תוכן הענינים

בפתח הקובץ ---------- 7

משיעורי מו"ר הגרמ"ח דימנטמן, ראש הכולל

חליפי השעבוד ---------- 9
הפסד כתובה ---------- 16
בגדר חזקת מרא קמא ---------- 21
בסוגיית ספק ויבם ---------- 27

הלכות פר"ו ואישות

להשיאו אשה/ הרב נחמיה טיילור ---------- 38
גיל הנישואין/ הרב ראובן יוסף האס ---------- 42
משפחת אֵם/ הרב מאיר ברקוביץ ---------- 53
דין הבחנה/ הרב יוחאי יחיא ---------- 65
קטן בעדות אשה/ הרב אלעד אליהו ---------- 78
ביאורים והערות בעניני מסיח לפי תומו/ הרב צחי זפרני ---------- 93
תרי רובי בעגונה/ הרב דוד מרציאנו ---------- 104
תרי ותרי/ הרב דני אסס ---------- 121

הלכות כתובות

פירי פירות/ יצחק ביסמוט ---------- 133

הלכות גיטין

כתיבת השמות בגט/ הרב איתיאל אמיתי ---------- 147

הלכות יבום

איגלאי מילתא למפרע/ הרב ירון רוזיליו ---------- 158
מצות יבום/ הרב יוחנן גבאי ---------- 176

פסקי דין - דיני ממונות

פסקים מבית הדין לדיני ממונות, שדרות/ הרב אריאל בר-אלי --------- 188

דרוש

לפ' נצבים-וילך/ הרה"ג רבי גדליה רבינוביץ, אדמו"ר ממונסטרישצ'ה --215

בפתח הקובץ

בני...אל תהי בז לכל דבר ואל תהי בז לכל אדם, כי כמה מרגליות ימצאו באפרקסותו של עני, אין אדם נכנס לתחומו של חבירו ואין אדם יכול לחדש דבר בתורה שחבירו מזומן לחדשו, כי הכל מוכן לפניו מיום שהתורה נבראת.

(צוואת רבי אליעזר הגדול)

מוגש בס״ד גיליון שביעי של ׳אבני משפט׳, וכקודמיו נמצאים בו חדו״ת, פסקי הלכה וברורים הלכתיים בנושאים בהם עסקנו בכולל בשנה החולפת. סגנון המאמרים אינו אחיד ויש בו ביטוי אישי של הכותבים השונים.

כקודמיו פותח הקובץ בשיעורי ראש הכולל שליט״א ומסיים בדרוש מהאדמו״ר ממונסטרישצ׳ה, שנמסר בכולל.

כמו כן צירפנו מפרי עטם של שנים מבוגרי הכולל -

מאמר של הרב ראובן האס העוסק בגיל הנישואין, ופסקי דין בדיני ממונות מאת הרב אריאל בר-אלי.

תודה לידידי הרב נחמיה טיילור שמסר לנו את מאמרו ׳להשיאו אשה׳.

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

בתפילה על העתיד ובהודאה על העבר,

העורך

שבט, תשס״ז

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

חליפי השעבוד
שיטת רב האי גאון ושיטת הרא"ש

א

כתב הרמב״ם (אישות יח,יד) וז״ל:

> הניח נשים רבות, אע״פ שנשאן זו אחר זו ניזונת בשוה כמו שאין דין קדימה במטלטלין.

ובהשגות הראב״ד שם:

> א״א, ואפי׳ ניזונת מן הקרקע לפי שאין חיוב המזונות אלא לאחר מותו וכבר הגיע שעת החיוב לכולן בבת אחת והו״ל כלוה ולוה וחזר וקנה שכולן שוים בו.

וכתב המגיד משנה שם דהטעם שכתב הר״א בהשגות אינו נכון, שאם מפני שאין חיוב המזונות חל אלא לאחר מותו הוא אפי׳ בכתובה לא תהיה דין קדימה לאלמנות שהרי אינה נגבית אלא משעת מיתה, והגע עצמך מי שלוה וקבע זמן הפרעון אחר מיתתו והתנה שאם ימות המלוה קודם לו שלא יגבה כלום, וחזר ולוה וקבע זמן פרעון לאותו זמן וע״פ התנאי הנזכר מי לא יהא בו דין קדימה אלא ודאי אין לטעם ההוא עיקר. ואינו דומה ללוה ולוה ואח״כ קנה דהתם הדבר המשועבד עתה לא היה שלו בשעת הלואה ולא היה יכול לשעבדו עד שעה שנקנה ולפיכך חל השעבוד בשוה.

ב

וכתב האבנ״מ (סימן צב סק״כ) ביישוב דברי הרמב״ם הנ״ל, דשאני חיוב מזונות שהוא תנאי ביי״ד, אינו חל אלא לאחר מותו. ואינו דומה לכתובה, שהחיוב תיכף משנשאה אלא שזמנו לפרוע אחר מותו או אחר גירושין, אבל תנאי ביי״ד דמזונות אינו חוב כלל אלא לאחר מותו.

ולפ״ז הא דתנן אין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם, אי מיירי הכא דשעבד בעצמו בחייו, דהאב מכר הנכסים, תיפו״ל דבחייו לא התחיל חיובם, ולמה לן למימר מפני תיקון העולם,

ולכאורה צ״ל דהיורשים מכרו הנכסים, דמכרו לאחר דהתחיל חיוב המזונות, ובכל זאת אין מוציאין מהלקוחות, מפני תיקון העולם (שאין כתובין או שאין קצובין).

אולם בגמ׳ כתובות דף סח, שעבדו האחין מהו וכו׳. ואם נימא דמתני׳ מיירי בשעבדו האחים, דמפני תיקון העולם אין מוציאין מהלקוחות, א״כ מהי בעיית הגמ׳ שם, והרי מתני׳ היא דהרי אם שעבד הבעל, מדינא אין מוציאין דקדמו לקוחות לחיובן.

וצ״ל דמתני׳ מיירי בשעבד האב, ומדינא היה צריך שיחול חיוב מזונות מיד, והחיוב קדם ללקוחות. ומפני תיקון העולם, תיקנו דחיוב המזונות חל לאחר מיתת האב. והגמ׳ כתובות סח, מסתפקת בשעבדו האחים, וליכא למיפשט ממתני׳.

ג

המבואר מהנ״ל, דאין הבנות מוציאות למזונותיהן מהלקוחות, ואפילו אם האחים מכרו הקרקע.

וכתב רבינו האי גאון זצ״ל דלדינא דגמ׳ דאין גובות ממטלטלי אינם יכולים לגבות הדמים, שלקחו היתומים עבור הקרקעות שמכרו, משום דהדמים הוי מטלטלי. אבל לאחר תקנת הגאונים דגובים ממטלטלי דיתמי, גובות הבנות הדמים שביד היתומים ממה שלקחו תמורת הקרקע שמכרו, ולדינא דגמ׳ אהנו מעשה היתומים, והמשיא עצה זו להם הוא רשע ערום, כמבואר במס׳ סוטה (כא,ב) כיון דלא יגבו מהדמים דהוי מטלטלי דיתמי. אבל לאחר תקנת הגאונים דגובים ממטלטלי, יגבו הבנות למזונותיהם מהדמים שביד היתומים, וס״ל לרה״ג אף דלאו הני זוזי שבק אבוהון, ולא שייך לאחר תקנת הגאונים לגבות ממטלטלי דיתמי, רק ממטלטלי שהיו ביד האב והורישן ליתמי, אבל אלו המעות שקבלו היורשים בחליפי השעבוד שמכרו, הרי הני זוזי לא שבק להו אבוהון, צ״ל דרה״ג ס״ל כיון דהדמים הוי חליפי הקרקע ותמורתו, דייניגן דתהא כקרקע דשבק אבוהון וגובה הדמים.

ולפי רב האי גאון דלעיל, דהא דאין גובין הבנות מתמורת השעבוד, ואינן גובות הדמים, דהוי מטלטלי דיתמי (לפי דינא דגמ׳), ואם היורשים יחליפו קרקע בקרקע, שפיר יגבו מהם גם לפי דינא דגמ׳.

וכתב הטור חו״מ סי׳ קז, דדינא דרה״ג הוא גם במלוה ע״פ דגובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות, ומכר היורש ללוקח, דאין המלוה גובה מן הלוקח. ולדינא דגמ׳ גם אינו גובה מהדמים שביד היורש, דהוי מטלטלי דיתמי, אבל בתר תקנת הגאונים יגבה מלוה ע״פ מן הדמים שביד היורש. וכל זה לדעת רב האי גאון הנ״ל.

ד

אולם הרא״ש מס׳ ב״ב פ״ט סי׳ ב, פליג ע״ז וכתב שמ״מ לאו הני זוזי שבק אבוהון, ול״ש תקנת הגאונים למיגבי ממטלטלי דיתמי רק ממטלטלי שהיו ביד האב והורישן ליתמי, אבל אלו המעות שקבלו היורשים בחליפי השעבוד שמכרו, הלא הני זוזי לא שבק להו אבוהון, ולא עליהם היתה התקנה שיגבום מיתמי, הא למה זה דומה למלוה ע״פ שיצאה על היורשין, ומכרו הקרקעות ללוקח, שאין המלוה גובה מהדמים שנטלו, אפילו אחר תקנת הגאונים, כיון דלאו הני זוזי שבק אבוהון. ולפי הרא״ש גם אם יחליפו היורשים קרקע בקרקע, כיון דלאו הני קרקע שבק אבוהון, אין קרקע זו נכנסת בשעבוד מלוה ע״פ.

והתוס׳ כתובות צז,א ד״ה וסמך, כתב דאין האלמנה גובה מהדמים, משום דהוי מטלטלי, ומוכיח האבנ״מ (סי׳ צג ס״ק כג) דתוס׳ ס״ל כרה״ג דכל המניעה לגבות מהדמים, מחמת דהוי מטלטלי, ולא מחמת שלאו הני זוזי שבק אבוהון. א״כ בתר תקנת הגאונים תגבה האלמנה הדמים כמו דגובה ממטלטלי דיתמי. וכן דייק או״ש פי״ח אישות הי״ג להוכיח מתוס׳ הנ״ל.

אולם צ״ע והרי גם בתוס׳ הרא״ש כתובות שם, כתב כן כלשון התוס׳ ״דהוי מטלטלי״, והרי הרא״ש הוא דפליג על ר״ה גאון (ב״ב פ״ט שם) דסובר דלאו הני זוזי שבק להו אבוהון, ואעפ״כ כתב הכא (כתובות צז,א) לטעם דמטלטלי.

וצ״ל לפי לשון הרא״ש ב״ב שם, דכתב דאין הבנות גובות מן הדמים שלקחו היתומים ״דהוי מטלטלי״. והביא ראיה לזה מדינא דר״ה גאון שכתב שאחרי תקנת הגאונים גובות מהדמים, משמע דלדינא דגמ׳ אין גובות מהדמים דהוי מטלטלי ואח״כ כתב הרא״ש שמ״מ עיקר דינא דרה״ג אחרי תקנת הגאונים, לא נראה לו דאכתי יש חסרון נוסף דלאו הני זוזי שבק אבוהון. וצ״ל דבתחילה כתב הרא״ש ליתן טעם לדינא דגמ׳, דהוי מטלטלי ואח״כ הוסיף הרא״ש שגם אחרי תקנת הגאונים לא יגבו, מטעם דלאו הני זוזי שבק

אבוהון. ולדינא דגמ׳ סגי בטעם דמטלטלי, ולפי״ז י״ל שזוהי גם כוונת הרא״ש בתוספותיו למס׳ כתובות צג,א, כנ״ל.

ה

ובמס׳ בכורות (מח,א) מי שלא בכרה אשתו וילדה שני זכרים, ואין ידוע מי מהם הבכור, נותן האב חמשה סלעים לכהן. דממ״נ אחד מהם בכור. מת אחד מהן בתוך שלשים יום, האב פטור דיאמר לכהן אייתי ראיה דלאו הבכור מת. מת האב והבנים קיימים, רבי מאיר אומר אם נתנו עד שלא חלקו נתנו, ואם לאו פטורין. רבי יהודה אומר נתחייבו הנכסים. ובגמ׳ שקלו וטרו בפירוש סיפא דמתני׳ ובמאי פליגי ר״מ ור״י. ורבא מוקים לה, דמיירי שמת האב לאחר ל׳ יום, וחל חיוב תשלום פדה״ב על האב ביום שלשים ונשתעבדו נכסיו להאי חוב מעליא, ואי איכא נכסי טובא, שקיל הכהן מהיורשים (אפי׳ חלקו, דהא אישתעבדו נכסים בחיי האב, ואע״פ דממ״פ היא, גובה מן היורשין). הכא במאי עסקינן כגון דליכא אלא ה׳ סלעים, ודכ״ע אית להו דרב אסי, דאמר רב אסי האחין שחלקו מחצה יורשין ומחצה לקוחות, ודכו״ע מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא, ודכו״ע אית להו דרב פפא, דאמר ר״פ מלוה ע״פ גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות. והכא בחמש ולא חצי חמש קמפילגי, ר״מ סבר חמש ולא חצי חמש ורבי יהודה סבר חמש ואפי׳ חצי חמש.

וכל זה לאחר החלוקה, אבל עד שלא חלקו הוי הכל ירושה, ומע״פ גובה מן היורשין. אבל לאחר חלוקה הוי מחצה יורשין ומחצה לקוחות. ופליגי ר״מ ור״י כנ״ל.

והכא ע״כ מיירי דהירושה שהניח האב, היא קרקע, דאי הוי מטלטלין, הרי גם לפני חלוקה, פטורים היורשים, דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, לדינא דגמ׳.

אם כן, אי הוה נקטינן יש ברירה, היה להם דין ירושה, כל אחד בחלקו. והיה הכהן גובה משניהם יחד, חמשה סלעים. ואי הוי נקטינן בודאי דאין ברירה לא היה הכהן גובה כלל, כיון דמע״פ אינו גובה מן הלקוחות. אלא הואיל וכו״ע סברי כרב אסי, והוו מחצה יורשים ומחצה לקוחות, נמצא דכל אחד מהם קבל אחרי חלוקת הקרקע בשוה שני סלעים ומחצה. ומזה סלע ורבע ירושה וסלע ורבע לקוח, ויכול הכהן לתבוע מכל אחד רק סלע ורבע ירושה ומשניהם יחד שתים וחצי, וזה הוי חצי חמש.

וצ״ע, לפי דברי רה״ג, יוצא דאפילו אי הוי לקוחות, הלא כל אחד מוכר חלקו לחבירו, ותמורת זה מקבל מחבירו חלקו, א״כ החלק שקבל מחבירו הלא הוא חליפי השעבוד שמכר לו, וכאן הוא חליפי קרקע בקרקע. (עיי׳ בס׳ אבנ״מ סי׳ צג ס״ק כג, ובאו״ש אישות יח,יג בנוגע לקושיא הנ״ל).

ו

ואפשר לומר לפי הגמ׳ קידושין (יג,ב) אמר ר״פ הלכתא מלוה ע״פ גובה מן היורשים ואינו גובה מן הלקוחות. גובה מן היורשין שעבודא דאורייתא ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא.

ובשילהי מס׳ ב״ב, דף קעו,א, אמר ר״פ הלכתא מלוה ע״פ גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות. גובה מן היורשין שלא תנעול דלת בפני לווין, ואינו גובה מן הלקוחות דלית ליה קלא. והראשונים עמדו בסתירה זו. וביישוב הסתירה, איכא כמה דרכים בראשונים.

דרך א׳ – דמימרא דקדושין אזלא על מלוה הכתובה בתורה, ובזה אר״פ דשעבודא דאורייתא. ובמס׳ ב״ב קאי ר״פ במלוה שאינה כתובה בתורה, ובזה ס״ל לר״פ דשעבודא לאו דאורייתא, ולכן הוצרך ר״פ לנתינת טעם – במס׳ ב״ב שם – להא דגובה מן היורשין משום נעילת דלת, וכן פירש רבנו חננאל.

דרך ב׳ – ר״פ אמר דינו הלכתא מלוה ע״פ גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות, והסוגיות דמס׳ קדושין וב״ב פליגי אי שעבודא דאורייתא אי שעבודא לאו דאורייתא, והיינו בסוגיא דקדושין סוברת שעבודא דאורייתא, וסוגיא דב״ב סוגרת שעבודא לאו דאורייתא.

דרך ג׳ – דר״פ הוא דאמרינהו לשתי המימרות, ומה שאמר (ב״ב שם) לדעת עצמו אמרה, דס״ל שעבודא לאו דאורייתא. וכמו שמוכח במס׳ כתובות (פו,א) דר״פ ס״ל פריעת בע״ח מצוה וכדעת הראשונים דסברי דלר״פ שעבודא לאו דאורייתא מכח מה שאמר פריעת ב״ח מצוה. ובמס׳ קדושין (יג,ב) אמרה ר״פ שלא על דעת עצמו וז״ל המאירי שם:

> ראה רבים חולקים עליו, ואחר שהיה הוא מודה בענין אע״פ שהיה חלוק בטעם, רצה להזכירה בטעם האחרים, כדי שלא יפקפקו על העניין.

דרך ד׳ – דעת הרי״ף, בשילהי ב״ב, דלא פליגי מימרות דר״פ אהדדי, וס״ל לר״פ דשעבודא דאורייתא כדאמר בקדושין. והא דאמר בב״ב משום נעילת

דלת, היינו לבאר אמאי אוקמוה חכמים אדאורייתא וגובה מן היורשין, ולזה קאמר משום נעילת דלת.

והקשה הרמב״ן, מה צריך לנתינת טעם להא דאוקמוה אדאורייתא לגבות מן היורשין, והרי כל עוד דליכא טעם להפקיע ד״ת, ממילא נשאר דין תורה על מקומו וגובה מן היורשין, ואמאי צריך לתת טעם לזה.

ד

ובייושב שי׳ הרי״ף, אפשר לבאר בכמה דרכים. דכוונתו דלבתר דהפקיעו השעבוד ואינו גובה מן הלקוחות וכיון שכן, באיזה כח גובין מן היורשין, כיון דאזל השעבוד מכח תקנת חז״ל, והיה בדין דלא יגבו מן היורשין ולזה תרץ ר״פ דמשום נעילת דלת אוקמוה אדין תורה וגובה מן היורשים.

ואפשר לפרש דעת הרי״ף בכמה דרכים:

א. דלאחר שאחז״ל דאין מלוה ע״פ גובה מן הלקוחות, הפקיעו לגמרי השעבוד, וכיון דליכא שעבוד, ממילא אין גובים מהלקוחות, והא דגביא מלוה ע״פ מן היורשין, תקנת חכמים מיוחדת של גבייה מן היורשין, משום נעילת דלת, והוי דין גבייה מיתמי כמו מיניה, מדין גבייה.

ב. ואפ״ל דאמנם כל זמן דהקרקע ביד הלוה, או היורשים, קיים השעבוד, אלא שבמכירת הקרקע ללוקח, אזי נפקע השעבוד ע״י המכירה, ונמצא לפי״ז בגבייה מהיורשין גובים שעבוד, וכשנמכר ללקוחות, תקנו חז״ל שייפקע השעבוד.

ושני הדרכים דלעיל חלוקים בזה, דלדרך א׳ גם אצל היורש ליכא שעבוד. וגובה מהיורשים מדין גבייה. ולדרך ב׳, גובה מהיורשים בכח שעבוד ולא הפקיעוהו רק כשנמכר ללקוחות.

ולכאורה מסתבר לומר כדרך ב׳ הנ״ל, דבמס׳ קידושין מבואר דהא דגובה מן היורשים, שעבודא דאורייתא, ולפי דרך א׳ הנ״ל הרי הא דגובה מן היורשין הוא מדין גבייה. ולכן מסתבר מאוד לומר כדרך ב׳ הנ״ל דהשאירו השעבוד אצל היורשין וכנ״ל.

ואפ״ל דגם אם נימא דמלוה ע״פ גובה מדין גבייה, והוי תקנ״ח מיוחדת לגבות מיתמי, כיון דשעבודא דאורייתא, ומן התורה איכא שעבוד, אף

דבמלוה ע״פ הפקיעו השעבוד, מ״מ תקנ״ח מדין גבייה. וא״ש הגמ׳ במס׳ קידושין הנ״ל.

ח

ולפי האמור ניתן ליישב שתי הסוגיות הנ״ל, דהסוגיא בקדושין סוברת דהשאיר השעבוד אצל היורשים, ונקטו ״שעבודא דאורייתא״.

והסוגיא בב״ב סוברת דלאחר תקנת חז״ל הפקיעו השעבוד לגמרי גם מן היורשין והוי דין גבייה.

ומסתבר לומר דדינא דרב האי גאון שייך רק אם נימא דנשאר השעבוד אצל היורשין ובמכירתם ללקוחות פקע השעבוד, לפ״ז הקרקע (או המטלטלין, לאחר תקנ״ח) שמקבל היורש תמורתה, נכנסת לשעבוד שהיה קיים עליה עד המכירה. אבל לפי דרך א׳ דלעיל, דהשעבוד הופקע לגמרי במלוה ע״פ גם מן היורשין, אלא תקנ״ח מיוחדת דגובה מיורשין, ל״ש דינא דר״ה גאון דהרי השעבוד נפקע בשעה שירשה, ומה יעבור על הקרקע והמטלטלין שנלקחו בחליפיה.

ולפי כל האמור, דהסוגיא בבכורות שם ס״ל כשיטת הסוגיא בב״ב, ואשר לפי״ז דלא סברי לדין גבייה מחליפי שעבוד. ור״ה גאון ס״ל כסוגיא דמס׳ קדושין, דאליבא דהך סוגיא שייך לדון דין חליפי שעבוד וכדלעיל. ומיושבת קושית האבנ״מ, הבית מאיר והאו״ש מסוגיא דבכורות שהבאנו לעיל.

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

הפסד כתובה
ובענין איני יודע אם פרעתיך

א

איתא בסוטה דף כה:

> מתו בעליהן עד שלא שתו, בית שמאי אומרים נוטלות כתובה ולא שותות. ובית הלל אומרים או שותות או לא נוטלות כתובתן (כלומר מתוך שלא שותות, לא נוטלות כתובה).

ומבואר בגמ' דב"ש סברי שטר העומד לגבות כגבוי דמי, וכיון דנכסי ברשות בעל השטר קאי (האשה), הלכך יורשי הבעל הם תובעים והממע"ה, ועליהם להביא ראיה שזינתה בסתירה זו ואבדה כתובה. וב"ה סברי שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי, והויא היא התובעת להוציא כתובתה, וחיוב הכתובה מוטל בספק, דדילמא זנאי, הלכך אינהו ודאי (כי היורשים מוחזקים), והיא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, ועליה להביא ראיה שלא זינתה (רש"י שם).

והתוס' (שם ד"ה ב"ה) מקשים מפלוגתא דרב הונא ורב יהודה ורב נחמן ור' יוחנן דפליגי בפ"ק דכתובות (יב,ב) מנה לי בידך והלה אומר איני יודע, ר"ה ור"י אמרי חייב. ר"נ ור"י אמרי פטור. ה"נ היא טוענת ברי (דלא זינתה). אבל הוא אינו יכול לטעון טענת ברי, ותהוי תיובתא דרב הונא. והקושיא היא לרב יהודה ור"ה דס"ל ברי ושמא ברי עדיף (באומר השמא א"י אם נתחייבתי) ומתרץ התוס' מאחר שהתורה עשאה ספק עד שתשתה, אינה יכולה לטעון טענת ברי.

ויש לעיין והרי שיטת התוס' (כתובות יב), דלמ"ד ברי ושמא ברי עדיף, היינו דוקא בברי טוב ושמא גרוע, דהוי"ל למידע, אבל בשמא טוב, לא אומרים ברי עדיף, והכא טענת השמא של הבעל או היורשים הוי שמא טוב, דלא הוי"ל למידע אם זינתה. (ומאידך הוי ברי דידה גרוע, ושמא דיורשין שמא טוב). ועי' תוס' ב"ב (קלה,א ד"ה אביי), דאביי סובר דלמ"ד ברי ושמא ברי עדיף, אפילו היכא דהשמא טוב.

ולכאורה אמאי חשיב הכא כאומר שמא לא נתחייבתי (וקשה לר״ה ור״י דס״ל ברי ושמא ברי עדיף), לכאורה הכא הוי כאומר אינו יודע אם פרעתיך, דלכו״ע חייב. וקשה קושיית התוס׳ לכו״ע (כי חיוב הכתובה משעת הנשואין וספק אם זינתה הוי כאומר א״י אם פרעתיך).

ואפשר לומר, בהקדם הסבר אמאי באומר א״י אם פרעתיך, לכו״ע חייב, ואיכא בזה כמה סברות:

א. מטעם אין ספק מוציא מידי ודאי חיוב. ז״א, ספק פרעון אינו מוציא מידי ודאי חיוב ואפילו אם השמא הוא טוב, דלא הו״ל למידע.

ב. טענת א״י אם פרעתיך, היא טענה גרועה, ואין בכח טענה גרועה כזו להוציא מחזקת חיוב. ולפי טעם זה בשמא טוב דלא הו״ל למידע, פטור (כי באופן זה הטענה אינה טענה גרועה) וכן סובר המל״מ.

ג. לפי הגמ׳ בכתובות (יב,ב) דנהי דברי ושמא לאו ברי עדיף, מיהו היכא דאיכא חזקה בהדי הברי, אזי אמרינן ברי ושמא ברי עדיף, א״כ בטוען איני יודע אם פרעתיך, ברי ושמא, ברי עדיף, כי בהדי הברי איכא חזקת חיוב של הלוה. ואפילו אם השמא הוא טוב, דלא הו״ל למידע, ברי עדיף, וראיה מגמ׳ כתובות יב,ב שם.

ולפי טעם ג׳ דחיובו באומר א״י אם פרעתיך הוא משום חזקת חיוב, א״כ כיון דהיה קינוי וסתירה איכא רגלים לדבר דמגרע לחזקת החיוב כמו דמגרע לחזקת היתר, ולכן אינו דומה לטוען א״י אם פרעתיך, ומשום כך הקשו תוס׳ מצד ברי עדיף (ורק לר״ה ולר״י שסוברים ברי ושמא ברי עדיף).

ב

ובמס׳ סוטה (לא,א) גבי חמש נשים (שחשודות לשקר מחמת שנאתן) נאמנות, ולא לפוסלה מכתובתה אלא שלא תשתה, והקשה הגרעק״א מהא דלבית הלל אם מת בעלה עד שלא שתתה, אינה נוטלת כתובתה, דכיון דלא נתברר ע״י שתיה, דהרי אינה שותה, אין לה כתובה מספק, א״כ מה בכך דהנך חמש הנשים אינן נאמנות בעדותן, דל עדותן מהכא, הא עכ״פ כיון דאינה שותה ולא נתברר טהרתה, מספק אין לה כתובה. ומאי שנא חמש נשים, דלא הפסידה כתובתה ואילו גבי מת בעלה עד שלא שתתה, אינה גובה כתובתה.

והגרעק״א מפרש דהא דהפסידה כתובתה בקינוי וסתירה, היינו מספק, ואם תפסה, כיון דהוי תפיסה בטענת ברי מהני, ובמתו בעליהם עד שלא שתו,

מהני תפיסתן, והא דקתני במתני׳ גבי חמש נשים, ״לא לפוסלה מכתובתה״ היינו שאין מאמינים להן שודאי נטמאה כמו ע״א דטומאה, ולא מהני תפיסה, ומשמיע לן מתני׳ דאין מאמינין אותן ונימא דלא מהני תפיסה וכדין ע״א בטומאה לאחר קינוי וסתירה, אלא דהוי כלא העידו כלל, ורק מטעם ספק אין לה כתובה ומהני תפיסתה.

והנה בירושלמי בעי בדין ע״א בטומאה, אמאי נאמן להפסיד כתובה, ומשני כיון דהאמינה תורה חד כבי תרי, ממילא אין לה כתובה. ומדמה הירושלמי לע״א שמעיד שהוא חלב ואח״כ התרו בו דלוקה. ולכאורה צ״ב למה לי טעם זה, כיון דבע״א דטומאה אינו משקה אותה, ממילא בלאו הימנותא דעד לענין כתובה, אין לה כתובה מספק, דבקינוי וסתירה הפסידה כתובתה, כל זמן שלא נתברר ע״י השקאה.

ולפי האמור ניחא, דמצד ספק סוטה שלא נתברר טהרתה, אין לה כתובה מספק, ונפ״מ דתפיסה מהני ואילו מכח נאמנות העד לא תהני תפיסה, ועל כך בעי בירושלמי מה גדר נאמנות זו.

ג

ובספר בית מאיר מיישב קושיא דלעיל, דגבי חמש נשים, דהכתובה נגבית מיניה דידיה דבעל, מדין איני יודע אם פרעתיך, כיון דחיוב כתובה מן הנישואין, ונתעורר אח״כ ספק, הוי כא״י אם פרעתיך (וצ״ל דס״ל דזנות חשיב כפרעון, דפקע החיוב ע״י הזנות). וקי״ל באומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם פרעתיך, חייב.

וצ״ל דהבית מאיר ס״ל דגם בשמא טוב, היכא דלא הו״ל למידע, חייב; אי מטעם דאין ספק מוציא מידי ודאי חיוב, ואי מטעם ברי ושמא, ובהדי ברי, איכא חזקת חיוב, ברי עדיף, אף בשמא טוב וכנ״ל, וזהו גבי חמש נשים.

אבל הכא, גבי מתו בעליהן עד שלא שתו, דהכתובה נגבית מן היתומים הוי כאומר א״י אם נתחייבתי דקי״ל בפטור.

ויש להעיר, דהרי השעבוד התחיל אצל אביהם והיתומים ירשו נחלה משועבדת, א״כ אמאי חשיב כאומר א״י אם נתחייבתי, ואולי אפשר ליישב לפי התומים, דשעבוד הגוף חל על היורשים, לאחר מיתת האב, ולכן לגבי יתומים ה״ז כחיוב חדש והכא דאיכא ספק הוי כאיני יודע אם נתחייבתי.

ד

ובספר דרוש וחדוש להגרעק״א למסכת כתובות (לב,ב) מבואר דמה שהאשה מפסידה כתובתה בזנות, אינו בכלל עונש, דא״כ איך דנים אותה שתי רשעויות, אלא הטעם הוא, דכיון שזינתה, ממילא פקע חיוב הכתובה, דאדעתא דהכי הבעל לא נתחייב.

נמצא דאף אם חיוב ושעבוד הכתובה מתחיל בנשואין, הרי זה בתנאי שלא תאסר לו מחמת זנות, וכשאיכא ספק זנות, הוי כאומר א״י אם נתחייבתי, כיון דעל הצד שזינתה, לא נתחייב מעולם. הלכך הוי ספק אם נתחייבתי.

וכעין זה מצאנו שיטת הריטב״א (בשומרים), הובאה בשיטה מקובצת ב״מ דף צז, (והובא בקצות החושן סי׳ שמ), דגם למ״ד משעת משיכה אתחייב באונסין, לא הוי אלא בגדר איני יודע, אם נתחייבתי (כשיש ספק אם אירעה פשיעה או אונס) וז״ל הריטב״א:

> דאפילו למ״ד התם דשואל מחייב משעת משיכה, לאו דמחייב 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 משתעבדין נכסיו למפרע משעת משיכה ונפ״מ למי שמכר נכסים בינתיים וכו׳.

חזינן דדעת הריטב״א דכל היכא דהיתה פשיעה לבסוף או גניבה בש״ש וכד׳, נתחייב לשלם מיד בשעת משיכה, אלא דחיוב זה בתנאי אם יפשע לבסוף, וכשיש ספק אם פשע או לא, הוי ספק בעיקר חיובו, ולכן סובר הריטב״א, דחשוב כאומר איני יודע אם נתחייבתי. וכן לדברי הרמב״ן, המובא בקצות שם, דלמ״ד משעת משיכה, מתחייב השומר כפי מה שהיה שוה בשעת משיכה, הרי מוכח דחיוב הממון חל בשעת משיכה, ומ״מ י״ל שפיר, דהיכא דהוי ספק אם פשע, חשיב בגדר אינו יודע אם נתחייבתי, דנהי דנתחייב בשעת משיכה, מ״מ הוי חיוב בתנאי אם יפשע לבסוף, וכשיש ספק בפשיעה, הו״ל ספק בעיקר החיוב וכנ״ל. וחולק על הנמו״י שם דס״ל דלמ״ד משעת משיכה נשתעבד, וכשאיכא ספק אם פשע, חשיב כאומר איני יודע אם פרעתיך.

תבנא לדידן, לאור האמור, נהי דחיוב הכתובה הוי משעת הנשואין, מיהו לדעת הגרעק״א מתחייב בנשואין בתנאי שלא תאסר עליו ע״י זנות. וכשאיכא ספק זנות, הוי כאומר א״י אם נתחייבתי, ודלא כבית מאיר הנ״ל (דס״ל דזנות חשיב כפרעון).

ולפ״ז הדרא קושיא לדוכתא, מ״ש גבי חמש נשים, דנוטלת כתובה, וגבי מתו בעליהן עד שלא שתו, אינה נוטלת כתובה לב״ה, כי לכאורה לפי הרעק״א הנ״ל, גם גבי חמש נשים, הוי כאומר א״י אם נתחייבתי, וצ״ב.

ה

ובנוגע להא דהבאנו לעיל, באומר איני יודע אם פרעתיך, באופן שהשמא טוב, דלא הו״ל למידע, לפי המל״מ, בכה״ג פטור, יש להביא ראיה מדברי התוס׳ כתובות (ט,ב) דאמרי דבס״ס מוציאין ממון וגובה כתובה, גבי ספק אם הוא בקי בפ״פ ואפילו אם הוא בקי, שמא זינתה תחתיו באונס ונסתחפה שדהו.

והתוס׳ מביא ראיה לזה, דהרי אמרינן היכא דהוא אומר עד שלא ארסתיך נאנסת והיא אומרת משארסתני נאנסתי, לרבי יהושע, אינה נאמנת (למ״ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה, אין לה כלום) ולמ״ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה, יש לה כתובה מנה, לר״ג נאמנת ומקבלת מאתיים, ולרבי יהושע, אינה נאמנת ומקבלת מאה. ולכאורה אמאי מקבלת מאה, הרי אפשר דזינתה תחתיו ברצון דמפסידה כל הכתובה, ובע״כ צ״ל דיש לה מנה מטעם ס״ס, שמא לאו תחתיו, ויש לה מנה, לחד מ״ד, ואפילו תחתיו שמא באונס, ובס״ס מוציאין ממון.

והקשה התומים (עה ס״ק כב) מאי ראיה היא, דאפשר לומר דבס״ס אין מוציאין ממון, והא דיש לה מאה, לרבי יהושע, למ״ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה, משום דעל הצד דלאו תחתיו, מגיע לה מנה, ועל הצד דתחתיו ברצון, הוי בגדר איני יודע אם פרעתיך דחייב. ומכאן מוכיח התומים דבשמא טוב, דלא הו״ל למידע, איני יודע אם פרעתיך פטור. הלכך הא דיש לה מנה, הוי מטעם ס״ס ושפיר מביא התוס׳ ראיה דבס״ס מוציאים ממון.

ואפשר לומר דבא״י אם פרעתיך חייב, גם היכא דהוי שמא טוב, וכמש״כ לעיל דאיכא ברי ושמא, ובהדי הברי איכא חזקת חיוב, וכמו דאיתא בכתובות (יב,ב) בטעמא דר״ג דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי, גם בשמא טוב, מיהו כל זה לר״ג אבל רבי יהושע, לית ליה דמהני ברי ושמא בהדי חזקה, ולפי רבי יהושע, צ״ל דהא דאומר א״י אם פרעתיך חייב, טעמא אחרינא דהוי ליה למידק, ורק בשמא גרוע אבל בשמא טוב פטור. והתוס׳ בכתובות (ט,ב) הוא אליבא דרבי יהושע וא״ש היטב.

משעורי ראש הכולל*

בגדר חזקת מרא קמא
בסוגיית קידשה אביה ונישאת שלא מדעתו

במסכת קידושין (מה,ב) מצינו מחלוקת האמוראים היכא שנתקדשה לדעת אביה והלך האב למדינת הים ונשאת שלא לדעתו. אמר רב, אוכלת בתרומה עד שאביה ימחה, כי מסתמא האב נתרצה לנישואיה שהרי נתקדשה לדעתו, ולא חיישינן שמא ימחה. ואף אם ימחה לבסוף ואינה נשואה, מדאורייתא ארוסה אוכלת בתרומה. רב אסי אמר אינה אוכלת, שמא ימחה ונמצאת זרה (מדרבנן) אוכלת בתרומה.

ומודה רב, שאם מתה הבעל אינו יורשה, כי אוקי ממונא בחזקת מריה. למשפחת אביה יש חזקת מרא קמא. לענין ירושה אי אפשר להחשיבה כנשואה כי גם מדאורייתא בעל אינו יורש את הארוסה, ואין הדין דומה לדין תרומה שרק מדרבנן אסורה, שהרי סוף סוף יש ספק שמא האב ימחה.

בראי"ש (סוי"ס ח) מבואר שאפילו אם הבעל מוחזק בנכסיה אינו יורשה, ומשפחת אביה מוציאים מידו. ולפי"ז אף אינו מיטמא לה (גם בירושה וגם בדין טומאה אין ארוסה נחשבת אשתו מד"ת. שלא כתרומה וכנ"ל).

והיה אפשר לפרש בדעת רב שהטעם להיתר אכילת תרומה הוא שרוב הפעמים האב אינו מוחה. ואם נסביר כך ממילא הדין יהיה שגם נטמא לה. ורק גבי ממונות אם מתה אינו יורשה כי אין הולכין בממונות אחר הרוב. ודלא כרש"י. אך זה אינו – דרב גופיה ס"ל שהולכין בממון אחר הרוב. וא"כ היה צריך לירש אותה. ולכן הפשט הראשון הוא הנכון עכת"ד הרא"ש.

גדר חזקת מרא קמא

בריש קונטרס הספיקות ישנה חקירה ידועה בגדר חזקת מרא קמא.

א. מחד גיסא יש להתייחס למרא קמא כאל חזקה קמייתא, חזקה דמעיקרא כמו חזקת פנויה. גם בממון הולכים אחר חזקה קמייתא, כי היא מחזקה מכרעת. (רובא וחזקה, רובא עדיף וממילא כ"ש שאין מוציאין ממון ע"פ חזקה שהרי בממונות אין הולכין אפילו אחר הרוב. אך בכ"ז כן מכריעים

* סיכום שיעור שמסר מו"ר ראש הכולל, אלול תשס"ה, נרשם ע"י אחד השומעים.

ממונות עפ״י מרא קמא דאין כאן הוצאת ממון, מפני שאליבא דאמת המרא קמא הוא המוחזק הרי מדובר בקרקע. השני לא יכול היה להחזיק).

ב. ומאידך גיסא י״ל שאין כאן חזקה קמייתא. אלא שכשם שבמטלטלין יש מוחזק, אלא שבקרקע א״א להחזיק, אנו מחשיבים את המרא קמא כמוחזק בקרקע. אך אין כאן הכרעה. ממילא אם המרא קמא מוחזק הממע״ה.

ר׳ שמואל בשם ר׳ שמעון – מדוע שלא נאמר שזו חזקה דמעיקרא ככל החזקות. מה הפשט בצד השני. וביאר: חזקת אשת איש, או חזקת פנויה משמעותן, שכשמתעורר ספק יש להניח שלא היה שינוי ומה שהיה הוא שיהיה. אך מרא קמא – אין שינוי בנידון. הבעלים על הקרקע – אף אם הוא מתחלף – אין זה שינוי בקרקע עצמה. ממילא אי אפשר להחשיב מרא קמא כחזקה קמייתא. אין סברא להניח שמאחר וראובן היה בעלים אתמול על הקרקע – הוא נשאר גם היום. ולכן לא שייך לומר העמד על החזקות. לעומת חזקת אשה – פנויה ואשת איש הם שתי מהויות במעמדה הדיני של האשה, ומובנת היטב ההנחה שאם אתמול היתה אשת איש אפשר להניח שנשארה כך גם היום, כל עוד לא הוברר לנו שינוי כלשהו.

איתא בב״מ (ק,א) המחליף פרה וחמור וילדה, וספק מתי ילדה – יחלוקו (סומכוס) אך רבנן סוברים שהממע״ה. ומקשה הגמ׳ לסומכוס, ונחזי היכא קיימא הולד? ומעמידה הגמ׳, דקיימא באגם ואין מוחזק ולכן יחלוקו. וחוזרת הגמ׳ להקשות סו״ס למוכר יש חזקת מרא קמא ולהוי אידך עליו הראיה. ודייק ר׳ שמואל – אם כנגד מר״ק אפשר לומר להוי אידך המוציא מחבירו. הרי שהגמ׳ התייחסה למרא קמא כאל מוחזק. אם חזקת מרא קמא היתה כחזקה קמייתא, לא היה שייך הממע״ה.

נפ״מ בהגדרת מר״ק

א. קצות פב סקי״ג: כשיש רוב נגד מרא קמא. אם נכריע שמרא קמא הוה חזקה קמייתא – א״כ רובא וחזקה רובא עדיף. אך אם מרא קמא נחשב כמוחזק – אין הולכין בממונות אחר הרוב. והקצות ס״ל שרוב מועיל נגד מרא קמא – ומתבאר א״כ שפשוט לו שמרא קמא הוי חזקה קמייתא.

מיגו נגד חזקת מרא קמא. אם מר״ק הוה כחזקה דמעיקרא רגילה, אומרים מיגו להוציא. אך אם מר״ק הוי מוחזק, מיגו להוציא לא אמרינן.

איתא בב״ב (לב,א): ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א״ל מינך זבינתה והא שטרא. א״ל שטרא זייפא הוא. גחין (הקונה) ולחיש ליה לרבה: אין, שטרא זייפא הוא, מיהא שטרא מעליא הוה לי ואירכס. ורוצה שם רבה להאמינו במיגו שהיה טוען שטרא מעליא הוא. רב יוסף חולק וס״ל שאין לו מיגו עיי״ש. ופוסקת הגמ׳ שם שהלכתא כרבה בארעא. וכוותיה דרב יוסף בזוזי.

רשב״ם: יש ספיקא דדינא אם הלכה כרבה או כרב יוסף. לכן לא מתייחסים בארעא למר״ק, אלא למיגו. (בזוזי הולכים אחר המוחזק – הממע״ה, ולכן נוהגים כרב יוסף שכן הלוה מוחזק, ולבעל השטר יש רק מיגו). כלומר, בספיקא דדינא – חזקת מר״ק לא מועילה.

תוס׳: גם בספיקא דדינא מעמידים על מר״ק.

מבארים העולם שמחלוקתם תלויה בספק הנ״ל. אם מר״ק היא חזקה ככל החזקות ממילא צודק תוס׳ שגם בספיקא דדינא נלך אחר מר״ק. כשם שכל חזקה אינה מבררת את האמת אלא מלמדת דרך הנהגה במקום ספק, כך גם מרא קמא היא חזקה המורה לנו כיצד לנהוג ויש לפסוק על פיה – שכן יש לנו ספיקא דדינא האם יש מיגו או אין.

אך רשב״ם ס״ל שמרא קמא הוי רק מוחזק ובמקום ספיקא דדינא האם יש מיגו או אין – נוצר ספק מיהו המוחזק, וממילא לא מועילה החזקה, והממע״ה – שהרי לקונה יש מיגו שהשטר טוב והקרקע מוחזקת אצלו. לכן אף שלמערער יש מר״ק, המר״ק זה רק מוחזק, וכרגע הנתבע (הקונה) הוא ג״כ מוחזק (והמיגו הופכו למוחזק טוב) – אז יש ספיקא דדינא מי מוחזק (האם המיגו טוב כרבה או לא טוב כרב יוסף). ולכן בארעא הממע״ה.

נחזור לסוגיין.

ב. הרא״ש מציע שנערה שנתקדשה לדעת אביה ונישאת שלא לדעתו אוכלת בתרומה ואם מתה בעלה נטמא לה, כי יש רוב שהאב נתרצה לנישואין והולכים אחר הרוב. מתה אינו יורשה, דאין הולכין בממון אחר הרוב. ולכן רכושה שייך לאב כי הוא מוחזק. ובנידון זה חזקתו של האב בנכסים היא הרי מכח חזקת מרא קמא ובכל זאת הרא״ש פוסק שאין מוציאין ממנו. חזינן בדעת הרא״ש שמר״ק הוי כמוחזק בנכסים ולא כחזקה קמייתא.

אם מר״ק היתה חזקה רגילה ודאי היינו הולכים אחר רוב. הואיל ורובא וחזקה – רובא עדיף, וא״כ הרא״ש לכאורה מפורש נגד הקצות הנ״ל.[1] שכן הרא״ש ס״ל שרוב נגד מרא קמא לא מועיל. (כל הסיבה שהרא״ש דוחה את הפשט הזה הוא מטעם שכאן זה דעת רב הסובר שהולכין בממון אחר הרוב, אך בהגדרת הענין הרא״ש נותר בעמדתו שמרא קמא הוי כמוחזק).

ג. בריש המפקיד – שומר חינם שהתחייב בשבועה, ישבע ויפטר. שילם ולא רצה להשבע (או רצה לשלם) אם נתפס הגנב הכפל שייך לשומר דהבהמה נקנתה לו בשעת המשיכה.

ומביאה הגמ׳ (לה,ב) כמה בעיות. במקרה שהשומר שילם לבניו של בעה״ב, או שאל מן השותפין ושילם לאחד מהם וכו׳ מה דין הכפל, האם שייך לשומר או לבעה״ב ועלתה תיקו.

לכאורה היינו צריכים לפסוק שהכפל שייך לבעה״ב (למפקיד) שהרי יש לו חזקת מרא קמא על הבהמה. ובכל זאת הרי״ף פוסק שהוי ממון המוטל בספק ויחלוקו. הרא״ש באמת חולק וסובר שהכפל שייך לבעה״ב. ולפי דברינו שפיר אפשר לתלות מחלוקתם בחקירה הנ״ל.

אם מרא קמא הוי ככל החזקות הרי הבהמה שייכת לבעלים, ואף הכפל, כתוצאה מכך שייך למפקיד. כך כנראה סובר הרא״ש. אך אם מרא קמא הוי מוחזק הרי רק בבהמה עצמה המפקיד היה מוחזק. בכפל גם השומר וגם המפקיד אינם מוחזקים, אלא הגנב. וממילא מבחינתם הוי ממון המוטל בספק ויחלוקו, וזו דעת הרי״ף.

ד. במקרה שאחד מוחזק, והשני תפס מידו. האם במקום ספק מועילה התפיסה. מחד גיסא ניתן לומר שמאחר ורק מכח מוחזק השארנו את הממון אצל הראשון, אך סו״ס הספק לא נפשט תועיל התפיסה. ומאידך ניתן לומר שהמוחזק הכריע ואין תפיסה מועילה.

הרמב״ם בסוגיית תקפו כהן (ב״מ ו) סובר שמועילה תפיסה במקום ספק ואם הכהן תפס ספק בכור מידי הישראל אין מוציאין מידו אע״פ שלישראל יש חזקת מר״ק בבכור זה. תוס׳ חולק וסובר שתפיסה אינה מועילה נגד מר״ק.

---

[1] עיין בקוב״ש ח״ב סי׳ ח שמביא את הקצות הנ״ל. וכן בשב שמעתתא, דרובא עדיף מחזקת מרא קמא, ומקשה מהרא״ש בסוגיין, וכנ״ל.

אם נכריע שמר״ק הוי מוחזק צריך להבין מאי שנא מסתם מוחזק שנגדו תפיסה מועילה. מ״ט במרא קמא אמרינן שא״א לתפוס.

בשם הגר״ש שקופ ביארו בהבנת הטעם שתפיסה מועילה כנגד מוחזק, צ״ל שהתופס הופך להיות מוחזק בעצמו, ובכך מבטל את המוחזק הראשון. ואם כך הם פני הדברים מבואר היטב ההבדל בין כל מוחזק לבין מר״ק: אף כשתתפוס ממר״ק, לעולם לא תבטל את היות הראשון מר״ק, ואף אם כרגע החפץ תחת ידי התופס, עדיין הראשון נחשב מוחזק מכח המר״ק. ולכן תפיסה לא מועילה, כי אינה מסוגלת לבטל את מוחזקותו של המר״ק. לכן אף שמר״ק הוי מוחזק, יש הבדל בין מרא קמא לבין מוחזק רגיל בנקודה זו.

ה. איתא בב״מ (ק,א) היו לו שני עבדים, גדול וקטן. הלוקח טוען (בטענת ברי) – גדול לקחתי. המוכר אומר איני יודע. לוקח זכה בגדול. ולכאורה – ברי ושמא לאו ברי עדיף, ומ״ט זכה בגדול? היינו צריכים לפסוק לטובת המוכר מכח חזקת מר״ק שיש לו בעבדים.

בעל המאור בסוגיא מעמיד שהטענות אינן על העבדים עצמם אלא על הבגד של העבדים. המוכר מודה שמכר משהו אלא שאינו יודע אם מכר את הגדול או הקטן, וממילא הוי מודה במקצת שחייב לישבע. אך אינו יודע. ומתוך שאינו יכול לישבע משלם. ובכה״ג אין בכלל ספק, ולא שייכת חזקת מר״ק. (משא״כ בעבדים עצמם שהם כקרקע ואין נשבעין על הקרקעות וברור גם שאין דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם). ודבריו קצת דחוקים שכן בגמ׳ לא מוזכר כלל כסות העבדים אלא עבדים ממש.

רמב״ן – מדובר בטענות על העבד והכסות יחד. ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, ומגלגלין שבועה אף על העבד, ולשיטתו אף מגלגלים את דין משאיל״מ ולכן לוקח זכה בגדול, גם בכסותו וגם בעבד עצמו.

אך שיטת תוס׳ היא שאף אם נאמר שמגלגלין שבועה אף על העבדים, אין מגלגלים את דין משאיל״מ. וא״כ הוי שוב ברי ושמא ומ״ט זכה לוקח הרי המוכר הוא מר״ק.

ובביאור הענין – ברי ושמא לאו ברי עדיף כי השמא מוחזק.

ונראה שבזה נחלקו הראשונים: הרמב״ן ס״ל שמר״ק הוה מוחזק רגיל ובאמת היה צ״ל שברי ושמא לאו ברי עדיף. אלא שמכיון שמדברים אף על הכסות, והוה מודה במקצת שחייב שבועה, חייב בגדול מכח הדין של מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

תוס׳ שלא ס״ל דין מתוך בגלגול אכן מבאר שברי כן עדיף בנדון דידן, מכיון שהוא תופס את מרא קמא כחזקה קמייתא, ולא כמוחזק. ממילא לטוען שמא יש רק חזקה ולא מוחזק, ובכה״ג ודאי ברי עדיף. שהרי טענתו חזקה, ובעצם אינו מוציא ממון ממוחזק. (אי אפשר לומר שחזקת מרא קמא מהותה היא כחזקה קמייתא ״מה שהיה הוא שיהיה״, במקום שברור שהיתה מכירה, שהרי גם המוכר מודה בעצם המכירה והורעה חזקתו). [עפ״י ר׳ יצחק אלחנן].

משעורי ראש הכולל*

בסוגיית ספק ויבם

בגמרא יבמות (לז,ב):

> ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא, ספק אמר: אנא בר מיתנא הוא, ונכסי דידי הוא, ויבם אמר: את בראי דידי את, ולית לך ולא מידי בנכסי – הוי ממון המוטל בספק, וממון המוטל בספק – חולקין.

ראובן נשא אשה ומת, והתייבמה לשמעון בלא שהמתינה ג' חודשים ממות בעלה, ונולד הבן ספק מראובן לט' חודשים, ספק לשמעון אחרי ז' חודשים. בחלוקת ירושת נכסי ראובן המת תובעים הספק ושמעון כל אחד את מלוא הנכסים, שניהם באים בטענת ספק וחולקים.

> ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא, ספק אמר: ההוא גברא בר מיתנא הוא, ונכסי דידי הוא, בני יבם אמרי: את אחינו את, ומנתא הוא דאית לך בהדן –

שמעון מת. הספק ובני שמעון דנים ביניהם מי יירש את ראובן, כשהספק טוען שהוא בנו של ראובן, ואילו בני שמעון טוענים שהוא אחיהם, כי נולד לשמעון אחר ז' חודשים, וכולם יירשו יחד כאחייניו של ראובן.

> סבור רבנן קמיה דרב משרשיא למימר: מתניתין היא, דתנן: הוא אינו יורש אותם והם יורשין אותו, והכא איפכא, התם אמרי ליה: אייתי ראיה ושקול, הכא אמר להו: אייתו ראיה ושקולו;

במשנה (ק,ב) גבי אשה שנתאלמנה ונשאת לאחר בלא להמתין ג' חודשי הבחנה – וילדה ספק מהראשון ספק מהשני אינו יורש לא את הראשון ולא את השני, כי בני השני דוחים אותו וטוענים אתה בנו של הראשון ובני הראשון טוענים אתה בנו של השני, ואין ספק מוציא מידי ודאי. וכן בנידון דידן יכול הספק לטעון שהוא ממילא יורש את ראובן או מצד שהוא בנו, או שהוא אחיינו, ואילו בני שמעון הם רק ספק יורשים, כי על הצד שהוא בנו של ראובן הם אינם יורשים כלל, ולכן צריך להיות הדין שאין ספק מוציא מידי ודאי ויירש לבדו.

---

* סיכום חלקים משיעורים שמסר מו"ר ראש הכולל, חורף תשס"ז, נרשם ע"י אחד השומעים, על דעת הכותב.

> אמר להו רב משרשיא: מי דמיי? התם אינהו ודאי ואיהו ספק, הכא אידי ואידי ספק! אלא אי דמיא למתניי – [להא] דמיא: לספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם גופיה, דהתם אמרי ליה: אייתי ראיה דאחונא את ושקול. עכת"ד הגמרא.

ומעיר הריטב"א בסוגיין, שדברי המשנה בדף ק, נאמרו דוקא היכא שלשני המתים יש בנים שכל אחד מהם הוא ודאי יורש על כל הנכסים. רק אז הספק אינו יורש לא את הראשון ולא את השני. ולכן כשבא הספק בתביעה לרשת – אומרים לו – אתה בן של השני ואינך אח – ואף שהוא ספק יורש, ועל הצד שהוא אכן יורש – יש לו חלק בכל הנכסים, אבל סו"ס הם ודאי על כל הנכסים ואין ספק מוציא מידי ודאי. אך אילו לא היו להם בנים אלא יורשים אחרים, אז היה חולק עמם בשוה ככל ממון המוטל בספק כי לטענתו הוא היורש היחידי, ולטענתם הם היורשים היחידים בכל הנכסים, אך אין להם חלק ודאי בנכסים שהרי אם טענת הספק נכונה, והוא בנו של המת – אין להם שום חלק בנכסים.

א. אין ספק מוציא מידי ודאי

יש לחקור האם דין זה נובע מכוחו וחוזקו של צד הודאי, או מחולשתו של צד הספק.

מחד גיסא ניתן להבין שזהו דין הנובע מצד הודאי – היינו, כיון שאחד הצדדים הוא ודאי יורש, טענתו כל כך חזקה, שבעצם מכריעה שהנכסים שלו – ואי אפשר להוציא מידו כלום, וכביכול טענת הספק העומדת מולו בטלה לגמרי, ואינה נחשבת טענה היוצרת ספק.

ומאידך אפשר לפרש שזהו דין בספק – כלומר כיון שצד אחד טוען לנכסים רק מכח טענת ספק – אין בכח טענתו להוציא ממון מידי הודאי – אך אין כאן בירור ודאי שהנכסים אכן שייכים לבעל טענת הודאי.

בגמ' ב"ב (לג,ב) – קרובו של ר' אידי בר אבין מת והשאיר דקל. היה ויכוח בין רב אידי לבין ההוא גברא מי קרוב יותר למת וראוי ליורשו.

שני עדים העידו ע"כ שרב אידי הוא אכן קרוב (לגירסת רשב"ם עיי"ש) – אך אינם מעידים כלום על ההוא גברא. בעל הדין טוען מעצמו שהוא הקרוב ובפועל אכל מפירות הדקל. לבסוף, הודה אותו אדם שרב אידי הוא הקרוב הראוי לירש – תבע רב אידי מידיו את הפירות שאכל במשך התקופה. כיון

שאין ספק מוציא מידי ודאי – רב אידי הוא ודאי קרוב והשני הוא רק ספק קרוב.

רב חסדא פסק – שלגבי הקרקע אכן אין ספק מוציא, ושייכת לרב אידי. אבל לגבי הפירות שכבר נאכלו על ידו – הוא מוחזק וכמו״כ יש לו מיגו – שיכול לומר תאמינו לי שאני הוא הקרוב והם שייכים לי במיגו שיכולתי לטעון שלא אכלתי כלל מהפירות. ולכן פטרו מלשלם על הפירות.

אביי ורבא חלקו על רב חסדא – כיון שסו״ס הוא הודה שאכל את הפירות אין מיגו.

ויש להבין את דעת רב חסדא. שהרי אם פוסקים לגבי הקרקע שאין ספק מוציא מידי ודאי, א״כ הקרקע שייכת לרב אידי וממילא גם הפירות שייכים לו ומהיכ״ת לחלק בין דין הקרקע לדין הפירות – מה משמעות המיגו.

וילי״פ עפ״י החקירה הנ״ל – אם אין ספק מוציא מידי ודאי פירושו כצד השני – דהיינו שאינו מכריע את הדין בודאי, אלא רק לא מאפשר להוציא ממון מכח טענת הספק, א״כ שייך לחלק בין הקרקע לפירות. כי הקרקע אינה בודאי של רב אידי אלא יורשה בגלל שההוא גברא אינו יכול להוציאה מידו שהרי הוא רק ספק קרוב. אך בסופו של דבר במהות הענין, גם רב אידי הוא ספק קרוב. וכשדנים על הפירות שכבר נאכלו – שם יש מיגו שעומד מול הספק של הודאי. ובהא שייך דיון – ולכן פסק רב חסדא שאינו צריך לשלם את הפירות.

אבל אם נלמד שדין אין ספק מוציא מידי ודאי זהו דין בכוחו וחוזקו של הודאי – היוצר בירור שהשדה שייכת לרב אידי – אין שום סברא לחלק בין הקרקע לפירות. וכך כנראה למדו אביי ורבא, ולכן חלקו על רב חסדא.

ובדומה לכך מצינו בסוגיית הגמרא בפסחים (ט,א) –

> משנה. אין חוששין שמא גיררה חולדה מבית לבית וממקום למקום, דאם כן מחצר לחצר ומעיר לעיר וכו׳ אין לדבר סוף.
>
> גמרא. טעמא – דלא חזינא דשקל, הא חזינא דשקל – חיישינן, ובעי בדיקה. ואמאי? נימא אכלתיה! מי לא תנן... אבל הכא – דודאי דחזינא דשקל – מי יימר דאכלתיה? הוי ספק וודאי, ואין ספק מוציא מידי ודאי.

אדם בדק את ביתו מחמץ ואח״כ ראה חולדה שגררה חמץ לבית. צריך בדיקה מחודשת. ומדוע אין סומכים על הספק שמא החולדה אכלה את החמץ – והוי ספק הקרוב לודאי (תוס׳) – ויפטר מבדיקה. ועונה הגמ׳ – אין ספק מוציא מידי ודאי (כי ודאי ראיתי שהכניסה חמץ).

ובעיקר דין הבדיקה נחלקו בעלי התוס׳[1] האם מדובר כשביטל חמץ והבדיקה היא דין דרבנן כי מד״ת בביטול סגי, או שמדובר כשלא ביטל חמץ וחיוב הבדיקה מד״ת. וסוגיית הגמרא בדף ט אם כן גם מתפרשת לפי שתי הדיעות – אם מדובר היכא שביטל, והחיוב לבדוק מדרבנן או שלא ביטל וחייב לבדוק מד״ת.

ולשיטת הסוברים שבדיקה נצרכת היכא שלא ביטל והיא דין דאורייתא – א״כ ספק הגמרא בגררה חולדה הוא ספיקא ד״ת – ומסקנת הגמרא שאין ספק (שמא אכלה החולדה את החמץ) מוציא מידי ודאי (שראיתי שנכנס חמץ) שפיר מובנת שכן הוה ספיקא דאורייתא לחומרא, ואף שיש ספק כלשהו שמא החולדה אכלה יחזור ויבדוק.

אך אם דין הבדיקה שייך גם כשביטל את חמצו, ומחוייבת רק מדרבנן, א״כ מ״ט לא נאמר שמכח הספק שמא אכלה חולדה יפטר מבדיקה, אף שמולו עומד ודאי, הרי סו״ס הוה רק דין דרבנן, וספיקא דרבנן לקולא.

וניתן לומר ששתי השיטות בתוס׳ חלקו בחקירה הזו.

אם אין ספק מוציא מידי ודאי הוא דין הנובע מצד כוחו וחוזקו של הודאי – ומהווה בירור גמור כל כך שמולו אין כלום, עד כדי כך שהספק נחשב כאילו נמחק לגמרי – אז אפשר להעמיד את הגמ׳ אפילו בביטלו – כי אף שעכשיו הנידון הוא רק מדרבנן – סו״ס יש כאן ודאי חמץ, שגררה החולדה, וחייב לבדוק ואין כאן בכלל ספיקא דרבנן לקולא, שהרי מול הודאי – ספיקא כמאן דליתא דמי.

אך אם נאמר שאין ספק מוציא מדין ודאי הוא דין הנובע מצד הספק – אז חייבים לומר שמדובר כשלא ביטלו והוה דין ד״ת – וא״כ יש לנו ספק ד״ת, ולחומרא יבדוק. כי אם היה מדובר בביטל את החמץ והנידון הוא דרבנן – א״כ ספיקא לקולא ולא יבדוק. ובזה נחלקו שתי השיטות בבעלי התוס׳.

[1] עיין פסחים (ב,א) ד״ה אור, ובדף י,ב ד״ה ואם ובמהרש״א שם.

ב. בדין ירושת האח

הראשונים נחלקו האם ירושת אח כשהאב מת היא ירושה על ידי משמוש (שהאב בקברו יורש את בנו המת ומוריש לבנו החי) או שהירושה היא ישירה בין האחים ללא צורך משמוש דרך האב.

נידון נוסף המצוי במחלוקת הוא בחקירה הידועה – היכא שיש שני יורשים – אחד יורש מוקדם, והשני יורש מאוחר. וכגון כשראובן מת – היורש הראשון, המוקדם, הוא חנוך בנו. והיורש המאוחר הוא אביו יעקב, שיורש במקרה ואין לראובן בן.

מחד גיסא ניתן להבין שבכל מקרה יעקב נחשב יורשו של ראובן, אף אם אינו יורש בפועל, במקום שחנוך קיים. כלומר שניהם יורשיו, אלא שלחנוך יש דין קדימה על פני יעקב.

ומאידך אפשר לומר שעל יעקב אין שֵם יורש כלל במקום שחנוך קיים. רק כשיכול לרשת בפועל אז נחשב ליורשו של ראובן, וכדלקמן.

בהגדרת הקרובים הנחשבים לגואלי הדם שיש עליהם מצוה להמית את הרוצח כתב הרמב״ם הלכות רוצח (א,ב)

> מצוה ביד גואל הדם שנאמר גואל הדם הוא ימית את הרוצח, וכל הראוי לירושה הוא גואל הדם...

ומדקדק החזו״א[2] – גואל הדם אינו צריך להיות היורש בפועל, אלא ראוי ליורשו, ואם יש גם בן גם אב וגם אח כולם נחשבים גואלי הדם אף שבפועל רק הבן יורש. וראוי לירושה לענין זה הם ששת הקרובים – אך בן דודו, אף שיורש את המת במקרים שאין יורשים קרובים יותר – אינו נחשב גואל הדם, כי ירושתו היא על ידי משמוש, דרך האב המת.

ובהלכה ג שם כותב הרמב״ם

> האב שהרג את בנו, אם היה לנהרג בן הרי זה הורג אבי אביו מפני שהוא גואל,

ומבאר רש״י[3] דהיינו טעמא שהורג את סבו כי אינו חייב בכבודו. ומסבירים האחרונים שכבוד סביו נובע מכבוד אביו, וכאן אין אבא. אכן אחי המת אינו נעשה גואל הדם להמית את אביו:

---

[2] על אתר, ובסנהדרין סימן יט,ג.

[3] מכות (יב,א).

> ואם אין לו בן אין אחד מן האחין נעשה גואל הדם להמית את אביו אלא בית דין ממיתין אותו

וברור הדבר, שהרי אחי המת חייב בכבוד אביו מכח עצמו ולא מכח המת. וא״כ מוכח בדעת הרמב״ם שאח נחשב יורש ישיר בלא משמוש – ולכן נחשב ג״כ גואל הדם – דאם היה יורש בדרך משמוש, בלאו הכי לא יכול היה להיות גואל הדם שהרי אינו ראוי לירשו ומעמדו היה כשל בן דוד שאינו גואל הדם.

אמנם בפירוש המשניות ב״ב (קטו) בעיקר השני משמע שירושת אח היא ירושה בדרך משמוש וז״ל:

> כי כל הזוכה בירושה אם הוא בחיים יירש הוא עצמו, ואם מת נפלה ירושתו ליורשיו לחשוב כאילו זה הזוכה בירושה הוא אותו שנפטר

ובראשונים נוספים גם דקדקו האחרונים בנידון זה, ואכמ״ל. אך עכ״פ – נחלקו בכך ראשונים ואחרונים האם ירושת האח היא ישירה או בדרך משמוש.

אחת הנפ״מ במחלוקת הנ״ל היא במקרה שראובן מת בחיי יעקב – מאן דס״ל שאח יורש במשמוש – אז בכה״ג אין על שמעון שֵם יורש כלל – שהרי יעקב חי ואינו מעביר לו את הירושה ואז אינו נחשב אפילו יורש מאוחר.

אך אם ירושת אח היא ישירה – גם כשראובן מת בחיי יעקב – בכל מקרה על שמעון יש שֵם יורש. אמנם יורש מאוחר, ובפועל יעקב יירש ולא הוא – אך שֵם יורש יש עליו.

אבל במקרה של ספק ויבם לא תהיה נפ״מ בענין זה – כשהספק טוען אני בנו של ראובן המת, ושמעון היבם טוען אתה בני. או שהוא בן ראובן או שהוא בן אחיו של ראובן. ולגבי בן אח – ברור שיורש מדין משמוש (חנוך בן ראובן יורש את שמעון רק מכח ראובן אביו) ולא באופן ישיר.

במשנה ב״ב (קל,א) ר׳ יוחנן בן ברוקה סובר שאדם רשאי להוריש לבן אחד בין הבנים או לבת בין הבנות ולנשל את כל שאר הילדים מהירושה.

רעק״א בשו״ת (סימן קלב) מסתפק לפי״ז האם אח יכול להוריש לאחד מהאחים, ולנשל את שאר האחים. ותולה זאת במחלוקת הנ״ל – אם אח הוא יורש ישיר – אז רשאי גם להנחיל אח בין האחים. אך אם ירושת האח היא בדרך משמוש – אז אין רשאי לעשות כן – שהרי האב יורש בקבר ומוריש לכל ילדיו (לכל האחים שנותרו).

נפ״מ נוספת לכאורה תהיה במקום שיעקב מנחיל רק לשמעון ולא לשאר האחים, ומת. לאחר מכן מת ראובן – לכאורה גם בהכי יש לתלות ולומר שאם האחים יורשים את ראובן במשמוש, א״כ רק שמעון ירש ואם אחיו של ראובן יורשים אותו באופן ישיר – אז כולם יורשים. אך מסתמא צ״ל בכה״ג דלכו״ע כל האחים יירשו – דלגבי נכסי ראובן אין האבא יכול להנחיל לבן אחד כי הם עדיין לא נפלו, והוו דבשלב״ל. [ואף לפי ר״מ דאדם מקנה דבשלב״ל א״א להנחיל נכסים שטרם נפלו].

ג. ספק וודאי בסוגיין

בסוגיין, כשספק ויבם דנים ביניהם, פסקינן דיחלוקו – דשניהם באים מכח טענת ספק. והנה הרא״ש הקשה

> מ״ט לא לימא היבם – דל מהכא יבום שזכיתי בנכסים מכח הייבום, מכל מקום אני יורש של מיתנא ואתה ספק

כיון ששמעון היבם יורש את ראובן המת בכל מקרה, או מכח היותו יבם הזוכה בנכסיו, או מכח היותו אחיו של ראובן – יכול לומר לספק – אני ודאי יורש ללא קשר ליבום, ואילו אתה יורש רק מספק, על הצד שאתה אכן בנו של ראובן. אך על הצד שאתה בני, אינך יורשו – וממילא צריך להיות הדין שאין ספק מוציא מידי ודאי והיבם יקח את הכל. וכך אכן פוסק הרא״ש להלכה. את הסוגיא צריך להעמיד במקרה אחר שבו אכן יש ספק וספק ולכן חולקים

> ונ״ל דמיירי שהסבא קיים, הלכך מכח קורבה אין היבם זוכה בנכסים כי האב קודם –והוא צריך לזכות מכח טענה דאת ברי דידי וזו טענת ספק

היוצא מדברי הרא״ש, שתמיד אומרים אין ספק מוציא מידי ודאי אפילו אם הודאי הוא מאוחר לספק. שהרי שמעון הוא ודאי אח אך הספק טוען שהוא בנו של מת והוא היורש המוקדם לשמעון – ובכל זאת ס״ל לרא״ש שמאחר והאח הוא ודאי יורש אין הבן מוציא ממנו, ואף שירושת אח מאוחרת מירושת בן המוקדמת, בכל זאת אין ספק מוציא מידי ודאי.

בפשט הסוגיא לא מצינו חילוק בכך ומבואר שלעולם אין ספק מוציא מדין ודאי זה דוקא כשטענת הודאי מוחלטת. אבל בסתם ספק ויבם אף כשהסבא לא קיים, חולקים. ועיין ברשב״א.

ד. יורש מוקדם ומאוחר

על שיטת הרא״ש מקשה ר׳ אלחנן[4] – הרי גם על ה״ספק בן״ – יש שֵם יורש ודאי, שהרי או שהוא בנו של מת, או שהוא בן אחיו של מת – וא״כ בכל מקרה יש עליו שֵם יורש, אמנם יורש מאוחר – אך שם יורש יש עליו. וא״כ גם הוא הוי ודאי ומדוע שטענת הודאי של היבם תהיה חזקה מטענתו.

ומתרץ – ודאי בנו של שמעון יורש את ראובן רק בדרך של משמוש – דרך אביו (שמעון היבם) ובכה״ג שהוי מדין משמוש אין עליו שם יורש, כל עוד היורש המוקדם קיים. כשהירושה פועלת מדין משמוש – אין דין ״שם יורש״ – כל עוד אין משמוש בפועל. רק כשיש שני יורשים ישירים, אחד מוקדם ואחד מאוחר, על שניהם יש שֵם יורש אפילו שהמאוחר לא יורש בפועל. ממילא מובן הרא״ש. שהרי שמעון היבם הוא ודאי יורש, אך הספק – על הצד שהוא בנו של שמעון הוא יורש מאוחר בדרך משמוש – ואין עליו שם יורש כל עוד שמעון בחיים, ורק על הצד שהוא אכן בנו של ראובן הוא יורש ודאי – א״כ הוא יורש ספק ולא יורש ודאי, ואין ספק מוציא מידי ודאי.

אכן הרשב״א ודעימיה שלא חילקו בין מקום שהסבא קיים למקום שאין הסבא קיים – סברו כאידך גיסא בחקירה – היכא שיש יורש מוקדם ויורש מאוחר, שניהם נחשבים יורשים, אלא שלאחד יש דין קדימה בפועל. אך כשמתעורר ספק ביניהם מי יורש, אין למוקדם טענת ודאי על פני הספק רק מכח העובדה שהוא יורש מוקדם. לכן גם במקום שהסבא מת, חולקים בירושה, אף ששמעון הוא ודאי יורש, והבן יורש מכח ספק – כי על הצד שהבן הוא בנו של המת, אין לשמעון חלק בירושה, ועל הצד שהוא בנו של היבם, אין לספק חלק בירושה – אך סו״ס המצב הוא ספק, והדין שיחלוקו ככל ממון המוטל בספק.

אמנם יש להבין דלפי חידוש זה של ר׳ אלחנן אכתי קשה הרא״ש. הרא״ש חילק בין היכא שסבא קיים שאז חולקים (ובזה העמיד את סוגיין) לבין היכא שהסבא מת שאז שמעון (היבם) הוא ודאי כלפי הספק ויורש הכל.

