או שאדם עושה בעילתו בעילת זנות ולכן היא רק ספק מקודשת ולכן צריכה גט משני. בהמשך הסוגיא שם מובאת ברייתא ״קידשה בטעות ובפחות משווה פרוטה, וכן קטן שקידש אע״פ ששלח סבלונות לאחר מיכן אינה מקודשת שמחמת קידושין הראשונים שלח ואם בעלו קנו ר״ש בן יהודה משום ר׳ ישמעאל אומר אם בעלו לא קנו״ ובהסבר מחלוקת התנאים אומרת הגמרא שנחלקו האם אדם יודע שאין קידושין פחות משוה פרוטה וכשבא עליה מתכוון לשם קידושין או שאין אדם יודע ולכן על דעת קידושין ראשונים הוא בועל וממילא לא קנו. בברייתא נוספת לגבי קטנה: ״ומודים חכמים לר׳ אליעזר בקטנה שהשיאה אביה ונתגרשה והיא יתומה בחיי האב והחזירה, שחולצת ולא מתייבמת מפני שגירושיה גירושין גמורים ואין חזרתה חזרה גמורה, במה דברים אמורים כשגירשה כשהיא קטנה והחזירה כשהיא קטנה, אבל גירשה כשהיא קטנה והחזירה כשהיא גדולה או שהחזירה כשהיא קטנה וגדלה אצלו ומת חולצת או מתייבמת משום ר׳ אליעזר אמרו חולצת ולא מתייבמת.״ גם בברייתא זו מעמידה הגמרא שנחלקו התנאים האם אדם יודע שאין קידושי קטנה כלום ולכן כשבא עליה משתגדיל בא עליה לשם קידושין או שאינו יודע שאין קידושי קטנה כלום ולכן בא עליה לא לשם קידושין וממילא היא לא מקודשת. הראשונים שם (רמב״ם, רא״ש ור״ן) מסבירים שבעלו קנו זה דוקא במקום שיש עדי ייחוד או עדי ביאה, וכן פסקו הרמב״ם כנ״ל והשו״ע, שבכל המקרים המוזכרים בברייתות, על מנת שהאשה תיחשב מקודשת צריך

שתהיה ביאה בעדים כאשר יכולים להתהוות קידושין מדאורייתא (לאחר שגדלו הקטנה או הקטן וכו'), וזה יוצר קידושין חדשים שחלים מדאורייתא, והעולה מכך לדעת ראשונים אלו שבמקום שנעשו קידושין אך הם לא יכולים לחול מדאורייתא ויש צורך בקידושין מחדש.

2. תשובות מיימוניות

בתשובות מיימוניות לספר נשים יש שתי תשובות בנושא זה (יח, ויט) מר' שמשון בן אברהם (הר"ש משאנץ) שנראות כסותרות זו את זו[4] ולפחות מהראשונה נראה שהוא חולק על הראשונים שהבאנו למעלה.

בתשובה יח שנושאה העיקרי הוא ברכות בקידושין ונישואין שניים שאחרי נישואין שאינם מדאורייתא (תשובה זו הובאה בהגהות מרדכי מסכת קידושין רמז תקמה ובקצרה במרדכי שם רמז תפח) נשאל על אחד שלא היתה לו טבעת לקדש והלך וביקש מחברו שיתן לו טבעת, ונתן לו, וקידש, ולמחרת גילתה האשה שביקש טבעת מאחרים, והתרעמה על זה, וחזר וקידשה בלא ברכה, וגם על כך טענו שכלה בלא ברכה אסורה לבעלה כנידה, ולכן שאלו האם יכול וצריך לגרשה ויחזור ויקדש אותה ויברך את הברכות. בתשובתו הוא מתייחס לענין הברכות ונביא את דבריו בענין לקמן, אך לגבי קידושין מחדש הוא אומר שם בתשובה שגם אם היה מתברר שהטבעת היא לגמרי של הנותן וכלל לא של המקדש ואם כן הקידושין הראשונים היו קידושי טעות, אין צורך כלל לעשות קידושין מחדש מכיון שבמקרה שבתשובה מדובר שבא עליה לאחר הקידושין הראשונים, ואם כן אין צורך לקדש מחדש, וכראיה לדבריו הוא מביא מהגמרא בסנהדרין פרק הנשרפין עו,ב ויבמות סב,ב שאומרת שמצוה על האב להשיא בניו סמוך לפירקן, למרות שרבנן לא תיקנו קידושין לקטן ובכל זאת נושא אותה סמוך לפרקו ומשמגדיל בא עליה ואין צריך לקדש מחדש. (ומשמע שמבין שסמוך לפירקן זה בעודן קטנים ונביא דעות נוספות בענין זה בהמשך). ראיה נוספת לדבריו הוא מביא מהגמרא ביבמות קיב,ב שהבאנו לעיל "חרש שוטה וקטן שנשאו נשים פיקחות אע"פ שנתפקח החרש ונשתפה השוטה אין להם עליהם כלום, רצו לקיימן יש להן כתובה" ומסביר הר"ש משאנץ את הגמרא וז"ל "והתם על כרחך קידושין קמא לא הוו קידושין אפילו מדרבנן כדאמר התם דשוטה לא תקינו ליה רבנן קידושין ובעל כרחך האי "רצו לקיימה" לאו משום דבעי

[4] עי' דרכי משה סי' לא שכתב שתשובות אלו (במרדכי ובהגהות מרדכי) חולקות, וצ"ע שכאמור שתיהן מפיו של הר"ש משאנץ יצאו.

קידושין דאם כן מאי למימרא (כלומר אם זה מצד קידושין חדשים אז מה החידוש שיש להן כתובה)[5] אלא בסתם בעילה נעשית אשתו ובהכי סגי. ובהדיא אמרינן עלה בירושלמי בריש כתובות (סוף הלכה ב) "ר' אלעזר בשם ר' חנין והוא שבא עליה משנתפקח ומשנשתפה אבל אם לא בא עליה משנשתפה ומשנתפקח אפילו כתובה מנה אין להּ". ראיה נוספת מובאת מהמשנה ביבמות קיא,ב "יבם קטן שבא על יבמה קטנה יגדלו זה עם זה בא על יבמה גדולה תגדלנו". בסוף דבריו הוא מביא ראיה נוספת מכתובות נא,ב וז"ל: "ועוד צא ולמד מדשמואל משום ר' ישמעאל דאשה שקידושיה קידושי טעות, שאפילו בנה מורכב על כתיפה ממאנת והולכת לה, משמע דאי בעיא ממאנת ואי בעיא יתבה תותי הכי" כלומר ללא צורך בקידושין נוספים,[6] ומוכח מכך שגם כשהקידושין הראשונים לא חלים, אין צורך לקדש מחדש, אלא כפי שהוכח מהמקורות הקודמים יש צורך שיבוא עליה משיהיה ראוי, ואין הכוונה לביאת קידושין אלא זו ביאה המקיימת את הנישואין.

בתשובה יט שם נשאל הר"ש משאנץ לגבי מי שנשא אשה ונולדו לו בנים וכו' ולאחר זמן נתברר שהקידושין היו בפחות משוה פרוטה, ובתוך התשובה הוא עוסק בשאלת הצורך בקידושין מחדש וז"ל: "ומיהו צריך לחזור ולקדשה ואפילו למ"ד בפרק המדיר (כתובות עג,ב) "קדשה בפחות משוה פרוטה אם בעל קנה.. "האמר התם משום דאדם יודע דאין קידושין בפחות משוה פרוטה ובעל לשם קידושין, אבל הכא היה סבור שיש בהן שוה פרוטה, ואפילו בא עליה לאחר שנתברר דליכא שוה פרוטה אי ליכא עדי יחוד הוי ליה כמקדש בלא עדים... וההיא דהמדיר דגמר ובעל לשם קידושין מיירי בשעת חופה שרגילין לייחד את החתן ואת הכלה. ומיהו גבי קטנה אשכחן ביבמות פרק בית שמאי קט,ב ובנדה נב,א דבעל בגדלות אינה יכולה למאן, אלמא חשיבי אע"ג דליכא עדי יחוד, דדבר שבסתם כך כדאיכא עדים דמי". ולכאורה דבריו אלו בתשובה זו סותרים את דבריו שכתב בתשובה הקודמת, וכן מה שהעמיד את הגמרא בהמדיר שמדובר בשעת חופה, לכאורה יהיה ניתן לישב בכך לגבי קידושי טעות מצד שלא היה בהן ש"פ, אך לגבי קידושי קטן שעל זה מדברת הגמרא שם וכן התשובה הקודמת, שצריך שיבוא עליה משיגדיל בזה ודאי לא שייך לומר שמדובר בשעת חופה, ואם כן איך הביאה מועילה לדבריו.

---

[5] קושיית הב"ש על הרב מגיד שהבאנו לעיל.

[6] משמע מהר"ש משאנץ שהסביר בסוגיא שם את המושג קידושי טעות כפשוטו, אמנם רש"י שם מסביר שקידושי טעות הכוונה קידושין על תנאי שלא התקיים, ואולי רש"י סובר שבקידושי טעות גמורים יש צורך לעשות קידושין מחדש.

3. שו״ת מהר״ם מינץ בישוב הסתירה בין התשובות

בשו״ת מהר״ם מינץ סי׳ מט מתייחס לסתירת תשובות מיימוניות הנ״ל. בתשובה זו הוא נשאל לגבי מי שקידש בטבעת שלאחר הנישואין נודע שהיא היתה במשכון אצלו, ובתשובתו הוא מביא את התשובות מיימוניות בסימן יט הנ״ל, לדון האם מאחר שבעל לאחר קידושין זה יוכל להיחשב כקידושין מחדש, והוא אומר שהתשובה שלפני כן נראית כסותרת תשובה זו, ובאפשרות ראשונה הוא רוצה לומר שהתשובה הראשונה דיברה רק מצד ברכות הנישואין האם צריך לחזור ולברך, אז מכיון שבביאה יש צד מסויים של קנין וממילא יוצא שהברכה חלה על מעשה קנין מסויים של נישואין, לכן לענין ברכה אין צורך לחזור ולברך, אך לענין עצם הקידושין גם לפי תשובה זו יש לחזור ולקדש. הוא מוכיח את דבריו מכך שבתשובה יח מובאת ראיה שלא צריך לחזור ולקדש מהגמרא בהמדיר, והרי אם מדובר על הקידושין עצמם אין ראיה משם, כי הגמרא שם אומרת שאם בעלו קנו זה נובע מכך שהכל יודעים שאין קידושין בפחות משוה פרוטה וממילא חזקה שהתכוון לקדש בביאה, ואילו המקרה שעליו מדובר בתשובה שהוא קידושי טעות בזה לא שייך לומר שהתכוון לקדש בביאה, אך המהר״ם מינץ דוחה תירוץ זה ואומר שהוא דחוק והוא אומר תירוץ נוסף, שהתשובה הראשונה באמת מדברת על עצם הקידושין ואם תקשה כדלעיל איך מביאים ראיה מהגמרא בהמדיר הרי שם לכאורה מוכח הפוך, צריך לומר שבתשובה מדובר שבעל לאחר שנודע לו שהקידושין נחשבים כקידושי טעות, ולכן חזקה שהתכוון בביאה לקדש מחדש,[7] אך לכאורה קשה להעמיד שם בתשובה שזה היה כך, מאחר ולפי המתואר שם, לאחר שנודע לחתן שהקידושין היו קידושי טעות הוא חזר וקידש והרי אם אנו מעמידים שהוא בעל לשם קידושין לשם מה לו לחזור ולקדש, ואומר המהר״ם מינץ שאפשר לומר שבאמת הוא התכוון בביאה לשם קידושין ועשה קידושין נוספים כי התבייש שיגידו עליו שקידש בביאה, או שנאמר שלא היו שם עדי יחוד בשעת הביאה.[8]

---

[7] ולכאורה קשה לומר זאת מכיון שבתשובה השניה שם בסימן יט כותב שגם אם בעל לאחר שנודע לו שלא היה שו״פ זה לא יועיל וצריך קידושין אחרים אלא ששם בתשובה משמע שלא היה עדי יחוד וכמו שהוא מעמיד גם פה במסקנה לפי תירוץ זה ולכן לא תועיל הביאה ליצור קידושין.

[8] בשו״ת מהר״ם מרוטנבורג ד,תקט (דפוס פראג) כותב לגבי אחד שקידש ובעל ונמצא שאחד מהעדים קרוב ופסול, שלא צריך לקדש שנית ומוכיח זאת מהגמרא בהמדיר הנ״ל, ומוסיף שלא ראוי לעשות קידושין שניים, כי זה מוציא לעז על קידושין ראשונים וגם אם הוחלט לעשות קידושין נוספים אין לברך שנית ואם יברכו זו תהיה ברכה לבטלה.

4. שיטת הים של שלמה

המהרש״ל בים של שלמה כתובות (א,טו) נשאל על קידושין שנעשו בטבעת של נחושת והמקדש והאשה חשבו שהיא של זהב, ולאחר זמן נודעה להם האמת, האם צריך להפריש אותה ממנו עד שיעשו קידושין שניים, והאם כשעושים את הקידושין מחדש צריך לברך ברכת אירוסין ונישואין. בתחילת תשובתו הוא מביא את שתי התשובות מיימוניות הנ״ל ואומר שהן סותרות זו את זו ואמנם היו שניסו ליישב ביניהם ויש תשובות ופסקים בכיוונים שונים מהם שאומרים שצריך לחזור ולקדש בלי ברכה, ויש שהצריכו לחזור ולקדש בברכה, אך הוא חולק עליהם ובתחילת דבריו הוא מביא את תשובת רש״י שהובאה בב״מ שהבאנו לעיל. תשובת רש״י זו עוסקת במקרה של קידושין שנמצא אחד מהעדים קרוב או פסול או שנתברר לאחר הקידושין שכסף הקידושין לא היה שוה פרוטה, וז״ל התשובה: ״והשיב אע״פ שצריך לקדש פעם אחרת אין צריך לא כניסת חופה ולא ברכה אחרת של אירוסין ונישואין, אע״פ שצריך לקדש פעם אחרת ונמצא שהיתה החופה קודם הקידושין, מה בכך? הרי קטנה שהשיאוה אחיה ואמה, אין הקידושין קידושין עד שיגדלו ויבעלו ואמרינן בפרק הכותב קטן שהשיאו אביו כתובתה קיימת שעל מנת כן קיימה ואמר רב הונא לא שנו אלא מנה מאתיים וכו׳, ונמצאת חופתו קודמת לקידושין״ עכ״ל. ואומר הישי״ש על דברי רש״י, שרש״י נצרך להביא לדבריו שתי ראיות מכיון שביחס לראיה הראשונה מקידושי קטנה יש להסתפק האם זו ראיה טובה מכיון שקידושי קטנה זו תקנה דרבנן ולכן יש עליהם שם קידושין ולכן אין צורך לעשות קידושין אחרים, אך במקרה המדובר בתשובה לא חלים קידושין כלל ואולי בזה נאמר שיש צורך בקידושין מחדש, ומצד שני אפשר לומר שגם בקידושי טעות מכיון שבעת עשייתם חשבו הכל שהם קידושין גמורים ורק בסוף התברר שאלו קידושי טעות, במצב כזה יש צד לומר שהם יצרו חלות מסויימת ואם כן זה דומה לקידושי קטנה, ומכיון שראיה זו מסופקת הביא רש״י בתשובתו ראיה נוספת מקטן שבו רבנן לא תיקנו נישואין ובכל זאת מוכח מהגמרא שהם מועילים לפני קידושין וכשחוזר ועושה קידושין לא צריך לחזור על החופה והברכות, והוא מאריך שם בענין החופה והברכות ונביא דבריו בהקשר זה בהמשך.

בהמשך דבריו שם הוא חולק על תשובת רש״י בשתי נקודות: א. רש״י מצריך בנדונו קידושין שניים והישי״ש חולק עליו ואומר שרש״י הרי השווה בין קידושי טעות לקידושי קטן ובקידושי קטן לכאורה פשוט שלא צריך קידושין

שניים, ואם נאמר שיש חילוק בין קידושי קטנים לקידושי טעות שבקידושי קטנים ידוע לכולם שאין קידושין לקטן ולכן חזקה שהביאה בגדלות היתה לשם קידושין, אך בקידושי טעות גם אם חזר ובא עליה, הרי ודאי שלא התכוון לשם קידושין כי חשב שהקידושין הראשונים היו כשרים, אך קשה לומר זאת מכיון שמשמע שבקידושי קטן אפילו לכתחילה לא מצריכים קידושין נוספים אפילו באותו יום שהגדיל ועדיין לא בעל. נסיון נוסף ליישב שיטת רש"י הוא שרש"י דיבר רק במקום שקידש ועדיין לא בעל ובא לשאול מה הדין שבמקרה כזה רש"י אומר שצריך לעשות קידושין מחדש כדי שלא יהיו קידושי ביאה אך במקום שכבר בא עליה גם רש"י יודה שאין צורך בקידושין מחדש, אך מלשון רש"י משמע שמצריך קידושין שניים אפילו אם בא עליה, ואולי צריך לומר בדעת רש"י שבקידושי קטן וקטנה שמשיאן סמוך לפרקן על אף שבקטן הקידושין לא חלים אפילו מדרבנן בכל זאת הוא עושה מצוה כפי שהבאנו לעיל מהגמרא ביבמות וסנהדרין,[9] ולכן במצב כזה שיש בחינה מסויימת של מצוה בקידושין הראשונים לא יהיה צורך בקידושין נוספים, אך במקרה המופיע בתשובה שהקידושין הראשונים אינם כלום, אם לא יהיו קידושין מחדש, יווצר מצב שאין שום חלות קידושין, אך גם על כיוון זה קשה שהרי במספר מקומות בש"ס מובא הדין של קידושי טעות שאפילו בנה מורכב על כתיפה ממאנת והולכת, ומשמע שאם לא ממאנת יושבת תחתיו כדין קטנה שנישאה ולא מיאנה ולא זקוקה לשום דבר אחר, ואם כן מוכח שאפילו בקידושי טעות אין צורך בקידושין מחדש. הוכחה נוספת לכך יש מהגמרא יבמות קיב,ב שהבאנו לעיל לגבי חרש ושוטה שנשאו נשים ונתפקח חרש ונשתפה השוטה, והגמרא אומרת שאין לנשיהם עליהם כלום ואם רצו לקיימן כתובתן מנה, ומוכח שאין קידושין מחדש, מכיון שאם היה צורך בקידושין מחדש, פשיטא שכתובתן מנה ואין צורך לומר זאת,[10] אלא

---

[9] נחלקו הראשונים בהסבר הסוגיא שם ומתוך כך בנפ"מ להלכה: הרמב"ם ודעימיה סברו שהכוונה במושג סמוך לפרקן היא לאחר שהגיעו לפרקן כלומר שיש מצוה מיד לאחר שבניו מגיעים לגיל שלוש עשרה להשיאם, וקידושין אלו הם קידושין גמורים וחלים מדאורייתא, אך תוס' ורש"י שם חולקים וסוברים שסמוך לפרקן הכוונה שטרם הגיעו לפרקן, ואמנם הב"ח בסימן א באבן העזר כתב שבסמוך לפרקן אליבא דהתוו"ס יש קידושין מדרבנן מכיון שיש בזה מצוה כפי דברי הגמרא לכן חז"ל תיקנו קידושין, אך חלקו עליו הח"מ והב"ש, מטעם שלא מצאנו תקנה כזו, ובגמרא יבמות קיב,ב שהבאנו לעיל כתוב שלא תיקנו קידושין לקטן, וממילא יוצא לשיטתם בדעת התו"ס שנישואי קטן סמוך לפרקו אינם כלום ובכל זאת מצוה לעשותם.

[10] קושיית הב"ש על הרב המגיד וכדלעיל.

ודאי שסומכים על קידושין הראשונים, והרי שוטה הוא גרוע מקידושי טעות ואין למעשיו שום משמעות כלל, ואין בקידושין שלו שום מצוה. הוכחה נוספת יש בירושלמי בריש כתובות דהירושלמי אומר שמה שיש לאשת חרש ושוטה שנתפקחו כתובה מנה זה דוקא שבא עליה לאחר שנתפקח, ואם יש צורך בקידושין אחרים למה הירושלמי מצריך שיבוא עליה משנתפקח ואם תרצה לומר שהירושלמי מדבר במציאות שלא קידש והביאה היא זו שעושה את הקידושין, קשה לומר זאת כי הברייתא מצריכה שיהיה שלב של רצו לקיימן ואם הביאה עושה קידושין שניים, שלב זה של רצו לקיימן הוא מיותר אלא שצריך לומר שיש שלב של התרצות ואז הביאה עושה את הנישואין לנישואין דאורייתא אך זו אינה ביאת קידושין. ואומר הים של שלמה שלאור ראיות אלו שהביא הוא חולק על הרב המגיד שהבאנו לעיל (אישות יא,א), שסובר בדעת הרמב״ם שחרש שנשא ונתפקח וכן שוטה שנשא והשתפה, צריכים לקדש מחדש.[11]

בנוסף חולק המהרש״ל על תשובת רש״י וטוען, שגם אם נצריך קידושין שניים, אין מניעה מלעשות זאת ע״י קידושי ביאה ועיין שם שמאריך בכך.

5. סיכום הדיון האם צריך לחזור ולקדש

לסיכום העולה ממה שראינו עד כה. הב״ש (סז,ו) מביא מגיד משנה שסובר שחרש שנתפקח ושוטה שנשתפה וקטן שהגדיל צריכים לחזור ולקדש, והוא חלק עליו ואמר שחוץ מקידושי טעות שבהם צריך לחזור ולקדש, בכל שאר הדוגמאות מכיון שהקידושין נעשו בכוונה תחילה נוצרת חלות מסויימת ולא יהיה צורך בקידושין נוספים. הבאנו מן האחרונים שתמהו על הב״ש כיצד יתכן שאין צורך בקידושין שניים הרי לכו״ע הקידושין הראשונים אינם כלום. במקורות שהבאנו מצאנו לכאורה את שני הצדדים. הגמרא בהמדיר מדברת על קידושי קטן וקטנה ואומרת שאם בעלו קנו, ויש מן הראשונים שהעמידו שיש עדי יחוד ולכן הביאה היא ביאת קידושין,וכן בשו״ת שהוזכרו, מצד אחד ראינו תשובת רש״י ותשובות מיימוניות יט, וכן בשו״ת מהר״ם מינץ שמשמע מהם שיש צורך לחזור ולקדש במקרים אלו, וזה יכול להיעשות ע״י הביאה בזמן הראוי לחלות קידושין, כאשר יש עדים. מצד שני יש את

[11] ועיין שו״ת רב פעלים (אבה״ע ג,ג) שהביא משו״ת שמחת יו״ט שסובר שבקידושי קטן אין צריך לחזור ולקדש, וכן הביא רשב״ץ חלק ג׳ סימן מז׳ שאפילו בקידושי טעות לא צריך לחזור ולקדש, והביא הרב פעלים שם ״וערך השולחן״ שכתב על הרשב״ץ ״וליכא מ״ד שיסבור שהם קידושין אלא הרשב״ץ הוא נגד הש״ס ופוסקים...״.

תשובת המהר״ם מרוטנבורג ותשובות מיימוניות סימן יח והים של שלמה שמשמע מהם שאין צורך לחזור ולקדש. לפי הים של שלמה יוצא שאף פעם אין צורך לחזור ולקדש כולל קידושי טעות.[12]

יש להדגיש שתי נקודות ביחס למחלוקת זו: א. פשוט ומוסכם לכו״ע שבכל מקרה על מנת להחיל דין דאורייתא על הנישואין יש צורך בביאה בזמן הראוי לחלות קידושין, אך לשיטה הסוברת שאין צורך לקדש מחדש, ביאה זו לא עושה קידושין ולכאורה צריך להגדיר שהיא נותנת תוקף דאורייתא לקידושין שנעשו לפני כן, אך היא לא יוצרת קידושין חדשים.[13] ב. לפי הסבר הבית יעקב וההפלאה בשיטת הרב המגיד שהבאנו לעיל גם לשיטה החולקת וסוברת שצריך לחזור ולקדש, יש מצב ביניים כזה שמצד אחד אין צורך בקידושין שניים ומצד שני יש צורך בביאה בזמן הראוי לחלות קידושין, ודין זה שייך בכל המצבים שבהם יש קידושין מדרבנן כגון: קידושי קטנה וחרשת, ולכאורה גם לפי שיטה זו נצטרך להגדיר את הביאה הזו כביאה שנותנת תוקף לקידושי דרבנן שנעשו אך לא יוצרת קידושין חדשים.[14] ועיין בנספח בסוף המאמר שהבאנו באורך את הדעות ביחס לקידושי קטנה.

לפי האמור ניתן לכאורה לומר שהב״ש סבר כים של שלמה, ובאמת שניהם הביאו כראיה לדבריהם את אותה הראיה מהגמרא ביבמות, אך יש נקודה

---

[12] אמנם יש להקשות שהרי הגמרא בהמדיר שהבאנו לעיל מביאה ברייתא שמדברת על קידושי טעות שנוצרו ע״י קידושין בפחות מש״פ ובמצב זה לפי חכמים אם בעלו קנו כי כו״ע יודעים שאין קידושין בפחות מש״פ ולכן מכוון לקדש בביאתו ולפי ר״ש לא כולם יודעים זאת לכן אף אם בעלו לא קנו כי בועל על דעת קידושין ראשונים שלא חלו ויוצא שאליבא דכו״ע צריך בכל מקרה לעשות קידושין מחדש וצ״ע.

[13] עיין באבני מילואים לט,א, שמביא שיטת הרד״ך ומהרי״ק שנביא להלן בנספח שכתבו ביחס לקידושי קטנה שלא צריך לחזור ולקדש והביאה רק מחילה את הקידושין הראשונים שנעשו בקטנות, וכתב האבנ״מ בהסבר שיטתם שהם סוברים שזה נובע מכך שתולים בדעת הקטנה שהתכוונה בשעת הקידושין שהקידושין הם בתנאי שתתרצה בגדלות, והביאה מגלה שהתרצתה, ומשמע ממנו לכאורה שמבין שאין גדר ביניים של ביאה שמחילה דין דאורייתא אך אינה ביאת קידושין.

[14] ועיין בב״ש סז,ט ביחס לקטן שהשו״ע שם בסעיף יא אומר שאם נשא אשה כשהוא קטן ובא עליה בגדלות חייב כתובה מאתיים ומקשה שם הב״ש לדעת הה״מ שלשיטתו יש לקדש מחדש ואם כן למה לעשות זאת ע״י ביאה ולא ע״י קידושי כסף, ובסוף דבריו הוא כותב שם ״ויש לישב״ וכותב המחצית השקל שם בביאור כוונתו שיש ליישב בב׳ דרכים: א. השו״ע דיבר במציאות של דיעבד ואז לא צריך לקדש מחדש כי חזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וכיון לקדשה בביאה. ב. גם לפי ה״ה אמנם חכמים לא תיקנו לו נישואין אך תיקנו לו שאם בא עליה משהגדיל לא יצטרך קידושין נוספים, מה שאין כן בשוטה בכל מקרה יהיה צריך לקדש מחדש אם מתפקח.

אחת שבה הם חולקים והיא שהיש״ש סובר שגם בקידושי טעות אין צורך לחזור ולקדש, והב״ש בסימן סז שהבאנו לעיל מחלק בין קידושי קטן ושוטה לקידושי טעות והפנה לסימן לא,[15] ששם בסופו הרמ״א כותב שמה שהשו״ע כתב לגבי קידושי קטן וקידושין שנמצאו פחות משוה פרוטה ולאחר מכן בא עליה בפני עדים, שהדין הוא שצריכה גט שודאי בעל לשם קידושין, זה דוקא במקום דליכא למטעי כלומר שברור לכו״ע שלא חלו קידושין, אך במקום דאיכא למטעי צריך לקדש מחדש כי לא ברור שהתכוון בביאה לשם קידושין, והב״ש שם מסביר שבמקום דאיכא למטעי זה למשל שמקדש בטבעת שחשב שיש בה שוה פרוטה ולאחר מכן התברר לו שלא היתה שוה פרוטה, ומשמע מהב״ש שהוא מודה לרמ״א שבמקום כזה צריך לחזור ולקדש.[16]

ד. דין הברכות בנישואין השניים

כפי שהבאנו בפתיחה למאמר יש לדון בשאלה נוספת והיא מה יהיה דין הברכות בקידושין שמקדשים מחדש, ולכאורה פשוט שלדעות הנ״ל שסוברות שכלל לא צריך לקדש מחדש, השאלה כלל לא מתחילה אלא שלדעות הסוברות שצריך קידושין שניים האם יהיה צורך לחזור ולברך את הברכות.

1. שיטת הב״ש ומקורותיו

כפי שהבאנו לעיל בב״ש (סז,ו) בסופו רוב האחרונים גורסים: ״ולא דמי לקידושי טעות דצריך לקדשה מחדש כמו שכתבתי בסימן לא...״, וכוונתו להפנות לרמ״א סו״ס לא, כפי שהבאנו לעיל, אך הבית יעקב גורס בדברי הב״ש ״כפי שכתבתי בסימן סא״ וביאור דברי הב״ש לפי שיטתו הוא שסימן סא עוסק בברכות אירוסין ונישואין והרמ״א בסעיף א כותב ״אם קידש בטעות והיו לו נישואין עימה ואח״כ נודע שהקידושין היו בטעות אע״פ שחוזר ומקדשה אין צריך לברך שנית ז׳ ברכות וסגי לה בברכות הראשונות..״. וכותב הבית יעקב על הב״ש הנ״ל ״ומה שרימז הב״ש לסימן סא כוונתו למה שכתב שם שהברכות שהיו לה מקודם מהני להתיר הביאה

---

[15] לפי רוב הגרסאות בב״ש אך לקמן נביא שיטת הבית יעקב שגורס סימן סא.

[16] אמנם צריך עיון בדברי הב״ש כי הרמ״א והשו״ע אומרים שבקידושי קטן הביאה בגדלות מהוה ביאת קידושין והב״ש שם לא חולק בדבר ואילו בסימן סז משמע ממנו שסובר שבקידושי קטן לא צריך לחזור ולקדש ונפ״מ שלא יצטרך לעשות את הביאה בגדלות בפני עדים. ואולי צריך לומר שהב״ש סובר שגם בביאה שלא עושה קידושין כגון זו עדיין צריך שני עדים כי היא מחילה חלות של נישואין דאורייתא ולכן גם בזה יהיה צורך בעדים.

כך נלפע״ד בכוונתו״ ונראה לכאורה שכוונתו להסביר בדבריו של הב״ש שהוא הזכיר את סימן סא כדי לומר שבקידושי טעות למרות שלא צריך לברך ברכות פעם נוספת ומותר לו לבוא עליה בלי ברכה אבל צריך לקדש מחדש.

הב״ש סא,ו על דברי הרמ״א הנ״ל מביא מקורות לדינו שאין לחזור ולברך: הגהות מרדכי, הרמב״ם, תשובות מיימוניות, ומהר״י וייל סימן ז, ותמה על המהר״ם מינץ שפסק בסימן מט שצריך לחזור ולברך.[17] מעיון במקורות אלו עולה שההגהות מרדכי והתשובות מיימוניות שהזכיר הב״ש, אלו התשובות של הר״ש משאנץ (תשובות מיימוניות סימן יח,יט) שהבאנו לעיל. בתשובה סימן יח נשאל הר״ש משאנץ לגבי ברכות בקידושין שניים שלאחר קידושי טעות, ומוכיח מהמקורות שהביא שם כפי שהבאנו תשובה זו לעיל, שאין צורך לחזור ולברך. אמנם לאחר שמביא את הראיה מיבמות לגבי יבם קטן שאומרת לגביו המשנה שתגדלנו, ומוכח שאין צורך בקידושין נוספים וכ״ש שלא בברכות, הוא אומר וז״ל ״אלא ודאי כיון שעשו ברכה על קידושין כל דהו ועל נישואין כל דהו לא חיישינן טפי...״, ומשמע מדבריו שצריך שיהיה בקידושין משהו כגון ביבם קטן או אפילו בנישואי קטן אך בקידושי טעות משמע ממנו לכאורה שסובר שיצטרכו לחזור ולברך, אך בהמשך התשובה הוא מביא ראיה מקידושי טעות ומשמע שגם בהם אין צורך בברכות מחדש.[18] בתשובה הבאה שם בסימן יט שדנה בקידושין שהתבטלו ע״י כך שנתגלה שלא היה בכסף הקידושין שוה פרוטה, הוא פוסק שצריך לקדש מחדש אך לענין ברכה הוא פוסק שאין צורך לברך בשנית משני טעמים: א. מכיון שביטול הקידושין הוא מסופק כי במקרה שם התעורר ספק לגבי שווי כסף הקידושין, ואם כן זה ספק ברכות להקל. ב. ניתן לומר שהברכה בקידושין הראשונים תספיק אפילו אם מתברר בודאות שלא היה שוה פרוטה בכסף הקידושין וזה לשונו שם״ ויתכן דאותה ברכה מעיקרא תועיל כמו דמועלת ברכות קטנות לקידושין בעילות גדולות.. ״ולכאורה נראה

---

[17] ולכאורה יש לתקן את הגירסא ולכתוב סימן נ שבסימן זה כותב הרב הנזכר שם למהר״ם מינץ שנראה לו שיש לחזור ולקדש ואף לברך, אך המהר״ם מינץ עצמו בסימן מט שהבאנו לעיל כותב במפורש שלמרות שצריך לחזור ולקדש אין צורך לברך מחדש, מאחר ובקידושין הראשונים היתה בחינה מסויימת של קנין והברכה חלה על זה ולכן לא צריך לחזור ולברך (ועיין שו״ת רב פעלים שהבאנו לעיל בהערה בד״ה ״פש גבן״) ואולי אפשר לומר שאין צורך לתקן את הגירסא בב״ש כי מה שהמהר״ם מינץ כותב שאין צריך לחזור ולברך זה דוקא במקום שהיתה חלות מסויימת של קנין כדבריו שם אך אולי בקידושי טעות שמתבטלים לגמרי אולי בזה הוא מודה שצריך לחזור ולברך וצ״ע.

[18] לגבי הצורך לכתוב כתובה נביא לקמן הבנת תשובות הב״ח (פא) בדברי הר״ש משאנץ.

שכוונתו לומר שכך מוצאים בקידושי קטן שלמרות שצריך לחזור ולקדש בגדלות, הוא אינו חוזר ומברך, אך הוא מסייג את דבריו ואומר שאולי קידושי קטן אינם ראיה, כי יש בהם תקנה מדרבנן מה שאין כן בקידושי טעות כגון אלו שבתשובה שהתברר שאין בהם שוה פרוטה שבהם אין כלום ואולי יהיה צורך לחזור ולברך, ועיין שם בהמשך דבריו.[19]

2. שיטת המהר"ם מרוטנבורג

לסוברים שיש צורך לחזור ולברך בקידושי טעות, יש להוסיף גם את המהר"ם מרוטנבורג בסי' תקד (דפוס לבוב) שסובר שהמקדש בטבעת שאינה שלו צריך לחזור ולקדש וז"ל: "והיכא דלא מיקדשא כי הכא שקידש בטבעת שאולה, צריך לחזור ולברך ברכת האירוסין ונישואין ולהכניסה לחופה דכיון דקידושי קמאי לא הוי קידושין נמצא מה שברך "אשר קידשנו במצוותיו וציונו על העריות..."', ור"י נשא ונתן בדבר ופירש "על העריות" לעשות האשה ערוה לכל בקידושיה, וכיון דלא הוי קידושין לא עשאה ערוה ושלא כדין ברך, הלכך צריך לחזור ולברך ברכת האירוסין, וברכת חתנים נמי צריך לברך דת"ר (כתובות ז,ב) "מברכין ברכת אירוסין בבית האירוסין וברכת חתנים בבית חתנים אבל בבית האירוסין לא" וכ"ש הכא דברכת חתנים היא שבח הבורא שעשה שושבינות לאדם הראשון, וברכת הזיווג, וכיון דקידושין אין כאן, אין כאן לא זיווג חתנים ולא שושבינות, וחופה קמייתא לא חשיבא חופה, וחופה שאינה מסורה לביאה אינה חופה וכו' אבל היכא דליכא קידושין לא קיימא כלל לביאה."[20]

3. שיטת החזו"א

סברא נוספת להסביר מדוע אין צורך לחזור ולברך על אף שהקידושין הראשונים היו בטעות מובאת בחזו"א אה"ע סימן סג אות כג בסופה וז"ל: "וכן בקידושי טעות הברכה קיימת כיון שברכו בשעה שהיו ראויין לברך ואף שהיה בטעות, ראוי האדם לברך את ה' בכל היום אלא שאין רשאי להרבות בזה... ולזה הגדירום חז"ל אימתי לברך וקבעו השעות שהאדם מוכן בהכרת בוראו וחסדיו וכל שעשה ברשות חשיב ברכה ויוצא בה שכבר הגיעו השעה

---

[19] ועיין בישו"ש שהבאנו לעיל שגם הוא סובר שאין לחזור ולברך לשיטת התשובת רש"י שמביא שם שסובר שצריך לחזור ולקדש וכנ"ל,ומוכיח זאת מנישואי קטן הסמוך לפרקו ועוד ע"ש.

[20] ולכאורה תשובה זו סותרת תשובת מהר"ם מרוטנבורג סימן תקט (דפוס פראג) שהבאנו לעיל בהערות וצ"ע.

המוכנת אף שהיתה בטעות (ומקרי חד אישות מהכניסה שהיתה בטעות עד עכשיו שחדש הקדושין)״.[21]

4. ברכות בקידושי קטן הסמוך לפרקו

בהקשר לנושא זה יש ענין נוסף הטעון בירור. הבאנו לעיל בהערה מחלוקת ראשונים לגבי נישואי קטנים סמוך לפרקן, ולפי מה שכתבנו שם שיטת תוס׳ ורש״י היא שלמרות שקידושי קטן אינם חלים כלל בכל זאת יש מצוה להשיא קטן הסמוך לגיל שלוש עשרה, ולכאורה נישואין אלו כוללים ברכות אירוסין ונישואין, ודבר זה צ״ע כיצד מברכים כשהאירוסין והנישואין שאינם חלים. בשו״ת בית אפרים (מו) ביחס לדברי הנו״ב (יובאו לקמן בנספח) מיישב עפ״י התשובות מיימוניות (יח) שהבאנו לעיל שכיון שיש מצוה כל דהו אפשר לברך. הבני אהובה (אישות י,ב ד״ה והיה), מקשה על התשובות מיימוניות הנ״ל, כיצד ברכו ומיישב: ״וצריך לומר כיון דנוסח ברכה זאת אינו כנוסח ברכת המצוות דבעינן הברכה תיכף בעת עשיית המצוה, רק הוא שבח ותפילה על כן יכול להקדימה זמן מרובה״. בדרך זו הוא מסביר את הרמב״ם שסובר שחופת נידה אינה חופה (הל׳ ו), אך בהמשך כתב שאם עשה חופה והתברר שהיתה נידה צריך לחזור ולעשות חופה אך לא צריך לחזור ולברך.[22]

ה. דין חיוב בכתובה ודין הכתובה עצמה

בפרק זה נדון בכתובה ובשאר ההתחייבויות הממוניות הנובעות מקידושין ונישואין מה יהיה דינם במצב שנעשו קידושין ונישואין שאינם חלים.[23]

1. הרב המגיד בהסבר הרמב״ם בחרשת ונתפקחה

---

[21] לפי דברים אלו אפשר לנסות להסביר את סברת הב״ש והיש״ש דלעיל שסוברים שבקידושי שוטה וקידושי טעות אין לחזור ולקדש ולכאורה קשה להבין זאת בסברא וכפי שהקשו האחרונים על הב״ש כנ״ל, שהרי כבר הקשו על החזו״א שמצאנו בהרבה ברכות וגם ברכות השבח שאם נאמרו בטעות צריך לחזור ולברך וא״כ למה כאן הדין שונה אלא שנראה בדעת החזו״א שהבין שהברכה על הקידושין היא ברכה על מצב שאמנם מתחיל בנקודה מסויימת אך לא נגמר בה בניגוד לברכות אחרות ולכן הברכה נחשבת כקשורה עם מה שקורה בהמשך,ואולי ניתן אם כן לומר כך גם לגבי הקידושין עצמם שאמנם הם מתחילים במעשה קנין אך לא נגמרים שם אלא כוללים גם את ההמשך.

[22] לדין זה ברמב״ם כיוון הב״ש כשהביא את הראשונים הסוברים שבקידושי טעות אינו צריך לחזור ולברך, וציין גם לרמב״ם, ועין שם בגליון מהרש״א על דברי הב״ש, שאפשר לחלק בין חופת נידה לקידושי טעות וממילא הרמב״ם לא יכול להוות מקור.

[23] עיין ב״ש ע,ט ובב״מ שם.

השו״ע אבה״ע סז,ח כותב ״החרשת אע״פ שיש לה נישואין מדבריהם לא תיקנו לה כתובה ולא מזונות ולא תנאי מתנאי כתובה ואם כנס החרשת ונתפקחה או שוטה ונשתפית יש לה כתובה ותנאי כתובה וכתובתה מנה״. ובהמשך שם בסע׳ י הוא כותב ״חרש או שוטה שנשאו נשים אע״פ שנתפקח החרש ונשתפה השוטה אין לנשיהם עליהם כלום. רצו לקיימן אחר שהבריאו יש להן כתובה וכתובתן מנה...״. המקור לדברי המחבר נמצא ברמב״ם, וה״ה בביאור דברי הרמב״ם משוה בין הדין שמופיע בשו״ע בסעיף י לבין הדין שמופיע בסעיף ח, ואומר שכמו לגבי חרש ושוטה שנשאו והבריאו יש תנאי של התרצות שלהם בנישואין על מנת שיתחייבו בכתובה, כך גם לגבי חרשת ושוטה שהבריאו שגם לגביהן יש תנאי של התרצות בנישואין.

2. שיטת האחרונים ברמב״ם הנ״ל

הגר״א סז,ז חולק על הרב המגיד ואומר ששינוי לשון הרמב״ם אינו מקרי ובאמת פיקח שנשא חרשת ונתפקחה, מיד היא זוכה בכתובה ללא צורך של התרצות של הבעל במצב החדש, ולעומת זאת במקרה של חרש ושוטה שנשאו והבריאו, יש צורך בהתרצות של הבעלים ובהתחייבות שלהם לאחר שהתפקחו, ויש להבין את החילוק בין שני המצבים.

יש כיוון באחרונים (הפלאה, אור שמח, פרשת המלך) להסביר ענין זה ולפיהם חכמים תיקנו שאין לחרשת כתובה על מנת שלא ימנעו מלשאת אותה, ומטרת התקנה לחזק את נישואי החרשות כלומר שמעיקר הדין מכיון שחכמים תיקנו לחרשת נישואין היה צריך להיות לה גם כתובה אך כדי שלא ימנעו מלשאתן תיקנו שלא יהיה חיוב כתובה ואם כן ברגע שיורד החשש שימנעו מלשאת אותן כגון במקום שמתפקחת, מאליו חוזר חיוב הכתובה וז״ל האו״ש: ״דבשלמא בחרש שנשא פיקחת הרי בעת הנישואין היה אינו בן דעתו לכך השתא דנתפקח אפשר דיאמר איני רוצה לקיים אותה ויגרשנה דבידו לגרשה, דבו תלוי הגט, ולכך כל זמן שלא בא עליה ואינו מקיימה עוד אין לה כתובה עליו, אף אם מת אח״כ, אבל פיקח שנשא חרשת ונתפקחה הרי לא בידה לגרשו והיא אשתו גמורה, ואין שייך לומר שלא ירצה הבעל שנשא כשהיתה חרשת לקיימה כשנתפקחה, וכל פיקח נותן כתובה לאשתו רק דכאן חששו דממנעי ולא נסבי וכיון דנתפקחה לא שייך זה, לכן יש לה כתובה אף אם לא בא עליה בפיקחותה.[24]

[24] ויש לעיין שהרי גם אם מצד הסברא זה כך הרי בפועל בזמן ההתחייבות הוא לא התחייב לתת כלום אם כן איך יווצר החיוב כאשר החרשת מתפקחת ואולי צריך לומר בדעת

3. סתירה ברמב"ם מהלכות נחלות וישוב האור שמח

הלחם משנה (נחלות א,ט) מקשה שהלכה זו ברמב"ם שהבאנו לעיל סותרת לכאורה את דברי הרמב"ם (שם), מכיון שהרמב"ם משוה לכאורה בין התחייבות בכתובה לבין זכיה בירושת האשה שהרי כותב הרמב"ם (אישות כב,ב): "אבל הפיקח שנשא חרשת אם מתה לא ירשנה, והחרש שנשא פיקחת ומתה ירשנה שהרי היא בת דעת ולדעתה נישאת וזיכתה לו ממונה" ואומר הראב"ד שם בהשגותיו שדין זה למד הרמב"ם מכתובה כלומר שכמו שפיקח שנשא חרשת אינו מחוייב בכתובה כך גם אינו יורש את אשתו, ואם כן קשה מדבריו בהלכות נחלות וז"ל "כבר ביארנו בהלכות אישות שאין הבעל יורש את אשתו עד שתכנס לרשותו, ושאין הפיקח יורש את החרשת שנשאה כשהיא חרשת אפילו נתפקחה...". והרי הרמב"ם (אישות יא) שהבאנו לעיל אומר שפיקח שנשא חרשת ונתפקחה יש לה כתובה, ואם כן צריך לכאורה גם לרשת אותה, ומדוע לא פסק כך הרמב"ם בהלכות נחלות. אומר הלח"מ בישוב דברי הרמב"ם שאליבא דהרב המגיד ניתן לומר שהרמב"ם בהלכות נחלות מדבר במקום שלא קיימה לאחר שנתפקחה ולכן לא מתחייב בכתובתה ולכן גם לא יורשה, אך בהלכות אישות הרמב"ם מדבר במקום שקיימה לאחר שנתפקחה ולכן מתחייב בכתובתה, ואין סתירה בדברי הרמב"ם, אך הוא דוחה הסבר זה ואומר שהוא דוחק. אמנם הב"ש והח"מ (צ,ג) תירצו כך את הסתירה בשו"ע שפסק כרמב"ם בשני המקומות.[25] אך אליבא דהגר"א ודעימיה שאמרו שבחרשת ונתפקחה מיד נתחייב בכתובה, הקושיה עומדת בעינה. האו"ש שהובא לעיל ממשיך ואומר שמקור דברי הרמב"ם, כפי שמציין הכס"מ בהלכות נחלות, נמצא בירושלמי בריש כתובות הלכה ב שחרשת ונתפקחה בעלה אינו יורשה אך יש לה כתובה כלומר שזה מקרה החורג מהכלל שהבאנו לעיל שירושה וכתובה דינם שוה, ובהסבר הדבר כותב האור שמח שבכתובה כפי שהבאנו לעיל הפיקח מתחייב בשעת נישואין אלא שחכמים פטרו אותו כדי שלא ימנעו מלשאת, וכשמתפקחת יורד הפטור וחוזר החיוב, אך בירושה מכיון שבשעת נישואין לא היתה בת

האו"ש שסבר שבעצם בכל נישואי הבעל מתחייב בכתובה על תנאי שכל עוד היא חרשת הוא לא חייב אך ברגע שמתפקחת הוא מתחייב אך על הבנה זו מקשה האבן האזל נחלות א,ט שאם כך לכאורה יצטרך לתת לה מאתיים ולא מנה.

[25] ולכאורה מכאן ניתן להוכיח בשיטתם של הב"ש והח"מ שסברו כהסברו של הה"מ בדעת הרמב"ם והשו"ע שתמיד צריך לקיימה לאחר שהבריאו בין הוא בין היא ודלא כהסבר הגר"א ומה שהב"ש חולק על הה"מ זה רק לענין האם צריך קידושין גמורים מחדש או שמספיק לקיים ע"י ביאה.

דעת, לא היה יכול לזכות בירושתה, וכשמתפקחת לא מתחדש משהו שיגרום לו לזכות מחדש בירושה, ומוסיף האור שמח שכל זה נכון רק כאשר לא עשה מעשה נוסף לאחר שהתפקחה, אך אם יבוא עליה בפני עדים, שחזקה שבא עליה לשם קידושין, וע״י כך הנישואין נחשבים נישואין מדאורייתא, ויש התרצות שלה בזה מדעת שלמה, במצב כזה הוא יזכה בירושתה.

4. שיטת האבי עזרי בישוב הסתירה ברמב״ם

הרב שך באבי עזרי (אישות כב,ד) מחלק בין חיוב כתובה לחיוב ירושה בכך שבכתובה יש שני שלבים בנישואין שיוצרים את חיוב הכתובה הראשון בתחילת הנישואין והשני בסוף הנישואין (גירושין או אלמנות), ומכיון שבסוף הנישואין חרשת זו כבר התפקחה, יש חיוב לשלם את הכתובה מצד החיוב של סוף הנישואין, אך הזכיה שלו בירושה תלויה רק בהיוצרות האישות שבתחילת הנישואין, ולכן בחרשת ונתפקחה לא קרה השלב שבו הוא זוכה בירושה.

אמנם יש להעיר שיישוב האו״ש לשיטת הרמב״ם לא מתרץ את הסתירה בשו״ע שאף הוא פסק כרמב״ם בשני המקומות וכנ״ל, מכיון שהרמב״ם בדבריו מתייחס רק לחרשת ונתפקחה ובזה שייכת סברת האור שמח שיש חיוב כתובה אלא שיש פטור מדרבנן וכשמתפקחת יורד הפטור, אך השו״ע כולל בדין זה גם את השוטה ונשתפתה ובזה לא שייכת סברת האור שמח מכיון שמדרבנן אין כלל נישואין לשוטה, אם כן לא שייך לומר שהואת מתחייב בשעת נישואין כתובה והחיוב חל כאשר היא משתפית, אך לפי דרכו של האבי עזרי גם דברי השו״ע יתישבו אל נכון.

5. דין הכתובה עצמה

ביחס לעצם הכתובה האם צריך כתובה חדשה בשו״ת מהר״י וייל סימן ז דן בקידושין שהתברר שנעשו בעדים פסולים וז״ל: ״ואין צריך לא ברכת אירוסין ולא ברכת נישואין, כיון דכבר ברך בשעת קידושין הראשונים יצא ידי ברכה וכן כתב רבינו שמשון באותה תשובה ע״ש. ונראה דאין צריך לחזור ולכתוב כתובה אחרת וכתובה הראשונה קיימת, דכיון דבברכה הראשונה סגי, הוא הדין בכתובה דמאי שנא...״. לעומת זאת בשו״ת הב״ח החדשות (סי׳ פ ופא) שנשאל לגבי מי שקידש אשה בטבעת שאביו שאל מאלמנה שהלותה למישהו ממעות של צדקה ולקחה את הטבעת בתור משכון ואומר הב״ח שקידושין אלו לא חלים כלל וז״ל: ״ואין הקידושין קידושין כלל ואפילו הרב רבינו שמשון מודה בזה דצריך לחזור ולקדש קידושין שניים

ולברך ברכת האירוסין ולכתוב כתובה מחדש ולחזור ולברך שבע ברכות, דלא אמר הרב אלא בזה הלשון "כיון דעשו ברכה אקידושין כלדהו ואנישואין כלדהו לא חיישינן טפי" עכ"ל אלמא להדיא בנידון דידן דליכא קידושין ונישואין כלל פשיטא דצריך לקדש ולברך כל הברכות".[26] ועי' בשו"ת רב פעלים (אבה"ע ג,ג הובא לעיל בהערה), שדן בשאלה זו של כתובה והביא מהחתם סופר שאין צורך לחזור ולכתוב כתובה אפילו במקום שצריך לקדש מחדש, מכיון שבאיסורים צריך להחמיר אך בממון לא אמרינן הכי, והוא מוסיף טעם מדנפשיה שגם אם מתברר שהקידושין הראשונים לא חלו, הרי יכול לחייב את עצמו כתובה ממתי שרוצה ולכן יכול לחייב עצמו בכתובה הראשונה אפילו שבפועל הנישואין יחולו רק אח"כ.[27]

ו. סיכום

במאמר זה דנו במקרה של קידושין ונישואין שלא חלים מדאורייתא ביחס לשלוש שאלות:

א. האם צריך לחזור ולקדש?

ביחס לשאלה זו הבאנו מחלוקת הרב המגיד וב"ש בדעת הרמב"ם האם בדוגמאות שונות של נישואין כאלה כגון נישואי חש"ו וכדומה יהיה צורך בקידושין מחדש.

על הב"ש הבאנו את האחרונים החולקים עליו ואומרים שלא יתכן שלקידושין אלו תהיה חלות כלשהיא.

הרחבנו לגבי מקורות הדיון והבאנו את הסוגיא בהמדיר ואת התשובות מיימוניות סימן יח ויט ועליהן את הסבר המהר"ם מינץ והמהרש"ל ביש"ש.

למסקנה ראינו שיש בדין זה שלוש דעות: א. דעת הרב המגיד שבכל המקרים צריך לחזור ולקדש(למעט בקידושין מדרבנן אליבא דהבית יעקב בשיטת הרב המגיד). ב. דעת הב"ש שאין צורך לחזור ולקדש ברוב המקרים למעט קידושי

---

[26] כפי שציינו לעיל בהערה, ולכאורה צריך עיון בדבריו אלו שהרי הר"ש משאנץ הביא בהמשך דבריו שם ראיה לדבריו מקידושי טעות שבאה ובנה מורכב על כתפה ואומר שאם לא ממאנת משמע שנשארת תחתיו ללא שום מעשה קידושין נוסף ומשמע שסובר שאפילו בקידושי טעות לא חוזר ומקדש וכנ"ל.

[27] היה ראוי להביא בנושא זה את הדין של כתובת קטן וגר המובא בשו"ע סז,יא אך קצרה היריעה ועיין שם בנו"כ.

טעות שבהם צריך לחזור ולקדש. ג. דעת המהרש"ל שבשום מקרה אין צורך לחזור ולקדש.

ב. במידה וצריך לחזור ולקדש האם צריך לחזור ולברך את הברכות?

הבאנו מחלוקת הראשונים בענין זה. וכן דנו בשאלה כיצד מברכים בנישואי קטן הסמוך לפרקו אליבא דשיטת רש"י ותוס' שהנישואין אינם חלים.

ג. האם בקידושין ונישואין כאלה יש בתחיבות בכתובה ואם אין מה יהיה דין הכתובה עצמה האם צריך לחזור ולכתוב מחדש?

