

# עטרת דבורה

פסקי דין  
שהתבררו בבית הדין  
בתוספת בירורי הלכה

בענייני  
אבן העזר וחשן משפט

חלק ג

מאת

הרב אוריאל לביא  
אב"ד ירושלים

כל הזכויות שמורות למחבר  
ירושלים © ה'תשפ"א

עימוד:

מין הכותב אל הקורא  
עריכה והכנה לדפוס  
טלפון 072-2113131 ד.א. yosi@bsy.co.il

אין להעתיק ספר זה או קטעים ממנו  
בשום צורה ובשום אמצעי, אלקטרוני או מכני  
לרבות צילום והקלטה,  
ללא אישור בכתב מהמחבר

## תוכן הפסקים

		הקדמה
	<b>אבן העזר</b>	
7	היתר נישואין לבעל שאשתו חולת אלצהיימר	סימן א
11	התנאים להיתר נישואין לבעל	סימן ב
13	דחיית התביעה להיתר נישואין	סימן ג
17	היתר חרם דר"ג כשקיימת חלופה הוגנת אלא שאי אפשר לחייבה	סימן ד
19	בירור יהדות של עולים מכפר ברוסיה	סימן ה
32	שם משפחתו כהן אך לא הוחזק ככהן	סימן ו
35	נאמנות אביו שאינו שומר מצוות להודיע לבנו שהוא כהן	סימן ז
37	בת נכרי לכהן	סימן ח
39	המשקל הראיתי שיש לעדות חוקר פרטי לאסור אשה על הנטען	סימן ט
43	היתר נישואין לנטען	סימן י
51	טוענת קידשתני והלה מכחיש	סימן יא
53	הצורך בסידור גט לבני זוג שחיו יחד זמן רב ללא חופה וקידושין	סימן יב
56	סידור חו"ק וגיוור על ידי מי שאינו מוסמך	סימן יג
59	קידושי שחוק	סימן יד
61	ביטול קידושין בטענת מקח טעות	סימן טו
63	ערך מאתיים וזו ומאתיים זקוקים ופיצויי גירושין	סימן טז
65	הצמדה למדד של הסכום הנקוב בשטר הכתובה	סימן יז
69	תוקף מחילת הכתובה שנכתב בה שלא תועיל מחילה	סימן יח
70	חזרה מהמחילה על הכתובה לאחר שהמחילה אושרה בפסק דין	סימן יט
74	כתובת חרש אילם	סימן כ
89	פסיקת מזונות לאשה שבעלה עזב את הבית ומייחס לאשה את האשמה בפירוד	סימן כא
92	מזונות אשה שחויבה בגירושין	סימן כב
95	חובת אב אברך במזונות ילדיו	סימן כג
96	האם קצבת הנכות של הבן פוטרת את האב ממזונותיו	סימן כד
99	דרישת האב לקחת עמו את ילדיו לאומן לראש השנה בימי מגפת הקורונה	סימן כה
100	חובת האב במזונות הילדים שבהתנהגותם מונעים קיומם של ביקורים אצלו	סימן כו
102	סכסוך אודות מגורי הזוג (פסק דין מביה"ד צפת)	סימן כז
107	כתובה בפירוד שנוצר מתלונת האשה שלא התבררה	סימן כח
112	הפסד כתובה ומזונות בגין אירוע אלים או קללה	סימן כט
114	תשלום הכתובה לבעל אסיר שדינו לחיוב בגירושין	סימן ל
115	חיוב הבעל בגירושין עקב לינה נפרדת מאשתו בקביעות	סימן לא
117	"מדור ספציפי" בבית הדין, כשתביעת המזונות והמדור נידונה בבית המשפט	סימן לב
119	התנאים להפסד כתובה בטענת מאיס עלי	סימן לג
125	פסיקת "דינא דמתיבתא" וההשלכות הנובעות מפסיקה זו	סימן לד
130	הרחקות דרבינו תם בטוענת "מאיס עלי"	סימן לה
132	החזר מתנות שניתנו על ידי הורי הבעל כשהאשה מורדת	סימן לו
135	בעל שעזב את הבית לבקשת אשתו, ואינו מסכים לשוב, האם יחויב בכתובה	סימן לז
137	מזונות "מעוכבת מחמתו" באשה שנאסרה לבעלה	סימן לח
138	כתובה שנקוב בה סכום גבוה מאוד	סימן לט
145	חובת הבעל בתשלום הכתובה כששניהם רוצים להתגרש זה מזה	סימן מ
156	זכאות לכתובה לאחר שהבעל ביקש מאשתו לצאת מהבית	סימן מא
159	גדרי מורד, מורדת ו"יצאו הגירושין ממנה" לענין כתובה	סימן מב

164	תבע גירושין ועזב את אשתו ולאחר שהאשה תובעת גט וכתובה הבעל חוזר בו	סימן מג
171	תשלום הכתובה לאחר שהתעורר ספק בזכאות לכתובה	סימן מד
183	עיכוב חיוב האשה בגירושין כשהבעל אינו מציית לפסק דין למזונות	סימן מה
187	גרשה נישאה ומבקשת לגור עם הילדים במקום מרוחק מהאב	סימן מו
189	מחלוקת בין ההורים על המוסד החינוכי שהבת תירשם	סימן מז
190	ביקורי הבנים אצל האב הכרוכים בקושי עקב טענות כנגדו	סימן מח
194	דין תכשיטים וכלי הבית עם הגירושין	סימן מט
197	חיוב אשה בגירושין לאחר שהכשילה את בעלה באסור נדה	סימן נ
202	חיוב האשה בגירושין כשמעכבת הגירושין עד לתשלום הכתובה	סימן נא
206	חיוב גט לאשה המסרבת לעבור אבחון כהוראת בית הדין / מעמדה של חוות רפואית המוגשת מטעם צד אחד	סימן נב
212	תום לב בתביעת גירושין ובשאר תביעות, עוברת על דת בזה"ז	סימן נג
218	חיוב גירושין עקב בדיקת הריון שהאשה עשתה בהיותה בפירוד מהבעל	סימן נד
223	דחיית תביעה לחיוב אשה בגירושין עקב מחלת פיברומאילגיה	סימן נה
229	חיוב האשה בגירושין בטענת "מאוסה עלי"	סימן נו
237	בעל שטענתו "מאוסה עלי" התקבלה, חיוב הגירושין המזונות והמדור הספציפי	סימן נז
240	חיוב האשה בגט עקב וגיניזמוס	סימן נח
244	חיוב אשה בגירושין עקב העלמת מחלה נפשית	סימן נט
246	"אשה רעה" חיובה בגירושין	סימן ס
251	גט בנישואין אזרחיים כשקיים טעם להימנע מסידור הגט	סימן סא
255	טענת מקח טעות והאשה טוענת שהודיעה קודם לנישואין על מי חובת הראיה	סימן סב
257	מגורי הזוג לאחר הגירושין בקומה נפרדת באותו בית	סימן סג
258	הצעה להסדרת תשלום שכר הסופר	סימן סד
261	שם שנרשם בתעודות - כתיבתו בגט	סימן סה
262	גט שבו האות J נכתב באותיות דז ולא דזש	סימן סו
262	כתיבת קיצור השם בגט כשנקרא בו בלבד	סימן סז
263	שם שנשמר ב"מי שברך" ובכתובה בלבד	סימן סח
269	כתיבת השם מילכה בגט	סימן סט
270	שני שמות זהים בכתיבתם ושונים בקריאתם	סימן ע
272	כתיבת הגט לסירוגין	סימן עא
273	מסירת גט על ידיים עם כפפות	סימן עב
274	גט הניתן על תנאי כדי להציל האשה מעיגון	סימן עג
278	סימני הגט שבהרשאה אינם נכונים	סימן עד
280	אומרת "מאייס עלי" האם פוסקים לחייב גירושין והרחקות דר"ת, ודין "עובר על דת"	סימן עה
289	כשרות הגט לאחר קנס בגין עיכוב הגירושין	סימן עו
291	הגבלת קיום מצוות לסרבן גט שנפסק לכופו בגירושין	סימן עז
293	הליך פלילי נגד סרבן גט שבית הדין פסק לכפותו בגירושין	סימן עח
299	המחויב בגט ומתנה הגירושין בקבלת רכוש האשה / השלמת סיי צ"א בעטרת דבורה ח"ב - שיטת מהרשד"ם	סימן עט
308	ביטול גט בטרם נמסר	סימן פ
311	דחיית טענות האיש לביטול גט בגין הפרת הסכם הגירושין	סימן פא
346	צו איסור העסקה באגד כהרחקה דר"ת	סימן פב
350	האפשרות שלא לדון בתביעת ממון של המסרב לתת גט	סימן פג
352	צו הרחקה כדי לאפשר ביצוע פס"ד לחיוב גט	סימן פד
358	חיוב בעל רגז בגט	סימן פה
360	כפיית גירושין כששני בני הזוג אינם חפצים זה בזה	סימן פו
362	בעל שברח מהארץ ומעגן את אשתו, פסיקת גירושין בלא התייצבותו לדיון	סימן פז
371	חיוב גט וכתובה לבעל הבוגד באשתו	סימן פח
372	בעל החולה במחלת הסכיזופרניה, חיוב בגירושין	סימן פט

378	בעל הנדרש לעבור אבחון פסיכיאטרי ומסרב, חיובו בגירושין	סימן צ
384	תשלום הכתובה לאחר חיוב הבעל בגט ועוד קודם לגירושין	סימן צא
387	חיוב הבעל בגירושין לאחר שנשא אשה אחרת ומעגן את אשתו. התנאים להיתר נישואין לבעל	סימן צב
392	חליצת הגדול הנשוי או הקטן שאינו נשוי מה עדיף	סימן צג

### חושן משפט

396	סמכות בית הדין בתביעת גירושין ביחס לבני חו"ל	סימן א
403	תביעת גירושין נידונה בבד"ץ והתובעת מבקשת להעביר את הדיונים לביה"ד האזורי	סימן ב
409	הסמכת בית הדין לפסוק לפי שיקול דעת רחב	סימן ג
411	הבעיות ההלכתיות בסדרי עבודת בתי הדין בתקנת "שיר"ה", והצעות לפתרון	סימן ד
421	פסילת טו"ר לייצג בעל דין לאחר שייעץ לצד השני	סימן ה
422	ההתמודדות הציבורית עם טוהר המחנה	סימן ו
431	פסיקת פשרה ברוב דעות ובהיעדר הסכמת הצדדים לפשרה	סימן ז
433	יחסי הגומלין בין בית הדין האזורי לבית הדין הגדול	סימן ח
448	דיון בין בני זוג אודות רכוש הרשום על שם צד ג' שאינו בעל דין בדיון זה	סימן ט
450	הסתמכות על קלטת וידאו המתעדת חו"ק בדיון אודות תוקפן	סימן י
456	זכותו של הגרוש לגור עם אשתו וילדיה בדירה המשותפת לו לגרושתו	סימן יא
460	סכסוך שכנים בבית משותף	סימן יב
467	מעמדו של הסכם בין בני זוג שלא אושר בביה"ד או בביהמ"ש	סימן יג
468	חלוקת הרכוש בין בני זוג בהתאם לחוק יחסי ממון, לאחר קבלת קנין	סימן יד
478	חלוקת דירה לפי ההשקעה או הרישום, טענת מקח טעות	סימן טו
486	חזקה בתקיעת שופר	סימן טז
489	פרשנות הסכם ממון	סימן יז
491	תביעה לביטול הסכם גירושין	סימן יח
495	ביטול הסכם גירושין פיקטיבי	סימן יט
498	ביטול הסכם גירושין	סימן כ
502	סכום כסף שניתן מהורי האשה האם מתנה או הלוואה	סימן כא
506	חלוקת רכוש ומעמד "הערת אזהרה" והסכם "זיכרון דברים"	סימן כב
509	חזרה מהסכם מתנה בטענה שנעשה למראית עין	סימן כג
515	תביעה כנגד סופר סת"ם שלא עמד בהתחייבותו	סימן כד
519	הקדש הרב יעקב חי זריהן זצ"ל	סימן כה
529	חזקה בבית כנסת טשערנוביל בצפת	סימן כו
531	תביעה בעקבות פיטורי ר"מ בישיבה, הקלטת סתר בדיון	סימן כז
534	טענת בר מצרא למנוע סילוק שוכר צרכניה והשכרתה לאחר	סימן כח
536	דמי שימוש, מתי יחויב בהן בן הזוג	סימן כט
543	גובה דמי השימוש שיחויב בעת שגר בבית עם ילדיו	סימן ל
546	תשלום כתובה בנוסף לזכויות מכח חוק יחסי ממון	סימן לא
556	תביעת אברך לקבלת מלגה	סימן לב
559	נטל הלוואות לשיפוץ בית הכנסת שלא ברשות הגבאים, מי חייב בפירעונן	סימן לג
568	הנחת קו צינור ביוב בבית העלמין העתיק בצפת	סימן לד

579

תוכן הפסקים

590

מפתח נושאים



## הקדמה

בשבח והודאה להשי"ת הנני מתכבד להוציא לאור כרך שלישי של פסקי דין שהתבררו בבית הדין בשנים שזכיתי לשאת בעול הציבור, משנת תשנ"א, בבתי הדין האזוריים בצפת, טבריה וירושלים. כרך זה משלים את שני הכרכים הקודמים של "עטרת דבורה", שיצאו לאור לפני 12 שנים.

תפילתי לבורא עולם "יהיו לרצון אמרי פי והגיון לבי לפניך". כשם שזכיתי שפסקי הדין בשני כרכי עטרת דבורה, היו לעיני יושבי על מדין והבאים בשערי בית הדין ולומדי בית המדרש, והפיקו מהם תועלת, כך אזכה בעז"ה בפסקי דין אלו.

אני מתכבד להקדיש כרך זה לזכר אאמ"ו ר' פנחס לביא ע"ה, שנלב"ע ביום ב' אייר תשע"ג. אבי ע"ה נולד בלודז' שבפולין ועלה לארץ עוד טרם התקדרו השמים בענני מלחמת העולם. העליה לארץ נבעה מתוך אהבת ארץ ישראל של אביו, סבי, ר' אביגדור לבקוביץ ע"ה.

בנעוריו, למד אבי ע"ה בישיבת חברון ובישיבת קלעצק ברחובות, לן באהלה של תורה, בימים הקשים של שנת תש"ח ולאחריה, והיה אהוב אצל רבותיו ראשי הישיבה. לאחר שנותיו בישיבה, קבע עיתים לתורה תמידין כסדרן, היה מוקיר רבנן ועסק בצרכי הציבור באמונה. התקיים בו הפסוק (תהילים טו): "הולך תמים ופועל צדק ודובר אמת בלבבו".

הקדיש מכוחו והונו להוצאת ספרי זקניו שיצאו עוד בשנים שקדמו למלחמת העולם השנייה, אך לאחריה כבר לא היו בנמצא. ספר "עבודת הלויים" עמ"ס שבועות לסבו הגאון הרב אלטר שלום יחיאל גולדברג זצ"ל שכיהן כדיין ומו"ץ עשרות שנים בעיר פאביניץ שבפולין, וספר "בית לוי" עמ"ס גיטין של אבי זקנו, הגאון הרב נפתלי צבי גולדברג זצ"ל ראב"ד דקהילת טארנא שבגליציה, זכותם תגן עלינו.

אבי ע"ה נפרד מהעולם כשמילותיו האחרונות היו השיר והניגון שהיו שמורים עמו כל שנותיו, ממעמד שירת הים אצל הגר"מ חרל"פ זצ"ל: "בנה ביתך כבתחילה וכונן מקדשך על מכונך".

תודה מיוחדת לאשתי חגית, המלווה אותי במסירות רבה מעל ארבעים שנה, ויהי רצון שנזכה לברכה ונחת מכל צאצאינו.





## סימן א

## היתר נישואין לבעל שאשתו חולת אלצהיימר

מאחר שהבעל מקהילות אשכנז, יש צורך בהיתר מאה רבנים, וכמ"ש הפוסקים באה"ע סי' א' - הב"ח, הט"ז ס"ק יז והב"ש ס"ק כג.

במקרים שמתירים לבעל לשאת אשה שנייה בגלל שאשתו נשתתית, כתבו הפוסקים שלפני מתן ההיתר, יש צורך להשליש גט וכתובה. יש לדון אם גם בנידון דנן כאשר במצבה הרפואי של האשה אין תקווה לרפואה, ומצבה רק מדרדר ומחמיר כפי המפורט באישור הרפואי, ואין סיכוי שתתרפא ותוכל לקבל את הגט והכתובה, האם גם בנסיבות אלו יש להורות לבעל להשליש גט וכתובה, קודם שיתירו לו אשה אחרת.

הב"ח אבן העזר סי' א' כתב:

"כתב הרב בהגהת ש"ע סי' ובמקום שאין הראשונה בת גירושין כגון שנשתתית... יש להקל להתיר לו לישא אשה אחרת עכ"ל מיהו ראיתי מרבתי שקיבלו גם הם מגדולי עולם שיציעו הענין לפני הגדולים שבאותו הדור ויסקימו בהיתר זה ויחתמו מאה רבנים על אותה ההסכמה וכמ"ש בספר כל בו (סי' קטז) בתקנת ר"ג מ"ה, וגם ישליש סך כתובתה ונדונייתה ותוספת שכתב לה ביד בית דין, ואח"כ ישא אחרת".

הרי שהב"ח הוסיף תנאי להיתר והוא - השלשת כתובה ונדוניא. ובאבן העזר סי' קיט כתב הב"ח:

"גם חכמי ורנקבורט כתבו תשובה ארוכה על זה ונמנו להתיר, והסכימו עמהם כל חכמי אשכנז ורוסיא והיינו דוקא לייחד לה כתובה וליתן גט ליד אחד להיות שליח להולכה שיהיה בידו הגט והכתובה עד שתשתפה. ומכל מקום כל הזמן שלא נשתפית חייב לייחד לה בית בפני עצמה ושישמרו ממנהג הפקר וליתן לה מזונותיה, וחייב בתנאי כתובה כדברי הרמ"ה ז"ל".

לפי הוראת הב"ח הנ"ל יש להשליש גט וכתובה, ואין בכך לפוטרו ממזונותיה ומכל חיובי תנאי כתובה.

החלקת מחוקק סי' קיט ס"ק יב תמה על הוראה זו, וכתב:

"המנהג עתה להתיר לו לישא אשה אחרת ע"י היתר מאה רבנים. ובב"ח כתב שצריך לייחד לה כתובה ולהכין גט ע"י שליח ולחייבו ג"כ בכל תנאי כתובה, ולא ידעתי תרתי למה לי, אם חייב ליתן לה כל חיובי ממון למה נחייב אותו בכתובה, ואין תופסין החבל בתרין ראשין וכמ"ש מהרי"ק סימן ק"ז גבי טענת מוס".

למרות תמיהת החלקת מחוקק הנזכרת, הח"מ לא דחה הוראה זו אלא כתב לבארה:

"אפשר דמאחר דמשום חומר דתקנת ר"ג באיסור שתי נשים צריך לייחד לה גט ע"י שליח, וע"כ צריך שגם הכתובה תהיה מוכנת, ועכ"פ מאחר שחייב בכל חיובי ממון פירוש מן

## פסק דין להיתר נישואין

בני הזוג נשואים שלושים שנה, ומזה כשלוש שנים האשה מאושפזת במוסד סיעודי במחלקה לתשושי נפש כחולת אלצהיימר, ובו היא מקבלת את כל הנחוץ עבורה.

באישור הרפואי שהתקבל בבית הדין, החתום על ידי הגורם הרפואי המוסמך במוסד, נכתב כדלהלן:

"מדובר בחולה דיירת במחלקת "תשושי נפש", בבדיקה קוגניטיבית: לא מתמצאת בזמן ובמקום, נראה שמוזהה חלק מאנשי הצוות. חוזרת שוב ושוב על משפטים קבועים. שיפוט לקוי, מכניסה דברים לא אכילים לפה. חוסר תובנה מוחלטת למצבה. עפ"י התרשמותי מהבדיקה, הנ"ל אינה יכולה להביע את דעתה בבית המשפט... במצבה הנוכחי הנ"ל סובלת מדמנציה מתקדמת ואינה יכולה להביא דעתה בבית משפט."

בנסיבות המתוארות, התקיים דיון בבקשת הבעל למתן היתר לשאת אשה שנייה, בלא לגרוע מחובתו למזונות אשתו וכיסוי כל צרכיה הרפואיים והאחרים. הדיון התקיים במעמד הבעל וב"כ ובנוכחות עו"ד פלונית שהתמנתה כאפוטרופוס לדיון עבור האשה ונציגות מהקרן לטיפול בחסויים.

בפרוטוקול הדיון נכתב:

"ביה"ד: האישה יש לה כתובה, הוא מוכן להשליש את הכתובה.

ב"כ האיש: כן

ביה"ד: ההוצאות שיש לה מסודרות?

ב"כ האיש: כן היא בחרה דירה בעזרת הקרן זה בהסדר,

ירונה מהקרן לטיפול בחסויים: אני הכרתי את ... וכבר שם היא מוגדרת כתשושת נפש והיום היא לא יכולה כבר לגור בקהילה, והיינו צריכה להעביר אותה על חשבון משרד הבריאות..., ויש נכס על שמה ועשינו מכרז על פי בית המשפט, וזה כבר נעשה.

ביה"ד: את יכולה להצהיר שהיא מסודרת מבחינת כלכלית.

ירונה: כן, זה מהחיסכון שיש לה מההכנסות של הפנסיה של עיריית ירושלים וכן מהנכס".

האפוטרופוסית לדיון הודיעה כי בנסיבות המיוחדות של מקרה זה, אינה מוצאת מקום להתנגד לבקשת הבעל לקבל היתר לשאת אשה שנייה.

לאחר עיון בבקשה ובמסמכים שבתיק בית הדין מחליט להיעתר לבקשה ולהתיר לבעל לשאת אשה שנייה, וזאת עפ"י פסיקת הרמ"א באבן העזר סי' א' סעיף י' שכתב:

"במקום שאין הראשונה בת גירושין, כגון שנשתתית... יש להקל להתיר לו לישא אחרת".

ובלא השלשת הגט גם אין טעם בהשלשת הכתובה. אמנם יש לציין למש"כ בשו"ת שמן רוקח ח"ב סי' לב, שדברי הב"ח בסי' קיט הם על אשה שוטה שאינה יודעת לשמור עצמה אך יכולה לשמור גיטה, דמדאורייתא מתגרשת, ולכן הבעל יכול למנות שליח להולכת הגט. משא"כ בשוטה שאינה יכולה לשמור גיטה, לא תועיל השלשת הגט, ולכן לא הוזכרה השלשה זו בדברי הב"ח בסי' א'. ואע"פ כן, הב"ח בסי' א' לפי דרכו הורה על השלשת הכתובה למרות שאין השלשת גט. אולם שאר הפוסקים לא חילקו אלא בכל גווני קבעו שיש להשליש גט וכתובה. וכן בשו"ת פרי השדה ח"א (ס"ס כב) כתב, שאע"פ שהגאון בית מאיר (סי' א) פקפק לגמרי על הגט שנכתב בעת שטוטה, ושאיזה צורך יש בו, מ"מ כבר נתפשט המנהג להשליש גט וכתובה, ולאחר שתשתפה יתן לה גט אחר. וכן הגאון השדי חמד (מערכת אישות סי' א' אות ז') כתב שרבני האשכנזים נוהגים להחמיר בהשלשת הגט, והיה מקום לדון האם קיימת הוראה להשלשת הגט גם כשברור לכל שאינה יכולה להירפא ולא תוכל לקבל את הגט. אולם כל הפוסקים שהורו על השלשת גט וכתובה לא חילקו בין אשה היכולה להירפא או לא, וכמה מהפוסקים התייחסו בפירושו למקרה שבו לפי דעת הרופאים אין כל סיכוי שתתרפא משטוטה ותגיע לקבל את הגט והכתובה, ואע"פ כן הורו על השלשת הגט והכתובה.

בשו"ת מהר"ם שיק חלק אה"ע סי' ב' כתב:

"לכאורה יש לדון במה שלפנינו, כיון דהרופאים העידו דאין תקנה ומזור לחליה ונתנו כן כתוב וחתום, אם כן לא היא צריך להשליש הגט וכתובה... שהרי אמרו ביבמות דף קכ"א ע"ב דאין מזכירין מעשה נסים יעויין שם בתוס' וכן נפסק באה"ע סי' יז ס"ק כ"ט, ובכמה דוכתי סמכינן על הרופאים".

אך במסקנתו העלה מהר"ם שיק שגם בכה"ג אין להתיר אלא לאחר השלשת הגט והכתובה, וכתב:

לכך נראה לי עפ"י מ"ש בתשובת מהרש"ל סי' סה מדברי הראב"ה שרבותינו חששו אע"פ שעל פי הדין מותר להאי גברא, אבל יש לחוש שעל ידי זה יבואו לזלזל בתקנות וחרם דר"ג ותהיה תקנתו קלקלתן של אחרים. ולכך אפילו על ידי מאה רבנים לא הנהיגו להתיר לו לישא אשה אחרת אלא כל זמן שהיא בשטוטה ועי"ז שוב אין לחוש לשום תקלה. ולכך לא הנהיגו היתר אלא דווקא בהשלשת גט. ובנוכ"י סי' ג' רמז גם כן דאולי רק על תנאי זה התירו, ונראה לי להסביר שהוא מטעם הנ"ל. ועפ"י נראה לי דאפילו אם נימא כקושיא הנ"ל דלא הי' כאן לחוש שתתרפא, אפילו הכי בעינן כל התנאים בנידון שלנו. והנצי"ב בספר משיב דבר חלק ד סי' א' כתב טעם חדש להשלשת הגט, ועפ"י טעם זה אין לחלק בין המקרים ובכלמקרה יש להורות על השלשת הגט, וז"ל:

והנה החלקת מחוקק (סי' קי"ט ס"ק י"ב) תמה על עיקר השלשת הכתובה בנשתתית, והלא עומד בחיובו לה בכ"ד. ויישב משום דמחומר שתי נשים צריך לייחד לה גט, ע"כ צריך

הכתובה והנדוניא ונ"מ, הכל עדיין שלו רק שהתקנה היתה שיהיה הכל מוכן הגט והכתובה אם תשתפה".

כעין ביאורו של החלקת מחוקק, כתב בתשובת צמח צדק (הקדמון) סי' סז:

"רבינו גרשם מאור הגולה ובית דינו תקנו תחלה והחרימו שלא לישא שתי נשים, וב"ד שלאחריהם תקנו שאם יראו ב"ד טעם מבורר יתירו לו מאה רבנים רק שישליש כתובתה, ולמה כן אם יראו טעם מבורר למה יהא צריך להשליש, אלא על כרחך היינו טעמא משום שחששו אף אם יראו טעם מבורר כגון שנשתתית, דילמא היום או למחר תתרפא ותשתפה ויצטרך הוא לגרשה מצד החרם דרגמ"ה ושמא לא יהיה לו לפרוע כתובתה ותשאר הכתובה חוב עליו, ואם כן היאך אנו ב"ד מפיקיעין זכותה שתצא ממנו בגט ולא תגבה כתובתה רק תשאר עליו חוב, אף על גב דהדין כן וק"ל הכי דהיכי שיכול לגרשה מן הדין אינה יכולה לעכב עליו בשביל הכתובה אלא תשאר עליו בחוב, היינו דוקא היכא שיכול לגרשה מצד הדין, אבל הכא אלו לא היינו מתירין לו לישא אחרת והיתה מתרפאת היתה נשאת תחתיו, ועכשיו שאנו מתירין לו לישא אחרת צריך הוא לגרשה והיאך אנו מפיקיעין את זכותה שתצא ממנו וכתובתה תשאר עליו בחוב, לכך מצאו תקנה לזה שצריך שישליש את כתובתה".

ובדרך אחרת כתב בספר בית יעקב על הלכות כתובות סי' ע' ליישב תמיהת החלקת מחוקק:

ולפע"ד נראה הטעם דהא מבואר בסי' קנ"ד סעיף כ"א בהג"ה דאפילו במקום דאיכא פלוגתא אי כופין דאפי' שאין כופין לגרש כופין ליתן כתובה ונדונייתה. ובודאי אף שנותן כתובה ונדונייתה מ"מ מחויב ליתן מזונותי' וכסותה כל זמן שאינה מגרשה, דהא אכתי אשתו היא א"כ ה"נ כשנושא אשה אחרת בודאי כופין אותו להוציא הראשונה משום חרם ר"ג, וכשנתפקחה מחויב לגרשה תיכף דהא מה"ט משלישין הגט, ולכך חייב בהשלשת כתובה ונדונייתה ומ"מ חייב במזונות כיון דמ"מ אשתו היא. וזהו כשיש לו כתובה, אבל ודאי כשאין לו כתובה דמתירין לו לישא אחרת והכתובה חוב עליו.

העולה מדברי כל הפוסקים שהשלשת הגט נועדה להסדיר את הגירושין לאחר שהאשה תתפקח, ועם קבלת הגט תקבל את הכתובה, על כן בהכרח להשליש את דמי הכתובה יחד עם השלשת הגט, ולדעת הבית יעקב השלשת הכתובה נובעת מחיובו לתת גט לאשתו הראשונה במועד שבו תוכל לקבלו, וחיוב גירושין גורר עמו את חיוב הכתובה.

אך לכאורה, כל האמור הוא באשה שנשתתית במחלה שיש לה רפואה, כגון שלקתה במחלת נפש ולפי חוות הדעת הרפואיות יש תקוה לרפואתה, על כן שקדו חכמים לתקנתה במועד שבו תתפקח. אבל באשה שוטה שמצבה נובע ממחלה כגון אלצהיימר או דימנסיה שבה מערכת העצבים המרכזית נפגעה מניוון הדרגתי, ההולך ומחמיר עם הזמן, ולפי כל חוות הדעת הרפואיות אין לה רפואה ומצבה רק מדרדר מדחי לדחי, אין כל סיכוי שתתרפא בעתיד ותוכל לקבל את גיטה, בנסיבות אלו לכאורה אין מקום להורות על השלשת הגט,

הטבע אין לנו לשום לב כי לא ניתנה תורה למלאכי השרת. ואף שחלילה לנו להתיר בלי שום בטחונות. אבל לדעתי ברור בנ"ד שגם לדברי הצ"צ יוצאים אנחנו ידי התקנה במה שהאשה בטוחה בכתובתה ע"י העיקול מבית המשפט על מכירת הבית. ומה גם לדברי הח"ס שמקיל בערכות ככל נשתתית וקו"ח ב"ב של קו"ח בנ"ד אשר קרוב לוודאי כי לא תבוא לידי גביה לעולם שהאשה תשאר בשגעונה לעולם... בנ"ד דידעינן שלא תבוא בפועל לידי גביה לעולם בודאי מהני בטחונות ובוזה אנו יוצאים ידי התקנה עצהיו"ט. ואין פה המקום לפלפל בנאמנות הרופאים אם נאמנים המה בכ"מ. ואם נאמנים בתורת ודאי או רק בתורת ספק. ולדעתי בנ"ד יש לדון דנוכל לסמוך בודאי על דברי הרופאים מהא דאיתא ביו"ד סי' קפ"ז סעי' ח' ובפ"ת שם ס"ק ל"ח מה שמביא בשם הרדב"ז הדיכא דניכר או שיש רגלים לדבר שנאמנים דברי הרופא דיש לסמוך עליו. ואין רגל"ד יותר בעולם מנ"ד וניכרים דברי אמת וניכר לכל כי כן הוא הדבר אשר לא תשוב לדעתה לעולם...

סיומא דמלתא אשר לענ"ד יש להתיר בנ"ד להבעל להשליש גט ולקבל היתר ממאה רבנים. ואין לדרוש עתה ממנו למכור את ביתו כדי להשליש כתובתה במזומנים. אך מחויב הוא להשליש לבד הבטחונות על הבית עוד וועקסלען על דמי הכתובה שאם יארע איזה סיבה פן יתקלקלו הבטחונות על הבית שיהיה מחויב לשלם לכשתשפה כתובתה בשלימות. וכן יהיו מונחים הוועקסלען לבטחון שיחזיקה בבית החולים, כפי המבואר בהפסד שהיה בינו ובין אחי האשה בקיץ העבר.

כאמור לעיל בדברי הבית מאיר, לדעת כמה פוסקים לא נוכל לגרשה בגט המושלש אם תתרפא, ואיכא עיקולי ופשוירי בהכשר גט זה לאחר שתשפה, ואין כאן המקום להאריך בזה, אך באבני נזר חלק אה"ע סי' ח' אות לה כתב שאע"פ כן, יש להורות על השלשת הגט, ואין די בערביות להבטחת מתן הגט לאחר שהאשה תשפה, וז"ל:

"אינני מוצא מקום להתיר למעשה לגרשה בגט הראשון, מ"מ אין להתיר בלא השלשה שמא הקדמונים הי' ס"ל כמ"ש בשיטת הרשב"א ולא התירו רק באופן זה, ולא מילי דבטילי היא האידנא כי שמא ימצא ב"ד שדעתו יפה בכח הראי' להתירה בגט ראשון, סוף דבר לדינא להשליש גט ולא ליתן שום בטוחות על נתינת גט מחדש".

לאור כל האמור ועל פי המבואר לעיל ביה"ד מחליט:

- א. ביה"ד מתיר לבעל לשאת אשה אחרת, בכפוף להשלשת הגט והכתובה.
- ב. הבעל ימשיך להיות חייב בכל צרכי האשה לרבות מזונותיה ורפואתה.
- ג. הבעל יפקיד בביה"ד צ'ק על סך 1800 שקל הנקוב בכתובה, והוא יופקד יחד עם הגט בכספת ביה"ד. אמנם בכתובה נכתב גם סכום של מאה זוז ומאה זקוקין, אך מאחר והמון העם אינם מבינים כלל בטיב הזקוקין, וסומכין רק על הסכום הנקוב, אין לנו לחייבו להשליש אלא רק הסכום המפורש בכתובה.

שתהא כתובה מונחת. מובן דח"מ סובר דהשלשת הגט היה מעיקר תקנת רגמ"ה, וכן הבין הגאון נוב"י ז"ל, אבל כד דייקנין אינו כן, אלא המצאת גאוני בתראי הוא. מעתה יש להתבונן למאי הוסיפו על תקנת הראשונים ז"ל, ומכש"כ אי נימא דלא מהני הגט שתגרש בו כשתשפה א"כ אטרוחי ב"ד בכדי הוא. ונראה דכמו דיש לפרש טעם הכתובה וכקושיית הח"מ הנ"ל, והוא משום שחשו לתקנת האשה כשתשפה אולי יסרב אז הבעל מלגרשה משום פרוץ הכתובה, מש"ה תקנו שתהא הכתובה צרורה ותהא קלה בעיניו להוציאה. והנה גאוני בתראי חשו עוד אולי יעכב הגט משום ירושתה, שיהא מקוה לירשנה כל זמן שלא נתגרשה, מש"ה תקנו עוד שישליש גט עבודה, ולפי דעת רשב"ם בב"ב (דף קמ"ו) כיון שנתן עיניו לגרשה שוב אינו יורשה, מש"ה תקנו להשליש גט ושוב לא יירשנה, ואף על גב דלא קיי"ל כרשב"ם כמבואר באה"ע (סי' צ'), מ"מ היכא דהירושה בחזקת היורשים מועיל להחזיק בזה, אפילו נימא דלא מהני לענין כשתשפה שתגרש בו.

וכן חזר הנצי"ב על שיטתו זו שהשלשת הגט נועדה למנוע ירושתה, שם בחלק ד' סי' ב' סי' ג' סי' ד' סי' ז' וסי' ח'.

וכן בתשובת מהרש"ם חלק ז' סי' צה השיב אודות אשה שוטה שאין תרופה למכתה ולא מצא לנכון להתיר בלא השלשת גט וכתובה, וכן בספר עלת נח סי' יט. וכן בספר הר צבי חלק אה"ע סי' טז הביא פסק דין משנת תר"ע מבית הדין בירושלים שבו ישבו הדיינים נ"ע הג"ר משה נחום וואללענשטיין זצ"ל הג"ר אריה ליב בהרא"ד זצ"ל והגרצ"פ פראנק זצ"ל שהורו על השלשת גט וכתובה גם בנסיבות שבהן אין מזור למחלת האשה.

וכן הורה בספר עין יצחק חלק א' אה"ע סי' עח בתשובת בן המחבר, שהסכים עמו אביו הגרי"א מקאוונא, אך הסכים שבנסיבות כאלו אין הכרח בהשלשת הכתובה ממש, אלא די בבטחונות להבטחת התשלום, ולמרות שבנידון שלו לא היה מקום לתקוה שהאשה תתרפא, לא עלה על דעתו להורות שאין הכרח בהשלשת הגט, כמבואר שם בתשובה. ולהלן מעיקרי דבריו:

"לדעתי בנ"ד יש להתיר להבעל היכא שנותן בטחונות. דהא יש בידו תעודת הרופאים דהאשה לא תשוב לעולם לדעתה ותשאר שוטה עד יום מותה. וכל יודעיה ומכירה יודעים כי בדרך הטבע הוא מהנמנעות שתשוב לאיתנה. ולכן בודאי אין להכריח להבעל שימכור את ביתו ויהרס את מצבו וישאר עני הוא ובניו למען שלא יהיה להאשה שום טרחא לגבות את כתובתה. אחרי אשר נודע לנו כי לא תבוא לידי גביה לעולם. ודברי הצ"צ אינם שייכים רק במקום ספק אולי תשוב לדעתה ותגבה כתובתה מן הדין לכן חששו להשליש במזומנים למען יהיה המעות מוכנים ותוכל האשה לקבלם בידה בלי שום טורח... י"ל דכאן היתה עיקר התקנה משום מלתא דלא שכיחא דחששו אולי תשוב לדעתה. אבל בנ"ד שהוא מהנמנעות עפ"י דרך הטבע אף לא ע"י מיעוטא דמעוטא כי תשוב לדעתה ורפא לה. בודאי אין להחמיר להצריך כסף מזומן. ומה שיכול להיות למעלה מן

דבריו. בד"א שהולכים אחר התחתון, כשאין האחד תלוי בחבירו. אבל אם היה כתוב בו: מאה שהם מאתים, או מאתים שהם מאה, אינו גובה אלא מאה, שהוא הפחות שבשניהם, דיד בעל השטר על התחתונה".

דברי "יש מי שאומר" הם ממש"כ הטור בשם רבינו ישעיה, שאם הפירוט אינו תואם לסיכום, הולכים אחר הפירוט, מפני שאנו אומרים ודאי טעה בסיכום.

על כן בנידון זה שבתחילה שטר הכתובה מפרט את החיוב בזקוקים, ולאחר מכן כתוב סך הכל 1800 שקל, לכאורה היה מקום להורות שיש ללכת אחד הפירוט. אך זה אינו, מאחר ודברי השו"ע נאמרו רק בטעות חשבונית מוכחת, שעקב הטעות בחישוב, יצא שהפירוט אינו תואם לסיכום, משא"כ כאן שאין ספק שאי ההתאמה בין הפירוט לסיכום אינו מחמת טעות בחישוב אלא הדבר נובע מהיעדר הבנה ביחס למהות הזקוקים, פשיטא שכוונת החתן היתה להתחייב רק בסכום הנקוב בסיכום הסופי.

סברא זו מצויה בפד"ר חלק יג עמוד 308 בפסק דינו של הגר"ש דיכובסקי שליט"א בבית הדין ת"א, שכתב כדלהלן:

"לא נוכל להתעלם מן העובדה שמבין העוסקים בכתובה: החתן העדים והרב, לא ימצא אחד מאלף שידוע מה פירוש הזקוקים, ובפרט שיש בזה דעות שונות. אנן סהדי שלא אומרים לחתן אפילו ברמז כי ישנן בכתובה התחייבויות כספיות בסכומים אדירים (לפי שיעור החזון - איש), או בסכומים נכבדים (לפי הדעה האחרת). ואף על פי שגם עיקר כתובה מאתים זוו אינו ברור לחתן, אבל סכום זה הוא חייב מתנאי ב"ד, בעוד שמאתים זקוקים זו התחייבות מרצון של החתן, ואת סודה של ההתחייבות הנכבדה הזו לא מגלים לו.

אמנם נפסק ברמ"א (אבהע"ז סימן ס"ו, י"ג): "ולכן עם הארץ שבא לגרש ואמר אח"כ שלא הבין מה שהיה כתוב בתנאים או בכתובה אינו נאמן, דודאי העדים לא חתמו מה שלא העידו בפניו תחילה על פה (תשובות הרשב"א) ". א"כ, לכאורה לא יכול החתן לטעון כל טענה כנגד הכתובה.

אולם ברור כאשר אנן סהדי שאין מגלים לחתן כלל את "סוד הזקוקים" ובדרך כלל הרב והעדים בעצמם אינם בקיאים בזה, אין מקום לחייב את החתן במה שלא עלה כלל על דעתו. הסכום היחיד שלגביו שואלים את החתן ושאותו קוראים בקול גדול מתחת לחופה, הוא הסכום הסופי בשקלים, ורק לגביו החתן מתחייב בקנין ותו לא.

לסיכום: הסכום הקובע בכתובה הוא הסכום המודע לחתן, שהוא סך הכל בשקלים. בסכום זה כלולה גם עיקר כתובה".

וכן מבואר בתשובת הגאון רבי י"ש אלישיב זצ"ל שבספר כתובה כהלכתה (להגרש"א שטרן שליט"א) בחלק שביבי אש סי' יד (עמ' רו-רז) שכתב לבאר את דינו של רבינו ישעיה שבשו"ע רק בנסיבות שהסתירה בין הפירוט לסיכום נובעת מטעות בחישוב בלבד, אבל כשאנו מבארים סתירה זו ומוצאים הסבר אחר לסתירה, יש לילך אחר הסיכום, מפני שרק בסכום זה המופיע בסיכום, רצה להתחייב. על כן גם

לאחר השלשת הגט והפקדת דמי הכתובה, פסק הדין יועבר לאישור עקרוני של כבוד נשיא בית הדין הגדול ובכפוף לאישורו, יש לסדר חתימת מאה רבנים.

בהחלטה נוספת נכתב:

א. ביום ... ניתן פסק דין מנומק להיתר נישואין לבעל. בהתאם להחלטת כבוד נשיא בית הדין הגדול מיום ... התיק הועבר לחתימת מאה רבנים.

מאחר וכעת הושלמה חתימת מאה הרבנים, בית הדין סיים את מלאכתו ופסק הדין של בית הדין האזורי הפך להיות סופי, וההליך יושלם בפסק דין סופי של כבוד נשיא בית הדין הגדול.

ב. בסעיף ג' לפסק הדין הנזכר נכתב כדלהלן:

"הבעל יפקיד בביה"ד צ"ק על סך 1800 ש"ח הנקוב בכתובה, והוא יפקיד יחד עם הגט בכספת ביה"ד. אמנם בכתובה נכתב גם סכום של מאה זוו ומאה זקוקין, אך מאחר והמון העם אינם מבינים כלל בטיב הזקוקים, וסומכין רק על הסכום הנקוב, אין לנו לחייבו להשליש אלא רק הסכום המפורש בכתובה".

שלושה מהרבנים החתומים על ההיתר, העירו מדוע בית הדין חייב השלשת כתובה בסך 1800 שקל בלבד, ולא התחשב בכך שנכתב בכתובה גם מאה זקוקים, מאחר וקיים מנהג אצל האשכנזים לכתוב מאתיים זקוקים או מאה זקוקים, ומנהג זה מחייב אף אם לא נכתב, לכאורה היה מקום לחייבו בסכום מאה זקוקים שהוא גבוה מסך 1800 שקל.

ביחס לזוג דנן, הגם שהבעל אשכנזי, עכ"פ הוא אינו מאותן קהילות המקפידות לכתוב מאה או מאתיים זקוקים. ביחס לבעל זה, בשום פנים לא ניתן לקבוע שחלה עליו ההלכה הפסוקה באה"ע סי' סו סעיף י' ביחס למשפחות שנוהגים ומקפידים לכתוב בכתובה סכום מסוים, שהמנהג מחייב כתנאי בית דין גם אם אחד מבני המשפחה לא כתב כן.

על כן מאחר שבנידון זה אין לחייב את הבעל במאה זקוקים מכוח המנהג, יש לחייבו רק בהתאם למפורט בשטר הכתובה. כתבנו בפסק הדין: "מאחר והמון העם אינם מבינים כלל בטיב הזקוקים, וסומכין רק על הסכום הנקוב, אין לנו לחייבו להשליש אלא רק הסכום המפורש בכתובה".

לכן מעיקרא לא היה מקום לפלפל בשאלת מחילת האשה על מאת הזקוקים, כפי שדן אחד הרבנים, מאחר ומלכתחילה אין התחייבות של מאה זקוקים וממילא גם מחילתה על הזקוקים אינה נחוצה.

להבהרת פסיקה זו נקדים מדברי השו"ע חו"מ סי' מה סעיף ה':

"היה כתוב בו למעלה דבר אחד, ולמטה דבר אחר, ואפשר לקיים (שניהם), מקיימים אותם. אבל אם הם סותרים זה את זה, כגון שכתוב למעלה: מנה, ולמטה: מאתים, או איפכא, הולכים אחר התחתון... ויש מי שאומר שאם למעלה היה פורט והולך, ולמטה כתוב סכום הכל כך וכך, ופיחת או הוסיף, בזה אנו אומרים ודאי טעה בחשבון, ואחר הפרט אנו הולכים; ונראין

ומתוך דברי החלקת מחוקק הללו העלה בתשובת עין יצחק הנזכרת (אות ג):

“נראה מדברי הח”מ סי’ קי”ט ס”ק י”ב דרך מחמת תקנה מחויב להשליש הגט והכתובה שיהיה מוכן אם תשתפה, אבל לא מצד הדין. ובודאי עפ”י דיננו הבע”ח קודמין להכתובה שהם נוטלין מצד דין תורה, והיא רק משום תקנה.”

ובסיוס התשובה (שם), אביו הגאון רי”א מקאוונא זצ”ל הסכים עם מסקנת בנו בתשובתו.

וכן הנצי”ב בשו”ת משיב דבר חלק ד’ סי’ ז’, כתב:

“הן אמת שא”כ עלינו לבאר ולעמוד ע”ד רבותינו ז”ל גם בהשלשת כתובה שתקנו רגמ”ה וסיעתו, גם בהשלשת גט לשוטה שתקנו בימי הב”ח. והנראה דעיקר תקנת הכתובה הוא כדי שאם תשתפה ותרצה לקבל גט ולינשא לאחר, לא יהא מדחה אותה משום חיוב הכתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה מש”ה תקנו שיהא הכתובה מונחת במזומן, ותהא קלה בעיניו להוציאה.”

לאור האמור, מאחר ובעת מתן ההיתר רק משלישים את הכתובה, ולא מזכים לאשה את הסכום הנקוב בכתובה לצרכיה, ומגמת ההשלשה היא להפקיד את הסכום למשמרת שיהיה מוכן למועד שבו האשה תתרפא ותוכל לגבות את כתובתה. לפיכך מאחר והשלשה זו היא מצד התקנה שתיקנו לטובת האשה, ולא חיוב גמור לתשלום הכתובה כבר כעת, יש מקום להקל על הבעל בכה”ג שכבר אין טעם בתקנה, כשהדבר פשוט שאין סיכוי שהכתובה תגיע לידי גבייה. אמנם גם בכה”ג שאין לאשה רפואה ואין כל סיכוי שהכתובה תבוא לידי גבייה, אין לבטל את חובת השלשת הכתובה, וכמו שכתב מהר”ם שיק אה”ע סי’ ב’, אולם אין להחמיר על הבעל בתשלום זה יותר מעיקר הדין.

בנידון זה הקולא היא לפסוק כמו הסברא שכתב בפד”ר י”ג שם וכסברת הגאון רי”ש אלישיב זצ”ל, ואין לחוש להחמיר שמא גם ביחס לנידון של פירוט זקוקים וסיכום בשקלים, נאמרה פסיקת השו”ע הנזכרת, בחו”מ סי’ מה סעיף ה’, ללכת אחר הפירוט.

בנידון זה פשיטא שהבעל לא שת ליבו לזקוקים אלא לסיכום, ורק בסכום של 1800 ש”ח המופיע בסיכום, רצה להתחייב.

עוד יצוין שבנידון זה האשה מאושפזת במוסד במחלקה לתשושי נפש כחולת אלצהיימר וידוע שאין מרפא למחלתה וללא כל ספק, האשה לא תגיע למעמד שבו תוכל לגבות הכתובה. בנסיבות אלו יש מקום לדון האם חייבים להשליש את הכתובה, כשידוע בוודאות שלא תגיע לידי גבייה.

ביסוד חיוב השלשת הכתובה, בתשובת עין יצחק ח”א סי’ עח בתשובת בנו של הגרי”א זצ”ל, הסתפק ביסוד חיוב זה, וז”ל:

“בדבר הנהוג להתיר להבעל להשליש גט לאשתו שיצאה מדעתה ולישא אחרת והצריכו שישליש גם כסף כתובתה כמבואר באהע”ז סימן א’ וסימן קי”ט. אם מחויב הוא מן הדין לשלם לאשתו החולה את כתובתה כמו שהי’ מגרשה בגט גמור כיון שע”י מה שנושא אשה אחרת גורם לאשתו הראשונה שלא תשאר תחתיו ובא אז החיוב מפרעון כתובתה. או דלמא כל זמן דלא נתגרשה ממנו בגט גמור ואגידא בו אינו מחויב מן הדין לשלם לה את כתובתה ורק מצד תקנה משליש הוא את דמי כתובתה. והנ”מ לענין דין קדימה אם יש להבעל בע”ח מאוחרין. דאם מחויב הוא לשלם את כתובתה מן הדין אז האשה קודמת להבעל”ח של הבעל. אבל אם החיוב רק מצד תקנה אז הדין קדימה להבעל”ח.”

ובתוך דבריו הביא מדברי החלקת מחוקק סי’ קיט ס”ק יב שכתב:

“כב”ח כתב שצריך לייחד לה כתובה ולהכין גט ע”י שליח, ולחייבו ג”כ בכל תנאי כתובה. ולא ידעתי תרתי למה לי אם חייב ליתן לה כל חיובי ממון למה נחייב אותו בכתובה, ואין תופסין החבל בתרין ראשין, וכמ”ש מהרי”ק סימן ק”ז גבי טענת מום. ואפשר דמאחר דמשום חומר דתקנת ר”ג באיסור שתי נשים צריך לייחד לה גט ע”י שליח וע”כ צריך שגם הכתובה תהיה מוכנת. ועכ”פ מאחר שחייב בכל חיובי ממון פירוש מן הכתובה, והנדוניא ונ”מ הכל עדיין שלו, רק שהתקנה היתה שיהיה הכל מוכן הגט והכתובה אם תשתפה.”

## סימן ב

### התנאים להיתר נישואין לבעל

נידונות בבית הדין.

ביחס להודעה שכביכול הבעל קיבל היתר מאה רבנים לאחר שהושלש גט אצל “דיין חשוב מארה”ב” החפץ בעילום שמו. קשה לקבל ש”דיין חשוב מארה”ב” נהג בדרך מוטעית ומשובשת כפי שהרב הנ”ל מייחס לו. כידוע הגאון הרב משה פיינשטיין זצ”ל, שהיה רשכבה”ג ומרא דאתרא של מקום מגוריו הנוכחי של הבעל, כתב דברים קשים כנגד התנהלות כזו. להלן מדברי תשובת אגרות

האשה הופיעה בבית הדין והציגה מכתב מאת רב אחד, שבו נכתב שדיין חשוב מארה”ב הודיע לו שהבעל השליש גט אצלו, לאחר שקיבל היתר מאה רבנים.

וכן צורף למכתב צילום של הגט שנטען שהושלש.

האשה הודיעה שהבעל מסרב להסדיר את מתן הגט לידיה, ומבקש להוסיף דרישות רבות כתנאי למתן הגט, וכי היא אינה יודעת מה הן. האשה הבהירה שכיום אין כל תיק הפתוח בבית המשפט, וכי תביעות המזונות והמשמורת

משה אבן העזר חלק ד' סי' ג':

"הנה כבר מפורסם דעתי שהיתר דמאה רבנים אף במורדת הוא דוקא בהשלשת גט כשר אשר בכל זמן שתוצה האשה לקבל גט תוכל לבא ולקבל הגט ולהיות מותרת לעלמא, אפילו אם יש להבעל עליה תביעות ממון, כי ח"ו שהגאון רגמ"ה יתקן דבר תקלה לעגן בת ישראל איזו שהיא, ואף באופן שודאי חטפה משל בעלה איזה סך ממון לא תיקן ושום ב"ד דגאונים לא תיקנו ולא יתקנו באופן שיוכל הבעל לעגנה לגמרי או עד שתתן לו כמה שירצה, ובשביל עניני גיבוי ממון לא תיקנו ולא יתקנו שום תקנות שיהא ביד הבעל כוח בעצמו לעשות כרצונו ולעגנה, וכשלא נעשה כן אין ההיתר של הב"ד שהתירו כלום אף אם יחתמו ע"ז אלף רבנים ויותר, ויש על הבעל איסור וחרם דרגמ"ה מלישא אשה אחרת אם לא יגרשנה קודם בגט כשר, ואני חתמתי רק שיתירו להבעל כדין שהוא אחר שישליש גט כשר שתוכל לקבלו בכל עת שתוצה, וכן אמרתי גם בעובדא זו ביחוד לקרובי הבעל, שלא שייך שום היתר בלא השלשת גט כשר שתוכל לקבלו בלא שום עיכובים, וע"ז באתי על החתום למען האמת שלא יעוותו דיני התורה".

בהמשך לתשובה זו יצאו כמה מגדולי אמריקה ובתוכם בנו של האגרות משה, הגאון רבי דוד פיינשטיין זצ"ל, בחודש אלול תשס"ד, ואליהם הצטרף בחתימתו הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל, לתקן תקנות להסדיר את היתר מאה הרבנים, ובתוך דבריהם, שהובאו בספר ישא יוסף אה"ע סי' ח', כתבו:

"היות ובתקופה האחרונה עדים אנו לפירצה גדולה בענין "חרם דרבינו גרשום" ובקלות יתר אפשר להשיג "היתר מאה רבנים" ופשה הנגע ונתרבו המקרים בהם הותר לאיש לישא אשה על אשתו במספרים אשר לא שערום אבותינו, חוששים אנו כי מצב זה עלול לזעזע ח"ו את יסודות השלום בבית היהודי. לכן החלטנו אנו החתומים מטה לעמוד בפרץ ולתקן תקנות כדי להגביל את ההיתר ולהעמיד הדבר כפי שהיה בימים מקדם ש"היתר מאה רבנים" ניתן במתינות ובכבוד ראש כראוי לענין כזה אשר שלום לאשתו תלוי בו, ואלה התקנות:

- א. רק בית דין חשוב ומוסמך ידון בענין היתר חרם דרבנו גרשום.
- ב. הרבנים וראשי הישיבות החותמים ומצטרפים להיתר יהיו אך ורק רבנים מוסמכים או ראשי ישיבות, ומכניהם במשרות רבניות או בישיבות מפורסמות.
- ג. על הרבנים החותמים לציין מקום כהונתם כתובתם ומספר הטלפון שלהם.
- ד. אין רב רשאי לחתום על ההיתר אלא לאחר שעייין היטב בנמוקי ההיתר.
- ה. בית דין המתיר יעביר את נימוקי ההיתר לדיון בבית דין נוסף במדינה אחרת.
- ו. על הבעל להשליש גט בידי בית דין נאמן כדי שהאשה תוכל לקבל את גיטה בכל עת שתוצה בלא שום קושי ומניעות יהיה מי שיהיה. "היתר" הניתן לבעל ללא השלשת גט כאמור, יחשב לחסר ערך לחלוטין".

מאחר ופסיקת הגאון רבי משה פיינשטיין זצ"ל ותקנות אלו מחייבות את אחב"י בארה"ב, הרי כשניתן היתר נישואין שלא בבית דין חשוב ומוסמך שטענו והתירו חדר"ג בלא השלשת גט, הניתן לאשה בכל עת שתוצה לקבלו, ההיתר בטל לחלוטין.

ויסוד הלכה זו שאין להתיר חדר"ג כשהאשה מבקשת לקבל את הגט, מצויה ברמ"א באה"ע סי' עז סעיף ב' שכתב שההיתר לישא אשה אחרת במורדת, הוא רק אם הבעל "רוצה לגרשה, ואם אינה רוצה, מתירין לו לישא אחרת".

הרי מבואר שאם היא רוצה לקבל גט, אין מתירין לו אשה אחרת. וכבר נמצא כן בספר שערי תשובות למהר"ם מרוטנבורג שער א' סי' נג בתשובת רבי חיים פלטיאל שכתב אודות מורדת:

"ולא נתיר לו לישא אחרת כיון שרוצה לקבל גט".

ובספר אור גדול סי' ד' סק"ב כתב בדינו של הרמ"א:

"מיירי דהיא מורדת ומבקשת גט ממנו, אך שהוא מעגנה ואינו רוצה ליתן גט. בזה ס"ל להגהות מרדכי ותשובת רשב"א הנ"ל דאיהו נמי מתעגן, ואין מתירין לו לישא אחרת, משום דלמה לנו להתיר תקנת ר"ג כיון דהיא מרוצית לקבל גט, א"כ אפשר לו לישא בהיתר דיגרשנה וישא לו אחרת".

ובעין זה באור גדול סי' מד.

וכן החזו"א אה"ע סי' טט סק"י, כתב:

"ואם מתרצית לקבל גט בלא כתובה, אין מתירין לו לעולם לישא אחרת ואף לאחר יב"ח".

האמור בדברי הרמ"א, וכן בשערי תשובות, בספר אור גדול ובחזו"א, מתייחס לאשה שפסקו עליה שהיא מורדת. אך בנידון דנן, בית הדין לא פסק עליה שהיא מורדת, אלא אדרבה בפסק דין שכבר ניתן בבית דין זה, בית הדין פסק לכפות את הבעל בגירושיין. בפסק הדין נכתב:

"אין אנו מוצאים כל הצדקה לכך שהבעל יעגן אישה צעירה, בת 34 שנים בלבד, באופן אכזרי כל כך, וימנע ממנה את כל חיובי האישות, שארה, כסותה ועונתה, במשך למעלה מ-3 שנים! והעובדה שהאשה תובעת את הבעל שישלם מזונות לילדים אינה סיבה לעכב את הגט, בפרט שהנושא נידון בביה"ד והוא יכריע בדבר לפי הנסיבות ולפי האפשרויות של הבעל. ויש לו זכות לבוא לביה"ד ולטעון בענין זה.

לאור כל זאת, בית הדין פוסק שיש לחייב את הבעל בגירושיין, ויש לכפות אותו על כך ע"י מיצוי כל האמצעים האפשריים ע"פ החוק שיתן את הגט לאשתו... ככל שלבעל טענות ביחס לגובה דמי המזונות, עליו להתייצב לדיון ולהציג את טענותיו. כאמור, במקרה דנן שהאשה הסכימה שהדיון במזונות יהיה בסמכות ביה"ד, הבעל יוכל להגיש את כל תביעותיו בענין זה לביה"ד שיכריע בדבר לפי יכולותיו ובהתאם למחויבות של אב לילדיו, אולם האב בחר לברוח מהארץ ולא להתמודד עם חיוב המזונות שיש לו כלפי ילדיו, ולא לשלם להם מזונות כאב לילדיו, דבר חמור בפני עצמו, אבל בודאי שאין הצדקה להוסיף חטא על פשע וגם לעגן את אשתו ולא לשחרר אותה בגט. לכן

אך לפי מה דמבואר בש"ך חו"מ סי' כ"ח [ס"ק כ"ט] היכי שאין תובע ללוה, והלוה רוצה להביא עדים לפטור מחיוב, צריך בפני הבעל דין, גם שהוא לפטור. אם כן יש לומר ככהאי גוונא שאין תובע לו, רק הבעל רוצה לישא אשה אחרת ולפטור עצמו מחיוב על פי התקנה. שמלבד החרם יש חיוב שלא לישא אחרת עליה, כמבואר בשולחן ערוך אה"ע [סי' א' סעיף ט'], וגם בא הבעל לפטור עצמו מהחרם, ככהאי גוונא יש לומר דצריכים העדים להעיד בפני הבעל דין.

איברא דיש לומר כיון דמביא בפנינו עדים שעלינו מצוה לגרשה מחמת רוע מעלליה הוי כמו דבר איסור שאין צריך להעיד דוקא בפניה ומה יעשה הבעל אם רשעה זו תברח ותמאן מלבוא ולסתור עצמה גם מלפני שליח בית דין, ולכן בודאי די בזה אם מקבלים עדות שלא בפניה."

גם אליבא דתשובה זו של הדברי חיים שהתיר לקבל עדות שלא בפניה, היינו בנסיבות המתוארות בתשובתו שהאשה מתחמקת מדיון בבית הדין, אך בנידון זה התהפכו היוצרות מהנידון בתשובת הדברי חיים, הבעל הוא זה שנמלט מהארץ ואינו ציית דינא לפסק הדין המחייבו בגירושין, ותוך כדי הדיונים בבית הדין כאן בירושלים, מצא לעצמו מי שידון בבקשתו להיתר נישואין בלא דיון ועדויות במעמד האשה.

מכל האמור בית הדין קובע שאין יסוד בהלכה לדון בהיתר נישואין לבעל סרבן הגט, בדיון שאינו במעמד שני הצדדים שמתקיים בו "שמוע בין אחיכם", ונידון במקום שעפי" דין הוא המקום המוסמך עפ"י ההלכה לדון בתביעות שביניהם. היתר נישואין אם ניתן בנסיבות המתוארות, דהיינו ללא דיון במעמד הצדדים ולאחר שהאשה תובעת להתגרש ולקבל גט ללא כל תנאים, וכן כשכל התביעות הכרוכות בגירושין כבר נידונות בבית הדין זה, הוא בטל ומבוטל, והחרם דרבינו גרשם שלא לשאת אשה אחרת, רובץ על הבעל. ככל שהבעל ישא אשה אחרת דינו כמוחרם עפ"י ההלכה. וכן נוהגת בו ההלכה הפסוקה ברמ"א אה"ע סי' א' ס"י:

"כופין בחרמות ונדויין מי שעובר ונושא שתי נשים, לגרש אחת מהן".

בהמשך להחלטה קודמת המאשרת פרסום שמו של הבעל, בית הדין מאשר פרסום החלטה זו ללא השמטת שמות הצדדים, וזאת במגמה להביא לידיעת העוסקים בהיתר הנישואין ובהחתמת מאה רבנים, שחובה עליהם למשוך ידם מכך.

די בטענה זו כדי לחייב את הבעל לתת גט לאשתו, ולכפות אותו בכל דרך עד שיאות לתת גט ... אף אם יטען שאשתו מרדה בו שלא כדין, דבר שלא התברר בב"ד, אין מקום להתייחס אליה כמורדת, ללא דיון במעמד הצדדים שבו יתקיים "שמוע בין אחיכם" וכל עוד לא התברר אחרת, האשה בחזקת כשרות, אלא דינו של הבעל כמורד המונע מאשתו את כל עניני האישות, שזו מצד עצמה עילה ברורה לחייב אותו בגט ואף לכפות אותו על כך".

בנסיבות המתוארות, לא יתכן שיתקיים דיון בבקשת הבעל להיתר נישואין בבית דין במקומו הנוכחי של הבעל, שנטש את משפחתו ויצא אל מעבר לים כדי לעגן את אשתו.

הדיון בהיתר נישואין יוכל להתקיים רק במסגרת דיון במעמד שני הצדדים. ומאחר שכבר החלו דיונים בין הצדדים בבית הדין בירושלים, לא יתכן שבית דין אחר בארה"ב, ידון בבקשתו להיתר נישואין.

יתירה מזו, באותו בית דין לא התקיים דיון במעמד שני הצדדים, עיין שו"ת דברי מלכיאל חלק ג' סי' קמה שכתב:

"כבר כתבנו בסי' הקודם, שזה הוי כדיני ממונות, דהוי כאלו התנה עמה שלא ישא אחרת, וכן קיי"ל באה"ע סימן א' ס"ט דבמקום שיש מנהג שלא לישא אשה על אשתו הוי כאלו התנה. ואף שיש מקום לחלק בין מנהג לחרגמ"ה אבל ז"א. וא"כ הוי זה דין שבין אדם לחבירו, וראוי לשמוע מה בפיה ולא להורות ע"פ דברי צד אחד. וכן קבלת עדות צריך להיות בפניה".

ועוד כתב שם בתשובת דברי מלכיאל:

"וביותר צריך להזהר בעתים הללו אשר בעוה"ר קלי הדעת נתרבו המואסים בנשותיהם על לא דבר. ומוצאים אינשי דלא מעלי שנטלו עטרת סמיכה, ושוכרים אותם בכסף מלא להשיג להם היתר מק"ר. והרבה רבנים אינם מדקדקים כ"כ וחותרים על כל הבא לידם מבלי חקור בירור הדברים. ויש אשר רצונם לאפקועי שמייהו בדיסקי ותופסים המדה למלאות רצון כל דורש אולי עי"ז יתפרסם שמו. כי מאסף החתימות יפרסם שכבר חתם גדול פלוני. וזה אחד מהטעמים שאני נמנע מלחתום על היתר ק"ר. ולזה ראוי להביט על היתרים הללו בשבע עיניים, שלא יהיו בנות ישראל כהפקר, ומה הועיל רגמ"ה בתקנתו".

ובשו"ת דברי חיים אבן העזר חלק א סי' ה', כתב:

"רק על זה יש לחקור אם נגבה עדות זה בפני האשה. והן אמת שלכאורה זה הוי כלפטור [חו"מ סי' כ"ח סעיף י"ח], היינו שהבעל מביא עדים שהוא פטור מחרם שלא ליקח שתי נשים.

## סימן ג

### דחיית התביעה להיתר נישואין

יצוין, ההחלטה להיתר הנישואין ניתנה על בסיס הנתונים המפורטים בהחלטה הנ"ל, ובהתאם למידע המצוי במסמכים הרפואיים שהוגשו לביה"ד. עד למועד ההחלטה להיתר

בפנינו תביעת גירושין של הבעל, וקודם לכן הגיש הבעל תביעה להיתר נישואין, וביום ... ניתנה החלטה עקרונית להיתר נישואין.

האשה: אני רואה את זה אחרת זה לא שחור לבן גם שהתחנתתי טיפלתי בחולה סכרת ויש לנו שתי ילדים חולי סכרת.

בית הדין: מה הקשר בין הדברים? היה תקופה שהחיים בינכם לא היו אפשריים בגלל כל הבעיות את מתנגדת להתגרש?

האשה: מתנגדת כי אני חושבת שאפשר לשקם את הזוגיות.

בית הדין: הצעת לו לחזור הביתה?

האשה: לא דיברנו.

בית הדין: למה לא דיברתם למה לא נקטת יוזמה?

האשה: אבל הילדים סגרו עליי את הבית ולקחו את המפתחות.

בית הדין: את היית צריכה לחזור ולהגיד את זה לבעל.

האשה: אבל אני לא רוצה להתגרש, אני חושבת שזה טוב לי.

בית הדין: המצב הנוכחי זה טוב? מה ההבדל בין גירושין למצב הנוכחי?

האשה: אני לא רוצה גירושין.

בית הדין: תסבירי למה?

האשה: אני חושבת שאפשר לשקם את החיים על ידי יעוץ...

