

יד ברודמן

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

אבני משפט

קובץ תורני בעניני
אבן העזר וחושן משפט

י"ט
כסלו, תשע"ו

לע"נ אסתר יפה קליימן

יוצא לאור על ידי

"יד ברודמן"

כולל להוראה ודיינות

לבוגרי ישיבות הסדר

ויוצאי צבא, רחובות



בית שפירא

רח' הרצל 148,

רחובות, 76264

טל' 08-9452189

פקס. 08-9452329

בעריכת הרב מאיר ברקוביץ

לתגובות: mbhacohen@gmail.com

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

חוברת חידושי התורה

אבנ"י משפט

מוקדשת לע"נ

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

שנקטפה בדמי ימיה ע"י בני עוולה

י"א בניסן תשס"ב

ת.נ.צ.ב.ה.

"ותהי אסתר נושאת חן בעיני כל רואיה" (אסתר ב, 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

הלכות אישות

״**זה בני״ באינו מוחזק לבנו**/ הרב אריה ויזל ---------- 9

ספק ממזר/ הרב יהודה צור---------- 29

הלכות קידושין

בגדר קידושין דרבנן/ הרב יצחק ביסמוט---------- 45

פלגינן בעידי קידושין/ הרב מאיר ברקוביץ ---------- 63

אישות בקטן/ הרב שלמה זאב פיק ---------- 69

קידושין שאינם אוסרים / הרב יוסף שליט---------- 100

חושן משפט

בגדרי עדות שאי אתה יכול להזימה/ הרב ירון רוזיליו---------- 115

מיגו במקום חזקה/ הרב דני אסס ---------- 131

חובת ההשבה בשואל/ הרב משה רוט ---------- 141

דיני ממונות

פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בראלי ---------- 155

דרוש/הרה״ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו״ר ממונסטרישצ׳ה

פסח מצרים – ביטול עבודה זרה ----------176

דרוש לשבת שובה תשע״ו ----------183

בפתח הקובץ

ב"ש אומרים פותח והולך כנגד פרי החג
(שבת כא,ב)

הקשה מהרש"א מה ענין פרי החג – שאמנם פותחים והולכים בחג הסוכות- לבדר הדלקת נרות חנוכה (וראה שפ"א ועוד).

בעל הכלי חמדה, רבי מאיר דן פלאצקי (סו"פ וישב), מבאר באריכות לאחר באור משמעות חג הסוכות. בחג זה יוצא האדם הישראלי מביתו לדירת ארעי – אבל בכל פעולה שעושה בסוכה מקיים הוא מצוה. אכילתו, הליכתו שינתו בסוכה – פעולות 'גופניות' שגרתיות ויומיומיות הופכות למצוה.

דבר זה מלמד ומדריך אותנו את הקדושה במעשה האדם ואת היכולת לקיים 'בכל דרכך דעהו' בכל אורחות החיים.

'פותח והולך' בהקרבת פרי החג – הקרבים כנגד אומות העולם אינו מבטא שאיפה לכליון האומות הרי 'ורחמיו על כל מעשיו', אלא על שאיפה לעדיון ותיקון המשיכה אחר הגופני, וחיבורו אל הקודש.

אומות העולם, 'יון' בראשם מתקשים לקבל קדשוה בחיי החול. ביטוי הלכתי לדבר – גוים נודרים נדרים ונדבות – אך עולות ולא שלמים והדברים עתיקים. (ולכן המצוה המוצבת כמבחן לאומות העולם – ע"ז ג – היא מצות הסוכה).

ב"ש סברו שיש להדליק נ"ח – בעקבות נסי הזמן ותגבורת יד הכהנים החשמונאים בהשגחה העליונה על היוונים, שרצו להעביר ישראל על הדת באופן ש'פותח והולך' באותה מתכונת של פרי החג.

אף שהרעיון זך ואמתי, כעיקר למעשה נקטו ב"ה ש'מוסיף והולך' כביטוי לכך שזכינו לאור התורה ומכחה נמשיך ונתגבר כשאורה מוסיף והולך 'ועל ידי זה ממילא תהיה ההשפעה על אומות העולם ג"כ כי במהרה יתגלה כבוד מלכותו של הש"ת עליהם בב"א'.

בתפלה להמשך הרמת קרן התורה בישראל,

העורך

ערב חנוכה תשע"ו

הרב אריה ויזל

"זה בני" באינו מוחזק לבנו[1]

ראשי הפרקים

פתיחה

חלק א: נאמנות יכיר

1. ירושה
2. פטור מיבום וחליצה
3. אכילת תרומה
4. יוחסין

חלק ב: שיטת הרמב"ם

דרך א: מעיקר הדין נאמנות יכיר אף ליבום ויוחסין

1. ירושה
2. יבום
3. יוחסין

דרך ב': נאמנות ביחס לירושה ולא ביחס לשאר דינים

דרך ג' ברמב"ם ובראשונים הסוברים שנאמן באינו מוחזק לבנו

תמצית הדברים

פתיחה

אומרת התורה (דברים כא,יז): "כי את הבכר בן השנואה יכיר לתת לו פי שנים בכל אשר ימצא לו כי הוא ראשית אנו לו משפט הבכרה".

אנו מוצאים בכמה מקומות שבפסוק זה העניקה התורה סמכות לאב להכיר את אחד מבניו כבכור, ובכך להעניק לו פי שנים בירושת האב. בב"ב (קכז,ב) מבואר שרבי יהודה סובר שסמכות זו ניתנה לאב גם במקום שמוחזק לנו שבן אחר הוא הבכור, וכן שסמכות זו מעניקה לאב אפשרות לפסול את אחד מבניו, ש"כשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור כך נאמן אדם לומר זה בן

[1] התודה והברכה לידידי הרב אלקנה ויצן על ליבון ולימוד סוגיא זו (ורבות אחרות) עמו.

גרושה וזה בן חלוצה״. מאידך חכמים סוברים שכאשר מוחזק לנו שאחד מבניו הוא בכור אין האב נאמן, וכן שהאב אינו נאמן לפסול את אחד מבניו.

פשט הכתובים מתייחס להכרת אדם שמוחזק לנו כבנו של האב,[2] וכאמור במקרה כזה לרבי יהודה ניתנה לאב סמכות להכירו כבכור וכן לפסול אותו. במאמר זה נברר האם הסמכות שנתנה לאב אמורה גם ביחס למי שאינו מוחזק לנו כבנו, היינו במקרה שפלוני אומר על אלמוני ״זה בני״ ובכך מכירו כבנו. גם אם אכן ניתנה לאב נאמנות כזו, נברר ביחס לאילו תחומים ניתנה סמכות זו.

מאמר זה יחולק לשני חלקים. בחלק הראשון, הקצר יותר, נסקור בקצרה את המקרים שבהם דנו הראשונים ואחרונים בשאלה זו. בחלק השני נאריך לברר את שיטת הרמב״ם בענין זה.

חלק א: נאמנות יכיר

1. ירושה

המשנה אומרת: (ב״ב קלד,א): ״האומר זה בני נאמן״.

הגמרא מבארת: ״זה בני נאמן למאי הלכתא? אמר רב יהודה אמר שמואל: ליורשו, ולפטור את אשתו מן היבום. ליורשו, פשיטא! לפטור את אשתו מן היבום אצטריכא ליה. הא נמי תנינא: מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים - נאמן, יש לי אחים - אינו נאמן! התם דלא מוחזק לן באח, הכא אף על גב דמוחזק ליה באח. אמר רב יוסף אמר רב יהודה אמר שמואל: מפני מה אמרו זה בני - נאמן? הואיל ובעל שאמר גרשתי את אשתי - נאמן. א״ר יוסף: מריה דאברהם, תלי תניא בדלא תניא! אלא אי אתמר הכי איתמר, א״ר יהודה אמר שמואל: מפני מה אמרו זה בני נאמן? הואיל ובידו לגרשה״.

מדברי הגמרא עולה שהכרת האב ״זה בני״ על ילד שאינו מוחזק כבנו מועילה, בין לכך שילד זה ירש אותו, ובין לכך שאשתו פטורה מיבום.

---

[2] ״כך מורה ענין פסוק זה כי את הבכור בן השנואה יכיר, וזה קאי על פסוק הקודם, כי תהיינה לאיש שתי נשים וילדו לו וכו׳, הרי דמפורש בענין דהא שהוא בנו הוא ידוע ומוחזק לנו מנשואיו את אשתו ומלידתה את הבן, רק על הבכורה אין אנו יודעים, והוא מכיר אותו, כלומר מעיד עליו שהוא בכור, אבל כשאינו מוחזק לנו שהוא בנו בזה לא איירי הפרשה כלל״ (תורה תמימה שם אות קיח).

יש ראשונים[3] המבארים שהכרת האב ״זה בני״ ביחס לירושה, איננה מבוססת על דין יכיר, אלא על כך שבידו של האב להקנות לבן את הנכסים בתורת מתנה, ומתוך כך הוא נאמן להכירו כבנו.

הרשב״ם ביאר שהטעם לכך שאינו נאמן משום יכיר הוא, שדין יכיר אמור רק היכא ״דידעינן שהוא בנו אך אינו ידוע אם בכור הוא אם לאו ואתא קרא למימר דכיון דידעינן דבנו הוא נאמן לומר בכורי הוא. אבל היכא דלא ידעינן אי בנו הוא או לאו לא מהימנינן ליה אלא לנכסים שיש לו עכשיו משום דאיכא למימר מיגו״. גם התוספות ביאר כעין זה. נמצא שראשונים אלו סוברים שאין לאב נאמנות של יכיר ביחס לילד שאינו מוחזק כבנו.[4]

מאידך, ראשונים אחרים חולקים על דרך זו, והם סוברים שיכיר מהני גם במקרה שאינו מוחזק כבנו.[5]

ההשלכה המעשית הנובעת משני ביאורים אלו היא האם הכרת האב מועילה גם ביחס לנכסים הבאים לאחר מיכן. לחבל הראשונים הסוברים שהכרה זו מבוססת על מיגו דבידו להקנות את הנכסים, אין היא מועילה להקנות נכסים הבאים לאחר מיכן.[6] אמנם לחבל הראשונים הסוברים שהכרת האב מועילה משום יכיר, הכרה זו מועילה גם ביחס לנכסים הבאים לאחר מיכן.[7]

אלא שיש לבאר מה הטעם לכך שאדם נאמן להכיר גם מי שלא מוחזק כבנו, שהרי בשלמא כאשר הוא מוחזק כבנו, מובן שבדין יכיר נתנה התורה לאב

---

[3] רשב״ם (ד״ה ליורשו), תוספות (ד״ה ליורשו), עליות דרבינו יונה (ד״ה ליורשו), ר״י מיגש (ד״ה האומר), נימוקי יוסף (סא,ב בדפי הרי״ף ד״ה ליורשו).

[4] בירושלמי (ב״ב ג,א) מובאים דברי ר׳ אבהו שאדם נאמן לומר ״זה בני״ משום שודאי שאדם אינו חשוד לומר זאת, ומה לו לשקר בכך. וכתב האור שמח (נחלות ב,יד) שהסיבה שר׳ אבהו נימק דבריו דוקא באופן זה, משום שהוא סובר שבתורת יכיר אין אדם נאמן על מי שאינו מוחזק כבנו.

[5] מאירי (ב״ב קלד,א בשם גדולי המפרשים וכן הוא מכריע בעצמו), רשב״א (קלד,ב ד״ה ליורשו), ריטב״א (ב״ב קלד,א ד״ה האומר), ר״ן (קלד,ב ד״ה ליורשו), רא״ש (פ״ח סימן לט) בשם הר״מ. והנה הש״ש [(ב,כ ובאבנ״מ (ד,כב)] למד בדעת הרא״ש בתשובה (כלל פב סימן ב) שאינו נאמן מדין יכיר כשאינו מוחזק לבנו, ומאידך מדברי הרא״ש בב״ב הנ״ל משמע שנאמן אפילו שאינו מוחזק לבנו, וכן הוא בעצמו בקצוה״ח (רעז,ב) ביאר כן בדעת הרא״ש, ונמצא שישנה סתירה בדעת הרא״ש, ואף ישנה מבוכה בהבנתו של קצות החושן את הרא״ש, וראה לקמן (הערה 36) יישובו של הרב ישראלי לסתירה ברא״ש.

[6] כמבואר ברשב״ם, תוספות ורבינו יונה המוזכרים בהערה 3.

[7] כמבואר בראשונים המוזכרים בהערה 5.

נאמנות ביחס לבנו, אך מדוע שיהיה לו נאמנות על מישהו זר לומר שאלמוני הוא בנו?

בשלב זה אפשר לומר שאכן התורה לא נתנה לו נאמנות לומר על מישהו זר שהוא בנו, ורק ביחס לדיני ירושה התורה נתנה נאמנות לכך. זאת על פי סברא שתוצג לקמן ביתר אריכות, שבנוגע לירושה, דין יכיר מבוסס על כך שהאב הוא הבעלים של ממונו, וממילא ניתנה לו הסמכות לקבוע מי יהיה הבעלים על ממונו. על כן ניתן להבין שסמכות זו ניתנה גם ביחס למי שלא הוחזק כבנו שהרי הוא הבעלים על הממון והוא יכול לקבוע מיהו בנו וע״י כך להוריש לו.

אמנם האחרונים למדו שהסוברים שנאמן להכיר מי שלא מוחזק כבנו, סוברים זאת גם ביחס לשאר דינים ולא רק ביחס לדיני ירושה.

2. פטור מיבום וחליצה

הגמרא נימקה שהסיבה שנאמן לפטור אשתו מיבום על ידי הכרת הבן היא משום ש״בידו לגרשה״. לכאורה מכך שהגמרא כתבה דוקא טעם זה, מוכח שלא מועיל ״יכיר״ כשאינו מוחזק לבנו, וקשה על הראשונים הסוברים שיכיר מועיל גם באופן כזה.

השב שמעתתא (ש״ב פ״כ) ועוד אחרונים[8] תירצו שיכיר מועיל רק ביחס לדינים הנוגעים לבן, אך יבום זה ענין הנוגע לאשה ולא לבן, ועל כן הגמרא אמרה שהסיבה שיכול לפטור אשתו מיבום היא משום ש״בידו לגרשה״.

---

[8] גם רע״א (קמא תשובה קי) חשב לתרץ כן, ותלה יסוד זה במחלוקת הראשונים מהו המקור לכך שאב נאמן לפסול את בנו. ר׳ אליהו מפרי״ש כתב (תוספות יבמות מז,א ד״ה כך נאמן) שהמקור לכך שאב נאמן לפסול את בנו הוא הפסוק ״בן השנואה יכיר״ (דברים כא,יז). אמנם התוספות לומד זאת מכך שהאב נאמן להכיר את אחד מילדיו כבכור, וכאשר האב אומר על אחד מבניו הקטנים שהוא בכור נמצא שהוא פוסל את הבנים הגדולים ומחשיבם אותם לממזרים ומכל מקום הוא נאמן, ואם כן זהו המקור לכך שאב נאמן לפסול את בניו. רע״א אומר שלפי ר׳ אליהו שישנו לימוד מפורש שהאב יכול לפסול את בנו, אכן אפשר לומר שדין יכיר הוא רק ביחס לדיני הבן אך לא ביחס ליבום הנוגע לאישה ולא לבן, אמנם לפי תוספות שאב יכול לפסול בן גדול משום שנאמן להכיר בן קטן כבכור, נמצא שאנו אומרים שלא האמינה התורה לחצאין, וכיון שהוא נאמן ביחס לקטן ממילא הוא נאמן לפסול את הגדול, ואם כן הוא הדין כאן שכיון שנאמן ביחס לבן ממילא נאמן גם לפטור את האם מיבום. על תירוץ זה העיר רע״א שני דברים: א. מסתבר לומר שלא האמינה תורה לחצאין, ועל כן תירוץ זה רחוק. ב. נראה שהלכה אינה כר׳ אליהו מפרי״ש, ע״ש כיצד הגיע לכך. הרב דוד רפפורט (קובץ חזון ישעיהו ח״ב עמוד לה), והגרש״ש (חדושי רבי שמעון כתובות סימן כח) תירצו כש״ש, והגרש״ש הוסיף (שם) תוספת ביאור לתירוץ זה ע״ש.

אחרים[9] תירצו שהגמרא נאמרה על ידי שמואל, ושמואל הרי מסופק (ב"ב קכז,א) האם הלכה כחכמים או כרבי יהודה. לחכמים שסוברים שהאב אינו נאמן להעיד על בנו כאשר ישנה חזקה נגדית, הוא הדין שהאב לא נאמן להעיד "זה בני" ביחס לילד שאינו מוחזק כבנו, ועל כן הגמרא הוצרכה לומר שהוא נאמן לפטור את אשתו מיבום רק משום ש"בידו לגרשה", אך לרבי יהודה שהאב נאמן להעיד על בנו גם במקרה שמוחזק לנו אחרת, האב אכן נאמן להעיד "זה בני" אף על מי שאינו מוחזק כבנו.[10]

המסקנה העולה מתירוצים אלו היא שמעיקר הדין לדעה הסוברת שנאמן אפילו באינו מוחזק לבנו, נאמן גם ביחס לשאר עניינים ולא רק ביחס לירושה.

3. אכילת תרומה

הגמרא אומרת (כתובות כה,ב): "תניא הרי שבא ואמר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומה ואינו נאמן להשיאו אשה דברי רבי אמר לו ר' חייא אם אתה מאמינו להאכילו בתרומה תאמינו להשיאו אשה ואם אי אתה מאמינו להשיאו אשה לא תאמינו לאכול בתרומה א"ל אני מאמינו להאכילו בתרומה שבידו להאכילו בתרומה ואיני מאמינו להשיאו אשה שאין בידו להשיאו אשה".

מבואר בגמרא שאב יכול להעיד "זה בני" ונאמן להאכילו בתרומה משום שבידו להאכילו בתרומה, ומשמע שאינו נאמן משום יכיר, והקשה קצות החושן (רעז,ב) לסוברים שיכיר מהני גם באינו מוחזק לבנו, מדוע אינו נאמן משום יכיר להאכילו בתרומה? בעקבות קושיא זו הכריע קצוה"ח כדעת הסוברים שיכיר לא מהני באינו מוחזק לבנו.

---

[9] מהר"ם א"ש (אמרי אש אהע"ז סימן צ), חלקת יואב (אהע"ז סימן לו ד"ה צריך), אור שמח (יבום ג,א). וראה תירוצים נוספים לקושיא זו: או"ש (שם), קוב"ש (אות תנו), חידושי רבי שלמה (יבמות סימן יא).

[10] לעיל הבאנו שהרשב"ם (קלד,ב ד"ה ליורשו) סובר שהכרת האב אינה מועילה במקרה שלא הוחזק כבנו, אמנם הרשב"ם סותר עצמו, שהרי במקום אחר (קכז,ב ד"ה אינו) הוא כתב שכן נאמן משום יכיר, וכבר הקשו זאת אחרונים רבים (ראה למשל בגליון הש"ס שם). לדרך זו המבארת את דברי שמואל בגמרא (קלד,ב) כחכמים ניתן לתרץ גם סתירה זו ברשב"ם, שדברי הרשב"ם לעיל הם כשיטת רבי יהודה שמועיל יכיר מול חזקה ולכן מועיל יכיר גם כשלא הוחזק כבנו ודברי הרשב"ם כאן שיכיר אינו מועיל משום שהגמרא נאמרה כשיטת חכמים ולשיטתם יכיר לא מועיל כשלא הוחזק כבנו, וכן תירצו הרש"ש (קכו,ב ד"ה האמר) ועוד אחרונים.

השואל ומשיב[11] תירץ שביחס לתרומה אב אינו נאמן להכיר מי שאינו מוחזק כבנו, שהרי כדי לאכול בתרומה מלבד התנאי שיהיה בן כהן, ישנו תנאי נוסף שהבן לא יהיה חלל, ואם כן אף שאנו מאמינים לכך שהוא בנו, מכל מקום אפשר שאמו היא גרושה או חלוצה וביחס לזה לא מצינו שתהיה נאמנות לאב לומר שבנו אינו בן גרושה וחלוצה.

גם הגרנ״ט (כתובות סי׳ לז) והגר״ח מבריסק (ראה טבעת החושן סי׳ רעז משמו) כתבו כדרך זו, והוסיפו בכך ביאור. פסול חללות נוצר בשני אופנים: א. ביאת כהן בפסולה לכהונה גורמת לכך שהבן הינו חלל. ב. יחוס הבן אחר אימו, שמשום שהאם היא חללה גם הבן נחשב כחלל.[12]

מתוך כך הם ביארו שהנאמנות שניתנה לאב בדין יכיר היא רק להעיד על מה שנוגע ליצירת הבן, שהאב נאמן להעיד שבנו אינו נוצר ממעשה ביאה של חללות, אך אין לו נאמנות להעיד על יחוס האם וממילא על יחוס הבן, משום שזה אינו נוגע אליו אלא לאחרים ועל כך הוא לא קיבל נאמנות.[13] כיון שאפשר שהבן פסול משום שאימו חללה, אין האב נאמן להאכיל את בנו בתרומה, שהרי כאמור על יחוס הבן אין לאב נאמנות.[14]

ובאמת המאירי (כה,ב ד״ה זה שכתבנו) הביא שיש אומרים שמה שנאמן אב להכיר בנו ככהן זה משום יכיר ועל כן הכרה זו שייכת רק באב ולא בשאר קרובים ונמצא שגם הנאמנות להאכילו בתרומה כשאינו מוחזק כבנו

---

[11] דברי שאול עדות ביוסף ח״א חו״מ רעז,יב.

[12] הגר״ח הוכיח יסוד זה מדברי המשנה (קידושין סו,א): ״כל מקום שיש קידושין ויש עבירה הולד הולך אחר הפגום כגון אלמנה לכהן גדול גרושה וחלוצה לכהן הדיוט״. והקשה הגר״ח הרי הרמב״ם בפירוש המשניות (סוף פ״ג קידושין) ביאר שהולד חלל ופסול לכהונה משום שעצם הביאה פוסלתו ואם כן מדוע המשנה מביאה את בן גרושה וחלוצה לכהן הדיוט בתור דוגמא של הכלל ״הולד הולך אחר הפגום״? מכאן הוכיח הגר״ח שחלל פסול גם משום יחוסו אחר האם ולא רק משום שנוצר ממעשה ביאה פסול. עיקר יסוד זה שנעשה חלל מצד שני סיבות מופיע בחידושי הגר״ח (איסו״ב יז,ב).

[13] הגרנ״ט כתב שמטעם זה האב אינו נאמן לומר שהבן נולד מממזרת משום שממזר אינו מקבל גדר ממזר מחמת ביאת עבירה אלא משום יחוסו של הבן אחר אימו שמכיון שאימו ממזרת גם הוא מקבל דין ממזר. והוא הדין שאינו נאמן לומר שבנו נולד משפחה, שהרי גדר עבד איננו נובע מכך שאביו בא על שפחה אלא משום יחוסו של הבן שהוא נולד מאם שפחה.

[14] על כך העיר בטבעת החושן: ״ואף שיש מקום לומר דאם נאמן על ביאתו ממילא גם האם כשירה, מ״מ הם שני דינים מיוחדים, אלא שיש לפקפק עדיין ע״ז״.

מבוססת על יכיר. אלא שדבריו צ״ב, שהרי כאמור הגמרא אומרת שהנאמנות מבוססת על כך שבידו להאכילו בתרומה ולא על יכיר.[15]

גם כאן משמע מהאחרונים שהדעה הסוברת שנאמן גם באינו מוחזק לבנו, נאמן גם ביחס לדינים נוספים ולא רק ביחס לדיני ירושה.

4. יוחסין

הגמרא ביבמות (סט,ב) דנה מה דינו של העובר בארוסה שעיברה. הריטב״א (שם ד״ה אבל היכא) מביא מחלוקת ראשונים במקרה שהאישה אומרת שאין העובר מהארוס וממזר הוא, אך הארוס אומר שהעובר ממנו וכשר הוא. יש אומרים שהולד ספק ממזר כיון דברי וברי הוא, ומאידך יש אומרים שהארוס נאמן להכשירו מדין יכיר, ״דכיון שהאמינתו תורה לפוסלו כ״ש שנאמן להכשירו״. הריטב״א עצמו מכריע כדעה השניה שהארוס נאמן.

ב׳ דעות אלו הובאו ברמ״א (אהע״ז ד,כט).

העובר אינו מוחזק כבנו של הארוס, ונמצא שלדעה הסוברת שהארוס נאמן להכשיר את הולד, יכיר מועיל גם באינו מוחזק לבנו, ואם כן השיטות הסוברות שיכיר אינו מועיל באינו מוחזק לבנו יסברו כדעה הראשונה שהארוס אינו נאמן להכשיר את הולד. לדרך זו, המחלוקת המובאת בריטב״א האם הארוס נאמן להכשיר את העובר, מבוססת על המחלוקת היסודית האם יש לבעל נאמנות באינו מוחזק כבנו. כן למד קצוה״ח [(רעז ס״ק ב ובאבנ״מ (ד ס״ק כב)].

ה״גדול״ ממינסק כתב[16] שגם הסוברים שאין הארוס נאמן להכשיר את העובר, זה משום שהם סוברים שיכיר מועיל רק לפסול את הבן ולא להכשירו,[17] ולא משום שאין יכיר באינו מוחזק לבנו.[18] מכל מקום מבואר שנאמנות יכיר היא גם ביחס ליוחסין ולא רק ביחס לירושה.

---

[15] וראה לקמן ביאורו של הרב ז׳ולטי בדעת הרמב״ם, ובדבריו שם הוא מתרץ גם את המאירי.

[16] אור גדול ח״א סימן ב ד״ה אמנם יש לדחות.

[17] קצוה״ח (שם) הצביע על כך שבירושלמי (כתובות ב,ז) אכן משמע, שדין יכיר בכללותו אינו מועיל להכשיר אלא רק לפסול.

[18] בביאור הגר״א (שם ס״ק עה) כתב שהדעה הסוברת שאין הארוס נאמן, זה משום שהיא נוקטת כתוספות רי״ד (ב״ב קכח,ב ועוד) שהאב אינו נאמן ביכיר כאשר האם מכחישה

ראינו שישנה מחלוקת האם אדם נאמן להכיר מי שאינו מוחזק כבנו, והראנו באופן פשוט שהדעה הסוברת שהוא כן נאמן, סוברת שהוא נאמן בתחומים רבים הן ביחס להכיר אותו כבנו לענין ירושה והן ביחס להכירו כבנו לענין תרומה ויוחסין.

עתה נבוא לברר את שיטת הרמב"ם.

חלק ב: שיטת הרמב"ם

דרך א: מעיקר הדין נאמנות יכיר אף ליבום ויוחסין

1. ירושה

כתב הרמב"ם (נחלות ב,יד): "אפילו אמר האב על מי שלא הוחזק בנו כלל זה הוא בני ובכורי הוא נאמן".

מבואר שהרמב"ם סובר שביחס לירושה נאמן להכיר גם מי שלא הוחזק כבנו.

אמנם מדברים אלו של הרמב"ם, אין הכרח להסיק שנאמן גם לפסול מי שלא הוחזק כבנו, משום שאפשר שרק ביחס לדיני ירושה ניתנה לו הסמכות להכיר מי שאינו מוחזק כבנו ולא ביחס לשאר עניינים. הנחה זו מבוססת על דברי אחרונים רבים[19] שביארו שדין יכיר, היינו סמכות האב להכיר את בנו, מבוסס על שני דינים שונים. א. דין יכיר הנוגע לדיני ירושה. ב. דין יכיר הנוגע לדיני יוחסין. דין יכיר הנוגע לדיני ירושה מיוסד על כך שהוא הבעלים על הממון, ועל כן ניתנה לו הסמכות לקבוע את דיני הממון, היינו לומר על פלוני שאינו בנו וממילא מפקיעו מתורת ירושה, וכן להיפך לומר על פלוני שהוא בנו, ובכך הוא מכניסו לתורת ירושה.

מאידך דין יכיר הנוגע לדיני יוחסין הוא דין אחר שבמסגרתו נתנה תורה לאב סמכות להעיד על יחוסו של בנו.

לאור זאת מובן היטב, שדוקא ביחס לדיני ירושה נתנה התורה סמכות להכיר גם מי שאינו בנו, שהרי הוא הבעלים על הממון ובכוחו לקבוע מי ירשו, אמנם

אותו. והעירו (אנצ"ת כרך כד עמ' תקמא ציון 469) שברמ"א לא משמע כן, שהרי הרמ"א לא הזכיר שיטה זאת בשאר המקומות (ראה סעיף כז שם).

[19] ר' שמואל רוזובסקי (שם אות ב), הרב זולטי (ספר הזכרון למרן הגר"ח שמולאביץ זצ"ל עמ' תקנח והלאה), ברכת אברהם (ב"ב קכז,ב עמוד רנה והלאה).

אין לו סמכות לקבוע את הייחוס, שהרי מסתבר שסמכות זו ניתנה דוקא לאב שמוחזק לנו בבנו, ולא לפלוני שטוען ״זה בני״ על סתם אחד מן השוק.[20]

2. יבום

כתב הרמב״ם (יבום ג,ד) ״מי שזינה עם אשה בין פנויה בין אשת איש ונתעברה ואמר זה העובר ממני הוא ואפילו היא מודה לו אע״פ שהוא בנו לענין ירושה הרי זה ספק לענין יבום כשם שזינת עמו כך זינת עם אחר ומאין יודע הדבר שזה בנו ודאי והרי אין לו חזקה אלא לעולם ספק הוא ולהחמיר דנין בו חולצת ולא מתיבמת״.

הרמב״ם אומר שמי שזינה עם פנויה נאמן לומר שזה בנו לענין ירושה אך לא לענין יבום וחליצה.

במחשבה ראשונה היה נראה לבאר את דבריו לאור דברי האחרונים הנוקטים שגם לסוברים שיכיר מועיל בשאינו מוחזק לבנו, זה רק ביחס לדינים הנוגעים לבן, אך לא ביחס לדינים שאינם נוגעים לבן. על כן הרמב״ם סובר שיכיר מועיל גם באינו מוחזק לבנו כמו שהוכחנו לעיל מהלכות נחלות, אך מכל מקום לענין פטור מיבום אין האב נאמן, שהרי יבום זה ענין הנוגע לאשה ולא לבן.[21]

אמנם לכשנדקדק בלשון הרמב״ם נראה שאי אפשר לבאר כן, שהרי אם הרמב״ם היה סובר שיכיר אינו מועיל ביחס לפטור מיבום וחליצה משום שזה אינו נוגע לבן, היה עליו לנמק זאת. ואדרבה הרמב״ם כתב: ״כשם שזינת עמו כך זינת עם אחר ומאין יודע הדבר שזה בנו ודאי״, ומשמע שאכן מעיקר הדין ניתנה לו סמכות להכיר אפילו אדם מן השוק שאינו מוחזק כבנו

---

[20] כן כתבו האחרונים המוזכרים בהערה הקודמת. גם האמרי משה (סימן יא) ביאר שיש שני סוגים שונים אך לא ירד לבאר באופן מוגדר את החילוק בין הסוגים האלו. לקמן יובא שחלק מהאחרונים הנ״ל נקטו לבסוף בדעת הרמב״ם שנאמן גם לענין דיני יוחסין, וחלק מהם נשארו עם הנחה זו ברמב״ם גם במסקנתם.

[21] בכך אנו מיישבים את הרמב״ם מקושיית הרא״ש (כלל פב סי׳ א): ״ודבריו תמוהין, מאחר שקוריהו ספק, למה כותב שהוא יורשו, ומוציא הממון מחזקת יורשין הודאין? ואי משום מגו קאמר, דאי בעי יהיב ליה כל ממוניה, חדא, דהא ברירנא לעיל דלא שייך הכא מגו, ועוד, אי משום מגו מהימנת ליה לענין ירושה, נהמנה נמי לפטרה מן החליצה, במגו דאי בעי פטר לה בגט! ואי משום דנאמנות דאב קאמר שהוא יורשו, כרבי יהודה, ולא משום מגו, אם כן לענין חליצה נמי יהא נאמן!...״

ולפטור מיבום וחליצה את אשתו,[22] ורק מכך שהוא בעצמו אינו יכול לדעת שזהו בנו משום שמא זינתה גם עם אחר, אינו נאמן להכירו כבנו.[23]

גם בשב שמעתתא (שם) ובקצוה"ח (שם) משמע בדעת הרמב"ם שנאמן מדין יכיר גם ביחס לדיני יבום ולא רק ביחס לדיני ירושה.

3. יוחסין

כתב הרמב"ם (איסו"ב טו,יא-יב): "פנויה שנתעברה מזנות..או שאמרה לפלוני הממזר נבעלתי או לפלוני הנתין אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הולד ספק ממזר כשם שזינת עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר.."

גם מהלכה זו נראה מלשון הרמב"ם, שדוקא משום ש"כשם שזינת עם זה שהודה לכך כך זינתה עם אחר" אינו נאמן להכירו כבנו, אך אלמלא טעם זה נאמן להכירו כבנו אף שאינו מוחזק לנו שהוא בנו, ומבואר שאפילו לענין יוחסין נאמן האב בכך. כן דקדקו מלשון הרמב"ם ה"גדול" ממינסק (שם ד"ה ולכאורה יש) ובחידושי רבי שמואל (ב"ב סימן ל אות ו ד"ה אולם). השי"ש (שם) נקט גם כן בדעת הרמב"ם שהאב נאמן באינו מוחזק לבנו גם לענין פסול יוחסין.

זכינו מרע"א (קמא סי' קו) לגרגיר בענין זה, ונקדים את הקושי העולה מדברי הרמב"ם. הרמב"ם כאן, ולעיל בהלכות יבום, כתב שישנו ספק שמא זינתה עם אחר, ורבים תמהו[24] הרי הרמב"ם פסק בהלכות תרומות (ח,יד) שבאינה חשודה לא חוששים שמא זינתה עם אחר? רע"א מתרץ קושי זה, ומתירוצו נסיק לענייננו, וזה לשונו: "במה דנתחבטו האחרונים בדברי הרמב"ם ושו"ע (אבה"ע ד,כו) אפילו אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו שכשם שזינתה עם זה זינתה עם אחר, הא בדרבנן פסק הרמב"ם דל"א מדאפקרה בלא דיימא מעלמא... ואמרתי דאפשר באמת היכי דאיכא עדים דבא עליה הממזר ל"ח מדאפקרה בלא דיימא מעלמא... ואמרתי דאפשר באמת היכי דאיכא עדים דבא עליה הממזר לא אמרינן מדאפקרה בל"ד מעלמא, אלא בליכא עדים רק הוא מודה, בזה כיון דעכ"פ איתא לחששא לענין דאורייתא דאפקרה, ממילא ליכא לדונו לאב בודאי שמה שאומר זה בני אינו אומרו בבירור גמור שהוא

---

[22] וכן דקדק הגר"ש טנא (ברכת שלמה סימן ט ט-י) בדברי הרמב"ם.

[23] סברא זו תוסבר בהמשך דברינו.

[24] ב"ח קנו ד"ה וכתב, ה"ה (יבום שם), ב"ש (ד,מ) וראה עוד בספר המפתח (הל' יבום שם).

אביו, ובכהאי גוונא דלא הוי אב בבירור לפי דבריו, לא האמינתו תורה ואינו בכלל מכיר, ולא מאמינים ליה כלל שבא עליה, ולזה מורים כמעט דברי הה"מ שכתב פשוט הוא שהרי הוא עצמו אינו יכול לידע וכו' ואין זה אב שיהיה לו היכר".

רע"א מתרץ, שאכן כשיש עדים שבא עליה לא חוששים שמא אחר בא עליה כפי שפסק בהלכות תרומות, אלא כאן שאין עדים שבא עליה ורק מפיו אנו יודעים זאת, אנו חוששים שמא זינתה עם אחר, וכיון שגם לו עצמו יש ספק שמא אינו בנו אינו נאמן להכירו שזה בנו. משמע מרע"א שאם הבעל יאמר בבירור גמור שהוא בנו,[25] הוא נאמן בתורת יכיר אף שהוולד אינו מוחזק לבנו,[26] אלא רק משום שאין הוא יודע זאת בפירוש לכן אין לו נאמנות של יכיר.

את גוף הסברא שהבעל אינו נאמן כשאינו אומרו בבירור גמור, ביאר הר"י כהן (דברי יוסף א עמ' נג): "גדר הנאמנות ביכיר הוא שמצד דיבורו אמירתו היא אמירה ברורה, ומה שאומר אומרו בבירור גמור, ויודע בבירור בלא כל ספק שהוא. ולכן באומר זה אינו בני, אמירתו היא אמירה ברורה בלא כל ספק שיודע שלא בא עליה וממילא הוא אינו בנו, משא"כ באומר שזה בני כיון דאיכא חשש שזינתה גם עם אחר, מה שאומר אינו אומרו בבירור גמור שהוא אביו, שהרי הוא עצמו אינו יכול לידע ובכי האי גוונא דלא הוי אב בבירור לפי דבריו, לא האמינתו תורה ואינו בכלל יכיר ולא מאמינים לו כלל שבא עליה" (וע"ש אריכות דבריו).

השו"ע (שם) הביא את דברי הרמב"ם, ונמצא שנקט להלכה שנאמן להכיר גם מי שאינו מוחזק כבנו וכן נאמן אף לדיני יוחסין.

ראינו שדעת הרמב"ם היא שהסמכות שניתנה לאב במסגרת יכיר, אמורה גם ביחס למי שלא הוחזק כבנו, ואף נאמן בכך לענין פסול הבן, אלא שנגד זה עומדים דברי הרמב"ם באותו הפרק (הלכה טו): "אבל האב שהוחזק שזה בנו ואמר בני זה ממזר הוא נאמן".

---

[25] וכגון שאומר לא זזה ידי מתוך ידה (חידושי רבי שמואל שם) או שמדובר באשתו ממש ורוב בעילות אחר הבעל (באר יצחק ט ס"ק ח).

[26] פסקי דין כרך יג עמוד 378, באר יצחק (שם).

לכאורה מדוקדק מלשון הרמב"ם שדוקא אב "שהוחזק שזה בנו" נאמן להכיר את בנו אך לא נתנה לאב סמכות להכיר מי שלא הוחזק כבנו, ונמצא שהרמב"ם סותר עצמו וכן העיר הר"ש רוזובסקי (שם ד"ה והנה).

כפי שכתבנו לעיל יש להעיר שעיקר דברי הרמב"ם שבמסגרת דין יכיר יש לאב סמכות לפסול גם מי שלא הוחזק כבנו צריכים ביאור, שהרי מדוע נאמר שאדם זר יוכל להעיד על יחוסו של פלוני ולפסול אותו?!

וכפי שכבר תמה ה"גדול" ממינסק: "אבל גוף שיטה זו תמוה בעיני, דא"כ כמו במוחזק לבנו נאמן לומר אינו בני, ה"נ באינו מוחזק לבנו יוכל לומר בני הוא אף נגד חזקה, א"כ אם יאמר על בן אשת חבירו דבנו הוא באופן דיודע בודאי שבנו הוא יוכל לשוי' ממזר, וזה ודאי אינו, דא"כ בידו לעשות לכ"ע ממזרי אתמהה".[27]

האמרי משה (סי' יא ס"ק ב) הוסיף לבאר את הסברא לכך שאינו נאמן באינו מוחזק: "והנלע"ד דבאמת אם יבוא אחד ויאמר על איש שאין אנו מכירים אותו כלל ויאמר שהוא בנו וממזר הוא שבא על ערוה או על ממזרת בזה לא יהיה נאמן כלל, דלא האמינה תורה רק לאב לומר שבנו ממזר והיינו היכא דידעינן שהוא אב ובלא אמירתו היינו מחזיקים אותו לבנו שידעינן שאשתו הולדתו והיינו מחזיקים ודאי שהוא אביו והוא בנו, ואז נאמן לומר שממזר הוא והיינו אף לומר שאשתו זינתה ואינו בנו".[28]

ר' שמואל (שם ז-ט) מכריע שבאמת דעת הרמב"ם היא כאמור שלאב ניתנה סמכות רחבה להכיר גם את מי שאינו מוחזק כבנו, ואף לענין פסול יוחסין, וכדי לתרץ את הסתירה הנ"ל הוא מביא יסוד של הגרש"ש.

---

[27] והוסיף: "ואף דאם יש לו אב א"כ יוכל האב האמיתי להכחישו דהוא ג"כ יאמר דבני הוא, ונוקים אב כנגד אב ונוקמא אחזקה, וכמו בתרי ותרי דאיכא למ"ד דמדאורייתא מוקמינן אחזקה וכ"ש בכה"ג דלכ"ע מוקמינן אחזקה, אכתי ביתום דאין לו אב אמיתי להכחישו, יוכל לשוי' ממזר והוא דבר שאין הדעת סובלו".

[28] והוסיף: "ואף שלא האמינה תורה רק לאב והרי הוא אומר שאינו אביו ואמאי מהימן באמת, וי"ל בזה בשני אופנים או דהואי מדין חזקה שהיינו מחזיקים עד עתה שהוא אביו והוא בנו והתורה נתנה נאמנות למי שמחזיקים אותו שהוא אב לומר על בנו הן להכשיר והן לפוסלו לומר שהוא ממזר ואינו בנו..או י"ל באופן אחר קצת דנאמן בממ"נ דע"כ אם נרצה להכשירו ולומר שאינו ממזר היינו משום שנחזיק אותו שהוא אביו ובנו הוא דהא ידעינן שאשתו הולידתו, וא"כ ע"כ כשנרצה להכשירו מוכרחים אנו לומר שהוא אביו, והרי כיון שהוא אביו יש לו נאמנות ולומר שהוא אינו בנו והוא אינו אביו, דאיך נאחז ולומר שהוא כשר והוא אביו והרי האב יש לו נאמנות וע"כ מהימן האבל לפוסלו".

הגרש״ש בשערי יושר (ו,יג) יסד שנאמנות יכיר לומר שהוא בנו, זה רק ביחס לדיני הבן אך לא ביחס לדיני האב,[29] היינו שהוא אינו נאמן לומר שהוא האב של אותו בן, וממילא יש לו דיני אב, אלא שהוא רק נאמן לומר שאותו אחד הוא בנו ויש לו דיני בן, ונפ״מ שאם מת הבן בחיי האב, האב לא יורש אותו, שהרי ירושת האב היא מדיני האב ולגבי דיני האב אין נאמנות של יכיר.

והוסיף הגרש״ש שכמו כן, אם אמר על אחד שלא הוחזק לנו שהוא בנו, ״זה בני״ ובן גרושה או חלוצה הוא, תתחלק הנאמנות, שנאמן לומר שהוא בנו, אך לא נאמן לומר שהוא בן גרושה ובן חלוצה. הטעם לכך הוא שלהעיד על בנו שהוא בן גרושה או חלוצה זו סמכות שיש לאב להעיד על יחוס בנו, ועל כן היכן שלא ידוע שהוא אביו אלא על פיו שאומר שזה בנו אין לו נאמנות לכך, שהרי נאמנותו היא רק ביחס לדיני הבן ולא ביחס לדינים הנוגעים לאב עצמו. ומכיון שהוא אינו מוחזק לנו בתור אב אלא רק על סמך עדותו, אין עדות זו מסוגלת להעניק לו תורת אב ובכך להעיד גם על יחוס הבן. הסמכות להעיד על יחוס הבן ניתנה רק למי שמוחזק לנו בתור אב. אמנם במקרה שיחוס בנו נוצר ממילא על ידי עדות ״זה בני״ וכגון שהאב כהן ואנו מכירים שהאם אינה גרושה או חלוצה, אז יחוסו של האב משליך על יסוד הבן וגם הבן נחשב ככהן, שהרי במקרה זה יחוס הבן אינו נגזר מעדות ספציפית על יחוס הבן, אלא מכך שהוא בנו של אביו.

לאור דברי הגרש״ש, תירץ ר׳ שמואל את הסתירה בדעת הרמב״ם. לאב אכן יש סמכות להכיר גם מי שלא מוחזק כבנו, וסמכות זו נוגעת אף לענין פסול יוחסין, אך כל זה כאשר יחוס הבן מוגדר באופן ישיר וממלאי על פי יחוס האב, ועל כן בפנויה שזינתה עם ממזר (הלכה יב) האב נאמן לפסול את בנו לולי החשש שמא זינתה עם אחר, שהרי כיון שהאב הוא עצמו ממזר והאב נאמן להכירו כבנו ממילא גם הבן נחשב כממזר, אך כאשר מדובר באב שהוא עצמו כשר אלא שמעיד שהבן נולד מביאת פסול, נמצא שבמקרה כזה הוא מעיד על יחוס הבן, וכאמור רק במוחזק לנו מתחילה שהוא אביו נאמן, שהרי קביעת יחוס הבן זו זכות של האב, אך אם זה שהוא אביו, זה רק על סמך הכרתו ״זה בני״ אינו נאמן לקבוע את יחוס הבן על סמך הגדתו שהוא אביו, ועל כן אינו נאמן להעיד על יחוס הבן אלא רק במוחזק לנו שהוא אביו.

---

[29] כעין יסוד הש״ש ורע״א לעיל, שיכיר אינו מועיל ביחס לפטור מיבום וחליצה שהרי אלו דינים הנוגעים לאם ולא דינים הנוגעים לבן.

לאור זאת ניתן ליישב גם את תמיהתו של ה"גדול" ממינסק. סתם אדם לא יוכל לומר על פלוני שאינו מוחזק כבנו: "זה בני וממזר הוא" ובכך לפסול את יחוסו, שהרי סמכות זו ניתנה רק למי שמוחזק כאביו, ורק במקרה שיחוסו של הבן נובע ישירות מייחוס האב, נקבע יחוסו של הבן על ידי הכרת האב.[30]

ויש להעיר שבשב שמעתתא (שם) משמע שלא חילק, והנאמנות להעיד על שאינו מוחזק לבנו היא בכל מקרה ולא רק במקרה שייחוס הבן נובע באופן ישיר מייחוס האב, וצ"ע כיצד הוא יפרנס את דברי הרמב"ם בהלכה טו.

עד עתה נקטנו בדעת הרמב"ם שהסמכות שניתנה בדין יכיר היא רחבה, ואדם נאמן להעיד על מי שאינו מוחזק כבנו בין לדיני ירושה בין לדיני יבום ויוחסין. אמנם יש שהבינו אחרת ברמב"ם.

דרך ב': נאמנות ביחס לירושה ולא ביחס לשאר דינים

על סמך ההנחה שלא מסתבר שהאב יוכל לפסול סתם אדם מן השוק, נקטו ה"גדול" ממינסק (שם ד"ה ושיטת הרמב"ם בדרך השניה), האמרי משה (סי' יא), והאבי עזרי (איסו"ב טו,טו) שהסמכות להעיד באינו מוחזק כבנו היא רק לענין ירושה אך לא לענין דיני יבום ויוחסין. החילוק מבוסס על מה שכתבנו לעיל, שבדין יכיר קיימים שני דינים שונים. הדין האחד ביחס לירושה הנובע מכך שהוא הבעלים על הממון ועל כן יכול להכיר גם מי שלא הוחזק כבנו, והשני הוא סמכות שניתנה לאב להכיר את יחוסו של הבן, אך כאמור סמכות זו ניתנה דוקא כאשר מוחזק שהוא בנו.[31]

גם הרב זולטי (ספר הזכרון לגר"ח שמואלביץ עמ' תקנח), והברכת אברהם (ב"ב קכז,ב) הלכו בדרך זו. הם דייקו זאת מדברי הרמב"ם שהובאו לעיל:

---

[30] גם זה שכתוצאה מעדותו נאמן לפסול מי שלא הוחזק כבנו וכגון בממזר זה חידוש, וכפי שנראה להלן שאחרים למדו בדעת הרמב"ם שנאמן רק לענין ירושה ולא לשאר עניינים, אמנם נראה שתמיהתו של הגדול ממינסק מתמתנת לאחר צמצום זה בדעת הרמב"ם.

[31] ומה שהבאנו לגבי ארוס וארוסה, שכאשר הארוסה טוענת שבנה ממזר ואילו הארוס טוען שהוא בנו, יש שיטות הסוברות שהארוס נאמן, ולכאורה מוכח מכאן שנאמן להעיד שזהו בנו גם באינו מוחזק לבנו, ודלא כאחרונים הנ"ל, על כך כתב האמרי משה (שם סוס"ק ד): "דהכא בארוס כיון שבחד צד כשאומר שאינו בנו ע"כ דמהימן משום די"ל הממ"נ (המבואר לעיל הערה 28), וע"כ גם כשאומר שממנו הוא נאמן דבכל צד האמינתו תורה, ואם מהימן לפוסלו נאמן גם להכשירו אבל היכא דל"ש כלל ממ"נ וגם לא הוחזק גם להנמ"י לא מהימן". ודבריו צ"ע.

״אבל האב שהוחזק שזה בנו ואמר בני זה ממזר הוא נאמן״, שמשמע שנאמן רק בהוחזק שזה בנו.[32]

לאור זאת יישבו האחרונים[33] את קושיית קצות החושן שהובאה בתחילת דברינו. בגמרא בכתובות (כה,ב) משמע שנאמן להעיד על בנו שהוא כהן רק משום שבידו להאכילו תרומה, ומדוע לא נאמן משום יכיר לסוברים שיכיר מהני גם באינו מוחזק לבנו? על כך הם ענו שלשיטתם מיושב היטב, שהרי דוקא ביחס לדיני ירושה ניתנה לאב סמכות להכיר מי שאינו מוחזק כבנו אך לא ביחס לשאר דינים.[34]

לעיל הבאנו את דברי הרמב״ם: ״פנויה שנתעברה מזנות... או שאמרה לפלוני הממזר נבעלתי או לפלוני הנתין אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הולד ספק ממזר כשם שזינת עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר...״.

דקדקנו שמשמע שמעיקר הדין התורה העניקה סמכות לפסול אף סתם אדם מן השוק ורק משום שיש חשש שזינתה עם אחר אינו נאמן, ואם כן כיצד אחרונים אלו יבארו הלכה זו ברמב״ם?[35]

---

[32] הרב זולטי תלה את יסוד החילוק הנ״ל, בדברי רבינו אליהו, שכתב שישנם שני פסוקים שונים לדין יכיר, אחד לענין ירושה ואחד לענין ייחוס.

[33] אמרי משה (שם ס״ק ה), הרב זולטי (שם עמוד תקנט), ברכת אברהם (שם).

[34] לעיל הבאנו שהמאירי פירש שכהן נאמן להכיר פלוני כבנו ובכך להאכילו בתרומה משום דין יכיר והקשנו שבגמרא משמע שנאמן רק משום שבידו להאכילו בתרומה ולא מדין יכיר. לדבריו מבאר הרב זולטי את כוונת המאירי. באמת המאירי סובר כרמב״ם שאינו נאמן מדין יכיר כשאינו מוחזק לבנו ומה שאומר המאירי שנאמן משום יכיר זה משום שהוקשה לו כקושיית התוספות (כתובות שם ד״ה שבידו) מדוע נאמן משום שבידו להאכילו בתרומה, הרי אין בידו להאכילו לאחר מיתה ואם כן אין זה מיגו? על כן המאירי סובר שאכן אין כוונת הגמרא שנאמן להאכילו בתרומה משום המיגו, שהרי אין זה מיגו טוב כקושיית התוספות, אלא כוונת הגמרא שהמיגו מהני לאשוויא כמוחזק לבנו לגבי אכילת תרומה שהרי בידו להאכילו בתרומה, ואם כן הוא נאמן להחזיקו כבנו לגבי אכילת תרומה וממילא הוא נאמן להחזיקו כבנו ומכיון שהוא מוחזק כבנו הוא נאמן מדין יכיר, שהרי במוחזק לבנו הוא נאמן גם ביחס לדיני יחוס ולא רק ביחס לירושה. ומה שאינו נאמן להשיאו אישה משום שכיון שאין בידו להשיאו אישה, הרי הוא לגבי להשיאו אישה כאינו מוחזק לבנו, שאינו נאמן לענין יחוס מתורת יכיר באינו מוחזק לבנו.

[35] האמרי משה והרב זולטי התבססו בין היתר על דברי הרמב״ם בהלכות יבום, שאינו נאמן להכירו כבנו ובכך לפטור את אשתו מיבום וחליצה, ומכל מקום נאמן לדיני ירושה. הם כתבו שלשיטתם חילוק זה מובן היטב. אמנם כאמור אנו דקדקנו גם מדברי הרמב״ם האלו להיפך, שדוקא משום שיש חשש שזינתה עם אחר אינו נאמן, ולא משום שלא שייכת נאמנות של יכיר, ואם כן צ״ע כיצד הם יבארו את דברי הרמב״ם.

הנצי״ב (משיב דבר ד,יד) מתייחס לדברי הרמב״ם, ומציג פירוש אחר בדבריו, באופן שלא רק שהרמב״ם אינו סותר אחרונים אלו, אלא אדרבה כוונת הרמב״ם היא לומר בדיוק כדבריהם, שאינו נאמן משום שמדובר באינו מוחזק כבנו. וכך כתב:

> ונראה דה״פ דכלפי דנ״ל מדכתיב בן השנואה יכיר, שנאמן אדם לומר בני זה ב״ג וב״ח, וכך נאמן אדם לומר בני זה ממזר, וא״כ אמאי אין הממזר הבועל נאמן לומר שהוא בנו וממילא יהיה ממזר, אבל אינו קשה כלל שאין האב נאמן לפסול את בנו אלא באם שהוא מוחזק שהוא בנו וכ״כ בפי׳ הרמב״ם שם בה׳ ט״ו אבל האב שהוחזק שהוא בנו ואמר בני זה ממזר הוא נאמן, משא״כ כאן לא הוחזק כלל שהוא בנו, שהרי העולם סבורים שאפשר שזינתה עם אחר ג״כ וא״כ אינו בחזקה שהוא בנו מש״ה אינו נאמן, ולא משום שיש לחוש ע״פ דין לכך אלא שאין האב הממזר נאמן לפוסלו אבל אם היו עדים שנבעלה מממזר באמת הולד ממזר ודאי ואין חוששים שמא זינתה עם אחר, ולא כמו שהבינו האחרונים בפי׳ דברי הרמב״ם.

הנצי״ב מתייחס לתמיהה שהובאה לעיל בדעת הרמב״ם מדוע הרמב״ם כותב שחוששים שזינתה עם אחר בלא דיימא מעלמא? הנצי״ב אומר שאכן מצד ההלכה לא חוששים שזינתה עם אחר כפי שפסק הרמב״ם בהלכות תרומות, ומה שהרמב״ם אומר כאן שיש חשש שזינתה עם אחר אין הכוונה שזהו חשש מצד הדין וההלכה, אלא שרק העולם חושש שזינתה עם אחר. מכיון שהעולם חושש שזינתה עם אחר, נמצא שפלוני המסופק אינו מוחזק כבנו של הממזר. לאור זאת מבאר הנצי״ב שכוונת הרמב״ם בדבריו ״כשם שזינת עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר״ היא לומר שכיון שאינו מוחזק כבנו אין הממזר נאמן לפוסלו, שהרי נאמנות יכיר היא דוקא במוחזק לבנו כפי שמדויק ברמב״ם בהלכה טו מהלכות ביאה. נמצא שהרמב״ם אומר בפירוש כדעת אחרונים אלו שאין נאמנות לפסול באינו מוחזק לבנו, וזוהי גופא הסיבה לכך שאינו נאמן לפוסלו.

דרך ג׳ ברמב״ם ובראשונים הסוברים שנאמן באינו מוחזק לבנו

עד שלב זה עיקר הנידון, האם נאמן להעיד על אחד מן השוק שהוא בנו, סבב סביב סוגיית יכיר. הארכנו לדון, האם במסגרת דין יכיר התחדש שאדם נאמן להעיד על אחד מן השוק שזהו בנו. אמנם הרב שאול ישראלי (משפטי שאול סי׳ ב) ביאר שטעמם של הראשונים הסוברים שנאמן לומר ״זה בני״ אינו

מבוסס על דין יכיר אלא על סברות מסוימות הנוגעות לדיני ירושה. מכאן שהנאמנות ב"זה בני" שייכת רק ביחס לדיני ירושה ולא ביחס לשאר הדינים.

לעיל הבאנו שרשב"ם סובר שאדם לא נאמן להעיד על אחד מהשוק "זה בני" כדי שירשו, והבאנו שיש ראשונים החולקים על דבריו וסוברים שנאמן שנאמן, וכך כתב הרא"ש: "וכתב ר"מ ז"ל פליאה גדולה לומר כן שאם בא אדם ממדינת הים הוא ובנו ואמר זה בני שלא יירש אותו הבן בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן אלא שאר בניו או שאר קרוביו הקרוב קרוב קודם".

ותמה הר"ש ישראלי מדוע לומר שאינו נאמן היא "פליאה גדולה", ואם מפני שרבינו מאיר נוקט שיכיר מלמדנו שנאמן גם במקרה שאינו ידוע כבנו, הרי הרשב"ם כתב שאין הוכחה לכך מן הכתוב?

והוסיף שכבר העיר כן הפרישה (רעט,א) על רבינו מאיר.

על כן ביאר "שמסברא בעלמא אומר כן, ולא מקרא יליף לה ולא תלי לה בפלוגתא דר"י ורבנן, אלא הוא מצד שאין זה מתקבל על הדעת שלא יהא אדם נאמן בזה". וכן כתב הפרישה בפירוש: "ומשמע מלשונו דס"ל דבלא קרא דיכיר הנכתב בבכור הוא נאמן בפשוט, מכוח סברא כיון שאין ידוע לנו אם בנו הוא או לא, למה לא נאמינו כשאומר שהוא בנו".[36]

עוד העיר שיש צורך להוסיף בכך ביאור, משום שאפשר לטעון ולומר סברא נגדית, שפשוט שלא נאמן, שהרי הוא בא להוציא מידי שאר הבנים המוחזקים בתור יורשים.

ועל כן ביאר הר"ש ישראלי שהנאמנות להעיד "זה בני" מבוססת על דברי הרי"ף המפורסמים בסוגיית "אשתמודעינהו". הגמרא (יבמות לט,ב) אומרת למסקנה שאפילו קרוב ואישה נאמנים להעיד על פלוני שהוא אחי המת לצורך יבום אשת המת משום ש"גלויי מילתא בעלמא הוא". ומבאר הרי"ף (יג,א בדפי הרי"ף): "דלאו אמילתא דאיסורא קמסהדי ולאו אממונא מסהדי אלא מלתא בעלמא הוא דמגלו דהדין ניהו גברא פלן והא ניהי איתתא פלניתא וכיון דמודעי ליה הכי הרי איתחזק גביה דההוא סהדא מפומא דהאי קרוב או מפומא דהאי איתתא דהאי ניהו פלניא והא ניהי פלניתא הלכך שרי

[36] לדרכו תירץ הרב ישראלי את הסתירה בדעת הרא"ש שהצגנו לעיל (הערה 5). הרא"ש אכן סובר שאינו נאמן מדין יכיר כשאינו מוחזק לבנו כמו שמשמע בתשובת הרא"ש, ומה שהרא"ש בב"ב מביא בשם הר"מ שנאמן באינו מוחזק לבנו זה לא מדין יכיר אלא סברא בפני עצמה הנוגעת לדיני ירושה.

ליה לסהדא למיסמך אפומייהו ולמיסהד עלויה דההוא גברא או עילוה דהך איתתא בין לענין איסורא בין לענין ממונא״.

וכתב הרב ישראלי שכן הדין לענין ירושה, שאומר שהוא בנו וברגע זה הדבר אינו נוגע לענין ירושה, שהרי האב עדיין חי, ואם כן אינו ״אלא מילתא בעלמא״. ולאחר מכן כשזה מגיע לענין ירושה ״הרי איתחזק... דהאי ניהו פלניא, ואפשר להכריע עפ״ז בין לענין איסורא בין לענין ממונא״.

ולענין יבום כתב, שאינו נאמן לומר ״זה בני״ גם לרמב״ם, משום דמה שנאמן מסברא לומר ״זה בני״, ״זהו רק בנוגע לבן, שאין לראות אותו שמעיד ע״ז כנוגע בדבר, ואינו חשוד שישקר. משא״כ לענין לפטור אשתו מן החליצה כשאין בידו לגרשה בזה הרי הוא בגדר חשוד, דשמא רחים עלה ורוצה לפטרה ע״כ לא נאמן״.[37]

אמנם דייקנו מדברי הרמב״ם בהלכות ביאה שמעיקר הדין יש נאמנות לאב לומר ״זה בני״ ורק משום שיש חשש שזינתה עם אחר אין לו נאמנות להכירו כבנו, ואם כן כיצד הרמב״ם מתיישב לפי הרב ישראלי?

הרב ישראלי התייחס (שם עמוד כ במוסגר) לדברי הרמב״ם בהלכות איסורי ביאה ואומר שמה שהרמב״ם כתב שאינו נאמן, משום שכשם שזינתה עם זה יש חשש שזינתה עם אחר, ״עדיפה מינה נקט שגם לפי דידיה עצמו אין אמירתו נחשבת כברי ונפק״מ לגבי ירושה, כיון שיתכן שזינתה עם אחר״.

הרב ישראלי מוסיף להוכיח שגם שם הראשונים שכתבו שנאמן באינו מוחזק לבנו, זה רק מסברא נקודתית בדיני ירושה, ולא מדין יכיר ועל כן נאמנותו להכיר אחד מן השוק כבנו היא רק ביחס לדיני ירושה.

אמנם יש להעיר על דבריו, שאף שאכן בריטב״א (ב״ב קלד,א) משמע שנאמן משום סברא, מכל מקום בלשונו משמע שנאמן גם משום יכיר ולא רק משום

---

[37] שהרי הרי״ף בעצמו כתב: ״ודוקא היכא דליכא חששא דחשדא אבל היכא דאיכא חששא דחשדא לא מיבעי ליה לסהדא למיסהד בין במילתא דאיסורא בין במילתא דממונא אלא עד דבדיק בהדי אחרינא״.

אמנם על עיקר ביאור זה בדברי הרמב״ם לענין יבום יש להעיר, שאכן הרב ישראלי מבאר היטב את החילוק בין ירושה ליבום מדוע בירושה נאמן וביבום לא, אך מדוע הרמב״ם נימק שאינו נאמן משום ״כשם שזינת עמו כך זינת עם אחר״ ולא משום שאינו נאמן כלל? (וכעין זה הערנו על דרך ב׳ לעיל). ופלא שקושיא זו שואל הרב ישראלי מעצמו מדברי הרמב״ם בהלכות איסורי ביאה כפי שיובא לקמן, אך הוא אינו רואה קושי על דבריו בדברי הרמב״ם בהלכות יבום?!

סברא, ואם כן מוכח בפירוש שנאמנות יכיר בעצמה מועילה לגבי ירושה ולא רק סברא.

ומביא הרב ישראלי שכעין דבריו כבר כתב האור שמח (נחלות ב,יד): ״הרי דהימנותו דיכיר (לר״י נגד החזקה ולרבנן בצריך היכרא) דוקא במוחזק שהוא בנו, רק דבשאר אדם[38] איכא חזקה דאין אדם רוצה להעביר ירושה מיורשיו ולתת לאחר שלא כדין״.

גם לפי האו״ש כתב הרב ישראלי (עמוד טז) שלענין יבום אין לו נאמנות, שהרי דוקא ביחס לירושה יש חזקה דאין אדם רוצה להעביר ירושה מיורשיו ולתת לאדם אחר שלא כדין, אבל ביחס לחליצה אין חזקה כזו.

ומצאתי שגם הקובץ הערות (כא,כא) והאו״ת (קיצור כללי מיגו אות ל) למדו שהוי דין נקודתי בהלכות ירושה, אמנם מסברא אחרת והיא הודעת בע״ד ואם כן נאמן גם ביחס לנכסים הבאין לאחר מכאן.[39] הקובץ הערות הוסיף שלפ״ז ודאי שנאמן רק ביחס לירושה ולא ביחס ליבום שהרי בזה לא שייך הודאת בע״ד.

אלא שלדרך זו עולה השאלה, אם ישנן סברות שנאמן לגבי ירושה ואפילו באינו מוחזק לבנו, אם כן מדוע התורה היתה צריכה לחדש את דין יכיר, הרי נאמן גם בלעדי דין זה?