הבאנו מחלוקת הרב המגיד והגר"א בדעת הרמב"ם ביחס לחיוב כתובה של חרשת ונתפקחה, האם חל מיד או שצריך מעשה קידושין. הבאנו את הסבר האור שמח ברמב"ם בענין זה וכן את ישוב הסתירה ברמב"ם בין הלכות אישות להלכות נחלות עפ"י סברא זו, ואת שיטת האבי עזרי בישוב סתירה זו.

לבסוף הבאנו דעות החולקות לענין הצורך לכתוב כתובה מחדש.

ז. נספח – קידושי קטנה

ישנה סתירה לכאורה בדברי הרמב"ם שבהלכות אישות ד,ז-ח כתב וז"ל:

> ...קידושי קטנה זו מדברי סופרים והן תלויין שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרו קידושיה ונעשית אשת איש גמורה ואינו צריך לחזור ולקדשה אחר שגדלה.

ואילו בהלכות גירושין יא,ד כתב וז"ל:

> ועד מתי הבת ממאנת כל זמן שהיא קטנה עד שתהיה נערה או עד שיודע שהיא איילונית. במה דברים אמורים בשלא בא עליה הבעל אחר שנעשית בת שתים עשרה שנה ויום אחד, אבל אם הגיעה לזמן הזה ונבעלה הואיל והבעילה קונה מן התורה... הרי זו אינה ממאנת.

בישוב סתירה זו כתב הכסף משנה בהלכות אישות שם וז"ל: "כתב הר"ד כהן בבית כד שרבינו ביאר דבריו בפרק יא מהלכות גירושין.. ואם כן נראה מ"ש והם תלויים שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה כוונתו הוא אם ישבה עמו כבעל ואשתו דהיינו שבא עליה שאז נעשית א"א ואינו צריך לקדשה קידושין אחרים דכשבא עליה אחר שגדלה הואיל ועשתה דבר שמתקדשת בו מן התורה אף על פי שלא היו לשם עדים הרי גמרה בלבה שהיא רוצה בקידושין

הראשונים וחלו קידושי כסף. ונ״ל דלישנא דאינו צריך לקדשה קידושין אחרים דייקא הכי דאי ס״ד דכוונת הרמב״ם היא שבביאה זו מתקדשת מאי אינו צריך לקדשה קידושין אחרים פשיטא דמאחר שקידשה בביאה א״צ לחזור ולקדשה... אלא ודאי כל דחלו קידושים הראשונים א״צ לקדשה קידושין אחרים וכ״כ רבינו יעקב בהלכות קידושין המקדש את הקטנה אינם קידושין אבל אחר שהגדילה חלים הקידושין ואינה צריכה קידושין אחרים עכ״ל..וא״כ הרמב״ם ורבינו יעקב חולקים על התוספות שכתבו בפרק המדיר דטעמיה דרב דקטנה הוא לפי שבועל לשם קידושין ולא משום שחלו קידושי כסף. ונראה שהרמב״ם ורבינו יעקב דקדקו מפרק ב״ש דקאמר התם דקידושי קטנה תלויים ואמרינן התם מאי תלויים לאו דכי גדלה גדלי עמה ואף על גב דלא בעל ומפרש רבינו מילתא דקטנה מיתלא תליא וקיימא אי בעל אין לא בעל לא נראה קצת שהבעילה מעמיד הקידושין הראשונים שיהיו תלויים אבל אינם נחשבים לקידושין בפני עצמם עכ״ל. ומה שכתב דדוקא בשבעל אחר שהגדילה כ״כ ה״ה אבל מ״ש דטעמא משום דכשבעל חלו קידושין הראשונים אין דעת ה״ה כן שכתב בפי״א מהלכות גירושין דטעמא משום דאמרינן דבעל לשם קידושין. ולישנא דרבינו שכתב שקידושין תלויים וכן הא דמדמי מקדש חציה שפחה וחציה בת חורין למקדש קטנה משמע כדברי הר״ד כהן וכן הבין דברי רבינו מהרי״ק בשרש ל ולה״ה קשיא. ואפשר לדחוק ולומר דה״ק דבעל לשם שיחולו קידושין הראשונים. ומ״מ דעת הטור והמפרשים דבעל השתא לשם קידושין בלי סמך קידושין הראשונים כלל קאמר וסוגיא דגמרא הכי משמע וכבר כתב מהרי״ק שדברי רבינו תמוהים ובאמת דברי רבינו בפי״א מהלכות גירושין נראין שהם כדברי הטור והמפרשים שבבעילה שבא עליה אחר שגדלה הוא קונה בלי סמך קידושין הראשונים שכתב הואיל והבעילה קונה מן התורה ואם איתא הכי הל״ל מאחר שבעל אחר שגדלה גמרו קידושין הראשונים ונעשו של תורה וצ״ע. ומשמע מהכסף משנה שהבין בדעת הרב המגיד דלא כמו הבית יעקב שהבאנו בגוף המאמר, אלא לשיטתו ה״ה סובר שגם בקטנה צריך קידושין מחדש וזה נעשה ע״י הביאה בגדלות. נקודה נוספת שיש לעיין בדברי הכס״מ היא שהרד״ך מבין שרבינו יעקב כלומר הטור סובר כרמב״ם שהביאה לא יוצרת קידושין חדשים והא מדייק כך מלשונו בסימן מג ואילו הכס״מ עצמו אומר שהטור סובר כרב המגיד שהביאה בגדלות עושה קידושין ובאמת בב״י בסימן מג מעיר על לשונו של הטור שנראה מלשונו שסובר שהביאה לא יוצרת קידושין אלא מחילה את הקידושין הראשונים אך מוכח מדברי הטור בסימן קנה שצריך קידושין מחדש על מנת שתהיה נשואה מדאורייתא.

הרד״ך הביא בדבריו ראיה לשיטתו מהגמרא יבמות קט,ב. הסוגיא שם עוסקת בקידושי קטנה ואומרת הגמרא ״לכי גדלה גדלי בהדה״ ונחלקו שם האמוראים האם זה דוקא כשבא עליה משהגדילה או שגם בלי ביאה היא מקודשת מדאורייתא, והראשונים פסקו שזה ספק אמנם יש דעות בראשונים שזה דוקא בקטנה שיש לה קידושין מדרבנן אך הרמב״ן והרשב״א שם סוברים שהגמרא לא מחלקת בין קטן לקטנה והסברא לומר לכי גדלה גדלי בהדה ולא צריך ביאה בגדלות היא שהקידושין הם על תנאי כלומר שהקטן או הקטנה יוצרים קידושין על תנאי שיתרצו כשיגדלו, ועיין על כך בנו״ב מה״ת סימן נב בביאור דברי הגמרא ושיטות הראשונים שם, וכן מסביר את דברי הרמב״ם הנ״ל ומיישב את הסתירה הנ״ל בדבריו. בהסברו שם בגמרא הוא אומר שלדעה שמצריכה ביאה משתגדיל אין הכוונה לביאה היוצרת קידושין ולשם כך מצריכה עדים, אלא ביאה זו מוכיחה שהתרצתה לגמרי והקידושין הראשונים שהיו על תנאי נגמרו והיא מקודשת לגמרי משעת הקידושין הראשונים.[28] לפי יסוד זה רוצה הנו״ב לישב סתירה בדברי הריב״ש, שהביא הב״ש (לא,כב), שבמקום אחד הוא פוסק כרא״ה שאמר שאיש ואשה שחיים ביחד מכיון שמן הסתם בא עליה אז אפילו שאין עדי יחוד, מצב זה בעצמו נחשב כעדי יחוד וזה יחשב שהתקדשה בביאה, ולעומת זאת במקום אחר מביא הריב״ש ראשונים החולקים על הרא״ה ופוסק כמותם. (לכאורה סתירה זו קיימת גם בדברי הב״ש עצמו שהרי בסימן לא נראה שפוסק דלא כהרא״ה ואילו בסימן קנה נראה שפוסק כמוהו ועי׳ הגהות ברוך טעם ורע״א לסימן לא ועיין דגמ״ר בסימן קנה שמיישב על פי מה שכתב בנו״ב שנביא לקמן בישוב הסתירה בריב״ש). אומר הנו״ב שפשוט שלא פוסקים כרא״ה בסתם מקרה שהרי זה לא יכול להיחשב כקידושי ביאה כשלא אומר לאשה שבא עליה ע״מ לקדשה, אך דברי הרא״ה יהיו נכונים במציאות של קידושי קטנים שאין צורך שיקדש מחדש בביאה אלא צריך ביאה שתוכיח על קיום התנאי של הקידושין הראשונים ולגבי זה הביא הריב״ש ראיה מהרא״ה, אך בתור קידושין עיקריים בזה הריב״ש לא מקבל את דעת הרא״ה (ועיין חוט המשולש לגר״ח מוואלוז׳ין שסובר כרא״ה ואומר

[28] לכאורה דבר זה קשה לאומרו שהרי אין מעשה קטן כלום ואיך יכול לחייב את עצמו לכשיגדיל, ועיין מל״מ על הרמב״ם הנ״ל בהלכות אישות שדן בשאלה דומה בקטן שקידש ע״מ שיחולו הקידושין כשיגדיל ורצה לומר שם שזו מחלוקת רש״י ותוס׳ האם קידושין אלו חלים וגם עליו הקשו כנ״ל שאין מעשה קטן כלום ועיין קה״י יבמות ל וקובץ הערות כט שרצו לומר שבקטן יש דעת, רק שאינו יכול לעשות את חלות הקנין ולכן במקרים הנ״ל יש צד לומר שיועיל ועיין חזו״א אבה״ע סימן סא מה שכתב בזה.

שרוב הראשונים סוברים כמותו ושכן מוכח בש״ס ורוצה ליישב ע״י כך את הסתירה הנ״ל ברמב״ם בין הלכות אישות להלכות גירושין).

מדבריו של הנו״ב אפשר ללמוד כמה נקודות הנוגעות לענייננו (מעבר לענין של קידושי קטנה): א. יש דין של ביאה שאינה ביאת קידושין אך יש להדגיש שלפי הסברו של הנו״ב הביאה תפקידה ליצור אומדנא והיא לא יוצרת חלות דינית בניגוד למה שהבאנו לעיל. ב. לפי הנו״ב בישוב הריב״ש ראינו שלמרות שהביאה הנצרכת כאומדנא לקיום התנאי ובכל זאת הריב״ש נסמך על הרא״ה שמצריך עדי יחוד אך סובר שמגיעים לאותה תוצאה ע״י הידיעה שמן הסתם בא עליה, ואולי ניתן להבין מכך שגם בביאה כזו צריך עדי יחוד ברמה מסויימת ואולי ניתן להביא מזה סיוע למה שרצינו לומר בעת הב״ש לעיל שגם בביאה בזמן הראוי לקידושין מדאורייתא שהיא אינה ביאת קידושין בכל זאת יהיה צורך בעדים וצ״ע.

יש להדגיש שכל הדיון המובא כאן שייך רק בקידושי קטנים, ולכאורה לגבי קידושי חרש ושוטה וכן לגבי קידושי טעות לא שייך לומר שקידשו על דעת שיתפקחו או שיגלו את הטעות.

למעשה היוצא מחליפת השו״ת הנ״ל בין הנו״ב לחותנו הם נחלקים לגבי מנהג פולין בימיהם לקדש קטנים האם צריך לחזור ולקדש או לא.

הרב דני אסס

שליח נעשה עד

ראשי הפרקים

פתיחה

א. סוגיית הגמרא

ב. חקירת האור שמח

ג. חקירת האבני מלואים

ד. הבנה ראשונה של השערי יושר

ה. הבנה שניה של השערי יושר

ו. פסיקת ההלכה

ז. לאחר תקנת שבועת היסת

פתיחה

בקדושין דף מא הגמרא מביאה לימודים ששלוחו של אדם כמותו. במאמרנו נעסוק לגבי יכולת השליח להעיד על שליחותו, כלומר, האם יכול להחשב כעד למרות שנעשה שליח על הדבר.

א. סוגיית הגמרא

בקדושין מג,א אתמר רב אמר שליח נעשה עד (פירש רש"י: בין לקדושין בין ששלח ממון לבעל חובו, מצטרף שליח עם עד להיות שנים. או אם שניהם שלוחים היו ביחד, שניהם מעידים בדבר). דבי רבי שילא אמרי אין שליח נעשה עד. רב אמר שליח נעשה עד, אלומי קא מאלימנא למלתיה. דבי רבי שילא אמרי אין שליח נעשה עד, כיון דאמר מר שלוחו של אדם כמותו הוה ליה כגופיה. והלכתא שליח נעשה עד. אמר רבא אמר רב נחמן אמר לשנים צאו וקדשו לי את האשה, הן הן שלוחיו הן הן עדיו. וכן בגרושין וכן בדיני ממונות (פירש האגודה (אות לט): כגון דאמר לשנים תנו מנה לפלוני שאני חייב לו והם אומרים נתננו והוא אומר לא נטלתי). וצריכא, דאי אשמעינן בקדושין, משום דלמיסרה קא אתי (פירוש: ולא חשודים לשקר, שאין להם תועלת במה שתהיה מקודשת ותיאסר על כל העולם), אבל גרושין ניחוש שמא עיניו נתן בה. ואי אשמעינן גרושין, משום דאיתתא לבי תרי לא חזיא

(פירש רש"י: וכיון דתרי נינהו לא משקרי) אבל ממונא אימא הני מפלג פלגי, צריכי.

ב. חקירת האור שמח

האחרונים כתבו דיש לחקור: כאשר שליח מבצע שליחות הבעלים, האם נאמר שהבעלים מסרו כוחם לשליח והשליח נכנס במקום הבעלים וגופו ביצע את המעשה, אלא שהפעולה מתייחסת למשלח. או שמא נאמר שהשליח הוא "ידו הארוכה" של המשלח, וכאילו גוף המשלח ביצע את המעשה.

האור שמח (הלכות גרושין ב,טו) כתב לתלות בחקירה זו את המחלוקת בגמרא שלנו. דרבי שילא שסובר שאין שליח נעשה עד, סבירא ליה שהשליח נעשה כגופו של המשלח (כלומר, כאילו הוא במקום המשלח) ולכן הוי בע"ד ואינו יכול להיות עד. ורב שסובר ששליח נעשה עד סבירא ליה שרק הפעולה מתייחסת אל המשלח, ולכן אין השליח בעל דבר שיהיה פסול לעדות [1].[2]

---

[1] בספר אוצר מפרשי התלמוד (קדושין ח"ג עמ' קצו, ובהערה 272) כתבו שהרב יוסף ענגיל בספרו לקח טוב (ריש כלל א) נקט דלרב רק התוצאה מתייחסת למשלח ואין גוף המעשה נחשב כאילו עשאו המשלח, ולכן השליח אינו נחשב כבע"ד. ודבי רבי שילא ס"ל שגוף המעשה נחשב כאילו עשאו המשלח, ולכן השליח נחשב כבע"ד. ואילו האור שמח כתב להיפך, שאם הפעולה של השליח נחשבת כמו פעולה של המשלח, דאז אין השליח נחשב כבע"ד, אבל אם פעולת השליח אינה נחשבת כפעולת המשלח, אז יש לשליח עצמו דין בעלים. ולענ"ד נראה דזה אינו, דהלק"ט הביא שני הצדדים שהובאו באו"ש, והוסיף צד שלישי בחקירה, דאפ"ל שגם הפעולה מתייחסת לשליח, אלא שהתורה גזרה שכיון שהמשלח שלחו לכך יועיל המעשה של השליח כאילו המשלח עשה את המעשה, כלומר, לענין התוצאה (יעו"ש בדבריו, שהביא עוד סוגיות מהש"ס לשייך לחקירה הנ"ל). וצ"ל בסוגיין דלרב המעשה או התוצאה מתייחסים למשלח, ובלשון הלק"ט: ורב ס"ל דשליח נחשב אדם אחר, אלא שמעשהו "מתיחסת לבעלים או שמועלת" עבור המשלח, עכ"ל, וזהו כהצד השני והשלישי בחקירה שהביא, ואילו לדבי רבי שילא צ"ל כהצד הראשון בחקירה ("הראשון" ו"השני", כסדר שהובאו בגוף המאמר).

[2] בשו"ת שבט הלוי (ח"ד, אבהע"ז סימן קסט אות ד, נקט בקדושין מג,א לחקור כהאבנ"מ דלקמן ודלא כהלק"ט והאו"ש), תלה בזה לגבי גדר "מצוה בו יותר מבשלוחו", דלשני הצדדים הראשונים סוף סוף גופו בפועל לא עשה מצות הקדושין. אבל לצד האחרון בחקירת הלק"ט, נהי דלענין עצם קנין הקדושין מועיל כאילו עשה המשלח, אבל חלק המצוה שיש בקדושין לדעת הרמב"ם בספר המצוות לא קיים, דהמעשה הועיל למשלח אבל לא מתייחס אליו, יעו"ש בדבריו שרצה לתלות בזה מחלוקת הראשונים אם מקדש אשה ע"י שליח צריך שוב לקדשה בעצמו, וכתב דלסוברים שצריך לחזור ולקדשה משום שבקדושין שע"י השליח חסר במצות הקדושין (ולחולקים א"א לחלק בין שני הגדרים האלה, דאם מצד הקנין מקודשת אין מקום לקדשה שנית), ולכן כתב שיקדשנה שנית בעצמו אבל ללא ברכה. יעו"ש בדבריו, שהאריך בזה.

[האור שמח תלה בחקירה זאת ענינים נוספים וכבר הובאה החקירה בפרי חדש (אבהע״ז סימן קכא סק״ה) ובקצות החושן (סימן קפח סק״ב) ועוד, שכתבו לגבי מחלוקת הרמב״ם (הלכות גירושין פ״ב הט״ו) והטור (אבן העזר סימן קכא) במשלח גט ונשתטה המשלח, דאם מסרו השליח לדעת הרמב״ם הגט פסול מדרבנן ולדעת הטור הגט בטל מדאורייתא. וכתבו הפר״ח וקצוה״ח להסביר מחלוקתם, דלדעת הרמב״ם השליח נכנס תחת הבעלים וכאילו הוא הבעלים כעת ולכן מדאורייתא חשיב גירושין, ולדעת הטור השליח הוא כיד המשלח ולכן לא הוו גירושין כלל[3]].[4]

ג. חקירת האבני מלואים

האבני מלואים (סימן לה סק״א) הקשה על דבי רבי שילא, שאפילו אם נאמר שהשליח הוי כגופו של המשלח עדיין צריך להיות שיוכל להעיד בדבר, שהרי הבעל דין עצמו באופן שהסתלק מגרמת ממון יכול להעיד, כמו שהגמרא אומרת בבבא בתרא מב,ב השותפין מעידין זה לזה. וכן בקדושין עג,ב נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי, ואפילו אין מקחו בידו הוה ליה עד לחייבו שבועה. ואם כן, הכא נמי נהי דהוה ליה כגופיה, כיון דאין לו נגיעת ממון למה לא יוכל להעיד? והאבנ״מ נשאר בצ״ע.

האבנ״מ הביא תשובת הריב״ש (סימן פב) וזה לשונו: ואם השליח אומר קדשתיה למשלח והיא אומרת לא נתקדשתי הנה המשלח אסור בקרובותיה מפני דברי השליח שהוא כמותו... ואף על פי שאין השליח כבעל דבר לגמרי דהא איפסקא הלכתא בפרק האיש מקדש (=סוגייתנו) שהשליח נעשה עד והאומר לשנים צאו וקדשו לי אשה הן הן שלוחיו הן הן עדיו, היינו משום דאינו נוגע בדבר ואין לו הנאה בעדות זו, אבל מכל מקום הרי הוא כמותו בכל ענייני השליחות. ולזה היה דעת מי שסובר שאין השליח נעשה עד לומר שהוא כבעל דבר לגמרי אף על פי שאין נוגע בדבר ובזה לא נפסקה הלכה כמותו. אמנם כל מה שהשליח אומר בענין השליחות הרי הוא כאלו אמרו

---

[3] ואולם לפי״ז צ״ע, דיוצא שהרמב״ם סובר כרבי שילא ודלא כהלכתא. ויעוין הערה לקמן בשם החזון יחזקאל. ובספר שרידי אש (גיטין, סימן י) העיר דלפי דברי האו״ש דברי הרמב״ם סתרי אהדדי, דפסק ששליח נעשה עד, וגם פסק דמדאורייתא יכול השליח למסור הגט אף דנשתטה הבעל. וכתב דלכו״ע אין השליח ממש כהבעל, יעוי״ש בדבריו שכתב דרך משלו בסוגיין.

[4] בשו״ת חלקת יואב (חו״מ סימן ג ד״ה אך עיקר), לאחר שהביא חקירה זו, כתב דנ״ל דכל שליחות מועיל משני הכוחות יחד, וגם שליח נעשה כמשלח, ובמקום שאינו מועיל מכח זה מועיל מכח זה, מטעם פעולה המתייחסת.

המשלח עכ״ל. וכתב האבנ״מ דמבואר מדברי הריב״ש דיש לתלות את מחלוקת האמוראים בחקירה האם בעל דין ללא נגיעה הוי בע״ד. דרבי שילא סבר דגם ללא נגיעה חשיב בע״ד,[5] והשליח שהוא כגופו של המשלח פסול להעיד. ורב סבר דאמנם השליח הוי כגופו של המשלח, אבל ללא נגיעה יכול להעיד.[6]

האבנ״מ הסיק מדברי הריב״ש להלכה, דכמו שראינו בבבא בתרא מב,ב השותפין מעידין זה לזה, וכן בקדושין עג,ב נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי, שבע״ד ללא נגיעה לא חשיב בע״ד לפסלו לעדות, ולכך יש לפסוק אצלנו כרב, והשליח נעשה עד.[7]

הרב אלחנן וסרמן (קובץ שיעורים ח״א, ב״ב אות קז) הוסיף שכדברי הריב״ש כתבו גם התוספות בב״ב מג,א (ד״ה מפני שמעמידה), שכתבו לגבי המקרה שהובא בבא קמא ח,ב דמוכר שדהו שלא באחריות ואתא בעל חובו של המוכר לטרוף מן הלוקח, יכול המוכר לבוא ולטעון בעד הקונה, ולא יכול בעל חובו לומר לו לאו בעל דברים דידי את (כי המוכר לא יפסיד אם הבע״ח יטרוף את השדה מן הלוקח, שהרי מכר לו שלא באחריות), כי המוכר יכול לומר לבע״ח לא ניחא לי דתיהוי לקונה תרעומת עלי, וכתבו התוספות ע״ז דמ״מ יכול להיות המוכר עד במקרה זה, ולא נפסל לעדות משום נגיעה כזאת [שזוהי נגיעה קטנה שמספיקה, להחשיבו כבע״ד ולא מספיקה כדי לפוסלו לעדות. הרב שמעון שקאפ (ב״ב סימן כד)]. וכתב הרב אלחנן דלדברי רבי

---

[5] הרב יחזקאל אברהמסקי בספרו חזון יחזקאל (ב״מ, השמטות ומילואים לפ״א ה״ו, ד״ה לפענ״ד) נקט כחקירת האו״ש, וחילק לדעת הרמב״ם בין ״בע״ד״ שאינו עד אף אם אין לו נגיעה כלל [בספר נחלת משה (קדושין, בסוגיין) הסביר זאת, ד״נוגע״ הוי פסול בפנ״ע ולכך צ״ל שבע״ד פסול גם ללא נגיעה], ובין פסול ״נוגע״, שצריך נגיעה כדי שיהיה פסול. וכתב דלרבי שילא פסול משום ״בע״ד״, ולרב אף אינו ״בע״ד״ ולכן נעשה עד.

[6] בספר אבן ישראל להרב ישראל יעקב פישר (הלכות אישות פ״ג הי״ח) כתב שהריב״ש הנ״ל כתב כחקירת האו״ש. ודבריו צל״ע, דמשמע ממש בדברי הריב״ש כחקירת האבנ״מ, שנקט שנחלקו האמוראים האם בע״ד ללא נגיעה יכול להעיד או לא.

[7] בספרו קצוה״ח (סימן לג סק״ג) הביא דכן סובר המהרי״ט. דהנה שם בשו״ע (סי״ד) כתב וז״ל: שכיב מרע שצוה בפני עדים הקרובים לו ורחוקים מבניו אין הצואה כלום, כיון שהיו קרובים בשעה שנמסר להם העדות, ויש מי שחולק. קצוה״ח הסביר את הדעה החולקת אליבא דהרמב״ן בב״ב מג,א (הגמ׳ תובא לקמן בדברי השע״י), שיישב (את קושיית התוס׳ שתובא לקמן) שיש לחלק בין עד שהיה פסול, או שהיה קרוב למי שמעיד לו, שבזה אמרינן תחילתו בפסול, ובין מעיד על ממון שהיה שלו, שזה לא אמרינן תחילתו בפסול. והביא שהמהרי״ט (ח״א סימן קה) הקשה על הדעה הראשונה, והיא דעת הרא״ש, דכיון שאין נפקותא לשכ״מ כי אם לבניו, העדים רחוקים לבניו למה יפסל (ולכן עשה אוקימתא בדעת הרא״ש, עי״ש).

שילא יהיה פסול לעדות אף שאינו נוגע, ודלא כהלכתא [ומ״מ הרב אלחנן הקשה, דלדברי האבנ״מ היתה הגמ׳ צריכה להקשות לרבי שילא מברייתא דנאמן בעל המקח, ותירץ כהשערי יושר דלקמן, ויעו״ש בדבריו].

ד. הבנה ראשונה של השערי יושר

הרב שמעון שקאפ (שערי יושר ש״ז פ״ד, ד״ה והנה בפשטות) יישב את קושיית האבנ״מ לדבי רבי שילא, דיש לחלק בין הנידון שלנו בקדושין מג,א ובין נידון הגמרא בקדושין עג,ב נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי. והסביר הדברים ע״פ הגמרא בבא בתרא מג,א תניא, בני עיר שנגנב ספר תורה שלהן אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר. מקשה הגמ׳, ואם איתא (שסילוק מועיל) ליסלקו בי תרי מינייהו ולידיינו (ולענייננו: ויעידו[8])? [תירצה הגמ׳, שאני ס״ת דלשמיעה קאי]. והקשו התוספות (ד״ה וליסלקו), וכן שאר הראשונים, דבעינן תחילתו וסופו בכשרות, והכא תחילתו בפסול, ומה יועיל סילוק? ותירצו הראשונים בזה כמה תירוצים.

הריטב״א בקדושין (מג,ב ד״ה ואיכא דקשיא ליה) תירץ[9] וז״ל: התם (בב״ב מג,א) כל כמה דלא סליקו נפשייהו הרי הם כבני העיר ובעלי דבר נינהו ולא עדים כלל, ומכי סליקו נפשייהו והוו עדים והוו להו תחילתן וסופן בכשרות, עכ״ל. כלומר, דבשעת הראיה הם בע״ד, ובשעת הגדת העדות הם נעשו עדים מכיון שסילקו עצמם, וכדי שיהיה תחילתו בפסול צריך שגם בשעת הראיה יהיו עדים, ולכן אין כאן תחילתו בפסול. וכתב השע״י וז״ל: ולפי״ז ניחא בפשטות, דבקדושין מג,א דבעינן עדים לקיום הדבר, ולדבי רבי שילא שהשליח שהוא במקום הבעלים אין עליו תורת עד, ה״ז כמקדש בלא עדים, אף שאח״כ יתחדש עליו תורת עד. אבל התם (בקדושין עג,ב דנאמן בעל המקח) לענין דיני ממונות דלא איברו סהדי אלא לשיקרא, מהני אם אח״כ חל עליו שם עד כנ״ל (בב״ב מג,א). ורב סובר דגם בשעת מעשה הקדושין השליח מתחשב לעד, אף שהוא במקום הבעלים לענין עשיית מעשה הקדושין אבל חלות הדין הוא על המקדש והמתקדשת, ולהשליח אינו נוגע ענין חלות הקדושין, מש״ה שליח נעשה עד, ודבי רבי שילא סברי דכיון שהוא בע״ד על העשיה אינו יכול להתחשב לעד, עכ״ל.

---

[8] כך הביא השע״י בלשונו, ואמנם התוס׳ בנדה (נ,א ד״ה ורבי מאיר) תירצו את קושיית התוס׳ בב״ב שיש לחלק בין לדון ובין להעיד.

[9] בהערות שוליים הובאו תירוצים נוספים מהראשונים.

יצא מדברי השע״י שאחרי שהתחדש לנו הסבר בדברי הגמ׳ ב״ב מג,א שאם בתחילה היה בע״ד, יועיל הסילוק כדי שיוכל להיות עד. ובדיני ממונות זה יועיל. אבל בקדושין שהעדים לא באו לברר את הענין אלא הם חלק מחלות הקדושין צריך דיחשבו עדים גם בתחילה בשעת המעשה קדושין, ולכן לא קשה קושיית האבנ״מ. אלא שבזה נחלקו רב ורבי שילא, דלרבי שילא כיון שהשליחים נחשבים בע״ד על העשיה אינם יכולים בתחילה להחשב עדים, ולרב כיון שאין חלות הקדושין נוגע לשליחים, השליחים יכולים להעיד.[10]

ה. הבנה שניה של השערי יושר

השע״י (שם, ד״ה והנה יש מקום) הוסיף להסביר את המחלוקת בגמרא באופן אחר. דהנה, רש״י (ד״ה שליח נעשה עד) פירש לדברי רב דבין לקדושין ובין לממון, ששלח ממון לבעל חובו, השליחים יכולים להעיד בדבר. משמע מזה, דלדבי רבי שילא גם בדיני ממונות אין שליח נעשה עד[11], אף שאין לשליח נגיעה בדבר, דאל״כ גם לרב לא יוכלו להעיד, וכדאיתא לקמן בסוגיית הגמרא (שאחרי שתיקנו חכמים שבועת היסת, שוב לא יוכלו השליחים להעיד, דיש להם נגיעה, וכמבואר לקמן). ולפי שו״ת הריב״ש שהובא באבנ״מ (הובא לעיל), לדבי רבי שילא גם אחר מעשה השליחות לא יוכל להיות עד משום שהמעשה נעשה על ידו, והוי עכשיו בע״ד להעיד על מה שעשה, וכך הדין גם בדיני ממונות. ומשא״כ במוכר, שאינו שליח, אפילו שבשעת המכירה היה בע״ד, מ״מ כעת כשבא להעיד נעשה עד (וכמו הסבר הריטב״א שהבאנו). ולהסבר זה גם לדבי רבי שילא נאמן מוכר לומר לזה מכרתי, ומיושבת קושיית האבנ״מ.

ו. פסיקת ההלכה

הגמרא בגיטין ה,ב אומרת באחת ההעמדות לגבי שליח שמוסר גט לאשה, בפני כמה מוסרו לה, ויש בזה מחלוקת רבי יוחנן ורבי חנינא אם למסור בני שנים או שלושה: הכא בשליח נעשה עד ועד נעשה דיין קמיפלגי, מ״ד בפני שנים קסבר שליח נעשה עד ועד נעשה דיין, ומאן דאמר בפני ג׳ קסבר שליח נעשה עד ואין עד נעשה דיין. רואים מגמרא זאת בפשיטות להלכה ששליח נעשה עד, וכ״כ הריטב״א, המאירי ועוד ראשונים על אתר, וכ״פ הרי״ף אצלנו

[10] וכ״כ הדברי יחזקאל (סימן לו אות ד) בהסבר הירושלמי שהביא הרא״ש (גיטין פ״ד).

[11] כלומר, הוקשה לשע״י מרש״י להבנה הראשונה שכתב, ולכן כתב הבנה זאת (יש באחרונים שהקשו לשע״י מדברי רש״י, ולא כתבו שלשע״י עצמו הוקשה כן).

בקדושין (יז,ב בדפיו) וש״פ. אמנם, בתוספות הרא״ש (גיטין ה,ב ד״ה והכא בשליח) כתב דהכא לכו״ע שליח נעשה עד, דהרי נאמן לומר בפני מכתב ובפני נחתם, ואינו ענין למחלוקת בפ״ב דקדושין.

וכן סיכם להלכה בספר בית הבחירה למאירי (בסוגיין) וז״ל: שליח נעשה עד בין לקדושין בין לגירושין. ר״ל, שאם שלח קדושין לאשה ביד שליח ואותו שליח קדשה בעד אחד הרי הוא מצטרף עמו לעדות, ואין אומרים שלוחו של אדם כמותו והרי הוא כגופו ואין אדם מעיד לעצמו, אלא עדות גמור הוא. וכן אם שלח לה ביד שנים הן הן שלוחיו הן הן עדיו... וכן בגירושין, אם שלח גט לאשתו על יד שליח והוא צריך לעדי מסירה כל שמסר לה השליח בעד אחד הרי הוא מצטרף עם האחר ואין חוששין שמא עיניו נתן בה, וכעין מה שאמרו במקום אחר עדים החתומים על המקח או על גט אשה לא חשו חכמים על דבר זה. וכן אם שלח לה על יד שנים הן הן שלוחים הן הן עדים: אף בדיני ממונות שליח נעשה עד מן הדין. כיצד? נתחייב מנה לפלוני ואמר לשליח הולך מנה זה לפלוני ונתן לו הרי השליח מצטרף עם אחר להעיד או קם לשבועה בלא צירוף, ואם שלח על ידי שנים הן הן שלוחיו הן הן עדיו וכל שהלה כופר בפירעון הרי הוא נזקק לעדות השלוחים. שמא תאמר והלא השלוחים נוגעין בעדותן, הרי אינם אומרים שנתנו הרי הלוה אומר להם החזירו לי מעותיי? אין זה כלום, שהרי אם רצו יכולין היו לומר החזרנום לך שהמפקיד בעדים אין צריך לפרעו בעדים. כך פירשוה בגמרא. עכ״ל.

בשו״ת הריב״ש הנ״ל סיים, שכל זה לחומרא אבל לא לקולא. ולכן, אם בא אחר וקדשה חוששין לקדושין, עד שיבואו עדים ויעידו בקדושי השליח, דאין דבר שבערוה פחות משנים. ואין חזקת ״שליח עושה שליחותו״ מספיק לבטל קדושי שני, דבגיטין סד,ב אמרינן דההיא חזקה הוי לחומרא ולא לקולא. וכן כתב בחידושי הרשב״א אצלנו וזה לשונו: ומיהו מסתברא דספק מקודשת היא ובעיא גיטא מיניה ואם רצה לכונסה נותן לה קדושין אחרים.

ז. לאחר תקנת שבועת היסת

הגמרא בשבועות מ,ב אומרת שאם אדם תובע את חבירו והנתבע כופר הכל, הנתבע פטור מלשלם, אבל רב נחמן תיקן שהנתבע ישבע שבועת היסת, שאינו חייב. והגמרא אצלנו בקדושין מג,ב לאחר שפסקה ששליח נעשה עד, המשיכה לדון בענייננו לאחר שנתקנה שבועת היסת, האם עדיין נאמר ששליח נעשה עד, בזה הלשון: מאי קסבר? אי קסבר המלוה חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים, הני נוגעים בעדות נינהו, דאי אמרי לא פרעניה, אמר להו

פרעוני! אלא לעולם קסבר המלוה את חבירו בעדים א״צ לפורעו בעדים, ומגו דיכלי למימר אהדרינהו ללוה, יכולין למימר פרעניה למלוה. והשתא דתקון רבנן שבועת היסת, משתבעי הני עדים דיהיבנא ליה, ומשתבע מלוה דלא שקיל ליה, ופרע ליה לוה למלוה, ע״כ בגמרא. כלומר, לאחר שהגמרא פסקה ששליח נעשה עד, שואלת הגמרא שהשליחים נוגעים בעדותם, כי אם השליחים לא יגידו שנתנו את הכסף למלוה יצטרכו לשלם ללוה, ואיך נאמנים? עונה הגמרא דלכאורה נאמנים לומר שנתנו למלוה במיגו שהחזירו ללוה, והמיגו מוריד את הנגיעה ומכשיר את דבריהם לעדות. מוסיפה הגמ׳, שאחרי שחכמים תיקנו שבועת היסת אין להם את המיגו, שאם יאמרו החזרנו יצטרכו לישבע, ולכן הם מעדיפים לומר שנתנו למלוה כדי שלא יצטרכו לישבע, ושוב אינם נאמנים במיגו.[12] יוצא מזה, שאחרי שנתקנה שבועת היסת שוב אין שליח נעשה עד.[13] וכן כתב המאירי בבית הבחירה וז״ל: ומכל מקום עכשיו שנתקנה שבועת היסת, שנמצא שאין השלוחין נאמנין לומר החזרנו אלא בשבועה, הרי הם נוגעים בעדותם שהרי כל שאינם מעידין כן (=שהם פרעו), הלוה אומר להם להחזיר לו מעותיו, ואין נאמנין בהחזרנו אלא בשבועה, ונוח להם להעיד שנתנו ושלא יצטרכו לשבועה והילכך אין כאן עדות.

[הקשו התוספות (ד״ה והשתא) דלאחר שנשבעו העדים שנתנו את הכסף למלוה, כבר הסתלקה נגיעתם, ומדוע לא יהיו שוב נאמנים להעיד שהלוה פרע למלוה באמצעותם?[14] ותירצו בשם ר״י, שהתורה אמרה (דברים יט,א)

---

[12] יעוין בדברי הר״ן (יח,א בדפי הרי״ף) והמאירי בסוגיין, וכן בישׁ״ש (קדושין פ״ב סימן ג-ד), שהביאו סיכום מחלוקת הראשונים איזו שבועה נשבע המלוה ואיזו שבועה נשבעים השליחים.

[13] הריטב״א (ד״ה ואיכא דקשיא ליה) הביא להקשות, דעדיין אפשר שהשליחים יעידו, ע״י שהלוה יפטרם מממון ושבועה, ולא יהיו נוגעים בעדות, וכמו שמצינו בב״ב מג,א (דברי הריטב״א הובאו בגוף המאמר בדברי השע״י)? ותירץ הריטב״א, שמה שהגמ׳ ב״ב דברה זה לגבי בע״ד שהסתלק וכעת יכול להעיד (וכמו שהובא בגוף המאמר שם), אבל הכא בתחילה הם עדים עם נגיעה, ואפילו סילוק לא יועיל, דבעינן תחילתו וסופו בכשרות. והרשב״א (סוד״ה והשתא) תירץ, שסילוק אינו מועיל אלא כגון ההיא דב״ב מג,א, שאין לעדים הנאה והפסד בסילוק זה יותר על מה שהיה מכבר, אבל הכא דיש להן הנאה בדבר (במה שפטרם), אינן נאמנים. ואמנם, הר״ן (לאחר שהביא תירוץ הרשב״א) כתב, דלפיכך נראה שאם יפטרם הלוה בשבועה מתחילה, מהימני. והאבנ״מ (סימן לה סק״ד ד״ה ובמרדכי) הביא תירוץ המרדכי דלמה יפטרם, הלא גם הם חייבים לו.

[14] ביד הרמ״ה (ב״ב מג,א אות קל) למד משאלת התוס׳ שסילוק לא מועיל משום דבעינן תחילתו וסופו בכשרות. וכן למד מהגמרא שם שהבאנו, ותירץ את קושיית התוס׳ שם שסילוק מועיל בדיינים ולא בעדים, וכמו שהובא בהערה לעיל משם תוס׳ בנדה (נ,א).

״על פי שנים עדים יקום דבר״, ומשמע דוקא שנאמנים בדיבור בלבד, אבל הכא העדים צריכים לישבע כדי שיאמנו דבריהם, אין ממש בעדותם.]

הרשב״א בסוגיין (מג,א ד״ה והלכתא שליח) כתב, שלאחר שתיקנו רבנן שבועת היסת, כאשר שלח לה קדושיה ע״י שנים לקדשה בשטר שאין בו שוה פרוטה, יש לזה דין של לפני תקנת היסת, ויכולים השליחים להעיד. אבל, כאשר שלח לקדשה בכסף או בשטר ששוה פרוטה, לאחר תקנת שבועת היסת אינם יכולים להעיד, שיש להם בזה נגיעה לומר שמסרו הקדושין, כמו בשליח לממון. וזה דוקא כאשר האשה מכחשת אותם לומר שלא קבלה את הקדושין, אבל אם מודה להם שקבלה את הקדושין הרשב״א הביא דיש להסתפק. דאפשר לומר שנאמנים להעיד, משום דאין לבעל תביעה על הקדושין ואין להם נגיעה.[15] ואפשר לומר, דמ״מ כיון דאינם נאמנים מכח עדותם אלא ע״י הודאת האשה, אין כאן עדות, והוה ליה כשניהם מודים שאינה מקודשת, וכתב הרשב״א שכן נראה לו עיקר[16] [מיהו, הרשב״א כתב שאפילו במכחישתם מסתברא דספק מקודשת היא, ובעיא גיטא מיניה. ואם רצה לכונסה, נותן לה קדושין אחרים, וכמובא לעיל].

המגיד משנה (הלכות אישות ג,טז) הביא דברי הגמרא והרשב״א, והביא שיש בזה מחלוקת בירושלמי, וכתב וז״ל: ואף בעל הלכות גדולות (דפ״ג ע״ג) כתב הא דשליח נעשה עד ולא חילק כלל בין קודם תקנה (של שבועת היסת) לאחר תקנה, וכמו שלא חילק רבנו (הרמב״ם),[17] וכן נראה עיקר. ובכסף משנה כתב

---

[15] וכ״כ הרא״ש (סימן ד) בשם רבינו יהונתן. והנה, החזו״א הקשה (חו״מ ח,ח ד״ה כ׳ הרשב״א) לצד הזה ברשב״א, דבעינן עדים בשעת הקדושין, וכיון דייתכן שהאשה תכפור בהם ייתכן שאין כאן עדים ואין קדושין? (יעוין בספר אמרי חמד להרב משה חיים דנדרוביץ (קדושין, סימן כב) מ״ש בזה).

[16] וכ״פ הר״ן (יח,א בדפי הרי״ף). והאבנ״מ (סימן לה סק״ג) הביא שמהרי״ט הקשה לר״ן, דכיון שהיא מודה שקבלה הכסף, הרי עשו העדים שליחותן ואינן נוגעין בעדות? ותירץ, שהר״ן מיירי דוקא כשהאשה מודה שקבלה הכסף בתורת קדושין ואינה מחזרת הכסף, נמצא דמוכרחין להעיד שקדשוה בכסף, דאל״כ פושעים הם שנתנו לה הכסף שלא בתורת קדושין. וסיים המהרי״ט דאה״נ, אם אומרת האשה בתורת פקדון נתן לי, הכסף ברשותיה דמריה (=המשלח) איתיה ולאו נוגעין בעדותן הן, כדברי הרב יונתן שהובא בראי״ש. (והאבנ״מ עצמו הבין בדעת רבנו יונתן שמשום שמודה האשה שנתנו לה לשם קדושין אינם נוגעים, וכמ״ש הרשב״א). ובבנה״ג (חו״מ סימן קכא סקל״ד) ביאר מח׳ הרא״ש והר״ן באופן אחר, יעוי״ש בדבריו.

[17] ובהגהת רמ״ך הקשה לרמב״ם, מדוע בקדושי כסף לא יחשבו העדים נוגעים בעדותן, דהרי אם יאמרו שלא קדשו האשה יאמר להם הבעל להחזיר את כסף הקדושין. וכשאומרים קדשנו, אם האשה אינה מודה שקבלה את הכסף, צריכים להשבע?

להסביר דברי המ״מ, דנראה בירושלמי שגם בקדושי כסף שליח נעשה עד, וכן משמע בגמרא דידן, שהגמרא סתמא ששליח נעשה עד ולא חילקה, משמע דהוא הדין בקדושי כסף.[18]

[18] בספר בית המלך (על הרמב״ם, להרב יוסף חסון מסאלוניקי) הקשה לכס״מ וז״ל: ועוד קשה בדבריו מ״ש ובגמ׳ דידן וכו׳ דמה ראיה היא זו שלא חלקו בין קדושי שטר לקדושי כסף דטעמא הוא משום דאיירי קודם תקנה ומשו״ה קאמר בתר הכי דהשתא דתקון רבנן שבועת היסת אינו כן אלא הוו נוגעים בעדות ואין שליח נעשה עד? (והביא שכן הקשה הכנה״ג בסימן לה) ותירץ: לזה אפשר לומר דכונתו הכי הוא דודאי סתמא דתלמודא הוא דקאמר והלכתא שליח נעשה עד, והוא אחר שנתקנה שבועת היסת. וכיון שהוא אחר תקנה אמאי הוצרכו לפסוק הלכתא מאי נפקא לן מינה כיון שאינו נוהג עכשיו דין זה? וליכא למימר דנפק״מ בקדושי שטר דא״כ היה להם לומר והלכתא שליח נעשה עד בקדושי שטר. אלא ודאי מדסתמו דבריהם ואמרו והלכתא שליח נעשה עד משמע דאף בקדושי כסף שליח נעשה עד ואפילו אחר התקנה דהא הלכתא אחר התקנה נאמרה. אלא שאר הפוסקים דס״ל דבקדושי כסף נוגעים בעדות הם מתרצים לזה דמה שלא חילקו בגמרא בין קדושי שטר לקדושי כסף ואמרו סתם והלכתא שליח נעשה עד משום דאף בקדושי כסף משכחת לן דשליח נעשה עד אפילו אחר התקנה כגון שמודה בכסף וכופרת בקדושין. ואפילו לדעת הר״ן דפליג בזה מ״מ מודה הוא ז״ל דשליח נעשה עד להצריכה גט וגם משכחת לן קדושי ודאי כגון שפטרם מתחילה משבועה ומשו״ה אמרו והלכתא שליח נעשה עד סתם והוי בין (בשטר) בין (בכסף), ואפי׳ אחר התקנה. ורבינו לא ניחא ליה בהא לדעת מרן ז״ל משום דלשון והלכתא שליח נעשה עד משמע בכל גוונא דומיא דשטר, עכ״ל.

הרב אריה ויזל

גדר תקנת נכסי מלוג

ראשי הפרקים

א. נכסים שאינם עושים פירות

ב. סילוק

ג. גדר תקנת מלוג – בעלות משותפת בנכסים

ד. מה שקנתה אשה קנה בעלה

ה. הרשאה

ו. מחילת אשה על שטר חוב שהכניסה לבעלה

ז. השוני בין השותפות הנוצרת מתקנת מלוג לשותפות רגילה

ח. אשה שמכרה פירות בעלה

ט. דבר שלא בא לעולם

י. דרך ב' בהסבר נכסים שאינם עושים פירות

יא. סיכום

הקדמה

חז"ל תיקנו לבעל זכות בפירות נכסי מלוג. האחרונים האריכו לדון בגדרי זכות זו. במאמר זה ננסה לעמוד על גדר תקנה זו, ועיקרי הדברים הם שבמסגרת תקנה זו חז"ל יצרו אישיות משפטית חדשה - מעין שותפות ממונית של הבעל והאשה בגוף נכסי המלוג.

א. נכסים שאינם עושים פירות

אומרת המשנה (כתובות עט,א):

> נפלו לה כספים ילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות. פירות התלושין מן הקרקע ילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות.

במשנה מבואר, שכאשר בבעלות האשה ישנם נכסים שאינם עושים פירות, יכול הבעל לחייב את האשה למכור את הפירות ולקנות בהם נכסים העושים פירות, ובאופן זה יוכל הבעל לממש את זכותו לאכול פירות נכסי מלוג.

ולכאורה צריך להבין דין זה, שהרי באופן פשוט תקנת חז״ל שהבעל יקבל את פירות נכסי מלוג מתייחסת דוקא לפירות, ולא לקרן - גוף הנכסים, ועל כן תקנת אכילת פירות בנכסי מלוג שייכת רק במקרה שבו האשה מכניסה קרקע העושה פירות, שבמקרה זה מונחת בקרן זכות של אכילת פירות ומתוך כך הקרן של האשה והפירות לבעל, אמנם כאשר האשה הכניסה נכסים שאינם עושים פירות, נכסים אלו מוגדרים רק כקרן שהרי הם בעצמם אינם עושים פירות ורק לאחר שהם ימכרו ויקנו בדמיהם נכסים העושים פירות אז ישנה זכות של פירות, ונמצא שזכות פירות לא מונחת כלל בנכסים המקוריים שאינם עושים פירות, ואם כן כיון שחז״ל תיקנו שהבעל יקבל רק פירות נכסי מלוג, על כן ההנחה הראשונית היא שבמקרה זה הבעל לא יקבל דבר, ולא תהיה לו שום זכות לחייב למכור את הקרן ולקנות בכספי המכירה נכסים העושים פירות, שהרי גוף הנכסים, הקרן, שייך רק לאשה ואין לו שום זכות בקרן, ואם כן מהיכן נבעה היכולת של הבעל לחייב למכור נכסים אלו, ומדוע אין האשה יכולה לכלות כספים אלו לצרכה?

נוסיף לבאר דברינו. באופן פשוט תקנת אכילת פירות נכסי מלוג דומה לאדם שמכר לחבירו זכות לאכול פירות של אילנות מסוימים ונמצא שלקונה יש רק פירות, ולו יצויר שהאילנות אינם עושים פירות, הקונה אינו יכול להכריח את המוכר למכור אילנותיו ולקנות קרקע העושה פירות מכח זכותו בפירות, שהרי מה שיש לקונה זה רק זכות בפירות ואין לו שום דבר בגוף הקרקע עצמה, ואם כן מדוע בנידון דידן יכול הבעל לחייב את האשה למכור נכסים שאינם עושים פירות, שהרי הסברא היא שמכירת נכסים מחייבת בעלות על גוף הנכסים ומי שבבעלותו רק זכות לאכול פירות אין לו בעלות על גוף הנכסים?

שאלה זו כמובן שייכת גם אם נאמר שזכות אכילת הפירות של הבעל בנכסי מלוג מוגדרת כ׳גוף לפירות׳ ולא רק זכות בפירות, שהרי מכל מקום באופן פשוט אי אפשר לומר שבנכסים שאינם עושים פירות ישנה זכות של ׳גוף לפירות׳ שהרי הקרן אינה עומדת לפירות ונמצא שלכאורה במקרה זה אין לבעל שום זכות, שהרי כאמור ׳גוף לפירות׳ אין, וגם בגוף עצמו אין לבעל שום זכות ואם כן מתעוררת השאלה הנ״ל מאיזה זכות הבעל יכול לחייב מכירת נכסים אלו ומדוע האשה אינה יכולה לכלותם?

כהסבר ראשוני ניתן לומר שחז״ל כדי לעגן את תקנתם שהבעל יאכל פירות נכסי מלוג תיקנו תקנה נוספת שכאשר האשה מכניסה נכסים שאינם עושים

פירות יש לבעל זכות למכור נכסים אלו וזאת במטרה שבכל מקרה הבעל יאכל פירות ולא יווצר מצב שבו אין הבעל אוכל פירות מלוג, אך כאמור אין זכות זו נובעת מהתקנה הראשונית של אכילת פירות שהרי זכות אכילת פירות היא רק ביחס לפירות ולא לגוף עצמו אלא זוהי תקנה ממונית נוספת.

אמנם לענ״ד נראה לבאר יותר שאין הביאור שחז״ל הקנו לו אכילת פירות בנכסי מלוג ועל כן הוצרכנו לומר שחז״ל תיקנו תקנה נוספת המאפשרת לבעל למכור נכסים שאינם עושים פירות, אלא שבאמת הזכות של הבעל מתחילה כבר מעת הנישואין, אף שבפועל לא מונחת עדיין בנכסי האשה זכות ביחס לפירות שהרי יש לה רק נכסים שאינם עושים פירות, והביאור בזה הוא שכאשר חז״ל תיקנו אכילת פירות לבעל הם קבעו לזכותו גדר ממוני משפטי חדש.

נקדים, בדרך כלל כאשר יש לאדם בעלות ממונית למשל בעלות של ׳גוף לפירות׳, עצם הבעלות שלו היא ׳גוף לפירות׳, אמנם מתוך אותה בעלות נגזרות זכויות ממוניות כגון אכילת הפירות, מכירת ׳גוף לפירות׳ לאדם אחר וכן חוסר יכולת של בעל הגוף (שאינו בעל הגוף לפירות) למכור את ׳גוף לפירות׳ הפירות לאדם אחר.

אמנם, כאשר חז״ל תיקנו שהבעל יאכל פירות נכסי מלוג לא בהכרח שהם התייחסו בתקנתם לעצם הבעלות בנכסים, היינו שהם הקנו לו ׳גוף לפירות׳, אלא שהם הקנו לבעל זכויות ממוניות מסוימות. (על אף שאפשר שמצד האמת חז״ל כן הקנו לבעל ׳גוף לפירות׳ אך לפי דברינו שהדגש הוא הזכויות הממוניות ולא עצם הבעלות, גם ביחס ל׳גוף לפירות׳ נתבונן כזכות ממונית ולאו דוקא על בעלות מסויימת בנכסים).

לדרך זו שגם על עצם אכילת הפירות אנו מסתכלים כזכות ממונית גרידא ולא כעל זכות המתממשת בנכסים מסוימים אפשר להבין היטב שאף שהבעל קיבל רק זכות ממונית של אכילת הפירות, אפשר שחז״ל הקנו לו זכות נוספת שמתוקפה אין האשה יכולה לכלות את הנכסים שאינם עושים פירות, ונמצא שאף שבפועל אין עדיין בעולם זכות של אכילת פירות שהרי מדובר על נכסים שאינם עושים פירות, מכל מקום ישנה זכות ממונית נוספת שמונעת מהאשה לכלות נכסים אלו ולהשתמש בהם לצרכה.

ובמלים אחרות, חז״ל הגדירו מושג משפטי חדש שבו הם לא התייחסו לבעלות בנכסים עצמם אלא למכלול זכויות ממוניות שהבעל זוכה בהם בעת הנישואין.

ב. סילוק

המשנה (כתובות ט,א) מלמדת שבעל יכול להסתלק מזכויות מסוימות שיש לו בנכסי מלוג של אשתו. הגמרא מבארת (פג,א) שסילוק זה מתבצע בעת האירוסין, והטעם שסילוק זה מועיל הוא משום שאדם יכול להסתלק ולמחול על זכות שתוקנה לטובתו.

מקשה הגמרא:

אי הכי אפילו נשואה.

ביארו הראשונים (רש"י ד"ה אי, תוספות רי"ד ד"ה א"ה) שכוונת הגמרא להקשות שאם הטעם הוא משום שהתקנה לטובת הבעל, מדוע הוא יכול להסתלק רק בשעת האירוסין ולא לאחר הנישואין.

הגמרא מתרצת:

אמר אביי נשואה ידו כידה. רבא אמר ידו עדיפה מידה.

כוונת הגמרא היא שנכסי המלוג הם בבעלות הבעל כבר מעת הנישואין ועל כן לא מועיל בהם סילוק.