אחי האשה אפוטרופוס שלה: אמרתי שהיא התחילה לעבוד והיא יצאה מאשפוז הניסיונות התאבדות שלה היו בגלל הבקשה לגירושין הסתכלתי על מצבה ואמרתי אין בין זה לבין חיי נישואין שום קשר, היא לא הייתה בריאה אבל בשנה האחרונה, ראיתי שמצבה השתפר, כשהיא ביקשה פעם אחרונה, אמרתי לאמא שלי תקחו אותה לרופאה ותשאלו האם יש מצב שהיא יכולה לקיים חיי נישואין והיא ענתה שהתשובה היא כן מוחלט.

האשה הציגה בפנינו מסמך מעמותה פלוגית המעסיקה אותה בתקופה האחרונה, וכן חוות דעת רפואית מהקיץ האחרון, המעידות שלא היה לאשה כל התקף פסיכוטי וכי היא מתפקדת באופן סביר. לפני חמש שנים סבלה מדיכאון וחרדות, אך מצבה השתפר מאד.

#### דיון

הצדדים מתגוררים בנפרד כשנתיים כאשר בחלק מתקופה זו האשה שהתנה באישפוז בבית חולים פסיכיאטרי ושחררה עם תכנית טיפולית. המסמך הרפואי הנזכר שנכתב ע"ד ר... מהמחלקה הפסיכיאטרית בבית החולים, משקף את חוו"ד המקצועית המתנייחסת למצבה הנוכחי ובו נכתב שהאשה חזרה לעצמה ומתפקדת, וכן המסמך... הנזכר, מאשר זאת, ולא נשמעה הכחשה מצד הבעל ביחס למתואר במסמכים אלו, אלא רק נטען באמצעות בא כחו שהמסמכים חסרי תוקף משפטי.

עלינו לברר, האם על יסוד הנתונים שבפני בית הדין המחלה בה לקתה האשה, הינה עילה מוצדקת לחיוב הגירושין. נקדים כי בהחלטה הנוכחית בית הדין מתחשב בטענות שעלו בדיון ובמסמכים שהוצגו, אך לא בהתבטאויות הקשות והבוטות שבכתבי טענות הבעל, שאינן מגובות באסמכתאות.

הבעל טוען שמאס באשתו, ועלינו לדון האם בטענת "מאוסה

הנישואין, האשה לא התייצבה אפילו לדיון אחד, ונאמר לבית הדין שמצבה הרפואי אינו מאפשר לה להתייצב לדיון, על כן ההחלטה ניתנה על יסוד הנתונים והאסמכתאות שהיו בפנינו באותה שעה. אך לאחר מתן ההיתר העקרוני, לבקשת האשה נקבע מועד לדיון אליו האשה הופיעה, והתקיים דיון לבירור תביעת הגירושין.

כעת לאחר שהתקיים הדיון במעמד הצדדים, על ביה"ד להחליט אם לקבל תביעת הבעל ולחייב האשה בגירושין, ואם תסרב לקבל גט האם לתת היתר נישואין, או לקבל עמדת האשה לדחות את התביעה ולקבוע שבהיעדר פס"ד לחיובה בגירושין, האישה זכאית להתנות את הסכמתה לקבל גט בהסדר רכוש הולם.

להלן מדברי הצדדים בדיון האחרון:

"האיש: התחתנו לפני ... שנה בערך ואחרי הלידה של הבת הראשונה היה דיכאון של אחרי לידה, היו ניסיונות התאבדות, מאז, כל השנים טיפלתי בה, יש לנו שלושה ילדים הצעיר בן ..., הלכנו לרופאים והכל, מאחרי הלידה של הבת שהיא היום בת ..., התחילו הבעיות, אני לא רוצה לפגוע אני מבין את המצב הנפשי, אנחנו לא גרים יחד שנתיים פלוס, גרנו יחד בירושלים אני גר שם עם הילדים, אני חושב שהיא גרה אצל אשה מבוגרת אני לא יודע מה מצבה, אני שומע רק דרך הילדים ומה שאני שומע בבית דין, אני מבקש גירושין, אני רוצה לחיות את החיים שלי בשקט, אני לא מאשים, אם לא ילך אז היתר נישואין. סבלתי מהתקפות, הילדים אצלי כולם, ואפילו היא אמרה שהם ישארו אצלי...

האשה: אני רואה את המצב שלי היום ב"ה טוב, אני מתפקדת אני עובדת אני גרה אצל אשה מבוגרת פה בירושלים,

בית הדין: את מטופלת תרופתית?

האשה: כן, אבל זה רק להרגעה.

בית הדין: את זוכרת את השמות של התרופה?

האשה: אני לוקחת סורבון וכדור שינה ועוד כדור להרגעה.

ב"כ האשה מגיש לביה"ד מסמך רפואי.

בית הדין: למה זה מבית החולים?

אחי האשה אפוטרופוס שלה: בבית החולים טיפלו בה שנה וחצי.

האשה: זה היה אשפוז יום נסעתי כל יום לבית החולים.

בית הדין: כמה זמן את מטופלת שם?

האשה: חצי שנה.

בית הדין: איך אתה מסביר?

אחי האשה אפוטרופוס שלה: היא הייתה באשפוז חצי שנה ב... עם הפסקות היא יצאה משם לא ידענו מה לעשות איתה מצאנו שהקימו ב"ח עם רופאים חרדים ב... והיא הייתה מאושפזת שם חצי שנה, זה היה לפני שנה וחצי ואז הבינו שהיא יכולה לעבוד והוציאו אותה לעבוד במקום מוגן לפני בערך שנה, היא סיפרה לי שהיא מתחילה לעבוד בגן ילדים בשבוע הבא.

בית הדין: הבעל אומר שלאור כל מה שהתרחש הוא מבקש להתגרש, איך את מתייחסת?



התלמוד, דבזה"ז שאין מגרשין בע"כ לא שייך האי דינא, ומחוייב ברפואתה. הא כל הבא לגרש בע"כ או לישא אחרת טוען מאוסה עלי, וכיון שהיא חולנית הא טענתו מבוררת ולא שייך חרגמ"ה. ועל כרחנו שאין טענה זו מועילה לענין חר"ג אפילו בחולה".

עוד יצוין לתשובת הנודע ביהודה תניינא סי' קד שהביא הפת"ש אה"ע סי' קיז סק"ג, ולהלן מדבריו:

אשה אחת שנשאת לאיש ולפי דברי האיש זה שנה שהוא עמה היא חולנית ולפי דבריו עסקה ברפואות ולא הועיל, והוא האיש אומר שהוא מבין חולשתה שנתקלקל מוחה ושהוא שופט בשכלו שאין לה רפאות תעלה ומדמה אותה לנכפית ודן דינה שיכול לגרשה בע"כ בכפיה בשוטיין או בזריקת גט וק"ו במניעת שאר כסות ועונה... ואני אומר רמות רוחא יתירתא חזינא ביה שהוא עצמו בעל דין והוא עד והוא דיין ומי ישמע לו. ומעתה איזה אשה שיהיה לה מיחוש וראשה יכבד עליה ידין הבעל דינה לגרשה ומי יסמוך על הבנתו שהוא יאמר שמבין חליה ואולי הוא שוטה ואם אנו חושדין אותו בשוטה וגם רוח אולי גם רשע לפרוק מעליו חרם רגמ"ה ומה בכך שמוחה כואב ואינה יכולה להלך בשוק רק בבית וכי בשביל זה אינה ראויה לתשמיש, ומה ענין זאת האשה לנכפית יש סכנה לשמש עמה. וכל דברי הבעל שמדמה זאת האשה לנכפית הוא דברי שטות והבל ואם בעל דברים הוא יגש לבית דין שבעירו והם יחקרו מהות האשה ומה הוא חולשתה והם ישאלו אח"כ לגדולי הדור לברר הדין אבל האיש הזה כל קבל רמות רוחא דאית ביה ראוי הוא למתחו על העמוד כי אם יפרוץ הדבר יהיו בנות ישראל הפקר.

וכן בתשובת דברי מלכיאל חלק ג' סי' ק' דחה סברת הפוסקים שאפשר לחייב אישה בגירושין כשהבעל טוען "מאוסה עלי", הואיל ופוסקים אלה הסתמכו על דעת הראשונים שיש לכפות גירושין על הבעל בטוענת "מאוס עלי", וכתב שם לדחות זאת:

"אנן לא קיי"ל כמ"ד במאוס עלי כופין להוציא. ועוד דא"כ למה צריך היתר בנשתטית. והרי כל הפוסקים כתבו שצריך ק"ר אף דשוטה ודאי מאוסה עליו. וגם דכל כה"ג הו"ל להפוסקים לפרושי דבמאוסה עליו לא תיקן רגמ"ה. ולענ"ד אין להקל במאוסה בלא היתר ממאה רבנים".

גם באוצה"פ סי' א' אות עג ס"ק טז הביא דעת החולקים הסוברים, שיש להקל להתיר חרם דר"ג בטוען "מאוסה עלי" ויש לו אמתלא מבוררת. אך יצוין שביחס לתשובות צמח צדק ומהרש"ם שהובאו באוצה"פ, כתבו בפסק דין מבית הדין הגדול (בהרכב הדיינים הגאונים נ"ע הגר"י הדס, הגר"ש אלישיב והג"ב ז'ולטי) בפד"ר חלק ה' עמוד 297-294:

"אולם גם במי שבא בטענה זו שאשתו מאוסה עליו, ובאופן שהיא נראית כנה, כבר העלה הצ"צ בס"י קל"ב שלמעשה אין מתירין חדרגמ"ה על יסוד טענת מאוס עלי. וזו לשונו שם: - כ"ז נראה להלכה אבל לא למעשה משום דלא חזינן שנעשה

עלי" באמתלא מבוררת, עקב מצבה הנפשי בתקופה האחרונה, קיים בסיס לחיוב גירושין.

בשולחן ערוך אבן העזר סי' קיז סעיף י"א כתב:

"מי שנודע לו שאשתו נכפית, ורוצה לגרשה ואינו משיג כדי כתובתה, כופין אותה לקבל גט ואין בזה משום תקנת ר"ג, ויתן הנמצא בידו לכתובתה, והמותר כשתשיג ידו, ואם תמאן לקבל גט, ימנע ממנה שאר כסות ועונה. הגה: ודוקא במום גדול כזה שאלו היה באיש היו כופין לגרש מדין התלמוד, ולא תקן ר"ג שתהא האשה עדיפא מאיש (תשובת הרא"ש כלל מ"ב), אבל משום שאר מומין אינו יכול לגרשה בעל כרחו, אבל מכל מקום אין כופין אותו להיות עמה, מאחר דמאוסה עליו ורוצה לגרשה ולתת לה כתובתה".

מום של אשה נכפית נקבע כעילה לכפיית גירושין, מאחר שהיה מקובל שיש במום כזה סכנה לבעל, כמבואר בח"מ ס"ק יא ובב"ש ס"ק כא. אולם ביחס למומים אחרים שיש לאשה, נפסק כי רק אם במום דומה הקיים באיש היו כופין אותו לגרשה, יש לכפות את האשה, כמבואר בדברי הרמ"א. על כן בהתאם למבואר בדברי הרמ"א אין לחייב את האשה בגירושין על יסוד טענת "מאוסה עלי", והסכימו עם פסק הרמ"א: ה"ח"מ הב"ש וביאור הגר"א. וכן כתב בספר ישועות יעקב אה"ע סי' עז שהובא בפת"ש סק"ב, שאין לחייב בגירושין למרות שהבעל טוען "מאוסה עלי" ויש לו טעם מבורר. וכן עולה מדברי הבית יעקב בסוף סי' עז בהוספות על קיצור דיני מורדת, שכתב:

"ואם טוען מאוסה עלי בטענה ברורה, לא גרע מאשה, ואין לו דין מורד".

מבואר מדבריו, שרק הבעל אינו נידון כמורד, אך גם אין כופין עליה את הגירושין.

וכן כתבו שאין מחייבים את האשה בגירושין בטענה זו: בספר כנסת הגדולה אה"ע סי' א' הגהות ב"י ס"ק לג, ובתשובת נודע ביהודה קמא אה"ע סי' פד, ובתשובת חוט המשולש ח"ג סי' סא בתשובת הגאון רבי אליעזר יצחק זצ"ל (השמטות סי' ב').

וכן בספר אבן יקרה ח"ג סי' כד בבעל התובע גירושין עקב בעיה נפשית של האשה שלקתה בהתפרצויות של היסטריה, כתב שלמרות שהבעל טוען מאוסה עלי באמתלא מבוררת, אין מתירין לו חרם ר"ג. וכתב לבאר הלכה זו, וז"ל:

"ומה שכתב כ"ת דכיון שטוען מאוסה עלי בטענה מבוררת יש להתיר לו, אין זו סמיכה להתיר לו חדר"ג. דטענה זו אינה מועילה רק לענין שלא נדון את הבעל למורד לענין להוסיף לה על כתובתה או גם לפוטרו ממזונותי למאן דס"ל הכי, כמו שהביא כ"ת בשם הגאון ישועות יעקב אה"ע"ז סי' ע"ז, אבל לא לגרשה בע"כ או לישא אחרת עלי. דהא אם לא נאמר כן, אין שום מצב לתקנת רגמ"ה ... ומ"ש כ"ת דמשום שהיא חולנית טענת מאוסה עלי היא טענה מבוררת, דבר זה לא ניתן להאמר. דא"כ אין כתב מהרש"ל הובא בב"ח סי' ע"ט לענין דינא דהריני מגרשך ונותן לך כתובתך דאינו חייב לרפאותה מצד דין

צ"ה וכ"כ שו"מ מהדורא א' ח"ג סי' ק"ח וכ"כ פתחי תשובה  
סי' א' ס"ק ט"ז בשם הרב מטיקטין ז"ל.

#### עד כאן מאותה החלטה.

אמנם באותה החלטה הגענו למסקנה דלהלן: "מאחר ואין ספק במקרה זה שהאשה אינה יכולה לגור עם בעלה כדרך כל הארץ, יש עקרונית מקום להתיר לבעל לשאת אשה אחרת, לאחר שישליש גט וכתובה". ואכן היה מקום למסקנה זו בעתו ובזמנו שמהחומר שהוצג בבית הדין עלה שמצבה הנפשי כה חמור, ואינו מאפשר לה להגיע לדיון, ובוודאי שאינה ראויה לדור עם בעלה. אך כעת בדיון הראשון שהתקיים במעמד שני הצדדים מתוך התרשמות משני בעלי הדין והאסמכתאות שהוגשו, עולה שאין כך פני הדברים. לא התברר בפנינו שאם הבעל יחליט להסיר מסדר היום את תביעותיו, לרבות את טענת "מאוסה עלי" ויהיה נכון לשלום בית, שהדבר אכן אינו אפשרי עקב מצבה הרפואי-נפשי של האשה. על כן ביסודו של דבר בנידון זה תביעת הגירושין נשענת על טענת "מאוסה עלי" בלבד, עקב מחלה שלקתה בתקופת הנישואין, ולא על ליקוי יסודי אצל האשה הקיים כעת שאינו מאפשר חיים משותפים סבירים עם בעלה, אם יחפוץ בכך.

עוד יצוין כי גם לולי חרם דר"ג, אין ראוי לגרש אשה בעל כרחה כשהעילה היא מחלת האשה.

הרמב"ם פרק י"ד מאישות הלכה זו כתב:

"האשה שחלתה חייב לרפאות אותה עד שתבריא, ראה שהחולי ארוך ויפסיד ממון הרבה לרפואה ואמר לה הרי כתובתיך מונחת או רפאי עצמך מכתובתיך או הריני מגרשך ונותן כתובה והולך שומעין לו, ואין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ".

והוסיף המגיד משנה:

"וכתב רבינו ואין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ. ודבר פשוט הוא שיש בזה רוע מוסר".

וכן בשו"ע סי' עט סעיף ג' העתיק להלכה את לשון הרמב"ם, שאין איסור בגירוש אשה חולה אלא שאין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ. דהיינו קיימת הדרכה עקרונית שאין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ מפני שיש בזה "רוע מוסר", והיינו אף כשהחולי ארוך.

ויש שפרשו שאף הרמב"ם פסק להלכה כשיטת הספרי פרשת כי תצא (פיסקא ריד) שכתב:

"ושלחת לנפשה ... בגט כדברי רבי יונתן, ואם היתה חולה ימתין לה עד שתבריא, קל וחומר לבנות ישראל שהן קדושות וטהורות".

ופרשו דברי הרמב"ם הנזכרים, שמדינא אין איסור בגירושין, רק כשהאשה בוחרת בכך מרצונה, אך אסור לגרשה בעל כרחה, כהוראת הספרי, כן באר בשו"ת נבחר מכסף חלק אבן העזר סי' מו, ובתוך דבריו כתב:

"ולכך אני אומר דהרמב"ם סובר פירוש המשנה של ואם אמר הרי גיטה וכתובתה או אמר הרי כתובתיך רשאי ותלוי הדבר בכחירתה. דדמי לאומר לאשתו איני זנך דכופין להוציא ודוקא

מעשה כזה להתיר חר"ג בטענת מאיס עלי. גם המהרש"ם (ח"ב סי' צ"ב), אשר אמנם התיר למעשה את החר"ג, אולם צירף לזה כמה נימוקים: - א' קדושין דרבנן (קדושי חרשת); ב' אומדנא לבטל את הקדושין (הבטיחו לו נדוניה ולא עמדו בהבטחתם); ג' טענת מאיס עלי. ולפי"ז אין בטענת מאיס עלי במקרה דנן יסוד מספיק לחייב את האשה לקבל גט בניגוד לרצונה... לפי האמור אנו מחליטים: א. מקבלים את הערעור, ואין לחייב את האשה המערערת לקבל ג"פ. ב. כל עוד והבעל לא שילם את הכתובה לאשתו הוא חייב במזונותיה".

בהתאם לאמור ועל יסוד הכרעת בית הדין הגדול בפסק הדין הנזכר, אין לחייב את האישה בגירושין בגין טענת "מאוסה עלי", לרבות באמתלא מבוררת.

אמנם באשה שנשתתית פסק הרמ"א אה"ע סי' א' סעיף י' שיש להתיר חרם ר"ג. עיין שם באוצה"פ אות עב ס"ק א-ב שלדעת רוב הפוסקים אין צורך שתגיע לגדר שוטה ממש, אלא כל שהבעל אינו יכול לדור עמה כדרך כל הארץ, מתירין לו. עיי"ש בתשובות רבות מספרי האחרונים המסכימים ליסוד זה, שהיתר חרם ר"ג ינתן רק לאחר שהתברר שעקב מצבה הבריאותי של האשה היא אינה ראויה לתפקד בבית כאשת איש.

וכן בספר גט פשוט סי' קיט ס"ק לג הביא מתשובת מהר"ש חלק ד' סי' לג שאין תקנת רבינו גרשם באינה ראויה לאישות.

וכן בספר חבלים בנעימים חלק ג' סי' סה ס"ב כתב שינתן היתר נישואין עקב בעיות נפשיות קשות אצל האשה:

"כל שאי אפשר לבעל לדור עמה כדרך העולה ואינה יכולה לנהוג עניני הבית... ותלוי בראות עיני בית הדין".

ובהחלטה להיתר נישואין, כתבנו כדלהלן:

"הרמ"א באה"ע סי' א' סעיף י' כתב:

"ובמקום שאין האשה בת גירושין כגון שנשתתית... יש להקל להתיר לו לישא אחרת".

משמע שאין להתיר אלא בשוטה שאינה בת גירושין ובנידון זה נראה שהאשה אינה בגדר זה. אולם עיין באוצר הפוסקים ס"ק עב אות א' שהרבה פוסקים כתבו שביחס לחרם דרבינו גרשום, גם אם האשה אינה במצב כה חמור והיא בת גירושין מאחר שאינה שוטה עפ"י גדרי שוטה המבוארים בהלכה, והיא יודעת לשמור עצמה וגיטה ומשלחה ואינה חוזרת, למרות זאת אם עקב מחלתה לא ניתן לדור עמה, ניתן להתיר לבעל חרם דר"ג. והביאו מספר וחי יעקב אה"ע סי' יג שהעיקר תלוי בכך שלא מיתדרר לה עם בעלה, ודי בכך ואין ענין לסימני שטות השנויים במסכת חגיגה.

גם בתשובת חבלים בנעימים ח"ב סי' פ' שהביא אוצה"פ כתב:

וכ"כ דברי חיים ח"א אה"ע סי' מ"א שלהתיר לו חר"ג אין צריך שתהי' נשתתית ממש עם סימני שטות גמורים, אלא כל שאינה ראויה לדור עם בעלה כדרך כל הארץ, וכ"כ בית שלמה אה"ע

משפטי כדי להתגרש, במקום לתמוך בה ולסייע לה להשתקם, לא היה מקום לצפות ממנה להתעלם מכל ההליכים נגדה, ולנקוט ביוזמות סרק שלא היה להן סיכוי להצלחה.

למרות כל האמור, איננו מתעלמים מכך שכבר גבה טורא ביניהם, הבעל נחרץ בעמדתו שאין מנוס מגירושין, ואף אינו מוכן לאפשר לאשתו לשוב לגור בבית בשום פנים ואופן, ומבקש לחייבה בגירושין בטענת "מאוסה עלי".

בהתאם לאמור, מאחר ולא ניתן לחייב את האשה בגירושין, אבל האישה מסכימה להתגרש בכפוף להבטחת עתידה הכלכלי, יש לבחון טענותיה בעניין. זאת לאור התשתית המפורטת בכתבי טענותיה, בה היא מייחסת לבעל התנהלות שאינה הוגנת בכל הקשור לרכישת הדירה, וכיום מבקש לגרשה בלי לאפשר לה כל בסיס כלכלי להמשך דרכה בחיים כשמצבה הוא כמתואר. לפיכך על הצדדים לנהל מו"מ במגמה לגבש הסכם גירושין מלא ומפורט.

#### מסקנת הדברים:

טענת "מאוסה עלי" באמתלא מבוררת, אינה יסוד לפסיקת חיוב האשה בגירושין ו/או היתר נישואין, אלא אם מצבה הבריאותי והנפשי הקבוע של האשה אינו מאפשר לה לדור עם בעלה כדרך כל הארץ.

ההתרשמות הברורה של ביה"ד ממצבה הנוכחי של האשה, היא שמצבה השתפר באופן ניכר. וזאת על יסוד ההתרשמות הבלתי אמצעית מהצדדים בדיון שהתקיים במעמד שני הצדדים ומהעיון במסמכים שהאשה הגישה. בהיעדר אסמכתא לא ניתן לקבוע שהאשה במצבה הנוכחי אינה ראויה לדור עם בעלה כדרך כל הארץ. הבעל לא טען כן, וגם אם זו כוונתו בטענותיו, בכל מקרה חובת ההוכחה לטענה כזו מוטלת על הבעל, שלא עמד בנטל ההוכחה. בהתאם לאמור:

- א. ביה"ד מבטל ההחלטה להיתר נישואין.
- ב. ביה"ד דוחה את התביעה לחייב האשה בגירושין.
- ג. לאור הסכמת האישה לקבל גט, בכפוף למילוי דרישותיה, על הצדדים לנהל מו"מ במגמה לגבש הסכם גירושין. ככל שלא יושג הסכם תוך 30 יום בית הדין יזמנם לדיון במגמה להביא להסדרת הסכם הוגן.

כשהיא רוצה להתגרש, אבל אם תרצה לישוב עמו בלי מזונות אין כופין להוציאה".

וכן בספר ברית יעקב אה"ע סי' נב השיב בנידון של אשה חולה שבעלה מבקש לגרשה ולשלם את הכתובה והאשה אינה מסכימה להתגרש, אלא תובעת ממנו למלא את חובותיו לאשתו לרבות מזונות ורפואה. בתשובתו דחה הברית יעקב את טענת הבעל לחייבה בגירושין ולהיפטר ממזונות, אך אם החולי ארוך יכול להניח כתובתה בידה ולהיפטר ממזונות. ובתוך דבריו פרש דברי הרמב"ם בהתאם לדרכו של הנבחר מכסף (אף שלא הביאו), וכתב בשיטת הרמב"ם:

"מפרש מאי דתנן במתניתין הרי זה גיטך וכתובה ורפאי את עצמך, האי ויו דוכתובה הוא ויו מחלקת, או כתובתך ורפאי את עצמך שנותן לה הברירה, או שתקבל גט להתגרש לגמרי או להתרפאות עצמה מכתובתה, שומעין לו. והכריח הרמב"ם פירושו משום דקשה לו מספרי... לכן מפרש דנותן לה הברירה או דתתפאי מכתובתה או הריני מגרשך ונותן לך כתובה, ואם היא בוחרת בעצמה בגירושין רשאי, אלא דאינו רשאי לגרש בעת חליה, א"כ בבנות ישראל כה"ג לא הוי דרך מוסר ודרך ארץ".

וע"ע בספר משפטי עזריאל חלק אה"ע סי' פא, שאע"פ כן באשה החולה חולי ארוך ואינה ראויה לאישות, יתירו לו לשאת אשה אחרת.

התובע הציג טענות קשות שהאישה הטיחה בו בכתבי הטענות שהגישה בזמנו לבית המשפט. אולם ביחס לטענות אלו, אם היה מתברר שיש יסוד עובדתי לטענות אלו, לא ניתן לקבוע שבגלל התנהגות הבעל שנהג בה שלא כהוגן כמפורט באותם כתבי טענות, זו תהיה עילה לחייב את האשה בגירושין. אלא אם כן היה מתברר שכתבי טענות אלו מוכיחים שהאשה כבר אינה רוצה לשוב לבעלה לשלום בית. אך מדברי האשה בדיון עולה, שטענתה לשלום בית אכן כנה, ואין יסוד לפקפק בכנות דבריה, וככל שהדבר תלוי בה היא מעוניינת לשקם את הנישואין ולשוב לשלום בית, וכי היא מצידה היתה רוצה שהבעל ישנה את יחסו הנוכחי אליה ויסקים לתמוך בה ולקבלה חזרה לביתם. לכן אין בטענות הללו הצדקה לחייבה בגירושין.

ביחס לטענת הבעל להיעדר יוזמה מצד האשה לחזרה לשלום בית, יש להשיב, בנסיבות שהבעל מנהל מאבק

#### סימן ד

### היתר חרם דר"ג כשקיימת חלופה הוגנת אלא שאי אפשר לחייבה

להתגרש, מקובלת על בית הדין".

עמדת האשה היא שבעת הזו שאין אפשרות לחזור לשלום בית עם הבעל במצבו הנוכחי שלא טיפל בעצמו את הטיפול, כפי שהיא סבורה שעליו לעבור, ויצוין לדבריה בדיון האחרון: "אם ילך לטיפול אצל מישוהו טוב, וישתנה, אם לא

בנידון זה, לאחר שבית הדין האריך בפרטי המקרה, כתבנו בפסק הדין:

"אין ספק שהמצב בין בני הזוג אינו מצדיק שבית הדין יורה על ניסיונות לחזרה לשלום בית. מזה שנתיים שהצדדים בנפרד והמלצת הרב פלוני וד"ר פלוני הנזכרת שעל הצדדים

הולך לטיפול בלתי אפשרי להמשיך".

מאחר שבית הדין לא קבע שעל הבעל לגשת לטיפול זה, והאשה גם היא אינה רוצה את הבעל במצבו הנוכחי, "באשר הוא שם", הרי שאין מנוס אלא לקבוע שבמצב הנוכחי בפני בית הדין שני בני זוג שאינם רוצים זה את זה, ועליהם להתגרש ללא דיחוי.

הבעל התובע הציג את טענותיו בכתב, וטען שלאחר דבריה הנוכחים של האשה, התברר ששני הצדדים כבר אינם רוצים זה בזה, ויש לחייב את הגירושין על יסוד שיטת רבינו ירוחם בספר מישרים נתיב כג ח"ח. מאידך, האשה הנתבעת טענה שאינו דומה לשיטת רבינו ירוחם, שם שני הצדדים אינם רוצים בנישואין, וכאן היא רוצה את הבעל אם ילך לטיפול אצל מישוהו טוב, כמו כן טענה שאין עיגון אם הבעל יגיע עמה להסכם רכושי המקובל עליה.

בנסיבות המתוארות, מוטל על בית הדין להכריע בטענות הצדדים ביחס לחלוקת הרכוש ולזיקה שבין הפסיקה בתביעת הגירושין לפסיקה בתביעה לחלוקת הרכוש, כשהרכוש העיקרי העומדת על הפרק הינו דירת המגורים המשותפת.

נכון הוא שביחס לבני זוג שאינם רוצים זה בזה, אין מנוס אלא להורות להם להתגרש על יסוד שיטת רבינו ירוחם בספר מישרים נתיב כג ח"ח שהורה לחייב בגירושין את הבעל שאינו רוצה את אשתו, למרות שהיוזמה לפירוד ולתביעת הגירושין היא מצד האשה, כפי הנידון בדינו של רבינו ירוחם. הוא הדין להיפך, כגון בנידון זה שהיוזמה לתביעת הגירושין היא מצד הבעל, וכתוצאה מכך האשה גם היא אינה רוצה בבעל כפי שהוא כעת במצבו הנוכחי.

אלא שחייב האשה להתגרש ואכיפת הגירושין עליה בניגוד לרצונה, מחייב את בית הדין להורות שיש להתיר חרם דר"ג שלא לגרש אשה בעל כרחיה, וביחס להתיר חרם דר"ג הורה בספר ערוך השלחן אה"ע סי' א' סעיף כה, כדלהלן:

"וכן אם רצונה לקבל גט רק שמבקשת יותר מכתובתה המגיע לה אם חכמי המקום כמו הרב והב"ד רואים שביכולתו לשאת כי אין זה היתרון דבר גדול לפי מצב אותו האיש פשיטא שאין מתירין לו ויוסיף לה כרצונה. האמנם אם מבקשת סך רב ולפי ראות עיני הב"ד יהרס מעמדו כשיתן לה מה שמבקשת אז מתירין לו וכן כל כיוצא בזה".

ובשו"ת ציץ אליעזר חלק כא סימן נו:

"ויתרה מזו מבואר בפוסקים שאפילו ע"י הסכמת ק"ר אין להתיר בכנ"ל בהיכא שהאשה לא דורשת תרקיבי דדינא כדי שתסכים לקבל גיטה, ושאיזי מן הנכון לפצותה בכך כדי שלא להתיר חדר"ג שנתקבל כחמור עד מאד אצל עדות האשכנזים (שהבעל שלפנינו כאחד מהם). יעוין באצוה"פ סימן א' אות ע"ג סק"ב מ"ש בשם שו"ת מהרא"פ סימן ל"ח, וכן מ"ש בשם שו"ת אבני צדק ושו"ת פרי השדה שהתירו על בכזאת רק מפני שדרשה הרבה מעות ותרקבא דדינא, והבעל עני ואינו יכול להרבות בהוצאת ע"ש, ובעוד. ויעוין גם בערוך השלחן סימן א'

סוף סעי' כ"ה שכותב: "וכן אם רצונה לקבל גט רק שמבקשת יותר מכתובתה המגיע לה אם חכמי המקום כמו הרב והב"ד רואים שביכולתו לשאת כי אין זה היתרון דבר גדול לפי מצב אותו האיש פשיטא שאין מתירין לו ויוסיף לה כרצונה", ורק "אם מבקשת סך רב ולפי ראות עיני הב"ד יהרס מעמדו כשיתן לה מה שמבקשת אז מתירין לו" עיין שם, ודון מינה ומינה".

ובעין זה בפד"ר כרך כ' עמ' 40.

ובספר היכל יצחק חלק אבן העזר ח"א סימן ט' כתב שיש להימנע מלגרשה בעל כרחיה כשניתן לרצותה ברצי כסף, וז"ל:

"אמנם י"ל שאפילו תימא שמניעת המזונות היא ככפייה לקבל גט ובניגוד לחרם, מכל מקום מה שתקן רגמ"ה שע"כ לא יהא כלום כוונתו על כפייה ממש בגוף. ואולם וכדי לצאת מן המצב, עכ"פ באדם עשיר, ודאי שיש להתאמץ שיתן סכום הגון בכדי שיעזר לרצותה ברצי כסף בשים לב למצב והיחסים".

וכבר מצאנו בתשובת הרא"ש בנידון שהורה בנידון שלו שמדינא יש לכפות את הבעל בגירושין עקב הנסיבות המפורטות באותה תשובה, כלל לב סי' ב', עכ"פ כתב שיש להימנע מכפייתו בגירושין אם ניתן לרצותו בפיצוי כספי שיתן גט מרצונו, וז"ל:

"הראה לי מורי ה"ר ר' יצחק ז"ל תשובת רבינו שמשון בעל התוספות דהיא מקודשת בטבעת שאולה וטוב הדבר לפתותו ולרצותו בכסף שיגרשנה. אמנם אם נראה לכם רבתי הקרובים אל הדבר שאם המקדש אינו אדם ראוי והגון לדבק בכת טובים ובנכל ובתרמית פתיה וקרוב הדבר לדמותו לעובדא דנרש דגרסינן ביבמות בפרק ב"ש (ק) משום שנעשה שלא כהוגן הפקיעו הקידושין. גם זה שעשה שלא כהוגן נהי דקדושין לא נפקיע מ"מ יש לסמוך בנדון זה על דברי קצת רבותינו שפסקו בדינא דמורדת דכופין אותו לגרשה. אמנם יש לנסות אם יוכלו לפייסו בריצוי כסף, ואם לא יאות אני נגרר אחריכם לכופו לגרשה".

הט"ז אה"ע סי' עז סעיף ז' והחתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' קטז הביאו מדברי הרא"ש.

כמובן שניתן לחלק בין כפיית הבעל בגירושין וחייב האשה בגירושין, אך מדברי הערוך השלחן תשובת היכל יצחק וציץ אליעזר עולה שמצאו לנכון ליישם את היסוד ההלכתי שבדברי הרא"ש בתשובתו הנזכרת, הדנה בכפיית הבעל בגירושין, גם ביחס להיתר חרם דר"ג. לענין זה, אין מקום לחלק בין היתר חדר"ג שלא לשאת אשה שניה להיתר חדר"ג שלא לגרשה בעל כרחיה, אלא אדרבה הדברים ק"ו שדברי ערוה"ש יאמרו גם ביחס לחרם שלא לגרש אשה בעל כרחיה. יצוין למה שכתב הנודע ביהודה קמא חלק אבן העזר סי' עז שחרם שלא לגרש אשה בעל כרחיה חמור מהחרם שלא לשאת אשה שניה ודינו כאיסור תורה. וז"ל:

"ומאוד תמהני על מחותני הרב, שעושה חר"ג קל והוא איסור חמור מאד. ואף שהחרם של שתי נשים לא פשט בכל ישראל, אבל חרם שלא לגרש בע"כ חמיר טפי ופשט בכל ישראל, ויש

מחייבים שכל צד יקבל את חלקו שהשקיע ברכישת הנכס. בוודאי שכן בנסיבות שהבעל השקיע פחות ברכישת הדירה והוא הצד היוזם את הגירושין והמסיר מסדר היום כל אפשרות ליעוץ נישואין וניסיון רציני לתיקון הליקויים שהתגלו אצל שני הצדדים בתקופת הנישואין, ותובע לצאת מהנישואין שהחזיקו מעמד זמן קצר בלבד, עם סכומי כסף שלא השקיע מראש.

הצידוק שהבעל מוצא לעצמו לעמדתו הנוכחית שבטרם הנישואין לא הביאו לידיעתו אודות ההתנהגות הכעסנית של האשה, אינו מתקבל, מאחר שמאידך גם האשה רשאית לטעון שמראש לא ידעה על קווי האופי הנוקשים של הבעל, כפי שטוענת שכך התברר לה לאחר הנישואין.

**סיכומי של דבר**, עקרונית, בנסיבות המתוארות שהאשה אינה רואה מקום לשלום בית עם הבעל כפי שהוא כיום, והבעל תובע להתגרש, תביעת הגירושין מתקבלת. אך מאחר והפסיקה לחיוב האשה בגט, משמעה שיש לכפותה להתגרש בניגוד לרצונה באמצעות היתר חרם דרבינו גרשם, ועפ"י דבריה ניתן לרצותה בחלוקת הרכוש עפ"י מידת ההשקעה שכל צד השקיע ברכישת הדירה, ובהתחשב שבנסיבות הנוכחיות קיימת הגינות בשיטת חלוקת רכוש זו גם אם הדין אינו קובע כן, הרי שעפ"י הוראת ערוך השלחן היכל יצחק וציץ אליעזר, בית הדין יימנע מפסיקה שיש בה היתר חדר"ג לגרש אשה בניגוד לרצונה, או להתיר אשה שניה, אלא אם תסרב להתגרש גם לאחר שיוסדר הסכם גירושין שעל פיו כל צד יקבל את מידת השקעתו ברכישת הדירה המשותפת.

בכווח לדחות איסור דאורייתא, וכמבואר בתשובת הר"ן סי' ל"ח ... הרי שמחמת החרם שלא לגרש בעל כרחו נדחה שבועה דאורייתא. וגם מבואר בדבריו שהוא איסור תורה שהרי כתב בזה הלשון שהרי אפילו איסור דרבנן וכו', ומאי אפילו הרי בחרם הקהילות איירי, וה"ל למימר שהרי איסור רבנן דוחה וכו', אלא ודאי הכי קאמר שהרי אפילו איסור ממש דרבנן דוחה וכו' וק"ו החרם שאף שהקהילות תקנו חרם זה מ"מ כיון שכבר עשאוהו וגזרו חרם, הרי החרם דאורייתא ממש".

וכן רבים מגדולי הפוסקים הסכימו לדברי הנודע ביהודה שחרם שלא לגרשה בעל כרחו חמור מהחרם שלא לשאת אשה שניה, כמו שהביאם בספר אנציקלופדיה תלמודית כרך יז עמ' שצ"ד הערה 169.

נכון הוא שיש מקום לזהירות רבה שהנהגה זו לא תיהפך לכלי ל"סחטנות" בלתי הוגנת ביד הצד הנתבע לקבל את הגט, על כן הדבר נתון לשיקול דעת בית הדין מהו ריצוי כסף הגון ומהי סחטנות בלתי מתקבלת.

בנידון דנן, ביחס לדירת מגורים שהצדדים רכשו עם הנישואין ונרשמה על שם שניהם, הפסיקה המקובלת בבתי הדין היא שהנכס הינו נכס משותף בחלקים שווים בהתאם לרישום, ואין מתחשבים בחלקו של כל צד במימון רכישת הנכס. נכתבו פסקי דין רבים לביטול קביעה זו, ויצוין לנאמר להלן חל קח"מ סי' טו, בנימוקי פסיקה זו במקרה הדומה לנידון זה, ונימוקים אלו יפים גם לנידון זה.

פסיקה זו המבוססת על ההנחה שכוונת הצדדים היתה לרכוש נכס משותף בחלקים שווים בהתאם לרישומו של הנכס, אינה יכולה להסיר מסדר היום את הקביעה שלמרות הפסיקה המיוסדת על דקדוק הדין, עדיין ההגינות והיורש

## סימן ה

### בירור יהדות של עולים מכפר ברוסיה

שלמה רוזנטל שליט"א, ראב"ד בית הדין האזורי ירושלים בדימוס, שהעלה לאשר יהדות בני הכפר אילינקא, ובסיום דבריו כתב:

לכן למסקנת הדברים תושבי אילינקא הרשומים בתעודות הרוסים "יהודים", צאצאי המשפחות הותיקות שם, הם ודאי יהודים כשרים.

בשולי הדברים, יצוין כי בזמנו ישבתי, אבלח"ט, עם מרן הגרי"ש אלישיב זצוק"ל שעה ארוכה (כשעתיים) עם כל המסמכים שהיו ברשותי כולל תעודות מרוסיה (הרב זצ"ל קרא רוסית), ואחרי שמרן הרב עבר על כל החומר שהיה בזמנו בידי, נטה להסכים לדברים, ולא העלנו הדברים על הכתב לפי שהדבר היה ברור, ויצוין שהדבר היה עוד טרם שהיה בידי ההקדמה של הספר "מדרש שמעוני" להגרש"מ דיסקין זצ"ל. לאחרונה דיברתי עם הרה"ג נחום אייזנשטיין שליט"א, מנאמני ביתו של מרן זצ"ל, ואמר לי שסיכום הדברים הרשומים אצלו

#### פסק דין

בפני בית הדין בקשה לאישור יהדות, והתקיימו שלושה דיונים לשמיעת הבקשה.

המבקשת הינה בת להורים יוצאי הכפר אילינקא שברוסיה. מצד האם היא ממשפחת מ' ומצד האב ממשפחת ק', שהן שתי משפחות ידועות ומוכרות בכפר הנזכר.

רישום בני המשפחה בתעודות המקוריות מרוסיה, הוא: יהודי, וכמו כן משפחות אלו היו ידועות כמשפחות שומרי מצוות בעת מגוריהם בכפר הנזכר. בתקופה מסוימת, במשך כשמונה שנים, בין שנת תרפ"ח לשנת תרצ"ו, גר בכפר הרב זלמן ליברמן שהיה מחסידי חב"ד, שימש כרב המקום ובתוקף תפקידו היה אחראי על קיומו של מקווה, שחיטה וכיוצ"ב, עד שנכלא ע"י השלטונות ולבסוף נרצח.

בפני בית הדין בירור הלכה מפורט שכתב הרה"ג הרב חיים

מנחת יצחק, פסק להכשירם לאחר דיון שבו התקבלה עדות הרה"צ ר' יצחק זילבר זצ"ל שהעיד שאביו החזיקם כיהודים. וכן בפסק דין מבית הדין שע"י הרבנות ירושלים בראשות האב"ד הרה"ג הרב א' ד' לוי ז"ל, המצורף לתיק, לאחר שהאריך להוכיח שהחזקו כיהודים במשך שנים רבות, כתב: "לסיכום: ביום ט"ו טבת תשס"ט נכנסתי למרן הגרי"ש אלישיב שליט"א עם בית הדין ודיווחתי לו על הדיון ועל הפסק המאשר יהדותם של יוצאי אילינקא על סמך חזקת היהדות שלהם, ומרן הסכים לפסק, ואישר לפרסמו, אחרי שאמר שהאחריות היא על בית הדין".

בפסק דין מבית הדין לדיני ממונות ובירורי יהדות חלק ד' עמוד שיא, כותב בית הדין:

"תושביו היהודיים של כפר רוסי בשם אילינקא במחוז ורוניש שמרו על הדת והמצוות גם תחת המשטר הקומוניסטי [...] בזמן בירור יהדותם של כמה מבני אותו כפר, הופיע בבית הדין ר' דוד ק. שנולד באילינקא לפני כשבעים שנה והוא שומר תורה ומצוות [...] לפי המסורת שבידו היו כל תושבי הכפר יהודים מלבד 10 משפחות של עבדים נכרים ששימשו כגויים של שבת, והיהודים נזהרו שלא להתערב אתם. הוא זוכר את שלושת בתי הכנסת של הכפר מלאים מתפללים, וכיום נותרו שם 4 ס"ת. הוא זוכר את הרב זלמן ליברמן ממינסק שנשלח לכהן כרב המקום, והוא היה יהודי חסידי. כמו כן זוכר שהיה שוחט במקום שאת הבשר ששחט סיפקו ליהודים ברחבי בריה"מ עד לחרוקוב. את המצות אפו בבית עם מים שלנו. בערב יום כיפור עצרו את כל העבודה בקולחוז וכולם הלכו לביהכנ"ס".

אלא שבשנים האחרונות יש שהעלו ספקות ביחס ליהדותם עקב הטענה שיש יסוד להניח שבמקורם היו רוסיים סובוטניקים שהתייחדו בלא שעברו הליך גיור. בדרך זו נקט בפסק דין מבית הדין במוסקבה, שהביא בקונטרס "המקורבים והמרוחקים בזרע", בחתימת הדיין הרה"ג הרב ישראל בארנבאום שליט"א שהטיל ספק ביהדותם על יסוד ההנחה שאינם יהודים מדורי דורות אלא רק קיימת טענה שהתגיירו, אך קבע שאפשרות זו מוטלת בספק לאור תנאי החיים בזמנו. וכן מצדד בספר כצוף הכסף, ובקונטרס "שבת של מיי" שהקונטרס הנזכר הינו השלמה לזה.

בנסיבות המתוארות, מוטל על בית הדין לברר הלכה זו עפ"י כללי ההלכה הפסוקה כמתחייב, תוך התייחסות למכלול הנתונים הידועים לנו.

#### המבקש אישור יהדות ומשפחתו אינה ידועה

הטור אבן העזר סי' ב' כתב:

"כל הארצות סתמן בחזקת כשרות הן עומדות ואיש או אשה שיבא לינשא אין צריך לבדוק אחריהם כלל. אבל רש"י פי' איש שבא לינשא אשה צריך לבדוק אחריו קודם שישאווהו, וכ"כ הרמ"ה ופירש הא דאמר כל המשפחות בחזקת כשרות, היינו

מדברי מרן זצ"ל ממספר הזדמנויות הוא, שלגבי המשפחות הותיקות שהיו באילינקא בתקופתו של הרב זלמן ליברמן זצ"ל (ה"ד), אין שום ספק יהדות לגביהם.

האסמכתא היא מדברי הרב שמעון משה דיסקין זצ"ל שהיה רב של פרדס חנה שכתב על סבו הרב שמעון משה דיסקין זצ"ל, בספר מדרש שמעוני עמ' רס, כדלהלן:

בשושן פורים התרל"ב נולד אאמור"ר זצ"ל בעיר שומיאץ (פלך מוהליב ברוסיה) בן זקונים היה לאביו הרה"ג ר' יהושע זעליג זצ"ל שהיה מפורסם בכל הסביבה לצדיק אמיתי ונפטר בדמי ימיו ביוה"כ התרל"ד א"ז היה ת"ח גדול ועסקן במצוות. יסד הרבה מקואות בישובים, הרביץ תורה ברכים, וגיייר גרים במסירות נפש שאין כמוה וגם גדל את הגרים בתוך ביתו. את אחת הגיורות הכרתי. זקני השיאה לאיש בעיר אמטשיסלב והיא חנכה את צאצאיה לתורה ולמצוות. גיורת אחת נשלחה לירושלים ויש פה באה"ק שלשלת יוצאי חלציה יהודים כשרים.

ועל פי זה כתב הרה"ג הרח"ש רוזנטל שליט"א:

הנה כי כן לפנינו מסמך המתעד גיור הלכתי שנעשה על ידי רב מובהק שנעשה עובר לשנת תרל"ד, אף שלפי חוקי הצאר באותם הימים, המתגייר והמגייר היו צפויים להוצאה להורג בתליה.

כמו כן במשך שנים ניתנו בבית הדין האזורי בירושלים אישורי יהדות ליוצאי הכפר, יצוין להחלטה מיום כ"ג אייר תשנ"א מהרבנים הגאונים: הרב א' אלמליח, הרב שילה רפאל והרב מ' אלחדד, ולהחלטה ולמעב"ד מיום כ"ד אדר תשס"ד בתיק 704899/2 בחתימת הדיינים הגאונים הרב יששכר דב הגר, הרב נח הייזלר והרב מרדכי טולידאנו, המאשר לאשה יוצאת כפר זה להינשא לאחר שסודר עבורה ג"פ כדמו"י, ועוד קודם לכן אושרה יהדותה, ולהחלטה נוספת בתיק 1-62-30589188 מיום י"ג תמוז תשס"ה (20.7.2005) בחתימת הדיינים הגאונים הרבי יששכר דב הגר והרב בנימין לוי והרב מרדכי טולידאנו, המאשרת יהדות לאשה יוצאת כפר זה לאחר שד"ר זאב רייז המליץ לאשר יהדות, ולהחלטה מיום ה' תמוז תשע"ז (29/06/2017) בתיק 128160/2 שכתב הרה"ג הרב יקותיאל כהן שליט"א, ולהחלטה בתיק 1030282/1 מיום ח' סיון תשע"ה (26/05/2015) שכתב הרה"ג הרב דוד ברדוגו שליט"א, ולהחלטה בתיק 1138030/1 מיום ז' באלול תשע"ז (29/08/2017) שכתב הרה"ג הרב מרדכי רלב"ג שליט"א, וכן להחלטה מיום ד' סיון תשס"ו (31/5/2006) מבית הדין בבאר שבע בהחלטת הרה"ג הרב אהרן דרשביץ שליט"א.

אך יצוין שבכל אלו לא נזקקו להתייחס לחוות דעת כאלו או אחרות של היסטוריונים, אלא ניתן אישור יהדות על יסוד חזקת יהדות לרבות רישום יהדות במסמכים.

וכן כמה מהעוסקים במלאכה, ציינו שבד"ץ העדה החרדית בירושלים, בראשות הגאון הרב יצחק יעקב ווייס זצ"ל (מח"ס

כשרות ומותר לישא מהם לכתחילה", ובב"ש שם: בטור כתב בשם הרמ"ה מי שאין משפחתו ידועה לנו לא אמרינן שהוא בחזקת כשרות כי חיישינן שמא ממזר הוא וצריך ראי' ליוחסין. ובסי' שאח"ז (כלומר בסי' ג' סעי' א') מבואר דהמחבר נמי ס"ל מי שאין משפחתו ידועה לנו חיישינן שמא ממזר הוא, ומסיק לכן יש להחמיר ומי שא"י לנו יש לחוש שמא ממזר הוא עכ"ד. והר"ן פ"ב דכתובות כתב ומעשים בכל יום שמיאין אשה בכל מקום אף על פי שאין מכירין אותו ומחזיקין אותו בחזקת ישראל כשר, ובבית מאיר כתב: "חלילה להעלות על הדעת שהשו"ע מכריע בהעתקה מהוציאני מבית הספר מה שהלכה רופפת בידניו שהולכים בה אחר המנהג, והר"ן העיד בפירוש שמעשים בכל יום כו' ואילו רצה להכריע נגד המנהג לא הי' סותם דכל המשפחות בחזקת כשרות. גם תמה על הב"ש דבטור בשם הרמ"ה לא נזכר ממזר רק עבד, ואפשר שגם הרמ"ה ס"ל דלממזר ליכא למיחש דמכירים ישראל ממזרים שביניהם משא"כ עבד. ואף גם איהו ז"ל כתב דמנהגינן שאין בודקים כלל, וכ"כ השעה"מ פ"כ מאיסור"ב דלענין פסולי קהל אפי' מי שאין לו חזקת משפחה כגון שבא מארץ רחוקה אמרינן כל המשפחות בחזקת כשרות, וכ"ד גדולי האחרונים שכן נקטינן להלכה ולמעשה דמי שבא מארץ רחוקה אין חוקרין ודורשין אחרי משפחתו, אלא מוקמינן אותו בחזקת כשרות"

והנה הטור התייחס לחשש ממזר, חלל או עבד, ואילו חשש נכרי לא הוזכר בדבריו, אך יצוין לדברי הרשב"א בתשובה חלק ב' סי' טו, שכתב שאם "עומדין בחזקת יהודים ועושין המצוות כתקנן", שלא לחוש לנכרי, גם ללא חזקת משפחה, וז"ל הרשב"א:

"שאלת שבא בכאן יהודי או יהודיה מארץ רחוקה, ועמדו הנה ימים בחזקת יהודים כשרים. ועושין המצוות כתקנן, ואינן יודעין שם אבותם, הודיעני איך יקראו בשטרות ובכתובות. תשובה. מכלל לשון שאלתך שאמרת ועומדין בחזקת יהודים ועושין המצוות כתקנן, ניכר שאתה מסתפק בהן כיון שאינן יודעין שם אביהן, שמא לא מבני ישראל המה. וזה אין בו ספק פקפוק וספק כלל. שכיון שהן מחזיקין עצמן כשיראל אין מדקדיקין אחריהם. והרי הם ישראלים גמורים כמיוחסים שבישראל. ואין אומרים לישראל הבא ראייה שיראל אתה. ואלו היו רוצין לשקר מי הכריחן שלא לקרות שמות אביהן כאשר קראו לעצמן, ומי יכחישם על אביהם יותר על עצמם, וגדולה מזו שאפילו מי שבא ואמר גר אני שנתגירתו בב"ד נאמן. משום דאמרי' מיגו שהפה שאסר ואמר שהיה נכרי הוא הפה שהתיר ואמר שנתגיר. שאלו רצה לומר ישראל אני נאמן. ואין צריך להביא ראייה. ומה שאמרו ביבמות בפרק החולץ מי שבא ואמר גר אני יכול תקבלנו. ת"ל כי יגור אתך גר בארצכם במוחזק לך צריך להביא ראייה ואין צריך להביא ראייה בחוץ לארץ דברי ר' יהודה. ותכ"א בין בארץ ובין בחוץ לארץ צריך להביא ראייה. ואיפסקא הילכתא התם כחכמים. בההיא מיירי כשהיו מוחזקין בו שהוא נכרי ובא לאחר זמן ואמר נתגירתו. ולפיכך צריך להביא ראייה. אבל באיש שבא ואמר גר אני נאמן.

מאן דאית ליה חזקת כשרות א"צ לבדוק אחריו אבל מאן דלית ליה חזקת כשרות כגון שאין משפחתו ידועה, צריך ראייה ליוחסין ואין עד אחד נאמן. אף על פי דלא הוזהרו כשרות מלינשא לפסולים, ה"מ פסולי כהונה, אבל פסולי קהל אם בא לישא ישראלית לא שבקינן עד דמייתי ראייה שמא עבד הוא ע"כ. ולי נראה דלישנא דכל המשפחות בחזקת כשרות אינו משמע כדבריו דאיירי במאן דאית ליה חזקה. ור"ת פירש שאין בדיקה אלא לכהונה ודקתני הנושא צריך שיבדוק בד' אמותיה פירוש שאין בנו כשר לשמש על המזבח ואין בתו כשרה לכהן המשמש על המזבח אלא א"כ ישא אשה בדוקה".

המגיד משנה הלכות איסורי ביאה פרק כ' הלכה ה', כתב בתירומו הראשון בדעת הרמב"ם, כדעת הרמ"ה, וז"ל:

"במי שבא ואמר שהוא ישראל מעיקרו שצריך ראייה לענין היוחסין מפני מעלת היוחסין, דאי לא מי שבא ואמר נתגירתו יהיה נאמן מדין מגו, ואף על פי שכל המשפחות בחזקת כשרות, ה"מ במי שיש לו חזקת משפחה".

הבית שמואל בסי' ב' סק"ג כתב:

"בטור כתב בשם הרמ"ה מי שאין משפחתו ידועה לנו לא אמרינן שהוא בחזקת כשרות כי חיישינן שמא ממזר או עבד הוא וצריך ראייה ליוחסין, וכ"כ המגיד פ"כ ה"ה בתירוץ ראשון דאף הרמב"ם ס"ל כן, וכן משמע ברש"י פ"ב דכתובות [...] ובסימן אח"ז מבואר דהמחבר נמי ס"ל מי שאין משפחתו ידועה לנו חיישינן שמא ממזר הוא. לכן יש להחמיר מי שא"י לנו, יש לחוש שמא ממזר הוא".

אך הפתחי תשובה סק"ב הביא מספר שער המלך הלכות איסורי ביאה פרק כ' שדחה הראייה של הב"ש מדברי השו"ע סי' ג', וכתב:

"נראה בדעת הטור ז"ל כמ"ש בדעת הר"ן דס"ל דלענין פסולי קהל ודאי דאפילו דלית ליה חזקת משפחה לא חיישינן לה, מטעמא דמכירים ישראל ממזרים שביניהם וקלא אית לי' אפילו ממקום למקום. ולענין פסולי כהונה דוקא בדאיכא חזקת משפחה לא חיישינן אבל כל דליכא חזקת משפחה חיישינן משום חללות [...] ולענין הלכה הנה לענין פסולי קהל דעת כל הפוסקים ס"ל דאפי' מי שאין לו חזקת משפחה, כגון שבא מארץ רחוקה אמרינן כל משפחות בחזקת כשרות הן עומדות, זולתי דעת הרמ"ה שכתב הטור ז"ל ולחד תי' שכתב הוא ז"ל בדעת רבינו, ודלא כהרב ב"ש ובספר בית הלל שיחסו סברא הלזו לדעת מרן והטור ז"ל, דליתא כמ"ש".

וכן בשו"ת עמק שאלה סי' ט' כתב שכל האחרונים חולקים על הבית שמואל, והם הבית מאיר השער המלך ועצי ארזים, וס"ל שגם אם אין לו חזקת משפחה, הוא בחזקת כשרות, וכן העלה בספר אמרי דוד (פדר) חלק אה"ע סי' ה' ועוד פוסקים שהביא בספר אוצר הפוסקים.

והגאון רי"ש אלישיב זצ"ל סיכם הלכה זו, בתשובה המודפסת בספר קובץ תשובות הרב אלישיב חלק א' סי' קמב, וכתב:

"הלכה פסוקה באה"ע סי' ב' סעי' ב': "כל המשפחות בחזקת

דאבוה, אבל הוה ליה חזקה דכשרות אפומא דאבוה, לא מהימן למפסליה אלא בסהדיי".

וכן בספר שבות יעקב חלק ג' סי' קט ובחזו"א חלק אה"ע סי' קט"ז סק"ד קבעו שאעפ"י שיש משקל מכריע לכך שאדם הוחזק בחזקה אודות מעמדו האישי, עכ"פ שני עדים נאמנים להוציאו מידי חזקה זו, אך לא על יסוד אסמכתא שאינה כעדות שני עדים.

אמנם אם המבקשת או אמה או אם אמה היו מוחזקות כנוכריות לא הייתה נאמנת אלא בעדות גמורה שהיא יהודייה, וכמבואר בתשובת אגרות משה אבן העזר חלק א' סי' ח', שכתב:

"בדבר הנערה שמוחזקת בנכרית ואומרת שאמה היא בת ישראלית שנשתמדה וניסת לנכרי ונתגדלה כנכרית והחזיקה עצמה לנכרית וניסת לנכרי ומהן נולדה נערה זו, אם יש לנערה זו דין בת ישראל אף שהוא דור שני דמ"ש, והיא באה מצרפת וא"א לידע הדבר. פשוט לע"ד שאינה נאמנת דרך כשיש לו חזקת ישראל או רוב ישראל נאמן לומר שהוא ישראל וגם לומר שנתגייר במיגו כמפורש בתוס' יבמות דף מ"ז ד"ה במוחזק דאף בחו"ל שרוב עכו"ם מ"מ רוב הבאין לפנינו בתורת יהדות ישראל הם. וכן צריך לומר גם בכוונת התוס' פסחים דף ג' דהוכיחו מהא דנתגיירתי בניי לבין עצמי שא"ר יהודה שאינו נאמן לפסול בניו והיינו משום דמצי למימר ישראל אני אף דלא הוי רוב ישראל, נמי הוא מטעם שכתבו ביבמות משום דבא בתורת יהדות שרובן הם ישראלים. ומה שהוצרכו להוכיח זה משום דאולי רוב ישראל ממש הוא עדיף וגם אולי הוא כתרי רובא דרוב ישראל ממש וגם נהג בתורת ישראל ולכן האמינוהו להארמאה להאכילו מהפסת, והוצרכו להוכיח דאף ברוב עכו"ם יש לסמוך על הרוב שנוהגין בתורת ישראל שהוא ישראל [...] ואפילו להרמב"ם פ"ג מא"ב ה"י שעל מה שכתב שבחו"ל צריך להביא ראיה ואח"כ ישא ישראלית כתב ואני אומר שזו מעלה ביוחסין וכן הוא בש"ע יו"ד סי' רס"ח סעי' י', משמע שמדינא נאמן אף שאין שם חזקת ישראל ולא הזכירו שהוא משום שנוהג בתורת ישראל משמע שבלא חזקה כלום וגם לא ראינוהו עדין שנוהג בתורת ישראל נאמן מדינא... אבל כשהוא בחזקת נכרי גם להרמב"ם והש"ע אינו נאמן כמפורש במ"מ ה"ז וה"י ובש"ך ס"ק כ"א. ולכן בהא דידן שבאת לכאן בחזקת נכרית ונוהגת כנכרית, לכו"ע ברור שאינה נאמנת לומר שהיא בת ישראלית להיות בדין ישראל".

העולה מדברינו: אדם המוחזק כנכרי, אינו נאמן בטענתו שהוא יהודי, אלא אם יבואו שני עדים כשרים המעידים בדבריו. וכשהוא מוחזק כישאל, נאמן, ואין להוציאו מחזקת כשרות אלא בעדות שני עדים. וכשאינו מוחזק כנכרי וגם אין חזקת ישראל, לדעת הרשב"א ועוד ראשונים נאמן, ולדעת הרמב"ם והשו"ע יו"ד סי' רס"ח סי' מדינא נאמן, אך מפני מעלת יוחסין אין משיאין אותו עד שיביא ראיה.

הרמב"ם הלכות איסורי ביאה פרק י"ג הלכה ז' ט' כתב:

"בא ואמר נתגיירתי בבית דינו של פלוני והטבילוני, אינו נאמן

דומה למה ששנינו בכתובות בפ"ב האשה שאמרה אשת איש הייתי וגרושה אני נאמנת. הפה שאסר הוא הפה שהתיר. ואם יש עדים שהיתה אשת איש אינה נאמנת עד שתביא ראיה לדבריה". והדברים מבוארים גם בחי' הרשב"א על מסכת כתובות דף כד עמוד א, שכתב:

"אני כהן ורחבי כהן נאמן להאכילו בתרומה ואינו נאמן להשיאו אשה. פרש"י ז"ל אשה מיוחסת, ואיכא למידק אף להשיאו אשה אמאי לא והא לא הוזהרו כשרות לינשא לפסולין, כדאמרי' בפרק עשרה יוחסין (ע"ו א') [...] ולפסולי קהל כממזר ונתין לא חיישינן שכל המשפחות בחזקת כשרות הן, ועוד דמכירין ישראל ממזרין שביניהם וכל מאן דאתא ואמר ישראל כשר אני אין בודקין אחריו, לרבנן דאמרי בקידושין כל המשפחות בחזקת כשרות הן וקיי"ל כותיהו, ואמרי' נמי ביבמות פרק החולץ (מ"ה א') גבי גוי ועבד הבא על בת ישראל ההוא דאתא לקמי' דרבא אמר ליה זיל גלי או נסיב בת מינך, אלמא במקום שאין מכירין אותו משיאין לו אשה מ"מ, ואין מצריכין אותו ראיה שאינו פסול מפסולי קהל. וההיא דאמרין בפ' החולץ (מ"ו ב') גוי שבא ואמר גר אני צריך להביא ראיה, ההוא במוחזק לן דגוי הוה אלא שבא עכשיו לומר שנתגייר, הא באיניש דעלמא דאתא ואמר ישראל אני נאמן לכל דבר, כדאמרין בפסחים ההוא גוי דהוה סליק ואכיל פסחים בירושלים אלמא מסתמא מחזקין ליה בישראל, ומעשים בכל יום שמשיאין נשים לכל אדם בכל מקום בחזקת שהוא ישראל וכשר, וי"ל דברייא זו אתיא כר' מאיר דאמר כל המשפחות בחזקת פסולות הן עד שיודע לך שזה כשר כדאיתא בפרק עשרה יוחסין".

הרי שהרשב"א בתשובה מתייחס לאלו "העומדין בחזקת יהודים ועושין המצוות כתקנן", אך מסיום תשובתו נראה שדי בכך שאינו מוחזק כנכרי ואז אם יבוא ויאמר גר אני נאמן. ובחידושו כתב: "ומעשים בכל יום שמשיאין נשים לכל אדם בכל מקום בחזקת שהוא ישראל וכשר".

ובתוספות במסכת יבמות דף מז עמוד א' ד"ה במוחזק לך, כתבו:

"אומר רבינו תם דדוקא בדיענין דהוה עובד כוכבים מעיקרא, דאי לא הוה ידענין מהימן מגו דאי בעי אמר ישראל אני דמהימן, כדמשמע בריש מסכת פסחים (דף ג': ושם) גבי ההוא עובד כוכבים דהוה סליק ואכיל פסחים בירושלים. ואין לומר שאני התם דהוה סמכי ארובא דהוה ישראל דהא בכל מקום נמי איכא רובא דרוב הבאין לפנינו בתורת יהדות ישראל הם".

וכן הוא ברא"ש יבמות פ"ד סי' לד.

בהתאם לאמור, אין ספק שהמבקשת ובני משפחתה מוחזקים כיהודים וכל השנים נהגו בזהות יהודית לכל דבר וענין. בכמה מקורות בהלכה מצינו שאין מוציאים מחזקה אלא על יסוד עדות שני עדים. בבית יוסף אבן העזר סי' ד' כתב:

"כתב רבינו ירוחם בשם הרמ"ה על ההיא דנאמן אב לומר זה בן גרושה וכו' דוקא דלא הוה ליה חזקה דכשרות אפומא



**האם בכח חוות דעת של הסטוריונים להוציא מחוקת יהדות** בתשובת הגאון הרב אשר וייס שליט"א מיום י"א חשוון תשס"ט להרה"ג הרב פנחס גולדשמידט שליט"א, והובאה בקונטרס "שבת של מי", נשאל על יחוס אנשי הכפרים אילינקא וויטוקי, לאחר שהציג את העולה מהחומר הרב שהוצג בפניו, העלה ספקות ביחס ליחוסם, ובסיום דבריו, כתב:

"ובמה שכתב לי כת"ר שהבית דין של העדה החרדית הכשיר בני הכפר אילינקא עפ"י עדות הרה"צ ר' יצחק זילבר זצ"ל שהעיד שאביו שתה יין בביתם. הנה כל עוד באים לפנינו יחידים, פשוט כדברי התוספות דרוב הבאים לפנינו בחזקת ישראל יהודים הם, ולרווחא דמילתא מתחזקים הדברים עפ"י עדות הרה"צ הנ"ל, אבל כאשר מתברר ששאלה זו נוגעת לקהילה שלימה, וכנגד עדות הנ"ל, יש עדות שלא גירשו נשותיהם, על נישואי תערובת, ויש ספק רב בקשר לעיקר מוצאם, שוב אין לסמוך על החזקה הנ"ל [...] ואפשר גם שהרב הנ"ל ידע על משפחות מסוימות שבחזקת יהדות הם ואין ללמוד מזה על כלל תושבי הכפרים הנ"ל".

ועפ"י דבריו אלו העלה במסקנתו וכתב בלשון זו:

"סוף דבר לענ"ד אנשי הכפרים הנ"ל ספק ישראל, הם ויש להחמיר ולחוש לקידושיהם וכן לגייר אותם כדת וכדין. אמנם יש לנהוג בזה בזהירות יתירה ולשמור על כבוד הבריות ושלא להוציא לעז על משפחות שיש להם חזקה גמורה".

דברי הגאון הרב אשר וייס שליט"א בתשובה זו אינם ברורים, מצד אחד כותב באופן גורף על אנשי כפר אילינקא שהם ספק ישראל, ומאידך מסכים שאלו שיש להם חזקת יהדות, אין להטיל בהם דופי.

עכ"פ דבריו מבטאים את ההתלבטות כיצד לנהוג במידע ההיסטורי שכתבו כמה חוקרים ממנו עולה ספק ביהדותם, והאם בכוחו של מידע זה לבטל הלכה פסוקה שסוקלין ושורפין על החזקות, וכן את ההלכה הפסוקה בכל הראשונים, שמי שבא והוא בחזקת יהדות, אין להטיל ספק ביהדותו, אך מסקנתו צ"ע, ועפ"י המבואר להלן, אין למחקר היסטורי מעמד של שני עדים.