ולכאורה כדי לבאר חילוק זה צריכים היינו לומר שאח יורש את אחיו במשמוש ולא ישירות – ושפיר מובן דהיכא שהסבא קיים אין על שמעון היבם שֵם יורש כלל כי המשמוש עוצר אותו (וכפי שנתבאר לגבי בן אחיו של

[4] עיין קובץ הערות סימן מ ס״ק ז-ח.

מת שאינו נחשב כיורש במקום שאביו, אחיו של המת, קיים). והיכא שהסבא מת הוי ודאי יורש ביחס לספק – אמנם במשמוש, אבל סו״ס הוי ודאי יורש.

וממילא בסוגיין, ביאר הרא״ש שהסבא קיים, ומאחר והיבם הוא יורש מאוחר ביחס לסבא, אין עליו שֵם יורש יותר ממה שיש לספק ולכן חולקים (עיי״ש ברא״ש למה הסבא עצמו בכל מקרה אינו יורש בפועל והדיון הוא רק בין הספק ליבם).

אבל ברא״ש מתבאר (כדלקמן) שס״ל שאח יורש את אחיו ישירות ולא במשמוש – וא״כ בין אם הסבא קיים ובין אם מת – בכל מקרה שֵם יורש יש לאח – וכלפי הספק הוי ודאי, ולעולם הדין צריך היה להיות לכאורה שאין ספק מוציא מידי ודאי והיבם יירש הכל – וא״כ מהיכ״ת לחלק בין היכא שהסבא קיים להיכא שהסבא מת – בכל מקרה שם יורש יש עליו והוי ודאי מול ספק.

דעת הרמב״ן

במקרה השלישי בגמ׳ – ספק וסבא בנכסי יבם – חולקין. ראובן מת בחיי יעקב אביו ונתייבמה אשתו לשמעון. נולד בן ספק משמעון לשבעה חודשים ספק מראובן. שמעון מת – יעקב טוען כלפי הספק – אתה בנו של ראובן ואני היורש של שמעון, ואילו הספק טוען שהוא בנו של שמעון. כיון ששניהם באים בטענת ספק, חולקים.

שואל הרמב״ן – מ״ט לא נאמר אין ספק מוציא מידי ודאי – הרי הסבא ודאי שם יורש עליו לעומת הספק – שכלפיו אפשר לטעון שאינו בנו של היבם אלא בנו של המת הראשון (ומקושייתו רואים כשיטת הרא״ש הנ״ל, שלעולם אין ספק מוציא מידי ודאי – גם במקרה בו היורש ודאי הוא יורש מאוחר יותר מהיורש ספק).

ומתרץ הרמב״ן דסו״ס גם הספק הוי ודאי יורש, או מדין בן של שמעון או מדין בן אחיו (כי הוא בנו של ראובן) ולכן שניהם – הסבא והספק – הוו ״ודאי יורש״, וחולקין.

וחייבים לומר א״כ שהרמב״ן ס״ל שאח יורש את אחיו ישירות – שהרי במקרה זה יעקב הסבא, והספק, דנים על נכסי שמעון היבם שמת. ואי נימא שראובן יורש את שמעון מכח משמוש והתבאר לעיל חידושו של ר׳ אלחנן דהיכא שממשמש קיים אין שֵם יורש על מי שמקבל במשמוש אז כאן יעקב

קיים, וממילא אין ראובן יורש את שמעון – ועל הצד שהספק הוא בנו של ראובן אין עליו שם יורש כלל. ומקושיית הרמב"ן רואים שהבין שלספק יש שם יורש בודאי – ומוכרחים לבאר שראובן יורש את שמעון ישירות ללא קשר ליעקב, ולכן גם הספק וגם הסבא נחשבים ודאי יורש.

ה. נפ"מ בחקירה הנ"ל

בקידושין (ס,ב) הרי זה גיטך על מנת שתתני לי מאתיים זוז ומת. נתנה (קודם שמת) – אין זקוקה ליבם, שהרי גרושה היא. לא נתנה – זקוקה.

רשב"ג אומר נותנת לאביו או לאחיו או לאחד מן הקרובים. דסבר שהתנאי ע"מ שתתני לי' פירושו לי או ליורשי, עיי"ש בגמרא.

לכאורה קשה מה פירוש הביטוי "לאחד מן הקרובים", שנותנת לו במקום שאין אב או אח. הרי הנידון הוא אם זקוקה ליבום או לא, א"כ ברור שאין לבעל בן. ואם יש אח אז ודאי הוא היורש (אחרי אביו) ותיתן לו, ואם אין אח – אז אכן יכולה לתת לאחד מן הקרובים ותחשב גרושה, אבל הנידון בברייתא הוא אם זקוקה ליבום, ואם אין אח – מה נפ"מ לענין יבום אם תיתן לקרובים או לא. (אמנם נפ"מ אם נחשבת גרושה או אלמנה לענין היתירה לכהן, וכן נפ"מ אם זינתה בינתיים האם פטורה ממיתה, עיין בריטב"א – אך סוף סוף הברייתא עוסקת ביבום).
אך ניתן לפרש באופן אחר על פי החקירה הנ"ל, האם במקום שיש יורש מוקדם גם ליורש המאוחר יש שֵם יורש או לא. לפי הרא"ש אין על המאוחר שם יורש ולפי החולקים עליו בכל מקרה יש שם יורש, גם ליורש המאוחר, וכפי שנתבאר.

א"כ אפשר להעמיד את המחלוקת בברייתא כשיש לבעל ספק אח, ויש לו קרוב רחוק יותר, שהוא קרוב ודאי. ולכן – במות הבעל היא חייבת חליצה מספק – שמא הספק אכן אחיו של מת. אך לענין ירושה, אין ספק מוציא מידי ודאי, וה"קרוב ודאי" יורש לפני ספק אח, ולפי הצד השני בחקירה בכל מקרה יש עליו שם יורש גם אם בי"ד לא היו פוסקים לו את הירושה, וממילא אם רוצה להחשב גרושה, צריכה לתת ליורש – שהוא "אחד מן הקרובים", ואז הספק אח בודאי אינו חולץ – כי כבר נתנה לקרובים.

ועיין בחידושי רעק"א שהקשה על כך שלכאורה תיתן לאח הספק עצמו, אע"פ שאינו מוקדם לירושה – ותאמר לו – ממנ"פ – אם אתה ודאי אח ואני חייבת יבום, אז קח את הכסף – ואני גרושה (לי וליורשי), ואם אתה לא אח –

אז ממילא אני פטורה מחליצה. ושוב הדק״ל מה הקשר לאחד מן הקרובים. אך מתרץ דכשאומר ״לי וליורשיי״ לפי רבן גמליאל, מתכוון דוקא ליורש כזה שעפ״י דין נחשב יורש ודאי, לכן צריכה לתת בכה״ג דוקא לאחד מן הקרובים ולא לאח.

הרב נחמיה טיילור
ר"מ במכון הגבוה לתורה
אונ' בר-אילן

"להשיאו אשה"

א

הגמרא בקידושין כט,א מביאה את התוספתא האומרת:

> האב חייב בבנו למולו, ולפדותו, וללמדו תורה, ולהשיאו אשה, וללמדו אומנות.

והגמרא שם (ל,ב) אומרת:

> להשיאו אשה: מנלן דכתיב קחו נשים והולידו בנים ובנות וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תנו לאנשים בשלמא בנו בידו אלא בתו בידו היא הכי קאמר להו ניתן לה מידי ולבשייה ונכסייה כי היכי דקפצו עלה אינשי.

הרמב"ם השמיט הלכה זו ולא הביאה במשנה תורה ויש לעיין למה השמיט אותה.

ב

הר"ן על הרי"ף כתב על סוגיא זו וז"ל:

> ומהא משמע דכשם שהאב חייב להשיא בנו כך חייב להשיא בתו ובהא לא בעיא בגמ' ואיהי מנלן דלא מפקדא דכיון דדברי קבלה נינהו סברא היא דכי היכי דאשה פטורה מללמוד בנה ומלפדותו ומשום דאיהי לא מפקדא, להשיאו נמי פטורה כיון דלא מפקדא מפריה ורביה.

יש בדברי הר"ן כאן כמה חידושים, החידוש הראשון הוא שמה שכתוב בברייתא שהאב מצווה להשיאו אשה דהיינו להשיא בנו הוא לאו דווקא כי הגמרא מצטטת את הפסוק הכולל גם את הבנות ולכן מוטל על האב גם להשיא בתו ולא רק בנו. החידוש השני שהאם אינה מצווה להשיא את ילדיה כי החיוב של האב להשיא את ילדיו הוא מדין פרו ורבו ואשה אינה מצווה בפרו ורבו. בהסבר החידוש של הר"ן נראה לומר שסיבת החיוב של "להשיא ילדיו" היא מחמת החובה העצמית של האב ואין כאן חובה של האב כלפי

בנו. כל עוד שהאב לא דאג לנשואי ילדיו חסר לאב הקיום המלא של מצוות פרו ורבו. לכן חידש הר״ן שכמו שלצורך קיום מצוות פרו ורבו יש צורך בזכר ונקבה, כך יש צורך לדאוג לצאצאים הן מבניו והן מבנותיו וממילא נשים שאינן מצוות בקיום פרו ורבו ממילא נפטרו מחובה זו. עפ״ז יוצא שמקור ההלכה של ״להשיאו אשה״ נמצא בהל׳ פריה ורביה ולא בהלכות אישות.

הסבר זה של הר״ן מתאים לקו הכללי של גדולי ספרד שהבינו שברייתא זו מדברת על החובות של האב בעצמו וכמו שכתב הרשב״א בתשובותיו חלק ב סימן שכא, ביחס לפדיון הבן, וז״ל:

> נראין לי הדברים פשוטין, שלא פקע זכות האב לעולם, ואם בא לפדות פודה, ואם הגדיל הבן. שמצות הבן על האב, ומשבא הבן לכלל שלשים יום, חל חיוב פדיונו על האב. אלא שאם לא רצה האב לפדות, ויש לו נכסים לבן, או שמת האב, הבן חייב לפדות את עצמו. והגע עצמך! אימת פקע זכות האב, ואימת פקע שעבוד הפדיון מנכסיו, וחל על הבן. וכי נתנה התורה זמן לחיובו של אב. ותדע לך, שאפילו הגדיל, ואפילו יש לו נכסים, שעבוד מנכסי האב לא פקע.

ובהמשך התשובה, הרשב״א מסביר את כל הברייתא באופן שמדובר בה בחובות התמידיות של האב ואין האב רק ממלא מקום של בנו (ועיין עוד בדבר אברהם חלק ב סימן א).

ג

לחידוש של הר״ן התייחס האבני מלואים באבן העזר סימן קיג סק״א. שם מובא ברמ״א:

> וכשם שנותנין לבת פרנסה לנדוניא מנכסי האב, כך נותנים לה פרנסה מנכסי האם (נ״י פ׳ יש נוחלין) ויש חולקין (מהרי״ל סי׳ עה).

פירוש הדברים, במקרה שמת האב ויש לו בת, חכמים תקנו תקנה מיוחדת של נתינת נדוניה מנכסי האב ונחלקו הנמוק״י והמהרי״ל האם קיימת התקנה גם מנכסי האם שלדעת הנמוקי יוסף קיימת התקנה ולכן נותנים לבת ולדעת המהרי״ל אין צורך לתת לה. הוכיח האבני מלואים (וכן הגר״א בביאורו על השו״ע שם). מדברי הסוגיא הנ״ל כדעת המהרי״ל וכך הוא כותב:

> להשיאו אשה מנ״ל דכתיב קחו נשים והולידו בנים ובנות וקחו לבניכם נשים ואת בנותיכם תתנו לאנשים בשלמא בנו בידו הוא אלא

בתו בידו הוא הכי קאמר ניתן לה מידי ולבשיי ולכסיי כי היכי דקפצי עלייהו אינשי ע״ש.מוכח מזה דאשה אינה חייבת להשיא את בנה או בתה ועיקר תקנת פרנסה אינו אלא עישור נכסים במה שהעמידו על דברי תורה להשיא׳ את בנותיו והאשה אינה חייבת בכך״....ולכן נראין דברי מהרי״ל, שוב עיינתי בגוף התשו׳ למהרי״ל וכתב ז״ל אלא ודאי דוקא מנכסי האב יהבינן עישור דחייב להשיא את בתו כדילפי׳ מקחו לבניכם כו׳ ואת בנותיכם תתנו לאנשים כו׳ ע״כ ונראה שהן הן הדברים שכתבנו״.

נמצאנו למדים שהאבני מלואים הבין שהמחלוקת בין הנמוק״י והמהרי״ל ביחס לדין האם נותנים פרנסה לבת מנכסי האם, קשורה למחלוקת האם האשה מצווית להשיא את בתה. לדעת הר״ן הסובר שהמצוה להשיא את בנו או בתו קשורה לחיוב העצמי של פרו ורבו, ממילא אשה שאינה מצווית בפרו ורבו פטורה להשיא את בתה וממילא פטורה מלתת פרנסה לבתה מנכסיה.

ד

כעת נשאר לנו להסביר את דעת הנמוקי יוסף החולק על המהרי״ל וכדלהלן. כבר הזכרנו שהרמב״ם השמיט את ההלכה של להשיא את בניו ולא הזכירה במשנה תורה.

הג״ר יעקב אטלינגר בשו״ת בנין ציון בסימן קכה התייחס לשאלה זו, וכתב:

נשאלתי - למה השמיט הרמב״ם הלכה ברורה שחייב אדם לישא אשה לבנו... תשובה - לישא אשה לא השמיט הרמב״ם דכן כתב בה׳ איסורי ביאה (פרק כא הלכה כה) מצות חכמים שישיא אדם בניו ובנותיו סמוך לפרקן והיא הברייתא דסנהדרין (דף עו) ובה נכלל המצו׳ שחייב להשיא לבנו אשה רק שבברייתא זו מבואר יותר מתי צריך להשיא אשה לבנו גם שמצוה על האב״..... עכ״ל. זה לשון הרמב״ם במלואו ״מצות חכמים שישיא אדם בניו ובנותיו סמוך לפרקן, שאם יניחן יבואו לידי זנות או לידי הרהור ועל זה נאמר ופקדת נוך ולא תחטא, ואסור להשיא אשה לקטן שזה כמו זנות היא.

מתברר מדבריו שהחיוב להשיא אשה אינו נובע מהחיוב העצמי של האב אלא מהחובות של האב כלפי בנו וכן כלפי בתו והוא מעין דיני חינוך שמוטל על האב לדאוג שבני משפחתו לא יבואו לידי זנות וכו׳. ע״פ דברים אלו נראה

לומר שדעת הנמוקי יוסף הוא שגם האם מצווית לדאוג לבני משפחתה וכדברי השיטות הסוברות שהאם חייבת בחינוך בה וכו' עיין בחיי אדם כלל סו ועוד ולכן האם חייבת בפרנסת בתה.

הרמב"ם הבין שהרשימה שהוזכרה במס' קידושין עוסקת בחובות של האב כלפי בנו ולכן ע"כ החיוב הוא מדין חינוך. גיל החינוך של להשיא אשה הוא סמוך לפרקן ונחלקו הפוסקים מהו הגיל של סמוך לפרקן. הב"י באבן העזר סימן א הבין שלדעת הרמב"ם הוא י"ג שלמות ולדעת רש"י ותוס' מדובר אפילו פחות מי"ג שנים עיין עוד בח"מ וב"ש שם. בכל אופן זה תואם את מה שהערנו שלדעת הרמב"ם המצווה 'להשיאו אשה' קשורה לחינוך ולאחר י"ג ברור שהוא גדול והחיוב להזהר מזנות ומהרהורים מוטל על עצמו. אולם לדעת הר"ן שהמצוה להשיא את בנו קשור למצוות האב של פרו ורבו ממילא המצוה מוטלת עליו עד שבנו ובתו ישאו ורק אז נפטר מהחיוב העצמי שלו.

הרב ראובן יוסף האס
ראש כולל 'נתיבות גדעון', בית אל ב'

גיל הנישואין במקורות חז"ל ובפוסקים

יען כי רבים מתעכבים היום מלהנשא מכל מיני סיבות והפרעות – אמרתי הבה נפנה למעיינות ומקורות תורתנו, ונראה מה מצווה אותנו הקב״ה בידי החכמים ומורי ההוראה מדור לדור.

ראשי הפרקים

א. גיל הנישואין לבנים
ב. דין קטן שנשא אשה
ג. עד איזה גיל יש להתחתן?
ד. גיל הנישואין לבנות
ה. האם צריך לעכב החתונה בגלל לימוד תורה?
ו. עד מתי יכולים להתעכב בגלל לימוד תורה?

א. גיל הנישואין לבנים

אומרת המשנה באבות (ה,כא), ״הוא [יהודה בן תימא] היה אומר: בן חמש שנים למקרא וכו׳ בן שמונה עשרה לחופה״.

ובגמרא בקידושין (כט,ב) מובא: ״אמר רב חסדא: האי דעדיפנא מחבראי – דנסיבנא בשיתסר, ואי הוה נסיבנא בארביסר, הוה אמינא לשטן גירא בעיניך״.

הגמ׳ לא באה לומר שרב חסדא התפאר בכך אלא היא רצתה להדגיש לנו שכמה שיותר מוקדם יותר טוב, ואפילו בגיל ארבע עשרה. ואכן המאירי (שם ד״ה לעולם) הביא את דברי רב חסדא, והסיק מכאן הלכה למעשה: ועקר הפרק בענין זה הוא מארבע עשרה שנה ולמעלה. והמהרש״א (ח״א ד״ה ואי הוה) ביאר: דקודם י״ד לאו בר עונשין, מכאן שהבין שכוונת רב חסדא לומר שעדיף להתחתן בגיל בר מצוה, ומה שנקט רב חסדא ׳ארביסר׳ הכוונה לתחילת שנת י״ד.

ובמדרש איכה רבתי (א,ב) נאמר:

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 לקיים מה שנאמר (תהלים קכח) וראה בנים לבניך שלום על ישראל.

כאן רואים שהיו מחתנים את הבנים עוד לפני גיל בר מצוה, וכיצד עשו זאת הלא כתוב 'כי יקח איש אשה' ואף הקידושין חייבים להעשות מגיל בר מצוה? – על כך יבואר בהמשך.

על פסקו של הרמב"ם (אישות טו,ב): "ומאימתי האיש נתחייב במצוה זו מבן שבע עשרה, וכיון שעברו עשרים שנה ולא נשא אשה הרי זה עובר ומבטל מצות עשה", כתב המגיד משנה:

"בכאן מצאתי נוסחאות חלוקות בספרי רבינו ויש מהן שכתוב מבן י"ז, ובמסכת אבות שנינו בן שמונה עשרה לחופה. ונראה לי שאם הנוסחא הכתוב בה מבן י"ז היא אמיתית שפירושה משעברה שנת י"ז והוא בן י"ז שלמים, ומ"מ האמיתית היא לפי דעתי מבן שמונה עשרה כלשון המשנה ופירוש משנכנס לכלל י"ח". מדברי הרב המגיד יש להסיק שהרמב"ם פסק על פי המשנה באבות, אך בכתב יד תימני[1] נאמר: האיש מצווה על פריה ורביה, אבל לא האשה. ומאמתי יתחייב האיש במצוה זו, מבן שש עשרה שנה מבן שבע עשרה שנה.

ואם לגבי בן שבע עשרה מתחבט המגיד משנה – מה יאמר לגבי גיל שש עשרה? ייתכן והרמב"ם התבסס על דברי רב חסדא שהתחתן בגיל שש עשרה.

מרש"י (קידושין ל,א ד"ה אדידך שיתסר) עולה שמגיל שש עשרה הוא זמן הנשואין, ולא יאוחר מגיל עשרים ושתים, ולקמן נדון בזמן המאוחר הנ"ל.

הטור (אבה"ע א) כתב: "ומצוה על האדם שישא אשה כשהוא בן י"ח שנים דתנן בן י"ח לחופה אבל המקדים לישא כשהוא בן י"ג מצוה מן המובחר". ובאר הב"י ד'נסיבנא בר ארביסר' היינו שלש עשרה שלמות הנכנס לארבע עשרה, וזו כונת דבריו בשו"ע (אבה"ע א,ג).

[1] מתוך התקליטור התורני, וכך הובא במהדורה החדשה הוצאת ישיבת אור וישועה.

החיד״א בספרו נחל קדומים (פ׳ אמור עה״פ והוא אשה) כתב ״והוא גימטריא י״ח דבן י״ח לחופה״. והוסיף: יען דראיתי מי שכתב שזה היה בזמנם שהיו בריאים וחזקים אבל עתה יכולים להמתין עוד... ואני ההדיוט אומר דאין לסמוך על זה, דתורה חתומה ניתנה בש״ס ופוסקים ואין להורות קולות בדבר שחיי עוה״ב תלויין בזה. ואפשר דלרמז זה, מלבד כי והוא גימ׳ י״ח, עוד נרמז בסופי תיבות אשה בבתוליה יקח, ובא הרמז פעם שניה בסוף תיבות לרמוז דגם באחרית הימים בגלות החל הזה לא נשתנה הזמן, דהגם דעתה הגוף נחלש – מכל מקום עתה הזקין היצר הרע ונתחזק בתוקף גדול.

ואף הרבי מלובביץ׳ זצ״ל כתב שהספרדים היו רגילים להתחתן בגיל צעיר, והוסיף והלואי שגם האשכנזים היו מתרגלים לנשואין בגיל הכי רך, וכדברי רב חסדא (קדושין כט,ב).[2]

מכל המקורות והפוסקים האלה רואים שתחום גיל הנישואין נע בין גיל הבר מצוה לשמונה עשרה שנה. ומה דין קטן בנידון דידן?

ב. דין קטן שנשא אשה

איתא ביבמות (סב,ב):

ת״ר... האוהב את אשתו כגופו, וכו׳ והמדריך בניו ובנותיו בדרך ישרה, והמשיאן סמוך לפירקן, עליו הכתוב אומר: וידעת כי שלום אהלך.

ומבאר הב״י בטור (אבה״ע א):

ומ״ש אבל קודם י״ג לא ישא דהוי כזנות. כן כתב הרמב״ם (אסו״ב כא,כה), וטעמו מדאמרינן... (יבמות קיב,ב) דקטן לא תקינו ליה רבנן נשואין. ובסוף פ׳ האשה רבה (צו,ב) אמרינן דאשת קטן פטורה מן החליצה ומן היבום. ומשמע ליה ז״ל דכיון דלא תקינו ליה נישואין הוי בעילתו בעילת זנות, ולפי דבריו הא דתנו רבנן (יבמות סב,ב) המשיא בניו סמוך לפרקן וכו׳ היינו בן י״ג שלמות. אבל התוספות כתבו (צו,ב ד״ה נשא) וכו׳ אור״י דליכא איסורא דלא חשיבא ביאת זנות ומצוה נמי איכא להשיא אשה לבנו קטן כדאמרינן בהנשרפין (עו,ב) דעליו הכתוב אומר (איוב ה,כד) וידעת כי שלום אהלך וגו׳ וכו׳. וכן דעת רש״י וכו׳.

[2] מכתב מי״ב באדר תשכ״א, הובא ב׳שערי הלכה ומנהג׳ ד, עמ׳ סד.

מכאן אנו רואים שיש אומרים שאף לפני גיל בר מצוה אפשר להשיא הבנים דהוי 'סמוך לפירקן', ועל פי זה אפשר להבין את המובא לעיל מאיכה רבתי.

ובתשובות חכמי פרובינציה (סימן לא,פב) ביארו כיצד נוהגים בקידושין אלו, וזה לשונם:

> 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 (סימן לב, הלכות מיאון) וזה לשונו: 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 וכו'.

אך הרשב"א בתשובותיו (ד,רז) כתב:

> וסמוך לפרקן לאחר שגדלו מיד קאמר, ולא סמוך לפרקן שראויים לגדלות קאמר, אלא סמוך לאחריו קאמר. א"נ כמו שכתבת, סמוך לשמונה עשרה שנה, שהוא פרק החופה. כמו שארז"ל: בן ח"י לחופה. ומעשה היה בארצנו, ונתתי להם בקולי. ולולי שכבר עשו, היו נמנעין. וכן נ"ל האמת.

ובחלק א (תתג) מנה הרשב"א נימוקים לכך שאסור להשיא קטן, ע"ש.

וכן באורחות חיים (הלכות כתובות, יא), ומצות חכמים היא שישיא אדם בניו ובנותיו סמוך לפרקן שאם יניחם יבואו לידי זנות או הרהור ויהיה מעוות לא יוכל לתקון. ואסור להשיא אשה לקטן.

החי"מ (א,ג), נוטה לומר, שיש מחלוקת ראשונים בגיל הנישואין המומלץ, ז"א הגדרת 'סמוך לפרקן'. לרש"י ותוס' (סנהדרין עז,ב) 'סמוך לפרקן' פרושו שנה קודם שנעשה גדול, ואילו לדעת הרמב"ם והטור המכוון למי שכבר נעשה גדול. א"כ יש הסוברים שאין כאן מחלוקת. החי"מ מסיים וכותב: "ובב"ח חידש דין אחד, דאב המשיא בנו קטן סמוך לפרקו הוי קדושין דרבנן וצריכה גט מדרבנן ואין דבריו ברורים וכו' ". וע"ע בישי"ש (יבמות ו,לא).

לסיכום, רואים אנו שישנה מחלוקת אם אפשר להשיא קטן, ויש רבים האומרים שזה בכלל 'סמוך לפירקן', ואמנם לא נפסק כך להלכה.

ג. עד איזה גיל יש להתחתן?

ועד כה דברנו על הגיל ההתחלתי לנישואין, ועד איזה גיל יש חובה לבנים להתחתן?

אומרת שם הגמ' בקידושין:

> משתבח ליה רב חסדא לרב הונא בדרב המנונא דאדם גדול הוא, אמר ליה: כשיבא לידך הביאהו לידי. כי אתא, חזייה דלא פריס סודרא, אמר ליה: מאי טעמא לא פריסת סודרא? אמר ליה: דלא נסיבנא. אהדרינהו לאפיה מיניה, אמר ליה: חזי, דלא חזית להו לאפי עד דנסבת. רב הונא לטעמיה, דאמר: בן עשרים שנה ולא נשא אשה – כל ימיו בעבירה. בעבירה סלקא דעתך? אלא אימא: כל ימיו בהרהור עבירה. אמר רבא, וכן תנא דבי ר' ישמעאל: עד כ' שנה, יושב הקב"ה ומצפה לאדם מתי ישא אשה, כיון שהגיע כ' ולא נשא, אומר: תיפח עצמותיו.[3]

מכאן רואים שיש חובה להתחתן עד גיל עשרים שנה. ויש לשים לב שרב הונא הקפיד על רב המנונא לבל יראה פניו, אף שהיה אדם גדול ורצה ללמוד תורה, ויבואר על כך בהמשך דברינו.

והמאירי הוסיף: כל שהגיע לעשרים ולא נשא אינו ניצל כל ימיו מהרהורין שהתמיד בהם אלא אם כן הוא מן היחידים.

ופסק הרמב"ם (אישות טו,ב): "וכיון שעברו עשרים שנה ולא נשא אישה, הרי זה עובר ומבטל מצות עשה". ובטור (אבה"ע, א): הביא בשם אביו (יבמות פ"ו סי' טז): "רווק שעברו עליו כ' שנה ואינו רוצה לישא ב"ד כופין אותו לישא כדי לקיים מצות פ"ו". וכיוצא בזה בשו"ע (אבה"ע א,ג).

לפי זה, אין כל מקור או פוסק המתיר להתאחר לאחר גיל עשרים.

---

[3] ומבאר שם המהרש"א (בח"א):
הקב"ה מצפה לאדם כו' כיון שהגיע לכ' שנין ולא נשא אומר תיפח עצמותיו כו' אמר שהקב"ה מצפה כו' כדאמרינן ביבמות (סג,ב) כל שאינו מקיים פריה ורביה כאילו ממעט הדמות. ואמר תיפח עצמותיו לפי ששלשה שותפין באדם ומאביו נבראו העצמות כדאמרינן במס' נדה (לא,א) וזה שאינו מקיים פריה רביה וממעט הדמות מהעצמות במדה זו – תיפח עצמותיו.

ד. גיל הנישואין לבנות

כעת נעיין במקורות העוסקים בקידושי ונישואי הבת:

בספרי (תצא, רלה) נאמר: את בתי נתתי לאיש הזה (דברים כב,טז) מלמד שהרשות לאב לקדש את בתו קטנה. וכל פרשת מוציא שם רע היא דווקא בנערה, וכן אם אמת היה הדבר וסקלוה – דווקא בנערה.

ובמשנה (כתובות ד,ד): האב זכאי בבתו בקדושיה בכסף בשטר ובביאה וכו'.

כאן לא מתנים זאת 'אם התקדשה כשהיא קטנה או נערה' אלא כאילו זאת הצורה הטבעית והפשוטה – כשהבת מתקדשת (שבדרך כלל זה בקטנותה או בנערותה) – זכאי אביה בקידושיה.

ובגמ' (קידושין ט,א) איתא: ת"ר: בשטר כיצד? כתב לו על הנייר או על החרס אע"פ שאין בו שוה פרוטה בתך מקודשת לי, בתך מאורסת לי, בתך לי לאינתו – הרי זו מקודשת.

גם כאן נקטה הגמ' בפשיטות שהשטר נכתב לאב ונמסר לו, משמע שבתו עדיין לא בגרה. ואכן טורח רבא לבאר שם בהמשך: כתב לו על הנייר וכו' בתך מקודשת לי וכו' בין ע"י אביה בין ע"י עצמה – מקודשת (ואף שביבמות נב,א הגירסה שונה, המעיין יראה ששם לא מדובר בקידושין ע"י אביה כלל). ובמקור אחר במס' יבמות (סא,ב) לגבי כהן גדול: "דתניא בתולה – יכול קטנה? ת"ל: אשה, אי אשה, יכול בוגרת? ת"ל: בתולה, הא כיצד? יצתה מכלל קטנות ולכלל בגרות לא באתה".

מכאן שכהן גדול חייב לשאת נערה.

ועוד בקידושין (מא,א) הדגישה הגמ' ש'אסור לאדם שיקדש את בתו כשהיא קטנה' אבל נערה אין כל איסור. ובתוד"ה אסור (שם) הצדיק אף את מנהג זמנו שהיו מקדשים הבנות בקטנותן.

וכתב הרמב"ם (אישות ג,יט): "ואע"פ שיש רשות לאב לקדש בתו כשהיא קטנה וכשהיא נערה לכל מי שירצה אין ראוי לעשות כן אלא מצות חכמים שלא יקדש אדם את בתו כשהיא קטנה עד שתגדיל ותאמר בפלוני אני רוצה". מכאן שאפשר לקדש הבת כשהיא נערה, כלומר בגיל שתים עשרה, והיא ברת דעת לומר 'בפלוני אני רוצה'.

ועי' בשו"ע (אבה"ע לז,יד), ומביאור הגר"א שם עולה שכשם שמשיאין הקטן סמוך לפרקו כך אפשר להשיא הקטנה סמוך לפרקה, כלומר החל מגיל אחת עשרה.

וכן כתב בערוך לנר (יבמות סב,א) וסיים: "כמו כן אמרינן ג"כ לענין קטנה אחר שסמוך לפרקה כבר היא בת דעת ומה דקאמר קטנה לא – זו קטנה יותר מדאי".

מכאן שיש אפשרות להשיא הבת מגיל אחת עשרה ואין בזה איסור.

ה. האם צריך לעכב החתונה בגלל לימוד תורה?

איתא בגמ' ביבמות (סב,ב):

> אמר רבי תנחום א"ר חנילאי: כל אדם שאין לו אשה – שרוי בלא שמחה, בלא ברכה, בלא טובה וכו' במערבא אמרי: בלא תורה, בלא חומה; בלא תורה – דכתיב האם אין עזרתי בי ותושיה נדחה ממני, בלא חומה – דכתיב נקבה תסובב גבר. רבא בר עולא אמר בלא שלום וכו'

ונראה לבאר ש'במערבא' כלומר חכמי ארץ ישראל הדגישו שאדם שלומד תורה – כל עוד שאינו נשוי אין תורתו תורה אמיתית ושלימה, ואין לו הגנה וחומה אף שהתורה 'מגנא ומצלא' כי כאמור אין תורתו תורה במלא מובנה, ואף אין לו שלום מאותה סיבה.

ממשמעות הגמ' ביבמות הנ"ל נראה שאין דעת חכמי ארץ ישראל נוחה מעזיבת הבעל את אשתו אלא להיפך היא מעודדת אותו להנשא ולא תהיה תורתו שלימה מבלעדי זאת.[4]

ואמנם הגמ' בקידושין (כט,ב) אומרת ת"ר: ללמוד תורה ולישא אשה – ילמוד תורה ואח"כ ישא אשה, ואם א"א לו בלא אשה – ישא אשה ואח"כ ילמוד תורה. אמר רב יהודה אמר שמואל, הלכה: נושא אשה ואח"כ ילמוד תורה. ר' יוחנן אמר: ריחיים בצוארו ויעסוק בתורה? ולא פליגי: הא לן, והא להו.

---

[4] אגב המעשה ברבי עקיבא וברחל המובא בתלמוד הבבלי פעמיים, באריכות רבה (כתובות סב,ב, נדרים נ,א) – לא מוזכר אפילו ברמז בתלמוד הירושלמי, והדבר אומר דרשני.

ובהמשך שם (ל,א): א"ל רבא לר' נתן בר אמי: אדידך על צוארי דבריך, משיתסר ועד עשרים ותרתי, ואמרי לה: מתמני סרי עד עשרים וארבעה. כתנאי: חנוך לנער על פי דרכו – ר' יהודה ורבי נחמיה, חד אמר: משיתסר ועד עשרים ותרתין, וחד אמר: מתמני סרי ועד עשרים וארבעה.

וביאר שם רש"י (כט,ב): הא לן הא להו – בני בבל היו הולכין וגורסין משניות התנאים באי"י ומתוך שלומדים חוץ למקומם אין צרכי הבית מוטלים עליו נושא אשה דהוה בלא הרהור ואח"כ הולך ולומד תורה. להו – לבני אי"י הלומדים במקומם אם נושא אשה יהו צרכי הבית מוטלין עליו ויבטלוהו.

מדברי רש"י נראה שאלה שאין צרכי הבית מוטלים עליהם צריכים לישא אשה ואח"כ ללמוד תורה, ולפי זה רוב האברכים היום כלולים בהגדרה זו שכן אף הם מקבלים איזו מילגה בלימודם, ואם יהיה צורך – יוכלו להשתתף בצרכי הפרנסה מחוץ לשעות הלימוד, כגון בשעות הערב ובימי ששי.

ר"ת (הו"ד בתוד"ה הא לן) הקשה על רש"י, שאם נושא אשה והולך לדרך – אינו ניצול מהרהור ועוד – היאך יצא ממקומו ללמוד תורה כשעליו לחזר אחר מזונות אשתו ובניו?

ולכן פרש ר"ת 'איפכא':

...דר' יוחנן דאמר ריחים בצוארו ויעסוק בתורה – לבני בבל דיבר שאינו יכול להניח אשתו וילך וילמוד תורה ועוד שהם עניים ושמואל דאמר נושא אשה תחלה לבני אי"י אמר שיכולים ללמוד במקומם וגם הם עשירים וטוב לו שישא אשה וילמוד תורה בטהרה. ומיהו פעמים שגם בני אי"י היו יוצאים חוץ למקומם לבבל ללמוד תורה אלא רובם היו לומדים במקומם.

בעלי התוס' מתנגדים למצב בו אדם יתחתן ויצא לזמן רב חוץ למקומו ולדידם התנאי העיקרי אם יכולים ללמוד בקרבת מקום וכפי שנתבאר בדעת חכמי 'מערבא' לעיל. ואמנם הזכירו גם את המצב הכלכלי, וכבר בארנו שאם הבעל משתתף בצרכי הפרנסה לא קיים חשש זה.

ועוד ברש"י (שם ל,א): "אדידך על צוארי דבריך – בעוד ידך תקיפה על בנך קודם שיגדיל ולא יקבל תוכחתך השיאו אשה. משיתסר – שנין הגיע זמן לכנוס ויותר מעשרין ותרתין אל תאחרהו". כל זאת כותב רש"י לאחר ביאורו בדברי הגמ' 'הא לן והא להו', כלומר אף לבני ארץ ישראל הלומדים במקומם יש להתחתן מגיל שש עשרה עד עשרים ושתים!

ואמנם אחר כך פירש רש"י את הסוגיא לענין חינוך ותוכחה, וזה לשונו:

לשון אחר אדידך על צוארי דבריך בשעה שעוד ידך תקיפה עליו הוי זהיר ללמדו תוכחות ואיזה זמנו משיתסר ועד עשרים ותרתין בציר משיתסר אין בו דעת לקבל תוכחות כל כך ואל תכביד יסורין ותוכחות ויותר מעשרים ותרתין יש לחוש שלא יבעט וזה עיקר.

והרמב"ם (אישות טו,ב) כתב ואם היה עוסק בתורה וטרוד בה והיה מתירא מלישא אשה כדי שלא יטרח במזונות ויבטל מן התורה הרי זה מותר להתאחר, שהעוסק במצוה פטור מן המצוה וכל שכן בתלמוד תורה.

והרא"ש שם (סימן מב): [אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה נושא אשה ואח"כ ילמוד תורה] ר' יוחנן אומר רחיים בצוארו ויעסוק בתורה ולא פליגי הא לן והא להו, וכולהו מודו דאם אי אפשר לו ללמוד אם ישא אשה ילמוד ואחר כך ישא אשה. וקצבה לאותו לימוד לא ידענא שלא יתכן שיתבטל מפריה ורביה כל ימיו שלא מצינו זה אלא בבן עזאי שחשקה נפשו בתורה (יבמות סג,ב).

לפי זה יש מחלוקת אילו נסיבות מתירות את דחיית הנשואין עקב לימוד תורה ובכל מצב יש לדוחה על מי לסמוך, אך ודאי שיש לכך קיצבה וכפי שכתב הרא"ש.

ו. עד מתי יכולים להתעכב בגלל לימוד תורה?

בשו"ת דברי יציב (אבה"ע ג) סבור שא"א להתעכב יתר על כ' שנים, שכן כל ההיתר הוא מדין עוסק במצוה והואיל ואחר גיל כ' 'כל ימיו בהרהור' שוב אינו רשאי להתאחר, וההיתר להתאחר מכוון לשנים בין שבע עשרה לעשרים.

והגמ' בקידושין (כט,ב) מביאה את המעשה ברב הונא ורב המנונא, ויש לתת את הדעת שרב הונא לא שאל את רב המנונא אם רוצה ללמוד תורה – ומסתבר שאכן ידע את התשובה כי רב חסדא שבחו שאדם גדול הוא – ובכל זאת החזיר רב הונא את פניו ממנו.

הב"י מתייחס למסקנת הסוגיא ומביא את לשון הרמב"ם: "ואם עוסק בתורה וטרוד בה ומתירא לישא אשה וכו' מותר להתאחר וכו' אישות (טו,ב) ותחלת דבריו מבואר בברייתא שכתבתי בסמוך אלא שיש לתמוה למה לא כתב שאם אי אפשר לו בלא אשה ישא אשה תחלה ונראה לי שמה שכתב בסוף דבריו והוא שלא יהא יצרו מתגבר עליו אריש נמי קאי".

המאירי (קידושין כט,ב) הוסיף על דברי הגמ׳ (רחיים בצוארו): ״במקום שהבנות זריזות ועול ביתם מסור להם אם רואה בעצמו שאין לבו פנוי בלא אשה ישא ואחר כך ילמוד כדי שיעמוד לו בלא הרהור עבירה״. ולאחר שממליץ להקדים נישואין כדי להינצל מהרהורים כותב: ״ועיקר הפרק בענין זה הוא מארבע עשרה שנה ולמעלה דרך הערה אמר אחד מחכמיהם אנא נסיבנא בשיתסר ואי הוה נסיבנא בארבסר הוה אמינא לשטנא גירא בעיניה״.

הים של שלמה (קידושין א,נז) מביא דברי הראשונים הנ״ל ומוסיף:

״אבל הבחורים שלנו, שאין צרכי הבית מוטלת עליהם, פשיטא שישאו אשה וילמדו תורה בטהרה״.

ובספר המצות הקצר (עשה מג): ״ואם עוסק בתורה, ומתירא שלא יבטל מחמת טרדת מזונות, מותר להתאחר, ועל כל פנים, לא יותר מן עשרים וחמש שנה. ונוהג בכל מקום ובכל זמן״. וצריך להבין מנין למד זאת החי״ח, ואולי כוונתו עד גיל עשרים וארבע שאז מתחילה שנת העשרים וחמש, וצ״ע.

ובשו״ת שבט הלוי (ג,קעג) בתשובה סביב הנ״ל כתב:

ומה ששאל בענין עד מתי מותר להתאחר, הנה אין בידינו דבר מקובל בזה, והרא״ש בקידושין שם כ׳ דמסברא א״א לומר דאין לדבר קצבה, ודברי ב״ש שכ׳ שבאמת מותר להתאחר הרבה כמה גדולי הפוסקים חולקים עליו, ודברי הגה״צ חפץ חיים שכ׳ כב׳ שלא יאחר עד שנת כ״ה מסתברים, ושיעור כ״ד שנה מוזכר בקידושין שם לענין אחר, אבל עכ״פ הוא גבול זמן, מ״מ אין נראה להתאחר כ״כ בזה״ז, והחפץ חיים זי״ע בעצמו סוף ספרו מחנה ישראל מעורר להקדים הרבה יעש״ה, ובפרט בזה״ז דמי יודע מה יולד יום, ועוד מי יאמר זכיתי לבי להיות נקי מהרהורי עבירה, ובפרט בדורינו אנו שכל רחובות ושווקים מגועלים בפריצות ושחת, פשוט מאד דע״פ דין מצוה להקדים אם אפשרות בידו, ומה שפלפל בענין בן עזאי אין זה בנמצא בזמן הזה ואל ישטה עצמו, וגם על בן עזאי וכיו״ב כתבו הפוסקים רק שאם עשה כן אין בידו עון מכלל דלכתחלה לא יעשה כן, כמש״כ הט״ז ושאר פוסקים וכו׳.

הרי לנו שאף שצריך למלא כרסו בתורה, הוסיף שהרהורי עבירה הם סיבה להתחתן, וקשה לומר למי אין היום הרהורים שכאלה, ועוד שכתב שגיל כ״ד הוא גבול, ומכל מקום אין להתאחר כל כך בזמן הזה.

והחזו״א (אבה״ע קמח, לקידושין כט,ב) כתב דגם הלומד תורה לא יאחר מעשרים שנה, ולאחר כ׳ לא אפשר דהרי הוא כל ימיו בהרהור, וכן כתב

בשו״ת פאת שדך (א,קמט,י) שאמר לו החזו״א שמי יוכל לומר בזה״ז שאין יצרו מתגבר עליו.

וכתב בספר מצהלות חתנים (לר׳ יצחק אוהב ציון; עמ׳ כ) שאף מרן הקה״י אמר להשיא הבנים והבנות בגיל צעיר, וכשנכנס אל הקודש פנימה לפני הגר״ח קניבסקי עם בחור אחד ליתן לו ספר שחיבר הבחור – אחר שעיין בספר אמר הרב ״עכשיו חתונה״, והבחור היה אז בן י״ז שנה, והגר״ח קניבסקי אמר שהחזו״א רצה שהוא יינשא בגיל י״ז וחצי, ושבד״כ הוא מייעץ שאם הבן אינו לומד כל כך טוב – שילמד עוד קצת לפני חתונתו, אבל אם הוא לומד טוב – שילמד טוב אף אחרי הנשואין.

ואף הרבי מלובביץ׳ הדריך והורה שעל פי הלכות תלמוד תורה לאדמו״ר הזקן עדיף ללמוד תורה בטהרה וכעין זה בשלחן ערוך המקוצר לר׳ יצחק רצאבי (אבה״ע א, קצח א) שמשנכנס האדם לשנת שמונה עשרה חלה עליו[5] המצוה.[6]

ובכינוס הרבנים הארצי בירושלים בשנת תש״י תיקנו שאסור לקדש אשה קטנה מבת שש עשרה ויום אחד, הואיל והיא מסוכנת בהריונה ועלולים לצאת תקלות ועיגון.

והרב מרדכי אליהו שליט״א התראיין בענין לעתון ׳בשבע׳ ואמר שיש להקדים הנשואין עד כמה שניתן ובלבד שיהיו בני הזוג יראי״ש ואחראיים.
לכן, אני פונה להורים ולרמי״ם לעודד ולזרז את בניהם ובנותיהם להנשא בגיל מוקדם ולא להתחשב בשיקולים כגון ׳מה יאמרו השכנים, החברים׳ וכדומה, ואיש לרעהו יעזרו ולאחיו יאמר חזק.

---

[5] וכתב שם בעיני יצחק ד, שבתימן זמן הנשואין היה מגיל ט״ז או י״ז, ואף הרופאים בדקו שעל הרוב מגיל זה ראוי הזרע להוליד, והבת – מגיל י״א י״ב, ויש אף פחות מזה.

[6] ב׳שבט ועם׳ (ז, עמ׳ 388) כתב שמנהג יהודי אפגניסטן שהבנים התחתנו בגיל 18–20 והעשירים אף קודם לכן, והבנות – בגיל 12–13, ונערה בת 15–16 נחשבה ״רווקה זקנה״ והיתה מיועדת כאשה שניה או שלישית לבעלה וכד׳. והביא שם גידעמאנן (ספר ג,עמ׳ 96) שאף יהודי אשכנז נהגו בימי הביניים לזווג צאצאיהם בעודם בילדותם.

הרב מאיר ברקוביץ

משפחת אֵם

א. איתא בבכורות מז,א:

> א״ר אדא ב״א לויה (בת לוי. רש״י) שילדה בנה פטור מה׳ סלעים. דאיעבר ממאן אילימא דאיעבר מכהן ומלוי וכו׳ אפילו ישראלית נמי, אלא דאיעבר מישראל, למשפחותם לבית אבותם כתיב. אמר רב פפא דאיעבר מעכו״ם ולא תימא אליבא דמאן דאמר אין מזהמין את הולד אלא אפילו למ״ד מזהמין את הולד[1] לוי פסול מקרי. מר בריה דרב יוסף אמר משמיה דרבא לעולם דאיעבר מישראל ושאני התם דאמר קרא פטר רחם, בפטר רחם תלא רחמנא.

ויש להסתפק במי שאביו גוי ואמו בת לוי, האם יש לבן קדושת לויה והאם עולה לקרא בתורה כלוי. וצדדי הספק יתבארו אי"ה לקמן (ובהמשך נדון האם רבא מודה לרב פפא ובא להוסיף עוד איקימתא או שמא חולק הוא על דבריו).

ב. המורם מהסוגיא הנ"ל שלרב פפא בן מאב עכו"ם ואם ישראלית מקרי לוי פגום. וצ״ע דמשפחת אֵם אינה קרויה משפחה (עיין יבמות נד,ב וב"ב קט,ב משפחת אב קרויה משפחה, משפחת אֵם אינה קרויה משפחה), א״כ מדוע נקרא הוא לוי?

ג. ובקובץ הערות (עמ"ס יבמות סימן כ אות ג) הסיק מכאן שמשפחת אב מפקיעה ממשפחת אֵם, אבל במקום שאין לו אב כלל כגון בנולד מנכרי, משפחת אֵם אכן קרויה משפחה.

ד. וצ"ע דאֵם אינה יורשת בנה הואיל ומשפחת אֵם אינה קרויה משפחה[2] ומבואר דאף אם אין אחר שיירש (כגון בגיורת ובנה שנולד לה לאחר שנתגיירה) הנכסים הם הפקר ואינה יורשתו.

---

[1] בבאור ׳מזהמין׳ ו׳אין מזהמין׳ ע״ש רש״י ותוס׳ במקום ובאור מחלוקתם ע׳ בעצי ארזים אבה״ע סי׳ ד סוס״ק ד בד״ה ובזה נ״ל לבאר. וע״ע חזו״א אבה״ע ו,ו.

[2] הנכתב בפנים הוא לדעת חכמים החולקים על רבי יהודה ברבי שמעון (ב״ב קיד,ב) שסובר שאם יורשת בנה, עכ״פ בהעדר אב, ע״ש רשב״ם ועוד.

ודבר זה מבואר בירושלמי שביעית פ"י ה"ד:

> כיוצא במי שמת סוף משפחתו ואין לו יורש אלא אמו (והיו חייבים לו ממון – מהר"א פולדא) לא יחזיר ואם החזיר רוח חכמי' נוחה הימינו.

ולא מצאנו מי ש'מת סוף משפחתו' אלא במי שאביו גר ומבואר דאע"פ שאביו מת ובקשרי משפחה נותרה אמו בלבד מ"מ אינה יורשת אותו.

ולנ"ל יש לשאול, הואיל ואין לו משפחת אב מדוע אין אמו יורשתו מכח היותה משפחת אֵם?

והיה אפשר לומר דכיון דבשעת לידתו היה לו אב מישראל (שגם אביו נתגייר) נפקעה משפחת האם אף אם בשעת ירושה שוב אין משפחת אב.

אלא דאכתי תיקשי במעוברת שנתגיירה ומעולם לא היה לולד משפחת אב או בעכו"ם הבא על בת ישראל שאין כאן משפחת אב כלל, נימא דבכה"ג תירשנו אמו, ולא מצאנו מי שסובר כן ועי' חידושי ר"י קרקושא ב"ב קח,א שכתב להדיא שאין אמו יורשתו אף במי שאין לו משפחת אב כלל כבנכרי הבא על בת ישראל.

ה. עו"ק מדברי רש"י בחומש, סוף פ' אמור גבי מגדף, שבא ליטע אהלו בשבט דן, אמרו לו: משפחת אֵם אינה קרויה משפחה. והרי אביו, כמבואר בתורה, – מצרי היה. הרי שאע"פ שאין לו משפחת אב, מ"מ משפחת אֵם לא קרויה משפחה.

בשלמא לדעת חכמי הצרפתים (אשר דבריהם הובאו ע"י הרמב"ן שם), שסוברים שקודם מתן תורה הולד הולך אחר הזכר א"ש דאזיל בתר אביו המצרי (ולכך אף בעי גירות)[3] ואין כאן ענין למשפחת אֵם כלל, אך לרמב"ן דס"ל שהיה מתייחס אחר אמו מאי איכא למימר.

ו. עוד יש לעיין בהלכה נוספת: גר אינו נמכר לעבד עברי דבעינן (ב"מ עא,א) ושב אל משפחתו (עי' רמב"ם ריש הלכות עבדים). ומ"מ יש הסוברים שאם יש לו משפחת אֵם שפיר נמכר בע"ע, יעויין הגהות מיימוניות ריש הלכות

[3] ויש שרצו לומר שדברי רש"י תואמים לשיטת הנתיבות, המובאת בשו"ת חמדת שלמה אבה"ע סי' ב, לפיו הנולד מאם ישראלית ואב עכו"ם, דקיי"ל דהולד כשר, ר"ל גוי כשר, וכשרותו היא בכך שאין לו פסול ממזרות לאחר שנתגייר ועי' פת"ש אבה"ע ר"ס ד ואכמ"ל.

עבדים בשם מכילתא, דגר נקנה בע״ע ובאר דמיירי בבן גר הבא על בת ישראל הואיל ומשפחת אֵם קרויה משפחה. (וציין לדברי הסמ״ג מ״ע פג).[4]

ז. וע״ע יבמות נד,ב רש״י ד״ה מה להלן, דלענין גאולת קרובים, אם אין משפחת אב איכא מצוה על משפחת אֵם. וכן מוכח ממש״כ הרמב״ם (עבדים ב,ז) דקרוב קרוב קודם ולא הזכיר כלל משפחת אֵם (ועיין רש״ש).

אמנם יש להעיר דהתם הוסיף הרמב״ם וכתב: ״לא פדוהו קרוביו או שאין ידם משגת מצוה ביד כל אדם מישראל לפדותו״. וייתכן ורק מכח דין זה דכל ישראל, יש חיוב על קרובים ממשפחת אֵם ושוב חל דין דקרוב קרוב קודם. (אמנם עיין מאירי יבמות שם שחלוק על רש״י, ולעולם לענין גאולת קרובים, משפחת אֵם אינה קודמת לכל ישראל).

ח. יעויין אבי עזרי (הלכות ביכורים יא,יא) שהביא הקושיא הראשונה הנ״ל, דבדברי רב פפא (בכורות מז,א) מבואר דאזלינן בתר משפחת אֵם היכא דליכא משפחת אב (בלויה שנתעברה מעכו״ם) וצ״ב דבב״ב קיד,ב ר״י בר״ש ס״ל דדבר תורה אשה יורשת בנה דכתיב מטות, ובתוס׳ שם דקאי בגיורת דליכא משפחת אב ולהלכה אף בכה״ג אינה יורשת בנה וד״ז סותר לדברי רב פפא.

ובאר הרב ש״ך, שבודאי שיש ייחוס לאֵם, דלא גרע מה׳יוצא מהדבר׳ אף אם לא שייך גדרי ייחוס, אלא דקרא דלמשפחותם לבית אבותם מפקיע דין זה, וזה שייך רק במקום שיש משפחת אב. ולכן אם נתעברה מעכו״ם דזרמת סוסים זרמתם (כדאיתא יבמות צח) ממילא הרי הוא כאמו ואם היא לויה הרי הוא לוי.

משא״כ לענין ירושה, דלא די שהוא כמותה כי מציאות זו אינה מחייבת שהוא יירש אותה והיא אותו, אלא הגורם בירושה הוא משפחת אב ולכן אף במקום שאין משפחת אב לא מהני משפחת אֵם לענין ירושה. ולכן, להלכה,

---

[4] יעויי׳ או״ש הל׳ עבדים, שכתב שהרמב״ם השמיט מכילתא זו, כי היא לפי משנת ר״י בר״ש שסובר שבמקום שאין משפחת אב, אֵם יורשת (ראה לעיל הערה 2), אבל להלכה דקיי״ל שאף באופן זה אם אינה יורשת, הגר לא נמכר בע״ע כלל, וא״ש השמטת הרמב״ם, דמכילתא זו אינה אליבא דהילכתא. לנדו״ד, האו״ש נקט, בדעת ר״י בר״ש, שבמקום שאין משפחת אב, משפחת אם קרויה משפחה, ולא סבר שיש דין מיוחד של ירושת אם, אף ללא גדרי משפחה. אמנם יש להעיר מהאו״ש ריש הל׳ נחלות, שכתב שבירושת אם אין משמוש נחלה, כי אין קרוביה ממשפחת הבן ונראה שאין ירושתה מדין משפחה אלא מדין קורבת האם בלבד.

אף גיורת אינה יורשת את בנה (ורק לר״י ב״ש יליף לה מקרא ד׳מטות׳ ואיתקש מטה האם למטה האב. הגם שבפרשת נחלות לא כתיב למשפחותם לבית אבותם, אלא ״ממשפחתו הקרוב אליו״).

אולם עי׳ רמב״ם (נחלות א,ב): ״ואין האם יורשת את בניה ודבר זה מפי הקבלה״.
וצ״ע למה צריך קבלה לכך, הרי שם בהלכה ו כתב הרמב״ם שמשפחת אֵם אינה קרויה משפחה (דכתיב למשפחותם לבית אבותם) וצ״ל שבא לסלק ההערה הנ״ל למקרה בו אין משפחת אב מ״מ אין ירושה מכח משפחת אֵם, ודו״ק.

ועוד נראה (כך כתב האבי עזרי שם) דבבכורות מז לא מוכח שמשפחת אֵם קרויה משפחה, אלא שלענין שם לוי לא בעי משפחה וזה מעמד שבא בתולדה כשנולד מלויה ויש לו דין (כעין) ׳יוצא׳ אף בלי גדר משפחה.

ט. יסודו (הראשון) של האבי עזרי מיישב רק את קושייתו הראשונה של ר׳ אלחנן בקובץ הערות. יסודו השני יתבאר אי״ה בהרחבה בדברי הגר״ח דלהלן.

להבנת דברי הגר״ח יש להקדים ולהרחיב מקום הדיון:

יעויין משנה בקידושין (סו,ב): יש קידושין ואין עבירה הולד הולך אחר הזכר. וכתב הר״ן (ל,ב בדפי הרי״ף): גר שבא על בת ישראל הבן מותר בממזרת דהוי גר ומתייחס אחר אביו (וכדעת הר״ן איתא בתוס׳ עד,ב בד״ה והרי גר). ותמה הר״ן על מה שכתב הרמב״ם (אסו״ב טו,ט) דגר שנשא בת ישראל הולד ישראל גמור ואסור בממזרת.

י. ויש להבין דברי הרמב״ם בתרתי: חדא, דיוק הר״ן ממתני׳ קידושין סו,ב שכל שיש קידושין ואין עבירה הולד הולך אחר הזכר, ובנדו״ד הולד ייחשב לגר.

ועוד – אע״ג דבעכו״ם שבא על בת ישראל (להלכה) הולד ישראל גמור ואסור בממזרת, התם אי אפשר לולד להתייחס אחר אביו (למשפחותם לבית אבותם בישראל הוא דכתיב) אבל זה (אביו גר) שאביו ישראל גמור, למה לא יתייחס אחר אביו ויהא נידון כגר המותר בממזרת?

ועוד יש לעיין מנא ליה לרמב״ם האי דינא ומה מקורו?

(ועי׳ בדברי הרב המגיד שם שכתוב שדין זה פשוט, ונימוקו עמו: דלא גרע בן מגר הבא על בת ישראל מהנולד מעכו״ם שבא על בת ישראל, אך לר״ן שנא ושנא).

יא. הישי״ש (קידושין פ״ד סי׳ ו) הציע פירוש פשוט בדעת הרמב״ם הנ״ל, שגר שנשא בת ישראל הולד אכן גר. ואין כאן הגדרה עקרונית מחודשת לפיו הבן אינו גר אלא שישנה הלכה שאם נשתקע שם גירות מן הגר (או מבני הגר וכו׳) ומיחלף בישראל אין להתירו בממזרת. (׳מיחלף׳ הוא דין דרבנן בלבד והרמב״ם סבור שבכל גר שנשא ישראלית חשיב כנשתקע).

אך לא משמע כן בלשון הרמב״ם, שכתב ״גר שנשא בת ישראל וכו׳ הולד ישראל לכל דבר ואסור בממזרת״ הרי שהרמב״ם מנמק את האיסור בממזרת בכך שהוא ישראל גמור ולא מצד דין דרבנן – ד׳מיחלף׳. (אם כי בדעת הטור ניתן לאמרו, שכן בטור ההלכה שלפנינו מובאת בסמיכות לדין נשתקע שם הגר וא״ש).

יב. יעויין חלקת מחוקק (ד,כג) שציין מקור לדברי הרמב״ם: מכך שהגמ׳ (סז,א) לא מקשה מגר שנשא בת ישראל דהולד הולך אחר הזכר, דבמתני׳ איתא כל מקום שיש קידושין ואין עבירה הולד הולך אחר הזכר ואיזה זה כהנת ולויה וישראלית שנשאו לכהן לוי וישראל ופרש״י כגון כהן או לוי שנשאו ישראלית או ישראל שנשא לויה או כהנת ובגמ׳ איזו זו למעוטי דוקא הנך ותו לא ופריך והרי חלל שנשא בת ישראל דיש קידושין ואין עבירה והולד הולך אחר הזכר וכו׳ ומדלא מקשה מגר שנשא בת ישראל דהולד הולך אחר הזכר, מוכח דבאופן זה לא אזיל בתר האב. ועי׳ פנ״י בסוף קונטרס אחרון לכתובות אות קנ.

המקנה דחה ראייה זו דאי קתני לה במתני׳ הו״א דהולד פסול לכהונה וקיי״ל כראב״י (קידושין עח) דבת גר מישראלית כשרה לכהונה.

[ועי׳ ט״ז לאבה״ע סי׳ ד ס״ק [יג] לסעיף כג. ועי׳ ב״ש ס״ק לז דאין דין למשפחותם לבית אבותם בגרים והמשנה לא עסקה כלל בגרים].

יג. והנה הגר״ח כתב, שמקור דברי הרמב״ם בסוגיא דיבמות נז[5] ואלו תו״ד: איתא ביבמות נז,א

> בעא מיניה רבי יוחנן מרבי אושעיא פצוע דכא כהן שנשא בת גרים, מהו שיאכילנה בתרומה? וכו׳ כשרות מיתוספא בה ואכלה, או דלמא קדושה מיתוספא בה ולא אכלה. ת״ש כי אתא רבי אחא בר חיננא מדרומא, אתא ואייתי מתניתא בידיה מנין לפצוע דכא כהן שנשא בת גרים, שמאכילה בתרומה שנאמר וכהן כי יקנה נפש קנין כספו וגו׳ יאכל בו, וכו׳ וש״מ: כשרות איתוספא בה ואכלה, ש״מ.

פצו״ד אסור בקהל ולכאורה מותר בגרים הואיל ולא מקרי קהל. האם פצוע דכא כהן רשאי לשאת גיורת? כהן אסור בגיורת, אך מה דינו אם הוא פצו״ד? בבעיה זו דנה הגמ׳ ביבמות עו,א ואיתא התם.

> בעו מיניה מרב ששת פצו״ד כהן מהו בגיורת ומשוחררת בקדושתיה קאי או לאו בקדושתיה קאי? (ברור שאוכל תרומה, ושאלת ׳בקדושתיה׳ אינה לכל תחום).

ובסוגיא שלפנינו דנו האם פצו״ד כהן מאכיל בת גרים בתרומה, ונתפרש שהספק הוא לרבי אליעזר בן יעקב דאמר במשנה ביכורים א,ה: ״ר׳ אליעזר בן יעקב אומר אשה בת גרים לא תנשא לכהונה עד שתהא אמה מישראל״.

ורש״י פרש ספק הגמ׳ בשני אופנים: פירוש א׳ דמיירי בבת גרים שאמה ישראלית ו׳כשרות איתוספא בה׳ אע״פ שאינה קהל ומותרת לפצו״ד והיא כשרה לכהונה כי ׳כשרות איתוספא בה׳ ואין לה שם גיורת לענין כהונה. ולא הויא משתמרת לביאה פסולה ואוכלת בתרומה. פירוש ב׳ (לינשא אחרינא מפי המורה) ספק הסוגיא הוא בבת גר וגיורת, ועל אף שראב״י דיבר בבן ישראלית ׳כשרות איתוספא בה׳ (באמה מישראל) לאקרויי קהל, (ואילו בת גר וגיורת אינה קרויה קהל ומותרת לפצו״ד) וש״מ דבלא אמה מישראל לאו קהל היא ומותרת לפצו״ד ומאכילה בתרומה. נמצאנו למדים שללישנא השניה בפירוש רש״י אליבא דראב״י דינה של בת גר וישראלית שונה מבת גר וגיורת וספק הגמ׳ הוא מה הסיבה להשתנות דינה – כשרות איתוסף בה או

---

[5] לסוגיא זו כמקור לדברי הרמב״ם ציינו הנתיבות בשו״ת חמדת שלמה סי׳ ב, הבית מאיר בסי׳ ד לסעיף כג, הקרן אורה והערוך לנר ובמקנה לקידושין סו,ב וכבר האריך בסוגיא זו בספר שער המלך הל׳ אסו״ב, וע״ע מגיד משנה.

קדושה. ונפ״מ לנדו״ד בבת גר וגיורת לפצו״ד כהן. המורם מלישנא זו שבאב גר ואם ישראלית הבת היא בכלל קהל (ואסורה לפצו״ד) וכשיטת הרמב״ם.

מבואר להדיא דלפירוש א׳ הסוגיא אזלא בשיטת הר״ן דבאמו מישראל לא מיקרי קהל, אם ׳כשרות איתוספא בה׳ (ואם קדושה איתוספא בה, הרי היא בכלל קהל ואסורה לכהונה ואינה אוכלת בתרומה). ולפירוש ב׳ הסוגיא מבוארת כשיטת הרמב״ם דבאמו מישראל חשיב קהל ואסורה בפסולי קהל.[6] עלה בידינו למצא מקור לרמב״ם אך עדיין יש לבאר את סברתו ואת טעם הדין.

על פניו מבכורות מז נראה כר״ן, כשאביו מישראל אזלינן בתר האב. ולכן באב גר ואם ישראלית הבן הוא גר. וכפי שנתבאר – לויה שילדה וכו׳, דאיעבר ממאן – באב ישראל, משפחותם לבית אבותם כתיב, ואזלינן בתר האב (בהו״א בבכורות). ורק כשהאב נכרי יש השפעה לצד לויות של האם.

אמנם ר׳ חיים בוחן הסוגיא כך: באב גוי ואם לויה, לוי פסול מקרי, והרי כתיב ׳למשפחותם לבית אבותם׳? ומשפחת אֵם אינה קרויה משפחה? (ואף שבאב נכרי ואם ישראלית אזלינן בתר האם, היינו רק לענין שלהיות בן ישראל אי״צ ייחוס משפחה, ותו לא, וראה לקמן אות יד). ואין לומר שבמקום שאין משפחת אב, משפחת אֵם קרויה משפחה, כי בב״ב קיד מבואר שלענין ירושה משפחת אֵם אינה קרויה משפחה כלל.

מכך מסיק הגר״ח:

״והנראה מוכרח מזה, דבחלות שם לוייה תרי דיני בה, דמלבד דין משפחת לוייה, שהוא יסוד כל דיני לוייה, להכשרו לעבודת הלויים ולכל דין מתנות לוייה, איכא עוד חלות דין לוייה שאינו תלוי במשפחה, ובזה דינם חלוק,

---

[6] ותמההאבנ״מ על קושיית הר״ן על הרמב״ם. ממנ״פ, אם למד סוגיא זו כל״ב ברש״י אין תמיהה על הרמב״ם כלל ואם למד כל״ק ברש״י מדוע לא הקשה ממנה על הרמב״ם. וע״כ החשבון בסוגיא נכון לראב״י בלבד אך לרבי יהודה ורבי יוסי הדינים שונים ולכן לא תקשי לר״ן מהכא. אמנם הגר״ח כתב שאין לומר שהמורם מסוגיא זו הוא לראב״י בלבד, וז״ל: ״ואע״ג דהסוגיא הא אזלא שם אליבא דראב״י דס״ל דבת גרים לא תנשא לכהונה עד שתהא אמה מישראל, ואנן לא קי״ל כוותיה אלא כר׳ יוסי דלא מחלק בין אמה מישראל לבת גרים אלא בכל גווני שריא וכמבואר בקידושין דף עח,ב וברמב״ם פי״ט מאיסורי ביאה הי״ב, אכן י״ל דלענין עיקר הדין של קהל בזה כו״ע כראב״י דכשרות איתוספא בה, וחלוק בין אמה מישראל לאין אמה מישראל, ויסוד פלוגתת ראב״י ור׳ יוסי היא אם דין הכשר כהונה מיתלא תלוי בדין קהל שבה אם לא, דראב״י ס״ל דלעולם לא מתכשרא לכהונה עד שיהא בה דין קהל, וע״כ ס״ל דאינה כשרה לכהונה עד שתהא אמה מישראל, ור״י ס״ל דכהונה וקהל לא שייכי להדדי וכשרה לכהונה אף שאינה בכלל קהל.

דבדין משפחת לוייה הכל הולך אחר האב, מקרא דלמשפחותם לבית אבותם, משא״כ דין לוייה שאינו תלוי במשפחה, בזה מהני גם צד אמו לאשווי׳ לוי, והא דלוי מיפטר מחמש סלעים של פדיון דמבואר בהסוגיא דבכורות דבנכרי שבא על הלוייה ג״כ מיפטר בזה משום דלוי פסול מיקרי, הוא משום דהפטור של לויים בפדיון אינו תלוי כלל בדין לוייה של משפחת לוייה, כי אם דכל צד חלות לוייה שלו מועיל לפוטרו מפדיון, ועל כן מהניא לזה גם חלות לוייה הבא מצד אמו כיון דאין זה נוגע לדין משפחה כלל, והא דקאמר שם בסוגיא דבכורות אי דאיעבר מישראל למשפחותם לבית אבותם אמר רחמנא, היינו היכא דאביו ישראל ואמו לוייה כיון דמהניא משפחת האב למיחל עליה שם משפחת ישראל, א״כ ממילא פקע מיניה דין לוייה לגמרי, וחייב גם בפדיון כיון שאינו לוי כלל, משא״כ בנכרי הבא על בת ישראל דלית ביה שום חלות של שם משפחה וכו׳׳׳.[7]

עפי״ז באר הגר״ח סוגיא זו אף לרמב״ם. דין קהל אינו תלוי במשפחה, שכן הנולד מאב נכרי ואם ישראלית הוא בכלל קהל ואין מעמד זה מאמו, שכן משפחת אֵם אינה קרויה משפחה. ולכן אף בנולד מגר וישראלית, קהל מקרי, אף בלי משפחת אֵם (וכאן לא נאמר ששם גר של האב מפקיע שם קהל, דלגר אין שם חיובי שיפקיע משם קהל, משא״כ באב ישראלי ואם לויה דבהו״א פקע כל צד לויות מהבן כי לאב יש שם מעלת קהל ישראל באופן חיובי).

בהמשך חוזר הגר״ח לבאר הסוגיא לפי הר״ן ע״ש וע״ע בקהילות יעקב עמ״ס קידושין סי׳ מט שהביא דבריו.יש לציין שייתכן והר״ן יחלוק על המהלך הנ״ל ויטען שגר אינו רק העדר שם קהל אלא מעמד חיובי שמונע חלות שם קהל מצד האם.

יד. ויש להביא ראיה ליסוד זה של הגר״ח (לפיו קדושת קהל אינה תלויה ביוחסין), מתו״י יבמות עח,א ד״ה מצרי, על דברי הגמ׳ ״מצרי שני במה יטהר״, והקשו תוס׳ שישא ממזרת מדור עשירי (למ״ד דממזרת מותרת לאחר עשרה דורות), והבן יהיה מצרי שלישי וממזר לא הוי, ותרצו תוס׳ דזכרים אסורים לעולם ושמא יהיה בן. וצ״ב מדוע לא הקשו תוס׳ באופן

[7] בהמשך מבאר ר׳ חיים כיצד (בהו״א בבכורות) משפחת אב מפקיעה דין לויות שבא מכח האם, ובאב ישראלי ואם לויה הבן חייב בפדה״ב (כאמור, בהו״א) ותו״ד מהמשך הגמ׳ שבאב נכרי ואם ישראלית הבן חייב בה׳ סלעים כי אמו התחללה. והקשה הגר״ח דאף אם נתחללה מקדושת כהונה, מ״מ בכל כהנת יש לכאורה אף מעלת לוייה, ומכאן מוכח דשם ישראלית, לויה וכהנת הם שמות סותרים ואינם כלולים זה בזה.

אחר, שישא בת ממזר מדור עשירי, שהיא עצמה מותרת, אך אעפ״כ אינה בקהל הואיל ואבותיה פסולים, ומוכח מכאן שהואיל והיא עצמה כשרה, יש לה קדושת קהל, אף שלאביה לא היה בכלל קדושה זו. כלומר, לקדושת קהל אי״צ יוחסין, אלא כל שאין בו הפסול ממילא הוי בכלל קהל.

טו. המורם מכל הנ״ל דלגר״ח משפחת אֵם אינה קרויה משפחה כלל,[8] ואילו לקובה״ע בהעדר משפחת אב, משפחת אֵם אכן קרויה משפחה.

טז. נשוב עתה לשאלה בה פתחנו. מה מעמדו של הנולד מגוי שבא על בת לוי. שאלה זו מחייבת הכרעה בשתי נקודות: א) האם רבא חולק על רב פפא[9] (בגמ׳ בכורות הנ״ל אות א) ואם כן הלכה כמאן? ב) אף אם נפסק להלכה כדברי רב פפא (״לוי פסול מקרי״) יש לפנינו מחלוקת האם היותו לוי פסול נוגע רק לפדיון הבן או למעמדו כלוי בכלל:

בקובץ ׳שומר ציון הנאמן׳ [=שצ״ה מחברת א-ב-ג, (מכתב צח, צט) עמ׳ קצו וקצח] פורסם פסק של הרב שמואל באנדי ממיינץ והמהר״ם שיק (שו״ת, יו״ד סי׳ רצט) חלק עליו. להלן תורף הדברים הנוגעים לנדו״ד:

הנדון בשצ״ה הוא בבכור, שגם אביו וגם אמו נולדו מנכרי שנשא בת לויה. נמצא שגם אביו וגם אמו הם בני לויה. והעלה שהואיל ואין לנכרי חייס, בתו מלויה מתייחסת רק אחר אמה. ובאר שבבכורות מבואר שרב פפא לית ליה סברת רב אדא ב״א ד׳בפטר רחם תלא רחמנא׳ וע״כ הוא פוטר בן הנולד מגוי ובת לוי מפדה״ב הואיל והוא מתייחס אחר אמו. א״כ הבן עצמו קרוי לוי ופטור מפדיון מחמת עצמו (ולא מחמת אמו בלבד כבנולד מאב ישראל ואם לויה) ממילא בנדון שלו, גם בנו ובנה פטורים מפדה״ב. ואף שהלכה כרב אדא ב״א, הוא לא חלק על דברי רבא אלא שהוסיף שאף באב ישראל פטור מפדיון כשהאם לויה הואיל ובפטר רחם תלא רחמנא. (וע״ש שדן בסוגיא בבכורות ד,א ובאר מדוע אין משם סתירה לשיטתו ואכמ״ל).