הקובץ הערות תירץ (שם,כב) שדין יכיר מתייחס לחלק בכורה, וחלק בכורה שאני שהרי נתיבות המשפט (רעח,ט) חידש שחלק בכורה הוי חיוב על היורשים ליתן מתנה זו לבכור ולא הוי חיוב על האב, ועל כן כתב הקובץ

---

[38] כוונתו לאפוקי מגר כמבואר שם, שבגר אינו נאמן שרוצה להפקיע נכסיו מתורת הפקר וליתנו למי דרחים ליה. האו״ש העמיס דבריו על הירושלמי (ב״ב פ״ג ה״א), ואכמ״ל בזה.

[39] בקובץ הערות (שם,כא) גרס בדברי הרמב״ם (נחלות ד,א): ״האומר זה בני וזה אחי נאמן להורישו, אע״פ שאינן מוחזקין בקרוביו שהרי הודה״. ודייק מלשון הרמב״ם ״שהרי הודה״ שטעמו משום הודעת בע״ד. והוסיף שאף שחב ליורשים הידועים לנו נאמן, ואינו נחשב כחב לאחריני כפי שכתב הרמב״ם (מלוה ולוה טו,ז) שאם מלוה התנה שיהיה גובה בלא שבועה אף מן היורשים גובה מהם בלא שבועה אך לא מלקוחות וכתב הקובץ הערות שמבואר שנאמן על יורשיו מטעם הודאת בע״ד. אמנם גרסת הרמב״ם לפנינו שונה מגרסת הקובץ הערות: ״האומר זה בני... אע״פ שהודה באנשים שאינן מוחזקין שהן קרוביו הרי זה נאמן ויירשנו״. לגרסא זו אין הרמב״ם מנמק שסיבת הנאמנות היא משום שהודה ואם כן אין ראיה שהנאמנות לענין ירושה מבוססת על הודאת בעל דין. שו״ר שכן העיר הרב אריה זאב גורביץ (ר״י גייטסהד) בגליונותיו על הקובץ הערות (נדפסו בקובץ קול התורה חוברת עב עמוד לא הערה ז).

הערות שהאב לא נאמן בהודאתו להטיל חוב על היורשין שהרי הוא חב לאחריני ורק מדין יכיר נאמן שזהו בכורו.

הרב ישראלי כותב שני תירוצים נוספים לקושיא זו:

א. בשעת העדות שזהו בנו, הרי הוא מעיד רק על הקורבא אליו, וקורבא זה ענין הנוגע לנושאים רבים ועל כן שייך בזה "הוחזק" שזהו בנו כמבואר ברי"ף הנ"ל, ומתוך כך כשאנו באים לדון ביחס לירושה הוא יורש שהרי כבר הוחזק לנו שהוא בנו. אמנם לעדותו שזהו בכורו אין נפק"מ אלא רק ביחס לירושה, שהרי בכור זה רק ביחס לדיני ירושה, ואם כן אין זה נחשב שמעיד על מילתא בעלמא אלא הרי זה כמעיד על ירושה ועל זה צריך עדות.

ב. דין בכורה תליא בהכרה ממש[40] ולא בגילוי מילתא, ועל כן כדי להחזיקו כבכור צריך שני עדים או הכרת האב שנתנה לו תורת נאמנות כאילו ב' עדים.

תמצית הדברים

הבאנו בקצרה שיטות הראשונים ביחס לנאמנות אדם לומר על מי שאינו מוחזק כבנו "זה בני". ביררנו את שיטת הרמב"ם והעלינו ג' דרכים ברמב"ם. דרך א – הרמב"ם סובר שמעיקר הדין נאמן ב"זה בני" מדין יכיר גם ביחס ליבום ודיני יוחסין ולא רק ביחס לדיני ירושה. דרך ב - הרמב"ם סובר שנאמן מדין יכיר רק ביחס לדיני ירושה ולא ביחס לשאר הדינים. דרך ג – הנאמנות בזה בני איננה מבוססת על דין יכיר אלא על סברות מסוימות בדיני ירושה, וממילא ודאי שאין נאמנות לומר "זה בני" כשאינו מוחזק לבנו ביחס לדינים אחרים.

[40] הרב ישראלי ביסס יסוד זה על דברי הגמרא (ב"ב קכז,א) ששתי נשים שילדו במחבוא שני זכרים ולא ניתן להבחין מי מהם נולד קודם והריהו הבכור לאביו, אינם יכולים לכתוב הרשאה זה לזה ואף שאחד מהם ודאי בכור וזאת משום שכדי לתת את חלק בכורה צריך לדעת בבירור מיהו הבכור וצריך על כך עדות ממש.

הרב יהודה צור

ספק ממזר

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. סוגיות הש״ס

1. כתובות יג

2. קידושין עב ועד

ג. שיטות הראשונים בסוגיא בקידושין

ד. שיטת הרב המגיד בדעת הרמב״ם

ה. שיטת השב שמעתתא בסוגיא

ו. שיטת הפני יהושע בסוגיא

ז. שיטת רע״א בהבנת דברי הרב המגיד

ח. סיכום השיטות

ט. סיכום

א. הקדמה

הרמב״ם מאיסו״ב טו כותב:

> [יא] פנויה שנתעברה מזנות אמרו לה מהו העובר הזה או הילוד הזה אם אמרה בן כשר הוא ולישראל נבעלתי הרי זו נאמנת והבן כשר, ואף ע״פ שרוב העיר שזנתה בה פסולים.
>
> [יב] ואם לא נבדקה אמו עד שמתה או שהיתה חרשת או אלמת או שוטה או שאמרה לפלוני הממזר נבעלתי או לפלוני הנתין אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הרי זה הילוד ספק ממזר, כשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר וזה הוא הנקרא שתוקי שמכיר את אמו ואינו מכיר את אביו ודאי.

ישנן כמה שאלות שעולות מתוך דבריו של הרמב״ם: א. אם עדות על ממזרות נחשבת כדבר שבערוה,[1] מדוע נאמנת האם להכשיר את בנה וגם אם נאמר שיכולה להיות נאמנת באופן עקרוני, למה נאמנות זו נשארת גם כשהיא מתנגדת לרוב. ב. בהמשך לשאלה א באילו מצבים האם תהיה נאמנת להכשיר את בנה, האם בכל המצבים של רוב וחזקות שונות שמנגדות את עדותה או שישנם מצבים שבהם לא תהיה נאמנת. ג. בהל׳ יב רואים שיש הבדל בנאמנות האם בין להכשיר ולפסול את הולד, כלומר שלהכשיר היא נאמנת כפי שכותב הרמב״ם בהלכה יא ולפסול היא אינה נאמנת כפי שכתוב בהל׳ יב אפילו במצב שבו הממזר שהיא טוענת שבא עליה מודה לה, ויש להבין ממה נובע הבדל זה.

ב. סוגיות הש״ס

1. כתובות יג

המקורות להלכות אלו ברמב״ם הן הסוגיות בכתובות יג ובקידושין עג,א. איתא בכתובות יג,א במשנה שם:

> ראוה מדברת עם אחד, ואמרו לה מה טיבו של איש זה? איש פלוני וכהן הוא, רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים: נאמנת, ור׳ יהושע אומר: לא מפיה אנו חיין, אלא הרי זו בחזקת בעולה לנתין ולממזר, עד שתביא ראיה לדבריה. היתה מעוברת, ואמרו לה מה טיבו של עובר זה? מאיש פלוני וכהן הוא, רבן גמליאל ורבי אליעזר אומרים: נאמנת, ור׳ יהושע אומר: לא מפיה אנו חיין, אלא הרי זו בחזקת מעוברת לנתין ולממזר, עד שתביא ראיה לדבריה.

ובברייתא שם נתבארה שיטת רבי יהושע:

> אמר להם ר״י: אי אתם מודים, בשבויה שנשבית ויש לה עדים שנשבית, והיא אומרת טהורה אני - שאינה נאמנת? אמרו לו: אבל; ומה הפרש יש בין זו לזו! לזו יש עדים, ולזו אין לה עדים; אמר להם: אף לזו יש עדים, שהרי כריסה בין שיניה! אמרו לו: רוב עובדי כוכבים פרוצים בעריות הם, אמר להן: אין אפוטרופוס לעריות.

ונראה מהסוגיא שחכמים מודים לר״י לגבי מעוברת אך תוס׳ (ד״ה השבתנו) אומר שחכמים עדיין חולקים על ר״י לגבי מעוברת מכיון שיש לה חזקה של

[1] עיין רע״א תשובה קכד ובחזו״א סימן א אות יג.

אישה מזנה בודקת ומזנה שאינה שייכת בשבויה. בהמשך הסוגיא מביאה הגמרא מחלוקת האם נאמנות האישה היא רק כלפי עצמה ולא לגבי בתה או שהיא נאמנת גם לגבי בתה וכן אומרת הגמרא שהדעה המכשירה כלומר ר״ג מכשירה אפילו ברוב פסולים. בסוף הסוגיא מובא מקרה של ארוס וארוסה שבאו לפני רב יוסף: ״היא אמרה מיניה, והוא אמר אין, מינאי, אמר רב יוסף: למאי ניחוש להו? חדא דהא קא מודה, ועוד, הא אמר רב יהודה אמר שמואל: הלכה כרבן גמליאל. אמר ליה אביי: ובהא כי לא מודה, מכשר רבן גמליאל״. וממקרה זה לומדים שאפילו ברוב פסולים שהרי מדובר על ארוסה נאמנת האם להכשיר את עצמה ואת בנה.

מסוגיא זו עולים כמה דינים: א. כאשר האם טוענת שנבעלה לכשר לה נאמנת אפילו ברוב פסולים והנאמנות היא לגבי כל הפסולים כולל פסול לכהונה. ב. לכאורה נראה מפשט הסוגיא שנאמנות האישה נובעת מהחזקה שלה כפי שנראה מהמחלוקת שמובאת בסוגיא מאן דמכשיר בה מכשיר בבתה וכו׳ ורבא בהסבר הדעה שפוסלת את הבת אומר שהיא אית לה חזקה דכשרות בתה לית לה חזקה דכשרות ונראה שר׳ יוחנן שחולק סובר שחזקה דאם מהניא לבת, וכן התוס׳ שהבאנו לעיל שמסביר בדעת חכמים שאפילו במעוברת היא נאמנת בגלל חזקת בודקת ומזנה.

2. קידושין עב ועד

ובמשנה בקידושין ר״פ עשרה יוחסין סט,א:

> ...גירי וחרורי ממזירי ונתיני שתוקי ואסופי כולם מותרין לבוא זה בזה ואלו הם שתוקי כל שהוא מכיר את אמו ואינו מכיר את אביו... אבא שאול היה קורא לשתוקי בדוקי.

ושם בגמ׳ (עג,א):

> אמר רבא: דבר תורה שתוקי כשר; מאי טעמא? רוב כשרים אצלה ומיעוט פסולין אצלה, ואי אזלי אינהו לגבה - כל דפריש מרובא פריש, מאי אמרת? דילמא אזלה איהי לגבייהו, הוה ליה קבוע, וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, והתורה אמרה: לא יבא ממזר - ממזר ודאי הוא דלא יבא, הא ממזר ספק יבא, בקהל ודאי הוא דלא יבא, הא בקהל ספק יבא.

ולכאורה נראה מפשט הגמרא שהשתוקי יהיה מותר רק ברוב כשרים או במחצה על מחצה אך ברוב פסולים הוא אמור להיות פסול. אך הגמרא

בהמשך (עד,א) אומרת שאבא שאול סובר כר״ג בכתובות שהבאנו לעיל שסובר שנאמנת האם להכשיר את בנה ושואלת הגמרא אם כן מה החידוש בדבריו שלאבא שאול ועונה שאבא שאול אומר את דבריו אפילו במצב של רוב פסולים ואומר רבא שהלכה כאבא שאול, וזה לכאורה סותר את הסוגיא בדף עג, ובהמשך נחזור לסתירה זו.

ומה שעולה מסוגיא זו שמדברת על פסול ממזרות הוא שכמו בסוגיא בכתובות האם נאמנת להכשיר את בנה אפילו ברוב פסולים וזה תלוי בצורה שבה מבינים את הדין של ממזר ודאי ולא ממזר ספק וביאור הסתירה הנ״ל.

גמרא נוספת ששייכת בהקשר זה היא הסוגיא שמובאת ביבמות סט,ב וע,א וכן בקידושין עה,א אך לא נפרטה כאן

ג. שיטות הראשונים בסוגיא בקידושין

הרשב״א בקידושין עג,ב בסיכום הדין של ממזר ודאי ולא ספק אומר וז״ל:

> מכלל שמועה זו נראה שלא אמרו ממזר ודאי אמרה תורה ולא ספק ממזר אלא בשמחצה מיהא כשרין אצלה דכל כי הא הוא דהוי ספק, אבל כל היכא דרוב פסולין אצלה כממזר ודאי משוינן לי׳ דרובא דאורייתא אא״כ בדקו את אמו ואמרה לכשר וראוי לי נבעלתי כר״ג ור״א ואבא שאול, וארוסה שעברה דאמר לקמן שהולד שתוקי אף על גב דרוב פסולין אצלה שאני ארוסה דתלינן בארוס כדאיתא לקמן והוה לי׳ כמחצה על מחצה, כנ״ל.

משמע מדברי הרשב״א, שמיישב את הסתירה הנ״ל בכך שבדף עג מדובר במקום שהאם לא מעידה ולכן במקום שזה מחצה על מחצה זה יהיה ספק ואז שייך הלימוד ובמקום שיש רוב פסולים נלך אחר הרוב, ולכאורה יש להקשות מארוסה, שמשמע בדף עה שבמקרה של ארוסה הולד כשר אפילו במקום שהיא לא מדברת, ובארוסה זה מציאות של רוב פסולים ואם כן לפי הרשב״א במקרה יש לפסול את הולד, אך זו אינה קושיא מכיון ששם הגמרא אומרת שבארוס הדין שונה כי חזקה שהיא הלכה לארוס וזה עושה את זה כמחצה על מחצה, ובדף עד מדובר שהאם מעידה בברי על בנה ועל עצמה ולכן נאמנת אך הוא לא מפרט מה סיבת נאמנותה, ויש להבין כיצד לשיטתו היא נאמנת הרי עד אחד לא נאמן נגד רוב וכן כפי שהבאנו לעיל דין זה נחשב לדבר שבערוה ואם כן גם מצד זה אינה צריכה להיות נאמנת, אמנם הריטב״א שנראה שהולך בכיוון של הרשב״א כותב בסוגיא ביבמות ע,א וז״ל:

> שניהם שותקים הולד ספק ממזר, היא אומרת שהוא פסול והבעל שותק, אין הולד ממזר ודאי על פיה שלא האמינתה תורה לפסול אלא להכשר דמסייע לה חזקה דגופא הלכך הוי הולד ספק ממזר ומיהו ספק ממזר הוי.

כלומר שהנאמנות שלה להכשיר בברי את הולד נובעת מהחזקה דגופא שלה ואינה נאמנת לפסול בגלל שזה נגד החזקה.

ד. שיטת הרב המגיד בדעת הרמב"ם

לרב המגיד (על הרמב"ם דלעיל) ולר"ן בקידושין כיוון אחר בהסבירם את שיטת הרמב"ם, וז"ל הרב המגיד: " ומ"ש רבינו שאפילו היא אומרת לפלוני הממזר נבעלתי הוא מפני שאין האשה נאמנת בפסול אלא האב בלבד כמו שיתבאר ואף על פי שנאמנת להכשיר והיה נראה שכ"ש לפסול לא היא דלהכשיר דבר תורה אין אנו צריכין לה דהא מדינא לא הוי אלא ספק ממזר וספק ממזר מן התורה מותר גמור לבא בקהל אלא דרבנן גזרו עליהן והאמינוה בשל דבריהם אבל לפסול כיון דמדאורייתא מותר לבא בקהל ואסור בממזרת ודאית ואם היו מאמינים אותה ומתירין אותו בממזרת ודאית היו מקילין בשל תורה ולא נתנה תורה נאמנות אלא לאב ואפילו לאב נחלקו חכמים אלא דקיימא לן כרבי יהודה דאמר יכיר יכירנו לאחרים וכמו שיתבאר בסמוך כנ"ל טעם הענין... וזהו שבגמרא לא אמרו בודקין את אמו אם אמרה לפסול נבעלתי או לכשר נאמנת ולא הזכירו אלא האומרת לכשר נבעלתי ולפי זה הירושלמי שאמר במדברת ואומרת איני יודעת ה"ה דהוה מצי למנקט באומרת לפסול נבעלתי שהולד שתוקי אלא דאורחא דמילתא נקט."

מבואר בדבריו, שהאם לא נאמנת לפסול מכיון שמדאורייתא הולד כשר מצד הלימוד של ממזר ודאי ולא ספק, ונראה שכל האחרונים מבינים ברב המגיד שאומר את דבריו אפילו ברוב פסולים.[2]

להלן נביא שלוש שיטות באחרונים בהסבר שיטת הרב המגיד והרמב"ם ובכלל הסוגיא נסכמן בקצרה ונציין את העולה מהן. והראשונה היא שיטת הש"ש (ב,יד והלאה).

---

[2] לכאורה היה אפשר להעמיד שהה"מ אומר את דבריו רק במחצה על מחצה כרשב"א ומדין ארוסה ליכא ראיה לכאורה לרוב פסולים כדלעיל, אך נראה שכל האחרונים לא הבינו בו כך.

ה. שיטת השב שמעתתא בסוגיא

א. בשלב ראשון הש״ש מביא את דברי הה״מ דלעיל (פ׳ יד) ואת קושיית הב״ש ד,לט שמקשה שמה שאמרו שאשה נאמנת להכשיר ולדה זה רק מכיון שבלא דיבורה היינו מכשירים את הולד מצד הלימוד של ממזר ודאי ולא ספק והרי חייבים לומר שדין זה נכון רק במקום שנוצר ספק כגון במחצה על מחצה או בקבוע אך במקום שיש רוב פסולים שם הרוב יכריע שהולד הוא ממזר ודאי ולא ספק ואם כן במציאות כזו גם ללא דברי האם הדין יהיה שהולד ממזר ואם כן קשה על השו״ע והרמב״ם כיצד פסקו בסתמא שנאמנת להכשיר ומיישב הב״ש כשיטת הרשב״א דלעיל שגם ברוב פסולים יש ספק אולי היא הלכה לגבי הבועל וממילא זה דין קבוע שנחשב כמחצה על מחצה אך באמת במקום שיהיה ידוע שבמציאות של רוב פסולים והלך אליה מישהו מהרוב הדין יהיה שהולד הוא ממזר ודאי עפ״י הרוב (פרק טו).

ב. הש״ש דוחה את ישובו של הב״ש ומיישב עפ״י דברי השטמ״ק (ב״מ ו,ב) בסוגיית תקפו כהן שם הגמרא מביאה שם את דברי המשנה ״קפץ אחד מן המנויין לתוכן כולן פטורים״ ומקשה שם התוס׳ על דין זה למה שלא יתבטל המנוי שקפץ ברוב טלאים הנמצאים בדיר שאינם מעושרים ועל כך מביא שם השטמ״ק בשם הרא״ש והריטב״א שבמעשר בהמה יש דין של עשירי ודאי ולא ספק לכן במקום שבדיני תורה רגילים הדין הוא שכל דפריש מרובא פריש במעשר בהמה זה לא כך בגלל הלימוד מהפסוק וכמו כן יהיה הדין בממזרות שאפילו במצב של רוב פסולים שבדיני תורה רגילים הדין הוא שכל דפריש מרובא פריש בממזר זה לא יהיה כך בגלל הלימוד של ״ממזר״ ודאי ולא ספק.

ג. עפ״י הבנה זו הש״ש מיישב את הסתירה לכאורה שהבאנו לעיל בין הסוגיות בקידושין בדפים עג ועד ואומר שהסוגיא בדף עג לאחר שהביאה את הלימוד של ממזר ודאי ולא ספק לא נשארה בהבנה שמדובר לגבי מצב של קבוע שזה כמחצה על מחצה ולגבי מצב זה בלבד יש את הלימוד של ממזר ודאי כפי שהבנו לעיל בהבנה ראשונית בפשט הסוגיא אלא ההבנה הנכונה היא שכאשר מובא הדין של ממזר ודאי זה חזרה מההבנות הקודמות והדין הזה נאמר בכל מצב אפילו ברוב פסולים.

ד. הש״ש מביא את שיטת הפנ״י שנפרטה בהמשך שבישוב קושיית הראשונים על הסוגיא בקידושין אומר עיקרון הדומה למה שאמר הש״ש שבממזרות לא הולכים אחר הרוב ומשמע בכל דיני רוב בין רובא דאיתא קמן

ובין רובא דליתא קמן ועל כך חולק הש״ש ואומר שעקרון זה נכון רק לגבי רובא דאיתא קמן שבזה ההליכה אחרי אינה נובעת מסברא אלא מגזרת הכתוב ולכן לגבי זה שייך הדין של ממזר ודאי ולא ספק אך ברובא דליכא קמן שבזה ההליכה אחרי הרוב נובעת מסברא בזה לא שייך לומר שיש גזרת הכתוב שלא נלך אחר הרוב דבר שמנוגד לסברא וכן הרחיב בענין זה בשמעתא א ואכמ״ל.

ה. הרב המגיד שהבאנו למעלה מקשה למה האם נאמנת רק להכשיר ולא לפסול הרי הגמרא בקידושין אומרת שחיה נאמנת בין להכשיר ובין לפסול ואם כן למה לא נלמד מזה גם לאם שתוכל להכשיר ולפסול והוא מיישב שאם לא נאמנת לפסול כי אין אדם משים עצמו רשע וגם בגלל שהיא קרובה. הש״ש דוחה את התשובה הראשונה של הה״מ ומיישב את קושייתו עפ״י נימוקי יוסף ביבמות כג,ב בדפי הרי״ף שאומר שפנויה שילדה אינה נאמנת לומר שנבעלה לפסול לה מכיון שיש לה חזקה דגופא, ואמר הש״ש שחייבים לומר שזו לא חזקת צדקות וכשרות שיש לאשה מכיון שלרמב״ם פנויה שנבעלה בין לכשר לה ובין לפסול איסורם שווה ולכן לא שייכת פה חזקת צדקת/כשרות אלא שכוונת הנ״י לחזקת ההיתר לבוא בקהל של האם שמועילה לבת שלה (כל הנ״ל בפרק טו שם) הש״ש בפרק יט מביא לכך עוד הוכחה מדבריו של הרמב״ם בהלכה יט שם דאם הבעל אומר שהולד לא ממנו והאשה אומרת שנבעלה לכותי היא נאמנת להכשיר את הולד והרי שם חומר האיסור אם נבעלה לכותי או לישראל שוה וכן פוסלת עצמה לכהונה בכל מקרה ואם כן לא שייך לומר שיש חזקת כשרות אלא חייבים לומר כנ״ל שמדובר על חזקת היתר, ומזכיר שם את דברי הפנ״י שנביא בהמשך שסובר שלא אומרים שחזקת היתר של האם תועיל לבת אלא רק חזקת אב, והש״ש כאמור חולק עליו וסובר שגם באם סומכים על חזקה זו.

ו. בהמשך פרק יט שם מקשה הש״ש שאם אנו סומכים על חזקת היתר הנ״ל אם כן לא צריך את הלימוד של ממזר ודאי ולא ספק מכיון שתמיד יהיה לולד את חזקת ההיתר של אימו ומיישב בשני אופנים:

1. כפי שאמרנו לעיל הלימוד מהפסוק מלמד אותנו גם במצב של רוב פסולים ובמצב כזה מכיון שרוב עדיף על חזקה החזקה תתבטל והדין צריך להיות שנלך אחר הרוב.

2. יש מצבים שבהם יש חזקה המנגדת לחזקה זו כגון במצב שבו האשה היא ספק מגורשת ונבעלה וילדה שעפ״י חזקת א״א הולד ממזר ועפ״י חזקת היתר הוא כשר.

ז. בפרקים טז ויז מקשה הש״ש איך האשה נאמנת במצב של רוב פסולים להכשיר את עצמה לכהונה הרי פסול כהונה הוא ככל האיסורים בתורה שמכריעים בהם עפ״י רוב והוא מיישב שלגבי עצמה נאמנת מכיון שטוענת ברי ואנו מסופקים ולכן זה ברי ושמא ופוסקים כרשב״ג שברי ושמא ברי עדיף וזה מועיל רק לבעל הדבר עצמו ולכן לאם זה יועיל אך לא לבתה.

הש״ש מוכיח דבריו מכתובות עו,א לגבי אשה שתובעת כתובתה, שאם היא קטנה ותובעת עבור אביה היא לא נאמנת למרות שטוענת על עצמה שאין לה מומים ואם תובעת בשביל עצמה נאמנת. לגבי עצמה יש לה נאמנות בגלל הברי אך לגבי ולדה זה לא יועיל ובאמת ההכשר בה מועיל מצד הברי ולכן יועיל גם לכהונה ולולדה תהיה נאמנת מצד ממזר ודאי ולא ספק. בכך גם מיישב הש״ש את קושיית הרמ״א בתשובה יח על הרמב״ם (מובא שם בפרק יח) מדוע לא ציין שהאם נאמנת על הבת גם להכשירה לכהונה, כמו שרש״י בסוגיא בכתובות הבין שהאם נאמנת אף להכשיר בתה לכהונה, ולפי דברי הש״ש קושיא זו מיושבת שבאמת הרמב״ם חולק על רש״י וסובר שמאחר שכשרות הולד נובעת מהדין של ממזר ודאי ולא ספק ולא מצד הברי של האם לכן זה יועיל רק לגבי היתר לבוא בקהל אך לא לענין כשרות לכהונה.

ח. הש״ש (יז) מביא את הקושיא של הב״ש (ס״ק הנ״ל) על הרב המגיד - בסוגיא בקידושין אחרי שמובא הלימוד של ממזר ודאי ולא ספק מובא הלימוד של קהל ודאי ולא ספק, כלומר שהספק יהיה מותר בממזרת ואם כן גם אם דברי הה״מ נכונים ביחס לספק שמותר לבוא בקהל כשרים, אותו הדין צריך להיות גם ביחס לפסולים ואם כן מדוע האם נאמנת רק להכשיר ולא לפסול והש״ש מביא את ישובו של הבית מאיר שהרמב״ם לא סבר את הלימוד השני ולא פסק אותו להלכה, אלא רק את הלימוד הראשון של ממזר ודאי ולא ספק, אך מוסיף להקשות שם הש״ש ואומר שגם אם נאמר כך הרי הרמב״ם סובר שספק אסור רק מדרבנן ואם כן מדוע האם לא תהיה נאמנת לפוסלו שהרי הוא אסור בממזרת רק מדרבנן והוא מיישב שמכיון שכשהיא הולכת לגבי הרוב פסולים זה קבוע ונחשב כמחצה על מחצה ואם כן יש לפנינו כשרים ופסולים ולכן זה נחשב כאיקבע איסורא ובאיקבע איסורא גם הרמב״ם מודה שספק אסור מן התורה מה שאין כן בדין של ממזר ודאי ולא

ספק שבזה גם באיקבע איסורא כגון במצב שהתערב ולד ממזר בולדות אחרים שבזה עדיין יהיה מותר לכולם לבוא בקהל.[3]

ט. סיכום קצר לעיקרי שיטתו של הש״ש:

1. הדין של ממזר ודאי ולא ספק נאמר אפילו ברוב פסולים אך רק ברובא דאיתא קמן ולא ברובא דליתא קמן.

2. חזקת היתר של האם תועיל לבת.

3. האם נאמנת להכשיר עצמה לכהונה בגלל שיש לה ברי אך לא נאמנת להכשיר בתה לכהונה מכיון שהברי מועיל רק לבעל דבר ובאמת הרמב״ם סובר שהבת לא כשרה לכהונה אלא רק מותרת לבוא בקהל מדין ממזר ודאי ולא ספק.

4. הרמב״ם לא פוסק את הלימוד שהובא בגמרא קהל ודאי ולא ספק.

5. ממזר ודאי ולא ספק נאמר גם באיקבע איסורא (ועי׳ ש״ש א,ב).

6. חזקת ההיתר של האם לא תגבר על רוב וכן אם תהיה מולה חזקה אחרת כגון חזקת אשת איש היא לא תגבר עליה ולכן יווצר ספק.

ו. שיטת הפני יהושע בסוגיא

לפנ״י בקידושין באור חדש לסוגיא.

א. בקידושין (עג,א ד״ה חד למישרי שתוקי בממזר) אומר שלכאורה נראה מלשון הריטב״א והרשב״א שהלימוד של ממזר ודאי זה דוקא במציאות של שתוקי והרי יש עוד הרבה מציאויות של ספק כגון ספק קידושין או ספק גירושין וזינתה וילדה שהולד הוא ספק אלא שבכל המקרים שהוא מונה שם יש חזקת כשרות של האב (ולכאורה נראה שכוונתו לחזקת היתר של האב) והיא תכריע את הדין של הולד משא״כ בשתוקי שלא ידוע מי האב. הפנ״י אומר שהיה אפשר להעמיד במקרה שנתערבו ולדות וביניהם גם של אשת

[3] ויש לעיין שלכאורה היה ניתן ליישב את הקושיא בפשטות עפ״י הנ״י שהובא לעיל שיש חזקה דגופא ולכן תהיה נאמנת להתיר ולא לפסול וכן הוא עצמו ישב כך את קושיית ההי״מ מחיה ואולי סמך בזה על מה שכתב לעיל ולכן לא חזר על זה, וכן מסביר הפנ״י שיובא בהמשך ומקשה על ההי״מ והר״ן שלא הסבירו כך.

ממזר שאז אין חזקת אב אך בזה אומר הפנ״י שמכיון שהוחזק שיש ממזר ואיקבע איסורא בזה אין את הדין של ממזר ודאי ולא ספק.[4]

ב. בהמשך דבריו (ד״ה אמר רבא) מביא הפנ״י את קושיית הרשב״א והריטב״א על הסוגיא בקידושין שמקשה שהרי רוב כשרים אצלה ומיישבת שאולי הלכה היא אליהם ואז זה קבוע את והקשו הראשונים הנ״ל שגם בכל מציאות של קבוע מכיון שזה ספק יש עדיין רוב להיתר אם כן איך המשנה מתירה שתוקי בממזרת.

הפנ״י מיישב שאע״פ שיש רוב בין לאיסור בין להיתר זה עדיין ספק כי קהל ה׳ זה דוקא קהל ודאי ולא שמבוסס על רוב ומהלימוד של קהל ודאי ולא ספק לומדים לממזר ודאי ולא ספק, ולכן בשום מצב לא נכריע לפי רוב אלא זה ישאר בגדר ספק,[5] וכן הוא רוצה לומר שגם חזקה לא תועיל בדין זה מאותה הסברא אלא שנראה מתוס׳ לא כך.

ג. בדף עג,ב (ד״ה ת״ר נאמנת) לגבי הדין של נאמנות חיה מקשה הפנ״י שלכאורה זה דבר שבערוה ואם כן איך נאמנת ומיישב שבדבר שבערוה צריך שנים רק כשיש חזקה וכאן אין חזקה לכאן או לכאן. הוא מוכיח טענתו מדברי הר״ן, שכתב כך בסיבת נאמנות האם להכשיר את בנה השתוקי.[6]

---

[4] ומשמע ממנו שמבין שחזקת היתר של האב תועיל לולד אך לא חזקת האם וכן מבין בו הש״ש וחולק עליו כנ״ל ויש להבין ממה נובעת מחלוקת זו. אך יש לתמוה לכאורה על הש״ש איך מבין כך בפנ״י שהרי כפי שנביא בהמשך הפנ״י (עד,א בד״ה פסקא אבא שאול) מדבר במפורש על חזקת ההיתר של האם ואף מסביר שבגלל חזקה זו נאמנת האם להכשיר ולא לפסול וצ״ע, ואולי ניתן להבין שיש חילוק בין חזקת ההיתר של האם לזו של האב עפ״י הפנ״י, שחזקת ההיתר של האב תכריע תמיד ואילו זו של האם תכריע רק בצירוף ברי והיא נחשבת חזקה חלשה וכפי שנכתוב לקמן ואולי לזה התייחס הש״ש.

[5] הגהות ברוך טעם על הפנ״י מציין כמקור את הגמ׳ בב״מ ו ״עשירי ודאי ולא ספק״.

[6] ולכאורה אלו דברי הר״ן שמהם למד הפנ״י לכאן ״וכתב הר״ם במז״ל בפט״ו מאיסו״ב שאע״פ שהיא נאמנת להכשיר אינה נאמנת לפסול לומר ממזר הוא ומשמע דטעמא דלהכשיר היינו טעמא דמהימנא משום דמדאורייתא נמי כשר דדבר תורה (דף עג,א) שתוקי כשר אבל לפסלו ולהתירו בממזרת לא כדאשכחן [בבכור] דהימניה רחמנא מדכתיב יכיר אבל לדידיה לא הימנה ואף על גב דחיה נאמנת כדאיתא בגמ׳ (דף עג,ב) שאני התם לפי שהוחזק כאן ממזר דמיירי בארבע נשים שילדו בבית אחת אשת כהן ולוי ונתין וממזר וגלוי מלתא בעלמא הוא דמגליא, והיינו דבגמ׳ לא אמרינן בודקין את אמו אי אמרה לכשר נבעלתי או לפסול נבעלתי אלא אמרינן דאי אמרה לכשר נבעלתי בלחוד מהימנה״ ולא הבנתי מהיכן הביא הפנ״י ראיה מדברי הר״ן הללו לדבריו שהרי הוא אומר שהאם נאמנת להתיר ולא לאסור מהדין של ממזר ודאי ולא ספק ומה שחיה נאמנת זה דוקא בהוחזק ממזר ועל זה הוא אומר שזה גילוי מילתא בעלמא אם כן מהיכן ההוכחה שבמקום שאין חזקה האם או החיה יהיו נאמנות וצ״ע לכאורה.

והקשה הב״ש שלטעם הר״ן כל אדם היה צריך להיות נאמן ולא רק חיה, ועוד שהר״ן בעצמו אומר טעם נוסף שחיה נאמנת מכיון שא״א בענין אחר.

ומיישב הפנ״י, שבאמת נאמנת מדאורייתא מהטעם שאמר לעיל, שעד אחד לא נאמן רק במקום שהוא נגד חזקה אך במקום שאין חזקה לאף אחד מצדדי הספק עד אחד יהיה נאמן אפילו בדבר שבערוה אלא שמטעם מעלה עשו ביוחסין צריך את הטעם שא״א בענין אחר.

ד. בדף עד,א בד״ה ״פסקא אבא שאול״ מקשה למה הגמרא דיברה רק על נאמנות להכשיר ולא לפסול ומיישב שלפסול היא לא נאמנת מכיון שזה דבר שבערוה מול חזקת היתר של האם[7] ומול רוב במציאות רגילה שיש רוב כשרים ואפילו במציאות שיש רוב פסולים עדיין היא תהיה נאמנת להכשיר מכיון שיש לה ברי וחזקה שזה מועיל נגד רוב כפי שמוכח בכתובות, אמנם זו חזקה ״חלשה״ מכיון שחזקת היתר של האם לא מהני לבת היכא שהאם אינה לפנינו כפי שמוכח בסוגיא דינאי ומזה מוכח שזו חזקה ״חלשה״, אך בהצטרפות לברי זה מועיל.

ה. בהמשך הדיבור שם מקשה על הר״ן וההי״מ על פי מה שכתב בתחילת הדיבור שם ושהבאנו בסעיף הקודם שיש לאם חזקת היתר למה נצרכו לומר את הטעם של ממזר ודאי ולא ספק הרי זה לא נצרך ועוד שקשה על כך קושיית הב״ש בסוף ס״ק לט שהבאנו לעיל שלפי טעם זה הייתה אמורה להיות נאמנת גם לפסול.

ו. סיכום קצר לעיקרי שיטתו של הפנ״י:

1. ברוב המקרים הולד יהיה כשר מכיון שיש לו חזקת היתר של אביו והלימוד של ממזר ודאי ולא ספק נצרך רק למצבים בהם אין חזקת אב כגון שתוקי אך לימוד זה לא יוכל להסביר את דינו של הרמב״ם שהאם נאמנת להכשיר ולא לפסול מכיון שיש את הלימוד של קהל ודאי ולא ספק שמתיר ספק בממזרים.

2. כשיש חזקת ממזר (איקבע איסורא) כגון בהתערבו ולדות שאחד מהם ממזר לא יועיל הלימוד של ממזר ודאי ולא ספק.

---

[7] ויש לעיין בדבריו שהרי לעיל לגבי חיה כתב שנאמנת אף לפסול ומשוה בין חיה ובין אם ששתיהן נאמנות מכיון שיש להן ברי במצב שאין חזקות לשום צד והרי כאן הוא מתייחס לחזקת ההיתר של האם וצ״ע לכאורה.

3. בדומה לש״ש מחדש הפנ״י גם הוא את היסוד שממזר ודאי ולא ספק וקהל ודאי ולא ספק נאמר גם במציאות של רוב.

4. גם חיה וגם אם נאמנות מדאורייתא לפסול או להכשיר את הולדות מכיון שהם מעידות בברי במצב שאין חזקה להכריע כשום צד.

5. חזקת ההיתר של האם בצירוף ברי תכריע להכשיר את הולד אפילו במצב של רוב פסולים, וחזקת ההיתר הזו מונעת את הנאמנות של האם מלפסול את בנה.

ז. שיטת רע״א בהבנת דברי הרב המגיד

בדברי הרב המגיד יש לרע״א הבנה שונה מהשתיים דלעיל ונביא את דבריו ולאחר מכן נעמוד על ההבדלים בין השיטות השונות בתשובות רע״א מכתב פד בהוצאת הרב געשטטנר, כותב רע״א וז״ל: ״ אבל לגבי הולד דגם בלא חזקת כשרות נאמנת כמ״ש הרמב״ם והשו״ע ד,כט דאשת איש שאומרת מנכרי נתעברתי נאמנת להכשירו בקהל אף דלגבי דידה ליכא נפקותא דבין כך ובין כך אפסלא לכהונה ועכצ״ל דהטעם כמ״ש הה״מ פט״ו הי״א כיון דדין תורה ספק ממזר מותר בקהל משו״ה נאמנת ולכאורה דברי הה״מ תמוהים דהא נאמנת להכשיר בתה לכהונה דהוי ספק דאורייתא ולזה צ״ל דודאי לכהונה באמת הטעם דחזקת אם מהני להבת ורק הה״מ רצה ליישב ההיא דינא דאשת איש שאומרת מעכו״ם נתעברתי והוצרך לסברתו״.

וביאור דבריו, שמוכח מדברי הרמב״ם בהל׳ יט שנאמנות האם להכשיר את בתה לא נובעת מחזקת הכשרות מכיון שבמקרה כזה שהבעל אומר לא ממני והאשה אומרת מנכרי נתעברתי אין חזקת כשרות כי האשה בכל מקרה נפסלת לכהונה ומכאן מוכח שהרמב״ם סובר שהבת כשרה מדין ממזר ודאי ולא ספק וכדברי המ״מ, ובזה מיושבת קושיא על דברי הה״מ, שהרי בהל׳ יא שם כתב המ״מ את הנימוק של ממזר ודאי ולא ספק האם מכשירה את בתה לכהונה ומכאן שזה לא נובע מדין ממזר ודאי ולא ספק כי הרי לגבי ספק כשרות לכהונה לא נאמר דין זה, אלא שבאמת בהלכה יא נאמנת האם להכשיר בתה מכח חזקת כשרות שלה וההמ״מ כתב את דבריו על מנת להסביר את הדין שבהל׳ יט. מדבריו כאן עולות כמה נקודות:

א. כאשר יש חזקת כשרות לאם היא תכריע אף נגד ברי של האם לפסול את בתה.

ב. הרמב״ם סובר שהאם וחזקתה מועילות לבת אף לגבי כשרות לכהונה שלא כהבנת הש״ש.

ג. מובן מדבריו שרק במקום שבו לאם יש נפקא מינה לגבי עצמה מחזקה כלשהיא כגון כשרות, רק אז נוכל ״להפעיל״ חזקה זו ביחס למשהו חיצוני לה כגון בתה, אך כאשר לאם לא תועיל החזקה ממילא לא נוכל להפעיל אותה ביחס לגורמים חיצוניים כגון בתה, וכפי שזה בא לידי ביטוי בהלכה יט שכאשר האם טוענת לנכרי נבעלתי היא בכל מקרה נפסלת לכהונה וממילא חזקת הכשרות שלה לא תועיל לבתה, והיה מקום להקשות שהרי יש לה חזקת היתר לקהל אך מאותה סיבה שלא תועיל לבת חזקת כשרות לכהונה של האם כי לאם היא לא מועילה כך גם חזקת ההיתר של האם. בדברי רע״א הדברים לא כ״כ מפורשים אך במקומות אחרים בדבריו הוא חוזר על עיקרון זה בצורה מפורשת. בסוף תשובה קג (מהדו״ק) כתב וז״ל: ״ודבר זה צריך לימוד אם חזקת אם מהני להבת אם מהני רק היכי דבאמת מכשירים להאם מכח חזקתה או דנימא כמו שכתבתי דאף דהיכי דאין מתירים להאם מ״מ מקרי חזקה לגבי הולד״. וכן במהדו״ת סימן קיא כתב וז״ל: ״אבל הכא דאין דנין כלל על האם דבלא״ה היא גרושה ופסולה לכהונה ואם היא בת ישראל דליכא נפ״מ לענין תרומת בית אביה ליכא נ״מ לגבי דידה כלל לדון על חזקת היתר (אכן באמת כפי דברי הרמב״ם וכדפסקינן בשו״ע ד,כט דא״א שזינתה ואמרה מנכרי נתעברתי נאמנת להכשיר הולד אף דהתם אין דנין עליה דהיא ודאי נתחללה לכהונה והארכתי בזה במקום אחר).״ ומשמע שהוא הסתפק בדין זה.

ח. סיכום השיטות

והעולה מהשואה בין שלוש השיטות הנ״ל הוא, שלשיטת הש״ש חזקת היתר של האם תועיל לבת אף במקום שלאם היא לא מועילה והלימוד של ממזר ודאי ולא ספק נצרך למקום שבו יש רוב שיגבר על החזקה או במצב שיש חזקה אחרת שמנגדת אותה; לשיטת הפנ״י חזקת ההיתר של האם תועיל לבת בצירוף הברי של האם אף במקום שלאם היא לא מועילה, אפילו במקום של רוב פסולים, והלימוד נצרך למקרה שאין חזקת היתר כגון בשתוקי שאין את חזקת ההיתר של האב אך מהלימוד יוצא גם דין של היתר של ספק בממזרת שלא כרמב״ם. ולפי רע״א חזקת היתר של האם תספיק בשביל להכשיר את הבת ואפילו לכהונה, ומשמע שאפילו נגד רוב וחזקות אחרות,

והלימוד של ממזר ודאי ולא ספק נצרך רק למקום שבו חזקת ההיתר של האם לא מועילה לעצמה ולכן לא מועילה לבתה.

ט. אה״ע יז, כט – מחלוקת בסברתו של רע״א

יסוד זה בדיני חזקות שחידש רע״א יכול לבוא לידי ביטוי בהרבה דינים הקשורים לחזקות ונביא להלן דוגמא שבה יסוד זה עומד ביסוד הדיון.

בשו״ת מהר״ם מינץ צה כתב לגבי מי ששמע שמת לו מת ולא יודע אם הוא תוך שלושים או לאחר שלושים לגבי דיני אבלות ומסיק שם להחמיר מכיון שיש לנפטר חזקת חיים ולכן אנו תולים שעכשיו מת ולכן צריך להחמיר.

הט״ז (יו״ד שצז,ב) מקשה על המהר״ם מינץ ומביא כנגדו שלוש ראיות. הראיה השלישית היא מהדין שמובא בשו״ע אבה״ע יז,כז במי שמצאוהו הרוג ומכירים אותו בטביעות עין ולא ידוע מתי נהרג שיש אומרים שתולים לקולא שנהרג תוך ג׳ ימים ויש אוסרים, והרי לפי החזקת חיים שיש לנהרג יש להכריע שמת בתוך שלושה ימים.

הב״ש שם בס״ק פד מביא את קושיית הט״ז ומיישבה וז״ל:

> וי״ל כאן אייר ראובן הלך מכאן ואין ידוע היכן הוא אז אוקמי׳ לראובן בחזקת חי ומת זה אף ע״פ שנראה להם שהוא ראובן אמרינן שהוא מת קודם ג׳ ימים ונשתנה והוא איש אחר אשר לא ידעינן אותו ולא שייך לומר דאוקמיה אותו בחזקתו וראובן הוא חי.

הנו״ב (קמא לא) מקשה על הב״ש שכמו שיש לראובן חזקת חיים שמביאה אותנו לומר שהמת שנמצא הוא אחר ומכיון שעברו ג׳ ימים הוא השתנה להיות דומה לראובן, הרי גם לאותו אחר יש חזקת חיים שמכוחה אנו צריכים לומר שמת זה נהרג עכשיו ועל פי זה נכריע שההרוג שלפנינו הוא ראובן, ובשלב ראשון אומר הנו״ב שלגבי מי שאינו נמצא לפנינו ומעולם לא ראינו אותו חי (למרות שבזמן מן הזמנים הוא היה ודאי חי) לא אומרים לגביו חזקת חיים לעומת מי שאנו מכירים וראינו אותו חי שלגביו יש חזקת חיים וזה טעמו של הב״ש בהעדיפו את חזקת החיים של ראובן על פניו של הרוג אחר שהזדמן להתם וזו כוונת הב״ש בסיום דבריו: ״ולא שייך לומר דאוקמיה אותו בחזקתו וראובן הוא חי״. הנו״ב דוחה הסבר זה וסובר שחזקת החיים גם של מישהו שלא היה לפנינו קיימת והוא מסביר את דבריו

של הב״ש באופן אחר, אך רבים מן האחרונים (ברוך טעם, נטע שעשועים, בית אפרים ועוד)[8] נשארים בהסברו הראשון של הנו״ב, וז״ל הברוך טעם:

> כל החזקות שהולכים אחריהם הוא בדבר שאנו דנין עליו, והראיה שהשולח גט ממדינת הים שנותנין בחזקת שהוא חי אף לזמן מרובה שלא ימלט שמעת הליכת השליח משם נפטר אחד מישראל במקום שהבעל שם, ואמאי לא ניחוש שהבעל הוא הנפטר. וגם פשוט אף כשיש ידיעה ברורה שמתו אנשים ישראלים במקום הבעל עם כל זה נותנים הגט לאשה בחזקת שבעלה חי, כי עליו אנו דנים וחזקת חיים שלא לא איתרע (בדומה למה שראינו בדברי רע״א לעיל).

אמנם הש״ש (ז,כא) דוחה את דברי הנו״ב ואומר שחזקת החיים של ראובן ושל הפלוני שוים ומכיון שכך הדין יהיה כמו בשני שבילין שאם באים לישאל אחד אחרי השני מעמידים את שניהם על חזקתם וממילא גם פה מכיון שרק ראובן בא לישאל מתירים על פי חזקתו, ואולי אפשר לומר שבזה הולך הש״ש על פי שיטתו שהבאנו לעיל שחלק על רע״א ביסוד שהביא.

י. סיכום

א. הרמב״ם בהלכות איסו״ב טו,יא כותב שפנויה שזינתה נאמנת להכשיר את בנה אך לא לפוסלו.

ב. הבאנו את הסוגיות בכתובות יג ובקידושין עב שמדברות על נאמנות האשה.

ג. הראשונים (רשב״א וריטב״א) על הסוגיא בקידושין הבינו שברוב פסולים ודאי במצב של ספק ממזר נלך עפ״י הרוב ורק במחצה על מחצה נפסוק את הלימוד ממזר ודאי ולא ספק

ד. הרב המגיד והר״ן הסבירו בשיטת הרמב״ם שהאם נאמנת להכשיר ולא לפסול מכיון שמדאורייתא הולד כשר מדין ממזר ודאי ולא ספק.

ה. ראינו שלוש שיטות אחרונים בהסבר הסוגיה ודברי הרב המגיד:

1. שיטת הש״ש שסובר שהלימוד ממזר ודאי ולא ספק נאמר בכל מצב של ספק אפילו מול רוב פסולים, ואמנם לולא הלימוד היינו מכריעים על פי חזקת היתר של האם אך מול רוב או מול חזקות אחרות המנגדות אותה

[8] עיין בנו״ב מהדורת מכון ירושלים בהערות לתשובה הנ״ל הערה ט שם הובאו דבריהם.

החזקה לא תועיל ולכן הלימוד נצרך. הש״ש מסביר בשיטת הרמב״ם שהוא לא סובר את הלימוד של קהל ודאי ולא ספק.

2. הפנ״י סובר שחזקה בצירוף ברי של האם תכריע להכשיר את הולד אפילו מול רוב פסולים והלימוד של ממזר ודאי ולא ספק מועיל במקום שאין חזקת היתר וגם הוא לומד כמו הש״ש שהלימוד יועיל אף במקום של רוב פסולים אך על פי הלימוד הולד יהיה מותר גם בממזרים מדין קהל ודאי ולא ספק.

3. רע״א מסביר בשיטת הה״מ שברוב המקרים מה שיברר את כשרות הולד זה חזקת הכשרות של אימו והלימוד ממזר ודאי ולא ספק יועיל גם מול רוב פסולים כשיטת הש״ש, אך הוא נצרך רק במקום שחזקת ההיתר של האם לא תועיל, כלומר במקום שחזקת ההיתר של האם לא משנה את דינה כגון בדין שמובא בהל׳ יט ברמב״ם ואז החזקה לא יכולה להועיל לבתה.

ו. הבאנו מחלוקת האחרונים לגבי אה״ע יז,כט ורצינו לומר שהמחלוקת סובבת סביב היסוד של רע״א בדיני חזקות.

הרב יצחק ביסמוט

בגדר קידושין דרבנן

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. בענין שניות מד״ס וקידושין דרבנן

ג. ביסוד קידושין מדרבנן- קושיית האבי עזרי וישובה

ד. הסברים בגדר קידושין דרבנן

ה. אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה

ו. היתר עגונה בע״א

ז. שיטת הרמב״ם בעדות אשה

ח. סיכום

א. הקדמה

בדיני גיטין וקידושין כבכל מצוות התורה תקנו חז״ל גדרים חיובים ותקנות. גדרים- כשניות מדברי סופרים, תקנות וחיובים-ככתובה ותנאי כתובה.

ובגיטין רבו התקנות, וביניהם גיטין הכשרים מדבריהם ע״י הפקעת הקידושין, וכן היתר עגונה שהלך בעלה למדה״י להאמין לעדות ע״א או עדות פסולים שמת בעלה.

כמו כן תקנו חז״ל קידושין מדבריהם לאותם שאינם בני קידושין כיתומה קטנה, חרש וחרשת.

באופן פשוט כל אלו גדרים ותקנות וחיובים שחז״ל ראו לתקן להעמיד הדת על תילה כבכל מצוות התורה הקדושה. מפליא הדבר שאופי התקנות ותוקפם בלשונות חז״ל הם כלשון התורה.[1]

---

[1] עי׳ בקונטרס דברי סופרים (סי׳ א אות לב) בשם הגר״ח במחלוקת הרמב״ם והרמב״ן דלרמב״ם איסור דרבנן בשבת עובר משום שבת ושמיות לעריות הוי איסור ערוה ולרמב״ן אינו אלא איסור כללי שאסור לעבור על דברי חכמים. ועי׳ משך חכמה ר״פ שופטים תלייה הפוכה בשיטות הרמב״ם והרמב״ן. וע״ע אילת השחר דברים לא,.

לשניות מד״ס היחס הוא בכמה דינים, כ״עריות מד״ס״ היינו כאיסורי ערוה אך מדבריהם (כפי שיבואר). עד כדי כך שהולד הוא ממזר מדבריהם.[2]

כ״כ בתקנת כתובה הלשון היא ״כל הפוחת לאלמנה ממנה ולבתולה ממאתיים ה״ז בעילת זנות״ מדבריהם, אך לשון בעילת זנות מורה על חסרון קידושין מהתורה.

״קידושין מדבריהם״ למחוסרות תפיסת קידושין - מושג קשה להבנה שהרי ע״י תקנתם לשיטת הרמב״ם ישנה עקירת איסור ״קדשה״ בקום עשה.

וגט מדבריהם, אף שזו תקנה למקרים נדירים וספציפיים הרי שתקנו גט שעיקרו ספר הכורת בינו לבינה מהתורה וחידשו גט היינו מושג תורתי שכורת מדבריהם ובזה הוצרכו גם להפקעת קידושי תורה.

דברים אלו ודומיהם רומזים שבדיני תורה אלו ישנו כח לחז״ל מעבר לסייגים וגזירות בשאר איסורים ומצוות.

מעבר לכך נראה שיש קשר, בין כל הדינים מדרבנן הנ״ל, וננסה להוכיח זאת.

ב. בענין שניות מד״ס וקידושין דרבנן

הטור בסימן טו כתב ״אלו שאינן בני קידושין מחמת ערוה מהם מן התורה ומהן מדרבנן וכו״ והולך הטור ומונה נשים שהם ערוה מהתורה וכן שניות מד״ס ואיסורי ערוה אחרים.

ובב״י העיר על לשון הטור ״אין דברי רבנו מדוקדקים דאותן שהם מדרבנן בני קידושין הן שהרי קידושין תופסין בהם אלא שאסור לישא אותם וכך הוה ליה לכתוב אלו נשים אסורות משום ערוה.״

והיינו דקשיא ליה לב״י לשון ״אלו שאינן בני קידושין״ ומה שייך לשון זה על המותרת בקידושין מן התורה אלא שישנו איסור נישואין או איסור ביאה מדרבנן והיינו דפשיטא ליה דאיסורי שניות מד״ס הם רק איסורי ביאה או נישואין אבל וודאי שקידושין תופסים בהם ואפשר שאף אין איסור בקידושין בלבד מדרבנן.

---

[2] ביחס לולד משניות מד״ס, שער המלך (איסו״ב יח,כד ד״ה ובמה) הביא בשם מהר״ד עראמה שולד שניות כשר אך המל״מ שם כתב שולד שניות ממזר. ובפשטות סבר שהיא כערוה ממש מדרבנן.עכ״פ מושג ממזר מדרבנן קיים במקומות אחרים וזה צ״ב.

אמנם בדרכי משה כתב "ולי נראה דרבינו דקדק בלשונו לומר שאינן בני קידושין רצה לומר שאין קידושין תופסין בהן כמו באחרות ואם בדבר שהוא מדרבנן אם בא אחר וקידשה צריכה ממנו גט הרי לך שאינן בני קידושין כמו נשים אחרות כנ"ל לישב דברי רבינו."

ונמצא מלשון הטור דין מחודש דבשניות מד"ס ודומיהן ישנו דין של 'אי תפיסת קידושין' אף שמהתורה וודאי מקודשות וצריכות גט, מ"מ בבא אחר וקידשה לאחר מכן צריכה גט גם מהשני.

וצ"ב אם כבר מקודשת לראשון מדאורייתא מה שייך להצריך גט מהשני?

ואכן הד"מ עצמו הקשה על זה מחייבי לאוין דאף שאיסורן מהתורה כיון שקידושין תופסים בהם אינה צריכה גט מהשני דלא מצינו דין כזה וא"כ ק"ו באיסור מדרבנן.

על מנת להבחין בצדדי הספק בזה (הח"מ כתב שזה ספק בד"מ), יש לברר מה הדין כשהשני שקדשה הוא באותה רמת קרבה ואיסור, כלומר שהשני אסור עליה באיסור שניות מד"ס האם באופן זה גם נצריך גט מהשני לפי הדקדוק של הד"מ?

ונראה לומר שאפשר שדוקא כשהשני אינו אסור עליה מדרבנן נחייב גט מהשני, דכיון שהראשון קדשה מהתורה אבל מד"ס היא ערוה ולא תפסי קידושין מדרבנן, כשבא השני המותר בה וקידשה תפסו בה לכל הפחות קידושי דרבנן שלא תפסו בקידושין הראשונים שהרי היא ערוה מדבריהם, למקדש הראשון. אבל בקידשה שנית קרוב באותה דרגה הרי גם לגביו היא ערוה מד"ס וקידושי תורה כבר לא יכולים לתפוס בה וא"כ אין כל סיבה לחייב גט.

בירור דומה מביא הח"מ כשמביא את דברי הד"מ ופשיטא ליה דבמקדש חייבי לאוין איירי הד"מ בגוונא כשבא אחר וקידשה איירי בכשר לה, לדוגמה ישראל שקידש ממזרת ואחר כך קידשה ממזר צריכה גט אף מהשני.

אך כשקידשוה שני חייבי לאוין בזא"ז אינה צריכה גט מהשני אלא בקדשה אחר כך ממזר כמו שקדשה כאן כשר לה דהיינו רחוק אז שייך לומר דצריכה גט מהשני.

וא״כ רואים כאן הבנה של הח״מ בדברי הד״מ דשייך ערוה ממש והיינו שלא תפסי בה קידושין כלל מד״ס עד כדי שנצריכה גט מהשני שהתפיס בה רק קידושין מד״ס.

ועפ״ז יש מקום לדון מהו גדר איסור שניות מד״ס, האם רק איסור ביאה מדרבנן בנישואין, איסור קידושין, או אף הפקעה מסוימת של הקידושין עד כדי שנצריך גט מהשני כיון שתפסו בה קידושין דרבנן שלא תפסו בראשון מפני איסורה מד״ס.

עפ״י הדרכי משה והחלקת מחוקק נראה כאפשרות האחרונה.[3]

עוד מתחדש בדברי הח״מ דקידושין דאורייתא וקידושין דרבנן הם שתי חלויות שקיימות באשה עד כדי כך שאפשרי שאשה תהיה מקודשת מדאורייתא ומדרבנן פנויה היא, ומצב הפוך שמקודשת מדרבנן ומדאורייתא היא פנויה. וכן אשה המקודשת לזה מדאורייתא ולזה מדרבנן.

ולפ״ז באישה המתקדשת כדין חלים בה קידושין דאורייתא ודרבנן.

בספר העיקרים (לגר״ש איגר) עיקר אפקעינהו, דן בדברי הר״ן שלהי נדרים לגבי אשת כהן שאמרה לבעלה טמאה אני לך, דלמשנה אחרונה אינה נאמנת, והקשה הר״ן הא היא שויא נפשא חתיכא דאיסורא?

ותירץ דאפקעינהו רבנן לקידושין מינה ונמצא שפנויה היתה בשעה שזינתה.

והקשה דלא מצינו שצריך לקדשה מחדש? ותירץ דאפקעינהו לקידושי דאורייתא אבל נשארה מקודשת מדרבנן.

ורואים ג״כ כיסוד הנ״ל דלכאורה לא נתחדשו קידושין מדרבנן בשעת ההפקעה אלא לאחר שהופקעו הקידושין מד״ת נתגלו הקידושין דרבנן שחלו כבר משעת הקידושין.

ובחזון יחזקאל (תוספתא יבמות ד,ד בביאורים) הוכיח יסוד זה מהא דבנשאת נוטלת כתובתה מבעלה הראשון ולשיטת רש״י דאפקעינהו הרי ל״ש

---

[3] וכן כתב רעק״א (שו״ת תניינא סח ד״ה לענ״ד) ״דשניות הוי ערוה מדרבנן וקידושייהו לא הוו קידושין גמורים כמו בנשים אחרות״ והדברים עולים בקנה אחד עם דברי האחרונים (רשש״ק יבמות א, ראי״ו קוה״ע ג,ג ועוד) שאי תפיסת קידושין אינו פועל יוצא מהאיסור אלא מסבת האיסור. (עיין במה שהרחיב בזה מו״ר הרב מאיר ברקוביץ שליט״א באבני משפט יח עמ׳ 40).

כתובה? וכן איך אם נתייבמה לאחיו של ראשון קנה ונכנס לנחלה? ותירץ כנ"ל דאף שאפקיענהו לקידושין דאורייתא נשארו הקידושין מדרבנן.

נמצא יסוד מוסד באחרונים הנ"ל דבכל קידושי תורה יש חלות של קידושין דרבנן.

ויש להבין מה הצורך בהם, מה טיבם ומקורם של קידושין אלו באישה המקודשת מדאורייתא.

ג. ביסוד קידושין מדרבנן - קושיית האבי עזרי וישובה

והנה דין קידושין מדרבנן שחל בפני עצמו מצינו בכמה מקומות ובכמה אופנים: בקידושי קטנה יתומה שהשיאוה אימה ואחיה וכן בקידושי חרש לפיקחת או חרשת לפיקח. בדוגמאות אלו עצם תפיסת קידושין בהם היא תקנה מדרבנן.[4]

והקשה האבי עזרי (אישות א,ד) לשיטת הרמב"ם דבכל ביאת פנויה יש לאו אף במיוחדת לו לבדו וכמו שפוסק בהלכות מלכים שהפילגש אסורה להדיוט, היאך תקנו קידושין לכל אלו והתירו איסור תורה דלא תהיה קדשה?

ותירץ דאיסור קדשה הוא רק בהסכמת שניהם, וכפי שביאר שם באורך עפ"י הרמב"ם דבאונס ומפתה אין איסור קדשה כיון שזה לא בהסכמתה.

וא"כ בקטנה הרי אין לה דעת וכן בחרש לפיקחת וחרשת לפיקח. ואם כן נחשב כל פעם שתיבעל כמקרה (דהיינו כמו באונס ומפתה) וזה מאפשר לחכמים לתקן קידושין לאלו שאינם בני קידושין עכת"ד.

ותירוצו צל"ע, שהרי דבריו מיוסדים על דברי הרמב"ם בהלכות נערה בתולה שהסביר מדוע כפלה התורה את הלאו "אל תחל את בתך להזנותה" על אף שכבר נאמר "לא תהיה קדשה", ומסביר שם הרמב"ם דכיון שחייבה התורה קנס לאונס ומפתה וזוכה האב בקנס שמא יאמר האב שא"כ הרי זה זכותו לתת את בתו לכל מי שירצה לזנות שהרי זכותו להזיק עצמו בממונו?

ועל זה אומר הרמב"ם דאונס ומפתה שאני "שזה שחייבה התורה לאונס ולמפתה ממון ולא מלקות כשארע הדבר מקרה שלא מדעת האב ולא הכינה את עצמה לכך שדבר זה אינו הווה תמיד ואינו מצוי וכו'.

---

[4] כוונתי להבדיל מקידושין במעמד שלשלתן או בד' אמות וכדומה דהיינו שהמעשה קנין הוא במעשה קנין דרבנן אף שאפשר להקשות ולדון אף באופן זה.

והיינו דביאה מקרית שאינה מדעת שניהם אינה ביאה האסורה בלאו דקדשה, אבל הרמב״ם מתנה בפירוש את זה באופן שהוא ״מקרה ואינו הווה תמיד״ אבל כשזה הווה תמיד הרי חוזר קרא ד״אל תחל את בתך״ ומחזיר את אסור ״קדשה״.

ומבואר באבי עזרי שם דאף במפקיר בתו לאדם אחד ישנו לאו, ולא צריך דוקא מופקרת לכל, וא״כ נמצא שבתקנת חז״ל שתקנו קידושין לאלו אין הדבר דרך מקרה כיון שמתייחדת לו מדרבנן באופן כלשהו, ולהיפך מיסוד וקביעות האישות עלול להחזיר איסור קדשה, דהרי מופקע רק בדרך מקרה כאונס ופיתוי וא״כ נמצאת תקנתו קלקלתו!

ד. הסברים בגדר קידושין דרבנן

והנראה לענ״ד לומר בגדר קידושין דרבנן הנ״ל (קטנה חרש וחרשת) בב׳ אופנים אחרים:

אופן א: גדרן של קידושין דרבנן הוא רק איסור לעלמא כפי שהגמרא אומרת ריש קידושין, דקידושין הוא לישנא דרבנן ומשמעותו ׳דאסירת אכו״ע כהקדש׳.

כלומר דחז״ל תיקנו קידושין לאלו ע״מ שלא ינהגו בהם מנהג הפקר, ולאחר שאסורה לכו״ע כהקדש מחמת קידושי דרבנן, ממילא למיוחד לה, שאסורה מחמתו אין איסור קדשה אף לרמב״ם דאף במיוחדת לאחד יש איסור קדשה, באופן שאסורה מחמתו על כל העולם אין איסור.