אמנם, בקונטרס "המקורבים והמרוחקים בזרוע" (עמ' 17) מביא מספר תשובות והנהגות ח"א סי' תשס"ז שדן בשאלת מעמדם של העולים מאתיופיה, וכתב: "וכותבי דברי הימים המוסמכים שיש להם נאמנות כדין ערכאות, אכן מסתפקים אם הם כלל מעדות ישראל, ולמסקנת רבים ושלמים מהחוקרים אינם מעדת ישראל, שביירו שדומים לכתות הנוצרים המתקרבים לדת ישראל, וגם לבושי כהניהם כלבושי כהני הנוצרים", עכ"ל, ועל יסוד דברים אלו בנה הקונטרס הנוכח יסוד מוסד לתת מעמד של נאמנות ערכאות, לדברי ההיסטוריונים אודות הליכים היסטוריים כאלו ואחרים שאירעו לפני מאתיים שנה, ועל פי קביעה זו הביא מקורות בהלכה לביסוס מעמד הערכאות ונאמנותם. אך יש לזעוק מרה על השערורייה, על אותם אנשים שחברו

לבא בקהל עד שיביא עדים... גיורת שראינה נהגת בדרכי ישראל תמיד כגון שתטבול לנדתה ותפריש תרומה מעיסתה וכיוצ"ב. וכן גר שנוהג בדרכי ישראל שטובל לקריו ועושה כל המצות, הרי אלו בחזקת גרי צדק. ואע"פ שאין שם עדים שמעידין בפני מי נתגיירו. ואע"פ כן אם באו להתערב בישראל אין משיאין אותם עד שיביאו עדים, או עד שיטבלו בפנינו הואיל והחזקו גוים".

וכן הוא בשו"ע יו"ד סי' רס"ח סעיף י'. ובשו"ת חוט המשולש להגאון רבי חיים מוואלאזין זצ"ל בסי' ה' השיב אודות גיורת שנישאה ליהודי ונולדו ילדים והגיורת נפטרה, ועלתה שאלה ביחס לכשרות הילדים, מאחר שלא נעשה בירור ביחס לגיור, והשיב:

"כיון שראינה נהגת בדרכי ישראל וזאת אומרת נתגיירתי בבית דין של פלוני, הרי דינה מבואר בשו"ע סי' רס"ח ס"י דהיא בחזקת גיורת".

והחזו"א יו"ד סי' קנח סק"ג, השיג על הגר"ח וז"ל:

"הגר"ח שם מפרש דארישא קאי באומרים נתגיירו בבית דין של פלוני דוקא, וזה תימא אם הוא חזקת הנהגה, אמירה למה לי, ונתגיירנו סתם למה לא סגי, ומנ"ל לחדש כזה שלא נזכר בגמרא. ומלשון הרמב"ם ושו"ע אין הכרח כלל לזה. אלא הם בחזקת גרים אף בלא אמירה".

ובקובץ תשובות להגאון רבי יוסף אלישיב זצ"ל ח"א סי' קלט הביא מדברי הגר"ח והחזו"א, והעלה:

"עכ"פ להלכה נקטינן בהתנהגות בדרכי היהדות סגי גם בלא אמירה נתגיירתי בב"ד פלוני. והטעם הוא מכיון שהתמיד להתנהג בדרכי היהדות, חזקה עליו שהתגייר. ואף שהגירות לא מיקרי בידו... מ"מ האפשרות קיימת... ונראה עוד בהא דנוהג בדרכי ישראל, אין בזה כללים קבועים ויש לשקול כל דבר לפי הענין והזמן. ומלפנים בישראל כשראינהו טובל לקריו וכיוצ"ב ויחד עם זה הוא עובר על אחת ממצות ד' אשר לא תעשנה, גם אם זה דבר מדברי סופרים, נ"פ שזה היה מהוה ריעותא בחזקה, אם לא כשיש לתלות בחסרון ידיעה. אך בזמנינו יש לדון שהתנהגות בדרכי היהדות שעל ידה נקבעה הגירות הוא בקצת צורה אחרת. ואם ראינהו מתנהג כדרך שהיהודים אשר הוא שוכן בתוכם מתנהגים, כגון שהוא מבקר בביהכ"נ בשבתות ויו"ט לוקח באטליז כשר, לא עובד בשבת וכיוצ"ב, י"ל דע"ז מחזיקים אותו לגר גם כשעובר על דבר מדברי סופרים".

בהתאם לאמור, כל המשפחות שהחזקו בכפר אילינקא כשומרות מצוות, גם אם עקב חסרון ידיעה לא ידעו לקיימן בשלמות כראוי, הם בחזקת יהודים, ואין צורך שיציגו כעת אסמכתא לגיור או אסמכתא אחרת, שהרי אפילו גר שהתגייר והחזק כיהודי, די בחזקה זו בלא שיאמר התגיירתי בבית דין פלוני, לפי דעת הפוסקים שלא הסכימו עם תשובת חוט המשולש הנוכרת, ק"ו שבני הגיורת ובני בנותיה אינם צריכים להציג אסמכתא לגיור שנעשה לפני דורות רבים, ודי בכך שהחזקו כיהודים.

דעתו שאינו נאמן כשאינו מעיד על מראה עיניו מתוך כלי עבודתו.

עוד יצוין להלכה הפסוקה שולחן ערוך אבן העזר סי' ב' סעיף ג':

"משפחה שקרא עליה ערער, והוא שיעידו שנים שנתערב בהם ממזר או חלל או שיש בהם עבדות, ה"ז ספק".

בספר קובץ תשובות הרב אלישיב חלק א' סי' קמב כתב: "ובאה"ע שם סעי' ג' כתוב "משפחה שקראו עליה ערער והוא שיעידו שנים שנתערב בהם ממזר ה"ז ספק" היינו שאין סותרין להחזקה הנ"ל אא"כ קרא ערער ע"י ב' עדים ואף לרש"י בקידושין דף ע"ו שפירש "אם קראו עליה ב' עדים שמץ של פסול ולא שמעידים עדות גמורה אלא יציאת קול", כתב המהרשד"ם אה"ע סי' קל"ח היינו להצריך בדיקה, אמנם לפסול פשיטא דעדות גמורה בעינן. ובשו"ת משיבת נפש (הו"ד באוצה"פ) כתב אליבא דרש"י דוקא לכהונה פוסל הערער הנ"ל אבל לישראל ל"ח לזה. ובמהר"י בן לב ח"א כלל ב' סי' פ' י"א כתב: "אפי' הו"ו בנ"ד רגלים לדבר ושנים מפי שנים הוא כשר לבוא בקהל דהא אמרינן דלקלא דלבתר נישואין ל"ח ואפי' לקלא דבתר אירוסין, וכשם שאין מוציאים את האשה מתחת בעלה מטעם קלא, כך אין חוששין לו משום ממזר מטעם קלא. ואף דלפימ"ש התוס' קידושין דף ע"ו דמשום האי טעמא לא חיישינן לממזרות הואיל וישראל מכירין ממזרים שביניהם, לא מסתברא לחלק בין מקום למקום ולומר שישתנה דיניה של האי כללא דכל המשפחות בחזקת כשרות, אם באותו מקום לא איכפת להם בין זרע כשר לזרע פסול והכל נעשה להם כהיתר, כי הרי לפי האמור אף שבא ממקום רחוק תיכף לבואו משיאין לו אשה מבלי לחקור עליו והלא יתכן שבמקומו אכן ידעינן שהוא מפסולי קהל, וע"כ דעיקר חזקה זו היא כמו חזקה דאתי מכח רובא, דמילתא דלא שכיחי היא, והטעם דמכירים בנ"י ממזרים שביניהם הוא להסביר למה לגבי חללים כן תיקנו לחוש להם, וע"ז כתב משום דמכירים בנ"י וכו'".

#### עד כאן מדבריו.

בהתאם לאמור, פשיטא שלמחקר היסטורי כזה או אחר המיוסד על השערות גרידא, כמו שהובאו באריכות בקונטרס "שבת של מי", אין מעמד של שני עדים המעידים בבית דין שהתערב נוכרי במשפחה המוחזקת ביהדות, אלא לכל היותר אולי כתוצאה ממחקרים אלו יוצא קול לעז המחיב בדיקה, אך מבואר במהרשד"ם אה"ע סי' קל"ח בתשובתו הנזכרת, שאף לשיטת רש"י יש צורך בשני עדים שיוציאו קול, ורק קול כזה מחייב בדיקה בלבד. ובזה כתב מהרשד"ם: "ואי איכא עד אחד גמור, אין צריך אפילו בדיקה, כ"ש וק"ו להוציא האדם מחזקת כשר. אפילו לדברי רש"י אינו צריך אלא קול משני עדים היינו להצריך בדיקה, אמנם לפסול פשיטא דעדות גמורה בעינן".

יתירה מזו, כל דברי המערערים נשענים על ההנחה שלא יתכן שנערך גיור המוני ואין לו זכר בכתובים, אך כידוע גיור מועיל גם כשנעשה בפני בית דין בצנעא, ומה האסמכתא

את הקונטרס, הגם שהתמחו בבירור יהדות, אך התמחות זו לא הכשירה אותם לפסוק הלכה, למרות זאת התעטפו באיצטלה שאינה ראויה להם, ומדמים מילתא למילתא בהלכה שאין להם בה יד ורגל, ומוציאים לעז על קהילה שלימה שהוחזקו כיהודים, וכאמור, יהדותם כבר אושרה בהחלטות רבות מבתי דין שונים.

נאמנות הערכאות, יסודה בסוגיא בגיטין דף י' ע"ב, ובחידושי הריטב"א (כת"י) דף יא ע"א כתב:

"ערכאות תנן, דקביעי בהורמנא למלכא, ואיכא עליהו אימתא דמלכותא".

וכן ההלכה להיתר עגונה על יסוד מסמך החתום על ידי ערכאות, התבארה בתשובות החתם סופר שהובאה בפת"ש אה"ע סי' יז ס"ק נג, שם הנידון בעדות על מות הבעל, שהוא מילתא דעבידא לאיגלווי אם יתברר שלא מת, ובנוסף המסמך נחתם על ידי ערכאות, וחזקה דלא מרעי נפשיה, ולא יערערו את מעמדם, ואם פקיד הערכאות יזיף, מחייב ראשו למלך, בצירוף כל אלו, קיימת חזקה שלא ישקרו ויאשרו מות הבעל אם הוא עדיין חי ויוכל ההרוג לבוא ברגליו.

ובשו"ת מהר"ש ענגיל ח"ג סי' יא כתב:

"אך באמת זה לא חשיב בגדר ערכאות, דרק באם נעשה הדבר במקום מושב דייני הערכאות אז הדבר וודאי שמת. אבל הכא [...] לא הגיד כלל עדותו לפני הערכאות שלו ולא נרשם כלל דבריו בפניקס ערכאות [...] פשיטא דלא חשיב בכלל ערכאות דלא מרעו נפשו בזה אם ישקר".

ומה עניין נאמנות זו לדברי היסטוריון הכותב אודות אירועים שאירעו לפני מאתיים שנה, ומצד השערה להשערה, ואינו נוטל על עצמו אחריות לדברים שכתב, ואם יתברר שטעה או שיבש את המידע, אינו צפוי לעונש. פשיטא שאין לו כל מעמד המתקרב למעמד הערכאות, שכבודם שלא יימצא זיוף באישור שהוציאו מתחת ידם, ויש עליהם אימת המלכות אם יתברר שלא עשו מלאכתם נאמנה. אף ביחס לנאמנות הרופאים המומחים, כתבו הפוסקים שנאמנותם היא כשמבררים מציאות הקיימת כעת בפניהם, ולא כשמציגים השערה כזו או אחרת על יסוד חכמתם, עיין בספר פנים מאירות ח"א סי' יב ושו"ת שם אריה אה"ע סי' קי"ב ותשובת הנצי"ב שבסוף ספר מרומי שדה ח"ג סי' א' ופד"ר כרך ה' עמ' 351.

גם דברי ספר תשובות והנהגות הנוכרים, מתייחסים לדברי החוקרים אודות המציאות הידועה כיום ועבידא לאיגלווי, אך גם בכך אין יסוד לתת לחוקר היסטורי מעמד של ערכאות, המועיל להתיר אשת איש בנסיבות המתוארות. הדבר תמוה מאד שיינתן מעמד נאמנות של ערכאות לאדם הכותב קורות ההיסטוריה עפ"י השערה ודימוי השערה להשערה, בלא שיעיד על כך בבית דין ויקבל אחריות לתוצאות דבריו. אך גם לאחר עדותו לא יאמן יותר מרופא מומחה המביע חוות דעת כללית והלוקח אחריות על חוות

כל דפריש מרובא פריש, מאחר שיש בו ספק בעיקר לידתו שנולד באיסור מחמת אמו הקבועה, הרי הולד ספק בכל מקום שילך ספקו עמו. הא למה זה דומה לשתוקי דאמרינן רוב כשרים אצלה, ומשום שקביע איסורא בלידתו דילמא אזלא איהי לגבייהו נאסר, כדאמרינן בפרק עשרה יוחסין [...] דמשום דנייד חד מינייהו והלך לעיר אחרת, לא הוכשר, דספיקא קביעא ביה בכל מקום שילך, ואף זו כיוצא בה".

ומבואר שלא כתב דבריו אלו, אלא רק על היבם ולא על הבעל המנוח, ונראה הטעם מפני שהוחזק ביהדות, בשונה מאחיו, שלא הוחזק וגם יתכן שהיה בן אשה אחרת. אך בעיקר סברת מהרי"ט, כידוע הבית יוסף אה"ע סי' ג' הביא מתשובת רבי שלמה בן הרשב"ץ, שכתב בפשיטות שלא כסברת מהרי"ט, וז"ל:

"אם יעיד אחד מהאנוסים שאחד מהם מוחזק ככהונה מעלין אותו לקרות בתורה, ואין חוששין שמא אמו גויה, שכל האנוסים נזהרים להתחתן בגוים, ולא חיישינן למיעוטא דכל דפריש מרובא פריש".

וכן פסק בשו"ע סי' ג' סעיף ג'. ובתשובה במקורה, בספר שו"ת יכין ובעז ח"ב סי' ג' לא חילק בסברא זו של כל דפריש וכו' בין להעלותו לתורה או להשיאו אשה. וכמו כן בעיקר דברי מהריב"ל ומהרי"ט, בספר חקרי לב יו"ד סי' קג תמה, וכתב:

"ואני תמיה ... שנראים דברי הרשב"ש מוכרחים דביתר הבעל אזלינן, שהרי כשבא האנוס לחסות תחת כנפי השכינה, באותה שעה חל הספק אם אביו נשא גויה או ישראלית, דאם נשא גויה הוי גוי גמור ... והא ודאי גם הם, הריב"ל והרי"ט, מודו דלא בעי טבילה, כיון דקי"ל כל דפריש מרובא פריש, דכאן לא שייך להסתפק אם נלך אחר אחיו היושבים בפורטוגאל, שלא חל הספק כי אם לזה שבא להתייחד כאן. וכיון דמדינא אינו צריך טבילה דמכח כל דפריש הוחזקה אמו לישראלית גמורה, א"כ אם קידש אשה ואח"כ ומת, ונפלה לפני יבם, בודאי דזוקק ליבום אחיו מאמו של זה שמת, כיון שכבר הוחזקה אמו של אלו לישראלית, ואיך אפשר לדונה עכשיו לגויה".

הרי שהיה פשוט לחקרי לב שביחס לבעל המנוח גם מהרי"ט לא הטיל ספק ביהדותו, אלא רק ביחס ליבם, וגם על מש"כ מהרי"ט ביחס ליבם תמה החקרי לב. ועיין בשו"ת לחם רב שדחה לעז על בן של אחד מהאנוסים, שהלעיוז שאם אביו גויה, וכתב:

"ראובן זה שהוחזק אצלנו לכשר כמה שנים, ואביו ואמו שהיו מישראל, מי הוא זה ואיזה הוא אשר מלאו לבו להטיל בו מום. ואפילו לא היה מוחזק אצלנו בכך, אלא היו באים כעת מפורטוגאל והיינו יודעים שאביו מן האנוסים ואמו ג"כ, הוי בהך חזקה. וראיה לדברי מדברי מהר"י לב בתשובה ... וסמכו על מה שכתב ה"ר צמח בן בנו של הרשב"ץ".

על כן אין מקום להוציאם מחזקתם על סמך השערה היסטורית, שלא היו אצלם גיורים, מה עוד שהגר"ש רוזנטל שליט"א ביסס את פסק דינו על מידע מוסמך אודות

לטענה שלא נערכו גיורים רבים לאורך שנים רבות בצנעא בפני שלושה הכשרים לדון, וכאמור, בספר "מדרש שמעוני", בן המחבר, רב חשוב ואמין, העיד על סבו שגייר עוד קודם לשנת תרל"ד בהיותו בפלך מוהליב, שהיה בזמנו תחת שלטון הצאר הרוסי.

על כן מאחר שאין בפנינו עדות של שני עדים המעידים שהתערב במשפחת המבקשת נוכרי, או אסמכתא אחרת שהיא במשקל של שני עדים, אי אפשר להוציאם מחזקת כשרות, וכמו כן אין שני עדים המוציאים קול לעז. גם אם נדון מחקרים אלו, כראיה הבאה משני עדים המעוררת מחשבה שיש מקום להשערות אלו או אחרות, היה הדבר מחייב בדיקה בלבד, אך אין בכוחם להוציא מחזקת כשרות. וכידוע בדיקה זו של מוצאם כגרים שהתגייירו לפני קרוב למאתיים שנה, או שמוצאם כיהודים שאינם גרים, היא כיום בלתי אפשרית, ונותרנו רק עם החזקה שהוחזקו כיהודים.

אמנם ביחס לכלל עולי ברית המועצות לשעבר, אנו מחייבים בדיקה עד מקום שדינו מגעת, ורק לאחר בירור כראוי מתירים למבקש להינשא, כמקובל בכל בתי הדין. היסוד בהלכה לכך, מבואר בקובץ תשובות להגרי"ש אלישיב זצ"ל ח"א סי' קלג, שהדבר נובע מחשש נישואין לנוכרייה עוד בארץ מוצאם, ועל יסוד תשובת מהרי"ט ח"ב סי' יח. אך היינו ביחס למשפחות שאין בירור שהוחזקו ביהדות, וכדוגמת הנידון בתשובת מהרי"ט שהנידון הוא ביחס לאחי הבעל המנוח, היבם, וקיים ספק שמא הוא מאם נכריה או אם אמו נכריה, ואותו יבם, אינו בפני בית הדין הדין במעמדה של היבמה, אלא נותר במקומם של האנוסים, ואינו מוחזק ביהדות, ובכך קיים ספק ביהדותו עקב אחוזים גבוהים של נישואי תערובת, ספק המשליך על חובת היבמה בחליצה. משא"כ בנידון שאותו אדם ואותה משפחה בפנינו וידועה כמוחזקת ביהדות, בכך נידון זה אינו דומה לנידון בתשובת מהרי"ט.

עיין בתשובת מהרי"ט הנזכרת המתנייחסת לתשובה שכתב מהר"י בן לב ח"א סי' טו באותו נידון, ובסיום דבריו כתב מהריב"ל:

"לפי שיש להסתפק אם נלך אחר הבעל שפירש משם ובא ככאן לחסות תחת כנפי השכינה, והוי כל דפריש מרובא פריש, או דילמא נלך אחר היבם שהוא קבוע במקומו ובארצו והוי כל קבוע כמחצה על מחצה".

ובהתייחס לדברי המהר"י בן לב כתב מהרי"ט את תשובתו, התיר וכתב שאם היבמה כבר נישאה, לא תצא, מפני שני ספקות, והאחד מהם הוא הספק ביהדותו של היבם, ובו בלבד התמקדו דברי מהרי"ט, אך לא ביהדותו של הבעל המנוח.

ביחס לנידון של יבם, כתב מהרי"ט:

"הואיל ואנו מסופקים באמו של יבם זה או באם אמו ואם אביו ומטעמא דקבוע מחזקינן ליה בחזקת הבא מן הזרה, שאף על פי שפירש ובא לכאן למקומות הללו, לא מפני כן הוכשר שנאמר

וכן כתב הרמב"ם (פרק א' מהלכות איסורי ביאה הלכה כ'): "מי שהוחזק בשאר בשר דנין בו על פי החזקה, אף על פי שאין שם ראיה ברורה שזה קרוב... הרי זה לוקה או נשרף או נסקל ואף על פי שאין שם ראיה ברורה שזו היא אחותו או אמו או בתו אלא בחזקה בלבד... ראיה לדין זה מה שדנה תורה במקלל אביו ומכה אביו שיומת ומנין לנו ראיה ברורה שזה אביו, אלא בחזקה כך שאר קרובים בחזקה".

הרי שהרמב"ם מצא לנכון לחזור ולשנות ולהוסיף לבאר, שאין "ראיה ברורה" אלא הוחזק הדבר בלבד.

וכן כתב הריטב"א (עמ"ס קידושין שם ד"ה מלקין):

"דסגי בחזקה שהם בניו או אחיו, ואינם צריכים לראיה".

ובפסקי הרי"ד (שם):

"לא סקלו אותה בעבור שידעו בכיורו כי היה בנה אלא מפני

החזקה שהיה כרוך אחריה".

וכן המבי"ט בקריית ספר (הלכות איסורי ביאה פרק א) כתב:

"סומכין על החזקות אף על פי שאין ראיה ברורה שהם קרובים אלא על פי החזקה שזו אחות הבעל או אמו או בתו, וכדילפינן לעיל חזקה מדאורייתא מבית המנוגע".

וכן כתב בשו"ת חתם סופר (אבן העזר חלק א סימן עו), וזו לשונו:

"ענין החזקה מבואר: גרסינן פרק עשרה יוחסין דף פ': "אמר רב חייא בר אבא אמר רבי יוחנן: מלקין על החזקות וסוקלין ושורפין על החזקות." ומפרש הש"ס: מלקין על החזקות כי הא דאמר רב יהודה: הוחזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה משום נדה, סוקלין ושורפין כי הא דאמר רבה בר רב הונא: איש ואשה, תינוק ותינוקות שהגדילו בתוך הבית נסקלין זה על זה ונשרפין זה על זה וכו'. והנה חזקה שאנו לומדין פרק קמא דחולין מבית מנוגע היינו להעמיד כל דבר על חזקתו כמו שנתברר לנו כבר פעם אחת. וזה אינו ענין לכאן, והכא מיירי דבר שלא ראינו מעולם שהוא כן, אך העולם מחזיקין אותו מצד הנהוג שהוא כך, ואשה באה ובנה מורכב על כתפה וגידלו כדרך אשה המגדלת בנה ומעולם לא אמרה לשכנותיה שהוא בן אשה אחרת והחזיקו כולי עלמא שהוא בנה, ועל זה סוקלין על סברת והאמנת הבריות זמן רב".

אמנם אם ידוע לנו שבזמנו בעת שהחלה הנהגתם כיהודים, הבסיס מסופק, כגון שידוע שהיה הליך גיור מפורק וכיוצא ב או שהתייהדו ללא הליך גיור, פשיטא שאין דינם משתנה גם אם חל שינוי ביחס הציבור אליהם, ולא על כגון דא נאמרה ההלכה של "סוקלין ושורפין על החזקות". משא"כ כשאין ידוע לנו כיצד החל העניין, אנו קובעים שהחזקה דהשתא מבררת.

בספר מנחת אברהם (להג"ר אברהם שפירא זצ"ל) ח"א סי' יז (אות א) כתב:

"דין הוחזק דמהני מהתורה, רק במקרים שאין אנו יודעים את מקור הספק והוא בגדר נעלם, וחיודו התורה הוא שסמכין על מה שהוחזק, שמסתמא כך באמת היה מעשה. כגון הוחזקה כאשת איש, דהיינו שאין לפנינו ידיעות על הקידושין, ואז הדין

גיורים שהתקיימו בזמנו, וגם בקונטרס הנ"ל מציין מידע על גיורים, אלא רק טוען שאין מידע על גיור המוני. וכאן הבן שואל, וכי היעדר מידע כזה, אודות התרחשויות ברוסיה בתקופות שלטון רודני כזה או אחר, שדברים מסוג זה נעשו בסתר כדי שלא ייעשו, דינו כראיה להוציא שם פסול על משפחות המוחזקות ביהדות. פשיטא שהטענה שלא ראינו ולא שמענו אירועי גיור המוני לפני כמאתיים שנה, אינה טענה, ואין בכוחה לסתור סוגיות שלמות בהלכה ובפוסקים, כמבואר לעיל. יתכן מאד שהתגייירו בצנעא, למנוע חמת המלכות, ואין כל מחקר הסותר זאת, אלא עלו השערות גרידא, ופשיטא שאין להשערות אלו כח של שני עדים, ואף לא כח ראיה פחות מכך.

עוד יובהר ביחס לחזקת יהדות שעליה מבוסס פסק הדין. חזקה זו ידועה לנו לפחות משנת תרפ"ח כשהרב זלמן ליברמן זצ"ל הגיע לשמש כרב הקהילה, וקשה להעלות על הדעת שלפני תשעים ושלוש שנה כשהגיע לאילינא, היו לרב ליברמן ספקות ביחס ליהדותם. ולמרות זאת מסר את נפשו להעמיד הדת על תילה, כשבטופו של דבר הגיעו הדברים למסירות נפש כפשוטו. כמו כן בעת שהחל רישום הדת במסמכים, בני הכפר נרשמו כיהודים, בשונה מאנשי כפר ויסקי הסמוך, וזאת בעת שרישום כזה הרע את יחס השלטונות אליהם. עכ"פ הרישום מבטא את חזקתם כיהודים. גם לאחר שנים רבות, בעת שרובם הגדול עלה לארץ, הם שמרו על זהות יהודית והמשיכו לנהוג בשמירת מצוות, הגם שאצל הדור הצעיר יש מקרים ששמירת המצוות התרופפה.

#### גדרי חזקה ומעמדה

מאחר ופסק דין זה מיוסד על החזקה שהוחזקו כיהודים, נוסיף בס"ד לבאר הלכה זו.

בגמרא במסכת קידושין דף פ, א:

"מלקין על החזקות כרב יהודה, דאמר רב יהודה: הוחזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה משום נדה. סוקלין ושורפין על החזקות כדרבה בר רב הונא, דאמר רבה בר רב הונא: איש ואשה, תינוק ותינוקות שהגדילו בתוך הבית נסקלין זה על זה ונשרפין זה על זה. אמר רבי שמעון בן פזי אמר רבי יהושע בן לוי משום בר קפרא: מעשה באשה שבאת לירושלים ותינוק מורכב לה על כתיפה והגדילתו ובא עליה והביאום לבית דין וסקלום לא מפני שבנה ודאי אלא מפני שכרוך אחריה"

רש"י (שם) פירש: "מלקין על החזקות - על דבר שאנו מחזיקים כן ואפילו אין עדות בדבר". לשון רש"י היא: "על דבר שאנו מחזיקין כן", הרי שהחזקה אינה בנויה על ראיה ברורה שהביאה לחזקה, אלא על מה שהוחזק במציאות, וכך עולה מלשון הגמרא: "לא מפני שבנה ודאי", שאין ידוע על הוכחה שמה שהוחזק לנו הוא אכן נכון, אלא די במה שהוחזק, אף על פי שאין בידינו ראיה שכך היא האמת ואין אסמכתא ראויה לביסוס. המציאות שממנה החלה החזקה.

ל' יום, ומיהו לא מצינו חזקת הנהגה בבא להוציא מחזקה קדומה כמו בהיתה בחזקת אשת איש".

העולה מדברי החזון איש: החזקה נקבעת עפ"י אומד דעת בני העיר, וכשבני העיר מקבלים זאת כדבר ברור ואמיתי, והחזק שלוש יום, נידון כהחזק. והביא מתשובת הגרע"א סי' קכ"א שם לא הייתה אסמכתא לגיור של אותה גיורת, אפ"ה לאחר שהחזקה כגיורת שלוש יום, דינה כגיורת לכל דבר.

עוד יצוין לתשובת נחלת דוד סי' כו שהביא מרבו הגר"ח מוואלוז'ין זצ"ל

"שחילק מיני החזקות הנמצאים בש"ס לתלתא גוויני זו למעלה מזו. המין האחד הוא חזקת הגוף ... למעלה מזו חזקה דאיתא מכח רובא ... ולמעלה מכל הני חזקות ... הא דקי"ל בקידושין סוקלין ושורפין על החזקות ... דכולהי הנך חזקות הווינן מטעמא דאמרינן אנן סהדי דהכי איתא".

הרי שנקט שמעמד החזקה הזו הוא כאנן סהדי. וע"ע ספר דברי יוסף להגאון רבי יוסף כהן זצ"ל ח"א סי' נג שהאריך בשיטות השונות בהלכה זו.

לפי האמור, בנידון זה פשיטא שיוצאי הכפר אילינקא מוחזקים כיהודים, ועובדה היא שגם בתי דין בהרכבים שונים אישרו יהדותם, כמפורט לעיל, הגם שאותם דיינים לא ראו מחקרים כאלו או אחרים ולכן לא התייחסו אליהם, אך עכ"פ ההחלטות שניתנו לאשר את יהדותם מבטאות את המציאות שהם החזקו כיהודים כפי הרישום בתעודות, וכשלא ראו ריעותא בחזקה, ניתן להם אישור יהדות, וכן הציבור הרחב רואה אותם כיהודים. כאמור, לפי דרכו של החזון"א, די בכך שהדבר התאמת אצל בני העיר בעת הזו, ובנוסף ידוע שכך החזקו עוד בעת שגרו בכפר הנזכר. על כן דינם כמי שהחזקו כיהודים על יסוד ראייה שכוחה כאנן סהדי, ורק עדות גמורה של שני עדים בכוחה להוציאם מחזקתם.

(אמנם מש"כ החזון"א בסיום דבריו: "לא מצינו חזקת הנהגה בבא להוציא מחזקה קדומה כמו בהייתה בחזקת אשת איש". דבריו צ"ע מדברי הרמב"ם בפ"ג מאיסור"ב ה"ט והשו"ע יו"ד סי' רס"ח סי' הנוכרים, שפסקו דינו של מי שהחזק כגוי, שאם ראינו אותו נוהג בדרכי ישראל הוא בחזקת גר צדק, ורק מצד מעלת יוחסין אין משיאין אותו).

### הדרך להביא לביטול החזקה

בעקבות ההחלטה מבית הדין במוסקבה, עלינו לברר מה הדרך להביא לביטול החזקה מעיקרה, ביטול המבוסס על הקביעה שמתחילה היה שוברת עמה, וכי לא היה יסוד ראוי לחזקה.

לעיל הבאנו מש"כ הב"י בשם הרמ"ה שאין להוציא מחזקה אלא בעדות של שני עדים. הדבר ברור שעדות זו שנועדה לקבוע ייחוסו של אדם אחד, או ייחוס קהילה שלימה, חייבת להתקבל משני עדים כשרים המעידים בבית דין בפני בעל

שעצם העובדא שהחזקה כאשת איש זה קובע שבאמת היו קידושין בינו לבינה. אבל אם היתה בעיא של הוכחות על קידושי ספק ולא הוקבע בדין, ואחר זמן החזקה כאיש ואשתו, אין החזק זה מהני לברר את הספק בעובדא שהיתה לפנינו והסתפקנו בה, והמשכה של עובדא מסופקת זו אינה נותנת לבעיא יותר תוקף מאשר בשעת יצירתה".

ועיין בספר מלמד להועיל חלק ג' סי' ב' שאם בתחילת לידת הבן אמרה אמו שהוא מבעל אחותה ולאחר מכן החזיקו אותו כבנו, אין לחזקה זו מעמד של "סוקלין ושורפין על החזקות" מאחר וידוע שהחזקה הושתתה מתחילתה על יסוד עדות האם וגיסה שאינם נאמנים להחזיקו כודאי בנו.

וכן בספר משפטי שאל סי' ב' (עמ' כ') כתב הגאון רבי שאל ישראל זצ"ל, וז"ל:

"מאחר שידוע לנו מקור החזקה שהיתה באופן כזה שלא היתה על זה נאמנות להחזיקו, ואילו היה בא אז לפנינו לא היה מוכרע שהוא בנו, גם מה שהחזיקו אח"כ לבנו לא יוכל להפוך זאת לודאי. ועד כאן לא אמרו דסוקלין על החזקות אלא בגוונא שבאו ממדינת הים, דמכח החזקה אמרינן דודאי באותו מקום שבאו משם היה הדבר ידוע עפ"י עדים ברורים שהם איש ואשה, אח ואחות ויוצ"ב, משא"כ שכשהם לפנינו ובזמן הולדת הספק לא היה לו הכרע, גם החזקה לא משני מידי".

וכעין זה בספר שערי ישר שער ו' פרק ח' שכתב אודות מי שבא ואמר כהן אני שאינו נאמן אלא לעצמו שויא אנפשי' חד"א, ושאל הש"ש מדוע לאחר שהחזק ככהן אינו ודאי כהן מכח החזקה, ובאר השערי ישר:

"אף אם נאמר כיון דנתחזק בענין אז, אין לנו לדון על סיבת הדבר, ע"י איזה ענין נולדה הך חזקה. אבל כיון דמתחילה היה שוברת עמה שלא החזק רק לגבי דידי' לחוד, אין יתכן שנחלק אח"כ לומר דלגבי דידיה מחזקינן לודאי שיהיה לוקה על ידי זה, ולגבי אחרים יהי' היתר, ולא מצאנו ענין כזה בש"ס ובפוסקים".

ובהגדרת החזק, כתב החזון"א אה"ע סי' כ' ס"ק יב:

"ואפשר דדבר המתקבל לכל בלי שום ספק והדבר הולך ומתחזק בלי שום ערעור ל' יום מקרי החזק".

ובסי' ח' סק"ב כתב:

"ובחזקות אלו העיקר תלוי באומד דעתם של בני העיר, ואין כל המעשים שווין ובמקום שבני העיר מטילין ספק באמיתת דבריהם, אף אם ירבו ימים בהנהגתם אינו מועיל כלום, שהרי לא החזקו כלל כיון שמסתפקין בהן. כגון איש ואשה שבאו לעיר זה אומר זו אשתי וזאת אומרת זה בעלי ובני העיר מסתפקין בהם לפי תכונתם שעצת זימה ביניהם והם נואף ונואפת אינה מתחזקת אשת איש. ואם לב העיר בטוחים בהם, ואינם מעלים ספק בלבם, כיון שהחזקו ל' יום בהנהגתם סוקלין ושורפין על חזקה זו. והלכך אם מחזקת עצמה לגרושה וכל בני העיר בטוחים באמיתתה אפשר דמהני החזקה ל' יום. ואע"ג דכפנוי' לא שייך הנהגה של מעשה, מ"מ כבר כתב הגרע"א בתשובה סי' קכ"א דהחזיקה עצמה לגיורת מהני חזקה

גמורים, מה עוד שמדבריו נראה שלא ידע לומר דברים חלוטים שלא התגיירו ושאינם יהודים, אלא רק שלא שמע וכיוצא ב, אך גם אילו היה אומר כן אין לכך משקל להוציאם מחוקתם.

עוד יצוין למש"כ בספר "בני ישראל" שם בעמ' מו בתשובת הגר"י נסים זצ"ל ביחס למשקל שיש ליתן לדברים שכתב בספר אבן ספיר לרבי יעקב ספיר, שהיה מקהילת הפרושים מתלמידי הגר"א בירושלים, אודות קהילת "בני ישראל":

"ונראה שבהיותו בשליחות בהודו רשם אגב אורחא כל מה ששמע ולא בריר הדברים שהיו צריכים ברור כי לא התכוון לעדות, ולא העלה על דעתו שיבואו לסמוך על דבריו הלכה למעשה. ולכן לא נראה לסמוך על דבריו, לא להקל ולא להחמיר".

מדברי שניהם עולה היחס הנכון לכתיבה כזו או אחרת של היסטוריונים, שאין לדבריהם משקל בעת פסיקת הלכה אודות מעמדו של אדם שהוחזק כיהודי.

עוד יצוין למש"כ הראשל"צ הגאון רב"צ עוזיאל זצ"ל בספר "בני ישראל" עמ' כה:

"מעולם לא הרחיקו את מי שהוא מישראל, מפני מראהו או צבע עורו שהוא דומה לגויים, ואין להוציאם מחוקתם לכשרות שמא התערבו ביניהם גויים, אלא ודאי שטבע האקלים גרם זאת, בהיותם מתיישבים שם מאות בשנים בודדים במעונם".

בדבריו מענה לעמדה של המערערים על יהדותם של בני הכפר הנזכר עקב תחושה שהם נראים כגויי הארץ ועוד אינדיקציות כאלו או אחרות שנכתבו בקונטרס הנזכר, וביחס לאלו קבע הראשל"צ הגאון רב"צ עוזיאל זצ"ל שאין בכל אלו להוציאם מחוקתם.

אך יובהר: דברינו מתייחסים רק לאותם משפחות יוצאי הכפר אילינקא שהוחזקו כל השנים כיהודים, ולא לבני הכפר ויסקי הרשומים בתעודות כרוסים, ואין להם חזקת יהדות. ופשיטא שאין דברינו מתייחסים לכלל הסובוטניקים, הגם שהוחזקו בשמירת שבת או מצוה כזו או אחרת. וביחס אליהם כבר כתב הראי"ה קוק זצ"ל בתשובת דעת כהן סי' קנ"ב, בתשובה משנת תרע"ד:

"הנה השובתיים הם מוחזקים אצלנו כגויים, שהרי אין אצלם כי אם מה שהם שומרים קצת מתורה שבכתב ע"פ שיקול דעתם, ולא נשמע שנכנסו לברית ישראל בקבלת מצות כדין".

והביא מדבריו בספר ציץ אליעזר ח"ב סי' סו, עי"ש. בהתאם לכל האמור לעיל, לא נאמרו הדברים שכתבו בתשובות דעת כהן וציץ אליעזר, אלא באלו שהוחזקו כגויים, הגם ששומרים מצוה כזו או אחרת עפ"י שיקול דעתם.

#### מסקנה:

א. בני הכפר אילינקא הוחזקו כיהודים, הן בהיותם בכפרם והן לאחר שעלו לארץ, וכעת כבר אין מוטל עליהם להביא ראיה ואסמכתא לגיור שנעשה לפני 150 שנה או

דין, ורק לאחר שהתקבלה כדין, היא מביאה אותנו למסקנה שהיתה זו חזקה בטעות, שזו העילה לביטול החזקה, כמבואר בתשובת דברי מלכאל ח"א סי' עה. אך פשיטא ששיחה כזו או אחרת ששוחח רב פלוני עם בנו של הרב ליברמן, או אדם אחר, אין בכוחה להביא לערעור החזקה.

גם אם בנו של הרב ליברמן, עד הכשר לעדות עפ"י ההלכה, ומסר עדותו בפני בית דין כעדות שהוא מבין שזו עדות עם משמעות מרחיקת לכת על אנשים רבים, עדיין אין כח בעדות עד אחד להביא לקביעה שהחזקה היא בטעות. עיין בספר שב שמעתתא ש"ו פ"ז שכתב בפשיטות:

"הך חזקה שהוחזק לפנינו עדיפא מחזקה קמא, וכמו בהחזקה נדה בשכנותיה וכהאי דבנה כרוך אחריה, דודאי אין עד אחד נאמן להוציא מחזקה זו".

וכן בשו"ת מהר"י הכהן רפפורט ח"ב סי' ב' שהובא באוצה"פ סי' ג' ס"ק לד, כתב:

"במי שהוחזק ככהן ובא אדם אחד ממקומו של האיש הזה ואמר דידע שאביו לא היה כהן, והשיב דכיון דאיתחזק לפנינו זמן רב לכהן, אין עד אחד נאמן להכחישו, דאחרי שנתחזק הוי כשני עדים. ומה שכתב המהרי"ט סי' קמ"ט דבעינן שיתחזק שגם אביו היה כהן, והחזקה הזו צריכה להתחזק בשני עדים, המעיין בדבריו ימצא מבואר דזה דוקא בהתחלת החזקה שנרצה להחזיקו לכהן, אבל אם כבר נתחזק לכהן, דיינינן שודאי היתה החזקה, כדין כמ"ש מהרי"ט עצמו".

וכן הגר"מ אהרנברג זצ"ל אב"ד בית הדין בת"א בעל ספר דבר יהושע, בתשובה שבספר "בני ישראל", דן אודות קהילת בני ישראל שבהודו, ובעמ' קח כתב:

"יש לברר אם לסמוך על עדותו של בעל אבן ספיר, שהרי מלבד שאינו רק עד אחד שאינו נאמן בדבר שבערוה אפילו במלתא דעבידי לאגלויי לפי פסק הרמ"א בחו"מ סוף סי' ל' דלא כתשב"ץ והנוב"י, אלא אפילו אם ימצאו עוד ספרים מאנשים נאמנים שכותבים כמותו, אין לקבל דבריהם בתורת עדות, שהרי לא נתכוונו להעיד ולא העידו בפני בית דין ולא נחקרה עדותם בבית דין, ועדות זו ודאי צריכה דרישה וחקירה... ועוד אפילו היו כותבים עדותם לבית דין בכתב והיו מבארים כל החקירות והדרישות הנצרכים, ג"כ אין לקבל עדותן שהרי אפסיקא הלכתא בחו"מ סי' כ"ח סי"א שאין עדות בכתב, וכ"ש אם בזמן שבאה העדות בכתב לפני בית דין שצריך לדון על פיו, כבר מת זה שכתב העדות, גם ר"ת מודה דאין דנים על פיו כמ"ש בנתיבות שם. על כן נלע"ד דאין לדון עפ"י דברים הכתובים בספרים או באגרות אפילו לדעת רש"י דסגי בערעור שנים בבית דין בדרך הוצאת קול בלבד, וכ"ש למאי דקיי"ל להלכה כהרמב"ם דבעינן ערעור בעדות גמורה... מ"מ אינני יכול לומר דבר ברור עד שאראה מה שאומרים בזה ההיסטוריונים אם לא נגבה פעם עדות עליהם כדין לפני בית דין והוציאו פסק דין"

על כן אין משקל הלכתי לאותן שיחות ששוחח רב פלוני עם בן של הרב ליברמן, גם אם היה מעיד עליהם שהם גוים

שתי הקבוצות הראשונות אינן נחשבות כיהודים, והם כמו כתות נוצריות שמכבדות את התנ"ך ומתנהגות כהבנתן לפיו.

תושבי אילינקא משתייכים לקבוצה השלישית שכאמור מחשיבים עצמם יהודים, ושומרים תורה ומצוות כהלכתם. ויש להם מסורת שהם בני גרים.

הרב רוזנטל מציין שהגויים אינם מבחינים בין הקבוצות הנ"ל, אבל היהודים מבחינים היטב ביניהם, ולפי העדויות שחקר וביירר תושבי אילינקא מקפידים להינשא ביניהם ולא להתערב עם גויים או עם המשתייכים לקבוצות האחרות.

הרקע הנ"ל של שלושת הקבוצות חשוב מאד לעניינינו, מפני ששתי הקבוצות הראשונות אינן יהודיות, ואפשר ששיתוף השם לשלושתן, גרם לכמה חוקרי יהדות להסתפק ביהדותם של תושבי העיר אילינקא.

ראיתי מה שכתב רב אחד על פסק דין זה שהובא לפניו, והביא מדברי המערערים על חזקת יהדותם של בני עיר אילינקא, ועיקר טענתם שהעובדה שבני אילינקא מחזיקים עצמם כיהודים אינה מהווה ראיה ליהדותם, כיון שידוע לנו שזו עדה נבדלת שנקראת סובוטניקים, וכיון שידוע לנו שיש סובוטניקים שאינם יהודים, למרות שלדבריו הם שומרי מצוות, ולדבריו יש עדויות שיש עשרות אלפים כאלה ששומרים מצוות ואינם יהודים. ולכן שמירת המצוות אינה מהווה חזקת יהדות עבורם, ואינו דומה לאדם שבא ממדינת הים ואמר על עצמו שהוא יהודי ושומר מצוות שנאמן שהוא יהודי, כיון שיש לנו ספק על מקורה של העדה הזאת אם הם יהודים, ואין להתחשב במה שהם מחזיקים את עצמם והביא כדוגמא את העדה האתיופית שהחזיקו עצמם כיהודים, ובכל זאת דנו הפוסקים אם הם יהודים או לא, והעובדה שהחזיקו עצמם כיהודים אינה יכולה להיות ראיה לכך כיון שמקורם מסופק לנו.

נראה שמה שהפריע למערערים הנ"ל הוא העובדה שיש סובוטניקים שאנו יודעים שהם אינם יהודים. ולכן עולה הספק בכל מי שנקרא בשם זה סובוטניקים אולי מקורם אינו יהודי. אולם כפי שהזכרתי לעיל יש שלוש קבוצות של סובוטניקים, ושנים מהם אינם יהודים וגם אינם מחזיקים עצמם כיהודים, אלא שומרי בשבת כיום מנוחה וללא זיקה לשמירת שבת הלכתית. אולם הסובוטניקים "התלמודיסטים" שעליהם אנו דנים, הם שומרי תורה ומצוות לפי המסורת שלנו של תורה שבעל פה, ומחזיקים עצמם כיהודים, הרב רוזנטל מציין במחקרו שהגויים אומנם אינם מבחינים בין הקבוצות הנ"ל, אבל הם עצמם (הסובוטניקים התלמודיים) מזהים את ההבדל בינם לבין שאר הסובוטניקים ואינם מתחננים עמם, ולפי העדויות שחקר וביירר תושבי אילינקא מקפידים להינשא ביניהם ולא להתערב עם גויים או עם הסובוטניקים המשתייכים לקבוצות האחרות. עובדה זו יש בה כדי להחזיקם כיהודים כאשר יבואר להלן.

200 שנה ויותר, די בכך שקיים מידע שנערכו גיורים בתקופה הרלבנטית, כגון המפורט בספר "מדרש שמעוני" הנזכר. אין בכל המחקרים, שהציגו בקונטרסים הנזכרים, לשלול את ההנחה שהם התגיירו כדת וכדין, הגם שנעשה בצנעא וללא פרסום, עקב השלטון שלא קיבל זאת בעין יפה. הטענה לשלילת יהדותם, בנויה על השערות גרידא, ואין להן מעמד של ראיה ובוודאי שאין להן כח של שני עדים, שבכוחו לבטל חזקת יהדות.

ב. אין הדברים מתייחסים לסובוטניקים שהוחזקו כגויים, כאמור בתשובת דעת כהן.

בהתאם לאמור, מאחר שהמבקשת היא בת להורים ממשפחות הידועות כמוחזקות ביהדות עוד בשנים עברו בכפר אילינקא, יש לאשר את יהדותה. הרב אוריאל לביא, אב"ד

ראיתי את אשר כתב עמיתי האב"ד, והנני מסכים עם דבריו ומסקנתו שלפי כללי ההלכה אין כל מקום להטיל ספק ביהדותם של יהודי אילינקא.

בדבריו מאריך האב"ד בנושא "כל המשפחות בחזקת כשרות", שלהלכה אין לחשוש לפסול ממזרות או לחשש שאינו ישראלי, נראה שזו היא שאלה כללית שנוגעת לכל הבאים מחו"ל ומצהירים שהם יהודים.

אולם כאן יש לפנינו שאלה ייחודית על קהילה שיש לה מסורת שהם יהודים, ויש אומרים שהם בני גרים ונהגו כיהודים בשמירת תורה ומצוות, ועל סמך זה מקובל עד עתה בבתי הדין בארץ לפסוק שהם יהודים. אלא שלאחרונה ביה"ד במוסקבה מפפק במסורת הזאת משתי סיבות:

א. כיון שהם מניחים שמקורם אינו יהודי, ואין לנו עדות ברורה שהם התגיירו. במיוחד קשה להם לקבל את העובדה שהם התגיירו בשנים בתקופה שלפני המהפכה, בהן היה מסוכן להתגייר ברוסיה.  
ב. ומתוך דבריהם עולה ספק נוסף שמא בגלל מעמדם המיוחד במשך השנים הם התחתנו עם גויים ואבדו את חזקת יהדותם.

ועלינו לדון כיצד נדון ונפסוק בספיקות שהם מעוררים. בדבריי יש גם חזרה על דברי עמיתי אב"ד, אולם חשוב לי לברר את הדברים כפי הבנתי בסגנוני ולמקד את התשובה לשני הספיקות המוזכרות.

הגאון רח"ש רוזנטל שליט"א ראב"ד ביה"ד בירושלים (בדימוס) בקונטרס "אהל חוה" חקר ודרש וברר את העובדות ע"פ עדויות, וכמבוא הביא סקירה היסטורית עובדתית על שלוש קבוצות המכונות: "סובוטניקים" (שומרי שבת):

- א. "מולקנים" - שהם רק שומרי שבת **כהבנתם**.
- ב. "קריים" - ששומרים דתם לפי הבנתם בתורה שבכתב ולא לפי תושבע"פ ונמצאים בעיקר בחצי האי קרים.
- ג. "תלמודיסטים" - שלפי המסורת שלהם הם בני גרים שקבלו עליהם תורה ומצוות לפני כ-150 שנה בקירוב. וזאת, לפי המסורת שלנו בתושבע"פ **התלמודית**.

כמו כן שמע הרב רוזנטל עדות מבן של הרב אנני הנ"ל שהעיד על שמירת המצוות שהייתה שם ומה שאביו פעל במקום, ועל ארבעה בתי כנסת שהיו בעיר ועל כך שהם היו מלאים מתפללים. וכן שמע מהם על כך שהם נוהרו שלא להתערב בין הגויים.

ד. ביחס לשאלה איך יכלו לגייר בשנים שהיה סכנה לגייר, עדות הכתובה במבוא לספר "מדרש שמעוני" שחיברו הגאון הנודע הרב שמעון משה דיסקין זצ"ל אב"ד העיר חלביץ' (היה בן למשפחת רבנים גאונים, ונכדו, שהיה מגדולי הרבנים בדורו, שימש כרב העיר פרדס חנה) בהקדמה לספר כותב בן המחבר על זקנו, הרב יהושע זעליג שנפטר בתרל"ד (לפני כמעט 150 שנה) שגייר גרים במסירות נפש בימי חייו.

הרי לנו עדות מפורשת שגיירו גרים בתקופה המדוברת, למרות הסכנות הכרוכות בכך.

ונראה עוד להעיר כי ההנחה שהם בני גרים נבעה ממראה פניהם שדומה למראה סלבי, אבל אפשר גם להניח שהם בני יהודים, ומראה פנים אין בו הוכחה הלכתית הקובעת יחוס ואין הכרח לומר שהם בני גרים. מה שקובע הוא חזקת היהדות שבאה משמירת המצוות.

נראה שהעדויות הנ"ל שהם שמרו על התורה והמצוות במשך כמה דורות, עדויות שנתנו מפי האנשים המוסמכים ביותר להעיד על כך, שחיו שם והכירו היטב את המצב ברוסיה דיין כדי להחזיק אותם כיהודים למרות שאין לנו עדות על גיורם (כפי שיבואר להלן), ביחס לשאלה איך אפשר שהתגיירו בשנים שלפני המהפכה הקומוניסטית שזה היה בבחינת פקוח נפש, הבאנו עדויות שבכל זאת היו גיורים באותה תקופה, ולכן כיוון שהוחזקו לקיים מצוות אין להטיל ספיקות בגיור שלהם.

הרב רוזנטל כותב שם, כי אע"פ שיש ירידה בקיום המצוות עכשיו אין פלא בדבר, בגלל רדיפת הדת והקושי לקיים מצוות, וזה אינו יכול להיות ריעותא לגבי יהדותם, מה גם שהרוב המכריע של תושבי עיריה זו דבקים בקיום המצוות.

מכל זה מסיק הרב רוזנטל וקובע להלכה שתושבי העיר אילינקא מוחזקים כיהודים. ומציין שכל המסמכים והראיות הנ"ל הוצגו בפני מרן הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל, והוא הסכים עם פסק ההלכה הזה.

כמו כן פסק הגאון הרב לוין אב"ד בירושלים לדיני ממונות ויוחסין שהם יהודים, וכתב שקבל את הסכמתו של מרן הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל עם פסק ההלכה הזה.

ועתה נדון בספיקות שעוררו הרבנים במוסקבה.

**ביחס לשאלה הראשונה,** אם הם בני גרים, מנין לנו שאבותיהם התגיירו, ואין לנו עדות על כך?

והנה לפי ההלכה מי שהוחזק כגוי ואומר שהתגייר צריך להביא עדים להוכיח שהתגייר, אולם הרמב"ם פוסק שכל זה בגר שאינו שומר מצוות, אבל בגר ששומר מצוות מעיקר הדין נאמן לומר שהתגייר, אלא שמעלה עשו ביוחסין שלא

ההשוואה של המערערים הנ"ל בין הסובוטניקים התלמודיים לבין עדה האתיופית אינה השוואה נכונה, ואין הנידון דומה לראיה, וזאת משום שהעדה האתיופית לא הייתה לה מסורת של שמירת תורה ומצוות כפי שאנו שומרים, המסורת שלהם מזכירה כמה מצוות שבתורה באופן מאד דל ומאד רחוק ממה שמקובל אצלנו, הם לא היו מודעים לתורה שבעל פה, ואף לא לתורה שבכתב, ואעפ"כ הרב"ז חקר וקבע שהם יהודים כיון שכך החזיקו עצמם כיהודים, ולא התערבו בעמים שגרו ביניהם. והם מצאצאי שבט דן שגלה בגלות בית ראשון ולכן היו מנותקים מקהילות ישראל ולא ידעו את התורה כהלכתה. ועל זה דנו הפוסקים אם יש לסמוך על כך שהם באמת מזרע ישראל כאשר הסימנים לכך קלושים. אבל העדה שאנו דנים עליה שמרה את המצוות כפי המקובל אצלנו בתורה שבע"פ, והחזיקו עצמם כיהודים ולא התערבו בין הגויים שמסביבם, ולא התערבו גם בקבוצות סובוטניקים אחרות, ולכן אין כל רעותא לומר שאינם יהודים, ויש להם חזקה גמורה ליהדות כפי שיבואר להלן.

תחילה נזכיר את העובדות שהרב רוזנטל בקונטרס הנ"ל הביא בקונטרס הנ"ל תעודות ומסמכים היסטוריים ועדויות בע"פ על כך שיהודי אילינקא שמרו מצוות במסירות נפש ממש.

הנני חוזר ומציין את העדויות שהזכיר מפני חשיבותן ואמינותן, כדלהלן:

א. הרב זלמן ליברמן זצ"ל הגיע לעיר אילינקא, ושימש שם כמוהל וכשוחט, ובתקופה שגר שם היה מנהיגם הרוחני. והוא חיתן אותם. הרב רוזנטל מצא כתובה שהרב ליברמן חתום עליה עם עדים מבני המקום, ומכאן שהחזיק אותם כיהודים. הוא דאג לבנות עבורם במסירות נפש מקווה בביתו, וייסד מפעל ליצור יצירות שהופצו משם לרחבי רוסיה.

העובדה שרב ירא שמים מתיישב בעיר זו לחזקם בתורה היא הוכחה מוצקה שהוא החשיב אותם כיהודים, שאין זה סביר שיבוא רב ויחיה במקום שאין יהודים, ויפעל להפצת יהדות בין גויים. וזה נראה פשוט.

ב. הרב יצחק זילבר זצ"ל העיד שהתושבים הנ"ל שמרו תורה ומצוות מתוך הקרבה עצמית גדולה.

הרב הצדיק רבי יצחק זילבר מוכר לנו במסירות נפשו לשמור תורה ומצוות ברוסיה בזמנים הקשים ביותר ולא נכנע לחלל שבת ושילם על כך בגלות לסיביר, הוא פעל רבות ברוסיה להפצת היהדות, והכיר היטב את המציאות שהייתה בימיו, ולעדויות יש משקל רב.

ג. מחומר נוסף התברר שבת ממשפחתו של הרב דיסקין, נישאה לגר צדק שלמד בישיבה בוילנא בשם הרב אנני, ולאחר שהרב ליברמן נעלם והתברר שנרצח, הוא לקח את תפקידו כרב בעיר אילינקא והיה שם שוחט ומוהל ופעל להפצת תורה בעיר.



ישראל אני דמהימן כדמשמע בריש מסכת פסחים (דף ג: ושם) גבי ההוא עובד כוכבים דהוה סליק ואכיל פסחים בירושלים ואין לומר שאני התם דהוה סמכי ארובא דהוה ישראל דהא בכל מקום נמי איכא רובא דרוב הבאין לפנינו בתורת יהדות ישראל הם."

ובש"ך שם ס"ק כא: הביא מהב"ח:

"ומיהו נהגין להקל להאמינו אף להשיאו ישראלית. ואפשר דאף הרמב"ם מודה באורחים שבאים והם בחזקת ישראלים שנאמנים אף עכשיו שרובן עובדי כוכבים אף להשיאו ישראלית שכל המשפחות בחזקת כשרות הם כמו שנתבאר בא"ע סי' ב' ולא אמר הרמב"ם אלא במי שלא הכרנוהו בעובד כוכבים ואמר נתגיירתי בבית דין פלוני דנאמן מדין מיגו התם הוא דקאמר הרמב"ם דאפ"ה מעלה עשו ביוחסין שאין משיאין אותו ישראלית מדין מגו עד שיביא ראיה."

היינו שמי שלא הוחזק כגוי, ואומר שהוא ישראל נאמן אפילו להשיאו אשה, ולא עשו בו מעלה ביוחסין. ורק במי שהוחזק כגוי ושומר מצוות, או שאומר התגיירתי שנאמן במיגו, שנאמן מעיקר הדין אבל משום מעלה ביוחסין צריך ראיה.

נמצא, שאם היה מוחזק כגוי ואומר התגיירתי ושומר מצוות הלכה למעשה משום מעלה עשו ביוחסין, אין משיאין אותו ישראלית עד שיביא ראיה.

אולם הלכה זאת אמורה לגבי מי שמוחזק לנו היום כגוי שאומר שהתגייר, שאף אם שומר מצוות מעלה עשו ביוחסין וצריך להביא ראיה שהתגייר, אבל פשיטא שלא נאמרה הלכה זו במי שהוחזקו כיהודים כמה דורות וידועים בשמירת מצוות. וגם אם אבותיהם התגיירו, לאחר דורות לא שייך לדרוש מהם ראיה על גיור. וכך משמע מהמגיד משנה שם שמחלק בין לכתחילה ביחס לעצמם לבין בדיעבד ביחס לבניהם שכבר מוחזקים כיהודים.

במיוחד שמעיקר הדין גם מי שמוחזק היום כגוי ובא ואמר התגיירתי ושומר מצוות נאמן מעיקר הדין שהתגייר, ורק מפני מעלה ביוחסין צריך לברר זאת בעדים, ולא יעלה על הדעת לדרוש בירור למעשה גרות שהיה לפני כמה דורות, שאין כל אפשרות להביא ראיה לכך. זאת ועוד, הם מחזיקים עצמם כיהודים, ולא דווקא בני גרים, וכל הדיון שלנו הוא אם נאמר שהם התגיירו, אבל אפשר שהם מזרע ישראל, וממילא אינם צריכים ראיה כלל.

ונראה שגם לפי התוספות שהזכרנו לעיל, שאם הוחזק כגוי אינו נאמן שהתגייר אע"פ ששומר מצוות, יודה כמקרה שבאו לפנינו בני גרים מכמה דורות שהוחזקו כיהודים שהם שומרי מצוות שאין לערער על גירותם.

ביחס לשאלה השנייה, אולי בדורות האחרונים הם התערבבו עם הגויים, במיוחד בגלל מעמדם המיוחד, מקובל עלינו עדות הרבנים שחיו באותו מקום, שהיהודים באותו מקום הקפידו שלא להתחתן עם גויים, והם נבדלו לגמרי משתי הקבוצות שנקראו טובוטניקים מפני שהם החשיבו את

להאמינו עד שיביא עדים. וז"ל הרמב"ם הלכות איסורי ביאה פרק יג הלכה ט-י:

הלכה ט: "גירות שראינה נוהגת בדרכי ישראל תמיד כגון שתטבול לנדתה ותפריש תרומה מעיסתה וכיוצא בזה, וכן גר שנוהג בדרכי ישראל שטובל לקריו ועושה כל המצות הרי אלו בחזקת גרי צדק, ואף על פי שאין שם עדים שמעידין לפני מי שנתגיירו, ואף על פי כן אם באו להתערב בישראל אין משיאין אותם עד שיביאו עדים או עד שיטבלו בפנינו הואיל והוחזקו עכו"ם.

הלכה י: אבל מי שבא ואמר שהיה עכו"ם ונתגייר בב"ד נאמן, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר, בד"א בארץ ישראל ובאותן הימים שחזקת הכל שם בחזקת ישראל, אבל בחוצה לארץ צריך להביא ראיה ואח"כ ישא ישראלית, ואני אומר שזו מעלה ביוחסין."

בהלכה ט' מדבר הרמב"ם במי שהוחזק כגוי ואמר שהתגייר, שצריך ראיה שהתגייר, למרות זאת מחדש הרמב"ם שאם הוא שומר מצוות הוחזק כישאל, זה מעיקר הדין, אולם משום מעלה ביוחסין אם בא להנשא צריך להביא ראיה. בהלכה י' מדבר הרמב"ם במי שבא לפנינו ואינו ידוע לנו מי הוא אם ישראל או לאו, שנאמן לומר ישראל אני, וממילא נאמן לומר שהתגייר שהפה שאסר הוא הפה שהתיר. וגם כאן מעלה עשו ביוחסין בזה"ז והבא מחו"ל אין משאין אותו עד שיביא ראיה שהתגייר.

וכן פסק בשולחן ערוך יורה דעה הלכות גרים סימן רסח סעיף י.

מקור דברי הרמב"ם והשו"ע מהגמ' יבמות דף מה עמוד ב "כדרב אסי, דאמר רב אסי: מי לא טבלה לנדותה?"

היינו שאם היא מקיימת מצוות חזקה שהיא התגיירה כדין. ומכאן ראיה שמעיקר הדין נאמן שהתגייר.

אומנם רש"י מפרש "מי לא טבלה לנדותה - ואותה טבילה עולה לה לטבילת גירות דדת יהודית היא וכן מי לא טבל לקריו." וכן פירש התוספות שם שאותה טבילה נחשבת לה כמעשה הגרות.

ומקשה התוס' 'תימה דאמר לקמן (דף מו:): דגר צריך שלשה דמשפט כתיב ביה?"

ומתוך שני תירוצים:

א. "וי"ל האי דבעינן שלשה היינו לקבלת המצות אבל לא לטבילה".

ב. "ויש מפרשים דכיון דידוע לכל שטבלה כאילו עומדים שם דמי".

התוספות לא פירש כמו הרמב"ם, מפני שלדעתו מי שהוחזק כגוי אינו נאמן לומר שהתגייר אפילו אם הוא מקיים מצוות, למרות שגם התוספות מסכים שאם לא הוחזק כגוי נאמן לומר שהוא ישראל או שהתגייר, כפי שכותב במספר מקומות, וכגון תוספות יבמות דף מז ע"א:

"במוחזק לך - אומר רבינו תם דדוקא בדיעבד דהוה עובד כוכבים מעיקרא דאי לא הוה ידעינן מהימן מגו דאי בעי אמר

לאור כל זאת, נלע"ד לפסוק באופן מוחלט ע"פ ההלכה שתושבי העיר אילינגא הם בחזקת יהודים, וכל התורה מבוססת על חזקות כפי שאמרו (קידושין דף פ עמוד א): "מלקין על החזקות, סוקלין ושורפין על החזקות", ואין כל מקום לערער על כך מחשש שאינו מבוסס, אלא כמובן שיש צורך לערוך להם בירור יהדות כפי שעושים לכל העולים מרוסיה, לפי הכללים הידועים.

ולפי כל זה הנני מצטרף להיתר המבקשת, ולקבוע שהיא יהודייה.

### הרב דוד לבנון, דיין

אני מסכים ומצטרף להיתר, וקובע שהמבקשת היא יהודייה.

### הרב מרדכי מזרחי בר אור, דיין

בהתאם לאמור, אנו פוסקים לאשר את הבקשה לאישור יהדות.

ניתן ביום ז' תשרי תשפ"א (25/09/2020).

הרב אוריאל לביא - אב"ד

הרב דוד דב לבנון הרב מרדכי מזרחי בר אור

שתי הקבוצות הנ"ל כגויים והם כיהודים הקפידו לא להתערב בהם.

אומנם חשש נישואי תערובת ברוסיה נוגע לכלל העולים מרוסיה, ובוודאי גם קהילה זו צריכה בדיקה ובירור יהדות ככל יהודי רוסיה, וכבר דנו בזה הפוסקים בני דורנו, האם החזקה שכתבו הראשונים, תוספות, רשב"א ועוד, שרוב הבאים לפנינו בתורת ישראל הם ישראל תקפה גם בימינו כאשר הם אינם שומרי מצוות. ואיזה מידה של הכרת המסורת נדרשת לשם כך, גם העובדה שהם עלו לארץ אינה הוכחה מובהקת ליהדותם, כי רבים מהם עלו מטעמים של רוחחה כלכלית. אומנם בעליות הראשונות של יהודי רוסיה היו רוב העולים יהודים, אולם, בעליות מאוחרות יותר רבים הגיעו כאלה שנישואים נישואי תערובת שילדיהם אינם יהודים לפי ההלכה.

והלכה למעשה, בתי דין העוסקים בברור יהדות סומכים בעיקר על תעודות מקוריות מלפני שנת 1989 ועל ה"עץ המשפחתי" שכבר נבדק, או נסיבות נוספות המוכיחות יהדות. ונראה שכך צריך לנהוג גם בבני אילינגא.

## סימן ו

### שם משפחתו כהן אך לא הוחזק ככהן

"מן התורה כל שהוא מוחזק בבני אהרן הכהנים, הוא כהן לכל הדברים, דהא סוקלין ושורפין על החזקות, דחזקה מדאורייתא, כדילפינן מבית המנוגע ואוכל תרומה וחלה של תורה ומשמש על גבי המזבח בזמן בית המקדש כיון דהוחזק שהוא מזרע אהרן הכהן, כדאמר מהניא ליה חזקתיה לכל הדברים ... ונראה אפילו בזמן הזה, כל מי שהוחזק משפחתו ככהונה ולא קרא עליו ערעור, הוי כהן לכל הדברים, דמהניא ליה חזקתו מן התורה, ומדרבנן הוא דצריך בדיקה עד כהן ששימש על גב המזבח אע"ג דאית ליה חזקה, דמדאורייתא בחזקה לחודה סגי כדאמרינן. והנהו כהני דבימי עזרא דלא אהניא להו חזקתן אלא לתרומה דרבנן ולא לתרומה דאורייתא, היינו משום דריע חזקתייהו, שהיו מיחסים אותם אחר בני ברזילי שהיה ישראל. אבל כל דאית ליה חזקת משפחת כהונה ולא ריע חזקתייהו, נראה דאפילו בזמן הזה מדאורייתא מהניא להו חזקתייהו אפילו למידי דאורייתא. דהא סמכינן עלייהו בפדיון הבן דהוה דאורייתא בכל זמן".

וכן כתב מהרי"ט בתשובה ח"א סי' פה:

"ומרגלא כפי ההמון שאומרים לכהן הבא ראה שאתה כהן וטול וכן ללוי, וזה טעות. שהכהן והלוי בחזקתן הן עומדים, כדאמרינן בפרק שני דכתובות, גדולה חזקה שנאמר ומבני הכהנים בני חביה בני הקוץ וכו' ויאמר התרשתא להם אשר לא יאכל מקדשי הקדשים עד עמוד כהן לאורים ותומים אמר להם הרי אתם בחזקתכם, דמה הייתם אוכלים בגולה בקדשי גבול אף כאן בקדשי הגבול".