הרשב"א (שם ד"ה אמרי דבי, שו"ת ח"א סימן תתקס) ועוד ראשונים כתבו שסילוק הבעל יכול לחול רק בשעת האירוסין אך לא לפני כן משום "שבאותה שעה אין לו שייכות כלל בנכסים, אבל בעודה ארוסה יש לו קצת שייכות בנכסים שאירוסין על דעת נישואין הן", וכן פסק הרמ"א (אבה"ע סימן צב,א).

הראשונים נחלקו (ראה טור אבה"ע צב) האם סילוק באירוסין מועיל ביחס לנכסים שיפלו לאחר הנישואין, שר"י ס"ל שאינו מועיל,[1] אך הרמב"ן (כתובות פג,א ד"ה הא) ס"ל שסילוק באירוסין מועיל ביחס לנכסים שיפלו לאחר הנישואין, אמנם סילוק לאחר הנישואין אינו מועיל אפילו ביחס לנכסים שהאשה עדיין לא זכתה בהם.

ולכאורה דברי הרמב"ן צריכים ביאור, כיצד מהני סילוק באירוסין ביחס לנכסים שיפלו לאחר הנישואין, שהרי נכסים שלא נפלו לאשה הוי כמו סילוק לפני האירוסין שמכיון שהנכסים לא באו לידה של האשה נמצא שגם לבעל אין שום שייכות בנכסים ולכאורה הוי כסילוק לפני האירוסין שלא מהני

[1] וראה בית שמואל (שם, ז) וחזון איש (עז,י) שדנו מהיכן הוציא הטור שכן ס"ל לר"י.

משום שלבעל אין שייכות בנכסים אלו כלל. שו״ר שכעין זה העיר האבני מילואים (סימן צב,ו ד״ה ונראה).

וכן יש להקשות לאידך גיסא, מדוע לא מהני סילוק לאחר הנישואין ביחס לנכסים שהאשה עדיין לא זכתה בהם משום שהוי ידו כידה, שהרי כיון שהאשה בעצמה לא זכתה בנכסים נמצא שגם הבעל לא זכה ומדוע לא יכול להסתלק?

ונראה ביאור הדברים, שאם נאמר שתקנת מלוג מתייחסת לעצם הנכסים, ביחס לנכסים שלא נפלו לאשה לא יהיה אפשר להסתלק מהאירוסין שהרי הוי כמו לפני האירוסין, משום שבנכסים עצמם אין לבעל כלום כמו שאין לו לפני האירוסין, וכן לכאורה הבעל יכול להסתלק לאחר הנישואין מנכסים שיפלו לאחר הנישואין שהרי האשה עצמה אינה זכתה בהם ונמצא שגם הוא עדיין לא זכה בהם והוי כסילוק מהאירוסין שמהני, אמנם לפי דברינו לעיל שתקנת מלוג אינה מגדירה את הבעלות הממונית בנכסים עצמם אלא מקנה לבעל זכויות ממוניות, אם כן הבעל אינו זוכה דוקא כאשר הנכס נופל לידה של האשה אלא כבר לפני כן אפילו שהנכס עדיין אינו בידה כלל, ולפי זה אתי שפיר דברי הרמב״ן, שהרי לדרך זו אין עלינו לדון בשאלה באיזה נכסים מדובר ומתי הם נופלים לידי האשה, אלא בשאלה האם הבעל זכה כבר במקצת בזכות הממונית או לא.

לאור זאת, לפני האירוסין - לא זכה בזכות זו כלל ולכן אינו יכול להסתלק, בשעת האירוסין - זוכה בזכות זו במקצת ועל כן יכול להסתלק אף שהנכסים אינם כלל ברשותה, אמנם לאחר הנישואין - הבעל זוכה בזכות זו לגמרי במובן שזכות זו כבר עברה לידו משום שידו כידה, ולא מהני סילוק לאחר זכיה מלאה בזכות ממונית כמבואר בגמרא.[2]

---

[2] האבנ״מ (שם) כתב כעין דברינו, שהסילוק הוא לא מהנכסים אלא מגוף האשה ועל כן סילוק באירוסין מועיל אף לנכסים שיפלו לאחר הנישואין שמסלק עצמו שלא יזכה באשה בשעת הנשואין למכירת נכסים לפירות ולירושה והרי באשה גופה כבר יש לו שייכות בגווה שהרי ארוסה היא לו וזכה בה בשעת האירוסין. גם הקוב״ש (כתובות רחצ) כתב שהסילוק הוא מ׳דין בעל׳ ולא מהנכסים ועל כן אפשר להסתלק מנכסים שיפלו אחר כך ולאידך גיסא אי אפשר להסתלק לאחר הנשואין. (הקוב״ש הוסיף שאם הסילוק הוא מדין בעל אי אפשר להסתלק ממקצת הנכסים אלא רק מכל הנכסים, ואם כן הרמב״ם שכתב שאפשר להסתלק ממקצת סובר שהסילוק הוא מהנכסים ולא מדין בעל).

אמנם ניתן להתקדם הלאה ולומר - תקנת מלוג אינה מתייחסת לנכסים כמו שביארנו, ואפילו אינה זכות ממונית מסוימת, אלא תקנה זו יוצרת מעין בעלות ממונית משותפת של האיש והאשה יחדיו משום שתקנת מלוג הוגדרה כפועל יוצא מחלות הנישואין שביניהם.

ג. גדר תקנת מלוג – בעלות משותפת בגוף הנכסים

חז״ל תיקנו שהבעל אוכל פירות דוקא מעת הנישואין, ובאופן פשוט זה שהבעל אוכל פירות רק מעת הנישואין זה רק תנאי לאכילת הפירות, היינו שרק במקום שהבעל והאשה נשואין תקנו חז״ל שהבעל יאכל פירות אך האופי והגדר של אכילת הפירות הוא כקניין רגיל שהבעל כביכול קונה זכויות ממוניות מהאשה, אמנם לפי דברינו לעיל שאכילת הפירות אינה מתייחסת לנכסים עצמם אלא היא חבילת זכויות ממוניות מסוימות ניתן לומר שתקנת מלוג היא פרט מדיני הנישואין שכאשר אדם נושא אשה ממילא כחלק ופועל יוצא מהנישואין ישנה גם הגדרה והערכה מחודשת של הזכויות הממוניות של הבעל והאשה, כל העניינים הממוניים משתנים ומתעדכנים בעקבות קניין האישות שמתבצע בעת הנישואין.

זאת ועוד, הזכויות הממוניות של הבעל והאשה מקבלים אופי וגוון של נישואין, אין פה מעין קנין רגיל שהבעל קונה כביכול זכויות בנכסי האשה והבעלות של כל אחד מהם נפרדות מהשני אלא נוצרת מעין שותפות אחת של שניהם, ״ידו כידה׳ כלשון הגמרא,[3] שבמסגרתה בפועל ישנם זכויות ממוניות שלו וישנם שלה אך במקורה, בגוף הנכסים, זו בעלות אחת של שניהם.[4]

לאור ביאור זה שהזכות של הבעל לאכול פירות אשתו היא פרט מדיני הנישואין, ביחס לנידון האם הבעל יכול להסתלק מנכסי אשתו שעדיין לא זכתה בהם, אין אנו דנים בשאלה מאיזה נכסים הבעל מסתלק או אפילו בשאלה האם הבעל קיבל זכות זו או לא, אלא בשאלה האם הבעל והאשה נשואים או לא, האם נוצרה כבר השותפות הממונית שלהם, ועל כן אף

---

[3] רש״י (ד״ה ידו) כתב ׳והרי הוא כשותף בהן וכיון שנכסים שלו׳. לכאורה על פי דברינו אפשר לבאר את דברי רש״י – ׳כשותף בהן׳, היינו שבעת הנישואין נוצרה מעין שותפות של הבעל והאשה בגוף הנכסים ועל כן אין הבעל יכול להסתלק.

[4] לקמן נחדד יותר את דברינו ונבהיר את השוני בין גדר שותפות במובן הרגיל שאנו מכירים לבין גדר השותפות אותו אנו מנסים לייחס להגדרת מושג נכסי מלוג.

שהנכסים עדיין אינם בבעלותה של האשה, מכיון שזכות זו כבר בידה שהרי יש עליה שם יורשת נמצא שזכות זו גם בידו שהרי בשותפות הממונית קיימת זכות של ירושת נכסים אלו, ולכן אין הבעל יכול להסתלק לאחר הנישואין, שהרי סילוק יכול להתבצע רק לפני קבלת הזכות הממונית.

ביאור זה בגדר תקנת מלוג יבאר לנו דינים נוספים השייכים לתקנת מלוג.

ד. מה שקנתה אשה קנה בעלה

המשנה (קידושין כב,ב) מביאה מחלוקת בין ר״מ לחכמים האם עבד יכול ליתן לאדון כסף שהוא קיבל מאחרים במטרה לשחרר עצמו. ר״מ סובר שאי אפשר וחכמים סוברים שאפשר.

הגמרא (שם כג,ב) בהו״א ניסתה לבאר את מחלוקתם כך:

> נימא בהא קמיפלגי דר׳ מאיר סבר אין קנין לעבד בלא רבו ואין קנין לאשה בלא בעלה ורבנן סברי יש קנין לעבד בלא רבו ויש ויש קנין לאשה בלא בעלה.

אמנם הגמרא דוחה ואומרת שלכולי עלמא ׳אין קנין לעבד בלא רבו ואין קנין לאשה בלא בעלה׳ ומבארת את מחלוקתם באופנים אחרים.

יש לברר מהי הסיבה של הדין ׳אין קנין לאשה בלא בעלה׳, שהרי הדין ש׳אין קנין לעבד בלא רבו׳ מובן היטב שהרי לאדון יש קנין הגוף בעבד אך מדוע ׳אין קנין לאשה בלא בעלה׳?

הראשונים נחלקו בענין זה.

רש״י (ד״ה ורבנן) ביאר כך:

> ואשה כי עבד הואיל ובעלה זכאי במעשה ידיה ובמציאתה.

ברש״י מבואר שקניין שהאשה קונה נחשב כמו מעשה ידיה ומציאתה, ולכן כיון שזכויות אלו של הבעל גם קניינה של האשה הוא בבעלותו.

גם במסכת סנהדרין כתב רש״י (עא,א ד״ה על מנת) שסיבת הדין של ׳אין קנין לאשה בלא בעלה׳ הוא מפני שמציאתה של האשה היא של הבעל.

הראשונים[5] למדו שלפי רש״י שדימה נתינת מתנה לאשה למציאת האשה, כשם שבמציאה הבעל זוכה בגוף המציאה כך גם במתנה הבעל זוכה בגוף המתנה ולא רק בפירותיה.

אמנם הראשונים חלקו[6] על רש״י, וכתבו שדין מתנה שנתנה לאשה כדין נכסי מלוג, ועל כן גוף הנכסים של האשה והבעל אוכל פירות.

והנה מלבד הגמרא בקידושין, דין ׳מה שקנתה אשה קנה בעלה׳ נמצא בעוד מקומות בש״ס.

במסכת גיטין (עז,א) הגמרא מקשה לגבי גט שנזרק לתוך חצירה של האשה - ׳מה שקנתה אשה קנה בעלה׳, ואם כן כיצד האשה מתגרשת הרי מקום הנתינה קנוי לבעל וחסרה נתינה לאשה?

במסכת סנהדרין (עא,א) הגמרא מקשה, כיצד רבי יוסי בר׳ יהודה אומר שבן סורר ומורא מתחייב רק כאשר גונב משל אביו ומשל אמו, הרי לאם אין נכסים משום ש׳מה שקנתה אשה קנה בעלה׳?

המשנה במסכת נזיר (כד,א) אומרת שאשה שנדרה נזירות והפר לה בעלה, אם הבהמה היתה שלה - החטאת תמות ועולה תקרב עולה, ומקשה הגמרא (שם,ב) ׳היא מנא לה האמרת מה שקנתה אשה קנה בעלה׳?

והנה לפי רוב הראשונים שסוברים שגוף הנכסים נקנים לאשה ולבעל יש רק פירות, יש להקשות על ג׳ גמרות אלו.

מה אכפת לן ש׳מה שקנתה אשה קנה בעלה׳, הרי לבעל יש רק פירות וגוף הנכסים נשאר בידי האשה, ואם כן מדוע האשה אינה מתגרשת בגט שנזרק לחצרה הרי גוף החצר שלה ומה איכפת לן שהפירות שלו?

---

[5] חידושי הרמב״ן (קידושין שם ד״ה אין), חידושי הריטב״א (שם ד״ה דכולי), יד רמה (סנהדרין עא,א ד״ה ר׳ יוסי). אמנם הרשב״א בחידושיו (שם) רצה לבאר בדברי רש״י שאין כוונתו להשוות את מתנה למציאה ובאמת רש״י מודה שהגוף שייך לאשה.

[6] כן כתבו הראשונים שהוזכרו בהערה הקודמת וכן כתבו תוספות (שם כד, אמצע ד״ה ורבי), תוספות רי״ד (כד,א ד״ה אלא בזוזי), יד רמה (שם), רמב״ם (זכיה ומתנה ג,יב) ועוד.

וכן מדוע בן סורר ומורא שגנב נכסי מלוג של אמו אינו נחשב שגנב מאמו, הרי גוף הנכסים שלה ואם כן חשיב שגנב ממנה, ואף שלאביו יש גם פירות בנכסים אלו הרי גוף הנכס של האם ומדוע אין זה נחשב שהבן גנב מאמו?

וכן יש להקשות מדוע אין היכי תמצי שלאשה תהיה בהמה, הרי גוף הבהמה של האשה ומה בכך שהבעל אוכל פירות?[7]

אכן לקושטא דמילתא הקושיא ממסכת גיטין פחות קשה, שהרי הגמרא אינה דנה שם על עצם הבעלות בחצר, אלא בשאלה האם האשה יכולה לקנות את הגט שנפל בחצרה בקניין חצר, ואם כן עיקר הנידון הוא ביחס לשאלה, למי קונה החצר כאשר יש לאחד גוף ולשני פירות, וכבר דנו הראשונים האם חצר קונה למשכיר או לשוכר, והרבה ראשונים (רש״י בבא מציעא קב,א ד״ה בחצר דמשכיר, ראב״ד השגותיו על הרמב״ם שכירות ו,ה), וכן השו״ע[8] (חו״מ רס,ד) כתבו שהחצר קונה לשוכר ולא למשכיר, ואם כן אתי שפיר קושיית הגמרא, שהרי כיון שלבעל יש פירות הרי הוא נחשב כשוכר ונמצא שרק הוא יכול לקנות בקניין חצר אך לא האשה, וכן ביאר קצוה״ח (שיג,א) את קושיית הגמרא לפי הראשונים הנ״ל, וכן משמע מדברי התוספות רי״ד (גיטין שם).

אך הרמב״ם (שכירות ו,ה) פסק שחצר קונה למשכיר, ואם כן לכאורה קשה, מדוע אין האשה מגורשת הרי היא הבעלים של חצר והחצר קונה לה כשם שקונה למשכיר?

יש שתרצו את הגמ׳ הנ״ל גם לפי שיטת הרמב״ם בדרכים שונות,[9] ומכל מקום תירוציהם מתייחסים לנידון מי קונה בקניין חצר - המשכיר או השוכר, האשה או הבעל,[10] ואם כן אי אפשר ללמוד מתירוציהם על הגמ׳

---

[7] בכל המקרים יוקשה כנ״ל אף אם זכות הבעל בפירות מוגדרת כ׳גוף לפירות׳, היינו בעלות של הבעל בעצם הנכסים לצורך פירות, שהרי מכל מקום הבעלות בגוף היא רק לצורך הפירות ואם כן גוף הנכסים עדיין בבעלות האשה ומדוע זכות הפירות של הבעל משפיעה על כך שהנכסים לא יחשבו בבעלות האשה.

[8] אמנם במקום אחר (חו״מ שיג,ג) משמע שהשולחן ערוך פסק כרמב״ם ולא כרש״י, וכבר האריכו הנושאי כלים לתרץ סתירה זו.

[9] ראה למשל קצוה״ח (שם), בית אהרן (גיטין שם), בית מאיר (קלט,א).

[10] המגיה לאבני מילואים (קלח,ב) תרץ קושיא זו דגבי גט בעינן כריתות, דהיינו שיצא לגמרי מתחת יד הבעל, וכמו שלא מהני היכא דמשיחה בידו (גיטין עח,ב) משום דליכא כריתות, ה״נ כיון שהגט מונח בחצר שקנויה לבעל לפירות להשתמש בה, אכתי לא נפיק גט מיד הבעל ודקדק כן מלשון רש״י. הנה אף שתירוץ זה אינו נוגע לשאלה מי קונה בקניין חצר,

בגיטין, לגמרא בסנהדרין ולגמרא בנזיר, שהרי הגמרות הנ״ל לכאורה אינם דנות בשאלה מי קונה בקניין חצר, אלא בשאלה - בבעלות מי גוף הנכס, בבעלות הבעל או בבעלות האשה.

שוב מצאתי שאכן האחרונים הקשו על הגמרא בסנהדרין את הקושיא הנ״ל.

הגרי״א ספקטור תירץ (עין יצחק אבה״ע ח״ב סימן סו סק״ו) שהגמרא הנ״ל מדברת לאחר תקנת אושא כאותו מ״ד (ב״ק פט,ב) שגם למשנה יש תקנת אושא, ונמצא שלבעל יש קנין הגוף או שנחשב כלוקח מחיים ועל כן אין זה נחשב בבעלות האם.

החמרא וחיי (סנהדרין שם ד״ה גמרא איבעית) והנצי״ב (עמק הנצי״ב על הספרי דברים תצא פ״ח) תירצו שכדי שיהיה נחשב שגנב משל אמו צריך שבחלק האשה לא יהיה לבעלה שום שותפות או שעבוד וכיון שיש לו פירות אין זה חשיב שגנב מאמו.

ודבריהם צ״ב, דמה איכפת לן שלבעל יש שעבוד וזכות של פירות, הרי מכל מקום הגוף של האשה ואם כן לכאורה גנב משל אמו?

גם ביחס לגמרא בנזיר תירץ הגרי״א ספקטור שגם למשנה בנזיר יש את תקנא אושא כאותו מ״ד בב״ק, ועל כן אין האשה יכולה להקדיש בהמת נכסי מלוג.

אמנם לפי דברינו לעיל שחז״ל בתקנת מלוג יצרו בעלות אחת משותפת של האיש והאשה, ״ידו כידה״, אתי שפיר, שכיון שמתוקף תקנת מלוג נוצרה בעלות אחת משותפת של שניהם אין זה נחשב כבעלות האשה בלבד, ואפשר שזה כוונת החמרא וחיי הנ״ל שכיון שלבעלה יש שותפות בפירות אין זה חשיב שלה בלבד.

באופן דומה ניתן להסביר גם את הגמרא בגיטין.

גט שנפל לחצר מלוג אין האשה מגורשת משום שבעקבות תקנת מלוג נוצרה בעלות משותפת של האיש והאשה ואם כן הגט לא נפל רק בחצרה אלא בחצר שניהם ועל כן אינה מגורשת.

מכל מקום אי אפשר ללמוד ממנו לשאר הגמרות, שהרי תירוץ זה שייך דוקא בהלכות גיטין, דדוקא בהלכות גיטין שייך דין כריתות משא״כ בשאר הגמרות הנ״ל.

נראה שזה הביאור בדברי התוספות (גיטין עז,ב ד״ה ידה) ׳כיון דקנוי לו לפירא הוי כאילו קנוי לו גוף החצר׳.

לפי דרך זו בביאור הגמרא בגיטין, לא קשה כלל מהגמרא על שיטת הרמב״ם שחצר קונה למשכיר ולא לשוכר, שהרי דוקא בעקבות תקנת מלוג נוצרה בעלות משותפת אך כמובן שאין זה נכון ביחס לשוכר ומשכיר.

נמצא איפה, שזכות הבעל בפירות רחבה מגוף לפירות גרידא, והיא מבטאת גם בעלות בעצם הנכסים משום שהזכות בפירות נובעת ממעין שותפות בנכסים עצמם, ולפי זה מובן היטב מה שאנו מוצאים במספר מקומות את דין ׳מה שקנתה אשה קנה בעלה׳. דין זה מצביע גם על בעלות בעצם נכסי המלוג, ולא רק בעלות לצורך פירות, שהרי בעלות בנכסים לצורך פירות גרידא לא תגרום לכך שהנכסים לא יוגדרו כנכסי האשה.

ה. הרשאה

הגמרא בגיטין (מח,ב) אומרת:

> אמר אביי נקטינן בעל בנכסי אשתו צריך הרשאה ולא אמרן אלא דלא נחית אפירי אבל נחית אפירי מיגו דמשתעי דינא אפירי משתעי דינא אגופא.

הריב״ש (סימן תצו) ביאר, שדברי הגמרא שכאשר הבעל ׳נחית אפירי׳ אינו צריך הרשאה, אמורים דוקא במקרה שיש פירות בשדה אבל אם אין פירות בשדה צריך הבעל הרשאה אע״פ שהם עתידים להיות.

בדעת תרומת הדשן (סימן שיב) נחלקו האחרונים.

הש״ך (חו״מ קכב,לג) כתב שתרומת הדשן סובר כריב״ש שהבעל אינו צריך הרשאה דוקא במקרה שיש פירות בשדה, אמנם הסמ״ע (חו״מ קכב,טז) והחי״מ (אבה״ע פה,ח) כתבו שלדעתו הבעל לא צריך הרשאה אפילו כאשר אין פירות בקרקע כיון שהשדה עומדת לפירות.[11]

---

[11] לשיטתם, לרב האי (מובא בטור חו״מ קכב) הגמרא מיעטה קרקע שאינה עושה פירות, ולרא״ש (שו״ת הרא״ש כלל לח,א) הגמרה מיעטה מקרה שבו האשה והבעל מודים שהפירות של המערער אמנם הם טוענים שהגוף של האשה אך באמת אין צריך הרשאה אפילו בקרקע שאינה מגדלת כלל פירות כיון שיכולה להמכר ולקנות שדה העומדת לפירות.

דין זה נפסק בשולחן ערוך (אהע״ז פה,ד ; חו״מ קכב,ח).

לכאורה מה שהבעל אינו צריך הרשאה כאשר הוא אוכל פירות צ״ב, שעדיין צריך להבין מהיכן הזכות לדון על גוף הקרקע עצמה, דמה בכך שאוכל פירות הרי סוף כל סוף אין לבעל בעלות ושייכות בגוף עצמו?

גם אם חז״ל תיקנו לבעל זכויות ממוניות של אכילת הפירות או יכולת לחייב למכור נכסים שאינם עושים פירות כמו שביארנו לעיל, מכל מקום מדוע זכויות אלו מקנות לו יכולת לדון עם המערער על גוף הקרקע?

קושיא זו מתחזקת בפרט לפי דברי תרומת הדשן, וכן נפסק ברמ״א (אבה״ע שם), שאם בא לדון על מעות מזומנים של אשתו אין צריך הרשאה דהוי כאלו היו פירות בקרקע, דמה הטעם לכך הרי סוף כל סוף במקרה זה הזכות לקבל פירות עדיין אינה בעין שהרי זכות זו אינה מונחת בגוף המעות?

ונראה שהראשונים התייחסו בדבריהם להערה הנ״ל, וכך כתב הרשב״א (שם, ד״ה אמר) :

> מסתברא מדאתי לה בטעמא דמגו משמע דמדין ההוא דינא אחרינא דאיתמר בכתובות (צד,א) נגעו בה, כדאמרי׳ התם הני תרי אחי ותרי שותפי דאית להו דינא בהדי חד, וקם חד מינהו בהדיה לדינא, לא מצי אידך למימר ליה לאו בעל דברי׳ דידי את אלא שליחותיה קא עביד. והכי נמי כיון דאית להו פירי בהאי ארעא הרי הוא כשותף ויכול הוא לדון על הכל.

גם הר״ן (שם כד,ב מדפי הרי״ף) כתב כדברי הרשב״א, ומבואר בדבריהם, שהדין הנ״ל שאם הבעל אוכל פירות נכסי מלוג אינו צריך הרשאה מבוסס על הגמרא בכתובות העוסקת באחים ושותפים שאינם צריכים הרשאה בבואם לדון עם אחרים, וכאשר הבעל אוכל פירות הרי הוא כשותף ועל כן הוא יכול לדון במקום האשה אף ללא הרשאתה.

וכעין זה[12] כתב הריטב״א (כתובות צד,א) :

> ובעל בנכסי אשתו שאינו צריך הרשאה מפני שידו כידה.

---

[12] לאמיתו של דבר יש הבדל בין הרשב״א לריטב״א. הרשב״א סובר שאם האשה מוחה שלא ידון במקומה אין הבעל יכול לדון בעל כרחה, שהרי דין הבעל הוא כדין שותף, אמנם הריטב״א סובר שהבעל יכול לדון אף בעל כרחה של אשתו.

לפי דברינו לעיל שחז״ל כחלק מתקנת הפירות לבעל יצרו בעלות משותפת של הבעל והאשה, דברי הראשונים מובנים היטב. מכיון שהבעל הוא מעין שותף בגוף הנכסים עם האשה, הוא יכול לדון במקומה אף ללא הרשאתה, דאם חז״ל בתקנתם רק הקנו לו את הזכות לאכול פירות, ואפילו אם הם הקנו לו גוף לפירות, עדיין אין מובן מדוע סיבת אכילת הפירות מועילה לדון על גוף הקרקע ללא הרשאה מהאשה ואין זה דומה לשותפים, אלא ודאי שחז״ל בתקנתם יצרו סוג של שותפות כמ״ש.

גם דברי תרומת הדשן ביחס למעות מזומנים מובנים היטב, שאף שבפועל הבעל אינו אוכל פירות, מכל מקום כפי שבארנו גם בנכסים שאינם עושים פירות חז״ל יצרו בתקנתם שותפות בין הבעל והאשה, ומתוך כך יכול הבעל לחייב את האשה למכור נכסים שאינם עושים פירות, ונמצא איפה שלבעל יש משהו בגוף המעות ועל כן הוא יכול לדון במקומה של האשה.

לאחר כתבי פרק זה והפרק הקודם אינה ה׳ לידי את ספר ישועות יעקב (אהע״ז ח״ב קלט,א) של הרב יעקב אורנשטיין ודבריו כעין דברי לעיל.

הישועות יעקב מעלה תוך כדי דבריו[13] את הקושיא שהבאנו לעיל בגמרא בגיטין.

---

[13] דברי הישועות יעקב מוסבים על דברי הבית שמואל (אבה״ע קלט,א) שכתב שמה שפסק השולחן ערוך (שם) שאם זרק גט בחצר האשה הרי היא מגורשת, מיירי דוקא בחצר מלוג אך לא בחצר צאן ברזל.

הישועות יעקב מבאר שהבית שמואל הסתפק בטעם החילוק בין נכסי מלוג לצאן ברזל ׳דהרי גם בנ״מ קאמר הש״ס דמהראוי שלא יהיה מועיל רק מחמת דגיטא וחצירה באים כאחד וא״כ מה חילוק יש בין נצ״ב לנכסי מלוג׳. הישועות יעקב מבאר דעל כן כתב הבית שמואל שמגורשת דוקא בחצר של מלוג משום שאז מיד בשעת הגט החצר שלה ׳אבל חצר נצ״ב מחוסר גובייניא הוא׳. אמנם הישועות יעקב עצמו כתב שטעמו של הבית ששמואל ׳דחוק ואינו טעם מספיק׳. כדי לתרץ זאת, מביא הישועות יעקב את דברי הש״ך (חו״מ קצז,ז רב,ג) שחפץ שהיה מונח בחצר לפני שנקנתה, אינו יכול להיות נקנה בקנין חצר על ידי הקונה, אלא צריך שקודם תהיה החצר שלו, ואחר כך יניח בה את החפץ ולולא כן אינו יכול לקנות בקנין חצר.

הישועות יעקב מעיר שבתחילה היה בדעתו לדחות את דברי הש״ך להלכה, שהרי בגמרא בגיטין הנ״ל מבואר שהאשה קונה את הגט על ידי דין ׳גיטה וחצרה באין כאחד׳ אף שהחצר לא היתה שלה קודם (וכפי שהעירו רבים מהאחרונים כבר על דברי הש״ך), אמנם כיון שהישועות יעקב מצא בספר אסיפת זקנים כדברי הש״ך, הוא מנסה לבאר את הגמרא בגיטין באופן שלא יסתור את הש״ך. לאור הדברים לקמן יבאר הישועות יעקב את חילוק הבית שמואל הנ״ל וכן יתרץ את הקושיא על הש״ך (ראה בהערה הבאה).

> דהנה בהא דהקשה הש״ס חצרה מה שקנתה אשה קנה בעלה, לכאורה קשה דהא באמת קנין פירות הוא שיש לו לבעל בנכסים אבל גוף הקרקע של האשה ולמה לא יקרא חצרה.

הישועות יעקב מעיר, ׳ובאמת שהקדמונים כבר הרגישו קצת בזה אמנם בזה הנ״ל אתי שפיר בס״ד׳.

וכך הוא מתרץ:

> דבאמת מבואר בדברי הפוסקים מכללן הר״ן ז״ל בהך דבעל בנכסי אשתו צריך הרשאה דבעל ואשתו נקראים שותפים בנכסי מלוג לפי ששניהם אינם יכולים למכור הנכסים אחד בלי רצון חבירו. והנה באמת אף שכל אחד מן השותפים יכול לקנות ע״י חלקו בחצר מאיש זר כל מה שירצה כידוע, אמנם קי״ל דשותפין אינם קונים זה מזה, והטעם דשייר לעצמו ג״כ זכות בקרקע ולא יצא מרשות המקנה עדיין, ודרך זה נימא גם כן באשה עם בעלה דיש להן תורת שותפות בקרקע נכסי מלוג ואף שהבעל והאשה גם שניהם יכולים לקנות ע״י חצר של נכסי מלוג מ״מ האשה מן בעלה אינה יכולה לקנות כמ״ש. ועיין בש״ס עתה שפיר הקשה הש״ס כאן חצרה מה שקנתה אשה קנה בעלה וכיון שיש לבעל קנין בחצר שלה אינה יכולה לקנות ממנו דבר ולא יצא הדבר מרשותו.

נמצא איפה שהישועות יעקב הגדיר את הבעל והאשה כשותפים ועל כן אין הבעל צריך הרשאה, ומתוך כך ביאר את קושיית הגמרא בגיטין שכיון שהם מוגדרים כשותפים ממילא אין הבעל והאשה יכולים לקנות זה מזה ועל כן שפיר הקשתה הגמרא ׳מה שקנתה אשה קנה בעלה׳.[14]

---

[14] לאור דברים אלו מתרץ הישועות יעקב את הקושיא על הש״ך וז״ל: ״ובזה אתי שפיר... דבאמת אף קודם לכן היו גוף החצר של האשה והיתה יכולה לקנות על ידי חצרה כל המטלטלין מאיש זר רק מחמת שהיה לבעלה חלק בנכסים לא היה יכולת בידה לקנות מאת בעלה כיון שלא יצא מרשותו לגמרי, ובזה מהני גיטה וחצרה באים כאחד לענין סילוק רשות בעלה ולענין הוצאת הגט מבית ורשות בעלה״. לפי זה מבאר הישועות יעקב גם את חילוק הבית שמואל שהובא בהערה הקודמת, שדוקא בחצר מלוג האשה מגורשת ולא בחצר צאן ברזל, שהרי כל היסוד הנ״ל שלפי האמת החצר בבעלות האשה אלא שהבעל מעכב, נכון דוקא בנכסי מלוג אך בנכסי צאן ברזל זה לא שייך, שהרי אין הקרקע נחשבת בבעלותה, ועל כן האשה לא תתגרש בגט שיפול לחצר זו, שהרי החצר אינה בבעלות האשה לפני הגירושין ולפי הש״ך אי אפשר לקנות בקניין חצר חפץ שהיה מונח בחצר לפני שהחצר נקנתה.

ו. מחילת אשה על שטר חוב שהכניסה לבעלה

אומרת הגמרא (כתובות פה,ב):

> הא דאמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ואפילו יורש מוחל מודה שמואל במכנסת שטר חוב לבעלה וחזרה ומחלתו שאינו מחול מפני שידו כידה.

מבואר בגמרא שאף שבמקרה של מוכר שטר חוב לחבירו מחילת המוכר על החוב מהני והפסיד הקונה מכל מקום אשה שהכניסה לבעלה חוב אין מחילתה מהני להפקיע את הזכויות של בעלה בחוב.

הגמרא מנמקת דין זה - 'מפני שידו כידה'.

הראשונים כתבו (ספר התרומות שער נא ו,ב) שדברי הגמרא אמורים גם בנכסי מלוג ולא רק בנכסי צאן ברזל, וכן פסק השולחן ערוך (חו"מ סו,כח).

ביחס לנכסי מלוג דברי הגמרא צ"ב, שהרי הקונה שטר חוב קנה את גוף החוב עצמו, ואילו לבעל יש רק זכות אכילת פירות, ואם כן כיצד יכול להיות שאת הזכות של הקונה שהיא זכות בגוף החוב עצמו יכול המוכר להפקיע ואילו את הזכות של הבעל שהיא רק זכות לפירות ולא בגוף עצמו לא יכולה האשה להפקיע?[15]

נוסיף להקשות, כפי שפתחנו בתחילת דברינו, באופן פשוט חוב, כסף, מוגדר כגוף ללא פירות ונמצא לכאורה שברגע המחילה אין לבעל שום זכות אפילו לא אכילת פירות, ואם כן מדוע האשה אינה יכולה למחול על החוב מפאת זכותו של הבעל שהרי עדיין אין לו כלום, ואם כן מה פשר דברי הגמרא 'מפני שידו כידה' הרי לכאורה עדיין אין לו כלום?

ראשית עלינו לפתוח בנידון הידוע, מדוע מועילה מחילתו של המוכר שטר חוב הרי לכאורה לאחר מכירת החוב אין החוב בבעלותו אלא בבעלות הקונה ואם כן כיצד מועילה מחילת המוכר על החוב?

---

[15] נראה שכעין זה הקשה החוות יאיר (סימן קכב) הובא גם בהפלאה (פה,א) וז"ל: "רק שצ"ע הא אין זכיה לבעל רק בפירות נכסי מלוג".

הרי״ף (כתובות מד,ב בדפי הרי״ף), הרמב״ם (מכירה ו,ב) ותוספות (פה,ב ד״ה המוכר) כתבו שמכירת שטר חוב מועילה רק מדרבנן ולא מהתורה ועל כן המוכר יכול למחול.

ר״ת בראי״ש (פ״ט סימן י) ובעוד ראשונים ביאר ששני שעבודים יש למלווה על הלווה שעבוד גופו של הלווה ושעבוד נכסיו. שעבוד הגוף אינו בר מכירה ואם כן הקונה זכה רק בשעבוד הנכסים ואילו שעבוד הגוף נשאר בידו של המלווה ועל כן כאשר הוא מוחל על החוב פוקע שעבוד הגוף וממילא פוקע שעבוד הנכסים.

רש״י (פה,ב ד״ה מחול) וראב״ד (השגות לרמב״ם מכירה ו,יא) ביארו שהלווה יכול לומר לקונה ׳לאו בעל דברים דידי את׳.[16]

לפי שיטות אלו צריך לבאר במה שונה זכות הבעל בנכסי מלוג ממכירת שטר חוב.

הריטב״א על אתר (ד״ה המוכר) נזקק לענין זה וכך הוא שואל:

> למה אמרו כאן במכנסת שטר חוב לבעלה שאינה יכולה למחול מפני שידו כידה, דהא מכל מקום אין זכייתם שזיכתה אותם לבעלה אלא מדרבנן.

ועונה:

> יש לומר דאלמוה רבנן לשעבודיה דבעל, ושמו ידו כידה כאלו זכה בהם מן התורה והפקר ב״ד הפקר.

צ״ב מה הטעם שחז״ל תקנו שהבעל זוכה בזכויותיו כאילו הן מהתורה, מדוע נזקקו חז״ל לחזק כוחו של הבעל עד כדי כך?

מדוע כאשר אדם קונה שטר חוב, אופי הקניין הוא רק מדרבנן ואילו כאשר הבעל זוכה בזכויות האשה חז״ל תיקנו זאת כגדר שחל מהתורה?[17]

---

[16] קצוה״ח (סו,כו) נקט שדברי רש״י והראב״ד הם שיטה שלישית ששטר המכר מועיל מתורת הרשאה, היינו שהלוקח נעשה שלוחו של הלווה לתבוע ולדון מכוחו אבל אם מחל המלווה את החוב שוב אין ללוקח מכח מי לתבוע את החוב. אמנם הלחם משנה (מכירה ו,יא בסופו) החתם סופר (כתובות שם) ועוד אחרונים נקטו שאין זו דיעה שלישית, אלא דעת הראב״ד כדעת ר״ת.

הריטב״א מבאר את השוני בין מכירת שטר חוב לזכות הבעל בנכסי אשתו גם לפי שיטת ר״ת:

> והיינו דאמרינן הכא דכיון שהבעל ידו כידה זוכה הוא גם בשעבוד הגוף.

גם הגר״א כתב (חו״מ סו, כח) כדברי הריטב״א, אמנם דברים אלו צ״ב, הרי הלווה לווה רק מהאשה ולא מהבעל ואם כן מעיקר הדין שעבוד גוף הלווה הוא רק ביחס לאשה, ומדוע מתוקף זכות אכילת הפירות הבעל זוכה גם בשעבוד הגוף הרי לכאורה תקנת מלוג מתייחסת דוקא לזכות בפירות ולא יותר?[18]

גם כאמור יש להקשות על ביאור הראב״ד, וכן ראיתי שהקשה אבן האזל (מכירה ו,יב ד״ה אכן קשה), מדוע מחילת האשה לא מהני, שהרי יאמר הלווה לבעל ׳לאו בעל דברים דידי את׳ כשם שהוא יכול לומר כן לקונה החוב?

לאור דברינו לעיל שתקנת מלוג יצרה בעלות משותפת של האיש והאשה דברי הגמרא מובנים היטב.

בעקבות תקנת מלוג, בעת הנישואין, נוצרת בעלות משותפת בזכויות הממוניות. שעבוד הגוף של הלווה שקדם לנישואין מתרוקן ועובר לבעלות המשותפת שלהם, ועל כן גם הבעל זוכה בשעבוד גופו של הלווה.

אופי תקנת מלוג הוא ׳ידו כידה׳. תקנת מלוג לא יצרה מצב שבו זכויות הבעל והאשה מחולקות מחדש ועומדות בנפרד זה מזה, שאם כן זכות הבעל לא

---

[17] והנה הגר״ח (מכירה כב,טז) והברכת שמואל (ב״ב סימן נה – נו) דייקו מלשון הרמב״ם (מכירה ו,יב) שהסיבה שמכירת שטרות אינה מועילה מהתורה אלא רק מדרבנן משום שהוי חסרון במעשה הקניין שהוא נעשה בשטר ולא בגוף החוב וכן למד הקוב״ש (ב״ב אות תקיד) בדעת הרא״ש (ב״ב י׳, כג), ולפי דבריהם נראה שאפשר לבאר מדוע האשה אינה יכולה למחול על החוב אף שהוי רק מדרבנן, שהרי כאמור כל הסיבה שמכירת השטר אינה מהתורה משום שהוי חסרון במעשה הקניין, אך כאן כיון שחז״ל תיקנו את הפירות לבעל ואין הוא צריך לעשות מעשה קניין כלל אלא הפירות ממילא שלו, אם כן אין כאן חסרון במעשה הקניין והוי כקניין מהתורה ועל כן אין האשה יכולה למחול ולהפקיע את זכות בעלה.

[18] ראיתי שיש מביאים (אוצר המשפט סו,כח) בשם ר׳ שלמה קלוגר בספרו משפט צדק ביאור לכך שגם הבעל זוכה בשעבוד הגוף, שכיון שאשה עומדת להינשא והוא יודע שהיא תינשא, זה כאילו הלווה אומר לאשה שהוא משתעבד גם לבעל.

עדיפה על פני אדם הקונה את החוב מהאשה, ואם כן מדוע זוכה הבעל בשעבוד הגוף, אלא בתקנת מלוג נוצרת בעלות משותפת ובעקבות כך גם הבעל שהוא חלק מאותה בעלות משותפת נהנה מאותם זכויות של האשה.

דברינו יבארו היטב גם את שיטת הרי״ף והרמב״ם. אף שזכויות הבעל הם רק מדרבנן, מכל מקום כאמור תקנת חז״ל יצרה בעלות משותפת שלהם ואם כן כשם שהלווה התחייב לאשה מהתורה ולא מדרבנן כך גם זכות הבעל היא מהתורה ולא מדרבנן שהרי זכויות הבעל מקבלים מעמד שווה לזכויות האשה ובזה שונה הבעל מאדם הקונה מחבירו שטר חוב. כאשר חז״ל נתנו תוקף למכירת שטר חוב הם רק הגדירו זאת כקניין רגיל שבו זכויות הקונה עומדות בנפרד מזכויות המוכר אך תקנת נכסי מלוג יוצרת בעלות משותפת הדדית ועל כן גדרי זכויות האשה הם גם גדרי זכויות הבעל.

לא בסתם נתנו חז״ל לבעל חלות כשל תורה אלא לתקנת חז״ל בכלליותה יש אופי שונה מאדם הקונה שטר חוב של חבירו ועל כן ממילא גדרה כשל תורה.

גם שיטת הראב״ד מבוארת היטב. הלווה לא יכול לומר לבעל ׳לאו בעל דברים דידי את׳, שהרי לדברינו שנוצרה בעלות אחת משותפת, זכויות הבעל שווים במעמדם לזכויות האשה, ואם כן הבעל נחשב בעצמו כ׳בעל דברים׳ מפני שהוא ממש נכנס לנעליה של האשה וכאילו הוא בעצמו הלווה.

אפשר שדברים אלו כלולים בדברי הרי״ף (שם):

> הכי נמי איהי לא מציא מחלה משום דיליה, דכדיליה דמי דאין קנין לאשה בלא בעלה.

אמנם דין זה עדיין טעון הסבר שהרי אף שביארנו היטב שהבעל זוכה בשעבוד הגוף משום שזכותו בפירות נובעת מכח היותו שותף בנכסים מתוקף תקנת מלוג, מכל מקום עדיין אינו מובן מדוע מחילת האשה אינה מועילה, שהרי זכותו נובעת מכח הזכות של האשה ואם האשה מוחלת על זכותה ממילא לכאורה פוקעת גם זכותו, ואם כן מה בכך שזוכה בשעבוד הגוף הרי גם שעבוד גופו נובע לכאורה מזכותה של האשה ואם כאן כאשר היא מוחלת על חובה ממילא בטלה גם זכותו?

ז. השוני בין השותפות הנוצרת מתקנת מלוג לשותפות רגילה

הנה אף שביארנו שתקנת מלוג יצרה מעין שותפות בגוף הנכסים, מכל מקום גדר שותפות זו אינה כשותפות רגילה, שבה אף שהוי מעין בעלות אחת מכל

מקום לכל שותף יש את חלקו בשותפות, ועל כן כל שותף יכול למכור את חלקו בשותפות לאדם אחר, אלא גדר שותפות זו היא ממש בעלות אחת, כאילו יש כאן רק בעלים אחד.[19] הזכויות הממוניות של האיש והאשה מוגדרים כאישיות משפטית אחת ועל כן לאחר שנוצרה השותפות הזו בעת הנישואין אין האשה יכולה למחול על חובה ולהפקיע את חלקה משותפות זו.

מאידך גיסא, גם הבעל אינו יכול לממש את זכותו באופן שהאשה לא תהנה מהפירות.

הגמרא (כתובות פ,ב) אומרת שבעל שמכר קרקע לפירות לא עשה כלום. אביי מפרש שהטעם לכך הוא משום שחוששין שמא הקונה לא יטפל היטב בקרקע. אמנם רבא סובר שהטעם לכך שהבעל אינו יכול למכור את הפירות הוא משום 'רווח ביתא' ופירש רש"י (ד"ה משום) 'שיכניס הפירות לביתו ויהא מזון הבית מצוי וייטיב לה'.

באופן פשוט דברי רבא שחז"ל תקנו לבעל את הפירות רק כדי שהמזון יהיה מצוי בבית, זו תקנה חיצונית לתקנת מלוג, שכיון שתקנת מלוג מקנה לבעל את הפירות מעיקר הדין יכול היה הבעל למכור את הפירות, וחז"ל רק תקנו תקנה נוספת המונעת ממנו לעשות זאת משום 'רווח ביתא'. אמנם לפי דברינו שעצם גדר תקנת מלוג היא יצירת אישיות משפטית אחת, מובן היטב שגם השימוש בפירות צריך להיעשות דוקא בשביל אותה אישיות משפטית, וכמו שהאשה אינה יכולה למחול על חובה ולהפקיע את החוב מהבעלות המשותפת כך הבעל אינו יכול להפקיע מהבעלות המשותפת את ההנאה מהפירות.[20]

---

[19] מו"ר הרב מאיר ברקוביץ העיר שבדומה לזה אפשר להצביע על דברי האחרונים המבארים את השוני בין גדר שותפות של שותפים יחידים לבין גדר שותפות של ציבור. אצל שותפים יחידים יש לחפץ בעלים רבים שהרי לכל אחד ישנו חלק בחפץ אמנם אצל ציבור יש לחפץ רק בעלים אחד – הציבור. ראה למשל בדברי הקובץ שיעורים (ב"ב אות תד) ובאבן האזל (שכנים ב,י סוד"ה איברא).

[20] לעיל ביארנו שהגדרת השותפות בנכסי מלוג הינה חלק ופועל יוצא מדיני הנישואין והאישות שבין האיש והאשה, ולפי זה מובן היטב מה שכתבנו שגדר השותפות בנכסי מלוג שונה מסתם גדר שותפות רגיל, שהרי כיון שבעקבות דיני הנישואין נוצר קשר אישותי בין האשה והאשה ואינם כסתם אנשים העומדים בנפרד זה מזה ממילא גם ההגדרה הממונית מקבלת צביון דומה לזה.

עוד יש להוסיף שהרי צריך לברר מנין יש לחז"ל בתקנתם סמכות ליצור מושג משפטי חדש המגדירה את הזכויות הממוניות של האיש והאשה כבעלות אחת שהרי אף שלחז"ל

ח. אשה שמכרה פירות בעלה

אומרת המשנה (כתובות עח,א):

> נפלו לה משנשאת אלו ואלו מודים שאם מכרה ונתנה שהבעל מוציא מיד הלקוחות. עד שלא נשאת ונשאת ר״ג אומר אם מכרה ונתנה קיים. א״ר חנינא בן עקביא אמרו לפני ר״ג הואיל וזכה באשה לא יזכה בנכסים אמר להם על החדשים אנו בושים אל שאתם מגלגלין עלינו הישנים.

הגמרא ביארה (כתובות עח,ב) שהדיון במשנה הוא ביחס למכירת הפירות מחיים ואילו תקנת אושא מתייחסת למכירת גוף הקרקע לאחר מיתת האשה.

יש אחרונים ששאלות,[21] שדברי ר״ג 'על החדשים אנו בושים' לכאורה תמוהים, שהרי כיון שחז״ל תיקנו לבעל את הפירות נמצא שהזכות בפירות הם שלו ואם כן ודאי שהאשה לא תוכל למכור אותם ומדוע רבן גמליאל מתבייש בכך שאשה אינה יכולה למכור נכסים שנפלו לאחר הנישואין, שהרי מכח תקנת מלוג הם בבעלות הבעל וכי ר״ג מתבייש בעצם תקנת מלוג?

מכאן הביאו האחרונים ראיה חזקה לדברי האור שמח (רוצח ב,טו) שמעיקר הדין הזכות של הבעל בפירות אינה בעלות בנכסים במטרה לאכול פירות, 'גוף לפירות', אלא רק זכות בפירות עצמם כאשר הם באים לעולם.

לאור הבנה זו ביארו האחרונים היטב את דברי ר״ג. אם הזכות של הבעל היא רק זכות בפירות עצמם יש לשאול מדוע באמת אין האשה יכולה למכור את הפירות כגוף לפירות שהרי זכות זו אינה בבעלות הבעל, אלא הביאור הוא שחכמים סוברים שחז״ל תיקנו תקנה נוספת, חדשה, המונעת מהאשה להפקיע את זכות הבעל לקבל את הפירות, אך תקנה זו היא תקנה חיצונית לזכות אכילת הפירות והיא איננה מגדירה את עצם זכות אכילת הפירות.

יש סמכות של 'הפקר בית דין הפקר' מכל מקום כאן לאור דברינו נוצר פה מושג בעלותי חדש ומנין לחז״ל ליצור כח זה?

אמנם לפי דברינו שגדר זה נובע כתוצאה מדיני הנישואין ניתן לומר שחז״ל רק הלבישו את הגדר הממוני על סמך דיני הנישואין והאישות והם לא יצרו גדר זה כ'יש מאין' ובאופן כזה נראה שלא מתעוררת שאלה זו.

[21] אבי עזרי (אישות כב,טז), חידושי רבי שלמה (ב״ב ד,ד).

עתה מובנים היטב דברי ר״ג. ר״ג אינו רוצה לבטל את תקנת מלוג המקורית אלא כוונתו היא שהוא מתבייש בתקנה הנוספת המונעת מהאשה למכור נכסים שנפלו לאחר הנישואין, ומוסיף ר״ג שאף שמכל מקום תיקנתם כן ביחס לנכסים אלו אין אתם צריכים לתקן תקנה זו גם ביחס לנכסים שנפלו לפני הנשואין.

והנה ראיה זו מהווה לכאורה קושיא על דברינו לעיל, שהרי לדברינו תקנת מלוג יצרה מעין שותפות בנכסים שבמסגרתה נוצרת אישיות משפטית אחת, ואם כן כיצד משמע מדברי רבן גמליאל שמעיקר הדין יכולה למכור את הנכסים, הרי אין האשה יכולה להפקיע את הזכויות מהשותפות הזו כפי שכתבנו לעיל?

ונראה לומר ב׳ הסברים דומים.

א. בדומה לאחרונים הנ״ל, לתקנת מלוג יש ב׳ שלבים. בשלב ראשון חז״ל רק הקנו לבעל זכות בפירות עצמם, ולא הקנו לו גוף לפירות, וכן לא יצרו את השותפות הנ״ל כמו שהוכיחו האחרונים מדברי רבן גמליאל. אמנם לאחר מכן לפי חכמים, חז״ל עדכנו מחדש את התקנה והגדירו את זכויות הבעל והאשה כאישיות משפטית אחת כפי שבארנו לעיל ועל כן חכמים סוברים שאין האשה יכולה למכור את פירות בעלה.

ב. גם האחרונים הנ״ל הודו שלאחר תקנת אושא זכות הבעל בפירות מוגדרת כ׳גוף לפירות׳, וכן אפשר לתרץ לפי דברינו לעיל, שכל מה שהוכחנו שגדר תקנת מלוג היא אישיות משפטית אחת, זה דוקא לאחר תקנת אושא אך לפני תקנת אושא אפשר שבאמת תקנת מלוג אינה מוגדרת כשותפות ובעלות אחת.[22]

ט. דבר שלא בא לעולם בנכסי מלוג

האחרונים שנקטו שהבעל לא זכה בנכסים לפירות, ׳גוף לפירות׳, אלא רק בפירות עצמם כאשר הם באים לעולם התקשו בהסבר זה, שהרי אם הבעל

[22] לעיל הבאנו את דברי הישועות יעקב שהבעל והאשה מוגדרים כשותפים ונימוקו הוא - ׳לפי ששניהם אינם יכולים למכור הנכסים אחד בלי רצון חבירו׳. הנה מה שהאיש והאשה אינם יכולים למכור ללא רשות השני נובע מתקנת אושא, ונמצא איפה שהישועות יעקב נוקט כדרך השניה שדווקא בעקבות תקנת אושא הבעל והאשה מוגדרים כשותפים בנכסים.

זוכה רק בפירות זכות זו מוגדרת כדבר שלא בא לעולם ואם כן כיצד הפירות נקנים לבעל?

על כן הם נאלצו להסביר שהסיבה שהפירות קנויים לבעל אף שהוי דבר שלא בא לעולם, זה משום שתקנת פירות היא מתנאי בי״ד ותנאי בי״ד חייל אף על דבר שלא בא לעולם כמבואר בגמרא (ב״ב קלא,א).

מסתבר לומר שכאשר יש לאדם בעלות על השדה והוא אוכל ממנה פירות, סיבת אכילת הפירות זה לא משום שיש לו בעלות בנכסים לפירות, היינו ׳גוף לפירות׳, אלא משום שעצם הבעלות הכללית בשדה היא הגורמת לכך שיאכל פירות ואין צורך להגדיר ולומר שסיבת אכילת הפירות נובעת מבעלות בנכסים לצורך הפירות.

לאור זאת נראה לומר שלפי דברינו שתקנת מלוג יצרה מעין בעלות אחת בנכסי מלוג, אין צורך לבאר שהזכות בפירות חלה משום שתנאי בי״ד בדבר שלא בא לעולם מהני, וכן לא משום שיש לבעל ׳גוף לפירות׳, אלא מכיון שבעקבות תקנת מלוג נוצרה בעלות משפטית אחת אם כן הבעל שהוא חלק מאותה בעלות זוכה בפירות שהרי אכילת הפירות נובעת מעצם הבעלות הכללית בנכסים.

י. דרך ב׳ בהסברת נכסים שאינם עושים פירות

עד אתה יצאנו מנקודת הנחה שהזכות לפירות אינה מונחת בעצמותם של נכסים שאינם עושים פירות, ועל כן תמהנו בראשית דברינו, מהיכן נובעת הזכות של הבעל לחייב את האשה למכור נכסים אלו, שהרי זכותו היא רק בפירות ולא בגוף הנכסים?

עתה נלך בדרך אחרת. נראה לומר שאכן ישנה זכות לפירות בנכסים שאינם עושים פירות, והיא מתבטאת בפירות העתידים להיות כאשר נמכור את הנכסים ונקנה בהם נכסים העושים פירות. הפירות העתידיים כבר מונחים בנכסים הראשונים שאינם עושים פירות. הטעם לכך הוא שנכסים שאינם עושים פירות מיועדים להימכר ולקנות בדמיהם נכסים העושים פירות, ועל כן אנו מגדירים שהפירות כבר מונחים בעצמותם של הנכסים הראשונים.

כמובן שאפשר לבאר כן גם ביחס למעות. מעות מיועדות לקנות בהם דברים אחרים, ואולי אף מיועדות לכך יותר מנכסים שאינם עושים פירות, ועל כן אפשר לראות את הפירות העתידיים מונחים כבר במעות שהכניסה האשה לבעלה.