והוא עפ״מ שביאר הרמב״ם (נערה בתולה ב,יז) בטעמא דקרא דאיסור קדשה ״אבל אם הניח בתו הבתולה מוכנת לכל מי שיבא עליה גורם שתמלא הארץ זימה ונמצא האב נושא בתו והאח נושא אחותו שאם תתעבר ותלד לא יודע בן מי הוא והמכין בתו לכך הרי היא קדשה״.

א״כ חזינן שאיסור קדשה ומצוות קידושין לרמב״ם הוא לצורך בירור היחס לאב כדי שלא ימצא אח נושא אחותו וכדומה.[5]

א״כ באופן שחכמים אסרו אותה לכל העולם ע״י מנגנון ״דאסירת אכו״ע כהקדש״ יורד החשש הנ״ל ואין איסור קדשה למי שנאסרה מחמתו.

---

[5] ובמורה נבוכים (חלק שלישי פרק מט) ״ומחמת ענין זה נאסרה הקדשה למה שיש בכך מהפסד היחוסים, ויהיה הנולד ממנה זר לב״א אינו מכיר לעצמו משפחה ולא שום משפחה מכירה אותו.״

ולפ״ז עפ״י מה שנתבאר לעיל בדברי הד״מ בטור דבכל אישה אף כשרה המתקדשת ישנם למקדש שתי חלויות היינו קידושי דאורייתא וקידושי דרבנן, ונצא מנקודת הנחה שהם אותם הקידושין באופן שתיקנו קידושי דרבנן, נתקשה להסביר איך חלים שתי חלויות שיוצרים את אותו איסור דבכלל מאתיים מנה.[6]

אופן ב: במשנת רבי אהרן (קידושין סי׳ א) הסביר בשיטת הרמב״ם בעיקר לאו דקדשה באופן מחודש. ותו״ד דלשיטת הרמב״ם כל שאין קידושין הר״ז ביאת זנות כנ״ל. אבל הרמב״ם כתב בכותרות שבתחילת הלכות אישות כתב ״מצות עשה לישא אישה בכתובה וקידושין״, ״מל״ת שלא תיבעל בלא כתובה ובלא קידושין״ ושנה בספר המצוות (ל״ת שנה) ״הזהיר שלא לבא על אשה בלא כתובה וקידושין והוא אומרו לא תהיה קדשה״.

---

[6] ועלה בדעתי לחלק עפ״י הגמרא שם דקנין הוא לישנא דאורייתא והיינו דבקידושי דאורייתא האיסור לעולם הוא מצד הקנין וההיתר לקונה היינו הבעל, ואילו בלישנא דרבנן ״הקדש״ המהלך של הקידושין הוא הפוך דהיינו האיסור לעולם הוא הגורם להיתר לאוסר (ועיין שם בתוד״ה ׳דאסר׳) וא״כ אף שהתוצאה שווה אופן החלת הקידושין הפוכה. ועפ״י זה יובן מהלך הגמרא שם דהקשו אמאי לא תני ״האיש קונה״ דאי תני הכי הו״א דאפילו בע״כ קמ״ל והקשו התוס׳ שם דאע״ג דתני האיש מקדש ומשמע בזה גם דבע״כ? ולולא דבריהם (עיין בריטב״א) היה ניתן לומר דכיון דקנין תלוי בבעלות וכמו שכתב הר״ן בנדרים ל׳ דהאשה משווה עצמה כהפקר ע״מ לאפשר לבעל את הקנין וזה מצד הלישנא דאורייתא דזכיה בהפקר מצד הקנין באישות מדאורייתא בזה הוו״א דאחר שהפקירה עצמה לקנין יועיל אף בע״כ (היינו מצד שווי הקידושין וכדומה או שרוצה לקנותה בביאה או לצורך דיון מה רמת ההסכמה והריצוי הראויה לקידושין) קמ״ל מתניתין שאף לזה בעינן רצון, אבל מצד הלשנא דרבנן היינו דאסירת אכו״ע כהקדש אין הוו״א דיועיל בע״כ דאף אם אשה משווה עצמה כהפקר ע״מ שיקדשה ותהיה סבילה בקידושין הרי בהפקר לא מועיל הקדש קודם הזכיה. וזכינו לדין דבקידושין דרבנן וכן קידושין דאורייתא בלישנא דרבנן האישה היא פעילה במעשה הקנין שהרי אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ויש צורך שתקנה עצמה לו ע״מ שיאסרה כהקדש. שו״מ בגליוני הש״ס שם שהביא כדברים אלו משו״ת תשב״ץ והוסיף דאף בהקדש היינו במקדש בלישנא דרבנן הרי עפ״י ר״א ממיץ המובא בראי״ש נדרים לד היתה לפניו כיכר של הפקר והקדישה הרי היא הקדש כיון שהוא הזוכה האפשרי הבלעדי יכול להקדישה וא״כ גם כאן קונאה ומקדישה כאחת ועיי״ש ודברים אלו צ״ע דהרי הפשט בר״ן שאשה משווה עצמה כהפקר ור״ל שאינה שותפה במעשה הקידושין אלא האיש קונה אותה מהפקר והיא אינה מקנה עצמה לו, אבל לגבי הקדש הרי צריך להיות החפץ שלו ע״מ שיאסרו ונהי דמהני היכא שאין לאחר אפשרות לזכות הרי באשה אינו כן שהרי אם לא יזכה הוא תזכה שוב היא בעצמה משא״כ בכיכר שנשאר הפקר אף אם הוא לא יזכה הרי הוא באמת הזוכה הבלעדי.

והסביר הגרא״ק דביאה הגורמת חיוב אישות אינה בגדר ביאת זנות והיינו או קידושין או כתובה = חיובי כתובה שאר כסות ועונה (עפ״י ביאור הגר״א אבה״ע כו סוס״ק ז) מסלקים את איסור הקדשה ושוב אין מלקות.[7]

והנה הוא ז״ל פירש לשון הרמב״ם ״מל״ת שלא תבעל בלא כתובה ובלא קידושין״ להצילו מקושיית הרמב״ן ושא״ר דכתובה דרבנן, דמש״כ ״כתובה״ היינו חיובי כתובה בשאר כסות ועונה.

וכיון שהכל תלוי בקידושין דאחר קידושין אין מלקות, למה תלה הרמב״ם את פקיעת האיסור גם בכתובה בלבד הרי לא אשכחן כתובה בלי קידושין?

ותרץ דאשכחן כתובה היינו ביאה המחייבת בשכו״ע בפרשת אונס דכיון שמחויב לשאתה חשיב כתובה, ולכן אין איסור קדשה והרווחנו דבכתובה בלבד סגי לסלק איסור קדשה, אלא שלא מצא הגרא״ק מציאות אחרת של חיוב כתובה בלי קידושין מלבד באונס.[8]

ולולא דבריו היה ניתן להסביר בלשון הרמב״ם שמש״כ ״כתובה״ היינו מנה ומאתיים מדרבנן, אבל נצטוונו לקדש אישה בכתובה וקידושין, ובכוונת הרמב״ם ז״ל שתקנות וגזירות חז״ל משליכות על מצות התורה בקידושין וחלק ממצות קידושין היא ״לישא אישה בכתובה״ וכפי שכפל במנין הלאוין.

וכוונתו דמצוות קידושין ואיסור לבעול בלי קידושין נתונים לחכמי הדורות וכל זה כלול בחיוב ״כתובה״ דהיינו בחיובים ובתקנות שיתקנו חכמים והם החיובים מד״ס היינו השבעה דברים דברים שמונה הרמב״ם שחייב לה מד״ס וכמובן מנה ומאתים.[9]

ונמצא דחיובי כתובה הם חלק מאיסור קדשה לשיטת הרמב״ם שהתורה נתנה כח לחכמים להגביל ולהגדיר עפ״י תקנותיהם וגזרותיהם את איסור הביאה בפנויה.

---

[7] עיין מאמרי באבני משפט יח במה שנתבאר בדבריו ובא לישב בזה את לשון הרמב״ם במנין המצוות וכן מיושב בזה למה אין באונס ומפתה מלקות משום לאו דקדשה והיינו דכיון שחייבה התורה לקיימה בשכו״ע שוב אין בזה ביאת זנות.

[8] עיין אבן האזל יבום וחליצה א,א ואגרו״מ אבה״ע א,פא שהסבירו באופן דומה בלשון הרמב״ם.

[9] הדברים רמוזים קצת בדברי אבהא״ז הנ״ל דכתובה היינו כל העשרה דברים שמתחייב לה והרי שבעה מהם כפי שאומר הרמב״ם הם מדרבנן וכיילינהו בהדי הדדי בשם כתובה וכן דאף אם מזונות דאורייתא עדיין קרויים תנאי כתובה מאותה סיבה ודו״ק.

והיינו דאמרינן בכ״מ ״חכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה״ לגבי חיוב מנה ומאתיים דבקידושין של תורה בלי קידושי דרבנן והיינו ״כתובה״ דמנה ומאתיים נשאר עדיין ביאת זנות (מדבריהם) כי התורה חייבה לקדש עפ״י תקנת כתובה.[10]

וקידושי דרבנן היינו חיוב כתובה בכל קידושין לפי מה שתקנו דהיינו בכל אישה מנה ומאתיים ובחרשת שלא תקנו מנה ומאתיים תקנו קידושין דדבריהם והיינו מדין ״כתובה״ בשאר נשים, ובכתובה סגי להוריד איסור קדשה כדיוק הגרא״ק ברמב״ם.

והשתא דאתינן להכי נמצא לומר דחיוב כתובה דמנה ומאתיים בשאר נשים הוא המעשה הקידושין מדרבנן, או הביטוי לקידושין דרבנן.

ועפ״י האמור לעיל בשם המשנת ר״א מיושבת קושיית האבי עזרי, שדייק הגרא״ק שבכל מקום שישנו חיוב כתובה בלבד סגי בזה בכדי להוריד איסור קדשה כפי שהוכיח מלשון הרמב״ם אלא שלא מצא חיוב כתובה בלי קידושין בשום מקום חוץ מבאונס.

ולפי הנ״ל בכל מקום בו תקנו חכמים קידושין היינו חיוב כתובה דזה הקידושין מדבריהם או הביטוי לקידושין מדבריהם ובזה די להציל מאיסור קדשה.

ובכך מיושבת הקושיה הנ״ל דרשות ביד חכמים לתקן קידושין הוא מכוחם לאפשר ביאה בפנויה ע״י כתובה בלבד שהם הקידושין מדבריהם, ונהי דחיובי כתובה בחרש וחרשת וקטנה שונים בפרטי הדינים דאין חיוב מנה ומאתיים, מ״מ עצם אפשרות הקידושין הוא מצד ״כתובה״ בדברי הרמב״ם במנין המצוות. דהיינו שנתנה התורה רשות לחכמים להגביל ולהוסיף דינים בקידושין דעלמא והיינו קידושין דרבנן ע״י חיוב כתובה וכן להתיר ביאה

[10] נודעו להשגת הרמב״ן תירוצים בראשונים ובאחרונים ונחלקו אם באמת דעת הרמב״ם היא שכתובה דאורייתא כפי שכתב כאן ומה שכתב במקומות אחרים הוא לאו דוקא או מדרבנן ומש״כ כאן מדאורייתא כמ״ע אין כוונתו לכתובה היינו מנה ומאתיים. שוב הראה לי הר״ר יוסף שלי״ט באגרו״מ אבה״ע א,פא שכתב כן וז״ל ״ומה שכתב (הרמב״ם לישא אשה ב) כתובה (וקידושין), אף שסובר בפ״י ה״ז שכתובה היא רק מדרבנן הוא מטעם שהמצוה (קידושין) היא שישא אישה בהחיובים שנעשה מזה שהוא מדאורייתא בשכו״ע, ומדרבנן גם בכתובה וכל ת״כ וממילא נעשו חיובים (אלו) גם מדאורייתא.. גם הכתובה אף שהוא מדרבנן הוא בכלל המצוה דלקיחת אשה״ ות״ל שזכיתי לכוון לדבריו.

במחוסרות תפיסת קידושין מן התורה ע״י קידושין דדבריהם מכח דין ״כתובה״ האמור כאן דבכתובה סגי עפ״י דברי הגרא״ק הנ״ל.[11]

ולפ״ז, קידושין דרבנן הנלווים לקידושין דאורייתא, הם חיובי הכתובה - מנה ומאתיים ושאר תנאי כתובה שתקנו חכמים, והם המאפשרים את היתר ביאה מדרבנן כמבואר בכ״מ כל הפוחת לבתולה ממאתים ה״ז בעילת זנות.

ה. אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה

לאחר שלמדנו עפ״י הרמב״ם ורבותינו האחרונים דבכל קידושין דעלמא ישנה גם חלות קידושין דרבנן אולי ניתן להסביר את דין ״אפקיענהו רבנן לקידושי מיניה״ באופן מחודש.

בענין זה נאמרו ונשנו הסברים רבים גם באופן פעולת האפקעינהו, ובאיזה אופן וכח תקנו חז״ל דין זה. אין ביכולתי וכוונתי לרדת לשורשי כל שיטות הראשונים ולכן ננסה לעמוד בהסבר הדברים עפ״י רש״י ז״ל.

הגר״מ פיינשטיין (דברות משה סימן מב ענף ו) מביא את קושיית הראשונים, למה לא הפקיעו רבנן את הקידושין באשה שהלך בעלה למדינת הים וכדומה ע״מ למנוע עיגון?

וכתב דרש״י ז״ל פירש בכתובות ג,א ״כל המקדש: על דעת שהנהיגו חכמי ישראל בישראל הוא מקדשה שיהיו קיימין קידושין לפי דברי חכמים ויהיו בטלים לפי דברי חכמים על ידי גיטין שהכשירו חכמים״.

והקשה דא״כ המתנה בקידושין שיגרש בגט שלא כתוב לשמה או שאר דיני הגט, הרי פשוט שלא מועיל דלאחר שחלים קידושי תורה כדינם כל תנאי שמבטלם בטל, וא״כ מה כוונת רש״י שהמקדש ע״ד שהאישה תתגרש אף עפ״י גט שהכשירו חכמים?

ותירץ דכיון שמצינו שבאשה שאין בה קידושין דאורייתא בחרש חרשת וקטנה חלים קידושי דרבנן א״כ אף שבאשה ברת קידושין מדאורייתא לא חלים קידושי דרבנן, מ״מ כשארע מקרה שהם ראו ברוחב דעתם להפקיע את הקידושין מדאורייתא חלים בה קידושין דרבנן שאותם הגט מפקיע.

---

[11] ואין להקשות דלפ״ז בפנויה דעלמא יועיל חיוב כתובה בלבד אף בלא קידושין (וזו קושיה על משנת ר״א) אלא וודאי שאין אדם יכול ליצור לעצמו חיוב כתובה שלא במסגרת קידושין דהתקנה היתה דכל מתקדשת יתחייב לה כתובה ודו״ק.

וזה הביאור "כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש" כשאומר כדת משה וישראל.

> לא שהוא לתנאי ע"מ שירצו חכמים אלא הכוונה שמקדשה בקידושין שאמרו חכמים אם דאורייתא או רק דרבנן דהמקדש לא אכפת לו איך יהיו הקידושין דסמיך על חכמים בזה והם אמרו שאם לא יזדמן שום דבר לעולם שיוכלו להיות בה קידושין דרבנן (בנדפס "דאורייתא") יהיו קידושין דאורייתא ואם יזדמן דבר אף אחר כמה שנים שלא יוכלו להיות בה קידושין דאורייתא מחמת סיבה שיפקעו הקידושין יהיו בה קידושין מדרבנן מהיום כדי שלא יהיו הבעילות בעילות זנות.

ובזה מובן מה שכתב רש"י "ע"י גיטין שהכשירו חכמים" דכיון שהיא א"א מדרבנן הגט מדרבנן מתירה וכן היתר א"א בע"א שאומר מת בעלה דלרש"י (שבת קמה,ב) הוא מדין אפקעינהו הרי הע"א מתיר את הקידושין והאישות מדרבנן וא"כ לא שייך בשאר עגונות דאם נפקיע לגמרי גם את האישות דרבנן אף בלי ע"א, נמצא דהאישות היתה בזנות בלי היתר של קידושין דרבנן. עכת"ד

וצריך תוספת באור כיצד ע"י המעשים הנ"ל (כאונס בגיטין או מבטל שליח) הופכת האשה לאינה בת קידושין מדאורייתא למפרע וע"י כך חלים הקידושין מדרבנן.

שהרי כך הוכיח בתחילת דבריו שמי שיקדש גדולה פיקחת בקידושין דרבנן היא נשארת באיסורה, וא"כ כיצד במעשה שלאחר שנים מופקעת האישה מאפשרות קבלת קידושין מדאורייתא ואו אז חלים בה הקידושין?

ועוד הרי כתב שם בפשיטות שקידושין דרבנן מועילים לסלק איסור ביאת זנות, וכן באשה דעלמא גם כן יועיל לאחר זמן ע"י הפקעה ואינו דן כלל כיצד קידושין מדרבנן יפקיעו איסור קדשה מדאורייתא כקושית האבי עזרי לעיל.[12]

ונראה עפ"י מה שהסברנו לעיל עפ"י הרמב"ם והחלקת מחוקק ושאר האחרונים (הגרש"א איגר והחזון יחזקאל) דקידושין דרבנן הם הכרחיים וצמודים למהלך כל הנשואים אף בגדולה ופיקחת וחלים בכל אישות א"כ מהלך האפקעינהו הוא באופן דומה אך שונה.

---

[12] ואפשר שלשאר הראשונים שאין איסור קדשה בביאה בלי קידושין לק"מ.

ובגמרא "מי איכא מידי דמדאורייתא לא הוי גט, ואתו רבנן ושרו א"א וכו'". נראה להדיא בלשון הגמרא שהאיסור כאן הוא בשני מישורים, דיש היתר לאישות דרבנן אלא מדאורייתא הויא עדיין א"א, ועל זה משני "כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושי מיניה" והיינו דכיון דכל המקדש צריך לקדש גם קידושי דרבנן וגם קידושי דאורייתא ומפ"ז הוא אומר כדת משה וישראל.

לכך הקידושין הדאורייתאיים כתלויים בקידושין דרבנן, דאדעתא דרבנן מקדש, "ואפקיענהו רבנן לקידושי מיניה" כלומר על ידי הגט הקידושין דרבנן הותרו וא"כ פקעי גם הקידושין דאורייתא.

והגמרא ממשיכה תינח דקדיש בכספא וברש"י "דיאמרו רבנן דלהוו המעות למפרע מתנה כיון דהפקר ב"ד הפקר" כלומר מובן איך רבנן יכולים להגביל את חלות הקידושין דאורייתא ולהוסיף עליהם חלות דרבנן המגבילה את הקנין מדאורייתא.

כיון שלמעשה קנין בכסף ישנה לרבנן שליטה על המעשה קנין, כיון שהם יכולים לומר שהמעות היו מתנה וזה מאפשר לרבנן לומר שהחלות של הקנין מדאורייתא תהיה תלויה בחלות מדרבנן.

"קדיש בביאה מאי איכא למימר" כלומר כיון שמדאורייתא אישה ניקנת גם כן בביאה איך יכולים חכמים להגביל את הקנין מדאורייתא בחלות מדבריהם כיון שכבר מקודשת מדאורייתא וע"ז משנינן "שויוהו רבנן לבעילתו בעילת זנות"

והיינו כיון שאם מקדש בלי דעתם היינו בלי חלות קידושין דרבנן ולכדלעיל היינו בלי חיובי כתובה, הרי זה כבעילת זנות שהרי התורה צוותה "שלא לבעול בלי כתובה וקידושין" וכתובה כמו שהתבאר זה הקידושין מדבריהם הבאים לידי ביטוי בחיובי כתובה מדרבנן, א"כ רואים שיש לרבנן שליטה גם על קידושי ביאה ולהגביל קידושי ביאה מדאורייתא בתנאי של קידושין מדבריהם.

ולאחר ההסבר נראה שהדברים מפורשים ברש"י בכתובות ג,א "כל המקדש: על דעת שהנהיגו חכמי ישראל בישראל הוא מקדשה שיהיו קיימין קידושין לפי דברי חכמים ויהיו בטלים לפי דברי חכמים על ידי גיטין שהכשירו חכמים".

העולה מכל הנ״ל, שמהלך ההפקעה הוא באופן כזה: דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש - בכל קידושין דעלמא ישנו חלק של קידושין המתירים את האישות מדרבנן, וזה כוונת הרמב״ם באומרו מ״ע לבעול בכתובה וקידושין והיינו דלקידושין דרבנן ישנו צורך מכח מצוות קידושין, וכיון שלחלק זה מועיל גט מדרבנן והותרה לשוק ממילה פקעי הקידושין דאורייתא ״דאדעתא דרבנן מקדש״ והמעשה קידושין מדאורייתא בקידושי כסף מצד הדאורייתא הוי המעות הפקר ונשארו רק הקידושין דדבריהם ובקידושי ביאה שויוהו רבנן למעשה קנין מדאורייתא כבעילת זנות לענין זה שיהיה אפשר להפקיע, ומדרבנן הרי היא מקודשת בביאה זו.

נמצא שהגט מדרבנן הוא מתיר מכאן ולהבא את האישות מדרבנן וכיון שהמקדש תולה בהכרח מכח המצוה את הקנין מדאורייתא בקידושין דרבנן, מילה פקעי הקידושין דאורייתא מעיקרם.

ואפשר דלפי הבנה זו, ברש״י (וברמב״ם) מיושר כל קושי בענין הדיון לגבי האשה כפנויה למפרע.

שהרי הקשו שיכולים ממזרים להיטהר, ויכול לחפות על אשתו, התראת ספק, וכן איך אשת כהן אוכלת בתרומה הרי יכולה להיות סיבת הפקעה ונמצאת זרה לתרומה למפרע.

נמצא לומר לרש״י דאף שהמעשה גירושין מפקיע את הקידושין דאורייתא הרי כל זמן שחלים הקידושין דרבנן הרי חלים ג״כ הקידושין דאורייתא דכל הסיבה שמופקעים הקידושין דאורייתא, הוא מסבת ההיתר מכאן ולהבא של הקידושין דרבנן ולא יהיה המסובב יותר מהסיבה[13] ודו״ק.

ולענ״ד עפ״י דרך זו מיושבות עוד קושיות בענין זה.[14]

---

[13] עפ״י יסודו של הגרש״ש כתובות סי׳ א ״מכאן ולהבא למפרע״ ולפי זה יובן הכרח הפקרת הממון או שוויה לבעילתו בעילת זנות דהיינו דא״א להפריד ולומר שיש כאן רק קידושין דאורייתא העומדים בפני עצמם שהרי רבנן מכח יכולתם להפקיר את הממון וכן לשוות לבעילה ב״ז מעיקרא יכולים להתיר את האישות מעתה וזה יתיר גם את הדאורייתא מכח זה, וכל זה מכאן ולהבא.

[14] אם ׳כל המקדש אדעתא דרבנן׳ הוא תנאי מה הצורך ׳ואפקעינהו רבנן׳, וכן לא היה צורך בהפקר ב״ד (קושית הרמב״ן וכוונתו בתירוץ הוא כדברנו), ומה הקושיה מקדיש בביאה, וכן אם הוא תנאי בעלמא הרי אין תנאי בנישואין, ועוד הקשו מדין ברירה, בפנ״י גטין עט ב׳ הסביר בשיטת רש״י דגט הפסול מדרבנן אינו מגרש גם מהתורה ולכך הוולד ממזר, ולפ״ד בהסבר רש״י הדברים מאירים ובהמשך דבריו הוכיח כנמו״י דגט שאין בו זמן פסול מהתורה דבעינן דו״ח והא דמכשירינן הוא משום עיגונא ואפקעינהו והא דכתבינן

ו. היתר עגונה בע״א

בענין היתר עגונה בע״א נחלקו הראשונים אם הוא מדאורייתא או מדרבנן ושיטת רש״י (שבת קמ״ה,ב ד״ה לעדות) שהקילו רבנן להאמין לע״א מכח אפקעינהו.

ובראשונים[15] הקשו על רש״י מהמשנה ביבמות ריש האשה רבה (פח,ב) בבא בעלה ממדינת הים הוולד ממזר מהראשון, ואם אפקעינהו רבנן לקידושי הראשון ע״מ להתירה לשוק בנאמנות מדבריהם, למה הוולד מהראשון ממזר ורש״י שם מדגיש מהתורה ויבום מאחי הראשון פוטר את צרותיה?

ובשב שמעתתא (ש״ז פ״א) תרץ: ״משום דלא עקרוה אלא משום דראו חכמים להאמין לעד שאומר מת אבל כל שנתברר בוודאי ששקר העיד העד וחי היה לא עקרוה לקידושין אלא כשהיה הדבר עומד כמו שהיה בהעדאת העד אבל כשיתברר הדבר לא עקרוה לקידושין והוי ליה הולד ממזר וחייבת קרבן.״

ובפשטות נראה דהפקיעו על תנאי דהיינו אם הבעל מת, וקצת קשה דאיך אפשר להאמין לעד לעשות אפקעינהו כיון שהוא רק על הצד שביררא לן שהבעל מת?

ולמתבאר אפשר לומר דחכמים האמינוהו לעד לגבי האישות דרבנן הקיימת ועומדת וכל דמקדש קדושין דאורייתא אדעתא דרבנן מקדש כלומר כל הקידושין דאורייתא תלויים ועומדים בקידושין דרבנן ולכן אפקיענהו רבנן לקידושין מיניה.

זמן בגט הוא משום בת אחותו או פירות ולא לד״ת א״כ כל גיטין מהני רק מדין אפקעינהו - וקשה בגישה המקובלת להבין דברים אלו איך תקנו תקנות שגורמות שכל גט יועיל רק מדבריהם ומדין אפקעינהו? ואולי נתכוונו לדברים אלו דכל גט מוכרח להועיל לאישות דרבנן שישנה תמיד ולכך תקנו תקנות בגיטין אף המקלות מצד האישות דאורייתא דבכל אופן כך היינו בגט המתיר מדרבנן, מותרת האשה לשוק גם מהתורה ודו״ק. וכ״כ הקשו (בפנ״י ריש כתובות ובהפלאה) דאם האפקעתא היא מצד רק מצד הפקר ב״ד ושוויוהו רבנן ב״ז א״כ ביבום (ובאונס ד״ע) לא שייך דין אפקיענהו ולשיטת רש״י שהאמינו לע״א ועמפ״ע הוא מדין אפקיענהו אין היתר בעד מיתה ליבמה ? והנה ביבום לאחר שתקנו ״מאמר״ אפשר שהוא הקידושין דרבנן, ובמיתת אחיו פקעי הקידושין דרבנן דהזיקה בפשטות היא מצד האישות דאורייתא וא״כ ע״י המאמר נכנס היבם בחריקי אחיו לקידושין מדרבנן (וזהו דין שמאמר פוסל את האחים דקידושי דרבנן עניינם איסור לעלמא כמבואר לעיל בהערה 5) ולכך עדיין אפשרית שליטה לרבנן גם בקידושי דאורייתא (אולי).

[15] ברשב״א כתובות ג,א והריטב״א ביבמות עז,ב הקשה כנ״ל מיבום ע״י״ש בדבריהם.

ולפ״ז אולי יתיישב דוודאי לא האמינו חז״ל לעד יותר משהאמינה תורה ב׳ עדים ובב׳ עדים הרי הגמרא תמיה ״אתא גברא וקאי ואת אמרת לא תצא״ כלומר דוודאי שההיתר הוא רק מצד נאמנות העדים וכן בעד אחד הוא מצד נאמנותו לומר שמת ולהתיר את הקידושי דרבנן.

וא״כ בהיתר אישה בע״א במיתה, כשבא ההרוג ברגליו הרי בטל ההיתר מדרבנן ומילא חוזרים כל הדיני אשת איש שעליה דכל האפקעינהו תלוי בנאמנות העד להוריד את האיסור דרבנן.[16]

ז. שיטת הרמב״ם בעדות אשה

ובגדר נאמנות ע״א בעדות אשה - בשיטת הרמב״ם - נחלקו הפוסקים כידוע וכמבואר בפת״ש (יז ס״ק יג וש״ש ש״ז פ״א ועוד).

וכיון שכל דברינו שקידושין דרבנן הם חלק ותנאי בהיתר האישות מדאורייתא מיוסדים על דברי הרמב״ם, מתבקש להציע בשיטת הרמב״ם ביאור עפ״י הנ״ל. בהלכות גירושין יג, כט כתב:

> אל יקשה בעיניך שהתירו חכמים הערוה החמורה, בעדות אשה או עבד או שפחה או עכו״ם המסיח לפי תומו ועד מפי עד ומפי הכתב ובלא דרישה וחקירה כמו שבארנו שלא הקפידה תורה על העדת שני

---

[16] חומר נוסף שהחמירו בסופה הוא שגם הולד מהראשון ממזר מדבריהם, כלומר אם חזר בעלה ובא עליה קודם שגרשה השני הולד ממזר, וביאר הגר״א (אבהע״ז יז,קעא) שעשאוה כא״א מדבריהם להצריכה גט ולכן הולד ממזר מדבריהם. ונ״ל דעפ״י המבואר בדברינו יובן דכיון שע״א מתיר מצד הדרבנן וכתוצאה מזה אפקעינהו רבנן ועפ״ז נשאה השני וג״כ קדשה הרי כשחזר בעלה והתברר שלא היה אפקעינהו דהעד שיקר מ״מ תפיסת קידושין מדרבנן כבר אינה חוזרת לראשון כיון שהתירוה עפ״י העד וקדשה השני נשארו לו בה קידושין דרבנן שהם לא חוזרים לאחר ההיתר אף אם חזר בעלה כיון שנתקדשה עפ״י וזהו החומר.

ובזה יובן בגמ׳ שם ״מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה הקלת עליה בתחילתה״ שאם הוא דין ממזרות מהשני הרי אין זה חומר אלא עיקר דין תורה, ואם הוא מצד הממזרות מהראשון מדרבנן הרי זה סיכון שווה דגם אם משקר העד ויחזור בעלה הרי אינה חייבת לחזור אליו ולהוליד ממנו ממזרים? ולפ״ז מתוך החומר שבסופה היינו דסיבת החומר שבסופה שמפני שמאמינים לעד, אחר יקדשה וישארו לו בה קידושין דרבנן ונחייבה בגט ממנו אף אם ישוב בעלה, מאותה סיבה הקלת עליה בתחילתה להתירה עפ״י העד ויותרו הקידושין דרבנן לגמרי עפ״י העד. (ובגמרא הטעם גזרה שלא יאמרו א״א יוצאה בלא גט ובנשאת עפ״י עדים אין לגזירה ואין בו אפילו ריח הגט כדאיתא בגמרא שם ובעי טעמא? וצ״ל דשם א״א מדבריהם לא רצו להפקיע בלא גט אף שהיה אפשרי וזה הגורם לממזרות מהראשון, והיינו החומר שבסופה).

> עדים ושאר משפטי העדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בוריו אלא מפי העדים ובעדותן כגון שהעידו שזה הרג את זה או הלוה את זה אבל דבר שאפשר לעמוד על בריו שלא מפי העד הזה ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת כגון זה שהעיד שמת פלוני לא הקפידה תורה עליו שדבר רחוק הוא שיעיד בו העד בשקר לפיכך הקילו חכמים בדבר זה והאמינו בו עד אחד מפי שפחה ומן הכתב ובלא דרישה וחקירה כדי שלא תשארנה בנות ישראל עגונות

והקשו הנו"כ שנראה כסותר דבריו שהרי פתח הרמב"ם "שהתירו חכמים" והמשיך "שלא הקפידה תורה... לא הקפידה תורה עליו" וסיים "לפיכך הקילו חכמים בדבר זה".

ובהלכות עדות ה,ב: "בשני מקומות האמינה תורה עד אחד בסוטה שלא תשתה מי מרים ובעגלה ערופה שלא תערף כמו שביארנו וכן מדבריהן בעדות אשה שיעיד לה שמת בעלה."

ומשם מוכיחים שסובר הרמב"ם שנאמנות ע"א באישה היא מדבריהם. וגם בזה יש להקשות שהרי הכותרת היא "בשני מקומות האמינה תורה" ומה ראה הרמב"ם לצרף לכלל זה מקום שלישי שהוא מדבריהם ומאי 'וכן' הרי אין שייכות בין הרישא לסיפא והוו"ל "ומדבריהם".

ועיין בש"ש ש"ז פ"א שהביא מחלוקת ריב"ש ומהרי"ק דריב"ש סובר שדעת הרמב"ם שהוא מדרבנן וקרי לדרבנן "לא החמירה תורה". ומהרי"ק סובר בדעת הרמב"ם שהוא מדאורייתא והיינו משום דהיא מלתא דעבידא לאגלויי ואף גם זאת אי לאו משום חומר שהחמרנו בסופה לא היינו מקילים וכו' והדברים עתיקים.

ולולא דבריהם עפ"י האמור לעיל בשיטת רש"י ניתן לומר, דמה שכתב "לא הקפידה תורה" ולכך "התירו חכמים" הוא מדין אפקעינהו (וכדמות ראיה לזה שכתב באותה הלכה את דין "דרישה וחקירה" בעדי נשים שהקילו והוא מדין אפקעינהו כמו שכתב הנמו"י (סנהדרין י בדפי הרי"ף).

ולכך כתב הרמב"ם דנהי דבכל דבר שבערוה צריכים מן התורה שני עדים דילפינן מממון הרי "לא הקפידה תורה אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בוריו" ואף שבעינן מן התורה ב' עדים בגלל שזה דבר שבערוה אף שמצד המציאות אנו יכולים להאמין לעד מיתה ולהניח בוודאות שהוא דובר אמת,

ולכך הקילו חכמים כלומר לגבי הקידושין מדבריהם כדי שלא תשארנה בנות ישראל עגונות.

ומסיים הרמב"ם "לפיכך הקילו חכמים" כלומר הצורך בעדות שלימה היא מן התורה ככל דבר שבערוה והקילו חכמים ויש להם רשות לכך לגבי הקידושין מדבריהם וזה מהני אף לצורך מהתורה לב' עדים דהיכא שהותרה מדרבנן אפקיענהו לקידושי תורה וכמבואר בדעת רש"י.

ועפ"י זה מיושב גם הקושי בהלכות עדות שהובא לעיל דהרמב"ם כולל בנאמנויות עד אחד מהתורה "בשני מקומות האמינה תורה... וכן מדבריהם". ולדברינו יובן ד"וכן מדבריהם" האמינה תורה ע"א היינו כנ"ל דמצד מצוות התורה לקדש גם עפ"י רבנן ולכך האמינה תורה דהיינו הנאמנות מדבריהם תשפיע על הדין תורה מכח "אפקיענהו" דהיינו דמדאורייתא דכשמותרת האישות מדרבנן, ההכרחית מהתורה, פוקעים קידושי תורה וזהו לשון "וכן".

ח. סיכום

הוכח שקידושין מדרבנן קיימים לא רק כשאין אפשרות לקדש מדאורייתא אלא הם נלווים לקידושין העיקריים, כך הוכח מהחלקת מחוקק בדין שניות, וכן כתבו הגרש"א בספר העיקרים והחזון יחזקאל.

מתבקש לומר שהצורך בחלות קידושין דרבנן הוא מעצם קיום מצוות קידושין מהתורה וכך הוכח מלשון הרמב"ם במנין המצוות.

ובזה מובן מדוע החמירו חכמים בתקנותיהם הנ"ל כשל תורה ממש וכן שמות האיסורים הם כאיסורי תורה, דכיון שמהתורה יש צורך בקידושין מדבריהם, יש לתקנותיהם חומר כאסורי תורה.

מבואר מתוך דין המחוסרות קידושין מדאורייתא מהו דין קידושין דרבנן, והראנו בזה ג' דרכים.

העיקרית והאחרונה היא שבקידושין רגילים הקידושין דרבנן הם הכתובה או באים לידי ביטוי ע"י חיוב הכתובה והיא המתירה באופן סופי את איסור הקדשה.

ולפ"ז מבואר דין הפקעת קידושין ע"י גט מדבריהם דהיינו שהגט מתיר את האשות מדרבנן ובזה פוקעים הקידושין דאורייתא כיון "שכל המקדש אדעתא דרבנן" היינו על דעת הקידושין דרבנן.

ולהוסיף קצת בנו״ט ולחתום במעין הפתיחה, הרי שיש לשאול מדוע לא הפקיעו חז״ל קידושין בשניות (והיא קושיית המרדכי קידושין תקכב) ואפשר לשאול גם בחייבי לאוין וכדומה הרי זה בוודאי לא אדעתא דרבנן וא״כ למה הצריכו גט?

ובמרדכי נראה שכיון שהוא עובר איסור בקידושין הרי חזינן שהוא לא תולה בדעת רבנן ולכן אין אפקעינהו ורק במקדש כראוי ולאחר זמן נולדה סיבת ההפקעה אנו תולים דאדעתא דרבנן מקדש ״ובאשר הוא שם״. דייניין ליה.

ולמתבאר - ואפשר שזו ההבנה במרדכי - שכיון שרבנן אמרו שבשניות לא תפסי קידושין מדבריהם וזה הכוונה ערוה מדבריהם כלשון הטור שאינן בנות קידושין, א״כ הרי כשקידש לא חלו בה קידושי דרבנן רק דאורייתא ולכן אין אפשרות להפקיעם.[17]

ואף בחיי״ל כן היינו דכוון שאין היתר ביאה ל״ש בה תפיסת קידושין דרבנן. וביותר יומתק אם נאמר כדרך המרווחת שקידושין דרבנן בנשי דעלמא באים לידי ביטוי בחיוב כתובה, הרי לאלו לא תקנו כתובה וזה סימן לזה שאין כאן מקום לקידושין והיתר ביאה מדרבנן.[18]

---

[17] שהרי רבנן לא יעשו תקנה שיחולו בה קידושין כדי שיוכלו להפקיע דבזה ימעיטו מכח האיסור דכעת היא ערוה מד״ס היינו שאין בה תפיסת קידושין מד״ס ואל תתפסני דא״כ יצא חוטא נשכר ז״א דכשאין קידושין דרבנן אין היתר ביאה.

[18] אף שתוספת כתובה יש להם היינו מפני שתוספת משקפת את הקידושין דאורייתא והיא החיוב הדאורייתאי שבכתובה כמבואר בדברנו בקובץ אבני משפט (גליון יז ״תוספת כתובה ככתובה״) לעומת עיקר הכתובה שהיא רק מתקנה ואינה קשורה לקידושין דאורייתא לכן נראה לומר שזה חלות הקידושין היינו ההיתר ביאה מדרבנן שמחויבת כחלק ממצות קידושין.

הרב מאיר ברקוביץ

פלגינן בעידי קידושין

ראשי הפרקים

א. פלגינן דיבורא בעדות האיש שנתקדשה לו

ב. לקצות החושן אין פלגינן דיבורא בעדות קידושין

ג. עדות קידושין- פרטי סיפור או מעשה קידושין

ד. ההבדל בין עדי קידושין לקיום שטר

ה. הפרטים הדרושים בעדות קידושין כוללים עדים

ו. ש"ד: אין פלגינן דיבורא בנוגע

ז. חידושי הרי"מ: ע"י קבלת העדות יתברר שהיא אשתו

ח. לרשב"א תלוי באופן חלוקת הדיבור

א. פלגינן דיבורא בעדות האיש שנתקדשה לו

בקידושין (סה,א), ונפסק בשו"ע (אבה"ע מב)- אין דבר שבערוה פחות משנים, והמקדש בעד אחד אינו קידושין (אולי רק מדרבנן).[1] המהרי"ל דיסקין (מובא בחידושי הגר"ח על הש"ס) מקשה מדוע במקרה שמודה גם הבעל שהיו קידושין נקבל עדות שניהם לענין זה שהאשה היא אשת איש, ולא נקבל רק את זה שהיא מקודשת לו. מדוע לא נאמר פלגינן דיבורא?[2]

המהרי"ל דיסקין אומר- פלגינן דיבורא יכול לגרום שנקבל חלקית עדות מסוימת אך לא יכול לייצר סיפור חדש. לדברי העד האחד הקידושין היו בפני עד אחד, וגם הבעל מודה לכך. לא ניתן א"כ לומר 'פלגינן דיבורא' ולומר שהיו קידושי האשה בפני שניים. נמצא שע"י הפלגינן אנו רוצים לחדש עדות חדשה ולא רק להחיות עדות שלא קיבלנו אותה.

---

[1] אפילו אם שניהם מודים שהיה כך, ואין אפילו שויא אנפשיה חתיכא דאיסורא כיון שלדברי שניהם אין כאן קידושין שהיו בפני עד אחד.

[2] כעי"ז מקשה רע"א בהגהות על הרמב"ם (גירושין יב, י) בשנים שהגיעו עם אשה ממדינת הים וכל אחד מהם טוען שהיא אשתו, שהדין הוא שהאשה מותרת, מדוע לא נאמר פלגינן דיבורא של כל אחד מהם והאשה תהיה עכ"פ אשת איש. ולכאורה כל הפתרונות לקמן שייכים גם לקושייתו.

אולם קשה על כך מהמקרה המובא בהלכה מיד לאחר מכן - עד אחד מעיד שהיו קידושין בפני שניים, והבעל מעיד שהיו קידושין בפני שניים, והאשה מכחישה[3] - האשה מותרת, כי למעשה יש לפנינו רק עד אחד שמעיד על כך שהיו שני עדים, ואין דבר שבערווה פחות משניים. לדברי המהרי״ל דיסקין, כאן היה עלינו לומר על דברי הבעל 'פלגינן דיבורא', כיון שאין בכך יצירת סיפור חדש של עדות שניים, כי זו העדות שמעיד עליה העד האחד. ומדוע א״כ לא מחלקים את עדות הבעל?

לכן מיישב הגר״ח באופן הבא: [4] פלגינן דיבורא שייך לומר דוקא כאשר אלו שני דיבורים שאינם תלויים אחד בשני. איסורו של הרובע אינו תלוי במי הנרבע, ובכל מקרה חייב מיתה. לכן 'פלוני רבעני' אלו שני דיבורים העומדים לעצמם, וניתן לקבל מהעד רק אחד מהם - 'פלוני רבע'. אולם בקידושין, העדות שאשה פלונית מקודשת לזה, זה חלק מעדות אחת - הקידושין ולמי מקודשת. לכן לא שייך לחלק את עדות הבעל האומר - האשה מקודשת לי, ולקבל שמקודשת לאיש אחר, כי לא מחלקים עדות אחת לשניים אלא רק שתי עדויות.[5] אשת איש של ראובן ואשת איש של שמעון זו מהות אחרת.

ב. לקצות החושן אין פלגינן דיבורא בעדות קידושין

ראינו בשיעורים הקודמים את דברי קצוה״ח בסי' נב. קצוה״ח הביא דברי מהרי״ט אודות עדי קידושין באופן שעברו על חרם, והמהרי״ט דן אם הקידושין נפסלים כי היו בפני פסולי עדות, ודנו האם נפסלו העדים בסוף המעשה או שתוך כדי המעשה כבר פסולים.

המהרי״ט הוסיף שאם אם נאמר שנפסלו בסוף המעשה וכשהיו עדי קיום היו כשרים והקידושין תקפים, אך את עדותם בבי״ד שראו את הקידושין לא נוכל לקבל כי כעת הם מספרים על עצמם מעשה רשע – שמעידים שהיו עדי קיום בקידושין באופן שעוברים על חרם, ואין אדם משים עצמו רשע! דוחה המהרי״ט ואומר שאנו חולקים עדותם: מקבלים את עדותם לגבי הקידושין

---

[3] אם מודה אסורה משום שויא אנפשה חתיכא דאיסורא.

[4] אולי כוונתו להסביר את דברי המהריל״ד.

[5] ברור שעדים שמעידים שראו אשה מתקדשת לאדם מסויים ואינם יודעים מיהו, האשה אשת איש, אך עכ״פ העדות היא שנתקדשה לאדם מסויים, וזהו חלק מהעדות.

אך לא מקבלים את עדותם ביחס לאופן בהם נעשו הקידושין, כי בזה שמים עצמם רשעים, ונניח שהעדות נעשתה בכשרות.

קצוה״ח דוחה ואומר: אם אנו סוברים שהעדים נפסלים תוך כדי הקידושין במצב שבהיותם עדי קידושין עוברים על איסור, הרי שכאשר מעידים על כך בבית הדין לא אומרים בכלל שהיו קידושין, וכיון שעל פי דבריהם לא היו כאן קידושין לא נאמר פלגינן דיבורא וניצור קידושין ״יש מאין׳ שלא על פי עדותם.

נתה״מ מקשה על קצוה״ח, שלדבריו במקרה בו עדים מעידים על מעשה קידושין רק שמוסיפים העדים שהם רשעים ופסולים לעדות, לא נקבל את דבריהם על הקידושין כי לדבריהם עצמם לא היה תוקף לקידושין אלו. וטוען הנתיבות שבודאי שנקבל עדותם, כי לא ניתן לקבל את דבריהם שהם רשעים, שאין אדם משים עצמו רשע! ופשוט לנתיבות שבודאי שנאמר כאן פלגינן דיבורא ונשמע רק את עדותם שפלוני קידש פלונית בפנינו. כיון שאין אנו שומעים עדותם על עצמם אין כאן יצירת סיפור חדש כי לא שמענו בכלל את עדותם על עצמם!

ג. עדות קידושין- פרטי סיפור או מעשה קידושין

אפשר להבין שנקודת מחלוקתם היא בגדר עדות על קידושין – הנתיבות סובר שעדות על קידושין היא עדות על פרטים – שראו שפלוני אומר לפלונית התקדשי לי בפרוטה זו וכו׳ (ובית הדין הם המסיקים שיש כאן קידושין), ולכן אין כאן חידוש של עדות כאשר אנו מחלקים את דיבורם כאן; אולם הקצות סובר שעדות על קידושין בבית דין היא ׳ראינו קידושין׳, כלומר- מעשה קידושין (ולא פרטי הסיפור אלא שם המעשה), וכאן אינם מעידים על כך כי טוענים שהיו פסולים ולא היה כאן מעשה קידושין.

כהבנה זו, שהעדים מעידים על מעשה קידושין, מצאנו בשו״ת נו״ב (תנינא אה״ע עז), כפי שמביאו בשער״י (ז,יב),[6] בעדי קידושין שמעידים שקידש פלוני את פלונית בחפץ שלדעתם הוא גזול ואינו שלו. לדבריהם עצמם אין קידושין, וסובר הנו״ב שאפילו אם התברר בעדים שאין החפץ גזול, אינה מקודשת, כיון שסברו עדי הקידושין שהחפץ גזול לא העידו בדבריהם על כך שהיה מעשה קידושין אלא רק על פרטי סיפור של נתינת חפץ מפלוני לפלונית.

[6] הובא גם בפת״ש (אבה״ע כח,ג).

ר׳ שמעון עצמו אינו מקבל הבנה זו בדברי הנו״ב, אך מציע לאור הבנה זו להסביר את מחלוקת הקצות והמהרי״ט.

ד. ההבדל בין עדי קידושין לקיום שטר

הנתיבות מקשה על קצוה״ח מכתובות (יח,ב). עדי קיום המעידים: ׳כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו׳. אם אומרים אנוסין היינו מחמת נפשות מקבלים דבריהם, אך אם אומרים שהיו אנוסין מחמת ממון הרי הם רשעים שחתמו בשקר בגלל הפסד ממון ואין אדם משים עצמו רשע, ולכן אין פוסלים את השטר על פיהם.

הגמרא אומרת שהשטר מקוים- כלומר, קיבלנו את דבריהם שחתמו ולא קיבלנו את דבריהם שחתמו באונס. הנתיבות מקשה: הרי לדברי העדים אין השטר טוב, וכיצד אנו יוצרים יצירה חדשה על פי פלגינן פלגינן דיבורא, ואומרים שיש כאן שטר מעליא?[7]

טבעת החושן מיישב דעת קצוה״ח (וכתב שראה שכבר כתב כן בשער״י ז, יג) באופן הבא. אם היו עדים שהאיש והאשה לא ידעו עליהם אינם נחשבים עדי קיום בקידושין. הריטב״א (קידושין מג, הו״ד באבנ״מ מב) מביא שני נימוקים: א. עדי חלות הם חלק ממעשה הקידושין וצריכים האיש והאשה לדעת מהם. ב. יכולה האשה לטעון שלא התכוונה להתקדש ושתקה רק כי לא היו עדים ולא חששה לצווח.[8] ומציע טבעת החושן לפי ההסבר השני של הריטב״א, שדברי קצוה״ח אמורים דוקא בעדי קידושין שיכולים האיש והאשה לטעון שלא התכוונו לקידושין כיון שידעו שהעדים פסולים, ולכן לא שייך לומר פלגינן דיבורא.

עוד הוא מוסיף, שאפשר שכל מה שאמר קצוה״ח שלא אומרים פלגינן דיבורא הוא דוקא בקידושין שהעדים הם עדי חלות ובלא דבריהם באמת אין קידושין. אם כן עדותם שהם פסולי עדות היא חלק מהותי מהעדות ולא ניתן לחלקה. אולם בעדי קיום, עצם שעבוד הנכסים אינו בגלל השטר, כיון שהשטר הוא שטר ראיה ולא שטר חלות, אלא עצם ההלוואה היא המחייב.

---

[7] לפי ההסבר הנ״ל בדעת קצוה״ח כוונתו רק לעדי קידושין.

[8] נפקא מינה בין הנימוקים בהיכי תימצי שהיו עדים ולאחר מכן התברר שהם רשעים, והתברר שהיו עדים מאחורי הגדר. לטעם הראשון אין הקידושין חלים, אך לטעם השני לא יכולה האשה לטעון ששתקה כי חשבה שאין קידושין, שהרי חשבה שהעדים הראשונים הם עדים כשרים.

לכן אין השעבוד תלוי בקיום השטר, ופלגינן דיבורא בענין זה אינו נחשב כיצירת דבר חדש.

ה. הפרטים הדרושים בעדות קידושין כוללים עדים

יש אפשרות לחלק חילוק אחר. אף אם לא נאמר שעדות על קידושין היא עדות על 'מעשה קידושין' אלא צירוף פרטי המקרה, עדותם מכילה גם עדות על כך שהיו עדים כשרים שראו את הקידושין (כי בלי עדים אין כאן קידושין) – ופרט זה לא ניתן לקחת מדבריהם, כי הם טוענים שהם פסולים לעדות. אך העדות בעדי קיום היא רק הידיעה שזהו כתבם ותו לא, שזהו המבוקש בתקנת חכמים לקיום השטר. התוספת שחתמו באונס היא תוספת שאינה חלק ממעשה הקיום וניתן לחלקה.

ו. ש"ך: אין פלגינן דיבורא בנוגע

חידושי הרי"מ (אבה"ע סי' מב) תולה את הנידון בפלגינן דיבורא בבעל, במחלוקת אחרת. נחלקו הריב"ש והש"ך (חו"מ לד, סקכ"ח). הריב"ש טוען שאם לא התקבלה מקצת עדות כיון שבה האדם נוגע בעדותו, אומרים פלגינן ומקבלים את חלקה השני. הש"ך חולק: אומרים פלגינן כדי למנוע את ביטול כל העדות בעקבות ביטול מקצתה. אך אם לא קיבלנו מקצתה בגלל חשש שקר (כגון בנוגע) לא ניתן לחלק את העדות, כיון שיש כאן אדם שאני חושש שמשקר בעדות זו.

לפי זה המקדש בעד אחד והאיש מודה גם כן שקידש בעד אחד, מדוע לא נאמר פלגינן דיבורא בדברי האיש ונאסור את האשה משום אשת איש, כי יש כאן שני עדים שמעידים שהיא אשת איש? מסביר חידושי הרי"מ: הסיבה שלא קיבלנו עדותו בקידושין שקידשה לעצמו היא כי הוא נוגע בעדות, הוא אומר שהיא מקודשת אליו. בפסול נוגע לפי הש"ך לא אומרים פלגינן, ולכן לא נקבל גם את חלק העדות בו אומר שהאשה היא אשת איש.

ז. חידושי הרי"מ: ע"י קבלת העדות יתברר שהיא אשתו

הערה נוספת מעיר חידושי הרי"מ. האומר קידשתי את ביתי ואיני יודע למי קדשתיה, כיון שהאב נאמן לומר קידשתי את ביתי- הרי היא אסורה לכל העולם. אם בא אדם אחד ואומר 'אני קידשתיה', סובר הר"ן (קידושין סה) שנאמן. ולמרות שאין דבר שבערווה פחות משניים, כאן אין זה דבר שבערווה כי האשה כבר אשת איש לפי הנאמנות שנתנה התורה לאב. אדם זה עושה רק 'גילוי דעת' ומברר למי מהעולם היא מקודשת.

לפי זה אומר חידושי הרי״מ, שיש עוד סיבה לא לומר פלגינן דיבורא בעדות האיש שהאשה נתקדשה לו ובכך לאוסרה משום אשת איש. שאם נעשה כן נמצא שהיא אשת איש, ודברי האיש שהוא זה שקידש אותה הם רק גילוי מילתא, ובזה אמר הר״ן שאין צורך בשניים, ואם מתברר שהיא אשתו א״כ לא נאמן כלל להעיד לגבה, כי נמצא שדבריו שנתקדשה לו התקבלו, ולא ניתן לקבלם כי הוא קרוב בעדות זו. כלומר: אפילו בעדות שהיא מקודשת הוא נוגע, כיון שעל ידה היא יכולה להתקדש לו אחר שיתברר שהיא אשת איש בעדות זו.

ח. לרשב״א תלוי באופן חלוקת הדיבור

עוד יש להעיר שכל הנידון של המהריל״ד ור׳ חיים תלוי באופן בו פלגינן דיבורא. ראינו בעבר שלפי הרשב״א מחלקים את הדיבור ממש, ולפי הראב״ד חולקים את הנאמנות. לפי הרשב״א שמחלקים את הדיבור, כאשר אומר הבעל: אני קדשתיה לא שייך לחלוק הלשון, כי כבר בתחילה אומר שהוא זה שקידש, ורק אם היה אומר: אשה זו התקדשה לי- היינו יכולים לחתוך את החלק השני של הדיבור ולשמוע 'אשה זו התקדשה'.

וע״ע קוב״ש ב״ב תנג-תנה.

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

אישות בקטן[1]

ראשי הפרקים

א. דברי רש"י על התורה והקושי בהם

ב. יישוב לדברי רש"י על התורה

ג. שיטת רש"י בנדה

ד. שיטת הגרי"ס בדעת רש"י

ה. קטן שהגדיל ועדיין לא בא עליה, מה דינו לפי שיטת רש"י?

ו. שיטת הרמב"ם

ז. חלות אישות ע"י יעוד

ח. חלות אישות ע"י צירוף של גדול

ט. לקטן יש כח לעשות מעשה אבל אין לו כח ליצור

י. קטן המקדש עושה חלות אישות

יא. סיכום

מכמה סוגיות בתלמודים יש מקום לדון האם יש חלות אישות בקטן, ובמידה שיש חלות, איזה סוגים של אישות יש בקטן. במאמר זה אני מבקש לדון בסוגים שונים של אישות שחלים בקטן.

א. דברי רש"י על התורה והקושי בהם

מצאנו בפרשת קדושים (ויקרא כ,י): "וְאִישׁ אֲשֶׁר יִנְאַף אֶת אֵשֶׁת אִישׁ אֲשֶׁר יִנְאַף אֶת אֵשֶׁת רֵעֵהוּ מוֹת יוּמַת הַנֹּאֵף וְהַנֹּאָפֶת".

ופריש רש"י שם:

---

[1] תודתי נתונה להרב מאיר ברקוביץ שליט"א ולרב נחמיה טיילור שליט"א שדנתי אתם בכמה נקודות בנושא זה. מאמרו/שיעורו של ידידי הרב ברקוביץ, "אישות דקטן", בספרו: שיעורי דרך חיים על קידושין וסוכה, ישיבת דרך חיים, תשע"ג, עמ' סד-סט, היה להשראה לעצם לימוד נושא זה ולכמה מן הנקודות במאמרי.

> ואיש - פרט לקטן: אשר ינאף את אשת איש - פרט לאשת קטן, למדנו שאין לקטן קידושין. ועל איזו אשת איש חייבתי לך, אשר ינאף את אשת רעהו - פרט לאשת גוי, למדנו שאין קידושין לגוי.

ויש לחקור בדבריו במה שכתב: "למדנו שאין לקטן קידושין" – האם הכוונה שאין לו מעשה קידושין אבל ייתכן שחל בו אישות ללא מעשה קידושין כגון על ידי יעוד או ע"י יבום או שאין לו אישות כלל, כלומר שלא חל בו שום אישות אפילו ע"י יעוד או יבום.[2]

והנה הפני יהושע לקידושין (יט,א) כתב:

> שם ואלא מאי אינו מייעד אמאי ממעט ליה קרא כו'. והא ליכא למימר דמהאי קרא הוא דילפינן דאין אישות לקטן וכמו שפרש"י בחומש, אלא דלכאורה לאו מהאי קרא ילפינן דמדכתיב כי יקח איש אשה ממילא ידעינן דבעינן שיהא איש בשעת קידושין, ועוד דמקמי הכי לאו בר הקנאה הוא. ולפי"ז פרש"י בחומש היינו אסמכתא בעלמא אבל לענין יעוד הוי שפיר דרשא גמורה למאי דס"ד עכשיו דגזירת הכתוב הוא דמייעד.

ונראה שמה שכתב הפני"י דאי אפשר ללמוד מן הפסוק הזה שאין אישות לקטן, הכוונה שאינו יכול ליצר אישות ע"י קידושין, שהרי דין זה לא לומדים מן הפסוק הזה אלא מן הפסוק בספר דברים "כי יקח איש אשה" שהוא צריך להיות איש בשעת קידושין, וכמו שכתב רש"י בכתובות (עג,ב): "קטן – אין קדושיו כלום דלאו בר קיחה הוא כי יקח איש כתיב". הוסיף הפני"י עוד טעם, שקטן אינו בר הקנאה וממילא אינו יכול לעשות מעשה קידושין. לכאורה דבריו מבוססים על דברי רש"י ביבמות (צו,ב): "הרי זו פטורה - ואף על גב דביאתו [של קטן] ביאה, קידושיו אינן קידושין, ואין קנין קטן כלום עד שיביא ב' שערות"; וכן משמע ברש"י סנהדרין (נה,ב): "דקטן אף על גב דביאתו ביאה אין קניינו קנין, ולא קרינא ביה קנין כספו." בפשטות הסיבה שאין קנינו קנין הוא מפני שחסר לו דעת. ממילא אם יש מקור אחר לדין שאין לקטן מעשה קידושין, ממילא הדרשה הזאת היא אסמכתא בעלמא.

אמנם מודה הפני"י שאם מדובר בחלות אישות בקטן ע"י יעוד (או יבום) אז יש דרשה גמורה (ביעוד בתור קס"ד וביבום גם למסקנא). אלא צ"ע בדברי

---

[2] ונראה שכך יש לחקור בדברי רש"י בסנהדרין (נב,ב) שכתב: "פרט לאשת קטן - אשמועינן דקטן אין לו קדושין", האם הכוונה למעשה קידושין או לחלות אישות.

רש״י לפי זה, שהרי רש״י בקידושין יט,א למד שע״י יבום יש חלות אישות בקטן, וממילא הדרשה מן הפסוק היא מן התורה גם למסקנא ובאה ללמד שאין מיתת בית דין להבא על אשת קטן, וזו גזירת הכתוב שלמרות שיש אישות, יש פטור ממיתת בית דין, ונמצא שדברי רש״י על התלמוד סותרים את פירושו על החומש.

ב. יישוב לדברי רש״י על התורה

רש״י בקידושין (שם) למד שמן התורה יש אישות לקטן, לכל הפחות ביבום של בן ט׳ שנים, מכח דברי הגמרא שם:

> בעי ריש לקיש: מהו שמייעד אדם לבנו קטן? בנו אמר רחמנא - בנו כל דהו, או דילמא בנו דומיא דידיה, מה הוא גדול, אף בנו גדול? אמר רבי זירא, תא שמע: (ויקרא כ) איש - פרט לקטן, אשר ינאף את אשת איש - פרט לאשת קטן; ואי אמרת מייעד, אם כן מצינו אישות לקטן! ואלא מאי? אינו מייעד, אמאי קא ממעט ליה קרא? תיפשוט מינה דמייעד! אמר רב אשי: הכא, ביבם בן תשע שנים ויום אחד הבא על יבמתו עסקינן, דמדאורייתא חזיא ליה, מהו דתימא כיון דמדאורייתא חזיא ליה וביאתו ביאה, הבא עליה מתחייב באשת איש, קמ״ל.

ופירש רש״י שם: ״דמדאורייתי׳ חזיא ליה - כלומר זקוקה לו באותה ביאה לכל דבר וקנאה ליורשה כדתנן (נדה מה,א) בן תשע שבא על יבמתו קנאה.״ תוס׳ שם חלקו על רש״י:

> ומדאורייתא חזיא ליה - פי׳ בקונטרס דזקוקה לו וביאתו ביאה לכל דבר וקנאה ליורשה וליטמא לה כדתנן (נדה שם) בן ט׳ שבא על יבמתו קנאה

הציטוט של רש״י כאן כולל גם ״וליטמא לה״ – הרי יש אישות גמור כאן! ממשיך תוס׳ ושאלו על רש״י:

> וקשה דזה אינו אלא מדרבנן ולפוסלה מן האחין כדתנן בהאשה רבה (יבמות צו,ב) עשו ביאת בן ט׳ כמאמר בגדול אבל ליורשה ולשאר דברים לא הויא כאשתו?

הרי מן הסוגיה ביבמות משמע שכל ה״אישות״ של קטן ביבמתו ע״י הביאה הוא רק מדרבנן. לכן הציעו תוס׳ פירוש חדש בסוגיה:

ולכן נ״ל דמדאורייתא חזיא ליה בעלמא כגון שהיה היבם גדול וקטן זה ביאתו ביאה כלומר שאם בא על אחת מכל עריות שבתורה מומתים על ידו מהו דתימא הואיל ומדאורייתא כו׳ כלומר אי לאו האי קרא דמעטיה ה״א מדאורייתא חשובה כאשתו קמ״ל שאינו קונה אותה אלא מדרבנן כדאמרינן בעלמא (שם) עשו ביאת בן ט׳ כמאמר בגדול.

כלומר, מן התורה אין שום אישות לקטן, וממילא אין שום מיתת בית דין על ידו. ועיין פני יהושע על אתר שיישב את דברי רש״י מקושיית התוס׳:

ולשיטת רש״י ז״ל נראה דהא דאמרינן עשו ביאת בן תשעה כמאמר בגדול היינו לאידך גיסא דאע״ג דקונה קנין גמור מדאורייתא אפ״ה לא סגי לה בגיטא עד שיגדל ויבעול וכן כל היכא דהוי לחומרא אמרו דאינו קונה, וכמדומה לי שכן ראיתי בלשון הרמב״ן ז״ל וכ״כ המ״מ בפ״ה מהלכות יבום [יח] בשמו והביא ראיה מהתוספתא ומהירושלמי וכן משמע לשון הסוגיא ביבמות (סח,א) ע״ש:

באי״ד פירש בקונטרס דזקוקה לו וביאתו ביאה. וקשה דזה אינו אלא מדרבנן. וכתבתי דרש״י ס״ל כשיטת הרמב״ן ז״ל שהביא הרב המגיד (יבום ה,יח) דאדרבא מדאורייתא קונה בקנין גמור, והא דאמרינן עשו ביאת בן תשעה כמאמר בגדול היינו דתקנתא לאידך גיסא דלא סגי לה בגיטא עד שיגדל ויבעול. וכן הוא בתוספתא ובירושלמי:

ואכן כך כתוב בחידושי הרמב״ן נדה (מה,א):

מדתנן בן ט׳ ויום אחד שבא על יבמתו קנאה. משמע קנאה לגמרי ליורשה וליטמא לה אלא שאינו נותן גט עד שיגדיל, וכן נמי מדהוינן בה ולכשיגדיל בגט סגי לה והתניא עשו ביאת בן ט׳ כמאמר בגדול משמע דמדאורייתא קנאה לגמרי ובגט סגי לה אלא שהם גרעו כח ביאתו ועשאוה כמאמר, וכן בדין שהרי ביאתו ביאה לכל דבר ואף על פי שאין לו דעת הא רבי רחמנא ביבמה ביאת שוגג כמזיד, וכבר פירשתי בפ׳ האשה רבה (צו,ב).