בפני בית הדין בקשתו של אדם ששם משפחתו כהן, לברר אם הינו כהן במעמדו האישי שיוכל להינשא לגיורת. התקיים דיון לשמיעת הבקשה והתקיים דיון נוסף במעמד הורי המבקש. מדברי המבקש ואביו עולה, שהן המבקש הן אביו והן סבו, מעולם לא נהגו באף אחד ממנהגי כהונה, ובהיותם רחוקים מיהדות לא נהגו בשמירת מצוות כלל, ואף לא היו מגיעים לבית הכנסת וכיוצ"ב. אביו של המבקש הצהיר שגולד בארגנטינה וגם אביו וסבו נולדו שם, ולא היה להם כל קשר למסורת או לקהילה יהודית. לדבריו, לא חונך ולא קיבל שום מסורת יהודית מאביו או סבו, ורק הוא מעצמו התחיל לצום בכיפור ולא לאכול חמץ בפסח לאחר עלייתם לארץ. כמו כן אין ידוע על מנהגי כהונה המשפחה בדורות קודמים.

אחר עיון בבקשה ושמיעת המבקש ושני הוריו ביה"ד מחליט לפסוק כי מאחר שהמבקש אינו מוחזק ככהן ולא נהג ככהן, לא הוא ולא אביו וסבו, לא חלים עליו איסורי כהונה.

### נימוקים הלכתיים להבהרת קביעה זו:

א. היסוד הראשון לקביעת מעמדו של אדם בזמן הזה ככהן, היא בהיותו מוחזק ככהן.

הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה פרק כ' ה"א פסק:

"כל כהנים בזמן הזה בחזקה הם כהנים, ואין אוכלין אלא בקדשי הגבול, והוא שתהיה תרומה של דבריהם, אבל תרומה של תורה וחלה של תורה אין אוכל אותה אלא כהן מיוחס".

המבי"ט בספרו קרית ספר הלכות אסו"ב פ"כ כתב, וז"ל:

מכוח החזקה שהוחזקו ככהנים, וחזקה היינו חזקה מעשית של הנהגת האדם ככהן.

אמנם אם אותו אדם אינו נוהג ככהן, אבל אביו או סבו נוהגים ככהנים, יש לכך השפעה על מעמדו של הבן או הנכד, וכמו שפסק בשו"ע אה"ע סי' ג' סעיף ו':

"אבל אם הוחזק אביו כהן, או שיבואו שנים והעידו שאביו של

זה כהן הוא, הרי זה בחזקת אביו".

אבל בנידון זה שלא המבקש ולא אביו הוחזקו ככהנים, וגם לא ידוע שהסבא הוחזק ככהן, הרי שאין מעמדו ככהני הזמן הזה שהם כהני חזקה.

ביחס להיעדר חזקת כהונה של המבקש ואביו כמבואר לעיל, אף שמפיו אנו חיים וכן מעדות אביו, עכ"פ עדות זו הינה גילוי מלתא בעלמא, וכדין עדות "אישתמודעינהו" במסכת יבמות דף לט"ב, וכשאינן ידוע שהמבקש הוחזק ככהן, די בעדויות שבפנינו על מנת לקבוע שאינו מוחזק כלל ככהן, לא המבקש ולא אביו.

ב. ביחס לשם המשפחה של המבקש, לטענתו ולטענת אביו בהיותם גרים בארגנטינה לבני המשפחה בארגנטינה, היו כמה דרכים לכיתוב השם, אך לא בהכרח שנקראו משפחת כהן. ורק בארץ בעת העליה לארץ, הפקיד במשרד הפנים רשם את שמם - כהן. ואם כנים דבריהם, אין הכרח שהם אכן כהנים.

מלבד זאת, להלן תשובת המבי"ט ח"א סי' ריט, שנראה מדבריו שלא קבע להחשיבו אפילו כספק כהן על יסוד שם המשפחה בלבד, ולא התחשב בשם כינוי המשפחה שהיה שם מובהק לכהנים כראיה כל עוד לא הוחזק. וז"ל השואל בתשובת המבי"ט:

"ראובן נאמר לו שמשפחה אחת שהיתה כינויה ככינויו, שהיו כהנים, ושהוא גם כן יהיה כהן. ואחר ימים בא לפני רב אחד וספר לו הדבר, ואמר לו שינהוג חומרי כהנים. ועל דברי הרב סמך בנו של ראובן שהיה בעל תורה והיה נוהג להפריש עצמו מטומאת מת דרך חומרא. ובנו היה מקל בחומרת אביו כי לפעמים היה נזהר מטומאת מת ולפעמים לא היה נזהר. לימים מתה אשתו וארס אשה גרושה והתרו בו שלא ישאנה וקפץ וכנס אותה, יודיענו רבינו אם יתחייב בדין להוציאה או לא".

וז"ל המבי"ט בתשובתו:

"נראה, דהא דתנן פ"ב דכתובות דעד אחד נאמן להעלות לכהונה אפילו היו גומלין, היינו כשהוא עצמו אומר שהוא כהן, דהא משוי אנפשיה איסור חומרי כהנים. אבל אם הוא עצמו אינו יודע שהוא כהן, לא יהא חייב לנהוג שום חומרא על פיו. לא מבעיא כשהוא מכחיש, אלא אפילו אומר איני יודע, כדמוכח פרק הניזקין, ואין עד אחד נאמן לאביו כשהוא בידו לטמא ולרבא כשהיה מתחלה בידו, הא לאו הכי אינו נאמן. דהא דאמרין פרק האומר בקידושין דנאמן אפילו לא היה בידו תחלה, היינו בשותק דכהונת דמיא, אבל מכחיש או אומר איני יודע לא, כמו שכתב הרא"ש בשם ר"ת ז"ל. והכא נמי השתיקה הוא כאומר איני יודע אם אני כהן אם לאו ... ובנ"ד כי

אמנם יש שדנו שכהנים בזמן הזה שהם במעמד כהנים מפני החזקה בלבד, אבל אינם כהנים ודאיים, אלא רק ספק, עיין מהרשד"ם חלק אה"ע סי' רלה שבות יעקב חלק א' סי' צג ושאלת יעב"ץ ח"א סי' קנה.

השבות יעקב דחה ההשגות על תשובת מהרשד"ם, ובאר שיטתו וכתב:

"כי עיקר שורש ועיקר מטרין שלהם בהשגתם מהא דאמרין גדולה חזקה במה הייתם אוכלים בגולה בקדשי הגבול וכו' ... ובאמת אין לדבריהם יסוד כלל, כי השורש הראשון מהא דגדולה חזקה, המעיין בש"ס דכתובות דף כ"ד כ"ה ובקדושין דף ס"ט שאני הכא דריע חזקתיהו ופי' תוספות כיון שלא מצאו כתבים המתייחסים איתרע חזקתיהו, וא"כ ה"ה בנדון דידן ככהני זמן הזה שאין להם כתבים המתייחסים איתרע חזקתיהו, והוי רק ספק, ובדרבנן להקל".

אך רבו החולקים על שיטה זו, ולשיטתם חזקת כהונה אינה חזקה מסופקת אלא חזקה וודאית. עיין חוות יאיר סי' קסו, חתם סופר בחי' עמ"ס כתובות דף כה, כנסת יחזקאל סי' נו, ערוך השלחן הלכות תרומות סי' עא סעיף טז, מהר"ץ חיות (בספר מנחת קנאות דף ט') ובשו"ת שבט הלוי חלק ג' סי' קס.

וכן הסכים בספר חקרי לב אה"ע סי' ב' והוסיף לבאר הלכה זו, וכתב:

"כי יהיבנא כל דיליה דכהני זמנינו איתרע חזקתיהו, אכתי כהני ודאי הם, דקיי"ל בכל התורה כולה דאזלינן בתר חזקה אף בחזקה דאיתרע ... ובר מן דין נ"ל דלא חשיב ריעותא שאבדו כתב היחוס, כי אם בימי עזרא שהיה לכל הכהנים כתב יחוס זולת קצת כהנים שלא נמצא להם כתב, בכי האי חשיב ריעותא, אולי פסולים או זרים הם. אבל בזמנינו שמרוב הגלות והטלטול לא נשאר לשום כהן כתב יחוס זולת במה שהוחזקו לכהונה ולנשיאת כפים ולדיני כהונה הנהוגים, לא בטלה כהונה משום שאין להם כתב. דמי גזר שיהיה כתב יחוס לכהונה כדי שנאמר איתרע חזקתיהו. והרי קיי"ל כל המשפחות בחזקת כשרות בלי כתב יחוס ואף לכהונה. דהרמב"ם ור"ת הצריכו בדיקה והטור אה"ע סי' ב' כתב דאין צריך, נראה דלכו"ע הך בדיקה אינו אלא דרבנן, דמדין תורה כהנים גמורים הם מכח חזקה, ואיך נפקיע קדושת כהנים לעשותם ספק, מלא דבר".

וכן בשו"ת שם אריה חלק אה"ע סי' נג דחה את דברי השבות יעקב, וכתב:

"לדעתי קשה לסמוך על זה, דכיון דאנו מחזיקים אותו לכהן לכל הדברים ופודים מהם בכורים וכל ענייני כהונה, זה אלים טפי דהוי חזקה שכבר הוחזקה ... לא הבנתי מ"ש דכהנים בזה"ז דאין להם כתבים המתייחסים ריע חזקתיהו כדאמרין בכתובות כ"ד וקידושין ס"ט, וע"ש בשבות יעקב שהאריך בזה. ולע"ד אדרבה, כיון דבזה"ז ליכא שום כתב יחוס, עדיף טפי. דבימיהם שהיו כתבים המתייחסים, לכן למי שלא היה כתב, איתרע חזקתו, אבל לא בזמן הזה דאין שום כתב יחוס".

העולה מדברינו, שהיסוד למעמד הכהנים בזמן הזה הוא

מי שאינו יודע כלום. ואעפ"י שמבואר שם ריש סי' ג', דעכ"פ אם מחזיק בעצמו בלי עדות, ובלי חזקה מכבר, נהי דאינו נאמן להחמיר לענין פסולי נשואין וכדומה, היינו מי שעכ"פ מחזיק עצמו מדין שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא, אבל מי שאינו יודע כלום, ולא נהג כהונה לעולם, ואין לו עדות על עצמו, אפילו יהי' כאן עד א' שמעיד על אביו או זקנו שיהי' כהן, הלא מבואר בשו"ע אה"ע סי' ג' ס"ו מי שבא ואמר כהן אני, ועד א' מעיד באביו שהוא כהן אין מעלין אותו לכהונה על פיו שמא חלל הוא עד שיעיד שזה כהן והוא מרמב"ם פ"כ הט"ו מאיס"ב יעש"ה בהה"מ, וגם שם בודאי להחמיר שאחד"א.

אבל כשגם בעצמו אינו יודע כלום ומעולם לא נהג כהונה לא הוא ולא אביו, רק ראו על מצבה ישנה שזה משפחת כהנים, שאין כאן חזקה ואין כאן עדות, וכמש"כ כיו"ב בתשובת מבי"ט ח"א סי' רי"ט ... א"כ פשיטא שא"צ להתחשב בזה, ועדיפא כתב מבי"ט שם שאפילו סיפר לו אחד שהוא כהן כל זמן שלא נתקבל עדות זו בפני בי"ד אין חוששין לו אפילו להחמיר עכ"פ דיעבד.

ועתה לענין עצם הכהונה של אנשים כאלה, גם לו יהי' נכון שהם באים ממשפחת כהנים, הנה כבר כתבתי בעניי בשו"ת שבט הלוי ח"ג סי' ק"ס בענין מחלוקת הקדמונים ביחוס כהונה בזה"ז אם חזקה גמורה היא כדעת כת הקדמונים שס"ל כן, או רק בגדר ספק בעלמא כדעת מהרש"ם והשבו"י ועש"ה הביורורים בזה, ובסו"ד הבאתי דברי רבינו המהרש"ל ב"ק פ"ה סי' ל"ה, וכ"כ עוד ביש"ש חולין פ"ח דורע כהנים קרוב לודאי שנתבלבלו ואם לא כולו רובו נתבלבל ואם לא רוב קרוב למחצה נתבלבל, ובתשובת בית אפרים או"ח סי' ו' הביא דברי מהרש"ל ג"כ וחיזק אותם, אלא דרצה לחלק בין יושבי חו"ל לכהנים יושבי א"י דעכ"פ כהני חזקה הם, וכבר כתבתי שם ועוד מקומות דזה לא שייך לפי מציאות דורינו בא"י דרוב רובם של כהנים שבא"י באו מחו"ל, ואם על כהני חו"ל ע"י שעבר עליהם כוס התרעלה של גליות והגזירות נחליט דכמעט רובם נתבלבלו ה"נ בכהנים יושבי א"י, אבל כמובן אין זה סיבה ח"ו להקל ראש בדיני כהונה כמובן, ומה דהוחזקו הוחזקו בין לזכות, בין לחיוב ואיסור.

אבל באלו משפחות שכבר מדורות חיו חיים בלי תורה ומצות, וכמש"כ גם כ"ת, באלו שהיו מעודם בקיבוצים חילונים שפרקו עול מכל מצות התורה בעו"ה, והרימו ראש להתיר שם עריות ואיסור אשת איש בלי הגבלה, וגם אם הי' להם אישות אולי ע"י חופה וקידושין הבעלים עצמם ר"ל הפקירו נשותיהם מדעת זל"ז, בידועם ובלא ידעם, או שלא רצו לדעת משפטי התורה, הנ"ל פשיטא, דזה עדיף הרבה מהמבואר בסוטה כ"ז ע"א ובאה"ע סי' ד' סט"ו לענין פרוצה ביותר דחשבינן בניה כחללים, ואם שם ישנם קצת צדדים להחמיר עכ"פ, לא כן בנדון כזה שהחילוני הזה בא מתרבות אנשים האלה, ואם רבינו המהרש"ל כתב על כהני יראי אלקים דקרוב דרובם נתבלבלו, א"כ בהתוסף עוד ע"ז כהני הקיבוצים או כהני רוסיא החילונים גמורים מדורות, שכמעט אין ספק דודאי נתחללו, והדברים

ראובן ובנו ידועים שהם בני נשים כשרות לכהונה, אם היה א' מהם אומר כהן אני ויש לי עד אחד, היה ידוע שבנו גם כן היה כהן. אבל כיון שהוא אינו אומר כהן אני, אין העד נאמן כמו שכתבתי למעלה וכ"ש בנו. וכפי הנראה, אפילו עדות עד אחד ליכא הכא, אלא שנאמרה לו אמירה בעלמא שלא בפני ב"ד ולית בה מששא כלל, דהוי כקול בעלמא דלא איתחזק בבי דינא דלאו כלום הוי. והוי נמי כקול שיש לו אמתלא דאין חוששין לו. והאמתלא היא דמשום שהיתה משפחה אחרת בכינויה והיו כהנים יצא קול זה אפילו היה קול דאיתחזק בי דינא. וכן מה שאמר לו הרב שינהוג חומרי כהנים נראה כי לא אמר כך מצד הדין דרך הוראה, אלא דרך חומרא בעלמא. כי ראה אותו שהיה חושש למה שנאמר לו, ולא הוה הוראה, אלא אם היה אומר לו הרב אתה חייב לנהוג חומרא באיסורי כהונה".

מסקנת המבי"ט:

"לכן נראה לי, שאין בן האיש הזה חייב לגרש את האשה הגרושה שנשא. ואפילו לכתחילה היה יכול לישא אותה, אם לא היה לבו נוקפו בשום ספק כהונה".

ובתשובת שבט הלוי חלק ט' סי' רנג, בתוך השאלה אודות נידון המפורט שם כתב:

גם יש לעיין אם שם כהן חשיב כחזקה שהוא מוחזק ככהן, והנפ"מ עכשיו למעשה אם יכול לישא אשה שנבעלה לגוי, ולענין חובת כהונה כנשיאות כפים ועוד.

בתשובתו הביא ממחלוקת הפוסקים הנוכרת לעיל ביחס למעמדם של הכהנים בזמן הזה, וכתב:

"והנה כל זה נאמר בזמן שעכ"פ רוב כלל ישראל שמר על עיקרי תורה ומצות ולא הפקיר יחוסו לאיסורי עריות ויחוס. אבל בזמן הזה באלה שבאים מרוסיא שזה כבר כמה דורות שאפס תורה ויחוס מהם, ונתערבו בהמוניהם בגוים ובפסולים, או מסכיבה של כאלה שכמעט רוב נאבד בנשואי תערובות ואיסור, האם כהנים אלה כהני חזקה יקראו שנאסר להם עכ"פ עפ"י הלכה פסולי כהונה, ונתיר נשיאות כפיים וכו', ונהי דלמעשה מי שבא ואמר כהן אני (ונקרא ג"כ כהן) אפילו מאלה גם אם אין אנו מעלים אותו לכהונה מכל מקום שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא ואוסר עצמו בגרושה וחללה ושאר פסולי כהונה, ואין אנו עושים עובדא להתירו אפילו לחלוצה דרבנן, כמבואר כ"ז בפוסקים אה"ע סי' ג' ס"א ועוד... אבל היות בלא"ה ריע חזקתיהו מאד מאד והם בחזקת מבוטלים מדורות וכאשר כתב מהרש"ל בשעתו אפילו על הכהנים הצדיקים, ומאז עד מצבו של עם ישראל בזה"ז בפרט בארצות הנ"ל, ירדנו פלאים בענין היחוס. אעפ"י שחלילה להקל בשארי מקרים, אבל במקרה כזה מאן דמקיל שלא להחשיבו כלל לכהן אין מזניחין אותו, ומה דנקרא המשפחה כהן, לא מעלה ומוריד בזה, דהחזיקו בשם אבל לא ביחוס".

ובתשובת שבט הלוי חלק י' סי' רכה, כתב:

"אזכיר עכ"פ נקודה החשובה שנקט כב', שכהן זה אינו כהן עפ"י הלכה, ולזה דעתי העני' מסכים, דמש"כ הטור שיש לו חזקה, או מי שמעיד עליו עכ"פ עד א' כמש"כ הפרישה, לא כן

ואף אם נימא שבדור פרוץ הזה יש פרוצות כאלו שאין חושבות זה לגנאי שלכן אף בשביל רצון קטן יש לחוש שתשקר, ודאי עכ"פ יש הרבה נשים אף מאינן שומרות תורה שחושבות זה לגנאי, ובפרט אלו שלא היו פרוצות לזנות חושבות זה לגנאי, עכ"פ ספק לכל הפחות איכא דאם היא מהנשים החושבות לגנאי איכא האומדנא הגדולה שלא תשקר להאמינה שזינתה מעכו"ם לפסול הבן מכהונה, ולכן מאחר שבלשון הב"ד נאמר וכנראה לא ידעה הענין שיש בעדות שלה שא"כ לא היה שום טעם שיהיה לה רצון לשקר שהרי לא ידעה שבזה יהיה נכדה מותר לישא את הגיורת, ובלא שום רצון וצורך לשקר ודאי אף המרשיעות ביותר לא יאמרו על עצמן אף גנאי קטן, שלכן אף אם נימא שנדמה להב"ד שלא ידעה שנוגע השקר שלה לנכדה, אף שודאי מסתבר שלא ידעה דכי דין זה שנבעלה לנכרי פסולה לכהונה ונעשו הבנים חללים הוא דין מפורסם גם אצל הנשים דודאי רוב בני"א שלא למדו בישיבות אינם יודעים זה. לעולם אינה משקרת וכל דבריה אמת, וא"כ נפסל הוא מכהונה וצריך להפסיק מלישא כפיו ולא יקראו אותו לתורה במקום כהן, כי הוא חלל, ובנו רשאי לישא נשים פסולות לכהונה כי הוא חלל שלכן רשאי לישא הגיורת וכ"ש נשים שלא שייך שידעו זה, אף אם נחוש קצת לא עדיף מספק שלכן כיון שיש ספק עכ"פ לאומדנא הגדולה שלא ישקרו אף כשאיכא להן צורך כזה לא גרע מס"ס ויש להאמינה שנבעלה לנכרי פריץ קודם שניסת לבעלה שהיה כהן ונעשו הבנים חללים וכו'.

והנה דברתי בטלפון עם בנה שנעשה בעל תשובה והחזיק עצמו בכהונה שנקרא לתורה ראשון ונושא כפיו ושאלתיו אם יש לחוש לדברי אמו שמא משקרת ואמר שהוא מכיר את אמו שאף שאינה שומרת תורה, לעולם אינה משקרת וכל דבריה אמת, וא"כ נפסל הוא מכהונה וצריך להפסיק מלישא את כפיו ולא יקראו אותו לתורה במקום כהן, כי הוא חלל, ובנו רשאי לישא נשים פסולות לכהונה כי הוא חלל שלכן רשאי לישא הגיורת אם נתגיירה כדין והיא שומרת תורה."

מדברי האגרות משה מבואר כאמור, שהאשה נאמנת לומר לבעלה הכהן שנבעלה לגוי קודם הנישואין, ואם הבעל מאמין לדבריה, הרי שהבן הוא חלל. על כן מכל הטעמים הנזכרים, הבקשה לאשר נישואי המבקש לגיורת, מתקבלת.

נוטים שא"צ להתרחק מגרושה הזאת [וכמש"כ ג"כ רבינו המבי"ט ח"א סי' רי"ט הנ"ל], כנלענ"ד בדעת נוטה להלכה". ג. מלבד כל האמור לכאורה היה מקום לצרף את עדות אם המבקש שלדבריה עוד קודם לנישואיה עם אבי המבקש נתחללה מכהונה, וגם אם האב כהן הרי שהבן אינו כהן אלא במעמד של חלל, ויצוין שבעלה מאמין לדבריה. אמנם שלפסול אדם ולקבוע את מעמדו כפסולי כהונה צריך שני עדים כשרים, כמבואר באה"ע סי' ג' בב"ש ס"ק יג, ושני הוריו אינם כשרים לעדות ביחס לבן. אך בנידון זה, לדבריו של אביו נאמנות בגדרי "יכיר". אף שמבואר בשו"ע סי' ד' סעיף כ"ט:

"ואם יש בנים לבן אינו נאמן אף על הבן",

אך בנידון זה ששלושת הבנות הן מאשה נכריה, ואינן יהודיות, בעת הזו הן אינן מתייחסות אחריו, וגם אם יתגיירו, לא יהיו במעמד של "חללות", אלא רק הבן או הבת שיוולדו לו מאשה יהודיה, אך בהתחשב באמור לעיל, אין יסוד לקביעת מעמד חלל בנידון זה.

ועיין באגרות משה (אהע"ז ח"ד סימן י"ב) במקרה כעין זה הנידון בפנינו שהאשה הודתה בפני בעלה הכהן כי היא חיה עם גוי קודם הנישואין, ובנם מבקש היתר להינשא לגיורת, וז"ל:

"ולכן מסתבר דאף למשנה אחרונה שנתקלקלו הדורות שבשביל עיניה נתנה באחר איכא דמזלולי בנפשיהו לומר שהיא טמאה אף שהוא גנאי ובזיון הוא רק בשביל תאוה גדולה כזו שתקיף יצרה להנשא לאחר, אבל לא בשביל איזה רצון קטן שלכן אף שליכא דין נאמנות לאם לפסול בניה דדין יכיר לא נאמר אלא על האב מ"מ יש להאמינה מצד האומדנא דגמ' שכו"ע מוכרחין לסבור כן וגם שהוא מסקנת הר"ן בנאמנות דטמאה אני לך למשנה ראשונה. אומדנא זו היא ברורה דהא תנן דיוצאה ונוטלת כתובתה הרי הועיל זה אף להוציא ממון, וא"כ יש להועיל אומדנא זו לפסול הבן מכהונה אפילו בסתם נשי שיש להם חזקת כשרות, וכ"ש בכנות הרעפארמער הידועים לעוברים על כל התורה כולה ובתוכם גם על זנות בלא שום חלוק בין יהודים לנכרים שאין להן ממילא גם חזקת כשרות לכהנים דהרי פרוצות בעריות כעכו"ם שיש להאמינה באומדנא זו.

## סימן ז

### נאמנות אביו שאינו שומר מצוות להודיע לבנו שהוא כהן

לא שמע שהם כהנים. אך לאחר מכן כששמע שאחותו לא עשתה פדיון הבן לבנה, הבין שהמשפחה היא משפחת כהנים. אביו, בהיותו חילוני, לא נהג מנהג כהנים, ולא עלה לתורה ראשון, וגם המבקש בעצמו לא נהג מנהג כהנים, ואף נשא אשה שאינה מותרת לכהן, ולאחר בירור נאמר לו על ידי פוסק מובהק שאינו מחויב להוציאה.

בית הדין התבקש לקבוע את מעמדו של המבקש אם דינו ככהן והתקיים דיון. המבקש נולד בליטא בעיר וילנא, ועלה עם הוריו כשהיה בגיל עשר. הוריו היו יהודים שאינם שומרים תורה ומצוות, אך כשהיה בגיל 13, באירוע בר המצווה, בעת הקריאה בתורה אביו אמר לו לעלות ראשון ככהן, בזמנו לא הבין פשר הענין כי

כתב הוא עצמו בפרק הנזכר דאין אדם לוקה ומת על פי עצמו. וכן נמי הוצרך שהחזיק ל' יום אבל פחות מכן לא. וכאן סתם הדברים ובודאי שסמך על מ"ש לעיל. דאין לומר שיהא לוקה על פיו אם לא הוחזק. אלא שדברי ה"ה ז"ל קשים הם בעיני כפי זה שכתב והנבעלת ספק חללה ביאורו מפסולי כהונה וזרעה ספק וכו'. ולפי מה שפירשנו דבהחזק מיירי נהי דאין האשה לוקה על פיו ממה שהחזיק הוא עצמו בכהן דמהני מה שהחזיק הוא לגבי ידידה. מיהו זרעה ליהוי חלל ודאי דברא כרעא דאבוה".

הרי שלפי דרכו של המשנה למלך אם לא הוחזק ככהן, אין ממש במה שאמר על עצמו שהוא כהן, ואם נשא אשה מפסולי כהונה אין הבן חלל. וכן הסכים עם המשנה למלך בספר שב שמעתתא ש"ו פ"י, וכתב:

"מ"ש הרמב"ם פרק כ' מאיסורי ביאה דאם נשא או נטמא לוקה, דמיירי בהחזק שלשים יום, וקיצר בדבריו לפי שסמך עצמו על מה שכתב פ"א מאיסורי ביאה דבעינן הוחזק שלשים יום, וכן כתב במשנה למלך".

ועי"ש שדחה דברי התב"ש דבאמירה בעלמא שהוא כהן סגי להחמיר עליו לנהוג ככהן, וכתב על זה בש"ש:

"וכבר מבואר ההיפך מדברי הרמב"ם פ"א מאיסורי ביאה הכ"א דאינו לוקה עפ"י עצמו עד שיוחזק שלשים יום. והך דפרק כ' מאיסורי ביאה נמי על כרחק בהחזק מיירי, וכמ"ש במשנה למלך שם, וזה ברור".

ועיין בספר שערי ישר ש"ו פ"ח שהוסיף בביאור דברי הש"ש, וכתב:

"והנה בעיקר ענין החזקה כנראה מפרש הגאון בעל ש"ש שהוא ענין חזקה שהוחזק אצל העולם, כעין איתחזק איסורא האמור בגמ', ומה"ט יש מקום קצת לומר דלא אתחזק האיסור רק לגבי דידי' שנתחזק לענין הנהגה שאסור לו ולא לאחרני". ועי"ש בש"ש בפרק יא שדן מדוע אין כאן דין "יכיר", כשהאב טוען שהוא כהן.

אמנם רבו החולקים על המשנה למלך, עיין פת"ש אה"ע סי' ג' סק"ד ובאוצר הפוסקים. וכן דעת ההפלאה בספרו נתיבות לשבת סי' ג' סק"ב. וכתב שם במי שבא ואמר שהוא כהן ולא הוחזק:

"כיון דקיי"ל כרבי יהודה דנאמן לומר זה בני בן גרושה כדאיתא לקמן סי' ד', ה"ה דנאמן לפסול זרעו אפילו בלא הוחזק שלושים יום ... נראה דה"ה אם נשא אשה הראויה לכהונה והוליד בן, נאמן עליו שהוא כהן לענין שיהיה אסור בגרושה וכיצ"ב".

וכאמור כן דעת המגיד משנה והב"ש, ולכן אי אפשר לפסוק על יסוד שיטת המשנה למלך.

אך יצויין לדברי הנתיבות לשבת שכתב בלשון זו: "נראה דמ"ש כאן מי שבא ואמר כהן אני, היינו שמעיד כן בבית דין. דאי לאו הכי פשיטא שאין מעלין אותו לכהונה על פי דבריו, אבל בלא ביי"ד אפילו נשא גרושה אין לוקה ויכול לחזור בו".

לאחרונה המבקש התגרש מאשתו וכעת מבקש לדעת מהו מעמדו.

סיכומו של דבר, הן אביו והן המבקש לא נהגו ולא הוחזקו ככהנים, אך מאירוע בר המצוה המתואר, ולאחר שלא התקיים פדיון הבן של בן אחותו, המבקש למד שאביו סבר שהם ממשפחת כהנים.

נקדים כי שאלה מעין זו נשאל הגאון רבי משה פיינשטיין זצ"ל, ובספרו אגרות משה אבן העזר חלק ד' סימן יא כתב, וז"ל:

"בדבר אחד שהחזיק עצמו לכהן, ונתברר שכל ידיעתו היא מאביו שבעת שקראו אותו לשמחת הבר מצוה אמר שהוא כהן, אבל אביו אינו שומר תורה כלל, וגם שברח מבית אביו בילדותו מצד מרדו באביו, שלפי הדעת לא היה לו לידע כל כך דבר כזה, שלכן אין לו שום נאמנות לזה שהוא כהן. וגם אשה אחת שהיתה בת אחי אבי אבא שהיא שני בשני עם אביו הנזכר, אמרה איך אפשר שאתה כהן מאחר שאביו הוא אחי אביך אינו כהן, שלכן אין לחוש למה שאמר אביו. ומצד אמירתו לאוסרו בפסולי כהונה מדין שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא אין לאוסרו מכיון שהחזקת עצמו לכהן הוא ע"פ אמירת אביו שאין לו נאמנות. לכן אינו צריך לגרש את אשתו הגיורת שהיא גיורת בצדק, וזהירה בכל דיני התורה, ורשאי לחיות עמה כמו כל ישראל בגיורת, כי איננו כהן".

הרי אפילו בנידון הנזכר באג"מ שהשואל החזיק עצמו ככהן, אינו צריך לחוש שמא הוא כהן מכיון שחזקה זו נוסדה על יסוד אמירת אביו, ואביו אינו נאמן כלל מפני שאינו שומר תורה כלל, ולא ברור שידיעתו מבוססת כראוי. ק"ו בנידון דנן שלא הוחזק ככהן אינו צריך לחוש לאמירה של אביו שאינו נאמן. מה עוד שבנידון זה אביו לא אמר לו דבר, אלא רק העלה אותו לתורה ראשון. ולהלן נוסף לבסס פסיקה זו של האגרות משה.

נקדים ונבהיר, בנידון זה שאביו לא הוחזק ככהן, אין ממש באמירתו.

הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה פרק כ' הלכה יג כתב: "מי שבא בזמן הזה ואמר כהן אני אינו נאמן ואין מעלין אותו לכהונה על פי עצמו ולא יקרא בתורה ראשון ולא ישא את כפיו ולא יאכל בקדשי הגבול עד שיהיה לו עד אחד, אבל אוסר עצמו בגרושה וזונה וחללה ואינו מטמא למתים ואם נשא או נטמא לוקה, והנבעלת לו ספק חללה".

וכן פסק בשו"ע אה"ע סי' ב' ס"א. והנה הרב המגיד ובב"ש ס"ק ד' כתבו שהבן של הגרושה ספק חלל.

לכאורה קשה, אם אינו נאמן, מדוע הנבעלת לו ספק חללה, ומדוע הבן ספק חלל.

בספר משנה למלך כתב בביאור שיטת הרמב"ם:

"ואם נשא או נטמא לוקה. דברי רבינו ז"ל צריכין ביאור שסתם וכתב ואם נשא או נטמא לוקה, וע"כ בדהחזק כבר מיירי וכמ"ש הוא עצמו לעיל בפ"א מהלכות אלו שמי שהחזק בשאר בשר שורפין וסוקלין על החזקות. אבל בלא הוחזק כבר

הפוסקים עי"ש, ומכללו [של לשון הטור וש"ע ושאר הפוסקים] נשמע דאומדנא לא מהני על כולה מילתא, רק היכא ששמעו ממנו שהוא בכור, רק דעודנה יש לספק דאולי בכור אמו קאמר, בזה מהני האומדנא אע"פ שלא אמר בפירוש [כמבואר בב"ב קכו, ב], כיון דעיקר מילתא הוי ע"י הכרה בפירוש. אולם מלישנא דהרמב"ם משמע לכאורה דבכולה מילתא מהני, לכן שבקו ללישנא דהרמב"ם בזה. אע"ג דבכל דיני ממונות מהני ידיעה בלא ראייה, עיין שבועות [דף ל"ד ע"א] לריה"ג שם, אבל גבי בכור כיון דכתיב יכיר, בעינן שעיקר ההכרה יהיה מן האב בפירוש ולא ע"י ידיעה בלא ראייה. עכ"ל.

על כן בנסיבות המתוארות, גם אם האב אמר שהוא כהן, מאחר שלא הוחזק ככהן, אינו נאמן, אלא רק דנים בו שויא אנפשיה חד"א, ובזה נאמן לשויא חד"א לבנו מדין יכיר. הרי שכאן שלא ידוע שהדברים נאמרו להדיא אלא רק ידוע שהאב אמר לבנו בבר המצוה לעלות לתורה ראשון, ולא נאמר לו בפירוש שהוא כהן, הרי מעשה זה הוא לכל היותר עבור הבן בגדר של "ידיעה בלא ראייה", ולפי דרכו של תשובת זית רענן אליבא דעת רוב הראשונים אינו צריך לחוש. ומצורפת לכך שיטת המל"מ והש"ש שבכל גווני אינו צריך לחוש כשאביו לא הוחזק ככהן, וכאמור לא ידוע שהיתה לאב בזמנו הכרה ברורה ביחס לכהונתו. על כן מכל האמור בית הדין פוסק שהמבקש אינו כהן, ואינו צריך להחמיר על עצמו ככהן מספק.

ויתכן שדברי הנתיבות לשבת יאמרו גם ביחס לחומרא שכתבו המ"מ והב"ש שגם בלא הוחזק, נאמן ביחס לבנו. אך עכ"פ אין להאמינו אלא אם אמר דברים ברורים, שביחס אליהם נאמרה ההלכה "שויא אנפשיה" וכו' משא"כ בנידון זה שאין ידוע שאמר דברים ברורים. וכידוע ב"יכיר" בעינן הכרה ברורה, כמבואר בשו"ת רע"א סי' קכ"ח, ולפי האמור בנידון זה בזמנו הדברים לא נאמרו על ידי האב בהכרה ברורה כנדרש.

עוד יצויין לתשובת זית רענן ח"ב סי' עט שהשיב אודות אחד שרוצה ליטול פי שנים בירושת אביו, ולא נודע שהוא בכור רק ע"י אגרת שלומים מאביו שכתוב בו כחי וראשית אוני, וכתב בזה:

"נראה דאפילו כתוב באגרת שלו בפירוש בני בכורי, כיון דלא כתב לאחריים רק לבנו עצמו, לאו הכרה הוא, כיון דכתיב בקרא [דברים כ"א י"ז] יכיר בלשון מפעיל ובאו חכמינו ז"ל [ב"ב קכו, ב] בקבלה איש מפי איש דיכירונו לאחריים, מכללו נשמע דלאחריים דוקא ולא לעצמו ... כבר נודע למי שיש לו יד בש"ע, שדרכו של מרן זקני רבינו בעל בית יוסף להביא דברי הרמב"ם בלשונו הצח, וכאן בענין הכרת בכור הניח את לשונו הטהור שכתב [בפ"ב מהלכות נחלות הלכה ט"ז], וז"ל: העידו עדים שהן שמעו אביו של זה אומר דברים כך וכך והרי אותן הדברים יודע מכללן שזה בנו בכורו הרי זה נוטל פי שנים אע"פ שלא אמר האב בפירוש זה בני בכורי. והטור וכן הש"ע [סימן רע"ז סעיף י"ג] הניחו לשונו ונקטו בלישנא של שאר

## סימן ח

### בת נכרי לכהן

בנישואי ערכאות ועתה אחרי הרבה שנים רוצה שיסדר לו כתר"ה חו"ק כדת משה וישראל והוא כהן".

וכתב:

"הנה ידוע שפליגי הראשונים דלרמב"ם כשרה גם לכהונה ולהרא"ש פסולה לכהונה והמחבר באה"ע סימן ד' סעיף י"ט פוסק שפסולה לכהונה ופסק הב"ש בסק"ב דאם ניסת אין מוציאין מידו. אבל מכיון שלא ניסת בדין התורה אלא בערכאות הרי יש להחשיב כלא ניסת דהא יותר נוטה שא"צ גט דבאנשים כאלו שאינם שומרי תורה ומופקרים לאיסור נדה ושאר איסורים ליכא חזקה דאין בועל בעילת זנות וגמר ובעל לשם קידושין... ואף שיש דברים ששעת הדחק נחשב כדיעבד והכא כיון שיש להם בן שודאי יש להחשיב בשבילו כשעה"ד שלא טוב להבן שיתגרשו הוריו, אי אפשר להתיר כאן מחמת זה, דהא בעצם כיון שהוא ספקא דדינא דאורייתא היה לן להוציא, והמל"מ בפ"ז מאי"ב ה"ז נשאר בקושיא על הרמב"ן והמ"מ שפסקו שאין מוציאין דמ"ש מספק גרושה שאף בניסת תצא, וצריך לומר כתיורין שעה"מ בפט"ו ה"ג בסופו שכיון שלהוציא בכפיה אם היא כשרה לו היה זה גט מעושה שפסול

בפני בית הדין בקשת פלוני הכהן לאשר את נישואיו לפלונית, שהיא יהודיה, בת לאם יהודיה ואב נכרי.

הצדדים רווקים ומצויים בקשרי חברות כשבע שנים, והתקיים דיון לבירור הבקשה.

לאחר עיון בבקשה ושמיעת טענות הצדדים נחלקו הדעות בבית הדין. להלן דעת הרוב:

נידון זה של כהן המבקש לשאת לאשה בת נכרי, התברר בגמ' במסכת יבמות דף מה ובראשונים. השו"ע פסק הלכה זו בשלושה מקומות, ובכולם הורה - בת נכרי אסורה להינשא לכהן, בשו"ע אה"ע סי' ד' סעיף ה' וכן בסעיף יט ובסי' ז' סעיף יז. וע"ע בחלקת מחוקק סי' ד' סק"ג ובב"ש סי' ד' סק"ב שהסכימו שבדיעבד אם נישאת לא תצא והולד ספק חלל.

וע"ע בפת"ש סק"ג שהביא מדברי המשנה למלך שלמ"ד הולד פגום היינו מדאורייתא. ועל כן איסור זה של בת נכרי לכהן הוא מדאורייתא אליבא שיטת הרא"ש, ולהלכה ספק דאורייתא.

ובספר אגרות משה אבן העזר חלק א סי' ה' השיב אודות: "אחד שכבר נשוי לאשה שהיא בת ישראלית שניסת לנכרי

דבריו כדברי המשל"מ שזהו ספיקא דאורייתא, ולא הזכיר מדברי תשובת הגרע"א, מאחר ובנידון שלו אביה הנכרי של אותה אשה, היה נשוי לאימה היהודיה.

ובספר יביע אומר חלק ז' אבן העזר סי' ט' הביא בשם הרב אברהם ריווח בשו"ת ויען אברהם שכהן שנשא בנישואים אזרחיים אישה שאביה גוי מותר להשיאם כדת משה וישראל לפי שעי' הנישואין האזרחיים אי אפשר להפרידם זה מזה ותמיד הם קשורים יחדיו זה לזה ונחשב הדבר כדיעבד. ועי"ש שהאריך בהלכה זו, אך בנידון בתשובת יביע אומר היו ספקות שיש בהן ממש ביחס לכהונת המבקש, וגם היותה של הכלה בת נכרי לא היה ידוע ומפורסם אלא על פי דברי אם הכלה. ואילו בנידון בפנינו אין ספק ביחס להיותו כהן וכן ביחס להיותה בת לאשה יהודיה שנישאה לנכרי. על כן, מכל האמור הוחלט: לא מצאנו היתר ראוי על פי ההלכה לאשר את הנישואין המבוקשים.

עד כאן דעת הרוב.

דעת המיעוט היא כדלהלן:

יש מקום להתיר לצדדים להינשא על סמך האמור בתשובת הגרע"א ובבית מאיר דלעיל. ועל פי האמור בתשובת אג"מ הנזכרת לעיל - "שיש דברים ששעת הדחק נחשב כדיעבד". (אלא שהאג"מ לשיטתו, לא הסכים להתיר בנדון ידידיה, כי סבר שבבת נכרי לכהן קיים איסור דאורייתא). ומה שכתב בדברי יוסף לגבי גוי הנשוי לבת ישראל בקביעות ונולדה הבת, שלפי דברי הגרע"א - מאחר ובכה"ג האיסור מהתורה, גם הק"ו מהתורה - אין דבריו מוכרחים, מכיוון שאפשר לומר שגם לפי שיטת הגרע"א, קיימת אותה פירכא שכתב בספר בית מאיר כמבואר לעיל, דהיינו: מה לאלמנה שכן איסורה גם בדרך זנות, תאמר בבת נכרי וישראלית שאיסורה רק בדרך אישות, אלא שהגרע"א, לגבי נדון ידידיה לא נצרך לכך, כי שם נשאל לגבי בת שנולדה מגוי דרך זנות ובוזה אין צורך לפרוך את הפירכא הנ"ל, דמכיוון דליכא איסורא דאורייתא, אין כלל ק"ו.

יתר על כן - לכאורה יש מקום לדייק מדברי הגרע"א, מדכתב שהק"ו נאמר לגבי בת עבד ולא כתב שהוא קיים גם לגבי בת גוי שנולדה בדרך אישות, מכאן שלגבי דין זה הק"ו לא נאמר ואיכא למימר שזה משום הפירכא הנ"ל.

עיינן גם בפסק דין שניתן על ידי בית הדין באשקלון בתיק מספר 853346/1, ביום י"ז בסיון תשע"א (19/06/2011), ופורסם באתר הנהלת בתי הדין, שהביא מקורות נוספים לביסוס ההיתר, ובכללם מספר תשובות מדברי הרבנים הגאונים נ"ע ר"ע יוסף והגר"ש משאש.

אוסף עוד, כי בדברי יוסף בסימן הנוכח, עוסק במקרה שבו אמה של מבקשת ההיתר אשת איש שלא קיבלה גט כדמו"י מבעלה היהודי, אלא רק התגרשה בערכאות, ונישאה לנכרי בעודה אשת איש ושם החמיר וכתב שיש איסור דאורייתא לכו"ע לבת זו להינשא לכהן, אך ענין זה לא קיים בנידון שלנו.

לכן כיון שאיכא מ"ד דכשרה אין לנו להוציא בכפיה מאחר שלדידיה יהיה גט פסול ול"ד לספק גרושה במעשה שלכו"ע כיון שהוא ספק דאורייתא אסורה עליו עיין שם והובא בפ"ת סק"ג שנמצא שרק אנו אין כופין אותו לגרשה, אבל אומרים לו שצריך לגרשה אם חושש בעצמו להאיסור, וא"כ איך יסייעו לו להשאירה אצלו, ולכן אין להזדקק להם לסדר הקידושין.

וגם הוא בעצמו לא ירויח כלום דהא להרמב"ם בלא קידושין קיל מבקידושין דסובר בפ"י מאי"ב ה"ב דדוקא בנשאה הכהן בקידושין לוקה על גרושה וחללה וזונה ובבעל שלא בקידושין אינו לוקה ויעבור רק על איסור פנויה שהוא רק מדרבנן, ובאופן שהיא מיוחדת רק לו שהיא כפילגש הרי להראב"ד ורמב"ן ליכא איסור ועיין בב"ש סימן כ"ו סק"ב שגם להרא"ש והטור ליכא איסור ברור. ואף לראב"ד יש לאו אף בלא קידושין מ"מ לא ירויח כלום".

ועיין בבית מאיר סי' ד' ס"ה ובתשובת הגרע"א סי' צא שבנכרי הבא על בת ישראל אין איסורו מדברי תורה, ולכן לא יתכן שהבת אסורה מדאורייתא לכהן על יסוד הק"ו מכהן גדול המבואר בסוגיא. ועל יסוד זה דנו בכמה תשובות מחכמי זמננו להקל אם כבר נישאו בנישואין אזרחיים וכיוצא"ב. אך עיין בספר שו"ת ברית אברהם חלק אה"ע סי' ג' סק"ג שכתב:

"הא דסתים הרמב"ם דהולד כשר, די"ל דמיירי בכותי שבא דרך זנות וליכא איסור דאורייתא".

ולפי דרכו מאחר והשו"ע בסי' טז ס"א פסק כדעת הרמב"ם שבגוי הבא על בת ישראל דרך אישות לוקה מהתורה, דקאי בלאו דלא תתחתן בהם, על כן בכה"ג הק"ו האוסר את הבת לכהן הוא מדאורייתא.

וכן כתב בספר פני משה על שו"ע אבן העזר סי' ד' סק"ב (הובא באוצה"פ סי' ד' ס"ק יא אות ח').

אך בספר בית מאיר על אה"ע סי' ד' כתב דגם אם בדרך אישות האיסור הוא מהתורה, עכ"פ:

"לרבי שמעון דאליביה מסקינן במסכת ע"ז (ל"ו ע"ב) דבר תורה דוקא אישות דרך חתנות, אין מקום להק"ו אף כשבא עליה דרך חתנות, דיש לפרוך מה לאלמנה שכן איסורה בדרך זנות נמי, כמבואר בהרמב"ם פרק י"ז מהלכות איסור"ב ה"ג, תאמר בגוי שאין איסורו אלא דרך אישות".

בספר דברי יוסף (להגאון רבי יוסף כהן זצ"ל) על אה"ע סי' ד' (סי' ח' בסימני הספר) העלה דתשובת הגרע"א נאמרה כפי הנידון בסוגיא ביבמות ובראשונים, בנכרי הבא על בת ישראל באקראי שאיסורו מדרבנן אם לא ב' עממין, אך בגוי הנשוי לבת ישראל בקביעות ונולדה הבת, דמאחר ובכה"ג האיסור מהתורה, גם הק"ו מהתורה ולהכרעת השו"ע כשיטת הרא"ש הבת אסורה לכהן מדאורייתא. ולכן גם אם נתחשב בשאר השיטות בראשונים, מספקא דאורייתא לא נפקא. ועיין בספר דברי יוסף שלא הסכים לאשר נישואין אלו של בת נכרי וכהן אפילו כדיעבד, לאחר שכבר נישאו בחו"ק כדמו"י. ולפי דרכו מיושבת תשובת האגרות משה שסתם



קידושין קיל מבקדושין וכו'".

עד כאן דעת המיעוט.

על כן בהתאם לאמור אנו פוסקים כדעת הרוב, ואין בידינו לתת את היתר הנישואין המבוקש.

עם זאת, בטרם יינתן ההיתר יש צורך לבדוק האם ההיתר יביא לצדדים תועלת, דאם לא כן, ייתכן שעדיף שלא להשיאם, כמבואר בדברי הגר"מ פיינשטיין שהובאו לעיל - "וגם הוא בעצמו לא ירויח כלום דהא להרמב"ם בלא

## סימן ט

### המשקל הראייתי שיש לעדות חוקר פרטי לאסור אשה על הנטען

ה' עמ' 108 נראה שאם היתה עדות לפוסלן לא היה מקום לקבל עדותם, אך הדברים טעונים בירור, וכדלהלן. לכאורה היה מקום לקבל את העדות עפ"י פסק הרמ"א בחו"מ סי' לה סעיף יד שפסק:

"א דתקנת קדמונים הוא דבמקום שאין אנשים רגילים להיות, כגון בבית הכנסת של נשים או בשאר דבר אקראי שאשה רגילה ולא אנשים, כגון לומר שבגדים אלו לבשה אשה פלונית והן שלה, ואין רגילים אנשים לדקדק בזה, נשים נאמנות ולכן יש מי שכתב דאפילו אשה יחידה, או קרוב או קטן, נאמנים בענין הכאה ובזיון ת"ח או שאר קטטות ומסירות, לפי שאין דרך להזמין עדים כשרים לזה, ואין פנאי להזמין והוא שהתובע טוען ברי".

אך יש מקום לפקפק אם נוכל במקרה דנן לקבל עדות זו בהסתמך על פסק הרמ"א, מאחר והזוג דנן הם מאותם קהילות שנהגו עפ"י פסקי מרן הב"י. ובב"י בסוף סי' לה כתב:

"וז"ל הרשב"א בתשובה (ח"ב סי' קפב, ח"ה סי' קלט) אני רואה מתוך הקונדרים שכתבתם שאתם תוקעים עצמכם על עדות הנשים ואולי מצאתם כן לאחד מן הראשונים במקומות שהנשים יושבות שם מפני שאין האנשים נכנסים שם ואנחנו לא נדע דברים אלו ולא שמענו מעולם ואין ראוי לסמוך עליהם עכ"ל וכך הם דברי הרמב"ם בפ"ח מהלכות נזקי ממון (ה"ג) ולאפוקי מדברי מהרי"ק סימן קע"ט, ובתרומת הדשן סימן שנ"ג האריך בזה ואין דבריו נראים בעיני".

ובספר ארץ חיים לרב חיים סתהון בחלק חו"מ סי' לה כתב על דברי הרמ"א:

"ומרן ז"ל בב"י בסוף הסי' לא הסכים בזה, ומהריק"ש ז"ל כתב דלא נהגו כן בארצות אלו. ובתשובת נחפה בכסף ח"ב אה"ע סי' יב כתב דכיון שמהריק"ש הוא מאריה דאתרא דמצרים וסביבותיה שנוהגים לפסוק כהרמב"ם ומרן ז"ל בשו"ע כמנהג ארץ ישראל ת"ו, והוא ז"ל העיד שלא נהגו כן בארצות אלו, והיינו טעמא משום דאולי בתר פסק מרן ז"ל בעיקר הדין. ממילא הוא הדין לארץ ישראל שלא נהגו כן מהאי טעמא, ואין הנשים נאמנות אפילו במקום דלא שכיחי אנשים כשרים כמו שהוא עיקר לכו"ע, אלא דמטעם תקנה ומנהג הוא להכשיר הנשים, ובאתרא דידן לא נהגו כן".

אמנם בשו"ת בית דוד (להגר"ר יוסף דוד ז"ל משאלוניקי) חלק חו"מ סי' ו' נראה דלא ס"ל בפשיטות כמ"ש בספר ארץ חיים

הצדדים התגרשו בהסכמה לאחר שהאשה נחשדה בקשר עם גבר זר, והבעל ביקש להורות לאוסרה על אותו גבר. לאחר הגירושין הושלם הדין לבירור הטענות באמצעות עדות חוקר וחוקרת פרטיים שהעידו על בגידת האשה עם הגבר הנזכר.

להלן נימוקי ההחלטה לאוסרה על הנטען, הכוללים בירור הלכה בשלשה נושאים.

- א. מה התנאים בהלכה לקביעת איסור האשה על בעלה ועל הנטען, לאחר שהאשה כבר התגרשה.
- ב. היסודות בהלכה לנאמנות החוקר והחוקרת שהופיעו בבית הדין לעדות.
- ג. מה המשקל להודאת האשה עפ"י גירסתה.

א. בשו"ע אה"ע סי' יא ס"א פסק:

"באו עליה עדים שנסתרה עם איש זה, ובא ומצא דבר מכוער כגון שנכנסו אחריו ומצאוה עומדת מעל המטה והיא לובשת המכנסים או חוגרת אזורה ... או שהיו יוצאים ממקום אפל ... או שראו אותם מנשקים זה את זה ... וכיוצא בדברים אלו לפי ראות עיני הדיינים, אם הוציאה בעלה בדבר מכוער כזה, הרי זו לא תנשא לנטען".

מפסק השו"ע עולה שאין יסוד לטענת הנתבעת, באמצעות ב"ב, שבלא עדות על מכחול בשפופרת אין מקום לפסוק כמבוקש. לכן מאחר ועפ"י עדות העדים הם ראו את הנתבעת עם הנטען ללא לבוש, הרי שזו עדות על "דבר מכוער", יותר מהדוגמאות המובאות בשו"ע, ואם עדותם מתקבלת יש לאוסרה על הנטען.

ב. ב"ב הנתבעת בסיכומיו טען שאין לקבל את העדות, מאחר ולא התקבלה עדות של שני עדים הכשרים לעדות, וכי אשה פסולה לעדות. יש להוסיף, שגם העד השני כפי הנראה אינו כשר לעדות עפ"י ההלכה, עכ"פ חזרתו מוכחת עליו שאינו שומר תורה ומצוות.

נקדים שלפי ההסכם של החוקר עם הבעל נראה, שהתשלום שנקבע לחוקר הוא עפ"י מספר שעות עבודה, ואינו מקבל שכר עבור עדות שמעיד דוקא דברים מסוימים וממילא אינו בגדר נוטל שכר להעיד, עיין מש"כ בזה בפד"ר כרך ה' מעמ' 4 והלאה ובהמשך פסק הדין מעמ' 108 והלאה, וכן באריכות בספר בנין אב להגר"א בקשי דורון זצ"ל ח"א סי' עג. אך עדיין שאלת כשרותם של עדים אלו כשאינן כשרים לעדות עפ"י ההלכה, טעונה בירור. מפסק הדין בפד"ר כרך

"במקומותינו נהגו ליקח יין רמונים מן הנכרי כיון דלרפואה מוכרים אותו איכא קפידא אם נתערב בו חומץ אם לאו, הלכך ללוקח מן התגר שרי. דכל היכא דאיכא למיקפד עלה דמלתא תגר לא מרע נפשי ואע"ג דליכא למיקם עלה. וראיה לדבר דאמרינן בפרק התכלת הלוקח טלית מצוייצת מן הנכרי מן התגר כשירה מן ההדיוט פסולה, וטעמא דמלתא משום דתגר לא מרע נפשיה, ואע"ג דליכא למיקם עלה דמלתא, דתכלת אין לה בדיקה, כדאמרינן התם".

והנה המג"א סי' כ' סק"א, כתב:

"משמע התם דוקא בדבר דאיכא קפידא באומנתו, כגון מוריסי שמערבין בו חומץ והוי זיוף אפילו לעכו"ם, אבל הכא יש לחוש שנטווה שלא לשמה ולא מרע נפשיה בזה. תדע דאטו מי שרי לקנות בשר מעכו"ם תגר כשאומר שהיא כשרה משום דלא מרע נפשי, ועיין בחולין פרק ג"ה. לכן נ"ל דדוקא גבי טלית מקילינן משום דאין דרך עכו"ם לעשות ציצית בבגד ולהכי נקט טלית מצוייצת, אבל ציצית אסור לקנות מעכו"ם אפי' הוא תגר".

בספר נודע ביהודה תנינא או"ח סי' עב הביא מדברי הר"ן הזוכרים, ועפ"י דבריו תמה על המג"א, וכתב:

"לדברי המג"א דטעמא דתכלת משום דאין דרך נכרי לעשות ציצית בבגד, א"כ היאך יליף הר"ן ממנו לין רמונים. וגם הרי הר"ן מפרש בהדיא דטעמא דתכלת משום דלא מרע נפשיה, וכן רש"י פי' טעם זה, והמג"א המציא טעם מלבו".

על כן באר הנודע ביהודה, שאין לכותי נאמנות גם כשהוא תגר, ואין סומכים על דבריו כלל, אלא שאינו חשוד לזיוף. וז"ל:

"בכותי תגר אפילו במה שיש לו הנאה אינו חשוד שיעשה מעשה זיוף להנאתו, כי לא מרע נפשיה בעסק מקח וממכר כיון שהוא תגר. אבל בדבר שאין בו מעשה אלא שצריך להאמינו על דבורו, אף שאינו חשוד לזיוף מ"מ דיבורו לאו כלום הוא. ולכן בבגד מצויץ שאם אתה אומר שמשקר במה שאומר שקנאו מישראל, צריך אתה לחשדו שהוא עשה ציצית בבגד כדי לרמות ולמכור לישראל, שהרי הכותי עצמו אינו צריך לציצית, וכיון שהוא תגר לא חשדינן ליה שיעשה זיוף. אבל בשר שביד נכרי אפילו הוא תגר, מ"מ אטו הנכרי אינו צריך בשר, הלא הוא ג"כ צריך לבשר כישראל ואין כאן שום מעשה זיוף, וצריכין אנו לסמוך על דיבורו שאומר שקנאו מישראל ודיבורו של כותי לא מהני אפילו הוא תגר".

על כן באותם מקרים שבהם אם נקבע שהתגר אינו נאמן, היינו שמפני שאנו חושדים בו שמא הוא מזויף את מרכולתו, בזה קיימת הסברה דלא מרע נפשיה, והוא אינו חשוד לזיוף. לפי זה בנידון דנן שהחוקרים אינם מעידים בעל פה, אלא ברשותם תמונות המוכיחות את עדותם, תמונות שכבר הוצגו בפני הבעל בתום פעילותם, אם לא נאמין להם אלא נקבל את טענת הנתבעת, הרי שהם נחשדים בזיוף התמונות, בכך אין לחושדם.

דהפוסקים כמרן הב"י אינם נוקטים לדינא כתקנת הקדמונים שהביא הרמ"א, אך גם מדבריו עולה שאין לקבל עדות קרוב או פסול בנידון כעין גידון דנן. וז"ל תשובת בית דוד:

"לענין מידי דערוה כנידון דידן ... מלתא דפשיטא דאין שום אחד מהפוסקים ישיר עדות נשים או עד יחידי בדבר זה. שהרי עיקר דבר זה יצא ממנה"י קולון ז"ל, והוא עצמו מצינו לו במידי דערוה מתעצם בכל תוקף שלא להכשיר אשה ועד יחידי ... מהר"י קולון שהוא מאריה דההוא שמעתא דמאמינים פסולי עדות משום תקנה או משום דינא דחיה, הוא עצמו בסי' קפ"ט דחה בשתי ידים סברא זו בענין עדות איסור ערוה, ש"מ שאין לומר בזה לא תקנה ולא דין דחיה. והטעם נראה פשוט, משום דלא שייכי בזה אותם הטעמים דהתם. כי הנה בהכאות וחירופים הטעם הוא משום דאין פנאי להזמין עדים פתאום, והיינו ודאי משום דפתע פתאום כרגע ירים איש את ידו והכה את רעהו או יחרפהו ויקראו ממזר או עמד וכיוצ"ב. וזה לא שייך בעושה איסור ערוה וכיוצא, שאינו פתע פתאום כרע. ואפילו אירע ענין פתאום כההיא דנשק כו', אין להאמין כיון דהא לא עשו תקנה. וגם הטעם ששייך בחיה ובבית הכנסת של נשים ובגדי אלמנה וכיוצ"ב לא שייך הכא, דהתם לא שכחי אנשים רק נשים, אבל הכא שכחי אנשים כמו נשים, ולכן אין להאמין לא נשים ולא פסולים, וכיוצ"ב חילק הסמ"ע בסי' ל"ה. ואפילו בהכאות וחירופים ומידי דשייכי לנשים, אם ארעו באופן שהיה פנאי להזמין כשרים, ושנמצאו אנשים, נראה דלא מהמנינן לא נשים ולא פסולים כיון דליתא לההוא טעמא. ועוד אפילו הוה שייך בזה כל הני טעמי, אין לומר שמקבלים עדות נשים ופסולים כיון דכל הני הם נגד הדין, וחיודושה הוא ואין לך בו אלא חיודושו, וכמ"ש רבו של מהרש"ך ... ואע"פ שמתרומת הדשן והאגודה ומרדכי נראה דילפינן מחיה ולא אמרינן חיודושה הוא כנזכר לעיל, מ"מ נראה דאנחנו אחריהם אין בידינו להוסיף וללמוד יותר ממה שלמדו הם, ונאמר על דבריהם אין לך בו אלא חיודושו מה שחידשו הם ז"ל ולא יותר".

אמנם מטעם אחר היה מקום לקבל את העדות. עפ"י ההלכה קיימת חזקה שאומן אינו מרע את אומנותו, וגם במקרה דנן, עדים אלו הם חוקרים פרטיים, האחד חוקר פרטי ותיק והשנייה חוקרת בראשית דרכה. וביחס לאומן, קיימת חזקה שלא יזייף את תוצרתו ויצגי אותה בצורה שקרית. על כן אין להניח שהחוקרים משקרים בעדותם ומציגים תמונות של אשה אחרת, כטענת הנתבעת.

היסודות בהלכה להכשיר עדות אומן אף שהוא מצד עצמו אינו כשר לעדות, הן כדלהלן.

במסכת מנחות דף מג.:

"הלוקח טלית מצוייצת מן השוק, מישראל הרי היא בחזקתה, מן העובד כוכבים, מן התגר כשרה".

ופרש"י:

"אם תגר הוא כשרה דלא מרע נפשיה וזכין לה מישראל וכשרה".

והר"ן במסכת ע"ז פרק שני, כתב:

לפי"ז, גם אם אין לשני החוקרים נאמנות לאסור את האשה על בעלה ובוועלה, עכ"פ מאחר ועוד בעת הנישואין הבעל שמע דבריהם ומאמין להם, ולדבריו נוכח לדעת בבירור שדבריהם אמת עפ"י התמונות שהוצגו בפניו. בנסיבות אלו האשה נאסרה על הבעל מדינא. ובכה"ג פסק הרמ"א שהאשה אסורה אף על הבעל.

על כן גם אם עפ"י שיטת הט"ז לא ברור שניתן לקבל עדותם לאסור אשה על הבעל והבעל, עכ"פ לאחר שהבעל מאמין לדבריהם, לא גרע מבעל המאמין לעד אחד, וכאן עדיף טפי, מאחר והבעל טוען שנוכח אישית בנאמנותם, נאמנות המקובלת באיסור והיתר, כאמור לעיל.

לסברא זו לא היה מקום בפסק הדין שבפד"ר כרך ה' הנוכר שבו עמדה לדיון תביעת הבעל לחייב את האשה בגירושין ושליטת זכויות ממון, נושא שלא עמד לדיון במקרה דנן שהאשה הסכימה להתגרש, ובמעמד סידור הגט הסכימה לוותר על הכתובה.

על כן מכל האמור לעיל יש לקבוע שהעדים נאמנים בעדותם לאוסרה על הנטען.

ג. מלבד האמור לעיל יש מקום לפסוק לאסור את האשה על הנטען מטעם נוסף.

לפי טענת האשה היא שהתה עם הנטען בתוך רכב במגרש חניה מחוץ לעיר בשעת לילה במקום ששררה בו עלטה מוחלטת ובתוך הרכב לא היתה תאורה. וכל זאת טענה האשה על מנת לשלול את עדות העדים שהעידו שכן ראו את הנעשה בתוך הרכב. עכ"פ מדבריה עולה שהיא מודה במעשה שיש להגדיר כמעשה כיעור, כמבואר בשו"ע סי' יא ס"א הנוכר לעיל "שהיו יוצאים ממקום אפל". ויש לדון מה דינה של אשה המודה במעשה כיעור אך טוענת שלא זינתה. ונראה שאשה המודה במעשה כיעור נאמנת בהודאתה לאסור עצמה לנטען. אמנם אשה אינה נאמנת לאסור עצמה על בעלה, היינו מטעם שמא עיניה נתנה באחר, כמבואר בשו"ע סי' קטו ס"ו. סברא זו אינה שייכת ביחס לנטען.

גם אין לומר שדבריה אינם מתקבלים מטעם הסברא דאין אדם משים עצמו רשע, דעכ"פ לחובתה נאמנת. וכן פסק בתשובת כתב סופר אה"ע סי' יד שיובא להלן, ונציין שבנידון שבתשובת הכתב סופר האשה כבר התגרשה, והיתה נ"מ אם אסורה לחזור לבעל והאם אסורה לנטען, וז"ל הכתב סופר:

"כל לגבי נפשה נאמנת, ונאמנת לאסור נפשה לגבי הבעל כמו שנאמנת להפסיד כתובתה. דלחוב לעצמה נאמנת, וכן לענין איסור מועיל הגדתה שאוסרה על נפשה דבר זה, יהיה הטעם משום נדר או משום הודאת בעל דין, כל שלחובתה היא נאמנת וזה פשוט ... המורם מכל זה דכל לחובתה נאמנת לאסור נפשה לגבי דהאי על פי דבריה ... נאמנת על עצמה לשוויא נפשה חתיכא דאיסורא לגבי בעל ובוועל".

לכאורה היה מקום לטעון שאמנם האשה הודתה במעשה כיעור עם הנטען, אך בהודאת טענה שלא היה יותר מכך

מלבד זאת, בחוקר פרטי יש לדון מכח נאמנות קפילא, אליבא דהראשונים הסוברים שנאמנותו אינה במסל"ת דוקא. אלא נאמן במעיד והטעם לנאמנותו הוא מפני דלא מרע נפשיה, עיין יו"ד סי' צ"ח בש"ך סק"ב ובביאור הגר"א סק"ב. ואמנם לכאורה יש לתמוה על דברי הנודע ביהודה מהאי קפילא דמהימן משום דלא מרע אומנותיה, אליבא דמקצת ראשונים, ואף שאין חשש לזיוף, הקפילא נאמן בדבריו. ובספר חלקת יעקב חיו"ד סי' כח כתב:

"ובאמת צ"ע קצת, למתירין בקפילא משום לא מרעי נפשי, דזה יהיה נגד סברת הנוב", ולא הזכיר הנוב"י כלל, דלשיטתם לא שייך כלל סברא זו, ואפשר יש לחלק, דבקפילא עיקר אומנותו הוא הדיבור שאומר ידיעתו בזה".

וכמובן, סברא זו שייכת בנידון דנן, שעיקר אומנותם להעביר מידע אמין לאדם ששכר אותם לשם כך.

אך עדיין צ"ע אם לקבל את העדות בנידון שבפנינו, וזאת עפ"י מש"כ הט"ז ביר"ד סי' צ"ח סק"ב. בתוך דבריו כתב הט"ז:

"הא דאמרינן בהגוזל דאין מסל"ת נאמן במילי דאורייתא, היינו במידי דבעי עדות דוקא, משא"כ באיסור והיתר שפיר מהני דבזה לא בעינן עדות גמורה אלא באם יש לנו הוכחה סגי ... והא ראייה שקפילא מהני אפילו באינו מסל"ת מטעם דלא מרעא חזקתו, ובמידי דבעיא עדות ודאי לא מהני דבר כזה, אלא על כרחך דבאיסורין לא צריך רק הוכחה".

הרי שהט"ז כתב בפשיטות דבמידי דבעיא עדות, לא מהני עדות של עד פסול הנאמן מפני החזקה דלא מרע חזקתו.

אך בספר צמח צדק, חלק שער המילואים שו"ת סי' טט, תמה על דברי הט"ז, וכתב בלשון זו:

"דברי הט"ז אינם מובנים מש"כ דבמידי דבעי עדות ודאי לא מהני חזקה דלא מרע חזקתו. שהרי משנה שלימה שנינו כל השטרות העולין בערכאות של עכו"ם כשרין, דכיון דבערכאות נכנסו לא מרע נפשיהו לאסהודי שקרא. ופסקוה כל הפוסקים, כמבואר בחו"מ סי' ס"ח. ואע"ג דבמידי דממון ודאי בעינן עדות גמורה, מ"מ מאחר שאין העדים אלא לברורי קושטא דמילתא סמכינן אחזקה דלא משקר".