---

[8] שו״ר מש״כ בזה ר׳ שמואל לב״ב קטו,א אות כט ובתו״ד כתב שמה שהוכיח הגר״ח מסוגיין שגם במקום שאין משפחת אב, מ״מ משפחת אם אינה משפחה, דבאמת אין ראיה כלל משם, ע״ש בדבריו.

[9] עי׳ שפ״א לבכורות שם שהסתפק בכך ונוטה לומר שרבא מודה לרב פפא אלא שמוסיף עליו ודייק כן מלשון הגמ׳ ״בדק לן רבא וכו׳ ״ ע״ש.

אמנם, המהר״ם שיק ציין לדברי מהרי״ט אלגזי על הלכות בכורות לרמב״ן (אות סה השני אות א במהדורת הרב אוריערבך והרב שדמי) שסובר ממש להיפך ממה שהוצע לעיל. מהמהרי״ט עולה שאף דברי רב פפא (דלוי פסול מקרי) מבוססים על הכלל ש׳בפטר רחם תלא רחמנא׳, אלא שרב פפא סבר שמהני ׳פטר רחם׳ של לויה לפטור רק באב גוי באופן בו הבן אינו מתייחס אחריו, אך באב ישראל שהבן מתייחס אחריו אינו פטור למרות שפָּטַר רחם לויה ואהא פליגי התם. נמצא לדבריו שלא מיבעי לרב אדא ב״א אלא אפילו לרב פפא שסובר שמקרי לוי פסול, אין זה דין כללי אלא הלכה מקומית בדיני פדיון הבן בלבד.

מצאנו א״כ בדברי מהריט״א, בנוסף לשיטת הגר״ח ור׳ אלחנן, שיטה שלישית בהבנת דברי רב פפא. לר׳ אלחנן – היות והאב גוי, בכה״ג משפחת אם קרויה משפחה; לגר״ח משפחת אם אינה קרויה משפחה אך חלק מדין לויות קיים כאן ואינו תלוי במשפחה; ולדעת מהריט״א הפטור לרב פפא נובע מדין מיוחד בפדיון הבן דבפטר רחם תלא רחמנא.

מהר״ם שיק המשיך וטען בזה״ל:

> ...יש תימה איך אפשר לומר דלויה שנתעברה מגוי הבן לוי מאי שנא מהא דאמרינן בת״כ פ׳ אמור והובא ברש״י שם ׳ויצא׳ במתניתא תנא מבית דינו של משה יצא מחוייב שרצה ליטע אהלו בתוך מחנה דן אמרו לו באותות לבית אבותם כתיב וא״כ כיון שאינו נקרא מבני דן איך יקרא בן לוי והכתוב צווח והוא בן איש מצרי ודוחק לחלק בין ליטע אהלו אצל שבט דן או ליחסו אחר שבט.[10]

בהמשך תשובתו כותב המהר״ם שיק מש״ס מוכח שמשפחת אם אינה קרויה משפחה, אף במקום שאין משפחת אב (ודלא כיסודו של ר׳ אלחנן) והוכיח כן מב״ב קי,ב:

והאחין מן האב נוחלין ומנחילין וכו׳. מנלן אמר רבה: אתיא אחוה אחוה מבני יעקב, מה להלן מן האב ולא מן האם, אף כאן מן האב ולא מן האם. ולמה לי ממשפחתו וירש אותה כתיב, משפחת אב קרויה משפחה, משפחת אם אינה קרויה משפחה אין הכי נמי, וכי איתמר דרבה - לענין יבום איתמר.

---

[10] ועיין לעיל אות ה שהבאנו ראיה זו. מהר״ם שיק מוסיף שאין לדחות ולומר ששאני התם דאיצטריך גרות, ויש אומרים שכך היה הדין קודם מתן תורה, אך לדידן דלא בעי גרות שפיר אזיל בתר אמו כי במדרש מבואר שלא זהו הטעם. אלא דאזלינן בתר בית אבותם.

לכאורה על שאלת הגמ׳ למה לי קרא ד׳אחוה אחוה׳ ללמד שאחין מן האב בלבד יורשים, תיפוק ליה דמשפחת אֵם אינה קרויה משפחה והגמ׳ אכן קיבלה הקושיא (׳אין הכי נמי׳) והרי י״ל דבעי קרא למקום בו אין משפחת אב אלא משפחת אֵם בלבד כגון בנים שנולדו מישראלית והאב גוי וקמ״ל שאינם יורשים זא״ז מדכתיב ׳אחוה אחוה׳; וע״כ מוכח מכאן דלעולם משפחת אֵם אינה קרויה משפחה.

יז. מבין פוסקי זמנינו, עי׳ בשו״ת שבט הלוי (ח״ה סי׳ קצה) שנשאל אם הנולד מאב גוי ואם לויה עולה לתורה כלוי והשיב בפשטות מלשון הגמ׳ בבכורות מז ד׳לוי פסול[11] מיקרי׳ ושפיר קורא בתורה כלוי.[12]

וע״ע חזו״א אבה״ע (ו,ו) שהסתפק בדבר וז״ל:

> ...והא דקרי לי׳ לוי צ״ע אי הוי לוי באמת, או רק לענין פטור ה׳ סלעים נקרא לוי.

וכשנשאל על כך בשנית (שבט הלוי ח״י סימנים רכד-רכה, ורל) ושם נשאל מדברי הגר״ח הנ״ל, שכן לפי הגר״ח פשיטא שאינו לוי דמשפחת אֵם אינה קרויה משפחה כלל, ויש בו שם לויות לענין פטור מפדיון הבן בלבד, כתב, שאף שבעבר פסק שהבן לוי גמור אף לעלות לתורה, עתה מביא את דברי הגר״ח, וכן את ספקו של החזו״א והדברים היו שקולים בעיניו. עד שראה את דברי המהר״ם שיק לפיו הבן אינו לוי כלל ומסיים:

״...ודעתי העני׳ נוטה עכשיו לזה שאינו בעצמו לוי כלל, רק פטור מפדה״ב מכח פטר רחם של אמו הלויה, וכדעת הג׳ רבינו חיים ז״ל הנ״ל, וכל היותר הוא ספק נוטה לברי שאינו לוי כנ״ל, וא״כ בודאי לא יעלה לקרה״ת בתור לוי וגם לענין שאר דברים יש לדונו כישראל. קצרתי במובן, וגם בלי מו״מ רק למעשה, וכ״ת יראה אם כנים הדברים וכדעתו הג׳ כן יעשה״.

[וע״ע בשו״ת אור לציון (ח״א יו״ד סי׳ יט) נשאל אודות הנולד לגוי שבא על בת לוי, שבודאי פטור מפדה״ב, ועתה נשא ישראלית, מה דין בנו? וע״ש שכיון לראית מהר״ם שיק מדברי רש״י בחומש].

---

[11] יש לעיין לענין מה מקרי ׳פסול׳.

[12] מעתה, יש לדון בכהנת שילדה מהפריה מלאכותית, לסוברים שבאופן זה הבן אינו מתייחס לאב (עי׳ ח״מ אבה״ע סי׳ א ס״ק ח וב״ש שם ס״ק י), האם הבן יהיה כהן (אמנם לענין כשרות לעבודה – יעויין אבה״ע סו״ס ג).

יח. סיכום

משפחת אב קרויה משפחה ומשפחת אֵם אינה קרויה משפחה. לדעת ר׳ אלחנן וסרמן במקום שאין משפחת אב משפחת אֵם קרויה משפחה. לדעת הגר״ח לעולם משפחת אֵם אינה קרויה משפחה וכן הוכיח בשו״ת מהר״ם שיק. נפ״מ מדיון זה למעמדו של בן מאב נכרי ואם לויה (שפטור מפדה״ב) אם הוא לוי (לקרא בתורה וכד׳) או רק פטור מפדה״ב, ונפ״מ לבכור שיולד לאותו אדם וכנ״ל.

יט. בשולי הדברים יש להעיר על מש״כ בשיעורי ר׳ שמואל קידושין ד,א. בסוגיא למדו שבת כהן שיש לה זרע מישראל, או זרע זרעה ואפילו זרע פסול, פוסלה מלאכול בתרומה. ובתוס׳ שם (ד״ה זרע) כתבו שזרע פסול לאו דוקא דכל שזרעה פסול ע״כ שהיא נבעלה לפסול לה ונפסלה בעצמה מלאכול בתרומה, אלא המכוון לזרע זרעה פסול. והקשה ר׳ אלחנן דמשכח״ל זרע פסול בלא שהיא עצמה נתחללה בביאה פסולה וכגון שנתעברה באמבטי דלא נפסלה כי לא היתה ביאה וסוכ״ס זרע פסול מקרי. ור׳ שמואל העיר על דבריו שלפי הח״מ (אבה״ע סי׳ א) שבנתעברה באמבטי הולד אינו מתייחס אחריו כלל, הרי שבנוד״ד הולד יתייחס רק אחר אמו (וכדאשכחן בבכורות מז,א בבת לוי מעכו״ם) נקרא זרע ישראל לפוסלה מתרומה, ומיושבת קושיית ר׳ אלחנן. וחזר ר׳ שמואל ואמר שלפי הגר״ח (הנ״ל) אין כונת הגמ׳ שבן לויה מעכו״ם הוא לוי, אלא שרק לענין פדה״ב יש לו לויות ושוב הדרה קושיית ר׳ אלחנן לדוכתא די״ל דבנתעברה באמבטי מזרע פסול, הרי זרעה מישראל ופוסלה מלאכול בתרומה ולא ייקרא כהן מחמת אמו. (וע״ש המשך דברי ר׳ שמואל בהסבר קושיית ר׳ אלחנן). אמנם יש להעיר על דברי ר׳ שמואל, שלר׳ אלחנן לשיטתו צ״ע וא״א להסביר קושייתו על פי דברי הגר״ח, שכן לדעתו בכה״ג שאין ייחוס אחר האב (נתעברה באמבטי לח״מ) מתייחס הולד אחר אמו לגמרי דבאופן שאין משפחת אב, משפחת אֵם קרויה משפחה וצ״ע.

הרב יוחאי יחיא

דין הבחנה

ראשי הפרקים

א. פתיחה
ב. דין דאורייתא או תקנה דרבנן?
ג. שיטות האחרונים
ד. דין הבחנה ביפת תואר
ה. הבחנה בביאת זנות ובגיורת
ו. סיכום

א. פתיחה

איתא במשנה ביבמות מא,א:

> וכן שאר כל הנשים לא יתארסו ולא ינשאו עד שיהיו להם שלושה חודשים אחד בתולות ואחד בעולות אחד גרושות ואחד אלמנות אחד נשואות ואחד ארוסות.

בטעם הדבר נחלקו אמוראים (שם מב,א) לשמואל הטעם משום שאמר הפסוק "להיות לך לאלוקים ולזרעך אחריך" – להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של שני (מפרש רש"י – ולזרעך אחריך שאין השכינה שורה אלא על הוודאין שזרעו מיוחס אחריו).

ולרבא הטעם – גזירה שמא ישא אחותו מאביו (אם נשאת תוך שלושה חודשים וילדה והוא בן תשע לראשון ונולד בביתו של שני יסבור שהוא בנו וישא את בת בעלה הראשון שיש לו מאישה אחרת והיא אחותו מן האב – רש"י שם) וייבם אשת אחיו מאמו (שאם תלד לאחרון בן אחר וישא אישה וימות בלי בנים ויבמנה זה שיסבור שהוא אחיו מאביו ונמצא שמייבם אשת אחיו מאמו שלא מאביו וחייב כרת), ויוציא את אמו לשוק (אם תלד אמו לשני וימות וכסבורים שזה בנו ותינשא אמו לשוק ללא חליצה), ויפטור את יבמתו לשוק (אם יש לו אח מאביו הראשון ולא היו לו בנים ומת ואין שם אלא הוא והוא סבור שהוא בין האחרון ונמצאת אשת בנו של הראשון הזקוקה לו נשאת לשוק ללא חליצה).
לפני שניגש לעסוק ביסודות דין הבחנה נקדים ונשאל מדוע צריך דין זה והלא יש כאן בפשטות דין רוב נשים לתשעה יולדות ומדוע לא נלך אחר הרוב?

אומר הישועות יעקב (אבה״ע סימן יג ס״ק ב) – טעם הדבר שלמרות שבכל איסורי תורה הולכים אחר הרוב כתבו התוספות יבמות לז,א כיון שיכול לבוא לידי ספק החמירו חז״ל, וההסבר לכך – שהרי עיקר טעם דין הבחנה, לשמואל – הוא מהפסוק להיות לך לאלוקים. להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של שני וברוב עדיין אין הבחנה ברורה כמו שכתב בשיטה מקובצת בב״מ ו בשם הרא״ש – שרובא אינו דבר ברור רק שהתורה התירה ספק כזה. ממילא בכל מקום שצריך דבר ברור לא יועיל רוב ולכן בנידון דידן לא הולכים אחר הרוב.

ולרבא הסובר שהטעם שמא ישא אחותו מאביו, פירש רש״י – אחותו מאביו הראשון ולפי זה דוקא בגלל שצריך ללכת אחר הרוב יש לחשוש שיחשוב שהוא בנו של הבעל השני וישא אחותו מהבעל הראשון למרות שזה נגד הרוב.

ב. דין דאורייתא או תקנה דרבנן?

ויש לדון האם דין הבחנה הוא דאורייתא או דרבנן?

יש לציין, שכל הספק הוא דווקא באישה הראויה להתעבר אבל באישה שאינה ראויה להתעבר או שרחוק הדבר שתתעבר, לדעת הכל זו גזירה וחומרא דרבנן משום לא פלוג, שכך שנינו בברייתא (ביבמות מב,ב) – הרי שהיתה רדופה לילך לבית אביה או שהיה לה כעס בבית בעלה או שהיה בעלה חבוש בבית האסורין או שהיה בעלה זקן או חולה או שהיתה היא חולה או שהפילה אחר מיתת בעלה או שהיתה עקרה או זקנה או קטנה או אילונית או שאינה ראויה לילד צריכה להמתין ג׳ חדשים, דברי ר׳ מאיר.

ובכתובות (ס,ב) אמר רב נחמן אמר שמואל הלכה כר׳ מאיר בגזירותיו, והסביר רש״י במקום – בכל מקום שהוא מחמיר מדרבנן. וכן היא הסכמת הראשונים והשו״ע אבה״ע סימן יג,א.

המלבי״ם בדברים (כא,יג) רוצה לתלות דין זה במחלוקת תנאים בספרי שם אות יא. בספרי מובאת מחלוקת ר״ע ור׳ אליעזר על הפסוק בדין יפת תואר ״ואחר כן תבא אליה ובעלתה״ ר״ע אומר לאחר ג׳ חודשים להבחין בין זרע ראשון לזרע שני ור׳ אליעזר אומר ירח ימים כמשמעו.

לומד המלבי״ם – שר״א ור״ע חולקים האם הבחנה דאורייתא או דרבנן. ר״ע מדייק מהמילה ואחרי כן – שזה אחרי דברים רבים והיינו שני חודשים שאחר הבכיה.

כעת נקדים את שיטות הראשונים כפי שנראה מפשט לשונם. ברש״י (במקום) נראה שהוא תופס בפשטות שדין הבחנה אליבא דשמואל הוא דאורייתא שהרי הוא מטעים זאת בהשראת השכינה בישראל. לעומת רש״י בד״ה לזרעך אחריך. כותב בהמשך הגמרא (ק,ב) דורשים פסוק שזה אזהרה לאברהם שלא ישא גויה ושפחה שהרי זרעך יתייחס אחריה. לפי זה יש מסבירים שפסוק זה ביחס לדין הבחנה הוא אסמכתא בעלמא.

הרמב״ם (גירושין יא,יח) כותב: כל אישה שנתגרשה או שנתאלמנה הרי זו לא תינשא ולא תיתארס עד שתמתין תשעים יום חוץ מיום שנתגרשה או שמת בעלה בו וחוץ מיום שנתארסה בו כדי שיודע אם היא מעוברת או אינה מעוברת להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של שני״.

עוד כתב (גירושין יא,כ): ״וגזירת חכמים היא שאפילו אישה שאינה ראויה לילד ואפילו נתגרשה או נתאלמנה מן האירוסין צריכה להמתין תשעים יום״.

הרדב״ז (שו״ת א,רסד) מדייק משינוי לשון הרמב״ם, בין שתי ההלכות הנ״ל, שרק בהלכה כ לגבי נשים שאינן ראויות לילד נקט הרמב״ם שזו גזירת חכמים, משמע שעצם התקנה המובאת בסעיף יח היא דאורייתא.

הרדב״ז עצמו מוסיף שניתן להבין ברמב״ם שהבחנה הינה דרבנן ומה שנקט הרמב״ם בהלכה כ ״גזירה, הכוונה להרחבת הגזירה וגם עצם דין ההבחנה הוא דרבנן אף שפשט לשון הרמב״ם מורה שזה דאורייתא כנ״ל.

אף הערוך לנר תופס שרש״י והרמב״ם סוברים שדין הבחנה (בדעת שמואל) הוא דין דאורייתא אלא שהוא מוכיח זאת מהגמרא ופרש״י בנדרים כ ונביא תמצית דבריו:

לפי פירוש רש״י ביבמות מב בד״ה לזרעך אחריך, מוכח שדין הבחנה הוא דאורייתא. שהרי הגמרא בנדרים כ,ב על הפסוק ״וברותי מכם את הפושעים והמורדים בי״ דורש רבי לוי שאלו בני תשע מידות וביניהם בני ערבוביא ובהסבר בני ערבוביא מביא רש״י ג׳ פירושים:

א. שבא על אישה בין הנשים ואינו יודע על איזה מהן בא (כרא״ש).

ב. אישה אחת שבאו עליה אנשים הרבה ואין ידוע בנה של מי הוא (כר״ן).

ג. ספק בן תשע לראשון או בן שבע לאחרון.

ורש״י תפס עיקר כפירוש ג׳.

ונראה שהפירושים שם תלויים במחלוקת שמואל ורבא, לפי שמואל שהבעיה בהבחנה שהזרע לא מבורר שפיר להעמיד את הגמרא בנדרים שבני ערבוביא הוולד עצמו פגום והוא בכלל הפושעים והמורדים כי הוא נוצר בעבירה וענין זה מדאורייתא שהרי יחזקאל לא דיבר בגזירות דרבנן.

אך לרבא שכל החשש הוא רק גזירה דרבנן שמא ישא אחותו מאביו וכו׳, אין בעצם המעשה עבירה דאורייתא והוולד אינו פגום ולכן אי אפשר ללמוד דין הבחנה מיחזקאל.

ומזה שרש״י תופס עיקר שניתן להסביר בפסוק ביחזקאל דין הבחנה מוכח שדין הבחנה דאורייתא.

ואכן הרמב״ם (גירושין יא,כה) פסק שצריך להמתין ג׳ חודשים משום הבחנה כשמואל וטעמו (ולא פסק כרבא שהוא אחרון) משום שהוא סובר בבני ערבוביא כפירוש ג׳ ברש״י ולפי זה דין הבחנה הוא דאורייתא והוא פוסק כרבי לוי בנדרים כ,ב וכמובן שלפי דבריו פשוט וברור שבכל ספק בדין זה נדון לחומרא.

ג. שיטות האחרונים

הנפקא מינה המרכזית האם דין הבחנה הוא דין דאורייתא או דרבנן היא כיצד להתייחס במקרה של ספק האם כספקא דאורייתא ולחומרא או מדרבנן ולקולא.

ראשית נביא את שיטת הבית שמואל (יג ס״ק א) שאליה מתייחסים אחרונים רבים; שבתחילה רוצה הב״ש לומר שהמחלוקת בין שמואל לרבא הוא האם דין הבחנה הוא דאורייתא או דרבנן. לשמואל שלומד זאת מפסוק זה דין דאורייתא ולרבא שזו גזירה זה דין דרבנן. אך הוא שב ומסיק שאפשר שגם לשמואל דין הבחנה הוא מדרבנן והפסוק אסמכתא בעלמא.
המרחשת מביא שיש אחרונים שסוברים שאליבא דשמואל שלומד דין זה מהפוסק ״והיה לך ולזרעך אחריך״ דין זה הוא דאורייתא. ולשיטה זו ספיקו לחומרא.

ולרבא שבפשטות זו גזירה דרבנן מביא המרחשת שני הסברים שלפיהם גם לרבא יהא ספיקו לחומרא. והסבר אחד שלפיו יהא ספיקו דרבנן:

א. גם לטעמו של רבא שזו גזירה דרבנן נראה שגזירה זו קדומה מימות נביאים ראשונים כמו שמשמע מתוספות מגילה יג שאסתר היתה עומדת מחיקו של אחשוורוש ויושבת בחיקו של מרדכי והקשו התוספות הרי זה אסור משום הבחנה?

רואים שהם תפסו שדין הבחנה נהג כבר בתקופת מרדכי ואסתר וכן משמע ממדרש רבה (רות פרשה ה) שהלכה זו נהגה כבר מתקופת רות שהרי נעמי המתינה עם העסק של רות ובועז עד כלות קציר החיטים כדי שיעברו שלושה חודשים מאז שבאה רות לחסות תחת כנפי השכינה כדין גיורת שצריכה להמתין ג׳ חודשים.

לפי זה לדין הבחנה יש תוקף של דאורייתא לעניין ספיקות. ואפילו לרבא שזה גזירה דרבנן, ייתכן ויש להחמיר כמו שכתב הטורי אבן במגילה שספק בדברי קבלה הוי לחומרא.

ב. המרחשת עצמו רוצה לומר שדין הבחנה קדום הוא רק במקום שיש חשש בפועל שראויה לילד. אבל במקום שגזרו חכמים מצד לא פלוג או בשאר ספיקות (כגון בגירושין האם משעת כתיבה או משעת נתינה מתחילים ימי ההבחנה). אם כן במקרים אלה ספיקו לקולא.

עם זאת, מעיר המרחשת, שעדיין יש לומר, שאפילו למאן דאמר שדין הבחנה הוא דרבנן יהיה ספיקו לחומרא כיון שלאחר שלושה חודשים תהיה מותרת בודאי אם כן הוי ליה דבר שיש לו מתירין וספיקו אסור, (כדאיתא בביצה ד). וגם בספיקא דדינא הדין כן כמו שהוכיח רע״א מדברי רש״י בעירובין לט,ב. אך המרחשת דוחה זאת עפ״י דברי הצל״ח ביצה ד, שאומר שמה שאומרים דבר שיש לו מתירין אפילו באלף לא בטיל זה רק במידי דאכילה (שיש לי אפשרות לאכול את הדבר היום או מחר ולכן אומרים מוטב שיאכלנו מחר בהיתר) אבל במידי דלאו לאכילה כמו טילטול מוקצה שיכול לטלטלו גם היום וגם מחר לא שייך לומר שזה דבר שיש לו מתירין שהרי אם נתיר לו רק מחר הוא יפסיד את הטילטול של היום ולזה אין תשלומין.
לפי זה הוא הדין בנידון דידן כיון שיכולה להיות נשואה גם לפני וגם אחרי ג׳ חודשים א״כ לא הוי דבר שיש לו מתירין.

ג. יש צד במחרשת לומר שבהבחנה יש דין של ערווה (מחשש שמא ישא אחותו מאביו) למרות שזה רק דין דרבנן וגם באיסור ערווה דרבנן הוי דבר שבערווה כדמוכח גיטין ב,ב. ונפקא מינה אם היא או עד אחד נאמנים.

ולעניות דעתי שלפי הסבר זה גם כשדין הבחנה דרבנן יהיה ספיקו לחומרא משום חומרא דעריות.

הרדב״ז נשאל אודות אישה שמרדה בבעלה והלכה לבית אביה ואחר זמן התגרשה מבעלה ורוצה להינשא קודם ג׳ חודשים מהגירושין. האם מותר לה משום דהוי מילתא דלא שכיחא (שהאשה מורדת ובורחת לבית אביה האם זה דומה לאנוסה ומפותה)?

אומר הרדב״ז דאין לסמוך על זה כלל, היות וחכמים הישוו מידותיהם וגזרו בכל הנשים אם כן אין להוציא מן הכלל שום אישה חוץ מאלו שהוציאו חז״ל במפורש. ואגב שהוא מביא את דעת הרמב״ם הוא דן בלשונו שכתב ״וגזירת חכמים היא שאפילו אישה שאינה ראויה לילד וכו״ יש שרצו לדייק ברמב״ם שדווקא אישה שאינה ראויה לילד זה גזירת חכמים אך הראויה לילד אסורה מדאורייתא ודלא כמשמע בתוס׳ יבמות מב (ד״ה ולזרעך), שדין זה הוא מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא.

ואומר הרדב״ז שבדרך הסברה ניתן ליישב את הרמב״ם עם תוס׳ באופן שנאמר שמה שכתב הרמב״ם פירושו שגזירת חכמים היא שאפילו אישה שאינה ראויה לילד היא בכלל הגזירה וכל הדין הזה הוא חדא גזירה אבל מפשט לשון הרמב״ם משמע שדין הבחנה באישה הראויה לילד הוא מדאורייתא.

השאילת שלום על השאילתות דרב אחאי גאון (שאילתא יב אות יח), מביא את דעת שמואל שיסוד דין הבחנה הוא מ״להיות לך לאלוקים ולזרעך אחריך״ ודייק רב אחאי גאון ממילת ״אחריך״ שהיא לכאורה מיותרת, שיש להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של שני ולומד שיתכן שמי שדורש מיתור דאחריך להבחנה (שמואל) סובר שדין הבחנה דאורייתא ולרבא אינו אלא מדרבנן. השאילת שלום מביא את הב״ש, שסבור שגם לשמואל דין הבחנה דרבנן. בתחילה הוא מקשה עליו אך בהמשך הוא מביא ראיה לב״ש עפ״י נוסחת הגאון המדייק מהמילה ״אחריך״.

ובגמרא יבמות ק,ב אמר שמואל כהנים עומדים ופירש אחד ובעל משתקים אותו מדין כהונה דאמר קרא ״והיתה לו ולזרעו אחריו״ ובעינן זרעו מיוחס אחריו וליכא.

מתקיף לה רב פפא אלא מעתה גבי אברהם דכתיב להיות לך לאלוקים וזרעך אחריך התם מאי קמזהר לה רחמנא? בשלמא לפי רבא מובנת קושיית רב

פפא אבל לפי שמואל לכאורה מה מקשה רב פפא הרי מפסוק זה הוא לומד הבחנה! אלא על כרחך שכל מה שלומד שמואל הבחנה זה מדרבנן והפסוק הוא אסמכתא בעלמא, אולם בדעת הגאון נראה ברור לשאילת שלום שדין הבחנה הוא דאורייתא.

הקרן אורה (יבמות מב) כותב, שהאחרונים הסתפקו האם הפסוק להיות לך לאלוקים זו דרשה גמורה ואיסורו מהתורה או שהפסוק אסמכתא בעלמא ודעתו לומר שזו אסמכתא: א) מכיון שהפסוק נידרש בהמשך הגמרא דף ק,ב לדבר אחר (כבתוס' הנ"ל). ב) אפילו שנאמר שצריך זרעו מיוחס אחריו מהתורה, מכל מקום איסור הבחנה הוא מדרבנן כיון שמהתורה סומכים על הרוב.

בעל הישועות יעקב (אבה"ע יג הבאור הארוך ס"ק א) מוכיח שלשמואל דין הבחנה הוא דאורייתא:

הרמב"ן מקשה ביבמות מב למה לא אמר הש"ס שאיסור הבחנה הוא משום שמא מעוברת ויבוא ליד איסור מעוברת חבירו? ומתרץ הישועות יעקב ששמואל סבירא ליה שבאיסור דרבנן לא גוזרים הא אטו הא שהרי איסור מעוברת חבירו מדרבנן.

אלא שיקשה עליו מדוע אסורה להיתארס וגם קשה מהברייתא דהיתה רדופה כתובות ס,א. מכאן ששמואל סובר שהבחנה היא איסור דאורייתא וע"כ גוזרים הא אטו הא וממילא פשוט שלא שייך לומר שזו גזירה שמא היא מעוברת כיון שהוכחנו שהבחנה זה דין דאורייתא.

אבל לרבא הסובר שדין הבחנה דרבנן נתרץ שהוא ידע את הברייתא של גר וגיורת, שצריך להמתין ג' חודשי הבחנה ושם ודאי לא שייך לגזור אטו מעוברת חבירו.

בספר דרישת ארי (המובא באוצה"פ) עושה כעין פשרה בדין זה, כלומר שגם אם עיקר דין הבחנה מדאורייתא פירושו שמדאורייתא אין צורך בג' חודשי הבחנה ויתכן ודי בחודש הבחנה ואפילו פחות מכך והטעם – כיון שרוב נשים לתשעה חודשים יולדות ומה שמצריכים ג' חודשים זה רק שמא תלד לשבעה חודשים, ולמיעוט כזה אין התורה חוששת ורק חכמים חששו לזאת ולכן גזרו להמתין ג' חודשים.

ד. דין הבחנה ביפת תואר

כתוב בתורה (דברים כא,יג) בדין יפת תואר "ובכתה את אביה ואת אמה ירח ימים ואחר כן תבוא אליה ובעלתה". והשאלה המתבקשת היא, האם נצריך להמתין ימי הבחנה.

בגמרא ביבמות מח,א: ובכתה את אביה ואת אימה ירח ימים.

ירח – שלושים יום ר' שמעון בן אלעזר אומר תשעים יום, ירח – שלושים, ימים – שלושים, ואחר כן – שלושים.

ואילו בתוספתא סוף פרק ו ביבמות: יפת תואר התורה נתנה לה לי יום אבל אמרו חכמים שצריכה להמתין שלושה חודשים מפני תיקון הוולד. ר' שמעון בן אלעזר היה מביאו מן המקרא. שנאמר ירח, ימים, ואחר כן.

הברכי יוסף (אבה"ע יג,ד) והמלבי"ם הנ"ל – לומדים שהמחלוקת בתוספתא היא, האם דין הבחנה דאורייתא או דרבנן.

אומר הברכי יוסף, שאם ההבחנה דאורייתא מובן מה שכתבה התורה אשת יפת תואר ודרשו חז"ל אשת ואפילו אשת איש.

והקשו תוס' (קידושין כא), למה לי קרא הרי אין אישות לעכו"ם. אומר הברכי יוסף אם נאמר, שהבחנה דאורייתא, אז מובן למה אמרה התורה אפילו אשת איש, לומר שאפילו הכי מותר לבוא עליה ואין איסור מדין הבחנה.

יש להעיר שלכאורה קשה על הט"ז (ריש חו"מ ועוד), מהדיעה הראשונה בתוספתא, שהרי הט"ז סובר שאם התורה גזרה שלושים יום במפורש ולא חששה לחששות חז"ל בדין ההבחנה, א"כ אין בכח חכמים לאסור נגד היתר מפורש בתורה.

הרמב"ם (גירושין יא,כא) פוסק שיפת תואר צריכה הבחנה ג' חודשים. הכסף משנה (מלכים ח,א) אומר שהבחנה ביפת תואר זה בין הביאה הראשונה לישראל לבין המשך בעילותיו.

המגיד משנה כותב (גירושין יא,כא) שמה שכתב הרמב"ם בגיורת ויפת תואר שצריכות ג' חודשים. מדובר דוקא בנשואה שהרי בגיורת פנויה לא גזרו ג' חודשי הבחנה כיון שהיא מתהפכת.

אולם הברכי יוסף הנ"ל (בסוף הדיבור) משיג על המגיד משנה ואומר שמהרמב"ם גם בהלכות גירושין וגם בהלכות מלכים שסתם, יש להוכיח שדין יפת תואר הוא בין בפנויה ובין בנשואה. והטעם שלא חוששין כאן למתהפכת ואינה דומה לזונה המתהפכת כי על הרוב אומר לה שרוצה לישא אותה ולוקחה בפרהסיה להביאה אצלו וע"כ כיון שברור לה שהיא תינשא לו.

יש להבהיר, שכל דין ההבחנה ביפת תואר הוא רק בין ביאה ראשונה לביאה שניה, אך בין ביאה ראשונה לבין הביאות הקודמות של הגוי אין צורך בהבחנה ושני טעמים לדבר: א) המשנה למלך אומר שלא דיברה התורה אלא כנגד יצר הרע. ב) בכל מקרה הוולד מביאתו הראשונה הוא גוי וע"כ אין צורך בימי הבחנה.

ה. הבחנה בביאת זנות ובגיורת

א. ביאת זנות

יבמות לה,א: "הגיורת והשבויה והשפחה שניפדו ושנתגיירו ונשתחררו. צריכות להמתין שלושה חודשים דברי ר' יהודה, ר' יוסי מתיר ליארס ולינשא מיד. ועוד שם אנוסה ומפותה צריכה להמתין ג' חודשים דברי ר' יהודה, ר' יוסי מתיר ליארס ולינשא מיד" יוצא שלדעת ר' יוסי אין חובת הבחנה חלה בבעילת זנות וטעמן – או שכשאישה מזנה משמשת במוך או שמתהפכת.

ואילו ר' יהודה החמיר מטעם שחוששים שלא התהפכה יפה ולר' יוסי טעם נוסף בגיורת מכיון שדעתה להתגייר שומרת עצמה כדי להבחין בין זרע שנזרע בקדושה לבין זרע שנזרע שלא בקדושה.

בגמרא שם מובאת גם דעת שמואל הסובר שכולן צריכות להמתין שלושה חודשים. חוץ מגיורת משוחררת גדולה אבל קטנה בת ישראל אינה צריכה להמתין ג' חודשים. וטעמו – בקטנה כיון שזנות קטנה לא שכיח ובגיורת ומשוחררת כדעת ר' יוסי הנ"ל יוצא ששמואל מקל רק בבעילת זנות בקטנה או בגיורת ומשוחררת גדולה אבל בבעילת זנות בבת ישראל גדולה (אנוסה או מפותה) חולק על ר' יוסי ומצריך ג' חודשים (לפירוש רש"י).

והטעם להחמיר בזנות של ישראלית גדולה דוקא. משום דגזרינן זנות אטו נישואין שמתעברת (בעוד שבקטנה לא שייך שמתעברת ע"כ לא גזרו בה).

להלכה פסק הרמב"ם (גירושין יא,כב) וכן בשו"ע (אבה"ע יג,מ) שהמזנה אינה צריכה להמתין מפני שמהפכת עצמה בשעת תשמיש. אך הרז"ה (יבמות י,א

בדפי הרי"ף) וכן הרא"ש (יבמות פרק ג סימן ו), פסקו כרבי יהודה, אבל בגיורת גדולה משמע שיש להקל כשמואל וכן פסק הרמ"א: וי"א דכל אילו צריכות להמתין אם הם גדולות וראויות להתעבר.

לפי זה ביודעת שלא התהפכה האם צריכה להמתין ג' ימי הבחנה או לא (כגון בגיורת)? לכאורה זה יהיה תלוי במחלוקת האם דין הבחנה מדאורייתא או מדרבנן. אם זה מדאורייתא מסתמא זה יהיה לחומרא. ואם זה מדרבנן יתכן דגם בכהאי גוונא לא גזרו.

ב. בגיורת

ביבמות מב,א מבואר שימי הבחנה חלים גם על גר ואישתו הבאים להתגייר יחד, (אף שאין כאן שום ספק באבהות).

וז"ל הגמרא: מתיר רבא לפיכך גר וגיורת צריכין להמתין ג' חודשים הכא מאי להבחין איכא? הכא נמי איכא להבחין בין זרע שנזרע בקדושה לזרע שנזרע שלא בקדושה.

לכאורה דברי הגמרא הללו סותרים את דברי ר' יוסי ושמואל הנ"ל שסברו שבגיורת אין דין הבחנה.

תוס' (לה,א בד"ה חוץ) בתירוץ האחרון. חילקו בין גיורת הבאה להתגייר יחד עם בעלה שאז צריך הבחנה (ועל זה דיברה הסוגיה בדף מב) מפני שכל הזרע מאותו האיש ובאופן זה אינה חוששת להבחין בין זרע שנזרע בקדושה לשלא בקדושה. ואילו ר' יוסי ושמואל בדף לה מדברים בגיורת שנתגיירה לבד.

ורש"י (לה,א בד"ה הוא דאמר כר' יוסי וכו') כתב: אבל בגיורת לא גזור (שמואל) זנות שבנכרית משום נישואין דבנכרית. דאפילו גיורת נשואה כיון דדעתה לאגיורי מתהפכת נמי כדי להבחין בין זרע קדושה לזרע שלא בקדושה יוצא לפי רש"י שגיורת אפילו נשואה אינה צריכה הבחנה.

דעת הרמב"ם (גירושין יא,כא) ששפחה שנתשחררה וגיורת שנתגיירה ממתינין תשעים יום ואפילו גר ואישתו שנתגיירו מפרישין אותם תשעים יום כדי להבחין בין זרע שנזרע בקדושה לזרע שלא נזרע בקדושה. קשה הרי זו דעת ר' יהודה והרמב"ם פסק כר' יוסי להקל בכל בעילת זנות. אם כן, מדוע החמיר בגיורת פנויה (כמשמע מסתימת לשונו)?

המגיד משנה רוצה לומר שדברי רבינו הם דווקא בשפחה וגיורת שהיו נשואות. אך פנויות אינן צריכות להמתין, ובהכרח כך סובר ר' יוסי (וזה דלא כהסבר התוס' כנ"ל).
השו"ע (אבה"ע יג,ה) מעתיק את לשון הרמב"ם ומוסיף עליו שפחה וגיורת שהיו נשואות לבעלים בגיותן וכו' רואים שהוא מסכים להסבר המגיד משנה ברמב"ם.

בדעת הרמ"א (שם) שפסק להחמיר כר' יהודה וז"ל: "י"א שבכל אלו צריכות להמתין", אומר הב"ש (שם ס"ק ט), שגם הרמ"א סובר שממאנת וכן קטנה בזנות וגיורת אפילו גדולה אינן צריכות להמתין. (משמע שהרמ"א פוסק כשמואל), ובשו"ת שאלת יצחק (בסימן סא) כתב שחובת הפרישה בגר וגיורת אינו איסור תורה ולא מדרבנן אלא חומרא בעלמא.

בגיורת שאינה ראויה להתעבר, כתב הדגול מרבבה לגבי גר וגיורת שנתגיירו יחד שאם היא זקינה אינם צריכים הפרשה ולמרות שהח"מ (ס"ק צ) הסתפק בזה זה דווקא כשנתגיירה לבד ונישאה אח"כ מאחר ובזה דינה כישראל, אך כשנתגיירו שניהם ונשארים ביחד שלא מצוי כיוצא בזה בישראל אין צריך הפרשה.

וכן דעת הגר"מ פיינשטיין (אגרו"מ אבה"ע ב,ה) ויש לדון בימינו שיש בדיקות לגילוי הריון לכאורה לפי הדגול מרבבה גם בגויה המסוגלת לילד אם נבדקה ונמצאת שאינה מעוברת אינה צריכה להמתין חודשי החבנה. וכן מקרים כעין אלו נידונים במספר אופנים. כגון באישה שפירסה נידה שלכאורה לא היתה מעוברת קודם. בגמרא משמע שגם מעוברת רואה אך אומר הב"ח שבזמננו מעוברת אינן רואות.

אם היא ישראלית גם בזקינה גזרו אבל אם היא גיורת לכאורה נקל. אך מסיק הגר"מ פיינשטיין להקל רק בשעת הדחק גדול, ע"ש.

ו. סיכום

א. הבאנו הגמרא ביבמות מב,ב ומחלוקת רבא ושמואל לטעם הדין.

ב. הישועות יעקב מסביר מדוע לא הולכים אחר רוב היולדות לתשעה.

ג. המלבי״ם מביא ספרי, ובו מחלוקת ר׳ עקיבא ור׳ אליעזר האם ביפת תואר יש דין הבחנה.

ד. האם דין הבחנה דאורייתא או דרבנן באישה הראויה לילד?

1. לרש״י – לשמואל זה דאורייתא.
2. לתוס׳ – לשמואל זה דרבנן והפסוק להיות לך לאלוקים לזרעך אחריך הינו אסמכתא בעלמא.
3. לרמב״ם בפשטות זה דאורייתא.
4. לבית שמואל זה דרבנן, והפסוק אסמכתא בעלמא.
5. למרחשת זו תקנה קדומה מהכתובים.
6. לרדב״ז זה דין דרבנן.
7. לרב אחאי גאון זה דין דאורייתא ומדייק מהמילה אחריך.
8. לשאילת שלום זה דרבנן ומדייק מקושית רב פפא יבמות ק ששם מקשה רב פפא מה עושים עם הפסוק להיות לך לאלוקים לגבי אברהם, רואים שברור לו שזה דין דרבנן.
9. לקרן אורה הפסוק אסמכתא בעלמא כיון שבדף ק,ב נדרש הפסוק לדבר אחר.
10. לישועות יעקב דין הבחנה לשמואל דאורייתא.
11. דרישת ארי עושה כעין פשרה שעיקר הדין דאורייתא. ודי בחודש או פחות ורבנן הצריכו ג׳ חודשים.

ה. ביפת תואר

1. לברכי יוסף ולמלבי״ם אלו שתי דיעות בתוספתא. שלדעה ראשונה דין הבחנה של ג׳ חודשים זה מדרבנן ולדיעה שניה זה דאורייתא.
2. הרמב״ם סובר שהבחנה ביפת תואר זה ג׳ חודשים.
3. המ״מ למד ברמב״ם שדין הבחנה ביפת תואר זה דווקא בנשואה.
4. והברכי יוסף חולק על המ״מ וסובר שזה בין בנשואה ובין ברווקה.

ו. דין הבחנה בביאת זנות ובגיורת

1. בבעילת זנות הבאנו מספר דיעות ביבמות דף לה.
   - לר׳ יוסי המיקל מטעם שמזנה ומתהפכת.
2. ובגיורת מיבמות מב משמע שדין הבחנה גם על גר ואישתו.
3. ותוס׳ חילק בין נשואה לפנויה.
4. ולרש״י אין דין הבחנה בגיורת.
5. למ״מ והשו״ע בדעת הרמב״ם – דוקא בגיורת נשואה שייך דין הבחנה.
6. ובגיורת שאינה ראויה להתעבר
   - הדגול מרבבה מקל
   - והגר״מ פיינשטיין מתיר בשעת הדחק.

הרב אלעד אליהו

קטן בעדות אשה

ראשי הפרקים

א. פתיחה
ב. מת פלוני – חשש משחק
ג. עדות בקטן
ד. דין הנשים
ה. שיטת הטור
ו. רמב״ם, ב״י ושו״ע
ז. בית שמואל
ח. גיל הקטן
ט. דין לאלתר ולהעיד בגודלם

א. פתיחה

משנה יבמות קכא,ב:

> אפילו שמע מן הנשים אומרות (רש״י – שלא היו מתכוונות להעיד ומסיחות לפי תומן.) מת איש פלוני – דיו. ר׳ יהודה אומר: אפי׳ שמע מן התינוקות אומרים הרי אנו הולכין לספוד ולקבור את איש פלוני. בין שהוא מתכוין, ובין שאינו מתכוין; ר׳ יהודה בן בבא אומר: בישראל – אע״פ שהוא מתכוין, ובעובד כוכבים אם היה מתכוין – אין עדותו עדות.

גמ׳. ודלמא לא אזלי! (איך אנו סומכים על אמירת קטנים ״אנו הולכים״ הרי אולי הם לא ילכו) אמר רב יהודה אמר שמואל: דקאמרי הרינו באין מלספוד ומלקבור את איש פלוני. ודלמא קמצא בעלמא שכיב ליה, ואסיקו ליה על שמיה! (עדיין יש מקום לחשוש שמא קברו נמלה שהם קראו לה בשם זה) דקאמרי כן וכן רבנן הוו התם, כן וכן ספדני (=כוכ״ס) הוו התם.

והתוס׳ כתבו שלפי דברי הגמ׳ יש לקרא את המשנה ״הרי אנו הולכים לביתינו שבאנו מלספוד ומלקבור את פלוני״.

המשנה מכשירה אמירה שלא נאמרה כדרך עדות אלא בדרך סיפור כש״מסיח לפי תומו״ (=מסל״ת). ובאופן כללי אפשר לחלק את המשנה

לשלשה חלקים נשים, קטנים וגויים, כאשר לכל קבוצה יש דינים מיוחדים. אולם בהמשך נראה שהבנתנו את שאר חלקי המשנה תשפיע על באור דינו של הקטן.

וכדי להבין את דין המשנה בקטן נתמקד בארבע נקודות (לא לפי הסדר).

1. האם חז״ל הכשירו את עדות הקטן להתיר עגונה, כמו שהכשירו עדים פסולים אחרים או שהשאירו אותו על עיקר דינו שאינו יכול להעיד. ורק במסל״ת נקבל דבריו.
2. האם בכל אמירה של קטן אנו נחשוש שאמר דבריו מחמת משחק ששיחק.
3. מהו גילו של קטן שעליו מדברת המשנה. האם כוונת המשנה לקטן בדעת או בשנים?
4. האם נאמן אדם להעיד ,כשהגדיל, מה שראה בקטנותו?

ב. מת פלוני – חשש משחק

המשנה התיחסה רק לאמירת קטנים ״באנו מקבורת...״ ועל אמירה זו מצריכה הגמרא שיוסיפו אמירת כו״כ ספדנים וכו׳ מחשש משחק. אולם במשנה יש עוד סגנון אמירה ״מת פלוני.״ ובראשונים נחלקו מה דינה של אמירה זאת.

יש שכתבו שיש חילוק בין האמירות, דכאשר הקטנים מספרים ממעשה עצמם רק אז יש חשש שיספרו ממשחק שעשו. אולם כאשר אינם מספרים אלא אומרים אמירה סתמית–״מת פלוני״ אין אנו חוששים למשחק וגם אם לא יאמרו כוכ״ס נקבל אמירתם.

יש שכתבו שרק כאשר הקטן מספר ממעשה עצמו אפשר להאמין לו וגם אז אנו חוששים למשחק. אבל אם יאמר סתם מת פלוני אין לנו שום בסיס להאמין לו.[1]

[1] הישׁ״ש (יבמות פרק טז סימן יד) רצה לומר כך אך חזר בו מחמת דברי הראב״ן וראבי״ה (המובאים בתרומת הדשן סימן רכ) שמתירים כל מסל״ת בקטן. וכן הבין דבריו בספר חן טוב (סימן יז ס״ק נב), אבל בשו״ת מנחת יצחק (חלק ב סימן קיט) הביא דבריו ללא חזרתו. ובשו״ת מהרח״ש (קונטרס עיגונא דאתתא דף ח ע״ג) כתב בפשיטות שזו דעת השו״ע והרמב״ם.

ויש שכתבו שאין חילוק באמירות הקטן ובכל אמירה אנו נחוש למשחק, ורק אם יאמר כוכ״ס נקבל דבריו.

על הצד שנאמר שקטן נאמן בבואו להעיד בבי״ד אפשר לומר שרק כאשר הקטן מסל״ת צריך שיהיו פרטים נוספים (כוכ״ס) על מנת שלא נחוש למשחק. אולם כאשר יבוא לבי״ד אנו מניחים שיאמר דברים רציניים, ולא נחשוש שיאמר לדיינים סיפור על משחק.

ג. עדות בקטן

מחלוקת נוספת בין הראשונים האם קטן נאמן רק כאשר מסיח לפי תומו, או שנאמן גם במתכוין להעיד.[2]

בתחילת המשנה אנו מחדשים שנשים נאמנות במסל״ת ואנו יודעים שגם נאמנות בעדות רגילה. בסוף המשנה מובא דין עכו״ם שנאמנים רק במסל״ת אבל במתכוונים להעיד אינם נאמנים.

בין דין הנשים לדין עכו״ם מובא דין קטנים – והשאלה היא למה אנו צריכים לדמותם. ואפשר שנדמה אותם לנשים ויהיו נאמנים גם במתכוונים להעיד. אלא שאז קשה מדוע לא כתבו דין זה בשום מקום, דהרי בנשים ישנה משנה שמחדשת שנשים נאמנות בעדות אישה (פרק טז משנה ז) ולא מוזכר בה דין קטנים. או שנדמה אותם לדין עכו״ם שאינו נאמן במתכוין להעיד, אלא במסל״ת בלבד.

ובמשנה כתוב: ר׳ יהודה אומר: אפי׳ שמע מן התינוקות אומרים הרי אנו הולכין לספוד ולקבור את איש פלוני. בין שהוא מתכוין, ובין שאינו מתכוין. ר׳ יהודה בן בבא אומר: בישראל – אע״פ שהוא מתכוין, ובעובד כוכבים אם היה מתכוין – אין עדותו עדות.

וצריך להבין על איזה חלק של המשנה מוסב הקטע ״בין שהוא מתכוין ובין שאינו מתכוין״:

1. הדרך הפשוטה היא לומר שקטע זה מוסב על הדין הסמוך אליו– דין הקטנים, והמשנה אומרת שקטנים נאמנים במתכוונים להעיד. וכך

[2] ההנחה היא שהוספת פרטים כוכ״ס רק פוטרת חשש צחוק אבל אינה הופכת את האמירה למסל״ת (צורת אמירה זו אינה מסל״ת) ז״א שגם אם יוסיף כוכ״ס בבי״ד לא יחשב מסל״ת. ובהבנה פשוטה מסל״ת עוקף חשש משקר, שאין אנו מסתמכים על העד אלא דבריו בצורה שנאמרו יוצרים אצלנו אומדנא שכך המציאות. (עיין ב״ש סימן יז ס״ק לו). ולכן לא כל ראשון שיכשיר עדות רק עם כוכ״ס, יסבור שאין הקטן כשר להעיד.

כתב המאירי.לדרך זו קשה מדוע שינתה המשנה בלשונה שבדין קטנים נקטה לשון רבים ובדין זה לשון יחיד.

2. הט״ז מפרש שקטע זה מדבר על כל העדים שנאמנים בעדות אישה (נשים עבדים וקטנים) וא״כ לא קשה מדוע שינה התנא את לשונו. (ואין להקשות מדוע נקט לשון יחיד כאשר מתיחס לכמה פסולים. שהכוונה כך: אחד מאותם פסולים שאומר דבריו בין מתכוין וכו׳)

3. אפשר גם לומר שקטע זה מוסב על המשך המשנה – דברי ר׳ יהודה בן בבא, וא״כ יצא לנו שיש מחלוקת ולשיטת ת״ק גוי נאמן גם במתכוין להעיד. וזה תמוהה שהרי לא מצאנו בשום מקום דעה זו (קר״א) אולי ניתן לומר שאין מחלוקת אלא ריב״ב מפרש דברי ת״ק. אלא שלשון ״ר״י אומר״ מורה בדר״כ על מחלוקת.

4. דרך נוספת קיימת בראשונים, והיא לומר שקטע זה מוסב על הרישא של המשנה – ז״א על דין נשים. ומעבר לקושי בסידור המשנה קשה גם שהרי יש בהמשך משנה מפורשת שמדברת על כשרות נשים בעדות אישה. וגם צריך להסביר את לשון אפלו שמע מהנשים כפי שיבואר לקמן.

ד. דין הנשים

במשנה כתוב: ״אפילו שמע מן הנשים״ ופרש רש״י: ״מסיחות לפי תומן״. וצריך להבין כלפי מה נאמרה המילה ״אפילו״? וייתכן להציע שתי אפשרויות:

1. אפשרות אחת והיא שברור למשנה שנשים כשרות להעיד בעדות זו, והמשנה מחדשת שאפילו אם מסיחות לפי תומן נקבל דבריהן. ז״א שיש חידוש לומר שאדם שנאמן בעדות יהיה נאמן גם במסל״ת וכך הבינו את המשנה היש״ש (שם סימן טו) והקרן אורה. ואולם בסוף המשנה כתוב ״בישראל אע״פ שהוא מתכוין״ משמע שמסל״ת עדיף על עדות והדברים סותרים! ועל כן צריך לומר שישנו יתרון וחסרון במסל״ת ביחס לעדות. החסרון במסל״ת – שכאשר אדם מתכון להעיד, לוקח הוא אחריות על דבריו ולא יאמר דבר בצחוק ודבר שמסופק בו. ואילו במסל״ת אפשר שאמר דבריו בצחוק. וכיוון שקימת אפשרות זו אפשר שיוכל לבא לבי״ד ולהכחיש את הנאמר משמו, בטענה שאמר בצחוק. (עיין סעיף טו ח״מ וב״ש). והיתרון במסל״ת הוא, שבמסל״ת חשש שקר נעלם לחלוטין שהרי אינו יודע שאנו ״מקשיבים״ לו ולכן נעלם לו האינטרס לשקר.

משא״כ בעדות. ומ״מ כותב הקרן אורה שברור שמסל״ת הוא חידוש גדול יותר שהרי בשאר עדויות אינו נאמן.

2. והאפשרות השניה היא שעד ששמע מעד אחר יכול להעיד. והמשנה מחדשת לנו שאפילו אם שמע מאישה. וכך פרש בשו״ת מהרח״ש. וא״ת מה חידוש בזה הרי יש משנה מפורשת בהמשך הפרק (מ״ז) שעוסקת בעדות אישה ושם מופיע דין של עד מפי עד? ועוד מדוע רש״י מעמיד את המשנה בנשים המסיחות לפי תומן, הרי חידוש המשנה הוא ביחס לאמירתה ולא ביחס לצורת אמירתה? ועונה מהרח״ש שמשנה זו נשנית לפני משנה ז, וכיוון ששם יש מחלוקת האם אנו מקבלים עדות אישה נקטה המשנה כאן עדות אשה המסיחה לפי תומה,באופן שהדין מוסכם לכו״ע.

ה. שיטת הטור

זה לשון הטור (אבה״ע יז):

> אפי׳ שמעו מן התינוקות שאמרו מת פלוני בן פלוני בין כיונו לשם עדות בין כיונו שלא לשם עדות משיאין את אשתו ואם שומעין מהם שאומרים הרי אנו באים מקבורתו ואין סומכים עליהם להשיא אשתו אא״כ יאמרו כך וכך ספדנים היו שם וכך וכך הלכו אחר המטה שיש דבר שמורה על הענין שהוא אמת

ובפשט לשון הטור משמע א. שקטן כשר להעיד שהרי כתב בין כיוונו לשם עדות וכו׳, ב. לא בכל מקום אנו חוששים למשחק – ובאמירת ״מת פלוני״ א״צ סיפור דברים על מנת שנקבל את העדות.

הב״י מביא כמקור לדברי הטור את המשנה. ״ר׳ יהודה אומר: אפי׳ שמע מן התינוקות אומרים הרי אנו הולכין לספוד ולקבור את איש פלוני. בין שהוא מתכוין, ובין שאינו מתכוין,״ ז״א שהוא מבין שהדין בין מתכווין וכו׳ מוסב על, או גם, על דין קטנים.

בהמשך הדברים מקשה הב״י הרי לדברי הטור אין חילוק בין קטן לאשה באמירת ״מת פלוני״ וא״כ מדוע לא כלל התנא ברישא של המשנה גם את דין הקטנים.[3]

ומחמת שאלתו מציע ב׳ אפשרויות ללמוד דברי הטור. א. שסיום דבריו ״ואין סומכים עליהם... אא״כ יאמרו כך וכך ספדנים היו שם״ קאי גם על ראש דבריו ״מת פלוני״. ב. או שנמחוק את ה׳וו׳ מ״ואם שומעים מהם וכו״ ז״א שכל נאמנותם מותנת בסיפור דברים.

לפי שתי הצעות אלו בטור יוצא שקטן נאמן להעיד בבי״ד אלא שאנו תמיד נחשוש למשחק. ובהגהות והערות מובא חידושי ר׳ אברהם בן חנניה בית אברהם ונראה שכך הוא גם מפרש את דברי הטור.

ולפי זה יוצא שהמשנה נקטה לשון שונה בין דין הקטנים לדין הנשים כדי ללמדנו שקטן צריך להוסיף פרטים ע״מ שנקבל עדותו, ולא נחוש למשחק.

הרש״ל מקשה על הסבר הב״י מלשון הטור שכתב שקטנים נאמנים ב״כיוונו לשם עדות״. ומשמע שנאמנים באמירת עדות רגילה, ואינו סובל את הפרוש עדות עם הוספת פרטים.[4]

הדרישה מסביר את דברי הטור כפשוטם דהיינו שקטן כשר להעיד והחשש היחיד שיש לנו הוא חשש משחק. ובאמירה ״מת פלוני״ נגוז חשש זה.

ומה שהקשה בב״י מדוע לא נקט קטן בהדי אישה י״ל משום דהיה פשיטא לתנא דקטנים נאמנים באומרים ״מת פלוני״ (גם במסל״ת וגם בעדות) ולכן חידש דינו רק בנשים. ובהמשך המשנה מחדש שקטן נאמן גם באמירת ״באנו מקבורת״.

מהר״ם אלשקר (מובא בהגוה״ע על הטור) תמה על הדרישה, דהרי מצינו מקומות שבהם אין הקטן נאמן והאישה כן נאמנת, וא״כ מדוע למשנה כאן פשוט שקטן נאמן באמירת ״מת פלוני״ עד שאפילו אינה כותבת זאת. ובאישה המשנה טרחה לציין שנאמנות.

---

[3] אגב מקושית הב״י מובן שלמד שחוץ מחשש משחק אין הבדל בין דין נשים המובא במשנה לדין קטנים, שאל״כ אין מקום לקושיתו. וא״כ חשוב לדעת איך למד את הדיוק במשנה ״אפילו שמע מן הנשים אומרות״ ולעיל הבאנו ב׳ אפשרויות ללמוד זאת.

[4] מקושיתו נראה לומר שמבין שלדעת הב״י קטן נאמן בבואו להעיד.

אולי אפשר להבין את דברי הדרישה כעין תירוצם של ר׳ יעקב מלובלין ור׳ העשיל מקרקא וז״ל:

> וי״ל דלרבותא נקט בהא אפי׳ אמר כו״כ דרבנן וספדנין היו שם, אפשר דהיו משחקים כך.

ז״א שגם אחרי שהקטן מספר סיפור שלם, ואומר כוכ״ס, היה מקום לחוש למשחק יותר מאמירה סתמית ״מת פלוני״. ולכן המשנה העדיפה לחדש את הדין שקטן נאמן במסל״ת אפילו כשמספר סיפור, ולא מבעיה כשאומר מת פלוני.

תשובה נוספת לשאלת הבית יוסף מובא גם בהערות על הטור – עצי ארזים – דהטור אזיל לשיטתו דקטן נאמן בבי״ד. ואם היה כולל ברישא של המשנה גם קטן הו״א דקטן יהיה נאמן רק במסל״ת. ולפירושו צ״ל:

א. שהבין את פתיחת המשנה אפילו שמע מנשים – שהחידוש הוא כלפי עד מפי עד. וכמו שלמד המהרח״ש. ב. הבין שלדעת הבית יוסף אין קטן נאמן לבא לבי״ד להעיד אפילו בכוכ״ס, ולכן הקשה על הטור.

הב״ח על הטור כותב ״וזה דבר שאין לו שחר דפשיטא דאין קטן נאמן להעיד אלא אם כן מסיח לפי תומו״, וברור לו שגם הטור לא התכוון להכשיר קטן בעדות ועל כן מפרש בדעת הטור דהמשנה בדין קטן מחדשת ב׳ חידושים:

א. קטן מסל״ת נאמן.

ב. גדול השומע מקטן יכול להעיד אף אם בעת השמיעה מקטן לא דקדק ולא חשב להעיד. ועל חידוש השני חולק רבי יהודה בן בבא ואומר שרק אם כששמע כיוון להעיד יכול אח״כ לבא להעיד.

אלא דבשביל לפרש כך צריך לשנות את הגירסה במשנה ובמקום לגרוס בדברי רבי יהודה בן בבא ״בישראל אע״פ שהוא מתכוין״ צריך לגרוס ״בישראל עד שיהיה מתכוין״ ובזה פסק הטור כת״ק דיכול להעיד השומע גם אם לא נתכוון להעיד בעת השמיעה.

הדרישה מעיר על הב״ח שא״א לפרש כך בדברי הטור, שהרי הטור שינה מלשון המשנה וכתב ״בין כיוונו לשם עדות וכו״״ וכונתו לומר שמשפט זה מוסב על דין קטנים שנאמר גם בלשון רבים.

ו. רמב״ם, ב״י ושו״ע

כבר הבאנו (לעיל בדברי הטור) שלפי פרוש הב״י קטן נאמן בעדות בבי״ד אלא שאין נאמן באמירת מת פלוני מחשש משחק. ונראה שכן הבינו דבריו הט״ז והרש״ל כמו שכתבנו שם. וכמ״כ כתבנו שכשהב״י מביא את המשנה כמקור לדברי הטור הוא מצטט דקטנים נאמנים בין כיוונו בין לא כיוונו. ולא מביא בדבריו דרך אחרת לפסק המשנה. וכאשר מביא דברי הרמב״ם הוי רק כדי לחלוק על שיטת הטור שב״מת פלוני״ אין חשש משחק. א״כ אולי ניתן לומר שהבין ברמב״ם שאינו חולק על הטור במתכוונים להעיד.

בסוף דברי הב״י מפנה לתרומת הדשן – וההבנה הפשוטה בדבריו היא שהוא מתיר אישה ע״פ דברי קטן רק במסל״ת.[5] והשאלה היא מדוע הפנה לדבריו. האם כדי ללמדנו שצריך מסל״ת או רק לציין לדעה חולקת שמצריכה מסל״ת ואין דעתו כך.

בתרומת הדשן הביא מחלוקת בין ראבי״ה לראב״ן דלשיטת הראב״ן הקטן נאמן במסל״ת רק אם אומר דבריו סמוך לזמן התרחשותם וכמ״כ אינו נאמן להעיד בגודלו מה שראה בקוטנו (הדין השני הוא גם לשיטת הראבי״ה). הרמ״א בדרכי משה הביא את המחלוקת הנ״ל ובהגהותיו על השו״ע פסק כראב״ן דבעינן לאלתר ואין נאמנים בגודלם. ובדבריהם פשוט שאין קטן נאמן להעיד בבי״ד. וכלל לא ציין שיש דעה חלוקה. וא״כ אולי הבין שהב״י מודה דאין קטן נאמן להעיד. דכאשר הכשיר הב״י אמירת מת פלוני רק בתוספת כוכ״ס, היינו לומר ״מת פלוני״ במסל״ת. ז״א שדרך אמירה כוכ״ס והוספת פרטים שאינם נוגעים לגוף היתר האישה, היא רק בדרך סיפור מסיח לפי תומו.

ברמב״ם בפרוש המשניות כתב וז״ל ״מאמינין לדברי התינוק לדעת ר׳ יהודה בשני תנאים, האחד שישמע אותם אומרים הרי באנו מלספוד ומלקבור פלוני. השני שישמע אותם מתארים מקצת עניני ההספד, כגון שיאמרו כך וכך ספדנים היו שם, והיה שם פלוני ופלוני, ועשה פלוני כך, ואמר פלוני כך, וכל כיוצא בזה״.

---

[5] ובספר עזרת נשים ס״ק פא (מובא בספר חן טוב שם) רצה להוכיח דגם תרומת הדשן מכשיר עדות קטן בבי״ד ומה שכותב מסל״ת הכוונה היא שמוסיף פרטים על הסיפור כדי שלא נחשוש למשחק. ובספר חן טוב כתב לדחות ראיתו.

נראה ברור שהתנאי השני שמצריך הוא כדי לפטור חשש משחק דהרי מחשש זה אמרו בגמ׳ דצריך לומר כו״כ ספקני. והתנאי׳ הראשון נראה בכוונתו שלא יאמרו אנו הולכים בלשון עתיד דאז אין נאמנים– וכמו שאמרה הגמרא ״ודלמא לא אזלי״

וכתב על דבריו הישי״ש – ״הרי לך בהדיא דאין מועיל דברי התינוק אלא בסיפור דברים״ (=מסל״ת), ז״א שמבין דאמירת כו״כ ספדני – מוכרחת להיות במסל״ת וכך יוצא לו שהרמב״ם מכשיר קטן רק במסל״ת, כמו שהסברנו ברמ״א.

על דבריו העיר החן טוב דאין סיוע לדברי הישי״ש אלא לומר שאין נאמן במת פלוני. ״ואפשר שעיקר סמיכתו של הישי״ש על הכתבים (תרומת הדשן) סימן ר״כ ועל סברת עצמו דקטן עלול הטעות״.

ז. בית שמואל

הבית שמואל ס״ק לד כותב ״בטור משמע אפי׳ אינם מסל״ת אבל בפסקי מהרא״י סי׳ רכ כתב בשם א״ז דוק׳ כשהם מסל״ת אז נאמנים וב״ח מפרש דברי הטור ומ״ש בין כוונו ובין לא כוונו לעדות קאי על השומע אבל התינוקות צריך שיאמרו לפי תומן ולא משמע כן גם בט״ז השיג עליו.״

ז״א הבית שמואל הביא את המחלוקת האם קטן נאמן להעיד. אולם קשה להכריע מדבריו כמי פוסק.

ובסעיף לג כותב ״אבל אם שמע מפי שוטה או קטן – שאמר מת פלוני ולא אמר שאר דברים מעסקי מיתתו כגון כך וכך ספדנים היו שם, לא מהני. ואין חילוק אם הם מעידים או עד השומע מהם. כ״פ הרמב״ם וכן מפרש הב״י וב״ח דברי הטור״.

משמע ממנו שהחסרון באמירת מת פלוני הוא כיון שלא אומר כו״כ ספדני ז״א חשש משחק. וממשיך וכותב ״ומ״ש בסמוך דבעינן מסל״ת יש לומר דאיירי כאן דלא היה מסל״ת״.

ודבריו לכאורה תמוהים – דהרי בראש דבריו כתב שהחסרון באמירת מת פלוני הוא מחשש משחק כיוון שלא אמר כו״כ ספדני. וא״כ מדוע צריך להוסיף חסרון נוסף – דלא היה מסל״ת. הרי אם היה מסל״ת ללא הוספת כוכ״ס אינו נאמן, ומאידך בעדות אפילו בתוספות פרטים כוכ״ס לא נאמן כמש״כ ״דבעינן מסל״ת״.

וכמה אחרונים דנו בדבריו:

שו״ת זכרון יוסף (אה״ע ס׳ יא) כתב וז״ל

> ומ״ש בסמוך דבעי׳ מל״ת. י״ל דצ״ל דלא בעי׳ מל״ת כלומ׳ דלמ״ש בסמוך דלא בעי׳ מל״ת היכי שאומר עם קשור דברי׳ א״כ י״ל דהכ׳ מיירי דלא הי׳ מל״ת לכן אינו נאמן הואיל שאינו אומר שאר דבריו אבל במל״ת נאמן אפי׳ אינו אומר שאר דברי׳ משא״כ לפי׳ הב״ח [לב] דמפרש דהטור ס״ל דבעי׳ מל״ת א״כ אף אם אמר שאר דברי׳ בעי׳ מסל״ת ש״מ היכי דאמר מת״פ לעד לא מהני אפי׳ במל״ת א״כ י״ל דכוונתו די״ל דגם הרישא מיירי באמר קישור דברי׳ א״א דלא הסיח ל״ת.

בעל שו״ת זכרון יוסף משנה את הגרסא ולפ״ד יוצא שהב״ש מכריע שאין צריך מסל״ת בעדות קטן. וכיון שכל הסעיף מדבר גם במתכוין להעיד א״כ גם תחילת הסעיף שפסלנו אמירת ״מת פלוני״ הוא במתכוין להעיד והחסרון הוא שלא הוסיף פרטים. אבל במסל״ת נאמן באמירת מת פלוני, גם ללא הוספת פרטים.

וצריך להבין דלפי דבריו יוצא שכאשר אומרים במסל״ת מת פלוני נאמנים משמע שאין חשש למשחק באמירה זו, ומאידך משמע שאין אנו חוששים לשקר בילדים דהרי אנו מכשירים עדותם בבי״ד כשאומרים באנו מקבורת וא״כ מדוע לא יהיה הקטן נאמן באמירת מת פלוני במתכוין להעיד?

ונראה שצריך לומר בדבריו שיש בקטן גם חשש משקר, וכאשר הקטן מסל״ת אין חוששים לשקר. ויש דרך נוספת להתגבר על חשש השקר שלנו בקטן שאם הקטן מספר סיפור עם פרוט דברים, בטל לנו חשש משקר (או מחמת שאינו מתוחכם להמציא סיפור עם הרבה פרטים או שככול שאומר יותר פרטים גדל הסיכוי שנתפוס אותו בשקר) מלבד זה הוא סובר שאין אנו חוששים למשחק באמירת מת פלוני. כך שהוספת הפרטים פוטרת שתי בעיות: א. חשש משחק. ב. חשש שקר. ולכן אם יאמר בבי״ד ״מת פלוני״ עדיין אנו נחשוש לשקר, אבל אם יאמר ״מת פלוני״ במסל״ת אין חשש שקר, ובאמירה זו גם אין חשש משחק.

יש אפשרות אחרת להבין בדבריו – דאין חשש משקר כלל בקטן ולכן נאמן בכל מקום באמירת כו״כ. אלא בתמיר יש חשש למשחק גם באמירת ״מת פלוני״ וכאשר אומר במסל״ת יורד חשש זה. אבל אין סברא לומר כך, דאדרבא מסל״ת יוצר חשש גדול יותר למשחק.

(יש עדיין מקום להבין בדבריו – האם כאשר אנו מקבלים עדות קטן בבי״ד בהוספת דברים – היינו מדין מסל״ת בבי״ד. או מבין עדות שבטל ממנה חשש השקר).

דרך שלישית בהסבר דבריו כתב בספר חן טוב – וז״ל: ״כוונתו דכשאומר כו״כ ספדני קרי ליה הב״ש מסל״ת (כמ״ש הרח״ש וע״נ) דלהא מלתא מקרי לפי תומו דלא הוי כמצחק, וכלומר דמאי דמבואר ברמב״ם ובמחבר דבאומר מת פלוני לחוד לא מהימן היינו משום דלא היה מסל״ת כלומר שלא אמר כו״כ ספדני דגם באומר מת חיישינן דמצחק אבל כשאמר כו״כ ספדני וכו׳ אפילו לא אמר אנו באים מקבורתו אלא אמר מת נאמן גם לרמב״ם והמחבר וכה״ג כתב בכתבים (תרוה״ד) שם בשם הר״א – וכ״מ בט״ז.״

ובהמשך ״אבל מה שכתב הב״ש בס״ק ל״ד דבטור משמע אפילו אין מסל״ת על כורחך אין רצונו לומר דלא אמר כו״כ ספדני... ר״ל אפילו בא לבי״ד ומכוון להעיד...״

יוצא מדבריו דזה שהרמב״ם והמחבר לא מכשירים אמירת מת פלוני אינו קשור למחלוקת האם קטן נאמן בעדות בבי״ד, אלא רק לחשש משחק.

הבית מאיר כתב ״רצונו לומר דלמה שכתב בסמוך ס״ק לד דהדין דבבא דסיפא שמע מהתינוקות איירי דוקא במסיח לפי תומו ועל כרחך לומר דסתם אמירה זו היא לפי תומו דהא לא נזכר במשנה ורמב״ם מסיח לפי תומו יש לומר הא סתם אמירת מת להכי לא מהני משום דלא הוי סתמא לפי תומו, הא ידעינן שאמר מת לפי תומו נמי מהימן. ומה שאין כן אילו הסיפא איירי במתכוין להעיד אם כן נאמנות קטן במסיח לפי תומו אין לו מציאות כלל במשנה ובכל עניין בשאומר מת סתם לא מהני״.

וכוונתו לומר שלאחר שהכרענו שקטן לא נאמן בבי״ד באמירת ״באנו מקבורת״ אלא במסל״ת א״כ אפשר להסביר שהפרש בין אמירת ״מת פלוני״ ל״באנו מקבורת״ הוא דאמירת ״מת פלוני״ מסתמא לא הוי מסל״ת.[6] ולא מחמת שגם באמירת מת פלוני יש חשש משחק עד שיאמר כו״כ ספדני. ולכן אם יאמר מת פלוני מסל״ת יהיה נאמן.