ומענין שגם הרמב״ן שהולך בשיטת רש״י כאן, גם כתב ״ליורשה וליטמא לה״ (כגרסת תוס׳ ברש״י), וחז״ל גרעו את כח ביאתו.

אולם, עיין בדברי רש״י במשנה ביבמות (צו,ב):

הרי זו פטורה - ואף על גב דביאתו ביאה קידושיו אינן קידושין ואין קנין קטן כלום עד שיביא ב׳ שערות אבל ביבמה הואיל וזקוקה ליה שויוה רבנן כמאמר.

משמע מדברי רש״י שהוא סבור כמו תוספות, שמן התורה אין אישות לקטן וכל מה שיש ביבם בן ט׳ הוא רק מדרבנן. ואכן כך למד הרמב״ן ביבמות (צו,א) בשיטת רש״י ביבמות ואכן העיר מדברי רש״י קידושין:

... ויש לפרש לדבריו דהכי קאמר סד״א הואיל ומדאורייתא קנויה לו מקנין אחין שהיא זקוקה לו, בביאת כל דהוא ליכול קמ״ל, וכן בפרק קמא דקדושין סד״א הואיל ומדאורייתא קנויה לו משום זיקה וזה ביאתו ביאה ליקני ליה ולחייב עלה משום אשת איש, קמ״ל דאפ״ה פטרה רחמנא ללמדך שאינו קונה אותה כלל, והיינו דאמרינן קניא ליה ולא אמרינן קני לה. ובמקצת נוסחאות סיוע לזה דגרסי סד״א הואיל ומדאורייתא חזיא ליה.

הרמב״ן הציע פירוש הסוגיה בקידושין כמו תוס׳ בקידושין שהקס״ד הוא שאכן יש אישות מן התורה, קמ״ל הדרשה ״פרט לאשת קטן״ – שאין אישות, וממילא אין בו מיתת בית דין. קס״ד כעין זה נמצא גם ביבמות סח,א:

ובן תשע שנים וכו׳. קס״ד בשומרת יבם לבן תשע ויום אחד; למאי? אי למיפסל, קטן נמי מיפסל פסיל! אי לאכולי, גדול נמי לא מאכיל! אמר אביי: הכא ביבם בן תשע שנים ויום אחד הבא על יבמתו עסקינן, דמדאורייתא קניא ליה, סד״א, הואיל ומדאורייתא קניא ליה וביאתו ביאה - אימא לוכיל, קמ״ל: עשו ביאת בן ט׳ שנים ויום אחד כמאמר בגדול.

אמנם הגמרא דחתה את כל הפירוש הזה, אבל בפשטות לפי הקס״ד הפשט הוא אכן שיש קנין מן התורה. רש״י על אתר לא פירש את הסוגיה אבל תוס׳ (שם ד״ה קניא) פירשו לשיטתם שאין כאן קנין מן התורה.

אמנם הרמב״ן הציע פירוש כעין זה בסוגיות יבמות וקידושין, אך הוא דוחה פירוש זה:

ואינו מחוור דהא דאמרינן בפרק אלמנה לכ״ג קמ״ל עשו ביאת בן ט׳ כמאמר בגדול קשיא. שהוא בא לגרוע ואינו אלא מוסיף, שהיה לו לומר קמ״ל דלא קני כלל מדאורייתא, ומההוא לישנא משמע קמ״ל

שאע״פ שמן התורה קנה חכמים גרעו ביאתו ועשאוה כמאמר ומדבריהם אינה אוכלת, ורש״י ז״ל עצמו לא פי׳ במסכת קדושין כן, שזה לשון פירושו שם מדאורייתא חזיא ליה כלומר זקוקה לו וביאתו ביאה לכל דבר וקנאה ליורשה כדתנן בן ט׳ שבא על יבמתו קנאה, והכי נמי משמע התם במסכת נדה בפרק יוצא דופן (מה,א) דתנן בן תשע שנים ויום אחד שבא על יבמתו קנאה ואינו נותן גט עד שיגדיל ואקשינן עלה בגמרא ולכשיגדיל בגט סגי ליה והא תניא עשו ביאת בן ט׳ כמאמר בגדול, הא מדקתני קנאה משמע ליורשה וליטמא לה ולשאר כל הדברים אלא שאינו נותן גט עד שיגדיל ויבעול ואילו משום מאמר אינו קונה אותה לכלום, ומדקס״ד נמי דבגט לחודיה סגי לה ומקשינן עשו ביאת בן ט׳ כמאמר ש״מ מדאורייתא קנאה לגמרי.

הרי הרמב״ן למד כמו רש״י, וכמו שהבין אותו תוספות, שהקטן קונה אותה ליורשה וליטמא לה.[3]

מפורש בדברי הרמב״ן כאן שיש שני פירושים של רש״י. כך גם למד הערוך לנר. הערל״נ לסנהדרין הנ״ל שאל סתירה בין רש״י בסנהדרין לבין רש״י בקידושין:

ברש״י ד״ה פרט לאשת קטן. אשמעינן דקטן אין לו קדושין. ק״ק דזה סותר למה שכ׳ בקדושין (יט,א ד״ה דמדאורייתא) דיבם קטן שיבם מדאורייתא קדושיו קדושין ורק ממיתה מעטי׳ קרא והאי קרא דפרט לאשת קטן לא אצטריך רק בכה״ג כמבואר שם בקדושין.

רש״י פירש בקידושין כשיטתו, וביבמות (וכן בנדה לפי התויו״ט ועי׳ עליו להלן) כתוספות. עקב דיון בשיטת רש״י בנדה כתב הערל״נ בפירושו למשנה (מה,א):

ואין תימה דבכמה מקומות מצאנו כן דרש״י מפרש לפעמים במקומות חלוקות ע״פ שיטות שונות כמו שהראתי זה בספרי ערוך לנר ביבמות.

אי - לכך, יש מקום לומר שפירושו של רש״י על התורה אינו אסמכתא כדברי הפנ״י, ואינו סותר את פירושו כדברי הערל״נ בסנהדרין, אלא בתורה פירש

[3] אמנם הוא ציטט את רש״י בקידושין כנוסח שלנו ברש״י ולא כנוסחו של תוס׳ עם התוספת ״וליטמא לה״ אבל הרמב״ן פירש את רש״י כך.

כמו פירושו ביבמות ולפי התוס׳ יו״ט (שנדון עליו להלן) כפירושו בנדה דהיינו כפירוש התוספות.[4]

ג. שיטת רש״י בנדה

לעיל הזכרנו את דברי רש״י בנדה. למדנו את המשנה והסוגיה שם (מה,א):

> מתני׳. בן תשע שנים ויום אחד שבא על יבמתו - קנאה, ואין נותן גט עד שיגדיל. ומטמא בנדה לטמא משכב תחתון כעליון. ופוסל ואינו מאכיל בתרומה, ופוסל את הבהמה מע״ג המזבח, ונסקלת על ידו. ואם בא על אחת מכל העריות האמורות בתורה - מומתין על ידו והוא פטור. גמ׳. ולכשיגדיל, בגט סגי להז׳ והתניא: עשו ביאת בן ט׳ כמאמר בגדול, מה מאמר בגדול צריך גט למאמרו וחליצה לזיקתו, אף ביאת בן ט׳ - צריך גט למאמרו וחליצה לזיקתו! אמר רב, הכי קאמר לכשיגדיל יבעול ויתן גט.

ופירש רש״י שם: ״קנאה - וזכה בנכסי אחיו ואף על גב שאין קנין לקטן הרי קנויה לו ועומדת.״ הערל״נ שם מפרש שרש״י אזיל לשיטתו בקידושין:

> אף על גב דלפי המבואר בגמרא עשו ביאת בן תשע רק כמאמר בגדול וע״י מאמר לא זכה בנכסי אחיו אבל רש״י בזה לשיטתו אזיל דס״ל בקידושין (יט,א) דיבם קטן בן תשע שבא על יבמתו קנאה להיות אשת איש לכל דבר ורק לענין דאין חייבין מיתה עלי׳ מיעט קרא ע״ש ואף דהתוס׳ הקשו עליו מסוגיא דהכא דעשו כמאמר בגדול כבר כתבתי לעיל (לב,א) (וכעת מצאתי שגם הרמב״ן בסוגין כתב כן) דלרש״י הפי׳ דחכמים עשו תקנה שלא יהי׳ רק כמאמר בגדול לענין שצריכה עדיין ביאה או חליצה כשיגדיל אבל לעולם מדאורייתא קנה לגמרי ולכן שפיר כתב כאן דזכה בנכסי אחיו.

הערל״נ הבין שפירושו של רש״י הוא כמו הרמב״ן הנ״ל ויש חלות אישות גמור של הקטן ביבמתו, הן לרשת אותה והן לרשת את האח המת, וכן ליטמא לה.

---

[4] אכן קשה שבסנהדרין (נב) רש״י פירש כמו בחומש וא״כ לפי דברנו נמצא שנדף נב פירש כתוס׳ ובדף נה פירש כשיטתו, וצ״ע.

אולם בהמשך פירושו למשנה רש"י פירש שם: "ואינו מאכיל - כגון יבם בן ט' כהן הבא על יבמתו אף על גב דקני לה בהך ביאה לא אכלה בתרומה" ואם יש קנין גמור, אז למה היבם אינו מאכיל את יבמתו, וכן שאל הערל"נ:

> דמאי שנא דזכה בנכסי אחיו ומפקינן ירושה מאביו ומאחיו שהם יורשיו מדאורייתא ולמה לא תאכל גם בתרומה.

והנה רש"י בסוגיה מקבילה בסנהדרין (נה,ב) פירש משפט זה של המשנה באופן אחר לגמרי. בסוגיה שם גרסינן:

> ...תא שמע: בן תשע שנים ויום אחד הבא על יבמתו - קנאה, ואינו נותן גט עד שיגדיל. ומטמא כנדה לטמא משכב תחתון כעליון. פוסל ואינו מאכיל. ופוסל את הבהמה מעל גבי המזבח, ונסקלת על ידו, ואם בא על אחת מכל העריות האמורות בתורה - מומתים על ידו.

ופירש רש"י שם:

> קנאה - ליורשה, ושלא תפטר עוד בחליצה אלא בגט... ואינו מאכיל - אם הוא כהן ובא עליה לשם קדושין אינו מאכילה בתרומה, דקטן אף על גב דביאתו ביאה אין קניינו קנין, ולא קרינא ביה קנין כספו.

נמצא שרש"י בסנהדרין למד כמו רש"י בקידושין שיבם קטן בן ט' שבעל יבמתו קנאה אותה ויורש אותה. וזה לכאורה דומה למה שרש"י כתב בנדה שהיבם הקטן יורש את אחיו שמת. אולם בקשר לדין המשנה, רש"י שינה את פירושו בסנהדרין והעמיד את דברי המשנה שמדובר בכהן קטן המקדש בת ישראל על ידי ביאה שאין כאן חלות קנין וקידושין וממילא אינה אוכלת בתרומה. וכבר הקשו תוס' שם על רש"י:

> ואינו מאכיל - פי' בקונט' אם היה כהן ובא עליה לשם קידושין אינו מאכיל וקשה דאין זה תלוי בביאה אלא משום דקידושי קטן לאו קידושין ויש לפרש דאינו מאכיל ביבמתו קאמר אף על פי שזקוקה ועומדת.

וכן הוא בתוס' הרא"ש שם. הרי שתוס' פירשו את דברי המשנה כמו פירושו של רש"י עצמו בנדה. אולם, לפי זה, רש"י בסנהדרין לא פירש ככה מפני אם היבם הכהן בן ט' שנים בא על יבמתו, הרי היא אכן תאכל בתרומה שקטן קנה אישות מליאה וממילא היא תאכל בתרומה, ובזה יצא שרש"י ותוס' לשיטתם בקידושין, וכן העיר הערול"נ שם.

והנה בסנהדרין (נה,ב) באמת לא פי' רש"י דהך ואינו מאכיל ביבם כהן איירי אלא בכהן קטן שבא עלי' לשם קידושין והתוס' שם חלקו עליו ופירשו דאינו מאכיל ביבמתו קאמר ע"ש ושם אתי שפיר דרש"י ותוס' לשיטתם אזלי דלרש"י דיבם קונה מדאורייתא ס"ל דג"כ מאכיל בתרומה ועל כן פי' דבכהן שבא עלי' לשם קידושין איירי אבל התוס' דס"ל דיבם ג"כ לא קונה מדאורייתא פירשו שפיר דביבם איירי.

אולם, לפי זה נמצא שיש סתירה בין רש"י נדה לבין רש"י בסנהדרין, וכך שאל הערל"נ בהמשך דבריו:

אבל הכא קשה על רש"י כיון דזכה בנכסי אחיו ע"כ קונה לגמרי מן התורה ולמה לא מאכילה ג"כ בתרומה?

הערל"נ הביא את דברי התוספות יום טוב בקשר לדין אחר במשנה וממשיך לשאול סתירה בפירושיו של רש"י בין נדה לבין סנהדרין.

וראיתי בתוס' י"ט שמסופק לרש"י אם קנאה ג"כ ליורשה ורצה לומר מדלא פי' רש"י ג"כ ליורשה משמע דלענין ירושתה לא קנאה, והנה במכ"ה לא ראה שרש"י בסנהדרין (שם) פי' באמת ג"כ על קנאה ליורשה ע"ש וכן כתב גם הרמב"ן בסוגין.

נמצא שלפי הערל"נ אין סתירה וכל פרטי הדינים נובעים מאותו מקור – יש אישות לקטן יבם הבא על יבמתו וממילא הוא יורש אחיו המת וכן את אשתו, ורש"י במקום אחד נקט דוגמה זו ובמקום אחר נקט דוגמא אחרת. אלא לפי תוס' יו"ט שחילק בין שני סוגי הירושות, קשה בדברי רש"י:

ולפי דברי התוס' י"ט שיש חילוק בין ליורשה ובין זכה בנכסי אחיו יחלק פי' רש"י כאן מפירושו בסנהדרין ע"פ ב' שיטות דהכא פי' ע"פ שיטת התוס' דלא קנה מדאורייתא ולכן לא כתב הכא דקנאה ליורשה ופי' ג"כ דאינו מאכיל ע"י יבום בתרומה אבל בסנהדרין אזיל רש"י ע"פ שיטתו בקידושין דקנה מדאורייתא ולכן פי' שם דקנאה ליורשה ומה דאינו מאכיל פי' דאיירי בכהן ע"י קידושין ואין תימה דבכמה מקומות מצאנו כן דרש"י מפרש לפעמים במקומות חלוקות ע"פ שיטות שונות כמו שהראתי זה בספרי ערוך לנר ביבמות.

לפי התוס׳ יו״ט, נצטרך לפרש בדברי רש״י כמו שפירשנו לעיל – רש״י בסנהדרין הולך לפי שיטתו בקידושין ורש״י בנדה הולך לפי שיטתו ביבמות וכמו שיטת התוספות.[5] אולם הערל״נ מקשה על התוס׳ יו״ט, מניין לחלק בין ירושת האח המת לבין ירושת אשתו:

> אבל מכ״מ צ״ע על החילוק שחלק התוס׳ י״ט בין ירושת אחיו לירושתה דלא ידעתי למה יזכה בירושת אחיו ע״י ביאתו אם אינה קונה מדאורייתא יותר מבירושתה.

ואכן התוס׳ יו״ט בסוף דבריו הציע שרש״י ילמד שהיבם יורש את שניהם.

הרב יעקב יחיאל ווינברג בשו״ת שרידי אש (ח״א סימן פט בסוף אות ג), הציע פירוש אחר ברש״י שהקטן קונה רק בדברים האמורים בפרשה:

> ול״נ פשוט, דהנה איתא ביבמות נו,א: ושמואל אמר, לא קנה אלא לדברים האמורים בפרשה, והיינו בביאה בלא דעת קנין ע״ש, וא״כ קטן דומה לביאת שוגג ואונס ודו״ק.

והנה הרמב״ן בסוף דבריו לסוגיה ביבמות (צו,א) הציע הפירוש הבא:

> אף בזו יש לעיין וכי היכן מצינו קונה לשאר הדברים ולא לדברים האמורין בפרשה לפטור בגט ולפטור צרה מן היבום, אלא הכרעה שלישית יש לנו להכריע חוץ משתי הסברות של רש״י ז״ל, דמדאורייתא קונה אותה לכל דבר של יבום, אבל מדבריהם עשו אותה כמאמר לגמרי, ומתני׳ הכי קתני קנאה להצריכה גט לכשיגדיל, והא דקני לה מדין תורה טעמא דמילתא כדתני עלה בתוספתא במכלתין (יא,יג) זה הכלל כל ביאה שצריכה דעת אין

---

[5] הרי לשונו של התוספות יו״ט לנדה ה,ה: ״קנאה - לשון הר״ב וזכה בנכסי אחיו וכו׳. וכן לשון רש״י. ונראה דלענין ירושתה. וכ״ש ליטמא לה לא קנאה. מדלא פי׳ כדלעיל. וטעמא רבא איכא. דלא עשאו ביאתו אלא כמאמר בגדול. כדתנן התם ביבמות קיב. ובפ״ה מה׳ יבום [הלכה יח] כתב המגיד בשם הרמב״ן. וז״ל מדאורייתא קנה אותה לכל דבר של יבום. אבל אינה כא״א להתחייב עליה כו׳. אבל מדבריהם עשו אותה כמאמר לגמרי. והא דקני לה מדין תורה. טעמא דמלתא כדקתני עלה בתוספתא דיבמות. זה הכלל כל ביאה שצריכה דעת אין ביאתו ביאה. א״צ דעת ביאתו ביאה. וכן בירוש׳. ע״כ. ולדבריו נראה דאף יורשה ומטמא לה. ואולי דרש״י [והר״ב] נמי סמכו על מה שפי׳ במתני׳ דלעיל. דה״ה הכא:״ הרי בסוף דבריו, התוס׳ יו״ט למד שרש״י ורע״ב למדו גם כרמב״ן וסמכו על דבריהם במשנה הקודמת שכתב רש״י (נדה מו,ב): ״אם בא עליה יבם קנאה - וזכה בנכסי אחיו ליורשה ולטמא לה.״ וכן כתב הרע״ב: ״ואם בא עליה יבם קנאה - להיות אשתו לכל דבר, ויורשה ומטמא לה וזכה בנכסי אחיו.״

> ביאתו ביאה אינה צריכה דעת ביאתו ביאה, וכן בירושלמי, ומשמע דלרב דאמר קנה לכל בביאת שוגג, כי פטר רחמנא אשת יבם בן ט׳ ממיתה גזרת הכתוב הוא ביבם [קטן] ולא בשאר שוגגין, ולשמואל כשם שזו פטורה כך כולן פטורות, משום שלא ריבה הכתוב שוגג כמזיד אלא לדברים האמורין בפרשה, ודילמא מהתם גמר לה.

הרי הפירוש של הרי״י וויינברג ברש״י נדה הוא כשיטה השלישית של הרמב״ן, אליבא דשמואל.[6]

ד. שיטת הגרי״ד״ס בדעת רש״י

מו״ר הרב יוסף דוב סולובייצ׳יק בשיטת רש״י:

> ואולי י״ל עוד ביישוב שיטת רש״י, דמאי דילפינן מקרא דאשת איש פרט לאשת קטן, דליכא עונש מיתה באשת קטן. דאין זה סתם פטור עונשין בעלמא, אלא שבא הלימוד הזה להודיענו שאין אישות הקטן אישות גמורה, ואשר על כן אין לחייב את אשתו מיתה אם זינתה. וכמו דס״ל להתוס׳ דמהך קרא ילפינן דאין אישות לקטן כל עיקר [מן התורה], אף לרש״י י״ל קצת כעי״ז, דאף דס״ל דשפיר אפשר להיות לקטן אישות [היכא דא״צ לדעת הבעל, וכמו ביבום, וכנ״ל], אך מכ״מ מהכא ילפי׳ דאין זאת אישות גמורה. וממילא לפי״ז י״ל דבקטן הבא על יבמתו, ובא לפוטרה אח״כ, שצריכה גם גט וגם חליצה - ושניהם מן החורה - דמאחר שקנה במקצת, כפי שיעור

---

[6] ועיין בדברי הרב אהרן יפה׳ן בהערה 96 לדברי הריטב״א ליבמות לדף נא,ב (מהד׳ מוסד הרב קוק, תשנ״ב, עמ׳ שפא-שפב) [הסובר כשיטת התוס׳], ושהביא את דברי החזון איש, אבה״ע סי׳ קכג,ג, הדן בדבריו ומעיר מדברי הרמב״ן עצמו מן הסוגיה בדף נא. אולם הדברים מתייחסים לדברי הרמב״ן שהביא את דברי הראב״י אב״ד נא,ב: והרב אב ב״ד ז״ל מתרץ לה משום דגרסינן בפ״ק דקדושין (יט,א) את אשת איש פרט לאשת קטן ותרצה אביי ביבם בן תשע שנים וכו׳, ומהא נמי יכלינן למימר לדעתיה דר׳ שמעון דכמאמר שויוה רבנן דאין דינה כאשת איש גמורה, ולדידי לא נהירא, דלרב דאמר לקמן (נו,א) קנה לכל ואפילו בביאת חרש נמי קנה קנין גמור לכל קטן נמי ליקני לכל, וצ״ע.
וראה דברי הברכת שמואל ליבמות, סי׳ ט,ב, במה שהסביר את המחלוקת בין הראב״י אב״ד לבין הרמב״ן כמחלוקת בין תוס׳ לבין רש״י אלא שהוסיף דבריו לענין מחלוקת רב ושמואל. אולם לא ראיתי המפרשים שהעירו מדברי חידושי הרמב״ן ליבמות (נו,א) שפסק: ״וקיימא לן כרב דאמר קנה לכל״, וממילא מובן למה הרמב״ן בנדה ועוד מקומות פירש כרש״י ולא כשיטתו השלישית. לכן זה מענין שדווקא הרב י״י וויינברג הציע שרש״י סבור כשמואל, כשרמב״ן פסק כמו רב (אלא אם נחלק בין יבם גדול לבין יבם קטן).
ועיין עוד בחידושי רבי חנוך הענאך (פישמן) לסנהדרין דף נה,ב (עמ׳ צד-צה בספר). וכן עיין בשיעורי הרב שמואל רוזובסקי ליבמות לדף לב,א, סי׳ רמה-רמז.

> קנינו הפקיע את זיקתה של היבמה, וכלפי מה שקנאה במקצת, צריכה גט [מן התורה], וכלפי מה שלא קנאה לגמרי, עדיין נשארה זיקתה עליה במקצת, וצריכה עדיין חליצה [מן התורה], ולשון הברייתא דעשו ביאת בן ט' כמאמר בגדול, הכי פירושו, דכמו שבגדול שעשה מאמר צריכה גט וחליצה, ה"נ בביאה בקטן, אך אין הטעם שוה בשניהם, דאילו במאמר בגדול, החליצה היא דאורייתא והגט אך מדרבנן, ואילו בביאה בקטן, שניהם מדאורייתא. [והוא קצת על דרך הרמב"ן הנ"ל בחי', שרצה לומר שבביאת קטן הגט מן התורה והחליצה מדרבנן, ושלא הושוו אהדדי - ביאה בקטן ומאמר בגדול - אלא לענין זה, דבשני המקרים מצרכינן להו לתרווייהו, גם לגט וגם לחליצה.[7]

התלמידים שאלו על פירוש זה מדברי רש"י על המשנה (צו,ב), הרי: "אבל ביבמה הואיל וזקוקה ליה שויוה רבנן כמאמר", וכן ראיתי ששואלים מדברי הגמרא "עשו" שהכל משמע שזה מדרבנן. ואמרתי, אכן לפי הרמב"ן וסיעתיה, שרש"י ביבמות פירש כמו התוספות שמן התורה אין אישות לקטן וממילא אין כאן יבום מן התורה, והכל מדרבנן. אולם לפי רש"י בקידושין, צריך לומר שהוא למד כמו התוספתא יבמות (ליברמן) יא,י, שמשמע שיש כאן דין מן התורה ולא תקנת חכמים: "בן תשע שנים ויום אחד שבא על יבמתו ומת חולצת ולא מתיבמת שביאת בן תשע שנים ויום אחד כמאמר בגדול".

יש מפרשים שהציעו פירוש לפיו יש אישות חדשה בקטן, כגון האחיעזר ח"א לד:

> ...ואף על פי שאין חיוב מיתה דנתמעט מאיש כי ינאף ומ"מ נאסרת לבעלה אלמא דאיסור [סוטה (שז"פ)] לבעלה אינו תלוי בחיוב מיתה אלא דאפילו נימא דבאשת יבם קטן אינה נאסרת לבעלה משום שזהו מין אישות אחר שאין עליה חיוב סקילה.[8]

---

[7] מסורה חוב' א, עמ' כג. וראה עוד רשימות שיעורים ליבמות לדף נא,א (עמ' תקלח-תקמב) שהרב מאריך להציג שיטה זו ברש"י ועוד ראשונים, וכן שם, לדף לט (עמ' תנג בגוף הספר) שהרב זצ"ל למד כך את שיטת הרמב"ם (יבום ה,יח), ראה שם גם הע' 72 והע' 73.

[8] וראה עוד בהערת המהדיר לחידושי הריטב"א ליבמות לדף נא,ב, עמ' שפג- שפד, הע' 100 במה שדן בשיטת הראב"ד אב"ד.

החידוש בדברי הרב זצ״ל שהוא פירש כך את שיטת רש״י שיש חלות אישות מן התורה, אלא אינו חלות אישות גמורה ועדיין נשאר זיקה המצריך חליצה לפטור אותה או יבום כשיגדל. אולם, לכאורה דבריו לא יסתדרו עם מה שהסברנו לעיל שתוספות למדו ברש״י שהיבם כהן יטמא לה, וכן למד הרמב״ן. כמו כן, דייקנו מדברי רש״י בסנהדרין שהיבם כהן מאכיל אותה תרומה, מלבד דברי רש״י בקידושין שהוא יורש אותה, ורש״י בנדה שהוא יורש את האח המת, והרי אם אין אישות מליאה ויש עדיין זיקה בלבד לקטן, למה יורש אותם ומטמא לה ומאכיל לה תרומה? וצ״ע.

ה. קטן שהגדיל ועדיין לא בא עליה, מה דינו לפי שיטת רש״י?

נחלקו האחרונים לפי שיטת רש״י בקטן שייבם ואין חיוב מיתה מחמת אישות זו, ואח״כ הגדיל, מה דינה כדי לחייב הנואף עמה מיתה? ראה נו״ב מהדו״ת אבה״ע נד:

> ... אומר אני כשם שלדעת רש״י יבם קטן שבא על יבמתו אם הוא כבר בן תשע ויום אחד קונה אותה מן התורה והיא אשת איש רק שהבא עליה אינו במיתה מגז״ה כי ינאף את אשת איש וגו׳ ואפ״ה תיכף כשהגדיל הקטן אף שעדיין לא בא עליה אחר שהגדיל שוב הבא עליה חייב מיתה שכבר היא אשת גדול שכיון שדבר זה חידוש הוא שמיעטתו התורה ממיתה אין לך בו אלא חידושו.

וכן משמע מדברי האו״ז ח״א הלכות בעל קרי סימן קכו:

> אימא ה״נ דמתחייב מיהו הא ל״ק דאע״ג דקנייא לי׳ התורה מיעטתו מחיוב מיתה את הבא עלי׳ עד שיגדל ותהי׳ אשתו גמורה.

אמנם יש אחרונים שסבורים שרק אם יבוא עליה וישלים האישות יחול דין מיתה לנואף. בשעורי רבי שמואל (יבמות כט,ב אות קלב-ג) דן במחלוקת זו, ובאר שיש הבדל בין גישת הנו״ב לדברי האו״ז:

> ובסברת האחרונים שכתבו דחייבין עליה מיתה משהגדיל אפי׳ לא בא עליה י״ל בב׳ אופנים, או דס״ל דהמיעוט דאשת איש פרט לאשת קטן ל״ה מיעוט מחלות האישות דקטן וכמש״כ הרשב״א בקדושין יט,א דאין חיסרון באשת קטן בגמר האישות אלא הוי אישות גמורה אלא שיש גזה״כ שעל אשת קטן אין חייבין מיתה אע״ג דהויא אישות גמורה, וא״כ י״ל דכשהגדיל שוב ל״ש המיעוט דפרט לאשת קטן וחייבין עליה אפי׳ לא בא עליה, וכן משמע מדברי הנו״ב שם,

> ובאופ״א י״ל דאפי׳ אם נימא דאישות של קטן לא הויא אישות גמורה לחייב מיתה מ״מ אין החיסרון מצד מעשה הקטן דמצד עצם המעשה שפיר היה צריך להיות אישות גמורה, אלא שקטן מופקע מזה שיהא לו גמר חלות האישות אולם משהגדיל נגמר חלות האישות ממילא, וכן משמע באו״ז שכתב דא״ח עליה מיתה עד שיגדיל ותהיה כאשתו גמורה ומשמע דל״ה אישות גמורה עד שהגדיל אלא שא״צ שיבא עליה אלא חייל ממילא...

בשיטת האחרונים שדורשים שהקטן יבוא עליה ובכך תושלם האישות, שאל הרב רוזובסקי (שם אות קלג) איך תפעל הביאה לקנות – אם מדין קדושין, הרי מעשה קידושין פועל רק איפה שלא היה אישות לפני כן, ולא ביבמה, ואם מצד ביאת ייבום, הרי הקטן כבר בא עליה וקנה אותה, ואיך מהניא ביאתו כשיגדיל. לכן תירץ:

> אולם למשנ״ת דגם כשקנאה ויכול להוציאה בגט מ״מ נשאר לו זכות יבמין לקנותה לכל א״ש דמה״ט מהניא שפיר ביאת הקטן משהגדיל לגמור את האישות ומשו״ה כשבא עליה לאחר שהגדיל חייבין עליה מיתה.[9]

לפי דברי מו״ר הגרי״ס הנ״ל מתורץ הקושיה למה צריך לבעול משנעשה גדול, שהרי לא היה אישות שלימה בכלל, ואדרבה עדיין היה זיקה בלבד, וממילא צריך ביאה להשלים את הזיקה לאישות מליאה.

ו. שיטת הרמב״ם

עוד הערה בענין המשנה בנדה. מפרשי המשנה פירשו כשני הפירושים של רש״י: למשל ר׳ עובדיה מברטנורא בנדה (ה, ה) פירש כמו רש״י בסנהדרין, והוסיף את דברי רש״י על המשנה בנדה: ״ואינו מאכיל - אם הוא כהן ונשא ישראלית, אינו מאכילה בתרומה, לפי שאין קנינו קנין גמור. ואפילו הוא יבם דקנייה בהך ביאה כדאמרן, אפילו הכי אינו מאכילה בתרומה״ אבל לא פירש למה לא מאכיל בתרומה אם קנה קנין גמור. ואולי זה מפני שעשו הביאה כמאמר ולכן אינו מאכיל בפועל, וזה יסבור למה רש״י לא כתב שהוא מטמא לה, שהרי מדרבנן אסור לטמא לה שהרי יש כאן רק מאמר. וכן כתב התפארת ישראל (יכין למשנה בנדה): ״ואינו מאכיל בתרומה. אם הוא כהן

---

[9] ובזה הרב שמואל רוזובסקי אזל לשיטתו בקנין היבם, ואכ״מ.

ובעל יבמתו, וכ״ש בנשא אשה דעלמא דנשואין לית ליה״, הרי זה כמו הרע״ב אבל בסדר הפוך וגם הוא לא פירש למה אינו מאכיל בתרומה.

והנה הרמב״ם בפירוש המשנה לנדה (ה,ה) פירש כמו רש״י בסנהדרין (נה,ב) בלבד: ״ואם היה כהן בן תשע שנים ויום אחד ונשא ישראלית אינו מאכיל אותה״. לפי זה, משמע שיבם כהן קטן בן ט׳ אכן כן היה מאכיל את היבמה תרומה, ומשמע שהרמב״ם סבור כמו רש״י, וזה יהיה ראיה לשיטת הנו״ב בפירושו לדברי הרמב״ם בהלכות איסורי ביאה (פ״ג ה״א):

> הבא על אשת קטן אפילו היתה יבמה שבא עליה בן ט׳ שנים ויום אחד הרי זה פטור, וכן הבא על אשת חרש ושוטה... ואם היו מזידין מכין אותן מכת מרדות.

וחידש הנו״ב מהדור״ק אבה״ע נד:

> אמנם בהל׳ א״ב מוכח שסובר כרש״י והרמב״ן וז״ל הרמב״ם בפ״ג מא״ב הלכה א׳ הבא על אשת קטן אפילו היתה יבמה שבא עליה בן ט׳ שנים ויום אחד הרי זה פטור וכן הבא על אשת חרש וכו׳ ואם היו מזידין מכין אותו מכות מרדות עכ״ל הרמב״ם. ואי ס״ד דסבר כדעת התוס׳ וא״כ מדאורייתא לא קני לה הקטן כלל ונשארה יבמה לשוק ולמה כתב הרמב״ם שמכין אותו מכות מרדות והרי מלקות גמור חייב שהרי היא בלאו לא תהיה אשת המת החוצה בשלמא אי סבר כדברי רש״י וא״כ כבר פסק ממנה איסור יבמה לשוק שכבר נתייבמה מן התורה והרי היא א״א גמורה ואעפ״כ מיעטה הכתוב ממיתה לפי שהיא אשת קטן וממילא גם מלקות ליכא דלאו של א״א ניתן לאזהרת מיתת ב״ד ואין לוקין על לאו שניתן לאזהרת מיתה אפילו באשת קטן דליכא מיתה כמבואר בסוף פ״ק דעירובין גבי מי כתיב אל יצא ועיין בתוס׳ שם וא״כ מוכח ששיטת הרמב״ם היא כשיטת רש״י...[10]

אמנם, העונג יום טוב, סי׳ קעט, השיג על פירוש זה, אולם, מדברי הרמב״ם בפירושו להנדה הנ״ל משמע שקונה מן התורה ומאכיל את היבמה תרומה.

עוד הביא האחיעזר ראיה שהרמב״ם סבור כרש״י מדברי הרמב״ם בהל׳ סוטה (פ״ב ה״ב):

---

[10] ע״ע בנו״ב מהדו״ת אבה״ע נד ראיה נוספת לפירוש זה ברמב״ם.

ואלו הן הנשים שאינן ראויות לשתות אף על פי שהיא רוצה לשתות ובעלה רוצה להשקותה אלא יוצאות בלא כתובה משיבואו עידי סתירה אחר עידי קינוי ויאסרו על בעליהן לעולם, וחמש עשרה נשים הן, ואלו הן: ארוסה, ושומרת יבם, וקטנה אשת הגדול, וגדולה אשת הקטן, ואשת אנדרוגינוס, ואשת הסומא, או החגר, או האלם, או מי שאינו שומע, או שהוא כרות יד, וכן החגרת, והאלמת, והסומה, וכרותת כף, ושאינה שומעת, כל אחת מאלו אינה ראויה לשתות.

ופירש האחיעזר חלק א - אבן העזר סימן לד:

וגם מדהר״מ בפ״ב מהל׳ סוטה שפסק באשת קטן שאינה שותה ונאסרת על בעלה דכונת הרמב״ם באשת יבם קטן שבא על יבמתו דמן התורה קונה אותה לכל דבר דאל״כ אין אישות לקטן וכ״כ המנחת חנוך [עי׳ אחיעזר סי׳ א׳ אות י״ג]...

הרי שהרמב״ם סבור שיש חלות אישות מדאורייתא ביבם קטן.[11]

ז. חלות אישות ע״י יעוד

לעיל בפרק ב הבאנו את הסוגיה בקידושין שאין חלות אישות בקטן ע״י יעוד, ואמנם כך פסק הרמב״ם בהל׳ עבדים (פ״ד ה״ז): ״וכיצד מיעדה לבנו אם היה בנו גדול ונתן רשות לאביו ליעדה לו הרי האב אומר לה בפני שנים הרי את מקודשת לבני.״ אמנם ריש לקיש הסתפק בזה, והיה קס״ד שיש חלות אישות בקטן ע״י יעוד והגמרא דחתה את זאת וכמו שפסק הרמב״ם, ולפי התוס׳, לכאורה אין שום מציאות של אישות בכלל בקטן, לא ע״י יעוד ולא ע״י יבום.

והנה מצאנו בתלמוד ירושלמי (ונציה) קידושין פ״א (נח טור א) שיש מחלוקת אם יש יעוד לבנו הקטן: ״ואם לבנו ייעדנה לדעת רבי יוחנן אמר מייעדה בין לבנו גדול בין לבנו קטן בין לדעת בין שלא לדעת רשב״ל אמר אינו מייעדה אלא לבנו גדול ובלבד לדעת...״ לפי רבי יוחנן בירושלמי יש יעוד לבנו הקטן וממילא יש אישות לקטן, ויש מקום לומר כך גם ביבום, וכמו רש״י ורמב״ן

[11] אולם לפי עניות דעתי עדיין קשה בדברי הרמב״ם שכתב ״הבא על אשת קטן אפילו היתה יבמה שבא עליה בן ט׳ שנים ויום אחד הרי זה פטור״ – מה פירושו המלה ״אפילו״? הרי זה המקרה היחידי לפי הרמב״ם שיש אפשרות שיהיה אישות בקטן, אלא אם נאמר שהרמב״ם סבור שאפשר לזכות לקטן באישות כמו שיטת ר׳ יצחק ב״ר יהודה שהובא להלן. אולם כבר העירו שמכיוון שהרמב״ם פסק את הבבלי שאין האב מייעד לבנו הקטן, משמע שאין לו זכות להשיא את בנו, וצ״ע.

בפירושם לבבלי. לפי ר״ל אין אישות לקטן כלל ע״י יעוד, וכמו מסקנת הבבלי [ומה שר״ל הסתפק בבבלי ונקט עמדה ברורה בירושלמי, בפשטות יש מחלוקת בשיטת ר״ל, או אפשר לומר שר״ל כיוון למסקנת הבבלי ולכן חלק על ר׳ יוחנן, או הוא הסתפק עקב שיטת ר׳ יוחנן].

והנה ר׳ חיים פלטיאל בפירושו לויקרא (כ, י) הביא את קושיית הר״י שאין אישות לקטן ובתירוץ השני הביא ענין יעוד בקטן:

> ואיש אשר ינאף את אשת איש. פרט לאשת קטן, ואשר ינאף את אשת רעהו, פרט לאשת גוי. ואין להקשות פשיטא דהא יפת תואר שריא ואמרינן אשת אפי׳ אשת איש, דזהו דוקא התם במלחמה אבל שלא בשעת מלחמה לא. וה׳ [= והקשה] ר״י פרט לאשת קטן פשיטא דאין אישות לקטן, וי״ל דמהכא ילפינן, א״נ כגון שייעד לבנו קטון אמה העבריה דס״ד הואיל ובא מכח כסף אביו תהא מקודשת שיהרגו ע״י קידושין קמל״ן.

התירוץ הראשון הוא אכן שיטת התוספות. מענין התירוץ השני שלומד שיש אישות בקטן ע״י יעוד. הרי הבבלי דחתה פירוש זה, אולם זו שיטת רבי יוחנן בירושלמי, וזה התירוץ השני של ר׳ חיים פלטיאל. משתמע מדבריו שאין להסיק שאין יעוד לקטן בכלל, אלא למעשה אפשר לייעד לבנו הקטן, אלא קס״ד שמכיוון שבא מן האב אז יהיה קידושין לכל דבר ויש אישות מלא ונהרגין עליו, קמ״ל שאין נהרגים עליו, או מפני שזה גזירת הכתוב, או מפני שעדיין חסר באישות. החיסרון באישות יכול להיות באופן איכותי מפני שהוא קטן וכמו שהעלינו לעיל. עוד ייתכן להסביר על פי מה שדברי חיים שאל לפי הקס״ד של הסוגיה בבבלי, וכך כתוב בשו״ת דברי חיים או״ח א,כו:

> ...לפי שיטת רש״י בחומש [שמות כא,ט ד״ה ואם לבנו] שנראה דביעוד יכול לחזור בו לאחר שהגדיל אפילו אם היה אישות בקטן דאפילו גדול יכול למחות וא״כ קשה הא הוי התראת ספק דלמא לא יתרצה הקטן בקדושי יעוד של אביו והתראת ספק לא שמה התראה ויעוין בבית אפרים [אה״ע ריש סי׳ מ״ב] בתשובה להשאגת אריה שם ודחק ליישב זה...

> והנה הא ודאי דאם אמרינן דמייעד אשה לבנו קטן מטעם יעוד נהי דלשיטת רש״י ז״ל יכול הקטן כשהגדיל למחות הטעם הוא דאין ביד אב לכפותו לבנו לקדש אשה אבל אם אינו מוחה הקידושין ממילא המה ע״י היעוד ממה שגילתה התורה אם לבנו ייעדנה אם נימא בנו

> כל דהו (אם) ממילא היעוד של אב להיות קדושין עבור בנו ורק שהבן יכול למחות לשיטת רש"י ז"ל אבל אם אינו מוחה היא מקודשת.

ואולי זו הסיבה שאין הורגים הנואף מפני שיש כאן התראת ספק. בכל מקרה, לפי פשטות לשונו של ר' פלטיאל, הוא נקט אליבא דר' יוחנן בירושלמי שיש יעוד לקטן.

ח. חלות אישות ע"י צירוף של גדול

לעיל בסוף פרק א הערנו שיש מחלוקת למה קטן אינו יכול לעשות מעשה קידושין: או מפאת גזירת הכתוב "כי יקח איש" ולא קטן, וכמו שכתב רש"י בכתובות (עג,ב) או מפני שאין לו דעת ולכן אין לו קניינים. ונראה שלפי הפירוש הראשון הקטן הוא לגמרי מופקע ממעשה קידושין, ואין שום אפשרות לבצע מעשה קידושין. אולם לפי הצד השני, יש מקום לדון אם מי שהוא אחר שיספק את הדעת, אולי אז יחול המעשה קידושין של קטן.

א. הרב חיים שמואלביץ בקונטרס בענין כונה ורצון (הו"ד בספר הזכרון נדפס ירושלים תש"מ, עמ' קסט-קע) הביא את דברי הנו"ב והתורת הגיטין הדנים בדברי תלמוד ירושלמי (וילנא) תרומות פ"א ה"א:

> דתניא חרש שוטה וקטן שקידשו אין קדושיהן קדושין רבי ישמעאל בנו של רבי יוחנן בן ברוקה אומר בינן לבין עצמן אין קידושיהן קידושין בינן לבין אחרים קידושיהן קידושין.

הנו"ב (השלם) אבה"ע, ח"ב, תשובות נוספות, סי' ט, עמ' שצח, למד:

> ...עד דמסיק דאתי' ר' יוחנן דתרומות כר' ישמעאל בנו של ריב"ב, ור' יוחנן דגיטין כרבנן דתנן חש"ו שקדשו אין קידושיהן קידושין, הרי דלר' יוחנן דתרומות דאתי', כר' ישמעאל, גם בקידושין מועיל כשאחרים עומדים על גבם, דהיינו בינם לבין אחרים...

כלומר, הירושלמי מדבר בקידושי אשה, ויש שיטה שחש"ו יכולים לקדש ע"י גדול עומד על גבו. אולם, ראה שם את גליון הש"ס וציון ירושלמי שהאריך להוכיח שלא כדברי הנו"ב, ועיון קל במשנה פרה (ה,ד) מוכיח את פירושו של התורת גיטין: "...שפופרת הכל כשרים לקדש חוץ מחרש שוטה וקטן ר' יהודה מכשיר בקטן ופוסל באשה ובאנדרוגינוס" ודברי התוספתא פרה (צוקרמאנדל, פ"ה ה"ז). לכן אין ראיה מן הירושלמי, ובכל זאת הנו"ב סבור היה שיש חלות אישות של קטן אם גדול עומד על גבו.

הרי במקרה זה, הקטן עשה המעשה והגדול סיפק את הדעת. ועיין עוד בדברי הגר״ח שמואלביץ, שם, עמ׳ קסט אותיות ג ו-ד וכן בעמ׳ קע.

ב. והנה בסוף תשובתו של הרב יעקב יחיאל ויינברג הנ״ל דן בשיטת הנח״ד:

> בנער בן ט׳ שקידש אשה, שהגאון הגדול ר׳ דוד טעבל ז״ל אבד״ק ליסא הורה שהאשה צריכה גט. וטעמו, שהקטן קונה מטעם דעת אחרת מקנה והאשה מקנית את עצמה לקטן במידי דאית לי׳ זכות, והגאון בעל ת״צ השיב נגדו, דבקידושין לא מהני דעת אחרת מקנה. שרק במכר המקנה הוא העיקר, אבל בקידושין בעינן ״כי יקח״ ולא תלקח, ונתן הוא ואמרה היא ספיקא הוי. ואף דהוי ספק - זהו רק התם, שהוא הנותן והסכים למעשיה, אבל כל שמעשיו אינם כלום והיא המקנה א״ע הוי תלקח. ותו אף אם נימא בזה דעת אחרת מקנה, הא קטן אינו יכול להקנות ואיך קנתה האשה את הכסף? ומש״כ מעכ״ת דיש לומר חופה קונה, מנ״ל בודאות אם הי׳ רצונו לקדשה בחופה וכו׳, עי״ש. ושם בסי׳ ק״ה השתדל הג׳ בעל ת״צ להשפיע על הג׳ רד״ט שיחזור מדעתו, וכפה״נ עמד הגרד״ט על דעתו להצריך גט לאשת קטן.

לפי הנחלת דוד, הקטן עשה את מעשה הקידושין, והאשה ספקה את הדעת ע״י דעת אחרת מקנה. הרי לפי דעתו של הגרד״ט יש חלות אישות בקטן, וממילא הוא הדין ביבם קטן בן ט׳ שבכלל אינם צריכים דעת.

ראה עוד שו״ת נו״ב מהדו״ת נד שעסק בדעת אחרת מקנה לו לקטן ולמד שהקטן מופקע מעצם מעשה הקדושין וממילא לא יעזור דעת אחרת מקנה לו. ראה עוד בגליוני הש״ס לר׳ יוסף אנגל, לקדושין, דף יט,א.

ג. יש דיון אם הגדול יעשה את המעשה לגמרי עבור הקטן האם יחול אישות לקטן, וכבר האריכו בדברים הראשונים והאחרונים אם אפשר לזכות אישות לקטן. ראה דברי ראב״ן שאלות ותשובות (בסוף הספר):

> ועוד נשאלתי על קטן שקידש לו אביו אשה אם הם קידושין אם לאו. והשבתי שאינו קידושין... ומצאתי שאילת ששאל ר׳ נתן המכירי את רבינו ר׳ יצחק בר׳ משה נ״ע, גם הצריכן גט. וכך הוא טופס השאילה, בן י״א שנה שקידש לו (אביו) אשה בטבעת [ו]עדים אם ימאנו צריכה גט או אין צריכה, והשיב צריכה גט (כו׳) [כי מצינו בכל התורה כולה ש]זכין לו לאדם שלא בפניו וזה גלוי שזכות הוא לו לאדם שמקדשין

> לו אשה הוגנת, ועוד מצינו בכל מקום שהחמירו חכמים בספק אשת איש, ועוד רובה זה שלא מיחה בקידושי אביו עד י״ג שנה וחצי דילמא ריצוי ארצי קמיה אחר שגדל ושתק וסבר וקיבל. ואם תאמר נתרצה האב אמרינן נתרצה הבן לא אמר, יש להשיב האי בגדול שקידש אביו ושלא מדעתו מדפריך ואמר דילמא שליחא שויה [ו]אי בקטן הא אין שליחות לקטן, ועוד דזה אחד מן הדברים המוטלין על האב לעשות לבנו להשיאו אשה ואי אפשר לומר דבגדול מיירי דדומיא (מ)למולו ולפדותו וללמדו ספר ואומנות דבקטן מיירי אף להשיא אשה בקטן. אף על פי שאין משיבין את הארי לאחר מיתה, אומר אני דצריך להשיב דלא ליגמרו מיניה ויסמכו על קידושי האב שאינן קידושין [ו]לא צריכוהו לחזור ולקדש כשיגדיל ונמצא זה עם אשתו בלא קידושין...[12]

נעיר שיש מחלוקת בין ר׳ יצחק ב״ר יהודה הנ״ל לבין החולקים עליו אם אב המשיא את בנו הכוונה לבנו הקטן או לבנו הגדול, והחולקים טענו שהפשט במשנה הוא שמדובר בבנו הגדול [״אף להשיאו בזמנו קאמר כשהוא גדול״]. והנה במכילתא דרבי ישמעאל משפטים - מסכתא דנזיקין פרשה ג כתוב:

> אם אחרת יקח לו. מכאן אמרו, חייב אדם להשיא את בנו קטן; במקום אחר מהו אומר (דברים ד,ט) והודעתם לבניך ולבני בניך, אימתי אתה זכאי לראות את בני בניך, בזמן שאתה משיא בניך קטנים.

מפורש כמו דברי ר׳ יצחק ב״ר יהודה שמדובר בבנו הקטן.[13] וכן מצאנו שראשונים נוספים למדו שמדובר בבנו הקטן, וכמו שנמצא בשטמ״ק (כתובות צ,א) בשם תלמידי רבנו יונה:

---

[12] השם ר׳ יצחק בר׳ משה נ״ע הוא טעות וצריך להיות ר׳ יצחק בר׳ יהודה נ״ע, וכן הוא בשו״ת מהרי״ק סימן לב: ועוד שהרי מצאתי כתוב ר׳ נתן המכירי שאל מאת רבינו יצחק בר יהודה בן י״א שנה שקדש לו אביו בטבעת ועדים אם ימאן צריכה גט או לא. והשיב שצריכה גט שמצינו בכל מקום שזכין לאדם שלא בפניו כו׳. הדברים נידונים במל״מ ובאבנ״מ, וכן בבית אפרים, סי׳ מב באריכות, ובעוד אחרונים. לזיהוי בעל השיטה הזאת, ראה דברי המהדיר לאוצר הגאונים, יבמות, עמ׳ 192, הע׳ ד׳, שלא מדובר בר׳ יצחק בן ברזילאי מברצלונה אלא מר׳ יצחק ב״ר יהודה, מרבותיו של רש״י, וראה את התשובה המקורי במעשה גאונים, עמ׳ 61-62.

[13] ראה עוד דף על הדף לסנהדרין (עו,ב): בגמ׳: המדריך בניו ובנותיו בדרך ישרה והמשיאן סמוך לפירקן עליו הכתוב אומר וידעת כי שלום אהלך ופקדת נוך ולא תחטא.

ואית דבעו מימר שאסור לאדם להשיא בנו קטן ואם השיאו הוו להו הברכות של אירוסין ונשואין לבטלה וגם רבינו משה כתב שאין משיאין את הקטן ואין זה נראה אלא ודאי מותר להשיאו דאם איתא שהיה איסור בדבר היכי מיירי מתניתין בדבר שיש בו איסור וכן הורה הלכה למעשה הרב ר׳ שלמה מן ההר ז״ל ע״כ.

לפי ר׳ יונה ור׳ שלמה מן ההר מותר להשיא בנו הקטן, וכך למדו במשנה, והוסיפו שאפשר לברך על האירוסין ונישואין. אפשר ללמוד לפי דעתם שיש חלות אישות כמו שלמד ר׳ יצחק ב״ר יהודה, ואלו שלמדו שזו ברכה לבטלה סברו כמו החולקים עליו. להלן נביא מדברי השרידי אש הדן בנושא זה.

ט. לקטן יש כח לעשות מעשה אבל אין לו כח ליצור

יש אחרונים שהציעו שאמנם קטן אכן יכול לעשות מעשה קנין, אולם אין לו כח להחיל את החלות קידושין. כך למד הרב מרדכי גיפטר, במאמרו ״קדושין קטן״, הפרדס, שנה לח, חוב׳ ו, אדר תשכ״ד, עמ׳ 9 (אות ד):

והנראה בזה, עפ״מ שיש לעיין בהא דקיי״ל דאין קידושין לקטן, אם הוא משום דכיון דאינו בר דעת שלמה ואין קנינו קנין ממילא גם קנין קידושין דידי׳ לא מהני מידי, או דקנין קידושיו שאני מקנין ממון, ומצד הלכות קנין שפיר הוי קנינו קנין בקידושין, ורק שהוא ניהו דין מסויים בקידושין דאין קידושין לקטן. ובאמת מבואר הדבר ברש״י בפ׳ המדיר – כתובות עג,ב – ד״ה קטן שכתב דהא דאינו בר קיחה הוא משום דכתיב כי יקח איש, והובא דבריו אלה ביתה יוסף בריש סי׳ מ״ג עיי״ש – הרי מפורש דבעינן ליה מיעוט מסויים בקיחה דקידושין ולא ילפי׳ לה מהא דקיי״ל בעלמא דאין קנינו קנין. אולם בזה גופא יש לעיין, מהו גדר המיעוט דכי יקח איש - ולא קטן, אם

בביאור סמוך לפירקן דעת הרמב״ם והטור (אבה״ע א) שהוא אחר י״ג, ואולם במכילתא (משפטים ג) מבוא, ׳חייב אדם להשיא את בנו קטן, במקום אחר מהו אומר והודעתם לבניך ולבני בניך, אימתי אתה זכאי לראות את בני בניך בזמן שאתה משיא בניך הקטנים׳. ואם כן מבואר שהמצוה היא בקטנותם ולא בגדלותם. ותירץ המלבי״ם (התורה והמצוה), דכוונת המכילתא לבן י״ג הסמוך לשולחן אביו, ומשום כך נקרא קטן. ברם בשו״ת שואל ומשיב (רביעאה א,מט) הקשה ממאמר חז״ל אחר, דמובא במדרש (איכה רבה א,ב) ׳כיצד היו ישראל פרין ורבין, היה אדם משיא בנו בן שתים עשרה שנה אשה שהיא ראויה לילד, והיה חוזר ומשיא בן בנו בן שתים עשרה שנה, לא היה מגיע לעשרים ושש שנים עד שהוא רואה בנים לבניו׳, ונמצא אם כן שבקטנותם בהיותם בני י״ב היו משיאים אותם. ותירץ, דכל זה דוקא בדורות הראשונים שהיו מולידים בני שמונה ותשע (כדאיתא ר״פ בן סורר ומורה), אבל בזמנינו החיוב הוא רק מבן י״ג.

היינו דגלי קרא דקיחת קידושין הוי כקניני ממון ולכן אין מעשה קטן כלום, והוא מצד חסרון דעת בעיקר המעשה, או דמצד המעשה סגי גם בדעתי' דקטן, והמיעוט מצד החלות, דגלי רחמנא דקטן לא הוי בתורת חלות קידושין - והיינו היכא דהקידושין באים מכחו של הקטן ולא ביבום ויעוד, עיין קידושין י"ט א', – והנה אי נימא דמה דקטן נתמעט מקיחה דקידושין הוא לא מצד המעשה אלא מצד החלות א"כ שפיר דמי קטן לעכו"ם וכדברי הרא"ש ז"ל, ואיכא לאקשויי רק מדין דבר שלא בא לעולם.[14]

הרב גיפטר הביא מיד את דברי הנו"ב (אבה"ע ת' נד):

אבל זה אני אומר שסובר רש"י דוקא כשלוקח שתחול הקיחה תיכף אבל אם הוא מקדשה שיחולו הקידושין כשיגדיל א"כ שפיר הוא בכלל כי יקח איש שבעת שתחול הקיחה כבר הוא איש וכיון שדבר זה חידוש הוא אין לך בו אלא חידושו ולכן סובר רש"י ביבמות דף ל"ד שאם מסרו הקידושין שיחולו לכשיגדיל שפיר חלים, ולא עוד אלא שאני אומר דאולי דוקא בזכרים הוא שסובר רש"י כן ומטעם שהרי הוא יכול עכ"פ לקנות מן התורה שדעת אחרת מקנה לו משא"כ בנקבות שהיא נקנית ואינה יכולה להקנות עצמה בקטנותה מן הדין אולי אף שקידש שיחולו לכשתגדיל אינו מועיל, וסוגיא דשופעות מיירי בנתקדשו ע"י אביהן ומ"ש רש"י שם דיום אחד בשנת י"ג בעינן לנקבות וכו' לא בשביל שיחולו הקידושין כתב כן שהרי אפשר לאוקמי בנתקדשו ע"י אביהן אלא בשביל שיהיה שייך עליהן חיוב חטאת ועונש עבירה כתב דבעינן יום אחד בשנת י"ג.

הרי הקטן יכול לעשות מעשה קידושין אבל אין לו כח לעשות חלות, אבל אם יתנה שחלות הקידושין יהיה לכשיגדיל, אז אכן יש לו כח לעשות את זה.[15]

---

[14] ראה עוד בחקר יצחק להרב יצחק אייזיק פרידמאן, קידן (ליטא) פרק כח, הדן על קידושי קטן, עמ' עט (תודתי נתונה להרב צבי אברהם סלושץ שליט"א עבור מקור זה) הדן כעין זה.

[15] ראה גם דברי מו"ר הגרי"ס ברשימות שיעורים ליבמות לדף לד,א (עמ' שצח-ת), במה שכתב לברר את שיטת רש"י בענין זה.

י. קטן המקדש עושה חלות אישות

עד עכשיו ראינו קשת של שיטות, משיטת התוס׳ שאין חלות אישות בכלל בקטן אפילו ע״י יבום, לשיטות הסוברות שיש אישות במקצת ע״י יבום, או שיש חלות אישות מלא ע״י יבום. כמו כן ראינו שיטות הסוברות שאפשר לייצר חלות אישות בקטן ע״י יעוד, או ע״י זכין לו, או ע״י דעת אחרת מקנה או ע״י גדול עומד על גבו. לפי כל השיטות האלו החיסרון הוא שאין לקטן כח לעשות מעשה קידושין לבד, או מפני שהוא מופקע מכל דיני אישות (תוס׳), או ממעשה קידושין (ואז גדול יכול לעשות את עבורו) או שאין לו דעת (וממילא גדול יכול לספק את הדעת). בפרק אחרון ראינו שיש לקטן כח לעשות מעשה קידושין אבל חסר הכח לעשות את החלות, אבל אם החלות יחול אחרי שהוא גדול, זה יועיל.

והנה מצאנו שיטות שלכאורה יש לקטן הכוח לעשות הן מעשה קידושין והן את החלות קידושין.

א. מצאנו בתשובות הגאונים שערי צדק ח״ג ש״א יח:

> רב עמרם. בן תשע שנים ויום אחד שנשא אשה ומת קודם שיהא אשתו ואיפשר להיות קודם שיהא בוגר, לא חולצת ולא מתייבמת. תנינא להא (שם צו,ב). דת״ר שוטה וקטן שנשאו נשים ומתו שתיהן פטורות מן החליצה ומן היבום. מה טעם, שוטה - לפי שאין לו קנין, קטן - ומת [אחד מהן] ובן אין לו כתיב דבעינן איש הראוי לבנים וקטן לאו בר בנים הוא.

אם אין לקטן קנין אישות כמו שוטה, למה רב עמרם הציע תירוץ אחר שקטן לאו בר בנים הוא, הרי אין לו קנין. ממילא נראה שיש לו קנין וכל הבעיה היא ביבום.

והנה באוצר הגאונים (יבמות עמ׳ 191 סי׳ תנט), על פי ״מעשים לבני ארץ ישראל״:

> קטן פחות מבן תשע שנים ויום אחד שנתן קידושין לקטנה וקיבלה וכשהגדילה מיאנה באותן הקידושין, אין קידושי קטן קידושין והנערה אינה צריכה ממנו גט מכיון שמיאנה.

ודייק המהדיר שם בהע' ח: משמע שיותר מבן תשע שנים ויום א' קידושיו קידושין.[16]

כך מצאנו גם בדברי רס"ג (תשובות הגאונים שערי צדק ח"ג ג ש"ג ג יא):

> רב שרירא. וששאלתם: מצינו בספר שטרות שתקן רב סעדיה גאון זצ"ל: בן תשע שנים ויום אחד שקדש אשה, ונטה למות קודם שיגיע לשלש עשרה שנה ויום אחד, ובקש להוציא את אשתו בגט שמא ימות ותתיבם לאחיו, אין גיטו גט וקדושיו קדושין וזקוקה ליבם ואין לה התרה אלא בחליצה או ביבום. [וששאלתם מצינו בספר שטרות כו' אין גיטו גט וקידושיו קדושין וזקוקה ליבום - הדברים מזוייפים]. וקשיא לן הא דבהלכות גדולות ובהלכות דמר רב יהודאי גאון ע"ה כתוב: קטן שקידש אין חוששין לקדושיו ואם נשא אשה והוליד ממנה בנים ועדיין לא הגיע לשלש עשרה שנה ויום אחד אין קדושיו קדושין ואין כתובתו כתובה אבל בניו כשרין הן ונקראין על שמו ואם בא להוציא אין צריך ליתן גט, וכשיגיע לשלש עשרה שנה ויום אחד יחזור ויקדש ויכתוב כתובה אחרת. ומדקא קשיא לן הא מילתא הודענא ית מרנה לאלפא יתנה אורח תקנה.
>
> - אנחנא הכין גמרנא כדמפרש בהלכות דמר רב יהודאי גאון ז"ל, והא דפרישתון משמא דרב סעדיה גאון לא שמיע לנא ולא סבירא לנא. דתנן (יבמות צו) בן תשע שנים ויום אחד הבא על יבמתו ומת חולצת ולא מתיבמת, ואם נשא אשה ומת הרי זו פטורה. ואמרינן עלה: תנינא להא דתנו רבנן שוטה וקטן שנשאו נשים ומתו נשותיהן פטורות מן החליצה ומן היבום. ואנו רואין כי הדברים הללו

[16] ידידי הרב מאיר ברקוביץ שליט"א הציע שאין ראיה מכאן וכך היה המעשה. והנה בראבי"ה (תשובות וביאורי סוגיות תתקמ), מצאנו כעין זה: "ומצאתי בספר והזהיר. קטן בן שמונה שנים שקידש אשה אפילו בוגרת, ואח"כ גדל הנער בן י"ג שנים ויום אחד אפילו שולח חפצי' לאחר שגדל אין חוששין עליהן משום קידושין עד שיקדש אותה כשגדל בפני שני עדים ויתן אז הקידושין ואותה שעה היא מקודשת. ועוד כתוב שם שאם קידש אדם אשה לבנו גדול שלא מדעתו אינן קידושין. ולא עוד אלא אפילו קידש לבנו קטן אין קידושיו קידושין." גם כאן אמרתי למה העמידו את המקרה בקטן בן שמונה שנים ולא סתם קטן, או קטן בן ט' שנים? אלא משמע שקטן המקדש חל קידושין ויש אישות לקטן. אולם ראה תשובת הראבי"ה במלואה שהודפס בעולת שלמה, ח"ב, עמ' כב-כז, שאכן במעשה זה כך היה המקרה שהיה בן שמונה, שהרי בעוד מקרים כתב קטן סתם ובכולם הקידושין לא חלים, גם אם אביו מקדש עבורו. אולם לא ברור אם כך הוא המקרה ב"מעשים לבני ארץ ישראל".

> מזוייפים על מר רב סעדיה גאון ז״ל, כי חכם גדול היה ואין משנה שלימה ממשנתינו אובדת אותו. עד הנה.[17]

אמנם רב שרירא שלל דברים אלו, אולם ברקע המקורות האחרים, נראה שאכן כך למד רב סעדיה גאון. וכן למד הרב יעקב יחיאל ווינברג בספרו שרידי אש בתשובה שכתב למחבר של אוצר הגאונים.

בינתיים הרב שמחה אסף הוסיף עוד מקור מאי״י בתשובות הגאונים, תש״ב, עמ׳ 122, שורות 15-14: ״וכל איש שהוא מקדש את הנערה פחות מאחת עשרה שנה אין קידושיו קידושין,״ והצביע (בהע׳ 11) על עוד מקורות שנוקטים הגיל של פחות מאחת עשרה. ואולי גיל זה נובע מן הדין של צום ביום הכיפורים שבגיל זה יש חיוב להשתדל לצום כל היום, וסימן שיש מידה מסוימת של גדלות.