טעם נוסף לקבל את העדות, גם אליבא דשיטת הט"ז, הוא עפ"י מש"כ הרמ"א באה"ע סי' יא.

בשו"ע אבן העזר סי' יא סעיף א' כתב:

"מפי השמועה למדו, כשם שהיא אסורה לבעלה, כך אסורה לבעול".

והרמ"א הוסיף: "וה"ה אם נאסרה בשבילו לבעלה, אסורה לו".

ובביאור הגר"א כתב:

"וה"ה אם כו'. ר"ל אף בלא קינוי וסתירה כמ"ש למטה בעידי כיעור או בשאר גווני כגון דמהימנא לו וכיוצא".

ובאוצר הפוסקים ס"ק נג כתב:

"והגאון בעל חזון איש במכתב כתב דנראה להגיה בלשון הגר"א כגון דמהימן לי, ור"ל שעד אחד אומר שזינתה ומיהמן לי דנאסרת עליו כמבואר בסי' קט"ו ס"ז ואף דהבעל מכחיש, י"ל דאיירי ברדוף אחריה".

מאחר ועדותו זו סותרת את האומדנא שהכיעור בצירוף קדל"פ מוכיחים על טומאה.

ובזה טעו עורכי ארצה"פ שהביאו את דברי עבודת הגרשוני ותשובת רח"כ על דברי המחבר שפסק לאוסרה מפני עידי הכיעור על הנטען בלבד, והיה להם להביא דבריהם רק על דברי הרמ"א.

עכ"פ במקרה דנן, שהאשה מודה במעשה כיעור, אף שאינה מודה על מעשה איסור, עכ"פ הסיפא של דבריה אינם מבטלים את ההודאה על עצם מעשה הכיעור ונאסרת על הנטען, מאחר שלאחר שישאנה יוכיח בכך שהיה מקום לחשד.

אך ראיתי בספר אורים גדולים (לימוד קכט), שאמנם בתחילת דבריו כתב שלכאורה היה מקום לקבוע איסור לנטען בהודאת האשה על מעשה כיעור, וז"ל:

"לגבי נטען דבעילה כל דהוא לא תנשא לו, שהרי עידי כיעור אינם מצילים מהבעל ולגבי נטען אמרינן שלא תנשא לו ... בהודית בדבר כיעור, אע"ג דלגבי בעלה כתב הרב דלא נאסרה על בעלה אע"ג דמהימנה ליה, בנטען יודה הרב דלא תנשא לו ושויאת אנפשה חתיכה דאיסורא".

אך בהמשך הדברים כתב האורים גדולים שאין לאוסרה על הנטען כל עוד האשה הודתה רק במעשה כיעור, ולא הודתה שזינתה עמו. וז"ל:

"כד דייקנין שפיר לא היא, להיות דמן התורה אחד הבעל ואחד הבעול ... בעידי כיעור כיון דשריא לבעל שריא אף לבעול, אלא דחכמים אמרו תצא מן הרוכל, באופן דחומר חכמים הוא, ומאחר שכן, אין לך בו אלא חידושו מה שמנו חכמים, אבל בהודאת כיעור לא אשכחן דהחמירו בו למימר שויאת אנפשה חתיכה דאיסורא, מאחר דאין בהודאתה איסור ברור להדיא ... נמצא דהיכא דבהודאתה לא משמע טומאה להדיא, טומאה אין כאן איסור אין כאן, ואין לנו לחדש דבר מעתה. ותו איכא לחלק ולומר והוא הנכון ואמת, והוא דכד דייקנין שפיר לא אשכחנא שום חומר שהחמירו חכמים על הנטען יותר מהבעל ולעולם שקולים הם, ומאי דאמרו דבעידי כיעור מפקינן מהנטען ולא מהבעל אינו מחמת חומר בנטען וקולא דבעל, אלא היינו טעמא דכל היכא דליכא עידי טומאה בעינן תרי מילי כדי לאסור, והם עידי כיעור וקלא דלא פסיק. והני מילי לא שכיחי בבעל להיות דקלא דבתר נישואין לאו כלום הוא. לא כן בנטען דשכיחי הני תרי מילי קודם שתנשא, נמצא דאינו משום חומרא וקולא אלא מחוסר מציאות, הואיל וכן שקולים הם, וכי היכי דלגבי בעל בעינן הודאה מפורשת, אף לגבי נטען בעינן הודאה מפורשת".

דברי האורים גדולים צ"ע. שאם כדבריו כיצד יתיישב פסק השו"ע הנזכר שפסק להתירה לכהן, והתם הוי קודם נישואין, אלא ודאי כמבואר לעיל עפ"י סיום הסוגיא ביבמות שהטעם שאסרו חכמים לנטען הוא מפני שאם ישאנה אלומי אלמיה לקלא, וחזר הדין שנחשד על אשת איש לא ישאנה. הרי מבואר שדין הבעל ודין הנטען אינו דומה, כדברי האורים

ולא נאסרה על בעלה. ועיין בארצה"פ סי' יא סק"ז במה שהביא מתשובת עבודת הגרשוני ותשובת רבי חיים כהן רפפורט שאם הנטען העיד על כיעור אך טען שלא הגיעו לידי מעשה עבירה, הרי הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ואין לאוסרה עפ"י עדות זו. וכן כתב בשו"ת רמ"ץ חלק אה"ע סי' ד' שבארצה"פ סי' יא סק"ג יג אות ב' ובתשובת עמק שאלה שבארצה"פ סק"ב.

אך בתשובת עבודת הגרשוני ובתשובת רח"כ רפפורט שהובאו בארצה"פ דנו אליבא דשיטת הסוברים שהאשה נאסרת על בעלה בעידי כיעור וקדל"פ, מאחר ולשיטה זו עידי כיעור וקדל"פ כעידי טומאה כמבואר ברא"ש במסכת יבמות פ"ב סי' ח', ועל כן כתבו שאם העד העיד בפירוש שלא נטמאה, אין לאוסרה. וכן בשו"ת רמ"ץ ועמק שאלה הנזכרים. משא"כ לעניין לאוסרה על הנטען מסתבר שמעשה כיעור אוסרה עליו בצירוף קלא דלא פסיק ואוסרה לכתחילה בלא קלא דל"פ, וכל זאת מכח תקנת חכמים, אף אם המעיד על הכיעור מעיד שבאותו אירוע לא נטמאה.

שהרי ודאי איסור זה לנטען כשאין עידי טומאה הוא מתקנת חכמים וכמ"ש המבי"ט בקרית ספר הלכות סוטה, וז"ל: "אם לא קדם קינוי וכאו עדים שנסתרה ומצאו דבר מכוער וגרשה בעלה ונשאת לזה, לא תצא מן התורה, אלא מדברי סופרים",

וכן בארצה"פ סי' יא סק"ג נה.

והנה גדר האיסור לנטען אינו מפני הכיעור בלבד, שהרי אם מת בעלה לאחר שהעידו עידי הכיעור ולא הספיק לגרשה, פסק השו"ע סי' ו' סעיף טז שמותרת להנשא לכהן. וכתב בספר ערוגות הבורשם (להג"ר מיכאל בכרך) סי' יא סק"ט טו: "קשה לכאורה אהרמ"א דפסק הכא אפילו בחד מהנך תצא, הו"ל להגיה לעיל דאסורה מיהת לכתחילה לכהן. וצריך לחלק, דשאני הכא דאלמי לקלא או לעדי כיעור, ומעשיו מוכיחים דאמת הוא שקלקלה עמו".

ויסוד סברתו דברי הגמ' יבמות כה. "אלומי אלמיה לקלא", ופרש רש"י: "כשכנס בועל אלומי אלמיה לקול הראשון שאמת היה הלעז".

ולפי זה תקנת חכמים לאוסרה לנטען לכתחילה (אליבא דפסק השו"ע), מיוסדת על הכיעור בצירוף הנישואין שלאחר מכן והמוכיחים שיש מקום לחשש איסור. ובזה תקנו חכמים שהנחשד על האשה לאחר שהתברר הכיעור, לא ישאנה, מאחר ובנישואין אלו הוא מוכיח שיש מקום לחשד כנגדו. ואינו דומה לעדות על כיעור בצירוף קדל"פ לשיטת הרמ"א שהכיעור עצמו הוא אומדנא לעצם האיסור, ועיין בארצה"פ סק"מ שדנו אחרונים האם יחשב כעדות על טומאה ואסורה מדאורייתא או מתקנת חכמים. עכ"פ אליבא דשיטה הרמ"א בלבד כתבו עבודת הגרשוני ותשובת רח"כ, שאמנם הרמ"א פסק להחמיר בכיעור וקלד"פ, מאחר ודינו כעידי טומאה. אך אין להחמיר כשהעד המעיד על הכיעור מעיד בבירור שלא נטמאה,

מכחישים אותו לא היתה נאסרת מכוח עדותו, כל כה"ג שהם מודים לדבריו, אלא שטוענים שלא היה שם מעשה זנות, אין בזה גדר הפה שאסר הפה שהתיר, אלא גדר מיגו שהיו יכולים להכחישו. ובוזה, רק כשאין המיגו במקום רגלים לדבר או במקום חזקה הוא דנאמן, אבל כשהמיגו הוא במקום רגלים לדבר או במקום חזקה לא אמרינן (תומים קיצור כללי מיגו, כלל פ"ג וכלל מ"ח).

וא"כ בניד"ד, כיון דע"י מעשה כיעור "הדברים מראים שהיתה שם עבירה", א"כ ה"ז מיגו במקום רגלים לדבר או לכה"פ בגדר מיגו במקום חזקה, שהיא בעיא דלא איפשטא (ב"ב דף ה' ב, ויבמות דף קט"ו א) דעבדינן לחומרא (רא"ש יבמות שם, וע"ע שם תוס' ד"ה או, ור"ן לקידושין דף ס"ד במי שאומר יש לי בנים, וקיצור כללי מיגו לכנה"ג בתומים, ס"ב - ס"ד). וכיון שהדיון הוא אם להתירה להנשא, יש לפסוק לאיסור, וצדק כב' ביה"ד במסקנתו",

עכ"ל בפסק הדין. ויש ללמוד מדבריהם שגם בנידון דנן שיש עדות החוקרים, כמפורט בפסק הדין, שאין זה גדר של הפה שאסר, ונאסרת לנטען.

מכל טעמים הנ"ל עולה שיש לפסוק לאסור את האשה על הנטען.

גדולים, אלא זו תקנת חכמים נפרדת שתקנו לאסור על הנטען אף בדיעבד במקרה שבו היה כיעור וקלא דלא פסיק, ואסרו לכתחילה לישא אותה בכיעור בלבד, ועל כן כשהיא מודה שהיה דבר מכוער, בכך הודית לאוסרה על הנטען מכח תקנת חכמים זו, שהרי מודה שאם ישאנה אלומי אלמיה לחשד שעלה מהידיעה שנעשה מעשה מכוער.

בפסק דין שניתן בבית הדין הגדול בהרכב הדיינים הגאונים ר"א גולדשמידט זצ"ל הגר"ש ישראל זצ"ל והגר"מ אליהו זצ"ל דנו בשאלה דומה, שבה היה עד אחד על כיעור של לינת לילה משותפת, והאשה והנטען הודו שלנו בדירת האשה יחד אך לא נעשה מעשה עבירה, והסכימו לפסק ביה"ד האזורי שאסר את האשה על הנטען עפ"י פסק השו"ע סי' יא. ובהחלטה לדחות את הערעור על פס"ד ביה"ד האזורי, כתבו בסוף דבריהם כדלהלן:

"א"כ נידון שלפנינו שלא נתקבלה שום עדות שיש שם קול שזינתה, ובענין הכיעור שהודו בעצמם, הרי הוא הפה שאסר וכו' שלא היה שם מעשה עבירה. ואילו מצד עדות העד, אין זה אלא ע"א שאינה נאסרת בגללו גם לנטען. א"כ לכאורה אין יסוד הלכתי מספיק לאוסרה להנשא לנטען. אך כל זה אינו, שכיון שיש כאן עד המעיד על מעשי כיעור, אם כי אילו היו

## סימן י

### היתר נישואין לנטען

ראשית, עלינו לברר האם האשה נאמנת לחזור בה מטענתה שטענה בזמנו קודם לגירושין. שנית, את"ל שאינה נאמנת, עלינו לבחון האם יש להקל מפני הטענה שכבר נאסרה על בעלה עוד קודם למועד שהכירה את הנטען.

#### נאמנות האשה לחזור בה מהודאה על בגידה, כשנותנת אמתלא

ביחס לנושא הראשון, היה מקום לומר שנידון דידן תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד.

הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה פרק יח הלכה ט' כתב:

"אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסי אף ע"פ שהיא מותרת לבעלה כמו שביארנו, הרי היא אסורה לכל כהן שבעולם אחר שימות בעלה, שהרי הודת שהיא זונה ואסרה עצמה ונעשית כחתיכה האסורה".

והראב"ד השיג, וכתב:

"אף על פי שאמר דבר חכמה אין שמועתו מכוונת. שאם אמרה לאחר מיתת בעלה לא אמרתי אלא כדי שיגרשני בעלי למה אינה נאמנת, והלא לא הודת על עצמה הודאה לאסור ולא נתקבלו דבריה כלל. והרי אשה שאמרה אשת איש ואחר כך אמרה פנויה אני ונתנה אמתלא לדבריה נאמנת, אף בזו אם היתה קטטה ביניהם, אמתלא גדולה היא זו ונאמנת".

הצדדים התגרשו ובמעשה בית הדין נקבע איסור האשה לפלוני ששמו צוין על ידי הבעל בדיון שקדם לסידור הגט. הבעל טען שהאשה בקשר עם אותו פלוני, ואף שהו יחד בשעות הערב המאוחרות בביתה, והוא מייחס לאשתו בגידה עמו. באותו דיון שהתקיים בזמנו, האשה הודתה בכל הטענות שהבעל טען, והצדדים התגרשו בהסכמה. במעשה בית הדין נכתב שהאשה אסורה לחזור לבעלה ואסורה על הנטען. לאחר זמן האשה עברה להתגורר עם אותו נטען, ולהם שלשה ילדים, והלה אף מגדל עמה בת נוספת של האשה. כעת האשה חוזרת בה מהודאתה, וטוענת שלא בגדה עם הנטען בהיותה נשואה, וכן הנטען טוען כך, אף שמתענות אחרות שנטענו על ידו, עלה ספק ביחס לטענה זו. האשה טענה שנאלצה להודות, כפי שהודתה בזמנו קודם לגירושין, כדי שתקבל גט. לדבריה, הבעל היה נרקומן ואדם קשה, ולא היתה מקבלת את הגט לולי הודתה כפי המבוקש על ידו.

כמו כן יצוין כי תוך כדי הדיון האחרון, האשה הודתה שבזמנו בגדה בבעלה עם כמה אנשים, והבהירה את הרקע לכך, אך לדבריה לא בגדה בבעלה עם הנטען הנוכחי. כעת המבקשים דנן שומרי מצוות ומנהלים בית כשר, ומבקשים לאשר להם להינשא בחו"ק כדמו"י.

בנידון זה יש מקום לדון בשני נושאים.

היינו לגבי הבעל, אבל לגבי עצמה אוקמוה אדינא קמא. ואין בין הראב"ד לרמב"ם, אלא שהראב"ד ז"ל אזיל לגבי עצמה נמי לפי משנה שניה. ובדין תרומה הנאמר לאיסור, ומשמע ברור אף בחזורת, ומסתמא באמתלא שאמרה כדי שיגרשנה, מוכרח לדחוק דאיירי בשהאמתלא אינה הגונה, שלא היתה קטטה ביניהם. והרמב"ם סובר ... קיי"ל כרבא דאסורה ומשום דלגבי עצמה אוקמו אדינא קמא דמשנה ראשונה. ולפי זה נלע"ד להרמב"ם אין מועיל שום אמתלא, דלא כהב"ש שהוציא מתי הרב המגיד ז"ל, כי במח"כ לע"ד התירוץ אינו עיקר."

ועי"ש בבית מאיר שהאריך להקשות על סברת המ"מ והב"ש וביאר הטעם שתוכל לחזור בה באמתלא המתקבלת. כמו כן עיין שם בבית מאיר (בדבריו בתחילת סעיף יג) שכתב שסומכים על שיטת הראב"ד אם כבר נישאת לכהן וחזרת בה באמתלא. ונראה שלפי דרכו, נשאת לאו דוקא, וה"ה גם כשכבר גרים יחד ולהם שלשה ילדים ומבקשים להינשא, וכעין הנידון הזה. לפי זה לא מביעיא אליבא דהבית מאיר, לשיטת הראב"ד בנידון שבפנינו, כעת כשהאשה חוזרת בה באמתלא המתקבלת, אין מקום לאוסרה על הנטען בהעדר עדות לאוסרה, ואילו מצד דבריה שאמרה בזמנו, הרי היא כעת חוזרת בה באמתלא המתקבלת, שבעלה היה אדם קשה ומסוכן ורצתה להיפטר ממנו ונאלצה להודות כדי לשכנע את בעלה שיתן לה גט. אך גם לפי דרכו של הב"ש, מאחר ובזמנו הצדדים חתמו על הסכם גירושין שבו הוסכם להתגרש בד בבד עם היותור על הכתובה, ולא היה צורך בהודאתה הנ"ל כדי לפוטרו מתשלום הכתובה, מועילה אמתלא המתקבלת.

#### האם האשה נאסרה על הנטען עקב טענת הבעל והודאת האשה

יש לדון, האם בנסיבות הנוכחיות חל איסור על הנטען. בזמנו במעב"ד נכתב האיסור לבעל ולנטען בלא שהתקיים דיון נוסף לאחר הגירושין במעמד האשה והנטען, ויש לדון האם כיון בנסיבות הנוכחיות לאחר הדיון במעמד הנטען, יש מקום להשאיר בתוקף את האיסור הנ"ל. בשולחן ערוך אבן העזר סימן יא סעיף א':

"מפי השמועה למדו, כשם שהיא אסורה לבעלה, כך אסורה לבעל"

והוסיף הרמ"א: "וה"ה אם נאסרה בשבילו לבעלה, אסורה לו". ובביאור הגר"א סק"ה כתב:

"וה"ה אם כו'. ר"ל אף בלא קינוי וסתירה כמ"ש למטה בעידי כיעור, או בשאר גונוני כגון דמהימנא לו וכיוצא".

הרי שבנידון דנן, מאחר ובזמנו הבעל טען שאשתו זינתה והיא הודתה והבעל האמין לדבריה, הרי שנכלל במש"כ הגר"א "כגון דמהימנא לו", ואסורה על הנטען. אך עיין בספר אוצר הפוסקים סי' יא סוף ס"ק נג שהביא את ביאור הגר"א וכתב על דבריו:

"הגאון בעל חזון איש במכתב כתב, דנראה להגיה בלשון

דברי הרמב"ם הובאו בשו"ע סי' ו' סי"ג. רבו הביאורים במחלוקת הרמב"ם והראב"ד.

ביחס לאמתלא הנזכרת בדברי הראב"ד, כתב המגיד משנה: "מ"ש הר"א ז"ל שאם נתנה אמתלא לדבריה שאמרה כן כדי שיגרשנה בעלה שהיא נאמנת, אפשר לומר שאין לסמוך על דבריה. דהא בעלה לא היה מצווה לגרשה אפילו יאמין לדבריה דהא אשת ישראל היא, ואפילו באשת כהן, דהיא נמי כיון שלא היה הבעל מחוייב להאמינה ולגרשה כנזכר למעלה, אין דבריה כלום, דאי לא, גבי תרומה נמי הוה להו לאיפלוגי. ואף על גב דקושטא דמילתא דאנן לא מהימנינן, ה"מ לגבי בעלה כדי שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומפקעת עצמה מבעלה, אבל לאחרים ודאי אסירא דומיא דתרומה, כנ"ל לדעת רבינו".

הבית שמואל בסי' ו' ס"ק כו, כתב:

"כתב הראב"ד אם נותנת אמתלא לדבריה, שאמרה כן כדי שיגרש אותה נאמנת, והמגיד חולק עליו כיון דאין בעלה חייב לגרשה ע"פ דיבורה אינה נאמנת שאמרה כן כדי לגרש אותה. לפי זה אף באשת ישראל שאמרה טמאה אני ונתנה אמתלא זו אינה נאמנת. מיהו בשאר אמתלא, אף המגיד מודה וכמ"ש בסי' קט"ו. אף על גב דהמגיד מדייק דינו דאינה נאמנת מסוגיא סוף נדרים דתנא שם באומרת טמאה אני אסורה לאכול תרומה, ולא חילק בין אם נתנה אמתלא לדבריה או לא, משמע לכאורה אף שאר אמתלא לא מהני, דאל"כ אכתי קשה קושיא הנ"ל. וי"ל דוקא אמתלא מ"ש הראב"ד דשייך בכל הנשים הקשה למה לא חילק, אבל שאר אמתלא ל"ק למה לא חילק. ואפשר לדייק מראב"ד שכתב דין זה דמהני אמתלא באשת כהן ולא באשת ישראל פכ"ד ה"א דס"ל דלא מהני מדהפסידה הכתובה לפי דבריה הראשונים כמ"ש בסי' קט"ו".

העולה מדברי הב"ש, שלכו"ע גם באשת ישראל תועיל אמתלא טובה, ולאחר בחינת כל מקרה לגופו. אך אם גם לפי דבריה, במעשה שהיא מודה בו, הפסידה כתובה, לענין זה הועילו דבריה, ואינה יכולה לחזור בה.

אך מצינו דרך אחרת בביאור מחלוקת הרמב"ם והראב"ד. ביחס לשיטת הרמב"ם, בתשובות חכמי פרויניציה סי' נא הביא מדברי הרמב"ם, ובאר דבריו וכתב:

"הנה גילה דעתו דאע"ג דחבה לאחריני דהיינו לכל כהן אחר, אפילו לאחר זמן אהנו גירי דידה לעשות חתיכה דאיסורא, ועוד גילה הרב כאן דלא מהניא ליה אמתלא, דהא יכלה למימר כדי שיגרשני בעלי אמרתי טמאה אני אם היתה קטטה בינו לבינה, או עיני נתתי באחר, ומפני זה לא נתקבלו דברי, ומעולם לא היתה כוונתי לאסור נפשי. הנה למדנו שלא תועיל כאן אמתלא".

וכן באר הבית מאיר על אה"ע סי' ו' סי"ג:

"טעם הרמב"ם שלא דן הכא באמתלא, דסובר כיון דלמשנה ראשונה משום דהא מילתא דטמאה אני לך כסיפא לה, תקינו להימנוה משום דאי לא קושטא קאמרה לא הוי מזלזלה בנפשה וכו' כמבואר בר"ן, הרי דאז לא היו דבריה מקובלים אף לאפוקי משעבוד הבעל. תו אף למשנה שניה דחזו דאיכא למיחש וכו',

חטא וגט כריתות כתב כדמוכח מולקחת, מ"מ הדין דין אמת אם לא נאסרה לבעל לא נאסרה לבעול. משא"כ רבי ס"ל ב' קרא כתי' ונטמאה אחד לבעל וא' לבעול, נמצא לא תלי זה בזה ואפילו אי לא נטמאה לבעל מ"מ נטמאה לבעול. ולפי"ז רבי הו"מ להמציא לזכותי' דדוד מהאי גופי' כיון דכתי' ב' פעמים ונטמאה א"כ אונס אסורה לבעול א"כ מ"ט לא אסורה אע"כ גט כריתות כתב אלא ניחא לי' להוכיח מקרא מדברי הנביא שאמר ולקחת לך. ומ"מ פשוט ופשוט דלדינא הלכה כר' עקיבא וכו' יהושע ור' זכרי' בן הקצב נגד רבי. וא"כ כל שאין אסורה לבעל אין אסורה לבעול, וכמו שסתם רמ"א סי' י"א לפי הבנת ב"ש במ"ש וה"ה אם נאסרה בשבילו לבעלה וכו'."

לפי זה כשאין יסוד מספיק עפ"י ההלכה לאוסרה על הבעל, אינה נאסרת על הנטען.

אך בספר רב פעלים חלק א' חלק אבן העזר סי' ט' הביא מדברי השואל ומשיב, וכתב על דבריו:

"לפי דבריו, גם בנ"ד לא שייך האי דינא דשויה אנפשיה ח"ד, כיון דליכא עדים שבא עליה, ואם היה אומר דבר זה בחיי בעלה לא היתה נאסרת על בעלה, ואז גם עליו אינה נאסרת ומותרת לו. אמנם סברה זו של הגאון מהרי"ש הנז', נראה היא הפך דברי הרא"ש ז"ל כלל ל"ב סי' ט"ו, שהביאו מרן בב"י אה"ע סי' י"א, על לאה שהלך בעלה למדינת הים ועד אחד העיד עליו שמת, והלכה וחלצה מיבמה ונשאת, ומת הבעל השני, ואח"כ נכנסה בבית בעל בית אחד לשרתו, ויצא קול שנתייחדה עמו, ואחר כל זה בא בעלה הראשון וגרשה, אם יכולה לדור בבית בעה"ב ההוא לשרתו כאשר בתחילה, והשיב נראה לי שמותרת להיות עמו בבית, דמה שיצא עליה קול שנתייחדה עמו בעודה אשת איש לא נאסרה עליו אחר שגרשה בעלה בשביל אותו הקול, דאף על בעלה לא היתה נאסרת בשביל קול, כדאמרינן בפ"ק דכתובות, דאין האשה נאסרת על בעלה אלא בעידי זנות, או בעד אחד אחר קינוי וסתירה, ואמר נמי בשילהי גיטין דלא חיישינן לקלא דבתר נשואין, וכיון דלא נאסרה לבעל אף לבעול לא נאסרה, וזהו הדין אם אומרת שלא בא עליה. אבל יש להזהירו ולומר לו הוי יודע שאם באת עליה אסורה, דלגבי דידיה הוי בעדים אע"פ שלא נאסרה על הבעל בידעתו, מ"מ הויא חתיכה דאיסורה גביה דידיה, וראיה מכתובות וכו', ולגבי דידיה בעדים מעידים בדבר, ואם הוא יודע שבא עליה, אסור שתדור בביתו כאשר שנתגרשה ונשאת לאחר עכ"ל ע"ש, הרי הרא"ש ז"ל ס"ל להדיא דאסורה על הבעול, כיון דידוע שבא עליה, וזה הפך דברי הגאון מהרי"ש ז"ל. ועוד מצינו למהרי"ט ז"ל סי' ק"ל, שנשאל בראובן שבא על אשת איש ברצונה, ולא נודע הדבר, ואחר ימים מת בעלה, אם יוכל ראובן לקחתה, די"ל לא אמרו אסורה לבעול אלא דוקא כשהיה הדבר ע"פ עדים, אמנם כשלא נודע הדבר אין כאן בית מיחוש. והביא הרב ז"ל תשובת הרא"ש ז"ל הנזכרת, ומכח זה העלה להלכה דאסורה עליו, כיון שהוא יודע שבא עליה, וכל זה הפך סברת מהרי"ש ז"ל, נמצא אשתמיט מיניה דמהרי"ש ז"ל דברי הרא"ש הנז' שהביאם מרן בב"י, ודברי הרב מהרי"ט ז"ל הנז' ומאד

הגר"א כגון דמהימן ליה, ור"ל שע"א אומר שזינתה ומהימן ליה, דנאסרת עליו כמבואר בסי' קט"ו ס"ז, ואף דהבועל מכחיש י"ל דאיירי ברדוף אחריה."

הרי שאם אין עדות, וגם לא עדות עד אחד, רק האשה אומרת כן, מאחר שהיא יכולה לחזור בה באמתלא, עפ"י שיטת הראב"ד, מפני שאמרה דבריה בשעה שאינה נאמנת, גם כעת כשהיא חוזרת בה, אין מקום לאוסרה על הנטען. ונראה שגם לשיטת הגר"א אין לאסור על הנטען אם אינה נאמנת עליו כבי תרי, ובכך לכמה שיטות אין יסוד לאיסור על יסוד שהבעל מאמינה, עיין אגרות משה חלק אה"ע חלק ג' סי' ל', ומסתמא גם בנידון דידן בזמנו האשה לא היתה נאמנת עליו כבי תרי.

### האם הודאת הנטען יכולה לאוסרו על האשה כשלא נאסרה לבעל.

בספר שואל ומשיב תניינא חלק ד' סי' עו דן בנטען שהודה שזינה עם אשת איש ולאחר שהתגרשה חזר בו, ונשאל האם אסורה עליו מפני ששויה אנפשיה חד"א. והעלה שאינה אסורה עליו, ובאר טעמו:

"דכל האיסור הוא בשביל שאמר שזינה עם האשה ונאסרה על בעלה, והרי על הבעל אינו נאמן לאוסרה, דאין אשה נאסרת אלא עפ"י עדים או בקינוי וסתירה וכדאמרו בכתובות דף ט' ע"ש גבי דוד. והרי בח"מ וב"ש סי' י"א כתבו דכל דלא נאסרה על בעלה כגון באונס, גם לבעול לא נאסרת, דלא שייך כשם שנאסרה, ומקורו בכתובות ט' התם אונס הוה. ולפי זה כאן שלא נאסרה על בעלה, שוב לא נאסרה על הבעול, ולא שייך שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא, ודוק."

וכן כתב הרש"ש במסכת כתובות דף ט. (ד"ה מפני) שאינה נאסרת לבעול אם אינה נאסרת לבעל, כגון שאין שני עדים אלא עד אחד והבעל אינו מאמינו. וז"ל:

"לפי דמסיק שבאונס שריא גם לבעול מטעם דאינה אסורה לבעול, גם ככה"ג שרי גם לבעול מהאי טעמא גופה ... וכן נ"ל להורות הלכה למעשה."

ולמעשה נידון זה תלוי בשאלה בעיקר האי דינא ד"כשם שאסורה לבעל אסורה לבעול", האם האיסור על הבעול נובע מהאיסור לבעל, או שהוא איסור נפרד. בחידושי הריטב"א על מסכת כתובות דף ט. כתב:

"התם אונס הוה. פי' דאע"ג דדוד ברצון בא עליה כיון שהיתה אנוסה ולא מיתסרא לבעל לא מיתסרא לבעול, דאיסורא דבועל באיסורא דבעל תלוי."

ובשו"ת חתם סופר חלק אבן העזר ח"א סי' כו הביא את שני תירוצי הגמ' ביחס למעשה דדוד, אם אונס הוה או כל היוצא למלחמה ג"פ כותב לאשתו, וכתב:

"אמנם מאז כבר אמרתי דשני תירוצי ש"ס הללו תליא בפלוגת' ר"פ כשם דלר"ע ודעמי' שם דס"ל איסורי' דבועל נפקא מיתורא דוי"ו ונטמאה א"כ לא נתרבה איסור לבעול אם אין טומאה לבעל, והוא כתי' הראשון דאונס הוה, דאע"ג דודאי לא

הגאון הרב יוסף צבי הלוי הביא מדברי הר"ן במסכת נדרים דף צ. במשנה שם:

"בראשונה היו אומרים, שלש נשים יוצאות ונוטלות כתובה: האומרת טמאה אני לך ... חזרו לומר, שלא תהא אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה, האומרת טמאה אני לך תביא ראייה לדבריה".

וכתב הר"ן:

"איכא למידק אמתני, כיון דמדינא דאמרה טמאה אני לך מיתסרא אבעלה כמשנה ראשונה, משום שלא תהא נותנת עיניה באחר היאך התירוה, וכי איסור שבה להיכן הלך ... ולדידי לא קשיא לי דכי היכי דאמרי' בכמה דוכתי דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקדושי מיניה. ה"נ הכא, כל שאמרה לבעלה טמאה אני, אפקעינהו רבנן לקדושי מעיקרא ונמצא שבשעה שנאנסה פנויה היתה, ומש"ה שריא לבעלה ואוכלת נמי בתרומה, כדאמרינן בגמרא. אלא שלפי זה נצטרך לומר דכי אמרינן הכי דוקא באומרת טמאה אני לך שנאנסתי ולכשר, אבל באומרת טמאה אני לך שנאנסתי מנתין או ממזד אינה מותרת לבעלה, ואינו במשמע. ואחרים תרצו דמשנה ראשונה לא דינא קתני, דמדינא ודאי אין האשה נאמנת לומר טמאה אני לך להפקיע עצמה מבעלה שהיא משועבדת לו, אלא משום דהא מילתא דטמאה אני לך כסיפא לה, תקינו במשנה ראשונה להאמינוה, דאי לאו דקושטא קאמרה לא הות מזלולה נפשה למימר הכי, ומכי חזו רבנן בתראי דאיכא למיחש לשמא תהא נותנת עין באחר אוקמוה אדינא".

וכתב הגאון הרב יוסף צבי הלוי שקיימת נפקא מינה בין שני התירושים בנידון זה. ביחס לתירוץ הראשון כתב:

"תירוץ זה יעלה רפואה ג"כ בשביל השני שהיא רוצה להתחתן, שכיון דאמרה טמאה אני לך לפני שנתגרשה, ואז היא לא נאמנת משום דאפקעינהו רבנן לקידושין ונעשית פנויה למפרע, וממילא היא לא אסורה מטעם דעשתה על עצמה חתיכה דאיסורה, משום דאפילו באמת שזנתה, נמי מותרת ונעשית פנויה למפרע. אבל תירוץ השני דסברת אחרים דאינה נאמנת מדינא, א"כ נאמנת משום חתיכה דאיסורא".

אך בהמשך דבריו כתב הגאון הרב יוסף צבי הלוי:

"כלפי הבעל, אפילו למשנה אחרונה נאמנת, דלא תקנו לא להאמין אותה אלא בנוגע לבעל ולא לאחר. ומ"ש התוס' בנדרים (שם, ד"ה חזרו לומר) - ומיהו נראה דאף למשנה אחרונה, אם אומרת אשה טמאה אני לך ואמר הבעל שמאמינה, דאסורה לו דאיהו שויא לנפשיה חד"א, ע"ש. זה אתיא אפילו לתירוץ הר"ן דאפקעינהו רבנן לקידושין מינה, דלא אפקעינהו רבנן לקידושין אלא אם לא האמינה הבעל, אבל אם הוא מאמין אותה דנטמאה, לא הפקיעו הקידושין ... בנוגע לנטען לא תקנו רבנן כלל דאינה נאמנת, לא מטעם הפקעת הקידושין ולא מטעם הפקעת השעבוד".

העולה מדבריו, שאם הבעל מאמין לדבריה וסבור שאשתו נאסרה עליו, ולא חזרו לחיות יחד אלא מיד התגרשו על

יגדל התימה על מהרי"ש ז"ל, דמדמי ענין זה דבא עליה ברצון וליכא עדים, להיכא דבא עליה באונס, שכתב בב"ש כיון דבאונס לא נאסרה על הבעל לא נאסרה על הבעל, ובאמת רב המרחק ביניהם, כי ברצון איכא איסור של מעלה מעל באשה, ובאונס ליכא מעלה מעל באישה ... ודע כי הרב גן המלך שבסוף ספר גינת ורדים סי' ט"ז, והרב שב יעקב סי' ו', והרב אורים גדולים דף מ"ה ע"ב, אזלי בתר סברת הגאון מהרי"ש ז"ל, וכאשר הביא דבריהם הרב יד אהרן ח"ב סי' י"א הגהב"י אות כ"ו, אך כולם אשתמיט מנייהו תשובת הרא"ש שהביאה מרן בב"י, ותשובת מהריט"ץ, ותשובת בשמים ראש הנז"ל. וראיתי להגאון חתם סופר אה"ע סי' כ"ו, דמוכח מדבריו בהיכא דהבועל בעל בצניעות, ולא נודע הדבר ולא יצא קול ועידי כיעור כלל, גם הוא הולך בזה אחר סברת מהרי"ש ז"ל הנז', דלא נאסרה על הבעל, ואנן בדידן בנ"ד אחר שנגלו לנו דברי הראשונים ז"ל הנז', אין לנו לחוש לדברי האחרונים, דאי חזו להו הוו הדרי בהו בודאי".

אמנם, מש"כ מספר גן המלך סי' טז, צ"ע. ולהלן מש"כ שם:

"ונראה שמי שזינה עם אשת איש ברצונה ולא היו שם עדים בדבר, אם נתאלמנה או נתגרשה אסורה לו, כי עדות עצמו חמירא ועדיפא ממאה עדים והרי היא עליו חתיכה דאיסורא, אמנם אם בעלה באונס בחיי בעלה אין איסור בדבר, והיינו דודו דקא בעי תלמודא דאמאי לא אסרו בת שבע על דוד ותירצו דאונס הוה".

וע"ע בספר "קובץ תשובות" להגאון רי"ש אלישיב זצ"ל ח"א סי' קצב שדן בדברי השו"מ והרש"ש ולא הסכים עם דבריהם בנסיבות שבהן גם לדברי האשה והנטען אכן זינתה עמו, אלא שלא היתה נאמנות מספיקה לאוסרה על הבעל, והוסיף וכתב:

"אכן גם לדברי שו"מ והרש"ש אם הבעל מאמינה שזינתה מילתא דפשיטא הוא דגם לדידהו נאסרת על בעלה".

אך לפי האמור לעיל, לא ברור שבנידון זה היה יסוד לאוסרה בזמנו, וגם כעת שניהם טוענים שלא קלקלו קודם הגירושים.

### משקל הודאת האשה כשמורה כן בעת היותה נשואה.

לכאורה, מאחר והאשה אינה נאמנת לומר טמאה אני לך, וכמשנה אחרונה בנדרים דף צ. אין מקום לבסס איסור לנטען על יסוד הודאה כזו. אך בספר אורים גדולים למוד קכט כתב שהגם שאינה נאמנת ביחס לבעל, עכ"פ כמו שאסורה בתרומה כמבואר שם בגמ' אליבא דרבא, ה"ה שאסורה על הנטען.

מצאתי שבשאלה דומה דן הגאון רבי יוסף צבי הלוי זצ"ל שהיה אב"ד בית הדין בת"א, בספרו אמירה נעימה (מהדר"ק אות א' מאמר ג' עמ' טו), באשה שבעלה טען כנגדה שהלכה לחיות עם איש אחר, והיא הודתה והתגרשו, ולאחר הגירושים היא טוענת שלא התייחדה עמו כלל וכי הודתה רק מפני שמאד סבלה מבעלה ורצתה לקבל ממנו.



ועל יסוד זה כתב להקל בבעל שני כשאין במעשיו תוספת איסור על הבעל.

והנה לגופה של הלכה זו, מהר"א ששון בספרו שו"ת תורת אמת סי' קצו כתב:

"נפלה קצת מחלוקת, אם כשאנו אומרים אסורה לבעל אסורה לבעל הוא דוקא כשאותו הבעל הוא הראשון שאסרה, אבל אם כבר היתה אסורה לבעל מחמת אחר שאסרה, אם מותרת לזה הבעל השני כשיגרשנה הבעל ... שהרי כתב הרא"ש ז"ל בכלל ל"ב סימן י"ח על לאה שהלך בעלה למ"ה ובא עד א' והעיד עליו שמת והלכה היא וחלצה מיבמה ונשאת ומת הבעל השני ואחר כך נכנסה בבית בעל הבית אחר לשרתו ויצא קול שנתיחדה עמו, ואחר כך בא בעלה הראשון וגירשה אם יכולה בבית בעל הבית לדור לשרתו כאשר בתחלה, והשיב נראה לי דמותר להיות עמו בבית דמה שיצא עליה קול וכו' לא נאסרה וכו' ... שכתב שם אבל יש להזהירו ולומר לו פלוני הוי יודע שאם באת עליה אסורה דלגבי דידיה הוי כעדים וכו'. ואם איתא לחילוק שכתבנו אם כן אף שבא עליה היתה מותרת שהרי כבר נאסרה מחמת הנישואין שנשאה הבעל השני, אלא ודאי שאין מקום לזה החילוק והוא מבואר".

ובספר שער אפרים סי' עח כתב על דברי מהר"א ששון:

"ולא ידעתי מאי קא מסתפקא להו הלא ש"ס ערוכה היא בסנהדרין בפרק היו בודקין דף מ"א, בהא דמקשה הש"ס והא יכולין לומר דלאוסרה על בעלה שני באנו וא"כ מאי מקשה הש"ס הלא אינה נאסרת על בועל שני כיון שכבר נאסרה לבעלה אלא ודאי דאין חילוק ובכל ענין נאסרת על בועל שני, ובמטותא מיניה אמר שישים עיונו על זה עכ"ל השאלה של הרב המחבר מנחת יעקב הנזכר: תשובה ... במאי דהקשה על הרב מהר"ר אהרן ן' ששון הנ"ל מגמ' דסנהדרין נלע"ד דלק"מ ד"ל דמ"ש בגמ' והא יכולין לומר לאוסרה כו' לאו מדינא קאמר אלא דהש"ס בעי לאשכוחי להעדים טענה דיכולין לפטור עצמן אף דלא דינא הכי כי מאחר דלא התרו בה יכולין לומר כשבאנו לב"ד לא לחייבה מיתה נתכוננו אלא לאוסרה על בועלה, וכמו שפירש"י שם מא"ל דלאו דינא הכי מצי למימר לאו דינא גמינא ולא ידענו דמ"ש כשם שאסורה לבעל אסורה לבעל כו' פירושו דאינה נאסרת אלא היינו סוברים דדינא הכי".

אך בספר שבות יעקב חלק א' סי' צד דחה סברא זו, וכתב:

"אי אפשר לומר כן בסוגיא דהתם דא"כ אכתי תקשה שם לר"י ברבי יהודא באשה חבירה דא"צ התראה היכא מקטלא הא העדים לא מיקטלא דיכולין לומר שלא ידענו שיתחייב מיתה על דינו או לא ידענו שזינתה מבעל ראשון או שהוא קרוב שלה וכה"ג ... ובזה נסתלקו כל דבריו והדין ברור כמ"ש".

אך יש שכתבו לבאר את הסוגיא בסנהדרין בדרך שאין בה ראייה לאסור גם בועל שני, עיין בפת"ש סי' קעח ס"ק לא שהביא מתשובה שכתב מה"ר יצחק הלוי מהמבורג, שבאר את הסוגיא בדרך שאין ממנה ראייה לאסור בועל שני, ולפי דרכו, אדרבה מסוגיא זו ראייה הלהיפך. ותשובה זו נדפסה לאחרונה במלואה בספרו משנת הלוי סי' טו.

יסוד הודאתה, לפי שתי השיטות שהביא הר"ן, אסורה על הנטען.

#### הודאה שאינה מפורשת וברורה

למעשה הגאון הרב יוסף צבי הלוי זצ"ל הקל בנידון שלו, הדומה לנידון שבפנינו וכתב:

"עכשיו היא אומרת אמתלא שמה שהיא הסכימה לדבריו, ומה שהבעל הגיד ענתה אחריו כן, מפני הפחד שמא יתרגז ולא ירצה לתת לה גט. ובאמת היא לא אמרה מפורש שזנתה עם פלוני או שנטמאה ע"י פלוני, אלא אמרה אמירה שאינו מפורש לשון עשיות חתיכה דאיסורא. ואם נימא דמה שאדם משיא אנפשיה חתיכה דאיסורה משום נדר הוא, והא בנדר קי"ל דיד שאינו מוכיח לא הוי נדר".

ובהמשך דבריו דן אם יכולה לחזור בה אף בלא אמתלא, כשהיא והנטען טוענים שהם יודעים בבירור שלא היו דברים מעולם.

וכן בספר אורים גדולים (שם) כתב:

"כי היכי דלגבי בעל בעינן הודאה ברורה ומפורשת, אף לגבי נטען בעינן הודאה מפורשת, ובנידון זה שאנו דנים עליו לא אשכחנא הודאה ברורה, כי היכי דלימא שוויא אנפשיה חד"א". ונראה כי בנידון שבפנינו, שבהתאם לרשום בפרוטוקול, נאמרה הודאה סתמית מצד האשה שהיא מודה בטענות הבעל ותו לא, לא ברור כעת שאמנם היתה הודאה מפורשת על מעשה שאסר אותה על בעלה ובעלה.

#### דינו של בועל שני

בשאלה זו של היתר בועל שני, שכאמור רלבנטית בנידון דנן, ככל שהאמתלא של האשה לא תתקבל, נחלקו הפוסקים. אמנם כמה הפוסקים כתבו לאסור, אך דעת כמה מגדולי הפוסקים להתיר, ויש להם סמך בסוגיות הגמרא כפי שנביא להלן.

נקדים כי שאלה זו תלויה ביסוד ההלכה, האם קיים איסור לבעל בלא שבמעשיו נגרם איסור לבעל. ולמעשה שאלה זו נוגעת לשורש ההלכה של "כשם שאסורה לבעל אסורה לבעל" (סוטה כז:): האם כיון שנאסרה על ידו לבעל הטילה התורה איסור על הבעל ואיסורו של הבעל הוא סיבה לאוסרה על הבעל, או שאין האיסור לבעל סיבה אלא סימן לאיסור על הבעל. וכבר הבאנו לעיל מדברי הריטב"א והחת"ס בזה. וכן להכרעת החלוקת מחוקק סי' יא סק"י שאין איסור לבעל באונס, לכאורה מוכח שאין לאסור כשלא גרם איסור לבעל.

ובספר אורים גדולים (למוד קל) הביא מדברי התוספות במסכת יבמות דף לה. שכתב: "דסברא הוא דלא נאסרה על הבעל אלא כשנאסרה לבעל". וכתב על דבריהם האורים גדולים:

"הורו לנו התוס', דמכח הסברא, לא נאסרה על הבעל אלא כשנאסרה על הבעל".

הבועל שני בשוגג שאיכא טעם גדול להתיר אף להאוסרין בבועל שני במזיד דכן הביא הפ"ת (ריש סי' י"א) בשם ברכ"י, ומש"כ דלגמ' דידן זה הדבר תלוי ומיתסרא בארתי שם שליכא מגמ' דידן שום ראייה שלכן נוטה יותר שלא נאסרו לו אף להאוסרין לבועל שני וכדאסיקנא שם. אבל שם היה סגי בזה, ובנדון דעובדא דכתר"ה היה בועל השני מזיד שליכא טעם זה, אבל ודאי צדק כתר"ה שהוא ספקא דמחלוקת רבותינו האחרונים. והנה ראייתי בשו"ת כתב סופר חאה"ע סימן ח' דבר נכון, דאף להאוסרין לבועל כשהיה באונס אף שלא אסרה על בעלה, הוא משום דעכ"פ אסרה באיסור שנקרא טומאה לכהונה ולתרומה, שלא כתוב בקרא דונטמאה בתרא דקאי לכהונה ולתרומה והיא לא נתפשה, כדכתבו התוס' ביבמות דף ל"ה (ע"א ד"ה אף על פי), שלכן אסורה גם לבועל שהוא עשה בה טומאה זו ... ולכן כתב דבבועל שני הא לא עשה בה כלום דגם לכהונה ולתרומה נטמאה ע"י זנות דראשון שאין לאסור עליו אף להאוסרין לבועל באונס, וזה נכון לע"ד להכריע לדינא. ומש"כ בשביל הקושיא מסנהדרין (מ"א ע"א) דיכולין לומר לאוסרה על בועלה שני, דכשזינתה לבועל שני מרצונה אסורה לבועל מאחר שעשה מעשה דלולי זנות הראשון היתה נאסרת על בעלה. אבל כשמאנס אותה בועל השני שבלא זנות הראשון לא היתה נאסרת מחמתו אלא שהיה אוסרה לולי זנות הראשון לכהונה ולתרומה מדין טומאה, בשביל זה כיון שכבר אסורה לא מיקרי הוטמאה על ידו, לא נראה כלל שאין לזה שום טעם לחלק. אבל צריך לתרץ כתירוץ השער אפרים שהביא הפ"ת (ס"ק ד') דכוונת הש"ס דהעדים יאמרו כך דלאו דינא גמירי ויש להם טענה אף שאינו אמת. או כתירוץ הגר"י הלוי מהמבורג שהביא הפ"ת בסימן קע"ח ס"ק ל"א דעדים השניים באו על זנות הראשון, וגם כתב שמוכרח כן מהא דאיירי הגמ' בעדי נערה המאורסה דהוא לעדות סקילה ואם העידו על זנות השני הרי היתה כבר בעולה שאין דינה בסקילה אלא בחנק, ונמצא שבועלה שני דאמר בגמ' הוא שני לעדות בב"ד אבל הוא ראשון למעשה, שלכן מקשה שפיר דיכולין לומר לאוסרה על בועל זה באנו. והוכיח מזה ממילא להיפוך דלבוועל שני אינה נאסרת דאם היתה נאסרת גם לבועל שני הרי אם כוונת עדותם היתה לאסור על בועלה שני למה הוצרכו להעיד שזינתה עמו קודם שזינתה עם מי שהעידו עדים הראשונים, הא אף אם זינתה אח"כ היתה נאסרת עליו, אלא ודאי מוכח כמהר"א ששון דינה נאסרת לבועל שני והוא תירוץ נכון. ועיין בנו"ב תנינא סימן כ' בהג"ה מבן המחבר שג"כ תירץ כן ... ולכן אני אומר שיש להכריע להקל בבועל שני כרבותא דסברי שמוותר מטעם הכתב סופר, ומה שעכ"פ כיון שפליגי ע"ז הרבה היה לן עכ"פ להחמיר, שפיר כתב כתר"ה שיש לצרף מה שהוא ספק מקח טעות כיון ששגגון הוא מום גדול מאד".

ועיין בחי' הרי"ם עמ"ס כתובות דף ג: שנראה שמסכים עם מהר"א ששון.

לעומת זאת, בספר ערוך השולחן אבן העזר סי' יא, כתב:

"ודע דהסכימו הרבה מגדולי האחרונים דכל מקום שנאסרה על הבעל ונאסרה גם להבועל, אם בא עליה אח"כ בועל שני ברצון

בעיקר הביאור בסוגיא בסנהדרין, בספר נודע ביהודה תנינא חלק אבן העזר סי' כ', בהגהה מבן המחבר כתב ביאור קרוב לביאור מהר"י הלוי ז"ל, וכתב:

"בהגהת מ"ל בפ"ב מהלכות סוטה הלכה י"ב מביא בשם מהר"א ששון שנסתפק בבועל שני אי נאסרה עליו הואיל וכבר נאסרה על הבעל. ובשער אפרים בקונטרס אחרון ובתשובת ש"י סי' צ"ד הקשו עליו הא הגמ' קאמר לאוסרה על בועלה שני ע"ש. אמנם אם נפרש תירוץ דגמ' שזינתה וחזרה וזינתה דעדי זנות האחרונים באו תחלה ואח"כ באו עדי זנות הראשונים ליכא סתירה על מהר"א ששון, ושפיר קאמר הגמ' דמצו אמרי לאוסרה על בועלה שני באנו, פירוש דהאי בועל שני שהעידו עליו עדים האחרונים זה הוא הבועל ראשון ונאסרה עליו".

ובספר אבני מילואים סימן יא סק"ד, כתב:

"כתב הרב המגיה במשנה למלך ז"ל עיין בתשובת מוהר"א ששון סי' קצ"ז שנסתפק בבועל שני אם נאסרה לו כיון שכבר היתה אסורה ועומדת, ועיין מה שהשיגו עליו בספר שבות יעקב ח"א סי' צ"ד ובספר שער אפרים בקונטרס אחרון, ועיין בפרק ארוסה (דף כ"ה) דאלמנה לכ"ג כו' וקני להו לאוסרין לבעל כבועל אלמא אפילו היכא דאסורה וקיימא עליו אסורה לבועל עכ"ל. ולענ"ד נראה דהתם באלמנה לכ"ג ושם נמי תני ממוזרת ונתינה לישראל דאמרו בש"ס דמקנין לאוסרה לבועל ע"ש התם כיון דאיסור סוטה חייל לבועל חייל נמי לבעל אף על גב דאסורה וקיימא משום אלמנה לכ"ג או משום ממוזרת ונתינה חייל ע"י כולל מגו דחייל איסור סוטה לבועל חייל נמי לבעל וא"כ שפיר חשיב ונטמאה ונטמאה א' לבעל וא' לבועל דע"י קיינו תאסר לבועל וממילא תיאסר משום איסור סוטה לבעל ע"י כולל דבועל, אבל בבועל שני לא שייך כולל, כיון דהאי איסור סוטה כבר היה על הבעל ע"י בועל ראשון, וכיון דלא מצי חייל על הבעל, אינו חל נמי על הבועל".

ובספר אגרות משה אבן העזר חלק א' סי' נד כתב:

"גם עצם הדין דבועל שני שהרבה אוסרין מהא דסנהדרין לא ברור כ"כ עיין בפ"ת סי' קע"ח ס"ק ל"א שהביא מהגאון ר' יצחק הלוי מהמבורג שעור הביא ראייה מהא דסנהדרין להתיר לבועל שני והובא סברא זו גם בנו"ב תנינא סי' כ' וגם השער אפרים דוחה הראייה הובא בפ"ת סי' י"א סק"ד אך השער אפרים עכ"פ סובר דאסורה מראיה דאלמנה לכ"ג בסוטה דף כ"ה שאסורה לבועל אף שלבעל לא אסרה דאסורה ועומדת מאיסור אלמנה לכ"ג כדהביא המ"מ. אבל שפיר דחה ראייה זו האבני מילואים סי' י"א סק"ד דבאלמנה לכ"ג נאסרה גם על הבעל באיסור סוטה מאחר שנאסרה לבועל ע"י כולל אבל בבועל שני לא חייל כלל אבעל יותר דאותו איסור עצמו ממש הוא לכן לא חל גם אבועל עיין שם שמשמע שסובר הא"מ להיתר, ועיינתי גם בס' אוצר הפוסקים על אה"ע ח"ב שנתקבל זה לא כבר מארץ ישראל, והובא שם עוד הסוברים להיתר".

ובאגרות משה אבן העזר חלק ד' סי' מה כתב:

"הנה בדבר בועל שני הרי ראה כתר"ה כל השיטות בזה ועיין בספרי אגרות משה אה"ע ח"א סימן נ"ד בסופו, אבל שם היה

שנאמר עליו ונטמאה, ויש מועל אחר מועל באשה, עכ"ל. ובא וראה כמה מילי דמעליותא אית לן למילף מתשובה היא, בין אם היא מן הרא"ש עצמו, בין אם היא מאחד מן הראשונים דכוותיה, חדא דמחלק להדיא בין דין בועל באונס לבין דין בועל ברצון, כי בועל שני שבעל ברצון, אע"ג דלא אסרה על בעלה מכח בעילתו עכ"ז אסורה עליו משום דעשה בה איסור של מעל דברצון נבעלה".

אך בהתאם לאמור לעיל, רבו הפוסקים המקילים בבעל שני, וגם בארו הסוגיות הנזכרות בערוך השלחן באופן שלא יסתרו הלכה זו.

וכן נציין בזאת לתשובת החתם סופר הנזכרת שממנה נראה שגם החת"ס נטה להקל בנידון שברור שהנטען הוא הבעל השני. וז"ל החתם סופר:

"נחזי מאי דקמן, דעכ"פ מעיקר הדין נראה דאם לא גרם איסור לבעל אינה אסורה לבעל אי לא משום קנסא ולכתחלה ואם נישאית לא תצא. אך כל זה באונס וכדומה שמדין תורה לא מעלה מעל באשה, אבל ביצא קול ועידי כיעור דאסרינן לבעל מדין דאורייתא, דחיישינן שבעלה ואסרה על הבעל. אע"ג דמ"מ אנו אין אוסרים אותה משום דמספיקא אוקמא אחזקת היתר לבעלה, ואמרינן מסתמא לא נבעלה. אבל הוא הבעל בעצמו שידוע שבעלה הרי אסרה על בעלה. ואפילו אי מספקא לי לבעל כי היכי דאפקרא לגבי דידיה אפקרה נמי לאחריני, וכבר נאסרה מקודם, והוא לא גרם איסור, ויש מהאחרונים סוברים דגם בזה לא נאסרה על הבעל, כל זה בידעינן בודאי שכבר נאסרה, אבל מספיקא וגם כבר יצא הקול כשהיתה יושבת תחת בעלה הראשון ואז היתה בלא"ה אסורה לבעל מטעם אשת איש, ואז נולד ספק אם אסורה לבעל או לא, נמצא כשנתגרשה מבעלה נתחזקה מאיסור לאיסור, כמו יצאה מחזקתה מחיים ביבמות ל"א ובש"ע י"ד סי' נ', ורק לבעלה לא נאסרה, לא נאמר שהוא לא גרם איסור. בודאי אם בא עליה הרי גרם איסור, והבעל לא ידע ואשם והוא הבעל בעונו של בעל יומא"ס, רק אין בנו כח להוציא מחזקה התירה לבעלה הראשון, אבל להשני נתחזקה מאיסורה לאיסור. עכלפע"ד כל מה שיש בידו לעשות להפרידם זה מזה יעשה, וה' עמו".

העולה מדברי החתם סופר, שלאחר שהעלה שאיסור הבעל נובע מאיסורו של הבעל, וכן הביא דעת המקילים בבעל שני, ונראה שהחת"ס נטה לומר שניתן לסמוך על דעה זו, עכ"פ קבע החת"ס דהיינו דוקא כשידוע שיש בועל שני, אך בלא שהדבר ידוע, אין להקל על יסוד הטענה שכשם שבהיותה נשואה הפקירה עצמה לזה כך מסתמא הפקירה עצמה גם לאחרים. אלא הקולא בבעל שני היא "בידעינן בודאי שכבר נאסרה", ובלא ידיעה כזו, היא בחזקת איסור לבעל.

לפי דרכו של החתם סופר יש לדון האם כשהאשה מעידה שהלה היה בועל שני, האם היא נאמנת. ומצאתי תשובת הגרז"נ גולדברג זצ"ל (הובאה בקובץ תפארת יהודה קלמן, ח"א עמ' 343), שכתב:

נאסרה גם עליו אף על גב דכבר נאסרה על הבעל, ויש לזה ראיות רבות [מסנהדרין מ"א. ומסוטה כ"ה כ"ו ומרבי דר"פ כשם] ויש שרצו לדחות איזה מהראיות, ואינו דחיה". והאבני נזר חלק אבן העזר סי' רלה, דחה דברי החלקת יואב שרצה להקל בבעל שני, וכתב:

"מה שכתב בחלק אהע"ז סי' א' בדין מהר"א ששון [סי' קצ"ו] בזינתה שני פעמים והעלה להלכה דמותרת לבעל שני כמו באשת ישראל שנאנסה דמותרת לבעל הואיל שמותרת לבעל וה"נ שלא גרם איסור לבעל, כהא דנדה [לד ע"ב] דבזב מצורע לא חשוב הטיפה גורמת איסור, ה"נ לא חשוב גרם טומאה לבעל ודומה לאשת ישראל שנאנסה. לית', דמי יימר דטעם איסור לבעל משום שגרם איסור לבעל, ולשון כשם שנאסרה לבעל אין המשמעות דמשום שנאסרה כו', ועי' ג"א ריש תזריע. והא דאונס מותר גם לבעל, משום דונטמאה ג' פעמים דרשינן אחד לבעל ואחד לבעל כו' וכיון שנאנסה דלא קאי עלה קרא דונטמאה שהרי מותרת לבעלה, ממילא גם לבעל מותרת, אבל זו שברצונה זינתה וקאי עלה קרא דונטמאה, רק שלבעל בלאו הכי היתה אסורה אבל לבעל שפיר נאסרת. גם הרא"י מסנהדרין [מא ע"א] טובה, ומה שכתב שנדפס בש"ס בשם הגאון רעק"א דע"כ הכוונה שהעדים העידו על זנות המוקדם, דאל"כ לא שייך סקילה, דברים אלו לא ראיתי ולא ידעתי היכן נדפס, והדברים תמוהים דלא סקילה ולא ארוסה נזכר בש"ס, רק הא דקיי"ל באשה חבירה דמיקטלא, רק בהא דר' חנין נזכר ארוסה לרבותא כמבואר בש"ס שם, אך בהא דזינתה וחזרה וזינתה לא נזכר סקילה כלל".

ובספר רב פעלים חלק א חלק אבן העזר סי' ט' כתב בלשון זו: "שו"ר להרב בגדי שש, שהביא תשובה מספר בשמים ראש המתייחס להרא"ש, או לאחד מן הראשונים שהוא דכוותיה, שכתב בסי' רפ"ב וז"ל, מה ששאל מר אשה זינתה משני בני אדם זא"ז, אם מותרת להאחרון, שלא אסרה על בעלה באותה שאמרו פ"א דכתובות, וא"ת מעשה שהיה מפני מה לא אסרה על דוד, התם אונס הוה, פירש רש"י ולא אסרה על בעלה ולפיכך הותרה לו, ואף שיש תירוץ אחר, הנה רבינו יצחק ז"ל בתוספות דהחולץ פסק כהאי פירוקא. אמנם קשיא לך מהא דאמרינן בסנהדרין, מעידי נערה המאורסה שהוזמו וכו', אלא אשה חבירה דקיי"ל דמקטלא המ"ל, ופריק בזינתה וחזרה וזינתה, ופריך דילמא לאוסרה על בועל השני באנו, הרי דאע"ג דאסורה על בעלה בלא"ה מן הראשון, מ"מ נאסרה על בועל השני. ותרצת זה דגמרא בעי לאוקמא ככ"ע, ואף כתירוץ הב' שם בשמעתא דפתח פתוח דדוד רצון הוי, זה אינו, דאי סתם גמרא כהאי תירוצא, והני מפלג פליגי, ודאי דהלכה כהאי תירוצא. אמנם האמת לא נחלקו כלל לדינא, אלא דהאי איבעית אימא גט כריתות כותב קשיא ליה לאשוויי אונס, שבודאי אילו לא היתה רוצה לא נחשד דוד הע"ה לכוף אשה ולאנסה, לכך אמר האמת דהוה גט כריתות אבל לדינא מודה דאנוסה מותרת לבעל, אבל אין זה ענין לבעל ברצון פעם שנית, דסוף סוף אסרה גם במעשהו ועשה בה מעשה איסור,

הש"ך בהנהגת הוראות באיסור והיתר שבסוף סי' רמב, כתב על דברי הב"ח:

"מבואר מדברי הב"ח דהא דמתיר הרשב"א בהפסד מרובה ביחיד נגד רבים היינו אפילו באיסורא דאורייתא ... ותימה, והרי הא דיחיד ורבים הלכה כרבים, דאורייתא הוא, וכמ"ש לעיל, והיאך אפשר לעקור דבר תורה בהפסד מרובה, והלא כך הוא גזרת המקום לילך אחר הרבים ומה בכך שהוא הפסד מרובה, ועוד שהרי הורגין נפשות ומחרימין ומפקירין ומאבדין ביד ע"פ הרוב ועיר הנדחת נדונין ע"פ הרוב והרי אין לך הפסד מרובה גדול מזה".

אך כבר מבואר בספר גט פשוט בכללים שבסוף הספר בכלל ה', שהלכה זו ללכת אחר הרוב נאמרה רק כשהתכנסו החכמים יחד לרדון בנידון מסויים ועמדו למנין, בזה גזרה תורה ללכת אחר הרוב, משא"כ במחלוקת הפוסקים. לכן אין מקום להקשות על הב"ח דהלכה זו שהולכים אחר הרוב היא דאורייתא.

ובספר שרידי אש חלק א' סי' צ' כתב:

"כלל גדול כללו הפוסקים ז"ל, שמשום עיגונא דאתתא יכולים לסמוך על דעת יחיד כנגד רבים (עיין מכתב מאליהו בקונטרס העגונות סעיף ו' וכו') וההסבר נ"ל כדעת הט"ז הידועה, שאף בדאורייתא אומרים כדאי רבי פלוני לסמוך עליו בשעת הדחק. וטעמו נ"ל, מפני שהכלל הזה שכללה תורה לילך אחרי הרוב הוא ברוב מתוך כל ושנשאו ונתנו זה כנגד זה, אבל במחלוקת הפוסקים שאין הדבר כך, נשאר הדבר ספק ואנו הולכים אחרי דעת רבינו הגדול הרמב"ם ז"ל, שכל ספק אף בשבת ועריות וכו' (אף שיש בו איסור כרת, שלא כהגירסא הידועה) ספיקו לקולא, ואין בסופו של דבר אלא איסור דרבנן".

ובחלק א' סי' קכא כתב השרידי אש:

"בשו"ת הרשב"א סימן רנ"ג כתב דבכ"מ יכול לסמוך על דעת יחיד נגד רבים בשעת הדחק, וראיתו מהא דאמרינן בנדה דף ט', א לענין טומאת מעת לעת כדאי הוא ר"א לסמוך עליו בשעת הדחק והב"ח ביו"ד סי' רמ"ב כתב דגם בד"ת סמכינן על דעת יחיד בשעת הדחק ובברכות ט', א בק"ש כדאי הוא ר"ש לסמוך עליו בשעת הדחק, וק"ש הוא דאורייתא. וכ"כ האו"ז בשם הג"א פרק לולב הגזול, שכתב לענין הלולב היבש כדאי הוא ר"י לסמוך עליו בשעת הדחק, דהיינו בדלית ליה אחר, ומוכיח מזה דגם בד"ת סמכינן אדברי יחיד בשעת הדחק. גם האו"ז התיר חדש בזה"ז בחו"ל משום שהוא שעת הדחק יש לסמוך על יחיד דאמר חדש אינו נוהג בחו"ל אף למ"ד חדש נוהג בחו"ל מן התורה. כן הביא חסד לאברהם בסי' ט"ו".

בספר אפרקסתא דעניא חלק ג' חלק אבן העזר סי' רעג כתב:

"אם יש להקל בשעת הדחק אפילו שרשו מדאורייתא, הדבר תלוי במחלוקת, דהרד"ך בית ג' כתב דלא אמרינן כשר בשעת הדחק אלא במילי דרבנן ולא בדאורייתא. אלא דבספר ארעא דרבנן סי' קנ"א הביא בשם תשובת תומת ישרים סי' נ"ט שכתב דבשעת הדחק נכון לסמוך על המקילין אף בספיקא דאורייתא, יע"ש".

"בדינו של מהר"א ששון, מה הדין בלא ידוע לנו שהיה בועל ראשון, רק האשה אומרת כן, אם יכול בעלה בועל השני לסמוך ולהאמין לה שהוא בועל שני. ולכאורה חשבתי שאינה נאמנת בדבר שבערוה כיון שאינה אלא עד אחד. אכן ראיתי בנובי"ק אה"ע סי' י"א (בד"ה טוב) שכתב שלהתיר סוטה אינו דבר שבערוה ועד אחד נאמן בה, עיי"ש שכתב ואף שטומאה כתוב בה כעריית, מ"מ אינה ערוה ממש".

ומצאתי שהדברים מפורשים בחי' הריטב"א עמ"ס כתובות דף ט. שכתב:

"התם אונס הוה. פי' דאע"ג דדוד ברצון בא עליה, כיון שהיתה אנוסה ולא מיתסרא לבעל, לא מיתסרא לבעל דאיסורא דבועל באיסורא דבעל תלוי. וא"ת והא לעיל אמרינן דמשום דלא הוה ביה קינוי וסתירה הוא דלא איתסרא. וי"ל דלעיל ה"ק דאילו הוה תמן קינוי וסתירה לא היו נאמנין לומר שהיה באונס שהרי רגלים לדבר, אבל לפי שלא היה שם קינוי וסתירה, היו נאמנין לומר שהיה באונס ולא נאסרה".

הרי ששניהם נאמנים לומר שהיה בדרך שאינה נאסרת על הבעל, וכל זה אף שלא היה שם "הפה שאסר הפה שהתיר" כמבואר קודם לכן בדברי הריטב"א שכתב:

"ואם תאמר מעשה שהיה מפני מה לא אסרוה ... רש"י ז"ל פי' מפני מה לא אסרוה והלא כמה עדים יש בדבר ... ור"י ז"ל פירש ... וכ"ש למאי דאסיקנא דפתח פתוח כעדים דמי דלאו דוקא עדות בעינן, דהכא הא איכא דבר ברור שנבעלה לדוד".