אבל אם היינו מסבירים שגם באמירת ״באנו מקבורת״ נאמן אפילו בבי״ד א״כ ההפרש בין האמירות חייב להיות רק בחסרון הדברים כוכ״ס.

---

[6] יש מקום להעיר שהרי בדין נשים הביא אמירת מת פלוני כאמירה במסל״ת. ואולי אפשר לחלק בין נשים לקטנים.

(נראה שאין מדבריו קושיא על שו״ת זכרון יוסף דמכשיר אמירת ״באנו מקבורת״ בבי״ד. ומכשיר גם אמירת ״מת פלוני״ מסל״ת ללא הוספת פרטים שההבדל בין האמירות הוא דבאמירת באנו מקבורת חייבים לומר כו״כ ביש חשש לשחוק).

יוצא, א״כ, שיש לנו ג׳ שיטות בהבנת הב״ש:

א. חן טוב – אין התייחסות לנאמנות קטן בעדות בבי״ד בסעיף זה, ובסעיף לד הביא את המחלוקת האם קטן כשר להעיד בבי״ד ואין הכרעה בדבריו.

ב. שו״ת זכרון יוסף – קטן נאמן להעיד בבי״ד.

ג. בית מאיר קטן אינו נאמן להעיד בבי״ד.

ולסיכום ראינו שהטור למד להתיר אישה ע״י עדות הקטן וכך הבין הדרישה. בדברי הב״י אפשר להבין בשני אופנים. וכך מוכח באחרונים. וגם ברמב״ם אין הדבר מוכרע.

ולמרות שהיש״ש הזהיר מאוד שלא להתיר אישה ע״י עדות קטן, נמצאו אחרונים שהכריעו להקל ובינהם שו״ת זכרון יוסף שהבאנו לעיל וגם בספר עזרת נשים (שם ומובא בחן טוב).

ח. גיל הקטן

לשון השו״ע (סעיף יג): זה שאמרנו שעד מפי עד כשר בעדות אשה, בד״א, ששמע מפי בן דעת שמת פלוני, כגון עבד או שפחה. אבל אם שמע מפי שוטה או קטן, אינו מעיד ואין סומכין על דבריהם.

אחרונים רבים נקטו שלרמב״ם ולשו״ע קטן אינו נאמן להעיד וכנראה למדו זאת מההשוואה של קטן לשוטה דברור לכו״ע שאין שוטה נאמן לבא לבי״ד ולהעיד. בינהם יש שלמדו מההשוואה לשוטה דלא בכל קטן מדובר וכפי שיפורט להלן.

א. נוב״י (מ״ק תשובה מא) לא מכשיר עדות של אדם בן תשע עשרה אלא אם נדע שהיו לו שערות בזמן שראה העדות, דלא סמכינן אחזקה. והובאו דבריו בפת״ש ס״ק נו.

הבית מאיר, ובשו״ת עין יצחק (ח״א אה״ע סימן מג) כותבים, דאין צריך כלל לבדוק אם הביא שערות ואף אם וודאי אין לו שערות – די לנו גדלות שנים, ועיין בשו״ת עין יצחק שמוכיח דיש הגדרה כזו לגדלות גם בדינים אחרים.

ב. רע״א (סימן צב), ועין יצחק (שם) הביאו שהרמב״ם הלכות יבום וחליצה פרק ד הלכה לא כותב ״ואפילו אשה או עבד או קטן שהוא מכיר ונבון נאמנין לומר זה הוא פלוני אחי פלוני וזו היא יבמתו וחולצין על פיהן מה שאין כן בשאר עדיות של תורה בין לעדות ממון בין לעדות איסור, שזה דבר העשוי להגלות הוא ואפשר לידע אמתת הדבר שלא מפיהן כענין שבארנו בסוף הלכות גירושין.ומשמע מהרמב״ם שקטן נבון נאמן להעיד במקום שזה דבר העשוי להתגלות.

ובסוף הלכות גירושין הרמב״ם כותב שעד אחד ואישה ושפחה – כשרים לעדות אישה מחמת דהוי מלתא דעבידא לגלויי.

ז״א שהרמב״ם סובר שעדות אישה היא דבר העשוי להתגלות ומזה יוצא שקטן צריך להיות נאמן להתיר. ומדוע כתב הרמב״ם שקטן אינו נאמן?

אלא שמוכרחים לומר שקטן עליו דיבר הרמב״ם שאינו נאמן בבי״ד, הוא דומיא דשוטה – שאין בו דעת (ואז נאמן במסל״ת עם תוספת כוכ״ס).

וכך כתב הט״ז בדעת הרמב״ם דכשהגיע הקטן לעונת הפעוטות יהיה נאמן בבי״ד אלא שעדיין אפשר להסתפק האם נחשש בקטן זה לצחוק.

ובדעת הטור כתב, שהבין שהמשנה מדברת רק בקטן שהגיע לעונת הפעוטות ובהא נאמן לומר בבי״ד מת פלוני. ועדיין יש מקום להסתפק האם קטן שלא הגיע לעונת הפעוטות נאמן במסל״ת עם הוספת כוכ״ס.

ובחן טוב כתב להכריע את שתי ספקותיו של הט״ז להקל מכח אין ספק מוציא מידי וודאי. ויוצא מדבריו א– קטן שהגיע לעונת הפעוטות נאמן להעיד בבי״ד. וגם אין חשש שיאמר דבריו מחמת משחק. ב–קטן שלא הגיע לעונת הפעוטות נסמוך על דבריו במסל״ת בהוספת כוכ״ס.

ט. דין לאלתר ולהעיד בגודלם

בתרומת הדשן (כתבים רכ) מביא מהאור זרוע ״דכתב בשם ראב״ן דקטן מסל״ת לאלתר כשר לעדות אישה וראבי״ה כתב דאפילו לאח״ז סמכינן אקטן בעדות אישה ובמסל״ת, אבל במתכוין להעיד לא סמכינן עליה אפילו להעיד בגודלו מה שראה בקוטנו משא״כ בשאר מילי דרבנן דבעודן קטנים המנוהו רבנן אפילו להעיד עכ״ל״. וברמ״א פסק – שנאמנים רק לאלתר ואפילו הגדילו אח״כ אינם יכולים להעיד מה שראו בקוטנן. והב״ש כתב

שההכרעה בדין זה תלויה במחלוקת האם מחמירים היכא דיש פלוגתא ועיי״ש ובפת״ש ס״ק נט.

ז״א שישנם ב׳ דעות האם קטן יכול להעיד לאח״ז. הראבי״ה סובר שגם אם אומר דבריו במרחק זמן משעת המקרה אנו נקבל דבריו. אלא שמצריך שיהיה מסל״ת. ומשמע שהחשש הוא שמא ישקר. אולם הראב״ן כתב שקטן נאמן רק אם מעיד סמוך לראיית המעשה, וצריך להבין ממה חושש הראב״ן.

באופן פשוט נראה לומר שאנו חוששים שכעבור זמן ישכח הקטן את המעשה אבל לא ימנע מלומר עדות זאת, ויאמר בדדמי. לעומת גדול שגם אם אולי יש חשש שישכח.[7] לא יספר דברים אילו בדדמי (אנו אומרים מעין סברא זו לעניין עדות בשטר שנמצא בכתב ישראל – שאם הכתוב בשטר לא היה נכון לא היה הישראל משאיר שטר זה קיים. ז״א שגם במסל״ת יהודי לוקח אחריות על דבריו).

ואכן בספר עזרת נשים כתב שגם הראב״ן שמכשיר רק עדות לאלתר בקטן מודה שנוכל לסמוך על דברי קטן שהגדיל, – כיון שכל חששינו הוא שהקטן יאמר בדדמי א״כ כאשר הוא כבר גדול אין לנו לחוש שיאמר בדדמי ולכן נתיר אישה ע״פ דבריו. ונמצא שמצד דין ״לאלתר״ אין שום מניעה להעיד אח״כ בגודלו. ומכיוון שהעזרת נשים מכריע שקטן נאמן לבא לבי״ד להעיד, ואין אנו חוששים שישקר אין זה נחשב גם לתחילתו בפסול, כיוון שאין דין לאלתר מחמת פסול בקטן אלא חשש בעלמא שמתבטל כאשר הקטן גודל.

אולם מהיש״ש יבמות פט״ו סי׳ יד משמע שדין לאלתר נובע מחשש אחר. שכתב לחלק ולהכריע בין הראב״ן לראבי״ה דהיכא שהקטן הוא מסל״ת גמור בהקדמת דברים אנו נאמין לו גם לאחר זמן – כראבי״ה. אבל אם הקטן לא אמר הקדמת דברים וקישור דברים, אע״פ שאמר מסל״ת אנו נאמין לו רק לאלתר – כראב״ן.

ונראה שהחילוק בין ״מסל״ת״ ל״מסל״ת גמור״ הוא שמסל״ת גמור מכסה יותר אפשרויות ליפול בשקר.[8] וא״כ נראה לדבריו שהחשש שלנו הוא שאח״ז הקטן ישקר בכוונה ולכן צריך מסל״ת גמור. אבל כאשר אומר לאלתר אין

---

[7] שהרי לא מצאנו פסול להעיד מחמת הזמן שחלף משעת המעשה.

[8] קשה לומר שלאח״ז אנו נחשוש לאמירה בדדמי דא״כ מה מועיל לפטור זאת כאשר הקטן מסל״ת גמור? ואולי אפשר להסביר בדבריו בהצריכו מסל״ת גמור – היינו שמחמת רוב הפרטים אנו נבחין שאין כאן שקר אך עדיין קשה. במה שיך זה לביטוי מסל״ת גמור?

אנו חוששים לשקר בכוונה – וזה אולי מחמת שזה יותר מלתא בעבידא לגלויי.

וא״כ יוצא לדבריו שגם ראבי״ה וגם ראב״ן חוששים בקטן לשקר. וכאשר יגדיל גם לא נאמין לו מחמת שתחילתו בפסלות.

אולם הישׁ״ש שם סימן כב׳ כותב לחלוק על דברי הרא״ש, ומכשיר בדיעבד עד שתחילתו בפסלות. ובהתיחסותו לקטן כותב ״ולא דמי לגדול שלא יעיד מה שראה בקוטנו – היינו משום שלא היה בר דעת באותה העת ואף עתה לא יוכל להעיד על בוריה״.

ז״א שאנו חוששים שאחר שעבר זמן, הקטן לא יוכל להעיד, כיוון שלא ראה טוב ואינו זוכר טוב. וא״כ גם לאח״ז אנו לא נוכל להאמין לו גם אם יהיה מסל״ת גמור (החשש הוא שגם כאשר יגדיל יקבעו בו זכרונות הילדות ויחשוב שזה מה שראה) ובאמת בסימן יד כאשר מכשיר עדות קטן לאח״ז במסל״ת גמור כותב ״רק שלא יהיה שם עניין שנוכל לומר שאומר בדדמי״.

ולפ״ד יש מקרה שבו אין חשש לומר בדדמי – וזה אולי כאשר הקטן מעיד מפי עד וכד׳ ונאמן לאח״ז ואפילו בגדלות גם יהיה נאמן להעיד שהרי הישׁ״ש אינו חושש לתחילתו בפסלות (בדיעבד) אולם אף אחד לא כתב זאת בדבריו. ובספר חן טוב מעיר זאת ומשאיר זאת כסתירה בדבריו.

הרב צחי זפרני

ביאורים והערות בעניני מסיח לפי תומו*

א

שו״ע אבה״ע יז,יד:

> כבר אמרנו שהגוי שהסיח לפי תומו משיאין על פיו

וברמ״א שם:

> וכן אם אמר פלוני מת במסיח לפי תומו אף על פי שלא אמר דברים אחרים מקרי שפיר מסיח לפי תומו (ריב״ש סימן שעז) ויש מחמירים (ב״י בשם הר״ן בשו״ת סוף סימן ג).

ומבואר שנחלקו הריב״ש והר״ן האם גוי שמסיח לפי תומו נאמן רק בקישור דברים אחרים או שנאמן גם ללא קישור דברים.

והנה מקור דברי הר״ן הוא בשו״ת (סימן ג) וזה לשונו:

> אין ספק בזה שכל מי שמתכווין להעיד אומר אותו דבר לבדו לפי שאין כוונתו בדרך סיפור דברים ומי שהוא אומר מסל״ת אינו אומר אותו דבר בפני עצמו אלא בקשר עניין לפניו או לאחריו וכל שלא אמר כן אינו אומר כמספר דברים אלא כרוצה להודיע אותו דבר לבדו ואינו נאמן וכולהו עובדי דגמרא הכי איתנהו והכי מוכחי.

בר״ן מבואר שכאשר אדם אומר דבריו ללא קשר עניין לפניו או לאחריו זה מגלה שכוונתו להעיד וכיוון שכן הוא אינו נאמן שהרי קיימא לן להלכה שכל שמתכווין להעיד אינו נאמן כשיטת רבי יוחנן. ובביאור העניין נראה לומר שיש שתי מטרות שעומדות בפני אדם בשעה שהוא אומר את דבריו:

א) עצם אמירת הדברים. ב) שדבריו יוחזקו כנכונים.

ובמסיח לפי תומו צריך שהגוי יאמר דבריו רק לשם אמירתם ועל זה אומר הר״ן שזה יתכן רק כאשר הוא אומרם בדרך שיחה כמספר דברים. (ואם יש את נפשך לומר שגם כאשר הוא מספר דברים מטרתו היא שיתקבלו דבריו על לב השומעים ובכך תרום קרנו שהוא אדם שיודע את הנעשה לפני כולם והוא

---

* המאמר הינו פרי לימוד משותף עם אלעד גרינבאום ועל כך תודתי נתונה לו.

הכלי שממנו שואבים כולם את ידיעותיהם על המתרחש, יש לומר שא״כ היא הנותנת שוודאי שאם זאת מטרתו וודאי שהוא מדקדק בשמועתו שתהיה נכונה כדי שלא יהיה אח״כ ללעג ולקלס בעיני האנשים). אבל מי שאומר דבר בפני עצמו ללא קשר עניין, אז מטרתו היא שיתקבלו דבריו ועל זה אומר הר״ן שזאת עדות כי הרי כל עד עיקר כוונתו היא שדבריו יתקבלו וקיי״ל להלכה שגוי המתכוין להעיד אינו נאמן.

והריב״ש כאמור חולק על הר״ן וזה לשונו: ״אם לא בא לב״ד ואמר מעצמו איש פלוני מת כמספר דברים מסיח לפי תומו נקרא ואינו צריך שיאמר בדבריו כל אותם הדברים שהזכיר הרמב״ם שהוא לא הביאם אלא לרווחא דמילתא לומר שבזה ניכר שאינו מתכוין להעיד וכמו שהזכירום בגמרא בקצת עובדי כוכבים מסל״ת אלא כל שאמר איש פלוני מת מעצמו כמספר דברים זהו מסל״ת ואף אם לא דיבר דברים אחרים כי אם דבר זה לבד דומיא דההוא עכו״ם דאמר מאן איכא בי חיוואי שכיב חיוואי שאף על פי שהיה מבקש אנשי ביתו שישמעו דבריו וגם לא סיפר דברים אחרים אלא שאמר שכיב חיוואי נקרא מסל״ת כיוון שלא בא לב״ד וגם לא אמר כן בתשובת שאלה״, עכ״ל.

והנה בדברי הר״ן מבוארים שני דברים:

א) כל שאומר אותו דבר לבדו אין הוא כמספר דברים.

ב) כל מי שאומר אותו דבר לבדו הוא מכוין להעיד.

ומעתה יש לעיין במה נחלק הריב״ש על הר״ן. החזו״א כתב בביאור הריב״ש שכוונתו היא ״שכל שלא בא לב״ד לא מיקרי בא להעיד אלא סתמא אהבת הסיפור הוא״. הרי לנו שהחזו״א למד בדברי הריב״ש ששיטתו היא שגם ללא קישור דברים דבריו הם דרך שיחה וסיפור החדשות ובזה הוא שנחלק הריב״ש על הר״ן.

ולולי דבריו היה נראה לדקדק בלשון הריב״ש לא כך. שהרי הריב״ש הביא ראיה מההוא עכו״ם דאמר מאן איכא בי חיוואי וכתב על זה שאע״פ שהיה מבקש אנשי ביתו שישמעו דבריו נקרא מסל״ת. ולכאורה מבואר בדבריו שאע״פ שכוונתו היתה לידע את אנשי ביתו של חיוואי על מותו אפילו הכי נקרא מסל״ת ובוודאי שמי שמתכוין להודיע דבר זה לאנשי ביתו לא אהבת הסיפור עומדת לנגד עיניו.

שו״ר באוצר הפוסקים (עמוד פג, אות יב ואילך) מחלוקת גדולה בין הפוסקים מה הדין בגוי המתכווין להודיע על מיתת פלוני ורבים כתבו שאף לדעת הריב״ש בכהאי גוונא אינו נאמן וזה כדברי החזו״א. והביאו שם מהמהר״י כהן בתשובה שהודפסה במשאת משה (חלק א, סימן מ) שכתב שהשאלה אי המתכווין להודיע חשיב מסל״ת או לא תלויה במחלוקת הריב״ש והר״ן אם צריך קישור דברים ודקדק בדברי הריב״ש שאע״פ שרצונו להודיע אפילו הכי שיטת הריב״ש היא שנאמן וזה כדברינו.

אבל באמת לכאורה טעמא בעי מדוע מי שמתכווין להודיע נחשב מסל״ת והלא יש לחוש שמא יש לו כוונה נסתרת ונגיעה שבגללה רצונו שנחשוב שפלוני מת ובמה הוא נבדל ממתכווין להעיד ולא מצאתי למי שעמד בזה, וצ״ע.

רמב״ם (גירושין יג,יא):

> כבר אמרנו שהעכו״ם שהסיח לפי תומו משיאין על פיו. כיצד? היה עכו״ם מסיח ואמר אוי לפלוני שמת כמה היה נאה וכמה טובה עשה עימי...וכיוצא בדברים האלו שהן מראין שאין כוונתו להעיד הרי זה נאמן.

והנה כמה מרבותינו האחרונים (עיין בספר המפתח על אתר) למדו מדברי הרמב״ם שהוא מצריך קישור דברים כדעת הר״ן. ונראה לומר שגם אם לדינא שיטת הרמב״ם היא כר״ן זה לא טעמיה דהר״ן, שהרי הר״ן כתב שטעם הדבר שצריך קישור דברים הוא מכיוון שכל מי שמתכווין להעיד אומר אותו דבר לבדו. ומדוקדק בדבריו שכאשר הוא אומר ללא קישור דברים אז הוא נחשב למתכווין להעיד ומשום כך הוא לא נאמן. אבל הרמב״ם כתב שטעם הנאמנות של מסל״ת הוא כיוון שאמר דברים שהם מראין שאין כוונתו להעיד, ובדבריו מדוקדק שכל שלא ידענו שאין כוונתו להעיד הוא לא נאמן ולשיטתו צריך סימן חיובי שאין כוונתו להעיד משא״כ לדעת הר״ן שרק כשניכר שכוונתו להעיד אין הוא מסל״ת אלא שהר״ן סובר שללא קישור דברים ניכר שכוונתו להעיד.

והנה באוצר הפוסקים (דף צד, אות יא) הביאו משו״ת הב״ח (ע) שאפילו לא היה מתאונן וגם לא היה מספר איזה תימהון אלא שהיו הדברים מראים מצד אחר שלא נתכווין להעיד שלפי שיצא יהודי עימו לפנינו רגילות הוא שיבוא ויספר המקרה שהגיע ליהודי שיצא עימו, אף על פי שלא היה קישור דברים כיוון שהדברים מראין שלא נתכווין להעיד הוי מסל״ת, עכת״ד.

ונראה שלפי דברינו דבר זה תלוי במחלוקת הרמב״ם והר״ן בטעם הדבר שצריך קישור דברים שהרי לפי שיטת הרמב״ם יש לומר שסו״ס אין בדבריו סימן חיובי שהוא לא מתכוין להעיד אלא שאין ראיה שהוא מתכוין להעיד למרות שהוא לא אומר בקישור דברים. שו״ר במראות הצובאות (ס״ק מז) שכתב כדברינו בביאור הרמב״ם והר״ן וגם כתב שדינו של הב״ח יתכן רק אליבא דהר״ן ולא אליבא דהרמב״ם, ובש״כ.

ב

שו״ע אבה״ע יז,טו:

> גוי שהסיח לפי תומו תחילה אע״פ ששאלו אותו אח״כ ובדקוהו עד שיפרש כל המאורע, הרי זה נאמן ומשיאין על פיו

ובב״ש (ס״ק מא) הביא מחלוקת אחרונים בפרטי דין זה. דבשו״ת הרשד״ם (סימן מב) מבואר שזהו דוקא אם באותו מעמד שאלו אותו. אבל אם בתחילה דיבר דברים שלא היה בהם כדי להתיר את האשה ולאחר זמן שפגשו אותו שוב שאלו אותו על המשך הסיפור ואז אמר שפלוני מת אינו נאמן. אבל המשאת בנימין (סימן קה) כתב בשם הרא״ם (עד) ושו״ת בנימין זאב (יז) שאפילו אם נשאל אח״כ ורק אז אמר שפלוני מת הוי מסיח לפי תומו. וצ״ע במה נחלקו.

והנה בטעם הדבר שגוי שהתחיל להסיח לפי תומו נאמן אע״פ שבאמצע דבריו שאלו אותו ורק לאחר השאלה אמר דברים שיש בהם כדי להתיר, יש מחלוקת בין הפוסקים. הריב״ש (שפ) כתב וז״ל:

> שפונדקית יש בבכיתה הוראה על המיתה ויש לנו לומר שאף אם לא שאלוה איה חברינו היתה מספרת המאורע כיוון שהתחילה לבכות.

מבואר בדבריו שטעם הנאמנות הוא שכל שהתחיל לספר אנו תולים שכוונתו היתה לספר במסיח לפי תומו מענין המיתה גם לולא השאלה ולא השאלה היא שעוררה אותו לומר שפלוני מת וממילא יש לדבריו דין מסיח לפי תומו כיוון שכוונתו היתה לאומרם מעצמו.

אבל מדברי הח״מ נראה טעם אחר וז״ל הח״מ (ס״ק כט): ״אף על פי שהתחלת דבריו לא היה מספיק להתיר כההיא פונדקית שהתחילה לבכות ושאלוה איה חברינו,ואפילו הכי מתירין על פי סוף דבריה כי ההתחלה מורה שגם הסוף אמת״, עכ״ל. ונראה שהח״מ למד שכיוון שתחילת דבריו שהיו

במסל״ת משתלבים עם סוף דבריו ויש ביניהם קשר הגיוני הרי שיש כאן רגליים לדבר שדבריו האחרונים הם אמת אע״פ שאין להם דין מסל״ת, ולכן נאמן גם על דבריו האחרונים.

העולה מן האמור:

ריב״ש - גם לדבריו שלאחר השאלה יש דין מסל״ת ולכן נאמן עליהם.

ח״מ - אע״פ שאת דבריו שלאחר השאלה אין הוא אומר במסל״ת מ״מ הוא נאמן עליהם כי ההתחלה מורה שגם הסוף אמת.

והיה נראה לומר שמחלוקת הרשד״ם עם הרא״ם תלויה במחלוקת הריב״ש עם הח״מ. שהרשד״ם סובר כשיטת הריב״ש שכיוון שכוונת הגוי היתה לספר מעניין המיתה גם לולא השאלה לכן הוא נאמן. אבל במקום שרואים להדיא שהפסיק דבריו באמצעם ורק לאחר זמן ששאלו אותו המשיך וסיפר מעניין המיתה הרי שטעם ההיתר לא קיים שהרי רואים שרק בעקבות השאלה הוא אמר שפלוני מת ולכן רק אם באותו מעמד שאלו אותו וסיפר כל המאורע נאמן משא״כ במקום שרק לאחר זמן שאלו אותו וסיפר מעניין המיתה.

ואילו הרא״ם נקט כדברי הח״מ שתחילת דבריו שעליהם הוא נאמן במסל״ת מורים שגם סוף דבריו אמת ולכן כל שדבריו הראשונים עולים בקנה אחד ומשתלבים עם דבריו האחרונים הוא נאמן עליהם בין אם אמר אותם באותו מעמד ובין אם אמר אותם לאחר זמן.

אלא שמעיון במקור הדברים ברשד״ם נראה שכל זה אינו, דזה לשונו: ״יש לחוש למה לא סיפר בפעם הראשונה כל המאורע לרבי יצחק שהיה הוא לבדו עימו אלא שנראה שלא היה יודע יותר. אבל אח״כ כשהפצירו בו וראה שכוונתם לידע אם ודאי מת אם לאו, בדה מליבו הדברים ולא לבד כיוון להעיד אלא שכיוון גם כן להתיר או שמא לימדוהו לשקר״, עכ״ל.

ומבואר שטעמו של הרשד״ם הוא שיש לחוש שהסיבה שבפעם הראשונה לא סיפר את כל המאורע היא מכיוון שבאמת לא ידע את כולו דאם לא כן היה מספר הכל ומה שאומר אח״כ אלו הם דברים שבדה מליבו כי אם ידע אותם גם אז למה הפסיק באמצע דבריו ואת ״שיאו של הסיפור״ לא גמר.

ויש להקשות: אם הרשד״ם סובר שגוי שהסיח לפי תומו תחילה נאמן אף ששאלוהו באמצע מטעמו של הריב״ש שאנו תולים שכוונת הגוי היתה לספר כל המאורע גם לולא השאלה מדוע נזקק הרשד״ם לומר שיש לחוש שבפעם

הראשונה לא סיפר כל המאורע כיוון שלא ידע יותר ועכשיו הוא בודה דברים מליבו, הרי לפי הריב״ש גם לולא חשש זה אין להאמין לדבריו שאומר בפעם השניה כיוון שראינו במפורש שהגוי לא התכוין לומר את כל דבריו גם לולא השאלה וטעם הנאמנות לא קיים.

ולכן נראה לומר שהרשד״ם נקט בטעם ההיתר של ״שאלה באמצע״ כדברי הח״מ שזה משום רגליים לדבר שדבריו האחרונים אמת, ולכן נצרך לומר שבנידון שלא שאלוהו באותו מעמד, בטלו הרגליים לדבר ויש אפילו סיבה חיובית לחשוש שדבריו האחרונים דברי שקר הם.

ובדעת הרא״ם שחולק על הרשד״ם צ״ל שלא נראה לו לחוש לחשש זה, שבדה את הדברים שאומר בפעם השניה מליבו, וא״כ גם אם לא שאלוהו באותו מעמד עדיין קיימת האומדנא שתחילת הדברים מורה שגם הסוף אמת. ובעיקר הדין אם הגוי נאמן דווקא ששאלוהו באותו מעמד או אפילו אח״כ הוכיח הדברי אמת (סימן ט) מדברי הריב״ש שהוא סובר כמהרשד״ם שנאמן דוקא אם שאלוהו באתו מעמד, ולדברינו אמנם כן סובר הריב״ש אלא שלא מטעמיה וכפי שהתבאר.

ובאגרות משה (סימן מז ענף ה) כתב וזה לשונו: ״כשהוא לפנינו ולא שאלוהו אז כלום ואחר זמן שואלים אותו עוד הפעם יש לחוש שמבין מזה שנוגע לדינא דאם רק מחמת שרצונו לידע פרטיות הדברים כאדם הרוצה לידע חדשות בעלמא למה לא שאלוהו בפעם הראשון וגם מבין שצריך להוסיף איזה דבר על דבריו הראשונים מה שלא אמר אז דאל״כ היה סגי במה שסיפר בפעם הראשון לכן סובר מהרשד״ם שלא נחשב מסל״ת אף שהוא רק פירוש דבריו הראשונים״, עכ״ל.

ומדברי האגרו״מ עולה דרך נוספת בביאור הדברים: בטעם הדבר שגוי שהתחיל לספר במסל״ת אע״פ ששאלוהו אח״כ ופירש המאורע, שנאמן, נראה מדבריו שזהו משום שהגוי חושב שהשאלה נובעת רק מסקרנות גרידא ולא משום שיש לשואל נפק״מ בידיעת הדברים ולכן סובר המהרשד״ם שכאשר הגוי רואה שבפעם הראשונה לא התעניינו בדבריו אז יש לחשוש שכאשר שואלים אותו בפעם השניה הוא מבין שהשאלה לא נובעת מתוך סקרנות אלא מתוך שעקרוני לשואל לדעת את הדברים לאשורם.

ולפי זה העלה הגרמ״פ זצ״ל שבמקום שהגוי יודע שהישראל לא יכול היה לשואלו בפעם הראשונה אפילו אם רצה בכך (יעויין שם הנידון בפירוט) גם המהרשד״ם יודה שהגוי נאמן כיוון שעדיין הוא מפרש ששאלת היהודי בפעם השניה נובעת מסקרנות ולא בגלל עניין עקרוני שיש לו בידיעת הדברים.

ויש להעיר שלכאורה בלשון המהרשד״ם שהבאנו לעיל אין הדברים מיושבים כל כך, שהרי המהרשד״ם כתב שהריעותא היא בזה שאם הגוי ידע הכל כבר בפעם הראשונה היה לו לספר את זה אז ואילו לדברי האגר״מ הריעותא היא בזה שבפעם הראשונה היהודי לא שאל להמשך הדברים אלא רק בפעם השניה. ובקיצור: מהמהרשד״ם נראה שהחסרון הוא בזה שהגוי לא סיפר הכל בפעם הראשונה ואלו לאגר״מ החסרון הוא בזה שהיהודי לא שאל בפעם הראשונה.

ולפי זה יש לדון ולומר שגם במקום שהגוי יודע שבפעם הראשונה היהודי לא יכול היה לשאול אותו אפילו הכי יסבור המהרשד״ם שלא נאמן על דבריו בפעם השניה שהרי גם בכהאי גוונא יש לחשוד שהסיבה שלא סיפר את המשך הדברים היא משום שלא ידע. ואם כן נשארנו בצ״ע בהבנת האגר״מ.

ולדברינו יש לומר להיפך, שאם תהיה היכי תמצי שידוע לנו שבפעם הראשונה הגוי לא יכול היה להמשיך את דבריו עד תומם הרי שגם המהרשד״ם יודה שנאמן על דבריו שאומר בפעם השניה.

ומצאתי מפורש כדברי בספר מטה יוסף (ח״א סימן ט, הובא באוצה״פ דף קכא ע״א) בנידון גוי שבעת שמכר בגדים התחיל לספר עניין המאורע ושוב לאחר זמן שפגשוהו שאלוהו להמשך הדברים והמשיך לספר ובתוך דבריו סיפר מעניין מיתתו של פלוני שבכהאי גוונא גם הרשד״ם יודה שנאמן, וזה לשונו: ״דעד כאן לא אמר הרשד״ם אלא כשבפעם הראשונה כשהתחיל לדבר היה אפשר לו לברר כל העניין ולא בירר, בהא איכא הוכחה שלא ידע יותר שאם היה יודע היה מספר וכיוון שכן איכא למיחש שמה שסיפר אח״כ הוא שקר שבדה מליבו. אבל בנידון דהרא״ם לא היה כן אלא כשדיבר עימו בתחילה היה טרוד למכור הבגדים ולא היה לו פנאי לספר לו כל המאורע בפרטות וכיוון שכן אין לחוש במה שאמר אח״כ שקברום שמא בדה מליבו״, עכ״ל.

ג

רמ״א יז,טו:

> אבל שאלו אותו תחילה איה חברינו ואמר להם שמת אין זה מיקרי מסיח לפי תומו ודוקא ששאלו אותו הגוי עצמו אבל שאלו גוי אחר או שחפשו בעיר אחר יהודי ויצא הקול בזה ובא גוי ומסיח לפי תומו שמת אף על פי שהיה אצל הגוי ששאלו מיקרי מסיח לפי תומו.

ובח״מ ס״ק ל: ״אף על פי שהגוי המעיד לפי תומו היה אצל הגוים הנשאלים והם הגידו לו שהיהודים חוקרים ודורשים אפילו הכי כל שלא שמע הגוי המעיד מפי היהודי השואל איה חברינו הוי מסיח לפי תומו. אבל אם שני גוים או הרבה עומדים ביחד והיהודי שואל לאחד מהם איה פלוני והשני משיב מת ודאי לא הוי מסיח לפי תומו כל שהמגיד שמע מפי יהודי שחוקר ודורש אף שלא שאל אותו מכל מקום מקרי משיב לשואל״, עכ״ל.

הח״מ מפרש את כוונת הרמ״א שרק אם הגוי שהשיב שמע את שאלת היהודי מהגוים הוא שנאמן במסל״ת אבל אם שמע את השאלה ישירות מהיהודי אף על פי שהשאלה לא הופנתה אליו אין זה מסל״ת אלא משיב לשאלה.

ויעוין בבאר היטב (אות מט) שהביא משו״ת עבודת הגרשוני (סימן פו) שחולק על הח״מ והבנתו בדעת הרמ״א היא שגם במקום שהגוי היה במעמד השאלה כל שלא נשאל ישירות ע״י היהודי, נחשב מסל״ת ונאמן. וצ״ב במה נחלקו הח״מ עם עבוה״ג.

והב״ש (ס״ק מד) הביא דברי הח״מ ודן בהם וזה לשונו: ״כתב הב״י בשם מורו אם ישראל שאל לישראל וגוי היה באותו מעמד והשיב שמת הוי מסיח לפי תומו ולדברי החלקת מחוקק צריך לחלק בין אם שאל לגוי אחד וגוי שני היה באותו מעמד הוי כאילו שאל אותו אבל אם שאל ישראל לישראל אף על גב דהגוי המשיב היה באותו מעמד לא הוי כאילו שאל לאותו גוי״, עכ״ל.

היינו שלב״ש הוקשה שהרי המהר״י בירב התיר אפילו במקום שהגוי היה במעמד השאלה ואיך אמר הח״מ שכל ההיתר של הרמ״א הוא רק במקום שהגוי לא היה במעמד השאלה ותירץ הב״ש שגם לדברי הח״מ יש לחלק בין מקרה שהנשאל הוא יהודי לבין מקרה שהנשאל הוא גוי. ולכאורה כוונת הב״ש בחילוק זה סתומה וחתומה.

והנראה בזה הוא דבטעם פסול הנאמנות של גוי שהסיח ע״י שאלה, יש לפרשו בשני פנים:

א) ע״י שאלה הגוי מרגיש שלישראל יש נפקותא בשאלה האם פלוני מת אם לאו ויש לחוש שכיוון שכן הוא מתכווין להטעות את הישראל.

ב) לא סגי בזה שהגוי מרגיש שלישראל יש נפקותא בשאלה אלא צריך שהגוי ירגיש שיש לישראל נפקותא בתשובתו של הגוי והוא מחשיב את דבריו ותשובתו תפשוט את ספיקו.

ונראה שהב״ש למד שצריך שהגוי ירגיש שליהודי יש נפקותא בתשובתו ולכן במקום שישראל שואל ישראל אחר בנוכחות הגוי יש לומר שהגוי לא חש שהישראל סומך על תשובתו שהרי הוא שאל לישראל דווקא ולא אליו ולכן בזה נאמן הגוי אע״פ שהיה באותו מעמד, אבל במקרה ששאלו לגוי אחד בנוכחות גוי אחר יש לומר שכיוון שהגוי רואה שהישראל מוכן לסמוך על תשובתו של גוי הוא סבור שהשואל יסמוך על תשובתו אע״פ שלא שאלו ישירות ולכן אינו נאמן.

וכל זה בדעת הב״ש, ובדעת עבוה״ג שסובר שהגוי נאמן גם אם הוא היה במעמד השאלה נראה לומר שהוא לא חולק ביסוד הדברים על הב״ש אלא שהוא סבור שכל שהגוי רואה שהיהודי שאל מישהו אחר, אפילו אם הוא גוי, ולא אותו, הרי שהוא לא חושב שהישראל יסמוך על תשובתו ולכן הוא נחשב מסל״ת. (שו״ר באוצר הפוסקים שהביאו משו״ת נטע שעשועים סימן ט שגם הוא באר את הב״ש על הדרך שפירשתי, ובש״כ).

והמראות הצובאות הביא דברי הח״מ והביא את הבנת הב״ש בכוונתו וכתב על דבריו שאין טעם לחילוק זה והבנתו בדעת הח״מ היא שכל שהגוי היה במעמד השאלה והשיב אין הוא נאמן אפילו אם הנשאל היה ישראל (יעוי״ש שדייק שכן היא דעתו של הריב״ש ונשאר בצ״ע על מהר״י בירב הן בדין והן בראיה שהביא מהריב״ש) ודעתו נוטה לדינא כדברי הח״מ. ונראה לומר בביאור דבריו שהוא למד שטעם פסול הנאמנות של גוי שהסיח ע״י שאלה הוא כצד הראשון בחקירה שהבאנו שכל שהגוי מרגיש שלישראל יש נפקותא בשאלת גורלו של פלוני שוב אין הוא נאמן דיש לחוש שהוא מתכווין בתשובתו להטעות.

העולה מהאמור הוא שיש שלוש שיטות בהבנת הרמ״א:

עבודת הגרשוני- כל שהגוי לא נשאל ישירות נאמן בדבריו אפילו אם היה במעמד השאלה.

ח״מ לפי מרה״צ- כל שהגוי היה במעמד השאלה אין הוא נאמן דנחשב משיב לשאלה.

ח״מ לפי הב״ש- אם הגוי שאל ישראל בנוכחות הגוי והגוי השיב,נאמן.ואם הישראל שאל לגוי בנוכחות גוי אחר, והשיב הגוי שלא נשאל, לא נאמן.

אלא שעדיין צ״ע שהרי הרמ״א פסק להלכה שאם חיפשו בעיר אחר יהודי ויצא הקול ובא גוי ומסיח לפי תומו שמת מקרי מסיח לפי תומו (ומקורו מתשובת מהר״ם הלכות נשים סימן ט) והרמ״א הביא דין זה ללא חולק. ולפי דברינו בביאור דרכו של המראות הצובאות שכל שהגוי יודע שיש לישראל נפקא מינה בדבר גורלו של האיש שוב אין הוא חשיב מסל״ת לכאורה גם במקום שידוע לגוי שהיהודים חוקרים ודורשים על גורלו של פלוני שוב אין הוא מסל״ת ומדוע פסק הרמ״א שנאמן. ומצאתי שעמד על זה החזו״א ובתחילה כתב שבאמת אם נפרש שחיסרון שאלה הוא מצד שכל שהגוי יודע שהישראל מתעניין בדבר תפשיה יצרא דשקרא אז אם יצא קול שהיהודים מחפשים יהודי שנאבד ובא נכרי והעיד לא חשיב כמסל״ת ומה שהמהר״ם התיר בכהאי גוונא הוא משום שהוא סבור שפסול שאלה נובע מזה שבשעת שאלה מתעורר בו יצר השקר אבל כל שלא שאלוהו לא יתעורר ללכת לשקר ומדבריו בהמשך נראה שחזר בו וגם אם נאמר שכל שהגוי יודע שיש לישראל נפקותא בדבר יש לחוש שמשקר מ״מ לא חיישינן שעד כדי כך יתעורר בו יצר השקר לבוא מעצמו בלי ששאלוהו ולבדות דברים מליבו ולפי זה מיושבת דרכו של מראות הצובאות.

ד

שו״ע אבה״ע יז,טז:

> גוי מסיח לפי תומו מפי גוי מסיח לי תומו משיאין על פיו.

ובבאר היטב הביא משו״ת הריב״ש שהוא חולק על זה וסבור שאפילו אם ידענו שגוי הראשון היה גם כן מסיח לפי תומו לא מתירין בגוי מפי גוי. ובטעם הדבר הביא הבאר היטב בשם כנסת הגדולה (סקל״ה) דגוי מסיח לפי תומו חידוש הוא והבו דלא לוסיף עלה.

ודברים אלו לכאורה קשה להולמן שמסברא נראה שכיוון שידענו ששני הגויים הסיחו לפי תומם יש לנו אומדנא להתיר את האשה שהרי דין מסיח לפי תומו הוא לא הלכתא בלא טעמא אלא הוא בנוי על אומדנא שכל שהגוי אומר דבריו בדרך סיפור דברים הוא לא משקר וא״כ מהו זה שהריב״ש אוסר בגוי מפי גוי מטעם דחידוש הוא והבו דלא לוסיף עלה.

והנראה בזה הוא דהנה יעויין בצפנת פענח, שחקר בדין מסיח לפי תומו האם על ידי זה שהגוי מסיח לפי תומו נסתלק ממנו החסרון שהוא פסול להעיד ושוב הוא נאמן מדין עדות כיוון שבמסל״ת אין בו חשש משקר.או שגדר דין מסל״ת הוא שכיוון שיש אומדנא שהגוי אינו משקר אנו סומכים על האומדנא שאמת בפיו ועל פיה אנו מתירים את האשה. ונראה לומר שהריב״ש סובר כצד הראשון בחקירה שע״י שהגוי מסל״ת שוב הוא נאמן מדין עדות ודין מסל״ת הוא תקנת חכמים להכשיר את הגוי כעד. וזהו טעם הריב״ש שפוסל בגוי מפי גוי מטעם דחידוש הוא והבו דלא לוסיף עלה שכל מה שראינו הוא שחז״ל הכשירו גוי כעד הוא רק בעדות ישירה אבל מאין לנו לחדש שגם חיסרון של עד מפי עד אין בו.

ובדעת השו״ע נראה שהוא סובר כצד השני בחקירת הצפנת פענח שדין מסל״ת אינו תקנת חכמים להכשיר את הגוי כעד אלא שע״י שהגוי מסל״ת יש לנו אומדנא שאכן פלוני מת וסמכו חכמים על אומדנא זאת להתיר אשה. ולכן כל שהאומדנא קיימת יש לסמוך עליה ולהתיר על פיה ובדין מסל״ת לא שייך כלל פסול עד מפי עד כיוון שאינו מדין עדות כלל.

דרך נוספת לבאר את השו״ע היא שהשו״ע מודה לריב״ש ביסוד הדברים שמסיח לפי תומו הוא מדין עדות אלא שכיוון שחזינן שביהודי הכשירו חז״ל עד מפי עד שוב אין סברא לחלק בין גוי מסיח לפי תומו לבין ישראל.

הרב דוד מרציאנו

תרי רובי בעגונה

ראשי הפרקים

א. רוב וחזקה

ב. רוב למיתה וחזקת אשת איש

ג.1. דעות המתירים בתרי רובי

2. דעות המחמירים בתרי רובי

3. דעת ביניים

ד. תרי רובי – בבת אחת או בזה אחר זה

ה. התייחסות פוסקי דורנו הלכה למעשה

תרי רובי ענייננו צירוף של שני גורמים שבכל אחד מהם יש רוב סיכויים שהאדם מת במעשה אחד (או שני מאורעות שיש בהם להמית), כאשר בהסתברות אחת בלבד לא הקלו חז"ל להתיר אשה והשאלה כאשר יצטרף אליו רוב אחר האם נתיר בכה"ג. כגון: אדם שנפל ממקום גבוה על נהר קפוא, הקרח נשבר והאדם טבע במים, וכן אדם שנפל ממטוס גבוה הישר לתוך הים (מים שאין להם סוף) או בנין שעלה בלהבות ולאחר מכן קרס והתמוטט (כאשר רוב הסיכויים שהנמצאים בבנין נספו באש, וכן רוב סיכויים שמי שהיה חי מת בקריסת הבנין). הגאון ר' יוסף כהן אומר שדבר זה היה בסיס להיתר רוב עגונות מהשואה. א) לקיחה למחנה השמדה. ב) אם היה ניצל היה מודיע.

א. רוב וחזקה

בחלק זה ניגע על קצה המזלג רק לצורך המשך הדיון (מסתבר שבענין זה עצמו ישנם דעות ושיטות רבות אך אין זה מענין מאמר זה לע"ע).

גדר רוב לפי שיטת השב שמעתתא

הרמב"ם (אסו"ב טו,יא-יב) כותב – "פנויה שנתעברה מזנות, אמרו לה מהו העובר הזה או הולד הזה, אם אמרה בן כשר הוא ולישראל נבעלתי הרי זו נאמנת והבן כשר ואעפ"י שרוב העיר שזינתה בה פסולים.. או שאמרה לאיש פלוני ממזר נבעלתי... אפילו אותו פלוני מודה שהיא ממנו הרי זה הולד ספק ממזר וכו'".

הסביר המגיד משנה שהטעם שנאמנת להכשיר משום שמדאורייתא הולד ספק ממזר ומותר לבוא בקהל אלא שרבנן גזרו עליו, ובדבריהם האמינו לה.

הקשה הב״ש (ד,לט) על המ״מ הרי קיימ״ל שהלכה כרבן גמליאל (כתובות יג) ואפילו ברוב פסולים נאמנת, והרי ברוב פסולים הולד פסול מן התורה? ועיי״ש מה שכתב ליישב.

השב שמעתתא (ב,טו) רוצה ליישב עפ״י השטמ״ק בב״מ (ו,ב) גבי קפץ אחד מן המנויים לתוכן שכולם פטורים מן המעשר, משום שעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק. הקשה השטמ״ק והרי כל דפריש מרובא פריש (וא״כ מדוע לא נאמר על כל אחד שזה אינו שקפץ)? ותרץ שדין כל דפריש זה אינו בגדר ודאי והתורה אמרה עשירי ודאי ולא עשירי ספק. אומר הש״ש רואים שאמנם בכל דפריש יש ספק מהיכן פרש, אך אנו הולכים אחר הרוב, וזו הנהגה אך היא אינה מבררת את הספק, ולכן גם בממזרות אפילו כאשר יש רוב פסולים זה עדין ספק, ואת זה (ספק ממזר) התורה לא אסרה. ומוסיף הש״ש שמש״כ (א,כא) שגם בממזר ספק אם יש רוב או חזקה זה נחשב ממזר ודאי שם מדובר ברובא דליתא קמן (שתלוי בסברא), כגון מש״כ הגמ׳ בחולין (יא) שהספק הוא אם זה אביו או לא (לענין מכה אביו ואמו) שהסברא שהוא אביו (כי רוב בעילות אחר הבעל), שזה נחשב לודאי=בירור אבל ברובא דאיתא קמן (לא תלוי בסברא) זה גזה״כ לילך אחר הרוב בגדר הנהגה. (וכך מסכם הקובץ שיעורים ח״ב סי׳ מה אות יא, את דעת הש״ש).

גדר חזקה

בגמ׳ יבמות (לא) ישנו דיון האם תרי ותרי הוא ספק דאורייתא או ספיקא דרבנן, מסביר רעק״א (סי׳ קלו) את יסוד מחלוקתם בכך שמ״ד תרי ותרי ספיקא דאורייתא לא מעמידים על החזקה, כיון שהחזקה היא כראיה נוספת וא״כ זה כמו תרי כנגד מאה שעדין הם ספק השקול (כמ״ש התוס׳ בב״ב לא,ב ד״ה וזו באה, וכן תוס׳ ב״ק עב,ב ד״ה אין), אך המ״ד שסובר שזה ספיקא דרבנן ומדאורייתא הולכים אחר החזקה סובר שרק דברים שהם מגדר עדות אינן מכריעות בתרי ותרי אך חזקה זו הנהגה ולכן היא מכריעה בספק יש לנהוג באופן הזה, ע״כ.

נמצאנו למדים מדברי רעק״א שחזקה דמעיקרא עניינה הנהגה ולא בירור. וכן דעת הש״ש (ו,כב), ולענ״ד כן משמע מפיהמ״ש לרמב״ם נזיר (ט,ב) עיי״ש.

אופן אחר הוא דרכו של קונטרס הספקות (א,ו) שסובר שחזקה היא בירור: הקוה"ס מביא מהר"י באסן שהיה שואל מדוע אומרים קים לי בממונא ולא באיסורא, הרי גם בממונא על הצד שזה לא שלו זה גזל ויש כאן איסורא? ועי"ש מה שתרץ. קוה"ס ר"ל תרוץ אחר (מכח קושיא על הסברו של המהר"י באסן) שגזל שהתורה אסרה זה דווקא דבר ששייך לחבירו מצד הדין. אך אם הדין הוא שהמוציא מחבירו עליו הראיה א"כ הכסף שנמצא אצל המוחזק הוא אצלו עפ"י דין, ולכן אין בזה משום גזל. ע"כ יוצא שקוה"ס סובר שחזקה זה בירור שהדבר שייך לו.

קיימ"ל שרובא וחזקה רובא עדיף (נידה יח,ב, קידושין פ ועוד) ונאמרו מספר טעמים באחרונים לדין זה, ונבחן אי"ה אם יש נפקותא בטעמים לנידון דידן:

1. קובץ שיעורים ב"ב עח – חזקה עניינה שהתורה אמרה לנהוג כך במקום ספק וא"כ כאשר יש רוב שהוא מברר את הספק אין מקום לנהוג כחזקה.

2. ש"ש (ב,כד) – שכל הטעם שאנו אומרים רובא עדיף מחזקה משום שהרוב נמצא לפנינו כעת בשעת הספק, משא"כ בחזקה אין הדבר מוחזק עכשיו לפנינו רק אנו מחזיקים שלא נשתנה הדבר מכמות שהיה מוחזק בתחילה, א"כ הרוב שהוא עכשיו לפנינו עדיף מחזקה שהיא רק מעיקרא (שונה הדבר בחזקת ממון שהוא מוחזק בממון עכשיו א"כ זה חשוב כמו רוב שעכשיו לפנינו, לכן כתבו התוס' (ב"ק כז,ב ד"ה קמ"ל) שחזקת ממון בצירוף המיעוט מועיל להכריע את הרוב).

3. הפנ"י (כתובות יב,ב בקונטרס אחרון) כותב שיתכן שרובא וחזקה רובא עדיף זה דווקא כששניהם בענין אחד, שהרוב שבא לאחר החזקה מבטל את החזקה מכאן ולהבא שהחזקה עשויה להשתנות, אבל בעלמא היכן שהרוב בפני עצמו והחזקה בפני עצמה לעולם יש לומר שחזקה עדיפה מרוב.

ב. רוב למיתה וחזקת אשת איש

עתה נדון במקרה של רוב אחד, כגון משאל"ס, כנגד חזקה – חזקת א"א.

לכאורה לפי הכלל הנ"ל שרובא וחזקה רובא עדיף (לפי כל ההסברים הנ"ל) ובפרט שהרוב כאן הוא בירור שהרי הוא רובא דליתא קמן שתלוי בסברא, והחזקה כאן היא לכוי"ע הנהגה (גם לקוה"ס – לענ"ד, שהרי טעמו לא שייך כאן) היה צריך להיות שאדם שטבע במשאל"ס אשתו מותרת, שהרי רוב

נטבעים למיתה גובר על חזקת א״א, אלא שלמעשה לא קיימ״ל הכי (כמו שמפורש בגמ׳ יבמות ובטוש״ע יז,לב) והשאלה היא מדוע.

הקדים ושאל זאת הריב״ש (שעט) הרי המשנה בגיטין (כח,ב) אומרת ״שלשה דברים אמר ר״א בן פרטא לפני חכמים וקיימו את דבריו... וספינה שאבדה בים... נותנים עליהם חומרי חיים וחומרי מתים וכו״.[1] וקשה הרי מפורש בסוגיא ב״ב קנג,ב שספינה שאבדה רובן למיתה א״כ מדוע נותנים עליהם גם חומרי חיים? ותרץ משום שמעמידים על חזקת א״א.

והוסיף להקשות, הרי רובא וחזקה רובא עדיף? וכאן תרץ שיש רוב אחד להיתר כנגד שתי חזקות לאיסור, חזקת א״א וחזקת חיים של הבעל (יש[2] שמדייקים מהריב״ש שאם אכן היו תרי רובי כנגד שתי חזקות אכן היה רובא עדיף, אך מהחת״ס בתשובה ובחידושיו (ראה לקמן) משמע שאינו מסכים לדיוק זה בריב״ש).

על תירוצו של הריב״ש מעירים האחרונים (הגר״ח מוולוזין בחוט המשולש סי׳ ו ועוד) שיש סוגיות רבות שמהם רואים שרוב עדיף גם משתי חזקות, ועוד שבכלל שתי החזקות הנ״ל הם עניין אחד[3] (שהרי חזקת החיים של האיש היא הגורמת שיש עדין חזקת א״א).

באופן אחר ניתן לתרץ עפימ״ש החת״ס בחידושיו לב״ב צב,א ד״ה המוכר (לא מצאתי אך ראיתי בשמו), שכאן לא אומרים רובא עדיף משום שיש כאן שתי חזקות חזקת א״א וחזקת חיים וחזקות אלו יחד הם כמו חזקת ממון ועדיפות מרובא דליתא קמן ולכן אין הולכים במשאל״ס אחר הרוב – ע״כ.

ולענ״ד זה דומה למש״כ בקוה״ס הנ״ל שכאן החזקה היא בירור כמו בממון, ואם כן יש כאן בירור כנגד בירור (רוב) ואין הכרעה. אלא שמה שהעיר הגר״ח מוולוז׳ין על הריב״ש בהערתו השני׳ (שלכאורה אלו חזקות התלויות זו בזו) היא הערה גם על דברי החת״ס.

---

[1] כך מבאר את הקושיא הגר״ח בחוט המשולש.

[2] ביניהם בספר בית נאמן קונטרס בנין ירושלים דף יג (הובא באוצה״פ) שהוכיח מדברי ריב״ש אלו שבמקום תרי רובי לא מחמירים אפילו במקום איסור א״א.

[3] וכ״כ הנוב״י (תנינא אהע״ז מג).

ישוב אחר לקושיא הנ"ל מובא בספר נר אהרן להגר"א מטורג (מובא בספר מנחת אברהם, להגר"א שפירא שליט"א וכן בספר פסקים וכתבים להגרי"א הרצוג סי' ל אות י) שמחלק באופן הבא:

1. כאשר דנים ברוב על עצם הדבר מה ומהיכן הוא, מהרוב או מהמיעוט – בזה הולכים אחר הרוב.

2. אך כאשר דנים אם קרה מקרה לדבר – בזה לא הולכים אחר הרוב.

3. ועל זה הוסיף לחדש, שבדבר שתלוי ברצון האדם שעושה את הפעולה בכוונה הולכים אחר הרוב גם ברוב התלוי בשאלה האם קרה המקרה.

במשאל"ס – חכמים עשו זאת כמו רוב במקרה (כנ"ל 2) ולא הולכים אחריו, לעומת זאת בנגמר דינו למיתה בבי"ד של ישראל שמעידים עליו שמת (כמ"ש בגמ' גיטין כח,ב) שהוא תלוי ברצון האדם (לענ"ד הכוונה לדיינים) הולכים אחר הרוב.

וכן מוסיף הגרי"א הרצוג שכשהתנפלו רוצחים וידוע שמגמתם להרוג – הרי"ז רוב התלוי ברצון האדם ודנים על פיו. אלא שגם על חידוש זה מקשה הגר"א שפירא מראוהו צלוב, שגם זו פעולה שתלויה ברצון האדם (הצולבים) ואפ"ה אין הולכין אחר הרוב להתירו (כמו שנפסק בשו"ע יז,לא).

א"כ לסיכום קטע זה: בנידון דידן (משאל"ס) בחד רובא לא מתקיים הכלל של רובא וחזקה רובא עדיף, הבאנו מספר הסברים שעל כ"א מהם ישנה הערה, אי"ה תוך כדי הדיון בתרי רובי נביא הסברים נוספים מדוע לא הולכים כאן אחר הרוב.

ג.1. דעות המתירים בתרי רובי

הדיון בחלק זה יתרכז אי"ה בשאלה האם בתרי רובי ישתנה הדין ונאמר רובא וחזקה רובא עדיף ומהם הנימוקים לכך.

הגר"ח מוולוז'ין (הנ"ל) ר"ל שכאשר יש תרי רובי יורד איסור א"א ממישור דאורייתא[4] ומעתה הדיון הוא במישור דרבנן. ויסוד הדברים הוא משום שיש כאן מצב של מחצה על מחצה ונביא את תורץ דבריו:

[4] שלפי הריב"ש אפילו שיש רוב, עדין אסורה מה"ת, ולכן מועיל הרוב השני להוציא מאיסור דאורייתא. אך לא להתיר לכתחילה. (כן למד הגר"א שפירא בס' מנחת אברהם). אך מהיבי"א הנזכר לקמן משמע שלמד שהגר"ח מתיר לכתחילה בתרי רובי, ע"ש.

הגר״ח דן בנידון של אדם שנפל ממקום גבוה כשתי קומות למשאל״ס (ובפרט שראוהו כמו נטבע ומת).

על שאלת הריב״ש הנ״ל רוצה הגר״ח לתרץ שלגבי ספינה שאבדה נותנים עליו חומרי חיים משום שזה נחשב רוב שאינו גמור, ורוב שאינו גמור כנגד חזקה זה נחשב כמחצה על מחצה מה״ת. וכן כתבו תוספות בכמה מקומות, ע׳ נידה יח,ב תוד״ה מיעוטא. הגמרא שם מביאה את המשנה בטהרות פ״ג מ״ח בתינוק שנמצא בצד העיסה ובצק בידו. ר״מ מטהר וחכמים מטמאין משום שדרכו של תינוק לטפח. שואלת הגמרא מ״ט דר״מ?

ומתרצת הגמ׳ קסבר רוב מטפחין ומיעוט אינן מטפחין, ועיסה זו בחזקת טהורה עומדת סמוך מיעוטא לחזקה ואתרע לה רובא.

ורבנן מיעוטא כמאן דליתא דמי, ורובא וחזקה רובא עדיף. ור׳ יוחנן אומר (דלא כר״ל) שזו חזקה (רש״י: שמחזיקים סתם רוב תינוקות מטפחין) שאין שורפין עליה את התרומה.

שואל תוס׳ כיון שמיעוטא כמאן דליתא דמי (לרבנן), ורובא וחזקה רובא עדיף אז מדוע לא שורפין עליו את התרומה? ומתרץ ר״ת שרוב תינוקות מטפחין אינו רוב גמור ולא הוי כנגד חזקה אלא כפלגא ופלגא.

לפי״ז גם בטבע במשאל״ס כיון שאינו רוב גמור זה ג״כ כמחצה ומחצה ולכן זה לא גובר על חזקת א״א, אבל כשמצרפין עוד ספק (כגון בנידון בשאלה שנפל ממקום גבוה שרובם למיתה) א״כ זה הופך להיות רוב גמור וגובר על חזקה דאורייתא של א״א.

אמנם גם בתרי רובי אין האשה מותרת לגמרי כמו שמוכח מיבמות קכא וכדלקמן אך כ״ז חומרא דרבנן, ולכן יש לדון בגדרים דרבנן וללכת לקולא.

[כגון בנידון שהיה בשאלה: יש דעות בפוסקים שבמשאל״ס אם נשאת לא תצא רק אם שהו עליו שיעור שתצא נפשו (רמ״א יז,לד, וכ״ד ה״ה ברמב״ם, הריב״ש (ס׳ תקח), הרשב״א הובאו בב״י).

בגדר שיעור זה נחלקו הדעות: הריב״ש (שעט) כותב ששיעור זה הוא שתי שעות כעובדא דנחוניא חופר שיחין (יבמות קכא,ב), אך המהרי״ט (אהע״ז סוס״י פו) מקל ור״ל שבתחילה משערין שיעור של כמה זמן שיכול לכלוא את רוחו שלא יבואו מים לגרונו, ואח״כ כשבאו מים לגרונו בשיעור כדי חניקה בסודרין שנפשו יוצאת מיד.

בנידון השאלה אומר הגר״ח די שישהו שיעור שתצא נפשו לפי שיטת המהרי״ט הואיל ונידון דידן הוא בגדרי דרבנן ולקולא].

הגר״א שפירא שליט״א (מנחת אברהם ח״ב סימן טו) מסביר מה הכוונה רוב שאינו גמור, ור״ל שהגדרה זו עניינה כאשר לא מוחלט לחז״ל שאמנם כך הוא הרוב אלא ספק הוא לדידהו אם הוא רוב או מחצה על מחצה, א״כ יש ספק רוב כנגד חזקה (לענ״ד הפירוש שאין כאן הכרעה כיון שאין כאן בירור שיועיל לשנות את ההנהגה שהיתה עד עכשיו) ולכן אין שורפין ע״ז תרומה ברוב תינוקות מטפחין, וזהו שהעיד ר״א בן פרטא שבכל הני לא הוחלט לחז״ל שיש כאן רוב גמור למיתה וע״כ הדין דהוי ספק איסור.

לפי״ז יוצא לרב שפירא חידוש דין (הנזכר אף בפוסקים קודמים, כגון בספר ברית אברהם ועוד) לגבי העיד ר״א בן פרטא הנ״ל שבכל אלו לא הוחלט לחז״ל שיש כאן רוב גמור למיתה ועל כן הדין דהוי ספק איסור, ממילא במקרה שיהיה רוב גמור למיתה במקרים של ר״א בן פרטא הנ״ל אזי הולכים אחר הרוב ומחזיקים אותם למתים ובכבשוה כרקום אם יהיה בבירור שרובו למיתה (כמו בזמן מלחה״ע השניה שרוב ישראל שבכל עיר ועיר נהרגו בעוה״ר ע״י המרצחים ימ״ש ויש עדויות על כך) חזר הדין כבכל התורה שהולכים אחר הרוב, וא״כ במקרה שאפשר היה להנצל מהכרקום רק ע״י מקרים בלתי מצויים הוי רוב גמור ומותרת.

ור״ל שבמקרה כזה יועיל גם להוציאה מאיסור דרבנן (גם לשיטת הגר״ח הנ״ל לענ״ד) עפ״י משי״כ בקידושין פ שאין שורפין תרומה על החזקות, אומרת הגמ׳ ואיזוהי חזקה ששורפין עליה את התרומה כדרבנן עיסה בתוך הבית ושרצים וצפרדעים מטפלין שם וכו׳ אם רוב שרצים טמאה וכו׳.

ופרש״י שזה רובא דאיתא קמן וברוב כזה לא חוששים למיעוט (אבל בתינוק מטפח זה רובא דליתא קמן וחוששים) וכ״ד עוד ראשונים.

א״כ גם בכבשוה כרקום – במקרה רגיל זה רובא דליתא קמן וחוששים למיעוט ולכן לא מתירים את אשתו, אבל במקרה שהתברר שרוב העיר נהרגו ברובא דאיתא קמן כזה לא חוששים למיעוט אפילו לכתחילה.

רבי יצחק אלחנן מקובנא (עין יצחק כא) מקל יותר מהגר״ח. לדעתו היכן שיש תרי רובי יש להתיר לכתחילה גם באיסור א״א, ויסוד ההיתר הוא שבמקום שלא גזרו חז״ל שאין סומכים על הרוב אנו לא נחוש למיעוט. ונביא אי״ה את תורף דבריו: מהגמ׳ ביבמות קכא ותוס׳ שם ד״ה ולא (שמביאים

אחרונים רבים) לכאורה משמע שגם בתרי רובי לא מקלים: הגמרא אומרת: אמר רב אשי הא דאמרו במשאל"ס אשתו אסורה, ה"מ באיניש דעלמא אבל צורבא מרבנן לא, אי סליק קלא אית ליה, ולא היא לא שנא איניש דעלמא ול"ש צורבא מרבנן דיעבד אין לכתחילה לא.

מעיר תוס' למרות שלרוב צורבא מרבנן שעולים ליבשה יש קול, מ"מ לא חוששים לאותו רוב ולא תנשא לכתחילה, כמו רוב גוססים שלא מעידים עליהם אפילו שרוב גוססים למיתה.

ולכאורה יש כאן תרי רובי (רוב נטבעים למיתה, ורוב ת"ח שניצלים יש לזה קול) ובכל אופן לא מתירים את האשה לכתחילה, לכאורה רואים שלא מקלים בתרי רובי!? מתרץ על כך הגרי"א שני תרוצים: א) מה שתרי רובי לקולא זה דווקא אם נולדו בבת אחת (כמו בס"ס ביו"ד סי' קי בכללי ס"ס של הש"ך אות ד) אך כאן כיון שלא נולדו בב"א אזי לא מקלים לכתחילה (בתחילה נפל למשאל"ס שרובן למיתה, ורק לאחר זמן אנו אומרים שרוב ת"ח שניצלים קלא אית להו). ב) תרי רובי לקולא זה דווקא כשכל אחד מברר דבר אחר, אך כאן שניהם מבררים דבר אחד (שהוא לא ניצל מהמים), זה לא נקרא תרי רובי לקולא (וכ"כ עוד אחרונים מהם במנחת עני ובזית רענן יו"ד סי' רג. הובאו בספר דברי יוסף).

ר' יצחק אלחנן (שם ענף ג) מבאר יסוד דבריו (עפימש"כ בספרו באר יצחק) ומבסס:

בגמ' בגיטין כח,ב מובא – ת"ש שמע מבי"ד של ישראל שהיו אומרים איש פלוני מת, איש פלוני נהרג ישיאו את אשתו וכו'. א"ד אמר רב יוסף לא שנו אלא בבי"ד של עכו"ם (שנותנים עליו חומרי חיים משום שלוקחים שוחד, רש"י) אבל בבי"ד של ישראל כיון שיצא דינו למיתה ממיתים אותו

שואל התוס' (כט,א ד"ה אבל) והרי בסנהדרין (מב,ב) מובא שאם מצאו לו זכות היו מחזירין את הדין רואים שגם בבי"ד של ישראל כשנגמר הדין יש מיעוט חיים ומדוע לא חוששים להם! עונים התוס' מ"מ לא שכיח.

שואל ר' יצחק אלחנן מדוע לא חוששים למיעוט כמו במשאל"ס[5] בשלמא לתוס' ביבמות לו,ב (ד"ה הא), שבמשאל"ס גזרו חז"ל והחמירו כי זה מיעוט המצוי, י"ל שביוצא להרג שזה מיעוט שאינו מצוי בזה לא החמירו חז"ל, אך

[5] עיין לקמן בשם החלקת יואב תרוץ אחר על שאלה זו.

לתוס׳ בבכורות כ,ב (ד״ה חלב) שמשאל״ס זה מיעוט שאינו מצוי ובכל אופן גזרו חז״ל משום חומרא דא״א, מדוע לא נחוש גם ביוצא להרג?

אלא מכאן יוצא היסוד שרק היכן שמצינו בפירוש שהחמירו חז״ל לחוש למיעוט בזה מחמירים, ממילא היכן שיש רוב שלא מצינו בש״ס שהחמירו חז״ל לגביו אין לנו להחמיר מדעתנו אפילו במקום חשש א״א, אך באופן שיהא המיעוט בגדר של אינו מצוי.

לפי״ז בתרי רובי, כיון שלא מצינו שגזרו חז״ל בזה, וזה גם מיעוט שאינו מצוי, לכן הולכים אחר הרוב ומתירים לכתחילה.

עפי״ז העלה שגם בצורבא מרבנן הנ״ל א״צ את התרוצים הנ״ל (אף שלמעשה לא חזר בו מהחילוק שבין באו בב״א לבאו בזה אח״ז) אלא י״ל שכיון שחז״ל ראו לנכון להחמיר במשאל״ס לא חלקו בין צורבא מרבנן לאדם אחר ולכן אין לנו להקל אפילו בתרי רובי.

אגב זאת יצא לר׳ יצחק אלחנן דבר חדש ביחס למש״כ החת״ס (בשו״ת אבהע״ז נח וסה) לדון כיום שיש בתי דואר שאדם יכול בקלות להעביר מסר שהוא עלה מן הים א״כ בכל אדם שטבע במשאל״ס יש תרי רובי (רוב נטבעים למיתה, ורוב נצולים מודיעים למשפחותיהם ע״י בית דואר וכד׳),[6] אך אומר העין יצחק שאין להקל אף בזה״ז כמו שאמרנו ביחס לצורבא מרבנן כיון שהתרי רובי לא באו בב״א, ואפילו שזה נודע לאשה רק לאחר זמן רב שאז התרי רובי באים בב״א ייתכן ולא נקל בזה לפימש״כ בהסבר העיקרי הנ״ל שכיון שהחמירו חז״ל במשאל״ס החמירו בכל גוונא גם כאשר התרי רובי נודעו בב״א (אך בודאי שזה יכול להצטרף כסניף).[7]

גם בשו״ת בית יעקב (צוזמיר) סי׳ ט הולך בשיטת הגרי״א שבתרי רובי מתירים לכתחילה ויסוד ההתר שלו הוא דומיא דיוחסין, שמחמירים ברוב

---

[6] עיי״ש בחת״ס סי׳ סה עד כמה לסמוך על סברא זו למעשה.

[7] כהשלמה והטעמה לדברי העין יצחק מדוע במקומות מסוימים גזרו חז״ל לחוש למיעוט נמצא בתשובה לבעל החלקת יואב לרבי יואב יהושע מקינצק והתפרסם בה״באר״ כרך ג ח״ב סי׳ קלו (הובא באוצה״פ). לדעתו מה שהחמירו חז״ל במשאל״ס משום שהרבה נטבעים במים ובזה חדשו חז״ל לחוש למיעוט ניצולים, אבל ביוצא להרג (גיטין כח) שמעידים עליו ולא חששו למיעוט (במיעוט שאינו מצוי והוא מיעוטא דמיעוטא) משום שזה מקרה פרטי ובזה לא גזרו, ולכן ר״ל שגם תרי רובי זה נחשב כמקרה פרטי ולכן לא גזרו בו. ועפ״י יסוד זה יש ליישב את הסתירה לכאורה בין התוס׳ ביבמות לו שס״ל שמשאל״ס הוי מיעוט המצוי לתוס׳ בכורות כ שס״ל שזה מיעוטא דמיעוטא שזה מיעוטא דמיעוטא אך הוא מצוי במקרים בעולם. עיי״ש בחלקת יואב יו״ד סי׳ ד.

אחד ומקלים בתרי רובי, וזת״ד: הב״י דן בגוי מסל״ת שראה יהודי פלוני שטבע בים ונוטה למות (גוסס וכד׳ – שרובם למיתה) האם מקלים בכה״ג מטעם תרי רובי (א. טביעה ב. גוסס) ור״ל שמקילים ואשתו מותרת ואין אפילו איסור מדרבנן, והביא כמה ראיות מהם הראיה הבאה: הגמ׳ בקידושין (עג,א) אומרת שמעלה עשו ביוחסין ולא הולכים אחר הרוב, ובכל אופן הגמרא בכתובות (טו) גבי ראוה מדברת אומרת שהולכים אחר תרי רובי ביוחסין (דהיינו רוב סיעה ורוב העיר).

אלא שקשה מתוס׳ יבמות קכא הנ״ל גבי צורבא מרבנן, בדבריהם מבואר שלא מקלים בתרי רובי? על כך עונה הבית יעקב שתוס׳ חולקים על סברת הפוסקים, והם סוברים שרוב נטבעים אינם למיתה, לכן אמרו התוס׳ ״כמו רוב גוססים״ ולא אמרו ״כמו רוב נטבעים במשאל״ס״ כי הם סוברים שאין רובם למיתה, ממילא אין כאן תרי רובי ולכן לא מקלים.

למעשה מסכם הבית יעקב שכיון שזו מחלוקת הפוסקים (אם רוב נטבעים למיתה) סומכים על תשובת מהר״א מזרחי (סי׳ נד) שבמקום שהפוסקים חולקים בעגונא הולכים אחר המתירים וכן הסכמת האחרונים, ע״כ.

כמה אחרונים השיגו על דברי הבית יעקב הנ״ל (הו״ד באוצה״פ), ובהם תשובת הרא״ם מרגליות (ח״ג סי׳ יח) שאומר שמתוס׳ בכמה מקומות רואים שרוב הנטבעים למיתה. וכן חותנו הג״ר יצחק מטיקטין כתב שבאיסורים ל״צ תרי רובי להקל, אלא שחכמים החמירו במשאל״ס, וכיון שהחמירו החמירו גם בתרי רובי, וביוחסין הקלו בתרי רובי ואין לדמות תקנות חכמים זל״ז כמ״ש התוס׳ שבכתובות פד (ד״ה לכתובת אשה). אלא שממהרי״ק סוף שורש קסט רואים ההפך שהרי הוא כותב שאין נראה כלל להחמיר באי״א יותר מביוחסין (שהקלו בתרי רובי) שהרי ביוחסין החמירו מאוד, ע״ש.