והנה הרב ווינברג בתשובה הנ״ל הביא את דברי הספרי פ׳ כי תצא, בפ׳ מוציא שם רע, פיסקא רלז: ״ולקחו זקני העיר ההיא את האיש, ולא את הקטן״ וכן העיר לדברי המלבי״ם לדברים כב,יח:

> ולקחו זקני העיר את האיש. מה שחזר שם האיש ולא אמר ולקחו אותו בא למעט קטן, וצ״ע הא כבר מיעט בספרא קדושים (סי׳ קה) ממ״ש אשר ינאף את אשת איש פרט לאשת קטן, וא״כ איך נטעה שנוהג דין מוציא שם רע בקטן, הא לא רצה לחייבה מיתה, ועיין בקדושין (דף יט) ובמה שפלפלו במ״ש המהרי״ק (סי׳ ל) בשם ר׳ יצחק ברר׳ יהודה בשו״ת נו״ב (סי׳ סב) ובשו״ת בית אפרים (אבה״ע סי׳ מב) ועוד תשובת הרמ״ה שפלפלו בקדושי קטן ע״י אביו, וכל מ״ש לענין הסוגיא דקדושין לא יעלה ארוכה לדרשה דפה ואכמ״ל.

וכתב על זה הרב ווינברג להסביר הן את ר׳ יצחק ב״ר יהודה וכן את דברי הספרי:

> ובטעמו של הר״י ברר״י נראה שחשש לדעת ר׳ יוסי ב״ר יהודה, שבן תשע שהביא סימנין ועודן בו כשהוא בן י״ג נעשה גדול למפרע (עי׳ נדה מו,א בן ט׳ שנים כו׳ וש״נ ועיין בירושלמי יבמות וקידושין הנ״ל). ודברי הר״י ברר״י, שכתב: ״ועוד בכ״מ מצינו שהחמירו חכמים בספק א״א״ מוכיחים שלכך נתכוין. ויש רמזים לדעה זו גם

[17] לכל התשובה שהודפסה מכ״י, ראה אוצר הגאונים ליבמות, עמ׳ 194-191.

במדרשי הלכה. עי' בספרי כי תצא לפסוק ולקחו זקני העיר - "איש ולא קטן" ועיין במלבי"ם שנגע בזה ולא העלה ישוב לזה. אכן לפי הנ"ל יש ליישב דמיירי בקטן שייעד לו אביו או ביבם שבא על יבמתו שהיתה ארוסה לאחיו, דבכה"ג היא אשתו אלא שאין לו דין דמוצש"ר.

אבל באמת יש לומר, שגם הספרי סובר כר"י ב"ר יהודה שבן תשע שהביא סימנין וכו' הרי הוא כגדול. ואין להקשות, א"כ יהא חייב במוצש"ר, שהרי הוא נעשה גדול למפרע, כמבואר בירושלמי שם ועיין ביבמות פ,א דנעשה סריס למפרע הוא חייב בעונשים לרב ועי"ש בתוד"ה נעשה - י"ל דגם לר"י בר"י הוא כגדול רק לענין ביאה ואישות, אבל לא לענין עונשין.

הרב ויינברג פירש שכשיש לקטן זה – בין בן ט' בין בן יא – סימני גדלות שנשארים עליו על גיל שלוש-עשרה, ואז הוא גדול למפרע. אמנם אין שום זכר לדבר זה בתשובות אלו, וכמדומני שהוא מבקש להסביר שיטה זאת על פי מוסכמות שיש לנו על פי הבבלי.

ב. באבנ"מ מג,ב יש ציטוט מדברי הריב"ן, חתנו של רש"י (= רש"י מהדורה קמא לכתובות הנמצא בשטמ"ק):

וכתב שם בשם רש"י מהדור"ק דמשכחת להו בקטן בן ט' שביאתו ביאה ודוקא קידושי כסף ושטר לא מהני בקטן אבל ביאה קונה גם בקטן עכ"ל, והוא תמוה דמ"ש קידושי ביאה או כסף ושטר. ולפמ"ש החילוק מבואר דבקידושי כסף ושטר אף דהוי האשה כדבר של הפקר מ"מ אין נתינתו כלום וכמ"ש למעלה אבל בביאה יכול הקטן לזכות אותה דלדעת רש"י הוי דבר של הפקר דעת אחרת מקנה אותו ולכן זוכה אותה דהוי דעת אחרת מקנה אותו והיא האשה.

לולי דברי האבנ"מ, אולי היה מקום לומר שקידושי קטן אכן הם קידושין וכמו שמצאנו בעוד מקורות. הריב"ן התקשה בזה כאן ולכן למד דווקא בביאה שזה מעשה אישות ייתכן שיקנה אפילו בלי דעת.

וכן מצאנו בתשובות חכמי פרובינציה סימן לא (פב) שהרב אליהו מן ההר למד כמו הריב"ן:

נהגו בארל"י ובכל פרואינצ"א כשמשיאין בניהם כשהם קטנים מפרישין אותם זה מזה עד שיגדילו ועושין חופה אחרת ומצריכין

אותם לתת קידושין אחרים, והוציאו זה מדברי בעל הלכות גדולות וז״ל, והלכתא קטן שקדש אין קדושיו קידושין, ואם נשא אשה והוליד בנים ועדין לא הגיע לי״ג שנה ויום אחד אין קדושיו קדושין ואין כתובתו כתובה, אבל בניו הם כשרים ונקראים על שמו, ואם בא להוציא אין צריך ליתן גט, וכשיגיע לי״ג שנה ויום אחד יחזור ויקדש ויכתוב כתובה אחרת, ואסור לשהות עם אשתו בלא כתובה ובלא קידושין לאחר י״ג שנה ויום אחד, מפני שכתובתה הראשונה אין יכול לשעבדו בה נכסיו, אבל אם בא עליה לאחר י״ג שנה ויום אחד אף על פי שלא קדש ולא כתב לה כתובה אחרת ומבקש לגרשה צריכה ממנו גט שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ע״כ, ואמ׳ החכם ר׳ אליהו מן ההר דאין צריך להפרישן זה מזה דבעילתן לא הוי בעילת זנות, ואין צריך קדושין אחרים, דקנאה בביאה כשהגדילו זה עם זה, והביא ראיה לדבריו מפ׳ אלו הן הנשרפין ומשיאן נשים סמוך לפרקן עליו הכתוב אומ׳ כו׳, סמוך לפרקן שאני, אלמא דאין בעילתו בעילת זנות וקנאה בביאה כשהגדילו, ואף על גב דביבמות אמרי׳ קטן לא חולצין ולא מיבמין אשתו, משמע דנשואי קטן נשואי זנות הן, ואמרי בפ׳ חרש דקטן לא תקינו ליה נשואין, י״ל שהנשואין לאו נשואין גמורין הם מיהו לאו בעילת זנות הוא, דהא אמרינן קטן שהשיאו אביו כתובתה קיימת, מכלל דבעילתו לא הויא בעילת זנות, וכת׳ החכם הנזכר דנראה לו דהאי סמוך לפרקו תכף שיצא מכלל קטנות דהיינו בן תשע, אף על פי שרש״י לא פי׳ כן שהוא פי׳ שנה או חצי שנה קודם, ופי׳ רש״י ז״ל המשיא בתו לקטן, גדולה לקטן דאיכא משום ספות הרוה את הצמאה, ונראה לפי פירושו דקטן לקטנה ליכא איסורא, ואחזינן דכת׳ רש״י ז״ל בפ׳ המדיר גבי קטן שקדש ואם בעלו קנו, ואף על גב דבקטן שקדש ליכא למימ׳ בעל לאלתר דהא אין בעילתו קונה עד שיגדיל איכא למימר בקטן בן ט׳ שנים שביאתו ביאה אבל לקדש בכסף ובשטר אין לו יד, וקתני קנו דלשם קידושין בעל, ע״כ לשונו, מכאן יש ראיה דביאת בן ט׳ לשום קידושין קידושיו קידושין גמורין, ע״כ.

גם כאן לפי האבנ״מ צ״ל שיש דעת אחרת מקנה לו. אולם, אולי יש מקום לומר שכל הדין של קטן וגדול הוא הלכה למשה מסיני כמו שנמצא בשו״ת הרא״ש כלל טז סי׳ א; פי׳ ב׳ ברש״י אבות שם; שו״ת מהרי״ל סי׳ נא. ועי׳ ברכי יוסף או״ח סי׳ נה. אולם משמע מתוספות בסנהדרין (סט,א):

בידוע שאין לו גואלים - וא״ת דמשמע דקטן בידוע שאין לו גואלים משום דאינו מוליד וכן בפ׳ אין בין המודר (נדרים לה,ב) זאת תורת היולדת בין גדולה בין קטנה ופריך קטנה בת לידה היא מאי קושיא הא אמרינן לקמן בשמעתין דורות הראשונים היו מולידין בח׳ שנים ויש לומר דאף ע״פ שבדורות האחרונים נתנו חכמים סימן להבאת שערות לקטנה בת י״ב שנה ויום אחד ולקטן בן י״ג שנה ויום אחד בדורות הראשונים שהיו ממהרים להביא שערות היה זמן גדלות מקודם הרבה והא דקאמר לקמן וכי עבד בצלאל משכן בר י״ג שנה הוה דכתיב איש איש ממלאכתו התם רוצה להוכיח על דורות הראשונים דאפילו כי אזלת בתר דורות דהשתא לפי שלא תרצה להוכיח שנחשבים גדולים בפחות א״כ בעל כרחיך בר תליסר שנין הוה.

לפי פשטות דבריהם, אין כאן גזירת הכתוב אלא מציאות לפי הבנת חז״ל. ואולי לפי שיטה זאת ולפי מקורות יותר קדומים היה חילוק בין גדול למצוות לבין גדול לענין אישות, והקובע באישות הוא אם ביאתו שהיא ביאה, וממילא יש מעשה וחלות קידושין. ייתכן עוד שהיו שרצו להרחיב את זה לכל מעשי הקידושין מפני שהוקש כל ההוייות הדדי.

ג. לעיל הבאנו מדברי ר׳ חיים פלטיאל בפירושו לויקרא (כ,י) שהביא את הקושיה ובתירוץ הראשון העמיד הסוגיה ביעוד לבנו הקטן. וכעת נביא את התירוץ השני:

...ועוד י״ל דהוה אמינא דנהי דקידושי קטן לא הוו לגמרי קידושין מיהו כיון דאמ׳ קטן שנשא אשה והגדיל אינה צריכה הימינו כתובה דעל מנת כתובה הראשונה קיימא, מידי דהוה אגוי דאמ׳ את אשת רעהו פרט לאשת גוי אף על גב דגוי לאו בת תפיסת קדושין מיהו כיון דאיכא עשה ודבק באשתו, ולא באשת חבירו הוה אמינא ליקטול עלה קמל״ן.

התירוץ השלישי הוא שהקטן עשה את מעשה הקידושין. לפי ר׳ חיים פלטיאל יש חלות אישות מסוימת שלא מצריכה כתובה, ובזה יש חידוש, וכבר נמצא דין זה בשטמ״ק כתובות צ,א בשם רש״י במהדו״ק (= ריב״ן):

מתני׳ ה״ג קטן שהשיאו אביו. וכתב אביו לאשתו כתובה גדולה בשמו של קטן כתובתה קיימת לכשיגדיל ואפי׳ התוספת ואף על פי שאין מעשה קטנה כלום. שעל מנת כן קיימה לכשיגדיל ולא ערער על

כתובתה. וכן גר שכתב כתובתה גדולה לאשתו בגיותו ונתגייר כתובתה קיימת ואפי' תוספת ואף על פי שקנין הגוי אינה כלום מפני שעל מנת כן קיימה בכניסתו ליהדות. רש"י ז"ל במהדורא קמא.

דבריהם אלו הם כנגד שיטות הגאונים כמו שכתוב בספר הלכות גדולות סי' לב – עמ' שמב:

והילכתא (יבמות קיב,ב) קטן שקידש אין קידושיו קידושין, ואם נשא אשה והוליד בנים ועדיין לא הגיע לשלש עשרה שנה ויום אחד אין קידושיו קידושין ואין כתובתו כתובה, אבל בניו כשירין הן ונקראין על שמו, ואם בא להוציא אין צריך ליתן גט, ולכשיגיע לשלש עשרה ויום אחד יחזור ויקדש ויכתוב כתובה אחרת, ואסור לשהות את אשתו שעה אחת בלא כתובה וקידושין אחר שלש עשרה שנה ויום אחד מפני שכתובה ראשונה אין משתעבדין, (כתובות עג,ב) ואם בא עליה אחר שלש עשרה שנה ויום אחד, אף על פי שלא קידשה ולא כתב לה כתובה אחרת ומבקש לגרשה, צריכה הימנו גט, שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות.

וכן הוא בספר הלכות קצובות שימוש בית דין. וכן הוא בשטמ"ק כתובות צ,א בשם מהרי"ט:

והר"י מטראני כתב וז"ל קטן שהשיאו אביו וכו' שעל מנת כן קיימה ולא אמרינן כיון שאין נישואי קטן כלום גם מה שכתב לה בעודו קטן אינו כלום ועכשו כשהגדיל והיא תחתיו הויא לה ככונס את הבעולה שאין לה אלא מנה אלא אמרינן כיון שכתב לה מאתים בעודו קטן עכשו כשהגדיל וקיימה על דעת אותה הכתובה קיימה ודוקא אם הגדיל אבל אם מת בעודו קטן אין לה כלום שאין נשואי הקטן נשואין ואין כתובתו כתובה וכמפותה בעלמא היתה עמו ודוקא אם כתב לה כתובה בקטנותו אבל אם כנסה בקטנותו ולא כתב לה עכשיו כשהגדיל וקיימה אין לה אלא מנה כבעולה שאין לומר כאן על דעת כתובה הראשונה קיימה שהרי לא כתב לה ע"כ:

ברור שעמדת הגאונים משתקפת בדברי בה"ג ומהרי"ט וקטן אינו יכול לעשות מעשה קידושין, וממילא אין שום חלות אישות וממילא אין שום כתובה, ושהגדיל צריך לכתוב כתובה מחדש. אולם לפי הריב"ן וכן ר' חיים פלטיאל משקפים השיטה באי"י ונמצא במקצת גאונים שהקטן יכול לעשות

מעשה קידושין עם חלות קידושין, וממילא לא הורגים על פי אישות כזה, אבל יש די אישות כדי לומר שהכתובה היא כתובה.

ד. למדנו במשנה (יבמות ז,ה): "האונס והמפתה והשוטה לא פוסלים ולא מאכילים..." ופריש ר' עובדיה מברטנורא שם: "והשוטה - אפילו ע"י חופה וקידושין לא פוסל ולא מאכיל, שאין קנינו קנין." והוא הדין לקטן! ורע"א בתוספותיו למשנה שם שהקשה על הטור יורה דעה הלכות תרומות ומעשרות סימן שלא: "בת כהן נשואה לישראל חרש שוטה וקטן פוסלה", הרי אין קנין לשוטה וכן לקטן ואם כן למה הם פוסלים בת כהן מלאכול בתרומה? רע"א הפנה לדברי הנו"ב (מהדו"ת יו"ד רב), שגם שאל על נשואי שוטה לבת כהן, ולענייננו כתוב שם בענין קטן:

> אבל מ"מ קשה על הטור היאך תני דקטן פוסל הא בקטן לא תיקנו חכמים קדושין כדמפורש בריש פ' חרש וא"כ משום קנין אינו פוסל ומשום חשש שמא היא מעוברת נמי לא שייך בקטן דהא מקטן לא מיתעברא. והנה הדבר הזה הוא תמוה ביותר על הטור וצריך נגר למפרקינהו אם לא שיש לומר כדעת הב"ח באה"ע סי' א ובסי' מג דכתב דהטור סובר דבקטן אחר י"ב שנים אביו יכול להשיא לו אשה והוי הקדושין מדרבנן ע"ש בב"ח. וא"כ י"ל דהטור איירי בקטן שהוא אחר י"ב שנים. וידעתי שהוא דוחק קצת דלא הוה ליה להטור לסתום אלא לפרש.

ייתכן ובדברי הטור משתקפים דברי השיטה הקדומה מארץ ישראל ונמצא גם בגאונים וגם באשכנז שקטן יכול לעשות מעשה וחלות קידושין וממילא הוא יפסול את בת הכהן מלאכול בתרומה.

יא. סיכום

אם כנים דברינו ויש שיטה כזאת שקטן יכול לעשות מעשה וחלות קידושין באיזה דרך שהוא, אזי יש מקום ללמוד את המדרש הלכה שהובא בתחילת המאמר כפשטותו (קידושין יט,א): "תא שמע: (ויקרא כ) איש - פרט לקטן, אשר ינאף את אשת איש - פרט לאשת קטן". כך ללמוד גם הספרי בפרשת מוציא שם רע. כעת לא צריכים לחפש אוקימתות למיניהם איך יש אישות בקטן, אלא מכיוון שקטן יכול לייצר אישות ע"י קידושי ביאה ואולי גם בכסף ובשטר, אז יש חלות דין אשת איש כאן וממילא זה היה יוצר חיוב מיתת בית דין למי שבא על אשת קטן, קמ"ל שאין כאן חיוב מיתה מפני שיש פטור מיוחד באשת קטן. למעשה, כך למד ר' חיים פלטיאל: קס"ד מכיוון

שקטן יוצר אישות לכל הפחות לענין כתובתו, הייתי חושב שהבא על אשת קטן במיתת בית דין, קמ״ל שאין מספיק חלות אישות בקטן כדי לחייב מיתה לבוא על אשתו. ולפי הפירושים האחרים: קמ״ל שלמרות שיש אישות, ואפילו מליאה, אין - לבא על אשתו - חיוב מיתת בית דין.

הרב יוסף שליט

קידושין שאינם אוסרים

ראשי הפרקים

א. מבוא

ב. אסרה אכולי עלמא כהקדש

ג. הרי את מיוחדת לי

ד. קנינו והקדשו באים כאחד ה. עד הצריך שבוע

ו. עידי קיום בקידושין

ז. קידושי עובר

ח. איסור קטנה מבת ג׳

ט. קידושין לאחר ל׳

י. קידושי חוץ

יא. סיכום

א. מבוא

מבואר באחרונים[1] שישנם שני דינים בקידושין.

א. ישנו קשר של אישות שנוצר ע״י מעשה הקידושין ובזה פוקע מהאשה איסור קדשה[2]..

ב. הקידושין אוסרים את האשה באיסור א״א על כל העולם. ומונעים אפשרות של קידושי האשה לאיש אחר.

---

[1] פנ״י קדושין סו (מובא לקמן), והגרש״ש קידושין יא, קה״י קדושין יג, קונטרסי שיעורים קדושין א ועוד.

[2] בין לרמב״ם שפלגש אסורה להדיוט ובין לראב״ד שהותרה, חייבת האשה להיות מיוחדת לבעלה לאישות.

ויש לדון ביחס שבין שני חלקי הקידושין האם תלויים זה בזה ומעכבים זה את זה או שיש אפשרות להחיל רק חלק אחד של הקידושין אף במקום שלא יחול החלק השני.

ונתעוררתי לדבר זה במעשה רע שנעשה שאדם קידש אישה ברבנות על מנת לקבל אזרחות ארץ מוצאה של האשה. והדבר היה ידוע לעדים בזמן הקידושין שאין כוונת האשה לפרוש מאיש אחר שחיה איתו אך לא היה ידוע להם אם לא נתכוונה גם להתיחד אם זה שנתקדשה לו.

ויש לעיין אם למפרע מתברר הדבר אם אפשר לבטל הקידושין הללו להציל מאיסור ממזרות וכו'.

שכן שם כלל לא היתה כוונת האשה להאסר על העולם כבכל קדושין אלא יתכן שכוונתה רק להיות נשואה ברבנות ואפשר שכלל לא התכוונה לקידושין ודומה הדבר לקידושי שחוק.[3]

במאמר זה ננסה למצוא מקרים בהם ישנה חלות קידושין גם ללא מציאות של איסור. ובזה יתברר שדעת להתקדש בלי דעת להאסר ג"כ חשובה כדעת לקידושין.[4]

ב. אסרה אכולי עלמא כהקדש

הגמ' בקידושין ב,ב מבארת שאף שבלשון התורה נקראת פעולת הקידושין בלשון קנין חכמים שינו הלשון להקדש. ומבארת הגמ' שלשון חכמים לקידושין משמעותו "דאסר לה אכ"ע כהקדש".

מפשטות לשון הגמ' אפשר להבין שהשוני בין קונה למקדש הוא רק שוני לשון. אך א"כ יש להבין מדוע שינו חכמים הלשון הרי משמעות לשון הקדש שונה מלשון קנין?

ובתוס' שם ד"ה דאסר לה אכ"ע כהקדש מסבירים את לשון הקידושין וכתבו[5] שלשון הקדש בקידושי אישה מתבאר בשתי צורות:

---

[3] ועיין בפסק מו"ר המנחת אברהם (ב,ח) בענין קידושי שחוק ואומדנא בדעת לקידושין.

[4] ועי' בדברי הגרש"ש (שם ד"ה ושיטת) שהסתפק בכוונה הנצרכת בקידושין עי"ש.

[5] וז"ל: "והרי את מקודשת לי כלומר להיות לי מקודשת לעולם בשבילי כמו (נדרים מח,א) הרי הן מקודשין לשמים להיות לשמים ופשטא דמילתא מקודשת לי מיוחדת לי ומזומנת לי ומיהו אם היה אומר טלית זו מקודש לי אין נראה שיועיל דגבי אשה במה דמתיחדת להיות לו היא נאסרת לכל אבל בככר וטלית לא שייך למימר הכי."

א. לשון שייכת לבעל כמו שהקדש שייך לשמים. וא״כ לשון זה דומה במשמעותו ללשון התורה ״האשה נקנית״ משמעותו שיש לאיש קנין באשה בכך שמיוחדת לו.

ב. לשון מקודשת מבטאת את איסורה של האשה כרכוש הקדש שאסור לכל העולם. ועצם לשון התורה שיש לאיש קנין לא מבטא את איסור האשה לעולם אלא דוקא לשון הקדש.

ולכאורה מבואר שהנפ״מ בין תירוצי התוס׳ היא האם מציאות האיסור בקידושין היא בסיס לחלות הקידושין. שכן אם לא אסרה לעולם לא קרויה מקודשת. או שהאיסור הוא רק תוצאה מהקנין שהוא עצם החלות של הקידושין ומקודשת לשון מיוחדת.

ובתוס׳ רא״ש שם מבאר לשון הגמ׳ שנאסרת האשה כהקדש. ומביא שם דברי הרמ״ה[6] בהגה שלא כדברי התוס׳ שהקדושה באשה היא האיסור שנאסרת האשה בשביל הבעל אלא הקדש כמו בקודשים שהגדרת ההקדש היא שאסורה לחלק מן העולם ומותרת לאחרים כקודשי קודשים שמותרים לכוהנים והמורם מקודשים קלים שמותר לבעלים. ולדברי הרמ״ה נראה יותר שחלות הקידושין היא עצמה האיסור לעולם.

וע״פ הנ״ל יש לבאר האם גדר הקידושין כולל גם את האיסור לעולם והוא מעכב בחלות הקידושין או שעצם הקידושין הוא הקנין כלשון התורה ואין חלות האיסור חלק ממציאות הקידושין.

ג. הרי את מיוחדת לי

הגמ׳ בקידושין ו מסתפקת באדם שמקדש אשה בלשון הרי את מיוחדת לי אם לשון זו היא לשון קידושין ונשארת בתיקו. ובעצמות יוסף ב,ב ד״ה דאסר לה הקשה על דברי התוס׳ הנ״ל שלשון מקודשת לי משמעו מיוחדת לי. מה הסתפקה הגמ׳ במיוחדת לי הרי לשון קידושין שחכמים תיקנו היא לשון במשמעות של מיוחדת לי? ומתרץ שם שספק הגמ׳ הוא במיוחדת לי בגלל שאף שמיחד האשה אליו עדין יכול אחר גם לקדשה ולכן זה ספק קידושין.

---

[6] וז״ל: ״דאסר לה אכולי עלמא כהקדש וכו׳. והא דקאמר הרי את מקודשת לי כלומר מקודשת לכל העולם בשבילי כמו הרי הן מקודשות לשמים כמו להיות לשמים (פירוש כגון קדשי קדשים שמותרים לכהנים שבזכרי כהונה ואסור לזולתן וכגון מורם קדשים קלים שמותרי׳ לנשיהם ולבניהם ואסור לאחרים אף אשה זו כיון שנתקדשה הותרה לבעלה ונאסרת לאחרים. הרמ״ה ז״ל)״.

אך בלשון מקודשת יש גם משמעות שהאשה מיוחדת למקדש וגם שנאסרת לכל שאר העולם ולכן בלשון מקודשת ודאי תופסים קידושין.

ומדבריו אלו מבואר שכאשר מעשה הקידושין אינו יוצר איסור לכל העולם אלא רק מגלה שהאשה מיוחדת לאיש, זהו ספק בגמ' האם צריך בשביל חלות הקידושין שתיאסר לאחרים.[7]

אך מביא שם תירוץ נוסף שהספק בלשונות הגמ' הוא רק האם האשה מבינה את לשון מיוחדת אך אם ברור שהאשה מבינה ודאי שתהיה מקודשת כמו בלשון הרי את מקודשת. ולפי זה לא צריך להגדיר את האיסור לעולם כחלק מהגדרת הקידושין.

ד. קנינו והקדשו באים כאחד

הגמ' בקידושין מבארת שהמשנה כתבה האשה נקנית ולא האיש קונה כדי להשמיע שאין האיש קונה את האשה בע"כ אלא רק מדעתה. ובתשב"ץ (ב,סז) ביאר שבלשון האיש מקדש אין הו"א שיוכל לקדשה בע"כ.[8]

ובגליוני הש"ס קידושין ב,א מבאר דבריו שאם היתה כותבת המשנה לשון "האיש מקדש" היינו יודעים לבד שצריך להיות שלב של קנין קודם מדעת האשה שכן כל עוד שהאשה לא נקנית לבעל אין בידו להקדישה שהרי אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו. אך במה שנזכר לשון האיש קונה מבואר שעצם הקידושין אינם פעולת ההקדש אלא הקנין ובזה היה אפשר לחשוב שקונה אותה ע"כ.

ומדברי התשב"ץ האלו מתבאר שבכך שאנו קוראים לקנין האשה בשם 'קידושין' יש גילוי שעצם חלות הקידושין הוא רק האיסור לעולם וזו חלות

---

[7] ובדף יא,ב שואלת הגמ' למה לב"ה אפשר לקדש בפרוטה ולא צריך כסף צורי. ובעצמות יוסף (שם ד"ה והרי קדושי אשה) הקשה למה הגמ' לא מבארת שלומדים קידושי אשה מהקדש שנלמד מגז"ש שהוא בפרוטה ולא בכסף. וקידושי אשה הם כהקדש; ומתרץ וז"ל ונראה דהא דאמרינן דאסר לה אכולי עלמא כהקדש הוא מדרבנן...". ומבואר שמדאורייתא אין קידושי אשה דומים להקדש וקשה קצת שבדבריו בדף ב. נראה שזה גדר בקידושין; והרב גוסטמן (בקונטרסי שיעורים קידושין א,א) חולק על דברי העצמות יוסף ומבאר שלשון הקדש בקידושין היא מדאורייתא.

[8] וז"ל: דאלו תנא לישנא דקדושי הוה מצי למיתני האיש מקדש ושמעינן שפיר מינה דאינה מתקדש' אלא לדעתה שאין אדם אוסר דבר שאינו שלו בהקדש ואשה אינה נאסרת בהקדש אלא מפני שקנא' האיש מדעת' והויא שלו וקנינו ואיסורו באין כאחד אבל השת' [דתני] לשון קנייה אי הוה תנא האיש קונה הוה שמעינן מינה דאשה מתקדשת שלא לדעת' שהרי כל קניות כך הם שאדם קונה מה שאינו שלו ועל כרחו של הדבר הנקנ'.

נפרדת מהקנין באשה. שכן הקנין של הבעל הוא שלב מקדים ליכולת שלו "להקדיש" את אשתו ולאסרה לעולם.

והמהר"י ענגל בגליוני הש"ס שם חולק על התשב"ץ שצריך קנין האישה לפני שתאסר כהקדש ומבאר ע"פ מה שכתב הר"ן[9] בנדרים ל שאין במעשה הקידושין חלק לאשה שכן האשה מפקירה את עצמה לגבי הבעל והוא קונה אותה לבדו. ובזה מישב הר"ן מדוע רצון האשה להתקדש לא חשוב כחיסרון של "כי יקח ולא כי תלקח". ולפי דברי הר"ן מבאר הר"י ענגל שהקנין והקידושין חלים בבת אחת שכן בתוס' בנדרים לד מבואר שאדם יכול להקדיש ככר של הפקר אם בידו לקנותו. ובכך שמקדיש החפץ גם קונה אותו לצורך ההקדשה ו"קנינו והקדשו באים כאחת".

וא"כ נראה שלדרכו של גליוני הש"ס מהות הקידושין היא האיסור לעולם שחל יחד עם הקנין של הבעל באשה ובעצם הקנין של הבעל הוא בכך שמקדיש את האשה ואוסרה על כל העולם.

נמצנו למדים שנחלקו האם בקידושין ישנו שלב מקדים של קנין הנפרד מאיסור האשה לעולם, או שהקנין והאיסור באים כאחד.

מעתה יש לעיין אם במקום שאין דעת המקדש והמתקדשת ליצור איסור לעולם לדעת התשב"ץ לכאורה עדין נותר הקנין. אך לדעת גליוני הש"ס אפשר שאין קנין בלי איסור לעולם.

ה. קידושי שוטָה

רבי יצחק שמעלקיס נשאל בבית יצחק אבה"ע ה אודות אדם שקידש אישה שדעתה קלושה. ואשה זו יש בה דעת לקנין שכן היא בגדר צרור וזורקו אגוז ונוטלו. אך ברור שלא תשמור עצמה מאיסור עם אנשים זרים. ורצה הרב השואל לטעון שהואיל ולא מתכוונת להאסר לכל העולם לא חלים הקידושין כלל.

הבית יצחק כותב שהקידושין חלים אף שבפועל לא תנהג האשה באיסור לכל העולם. ואין לדייק מלשון קידושין שרק במתכוין לאוסרה מתקדשת שכן גם בלשון מיוחדת מבואר בש"ס שספק מקודשת אף שלא כולל לשון איסור. וכן

---

[9] וז"ל שם: "אלא מכיון שהיא מסכמת לקדושי האיש היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו הלכך אין אנו דנין בקדושין מצד האשה אלא מצד הבעל."

מביא ראיה לכך מפסק ההגה״מ הובא ברמ״א כז,ה וז״ל: ״מי שאמר לאשה שנותן לה בשביל אהבה וחבה, חוששין לקדושין, כי שמא אמר שנותן לה שיהיה אהבה וחבה ביניהם, והוי כאילו אמר לה: מיועדת לי או מיוחדת לי״. מבואר שגם בלשון שאין בה משמעות לאיסור חלים הקידושין.

ומבואר בדעת הבית יצחק שאף אם לא חל האיסור לעולם יכולים לחול הקידושין וגם האשה הנ״ל תהיה מקודשת אף שלא כיוונו לדבר.

אך לכאורה היה אפשר לדחות ראיות אלו שאף שבלשון מיוחדת לא אומר שמתכוון לאסור האשה ברור שזו כוונתו שתהיה אסורה לכל העולם. אך באשה שוטה שברור שלא תשמור עצמה מלזנות לא יחולו הקידושין כי אין כוונתה להאסר לעולם.

ו. עדי קיום בקידושין

בגמ׳ סו,א ״אמר רב יצחק בר שמואל בר מרתא משמיה דרב: המקדש בעד אחד - אין חוששין לקידושיו, ואפילו שניהם מודים״. ומבואר ברשב״א ועו״ר שהסיבה שאין קידושין כששניהם מודים לפי שהעדים בקידושין הם ״מקיימי דבר״ ונצרכים עדים בשביל עצם החלות של הקידושין.[10] ואין אלו עדים כבממון שלא איברו סהדי אלא לשקרי אלא העדים הם עדי קיום ובלעדיהם הקידושין לא חלים.

ובקצוה״ח רמא הקשה מנלן לחדש שיש גדר של קיום בעדי גו״ק הרי כל הצורך בעדים נלמד מהיקש דבר דבר מממון וכמו שבממון צריך עדים רק במקום שיש הכחשה בין בעלי הדין כך גם היה צריך להיות בגו״ק? ומבאר קצוה״ח שם שבאמת גם בממון היה צריך להצריך עדים לקיום אלא שהודאת בעלי הדין שמסכימים ביניהם על המקח חשובה כעדות קיום. ורק בגו״ק לא מספיק בהודאה וצריך עדים לקיים. שכן מבואר בגמ׳ בקידושין סו שהודאה בגו״ק חשוב חב לאחריני ואין בהודאת האיש והאשה גדר הודאת בע״ד.[11]

---

[10] ועיין ברשב״א שם שמחלק בין עדי קידושין לעדי גט. ורוצה לבאר שעדי הגט אינם מקיימי דבר. ועיין בקצות שם.

[11] ועיין בקה״י קידושין מז מה שמקשה ומבאר בדברי הקצות.

אך מצינו בפני יהושע בקידושין שם שהקשה כקושית קצוה״ח וכתב[12] שלעולם עדי קידושין לא נלמדים בגז״ש דבר דבר מממון אלא רק לענין לאסור למי שאינו יודע אם נתקדשה.ובזה לומדים שצריך שני עדים להוציא מחזקת פנויה כמו בממון. אך דין עדי קיום בקידושין נלמד מסברא ולא מהיקש שכן לא יתכן להחיל קידושין כאשר אין עדים שיגלו את איסור האשה לעולם הואיל וכל החלות בקידושין היא זה שנאסרת לעולם.

ומתבאר שעדי קיום בקידושין נועדו להודיע האיסור לעולם וזוהי עצם החלות של הקידושין ובלי עדות זו אין זה מעשה קידושין.

ומדברי הפנ״י הללו עולה שבקידושין בהם אין מציאות של איסור לכל העולם אין זו חלות קידושין ודומה למקדש בלי עדי קיום. ושוב יש לעיין האם מצב בו האשה לא מתכוונת שתאסר על העולם אם זהה למקום שאין עדים ולא יתפסו הקידושין.

ז. קידושי עובר

הרמב״ם אישות ז,טז כתב:

> האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה הרי היא מקודשת לי בזה לא אמר כלום, ואם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר העובר הרי זו מקודשת, ויראה לי שצריך לחזור ולקדש אותה מאביה אחר שתיולד כדי שיכניס אותה בקידושין שאין בהן דופי.[13]

---

[12] וז״ל שם ״דודאי עיקר ג״ש דדבר דבר לאו לענין שניהם מודין איירי אלא לענין אם אחד מהם מכחיש או למי שאינו יודע כמו שאבאר בסמוך גבי אשתך זינתה בעד אחד וכן לענין דכל לאפוקי מחזקה קמייתא בעינן שני עדים דוקא דומיא דממון אלא דהא דלא מהני בקידושין אף בשניהם מודין ממילא אתיא לן מסברא דכיון דעיקר ענין קידושין היינו לאסרה אכולי עלמא כהקדש דליקו עלה באיסור וחזקת אשת איש והכא כיון דלענין לחייב לאחריני לא מהני הנך קידושין לפי שאינן יודעין כלל מקידושין והיא בחזקת פנויה לגבי אחרינא מג״ש דדבר דבר כדפרישית ממילא דלא הוו קידושין כלל אף לגבי דנפשייהו שאין קידושין לחצאין, כן נראה לי נכון.״

[13] והראב״ד משיג על הרמב״ם שם וז״ל: ״א״א לפי ההלכה לא נאמר הוכר עוברה מקודשת אלא לדעת ר׳ אליעזר בן יעקב דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ולית הלכתא כוותיה״. וכן נראה מפסיקת הרי״ף והרא״ש שהשמיטו כל הסוגיא של המקדש עובר. וכ״מ בב״ש מ,יב. ועיין בגר״א שם אות ט שהביא מפ׳ המשניות לרמב״ם שנראה שתפיסת הקידושין היא להחמיר ואולי מדרבנן. אך מלשונו בהלכות ומלשון השו״ע נראה שתופסים קידושין מדאורייתא.

ומחדש הרמב״ם שיש תפיסת קידושין בעובר אף כשלא הגיע לעולם. ומבאר ה״ה שהרמב״ם סובר שהעובר חשוב כבא לעולם אם כבר הוכר עוברה ולכן שייך שיתפסו הקידושין.

אך בלח״מ ועוד אחרונים מקשים מדברי הרמב״ם בהלכות מכירה כב,י שם פסק ״כשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כך אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם, ואפילו עובר הרי הוא כמי שלא בא לעולם, והמזכה לעובר לא קנה, ואם היה בנו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו קנה.״

ומבואר שעובר חשוב דבר שלא בא לעולם וא״כ איך פסק הרמב״ם שתופסים בה קידושין?[14]

ובאגרות משה (א,פא) מבאר שיטת הרמב״ם שהקידושין מורכבים משני חלקים כנ״ל.[15] ובעובר רק האיסור לעולם יכול לחול וכמו בהקדש שחל על העובר אך החלק של קנין האישות לא שייך בעובר.

---

[14] ועיין בח״מ מ,יד שרצה לתרץ דברי הרמב״ם שהואיל והאב מקדש את ביתו והוא בעולם אין זה דומה למזכה לעובר. אך נשאר בצ״ע לבסוף שבסוגיא מבואר שבהוכר העובר אם אפשר למכור אותו אפשר גם לזכות לעובר והשו״ע היה צריך להביא שהרמב״ם חולק גם בדין מכירת עובר בהמה וגם בדין המזכה לעובר.

ועלה בדעתי לולי דברי המפרשים לבאר דברי הרמב״ם בדרך חדשה מדוע קידושין תופסים בעובר. שכן מבואר ברמב״ם (נדרים ב,יד) שהפקר הוא כנדר. ועיין בקצות ריא שלב״ח יכול להפקיר דבר שלא בא לעולם משום שהוא כנדר והקצות חולק שלא חל הפקר בדבר שלא בא לעולם. (ועיין באו״ח תנב בט״ז אות ו ומשב״ז שם שנחלקו בדבר). ובשער״י ה,כג ביאר שחלות הפקר חלה על החפץ ולא כנדר גמור שחל במה שלא בא לעולם אלא דומה לצדקה והקדש.

וא״כ ע״פ דברי הר״ן בנדרים ל שבקידושין האשה מפקירה את עצמה ואח״כ הבעל קונה אותה אפשר לבאר שאע״פ שבקידושין רגילים כל החלות נעשית באותו מעשה קנין כשמקדש עובר הקידושין הראשונים פועלים רק שהאב מפקיר את העובר כלפי המקדש אך הוא לא קונה את האשה עד שתיוולד ולכן צריך לחזור ולקדשה שוב בשביל לקנותה. והדברים מאירים מאוד ע״פ חידושו של הגר״ש פישר בבית ישי שדבר שאינו ברשות מצד המציאות אי אפשר להקנותו רק מצד חסרון יכולת הקונה לקנות. ולפ״ז מבאר שאפשר שבי״ד יפקירו בהפקר בי״ד גם דבר שלא ברשותו של אדם עי״ש. ולדברינו מבואר שגם בקנין אשה בקידושין את שלב ההפקר אפשר ליצור כשעדין לא חשובה שבאה לעולם. אך אך להקנות אי אפשר שכן זהו חיסרון מצד הקונה ודוק.

[15] וז״ל: ״ולולא דמסתפינא הייתי אומר דבר חדש דהרמב״ם סובר דיש חלוק בין עצם הקנין שיהיה מותר בה כמו באשתו ובין האיסור שנעשה לאחרים ע״י הקידושין של זה. דלענין הקנין הוא כקניני ממון שאין מקנה דבר שלא בא לעולם אף בהוכר עוברה... ולכן אינה קנויה לו עדיין בקנין אישות אבל לענין האיסור שנעשה מקידושין מהני גם קידושין אלו שנעשו כשהיתה עובר שהוכרה. והטעם דהרי חזינן בתוס׳ ריש קידושין דלשון מקודשת הוא משום האיסור שנעשה בהקידושין ומפרשי בפי׳ א׳ שעושה הקידושין בזה שאוסרה אכו״ע בשבילו ובפי׳ שני מפרשי מקודשת הוא פירוש מיוחדת באשה שנעשית

ומבואר מדבריו שיש אפשרות להפריד בין שני חלקי הקידושין. ובזמן שאדם מקדש עובר אע״פ שאין קנין תופס בעובר בגלל שחשוב דשלבל״ע חלות האיסור תופס בעובר. וכמו באדם שמקדיש עובר שחל ההקדש כך יחול דין הקדש של קידושין על העובר לאסור על כל העולם. אך לא יחול החלק הקניני שהאשה (העובר) מיוחדת לבעלה.[16] ובשביל להחיל את הקנין לאישות צריך הבעל לקדשה בשנית אחר שהאשה תיולד.[17]

וא״כ לדבריו שוב מצאנו מציאות שהאיסור בקידושין חל בלי קנין הקידושין. אך לגבי החלת חלות של יצירת קנין אישות לבעל בלי איסור לעולם מבאר האגרו״מ שכן תאסר על העולם משום מתנה על מה שכתוב בתורה.

והעולה מדבריו לנדו״ד שאפשר שאף שאין החתן והכלה מתכוונים שתאסר האשה על העולם, עצם הקנין לאישות חל וממילא גם יווצר איסור על העולם. וכן נראה שגם במקום שבפועל לא מכוונים החתן והכלה להחיל איסור לעולם מכוונים לחלות קנין קידושין.

ח. איסור קטנה מבת ג׳

הלכה פסוקה היא שביאת פחות מבת ג׳ שנים לא חשובה ביאה ואם היתה ביאה כזו אין מתחייבים עליה עונש כמבואר במשנה נדה מד,ב. ובפשטות ההבנה היא שאף שהאשה אסורה אין מעשה הביאה חשוב ביאה וכעין אכילת איסור שלא כדרך שלא חשובה אכילה.

אך בתוס׳ ישנים (יבמות יג,ב ד״ה וא״ת) מבארים בשם הקדוש מראי״ש שרק כאשר האשה מגיעה לגיל שלוש חל עליה שם ערוה ולפני כן כלל לא חשובה ערוה. וז״ל שם ״ותירץ הקדוש מראי״ש... וכולהו עריות דמתני׳ נמי משכחת

אסורה מזה... ונמצא שנעשה בהקידושין שני דברים אחד שנעשית קנויה לו לאישות ושנית שנאסרה לעלמא והיה אפשר בעצם להעשות גם רק דבר אחד מהם אם לא מדין מתנה ע״מ שכתוב בתורה... ולכן אם יהיה מציאות גם לדין האיסור לעלמא מצד מעשה הקידושין ולא הקנין נמי לא היה מעכב והיתה אסורה לעלמא בשבילו אף שאינה קנויה לו. ומציאות זה סובר הרמב״ם הוא בעובר שהוכרה שתנן שמקודשת שלענין קנין לא שאני מכל קנין שלא קנה בעובר אף שהוכר אבל הוא מעשה קידושין לענין להאסר לעלמא דהא חזינן שקדושת הגוף חל על עוברין בתמורה דף כד...״.

[16] ושם בסוף התשובה מבאר שבאמת לאחר הקידושין של העובר שנאסרה לכל העולם כבר לא יהיה לעליו איסור זונה וביטול העשה של הקידושין. אלא שצריך לקנותה כדי לקים מצות קידושין שיקח אשה בקנין וזו כוונת הרמב״ם ״קידושין שאין בהם דופי״.

[17] וכדברי האגרו״מ מבואר בהעמק שאלה שאלתא קסה אות א׳ עיי״ש.

לה בבת אחת כגון בתו שקדש בתו לאחיו פחותה מבת ג׳ שנים וחלו אשת אח ובתו יחד שאינה חשובה ערוה עד שתהא בת ג״ש וכלהו בכה״ג״.

בספר משאת משה (קידושין ס,א) רוצה לחדש על פי התו״י הנ״ל שבקידושי קטנה פחות מג׳ שנים אין איסור לכל העולם כי אין ביאתה ביאה. ולא שיש איסור רק שאין יכולת לעבור עליו שלא חשוב ביאה אלא כלל לא חל עליה שם ערוה. ומה שאביה יכול לקדשה מיד משנולדה זה רק ליצור הקנין אישות בלי האיסור לעולם. וכשתגיע לגיל שלוש יחול עליה האיסור משום שקנויה לאישות לבעל.

ולפי דבריו מבואר שמצאנו קידושין בהם ישנו רק קנין לאישות ולא חל האיסור לעולם ואין האיסור לעולם תנאי לחלות הקידושין. וע״פ זה אפשר שגם במקום שאין האיש והאשה מתכוונים להאסר על העולם חלים הקידושין מצד עצם הקנין של האישות והאיסור חל אח״כ.

אך כמובן שאין הכרח בהסבר הנ״ל שכן אפשר לבאר שבקידושי בת ג׳ שנים כן חל איסור לכל העולם מיד[18] רק שלא עובר עליו מי שבא עליה כיון שלא חשוב ביאה וכנ״ל.

ט. קידושין לאחר ל׳

מבואר בקידושין נט שהמקדש אשה לאחר ל׳ יום משהגיע הזמן מקודשת. ולדעת רב בגמ׳ גם המקדש מעכשיו ולאחר ל כוונתו בספק אולי חוזר בו שיחולו הקידושין לאחר ל. אך לדעת ר׳ יוחנן אם קדשה אחד מעכשיו ולאחר ל ואחר קידשה לאחר כ׳ מקודשת לשניהם ואפילו מאה תופסים בה.

וברמב״ם אישות ז,יב פסק:

> האומר לאשה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר שלשים יום בדינר זה ובא אחר וקידשה בתוך השלשים יום הרי זו מקודשת מספק לשניהם, לפיכך שניהם נותנין גט בין בתוך השלשים יום בין לאחר השלשים יום.

ומפשטות לשון הרמב״ם נראה שאם קידשה אחד מכאן ולאחר ל יכול לתת גט בתוך הל יום.

---

[18] ועיין לקמן במה שיובא דברי הקה״י שקידושין יכולים לחול מיד על הזמן שלאחר כך. ולפ״ז אפשר שגם במקדש קטנה אוסר את הזמן של אחר ג׳ שנים ושוב יש בקידושין אלו איסור לעולם מיד.

ובב״ש מ,ח הביא שהרא״ש קדושין ג ביאר שהרמב״ם פסק כרב שמעכשיו ולאחר ל זה ספק אם חזר בו ומקדשה רק לאחר ל. ומדייק מכך הב״ש שיוצא שלדעת הרא״ש מה שכתב הרמב״ם שאפשר לתת גט בתוך ל׳ יום ז״א שאפשר לגרש את האשה עוד לפני שחלו הקידושין.

ובמשנה למלך (גירושין ו,ג) דן אם יכול המקדש אשה לאחר זמן (בלי ״מעכשיו״) לגרשה לפני שהגיע מועד הקידושין. ומסברא רוצה לבאר שאפשר לגרשה ואין בזה חסרון דשלבל״ע וכמו שיכול לקדשה יכול לגרשה ולכשיגיע הזמן תהיה מגורשת.

אך מביא שם את תשובת הרשב״א (תשז) שמסיק מדברי הירושלמי (קידושין פ״ג ה״א) שאין אפשרות לגרש אישה לפני שחלו הקידושין.

ולכאורה אם הבעל נותן גט לפני חלות הקידושין יוצא למעשה שהקידושין לא אסרו האשה כלל שכן הותרה לעולם לפני שנאסרה. וא״כ לשיטת הרא״ש ברמב״ם ולסברת המל״מ גם קידושין שלא יוצרים איסור לעולם יכולים לחול ולבסוף האשה חשובה כמקודשת ומגורשת שאסורה לכהונה. וקידושיה וגיטה באים כאחד. וא״כ מבואר שאיסור לעולם אינו תנאי בחלות הקידושין.

אך מדברי הירושלמי וכמסקנת הרשב״א בתשובה מתבאר שאין אפשרות לגרש אשה שעוד לא נשאה. ואם היינו מבארים שהפסול בגט הוא מצד שמבטל חלות הקידושין אז היה מדויק מהירושלמי שהקידושין צריכים להחיל איסור על האשה.

אך מלשון הירושלמי שם שלדעת רב אי אפשר לכתוב גט לפי שיש פסול בכתיבת גט לפני חלות הקידושין. ובאבנ״מ מ,ט מבאר דברי הירושלמי שאי אפשר לכתוב גט לפני חלות הקידושין ע״פ דברי הרמב״ם ח,ד שלא כותבין תנאי בגט. וביאר ה״ה שם לפי שזהו חיסרון בכריתות של הגט. ולפ״ז מבאר האבנ״מ שכאשר הגט תלוי בקיום התנאי של הקידושין שוב חוזרת הבעיה שאין זה כרות גיטא.[19] וא״כ אין כלל ראיה מהירושלמי לנידון שלנו לפי שבגט זה יש פסול מצד הלכות גיטין ולכך הקידושין חלים ולא הגירושין.

---

[19] אך עיין בגרש״ש גיטין ס׳ ו חולק על האבנ״מ (עיי״ש בקושיותיו) בהסבר דברי הירושלמי ומבאר שעד שיתקיים התנאי חלים ״קידושין קלושים בכך שפועלים על צד הספק״ ואין הגט יכול להתיר הקידושין הגמורים שיחולו אחר כך. ולפי דברי הגרש״ש שם מבואר שישנה חלות מיד בזמן הקידושין גם אם הקידושין נעשו על תנאי. וגם לדבריו נדחית הראיה לנדו״ד.

עוד יש לחלק ולומר שהואיל ובזמן הקידושין היו ראויים לאסור האשה לאחר ל יום חשוב כקידושין גמורים. אף שאחר כך נתן גט ובפועל לא יוצר איסור א״א אין בזה סיבה להפקעת הקידושין שנעשו בכשרות.

אך לפי זה יש לדון בכותב גט לאישה[20] ובאותו שטר גם מקדשה שלא יחולו הקידושין שכן אינם אוסרים האשה.

עוד ראיתי שבקה״י ב״מ ס׳ לא ביאר בדעת הרמב״ם שמקדש מעכשיו ולאחר ל הוא מקדשה מיד לזמן שאחר ל׳ יום והקידושין של אחר ל חלים מיד.[21] וכדרך שביאר קצוה״ח (רמא,ד) את הקנין של של מתנה ע״מ להחזיר שהוא קנין לזמן. וא״כ מבואר שאף שמגרשה בתוך ל חשוב שחלו הקידושין ואסרו אותה לעולם משום שהזמן שאחר ל יום כבר נאסרה מרגע הקידושין. וא״כ אין מכאן ראיה לשאלתנו שכן הקידושין כן אסרו את האשה לזמן של אחר ל.[22]

י. קידושי חוץ

לכאורה קשה על כל הציורים שהבאנו בהם חל קנין אישות בלי איסור מגמ׳ מפורשת בגיטין. שמצינו בגיטין פב,ב מובא ספק של הגמ׳ במקדש אישה חוץ מפלוני אם תפסו קידושיו. ומבארת הגמ׳ שהצדי הספק הם האם ״קנין מעליא בעינן״ או שמספיק ״קנין כל דהו״. ומבארת הגמ׳ שאם ראובן מקדש אשה חוץ משמעון יכול שמעון לקדשה רק אם מקדשה לכל העולם. אך אם מקדשה חוץ מראובן אין האשה חשובה אשתו לענין יבום. שכן קידושי שמעון לא אסרו את האשה על אף אחד שכן היתה אסורה לעולם מצד

---

[20] בציור שבו אין בעיה בכתיבת הגט ״שלא לשמה״ כגון שכתב שטר קידושין לאשתו, או ליבמתו עיין יבמות נב.

[21] ובזה ביאר שיטת התוס׳ בב״מ כח מדוע במקנה בהמה לשומר לאחר שתגנב גיזותיה וולדותיה שלו עיי״ש.

[22] ושם בהערה הביא קושית חכם אחד שהקשה מדברי התוס׳ כתובות פב שצריך שהפרה תעמוד באגם בסוף הל׳ יום כדי שהקנין יחול. ואם נבאר שנגמר החלות ברגע הקנין על הזמן של אחר ל׳ יום לא צריך שתהא עומדת באגם ? ומבאר שם הקה״י שאה״נ ובאמת התוס׳ הנ״ל חולקים בהסבר דין קנין לאחר ל׳. ובדעת הרמב״ם באמת נבאר שמוכר הזמן לא צריך שתהא עומדת באגם בסוף ל וכר״ן בכתובות שם. אך עיין ברמב״ם מכירה ב ט בדין מוכר בהמה מעכשיו ולאחר ל׳ ובה״ה שהצריך שלא תעמוד הבהמה ברשות מוכר. והכס״מ הקשה שם שגם לרמב״ם צריך מקום הרואי למשיכה. ואם זה קנין שנגמר אז לכאורה הקנין צריך לחול בכל מקום שתעמוד הבהמה וכנ״ל. ועיי״ש במפרשים.

קידושי ראובן. ורק אם שמעון מקדשה לכל העולם שאוסרה על ראובן חלים הקידושין שלו לחייב יבום.

ובחידושי הר״ן ביאר בשם הרא״ה[23] שבמקרה ששמעון לא קידשה לכל העולם לא צריכה ממנו גט ולא חלים קידשיו כלל שכן קידושין שאין בהם איסור על העולם לא חלים.

וכן נראה ברש״י שם ד״ה ״בקידושין היאך״ שכתב ״התקדשי לי ליאסר לכל אדם חוץ מפלוני״ שמשמעות הקידושין היא להאסר.

ועולה מכל זה שללא חלות איסור בקידושין הקידושין אינם חלים כלל.

אך מצינו בקידושין דף ס דברי ר׳ יוחנן שהמקדש מעכשיו ולאחר ל׳ ובא אחר וקידשה לאחר כ׳ ואחר וקידשה לאחר י׳ ימים קידושי כולם תופסים בה. ולכאורה דין זה סותר לדברי הגמ׳ בגיטין, שכן לאחר שקידש השני את האשה ואסרה על הראשון אין השלישי שמקדש מוסיף איסור על האשה. שכבר נאסרה על כל העולם מכח הקידושין של השני.

והרמב״ם אישות ז,יב פוסק שאפילו קידושי מאה תופסים ומקודשת לכולם מספק. ונחלקו ראשונים ואחרונים בהסבר שיטתו עיין במ״מ וכס״מ. וראיתי שמבארים דבריו ע״פ מה שפסק שם בהלכה יג, שהמקדש חוץ מפלוני מקודשת מספק. דיצא לרמב״ם במסקנת הסוגיא בגיטין שדין זה הוא ספק. וכבר בקידושי הראשון נאסרה מספק א״א וקידושי השני אסרוה על הראשון

[23] וז״ל: ״כתב הרא״ה ז״ל דמדאמר לא אהנו משמע שאם גרשה ראובן שריא לעלמא ואינה צריכה גט משמעון דכל קדושין שאינן אוסרין לאו קדושין נינהו כלל וקדושי שמעון הרי לא אסרוה לשום אדם״.

אך קידושי שלישי לכאורה לא הוסיפו איסור כלל?[24] וא״כ מבואר שלדינא סבר הרמב״ם שגם במקום שאין הקידושין אוסרים חשוב כספק קידושין.[25]

ובאמת כך מבואר ברשב״א בגיטין שם[26] שאין כוונת הגמ׳ שאם קידשה שמעון חוץ מראובן לא חלים קידושיו אלא ודאי שאחר שימות ראובן תהיה אסורה לעולם בגלל קידושי שמעון.[27] ומה שאמרה הגמ׳ שלא אהני קידושי שמעון זה רק שלא אסרה עליו בפירוש.

וא״כ מתבאר בדעת הרשב״א שבמקום בו הקידושין חלים מצד הקנין אף שאינו מחיל איסור בשעת הקידושין האשה מקודשת[28]. ורק בגלל שהקידושין חלים תהיה אסורה לאחר שימות הראשון ואין האיסור תנאי לעצם חלות הקידושין.

---

[24] לכאורה בדעת הרמב״ם היה אפשר להעיר מכל ספק קידושין שלדעת הרמב״ם ספק דאורייתא לקולא מדאורייתא. וא״כ בכל ספק קידושין האשה לא נאסרה כלל מדאו׳ וא״כ בתורת וודאי לא יחולו הקידושין שכן לא אסרוה על כל העולם?

ומכאן היה נראה להביא ראיה לדברי הפר״ח יו״ד כללי ס״ס אות א (ד״ה וא״ת הא דאמרינן) שבספיקא דדינא גם הרמב״ם יודה שהספק מדאורייתא לחומרא משום שספק חסרון ידיעה לא חשוב ספק. ובזה תירץ שם קושית הר״ן על הרמב״ם מהגמ׳ בקידושין ו׳ עי״ש. אך אם נבאר בדעת הרמב״ם כדברי הרשב״א דלקמן אין כלל ראיה שכן לרמב״ם אין כלל את הצורך שהקידושין יצרו איסור לעולם ודוק.

[25] אך ראיתי במנחת אשר קידושין ס״ס סב שרוצה ללמוד שבקידושי חוץ וכן בדינו של ר׳ יוחנן הוי קידושין קלושים שהם ספק בעצם (לשונו שם) ולכן אע״פ שאינם אוסרים האשה באיסור א״א יוצרים קנין לבעל. ואלו קידושין קלושים.

[26] וז״ל: ״הא דאמרי׳ קידושי ראובן אהנו קדושי שמעון לא אהנו, לאו למימרא דלא אהנו כלל דהא ודאי אהנו למיסרה בביאה אראובן, דכיון דתפסי בה קידושי שמעון לגבי עלמא שאם מת ראובן ויש לו בנים עדיין היא אסורה לעלמא מחמת קדושי שמעון א״כ אפילו ראובן אסור לבא עליה משום דמשתמש בצד מקודש שבה לשמעון והילכך אסורה היא לשניהם, אלא הכא ה״ק לא אהני דבורו למיסרה אראובן שהוא לא אסרה אראובן דחוץ מראובן קאמר והא דאסורה לראובן משום אריא דאיסורא דרביע עלה דאי אפשר להשתמש בה לאחד מהם אא״כ משתמש בצד אישות שבה לשני, אבל כי אמר לה סתם אהנו קידושיו למיסרה בפירוש אראובן, כנ״ל. ״ ועיין שם מה שהאריך בבאור דברי ר׳ יוחנן.

[27] וכן ראיתי שמדייקים בדברי רש״י (ד״ה ואין אני) שביאר שאף שחלו קידושי שמעון לא קרויה אשת שני מתים עי״ש.

[28] אך קצת צל״ע מדברי הקה״י קדושין סי׳ ט, שביאר דברי הרשב״א בקדושין ה מדוע קידושי אשה לא חשוב ריבית קצוצה. ומבאר שלדעת הרשב״א באשה יש רק קנין איסורי ולא קנין אחר. וכן לומד בשיטת הרשב״א גם בס׳ יג (ד״ה וניחא). ואיך יבאר דברי הרשב״א בגיטין ? ויש ליישב.

וזאת תורת העולה, שנחלקו הראשונים האם איסור האשה הוא חלק ותנאי במעשה הגירושין ובלעדיו אין חלות קידושין כלל (וכך נראים דברי הרא״ה, הריטב״א והר״ן) או שחלות קידושין היא הקנין ואם ישנה אפשרות לקנין לחול הקידושין חלים. והאיסור אינו עצם החלות אלא שבעקבות הקנין גם יהיה איסור א״א וכדברי הרשב״א.

וא״כ נראה שכל הנפ״מ שהבאנו לעיל אם אפשר ליצור חלות של קנין קידושין בלי חלות של איסור תהיה תלויה במחלוקת הראשונים הנ״ל. ובדעת הרמב״ם אפשר לבאר כדעת הרשב״א שאין כלל תנאי מחויב בקידושין שיצרו איסור לעולם.

יא. סיכום

במאמר זה ניסינו לכנס מספר דוגמאות בהם רצו האחרונים לחדש מצב בו אשה תהיה מקודשת וחשובה א״א על אף שלא יחול עליה איסור.

בארנו דוגמא כזו בקידושי לשון ״מיוחדת לי״, קידושי אשה שוטה למחצה, קידושי עובר, בת פחות מג׳, וכן בקידושין לאחר ל שניתן גט בתוך הל יום.

מכל הנ״ל רצינו להוכיח שישנה חלות של קידושין אף על פי שלא יצרו איסור על העולם אלא הוגדרו כמעשה קנין בלבד. ורק בעקבות חלות הקנין יווצר גם איסור א״א. ובזה רצינו להוכיח שגם במקום בו לא התכוונו בני הזוג להאסר לעולם הקידושין תופסים שכן מספיקה הכוונה להיות נשואים.

אך לעומת כל הנ״ל הבאנו גמ׳ בגיטין בה לחלק מהראשונים מבואר שלא תופסים קידושין כאשר לא אוסרים הכלה על העולם.

והסקנו שיתכן לומר שדין זה תלוי במח׳ הרא״ה והרשב״א בגיטין. ובדעת הרמב״ם נחלקו המפרשים.

ועל כן מידי ספיקא לא יצאנו וצריך לחוש שקידושין תופסים גם במקום שלא יצרו איסור.

הרב ירון רוזיליו

בגדרי עדות שאי אתה יכול להזימה

ראשי הפרקים

א. הקדמה

ב. דעת קצות החושן

ג. דעת הקהילות יעקב

ד. עיון בדברי הראשונים

ה. אין עד נעשה דיין בקידוש החודש

ו. היוכל עד הנעשה דיין לדון על הזמת עצמו?

ז. סיכום

א. הקדמה

מתבאר מסוגיות הש״ס בכמה מקומות שכל עדות שאין אתה יכול להזימה אינה עדות כלומר כל עדות שאין אפשרות לקיים בעדים דין הזמה היינו לבטל את עדותם ולעונשם כאשר זממו לעשות, אינה עדות. הדברים מבוארים בסוגיא בסנהדרין מא,א לענין עדי נערה המאורסה שאינם נהרגים אם יכולים לומר לאוסרה על בעלה באנו – ומכך מקשה הגמרא – כיון שאי אפשר להורגם ולקיים בהו דין הזמה אם כן עדותם פסולה מכל וכל. וכן איתא בתוספות פ״ק דמכות (ב,א בד״ה בן גרושה) שהקשו כיון שאין עונש למעידים על אדם שהוא בן גרושה לעשותו חלל הוא כיצד מתכשרת עדותו הרי הוי עדות שאי אתה יכול להזימה.

סברת הענין הוא שחכמים קיבלו שבפרשת עדים זוממין האמורה בתורה בעינן ״קרא כדכתיב״ היינו שלא נתחדש בתורה רק הענין שעדים שהוזמו נענשים אלא שבכל עדות בעינן אפשרות של הזמה והיכא שאיננה - העדות פסולה מיסודה.

בכתובות כא,ב מובא שבעדויות דאורייתא אין עד נעשה דיין – כלומר אין עד המעיד נעשה דיין לדון באותו דין. משא״כ בקיום שטרות שהוי עדות דרבנן מקילין בכך. וכן נפסק בשו״ע ז,ה:

> אין עד נעשה דיין ודוקא עד שמעיד כגון אם העיד אחד מהדיינים בפני חביריו על מעשה דראה אינו יכול להצטרף עמהם לדון על אותו המעשה...

בסברת הענין שאין עד נעשה דיין מובא בתוספות (שם ד"ה הנח לעדות החודש ובעוד מקומות) שני טעמים. האחד, מלשון הפסוק "ועמדו שני האנשים... לפני ד"" חזינן שהעדים אינם הדיינים אלא הם תרי גופי. טעם שני, כיון שאם יעשה העד דיין לא יוכל לקבל הזמה על עצמו וממילא העדות הופכת לעדות שאי אתה יכול להזימה. כלומר אם עד שמעיד בבית הדין יתמנה אחר כך להיות דיין ויבואו עדים נוספים על מנת להזים את עדותו ולדונו כעד זומם לא יוכל לדון בכך כיון שהוא "בעל דבר" על עצמו. וממילא נפסלה כל העדות מחמת עדות שאי אתה יכול הזימה וכדעיל.