בנסיבות אלו ששאלת היתרו של בועל שני שנויה במחלוקת הפוסקים, יש מקום להקל בשעת הדחק והפסד מרובה אם ימנע מהזוג שבפנינו להינשא בחו"ק כשלהם ארבעה ילדים וגרים יחד מספר שנים והפירווד יגרור אחריו תוצאות חמורות עבור הילדים, וכעין זה הורה למעשה בתשובת יביע אומר חלק ט' אה"ע סי' ט'.

### הפסיקה במקום שבו נשארה מחלוקת שלא הוכרעה

גם אם בסופו של דבר בפנינו מחלוקת הפוסקים בשאלת היתרו של בועל שני, ואין הכרעה במחלוקת זו, עדיין בנסיבות כעין נידון שבפנינו יש מקום להקל למרות שזו מחלוקת בדאורייתא. בשולחן ערוך חושן משפט סימן כה סעיף ב', בכללי פסיקת ההלכה כתב הרמ"א:

"לא יאמר האדם אפסוק כמי שארצה בדבר שיש בו מחלוקת, ואם עושה כן הרי זה דין שקר, אלא אם הוא חכם גדול ויודע להכריע בראיות, הרשות בידו, ואי לאו בר הכי הוא, לא יוציא ממון מספק, דכל היכא דאיכא ספיקא דדינא אין מוציאין ממון מיד המוחזק, ואם הוא בהוראת איסור והיתר, והוא דבר איסור דאורייתא, ילך לחומרא, ואי דבר דרבנן, ילך אחר המיקל. ודוקא אם שני החולקים הם שוין, אבל אין סומכינן על דברי קטן נגד דברי גדול ממנו בחכמה ובמנין, אפילו בשעת הדחק, אלא אם כן היה גם כן הפסד מרובה".

ובב"ח בריש טור יו"ד נראה דעתו שגם באיסור דאורייתא אפשר לפסוק כמקילין בשעת הדחק והפסד מרובה. אמנם

עמוקים ח"ב (סי' ה') שאף הוא סובר שגם בדאורייתא סומכים על יחיד במקום רבים בשעת הדחק, ע"ש. נמצא שדין זה תליא באשלי רבתי ... ועיין בתשובת הגאון בעל בית אפרים שהובאה בשו"ת חתם סופר חאה"ע ח"ב סי' עא בד"ה והנה מה, שברבים נגד רבים, סמכינן על מועטים במקום רבים, אף בדאורייתא, בשעה"ד. ע"ש. ועכ"פ צריך שיהיה הפסד מרובה בדבר".

מכל האמור נראה שבמקרה זה יש מקום לסמוך על המקילים בבעל שני, בצירוף שלא הוברר שהמבקש מודה בהודאת בעל דין לאיסור, וביחס לדברי המבקשת היא יכולה לחזור בה באמתלא.

ובספר יביע אומר חלק ח' חלק אורח חיים סי' לד, כתב: "ועיין בפסקי הרשב"ץ לנדה (ט א) שכתב, יחיד ורבים שנחלקו ולא נפסקה הלכה כאחד מהם, י"א שעושים כדברי היחיד בשעת הדחק, ואין נראה לומר כן במחלוקת תנאים ואמוראים, אלא רק במחלוקת גאונים ופוסקים ובמילתא דרבנן. ע"כ. וכתב ע"ז בשו"ת הרשב"ש (סי' תקיג) וכן מצאתי להר"ן בתשובה כדברי אדוני אבי הרשב"ץ, דדוקא בדרבנן אמרינן כדאי הוא רבי פלוני לסמוך עליו בשעת הדחק, אבל מצאתי להרשב"א בתשובה שנראה מדבריו דאף בדאורייתא אמרינן הכי, שכתב דכל היכא דאיכא הפסד מרובה סמכינן לעולם על יחיד במקום רבים ואפילו אם הוא קטן בחכמה ובמנין לפני מי שגדול ממנו בחכמה ובמנין וכו', ע"ש. וע"ע לרבינו הרא"ם בשו"ת מים

## סימן יא

### טוענת קידשתני והלה מכחיש

כמו כן נציין, המבקשת מייחסת את הסדרת ההליך הנ"ל, לרב פלוני רב בית הכלא, אך הרב כבר אינו בין החיים. אמנם בפנינו מסמך שנכתב על ידו ביום הנ"ל שבו הוא פונה לרבנות רמלה, ומבקש שיפתח תיק נישואין למשיב, ומתאר את מצבו כאסיר וכיתום הזקוק לסיוע.

מסמך זה, הגם שאינו מוכיח את טענת המבקשת, אך המסמך משתלב היטב בתיאור שאותו המבקשת מתארת. דהיינו שאותו רב מצא לנכון לסדר חו"ק בין הצדדים, ובאותו מעמד, ביקש שההליך יושלם ויעוגן במעמד חוקי ומחייב באמצעות הרבנות המוסמכת.

המשיב הודיע על התנגדותו לסדר גט על מנת להסיר את העיגון מהמבקשת, ובסיום הדיון בקש להתייעץ בנושא. מאחר וחלפו חמישים יום מיום הדיון וטרם התקבלה הודעה על הסכמה לתת גט, מוטל על בית הדין לפסוק את דינה של המבקשת.

במשנה במסכת קידושין דף סה עמוד א':

"היא אומרת קדשתני, והוא אומר לא קדשתך, הוא מותר בקרובותיה, והיא אסורה בקרוביו".

הלכה זו של איסור הקרובות מתייחס לזמן שלאחר הגירושי, אך בלא גט האשה אסורה להינשא לעלמא. ובמאירי שם כתב:

"בדורות שלפנינו אירע מעשה, באחת שאמרה נתקדשתי לפלוני ביום פלוני בפני פלוני ופלוני, והעדים הכחישו ואמרו שלא היו דברים מעולם, ודנו בה שאעפ"כ שויה נפשה חתיכה דאיסורא. וכן כתבו אחרוני הגאונים שבספרד בראשון של כתובות בשמועת פתח פתוח, ובמסכת כריתות אמרו אדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים".

וביחס לחיוב של הנטען לתת גט, נאמר בגמרא:

"איתמר רב אמר כופין, ושמואל אמר מבקשין ... בשלמא מבקשין לחיי, אלא כופין אמאי, אמר לא ניחא לי דאיתר

בפנינו בקשת האשה פלונית לקבוע את מעמדה האישי. התקיים דיון במעמד התובעת, להלן "המבקשת", ובהשתתפות הנתבע, להלן "המשיב".

המבקשת טוענת כי לפני 12 שנה, בהיות המשיב אסיר עולם בגין רצח, ובעת שריצה את עונשו בכלא איילון, נוצרו ביניהם קשרי חברות, וביום ... התקיים טקס חו"ק בכלא באמצעות רב בית הכלא. אך לאחר זמן קצר נפרדו. אין בידי המבקשת אסמכתא לביסוס טענתה על החו"ק כדמו"י, ולדבריה, גם הכתובה לא נמסרה לידה.

בדיון הראשון שהתקיים בבקשתה לבירור מעמדה האישי, בית הדין שמע מהמבקשת שאינה זוכרת שניתנה לה טבעת אלא אמרה שברכו ברכות ומילאו כתובה והיו שני עדים. וכן חזרה וטענה בתחילת הדיון השני, שהתקיים במעמד שני הצדדים. אך המבקשת ידעה לומר שהרב קידש על הגפן וכי נאמר הנוסח של "הרי את מקודשת", ברכו ברכות, ושכל היה במעמד שני עדים. וכן טענה שהוסדרה כתובה בחתימת העדים. אך בסיום דבריה בדיון השני טענה כי באותו מעמד, המשיב נתן לה חפץ ממתכת בצורת רימון.

המשיב הודה כי המבקשת היתה מבקרת אותו בכלא, וכי היתה חברת נפש שלו, אך הכחיש בהכחשה גורפת את הנטען על ידה ביחס לטקס החו"ק.

יצויין כי המבקשת, בהיותה חסרת השכלה תורנית, אינה אמורה לזכור ולתאר בפירוט את כל ההליך בטקס שהתבצע באותו מועד. אך מדבריה שברכו ברכות עולה שלפי הנטען על ידה ודאי היה טקס חו"ק שהרי לא יעלה על הדעת שהרב יברך ברכות נישואין לבטלה, ונראה מאחר שהיא טוענת שברכו ברכות מלבד ברכת הגפן, די בכך כדי לדונה כמי שטוענת שהתבצע טקס חו"ק כדמו"י. בנסיבות אלו שויה אנפשיה חד"א, ובית הדין אינו רשאי להתירה להינשא לעלמא בלא שתקבל גט פיטורין מהמשיב.

ניחא ליה דליפשו עליה שטרא, אבל לא אמר טעמא כופין. ה"ה אם רוצה שלוי יכתוב לו שטר, ולא אמר טעמא דזילא ליה, כופין אותו".

דברי היש"ש הובאו בש"ך סי' ס' ס"ק לד, וכתב:

"ומהרש"ל כתב [ביש"ש] בפרק הגזול קמא סי' ל"ג שצריך ליתן טעם לדבריו, שאל"כ כופים אותו על מדת סדום".

ובתומים שם סי' ס' (אורים ס"ק לח) כתב בלשון זו:

"וכתב מהרש"ל דצריך ליתן טעם הנראה לבית הדין שהוא טעם, ואם לאו כופין על מידת סדום".

ובשו"ת בית שלמה חלק חו"מ סי' קח בתשובה אודות ירושה כשהבת מתבקשת לחתום בערכאות על הסתלקות מהירושה לטובת הבן שזכה בירושה על פי דין תורה, ופסק שם שכגון זאת כופין על מידת סדום, כדי לאפשר לבן ליטול את חלקו על פי דין. ובתשובתו הביא מדברי המהרש"ל והתומים הנוכרים, וכן הביא מתשובת מהרי"ק שרש ט' שכופין על מידת סדום גם אם תיגרם לו טרחה מסוימת או שקיימת הקפדה אחרת. וכתב הבית שלמה:

"וגדולה מזו כתב מהרי"ק שרש ט' דאף בדבר דאיכא קפידא קצת כופין על מדת סדום, וע"ש שהביא ראיות מן הש"ס. ואני אוסיף להביא ראיה מש"ס קידושין דפריך אלא כופין אמאי לא, אמר לא ניחא לי דאיסור בקרובה, ותיפוק ליה דבלאו הכי איכא טעם דלא ניחא לי דלבזי, כדאמר בש"ס קידושין דך נ'. כמ"ש רש"י שם דהמגרש אשתו גנאי הוא לו, וע"כ דמשום קפידא קצת לאו כל כמיניה, וכופין על מידת סדום".

וכן בספר נחלת צבי לבעל הפתחי תשובה, בחו"מ סי' רעו הורה שכופין את הבנות לחתום מפני שכופין על מידת סדום, וכתב:

"דוקא אם הבנות נותנות טעם דאית להו קצת פסידא בצד מה, הא לאו הכי כופין על מידת סדום".

מכל הנ"ל עולה, שסברא זו המונעת כפיית גט למי שהאשה טוענת שקידשה והוא מכחיש, היינו רק כשבית הדין נוכח שיש ממש בטענה זו שאינו רוצה להאסר על קרובותיה. אבל בנידון שבפנינו, נראה שאין ממש בטענה זו. מאחר והמשיב כבר נשוי עם אשה אחרת, ולמבקשת רק קרובה אחת שהמשיב יאסר בה, והיא אחותה, והיא נשואה. ובנסיבות אלו נראה שטענה זו, שכלל לא נטענה אלא רק יכולה להיטען, אינה מצדיקה את עיכוב הגירושין. וכמו שראינו בפוסקים הנוכרים שטעם רחוק וקלוש אינו מונע כפייה על מידת סדום, וכמו שכתב התומים:

"צריך ליתן טעם הנראה לבית הדין שהוא טעם, ואם לאו כופין על מידת סדום".

ונציין למשנה בסוף פרק שני במסכת יבמות (דף כו.):  
"וכולם שהיו להם נשים ומתו, מותרות לינשא להם".

ופרש רש"י:

"וכולם. החכם והמביא גט והמעיד באשה להשיאה דתנן בהן לא יכנסו. שהיו להם נשים. בשעת מעשה ומתו לאחר זמן מותרות אלו לינשא להם דהשתא ליכא חשד שהרי בשעה

בקריבה. אלא שמעתתא אהדדי איתמר, אמר שמואל מבקשין ממנו ליתן גט, אמר רב אם נתן גט מעצמו, כופין אותו ליתן כתובה".

ובשולחן ערוך אבן העזר סי' מח סעיף ו':

"כל מקום שאמרנו שאמרה האשה לאיש קדשתני, והוא אומר לא קדשתך מבקשים ממנו שיכתוב לה גט להתירה. הגה: ואז נאסר בקרובותיה, הואיל ונתן לה גט".

ובר"ן (במסכת קידושין שם) כתב:

"מבקשין ממנו ליתן גט. אבבא דקדשתני והוא אומר לא קדשתך קאי, דכדי להתירה לינשא מבקשין ממנו ליתן גט, ומיהו אין כופין משום דאמר לא ניחא לי דאתסר בקריבתה, והכי איתא בגמ'. ומכאן נראה דכל היכא שנתן גט אע"פ שהוא אינו מודה בקדושין נאסר בקרובותיה, כדי שלא יאמרו שהוא נושא קרובת גרושתו, ומשום הכי אין כופין, הא לאו הכי ודאי כופין, דמאי איכפת ליה, וכגון זו כופין על מדת סדום".

ובספר אילת השחר להג"ר אהרן ליב שטיימן זצ"ל (על מסכת קידושין שם) כתב:

"לפי זה, אם אין לה קרובות שיאסר בהם אם יתן גט, דאין לה אם ואחות ובת, ואינה ראויה כבר ללדת, באופן שאין שום קרובות שיאסר בהן אם היא היתה אשתו, אז באמת יכופו אותו ליתן גט, משום דכופין על מידת סדום".

ובפד"ר חלק ג' עמוד 375 כתב:

"היסוד שלמדים מדברי הר"ן דהיכא שאין לו הפסד מכך כופין אותו ליתן גט משום דכופין על מדת סדום, למדים גם מדבריו שכותב דבאם רק לא היה מיתסר בקרובותיה ע"י נתינת הגט היו כופין אותו, ע"כ משום דאין לו הפסד, שאינו יכול לטעון דמתבזה מעצם נתינת הגט שיחשבו שמגרש לאשתו וזהו כהפסד לגביה, ואין לוקחים לזה כלל בחשבון לומר דבגלל כך כבר לא נכוף אותו, ושאינה ממדת סדום אם לא רוצה לגרשה".

נראה דמכיוון שכפיית הגירושין מיוסדת על ההלכה "כופין על מידת סדום", יש ללמוד את גדרי ההלכה של כפיית הגירושין בנידון זה, מההלכה הפסוקה ביחס לנסיבות אחרות שבהן "כופין על מידת סדום".

בגמרא במסכת בבא קמא דף קב:

"תנו רבנן הלוקח שדה בשם חברו אין כופין אותו למכור, ואם אמר לו על מנת, כופין אותו למכור. מאי קאמר, אמר רב ששת, ה"ק הלוקח שדה מחברו בשם ריש גלותא אין כופין אותו ריש גלותא למכור".

ובספר ים של שלמה סי' לג כתב:

"מה שמסיק לעיל מיניה, היכא דא"ל הלוקח למוכר, ע"מ שיכתוב לוי שטר מכירה. ולוי לא רצה, דאין כופין אותו כלל. ה"מ היכא דנתן טעמא לנפשיה, משום דזילי ליה כו'. אבל אי לא נתן טעם לנפשיה משום דזילה ליה. אלא שלא רצה להנות אותו, כופין את לוי ע"ד מידת סדום שיכתוב לו שטר מכירה על שמו ... הילכך היכא דלא אמר ראובן בשעת המקח לשמעון שקונה לעצמו. אין כופין אותו, היכא שנתן טעם לדבריו. דלא

שהגט יגרום לנתבע הפסד מאחר ורחוק מאד שנישואי קרובתה יעמדו על הפרק, ניתן לכפותו בגירושין ולחייבו במזונות "מעוכבת מחמתו" אם יסרב. אלא שלא הביא מכל הנ"ל.

על כן אנו פוסקים:

- א. המבקשת טוענת שהוסדר הליך של חו"ק בינה למשיב, והמשיב מכחיש טענה זו. אין בפנינו ראיה חלוטה המוכיחה את טענת המבקשת. אך מאחר ולדברי המבקשת סודר בין הצדדים טקס חו"ק, היא אסורה להינשא קודם שתקבל מהמשיב גט פיטורין כדמו"י.
- ב. נסיבות אלו יוצרות זיקה בין הצדדים, המאפשרת למבקשת לפתוח תיק לתביעת גירושין כנגד המשיב, והוא יחויב לתת גט כמבוקש. במקרה זה יש לכפות את המשיב על מידת סדום, שלא להותיר את המבקשת עגונה, כשמתן הגט אינו גורם למשיב כל הפסד. ההוצאות הכרוכות בהסדרת הגט, לא יוטלו על המשיב.
- ג. לאחר שיפתח תיק הגירושין, הצדדים יזמנו לדין לצורך סידור הגט, ובדין זה המשיב יידרש לתת את הגט.
- ד. אם המשיב יסרב לתת גט או שלא יתייצב לדין כמתחייב, ייפתח תיק לצווי הגבלה, וכן יהיה ניתן לפתוח תיק לחיובו ב"מזונות מעוכבת", ובית הדין יקבע את המשך ההליך בהתאם.

שהעיד בה העד או שאסרה חכם היתה אשתו קיימת ולא לישא את זו נתכוין".

ובגמרא:

"מתו אין, נתגרשו לא, אמר ליה רב הלל לרב אשי, והתניא אפילו נתגרשו, לא קשיא הא הואי קטטה, הא דלא הואי קטטה. ואיבעית אימא הא והא דלא הואי קטטה, ולא קשיא הא דארגילה הוא, הא דארגילה היא".

הרי מבואר שבנסיבות שבהם אותו אדם כעת נשוי, וחי עם אשתו בלא קטטה, בכך נישואין עם אשה אחרת אינן עומדים על הפרק, ואין אנו מייחסים, לאותו חכם שאטר אשה לבעלה או למעיד שבעלה מת או לשליח שהביא גיטה, שהאפשרות לנישואין עם אותה אשה מהווה שיקול אצלו עוד בהיותו נשוי לאשתו. על כן, אמנם מציינו בגמרא בקידושין, את הסברא שאינו רוצה להיאטר בקרובותיה, כשיקול להימנע מכפייתו בגירושין, אך היינו כשהוא ראוי לשאת את אותה קרובה, אך כשהוא נשוי ובודאי בימינו, כשקיים חרם דר"ג או מנהג המונע ממנו לשאת אשה אחרת, ובנוסף גם הקרובה כעת נשואה, מאחר ורחוק מאד שהנישואין עם אותה קרובה יוכלו להיות מעשיים עבורו, סברא זו כבר אינה שיקול להימנע מכפייה על מידת סדום. ועיין גם בספרו של הג"ר נחום גורטלר שליט"א אב"ד רחובות "ביכורי גשן" ח"א סי' ט' עמ' קפג שדנו בבית הדין האזורי ברחובות בשאלה דומה, והעלה שאם אין כל סבירות

## סימן יב

### הצורך בסידור גט לבני זוג שחיו יחד זמן רב ללא חופה וקידושין

לאחר עיון בטענותיהם, בית הדין פוסק שבמקרה הנוכחי מאחר שלא התקיים כל טקס נישואין מכל סוג, אין מקום לזמנם לסידור גט לחומרא.

הרמב"ם בהלכות גירושין פרק י' הלכה יט כתב:

"הורו מקצת הגאונים שכל אשה שתבעל בפני עדים צריכה גט, חזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות... וכל הדברים האלו רחוקים הם בעיני עד מאד מדרכי ההוראה ואין ראוי לסמוך עליהן, שלא אמרו חכמים חזקה זו אלא באשתו שגירשה בלבד או במקדש על תנאי ובעל סתם, שהרי היא אשתו וכאשתו הוא שחזקתו שאינו עושה בעילתו בעילת זנות". וכן מפורש בשו"ת הרא"ש כלל לב ס"א, שאין צורך בגט בפילגש.

ובשו"ע אה"ע סי' קמט סעיף ה' פסק כדעת הרמב"ם, ועיין בשו"ע סי' כו סעיף א' ובביאור הגר"א סק"א. ויצוין שבשו"ע בסי' כו סעיף א מפורש: "אינה נחשבת כאשתו אפילו אם ייחדה לו". וכן עולה מפסק השו"ע סי' יג סעיף ז' ובחלקת מחוקק ס"ק ו', וכן בשו"ע סי' טו סעיף ל'.

ועיין ברמ"א אה"ע סי' לג ס"א שהביא את שתי הדיעות, דעת הגאונים ודעת הרמב"ם, אך גם אליבא דהגאונים כתב

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין, וכן תביעות נוספות הכרוכות בתביעה זו, והתקיים דיון לבירור הצורך בסידור גט.

הצדדים מעולם לא נישאו, לא בחופה וקידושין כדת משה וישראל ולא בהליך אזרחי או בכל הליך אחר, אלא ניהלו חיים משותפים כבני זוג מספר שנים, נולדו להם שני ילדים, וכעת נפרדה דרכם.

הגם שבשלב מסוים נעשו הכנות לקראת הסדרת נישואין בחופה וקידושין כמקובל, אך לבסוף לא התקיים כל טקס נישואין. עוד יצוין שהצדדים אינם שומרי תורה ומצוות ולא טהרת המשפחה, ולדברי האיש לא נישאו בחופה וקידושין מאחר שאינם מאמינים במוסד הנישואין.

בנסיבות אלו, הוגשה תביעת גירושין מאחר שלטענת התובעת נחוץ סידור גט לחומרא, ומאידך גיסא, הנתבע מבקש להורות על היעדר הצורך בסידור הגט, לדחות את התביעה ולסגור את התיק תוך חיוב התובעת בהוצאות משפט.

כעת בפני בית הדין סיכומי טענותיהם בכתב ביחס לשאלת הצורך בסידור גט במקרה זה.

פלגש אחת וישא השונמית דלפלגש אין צריך גירושין דאין לו בה קידושין אלא יחוד בעלמא. וי"ל דמ"מ זה הוי כגירושין להוציאה כדי ליקח אחרת".

וכן כתב בחידושי מהרי"ט על מסכת קידושין דף ב ע"א בחידושו על הרי"ף:

"שאם מצא אשה בשוק והכניסה לתוך ביתו לשם אשה, אע"פ שעמד עמה כמה ימים, לא נקנית לו, אע"פ שודאי נהג בה מנהג אישות אינה אשתו".

ואמנם בשו"ת צמח צדק חלק אה"ע סי' קלח דן להצריך גט בפילגש, ובסיום דבריו נשארה הלכה זו מסופקת אצלו, אך עיין תשובת הגרי"א הרצוג זצ"ל בספר פסקים וכתבים חלק ז' אה"ע סי' סה שדחה ראיותיו. וכן בספר נחלת צבי להגאון הרב גדליה פלדר זצ"ל ח"ב עמ' 294, וכן בספר אוצר הפוסקים אה"ע סי' כו סק"ג שהביא מתשובת הרי"ז טברסקי ומספר ביכורי יהודה סי' ג' שדחו את ראיות הצמח צדק, וכן הביאו מתשובות אגרות משה, בית דינו של שלמה, בשמים ראש ומתשובת ר"ש ספרדי שבספר בנימין זאב סי' קיא שהעלו שאין צריך גט בפילגש.

הגרי"א הרצוג זצ"ל, בתשובת היכל יצחק אה"ע ח"ב סי' לג ופסקים וכתבים חלק ז' סי' סט, התייחס למקרה שבו איש ואשה חיו יחד ללא חופה וקידושין כדת משה וישראל וללא נישואין מכל סוג, ובית הדין חייבם בגט, וכתב על זה:

שאלה: איש ואשה גרו יחד בלי עריכת קידושין, ואף בלי נישואים אזרחיים, אלא מעין מיוחדת לו. מה שהעם רגיל לקרוא בשם אהבה חפשית. עתה הם נפרדו, והאשה מבקשת להינשא, כדת משה וישראל, לאחד שבא עליה בהיותה עוד מיוחדת לראשון. והנה מאחר שהבי"ד החמיר להצריך גט כשנפרדו בני הזוג נשאלת השאלה אם אין כאן ענין של כשם שאסורה לבעל אסורה לבעול.

תשובה: (א) בעצם הדבר נראה דלא הוצרכו לגט כלל, משום דנראה דחזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות שייך רק באופן שיש לנו לתלות שיש סבה המונעתו מקידושין - כדת, כגון בנתייחד עמה בפני עדים שתקף עליו יצרו והוא בהול, או כגוונא דתשובת הריב"ש שיש שהיו חוככים להחמיר דהיו הזוג אנוסים ואי אפשר היה להם להנשא כדמו"י, אבל אלו הפרוצים שבידם הוא להנשא כדמו"י, וחיים חיי הפקרות, איה השכל לאמר עליהם חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות? וכי מי מנעם מלהנשא כדת? וע"כ אחת משתי אלה: או שכפירתם מנעה זאת מהם, וודאי לא כיוונו לשם קידושין, או שלא רצו להתקשר בקשר אישות ממש אלא למלא תאוותם.

ולא נשאר אלא לחוש לדעת ר' חסדאי המובאה בשו"ת ריב"ש סי' שצ"ח דמיוחדת היא אשת איש משום סברת מי איכא מידי וכו', אבל דיעה זו נדחתה כנראה לגמרי.

(ב) בנדון דידן הלא לא נודע לנו שהיו עדי יחוד. ואם כי הריב"ש בסימן ו' הביא דעת הרא"ה ז"ל בקטנה שלא מיאנה והגדילה ונישאת לאחר דאמרינן דמסתמא בעל הראשון לשם קידושין, דאדם יודע שאין קידושי קטנה כלום וכו' והרא"ה ז"ל

הרמ"א שאם האיש הוחזק לזנות או שיש לו אשה אחרת לא חיישינן, ומקור דבריו בתרומת הדשן סי' רט. ולהלן מדברי תרומת הדשן:

"מ"מ נראה דבסברא כל דהו דחינן להך חזקה א"א עבב"ז כה"ג בני"ד, דיפה כתב הרמב"ם שהדבר רחוק מן הדעת והלב מהסס לומר על איש ואשה שנתפתתו ליצרם ונכנסו לסתור לבעול שיבעול לשם קדושין, ועתה בדורותינו אינו מצוי כלל". על כן לפי דבריו בנידון זה לפי עניינם של הצדדים בפנינו כאמור, אין לחוש אף לשיטת הגאונים.

ובשו"ת הרד"ך בית ט' סי' ח' כתב שגם אליבא דשיטת הגאונים אין לחוש כשלא נבעלה בפני עדים.

וכן כתבו הפוסקים בפשיטות שגם אם האשה מיוחדת לאיש כפילגש, אינה צריכה גט.

ובספר חזון איש שו"ת וחידושים סי' רמ, השיב אודות: "אחד שדר עם אשה כדרך איש ואשתו בלי חו"ק וגם הולידו בן", והיה מקום לדון בשאלת היתרם זה לזו לאחר שקידש את אחותה כדי שתוכל להישאר בארץ, וכתב:

"המתגדלים על דעות כפרניות ואינם בדרכי הציבור הישראלי הם בכלל מוחזקים בפריצות עריות דמודה הראב"ד פ"י מה' גירושין הי"ט להר"מ, ובודאי הנדונית לא טבלה לנדוטה, וכבר הסכים המל"מ שם הי"ח דאין חוששין לקדושין. ואין חילוק בין זמן מרובה לשעה קלה כמש"כ המשל"מ שם בשם ריב"ש. ואם כל זה דנו להקל להתיר אשת איש, איך ניקו אנן וניקיל בקדושין גמורין להתיר אחותה".

בתשובת הריב"ש סי' שצח דחה דעת הרב השואל, הרב חסדאי, שסבר שפילגש אינה ניתרת לאחרים כל עוד לא התגרשה משום "ליכא מידעם דלישראל שרי ולעובד כוכבים אסור", כמבואר בסנהדרין דף נט ע"ב. וכן בשו"ת יכין ובוטו חלק א' סי' קלח כתב להתיר פילגש חברו, וז"ל:

"שאלת איש אחד מישראל בא לוהראן מפורטוגאל והיה יושב עם גיורת אחת שהבי' עמו ונתגיירה בוהראן וישב עמה בלא קידושין ובלא כתובה ואח"כ ברח והניח אותה אם צריכה ממנו גט קודם שתנשא או לא.

תשובה, לי נראה שאין כאן אישות כלל כיון שלא קנה אותה באחד מג' דברים שהאשה נקנית בהם כדתנן בפ"ק דקידושין האשה נקנית בכסף בשטר ובביאה ואעפ"י שישב עמה ובא עליה כמה פעמים אינה נקנית בכך שאין כאן ביאה שקונה אותה בה. כי הביאה שיקנה האדם בה את האשה היא שתהיה בתורת קידושין ויתיחד עמה בפני עדים ויאמר לה הרי את מקודשת לי בביאה זו, וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה' אישות, וכן כתב הרב בעל הטורים ז"ל בס' אבן העזר בסימן ל"ג. הילכך האשה הזאת אפילו יאמר הוא שבא עליה בתורת קידושין אינן קידושין כלל כיון שלא נתייחד עמה בעדים וכיון שאינן קידושין לא קנה אותה ואינה אשתו הילכך אינה צריכה גט ממנו".

וכן כתב בספר לחם משנה הלכות מלכים פרק ג הלכה ב': "ועוד קשה לדעתו איך אמר דהתירו ליחד ולא לגרש, יוציא



בקהילות ישראל השונות שלא להצריך גט בנסיבות אלו של חיים משותפים ללא חופה וקידושין או נישואין מכל סוג אחר, והביא לכך מקורות רבים. וכן בספר מסורת משה ח"א עמ' תיח סי' צג הביא שזו היתה דעת הגאון רבי משה פיינשטיין זצ"ל. ובספר ביכורי יהודה (להגרי"ל דון יחיא) חלק א' סי' ג' כתב בדעת הצמח צדק:

"וגם בעובדא דהצמח צדק היה החשש שמא בעל לשם קידושין, ובנידון דידן אין שייך זה כמו שנתבאר, וגם הכל הולך אחר החיתום והאדמו"ר בצמח צדק חתם דבריו דמ"מ מהסוגיא דנדה משמע דאין צריך גט".

בנוסף, יש לדון שגם אליבא דשיטת הרב חסדאי, האשה אסורה לאחר רק כל עוד היא במעמד של פילגש חברו ולא לאחר שנפרדו לגמרי, שאז גם בדינם של בני נח כבר אינה אשת חברו, כמבואר ברמב"ם הלכות מלכים פרק ח' הלכה ט'. וסמך לדברים אלו מתשובת מרן הראי"ה קוק זצ"ל בספר עזרת כהן סימן לח, שכתב בלשון זו:

"מי שנשא אשה בערכאות, ואחרי כמה שנים שחיו יחד גרשה ג"כ בערכאות, אם צריכה ג"כ גט. והנה אבן פינת המחמירים בפילגש להצריכה גט, כמו שהעיר הרב ר' חסדאי בתשובת ריב"ש, בחששו שמא רק ממיתה נפקא, אבל לאיסור אסורה דלא גרע מבן נח. ועפ"ז מתבססות הראיות שהובאו מדברי האחרונים מהא דכמה קשים גירושין דפרק כה"ג בסנהדרין, שכולל ג"כ פילגשים דמשמע שצריכין גירושין, וכן מהא דמביא ראי' בירושלמי יבמות פ"ב מריצפה בת איה לגבי אשת חמיו, אף על פי שהיתה פילגש.

כל הדברים הללו נכונים רק להאמר שיש בהם חומר של בני נח כל זמן שלא נפרדו זה מזה כדיני בני נח, שדי להם בהפרשה בעלמא, ביציאה מרשות, ותלוי בכל אחד מהם, ודין האיש והאשה שוים, כד' הרמב"ם בפ"ט מה' מלכים, וא"כ י"ל דגירוש כזה ג"כ קשה הוא וק"ו גירושין גמורין, וכ"כ כיון שהיתה פ"א זקוקה בתור אשה שצריכה איזה גירוש שהוא פשיטא לי' להירושלמי שהיתה נכנסת בכלל אשת חמיו עכ"פ לגבי איסורא. אבל כשהיו להם גירושין פומביים המספיקים לגבי דין ב"נ, לא מצינו שום חשש וסמך לאיסור, ונשאר רק לחוש להמחמירים משום שא"א עושה בב"ז, לע"ד די לנו לחוש לחומר זה כ"ז שאין לנו הוכחה שאינו רוצה בסדרי קידושין של ישראל, אבל כאשר נשא בערכאות והוכיח סופו על תחלתו שגם גירש בערכאות אין לנו הוכחה יותר גמורה מזו שאינו חפץ כלל בקידושין ולמה נחוש לה. ע"כ אם שבאין עיגון ראוי עכ"פ לחוש לחומר א"א להצריכם גט, אבל במקו"ע אין לי שום יסוד לחוש ע"ז".

הרי שכתב ביחס לדעת רב חסדאי, שאין לחוש לסברתו לאחר שכבר נפרדו.

וכן בשו"ת בית אבי חלק ב' אה"ע סי' קז ס"ק י' כתב שביחס לשיטת רב חסדאי די בכך שכבר נפרדו ושילחה מביתו כדי שלא לחייבם בגט.

מפרש דאפילו אם לא היו עדי יחוד, משום שהיא אשתו ועומדת תחתיו והכל יודעים שמתייחד עמה ובא עליה, והריב"ש ז"ל נראה מדבריו שלפי שיטה זו, גם בעובדא דידיה שהאנוסים נישאו בנימוסי הכומרים, יש לחוש לקידושין, וא"כ אף כאן י"ל כך דלא בעינן עדי יחוד.

הנה אין הנדון דומה לראיה. דהתם כיון שנישאו בנימוסי הגוים ונתחייבו בחיובי אישות בדיניהם ברור לכל העולם שרצונם להיות בעל ואשתו ולהיות קשורים ואגודים בקשר האישות, ובודאי היו נישאים בדת ישראל אלא שיראים לנפשם מפני המות הצפוי להם מצד האינקביזיציה. אבל כאן הכל יודעים שהיו יכולים להנשא כדמו"י, ובחרו להם לחיות חיי הפקרות, וע"כ הכל יודעים שאין רצונם להיות קשורים בקשר הנישואין, ויודעים אמנם שמתחידים ושהוא בא עליה, אך לא לשם אישות, כי זה עיקרם של חיי טומאה הללו שיהיו חפשים לנפשם.

ועוד דהרי העיקר הוא הביאה הראשונה (שאם כבר הורגל לבעול אותה לא לשם קידושין שוב בודאי אין החזקה הנ"ל) וכשנתחדו בראשונה מאין לנו שהיה ידוע אז לעדים כשרים שהם מתייחדים כאיש ואשה, עד שנאמר שהידיעה הזאת עולה עדות? ובשלמא בנדון של הריב"ש הרי נעשו הנישואין הנמוסיים בפרסום גדול, והיה ידוע תיכף לכל הקהל שאלה האנוסים הלכו לדור בתורת בעל ואשה.

וכן בקטנה שלא מיאנה וכו', דהכל יודעים שאשתו היא עוד מקודם שגדלה ועומדת תחתיו ידוע ומפורסם לכל שהם מתייחדים, וידוע שהבעילה הראשונה תיכף לאחר שהגדיל היא לשם קידושין.

אבל בנדון דידן, אפילו אם נניח שבביאה הראשונה נתכוונו לשם קידושין, אבל מאן לימא לן שהיה ידוע כבר אז לשני עדים כשרים שנתייחדו לשם אישות? ואמנם אח"כ כבר נתפרסם ונודע לעדים כשרים, אבל אז כבר בעל ביאה ראשונה, ומהביאה הראשונה ואילך היה בועל על דעת הביאה הראשונה, ואפילו אם נניח שהוא בתורת אישות אבל לא לשם קנין אישות...

(ה) ואולם בעצם הדבר הלא רבו הספיקות. שמא אין חשש קידושין כלל אלא בנתגרשה מן הנישואין ובמקדש על תנאי, וזוהי שיטת רובא דרובא של רבותינו גדולי הפוסקים ז"ל.

וחשש קידושין אפילו בלי התנאי הנ"ל, שמא אין זה אלא בכשרי ישראל, לא בבעלי נידות, וכשיטת הראשונים ורוב האחרונים ז"ל, דכפושעי ישראל לא אמרינן חזקה זו.

ואפילו אם לא נאמר כנ"ל, עדיין יש ספק גדול שמא הוא דווקא כשיש עדי יחוד כשרים, וכבר העירותי למעלה דאף לדעת הרא"ה ז"ל אין לחוש אלא כשיש אומדנא שכוונתם לאישות, חוץ מהעובדא שחיים בחדר אחד בלבד. ולא פש לן למיחש אלא לדעת רב חסדאי ז"ל דבכל מיוחדת יש ענין אשת איש אלא שאינם בסקילה".

על כן מסקנת הגרי"א הרצוג זצ"ל:

"העיקר לע"ד שזה הגט היה רק רווחא דמילתא בעלמא".

ועיי"ש בספר נחלת צבי (בעמ' 293) שכתב שכך היה נהוג

למרות זאת, בדבריהם בפסק הדין הנזכר, בעמ' 58, חששו להחמיר לכתחילה אם אפשר בגט. אך מכל האמור, צ"ע במסקנתם זו, מאחר שרבו הפוסקים ראשונים ואחרונים שהורו בפשיטות שאין צריך גט, וכן פסק השו"ע בכמה מקומות כאמור לעיל, ובנוסף רבו החולקים על הצמח צדק, וגם הצמח צדק גופיה לא הייתה ברורה לו סברא זו לחייב גט, ונראה ממסקנתו שהעיקר שאין צורך בגט. בנוסף, הנידון שלהם באותו פסק דין היה כשכבר נפרדו, ובהתאם למבואר, בכה"ג כבר אין לחוש לסברת רב חסדאי, שהיא מצד עצמה דעה יחידאה.

**סיכומו של דבר**, רק ביחס לאשה שהתגרשה וחזרה לחיות עם הגרוש ללא חופה וקידושין יש צורך בסידור גט מחדש, וכן בנישואין אזרחיים מכל סוג מורים על גט לחומרא, אך לא בזוג החי יחד ללא כל מסגרת נישואין, ובוודאי שכן בבני זוג המרוחקים משמירת מצוות, טהרת המשפחה וכיוצא בזה, ובחרו מתוך שיקול דעת שאינם רוצים בהליך חוק. על כן כל המקורות שהציגה התובעת המתייחסים לזוג לאחר גירושין או בנישואין אזרחיים אינן רלבנטיים לנידון זה, וגם החלטת הדיין בבית הדין בבאר שבע שצירפה לסיכומי הטענות, אינה יכולה להתקבל בהתאם לאמור לעיל.

על כן במקרה זה אין לחייב את הצדדים בגט, והוא אינו נחוץ על פי דין וגם לא לחומרא.

בהתאם לאמור: תביעת הגירושין נדחית, והתיקים ייסגרו, אך אין צו להוצאות מאחר שהאשה הייתה זכאית לפנות בתום לב לבית הדין לבירור מעמדם האישי, ואין לראות זאת כתביעת סרק.

ובספר ביכורי יהודה (שם) הסכים עם סברא זו והוסיף בה ביאור, וכתב שאם אמנם היה לבן נח קנין אישות בפילגש היה מקום לומר שבישראל קנין זה לא יפקע אלא בגט, מאחר שיוצאת רק בגט או במיתת הבעל, אבל מאחר שאצל בן נח אין קנין אישות אלא איסור אישות, כמדויק מלשון הרמב"ם פ"א מאישות הלכה א' שאצל בן נח אין את קנין האישות שהתחדש בישראל. ולפי זה כתב:

"דלהכי לא שייך מי איכא מידי דלנכרי אסור ולישראל שרי באשה שייחדה ישראל לעצמו בלי קידושין, משום דבר החלוק בקנין בין ישראל לנכרי, דכיון שמשמע מלשון הרמב"ם דנכרי אין כלל ענין קנין אישות, כי אם איסור אישות, וא"כ שפיר יש לומר לפי דעת הרמב"ם דכל זמן שהאשה מיוחדת לישראל ולא נתפרדו זה מזה אסורה היא לישראל חבירו משום "מי איכא מידי". אולם היכא שהיא עזבה אותו ויצאה מביתו, או שהוא ממאן בה והוציאה מביתו, בוודאי אין סברא להחמיר בזה בישראל יותר מבנכרי, כיוון דכל האיסור הוא משום "מי איכא מידי", ובאופן הזה הלא גם בנכרי כבר חשובה כגרושה".

וע"ע בפסק דין מבית הדין ת"א משנת תשי"ז בהרכב הדיינים הגאונים נ"ע הר"י בבלקי הר"י רוזנטל והר"י מודרי, שהודפס בספר כנס הדיינים תשע"ה, שבארו (שם בעמ' 55) את סברת הריב"ש שלא חשש להצריך גט משום "מי איכא מידי", שכמו שהגמ' אומרת ביחס לגזל פחות משווה פרוטה: שאני עכו"ם דלאו בני מחילה נינהו, ה"ה בנידון זה, שאני עכו"ם דלאו בני קנין נינהו, ולכן הייחוד והביאה מהווה את קשר הנישואין, מה שאין כן בישראל שהנישואין מהווים קנין אישות, לכן אין כלל נישואין בביאה בלא קנין.

## סימן יג

### סידור חוק וגיוור על ידי מי שאינו מוסמך

ב. עותק מהחלטה זו יועבר לעיון אם המבקש ואחיו הנזכר, ואין מניעה שיגישו בקשה לדיון נוסף לבירור מעמדם האישי. ג. ביחס לגיוור הנטען יאמר כדלהלן, המבקש לא הציג אסמכתא לטענתו שעבר הליך גיוור. ויצוין לפסק השלחן ערוך יו"ד סי' רס"ח סעיף י':

"גוי או גויה שבא ואמר נתגירתי בבית דינו של פלוני כראוי אינו נאמן לבוא בקהל עד שיביא עדים. ואם ראינום נוהגים בדרכי ישראל ועושים כל המצוות הרי אלו בחזקת גירי צדק ואף על פי שאין שם עדים שמעידים בפני מי נתגירו. ואע"פ כן אם באו להתערב בישראל אין משיאין אותם עד שיביאו עדים או שיטבלו בפנינו הואיל והוחזקו גוים".

במקרה שבפנינו כפי הנראה, המבקש עומד בהגדרה של "נוהג בדרכי ישראל ועושה כל המצוות", ודינו נפסק בשלחן ערוך, כאמור. דא עקא המבקש ציין את שמו של רב פלוני שהסדיר עבורו את הגיוור ואת הנישואין, הכל באופן פרטי. אותו רב אינו מוכר ואינו מוסמך לעסוק בגיוור, ומעיון

בפני בית הדין בקשה לאישור יהדות ונישואין והתקיימו שני דיונים לבירור הבקשה, וכן הוצגו מסמכים והוצגה חוות דעת של חוקר מטעם בית הדין. במסגרת בדיקה שנעשתה בעת הגשת הבקשה ובעת בירור הבקשה, המבקש ואמו טענו שיש לאשר יהדותם, ובהתאם לכך הוצגו המסמכים הרלבנטיים.

כעת המבקש מודה שאמו הודיעה לו כי ידוע לה מקדמת דנא שאינה יהודיה, ומתברר שהבקשה הוגשה שלא בתום לב ולמעשה היתה בקשת סרק שלא בתום לב אלא במגמה להוציא אישור יהדות בלא בסיס במציאות.

לטענת המבקש עבר הליך גיוור באופן פרטי עוד קודם נישואיו הפרטיים.

לאחר עיון בחומר שבפנינו הוחלט -

א. בהתאם למסמכים שהוצגו בפנינו, אם המבקש היא נכריה, ועל כן שני בניה שהם המבקש דנן ואחיו אינם יהודים, וירשם עיכוב נישואין בהתאם.

והיא מקובלת בכל ארץ ישראל בזהירות מרובה (עיינן פתחי תשובה אה"ע שם ס"ק א'). ועל יסודה הננו גוזרים לאסור על כל איש ורב בישראל לסדר קידושין, נישואין, אם לא שהוסמך והתמנה לתפקידים אלה עפ"י כתבם וחתימת ידם של הרבנות הראשית שבערי ארץ ישראל. וכל העושה זאת שלא ברשות, הרי הוא פורץ גדרם של ראשונים כמלאכים ז"ל. בתוקף הטלת חרם על העובר ככל חומר תקנות הרבנים בישראל, על כל קהילות ישראל הקיימות ואילך שתתקיימנה להבא בעזה"י, לשמור ולקיים את כל הכתוב בהם עד בוא גואל לישראל. ושומע לנו ישכון בטח, ושאנן מפחד רעה, ולשומעים ינעם ותבוא עליהם ברכת טוב".

קודם לכן בשנת תרצ"ב, כתב הגאון ר' חיים עוזר זצ"ל מח"ס אחיעזר, בתשובה (שהתפרסמה בקובץ "המעייין" ניסן תשנ"ז) שבו הוא מתייחס לחופות הנעשות שלא במסגרת רישום מסודר במדינה, וכתב שעניין גדול ונחוץ להמנע מכך וחוב קדוש מוטל לפרסם להמנע מכך, מכיון שתופעה זו עלולה להביא לידי תקלות גדולות, "באשר כל מעשיהם בצנעא, נכשלים על ידי אלה שאינם יודעים בטיב גיטין וקידושין, וגם בלי דרישה וחקירה מוקדמת באיסורים חמורים וגם איסורי ערוה".

עוד נציין לתשובת הרמב"ם סי' שמח, ממנה אנו למדים מהי הדרך שנאבדו בתופעה זו בזמננו. וז"ל הרמב"ם:

"בשנת אלף ותצ"ח לשטרות היא שנת ד' ותתקמ"ז ליצירה תקנו רבני מצרים והוציאו ספר תורה ברכים והחרימו על אנשי הכפרים השוכנים בדמנהור וכולכיס ובלמוחלה, לבל ישא אדם אשה ולא יגרש שום אדם את אשתו באלו הכפרים אלא על ידי אלו הרבנים שבכפרי מצרים והם ר' חלפון דיין דמנהור או על ידי ר' יאודה הכהן דיין כולכיס או ע"י ר' פרחייה דיין אלמוחלה, והסכמנו והחרמנו כל מי שיתן רשות לאדם שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין כדכתיב רבים חללים הפילה דרשו רז"ל, זהו ת"ח שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין".

בשו"ע יורה דעה סי' רמב סעיף יד כתב הרמ"א:

"י"א דמי שאינו מוסמך למורינו ונותן גיטין וחליצות, אין במעשיו כלום, ויש לחוש לגיטין וחליצות שנתן, אם לא שידוע לכל שמומחה לרבים הוא רק שמצד ענוה ושפלות אינו מבקש גדולות. (מהר"ד כהן סי' כ' ומהרי"ו סי' פ"ה וקכ"ב). ויש חולקים ומקילין (תשובת ריב"ש הנ"ל). ובמקום עגון יש להקל אם כבר נתן גיטין וחליצות, אבל לא בדרך אחר, כי מנהגן של ישראל תורה, כן נ"ל".

הריעותא היחידה אצל מסדר הגט הנידון בדברי הרמ"א, היתה שאינו מוסמך, אבל לא היה יסוד מוכח שמסדר הגט אינו בקי בטיב גיטין וקידושין. אבל אם נוכחנו שמסדר הגט אינו בקי בטיב גיטין, בזה הרמ"א בסדר הגט סעיף א' "גט שסדרו אותו הדיוטות, יש לפוסלו כמו שכתבתי לעיל סי' קמ"א סעיף ל' וסי' קמ"ב סעיף ט",

וכן פסק בתשובת חתם סופר חלק אה"ע ח"ב סי' נד. יתירה מזו, ביחס לגט שנמצאו בו ליקויים, אף כאלה שאינם

בכתובה שאותו רב הסדיר עבור המבקש ואשתו, עולה שאינו בקיא בהלכות כתובות ולמרות זאת הרהיב עוז בנפשו לעסוק בסידור חו"ק. בכתובה דנן לא צוין שהחתן גר, ובמקום "בן אברהם אבינו" נכתב "בן פלוני", דהיינו שם אביו הביולוגי. ובשם הכלה כתב את שמה "מתרכתא פלונית בת בלבד ולא כתב את שם האב.

בנסיבות אלו יש לקבוע כדלהלן.

נמצאו שתי ריעותות במעשיו של אותו רב.

א. שפרץ גדרן של ראשונים וסידר חו"ק למרות שאינו מוסמך לכך, וכן הסדיר גיור למבקש.

ב. שנמצאו מעשיו בסידור חו"ק של המבקש דנן, משובשים.

במסכת קידושין דף ו ע"א:

"כל שאינו יודע בטיב גיטין וקידושין לא יהא לו עסק עמהן".

וכתב בספר שבות יעקב ח"ג סי' קכ"א:

"הכוונה היה שלא יסדר קידושין וגיטין לכתחילה, אם לא שהוא מומחה לרבים שידע בטיב גיטין וקידושין ... לכן תקנה קבועה תקנו שלא ליתן קידושין בלתי התרת הרב שהומחו עליהם".

ובשו"ת כנסת יחזקאל סי' עב כתב:

"אמנם אם אדם יעלה על רוחו לב לסדר קידושין בלתי רשות והורמא האב"ד הקהילה או דמדינה ... היו לא תהיה כזאת בישראל ... וכל גאוני ארץ קבלה בידם מרבני צרפת שקבלו מן ר"ת, שגזר ואמר לבל יסדר קידושין כי אם שנבחר לרב בקהילה או מדינה ... ויעבור על אלה מוחרם הוא מפיהם ומפי כתבם".

ועיין בשו"ת בית יצחק חיו"ד ח"א סי' כו (אות ג') שהסכים עם השבות יעקב והכנסת יחזקאל, וסיים:

"מוכטחנא ששארית ישראל לא יעשו עוולה, אם ידעו שיש איסור בדבר".

וכן בשו"ת דברי מלכיאל חלק ד' סי' קי"ט וחלק ה' סי' רכג חיוק את דברי השבות יעקב הנזכרים, ואף הורה להצריך לסדר חו"ק כדמו"י פעם נוספת ע"י רב המוסמך והמורשה לסדר חו"ק, וכן הורה בספר קומץ המנחה ח"א סי' צה, הובא באוצה"פ אה"ע סי' מט ס"ג.

ולהלן מש"כ הרבנים הראשיים לישראל, הג"ר יצחק אייזיק הלוי הרצוג זצ"ל והג"ר בן ציון מאיר חי עוזיאל זצ"ל לפני כששים שנה שנה (הובאו דבריהם בספר היכל יצחק חלק אה"ע ח"א סי' ה' בהערה):

"דבר נהוג ומקובל בארץ ישראל מפי מרנן ורבנן תקיפי ארעא דישאל הקדמונים זצ"ל, וכן נהוג ברוב קהילות ישראל שלא לסדר קידושין ונישואין, אלא ע"י מוסמכים וממונים לכך מטעם הרה"ר לישראל ולשכות הרבנות המקומיות ומשרדי הרבנות הראשית שבכל עיר וכוך. תקנה זאת מיוסדת עפ"י דינא דתלמודא - כל מי שאינו בקי בטיב גיטין וקידושין לא יהא לו עסק עמהם. ולא כל אדם רשאי ליטול השם לעצמו ולאמר שהוא בקי בטיב קידושין וחליצות, אם לא שהוסמך לכך מפי הרבנות הראשית והמקומית, וגם התמנה לתפקידים אלו. הלכה זאת כתבה רמ"א ז"ל יו"ד סי' רמ"ב ואה"ע סי' קנ"ד,

ובספר הסבא קדישא ח"ג סי' לא, כתב:

"אשת איש שתתגרש על ידי מסדר גט שאינו בקי בטיב גיטין, הגט פסול ולא תנשא בגט זה, ואף דלא חזינן בו ריעותא. משום דרבו דקדוקי הגט וקרוב שיהא פסול ולא אדעתיה דהמסדר, כיון דאינו יודע הדינים שצריך לגט. ועיין בחי' הרמב"ן ריש פרק קמא דגיטין דהביא מי"מ דכי אמר רבה לפי שאין בקי אין לשמה, לאו דוקא אלא הוא הדין לשאר דברים הפוסלים בגט ושואלים ממנו הכל וכו' ולמדוהו מהירושלמי שאמרו לפי שאין בקי אין בדקדוקי גיטין, ואפילו להחולקים נראה דכשידעי דלא בקיאי בדקדוקי גיטין ודאי דהגט פסול, וכמ"ש הריב"ש (סי' שפ"ט) ורבו הר"ן ובתשובת הרא"ם ח"א (סי' ל"ו ומ"ו) מהרי"ו (סי' פ"ה וקכ"ח) ומהר"ש סי' ג' דק"ה) ועבודת הגרשוני סי' ל"ח ומ"ג) ונודע ביהודה מהדו"ת חלק אה"ע (סי' ק"ה), וע"ע בפנ"י אה"ע סי' ב'. ואפילו אם יש לחוש שתצא לתרבות רעה אם לא נתיר שתתגרש על ידי מסדר שהוא ע"ה, אפ"ה אין להקל, וכמתבאר ממ"ש הרב בתה"ד בפסקיו סי' קל"ח וכן כתב הרדב"ז בחדשות סי' קפ"ז."

ובפתחי תשובה סי' קמ"א סעיף כ"ח כתב בשם שו"ת שיבת ציון סי' צא בגט שנשלח מעיר אחרת ונמצאו בו שלש ריעותות, והאריך שם דמצד הריעותות יש להקל בדיעבד, אך מאחר שנמצא ג' ריעותות יש לחוש פן לא ידע זה המסדר בטיב גיטין. אכן אם מכירין את הרב המסדר והוא מוחזק לן שבקי בדיני גיטין והריעותות הנ"ל נעשו על פי מקרה, אז יש להקל. אבל כשמכירין בו שאינו בקי בהלכות גיטין, חזר הדין שיש לפסול את הגט.

על כן בנידון שלפנינו, אמנם הריב"ש והפוסקים הנוכחים לעיל מתייחסים לסידור גט שרבו בו ההלכות והדקדוקים, אך הבאנו דבריהם ביחס לשמועה שהתקבלה שהרב הנ"ל גם סידר גט, ומלבד זאת סברא זו שכתבו שייכת גם ביחס לגיור וסידור החו"ק שהסדיר הרב הנ"ל. כי עפ"י טיב הליקויים שנמצאו בשטר הכתובה, גם אם אין בהם כדי לפסול את הכתובה ואת הקידושין וגיור שנעשה קודם לכן, יש לחוש שאותו רב שסידר את כל הנ"ל הסדירם בדרך משובשת שאין בה תוקף.

לכאורה היה מקום לקיים כעת בירור מקיף בשאלת כשרות הגיור והחו"ק בדיעבד, ולזמן כעת את הרב הנ"ל ואת ביה"ד שהסדיר את הגיור ואת עידי הקידושין ואת הבעל והאשה על מנת לחקור ולברר כיצד הוסדר ההליך. אך אין מקום לכך, מאחר שהנ"ל אינו בקי בסידור חו"ק, אמרינן בזה "כל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש לאו אדעתיה" (מסכת שבועות דף מא ע"ב).

וכעין זה כתב הרא"ש במסכת חולין פרק א' סי' יג, וז"ל: "לא צריכא כגון ששחט לפנינו שנים ושלושה פעמים ושחט שפיר, מהו דתימא הא איתחזק, קמ"ל כיון דאינו בקי בהו זימנין דשהי ודריס ולא ידע. פירושו ואינו מרגיש דכיון דאינו בקי בהלכותיהן, אינו יודע אם נודמן לידו, ואפילו אם ישאלו לו עשית כך וכך או עשית כך וכך ומתוך דבריו ירגישו ששחט

פוסלין את הגט, חששו הפוסקים שליקויים אלו מערערים את חזקת הכשרות של מסדר הגט.

הריב"ש סי' שצ (הביאו ב"י סי' קמא) הביא מתשובת הר"ן, שכתב בלשון זו:

"הביאך לחוש מפני שאפשר שהדיינין מוחזקין שאינן יודעין בטיב גיטין וקידושין כראוי, וכמו שכתבת שלשונם מוכיח עליהם ובכגון זה יפה חששת, שלא לראוהו בלילה בלבד יש לחוש, אלא לכמה פיסולין שאפשר להזדמן בגט, ואני לא אתיר אשה על פי מעשה בית דין, כזה שהיאך אסמוך על בני אדם שאינם יודעין בטיב גיטין מפני שהם כותבים שנתברר להם שכל ענייני הגירושין נעשו כהוגן וכתיקון חכמים להתיר אשה העומדת בחזקת איסור, ואנחנו היודעים ועדים שאינם כדאי שיהיו העניינים הצריכים בגט מתבררים להם."

והרשב"ש בתשובה סי' ה' כתב:

"כמה מכוזר הדבר לנהוג קלות ראש בגיטין ולהתעסק בהם מי שאינו בקי בהם, והם קשים לעולם יותר מדור המבול, וקרובים היו להביא האשה הזאת לבית פסול."

ובספר שבות יעקב חלק ג' סי' קכא (בתשובת הכנסת יחזקאל) כתב:

"אף דמסיק רוב בקיאי הן, ורש"י פי' רוב ישראל בקיאי הן כו', אפילו לר"מ דחייש למיעוטא דסתם ספרי דדייני מגמר גמירי, ועיין ברי"ף דהלכתא כרבא לפי שאין בקיאי לשמה, ועיין בתשובת הריב"ש סי' רע"א. אמנם האינדא דיש הרבה דקדוקים בגיטין ושינוי השמות ומקומות ומטבע שטבעו חכמים בגיטין, ודאי מי שמסדר ואינו יודע בטיב, מרבה ממזרים בישראל וקשים לעולם יותר מדור המבול."

ובספר דברי חיים אבן העזר ח"ב סי' צ כתב:

"אם חזינן דהאי גברא אינו מהרוב, דהרוב העוסקים בגיטין יודעים מדינים הפשוטים הללו, וכיון שאתרע הרוב, אוקמא אחזקת אשת איש, וכמו שמבואר דבר זה בש"ס כתובות [ריש פ"ב ט"ז ע"ב]."

וקודם לכן שם בסי' פט בנידון שהוא קל מהנידון כאן, באותו מקרה נכתב גט בשינוי כמה עניינים משונים מכפי המנהג בנוסח הזמן וכתובת השמות והעדים, ובוה השיב הדברי חיים:

"לפי המבואר כמעט בכל אחרונים דאפילו אם לא טעו רק בעניינים הנצרכים לכתחילה, כיון ששינו בדבר ברור הנהוג ונתפרסם לכל, נראה שאינם בקיאים בטיב גיטין והגט פסול, וכן כתוב בהדיא בנודע ביהודה [מהד"ת] בתשובה סי' ק"ה וסי' ק"ו ... אם לאו דסתם ספרי דדייני מיגמר גמירי היו צריך שני עדות דוקא, וא"כ בניכר שהמסדרים נפקי מרובא ומסתם ספרי דדייני דהרי חזינן דלא גמירי, בודאי שוב צריך שני עדים ... וכשיוצא מהרוב צריך תרי עדים לאסהודי על לשמה כמבואר בש"ס ... ולכן ודאי גם אם לא נראה מהם שטעו רק בחומרת המנהג המסודר לכל, נראה שהמה הדיוטות ויצאו מכלל סתם ספרי דדייני מגמר גמירי, וצריך דוקא שני עדים כמו כל דבר שבערוהו, ולכן הגט פסול, עכ"ל."

אם כן בנדון דידן דידענו בהם בודאי דלא בקיאי איך נסמוך עליהם ולהאמין לשליח במה ששאלו לו אם עשו כהוגן ולא טעו בדבר דאפשר דהוי פיסולא דאורייתא. כי מאחר שאינן בקיאים בהלכות גיטין כלל ואין להם כי אם אותו הסדר ששלחו להם מכאן מי יודע מה פיסול הזדמן להם בכתיבתו שלא הזהירות בו בסדר ששלחו להם. ואפילו הסדר ששלחו להם אפשר שזוהרו בו ככל דקדוקיו ואפשר שלא הבינו ממנו איזה דבר. ואם נאמין השליח במה שנשאלו לו הויא עדות גמורה, דדל מהכא טעמא דסתם ספרא דדייני מגמר גמירי וזוהר הדבר להיות דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים והיינו צריכים שני עדים שיעידו על כל פרטי פרטים של גט. ואפילו הכי לא יספיק כי שמא נזדמן איזה פיסול שלא יעלה על דעתנו לשאול מהם מאחר שמסדרי הגט היו הדיוטות".

עד כאן מתשובת דרכי נועם.

כאמור, בבית הדין התקבל מידע שאותו רב הרהיב עוז בנפשו לסדר גט, וכל האמור מתייחס גם לסידור הגט, ובוודאי שביחס לסידור גט והיתר אשת איש לעלמא הדבר חמור שבעתיים.

על כן מכל האמור הוחלט:

אין לסמוך על הגיור וסידור חו"ק שהסדיר אותו רב ביחס למבקש דנן. ואם המבקש מעוניין להסדיר את עניינו כראוי, עליו לפנות לבית הדין בבקשה לסדר הגיור ולאחר מכן בבקשה לסידור חו"ק כדמו"י באמצעות רב מוכר ומוסמך. מזכירות בית הדין תזמן את הרב הנ"ל לדיון שבו הוא יידרש במפגיע למשוך ידיו מסידור חו"ק וגיטין וכן מגיור, ויובהר לו שלאחר אזהרה זו, אם ישוב ויסדיר חו"ק או גט או גיור בלא שהוסמך לכך, יינקטו כנגדו כל האמצעים החוקיים העומדים ברשות בית הדין.

יפה, אין לסמוך עליו דכל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש לאו אדעתיה".

ובתשובת דרכי נועם חלק אה"ע סי' ג' כתב, וז"ל:

"והריב"ש בתשובה סי' שפ"ח כתב על מעשה ב"ד שהיה קצר והיו בו טעויות מדקדוק הלשון, וזה מורה שלא היו הב"ד יודעים בטיב גיטין וקדושין כראוי ... והשיב לו הר"ן ז"ל אבל דעתי שהביאך לחוש למה שחששת מפני שאפשר שהדיינין מוחזקים שאינם יודעים בטיב גיטין וקדושין כראוי וכמו שכתבת שלשונם מוכיח עליהם, בנדון זה ודאי יפה חששת שלא לראהו בלילה ודאי יש לחוש, אלא לכמה פיסולים שאפשר להזדמן בגט, ואני לא אתיר אשה על פי מעשי ב"ד כזה שהיאך אסמוך על בני אדם שאינם יודעים בטיב גיטין וקדושין מפני שהם כותבים שנתברר להם שכל ענייני הגירושין נעשו כהוגן וכתיקון חכמים להתיר אשה העומדת בחזקת איסור, ואנחנו היודעים מעידים שאינם כדאי שיהיו העניינים הצריכין בגט מתבררים להם, עד כאן לשונו ... הרי שאעפ"י שלא נתברר בודאי. שהיו ב"ד טועין והדיוטות אלא מתוך לשונם שמוכיח עליהם שלא היו בקיאים חששו לומר דלא בקיאי אינון ומטעם זה פסלו הגט אף על פי שלא נתברר להם בודאי שהיו ב"ד טועין והדיוטות כמו שמוכיח מלשון התשובה. וכ"ש כשאנו יודעין בודאי שהן הדיוטות גמורים בנדון דידן שהרי הוצרכו לסדר להם בכתב נוסח הגט וסדר כתיבתו ותיקונו שבודאי שיש לחוש בכאן לכמה פיסולים שאפשר להזדמן בגט ולא אדעתייהו, כיון שאינם יודעים מעצמם דיני גיטין כמו שהפליג הר"ן ז"ל, והיאך נסמוך על מה שכתבו להם מכאן, מאחר שאינם יודעים מי יודע מה פיסול נזדמן להם בכתיבתו ולא הרגישו בו מסדרי הגט כלל, לפי שאינם בקיאים בהלכות גיטין מה הם הדברים המכשירין ומה הם דברים הפוסלים.

## סימן יד

### קידושי שחוק

לדברי המבקשת, היא נמנעה לזרוק את הטבעת באותו מעמד, או להביע התנגדות, כדי שלא לבייש את הבחור, אך לא היתה כל מחשבה להתייחס לאירוע כמעשה שיש בו משמעות של קשר קידושין או נישואין.

אמנם ביחס לקידושי שחוק נקבע בשו"ע אה"ע סי' מב סעיף א' שלא להקל על יסוד אומדנות, אך עיין בחו"א אה"ע סי' נב סק"ג, על כן כשהנסיבות מוכיחות בבירור וללא ספק שלא היתה כל כוונה לקידושין, ובצירוף טעמים נוספים שיבוארו להלן, אין צורך להורות על סידור גט לחומרא.

הראיה הברורה השוללת כוונת קידושין היא: המקום הזמן והאווירה, וכן העדר כל קשר קודם בין הבחורה והבחורה.

להלן מספר שו"ת מהר"ם לובלין סי' סד שכתב בנידון שם: "ואני הח"מ בצירוף שאר תופסי ישיבות יושבי על מדין מנהיגי המדינות יצ"ו לעיין בדינא דקידושין הנ"ל, ועלה בהסכמתנו

בפני בית הדין בקשה לבירור מעמדה האישי של המבקשת. לפני כשלוש שנים בעת בילוי בחוף הכנרת, המבקשת קיבלה טבעת מבחור, שאמר לה: "הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדת משה וישראל", וכעת בית הדין שמע את המבקשת ואת אותו בחור.

לדברי שניהם, אותו אירוע נעשה מתוך שחוק וללא כל כוונה לקידושין. הטבעת נלקחה מחבר של הבחור שהתבקש להשאילה לבחור, ובאותו מעמד נכחו חברים וחברות שלהם, ולא היה ביניהם אדם אחד השומר תורה ומצוות.

יצוין, במקרה זה הבחורה מבוגרת מהבחור בתשע שנים ולא היו ביניהם קשרי חברות קודמים, ובודאי שלא קשרי חברות המביאים להשערה שהיתה כוונה לקידושין. בנוסף, באותו מעמד היה אירוע הכולל בילוי ושתיית אלכוהול על חוף הים, דבר המחזק את הטענה שלא היתה כל כוונה לקידושין.

אמנם עברו שלוש שנים מאז אותו אירוע ויתכן שהבחור כבר אינו זוכר את הפרטים לאשורם ויתכן שאמר למשאל שכוונתו לקדש בטבעת את הבחורה. אך גם אילו היה מקום לחוש לכך, אין ממש בקידושין.

ולהלן מש"כ בספר אחיעזר בתשובתו הנזכרת, ח"ד סי' נא:

"ההוכחות מן הצד, כמו מה שהיה מעשה הקידושין בפרוודור שלא כנהוג, מוכיח שהיה דרך שחוק והיתול. וגדולה מזו כתב מהר"ם לובלין בתשובה סי' ס"ד ... ועוד כיון שהטבעת לא היתה שלו רק בתו של בעה"ב נתנה לו את של אביה, ואף אי נימא דהיה לה רשות להשאילו, מ"מ הא כל עיקר הטעם דמהני טבעת שאולה הוא משום דכוונת המשאל הוא ליתן במתנה באופן המועיל שיוכל לקדש בו, אבל היכא דלא היה אלא ענין שחוק, שוב ליכא להך אומדנא כלל".