ביחס לדברי תוס׳ (יבמות קכא) נציין למש״כ האמרי שפר (הגר״א קלצקין) סי׳ נו שעל הקושיא של צורבא מרבנן כתב שיותר נראה על פי מש״כ להוכיח ממשמעות לשון הגמ׳ ביבמות קכא שת״ח יותר עלול להנצל בזכותו וצדקותו וכו׳ ולכן לגבי צורבא מרבנן אין רוב נטבעים למיתה ואין תרי רובי.[8]

הגאון ר׳ יוסף כהן אב״ד ירושלים (דברי יוסף סי׳ נג) אומר שאפשר לדחות את ראיית הב״י שהרי מסקנת הגמ׳ בכתובות טו שזה שלא סומכים על חד

[8] עוד י״ל שאין כאן תרי רובי עפימש״כ החת״ס בתשובה נח – שלמרות שצורבא מרבנן פקע שמיה אבל זה אינו רוב גמור.

רובא ביוחסין זו גזירה ברוב העיר שמא הלכה אצלו והוי קבוע, אך בתרי רובי אין טעם לגזור (רש״י שם) לכן לא גזרו בתרי רובי. אך א״כ בנידו״ד שלא סמכו על הרוב וחיישינן למיעוטא משום חומרא דא״א יש לחוש גם בתרי רובי. (לענ״ד הדחיה הנ״ל טובה לשיטת התוס׳ בבכורות כ הנ״ל, אך לשיטת תוס׳ ביבמות לו יתכן ובתרי רובי כיון שזה מיעוט שאינו מצוי אין להחמיר).

מהפת״ש (יז ס״ק קלג) נראה שיש להקל בתרי רובי, בין השאר מביא הפת״ש בשם הקהלות יעקב מקרה בו היו תרי רובי (משאל״ס וגוסס), מדייק הגר״י כהן שמלשון הקה״י משמע שיסוד ההתר של תרי רובי היא משום שתרי חומרי מדרבנן לא מחמרינן, ושכ״מ מהריב״ש שהרי הוא מוכיח שמגויד הוא ספק השקול (וזה ספיקא דאורייתא ואם נשאת תצא) שהרי אם היה רוב למיתה היה ספיקא דרבנן וא״כ מה הגמ׳ מקשה ממעשה דעסיא (קכ,ב) הרי יש שם תרי רובי (משאל״ס ומגויד), עיש״ה. משמע מהריב״ש שיסוד ההתר של תרי רובי הוא שתרי חומרי מדרבנן (משאל״ס ומגויד) לא אמרינן.

יסוד נוסף להתיר בתרי רובי מבוסס על יסוד ספק ספיקא: כבר ראינו שהביא יסוד זה הגרי״א בספרו עין יצחק בתחילה, כנ״ל.

וכך יוצא מבואר מהרמב״ם בפיהמ״ש בדמאי (פ״א מ״א) – באמרו שחכמים החמירו לעשר בדמאי ולא סמכו על רוב ע״ה שמעשרים, ומ״מ אם נתוסף עוד רוב לא החמירו חכמים. וז״ל ״...והעיקר אשר בידנו תרי ספיקא להקל״.

וכעין זה כתב בס׳ אריה דבי עילאי סי׳ ז (יובא אי״ה לקמן). (והגר״י כהן כתב שזה עדיף אפילו על ס״ס, ששם שני הספקות שקולים וכאן שני הספקות של רוב להיתר, ולכן זה יועיל גם לשיטת הט״ז והש״ך ביו״ד סי׳ קי שאומרים שמשום ס״ס בלבד לא מקלים בעגונא (דלא כפנ״י בכתובות בקו״א אות מו שמקל משום שתרי רובי עדיף מס״ס).

טעם נוסף לדברי המקלים ניתן להביא מתשו׳ רעק״א סימן פט משום שתרי רובי הוי מיעוטא דמיעוטא ובזה מקלים: הגאון רעק״א הסכים שם עם הגאון מליסא להתיר אשה שנתאלמנה והיא מעוברת וילדה ילד שמת תוך ל׳ יום (שא״צ חליצה) משום שיש כאן תרי רובי. רוב נשים לא מפילות ויולדות ולד בן קיימא. ורוב נשים ניכר עוברן לאחר ג״ח (ושם מיירי שמאז שהוכר

עוברה עברו ששה חדשים א״כ יש רוב שכלו לו חודשים), וא״כ הוי החשש מיעוטא דמיעוטא ומותרת להנשא בלא חליצה.[9]

לפני שנפנה לדעות המחמירים נוסיף נ״מ למעשה בין שתי שיטות הנ״ל: הריב״ש הנ״ל (שעט) אמר שלא סומכים על הרוב במשאל״ס משום שזה נגד שני חזקות לפי״ז דייקו כמה אחרונים שבתרי רובי יועיל להקל. ויש אחרונים שנקטו שיסוד ההתר בתרי רובי הוא מטעם ס״ס.

ונביא מספר נ״מ ביניהם (הביאם הגר״י כהן):

א) במקרה והתרי רובי מבוסס על שתי מאורעות שבאו בזא״ז (ולא על מאורע אחד שנותסף בו עוד רוב למיתה) – אם נודע הדבר בנתיים, לרמב״ם שזה מטעם ס״ס לא יועיל, כיון שלפי כללי ס״ס אם נודע האיסור אחרי הספק הראשון א״א לצרף את הספק השני (כנ״ל בשם הש״ך ביו״ד סי׳ ק כללי ס״ס אות ד), אך לפי הריב״ש יועילו כאן התרי רובי לקולא.

ב) בתרי רובי משם אחד (כמו צורבא מרבנן שטבע במשאל״ס) כנ״ל – לרמב״ם – זה לא יועיל להקל מטעם תרי רובי. כיון שבס״ס לא מקלים אם שני הספקות הם משם אחד. אך לריב״ש אין זה מטעם ס״ס נקל גם בכה״ג.

ג) בטבע במשאל״ס ולא שהו כדי שתצא נפשו: לרמב״ם אם נשאת תצא, כי ס״ס ענינו שלא מחמירים פעמים, אך כאן הראשונה (שלא שהה שת״נ) הוא איסור מדינא (למ״ד שבקרה כזה אם נשאת תצא) וא״כ לא יועיל הרוב השני להקל כתרי רובי – משא״כ לריב״ש כי יש כאן תרי רובי כנגד שני חזקות.

2. דעות המחמירים בתרי רוב

נביא מספר דעות מבין המחמירים בתרי רובי:

מתוך דברי המהר״ם אלשיך (סי׳ רכב) ניתן להסיק שבתרי רובי מחמירים. המהר״ם הוכיח מרוב הפוסקים שבמגויד פוסקים כר״ש בן אלעזר (יבמות קכ) שמה שלא מעידים עליו שמת זה מפני שחוששים שמא היתה לו תרופה ע״י הכויה אפילו שזה מיעוטא, ואפילו מגויד שנפל למשאל״ס שמעידים עליו

[9] הנ״מ בין הגר״ח לבין הגרי״א והבית יעקב (צוזמיר) ולענ״ד גם הגרעק״א – ברורה, שלפי הגר״ח תרי רובי עדין לא מהוה היתר גמור אלא רק להוריד את חזקת א״א מדואר״תא, ולפי הגרי״א, הבי׳ והרעק״א, מכח תרי רובי מתיר את האשה לגמרי (הגרי״א – בזה לא גזרו חז״ל לחוש למיעוט, לב״י זוהי הכרעה בפלוגתא דרבוותא, ולרעק״א. אפילו לתוס׳ בבכורות (כ) לא נחוש כאשר זה מיעוטא דמיעוטא, ורק במיעוט, אפילו שאינו מצוי, מחמירים התוס׳).

זה רק בגלל שמיא מרזי למכה וכו׳. משמע מדבריו שלולא טעם זה – של מיא מרזי למכה – לא היינו מקלים במגוייד שנפל למשאל״ס למרות שיש כאן תרי רובי (רוב נטבעים למיתה, ורוב מגוידים למיתה) מכאן שהוא סובר שתרי רובי אינם יסוד להתיר עגונה.
כך סובר החזו״א (סי׳ לא אות ז),אף שתרץ הקושיא מצורבא מרבנן הנ״ל מהטעם ששם יש רוב אחד למיתה (הטביעה) ורוב אחד רק מעיד על המיתה (רוב ת״ח שניצלים יש להם קול), מ״מ נקט שאין לחדש מה שלא נזכר בגמ׳, ואין חילוק בין חד רובא לתרי רובי. וכ״ד הגרח״ע (מראה כהן מהדו״ג סי׳ פח, הובא באוצה״פ).
הישועות יעקב (אבהע״ז סי׳ יז בפירושו הארוך ס״ק כט) הוכיח מהתוס׳ יבמות קכא הנ״ל שלא מועיל תרי רובי.

3. דעת ביניים

כדעת ביניים ניתן להביא את שו״ת מנחת יחיאל ח״א סי׳ א – שר״ל שב׳ הדעות האם מקלים בתרי רובי בעיגונא תלוי בטעמי התוס׳ במשאל״ס – לפי התוס׳ ביבמות לו,ב הנ״ל בתרי רובי מקלים כי זה מיעוט שאינו מצוי אך לפי התוס׳ בבכורות כ הנ״ל יש להחמיר גם בתרי רובי משום חומרא דא״א. (וכתב שם בסי׳ ט שבחילוק זה קדמו הגאון מהרש״ם בספרו דעת תורה).

ושם בתשובה הראה פנים לדברי המקלים בתרי רובי לכתחילה (ר״ל שבכל מקום שהדין הוא שלא תנשא לכתחילה ואם נשאת לא תצא, בתרי רובי יורד עוד דרגא ותותר לכתחילה) אך לא רצה להקל למעשה, כי גדולים כתבו לאסור (ונראה שכן למד, בסי׳ ט, מדברי הב״י שאמר שהסומך על הר״א מוורדן שבמרדכי שהתיר במשאל״ס ואבד זכרו ארבע שנים עתיד ליתן את הדין, למרות שיש כאן תרי רובי) ונראה שרוה״פ מחמירים.

ד. תרי רובי – בבת אחת או בזה אחר זה

כבר ראינו בשו״ת עין יצחק הנ״ל שהביא (בתחילת דבריו) שמקילים בתרי רובי רק כשבאו בב״א. וכ״כ בבאר יצחק סי׳ יח ענף ג. וכ״כ בספר אריה דבי עילאי סי׳ ז שהאריך לבסס את דברי הבית יעקב הנ״ל, ועל הקושיא מצורבא מרבנן תרץ שתרי רובי זה כס״ס ודוקא כשבאים בב״א אזלינן לקולא, וה״ה בתרי רובי.

אך יש מהאחרונים שמפקפקים בחילוק זה:

בזקן אהרן (לרבי אהרן וואלקין, ח״א עז) כתב שיש להקל גם תרי רובי שלא באו בב״א, וראיתו מהגמ׳ גיטין כט הנ״ל ביוצא להרג. שנאמר שם בלישנא בתרא של רב יוסף שבבי״ד של ישראל כיון שיצא דינו להריגה הורגים אותו (ולכן ישיאו את אשתו) ולא חוששים שימצאו לו זכות כי אחר גמ״ד לא מוצאים לו זכות. ופרש״י ותוס׳ שם שזה לא שכיח.

וקשה – מדוע במשאל״ס חוששים למיעוט שאינו שכיח? (צ״ל שזה דווקא לתוס׳ בבכורות כ הנ״ל) אע״כ ששם לא חששו משום שיש תרי רובי (א. רוב שנגמר דינם לא מוצאים להם זכות. ב. אם ימצא זכות קלא אית ליה ויתפרסם הדבר) וכאן הרי התרי רובי לא באים בב״א ואעפ״כ נידון להקל.

גם בשו״ת דברים אחדים להגאון ר״א קלצקין (עמ׳ מח אות סא, הובא ביבי״א הנ״ל) מפקפק על החילוק שבין באו בב״א לבזה אח״ז, ור״ל שביו״ד היה שם איסור על החתיכה עוד לפני מעשה התערובת לכן לא מועיל ס״ס (בזא״ז), אבל כאן בשעת הטביעה עומד להתברר במשך הזמן מה יהא עמו וא״כ אגלאי מלתא למפרע שלא היה לעולם איסור.

גם בשו״ת היכל יצחק (כד אות לט) משיג על החילוק הנ״ל, שהגרי״א אמר שזה כמו שהרוב הראשון יצא באיסור וכנפסק הדין לאיסור, אך מקשה הרב הרצוג והרי יש כאן רק חזקת א״א מדרבנן (במשאל״ס) ועד כאן לא שמענו אלא שרוב לא מוציא מחזקת א״א דאורייתא, וא״כ מדוע לא יוציא כאן הרוב השני מחזקת א״א דרבנן.

ומוסיף שאמנם מצאנו דמיון לכך בביטול, שנפל איסור בזא״ז שיש חילוק אם נודע בנתיים או לא, אך כאן מה שייך לומר שבגלל שלא יצא הדבר בהיתר מדרבנן לא התבטלה חזקת א״א מהתורה?

ועוד תמה – אם לא היו מתירים חז״ל ע״א בעדות אשה ובא ע״א והעיד בבי״ד שהבעל מת ודחינו עדותו, ואח״כ בא העד השני – כלום בטל הראשון ולא היו מצטרפים?(ומה שלא הקלו בצורבא מרבנן – כתב שם בסי׳ כה אות א שזה מטעם לא פלוג).

גם בשו״ת יבי״א (ח״י, אהע״ז יח אות ב) משיג על החילוק הנ״ל, שהרי יסודו מבוסס על פסק הרמ״א ביו״ד (שם) שאין להקל בס״ס כששני הספקות באים בזא״ז משני טעמים: א) יש פוסקים שחלקו על הרמ״א הנ״ל (וס״ל שגם בזא״ז מועיל ס״ס) ויש שהוכיחו שדעת מרן דלא כרמ״א.

ב) כ״ש לדעת הרמב״ם (טומאת מת סופ״ט) שס״ל שספיקא דאורייתא לחומרא רק מדרבנן, ודאי שלשיטתו אין נ״מ בין באו בב״א לבזא״ז, ששפיר יש להקל בכל אופן (כ״כ הגאון ר׳ יצחק אייזיק חבר בספר בית יצחק שער הספקות סי׳ ד).

ה. התייחסות פוסקי דורנו הלכה למעשה

בשו״ת מנחת יצחק (להגר״י וייס ח״ב פט אות ה): דן במקרה בו אדם היה בספינה שהתפוצצה ע״י מוקש ואבד זכרו – שר״ל שכאשר יש אומדנות רבות שהאדם הזה לא חי כאשר טבע במשאל״ס יש לדונו כטבע במשאל״ס ושהה עשת״נ, ובצירוף אם יש להחשיב את הפיצוץ ע״י מוקש ג״כ לרובא להיתרא – הרי יש כאן תרי רובי, ובצרוף כל הנ״ל, יש להקל, ע״ש.

בשו״ת אגרו״מ (להגר״מ פיינשטיין, אהע״ז ח״א סי׳ מח) מקל למעשה בתרי רובי: שם מיירי באדם שנפל מטוסו לים (משאל״ס) הגרמ״פ אומר שיש כאן תרי רובי (רוב נופלים ממטוס בכזה גובה מתים תכף, ורוב נטבעים בים מתים) והאחרונים מתירים בתרי רובי.

ובנידון השאלה מהתוס׳ יבמות קכא הנ״ל (צורבא מרבנן) הוא סובר שאמנם מהתוס׳ מוכח שהם אוסרים בתרי רובי אבל לדינא הרי מתירים האחרונים.

ומוסיף שגם מסתבר שבנפילת מטוס מגובה רב אין אפילו מיעוט ניצולים, ויש לצרף שיותר מעשר שנים לא נשמע ממנו כלום, וכדעת התה״ד (סי׳ קלט) ואחריו החת״ס (סי׳ נח) שבזמננו כל אדם הוא צורבא מרבנן שקלא אית ליה משום שיש בתי דואר וכו׳.

והטעם שהגמ׳ אומרת ל״ש צורבא מרבנן, מבאר תה״ד, משום שאין לחלק בין גזירות חכמים ליתן הדבר לשיעורין, אבל היום שכולם כצורבא מרבנן יש מקום להתיר באבד זכרו וכו׳.

בשו״ת יבי״א (ח״י אהע״ז יח אות ב): ר״ל שהיה נראה להקל בתרי רובי מסברא משום שלא חיישינן למיעוטא דמיעוטא לכו״ע, כמ״ש התוס׳ בגיטין ב (ד״ה סתם ספרי), ועוד כיון שחומרא דמשאל״ס היא מדרבנן גם בספק יש להקל דהוי ליה ספיקא דרבנן ולקולא כמ״ש הב״ש (יז ס״ק קה).

הגרע״י הביא פוסקים שמחמירים בתרי רובי, וכן דעות ביחס להאם הקולא היא דווקא בבאו בבת אחת או אפילו בזא״ז, ובין השאר הביא את דברי הבית יצחק הנ״ל (לעיל סוף אות ד) ומסיק שהרי לדידן דקיימ״ל כרמב״ם,

שספיקא דאורייתא מדרבנן לחומרא, גם בתרי רובי שבאו בזא״ז נקטינן לקולא, והתוס׳ (כנראה מצורבא מרבנן הנ״ל) שהחמירו הלכו לשיטתם שחומר ספקות מה״ת.

וא״כ כיון שיש מחלוקת האם להקל בכה״ג בתרי רובי מה עושים לדינא! שו״ת רבינו אליהו מזרחי (סי׳ נד) הנ״ל ס״ל שהיכן שיש מחלוקת רבותינו בהיתר עגונא הולכים לקולא, הובא בט״ז (סי׳ יז סקטו).

וכ״כ בשו״ת מהר״ם אלשקר (סו״ס קיב) בשם תשובת הרא״ש – שאף אם רפיא בידי ראבי,ה אם יש להקל בפלוגתא דרבוותא בהיתר נשים עגונות יש להקל משום תקנת עגונות. וכ״כ בשו״ת מהר״ם מרוטנברג ד״ה סי׳ תקע״א ועוד.

וכ״כ הגרי״א הרצוג בשו״ת היכל יצחק ח״א (אבהע״ז כד אות כו ולז). ושב והניף ידו הגרע״י ג״כ בסי׳ יט לאמר שהעיקר להקל בתרי רובי.

סיכום

קיימ״ל שרובא וחזקה רובא עדיף. קביעה זו מהווה יסוד לדיון מדוע במשאל״ס וכדומה לא חל כלל זה.

מספר גישות הובאו בפוסקים: האם יש כאן שתי חזקות כנגד רוב אחד, או שתי חזקות אלימות שאין הרוב גובר עליהם, או שברוב התלוי במקרה לא נוקטים שרובא עדיף.

הגר״ח מוולוזין ר״ל שבמקרה זה יש רוב שאינו גמור ולכן אינו מתגבר על החזקה, והגרי״א בעין יצחק מכיוון אחר בא לומר שזה מקום שגזרו רבנן לחוש למעוט.

מכאן יצאו הפוסקים לדון מה קורה כאשר נוסף רוב נוסף על הרוב הראשון. כאשר המצדדים להקל נשענים על הריב״ש, והמצדדים להחמיר ניתלים בתוס׳ יבמות קכא. ביסוד ההיתר בדין זה הובאו טעמים שונים: מהגר״ח משמע שזה מוריד את כל הדיון למישור דרבנן בלבד (אין חזקת א״א מהתורה), ומאחרונים אחרים משמע שזה היתר גמור – לפי הגרי״א בזה לא גזרו חז״ל ואין לנו להחמיר במקום שלא גזרו. בבית יעקב (צוזמיר) ג״כ נוקט שזו קולא גמורה), גם מהפת״ש נראה שנוטה להקל (למרות שהוא נשאר בצ״ע מתוס׳ ביבמות הנ״ל) וכן נראה דעת הגרע״א ועוד. כאשר יסודות שונים

להם להיתר – יש המתבססים על דין יוחסין בכתובות, יש על מיעוטא דמיעוטא ויש על ס״ס ועוד.

בשיטות המחמירים – הבאנו מספר שיטות, כאשר יש שהוכיחו את שיטתם, ויש הקובע (חזו״א) כי אין לחדש מה שלא נזכר בגמרא.

גם הדיון האם הקולא בתרי רובי (למקלים) הוא דווקא בבאו בבת אחת או בזה אחר זה נידון באחרונים כנ״ל – ויסודו האם לדמות – דין זה לס״ס או לא, ועוד.

בפוסקים האחרונים – הגר״י וייס, הגרי״א הרצוג, הגר״מ פיינשטיין ויבלחט״א הגר״א שפירא והגר״ע יוסף נראית נטיה גדולה לסמוך על תרי רובי לקולא, למרות שחשוב לציין שכמעט כל האחרונים בתשובותיהם הוסיפו על תרי רובי סניפים נוספים, ויש לבחון האם אפשר להקל בתרי רובי בלבד, או שמא בכ״מ יש לצרף לפחות עוד סניף.

הרב דני אסס

תרי ותרי

ראשי הפרקים

פרק ראשון: שלושה שישבו לקיים את השטר
א. ביטול מושב בי״ד – סוגיית הגמרא
ב. פירוש רש״י
ג. פירוש רבינו חננאל
ד. היוצא לענייננו

פרק שני: תרי ותרי
א. תרי ותרי – סוגיית הגמרא
ב. מחלוקת הראשונים
ג. פסיקת ההלכה

פרק שלישי: שילוב הסוגיות
א. חקירת האחרונים
1. הגדרת ״עדות״
2. תרי ותרי
ב. שלושה שישבו לקיים את השטר

פרק רביעי: שימוש בתו״ת בפסיקה
א. משנה למלך – מחלוקת הפוסקים
ב. קובץ שיעורים – תרי רובי

פרק ראשון: שלשה שישבו לקיים את השטר

א. ביטול מושב בי״ד – סוגיית הגמרא

איתא בכתובות כא,ב: אמר רבי אבא, אמר רב הונא, אמר רב: שלשה שישבו לקיים את השטר וקרא ערער על אחד מהן, עד שלא חתמו, מעידין עליו וחותם. משחתמו אין מעידין עליו וחותם.

ערער דמאי? אי ערער דגזלנותא, תרי ותרי נינהו! אי ערער דפגם משפחה, גילוי מלתא בעלמא הוא! לעולם אימא לך ערער דגזלנותא, וקאמרי הני, ידעינן ביה דעבד תשובה.

ב. פירוש רש"י[1]

מדובר שהעידו על אחד הדיינים שהוא פסול, ואינו ראוי לדון. כל עוד שני הדיינים לא חתמו על קיום השטר, יכולים שני הדיינים עצמם[2] להעיד על הדיין השלישי שהוא כשר לדון, ויחתום עמהם על קיום השטר, ויהא השטר מקוים, ויהיה אפשר לגבות ממון ע"פ השטר.

אבל, אם שני הדיינים חתמו על השטר כדי לקיימו, שוב אינם יכולים להעיד על הדיין השלישי שהוא כשר לדון, מכיוון שהם נוגעים בעדותם, שיש להם גנות אם יאמרו עליהם שישבו לדון עם פסול, ויש להם ענין להעיד שהוא כשר לדון.

הגמרא מבררת, מה העידו על הדיין, כלומר, מהי סיבת הפסול לדון: אם העדים ערערו עליו בטענה שהוא גזלן,[3] ולכן אינו כשר לדון, אם כן כאשר הדיינים יעידו עליו שלא גזל, יש כאן שני עדים מול שני עדים (="תרי ותרי"), ועדיין אנו מסופקים אם הוא גזלן או לא, ואי אפשר להכשירו, ואפילו לפני שחתמו שני הדיינים לא יצטרף עמהם השלישי.

אם העדים ערערו עליו בטענה שהוא עבד ("פגם משפחה"), ועבד פסול לדון ולהעיד (ב"ק פח,א), מדוע לא יוכלו השני דיינים להעיד עליו, הרי אין להם נגיעה בעדות זו, שזהו דבר שעתיד להתגלות, ורק צריך לברר את הדבר, וכאשר יבדקו אחריו יתברר הענין, ונמצא שאין בירור הדבר תלוי בדיינים אלו, ובלעדיהם גם כן יבורר הענין, ואין כאן גדרי עדות אלא גילוי בלבד.[4]

מתרצת הגמרא, שמדובר שהעידו על הדיין בגזלנות, ומה שהקשינו לעיל שבמצב זה יש שני עדים מול שני עדים, אפשר להכשירו על פי עדות הדיינים, משום שמדובר שכעת מעידים עליו שעשה תשובה, ושוב חזר להיות כשר לדון. ואין כאן הכחשה בין הכת הראשונה לשניה, שכולם מודים שהיה גזלן, אלא שהכת השניה מוסיפה שכעת הוא כשר, ולכן מתקבלים דברי כת זו.

---

[1] אליבא דהרמב"ן ושאר הראשונים.

[2] וק"ו אנשים אחרים, וכמו שיתבאר.

[3] וה"ה מחמת רשעות אחרת, ונקרא "פסול הגוף".

[4] והוסיף הרמב"ן וביאר, דמכיוון שהוא מילתא דעבידא לאגלויי, לא עבידי דמשקרי, ולכן אף משיחתמו נאמנים. ואם תאמר שפסול בגלל העדים שאומרים שהוא פסול, כיוון שהאיש בחזקת ישראל עומד, וכן כל משפחתו, אנו אומרים אוקי גברא אחזקתיהו, שאם היה פסול, היה יוצא עליו קול שהוא פסול.

ולכן: לפני שחתמו שני הדיינים על קיום השטר יכולים הם להעיד על הדיין השלישי שחזר בתשובה, ויחתמו שלשתם. אבל לאחרי שחתמו, יש להם נגיעה להעיד עליו שחזר בתשובה, וכדלעיל, ולכן אינם יכולים להעיד עליו.[5]

ג. פירוש רבינו חננאל

לדעת ר״ח (דבריו הובאו בתוד״ה תרי ותרי ובעוד ראשונים), מדובר שהעידו על אחד הדיינים שהוא פסול. כל עוד שלא חתמו על קיום השטר, יכולים להעיד עליו שני הדיינים האחרים או אנשים אחרים שהוא כשר, ואחרי שחתמו על קיום השטר לא יכולים להעיד עליו שני הדיינים או אפילו אנשים אחרים שהוא כשר, כדי שיחתום עמהם. אמנם, מכאן ואילך כשר הוא לדון, דאמרינן אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי גברא אחזקתיה, שחזר לחזקת הכשרות שהיתה לו לפני שבאה הכת הראשונה והעידה עליו שהוא פסול, אבל בזמן הביניים, בין הכת שהעידה עליו שהוא פסול לבין הכת שהעידה עליו שהוא כשר, אותו הדיין היה מוגדר כ״פסול לדון״, ובאותו הזמן נתבטל מושב בי״ד כי היה פסול עמהם, וצריך לדון מחדש.

הגמ׳ מבררת מהו הערעור, דאם טענו שהוא גזלן, והכת השניה טענה שאינו גזלן, יש כאן תרי ותרי, ואמרינן אוקי גברא בחזקת הכשרות שהיתה לו לפני שבאה הכת הראשונה. וכיוון שהתגלה שמעולם לא היה פסול, כי אין לנו ידיעה ברורה שהוא אכן גזלן, מעולם לא התבטל מושב בי״ד, ומדוע אם כבר חתמו הדיינים שוב לא יעידו עליו שהוא כשר?

ואם הכת הראשונה טענה שיש עליו ״פגם משפחה״, והכת השניה מזימה את הכת הראשונה, אם כן יש כאן רק גילוי מילתא, דכיוון שהתגלה לנו שדיין זה היה כשר מעולם, אם כן מה אכפת לנו מערעור הכת הראשונה, וא״כ מעולם לא התבטל מושב הבית הדין, ויכולים לקיים השטר.[6]

ומסיקה הגמ׳ שמדובר בערער של גזלנות, והכת השניה מודה שהיה גזלן, אלא טוענת שחזר בתשובה, ומכיון שמודה שהיה גזלן, א״כ היה שלב שהיה

---

[5] מדויק ברשב״א, וכן מפורש בריטב״א בשיטת רש״י, שעדים אחרים יכולים להעיד עליו בשלב זה, דלהם אין נגיעה.

[6] ובתוס׳ שם בשם ר״ח דוחים לפירוש רש״י, שמדובר בתרי ותרי אם היה עבד מעולם (=הכחשה ולא הזמה), דא״כ אי אפשר להעמידו על חזקת כשרות, שעל זה עצמו אנו מסתפקים, אם היה עבד או לא. וני״ל שלכן נקרא זה בגמ׳ ״פגם משפחה״, שיש בעיה בייחוס שלו,. דאם מדובר בגנב שנמכר לעבד, יתכן שמקודם היה כשר.

פסול, ולכן התבטל מושב בין הדין, ורק לאחר שיעידו עליו שחזר בתשובה ושוב כשר הוא,[7] יכולים לדון מחדש.

ולכן: אם חתמו לפני שהעידו עליו הכת השניה שחזר בתשובה, התבטל מושב בית הדין וצריך לדון מחדש, אבל אם כבר העידו עליו שחזר בתשובה, ואז חתמו שני הדיינים, יכול דיין זה שערערו עליו לחתום עמהם.

ד. היוצא לענייננו

לרש"י, כאשר יש שני עדים הפוסלים את הדיין וכנגדם שני עדים המכשירים, הדיין נשאר פסול מספק, וכן פסק הרי"ף.[8] (כתובות ט,א בדפיו), ועו"ר.

לר"ח בכה"ג מעמידים את הדיין על חזקת הכשרות שהיתה לו לפני שבאו להעיד עליו שהוא פסול. ולזה הסכים הרז"ה והתוס' כאן

הרמב"ם (עדות יב,ג) והשו"ע חו"מ לד,כח פסקו כרש"י בזה. (עי' הערה 9, ונראה שדעת הרמב"ם ושו"ע בפירוש הסוגיא כולה כדעת הרי"ף).

כמו כן, נחלקו רש"י ור"ח מדוע לא יוכלו להעיד על הדיין ולהכשירו, האם משום שנוגעין בעדותן או משום שהתבטל מושב בית הדין.

עוד נחלקו לגבי פגם משפחה, האם מדובר בתרי ותרי או שמדובר בכת מעידה וכת מזימה.

עוד נחלקו, כאשר מעידים שאדם חזר בתשובה, האם נכשר מעת שחזר בתשובה, או מעת שהעידו עליו שחזר בתשובה.

פרטים נוספים יש בסוגיא זו שיש לדון עליהם, אולם במאמר זה נתמקד כאשר יש כת עדים מול כת עדים המכחישה אותה.

---

[7] לכאורה ייתכן מצב שמעידים עליו שחזר בתשובה עוד לפני שחתמו שני הדיינים? ומדייקים מכאן התוס' ושאר הראשונים בשיטת ר"ח שעד שלא מעידים עליו על כך אינו חוזר לכשרותו, אע"פ שחזר בתשובה. והרמב"ן כאן והר"ן (ט,א בדפי הרי"ף) דחו את דברי ר"ח, ומשעה שעשה תשובה נכשר.

[8] אמנם הרי"ף אינו מפרש כל הסוגיא כרש"י, ובטעם הדבר מדוע אין יכולים להעיד על הדיין נקט כר"ח, שהוא מטעם ביטול מושב הבי"ד. ופירושו לסוגיא נושא בפנ"ע. עי' ר"ן שם שהאריך בדברי הרי"ף, וקרבן נתנאל פ"ב דכתובות סימן כא אות ת, ועי' רמב"ן בחידושים ובמלחמות, כס"מ עדות ו,ז וברמב"ם שם.

פרק שני: תרי ותרי

א. תרי ותרי – סוגיית הגמרא

במשנה יבמות ל,ב וכולן שהיו בהן קידושין או גירושין בספק, הרי אלו הצרות חולצות ולא מתיבמות. כיצד ספק קידושין? זרק לה קידושין, ספק קרוב לו ספק קרוב לה, זהו ספק קידושין.

פירש רש"י שמדובר באחת מט"ו עריות (בתו ובת בתו וכו', משנה ריש יבמות) של היבם ואנו מסופקים אם לאחיו המת היה קידושין בהן, ומכיון שהיא ערוה כלפי היבם אינה יכולה להתיבם לו, וגם צרתה לא תתייבם, או שלאח המת לא היה קידושין בערוה, וממילא הצרה תתייבם ליבם. וכיוון שיש ספק הצרה חולצת ולא מתייבמת.

הגמ' (לא,א) אומרת, שהטעם שחולצת היא חומרא בעלמא, ובאמת הצרה עומדת בחזקת היתר ליבם, שמעידים אותה בחזקת ההיתר קודם שנוצר הספק שמא הערוה התקדשה ג"כ למת, ולכן, אף אם יטעו ויחשבו שכיוון שחולצת יכולה היא גם להתייבם, ותתייבם, אין בכך כלום.

בהמשך אומרת הגמ' שמדובר בכת אחת, כאשר עד אחד אומר שהתקדשה ועד אחד אומר שלא התקדשה לאח המת,[9] ולכן יש ספק, ומחמירים שהצרה תחלוץ ולא תתייבם.

ומקשה הגמ' שאולי מדובר בשתי כיתי עדים, ואחת אומרת שהתקדשה הערוה למת והשינה אומרת שלא? ודוחה הגמ' שזה לא ייתכן, מכיוון שכבר אמרנו שאם תהיה טעות ותתייבם הצרה אין בכך כלום, ואם יש כת עדים שאומרת שהתקדשה הערוה לאח המת, כיצד ייתכן שצרתה תתייבם, הרי בשתי כיתי עדים הוא ספק דאורייתא, ולא מוקמינן אחזקה? ועוד, שגם בשתי כיתי עדים הספק מדרבנן, ומדרבנן לא מעמידים על חזקתה, וא"כ איך תתייבם?[10]

---

[9] ופרש"י: ומתניתין דהכא בכת אחת – עד אומר קרוב לו, ועד אומר קרוב לה, הלכך בקידושין הוא דאיכא למיתנייה משום דבחזקת היתר ליבם קיימא, ומשום ע"א דאמר קרוב לה לא מפקינן לה מחזקה, וחלצה (פירוש: לא נאמר שנוציאנה מחזקתה ליבום ואין צריכה אפילו חליצה, אלא חליצה צריך).

[10] יש הפרש בין רש"י והרמב"ן מהי הגרסא בגמ' וכיצד לפרש הסוגיא והתוס' נטו לפרש באופן אחר לגמרי. אבל לענייננו אין חילוק, ולכו"ע יש מ"ד שהספק דאו' ויש מ"ד שהספק מדרבנן.

ומתרצת הגמרא שאומרים אוקי תרי לבהדי תרי ואשה אוקמה אחזקה, פירוש,[11] דאם לא חכמים שהחמירו בכהאי גוונא באיסורים, כך היה הדין. ואומרת הגמרא ראיה מהמקרה של נכסי דבר שטיא, שבר שטיא מכר קרקע, ובאו שני עדים ואמרו שמכר כאשר היה בריא, ובאו שנים אחרים ואמרו שמכר כאשר היה שוטה, וממילא אין כאן מֶכֶר והקרקע תשאר אצל בר שטיא, ואמר רב אשי אוקי תרי להדי תרי וארעא אוקמא בחזקת בר שטיא.[12]

ב. מחלוקת הראשונים

בשו"ת מהר"י בי רב (סי' נז ד"ה ואני אומר) כתב שבעלי הסברא שתרי ותרי ספיקא דרבנן הם התוספות,[13] הרא"ש, הר"י בן הרא"ש, רבינו ירוחם, הרשב"א[14] הריטב"א (כתובות כ,א ועוד) והר"ן (כתובות ט,ב בדפיו).

וכתב עוד, שבעלי הסברא שתו"ת הוא ספק דאורייתא הם הרי"ף,[15] הרמב"ם,[16] הרמב"ן, הרי"ד ורבים זולתם.[17]

ג. פסיקת ההלכה

השדי חמד (כללים, מערכת התי"ו, כלל נו) כתב בזה, וז"ל: תרי ותרי אי הוי ספיקא דאורייתא או אינו אלא מדרבנן הוא מקצוע גדול. כנסת הגדולה (אבהע"ז סי' מז הגה"ט אות כה, חו"מ לא הגה"ט אות ג) הביא בזה מחלוקת הפוסקים מהאחרונים.

והנה, הפרמ"ג בספרו שושנת העמקים (כלל יא ד"ה ספק עדים) כתב: ומיהו אנן קיימא לן תרי ותרי ספק דרבנן. וכן פסקו בשו"ת הרדב"ז (ג,תקיח ועוד מקומות), שו"ת מהרי"ט (אבהע"ז ב,לז) שו"ת רע"א (החדשות יסי' מט)

---

[11] ריטב"א (אמנם לשיטתו הגריסא כרמב"ן והרשב"א ודלא כרש"י).

[12] הרמב"ן בחידושיו לב"מ ו,ב נוקט פירוש אחר, ואזיל לשיטתו דתו"ת הוא ספק דאורייתא.

[13] המהר"י בירב ציין לכתובות כג,א ד"ה מאי שנא, ויעוין עוד שם כו,ב ד"ה אנן ויבמות לא,א ד"ה שתי כיתי, שהביאו בשם הר"י כך, וכן בעוד מקומות פסקו כן.

[14] קידושין סו, א וביאר לפי"ז את סוגיות הש"ס בנידון דידן.

[15] כ"כ גם הריטב"א בכתובות כב,א לרי"ף ולרש"י. וכ"כ בדעת הרי"ף המהריב"ל בשו"ת ח"ד סימן ז. ואולם, בשו"ת הרדב"ז ח"ד סי' נו כתב דאין הכרח שסובר כך הרי"ף.

[16] כך הוכיח המהר"י בי רב בהמשך דבריו שם.

[17] בשו"ת הרשב"א ח"א סי' תת קעב כ"כ בשם ר"ח ובח"ב סי' רכט בסופו כ"ב בשם ר"ת.

ושו״ת חת״ס (ח״ה, חו״מ סי׳ ה), שכתב וז״ל: הלכה רווחת כהר״י ורוב הפוסקים, ולעולם תרי ותרי ספיקא דרבנן.

פרק שלישי: שילוב הסוגיות

א. חקירת האחרונים

1. הגדרת ״עדות״

ר׳ אלחנן וסרמן (קובץ הערות סג,ג ועי׳ קוב״ש ב״ק אות מט) כתב ״דשנים מבררין את המעשה בירור גמור, ועל כן לא מהכי טענת ברי נגדן, משום דברור לנו שהוא משקר כשאומר ברי נגד העדים״. ובדעה זו מחזיקים השב שמעתתא (ו,כב) ורע״א (שו״ת מהדו״ק מ קלו), והוא מצד בירור וסברא.

לעומת זאת, הרמב״ם (יסודי התורה ז,ז ו,ב) כתב: ״שנצטוינו לחתוך הדין על פי שני עדים כשרים, אע״פ שאפשר שהעידו בשקר, הואיל וכשרים הם אצלינו מעמידים אותם על כשרותם״. ודייק הרווחא דשמעתתא (ו,מו, ועוד אחרונים), שדין שני עדים הוא חוק התורה ללא טעם, והוי ״הנהגה״ כיצד להתנהל. וכן מוכח בריטב״א (קידושין סו,א).

2. תרי ותרי

לרע״א וסייעתו שורש המחלוקת אם תו״ת הוא ספק דאורייתא או דרבנן: דלמ״ד ספק דאורייתא, לכל כת עדים יש כח בירור מרבי, וכאשר יש מולה כת עדים המכחישה אותה, גם לכת השניה יש כח זה, ואם תבוא עוד כת עדים לסייע לכת השניה, ואפילו עוד מאה עדים, מכל מקום אמרינן ״תרי כמאה״ (שבועות מב,א), והוי ספק שקול, וא״כ במצב זה כל הכרעה נוספת שתבוא, אין כחה רב משני עדים, ולכן אינה יכולה להכריע את הספק של תרי ותרי.

ולמ״ד שהספק מדרבנן, דווקא בעדים אמרינן ״תרי כמאה״, ואפילו יבואו עוד עדים לא יכריעו את הספק, שהכל רק ״דין עדות״, אבל לענין חזקה אמרינן כיון דהוי עדות מוכחשת, מסלקין לשתי כיתי העדים, ונתקיימה החזקה. ורק חז״ל החמירו שהעדים מסלקים גם לחזקה, וכמו למ״ד תרי ותרי ספיקא דאורייתא.

וחילק רע״א בחזקה שתועיל בתו״ת מדאורייתא אם היא מדרך בירור או הנהגה, וכמו חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו (ב״ב ה,א), שיש כמו ״אנן סהדי״ (ב״מ ג,א) על כך, שאז לא נלך אחר החזקה, שכן בירור זה אינו עדיף

משני עדים. אבל אם החזקה היא מדרך הנהגה וכגון חזקה דמעיקרא, נפעל על פיה. ודוגמא לזה כאשר שנים אומרים שראו ששחטו בהמה בסכין פגומה ושנים אומרים שהסכין לא היתה פגומה, שהדין הוא שמעמידים את הבהמה על חזקת איסור כיוון שבהמה בחייה בחזקת איסור היא עומדת, ומ״מ אין זה מוכיח שהסכין היתה פגומה, אלא זהו כלל בספיקות שאומר להמשך לנהוג כפי שנהגנו קודם הספק, ולכן כאילו לא נשחטה הבהמה, ואסורה באכילה.(עפ״י ׳לב המשפ׳ להרב ז״נ גולדברג ח״ב שיעור כד).

לריטב״א (עי׳ רווחא שמעתתא שם) שורש המחלוקת הוא:

דלמ״ד תו״ת ספיקא דאורייתא אמרינן דתרי כמאה, כיוון שגדר עדות הוא מחוק התורה, אבל גם חזקה היא מחוק התורה, ולכן לא עדיפא מעדים, וכמו ששני עדים נוספים לא יכריעו כך גם החזקה לא תכריע את הספק.

ולמ״ד תו״ת ספיקא דרבנן החזקה היא הכרעה ובירור המעשה ולכן היא מכריעה את הספק אפילו בתרי ותרי.

ב. שלושה שישבו לקיים את השטר

נחזור לסוגיא בפרק שני דכתובות שפתחנו בה. ראינו מחלוקת רש״י ור״ח שיצאה מן הסוגיא, כאשר יש שני עדים על הדיין (וכן יהיה אם יעידו על עד) שהוא רשע ואינו כשר לדון, ולדוגמא אמרו שהוא גזלן, וכן כשאר עבירות (יעויין שו״ע חו״מ סימן לד), ומולם שני עדים המכחישים אותם ואומריסש אינו גזלן, דלרש״י נפסל מלדון ולר״ח אמרינן אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי גברא אחזקתיה, חזקת הכשרות שהיתה לו מקודם, וכשר הוא לדון.

לרש״י והרי״ף אפשר להסביר בשלושה כיוונים:

1. משום שסבירא להו דהרי ותרי ספיקא דאורייתא,[18] ולכן ליתא לחזקת הכשרות שהיתה לאיש.
2. משום שסבירא להו דתרי ותרי ספיקא דרבנן, ואמנם מדאורייתא יש לו חזקת כשרות, אבל חכמים גזרו שלא לסמוך על החזקה.[19]
3. אמנם מדאורייתא מעמידים על החזקה, וגם חכמים שגזרו שלא לסמוך על החזקה זה דווקא באיסורים, אבל בממון, קיימא על דין דאורייתא

[18] אפשרות זו הובאה בר״ן, ט,א בדפי הרי״ף בכתובות. וכ״כ הריטב״א בחידושיו.

[19] וכן פסק הרא״ש פרק שני דכתובות סימן כא.

ואזלינן בתר החזקה, מכיוון שבממון מאי דחומרא לזה קולא לזה. אמנם כנגד חזקת הכשרות יש חזקת ממון, ולא אלים חזקת כשרות להוציא ממון.[20]

ולפי״ז יישב רע״א בשו״ת שם[21] את פסק הרמב״ם והשו״ע, ודווקא להוציא ממון אי אפשר ע״פ עד כזה שמעידים עליו תו״ת, אבל להחזיק אפשר, כיוון שבממון לא תיקנו חז״ל שלא לסמוך על החזקה, ואין כאן חזקת ממון שמתנגשת עם חזקת הכשרות של העד.

ולשיטת התוספות בשם ר״ח יש לומר שסוברים שתו״ת הוי ספק דרבנן, אבל קשה, שלקמן דף כו,ב בד״ה אנן כתבו בשם ר״י שמדרבנן אין הולכים אחר החזקה?

ואפשר לומר כמ״ש התומים (סימן לד סקכ״ז) שמדובר כאן בקיום שטרות שהוא מדרבנן ודומה לתרומה של דבריהם,[22] והוי ספיקא דרבנן במילתא דרבנן, והעמידו על החזקה.[23]

או אפשר לומר כמ״ש המשנה למלך (מלוה ולוה ד,א)[24] שרבינו חננאל והרז״ה ס״ל דחזקת כשרות עדיפא על חזקת הממון, ולכן מעמידים את הגברא על חזקתיה.

ואפשר לומר כמ״ש בית הלוי (ח״ב סי׳ ד אות א),[25] שחזקת כשרות עדיפא מכל שאר החזקות. ומ״מ לדעת תוס׳ שני התירוצים האחרונים לא יועילו, וצ״ל בשיטתם כהתומים.

---

[20] וברמב״ן בחידושים לסוגיא: ״ודברי רבינו אלפסי ז״ל עיקר, דלעולם הד חזקה דממונא בחזקת מאריה מכרעא טפי, שהיא שב ואל תעשה״.

[21] ויעוין בשיטתו גם בדרוש וחידוש לדף כ,א ולמ״ד תו״ת ספיקא דאו׳ הדין יהיה יחלוקו.

[22] יעוין תוס׳ ב״ב לב,א ד״ה אנן מסקינן.

[23] אמנם הנחל יצחק סימן צב ס״ה ענף א חלק על התומים, וס״ל גם בהכי לפסול.

[24] ד״ה ולענין הלכה וכן הל׳ עדות ו,ז ד״ה שלשה שישבו.

[25] והוא בשם בדק הבית לרא״ה. ועי׳ ס׳ לב המשפט שם עמ׳ קפט שביאר שיטתו.

פרק רביעי: שימוש בתרי ותרי בפסיקה

הפוסקים מביאים את עקרון הפסיקה של תרי ותרי גם בספיקות אחרים. בפרק זה נביא שתי דוגמאות לשימוש זה.

א. משנה למלך – מחלוקת הפוסקים

כתב הרמב"ם (מלוה ולוה ד,ו): "שטר שכתוב בו ריבית בין קצוצה בין של דבריהם, גובה את הקרן ואינו גובה את הרבית. וכתב המשנה למלך:[26] שטר שכתוב בו רבית כו'. ברייתא בפרק איזהו נשך (ב"מ עב,א) פלוגתא דר"מ וחכמים, ופסקו כל הפוסקים כחכמים דשטר שכתוב בו רבית גובה הקרן. והוקשה לראשונים ז"ל דהיכי גובה את הקרן בשטר זה והלא עדים פסולים הם דעברו על לא תשימון עליו נשך? וכת מן הראשונים (עי' נמו"י מב,ב בדפי הרי"ף בשם רמב"ן) הסכימו לזה דהעדים פסולים הם ואוקמוה לברייתא באינו מפורש הרבית וכמו שנבאר לקמן, וכת אחרת (תוד"ה שטר) כתבו דלא מיפסלי משום דלא משמע להו איסורא.[27]

ולענין הלכה, דלדברי התוס' העדים כשרים[28] ולהרמב"ן פסולים, אם יכול הלוה לומר קים לי כהרמב"ן ז"ל דפסיל לעדים ומהימן לומר פרעתי או לא היו דברים מעולם, נראה שזה תלוי בפירושא דההיא סוגיא דפ"ב דכתובות דג' שישבו לקיים את השטר וקרא ערער וכו' ופריך בגמרא אם ערער דגזלנותא תרי ותרי נינהו ופירש"י דלא מתכשר כיון דהוו תרי ותרי וכן פירשו הרי"ף והרא"ש וכן פסק רבינו בפי"ב מהלכות עדות ואך רבינו חננאל ובעל המאור כתבו דכיון דהוי תרי ותרי העדים כשרים משום דאזלינן בתר חזקה דגופה ומוקמינן להו אחזקתייהו ומוציאין ממון על פי עדותם ולא מהני חזקה דממון. ונראה דמחלוקת הפוסקים הוי כדין תרי ותרי וכ"כ מהרש"ח בתשובה סי' כד. ולפ"ז, לרבינו חננאל ובעל המאור לא מצי הלוה לומר קים לי כהרמב"ן דפסיל לעדים משום דאיכא למימר כיון דספק הוא אוקי גברא אחזקתיה ואפילו להוציא ומיהו אכתי יכול הלוה לומר קים לי כהרמב"ן וקים לי כרש"י וסייעתיה דסברי דחזקת ממון עדיף וכו'".

---

[26] הבאתי מדבריו בדילוג את הנוגע לענייננו.

[27] ונפקא מינה כאשר הרבית מפורש, דלכת הראשונה העדים פסולים והשטר פסול, ולכת השניה העדים והשטר כשרים.

[28] וכן פסק הרמב"ם כאן ובשו"ע חו"מ לד,כד.

והנה בעל המל״מ המשיך לדון בזה כיד ה׳ הטובה עליו, ונבאר את דבריו שהובאו כאן: כאשר יבואו המלוה והלוה לבי״ד, יפסקו להם הלכה כדעת התוס׳, ולפי״ז צריך הלוה לשלם את הקרן.

אולם אם יטען הלוה קים לי כדעת הרמב״ן, לפי דבריו פטור הוא מלשלם את הקרן (אם יטען פרעתי[29] וכיוצ״ב). ובזה דן המל״מ, אם יכול הלוה בכה״ג לטעון, קים לי״.

ותלה הרב ז״ל דין זה במחלוקת שלנו, ודימה מח׳ הפוס׳ לדין תרי ותרי, דכל כת פוסקים דומה לכת עדים. ולפי״ז, הרמב״ן פוסל את העדים והתוס׳ מכשירים, ולרש״י והרי״ף שבשנים אומרים שהדיין פסול ושנים אומרים שהדיין כשר אנו פוסלים את הדיין, כך גם יהיה הדין כאן, והעדים פסולים, והלוה פטור מלשלם. ולר״ח והרז״ה בתו״ת חזקת הכשרות של הדיין מכריעה את הספק, ואף כאן חזקת הכשרות של העדים תכריע את הספק במח׳ הפוסקים, והעדים כשרים והלוה חייב לשלם. ואם יטען הלוה קים לי כהרמב״ן וגם קים לי כרש״י והרי״ף, יפטר מלשלם.[30]

ב. קובץ שיעורים – תרי רובי

במשנה ריש החולץ (יבמות לה,ב): הכונס את יבימתו ונמצאת מעוברת וילדה, ספק בן תשעה (חדשים) לראשון ספק בן שבעה (חדשים) לאחרון, יוציא והולד כשר, וחייבין באשם תלוי. פירוש: הולד כשר, פירש״י ממה נפשך, כלומר, או שהוא בנו של האח המת, או שהוא בנו של היבם, והיבום היה כדין כי לא היה זרע לראשון. וצריך להביא אשם תלוי כי יתכן שהיה יבום שלא כדין (אם התעברה מהאח המת).

ובגמ׳ לז,א א״ל רבא לרב נחמן, לימא הלך אחר רוב נשים, ורוב נשים לתשעה ילדן? פירש״י: ויביאו קרבן חטאת (ולא אשם תלוי), דודאי בנו של הראשון הוא, והיבם בא על אשת אחיו שיש לו בנים.

אמר ליה: רוב נשים יולדות לתשעה, ומיעוט לשבעה, וכל היולדת לתשעה עוברה ניכר לשליש ימיה (=שלשה חדשים), וזו הואיל ולא הוכר עוברה

[29] דאם מודה שחייב, פשיטא שישלם. ורק תהיה נפ״מ אם המלוה יגבה מנכסים משועבדים או בני חורין.

[30] אמנם המל״מ הביא דעת מהר״י בן לב שתרי ״קים לי״ לא יועיל ללוה, אולם המל״מ דחה את דעתו.

לשליש ימיה (=ממיתת הראשון), אתרע ליה רובא (=וכיון שיש ספק שמא היבם בא עליה באיסור מביאים אשם תלוי ולא חטאת).

והקשו התוס׳ (ד״ה וזו) דנימא סמוך מיעוט יולדות לשבעה לחזקה שהיתה ליבמה שמותרת להתייבם, ואיתרע ליה רובא של רוב יולדות לתשעה, ונסמוך ארובא שעובר ניכר לשליש ימיה (=וכאן כיוון שלא הובר עוברה סימן שאינה מעוברת מן הראשון) וגם באשם תלוי לא יתחייבו (כיוון שנלך אחר הרוב, ונאמר שודאי שהיא היתה זקוקה ליבום)?

והקשה רע״א (תורע״א יבמות פ״ד) על קושייתם: ״וביותר קשה לי למה נקטו קושייתם בכה״ג, ולא בפשוטו, דנימא אוקי רובא דלתשעה ילדן נגד הרוב דהוכר עוברה לשליש ימיה, והוי פלגא ופלגא, ושוב ניזל בתר חזקה ליבום (=וא״צ אשם תלוי). וצע״ג״.

ותירץ הערוך לנר לשיטת התוס׳: כיוון דרוב וחזקה רוב עדיף, א״כ החזקה כמאן דליתא דמי, ולא הוי רק רוב כנגד רוב (פירוש: וממילא צריך להעמיד כהתוס׳ שהמיעוט וחזקה יגרעו את הרוב שיולדות לתשעה, ואז יהיה לנו רוב ״טוב״ שעובר ניכר לשליש ימיה שגובר על רוב שהורע כוחו שרוב נשים לט׳ ילדן, ונחשבת זקוקה ליבום).

בקוב״ש (ב״ב אות פא) כתב שנראה כרע״א, דלשיטת התוספות בתרי ותרי מוקמינן אחזקה מדאורייתא (כלומר, כמו שבתרי ותרי החזקה מכריעה את הספק, כך גם כאשר יש רוב כנגד רוב נאמר שהחזקה תכריע את הספק).

וסיים ר׳ אלחנן: ומיהו, דעת הרמב״ן בקידושין סו דקיימא לן תרי ותרי ספיקא דאורייתא, ולשיטה זו אפשר,[31] דגם בתרי רובי דסתרי אהדדי לא מהניא חזקה להכריע, כיוון דרוב עדיף מחזקה.

ובספר ברכת אברהם (לרבי אברהם ארלנגר, יבמות עמ׳ קלב) כתב עליו, דלא דומה דין תרי רובי לדין תרי ותרי, דסברת הרמב״ן אינה אלא בעדות, דלפי דברי העדים זו ידיעה ודאית, ונגדם חזקה כמאין דליתא, אבל רוב אינו אלא הכרעה,[32] ובמקום הכרעה מהני גם ע״י חזקה, וסיים, והיינו כרע״א ולא כערוך לנר שכתב דחזקה במקום רוב כמאן דליתא.

---

[31] ומ״מ נראה מדבריו דאינו מוכרח, כיון שרוב אינו כשני עדים.

[32] יעוין גם ברווחא דשמעתתא (ד,כד) שדן בזה האם רוב הוא בירור או הנהגה.

יצחק ביסמוט

פירי פירות

ראשי הפרקים

א. הקדמה
ב. פירות ופירי פירות של נכסי מלוג
ג. שיטת תוספות
ד. שיטת הריי"ף
ה. שיטת הראי"ש
ו. חידושו של הבי"ש בשיטת הריי"ף
ז. הסבר הישועות יעקב בריי"ף
ח. הבנת הבית מאיר בריי"ף
ט. ראיית רעקי"א למסקנת הבית מאיר
י. סיכום

א. הקדמה

בנישואין מתחייב הבעל בעשרה דברים וזוכה בארבעה, כפי שמונים אותם הרמב"ם (אישות יב,א) והמחבר. בין הדברים בהם הוא זוכה מצויים פירות נכסי צאן וברזל, ופירות נכסי מלוג.

הנכסים הנישומים בכתובה הם הנקראים נכסי צאן ברזל, ולבעל יש בעלות כלשהי בנכסים אלו, וההגבלה על מכירתם בידי הבעל או חיוב השבתם לאשה כשהם בעין, הם מטעם של שבח בית אביה, ולא מטעם בעלותה עליהם. בהגדרת הבעלות הזו לא נעסוק במאמר זה.

לעומתם, נכסי מלוג הם הנכסים שהכניסה איתה האשה ולא נישומו בכתובה (או שנפלו לה בירושה, מתנה וכדו' לאחר הנישואים), ואינם באחריותו, שהרי לא נישומו, ואם פחתו – פחתו לה, ואם הותירו – הותירו לה וכו'. המשותף לשניהם הוא שחכמים תיקנו שהבעל אוכל פירות נכסיה, כמבואר בכתובות (מז,ב) – "ת"ר תיקנו מזונותיה תחת מעשי ידיה ופירקונה תחת פירות, וקבורתה תחת כתובתה, לפיכך בעל אוכל פירות". והובא ברמב"ם (אישות כב,ז): "כל נכסים שיש לאשה בין נכסי צאן ברזל בין נכסי מלוג, הבעל אוכל כל פירותיהן בחייה ואם מתה בחיי בעלה – יורש בעלה הכל".

במסכת כתובות (עט,ב) הגמרא מסייגת תקנה זו ומלמדת שלבעל אין קנין מוחלט בפירות – אין הם כשאר רכושו, והתנובה הכלכלית שירוויח מפירות אלו לא הוקנתה לו במסגרת התקנה "פירא תקינו ליה רבנן. פירא דפירא לא תקינו ליה רבנן וכו'"

במאמר זה ננסה, בעז"ה, לעמוד על הגדרת מהות התקנה ומתוך כך ננסה להבין מדוע ומתי אין לבעל זכות בפירי פירות, מה נחשב פירות ומה פירי פירות, לשיטות הראשונים השונות. ובעיקר נתמקד בהבנת דעת הרי"ף בדברי האחרונים, כשהדיון יסוב סביב חידושו של הב"ש בדעת הרי"ף, חידוש שיש לו השלכות מעשיות נרחבות.

ב. פירות ופירי פירות של נכסי מלוג

בכתובות (עט,א):

> א"ר זירא א"ר אושעיא אמר ר' ינאי, ואמרי לה אמר ר' אבא א"ר אושעיא א"ר ינאי: הגונב ולד בהמת מלוג – משלם תשלומי כפל לאשה. כמאן? לא כרבנן ולא כחנניה! דתניא: ולד בהמת מלוג – לבעל, ולד שפחת מלוג – לאשה; וחנניה בן אחי יאשיה אמר: עשו ולד שפחת מלוג כולד בהמת מלוג! אפי' תימא דברי הכל, פירא תקינו ליה רבנן, פירא דפירא לא תקינו ליה רבנן.

ולד בהמת מלוג הרי הוא בכלל פירות השייכים לבעל. בפשטות היינו מצפים שאם הולד שייך לבעל, הרי כשנגנב ונמצא הגנב – הבעל הוא שיזכה בכפל. בסוגיא מבואר שהכפל אינו בכלל פירות, והאשה היא שתזכה בו.[1] הכפל אינו פרי ישיר של הבהמה. חלב, צמר, בשר לשחיטה, כח עבודת הבהמה – הם פירות שהבעל אוכל מתקנ"ח. ההתייחסות לכפל היא כאל נספח לא הכרחי של הבהמה. בלשון הגמרא – הכפל הוא פירי פירות אותם לא תיקנו לבעל. הראשונים נחלקו בהגדרה זו של פירי פירות, ומדוע לא נכללה בתקנה, ולהבנת דבריהם יש להקדים את דברי המשנה לקמן בריש פרק הכותב (פג,א):

---

[1] מפשט הסוגיא נראה שהכפל בו זוכה האשה הוא רק התוספת על הקרן. אך הקרן עצמה, דמי הולד, שייכים לבעל. אמנם בלשון הגמרא אין הוכחה ברורה לכך, אך מרש"י ניתן לדייק שכל התשלום, הקרן והקנס, שניהם לאשה. שכן פירש בד"ה תשלומי כפל לאשה וז"ל: "ולא לבעל..." ולכאורה תוספת זו מיותרת, להדיא כתיב תשלומי כפל לאשה. ונראה דלמד, שהכל הולך לאשה ולא לבעל, ואף שדבריו כאן הם רק בהו"א של הגמרא, יתבאר לקמן שאף למסקנה סבר כן.

> הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך – הרי זה אוכל פירות בחייה, ואם מתה – יורשה. אם כן, למה כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך? שאם מכרה ונתנה – קיים.
>
> כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן – הרי זה אינו אוכל פירות בחייה, ואם מתה – יורשה; ר' יהודה אומר: לעולם אוכל פירי פירות, עד שיכתוב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן ובפירי פירותיהן עד עולם.

ובגמרא שם (עמוד ב)

> תנו רבנן: אלו הן פירות, ואלו הן פירי פירות? הכניסה לו קרקע ועשתה פירות – הרי הן פירות, מכר פירות ולקח מהן קרקע ועשתה פירות – הרי הן פירי פירות.

רבנן ור' יהודה נחלקו רק על לשון הבעל בהסתלקות מפירי פירות – האם צריך להזכיר בפירוש גם את הפירות וגם את פירי הפירות, אך הסכימו על עצם הדין שיש לו זכות אכילה גם בפירות וגם בפירי פירות.
הראשונים בסוגיין נתקשו בסתירה זו, שבדף עט מבואר שאין הבעל אוכל פירי פירי פירות, ואילו בדף פג מבואר להדיא שגם פירי פירות תקינו ליה רבנן.

ג. שיטת תוספות

תוס' על אתר (ד"ה פירי דפירא) תירץ שודאי פירא דפירא הרי הם בכלל התקנה של אכילת פירות, אלא שונה תשלום הכפל מסתם פירי פירות, כי הוה דבר "דאתי מעלמא". כשחכמים תיקנו לבעל פירות, הכוונה היתה שהבעל יהנה מכל מה שהנכסים מניבים באופן רגיל. מקרה שבו בהמה תיגנב והגנב ימצא וישלם כפל לא נכלל בתנובה הרגילה ממנה נהנה בעל הבהמה. רווח כזה הוא מקרי, ו"חיצוני" לבהמה.

בסברת תוס' נראה לומר שדומה למה שמצינו בפרק המפקיד (לד,א) גבי שומר שיכול להפטר מתשלום על ידי שבועה אך שילם ולא רצה להשבע, ואם נמצא הגנב זכה השומר בכפל, ומבארת הגמרא שבעה"ב הקנה את הבהמה לכפילה לשומר בזמן משיכתה: "אמר רבא, נעשה כאומר לו, לכשתגנב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קניוה לך מעכשיו..." ומקשה ר' זירא, א"כ יזכה גם בוולדותיה למפרע, ומחלקת בין כפל לגיזות וולדות: "שבחא דאתא

מעלמא עביד איניש דמקני, שבחא דמגופה לא אתי איניש ומקני״. רואים שיש הבדל מהותי בין רווח צפוי וטבעי מבהמה לבין רווח צדדי ומקרי, שבא בעקיפין באופן לא צפוי ולא רצוי (כשהבהמה נגנבה). והיינו דברי תוס׳ שחכמים לא תיקנו לבעל אכילת פירות הכוללת גם רווחים צדדיים ומקריים שאינם תנובה טבעית ורצויה של הבהמה. ולהכי פירי דפירא כזה ככפל – לא תקינו ליה רבנן.[2]

משא״כ הנידון בריש פרק הכותב, שם המדובר על פירא דאתו מגופא ״מכר פירות ולקח מהן קרקע ועשתה פירות – הרי הן פירי פירות״. זו הדרך הסבירה והרגילה של שימוש בפירות. ובדומה לכך בבהמה – ולד ולד בהמת מלוג, נחשב כפירא דפירא שזוכה בו הבעל. שהרי ברור שלכל ולד בהמה (פירא) יוולד ולד נוסף (פירא דפירא) – והוא שבח דאתי מגופא.

בהסבר זה נתקשה תוס׳. בלשון הגמרא משמע שדוקא כפל של ולד בהמת מלוג – שייך לאשה. אבל כפל של בהמת מלוג עצמה יהיה שייך לבעל, שכן כפל זה הוא פירות נכסי מלוג, ואע״ג שזהו שבח דאתי מעלמא – סו״ס הוי פירות ולא פירי פירות. וא״כ הדין מפליא שכפל בהמת מלוג, שגופה שייך לאשה –ישולם לבעל, ואילו כפל הולד שגופו שייך לבעל – ישולם לאשה?

ומתרץ ריב״ן – לשון הגמרא באה ללמדנו בק״ו לבהמת מלוג עצמה. כל דבר שנחשב כשבח דאתא מעלמא נכלל בגדר פירא דפירא ששייך לאשה ולא לבעל. וא״כ אם כפל הולד שייך לאשה, כ״ש שכפל האם שייך לאשה.

אם כן תוספות מגדיר פירות לעומת פירי פירות בהבדל שבין רווח טבעי וצפוי לבין רווח מקרי וצדדי, בין אם מדובר בתנובה ישירה מנכסי המלוג, ובין אם מדובר ברווח בדרך מסחר, או תולדה – כל מאי דאתא מגופא הוה פירא, ואפילו אם עבר גלגולים הרבה.

לשיטתם הביטוי פירא דפירא פירושו בעצם כל מאי דאתא מעלמא.[3]

---

[2] ועיין בברכת שמואל ליבמות סימן יט ס״ק ב שם מגדיר בשם ר׳ חיים שכדי לזכות בכפל אין צורך להיות בעלים על החפץ, אלא בעינן שתהיה זיקה בין התובע לממון רק כדי ליצור אפשרות לטעון, ולהחשב בעל דין – אך אין הכרח לומר שהזוכה בכפל הוא הבעלים על החפץ.

[3] בדומה לכך מסביר האבי עזרי בהל׳ חובל ומזיק (ד,כא).

סיכום הדינים העולים משיטת תוספות:

- כפל ולד בהמת מלוג – שבח דאתי מעלמא, נחשב כפירא דפירא דלא תקינו ליה רבנן ושייך לאשה.
- כפל בהמת מלוג[4] – למסקנת תוס' גם נחשב כפירא דפירא, דאתי מעלמא (ריב"ן).
- ולד ולד בהמת מלוג – שבח דאתי מגופא, ושייך לבעל. פירי פירות נכסי מלוג שדינם כפירות.
- מכר פירות ולקח מהן קרקע ועשתה פירות – הרי הן פירי פירות, ככל שבח דאתי מגופא ושייכים לבעל כפירות נכסי מלוג.

ד. שיטת הרי"ף

הרי"ף בסוגיא (לח,א מדפי הרי"ף) גם מתקשה בסתירה שבין הסוגיות, ומתרץ באופן אחר מתוס'.

> אמר רבי זירא וכו' הגונב ולד בהמת נכסי מלוג משלם תשלומי כפל לאשה לדברי הכל מאי טעמא פירא תקינו ליה רבנן פירא דפירא לא תקינו ליה רבנן.
>
> ואי קשיא לך הא דתנן ר' יהודה אומר לעולם הוא אוכל פירות וכו' ות"ר אלו הן פירות ואלו הן פירי פירות הכניסה לו קרקע ועשתה לו פירות הרי הן פירות מכר פירות ולקח בהן קרקע ועשה פירות הן הן פירי פירות דאלמא יש לבעל פירי פירות והכא אמרינן פירי תקינו ליה רבנן פירא דפירא לא תקינו ליה רבנן –
>
> לא קשיא. שאני הכא דקא שקיל ליה לפירא גופיה ומש"ה לא שקיל ליה לכפל דה"ל פירא דפירא אבל היכא דזבין ליה לפירי וזבין בהו ארעא אי לא שקיל לפירא אשתכח דלא שקיל לא פירא ולא פירא דפירא הילכך שקיל להו פירא דפירא, דבמקום פירא קיימי.

בהבנת דבריו וסברתו נחלקו האחרונים. בפשטות נראה שהחלוקה בין פירות לפירי פירות נובעת ממהות התקנה. חכמים תיקנו שבעל יאכל פירות, ותקנה

---

[4] בגמרא ב"ק (פט,א) – "אמר רבא הלכתא טובת הנאה לאשה, ואין הבעל אוכל פירות. מ"ט, פירא תקינו ליה רבנן, פירא דפירא לא תקינו ליה רבנן" וגם שם פירשו תוס' דהיינו במילי דאתו מעלמא, וא"כ כפל וטובת הנאה לענייננו שוים הם בהגדרה כשבחא דאתי מעלמא, אף שלעניינים אחרים שונים הם בדיניהם.

זו חייבת לבוא לידי מימוש בפועל. הבעל זוכה בפירות לאכילה. בכל מצב בו מסיבה כלשהי הבעל אינו יכול להנות בפועל מהפירות, הוא זכאי לממש את זכותו זו גם בפירי פירות. אכן, במצב שבו הוא נהנה בפועל מאכילת הפירות, פירי הפירות לא נתקנו לו, ושייכים לאשה. ועל פי יסוד זה, הבינו כל הראשונים בדעת הרי"ף שולד בהמת מלוג שייך לבעל – שהרי הולד הוא מפירותיה של הבהמה. ואילו ולד ולד בהמת מלוג שייך לאשה, שכן הוא כבר שייך לשלב שני של הרווח מהבהמה, שלב שלא כלול בתקנת חכמים לבעל – פירי פירות.

לכן בסוגייתנו, העוסקת בכפל ולד בהמת מלוג, אין הבעל זכאי בפירי פירות, שכן הוא נהנה מהולד עצמו,[5] ובכך כבר באה תקנת חכמים לידי מימוש "שאני הכא דקא שקיל ליה לפירא גופיה". פירי תקינו ליה פירא דפירא לא תקינו ליה. אבל בפרק הכותב המדובר הוא שלקח את פירות השדה (פירא), וקנה בתמורתם קרקע. קרקע אינה ניתנת לאכילה, ובעצם תקנת חכמים לבעל לא ממומשת בפועל. "אי לא שקיל לפירא אשתכח דלא שקיל לא פירא ולא פירא דפירא". במצב זה, הרווח הראשוני שאמור להיות מנכסי המלוג כאילו בטל, והשלב השני של הרווח (פירא דפירא) הופך להיות השלב הראשון. בכהאי גוונא תקינו ליה גם פירא דפירא, והפירות שיצמחו מקרקע זו שייכים לבעל ולא לאשה.

סיכום הדינים העולים משיטת הרי"ף:

- כפל ולד בהמת מלוג – נחשב כפירא דפירא דלא תקינו ליה רבנן ושייך לאשה מכיון שאינו הרווח הישיר מנכסי המלוג, אלא שלב שני של רווח שאינו כלול בתקנה.
- כפל בהמת מלוג – שייך לבעל, שכן הוא רווח ישיר מנכסי מלוג. פירא דתקינו ליה.
- ולד ולד בהמת מלוג – פירי פירות נכסי מלוג ושייך לאשה דלא תקינו ליה רבנן, כיון שהוא רווח לא ישיר, אלא רווח היוצא מרווח.
- מכר פירות ולקח מהן קרקע ועשתה פירות – נחלקו האחרונים בדעת הרי"ף לגבי מעמד הקרקע במקום שתקינו ליה את פירי הפירות, וכדלקמן.

[5] ומדבריו נראה פשוט שלא כפי שדייקנו לעיל בהערה 1 בדעת רש"י. לפי הרי"ף הגנב ישלם את הקרן לבעל, ורק הקנס, הכפל ילך לאשה.

ה. שיטת הרא״ש

הרא״ש חילק בין הסוגיות בדומה לתוס׳, דהבדל יש בין שבח דאתא מעלמא לבין שבח מגופא, וכמו״כ מביא את ריב״ן הנ״ל. אך מוסיף ומקשה על דברי הרי״ף בנוגע לולד ולד בהמת מלוג, שס״ל לרי״ף ששייך לאשה, ותמה ע״כ:

> ולא מסתברא כלל הכי דכיון דולד דידיה הוא ואי בעי שחיט ואכיל ליה דלהוי ולד דידיה לדידה ומסתבר כשינויא קמא.

אם לבעל יש זכות מוחלטת בולד בהמת מלוג, עד כדי כך שיכול לשחטו, הכיצד יתכן להפקיע ממנו את ולד ולד הבהמה במקום שלא שחט את הולד. ולכן פירש שהחילוק הוא בין שבח דאתא מעלמא לבין שבח דאתא מגופא, ומובן מדוע ולד ולד שייך לבעל ולא לאשה.

אך לכאורה, קושיית הרא״ש יכולה להשאל על דין הגמרא עצמה, שכפל ולד בהמת מלוג שייך לאשה. והרי אם יכול לשחוט את ולד הבהמה משמע ששייך לבעל לגמרי, כפי שהקשה הרא״ש על הרי״ף. וא״כ מהיכ״ת להפקיע מידי הבעל את זכותו לכפל במקום שהולד נגנב. וכן הקשו תלמידי רבנו יונה (מובא בשטמ״ק) בסוגיא:

> ... ומכל מקום קשיא ליה למורי... מ״ט אמרו שלא יזכה הבעל בכפל כיון שהולד שלו ויכול לשחטו ולמוכרו. ונראה לי דטעם הדבר משום דנהי שיכול לשחטו, אפילו הכי כל זמן שלא נשחט או לא נמכר, עדיין יש לאשה זכות בו: שאם מתה האם היינו מעמידים הולד במקום האם. וכיון שיש לה (לאשה) סמך בו – אמרו שהכפל שלה.