תוספות שם הקשו דניתן להזימם בבית דין אחר ומה אכפת לן שבאותו בית דין שנתמנו לדיינים אי אפשר להזימם וסוף סוף מתקיימת הדרישה שהעדות תהיה ברת הזמה ומכח קושיא זו הסיקו תוספות שעיקר הקפידא של התורה היא שהעדות תוכל להיות מוזמת באותו בית דין שהעידו בו, ולאור זאת הסיקו שעדים הקרובים לדיינים יהיו פסולים כיון שאי אפשר לדונם בבית דין זה אי יוזמו שהרי קרובי הדיינים הם ודיין פסול לדון את קרובו – אף שאפשר לדונם בבית דין אחר. וזה לא א"ש לשיטת התוספות שסברי שעדים הקרובים לדיינים כשרים הם.[1]

בסברת הענין שדוקא על אותו בית דין הקפידה תורה צריך לעיין דהרי סו"ס העדות ברת הזמה ומאי אכפת לן באיזה אופן. ושמא י"ל שהתורה הכשירה עדות רק באופן שהיא כשירה באותו בית דין ללא צורך להזדקק לבית דין אחר דמי יימר שמזדקקו ליה בית דין אחר. ובעינן שבאותו מקום שבו מתקיים הדיון והגמר דין תהיה גם היכולת להזים את העדים. וניתן להסביר יותר על פי מה שמבואר בכמה מקומות שענין יכולת ההזמה שדרשה תורה הוא על מנת שהעדים יפחדו שמא יוזמו ויענשו בהתאם ומתוך כך יעידו אמת ולא ישקרו. - אבל היכא שבאותו בית דין אינם יכולים להענש – אזי חסר בהרתעה כי מי יימר שימצאו בית דין אחר.

---

[1] לענין עדים הקרובים לדיינים יש להעיר שהדבר נתון במחלוקת ראשונים ולדעת הרי"ף אכן פסולין והביא ראיה לזה מירושלמי אולם התוספות פליגי וסברי שקרובי הדיינים כשירים להעיד.

ב. דעת קצות החושן

קצוה״ח (ז,ד) לאחר שהביא את דברי התוספות – מקשה מדוע באותו בית דין ראשון לא יוכלו לקבל עדי הזמתן ע״י אותם הדיינים שקיבלו את עדותם קודם שנתחלפו עם העדים ואין צורך לילך לבית דין אחר.

חידש בעל קצוה״ח שגם בבית דין אחר אין אפשרות להזים את העדים שהרי קיי״ל שאין העדים נעשים זוממין עד שיגמר הדין על פיהם, כלומר שאם עדיין לא נפסק הדין – ובאו עדים והזימום אינם נענשים. יוצא שעל מנת לעונשם בעינן לגמר דין בבית דין כשר – ואי יוזמו העדים אפילו בבית דין אחר אי אפשר לעונשם שהרי איגלאי מילתא שפסולים היו משעת עדותן – וישיבתן לאחר מכן כדיינים פסולה שכן עד פסול נפסל גם לדון. ויוצא דאיגלאי למפרע שלא היה גמר דין כשר וממילא אי אפשר לעונשם.

אמנם חשבון זה נכון רק למ״ד שעד זומם למפרע הוא נפסל אבל למ״ד שמכאן ולהבא הוא נפסל אזי רק משעה שיוזם יפסל והגמר דין עדיין כשר– הביא קצוה״ח דלענין אותה העדות הרי קיי״ל שלכו״ע נפסל למפרע ולכן ישיבתו שם היתה כדיין פסול. (אמנם יל״ע מדוע פסולו כדיין יכלל בענין פסולו לאותה העדות. אבל כך נוקט קצוה״ח).

ובזה א״ש מה שלא יעזור שנוכל להזימם באותו בית דין ע״י הדיינים שקיבלו את עדותם קודם – שכל זמן שאותם עדים גמרו בעצמם את דינם לא משנה מי יזימם – גמר הדין יפסל למפרע.

רווח נוסף שיצא לקצוה״ח מחידושו – כבר אין ראיה מהאי דינא דאין עד נעשה דיין לענין עדים הקרובים לדיינים – שכן עד הנעשה דיין גם בבית דין אחר אי אפשר להזימו ולעונשו – משא״כ עדים הקרובים לדיינים נוכל להזימן בבית דין אחר ואין בהם חסרון של עדות שאי אתה יכול להזימה ושפיר נוכל לומר שקרובי הדיינים כשירים לדון.

בסוף דבריו מביא קצוה״ח שמצא ממש כדבריו במרדכי בסנהדרין.

ג. דעת הקהילות יעקב

הקה״י בכתובות סימן כד מאריך להקשות על דברי בעל קצוה״ח. עיקר קושייתו היא שודאי אין צורך שהעדות תהיה עדות שאתה יכול להזימה בכל שלב ושלב. עיקר קפידת התורה היא על שעת קבלת העדות. וגם אז אין חסרון אלא בעדות שאין אפשרות להזימה כלל, אבל עדות שיש היכי תמצי

להזימה – כשירה. ראיה מכך שאנו דנים על שטר אף שהעדים החתומים בו מתו, והשתא בשעה שאנו גומרים את הדין על פי השטר – כבר אי אפשר לקיים בעדים דין הזמה שהרי מתו – ובכל אופן העדות כשירה ומתקבלת. חזינן שהקפידא היא רק על שעת קבלת העדות והיות ובשעה שחתמו ניתן היה להזימם – העדות כשירה ולא אכפת לן מה שמתו אחר כך.

ראיה שסגי גם באפשרות של הזמה אף שאין אפשרות מוחלטת לכך מביא הקה״י מסנהדרין פא,א דאיתא שם שעדים שהעידו על אדם שעבר עבירה קלה ואחר כך העידו עליו עדים נוספים שעבר עבירה חמורה – חוזרים ודנים אותו גם לענין מיתה חמורה והקשו שם התוספות בד״ה ונגמר – הלא העדים האחרים אינם ברי הזמה שכן אי יוזמו אינם נהרגין שהרי יכולים לומר על גברא קטילא העדנו שהרי כבר היה חייב מיתה מקודם. תירצו התוספות שכיון שאי יוזמו העדים הראשונים נמצא שהעדים האחרונים לא העידו על גברא קטילא ושפיר יש להורגם – סגי בזה להחשיב העדות עדות שאתה יכול להזימה. חזינן שאפילו אפשרות רחוקה לקיים בהו דין הזמה מכשיר העדות.

לכן אין לקבל את דברי בעל קצוה״ח שאי יוזמו יתברר שהיה גמר דין בפני פסולים. דזה לא אכפת לן כיון שרק בשעה שהעידו בעינן לעדות שאתה יכול להזימה – וכיון שבשעה שהעידו יכולים היו לא להצטרף לדיינים ולגמור את הדין בדיינים אחרים העדות יכולה להיות ברת הזמה וסגי בהכי וכמ״ש.

ביחס לראיית קצוה״ח מדברי המרדכי, הביא הקה״י את לשון המרדכי בסנהדרין פרק זה בורר סימן תרצו:

> מיהו אומר השר מקוצי דלעולם קרובי הדיינים כשרים להיות עדים דהוי״ל עדות שאתה יכול להזימה בבית דין אחר אבל הכא אי עד נעשה דיין אי אתה יכול להזימה אפילו בבית דין אחר שהרי לא נתקבל עדותו בבית דין כשר שהן עצמן היו דיינים ומאחר שהוזמו איגלאי מילתא למפרע דפסולים היו ואפילו למד״א מכאן ולהבא הוא נפסל נראה דלאותו דבר עצמו מיהא למפרע הוא נפסל.

חזינן שהמרדכי מדבר על מציאות שאפילו קבלת עדות היתה בפני דיינים פסולים – המרדכי מדבר במציאות שהעדים העידו בפני עצמם בתוספת דיין או שניים והם עצמם שימשו בחדא מחתא גם עדים וגם דיינים לקבלת עדותם וכפי המציאות שמביאה הגמרא לענין קיום שטרות בכתובות כא,ב שם, ובזה ודאי חשבון קצוה״ח שאיגלאי מילתא למפרע שהדיינים פסולים הוא משמעותי שהרי אפילו הדיינים שקיבלו העדות כלומר העדים עצמם היו

פסולים – יוצא שלכשיוזמו כלל לא היתה קבלת עדות - נמצא שאפילו בשעה שהעידו לא היתה העדות ברת הזמה כי העידו בפני עצמם ובכה"ג אי יוזמו יתברר שכלל לא היה בית דין לקבלת העדות והוי כהעידו חוץ לבית דין ולא שייך בזה דין הזמה.

יוצא שנחלקו קצוה"ח והקה"י בהבנת המרדכי (המובא גם בדברי הר"ן) האם מדובר באופן שהעדים היו הדיינים של עצמם לקבלת עדותם כפי דיוק הלשון בדבריו או שאין הלשון בדוקא ונתקבל עדותם הכוונה לגמר דין וכמו באופן הפשוט שהעד נעשה דיין אחר כך ולא שהוא עצמו הדיין לקבל את עדותו.

אלא שלפי הקה"י קשה הלא בכל מקום שקיי"ל שאין עד נעשה דיין הוא גם באופן זה שהיתה קבלת עדות בפני דיינים אחרים והעדים נעשו דיינים רק בשלב מאוחר יותר של גמר הדין, וכפי שמוכח לשון השו"ע הנ"ל, ולפי דבריו אין בכך כל בעיה שהרי בשעה שהעידו היתה העדות ברת הזמה אם לא היו מצטרפים העדים לדיינים אחר כך. ובאמת הקה"י מעיר זאת ומוסיף שהכרח לדעתו להוסיף טעם נוסף להאי כללא דאין עד נעשה דיין והוא מחמת דעביד איניש לאחזוקי בדיבוריה – כלומר שעד שמעיד בדין אינו יכול אחר כך לדון באותו דין שכן לעולם יטה את הדין לרוח העדות שמסר.

נמצא לדעתו יש ב' טעמים להאי כללא – היכא שהעד הוא הדיין בקבלת עדותו – בזה אין הוא נידון כנוגע בעדותו שכן רק השתא מעיד וגם בקבלת עדות לא כ"כ שייכת הטיה כמו בגמר דין – בזה אנו נדרשים לטעם התוספות שהוי עדות שאי אתה יכול להזימה. והיכא שקבלת העדות היתה בפני דיינים אחרים - בזה לא שייך הטעם דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה שהרי בזה שייך להזימה, אנו נדרשים לטעם הנוסף דעביד איניש לאחזוקי בדיבוריה.

הקה"י משאיר את דבריו בצ"ע כיון שלא ברירא הסברא דעביד איניש לאחזוקי בדיבוריה בדעת כל הפוסקים. ועוד יש לענ"ד להקשות ממה שלא הוזכרה סברא זו כלל בדברי הראשונים בענין עד נעשה דיין.

נמצאת מסקנת הדברים דלדעת קצוה"ח – בכל שלב ושלב בעינן שתהיה העדות עדות שאתה יכול להזימה ולא רק שעת קבלת העדות. ולדעת הקה"י – רק בשעת קבלת העדות בעינן שתהיה העדות ברת הזמה. מה שהביא הקה"י ראיה מעדי שטר שמתו היא לכאורה ראיה אלימתא - מוכרח לומר בדעת קצוה"ח שמיתת העדים שאני דכיון שאין מניעה להזים אותם מחמת גדרי הדין אלא מחמת מניעה מציאותית שאינם קיימים אין בכך חסרון. ומה

שהביא הקה״י ראיה שדי בהיכי תמצי לקיים בהו הזמה ולא באפשרות מוחלטת - קצוה״ח יודה לכך ולדעתו אה״נ אם בשעת גמר הדין תהיה אפשרות הזמה סגי בכך- אבל באופן שהעדים היו הדיינים בגמר הדין בזה כבר אין כל אפשרות הזמה שהרי אי יזימו את העדים נמצא שלא היה גמר דין על פיהם ולא שייך עונש הזמה בכה״ג.

ד. בדברי הראשונים

בהערותיו על קצוה״ח הביא הרב דז׳ימיטרובסקי ראיה גם מדברי הר״ן וגם מדברי הריטב״א שהמציאות המדוברת היא באופן דהעדים העידו בפני דיינים אחרים ובכל אופן הוי עדות שאי אתה יכול להזימה- וזה מוכח כדעת קצוה״ח דלא כקה״י. ולכן הסיק שם שמה שכתוב בדברי המרדכי ״לא נתקבל עדותם״ לאו בדוקא הוא אלא הכוונה שלא היה גמר דין בפניהם וכדברי בעל קצוה״ח.

לענ״ד נראה שאין בדברי הראשונים שצויינו ראיה ונביאם כלשונם. הריטב״א במסכת מכות יב,א מביא:

> ומיהו עדיין צריכין לשאול לסוגיא דפרק החובל וכן לר״ט דפליג על ר״ע וכן לתנאי דלעיל דלית להו האי דרשא עד דאינו נעשה דיין מנלן, ויש שהיו אומרים בתוספות דטעמא משום דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה שאם הוזמו על פי עצמן נהרגין לפי שגמרו הם עצמם את דינם שאין העד נעשה זומם עד שיגמר הדין על פיו, ומזה הטעם אמרו בירושלמי שלא יהיו הדיינים קרובים שאם הוזמו עדים נמצאו נהרגין על פי הדיינים קרוביהם, ומיהו אין זה נכון לפום גמרא דילן בפרק זה בורר (סנהדרין כח,א) שראו אותו הטעם של הירושלמי גבי שלשה אחין ואחד מצטרף עמהם שאין עדות אחת מצטרף שהם עדות אחת להזמה כשהן שלש עדיות ולא אמרינן נמצא אח מת על פי אחיו ופרישנא טעמא משום דהזמה מילתא אחריתי היא ומעלמא אתיא להו...

בדברי הריטב״א נראה שהוא מדבר על העדים שגמרו את דינם וכדברי קצוה״ח. אלא שאין מזה קושיא לקה״י, שכן הטעם המובא כאן בריטב״א לענ״ד הוא טעם שונה מהטעם המובא בתוספות (אף שהטעם מובא בשם התוספות). הריטב״א מסביר כאן טעם חדש להאי ענין של אין עד נעשה דיין והוא מחמת שאם יוזמו העדים נמצא שהם נהרגים על ידי עצמן שהרי הם

עצמם גמרו את דינם וללא גמר דין הרי אין אפשרות לענוש עדים זוממין. יוצא שהם נהרגים על פי עצמם.

הבנה זו בריטב״א מוכחת מההשוואה של הריטב״א לדין המופיע בסנהדרין (כח,א) לענין פסול עדים הקרובים זה לזה. הגמרא שם רצתה לפוסלם מחמת שאם יוזמו נמצא איש נהרג בעדות קרובו כיון שאין העדים נעשים זוממין עד שיזימו את כל הכת – נמצא שאם קרובו לא היה מעיד אתו ומוזם לא היה נהרג העד – ויוצא שקרובו בעדותו גרם את מותו וקיי״ל שאדם פסול להעיד על קרובו ולחייבו מיתה. הגמרא דוחה טעם זה (אף שהירושלמי מביאו למסקנה) – כיון שבשעה שהעידו לא העידו זה על זה אלא שניהם ביחד על אדם אחר- לא אכפת לן אם יווצר מצב שבו עד אחראי בעקיפין למיתת קרובו כיון שזה מצב חדש ושונה ואינו חלק מהדין הנוכחי - ״הזמה מילתא אחריתי״.

לכן אומר הריטב״א שגם לענין אין עד נעשה דיין לא אמרינן שכיון שאם יוזם העד נמצא שהעד נהרג בגרמת עצמו מכיון שהוא עצמו גמר את דינו כי ״הזמה מילתא אחריתי״.

חזינן שהריטב״א מביא טעם חדש לכך שאין עד נעשה דיין, ודוחה אותו, ולכן אין מכאן ראיה לדעת בעל קצוה״ח. ומה שהביא הריטב״א מציאות שהעדים גמרו את דינם אינו קושיא על הקה״י שהרי הוא עצמו מודה שגם בזה אין עד נעשה דיין אלא שהוא מחמת טעם אחר דעביד איניש לאחזוקי בדיבוריה, וכל דברי הקה״י היו בהסבר טעם התוספות הנ״ל.

מה שיש לעיין בדברי הריטב״א לאור הדיון הנ״ל בין בעל קצוה״ח לבין הקה״י – כיצד יתכן שאדם יוזם באופן שהוא גמר את דינו – הלא צדקו לכאורה דברי קצוה״ח שאיגלאי מילתא למפרע שהדיינים בגמר הדין היו פסולים, וגם הקה״י לא חלק על עצם החשבון אלא סבר שלא אכפת לן מזה כיון שהשעה הקובעת היא שעת העדות ובההיא שעתא הוי עדות שאתה יכול להזימה וכנ״ל והן לדעת קצוה״ח והן לדעת הקה״י לא שייך להזים עד שגמר בעצמו את דינו – וכלל לא אתינן למצב שהוא נהרג בעדות עצמו ואין התחלה לכל הטעם המובא בריטב״א ואין צורך לומר שהזמה מילתא אחריתי היא.

נראה להסביר את דעת הריטב״א לאור ההבנה שמובאת בחזון יחזקאל לב״ק ז,ט – בניגוד לדעת קצוה״ח והקה״י שהבאנו לעיל - שאין לעשות חשבונות של ״איגלאי מילתא למפרע״ בעדים זוממים.

הרב אברמסקי דן שם מדוע שייכא הזמה בעדי שטר – הלא כידוע כל שטר היה צריך להיות פסול מחמת שהוי "מפי כתבם" והסיבה להכשר שטרות הוא מחמת שנכתבו מדעת המתחייב ובשליחותו וכמובא כל הסברות בכתובות כ,ב בתוספות ובדברי בעל המאור. ואם כן היכא שהוזמו העדים ונמצאו שקרנים - ודאי לא כתבו השטר מדעת המתחייב אלא זייפוהו – ולכן עדותם היא פסולה מיסודה מחמת שהוי "מפי כתבם" ועל עדות פסולה לא שייך להחיל דין הזמה. תירץ הרב אברמסקי שהדיון בעדים זוממין הוא תמיד כאילו לא נמצאו שקרנים ועל פי זה אנו מודדים את איכות עדותם. ולכן כאן כיון שלולי היו העדים שקרנים העדות היתה כשירה - אחרי שחידשה התורה שהם שקרנים בהזמה – הדבר נוגע רק לעצם העדות ולא לשאר מרכיבי הדיון.

לכן גם עד שנעשה דיין לא שייך לומר שאי יוזם נמצא שהדיין פסול – דאנו דנים מה היה קורה לולי נמצאו שקרנים. ורק היכא שהדיינים נמצאו פסולים מחמת סיבה אחרת כגון שהתברר שהיו רשעים מחמת עבירה אחרת או קרובים בזה שייך לומר שלא היה גמר דין וליכא דין הזמה אבל במקום שפסול הדיין נובע מעצם ההזמה – לא אכפת לן. לכן הבין הריטב"א ששייך להזים את העד אף שהוא עצמו היה דיין וכל החשבון הנ"ל בקצוה"ח ובקה"י לא שייך לדעה זו.

אמנם מהמרדכי שהביא קצוה"ח (שמובא לקמן גם בדברי הר"ן), מוכח דלא כהבנה זו של הדברי יחזקאל. וגם להבנת הקה"י מוכח שאכן אנו עושים חשבון ופוסלים את העד כדיין. מוכח שחלק מהראשונים חולקים על הבנה זו אבל מהריטב"א רואים שהבין כן.

גם בדברי הר"ן (ר"ה כה,ב) שהובאו שם נראה שאין ראיה דז"ל הר"ן:

> אמר ר' זירא כגון שראוהו בלילה. פי' וכיון דההיא שעתא אין יכולים לדון הוו להו עדים וכשיקדשו את החדש למחר עפ"י ראייתן הוה ליה כאילו מעידין לעצמן ואין עד דנעשה דיין. וטעמא דאין עד נעשה דיין פי' רבינו שמואל ז"ל בפ' יש נוחלין גבי ההיא דשלשה שנכנסו לבקר את החולה דגזרת הכתוב היא דכתי' ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה' ובעדים הכתוב מדבר אלמא צריכין שיהו אחרים מעידים לפני ב"ד וכן השיב רב צמח ז"ל בתשובה. ואחרים פרשו משום דבעינן עדות שאתה יכול להזימה ולא גרע ממי שעדים קרובי' לדייניו שהן פסולין כדגרסינן בירושלמי שאם הוזמו מפיהם אינם

נהרגין וכ״ש לעדות עצמן. ועוד כתבו בתוס׳ דאפילו תימא דקרובי הדיין כשרין לא דמו דעדות שאתה יכולה להזימה לפני ב״ד אחר הוא אבל הכא אי עד נעשה דיין אי אתה יכול להזימה אפילו בב״ד אחר שהרי לא נתקבל עדותן בב״ד כשר שהרי הם עצמם היו הדיינים ומאחר שהוזמו איגלאי מילתא למפרע דפסולין הם ואפי׳ למאן דאמר בעד זומם מכאן ולהבא הוא נפסל מאותו דבר עצמו מסתמ׳ הוא נפסל למפרע. ואחרים כתבו דנפק׳ לן מההיא דאמר רב יהודא התם בפ׳ יש נוחלין והי׳ ביום הנחילו את בניו ביום אתה מפיל נחלות ואי אתה מפיל נחלות בלילה משום דכיון דראה בלילה הו״ל עד וש״מ דאין עד נעשה דיין.

בדברי הר״ן מובאת ממש סברת המרדכי שהביא קצוה״ח. אלא שהלשון הוא ממש כדברי הקה״י שלא נתקבל עדותם בבית דין כשר ולא בגמר דין איירינן. אלא שבדברי הר״ן בכתובות (ח,ב מדפי הרי״ף) מצייר הר״ן מציאות שונה ובעיקר מכח דברי הר״ן הללו מקשה שם בהערות על קצוה״ח דמובא שהיתה שם קבלת עדות בפני ג׳ דיינים כשרים. ואלו דברי הר״ן שם:

שמע מינה עד נעשה דיין בדרבנן. שהרי השנים מעידין על החתימה ונעשין דיינין אף בשעה שמעידין ומיהו דוקא בדרבנן אבל בדאורייתא לא דבגמרא פרכינן עלה מדתנן ראוהו ג׳ והם ב״ד יעמדו שנים ויושיבו מחבריהם אצל היחיד ויעידו בפניהם ויאמרו מקודש מקודש שאין היחיד נאמן ואם איתא ליתבו בדוכתייהו וליקדשו ומפרקינן הנח לעדות החודש דאורייתא וקיום שטרות דרבנן והכי פירושה דהתם במסכת ר״ה (כה,ב) בעדות החדש עסקינן וקאמר דאם ראו ג׳ הירח והם ב״ד מסנהדרין המקדשין את החדש יעמדו שנים להיות עדים ויושיבו מחבריהם לפי שאין היחיד נאמן לקדש החדש יחידי ואם איתא דעד נעשה דיין ליתבו בדוכתייהו אחר שהעידו בפניו וליקדשו והתם פרכינן ולא תהא שמיעה גדולה מראיה כלומר ויקדשו הם עצמם ע״פ ראייתם ומשני כשראוהו בלילה ופירשו בתוס׳ דהיינו טעמא דכשראוהו בלילה אין מקדשין ע״פ ראיית עצמן משום דכל שעושים מעשה ע״פ ראייתן ראייה דידהו חשיבא כקבלת עדות וקבלת עדות כתחלת דין ואין תחלת דין בלילה ומאי דמוכחינן מינה דאין עד המעיד נעשה דיין ואמרינן וליתבו בדוכתייהו ולקדשו לאו למימרא שלא יצטרכו לצרף עמהם אחר דע״כ צריכי להכי דאי לא צריכי לדון ע״פ עדותן שקבלו בלילה וא״א

> אלא הכי מוכחי דאם איתא דעד נעשה דיין ליקום חד ויושיבו אחד מחבריהם אצל השנים ויעיד האחד בפניהם ואח״כ ישב זה ויקום חבירו ויעידו כן לשלישי והכי אמרינן בירושלמי (ר״ה פ״ג הל׳ א וע״ש נ״א) לותיב חד וליקום חד ומפרקינן דהנח לעדות החדש ומש״ה עד המעיד אינו נעשה בו דיין ומיהו עד היודע נעשה דיין אפי׳ בעדות החדש דהא מקשינן התם בר״ה (כה,ב) עלה דהא מתני׳ ולא תהא שמיעה גדולה מראיה ואצטריך לשנויי בשראוהו בלילה אלמא דכל שראוהו ביום יכולין לקדש ע״פ ראייתם.

פשט הסוגיא שאם עד נעשה דיין אזי יכולים העדים להעיד ולשמש כדיינים בחדא מחתא וכפי שמובא בקיום שטרות, שהיכא שב׳ דיינים מכירים החתימות והשלישי לא מכיר יעידו השניים בפניו והם עצמם ישמשו הן עדים והן דיינים דהרי בעינן ג׳ דיינים לקבלת העדות. הר״ן לגבי קידוש החודש מצייר מציאות שונה- שאף שראו שלשה דיינים את החודש בלילה אין אפשרות ביום ששני דיינים יעידו בפני השלישי (ובפניהם בעצם) ואחר כך יקדשו החודש אלא שבכל אופן יצטרכו לצרף עמהם דיין אחד אחר ויעידו באופן שכל פעם אחד הרואים מעיד בפני שניים מחביריו שראו שמצרפים עמהם דיין שלישי אחר לקבלת העדות.

רע״א בשו״ת החדשות סימן סו מאריך להסביר את דברי הר״ן הללו. עיקר דבריו באו להסביר מדוע לא הסביר הר״ן את ההו״א דליתבו בדוכתייהו וליקדשו כפי ההבנה הפשוטה וכפי שהיא למסקנה בכתובות כא,ב שם לענין קיום שטרות – שיעידו ב׳ דיינים בפני חברם ובפני עצמם והעדים הם עדים ודיינים בחדא מחתא. רע״א מביא שם ב׳ אפשרויות - האחת, שמציאות שהאדם הוא עד ודיין בחדא מחתא היא קולא גדולה והיא שייכא רק בעדות דרבנן. השנית, שבעינן ל״הגדה״ בפני הבית דין ומה שאדם אומר לעצמו לא חשיב הגדה שהרי הוא יודע את הדברים כבר קודם. בקיום שטרות באמת הדיינים שמכירים את החתימות מעידים על סמך ידיעתם ולא על סמך הגדתם שאמרו בפניהם, אבל בקידוש החודש שהדיינים לא יכולים לפסוק על פי ידיעתם שראו בלילה כיון שלילה פסול לדון (עיי״ש בסוגיא בריש פרק ראוהו בית דין) מוכרחת להיות הגדה בפני הדיינים – ולכן אם שני עדים יגידו עדותם בפני חברם נמצא שרק הוא שמע הגדת עדות ולא הם. ולכן מביאים אחד מהחוץ ומעידים בפניו ב׳ מהדיינים אחד אחרי השני ואז כל אחד מהדיינים שמע הגדה, גם העדים שמעו זה את דברי חבירו ואיכא ג׳ דיינים ששמעו הגדה (אף שיש ב׳ דיינים ששמעו הגדה מעדים שונים כל אחד

מחבירו, עיי״ש בדברי רע״א שאפשרות זו גופא של צירוף דיינים ששמעו עדות שונה רצה להוכיח את כשרותה מדברי הר״ן).

בהערות על קצוה״ח הביא ראיה משם דלא כקה״י, שהרי שם מדובר שהיתה קבלת עדות בפני שלשה ולא בפני העדים עצמם.

אבל לענ״ד גם זו אינה ראיה, שהרי המציאות היא שתמיד שניים מהדיינים הם העדים עצמם שהעידו אחר כך לסירוגין ורק דיין אחד זר נוסף ונמצא שאי יוזמו העדים גם קבלת עדות ליכא שהרי אי אפשר להזים את העדים עד שיזימו את כל הכת וכיון שכל הכת תוזם נמצא שגם שניים משלשת הדיינין ששימשו לקבלת העדות נמצאו פסולים ונפסלה כל קבלת העדות וא״ש דברי הקה״י גם לפי ציור זה של הר״ן.

ה. אין עד נעשה דיין בקידוש החודש

בהערות על קצוה״ח שם הביא הרב דז׳מיטרוסבקי להקשות על דברי קצוה״ח דהרי בעדות קידוש החודש כלל לא שייך לעשות ״כאשר זמם״ בעדים. ואפילו מלקות ליכא לפי דברי רע״א בתשובה קעו כיון שלא הוי ״לא תענה ברעך״ שכן אינו מעיד על חבירו. יוצא שכלל לא שייך עונש דכאשר זמם בקידוש החודש. ושם על כרחך כל מה שאנו צריכים עדות שאתה יכול להזימה הכוונה לביטול העדות ותו לא וכמובא בבית הלוי אם כן לא שייך כלל דברי קצוה״ח שאין העדים נעשים זוממין עד שיגמר הדין על פיהם שהרי ממילא אין עונש ולבטל העדות אין צורך בגמר דין והדרא קושיא לדוכתה מדוע יש חסרון של עד נעשה דיין הלא יכול להזימם בבית דין אחר.

נוכל לומר בדעת בעל קצוה״ח שסבר שיש מלקות גם בעדות דקידוש החודש היכא שיוזמו ועיין מנחת חינוך מצווה ד אות יג שמסתפק בזה ולא פשיטא לו כרע״א שאין בזה מלקות.

ומה שהוקשה על דברי קצוה״ח דוקא מעדות דקידוש החודש תיפוק ליה בכל עדות אף שאי אפשר לעונשם אי לא היה גמר דין מ״מ העדות ודאי בטילה וסגי בהכי לומר שהוי עדות שאתה יכול להזימה כמוכח בעדות דקידוש החודש זה מחמת שמוכח בכל דוכתי שהיכא ששייך עונש מוכרח שבעינן אפשרות של ענישה לעדים ולא סגי לן בביטול העדות ורק במקום שלא שייך עונש אכתי בעינן אפשרות של ביטול העדות בהזמה על מנת להכשיר העדות (לאפוקי עדים שאמרו איני יודע באיזה זמן או מקום דאי אפשר להזימם כלל).

ו. היוכל עד הנעשה דיין לדון על הזמת עצמו?

בתחילת דבריו העיר הקה"י על השוני בלשון שיש בין תוספות בכתובות כא,ב שהדיינים לא "יוכלו" לדון בהזמה של עצמם – לבין הלשון בתוספות סנהדרין ט,ב שהדיינים לא "ירצו" לקבל הזמה על עצמם.

הלשון בכתובות מובן שכן העדים שנעשו דיינים ודאי לא יוכלו לדון בהזמתם שכן הם בעלי דברים על עצמם ולא שייך שידונו על אפשרות של ענישת עצמם. אולם בסנהדרין שהביאו התוספות שהדיינים לא ירצו תמוה טובא דמשמע שיכולים לדון אבל לא ירצו לעשות כן הלא הם בעלי דברים.

עיין זכרון שמואל (סימן מ) שמסביר שלענין ביטול העדות אפשר לומר שאינם בעלי דברים ובמקום שאין עונש כמו עדות דקידוש החודש יכולים הם לדון על ביטול העדות ולאופן זה דיכולים לדון כוונו התוספות באומרם "לא ירצו", ועיי"ש שמביא שיש חולקים וסברי שגם לענין ביטול העדות הם בעלי דברים.

אולי יש מקום לתרץ לשון התוספות באופן אחר.

קיי"ל שאדם יכול לקבל על עצמו קרוב או פסול לדונו - "נאמן עלי אבא" כמובא בריש פרק זה בורר בסנהדרין. האם אדם יכול לקבל על עצמו "בעל דבר" כלומר את עצמו? עיין סנהדרין י,א שיתכן שגם אשתו חשיבא בעל דבר דאשתו כגופו ותלוי בשיטות הראשונים שם וברא"ש בשם הראב"ד סוף פרק קמא דמכות בסוגיא דאילעא וטוביה. האם אשה יכולה לקבל עליה את בעלה לדיין מכח "נאמן עלי אבא"?

האם שני בעלי דינים יכולים לקחת דיין אחד נוסף ולקבל על עצמם את עצמם לדיינים וידונו את עצמם מתוקף קבלתם?

אם נאמר שאכן אפשר נוכל לצייר מצב שבו עדים שרוצים להיות דיינים ויודעים שאין עד נעשה דיין כיון שיגרום הדבר לעדות שאי אתה יכול להזימה שהרי לא יוכלו באותו בית דין לדון על הזמתם – יקבלו על עצמם את עצמם לדון אפילו על הזמתם, ואי יבואו מזימים ויזימום יהיו נאמנים לדון על עצמם מכח "נאמן עלי אבא" - על זה הביאו התוספות בסנהדרין שאה"נ ואכן אין חסרון מצד היותם בעלי דברים אבל מ"מ לא ירצו לקבל הזמה על עצמם ואי יבואו מזימים להזימם יעשו כל השתדלות שלא לקבל את עדות המזימים ולמצא בה פגמים ונמצא שעדיין איכא חסרון ביכולת ההזמה של העדים.

אמנם גם אפשרות זו תליא בחקירה של המנ״ח מ׳ רלד ובעוד מקומות האם ענין זה של נאמן עלי אבא יוצר מציאות של בית דין כשר ממש, וכל מה דבעינן דיינים שאינם קרובים או רשעים הוא דוקא היכא שאין בעלי הדין מקבלים זאת על עצמם או שודאי אין שם בית דין על כאלו הפסולים לדון והקבלה מועילה ככל קבלה ממונית גרידא והוא כמתחייב לשלם כל מה שיפסוק עליו אביו.

יש נפ״מ רבות בחקירה זו, האם יש סדרי דין כמו עמידת בעלי דין או עדים בבית דין כזה ועוד.

אי נימא שבית דין של פסולין אינו בית דין אמיתי לא מסתבר שקבלת העד על עצמו לדון את עצמו יצור מציאות של עדות ברת הזמה שכן אין כאן אלא התחייבות ממונית גרידא. (ודאי בנפשות או מלקות לא שייכא כלל אפשרות זו וגם להסברנו הנ״ל צ״ל שתוספות איירי רק בדיני ממונות). רק אי נימא כצד בחקירה שבית דין של פסולים הוא בית דין ממש נוכל לומר כן.

אגב כך נעיר מדברי ר׳ אלחנן בקובץ הערות שהביא להוכיח שבית דין של פסולין הינו בית דין ממש מדברי הרא״ש בריש פרק מצוות חליצה. ותמה על זה טובא כיצד יתכן הדבר דהסברא הפשוטה היא שאין קבלת פסולים אלא קבלה ממונית גרידא לדעתו.

בגמרא יבמות 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 דיינים גרים בבית דין של חליצה מכח ״ונקרא שמו בישראל״ – ישראל ולא גרים. הקשה הרא״ש שם מה צורך בפסוק הלא גר פסול אפילו לדיני ממונות ומה צורך בפסוק מיוחד לבית דין של חליצה. תירץ הרא״ש –

> אי נמי אי קבילי עלייהו היה כשר לדיני ממונות ולחליצה לא מהניא קבלה.

כלומר הלימוד נחוץ למקרה שהחולץ והחולצת מקבלים על עצמם את הפסולים לדון אותם ושיחלצו לפניהם. בדיני ממונות הדבר אפשרי לכן לימדה תורה שבחליצה בית דין כשר בעינן.

ר׳ אלחנן בקובץ הערות סימן 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 בלא״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 להיותו כשר וכל דין של נאמן עלי אבא הוא רק מחמת קבלה ממונית גרידא, לכן לא ברורה כלל ההוו״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 ר׳ אלחנן מדברי הרא״ש שקבלת פסולים נותנת להם שם עדים ודיינים ממש ומדאורייתא דלא כפי שהבין בתחילה באופן פשוט.

לאחר העיון בסוגיא שם נראה לענ״ד שאין כוונת הרא״ש לומר שהפסוק בא ללמד על פסול גר לבית דין של חליצה במקום שקיבלו עלייהו אלא הקושיא היא על מהלך הסוגיא עצמה מדוע הביאה את הפסוק ״ונקרא שמו בישראל״ לפסול גרים לחליצה הרי רב שמואל ברב יהודה לא היתה אמו מישראל וסגי בפסוק הכללי ״אשר תשים לפניהם״ הפוסלו אפילו מדיני ממונות. ותירץ שאיירי בקיבלו עלייהו ולכן בדיני ממונות כשר הוא לדון ואין בעיה של ״שימה״ שכן הפסוק של שימה אוסר למנות גרים רק בכפיה והוצרכה הסוגיא להביא פסוק בחליצה שפסול בכל אופן אפילו ברצון מגזירת הכתוב ד״ונקרא שמו בישראל״, ועצם הפסוק נצרך לפסול לדון גר שאמו מישראל

שבזה כשר בדיני ממונות ופסול רק בחליצה. ואמנם לשון הרא״ש משמע מעט כר׳ אלחנן אבל מלשון התוספות בנידה מט,ב הענין מבואר יותר כנ״ל -

> וא״ת בפ׳ מצות חליצה (יבמות דף קא,ב) דא״ל רב שמואל בר יהודה לרב יהודה תנינן בב״ד של ישראל ולא בב״ד של גרים ורגיל ר״ת לומר דאותו רב שמואל היינו בנו של רב יהודה הינדואה דאמר בפ״ק דקידושין (דף כב,ב) דגר שאין לו יורשין הוה ונתגייר הוא ובנו וכן משמע הלשון דקאמר ואנא גר אנא משמע דהוא עצמו נתגייר וכיון דלא היתה אמו מישראל לשאר דינין נמי מיפסיל ואמאי הוצרך להביא קרא דחליצה וגם רב יהודה היאך בררו לדיין וי״ל דקבלו עליהם החולץ והחולצת דבדיני ממונות הוי כשר ולחליצה מיפסיל כדאמר התם אי נמי התם לחליצת גרים מיירי ואין להאריך כאן יותר.

ומעתה מסתבר להסביר את דברי הרא״ש כפי המובא בתוספות, ואם נכונים הדברים הרי שאין סתירה מתוספות והרא״ש לסברתו של ר׳ אלחנן דבית דין של פסולים אינו בית דין כשר ממש.

ז. סיכום

הובאו שלש שיטות באחרונים בגדר הפסול של עדות שאי אתה יכול להזימה. לדעת בעל קצוה״ח גם בשעת גמר הדין צריך שהעדות תהיה ברת הזמה. לדעת הקה״י רק בשעת העדות עצמה בעינן שתהיה העדות ברת הזמה באיזה אופן. לדעת שניהם במקום שיפסלו העדים יש לעשות חשבון למפרע ולדון במקום שהיו שותפים לסדרי דין אחרים כגון שנתמנו לדיינים האם פסילתם למפרע אינה פוסלת את כל הדין למפרע. הרב אברמסקי בספרו חזון יחזקאל הביא גישה שונה לחלוטין והיא שאנו דנים את העדים כאילו לא נפסלו ולכן פסול למפרע של העד אינה משפיעה על דברים אחרים וכשרותו כדיין לא תיפגם למפרע. והראינו שיש לכל אחת מהשיטות מקום בדברי הראשונים.

לדעת הקה״י הטעם המובא בתוספות שעד הנעשה דיין יוצר מציאות של עדות שאי אתה יכול להזימה יוסבר רק באופן שהעד היה הדיין בקבלת עדותו, והיות ומשמעות הראשונים והפוסקים לפסול עד שנעשה דיין גם במקום שהתקבלה עדותו שלא בפני עצמו והוא הצטרף כדיין בשלב מאוחר יותר הוכרח הקה״י להביא טעם מחודש נוסף דעביד איניש לאחזוקי בדיבוריה על מנת להסביר פסולו בזה.

הוספנו שניתן להסביר את לשון התוספות בסנהדרין "לא ירצו" על פי הדין של "נאמן עלי אבא" ואגב כך הוספנו שדיוק ר' אלחנן בקובץ הערות מדברי הרא"ש והתוספות שבית דין של פסולים הינו בית דין כשר מדאורייתא אינו מוכרח ובזה יושבה סברתו שהבין בפשטות שאין הדבר כן.

הרב דני אסס

בענין מיגו במקום חזקה

ראשי הפרקים

א. בבא בתרא ה,ב

ב. קדושין סד,ב

ג. יבמות קיא,ב

ד. כתובות יט,א

ה. הפה שאסר

א. בבא בתרא ה,ב

בגמרא בבא בתרא ה,א איתא, אמר ריש לקיש הקובע זמן לחבירו ואמר לו פרעתיך בתוך זמני, אינו נאמן, ולואי שיפרע בזמנו. אביי ורבא דאמרי תרוייהו עביד איניש דפרע בגו זימניה, זימנין דמתרמו ליה זוזי, אמר איזיל איפרעיה (ה,ב) כי היכי דלא ליטרדן. רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע עבדי כאביי ורבא. מר בר רב אשי עבד כר״ל. והלכתא כר״ל, ואפילו מיתמי. ואף על גב דאמר מר הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה, חזקה לא עביד איניש דפרע בגו זימניה.[1] והגמרא מסתפקת, איבעיא להו תבעו לאחר זמן ואמר לו פרעתיך בתוך זמני מהו? מי אמרינן במקום חזקה אמרינן מה לי לשקר, או דלמא במקום חזקה לא אמרינן מה לי לשקר? ע״כ. כלומר, בגמרא מדובר שהמלוה בא לאחר שעבר זמן הפרעון ותובע את הלוה להחזיר לו את ההלואה, והלוה עונה שכבר פרע לפני זמן הפרעון (=תוך זמנו). כאשר הלוה אומר בתוך הזמן שהוא פרע, אינו נאמן, משום שיש חזקה ״שאין אדם פורע תוך זמנו״. וכאשר הלוה אומר שהוא פרע לאחר הזמן, נאמן, שיש חזקה שאדם פורע בזמנו. וכאן, הלוה טען שפרע תוך הזמן, ויש חזקה כנגדו שלא פרע, אבל יש לו מיגו, שיכל לומר שפרע לאחר הזמן, והגמרא מסתפקת האם אמרינן מיגו במקום חזקה, ולא פושטת את הספק. וכן כתבו הראשונים, מיגו במקום חזקה איבעיא דלא איפשיטא. וכתב בעליות דרבנו יונה (ו,א), לפיכך

[1] וכך מקובל להלכה, דחזקה אין אדם פורע ת״ז. ואולם יעוין בספר אבן האזל (הלכות מלוה פי״ד ה״א) שכתב שהרמב״ם כתב כן רק לענין שבועה וגביה מיורשים, אבל לענין ליפרע מהלוה הרמב״ם לא כתבו, משום שסובר כאביי ורבא, עי״ש (ויעוין בספר אבן ישראל (שם) שהשיג עליו, ופירש שיטת הרמב״ם באופן אחר).

המוציא מחברו עליו הראיה. והוא פשוט [וכן נפסק בשו״ע חו״מ סימן עח ס״א].

בעיא כזאת איתא גם ביבמות קיד,ב, דאיתא התם במשנה: האשה שהלכה היא ובעלה למדינת הים, שלום בינו לבינה ושלום בעולם, ובאה ואמרה מת בעלי, תנשא, מת בעלי, תתייבם. שלום בינו לבינה ומלחמה בעולם, קטטה בינו לבינה ושלום בעולם, ובאתה ואמרה מת בעלי, אינה נאמנת. ובגמרא: אמר רבא, מאי טעמא דמלחמה? משום דאמרה בדדמי, סלקא דעתא, בכל הני דאיקטול הוא פליט? אם תימצא לומר, כיון דשלום בינו לבינה נטרא עד דחזיא, זימנין דמחו ליה בגירא או ברומחא וסברא ודאי מת, ואיכא דעבד סמתרי וחיה. פירש״י: בדדמי. מאומד לבה ואף על גב דלא חזיתיה דמית כדפרישית דסברה סלקא דעתא בכל הני דאיקטול הוא פליט בתמיה. והגמ׳ מסתפקת: איבעיא להו, החזיקה היא מלחמה בעולם, מהו? מי אמרינן מה לה לשקר, (קטו,א) דאי בעיא אמרה שלום בעולם, או דלמא כיון דאיחזקה אמרה בדדמי, ולא אתי מה לי לשקר ומרע חזקתיה? כלומר, דהגמ׳ מסתפקת שאולי יש לאשה מיגו שיכולה לומר שלום בעולם ותהא נאמנת, או שנאמר דכיון שהיא החזיקה מלחמה בעולם חזקה שהיא אומרת בדדמי ולא נסמוך עליה, וכתבו הראשונים שהגמ׳ לא פשטה את הספק. ואמנם התוס׳ אצלנו בב״ב (ד״ה מי אמרינן) כתבו דהאיבעיא ביבמות לא דמי, ויעוין בסוגיא דיבמות בתוס׳ (ד״ה או דלמא) מה שחילקו בין האיבעיות, ובחי׳ הרשב״א שכתב דבהחזיקה מלחמה אינו מיגו אלא כעין מיגו (ויעוין תוס׳ הרא״ש ד״ה מי אמרינן, מ״ש לתרץ קו׳ הרשב״א, וכן בשיטמ״ק ב״ב ד״ה עוד כתוב. וגם במאירי ליבמות (דלקמן) רואים שדימה שתי הסוגיות זל״ז).

[לגבי עדים ביחס למיגו או חזקה, התוספות שם (ד״ה מי אמרינן) אומרים בשם ר״י שעדים עדיפי מחזקה, שאם יעידו עדים שפרע, אפילו תוך הזמן פטור. וכן אם יעידו עדים שלא פרע, אפילו לאחר הזמן חייב. וכן איתא בקדושין סד,ב דעדים עקרי חזקה. בתוספות יבמות פח,א (ד״ה ומה) כתבו בשם ר״י דמיגו במקום עדים לא אמרינן, וכן איתא בב״מ פא,ב, וכ״כ רבי עקיבא איגר (שו״ת, מהדו״ת סימן קל), דלא אמרינן המיגו,[2] (יעוי״ש בדבריו, שכ״כ לכל האמוראים ואליבא דכל הראשונים) וכתב שראה כן בשיטה

[2] וכ״כ הפנ״י בחי׳ לכתובות יט,א. ובחי׳ לגיטין יד,א כתב הפנ״י יותר, דקי״ל דמיגו במקום ע״א לא אמרינן.

מקובצת בב״ב (יובא לקמן בע״ה). יוצא לנו, דעדים עדיפי הן מחזקה והן ממיגו]

ב. קדושין סד,ב

המשנה בקדושין סד,א אומרת, מי שאמר בשעת מיתתו יש לי בנים נאמן, יש לי אחים אינו נאמן. ובגמרא, אלמא, נאמן להתיר ואין נאמן לאסור, נימא מתניתין דלא כרבי נתן! דתניא, בשעת קדושין אמר יש לו בנים, בשעת מיתה אמר אין לו בנים, בשעת קדושין אמר אין לו אחים, בשעת מיתה אמר יש לו אחים, נאמן להתיר ואין נאמן לאסור, דברי רבי. ר׳ נתן אומר, אף נאמן לאסור! אלא אמר אביי, מתני׳ דלא מוחזק לן באחי ולא מוחזק לן בבני[3], דאמרינן כיון דלא מוחזק לן בבני ולא באחי, אמר יש לי בנים נאמן, יש לי אחים אינו נאמן, לאו כל כמיניה דאסר לה אכולי עלמא. ברייתא (סד,ב) דמוחזק לן באחי ולא מוחזק לן בבני, דאמרינן מה לי לשקר, מאי קאמר? למיפטרה מיבם, מצי אמר פטרנא לך בגיטא. רבי סבר מה לי לשקר כי עדים דמי[4], ואתו עדים עקרי חזקה, ורבי נתן סבר מה לי לשקר כי חזקה דמי, לא אתי חזקה ועקרה חזקה לגמרי, ע״כ בגמ׳. כלומר, אביי מעמיד את הברייתא שמדובר באדם שמוחזק לנו שיש לו אחים ואין לו בנים, ולפי החזקה אשתו תיזקק ליבום אם ימות. ובשעת הקדושין אמר לאשה יש לי בנים או שאמר אין לי אחים, ולפי דבריו לא תיזקק ליבום (פירש״י שאומר לה כן כדי שתרצה לינשא לו), אומר רבי שהבעל נאמן, דמה לו לשקר, אם ירצה לפטרה מיבום יכול לתת לה גט, ומה לי לשקר כעדים דמי, ואתו עדים ועקרי לחזקה. אומרים הראשונים שהלכה כרבי מחבירו.[5]

שואל הר״ן (כז,ב בדפי הרי״ף) שהגמ׳ בב״ב ה,ב הסתפקה במיגו במקום חזקה ולא פשטה את הספק, וא״כ איך הגמ׳ בקדושין אומרת שמיגו עדיף? תירץ הר״ן דבקדושין שאני, שזהו מיגו דבידו ועדיפא מחזקה, ומשא״כ בב״ב שזהו מיגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת, דלא עדיף האי מיגו כולי האי. אבל התוס׳ בב״ב ה,ב (ד״ה מי אמרינן) כתבו דנידון דידן לא דמי לקדושין סד,ב,

---

[3] וכך גם הגמ׳ בב״ב קלד,ב מעמידה את משנתינו.

[4] הראב״ד בהשגותיו הקשה (כז,ב מדפי הרי״ף) דא״כ מדוע אמרינן בב״מ פא,ב דמה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן? והרמב״ן בחידושיו (קידושין סד) תירץ דלאו ממש כעדים, אלא דהאי מה לי לשקר כיון דבידו הוא לגרשה, נאמן אף לעקור חזקה זו.

[5] כדאיתא בכתובות כא,א. אמנם גם לדעת רבי נתן שחולק על רבי, בכה״ג לא תיזקק ליבום, אבל לדבריו מיגו הוי כחזקה ולא כעדים. ועיקר מחלוקתם היא במקרה שהבעל בשעת מיתה אמר יש לי אחים או אין לי בנים.

ופירש דבריהם המהר״ם מלובלין שם, דר״ל שאין ענינם שוה, דשם (בקדושין) אין מה לי לשקר מרע להחזקה כאשר מובן מעצמו וק״ל, עכ״ל. יוצא לכאורה מדברי התוס׳ דלית להו החילוק של הר״ן, ובב״ב הוי בעיא דלא אפשיטא משום שהמיגו מרע לחזקה, ובקדושין המיגו עדיף משום שהוא לא מרע לחזקה, ולא כדברי הר״ן דהוי משום שמיגו דבידו עדיף. [החתם סופר בחידושיו לסוגיין בב״ב (ד״ה מי אמרינן) פירש דברי התוס׳ באופן אחר, דחזקה דשמעתין לא דמי כלל לחזקה דמוחזק לן שיש לו אחים, כלומר דיש שני מיני חזקה. דבקדושין בחזקה דאחים, כיון שיש לו אחים והאשה בחזקת איסור יבמה לשוק, נימא דעדיין היא בהד חזקה,[6] והיא חזקה (=דמעיקרא) שגרועה מרוב, ואם בממון לא אזלינן בתר רובא מכל שכן בתר חזקה כזו (ובחזקת הגוף מפקינן ממונא). אך חזקה דשמעתין היא חזקת מנהג העולם דלא פרעו בגו זימניה (= חזקה בירורית) ועדיף מרוב, דברוב איקבע מיעוטא [וכגון בב״ק מו,ב דאיקבע מיעוטא דזבני שוורים לשחיטה] וכאן לא איקבע מיעוטא דפרעו בגו זימניה, ולכן מוציאים ממון בחזקה זו[7].[8]]

והר״ן (שם כח,א בדפי הרי״ף) הביא דברי הרמב״ן במלחמות (שם) להסביר דברי הרי״ף, וכתב הרמב״ן שאם אומר יש לי בנים או שאומר אין לי אחים, בשניהם נאמן. ואין לחלק שבאומר יש לי בנים אין זה סותר לחזקה שיש לו אחים ואילו כשאומר אין לי אחים זה סותר את החזקה, דיש ליישב דבריו שהיו לו אחים ומתו. ואמנם, אם אומר לא היו לי אחים מעולם אינו נאמן, דמשום מיגו לא מהימן לאכחושי קלא וחזקה. וכתב הר״ן שהרמב״ם (פ״ג מיבום וחליצה ה״ג) חולק, ואם היה מוחזק שיש לו אחים אינו נאמן לומר אין לי אחים.

---

[6] בחולין י,ב הגמ׳ לומדת שהולכים אחר חזקה, מן הפסוק (ויקרא יד,לח) ״ויצא הכהן מן הבית אל פתח הבית והסגיר את הבית שבעת ימים״.

[7] וכ״כ לחלק בין סוגי החזקות בשו״ת מהרי״ק (שורש עב. ואמנם לגבי חזקת הגוף כתב דלא מפקינן ממון על פיה, ודלא כהחת״ס). וכ״כ בביאורי הגר״א חו״מ סימן עט סקמ״ב דאמרינן מיגו במקום חזקה, אבל לא במקום חזקה אלימתא וכגון חזקה דאין אדם פורע (ותירץ בזה קושיית התוס׳ (ד״ה מי אמרינן) מיבמות קיא,ב שמובאת לקמן במאמר). וכ״כ בשו״ת עזרת כהן (סימן קא ד״ה והנה במקום) דכתבו הפוסקים דבמקום חזקה אלימתא לא אמרינן מיגו. (אמנם השיטהמ״ק לכתובות יט,א בשם הרשב״א כתב דחזקה דב״ב לא אלימא, דעבידי אינשי דפרעי בגו זימנייהו משום דזמנין דמתרמי להו זוזי ואמרי כי אתו זמניה לא לטרדן. וכעין כתב השיטהמ״ק בשם שיטה ישנה, ולהבדיל מההיא דכתובות. ושמא י״ל, דזהו לדעת רבי מאיר בברייתא שם).

[8] יעוין בדבריו שם, שהתוס׳ הקשו גם מיבמות קיא,ב דלא אמרינן מיגו, ולפי דברי החת״ס לא היה להם להקשות, דהתם הוי חזקה בירורית. וציין לש״ד בחו״מ סימן פב בכללי המיגו.

יוצא להלכה, דלהר״ן כאשר יש מיגו דבידו המיגו עדיף, ואילו לתוספות (אליבא דמהר״ם לובלין) והרמב״ן אליבא דהרי״ף אזלינן בתר המיגו רק כאשר לא מרע לחזקה, ואפילו באופן שנוכל לפרש דבריו כדי שהמיגו לא יהיה סותר את החזקה, נלך אחר המיגו. אבל אם המיגו סותר את החזקה לא אזלינן בתר המיגו [אמנם הריטב״א (בחי׳ לב״ב קלד,ב) כתב, שהגמ׳ בקדושין מדברת באופן שהמיגו סותר את החזקה, שאנו מוחזקים שיש לו אחים ואמר שאין לו אחים ובזה נחלקו רבי ורבי נתן. ויוצא דהריטב״א דלא כהתוס׳[9]] ולהרמב״ם, אין מיגו במקום חזקה אפילו אם נפרש דבריו באופן שלא יהיה סותר את החזקה.

[הר״ן הביא להקשות לעצמו וזה לשונו, שבפרק יש נוחלין (ב״ב קלה,א) אמרינן ההוא דהוה מוחזק לן דלית ליה אחי ואמר בשעת מיתה דלית ליה אחי. אמר רב יוסף למאי ניחוש לה חדא דמוחזק לן דלית ליה אחי ועוד הא אמר בשעת מיתה דלית ליה אחי. אמר ליה אביי הא איכא עדים במדינת הים דידעי דאית ליה אחי, ומסקנא אמר ליה רבא לרב נתן בר אמי זיל חוש לה. אלמא כל היכא דמוחזק דאית ליה אחי לא מהימן איהו למימר דלית ליה, וגם אצלנו בקדושין אביי הוא בעל השמועה? וכתב הר״ן לתרץ, וניחא לי דהתם שאני, דאיכא הכא קלא דאיכא סהדי במדינת הים וכל היכא דאפשר למיקם עלה דמילתא אפומא דסהדי נטרינן להו ולא מקילינן באיסור אשת איש, אבל בחזקה [בעלמא] שאין אנו יודעין שיש עדים בדבר שיהא אפשר להתברר על פיהם נאמן משום מה לי לשקר. וכתב הר״ן שהרמב״ם סמך על סוגיא זו ולא הסכימה דעתו ז״ל באלו החילוקים שכתב הר״ן[10]].

בבית הבחירה למאירי (יבמות קטו,א) תירץ קושיית הר״ן מקדושין לב״ב באופן אחר, וז״ל: זה שנסתפקנו כאן במה לי לשקר אם נאמן במקום חזקה אם לאו וכן הענין בראשון של בתרא ה,ב בשמועת פרעתיך בתוך זמני ובשלישי של קידושין (סד,ב) החלטנו להיות מה לי לשקר עוקר חזקה, כבר ביארנו שם שכל בענין שהוא בעל דבר הואיל וצורך עצמו הוא אנו מסתפקים בה כגון זו שבכאן וזו של בתרא, אבל זו של קדושין הוא בעל אצל אשתו ואין אדם חוטא ולא לו וראוי לומר שתהא טענת מה לי לשקר עוקרת חזקה, עכ״ד. יוצא מדברי המאירי, דאמרינן מיגו במקום חזקה רק אם אינו נוגע לו.

---

[9] אמנם בסוגיא דקדושין כתב הריטב״א להלכה כהרמב״ן, דלא נאמן לומר דמעולם לית ליה אחי כשיש חזקה דאית ליה.

[10] יעוין במגיד משנה שכתב דהרמב״ם פוסק כרבי נתן, ובלחם משנה שדן בסוגיא דקדושין וב״ב קלה,א דאתיא כרבי נתן.

<u>סיכום</u>: הגמ' בב"ב ה,ב נשארה בספק האם אמרינן מיגו במקום חזקה או לא, ובקדושין סד,ב הגמ' אומרת לרבי דאמרינן מיגו במקום חזקה? והבאנו כמה תירוצים:

1. הר"ן תירץ דבקדושין הוי מיגו דבידו ועדיף מחזקה, אבל ב"ב הוי מיגו רגיל.
2. התוס' אליבא דמהר"ם לובלין תירצו דבב"ב המיגו מרע לחזקה ולא אמרינן, אבל בקדושין אין המיגו מרע לחזקה ולהכי אמרינן המיגו.
3. התוס' אליבא דהחת"ס תירצו, דאיכא תרי מיני חזקות, בב"ב הוי חזקה בירורית, אבל בקדושין הוי חזקה הנהגתית, ולהכי גרעה ממיגו.
4. המאירי תירץ דבב"ב המיגו הוי דבר שנוגע לעצמו ולכן אנו מסתפקים בדבריו, אבל בקדושין המיגו אינו נוגע לעצמו ולהכי אמרינן המיגו.

ג. יבמות קיא,ב

התוספות (שם) הקשו עוד, מיבמות קיא,ב, במשנה, היבמה שאמרה בתוך שלשים יום (רש"י: שכנסה היבם) לא נבעלתי, כופין אותו שיחלוץ לה, לאחר שלשים יום, מבקשין הימנו שיחלוץ לה, ובזמן שהוא מודה, אפילו לאחר שנים עשר חדש, כופין אותו שיחלוץ לה. והגמרא שואלת שבמקום לכפות את היבם לחלוץ, נכפה לייבם? אומר רב, שמדובר שיש ליבמה גט מהיבם, ופירש"י שהיבם אומר בעלתיך ודייך בגט. ומכיון שעד שלושים יום אדם מעמיד עצמו מלבעול ייתכן שלא בעל והיבמה נאמנת, במיגו שיכלה לומר שאינו יכול לבוא עליה והיתה נאמנת. אבל לאחר שלושים יום רק מבקשים ממנו שיחלוץ ולא כופים, משום היבמה אינה נאמנת שלא נבעלה למרות שיש לה מיגו, משום שיש חזקה שאדם אינו מעמיד עצמו מלבעול יותר משלושים יום. וא"כ רואים שמיגו במקום חזקה לא אמרינן! והתוס' לא תירצו קושיתם.[11]

[11] ר"א וסרמן (קו"ש ב"ב אות לג) שאל, דמנא להו להתוס' לדמות החזקות זל"ז, שאולי נאמר שהחזקה דיבמות דלא אוקי איניש אנפשיה יותר משלושים יום עדיפא מחזקה דב"ב דאין אדם פורע ת"ז, ולהכי ביבמות החזקה עדיפא.

השיטה מקובצת לב״ב (ו,א ד״ה עוד כתוב) הקשה, מדוע הגמ׳ מסתפקת האם אמרינן מיגו במקום חזקה, הרי זה פשוט שחזקה עדיפא, משום דע״י חזקה זו שאין אדם פורע תוך זמנו מוציאים ממון, ואילו מיגו להוציא ממון לא אמרינן? והשטהמ״ק תירץ,[12] שהגמ׳ מסתפקת משום שהמיגו הוא להחזיק, וא״כ עם המיגו איכא חזקת ממון, והחזקה היא להוציא ממון [ואכן רע״א (שם) כתב לפי״ז, דלולי חזקת ממון, חזקה עדיפא ממיגו]. וכתב בספר גידולי שמואל (ב״ב ה,א), דבזה מיושבת קושיית התוס׳, משום שיש לחלק, שאצלנו המיגו עדיף מההוא דיבמות, משום שיש עמו חזקת ממון [וכתב הגיד״ש דלתוס׳ שלא תירצו כן, י״ל דמוחזק בממון אין זה חזקה המבררת, ואינו מצטרף למיגו. ומ״מ התוס׳ שנשארו בקושיא מהגמ׳ ביבמות[13], קשה להם גם קושיית השיטמ״ק].[14]

הרב אלחנן וסרמן (קובץ שיעורים ב״ב אות ל) תירץ קושית השיהמ״ק, וז״ל: דלהתוס׳ שלא תירצו כהשיטמ״ק יש לומר, דמצינו במקרה שהוחזק כפרן (בבא מציעא יז,א) שאינו נאמן לומר פרעתי. והתם אינו מוחזק שלא פרע, דאטו משום דהוחזק כפרן תו לא פרע?! אלא, כיון דהוחזק כפרן אין לו נאמנות לומר פרעתי, וכיון דאין לו נאמנות טענתו כמאן דליתא, והוי כאילו אומר איני יודע אם פרעתיך דחייב. ומבואר מזה, דלפטור עצמו בטענת פרעון צריך שיהיה לו נאמנות בטענתו. ואינו נאמן בטענת פרעתי אלא במלוה על פה, אבל במלוה בשטר כיון דאיכא חזקה שטרך בידי מאי בעי, אינו נאמן, דטענת פרעתי במלוה בשטר היא טענה גרועה. וא״כ, הא דחייב לשלם אינו משום דחזקה מהניא להוציא, אלא משום דחזקה מרעה לכח הטענה ואינו נאמן בטענתו, וממילא חייב כמו בהוחזק כפרן. וא״כ, אין ראיה ממה שמוציא ממון ע״פ החזקה דחזקה עדיפא ממיגו, דהא אפשר דגם חזקה לא

---

[12] כן ביארו רע״א (שם) והחת״ס (שם).

[13] יעוין תירוץ הגר״א לקושיתם בהערה לעיל.

[14] הגיד״ש פתח בחקירה, האם חזקה דאין אדם פורע תו״ז, דגובה גם מיתמי בלא שבועה, היא משום דהך חזקה לבדה הוי בירור גמור ואנן סהדי דלא פרע גם בלא צירוף חזקת חיוב, או דווקא בצירוף חזקת חיוב מהני להוציא ע״י חזקה זו. וכתב הגיד״ש, דרע״א (בשו״ת מהדו״ק סימן קצז בסופו) כתב דהא דמוציאין בחזקה זו, היינו בצירוף חזקת חיוב. וכתב הגיד״ש שנתיבות המשפט (סימן לד סקט״ו) חולק, וחזקת ממון אינה חזקה מבררת, רק שא״א להוציא מן המוחזק בלא ראיה (ב״ק מו,ב), ולכן לא יכולה להצטרף (והגיד״ש הוכיח מהרשב״א שחזקת ממון שוה לחזקת חיוב, עי״ש). ולפי הנתיבות צ״ל, דהאיבעיא בסוגיין היא האם עדיפא חזקה או מיגו, ואם המיגו עדיפא הרי חזקה כמאן דליתא, ובחזקת חיוב לבד אין מוציאין ממון, ושוב קשה קושית השיטמ״ק (בספר אבן ישראל (הלכות מלוה פי״ד ה״א), כתב ג״כ לחקור במהות חזקה זו, והסתעף לכיון אחר).

מהניא להוציא, וכמו מיגו [ולהרע כח טענת פרעתי אפשר דגם מיגו יועיל כדי שלא יהא נאמן בטענתו], עכ״ד.