טעם נוסף שלא יועיל אף לשיטת הרא"ש, כתב בתשובת מנחת אשר להגאון רבי אשר וייס שליט"א, ח"א סי' עג בלשון זו:

"אף שכתב הרא"ש (פ"ק דקידושין סי' כ') דהשואל טבעת מחבירו ע"מ לקדש בה אשה מקודשת אף דשאלה לא קניא דהרי זה כאילו התכוין לקנות באופן המועיל לקידושין, דכיון דמדובר באנשים שאינם שומרי תורה ומצוה וכל מושג חלות קידושי תורה רחוק מתודעתם ועניינם, ומבחינתם אין כאן אלא טקס דתי, כל שאין כאן נתינה ראויה לקידושין אין הקידושין חלין, ומ"מ מידי ספק לא יצאנו".

דהיינו, בנסיבות אלו אין מקום להניח שהמשאל השאיל את הטבעת והקנה אותה לבחור מתוך כוונתה שיקבלה בדרך שתועיל לתפיסת קידושין.

על כן בצירוף כל הטעמים האלו, אין יסוד לחוש שהיתה כוונת המשאל והשואל להקנות את הטבעת באופן שיוועיל לקידושין, ולכן לכל הדעות הקידושין אינן בתוקף מאחר שהטבעת לא היתה של הבחור.

בנוסף, יש לצרף טעם נוסף, שלא נכחו במקום עדים הכשרים לעדות. לדברי הבחור והבחורה, כל החברים שנכחו היו חילונים. אמנם טעם זה אינו יכול לעמוד בפני עצמו, עיין שו"ת בנין ציון החדשות סי' כג שדן אותם כתינוקות שנשבו, ועיין בקובץ "שורת הדין" כרך ה' עמ' שע"ב במאמרו של הגר"ח איזירר זצ"ל שהאריך בשאלה זו, ועיין בספר עטרת דבורה ח"א סי' כד עמ' 165 ביחס לשיטת התומים ושיטת הסמ"ע. על כן שיקול זה אינו יכול להיחשב כטעם בלעדי לביטול תוקף הקידושין, אלא מצטרף כסניף לטעמים הנ"ל.

**מסקנת הדברים:** לא היה ממש באותן "קידושין", ואין לחוש לחייב את המבקשת לקבל גט.

אמנם מן ההכרח להזהיר את בני הנוער שיש להימנע ממשחקים מהסוג הזה, מאחר ובנסיבות מסוימות ההליך עלול להביא לכך שהבחורה אכן תהיה מקודשת בלא שהיא מודעת לכך, עם כל ההשלכות החמורות.

שאינן כאן חשש קידושין כלל מכמה טעמים ונימוקים ... הטעם השלישי, כי מאחר שאין זה נהוג בזמנינו לקדש שום אשה כי אם בעת כניסתה לחופה, וכ"ש בת קצינים כזו, מפורסם ופשוט הוא שאפילו אם היה האמת כמו שהעיד העד, היה הכל דרך שחוק ובדיחותא, ולא היתה כאן שום כוונת קידושין, עכ"ל.

ועיין באוצה"פ סי' מב ס"ק יא אות ד' שהביא פוסקים שצירפו את סברת מהר"ם לובלין, להאמינם שלא כיוונו לשם קידושין. וכן בספר אחיעזר ח"ד סי' נא, כתב וז"ל:

"ההוכחות מן הצד, כמו מה שהיה מעשה הקידושין בפרוודור שלא כנהוג, מוכיח שהיה דרך שחוק והיתול. וגדולה מזו כתב מהר"ם לובלין בתשובה סי' ס"ד מאחר שהנהוג בזמן הזה לקדש בעת כניסה לחופה, תלינן שהכל דרך שחוק והיתול, וכן הובא בתשובת מהר"ם פאדווא סי' כ"ו שהביא מתשובת הגאון מוה"ר צבי הירש האלבערשטאט ז"ל שכתב: "העולה מדברינו היכא דאיכא לעדים לספוקי אם כיוונה לשם קידושין או לשם שחוק הוי כמקדש בלא עדים. וא"כ בנ"ד מצד הסברא כיון דאין דרך בנות ישראל לקדש כן, ובפרט במדינות אלו, לא קבלתה משום קידושין אלא משום שחוק, ועכ"פ מידי ספקא לא נפקא והוי כמקדש בלא עדים עכ"ל".

ובספר מנחת אשר להגאון רבי אשר וייס שליט"א ח"ב סי' פא-פב האריך בזה וכתב שמאחר שלעדים היה ברור ללא ספק שכל כוונתם לקידושי שחוק, אין לחוש, ועי"ש האריך בנידון דומה, והעלה שאינה צריכה גט.

אמנם הלכה למעשה, אילו רק מטעם האומדנא, לא היינו מקילים להתירה בלא גט, ושלא לחלק בין המקרים, מחמת הקושי להתיר אשת איש על יסוד אומדנא בעלמא. אך בנידון זה קיימים טעמים נוספים לקולא והם היות הטבעת שאולה מחבר של הבחור, והיעדר שני עדים הכשרים על פי ההלכה לעדות.

בנידון זה הבחור ביקש מחבר שלו: "תביא לי רגע את הטבעת שלך", ולא הבהיר שכוונתו לקדש אשה בטבעת השאולה. בנסיבות אלו יצוין למחלוקת הראשונים האם המקדש בטבעת שאולה קידושיו קידושין, עיין ברא"ש בפסקיו למסכת קידושין פרק א' סי' כ', שהכשיר קידושין אלו ובלבד שהתקיימו התנאים המבוארים בדברי הרא"ש, ועיין בתשובת הרשב"א ח"ד סי' רע"ג החולק בזה.

יסוד דברי הרא"ש בנויים על הסברא שכתב:

"אם יאמר לו השאילני טבעת כדי לקדש בו את האשה דהויא מקודשת. דכיון שהשאיל לו אדעתא לקדש בו את האשה, אנן סהדי דגמר בלבו ליתנו לו באותו לשון שיוועיל לענין קידושין שתהא האשה מקודשת בו. כי אדעתא דהכי מסר לידו הטבעת, ואם לא יועיל בלשון שאלה, יהיה בלשון מתנה, לכל הפחות תהיה מתנה על מנת להחזיר, והויא מקודשת", עכ"ל.

על כן כשלא הודיעו למשאל שזו כוונתו, גם לפי דעת הרא"ש אין לחוש.

## סימן טו

## ביטול קידושין בטענת מקח טעות

בכתב תביעה הנ"ל, קיימת טענה לעילה לחיוב הבעל בגירושין בגלל עזיבתו את הבית ורצונו בגירושין, וכן מאחר שהבעל השמיץ אותה. אין בכתב תביעה זה כל טענה מסוג הטענות שעלו לאחר מכן המייחסות לבעל בעיות נפשיות והתנהגות שאינה הולמת בן תורה או קשר אסור עם גברים. רק בדיון שהתקיים לאחר כחודש, עלתה טענה המייחסת לבעל בעיות נפשיות לרבות עוד קודם לנישואין, והבעל מצדו הכחיש זאת. להלן קטע מפרוטוקול הדיון:

"הבעל: אני יזמתי את הרצון לגירושין. אני מבקש להתגרש מיידית.

ביה"ד: מה התייחסותך לגבי בעיות נפשיות שהיו לך לפני הנישואין, והאשה לא ידעה ע"כ.

הבעל: לא היו לי כל בעיות פסיכולוגיות או פסיכיאטריות לפני הנישואין. אם יתברר שכן הייתי אצל פסיכולוג או פסיכיאטר לפני הנישואין - הכל יחזור אליה. כעת אני לא מתחייב ע"כ בשום קניין. הייתה לי לאחר סוכות חרדה. זה התבטא בקשיי הרדמות ובקושי בריכוז שנבעו מהיחסים בבית. עילת הגירושין מצדי היא שחשבתי שהתחתנתי עם אשה נורמלית, והתברר לי לאחר 4 שבועות שהיו לה טיפולים פסיכולוגיים. היו לה יחסים אינטימיים עם בנות אחרות. היא אף החזיקה תמונה של אחת מהן. היו לה יחסים לסביים עם חברה. היא הודתה בכך בפני."

בדיונים שהתקיימו לאחר הגירושין, האשה ניסתה לבסס את הטענות אודות מחלה נפשית של הבעל קודם לנישואין או קשר אסור עם גברים, אך הדבר לא עלה בידה. בכל מקרה גם אילו היה בידה להוכיח שהבעל סבל מכפייתיות המוגדרת כ-o.c.d., ככל שהדבר נוגע לטענת מקח טעות לבטל את הקידושין, יש צורך להוכיח שהבעל סבל ממחלה זו בצורה קשה וחמורה באופן שמנע ממנו לתפקד בדרך מינימלית, וכי עקב כך יש לקבוע שהתגלה אצלו מום גדול שלא היה ידוע לאשה וזו תשתית לטענת מקח טעות.

בעיקרה של הלכה זו, ביטול קידושין בטענת מקח טעות, עקב מום שהתגלה אצל הבעל שלא היה ידוע לאשה בעת הקידושין, אינו מבואר להדיא בסוגיות הש"ס וברמב"ם וש"ע, ושנוי במחלוקת.

בשורת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונא) סי' עז נשאל אודות:

"נערה שנתארסה לבחור אחד ולא ראתה מעולם ולאחר אירוסין נודע שהוא עורר."

מהר"ם דן בטענת מקח טעות בקידושין, ומסקנתו: "על כל זאת איני אומר להוציאה בלא גט, אבל לכל הפחות כופין".

הצדדים נישאו בחו"ק כדמו"י ביום ..., והתגרשו בג"פ כדמו"י לאחר כתשעה חודשים, בעת שהאשה הייתה בהריון, ולאחר מכן נולדה להם בת.

הצדדים התגרשו ללא הסכם גירושין מפורט בנושאים הכרוכים בגירושין. הגט סודר על יסוד הסכמת שני הצדדים והסכמת האשה לוותר על הכתובה. התביעה לחלוקת הרכוש נידונה לאחר הגירושין.

כעת עם השלמת ההליכים והעיון בסיכומי טענות הצדדים, להלן פסק הדין.

לצדדים דירת מגורים הרשומה על שם שניהם שנרכשה כארבעה שבועות קודם לנישואין. התובעת מבקשת שבית הדין יפסוק שבעת חלוקת התמורה שתתקבל מפירוק השיתוף בנכס, כל צד יקבל בהתאם להשקעתו. מאידך, הנתבע מבקש לקבוע שהנכס הינו רכוש משותף, ובהתאם לכך יפורק השיתוף בנכס. אגב טענתה זו מבקשת התובעת להורות על ביטול הקידושין בטענת מקח טעות, והגם שהצדדים כבר התגרשו כדמו"י בטענתה זו התובעת סבורה שתוכל לבטל את מעמדה של הדירה כרכוש משותף.

## טענת מקח טעות בגלל בעיות נפשיות

ביחס לטענת מקח טעות ביה"ד מבהיר: הצדדים התגרשו לאחר שהבעל עזב את דירת המגורים וקבע מצב של פירוד. כתוצאה מעזיבת הבעל את הבית, האשה הגישה בקשה לצו עיכוב יציאה מהארץ, ולאחר מכן הוגשה תביעת הגירושין מטעמה.

כתב התביעה המפורט מטעם האשה הוגש בטרם היה לה ייצוג, ויש להניח שהטענות שעלו באותו כתב תביעה, כנות יותר, יחסית לטענות שעלו בשלב מאוחר יותר, אחר שהחל המאבק המשפטי ביחס לחלוקת הרכוש, ובהיותה מיוצגת. להלן קטעים מתוך כתב התביעה של האשה:

עילות לתביעת הגירושין. בעלי עזב אותי בפתאומיות לפני יותר מחמישה שבועות והודיע באמצעות מיופה כוחו כי רוצה להתגרש ממני ולאחר שמאותו יום בכל התקופה הזו השמיץ אותי בהשמצות שווא ושקר וכזב, כיום אני רוצה בגירושין ויפה שעה אחת קודם, ולכן אני תובעת גירושין וסידור גט באופן מיידית...

תביעת רכוש. אבא שלי קנה לנו את הדירה ושילם את כל תמורתה... אני דורשת שהדירה שכעת רשומה על שמי ועל שם בעלי תעבור כולה לבעלותי... מכיוון שאבא שילם את כל תמורת הדירה והיינו נשואים לזמן קצר, בעלי הוא שיזם את הגירושין וודאי שעל דעת כן אבא שלי לא נתן לו שום חלק בדירה...

עיינן בחתם סופר חלק אה"ע סי' פ"ב שדן במקרה שלא היו קידושין על תנאי, אלא קודם לנישואין החתן הטעה את הכלה, וז"ל:

"הוא אמר שהוא עשיר ונמצא עני, אמר שהוא למדן גדול ונמצא אפילו צורתא דשמעתתא אינו יודע".

בתוך תשובתו כתב החתם סופר כדלהלן:

"מריש הוה אמינא לחלק בין האיש המקדש לאשה המתקדשת דאתתא בכל דהוה ניהא לה... כדביבמות סוף האשה שלום וב"ק ק"י ע"ב גבי יבמה שנפלה לפני מוכה שחין. והה"נ הכא באיש המקדש אשה בחזקת שהוא עשיר ולא אמר ע"מ בשעת קידושין אין כאן גילוי דעת שלא תתרצה להתקדש לעני, כי אתתא בכל דהוה ניהא לה. ומשו"ה תנן בהך מתניתא דתנן תנאי דגברא ע"מ שאני עשיר, הא לא אמר ע"מ לא איכפת לן אם הוא עני".

בסוף תשובתו כתב החתם סופר:

"וא"כ לכאורה בנידון שלפנינו לפי ראות עיני המורים יובנו הדברים, מסתמא לא תתרצה האשה להתארס עם איש מארץ רחוקה אי לאו שהטעה אותה שהוא עשיר ולמדן וכמו שגילו דעתו, וכיון שהטעתה בטלו הקידושין. האמנם לא מפני שאנו מדמין נעשה מעשה ולכשיבוא לדינו נתחכם בענין זה (כי בתשב"ץ ח"א רס"י ק"ל מצאתי בהדיא נגד זה ע"כ צ"ע). גם כי בנידון שלפנינו אין אנו צריכי' לכל זה דאפי' לו יהי' שהתנה בפירושו ע"מ שאני עשיר ולמדן מי הגיד לו לזה השואל שאינו עשיר ולמדן באמת וגדולה מזו בקידושין ס' ע"ב דקידושי ספק לעולם הוה ובש"ע סי' ל"ח סי"ד יע"ש וא"כ ה"נ לעולם קידושי ספק הויין דיש מתרושש והון רב ומאן לימא שאינו מוחזק לעשיר בעירו עד שמכבדי' אותו מפני עשרו, וכן לענין למדנותו, ע"כ אין להקל מטעם זה כלל לע"ד".

וז"ל התשב"ץ חלק א' סי' קל שהביא החתם סופר:

"אבל בכאן לא קדשה בתנאי זה אלא שהוציא קול על עצמו שהוא עשיר ויש לו כך וכך ממון והיא האמינתו ונתקדשה לו, ובכענין זה לא מבטלין קדושין. דהא תנן בפרק האומר בקדושין (ס"ב ע"א) המקדש את האשה ואמר סבור הייתי שהיא כהנת והרי היא לויה לויה והרי היא כהנת עניה והרי היא עשירה עשירה והרי היא עניה הרי זו מקודשת מפני שלא הטעתו, וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ח מה' אישות וכן היא שאמרה סבורה הייתי שהוא כהן והרי הוא לוי והרי הוא כהן עני, וה"ה עשיר, עשיר והרי הוא עני הרי זו מקודשת. מפני שלא הטעה אותה עכ"ל. וטעמא דכל הני משום דדברים שבלב אינם דברים, דכי היכי דהיכא דקדיש על תנאי ונמצא הדבר בהפך אף על פי שאמרה בלבי הי' להתקדש לו אינה מקודשת כדאמרין בפרק האיש מקדש (מ"ט ע"ב) ופי' בגמ' דטעמא משום דהוה דברים שבלב ואינם דברים לקיים הקדושין, ה"נ אם קדשה סתם ואמרה סבורה הייתי בכך ואינו כן, הוה דברים שבלב שאינם דברים לבטל הקדושין".

ובספר רב פעלים חלק א' חלק אבן העזר סי' ח' כתב בתוך דבריו:

ועיין בספר שבות יעקב ח"א סי' ק"א ששלל את האפשרות לביטול קידושין בטענת מקח טעות, כגון לאחר שהתברר שהבעל היה סריס ולא נודע קודם לקידושין. ובספר משנה הלכות חלק יז סי' מו כתב:

"ובחידושי איברא להגאון מוהרי"א הענקין זצ"ל כתב באות מ"ז וז"ל, וא"כ כיון שלא שמענו ולא ידענו מימות הש"ס שיבטלו קידושין מחמת מום, ביחוד אחר הנישואין למעשה, ובכל מקום ובכל זמן נמצאו שאלות כאלה ובכולם הצריכו גט הרי ידעינן שהכל נכנסין לספק, ואי אפשר לבטל קידושין כלל אפילו היה מבורר המום ושלא ידע ממנו הצד השני".

אף לדעת הסבורים שניתן לבטל קידושין בטענה זו, אין הדברים אמורים אלא ב"מום גדול", עיין תשובת הר צבי אה"ע סי' קפ וסי' קפא, ואגרות משה אה"ע ח"א סי' עט וסי' פ'.

יתירה מזו, גם אם היינו דנים לבטל קידושין בטענת מקח טעות, היינו דווקא במום שאין לו רפואה. עיי"ש בתשב"ץ ששלל ביטול הקידושין במי שנמצא מיד לאחר הנישואין ללא כח גברא, מכמה טעמים ואחד מהם היה שיש אפשרות לרפואה, וז"ל:

"ועוד שאם אינו היום ראוי לכך, אפשר שיהי' ראוי לאחר זמן ויתרפא מאותו חולי ותשות כח, וכבר ראינו מי שאירע לו כך ושב לאיתנו".

וכן עיין ספר דעת סופר סי' מט שגם לשיטת החוות יאיר סי' רכא שיש לדון מקח טעות בנמצא סריס, לא יאמר כן בסריס כמה שיש לו רפואה, ובוזה לכר"ע אין לדון דין מקח טעות, וע"ע מהרש"ם ח"ג סי' טו.

בנידון זה גם אם אצל הבעל התגלו בעיות כטענת האשה, אין אפשרות לטעון שאין להן רפואה. לכן בנידון זה אילו התבררו טענות האשה, נראה שהבעיה המיוחדת לבעל אינה בגדר של מום גדול שאינו מאפשר לקיים את הנישואין, ואף רחוק מכך שאין לו רפואה. בפרט כאשר גרו יחד בשלום, האשה כלל לא הייתה מעוניינת בגירושין, ולא טענה דבר כנגד בעלה. טענות האשה עלו רק לאחר שהגירושין נכפו עליה עקב הפירוד שהבעל כפה עליה, ורק לקראת מועד הגירושין כשהיה ברור לה שמתגרשים, ויתקיים דיון בתביעת הרכוש לאחר הגירושין.

#### טענת מקח טעות בגלל שימוש במחשב וקריאת ספרים שאינם ראויים

הטענה שהאשה שבאה מבית חרדי עם הקפדה יתירה, לא הייתה מסכימה להינשא, אילו הייתה יודעת קודם לנישואין שהבעל בהיותו בחור השתמש במחשב או קרא ספר בלתי ראוי כזה או אחר, כפי המפורט בטענות האשה, ולא הייתה משקיעה בדירה את סכום הכסף שניתן על ידי בני משפחתה, אינה טענה ראויה ככל שהדבר נוגע לפסיקה לחלוקת הרכוש כמבוקש על ידה.

בתחילה נדון האם יש בטענות אלו טענת מקח טעות לגבי הקידושין.



הוצג בפניה כבחור מובחר מישיבה חשובה, אך לא טענה שהחתן עצמו הציג עצמו כך. הדיון ביחס לשימוש במחשב בתוך הישיבה, מקומו בעת קביעת סדרי הישיבה, אולם אין בו כדי להשליך על תוקף הקידושין, ואינו רלבנטי לבירור התביעה שבפנינו. לפיכך מאחר והקידושין היו שרירים וקיימים עד למועד הגט, הרי דינה של האשה ככל אשה שהתגרשה שאין דין החזר מתנות אלא במורדת, אך לא בנידון זה.

#### מסקנה:

הטענה לביטול הקידושין בטענת "מקח טעות", אינה מתקבלת, וכיוון שכן אין יסוד לטענת מקח טעות ביחס לדירה ששני הצדדים רכשו קודם לנישואין ולצורך הנישואין. מאחר שהדירה נרכשה לצורך הנישואין והם התקיימו, כשם שאין יסוד לביטול הקידושין והנישואין בטענת טעות במקח, כך אין יסוד לביטול רכישת הדירה ורישומה ע"ש הצדדים בשווה, הואיל והדירה נרכשה כדי לאפשר את הנישואין במתכונת עליה סוכם מראש.

"וראיתי להגאון תשב"ץ ח"א סי' ק"ל, שנשאל בראובן שהטעה אשה אחת, שהוציא קול על עצמו שהוא עשיר והיה עני ונתקדשה לו, והשיב דאין טענה זו מספקת לבטל הקידושין, מפני שלא א"ל בפירוש בשעת מסירת הקדושין ע"מ כן, ופשיט לה ממתניתין הנז' ע"ש, ולפ"ד נ"ד הוא כ"ש דהוי קדושין גמורים. וראיתי להגאון חתם סופר אה"ע סי' פ"ב, שכתב על דין התשב"ץ הנזכר צ"ע ע"ש, ובודאי בטל ספיקא דידיה נגד פשיטות התשב"ץ, ועוד י"ל דנ"ד לא הוה הח"ס ז"ל מסתפק, יען דהתם הקול יצא מפי הבעל, ונמצא הוא היה המטעה, והאשה סמכה על דבריו ונתקדשה, אבל בנ"ד לא יצא מפי האשה שום דיבור כלל, ואין לה ידיעה מזה, וגם הבעל מתחלה היה יודע שהאשה אין לה ידיעה מכל זה".

וכן בשו"ת בית יצחק חלק אה"ע ח"א סי' קו דן במי שהטעה את האשה בטעות חמורה ונשאה, וכתב שכל עוד הקידושין הם בסתמא ואינם על תנאי, אי אפשר לבטלן, והיא אשת איש גמורה לכל דבר. וכי גם החתם סופר תברא לגיזוי מפני תשובת התשב"ץ.

לפיכך גם בנידון שלפנינו אין יסוד לטענת האשה לביטול הקידושין, מה עוד שהטענה של התובעת היא שהנתבע

#### סימן טז

### ערך מאתיים זוז ומאתיים זקוקים ופיצויי גירושין

בטרפעיק, חציו היה נותן לשומר בית המדרש, וחציו לפרנסתו ולפרנסת אנשי ביתו".

ופרש רש"י:

"טרפעיק - סלע מדינה, שהוא חצי דינר, כך מפורש בכתובות (סד, א)".

הרי שבחצי טרפעיק שהוא 48 פרוטות, הלל פרנס את אנשי ביתו. וחשוב זה תואם לחישוב שמאתיים זוז מדינה, שהם 4800 פרוטות, הספיקו בזמנו לפרנסת אדם אחד לשנה.

לכאורה לפי"ז ביחס לעיקר הכתובה היה מקום לקבוע כי הגם שנקוב בה סך מאתיים זוז, עיקר הכתובה יהיה צמוד לערך הקנייה של מזונות וכסות של אדם אחד למשך שנה.

הסמ"ע בסי' פח סק"ב כבר עורר שאלה זו, כיצד ניתן להמשיך לחשב את שיעורי המטבע עפ"י משקל הכסף כפי שהיה בזמן חז"ל כאשר כח הקניה של אותה מטבע ירד מאד יחסית לזמן חז"ל, והסמ"ע כתב:

"וקצת קשה לומר כן דשמינית מפעניק יחשב ממון לקדש בו את האשה ולהיות הדיינים נזקקים לו. ואפשר לומר שבימינו היו הפירות והקניינים בזול, ובעד פרוטה היו קונים הרבה פירות ולכך היתה הפרוטה חשובה כממון. ולפ"ז בזמנינו דאין יכולין לקנות בפרוטה כי אם מעט מזעיר, מן הדין הוה לן למימר דאין קידושי אשה סגי בפרוטה ולא פדיון הבן בשני זהובים, צ"ע".

וכן בספר שו"ת בית יעקב סי' קי"ג נשאל ביחס לשיעור

באותם מקרים שבהם אין הסכמה ביחס לתשלום הכתובה, לרבות ביחס לשערוך הסכום הנקוב בשטר הכתובה, וההכרעה באלו הינה משפטית, מוטל על בית הדין לקבוע את ערך מאתיים הזוזים, ואת ערך מאתיים הזקוקים, באותן כתובות שזוהו הסכום שנקבע כתוספת הכתובה. להלן קטע מפסק דין שבו בית הדין נזקק לפסיקה זו.

#### שיעור עיקר הכתובה

שיעור 200 זוז נקבע על ערך השווה ל-960 גרם כסף צרוף, עפ"י פסיקת הרמ"א אה"ע סי' סו ס"ו ולא על סך השווה לדמי מזונות לשנה. אמנם במסכת פאה פרק ח' משנה ח' שנינו:

"מי שיש לו מאתיים זוז, לא יטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני".

ופרש הר"ש:

"שיערו חכמים שזהו שיעור הוצאתו במזונות ובמלבושיו לשנה".

והוסיף בתפארת ישראל על המשנה שם:

"בזמן הש"ס הוה סגי בהכי לפרנס את עצמו בהן, ובכך סגי ליה לשנה לכסות ומזונות. ומצאתי כתוב דלהכי תקנו מאתיים זוז לבתולה, שלא תצטרך לצדקה שנה תמימה".

ומצינו במסכת יומא דף לה:

"אמרו עליו על הלל הזקן שבכל יום ויום היה עושה ומשתכר

### שיעור תוספת הכתובה

בשערוך הסכום הנקוב כתוספת כתובה - 200 זקוקים, נאמרו שיטות שונות, ובפד"ר כרך י"א עמ' 362 לדעת הרוב, הראשלי"צ הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל והגאון הרב יוסף קאפח זצ"ל, מכיוון שיד בעל השטר על התחתונה, אין לחייב יותר ממה שכתב בספר נחלת שבעה סימן י"ב בשם הב"ח, ולא הסכימו עם דעת המיעוט שהסתמכה על שיטת החזו"א אה"ע סי' סו שבהתאם לדברי הגר"א ביו"ד סימן ש"ה קבע כי 200 זקוקים שוים - 57.6 ק"ג כסף צרוף.

ביחס לשערוך המופיע בפד"ר כרך י"א הנזכר כבר העירו בפד"ר כרך י"ד עמ' 187 ובספר הנישואין כהלכתם עמ' שו שנפלה טעות סופר בדבריהם במה שכתבו ששיעור 200 זקוקים פי שנים וחצי מכתובה דאורייתא, אלא השיעור הוא כמ"ש בספר שיעורי תורה הנזכר. וכן כתב בספר מעשה בית דין לחבר בית הדין בירושלים רבי מרדכי טולידאנו שליט"א עמ' קט, וז"ל שם:

"נראה דהעתיקו דברי הנחלת שבעה בטעות, שהרי מבואר בלשונו אחרת, כי מאתיים זוז הם 80 זהובים ולא שמונים זקוקים. ומאתיים זקוקים הם 320 זהובים כלומר דמאתיים זקוקים הם פי ארבע מכתובה דאורייתא ולא פי שנים וחצי, וכמו שכתב להדיא השיעורי תורה שהבאנו לעיל בחישוב שיטת הדיינים. שוב מצאתי בפד"ר כרך י"ד עמ' 187 שהביא מספר נישואין כהלכתם שהעיר כדברינו שזו טעות סופר. והערתי זאת למו"ח הגאון מרן הגרע"י שליט"א ושאלתי אותו: אפשר דנמשך אחר הגר"ק, וענה לי: אפשר".

לאור האמור, בהתאם להכרעה שבפד"ר כרך י"א שם שיד בעל השטר על התחתונה, ובהתחשב בהערה שע"פ האמור בנחלת שבעה המאתיים זקוקים הם פי 4 מכתובה דאורייתא, ערך המאתיים זקוקין הוא 960 גרם כסף כפול 4 = 3840 גרם, ועוד מאתיים זוז שהם 960 גרם עפ"י שיטת הרמ"א סי' סו, לפיכך הבעל חייב לשלם לאשה סך השווה ל-4.8 ק"ג כסף צרוף בהתאם לערכו במועד התשלום.

### פיצוי גירושין

התובעת ביקשה מבית הדין לחייב את הבעל לפצות את האשה בגין תקופת הנישואין. עפ"י ההלכה בית הדין מוסמך לחייב את הבעל בחיוב משפטי הקבוע בהלכה, כגון מזונות או "עיקר כתובה", או לחייב בתשלום הנובע מהתחייבות ברת תוקף כגון התחייבות ב"תוספת כתובה", כפי שהבעל התחייב בה בשטר הכתובה, בכפוף לפסיקה הקובעת שהאישה זכאית לתשלום זה. אולם ביחס לפיצוי אחר כגון הפיצוי שמבקשת האשה, אין לכך יסוד בהלכה ואין מקור בהלכה הפסוקה להטיל חיוב ממון בגין פיצוי כזה על הבעל בנסיבות אלו או אחרות.

מאחר וכאמור בהלכה הפסוקה בשו"ע אבן העזר אין זכר לפיצוי כזה. אין לחייב פיצויים, אלא ניתן להביא לתשלום פיצוי בהסכמה, במקרים שבהם ההליך מסתיים בהסכמה.

פרוטה לכמה הלכות, שהרי בזמננו אין אנו מחשיבים כלל שוה פרוטה, מפני שאין לפרוטה אחת את הערך שהיה בעבר. בתשובתו הביא מדברי הסמ"ע, וכתב על דבריו:

"מה שהקשה הסמ"ע דאיך יהיה הפרוטה שהוא דבר מועט, חשוב לקדש בו אשה כו' נלענ"ד שנעלם מן הרב דברי תשובת הריב"ש סי' קנ"ג בענין כתובת אשה".

הריב"ש בתשובתו שם, נתן מענה לתמיהה זו, וכתב:

"איך הסכימו כל האחרונים ז"ל, וגם הרמב"ם ז"ל, דכתובת אשה דרבנן, בין דתולה בין דבעולה. ושהסכמת כולם, שהמאתים של בתולה, והמנה של בעולה, הם כסף מדינה, שהוא שמינית שבכסף צורי, ולזה, מאתים של בתולה אינם רק כ"ה דינר צורי, ושל בעולה י"ב וחצי. ושערו האחרונים ז"ל, שהדינר ג' ארגינ"ץ, והארגינ"ץ הוא חלק אחד מששה עשר באוקיא של כסף. וכ"כ הרמב"ן ז"ל ... והוקשה לך, איך תקנו חז"ל דבר מועט כזה לכתובת אשה, והם אמרו כדי שלא תהא קלה בעיני להוציאה, והלא אפילו עני שבישראל, כשיהיה לו קטטה עם אשתו, תהא קלה בעיניו להוציאה בדבר מועט כזה. תשובתך, אתה שערת באנשי מירוקה, שעשיריה היו להם בתים מלאים כל טוב, אוצרות כסף וסחורה ומטמוני מסתרים, מרגליות ורוב פנינים, ומערות מלאות דינרי זהב. ואשר אין לו כל אלה, אף אם יהיו לו חפצים ותכשיטים ואלפי זהב, ואומנות נקייה להרויח בה פרנסתו והותר, נקרא עני. אבל תשער בתושבי הארץ הזאת, שאינם מספיקים ללחם צר ומים במשורה, ועל הארץ ישנים, או על שטיח עור, ובכסות יום מתכסים בלילה, ומלבושיהם טלאי על גב טלאי, ורובם הולכים יחפים. ובימי חז"ל כך היו, כמו ששערו במזונות האשה למשרה אשתו על ידי שלישי (כתובות ס"ד ... ושנינו במסכת פאה (פ"ח): מי שיש לו חמישים זוז והוא נושא ונותן בהן, הרי זה לא יטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני, לפי שאינו בגדר עני, וחמשים זוז הם חצי כתובת אלמנה. ותמה על עצמך, איך אשה מתקדשת בפרוטה, שיש בדינר קצ"ב פרוטות, והוא דבר מועט עד מאד, וגם ב"ד נזקקין לתביעת פרוטה, לפי שלא נתנה לימחל מן הסתם. וחכמים ז"ל תקנו כתובה לאשה לכולן בשוה, שלא לבייש את מי שאין לו, ושערו בעני, ואמרו, שאם רצה להוסיף אפילו מאה מנה, יוסיף, והעני, אם ירצה לגרש את אשתו, את כל אשר לו צריך ליתן".

הרי שלא עלה על דעת הריב"ש לשער את עיקר הכתובה בהתאם לכח הקנייה של מזונות וכסות לאדם לשנה, אלא הכל נותר כשיעור משקל הכסף כפי שהיו למטבעות אלו בזמן חז"ל. גם בימינו ובכל מקום, בין אצל עשירים ובין אצל עניים, השיעור שווה. הוספת תוספת כתובה, אמורה להביא את הסכום הסופי הנקוב בכתובה לסכום סביר, בהתאם לרמת ההתחייבות שהחתן יכול להתחייב.

סיכומו של דבר, ערך "עיקר הכתובה" בלא תוספת הכתובה, שנוי במחלוקת הב"י והרמ"א, ובנידון זה עלינו לפסוק עפ"י דעת הרמ"א, ולחייב בגין עיקר כתובה סך השווה ל-960 גרם כסף צרוף.

של תיקי הגירושין, מלכתחילה אין מקום לתביעת פיצויים מעבר לסכומי הכסף שמקבלת האישה מכח הוראות החוק. ע"ע בפד"ר כרך טו עמ' 222 שציינו להעדר פסקי דין לחיוב פיצויים, בפסקי הדין שהתפרסמו בפד"ר השונים, ונראה שהטעם לכך הוא באמור לעיל. בכך נדחה מש"כ שם בעמ' 216, שהסתמכו על פסקי דין מהתקופה הקודמת להנהגת החוק.

לאור האמור, מאחר וכיום הנשים מקבלות את הזכויות המגיעות להן ע"פ החוק, התביעות לפיצוי נוסף אינן רבות, והמקרים בהם פוסקים פיצוי הם מעטים ביותר. שהרי שכל מקרה אין "מנהג המדינה" לפסוק פיצוי הגבוה מהזכויות המתקבלות במסגרת איוון המשאבים. לפיכך גם במקרים בהם נפסק ששטר הכתובה מזכה את האשה בסכום נמוך מאד כמו בנידון זה, בית הדין אינו יכול לחייב פיצוי חילופי נוסף, בהעדר מקור לחיוב נוסף המיוסד על ההלכה או על מנהג המדינה או המעוגן בהתחייבות ברת תוקף.

בנסיבות מסוימות קודם לגירושין האשה רשאית להתנות את הסכמתה לקבלת הגט, בפיצוי ראוי.

אמנם היתה תקופה שבה בתי הדין הרבניים נהגו כדבר שבשגרה לפסוק פיצויים כאלו, וכפי העולה מפסקי דין שבאוסף פסקי דין של הרבנות הראשית מהתקופה שלפני כשבעים שנה, עיין בקובץ אוסף פסקי הדין ח"ב עמ' 42. מאידך, עיין בספר עטרת שלמה (להגרש"ש קרליץ זצ"ל) ח"א עמ' רמ"ג שכתב בנחרצות לשלול את הבסיס ההלכתי למנהג זה וביסס את פסיקתו במקורות ההלכה. ע"ע בפד"ר ח"א עמ' 131 שנהגו בפיצוי זה על מנת להביא את האשה להסכמה לגירושין בנסיבות בהן היא אינה מעוניינת בגירושין, אך לא כשהיא תובעת להתגרש.

עוד נציין כי הדין ביחס לפיצוי, עמד על הפרק בבתי הדין, בטרם קבע המחוקק תשלום לאשה מלבד זכויות על פי הכתובה. אולם לאחר שנחקק חוק יחסי ממון, ובדרך כלל האשה מקבלת פיצוי על פי הוראות חוק יחסי ממון, הן בהסכמה והן במסגרת הליך משפטי, הרי שרוב המכריע

## סימן יז

### הצמדה למרד של הסכום הנקוב בשטר הכתובה

עובדיה יוסף זצ"ל בחלק א' חלק חו"מ סי' ו' הביא דעת חותנו, וז"ל:

"לאחר כתבי כל זאת שאלתי למו"ח הגאון פאה"ד מרן הגאון רבי עובדיה יוסף שליט"א לדעתו בענין גביית כתובה לפי הצמדה וענה לי בזה הלשון: כשישכנו בביה"ד הגדול היינו גובין כתובה לפי הצמדה. ושאלתי לו אם כתב תשובה בענין, ואמר לי שלא כתב, אבל הוסיף שזה פשוט כי סברא היא שלא תקבל האשה אותו סכום, דאז כי לא ישאר אפילו סכום מינימלי לכתובה דהיום. ולפני שנים ג"כ שאלתי אותה שאלה, ואמר לי שהיו מצמידים חלק מהכתובה ולא הסביר מהו החלק ומהם הנימוקים לכך".

ובספר "אורות המשפט" להרה"ג יצחק צבי אושינסקי שליט"א, דיין בית הדין בחיפה, חלק ג' עמ' רצ"ה הביא שמרן הגרי"ש אלישיב זצ"ל נשאל שאלה זו והשיב שיש להצמיד את הכתובה, אך ביחס לטיבה של ההצמדה השאיר הדבר לשיקול דעת בית הדין, ע"ש.

וע"ע בספר עיונים במשפט להרה"ג ח.ש. שאנן שליט"א חלק אה"ע סי' כז שיש להצמיד את הכתובה למדד, ולדעתו כשם שאמרו חז"ל "אחריות טעות סופר", גם היעדר קביעת ההצמדה בשטר הכתובה נידון כ"טעות סופר", כי ודאי זו היתה הכוונה להצמדה גם אם לא נכתב, אלא שזו סברא מחודשת וקשה לבסס עליה פסק דין.

עוד יצוין כי בפסק דין שניתן בתיק אחר והתפרסם בספר עטרת דבורה ח"ב סי' י"ט עמ' 782 כתבנו ונימקנו מדוע אין מקום להצמדת הסכום הנקוב בשטר הכתובה. אך כעת

ביחס לשאלת הצמדת הכתובה, כתבנו באריכות בספר עטרת דבורה חלק ב' חו"מ סי' יט. אך להלן שני פסקי דין שכתבנו לאחר מכן,

בראשון מצאנו לנכון להורות על הצמדה מאחר שבהיעדר ההצמדה הסכום נשחק לחלוטין ונותר סכום זעום. ובשני התייחסנו לנידון של הצמדה בנסיבות שגם בלא ההצמדה, נותר סכום רב ערך המשולם בגין שטר הכתובה.

#### להלן פסק הדין הראשון:

בשטר הכתובה של הצדדים, מיום ז' שבט תשמ"ה, נקוב סך 5,000,005 שקלים ישנים שנהגו באותה עת. החישוב לתשלום בלא הצמדה, קובע את הסכום על סך 5,000 שקל, ויש לדון האם יש מקום להורות על הצמדה.

עיין בפד"ר כרך יח עמ' 37 שמסקנתם שיש להצמיד את הסכום הנקוב בכתובה, לעומת זאת, בפד"ר כרך יג עמ' 308 נקטו בפשיטות שאין להצמיד. ועיין בחוברת "כנס הדיינים" תשע"א עמ' 251 במאמרו של הרה"ג בנימין בארי שליט"א שהביא את הדעות השונות, ובמסקנתו קבע כי יש מקום לפשרה.

עוד נציין שדעת גדולי הדיינים בבית הדין הגדול נ"ע, מרן הגרי"ש אלישיב זצ"ל והראש"ל הצ' הגאון מרן רבי עובדיה יוסף זצ"ל, היתה לחייב כתובה בהצמדה, וכי כך נהגו בזמנו בבית הדין הגדול.

בספר "מעשה בית דין" להרה"ג מרדכי טולידאנו שליט"א, דיין ביה"ד ירושלים וחתנו של הראש"ל הצ' הגאון מרן רבי

לכאורה, דברי המנחת אלעזר מסתברים, מאחר שביסודה של התחייבות הכתובה אין שני צדדים החתומים על התחייבות זו. אמנם קיימת עילה ברורה להתחייבות, ומלכתחילה היא באה לעולם כתוצאה מהסכמת האשה להינשא וכתוצאה מהנישואין, אך בעיקרה של ההתחייבות, על כל פנים בצורתה החיצונית של ההתחייבות, אין שני צדדים, על כן ניתן לדון בסוג התחייבות כזו את דיני האומדנא כפי שדנים במתנה, עיין רמ"א חו"מ סי' רז ס"ד ובסמ"ע סק"י.

בהחלטת ביה"ד הגדול מיום י"ט אלול תשס"ז בתיק 801823/80, כתב הרה"ג שלמה דיכובסקי שליט"א:

"אמנם בהתחייבות הקשורה בשני הצדדים אין לדון לפי הלך דעתו של צד אחד בלבד, אבל לפי המקובל בהליך כתיבת הכתובה, הרי הכלה עצמה נמצאת מחוץ לתמונה, והכתובה נכתבת בנוכחות החתן בלבד, שברצותו כותב סכום גדול, ואם לא ירצה יכתוב רק סכום קטן יחסית, ואילו הכלה מועמדת בפני עובדה מוגמרת, ואת סכום הכתובה היא שומעת לראשונה רק מתחת לחופה. הצדדים מסרו לנו, שסכום הכתובה נכתב רק סמוך לחופה, ולא דובר על כך קודם לכן במעמד רישום הנישואין."

ככל שאלו הן הנסיבות, יש מקום לקביעתו של ספר מנחת אלעזר. אמנם אם שאלת הסכום שבו החתן יתחייב בכתובה היה נושא למו"מ בין הצדדים קודם לנישואין, ונקבע כתוצאה ממו"מ זה, יש מקום לראות בכתובה שטר התחייבות שבו שני צדדים, ואין דנים אומדן דעת של צד אחד בלבד, כשברור שהצד השני אינו שותף ואינו מסכים לאומדן דעת זו.

אלא שבספר פנים במשפט (להרב ישעיה יוסף פונטריומולי) חו"מ סי' מה ס"ב באות ח', בשם הרב המקובל מהור"ש ויטל ז"ל, בנו של הרב המקובל מוהר"ח ויטל ז"ל, כתב:

"ומטעם זה אנו רגילים לחתום בשטר הכתובה שקוראין אותה לפני הציבור תחת החופה וחותרין בה תלמידי חכמים או זולתן שלא נמצאו בעת שומת הנדוניא, וקרובים העדים האלו להיות נקראים עדי שקר שמעידים מה שלא ראו. אמנם להיות שקוראין אותה בציבור לפני החתן והכלה הם שותקין... הואיל וקוראים אותם בצבור לפני קהל ועדה, יספיק, וחותרים בהם ומעידים עליה, ולא איקרו סהדי דשקרי ח"ו."

הרי שעפ"י דרכו, קריאת הכתובה בפני החתן והכלה, השותקים, קובעת את הסכמתם לכל האמור בכתובה, וכשם שדי בשתיקה זו לאפשר לעדים לחתום על שטר הכתובה, בהנחה שהחתן והכלה מסכימים לכל האמור בכתובה. הוא הדין יש לדון כשטר שבו התחייבויות של שני צדדים, כשחלקה של הכלה הוא, בשתיקה, המביעה הסכמה לכל האמור בשטר, לרבות הסכמתה להינשא בנישואין שבהן החתן התחייב את הסך הנקוב בשטר הכתובה ואת ערכו. ועל כן התחייבותו כרוכה בהסכמתה לנישואין, ויש להניח שלא יתחייב בדרך בלתי סבירה, שכעבור זמן רב ישאר מההתחייבות סכום זעום בלבד.

לאחר עיון נוסף בהלכה זו נראה כי יש מקום להבחין בין הצמדה שנועדה לשמר את ערך הכתובה, כשבלא ההצמדה קיימת שחיקה קטנה ומזערית בערך הכתובה, ובין נסיבות בהן השחיקה אינה מזערית אלא להיפך, הסכום שנתר בלא ההצמדה הוא מזערי, לאחר שרובו ככולו של ערך הכתובה נשחק ונותר רק סכום מזערי בלבד יחסית לערך המקורי בעת החופה, כגון בנידון דנן שבלא ההצמדה, הכתובה נשחקה ביותר ועומדת על סך 5000 שקל בלבד. בנסיבות אלו יש מקום להצמדת הסכום הנקוב בשטר הכתובה, וזאת מטעם נוסף שלא עמדנו עליו בעת כתיבת פסק הדין הנזכר.

ההנחה הראשונה היא שאין לתת לשקלים הישנים מעמד של "נפסל המטבע" בעת החלפת השקלים הישנים בחדשים, וכפי שהבהרנו בספר עטרת דבורה (שם) והבאנו שכן דעת החזון איש. הדעת נוטה כך מאחר ומעיקרא המטבע מקבל את מעמדו על יסוד דינא דמלכותא, ואותו דינא דמלכותא לא קבע שהשקלים הישנים נפסלו, אלא קבע שהם הוחלפו, ושכמוקדם אותם שקלים ישנים יבואו השקלים החדשים, וגם היה פרק זמן ששניהם שימשו זה בצד זה כדי להקל על ההחלפה. לכן אינו דומה לנידון "נפסל המטבע" המבואר בש"ס ופוסקים, שם המטבע נפסל ומכאן ולהבא אין לו כל מעמד מוניטרי, מלבד ערך המתכת עצמה. על כן בנידון דנן אין לנו אלא לדון בדין שחיקת המטבע, ולברר האם ההתחייבות של החתן בעת הנישואין היא התחייבות של מטבע, דהיינו סך שקלים בדווקא תוך היצמדות לסכום הרשום בלבד ולהתעלם מהערך של סכום זה, או מלכתחילה בעת הנישואין ההתחייבות היא לתשלום ערך ושווי של סך השקלים הנקוב בשטר הכתובה.

אם אכן ההתחייבות של החתן בתוספת הכתובה היא התחייבות חד צדדית ללא קבלת תמורה, אלא כמתנה בעלמא שהחתן מתחייב בסכום הנקוב בשטר הכתובה, אולי היה יסוד לטענה שהחתן התחייב רק בסכום שנקב בלירות או בשקלים ישנים, וכי לא היתה כוונתו להתחייב בערך השווה לסכום הנקוב. אך אם החתן קובע את הסכום שנכתב כתוספת כתובה בגין תמורה המתקבלת אצלו, מסתבר שמלכתחילה כוונתו היתה להתחייב בעין יפה בערך של הסכום הנקוב ולא רק להישאר דבק במספר הלירות או השקלים הישנים, גם אם הם יאבדו את מרבית ערכן.

עוד נראה שהדבר תלוי בשאלה כיצד יש להתייחס להתחייבות זו, האם זו התחייבות חד צדדית מצד החתן בלבד, או שזו התחייבות שבה שני צדדים.

בשו"ת מנחת אלעזר ח"ב סי' לט כתב שאין הכתובה נידונה כהתחייבות התלויה בדעת שני הצדדים, אלא תלויה בדעת החתן בלבד, וז"ל:

"אין הכתובה תלויה בקידושין וגם אינו מקח וממכר שצריך להיות דעת קונה ומקנה, ויש לדמות יותר הכתובה לכותב נכסיו לבנו או לאשתו ושטר מברחת וכיוצא, דכל אלו אינם רק מתנה מצד הנותן בלבד ואינו תלוי בדעת המקבל."

העולה על סכום גבוה שיתקבל אצלו בתמורה. לכן ה"ה בעת שהחתן נושא את אשתו, גם הסכום שיכתוב בכתובה הוא עדיין פחות מהערך האמיתי המתקבל אצלו בעת הנישואין.

העולה מדברינו, יש לקבוע כי ההתחייבות בתוספת הכתובה היא כנגד טובת ההנאה המתקבלת בעת הנישואין אצל החתן המתחייב.

לזה יש לצרף מש"כ בשו"ת בית אפרים חלק חו"מ סי' ד' (ד"ה ונלענ"ד) ובספר שבט הלוי חלק ו' סי' רלב שהשיקול של אומדן דעת המתחייב, הוא הקובע האם כוונתו להתחייב את הערך בהצמדה או לא, צירוף שני יסודות אלו יכול להיות שיקול מכריע לחיוב תשלום הכתובה בהצמדה, וזאת על יסוד אומדן הדעת הברור שלא היתה כוונת החתן להתחייב בעין רעה בסך הלירות או השקלים הנקובים בדווקא אם לאחר פרק זמן רב בעת המימוש של שטר, יתברר שהוא סכום זעום ביותר. ואומדנא זו אינה כדי ליצור חיוב מחודש, אלא אומדן דעת בפרשנות ההתחייבות שבשטר הכתובה, והיא בלבו ובלב כל אדם, שלא עלה על דעתו של החתן ביום שמחת לבו ובעת שכותב שטר כתובה במגמה לכבד את המעמד ואת הכלה, להתחייב התחייבות בעין רעה, שבמועד מימושה כעבור שנים רבות תתברר כהתחייבות בסכום מזערי ביותר, שאינה מכבדת את החתן המתחייב ואת הכלה.

עוד ניתן להוסיף ביאור בהלכה זו. אין אנו קובעים שבפועל זו היתה דעת החתן ומחשבתו בעת חתימת שטר הכתובה, ויצוין לדברי החזו"א חלק אה"ע סי' עט ס"ק טו בהבנת הלכה זו של אומדנא:

"אע"ג דבאמת כל האומדנות אינו מחשבת הקונה והמקנה בשעת הקנין והמעשה, מ"מ מידת סתמא שתלוי במשפט החכמים מה חשיב תנאי ומה לא חשיב תנאי, תלוי בחוזק החשק של הענין שעושה ובחוזק ההפסד של החשש העתיד המסופק."

גם ביחס לאומדנא בהתחייבות תוספת הכתובה למרות שבעת החתונה החתן לא העסיק עצמו בשאלה האם להתחייב התחייבות צמודה. אך גם בלא שהדבר עבר במחשבתו, עדיין כך הם הדברים בסתמא. וזאת מאחר שכאמור אינו דומה דין הכתובה לדין החזר חוב בגין הלוואה או מקח, שם המתחייב נוטל את ההתחייבות המינימאלית המוטלת עליו על פי דין, מאחר וזו התחייבות מאולצת. משא"כ בהתחייבות שבשטר הכתובה קיימת האומדנא דמוכח הנזכרת, שבעת חתונתו ושמחת לבו החתן באופן כנה ובלא ספק מביע גיטלמניות, ובוודאי ברצונו להתחייב בעין יפה בערך הממשי ולא את מספר השקלים או הלירות בלא הצמדה שכעבור שנים רבות ישאר סכום מגוחך בלבד. נשער בנפשנו שבעת החופה יתפסו את החתן בשאלה האם ברצונך שכעבור 25 שנה הסכום יהיה נמוך מאד שאינו מספיק אף לרכישת מכונית כביסה, האם לכך

גם אם אין התחייבותו תלויה בהתחייבות נגדית מצד הכלה, עדיין לא נכון לקבוע שהסכום הנקוב בשטר הכתובה כתוספת כתובה, ניתן כמתנה גרידא שאינה כנגד טובת הנאה שהחתן אמור לקבל מהנישואין, וכמו שיבואר. ולכן ביחס להתחייבות מסוג זה קיימת "אומדנא דמוכח", שלא עלה על דעתו להתחייב בעין רעה ובלא הצמדה ולהותיר סכום זה ברמה נמוכה ביותר כעבור פרק זמן.

בירושלמי במסכת כתובות ביארו מהי ההנאה שהבעל קיבל ושהביאה אותו להתחייב בתוספת הכתובה.

בתלמוד ירושלמי מסכת כתובות פרק ה' הלכה א' נכתב כדלהלן:

"במה הוא מתחייב לה לא כן רבי יוחנן ורבי שמעון בן לקיש תריהון אמרין הכותב שטר חוב על חברו בחזקת שהוא חייב לו ונמצא שאינו חייב אינו חייב ליתן לו. רוצה הוא ליתן כמה וליקרות חתנו של פלוני. עד כדון בשפסק מן האירוסין פסק מן הנישואין, רוצה הוא ליתן כמה בתשמישה שהוא ערב. עד כדון כשבעל, לא בעל רוצה הוא ליתן כמה על קניינו שהוסיף. פסק מן האירוסין פסק מן הנישואין ולקרות חתנו של פלוני כבר הוא בראוי תשמיש אין בו קניין לא הוסיף מיכן רוצה הוא ליתן כמה ולא תחזור בה ויכולה היא לא כן תני האיש אינו מוציא אלא לרצונו אמר רבי אבין מעיקא היא ליה הוא משבק לה."

עקרונית, הירושלמי סובר שאין תוקף להתחייבות ערטילאית, הניתנת שלא כנגד תמורה או הנאה, אף כשהיא בשטר. ועל יסוד הנחה זו הירושלמי מברר מהי ההנאה שהחתן מקבל, שבזכות אותה הנאה גמר ומקנה, ועלו כמה אפשרויות. האחת שנקרא חתנו של פלוני, השניה חיבת ביאה, והשלישית להרויח שלא יגיע למצב שהאשה תחפוץ להצר לו ולהעיק עליו כדי שיגרשה.

ובספר פני יהושע מסכת כתובות דף קב עמוד ב' כתב:

"נמצינו למידין דאף למאי דסבר הירושלמי דאין אדם אחר יכול לחייב כמה שאינו חייב, אפ"ה בחיובא שבין איש לאשתו מחייב דלא מיקרי דבר שאינו חייב ואף בשעת נישואין."

וכן רש"י במסכת כתובות דף קא ע"א כתב:

"אבל תוספת יש לה, דמתנה בעלמא יהיב לה בחיבת ביאה."

והרמב"ם בפרק כ"ד מאישות הלכה ג' כתב שאילונית או אשה מחייבי לאוויין שלא הכיר בה יש לה תוספת ואין לה עיקר כתובה ומבאר הרמב"ם:

"ולמה אין להן עיקר ויש להן תוספת. העיקר שהוא תקנת חכמים כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה, הואיל ולא הכיר בה אין לה עיקר. אבל התוספת חייב עצמו בה כל זמן שתוצה ותעמוד לפניו, והרי היא עמדה בתנאי שלה."

יש להוסיף בנקודה זו את מש"כ הריב"ש סי' קכו ועוד פוסקים, שלא נאמרה ההלכה של "תליוהו וזבין זביני" וזביני, בגירושין מאחר ש"אין דמים לאשה", ואם יתן איש את כל הון ביתו באהבה בוז יבוזו לו. ומדבריהם אנו למדים שהפוסקים מצאו לנכון לקבוע כי כשהבעל מפסיד את אשתו זהו הפסד שקשה להעריכו בסכום כזה או אחר והוא הפסד

ועיין במאמרו של הגר"ש דיכובסקי שליט"א בקובץ דברי משפט ח"ז ע' קע"ה, שכתב לענין הפרשי הצמדה בכתובה וז"ל:

"יש לדון אם יש לחייב הפרשי הצמדה בכתובה. בנושא זה דעתם של רוב הדיינים שאין לחייב. אמנם הוכחו לפנינו פסקי דין ברורים המחייבים בהצמדה, אבל לדעתם של חברי ביה"ד הגדול אין לחייב. אין כאן חשש לריבית כי מדובר בהתחייבות ולא בהלוואה, אולם יש לדון באומדן דעתו של הבעל המתחייב, ונראה לנו שאין אומדנא דמוכח מצידו של המתחייב ליטול על עצמו התחייבות בהצמדה. גם הנוהג המקובל, למשל, בהתחייבות לתשלום משכנתא לא צמודה (כאשר ניתנו משכנתאות כאלו) הוא שלא ניתן לחייב את האדם בהפרשי הצמדה כשלא התחייב לכך במפורש. על כן אין מקום לחדש חיוב על הבעל, ולומר שכוונתו היתה לתשלום כתובה וכנוסף דמי הצמדה".

לעומת זאת, עיין בפד"ר כרך יח עמ' 37 שמשקנתם שיש להצמיד את הסכום הנקוב בכתובה.

ובספר "מעשה בית דין" להרה"ג מרדכי טולידאנו שליט"א, אב"ד ביה"ד ירושלים וחתנו של הראשון"צ הגאון מרן רבי עובדיה יוסף זצ"ל בחלק א' חלק חו"מ סי' ו' הביא דעת חותנו, וז"ל:

"לאחר כתבי כל זאת שאלתי למו"ח הגאון פאה"ד מרן הגאון רבי עובדיה יוסף שליט"א לדעתו בענין גביית כתובה לפי הצמדה וענה לי בזה הלשון: כשישכנו בביה"ד הגדול היינו גובין כתובה לפי הצמדה. ושאלתי לו אם כתב תשובה בענין, ואמר לי שלא כתב, אבל הוסיף שזה פשוט כי סברא היא שלא תקבל האשה אותו סכום, דאז כי לא ישאר אפילו סכום מינימלי לכתובה דהיום. ולפני שנים ג"כ שאלתי אותה שאלה, ואמר לי שהיו מצמידים חלק מהכתובה ולא הסביר מהו החלק ומהם הנימוקים לכך".

ובספר "אורות המשפט" להרה"ג יצחק צבי אושינסקי שליט"א, אב"ד בית הדין בירושלים, חלק ג' עמ' רצ"ה הביא שמרן הגר"ש אלישיב זצ"ל נשאל שאלה זו והשיב שיש להצמיד את הכתובה, אך ביחס לטיבה של ההצמדה השאיר הדבר לשיקול דעת בית הדין, ע"ש.

אך לא התבאר בדברי אלו שהביאו את חו"ד הגר"ש אלישיב זצ"ל והגר"ע יוסף זצ"ל מה היו המקורות ההלכתיים לקביעת ההצמדה במתכונת הנוכרת.

וע"ע בספר עיונים במשפט להגאון רבי ח.ש. שאנן זצ"ל חלק אה"ע סי' כז שיש להצמיד את הכתובה למדד, ולדעתו כשם שאמרו חז"ל "אחריות טעות סופר", גם היעדר קביעת ההצמדה בשטר הכתובה נידון כ"טעות סופר", כי ודאי זו היתה הכוונה להצמדה גם אם לא נכתב, אך יש מקום לפקפק במסקנה זו.

ועיין בחוברת "כנס הדיינים" תשע"א עמ' 251 במאמרו של הרה"ג בנימין בארי שליט"א שהביא את הדעות השונות, ובמסקנתו קבע כי יש מקום לפשרה. אך יובהר: פשרה כזו

התכוונת כעת, שאם תיפרדו תיתן לה סכום זעום בלבד, או במועד פטירתך מן העולם כשהאשה תקבל כתובתה מהעיונות, וכי עולה על הדעת שבעת ההתחייבות ביום הנישואין החתן יאמר כן אכן זו כוונתי. ללא ספק שבעת הנישואין בליבו ובלב כל אדם שאין זה רצונו, אלא אם כן החתן ידוע ומוכר כאדם רע וממולח המבקש להתל גם בכלתו הטרייה כבר ביום נישואיהם לכתוב סכום גבוה ומכובד ולבסוף יתברר שלא נותר ממנו אלא זעום שאינו מכבד את הצדדים, ואיזה חתן מבקש לקבל תחת החופה דימוי מהסוג הזה.

עוד יובהר, מחלוקת מהרשד"ם (חו"מ סי' עה) ומהרש"ך (חלק א' סי' סב, עב, קיא, וח"ב סי' נג) וכן הפוסקים בדורות שלאחריהן מתייחסת לפיחות או ייסוף של אחוזים בודדים או אף כמה עשרות אחוזים עקב שינויי ערך המטבעות, ודנו אם יש מקום להצמדה, ויש שכתב ולפשר (מהר"י באסן סי' סג ופני משה ח"ב סי' צו), ויש שהתנגדו לפשרה במקום שאין מנהג ידוע לפשר בין הצדדים (חקרי לב מהדורא בתרא חו"מ סי' ט' ופרח שושן חו"מ כלל ד' סי' א). אבל באותן נסיבות שבלא ההצמדה ערך הכתובה נשחק כמעט לגמרי, אין זו רק שאלת ההצמדה השנויה במחלוקת הפוסקים, אלא מלבד זאת, קיימת האומדנא הנוכרת שבוודאי אין רצונו של החתן להתחייב בסכום כסף שכעבור שנים רבות ישאר מזערי ביותר.

לכן בנידון זה יש להורות על הצמדת הכתובה במלואה.

### ולהלן פסק הדין השני:

הצדדים נישאו בחו"ק לפני כשמונה עשרה שנה ובשטר הכתובה נקוב סך 200 זוז ועוד 260,000 שקל. בטרם הגירושו הושגה הסכמה לייתר את הדיון בשאלת זכאות האשה לכתובתה, והוסכם שהבעל מחויב בכתובתה של האשה, אך לא הוסכם ביחס לשאלת ההצמדה, ולפי תחשיב שהציגה התובעת לאחר הצמדה, ערך הכתובה עומד על סך 320,328 שקל ובשאלת ההצמדה הוגשו סיכומי טענות הצדדים.

התובעת בסיכומי טענותיה מציינת לפסקי דין שקבעו הצמדה וכן מצאו לנכון לפשר בשאלה זו, כשראו את הבעל כגורם שעליו מוטלת האשמה בפירוק הנישואין. מאידך, הנתבע מבקש לדחות את הבקשה.

יצוין שהצדדים בכתבי טענותיהם האריכו להתייחס לצד האשם בפירוק הנישואין, ובהתאם למבואר להלן, במסגרת הנוכחית בית הדין אינו אמור להתייחס לסוגיא זו.

ביחס להצמדת הסכום הנקוב בשטר הכתובה, דנו בשאלה זו בשנים האחרונות. עיין בפד"ר כרך יג עמ' 308 שהעלו שאין להצמיד. וכן בספר עטרת דבורה חלק ב' חו"מ סי' יט ובמאמר שכתב הרה"ג הרב שלמה שפירא שליט"א בספר שורת הדין חלק י"ב עמ' קצג, ובמאמרו של הרה"ג מנחם הגר שליט"א בקובץ חקר משפט (בהוצאת אוצר הפוסקים) שיצא לאחורונה, ח"א עמ' קס"א.

הצמדה, ואינו דומה לאותם מקרים שבהם ההצמדה מביאה את סכום הכתובה לסכום ראוי במקום הסכום הזעום שנותר ללא הצמדה, שבנסיבות אלו ניתן לדון באומדנא ברורה שלא עלה על דעת החתן להתחייב בלא הצמדה ולהותיר בכתובה סכום זעום שאינו מכבד אותו ואת האשה. וכמו שהתבאר לעיל, בפסק הדין הראשון.

על כן בנידון זה שגם כעת, סך 260,000 שקל הינו סכום ראוי מכובד, לא ניתן לחייב את הבעל לשעבר, ביותר מהסכום הנקוב בשטר הכתובה.

**מסקנה:** הסכום המוטל על הנתבע בגין שטר הכתובה עומד על 260,000 שקל ועוד סכום זעום של 200 ז"ו.

## סימן יח

### תוקף מחילת הכתובה שנכתב בה שלא תועיל מחילה

הסוציאליות ו/אן הכספיות ו/או זכויות אחרות מכל מין וסוג שהוא.

בנוסח זה שבהסכם מצויה מחילה על הכתובה. ועיין בב"ש אה"ע סי' סו סק"י שביחס לתוספת הכתובה, מועילה מחילה, ואין דין התוספת כדין העיקר שנחלקו בה ראשונים, כמבואר בב"ש שם סק"ט.

עמדת האשה היא שויתור על הכתובה בניסוח הנוכח, שאינו מפורש אלא במשתמע, הינו חסר תוקף, הגם שהיא מסתמכת על פסיקה של בית דין אחר, שאינה נראית לנו. למרות זאת, עדיין יש לדון האם עקב ויתור זה האשה הפסידה את הכתובה. וזאת מאחר שבכתובה שבפנינו נכתב הנוסח המקובל מקדמת דנא בקהילות ספרד - "ולא יפתנה ולא יסיתנה שתמחול לו סכי כתובתה לא כולה ולא מקצתה ולא שום תנאי מתנאי הכתובה, ואם תמחול הרי המחילה היא בטלה מעכשיו כחרס הנשבר וכדבר שאין בו ממש". בהתאם לכך, יש לדון האם אם יש תוקף למחילת האשה על הכתובה, מחילה שהוסדרה בהסכם הנוכח.

נקדים ונציין כי נוסח זה נהוג כבר מאות שנים בקהילות ספרד, עיין מהרשד"ם חיו"ד סי' קז וחלק אה"ע סי' כ' וסי' כה, עדות ביעקב סי' ע' דף קפו, בנוסח הכתובה שבשער המפקד ובספר נהר מצרים, ובספר אבני אפוד סי' סו.

והנה בשולחן ערוך חושן משפט סי' סו סעיף כג פסק:

"המוכר שטר חוב כדינו, אם חזר ומחלו ללוה, מחול... ואפילו אם התנה עמו שלא יוכל למוחלו, אם מחלו מחול".

ובאר הסמ"ע ס"ק נו:

"הטעם, דאי אפשר להתנות שלא יוכל לעשות מה שיכול לעשות, כ"כ ב"י".

אך לכאורה, מרן הבית יוסף בתשובה כתב להיפך.

בשו"ת בית יוסף דיני כתובות סי' ד' כתב:

"מכל מקום אם מנהג פשוט באותה העיר לכתוב בכתובות תנאי שלא יוכל לפתותה שתמחול שום דבר מסיכוי כתובתה ואם

תוכל להיעשות על יסוד הסכמת הצדדים בלבד, שהסמיכו את בית הדין לפשרה, כמו שהאריכו בעטרת דבורה שם ובספר שורת הדין חיו"ד עמ' ק"מ במאמרו המפורט והמנומק של הרה"ג הרב יוסף גולדברג שליט"א, אך לא בנסיבות כמו בנ"ד שאין הסכמה להסמיך את בית הדין לפשר ביניהם.

על כן מאחר ובנידון דנן אין הסכמה לפשרה, וכמו כן מאחר שמלכתחילה נקוב בשטר הכתובה סכום ראוי ומכובד, וההצמדה אינה מוסיפה אלא הגדלת הסכום ברבע בקירוב, אין מקום לקבוע שקיימת אומדנא ברורה, שמלכתחילה כוונת הבעל בעומדו מתחת לחופה, להתחייב בסכום הנקוב בכתובה צמוד למדד דוקא, ושלא להותירו בעינו ללא

הצדדים התגרשו בבית הדין על פי פסיקה המחייבת את הבעל בגירושין, ובלא הסכם גירושין המסדיר את שאלת חיוב הבעל בתשלום הכתובה.

בהחלטה שניתנה לאחר הגירושין, נכתב כדלהלן:

"ביחס לשאלת חיובו של הבעל בתשלום הכתובה, יצוין להחלטה הנזכרת שבה כתבנו כי "בשלב זה לא מצאנו יסוד לקבוע כי האשה הפסידה את הכתובה". גם כעת לא חל שינוי בקביעה זו, ולכן בנסיבות המתוארות האשה לא הפסידה את זכאותה לכתובה מאחר שהיוזמה לפירוד ולגירושין היא מצד הבעל, ולמעשה הבעל כפה עליה את הגירושין, ולכן אין בהגשת תביעת גירושין מטעמה כדי להביא לשלילת זכאותה לכתובה.