תירוצם על הקושיא נסוב על דברי בה״ג המובאים ברא״ש שם:

> כתב בעל הלכות גדולות והיכא דמתו אימותיהן ולדות דכל חד וחד במקום אימיה קאי.

רואים להדיא שלמרות שהולד שייך לגמרי לבעל, עדיין יש לאשה זיקה/ שעבוד/ סמך בולד, היכא שהבהמה עצמה מתה. ומכח זיקה זו הפקיעו את כפל הולד מזכות הבעל לידי האשה.[6]

---

[6] בשו״ת רעק״א חלק ב צה תירץ השואל ע״פ שיטת הרמ״ה דגם בולד בהמת מלוג אין הבעל יכול למכור והמכר בטל משום שבח בית אביה, ויאוש דבעל לא מהני אי יאוש כדי קונה (כשם שאין יכול למוכרו). א״כ אה״נ לשיטת הרי״ף אין הבעל יכול לשחוט את הוולד ולק״מ.

גם בדעת הרא״ש נחלקו האחרונים למי שייכת הקרקע במקום שקנה אותה מפירות נכסי מלוג, וכדלקמן.

בדעת הרי״ף נראה לומר שבאמת הגדרת אכילת פירות של הבעל אינה הגדרה קניינית ממונית בפירות, אלא שחז״ל הקנו לו זכות אכילת פירות משבאו לעולם – וזכות זו אינה דומה להגדרת קנין פירות כקנין הגוף דמי, כי אין לו קנין פירות כלל אלא רק זכות אכילה. ממילא תקנת הפירות המוגדרת כרווח ביתא, מגבילה את הבעלות על הפירות דוקא לאכילה ולא לרווח ממוני. ולפי זה מובן מדוע אף שהבעל רשאי לאכול ולשחוט את הולד, ולד הולד אינו שייך לו אלא לאשה כי בכל זאת הוא פד״פ.

ובאופן זה ניתן גם לתרץ את קושיית תלמידי רבנו יונה על הרא״ש עצמו, שאכן הולד נשחט על ידי הבעל, אך הכפל של הולד שייך לאשה, כי זכותו של הבעל בפירות היא זכות אכילה ולא זכות קנין רגיל.
יסוד זה מבואר באור שמח הלכות רוצח (ב,טו).[7]

ו. חידושו של הב״ש בשיטת הרי״ף

הב״ש (פה,ס״ק לח) למד מדברי הרי״ף שבמקום בו הבעל אינו נהנה מהפירות וזכאי לכן בפירי הפירות (כמו בפרק הכותב, כשקנה קרקע) – אין המשמעות שחכמים תיקנו לו להרוויח פעמיים, גם את הפירות וגם את פירי הפירות. אלא שהפירות, הקרקע שקנה, חוזרות להיות של האשה – כדין כל נכסי מלוג, וממילא פירותיה של קרקע זו שייכים לאשה, והם הנקראים פירי פירות שתיקנו לבעל.

> ...גם נשמע מהרי״ף, אם הבעל מוכר הפירות ולקח קרקע אז הקרקע שייך לה ואין לו אלא הפירות כי הפירות לא תקנו חז״ל אלא לריוח ביתו ולא לקנות קרקע:

נימוקו של הב״ש לחידושו – תקנת חכמים היתה לרווח ביתה, שהבעל יוכל לספק מזונות המשפחה ברווח. התקנה לא נועדה לכך שהבעל ״יעשה סחורה בפרתו של חבירו״, ימכור וירוויח תשואה וכו׳. לכן התקנה בעצם מסוייגת – רק למקום שהבעל אוכל פירות מנכסי האשה. כל רווח שהוא מעבר לתקנה

---

[7] עיין גם באבי עזרי, אישות (כג,ג) וז״ל: ומוכח מזה דכל דין הפירות הוא רק דין שהבעל אוכל פירות, ואין זה שנעשו הפירות שלו כמו ששייך מעשה ידיה לבעל, שנעשו ממונו של הבעל, אלא שהדין הוא שהבעל אוכל פירות, ורק באופן שיש רווח ביתא וכו׳.

בסיסית זו שייך לאשה. ובלשון רש״י (פ,ב) רווח ביתה מוגדר: ״שיכניס הפירות לביתו ויהיה מזון הבית מצוי, וייטיב לה״.

ההפלאה (סי׳ פה ס״ק יט) מכריח את שיטת הב״ש ברי״ף מגמרא בפרק הכותב (פד,ב) שדנה בבעל שהסתלק מנכסי אישתו בלשון ״דין ודברים אין לי בנכסייך ובפירי פירותיהם״ האם אוכל פירות, ולכאורה בפשטות שיטת הרי״ף דלבעל זכות בפ״פ רק כשאינו אוכל פירות לא ברורה האיבעיא, דלבעל עקרונית אין זכות בפ״פ רק במקרה של הסתלקות וממ״נ אם אוכל פירות אין צריך להסתלק מפ״פ דלא תקינו ליה, ואם צריך להסתלק מפ״פ מוכח שהסתלק מפירות. וכן הקשה ההפלאה שם ותירץ ששיטת הרי״ף ע״כ היא כהבנת הב״ש שגם כשאוכל פירות ומשייר ובשיור קונה קרקע חוזר הקרקע לדין נ״מ ואוכל הבעל פירות שהם נקראים פ״פ ויש לו להסתלק מהם אם ירצה אף אם אוכל פירות.[8]

את סברת הב״ש ניתן לפרש בשני כיוונים:

א. כשחכמים תיקנו פירות לבעל בנכסי מלוג הם סייגו מתחילה את התקנה, באופן שלפי מעשיו של הבעל יקבע מה הוא אוכל מהפירות. ברצותו יאכל פירות מנכסי המלוג, וברצותו ימכור את הפירות ויקנה קרקע,[9] ומשעשה כן – הקרקע עצמה הופכת לנכסי מלוג, ופירותיה (המכונים פירא דפירי) הם הם פירות נכסי מלוג. כך כנראה הבין בספר ישועות יעקב את דברי הב״ש, וכפי שיתבאר.

ב. גם כשחכמים תיקנו פירות לבעל, אין המדובר בבעלות קניינית גמורה. לאשה יש זיקה ממונית לנכסים, וזכות מסויימת בהם. מכיון שכך, במקום שהבעל אינו אוכל פירות אלא קונה קרקע, אותה הזכות של האשה מתממשת, והקרקע הופכת לנכסי מלוג גמורים. ובדומה לדברי תלמידי רבנו יונה המובאים בשטמ״ק לסוגיא, שהובאו לעיל. א״כ לפי דרך זו, אין המדובר בצמצום התקנה מראש על פי רצונו של הבעל, אלא בהפקעת זכותו בפירות לטובת זכותה של האשה, שקיימת היתה כל הזמן בפירות.

---

[8] אמנם בחידושים (ד׳ פד ד״ה איבעיא להו) תירץ לשיטת הרי״ף דאה״נ מדובר שלא סילק עצמו מפירות ואעפ״כ הוצרך להסתלק מפ״פ לעניין שתוכל למוכרם כמו ש״בנכסייך״ זה לעניין מכירתם, כך בפ״פ, ומ״מ פ״פ אינם בכלל ״בנכסייך״ דלא גרעו מנכסים שנפלו לאחר מכן שלא מועיל ״בנכסייך״ כך אינה יכולה למכור פ״פ בלי הסתלקותו המפורשת.

[9] וצ״ע לכאורה איך חל המכר אם לא הקנו לו לסחורה וצריך לומר דלא גרע מנכסים שנפלו לה שאין עושים פירות דימכרו וילקח בהם קרקע ויאכל פירותיהם, כמבואר בגמ׳.

א״כ לדינא, עפ״י הב״ש בדעת הרי״ף.

- מכר פירות ולקח מהן קרקע ועשתה פירות – הקרקע עצמה שייכת לאשה, ופירותיה נקראים פירי פירות, השייכים לבעל כפירות נכסי מלוג.

לכאורה מלשונו של הב״ש נראה שאת חידושו זה כתב דוקא אליבא דהרי״ף, שהרי כתב ״גם נשמע מהרי״ף...״ ולדעתו הרא״ש יחלוק על חידוש זה ויסבור כבעלי התוס׳ שהקרקע שייכת לבעל ככל שבח דאתי מגופא.

אמנם הקרבן נתנאל (סימן ו אות ר) הביא את לשון הב״ש והעיר: ״לא ידעתי מאי רבותא (דוקא בדעת הרי״ף), הא כו״ע מודו בזה, דברייתא ערוכה היא לקמן בפרק הכותב״. הרי שהבין שזכות האשה בקרקע זו שנקנתה מפירות נכסי מלוג לא נובעת מחילוקו של הרי״ף בין רווח ישיר לבין רווח היוצא מרווח, שכן לדעתו גם הרא״ש שחילק בין שבח הבא מגופא לבין שבח דאתא מעלמא – סובר שהקרקע שייכת לאשה. א״כ יש להבין מדוע באמת לא תחשב קרקע זו ככל שבח דאתא מגופא ותהיה שייכת לבעל. ויתבאר לקמן בדברי הבית מאיר.

ז. הסבר הישועות יעקב ברי״ף

הישועות יעקב (סי׳ פה הפירוש הארוך ס״ק יב), מבאר מהיכן הוציא הב״ש את חידושו בדעת הרי״ף. לדעתו, הב״ש דייק כך דוקא מדברי הרא״ש: לגבי ולד ולד בהמה סובר הרי״ף ששייך לאשה, והקשה מ״ט הרי יכול לשחוט את הולד כנ״ל. ולכאורה קושיא זו יכולה להשאל גם על דינו הנוסף של הרי״ף גבי הלוקח קרקע מפירות נכסי מלוג, שהקרקע שייכת לאשה ופירותיה לבעל. והרי בקרקע זו הבעל לכאורה הוא בעלים גמורים (שכן עומדת היא במקום פירות נכסי מלוג), וא״כ ממילא פירותיה של הקרקע שלו הם. וכמו כן היה ראוי להקשות מ״ט הגמ׳ מכנה פירות אלו בשם פירא דפירא – הרי הם פירותיו שלו ממש.

ומכך שהרא״ש לא הקשה קושיות אלו על הרי״ף – מוכח שהבין (הרא״ש) שהרי״ף סובר שהקרקע אכן שייכת לאשה. ולכן לא שייך להקשות שהקרקע היא של הבעל. כי היא באמת לא של הבעל. וכמו״כ ל״ש להקשות על הכינוי ״פירי פירות״, כי זה אכן רק כינוי כדי להבהיר על איזה פירות מדובר – אך מעמדם באמת הוא של פירות נכסי מלוג. כך דייק הב״ש, לפי הישועות יעקב.

אמנם, אם זהו הדיוק, אפשר לדחות דין מחודש זה, ולומר שעיקר כוונת הרי״ף היתה לתרץ את ההבדל בין ולד ולד בהמת מלוג[10] ששייך לאשה לבין פירא דפירא של נכסי מלוג (על ידי מכירת קרקע) ששייך לבעל. ובזה חילק הרי״ף דשאני התם (בקרקע) דאינו אוכל פירות וכנ״ל – ועל זה הקשה הרא״ש את קושייתו על ולד ולד. אם כן העובדה שהרא״ש לא הקשה על קרקע אינה מוכיח כלום – שכן עיקר החידוש של הרי״ף הוא בולד ולד שכיון שאוכל את הולד (פירא) לא מגיע לו ולד ולד (פירא דפירא), וע״ז שייך להקשות. אבל בקרקע הרי הדין הוא שהבעל אוכל פירותיה, א״כ אכן הקרקע שייכת לו, וגם אוכל פירותיה, ואין מה להקשות.

לדינא א״כ סובר הישועות יעקב, בדעת הרי״ף, שבקנה קרקע מפירות נכסי מלוג – גם הקרקע וגם פירותיה שייכים לבעל. וחולק על הב״ש.

ח. הבנת הבית מאיר ברי״ף

הב״ש חידש שהקרקע שנקנתה בפירות נכסי מלוג חוזרת להיות בעצמה נכסי מלוג ושייכת לאשה (לדעת הרי״ף). בבית מאיר (פה,טז), הבין שהב״ש סבר שגם הרא״ש מודה לרי״ף בכך. והסיק זאת הב״ש מכך שהרא״ש הקשה את קושייתו כיצד ולד ולד שייך לאשה, הלא יכול היה לשחטו. ולכאורה היה יכול להקשות הרא״ש על עצם הדין של הקרקע – אם יכול לאכול פירות נכסי מלוג, הכיצד הם חוזרים להיות של האשה בזמן שמכרם וקנה בדמיהם קרקע. ומכך שהרא״ש לא הקשה כן, למד הב״ש שהרא״ש מודה שבקרקע הדין שונה מולד ולד, והיא שייכת לאשה ולא לבעל.

ולגוף הקושיא – למה באמת הרא״ש הודה לרי״ף בנוגע לקרקע והקשה עליו בנוגע לולד ולד – מדוע אכן הקרקע שייכת לאשה, למרות שהבעל יכול היה לאכול פירות כפי הדין בולד ולד, תירץ הב״ש שפירות נתקנו רק משום רווח ביתא – ולקנות קרקע בתמורה לפירות נכסי מלוג, אינו נחשב רווח ביתא. וז״ל הב״ש:

> כי הפירות לא תקנו חז״ל אלא לריוח ביתו ולא לקנות קרקע.

תוספת זו בלשון הב״ש מעידה על הבנתו שהרא״ש לא פליג על הרי״ף בנוגע לקרקע, וכן חולק בנוגע לולד ולד – ולכך היה צריך לחלק ביניהם.

---

[10] כך כותב הישועות יעקב. אם כי הרי״ף באמת דן בהבדל שבין כפל ולד בהמת מלוג לבין קרקע. ודוק.

הבית מאיר עצמו חולק על הבנת הב״ש ברי״ף. לדעתו תקנת אכילת פירות לרווח ביתא מגבילה רק את שימוש הבעל בפירות לענין מכירת הקרקע לפירותיה לשנים מרובות, כדין הגמרא ומזכה את הבעל להנות מאכילת פירות לעולם. ובמצב שבו הפך את הפירות לקרקע, ואינו יכול להנות מאכילתם, זכאי הוא לאכילת פירי פירות במקום אכילת הפירות אותם הפסיד. מיהו הפירות היינו הקרקע עצמה שנשארת בבעלותו ומבאר הב״מ שהרי״ף מתרץ את ההבדל בין ולד ולד ששייך לאשה לבין פירות קרקע שנקנתה בפירות נכסי מלוג דהם לבעל. והוקשה לרי״ף מדוע שגם פירות אלו לא יהיו לאשה, כדין ולד ולד דאע״ג דאתיא מחמתיה, שייכים לאשה. ותירץ דשאני קרקע מהולד. ולד בהמת מלוג הבעל אוכל פירות (גיזותיה, חלבה) וממילא כבר זכה ברווח ביתא. בקרקע (שנקנתה מפירות מלוג), אין לבעל אכילה בפועל, וכאילו נתבטלה תקנת חכמים שיאכל פירות, לכן זכאי בפירותיה.

א״כ לדינא, עפ״י הב״מ בדעת הרי״ף

- מכר פירות ולקח מהן קרקע ועשתה פירות – הקרקע עצמה שייכת לבעל, ופירותיה נקראים פירי פירות, השייכים גם הם לבעל כפירות נכסי מלוג.

בלשונו של הרי״ף עצמו קל להבין כך, שהרי כתב: ״אבל היכא דזבין ליה לפירי וזבין בהו ארעא אי לא שקיל לפירא אשתכח דלא שקיל לא פירא ולא פירא דפירא. הילכך שקיל להו פירא דפירא, דבמקום פירא קיימי.״ אין כוונתו שמאחר ומקבל את פירי הפירות, הפירות עצמם חוזרים לדין נכסי מלוג, אלא שפירי הפירות מממשים את תקנת חכמים שבדרך כלל מתממשת בפירות. אך ברור שהפירות עצמם, היינו הקרקע, נשארו ברשותו של הבעל.

ט. ראיית רעק״א למסקנת הבית מאיר

בדברי תוס׳ הנ״ל שודאי פירי פירות נכללו בתקנת חכמים והוכיחו כן מהסוגיא בריש הכותב, מעיר רעק״א שהוכחת תוס׳ אינה מדין המשנה והברייתא שהבעל אוכל פירי פירות, דהתם המדובר כשהבעל הסתלק מהפירות, ולכן אוכל פירי פירות, אלא מהמשך סוגיית הגמרא הנ״ל בדף פג. וז״ל הגמ׳:

> איבעיא להו: כתב לה דין ודברים אין לי בנכסייך ובפירי פירות, מהו שיאכל פירות? מפירי פירות סליק נפשיה, מפירי לא סליק נפשיה, או דלמא מכל מילי סליק נפשיה?

ולכאורה ספק הגמרא קשה. עצם העובדה שהבעל הסתלק מפירי הפירות מוכיחה שהפירות לא היו שלו, שהרי במקום שהבעל אוכל פירות, אינו אוכל פירי פירות. פירא תקינו ליה, פירא דפירא לא תקינו ליה. ומה מקום יש להסתפק בכך. ומדחזינן שבכל זאת הגמרא הסתפקה האם כשנסתלק מפירי פירות, הסתלק גם מהפירות עצמם, מוכח בגמרא שיש מציאות שבה גם הפירות וגם פירי הפירות לבעל. ומוכרחים לבאר שזהו בכה"ג שמכר את פירות נכסי המלוג, וקנה בהם קרקע, שאז הן הפירות והן פירי הפירות לבעל, דאל"כ הרי הדין פשוט שפירא תקינו ליה ופירא דפירא לא תקינו ליה. א"כ רעק"א הבין בתוס' (ובפשטות גם בדעת הרי"ף והרא"ש עיי"ש) – כמסקנת הב"מ (והישועות יעקב) בדעת הרי"ף ונגד דינו של הב"ש.

אכן בעל ההפלאה (כדלעיל) ביאר שהב"ש למד את דינו ברי"ף מאיבעיא זו גופא, הפוך מדברי רעק"א. ופירש, שמאחר וספק הגמרא לכאורה מיותר, שכן אם הסתלק מפירי פירות פשוט שהסתלק גם מהפירות, דאל"כ לא היה צריך להסתלק וכנ"ל – צריך לומר שהמדובר היכא שמכר הבעל את פירותיו וקנה קרקע, והקרקע הופכת לנכסי מלוג, ולכן צריך היה הבעל בפירוש להסתלק מפירי הפירות. בלא הסתלקותו היה זוכה בהם ככל דין פירות של נכסי מלוג. וזו גופא הוכחת הב"ש בדעת הרי"ף. (ולפי זה צריך לבאר שהמושג פירי פירות בגמרא אינו בדוקא פרי הנולד מפרי, שהרי בעצם מדובר בפירות נכסי מלוג, המכונים פירי פירות כדי להבהיר שהמדובר בתולדה מהפירות).

י. סיכום

נידון זה של הב"ש נוגע למעשה כמעט בכל מקרה של נישואים, שכן מצוי ביותר שהבעל ימיר את פירות נכסי המלוג בהשקעה חדשה. הדבר נוגע גם לדמי שכירות הבתים שהכניסה לו אשה, ולעוד דוגמאות. לפי הב"ש הדין הוא שהבעל נהנה רק מהשלב האחרון של תנובת נכסי המלוג, כל השלבים האמצעים נשארים כדין נ"מ בבעלותה של האישה. אך הראינו שהרבה מגדולי האחרונים לא למדו ברי"ף כב"ש וס"ל שהקנינים מפירות נ"מ שייכים לבעל בהחלט כדין הפירות.

הגרי״ב ז׳ולטי זצ״ל[11] כתב והגדיר את זכות הבעל בפירות נ״מ כקניין פירות בפירות וז״ל ״נ״מ לא רק גוף הנכסים שלה, אלא גם הפירות בבעלותה ולבעל יש רק זכות אכילה בפירות שלה, כלומר קנין פירות בפירות אבל גוף הפירות שלה״ ולכאורה גם למעשה נקט כך (אף שהנידון שם והראיות אינם הנידונים כאן).

[11] בקובץ תורה שבע״פ כב.

הרב איתיאל אמיתי

כתיבת השמות בגט
והנלמד מזה לשטר קידושין

ראשי פרקים

חלק א: יסודות דיני כתיבת שם האיש ושם האשה בגט

א. חיוב כתיבת השמות – מדרבנן

ב. חיוב כתיבת השמות – מדאורייתא

1. שיטות הראשונים

2. שיטת האור שמח עפ"י הירושלמי

חלק ב: יסודות דיני כתיבת שם האיש ושם האשה בשטר קידושין

חלק א: יסודות דיני כתיבת שם האיש ושם האשה בגט

כתיבת השמות בגט היא מההלכות המפורסמות ודיניה נשנו במשניות מסכת גיטין במקומות אחדים.[1] אולם באשר לתוקפו של דין זה נפלה מחלוקת גדולה בין הראשונים אם מדאורייתא הוא או מדרבנן.

א. חיוב כתיבת השמות – מדרבנן

מבין הראשונים מצאנו שאמרו במפורש שכתיבת שם האיש ושם האשה בגט הוא חיוב מדברי חכמים: הרמב"ן בחידושיו לקידושין (ט,א סוף ד"ה בין על ידי אביה) ולגיטין (כ,א הא בעינא וכו') שהביא דעה זו וגם דעה הסוברת שחיוב כתיבת שם האיש ושם האשה הוא מדאורייתא מבלי להכריע ביניהם. וכן הריטב"א בחידושיו לקידושין (ט,א סוד"ה אמר רבא אמר רב נחמן וכו') הביא שתי דעות אלו מבלי להכריע. וזוהי ודאי גם דעת רבנו יואל הלוי המובאת בפסקי המרדכי בתחילת פ"ג של מסכת גיטין (סימן שנד), והרי"ד בפסקיו לגיטין (דף פה,ב - היינו הנדפס בגליון הגמ' תחת השם תוס' רי"ד)

---

[1] פ"ג משנה ב: "הכותב טופסי גיטין צריך שיניח מקום האיש ומקום האשה" (דף כו,א).
פ"ד משנה ד: "והתקין רבן גמליאל הזקן שיהא כותב: 'איש פלוני וכל שם שיש לו אשה פלונית וכל שם שיש לה' מפני תיקון העולם" (דף לד,ב).
פ"ח משנה ה: "שינה שמו ושמה שם עירו ושם עירה– תצא מזה ומזה" (דף פ,א).
פ"ט משנה ח: "כתב חניכתו וחניכתה– כשר" (דף פז,ב).

הסוברים שגט הניתן ללא שכתובים בו שם האיש ושם האשה - כשר, ובלבד שיימסר ע"י שני עדים היכולים להעיד על מסירתו מהאיש המגרש לאשה המתגרשת, וכדעת ר' אלעזר הסובר עדי מסירה כרתי, שהלכה כמותו.

באשר לתוקף חיוב כתיבת השמות מדרבנן נחלקו הראשונים הנ"ל האם הוא רק לכתחילה או אף בדיעבד. שלעומת רבנו יואל והרי"ד שכתבו במפורש שגט שניתן ללא שכתובים בו שם האיש ושם האשה - כשר, הרי שהרמב"ן בחידושיו לגיטין (הנ"ל) אחר שהביא את הדעה שחיוב כתיבת שם האיש ושם האשה בגט הוא מדרבנן, כתב באפשרות ראשונה לדעה זו שבדיעבד אם לא כתבם הרי הגט בטל לגמרי, מכח תקנת חכמים, כיון שכל המגרש על דעת חכמים – מגרש, ועשאוהו חכמים לגט כזה כחספא בעלמא ואפילו ריח הגט אין בו לפסול לכהונה. אלא, שהרמב"ן עצמו היקשה שם מכח סוגיית הגמ' על הבנה זו ולכן ביאר באפשרות שניה את מהלך הגמ' שם באופן אחר, ולפיו לדעה הסוברת שחיוב כתיבת השמות בגט הוא מדרבנן אם בדיעבד לא נכתבו השמות הגט פסול מדרבנן. וכאפשרות זו האחרונה כתב גם ה"בית שמואל" מעצמו בסימן קכט (ס"ק כא) והוסיף, שהבנים שיוולדו לאשה זו מאיש אחר יהיו ממזרים מדרבנן.

נדמה שאפשר לחדד את מחלוקתם של הרמב"ן ורבנו יואל אם נתבונן באופן הבאתם את דין כתיבת שם האיש ושם האשה בגט. הרמב"ן (בחידושיו לקידושין הנ"ל) כתב: "ואף על פי שבגט עצמו צריך לפרש שמה – התם מתקנת רבן גמליאל בגיטין (לד,א) היא אבל מן הדין – מגורשת" והיינו, כאמור, מדאורייתא. ובאשר לתוקף תקנת ר"ג לכתיבת השמות בגט כתב הרמב"ן שתי אפשרויות כאמור. רבנו יואל[2] לעומת זאת כתב בתחילת דבריו שגט הניתן ללא שכתובים בו שמות כלל – כשר גם מדרבנן, וזו לשונו: "אי לאו דמיסתפינא מחברייא הוה אמינא אפילו לא הזכיר שם האיש ואשה בגט – כשר רק שיהא כתוב כהלכתו" ואחר שהוא מביא הוכחות לחידושו זה מסוגיות הש"ס הוא מסיים: "ומיהו צריך לכתחילה לכתוב שמותם כדתנן בפרק כל הגט (כו, א): "הכותב טופסי גיטין צריך שיניח מקום האיש ומקום האשה והזמן"... והתם מיירי לכתחילה דבדיעבד כשר בלא זמן כדאמרינן פרק שני (יז,ב): "גזייה לזמן ויהביה ניהלה". נמצא, שגם רבנו יואל מצריך

[2] הבאנו בפנים את שיטת רבנו יואל כפי שהיא מובאת לפנינו במרדכי. אכן, בספר ראבי"ה החדש (הוצאת הר"ד דבליצקי) כרך ג סימן תתקלט (עמ' קעב-קעג) מובאים דברי רבנו יואל ביתר הרחבה, ומסקנת דבריו שם שונה ממה שמובא במרדכי לפנינו, ואנו אין לנו אלא שיטת רבנו יואל כפי שלמדוה גדולי האחרונים מתוך המרדכי.

את כתיבת השמות בגט אך המקור שהוא מביא לכך אינו תקנת ר״ג בפרק ״השולח״ כמו שכתב הרמב״ן אלא מנהג כותבי שטרות המופיע בפרק ״כל הגט״.

אם נדקדק יותר נוכל לומר שנחלקו הרמב״ן ורבנו יואל בפירוש דברי המשנה בפרק ״השולח״. לשון המשנה שם הוא: ״בראשונה היה משנה שמו ושמה, שם עירו ושם עירה, התקין ר״ג שיהא כותב: ׳איש פלוני וכל שם שיש לו, אשה פלונית וכל שם שיש לה׳״. לדעת הראשונים, שדעתם תובא לקמן, שכל עיקר דין כתיבת הגט הוא מדאורייתא מתפרשת המשנה בפשטות כך: בראשונה נהגו אנשים שהיו להם שני שמות בשני מקומות לכתוב בגט רק את השם הנהוג במקום הכתיבה ויצאו בכך ידי חובת כתיבת השמות בגט מדאורייתא – התקין ר״ג הזקן שאין להסתפק בכך אלא צריך לכתוב את שני השמות בשני המקומות – לדעת חלק מהראשונים. או שצריך לכתוב את השם הנהוג במקום הכתיבה ולהוסיף את המילים ״וכל שם שיש לו״ – לדעת ראשונים אחרים. פירוש זה לא ייתכן כמובן לשיטה שהביא הרמב״ן שכל עיקר תקנת כתיבת השמות בגט מקורה בתקנת ר״ג המופיעה במשנה הנ״ל אלא על כרחך צריך לומר שלדעה זו המשנה מתפרשת כך: בראשונה שלא היה דין כתיבת שמות כלל בגט נהגו אנשים לכתוב בגט שמות גם אם לא היו אלו שמותם כלל כיון שאין הבדל מדין התורה אם לא נכתבו בגט שמות או שנכתבו שמות שאינם אמיתיים[3] ובשני האופנים הגט כשר. התקין ר״ג הזקן שצריך לכתוב את השמות האמיתיים בגט וכלל בתקנתו שאם יש לאדם יותר משם אחד שיכתוב בגט את שני השמות או שיוסיף את המילים ״וכל שם שיש לו״ (לפי שיטות הראשונים השונות דלעיל).

רבנו יואל כאמור, לא הביא את תקנת ר״ג כמקור לדין כתיבת השמות בגט מדרבנן, ויש לומר גם יותר מכך, לדעתו לא ייתכן לפרש את המשנה האמורה כפירוש האחרון שהובא כיון שהוא הדגיש בדבריו שהגט צריך להיות ״כתוב כהלכתו״ ואם נכתבו בגט שמות שאינם אמיתיים דעתו תהיה שגט כזה בטל מדאורייתא, דוקא אם לא יכתבו בגט שמות כלל, הגט כשר מן התורה, ואפילו מדרבנן, כיון שכל עיקר כתיבת השמות הוא, כאמור, מעין מנהג

[3] סברא זו, לדעה שכל עיקר דין כתיבת השמות בגט הוא מדרבנן כתב התוי״ט, כהוה אמינא, בפירושו למשנה ה בפרק ח בגיטין ד״ה שינה שמו ושמה וכו׳.

כותבי השטרות[4] וכמו תקנת כתיבת הזמן בגט שהוא מביא כדוגמא. לדעתו, אם כן, תתפרש המשנה בפרק "השולח" דוקא כפירוש הראשון שהובא וכדעת הראשונים הסוברים שכל עיקר דין כתיבת השמות בגט הוא מדאורייתא כיון שלתקנת ר"ג אין שייכות לעצם דין כתיבת הגט מדרבנן.

לסיכום ניתן למנות שלוש שיטות בדין כתיבת שם האיש ושם האשה – לראשונים הסוברים שכל עיקר דין כתיבת השמות הוא מדרבנן בלבד:

א. כתיבת שם האיש ושם האישה היא ממנהג הסופרים ולכן גט הניתן ללא שכתובים בו השמות – כשר (רבנו יואל).

ב. כתיבת שם האיש ושם האשה היא תקנת ר"ג הזקן – ומכח תקנה זו גט הניתן ללא שכתובים בו השמות – פסול מדברי חכמים (דעה אחת בחידושי הרמב"ן בפרק שני בגיטין).

ג. כתיבת שם האיש ושם האשה היא תקנת ר"ג הזקן – וחכמים האלימו תקנתם לפסול גט הניתן ללא שכתובים בו השמות – מדאורייתא (דעה שניה בחידושי הרמב"ן בפרק שני בגיטין).

ב. חיוב כתיבת השמות – מדאורייתא

1. שיטות הראשונים:

לעומת שיטות הראשונים שהובאו לעיל, ישנם חבל ראשונים הסוברים שחיוב כתיבת שם האיש ושם האשה בגט הוא מדאורייתא: לעיל הזכרנו שהרמב"ן בחידושיו לקידושין (ט,א) ולגיטין (כ,א) הביא את שתי הדעות ולא הכריע ביניהן וכמוהו גם הריטב"א בחידושיו לקידושין (ט,א). ועליהם יש להוסיף את הראשונים שכתבו בפשטות שחיוב כתיבת השמות הוא מן התורה מבלי להזכיר שיש מחלוקת בדבר, הלוא הם: הרשב"א בחידושיו לקידושין (ט,א ד"ה כתב לו על הנייר וכו'), הריטב"א בחידושיו לגיטין (כ,א ד"ה והא דאמרינן, בשם תוס') והר"ן בחיבוריו השונים: בחידושים לגיטין (כ,א ד"ה הא בעינא) וסביב הרי"ף – גיטין (ט,ב ד"ה גרסינן תו בגמרא) וקידושין (ה,א סוף ד"ה כתב הרמב"ן וכו'), וכל הראשונים הנ"ל (למעט הריטב"א בגיטין) כתבו שהמקור בתורה לחיוב כתיבת השמות הוא מן המלה

[4] ובדומה לזה מצאנו שבגמ' ביבמות פרק שלישי (ל,ב) מפורש שאין תקנה לכתוב זמן בשטר קידושין ואעפ"כ מצאנו בדברי הראשונים שבפועל הסופרים כותבים זמן בשטרי קידושין (יעוי' תוס' גיטין י,ע"א ד"ה כי קתני ובמהרש"א ובמהר"ם שיף שם) ואף למדין מזה לדיני נפשות (יעוי' מאירי על הסוגיא שם).

"ספר" שבפסוק "וכתב לה ספר כריתות" (דברים כד,א) וכוונת התורה היא שבגט צריך שיהיה כתוב "סיפור דברים" של הכריתות בין האיש ובין האשה.

לכשנדקדק בדברי הראשונים הנ"ל נמצא שאף שכולם, כאמור, הסכימו למקור מן התורה ולדין העולה ממנו, מ"מ בדרך כתיבתם את הדברים ייתכן שנבדלו זה מזה. והוא, שהרשב"א (ואחריו הריטב"א בקידושין והר"ן על הרי"ף קידושין) ניסח את חיוב התורה בכתיבת השמות בגט מטעם "ספר כריתות" כך: "דבעינן ספירת דברים הכורתים בינו לבינה ובאין שמותיהן מפורשין בגט אין מוכיח מתוך הגט שיהא גט זה כורת בין ראובן זה ללאה אשתו זו". מודגש בדבריו שדרישת התורה ל"ספר כריתות" מחייבת שלשון הדברים בגט תוכיח את "סיפור הדברים". לעומתו, הרמב"ן (ואחריו הר"ן[5] בחידושיו לגיטין), שהוא הראשון שהביא את לשון "ספר כריתות" שבתורה כמחייב את כתיבת השמות בגט, ניסח את הדברים באופן קצת שונה וכתב בחידושיו לגיטין (ובלשון כמעט זהה גם בחידושיו לקידושין); "דכתיב 'ספר כריתות' והיינו ספירת דברים של כריתות, ואי אפשר לספר כריתות שבינו לבינה אלא אם כן כתוב שמו ושמה". חסרה בדבריו ההדגשה שהגט צריך להיות מוכיח מתוכו את "סיפור הדברים" ולעומת זאת ישנה הדגשה ש"סיפור הדברים" הנדרש מהתורה שיהא כתוב בגט איננו שלם מבלעדי כתיבת שם האיש ושם האשה. וביתר ביאור, לפי הרמב"ן התורה בכותבה "ספר כריתות" דרשה שיהא הגט כתוב בצביון של "סיפור דברים" וכתיבת השמות הוא אחד הפרטים המתחייבים מכך. ולפי הרשב"א מה שדרשה התורה בכותבה "ספר כריתות" שפירושו "סיפור דברים" הוא שיהא הגט מוכיח מתוכו.

על הראשונים הנ"ל הסוברים שדין כתיבת השמות בגט נלמד מן התורה מן הלשון "ספר כריתות" יש להוסיף את שיטת האור זרוע ורבו, רבנו שמחה (אור זרוע ח"א סי' תשמה), הסוברים אף הם שדין כתיבת השמות בגט הוא מן התורה, אלא שהמקור שהביא רבנו שמחה לחיוב זה הוא מדין כתיבת הגט "לשמה" החיובי, המחוייב בגט. וביתר ביאור, בגמרא בתחילת מסכת

[5] ואין לתמוה על כך שמצאנו שדברי הר"ן בחיבוריו השונים כתובים בסגנונות שונים, שבחידושים על הרי"ף לקידושין כתב, כאמור, כלשון הרשב"א, ובחידושים לגיטין, כאמור, כתב כלשון הרמב"ן. ובחידושים על הרי"ף – גיטין כתב לשון שונה משאר הראשונים שקשה להכריע ממנה לנידון דידן וזו לשונו שם: "דמדאורייתא לא בעינן אלא שמו ושמה כדי שיהא נראה שהוא כורת בינו לבינה דבלאו הכי לא מיקרי 'כריתות' כלל". ויעויין הערה הבאה.

זבחים (ב,ב) מבואר ששונה דין ה"לשמה" המחוייב בקרבנות מדין ה"לשמה" המחוייב בגיטין. שלעומת הראשון שבו אם אין כוונת המתעסק בקורבן לשם כוונה שלילית כדוגמת זביחת שלמים לשם עולה או מחשבת חוץ לזמנו או חוץ למקומו, אזי מחשבה סתם דייה כדי שהקרבן יהיה זבוח לשמו, הרי שבגט כוונת הכתיבה צריכה להיות חיובית לשם האיש המגרש והאשה המתגרשת וכוונה סתם לשם גירושין – פוסלת את הגט מן התורה. והבין רבנו שמחה שחיוב ה"לשמה", החיובי מחייב גם את כתיבת שמות האיש והאשה ואילולא כן חסר ב"לשמה" החיובי של הגט. (ולכן במגילת סוטה שאף בכתיבתה יש דין "לשמה", מ"מ אין צורך בכתיבת שם האשה הסוטה כיון שבמגילת סוטה גם כוונה "לשמה" סתם וכמו בקורבנות, מספקת, ואין צריך כוונת "לשמה" חיובית).

לסיכום ניתן למנות שלוש שיטות בדין כתיבת השמות בגט, לראשונים הסוברים שדין הכתיבה הוא מדאורייתא:

א. כתיבת שם האיש ושם האשה בגט מחוייב מדין כתיבת הגט כ"סיפור דברים" (דעה אחת ברמב"ן בחידושיו לגיטין ולקידושין).

ב. כתיבת שם האיש ושם האשה בגט מחוייב מכיון שאם לא כן הגט לא מוכיח מתוכו על הגירושין של האיש את אשתו (דעת הרשב"א בחידושיו לקידושין).

ג. כתיבת שם האיש ושם האשה בגט מחוייב מדין ה"לשמה" החיובי הנדרש בכתיבת הגט (דעת רבנו שמחה).

לכל הדעות הנ"ל אם ניתן הגט ללא שכתובים בו השמות אין הוא גט כלל מדאורייתא וצריך לגרשה מחדש.

2. שיטת האור שמח (עפ"י הירושלמי):

בנוסף לדעות הראשונים הנ"ל מצאנו לבעל ה"אור שמח" (פרק א' מהלכות גירושין הלכה א, על דברי הרמב"ם "ושאר הדברים שבגט" וכו', וכן בתשובה הנדפסת בשו"ת אור שמח ח"א סימן י) שחידש שיטה משלו בכתיבת השמות מן התורה, וכתב שדרישת התורה בכותבה "ספר כריתות" שפירושו "סיפור דברים" הוא שיהא כתוב שם האיש בלבד מאחר והפנייה בגט אל האשה בלשון "את" (וכמו נוסח הגט: "ושבקית ופטרית ותרוכית יתיכי ליכי אנת אתתי") דייה בכדי שהוראת הגט תהיה שהאשה הפלונית האוחזת בגט היא המגורשת ואין צורך בכתיבת שמה (וכמו שמצאנו בגמ' במסכת בבא בתרא בפרק גט פשוט (קעב,ב) שאדם הבא לבי"ד ובידו שטר שכתוב בו: "ואני פלוני

בן פלוני לויתי ממך״ מוציאין בי״ד את הכסף מאותו פלוני בן פלוני מתוך הנחה ש״ממך״ הוראתו מאותו אדם האוחז בשטר). מה שאין כן האיש שאחר שנתן את הגט הרי אין אנו יודעים מתוך הכתוב בגט מיהו ולכן דרישת התורה שיהא הגט כתוב כ״ספר כריתות״ דהיינו ״סיפור דברים״ מחייבת ששמו יהא כתוב בגט.

ותמך בעל האו״ש את שיטתו זו בלשונו של בעל הצדה לדרך (רבנו מנחם ב״ר אהרן אבן זרח – תלמיד רבנו יהודה בן הרא״ש, ורבנו יהושע אבן שועיב) שכתב (בכלל ג, פרק ה): ״אם לא כתב שם האשה – כשר״ ולא הזכיר גם ״שם האיש״. וכן בלשון הירושלמי בגיטין (פרק ב הלכה ג): ״אפילו כותב אני פלוני מגרש אשתי – כשר״, והירושלמי לא כתב: ״אני פלוני מגרש אשתי פלונית״.

על שיטת האו״ש יש להעיר שמובן מתוך דבריו שהבין את דרישת התורה ל״סיפור דברים״ שיהיה כתוב בגט – כהבנת הרשב״א, כפי שהסברנוה לעיל בביאור מחלוקתו עם הרמב״ן, אולם אם נבין אותה כהרמב״ן הרי שאין לחלק בין כתיבת שם האיש לכתיבת שם האשה. ומתוך כך יתבארו דברי ה״תורת גיטין״ (בסימן קכט ס״ק טו) שקדם לאו״ש בסברת החילוק שבין כתיבת שם האיש ושם האשה, ומאותו טעם גופא שהזכיר האו״ש (ובשו״ת אור שמח הנ״ל אכן הזכיר שמצא שהתורת גיטין אף הוא העלה כסברתו). ושוב דחה סברא זו מן הטעם ש״סיפור דברים״ צריך להיות דוקא כאשר השמות כתובים במפורש (ומהאי טעמא כתב שם שאם כתב בגט 'פלוני גירש בת פלוני' אין זה גט כיון שאין זה דרך ״סיפור דברים״ ואע״פ שידוע מיהי אותו בת פלוני). ולפי דברינו מתבאר שמעיקרא הבין התורת גיטין את דרישת התורה ל״סיפור דברים״ כהרשב״א ואח״כ חזר בו והבינה כהרמב״ן.[6]

חלק ב: יסודות דיני כתיבת שם האיש ושם האשה בשטר קידושין

בשונה מגט הרי שדין כתיבת שם האיש ושם האשה בשטר קידושין לא נזכר כלל בש״ס, ונחלקו הראשונים האם כלל יש חיוב לכותבם. ולכאורה, תלוי דין זה בשני דברים: האחד, תוקף החיוב לכתיבת השמות בגט אם מדרבנן

[6] ואין להקשות מדברי התורת גיטין על עצם דקדוק הלשון המבחין בין הרמב״ן לבין הרשב״א כיון שהתורת גיטין שם הביא את הטעם של ״ספר כריתות״ לכתיבת שם האיש ושם האשה בשם הר״ן בגיטין וכוונתו, קרוב לוודאי, לחידושים על הרי״ף ושם לשונו של הר״ן, כאמור לעיל הערה קודמת, מסופקת ואינה מוכחת בודאי כהרשב״א או הרמב״ן.

הוא או מדאורייתא, וכמחלוקות הראשונים לעיל. והשני, גדרו של היקש הויה ליציאה.

עפ״י הכלל העולה מבחינת חלק מהדינים הנובעים מהיקש הויה ליציאה, כפי שהעלנו במקום אחר[7] שדינים מדרבנן אינם נלמדים מגט לשטר קידושין, צריך לומר שלשיטות הראשונים דלעיל שכל עיקר דין כתיבת שם האיש ושם האשה בגט הוא מדרבנן, בשטר קידושין אין דין כתיבת שמות כלל. ובפשטות, זוהי כוונת הרמב״ן בחידושיו לקידושין שכתב שלשיטה שכתיבת השמות בגט הוא מתקנת חכמים בשטר קידושין אין צריך לפרש השמות, וכדברינו שדינים מדרבנן אינם נלמדים מגט לשטר קידושין.

והעולה מזה לדינא הוא שבכל מקום שניתן שטר קידושין ללא שייכתבו בו השמות האשה ודאי מקודשת. לא מיבעי לדעת רבנו יואל המובאת במרדכי שכל עיקר דין כתיבת השמות בגט הוא ממנהג הסופרים וגט הניתן ללא שכתובים בו שמות – האשה מגורשת ואין להצריכה גט נוסף. אלא אפילו לדעה המובאת ברמב״ן בחידושיו לגיטין שחכמים פסלו גט הניתן ללא שכתובים בו שמות ועשאוהו כבטל מדאורייתא (ואפילו ריח הגט אין בו לפסול לכהונה), בשטר קידושין כיון שבש״ס לא נזכרה כלל תקנת כתיבת השמות הרי שאין לנו שום סיבה שנתייחס לשטר קידושין שלא כתובים בו שמות כשטר שחכמים ביטלוהו ועשאוהו כחספא בעלמא, מכח היקש הויה ליציאה, ולכן על כרחינו שזהו שטר כשר מן התורה והאשה מקודשת בודאי.

מה שנותר לבחון, אפוא, הוא מה דין כתיבת השמות בשטר קידושין, לדעות הראשונים הנ״ל שדין כתיבת שם האיש ושם האשה בגט הוא מדאורייתא. ולכאורה, לדעת רוב הראשונים שהמקור לחיוב כתיבת השמות בגט הוא דרישת התורה שהגט יהיה ״ספר״ וכלולה בדרישה זו גם הדרישה לכך שבגט יהיה כתוב ״סיפור דברים״ המחייב כתיבת שמות בגט. מכח היקש הויה ליציאה, כשם שבגט ישנו חיוב לכתוב את השמות כך גם בשטר קידושין, ולשטר הקידושין צריכות להיות כל המשמעויות של ״ספר״ שאחת מהן היא שיהא כתוב בו ״סיפור דברים״. וכך אכן כתב הרמב״ן בחידושין לקידושין, והוסיף שלדעה זו המקדש אשה בשטר ללא שכתובים בו שם האיש ושם האשה – אינה מקודשת. אלא שהריטב״א בקידושין אחר שהביא דעה זו, דוחה אותה, וכתב שבאשר לכתיבת השמות בשטר הקידושין ישנה סברא

[7] ״בענין היקש הויה ליציאה בשטר קידושין״ – אבני משפט ה׳ עמ׳ 111-92, ויעויין בסיכום המאמר שם.

לחלק בין גט לשטר הקידושין ולומר שגם אם הוקשה הויה ליציאה אין זה כולל את הדרישה לכתיבת השמות כיון שכל עיקר הדרישה לכך שהגט יהיה כתוב באופן של "סיפור דברים" הוא כדי שהגט יהיה מוכיח מתוכו מיהו המגרש ומיהי המתגרשת אבל בשטר קידושין שאין צורך בכך[8] ("כיוון שמוכיח לנו למי מקדש ומי המקדש" – לשון הריטב"א שם) לא הוקשה הויה ליציאה ולכן אין מקור מן התורה לחיוב כתיבת שם האיש ושם האשה בשטר הקידושין.

לאור ההבחנה שהיבחנו לעיל בין הבנת הרמב"ן בדרישת התורה ל"סיפור דברים" להבנת הרשב"א, כפי שעולה מהדקדוק בלשונם, בחידושיהם בקידושין, ניתן לומר שהסברה שהעלה הריטב"א, שהלך בהבנת "סיפור דברים" בדרכו של הרשב"א, לחלק בין גט לשטר קידושין לעניין כתיבת השמות – נכונה דוקא לשיטתו. אולם לפי הבנת הרמב"ן ש"סיפור דברים", הנדרש בגט מחייב שהגט ייכתב בצביון של "סיפור דברים" וממילא כולל הדבר גם את כתיבת השמות – נופלת סברה זו, כיון שמטרת "סיפור הדברים" הוא לא שהגט יהיה מוכיח מתוכו, וממילא נשאר בעינו היקש הויה ליציאה לעניין "ספר" מגט לשטר קידושין ואין לחלק ביניהם.

לשיטת רבינו שמחה והאור זרוע, שהובאה לעיל, שמקור החיוב לכתיבת השמות בגט הוא מדין הצורך לכתיבת הגט "לשמה", לכאורה, חיוב זה יילמד מכח היקש הויה ליציאה גם לשטר קידושין שצריך אף הוא להיכתב "לשמה" כמפורש במסכת קידושין בפרק ראשון (ט,ב). אלא שרבנו שמחה תלה את הצורך בכתיבת השמות בגט בצורך ב"לשמה" חיובי בגט דוקא, להבדיל מקורבנות ומגילת סוטה שדי בכך שאין כוונה שלילית בשביל שייחשבו שנעשו "לשמה", ובשטר קידושין לא מפורש בש"ס האם כוונת ה"לשמה" בו צריכה להיות חיובית או לא, ובמאמרינו הנ"ל בגליון "אבני משפט" ה' העלינו שייתכן שבירור זה, האם יש צורך ב"לשמה" חיובי בשטר קידושין או לא, תלוי במחלוקת רש"י והרמב"ן (וכדעת הרמב"ן כתב גם בעל השיטה לא נודע למי) בביאור פשט הגמרא בסוגיה במסכת קידושין הנ"ל

[8] מה שפשוט לריטב"א שבקידושין אין צורך שהשטר יהא מוכיח מתוכו כיון שהקידושין עצמם מוכיחים אינו מבואר כל צרכו, וכבר דן בכך הר"א דינין, מהדיר חידושי הריטב"א על קדושין בהוצאת מוסד הרב קוק (הערה מס' 824), וניתן להוסיף על דבריו שם ולומר שכיון שגם אחר מסירת שטר הקידושין ידוע לנו מיהו המקדש ומיהי המתקדשת כיון שהם ממשיכים לחיות יחד כבני זוג, משא"כ בגרושין שאחר מסירת הגט אין אנו יכולים לדעת מה אירע במהלך הגירושין, הרי אין צורך ששטר הקידושין יוכיח על המקדש והמתקדשת, ועדיין צ"ע.

הדנה בצורך בכתיבת שטר קידושין לשם האשה. שלדעת הרמב"ן כשהקישה התורה הויה ליציאה מחייב הדבר שכולל היקש זה את כל הפרטים של המצוה, ואילו לדעת רש"י מחייב ההיקש רק את הדינים המרכזיים שבה. ונמצא שאם למד רבנו שמחה את היקש ההויה ליציאה כדעת רש"י אזי יש מקום לדון האם כוונת ה"לשמה" החיובית היא פרט מרכזי או לא, ואם כאפשרות האחרונה הרי שלדעת רבנו שמחה אין מקור מן התורה לחיוב כתיבת השמות בשטר קידושין שבו אין צורך ב"לשמה" חיובי.

באחרונים[9] ישנו דיון עצמאי בדבר הצורך ב"לשמה" חיובי בשטר קידושין מבלי להתייחס להיקש של הויה ליציאה וליחסי הגומלין שבין שני הדיונים, ולמסקנותיהם תהיינה, כאמור, השלכות לדינא על הצורך בכתיבת השמות בשטר קידושין לדעת רבנו שמחה.

באשר לשיטה שחידש האור שמח בחיוב כתיבת השמות בגט. שחיוב זה אמור רק באשר לשם האיש ולא לשם האשה, הרי לאור הערתנו לעיל, שהבנתו בדרישת התורה ל"סיפור דברים" שיהא כתוב בגט היא כהבנת הרשב"א, הרי שאותה הסברה שהעלה ריטב"א לדחות את הצורך בכתיבת השמות בגט על אף היקש הויה ליציאה נכונה גם באשר לצורך בכתיבת שמו של האיש בלבד לשיטת האור שמח.

לסיכום, בין דעות הראשונים שהצריכו את כתיבת השמות בשטר הקידושין, ומכח היקש הויה ליציאה, ישנה מחלוקת מהו הדין בגט המלמד זאת לשטר הקידושין:

לדעת רוב הראשונים חייבה התורה את כתיבת הגט כ"ספר" המחייב "סיפור דברים" וגם שטר קידושין חייב מכח היקש הויה ליציאה להיות כתוב כ"ספר" המחייב "סיפור דברים".

לדעת רבנו שמחה המובאת באור זרוע חייבה התורה שהגט יהיה כתוב לשם האיש המקדש ולשם האשה המתגרשת דוקא, ולכן מוכרח להיות שיהיו כתובים בגט שמותיהם, וגם שטר הקידושין חייב מכח היקש הויה ליציאה להיות כתוב לשם האיש המקדש ולשם האשה המתקדשת דוקא ולכן מוכרח להיות שיהיו כתובים בשטר הקידושין שמותיהם.

---

[9] ישועות יעקב (סימן לב ס"ק א), או"ש וצפנת פענח על הרמב"ם (אישות ג,ד). ודעת כולם נוטה שה"לשמה" הנצרך בשטר קידושין הוא "לשמה" חיובי אלא שכל אחד ואחד מהם הוכיח את הדבר באופן שונה.

לדעות הנ״ל, בפשטות, שטר קידושין הניתן ללא שכתובים בו השמות. אינו כלום ואין לחשוש לקידושין.

לדעות הראשונים שלא הצריכו את כתיבת השמות בשטר הקידושין ניתן לומר טעמים אחדים לכך:

א. כל עיקר דין כתיבת השמות הגט הוא מדרבנן ובדינים מדרבנן אין מקישים הויה ליציאה (דעה אחת בחידושי הרמב״ן בקידושין).

ב. התורה הצריכה את כתיבת השמות בגט מדין ״ספר״ כדי שיהא מוכיח מתוכו אך בקידושין אין צורך בכך ולכן אין להקיש הויה ליציאה (דעה אחת בחידושי הריטב״א לקידושין).

ג. התורה הצריכה את כתיבת השמות בגט כחלק מחיוב כתיבת הגט ״לשמה״ החיובי אך בשטר קידושין אין כלל חיוב ״לשמה״ חיובי ודי בכוונה סתמית לשם קידושין ולכן אין חיוב לכתוב את שם האיש ושם האשה, או שגם אם יש חיוב לכתוב את שטר הקידושין לשם האשה המתקדשת דוקא מ״מ פרטי הדינים הקיימים בגט אינם נלמדים מכח היקש הויה ליציאה לשטר קידושין.

הרב ירון רוזיליו

איגלאי מילתא למפרע

ראשי פרקים

א. גט שני למגורשת בתנאי

ב. חליצת מעוברת

ג. קובץ הערות – דין מיוחד ביבום וחליצה

ד. ברכת שמואל – איגלאי מילתא למפרע אף בגט

ה. שערי יושר – איגלאי מילתא למפרע בכל דיני התורה

ו. סיכום

א. גט שני למגורשת בתנאי

בשו״ע אבן העזר קמג,טז מובא:

> אמר לה ע״מ שלא תינשאי לפלוני עד זמן פלוני הרי זה גט... ואין תקנה להתירה (לאותו פלוני. הגה) אא״כ יקדשנה המגרש ויחזור ויגרשנה סתם (או שמת הבעל קודם שנישאת לשום אדם. הגה)...

מקור הדין הנ״ל הוא תשובות הרא״ש בכלל מא. נידון השאלה הוא אדם שגירש את אשתו בתנאי שלא תינשא לפלוני, מה תקנתה להינשא לאותו אדם, והשיב שהיות והיא כבר גרושה גמורה, המגרש אינו יכול לתת לה גט נוסף ללא תנאי, ורק אם יקדש שוב יוכל לתת גט חדש ללא תנאי (ובכך יופקע גם התנאי).

והסברא היא לכאורה, שגט כשר חייב להיות גט שכורת בינו לבינה לחלוטין, וגט שניתן ״חוץ לפלוני״ כלומר שתהא מותרת לכל אדם פרט לפלוני שביחס אליו היא עדיין אשת איש, אף שיש מ״ד שמכשיר, להלכה גט זה פסול משום דאיכא חסרון בכריתות שלגבי אותו פלוני היא עדיין אגידא בבעלה. ומה שגט בתנאי כשר, הוא מחמת שתנאי מילתא אחריתי הוא והיא מגורשת גמורה, אמנם אם תעבור על תנאה יתבטל הגט למפרע ואז שוב תהא אשת איש. אבל כעת אינה אשתו כלל וא״א לתת גט לאשה שאינה אשתו.

נושאי הכלים בשו״ע במקום דנו בדבריו מדוע זהו הפתרון היחיד, ומדוע א״א להתירה ע״י ביטול התנאי, כפי שהרא״ש עצמו מחדש במקום אחר, שניתן לבטל כל סוג של תנאי מדין ״אתי דיבור ומבטל דיבור״, ואז ממילא ישאר הגט כגט ללא תנאי. נראה שהגר״א סובר שאין צורך בנישואין מחודשים ומשמע מדבריו שנתינת גט חדש ללא תנאי מועילה להשלים כביכול את מה שהחסיר הגט הראשון, הגר״א לא מבאר את סברתו ומדוע לא נחשבת האשה כגרושה גמורה כעת, אולם הוא מביא תוספתא לראיה עיי״ש.

המהרי״ט (שו״ת ח״א ס׳ מט) מעלה שאלה יסודית יותר בדין זה של השו״ע. מעבר לפתרונות נוספים ולחידוש הסברא שגט חדש יועיל כבר עכשיו, אפילו על בסיס דברי השו״ע שא״א לתת גט חדש עכשיו דכבר מגורשת היא מ״מ מדוע שלא יתן לה גט חדש ותינשא למי שתירצה ואף אם תינשא לאותו פלוני אין לחוש דהא בזה היא עוברת על תנאה וא״כ מתבטל הגט הראשון ונמצא למפרע שבשעת נתינת הגט השני היתה עדיין נשואה וחל הגט השני שניתן ללא תנאי ונמצא שהיא מתגרשת בגט השני!

וזה לשון המהרי״ט:

> ועוד אני תמיה אפילו תימא בביטול לא יועיל למה הצריך לקדש כדי לגרשה, ויכתוב לה גט אחר ויתנו לה בלי שום תנאי כלל ודיו בכך דאין לומר דמאחר שנתגרשה הימנו לגמרי אין גט אחר גט ולא מהני מידי הגט האחרון כיון שלא אגידא ביה כלל, דמ״מ בשעה שהיא תנשא לאותו ראובן נתבטל הגט הא׳ והרי היא אשת איש למפרע ויכול לחול שפיר הגט האחרון שהוא בלי שום תנאי...

המהרי״ט הביא ראיה מכתובות עב,ב ממי שקידש ע״מ שאין בה מומין או נדרים דאמרינן שם שאם כנסה סתם מקודשת אף שיש בה מומין או נדרים ומביאה הגמרא שם שאין הסיבה שכיון שכנסה סתם אז מחל תנאו (ושם ניתן התנאי למחילה היות ולטובתו הוא עיי״ש) אלא היות וכנסה סתם אין אדם עושה ביאתו ביאת זנות ונתכוון לקדשה בביאה ללא תנאי. ושם הרי כבר מקודשת היא בשעת החופה ואיך יכול לקדשה שנית ללא תנאי אלא שמוכרחים לומר שחל מדין ממה נפשך שגם אם יבוטלו הקידושין הראשונים יחולו למפרע הקידושין השניים, וזה שלא כדברי הרא״ש שאין גט אחר גט.

אמנם יש להעיר על ראייתו, ששם בכתובות אם יש בה מומין או נדרים אז הקידושין לא חלים כבר משעה ראשונה וא״כ בשעת חופה היא פנויה עדיין ויכול לקדשה בשנית, משא״כ בנידון דידן שהתנאי עדיין לא נתבטל היא

מגורשת גמורה כדברי הרא״ש. וראיתי שהגר״ש רוזובסקי בשיעוריו ליבמות ריש פרק החולץ מעיר זאת ומביא שהמהרי״ט הבין שהתנאי הוא שאינו מקדש אם ימצא בה מומין או נדרים ויקפיד, וא״כ כל זמן שלא מצא עדיין לא נתבטלו הקידושין אף שבפועל יש עליה נדרים או מומין וא״כ בשעת החופה שעדיין לא מצא היתה מקודשת ושפיר הביא מהרי״ט ראיה משם.

ב. חליצת מעוברת

ביחס לשאלה זו של המהרי״ט, שער המלך (אישות ז,יב) וכן הגר״ש שקופ (שערי יושר ש״ז,יח) מקשרים את סברת הרא״ש לסברת התוספות בסוגיה ביבמות לה,ב הדנה בחליצת מעוברת.

ביבמות לה,ב מובא:

> החולץ למעוברת והפילה רבי יוחנן אומר אינה צריכה חליצה מן האחין וריש לקיש אמר צריכה חליצה מן האחין.

מתבאר שם בסוגיא שאשה שבעלה מת ללא בנים והיא מעוברת ונוצר ספק ביחס לנפילתה ליבום דאם עוברה יהיה בן קיימא נמצא שאינה זקוקה ליבום דהקים שם לעצמו, ואם ימצא נפל, נמצא שמת בלי בנים ונפלה ליבום.

פשטות הסוגיא מורה, שמצבה בעיבורה יתברר לבסוף כשתלד או תפיל ובהתאם יחולו דינים מסוימים הנוגעים לזמן עיבורה וכמבואר שם במשנה, דאם בא עליה היבם בזמן עיבורה ולבסוף ילדה בן קיימא נמצא שבא על אשת אחיו שמת עם בנים וחייב קרבן אם היה שוגג, ואם תפיל נמצא שנפלה ליבום והותר איסור אשת אח ונפטר מקרבן.

ונחלקו שם בסוגיא ר״י ור״ל מה דין חליצת מעוברת שלבסוף הפילה האם נאמר שהתברר שהיתה זקוקה ליבום בזמן שחלץ וע״כ עלתה לה החליצה או לא. ומביאה הגמרא שנחלקו הן בסברא והן בלימוד הפסוקים, בסברא – רבי יוחנן סובר שהיות והפילה התגלה למפרע שהיתה בת חליצה וכמו שאם יבוא אליהו ויאמר שתפיל אז אמרינן שיכולה לחלוץ הוא הדין אם חלצה ואח״כ הפילה מתברר עכשיו שכבר אז היתה בת חליצה ויבום. וריש לקיש סובר ״איגלאי מילתא למפרע לא אמרינן״, כלומר שא״א לעשות חליצה מספק ולומר שבעתיד יבורר אם היתה זאת חליצה כדין או לא וצריכה חליצה חדשה.

ונחלקו גם בדרש הפסוקים שרבי יוחנן סובר "ובן אין לו" והרי גם כאן שאשתו מעוברת סו"ס אין לו בן. וריש לקיש סובר שלמדין ממה שנכתב "אין" ולא "אן" שכוונת התורה ל"עיין עליו" כלומר שהדבר בספק ויש להמתין להתבררות המציאות.

בגמ' נאמר שההלכה כריש לקיש וזה אחד המקומות שהלכה כמותו ולא כרבי יוחנן.

והוקשה שם לראשונים, לנמוקי יוסף ולריטב"א, אחרי שפסקנו כר"ל וא"א לומר איגלאי מילתא למפרע בחליצת מעוברת, מה נשתנה דין זה מכל המקומות בהם אומרים תגלי מילתא למפרע. לדוגמא: מובא בקידושין נט,א באומר לאשה הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר שלושים יום שלאפשרות אחת הכוונה היא לתנאי אם ירצה בסוף שלושים יום אז תהא מקודשת מעכשיו למפרע, ומובא שם שאם תקבל קידושין מֵאַחֵר ובסוף שלושים ירצה הראשון בקידושין יתברר למפרע שקידושי שני לאו כלום שהרי היא כבר אשת איש ואינה צריכה גט משני. (ועיי"ש שיטות האמוראים). ועוד דוגמאות רבות.

וזה לשון הנמוקי יוסף:

> ואעפ"י שבהרבה מקומות קיימא לן איגלאי מילתא למפרע אמרינן, שאני הכא שאם בשעה שחלץ היה ודאי שלא היתה ראויה לבא לכלל לידה אין הכי נמי שההוא עיבור כמאן דליתיה דמי וחליצה שחלץ לה כשירה, אלא שאינו כן דאיהו חייש דילמא באותה שעה ראויה היתה לילד וולד גמור אלא שאחר כן גרם לה איזה דבר להפיל נמצא שחליצה דמעיקרא לאו כלום הווה.

ובדומה לכך תירץ הריטב"א, ונראה מפשט דבריהם שאשה זו הנופלת ליבום ויש ספק אם תלד או תפיל מצבה ההלכתי יכול להשתנות מזמן לזמן במהלך עיבורה, דאם עכשיו כבר וולדה ראוי הוא ליפול אז כבר דינה כנופלת ליבום ואם הוא עומד להיות בן קיימא אז אינה עומדת ליבום, ומה שנפל וולדה בסוף אינו מברר בעצם מה היה מצבה בשעה שחלץ שכן יתכן שאז וולדה היה בריא ועומד להיוולד כרגיל אלא שאח"כ התחדשה סיבה שגרמה לו ליפול וע"כ יוצא שבשעה שחלץ לה היה דינה כאינה נופלת ליבום וממילא שאינה זקוקה לו ולכן החליצה לא טובה. ולו יצוייר שכבר בשעת החליצה היתה אפשרות לדעת מה מצב הוולד ויוודע לנו שהוא חולה ובודאי תפיל אז גם ריש לקיש יודה שחליצתה כשרה כבר משעת העיבור.

יש להעיר שלסברא זו נמצא שלשיטת ריש לקיש החליצה היא חליצת ספק שהרי יתכן שהיה ראוי ליפול כבר אז ומפשט הסוגיא שם לא משמע הכי ואכן יש בזה דיון במפרשים.

דבר נוסף שיש לבאר הוא שלפי זה יוצא שאם היה לאשה זו עובר בן קיימא ואח״כ קרה מקרה ונפל אשה זו בעצם נפטרה שעה אחת מיבום ואח״כ חזרה שוב לזיקתה וזה לא כפי מה דקיי״ל שאשה שנאסרה בשעת נפילתה אפילו שעה אחת שוב לא תחזור ליבום מחמת ש׳דרכיה דרכי נעם׳ שכשניתרת לשוק ושוב חוזרת לזיקתה ונאסרת לכל אין זה ׳דרכי נעם׳. וראיתי בספר בינת ראובן לר׳ ראובן טרופ שבעיבור אין הסברא של דרכי נעם היות וברור לכולם שזה מצב העומד להתברר ויכולה לחכות עד סוף ההריון ורק אז להינשא, ואינו דומה לילד ממש שנפטר לאחר זמן דלא חיישינן למיתה ובודאי שאינה יכולה ואינה צריכה לחכות.

עוד יש לבאר לסברא זו את דין הבא עליה דבמקום שמביא קרבן ניחא שהרי אינו בספק כי לידת וולד בן קיימא ודאי מבררת שהיה תמיד כזה דלא שייך שיהיה חולה ועומד ליפול ובסוף יוולד כבן קיימא, אמנם להפך כשהפילה צ״ב אין נפטר מקרבן הלא שמא אז היה בן קיימא וצריך להביא אשם תלוי ועיי״ש בסוגיא.

לפי זה יש לבאר סברת רבי יוחנן החולק דהלא באמת חסר כאן בפועל בירור למפרע. בקרן אורה הביא שלר״י צ״ל שעובר לא חשיב בן ואפילו הוא בן קיימא כל זמן שלא נולד וע״כ אם הפילה לבסוף לא אכפת לן שבאמצע היה בן קיימא דאז לא חשיב בן. ומה שקובע את דינה הוא רק התוצאה הסופית אם תפיל יתגלה שתמיד היתה זקוקה ואם תלד יתברר שפטורה היא לשוק.

לפי הסבר הנמוקי יוסף ליכא שום חידוש בסוגיין לשאר דברים ובאמת תמיד אומרים איגלאי מילתא למפרע ורק כאן שלא היה בירור לא אמרינן, וע״כ בתנאים שמתברר בשעת קיום התנאי באופן מוחלט אמרינן תיגלי מילתא למפרע וע״כ אין להבנה זו בנמוק״י שייכות לנידון הנ״ל בראי״ש לגבי גט אחרי גט בתנאי.

בתוספות שם בד״ה תיגלי מילתא למפרע לא אמרינן מובא:

> אע״ג דלקמן גבי ספקות שקידש אחת משתי אחיות חשבינן לה בת חליצה ויבום כיון שאם בא אליהו ויאמר דהא קדיש, לא דמי דהכא

אין זה ספק ראוי להתברר עכשיו שאי אפשר לידע העתידות אבל התם אין צריך לידע אלא מה שבאותה שעה.

הוקשה לתוספות שהרי מצינו חליצה על הספק וחילקו בין ספק שראוי להתברר עכשיו לבין ספק שתלוי בעתידות, אמנם יש לבאר מה החסרון בספק שיתברר בעתיד דהרי כשהוא מתברר אז ידעינן גם מה שהיה בעבר וא״כ מה אכפת לן חוסר ידיעתו עתה הלא מצבה ההלכתי יתברר לבסוף באופן מלא ונדע שכבר אז היתה זקוקה או לא, והראיה שמתחייב קרבן על סמך ידיעה עתידית זו.

עוד יש לבאר האם כלל זה נכון רק בחליצה או בשאר דינים ג״כ, דאם נימא שנכון תמיד לכאורה תתעורר קושית הנמוקי יוסף שמצינו איגלאי מילתא למפרע במקומות אחרים וודאי שזה בדברים שבעתיד ולכן יש צורך בבירור למפרע.

ובאמת מצינו במהרי״ט אלגאזי (בכורות פ״ג אות לג) שהביא את סברת התוספות ביחס למחלוקת המובאת ביבמות פ,א במי שלא הביא ב׳ שערות עד גיל כ׳ ונולדו בו סימני סריס שנחלקו רב ושמואל אם נעשה סריס למפרע כבר בגיל שלש עשרה והבין שלר״ל לא שייך לומר שיתגלה למפרע שכבר בגיל שלש עשרה היה סריס דתגלי מילתא למפרע לא אמרינן, רואים שהבין שתוספות דיברו לא רק בחליצה.

המשנה למלך בהלכות גירושין (פו,ג) מסתפק באדם שקידש מעכשיו בתנאי, האם ניתן לכתוב גט לאשה ולגרשה עוד קודם שיתקיים או יתבטל התנאי ונאמר שהיא ממ״נ מותרת דאם התנאי יתקיים ונמצא שהיא מקודשת אז נתגרשה בגט זה, ואם יתבטל התנאי אז נמצא שכלל לא נתקדשה ואין צורך בגט. נראה שציר ספקו, לכה״פ בתחילת דבריו, הוא האם יש צורך בקיום התנאי בפועל ע״מ שלא יחשב מעשה נתינת הגט כ״מחוסר מעשה״. ומביא שם מחלוקת רמב״ם ורשב״א בזה ומאריך לחלק בין סוגי תנאים עיי״ש.

בסוף דבריו מביא המל״מ דאם נכון להשוות חליצה לגט אז נמצא שהדבר תלוי במחלוקת התוספות והנמוקי יוסף, שלתוספות א״א כיון שזה ספק התלוי בעתיד באם יתקיים התנאי או לא ובזה ל״א איגלאי למפרע ולנמוקי יוסף אמרינן, שהרי בתנאים ישנו בירור מוחלט.

רואים שהמל״מ מבין שלכה״פ בגט יהיה דין כשל חליצה.

שער המלך הקשה, דאם נשוה גט לחליצה כדברי המל״מ יקשה מסוגיה בגיטין פד,א. הגמרא מביאה שם שאדם שגרש אשה ע״מ שתינשאי לפלוני – אינה יכולה להינשא לו שלא יאמרו נשיהן נותנים במתנה זה לזה, והקשתה דמשמע שלאחר יכולה להינשא בגט זה, והרי היא צריכה לקיים התנאי וללא קיומו הגט לא גט, ואם תאמר שתינשא עכשיו לאחר ואח״כ יגרשנה ותינשא לאותו פלוני ותקיים תנאה ונמצא מגורשת כבר מאז ונישואיה האמצעיים כדין היו, זה א״א כי לא בידה להתגרש. משמע בגמרא שאם בידה היה להתגרש אז ניתן היה לעשות זאת, והרי לשיטת התוספות (לפי המל״מ, כאמור) כל זמן שלא נישאה לאותו פלוני עדיין לא נתברר שהיא מגורשת וכל קידושיה השנים תלויים ועומדים וממילא גיטה משני ג״כ תלוי ועומד שכן יתכן וכלל אינה אשתו, ובכל אופן משמע שיכולה לקבל ממנו גט ושם הרי הספק אם אשתו היא תלוי בידיעת העתידות – אם תינשא בסוף לאותו פלוני. (שעה״מ תירץ שהכרח הוא לעשות אוקימתא בסוגיה ולומר שהשני יתן לה גט בתנאי שיחול רק אם תתקדש לפלוני ובשעה שתתקדש לו נמצא שבשעה שהגט יחול יש בירור, שהרי מקיימת תנאה בזה וכדלקמן).

ויש לבאר כיצד הבינו האחרונים את סברת התוספות ועפי״ז היכן שייך לאומרה.