לדרך זו אין כאן תקנה חדשה המונעת מהאשה לכלות נכסים אלו ובכך מבטיחה שבכל מקרה הבעל יאכל פירות נכסי מלוג, וכן אין כאן גדר חדש של שותפות כפי שהארכנו ארוכות, אלא הזכות של הבעל בפירות מתממשת בכך שהנכסים נמכרים ובדמיהם קונים נכסים העושים פירות, כיון שפירות אלו כבר מונחים מלכתחילה בנכסים שאינם עושים פירות. הפירות היוצאים מנכסים העושים פירות הם בעצם הפירות של הנכסים המקוריים ועל כן הבעל יכול לחייב למכור נכסים שאינם עושים פירות לצורך החלפתם בנכסים העושים פירות.

נראה שעל פי דרך זו אפשר לבאר את דברי תרומת הדשן שהבאנו לעיל.

כאמור תרומת הדשן כתב, שאם הבעל בא לדון על מעות מזומנים של אשתו אין צריך הרשאה דהוי כאלו היו פירות בקרקע, ותמהנו הרי לכאורה כרגע אין לבעל זכות בפירות במעות אלו ואם כן מדוע המעות נחשבות כאלו יש זכות בקרקע?

לפי דרך זו דבריו מובנים היטב. מעות מיועדות להחלפה בדבר אחר, ועל כן אנו יכולים לראות כבר עכשיו את הפירות העתידים להיות, מונחים בעצם מעות אלו ולכן נחשב שכבר עכשיו יש לבעל את הזכות בפירות.

נראה שלפי הבנה זו שהפירות העתידיים מונחים כבר בעצמותם של המעות ושל הנכסים שאינם עושים פירות נראה לחדש, שאדם יכול להקנות פירות של מעות או של נכסים שאינם עושים פירות כמו שאר קניין של גוף לפירות, ואף שהזכות בפירות העתידיים באה לעולם רק לאחר החלפת המעות או הנכסים שאינם עושים פירות בדבר העושה פירות, ואם כן לכאורה זכות הפירות אינה מונחת בעצמותם של הנכסים או המעות, מכל מקום אפשר להקנות לצורך פירות, וזאת משום שאנו רואים את הפירות העתידים לצאת מונחים כבר בעצמותם של הנכסים המקוריים המיועדים להחלפה.

וכן להיפך, אדם יכול להקנות את גוף המעות או הנכסים לאדם אחר ולשייר לעצמו את הפירות, כשם שאדם יכול להקנות גוף לפלוני ולשייר לעצמו פירות.

ומצאתי שכן כתב הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג (להלן הגרז״ן) בקובץ הישר והטוב (קובץ ה,ח) וזה לשונו:

> וכמו״כ בענין זה יכול למכור גוף מהיום ולשייר לעצמו שימושי הנכסים עד לאחר מיתה, ואפילו אם מקנה לו מעות גם נראה דשייך

להתנות כן, היינו שמתנה עמו שמקבל גוף המעות מהיום ומשייר הנותן לעצמו כל פירותיו ושימושיו, היינו כל מה שיקנה ממעות אלו, שכל אלו הדברים יהיו שייכים גוף מהיום ופירות לאחר מיתה.

שוב מצאתי שבגוף הנידון, האם הפירות מונחים בגוף המעות וממילא האם אפשר להקנות מעות לפירות, כבר נחלקו בזה האחרונים ושורשי הסברות כבר כתובים בראשונים.

הנה המהר״ם אלשיך (סימן ז) כתב:

והנה כל זה הוא אי אמרינן דמעות דמי לבית או דקל ואם היה אומר מעות לפירותיהן היה מועיל, אבל מסתברא דלא מהני משום דלא דמי לבית ודקל שהם קיימים בעת בוא הפירות והדירה לעולם, ומש״ה מהני בית לדירה ודקל לפירות, אבל במעות כשהריוח בא לעולם אין המעות עצמם בעולם נמצאו הפירות בלי ממשות וכו׳. דע״כ לא אמרו אלא בפירות דקל משום דאיכא למימר כיון שנתן מעות על פירותיו שמא הקנהו מקום צימוח הפירות, ומשום האי ספיקא אמרינן דמהני למה ששמיט ואכיל, אבל במעות דלא שייך ה״ט שאין בהם מקום צימוח כי אין הריוח יוצא מגופן כמו בדקל, שאדרבה אין הריוח בא אלא ע״י הסתלק מציאות המעות מן העולם.

נמצאנו למדים שהמהר״ם אלשיך נוקט שאי אפשר לומר שפירות מונחים בעצם המעות ואינם יוצאים מגוף המעות, ואם כן אי אפשר להקנות מעות לפירות.

קצות החושן (רט,ד) הביאו, והביא שאכן יש ראשונים שהעלו סברא זו, שהפירות צריכים להיות מגוף הדבר כפי שנקט המהר״ם אלשיך, אמנם קצות החושן הכריע למסקנה שמהני הקניית מעות לפירות משום שיש ראשונים שסוברים אחרת ושכן מוכח בגמרא בבא מציעא (סט,ב).

בקובץ ו׳ של הישר והטוב (עמוד רלט הערה כג) הגרז״ן כותב שהמקור לדבריו הוא דין נכסי מלוג,

וכך הוא כותב:

לענ״ד נראה פשוט ששייך לקנות מעות לענין שהגוף ישאר למקנה והגוף לפירות יקנה הקונה, שהרי בעל שזוכה בנכסי מלוג לפירות היינו שתקנו לו שיקנה גוף לפירות ואם הכניסה לו מעות קונים בהם

> קרקע והבעל אוכל פירות. ונראה שכך הדין בהכניסה לו מעות ומלוים המעות לגוי ברבית, שהרווחים דהיינו הרבית שייך לבעל וגוף המעות לאשה. ומעתה אם הגוי לא יחזיר הרבית פסידא של הבעל ואם לא יחזור הקרן פסידא של האשה, ואף שכבר הוציא הגוי המעות מכל מקום החוב של הקרן הוא לאשה והחוב של הרבית לבעל.

נמצאנו למדים שהגרז״ן סובר שאפשר לפצל בין הגוף המעות לשימושי המעות, ומוכיח זאת מנכסי מלוג שבנכסי מלוג יש לבעל גוף לפירות ומכל מקום כשהכניסה לו מעות, יש לבעל זכות לפירות נפרדת מהגוף המעות של האשה ועל כן קונים קרקע והבעל אוכל פירות, ונמצא איפה כדברינו לעיל שאפשר לומר שזכות לפירות מונחת כבר בעצם גוף המעות וממילא גם אפשר להפריד ביניהם.

יא. סיכום

הארכנו לדון בגדר זכות הבעל באכילת פירות נכסי מלוג והצבענו על כך שכפועל יוצא ממעמד הנישואין, חז״ל בתקנת מלוג יצרו אישיות משפטית חדשה – שותפות ממונית של האיש והאשה יחדיו בעצם גוף נכסי המלוג. שותפות זו בגוף הנכסים אינה כשותפות רגילה שבמסגרתה עדיין ישנו ביטוי מסוים לכך שכל שותף עומד באופן עצמאי משותפו, אלא במסגרת שותפות נכסי מלוג נוצרה אישיות משפטית אחת כאילו אין כאן שני בעלים שונים אלא בעלים אחד, ׳ידו כידה׳ כלשון הגמרא.

ביארנו שכתוצאה מהגדרה זו אי אפשר שהבעל או האשה יפקיעו את חלקם מהשותפות בנכסי המלוג.

כמסתעף מבירור זה, באנו לדון בגדר המשפטי של ׳נכסים שאינם עושים פירות׳. תורף הדיון הוא האם כיון שאפשר למכור נכסים אלו ומתוך כך לקנות נכסים העושים פירות, אנו רואים את הפירות העתידים לצאת מהנכסים העושים פירות, כמונחים כבר בעצם הנכסים המקוריים שאינם עושים פירות ונמצא ששייך לומר שישנו גדר קנייני של ׳גוף לפירות׳ אף בנכסים שאינם עושים פירות או שאיננו רואים את הפירות כמונחים בנכסים אלו ואם כן לא שייך גדר של ׳גוף לפירות׳ בנכסים אלו.

הרב יצחק ביסמוט

בגדר 'ולו תהיה לאשה'[1]

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. ולו תהיה – אשה הראויה לו כתנאי לקנס

ג. דיוק לשון הרמב"ם

ד. לאו דקדשה להיכן הלך באונס

ה. ישוב שיטת הרמב"ם בפטור קנס בחייבי לאוין

ו. ראיית מרכבת המשנה וביאור גדר האישות

ז. קושית האבנ"מ - איך במאנס מועילה כפיה לקדש? וישוב הגון

ח. האם משכח"ל ביטלו ע"י נישואין לאחות אנוסתו?

ט. שעת חלות החיוב לכנוס תלויה אם ראויה בשעת האונס

א. הקדמה

בפרשת כי תצא בפרשת מוציא שם רע, ומאנס נערה בתולה גזרה התורה דין מיוחד (דברים כב,יט) "ולו תהיה לאשה לא יוכל לשלחה כל ימיו" כך במוצש"ר, ובאונס כתיב (שם כט) "ולו תהיה לאשה תחת אשר ענה לא יוכל שלחה כל ימיו".[2]

ומבואר שעל המאנס ומוצש"ר חובה לקיים בנישואין את האשה שחטאו כנגדה ואסורים לגרשה כל ימיהם. אלא שישנו הבדל גדול בניהם במוצש"ר מדובר באשה שכבר נשואה לו ואם כן אין צורך בפירוט סדר כניסתה לנישואין.

---

[1] לע"נ חמו"ז מרת גולדה (דרייר) בת ר' ישראל יוסף הכהן, נלב"ע יא בכסלו תשע"ה.

[2] על משמעות ההבדל בין לשון "לשלחה" במוצש"ר לעומת "שלחה" באונס כתב המנ"ח (מ' תקנז) שנפק"מ להתראה, ובביאור ההבדל עיין משך חכמה שם שכתב דבאנוסה אסור שתהיה משולחת ובמוצש"ר אסורה כלל פעולת השילוח בגט ונפק"מ לגט סמוך למיתה לפטור מיבם דשרי באנוסה כדרשת הספרי "אבל משלחה ליבם" ובציץ אליעזר חלק יט,קו בשם הגר"ח ברלין זצ"ל הביא הסבר נוסף.

אבל באונס שהיא עדיין לא אשתו, ישנו איסור לגרשה כל ימיו אבל כיצד הוא סדר כניסתה לנישואין הללו לא מפורש בגמרא ובראשונים האם מקדשה וכיצד מקדשה וכו'.

מהפסוק שכתוב "ולו תהיה לאשה" היה ניתן ללמוד שצריך לקדשה דהוויה בכל מקום "ויצאה והיתה" היא הווית קידושין.

מאידך במוצש"ר גם כתוב לשון זה ושם א"א לומר שהכוונה לקידושין אכן בגמרא במכות (טו,א) לא יאמר ולו תהיה במוצש"ר שכבר אשתו ואם אינו ענין וכו' אבל בספרי שתי הפסוקים הם נדרשים בשווה "מלמד ששותה בעציצו ואפילו חיגרת ואפילו סומא וכו'" ומשמע דהויה כאן וכאן שווים וכאן וכאן היא עציצו באיזה שהוא מובן בצורה שווה.

גם בגמרא בכתובות (לט,ב) דורשים "ולו תהיה" באונס היינו מדעתה ולא לעצם הצורך בקידושין.

ואף בתחילת פרק אלו נערות (כט,ב) דרשו שמעון התימני ור"ש בן מנסיא דבעינן לחיוב קנס שתהיה בה הוית קידושין או ראויה לקיום ולמיעוטי חייבי כריתות ולאוין מקנס, ולכאורה לא מובן הרי יש צורך בלשון זו לעצם סדר כניסתה לנישואין.[3]

במאמר זה ננסה לבאר מהו סדר כניסת האנוסה לנישואין ומהי הזיקה למאנס.

התעוררתי לזה כי בגמרא ובראשונים לא מצאתי עד עתה שום משמעות לכך שצריך האונס לקדש, ואם כך מנלן? אפשר שאין צורך בקידושין כלל וכפי שיבואר. ואם אין צורך בקידושין, יש להגדיר מהי זיקת האישות לאחר האונס וכיצד היא נגמרת או פוקעת.

יש לציין שלגבי מפתה איתא בקידושין מו,א "מהר ימהרנה לו לאשה" שצריכה הימנו קידושין".

ובכתובות (לט,ב) לומדים מפסוק זה שבמפתה זה תלוי בדעתו.

---

[3] עיין בשטמ"ק שהקשה כן ותירץ דא"כ הל"ל "וישאנה" ולא לשון קידושין ולשון תהיה משמע קידושין ולכן דרשו לעניין קנס דבעי ראוי לקיום או יש הויה. ולא כ"כ מובן מה מיותר לכתוב שישאנה בדרך קידושין עד כ"כ שדרשו לענין קנס דתליה בזה?

והן הן הדברים, כיון שבמפתה אין כל חיוב משום צד להנשא, לכך יש צורך בקידושין קודם הכניסה לנישואין שהרי התורה לא חייבה את המפתה לכנוס או לקדש ויכול לשלם הקנס ולהפטר ולכך יש צורך בקידושין משא״כ באנוסה וכדלהלן.

ב. ולו תהיה – אשה הראויה לו כתנאי לקנס

במשנה ר״פ אלו נערות איתא דבחייבי לאוין וחייבי כריתות יש חיוב קנס דאונס ומפתה.[4] ומקשה הגמרא והני בני קנסא נינהו ואמאי אקרי כאן ״ולו תהיה לאשה״ אשה הראויה לו? ומרבינן מנערה נערה הנערה בתולה בתולות הבתולות, ומרבים לחיוב קנס חייבי לאוין וחייבי כריתות אף שאין שייך בהם חיוב של ״ולו תהיה לאשה״.ולאפוקי מהאי תנא דבעינן אשה שיש בה הויה לשמעון התימני וכולל חייבי לאוין דתפסי בהם קידושין או לר״ש בן מנסיא אשה הראויה לקיימה ומפיק אף חייבי לאוין מחיוב קנס דחייב לגרשה.

והקשה הפנ״י מאי פסיקא ליה לתלמודא לאקשויי הכי ״ולו תהיה לאשה״ דבעינן ראויה לקיימא, כלומר מי אמר דבעינן קרא כדכתיב דלחיוב קנס צריך אפשרות קיום בנישואין? הרי קרא אצטריך דבעינן לדעתה כתוספות.

וביאור קושייתו: למסקנת הגמרא דיש ריבויים לקנס בחיי״ל ובחייבי כריתות אם כן הדרשה של ״ולו תהיה לאשה״ אשה הראויה לו נדחית, ולכך הקשו בתוס׳ (כט,ב ד״ה וחד) לשתוק מ״ולו תהיה״ ולא נצטרך את הריבויים?

ובשטמ״ק בשם הקונטרסים הקשה הרי את הפסוק צריכים לגופיה דמצוה האונס לקיימה? ומתרצים דא״כ לכתוב קרא וישאנה דאין בה משמעות הויה. ומתרצים תוס׳ וי״ל דאיצטריך למידרש ״ולו תהיה לאשה״ מדעתה׳

[4] בדף כט,א שואלת הגמרא ״הני נערות פסולות אית להו קנס כשירות לית להו הכי קאמר וכו׳ ולא כ״כ ברור ההו״א ונראה שאין כוונת הגמרא לשאול כדי לתרץ, אלא כשכתוב במשנה ״אלו״ משמע אלו דווקא ורואים בהו״א דיש מקום לחיוב קנס יותר בפסולות מבכשרות וצ״ב. ונראה דלקמן גמרינן לחייבי לאוין וכריתות מקראי דבתולה בתולה הבתולות ונערה נערה הנערה ופירש רש״י דחד קרא לגופיה היינו לכשירה ותמהנו מה הצורך בקרא לרבות כשירה? ונראה דלאחר שמרבינן חייבי לאוין וכריתות לקנס וגמרינן אנוסה ממפותה ובמפותה אין דין קנס כשכונסה והיינו בכשירה.ושפיר בעינן קרא לרבויי כשירה דהו״א דבכשירה אין קנס כיון שמחויב לכונסה לכן בעינן לחד קרא לגופיה ומובן למה בעינן חד קרא לגופיה גם באונס וגם במפתה דד״ז לא גמרינן מהדדי ממש וכן ההו״א אחרת ודו״ק.

עכ"ד. ולאחר קושיית הקונטרסים לא כ"כ מובן מה משמעות לשון "ולו תהיה לאשה" (עיין תוס' דף מ,א) דדוקא מדעתה.

ועו"ק הרי בפשטות צריך קידושין אחר האונס כשהיא רוצה בקיום הנישואין א"כ וודאי שצריך דעתה ככל קידושין, וכן צריך לשון הויה דבעינן שתהיה בת קידושין משום דצריך לקדשה והיינו לגופיה ואיך ס"ד דקרא אייתר לקיום דין קנס דווקא באשה הראויה לו?

מכל הנ"ל נראה אולי לפרש בגמרא כך: "ואמאי אקרי כאן ולו תהיה לאשה אשה הראויה לו" והלשון 'אקרי כאן' אומר דרשני דהל"ל והא בעינן ולו תהיה לאשה באשה הראויה לו וכו'.

ואם יורשה לומר דבפרשת מוציא שם רע הכתובה קודם לכן בפרשה כתיב "ולו תהיה לאשה לא יוכל לשלחה כל ימיו". ובספרי (אות צו באותיות המלבי"ם) "מלמד ששותה בעציצו ואפילו היא חיגרת ואפילו היא סומא ואפי' היא מוכת שחין נמצא בה דבר זימה או שאינה ראויה לבא בישראל יכול יהיה רשאי לקיימה ת"ל ולו תהיה לאשה אשה הראויה לו" ונראה ששם היא עיקר הדרשה וכיון ששם מדובר כבר שהוציא שם רע אחר תפיסת קידושין ואחר כניסה לנשואין וע"כ לדרשה אתיא דרשינן דבעינן שתהא ראויה לקיימה ע"מ לקיים דין קנס.

וכן הלשון "שותה בעציצו" דבמשנה היא לגבי אונס, כאן הלשון מכוונת, מלמד "ששותה בעציצו" שהוא כבר שלו ובזה הוא שותה אפילו חיגרת וכו' וא"כ דרשינן דבעינן אשה ראויה לו לחיוב קנס.

היינו כיון שכבר כנסה וקידושין תפסו בה ובזה בוודאי לא שייך אם אינה ראויה להויה דשייך קנס וע"כ במוצש"ר אין קנס אם אינה ראויה לו.[5]

ועפ"ז שאלת הגמרא תתפרש כך: והני בני קנסא נינהו ואמאי איקרי כאן "ולו תהיה לאשה" כלומר באונס כתיב כמו שבכתוב במוצש"ר ולו תהיה

[5] רעק"א בדו"ח כתובות מ,ב וז"ל: "מסתפקנא בנשא חייבי לאוין למ"ד קידושין תופסין בחיי"ל והוציא עליה ש"ר דאינו יכול לקיים ולו תהיה לאשה אם אינו פטור מעונש מאה כסף כמו בקנס דאונס ומפתה לר"ש בן מנסיה כיון דאינו יכול לקיים ולו תהיה לאשה פטור מהקנס ולדידן דמחייבינן הוא מכח רבוי' אבל במוצש"ר דליכא ריבוי י"ל דפטור מקנס ולא מצאתי עדיין גילוי לדין זה" וכתב האו"ש סוף הלכות נערה דמצא גילוי לדין בירושלמי דבמוצש"ר אין הריבויים וא"כ כשאינה ראויה לו (היינו בחיי"ל למ"ד דתפסי) אין קנס.

לאשה ושם דרשינן דבעינן ראויה לו והתם זה בהכרח מתנאי הקנס וא״כ שאיקרי כאן ״ולו תהיה״ גם כן בעינן אשה הראויה לו?

ועל זה באים הריבויים דנערה והבתולות דיש חיוב קנס גם באלו.

עכ״פ נראה דעיקר הדרשה אינה נידחת דהיינו דלשון ולו תהיה לאשה והיינו דשותה בעציצו כדבמשנה והיינו דזה עציצו אלא דמרבינן מנערה הנערה ובתולות, דחיוב קנס אינו תלוי בזה.[6]

וא״כ שואלים תוס׳ לישתוק מהריבויים ומ״ולו תהיה לאשה״ ומתרצים דאיצטריך ״ולו תהיה לאשה״ דבעינן לדעתה כלומר העולה מדרשת הפסוק שהוא שותה בעציצו כמו מוצש״ר והיינו שזה עציצו ומ״מ בעינן לדעתה דהיינו דכשהיא בת קידושין לגביו בעינן לקיום ההויה הקודמת היינו זיקת האישות שנוצרה באונס או בפיתוי, לדעתה והיא המשווה את ההויה.

וכל הריבויים הם לאפוקי משמעון התימני דאף לחיוב קנס אשה שיש בה הויה ונייד מדרשת הפסוק ״אשה הראויה לו״ כקושיית הגמרא, אלא דרש ״שיש לו בה הויה״ דבעינן לחיוב קנס שיש בה הווית קידושין כלומר כיון דבאונס מוסכם שיש בראויה דין ״ולו תהיה״ בעינן דבכל קנס יהיה בביאה אפשרות קידושין[7] וברש״י ״ומשמע ליה תהיה לשון הוית קידושין״ וכיון שאינו סובר הריבויים נשאר הדין המקורי דבעינן שבביאה תהיה הוית קידושין ולכן כבר עכשיו יש לו בה הוית קידושין וכיון דבחיי״ל יש תפיסת קידושין וא״כ היה בביאה אפשרות קידושין יש גם קנס ובזה מתקיים קרא כדכתיב.

ולרבי שמעון בן מנסיא דבעי ראויה לקיימא וברש״י ״משמע ליה תהיה לשון קיום״ ובזה טפי משמע שאף שאפשרות קדושין היתה בביאה, אעפ״כ כדי

---

[6] והן אמנם דבמשנה לקמן לט,א מובאת דרשה זו לעניין גם באונס ״ולו תהיה לאשה״ אך בתוס׳ מ,א ד״ה ״ניתי״ הקשו היכי ס״ד דיבא עשה דולו תהיה וידחה ל״ת הרי העשה הוא דווקא בראויה לו ולאחר שתירץ בגמרא דכיון דאי אמרה לא בעינא ליתיה לעשה כלל ומפני זה לא דחי עשה את ל״ת, א״כ מה הצורך בדרשה ד״ולו תהיה״ אומרים תוס׳ דאה״נ דמ״ולו תהיה״ דרשינן רק מדעתה ולהכי ממעט אשה שאינה ראויה לו עכת״ד ומבואר כנ״ל וא״כ אף שמצינו בספרי דרשה זו לעניין אונס הרי שהדברים יתפרשו על דרך תירוץ התוספות.

[7] ר״ל כיון שא״א לדרוש כבמוצש״ר דהיינו ש״תהיה״ הוא הווה מתמשך היינו תמשיך להיות, באונס בעינן קיום דבאשה שאין בביאה אפשרות הויה אין קנס.

לקיים פרשת אונס צריכינן אפשרות לקיום הקידושין שעברו (כמוצש"ר) וזה ליכא בחייבי לאוין ולכן ממועט מפרשת אונס אף מקנס.[8]

וזכינו לדין מחודש בפרשת אונס דברוצה היא א"צ קידושין כלל ואף שלא נמצא לע"ע גילוי מפורש לזה בגמרות ובראשונים, עכ"פ שצריך לקדשה גם לא נתפרש בשום מקום.

שו"מ שמרכבת משנה (איסורי ביאה יז,טז) כתב כך להדיא:

> אמנם אחר העיון דברי רבנו ברורים דבפ"א מה' נערה מבואר מלשון רבנו דכל אנוסה ומפותה שנושא אותה האונס ומפתה א"צ שיחזור ויקדשנה אלא סגי בנשואין לבד דהיינו חופה או ביאה לשם אישות והטעם דכשנושאה מהני למפרע הביאה של זנות לאירוסין ואם אינו כונסה אין כאן אפי' ריח קידושין וכו'.

ולאחר שנתחדש ונמצא כן בדברי האחרונים ניתנה רשות להביא עוד ראיות וסוגיות המתפרשות ע"ד זה.

מכות טו: "אמר עולא לא יאמר לו תהיה לאשה באונס וליגמר ממוציא שם רע ומה מוציא שם רע שלא עשה מעשה אמר רחמנא ולו תהיה לאשה אונס לא כל שכן אם אינו ענין לפניו תנהו ענין לאחריו שאם גירש יחזיר".

וכבר תמה בפנ"י שם איך ניתן ללמוד אונס ממוצש"ר דשאני התם דכבר אשתו היא משא"כ באונס שאינה אשתו היא ואינה קנויה לו ע"י ביאה זו מהיכי תיתי נאמר שיהיה חייב לישאנה? עכת"ד בקושיה.[9]

ולמבואר ע"פ המרכבת משנה ל"ק כלל דבפשטות סבר עולא דאונס אינו צריך לקנותה אלא היא כבר כאשתו כמוצש"ר, אלא שתלוי ברצונה כדדרשינן בכתובות.

(ולפ"ז הק"ו עולה יפה ומה מוצש"ר שלא עשה מעשה כלומר חטאו אינו במעשה אישות וקנין שהרי נשאה כדת וככל נשי דעלמא קודם לכן ומדוע לא

---

[8] ואפשר דנחלקו מה הפטור מקידושין באונס האם משום שחשיב הביאה כביאת קידושין למפרע או דחידשה התורה דבפרשה זו א"צ לקידושין וכעין חקירת האחרונים ביבום.

[9] ובמה שתירץ שם שאין הכוונה שישתוק קרא לגמרי מהחיוב של אונס אלא שיכתוב קרא כבמפתה "מהר ימהרנה לו לאשה" ומזה גופא ג"כ רואים דבמפתה כתוב קידושין במפורש וזו גופא ראיה דאפיק קרא למצוות קיום האנוסה כבמוצש"ר ולא כבמפותה ניתן ללמוד כנ"ל.

יוכל לגרשה ככל אשה וא״כ אין קשר בין העונש לקיימה כל ימיו לבין המעשה ובכ״ז אמרה תורה ולו תהיה וכו׳ באונס שעשה מעשה היינו מעשה קנין אישות לא כ״ש שיהיה חייב לקיימה).

ג. דיוק לשון הרמב״ם

ונראה שדין זה מבואר ברמב״ם (נערה בתולה א,ג) וז״ל:

> המפותה שלא רצתה להנשא למפתה או שלא רצה אביה ליתנה לו או שלא רצה הוא לכנוס ה״ז נותן קנס והולך ואין כופין אותו לכנוס ואם רצו וכנסה אינו משלם קנס אלא כותב לה כתובה כשאר הבתולות.
>
> אבל האנוסה שלא רצה היא או אביה להנשא לאונס הרשות בידם ונותן קנס והולך רצתה היא ואביה ולא רצה הוא כופין אותו וכונס ונותן קנס שנאמר ולו תהיה לאשה הרי זו מצות עשה אפילו היא חגרת או סומה או מצורעת כופין אותו לכנוס.

הרי לנו שכתב רק לשון ״לכנוס״ והיינו נישואין ובכל הלכות נערה בתולה לא מובא אזכור לגבי דין קידושין של האונס.[10]

ואפשר לדחות שלא כל דבר צריך להיות כתוב ברמב״ם ובכלל כניסה לנישואין יש גם קידושין, ובכל מקום שצריך לישא צריך קודם לקדש וסמך על מה שכתב בהלכות אישות בכל אשה, ומאי שנא?

אלא שנראה לענ״ד שאין זו דרכו של הרמב״ם לסתום ולא לפרט וכפי שמפרט בדין יפת תואר (מלכים ח,ו) ״וצריכה להמתין שלשה חדשים חדש של בכיה ושני חדשים אחריו ונושאה בכתובה וקידושין.״

---

[10] המנ״ח מ׳ תקנז אות יב כתב ״ודע דמצוה זו ד׳ולו תהיה׳ כאן אין הפירוש שיקדש אותה ובזה מקיים המצוה, דמה שותה בעציצו יש בזה שיקדש אותה והוא יקח אשה אחרת והיא תתעגן, מאי טובה לפניה ודרכיה דרכי נעם כתיב. אלא הפירוש שיכנוס אותה וחייב בשאר כסות ועונה וכו׳ ״ ונראה שבה לתרץ לשון ״תהיה״ שכאן אין הפירוש קידושין כבכל מקום אלא כניסה לנישואין ובזה מיושב לשון הרמב״ם שכופין אותו ״לכנוס״ ומ״מ בדברי המנ״ח אין גילוי לדין שצריכה קידושין אלא שאין יוצא בקידושין יד״ח ואדרבא מההשוואה בסוף לשונו למוצש״ר, והתם וודאי אין הכוונה שיקדשנה דהיא כבר אשתו משמע כדברינו.

וכן בהלכות יבום הרמב"ם מפרט את סדר היבום שצריך מאמר מדברי סופרים[11], וכן נראה דרכו של הרמב"ם לפרט בכל דין את סדר העשייה וא"כ שתיקתו במקום זה צריכה תלמוד.

והעומד לנגדנו הוא לשונו בדין מפתה כאן בראשית דבריו שכתב: "שאין כופין אותו לכנוס" וגם בבבא זו לא כתב לשון קידושין, ואילו במפתה מפורש בגמרא קידושין מו,א "מהר ימהרנה לו לאשה שצריכה הימנו קידושין".

ובלאו הכי קשה קושיית הראב"ד, שהביא המ"מ (אישות א,ד), דהא לרמב"ם כל הבא על הפנויה בלי קידושין לוקה משום לאו ד"לא תהיה קדשה" ולקמן פוסק הרמב"ם דהיכא שלוקה אינו משלם וא"כ איך משלם קנס דמפותה כיון דלקי?

וכבר כתבו האחרונים דמפתה דקרא היינו במפתה לשם אישות ולכך לא שייך מלקות (עיין ישועות יעקב כו סק"א) וא"כ כיון שסתם מפתה היינו לשם אישות אין צריך קידושין אחרים.[12]

ד. לאו דקדשה להיכן הלך באונס

והנה כתב הרמב"ם (נערה בתולה ב,יז) 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 בתי הבתולה לזה לבוא עליה בכל ממון שארצה או

---

[11] יש לדחות שבהלכות יבום הוצרך לפרט שצריך מאמר כיון שהוא מד"ס ושאני מנשי דעלמא, לא יכל לסמוך על מה שכתב בהלכות אישות. (הערת עורך)

[12] הגמרא קידושין מו,א דנה אם מפתה דקרא היינו מפתה לשם אישות או לא לשם אישות בעניין אפשרות הנערה למאן להנשא למפתה ושואלת הגמרא מפתה שלא לשם אישות קרא בעי? ופשוט שיכולה למאן אלא ודאי דחדית קרא דאם מאן ימאן שבמפתה לשם אישות ג"כ יכולה למאן אומרת הגמרא לומר שמשלם קנס כמפותה כלומר לעולם קרא במפתה לשם אישות וחידוש הפסוק שאף כשהיא ממאנת משלם קנס ועל זה אומר רב יוסף "אי הכי היינו דתנינא מהר ימהרנה לו לאשה שצריכה הימנו קידושין ואם פיתה לשם אישות קידושין למה לי? א"ל אביי צריכה קידושין לדעת אביה" ועיין ברש"י ובתוס' שם נחלקו אם רב יוסף לסיועיה לר"נ או שבא להקשות כך, דר"נ תירץ דקרא איירי במפתה לשם אישות והקשה רב יוסף אם כן למה הצריכה התורה קידושין אחרים הרי כבר קידשה בפיתוי לשם אישות? אמר אביי צריכה קידושין אחרים לדעת האב ופירשו שם הרשב"א והראב"ד שצריכה שיתרצה האב בקדושיה ולא קידושין אחרים ממש וצ"ל שכך היא דעת הרמב"ם וא"כ מיושב שכתב רק לשון לכנוס במפותה דסתם מפתה לשם אישות וא"צ קידושין אחרים אלא רק הסכמה וכדלעיל. שו"ר שבבית יעקב (כתובות לה,ב) תירץ כך ברמב"ם.

> אניח זה לבוא עליה בחנם שיש לו לאדם למחול ממונו לכל מי שירצה לכך נאמר אל תחלל את בתך להזנותה שזה שחייבה תורה לאונס ולמפתה ממון ולא מלקות בשאירע הדבר מקרה שלא מדעת אביה ולא הכינה עצמה לכך שדבר זה אינו הווה תמיד ואינו מצוי אבל אם הניח זה בתו הבתולה מוכנת לכל מי שיבוא עליה גורם שתמלא הארץ זמה ונמצא האב נושא בתו והאח נושא אחותו שאם תתעבר ותלד לא יודע בן מי הוא והמכין בתו לכך הרי היא קדשה ולוקה הבועל והנבעלת משום לא תהיה קדשה ואין קונסין אותו שלא חייבה תורה קנס אלא לאונס ומפתה אבל זו שהכינה עצמה לכך בין מדעתה בין מדעת אביה הרי זו קדשה ואיסור קדשה אחד הוא בין בבתולה בין בבעולה ולפיכך אמרו חכמים שהיוצא עליה שם רע בילדותה אין לה קנס כמו שבארנו שהרי זו בחזקת שהפקירה עצמה לדבר זה ברצונה.

ובכס״מ שם כתב שיש לדקדק בדברי הרמב״ם כאן שהרי בתחילת הלכות אישות כתב שלוקה משום קדשה אף בלא מזומנת לכך וכן פירש הרב המגיד שם בדברי הרמב״ם.

ועוד צ״ב כיצד יצא האונס והמפתה מדין איסור קדשה משום ״שדבר זה אינו הווה תמיד ואינו מצוי״ וכי היכן מצינו שיהיה מעשה הנעשה במזיד יוצא מאיסור לאו בגלל שנעשה דרך מקרה ועראי?[13] והוצרכה התורה ללמדנו שהפסוק בפרשת קדושים ״אל תחלל את בתך״ מגלה דאף באב המוסר את בתו יש איסור קדשה.

ומסביר הרמב״ם, שיש צורך בזה משום שאונס ומפתה אינם לוקים בלאו דקדשה דאם היו לוקים לא היו משלמים קנס דבכל התורה כולה היכא דמחייב מלקות וממון לוקה ואינו משלם.

אבל היה אפשר לומר דבאונס ומפתה גילתה תורה דמשלם ואינו לוקה כמו בחובל דבפירוש ריבתה תורה לתשלומין אף שעובר על לאו, או שאפשר היה לומר דקנס דקרא משלם היכא דלא אתרו ביה.

---

[13] יש ליישב שכיון שעסוקים אנו באיסור קדשה ואם אין זה הווה תמיד היא אינה קדשה (הערת עורך).

אמר הכותב: כיון שבזה גופא נחלקו הרמב״ם והראב״ד ריש אישות וברמב״ם עסקינן דלאיסור קדשה אין צורך במזומנת תמיד וא״כ זו מעין קושית הכ״מ דלעיל (י.ב.).

ובמשנת רבי אהרן (קידושין סימן א) כתב לישב דאכן לרמב"ם בכל ביאת פנויה יש לאו ד"לא תהיה קדשה" אלא דכשיש חיובי כתובה דהיינו שאר כסות ועונה בזה לא מחשב ביאת זנות.

ודייק מלשון הרמב"ם במנין המצוות שבתחילת הלכות אישות: "מ"ע לישא אשה בכתובה וקידושין" "מל"ת שלא תיבעל בלא כתובה ובלא קידושין" והקשה הרי לא משכחת לן כתובה בלי קידושין, ובקידושין בלא כתובה אין לאו וא"כ הכל תלוי בקידושין למה כתב הרמב"ם כתובה?[14]

ותירץ דמשכחת לה בגוונא דאונס ומפתה[15] דכיון שמתחייב לנושאה ע"י ביאה זו שוב חשיב חיובי כתובה (היינו שכו"ע) וא"כ לא הוי ביאת זנות כיון שיש בה אפשרות של אישות.

ומעתה מיושב דאף שאמרה תורה באונס ומפתה דעלמא שאין מלקות אלא רק ממון בדרך אקראי כלומר חד פעמי שכיון שאנסה מתחייב לנושאה (ברצונה וברצון האב).

אבל כשמחלל בתו להזנותה לכל מי שירצה, בלי חיוב נישואין הבא כתוצאה ממעשה חד פעמי של אונס או פיתוי, גלתה לנו התורה ע"י שנכפל הלאו שיש גם בזה לאו דקדשה.

כלומר התורה זיכתה לאב בביתו זכות קנסה כיון שהוא תוצאה של מעשה אישות וקידושין, וכדרך שזיכתה לו את קידושיה.

אמנם הגר"א קוטלר לא כתב מפורשות שכשכונס אינו צריך לקדש אבל נלענ"ד שניתן להוסיף שכיון שהביאה אינה ביאת זנות כיון שמחייבתו לכנוס, א"כ במילים אחרות נאמר כאן דין ביאת קידושין או ביאה שיצרה זיקה המחייבת אישות כעין זיקת יבמין שזקוקה ועומדת אף בלי קידושין.

וא"כ אומר הרמב"ם אף שהאב בעלים על הזכויות בבתו ואין לאו דקדשה באופן שגובה קנס דאונס ומפתה אל תלמד מכאן שמופקע מכאן לאו דקדשה בבתו לכך נכפל לאו ד"לא תחלל".

---

[14] ועוד הקשה קושיית הקדמונים, שהרי כתובה דרבנן ואיך תלוי איסור בכתובה והיא מד"ס? ולזה ציין לגר"א סימן כו דכתובה היינו חיובי כתובה דשאר כסות ועונה.

[15] אף במפתה יש חיוב לכנוס אם אינו רוצה לשלם קנס כמפורש בראי"ש יבמות ו,ז ובבאור הגר"א אבה"ע קעז,יט.

וא״כ כיון שבתו יצאה מן הכלל של ״לא תהיה קדשה״ בפרשת אונס ומפתה ולכן אין מלקות והיינו מפני אפשרות האישות, אתי רחמנא וכפל לאו דלא תחלל דבאופן שמחלל בתו בלי חיובי אישות אין זה בכלל הפטור, וחוזר דין קדשה כבכל פנויה.

ה. ישוב שיטת הרמב״ם בפטור קנס בחייבי לאוין

ברמב״ם (נערה בתולה א,יא) באנס חייבי לאוין והתרו בו לוקה ולכן אינו משלם קנס 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.

והקשו עליו, שהרי בהלכות אסורי ביאה (טו,ב) כתב דבחייבי לאוין רק אם קידש לוקה והיא השגת הראב״ד שם על דינו של הרמב״ם, וכדמות קושיית חכמי לוניל שהובאה במגיד משנה וקושיית בנו ר״א שהביא בכסף משנה שם.

במשנת רבי אהרון כתב ליישב ע״פ תשובת ר״א בן הרמב״ם, שכתב שלוקה משום קדשה ולא משום חייבי לאוין.

והסביר ע״פ דרכו שבאונס אין לאו דקדשה מפני שהחיוב לכונסה וחיובי כתובה וכדלעיל דקידושין לבד או כתובה (היינו חיובי כתובה שכו״ע) לבד מורידים איסור קדשה ועל כן בחיי״ל שאין העשה של ״ולו תהיה לאשה״ חוזר לאו דקדשה כבכל פנויה.

אלא שהקשה על עצמו שבחייבי עשה כתב הרמב״ם שמשלם קנס ״בין התרו בו בין שלא התרו בו״ ולפי זה הרי יש לאו דקדשה כיון שאינו יכול לקיימה וגם בזה צריך להיות הדין כבחייבי לאוין שיחזור לאו דקדשה?

וחילק בין אפשרות של קיום ״ולו תהיה לאשה״ בחייבי לאוין לחייבי עשה דבחייבי לאוין בטל העשה לגמרי כיון שאפשר לקיים שניהם היינו כשאומרת לא בעינא, ובחייבי עשה נשאר העשה דלו תהיה אלא דמספקא דמאי אולמיה האי עשה מהאי עשה ולכן אמרינן שוא״ת אבל העשה לא מתבטל ולכן בדיעבד יש אפשרות קיום.[16]

---

[16] ע״פ הנו״ב בתשובה לחתנו שבסוף מהדו״ק דבחייבי עשה שיבם קנה דכיון שאינו מייבם רק משום דעשה ועשה אמרינן שוא״ת אבל אם עשה קנה ודימה הגר״א קוטלר זצ״ל

והיינו דבתחילה הסביר דצריך שהביאה תפעל אפשרות נישואין בפועל, ובזה אינה ביאת קדשות וכשבא להסביר ע"פ זה למה בחייבי עשה אין איסור קדשה (אף בהתרו בו מדין קדשה) משמע שצריך אפשרות תיאורטית לקיום וסגי בזה לקיום העשה אף שאסורה עליו משום עשה (ובפועל לא נניח לו לכנוס).

ובתוך דבריו כתב "האמנם יש לדון דדין קדשה אינו תלוי בהמציאות אי מחייבין אותו לישאנה אלא רק אם חל הדין דולו תהיה לאשה, ושוב נמצא דהביאה פעלה דין אישות."

מפורש בדבריו דהיכא דיש מצוה לכנוס הביאה פועלת דין אישות ומכח זה אין איסור דקדשה אף שבפועל לא נכפה לכנוס.

אבל דבריו קצ"ע בחילוק זה שהרי מהסוגיה והתוספות (מ,א ד"ה ניתי) משמע שיש מצוה אף בחייבי לאוין אלא שמלמדים אותה לומר לא בעינא ולכך הגמרא מקשה שיבא עשה וידחה ל"ת.[17] ובסברא נראה לענ"ד דניתן יותר להבין דדין קדישה חל בחוסר אפשרות מציאותית דאז אין חייב לכנוס ואינו יכול בפועל לכנוס ובזה חייבי לאוין ועשה שוים.

ולכן הוצרך לומר דבחייבי עשה אף שאין אפשרות מעשית לכנוס כלל כיון שנשאר העשה (דאין עשה דוחה עשה) נמצא שהביאה פעלה אישות מסויימת.

השתא דאתית להכי אילו ניתנה רשות נראה לישב פסק הרמב"ם באופן אחר. עפ"י דברי מרכבת המשנה הנ"ל דהביאה באונס פועלת קידושין באופן שאם כונס ברצונה א"צ לקדשה מחדש, נמצא שבעל חייבי לאוין בביאת קידושין ולכך לוקה בהתרו בו משא"כ בחייבי עשה דאין מלקות.[18]

לחייבי עשה בקיום לנישואין באונס דאין העשה מתבטל ולכן אין לאו דקדשה דסגי בזה שעדיין יש עשה לקיימה (ובאו הדברים ביתר ביאור באוסף חידושי תורה מהגר"א קוטלר סימן כ אות י).

[17] שהקשו תוס' שם איך ס"ד דיבא עשה וידחה ל"ת הרי בחייבי לאוין וכריתות אין עשה דדרשינן במשנה "אשה הראויה לו" ותרצו דאין ממעטים מיתורא דקרא חי"ל אלא דרשינן "מדעתה" וכיון דבעינן לדעתה ולהכי ממעט אשה שאינה ראויה לו דא"א לא בעינא, וכאן הגמרא שואלת דהיכא דאמרא בעינא יבא עשה וידחה ל"ת ומשמע דאף בחייבי לאוין נשאר העשה.

[18] בקובץ הערות סימן נ חקר לשיטת הרמב"ם דבעינן קידש ובעל אם הם שני חלקי האיסור, או שזה תנאי שהביאה תהיה בדרך אישות ובנד"ד יותר מרווח לומר כצד השני אבל גם לצד הראשון שייך שילקה כיון שגם ה"קידושין" הם באיסור אלא ששני החלקים הם במעשה אחד ובזה לא מצינו פטור. (עיין מנ"ח מ' תקנט גבי מקדש חייבי לאוין בביאה דתפסי קידושין).

ונראה שגם הגרא״ק נגע בסברא זו בלשונו ״דנמצא שהביאה פעלה אישות״ אלא שהוא הוריד ע״י זה את הלאו דקדשה ולהנ״ל א״צ לזה דלא משום קדשה אתינן עלה אלא מצד חייבי לאוין ע״י קידושין.[19]

ו. ראיית מרכבת המשנה וביאור גדר האישות

ונשוב לראיית מרכבת המשנה. הרמב״ם (איסורי ביאה יז,טז) באיסור עשה דכהן גדול בבעולה כתב:

> אנס נערה בתולה או פיתה אותה אפילו אנסה או פיתה אותה כשהוא כהן הדיוט ונתמנה כהן גדול קודם שיכנוס הרי זה לא יכנוס ואם כנס מוציא.

והנה באירס אלמנה קודם שנתמנה פסק הרמב״ם כסתמא דגמרא (יבמות סא,א) ״אירס את האלמנה ונתמנה להיות כהן גדול יכנוס״ ובגמרא (נט,א) ממעטינן אירס את הקטנה ובגרה תחתיו מדרשה דיקח דהיינו דבאשה אחת אנו דורשים דבקיחה בהיתר קודם שנתמנה שרי לכנוס ודווקא אלמנה מרבינן דלא אשתני גופא וזו הסיבה שאם אירס קטנה ובגרה תחתיו לא שרינן ליה לכנוס.

ובתוספות שם ד״ה הא בארו שאף באירס קטנה, אם בגרה ואח״כ נתמנה מותר לו לכנוס, ומסתפקים בנעשית בעולה או מוכת עץ אחר שנתמנה (דאם קודם שנתמנה משמע שמותר כמו בבגרה קודם שנתמנה) אם חשיב כאשתני גופא כבגרה תחתיו.

והמ״מ כתב שם דפשוט הוא שלא אמרו שיכנוס באלמנה אלא כשיש קיחה דארוסין בעודו כהן הדיוט משא״כ אם אנס או פיתה בעודו כהן הדיוט[20] דליכא קיחה אפילו דאירוסין אלא לאחר שנתמנה לא (יכנוס) וז״פ עכת״ד.

---

[19] באותה הלכה כייל הרמב״ם חייבי כריתות שהתרו בהם משום מלקות דלוקים ואין משלמים ובזה אין מקום לומר שהביאה תעשה דין אישות, ופשוט שבחייבי כריתות אין צורך לקידושין כלל בהתרו בו למלקות דהיכא דלא תפיס קידושין לא מצריך הרמב״ם קידושין וכמבואר דכהן הבא על הגויה לוקה ואף שאין קידושין אלא מבואר דהיכא דאין תפיסת קידושין לוקה אף בלי קידושין (וכן בהערות הגרישׂ״א לקידושין עח ״דעיקר הקפידא של התורה שלא יהיה מחוסר לקיחה הראויה בה) ונראה דלרמב״ם שבעל בלי קידושין אינו לוקה בחייבי לאוין היינו משום שזה איסור קדישה וככל פנויה ולכן לא מהניה התראתו משום החייבי לאוין משא״כ כשמקדשה אין איסור קדישה צריך להתרות בו משום חייבי לאוין בשביל המלקות.

[20] במ״מ הנדפס כתוב כאן ״כ״ג״ ותוקן במהדורת הרב ש. פרנקל ע״פ המרכבת המשנה ״כהן הדיוט״.

ודבריו הוקשו למרכה"מ, דברמב"ם אין כל משמעות שאם אירס את אנוסתו קודם שנתמנה מותר לכנוס ואדרבה ברמב"ם כתוב "לא יכנוס" ואפשר דאף אחר אירוסין בעודו כהן הדיוט לא יכנוס; ולכך מסביר מרכבת המשנה במ"מ וברמב"ם דכיון דבאונס ומפתה אין מעשה קידושין, לכן אינו מועיל לדין זה, דדוקא באירס בהיתר ולא אשתני גופא מותר לכנוס.

לכן בעינן "קיחה דנשואין בהיתר" (וכעת בנישואין היא בעולה) ולא שייך כאן הדין הואיל והותרה כבאלמנה או בבגרה ואח"כ נתמנה והדומים כמו שכתב קודם לכן בהט"ו "אירס בעולה ונתמנה כהן גדול ה"ז יכנוס אחר שנתמנה".

אלא שעדיין דבריו צריכים ביאור דבתחלת דבריו כתב "דכשנושאה מהני למפרע הביאה של זנות לאירוסין" ואם כך הרי אירס (שפיתה או אנס) בעודו כהן הדיוט למה לא יוכל לכנוס?

ונראה לבאר בגדר האישות והקידושין באונס ומפתה דבר חדש - ישן ובהקדם כמה קושיות.

בראשונה, הרי מ"מ הדבר תלוי בדעתה ונצטרך לדין ברירה וקי"ל דאין ברירה בדאורייתא.

ועוד פשוט שאין הבא עליה בחנק כא"א וזה מוכח מקידושין דף י באו עליה י' אנשים באונס ובירושלמי מפורש שיכולה לברור למי מהם להנשא וא"כ מה הוא גדר האישות כאן?

ונ"ל להסביר בדרכו של הגר"ח (חידושי הגר"ח אישות ז,טז) בענין לא מצינו חמותו ממאנת שהנמו"י והי"ה הקשו על הרמב"ם שפסק דבמקדש עובר קידושיו קידושין וא"כ משכח"ל שחמותו הנשואה לאחיו עיברה בעודה קטנה וקידש את עוברה ואח"כ מיאנה חמותו (דבנים הרי הם כסימני בגרות רק לאחר לידה).

והסביר הגר"ח דקידושין תפסי בעובר מיהא איסורים ל"ש אלא לאחר לידתה. וא"כ חמותו תיאסר אחר הלידה אף שכבר יש תפיסת קידושין בביתה וכשתוולד מיד תהיה מקודשת ולכך לא מצינו חמותו ממאנת.

ורואים שיש בקדושין שני חלקים: א. החלק המחייב את הקידושין[21] והוא הקנין שחל אף בעובר. ב. הקידושין עצמם האיסור - דאסירא לכו״ע כהקדש שחל רק בלידה.

בקידושין באופן הרגיל חקרו האחרונים מהי הסיבה והמסובב בב׳ חלקים אלו, ויש שחילקו בין קידושי כסף לשטר וביאה ועכ״פ שני החלקים חלים כאחד במעשה הקידושין.

אבל ישנם מציאויות של אישות בהם חל רק חלק הקנין ולא חלק האיסור כפי שצייר הגר״ח בקידושי עובר ויש שסברו כן באישות שפחה חרופה,[22] או בשרגא דליבני דתופסים בה אפילו קידושי מאה[23] (לחד מ״ד) ויש שהשתמשו בחלוקה זו אף בהגדרת זיקת יבמה (אבי עזרי יבום וחליצה א,יג).

ועפ״ז אפשר לומר דבאישות אונס ומפתה כיון שחייבה התורה את האישות מצידו כלומר דע״י מעשה אונס נוצר החלק הקנייני שבקידושין אבל רק מצד התחייבות הבעל לכנוס, ולפי זה מיושב כל קשה:

מה שהקשנו דלפי הנחת היסוד של מרכבת המשנה מעשה הקידושין הוא הביאה ולכן אין צורך בקידושין נוספים ומיד לאחר מכן כתב ״ואם אינו כונסה אין כאן אפי׳ ריח קידושין״. וכוונתו דיש כאן קנין מצד התחייבותו לכונסה ובזה סגי ולכן כבר אין צורך בקידושין וגם לא יועילו קידושין גם אם קידש את אנוסתו קודם שנתמנה דאין כאן מקום לקידושין.

מאידך גיסא כל עוד לא ימומש חלות הקידושין ע״י שהיא תרצה ויכנסנה אין משמעות איסורית לקידושין אלו ואינם אוסרים אותה לעלמא אלא לאחר שהיא תרצה ויכנסנה.

ולכן לא ניתן להגדיר את מעשה האונס כקידושין גמורים וכמקדש אלמנה קודם שנתמנה או לקדשה קטנה ונתמנה לאחר שבגרה, דכל הקידושין כאן הם רק התחייבות מצידו לשאתה ומשמעותם כצד הקנייני שבקידושין ולכן אין כאן ״בתולה יקח״ לא באירוסין ולא בנישואין.

---

[21] כוונתו דבעודה עובר לא חלו קידושי איסור רק חיוב או התחייבות להתקדש לו מיד כשתוולד וזה חלק מהקדושין.

[22] עיין אבני משפט ו׳ בענין אישות שפחה חרופה עמ׳ 137 ואילך ו141 בדברי האחיעזר שהובאו שם בהדגשה.

[23] עיין פסקי הלכות יד דוד חלק שני עמוד 350 דאין כאן א״א של מיתה וכרת.

ז. קושית האבנ"מ - איך במאנס מועילה כפיה לקדש? וישוב הגון

ונראה בזה לישב כמה קושיות שהקשו האחרונים:

האבני מילואים (מב) הקשה לסוברים שבכפוהו לקדש מדינא לא הוו קידושין דהוי כתלוהו לקנות ותליוהו וקני ל"מ (אף במקח - שיטת בעל העיטור) א"כ היכי אמרו אונס שותה בעציצו וכופין אותו לקדש הא הוי כתלוהו וקני?

ותירץ דאף למ"ד תליוהו וקני לא קנה היינו משום דלקנות בעינן רצון חזק וכל שבעל כרחו לא קנה אבל קידושי אשה אינם קנין שהרי היא אינה ממונו ואין בקידושין אלא שנאסרה לכל העולם עכת"ד.

ולפי חידוש המרכבת המשנה הנ"ל אין כאן קושיה כלל כיון דאין כאן כפיה לקידושין וקנין אלא לכנוס ולנהוג עמה כמנהג אישות בשכו"ע ואין כאן כל כפיה לקנין.