ד. כתובות יט,א

המשנה בכתובות יח,ב אומרת: העדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו, קטנים היינו, פסולי עדות היינו הרי אלו נאמנים. ואם יש עדים שהוא כתב ידם או שהיה כתב ידם יוצא ממקום אחר, אינם נאמנים, עכ״ל המשנה. כלומר, ברישא של המשנה מדובר שיש עדים החתומים בשטר, ומכיון שחכמים הצריכו קיום לחתימות של העדים כתנאי לשימוש בו (דאל״כ חוששים שהשטר מזויף, יעוין קצוה״ח סימן מו סק״י), ואי אפשר לקיימו באופן אחר (דאם יש אופן אחר, המשנה בסיפא אומרת שהעדים עצמם אינם נאמנים), ואנו זקוקים שהעדים החתומים בשטר יקיימו את חתימותיהם. ואולם, העדים אמנם מקיימים את חתימותיהם, אבל אומרים שכאשר הם חתמו על השטר הם חתמו באונס או שהיו קטנים או פסולים לעדות, וממילא חתימתם פסולה והשטר פסול. הגמרא מביאה ברייתא, שהמשנה נתונה במחלוקת תנאים: תנו רבנן, אין נאמנים לפסלו דברי רבי מאיר, וחכמים אומרים נאמנים. הגמרא אומרת שטעמם של חכמים שהעדים נאמנים לפסול את חתימותיהם והשטר היא משום שיש להם הפה שאסר הוא הפה שהתיר, כלומר, שכל קיום השטר הוא על פיהם, ואם אתה מאמין להם שיש כאן את חתימותיהם, תאמין להם שהחתימות אינן כשרות. וטעמו של ר״מ בכך שהעדים אינם נאמנים לומר שהיו קטנים, כמו שאמר ריש לקיש, (יט,א) חזקה אין העדים חותמים על השטר אא״כ נעשה בגדול.[15]

מקשים התוספות (ד״ה חזקה), דהכא בכתובות משמע דלרבנן אמרינן מיגו במקום חזקה, ואילו בב״ב בעיא היא ולא איפשיטא? והתוס׳ לא תירצו קושייתם. וראיתי להרב עובדיה יוסף זצ״ל בשו״ת יביע אומר (ח״ד אבהע״ז סימן יא אות ב) שכתב, דלפי דברי הר״ן בקדושין שהבאנו לעיל, מיושבת קושיית התוס׳. דהר״ן כתב דמיגו דבידו עדיפא ממיגו רגיל, וכגון הא דב״ב, שיכול היה לטעון דברים אחרים, דלא עדיפא האי מיגו כולי האי. וכן הכא בכתובות, שהגמ׳ אומרת דטעמייהו דרבנן משום הפה שאסר, דאי בעו העדים הוו שתקי, וממילא לא היה השטר מתקיים, ועדיפא ממיגו רגיל. והביא שכן כתבו התוס׳ בבבא קמא עב,ב (ד״ה אין לך בו) בשם ר״י, דלא שייך מיגו

[15] יעוין שם בגמ׳ מדוע אינם נאמנים לומר פסולי עדות היינו או אנוסין היינו, ובתוסד״ה קטנים.

בעדים, שאין דעת שניהם שוה, ומה שירצה לטעון זה לא יטעון זה. והקשו התוס׳ מכתובות הנ״ל, שיש לעדים מיגו׳ ותירצו התוס׳, האי לאו מיגו הוא, שאין השטר מתקיים אלא על פיהם, והפה שאסר הוא הפה שהתיר.[16]

[השיטה מקובצת הכא בשם הרשב״א תירץ קו׳ התוס׳, דרבנן סברי, שהחזקה קאי אעדים, דדוקא בעדים הוא דאמרינן דדייקי כי היכי דלא לסהדו אמעשה קטנים דלית בהו ממשא, אבל מלוה לא דייק כולי האי.[17] כלומר, דליכא לפשט האיבעיא דב״ב מהכא, משום שהכא ליכא חזקה ולכן אזלינן בתר המיגו. ובתירוץ שני הביאו כהתירוץ הראשון שהבאנו].

ה. הפה שאסר

יש להוסיף בזה מה ששמעתי ממו״ר הרה״ג משה חיים דימנטמן שליט״א בשיעור. הש״ך (חו״מ סימן קח סק״ז) נקט שהאיבעיא בגמ׳ ב״ב ה,ב היא לגבי ״הפה שאסר״, אי אמרינן במקום חזקה או לא, והוי קולא לנתבע אבל מיגו במקום חזקה לא אמרינן, וכן כתב קצות החושן (שם סק״ד[18] וסימן עח סק״ה). ומסבירים בישיבות, שלתוס׳ הפה שאסר הוי מיגו טוב ולש״ך וקצוה״ח הפה שאסר הוא גדר בפני עצמו ואינו מיגו (=לא נאמנות ולא בירור). הש״ך שאומר שבאומר פרעתי תוך הזמן זה הפה שאסר, טעמו משום שיכל לטעון פרעתי סתם ואנחנו היינו מבינים שכוונתו שפרע לאחר הזמן והיה נאמן, והוא זה שהרע טענתו בכך שהוסיף לומר ״תוך הזמן״.[19]

מהו החילוק בין מיגו להפה שאסר? במיגו צריך לטעון כדי ליפטר וללא טענתו יהיה חייב, ובהפה שאסר האדם עצמו הביא את הריעותא על עצמו (בכתובות כב,א הגמ׳ אומרת שמספיק לזה סברא, ואת הפסוק צריך למקרה אחר של הפה שאסר). יש צד לומר שהפה שאסר זה נאמנות, ולכן מיגו במקום עדים לא אמרינן, אבל יש דעה בראשונים שהפה שאסר אמרינן אפילו במקום עדים, ולדעה זו רואים שהפה שאסר אינו נאמנות,[20] ואמר

---

[16] ועוד ציין בשו״ת יבי״א הנ״ל לתוס׳ בכתובות יט,ב (ד״ה ואם), ויעוין שם בהערה על התוס׳, שכ״כ. וכן ציין למהר״ם שיף על התוס׳. וכתב עוד בשו״ת יבי״א הנ״ל, דלר׳ מאיר י״ל, דה״ט דס״ל שאינם נאמנים, אף על גב דהוי מגו במקום חזקה, משום דמדאורייתא עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב״ד, וקיום שטרות אינו אלא מדרבנן. מש״ה אין נאמנים במקום חזקה שנעשה בגדול.

[17] ובספר אבן ישראל (צויין לעיל בהערה), כתב שכן י״ל לדעת הרמב״ם.

[18] יעוי״ש שחילק בין שני סוגים של ״הפה שאסר״.

[19] יעוין מילואי חושן להרב דזימטרובסקי סימן עח הערה 47.

[20] ויש דעה שהפה שאסר הוי מטעם בעלות.

מו״ר בשם הרב שמואל רוזובסקי, שזה דווקא במקרה שהאדם יוצר את הריעותא, ע״כ ממו״ר.

נחזור לדברי הש״ך, לדברי השיהמ״ק שתירצו שבב״ב הוי מיגו, רואים שנקטו שלא כהש״ך (וגם הש״ך עצמו הביא מח׳ הראשונים בזה), ומ״מ לדברי הש״ך לכאורה שוב קשה קושיית התוס׳, דתפשוט מההיא דכתובות יט,א את הספק בב״ב.

הרב משה רוט

חובת ההשבה בשואל

ראשי הפרקים

הקדמה

א. חיוב השבה בשומרים – מחלוקת קצוה״ח ונתה״מ

1. השואל בהמה ומסתפק האם מתה מחמת מלאכה או מתה כדרכה

2. שעבודא דר׳ נתן בפקדון

3. מוכר מטלטלין המקבל מעות וחוזר בו

ב. סתירה בדברי הריטב״א

ג. הצעה לישוב דברי הריטב״א

1. תורת המשפטים

2. ישוב דברי הריטב״א

ד. האומר לחברו הפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך חייב לשלם

ה. הפיכת אדם לשומר וסיום תקופת השמירה – בש״ס ובשו״ע

ו. סיכום

הקדמה

באחד משיעוריו של הגר״י זילברשטיין,[1] סיפר הרב על שאלה שהגיע לבית הדין וזה תוכנה:

בעלי המרכולים בבני ברק, מרשים לקונים לשאת את הקניות עד לביתם, בעגלת הקניות של המרכול.

באחת הפעמים העלה אחד הקונים את המצרכים לביתו, כאשר שב אל מקום העגלה- גילה שנעלמה.

הקונה הסתפק האם העגלה נגנבה והרי הוא חייב כדין שואל, או שמא העגלה הוחזרה למרכול (בעלי המרכול נהגו לתת פרס לילדים אשר היו מחזירים עגלות אבודות).

---

[1] דברים בעל פה, שיעור הניתן בבית הכנסת ״רמת חן״ ברמת גן.

בבואם לבית הדין, אמר להם הגר״י שלכאורה השואל חייב, הרי הוא שאל את העגלה ואיננו יודע האם החזירה ודינו כדין האומר ״איני יודע אי פרעתיך״, אך ביקש הגר״י להתייעץ גם אם גיסו, הגר״ח קנייבסקי, לפני שייתן להם תשובה סופית.

תשובתו של הגר״ח הייתה שונה, מכיוון שהשואל מסתפק האם העגלה נגנבה, הרי מקרה זה דומה יותר ל ״איני יודע אם נתחייבתי״ והשואל פטור.

בגלל אופיו של השיעור לא ביאר הגר״י זילברשטיין מה השתנה בין ההו״א לדמות מקרה זה ל״איני יודע אי פרעתיך״ לבין המסקנה לדמותו ל״איני יודע אי נתחייבתי״.

במספר מקומות נחלקו קצוה״ח ונתה״מ, האם קיימת על השומרים (כולל שואל) חובת השבת החפץ לבעליו, או שמא יכולים הם לומר לבעל החפץ לבוא וליטול את שלו.

בפשטות, תשובתו הראשונה של הגר״י זילברשטיין נבעה מההנחה שעל השואל מוטלת חובת השבה וכל זמן שאיננו יודע האם קיים חובה זו הרי הוא בגדר ״איני יודע אי פרעתיך״ ואילו תשובתו של הגר״ח נבעה מהתפיסה שאין על השואל חובת השבה, אלא רק חיובי גנבה, אבדה ואונס וכל זמן שלא ברור שהעגלה נגנבה הרי זה בגדר ״איני יודע אי נתחייבתי״.

מאמר זה סוקר את השיטות השונות בסוגיא זו ואת מקורותיהן.

עיקרו של המאמר בהצבעה על סתירה בדברי הריטב״א בשאלה זו והצעה לישוב, ממנה עולה שלפחות לגבי חובותיו של השואל אין מחלוקת שקיימת חובת השבת החפץ ששאל.

א. חיוב השבה בשומרים – מחלוקת קצוה״ח ונתה״מ

במספר מקומות נחלקו קצוה״ח ונתה״מ בשאלה האם קיימת על השומרים חובת השבת החפץ למפקיד או שיכולים לומר למפקיד לבוא וליטול את שלו.

1. השואל בהמה ומסתפק האם מתה מחמת מלאכה או מתה כדרכה

הרמ״א בס׳ שמ כתב בענין בחיובי שואל באונס ובפטור מתה מחמת מלאכה:

> בהמה שנתייגעה במלאכתה ונתחממה ומתה אחר כך, או נכשלה בדרך ונפלה ומתה, מיקרי מחמת מלאכה. ודוקא שהרגיש בעודו

במלאכה, אבל אם לא הרגיש מיד, לא יכול לישבע דמתה מחמת מלאכה, דדילמא בלאו הכי נמי היתה מתה.

קצוה"ח דן באריכות בדברי הרמ"א ומסיק שנחלקו ראשונים האם השואל בהמה ומתה, ומסתפק השואל האם באונס או מחמת מלאכה, חייב או פטור.

מתוך דברי קצוה"ח ניתן לסכם מספר סברות המופיעות בדברי הראשונים והאחרונים לחייב או לפטור את השואל בדין זה:

תה"ד והש"ך (שמ ס"ק ז), כתבו שהשואל מחויב שבועה שאינו יכול להישבע ומתוך שאינו יכול להישבע משלם.

הנמו"י הביא מהרא"ה שמכיוון ששואל אינו חייב עד לשעת האונס הרי זה כאיני יודע אי נתחייבתי.

הב"י (חו"מ רצא) כתב בשם תלמידי הרשב"א שהרמב"ן דימה דין זה לאיני יודע אי נתחייבתי ולכן פטר, ואילו תלמידי הרשב"א בשם מורם דימו זאת לאיני יודע אי פרעתיך וחייבו.

הש"ך (שם ס"ק מד) מסיק שגם לשיטות ששואל מתחייב משעת משיכה, הרי זה רק לעניין שיעבוד נכסים, אך לעניין שואל המסתפק האם הבהמה מתה באונס או מחמת מלאכה, מכיוון שחייב להשיב את הבהמה, הרי זה כאיני יודע אי פרעתיך.

גם הישי"ש כתב שבגלל שהשואל מחוייב להשיב את הבהמה, הרי זה כאיני יודע אי פרעתיך, אך תלה דין זה בכך שהמשאיל טוען טענת ברי על האונס.

מסקנת קצוה"ח - העיקר כדברי האומרים שדין זה כאיני יודע אי נתחייבתי[2] מכיוון שכל עוד הבהמה בעין, אין עליהם חובת השבה ודווקא גנב וגזלן הם המתחייבים בהשבה.

קצוה"ח מביא מספר ראיות לדין זה:

א. נחלקו תנאים (ב"ק י) בביאור הפס' "אם טרוף יטרף יביאהו עד":

[2] על טענת האומרים שהשואל מחויב שבועה ומתוך שאינו יכול להישבע משלם, תירץ קצוה"ח ששבועת השומרים העיקרית היא שבועת שאינה ברשותו, ושאר השבועות הן מדין גלגול ואין מתוך על שבועות הבאות בגלגול.

דתניא: "אם טרף יטרף יביאהו עד" יביא עדים שנטרפה באונס ופטור, אבא שאול אומר: יביא עדודה לב"ד... הכא בטורח נבילה קמיפלגי.

ומבאר הנמוקי יוסף את מחלוקת התנאים:

יביא עדודה. מלשון "בבקר יאכל עד" ותרגום שלל עדאה: אבא שאול מוקי קרא בשנטרפה בפשיעה ולהכי חייביה קרא להביא עדודה לב"ד כדמפרש ואזיל דבטורח נבלה קמפלגי והיינו יביאהו עד שטורח הנבלה שהוא שלל הנשאר על המזיק להביאו והרי הוא כמזיק כיון שנטרפה בפשיעתו ות"ק מוקי קרא באונס וכיון שיביא עדים שנטרפה באונס פטור ולא מחייב שומר כלל אפילו להביא עדודה אלא שיודע לו היכן הוא ואומר לו הרי שלך לפניך.

מגמרא זו עולה שדוקא כאשר השומר פושע הרי הוא מחויב בהשבת הבהמה לבית הבעלים, אך במתה באונס אומר לבעלים הרי שלך לפניך.

מוכח לכאורה שאין על שומרים חובת השבה כל עוד לא פשעו.[3]

ב. המשנה בפרק השואל (צז,א – ב) דנה במשאיל התובע את השואל שפרתו מתה באונס והשואל טוען איני יודע אי מתה בזמן שהייתה שאולה או שכורה. המשנה מסיקה שמכיוון שהמשאיל אומר איני יודע- הרי הוא חייב.

הגמ' מנסה להקשות מדברי המשנה על דברי רב נחמן האומר מנה לי בידך וזה אומר איני יודע פטור. כותב על כך השטמ"ק את הדברים הבאים:

וזה לשון הריטב"א ז"ל:... ולא מצי למימר דכיון שיודע ששאלה ונתחייב בה ואינו יודע כיצד מתה הוה ליה כאומר הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דהא ליתא דאפילו למאן דאמר התם דשואל מחייב משעת משיכה לאו דמיחייב חיוב גמור לאלתר דהא ודאי כל כמה שהיא בחיים כל היכא דאיתא ברשותא דמרה איתא וליכא על השואל שום חיוב אלא לומר דלכי נגנבה או נאנסה ואיתא חיובא עליה משתעבדי נכסיה למפרע משעת משיכה ונפקא מינה למי שמכר נכסיו בינתיים...מכל מקום כל שאומר איני יודע אם שאולה אם שכורה מתה הרי הוא כאומר איני יודע אם נתחייבתי לך ונשתעבדו

[3] יש להעיר שפסוק זה נאמר בפי שומר שכר ולכאורה ניתן לחלק בין שומר שכר לשואל.

> לך נכסי או לא נתחייבתי לך ונכסי לא נשתעבדו לך כלל. וזה ברור הוא אלא שמקצת הגאונים ז״ל נשתבשו בה קצת.

קצוה״ח רואה בדברי הריטב״א ראייה ברורה שאין חובת השבה בשומרים, אלא בגנב וגזלן.

2. שעבודא דר׳ נתן בפקדון

השו״ע חו״מ פו מביא את דיני שעבודא דר׳ נתן: ״ראובן נושה בשמעון ושמעון בלוי, מוציאין מלוי ונותנים לראובן״.

בסעיף ד כותב השו״ע:

> יש מי שאומר שאם מה שיש ביד לוי הם מעות בפקדון, יכולים ב״ד להתפישם ולנגוש שיפרע לראובן, דכל שיש לו מעות אינו יכול לומר לו טול קרקע.

קצוה״ח כותב שדין זה תלוי בשאלה ממתי משתעבדים נכסי השואל משעת השאילה או משעת הפשיעה, ומכיוון שלהלכה נוקטים רוב הפוסקים שהמשתעבדים משעת הפשיעה לא שייך לדבר על שעבודא דר׳ נתן.

ודוחה קצוה״ח את האפשרות לומר שאע״פ שמשתעבדים משעת פשיעה חובת השבה חלה משעת השאלה- מכיוון שאין לשואל כל חובת השבה.

מוסיף קצוה״ח הוכחה נוספת לכך שאין חובת השבה על השואל, מהגמרא בפ׳ אלו נערות (לד,ב):

> אמר רב פפא... היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת - פטור. אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי: רב פפא פרה אתא לאשמועינן? אמר ליה: רב פפא שאולה אתא לאשמועינן, סלקא דעתך אמינא, הואיל ואמר רב פפא: משעת משיכה הוא דאתחייב ליה במזונותיה, הכא נמי משעת שאלה אתחייב באונסיה, קא משמע לן.

רב פפא פוטר שואל שטבח בשבת מכיוון שחיובי התשלומים חלים משעת הפשיעה ומכיוון שטבח בשבת- קים ליה בדרבה מיניה.

אם הייתה חלה על השואל חובת השבה הרי חובת ההשבה קדמה לחילול השבת ואין קלב״מ.

נתה״מ במקום חולק על קצוה״ח וטוען שיש להבדיל בין חובת השבה לבין חובת תשלומים.

חובת השבה חלה כל עוד החפץ בעין, אך מרגע שאיננו בעין, מתחדשת (למ״ד משעת פשיעה מתחייב) חובת תשלומים, לכן מסכים נתה״מ עם המופיע בשו״ע שקיים שעבודא דר׳ נתן גם בפקדון.

3. מוכר מטלטלין המקבל מעות וחוזר בו

בסי׳ קצח דן השו״ע המכירת מטלטלין ובדין מעות שניתנו תמורתן קודם מעשה קניין.

בסעיף טו כותב השו״ע:

> הנותן דמי המטלטלים או מקצתן, וחזר בו הלוקח וא״ל המוכר: בוא וטול מעותיך, הרי המעות אצלו כמו פקדון, ואם נגנבו או אבדו אינו חייב באחריותן. אבל אם חזר בו המוכר ואמר ללוקח: בא וטול את שלך, הרי המעות ברשותו וחייב באחריותו, אפילו מאונסים גדולים...

מבאר קצוה״ח שהמחבר כתב ״בא וטול את שלך״ מכיוון שהמעות פקדון ביד המוכר ואין חובת השבה על השומר.

ב. סתירה בדברי הריטב״א

אחת מהוכחותיו של קצוה״ח התבססה על פירוש הריטב״א כנ״ל[4] וזה לשונו:

> ...דהא ודאי כל כמה שהיא בחיים כל היכא דאיתא ברשותא דמרה איתא וליכא על השואל שום חיוב...

והבין קצוה״ח שכוונת הריטב״א שאין על השואל חובת השבה.

אך לכאורה הריטב״א כותב דברים מפורשים להפך.

הגמרא (ב״מ פא,א) דנה בשואל חפץ, האם לאחר תום תקופת השאילה יש לו דין של שומר חינם או שומר שכר. כותב על כך הריטב״א את הדברים הבאים:

> או דילמא ש״ש נמי לא הוי. פירוש אבל ש״ח פשיטא דהוי דהא לא סגיא בלאו הכי כיון שחייב להחזירה לרשות הבעלים מדעתם, ואסיקנא דש״ש הוי דהואיל ונהנה מהנה.

---

[4] לעיל סעיף א׳ 1.

ונראה שכתוב להדיא, שלא כהבנת קצוה״ח בריטב״א, שקיימת חובת השבה על השואל.

ג. הצעה לישוב דברי הריטב״א

בסברא אנושית פשוטה, נראה פשוט שקיימת חובת השבה על שואל, ניתן לדון האם שומרים אחרים מחויבים בהשבת הפיקדון, אך כיצד ניתן לומר ששואל ששאל חפץ פטור מהשבתו?!

נראה שזוהי חובתו הבסיסית: שאלת - החזר, עוד קודם לחיוב התשלומים במקרים השונים כגון פשיעה, אונס ומתה מחמת מלאכה.

על מנת ליישב את דברי הריטב״א נקדים יסוד אותו מחדש הגר״ש שקאפ בשערי יושר.

1. תורת המשפטים

שער ה׳ בשערי יושר נפתח בשאלה מדוע ספק ממונא לקולא לנתבע, מדוע לא נאמר שיש על הנתבע ספק איסור גזל.

לאחר שדוחה תירוצים שקדמו לו, כותב הגר״ש שקאפ את הדברים הבאים:

> וביאור ענין זה הוא לענ״ד על פי הקדמה כללית דכל דיני המשפטים של דיני ממונות בין איש לרעהו, אינם כדרך כל מצוות התורה, דבכל המצוות הוא מה שהזהירה לנו תורה בעשה ול״ת, חיוב קיומם עלינו הוא העיקר לקיים מצות ה׳, ובדיני ממונות אינו כן, דקודם שחל עלינו מצות ה׳ לשלם או להשיב, צריך שיוקדם עלינו חיוב משפטי, דהרי אף אם קטן הוא הגוזל דאינו בר מצוות, מ״מ מוטל על בי״ד להציל עשוק מיד עושקו לכוף את הקטן להחזיר החפץ הגזול לבעליו, ועוד כלל עיקרי בזה דהיכא שאנו דנים על איזה זכות וקנין של אדם באיזה חפץ או שעבוד ממון, אין אנו דנים כלל על ענין שמירת איזו מצוה, אלא ענין מציאות למי קנוי הדבר, ומי ומי ראוי על פי תורת המשפטים להחזיק את החפץ, ולפי״ז מה דאמרו חז״ל כללי ההלכות בספיקו של ממון, ודאי שמצאו כן על פי הכרעת השכל שעל פי תורת המשפטים הדין נותן... והנה הלאו של איסור גזל הוא שלא יגזול איש מחבירו דבר שעל פי תורת המשפטים הוא של חבירו...

מחדש הגר״ש שקאפ שקיימות שתי מערכות חיובים בדיני ממון:

א. מערכת משפטית אשר מקורה איננה מן התורה אלא מסברא על פי הכרעת השכל.[5]

ב. מצוות התורה בדיני ממונות.

עוד הוא מחדש שההכרעה בדינים מהסוג הראשון, קודמת לדיני התורה.

סברת "המוציא מחברו" עליו הראיה והשארת הממון בידי המחזיק אותו, שייכת לתורת המשפטים, ולכן אין לשאול מדוע אין איסור ספק גזל על המחזיק, מפני שאיסור ספק גזל הוא מחידושי התורה וקודם בואנו לדון בדיני ממון שחידשה התורה יש לנו להכריע את ההכרעות הממוניות על פי תורת המשפטים, הכרעות אלה הן מדין ודאי וממילא לא מתעוררת שאלת ספק גזל.

דברים דומים, על קיום מערכת משפטים ממונית הקודמת לחיובי ממון שחידשה התורה, אנו מוצאים בדברי אחרונים נוספים בבואם להסביר את דברי תוס' בקידושין (יג,ב ד"ה מלווה הכתובה בתורה) על מלווה שאינה כתובה בתורה.

הגמרא בקידושין עוסקת בשאלה האם שעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא, מדברי הגמרא עולה סברא לחלק בין חיוביים המוגדרים כמלווה הכתובה בתורה, לבין חיובים המוגדרים כמלווה שאינה כתובה בתורה. כותב על כך תוס' את הדברים הבאים:

> "מלוה הכתובה בתורה" - פי' כגון קרבנות ופדיון הבן וערכין ונזקין שלא היו יודעים עניני נתינות הללו אם לא שנתחייבה התורה בפירוש אבל מלוה כגון שלוה לו מעות בלא שטר אף על גב דכתיב האיש אשר אתה נושה בו לא חשיב כתובה בתורה כיון שאין צריך לפרש בתורה שיעור הנתינה דפשיטא מה שהוא לוה צריך לפרוע.

מבואר בדברי תוס', שישנם חיובים ממונים, לדוג', הלוואה, אשר קיומם הוא מילתא דפשיטא ואין צריך לפרש חיוב זה בתורה.

האחרונים משתמשים בהגדרה זו על מנת לבאר דינים שונים, נביא דוגמא:

---

[5] להלן "תורת המשפטים".

המשנה הראשונה במסכת סנהדרין עוסקת במספר הדיינים הנצרכים לסוגי הדינים השונים. מסוגיית הגמרא עולה שיש חילוק בין דיני הלוואות לדיני גזלות וחבלות.

הגמרא מאריכה לדון האם החילוק הוא במספר הדיינים או באיכותם (דיין מומחה או הדיוט) אך כלל איננה דנה בסיבת החילוק בין דיני הלוואות לגזלות וחבלות. גם הראשונים במקום כלל לא דנים בדבר זה.

הגר״ש רוזובסקי מבאר את החילוק על ידי הסברו הנ״ל של תוס׳:

> צריך בירור מה החילוק בין הודאות והלואות לגזלות וחבלות, דאם חזינן דנתחדש בגזלות וחבלות דבעי ג׳ מדוע לא נילף דה״ה להודאות והלואות, ונראה דהחילוק הוא על פי מה שכתב תוס׳ בקידושין (יג,ב) ד״ה מלווה הכתובה בתורה וכן תוס׳ בכתובות (נו,א) ד״ה הרי זו, דהלוואה לא חשיבא כתובה בתורה, משום דגם אם לא הייתה כתובה בתורה היינו יודעים שחייב להחזיר מה שלווה השני, מה שאין כן נזיקין דחשיב כתובה בתורה דכל חיובה יודעים רק מהתורה. לפי״ז י״ל ג״כ הכא דהודאות והלואות שחיובן הוא מסברא א״צ בי״ד לחייבן ולכן סגי גם בחד, אבל גזלות וחבלות שחיובן הוא רק מכח חיוב התורה, בזה בעינן בי״ד כדי לחייב...

סיבת החיוב- חידושה של התורה, או חוב המובן גם ללא חידוש התורה, משפיע על השאלה האם צריך בי״ד כדי לדון במקרה זה.

2. ישוב דברי הריטב״א

על פי המבואר בסעיף הקודם נדמה כי ניתן לתרץ את הסתירה בדברי הריטב״א.

כאשר התורה, מחדשת את חיובי השואל ומחייבת אותו באונסים, זוהי מערכת חיובים שנייה, קודמת לה חובה בסיסית והיא: לקחת - תחזיר, כלומר חובת השבה.

ניתן לדון בשאר השומרים האם קיימת עליהם חובת השבה או שיכולים לומר למפקיד בוא וטול את שלך, אך לגבי שואל נראית סברא פשוטה שמתחייב הוא להחזיר את החפץ ששאל, מכיוון שסברא זו היא כה פשוטה, הרי היא כדברי האחרונים הנ״ל, חובה הקיימת אף ללא דיני התורה שחידשה בחיובי השואל.

קצוה״ח (שמ,ד) הבין בדברי הריטב״א בפרק השואל (צז,ב) שאם הייתה על השואל חובת השבה של הבהמה, הרי כל ספק של השואל האם בהמתו נאנסה והוא חייב, הרי זה כ״איני יודע אי פרעתיך״ וכך הוא הסביר קצוה״ח את דברי הריטב״א ״דהא ודאי כל כמה שהיא בחיים כל היכא דאיתא ברשותא דמרה איתא וליכא על השואל שום חיוב.״

אך כפי שראינו הריטב״א (ב״מ פא,א) כותב בפירוש ששואל חייב להחזיר את החפץ השאול מדעתו של המשאיל.

לכן נראה לומר שמכיוון שמקורם של החובות השונות הרובצות על השואל: השבה וחיובי אונסים, הוא שונה, את חיוב האונס חידשה התורה, אך חובת ההשבה היא מתורת המשפטים, אין לערבב ספק בקיום אחד עם הימצאות החוב השני.

לפי״ז שומר המסתפק אם הבהמה השאולה או השכורה נאנסה, אע״פ שיש חובת השבה על הבהמה השאולה, מכיוון שהספק הוא האם התחדש גם חיוב אונסין, הרי זה כאיני יודע אי נתחייבתי.

ד. האומר לחברו הפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך חייב לשלם

במשנה בב״ק (קיח,א), המקור לחילוק בין איני יודע אי נתחייבתי לבין איני יודע אי פרעתיך, מופיעים הדברים הבאים:

> האומר לחבירו גזלתיך, הלויתני, הפקדת אצלי, ואיני יודע אם החזרתי לך אם לא החזרתי לך - חייב לשלם; אבל אם אמר לו איני יודע אם גזלתיך, אם הלויתני, אם הפקדת אצלי - פטור מלשלם.

ובהערות מלואי חושן לרב דז׳ימיטרובסקי (סי׳ שמ הערה 13) הקשה על קצוה״ח, כיצד ניתן לומר שאין חובת השבה על שומרים, הרי כתוב להדיא במשנה ששומר המסתפק אם החזיר את הפקדון הרי זה איני יודע אי פרעתיך.

וכתב לתרץ שאמנם אין חובת השבה אך זה ודאי שהשומר מחויב לאפשר לבעל הפיקדון להיכנס לביתו ולקחת את החפץ.

לכן כאשר הספק הוא האם החפץ אצל השומר או שמא כבר הושב הרי זה כאיני יודע אי פרעתיך, אך כאשר יש ספק אי נאנס או מת בפשיעה הרי זה כאיני יודע אי נתחייבתי.

והוצרך לחדש כן לדעת קצוה״ח הסובר שאם היה חיוב השבה על השומר, הרי גם בספק אונס מכיוון שכל עוד לא הושב הפיקדון, חובת ההשבה גורמת לספק להיות כאיני יודע אי פרעתיך, לכן חידש שקיימת חובה על השומר לאפשר לבעלים להיכנס לקחת את הפקדון וחובה זו איננה רלוונטית כאשר הספק הוא שמא מתה באונס או בפשיעה ולכן ספק אונס או פשיעה יחשב כאיני יודע אי נתחייבתי.

וציין הרב דז׳ימיטרובסקי לחזו״א שהקשה כן על שיטת הריטב״א:

> דמה דתנן בב״ק דהפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי חייב לשלם לא קשה על הרא״ה ועל הריטב״א דכתבו דכשיש ספק אם נאבד בפשיעה או באונס לא מיקרי איני יודע אם פרעתיך למ״ד משעת פשיעה (והריטב״א כתב גם למ״ד משעת משיכה) דבמתני׳ בב״ק מיירי דיש ספק אם עדין החפץ בידו של הנפקד ונתערב בשלו או שאכלו דבזה הו״ל איני יודע אם פרעתיך דהחיוב החזרה הותחל משעה שמשכו אבל הריטב״א והרא״ה מיירי כשהחפץ ודאי אינו בידו אלא שיש ספק אם אירע פשיעה או אונס ובזה כל מאורע ששומר חייב על זה השיעבוד מתחיל רק משעת פשיעה ואהוי איני יודע אי הלותני.

וכתב על זה הרב דז׳ימיטרובסקי שנראה כוונתו כדבריו.

אמנם לגבי הקושיא נראית הקושיא זהה, אך לגבי התירוץ, נלע״ד שאם צודק הרב דז׳ימיטרובסקי, א״כ העיקר חסר מן הספר מפני שאין רמז בדברי החזו״א לכך שיש חילוק בין חובת השבה לבין חובה לאפשר למפקיד לבוא ולקחת את שלו, להפך דבריו נראים ברורים שמשעת משיכה מתחייב השומר בהשבה כפשט לשונו: ״דהחיוב החזרה הותחל משעה שמשכו״.

וכל חילוק החזו״א הוא בין מקרה בו יש ספק האם החפץ הושב או נתערב בשלו לבין מקרה בו אין ספק שהחפץ לא הושב אך יש ספק אם מת באונס או בפשיעה.

החזו״א לא ביאר מדוע חובת ההשבה איננה ממשפיע על ספק במקרה של אונס או פשיעה להחשיב מקרה זה כאיני יודע אי פרעתיך, כפי שסובר קצוה״ח, אך לפי המבואר בדברינו בסעיף הקודם, בישוב דברי הריטב״א, הרי הדברים ברורים מכיוון שמקור חובותיו של השומר הוא שונה- חובת ההשבה מקורה הוא מדיני המשפטים, ואילו חובות השומרים הוא מחידושי

התורה, חובת ההשבה איננה סיבה להחשיב ספק אונס או פשיעה כאיני יודע אי פרעתיך.

ה. הפיכת אדם לשומר וסיום תקופת השמירה – בש"ס ובשו"ע

לגבי דרך הפיכת אדם לשומר, אנו מוצאים התייחסות מפורשת במשנה ובגמרא.

המשנה בב"מ (פ,ב) אומרת "שמור לי ואמר לו הנח לפני- שומר חינם". ובגמ' בב"ק (עט,א) מובאת ברייתא שיש צורך גם בקניין "כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים" ונחלקו הראשונים האם ללא קניין כלל לא חלים עליו חיובי שומר, או שחיובי השומר חלים גם ללא קניין ומטרת הקניין למנוע מהבעלים לחזור בהם.[6]

וכן הביא בשו"ע (רצ"א סעיף ה) את שתי הדעות הללו.

אך לגבי סיום תפקידו של השומר, מאיזה רגע כבר לא חלה עליו חובת שמירה, נדמה כי איננו מוצאים משניות ואיננו מוצאים התייחסות מפורשת בשו"ע.

אמנם במשנה בב"מ (צח,ב), וכן נפסק בשו"ע, מוצאים התייחסות מסויימת לשאלה זו:

> השואל את הפרה ושלחה לו ביד בנו, ביד עבדו, ביד שלוחו, או ביד בנו, ביד עבדו, ביד שלוחו של שואל, ומתה - פטור. אמר לו השואל: שלחה לי ביד בני, ביד עבדי, ביד שלוחי, או ביד בנך, ביד עבדך, ביד שלוחך, או שאמר לו המשאיל: הריני משלחה לך ביד בני, ביד עבדי, ביד שלוחי או ביד בנך, ביד עבדך, ביד שלוחך, ואמר לו השואל: שלח, ושלחה ומתה - חייב. וכן בשעה שמחזירה.

אך נראה כי נושא המשנה איננו כיצד שואל מסיים את תקופת שאילתו אלא המשנה עוסקת בשאלה מאיזה רגע נחשב הדבר שהחפץ השאול יצא מרשותו של המשאיל.[7]

---

[6] תוס' והרא"ש סוברים שגם ללא משיכה, מיד כשנסתלקו הבעלים משמירתן- נתחייב השומר בשמירה, ואילו שיטת הרמב"ם שתקנת המשיכה היא גם על מנת להחיל על השומרים את חיובם.

[7] עיין רש"י ד"ה "וכן בשעה שמחזירה" המסביר כך את ההבדל בין מסרה לשלוחו / בנו מדעתו של המשאיל או שלא מדעתו.

מדוע אין אנו מוצאים התייחסות ישירה לשאלה כיצד מסתיימת אחריותו של השואל על החפץ השאול, בדומה למקורות הנ"ל העוסקים בשאלה כיצד מתחילה אחריותו של השומר על החפץ הנמסר לו לשמירה.

לפי דברינו שחובת ההשבה של השואל היא חובה בסיסית הקודמת לחיובים שחייבה התורה את השואל במקריי אונס, ניתן לומר שזו גופא הסיבה מדוע אין צורך לציין שכל עוד לא הושב החפץ לא הוסרה האחריות מהשואל.[8]

ו. סיכום

במספר מקומות נחלקו קצוה"ח ונתה"מ האם קיימת חובת השבה על שומרים בכלל ועל שואל בפרט.

מעבר לשאלה הבסיסית האם חייב השומר להשיב את החפץ או שמא יכול הוא לומר לבעלים "בוא טול את שלך" למחלוקת זו נ"מ נוספות לדוג' האם קיים שעבודא דר' נתן על פקדון.

קצוה"ח טען שנחלקו בדבר ראשונים ואחת מראיותיו הייתה לשונו של הריטב"א (בב"מ צז,ב) "דהא ודאי כל כמה שהיא בחיים כל היכא דאיתא ברשותא דמרה איתא וליכא על השואל שום חיוב". דעתו של קצוה"ח היא לפסוק כראשונים אלו.

ניתן לדון האם שומר חינם ושומר שכר מחויבים בהשבת הפקדון, אך בסברא פשוטה נראה קשה להבין כיצד שואל איננו מחויב להשיב את החפץ ששאל, לכאורה נראה שזוהי חובתו הבסיסית- שאלת- החזר.

בנוסף לכך במאמר הראינו שהריטב"א בבב"מ (פא,א) אומר דברים ברורים ששואל חייב להשיב את החפץ ששאל.

על מנת שדברי הריטב"א לא יסתרו אלו את אלו, הבאנו במאמר את יסודו של הגר"ש שקאפ בדבר "תורת המפשטים" ממנה עולה שישנם חובות ממוניות אשר מקורם מסברא אנושית פשוטה וחובות אלו לא התחדשו עם

---

[8] אמנם בגמ' (בב"מ פ,ב) מופיע שדברי המשנה הנ"ל, שיש צורך בהשבה מדעת המשאיל, הן רק במשיב תוך תקופת השאילה, אבל לאחר ימי השאילה, שוב אין על השואל חיובי שואל, והסתפקה הגמרא האם לאחר ימי השאילה חייב השואל לשמור כשומר חינם או כשומר שכר, א"כ ניתן להבין שהסתיימו חיובי השואל אף ללא שהשיב את החפץ, אך כבר הבאנו לעיל את דברי הריטב"א שכתב שלגמרא לא היה ספק שמא איננו חייב לשמור אף כשומר חינם, מפני שכל עוד לא השיב את החפץ הרי הוא חייב בשמירתו.

מתן תורה וההכרעה בחובות אלו אף קודמת להכרעה בדיני הממונות אשר חידשה התורה.

על פי יסוד זה ניתן לומר שגם חובת ההשבה אשר קיימת בשואל נובעת מסברא אנושית פשוטה- שאלת – החזר, על גבי חובה בסיסית זו חידשה התורה את חיובי השואל במקרים של אונס וכד'.

מכיוון שמקורן של החובות השונות של השואל הוא שונה- אי קיום חובת ההשבה לא ישפיע על ספק האם התחייב באונס וכך ניתן לבאר את לשון הריטב"א בלי שתסתור את דבריו המפורשים ששואל חייב להשיב את החפץ מדעת הבעלים.

עוד הראנו במאמר שעל פי הבנה זו ניתן לתרץ את הקושיא על קצוה"ח מדברי המשנה בב"ק- "הפקדת אצלי, ואיני יודע אם החזרתי... חייב לשלם" לכאורה במשנה זו מבואר ש"איני יודע אי החזרתי" הרי זה כ"איני יודע אי פרעתיך", אך אנו נאמר שכל דברי המשנה הן כאשר יש ספק אם הושב החפץ, או שמא נמצא עדין אצל השומר, אך כאשר הספק הוא האם היה חיוב משום אונס או פטור מתה מחמת מלאכה, הרי חובת ההשבה, איננה משפיעה על ספק זה להחשיבו כ"איני יודע אי פרעתיך".

אם אכן חובת ההשבה היא בסיסית וקודמת לדיני השואל אשר חידשה התורה, ניתן גם להבין מדוע הש"ס והפוסקים עוסקים בדרך הפיכתו של אדם לשואל אך אינן עוסקות ישירות בשאלה כיצד מסתיימת אחריות השואל על החפץ- מכיוון שזו חובה פשוטה שעליו להשיבו וכל עוד לא השיבו לא הסתיימה אחריותו על החפץ.

הרב אריאל בראלי
ראש מכון משפט לעם, ישיבת ההסדר שדרות

חולצות שהוזמנו עם טעות[1]

תאור המקרה

הנתבע ארגן הזמנה של חולצות לכבוד יום ירושלים לתלמידי הישיבה. הוא מינה נציגים מכל מחזור ואסף כסף מכל תלמיד שרצה לקנות חולצה. לחברה שמדפיסה את החולצות נשלח ציור ללא הכיתוב ונאמר להם לכתוב 'ישיבת כפר...'.

הנתבע שלח שני תלמידים עם הכסף לתל אביב להביא את החולצות. כאשר הגיעו לבית הדפוס בתל אביב הם נדרשו לחתום על אישור הגלופה. הם עשו זאת, שלמו ולקחו את החולצות. כאשר הגיעו לישיבה התגלתה הטעות במקום שיהיה כתוב 'ישיבת כפר' נכתב 'ישיבת כבר'.

התובעים אינם רוצים ללבוש חולצה עם טעות זו ורוצים את כספם בחזרה.

הנתבע טוען שהוא רק ארגן ובפועל הטעות לא היתה שלו, השליחים טענו שהם נתבקשו רק להביא את החולצות ולא ידעו שיש להם אחריות גם על אישור הגלופה, לכן הם לא התעמקו בכתוב.

דיון

האם הנתבע אחראי על הטעות של השליחים?

נראה שהנתבע היה רשאי לפנות לתלמידים לעזור לו במשימה ולכן דומה הדבר לכל המפקיד על דעת אשתו ובניו מפקיד ולא היתה חריגה ממה שסוכם עם הנתבע. כמו כן אין אפשרות לתבוע את בית הדפוס כי השליחים אישרו את הגלופה עם הטעות ובכך הסירו את האחריות מבית הדפוס.

לאור זאת יש לדון על אחריות השליחים לנזק שנוצר. נראה שהשינוי כאן אינו מבטל את המקח מיסודו היות ולא מדובר על המוכר יין ונמצא חומץ אלא על פגם במקח. לכן לא ניתן לתבוע את השליחים מדין שומר שפשע כי

[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.

הקנין התבצע והשליחות הגיעה לסיומה אין עליהם חיובי שמירה וכל הדיון הוא מדין מזיק.

אישור הגלופה

השליחים אישרו את הגלופה השגויה. הנזק נגרם על ידי הדפוס בגלל האישור שלהם. יש לדמות פעולה זו לסוגיית שולחני אשר הזיק בגרמי ואמר על מטבע שהוא תקין ונמצא מקולקל (ב"ק צט,ב). מבואר שם שיש שני תנאים לחיוב: א. שהשולחני ידע שסומכים עליו לגמרי. ב. וכן שהוא אינו מומחה. (חו"מ שו,ו). לתלמידים שאישרו את הגלופה היה ברור שהדפוס סומך רק עליהם ולכן תנאי זה התקיים. בנוסף לא נראה שיש להם מעמד של מומחים שאז ניתן להתייחס לטעות כאונס, אלא האישור שלהם לגלופה ללא בדיקה יסודית נחשב לפעולה רשלנית.

אין לטעון עבורם שלא דובר מראש איתם על אישור הגלופה ולכן לא ייחסו לכך חשיבות שכן בבית הדפוס עיכבו את ההדפסה עד לאישור הגלופה והם ידעו זאת. הפרשנות שלהם לאישור פזיז של הגלופה אינו סביר כי בית הדפוס שידר להם שזה הוא ענין רציני. מסקנה- על התלמידים שאישרו את הגלופה לשלם את הנזק שנגרם לבעלי החלוצות.

שומת הנזק

בבדיקה מדגמית נמצא שרוב התלמידים היו מוכנים לקבל חולצה עם טעות כזו בתנאי שיפחיתו שליש מהמחיר. לאור זאת על השליחים לשלם לרוכשים 800 ש"ח (שליש מסך מאה חולצות בעלות 2400 ש"ח).

עם זאת בית הדין ממליץ להטיל על השליחים תשלום סמלי 50 ש"ח בלבד לכל אחד מהם. בהתחשב בכך שמדובר במעשה התנדבות לצורכי רבים לנסוע ללא תמורה לתל אביב. יש לעודד[2] מגמה זו של התנדבות ולפטור אותם מנזק שנגרם ללא כוונת זדון.

מסקנה

התלמידים אשר נסעו לבית הדפוס בתל אביב חייבים לשלם 800 ש"ח. אמנם בית הדין ממליץ להסתפק בתשלום של 50 ש"ח מכל אחד מהם.

---

[2] כתקנת חז"ל לגבי משיב אבדה- והמוצא מציאה לא ישבע מפני תקון העולם, גיטין ה,ג.

בגד שניזוק בניקוי יבש

א. עובדות מוסכמות

התובע מסר סרטוק (ז׳קט מיוחד של חסידים) מבד משי לניקוי יבש לנתבע שהוא בעל מכבסה. בעת המסירה קיבל טופס ובו כתובים מספר תנאים של המכבסה עם הלקוחות. בין השאר כתוב שאין המכבסה אחראית על התכווצות או שינוי צבע ואין המכבסה אחראית במקרה של אובדן אלא עד פי שבע מעלות הניקוי כאשר עלות הניקוי במקרה שלפנינו היא 110 ש״ח. הסרטוק חזר מהמכבסה מכווץ באופן שלא ניתן להשתמש בו. התביעה על סך 2229 ש״ח - עלות סרטוק חדש.

ב. טענות התובע

הסרטוק נמסר לניקוי יבש במכבסה כפי שנמסר בעבר למכבסה אחרת (מצורפות קבלות). הוא התקלקל לגמרי ואין מה לעשות איתו לכן התביעה לפיצוי בסך בגד חדש. אמנם הנתבע בעל המכבסה הציע לקנות סרטוק חדש מבד אחר אך התובע הוא חסיד חב״ד ואלה נוהגים להקפיד דוקא על משי.

התנאים המופיעים בטופס של המכבסה אינם הגיוניים, ואף אדם לא ימסור סרטוק ששוויו אלפי שקלים למקום שאינו נותן אחריות מלאה על הבגד. מה גם שאין חתימה על הטופס. התנאים הכתובים על הטופס מתייחסים לנזקים מקומיים ולא להרישת הבגד לגמרי. הנזק שנגרם לסרטוק מעיד על כך שהתהליך כולו נעשה בצורה קלוקלת או שהיו מים או כימיקלים שאינם מתאימים.

ג. טענות הנתבע

המכבסה פועלת לפי הוראות היצרן. מסתובבים בשוק זיופים רבים ובדים אשר אינם עמידים ומשום כך המכבסה אינה לוקחת אחריות על נזקים שיכולים לקרות. המכבסה של הנתבע עובדת עם מכבסה גדולה במקום אחר שיש לה הרבה ניסיון ולכן ההסבר היחיד לנזק הוא שאיכות הבגד ירודה, כמו כן, זה הוא נזק שקורה מדי פעם לז׳קטים שונים.

לגבי הטענה שהסעיפים המופיעים בטופס של המכבסה אינם מקובלים, המציאות היא שדבר זה מקובל על כלל המכבסות עקב הבעיה שצוינה. כמו כן התובע היה מודע לסעיפים אלו ובחר בכל זאת למסור את הבגד לניקוי

במכבסה. הוצעו מספר הצעות פשרה הן מחוץ לבית הדין והן בפני בית הדין ואת כולם דחה התובע, ניכר א״כ שהוא פועל ממניעים שאינם טהורים.

ד. אחריות הנתבע לבגדים הנמסרים למכבסה

בגמרא (ב״ק צט,ב) מובאת ברייתא:

> הנותן בהמה לטבח וניבלה, אומן - פטור, הדיוט - חייב, ואם נותן שכר, בין הדיוט בין אומן – חייב.

כלומר, מדובר בשוחט שהטריף את הבהמה בזמן השחיטה: אם השוחט אינו מומחה (״הדיוט״) הוא חייב לשלם על הנזק כדין אדם המזיק, אולם, אם הוא מומחה הוא פטור מלשלם למרות שעשה את אותה פעולה. ובביאור הדברים כתב רש״י (שם, ד״ה אומן פטור) שכאשר מומחה קלקל בזמן השחיטה יש להחשיב זאת כעין אונס ומזלו הרע של האדם שמסר לו גרם לכך. בסיום הדברים נאמר שכאשר האומן מקבל שכר על פעולה זו הרי עליו לשלם את הנזק.

להלכה נפסקו הדברים בשו״ע (חו״מ שו,ד):

> המוליך חטים לטחון, ולא לתתן, ועשאן סובין או מורסן; נתן קמח לנחתום ועשאו פת נפולין; בהמה לטבח, וניבלה; בשכר, חייבים לשלם דמיהם. ואם שחט בחנם, אם היה טבח מומחה, פטור; ואם אינו מומחה, חייב.

מדברי רש״י דייק בעל המחנה אפרים (נזקי ממון סימן ה) שחיוב אומן נובע מדיני שומר ולא מדיני נזיקין, מכיוון שעליו מוטל להתעסק בדבר. לכן כאשר ישנו תשלום, האומן הופך לשומר שכר החייב בגנבה ואבדה. לאור זאת נראה שניתן להגדיר את בעל המכבסה כשומר שכר.

אמנם, לגבי פעולות שנעשו ברשלנות חייב גם אומן שעובד בחינם כפי שכתב בערוך השולחן חושן משפט סימן שו כתב: ״דאם לא לתתן כלל אין לך פושע גדול מזה״. למשל, אומן שטחן את גרעיני החיטה בלא שטיפה מקדימה חייב (ראו חו״מ שו,ד; שלטי גיבורים ב״ק לה, ערוך השולחן חו״מ שו,ט).

לסיכום, הנתבע מוגדר כאומן ודינו כשומר שכר, אשר חייב בנזק שנגרם ברשלנות ואף יותר מכך על נזק שהוא כעין גניבה ואבידה.

ה. טופס הזמנת העבודה

להשלמת מעמדו של הנתבע יש לעיין בטופס ההסכם בין המכבסה לבין הלקוחות. הסכם זה תקף אף אם התובע לא חתם עליו וזאת מצד עצם זה שקיבל את ההזמנה לידיו ובה מפורטים הסעיפים הנ"ל, בכך גילה דעתו שהוא מסכים לכל הכתוב בה.

לגופו של ענין, משפט אחד עוסק באחריות המכבסה על נזקים: "המכבסה אינה אחראית להתרחבות התכווצות ולשינוי צבע". כלומר, יש כאן הגבלה של אחריות המכבסה לנזקים.

לכאורה היה אפשר לומר שהכוונה לפטור את המכבסה מכל נזק של התכווצות ושינוי צבע גם כאשר היתה רשלנות של בעל המכבסה. אולם, למעשה נראה שאין לפרש כך את הסעיף אלא כוונת הדברים לכל נזק שארע תוך כדי הפעולות המקובלות בניקוי יבש.

מטרת הסעיף היא להרחיב את הפטור רק לתוספת המינימאלית מעבר לדין, ולפרש שמטרת הסעיף היא לצמצם את אחריות המכבסה במקרים אלה, לדין שומר חינם שחייב אך ורק בפשיעה.

באופן דומה יש לפרש את הסעיף השני שבו נאמר "המכבסה אחראית על אובדן פי שבע ממחיר הניקוי". כלומר, הגבלת גובה הפיצוי אמורה רק במקרה של נזק שנוצר עקב רשלנות ברמת "גניבה ואבידה", אולם, במקרה של פשיעה בעל המכבסה חייב ללא הגבלה.

לסיכום, בעל המכבסה הוא בגדר שומר שכר שחייב בנזק שהוא בגדר "גניבה ואבידה". בנוגע לנזק של התכווצות ושינוי צבע הוא בגדר שומר חינם שחייב בפשיעה. כמו כן, במקרה של נזק מסוג "גניבה ואבידה" אחריות המכבסה מוגבלת לעד פי עשרה מעלות הניקוי, אולם, בנזק עקב פשיעה החיוב הוא מלא ולא מוגבל.

ו. מה גרם לנזק?

כעת השאלה המרכזית היא מה גרם לתוצאה כזו קשה לבגד? לטענת התובע, הנתבע שפעל בחוסר מקצועיות וגרם לנזק, ואילו לטענת הנתבע הבגד היה באיכות ירודה ולכן הוא ניזוק.

אם תהליך הניקוי היה תקין, נראה שאין לחייב את בעל המכבסה, שכן על פי מה שנתבאר לעיל הוא אינו נחשב למזיק (שחייב אפילו באונס), וכלפי חיוב השמירה הוא התנה במפורש שאין לו אחריות להתכווצות של הבגד.

לעומת זאת, אם היתה חריגה מהפעילות המקובלת לניקוי בגד משי הרי יש בכך משום פשיעה ועל בעל המכבסה לשלם את מלוא הנזק משום ששני הסעיפים לא עוסקים בדבר זה.

אין ביד בית הדין ראיות ברורות לתהליך שעבר הבגד. גם הנתבע אינו יודע בצורה ברורה מה נעשה עם הבגד שכן הוא מוסר זאת למכבסה גדולה וסומך עליהם. לאור זאת יש לקחת את הבגד ולבדוק עם מומחה בתחום שיעריך מה יכול לגרם לנזק כל כך קשה לבגד.

מבירור שעשה בית הדין עם מומחה עולה התמונה שהתוצאה מעידה על כך שהבגד עבר הליך ניקוי לא תקין. לכך יש להוסיף כי התובע הביא קבלות על כך שהסרטוק כבר עבר ניקוי יבש ומשם הוא יצא תקין, משמע שהבעיה איננה בבגד אלא בניקוי שביצע הנתבע.

משמעות הדברים ברורה: המכבסה לא נהגה כראוי עם הבגד והיא חייבת לפצות את הנתבע.

ואף שבזמן הזה אין דנים על פי אומדנא בדיני ממונות (נתיה"מ ביאורים סימן טו ס"ק ב) מכל מקום מכוח החתימה על שטר הבוררות יש לבית הדין סמכות כזו.

וכך כתב הרב צבי בן יעקב (משפטיך ליעקב חלק ג עמוד 402):

> נראה דכל הדברים אמורים בדין תורה הנחתך ע"פ דין אולם בבוררות שבה חותמים הצדדים על שטר בוררין ונותנים לבוררים שיקול דעת רחב בהכרעת הדין א"כ נראה שאין הדיינים צמודים לדיני הראיות ויוכלו לפסוק ע"פ אומדן דעת הברור להם.

וכך נכתב בסדרי הדין הקבועים בבית הדין:

1. בהסכם הבוררות מקובל לכתוב שהצדדים מקבלים את בית הדין "בין לדין ובין לפשרה", ובכך ניתנת לבית הדין הסמכות להכריע על פי פשרה הקרובה לדין.

2. סמכות הפשרה מאפשרת לבית הדין להכריע בשאלות עובדתיות על פי אומדן דעת.

לסיכום, בית הדין השתכנע שהנזק נגרם מליקוי בהליך הניקוי של הסרטוק, ולכן הנתבע חייב בפיצוי.

ז. שומת חפץ משומש

במקרה של נזק יש לשלם את ההפרש בין מחיר הבגד בשעת המסירה לניקוי לבין מחירו לאחר שניזוק (חו״מ שפז,א). בשומת מחיר הבגד יש לקחת בחשבון שמדובר בבגד שכבר לבשו אותו. במקרה זה אין אפשרות לתת שומה מדויקת לחלוטין כי אין מחיר ברור לבגד משומש. לכן מדובר בהערכה ע״פ אומדן דעת וברורים. לאחר התייעצות, בית הדיןקובע שמחיר הסרטוק המשומש הוא 1500 שקלים, כשני שלישים ממחיר חדש. יש להוסיף על כך שבעים שקלים החזר עלות הניקוי (על פי פסק הרמ״א חו״מ שו,ה, ״שכרו הפסיד״).

החלטה

הנתבע ישלם לתובע 1570 ש״ח, תוך חודש ימים.

פסק דין - כדור שהתפוצץ[3]

עובדות מוסכמות

לפני כשנה, התובע הגיע עם כדור סל בשווי 50 ש״ח למגרש הישיבה, לאחר זמן עזב את הכדור בידי חבריו ששחקו במקום. הכדור עף תוך כדי משחק לכיוון חומת האבן ושם הוא פגע במסמר והתפוצץ. התובע פנה לראש הישיבה וסיפר על מה שארע אולם רק כעבור שנה באו לכלל בירור. התביעה היא על סך 50 ש״ח.

טענות התובע

המסמר הוא מפגע ועל הישיבה לשלם על כך שלא דאגה להסיר אותו. היו עוד מקרים של כדורים שהתפוצצו (במקומות אחרים במגרש) והדבר מעיד שזה מצוי וזו פשיעה של הישיבה.

אין לראות במשחק במגרש מעין הסכמה לתנאי השטח של המגרש מה גם שאין מקום אחר לשחק בו. ההגינות מחייבת יחסי גומלין בין הישיבה לתלמידים וכשם שמוטל על התלמידים לשלם נזקים שנגרמים לישיבה כך גם מוטל על הישיבה. התובע סירב להצעת פשרה של בית הדין ועומד על תביעתו שעל הישיבה לשלם חמישים ש״ח.

טענות הנתבע

המגרש נבנה על ידי משרד החינוך ובפקוח מכון התקנים. אין מקום לכך שהישיבה תבדוק כל מסמר שנשאר בחומה. הישיבה אינה מחייבת את התלמידים על נזקים שנגרמים תוך כדי שימוש אלא רק על נזק מכוון. כך ראוי שינהגו התלמידים כלפי הישיבה ולא יתבעו נזקים צפויים שהינם חלק משגרת החיים. בנוסף מדובר על נזקי בור שיש בו פטור על נזקי כלים ואף אם ישנו חיוב לצאת ידי שמים לא ברור שמוסד חינוכי מחויב בכך.

---

[3] בדין זה, הרכב הדיינים כלל את אחד מרבני הישיבה. לכאורה הוא נוגע כי מקבל שכר מהישיבה ולכן רוצה בטובתה. נראה שנגיעה כזו אינה פוסלת שכן סכום כזה אינו מהווה שיקול ביחס למשכורתו (חו״מ לז,ט). כמו כן בעלי הדין קיבלו אותו כדיין על אף שהוא עובד בישיבה.

האם המסמר נחשב לבור?

החצר היא רשות פרטית של הישיבה אך יש רשות לרבים ללכת שם ולכן האחריות למפגע מוטלת על הישיבה (פתחי חושן פרק ז הערה יא- ״רה״ר לאו דוקא אלא כל מקום שיש רשות לרבים להלוך שם״. ועי׳ גם הע׳ י״ד). אולם על מנת שהמסמר יוגדר כבור המזיק, יש לבדוק האם יש סבירות לכך שיתפוצץ כדור במיקום הנוכחי של המסמר?

אם היה מדובר על מקום גבוה שאין דרך להגיע לשם אז נחשב הדבר לאונס ופטור. וכשם שיש פטור לגבי אש שהתפשטה ברוח שאינה מצויה כך הדין לגבי בור (ב״ק נו, קובץ ביאורים סימן טז).[4] אך לאחר התבוננות במקום ושמיעת דברי התלמידים מגיעים אנו למסקנה שאכן המסמר נמצא במיקום שנחשב לבור.

האם יש לישיבה אחריות על מה שנעשה בידי משרד החינוך?

ראשית יש לציין שהישיבה קיבלה על עצמה להסיר את המסמר ולערוך סריקה שאין דברים נוספים שיכולים לגרום נזק עתידי מלבד המבנה של גדר הברזלים שהוא קבוע (סימן תי,ד). היה מקום לפטור את הישיבה מהטעם שהמסמר ננעץ שם ע״י קבלנים של משרד החינוך וממילא האחריות עליהם. וכך כתב הרמ״א (שם) שאם כרה אדם בור ברשות שאינה שלו ואז נודע לבעל החצר אז הוא חייב. ודייק הסמ״ע (סק״ח) שקודם שנודע לו פטור. אם כן גם כאן משרד החינוך השאיר מפגע ולא נודע הדבר לישיבה עד שקרה הנזק.

אולם נראה שאין בכך סיבה לפטור את הישיבה מהסיבה שההלכה המובאת מתוך פסק הרמ״א מתייחסת לאדם אחר אשר כרה בור ללא רשותו של בעל החצר אך משרד החינוך אינו נחשב לגוף חיצוני אלא שליח של הישיבה לבנות את המגרש.

כמו כן יש לדחות את הטענה שמכון התקנים בדק את כשירות המגרש ולכן אין אחריות לישיבה. משום שבדיקת מכון התקנים אינה ענין לכאן הוא בודק את ההיבט הבטיחותי לתלמידים והמסמר הבולט אכן לא מסכן את התלמידים.
וכן יש לדחות את הטענה שהתלמידים קיבלו על עצמם את תנאי המגרש כי

[4] עוד ביאר מדוע חייב על גמל שנפל לבור על אף שאין זה שכיח שיגיע אליו (רמ׳א תי,כג).

לתלמידים אין אפשרות לשחק במקום אחר לכן אין בעובדה ששיחקו קבלת תנאי המגרש, בייחוד שהמסמר אינו בולט.

נזקי כלים בבור- חיוב לצאת ידי שמים

ישנה גזרת הכתוב בבור לפטור את הכלים: 'שור ולא אדם חמור ולא כלים' וכל דבר שאינו בעל חיים מוגדר ככלי. לאור זאת יש לפטור את הישיבה מתשלום על כדור המוגדר ככלי. (תי,כא).

נחלקו הפוסקים האם יש חיוב בדיני שמים על נזקי כלים בבור (פתחי חושן פרק ט, הערה נג) אולם כאשר ישנו שטר בוררות אזי הפסיקה המקובלת היא לחייב בדיני שמים.[5]

ואף שמדובר על מוסד ציבורי שיכול לטעון שאין לו רשות לפעול בכספי ציבור לפנים משורת הדין. כתב על כך הרב אשר וייס (קובץ דרכי הוראה ה) בשם שו"ת אחיעזר (ח"ד סימן סח) "כל ציבור יש לו דין אדם חשוב ומשום כן יש לכפותו לנהוג לפנים משורת הדין". בנוסף הורה הרב מרדכי אליהו שבית דין יכול לחייב מוסד חינוכי מטעמים חינוכיים ומעבר לדין (על פי חו"מ סימן ב).

אמנם, חיוב לצי"ש לא חייב להיות במלא הסכום, אלא בהתאם לנסיבות ולצדדים נוספים, וכפי שהתבארו השיקולים לעיל, לאור זאת אנו מחליטים על סכום של 15 ש"ח.[6]

החלטה

על הישיבה לשלם לתובע 15 שקלים בתוך חודש ימים.

---

[5] כתב הרב זלמן נחמיה גולדברג: "ונראה שלכולי עלמא אם בעלי דין באו לדין וקנו מהם הן לדין הן לפשרה ובית דין רואה שהדין הוא שהנתבע חייב בדיני שמים ופטור בדיני אדם – על בית דין לעשות פשרה ולחייבו במקצת ועל התובע למחול על השאר גם בדיני שמים" (משפט ערוך סי' כח, עמ' 34 הערה 153). וראה אמונת עתך גליון 98 עמוד 121. והרב צבי בן יעקב הוסיף שמוסדות ממלכתיים מחויבים להוראת החוק אשר אינו מבחין בין כלים לשאר דברים.

[6] בית הדין ממליץ לתלמידים ששיחקו בכדור, אך פטורים מדין שואל משום מתה מחמת מלאכה (סימן שם סעיף א,ג), להכיר טובה לבעל הכדור ולשלם לפנים משורת הדין סכום סמלי. (ועי' גם ש"ך שם סק"ה).