ג. קובץ הערות – דין מיוחד ביבום וחליצה

בקובץ הערות (לח,ג) מבאר את סברת תוספות בנוגע ליבום בלבד. ר׳ אלחנן דן מהו גדרה של מעוברת לריש לקיש – מדוע אם יבם לא קנה, הרי הכרח הוא שיש בה זיקה ליבום – הראיה שלא נפטרת לשוק דאם היתה נפטרת לא היתה חוזרת משום דרכי נעם (לא כמובא בבינת ראובן שבמעוברת אין חסרון של ״דרכי נעם״). וגם – אפי׳ לריש לקיש ע״כ לענין זיקה אמרינן תיגלי למפרע, הראיה שאם בא עליה והפילה נפטר מקרבן כי מתברר שפקע איסור אשת אח כשבא עליה, ופקיעת איסור זה הרי תליא בקיום זיקה לשיטת תוספות.

ר׳ אלחנן מחדש שם שיש מציאות של זיקה על זמן העתיד. ואשה זו היא אכן בספק העומד להתברר, והדבר מברר למפרע. אלא שבכל מקום שיש איסור לבא עליה, כמו כאן שיש ספק איסור אשת אח (וכן לגבי נידה שם) – היות והספק הוא ספק גמור דא״א לנו לידע עתידות, אז הדבר גורם שזיקה זו היא רק לעתיד. כלומר אשר זו זקוקה לו – אבל ענינה של זיקה זו אינו לענין קנין יבום עכשיו אלא רק לאח״כ. אמנם חליצה שאינה מלווה בחשש איסור

אפשרית עקרונית, אלא שיש כלל "כל שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה" – ולכן גם חליצה לא מועילה כאן.

ונמצא שאשה זו היא זקוקה עכשיו – אבל בזיקה שאינה מאפשרת קנין, אמנם מפקיעה היא אשת אח. וכ"ז על הצד שתפיל מתברר לנו שעלתה תמיד ליבום. אבל היות ובפועל היה איסור בשלב מסוים, אז באותו שלב הזיקה לא יוצרת קנין. (בספק של הווה, אף שיש איסור ליבם מחמת חוסר ידיעתנו מ"מ חוסר ידיעתנו לא משפיע על מהות הזיקה, ורק באופן שא"א עכשיו לדעת כי הידיעה תלויה בעתיד, אז המציאות היא כזו והיא מקלישה הזיקה). ואם האשה תלד לבסוף בן קיימא, אז מתגלה למפרע שלא היתה זקוקה וחייב קרבן.

נמצא לפי ר' אלחנן שריש לקיש לא חולק כלל על יסוד זה של איגלאי מילתא למפרע. ואפי' בנוגע לחליצת מעוברת אמרינן כן. וע"כ חיוב הקרבן מתברר ע"י מה שיהיה בעתיד. אלא שישנו דין אחר בדבריו שכל שיש איסור בביאתה, אפי' איסור הנובע מספק, אם בירור ספק זה תלוי בעתיד – הדבר גורם לזיקה שתהא זיקה על העתיד בלבד וע"כ לא קונה וממילא א"א לחלוץ.

ויוצא שמושג זה המתבאר בתוספות הוא דין מדיני זיקה ואינו נוגע כלל לבירור למפרע וודאי שאינו נוגע לענינים אחרים, או לדיני תנאים.

שיטת ר' שמעון שקופ, בחידושיו ליבמות

הגרש"ש בחידושיו ליבמות (סי' לב) מבאר את הסוגיא ביבמות ואת שיטת ריש לקיש שם בנוגע ליבום וחליצה בלבד (דלא כמו שביאר בשערי יושר כדלקמן).

ר' שמעון חולק על המל"מ שתפס את שיטות הנמו"י ותוספות כחולקות וסובר ששניהם נתכוונו לדבר אחד. אמנם נראה לענ"ד שלא כפי שהבינו בדבריו, שהבנת הנמו"י כנ"ל, והשוו את שיטת תוספות אליה, לפיה לא היה בירור פועל, והוקשה להם שלפי"ז העיקר חסר מלשון התוספות שהם חילקו בין ספק ההווה לספק שבעתיד והיה להם לומר בפשטות שמא היה בן קיימא בשעת החליצה. נראה שהגרשש"ק הבין אחרת מהנמוק"י ואת הבנתו זו יחס גם לתוספות, וכדלקמן.

הגרשש"ק סובר שריש לקיש ודאי לא חולק על היסוד של איגלאי מילתא למפרע וכמובא בכל מקום שאין חולקים בזה. וע"כ גם לא קיבל את שיטת

המשנה למלך הנ״ל שתלה את דין נתינת גט לפני התבררות חלות הקידושין במחלוקת תוספות ונמוק״י בסוגיין.

ר׳ שמעון מסביר שבכל תנאי בעלמא יש לדון איך נחשיב את האשה עד לזמן קיום או ביטול התנאי, דאם נחשיבה כמקודשת, אז מה בזמן חלות התנאי יוכל להפקיע את קידושיה, ולהפך אם מגורשת איך יוכל התנאי להחשיבה כמקודשת. אלא שצריך לומר שבכל תנאים – אם אדם קידשה בתנאי – אז בעצם אין שום דבר המעכב את חלות הקידושין כרגע, ורק האדם שתלה ברצונו את חלותם בקיום התנאי מעכבם מלחול. אבל אין חסרון דיני בדבר. וע״כ בשעה שיתקיים התנאי אנו אומרים שעכשיו נתברר לנו שחלו הקידושין כבר אז. ונמצא שכל ההתרחשות הדינית הינה בשעת הקידושין, ולכן לא קשה איך קיום או ביטול התנאי מפקיע או יוצר קידושין, דלא כן הוא – אלא שקיום התנאי או ביטולו מברר לנו מה היה אז בשעת הקידושין עצמם. ובשעת הקידושין הרי יכלו הקידושין לחול ולא היה שום ״דין״ המעכב. ובזה ריש לקיש עצמו יודה.

אלא שביבום וחליצה, אשה מעוברת לשיטת ריש לקיש עדין לא נחשבת כנופלת ליבום דהא עדין אינה בגדר אשה שבעלה מת ללא בנים. ונמצא שהסבה המפילה אותה ליבום עדין אינה בעולם. ורק הפלת הוולד היא גופא הגורמת שתיפול ליבום. ובזה א״א לומר איגלאי למפרע – שכל זמן שלא הפילה חסר בעצם הדין וא״א לה ליפול ליבום וחליצה כלל. וע״כ שונה הדבר מתנאי, ואם יתנה אדם תנאי בקידושין וימות, גם ריש לקיש יודה שיכולה לחלוץ קודם קיום התנאי, דבזה אין דבר ״דיני״ המעכב קידושיה, וע״כ בהתקיים התנאי יתברר לן שכבר אז נתקדשה וממילא היות ומת בעלה יתברר לן שנפלה אז ליבום ויתברר שחליצתו טובה, אבל הכא כל שלא הפילה חסרה הסבה המפילתה ליבום.

ואמנם לפי שיטה זו יש לבאר את פרטי הסוגיא שם, ומדוע לעניין חיוב קרבן כן אמרינן תיגלי למפרע ועי״ש באריכות.

לגרשש״ק כוונת הנמוק״י היא שאם הספק הוא האם עכשיו בנה כבר חולה ועומד ליפול או שלא ועומד להיוולד – אז יוצא שדין נפילתה ליבום כבר נגמר רק שאנו לא יודעים ובזה תועיל חליצה מספק. רק היות וזה לא הספק אלא הספק הוא ע״ש העתיד שהרי יתכן ותפיל אף שעכשיו וולדה בן קיימא א״כ זה גופא גורם שדינה כאינה נופלת עדיין ליבום.

וע״כ לשיטתו ניחא שחליצתה אינה חליצת ספק שמצב כזה גורם שהיא מופקעת לגמרי מיבום וחליצה.[1] את שיטת ר׳ יוחנן ר״ש לא כ״כ מבאר שם, ונראה מדבריו שר׳ יוחנן סובר שלמעוברת אין דין כזה דאינה נופלת ליבום, ודינה כבר נגמר – אמנם בירורו תליא בעתיד דאם תפיל וולדה יתברר לן שנפלה ליבום ואם לאו יתברר שלא נפלה, מ״מ ההפלה אינה הסיבה לדין היבום אלא סימן בעלמא לכך שנפלה כבר קודם.

ונמצא לגרשש״ק החילוק המופיע בתוספות נכון הוא רק בחליצת מעוברת, ולא בשאר ענינים ודינים, ואפילו לא ביבום וחליצה אם הספק נובע מתנאי וכמ״ש. ונמצא שאין לסוגיא דידן שייכות לדין הרא״ש ודלא כבמשנה למלך.

ד. ברכת שמואל – איגלאי מילתא למפרע אף בגט

הברכת שמואל ביבמות (סימן טז) מביא את המשנה למלך שהשווה את שיטת הרשב״א, לפיה א״א לתת גט קודם התבררות התנאי, לשיטת התוספות בסוגיא ביבמות לה,ב. דכל היכא שהספק תליא בעתיד לא אמרינן תיגלי מילתא למפרע וא״א לחלוץ או לתת גט קודם שיבורר התנאי. אמנם במקח וממכר פשוט לברכת שמואל שכן אמרינן איגלאי מילתא למפרע, וכמו דאם אדם יקנה שדה ממישהו מכאן ועד ל׳ יום, ובאמצע הימים ימכור הקונה לאדם אחר על הצד שאכן יתממש קנינו הראשון, פשיטא לו שיחול הקניין למפרע. ויש לבאר החילוק שבין הדינים.

הבנת הברכת שמואל היא, שאם כל מה שצריכים הוא התבררות למפרע ע״מ להחיל הדין, לית מאן דפליג שאמרינן איגלאי מילתא למפרע אלא שיש דינים מסוימים שחסרון הבירור יוצר חסרון מהותי יותר.

בקנינים, אדם המקנה לחבירו שדה, א״צ מהות מיוחדת אצל הקונה והמקנה. רק שתהיה המציאות הפשוטה שהשדה של המקנה. ואם הדבר יתברר בעתיד שכן היה בשעת הקניין אין שום חסרון בזה. אולם בנתינת גט, האשה שהיתה אשת איש אינה בבעלות בעלה והוא משחררה בגט, אלא שהאשה היא באיסור ערווה דאשת איש והתורה גזרה שנתינת גט מבעלה

[1] ובלשון תוספות ודאי שניתן להסביר כן, שהרי זה גופא שיטתם לחלק בין ספק דלעתיד לבין ספק ההווה. שספק שיתברר רק בעתיד יוצר מציאות דינית שונה ביבמה וספק של הווה לא יוצר מציאות דינית שונה, רק חוסר בידיעתנו. כי הדין כבר נגמר, רק שאנו לא יודעים איך נגמר ולדבריו גם ספק דלעתיד, בתנאי וכדו׳. לא יצור מציאות דינית שונה שכן שם היא בגדר בירור, אבל הכא שהעתיד מספק את הסיבה לקיום דין יבום ולא סימן ובירור בעלמא חלק ריש לקיש.

תתיר איסור זה. והבעל צריך שיהיה לו "שם מתיר ומגרש" ע"מ שיחול הדין שיכול לתת גט לאשה. ובמקום שאיכא ספק האם אדם זה הוא בעלה, אז אם זה חסרון בידיעתינו בלבד, כמו ספק ההווה, אז אנו אומרים שעל הצד שהוא בעלה יש לו שם מתיר ואפשר לגרש בממה נפשך.

אולם בספק שא"א לבררו עכשיו, נמצא שאיכא ספק במהות, ובזה חידש הברכת שמואל שהתורה נתנה שם מתיר רק לבעל ודאי, ואם יש ספק יש חסרון ב"שם המתיר" שלו ולא שייך לגרש "בממה נפשך". (בסברא זו יש להעמיק ויש חולקים וסוברים שגם בספק שלעתיד אפשר לגרש והוא מביאם שם).

וה"ה לגבי חליצה, ספק שאינו יכול להתברר עתה, יוצר חסרון בזיקה, שהיות ועצם הקשר עדין לא נתברר זה מהווה חסרון בעצם הזיקה.

מצינו סברא דומה בדברי ר' אלחנן לעיל לגבי זיקה, אלא שר' אלחנן הביא שבמקום איסור או ספק איסור יש חסרון בזיקה ליבום, כי אם התורה אוסרת למעשה ליבם אז הזיקה במקרה זה תהיה בהתאם, לחליצה ולא ליבום.
בברכת שמואל ההבחנה עדינה יותר, יש מציאות שהספק מהוה חסרון מהותי בעצם המציאות הדינים שדורשת וודאות ואינה יכולה להתהוות רק על צד מסוים.[2]

במקח וממכר שאין "דין" על המקנה כמקנה ורק הבעלות נדרשת הספק לא מהווה חסרון, ורק בגרושין וחליצה יהא כך. לפי"ז היה אפשר ליישב סברת הרא"ש שא"א לתת גט כ"ז שלא נתברר התנאי, והחסרון הוא בדיני הגט עצמם, כעין חסרון בלשמה.

גם לשיטתו יוקשה מגיטין פד,א לגבי מגרש ע"מ שתינשא לפלוני, דהא שם ג"כ הגט ניתן לפני התבררות התנאי, אמנם מחלות קידושין על קידושין בכתובות עב. שהביא המהרי"ט ל"ק שכן בקידושין אין צורך "בשם מקדש" – והם כמו"מ לענין זה ושפיר יחולו ע"י איגלאי מילתא למפרע.

---

[2] ניתן אולי להבין סברתו עפ"י דברי הר"ן בנדרים בסברת מי שאומר "אין ברירה", שהדין לא חל על הספק. וספק גמור כזה שעדין לא נוצרו התנאים לבירורו מהווה חסרון בעצם הדין.

ה. שערי יושר – איגלאי מילתא למפרע בכל דיני התורה

ר׳ שמעון בשערי יושר (ז,יח) מבאר אחרת את מחלוקת רבי יוחנן וריש לקיש, תוך ביאור עצם המושג של איגלאי מילתא למפרע.

נראה שההבנה הפשוטה בדיני תנאים, וגם במקומות אחרים שאנו אומרים בהם ״איגלאי מילתא למפרע״ היא כפשט המושג – גילוי למפרע – אין כאן התחדשות דינית, אלא בירור על מה שכבר היה, לדוגמא, אשה שנתגרשה בגט מעכשיו אם תתן מאתים זוז, או מעכשיו אם לא אחזור עד יב׳ חודש, דינה תלוי בקיום או ביטול התנאי, אבל התלות הזו היא רק מבחינת ידיעתינו ואם יבוא אליהו ויאמר מה יהיה בעתיד נוכל כבר עכשיו לדון את דינה באופן ודאי. אשה זו היא לכאורה ספק מגורשת עד להתבררות תנאה, ובפועל תוכל להתנהג על סמך הערכותינו מה יהיה בעתיד. בתנאי של ע״מ שתתני לי מאתיים זוז – יש לחוש שמא לא תוכל לתת, ויש מקום לאסור לה להנשא עד לקיום התנאי בפועל. אולם בתנאי של ע״מ שלא תינשאי לפלוני לא שייך כ״כ לחוש שהרי אינה נישאת לפלוני אלא לרצונה, ומסתמא לא תקלקל את עצמה ותבטל גיטה. וע״כ אפשר להתיר לה להנשא על סמך הערכה זו.

לפי״ז לא קשה איך קיום התנאי כעבור זמן רב יוכל ליצור דין מקודשת או מגורשת, דבאמת כל התרחשות הדינית כבר קרתה בשעת הקידושין או הגירושין, וכל מה שיהיה לאחר מכן היא בירור בלבד ביחס למה שהיה.

אולם ר׳ שמעון מביא שבנוסף לגדר הנ״ל שאכן נכון בחלק מהמקרים, ישנו גדר נוסף – והוא שהמעשה שיהיה בעתיד אינו מברר בלבד אלא יוצר בעצמו את הדין. ואף שאמרנו שחל הדבר למפרע, מ״מ כך הוא הדין שמזמן זה ואילך יחול הדין בפועל, וחלות הדין הוא לומר שאנו רואים אותה כאילו כבר למפרע היה לה דין זה.

ר׳ שמעון סובר שגם ״תנאים״ נכללים בגדר זה, ובעצם אדם שנותן גט לאשתו מעכשיו אם תיתני לי מאתיים זוז, אז יתכן שמצבה הדיני כרגע הוא מגורשת, ואם לא תקיים את תנאה – אז, ורק אז יבטלו הגירושין ותחשב אשת איש מכאן ולהבא אלא שהיות והגט ניתן מעכשיו – אז הדין הוא מכאן ולהבא למפרע, הינו שמשעה שלא התקיים התנאי אז מתבטל גיטה ואנו רואים אותה מעכשיו כאילו שלא היתה מגורשת כבר למפרע, ויתכן שהוא להפך היא שמעכשיו דינה כאינה מגורשת ורק בהתקיים התנאי אז יחולו גירושיה ודינה יהא כאילו חלו כבר למפרע. ויש לדון בכל מצב ותנאי מה הגדר הדיני עכשיו לפני קיום או ביטול התנאי. נמצא לפי זה שישנה

התרחשות דינית גם בשעת קיום או ביטול התנאי, רק יש לדון בגדרה האם היא יוצרת הקידושין שלא היו עד עתה או שמבטלת הקידושין שהיו עד עכשיו, וכדי.

עיקר דיונו שם הוא בדין "ברירה", שתלוי בהגדרות הנ"ל. ר' שמעון מחדש שם שבמקום שהמקרה העתידי מברר בלבד, אבל הדין כבר נוצר אז נחלקו אם יש ברירה או לא, שהרי יוצא שבשעה שחל הדין יש ספק באופן חלותו ואיכא בזה חסרון למ"ד אין ברירה, שאין הדין חל על הספק (כמובא בר"ן בסברת הענין) וכמו שני לוגין שאפריש יהיו תרומה, שתליא במח' האם יש ברירה, ששם ההפרשה מתבצעת כעת (וע"כ יכול לשתות מיד), וכשיפריש לאחר זמן יתברר על מה חל דין התרומה, ובכה"ג אמרינן שא"א לדין לחול מאז כשעדין לא נתברר על מה חל דאין הדין חל על הספק. אולם במקום שהמקרה העתיד יוצר את הדין, אפילו בגדר של מכאן ולהבא למפרע, אין חסרון של ברירה לכו"ע שהרי בשעה שחל הדין בעתיד, כבר יש בירור. וע"כ בקידושי יעוד לשיטת רבנן דר' יוסי שמעות הראשונות לקידושין ניתנו (ולא שמקדשה בפרוטה אחרונה) והוקשה למפרשים הרי אין ברירה ואיך יחולו הקידושין הלא בשעה שניתנו לא התברר אם למכירה או לקידושין וגם בקידושין לא ברירא אם מקדשה לו או לבנו. ולפי הנ"ל הדבר מיושב, שבשעת היעוד אין הגדר שעכשיו נתברר לן שמעות ראשונות ניתנו לקידושין, אלא שעכשיו היא מתקדשת, ורק נוצר עליה הדינים כאילו היתה אשתו כבר מאז – בגדר "מכאן ולהבא ולמפרע" – היות והדין נוצר בשעה שכבר הוברר הדבר שמיעדה ויודע כבר למי, אין בזה חסרון של ברירה.

ובסוגיא ביבמות לגבי חליצת מעוברת הבין ר' שמעון שלא נחלקו ר' יוחנן וריש לקיש האם אמרינן איגלאי מילתא למפרע, ושניהם מודים להגדרות עצמם, רק שנחלקו בהגדרת מעוברת לענין יבום.

ר' יוחנן סובר שאשה מעוברת שנפלה ליבום, ואיכא ספק שא"א לבררו עתה, נחשבת בכל אופן כנופלת ליבום, שהרי קרינן בה "ובן אין לו" – אלא שאם תלד בן קיימא מרגע זה גופא יווצר מצב שתחשב כאינה נופלת ליבום ותקבל דינים כאילו כבר מאז לא נפלה ליבום ואיגלאי למפרע שלעולם לא היתה זיקה – וע"כ חייב בקרבן.

וריש לקיש סובר שאשה זו היות והיא עומדת בספק, לא נחשבת כנופלת ליבום (ומשמע מדבריו שם שהדבר נובע מאיסור אשת אח שאולי יש בה. אבל במקום שאין חשש איסור תחשב כנופלת ליבום גם לר"ל וכמו אשה

שנתקדשה ספק קידושין לאיש ומת שיכול אחי המת לחלוץ לה, דהרי אם ירצה יוכל ליבמה ממה נפשך, אי אשת אחיו היא – אז מייבם ואי לאו היא פנויה בעלמא. אמנם הוא בעצמו לא מכריח הדבר, ויתכן ואי נפילתה ליבום נובע מעצם הספק שקיים בדינה). ואמנם לענין חליצה היה מקום לומר שיחלוץ כי אין בזה איסור (לצד הראשון הנ״ל שאי נפילתה ליבום נובע מחשש האיסור) אלא שמ״מ הרי קיי״ל דכל העולה ליבום עולה לחליצה וכל שאינו עולה ליבום לא עולה גם לחליצה (ועיין שם בהסברו לפרטי הסוגיא, חיוב הקרבן וכו׳).
אמנם אם תפיל מעתה יתחדש בה דין של נופלת ליבום, והוא יתחדש מכאן ולהבא ויחשב מעכשיו כאילו היתה לה זיקה למפרע.

ונמצא שלידת וולד בן קיימא או הפלה יוצרת הדין באופן של מכאן ולהבא למפרע. ובזה הסבר הגרשש״ק את דעת הרא״ש שא״א לתת גט אחר גט, שהוקשה לאחרונים כנ״ל דמדוע לא יתן ואח״כ יתברר למפרע שהגט גט – דהרא״ש סובר שאשה שמקבלת גט בתנאי כזה דע״מ שלא תינשאי לפלוני, ההבנה בתנאי כזה היא שהיא מותרת לכל ומגורשת גמורה כבר מעכשיו, אלא שאם תעבור על תנאה אז יתבטלו הגירושין מכאן ולהבא למפרע. ונמצא שכשגירשה בגט שני אז אשה גרושה גרש.

ואמנם המהרי״ט הביא ראיה שחלין קידושי סתם לאחר קידושין בתנאי, מכתובות עב. והרי בשעה שקידשה בתנאי היא כבר מקודשת. ביאר בזה ר׳ שמעון יסוד נוסף הנצרך לשיטתו זאת, דהנה מה אכפת לן אם אמרינן שהדבר מברר מה היה, או שהדבר יוצר עכשיו את הדין מכאן ולהבא למפרע. (פרט לדין ברירה שלגביו איכא נ״מ) הלא לדינא ממילא יחשב שכבר למפרע היא מקודשת או מגורשת.

ביאר הגרשש״ק שיש נפ״מ לענין מספר דינים, שיש דינים שאם יעשו תוך הזמן, אף שלאחר מכן יתברר לן למפרע שהיו יכולים לחול מ״מ כבר לא יועיל. והדבר תליא האם החסרון הוא ״על דרך השלילה״ או שהוא באופן חיובי. בקידושין אשה שנתקדשה מעכשיו ובתנאי מסוים באופן שנאמר שעכשיו היא מקודשת ואם אחרי שיתבטל התנאי אז יתבטלו הקידושין מכאן ולהבא למפרע ויבוא פלוני ויקדשנה תוך הזמן, אז אי חלות קידושיו בינתיים נגרם מחמת עיכוב באופן חיובי – אשה שמקודשת כבר, א״א להתפיס בה קידושין נוספים, כי אין להם במה לחול. אולם אם אח״כ יתחדש שלא היתה מקודשת באותו זמן – אז נאמר שמה שקידשה אותו פלוני יחול

למפרע כי בהלקח הסיבה המעכבת הקידושין הראשונים – יחולו השניים. וכמו בשבועה על שבועה שאינה חלה, ואם נשאל על שבועתו הראשונה וביטלה למפרע אז ממילא חלה השניה, כין אין חסרון מהותי בכך שלא חלה רק שבפועל לא היה על מה לחול כי כבר יש שבועה כזו באדם זה.

אולם בגירושין – אם יתן גט לאשה שהיא לא אשתו ואח״כ יתחדש לנו דין להחשיבה כאשתו אז בזה העיכוב הוא ״על דרך השלילה״ כלי לא שהגט לא חל כי היתה חסרה אישות – כי חסרון לא יכול ״למלא חלל״ ולא לאפשר לגט לחול אלא בהעדר אישות א״א לתת גט וזה חסרון מהותי שנתינת גט לאשה שאינה אשתו לא חשיבא נתינת גט כלל. ובזה א״א לומר אח״כ שהיות ואח״כ דנים אותה כאשתו מאז יתברר שהיה גט. סו״ס בשעת נתינת הגט לא היתה אשתו.

וסברת הדבר לא נתבררה לי כל הצורך, ויתכן שכוונתו שיש מעשים שגם אם אינם חלים מ״מ יש בהם ממשות שגם אם לא מוצאים על מה לחול יכולים היא ״להמתין״ אולם יש מעשים שהחסרון הוא עמוק יותר שכשאין להם על מה לחול אז הדבר מהווה חסרון בעצם המעשה, והמעשה מתבטל. וגם אם אח״כ נאמר שיש דין המחשיבה כאשת איש מאז א״א שיחול אותו גט שכבר נתבטל לגמרי.

ונמצא שבזה יש הבדל בין אם נתברר לן שהיתה מקודשת מאז, לבין אם נותנים עליה דינים כאילו היתה מגורשת מאז.

וע״כ אין להביא ראיה מקידושין לגרושין – שקידושין יכולים לתפוס גם במציאות שאנו נותנים דינים ״כאילו למפרע״ אולם גט יכול לתפוס רק במקום שהיא ממש אשת איש או שאח״כ איכא ״בירור״ שהיתה אז אשת איש.

ולפ״ז בחליצת מעוברת צ״ל שהוא דומה לגירושין – שאף שאחרי שתפיל האשה אנו אומרים שעכשיו אנו מחשיבים אותה כאילו שנפלה ליבום וחליצה כבר מאז, לא יעזור להכשיר החליצה למפרע. ונ״ל שהסברא היא שמעשה החליצה ללא שהתורה מצווה היא מעשה סתמי של חליצת נעל, ולא שייך לומר שאח״כ יתברר לן. דאין לו שום מהות במקום שהתורה לא ציוותה, וודאי שהמעכבו היא ״על דרך השלילה״ שאשה שלא נפלה ליבום לא שייך אצלה כלל מעשה חליצה ולא שיש איזה גורם אחר המעכב.

אמנם כל סברת הרא״ש היא רק באופן שאשה זו נחשבת גרושה עכשיו וביטול התנאי יחדש בה שם של אשת איש שוב, אבל אשה שנחשבת מקודשת אף שאיכא תנאי שיכול בעתיד להחשיבה כפנויה מכאן ולהבא למפרע מ״מ אפשר לתת לה גט דעכשיו אשת איש היא. וראיה מכל קידושין דעלמא דאמרינן שרבנן יכולים להפקיע – ״אפקיענהו רבנן״. ואחד ההסברים הוא שכל אדם שמקדש אשה כדת משה וישראל הוא מקדשה בתנאי שלא ימחו רבנן, וא״כ בכל אשה הקידושין הם בתנאי ואיך אפשר לגרש, אלא ששם המציאות הפשוטה היא שהיא מקודשת ורק אם ימחו רבנן אז נחשיבה כפנויה מכאן ולהבא ולמפרע.

[יש להעיר שהבנת ״תנאים״ כמציאות שקיום או ביטול התנאי ״יוצר״ מציאות דינית אינו מוסכם. בחידושי ר׳ שמואל ליבמות ריש החולץ יש הבנה שהתנאים זה בירור בעלמא. גם הגרשש״ק עצמו בחידושים ליבמות שם מביא שקשה להבין איך קיום או ביטול תנאי יכולים ליצור מציאות של הקידושין או לבטלה (כשמעשה הקידושין או הגירושין כבר היו מאז)].

נמצא להבנה זו שבכל מקום יש לברר אם המעשה העתידי יוצר הדין או רק מברר מה שהיה. אם הוא יוצר דין של מכאן ולהבא למפרע שייכא בזה סברת תוספות ואז יש לדון מה מעמדה ההלכתי קודם קיום או ביטול התנאי מקודשת או פנויה וכדו׳ מה המעכב האם הוא ״על דרך השלילה״ ואז באמת א״א לו לחול גם אחרי שיתחדש הדין למפרע. או שהעיכוב הוא באופן חיובי ואז יחול למפרע.

ויש מקומות שקשה יהיה להגדירם, כמו במעוברת שנחלקו רבי יוחנן ריש לקיש, וכמו במקדש מכאן ועד ל׳ יום שהרשב״א הסתפק בזה ולבסוף הסיק שנחשבת כאינה מקודשת בנתיים ורק בסוף ל׳ תחשב כמקודשת.

אבל באופן עקרוני סברת התוספות היא סברא כללית בכל דיני התורה, אלא שיש לדון בכל דין לגופו מבחינת גדריו.

ו. סיכום

נמצא שבסברת התוספות לחלק בין ספק ההווה לבין ספק שבירורו תלוי בעתיד נאמו מספר הבנות.

לר׳ אלחנן והגרשש״ק בחידושיו – זהו דין מדיני יבום בלבד, וכלל לא שייך בדינים אחרים.

לברכת שמואל – לסברא זו יש השלכות בחליצה ובגיטין ששם ספק מסוג זה גורם לחסרון ב"שם המגרש" ובזיקה.

לגרשש"ק בשערי יושר – עצם ההסבר שייך בכל דיני התורה, רק בכל מקום יש להגדיר היטב אם המקרה העתיד מברר או יוצר את הדין, ואם הוא יוצר את הדין יש לדון אם המעשה שנעשה בנתיים לא חל מחמת עיכוב על דרך השלילה או על דרך החיוב.

המהרי"ט אלגאזי – הביא את סברת התוספות לענין סימני סריס (וכן לענין קדושת בכור ע"ש). יתכן שסובר כגרשש"ק בשערי יושר ואז נצטרך להגדיר את פרטי הדינים הנ"ל בסריס ובבכור. ואם יוסבר בסוגיא לקמן בסימני סריס שהוא בירור בלבד וכפשט הענין אז צ"ב בסברת המהרי"ט.
קושית שער המלך שנזכרה לעיל, שהקשה מגיטין פד,א המגרש את אשתו ע"מ שתינשא לפלוני, דמשמע דאם נישאה לאחר וגירשה ונישאת אח"כ לפלוני אז תיקנה את עצמה בהכי ונישואיה משני כשרים, רק דלא יכולה לעשות כן לכתחילה דלאו בידה לכפות השני לגרשה והרי כשהשני נותן גט אז עדין לא ברירא אם היא אשתו או לא דהרי תלוי הדבר בעתיד באם תקיים תנאה.

לר' אלחנן ושיטת הגרשש"ק בחידושים ל"ק מידי, דרך ביבום אמרו התוספות את דינם. לברכת שמואל קשיא – דמשמע שם שניתן לתת גט קודם בירור והרי חסר ב"שם המגרש".

לשיטתו של הגרשש"ק יש לעיין במהות תנאי זה דע"מ שתינשא לפלוני, דאם נאמר שהיא גרושה מהשתא ורק אם לא תינשא יבוטל גטה למפרע, אז אתי שפיר שקידושיה משני הוו קידושין וגם גירושיה ממנו. אולם הגרשש"ק בעצמו שם הביא בתנאי דומה – ע"מ שתיבעלי לפלוני שהכוונה שאינה מגורשת עד לקיום התנאי, ואם תנאי זה דומה אז גם כאן יסביר הגרשש"ק שהיא אינה מגורשת ושוב יקשה כנ"ל.

והיה מקום אולי לומר שבגירושין דלרחוקה קאתי תמיד נחשיבה כגרושה, חוץ מבמקומות שמוכח מהם לא כך, כמו האומר לאשה "ה"ז גיטך מעכשיו אם לא אבוא עד יב חודש" – שאינו שונאה רק לא רוצה לעגנה. אבל בסתם גירושין נחשיבה כגרושה. ואז לא תקשה הקושיא הנ"ל מגיטין פד,א. אולם נראה שהגרשש"ק לא הבין כך והגדיר כל תנאי לגופו.

בשער המלך עצמו מובא תירוץ אחר, שיש להעמיד הסוגיא שם שהשני המגרש מגרשה בתנאי "דאם" – שהגט יחול רק כשתתקדש לאותו פלוני ואז בשעת חלות הגט כבר איכא בירור. ונצטרך לומר שהגט צ"ל בידה בשעה שתתקדש לאותו פלוני. ונראה שזה יועיל לברכת שמואל שנחשיבו כ"מגרש" ודאי כי סו"ס יש כבר בירור. אולם לשיטת הגרשש"ק בשערי יושר שהגט לא יכול להועיל קודם שיתקיים התנאי שהרי עדין חשיבא אשת איש דראשון א"כ גם קיום התנאי וגילוי למפרע לא יועיל בכה"ג וכמ"ש שזהו עיכוב על דרך השלילה.

הרב יוחנן גבאי

מצות יבום
מחלוקת אבא שאול ורבנן

ראשי הפרקים

א. פתיחה
ב. הסבר מחלוקת אבא שאול ורבנן
1. ר׳ אלחנן וסרמן – איסור אשת אח הותרה או דחויה
2. אמרי משה – דחויה אף לרבנן
3. חזו״א – אבא שאול מחמיר מדרבנן
ג. יבום – מעשה הקנין או מצוה?
ד. נודע ביהודה – כונה שלילית מגרעת (לא לשם נוי)
ה. פורת יוסף – לשם מצוה ולשם נוי
ו. יבום שלא למטרת קנין (רע״א ורש״א)
ז. שיטת הרמב״ם

א. פתיחה

איתא ביבמות לט,ב

> בראשונה שהיו מתכוונין לשם מצוה - מצות יבום קודמת למצות חליצה, ועכשיו שאין מתכוונין לשם מצוה, אמרו: מצות חליצה קודמת למצות יבום. אמר רמי בר חמא א״ר יצחק, חזרו לומר: מצות יבום קודמת למצות חליצה. א״ל רב נחמן בר יצחק: אכשור דרי? (בתמיהה וכי הדור נהפך להיות כשר) מעיקרא סברי לה כאבא שאול, ולבסוף סברי לה כרבנן; דתניא, אבא שאול אומר: הכונס את יבמתו לשם נוי, ולשום אישות, ולשום דבר אחר - כאילו פוגע בערוה, וקרוב אני בעיני להיות הולד ממזר; וחכמים אומרים: יבמה יבא עליה - מכל מקום.

מדברי הגמ׳ עולה שקדימת מצות יבום לחליצה או להיפך תלוי במחלוקת אבא שאול ורבנן בכוונת מצות יבום. לדעת אבא שאול מצות יבום מתקיימת רק כשכנסה לשם מצוה ולא לשם נוי ואילו לרבנן אף באופן זה מתקיימת מצות יבום.

בדברי הגמ׳ צריך לברר האם מחלוקת אבא שאול ורבנן תלויה בשאלה האם מצות צריכות כונה או לא? עוד צריך להבין מהו טעמו של אבא שאול, שאומר

שהמייבם לשם נוי כאילו נוגע בערוה – מהו 'כאילו' במקום זה ו'קרוב בעיניו להיות הולד ממזר'?

ב.1. ר' אלחנן וסרמן – איסור אשת אח הותרה או דחויה?

בקובץ הערות (סי' לו) דן במחלוקת אבא שאול וחכמים. ומביא דברי רמב"ן בחדושיו, שכתב שאבא שאול חולק על דברי המשנה (יבמות נג,ב) "הבא על יבמתו שוגג ומזיד – קנאה", שהרי מדברי המשנה עולה שגם כשמייבם שלא לשם מצוה קנה. וכתב הרמב"ן שמ"מ אינו מבין מדוע נקט אבא שאול "כאילו פוגע בערוה" הרי ביאת יבמה מעוברת – לדעת ר"ל, וכן ביאת קטן ביבמה אינה קונה ומ"מ הביאה מותרת (עי' תוס' ר"פ החולץ).

ר' אלחנן מבאר שמחלוקת אבא שאול ורבנן היא בשאלה האם איסור אשת אח במקום יבום עומד במקומו או הותר ופקע. לדעת אבא שאול איסור אשת אח עומד במקומו אלא שנדחה מפני מצות יבום כדין כל מצות עשה הדוחות ל"ת ומכיון שלדעת אבא שאול כונה לשם מצוה ביבום, היא הכרחית לקיום המצוה ובלי כונה אין המצוה מתקיימת, א"כ רק ביבום לשם מצוה נדחה איסור אשת אח אבל המייבם שלא לשם מצוה, האיסור במקומו עומד, וממילא פוגע הוא בערוה.
רבנן סוברים שאיסור אשת אח הותר עם מיתת הבעל א"כ אפילו בביאה שלא לשם מצוה אינו פוגע בערוה. והוסיף לומר שמחלוקת אבא שאול ורבנן אינה תלויה במחלוקת האם מצות צריכות כונה או אין צריכות כונה, שכן גם למ"ד מצות אין צריכות כונה צ"ל שלצורך דחית ל"ת ע"י עשה, העשה בעי כונה. ועי' רשב"א יבמות מא,א באריכות.

2. אמרי משה – דחויה אף לרבנן

האמרי משה בסי' ה חוקר בשאלה מה מתיר את איסור אשת אח. האם מצות יבום היא המתירה, וליתר דיוק קיום מצות יבום, או שמא האיסור יורד עם מיתת הבעל/ האח.
מהמשנה יבמות קיא,ב יש להוכיח כצד השני: יבם קטן שבא על יבמה גדולה תגדלנו. אף שביאת בן תשע הוי כמאמר ולא מתקיים בזה מצות יבום מ"מ הביאה אינה ביאת איסור. מכאן, שאע"פ שאינו מקיים את המצוה אין איסור ביאה, מוכח שאיסור אשת אח ניתר עם מיתת הבעל (ואף אם קטן אינו בר חיובא ההוכחה טובה מצד האשה).

אמנם מרש"י ביבמות (נב,א ד"ה נתן לה כסף) משמע שאף לאחר מיתת הבעל קיים איסור אשת אח. רש"י כתב "נתן לה כסף או שווה כסף – אע"ג שנתן לה כסף אין הקידושין גמורים כקדושי תורה שהרי אין קדושין תופסים באשת אח והתורה לא התירה לעשות כאשה נכרית אלא כסדר המצוה וביאה הוא דכתב בה רחמנא". ומוכח מרש"י שלפני קיום מצות יבום היבמה עומדת באיסור אשת אח (ולכן קידושין שלא בסדר יבום אינם תופסים בה). וצ"ע כיצד ליישב דברי רש"י עם המשנה הנ"ל ביבמות.

מבאר האמרי משה שהואיל ובן תשע קונה מהתורה, לא רצו חכמים לאסור הביאה. ועי' רש"י קידושין יט,א שסובר שקטן בן תשע שיבם – מהני מהתורה, ורק רבנן עשו ביאת כמאמר בגדול, ואילו דעת תוס' שם אין קנין לקטן אלא מדרבנן ולתוס' צ"ל שסבורים הם שאיסור אשת אח פוקע עם מיתת הבעל.

כעת יש לעיין בדברי אבא שאול. המייבם לשם נוי כפוגע בערוה וקרוב להיות הולד ממזר. לפי הנ"ל שהנפילה (או הזיקה) מתירה איסור אשת אח כיצד ייחשב הולד לממזר? (לראשונים הסוברים שהמכוון לממזר מדרבנן – עי' ריטב"א ונמו"י לק"מ, דרבנן החמירו רק בגדול אבל בקטן לא החמירו). ועוד מדוע קטן הבא על הגדולה תגדלנו? וע"כ לומר שלאבא שאול אין הנפילה מתירה אלא קיום מצות יבום היא המסלקת איסור אשת אח (וכמשמע מרש"י הנ"ל).

מעתה י"ל שבזה נחלקו אבא שאול ורבנן: לדעת אבא שאול כיון שהמצוה מתרת איסור אשת אח כונה למצוה מעכבת. ואף בדעת רבנן י"ל שהמצוה היא המתרת, אלא שלדעתם אדם שמייבם לשם נוי – הרי זה קיים מצות יבום. לפי זה הבנת ר' אלחנן במחלוקת אבא שאול ורבנן בשאלה האם איסור אשת אח הותרה או דחויה דומה להבנת האמרי משה. אלא שחלוקים הם בדעת רבנן. לר' אלחנן איסור אשת אח הותר עם מיתת הבעל, ולדעת האמרי משה אפשר לומר שגם לרבנן קיום המצוה מתיר האיסור אלא שיבום לשם נוי מהני.

3. חזו"א – אבא שאול מחמיר מדרבנן

החזו"א (נשים קכט,יג) מברר את מחלוקת אבא שאול ורבנן אליבא דנמו"י. אדם המייבם לשם נוי – מדאורייתא מהני. חכמים החמירו בדבר. אף רבנן מודים לאבא שאול שלכתחילה צריך לייבם לשם מצוה ולא לשם נוי, ונחלקו

במקרה שמייבם לשם נוי, לדעת אבא שאול קנאה ואפילו בביאת שוגג או זנות אלא שבדיני שמים נחשב כפוגע בערוה, שעיקר כונת התורה בהיתר היבום הוא לקיום המצוה כתיקונה והוא קלקל ופגע בכונת התורה והעושה כן מוטב שלא יעשה, ואע״ג שבשאר מצות בכה״ג חשיב מצוה שלא לשמה. ואילו לדעת רבנן, מצות יבום ככל מצות התורה והעושה שלא לשמה עדיף מאי עשיה.

וסיים שם החזו״א שאף לאבא שאול אם בא עליה שלא לשם מצוה קנאה אלא שאין נכון לעשות כן. ומצות חליצה קודמת, זהו דין הנובע מהתפיסה הנ״ל, כלומר שלאבא שאול בשלא לשמה הואריל ומוטב שלא יעשנה לכן אמרו שמצות חליצה קודמת.

יוצא א״כ שלחזו״א מחלוקת אבא שאול ורבנן היא במקרה שבא לפנינו יבם הרוצה לייבם לשם נוי. לאבא שאול יורו לו שמצות חליצה קודמת (בכה״ג) ואילו לרבנן אף בלא יבום לשמה, מצות יבום קודמת.

ג. יבום – מעשה הקנין או מצוה?

לפי החזו״א שאבא שאול סובר שאם ייבמה לשם נוי קנאה אבל לא קיים מצות יבום, מתעוררת קושיית הב״ש: כאשר מיבם אשה שהיא מחייבי לאוין (לאבא שאול) כיצד קנה אותה, הרי אין כאן העשה שידחה הלאו?

והכריח מכאן החזו״א שאף לאבא שאול קיים המצוה ואין חילוק בין הקנין למצוה. בכל מקום שקנאה מוכרח לומר שקיים מצותו.

וצ״ב, א״כ, מדוע לאבא שאול ׳קרוב להיות ממזר׳ אם סוכ״ס קיים מצותו? וצ״ל שהואיל ולא מקיים המצוה כתיקונה גזרו חז״ל על הולד שייחשב ממזר.

אכן יש לדון במצות יבום, האם מעשה הקנין והמצוה הם דבר אחד או שמצוה לחוד וקנין לחוד. בקובץ הערות (יא,א) הביא דברי תוס׳ (יבמות ב,א ד״ה ואחות אשה) שכתב שיבם שבא על יבמתו נידה קני לה (עפ״י פסחים עב,ב) ויש לשאול הרי זו מצוה הבאה בעבירה, וקשה לסוברים שמצוה הבאה בעבירה הוי חסרון דאורייתאי וא״כ מדוע קנאה? וצ״ל שמהבב״ע מעכב בקיום המצוה אך מ״מ קנין היבום יחול. (למשל בעבר ומל בשבת מילה שלא בזמנה דמ״מ המילה קיימת במציאות ואי״צ לחזור ולהטיף דם ברית).

אכן, במצות יבום, אם ננקוט שהמצוה היא במעשה היבום (ולא בתוצאה – חלות הקנין) צ״ל שאף המצוה מתקיימת אע״פ שנעשתה בעבירה, כיון שלא שייך לבטל את פעולת הקנין, מטעם מהבב״ע ממילא אף המצוה מתקיימת.

מדבריו נשמע שפעולת הקנין היא גופא המצוה ואין לחלק בין קיום המצוה לבין קנין היבמה.

ועיין באפיקי ים (ח״א ז,יז-יח) שמחלק ומפריד בין המצוה לקנין, ואף במקרה שלא התקיימה המצוה, ייתכן וקונה אותה דלא גרע מביאת זנות שג״כ קנאה אלא שבסוף דבריו כתב שמדברי החת״ס (לפ׳ לולב הגזול) משמע שבלי קיום מצוה אין גם קנין (וע״ע אפיקי ים ח״ב סי׳ לה שחקר בנידון).

המנ״ח (מ׳ תקצח) כתב, שמצות יבום שונה משאר מצות, בכך שמצוה זו מתקיימת לעולם בכך שעשה דוחה ל״ת (אשת אח) ורוב הראשונים פוסקים שמצות צריכות כונה ובלי כונה לא יצא ידי חובת המצוה ואף החולקים וסוברים שמצות אינן צריכות כונה זה רק באינו מתכוין למצוה אבל בנתכוין לא לצאת אינו יוצא ידי חובה (וע׳ תר״י סופ״ק דברכות) אף אם נהנה (כגון אכילת מצה). ולפי״ז המייבם לשם זנות או באונס קונה אותה והרי לא נתכוין לצאת ידי חובת המצוה, ואינו מתכוין לקנותה, וע״כ צ״ל שקנה אותה אך לא קיים המצוה כי אין לו כונה לקיום המצוה.

לכאורה תהיה נפ״מ, שמצות יבום עדיין רובצת עליו ויחזור ויבעל לשם מצות יבום, אך בהערות למנ״ח שאלו – אם כבר קנאה והיא אשתו פקעה הזיקה ואינה ותו אינה יבמתו והיאך יקיים בה מצות יבום? וע׳ שעורי ר׳ שמואל (יבמות לט,ב) שהוכיח כמנ״ח מדברי הרמב״ן אודות קדושי מאמר אליבא דאבא שאול שס״ל שבמאמר קנאה לגמרי ויוצאה בגט ומ״מ מצוה לבוא עליה לקיים מצות יבום.

מדברי המנ״ח עולה שיש הפרדה בין המצוה לקנין ואפשר שהקנין יחול אף בלא קיום המצוה. ויש לשאול מסוגיית הגמ׳ (לט,ב) ״דתנו רבנן: יבמה יבא עליה - מצוה, שבתחלה היתה עליו בכלל היתר, נאסרה וחזרה והותרה, יכול תחזור להתירה הראשון? ת״ל: יבמה יבא עליה - מצוה, מאן תנא? אמר רבי יצחק בר אבדימי: אבא שאול היא, והא״ק: יבמה יבא עליה - מצוה, שבתחלה היתה עליו בכלל היתר, רצה - לשם נוי כונסה, רצה - לשום אישות כונסה, נאסרה, חזרה והותרה, יכול תחזור להתירה הראשון? ת״ל: יבמה יבא עליה - למצוה. רבא אמר: אפי׳ תימא רבנן, והכי קאמר: יבמה יבא עליה - מצוה, שבתחלה היתה בכלל היתר, רצה כונסה, רצה אינו כונסה, נאסרה, חזרה

והותרה, יכול תחזור להתירה הראשון, רצה כונסה, רצה אינו כונסה? רצה אינו כונסה? הא אגידה ביה, בכדי תיפוק? אלא אימא: רצה כונסה, רצה חולץ לה? ת"ל: יבמה יבא עליה – מצוה". לרבנן כנסה לשם נוי מהני ועל זה נאמר יבמה יבוא עליה מצוה, והרי לא נתכוין לשם מצוה ולדברי המנ"ח היה לומר שקנה אותה אבל לא קיים המצוה. ונראה שלשאלה זו נתכוין המנ"ח וז"ל: "דבר זה צ"ע בסוגיא דאבא שאול שם לט,ב".

ד. נודע ביהודה – כונה שלילית מגרעת (לא לשם נוי)

יש להוסיף ולעיין בדברי אבא שאול שיבום לשם נוי כאילו פוגע בערוה.

האם עיקר דברי אבא שאול שיש צורך בכונה חיובית – לשם מצוה, או שמא עיקר כונתו לכך, שכונה שלילית/ הופכית (לשם נוי וכדי) מגרעת.

בשאלה זו דן הנו"ב (מהדו"ק אבה"ע נד) והוא נוקט שאין צורך בכונה לשם מצוה אלא שכונה לשם נוי מהוה חסרון. עפ"ז רצה ליישב סתירה בדברי השו"ע והרמ"א: המחבר (קסה,א) כתב שמצות יבום קודמת למצות חליצה (כדעת רבנן) וי"א שחליצה קודמת (כאבא שאול). מדברי הרמ"א נראה שפוסק כאבא שאול, וז"ל הרמ"א: "ואם שניהם רוצים ביבום אין מניחים אותם לייבם, אא"כ ניכר וידוע שמכונים לשם מצוה". וא"כ כיצד סתם השו"ע (קעב,יב) וכתב שחרש שוטה וקטן אינם בני חליצה אבל מייבמין, ולא חילק שלדעת אבא שאול חרש אינו מייבם כיון שאינו בר כונה לשם מצוה ומדוע סתם הרמ"א ולא השיג על דברי המחבר שם?

לדברי הנו"ב אתי שפיר. הואיל ולדעת אבא שאול אין צורך בכונה לשם מצוה, אלא שכונה לשם נוי מגרעת שפיר שייך יבום אף בחרש, שכן החרש אינו מכוין אף לשם נוי. (החזו"א אבה"ע קכט,יג התקשה בדברי הנו"ב, שאם אינו מכוין לשם מצוה א"כ מכוין הוא להנאת ביאה אך סיים שם שדברי הנו"ב אמת).

קביעתו של הנו"ב שחסרון דעת בחרש גורמת לכך שאינו מכוין לשם נוי או זנות טעונה ברור.

באגרו"מ (אבה"ע א,קנד) נשאל אודות מקרה בו היבם ספרדי והיבמה אשכנזיה, האם מניחים אותם לייבם. וכונת השאלה היא, שהמחבר פוסק שמצות יבום קודמת למצות חליצה, כדעת רבנן (שאף המתכוין לשם נוי קיים

המצוה) ואילו לבני אשכנז פסק הרמ״א שמצות חליצה קודמת וכדעת אבא שאול א״כ כיצד עליהם לנהוג?

והשיב שיש להורות לכתחילה להתיר היבום, כי המצוה רק על היבם ולא על היבמה. ואם כונתו לשם מצוה אף שהיא מתכונת לשם זנות זה לא פוסל את המצוה אף לדברי אבא שאול, ואף אם שניהם מכונים לשם זנות האשה תעבור רק על איסור לפני עיור לא תתן מכשול. וא״כ כיון שהיבם הוא ספרדי ומצות יבום תתקיים אף אם מתכוין לשם נוי, היבמה לא תעבור על איסור לפני עיור.

והוכיח דבריו מדין חרש וקטן, שכונסים ומייבמים אע״פ שאינם מתכונים לשם מצוה, ואולי מתכונים לשם זנות. וברור שדין זה שנאמר במשניות הוא אף לאבא שאול, וכיצד אבא שאול יסביר דין זה. אלא כיון שעל היבמה אין איסור אשת אח אלא רק איסור לפני עיור וכלפי חרש וקטן לא שייך איסור לפני עיור לכן מותר לה להתייבם לקטן. [הגרמ״פ למד, שלאבא שאול, אף אם באיסור אשת אח קאי עד היבום, איסור זה אינו אלא על היבם ולא עליה; ייתכן והכריח כן מכך שיבום בע״כ מהני ואולי תלוי בשאלה על מי מוטלת מצות יבום].[1]

אמנם עפ״י הנו״ב (סי׳ נד), כותב האגרו״מ, הראיה נופלת. הנו״ב כתב בדין חרש – מתוך דיוק בדברי אבא שאול – שאין צורך בכוונה לשם מצוה, אלא העיקר שלא תכוין לדבר אחר דהיינו נוי וכדו׳. ולכן חרש שאינו מתכוין לשם זנות כי אינו בן דעת יכול לייבם. ויוצא מדבריו שחרש מקיים את המצוה כדין.

וא״כ הראיה לכך שיבמה אינה אסורה באיסור אשת אח אלא בלפני עיור בלבד נדחית.כי ייתכן והיא מצווה על איסור אשת אח וכיון שהחרש מקיים את המצוה מותר לה להתיבם.

שב האגרו״מ ודוחה את הנו״ב וכותב שדבריו דחוקים. אע״פ שחרש אינו יודע לכוין לשם מצוה משום חסרון דעת אבל א״א לומר שאינו מתכוין לשם זנות ואישות שהרי ענין זה טבעי ובודאי יודע בכוונת זנות ואף מתכוין לזה.

---

[1] לכאורה צ״ע בדברי האגרו״מ, שהתייחס לאיסור לפני עיור בלבד ולא לדין לא תאכילום ואולי יש לתרץ עפ״י תוד״ה שה פסחים פח,א (הערת עורך).

דברי הנו״ב דלעיל, שעיקר כונת המצוה היא שלא יתכוין לשם נוי, טעונים הסבר. הרי קיי״ל להלכה מצוות צריכות כונה וכ״ש במצות יבום (לפי חלק מהפוסקים שהמצוה היא המתירה איסור אשת אח) א״כ כיצד יקיים את המצוה בשלילת מחשבה לשם נוי והרי צריך כוונה לשם מצוה (עיין בנו״ב שם שכתב שכל ביאה בסתם קנה, כיון דסתמא לשמה קאי).

ונוסיף את שאלת המנ״ח שכתב כיצד לפי רבנן דפליגי על אבא שאול וס״ל שמיבם לשם נוי קיים את המצוה והרי מצות צריכות כונה, והאם כונה לשם נוי נחשבת לשם מצוה?

ואפשר לומר שגם למ״ד מצוות צריכות כונה אם יש הנאה בקיום המצוה זה נחשב לכונה. כמו שכתב הכס״מ (שופר ב,ד) בדעת הרמב״ם, כשיטת הר״ן, שהאוכל מצה בפסח בלי כונה יצא ידי חובה. והטעם דבמידי דאכילה לא אמרינן מצות צריכות כונה שכן נהנה. כעין זה מצאנו שהמתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה. אע״פ שבכל האיסורים מתעסק פטור ואף מותר אבל בדבר שנהנה פוסקים שחייב,[2] וה״ה לשאר מצוות שנהנה מהם שאין צורך בכוונה וה״ה למצות יבום.

ועוד יש לומר בהבנת הנו״ב עפ״י דברי ר׳ אלחנן (קוב״ש כתובות רמט) שכתב שבמצוות שעיקרם התוצאה ולא מעשה המצוה, גם לסובר שמצוות צריכות כוונה אין חיוב בכוונה לשם מצוה. כמו במצות פר״ו, שהמצוה שיהיו לו בנים, גם אם לא כיון מקיים את המצוה[3] וכתב שה״ה למצות יבום שהמצוה היא התוצאה שתהיה קנויה לו.

ה. פורת יוסף – לשם מצוה ולשם נוי

בחידושי פורת יוסף (יבמות לט,ב) כתב וז״ל: ״ואם כוונתו לשם מצוה ולשם נוי, משמע לכאורה ממאי דאמר עכשיו שאין מתכונים לשם מצוה דגם אם

---

[2] עיין באתוון דאורייתא כלל כד שאינו מבין סברת הר״ן שהמתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה. דין זה נאמר דווקא בחלקים ועריות שהם דברים אסורים ומתועבים וע״כ הסברה נותנת שהרגש ההנאה מהם הוא האיסור שהתורה רוצה שלא תהנה נפש האדם, אבל במצות מצה או שאר מצוות אחרות מנ״ל שרצתה התורה הרגש הנאה מאכילת המצה דלמא מעשה אכילת המצה היא המצוה וכשאינו מתכוין למצוה מה בכך שהוא נהנה.

[3] עיין עוד במנ״ח (מצווה א,כט) ביחס למצות פר״ו, שמצוות הבאות ממילא אין צורך בכוונה והביאה עצמה היא הכשר למצוה והמצוה עצמה שנולדים הילדים וכיון שבאו ממילא אין צורך בכונה.

מכוין לשניהם עובר, דאל״כ וכי ס״ד שיתכוין שלא לשם מצוה וגם הא דצריך לברך. אבל צ״ע למה לא נקראת מצוה אי מתכוין לשניים ועיין בר״ן פרק האורג״...

וביאור דבריו כך: כאשר היבם מתכוין לשם מצוה ולשם נוי האם מתקיימת המצוה? מדברי הגמ׳ משמע שלא יצא ידי חובה, שכתוב: בראשונה שהיו מתכונים לשם מצוה מצות יבום קודם לחליצה, עכשיו שאין מתכונים לשם מצוה, מצות חליצה קודמת. ואם כדברינו שלשם מצוה ולשם נוי מועיל מדוע הגמ׳ כתבה היום אין מתכונים לשם מצוה הרי אפשר ללמדם להתכון גם לשם מצוה, ואל לנו לחשוש שמכוין אף לשם נוי, אלא ע״כ מדברי הגמ׳ משמע שאינו נחשב שמקיים את המצוה כתיקונה.

ומ״מ סיים שצ״ע מדוע לא יחשב מצוה, הרי הר״ן בפרק האורג הביא דברי הרשב״א, שכתב שמותר לנעול ביתו בשבת כדי לשמור את ביתו, ואע״פ שיש בביתו צבי וע״י סגירת הדלת הצבי ניצוד, ודווקא שלא מתכון רק לצוד את הצבי. וזה נלמד מדברי הירושלמי (שבת יג,ו) ״רב יוסי בשם ר׳ חנינא היה צבי רץ כדרכו ונתכוין לנעול בעדו ונעל בעדו ובעד הצבי מותר, ראה תינוק מבעבע בנהר ונתכוין להעלותו ולהעלות נחיל של דגים עמו – מותר״. וכתב ע״ז הר״ן שדברי הרשב״א תמוהים בעיני הרבה וכי מפני שצריך לנעול ביתו נתיר לו לעשות מלאכה בשבת.

עכ״פ מוכח מדברי הרשב״א שבמתכוין לנעול את הדלת (מעשה היתר) או להציל את התינוק (פקוח נפש) אע״פ שמצטרפת מחשבה של איסור (צידה) זה לא גורע ומפסיד את מעשה ההיתר,[4] וה״ה במצות יבום כאשר מתכוין לשם מצוה אע״פ שמצרף מחשבה נוספת, לא גורע מהמצוה [כ״כ בערוה״ש (קסה,ח), שאף לאבא שאול אם מכוונים לשם מצוה אף אם יכוונו גם להנאת עצמם לית לן בה, וכן פסק השבות יעקב (ג,קלה)]. ונשאר, כאמור, בצ״ע.

ייתכן והנו״ב הנ״ל סובר כפורת יוסף. ויש להסיק זאת ממה שכתב: ״עיקר דעת אבא שאול הוא שבועל לשם נוי או לשם אישות ומכוין בפירוש שלא לקנות, או מפני שאינו רוצה להקים לאחיו שם כמו אונן, או דניחא ליה לטעום טעם ביאה דעבירה ׳מים גנובים ימתקו׳. אבל בבועל סתם קונה כיון דסתמא לשמה קאי״. וכוונתו, שכאשר אדם כונס אשה לשם נוי מכוין בזה

[4] יש שכתבו, שדין זה של הרשב״א נאמר רק במלאכת צידה והטעם משום שסגירת דלת הוא מעשה של היתר ורק אנו מחשיבים זאת כמלאכת צידה אם הצבי נמצא בבית.

שאינו רוצה לקנותה, ולכן אבא שאול סובר שיש חשש לממזרות. אבל אם יאמר שמתכוין לשם מצוה אע״פ שמכוין לשם נוי אנו לא נסביר את דבריו, שמכוין לשם נוי, ולא לשם מצוה שהרי אמר בפירוש שכונסה לשם מצוה.

ו. יבום שלא למטרת קנין (רע״א ורש״א)

ר׳ שלמה איגר (תשובות רע״א רכא,ה ורכב,יד) מסתפק בדין אדם שייבם ואומר שאינו רוצה לצאת ידי חובת מצות יבום האם קנה או לא? ורצה לדייק מדברי רש״י (יבמות נג,ב) על דברי המשנה ׳בא עליה במזיד קנאה׳ ופירש שבא עליה לשם זנות ולא למצוה, והיה נראה להוכיח שקיים המצוה וקנאה.

אבל אין זה מוכח, כי שם בא עליה סתם לשם זנות ולא אמר בפירוש שאינו רוצה לקנותה י״ל שקנאה דאין צורך בדעת, אבל במתכוין שלא לקנותה לא שמענו האם התורה מקנה לו בע״כ או לא.

ולכאורה היה נראה לדייק מדברי הנמו״י שאינו קונה. הנמו״י כתב ביבמות כא,ב וז״ל: ״ומיהו ביבמתו אף אם גומר ביאתו ואמר שאין רוצה לקנות אלא בגמר ביאה, אין הדבר בדעתו שהתורה ריבתה שוגג כמזיד״. מדבריו משמע שדווקא שרוצה לקנות את האשה והיתנה שהקנין יחול בגמר ביאה, אין הדבר תלוי בדעתו והתורה מקנה לו בע״כ לפני גמר ביאה, אבל במקרה שאומר בפרוש שאין רוצה לקנותה כלל לא קני לה.

והביא ראיה נוספת לדבריו מב״מ י,א: ״נפל על המציאה כיון שגילה בדעתו שבנפילה ניחא ליה ואינו רוצה לקנות בקנין ד׳ אמות קנה. וכתב הנמו״י טעם לזה כיון שחכמים תיקנו לו קנין ד״א יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים.

מדייק רש״א מזה שכתב שטענת המוצא היא שאי אפשי בתקנת חכמים של קנין ד״א ולא כתב שאין רוצה שד״א יקנו עבורו ואין חצירו של אדם קונה לו בע״כ, מוכח מכאן שדווקא מתכוין לקנות ואומר שאינו רוצה לקנות בקנין זה, אין טענתו טענה והקנין שעשה מועיל לו וקונה, ורק בכה״ג שאינו רוצה כלל לקנות אינו קונה בע״כ.

ולפי זה אם רצה לקנות את האשה בגמר ביאה כיון שרוצה לקנותה אינו יכול להתנות שקונה אותה בגמר ביאה מה שאין כן כאשר אינו רוצה לקנותה כלל, אינו קונה (ע״ש שרצה לחלק בין שתי הסוגיות: בנפל על המציאה אין לו אפשרות לבטל את הקנין שנפל עליה, אבל בסוגיא ביבמות שרוצה לקנותה בגמר ביאה הרי בזמן ההעראה אינו רוצה לקנותה ואינו דוחה בזה את קנין

התורה שהרי התורה לא ציותה באיזה זמן קונה וכיון שיש בידו להכריז שהקנין יחול לאחר זמן כך יכול לומר שאינו רוצה לקנות בהעראה אלא ודאי קנין יבמה בע״כ שלא בטובתו ומשום הכי קנויה לו בהעראה).

ומסיים שכל הדין הזה אליבא דנמו״י, אבל מדברי הר״ן משמע שאפילו אומר שאינו רוצה לקנותה, קונה בע״כ.

ועיין בתשובות רע״א (רכב,יד), שרע״א השיב לבנו שאין מחלוקת בין הר״ן לנמו״י. ואף הנמו״י מודה לר״ן, שאפילו אמר שאינו רוצה לקנותה קונה אותה בע״כ, כי אם לא נאמר כך אזי גם בזמן העראה לא יקנה אותה שהרי בזמן ההעראה אין ברצונו לקנותה. ומה לי שאינו רוצה לקנותה כלל או שאינו רוצה לקנותה עד לאחר זמן, אלא ע״כ רואים, שכאשר מיבם את האשה, אפילו שאומר שאינו רוצה לקנותה קנויה לו בע״כ.

ז. שיטת הרמב״ם

הרמב״ם (יבום וחליצה א,ב) פוסק: ״ומצות יבום קודמת למצות חליצה״. משמע שסובר כדעת רבנן שהמיבם לשם נוי מקיים מצוה ולכן עדיף על חליצה ולא כדעת אבא שאול, שחושש לפגיעה בערווה.

אבל בהלכות גרושין (י,טז) משמע שפסק כדעת אבא שאול, וז״ל: ״ולעולם יתרחק אדם מעדות מיאון ויתקרב לחליצה״. וכתב הלח״מ שם, שדברי הרמב״ם הם מיבמות קט,א ״תני בר קפרא לעולם ידבק אדם בשלושה דברים בחליצה ובהבאת שלום ובהפרת נדרים״, והגמ׳ שם מסבירה שצריך לדבוק בחליצה כדעת אבא שאול.

ולפי זה דברי הרמב״ם מתמיהים, שבהלכות יבום פסק שמצות יבום קודמת לחליצה משמע שס״ל כרבנן ולא כאבא שאול ובהלכות גרושין משמע שפסק כאבא שאול וכתב הלחם משנה כי קושיא עצומה אצלי ולא ידעתי להולמה.

באחרונים נאמרו מספר תירוצים:

מרכבת המשנה (שם) כתב, שהרמב״ם פסק כחכמים, ומצות יבום קודמת לחליצה, והגמ׳ ביבמות קט,א מדברת בלכתחילה ולפיכך יעץ לנו הרמב״ם לעולם ידבק אדם בחליצה.

בערוך לנר (יבמות קט,א) כתב לתרץ שגם הרמב״ם לא כתב שיתקרב לחליצה אלא להיות עד כשרואה שחולצין, דהא עכ״פ חליצה מצוה היא. ומה שדייק בר קפרא בגמ׳, שלעולם ידבק האדם בחליצה דייק שפיר כאבא שאול, אבל

הרמב״ם למד זאת לגבי עדות כלשונו ״לעולם יתרחק אדם מעדות מיאון ויתקרב לחליצה״.

ואולי אפשר לתרץ דברי הרמב״ם בדרך נוספת. בהלכות יבום (ב,ז) פסק הרמב״ם: ״לא רצה הגדול ליבם מחזרין על כל האחין לא רצו חוזרין אצל הגדול ואומרים לו עליך מצוה או חלוץ או יבם, ואין כופין את היבם ליבם אבל כופין אותו לחלוץ״.

מדבריו משמע שהכפיה על היבם היא דווקא על החליצה ולא על מצות היבום שואל הצפנת פענח (שם) לדברי הרמב״ם, שפסק שמצות יבום קודמת לחליצה מדוע לא נכפה אותו על מצות יבום. ותירץ דאף דקי״ל כרבנן שמותר לייבם אף לא לשם מצוה מ״מ בכה״ג מצות יבום קודמת לחליצה שדין זה נאמר דווקא שמיבם לשם מצוה. וא״כ יבם שמסרב ליבם אמרינן שאם נכפהו לא יעשה לשם מצוה ולפיכך אין את הדין שמצות יבום קודמת ולא נכפהו על המצוה.

עוד יש להוסיף על זה דברי המעשה רוקח (יבום וחליצה א,ב) שרצה לתרץ דברי הרמב״ם כך: שלדעת אבא שאול מצות חליצה קודמת, שבסתמא אדם מיבם לשם נוי והוי ליה כפוגע בערוה ולחכמים אף שמתכוין לשם נוי מקיים את המצוה, מ״מ אין הדבר הגון ומתקבל ואה״נ מצות חליצה עדיפא שאז ודאי מקיים לשם מצוה וקי״ל גדולה עבירה לשמה ממצוה שלא לשמה.

וא״כ כך צריך להסביר פסקי הרמב״ם: מצות יבום קודמת לחליצה רק במתכוין לשם מצוה אבל אם מקיימה לשם נוי וכנגד זה עומדת אפשרות לקיים מצות חליצה לשם מצוה, חליצה עדיפא ולכן הרמב״ם פוסק בסתמא לעולם ידבק אדם בחליצה

ועיין בפירוש המשניות לרמב״ם (בכורות א,ז) וז״ל: ״אם נשא אותה לשם ממון או לשם נוי הרי הוא כאילו פוגע בערוה. ואין זה אמת לפי שמאחר שנסתלק ממנה איסור הערוה כשמת אחיו בלא בנים הרי הוא מותר בה ואפילו נתכוין שלא למצוה ולפיכך יהיה הדין על דעת זו שמצות יבום קודמת למצות חליצה בכל זמן וכן ההלכה״. משמע מדבריו שגם אם מיבם, שלא לשם מצוה, אנו אומרים שמצוה יבום קודם לחליצה, וצ״ע.

הרב אריאל בר-אלי
ר"מ בישיבת ההסדר שדרות

הגורם לחבירו להפר חוזה

תיאור המקרה

אדם פנה למתווך כדי שיעזור לו למצוא דירה גדולה לקניה. לאחר חיפוש ממושך נמצאה דירה ונכתב בנוכחות עורך דין חוזה מכירה. רגע לפני חתימת החוזה התריע המוכר על כך שיש לו חוזה שכירות עם שוכרים למשך השנה הקרובה, וברצונו לבטל את חוזה השכירות! הוא התייעץ עם עורך דינו איך ניתן לבטל את חוזה השכירות. המתווך כעס על המוכר היות והוא הבטיח לו כי לא ישכיר את הדירה, חתימת חוזה המכירה נדחתה, הקונה המיועד הודיע שאם יכנסו שוכרים הוא לא קונה את הדירה.

המוכר פנה אל השוכרים בבקשה לוותר על השכירות אך הם לא מוכנים לוותר מאחר וקשה למצוא דירה כזו גדולה והם כבר נתנו צ׳קים עבור כל השנה.

לבית הדין פנו הקונה המיועד והשוכר המיועד רק כדי לברר את ההלכה ללא פסק דין מחייב. (בפועל, בעקבות התערבות בית הדין, והעלאת הצרכים המיוחדים של כל משפחה ישנה הסכמה של לפנים משורת הדין. הקונה יחפש דירה אחרת עבור השוכרים והוא ידאג שהיא תהיה באותה רמה – מזגנים, גינה מושקעת וכד׳, אף בהשקעה כספית שלו).

בירור הדין

השאלה המרכזית האם השוכר קנה כבר את זכות השימוש בדירה.

האם נוצר קנין שכירות? ההשלכה היא לעניין יכולת החזרה של המשכיר. אם הקנין כבר חל אין לו יכולת לעכב את השכירות וניתן לכוף את קונה הבית לאפשר לשוכר לממש את זכותו.

החוזה המדובר אינו מנוסח לפי ההלכה ולכן מצד קנין שטר לשכירות קרקע, אין כאן.

ניתן להחשיב את הצ׳קים כקנין כסף ושכירות קרקע נקנית בכסף, אבל הדבר תלוי בשתי שאלות.

האם צ׳ק הוא שט״ח או הרשאה בלבד? (האפשרות שצ׳ק נחשב ככסף ממש לא נראית כפי ששמענו מפי הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט״א).

גם אם צ׳ק נידון כשט״ח עדיין ישנה מחלוקת ראשונים האם שט״ח נחשב ממש כסף או שישנו חסרון של אגיד גביה (רשב״א בקידושין דף ה, רמב״ן בסוגיית ״מנה אין כאן״ בקידושין דף ח, יעויין רעק״א בסוף סימן לט).

ניתן לדבר על קנין סיטומתא (הש״ך בסימן רא הסיק שמועיל גם בקרקע, כשיש מנהג). היות ולפי חוק, החוזה מחייב, החוק הפך את החוזה למנהג הסוחרים וממלא יש פה קנין סיטומתא (כך נראה מדברי החזו״א בב״ק ליקוטים סימן טז).

אולם גם אם יש כאן מעשה קנין עדיין החלות שלו היא רק לאחר חודש. האם יש לפנינו קנין לאחר ל׳, או קנין מעכשיו ולאחר ל׳?

הנפ״מ היא ליכולת החזרה, אם מדובר על קנין ״לאחר ל״ אז הקנין אינו חל וממילא המוכר יכול לחזור בו ״אתי דיבור ומבטל דיבור״, כמבואר בקידושין נט. אבל אם מדובר על קנין ״מעכשיו ולאחר ל״ אז המעשה הסתיים משום שאמר מעכשיו[1] אינו יכול לחזור בו. השוכר קנה כבר בגוף הבית של המשכיר את הזכות להשתמש בו לאחר שלושים, וכבר עכשיו קנה את הזכות הזו. אומדן הדעת של בית הדין הייתה שהסכם השכירות מתפרש ״מעכשיו ולאחר ל״. שטר השכירות שבין שני הצדדים נעשה כמנהג המדינה, יש לומר שדעתם היא שהפרשנות שתינתן לשטר כזה היא עפ״י הנהוג במדינה, וא״כ כיון שלפי מנהג המדינה אין אפשרות חזרה במצב כזה, יש לומר שגם הם רצו ליצור מצב זה.