אמנם לאחר העיון נראה לקרב השיטות דלשון האבנ"מ מורה על כוונה אחרת בזה וז"ל "וכיון שאין גופה קנוי לבעל ואין בקידושין כי אם שנאסרה ע"י לכל העולם וכל כה"ג אפילו ע"י אונס מהני כיון שמחויב בדברו הוי ליה כעין מכר"

ומלשונו משמע דהא דמהני קידושין ע"י אונס של המקדש היינו רק בחלק האיסורי, והוא החלק השני של הקידושין לכך היכן שהתחייב לקדש באיזה שהוא אופן המועיל מהני הכפיה דאין כאן כפיה לקנות דבזה הוא כבר מחויב "לקיים דברו" וזה כתליוהו וזבין והיכא שנתחייב באיזה שהוא אופן או ע"י התחיבות או במעשה אונס וכד' שפיר אפשר לכופו לקיים דברו.[24]

---

[24] קידושין מד,ב בדין קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה צריכה גט וצריכה מיאון ואמר רב נחמן והוא ששדכו פרש"י "הא דאמר צריכה גט כששידך בה לאביה קודם קידושין דאיכא לסיפוקי שמא נתרצה כששמע והוו להו קידושין למפרע" וקשה איך יועיל הריצוי לעשות את קבלת הקטנה לקידושין למפרע? ואמנם ע"פ דברי הגר"ח הנ"ל וההסבר באבנ"מ מבואר שהתחייבות להתקדש היא שלב בקידושין המתחיל קידושין וא"כ כששידך ודיבר עם אביה קודם ואח"כ קיבלה קידושין וכששמע האב נתרצה אילו היה הריצוי בשעת השידוך היה מועיל קבלתה כי ההסכמה של האב והתחייבות להתקדש היא שלב בקידושין שאחריו אפשר לגמור אפילו בע"כ של הבעל כמבואר באונס וכ"ש שיועיל אפילו בלי ידיעת האב אילו היתה הסכמה ברורה והתחיבות באופן מועיל בשידוך. (ועי' באוצר הפוסקים סי' נ אריכות בדין ביטול שידוך). והנה ע"פ זה יתחדש דין דכשהתחייב לה החתן לישא אותה או שהיא התחייבה במעשה הפיתוי נוכל לכפותו או לכפותה להתקדש. ובבית מאיר קעז,א "הטוענת פיתת אותי בהבטחה שתשאני והוא מודה בזה אלא שחוזר בו מהבטחתו צריך לי עיון אם לא יהא מחויב ממש לישאנה על פי הבטחה זו כמו אילו נדר לה אתנן דקיי"ל שגופו נשתעבד באתנן או בדניו וה"ה בזה למה לא יתחייב

וא״כ המחלוקת היא רק אם צריך מעשה קידושין נוסף בפועל או דסגי בכניסה אבל לעניין מהות האישות שנתהוותה בעקבות האונס נראים הדברים קרובים זל״ז.[25]

ח. האם משכח״ל ביטלו ע״י נישואין לאחות אנוסתו?

בספר פני שלמה מכות טז (לגר״ש גאנצפריד בעל הקצור שו״ע) כתב להקשות בשם חכם אחד דלפי מה שכתב שעה״מ בחופת חתנים סעיף ה דלתוספות (יבמות צז,א ד״ה עריות) איסור קרובות אשתו הם דוקא בנשואין אבל ע״י קידושין לא נאסר בקרובותיה.[26]

והגמ׳ במכות טו,א מעלה אפשריות של ביטול העשה וכך ילקה בלאו ד״לא יוכל לשלחה״. ולפי שער המלך משכח״ל בגוונא שקידש האונס את אנוסתו ולא כנסה וגירשה ולאחר מכן נשא את אחותה דבזה נאסרה לו אחות אשתו.

ובתירוץ השני כתב וז״ל: ״ועוד נראה לפע״ד, דהאונס אף אם קדש את האנוסה כל שלא כנסה לא קיים את המצוה ד׳ולו תהיה לאשה׳ ואין זה בכלל אונס שגירש מחזיר ואינו לוקה דמשמע אונס שעשה כמצוותו וכנסה ואח״כ גרשה״.

והדברים כפשטן קצ״ע, שהרי הגמרא מעלה אפשרות של ביטול העשה באופן של ״קטלא״ א״כ אוקימתא של נשואי קרובתה אינה אפשרית רק מפני שכתוב בברייתא ״אונס״ היינו אונס שקיים מצוותו? ואם גירש והצליח לגרש מה אכפת לן אם קיים את מצוותו או לא הרי עבר על הלאו?

ונראה בכוונתו דכיון שמצוותו בנישואין, גירושין רק מארוסין אינם גירושין והיינו טעמא מפני שלא שייך קידושין באנוסה כדלעיל כיון דכך מצוותו

לקיים בהבטחתו הא למה זה דומה לאומר לחבירו שמור לי היום שנשתעבד גופו לשמור לו למחר והוי שומר שכר״ ואי״כ שהצליח ליצור התחייבות מצידו לקדשה חייב לקדשה אף שכבר קיבל ״רגליים קרות״. (ועיין עוד בכת״ע נועם כרך ה במאמרו של הרב גרשון אריאלי בענין שותה בעציצו בזה״ז).

[25] ונראה דכמו שכתב הרמב״ם בקדושי עובר דצריך לקדשה שוב שתלד כדי שיהיו קידושין בלא דופי וכפי מה שהובא בגליוני הש״ס ר״פ דקידושין בשם שו״ת מהר״ם ב״ב סימן תלב שאף במקדש ע״י שליח יש לו לקדש שוב בעצמו כדי לקיים מצוה בו יותר מבשלוחו וא״כ חזינן דכל חסרון אפילו צדדי בקידושין הראשונים כקיום המצוה בו ולא בשלוחו מחייב או מאפשר לקיים שוב מעשה קידושין.

[26] והקשו במעשה חושב ופת״ש סמן טו סק״ד על התוס׳ ממקומות רבים דמשמע שאיסור קרובות אשה הוא מיד בקידושין וכשיטת הרמב״ם ועיין במה שתירץ בזה הבית ישי שליט״א סי׳ מא אות ב.

בנישואין וא"כ ל"ש ביטול בכה"ג כיון שלא חשיב לא קידושין ולא גירושין וכשם שבאשתו (או בזקוקתו) לא תופס קידושין כך באנוסתו אין למעשה קידושין משמעות.

ט. שעת חלות החיוב לכנוס תלויה אם ראויה בשעת האונס

המנ"ח (מ' תקנז) כתב שברור אצלו שחלות המצוה של "ולו תהיה לאשה" תליא בשעת הביאה, ואם בשעת הביאה היתה אסורה עליו כגון שאנס את אחות אשתו ואח"כ מתה אשתו והותרה לו, אין מתחדש עליו החיוב לשאתה דכיון דבשעת הביאה לא היתה ראויה לו ולא חל באותה שעה החיוב אינו מתחדש.

ובהמשך דבריו כתב, שאח"כ נתיישב שאין זה ברור כל כך שאפשר שזה תלוי בדין דיחוי אצל מצוות בדחוי מעיקרא, שוב כתב ע"פ סברת הטו"א דבמצוות הנמשכות מתחדש חיוב חדש ול"ש תורת דיחוי כלל.

ובאפיקי ים (מב ד"ה ובמנ"ח) כתב שכנראה לא היה ספר הירושלמי לפניו דמבואר שם להדיא (כתובות פג,ו) 'היה נשוי אחותה כבר נפטר מתה כבר נפטר' והתקשה בזה שהרי סברת הטו"א היא סברא אלימתא דלא שייך דיחוי בכה"ג? וע"כ צ"ל בטעמיה דהירושלמי דכיון דלא חל עליה החיוב בשעת ביאה תו לא חל אח"כ כמו שכתב המנ"ח בתחילה.

ובקובץ הערות (ד,יב) "והיינו דהחיוב לישאנה צריך לחול בשעת ביאה וכו' וצ"ל דגבי ולו תהיה לאשה הביאה היא הסיבה המחייבתו וכיון שבשעת חובתו היה פטור לא יתחייב אח"כ".

והנה לפי חידוש מרכבת המשנה הנ"ל ד"כשנושאה מהני למפרע הביאה של זנות לאירוסין" מובן שפיר דין הירושלמי, דאם בזמן הביאה לא היה לו תפיסת קידושין כיון שהיא ערוה עליו ל"ש שיחויב לכנוס אף אם מתה אשתו מ"מ הוי כקידש אחות אשתו לאחר שתמות אחותיך דהוי דבשלב"ל.

וכשנתבונן בזה נראה שלזה נתכוונו גדולים אלו: המנ"ח, האפיקי ים והקובץ הערות שכתבו שהכל תלוי בזמן הביאה ואז רק יכול לחול החיוב לישאנה. וזה כתבו אף שנקטו שהמצוה של "ולו תהיה" היא מצוה מתמשכת והיה צריך לחול החיוב כשהותרה ע"פ הסברא אלימתא של הטו"א, אלא כוונתם נראית כנ"ל.

הרב יוסף שליט

עביד איניש לאחזוקי דיבוריה[1]

ראשי הפרקים

א. פתיחה

ב. פסול עדים שעדותם נפסלה לחזור ולהעיד

ג. הסתירה בפסקי הרמ״א ובאור קצוה״ח

ד. קושיות האחרונים על ביאור דברי הרמ״א

ה. עד הצריך שבוע

ו. עד הצריך עדות

ז. באור הפסול של עביד איניש לאחזוקי דיבוריה

ח. אחזוקי דיבוריה בטוען אני קידשתיה

ט. באור פסול לאחזוקי דיבוריה בעדות החודש

י. סיכום

א. פתיחה

משנה בר״ה כב,א:

> אמר רבי יוסי: מעשה בטוביה הרופא שראה את החדש בירושלים, הוא ובנו ועבדו משוחרר, וקבלו הכהנים אותו ואת בנו ופסלו את עבדו. וכשבאו לפני בית דין - קבלו אותו ואת עבדו, ופסלו את בנו.

ידועה קושיית המנ״ח (מ׳ ד) איך קיבלו בית הדין את טוביה ועבדו כעדים כשרים? הרי בית דין של כהנים קבלו את עדות הבן שחשבו שהוא כשר. וא״כ לדעת הש״ך (חו״מ לו) נצטרפו טוביה, בנו ועבדו המשוחרר לכת אחת (אף

[1] מאמר זה מוקדש לעילוי נשמתה הטהורה של קרובת משפחתי דליה לנקוס הי״ד שנהרגה על קידוש ה׳ בידי מחבל בן עולה בגוש עציון כסלו תשע״ה.

שלא כיוונו להעיד) והרי אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדות כולם בטלה? ותירוצים רבים נאמרו לקושיא זו.[2]

לכאורה לפי הבנה זו שבבית דין של הכהנים היתה הגדת עדות יש להקשות קושיא פשוטה על המשנה הנ"ל. איך קיבלו בי"ד שבלשכת הגזית את עדות העדים אחר שכבר העידו בבית דין של כהנים? הרי לאחר שכבר אמרו מה ראו, אם בעדותם יאמרו אחרת יתברר שהם שקרנים והם ירצו להגיד מה שהעידו בבית דין הראשון. ולפ"ז אין להם נאמנות בעדותם השניה שראו את הלבנה שכן "עביד איניש לאחזוקי דיבוריה" וחייבים להעיד בדיוק מה שהעידו קודם בשביל שלא יתגלה ששיקרו? וכך מבואר ברשב"א בכתובות כא שאדם נחשד להאחזיק עדות שהעיד?[3]

כדי לענות על שאלה זו נעיין מעט בבאור הסברא "עביד איניש לאחזוקי דיבוריה" היכן נאמרה והיכן נפסקה להלכה.

ב. פסול עדים שעדותם נפסלה לחזור ולהעיד

בב"י חו"מ סי' לג הובאו דברי בעל העיטור שפסק בעד שבא להעיד בבי"ד כאשר היה קרוב לאחד מבעלי הדין ובי"ד פסלו את עדותו. לאחר זמן נתרחק העד מקורבתו (כגון גיסים שמתה אחת מנשותיהם) האם יוכל לחזור ולהעיד בבי"ד הואיל ועכשיו אינו קרוב ועדותו תהיה כשרה? ופסק העיטור שאין העד יכול לחזור ולהעיד הואיל וכבר העיד כעד פסול.

נפסק השו"ע (חו"מ לג,כח): "כל מי שאין אתה מעיד לו מפני שהוא בעל קרובתך, אם מתה אשתו, אף על פי שהניחה לו בנים, הרי זה נתרחק, וכשר". והרמ"א מוסיף דברי העיטור להלכה וז"ל:

> הגה: מיהו אם נפסק הדין כשהיה קרוב לא יוכל לחזור ולתבעו אח"כ בעדות זה שנתרחק, דהואיל ונפסק הדין, נפסק.

---

[2] בשלמי יוסף ר"ה (ס, אות ה) מובא בשם האדמו"ר מוהרי"ד מבעלזא זיע"א שחלק על הבנת המנ"ח וסבר שכלל לא העידו העדים בבית דין של הכהנים אלא רק עברו שם בדיקה לכשרותם אך בלי להעיד. ע"פ דבריו כמובן שכלל לא שייך להקשות גם את הקושיא דלקמן דעביד איניש לאחזוקיה דיבוריה. וכן מבואר בקה"י ר"ה סוף סי' יט. אך מדברי כל האחרונים שהתייחסו לקושית המנ"ח מוכח שהבינו המשנה שלא כמוהרי"ד מבעלזא.

[3] ואחר חיפוש מצאתי בהגהות בית שאול על המשניות להגרי"ש נתנזון (בעל השואל ומשיב) שהקשה קושיא זו עי"ש.

ההבנה הפשוטה בדברי הרמ״א היא שמכיון שנפסק הדין אי אפשר לקבל מחדש את עדות העד. ומעין דברי רב ביבמות לז: ״קם דינא״ ולא משנים את הדין לאחר שנפסק למרות שהנסיבות השתנו.

הש״ך (ס״ק ט) מבאר דברי הרמ״א באופן הנ״ל ומקשה שבמקרה של עד קרוב שנתרחק אין טעם לחלק בין אם נפסק הדין או לא. ונראה כוונתו כקושית התומים ס״ק ח המקשה על פשטות דברי הרמ״א מה משנה העובדה שנפסק הדין, הרי מבואר בסנהדרין (לא,א) שכל זמן שלא אמר בעל הדין אין לי ראיה חוזר ומביא ראיה לסתור הדין. וא״כ למה שפסק דין יבטל את נאמנות העד שנתרחק הרי עכשיו הוא כשר וצריך לסתור הדין?

בעקבות הקושי הנ״ל מנמק הש״ך את פסק בעל העיטור, שאין העד יכול לחזור ולהעיד, בכך שהעד אינו נאמן בעדותו השניה ולא בגלל ש״קם דינא״. ומבאר שהעד מוכרח לומר בדיוק מה שאמר בפעם הראשונה ולהחזיק את דבריו הראשונים כדי שלא ימצא שקרן ולכן אינו נאמן גם משנתרחק. וז״ל:

> אבל כוונת בעל העיטור לומר, כשהעד העיד מתחילה בבית דין כשהיה קרוב ולא ידעו מקורבתו, ואח״כ נודע מקורבתו ונפסל ופסקו הדין, לא יוכל אחר כך לתבעו עוד בעד זה אחר שנתרחק, שבודאי יאמר כדבריו הראשונים שלא יהא כשקרן. וכן משמע בבעל העיטור (אות קו״ף דף לח סוע״א) להדיא וז״ל: והיכא דאתו בי תרי לדינא, ואייתי סהדי ואשתכח דקרוב הוא ואיפסל ופסקו לדינא, ובתר כמה יומי נתרחק, דאי הוי מסהיד ההיא שעתא כשר הוי, מסתבר כיון דאיפסק ההוא דינא איפסק ולא סתר דינא, דעביד אינש לאחזוקי דבוריה, עכ״ל. והר״ב והאחרונים לא ביארו זה והיה להם לבאר.[4]

ג. הסתירה בפסקי הרמ״א ובאור קצוה״ח

מן האחרונים יש שהקשו שישנה סתירה בדברי הרמ״א בנידון דידן. פסק הרמ״א (כח, טו; ע״פ דברי הר״מ הארוך) שעדים שהעידו שלא בפני בעל הדין יכולים לחזור ולהעיד כאשר הגיע בעל הדין ולא אומרים שיחזרו להעיד כפי עדותם הראשונה ולכן לא יהיו נאמנים. וא״כ רואים שלא אומרים שאדם

---

[4] בספר אור חדש (על ספר העיטור) הקשה על ביאור הש״ך מדברי בעל העיטור עצמם, שבתחילת אות ״קבלת עדות״ העיטור במפורש מכשיר עדים שהעידו שלא בפני בעל הדין לחזור ולהעיד. וא״כ רואים שלא חוששים שיחזיקו דבריהם הראשון ולא נאמין להם. וכמו שמבואר בפסקי הרמ״א המובאים לקמן.

רוצה להעמיד דבריו הראשונים? ומדוע בסי' לג פסל עדים לחזור ולהעיד פעם שניה?

המהרש"ל (בשו"ת סי' יא) חלק על דברי הרמ"א ופסק שעדים אינם יכולים לחזור ולהעיד אחר שהעידו שלא בפני בעל הדין משום שיבואו להחזיק דבריהם הראשונים. כדברי העיטור שנפסקו בסי' לג בדין קרובים שנתרחקו צריך לפסול את העדות[5] גם כשהעידו בתחילה שלא בפני בעל הדין.

קצוה"ח כח,ז חולק על הש"ך בהסבר דברי העיטור ומבאר שפסיקת העיטור והרמ"א שלא מקבלים עדות של מי שהיה קרוב ונתרחק אינה משום שחשוד להעמיד דבריו הראשונים אלא משום שנפסק הדין ובזה אומרים שקם דינא ולא מעידים שוב.

ע"פ הסבר זה בדברי הרמ"א מבאר קצוה"ח את הסתירה הנ"ל בפסקי הרמ"א שכן בסי' כח נפסק שיכולים לחזור ולהעיד בפני בעל הדין אע"פ שכבר העידו קודם שלא בפניו. משום שבי"ד לא דן שלא בפני הנתבע ולא נגמר הדין ולכן יכולים העדים לחזור ולהעיד כשיגיע בעל הדין. אך בסי' לג שנגמר הדין כשהיו העדים קרובים שוב אין להם אפשרות לחזור ולהעיד משנתרחקו והוכשרו להעיד שכן "קם דינא".

קצוה"ח מביא ראיה לשיטתו, שלא אומרים "עביד איניש לאחזוקי דיבוריה", מכך שאנו פוסקים שגם אם לא העידו עדים יחד אפשר לצרף עדותם ע"י שיחזרו להעיד יחד. ומוכח שאין חשש שיעידו ע"פ עדותם הקודמת ויבואו להחזיק את דבריהם אלא נאמנים בעדותם השניה.

ד. קושיות האחרונים על באור דברי הרמ"א

על באור קצוה"ח שדברי העיטור מבוססים על הגדר של "קם דינא" הקשו האחרונים, שסברת "קם דינא" היא שבכך שנפסק הדין בעל הדין התייאש מהממון וויתר עליו אינו יכול לחזור ולתבוע וכן מבואר בתרוה"ד סי' שי.[6]

---

[5] ועדיין צ"ב איך לישב דברי העיטור עצמו שהכשיר עדים שהעידו שלא בפני בע"ד לחזור ולהעיד? והמהרש"ל פוסק (במקרה שדן בו) שגם בהעידו שלא בפניו יש חשש שיבואו לאחזיק דבריהם ופסולים לחזור ולהעיד ע"י"ש.

[6] ובחידושי רע"א יבמות לז הביאו הגה' רע"א שהביא דברי התרוה"ד והקשה שאם הטעם של "קם דינא" הוא משום יאוש של בעל הדין מהממון אז בקטן שאינו בר מחילה ויאוש לא נאמר קם דינא ולא מצאנו בפוסקים שחילקו בכך.

ומפשטות דברי העיטור עולה גם במקום בו לנתבע היו עדים קרובים לפוטרו מלשלם ונתרחקו לא משנים הדין וחייב לשלם. ולגבי הנתבע לא שייכת הסברא של קם דינא שהתייאש מהממון שכן הוא המוחזק בממון ומדוע שלא נקבל את העדות מחדש לאחר שנתרחקו העדים?

עוד הקשו האחרונים, שלגבי חוב קימ"ל שלא מהני יאוש וא"כ כל הדין של בעל העיטור לא שייך בחובות והרמ"א פסק בסתם שלא יכולים לחזור ולהעיד בכל העדויות?[7]

הנו"ב (אבה"ע קמא כז) כתב שטעמו של העיטור כדברי הש"ך, שאדם חשוד להחזיק דבריו הראשונים. אך גם הש"ך מודה שרק אם נפסק הדין לא יכול העד לחזור ולהעיד. וא"כ שוב מיושבים פסקי הרמ"א הנ"ל וכדרך שחילק קצוה"ח. וכן הסיק גם שער המשפט לג,ג.

אך צ"ב מה החילוק בזה שכבר נפסק הדין לעניין החשש שלא יאמר את האמת הרי גם אם לא נפסק הדין על פיו לא ירצה להודות ששיקר בעדותו? וכן הקשה שער המשפט שם על תירוצו ונשאר בצ"ע.

עוד הקשה התומים, מדוע בכך שנגמר הדין יפסלו העדים מלחזור ולהעיד. הרי קימ"ל שאם מצא הנתבע ראיה גם לאחר שנפסק הדין מביא ראייתו וסותר הדין (וכמובא לעיל). ואם אפשר לקבלם אחר שכבר העידו אין סיבה לחלק בין לפני שנגמר הדין לאחרי שנגמר הדין?

ובעיקר הסברא של "עביד איניש לאחזוקי דיבוריה" צריך באור: אפילו אם לא נאמין לעד במה שמעיד בפעם השניה משום שרוצה להעמיד דבריו הראשונים הרי אין שום סיבה לחשוד ששיקר בעדותו הראשונה. ואף שפסלנו אותה ולא נתקבלה בבי"ד אין שום ראיה ששיקר בתוכן העדות. וא"כ מדוע לא נאמינו בפעם השניה כמו שמאמינים לדבריו בפעם הראשונה? וכך הקשה

---

[7] כך הקשה הדברי יחזקאל (לב). ביישוב שיטת קצוה"ח נראה שסבר שקם דינא הוא מדין הפקר בי"ד הפקר וכמבואר בנתיבות רפ,א. וא"כ לא קשה כלל מכך שגם הנתבע לא יכול להביא העדים לזכותו למרות שמוחזק בממון משום שפסיקת בי"ד הפקירה את הממון וזכה בו התובע. גם אין קושי מיאוש בחוב שכן אין קם דינא פועל מצד היאוש אלא מתורת הפקר בי"ד הפקר. ושוב ראיתי שנראה לומר כך בדעת קצוה"ח כה,ט שאם הדיין נשא ונתן ביד במקצת הממון קם דינא בכל הממון עיי"ש. גם בקונטרס הספיקות כלל ו אות יב הקשה על טעמו של תרוה"ד והוכיח ש"קם דינא" אינו משום יאוש שכן בדין "מי שאבדה לו דרך שדהו" מבואר שכלל לא התייאש שכן מצא דרך שדהו ביד הלוקח עיי"ש.

תומים לג,ח.[8]

לתירוץ הקושיות הנ״ל נקדים לבאר דין נוסף בדיני קבלת העדות.

ה. עד הצריך שבועה

בקידושין מג דנה הגמ׳ אם שני שליחים לפרעון חוב נאמנים להעיד שעשו שליחותם ופרעו את התשלום למלוה. ומבואר בגמ׳ שאינם נוגעים בעדות בכך שמעידים שמסרו את הכסף למלוה (ופוטרים עצמם מהחשד שלקחו את הכסף) משום שיכולים לטעון שהחזירו את הכסף ללוה ששלח אותם. ובמיגו שהיו נאמנים בטענת ״החזרנו ללוה״ נאמנים בעדותם ששלמו למלוה.

למסקנת הגמ׳ אחרי שחכמים תקנו שבועת היסת, במקרה שבו יש הכחשה בין הלוה לבין השליחים צריכים הם להישבע כנגדו שבועת היסת שבאמת פרעו למלוה. וא״כ בעקבות חיוב השבועה הנ״ל אינם נאמנים לטעון שהחזירו הכסף למלוה (אף שהלוה לא מכחיש אותם) משום שיתכן ורוצים לפטור עצמם בטענתם משבועת היסת ללוה ואין להם את טענת המיגו הנ״ל שהיו אומרים החזרנו את הכסף ללוה.

בתוס׳ שם ד״ה והשתא הקשו מדוע לא יהיו נאמנים העדים כלל? הרי אפשר להשביעם שבועת היסת על טענתם ששילמו למלוה. ולאחר שבועתם חוזר ה״מיגו״ ויש להאמין להם, שהרי אם הם נשבעו לשקר היו יכולים להכחיש את הלוה שהחזירו לו את הכסף והיו נשבעים כנגדו. ומדוע מבואר בגמ׳ שאינם נאמנים כלל? תוס׳[9] מתרץ שמדין התורה ״על פי שני עדים יקום דבר״ מתחדש שהעדים צריכים להיות נאמנים בעדותם בלבד. וא״כ לא מתקבלת עדות העד אם הוא צריך להישבע על דבריו ש״עד הצריך שבועה אינו עד״. ואין אפשרות שיעידו על התשלום למלוה וישבעו על כך היסת.

---

[8] התומים שם ביאר שהעדים סברו שביה״ד לא יקבל עדותם מכיון שהם קרובים ולכן הם אינם מדייקים בעדותם הראשונה. ואף שלא נחשדו קרובים לשקר אפשר שלא מדייקים. ובעדותם השניה יבואו להחזיק עדותם הראשונה. ועיין בשו״ת דברי שלום א,מז שמקשה אם בי״ד יודעים בפסול קורבתם איך מקבלים עדותם? ואם בי״ד לא יודעים שוב צריכים לדייק בעדותם בפעם השניה. ונשאר בצ״ע על דברי התומים.

[9] וז״ל: ״ואומר ר״י דלכך אין נאמנים לאחר שנשבעו משום דרחמנא אמר (דברים יט) ׳על פי שנים עדים יקום דבר׳ דמשמע הנאמנים בדיבור בלבד אבל העדים הטעונים לישבע קודם שיאמנו דבריהם אין ממש בעדותם״.

הקובץ שיעורים (ב״ב אות קו) הקשה מדוע העדים נאמנים מכח מיגו שיטענו החזרנו המעות ללוה? הרי אלו עדים הצריכים מיגו ולפי תוס׳ עדים שלא נאמנים בדיבורם (אלא בצירוף גילוי נאמנות אחר) לא חשובים עדים?

ומתרץ שם הגרא״ו, שיש לחלק בין שבועה של העדים לבין מיגו. לעומת שבועה בה צריכים העדים למעשה נוסף על עדותם בשביל שיאמינו להם במיגו לא צריכים לעוד מעשה. ומו״ר הגרמ״ח דימנטמן שליט״א ביאר בזה, שנאמנות שבועה היא דבר נוסף על העדות ולכן פוסקים שעד הצריך שבועה לא נאמן. אך במקום שיש לעד מיגו אז העדות עצמה נאמנת מכח המיגו ובזה לא שייך לפסול משום שהעדות צריכה מיגו שכן העדות כוללת גם את המיגו והכל בכלל הגדת העדים.

ו. עד הצריך עדות

המהרי״ק פסק ששליח לקדש אשה שקיבל ממשלחו כסף לקידושין יוכל להעיד על מעשה הקידושין אם יש עד נוסף על מעשה הקידושין. ואע״פ שהשליח חייב לטעון שנתן הכסף לאשה כדי לפטור את עצמו מלהחזיר את כסף הקידושין למשלח אינו נפסל לעדות בשל כך.

הב״י (אבה״ע לה) תמה על המהרי״ק, הרי העד צריך שבועה שבאמת נתן את הכסף לאשה כדי לפטור את עצמו מלהחזיר את הכסף. וקימ״ל שעד הצריך שבועה אינו עד ואינו יכול להעיד על הקידושין?

הט״ז לה,א מיישב, שהעד הכשר הוא ״עד המסייע״ שמעיד שבאמת ניתן הכסף לאשה. ולכן אין השליח צריך להישבע מפני שיש עד המסייעו ושוב לא שייך פסול של עד הצריך שבועה. ומקשה הט״ז על מה תמה הב״י?[10]

הב״ש שם מבאר שהב״י לא הכשיר את השליח כעד בעזרת העד הנוסף מדין ״עד המסייע״ משום שנאמנותו נוצרת רק ע״י עדות העד המסייעו. וכל שאין העד נאמן לבדו אלא נצרך לעד המסייעו נפסלת עדותו מדין ״עד הצריך עדות״, וכמו דין ״עד הצריך שבועה״. וביאר הדבר ע״פ דברי התוס׳ בקידושין, שהעד צריך להיות נאמן בעדותו לבד שכתוב ״על פי שנים עדים יקום דבר״ ומשמע על פי עדות עדים הנאמנים בדיבור בלבד. ובמקרה שהעד

[10] עיין באבנ״מ לה,ו שביאר דברי המהרי״ק שאין העד המסייע פוטר את השליח מהצורך להישבע ע״פ דברי הרמ״א בחו״מ פז,ו שאין עד המסייע פוטר משבועה שהמחוייב בה נאמן רק בגלל מיגו. וא״כ אצלנו שטוען שילמתי לאשה ונאמן רק בגלל מיגו של החזרתי לא מועיל כלל דין עד המסייע ומובנת תמיהת הב״י על המהרי״ק עי״ש.

זקוק לעדות אחרת בשביל להיות נאמן לא חשוב כעד הנאמן בעצמו ועדותו נפסלת.

ז. באור הפסול של עביד איניש לאחזוקי דיבוריה

עפ״י העולה מהנ״ל היה אפשר לתת טעם חדש[11] מהו הפסול של עביד איניש לאחזוקי דיבוריה. במצב בו עדות העד מתקבלת רק בצירוף נאמנות עדות שקדמה לה שוב חשוב העד כ״עד הצריך עדות״ ועדותו פסולה. ובאור הדבר הואיל ונאמנותו של העד לפנינו היא רק כאשר נתברר שלא הכחיש בעדותו השניה את עדותו הראשונה (שנפסלה) אין אנו מאמינים לעדות השניה כאמירה בעלת נאמנות ושוב קיים הפסול של עד הצריך עדות. והסברא שאדם עשוי להחזיק דבריו הראשונים רק מחייבת את הדיינים לחקור מה העיד בעדותו הראשונה שלה יש נאמנות בפני עצמה.

ובאור הדבר הוא, שבקבלת עדים יש חיוב לבי״ד לודא שאין לעדים נגיעה בעדות שלהם שבגללה הם מעידים. והואיל והסברא היא שאדם רוצה להחזיק בעדותו השניה את מה שהעיד בפעם הראשונה חשוב שיש לו נגיעה בעדות. ושוב הנאמנות היא רק לעדות הראשונה שנאמרה בבי״ד.

ומובן בזה מה שפסל בעל העיטור עדים שהעידו כשהיו קרובים לחזור ולהעיד משנתרחקו לפי שעדותם משנתרחקו מועילה רק לאחר שיתאימו דבריהם לעדותם הקודמת וכאמור כמו ש״עד הצריך עדות פסול״ משום שצריך עדות אחרת בשביל להאמינו כך גם העד שבשביל לאמת את עדותו צריך עדות אחרת שלו הוא עד פסול.[12]

התומים (הובא לעיל) הקשה מה פוגם זה שהעד המעיד בבי״ד בא להחזיק את עדותו הראשונה? הרי לגבי העדות הראשונה יש לו נאמנות ושוב יהיה נאמן כשחוזר ומעיד בשנית?

עפ״י הנ״ל מבואר שהעדות פסולה גם כשהיא נאמנת משום שחשוב כעד הצריך עדות שהוא פסול גם ללא חשש שקר.

---

[11] עיין בדברי יחזקאל סי׳ לב שג״כ ביאר אחרת דברי העיטור וקרוב בסברא לדברינו.

[12] הדברי יחזקאל הנ״ל מבאר דברי העיטור שפסול לאחזוקי דיבוריה הוא לפי שהעדות צריכה להיות מבררת ולומד זאת מהרמב״ם בפ״ז מיסודי התורה. ולכן במקום שהעד בא להחזיק דבריו אין עדותו מבררת. ועיי״ש שרוצה לתרץ הסתירה בדברי הרמ״א שיש חילוק בין פסול עדים מצד קרובים שזהו פסול עצמי לבין פסול של עדות שלא בפניו שאינו פסול עצמי ולכן יכול לחזור ולהעיד עיי״ש.

מעתה, גם מה שנתקשו האחרונים מדוע לחלק בין אם נגמר הדין, שאז לא יכולים העדים לחזור ולהעיד לבין אם העידו שלא בפני הבע"ד שחוזרים ומעידים מיושב שפיר. בזמן שבי"ד עדיין דנים לא חשוב כעד הצריך עדות אחרת אלא עדות אחת ובזה אין פסול וכמו בעד הצריך מיגו שבו אין פסול. אך משעה שנגמר הדין אם אח"כ בי"ד חוזרים ודנים חשובה העדות הראשונה כעדות נפרדת וחוזר הפסול של "עד הצריך עדות".

וממילא לק"מ מכך שקימ"ל שאף שנפסק הדין יכול הנתבע להביא עדים ולסתור הדין ומדוע בעדים שנתרחקו לא יכולים לחזור ולהעיד? משום שגם כשיבואו להעיד יהיו פסולים שכן נאמנותם צריכה את עדותם הקודמת ופסולים כנ"ל.

עוד יתורץ מה שהקשה קצוה"ח לג,ב מפסק השו"ע מה,יג (ע"פ תשו' הרא"ש) שאם חתמו כשרים ופסולים בשטר יכולים הכשרים לחזור ולהעיד בע"פ תוכן השטר ויהיו נאמנים. והקשה קצוה"ח למה לא נחוש שיבואו להחזיק דבריהם שבשטר ולא יהיו נאמנים בעדותם?[13]

אך ע"פ הנ"ל מתבאר שהסברא לפסול העדות היא בכך שבי"ד צריכים לבדוק אם תוכן העדות הכשרה תואם לעדות הפסולה בגלל הנגיעה של העד. אך בשטר שנפסל אין בו את הדין ששטר "כאילו נחקר בבי"ד" ואינו חשוב כעדות שנאמרה בבי"ד. וא"כ כמו שאין בי"ד צריך לאמת את עדות העדים עם דברים שאמרו מחוץ לבי"ד ולא קיים חשש של אחזוקי דיבוריה כך גם במקום שהשטר נפסל אין נגיעה לעדים שאין הבי"ד חושש להחזיק דברים שנאמרו חוץ לבי"ד.

ח. אחזוקי דיבוריה בטוען אני קידשתיה

שער המלך (אישות ט,יב) מוכיח שלא חוששים לכך שעביד איניש לאחזוקי דיבוריה מדברי הגמ' בקידושין סג,ב. המשנה מבארת, שאם שכח האב למי קידש בתו ובא אדם ואמר שהוא קידשה נאמן. ולדעת רב בגמ' נאמן רק לתת גט ולהתירה לכל העולם אך לא מאפשרים לו לשאת אותה מחשש שמא עיניו נתן בה.

---

[13] עיין בדברי יחזקאל שם שבעקבות קושית קצוה"ח חזר מתירוצו לדברי הרמ"א ורוצה לבאר שאין יכולת לעדים שהיו קרובים ונתרחקו לחזור ולהעיד משום שחשוב "תחילתו בפסלות" שראיה בפסלות אינה ראיה שאפשר להעיד עליה בכשרותם. ולא הבנתי לגמרי דבריו שם.

ומבואר שאף שחששנו בתחילה לכך שמשקר בשביל לשאת את האשה כאשר נותן גט מאמינים לו ולא אומרים שרוצה להחזיק שיקרו הראשון. וכך מבואר בריטב״א בקידושין שם. ומכאן הקשה שער המלך מדוע לגבי עדים נפסול עדותם השניה מחשש שיבואו להחזיק דבריהם הראשונים?

מהרי״ט (אה״ע לז) רצה להוכיח שלא אומרים ״עביד איניש לאחזוקי דיבוריה״ מפסק הרמב״ן בכתובות כג,א בדין אשה שאמרה שלא בפני בעלה ״נתגרשתי״ שאינה נאמנת. ואם חזרה ואמרה אח״כ בפניו שגרש אותה נאמנת משום החזקה שאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה. וקשה הרי אם קיים חשש שאדם ישקר בשביל להעמיד דבריו הראשונים גם אם אינו עד, הרי אפשר שמשקרת בפני בעלה משום שמחזיקה דבריה הראשונים. וא״כ למה תהיה נאמנת כשאומרת שוב שנתגרשה בפני בעלה?

אך לפי דברינו אין חשש שאדם ישקר בגלל דבריו הראשונים אלא רק בעדות שישנה חובה לבי״ד לברר שאין לעד נגיעה יכולים לקבל העדות רק בצירוף העדות הראשונה. ובזה יש פסול של עד הצריך עדות. אך במקום חזקות כמו ״אין אדם חוטא ולא לו״ וכן ״אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה״ אין כלל חשש שיבוא לשקר. ורק בעדות החשש שהעד נוגע בדבר להעיד כעדותו הראשונה יוצר פסול שהעד חשוב עד הצריך עדות.[14]

ט. באור פסול לאחזוקי דיבוריה בעדות החודש

מעתה נשוב לשאלה בה פתחנו, כיצד קבלו בי״ד את עדי החודש אחר שכבר העידו בבי״ד של כהנים הרי ״עביד איניש לאחזוקי דיבוריה״?

כתב הרמב״ם (קידוש החודש ב,ב):

> דין תורה שאין מדקדקין בעדות החדש, שאפילו קדשו את החדש על פי עדים ונמצאו זוממין בעדות זו הרי זה מקודש, לפיכך היו בראשונה מקבלין עדות החדש מכל אדם מישראל שכל ישראל בחזקת כשרות עד שיודע לך שזה פסול וכו׳.

מקור דבריו בגמ׳ ר״ה כה, שלומדת מכך שנאמר שלש פעמים ״אתם״ שאחד שוגגין ואחד מוטעין אם קידשו את החודש מקודש.

---

[14] ובדברי הרשב״א צריכים להגיע לחילוק זה, שהרי הרשב״א (כתובות כא,ב ד״ה הנח) מבאר הפסול של עד להפוך לדיין ״דכיון דאסהיד עביד לאחזוקי דיבוריה״ ורוצה להעמיד דבריו הראשונים אך באשה שאומרת גרשתני לא חושש לזה כדברי הרמב״ן.

לכאורה הרמב״ם מחדש יותר ממה שנאמר בגמ׳, שכן הגמ׳ מדברת רק על מצב בו בדיעבד קידשו החודש מוטעים לא בטל הקידוש והחודש מקודש. אך הרמב״ם מבאר, שלכתחילה לא מדקדקין בעדות החודש וצ״ב כיצד למד הרמב״ם מדברי הגמ׳ שגם לכתחילה לא מדקדקים בכשרות העדים המעידים על המולד?

האור שמח (קדוה״ח ב,ח) כתב: ״וטעמא נראה, דבכל מקום קבלת עדות הוי כתחלת דין, ופסק ב״ד כגמר דין, דעל פי עדים אנו דנין, ואם ענין העדים אמת הדין הוי דין, ואם אינו אמת תו גם הדין בטל, וכי חשבת הדין לדין ע״כ תחשוב העדות שעל פיה אתה דן לתחלת דין, אבל בקדוש החדש הלא קבלת העדות אינה אלא עלילה למה שידונו ויקדשו ב״ד החדש, דכי נמצאו זוממין או מוטעין אחר שקדשו ב״ד את החדש לא בטל הקדוש, וזה בכלל אשר תקראו אתם אפילו מוטעין... ולכן אין מדקדקין בעדות החדש א״כ אף אם תחשוב העדים למשקרין או מוטעין ג״כ הוי קידושן קדוש מעליא, והוי ממש תחלת דין, שלא ע״פ העדים אתה מקדש, אלא שבסבתן ב״ד מקדשין, והוי קדוש מעליא אף אם העדות שקר או מוטעת ודו״ק״.

ומבואר מדבריו שקבלת העדים בעדות החודש אינה נחשבת לתחילת דין אלא היא רק הסיבה שבית דין יבואו לדון בקידוש החודש. ורמת הנאמנות של העדים לא גורמת בכלל לפסיקת בי״ד לקדש החודש אלא רק מביאה לדיון בי״ד האם לקדש. ובזה מובן למה מועילה העדות כשנמצאו זוממין שאין העדות יוצרת הדין של קידוש החודש אלא רק הביאה לדיון בי״ד בדבר. לפ״ז אפשר לבאר דברי הרמב״ם, שגם לכתחילה לא מדקדקים בעדי החודש לפי שעצם קידוש החודש נובע רק מהחשבון והפסיקה של בי״ד.

עפ״י הנ״ל ברור שאין הפסיקה בקידוש החודש באה מבירור שעושים העדים ולכן אין בהם את הפסול של עד הצריך עדות שכן אין בעדות זו את הצורך שתהיה נאמנת מעצמה.[15] וא״כ שוב אין פסול של עביד איניש לאחזוקי

[15] לכאורה היה אפשר להוכיח ממשנה מפורשת שבעדות החודש לא שייך פסול של עד הצריך עדות. שכן במשנה בר״ה פ״ב מבואר שבתחילה היו מקבלים עדות החודש מכל אדם אך משקלקלו המינים והיו שוכרים עדי שקר תקנו שלא יהיו מקבלים עדות רק ממי שהיכירו שהוא נאמן. ומבואר במשנה שהיו שולחים עם העד עדים נוספים שיעידו על כשרותו בפני ביה״ד. וקשה הרי זהו עד הצריך עדות, שכן לולי עדות העדים המוכרים היינו חושדים בו שהוא עד שקר ואיך מקבלים עדותו לאחר שהעידו עליו? אלא מוכרח שאין בעדות החודש פסול של עד הצריך עדות. וכן העיר לי הרב יצחק ביסמוט הי״ו. אך אם כך קשה. דברי הירושלמי בר״ה יא. סותרים את עצם הדין של עד הצריך עדות שכן מבואר בירושלמי שם בעיר סוסיתה (שרובא גוים) ובאו משם שנים אחד ידוע כיהודי

דיבוריה שכל שאין העדים פסולים די בעדותם לקדש את החודש אף שנאמנותם היא עפ״י עדותם הראשונה.[16]

י. סיכום

הצגנו במאמר זה את פסק הרמ״א בדין עד שהעיד בפסול שאיננו יכול לשוב ולהעיד אחר שנעשה עד כשר.

הבאנו מחלוקת הש״ך וקצוה״ח בבאור הסיבה של הפסול להעיד שנית. לדעת הש״ך ועוד אחרונים העד חשוד לומר מה שהעיד בתחילה ולכן אינו נאמן. לדעת קצוה״ח העד נאמן אך מאחר ונפסק הדין כשהיה עד פסול ״קם דינא״. ונראה שנחלקו האם ישנו חשש שאדם ישקר בגלל דבריו הראשונים.

הפוסקים הקשו קושיות רבות על החשש הנ״ל ונשארו בצ״ע.

בעקבות דברי הב״ש (אבה״ע ל) בארנו באור חדש לדין הנ״ל, שעביד איניש לאחזוקיה דיבוריה אינו חשש אמיתי של שקר אלא נגיעה של העדות לעדות שקדמה לה. משום שאם תהיה הכחשה ביניהם העד יתגלה כשקרן. ובזה אמרינן שהעדות פסולה משום שעדות שנאמנת רק בצירוף ראיה אחרת פסולה כעד הצריך עדות.

והשני לא. ומבואר שם שהאחד אינו יכול להעיד על יהודת חברו בשביל שיעיד עמו, שכן חשוב שכל העדות ע״פ ע״א. ולכאורה גם אם אחר יבוא ויעיד לא נקבל את עדותו של החשוד בענינו כגוי שכן הוא עד הצריך עדות?

אלא ע״כ צריך לחלק ולומר שעד הצריך עדות פסול רק כשמעיד עדות השייכת לתוכן העדות אך עדות על כשרות העד עצמו חשובה כעדות נפרדת וכגילוי מילתא שהעד כשר ואין בזה שייכות לאמינות העדות של העד. ודברים אלו מפורשים בחי׳ החת״ס גיטין י,ב ע״פ דברי המגיה בטו״ז אה״ע לה,ב לחלק בין עדות על כשרות העד לבין עדות על תוכן הדין ע״ש. (אך מדברי הפני משה בבאור הירושלמי שם נראה שהבין שמדובר בעדי חתימה בשטר שע״א יעיד על כשרות החתימה של חברו ובזה כלל לא שייך פסול של עד הצריך עדות ודוק).

[16] לכאורה היה אפשר להקשות מדברי הרשב״א כתובות כא, שביאר הטעם שאין עד נעשה דיין בעדות החודש וכתב ״אבל עד המעיד אינו נעשה דיין אף על פי שאין צריכין עכשיו לעדותו כגון דאתו אחריני ואסהידו בה לבתר דאסהיד האי משום דהוה ליה כנוגע בדינו דכיון דאסהיד עביד לאחזוקי דיבוריה״ וא״כ מפורש שיש פסול של עביד איניש לאחזוקי דיבוריה גם בעדות החודש ודלא כדברינו? אך אחר התבוננות אין קושיא כלל. הרשב״א בא לבאר את הפסול של העד להיות דיין ובזה שיש חשש שיבוא להחזיק דבריו חשוב נוגע ופסול מלהיות דיין. ובזה גם בעדות החודש קיים פסול בדיינים כשאר דיני תורה. אך ביחס לפסול העדים מחשש שיבואו להחזיק דבריהם הראשונים ישנו הבדל בין עדות בקידוש החודש לשאר עדות בתורה וכמפורש בדברי הרמב״ם ודוק.

ע״פ באורנו הנ״ל יושבו הקושיות על פסקי הרמ״א והסתירה שבדברי בעל העיטור.

עוד נתבאר שאין להקשות על החשש הנ״ל ממקרים בהם אדם נאמן כשחוזר על דבריו הראשונים. וכמו באשה שאמרה גרשני בעלי וכן בנותן גט כשאמר ״אני קידשתיה״ משום שאין זה חשש שישקר נגד חזקת נאמנות אלא רק פסול של נגיעה בעדות וכמו שנתבאר.

סיימנו בתירוץ קושית בעל השואל ומשיב איך יכלו עדי החודש לשוב ולהעיד עדותם בפעם השניה והעלנו מדברי האור שמח שאין בעדות החודש הפסול של עד הצריך עדות וממילא לא יהיה פסול בעדות פעם שניה משום ״אחזוקי דיבוריה״.

הרב ירון רוזיליו

גדר הקבלה באומר 'נאמן עלי אבא'

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. קבלה ממונית

1. התחייבות בדיבור

2. הודאת בעל דין – שיטת הרשב"ם והרמ"ה

3. מתנה על מה שכתוב בתורה

ג. בי"ד של פסולים – בי"ד ממש

ד. גדרו של הקנין

ה. תוקפה של קבלת פסולים

ו. סיכום

א. הקדמה

איתא בסנהדרין כד,א:

> אמר לו: נאמן עלי אבא, נאמן עלי אביך נאמנים עלי שלשה רועי בקר, רבי מאיר אומר: יכול לחזור בו, וחכמים אומרים: אינו יכול לחזור בו. היה חייב לחברו שבועה, ואמר לו: דור לי בחיי ראשך רבי מאיר אומר: יכול לחזור בו, וחכמים אומרים: אין יכול לחזור בו.

מתחדש במשנה שאף על פי שפסלה תורה קרובים לדון או להעיד – אם בכל אופן בעלי הדינים מקבלים אותם ומצהירים שהם נאמנים עליהם לדון או לעדות – הקבלה קיימת.

אף שנראה שר"מ סובר שיכול לחזור בו הגמרא מביאה שיטה שלא בכל מצב סובר ר"מ שיכול לחזור בו וגם הוא מודה שיכול לקבל על עצמו פסולי עדות לדון או להעיד. נקודת המחלוקת בין ר"מ וחכמים היא מהו השלב הקובע שאחריו הקבלה מוחלטת ואין בעל הדין יכול לחזור בו. אמנם יש מ"ד שר"מ סבור שתמיד יכול לחזור בו מ"מ הלכה כחכמים.

נמצא שאדם יכול לקבל על עצמו לידון בפני פסולי עדות שגם פסולים לדון בעלמא וכן יכול לקבל על עצמו להתנהג על פי עדות של פסולי עדות. וכן נפסק בשולחן ערוך (חו״מ כב,א):

> מי שקבל עליו קרוב או פסול, בין להיותו דיין בין להיותו עד עליו אפילו קבל אחד מהפסולים בעבירה כשני עדים כשרים להעיד עליו, או כג׳ בית דין מומחים לדון לו בין שקבל על עצמו לאבד זכיותיו ולמחול מה שהיה טוען על פיהם, בין שקבל עליו שיתן כל מה שיטעון עליו חבירו בעדות זה הפסול או בדינו, אם קנו מידו על זה, אינו יכול לחזור בו. ואם לא קנו מידו, יכול לחזור בו עד שיגמור הדין. נגמר הדין, אינו יכול לחזור בו, והוא שלא נודע שטעו.

והדברים טעוני ביאור – הלא התורה פסלה עדים רשעים – ״אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס״ ודרשה הגמרא בסנהדרין כז,א ״אל תשת רשע עד״ – וכן עדים קרובים – ״לא יומתו אבות על בנים ״ – בעדות בנים כפי המופיע בסנהדרין כז,ב. וקיי״ל כל הפסול להעיד פסול לדון, וכיצד יתכן שהסכמת בעלי הדין תשנה זאת.

בספר החינוך מ׳ רלד מובא:

> שלא יכבד הדיין אחד מבעלי הדין בשעת הריב...
>
> מדיני המצוה, מה שאמרו זכרונם לברכה (שבועות ל,א) שלא יהא אחד יושב ואחד עומד, אלא שניהם עומדין, כי בהיותם לפני הבית דין ראוי להם לעמוד כאילו הם לפני שכינה, כי רוח אלהים שוכן בתוך עדת דייני ישראל, כמו שנאמר אלהים נצב בעדת אל וכו׳.
>
> ונוהגת בכל מקום ובכל זמן בזכרים, כי להם המשפט. ועובר עליה וכיבד בעל דין אחד יותר מחבירו במזיד, עבר על לאו זה וביטל עשה, שכתוב (ויקרא יט,טו) בצדק תשפוט וכו׳.

המנ״ח שם מביא:

> והנה נ״ל פשוט דאף דבכל הפסולים לדון מהני בדיני ממונות אם קבלו עליהם בעלי דין אף לכתחלה לדון מ״מ נראה דלענין עמידה וישיבה לכתחלה לא מהני קבלה דזהו מפני כבוד הש״י שאלקים נצב בעדת כו׳ זה אין בידם למחול דאל״כ יסכימו הבע״ד להושיבם בגמר דין א״ו דלא מועיל אף אם שניהם מסכימים אך נ״ל לשיטת קצת

ראשונים דסברי דאף בדיעבד פסול יושב בגמ"ד אפשר דהוי קבלה דלא גרע משאר פסול ועיין בב"י ח"מ סי' שפ"ח תשובת הרשב"א דמשום כבוד שמים גזרו על ינאי שיעמוד ע"ש.

ואני מסתפק דאפשר אם קבלו עליהם דיינים קרובים ופסולים יכול להיות דמותרים הב"ד לעמוד בשעת גמ"ד והבע"ד לישב דאין זה בגדר דין התורה כלל וכן אפשר אם קבלו הבעלי דין עדות קרובים ופסולים אפשר ג"כ דא"צ לעמוד בשעת העדות וגם הבע"ד א"צ לעמוד כנ"ל בסברא וצ"ע.

המנ"ח מסתפק האם האפשרות של בעלי הדין לקבל על עצמם לידון בפני פסולים תשמש בנין אב לויתור על הלכות נוספות הנוגעות לסדרי הדין כגון סדרי ישיבה ועמידה הנ"ל.

המנ"ח נוטה תחילה לומר שאף שיכולים לקבל על עצמם עדות פסולים מ"מ אינם יכולים למחול על סדרי הדין של עמידה וישיבה שכן הם נובעים מכבוד הש"י דאלקים ניצב בעדת אל ומ"מ לא שלל זאת. בשלב זה נראה שהמנ"ח ראה את בית הדין כבית דין כשר שמקבל עדות של פסולים.

ספק שני שנסתפק – היכא שקיבל על עצמו דיינים קרובים או פסולים יתכן שבית הדין אינו בית דין כשר כשלעצמו ויתכן שאפילו ללא קבלה מפורשת אין כלל צורך בעמידת וישיבת העדים ובעלי דינים כבכל בית דין רגיל שכן דין בדיינים או עדים פסולים אינו דין התורה כלל שהרי מהתורה פסולים אינם יכולים להעיד ולדון.

מהספק הראשון נראה שקבלת עדים פסולים לא משנה את מהות הענין ועדיין בית הדין הינו בית דין רגיל – והיה מקום להשליך מכאן לסוגי פסולים נוספים. אולם בספקו השני כבר נטה המנ"ח לומר שהיכא שמקבל על עצמו פסולים – הדין אינו דין תורה כלל שהרי התורה שללה קבלת עדים או דיינים כאלו. ולכן אין צורך כלל לכל סדרי הדין מלכתחילה.

בדבריו אלו של המנ"ח אנו מוצאים התלבטות בין שתי הבנות שיפורטו לקמן – הבנה אחת גורסת שבית דין המקבל עדים פסולים או מורכב מדיינים פסולים הינו בית דין כשר אם הדבר נעשה בהסכמת בעלי הדין – ומוטל עלינו להבין כיצד מתיישב הדבר עם דין התורה לפוסלם. הבנה שניה היא שאין לבית דין כזה תוקף של בית דין אמיתי אלא הוא אמצעי לגישור בין בעלי

הדין וקריאתו בית דין הוא שיתוף השם בלבד ואזי עלינו להבין את גדר הקבלה וההשלכות הנובעות מכך.

נציין שבמקומות אחרים נראה שהמנ"ח נוקט עמדה בספקו הנ"ל. עיין מ' עד "לא תשא שמע שווא", וכן מ' עט – שלא לרחם על עני בדין ששם נוקט המנ"ח כדבר פשוט שהיכא שקיבלו בעלי הדין דין של פסולים – נוהגים לאוין אלו גם בהן משמע שדינם כבית דין רגיל.

ב. קבלה ממונית

הסברא הפשוטה אומרת שאין בכח קבלת פסולים להכשיר בי"ד, דמהיכי תיתי שאיסור התורה לדון בפני פסולים לא חל במקום שבעלי הדין מקבלים על עצמם. הקבלה הינה קבלה ממונית לכל דבר והאדם מקבל את הכרעת הדיין הפסול כפי שיכול ליזוק בנכסיו בכל אופן אחר.

אמנם היה מקום להקשות מדין ערכאות של נכרים בחו"מ כו – שם מובא שכל הדן בערכאות של גויים – הריהו מרים יד בתורת משה – חזינן שהתורה הקפידה ביותר שדין התורה יצא לאור ואילו בנדון דידן אפשר לקבל רשעים או רועי בקר שאינם יכולים לדון דין תורה באמת.