עיקוב בתשלום שכר עבודה

א. עובדות מוסכמות

הרב א' הועסק בישיבה ע"פ חוזה (שהוצג בבית הדין) החל מר"ח מרחשון תשע"א, תמורת שכר חודשי בסך 3500 ש"ח ו- 800 ש"ח דמי נסיעות.

הישיבה נקלעה לקשיים עקב פטירת הרב פלוני. החל מתמוז תשע"א, המשכורות לא שולמו במלואן כמפורט בחוזה הנ"ל. בחודש טבת תשע"ג, לפי החלטת הנתבע ובהסכמת התובע הופחתו כל המשכורות ב-500 ש"ח.

הסכמה בין הצדדים על סיום עבודה עקב קשיים כלכליים של הישיבה היתה בחג השבועות ו' סיון תשע"ג.

טענות התובע

לימדתי בישיבה משנת תשע"א תמורת שכר חודשי בסך 3500 ש"ח ועוד 800 ש"ח דמי נסיעות. במשך כשנה קיבלתי את שכרי, ולאחר מכן החלו עיכובים במתן השכר ואעפ"כ המשכתי ללמד. לאחר זמן לפי החלטת הרב ב' הורדו המשכורות ב-500 ש"ח על מנת שהנהלת הישיבה תוכל לשלם את המשכורות בזמן. הסכמתי לכך, אעפ"כ לא הועיל הדבר ועדיין לא קבלתי את שכרי באופן סדיר. עזבתי סופית את הישיבה לאחר חג השבועות תשע"ג. ברצוני להוסיף שהישיבה ממשיכה להתקיים ולהעניק משכורות לעובדים, ולאחר שעזבתי ניתן לרמי"ם המכהנים בפועל תשלום על חלק מחובות העבר, אך לי לא ניתן דבר. לאור זאת, אני תובע את השלמת שכרי. כמו כן אני מעוניין לתבוע גם דמי פיצויים והלנת שכר.

לסיכום תביעתי היא:

33,371 ש"ח - שכר חודשי (כולל נסיעות) שלא שולם.

8500 ש"ח - פיצויי פיטורים.

סה"כ: 41,871 ש"ח+10% דמי הלנת שכר.

טענות הנתבע

אני מודה שאנו מחויבים בתביעת השכר, כמו גם לתשלום הפיצויים שכן מקובל לשלם גם פיצויים. אך יש בעיה של קשיים כספיים. למעשה למרות שהאחריות הכוללת מוטלת עלי, אך ההחלטות בפועל אינן מתקבלות על ידי

באופן ישיר, אלא על ידי מי שנמצא בשטח קרי ע״י הרב ש׳, והאחריות המעשית ושקול הדעת שלו הם גורמים מכריעים בענין.

אני מוכן לנהוג על פי הכרעת בית הדין בענין זה וכפי שיורה בית הדין נעשה.

תגובת התובע

חשוב מאוד שהחוב ייקבע בפסק דין כדי שהרב ש׳ יתייחס לכך ברצינות הראויה. אני מוכן להגיע להסדר של פריסת תשלום: חצי מהסכום מידית, ואת השאר בתשלומים חודשיים של 1000 ש״ח כל חודש, ובלבד שהנתבע יתחייב לעמוד בכך.

כמו כן אני מבקש מבית הדין להוציא חוות דעת ביחס להתנהלות הישיבה על ידי מנהל יחיד וללא שיתוף אחרים, לדעתי ישנו דין שקופת צדקה מתחלקת בשניים ובודאי מוסד חינוכי כישיבה כך צריך לפעול.

איסור הלנת שכר שכיר

איסור חמור זה חל עם תביעת העובד את שכרו (חו״מ שלט,י). כל יום שהמעסיק איננו משלם שכר ישנו איסור דרבנן כפי שמובא בדברי השו״ע (שם ח): חייב ליתן לו מיד, ובכל עת שישהה עובר על לאו של דבריהם. מנגד, יש לטעון שגביה זו תגרום לסגירת הישיבה ומשום כן יש לדחות את פרעון החוב. בהקשר זה יש להתבונן על הישיבה כעסק כלכלי אשר יש לו הכנסות והוצאות וכביכול התלמידים הם הערובה להפעלת העסק. נמצא שהחזקת הבחורים במובן מסוים זה הוא כלי האומנות של הישיבה. זו הערובה להכנסות עתידיות הן משכר לימוד והן מתקצוב ממשלתי או תרומות.
דומה הדבר לחובה להשאיר כלי עבודה לבעל מקצוע כדברי המשנה: אף על פי שאמרו חייבי ערכין ממשכנין אותו, נותנין לו מזון שלשים יום וכסות שנים עשר חדש, מטה מוצעת וסנדליו ותפליו, לו אבל לא לאשתו ולבניו.

אם היה אומן - נותן לו שני כלי אומנות[7] (ערכין כג,ב). אבל במבט נוסף נראה שיש לחלק בין כלי אומנות לתקציב המיועד לבחורי הישיבה. שהרי ישנו

[7] ישנה מחלוקת ראשונים האם דין זה קיים רק בהלואה או כלפי כל חוב. השולחן ערוך הכריע שאם זקף במלוה את החוב לכולי עלמא נוהג דין מסדרין לבעל חוב. ״יש מי שאומר שאין מסדרין בחוב שאינו דרך הלואה, כגון שכירותו ושכירות בהמתו וכיוצא בהן, אם לא זקפן עליו במלוה. וכן כשבא ליפרע מהערב שאינו קבלן. ויש אומרים שגם באלו

הבדל בין המחרשה עצמה לכסף המיועד להחזקתה. לא שמענו שיש להשאיר לבעל מקצוע סכום כסף המיועד לאחזקת כלי העבודה.

מצוות לימוד תורה כשיקול בדחיית החוב

יש לברר האם הצד של ביטול תורה נחשב כשיקול לדחיית החוב. ההנחה היא שסגירת הישיבה תפגע בהתפתחות הרוחנית של הבחורים.

ניתן לטעון שישנם הרבה ישיבות וממילא הפגיעה אינה משמעותית אך בהתבוננות בדברי חז"ל מתבאר שמקום לימוד שאדם הורגל בו נחשב לדבר משמעותי.
כך לגבי רוצח בשגגה אומרת הגמרא במכות (י,א): תלמיד שגלה - מגלין רבו עמו, שנאמר: וחי, עביד ליה מידי דתהוי ליה חיותא.

הדברים מוסברים בדברי בעל האגרו"מ (חו"מ ח"א סי' מ ואו"ח ח"ב סי' יח). "כיון שישיבתם דבני הישיבה בכאן הוא רק בשביל למודם בהישיבה שרוצים להיות שם ג' שנים אחר נישואיהם הוא כמו אונס דלא מכל אדם זוכה ללמוד, ובאונס הא כתב הרמ"א שלא מתחייב... לכן אין לחייבם בצרכי העיר... ואף אם ילכו כולם לביהכ"נ האחר הרי יתבטלו מלמוד השיעורים שלומדים בביהכ"נ זה, ואף אם גם שם יהיו שיעורים ללמד הא לא מכל אדם זוכה ללמד כדאיתא בע"ז שהתירו לר' יוסי אף לכהן לצאת מא"י לחו"ל אף שנטמא מטומאת ארץ העמים שאסור ואף ליטמא בבית הפרס דרבנן אף כשמוצא ללמד עיין שם וכן איפסק ברמב"ם ספ"ג מאבל".

והנה מצאנו דיון בראשונים לגבי ספרי לימוד לתלמיד חכם, האם במסגרת דין 'מסדרין לבעל חוב' משאירים לו את ספריו?

כתב ספר התרומות (ש"א ח"א) "ועדיין יש לברר אם מניחין לו ספריו כדרך שמניחין לו תפיליו, והרב ר' יהודה אלברצלוני ז"ל כתב בזה כי יש אומרים שמניחין אותן לו אם הוא תלמיד וצריכין לו, אבל היה עם הארץ ויש לו בנים תלמידים הצריכים להם כבר אמרו אבל לא לאשתו ובניו. ויש אומרים לגבי ב"ח פשיטא דאין מניחין לו את ספריו, דמההיא שעתא דאוזפיה זוזי איתחייב ואשתעבד ליה כל הנמצא אתו ועליו לברר שלא שעבד לו דבר זה, וכיון דלא תנן אלא שמניחין לו תפליו אין בנו כח להוסיף בדבר, דטעמא

מסדרין' (חו"מ צז). בענייננו שזה הוא שכר עבודה שהתקבץ לסכום אחד נחשב הדבר לזקיפה במלוה ונוהג דין מסדרין.

דמניחין לו תפיליו לא מפני שהוא עוסק במצוה אלא הטעם מפני שהיא מצוה מיוחדת לגופו ודרך מלבושיהן וכשם שנותנין לו כסותו כך נותנין לו תפליו״.

לפנינו שתי דעות בראשונים האם להשאיר ספרים לתלמיד חכם. הדיון מתחיל מהדוגמא המובאת במשנה בערכין לגבי תפילין. במשנה כתוב שמשאירים לבעל חוב את תפיליו. לדעת הרב יהודה הדבר מלמדנו שלא גובים כלל מצרכי מצוה ובכללם גם ספרי קודש המשמשים למצוות תלמוד תורה. לעומתו בעל התרומות סובר שזה הוא דין מיוחד בתפילין שנחשבים ללבוש ואין ללמוד מכאן לשאר צורכי מצוה.

השולחן ערוך פסק כדברי בעל התרומות ״אפילו אם הוא תלמיד חכם ותורתו אומנותו, אין מניחים לו ספריו, ואפילו ספר תורה, לפי שהם כשאר נכסים שבעל חוב גובה מהם״ (חו״מ צז). ולפי זה יוצא שמצות לימוד תורה אינה שיקול ביחס לפריעת החוב.

סיכום: הנתבע מחויב לשלם באופן מיידי 33,371 ש״ח לתובע בגין שכר עבודה.

פיצויי פיטורין

בענין פיצויי הפיטורים, ישנו כלל גדול בהלכות שכירות פועלים (חו״מ שלא,ב) ״הכל כמנהג המדינה״. במדינת ישראל קיים חוק ומנהג לשלם פיצויי פיטורין (פסקי דין רבניים, כרך ח עמ׳ 81-78).

על פי החוק והמנהג שיעור הפיצויים הוא כשיעור משכורת חודשית לכל שנת עבודה, לא כולל נסיעות. אולם אם היו שינויים בסכום השכר החודשי במהלך שנות העבודה, יש לחשב לפי המשכורת האחרונה. לפי זה סך דמי הפיצויים הם בסך 5625 ש״ח.[8]

לפיכך, הנתבע חייב לשלם 5625 ש״ח דמי פיצויים.

[8] להלן אופן החישוב: המשכורת האחרונה היתה: 3000 ש״ח. התובע עבד 22.5 חודשים, כלומר, 1.875 שנים. נחשב: 3000 * 1.875 = 5625 ש״ח.

הלנת שכר

האריכו בכך פוסקי זמנינו (פד״ר טו, עמ׳ 240) וחלקם הגיעו למסקנה כי אין אפשרות לחייב תשלום בגין הלנת שכר משום שהסכום הולך ומתרבה לפי שהות הזמן ויש בכך דמיון לאיסור ריבית.[9]

אמנם, פעמים שלבית הדין יש סמכות להטיל קנס חד פעמי עקב הלנת שכר. ואלו דבריו של הרב יעקב אריאל (בהקדמה לספר, ״מלך ישראל, ריבונות לדורות בראי ההלכה״, עמ׳ כא – כב):

> יש מקום לחייב את המעביד בקנס, אולם לא כריבית מצטברת אלא בצורה אחרת. הנחתי היא שעצם החוק של הלנת שכר הוא תקנה חיובית שההלכה מכירה בה. מטרתו מניעת עוול על ידי מעבידים המקפחים את שכר עובדיהם... לכן לדעתי בית הדין הרבני רשאי לנהוג בגמישות. מצד אחד, הוא מכיר בעצם החוק כתקנה חברתית רצויה, אך מאידך, אינו חייב להכיר בריבית המצטברת כמחייבת אותו באופן מלא, ועליו לבדוק כל מקרה לגופו – האם כל האשמה מוטלת על המעביד או לא. ומכיוון שבלאו הכי סמכות בית הדין הרבני לדון בדיני ממונות יונקת מהסכמת הצדדים, הן לדין והן לפשרה, רשאי בית הדין לקבוע על דעת עצמו קנס שיביא בחשבון גם את גובה השכר המולן, גם את משך הזמן של ההלנה וגם את אשמתו ומצבו הכלכלי של הנתבע מכיון שאין המדובר בריבית צמודה אלא בקנס, לפי ראות בית הדין הדבר מותר לענ״ד.

במקרה שלנו בו המוסד נתון בקשיים כלכליים, אין מקום להטלת קנס כזה.

---

[9] יש להעיר כי יש אחרונים שסברו שאין בכך איסור, ראו ספר ברית יהודה פרק ב,יז: ״מעות שבאו לידו שלא בתורת הלואה ושלא בתורת פקדון כגון גזל או חוב שכירות או שכר עבודה וכיוצא בזה, אע״פ שאי אפשר לחייבו מדיני ממונות, הסכמת רוב הפוסקים שאם רוצה ליתן לו ריוח אין בו משום רבית ויש אוסרים בכל אופן״.

וכן בספר דיני ממונות ח״ג עמ׳ כח – כט הערה 6 ״... ויש להוסיף את דעת הראבי״ה כמו שהביא באור זרוע ב״מ פ״ה קפא, שבהלנת שכר יכול לתבוע מה שהיה יכול להרוויח ואין בזה משום רבית. אמנם באור זרוע פליג אבל יש לצרף סברות אלה לעשות פשרה ע״י בית דין. אמנם בזה מתעוררת בעיא, כי בזמן שהאיסורים היו חמורים בעיני בני אדם די היה באיסור בל תלין כדי להרתיע ולשלם בזמן, ועתה כשנאמר שזה רבית א״כ במה נוכל להרתיע בני אדם שלא להלין שכר. אמנם אילו היו ימים כתקנם היה ראוי לעשות תקנות בזה וכמו שעשו רבותינו בכל דור ודור אלא לצערנו השעה אינה כשרה...״.

כמו כן, היה מקום לחייב סכום חד פעמי על נזקים ישירים שנגרמו מאי התשלום בזמנו.[10] אך לא הוגשו לפנינו ראיות על הפסדים כתוצאה מהלנת השכר, אי לכך בית הדין אינו רואה לנכון לחייב דמי הלנת שכר.

לפיכך, הנתבע פטור מתשלום בגין הלנת שכר.

החלטה

1. הנתבע חייב לשלם לתובע 38,996 ש״ח בתוך שלושים יום.
2. ביחס לבקשה לחוות דעת בענין ניהול הישיבה, בית הדין סבור שאין זה חלק מהתביעה שהוסמך אליה ואף מטיל ספק בהשוואה בין ישיבה לחלוקת צדקה.

[10] ערוך השולחן חו״מ רצב,כ. וכן כתב הרב חיים שלמה שאנן בשורת הדין ו עמ׳ קעד שניתן לעשות פשרה על צער שנגרם כתוצאה מהלנת שכר אם לא החשש ריבית הספציפי שקיים במקרה כזה.

עבודת אדריכלות שהופסקה

תאור המקרה

אדרכלית שהחלה במתן עצות לשכנתה כיצד לתכנן את ביתה ולבסוף סוכם על עבודה בשכר. לאחר עבודה של שעות רבות החליטה הנתבעת שאינה חפצה להמשיך לעבוד עם אדרכלית זו ופנתה לאחרת. בית הדין נדרש לשאלה כיצד לתמחר את העבודה שכבר נעשתה, בייחוד לאור העובדה שקיים ויכוח לאיזה שלב בתיכנון היתה הסכמה של הנתבעת.

טענות התובעת

המחיר הקבוע שאני לוקחת הוא של 12,000 ש״ח, כך אמרתי לנתבעת והיא הסכימה.

הפירוט של שלבי העבודה- על הכנת התוכנית עד השלב של ההגשה לוועדה אני לוקחת 65% (מתוכם 10% על הכנת גרמושקה), ולאחר ההגשה לועדה והאישור אני לוקחת עוד 30% כאשר עוד 10% נשאר לפיקוח על הבניה.

במקרה הזה השקעתי שעות רבות, לפחות 150 שעות וזה הרבה מעל הממוצע.
ישבתי עם הנתבעת בבית אצלי וגם התכתבנו במיילים. היא שינתה את דעתה כל פעם ואני קיבלתי על עצמי את העבודה מתוך מחשבה שבסוף יהיה בסדר. בשלב מסויים היא רצתה להכין סקיצה גם לקומה שניה ואמרתי לה שזה ייקר את העבודה ל15000 ש״ח, היא אמרה שאין בעיה.

סה״כ היו לה 4 פרוגרמות חדשות והכנתי סקיצות רבות.

בשלב מסוים, היא רצתה להתייעץ עם אדריכליות מנוסות יותר הסכמתי ואפילו באתי איתה יחד, וגם את השינויים שלהם הכנסתי. לבסוף היא החליטה לעזוב.

התביעה שלי היא:

1) 55% מהמחיר שסוכם על הסקיצות והחזיתות עד הכנת החומר להגשה לוועדה הוא 8250 ש״ח (ובפועל לא הכנתי גרמושקה).

2) עוד כ-70 שעות עבודה שהנתבעת ביקשה ממני לערוך שינויים שאינם נכללים בסכום הראשוני כאשר מחיר שעה שלי היא 120 ש״ח, סך הכול 8400 ש״ח.

3) בסה״כ 17000 ש״ח כולל מע״מ.

טענות הנתבעת

אני מכירה את התובעת שנים ואנו שכנות טובות. התרשמתי מהעצות שהיא נתנה לי ובשלב מסוים פניתי לתובעת שתיקח על עצמה לתכנן את הבית. ביקשתי ממנה כמה פעמים לכתוב חוזה אבל היא התחמקה.

רציתי מאוד לעבוד איתה והאמנתי שבסוף זה יסתדר אבל לצערי גיליתי שהיא לא מספיק מנוסה.

תנאי העבודה שלה אינם מקצועיים, היא עובדת בבית ׳בין לבין׳ וזה מקשה. השקעתי הרבה שעות ונסיעות אך לבסוף לא הרגשתי שלימה, במיוחד שמדובר בסכום גדול וחששתי לטעות.

מנסיוני, התשלום עבור תכניות בשלב זה הוא 30% רק על הסקיצות.

מעבר לכך איני חייבת דבר, שכן יש סדר בעבודה, ורק לאחר סיום הסקיצות והסכמת הלקוח ממשיכים לשלב הבא, מבחינתי לא היה סיום של השלב הזה ולכן איני חייבת יותר מכך.

הערה חשובה: מלבד כל זאת, התברר לי שאחוזי הבניה המותרים בשטח שלנו הם רק 250 מטר רבוע. התובעת תכננה בית הרבה יותר גדול של 274 מ״ר.

ממילא, התברר למפרע שכל עבודתנו היתה לריק כי היינו צריכים לשנות שוב ולכל דבר יש השפעה.

אומנם יש אפשרות לפנות לוועדה ולבקש להגדיל את השטח אך כל תוספת דורשת תשלום של 1,000 ש״ח לכל מטר נוסף. נתון זה לא נאמר לי על ידי התובעת ואם היינו ניגשים לוועדה בלא בקשה לחריגה לא היינו עוברים!

תשובת התובעת:

הייתי מודעת מראש לענין של החריגה מעבר ל 250 מטר ודיברתי על כך עם התובעת, יש לי ראיה במיילים המצורפים.

הכרעות עובדתית בשאלות שבמחלוקת

לבית הדין הוגשו תכתובות דוא״ל שבין הצדדים, מהן ניתן ללמוד על השאלות שהיו במחלוקת.

מגבלות גודל הדירה

לגבי טענת הנתבעת שהיתה טעות בסיסית של התובעת בענין תכנון הבית מצד השטח המותר לבניה. מתוך המיילים מתבאר שהבעיה היתה ידועה. התובעת כותבת לנתבעת שהמותר הוא 250 מ״ר וכדי לחרוג משטח זה,יש לעבור ועדה מיוחדת. אמנם לא מצוין שם על תשלום נוסף על כל מטר אך ודאי שעצם הענין היה ידוע. התובעת טוענת שהיא אמרה במפורש גם נקודה זו.

אנו מתרשמים שהתובעת מצידה כן ידעה את הנתונים שהתבררו מאוחר יותר אצל האדריכלית החדשה. דהיינו, התובעת אמרה את הדברים, אך ייתכן שנתבעת לא הבינה את הענין עד תומו. על כן, אין להפחית משכרה של התובעת בשל ענין זה.

שלב הסקיצה, או שלב הגשה לוועדה?

מתוך קריאת המיילים שהציגה התובעת, נראה בבירור שהנתבעת הלכה עם התובעת קדימה והסכימה למעבר לשלב הסופי של הגשת התוכניות לוועדה. היא ביקשה מהתובעת שתזדרז לסיים את כל מה שצריך כדי להגיע מוכנים לוועדה, סקיצות סופיות עם חזיתות. מתוך קריאת המיילים נראה שאכן התובעת עבדה על החומר והוא היה מוכן להגשה לועדה או קרוב לכך, אלא שמסיבות טכניות הדבר לא יצא לפועל. כאמור, הנתבעת שינתה את טעמה ורצתה שינויים שונים עד שהדבר התגלגל והגיע לחוסר הסכמה. מבחינת בית הדין היתה הסכמה לחתימה על הסקיצות ואישור המשך העבודה לקראת הגשת התוכניות. לכן, יש לקבל את טענת התובעת שהיא זכאית לקבל את הסכום המגיע לה עד השלב של לפני ההגשה לועדה.

תמחור העבודה

יש לתמחר את העבודה האדרכלית עד לשלב הגשת התוכניות לוועדה. והנה במקרה שלפנינו לא נכתב חוזה ולכן מה שקובע הוא מה שסיכמו הצדדים בעל פה. גם על כך ישנה מחלוקת, לכן על בית הדין להכריע בענין על פי הדין

והנוהג. יש לקבוע מהו הסכום על פי מה מנהג המדינה המקובל והנהוג במקרים דומים (חו"מ סו"ס רטו וסי' רלב,ו.)[11]

בית הדין בחן מספר הסכמים כתובים של אדריכלים והגיש אותם לצדדים לתגובה. מתוך בחינת החוזים התברר לבית הדין שהמקובל הוא לקחת בשלב זה- לאחר הכנת החומר להגשה לוועדה ללא הכנת הגרמושקה הוא 50%. לכן, הסכום לחיוב הוא 50% מכלל העיסקה, כלומר 7500 ש"ח לפני מע"מ. הנוהג המקובל במקצוע זה הוא לקבוע את המחירים ללא מע"מ, לכן הסכום הוא 8,700 ש"ח.

תביעה על שעות עבודה

ביחס לחלק השני של התביעה על שעות העבודה המרובות של התובעת. יש לומר ששעות אלו אינם מהוות תוספת על מה שכלול בשכר העבודה, וזכותו של לקוח לחזור בו באמצע העבודה אם לדעתו אין התוכנית תואמת את ציפיותיו. לכן אין לחייב את הלקוח למפרע על העבודה שנעשתה. ואף אם היתה השקעה הרבה מעבר לממוצע, ישנה זכות חזרה ללא תוספת תשלום נוסף על מה שנעשה למפרע. שכן מבחינת הסכם העבודה הכל כלול במחיר הראשון. אופי העבודה דורשת התחשבות מרבית ברצון הלקוח ואך טבעי הוא שיש לקוחות המשנים דעתם, בייחוד לאור העובדה שמדובר על סכום גדול שהם משקיעים.

הדרך של אדריכלים להתמודד עם בעיה זו, היא להגדיר בשלב מסוים שכל שינוי משמעותי יחייב בתשלום ובוודאי בשינוי פרוגרומה. אם התובעת היתה רוצה לחייב מעבר להסכם משום שהיו כמה פרוגרמות, היה עליה לומר במפורש שהיא לוקחת כסף נוסף על פרוגרמה חדשה, מכיון שלא עשתה כך היא מחלה על זכותה זו ולכן בית הדין דוחה חלק זה של התביעה.

גדול השלום

אנו משוכנעים ששני הצדדים פעלו לאורך כל הדרך בתום לב ומתוך הערכה הדדית.

---

[11] מכיוון שלא היה סיכום מפורש, לכאורה הדין הוא "נותן להם בפחות שבפועלים" (רמ"א חו"מ שלב,ד). אלא שכאן היה סיכום על שכר אלא יש מחלוקת מה הוא ובמצב זה תנאי התשלום יתפרשו כפי המקובל, ובייחוד כאשר הפניה היא לבעלת מקצוע נחשב הדבר כאילו נאמר " כאחד וכשניים מבני העיר".

החלפת אדריכל בזמן תכנון הבית הינה דבר מצוי. אולם במקרה שלנו שלא נכתב הסכם מסודר ותנאי התשלום לא היו מספיק ברורים, נוצרה אי הבנה אשר פגעה ביחסי הרעות בין בעלי הדין.

חכמים ציוונו על אהבת האמת והשלום ולאחר שנעשה הדין ראוי שיחזור לשרור השלום בין הצדדים. "לא מצא הקדוש ברוך הוא כלי מחזיק ברכה לישראל אלא השלום, שנאמר (תהלים כט), ה' עז לעמו יתן ה' יברך את עמו בשלום". (משנה עוקצין ג,יח).

החלטה

על הנתבעת מוטלת החובה לשלם 8,700 ש"ח עבור עבודת האדריכלות. מזה יש להפחית 4,000 ש"ח שכבר שולמו, לסיכום על הנתבעת לשלם 4,700 ש"ח לתובעת בתוך חודש ימים.

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

פסח מצרים - ביטול עבודה זרה[1]

ויקרא משה לכל זקני ישראל ויאמר אליהם משכו וקחו לכם צאן למשפחותיכם ושחטו הפסח (שמות יב,כא). ואיתא במדרש (שמו"ר טז,ג): משכו וקחו לכם צאן, ה"ד יבושו כל עובדי פסל, בשעה שאמר הקב"ה למשה לשחוט הפסח אמר לו משה, רבון העולם הדבר הזה היאך אני יכול לעשות, אי אתה יודע שהצאן אלהיהן של מצרים הן, שנא' הן נזבח את תועבת מצרים לעיניהם ולא יסקלונו, אמר לו הקב"ה חייך אין ישראל יוצאין מכאן עד שישחטו את אלהי מצרים לעיניהם, שאודיע להם שאין אלהיהם כלום, וכן מצינו שעשה, שבאותו הלילה הכה בכוריהם של מצרים, ובו בלילה שחטו ישראל פסחיהן ואכלו, והיו המצרים רואים בכוריהם הרוגים ואלהיהן שחוטין ולא היו יכולין לעשות כלום, שנא' ומצרים מקברים את אשר הכה ה' בהם כל בכור ובאלהיהם עשה ה' שפטים, הוי יבושו כל עובדי פסל עכ"ל. ויש לשאול למה באמת היו צריכים לשחוט את אלהי המצרים לעיניהם כדי שידעו שאין אלהיהם כלום, ומה איכפת להו אם המצרים מכירים שאין אלהיהם כלום, הלוא בין כך ובין כך יוצאים בני ישראל משם ולא יהיו משועבדים להם, וא"כ למה זה נוגע לבני ישראל בַּמֶּה היו המצרים מאמינים וּלְמַה היו עובדים.

והנראה לומר בזה הוא ע"פ מאי דתניא במכילתא (מסכתא דפסחא פר' יא): ר' יוסי הגלילי אומר משכו ידיכם מעבודה זרה והדבקו במצוה עכ"ל, ופירש בפנים יפות (שמות יב,כא): יש לומר לפי מה דאמר שם קחו מן השוק דהיינו שיקחו מן המצרים, לפי שהמצרים היו עובדין לצאנם והיה בו איסור משום נעבד, אלא דאמרינן בע"ז (נג,א) דמכרו או משכנו מסתמא ביטלו, ואמרינן שם דוקא שמכרו לישראל אבל מכרו לנכרי לא ביטלו, לכך היו צריכין למשוך בתחלה מעבודה זרה, ואז היה ביטול במכירה, כיון שידע שמשך את עצמו מעבודה זרה עכ"ל.

[1] שיחה שנמסרה בכולל, שלהי זמן חורף תשע"ה.

אלא שהקשה על זה הגאון ר׳ אפרים זלמן מרגליות זצ״ל [והובאו דבריו בשו״ת חתם סופר (יו״ד סי׳ רלה)] דאע״ג שעל ידי ביטול הותר להדיוט מ״מ נעבד אסור לגבוה אפילו אחרי ביטול, וא״כ איך הקריבו מהם לקרבן פסח. ותירץ החתם סופר דפסח מצרים לא היה נחשב קרבן לגבוה כיון שלא היה שם מזבח ולא היתה זריקת דם על המזבח, ואע״ג דאיתא בגמ׳ פסחים (צו,א): הא תנא רב יוסף שלשה מזבחות היו שם, על המשקוף ועל שתי המזוזות עכ״ל, היינו רק על דרך מליצה, אבל לא היה מזבח ממש, ומשום הכי אינו נחשב לגבוה, ומשום הכי היה כשר נעבד לפסח מצרים אחרי שביטלו, עכתו״ד החתם סופר.

ועוד ראיתי בשו״ת בית נפתלי (סי׳ ג) שכתב לתרץ הקושיא ע״פ דברי הגמ׳ בע״ז (כד,א) דפריך שם למאן דפוסל קרבנות הנקחים מן הגויים משום דחיישינן לרביעה מהא דכתיב (שמות י, כה) ויאמר משה גם אתה תתן בידינו זבחים ועולות ועשינו לה׳ אלקינו, ומשני קודם מתן תורה שאני, וכמו כן יש לומר גם גבי נעבד דכל שביטלו ומותר להדיוט יש להתירו גם לגבוה קודם מתן תורה.

ובמקום אחר (שמות ח,כב) כתב הפנים יפות: משכו וקחו לכם צאן שאחז״ל משכו מעבודה זרה וקחו לכם צאן, והיינו משום שהיה חשש ע״ז, אלא משום דקי״ל (ע״ז נג,א) בעבודה זרה שמכרו נכרי מסתמא ביטלו, א״כ ה״נ כיון שמכרו מסתמא לא עבדו לה דהרי המכירה היא ביטולה, אלא לפי שאמרו לא שנו אלא שמכרו לישראל אבל מכרו לנכרי לא הוי ביטול, דהטעם דוקא בישראל שיודע שאינו עובד אותו וישחטהו, לכך אמר כיון דממצרים אין ראיה דגם ישראל היה מושקעין בטומאתן לכך אמר מתחלה משכו מע״ז ואח״כ קחו לכם צאן עכ״ל. ולפי תירוץ זה לא קשה כלל קושיית הג״ר אפרים זלמן מרגליות כיון שאין סומכים על ביטול, אלא על זה שמסתמא לא ימכרו המצרים שה שנעבד לישראל שאינו עובד עבודה זרה.

שוב ראיתי שכבר קדמם בתירוצים אלו בספר צדה לדרך (שמות י,כה): גם אתה תתן בידינו זבחים ועולות וגו׳ - יש מפרש שכתב, קשה והלא בהמה הנעבדת אסורה לקרבן ומצרים היו עובדים הצאן, ובאולי הוראת שעה היתה או כוונתו היתה על הבהמות הגסות עכ״ל, ולי נראה דהקושיא מעיקרא ליתא מכמה טעמים, חדא שהרי בפ״ב דעבודה זרה (כד,א) פריך הגמ׳ על ר׳ אליעזר שפוסל כל הקרבנות כולן לקנותן מן הגויים משום דחיישינן לרביעה מן האי

קרא גם אתה תתן בידינו זבחים ועולות, ולמה לא פריך הגמרא עדיפא מיניה על האי קרא גופיה קושיא הנזכרת, והלא הבהמה הנעבדת אסורה לקרבן ומצרים היו עובדין הצאן, אלא ודאי הקושיא מעיקרא ליתה מפני שאין בהמה הנעבדת אסורה לקרבן אלא דוקא עד שיודע בודאי שהיא נעבדת דהיינו שהשתחווה לה כדאיתא בריש פ״ב דע״ז (כב,ב), וכן פסק בהדיא הרמב״ם בסוף פ״ג מהל׳ איסורי מזבח (הט״ו), ועוד יש לומר קודם מתן תורה שאני כשם שמתרץ הגמ׳ התם לר׳ אליעזר הנזכר לענין רביעה, ועוד יש לומר דלכך אמר משה גם אתה תתן בידינו וגו׳, ולא אמר גם ממקנך נקח אנחנו זבחים ועולות וכו׳ כדי שלא יצטרכו משה וישראל לחוש דילמא יקחו מן הבהמות הנעבדות, לכך אמר משה גם אתה תתן בידינו וכו׳, אתה דוקא ולא אנחנו מעצמנו כי בודאי לא יתן להם פרעה בהמות הנעבדות כדאמרינן בגמ׳ ריש פ״ב דע״ז (כב,ב) בשלמא נעבד אם איתא דפלחיה לא הוה מזבין ליה וכו׳, וגם אין להקשות נהי שאינו אסור משום נעבד מ״מ יהא אסור משום מוקצה, משום דאמרינן בפרק כל האסורין (תמורה כט,א) א״ר יוחנן אין המוקצה אסור לגבוה עד שימסרוהו לכומרים ויאכילוהו כרשיני עבודה זרה שמפטמין אותו לצורכה, אבל באמירה לבדה לא וכו׳ עכ״ל.

ועוד ראיתי במשך חכמה (שמות יב,ה) שכתב דלפי שיטה אחת בירושלמי (פסחים פ״ט ה״ה) דדוקים ותבלולים אינם פוסלים בפסח מצרים יש לומר שגם נעבד היה כשר בפסח מצרים וכדאיתא בפ״ק דחולין (כג,א): הואיל וכתיב (ויקרא כב,כה) כי משחתם בהם מום בם, ותנא דבי רבי ישמעאל כל מקום שנאמר השחתה אינו אלא דבר ערוה ועבודת כוכבים, דבר ערוה דכתיב כי השחית כל בשר את דרכו על הארץ, עבודת כוכבים דכתיב פן תשחיתון ועשיתם לכם פסל, כל שהמום פוסל בו דבר ערוה ועבודת כוכבים פוסלין בו, וכל שאין המום פוסל בו אין דבר ערוה ועבודת כוכבים פוסלין בו עכ״ל, אלמא דכל שכשר בו מום כשר בו גם נעבד. אכן לא זכיתי להבין דבריו, דהא מבואר בגמ׳ חולין שם דבעופות לא פסיל בהו מומא, ופירש״י (ד״ה בבהמה) דבעוף לא כתיב ביה תמים, וא״כ יקשה הא בפסח מצרים כתיב שה תמים וא״כ הו״ל למיפסל בעל מום, וע״כ צ״ל כמו שכתב במשך חכמה שם לפני כן דהא דכתיב תמים היינו למעט מחוסר אבר, ולפי זה יש לנו לומר דמאחר שנאמר בו תמים א״כ הוא נכלל בהא דכתיב משחתם בהם מום בם, וכמו שנפסל מחוסר אבר משום דלא הוי תמים כך פסול אצלו גם נעבד, וצ״ע בזה. ועל כרחך צריכים לתרץ כתירוצים האחרים הנ״ל.

אבל עדיין קשה לי מצד אחר, מהא דתניא במכילתא (שם): משכו וקחו לכם

צאן - משכו מי שיש לו, וקחו מי שאין לו עכ״ל, אלמא דמי שיש לו אינו צריך ליקח מאחרים אלא יוכל לקחת משלו, וקשה דהא בני ישראל היו עובדי עבודה זרה במצרים כדמוכח ממאי דקאמר ר׳ יוסי הגלילי במכילתא משכו ידיכם מעבודה זרה כו׳, אלמא דעד עכשיו עבדו עבודה זרה, וכן איתא במדרש (ילקו״ש בשלח רמז רלד) שהיו בני ישראל עובדי עבודה זרה במצרים, וא״כ איך היו יכולים לקחת מן הצאן שלהם, הלא הם עבדו לצאן, ואצל ישראל לא מהני ביטול כדאיתא בגמ׳ עבו״ז (נג,א), וא״כ הצאן היה אסור לא רק לגבוה אלא גם להדיוט, ואיך יתכן שיאמר להם משה רבינו לקחת צאן שאסור גם להדיוט. אמנם יש לומר שהזהירם משה לקחת רק מצאן שלא נעבד. אבל זה דוחק כיון שלא מצינו רמז לזה שהזהירם משה על כך, אלא תני במכילתא שימשכו ידיהם מעבודה זרה ולא יותר. ובדעת ההפלאה והחתם סופר צריכים לומר שהם סוברים שהתו״ק ור׳ יוסי הגלילי חולקים זה על זה, ולר׳ יוסי הגלילי דוקא גוי היה יכול לבטל עבודה זרה, והיו מוכרחים לקנות דוקא מן המצרים, אבל התו״ק חולק וקסבר שהיה יכול לקחת משלו, והם באו לתרץ דעת ר׳ יוסי הגלילי, אבל על התו״ק קשה דהיאך היה יכול לבטלו.

והנה יתכן לומר דהטעם דאמרינן שדוקא גוי יכול לבטל עבודה זרה ולא ישראל הוא כמו שכתב הרמב״ן (ויקרא יח,כה): אבל סוד הדבר בכתוב שאמר בהנחל עליון גוים בהפרידו בני אדם יצב גבולות עמים וגו׳ כי חלק ה׳ עמו וגו׳, והענין כי השם הנכבד ברא הכל, וְשָׁם כח התחתונים בעליונים, ונתן על כל עם ועם בארצותם לגווייהם כוכב ומזל ידוע כאשר נודע באצטגנינות, וזהו שנאמר אשר חלק ה׳ אלקיך אותם לכל העמים, כי חָלַק לכולם מזלות בַּשָּׁמַיִם, וגבוהים עליהם מלאכי עליון נתנם להיותם שרים עליהם, כענין שכתוב ושר מלכות פרס עומד לנגדי, וכתיב והנה שר יון בא, ונקראים מלכים כדכתיב ואני נותרתי שם אצל מלכי פרס, והנה השם הנכבד הוא אלקי האלהים ואדוני האדונים לכל העולם, אבל ארץ ישראל אמצעות הישוב היא נחלת ה׳ מיוחדת לשמו, לא נתן עליה מן המלאכים קצין שוטר ומושל בהנחילו אותה לעמו המיחד שמו זרע אוהביו, וזהו שאמר (שמות יט,ה) והייתם לי סגולה מכל העמים כי לי כל הארץ, וכתיב (ירמי׳ יא,ד) והייתם לי לעם ואנכי אהיה לכם לאלקים, לא שתהיו אתם אֶל אלהים אחרים כלל עכ״ל. ורואים מזה שהעבודה זרה שייכת לגויים, ומשום הכי קסבר הרמ״א שאין הגויים מצווים על שיתוף [עי׳ שו״ע או״ח (קנו,א), וכמו שהוכיח בפתחי תשובה (יו״ד קמז,ב) שכן היא דעתו עיי״ש]. ומאחר שעבודה זרה שייכת

אליהם לכן יש להם כח לבטלה, אבל לבני ישראל אין שום קשר לעבודה זרה, ומשום הכי אין להם הכח לבטלה.

ולפי זה יתכן לומר שבני ישראל כאשר היו במצרים היו יכולים לבטל עבודה זרה, כיון דאמרינן דהא דבן ישראל אינו יכול לבטל עבודה זרה הוא מפני שאין לו קשר עם עבודה זרה, וא״כ יש לומר דכל זה הוא ממעמד הר סיני ואילך וכמו שהביא הרמב״ן מהפסוקים שנאמרו אצל הר סיני, אבל לפני כן עדיין הופקעו לגמרי מעבודה זרה בשיתוף. ואדרבה זאת היתה בעצם מטרת הקרבת קרבן פסח להפקיע מהם כל שייכות לעבודה זרה, ומשום הכי היו יכולים לבטל עבודה זרה ע״י שישחטו את השה לה׳.

אכן יש לומר שיש טעם אחר למה אין בן ישראל יכול לבטל עבודה זרה, והוא שאם הגוי שיש לו שייכות לעבודה זרה מבטל אותה אזי משפיע ביטול זה על בן ישראל שגם הוא יכיר בבזיונה ושפלותה, אבל כל זמן שאין הגוי מבטל אותה עדיין עובר אצל היהודי המחשבה שאולי בכל זאת יש משהו בעבודה זרה. ומשום הכי הביטול השלם אינו אלא כאשר הגוי מבטל אותה. ולפי זה שפיר מבואר למה אומר המדרש שהיה צורך שהמצרים יכירו בנבזותה של עבודה זרה, מפני שאם הם מכירים בנבזותה אזי זה משפיע על בני ישראל שגם הם ישתחררו משעבודם לעבודה זרה של המצרים, שהרי גם הם היו עובדי עבודה זרה במצרים. וכאשר רואים בני ישראל איך הושפלה עבודה זרה בעיני המצרים ממילא היא הושפלה עוד יותר בעיניהם, כיון שהם קיבלו העבודה זרה מן המצרים. וביטול עבודה זרה היה חלק אינטגרלי מיציאת מצרים, שלא היה די שֶׁיֵּצְאוּ מעבדות פיזית, אלא בעיקר היו צריכים לצאת מעבדות רוחנית, ורק אז נעשו בני חורין באמת. [וראיה לזה שבני ישראל מושפעים ממה שמתפעלים הגויים היא ממה שכתוב (תהלים קכו,ב-ג) אז יאמרו בגוים הגדיל ה׳ לעשות עם אלה, הגדיל ה׳ לעשות עמנו, היינו שמחים, שמשוכנעים בני ישראל בגודל הנס שעשה עמהם הקב״ה רק אחרי שהם רואים שהגויים מכירים בנס.] אלא דלפי זה הדרא קושיא לדוכתה איך קאמר ת״ק שאם היה לבן ישראל צאן משלו יוכל לקחת אותו לקרבן פסח, הא הוא היה עובד את הצאן לפני כן, ומאחר שהוא בן ישראל לא מהני אצלו ביטול, והצאן הוא פסול לקרבן.

לכן נראה לענ״ד דבפסח מצרים נצטוו לקחת דוקא מה שנעבד לעבודה זרה וביטלו אותו, מפני שמטרת הקרבן היתה לבטל עבודה זרה, וכדי להראות ביטול עבודה זרה השפלתה ובזיונה צריכים לקחת דוקא מה שהיה נעבד לפני

כן לעבודה זרה. ולמדים אנו שזוהי מטרת הפסח ממאי דאיתא בזוה״ק (ח״ג רנא,א): ועל דא אימרא דאיהו פסח אמאי, אלא דחלא דמצראי ואלהא דילהון הוה אימרא, אמר קוב״ה מבעשור לחדש סיבו דחלא דילהון דמצראי ותפשו ליה, ויהא אסור ותפיש בתפישה דילכון יומא חד ותרין וג׳, וביומא ד׳ אפיקו ליה לדינא ואתכנשו עליה, ובשעתא דמצראי הוו שמעין קל דחלא דילהון דתפיש בתפישה דישראל ולא יכלין לשיזבא ליה הוו בָּכְאָן, והוה קשיא עלייהו כאילו גרמייהו אתעקידו לקטלא, אמר קוב״ה יהיה תפיש ברשותייכו יומא בתר יומא, ארבעה יומין, בגין דיחמון יתיה תפיש, וביומא רביעאה אפיקו ליה לקטלא, וייחמון ליה מצראי היך אתון עבדין ביה דינא, ודא קשיא להו מן כל מכתשי דעבד לון קוב״ה אינון דינין דיעבדון בדחליהון, לבתר דיינין ליה בנורא דכתיב פסילי אלהיהם תשרפון באש, אמר קוב״ה אל תאכלו ממנו נא דלא יימרון ברעותא ובתיאובתא דדחלנא אכלין ליה הכי, אלא אתקינו ליה צלי ולא מבושל, דאילו מבושל יהא טמיר ולא יחמון ליה, אלא תיקונא דיליה דיחמון ליה הכי מוקדא בנורא בגין דריחיה נודף, ותו רישיה עליה כפוף על קרסולוי דלא יימרון דחיה או מלה אחרא הוא, אלא דישתמודעון ליה דאיהו דחלא דלהון, ותו דלא ייכלון ליה בתיאובתא אלא על שבעא ארח קלנא ובזיון, ותו עצם לא תשברו בו, אלא דיחמון גרמוי רמאן בשוקא ולא ייכלון לשיזבא ליה, ועל דא כתיב ובאלהיהם עשה ה׳ שפטים - דינין סגיאין עכ״ל. ואין לך ביטול עבודה זרה גדול מזה שרואים עובדיה עד כמה היא מושפלת ובזויה, שאין בה כח לעשות לעצמה, ובודאי לא לעזור לאחרים.

ובאמת המתבונן בדיני קרבן פסח יראה שהם מכוונים למטרה זו - לעקור מלב בני ישראל השעבוד הרוחני שלהם לעבודה זרה של המצרים, לאמונתם ולתרבותם. והיסוד לזה הוא בנין המשפחה שכולם יתלכדו בתוך הבית, כיון שהערובה לקיומו העצמאי של עם ישראל היא החינוך במסגרת המשפחה, לשמור על כל אחד ואחד מבני הבית שלא יושפע מהשפעת הסביבה הזרה המבוססת על תרבות זרה ודעות נכריות. הבית והמשפחה הם המבצר של עם ישראל ששומר עליו מכל מיני השפעות זרות, וזה בא לידי ביטוי במיוחד בהלכות קרבן פסח בכלל ובפסח מצרים בפרט. וזהו הענין שבפסח מצרים היו צריכים לשים מן הדם על המשקוף ועל שתי המזוזות כדי להורות על ההפרדה שבין בתי בני ישראל למצרים. ומהאי טעמא נגזר על בני ישראל שלא יצאו איש מפתח ביתו עד בוקר, אלא הם צריכים להישאר דוקא בתוך ביתם. והפסח היה צריך להיאכל בחבורה והיו צריכים להימנות על חבורה

ואסור לצאת מחבורה לחבורה, וזה גם בפסח דורות. והכל כדי שיתלכדו המשפחות בתוך הבית שהוא המבצר השומר עליהם ועל זרעם.

וכן מצינו שאפילו בזמן שאין קרבן פסח היו נזהרים להישאר בליל פסח בתוך ביתם במסגרת משפחתם ולא היו יוצאים מפסח ביתם. ומביאים ראיה לזה ממה שאנו אומרים בהגדה: מעשה בר׳ אליעזר ור׳ יהושע כו׳ שהיו מסובים בבני ברק, והיו מספרים ביציאת מצרים כל אותו הלילה, עד שבאו תלמידיהם ואמרו להם רבותינו הגיע זמן קריאת שמע של שחרית עכ״ל. ורואים מזה שלמרות שנתאספו גדולי החכמים שבדור יחד לערוך את הסדר ולספר ביציאת מצרים, ועשו כן באופן המהודר ביותר שהיו שקועים בסיפור יציאת מצרים עד שלא הרגישו באור היום, בכל זאת התלמידים שלהם לא היו שם. ועל כרחך שהוא משום שהיו חייבים להישאר בביתם עם משפחותיהם. וזוהי מצות הלילה הזה להישאר בבית עם המשפחה ולא לצאת מהבית אפילו ללמוד אצל רבותיהם שהיו גדולי הדור. וכל זה למדנו מקרבן פסח שהוא ביטול עבודה זרה, והדרך לעשות כן היא להישאר בחבורה עם המשפחה ולא לצאת החוצה.

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

דרוש לשבת שובה תשע"ו[1]

איתא במדרש תנחומא (פר' וילך סי' א): וילך משה וידבר את כל הדברים האלה אל כל ישראל, אין וילך אלא לשון תוכחה שנא' לכו חזו מפעלות אלקים, בסוף קהלת כתיב דברי חכמים כדרבונות (קהלת יב,יא), מה דרבן זה מכוון את הפרה לתלמיה אף דברי תורה מכוונות לב לומדיהון לדרך טובה, וכמסמרות נטועים, מה מסמר זה קבוע אף דברי תורה קבועים, ומה נטיעה פרה ורבה אף דברי תורה פרין ורבין למצוא בהם טעם, נתנו מרועה אחד, אף על פי שהללו מטמאין והללו מטהרין הללו אוסרין והללו מתירין כולן אמרן משה מפי הגבורה כו' עכ"ל.

והנה מאמר זה במדרש הוא לכאורה תמוה ביותר. למה "וילך" הוא לשון תוכחה, ואיך הוא למד זה מהא דכתיב (תהלים סו, ה) לכו וראו מפעלות אלקים נורא עלילה על בני אדם. ורואים אנו שדקדק להביא דוקא פסוק זה ולא פסוק שכתוב לפני כן בתהלים (מו,ט) לכו חזו מפעלות ה' אשר שם שמות בארץ, וצריכים לדעת מה יש בפסוק השני מה שלא מצא בפסוק הראשון. עוד צריכים להבין מה הקשר תחילת המאמר למה שאמר אחר כך דברי חכמים כדרבונות כו', שלכאורה אין קשר ביניהם.

והנה כתיב (דברים לא,א) וילך משה וידבר את הדברים האלה אל כל ישראל, ויאמר אליהם בן מאה ועשרים שנה אנכי היום לא אוכל עוד לצאת ולבוא. ולכאורה קשה דהא פסוק זה סותר למה שכתוב אחר כך (שם לד,ז) ומשה בן מאה ועשרים שנה במותו לא כהתה עינו ולא נס ליחה, וא"כ מה פירוש אומרו לא אוכל עוד לצאת ולבוא. אולם רש"י כבר תירץ קושיא זו באומרו: לא אוכל עוד לצאת ולבוא - יכול שתשש כוחו, ת"ל לא כהתה עינו ולא נס ליחה, אלא מהו לא אוכל, איני רשאי שבטלה ממני הרשות וניתנה ליהושע, ד"א מלמד שנסתמו ממנו מסורות ומעיינות החכמה עכ"ל.

עוד ראיתי מקשים אהא איתא בגמ' סוטה (יג,ב): לא אוכל עוד לצאת ולבוא, מאי לצאת ולבוא, אילימא לצאת ולבוא ממש והכתיב ומשה בן מאה ועשרים

[1] שיחה שנמסרה בכולל, עש"ת תשע"ו.

שנה במותו לא נס ליחה, וכתיב ויעל משה מערבות מואב אל הר נבו ותניא שתים עשרה מעלות היו שם ופסען משה בפסיעה אחת, א״ר שמואל ב״נ אר״י לצאת ולבוא בדברי תורה מלמד שנסתתמו ממנו שערי חכמה עכ״ל, שלכאורה זה סותר למאי דקתני בספרי במדבר (פיסקא קמא): שומע אני שחסר משה, ת״ל ומשה בן מאה ועשרים שנה במותו לא כהתה עינו - בין טמא לטהור בין איסור להיתר, ולא נס ליחה - בעומלו בתורה עכ״ל, אלמא שלא נסתמו ממנו מעינות החכמה, וא״כ זה סותר למה דאיתא בפ״ק דסוטה.

והנראה לומר בזה הוא בהקדם מאי דאיתא בגמ׳ פסחים (נ,א): כי הא דרב יוסף בריה דרבי יהושע בן לוי חלש ואיתנגיד (גוע ופרחה רוחו), כי הדר, אמר ליה אבוה מאי חזית, אמר ליה עולם הפוך ראיתי, עליונים למטה (אותן שהיו כאן חשובים ראיתי קלים) ותחתונים למעלה, אמר לו בני עולם ברור ראית, ואנן (תלמידי חכמים) היכי (איתינן) התם, כי היכי דאיתו אנן הכא הכי איתינן התם, ושמעתי שהיו אומרים אשרי מי שבא לכאן ותלמודו בידו, ושמעתי שהיו אומרים הרוגי מלכות אין אדם יכול לעמוד במחיצתן עכ״ל.

ורבינו חננאל כתב: כי הא דיוסף בריה דר׳ יהושע בן לוי חלש כאלו פרחה נשמתו, איתפח אמר ליה אבוה מאי חזית, אמר ליה עולם הפוך ראיתי עליונים למטה, כלומר היקרים החשובים בעולם הזה כדכתיב (ישעי׳ יג,יב) אוקיר אנוש מפז ואדם מכתם אופיר, ראיתי אותם תחתונים במדרגה התחתונה, והיורדים בעולם הזה ראיתי בעליה למעלה מאלו, אמר ליה בני עולם ברור ראית, כלומר האמת שם הוא שהוא לשם עליון הוא העיקר, אמר ליה ואנו אנה מקומנו, אמר ליה אנו חשיבותינו התם כי הכא, ושמעתי אשרי מי שיבוא לכאן ותלמודו בידו עכ״ל.

והתוס׳ כתבו בב״ב (י,ב ד״ה עליונים): פי׳ ר״ח דאמרו הגאונים שקבלה בידם רב מפי רב דעולם הפוך היינו שראה שמואל דהוה יתיב קמיה דרב יהודה תלמידיה, משום דמיחה בשמואל בפר׳ במה בהמה (שבת נה,א) גבי ההיא איתתא דאתיא וצוחא קמיה דשמואל ולא אשגח בה, א״ל רב יהודה לית ליה למר אוטם אזנו מזעקת דל וגו׳ עכ״ל.

והמבי״ט כתב בהקדמתו לספרו בית אלקים: וגם אפשר שזאת תהיה כוונת מה שראה בן בנו של ריב״ל עליונים למטה ותחתונים למעלה, כי אותם שהם גדולים בתורה ובמע״ט בעוה״ז והיה בכח וחק הכנתם לעשות יותר ולא עשו, הם בעוה״ב למטה מן מדרגת התחתונים ושפלים מהם שלא השיגו לעשות כל מה שעשו הם, ולא נמנעו אלא מפני מיעוט הכנתם עכ״ל.

וכן האריך בזה האלשיך הקדוש (ויקרא כה,יז): הלא באונאת דברים תחשוב כי בכבוד חברך אתה נוגע, ולא כן הוא כי הלא ויראת מאלקיך כי בכבוד אלקיך אתה נוגע, כי הלא אני ה׳ אלקיכם אלקי שניכם, כי גם נפשו חלק א-לוה ממעל כמוך, ונמצאת נוגע במה שהוא חלק מאתי ומבזה מי שאני מכנה אלקותי עליו עמך, כי אלקיכם אני כאחת שלך ושלו, וזה מוסר נאה שאל יחשיב אדם את עצמו לטוב מזולתו, כי קטן וגדול שם הוא וגו׳ (איוב ג,יט), והוא כמפורש אצלנו במקומו שהוא ענין מאמר (פסחים נ,א) עולם הפוך ראיתי עליונים למטה ותחתונים למעלה, כי אין ניכר החשוב והבלתי חשוב רק באותו העולם כי א-ל דעות ה׳ יכיר את מקומם ויעמיד לכל איש ואיש במקום הראוי לו, וזהו קטון וגדול שם הוא כו׳, לומר מי שהוא קטון הערך או גדול שם הוא, מה שאין כן בעולם הזה שלא יוכר כו׳, ובכן שיבחו אהובים ורוממו לאחד מהשלמים שלא ראה איש מימיו שלא כיבדו ויהי בעיניו לטוב ממנו, כי הוא היה אומר, אם קטון בשנים ממני הוא לא יהיו לו כל כך עונות, ואם גדול בשנים הוא יהיו לו יותר זכיות, ואם חכם ממני זכותו מרובה, ואם חכמתי אני יותר אשמותי גדלו על אשמותיו, כי הוא לא ידע במה יכשל כאשר יחטא מה שלא כן אנכי עכ״ל.

והביאור בזה הוא דלכאורה למה אמר יוסף בריה דר׳ יהושע בן לוי שראה עולם הפוך, וכי הוא לא ידע שבעולם הנשמות אין מודדים את האדם לפי הצלחותיו הגשמיות בעולם הזה [הלוא גם הוא היה מהאמוראים החשובים וכמו שהוכיח ביחוסי תנאים ואמוראים (ערך יוסף בריה דריב״ל) ממאי דקאמר בגמ׳: אמר לו כדחשבינן הכא חשבינן התם, מדקאמר כדחשבינן הכא חשבינן התם הרי כלל עצמו עם אביו ועם שאר חכמי ישראל, שמע מינה שאף יוסף בנו של רבי יהושע בן לוי מן החכמים החשובים והמכובדים בין בעולם הזה בין בעולם הבא עכ״ל], אלא על כרחך שהטעות שלו היתה שמי ששגבה מדריגתו במעלות הרוחניות בעולם הזה הוא יהיה למעלה גם בעולם הנשמות, וכאשר ראה שם שאין הדברים כן, אלא מי שתחתון יותר בעולם הזה עולה למעלה יותר שם בעולם הנשמות, לכן אמר עולם הפוך ראיתי.

ולזה גילה לו אביו שגם במעלות הרוחניות אין מודדים שם כמו שמודדים כאן בעולם הזה. בעולם הזה מודדים את האדם לפי ההישגים שלו מבלי להתחשב בכל נסיבותיו וכשרונותיו, ושם בעולם הנשמות המדד הוא צודק יותר, מכיון שלוקח בחשבון נסיבות האדם כשרונותיו ויכולותיו, ומודדים הישגיו בהתאם לכל זה. ולכן אף אדם לא יוכל לדעת מה יהיה מקומו בעולם שכולו טוב, שהרי שהעולם הברור הוא הפוך מהעולם הזה ועליונים למטה

ותחתונים למעלה. ובכן אפילו משה רבינו שהיה אדון הנביאים היה יכול להיות עניו מכל האדם אשר על פני האדמה (במדבר יב,ג), כי הוא היה יכול לחשוב שאדרבה המדריגות הגבוהות שלו הן מחייבות אותו, דהיינו שיתכן שיתבעו אותו שלמרות שהשיג מה שהשיג בכל זאת לא השתלם בעבודתו ובמדותיו בהתאם להשגותיו, והיינו כמו שפירש הרה״ק הרב ר׳ ברוך ממעזביז נ״ע מאי דתנן (חגיגה ב,א) הכל חייבים בראיה, דהיינו שהתחייבות האדם היא בהתאם לראיתו, דכל מה שהוא רואה יותר מחייב אותו יותר.

אלא דעדיין צריכים להבין מה שאומר אחר כך, ואנן היכי התם, כי היכי דאיתו אנן הכא הכי איתינן התם, ושמעתי שהיו אומרים אשרי מי שבא לכאן ותלמודו בידו, ושמעתי שהיו אומרים הרוגי מלכות אין אדם יכול לעמוד במחיצתן עכ״ל, שלכאורה אינו מובן, שהרי מצד אחד מוכח כמו שפירשנו, שאם לא כן למה שואל איפה אנחנו שם, הלוא פשוט שתלמידי חכמים הם למעלה מאלו שיש להם רק הצלחה גשמית בעושר שררה וכבוד, אלא על כרחך שהפירוש הוא שאין מודדים שם השגות רוחניות כמו שמודדים אותן כאן, וא״כ איך יוכל לענות בפשיטות שהם נמצאים שם באותה מדריגה כמו שהם נמצאים כאן. ועוד צריכים להבין מה שאומר תיכף אחרי זה: ושמעתי שהיו אומרים אשרי מי שבא לכאן ותלמודו בידו, ושמעתי שהיו אומרים הרוגי מלכות אין אדם יכול לעמוד במחיצתן.

ומוכרחים לומר לפי פירוש זה שאין הכוונה לכלל תלמידי חכמים [והיינו דלא כמו שפירש״י, וכן מוכח ממה שהביא התוס׳ בשם הגאונים שגם אצל תלמידי חכמים אין בטחון שיהיה שם כמו שיש כאן], אלא שר׳ יהושע בן לוי שאל על עצמו ועל בנו איפה הם בעולם הנשמות, ועל זה ענה לו בנו שחשיבותם בעולם הנשמות הוא מקביל לחשיבותם בעולם הזה מכיון שהתורה והמדריגות שהשיגו באו להם ע״י יגיעה, וליגיעה שלהם יש חשיבות גדולה שם. ועל זה הוא מביא ראיה ממה ששמע שם שהיו אומרים אשרי מי שבא לכאן ותלמודו בידו, והכוונה היא שתורתו היא פרי עמלו, שלזה קורא תלמודו בידו, וכדאיתא בגמ׳ ברכות (ח,א): ואמר רבי חייא בר אמי משמיה דעולא גדול הנהנה מיגיעו יותר מירא שמים, דאילו גבי ירא שמים כתיב אשרי איש ירא את ה׳, ואילו גבי נהנה מיגיעו כתיב יגיע כפיך כי תאכל אשריך וטוב לך, אשריך בעולם הזה וטוב לך לעולם הבא, ולגבי ירא שמים וטוב לך לא כתיב ביה עכ״ל. אבל עם כל זה עדיין אין מדריגתם מגיעה למי שהיה לו מסירות נפש ממש, שעל זה אמר ששמע שהיו אומרים הרוגי מלכות אין אדם יכול לעמוד במחיצתן.

ומעתה חוזרים אנו לבאר הפסוק המדרש שהקדמנו, שבאמת משה רבינו היה בכל כוחותיו אפילו ביום מותו וכמו שכתוב שלא כהתה עינו ולא נס ליחה, ומבחינה זו היה יכול להמשיך בכל תפקידיו שנים רבות ולא היה חסר דבר בהנהגתו. אבל בגלל גזירה מן השמים בעבור שחטא במי מריבה הוא היה חייב להפסיק הכל ולמסור את ההנהגה ליהושע, ולפיכך שוב לא היה רשאי לצאת ולבוא ונסתמו ממנו מעינות החכמה כדי שלא יפריע להנהגת יהושע. ובכן יש לפרש מה שאמר וילך משה, דהיינו שרצה משה להראות לישראל שהוא עדיין בכל כוחותיו, ובכל זאת מכאן ואילך אינו רשאי לצאת ולבוא וגם ייסתמו ממנו מעינות החכמה, והכל מפני שאמר לו הקב״ה שלא יעבור את הירדן הזה. וכאשר אומר כן משה רבינו לכלל ישראל אין לך תוכחה גדולה מזו, שמשה רבינו שהוא אדון הנביאים וקבל את התורה מסיני והיה מושיען של ישראל ובכל זאת נענש על החטא, ולא זכה להגשים חלום חייו להכניס בני ישראל לארץ בגלל חטאו ולא בגלל זקנותו או תשישותו. וממנו ילמדו בני ישראל מוסר, שאם משה רבינו שהיה עליון מכל אדם היה יכול לרדת למטה בגלל חטאו כל שכן אחרים שאינם במדריגה זו. ולפי זה מבואר היטב מה שמביא הפסוק לכו וראו מפעלות אלקים נורא עלילה על בני אדם, שהרי בו מבואר עד כמה נורא הוא מדת דינו של הקב״ה ואיך הוא דן כל אחד ואחד בפרט. ומביא המדרש ראיה לזה ממה שמצינו שכל דברי חכמים שבכל הדורות אינו אלא לפרש דברי תורה משה מפי הגבורה, ובכל זאת נדון משה בעונש חמור כל זה שנלקחו ממנו כל כוחותיו וכל מדריגתו ולא היה יכול להגשים חלומו ליכנס לארץ, וזהו נורא עלילה על בני אדם.

ובזה מבואר ג״כ מה שהיה צריך רש״י להביא שני פירושים אהא דכתיב לא אוכל עוד לצאת ולבוא. והיינו שבאמת היה יכול לצאת ולבוא ולא נסתמו ממנו מעינות החכמה, תדע שמביא בדעת זקנים מבעלי התוס׳ (דברים לא,כו) מדרש שאומר: באותו יום של שבעה באדר קודם פטירת משה רבינו כתב י״ג ספרי תורה לשנים עשר שבטים וקרא לכל שבט ושבט והוכיחן והזהירן על התורה ועל המצות אנשים בפני עצמן ונשים בפני עצמן ואמר להם הזהרו כלכם בספר התורה הזה שאני נותן לכם לשמור ולעשות וספר תורה אחד לקח והניחו לצד ארון הברית שנא׳ לקוח את ספר התורה הזה ושמתם אותו מצד ארון ברית ה׳ עכ״ל, שמע מינה שעדיין לא נסתתמו ממנו מעינות החכמה. אלא ע״כ שהיתה גזירה מן השמים שמכאן ואילך אין לו רשות ולבוא וייסתמו ממנו מעינות החכמה.