המסקנה היא שנוצר פה קנין שכירות וממילא המוכר אינו יכול למכור את הזכות הזו, אסור לקונה להמשיך במגעים עם המוכר לקניית הדירה.[2]

---

[1] הדבר תלוי במחלוקת הרמב״ן ורש״י בקידושין נט,ב (יעויין קצות החושן סימן רט סק״ח). הנתיבות בסימן ריא סק״ד הכריע בקנין ״מעכשיו ולאחר ל״ אין יכולת חזרה.

[2] על אף שקונה הדירה אינו עושה מעשה אלא רק גורם למוכר לחזור בו, יש בכך משום מסייע ידי עוברי עבירה בהפרת התחייבות שחלה על פי דין. אמנם ״לפני עיור״ אין פה, היות וידוע על קונים אחרים הרוצים לקנות את הדירה והם אינם מקפידים על כללי ההלכה (מלבד דעת המשל״מ פ״ד ממלוה ולוה, שאם האחר העושה את העבירה הוא יהודי עדיין יש לפ״ע), אמנם יש אומרים שגם לדבריו אם היהודי האחר יעשה את האיסור בגלל שאינו מודע לכך שיש בדבר איסור אז אין לפ״ע לכו״ע. כך מובא בספר ״כתר מחקרים תורניים״ חלק ב.

הרב אריאל בר-אלי

יורד לאומנות חברו

תיאור המקרה

ראובן מוכר בישיבה זה כמה שנים ספרי קודש. שמעון התחיל להגיע לישיבה פעם בשבוע עם ספרי קודש למכירה. לאחר זמן התחיל שמעון להגיע מידי יום לישיבה ואף מינה נציג קבוע מטעמו להזמנת ספרים. ראובן רוצה לעכב את שמעון ממכירת ספרים כל יום, הוא מוכן למכירה פעם בשבוע.

טענות בעלי הדין

תובע- אני יכול להביא כל ספר בפרק זמן סביר, המחירים שלי הם זולים ואין הפרש משמעותי ביני לחברי. אודה שזה לא מרכז פרנסתי אלא הכנסה נוספת, בזמנים הטובים מדובר על רווח של 500 ש״ח לחודש.

נתבע- אני יותר זמין לבחורים, יש לי רכב המיועד לנסיעה לספקים ולכן אני מהיר יותר. כמו כן אני מציג את הספרים לפניהם וזה מגדיל את הקניה. אין לי בעיה להמשיך במצב הנתון וכל אחד יזכה בחלק שיוצא לו.

בירור הדין

במסכת בבא בתרא כא,ב מובאת מחלוקת רב הונא ורב הונא ב״ר יהושע בבן עיר שבא לפתוח עסק בצד עסקו של חבירו; רב הונא אוסר משום יורד לאומנות חבירו. ונפסקה הלכה בסימן קנו כדברי ר׳ הונא בר יהושע אין מניעה מכל בעל עסק לפתוח ליד חברו אף כשמפחית בזה את פרנסתו של הראשון.

הנה בגמרא שם ישנו יחס שונה לאדם שבא מחוץ לעיר, ״בר מתא אבר מתא אחריתא מצי מעכב״. כנראה שישנה זכות בסיסית לבני העיר למצוא את פרנסתם במקומם לפני אחרים.

במקרה שלנו הישיבה ממוקמת בשדרות, שמעון גר בבאר שבע, ראובן גר בשדרות הדין נותן שראובן יוכל לעכב את שמעון.

ישנו שיקול נוסף לטובתו של ראובן והוא פסק הרמ״א בשו״ת סימן י.
הרמ״א מדבר על ראובן שיש לו חנות בתוך מבוי סתום, ובא שמעון לפתוח חנות דומה בפתח המבוי, באופן שאי אפשר להגיע לחנותו של ראובן לפני שיעברו על חנותו של שמעון. לדעת הרמ״א ההלכה היא שראובן יכול לעכבו

אף שהם בני עיר אחת! טעם הדבר הוא שהואיל ואי אפשר להגיע לחנות ראובן אם לא יעברו חנותו של שמעון, הרי מקופחת לגמרי פרנסתו של ראובן.

לכן גם במקרה שלנו אם ההערכה היא שאין אפשרות לשני מוכרים להיות בישיבה אחת נמצא שניתן לעכב את שמעון. דעת הבית יוסף אינו כך ולדעתו אף במקרה כזה אין יכול ראובן לעכב בידו[1] (סימן קנו).

(בגמרא מובא מקרה נוסף אשר לחלק מהפוסקים נפסק להלכה. דייג פרש את הרשת שלו בים, ועוד לפני שתפס את הדגים הגיע חברו ורוצה לצוד שם, יש לו אפשרות למנוע מדייג חדש לדוג שם.

האם ניתן לומר כלפי ראובן שהקדימה של בזמן נותנת לו הגדרה של "רשת פרוסה" בישיבה?

נראים הדברים שיש לחלק בין החלטה של בעלי בחירה לדגים. לעומת טבע הדגים להיכנס למקום שיש בו אוכל (לכן במידה מסוימת הם כבר ביד הדיג עוד לפני שנעשתה פעולה קניינית) בבני אדם זה לא כך, אין שום התקשרות בין התלמידים למוכר ולכן כלפי העתיד אין לראובן שום זכות קדימה, בידם להזמין ספרים בחוץ. דבר נוסף, בישיבת הסדר התחלופה של התלמידים גבוהה וממילא אין לו זכות ראשונים כלפי החדשים).

מנגד ניתן לטעון כי ראובן אינו זכאי למנוע משמעון למכור, וזאת משני טעמים:

1) לראובן ישנה פרנסה נוספת ולכן אף אם יפסיד את ההכנסה הזו אין כאן טענת "פסקת לחיותי" במובן של חיי נפש.

2) ישנה הערכה שלא יהיה הפסד גמור אלא רק ירידה בהכנסות.

לגבי הטענה הראשונה, מסברא אין מקום לחלק בין חלק מהפרנסה לאיום על כל הפרנסה היות וזו זכות הקיימת לבן העיר לפני אורחים מבחוץ וכן משמע משו"ת חת"ס סי' סא.

לגבי הטענה השנייה, באמת יש להסתפק האם ההלכה של יורד נאמרה רק כאשר הוא יפסידו לגמרי או גם כאשר רק ממעט את הקונים?

---

[1] בבית יוסף (סי' קנו) הביאו וכתב עליו: "ונראה דאביאסף סבר דלא כרב הונא בריה דרב יהושע. וא"כ לדידן דקיי"ל כר"ה ברי' דר"י לא מצי מעכב עליו".

נראה להוכיח מדברי הרמ״א לעיל שאף הפסד מקצת קונים מאפשר לעכב את חברו. הרמ״א פסק שאם מבטל את פרנסת חברו לגמרי ניתן לעכב אף באותו מבוי. והנה מחלוקת האמוראים היא גם כאשר הוא באותו מבוי, ולהלכה אינו יכול לעכב באותו מבוי, מוכרחים אנו לומר שהרמ״א העמיד את המחלוקת רק בהפחתת קונים[2] ולא בביטול הקונים לגמרי. אם כן להלכה ניתן לעכב אף על מיעוט קונים כל שהמוכר החדש אינו בן העיר.

טובת הציבור לעומת זכותו של הפרט

יש לתת את הדעת על שיקול מרכזי נוסף והוא טובת ציבור הקונים.

להערכתנו ישנו רווח לציבור הבחורים ממכירת שמעון. הוא זריז יותר בהבאת הספרים וכן הוא מציג את הספרים בפני הבחורים ובכך מתאפשר להם להיחשף לספרים חדשים.

האם זה הוא שיקול מכריע?

בנקודה זו ישנה מחלוקת גדולה בראשונים והיא מובאת ברמב״ן בחידושיו לבבא-בתרא שם. הוא נחלק עם הר״י מגאש במקרה והמוכר החדש מוזיל את מרכולתו. לדעת הרמב״ן אין זה שיקול המתיר לפגוע בפרנסתו של המוכר הישן. דעת הר״י מגאש כי טובת הקונים עדיפה על טובתו של היחיד.

אפשר שנחלקו במהות האיסור לירד לאומנות חבירו. לר״י מגאש יש כאן תקנה דרבנן מפני תיקון העולם וכפי שכתב הבית יוסף:

> כיון שדינים הללו דמצו מעכבי מדרבנן בעלמא הוא מפני תיקון העולם.

לכן ישנו מקום להעדיף את הכלל על חשבון הפרט שהרי זה הוא תיקון הכלל. לעומתו הרמב״ן סובר שהדין של יורד לאומנות חברו שורשו בדין מזיק. הפגיעה הכלכלית במוכר הראשון אסורה מדיני נזיקין. כפי שכתב בשו״ת חתם סופר חלק ה (חו״מ) סימן עט:

---

[2] וכ״כ משאת בנימין סי׳ כג, וז״ל: נראה לי דע״כ לא פליג ר״ה בריה דרב יהושע ארב הונא אלא כה״ג דריחייא דאינו מבטל לראשון לגמרי, שהרי הראשון עומד בריחיים שלו וכו״, אבל היכא שבא השני לדחות את הראשון לגמרי, ולבטל אותו ממחייתו כענין החנות והאורדנות, שאין רשות רק לאחד בכל העיר, ובא שני והשיג גבול הראשון ודוחה אותו לגמרי, כו״ע מודו דמצי מעכב אפי׳ אבר מבואה דידיה, דהא ודאי פסק לחיותא לגמרי. וכה״ג כתב ג״כ הזקן מהרי״ק בס׳ שארית יוסף שלו סי׳ יז״. יעויין פסקי דין רבניים חלק ח עמוד 227.

יורד לאומנתו לכאורה נראה כל הנוגע בענין זה אסור מדאורי' וגזל גמור הוא מן התורה

ולכן אין אפשרות לפגוע ביחיד גם אם זו תקנת הציבור.

הרמ"א בסימן קנו סעיף ו פסק כדברי הר"י מגאש להעדיף את טובת הלוקחים על פני המוכר ולכן כל שישנה הוזלה במחיר אי אפשר לעכב. (הרמב"ם והשולחן ערוך לא הזכירו במאומה את הדיון על הוזלה במחיר, צ"ע בדעתם).

מאחר ופסק הרמ"א להעדיף את טובת הכלל על פני הפרט, יש לברר האם השיקולים של טובת הציבור שנזכרו לעיל דומים[3] להוזלת מחירים?

ניתן היה לדמות את זה להוזלה מועטת, וכבר כתב הנימוק"י שאף הר"י מגאש מודה שכאשר ההוזלה לא משמעותית אין בכך די לדחות את זכויות המוכר. אם השיקולים שהזכרנו מקבילים להוזלה מועטת אם כך יש מקום להעדיף את טובת הפרט על פני הכלל. אולם הרמ"א פסק באופן סתמי להעדיף את טובת הציבור ולא חילק בין הוזלה קטנה לגדולה ואם כך ניתן לומר כל שיש טובה לציבור היא מכריעה.

לכן הבסיס לפסק הדין הוא זכותו המקדימה של ראובן כתושב העיר להתפרנס בעירו, מנגד ישנו שיקול שאינו חד משמעי, לדאוג ששמעון ימשיך למכור לטובת הציבור.

סיכום

יש לדאוג שפרנסתו של ראובן לא תיפגע לגמרי!
לשם כך יש למנוע משמעון למנות נציג קבוע מטעמו בישיבה יש להגביל את שמעון שלא למכור גמרות הנלמדות בישיבה, בתחילת הזמן. לא למכור ספרי יסוד אשר בדרך כלל הצורך בהם אינו מידי, כדוגמת מקראות גדולות, ש"ס, טור, שולחן ערוך ומשנה ברורה.

[3] מצאנו בשו"ת בית אפרים סימן כו שאפילו קיצור הדרך לציבור הקונים מהווה שקול כנגד טובת המוכר!

ב״ה י״ז בחשון תשס״ז

פסק דין

הבסיס לפסק הדין הוא זכותו המקדימה של ראובן כתושב העיר להתפרנס בעירו, מנגד ישנו שיקול לדאוג ששמעון ימשיך למכור בישיבה לטובת הציבור.

לשם כך- על שמעון להימנע מלמנות נציג קבוע מטעמו בישיבה.

המכירה של שמעון תכלול את כל הספרים מלבד:

1) גמרות הנלמדות בישיבה, בתחילת הזמן.

2) לא למכור ספרי יסוד[4] כדוגמת מקראות גדולות, ש״ס, טור ושולחן ערוך, משנה ברורה.

על החתום:

הרב דרור הרב פנדל (אב בית הדין) הרב בר-אלי

[4] להערכתנו ספרים כאלו אינם נצרכים באופן המידי ופרק הזמן בו ראובן משיג אותם הוא סביר.

הרב אריאל בר-אלי

משאבת מים שלא תוקנה כראוי

תיאור המקרה

ראובן הכניס את המכונית שלו למוסך לצורך תיקון, שם התברר שישנה בעיה במשאבת המים וצריך להחליף אותה.

שמעון, בעל המוסך, תיקן את המשאבה ומסר את מפתחות המכונית לראובן. תוך כדי נסיעה הבהבה נורית המעידה על בעיה במשאבת המים. ראובן שקל בדעתו מה לעשות והחליט שישנה בעיה בנורה בלבד. הוא לא העלה בדעתו שישנה בעיה במשאבת המים, הרי היא אמורה להיות תקינה לחלוטין. המכונית נתקעה והתברר שהמנוע שלה התקלקל, ברור שהבעיה נוצרה בעקבות תקלה במשאבת המים.

טענות בעלי הדין

תובע- ראובן תובע את תיקון המנוע משמעון, האחריות מוטלת עליו!

נתבע- שמעון מודה באחריות שלו למשאבת המים אבל אינו לוקח אחריות על הקלקול של המנוע. לדבריו, ראובן היה צריך לעצור מיד כשראה את הנורה דולקת.

בירור הדין

לגבי משאבת המים אין ויכוח בין הצדדים שהיא הורכבה ברשלנות. לכן מבחינת הקונה לא נעשה לו התיקון הראוי והוא פטור מתשלום.

לגבי הנזק למנוע, הוא לא נעשה על ידי שמעון. מבחינת שמעון הוא נתן את המכונית באותו מצב שהגיע אליו. הנזק נגרם על ידי הקונה אשר סמך על בעל המוסך ובכך הוא עצמו גרם את הנזק למנוע.

ראשית יש לדון מה היא אחריותו של בעל המוסך לנזק במנותק מאחריותו של הקונה. האם הוא נחשב למזיק בגרמא ואז הוא פטור או יש פה אחריות ישירה יותר המוגדרת "גרמי" ואז ישנו חיוב.

למדנו בגמרא בבא קמא דף צט: "המראה דינר לשולחני ונמצא רע, חייב" זו דוגמא לנזק שנגרם רק על ידי דיבור ובכל זאת האדם חייב מדין גרמי. כן

נפסק בשולחן ערוך חושן משפט סימן שו סעיף ו: "המראה דינר לשולחני, ואמר לו: יפה הוא, ונמצא רע, אם בשכר ראהו, חייב לשלם, והוא שיאמר לשולחני: עליך אני סומך, או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים". אף במקרה שלנו היה ברור לכולם שהקונה סומך על בעל המוסך ולכן יש כאן דין גרמי.[1]

כעת יש לדון מה היא אחריותו של הקונה לנזק, האם הוא אנוס, שהרי לא היתה לו ידיעה שהתיקון לא הצליח, וממילא האחריות רובצת עדיין על המוסך או שהוא אשם בכך שהתעלם מנורית האזהרה?

להערכתנו הקונה הפעיל שיקול דעת מוטעה!

ברגע שהמנורה נדלקה היה עליו לעצור, הסברה שזו תקלה בנורה (לאור התיקון במוסך) היא לקיחת סיכון לא סביר ביחס לאפשרות של קלקול המנוע.

לכן האחריות לנזק יורדת מבעל המוסך ומוטלת על הקונה שהפסיד עצמו.

בעל המוסך נתן רכב לא תקין מבחינת משאבת המים אבל לעניין המנוע, הרכב נחשב תקין כי יש לו עוד "בלם" לפני הקלקול, ולכן לא ניתן לדמות אותו לשולחני.

כעין זה נפסק בשולחן ערוך חושן משפט סימן רלב סעיף כב:

> הלוקח מקח ונמצא בו מום, ואחר כך אבד או נגנב, הרי הוא ברשות הלוקח, עד שיחזיר המקח למוכר. ואם התליע או נפסד מחמת המום, הרי זה ברשות מוכר, ואם היה לו להודיע למוכר ולא הודיעו, ה"ז ברשות לוקח.

[1] יש להעיר שהמקרה שלנו אינו ממש דומה לשולחני, שם נעשה כל ההיזק על פי דיבורו של השולחני. כאן ההזק למנוע נגרם על ידי אדם אחר שסמך על השולחני. כעין זה מצאנו בדין מקח טעות "אם התליע ונפסד מחמת המום הרי זה ברשות המוכר", על אף שהנזק נגרם לחפץ רק לאחר הקנין, עדיין הוא באחריות המוכר (סימן רלב סעיף כב). אמנם ישנו חילוק בין מקח טעות שמבטל את הקנין למפרע ונמצא שחפץ הוא ברשות המוכר לעומת דין מזיק שהחפץ תמיד של הקונה.

סיכום

ביחס לנזק שנגרם למנוע אין לחייב את בעל המוסך.

אנו ממליצים לבעל המוסך לפייס את חברו[2] שהרי בודאי היתה פה רשלנות אשר גרמה להפסד כספי גדול.

על החתום הדיינים:

דרור טוויל, דוד פנדל (אב בית הדין), אריאל בר-אלי.

[2] נראה שאין כאן חיוב לצאת ידי שמים הקיים בדין גרמא בטוש"ע תיח,ז. לאור דברינו כי בעל המוסך נתן רכב עם אפשרות סבירה לעצירה קודם קלקול המנוע, הוא לא נחשב כגורם. בייחוד שאף בגרמא כתב המאירי (ב"ק נו,א ד"ה וכן), לאחר שהביא מה שמצאנו בגרמא חיוב בדיני שמים: "אלא שיש מהם שפטור אף בדיני שמים, והוא שאין כוונתו כלל להיזק, כי הוא יודע תעלומות לב". וא"כ בנדון דידן שלא נתכוון בעל המוסך להזיק יש לפטור גם מדיני שמים.

הרב אריאל בר-אלי

עיכוב במכירת דירה

תיאור המקרה

י' רוצה למכור דירה לע', גם בהגיעם לבה"ד אין אחד מהם מעונין בביטול החוזה אלא רוצים במכירה.[1]

ביום 9.05.06 נערך חוזה חתום בין שני הצדדים, שהובא לבה"ד.

להלן הפרטים מהחוזה החשובים לנדון דידן:

ע"פ החוזה (סע' 3 א) ע' אמור להכנס לדירה ביום 1.9.06 לאחר ששילם את כל ערך הדירה שהוא 375,564 ש"ח (סעיף 4).

ע"פ החוזה (סע' 4) התשלום מבוצע בארבעה שלבים.

ע"פ החוזה השלב השני של התשלום הוא בסך 150,000 ש"ח וצריך להיות משולם עד ליום 30.7. התשלום האחרון הוא ביום הכניסה לדירה.

ע"פ החוזה הקונה אינו צריך לשלם את הסכום השני אלא "בכפוף להמצאת אשור על סילוק המשכנתא או מכתב כוונות של המוכר".

בסעיפים 17-21 בחוזה מצוין מה נחשב ביטול החוזה. ובסעיף 19 מובא: "איחור של עד 14 ימים בביצוע התשלומים או במסירת החזקה ע"פ הסכם זה לא ייחשב כהפרה יסודית של ההסכם". עד כאן הפרטים מהחוזה החשובים לנדון דידן.

למעשה הדברים התנהלו באופן קצת שונה.

לגבי הכניסה לדירה, ע' התחיל להעביר דברים לדירה ב 4.8, ובתאריך 1.9 הוא נכנס לגמרי. וזאת בידיעת המוכר שהסכים שאם הקונה יסתדר עם השוכר שיצא לפני הזמן שהוא 30.8 הוא מסכים לכך. (בפועל השוכר עשה טובה לקונה ויצא לפני הזמן, כך שהקונה נכנס ב 14.8).

לגבי התשלומים: התשלום הראשון בערך 50,000 ש"ח ניתן בזמן.

---

[1] לצערנו נאלץ להלן להשתמש בתאריך לועזי שעל פיו נקבע ההסכם בין שני הצדדים.

לגבי התשלום השני היה עיכוב, האישור על סילוק המשכנתא הגיע לקונה רק ביום 28.9, באותו יום שילם הקונה 210,000 ש״ח.

ביום 10.10 ניתנה יתרת החוב ובכך הסתיים הקנין.

טענת המוכר (התובע)

המוכר טוען שלא היה בדעתו להעביר בעלות עד שיקבל את כל הכסף, וזה שהקונה נכנס מה 1.9 אע״פ שלא שילם זה חסד שנעשה עמו. המוכר תובע מהקונה את תשלום המשכנתא עבור שני חודשים, שהוא שילם אותו מכיסו. כל חודש איחור בקניה גרם למוכר להמשיך לשלם משכנתא על אותה דירה. מבחינת המוכר אין לו כל תועלת בכך היות והוא עושה גרירת משכנתא לבית החדש שלו. (גם הקונה שנכנס תחתיו, לא מרויח מתשלום המשכנתא על אותם חודשים). לכן הוא תובע מהקונה החזר של תשלום המשכנתא, סך התשלומים הוא 3180 ש״ח.

טענת הקונה (הנתבע)

הקונה טוען שנכנס לדירה לא כשוכר אלא כקונה. ונכון שהתשלום התאחר ביחס למובא בחוזה, אולם הסיבה לאיחור היא עיכוב של המוכר בהמצאת אשור על סילוק המשכנתא, ובחוזה עצמו בסעיף 4 מפורש שאין חיוב לשלם את התשלום השני אלא לאחר המצאת אישור זה, ולכן באותו יום שנתקבל האישור שהוא יום 28.9 שילם הקונה 210,000 ש״ח שהוא כמו התשלום השני ויותר. ומחמת סיבות אלו טוען הקונה שהוא פטור מלשלם.

הקונה מצידו יש לו גם טענות כלפי המוכר, וכיון שהם תביעה בפנ״ע, נדון עליהם בנפרד להלן.

פסק הדין

א. במקרה שלפנינו שני הצדדים מעוניינים לקיים את המכירה ואין מי שטוען מקח טעות, והויכוח הוא על התביעה של המוכר. אמנם יש לברר האם חל כאן קנין על הדירה ומתי חל קנין זה.

ב. כל הדיון להלן הוא בהנחה שניתן להגדיר העברת בעלות גמורה ע״פ דין תורה, אע״פ שעדיין לא היה רישום בטאבו. במקרה שלנו לכו״ע רישום זה אינו מבטל את תוקף מעשה הקנין משום שהייתה הסכמה ברורה מצד שני

הצדדים שהבעלות מועברת ביניהם גם בלא רישום זה. ועיין בפתחי חושן ח"ז פ"ב סי"א.

ג. נראה פשוט לקבל את טענת המוכר שכל עוד שלא קבל את כל התשלומים אין בדעתו להעביר בעלות. נראה שזו אומדנא פשוטה בדרך כלל, ובמיוחד כאן שכך כתוב בחוזה.

ואע"פ שכאן הרשה לקונה להיכנס לדירה קודם ששולמו כל התשלומים אין בזה כדי להוכיח על העברת בעלות.

ד. לפי המוגדר בחוזה מסירת המפתח היא רק לאחר תשלום כל החוב. לכן לא שייך לדבר על קנין כסף במטבע אחד, ולהגדיר את היתרה כזקיפה במלוה.

ה. המשמעות היא שבעלות הקונה החלה רק ב 10.10. לאור זאת, הקונה גר במשך ארבעים יום בביתו של המוכר בטרם התבצע הקנין. לכן יש לחייבו בשכירות על אותם ימים כמבואר בסימן שסג, הדר בחצר חבירו מעלה לו שכר. אין יסוד לתביעת המוכר לשלם לו את ההוצאות שלו לתשלום המשכנתא. זה הוא הזק שנגרם לו בעקבות מעשיו שלו עצמו, ניתן לחייב רק מדין נהנה לפי שער השכירות כמקובל.

ו. לכאורה יש לטעון שתי טענות לפטור:

1) החצר לא "קיימא לאגרא" ואז אין חיוב מדין נהנה שהרי זה נהנה וזה אינו חסר, פטור.

הרי המוכר מעוניין במכירה ולכן הוא לא ישכיר את הבית לתקופה ארוכה אלא עד זמן המכירה. לאור זאת לא מסתבר שיהיה שוכר מצוי לתקופה כזו קצרה! ומדברי הרמ"א (שם סעיף י) נראה שההגדרה קיימא לאגרא כפופה ליכולת ההשכרה בפועל ולכן אם המשכיר לא נמצא בעיר ולא היה מי שיתעסק בפועל בהשכרה, החצר אינה קיימא לאגרא!

2) המוכר לא דרש תשלום כאשר השוכר נכנס. האם אין כאן מתנה וכפי שאכן טוען השוכר.

ז. נראה שהחצר מוגדרת "קיימא לאגרא" בבירור שערכנו נאמר לנו שמצוי הדבר שהקונה עצמו חפץ להיכנס מראש בשכירות עד לזמן הקניה. במקום לשלם שכירות על בית אחר הוא מעדיף להתחיל להתמקם בבית המיועד.

נראה שגם במקרה שלנו אם היה מדובר מראש על תשלום דמי שכירות הרי הקונה היה מסכים.

ח. לעניין טענת המחילה מצד המוכר: הרמ"א אכן פסק (שם) "האומר לחברו דור בחצרי א"צ ליתן לו שכר" אלא שסתר משנתו וכתב "האומר לחברו אכול עמי צריך לשלם לו שכר" (רמו סעיף יז).

ובקצות החושן שם ביאר את הדברים. חיוב נהנה קיים גם כאשר ההנאה נעשית מדעת ואין אומדנא למחילה! אולם חיוב מזיק לא קיים כאשר ישנה דעת בעלים להזק. בסימן שסג אנו עוסקים באדם שלא עביד למיגר וממילא אין לו הנאה, כל חיובו הוא מצד ההפסד שגרם לבעל הבית שלא יוכל להשכיר את הבית. לכן אם בעל הבית עצמו מזמין אותו הרי אין לחייבו מצד ההזק. בסימן רמו האדם נהנה מהאכילה ולכן חייב לשלם עליה. במקרה שלנו ודאי שהקונה עביד למיגר ולכן יש לחייבו משום נהנה. בנוסף קשה להגיד שהמוכר נתן לו מתנה כאשר יש לו הוצאות של תשלום משכנתא בגין הבית.

סיכום פסק הדין: ע"פ תחשיב של גובה שכירות הממוצע עבור בית כזה הוא 380 דולר לחודש. וא"כ צריך לשלם הקונה עבור השהות בבית לארבעים יום סך של 506 דולר. (ע"פ ערך הדולר ביום התשלום).

פסק דין

לאחר שמיעת הטענות ובירור הדין על פי פסק הרמ"א בסימן רסד "כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה לא יוכל לומר בחינם עשיתי", התקבלה טענת התובע בדבר תשלום דמי השכירות עבור השימוש בבית.

היות והנתבע נהנה מהבית 40 ימים עליו לשלם 2143 ש"ח.

באנו על החתום, היום יום חמישי ד' בחשון תשס"ז:

הרב דרור טוויל הרב דוד פנדל (אב בית הדין) הרב אריאל בר-אלי

חלק ב: להלן נפרט את טענות הקונה ותשובות המוכר עליהן

א. הקונה טוען שסיכם עם המוכר שהדירה תהיה צבועה, ולמעשה נאלץ הקונה לצבוע בעצמו. הוא דורש מהמוכר את דמי העבודה של שלשה ימי צביעה. המוכר טוען שהשוכר הקודם של הדירה היה צריך לצבוע אותה, שכך סוכם איתו, הקונה ידע זאת ודובר שיסכם את הענין עם השוכר.

ב. הקונה טוען שהמוכר צריך לתת לו שבע מזוזות, שע"ד כן קנה את הדירה שיהיו בה מזוזות. המוכר טוען שלא דובר במפורש על המזוזות, שהמזוזות בדירה בכלל אינן שלו אלא של השוכר הקודם. אמנם מסכים לתת את המזוזות שהיו בעבר בדירה שנמצאות אצלו.

ג. הקונה טוען שיש סדק משמעותי בכיור שמצריך את החלפת הכיור. המוכר טוען שהקונה בדק את הדירה, ובחוזה מפורש שמבחינת השוכר לא נמצאו כלל מומים בדירה ומוכן לקבלה כמות שהיא, ועל כך חתם הקונה. כנגד זאת טוען הקונה שהבדיקה היתה חפוזה ולא שם לב למום זה.

פסק הדין

א. ביחס לענין הצביעה, המוכר טוען שלא סוכם שהדירה תהיה צבועה אלא שיש זכות לקונה לדרוש מהשוכר הקודם צביעה. אם כן אין לו אישית מוערבות בכך. הקונה לא הכחיש את הדברים ולכן התקבלה טענת המוכר.

ב. ביחס למזוזות, נראה שהמזוזה אינה חלק מהדירה עצמה, וה"ז כמו מנורה או מראה וכד', שרק מה שסוכם במפורש שכלול במכירה ניתן לראותו ככלול בזה, עיין חו"מ ריד סי"א. וייתכן שכאן ודאי מכור שהרי אסור להסירן, ומאידך כיון שהוא ענין מצוה שמוטל על הגברא והוא חובת הדר יש לומר ודאי שלא כלול במכירה. מ"מ כיון שהבטיח לתת לו את המזוזות שהיו, יעמוד בדיבורו בזה. ובפועל המוכר מוכן לתת אותם.

ג. לגבי הסדק בכיור נראה שהחתימה על החוזה משמעותה מחילה מצד הקונה, שכך מבואר שם בסעיף שהקונה ראה את כל הבית ואין לו טענה כלל. וגם מצד המוכר נראה שאין כאן חוסר הגינות שהרי לא הוא גר בדירה בשנה האחרונה שיוכל לדעת זאת ולומר זאת לקונה.

הרב אריאל בר-אלי

פיטורי עובדת בזמן הריון

לפני בית הדין הוגשה תביעה נגד מעסיק אשר פיטר את המזכירה שלו בזמן הריונה. המזכירה דרשה תשלום מלא עד לאחר חופשת הלידה. לטענתה הפיטורין אינם בתוקף ולכן עליה לקבל את מלוא שכרה. מנגד טוען המעסיק שהפיטורין אינם בגלל ההריון ולכן הם חוקיים. היות והעסק נקלע לקשיים הוא הוכרח לצמצם עלויות, ולבסוף העסק אכן נסגר.

הדיון בבית הדין התחיל מנקודת מוצא הלכתית, דינא דמלכותא דינא קיים גם בארץ ישראל (כפי שנקטו הפוסקים בפד"ר ה 281, ציץ אליעזר ח"ה סימן ל, יחווה דעת ה סימן סג).

בחוק פיצויי פיטורים (התשכ"ג) המחוקק אוסר פיטורין בזמן הריון רק כאשר המניע לפיטורים הוא ההיריון. אולם כל פיטורין בזמן הריון מצריכים אישור ממשרד העבודה על מנת לוודא שהפיטורים אכן אינם מחמת ההריון. במקרה שלנו, המעסיק פיטר אותה ללא אישור משרד העבודה, לטענתו הוא לא ידע על הצורך באישור זה.

בשלב זה, ביקש בית הדין מהמעסיק לפנות למשרד העבודה ולהשיג את האישור הדרוש.

התשובה אשר הגיעה ממשרד העבודה היא: אין באפשרותנו לאשר את הפיטורין למפרע אבל ניתן לאשר את הפיטורין מתאריך הגשת הבקשה למשרד העבודה. המשמעות הכספית היא שהמעסיק יאלץ לשלם לעובדת, שכר של חמישה חודשים, ההפרש בין מכתב הפיטורין לזמן אישור הפיטורין ע"י משרד העבודה.

הדיון בבית הדין התמקד בשאלה האם מקבלים את החוק על כל פרטיו? הדרישה של המחוקק לאישור משרד העבודה היא מגבלה חדשה שאינה נדרשת לפי דין תורה.

ההלכה מאפשרת למעביד לפטר את העובד כאשר המעביד נמצא בקשיים כלכליים ובעצם הוא אנוס (סימן שלד סעיף א). גם אם נקבל את רוח החוק המצריך אישור של גוף חיצוני, עדיין החוק מגביל את האישור לתאריך שבו הוגשה הבקשה, אין אפשרות לאישור למפרע!

השאלה האם בית הדין יכול להתעלם מהפרט הזה בחוק ולאשר את הפיטורין למפרע? האם שכנוע של ביה"ד שהפיטורין נעשו לא בגלל ההריון לא מספיק בשביל להפוך אותם לחוקיים למפרע?
על מנת לענות על שאלה זו יש לשוב ולבדוק באיזה הקף מקבלים אנו את דין המלכות?

א. ביאור דעת הרמ"א בעניין דינא דמלכותא

הרמ"א בסימן שסט קבע כלל גדול בעניין דינא דמלכותא וזה לשונו: "הנושא אשה במקום שדנין בדיני עכו"ם ומתה אשתו, לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיה לומר כל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא, ונדון הדבר בדיני עכו"ם דאם מתה לא יורשה בעלה או כדומה לזה. וליכא בזה משום דינא דמלכותא (ב"י בסימן כו בשם תשובת הרשב"א). דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עכו"ם, דאם כן בטלו כל דיני ישראל (מהריי"ק שורש קפח בשם רשב"א).

ביאור הדברים: מצד אחד אין אנו מקבלים את כל חוקי המלך- ולכן בירושת האישה זוכה בעלה. מאידך, חוק אשר עניינו תקנת בני המדינה, דין המלך דין!

הנימוק למגבלה הזו הוא "אם כן בטלו חוקי ישראל!". אם נקבל את כל חוקי המלכות ביטלנו לחלוטין את חושן משפט. לשם כך יש להגדיר מהו הכלל אשר מחלק בין סוגים שונים של חוקים. מה המיוחד בירושת האשה אשר מונע להחיל עליה את דין המלכות?

אין לומר שבירושות דין המלך סותר את דין התורה ולכן אין דינו דין, היות ומוצאים אנו במקומות אחרים פסקים מפורשים שבהם הרמ"א מתבסס על דינא דמלכותא על אף שהם עוסקים בדינים שבין אדם לחברו והם נגד דין תורה.

1) בסימן סח כתב על שטר העולה בערכאות, תוקפו כשטר גמור אף ליצור קנין משום דין המלכות. (ובגר"א ס"ק יט הביא את המקור מהגמרא בגיטין י וכבר כתב הרב המגיד בהלכות מלוה פרק כז הלכה א לפי התירוץ השני בגמרא (אשר עליו מתבסס פסק הרמ"א), דין המלך קיים גם בין אדם לחברו ולא רק לטובת המלך).

2) בסימן עג סעיף יד, הרמ״א פוסק- אם מנהג הגויים לעכב משכון למשך שנה ורק לאחר מכן למכור אותו ובכך לפרוע את החוב, גם ישראל שהלווה באותו מקום צריך לעשות כן ״דאזלינן בתר המנהג״. והנה בסימן שסט סעיף ח נימק הרמ״א את אותו דין, מטעם דינא דמלכותא ולא נימק מצד מנהג. ובאמת מקור הדברים במרדכי בבא קמא פרק הגוזל בתרא ושם מבואר מצד דינא דמלכותא.[1]

(באמת הש״ך בסימן עג ס״ק לט השיג על פסק הרמ״א, וזה לשונו ״הוא דבר תמוה מאוד דכיון לפי תורה יכול למוכרו לאחר שלושים יום, היאך נלמוד מדיני הגויים לבטל דין תורה, חס ושלום, לא תהיה כזאת בישראל״).

3) בהלכות שכנים (סימן קנד סעיף יח) התיר הרמ״א לבנות קיר המאפיל על חלון השכן, היות ומתחשבים בדין המלך. אף כאן הנושא הוא דין בין אדם לחברו, ודין המלך סותר את דין תורה.

4) בהלכות גניבה בסימן שנו סעיף ז לגבי חפץ גנוב לא מועיל יאוש ושינוי רשות, משום דין המלך.

5) בסימן רמח סעיף א פסק הרמ״א שלא אומרים ״ירושה אין לה הפסק״ במקום שנהגו לפסוק בערכאות. שוב, לפנינו דין העוסק בדיני ירושה פרטיים אשר אינם נוגעים למלך ישירות ובכל זאת דין המלך גובר על דין התורה. ובודאי מתחזקת השאלה מה בין זה לפסק הרמ״א לגבי ירושת האשה (המובא בתחילת דברינו) שבו אין דין המלך דין?

מכל מקום ברור כי הכרעת הרמ״א שדינא דמלכותא כולל כל חוק אשר יש בו ״דבר שהוא לתקנת המדינה״. (אף שהש״ך חולק ולדעתו יש לצמצם את דין המלך רק למקום אשר בו אין התייחסות ישירה של ההלכה, מכל מקום מנהג בתי הדין כרמ״א. כך שמעתי מפי הרב דייכובסקי שליט״א).

לכן השאלה עדיין במקומה מה מייחד את דיני הירושה שאין דין המלך בהם דין?

המפתח להבנת העניין היא תשובת הרשב״א המובאת בדרכי משה הארוך בסימן שסט: ״דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא מה שהוא מדיני המלוכה אבל דינים שדנים הערכאות אין אלו ממשפטי המלוכה אלא

[1] יעויין חזו״א ליקוטים סימן טו סוף אות א שעמד על כך.

הערכאות דנים בעצמם... שאם אתה אומר כן בטלת חס ושלום דיני ישראל״.
(וכבר הסמ״ע בס״ק כא למד שהרמ״א בשולחן ערוך מתכוין לתשובה זו).
יש את דין המלוכה לעומת חוקי הערכאות. והדבר מצריך הגדרה מה מאפיין את חוקי הערכאות שלא חל עליהם דינא דמלכותא?

נראה שישנם שני אופנים עליהם כותב הרשב״א שהם מוגדרים כחוקי ערכאות שאינם תקפים:

1) דין שלא נחקק על ידי המלך״ אלא הערכאות דנים בעצמם כמו שימצאו בספרי הדינים שלהם״.

2) חוק שנחקק על ידי המלך אבל הוא מיועד לדין הערכאות ״(המלך) חקק משפטים בערכאות, כיצד ידונו, בדבר שאינו מדיני המלוכה״.

ניתן לבאר שהמכנה המשותף לשתי ההגדרות הנ״ל הוא הרצון לסדר כללי בממלכה. המלך לא בא לפתור בעיה פרטית אלא הוא מבקש מהמלומדים לנסח חוקים כפי הבנתם. חוקים אלו נובעים מתפיסות עקרוניות של השופטים – זכויות הפרט, שויון וכד׳.

כאן מתבררת הנקודה, אנו מקבלים את דין המלך רק כהשלמה למערכת המשפט שלנו. רק חוק שיש לו צורך כלכלי עכשווי, מוגדר כתקנת המדינה. כאשר באופן חריג ישנה תופעה המצריכה תקנה מיוחדת אז החוק מוגדר כחוק המלכות. אבל כאשר המלך רוצה ליצור מערכת חדשה שעניינה הוא צדק ומוסר. אזי אין תוקף לדיניו היות והתורה כבר קבעה מהו הצדק והמוסר הראויים. אנו יכולים לקבל את דיני המלך רק באופן מקומי אבל אם המלך מחוקק מערכת שלמה של חוקים אנו לא יכולים לקבל אותה! לכן אם הוא נותן למערכת המשפט יד חופשית[2] לחוקק חוקים סימן שהוא חפץ במערכת כוללת שתגדיר מה הוא הצדק דייני ישראל לא יכולים לדון על פי

[2] ישנה משמעות גדולה להגבלה הזו של הרשב״א. מה שהערכאות חידשו מעצמם אינו בכלל דינא דמלכותא. לכן כל התקדימים שבג״ץ יוצר והם הופכים לחלק מכללי השפיטה אינם תקפים (לדוגמא חלוקת הנכסים בין בני זוג –״בג״ץ בבלי״ אינו תקף, עד אשר נחקק חוק השיתוף).

מערכת אחרת שמתיימרת להחליף את הצדק והמוסר של דין תורה.[3]

הרמ"א משתמש בביטוי "תקנת בני המדינה" כסימן בלבד לחקיקה מקומית. נשוב ונפרש את פסק הרמ"א לגבי ירושת הבעל את אשתו - "הנושא אשה במקום שדנין בדיני עכו"ם ומתה אשתו, לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיה לומר כל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא, ונדון הדבר בדיני עכו"ם דאם מתה לא יורשה בעלה או כדומה לזה, וליכא בזה משום דינא דמלכותא".

הרמ"א הבין שחוקי הירושה הינם חוקים קבועים משכבר הימים, הבנויים על תפיסות קדומות – אליליות וכדי. לא מסתבר שהתחדש צורך מקומי הדורש התערבות של המלך. לכן אין תוקף לדין זה! מי שמבקש לנהוג כדין המלך בדיני ירושות בעצם רוצה לקבל על עצמו את כל המערכת המשפטית של הגויים. ולכן הוא מסיים שאם לא כן בטלו דיני תורה, בדיוק כדי להסביר מה הוא מוקד הבעיה- הרצון של בעלי הדין לדון כמנהג הגויים, ולא על פי דין תורה.

אם כן בחוק שבו אנו דנים - איסור פיטורים של עובדת בהריון, יש להבדיל בין עצם החוק לבין הסמכות שהמחוקק העניק למשרד העבודה. החוק הוא לתועלת בני המדינה יש לראות בעידוד הילודה את תקנת בני המדינה. אשה לא צריכה לקחת בחשבון את עבודתה כשיקול למניעת הריון.

---

[3] הגאון הרב ישראלי זצ"ל ביאר את דברי הרמ"א באופן דומה. וזה לשונו: "ע"כ נראה, שעיקר ההבדל הוא במהות המשפטים והחוקים. ישנם דברים ובעיות משפטיות שעיקרם בהכרעת השכל, ומטרת החוק בזה הוא למצות את מדת האמת והצדק, ולקבוע כן את החוק. ענינים אלה אין לפעול בהם בדרך של הוצאת פקודות, אלא בדרך הכרעה שכלית, ע"כ ענינים אלה מסורים להכרעת חכמי המשפט הבקיאים בדבר, ועל פיהם יקום החוק. וישנם חוקים שכל עיקרם אינם אלא תקנות קבועות, שלא שייך בהם הכרעה שכלית, אלא קביעת נוהג וחק, בהתאם ליסודות הכלליים של הצדק... והבחנה זו בין דברים שעיקרם בהכרעה שכלית לבין דברים שעיקרם בחינת התיקון שיש מזה לעולם, היא הקובעת את ההבדל שבין דין ערכאות לבין דין המלכות. כל מה שתלה בהכרעה שכלית כלול במשפט ערכאות, שהם הם חכמי המשפט של אוה"ע, ובזה אין ד"ד כלל, כי במה שנוגע להכרעת השכל יש לנו חכמת התורה והכרעתה והכרעת חז"ל, ומהם לא נזוז. אולם בדברים שעיקרם מיסוד תקנתי לתיקון העולם, זה שייך מטבעו למלכות, שעליה לשקוד לתיקון אזרחיה, ובזה דינא דמלכותא דינא". "עמוד הימיני" סימן ח. (יעויין בדיון ההלכתי בין דייני בית דין הגדול, הרב שרמן והרב דייכובסקי שליט"א בעניין חוק השיתוף, האם יסודו תיקון העולם או שהוא נובע מתוך תפיסה שוויונית? תחומין י"ט). באגרות משה חו"מ סימן סב חילק בין דינים שיכולים לגרום למריבות ותחרות כגון קניינים ותשלומי הלוואות לבין דינים פרטיים כשומרים ושכנים. ועדיין צריך בירור למה אין לחוש למריבות בנושא שומרים וכדומה?

אבל הפרט בחוק, המאפשר רק למשרד העבודה להכריע, ובכך שולל מבית הדין להפעיל את שיקול דעתו ולאשר למפרע את הפיטורין, דומה לדין הערכאות. זה הוא הליך פרוצדוראלי שבו אין כוח למחוקק לשלול את שיקול הדעת של בית הדין.
כמו שאין יכולת למלך להמציא מערכת אלטרנטיבית לדין התורה כך אין בסמכותו לפסול את שיקול הדעת של בית הדין וממילא אין תוקף של דין המלכות לפרט זה. בית הדין שוכנע שסיבת הפיטורין לא היתה הריון העובדת, ולכן הפיטורים תקפים.

מנהג המדינה

מכוח דין נוסף יש לקבל את החוק, מנהג המדינה. בהלכות שכירות פועלים סימן שלא נפסק שבמקום שלא התנו במפורש, הכל כמנהג המדינה!
אמנם נראה שבמקרה שלנו המנהג תקף רק לגבי עצם היכולת לפטר בזמן הריון אבל לא לעניין אישור הפיטורין. הסיבה לכך היא פסק הרמ״א שם ״אינו נקרא מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים״. וכן כתב בשו״ע (אבה״ע סו) : ״והוא שיהיה אותו המנהג פשוט בכל המדינה״, ופרש הגר״א (שם) שדוקא אם יודע האדם מהמנהג מהני (וכ״כ הש״ך סי׳ מב ס״ק לו).
גם אם נניח שעצם האיסור לפטר בזמן הריון מפורסם, האם המניעה לתת אישור למפרע, ידועה?

בשו״ת מהרשד״ם חו״מ סימן שכז כתב ״כל היכא דאיכא לפקפק פקפוק קטן, אין לילך אחר המנהג. והטעם שיש לנו לעשות כל מאמצי רוחנו לקרב הדברים אל דין תורה. וכל שאתה בא לעקור דין תורה ממקומו עליך להביא ראיה״. המעסיק במקרה הנידון, לא ידע על החובה לפנות למשרד העבודה, ובודאי לא ידע על המגבלה של הזמן, ומסתבר שיש עוד כמוהו. לפחות פקפוק יש פה! וממילא מצד המנהג בלבד לא ניתן לדרוש אישור משרד העבודה.

מסקנת הדברים – היות ובית הדין התרשם כי הפיטורין הם על רקע כלכלי, הם בתוקף והתביעה נדחית לגמרי.

נספח: אין מרחמים בדין

במהלך הדיון התברר שהמעסיק רצה לפטר את המזכירה מיד כשהתחילו הקשיים הכלכליים במשרד, דהיינו כשלושה חודשים לפני זמן הפיטורים

בפועל. המזכירה ביקשה מאוד שימשיך להעסיק אותה עוד שלושה חודשים על מנת שתהיה זכאית לדמי אבטלה. המעסיק נענה לבקשתה והמשיך להעסיק אותה.

המזכירה מודה בכך, אלא שהיא טוענת שעל אף שהדבר נעשה לטובתה, סוף סוף הוא המשיך להעסיק אותה כעובדת מן המניין, ולכן היא זכאית להגנת החוק ככל עובדת בזמן הריון.

לעינינו מתברר שיש פה מצד אחד עשיית חסד ומצד השני ניצול ציני של הטובה שניתנה.

השאלה האם ניתן להתחשב בנסיבות אלו כחלק משיקולי הפסק? המעסיק טוען שבנסיבות כאלו ברור שהוא לא התכוון להחזיר את המזכירה למעמד של עובד גמור, אולם כאשר העובדת חזרה לעבוד, הדבר לא נאמר במפורש מצידו. מצד בית הדין יש פה אומדן דעת שאכן לכך התכוון המעסיק, אבל הוא אינו חד משמעי. האם לאור הנסיבות ניתן בכל זאת לקבל את האומדן הזה?

אין לדמות את הנסיבות האלו לדין המופיע בשו"ע (סימן יז סעיף י) "אין לדיין לרחם בדין על דל שלא יאמר עני הוא ובעל דינו עשיר, אזכנו בדין". זהו איסור תורה "ודל לא תהדר בריבו". שם השיקול אינו נובע מהמקרה עצמו אלא ממצבם הכלכלי של בעלי הדין. כאן במקרה עצמו יש סיבה להקל עם הנתבע.

במשנה בפרק תשיעי בכתובות, למדנו "אין מרחמים בדין". ישנם מטלטלים שאמורים להגיע ליורשים אבל עדיין אינם ברשותם. בעלי החוב רוצים להקדים ולגבות לפני היורשים שהרי אם היורשים יקדמו לא ניתן להוציא מידם "מטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי". למרות זאת, פוסק רבי עקיבא שאין מרחמים על המלווים ונותנים ליורשים. כאן הנסיבות להקל עם המלווים קיימות בעצם המקרה שהרי הם הלוו לאב כסף, בכל זאת נותנים ליורשים. אם כן אין יכולת ביד הדיין לקחת בחשבון שיקולי הגינות. (מלבד כאשר הדין מרומה וכפי שהתבאר בסימן טו בחו"מ).

עדיין יש לדון מצד שטר הבוררות שחתמו בעלי הדין, ושם מוזכר שהם קיבלו את הדיינים "הן לדין הן לפשרה".

והנה, אם הם היו באים מראש רק לפשרה, נראה היה כי ניתן להתחשב בנסיבות מקילות.

דבר זה ניתן ללמוד מדברי רש"י בבא מציעא לב,ב. הגמרא פסקה שרועה הבקר משלם "דמי בשר בזול". פירש רש"י "הטיל פשרה בינהם ולא ישלם כל דמי השור כמות שהוא חי". מתוך ביאור רש"י שם יוצא שבעצם הרועה היה אמור להתחייב בכל הסכום, משום שהוא שומר שכר, אלא שישנו צד להקל עליו משום שנהג כדרך השומרים "ואין כאן פשיעה כל כך" (יעויין שם לכל פרטי המקרה). הפשרה היתה שלא ישלם את כל הנזק- דמי שור חי. ועוד קולא, את דמי הבשר ישלם בזול. למדנו, שפשרה אכן כוללת התחשבות בנסיבות.

אבל כאן בעלי הדין ביקשו דין ורק בשטר חתמו על אפשרות של פשרה, נשאלת השאלה מתי ניתן לערב את כוח הפשרה בדין?

הרב קוק בשו"ת אורח משפט חו"מ סימן א ביאר את הדבר וז"ל: "כוונת בין לדין בין לפשרה"', היא, שידונו הדיינים על שני האופנים. יבררו להם דרך הדין, ויראו- אם הדין אינו רחוק מדרך היושר של מצב העניין, אז ישאירו הדין. ואם יראה להם שלערך הפשרה הדין הוא כבד יותר מדאי, לצד אחד או לשניהם, אז יעשו פשרה. שאם יראו שהדין הוא נגד היושר השכלי לפי מצב העניין, אז כיון שיש בידם לעשות פשרה, יש מצוה דצדק צדק תרדוף בין לדין בין לפשרה".[4]

לעניות דעתי במקרה שלנו יש פה כפירה בטובה וניצולה, ולכן "הדין כבד מדי" כדברי הרב קוק. ניתן להסיף כי בזה שאנו מחייבים את עושה הטובה לשלם, אנו מעבירים מסר סמוי לאנשים טובים כדאי לכם להיזהר ולא לעשות טובות לאחרים.

לכן גם לדעת הדיינים אשר חייבו את הנתבע בתשלום בגלל מנהג המדינה, עדיין יש להתחשב פה בנסיבות ולהקל עליו. התובע עשה שלא כהוגן אף אנו נעשה עמו שלא כהוגן (ב"ב מח).
וגם לשיטתם יש להטיל עליו סכום מנמלי בלבד, עד שליש, ובכך קיימנו "צדק צדק תרדוף".

---

[4] להלן מקרים נוספים בהם יש להעדיף פשרה:
א. אם הדין מסופק לדיינים, ראוי להתרחק מן הספק, כמורגל כמה פעמים בתשובות, שמייעצים לפשרה וביצוע במקום ספק.
ב. אין הדין יכול לצאת בלא סכסוכים, כי א"א יהיה להוציאו אל הפועל (שם).

הרב אריאל בר-אלי

פסק דין בענין מחשב שנגנב

תיאור המקרה

עמותה במקום מסויים תובעת בנות שירות בגין פשיעה על שמירת מחשב העמותה.

המדרשה שבה המחשב היה מונח, הושארה פתוחה בשבת על ידי בנות השירות, וכתוצאה מכך נגנב מתוכה מחשב.

עלות המחשב כשלושת אלפים שקלים אולם התביעה היא רק על סך מאתיים שקלים מכל בת.

נתייחס למעורבות של שלוש בנות:

האחת קיבלה רשות להשתמש במדרשה, כאשר היא הגיעה למדרשה, היו שם בנות המדרשה ולכן היא לא קיבלה מפתח. היא נשארה אחרונה לעבוד שם והיא בפועל השאירה את המדרשה פתוחה. השניה קיבלה על עצמה לבוא לנעול את המדרשה ובפועל היא שכחה. השלישית הלכה לתומה ביום המחרת ליד המדרשה וגילתה את הדלת פתוחה, היא סגרה את הדלת בסגירה ארעית, ולאחר כשעתיים נגנב המחשב.

בירור הדין

א.האם ניתן לתבוע ממון ציבורי?

ניתן היה לטעון כי ממון העמותה אינו שייך לחברי העמותה ולכן זה הוא ממון שאין לו תובעים. אולם אין זה נכון במקרה שלנו היות וישנו ממונה מטעם העמותה, האחראי על שמירת החפצים ועל השאלתם, הוא נחשב בעל דין בדומה לתפקיד של גבאי עניים שיכול לתבוע ממון שהפקיד (סימן שא ס״ו).

ב.האם ניתן למחול על כספי ציבור?

נציג העמותה אינו תובע סכום מלא של הנזק, הוא פנה בשאלה לבית הדין האם הוא נוהג כהלכה או שמא אסור לו למעול בשליחותו הציבורית והוא מחויב לתבוע את כל הנזק?

השיקול של נציג העמותה לוותר על חלק מסכום התביעה נובע מתוך הבנה שכדאי לשמור על יחסים טובים עם בנות השירות. לדעתנו שיקול זה מוצדק ויש בו משום טובת הציבור ולכן מותר לנציג העמותה להתפשר כמבואר בסימן יב לגבי כספי יתומים "מותר לבית דין לוותר בממון היתומים חוץ מהדין, כדי להשקיטם ממריבות".

ג. האם לבנות השירות מעמד של שומר?

נשאלת השאלה האם היתה פה קבלת שמירה?

אם הבנות היו משתמשות במחשב הרי עצם השימוש הופך אותם לשואל גם אם הם לא מתכוונות לקבל שמירה! (סימן שמ בנתיבות המשפט סק"ח). אולם בפועל הם לא השתמשו במחשב.

נראה פשוט שקבלת אחריות על סגירת המדרשה יש בה משום הסכמה לקבלת שמירה!

אמנם עדיין חסר מרכיב מרכזי בקבלת השמירה והוא הקנין.

1) השולחן ערוך בסימן רצא סעיף ה הביא את מחלוקת הרמב"ם והרא"ש האם שמירה מתחילה דווקא על ידי קנין. "יש מי שאומר שהשומר הזה מיד כשקבל עליו לשמור ונסתלקו הבעלים משמירה, חייב, ויש מי שאומר שאינו חייב עד שימשוך". אמנם בסימן שא סעיף ג סתם המחבר כדעת הרמב"ם שצריך מעשה קנין. ובש"ך (שמ סק"ט) שיכול המוחזק לטעון קים לי כדעת הרמב"ם לכן בענייננו אין לחייב ללא קנין.

2) יש לדון מצד קנין חצר של בת השירות, החצר קונה את כל מה שמונח בתוכה.אף כאן החצר של המדרשה הושאלה לה וממילא היא קונה את כל המונח שם. אמנם זה גופא מחלוקת הראשונים למי יש את זכות קנין החצר כאשר היא מושכרת (קצות החושן סימן שיג סעיף א).

3) ישנה סברא לומר כי בת השירות נחשבת כמו פועל המשועבד למעסיק לכל ענייני עבודתו.

כל בת שירות ברגע שהוגדר תחום הפעילות שלה הופכת לאחת מחברי הצוות המקצועי של אותו מקום. הפועל מחויב להגדרת העבודה שסוכמה איתו הפקדת הציוד והמקום בידי הצוות המקצועי מחייבת אותו בשמירה. העמותה הבהירה כמה פעמים מה הם הציפיות מבנות השירות לגבי שמירת המדרשה. וממילא כל בת מקבלת על עצמה את הכללים, כולל את המשמעות המחייבת שלהם.

בדומה לערב בשעת מתן מעות[1] המחויב ללא קנין, כך ישנה השתעבדות ממונית כלפי מקום העבודה אף ללא קנין! (בספר פתחי חושן הלכות פקדון בפרק ב הערה מז הזכיר בשם דברי הגאונים "כל שליח למכור או לקנות חייב לכו"ע משנסתלקו הבעלים").

אע"פ שבנות השירות מקבלות דמי מחיה בשיעור מסוים כל חודש, מ"מ מסתבר שאינן נחשבות "שומר שכר" מחמת כך, כיון שעיקר תפקידן אינו השמירה.

סברא נוספת מופיעה בספר פתחי חושן הלכות פקדון פרק א סעיף ז. הוא מביא מספר שו"ת חוות יאיר סימן קו בעניין משרתת בבית בעל-הבית נחשבת לשומר שכר. לכאורה אין כאן מעשה קנין? וביאר שם שכאשר בנוסף לשמירה ישנה גם פעולה המוטלת על השומר כשהתחיל בפעולה הרי זה כמעשה קנין גם על השמירה.

פירוט הדין כלפי שלוש הנתבעות :

בת השירות הראשונה השאירה את המדרשה פתוחה! כפי שנתבאר ניתן לחייבה מדין פועל אף ללא מעשה קנין. יש לדון האם בכך שעזבה את המדרשה פתוחה ישנה פשיעה?

לאחר בירור הוסבר כי היה כאן שיקול דעת לסמוך על בת שירות אחרת אשר קיבלה על עצמה לנעול, ולכן פשיעה אין כאן. (עדיין ישנה פה התנהגות לא אחראית – השארת המדרשה פתוחה עד שחברתה תבוא, עליה היה לוודא כי המדרשה נסגרת בפועל, אמנם נראה שאין זה רשלנות גמורה אלא כעין אבידה אשר רק שומר שכר היה חייב על כך כמבואר בבא מציעא צג,ב).

בת השירות השניה קיבלה על עצמה לבוא ולנעול את המדרשה ולאחר זמן שכחה. השכחה נגרמה מתוך רשלנות לכן יש כאן פשיעה. בדומה לדברי הגמרא "כל לא ידענא פשיעותא היא" (בבא מציעא לה). כפי שהסקנו יש לחייבה בפשיעה מדין פועל.

בת השירות השלישית ראתה את המדרשה פתוחה בשבת. ברור שבשבת אין עליה חיוב מיוחד מצד עבודתה במדרשה. לכן דינה כאדם זר אשר מצווה

[1] ידועים דברי הריטב"א בבא מציעא עג,ב "כיון... [ש]סמך עליו, ונתן לו מעותיו על דעת כן, הרי הוא חייב לשלם לו מה שהפסיד בהבטחתו, דבההיא הנאה דסמיך עליה ונותן לו ממונו, משתעבד ליה משום ערב".

מדין השבת אבידה לעזור לחברו. אם היא היתה עושה מעשה קנין הרי היתה מתחייבת בשמירה מדין שומר אבידה. אולם כפי שנתבאר אין כאן מעשה קנין. אדם שהתעלם מאבידה אי אפשר לתובעו על מה שנגרם לאבידה, וכמו שכתב הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי "שלא חייבתו תורה בכך אלא היא כשאר מצוות, ואינה בדין ממון", לכן היא פטורה.

סיכום

יש לחייב את הבת השניה בסך של 200 ש"ח.

"והאמת והשלום אהבו".

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

לפר' נצבים-וילך תשס"ו לפ"ק*

אתם נצבים היום כולכם לפני ה' אלקיכם וגו', לעברך בברית ה' אלקיך וגו'. ופירש"י: מדרש אגדה למה נסמכה פרשת אתם נצבים לקללות, לפי ששמעו ישראל מאה קללות חסר שתים, חוץ ממ"ט שבתורת כהנים, הוריקו פניהם ואמרו מי יוכל לעמוד באלו, התחיל משה לפייסם אתם נצבים היום, הרבה הכעסתם למקום ולא עשה אתכם כלייה והרי אתם קיימים לפניו עכ"ל. ואין הדברים מובנים דלכאורה היא נחמה של הבל, וכי משום שהיו קיימים אז יש בזה ערובה שאפילו אם יחטאו עוד יותר בכל זאת יישארו קיימים. ועוד דקדקו המפרשים למה פתח בלשון רבים – נצבים ועבר ללשון יחיד – לעברך.

והנה כתבו דורשי רשומות דאת"ים הוא אותיות אמי"ת, וכמו שאמרו חז"ל דקושטא קאי (שבת קא,א), וזהו את"ם נצבים [עיין בדגל מחנה אפרים (פר' נצבים)]. וצריכים להבין מהו הקשר בין הרמז לפשט הכתוב.

והנראה לומר בביאור הענין הוא בהקדם מה ששמעתי בשם כ"ק אא"ז הגה"ק בעל דברי יהושע זצ"ל שפירש הפסוק אתם נצבים כולכם ע"פ מה שכתב בעקידת יצחק (שער צט) דשונה כלל ישראל מיחידים, ואע"פ שביחידים אנו אומרים שיש להם בחירה חפשית, בכלל ישראל אינו כן, ולכלל ישראל אין בחירה חפשית, וחיליה הוא ממאי דאיתא במדרש תנחומא (נצבים ג): וכן אתה מוצא כשבקשו לפרוק עול שבועתו בימי יחזקאל, מה כתיב שם באו אנשים מזקני ישראל לדרוש את ה', א"ל בן כהן הקונה את העבד מהו שאוכל בתרומה, א"ל אוכל, א"ל אם חזר כהן ומכרו לישראל לא יצא מרשותו, א"ל הן, א"ל אף אנו כבר יצאנו מרשותו, נהיה ככל האומות, א"ל יחזקאל לישראל והעולה על רוחכם היו לא תהיה וגו', ואומר חי אני נאם א-דני ה' אם לא ביד חזקה וגו', א"ל כל זמן שלא מכרו ברשותו הוא ואתם לא נמכרתם בדמים שנא' כי כה אמר ה' חנם נמכרתם וגו' עכ"ל. והנה ידוע שההבדל בין מלאכים לבני אדם הוא שהמלאכים נקראים "עומדים" כיון שאינם יכולים לעלות ממדריגתם מאחר שאין להם בחירה חפשית, אבל בני אדם נקראים "מהלכים" שיכולים לעלות ממדריגה למדריגה ע"י בחירתם, ועל זה נאמר בפסוק (זכרי' ג,ז) ונתתי לך מהלכים בין העומדים

* שיחה שנמסרה בכולל, אלול תשס"ו.

האלה. ולפי זה פירש כ״ק אא״ז הפסוק אתם נצבים היום כולכם וגו׳, שהכוונה כשאתם כולכם יחד בבחי׳ כלל ישראל אתם בבחי׳ נצבים ״עומדים״ ולא בבחי׳ ״מהלכים״, ודפחק״ח.

ולפי זה יש לתרץ מאי דלכאורה נראה סתירה בין הפסוקים, דבפרשת יתרו כתיב (שמות יט,ה) ועתה אם שמוע תשמעו בקולי ושמרתם את בריתי והייתם לי סגולה מכל העמים כי לי כל הארץ, דמשמע מהפסוק שסגולת ישראל תלויה במה שהם ישמעו בקול ה׳ וישמרו את בריתו, אבל בפרשת כי תבא כתיב (דברים כו,יח) וה׳ האמירך היום להיות לו לעם סגולה כאשר דבר לך ולשמור כל מצותיו, ומשמע שנבחרו בני ישראל להיות עם סגולה כדי שישמרו את המצוות, אבל אין הסגולה שלהם תלויה בשמירת המצוות, אלא אדרבה שמירת המצוות תלויה בסגולתם.

אולם לפי מה שנתבאר יש לומר שיש שתי בחינות בקדושה ישראל: (א) קדושת עצמית מצד מה שבחר בהם הקב״ה להיות לו לעם סגולה, וקדושה זו היא יתד בל תמוט וקיימת לעולמי עולמים, שהרי אינה תלויה במעשי בני אדם, ומבחינה זו אין לכלל ישראל בחירה חפשית; (ב) קדושה מצד מעשיהם הטובים שעושים הם רצונו של מקום, וזהו דינם של יחידים, שכל יחיד בפני עצמו נידון לפי מעשיו לפי בחירתו החפשית.

והנה איתא בגמ׳ קידושין (ע,ב): אמר רבה בר רב הונא זו מעלה יתירה יש בין ישראל לגרים, דאילו בישראל כתיב בהו והייתי להם לאלקים [והמה] יהיו לי לעם, ואילו בגרים כתיב מי הוא זה ערב את לבו לגשת אלי נאום ה׳ והייתם לי לעם ואנכי אהיה לכם לאלקים. ולפי מה שנתבאר יש לנו לומר דההבדל בין ישראל לגרים הוא מקביל לשתי הבחינות בקדושת ישראל, וכמו דבקדושה העצמית של ישראל שמירת המצוות תלויה בסגולתם כך בישראל אומר הקב״ה שהוא יהיה להם לאלקים קודם ואח״כ יהיו לו לעם, ומאידך גיסא כמו דבגרים נאמר והייתם לי לעם קודם ואח״כ ואנכי אהיה לכם לאלקים כך יש בחינה בסגולת ישראל שתלויה בשמירת המצוות. והטעם לזה הוא מפני שקבלת התורה היתה בבחי׳ גלות, וכדאיתא בגמ׳ כריתות (ט,א): רבי אומר ככם כאבותיכם, מה אבותיכם לא נכנסו לברית אלא במילה וטבילה והרצאת דם אף הם לא יכנסו לברית אלא במילה וטבילה והרצאת דמים, אלמא דקבלת התורה היתה בבחי׳ תהליך של גיור. ולפי זה אתי שפיר למה נאמר בקבלת התורה ועתה אם שמוע תשמעו בקולי ושמרתם את בריתי

והייתם לי סגולה מכל העמים כי לי כל הארץ, שסגולת ישראל תלויה בשמירת המצוות מכיון דהוי כמו גרים.

ומעתה שפיר מתורצת הסתירה שבין הפסוקים, דמאי דמצינו בפרשת כי תבא דתלה שמירת המצוות בסגולת ישראל מדבר בקדושה העצמית של כלל ישראל שאינה תלויה בטיב מעשיהם, אבל בפרשת יתרו דאיירי בקבלת התורה שהיא בחי׳ תהליך של גיור לכן מדבר בסגולת ישראל התלויה בשמירת המצוות.

ולפי זה ארווח לן לבאר ענין ראש השנה ויום הכיפורים, שלכאורה סותרים הם במהותם, שראש השנה הוא יום הדין הכולל וכדתנן בר״ה (טז,א) בראש השנה כל באי עולם עוברין לפניו כבני מרון שנא׳ היוצר יחד לבם המבין אל כל מעשיהם, וא״כ גם בני ישראל הם בכלל, ובדין הרי אין וויתורים וכדאיתא בגמ׳ ב״ק (נ,א) דאמר ר׳ חנינא כל האומר הקב״ה וותרן הו יותרו חייו שנא׳ הצור תמים פעלו כי כל דרכיו משפט, וזה סותר למהותו של יום הכיפורים שהוא יום כפרה לישראל וכדכתיב (ויקרא טז,ל) כי ביום הזה יכפר עליכם לטהר אתכם מכל חטאתיכם לפני ה׳ תטהרו, ורבי קסבר בפרק בתרא דיומא (פה,ב) דעל כל עבירות שבתורה בין עשה תשובה בין לא עשה תשובה יום הכיפורים מכפר, והרי אין לך וויתור גדול מזה. אולם לפי מה שנתבאר אין כאן סתירה כלל, דראש השנה איירי בדינם של יחידים ובזה נידונים לפי מעשיהם, ומאי דקאמר רבי דיום הכיפורים מכפר אפילו על שאינם שבים יש לומר דזה מצד קדושתם העצמית של ישראל.

והנה המלה ״אמת״ מורה על נצחיות כדמוכח מלשון הרמב״ם בריש הלכות יסודי התורה (פ״א הל׳ ג-ד): ואם יעלה על הדעת שאין כל הנמצאים מלבדו מצויים הוא לבדו יהיה מצוי, ולא יבטל הוא לבטולם, שכל הנמצאים צריכין לו והוא ברוך הוא אינו צריך להם ולא לאחד מהם, לפיכך אין אמתתו כאמתת אחד מהם, הוא שהנביא אומר וה׳ אלקים אמת, הוא לבדו האמת ואין לאחר אמת כאמתתו, והוא שהתורה אומרת אין עוד מלבדו, כלומר אין שם מצוי אמת מלבדו כמותו עכ״ל, אלמא דלשון אמת מורה על נצחיות שאין לו ביטול לעולם. ויש לומר דמבחינת הקדושה העצמית של ישראל שאינה תלויה במעשיהם הם בבחי׳ אמת מפי שזהו כח נצחיות ישראל. ובזה יבואר מה שרמזו דורשי רשומות את״ם נצבים דאת״ם הוא אותיות אמ״ת וקושטא קאי, והיינו כמו שנתבאר דכיון דכתיב כולכם לפני ה׳ אלקיכם א״כ אין להם

בחירה חפשית וכמו שנתבאר, וא״כ הם בבחי׳ נצבים ובבחי׳ אמת שמורה על נצחיות.

ולפי דברינו אלה יש לפרש הפסוק (מיכה ז,כ) תתן אמת ליעקב חסד לאברהם, דהנה גבי אברהם כתיב (בראשית יז,ה) כי אב המון גוים נתתיך, ואיתא בירוש׳ ביכורים (פ״א ה״ד): תני בשם ר׳ יהודה גר עצמו מביא וקורא, מה טעם, כי אב המון גוים נתתיך, לשעבר היית אב לארם ועכשיו מיכן ואילך אתה אב לכל הגוים עכ״ל, וביאור המאמר הוא דר׳ יהודה דגם גר יכול לקרוא מקרא ביכורים, ואע״ג דנאמר (דברים כו,א) הגדתי היום לה׳ אלקיך כי באתי אל הארץ אשר נשבע ה׳ לאבותינו לתת לנו, ולכאורה איך יכול גר לומר ״לאבותינו״, לזה קאמר ר׳ יהודה דאברהם אבינו נחשב אב לגרים כיון שהוא אב המון גויים, ומשום הכי יכול גר לומר לאבותינו. והנה מה שמקבלים גרים יש לומר שהוא בבחי׳ חסד, שעושה עמהם הקב״ה חסד שנותן להם להיספח לעם ישראל. לפיכך שפיר קאמר קרא קודם תתן אמת ליעקב דקאי על קדושתם העצמית של ישראל שבאה מצד היותם מזרע יעקב שמיעקב ואילן ישראל אע״פ שחטא ישראל הוא. ואחר כך מוסיף לומר חסד לאברהם דקאי על גרים שאברהם הוא אביהם, וזה בא מבחי׳ חסד.

ומעתה שפיר יש לפרש הפסוקים שהקדמנו, דפתח בלשון רבים אתם נצבים היום כולכם לפני ה׳ אלקיכם, והיינו מצד קדושתם העצמית של ישראל שאינה תלויה בבחירה, ומבחינה זו הם קיימים לעולם, ואחר כך קאמר לעברך בברית ה׳ אלקיך ובאלתו אשר ה׳ אלהיך כורת עמך היום, למען הקים אתך היום לו לעם והוא יהיה לך לאלקים כאשר דבר לך וגו׳, וכאן מדבר בלשון יחיד כיון דאיירי בקדושת ישראל מצד מעשיהם, ומבחינת היותם יחידים שיש להם בחירה חפשית. ומשום הכי קאמר כאן למען הקים אתך היום לו לעם קודם ואחר כך והוא יהיה לך לאלקים, וכמו דמצינו אצל גרים.

ולפי זה שפיר מבואר מאי דמביא רש״י בשם מדרש אגדה: למה נסמכה פרשת אתם נצבים לקללות, לפי ששמעו ישראל מאה קללות חסר שתים, חוץ ממ״ט שבתורת כהנים, הוריקו פניהם ואמרו מי יוכל לעמוד באלו, התחיל משה לפייסם אתם נצבים היום, הרבה הכעסתם למקום ולא עשה אתכם כלייה והרי אתם קיימים לפניו עכ״ל, והכוונה היא כמו שנתבאר דאע״ג ששמעו ישראל צ״ח קללות נוסף על המ״ט שבתורת כהנים היינו דוקא מצד קדושתם התלויה במעשיהם, אבל מצד קדושתם העצמית הרי אין להם בחירה חפשית ולכן הם קיימים לעולם וכמו שנתבאר, ודוק היטב בזה.