נראה שהשוני המהותי הוא שבערכאות הדין ביסודו מנוגד לדין תורה ומכאן החומרא להזדקק לו – כי בזה הוא מרים יד בתורת משה ומעדיף דין אחר של עבודה זרה או דין חילוני. אולם רועי בקר או פסולי דיון אחרים מנסים הם לדון דין תורה אף שאין להם הידע הדרוש במקרה של רועי בקר לכה"פ – לכן אין כאן הרמת יד בתורת משה אף שלא יצא הדין לאמיתו.

בנוסף הרי נפסק שהיכא שטעו הדיינים יכולים בעלי הדין לחזור בהם אפילו לאחר גמר דין – יוצא שענין בית הדין הוא לדון דין תורה.

בסימן כב,ב פוסק המחבר:

> אם קבל עליו עדות עובד כוכבים, כמי שקיבל עליו עדות אחד מהפסולים. אבל אם קבל עליו עובד כוכבים לדיין, אפילו קנו מיניה, אין הקנין כלום, ואסור לידון לפניו.

הש"ך שם בס"ק טו מקשה על דברי המחבר וז"ל:

> ...נראה לומר דדוקא התם דמיירי להדיא שקנו מידו סתם לדון בדיני גויים דהוי אויבינו פלילים שמחזיק ערכותיהם ודתם, משא"כ

> בהך דהמרדכי שקנו על גוי אחד בפירוש, הרי שגוי זה נאמן בעיניהם, ולא משום שמחזיקים משפטי הגויים ודתם, רק שזה הגוי נאמן בעיניהם וסמכו עליו, דמהני כמו קיבלו קרוב או פסול. וחילוק זה נכון מאד וכו'.

נראה שנחלקו המחבר והש"ך האם יש איסור לידון בהסכמה בפני גוי שאינו דן לפי חוקי דתם. בדעת הש"ך נראה כפי החילוק שכתבנו שרק בדין המייקר את חוקי דתם אסור לידון אבל באופן אחר אף שהגוי אינו בקי בדין תורה מותר אולם המחבר מחמיר וסובר שכל דיון בפני גוי אסור.

בביאור הגר"א שם מסביר בדעת המחבר שיש איסור עצמי לידון בפני גוי וז"ל: "דמתנה על מ"ש בתורה כמ"ש גטין פח,ב לפניהם כו' (ע"כ)" – כלומר הלימוד "אשר תשים לפניהם – ולא לפני דייני עכו"ם" המובא שם בגיטין כולל כל דיין גוי באשר הוא.

מ"מ נראה בדעת המחבר שהקפידא היא לדון בפני גוי ולא מחמת אי הוצאת דין תורה לאור.

הסיבה שקבלת בעלי הדין אינה מועילה בדיין גוי מובאת שם בנו"כ – הקבלה היא התנאה על מה שכתוב בתורה – כלומר הקבלה היא בניגוד לאיסור התורה לדון בפני גויים לכל מר כדאית ליה.

יוצא מכך לענייננו שאף שפסלה תורה פסולים וקרובים לדון – אין בדבר איסור דא"כ גם בהם לא תועיל קבלה דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה. לקרובים ופסולים הדנים אין תוקף של בית דין אבל גם אין איסור לידון בפניהם.

אמנם ניתן לומר שאכן אסור לדון בפניהם אבל היכא שקיבלוהו עלייהו הוי מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון ולכן חל. בפני גויים הוי איסור שאינו ממוני אלא יקור יראתם וההתנאה הוי התנאה רגילה ולא רק ממונית ולא חלה.

לקמן הבאנו שלא פשוט ליישם כאן את הכלל של מתנה על מה שכתוב בתורה ולכן מסתבר יותר כצד הראשון שאין איסור לידון בפני קרובים ופסולים וכן אין איסור להתנהג על פי עדותם אלא שאין בית דין יכול לעשות כן אלא בהסכמתם שכן אין לעדותם ולמשפטם תוקף מחייב וזו כוונת התורה בפסלות העדים הנ"ל.

באופן קבלת בעלי הדינים על עצמם יש לעיין – כיצד חלה הקבלה הרי כל קבלה צריכה מעשה קנין – וכאן אי קנו מידו מהני אבל גם ללא קנין אי היה גמר דין אינו יכול לחזור בו ומה מחייב אותו בקבלה על פה בפני בי״ד שאינו באמת בי״ד.

הרב אברהם ארלנגר (ברכת אברהם בר״פ זה בורר) מעלה כמה אפשרויות:

1. התחייבות בדיבור

הרמב״ם בהלכות מכירה (יא,טו) פוסק:

> המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל, אף על פי שלא היה חייב לו כלום הרי זה חייב, שדבר זה מתנה היא ואינה אסמכתא, כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אף על פי שאין שם עדים, או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר, אף על פי שלא אמר אתם עדי, הואיל ואמר בשטר הרי זה כמי שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם, אף על פי ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום, שהרי חייב עצמו, כמו שישתעבד הערב, וכזה הורו רוב הגאונים.

נמצאת דעת הרמב״ם שאף שא״א להקנות חפץ ללא מעשה קנין, ניתן להתחייב על סך מסוים. וזו גופא מהות הקבלה בנאמן עלי אבא– שהוא מתחייב ליתן כפי מה שיפסקו עליו הפסולים. ומה שלא חלה ההתחייבות מיד ועוד לפני גמר דין – מחמת שזוהי גופא האומדנא של קבלתו שמקבל על עצמו לשלם כפי שיפסקו בגמר דין ובתנאי שלא יחזור בו.

אלא שצל״ב לפי הבנה זו מדוע היכא שקנו מידו הוא מתחייב מעכשיו – אפילו לפני גמר דין – שלא לחזור בו מהקבלה – הלא אמרנו שמהות הקבלה היא שלא לחזור בו אחרי גמר דין. וצ״ל לפי זה שהיות והוסיף להקנות – בא לייפות את כח הקבלה שלא יוכל לחזור מהשתא.

קושיא נוספת להבנה זו – אם מתחייב לחברו בדין דבר שאינו ברשותו כרגע כגון לקנות לו חפץ מהשוק – כיצד תועיל התחייבות ואתינן לשאלה אי יכול אדם להתחייב על דבר שאינו בעולם. וכה״ק הברכת אברהם.

קושיא נוספת היא, שהרמב״ם עצמו פסק שאין התחייבות מועילה אלא בדבר קצוב והכא אינו קצוב כי אינו יודע כמה יפסקו לו. וצ״ל שגם בדבר

שגבולו קצוב ניתן להתחייב וברור שלא יתחייב יותר מתביעת התובע וכבר מצאנו שיטה כזו ברמב"ם.

עוד קשה מה יאמרו החולקים על הרמב"ם הסוברים שהתחייבות בעי קנין (תוספות ועו"ר), כיצד מועילה התחייבות ללא קנין ואפילו שהיה גמר דין כיצד מתחייב בזה הרי הם דיינים פסולים ודינם אינו דין. וכה"ק הברכת אברהם.

עי"ש בברכת אברהם פירוט רב יותר בנוגע לפרטי הקבלה. ענינו במאמר זה היא לדון על העקרון שבהבנה זו.

תוס' בב"מ (עד,א בד"ה הכא) מביא את הענין של נאמן עלי אבא כדוגמא להקנאה ללא מעשה קנין. בכוונתם ניתן לומר שהקנין חל מחמת גמירות דעת הנוצרת מהמעמד והדיון ולכן אין צורך במעשה קנין. מ"מ חזינן בדעתם שתוקף הקבלה של נאמן עלי אבא נובע מקנין אף שלא היה מעשה קנין.

תמיהה מרכזית ביסוד ההבנה הזו ולא בפרטיה היא שגם אם נאמר שחלה ההתחייבות בדיבור או אפילו בקנין – מ"מ לפסק הדין יהיה גדר של מתנה בעלמא לדוגמא אם יש תביעה בין לוה למלוה על שטר אי הוי פרוע או לא וקיבלו על עצמם פסולים לדון ופסקו לשלם – הרי אליבא דאמת לא היה פסק דין שהשטר לא פרוע שכן בדיינים פסולים עסקינן – וא"כ תשלום הלוה יהיה מכח התחייבותו – ויהיה בו דין מתנה בעלמא.

יש השלכות רבות להגדרה כזו – לדוגמא – אם יש בעל חוב מאוחר לבעל חוב זה – יוכל בעל חוב המאוחר לומר שהוא קודם למתנה זו שנותן הלוה ויגבה את חובו קודם. ולא מצאתי בפוסקים שהביאו הגבלה כזו בבי"ד של פסולים או לדנים על פי פסולי עדות.

אמנם יש לעיין בדבר האם נאמר שכיון שבעל החוב משלם את חובו כחוב ולא כמתנה, אף שהענין לא נתברר בבי"ד כשר יהיה לזה תוקף של תשלום חוב ולא של מתנה. וכמו אדם שלא מערער על שטר המוצא כנגדו – האם נאמר כיון שלא נתברר בבי"ד ששטר זה כשר יהיה לזה תוקף של מתנה בעלמא ויוכלו בעלי חוב מאוחרים לטעון שהם קודמים?

2. הודאת בעל דין – שיטת הרשב"ם והרמ"ה

בב"ב קכז,ב מובא:

שלח ליה ר׳ אבא לרב יוסף בר חמא: האומר לחברו עבדי גנבת, והוא אומר לא גנבתי, מה טיבו אצלך? אתה מכרתו לי, אתה נתתו לי במתנה, רצונך השבע וטול, ונשבע – אינו יכול לחזור בו. מאי קא משמע לן? תנינא: אמר לו נאמן עלי אבא, נאמן עלי אביך, נאמנין עלי שלשה רועי בקר – רבי מאיר אומר: יכול לחזור בו, וחכמים אומרים: אינו יכול לחזור בו! הא קא משמע לן, דבאתן לך מחלוקת, והלכה כדברי חכמים.

וברשב״ם שם:

אינו יכול – זה המחזיק לחזור בו ולומר משטה הייתי בך שהרי פטור הייתי וגם לא נתחייבת לי שבועה כדי לישבע וליטול דאין אדם נשבע ונוטל ולא הקניתי לך בקנין לתת לך העבד אם תשבע עליו אלא כיון דעל פיו נשבע ובצוואתו צריך לתת לו העבד דכיון דהטיל עליו שבועה הא הימניה בשבועה וכמאן דאודי ליה שהוא עבדו של זה הנשבע דמי והאי דנקט עבדי גנבת רבותא נקט דלא מיבעיא שאר מטלטלין שהנתבע חייב שבועה כדי שלא ישלם והוא הופכה על שכנגדו דלא מצי בהדר ביה ולמימר אשבע אני ואפטר אלא אפי׳ עבדים דלא שייכא בהו שבועה כלל אפ״ה כיון דהשביעו לא מצי הדר ביה.

אנו רואים בדברי הרשב״ם שהמטיל שבועה על חברו נחשב כמי שמודה שאם ישבע הלה אזי הדין עמו. חזינן כאן גדר של הודאת בעל דין מראש ובתנאי. ויש לדון בגדרה של הודאה זו האם שייך הודאה בתנאי[1] וכן האם שייכא הודאה על סמך דברי חברו ועיין בברכת אברהם שדן בזה. אולם ביסוד הסוגיא אנו רואים שהמחייב את האדם לשלם הוא הודאתו שכל מה שיאמר הפסול הריהו אמת וממילא מחויב הוא לפעול לפי הענין. הלשון ״נאמן עלי אבא״ ולא ״מתחייב אני לכל מה שיאמר אבא״ מתאים יותר להבנה זו.

גם ביסוד הבנה זו יש לעיין דאי יש כאן גדר של הודאת בעל דין – יש לכך השלכות לדינא – לא תועיל קבלת פסולים היכא שהוי חב לאחרים ככל הודאת בעל דין שאינה מועילה היכא שחב לאחרים.

הש״ך (כב,ח) לענין הדין המובא שם שהיכא שבאו שניהם לחזור בהם לאחר גמר דין אינם יכולים והוקשה לאחרונים מדוע לא הרי הוא ממונם ויעשו בו מה שירצו ומי יעכב על ידי שני בעלי דינים שרוצים לא לממש את פסק הדין?

[1] עי׳ קה״י נדרים סי׳ כ שתמה על אפשרות של הודאה (=נאמנות) בתנאי. (הערת עורך)

תירץ הש"ך שמדובר במקום שבביטול הפסק הם חבים לאחרים ולכן לא יוכלו לחזור. לדוגמא היכא שנפסק שהלוה פטור מלשלם ויש קרקע אחת ובעל חוב שני נהנה מפסק זה שכן הקרקע נשארת פנויה לגבייתו לא יוכל הלוה לחזור בו ולומר שאינו מקבל את פסק הדין לפוטרו וחייב לשלם.

אין בדבר הכרח אבל מעצם הענין שהש"ך הגביל רק בחזרה לאחר פסק הדין דלא מהני בחב לאחרים נראה שלגבי עצם הקבלה אין הגבלה אפילו במקום שחב לאחרים.

החזו"א (סנהדרין סימן יז) כותב, שלפי סברת הרמ"ה שענין קבלת פסולים הוא הודאת בעל דין – אין אפשרות לקבל פסולים היכא שחב לאחרים.

החזו"א מסתפק שם היכא שיכול לחוב לאחרים באופן אחר האם מהני הודאתו. לדוגמא היכא שיש לו מטלטלין ובעל חוב – האם יכול לומר נאמן עלי אבא ועי"ז להפסיד את המטלטלין לגביית בעל חוב ולחוב בו בכך דאפ"ל שכיון שיכול לתת את המטלטלין במתנה לאחר אזי אין בהודאתו משום חובה. החזו"א פוסק בזה שיכול לקבל עליו פסולים דכל היכא שיכול לחוב בנכסיו לאחריני באופן אחר יכול גם להודות לחובתם.

לפי זה נוכל לומר שגם מה שהוקשה לן לעיל – כיצד ניתן לומר שגדר קבלת פסולים הוא התחייבות בדיבור או בקנין – הרי יש בזה נ"מ לענין סדרי גביה וכדומה שלא צוינו בדברי הפוסקים – דאה"נ ואכן יש לקבלת פסולים השלכות כאלו אף שלא צויינו בפוסקים וכפי שהביא החזו"א בפשיטות בדעת הרמ"ה ולא חש לסתימת הפוסקים בזה.

3. מתנה על מה שכתוב בתורה

הברכת אברהם מפנה לגליון הש"ס לר"י ענגיל שהביא בשם ראבי"ה שכל הדין של קיבל עליו קרוב או פסול תמוה, דאמאי לא הוי מתנה על מה שכתוב בתורה ומאי שנא מתנאי דעל מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה. והסיק מכך הברכת אברהם דרך נוספת בהבנת הסוגיא והיא שכל הקבלה חלה מדין מתנה על מה שכתוב בתורה. ואמנם הראבי"ה תמה מדוע חלה ההתנאה אבל הבנתו את הסוגיא היא כך.

להבנה זו אין להקשות כנ"ל כיצד מועילה הקבלה הרי אין כאן קנין וכן לא יוקשה מחב לאחרים או מכך שתוקף תשלום פסק הדין הוא מתנה בעלמא שהרי הכא הוא אכן בי"ד והאדם מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון ויכול להכשיר דיינים או עדים פסולים.

גם בדברי הרא״ש בסוגיין (ג,ד) נזכר מתנה עמש״כ בתורה, וז״ל:

> והיכא דקביל עליה קרוב או פסול כבי תרי חזינא ליה לגאון דקאמר אפלו קנו מיניה מצי הדר ביה. דקנין בטעות הוא. דרחמנא אמר על פי שנים עדים ורבואתא אחריני אמרו דלא מצי הדר ביה דאין אחר קנין כלום וכוותייהו מסתברא דהא אפילו קביל עליה לבעל דיניה כבי תרי וקנו מיניה לאו מצי הדר ביה כדאמר בפרק שבועות הדיינין (מב,א) מהימנת עלי כבי תרי כל אימת דאמר לא פרענא וכו׳. והראיה שהביא רב אלפס ז״ל אינה ראיה לפי הטעם שתלה הטעם בקנין טעות ההיא דשבועות אפילו קנין לא בעי אלא כיון שקבל עליו הלוה שיהא המלוה נאמן לומר שלא נפרע [סגי] ואפילו עדים מעידים שפרעו הרי האמינו עליו ופסל כל העדים המכחישין דבריו וכל תנאי שבממון קיים. כאדם האומר אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני שאין צריך קנין אלא קבלה.

הדיון שם הוא בדברי גאון שהובא ברי״ף שאם קיבלו עליהם בעלי הדין קרוב או פסול וגם כאחד במקום שנים לא מהני דהוי תרתי לרעותא ואפילו קנין לא יועיל. הרי״ף חולק עליו וסבור שאין אחר קנין כלום והביא ראיה מסוגיא דשבועות שלוה יכול לומר למלוה שהוא מהימן עליו כשנים אף שלמלוה יש שתי חסרונות – גם בעל דבר וגם אחד ולא שנים.

הרא״ש דוחה את ראיית הרי״ף ממהימנת עלי כבי תרי מחמת שהבין ששם הוא מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון שתנאו קיים, ובקבלה ללא קנין סגי לדעת הרא״ש. הרי״ף שהביא משם ראיה הבין ששם אייר בקנין או כפי שמסביר הנמו״י – שעצם קבלת ההלוואה חשיבא קנין – ומכאן הביא הרי״ף ראיה שקנין מהני אפילו במקום שהוא מקבל על עצמו תרתי לרעותא ולא אמרינן קנין בטעות הווה.

נמצא שלרא״ש אדם יכול לקבל על עצמו שבעל דינו יהיה נאמן למרות שהוא נוגע ובעל דבר וגם הוא אחד ולא שנים. ותועיל קבלתו ללא קנין מדין תנאי שבממון שהוא קיים אפילו נגד התורה. וסברת הענין שלא אמרה תורה שלא יהיה נאמן אלא באופן כללי אבל היכא שיתנה להדיא שהוא מאמינו הרע שלענין ממון תועיל הקבלה מדין מתנה עמש״כ בתורה בדבר שבממון.

הרא״ש לא מסביר את הסוגיא דידן מצד מתנה עמש״כ בתורה וקבלת הפסולים לשיטתו מועילה מחמת קנין.

מעיון בדברי הראבי"ה (א,קנא) נראה שלא כהבנת הברכת אברהם מדין מתנה על מה שכתוב בתורה אלא שזו קומה נוספת, וז"ל:

> תו אני מסתפק אם מקבלים בעלי דינים עליהם לדונם בלילה אם מדמינן לה למקבל קרובים או לפסולים, או דילמא התם נהי דפסולים להאי כשרים לאינש אחרינא, אבל לילה לא חזי לדין לשום אדם. גם אין נראה לי לדמותה להך דראש השנה דמוקי לה כגון שראוהו בלילה ולההיא דגרסינן שלשה שנכנסו לבקר את החולה וכו' דמסיימין בה אבל בלילה כותבים ואין עושים דין: וגם לא ידעתי אם מקבל לקרובים או לפסולים אמאי לא הוה כמתנה על מה שכתוב בתורה, דמאי שנא משאר כסות ועונה, דאע"ג דמדעת שניהם היא.

בדברי הראבי"ה נראה, שאף על פי שיתכן שיש קנין, עדיין היה צ"ל שאסור לעשות כן וקנין לא יועיל כיון שהוי מתנה עמש"כ בתורה ולא שעצם ההתחייבות חלה מכח התנאתו.

הרא"ש והראבי"ה מדברים על שתי קומות במתנה על מה שכתוב בתורה. הרא"ש הבין בסוגיא בשבועות לגבי מהימנת עלי כבי תרי שתוקף הקבלה הוא מחמת מתנה על מה שכתוב בתורה ולכן לשיטתו אין צורך בקנין אלא בקבלה מפורשת של התנאי. את בסוגיא שלנו שצריך קנין (לכה"פ לפני גמר דין) הבין שהקבלה אינה מדין מתנה עמש"כ בתורה, דאם כן קנין ל"ל. הראבי"ה לא ניסה להסביר שכח הקבלה נובע מחמת מתנה על מה שכתוב בתורה אלא אף שנאמר שתוקפה של הקבלה הוא מכח קנין מ"מ צ"ב מדוע אין בדבר התנאה עמש"כ בתורה.

נמצא שגם הראבי"ה לא התכוון להסביר את תוקף קבלת הפסולים מחמת מתנה על מה שכתוב בתורה אלא רק הקשה מדוע שתועיל קבלה זו בכל אופן שתהיה וגם הרא"ש לא הסביר את סוגייתנו מדין מתנה על מה שכתוב בתורה, נמצא שאף אחד מן הראשונים הללו לא הלך בדרך זו.

ובאמת יש לעיין לדעת הרא"ש מדוע יש צורך בקנין ולא סגי בקבלה כפי שהועילה קבלה בסוגיא בשבועות לגבי מהימנת עלי כבי תרי. ונראה שהתנאה עמש"כ בתורה חייבת להיות בתחילת ההליך הממוני כשמראש מסכימים הצדדים שהפסיקה והברור ביניהם יעשה בדרך מוסכמת אף שאינה על פי דין – ואזי אין צורך בעדים כשרים אלא הכל פי קבלתם. אולם בשני בעלי דינים שכבר התקשרו ביניהם בקשר ממוני של לוה ומלוה או מזיק וניזק לפני ההתנאה– הכא כבר פסקה תורה שאין לידון אלא בפני דיינים כשרים

ובעדים כשרים ולא שייך להתנות בשלב זה דהדין כבר קיים. ורק בקנין תחול התחייבות חדשה אבל התנאה חייבת להיות בתחילת הענין וכמו במהימנת עלי כבי תרי שהקבלה היתה לפני ההלוואה. בדרך אחרת ניתן לומר שהרא״ש מוכן לקבל עדים פסולים כהתנאה בדבר שבממון אבל לתת שם בי״ד לדיינים פסולים הוי יותר מדבר שבממון וכפי שמשתקף בדעת ראבי״ה.

בדעת הראבי״ה נראה שהוקשה לו שעניני פסלות וכשרות דיינים הם יותר מאשר דבר שבממון וענינם הוא שכך גזרה תורה שרק דיינים כשרים ורק בעדים כשרים ידונו וזו גזירת הכתוב ולא תקנה ממונית גרידא. ומסוגיא דמיהמנת עלי כבי תרי לא קשיא שכן שם ניתן לומר שזו התחייבות בקנין כדעת הרי״ף ולא התנאה על מה שכתוב בתורה.

מסקנת הדברים שלו היינו מסבירים את תוקף קבלת פסולים מדין מתנה על מה שכתוב בתורה ניתן היה לתת שם בי״ד על פסולים ולתת תוקף של פסק דין ממשי על דינם ולא יקשה דהוי חב לאחרים וכו׳. אולם נראה שלמסקנה גם הרא״ש וגם ראבי״ה לא הלכו בדרך זו.

אמנם יש לעיין בעלמא בעצם המושג של מתנה על מה שכתוב בתורה האם ענינו הוא מחילה, סילוק הקנאה וכדומה או שענינו הוא שינוי הדין ממש כפי תנאו (עיין חידושי הגרי״ז לרמב״ם נחלות ו,י). לצד הראשון עדיין יהיה לפסק הדין תוקף של מתנה או מחילה ממונית רגילה ויקשה כנ״ל. אבל לצד השני נוכל לומר שעצם הדין שלפסולים אין תוקף בית דין השתנה על ידי תנאו וחשיב פסק דין רגיל.

ג. בי״ד של פסולים – בי״ד ממש

כאמור, מסברא נראה שא״א להכשיר דיינים ועדים פסולים היות ופסלתם תורה, אולם אנו מוצאים פוסקים שנקטו שאכן יש על בי״ד כזה שם בי״ד.

בדברי המנ״ח שהסתפק האם יש גדר ישיבה או עמידה בבי״ד כזה אין הכרח לומר שסבור שיש לו גדר בי״ד אלא שכללי בי״ד רגיל הנובעים מכבוד הש״י חלים גם בו ולכן נגזרים כללי דיון של עמידה וישיבה. אבל דיון בלילה או שאר פסולים יתכן שלא שייך בו שהרי ממילא אינו דין תורה כלל.

כתוב בהגהת השו״ע חו״מ יא,א:

> מי שקבל עליו ב״ד של שנים (בקנין), והזמינוהו ולא בא, מנדין אותו בבי״ד של שלשה (ב״י בשם תשובת הרשב״א).

החזו"א (סנהדרין יז,יג) מסביר שהרשב"א אזיל לשיטתו בתשובות שתוקף קבלת פסולים נובע מכח בי"ד. הרשב"א מבין שלבי"ד של פסולין יש אכן שם בי"ד ולכן היכא שקיבלוהו עליהם יכולים בית הדין לכופם לבוא בפניהם ככל בי"ד של שלשה כשרים שקיבלו עליהם. החזו"א מסייג את הענין ומוסיף שזו תקנת חכמים. רואים בדברי החזו"א שלא רצה להבין בשום צד שיש לפסולים תוקף בי"ד ממש מדאורייתא דמהיכי תיתי – וגם אם מצאנו בראשונים שנותנים להם תוקף של בי"ד – זה רק מכח תקנת חכמים.

אמנם יל"ע מה ראו חכמים להכשיר כזה בית דין ומדוע שלא יבררו להם בית דין כשר או לכה"פ בית דין שאין בו פסולים ברורים כאלו. בערכאות שבסוריא שהם בתי דין של הדיוטות שאינם מבינים כדבעי בטיב דינין אלא רק מעט הכשירו חכמים מחמת שיש מקומות שאין בהם בקיאין ומוכרחים להסדיר להם ערכאה לישוב סכסוכים.

להבנה זו באמת לא קשיא כלל מדוע לא הובא בפוסקים הגבלות דוגמת חב לאחרים וכדומה – מחמת שחכמים נתנו להם תוקף של בי"ד ממש.

גם ספקם של הראבי"ה והמנ"ח נפטרים לפי זה – דמסתבר שחייבים בדיני ישיבה ועמידה שכן הם בי"ד ממש ולא מצאנו שהקלו להם באלו וכן לא מצאנו שהכשירו פסולים נוספים כגון דיון בלילה. אמנם מוכח בדברי הראבי"ה שלא הבין כרשב"א שכן אי היתה זו תקנת חכמים לא היה שואל ממתנה על מה שכתוב בתורה.

מדברי הרא"ש ביבמות נראה שתוקף בי"ד ש'קיבלו עלייהו' הוא מדאורייתא. בדף קא,ב מובא:

> ואידך, האי ישראל מאי עביד ליה? מיבעי ליה לכדתני רב שמואל בר יהודה: בישראל – בב"ד של ישראל ולא בב"ד של גרים.

חזינן שיש לימוד מפורש לפסול גרים בבי"ד של חליצה "ונקרא שמו בישראל". הקשו תוספות והרא"ש שם מה צורך בפסוק הלא גר פסול אפילו לדיני ממונות ומה צורך בפסוק מיוחד לבי"ד של חליצה. תירץ הרא"ש:

> א"נ אי קבילי עלייהו היה כשר לדיני ממונות ולחליצה לא מהניא קבלה.

כלומר הלימוד נחוץ למקרה שהחולץ והחולצת מקבלים על עצמם את הפסולים לבי״ד של חליצה. בדיני ממונות הדבר אפשרי לכן לימדה תורה שבחליצה בי״ד כשר בעינן.

ר׳ אלחנן בקובץ הערות עב,ז מקשה:

> ותימה, דהא דמהניא קבלה בדיני ממונות הוא מטעם שמוחל לו ממונו, או מטעם הודאה, אבל בחליצה לא שייך כלל הטעם הזה, להכשיר פסולין ע״י קבלה. ולכאורה מוכח מזה דקבלה מהניא להכשיר את הפסולין, ולא מטעם מחילה הוא. אבל הר״ן סוף פ״ד דשבועות, הביא מירושלמי, דעד פסול פטור מקרבן שבועת העדות אפילו אם קיבלוהו הבע״ד, משום דכתיב והוא עד, ופסול אינו עד אפילו ע״י קבלה עיין שם, אלמא דלא נעשה כשר ע״י הקבלה. ומיהו בלאי״ה קשה על הירושלמי, דהא ע״א בעדות מיתה חייב בקרבן שבועה משום הכתובה (שבועות לב,ב), אף דמדאורייתא אינו נאמן, אלא מדרבנן, ואיך אפשר לחייבו בקרבן בשביל נאמנות דרבנן, אלא ע״כ צ״ל, כיון דסוף סוף הוא מפסיד ממון בכפירתו, דהא אם היה מעיד היו מוציאין ממון בעדותו, א״כ ה״נ בקיבלו עליהם ע״א כשר כשנים, למה לא יתחייב. ואף די״ל דאין העד חייב אלא אם היו מוציאין ממון מפני נאמנותו בתורת עדות, ולא מפני קבלת הבע״ד, אבל א״כ מאי מהני הא דנאמן מדרבנן, כיון דמדאורייתא אינו נאמן, וצ״ע.

ר׳ אלחנן מבין באופן פשוט שלא שייך להכשיר עד פסול ודין נאמן עלי אבא הוא רק מחמת קבלה ממונית גרידא, לכן לא ברורה כלל ההו״א להכשיר פסולים בחליצה שהיא מכלל האיסורין ואינה מדיני ממונות. ומכך שהביא הרא״ש תירוץ זה חזינן שסובר שקבלת פסולים מכשירה עד להיותו כשר ממש מדאורייתא שהרי יש פסוק לאפוקי קבלת פסולים בחליצה. מסיק מכך ר׳ אלחנן שרואים בדברי הרא״ש שקבלת פסולים נותנת להם שם עדים ודיינים ממש ומדאורייתא. דעת הרא״ש כאן היא דלא כחזו״א, שהבין שתוקף בית הדין הוא מדרבנן, שכן לפי הרא״ש נדרש פסוק לאפוקי חליצה, משמע שעצם הענין של בי״ד של פסולים הוא דאורייתא.

מעתה י״ל שאף הרשב״א ס״ל כן ואין הכרח לומר שגדר בי״ד הוא רק מכח תקנת חכמים.

לעיל הוזכר שהקושי להכשיר פסולים מדאורייתא הוא מחמת שהתורה פסלתם ואיך תועיל קבלת בעלי הדין להכשירם ללא מקור מפורש. יש מקום לומר שזה גופא יכול להוות מקור לכך לתירוץ זה של הרא"ש – עצם ההחרגה של חליצה מלמדת על הכלל שאפשר להכשיר פסולים בקבלה.

בסברת הענין הביא הברכת אברהם הסבר שהובא במקומות נוספים – כל מה שדרשה תורה גדרי דיינים ועדים – הוא רק בבי"ד הדן את בעלי הדין בכפיה. היכא שבעלי הדין מקבלים על עצמם את בית הדין – אין חסרון בדיינים ועדים פסולים ותוקפם כתוקף בית דין רגיל.

לסברא זו תוסבר הסוגיא היטב – בי"ד של פסולים הם בי"ד לכל דבר ומדאורייתא – ובתנאי שיקבלו על עצמם בעלי הדין לידון בפניו. ואמנם לפי הרשב"א יכול הוא לדון אותם בכפיה לאחר הקבלה – מ"מ עצם הקבלה היתה ברצונם של בעלי הדין ובאופן זה לא הצריכה תורה דיינים כשרים.

ההבנה הרואה בבי"ד של פסולים בי"ד ממש בין דאורייתא בין דרבנן מוקשה מפשטות הסוגיא בסנהדרין. המשנה שהבאנו לעיל מחברת בין שני נידונים – הנידון הראשון הוא נאמן עלי אבא וכו', הנידון השני הוא האומר לבעל דינו דור לי בחיי ראשך ואשלם לך.

הנידון המופיע בסיפא של המשנה שבו אדם מציע לבעל דינו לידור לו (והיא שבועה קלה אפילו מחוץ לבי"ד) – דאם בעל דינו אכן נודר כפי בקשתו – הוא זוכה בדינו ולא יכול השכנגדו להתחרט ולומר שאינו מקבל זאת ורצונו לדון כפי הדין המקורי המחייב שבועה חמורה וכדומה.

בדין זה ודאי שאין תוקף למעשה כדין תורה ממש ולא שייך לומר שקבלת בעל הדין יוצרת מציאות משפטית חדשה ששבועה קלה מועילה במקום חמורה אלא בפשטות זו התנייה גרידא לשלם אם ידור או "הודאה בתנאי" – שהוא מודה לדבריו אם ידור וכפי שהבאנו לעיל.

מסמיכות הענינים במשנה נראה שענינם שווה ותלמד הסיפא על הרישא שגם קבלת נאמן עלי אבא ענינה הודאה או התחייבות. וכפי שהסברנו בדעת התוספות בב"מ עד,א. חייבים אנו להסביר שלשיטות הרא"ש והרשב"א אין לזה הכרח דנוכל לומר שזה כדינו וזה כדינו והמשותף ביניהם הוא רק שינוי בסדרי הדין הנובע מקבלת הצדדים אף שתוכנו וגדרו שונה.

חידושי הרי"ם (חו"מ בסוף הספר סימן כב) הביא ספק מענין, האם קבלת הפסולים צריכה להיות בפני בי"ד כשר, או שנאמר שקבלה בפני הפסולים

משווי להו דין בי״ד כעת ונאמר שקבלתו ושם בית הדין לפסולים באין כאחד. חזינן שמבין שהפסולים לאחר קבלה אכן חשיבי בי״ד ורק מסתפק האם קבלה בפניהם כשעדיין אינם בי״ד סגי להחשיבם בי״ד.

היה מקום להסתפק האם קבלת פסולים או קרובים מועילה רק במקום שאנו מניחים שידונו לפי דין תורה אף שאינם בקיאים בו כדיינים רגילים או אפילו במקום שברור לנו שאינם יודעים כלל דין תורה וכל פסקם יהיה לפי דעתם והגיונם.

מפשטות הפוסקים שלא חילקו בזה משמע שמועילה הקבלה בכל אופן. ועיין בדברי הש״ך שהבאנו לעיל הסובר שקבלת גוי שאינו דן לפי דתם מותרת – ומשמע באופן פשוט שאותו גוי דן על פי אומד דעתו ולא לפי דין תורה שאינו מכירו.

ניתן אולי לומר שתוקף קבלת הפסולים יהיה תלוי גם בזה. בפסולים הבקיאים בדין תורה אתי שפיר דעת הרא״ש שדינם דין מהתורה היכא שקיבלוהו עלייהו כי סו״ס יודעים הם לדון וזה הדבר הבסיסי ביותר שניתן לצפות מבית דין. בית דין שאינו יודע לדון דין תורה לא מסתבר שיקבל תוקף בית דין מהתורה, בבית דין כזה נאמר את דעת החזון איש שתוקפו הוא מכח תקנת חכמים שהכשירוהו על מנת שיוכל לכה״פ לשמש כאמצעי לישוב סכסוכים במקום שאין בתי דינין מצויים.

ד. גדרו של הקנין

המחבר פסק, בעקבות הסוגיא, שהיכא שקיבלו עלייהו והיה גמר דין שוב אינם יכולים לחזור בהם. והיכא שעשו קנין לא יכולים לחזור בהם אפילו קודם גמר דין. במהותו של הקנין נחלקו ראשונים:

הנמו״י (שם ד,ב מדפי הרי״ף) מביא יסוד:

> אין לאחר קנין כלום כיון שקנו מידו מתחלה שלא יחזור בו שוב אינו חוזר בו ואף על גב דמחזי כקנין דברים אפ״ה אשכחן בקנין שמחזק הדברים כדאמרי גבי דיני דבר מצרא (ב״מ קח,א) וגבי משכנתא (שם סז,ב) באתרא דלא מסלקי.

בעלמא קיי״ל שקנין חייב לחול על דבר ממשי – חפץ או קרקע מסוים. בריש ב״ב מובא, שאין תוקף לקנין של שותפין כי הוי קנין דברים בעלמא וחייבים הם לעשות קנין מוגדר כי״א על חלקו. גם כאן ההקנאה נראית כקנין דברים

בעלמא – מרים סודר ואומר שלא יחזור בו מקבלתו. מסביר הנמו"י שמצאנו דברים כאלו שקנין חלש כזה בא לחזק הסכמות בעל פה וגם כאן סגי בזה.

הש"ך בס"ק ד מביא בשם ראב"ן, שקנין שלא לחזור לא מהני מידי דהוי קנין דברים ורק היכא שיקבל על עצמו בקנין לשלם מה שיפסקו הוי קנין. אמנם גם קנין כזה אינו קנין רגיל אלא "קנין אתן" שכן לא מקנה שום חפץ אלא רק מקנה ליתן מה שיאמרו והוא מחלוקת בריש ב"ב.

התומים (ר"ס כב) כתב בשם המרדכי שבפשרה לא סגי בקנין אלא צריך להקנות החפץ ממש ולומר שאם יפשרו לשלם אזי ביצע עליו קנין ולולי זה לא מועיל. ומסיים התומים שגם כאן הוא הדין.

מצאנו א"כ פלוגתא באופן הקנין – לנמו"י די לחזק הקבלה בדבר שנראה כקנין דברים ואילו למרדכי בעינן קנין ממשי על החפץ שעליו דנים.

היה מקום לומר שהדבר תלוי בהבנת המנגנון של קבלת פסולים. המרדכי סבור שקבלת פסולים היא הקנאה ממש בתנאי דלפסולים הרי אין שום כח לדון. ואילו הנמו"י סבור שקבלת פסולים הינה בי"ד ממש ולכן סגי לחזק הקבלה ותו לא שלא יחזור בו ועצם ההתחייבות הממונית תחול מכח בי"ד. אמנם גם לדעת המרדכי היכא שהיה גמר דין לא בעינן קנין – חזינן שיש תוקף לפסק הדין גם ללא קנין. ואולי נימא שאי היה פסק דין הוי הודאת בעל דין אבל קודם שיש הודאת בעל דין בעינן לקנין ממש ולולי זה אין לפסולים ולקבלתם שום תוקף.

הרי"ף הביא דעת גאון שהיכא שהוי תרתי לרעותא לא מהני אפילו בקנין וחלק עליו שאין אחר קנין כלום וכפי שהבאנו לעיל. ובאמת תמהו על סברת הגאון וכפי שהבאנו מחידושי הרי"ם לקמן דמה החילוק בין חדא לרעותא לבין תרתי לרעותא הלא את שניהם פסלה תורה. בחידושי הרי"ם הבין שהיכא שמקבל על עצמו תרתי לרעותא הוי קבלה מוגזמת ולכן לא חלה אפילו בקנין וכאסמכתא.

היה מקום לומר בסברת הגאון שהבין שענין קבלת הפסולים אינו קבלה ממונית גרידא אלא גדר של הכשרת בי"ד מדאורייתא או מדרבנן – ולכן סבר שאין לך בו אלא חידושו וכל מה שהכשירו הוא רק חדא לרעותא ויותר מזה לא הכשירו. הקנין נדרש כדעת הנמו"י לחזק את קבלתו ולא להקנות חפץ ממש. הרי"ף שהקשה דלאחר קנין אין כלום – או שסבר שאין לחלק בזה או

שתוקף הקבלה הוא קניני ממוני בעלמא ולכן אין לחלק כלל אלא כל שקיבל על עצמו בקנין מועיל.

ה. תוקפה של קבלת פסולים

בכל אופן אנו רואים שלהבנה שקבלת פסולים הינה התחייבות או הודאה בלבד פשוט הדבר שתועיל רק בדיני ממונות אבל באיסורים או בדיני אישות לא שייך לידון אלא בפני כשרים. להבנה שאכן דין בי״ד להם היה מקום להכשיר בי״ד כזה אפילו באיסורין אלא שבחליצה גילתה תורה שאין לעשות כן ומסתבר דה״ה לשאר איסורין. להבנת החזו״א שתוקף בית הדין הוא מכח תקנת חכמים מסתבר שלא יועיל באיסורין שכן כח התקנה הוא מחמת הפקר בי״ד דלא שייך באיסורין.

בדברי ר׳ אלחנן הנ״ל מובאים דברי הר״ן שהביא ירושלמי שבעד פסול אין דין קרבן שבועה. בפ׳ שבועת העדות מתבאר שחיוב קרבן שבועת העדות הוא בעד שיודע עדות שמועילה להוציא ממון וכפר בשבועה בידיעת העדות. ברור איפוא שעד שאין תועלת בעדותו לא יכול לבוא לידי חיוב כזה ולכן רשע הפסול לעדות מהתורה לא יתחייב בקרבן שבועת העדות.

יש לעיין בעד פסול שקיבלו בעלי הדין על עצמם את עדותו האם נאמר שיחול בו מעתה קרבן שבועה שהרי אם יבוא יוכל להוציא ממון בעדותו או שנאמר שקבלתם אינה גורמת לו לחיוב קרבן שבועה שהרי מצד עצמו עד פסול. הר״ן הביא בשם הירושלמי שלעולם אין בעד פסול קרבן שבועה.

ההבנה הפשוטה היא שקבלתם אינה מכשירה אותו לעד. העד הפסול נשאר עד פסול וקבלתם היא ממונית גרידא ויכלו לתלות גזר דינם בכל תנאי שירצו ולכן מובן מדוע אין לעד כזה קרבן שבועה כי באמת אינו עד.

אמנם הוקשה לר׳ אלחנן מדוע עד מיתה, שמעיד על אשה שמת בעלה שחכמים הכשירוהו ויש לזה נ״מ ממונית בגביית כתובתה מנכסי בעלה מחויב בקרבן שבועה – הלא גם הוא מדאורייתא אינו נאמן דמהתורה חייבים שני עדים לעדות מיתה. מכאן הסיק ר׳ אלחנן דהדין הזה סותר את דברי הירושלמי ולפי זה יש מקום לומר שגם בקיבלו עלייהו עד פסול יחוייב הלה בקרבן שבועה אם לא יבוא וישבע לשקר – המדד הוא תועלת בעדות בלבד, החסרון של עד פסול הוא אי קבלתו בבי״ד אבל עד פסול שיקובל בבי״ד הוא ככל עד דעלמא – הראיה מעדות מיתה, ודלא כירושלמי.

בדברי רע״א (תשובה קעט) נראה לא כן וז״ל:

אח"כ נזכרתי דהר"ן שבועות הביא ירושלמי בע"א שאמר לו הוי את מקובל עלינו כשנים אין בו חיוב שבועות העדות. וצריכים לחלק בין זה לעד סוטה ומיתה. דהתם חכמים האמינוהו ושם עדות עליו (ומ"מ דוקא בעד כשר דמה"ת שם עד עליו ומדרבנן נאמן בזה לממון) משא"כ קיבל עליו אחד כב' דמדין אינו כב' אפילו מדרבנן.

רע"א מחלק בין עד פסול לבין עד מיתה. בעד מיתה חכמים האמינוהו ואילו בקיבלו עלייהו אין לו כלל דין נאמנות. וגם בעד מיתה רק בעד כשר ששם עד עליו ולא בעד פסול כגון רשע אף די"א שכשר לעדות מיתה כי אין לו שם עד.

נראה שרע"א מבין שאפילו היכא שקיבלו עליהם עד אחד כשר כשנים שיש עליו "שם עד" אין קרבן שבועה כירושלמי כי אין לו נאמנות לענין זה וכל הענין הוא קבלה ממונית. בעד מיתה מאחר וחכמים האמינוהו ויש עליו שם עד וגם נאמן בזה (ושמא יש להוסיף את סברת החזו"א בנידון עד מיתה שכיון שחכמים האמינוהו מתוקף הנסיבות שדייקא ומינסבא הוי נאמן ממש מהתורה) לכן יש עליו חיוב שבועה.

בדעת ר' אלחנן שלא קיבל חילוק כזה י"ל שמאחר ועד מיתה אינו נאמן מהתורה לא שייך לחייבו קרבן שבועת העדות, תוקף נאמנותו במיתת הבעל הוא מחמת הפקעת קידושין כמובא בדברי הראשונים ביבמות. וכן בקבלת עד פסול אין לו שום נאמנות אלא התחייבות גרידא לשלם על פי דבריו ולכן לא שייך קרבן שבועת העדות וכמובא בירושלמי.

גם בדברי רע"א חזינן שאם אין עליו שם עד לא יהיה בו קרבן שבועה אף שחכמים האמינו בעדות מיתה גם בפסולים חזינן שלא כל אחד שיש תועלת ממונית בעדותו מחויב בקרבן שבועה ולא כפי שהביא ר' אלחנן בתוך דבריו. מ"מ נמצא לפי דברי רע"א ור' אלחנן על פי הירושלמי – עד פסול לא מקבל שם עד כשר ע"י קבלת בעלי הדין. ורק בעדות מיתה דחכמים האמינוהו יש לעיין בגדרו וכנ"ל.

יסוד נוסף חזינן בדברי רע"א – אפילו היכא שמאמינים לו– אם הוא עד פסול ואין עליו "שם עד" אין בו חיוב קרבן שבועה. לפי"ז יתכן דלא קשיא קושיית ר' אלחנן מהירושלמי שכן נראה שבקבלת פסולים גם אי נימא כדעת הרא"ש שדינם דין מהתורה אין הכוונה שהדיין הפסול או העד הפסול הופך להיות עד כשר אלא אף על פי שהוא עד פסול מ"מ כיון שאינו דן בכפיה דינו דין. ולפי זה גם מיושבת דעת הרא"ש עם הירושלמי שכן אף שעד פסול יכול להעיד

מהתורה בהסכמת הצדדים מ״מ עד פסול הוא ועל זה ליכא קרבן שבועה מחמת חוסר ״שם עד״.

לדעת הרא״ש הנ״ל שקבלת פסולים מועילה מדין תורה וכנ״ל שכל גדרי דיינים ועדים שהביאה תורה הם רק לענין כפיה יש לעיין האם היכא שקיבלו בעלי הדין דיינים על עצמם יהפכו הדיינים לדיינים סמוכים ויהיה הדין כדין של סמוכים. נ״מ שיכולים לדון אפילו דיני ממונות שלא שכיחי בזמן הזה כמו חבלות שבעלמא לא דנים. ואף אם נאמר שעדיין עדים ודיינים פסולים הם ומ״מ דינם דין וכמ״ש לעיל– נאמר שאף שאינם סמוכים דינם דין בגזלות וחבלות כסמוכים היכא שקיבלו עלייהו.

וע״כ לחלק ולומר שקים להו לרבנן שרק לענין פסולים שייך להכשיר בי״ד אבל סמוכים לאו דייני הם כלל, ואולי באמת אה״נ היכא שיבואו בעלי דין ברצונם לדיינים כשרים או פסולים שידונו אותם בדיני חבלות – יהיה דינן דין וכל ענין שליחותייהו עבדינן נדרש רק לענין לדון בכפיה.

אחר כך ראיתי שבספק זה נסתפק בספר שער משפט (א,א) ומשאיר את הענין בצ״ע. בקצוה״ח (ז,א) מובא שסמוכין בעינן רק לדין של כפיה אבל ברצון לא בעינן סמוכים, משמע שיכולים לדון כסמוכים אפילו בזמן הזה היכא שקיבלוהו עלייהו בעלי הדין. בדעת שניהם נראה שתוקף בית הדין הפסול הוא כבית דין ממש וכצד השני שהבאנו.

הגמ׳ דנה אם מחלוקת ר״מ וחכמים אם יכול לחזור בו לאחר קבלה היא ב׳מחול לך׳ או ב׳אתן לך׳. ברש״י ובנמו״י ד,ב בדפיו מופיעה ההגדרה הבאה: החילוק בין מחול לך לאתן לך ״להוציא ממון אי אפשר אלא בדיינים כשרים״ החסרון של קבלת ״אתן לך״ לא נעוץ בכך שחסרה גמירות הדעת כפי שמשמע פשט הסוגיא אלא שאף שגמר בדעתו לתת כפי שיפסקו הדיינים, עקרונית אין כח להוציא ממון בדיינים פסולים.

להלכה קיי״ל שחכמים סברי שגם באתן לך יכול לקבל על עצמו, אבל ארווחנא סברא – שהגמרא העלתה צד שאף שקבלת פסולים מועילה – מ״מ אינה מועילה אלא למחילת ממון – אבל להוצאת ממון בעינן בי״ד כשר. אף שרש״י והנמו״י אינם מרחיבים בסברא פשטות כוונתם היא שאף שחידשה תורה שניתן לקבל פסולי דיינות ועדות ודינם דין מ״מ יתכן שכחם מוגבל רק למחילת ממון ולא להוצאת ממון.

ו. סיכום

ענין קבלת דיינים או עדים כשרים המופיע בר"פ זה בורר בסנהדרין ונפסק להלכה בסימן כב נראה תמוה. כיצד יכולה קבלת בעלי הדין לאפשר דיון שלא לפי גדרי התורה. ממבט ראשון נראה, שמדובר על מנגנון ממוני בירורי גרידא ואין על הדיון שם דיון ולא על בי"ד שם בי"ד וכל תוקפו נובע מחמת הסכמת הצדדים להוציא ממון באופן זה. בגדר ההסכמה הבאנו ב' אפשרויות – הודאת בעל דין והתחייבות. להגדרה כזו תתכננה השלכות הלכתיות – גדר התשלום של פסק הדין שיוגדר כמתנה או שיוגבל רק למקום שאינו חב לאחרים ככל הודאת בעל דין.

מאידך מצאנו בפשטות ראשונים ואחרונים שהתייחסו לבי"ד של פסולים כבי"ד לכל דבר או שלכה"פ הסתפקו בענין. בסברת הענין הבאנו את דברי החזו"א שתוקפו נובע מכח תקנת חז"ל וכן את משמעות דברי הרא"ש ומעוד מקומות שתוקפו הוא תוקף דאורייתא וכל מה שהצריכה תורה דיינים ועדים כשרים הוא רק בדיון בכפיה.

אפשרות שגדר הקבלה הוא מכח מתנה על מה שכתוב בתורה (ברכת אברהם) אבל מדברי הראשונים נראה שלא נקטו כך אלא כענין נוסף שיש לדון בו.

כמה ממחלוקות הראשונים בסוגיא לענין גדרי הקנין יוסברו לאור הצדדים הנ"ל.

גדר בי"ד פסולים לכל הדעות מוגבל לדיני ממונות כי ענינו קבלתם הממונית של בעלי הדין ואפילו לסבורים שהוא בי"ד ממש גילה הכתוב שאין להכשיר אלא בדיני ממונות.

העלנו ספק לענין הכשרת הדיינים כסמוכים ומה הם גבולות קבלת הפסולים.

הרב יוני אקשטיין

חיוב הבעל בשמירת נכסי אשתו

ראשי הפרקים

א. פתיחה

ב. מחלוקת הראשונים בגדרי החיוב של בעל
1. תוס׳ וראי״ש: הבעל חייב כשומר חינם ודינו דומה ללוקח לזמן
2. רמב״ן: הבעל אינו שומר כלל
3. ריטב״א: הבעל פטור משום שהאשה שומרת
4. רמב״ם: הבעל פטור רק אם לא ידע שהנכסים שכורים

ג. דרך יצירת התחייבות השמירה שלהבעל
1. ״הנח לפניי״- חיוב שמירה ללא משיכה
2. הנאה כגורם ליצירת חיוב שמירה
3. שומר אבדה כיסוד ליצירת חיוב שמירה
4. סיכום שיטות הראשונים

א. פתיחה

הגמרא בב״מ (צו,א) דנה בחיוב השמירה שיש לבעל בנכסי אשתו: ״שואל הוי או שוכר הוי״. באופן פשוט הבעל לא חייב על נזקים של נכסי אשתו שכן יש לו דין בעליו עמו (מאחר והיא משועבדת לו למעשי ידיה וכו׳), ולכן בכדי שתהיה נפ״מ לשאלה הגמרא מעמידה את הנידון במקרה שהנכסים היו שכורים לאשה מלפני הנישואין.

במציאות כזאת מכיוון שהאשה היא לא הבעלים על החפץ הנידון אלא רק שוכרת, לא צריך להיות לבעל דין בעליו עמו. אמנם גם בנידון זה לא לכל הדעות אין לבעל דין בעליו עמו, ודבר זה תלוי במחלוקת תנאים.

בב״מ (לה,א) נחלקו ר׳ יוסי ורבנן במקרה בו שוכר השאיל חפץ השכור לו לאחר. לדעת רבנן השואל עומד בהתחייבותו מול השוכר והשוכר מול הבעלים. ואילו לדעת ר׳ יוסי, השואל עומד בהתחייבותו ישירות מול הבעלים.

נמצא שלדעת רבנן גם אם נעמיד את המציאות בסוגייתנו בנכסים השכורים לאשה מלפני הנישואין עדיין יהיה לבעל דין בעליו עמו מכיוון שהוא עומד

מול האשה בהתחייבותו. לכן מדגישה הגמרא אצלנו שהשאלה בשמירתו של הבעל היא רק לדעת רבי יוסי.[1] וביחס לכך עונה רבא: "בעל לא שואל הוי ולא שוכר הוי, אלא לוקח הוי".

והנה הגדרת חיוב שמירה ע"י דין 'לוקח' היא קשה מכיוון שלא מצינו חיוב שמירה ללוקח, (ובכלל לוקח הוא לא מעמד של מוחזקות אלא מצב בקניינים). נחלקו הראשונים איך להבין זאת.

ב. מחלוקת הראשונים בגדרי החיוב של בעל

1. תוס' וראי"ש: הבעל חייב כשומר חינם ודינו דומה ללוקח לזמן

התוס' (ד"ה בעל) הבין שלמרות שהגמרא כותבת שהבעל מוגדר כלוקח יש לו חיוב שמירה. וז"ל:

> בעל בנכסי אשתו לא שואל הוי ולא שוכר הוי - ומיהו נראה לר"י דשומר חנם הוי וחייב בפשיעה. ולפי זה: הלוקח בהמה לשלשים יום אף על גב דלאו שואל הוי ולא שוכר דבלשון מקח לקח מכל מקום שומר חנם הוי.

נראה ששתי הנקודות שחידש תוספות צריכות ביאור: א. מדוע שהבעל יהיה חייב כשומר חינם הרי לא משך לשם שמירה. ב. מה ההקבלה שראה תוס' בין בעל בנכסי אשתו לבין לוקח לזמן.

בהמשך נדון בעניינים אלו בהרחבה אך בתחילה נשווה את שיטת תוס' לשיטת הרא"ש. הרא"ש בפסקיו (בב"מ, צו) הביא את דברי ר"י אלא שהוסיף בהם תוספת המצריכה בירור. וז"ל:

> פסק ר"י דש"ח מיהא הוי וחייב בפשיעה. וגבי בעל בנכסי אשתו לא נפקא מינה מידי, דפשיעה בבעלים פטור.[2] אלא נפקא מינה ללוקח בהמה לשלשים יום...

לפני שנדון אם הרא"ש חלק עם התוס' בעיקר דין שמירת הבעל, נראה שעצם קביעתו של הרא"ש שהבעל מוגדר כ'בעליו עמו' צריכה עיון, שהרי בזה גופא

---

[1] כמובן שלמרות שהבעל עומד בהתחייבותו ישירות מול הבעלים, רמת השמירה של הבעל תוגדר מרמת השמירה שלו מול האשה, כמו שוכר שהשאיל. השואל מוגדר שואל מכיוון שהשוכר השאיל לו.

[2] "פשיעה בבעלים"- פשיעה עם דין של בעליו עמו ולכן פטור.

דנה הגמרא כנזכר לעיל ולכן העמידה את הנידון במקרה שהנכסים היו שאולים או שכורים לאשה מאחֵר. כן הקשו הש"ך (שמו,יב), והגר"א (שם) נשאר בזה בצ"ע גדול על הרא"ש.[3]

הפלפולא חריפתא נזקק לשאלה זו ובאר שדין זה תלוי בהבנת הרא"ש בדברי ר' יוסי בסוגיית שוכר שהשאיל ב"מ (לה,א). לשיטתו, מה שאומר ר' יוסי, שהשואל עומד ישירות מול הבעלים זה רק כאשר השוכר מסר את השמירה לשומר מעולה יותר, כגון שוכר שפטור מאונס שמסר לשואל שחייב באונס, אבל אם השוכר מוסר לשומר גרוע יותר אין דין זה תקף והשומר השני עומד מול השומר הראשון כרבנן שם. חילוק זה מדויק לדעתו גם מלשונו של ר יוסי שם שאמר: "כיצד עושה הלה סחורה בפרתו של חברו" משמע שזה רק כאשר השומר הראשון עושה סחורה ומוסר לשומר מעולה יותר.

לפי סברה זו, כיוון שמסקנת הגמרא כאן (בב"מ צו) שהבעל בנכסי אשתו הוא שומר חינם וזו שמירה גרועה משל האשה,[4] אין הבעל עומד מול הבעלים אלא מול האשה וממילא פטור מדין בעליו עמו.[5]

תירוץ זה של הפלפולא חריפתא מדויק בהסברו של הרא"ש בסוגיה של שוכר שהשאיל (בב"מ לה), ומבאר גם את מחלוקתו עם תוס' בסוגייתנו. נחלקו תוס' ורא"ש איך להבין את טעמו של ר' יוסי. לדעת הרא"ש, השואל עומד ישירות מול הבעלים מכיוון שהשוכר שהשאיל מוגדר כאילו עשה זאת בשליחות הבעלים, ולכן כביכול הבעלים הוא שהשאיל לשואל. אם כך ברור שהשליחות של השוכר תהיה תקפה רק כאשר השוכר מוסר לשומר טוב יותר

---

[3] אמנם אפשר לתרץ בפשטות שהרא"ש דיבר על בעל בנכסי אשתו בעלמא שלא לפי האוקימתא של הגמרא אבל גם זה אינו מתרץ מכיוון שעדיין אי אפשר לטעון שאין נפ"מ מידי מכיון שיש נפ"מ במציאות שעליה דברה הגמרא.

[4] אעפ"כ הגמרא התלבטה בשאלה מכיוון שהיא חשבה שאולי דינו של הבעל כשואל אבל למסקנה שהבעל הוא רק שומר חינם ממילא אין נפ"מ.

[5] הסבר זה ברא"ש מחדש פשט יפה בסוגיה: בגמרא מובא, שרמי בר חמא שאל מה דין שמירת הבעל ורבא כעס עליו ואמר: "לפום חורפא שבשתא" מכיוון שאין שום נפ"מ לשאלה זו. הגמרא ניסתה בכל זאת להעמיד מציאות בה יש נפ"מ לשאלת רמי בר חמא.

לדעת כל הראשונים, במסקנת הגמרא נמצאה נפ"מ לשאלת רב"ח, ורבא ענה שהבעל הוא לוקח. לפי דעתם של הראשונים הנ"ל רבא כעס שלא כדין על רמי בר חמא מכיוון שיש נפ"מ לשאלתו. לעומת זאת לדעת הרא"ש קביעתו של רבא שהבעל הוא לוקח היא בעצם אמירה שאין נפ"מ לשאלת רמי בר חמא, ולכן יוצא: שרמי בר חמא שאל כדין, מכיון שהוא חשב שהבעל הוא שוכר או שואל, ורבא כעס כדין מכיוון שהבעל הוא לוקח ולכן אין נפ"מ לשאלה.

כדברי הפלפולא חריפתא, שכן אין שליח עושה שליח לרכת משלחו (׳לתקוני שדרתיד׳).

לעומת זאת תוס׳ שם הבין בר׳ יוסי שהשואל עומד מול הבעלים מכיוון שהבעלים אומר לשוכר ״דל אנת ודל שבועתך״. ולכן אין הבדל אם מסר השוכר לשומר טוב יותר או גרוע יותר ולעולם יעמוד השואל מול הבעלים,[6] ולכן גם הבעל בסוגיתנו עומד מול הבעלים ולא מול האשה ומשום כך אין לו דין בעליו עמו.

מכל מקום יוצא לפי זה, שמחלוקתם של התוס׳ והרא״ש היא לא בדיני בעל בנכסי אשתו אלא קשורה לסוגיית שוכר שהשאיל, ושניהם מודים שלבעל יש דין של שומר חינם. לקמן נדון בטעמם של תוס׳ והרא״ש להגדיר את הבעל כשומר, וכן בקשר שראו לסוגיית לוקח לזמן.

2. רמב״ן: הבעל אינו שומר כלל

הרמב״ן בניגוד לתוס׳ למד את הגדרת ׳לוקח׳ כפשוטה וז״ל:

> ופי׳ הענין: לומר שהוא אינו שומר כלל אלא האשה ששכרה חייבת לשמור כל ימי שכירותה ובעל שלקח זכותה משתמש בפרה כל אותם הימים.

לדעת הרמב״ן הבעל לא חייב בחיוב שמירה כלל, ואעפ״כ הוא רשאי להשתמש בחפץ ללא שום חיוב. דבר זה הוא חידוש, שלא מצינו שאדם ישתמש בחפץ של חברו ללא חיוב לשמור עליו. נראה שלדעתו יש שני דינים בשכירות ושאלה: אחד - החובה לשמור על החפץ, והשני - הזכות ליהנות ממנו. החידוש הוא, שלדעתו אין קשר הכרחי בין שני הדינים. ולכן ייתכן שלאדם תהיה זכות הנאה מחפץ בלי חובת שמירה כמו אצל הבעל, וכן להפך רק חובת שמירה בלי שימוש כמו אצל האשה.

ביסוד זה הרמב״ן לשיטתו, וכן מצינו פירושו בסוגיית יתומים בב״ק (קיב,ב). הגמרא שם מביאה מקרה של אבא שהוריש לבניו פרה שהיתה שאולה לו ״הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלתה מתה אין חייבין באונסיה״ (ב״ק קיב). היתומים קבלו - כמו הבעל - חפץ לשימוש ללא

---

[6] ולמרות שכביכול דין זה של ׳דל אנת ודל שבועתך׳ תלוי גם ברצון הבעלים, כאן כשפשע הבעל הבעלים ודאי יאמר זאת כי הוא ירצה שהבעל ישלם לו ולא האשה.

שמשכו לשם שמירה, וגם שם לדעת הרמב"ן היתומים פטורים לגמרי אפילו פשעו, מכיוון שהם אומרים: "אב אני יורש שמירתו אין אני שומר...".

כמו בסוגיתנו גם בסוגיה של היתומים נחלקו עמו התוס' שם, שדייקו "מתה אין חייבין באונסיה", באונסיה דוקא אין חייבים אבל חייבים בגניבה ואבדה. נראה שדבר זה הוא מחלוקת שיטתית בין רמב"ן לתוס' האם אפשר להתחייב בשמירה ללא משיכה לשם שמירה והאם אפשר להשתמש בחפץ ללא חיוב שמירה.

הרמב"ן בפסקו כתב שני דינים: א. שהבעל "אינו שומר כלל". ב. האשה ששכרה חייבת לשמור. יש לחקור בשיטתו האם הפטור הגורף של הבעל אפילו מפשיעה הוא משום שחובת השמירה נשארת אצל האשה, או אפילו אם לא היתה האשה שומרת היה פטור מהכל, מכיוון שהוא לא משך את הפיקדון לשם שמירה.

3. ריטב"א: הבעל פטור משום שהאשה שומרת

הריטב"א למד בסוגיתנו את ההגדרה של הבעל 'כלוקח' כדברי הרמב"ן שהבעל פטור מהכל מכיוון שקיבל מהאשה רק את זכות השימוש בחפץ ואילו חובת השמירה נשארת אצלה.[7] אלא שהריטב"א הוסיף בפרושו דבר נוסף וז"ל:

> ומיהו אם מתה האשה הרי הבעל משתמש בה כל ימי שאילתה ואינו חייב באונסיה אבל בגנבה ואבדה חייב כמו שאמרו גבי בנים שהניח להם אביהם פרה שאולה...

חקרנו לעיל האם סיבת הפטור לדעת הרמב"ן היא משום שהאשה שומרת במקומו או משום שהוא לא משך לשם שמירה. לדעת הריטב"א הדבר ברור שכל סיבת הפטור של הבעל היא רק משום שהאשה שומרת במקומו, שהרי לדעתו כאשר האשה מתה הבעל חוזר ומתחייב בכל חיובי השמירה שלה.

אלא שהמקור של הריטב"א לדין זה הוא מדין היתומים. שהוא דייק שם כתוס' שהבאנו לעיל "מתה אין חייבים באונסיה, אבל חייבים בגניבה ואבדה". ומשם הוכיח שמכיוון שאין מי ששומר במקומם חייבים בגניבה ובאבדה. לעומת זאת, הרמב"ן סובר גם ביתומים שהם פטורים מהכל אפילו

---

[7] וז"ל: פירוש כאילו לקח ממנה זכות שיש לה בפרה ההיא ואין לבעלים עליו כלום אם נגנבה או נאנסה אלא על האשה...".

שאף אחד לא שומר במקומם. לכן נראה שלרמב"ן סיבת הפטור בבעל לא קשורה לזה שהאשה שומרת במקומו אלא לזה שהוא לא משך לשם שמירה.

המורם מהנ"ל שגם הרמב"ן וגם הריטב"א מסכימים שהבעל פטור אפילו בפשיעה, אבל הם חולקים בסיבת הדבר, שלדעת הריטב"א, סיבת הפטור היא משום שהאשה שומרת במקום הבעל, ואילו לרמב"ן, הסיבה היא משום שאי אפשר לחייב את הבעל (אולי) מכיוון שלא משך לשם שמירה.

4. רמב"ם: הבעל פטור רק אם לא ידע שהנכסים שכורים

הרמב"ם הבין בדומה לרמב"ן והר"ן שהגדרת 'לוקח' פירושה שהבעל פטור אפילו מפשיעה אלא שמוסיף הוספה חשובה, וז"ל:

> הבעל פטור... אפילו פשע מפני שהוא כלוקח והאשה חייבת לשלם כשיהיה לה ממון, ואם הודיעה את בעלה שהיא שאולה ה"ז נכנס תחתיה.

יש שתי אפשרויות להבין את דברי הרמב"ם. האחת, היותר פשוטה היא: הרמב"ם סובר שאין פטור מהותי לבעל בנכסי המשכיר, והוא היה צריך להיות מוגדר כשומר על החפץ השכור לאשתו ולהתחייב גם בגנבה ואבדה, אלא שיש לו סיבת פטור מיוחדת כיוון שהוא לא ידע שהחפץ שכור או שאול. אמנם כאשר האשה הודיע לו ממילא סולקה סיבת הפטור ומתחייב כלפי הבעלים.[8]

לפי אפשרות זו אין דמיון גדול בין שיטתו של הרמב"ם לבין הרמב"ן והר"ן, כי לדעתם הבעל אינו שומר כלל, אפילו אם ידע שהנכס שכור כמו שכתבו ביתומים "אב אני יורש שמרתו אין אני שומר", משמע אפילו ידעו היתומים שחפץ זה שאול אין חייבים לשמור עליו. שהרי הם פוטרים עצמם באמירה "שמירתו אין אני שומר" ולא באמירה פשוטה יותר "לא ידענו שהנכס שאול".

לפי אפשרות זו צריך לומר שמה שכתבו בסוף דבריהם "וכן כתב הרמב"ם" הוא רק על מה שהרמב"ם פוטר את הבעל מפשיעה (ולא על מהות הפטור), ודבר זה קצת דחוק כי הרמב"ם פטר את הבעל רק במקרה מסויים כאשר לא ידע שהחפץ שכור.

---

[8] גם בשיטה זו יש שני צדדים. אחד: שמכיוון שהוא לא ידע הוא לא נחשב שומר כלל ושני: שמכיוון שהוא לא ידע הוא נחשב שומר עם סיבת פטור.

כאפשרות זו ברמב"ם הבין הלחם משנה, שהביא מקור לרמב"ם מב"מ (מב,ב).[9] שם מובא מקרה של אשה שפשעה בכסף פיקדון שחשבה שהוא של בנה ופטורהַ מכיוון שלא ידעה שחפץ זה הוא פיקדון. מהמקור של הלחם משנה משמע שהבין שחוסר הידיעה של הבעל שהנכס שכור היא סיבת הפטור.

אלא שהוא בעצמו הקשה, שאם לדעת הרמב"ם כל סיבת הפטור בגמרא היא מכיוון שהבעל לא ידע שהחפץ שכור, מדוע צריך לומר שהבעל "לא שואל ולא שוכר אלא לוקח", הרי הפטור לא נובע ממעמד הבעל כלפי נכסי אשתו אלא מאי ידיעתו שהחפץ שכור, ולכן אפילו אם הבעל הוא שוכר או שואל סו"ס לא ידע שחפץ זה שכור לאשתו ולכן צריך להיות פטור.

ובקושיה זו נראה לי לתרץ, שחוסר ידיעה פוטר את השומר רק אם הוא לא יודע שהוא שומר כלל, אבל אם הוא חושב שהוא שומר עם פטור בעליו עמו זה לא נחשב חוסר ידיעה הפוטר את השומר. ולכן אם הבעל היה מוגדר כשומר על החפץ כלפי אשתו, אלא שהוא פטור מצד בעליו עמו, לא היה לו פטור של חוסר ידיעה כלפי המשכיר. ומשום כך הגמרא היתה חייבת להעמיד שאינו 'לא שוכר ולא שואל אלא לוקח' שרק משום שהוא חשב שהנכסים הם של האשה ולכן הוא לוקח ולא שומר הוא פטור גם כלפי המשכיר.[10]

אפשרות שניה ברמב"ם: סיבת הפטור של הבעל היא מהותית משום ששימוש בחפץ לא מחייב אותו בשמירה לא כלפי האשה כיוון שבעל לא חייב לשמור על נכסי אשתו, ולא כלפי המשכיר כיוון שלא התחייב לו בשום דרך. אלא שכאשר האשה הודיעה לו שחפץ זה אינו שלה והוא ממשיך להשתמש בו באותו השימוש כאילו קיבל עליו שמירה מחודשת וחייב את עצמו בשמירה כלפי המשכיר.

יש לציין שהראב"ד השיג עליו שם "נכנס תחתיה - א"א והוא שקיבל אותה על עצמו בשאלה". הראב"ד בודאי דיבר על קבלת שמירה מחודשת ולא רק

---

[9] "נימא לה לאימיה: זילי שלימי, אמרה: לא אמר לי דלאו דידיה נינהו, דאקברינהו."

[10] כיסוד זה מצאתי במחנה אפרים הלכות שאלה (סימן א) שנשאל על שומר שחשב בטעות שיש לו בעליו עמו. וז"ל: "והייתי יכול לומר דבין שואל ובין ש"ח כל שזה קיבל לשמור וזה קיבל עליה בשאלה הרי אלו מתחייבים כל אחד כדינו ואע"פ שלא גמרו בדעתם להתחייב מ"מ כיון שנתרצו לשמור הרי אלו מתחייבים." יסוד זה נראה לי נכון גם בסברה, שאם אדם הוא שומר אלא שהוא חושב שיש לו בעליו עמו עדיין מצופה ממנו לשמור כרגיל, ולכן אין לו פטור. (נ"ב תלוי בשאלה אם דין בעליו עמו מפקיע שם שומר או רק חיוב תשלומין. עי' למשל קה"י ב"מ סי' לד. הערת עורך).

על סילוק סיבת פטור. לפי אפשרות זו גם הרמב״ם מודה שהבעל צריך לקבל על עצמו שמירה אלא שהוא חולק עם הראב״ד באופן קבלת השמירה, שלדעתו אין צורך בקבלת שמירה מפורשת אלא די שידע הבעל שחפץ שכור והמשיך להשתמש ואילו לראב״ד צריך קבלה מפורשת.

אפשרות זו ברמב״ם מתאימה יותר גם לפירוש הרמב״ן והר״ן שכתבו שהבעל אינו שומר כלל ללא קשר לחוסר ידיעתו, לפי אפשרות זו גם הרמב״ם מודה שאינו שומר אלא שהוסיף על שיטתם שאם הודיעה האשה את הבעל שהנכס שכור אז הוא נהיה שומר בקבלה מחודשת.

כאפשרות זו ברמב״ם מדוייק במחנה אפרים (שומרים ז) וז״ל:

> ובמה שכתב הרמב״ם דהבעל פטור אף על פי שהוא משתמש בה מפני שהוא כלוקח, מוכח דסובר דאם היה הבעל שומר היה חייב אף שלא הודיעה אותו.

רואים שהמחנה אפרים הבין בדעת הרמב״ם שהבעל הוא לא שומר כלל וזו סיבת הפטור שלו ולא חוסר ידיעתו. ודייק זאת ממה שכתב הרמב״ם ״הבעל פטור... אפילו פשע מפני שהוא כלוקח״ משמע שהבין שסיבת הפטור היא לא חוסר ידיעה, אלא סיבה מהותית כיוון שהבעל מוגדר לוקח ואילו היה הבעל מוגדר כשומר היה מתחייב בשמירה אף ללא ידעתו.

ג. דרך יצירת התחייבות השמירה של הבעל

1. ״הנח לפני״- חיוב שמירה ללא משיכה

התוס׳ והרא״ש חייבו את הבעל כשומר חינם. שאלנו לעיל: איך הבעל התחייב הרי לא משך או עשה מעשה כלשהו לשם קבלת שמירה. לכאורה נראה ששאלה זו אם צריך משיכה כדי להתחייב בשמירה תלויה במחלוקת ראשונים בהבנת הסוגיות של חיוב שומרים.

בב״מ (פ,ב) איתא, שומר שאמר הנח לפני התחייב בשמירה ״שמור לי ואמר לו הנח לפני - שומר חנם״. לעומת זאת בב״מ (צט,א) איתא, ״כשם שתיקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים.״

יש מהראשונים ובתוכם התוס׳ והרא״ש שהבינו שהגמרא בב״מ פ מייצגת את עיקר הדין של חיוב השמירה ולכן אפשר להתחייב בשמירה אפילו רק אמר לו ׳הנח לפני׳, ולדעתם מה שכתוב בב״מ צט ״תקנו משיכה בשומרים״

הכוונה שע״י משיכה לא יכול לחזור בו מהשמירה, אבל חיוב השמירה חל כבר כשאמר לו ׳הנח לפני׳.

ויש מהראשונים ובתוכם הרמב״ם שהבינו שחיוב שמירה הוא דוקא ע״י משיכה כמו בב״מ צט ומה שכתב ״הנח לפני״ צריך לומר שהניח בדרך שעושה קנין (כגון סמטה וכדו׳).

לכאורה אפשר היה לומר, שסיבת החיוב של בעל לדעת תוס׳, היא מכיוון ששומר לא צריך קנין כדי להתחייב, ואולי סיבת הפטור לדעת הרמב״ן ורמב״ם היא מכיוון ששומר צריך קנין והבעל לא עשה קנין.

אלא שנראה שאין די בזה בכדי להסביר את סיבת החיוב של בעל לדעת תוס׳ וראי״ש, שהרי לדעתם סיבת החיוב בב״מ פ היא דוקא כאשר אמר השומר בפרוש ׳הנח לפני׳. או משום שהבעלים סמך עליהם ועל פי דיבורם השאיר את החפץ (הסבר המחני״א שומרים א) או משום סיבות אחרות המופיעות באחרונים.[11] ברם הבעל והיתומים לא אמרו ׳הנח לפני׳ והבעלים לא עשה מעשה על פיהם, ולכן עדיין צריך הסבר מדוע לחייבם בשמירה.[12]

אפשר אולי למצוא את סיבת חיוב השמירה לבעל, מהתוס׳ בכתובות (לד,ב) על המקרה של יתומים:

> מתה אין חייבין באונסין - אבל בגנבה ואבדה נראה לר״י שהן חייבין דהואיל ונהנין דמשתמשין בה והכי אמר בהשואל (ב״מ צו).

וכדעת תוס׳ כתב גם הריטב״א, והוסיף עוד שאפילו לא נשתמשו היורשים חייבים בגנבה ואבדה בגלל שיכולים להנות, הריטב״א והרשב״א הביאו שתי סוגיות כמקור לזה שאפשר להתחייב בהנאה:

א. שומר אבדה שמתחייב בשמירה כיוון שנהנה (פרוטה דרב יוסף).[13]

ב. שולחני (ב״מ מג,א) שמתחייב בשמירה על צרור כסף שנמצא אצלו כיוון שיכול להשתמש בכסף לשם מסחר, ״כיון דאי איתרמי ליה זבינא דאית בה רווחא דזבין בהו הוי עלייהו שומר שכר״.[14]

---

[11] או משום שהוא כפועל שהתחיל מלאכה (הסבר קצוה״ח שז,א).

[12] ועוד שהרמב״ן עצמו (שפטר את הבעל מפשיעה) למד כמו תוס׳ את הגמרא של ״תקנו משיכה בשומרים״ שזאת רק משיכה ע״מ שלא יוכל לחזור בו. רמב״ן בב״מ (מז,ב).

[13] רב יוסף אמר שלשומר אבדה יש הנאה הואיל והוא פטור מלתת צדקה מכיוון שהוא עוסק במצוה ופטור זה שווה פרוטה.

2. הנאה כגורם ליצירת חיוב שמירה

במה שההנאה מחייבת בחיוב שמירה יש שתי דרכים להבינו:

א. ההנאה יוצרת סוג של קנין לחייב את השומר בעצם חיוב השמירה אפילו לא התחייב באחת מדרכי חיוב השמירה.

ב. ההנאה לא יוצרת את עצם חיוב השמירה, אלא רק קובעת את רמת השמירה. כגון אם התחייב כשומר חינם והוא נהנה, אזי הנאתו תחייבו בשמירה.

והנה ראיתי שחקר בזה הדברות משה (לו ענף ג.), אם ההנאה בשומר אבדה יכולה ליצור את עצם חיוב השמירה, או רק את רמת החיוב כש״ש. ותלה חקירה זו במחלוקת אמוראים בפרק המפקיד (מג,א).

אומנם בשו״ת הרשב״א (ה,קסו) משמע שהבין שההנאה מחייבת את עצם חיוב השמירה:

> והגַּעת הרווח והתועלת לנפקד מצד הפיקדון הוא שורש חיוב גדול להתחייב בעבורו (בשמירה. י״א).

לדעת הרשב״א, כל הסוגיות שדברו על דרך יצירת חיוב השמירה הם רק כאשר אין הנאה לשומר, אבל אם השומר נהנה מהחפץ אין שום צורך בדרך קניינית כדי לחייבו בשמירה ודי בזה שנהנה.

אלא שהסבר זה בתוס׳, שחייבו הבעל כש״ח נראה לי קשה משתי סיבות:

א. התוס׳ (בב״מ צו,ב) השווה את דין הבעל ללוקח לזמן,[15] ואם נאמר שסיבת החיוב של לוקח לזמן היא משום הנאתו[16] קשה, שהרי לוקח לזמן קנה את הגוף לפירות[17] ולכן קשה לומר שחייב משום שנהנה שהרי נהנה בשלו ולא בשל חברו.

---

[14] לגבי השאלה מדוע לא לחייב את הנהנה כשואל נראה לי לומר ששואל צריך התחייבות מפורשת, ואין די בהנאה כדי לחייבו.

[15] התוס׳ כתב שמתוך שפסק ר״י שבעל חייב כש״ח הוא יחייב גם לוקח לזמן כש״ח.

[16] בתוס׳ השוו בין יתומים לבעל שכתבו בסוף ד״ה של יתומים ״והכי אמר בהשואל (ב״מ צו)״.

[17] אמנם הגוף עצמו נשאר אצל הבעלים, אך עדיין יהיה קשה להגדירו כנהנה בשל חברו שהרי נהנה בשלו. גם בעל עצמו יהיה קשה להגדירו כנהנה בשל חברו שהרי נהנה רק מהאשה.

ב. אם בעל ולוקח לזמן חייבים משום הנאה מדוע הם חייבים רק כשומר חינם ולא כשומר שכר. ובשו"ת הרשב"א שהבאנו לעיל כתב ששומר חינם לא יכול להתחייב מצד הנאה. וז"ל:

> עד שבעבור זה, לא מצאו טעם בבירור על מה שחייבה התורה שומר חנם בפשיעה, הואיל ואין צד הנאה מגיע לו מן השמירה, וההכרח הביאם לומר בטעמו שקבל עליו בפיו...

וקושיא זו קשה רק לתוס', כי לדעת הרשב"א וריטב"א בעל באמת חייב כשומר שכר (אם לא שאשתו שומרת בשבילו).

מתוקף קושיות אלו אולי ניתן לומר שתוס' חולק על הריטב"א וסובר שההנאה בשומר אבדה, שולחני, ויתומים לא יצרה את עצם חיוב השמירה אלא רק את רמת חיוב השמירה. אלא שאז עדיין נשאר לנו לשאול מה יצר במקרים אלו את עצם חיוב השמירה.

3. שומר אבדה כיסוד ליצירת חיוב שמירה

הבאנו לעיל כמה אפשרויות בדרך יצירת חיוב שמירה אם ע"י משיכה, או ע"י אמירת הנח לפני, או כמו שראינו בסמוך ע"י הנאה. אך על כל פנים ראינו שמוסכם שהשומר צריך איזה מעשה התחייבות בכדי לחייב עצמו בשמירה.

מקרה יוצא דופן הוא 'שומר אבדה'. שומר אבדה לא עשה שום מעשה בכדי לחייב עצמו, (ולפי רבה גם אין לו שום הנאה) ואע"פ שאינו רוצה להתחייב כלל כשומר הרי הוא חייב.[18]

לכאורה ניתן לומר ששומר אבדה הוא לא מקרה פרטני דוקא בהשבת אבדה, אלא שהוא משמש כבניין אב ללמד שבכל מציאות שלאדם יש חפץ של חברו תחת ידו, והוא היחיד שיכול לשומרו חל עליו דין שומר אבדה.

אח"כ מצאתי בספר השומרים של הרב ברוך כהנא שהביא את הדין של שומר אבדה, והוכיח שדין זה הוא לאו דוקא בהשבת אבדה והביא אחרונים רבים שהשתמשו ביסוד זה לתרץ סוגיות רבות. והנה אפרט מקצת מן המקומות שהביא בספרו:[19]

---

[18] אמנם יש שהבינו את הגבהת האבדה ע"י המוצא כמעשה התחייבות בשמירה. (דברות משה ב"ק סד ענף ז) אך הדעה היותר מקובלת שהתורה חייבה את המוצא בעל כרחו.

[19] לרשימה של מקורות נוספים באחרונים עיין בספרו שומרים חלק א עמוד 667 מילואים להערה 263.

בשו״ת הציוני (לרב אהרון זליג ציוני, חו״מ ח״ב סימן ב) השתמש ביסוד זה של שומר אבדה לתרץ כמה קושיות. ואחת מהם היא על תשובת הרא״ש המובאת בטור חו״מ שמט, על אשה ששאלה כלים מחברתה ונגנבו ותבעו לבעל. כתב הרא״ש:

> הא מילתא פשיטא שאין שמעון חייב לשלם מה שלותה אשתו אמנם אחרי שהודה שבאו אלו החפצים לביתו צריך לישבע שאינם ברשותו ושלא שלח בהן יד ושלא פשע במה שנגנבו...

ותמהו על רא״ש זה (ב״י בבד״ה ועוד), מדוע ישבע הבעל כדין שומר חינם, והרי לא קיבל על עצמו שמירה כלל, ותרץ שם בציוני שמשום שבא לרשותו של הבעל ורק הוא יכול לשמור ממילא נהיה על חפץ זה שומר אבדה כדין שומר חינם.

ועוד הביא קהלות יעקב (פסחים ו) שכתב: שאדם שהקדיש וההקדש נמצא אצלו לא חייב בשמירתו[20] ואז הוסיף:

> ובהדיוט כה״ג שמונח בידו ממון חבירו אפשר דמכל מקום מתחייב בשמירה מדין השבת אבדה...ובהקדש ליכא דהא כתיב אבידת אחיך...

על כל פנים ראינו, שאפשר ללמוד את שומר אבדה כיסוד, שכל שיש לאדם חפץ תחת ידו ואין אף אחד שיכול לשמור אלא הוא הרי הוא חייב כשומר מדין שומר אבדה.[21] לעיל שאלנו מה מקור חיוב הבעל לדעת תוס׳ וראש״ש ומה ההקבלה שראו בין בעל ללוקח לזמן. ועתה נראה לומר שלדעת תוס׳ הבעל חייב מדין שומר אבדה כי החפץ נמצא תחת ידו.

ומה שכתב תוס׳ על יתומים:

> מתה אין חייבין באונסין - אבל בגנבה ואבדה נראה לר״י שהן חייבין דהואיל ונהנין.

---

[20] הדיון שם הוא מדוע לא עובר בב״י ובב״י בחמץ של הקדש.

[21] ובשאלה מדוע לא התחייב הבעל כשומר שכר כדין שומר אבדה ממש. נראה לי לומר שאין לו דין פטור ממצוות צדקה כמו משיב אבדה כי הוא לא עושה ממש מצוות השבת אבדה. כי אין זו אבדה שאינה ברשותו של המאבד. ויש לחלק: יש דין שומר אבדה שזה כל אדם שיש חפץ של חברו שרק הוא יכול לשומרו וזה לא מצוה דאוריתא אלא חובה שהטילה עליו התורה להיות שומר, ויש עוד דין שזה אם מצא חפץ אבוד מבעליו ואז יש לו דין מצוות עשה דאורייתא להשיב האבדה. ודו״ק.

התוס׳ השתמש בהנאה רק כדי להסביר מדוע חייבים בגנבה ואבדה כשומר שכר אבל עצם חיוב השמירה הוא משום שזה תחת ידם, ולכן בבעל לא כתב תוס׳ הואיל ונהנה ועתה מובן גם הקשר שראה בין בעל לבין לוקח לזמן שלשניהם יש חפץ תחת ידם ואע״פ שלא נהנים ממנו[22] חייבים עליו בשמירה מדין שומר אבדה.[23]

4. סיכום שיטות הראשונים

הגמרא כתבה שהבעל לא שוכר ולא שואל אלא לוקח. לפי מה שבארנו כל הראשונים הבינו שלוקח פירושו שהבעל לא חייב כשומר אלא ש׃

לדעת תוס׳ ורא״ש׃ למרות שבעל הוא לוקח ולא אמור להיות חייב כשומר, הימצאות החפץ תחת ידו מחייבו כשומר חינם מדין שומר אבדה, וכן בלוקח לזמן.

לדעת רשב״א וריטב״א׃ מעיקר הדין הבעל צריך להיות חייב כשומר שכר כיוון שהוא נהנה, לדעתם ההנאה יכולה להוות סיבה ליצירה של שמירה ולא רק להגדיר את רמת השמירה, אלא שמאחר והאשה שומרת במקומו הוא לא חייב בכלל כלוקח.

לדעת הרמב״ן׃ בכדי להתחייב בשמירה צריך השומר לחייב עצמו ע״י מעשה קנין, ולכן גם בעל וגם יתומים שלא משכו את הפיקדון פטורים אפילו מפשיעה כי לא חייבו עצמם.

רמב״ם׃ הבעל פטור מהכל, אך אם האשה הודיעה אותו שהנכס שבידה שכור הרי הוא נכנס תחתיה בשמירתו.

והצגנו שני דרכים להבין את הרמב״ם׃ א. בעקרון הבעל חייב בשמירה מכיוון שנהנה מהחפץ (כריטב״א) או מכיוון שהוא מוגדר כשומר אבדה (כתוס׳), אלא שיש לו סיבת פטור מכיוון שלא ידע שהוא שומר.

ב. הבעל לא התחייב כלל מכיוון שלא חייב עצמו במעשה כרמב״ן, אלא שמכיוון שהאשה הודיעה לו והוא ממשיך להשתמש יש בהמשך שימושו כמעשה קנין והתחייבות מחודשת בשמירה.

---

[22] לוקח לזמן נהנה בשלו, והבעל נהנה מהאשה ולא מהבעלים.

[23] כהסבר זה קצת מדוייק בלשונו של תוס׳ שכתב בעל בנכסי אשתו לא שואל הוי ולא שוכר הוי - ומיהו נראה לר״י דשומר חנם הוי. מדוע כתבו תוס׳ ומיהו שלמרות שאין להם דין שמירה מעיקר הדין אעפ״כ בגלל שיש חפץ תחת ידו חייב עליו בשמירה.

הרב אריאל בראלי

ראש מכון משפט לעם, ישיבת ההסדר שדרות

ביטול חוזה שכירות[1]

העובדות המוסכמות

התובע חתם על חוזה שכירות דירה ב-25.2.14. החוזה מחייב החל מהתאריך 1.3.14 למשך שנה תמורת 1850 ש״ח לחודש. ביום חתימת החוזה התובע שילם באמצעות בעשרה צ׳קים ועוד 2500 ש״ח במזומן.

עקב בקשת הנתבע (המשכיר) התובע (השוכר) נכנס בתאריך5.4.14 באיחור של חמישה ימים.

התובע השתמש בדירה במשך עשרה ימים בלבד ואז עזב אותה. באותם ימים הניח בדירה את חפציו ואף ישן במקום.

התובע הגיע להסכמה על ביטול החוזה משום שלהבנתו הבית אינו ראוי למגורים. התגלה שהניקוז מהמטבח מגיע לחדר רחצה וזורם שם בצורה גלויה. הנתבע החזיר את הצ׳קים אולם את הכסף המזומן לא החזיר. התביעה היא להחזרת סך 2500 ש״ח ששולמו במעמד חתימת החוזה.

טענות התובע

בתחילה כאשר ראיתי את הדירה היו בה חפצים של בעל הבית והובטח לי שהם יפונו עד התאריך המיועד לכניסה שלי. הפינוי התעכב ולבסוף כאשר מכונת הכביסה נלקחה מחדר הרחצה התגלה לי שהניקוז מהמטבח מגיע לחדר זה. מבחינתי מצב זה לא מאפשר מגורים נורמאליים. הריח והלכלוך מהמטבח מגיעים לחדר האמבט. אני דורש את כל כספי חזרה עקב הפגם שהתגלה.

טענות הנתבע

אני מייצג את בעל הדירה אשר שוהה בחו״ל. תיקנתי את כל הליקויים שהיו והתובע העיר עליהם. הנתבע ביקש לבטל את החוזה והסכמתי לכך מתוך

---

[1] פסקי הדין דלהלן הם מבית הדין לדיני ממונות שע״י ישיבת ההסדר בשדרות. שמות בעלי הדין – שונו. פסקי הדין ניתנו ע״י הרכבים של שלשה דיינים, בהם – מלבד הכותב: הרב פנדל, הרב טאויל והרב בן יאיר.

רצון ללכת לקראתו. אני לא רואה בבעיה שתוארה על ידי התובע דבר שפוסל את הדירה למגורים. מדובר על מקום קטן שבו הצינור מהמטבח חשוף וניתן לתקן זאת.

בעל הדירה גער בי על כך שמיהרתי להחזיר את הצ׳קים כי הדירה ראויה למגורים וניתן לתקן את הבעיה שהועלתה. התובע אשם בכך שהדירה עומדת ריקה למעלה משלושה חודשים, היתה הצעה אחרת על הפרק שנדחתה בגלל התובע. לכן יש לראות את הכסף המזומן שניתן, כפיצוי על אובדן ההכנסה.

עדות על מצבה של הדירה

בפני בית הדין הופיע עד פלוני, שעוסק בתיווך דירות וליווה את העסקה מטעם התובע. הוא העיד שמעודו לא ראה דירה במצב כזה. הניקוז של המטבח היה חשוף וזה הוא דבר שאינו עומד בשום תקן. זה הוא פגם מהותי שהתגלה וממילא דינה של העסקה להתבטל.

נושאי הדיון

תקפות החוזה, אובדן הכנסה, תשלום על הנאה, מקח טעות.

1. תקפות החוזה

הנתבע החזיר את הצ׳קים לתובע לאור הפגם שהתגלה, האם יש לראות בכך הסכמה לביטול החוזה? לדברי הנתבע אין בכך הסכמה לביטול החוזה אלא מחווה של רצון טוב לעזור לזוג צעיר. מבחינתו החוזה תקף, בכך שלתובע יש אחריות לפצות על הנזק שגרם כשהפר את החוזה והביא לכך שהדירה עומדת ריקה.

את דברי הנתבע אפשר לפרש מבחינה הלכתית בשתי דרכים:

הדרך הראשונה: חיוב בגלל ההתחייבות בחוזה – כיון שהשוכר התחייב בחוזה עליו לשלם כל זמן שהדירה אינה מושכרת. אלא שאין חוזה למחצה – אם המשכיר מודה שאינו מצפה מהתובע להמשיך לגור במקום והחזיר לו את הצ׳קים א״א לומר שמצד אחד לשוכר אין זכות לגור בבית ומצד שני הוא מחויב לחוזה.

לפיכך, בית הדין אינו מקבל את הטענה שהחוזה בתוקף משום שהחזרת הצ׳קים מהווה ראיה ברורה לכך שהעסקה בטלה.

2. אובדן הכנסה

את דברי הנתבע אפשר לפרש גם בדרך נוספת: חיוב מדיני נזיקין – כיון שהשוכר גרם נזק למשכיר. הנתבע טוען שזכותו לעכב את הכסף עקב כך שהדירה לא מושכרת כבר שלושה חודשים. לטענתו היה שוכר על הפרק אלא שהוא פנה ביום חתימת החוזה עם התובע. הבסיס ההלכתי לטענה זו הוא חיוב מדין גרמי.

לשאלת בית הדין מדוע הדירה עומדת ריקה כל כך הרבה זמן, ענה הנתבע שכעת אינו מעוניין להשכיר אותה אך בזמנו היתה לו נכונות ועל כך תביעתו.

בית הדין דוחה טענה זו משום שהתובע עשה זאת בשוגג מתוך שחשב שהעסקה קיימת והדירה ראויה למגורים.

הש"ך (שפו,א) הכריע שגרמי הוא קנס דרבנן, וסבר שלהכרעה זו יש נפקא מינה ברורה לענין החיוב בשוגג: "לפי מה שהעליתי... דכל דיני דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן... אם היה שוגג פטור...".

מקח טעות

בנוסף לכל האמור לעיל נראה שלתובע היתה את הזכות המלאה לבטל את החוזה ואין צורך במחווה מיוחדת מצד הנתבע.

התובע טען למקח טעות משום שהדירה אינה ראויה למגורים, בהנחה שדבריו צודקים זכותו לחזור בו אף אם ניתן לתקן את הפגם. הדברים מתבארים בדברי הרמ"א (חו"מ רלב,ה) שכאשר ישנו פגם מהותי הוא מהווה עילה לביטול העסקה גם אם ניתן לתקנו:

> ראובן שמכר לשמעון בתים שיש לו בעיר אחרת, וקודם גמר המקח נכנסו עובדי כוכבים בבתים וקלקלו קצת מקומות ועשנו הכתלים ועקרו דלתות הבית והחלונות, ורוצה שמעון לחזור בו, וראובן טוען שכיון שהוא מום עובר ינכה לו מן הדמים כדי שיחזיר הבית לקדמותו ויקיים המקח, הדין עם ראובן.
>
> הגה: שהרי בית מכר לו ועדיין נקרא בית. וכן מום שאינו בגוף הבית, כגון שיש לאחר דרך עליו או אמת המים עוברת שם, מסלק המים והמקח קיים. אבל אם המום בגוף הבית, כגון שאמר לו שיש לו כותל שלם, ונמצא רעוע, אינו יכול לבנות לו כותל שלם.

בספר נתיבות המשפט (שם, ס״ק ז) ביאר שתיקון פגם באופן של בנייה חדשה מוגדר כפנים חדשות וממילא הסיכום הקודם אינו מחייב.

בית הדין התרשם שתיקון של צינור הניקוז של המטבח אינו דבר פשוט אלא מצריך חציבה מחודשת וצינור חדש ולכן שייך כאן דינו של הרמ״א כי פנים חדשות באו לכאן.

לסיכום, התובע היה רשאי לבטל את החוזה בגלל מקח טעות גם ללא הסכמת המשכיר, לפיכך, המשכיר אינו יכול לטעון שהסכים לביטול החוזה בתנאי כלשהוא.

3. תשלום על הנאה

היות והשוכר השתמש בדירה במשך עשרה ימים הן לאחסון חפציו והן ללינה הרי הוא חייב לשלם על כך מדין נהנה. כך כתב בשו״ת הרשב״ש, סימן תעו:

> אם הבגד (שהתגלה בו פגם) כבר נעשה ממנו מלבוש ולבשו קודם שנגלה המום, והיה מום שלא היה יכול להכירו עד עתה וחוזר הבגד למוכר, וצריך ליתן לו שכר לבישתו כמו שכתב הרמב״ם ז״ל בפרק טו מהלכות מכירה גבי מוכר בית ומצא בו מום.

והנה על פי הסכם השכירות היה צריך לשלם 616 ש״ח לעשרה ימים[2] אולם היות והחוזה התבטל הרי שיש לקבוע תמחור חדש. יסוד החיוב מדין 'נהנה' ומחושב לפי מה שהיה משלם על הפחות שבדירות (נתיבות המשפט שסג ס״ק ח). ובדברי השו״ע משמע שיש להפחית שליש מהמחיר וזה לשונו ״חשבו שהיא של אביהם וטבחוה ואכלוה משלמים דמי בשר בזול שהוא שני שלישים...״ לכך התשלום המתקבל הוא 411 שקלים.

4. החלטה

א. על הנתבע לשלם 2500 ש״ח לתובע עד כ״ד בכסלו תשע״ה.

ב. על התובע לשלם 411 ש״ח עד כ״ד בכסלו תשע״ה.

לאחר קיזוז התביעות מוטל רק על הנתבע לשלם ש״ח 2089 עד כ״ד בכסלו תשע״ה.

---

[2] השכירות החודשית היא 1850 ₪ ושליש ממנה דהיינו עשרה ימים היא 616 ₪. ואף ששכירות לימים מועטים יקרה יותר, מכל מקום התמחור של דמי השכירות מתייחס לכלל הדירה והשימוש היה רק בחדר ממ״ד ושינה.

מקח טעות באתרוגים

העובדות המוסכמות

ביום שלישי ו בתשרי תשע״ה הגיע התובע לחנות של נתבע א׳, הוא ראה של אתרוגים לדוגמא שמצאו חן בעיניו וביצע הזמנה של ארבעים סטים מהודרים באיכות שדובר עליה. המחיר שסוכם הוא 1500 ש״ח ומתוכם שילם התובע באותו מעמד מקדמה של 500 ש״ח.

ביום רביעי הוא הגיע לקחת את הסחורה וחל עיכוב מצד נתבע א׳ וקבלת הסחורה נדחתה ליום חמישי. באותו יום הגיע התובע עם חבר בשם מאיר לבחור את הסחורה ואז התגלע ויכוח בין הצדדים. התובע חזר שוב עם נאור ובסופו של יום הויכוח נשאר על עומדו והתובע לא לקח את הסחורה המוצעת.

הדיון הוא ביחס ל-500 ש״ח דמי קדימה ששילם התובע כאשר הוא תובע לקבלם בחזרה. מנגד, מבקש נתבע א׳ את יתרת החוב על ארבעים הסטים בסך של 1000 ש״ח.

טענות התובע

התובע טען: הדגשתי לנתבע שאני קונה סטים בדיוק כמו האתרוג שהוצג בפני. כשראיתי את הסחורה שהוצעה לי היא היתה שונה לגמרי, הן מצד הגודל של האתרוגים והן מצד היופי שלהם. נתבע א׳ אמר לי שהסוג שרציתי נגמר ויש לו סוג טוב אחר. הבאתי פעמיים חברים שמבינים בארבעת המינים ושניהם יעצו לי לבטל את העסקה כי הם לא אתרוגים מהודרים.

מבחינתי זה מקח טעות והודעתי לנתבע א׳ שהעסקה מבוטלת. היה שלב שהוא אמר לי בטלפון: ״בוא ותיקח אתרוגים בשווי חמש מאות שקלים״, אך בפועל הוא חזר בו ואמר: ״או הכול או לא כלום״.

טעות הנתבע

אני מחזיק כמות גדולה של סחורה שהזמנתי מראש וכל האתרוגים שהצגתי בפני התובע הם מאותו זן. כמו כן הרבה אנשים לקחו מהם בלא שום טענה. מעולם לא אמרתי שהסוג שהוא הזמין נגמר. היו לי הרבה קרטונים והוא עצמו מצא כמה אתרוגים שכן מצאו חן בעניו ושם אותם בצד ולבסוף סוחר אחר הגיע ולקח אותם. אני מחשיב את האתרוגים לפי רמתם ההלכתית ולא

המסחרית ולכן כולם מהודרים. מבחינתי העסקה קיימת. לא הסכמתי לביטולה ואף לא להצעה של סחורה ב-500 ש״ח. מבחינתי ארבעים הסטים הללו נשארו עבור התובע עד לחג ולא מכרתי אותם כי שמרתי לו אותם ונשארו לי עוד סטים נוספים.

אני דורש ממנו לעמוד בהסכם ולשלם לי את יתרת החוב על ארבעים הסטים לפחות העלות שלהם שהיא 1000 ש״ח.

עדותו של מ׳

אין לי קשר עסקי כל שהוא עם התובע, הוא רק ביקש ממני כטובה לעזור לו בבחירת ארבעת המינים. אני מתעסק בתחום שלוש שנים, ויכול להגיד שהמחיר שהתובע קיבל הוא טוב אבל רק לאתרוגים מהודרים. מה שהנתבע נתן לנו לבחור היו אתרוגים שרובם מדרג ג׳.

הוא נתן לנו שני ארגזים ובסך הכול היו בהם כארבעים אתרוגים. הרוב המכריע, כפי שאמרתי, היו מדרג ג׳ כי היו בהם הרבה בלטלאך גם בשליש העליון ובחלקם נקודות שחורות בשני שליש התחתון. כארבע עשר אתרוגים היו דרג ב׳ ואולי אחד שניתן להחשיב אותו מהודר.

אני מגדיר מהודר לפי העיניים של הקונה – בשליש העליון נקי לגמרי גם מבלטלאך. כי היופי חשוב לאנשים אף שמבחינה הלכתית האתרוג ודאי כשר.

לסיכום, לא ניתן לנו ארגז של סחורה מובחרת והנתבע לא הסכים להראות סחורה נוספת אלא הוציא אותנו מהחנות.

עדותו של נ׳

אין לי קשר עסקי לתובע אלא הוא ביקש ממני לעזור לו. אני לא מומחה גדול אך האמירה שלי היא שאדם סביר לא היה לוקח את הסחורה שהציע נתבע א׳. היא בכלל לא היתה מהודרת, אומנם היו אתרוגים בודדים שהיו טובים והנחתי אותם בצד אך זה לא ארגז של מהודרים. הייתי עד לדו שיח בין התובע לנתבע א׳, כאשר התובע טען שזו לא הסחורה שהזמין והנתבע א׳ ענה לו שזה בדיוק אותם ארגזים ואותה איכות.

הכרעה עובדתית לגבי איכות האתרוגים

לאחר שמיעת העדים והתייחסות בעלי הדין לדבריהם, בית הדין קובע שהאתרוגים שהוצעו לתובע אינם נחשבים בשוק לאתרוגים מהודרים.

בית הדין דחה את טענת הנתבע שאין להתייחס להידור המסחרי של האתרוג אלא להלכתי ולדבריו הקביעה של העדים אינה משפיעה על ביטול העסקה.

ראשית, בית הדין לא מקבל אבחנה זו שבה יש הפרדה בין ההלכה לבין היופי החיצוני משום שהתובע הזמין הזמנה סיטונאית המיועדת להימכר בשוק ארבעת המינים. הלקוחות בוודאי מגדירים אתרוג שאינו יפה מבחינה חיצונית כאתרוג שאינו מהודר.

עיקרון זה הוגדר בשו״ע (חו״מ רלב,ו) כך:

> כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזירים בו מקח זה, מחזירין. וכל שהסכימו עליו שאינו מום, ה״ז אינו מחזיר בו אלא אם פירש, שכל הנושא ונותן סתם, על מנהג המדינה הוא סומך.

מה שקובע הוא מנהג המדינה, ולא ההגדרה ההלכתית (וראה עוד בהערה).[3]

כמו כן בדיון שני סתר הנתבע דברי עצמו והודה שאכן בארגזים לא היתה כמות גדולה של אתרוגים מהודרים.

טענת מקח טעות

התובע מבקש לבטל את העסקה בטענת מקח טעות.[4] ביטול מקח אפשרי כאשר ברור שקיים שוני בין הסיכום שבין הצדדים לבין מוצר שסופק. בענייננו התובע סיכם על אתרוגים מהודרים ולא קיבל זאת, ולכן ניתן לראות בכך ביטול מקח. דין זה מקביל לדברי המשנה במסכת ב״ב (ה,ו) הפוסקת:

> ארבע מדות במוכרין: מכר לו חטים יפות ונמצאו רעות הלוקח יכול לחזור בו...

---

[3] בספר ארבעת המינים הגדיר את ההידור באתרוג באופן הבא: שיהיה נקי מאד ואפילו מכתם קטן כחודו של מחט; שיהיו בליטות רבות על גופו; שהעוקץ שבתחתיתו משוקע; שיהיה בנוי כמו מגדל ולא ככדור; שיהא שושנתא שלימה בראש האתרוג ומכוון נגד העוקץ שלמטה.

[4] יש להוסיף שאף אם לא נקבל את טענת מקח טעות עדיין לא התבצעה פעולת קנין מצד התובע כי מעות אינם קונות מטלטלים. ממילא התובע יכול לחזור בו מהמקח ולענין מי שפרע יכול לסמוך על כך שיש לו סיבה מוצדקת לחזרתו. אמנם ייתכן שלדמי קדימה מעמד שונה, עי׳ בפת״ש חו״מ רז סקי״ג בשם שו״ת מים חיים שסובר שדמי קדימה אינם כהתחלת פרעון אלא ״דמי בטחון״ שאם הקונה יחזור בו יוחלטו דמים אלו למוכר. אמנם יש שחלקו על כך שאין סברא שהקונה יפסיד ולא המוכר, עיין תשורת שי סימן ע. ומכל מקום פשוט שבמקרה של מקח טעות דמים אלו חוזרים לקונה.

גם במקרה שלפנינו מדובר על הבדל באיכות של המוצר, ולכן לקונה זכות לחזור בו (עי' עוד בהערה[5]).

האפשרות לבחירת אתרוגים אחרים

הנתבע הוסיף לטעון שאף אם בארגזים שהוצעו לתובע לא היו די אתרוגים מהודרים הרי שהיתה בידו אפשרות להמשיך ולבחור אתרוגים אחרים ומשלא עשה כך הרי הוא מנע מעצמו את הסחורה המיועדת.

גם אם נקבל את דברי הנתבע יש לדון האם הדבר מבטל את זכותו של הקונה לטענת מקח טעות. האם לגיטימי להציע לקונה מבחר שרק אתרוגים בודדים מתוכו הם מובחרים? הנתבע עצמו ציין זאת כאחת מהסיבות שלא רצה להמשיך ולאפשר לתובע לבחור כי הוא לא יודע לבחור, והראיה שמצא רק אתרוגים בודדים בשני ארגזים. דהיינו, זו לא הדרך המקובלת לתת סחורה המצריכה עבודה רבה של ברירה.

בנוסף, מדברי שני העדים עולה שהנתבע לא אפשר לתובע להמשיך ולבחור מארגזים נוספים אשר היו בחנות. שני העדים ציינו שהיה דין ודברים קולני בין בעלי הדין ובסופו הנתבע לא הסכים להראות עוד סחורה לתובע.

לסיכום: בית הדין מקבל את טענת התובע שהמקח התבטל באותו יום, ולכן על הנתבע להחזיר את דמי הקדימה בסך 500 ש"ח, כהשלמה בית הדין דוחה גם את התביעה הנגדית על סך 1000 ש"ח.

החלטה: הנתבע ישלם לתובע 500 ש"ח עד י"ח בטבת תשע"ה.

---

[5] בהמשך המשנה: יין ונמצא חומץ חומץ ונמצא יין שניהם יכולין לחזור בהן. ז"א שאם מדובר בשוני מהותי במקח, כגון בשני סוגים שונים של חפצים אז שני הצדדים יכולים לחזור בהם. אולם אם השוני אינו כל כך גדל ומדובר רק על איכות שונה של אותו מוצר רק ביד הקונה לבטלו. ההבדל נעוץ בכך שכאשר מדובר על שני סוגים שונים אין גמירות דעת בסיסית לקנין מצד שני הצדדים ולכן העסקה בטלה, וכפי שהזכיר רש"י במקום אחר (ב"מ פ,א): "אדעתא דהכי לא זבן", ולפיכך שני הצדדים חוזרים בהם. אולם אם השינוי אינו בסוג החפץ אלא באיכותו המקח קיים אך לקונה יש זכות חזרה.

נראה, א"כ, שהשינוי בין אתרוג כשר למהודר אינו פוגם בעצם המקח ולכן המקח קיים אלא שלקונה בלבד ישנה זכות חזרה. וכמו שקנה חיטים יפות ונמצאו רעות, רק הקונה חוזר בו, אף כאן היות והאתרוג כשר לברכה המקח קיים והקונה יכול לחזור בו.

נזקי שכנים

עובדות מוסכמות

משפחת הנתבע גרה בסמיכות למשפחת התובע כאשר בצמוד לשתי הדירות ישנה חצר של הנתבע. התובע קיבל אישור ממשפחת הנתבע לפתיחת חלון בחדר המגורים לכיוון החצר של משפחת נתבע (ללא תשלום). זה הוא חלון יחידי בחדר המגורים ומשמש לאור ולאוויר. האישור ניתן ללא תמורה וכאשר החצר היתה ללא שימוש.

לאחר זמן, הנתבע החל לנצל יותר את החצר ואף פתח כניסה חדשה לחצר. השימוש העיקרי היה בחג הסוכות ולשם כך נבנתה גם פרגולה. לאחר החג הסכים הנתבע להוריד את הסכך מהפרגולה כי הוא מאפיל ומונע כניסת אור ואויר לחדר של התובע, אלא שהסכך נגנב מהחצר.

כעבור שנה לאחר חג הסוכות החליט הנתבע להשאיר את הסכך על גבי הפרגולה והוסיף כיסוי פלסטיק שקוף כדי להגן עליו. התביעה היא לפרק את הכיסוי מעל הפרגולה ולהוריד את הסכך בהקדם האפשרי.

טענות התובע

קיבלנו הבטחה מפורשת להורדת הסכך לאחר החג כפי שנעשה בשנים קודמות. הסכך מחשיך את החדר וכיסוי הפלסטיק פוגע בכמות האוויר. אין נכונות לפשרה.

טענות הנתבע

הסכמנו לעשות טובה ולהרשות לתובע לפתוח חלון לכיוון החצר שלנו. לא יעלה על הדעת שעכשיו לא נוכל ליהנות מהחצר שלנו, ודאי לא לכך התכוונו בנתינת הרשות לפתיחת החלון.

כרגע, אין בידינו פתרון אחר לאחסון הסכך אלא על גבי הפרגולה בחצר ודווקא מתוך התחשבות ורצון טוב קיפלנו את שוליו של הסכך פנימה בחלק הצמוד לחלון של משפחת התובע על מנת שלא לחסום את האור.

האם ניתן לחזור מההסכמה לפתיחת חלון?

על פי הדין, ללא רשות, אסור לפתוח חלון מבית של אדם אחד לחצר של אדם אחר משום היזק ראיה (חו״מ קנד,ג):

> לא יפתח אדם חלון לחצר חבירו; ואפילו אחד מהשותפים בחצר שבקש לפתוח לו חלון בתוך ביתו לחצר, מעכב עליו שותפו, מפני שמסתכל בו ממנו. ואם פתח, יסתום. ואם נתנו לו השותפים בחצר רשות לפתוח חלון או פתח, רשאי, והוא שלא יפתח פתח כנגד פתח או חלון כנגד חלון.

היות ומשפחת התובע קיבלה רשות מפורשת לפתיחת החלון יש בכך משום מחילה על היזק ראיה הנגרם לחצר[6] והדין קובע שניתן למחול על היזק ראיה (שם קנז,א). דבר זה כלול בהיתר שניתן למשפחת התובע לפתיחת החלון.

לפיכך, הנתבע אינו יכול לחזור בו מההסכמה שנתן לפתיחת החלון.

האפלת חלון ומניעת אויר

כעת השאלה היא האם יש לחייב את הנתבע לפרק את הסכך כיון שהוא פוגע בחלון של התובע.

יש להקדים שיש מאפיינים מיוחדים להלכות שכנים בשונה מנזקים אחרים. הצדדים אינם מתכוונים להזיק אלא כל אחד משתמש בשלו ורק ממילא נפגע חברו. כל הכרעה להטיל חובת הרחקה על צד אחד משמעותה פגיעה בשימוש שלו בחצירו. לפיכך חז״ל שקלו היטב את החובה המוטלת על כל צד והעריכו את התועלת מול ההפסד ועל פי זאת הכריעו בסוגיות אלו.

בהלכות נזקי שכנים נאמר שאסור לפגוע באור ובאויר של חלון חברו ומוטלת חובה על בעל החצר להרחיק ארבע אמות מהחלון (חו״מ קנד,י):

> כיצד דינו של חלון זה... אם פתחה לאורה, אפילו היתה קטנה ביותר (וגבוהה) ביותר, הואיל ולא ערער, החזיק, ואין בעל החצר יכול לבנות כנגדה או מצדדיה עד שירחיק ד׳ אמות, כדי שלא יאפיל עליו, שהרי מחל לו על האורה.

לכאורה היה נראה, שאף במקרה הנידון ישנה זכות לתובע לחלון עם אור ואויר ועל הנתבע להרחיק ארבע אמות מהחלון.

---

[6] דעת הרא״ש שאם בזמן נתינת הרשות לא היה הזק ראיה אזי אין צורך ברשות מפורשת וממילא אין בכך מחילה על הזק ראיה. דבריו הובאו להלכה בחו״מ קנד,טז אולם ההכרעה ההלכתית אינה כדבריו.

אולם לאחר ביקור של בית הדין במקום התקבל הרושם שכיסוי הפלסטיק השקוף אינו פוגע באופן מהותי באור ובאויר: לענין האויר ישנה פגיעה מסוימת אך היא אינה משמעותית כי החצר פתוחה מכל צדדיה. ולענין האור הפגיעה אינה גדולה[7] (בספר פתחי חושן נזיקין פרק יד, הערה סד, כתב שמצב זה נתון לשיקול דעתם של הדיינים). כמו כן, יש אומדנא שהרשות לפתיחת החלון היתה בתנאי שלא יגרם נזק לנותן הרשות.[8]

לסיכום, לנתבע ישנה זכות להשתמש בחצרו באופן שאינו פוגע מהותית באור ובאויר של התובע. לדעת בית הדין במצב הנוכחי אין פגיעה וניתן להשאיר את הסכך וכיסוי הפלסטיק על מקומם.

החלטה

1. הנתבע צריך להשאיר את הסכך כפי מצבו היום כאשר הוא מורחק מהחלון.
2. על הנתבע להימנע בעתיד מכל שינוי המביא לפגיעה באור או באויר של החלון.
3. הנתבע זכאי להשאיר את כיסוי הפלסטיק במקומו.

פסק הדין ניתן בתאריך כ״ד טבת תשע״ה.

---

7 ומצאנו חילוק בהלכה בענין אחר בין פגיעה מהותית שיש בה האפלה גמורה לפגיעה מועטת שאינה נחשבת לנזק, חו״מ קנד,כז בסופו.

8 בדומה לכך פסק הרב אשר וייס לגבי דייר בבית משותף ששכר פועלים לשפץ את ביתו, והם הזיקו לאחד השכנים (שו״ת מנחת אשר ח״א סי׳ קיג). על פי הדין, השכן אינו חייב לפצות את שכנו, והאחריות מוטלת על הפועלים. בכל זאת, חייב הרב וייס את המזמין לפצות את שכנו, כיוון שהשיפוץ דרש את הסכמת השכנים, ובהסכמתם לשיפוץ יש מעין התניה שכל נזק שייווצר יהיה באחריות המשפץ.

גדר בין חצרות

עובדות מוסכמות

בעלי הדין קנו בשכנות שטח לבניה בישוב אבן שמואל, לפני כ-4 שנים. התובע בנה ראשון וכדי לקבל טופס 4 מהרשויות, כלומר, היתר להיכנס לגור בבית, היה עליו לבנות חומה מפרידה בין השטחים.

התובע פנה לנתבע כדי שיבנו יחד, כפי שמחייב החוק, וזה טען שעתה אינו בונה ולכן הסכים שהתובע יבנה ולאחר שהנתבע יבנה את ביתו הוא ישלם לתובע חצי מהוצאות החומה.

התובע בנה חומה, חצי על שטחו וחצי על שטח הנתבע. כיון שהשטחים אינם באותו גובה, מצד התובע הגובה של החומה נמוך ומצד הנתבע הגובה הוא כ-3.5 מטרים.

לפני כ-3 שנים, הנתבע בנה בית והגיש בקשה לקבלת טופס 4 כדי להיכנס לבית, על סמך החומה הבנויה ביניהם. התובע פנה לנתבע וביקש חצי מהוצאות החומה, אך הנתבע מסרב בטענה שהחומה מסוכנת ועלולה ליפול.

התובע הציג אישור מהקבלן המורשה שבנה את החומה המעיד על תקינות החומה.

הנתבע הציג אישור מדודו, שהוא מהנדס, שהחומה אינה תקינה.

טענות התובע

פניתי לנתבע שהוא שכני מצד אחד כדי שנבנה יחד אך הוא לא רצה לבנות איתי כי עדיין לא בנה את ביתו. הוא אישר לי לבנות קיר הפרדה בגבול בינינו והתחייב לשלם לי חצי לאחר שיכנס לדירה. פניתי לקבלן מורשה ובניתי חומה ושילמתי הכל מכיסי, יש לי אישור מהקבלן שהחומה תקנית.

לאחר שהנתבע בנה בית ונכנס לגור בו, ביקשתי ממנו שישלם לי חצי מעלות החומה המשותפת, אך הוא סירב בטענה שאין לי אישור מהנדס. האישור של הקבלן לא סיפק אותו. ביקשתי ממנו שיביא לי דוגמא של אישור מהנדס על החומות שהוא בנה עם השכנים האחרים, אך הוא טען שאין זה מענייני מה שהוא בנה שם. שאלתי את השכנים והם אמרו שאין אישור כזה.

הנתבע נכנס לגור בבית וכבר עברו כמה שנים, אם החומה לא טובה מדוע הוא נכנס לגור?

אני תובע מחצית מעלות החומה. החומה כולה עלתה 7200 ש״ח, ולכן אני תובע 3600 ש״ח. ועוד חצי מהגדר שעל החומה שגם היא צריכה להיות משותפת לשנינו כדי למנוע היזק ראיה, עלותה 1486 ש״ח, כלומר חצי ממנה: 743 ש״ח. עוד אני תובע עלות יום עבודה 350 ש״ח, וגם החזר אגרה לבית הדין של 250 ש״ח. סה״כ - 4943 ש״ח.

טענות הנתבע

אני מוכן לשלם עבור קיר טוב אפילו מחיר יקר, ואכן עם שאר השכנים שיש לי קיר שילמתי מחיר יקר יותר, אך כאן הקיר מסוכן ועומד ליפול. מדובר בקיר שמהצד שלי הוא בגובה 3.5 מטר ולקיר כזה דרוש אישור מהנדס מיוחד ואין לו. אני ממש חושש שהקיר ייפול ויסכן את משפחתי.

כפי הנראה מהתמונות (הנתבע הציג תמונות בפני בית הדין), הרגל של הקיר קצרה ואינה תקנית. ועוד, הרגל בחוץ ולא שקועה באדמה וזה מכער את החצר ומפריע לשימוש תחתיה.

בנוסף, יש לי מכתב מדוד שלי, מהנדס שבנה לי את הבית, שהקיר מסוכן ואינו עומד בתקן. וכן, יש כבר תזוזות של הקיר ואני חושש מזה.

לגבי שאר החומות עם השכנים האחרים, כולן חומות נמוכות ולכן לא צריך אישור מיוחד, והן נעשו בצורה תקנית.

נושאי הדיון

חובת השתתפות בבניית כותל מפריד, חוות דעת מומחה, המשמעות ההלכתית של חוות דעת המומחה והוצאות משפט.

חובת השתתפות בבניית כותל מפריד

נקודת המוצא של בית הדין (לולי הטענה לבעיית בטיחות) היא שמוטלת חובה על הנתבע לשלם חצי מהסכום של בנית החומה, מהסיבות הבאות:

א. שני הצדדים מחויבים על פי חוק לבנות מחיצה ביניהם, ומנהג המדינה מחייב גם על פי ההלכה (ב״מ פ״ז מ״א).

ב. ישנה חובה הלכתית לדאוג שלא יהיה היזק ראיה בין החצרות לכן חכמים חייבו לבנות כותל בין חצרות כדי למנוע היזק. מקום הכותל ותשלום הכותל מוטלים על שני הצדדים בשווה (שו"ע חו"מ קנז, סע' א, ג-ד).

ג. הנתבע הסכים לבקשת התובע לבנות כותל משותף ואף הקצה לכך מקום מחצירו. ההסכמה כמוה כהתחייבות לשלם את ההוצאות שהתובע הוציא.

ד. הכותל כבר שייך לנתבע[9] היות והוא בנוי על שטחו והוא גילה דעתו שרוצה בכותל על מנת לקבל אישור לטופס 4 מהעירייה (נמו"י ב"ב ו).

לכל אלה יש להוסיף שהנתבע אכן איננו מתכחש להתחייבות שלו, אלא שהוא טוען שהחומה מסוכנת ונבנתה באופן לא תקין, וזה לא היה כלול בהסכמה. ברור שטענה זו במידה והיא נכונה מאפשרת לנתבע להתנער מהסיכום הראשוני להשתתפות בעלות הכותל. כי על דעת כן לא התחייב לקבל כותל שאיננו בטיחותי.

חוות דעת מומחה

היות ומדובר בחומה גבוהה הדורשת יציבות ומפני חששו של הנתבע שחלילה יגרם אסון, החליט בית הדין לבקש חוות דעת מקצועית. בהסכמת שני הצדדים ובמימונם הוזמן מהנדס רישוי, כדי לקבל חוו"ד על תקינות החומה.

עיקרי מסקנות המומחה, כפי שהובאו במכתב לפני בית הדין, הן כדלהלן:

1. בדרך כלל כשיש קיר גבוה מעל שני מטר דרוש, ע"פ החוק, אישור של מהנדס רשמי, לכן אין ערך לאישור הקבלן שהציג התובע.

2. מעבר לכך, ישנם שתי בעיות הנדסיות ובעיה אחת חזותית:

א. הרגל התומכת נראית קטנה מדי עבור קיר גבוה, כ-1 מטר, בעוד קיר כזה מצריך לפחות 2 מטר.

ב. חסרים צינורות לניקוז מים, יש מעט אך לא כפי המקובל במקרה זה.

ג. בנוסף, יש בעיה חזותית, יסוד הקיר אינו נמצא עמוק באדמה כפי המקובל.

---

[9] יש מקום לדון האם מכוח זה שהנתבע כבר קנה חצי מהכותל עליו החובה להוכיח שהכותל אינו בטיחותי (כעין זה כתב בספר קצות החושן סימן קנז).

ד. עלות העבודה שהציג התובע אינה תואמת את הערכות של מה שהיה צריך לעלות קיר כזה. לכן יש חשש שכמות הברזל שבקיר אינה מספקת לשמש כתמיכה לקיר.

המהנדס כותב, שאכן ישנו סיכון להשאיר את המצב על עומדו וממליץ על חיזוק הקיר.

המשמעות ההלכתית של חוות דעת המומחה

לאור חוו״ד המומחה בית הדין מקבל את טענת הנתבע שהכותל עלול להיות מסוכן ויש לדאוג בהקדם לחיזוקו. מנגד, החיוב של הנתבע לשלם עבור הקיר הקיים במקומו עומד. משום שהוא מחויב לבנות קיר הן על פי החוק והן על פי ההלכה. והרי הוא נהנה מהקיר וקיבל טופס 4 בזכות קיומו של הקיר.

הנתבע אינו יכול לאחוז את החבל משני קצותיו, גם ליהנות במשך שלוש שנים מקיומו של הקיר ולקבל אישור כניסה לבית ומאידך לטעון שהקיר מסוכן והוא לא רוצה להשתתף בתשלום.

הוצאות משפט

לגבי התביעה על הפסד יום עבודה, בית הדין דוחה את התביעה, משום שאין כאן הפסד ממון ישיר, וגם לא מדובר בסירוב קנטרני, כפי שהתברר.

מסיבה זו, גם התביעה לתשלום דמי התביעה לבית הדין נדחית.

החלטה

בית הדין מטיל על הנתבע לבחור באחת מן האפשרויות הבאות:

א. הנתבע יציג בפני בית הדין, תוך 30 יום, ועדיף כמה שיותר מוקדם, הצעת מחיר של בעל מקצוע לשיפוץ החומה באופן תקני. לאחר זאת, בית הדין יקבע מה הוא שיעור התשלום של הצדדים בשיפוץ כך שבסופו של דבר העלות הכוללת תתחלק בין הצדדים.

ב. לחלופין, אם הנתבע אינו מעוניין כרגע לשפץ את החומה, עליו לשלם לתובע תוך 30 יום, סכום של 4393 ש״ח, שהוא מחצית מסכום בנית החומה וחצי מעלות הגדר. (לא יהיה בתשלום זה משום ויתור של הנתבע לתבוע בעתיד השתתפות בשיפוץ החומה).

פסק דין – הקמת לוגו

עובדות מוסכמות

בעלי הדין נפגשו יחד באוניברסיטת בר-אילן וסיכמו על עבודה משותפת. לא נחתם חוזה אך הפרטים של העסקה מוסכמים. העבודה כללה שלושה מרכיבים: לוגו, עיצוב דף פייסבוק, שפה גרפית. התמורה נקבעה על סך 1600 ש"ח. בפגישה תיארו הנתבעים את עמותת הדסים ופועלה ולאור זאת את הציפיות ביחס להכנת הלוגו. בתאריך 21.5.13 נשלחו מספר סקיצות ראשוניות אך הם לא תאמו את בקשת הנתבעים הם הדגישו שהלוגו צריך להכיל שלושה אלמנטים: ספרדי, מודרני, ישראלי.

בתאריך 7.6.13 נשלח לוגו מתוקן שמשלב את שלושת האלמנטים המדוברים והתגובה של הנתבע בדוא"ל חוזר היתה – "מדהים". בימים הבאים נשלחו מספר הצעות בעיטורים ובצבעים שונים. בפרק הזמן הזה היתה מחשבה שהעמותה צריכה חולצות לטיול ואז היתה בקשה להזדרז עם הלוגו, אך לבסוף לא יצא הטיול אל הפועל. יודגש שבשום שלב לא נאמר שהלוגו מושלם והגיע לכלל הבשלה.

מנקודת זמן זו, מהתאריך 13.6.13 נותק הקשר בין הצדדים. הנתבע אמר שהם עסוקים ולאחר זמן שלח הודעה שהעבודה מופסקת ולא מתקדמים. לאחר פניה של מאור לקבל תמורה על עבודתו השיב ירון שהוא מוכן לשלם 30% מהעסקה שהיינו 480 ש"ח כי זה מה שמקובל לשלם על סקיצה ראשונית. ההצעה הזו נדחתה על ידי מאור והוא כעת תובע 1860 ש"ח. כמו כן מצורפת התכתבות של בעלי הדין בדוא"ל.

טענות התובע

שלחתי סקיצות ראשוניות והם לא רצו בכך. עבדתי כמה שעות על כיוון חדש לאור ההגדרות שהם קבעו, מגן דוד ל'ישראלי' - עיצוב מודרני ועיטורים ספרדיים. התגובה היתה של התלהבות מלבד הערות קטנות על הצבעים והעיטורים. התחלתי בשינוי הצבע והזדרזתי לקראת הדפסת חולצות לטיול. ואז הגיעה תקופה של התעלמות ולבסוף הודעה על הפסקת עבודה. לדעתי נוצר קושי כלכלי והם מצאו משהו יותר זול, הראיה שהלוגו שנבחר אינו מבטא את מה שהם בקשו ממני. הלוגו היה כבר בשלב סופי ממש לפני סיום וביחס לסכום הכולל אני חישבתי את הלוגו באלף שקלים. אני תובע על הלוגו אלף ומאה שקלים משום שזהו התמחור לפי שעות (11 שעות לפי מאה

שקלים לשעה). המחיר של אלף ש״ח היה רק כחלק מעסקה כוללת ומשנתבטלה העסקה, יש לחשב לפי שעות. התביעה כוללת גם עוגמת נפש ושכר יום עבודה ועלות פתיחת התיק, סך הכל 1860 ש״ח.

טענות הנתבעים

מבחינתנו מדובר על תביעה אישית כלפינו ולא כלפי העמותה. הרעיון של העמותה להגביר את הזהות הספרדית במדינה. חיפשנו לוגו שישדר את רוח הדברים אף ללא מלל. פנינו אל התובע מתוך מחשבה שהוא קרוב ברוחו למטרות העמותה. אנחנו הצענו למאור את הרעיון של עלי ההדס, מבחינתנו אף סקיצה לא תאמה את מה שחיפשנו ולכן החלטנו לרדת מזה. ההצעות היו בשלב מאוד ראשוני ואי אפשר לקרוא להם סקיצה, גם ההצעה הנדיבה שלנו לשלם 30% מסך כל העסקה נדחתה על ידי מאור. כיום אין אנו מוכנים לשלם על העבודה שלו כי היא לא הגיעה לשום מקום.

כל הנושא של חישוב לפי שעה אינו מקובל כי סגרנו על קבלנות. לסיכום אנו דוחים את התביעה לגמרי ואין שום סיבה לשלם הוצאות משפט בייחוד כיון שאילו היה מקבל את ההצעה שלנו לא היינו פה יום.

נושאי הדיון

הגדרת היחס המשפטי בין הצדדים; חזרה מעסקה קבלנית; עבודה שלא הגיעה לכלל גמר; מנהג המדינה במקרה של ביטול הזמנת עבודה גרפית; הוצאות נלוות.

הגדרת היחס המשפטי בין הצדדים

התובע הוא מעצב גרפי וסיכם עם הנתבעים על סכום כולל על עבודתו ולא על תשלום לפי שעה, ולכן מעמדו ההלכתי כשל קבלן, כפי שכתב הרמ״א (חו״מ שלג,ה):

> שכר עצמו לזמן, יש לו דין פועל; אבל אם שכר עצמו ללמוד ספר או חצי ספר, יש לו דין קבלן.

לסיכום, מעמדו ההלכתי של התובע הוא כשל קבלן.

חזרה מעסקה קבלנית

בהלכות שכירות פועלים (חו״מ שלג,א) נאמר שכאשר החלה המלאכה אין המעביד יכול לחזור בו, כי תחילת מלאכה נחשבת למעשה קנין על כל

העסקה והיא כורתת חוזה בין הצדדים. לדעת המחנה אפרים (סימן ד) דין זה קיים גם בנוגע לקבלן.

לכאורה משמעות דין זה היא, שהחזרה של הנתבעים אינה מוצדקת וממילא הם חייבים לשלם לפחות על השעות שהתובע עבד.

אולם נראה שעבודה גרפית שונה במהותה מעבודה רגילה. כפי שהנתבעים היטיבו לתאר, עבודת הכנת הלוגו המבוקש אינה רק עבודה טכנית אלא ענין של אומנות שבסופו של דבר תלויה בטעם האישי של הנתבעים. במילים אחרות, החוזה בין הצדדים מותנה בכך שהמזמינים יהיו מרוצים מהתוצאה, ולכן ההתחייבות של המזמינים היא בגדר התחייבות מותנית.

עבודה שלא הגיעה לכלל גמר

כאשר המעסיק חוזר בו לאחר שנכרת חוזה בין הצדדים עליו לשלם שכר כמעט מלא (שו"ע חו"מ שלג,א):

> אבל הלכו החמרים ולא מצאו תבואה; פועלים ומצאו שדה כשהיא לחה; או ששכרם להשקות השדה ומצאוהו שנתמלא מים... נותן להם שכרן כפועל בטל, שאינו דומה הבא טעון לבא ריקן, ועושה מלאכה לבטל.

בפועל, הדרך שהציע התובע היא לפי שעות עבודה, בהנחה שלכל שעת עבודה יש לשלם 100 ש"ח. אולם, נראה שאין זו הדרך הנכונה כי הנתבע צודק שהוא לא הסכים למחיר של מאה שקלים לשעה וכן סוכם על עבודה קבלנית ולא על פי שעות.

מנהג המדינה במקרה ביטול הזמנת עבודה גרפית

במקרה ולא נחתם חוזה המפרט את התשלום למקרה של חזרה, המנהג המקובל עומד במקום וזה וכפי שנפסק בשו"ע "הכל כמנהג המדינה" (שו"ע חו"מ שלא,א) ובשו"ת הרא"ם (סי טז) נימק זאת בכך שהרי זה כאילו הצדדים סיכמו במפורש שההסכם יהיה ע"פ המנהג.

לאור גובה התביעה, לא פנה ביה"ד למומחה בתשלום. הכרעת בית הדין בנוגע למנהג המקובל התקבלה במסגרת סמכות בית הדין לפשר בין הצדדים כפי שנקבע בהסכם הבוררות.

מבירור שעשה בית הדין עם מספר בעלי מקצוע מהתחום הגרפי מתברר שאין חוזה אחיד אך המחיר נקבע לפי קצב ההתקדמות. כאשר עבור סקיצה ראשונית משלמים כשלושים אחוז. ובמידה והלקוח התקדם עם הסקיצה והגיע לשלב שבו הסקיצה מקובלת ונשארו רק תיקונים קטנים אזי המחיר הוא כשמונים אחוז ממחיר עבודה מלאה.

בית הדין התרשם מהמיילים המצורפים לתביעה כי התובע הגיע לשלב מתקדם בעבודה על הלוגו. ולכן יש לתמחר את העבודה בשמונים אחוז מהמחיר הכולל של הלוגו.

כאמור, לא ניתן מחיר נפרד ללוגו מתוך הסכום הכולל של 1600 ש״ח. מברור שנעשה אצל בעלי מקצוע עולה שיש להעריך את עלות הלוגו ב-1000 ש״ח. אם כן יש לשלם למאור 800 ש״ח שהם 80% מהמחיר המלא של הלוגו.

הוצאות נלוות

על פי הדין הוצאות משפט מוטלות על התובע[10] (שו״ע חו״מ יד,ה) ואין תשלום על אובדן ימי עבודה. כמו כן לא הוכח שהיתה פה עוגמת נפש מיוחדת מעבר לצער על הפסקת העבודה.

החלטה

הנתבעים ישלמו לתובע 800 ש״ח עד לתאריך א באב תשע״ד.

[10] ישנה דעה כי דמי פתיחת התיק מחולקים בשווה בין בעלי הדין (פד״ר ו עמוד 84) אך הנוהג בבית הדין הזה אינו כך.

פסק דין בענין מאבקים לקראת בחירות[11]

תיאור הנסיבות על ידי התובע

כשבוע לפני הבחירות למועצת העיר, שכרנו לוח אלקטרוני המוצב ברחוב העליה לשבוע ימים. הכנו מצגת מיוחדת החושפת את פרצופו האמיתי של ראש רשימת הטוב והישר. עלות עריכת המצגת היא 3500 ש״ח ושכירות המקום עלתה 3000 ש״ח נוספים. ביום ראשון 13.10 בשעה תשע המצגת החלה לפעול וכעב שעתיים דווח לנו על חבלה במצגת. התיקון ארך זמן רב ובסופו של דבר לא יכולנו להשתמש בלוח האלקטרוני. במקום הוצבה מצלמה אשר צילמה את החבלה. בפענוח התברר שמאיר כהן שהוא פעיל של מפלגת הישר והטוב ביצע את החבלה.

קיימת תביעה נוספת בגין הוצאת פליירים מתיבות דואר של 3000 תושבים. ב15.10 חלקנו ברחבי דרום תל אביב פליירים העוסקים בראש רשימת הישר והטוב. לאחר שעתיים התברר שכל הפליירים הוצאו מתיבות הדאר בצורה מאורגנת. מברורים שונים גילינו שמאיר כהן שוב פעל באלימות והוציא את החומר הנ״ל מתיבות הדואר.

טענות התובע

התביעה על 14,000 ש״ח עקב חבלה בשלט בחירות ואיסוף מכתבים מתיבות הדואר. להלן פירוט התביעה:

א. 6500 ש״ח החזר הוצאות על המצגת.

ב. 5000 ש״ח פיצוי על אובדן פרסום לקראת הבחירות.

ג. 2500 ש״ח עלות הפקת הפליירים שנאספו ונזרקו לפח.

הנתבע הזיק בזדון, יש לחייבו על הנזק שגרם ללוח האלקטרוני. הנתבע מנע את השימוש בלוח האלקטרוני ודמי השכירות הוצאו לריק. הנתבע מנע את השימוש במצגת והכספים שהוצאו על הפקת המצגת היו לריק. הנתבע לקח את הפליירים אליו ויש לחייבו מטעם גנבה. הנתבע שיבש את חלוקת הפליירים ויש לחייבו על עלות שכר המפיץ.

---

[11] משפט מבויים.

טענת הנתבע

מותר להשחית את הפרסום בגלל שמדובר בפרסום שקרי אשר מבזה אותנו. התובע עבר על הלכות לשון הרע ורכילות, ויש מצווה למנוע ממנו את האיסור. כמו כן ישנה זכות להתגונן מפני הפגיעה האפשרית של אותו פרסום כוזב, לפי הכלל עושה אדם דין לעצמו.

בירור הדין

1. תשלום דמי שכירות

הנתבע השבית את הלוח האלקטרוני, וגרם לכך שהתובע שילם דמי שכירות, בלי שנהנה מן המושכר.[12] בשו״ע (חו״מ שי) נפסק לגבי אדם ששכר בהמה והיא מתה באמצע הדרך, שהשוכר פטור מתשלום. הסיבה היא שהסכם השכירות לא כולל מקרה שבו אין אפשרות ליהנות מהבהמה. לכאורה אף במקרה שלנו המפלגה פטורה מתשלום היות ואין אפשרות ליהנות מהלוח.

אולם יותר נראה שהמקרה שלפנינו דומה להלכה אחרת המובאת שם, אודות שוכר אשר יצא לדרך עם הבהמה ופגש חיילים שהחרימו אותה לטובת המלך. ההלכה היא שהשוכר משלם את דמי השכירות כי המפגש עם החיילים קרה בדרך שהוא בחר לילך בה. דהיינו היות ויש לו קשר מסוים להחרמת הבהמה חייב בתשלום. ניתן ליישם זאת אף במקרה שלפנינו. שכן המאבק בענין הבחירות הוא זה שגרם לכך שהלוח אינו עובד ולכן המפלגה חייבת לשלם לבעל הלוח דמי שכירות. לאור זאת, נמצא שלמפלגת יום חדש היה קנין וזכות שמוש בלוח, שבירת הלוח היא בגדר מעשה היזק בחפץ שיש בו זכות שמוש, שערכה הוא 3000 ש״ח, לכן על הנתבע לשלם את כל סכום השכירות 3000 ש״ח.

2. תשלום דמי המצגת

התובע תבע סך 6,500 ש״ח דמי עלות עריכת המצגת. הנתבע לא פגע במצגת, אלא בקבל החשמלי של הלוח האלקטרוני. ואילו היו מתקנים את הלוח האלקטרוני או מתקינים לוח אחר, היו יכולים להשתמש במצגת. כך שאי אפשר לומר שהנתבע השמיד את המצגת. או גרם לכך שבאופן ודאי ומיידי התובע לא יוכל להשתמש במצגת כלל, באופן שכל השקעתו של התובע בהכנת המצגת ירדה לטמיון. לכן הדבר נידון כחיוב גרמא בנזיקין אשר פטור

[12] ובשער המשפט סימן שיב,ב נראה שפטור היות וזה רק גרמא וכמו מבטל כיסו של חבירו.

בדיני אדם (ב״ק נו). ולענין חיוב לצאת ידי שמים אין זה ברור שבמקרה הנידון ישנו חיוב כזה. ישנו צד לומר שהנזק אפילו לא מוגדר כגרמא אלא כמניעת רווח שאז אין חיוב לצאת ידי שמים. לכן דין תביעה זאת להידחות, והואיל וישנו ספק באיזו מידה הנתבע חייב בדיני שמים, לכן מומלץ בזאת שהנתבע יפייס את התובע, כי הדבר בינו ובין קונו.

3. פיצוי על אבדן 500 קולות

לדברי התובע היו חסרים לרשימתו סך 500 קולות כדי לעבור את אחוז החסימה. והוא תולה זאת באובדן הפרסום, ולכן הוא תובע מהנתבע פיצוי בסך 5,000 ש״ח.

גם דין תביעה זאת להידחות. כי התובע לא הוכיח שבגלל אבדן הפרסום, רשימתו לא זכתה בחמש מאות קולות. שהרי אין ערובה שהיו מקבלים קולות אלו, או חלק מהם, אם אותו פרסום תעמולתי היה מוקרן עד לבחירות. וכלל גדול הוא, המוציא מחבירו עליו הראיה.

כאן המקום לציין, שאין אנו יודעים אם קיימת אפשרות מדעית להוכיח דבר כזה. אולם גם אם היתה אפשרות מדעית להוכיח דבר זה, היינו נקלעים לבעיה לא קלה, כיצד לקבוע פיצוי כספי על אבדן האפשרות שהרשימה היתה עוברת את אחוז החסימה. רוצה לומר, היש פרמטרים כספיים לאמוד ערכה של הצלחה כזו, והפכה באבדן הזכייה.

4. תשלום על העלמת והשחתת הפליירים

התובע תובע מן הנתבע סך 2,500 ש״ח בגין העלמת פליירים של רשימת התובע, מתיבות דואר של 3000 בתי אב, והשחתת אותם פליירים.

לדברי התובע, רשימתו השקיעה סך 1,500 ש״ח עבור הפקת הפליירים, ו 1,000 ש״ח עבור ההפצה.

לכאורה דין תביעה זו להתקבל. שהרי רשימת התובע אכן השקיעה 2,500 ש״ח עד שפליירים אלו הוכנסו לתיבת הדואר של 3,000 בתי אב, והנתבע העלים חומר תעמולה זה והשמידו.

יש לדון בשני פנים על הנזק שנגרם. מצד הפסד הפרסום שנגרם למפלגה ומצד ההשחתה של הפליירים עצמם. והנה מצד הפגיעה בתעמולת הבחירות הדבר נחשב כמניעת רווח שהדין הוא לפטור כפי שהתבאר לעיל.

כלפי הנזק הישיר לפליירים ניתן לומר שבזמן שהנתבע השמיד אותם הם כבר לא היו שייכים לתובע. והנתבע, במקרה דנן יכול לכאורה לפטור עצמו בטענה, "לאו בעל דברים דידי את". כי מי שיכול, אם ירצה לתבוע את הנתבע, הוא בעל התיבה, כלומר כל אחד מ 3,000 בתי אב. וזאת משום שניתן לומר שבעלי התיבות כבר זכו בחומר, ורק הם יכולים לתבוע את הנתבע, אם ירצו בכך. נתאר לעצמנו שבעל תיבת דואר אסף את חומר התעמולה והכניסו לביתו, כדי לעיין בו בזמנו הפנוי. ובנתיים נכנס גנב לביתו, וגנב, בין היתר גם אותו חומר תעמולה. כלום לאותה רשימה שפירסמה אותו פרסום יש זכות תביעה כנגד הגנב, או רק לבעל הבית הנגנב. דומה, שבמקרה זה, אע"פ שהגנב גרם בעקיפין נזק לרשימה, החומר כבר יצא משליטתה ומרשותה ומבעלותה, ורק בעל הבית יכול לתבוע את הגנב.

השאלה הנשאלת מה דין חומר תעמולה בתוך תיבת דואר, כלום כבר זכה בו בעל התיבה? ואם הוא עדיין שייך למפלגה אזי אפשר לתבוע תשלום הנזק. מעשים שבכל יום, שיש מה שנקרא בלשון העם, "דואר זבל". כלומר דברי דואר פרסומיים, שאין בעל התיבה חפץ בהם, ויש שאפילו הוא מתנגד וכועס על שהכניסו לתיבתו אותו חומר, כגון פרסומי תועבה וכיו"ב. וכן אילו היו מכניסים לו פיתת חמץ בפסח בתיבת דואר, כלום חצירו היתה זוכה לו, במה שאינו רוצה לזכות בו. לכן בענין תכולת תיבת דואר, בחומר פרסומי תעמולה, יש ספק באיזו מידה נוכל לומר שרוב בני אדם חפצים בחומר הפרסומי, וכבר זכו בו בעלי התיבות. היות וישנו ספק מה הוא אומדן הדעת של בני אדם, מספק לא ניתן לחייב את הנתבע.

5. מצות תוכחה

בהנחה, שאכן יש בפרסום הדברים של התובע משום הוצאת שם רע האסורה על פי ההלכה. מצאנו בגמרא (ברכות כ,א) שישנו התר לפגיעה בממון חבירו מכוח מצוות תוכחה. שם מסופר על אחד האמוראים שקרע בגד של אדם אחר משום שהיתה בו בעיה של איסור. וכן פסק להלכה בשו"ע (יו"ד שג). אך פעולה חריגה זו מחייבת שני תנאים:

הראשון מובא בסמ"ע (חו"מ תכא,כח). שכאשר המניע לפעולה אינו הפרשה מן האיסור אלא מסיבה אחרת, לא מתקיימת מצות תוכחה. נראה שבמקרה הנידון המניע למעשה אינו רק לשם שמיים וממילא מצות תוכחה אינה מתירה גזל בנסיבות אלו.

התנאי השני הוא שהתוכחה לא תגרום לנזק גדול יותר. מקור דין זה הוא מספר חסידים תיג וז"ל: "אם היה איש אחר שאם יוכיחנו ישנאנו ואם יתכוין להכעיסו יעשה רע וגם ינקום עד שיבא לידי רע יותר אין להוכיחו" (באור הלכה תרח ד"ה חייב). לדבריו, מצוות תוכחה מותנית בכך שלא ירבה יותר קלקול, שהרי מטרת התוכחה היא למעט באיסור. במקרה שלנו לצערינו, בלאו הכי "קנאה ושנאה ותחרות" קיימת, אפשר שלא מרבה קלקול אלא מונע עוד הפצת לשון הרע והוצאת שם רע נוספת.[13]

6. עביד איניש דינא לנפשיה

מקור נוסף המאפשר פגיעה בממון מטעם הוצאת שם רע זהו דין "עושה אדם דין לעצמו" (ב"ק כז). דין זה מאפשר לאדם להתגונן ולעמוד על שלו בשעת צורך. וכתב בספר החינוך " שלא נחייב אדם לסבול נזקים מיד חבירו ויש לו רשות לנצל מידו". לאור זאת גם נציג המפלגה רשאי למנוע שם רע על מפלגתו. אך ישנו תנאי לדין זה והוא שאין אפשרות אחרת למנוע את הנזק. (חו"מ ד). יש לבדוק האם ניתן לפנות למשטרה או לוועדת הבחירות לעצור את הפרסום. לסיכום הנתבע פעל שלא כדין כאשר פגע ברכוש המפלגה המתחרה. כאן המקום להעיר ולעורר, שאכן בתעמולות הפרסום של המפלגות ישנם פרסומים שיש בהן בעיות קשות של רכילות ולשון הרע והוצאות שם רע. ומן הראוי לתקן תקנות ולחוקק חוקים בענין זה.

החלטה

על הנתבע לשלם לתובע 3000 ש"ח בתוך שלושים יום.

---

[13] יש גם הפרשה מאיסור כלפי התושבים שיקראו את הפליירים. אמנם נראה שזה לא מתיר פגיעה בממון של המפלגה, אין התר לפגוע ברכוש של אחד ע"מ להציל את האחר מן האיסור.

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

לחג הסוכות תשע"ה לפ"ק[1]

באחד מן הפיוטים למעריב לסוכות [שנהגו לאומרה בקצת קהילות (ומופיע במחזור לסוכות מהד' גולדשמידט (עמ' 45)] אנו קוראים:

מִצְוַת סֻכָּה הִיא שְׁקוּלָה, נֶגֶד כָּל הַמִּצְוֹת מְהֻלָּלָה עכ"ל.

וכן מצינו בפיוט לשחרית של יום שני דסוכות (והוא במחזורים שלנו) שאנו אומרים:

> בַּל תְּהִי מִצְוַת סֻכָּה בְּעֵינֶיךָ קַלָּה, כִּי כָל מִצְוַת דָּת כְּחֻקּוֹתֶיהָ שְׁקוּלָה עכ"ל. ועוד מצינו בפיוט לשחרית יום שני דסוכות (וגם הוא במחזורים שלנו) שאנו אומרים: אַשְׁרֵי אֱנוֹשׁ יַעֲשֶׂה זֹּאת, יֵחָשֵׁב לוֹ כְּשָׁמַר כָּל הַתּוֹרָה הַזֹּאת עכ"ל.

ואע"ג שלא מצינו לפנינו בחז"ל שאמרו שמצות סוכה שקולה ככל התורה כולה, מ"מ נאמנים עלינו הפייטנים הקדמונים שכל דבריהם בנויים על דברי חז"ל [ובאמת כל האחרונים מביאים מהפיוטים האלה ראיה שמצות סוכה שקולה ככל התורה כולה]. ולפיכך שומה עלינו להסביר מה יש במצוה זו שבגללה היא שקולה ככל המצוות.

והנראה לומר בזה הוא, דהנה כבר הקשה הטור באו"ח (סי' תרכה) דמאחר שסוכות הוא זכר לסוכות שהושיב הקב"ה את בני ישראל בהוציאו אותם מארץ מצרים, א"כ הו"ל לקבוע חג הסוכות בחודש ניסן בזמן שיצאו ממצרים, ולמה קבעה התורה חג הסוכות דוקא בתשרי.

אכן כבר בארתי הענין במקום אחר, דהנה חודש תשרי נראה במבט ראשון כמלא סתירות וניגודים. מצד אחד יש העשרה הימים הראשונים - עשרת ימי תשובה הכוללים ראש השנה ויוה"כ, ימי הדין ויום צום, וגם צום גדלי' באמצע, ויש שהם צמים כל השבוע. ומאידך יש חג הסוכות ושמיני עצרת שהם ימי שמחה עצומה, שבעת ימי הסוכות יוצאים מדירת קבע ודרים

[1] שיחה שנמסרה בכולל, עשי"ת תשע"ה.

בדירת עראי - מקום החסר נוחיות, ובכל זאת הם ימי שמחה, ואחר כך חוזרים לבית ושמחים בשמחת התורה. וצריכים להבין מהו הקשר שבין הימים האלה.

אבל באמת חג הסוכות הוא המשך ישיר של עשרת ימי תשובה, שבעשרת ימי תשובה בודק האדם את עצמו כדי לתקן את דרכיו ומעלליו, ואחרי זה בחג הסוכות הוא ממשיך לעשות אותו דבר גם לביתו. ולמטרה זו יוצאים אנו בחג זה מביתנו מדירת קבע שלנו לסוכה שהיא דירת עראי. והכוונה היא שהמהפך בחיינו הפרטיים צריך להתפשט לביתנו. גם הבית צריך להשתנות. הקדושה ששאבנו בבית הכנסת ביום הכיפורים צריכים להכניס אותה לתוך הבית. ולכן אנו יוצאים מביתנו הקבוע לדירת עראי לשבעת ימים, ועוזבים אנו את כל הנוחיות שהתרגלנו להן בביתנו. אנו כאילו חוזרים לחיק הטבע ומסתפקים בחיים פרימיטיביים פשוטים בלי כל השכלולים של העולם המפותח, והכל כדי שאח״כ נוכל לחזור לביתנו שבינתיים נהפך בעינינו להיות בית מרומם ונעלה. במקום שלפני כן ראינו את ביתנו ולא היינו מרוצים בו מפני שרצינו בבית יותר מרווח יותר נאה ויותר משובח עכשיו אנו רואים את ביתנו כבית מלא חן. והרי זה כמו מי שרוצה לעשות שיפוצים בתוך הבית שלו שצריך לצאת מהבית כדי לבחון את בדקיו מבחוץ ולעשות את השיפוצים הנצרכים, ואחר כך חוזר לבית מתוקן ויפה, כך אנו יוצאים מביתנו לסוכה כדי לתקן את ביתנו.

וביום שמיני עצרת אנו חוזרים לביתנו המתוקן והיפה. ולכן נאמר על יום שמיני עצרת ״והיית אך שמח״ [עיין סוכה (מח,א)] מפני שביום זה באה שמחת החג לידי שיאה והשלמתה. אז מוצא אדם הרמוניה בחייו כאשר רוח קדושה וטהרה חופפת לא רק עליו אלא גם על ביתו וכל סביבתו. ולכן ביום זה אנו חוגגים שמחת תורה שהוא יום השמחה הגדול ביותר בלוח היהודי מפני שתהליך ההתקרבות להשי״ת של חודש תשרי בא לידי גמרו.

ומאחר שחג הסוכות הוא תיקון הבית היהודי לכן הוא צריך שמירה יתירה שלא ייכנסו בסוכה כוחות זרים שאינם לרוח היהדות, והסוכה צריכה להישמר על טהרת הקודש. והיינו כדאיתא בזוה״ק (ח״ג קג,א): ועל דא כתיב כל האזרח בישראל ישבו בסכות כל מאן דאיהו משרשא וגזעא קדישא דישראל ישבו בסכות תחות צלא דמהימנותא, ומאן דליתיה מגזעא ושרשא קדישא דישראל לא יתיב בהו ויפוק גרמיה מתחות צלא דמהימנותא עכ״ל. [וכן איתא במדרש (שמו״ר טו,כג): וארץ ישראל לכם שנא׳ לתת לכם את ארץ

כנען, ולא ארץ ישראל בלבד אלא אפילו כל הארצות סביבותיה שנא׳ כל מקום אשר תדרוך כף רגליכם בו וגו׳, לא נתתי התורה אלא לכם שנא׳ כי לקח טוב נתתי לכם תורתי וגו׳, הציצית נתתי לכם שנא׳ והיה לכם לציצית, ימים טובים נתתי לכם שנא׳ מקרא קודש יהיה לכם, יום הכפורים נתתי לכם שנא׳ כי יום כפורים הוא, לולב לכם שנא׳ ולקחתם לכם ביום הראשון, סוכה לכם שנא׳ כל האזרח בישראל וגו׳, לא נתתי אורה אלא לכם שנא׳ קומי אורי כי בא אורך, לא נתתי ראשי חדשים אלא לכם שנא׳ החדש הזה לכם, פסח לכם שנא׳ והיה לכם למשמרת, הוי יהיו לך לבדך ואין לזרים אתך עכ״ל.]

והטעם לזה הוא כדאיתא בזוה״ק (ח״ב קצא,ב): ת״ח כל ענני יקר דאזלו במדברא לא הוו חפיין אלא לבני ישראל לחודייהו, וההוא עננא דיקר דכתיב וה׳ הולך לפניהם יומם אזלא לקמייהו, ואלין ערב רב וכל אינון בעירי עאנין ותורין הוו אזלו לבר ממשרייתא (מחוץ למחנה) לבתרייתא (לאחרונה) כו׳, עד השתא הוו אתכפיין אינון ערב רב, והשתא קמו ובעו עובדא לאתקפא לסטרא אחרא, אמרו או נהא כלנא עמא חדא ונהוי בכללא עמכון, או יהא לן מאן דיהך קמנא כמה דיהך אלקכון קמיכון, אמר אהרן ח״ו דאלין ישתתפון בעמא קדישא למהוי כלא כללא חדא, ולא יתערבון עמא קדישא בעמא דא כללא חדא עכ״ל. וחזינן דענני כבוד היו פולטים ערב רב, ואהרן שענני כבוד היו בזכותו [כדאיתא במדרש (ויק״ר כז,ו)] לא רצה שיתערבבו ערב רב עִם ישראל.

אלא דעדיין צריך להבין דהא תנן במס׳ אבות (פ״א מי״ב) דאהרן אוהב שלום ורודף שלום אוהב את הבריות ומקרבן לתורה, וא״כ לכאורה קשה דלפי מדתו הו״ל לקרבן ולא לרחקן. אכן התשובה היא כדאיתא בתיקוה״ז (מט,א): אזל״א גר״ש - שכינתא אמרת לקודשא בריך הוא גרש את האמה הזאת ואת בנה - אלין ערב רב דגרשוני מהסתפח בנחלת ה׳, גרש לון מן עלמא דין ומעלמא דאתי דלא יהא לון חולקא עם ישראל עכ״ל, ולכאורה צריכים להבין הא הכתוב מדבר בהגר וישמעאל, ואיך הזוהר דורש את הפסוק על ערב רב. לכן נראה דמוכרחים לומר דכוונתו לאלה מבני ישראל שהלב והנשמה שלהם מזדהה יותר עם בני ישמעאל, ועל ידי זה הם משתדלים לגרש בני ישראל מהסתפח בנחלת ה׳, והשכינה תובעת וקוראת להפריד אותם שלא יהיה להם חלק ונחלה בעם ישראל.

ולכן היא הנותנת, שדוקא אהרן הכהן שהוא איש השלום ביקש לדחות את הערב רב, מפני שידע שאם הוא רוצה להשכין שלום בישראל הוא מוכרח

להרחיק את הערב רב שגורמים לפירוד ומפריעים לשלום, ועלולים להביא רק לידי סכסוכים בתוך עם ישראל. וכמו כן הוא ענין הסוכה שהיא בחי׳ שלום וכדאמרי׳ ופרוש עלינו סוכת שלומך וגם היא זכר לענני כבוד [כדעת ר׳ אליעזר בפ״ק דסוכה (יא,ב)], לכן היא המבררת בין ישראל לעמים כדי להשכין שלום בתוך ישראל. לכך קאמר בזוה״ק דרק מי שהוא משרשא וגזעא קדישא דישראל ישבו בסוכות, אבל מי שאינו מגזעא ושרשא קדישא דישראל לא ישב בסוכה, דכל מי שאינו משרשא וגזעא קדישא מפריע לשלום שבתוך ישראל, ולכך הסוכה איננה קולטתו. וכן מצינו מפורש בפיוט לשחרית של יום שני של סוכות הנ״ל שלא יניחו לזרים ליכנס לסוכה וכמו שכתוב שם: וְזָר לֹא יִהְיֶה בְּמוֹצָאוֹתֶיהָ וְנֵכָר לֹא יַעֲבוֹר בְּתוֹצָאוֹתֶיהָ וְעָרֵל לֹא יְשַׁתֵּף בְּמָחִיצוֹתֶיהָ וְעוֹבֵד אֱלִיל לֹא יִרְמוֹס בַּחֲצֵרוֹתֶיהָ וּלְאוֹם לֹא יְעֹרַב בְּחוּצוֹתֶיהָ כִּי אִם עֲמוּסָיו נוֹצְרֵי מִצְוֹתֶיהָ עכ״ל.

וחזינן מזה שעניני כבוד שימשו כמבחן לדעת מי באמת רצה להתקרב לה׳, ולכך נדחו ערב רב החוצה. וכן הוא תפקיד מצות סוכה לדחות מי שרוחו ונשמתו זרה לישראל. ומשום הכי גם לעתיד לבוא בוחן הקב״ה את אומות העולם ע״י מצות סוכה, וכדאיתא בפ״ק דעבודה זרה (ג,א) שלעתיד לבוא כאשר יבואו אומות העולם בטענה להקב״ה ויאמרו תנה לנו מראש ונעשנה, וְיֹאמַר להם הקב״ה: היום לעשותם ולמחר לקבל שכרם, ואע״פ כן מצוה קלה יש לי וסוכה שמה, ומיד עולה כל אחד על ראש גגו ועושה לו סוכה, והקב״ה מקדיר עליהם חמה כתקופת תמוז, וכל אחד ואחד בועט בסוכתו ויוצא. והיינו שהסוכה היא מבחן לאדם אם הוא מוכן לקבל עליו עול מלכות שמים ועול מצוות או לא. ובאמת זהו כל ענין חג הסוכות, שמצד אחד מקרבים אומות העולם ומקריבים בעדם שבעים פרים כנגד שבעים אומות (סוכה נה,ב), ומאידך גיסא הדגישה התורה שאין להם חלק במצות סוכה, ולכך כתיב כל האזרח בישראל ישבו בסוכות.

ויש לנו ללמוד מזה עד כמה חשוב הוא הבית היהודי. חינוך אינו נמצא ברחוב. חינוך אינו מצוי אפילו בבתי ספר או אפילו במוסדות. עם כל חשיבותם אין הם המקום העיקרי של חינוך. איתמר בגמ׳ ב״ב (כא,א) דאמר רב יהודה אמר רב ברם זכור אותו האיש לטוב ויהושע בן גמלא שמו, שאלמלא הוא נשתכח תורה מישראל, שבתחלה מי שיש לו אב מלמדו תורה, מי שאין לו אב לא היה למד תורה, מאי דרוש, ולמדתם אותם - ולמדתם אתם, התקינו שיהו מושיבין מלמדי תינוקות בירושלים, מאי דרוש, כי מציון תצא תורה, ועדיין מי שיש לו אב היה מעלו ומלמדו, מי שאין לו אב לא היה

עולה ולמד, התקינו שיהו מושיבין בכל פלך ופלך ומכניסין אותן כבן ט״ז כבן י״ז, ומי שהיה רבו כועס עליו מבעיט בו ויצא, עד שבא יהושע בן גמלא ותיקן שיהו מושיבין מלמדי תינוקות בכל מדינה ומדינה ובכל עיר ועיר ומכניסין אותן כבן שש כבן שבע עכ״ל. ולמדים אנו מדברי הגמ׳ שחדר או תלמוד תורה וכיוצא בהם הם מקומות שמלמדים בהם תורה. אבל לא מצינו שהם מקומות חינוך. חינוך נשאר חובת האב והאם, ואין להם תחליף, ואין מי שיוכל לבוא במקומם. ודבר זה חייבים לשנן ולחזור ולשנן. ההורים אינם יכולים לסמוך על אחרים ואסור להם להשתמט מחובתם הבסיסית.

ועל זה בא חג הסוכות סמוך ונראה לעשרת ימי תשובה ויום הכפורים ללמדנו, שלא רק צריך האדם לתקן את עצמו בימים הקדושים האלו, אלא הוא צריך להמשיך ולתקן את ביתו ואת משפחתו. והוא עושה זה ע״י שיוצא מן הבית, כי ע״י היציאה יוכל להסתכל עליו מבחוץ ויוכל לבחון את בדקיו כדי לתקן אותם. והוא צריך לעשות כן דוקא מתוך שמחה, שאם לא יעשה מתוך שמחה לא יוכל להשפיע השפעה חיובית על ביתו ומשפחתו, אלא אדרבה הם יראו בזה הַכְּבָדָה לא צודקת, והיציאה מן הבית תיהפך לרועץ. אבל אם תהיה היציאה מתוך שמחה אדרבה המשפחה ירגישו בזה הזדמנות פז להתאוורר ולהתרענן, וממילא יוכל להשפיע עליהם השפעה חיובית שתעמוד לימים רבים אחרי חזרתם לביתם הקבוע.

ומעתה דעת לנבון נקל להבין למה אמרו חז״ל שמצות סוכה שקולה ככל התורה כולה, והיינו משום שע״י מצות סוכה יוכל לתקן ביתו ומשפחתו, להשפיע עליהם השפעה חיובית ולהרחיק מהם רוחות רעות, וא״כ מצוה זו היא יסוד כל התורה כולה, שרק ע״י בית מתוקן ומשפחה שמחה ומלוכדת אפשר להשריש בהם התורה ומצוותיה, ויהא שם שמים מתאהב על ידו (יומא פו,א), ודוק היטב בזה.