כעת מצד הבעל עלתה הטענה שהסכם הממון קבע שבהסכם זה הוסדרו מכלול הזכויות והתביעות הממוניות, ולכן לאחר מימוש הסכם זה אין מקום לתביעה נוספת לכתובה. על האשה להגיב בתגובה מנומקת על טענה זו".

בעקבות החלטה זו התקבלה תגובה מנומקת מטעם האשה, וכעת עם השלמת קבלת כתבי הטענות המנומקות מטעם שני הצדדים, להלן השלמת הפסיקה בשאלת הכתובה.

### תוקף המחילה על הכתובה כשבכתובה נכתב שלא תועיל מחילה

מעיון בהסכם עולה כי אכן במסגרת הסכם זה האשה מחלה על הכתובה, מחילה שאינה מפורשת, אלא במשתמע.

בסעיף 6 להסכם הממון נכתב: "בני הזוג מסכימים כי בכפוף לאמור בהסכם זה ולביצועו המלא בפועל, אין להם ולא תהיה להם כל תביעה וטענה, מכל מין וסוג שהוא האחד כלפי משנהו".

ובסעיף 9 נכתב: "מוסכם כי האמור בהסכם זה מהווה הסדר סופי ומוחלט של כל ענייני הרכוש והממון בין בני הזוג ולהוציא המפורט בו אין לצדדים כל תביעות לגבי הזכויות

אפילו פרוטה כמו שכתב בשטר".

וכן עולה ממש"כ שו"ת מהר"י בן לב חלק ב סימן מז:

"הכי נמי בנדון דידן אף על גב דהמחילה לא באה לעולם מצי לחייב את עצמו שאם תמחול לו אשתו כתובתה שלא תועיל לו המחילה אלא שהחייב הראשון במקומו יעמוד ומחייב את עצמו מעכשיו בשיעבוד הראשון... בנדון דידן אנו למדין מההיא מימרא דמצי לחייב את עצמו מעכשיו בקנין לכשתמחול ויחזור ויחול החייב מדמעיקרא".

וכן בתומים באר את פסק השו"ע בסי' טו וכתב (אורים סי' טו ס"ק פח):

"ואפילו אם התנה וכו'. דכל תנאי שהתנה עם לזה שלא תשמטנה שביעית וכדומה מהני, אבל כאן תנאי שהתנה המוכר שהוא המלוה בלי לזה, אין זה תנאי לבטל כח זכות של לזה, ולכן אי מחל ללוה לא מהני תנאי לבטל זכות של הלוה".

לפי דרכו, בנידון של כתובה שהחתן עצמו מתחייב במעמד הנישואין התחייבויות עבור הכלה, מועילה התחייבות זו שלא תועיל מחילה, והשו"ע מיירי במוכר שטר חוב לחבירו, שהתחייבות שלא למחול אינה במעמד הלווה הנפגע ממנה ואינה בהסכמתו, ולכן אינה חלה.

וע"ע ישועות ישראל סי' נד סק"ב.

**סיכומו של דבר**, הגם שבהסכם הנוכח האשה מחלה על הכתובה, אין ממש במחילה זו שלא הוסדרה בסמוך לגירושין אלא בתוך פרק הנישואין בהיותם בשלום בית. וזאת, על יסוד הקבוע בשטר הכתובה שלא תועיל מחילה. ויצוין, בנידון זה הסכם הממון בעיקרו, ובכלל זאת הסעיף הנ"ל שבו משתמעת המחילה, אינה ביוזמה של האשה גרידא, אלא הכל הוסדר לבקשת הבעל שביקש לעגן זכויותיו, ולכן נכלל באמור בכתובה שמחילה בפייתו הבעל אינה בתוקף. על כן ההוראה שנקבעה בכתובה שהמחילה לא תועיל, נכונה גם לנסיבות אלו, וע"ע מש"כ להלן סי' יט.

תמחול יהיה כחרס הנשבר, אעפ"י שלא נכתב תנאי זה בכתובתה זו ככתוב דמי, וכמ"ש המפרשים בההיא דאמרינן בפרק המקבל שדורשין לשון הדיוט. ואם כן בכל גוונא אין מחילתה כלום. אף על פי שיש לי גמגומי דברים על מי שעבר ופיתה אשתו שתמחול לו ומחלה לו אם אותה מחילה בטלה מפני תנאי זה, דאיכא למימר דמחילתה קיימת, דהיאך אדם מתנה שאם ימחול שלא תהא מחילתו מחילה אם כפי הדין היא מחילה, ואפשר דבקנין מצי לסלוקי נפשיה מההיא מחילה שכל פעם שתמחול יחול קנין החייב ואפילו מאה פעמים".

לכאורה, דברי מרן הבית יוסף בתשובה אינם מתיישבים עם דבריו בשו"ע חו"מ סי' טו הנוכחים.

אך ביאור הלכה זו מצינו בשו"ת דברי משה (להג"ר משה עזרא מזרחי מחכמי אר"ץ) חלק אה"ע סימן כג, שכתב:

"מצאתי להרב תורת חסד (סימן פ"א) שרמו לתשובת מהריק"א, וכתב ואף על פי שמרן נסתפק בדין זה אם מועיל זה התנאי, ונראה מדבריו שכן נראה לו עיקר, אין זה מספיק מ"ש בשם בעל העיטור וכו', וכיון שכן אכתי לא נפיק מידי פלוגתא עכ"ד. ויותר מזה הוי ליה לומר דמרן עצמו בסימן ס"ו פסק כהעיסור, ואיך בתשובה לא נזכר מזה יע"ש. ואנא זעירא אמינא דכל זה גרם לו להרב לפי שלא ראה תשובת מרן, אכן אנן דזכינו לראותה אין שום סתירה מפסקיו, דכתב וז"ל על ידי קנין מהני".

על כן לפי דרכו, אין כל סתירה מהשו"ע לתשובת ב"י, מאחר שבכתובה נוהגים שהחתן מתחייב בקנין על כל ההתחייבויות המפורטות בשטר הכתובה, מועיל התנאי שלא תועיל מחילה.

וכן העלה המבי"ט בתשובה חלק א' סי' ב' שבנסיבות אלו שנכתב בכתובה שלא תועיל מחילת הכתובה המחילה אינה בתוקף, וז"ל:

"כיון שאמר ולא יוכל להפקיע שום דבר מסכום כתובתה ואם תמחול שמחילתה לא תהיה מחילה... ואינה יכולה למחול

## סימן יט

### חזרה מהמחילה על הכתובה לאחר שהמחילה אושרה בפסק דין

האשה מוותרת על הכתובה, ואין כל יסוד להעלות כעבור ארבע וחצי שנים טענה להיעדר תוקף היתור.

למרות שאין בכך צורך להוסיף נימוקים לפסיקה לאחר ארבע וחצי שנים, נבהיר: בשו"ת צל הכסף (חלק א סי' ו) כתב אודות הנוסח בכתובה "שלא יפתנה למחול", היינו דווקא בפיתוי מחמתו, אבל אם מחלה כתובתה שלא על ידי פיתוי מהני מחילתה ואין זה בכלל התנאי, אלא אם כתבו זאת להדיא שבכל מקרה לא תועיל מחילה, ע"ש. ובנידון דנן כתבו הנוסח הרגיל שלא יפתנה וכו'.

וכן בשו"ת נוכח השולחן חלק אבן העזר סי' טו כתב:

"פש גבן לברורי יען שאנו כותבין שלא יפתנה למחול לו כתובתה או תנאי מתנאי כתובתה ואם מחלה לא יהא מחול

להלן שני פסקי דין בנידון של חזרה ממחילה על כתובה שקבלה תוקף של פסק דין, האחד בחזרה לאחר ארבע וחצי שנים, והשני בחזרה עוד קודם הגירושין.

#### פסק הדין הראשון:

הצדדים התגרשו ועובר לסידור הגט האישה ויתרה על דמי כתובתה. הסכמות הצדדים קבלו תוקף של פסק דין. כעת בפני בית הדין בקשת האשה לחזור בה ממחילת הכתובה, וטענה כי הבעל פיתה אותה למחול על הכתובה וכי מחילה זו אינה מוצדקת.

לאחר עיון בבקשה, בית הדין דחה את הבקשה.

#### מעמד מחילה על הכתובה בטרם יסודר הגט

מעשים בכל יום בכל בתי הדין שבמסגרת הסכם גירושין



מכן האשה חוזרה בה מהויתור על הכתובה. יש מקום לדון האם בנסיבות אלו שההסכם קבל תוקף של פסק דין התבטלה האפשרות לחזור מהמחילה. דהיינו, גם אם לולי ניתן תוקף של פסק דין היה ניתן לחזור מהמחילה, עוד קודם מועד סידור הגט, עלינו לברר האם לפסק דין זה השלכה על יכולת החזרה מהמחילה על הכתובה.

נקדים, אמנם בדרך כלל הסכם החתום בין שני צדדים יכול להיות בר תוקף גם לולי בית הדין נתן לו "תוקף של פסק דין", (מלבד הסכם ממון בן בני זוג שעל פי החוק והמנהג אינו בתוקף בלא אישור ערכאה שיפוטית), אך לאחר שהורגלו במתן תוקף של פסק דין, פסק הדין הוא ככל פסק דין אחר לכל דבר וענין, שהרי על יסוד פסק הדין זה רשויות האכיפה מוציאות לפועל את הוראות ההסכם, דבר שלא היה מתרחש לולי ניתן להסכם תוקף של פסק דין. על כן מעמדו של פסק הדין לאישור הסכם גירושין כמעמדו של כל פסק דין אחר.

ביחס לשאלה העקרונית, מהו מעמדו של פסק דין שניתן בבית הדין. האם פסק הדין רק קובע מהי ההלכה בנסיבות שהתבררו בבית הדין ופסק הדין מחייב את הצדדים, או שמלבד זאת פסק הדין יוצר מצב חדש ביחסי הממון שבין הצדדים..

במשנה במסכת שביעית (פרק עשירי מ"ב) נכתב:

"מעשה בית דין אינן משמטין".

ובירושלמי: "וכל מעשה בית דין, אילו גזרי דינין".

וברמב"ם בהלכות שמיטה ויובל פרק ט' הלכה טו כתב:

"בית דין שחתכו את הדין וכתבו איש פלוני אתה חייב ליתן לזה כך וכך, אינו נשמט, שזה כגבוי הוא וכאילו בא לידו ואינו כמלוה".

ובפירוש המשנה לרמב"ם מסכת שביעית (שם) כתב:

"וכל מעשה בית דין, ביארו בתלמוד שהם פסקי הדינים, והוא שיאמר הדיין איש פלוני אתה חייב ליתן לזה כך וכך, אותו הממון אינו נשמט, כי משחייבו השופט לשלמו הרי הוא כאלו קבלו בעליו, ואינו חוב לפי שכבר ציוהו השופט לשלמו".

והנה בשולחן ערוך חושן משפט סי' סז סעיף ח' כתב:

"תבעו ממון וכפר, והביא עדים וחיבוהו בית דין וכתבו לו פסק דין, הוי כגבוי ואינו משמט".

לכאורה משמע דוקא כשתבעו ממון וכפר ואח"כ פסקו בית הדין, אך להלן מש"כ בתשובת מהרי"ט חלק ב' חו"מ סימן קיד, שכתב:

"ומטעם גזר דין נמי יפה כחו של לוי, דמשעמד בדין על מה שלקח מדמי השותפות חייבוהו בית דין, הו"ל כגבוי ביד בית דין. ומה שפי' רבינו שמשון גזרי דינין כגון תובע מחבירו וכפר לו, לפי מה שחלק הוא ז"ל לבסוף בין כתבו פסק ללא כתבו דההיא דמלוה שנעשית כפרנית משמטת מיירי בלא כתבו, נמצא שהכפירה אינה מעלה ולא מורדת אלא כפירה אורחא דמילתא נקט לפרושי גזרי דינין, שאם בעל דינו מודה לו מה שייך גזירת בית דין, וה"ה אם לא כפר אלא שהיה רוצה להפטר

כלל, אי סגי שהכי שלא תועיל מחילתה לבעל, כי באמת יש לפרש הדברים שלא יפתנה למחול, ואם מחלה היינו ע"י פיתוי לא יהא מחול, אך אם מחלה בלא פיתוי דהויא מחילה גמורה, ואם כן הבעל יכול לומר ליורשיה הבא ראייה דמחילה זאת היתה ע"י פיתוי. וכן ראיתי להפמ"א ח"א סי' קכ"א שכתב דלא נכלל בזה כי אם במוחלת ע"י פיתוי דוקא והביא ראייה מדברי מרן בתשובה שכ"כ יע"ש".

מלבד זאת, גם כאשר פיתה אותה למחול דלא מהני, היינו במקום שהויתור על הכתובה נעשה כמחילה בעלמא על זכות ללא כל קבלת תמורה. מה שאין כן בנדון דידן, שכפי המצוי בבתי הדין, תמורת הויתור זכתה האישה בתמורה אחרת, והיא הסכמת הבעל להתגרש, ללא צורך בביורר התביעות, עביד איניש דזבין דיני, ואין זו כלל מחילה בעלמא, אלא כפשרה שיש בה תמורה, ולכן כבר פשט המנהג בכל בתי הדין לתת תוקף משפטי למחילה כזו המוסדרת בהסכם גירושין.

ואכן, מסתבר מאד שכוונת התנאי שלא יפתנה למחול מתייחסת למחילה בתוך תקופה הנישואין, ומגמתו למנוע מהבעל ללחוץ עליה למחול ובכך שלום הבית ישובש, ולא במחילה בדיון בבית הדין במעמד השלמת ההליכים לקראת סידור הגט, ובמעמד זה האשה מוותרת על זכותה שלא תועיל מחילה בד בבד עם שאר ההסכמות, וכן נהגו בכל בתי הדין בכל תפוצות ישראל מאז ומעולם, ולא ניתן לפקפק בכך. וכן כתב בשו"ת ויאמר יצחק סי' קסו ובאר טעמו:

"הטעם שכותבין.... היינו שמא יאנוס אותה הבעל למחול לו הכתובה מעכשיו, ולכן מתנים דלא תועיל המחילה ההיא. אבל כשהוא בהסכמת החכם מהני לבטל התנאי ולקיים המחילה. דודאי החכם יודע שאין חשש אונס בדבר, ולפניו נגלו תעלומותיהם שיש להם טעם מספיק".

עוד יש להעיר, אילו היתה מתבטלת המחילה לאחר הגירושין, היתה מתעוררת שאלת גט מוטעה, או עכ"פ לעז לגט מוטעה, ויצוין לדברי רמ"א ב"סדר הגט" אשר בשו"ע אבן-העזר בסוף סי' קנד, בסעיף פא שכתב:

"ישאל הרב אחר הכתובה ושתחזור לבעל הכתובה או תמחול לו כדי שלא יבוא אח"כ לידי קטט מחמת הכתובה, ושיאמר הבעל על מנת כן לא גירשה",

ורבו הדיונים בסוגיא זו. ומסתמא הגט סודר בדרך שהובהר לבעל הבהר היטב שאין כל זיקה בין חלות הגירושין ובין כל הליך אחר הקיים בכרוך לגירושין, אך בנ"ד אין צורך לדון בשאלה זו, מאחר והמחילה שרירה וקיימת.

ולהלן פסק הדין השני, בנסיבות שהסכם הגירושין קיבל תוקף של פסק דין הסכם שבו האשה ויתרה על הכתובה, ועוד קודם לגירושין האשה ביקשה להתגרש וסודר גט בהסכמה, אך עוד קודם לגירושין האשה חזרה מהמחילה על הכתובה, ונוקקנו לדון במעמדו של פסק הדין המאשר את ההסכם שבו מחילה על כתובה.

בנידון זה, הסכם הגירושין קיבל תוקף של פסק דין ולאחר

אמנם בספר חכמת שלמה (לר"ש קלוגר) על השו"ע סי' סז ס"ח כתב לבאר את ההלכה שמעשה בית דין ופסק דין אינו משמט, וז"ל:

"דזה הוי נמי מכח תקנת פרוזבול, דאם כתבו לו הפסק דין עשהו חז"ל כאילו עשה פרוזבול, אבל מדין תורה ודאי לא הוי כגבוי אף על ידי פסק דין, ולכן יכול למחול, וזה ברור".

דהיינו לפי דרכו הלכה זו שפסק דין גבוי דמי היא הלכה יחודית בהלכות שמיטת כספים ואין ללמוד ממנה לשאר דיני ממונות, ועל כן לפי דרכו מהני מחילה על זכות שזכה בפסק דין ומחילה זו דינה כמחילה בעלמא שאינה צריכה קנין.

יש להעיר על דברי הר"ש קלוגר ז"ל כמה הערות:

א. פשוט לשון הרמב"ם והשו"ע ועוד פוסקים שכתבו דמעשה בית דין כגבוי, מורה שזוהי הלכה כללית ולא רק מכח תקנת פרוזבול בשביעית.

ב. מדברי הש"ך סי' לט ס"ק כט נראה שלא כדבריו ממה שחלק על המבי"ט וקבע שאין נאמן בטענת פרעתי כנגד פסק דין והוכיח זאת מדברי הרמב"ם הנוכחים בהלכות שמיטה. וז"ל הש"ך:

"אדרבא מוכח מכאן לכאורה איפכא, דאם איתא דיכול לומר פרעתי, הרי הוא מחוסר גוביינא טובא, ודמי למלוה על פה ואמאי אינו נשמט, וא"כ גם מדברי הסמ"ג בהלכות שמיטה [ל"ת ר"ע] והברטנורה פ"י דשביעית [מ"ב] שכתבו שם כהרמב"ם, מוכח דס"ל דעל פסק דין אינו נאמן לומר פרעתי", עכ"ל הש"ך. אילו סבר הש"ך כדעת חכמת שלמה, לא היה מקום להביא ראיה מהלכות שמיטת כספים להלכות טוען ונטען.

ג. הטור חו"מ סי' יב הביא שיטת רבינו ישעיה שמחילה אינה צריכה קנין אך אם המוחל תפוס בשטר לא מהני מחילה בלא קנין, ועין בסמ"ע סי' יב ס"ק כא שהסכים עמו ובט"ז כתב שהעיקר כדעת החולקים על רבינו ישעיה. ובב"ח באר שיטת רבינו ישעיה וכתב:

"פירוש במחול לך ותפיס שטרא ס"ל להר"ר ישעיה דהלכה כבית שמאי (יבמות לח ב) דשטר העומד לגבות כגבוי דמי כדעת רוב פוסקים וחשיב התובע מוחזק ודינו כאותן לך".

אמנם בש"ך ס"ק יז תמה על הב"ח, וכתב:

"ודבריו תמוהין, דהא לא קי"ל כבית שמאי כדמוכח בש"ס ס"פ כל הנשבעין [שבועות מ"ח ע"ב] וכ"פ כל הפוסקים",

אך כבר באר בקצות החושן סק"א:

"דטעמא דמחילה ותפיס שטרא לא מהני היינו משום דכל העומד לגבות כגבוי דמי, ואף על גב דאנן קי"ל דלא כבית שמאי (סוטה כה, א) דאמרי כל העומד לגבות כגבוי, אפילו הכי חזינן דשטרא לכמה מילי הוי כגבוי, דהא מגו להוציא לא אמרינן ובשטר כיון דנכסים משועבדים בשטר אמרינן מגו להוציא, (עיין לקמן סימן פ"ב סק"י) וכבר עמד בזה בעל כנסת הגדולה סימן פ"ב (הגה"ט אות נ"ז) ומיישב באיזה ענין הוא כגבוי ובאיזה ענין לא הוי כגבוי, ע"ש שהעלה דבספק לבד לא הוי כגבוי אבל בשטר ברור הוי כגבוי וע"ש".

בשום טענה... וכן נראה מתשובת הרא"ש בסוף כלל פ"ו שכתב וכן התובע את חבירו לדין וכתבו לו בית דין פס"ד אין משמטין כדתנן וכל מעשה בית דין אין משמטין ומפרש בירושלמי גזרי דינין כגון התובע את חבירו ממון וכפר לו והביא עדים וחייבוהו בית דין וכתבו לו פסק דין אז הוי כגבוי ואינו משמט ע"כ, וממה שכתב בתחילת הלשון התובע את חבירו לדין וכתבו לו פסק דין משמע דאין צריך כפירה, אלא כשתבעו לפני ב"ד לבד. ומה שהוצרך לומר וכפר בו וכו' לפרושי גזרי דינין ולומר דלא חשיב כפרנית שנעשת מלוה דמשמטת דכיון דכתבו לו פ"ד הו"ל כגבוי כמ"ש שם".

ועיין בספר פנים למשפט על חו"מ סי' סז סעיף ח', שלפי דרכו של מהרי"ט אין מחלוקת ראשונים ומש"כ הרא"ש בתשובה (והשו"ע בעקבותיו) תביעה וכפירה לאו דוקא, אלא אורחא דמילתא נקט.

וכן יציין לתשובת יביע אומר כרך ה' חלק חושן משפט סימן ב' שכתב ביחס לנידון שניתן פסק דין לחיוב הבעל במוזנות, אך טרם נגבו דמי המוזנות על ידי האשה, ולאחר מכן עלתה לדיון טענה שאם תתקבל יהיה בה כדי לפטור את הבעל מהתשלום שקבר חויב בו, וז"ל:

"נראה שאם ניתן פסק דין לחייב את הבעל במוזנות האשה, ועבר זמן מה ולא שילם, וכעת בא וטוען שהיא עובדת ופונה בבקשה לביה"ד לאפשר לו להביא עדים להפקיע חיובו למוזנות האשה בטענת: מעשה ידיה לבעלה, וביום שהוזמנו העדים לא הופיעה האשה מאיזה סיבה שהיא, נראה שאין לקבל עדות העדים שלא בפניה... והרי פסק דין שניתן ע"י בית דין אלים טפי משטר, שהרי כתב הרמב"ם (בפ"ט מהלכות שמטה ויובל ה"ו), שביעית משמטת את המלוה, ואפילו מלוה בשטר שיש בו אחריות נכסים ה"ז משמט. וכ"פ הטוש"ע (סי' סז ס"ב). וכתב הרמב"ם (שם הט"ו), ב"ד שחתכו את הדין וכתבו בפס"ד פלוני חייב ליתן מנה לפלוני אינו נשמט, שזהו כגבוי, וכאילו בא לידו, ואינו כמלוה. עכ"ל. וכן פסק הטוש"ע (סי' סז ס"ח). ע"ש. וכיון דעדיף הפס"ד משטר, ודאי דלא חשיב כבא להפטר אלא כבא להוציא. ועיין בב"מ (יז): דכל מעשה ב"ד כמאן דנקיט שטרא בידיה דמי. ועיין בב"י ובבד"ה (סי' לט) דנקטינן כסברת הרי"ף והרמב"ם שאם יש ביד המלוה פס"ד אין הלוח נאמן לומר פרעתי. (וכן פסק בשו"ת הרשב"ץ ח"א סי' קעג). וכ"פ בש"ע (סי' לט ס"י). ובש"ך שם האריך בדעת הראשונים בזה. ועיין בערך השלחן ובספר פנים במשפט שם. ובשו"ת רב פעלים ח"ב (חאה"ע סי' י) ע"ש. ולכן נראה שאין לקבל עדות שלא בפני האשה, להפקיע חיוב המוזנות שנתחייב בהם הבעל ע"י פס"ד של בית הדין".

הרי שלאחר שבית הדין פסק לחייב את הבעל במוזנות אשתו, מכאן ואילך כשהבעל מבקש לפוטרו מחובתו למוזנות, אין זה כדיון לפטור את החייב, אלא דיון להפקיע זכות מהאשה. דהיינו פסק הדין יצר מציאות חדשה שהאשה תפוסה בזכותה למוזנות, דבר שלא היה קיים בטרם ניתן פסק הדין.

אך הש"ך ס"ק נח חלק על הב"ח וכתב:

"אפילו כתבו לו בית דין פסק דין שמחויב הוא לשלם ללוקח יכול למחול, וטעמא, דפסק דינא אינו אלא שמחויב לשלם לו כל זמן שהשטר בתקפו, אבל כל שנמחל השטר, על זה אין יכולים לפסוק, שאין בכחם לעקור דין ודת תורתנו, ואם כן כיון שכתבתי לקמן ס"ק (ס"א) [ס"ב] דטעם סברא זו משום דכיון דפרע לו נמחל השטר ואין לך מחילה גדולה מזו, וכמו שכתב ג"כ הב"ח גופיה מפני שמחל המלוה שעבוד השטר באותו פרעון כו', א"כ ה"ה הכא אף שעבר ציווי ב"ד ופסק דינא שכתבו לו, מ"מ כיון דנמחל השטר שוב אין ללוקח עליו כלום".

בספר אמרי בינה דיני הלואה סי' סג אות ל' חיזק את שיטת הב"ח עפ"י הדרך הנזכרת שבאמצעות פסק דין נחשב כגבוי, וכתב:

"ובש"מ כתובות סוגיא דשטר אמנה כתב משם חכמי הצרפתים ליישב הקושיא דיהיה נאמן אמנה במגו דא"ב מחיל להסוברים דגם בשעבודא דר"ג יכול למחול וז"ל כגון שתובע מלוה השני ללוה מדר"ג והעמידוהו בדין ונתחייב לו ממון ואחר כך בא בעל השטר ואמר אמנה הוא זה כיון דעמד בדין שוב אינו יכול למחול דכל מלתא דב"ד כמאן דגבי דמי כדאמר לענין פרוזבול הרי דאפילו בהעמדה בדין לבד נשתעבד לו וניתק כח המלוה מכל ושוב לא מהני מחילה אף להסוברים דמטעם שדר"ג יכול למחול. ואם כן עכ"פ במכירת שטר לא מבעי להסוברים דמטעם דמכירת שטרות דרבנן הוא ולכך יכול למחול זה הכל קודם העמדה בדין, אבל אם כבר עשאו מעשה ב"ד וכתבו פסק דין ליד הלוקח כמאן דגבי דמי ונתק כח המלוה המוכר לגמרי. אלא אף להסוברים דמכירת שטרות מן התורה ורק שעבוד הגוף נשאר אצל המוכר, וכשמוחל שעבוד הגוף נפקע השעבוד נכסי ממילא, מ"מ כיון דכבר יצא חייב להלוה לשלם להלוקח י"ל דאף גופו נתחייב... אבל לעולם כשמטי זמנו ותובע לב"ד וחייבהו ב"ד ומסרו לו פס"ד י"ל דאינו יכול למחול. ומה שכתב דאינו יכול הב"ד לעקור דין תורה י"ל דאין זה עקירת דבר כיון דהדין הוא כן לחייבו לשלם הם אמרו דיכול למחול אף אחר קנין והם אמרו דמעשה ב"ד לחייבו שוב מחויב לגמרי וניתק כל כחו דהמוכר".

אך בסיום דבריו כתב האמרי בינה:

"אולם כל האחרונים הסכימו לדברי הש"ך, ומי יבא אחריהם". אך נראה כי גם אליבא דשיטת הש"ך, בנידון של מכירת שטר חוב, בית הדין שפסקו, לא הורו לבטל את שעבוד הגוף של המוכר את השטר, אלא רק הורו שעל הלווה לשלם ללוקח. מה עוד שהמוכר לא היה בפני בית הדין ולא היה אחד מבעלי הדין, על כן פסק הדין לא התייחס אליו, משא"כ בנידון דנן ששני בני הזוג עמדו בפני בית הדין וביקשו שיינתן להסכם תוקף של פסק דין, על כן פסק הדין מחייב את שניהם וקובע כי הוראות ההסכם הפכו לפסק דין לרבות ההוראה המחייבת את המחילה ונותנת לה תוקף. על כן ביחס לחוב הקבוע בשטר הכתובה דינו של הבעל כמי שמוחזק בכתובה מכח פסק הדין, ולא מהני חזרת האשה

ובספר נודע ביהודה מהדורא תניינא חלק חו"מ סי' לב כתב בשיטת רבינו ישעיה:

"לפי מה שמפרש הב"ח טעמו שסובר כב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמי, ואף שהש"ך בסימן י"ב הקשה עליו שהרי הלכה כב"ה, נלע"ד בשלמא גבי כתובה כגון מתו בעליהן עד שלא שתו שכבר נולד הספק בחיי בעלה, בזה סברי ב"ה דלא אמרינן כגבוי שהרי אפילו קודם שנסתרה אינה עומדת לגבות בודאי, כי שמא תמות, וכן בנפל הבית עליו ועל מורישו לא אמרינן לגבי בע"ח שלו שטר העומד לגבות שהרי אינו עומד לגבות מנכסים הללו בודאי, כי שמא הוא ימות קודם מורישו. וכן גבי מת לזה בחיי מלוה תיכף כשמת לזה אינו עומד לגבות בודאי כי שמא לא ישבע, בכל הני סברי ב"ה דלאו כגבוי וב"ש סברי אפילו בספק ג"כ כגבוי, עיין היטב ביבמות דף ל"ח ובכתובות דף פ"א ובשבועות דף מ"ח, אבל שטר שביד מלוה לגבי נכסי הלוה עצמו שעומד בודאי לגבות מנכסים הללו כאלו הם ברשות המלוה ובה סובר הר"ר ישע"י דגם ב"ה מודו דכגבוי ולכן לא יועיל מחילה בלא קנין שכבר הם ברשות המלוה".

הדיון הנזכר מתייחס לשטר בלבד, שיש לדון בו אימתי כגבוי, ולא תועיל מחילה בלא קנין, אך ביחס לפסק דין שנקטינן להלכה שהוא כגבוי דמי, כמבואר לעיל, לכו"ע לא מועילה מחילה אלא באמצעות קניין, ודלא כחכמת שלמה הנזכר.

ד. מצינו בספר התרומות שער נא (חלק ב' אות א') כתב להדיא להיפך מסברת החכמת שלמה. לשיטת ספר התרומות גם בשעבודא דרבי נתן מועילה מחילה, אך כשיש פסק דין לא מהני מחילה. וז"ל ספר התרומות:

"והצרפתים תירצו דהכא בשטר מקויים עסקינן ואתי מלוה שני למגבי בהאי שטרא מכח ב"ד ומדרבי נתן, וכגון דאתו לבי דינא מקמי דלימא דהאי שטרא אמנה הוא, וכיון דמצווין ב"ד להוציא מידו לתת לזה כמאן דמפיק ממנוא מיניה דאמי, ואי בעי האי מלוה מריה דשטרא למחול ללוה לא מצי מחיל, כדאמרינן גבי פרוזבול דאינו משמט, דכללא הוא דכל מילתא דרמיא אבי דינא כמאן דנקט משכון דאמי".

וכן הוא בשטמ"ק כתובות דף יט ע"א בשם ח"י הרמב"ן. ועיין בש"ך סי' פו ס"ק יב שהביא מדברי ספר התרומות ונקט בשיטתו שבלא פסק דין מבית דין אין שעבודא דרבי נתן, עכ"פ גם לפי דרכו חזינן בספר התרומות שפסק הדין שהורה שמוציאן מזה ונותנין לזה מדרבי נתן קבע מציאות שהחוב כבר כגבוי למלוה הראשון ועקב פסק הדין המלוה השני כבר אינו יכול למחול מפני שהממון נידון כגבוי אצל המלוה הראשון הזוכה, ודלא כחכמת שלמה.

והנה בהלכה של מוכר שטר לחבירו וחזר ומחלו מחול, כתב הב"ח בחו"מ סי' פו:

"אבל הגבו בית דין דהיינו שכתבו פסק דין דהלוה ישלם ללוקח, פשיטא דאם אח"כ פרע למוכר חייב לפרוע פעם אחרת ללוקח שכבר נתחייב ללוקח בבית דין מדרבי נתן כדלקמן בסימן פ"ו".

על כן מאחר שההסכם קבע שעם סידור הגט הכתובה נמחלה, וכי עם סידור הגט אין יותר תביעות הדיניות, וקביעה זו קיבלה תוקף של פסק דין, על כן זהו פסק דין הקובע מציאות של מחילה עם הגירושין, ובעת הגירושין הבעל זכה בזכותו שלא יגבו ממנו את תשלום הכתובה, ואין בכח החזרה מצד האשה לשנות זאת, למרות שעוד קודם הגירושין האשה הודיעה על חזרתה.

מהמחילה בלא קנין. ואינו דומה לנידון הש"ך שם בית הדין לא קבוע דבר ביחס למוכר ולא שללו את שעבוד הגוף שיש לו בשטר והמאפשר לו את המחילה. משא"כ בנידון דנן שפסק הדין מתייחס לשני הצדדים, מחייב אותם, על כן האשה מחוייבת להימנע מלחזור בה ממחילת הכתובה בעת הגירושין, ועל יסוד פסק הדין הבעל אוחז ומוחזק בזכותו שלא תבוטל המחילה בחזרת האשה.

## סימן כ

### כתובת חרש אילם

וישראל, וכדי להוציא כל חשש, אנו מחייבים אותו בכוח בית דין יפה ומכוח תקנת חז"ל שתיקנו נישואין לחרש בכל החיובים שמפורטים לעיל ובפרט שזה לטובתו וזכות גמורה היא לו. ולראיה מהימנא אנו חותמים היום יום י"ב מנחם אב התשע"ה.

שלושה חתומים על נוסח זה, ובצד שם כל אחד מהם נכתב "עד" ולא נכתב "דיין".

עלינו לעיין בתוקף התחייבות זו בפרט, וכיצד יש לכתוב כתובת חרש בכלל. יצוין כי ביחס לשאלה זו שהיא שאלה הלכתית בלבד, הצדדים ובאי כחם, שאינם בקיאים בהלכה זו, ויתרו על הגשת טענות וסיכומים.

#### כתובת חרש

בגמ' מסכת יבמות דף קיג עמוד א':

"ההוא חרש דהוה בשבכותיה דרב מלכיו, אנסביה איתתא וכתב לה ארבע מאה זוזי מנכסיה, אמר רבא מאן חכים כרב מלכיו, דגברא רבה הוא, קסבר אילו רצה שפחה לשמשו, מי לא זבנינן ליה, כ"ש הכא דאיכא תרתי".

וכתבו התוספות בשם ר"י:

"ומה ששעבד בכתובה מקרקעי משום שהיה לו אפוטרופוס וגם זכין לאדם שלא בפניו".

והיינו על פי ההלכה הפסוקה ברמב"ם (זכיה ומתנה פ"ד הלכה י') ובשו"ע חו"מ סי' רמג סעיף טז: "המזכה לשוטה על ידי בן דעת זכה", והוא הדין בחרש דלאו בר חיובא.

ובחי' הריטב"א (שם) כתב:

"אילו רצה שפחה לשמשו מי לא זבנינן ליה כ"ש הכא דאיכא תרתי. פי' דאע"ג דרבנן לא תקינו כתובה, מ"מ בית דין אביהן של חרשים, והם רשאים לקיים כתובה לאשתו על נכסיו אם רואים שאינו מוצא אשה אלא בכך, וכשם שמפקחים בשאר ענייני ולוקחים לו אשה לשמשו".

וכן בנימוקי יוסף (הובא בבית יוסף אה"ע סי' טז):

"אע"ג דרבנן לא תקינו כתובה, מ"מ בית דין אביהן של חרשין והם רשאים לקיים כתובה לאשתו על נכסיו אם רואים שאינו מוצא אשה אלא בכך, כשם שמפקחין בשאר ענייני ולוקחים לו שפחה לשמשו".

#### רקע ועובדות

הצדדים נישאו בחופה וקידושין כדת משה וישראל לפני מספר שנים. שני בני הזוג חרשים אילמים מלידה, והדיונים התקיימו בסיוע מתורגמנית שתרגמה לצדדים בשפת הסימנים את הנאמר במהלך הדיונים, וכן תרגמה לבית הדין את דברי הצדדים.

בפנינו תביעת האשה לגירושין ולתשלום הכתובה, ותביעת הבעל המבקש להכריז עליה כמורדת.

התקיימו שלושה דיונים לבירור התביעות לגופן, וכן התקיים דיון נוסף שבו התקבלה עדות של הרב שסידר את החופה והקידושין, והעיד ביחס לעריכת החופה והקידושין שסודרה לצדדים, ועל אופן עריכת הכתובה.

#### שטר הכתובה

מעיון בטענות הצדדים, כעת לאחר שני הדיונים שבהם בית הדין שמע את הטענות ואת העדות, עדיין קשה להכריע בשאלה האם עקב תביעת האשה לגירושין ושליטתה את החזרה לשלום בית, האשה אינה זכאית לתשלום הכתובה. או שהנסיבות שקדמו לפירוד ועזיבת הבעל את הבית הצדיקו תביעה זו. אולם לגבי חובת הבעל בתשלום הכתובה, עלינו לקיים בירור בשאלה המקדמית, והיא: מה תוקף שטר הכתובה שסודר לצדדים בעת סידור החופה והקידושין.

בית הדין קיבל לעיונו את תיק הנישואין של הצדדים, ומצאנו בתיק זה הנחיות של כבוד הרב הראשי לירושלים, הראש"צ הגרש"מ עמאר שליט"א כיצד לנהוג בנישואי חרש, שלאחר מכן הודפס בספרו מלאכת שלמה בענייני כתובה ונישואין סי' נה. וכן הוצג בפנינו שטר הכתובה, המחולק לשני חלקים. בתחילה נוסח של כתובה רגילה ובסיומה אין חתימת העדים. מתחת לחתימת החתן נוסף נוסח מיוחד שבו נכתב כדלהלן: "בפנינו בית דין החתומים מטה התחייב החתן ... הנ"ל לכלתו הנ"ל בכל חיובי הכתובה ככתוב ומפורש לעיל. ופירשנו לו הכל בדרכים המועילות על פי חוק תורתנו הקדושה, והבין והתחייב בקניין כדת משה

לו אם לא שיכתבו עליו כתובה באשר יראה בעיניהם, הא ודאי הרשות נתונה בידם מכוח בית דין יפה לכתוב כתובה על חרש זה ולחייבו בכל תנאי כתובה בכל פרטיה כיון שהוא לטובת ולתקנת החרש.

יש לציין כי הנידון בתשובת הפני יצחק הוא ביחס לבעל שתואר כדלהלן:

"חרש שאינו שומע ואינו מדבר, והוא גדול בשנים ונושא ונותן עם הבריות בשוק. האיש ירצה ומבין בעסקיו ובענייניו בטוב טעם ודעת בידיעה מכרעת, וחרף גדול במלאכתו ורוח הבריות נוחה הימנו."

ובספר יביע אומר חלק ז' חלק אבן העזר סי' יז, כתב:

"נוסח הכתובה צ"ל בנוסח של בית דין, וכמ"ש בשו"ת רב פעלים ח"ד (סי' ה) כל הנוסח כולו, על פי הצמח צדק הנ"ל. וכ"כ בשו"ת פני יצחק שם. וכ"כ בשו"ת לבושי מרדכי מה"ת (חאה"ע ס"ס מה). וע"ע בשו"ת ישכיל עבדי ח"ז (חאה"ע סי' יז). ע"ש. ולכן יצרף כת"ר עמו שני תלמידי חכמים שיהיו במוטב תלתא כחדא, ובלשון בית דין, בזה"ל: אנן בי דינא דחתימי לתתא במוטב תלתא כחדא הוינא כד אתא קדמנא פב"ב ורמזנא ליה ורמז לקדש את פב"פ ואינתיבו ליה ברמיזה, ומדרמיז לפנינו כתבנו לה כתובה דנא וכו'."

ובספר ישכיל עבדי חלק ז' אה"ע סי' יז (הנוכר) כתב שאם כתבו לחרש כתובה רגילה:

"הרי היא חספא בעלמא, ואין בה שום מועיל במקרה שתתאלמן האשה ח"ו או תתגרש ממנו."

ובפד"ר חלק ח בעמוד 69 כתבו:

"אך עדיין צריך בירור, איך אפשר לחייבו בכתובה ובתנאיה והרי הוא חרש ואינו בר חיובא. והנה מה שנפסק בשו"ע אה"ע סי' ס"ז סי' ס"י: חרש או שוטה שנשאו נשים אף על פי שנתפקח החרש ונשתפה השוטה אין לנשיהם עליהם כלום... ואם בית דין הם שהשיאו חרש וכתבו לה כתובה על נכסיו נוטלת כל מה שכתבו לה בית דין. ועי' בצמח צדק סי' ס"ח (והובא בפתחי תשובה סי' קכ"א סק"ז) שמביא תשובתו של התוס' יו"ט וז"ל: נמצא בכתבים שבידי, עובדא להגאון מוה"ר ר"ר וייבש ז"ל שהיה ר"מ פה קראקא, כתב כתובה לאשת חרש בכיוצא בטופס זה, ושם כתוב להדיא: וכתבנו לה שטר כתובה כמו שכותבין לכל הנשים אות באות. ועי' בס' מלאכת חרש חלק ה' (טיב קידושין לחרש) מאות מ"ז ואילך שהאריך בזה וכתב בדעת צמח צדק דצריך שיכתבו הכתובה בלשון מעשה בית דין, דהיינו שצריך לכתוב: אנחנו בית דין דחתימי למטה וכו', וכן העתיק מס' נחלת שבעה ומס' הלכות קטנות, ולא כמ"ש בס' מים חיים שכתב בנוסח של עדים: אנחנו סהדי וכו', דכיון דהחרש לאו בר חיובא הוא לא שייך להעיד עליו, ורק באופן של מעשה בית דין מהני. ודעת מלאכת חרש עצמו היא שם דגם בלשון אנחנו בית דין לא סגי, אלא צריך לשנות את כל נוסח הכתובה ולא לכתוב בלשון שהחתן מתחייב אלא שבית דין מטילים חיוב על נכסיו מדין אפוטרופסים של החרש (עיי' שם הנוסח החדש שהמציא). ברם כל האחרונים הנ"ל חולקים עליו דהא כתבו כמו שכותבין לכל הנשים אות באות, אלא שצריך להקדים לשון

וכתב המאירי:

"מעשה חרש ושוטה שנשאו נשים פקחות אפילו נתפקח החרש ונשתפה השוטה אין לאשתו עליו כלום אפילו כתב לה שהרי אין הקנאתם כלום... ומכל מקום דווקא כשהיא נשאת לו מאליה או שהשיאוה בית דין ובסתם שאינה כשאר נשים שנאמר בהן אף על פי שלא כתב ככתב דמי. אבל אם בית דין משיאין אותה רשאים הם לכתוב לה כתובה וכתובתם קיימת, שכל בית דין ובית דין רשאים לירד בעסקיהם של אלו ולמנות עליהם אפוטרופסים או לעשות הם עצמם בעניניהם כפי מה שיראו לפי זמנם ושעתם ולהתנות כפי מה שיראו וכשיעור שיראו."

ובספר פסקי ריא"ז במסכת יבמות פרק יד הלכה א סעיף ז', כתב:

"וכן חרש שנשא חרשת או פקחת אין לה כתובה, ואם נתפקח ורוצה לקיים את אשתו שהיא פקחת יש לה כתובה מנה... אפילו התנה החרש לתת כתובת אשתו תנאו בטל, שאינו בן דעת שישעבד קרקעותיו לכתובת אשתו, השיאוהו וכתבו לו כתובה על פי בית דין כתובתה קיימת, שהרי אילו צריך שפחה לשמשו ראוי לקנותה לו כל שכן אשה שיש לו ממנה אישות ושימוש, אבל אין יכולין להתנות כן אלא על ידי כוח בית דין, כמבואר בקונטרס הראיות ברא"י ג'."

על פי זה פסק הרמב"ם בהלכות אישות פרק יא הלכה ו':

"חרש או שוטה שנשאו נשים פקחות אף על פי שנתפקח החרש ונשתפה השוטה אין לנשיהם עליהם כלום, רצו לקיימן אחר שהבריאו יש להן כתובה מאה, ואם בית דין הם שהשיאו החרש וכתבו לה כתובה על נכסיו נוטלת כל מה שכתבו לה בית דין."

וכן בשולחן ערוך אבן העזר סי' סז סעיף י':

"חרש או שוטה שנשאו נשים, אף על פי שנתפקח החרש ונשתפה השוטה, אין לנשיהם עליהם כלום. רצו לקיימה אחר שהבריאו, יש להן כתובה, וכתובתן מנה. ואם בית דין הם שהשיאו החרש וכתבו לה כתובה על נכסיו, נוטלת כל מה שכתבו לה בית דין."

וכתב בבית יוסף (שם):

"ונראה מדברי הרמב"ם בפ"א מהלכות אישות (ה"ו) דדווקא שבית דין השיאוהו וכתבו לה הוא דנוטלת כל מה שכתבו לה, הא אחרים דלאו בית דין לא. וכן נראה מדברי נמוקי יוסף (שם) שכתב דאע"ג דרבנן לא תקינו כתובה, מכל מקום בית דין אביהם של חרשים, והם רשאים לכתוב כתובה לאשתו על נכסיו אם רואים שאינו מוצא אשה אלא בכך כשם שמפקחים בשאר ענייניו."

בספר שו"ת פני יצחק ח"א חלק אה"ע סי' יג כתב:

"נמצינו למדין מהאמור דאף לפום דינא פקחת שנשאת לחרש אין לה כתובה עליו ולא מזונות ולא שום תנאי מתנאי הכתובה, דלא תקינו לה רבנן כתובה, כיון דחיובא דחרש וקנינו לית ביה מששא כלל. הנה עם כל זה בי דינא רבה דאנון אבוהון דחרשין אינון, וכוחם יפה ואינון רשאיין ושלטאיין למכתב כתובה לאשתו של חרש... ובכך אתאן לנ"ד שאם בית הדין שבעירו עיניהם תחזינה שאין תקנה לאותו חרש להשיאו אשה ההוגנת

ודעותיהם נאספו בהרחבה רבה באוצר הפוסקים סי' סז סעיף י', ובספר מלאכת חרש שסידר כל ענייני החרש, עיין שם.

### בית הדין המחייב את החרש בכתובה

בנידון זה, על פי עדות הרב שסידר את החופה והקידושין, שלושת החתומים על הכתובה היו הרב ד. הבקיא בשפת הסימנים, פלוני שהוא משגיח כשרות, ועוד אדם הכשר לעדות. ואילו הרב שסידר את החופה והקידושין, לא הצטרף כאחד מהשלושה.

ולהלץ קטע מפרוטוקול הדיון האחרון בו העיד הרב שסידר את החורין:

ש. יש לכם הנחיות מיוחדות איך מסדרים חופה וקידושין במתכונת כוז?

ת. יש להם את הרב הרב ד. אני מכיר אותו שהוא ניהל את הדו-שיח כמו האישה הזו, ישבנו וקיבל החתן הזה, הרב ד. הוא גם מדריך חתנים הוא הדריך אותם מצוין ובכ"ז הוא תחת החופה הוא התחיל לשאול את השאלות, אני שאלתי והוא הנהן עם ראשו שהדברים הם מובנים, שאלתי אתה יודע על מה אתה חותם והוא אמר כן.

ש. כבודו לא נמצא כאן באחד מהחתומים.

ת. לא.

ש. מה היה תפקידם של אותם שלושה?

ת. זה המשגיח הכשרות וזה יהודי חרדי שהוא לא שייך לשום כיוון.

ש. מה בעצם היה מוטל על השלושה הללו? במה היה שונה החופה והקידושין הזה?

ת. הוא (הרב ד.), היה מדבר עם החתן והוא מהנהן עם הראש, החתן מנענע עם הראש זה מה שקיבלנו, הרב עמאר החליט לעשות שלושה של בית דין כביכול אתם שלושתכם בית דין.

ש. האם השלושה התיישבו רגע אחד לסכם משהו?

ת. הסברנו להם שזה חריג הבחור הרב ד. הוא הסביר להם ולאחר שהסבירו הם הבינו וקיבלו עליהם ולאחר מכן עמדנו כשלוחי בית דין.

ש. השאלה מה התפקיד של השלושה?

ת. הרב ד. הסביר הכל על מה זה מדובר והסברנו להם שאנחנו באים שלוחי בית דין.

ש. מי זה בית הדין שהם השלוחים שלו.

ת. הרב עמאר הסביר לנו שאתם תהיו כשלוחי בית דין.

ש. עם מי הרב עמאר דיבר?

ת. אנחנו דיברנו, הוא נתן שיעור על זה, היו כל הרבנים של המועצה הדתית, חיתנו כמה מקרים כמו אלה עם כתובה רגילה, היו לי כמה מקרים שאני ערכתי אותם כתובה רגילה. אני 20 וכמה שנים אני נמצא ברבנות זה המקרה הראשון שיצא תחת הרב עמאר.

ש. אתה הסברת לו את הסכום של מאה ואחד אלף ₪ מי קבע את הסכום.

של מעשה בית דין אנחנו בית דין, ותו לא מידי. וכ"ה גם דעת אבני נזר סוף חלק א' אה"ע סי' קמ"ו.

כדאי להעיר שבדברי מלכאל ח"א סי' פ"ב מסכים לדעת בעל מים חיים שא"צ לכתוב בלשון מעשה בית דין כלל. והחרש עצמו הוא שמתחייב בכתובה, ובר חיובא הוא להכי וכתובתו דמיא לכתובת פקח לכל דבר, והא דבש"ס איתא דרב מלכיו כתב לה ובפוסקים ג"כ דרך בית דין יכולים לכתוב, נראה פשוט דזה דווקא במקום שכל צרכיו של החרש נעשים על פי בית דין... אבל אצלנו שידוע דרך החרשים שמתפרנסים ועוסקים בצרכיהם בעצמם ככל אדם... א"כ מהיכא תיתי נימא שלענין כתיבת כתובה יזדקקו בית דין לזה, וכיון דתקיננו ליה רבנן נישואין, נושא בעצמו אשה והרי זה ככל עסקיו ששוכר ומשתכר כמש"ל מהירושלמי [ד"ל הירושלמי גיטין פ"ה ה"ח: חרש שוכר ומשתכר]. ועי' באבני נזר הנ"ל שדעת הרב השואל הייתה ג"כ כך והתבסס אף הוא על הירושלמי, ואבני נזר שם דחה דבריו מכל וכל, והסכים לנוסח צמח צדק לכתוב בלשון מעשה בית דין וכנ"ל.

והנה בנידון דידן בית הדין עיין בטופס הכתובה ונתברר שהייתה זו כתובה מודפסת כמנהג אשכנז, ובתוכה נאמר בין השאר שהחתן מתחייב שלא ישא אחרת עליה כמנהג רגמ"ה, וכהקדמה לנוסח הנדפס נכתבו בכתב יד שורות אלה: אנחנו בי דינא דחתימין לתתא במוטב תלתא כחדא הוינא כד אתא לקדמנא ב. הכהן חרשא דלא ממלל ודלא שמיע וכתב לה להדא בתולתא א' בת ג' למיהוי ליה לאינתו כדת משה וישראל וכהלכת בנת ישראל יעביד לה, וכתבנו לה שטר כתובתה כמו שכותבים לכל הנשים אות באות וזה נוסחה... וכאן ממשיך כל הנוסח המודפס של הכתובה האשכנזית כנ"ל. ולבסוף חתומים שלושה דיינים, וגם החתן ב' חתום על הכתובה.

א"כ איפוא בנידון דידן כתבו ממש כפי הנוסח של צמח צדק שהסכימו לו רוב האחרונים, כנ"ל, ונמצא דזהו הדין שנפסק בש"ע שם שאם בית דין הם שהשיאו החרש וכתבו לה כתובה נוטלת כל מה שכתבו לה בית דין, ויש לה גם מזונות, שהרי גם המזונות נכתב בשטר הכתובה דנ"ן.

### עד כאן מפסק הדין בפר"ר הנ"ל.

עוד נציין לפסקי דין של בית הדין שליך הרבנות ירושלים כרך ו' עמוד רנט שהביאו בשם הגאון רבי שלום משאש זצ"ל הלכה למעשה לכתוב כתובת חרש המבוארת בכמה פוסקים. ובכרך ג' בעמוד שטו כתבו בשם הגר"י קוליצ' זצ"ל שיש לכתוב שתי כתובות, אחת כתובת חרש והשנייה כתובת פיקח.

הנוסח שבפנינו אינו ברור כשפותחים בנוסח כתובה רגילה ביום פלוני אנן סהדי וכו', העדים כלל אינם חותמים כעדים אלא מסיימים בפנינו בית דין החתומים מטה. זאת ועוד שליך חתימת כל אחד מהשלושה מודפס עד, דהיינו החותם מוגדר כעד ולא כדיין. לא התברר מדוע בחרו בנוסח כתובה המורכב בשתי לשונות, בתחילה בלשון עדים ולבסוף בלשון בית דין וכל אחד חותם כעד. וזאת לאחר שהפוסקים קבעו ובארו נוסח כתובת חרש, כמבואר בפתחי תשובה אה"ע סי' קכא סק"ז,

דהיינו רב מלכיו בעצמו היה אפוטרופוס לחרש, וכן בתוספות הרא"ש הנוסח:

"ומה ששיעבד לכתובה ממקצועי היינו משום שהיה כאפוטרופוס וגם זכין לאדם שלא בפניו".

הרי הגם שלא הוזכר בית דין, אך עכ"פ יש לחייב את החרש באמצעות אפוטרופוס, השוקל את טובתו על פי הנסיבות. בתוספות לא הוזכר בית דין דווקא, אך שאר הראשונים כתבו שההליך חייב להיות מוסדר על ידי בית דין דווקא. וכן ברמב"ם ובשו"ע בדבריהם שהובאו לעיל. ובדברי הריטב"א, שהובאו לעיל, כתב:

"פי' דאע"ג דרבנן לא תקינו כתובה, מ"מ בית דין אביהן של חרשים והם רשאים לקיים כתובה לאשתו על נכסיו אם רואים שאינו מוצא אישה אלא בכך, וכשם שמפקחים בשאר עניניו ולוקחים לו אישה לשמשו".

וכן במאירי:

"אם בית דין משיאין אותה, רשאים הם לכתוב לה כתובה, וכתובתם קיימת, שכל בית דין ובית דין רשאים לירד בעסקיהם של אלו ולמנות עליהם אפוטרופוסים או לעשות הם עצמם בעניניהם כפי מה שיראו לפי זמנם ושעתם ולהתנות כפי מה שיראו וכשיעור שיראו".

על כן אם שלושת החתומים על הכתובה, לא התכנסו במותב תלתא כבית דין, וכלל לא ידעו מה מוטל עליהם, אלא חתמו על הנוסח שהוצג בפניהם, ותו לא. אין בכך "מעשה בית דין", כפי הנחוץ בנסיבות אלו. וכבר הבאנו מדברי הרא"ש שכתב: "אבל אין יכולין להתנות כן, אלא על ידי כוח בית דין".

בדברי הבית יוסף סי' סז מפורש ש"אחרים דלאו בית דין" אינם יכולים לחייבו, ולפי זה אין תועלת בכך ששלשה אנשים בעלמא, יחייבו את החרש.

הפני יצחק בתשובתו הנזכרת קבע שלא די בשלושה אנשים הכשרים לעדות, וכתב:

"ואם אחת משלש אלה לא תעשו לחרש הנזכר ולאשתו, הא ודאי לא עשיתם כלום. כי דווקא הבית דין הם רשאים ושלטאים לחייבו לחרש ולכתוב עליו כתובה, דהם אביהם של חרשים. אבל זולתם שיעמדו שלשה מן השוק הגם שיהיו גמירי וסבירי ויכתבו לה כתובה על נכסי החרש בודאי דאינו מועיל כלום דאין לה כוח לחייב לחרש, כי אם בית דין דווקא. שכן כתב מרן הב"י סי' סז שכן דקדק מדברי הרמב"ם... דאע"ג דרבנן לא תקנו לה כתובה מכל מקום בית דין אביהם של חרשים והם רשאים לכתוב כתובה על נכסיו אם רואים שאינו מוצא אשה אלא בכך כשם שמפקחים בשאר עניניו וכו' עכ"ל. הרי לפניך בסברת מרן דצריך בית דין דווקא ולא אחרים מן השוק".

על פי שיטתו, הורה הפני יצחק באותו נידון: שעל החרש ללכת לבית דין שבעירו. והוסיף וכתב:

"ואם אין לכם בית דין קבוע תמיד בעירכם להבין ולהורות את החוקים ואת התורות, הוא ודאי שצריך שיבא החרש וכלתו אשר תנשא לו למקום שיש בית דין קבוע ושם ישאנה ובית הדין שם

ת. הרב ד. הסביר לו, לא אני, אני סומך על הרב ד. מה שהבעל אמר, הבעל אמר תרשום מאה ואחד, עשינו קניין ושבועה חמורה, וביררנו שהוא מבין על מה הוא חותם.

ש. מי הציע את ה101 הזה?

ת. אני לא יודע...

ש. אתה קראת את הכתובה והם חתמו בפניך?

ת. כן. והוא קיבל בקניין וגם הסבירו לו שבועה חמורה וכו'.

ש. היה מצב ששלושת האנשים שחתומים הרב ד. והשניים הנוספים ישבו כמו בית דין ושקלו מה נכון בכתובה ולפי זה מחליטים?

ת. לא ראיתי דבר כזה.

ש. גם לא הייתה לך הנחיה שהם צריכים לשבת כבית דין ולשקול מה טוב ומה לא?

ת. לא.

ש. כשהם חתמו זה היה לפני החופה או אחרי?

ת. אחרי...

ש. יש לכם מכתב מהרב עמאר שקיבלתם איך לסדר חופה וקידושין במקרה כזה?

ת. לא, אמרו לנו בעל פה.

עד כאן מפרוטוקול הדיון.

העולה מעדות זו, ששלושת החתומים על מעשה בית הדין אומנם כשרים לעדות, אך לא הובהר להם שהוטלה עליהם המשימה להתכנס כבית דין הדין מברר ופוסק כמה נכון לחייב את החתן, לפי עניינו ולפי מצבו הכלכלי, ולפי הנדרש מצד הכלה. ואכן לא התקיים הליך כלשהוא של מותב תלתא כחדא שבו בית הדין שוקל ופוסק באותו נידון לפי עניינו. הרב המסדר את החופה והקידושין אף לא מצא לנכון להיות אחד משלושת הדיינים כפי שהיה מתבקש, מאחר ולא היה מודע לכך שמתקיים הליך של "דין", שמן הראוי שהגדול בחבורה יעמוד בראש ההליך.

עקב טעות, סבר הרב המסדר חופה וקידושין שהם רק שלוחי בית דין ולא בית הדין בעצמו.

גם הרב ד. שליווה את הזוג וחתום על הכתובה, השיב במכתב לבית הדין בתגובה להחלטה קודמת, שלא הייתה חריגה בסידור החופה ובעריכת כתובה זו משאר כתובות בחתונות רגילות, אלא שהטכס היה ארוך מהרגיל כי היה צורך להסביר לזוג על הכתוב בכתובה. העולה מדבריו של הרב שסידר את החו"ק, שלא ישבו במותב תלתא לדון כבית דין בעניינו של החרש דנן, ושלא היה מודע שחתום כדיין שמוטל עליו לשקול כמה ראוי לחייב החרש שהכלה תסכים להינשא לו.

**תפקידו של בית הדין העורך את הכתובה**

התוספות בשם ר"י כתבו:

"ומה ששיעבד בכתובה מקצועי משום שהיה לו אפוטרופוס וגם זכין לאדם שלא בפניו".

עצמן בית דין על היתומים". והוא הדין הכא, שבית הדין קובע את מעמדו כאביהן של חרשים, וכמבואר לעיל.

ובספר "אוצר המכתבים" להגאון רבי יוסף משאש זצ"ל, בחלק ב' סי' רפד, נשאל האם גם שלשה דיינים בעלמא יכולים לכתבו כתובת חרש, והשיב:

"בעיני דווקא ג' דיינים דקביעי בעיר שהם אבוהון כמ"ש רבינו שם באה"ע אבל אחרים דלא מקרו אבוהון דחרשים, אין במעשיהם כלום, וכמ"ש שם הב"ח בפירושו ע"ש. ואך בעיר שאין בה אלא דיין אחד ממונה מהממשלה, נראה לדעתי דיש להקל אפי' באחד, כמ"ש מורם שם בחו"מ בסוף הסי' ע"ש שהוא אבוהון דחרשים הנמצאים בעירו, וטוב לצרף עמו עוד ב' עם ראש הקהילה."

ובספר עמק יהושע להגאון רבי יהושע מאמאן זצ"ל חלק אה"ע סי' ד', לאחר שהביא מדברי הנימוקי יוסף והב"ח אה"ע סי' סו, כתב:

"ומדברי קודשו אלה מוכח להדיא דבעיני בית הדין ממש שהם אבוהון דחרשים. וכך היינו נוהגים אנן בדין במארוקו שהסופרי בית דין צדק כותבין ומסדרין הכתובה הראויה להם כפי הדין וחומתמים עליה, ואח"כ בית הדין של שלשה מאשרים ומקיימים כל האמור"ל בכוח בית דין יפה."

ולאחר מכן הביא מתשובת אגרות משה אה"ע ח"א סי' פז, וכתב:

"ומדבריו אלה מוכח להדיא דסבר לה מר דאפילו שלשה אנשים פשוטים שאינם מבית הדין יכולים להיות בתור בית הדין לענין זה. ואחר המחי"ר מכת"ר מדברי הראשונים הנ"ל בב"י והב"ח וגם לרבות מדברי הרב נפת צופים הנ"ל מוכח להדיא דבעיני בית הדין ממש מטעם האמור, או לפחות שבית הדין יעלו בהסכמה על האמור שם באותה כתובה כמו שהיה נהוג אצלנו וכמ"ש לעיל, וכך הסברא מחייבת ודו"ק."

ולאחר שהביא מדברי הגאון רבי יוסף משאש הנוכחים לעיל, כתב:

"אך אמנם המנהג שהיה נהוג אצלנו במארוקו גם בערים שהיה שמה רק דיין אחד ממונה מהממשלה (נושא תואר רבן דיליגי) בכ"ז היו מאשרים הכל ע"י בית הדין הרבני המחוזי שהיה מורכב משלשה דיינים ולא לבד זה אלא כל עניני היתומים והחרשים היו מאשרים אותם על יד בית הדין הרבני המחוזי, וכבר אמרו חז"ל ברוח קדשם מנהג אבותינו תורה (תוס' מנחות כ' ע"ב ד"ה נפסל בשקיעת החמה עיין שם). ופשוט וברור שכך יש לנהוג בכל מקום, וכדמוכח להדיא מדברי מר"ן מלכא הב"י והב"ח ע"ה אשר דברו בקדשם בזה וכמ"ש, וכבר אמרו חז"ל סוגיא באתרה עדיפה ודו"ק."

**העולה מדברינו** שבכתיבת הכתובה לחרש צריך כח בית דין, ורבו הסוברים שאין די בשלשה הכשרים לדון שיתכנסו לעריכת הכתובה, אלא דווקא בית הדין הקבוע בעיר, שעליו מוטל לדון באותן נישואין לפי נסיבות הענין, וכאביהן של החרשים יקבעו מהי טובתו ומה נכון לכתוב בכתובה בלי כל הפרזה בסכום הנקוב בכתובה, אלא רק כפי הנחוץ על מנת

יכתבו לה כתובה כאשר יתרצו קרובי החתן עם הכלה" או שישאנה בלא כתובה עד שיגיעו לבית דין קבוע.

וכן בספר מלאכת חרש חלק ה' סי' נא הביא מספר נחלת שבעה שכתב שלא כל הרוצה ליטול את השם יבוא ויטול, מדאמר בגמ' מאן חכים למעבד כי הא, אלא רב מלכיו דגברא רבה הוא, ש"מ דלאו כל בית דין רשאים לעשות מעשה. וכתב על זה בספר מלאכת חרש:

"ובמחכ"ת אגב חורפיה לא דק בזה, דבאמת פשיטא דכל בית דין הממונה בעירו רשאים לכתוב כתובה לאשת חרש אם אינה רוצה להינשא לו בלא כתובה. וראיה ברורה דהא הריטב"א והנימוקי יוסף למדו דין זה, דלהכי רשאים בית דין לכתוב לה כתובה, משום דהבית דין הם אביהן של חרשין, והם רשאים לקיים כתובה לאשתו כשם שמפקחין בשאר ענייניו ולוקחים לו שפחה לשמשו. והנה גם גבי יתומים קטנים קי"ל בטור חו"מ סי' ר"צ ס"א דבית דין אביהן של יתומים הם וכתב הרב בהג"ה שם וז"ל ובית דין היינו הממונה בעירו או גדול הדור עכ"ל. הרי דכל בית דין הממונה בעירו אף שאינם גדולי הדור נקראים אביהם של יתומים. וא"כ פשוט דהוא הדין נמי כל בית דין הממונה בעירו נקראים אביהן של חרשין אף שאינם גדולי הדור."

ובסיכום ההלכה כתב בספר מלאכת חרש חלק שביעי (דף לח):

"אם אינה רוצה להינשא לו בלא כתובה והבית דין רואים שהוא לטובת החרש שישאנה, אז ישבו בית הדין הממונים בעירם דווקא [אבל לא סתם תלתא אינשי דעלמא] ויעיינו בזה, וישאלו את החרש ברמיזא אם הוא מסכים שיכתבו לה כתובה, וכשיסכים החרש אז יכתבו לה כתובה כפי הנוסח המבואר לעיל."

ויסוד הלכה זו עולה מתוך פסק הרמ"א בשולחן ערוך חושן משפט סי' רצ סעיף א' שפסק על פי הרא"ש בתשובה ביחס לבית הדין הממונה אפוטרופוס:

"בית דין היינו הממונה בעירו או גדולי הדור, אבל אין כוח ביד שלשה בעלמא שיעשו עצמן בית דין על היתומים (הרא"ש כלל פ"ה סי' ה' ו')."

ועיין שם בביאור הגר"א סק"ז שהביא מקור בגמ' להלכה זו. לדעת הנחלת שבעה גם ביחס לעריכת כתובת חרש רק בית דין גדול וחשוב ראוי לכך, אבל הסכימו הפני יצחק והמלאכת חרש, שגם בית הדין הקבוע בעיר ראוי לכך. אבל הורה הפני יצחק שלא כל שלשה הכשרים לעדות יכולים להצטרף כבית דין לענין זה, וכמבואר בבית יוסף. ובוודאי פשיטא שלא מהני שיחתומו שלשה בעלמא על טופס שהרב המסדר חופה וקידושין מילא ויחתמו בלא שישבו לדון בדין זה בשיקול דעת ראוי כבית דין הפוסק כמה נכון לחייבו בכתובה בהתאם לנסיבות.

על כן אין מקום להביא מדברי השו"ע חו"מ סי' ג' ביחס לטיב שלושה הראויים לדון בדין תורה רגיל, דשאני הכא שפסקו הרא"ש והרמ"א: "אין כוח ביד שלשה בעלמא שיעשו



דיש לעשות לחרש כתובה מינימלית כדי לרצות את החרשת, ורק אם היא דורשת כתובה".

אך יצוין שבתשובת אגרות משה אה"ע ח"א סי' פז ביחס לבחינת דעת האישה, כתב לחלק בין אם היא פקחת או חרשת, וז"ל:

"וע"ז יחתמו הג' אנשים שנצטרפו לבית דין לעיין בזה וטוב שאחד מהן יהיה רב העיר שיודע איך להתנהג בזה לשאול מתחלה לבתולה אם היא פקחת אולי תרצה בלא כתובה שאז א"צ לכתוב כתובה כלל, ואם היא חרשת יש לבית דין לעיין בטובתה לראות שיהיה לה כתובה".

על כן לא נכון שהסכום הנקוב בשטר הכתובה ייקבע על פי הסכום שהחרש מבקש, כשלעיתים סכום זה גבוה ומופרז ולחלוטין אינו משקף את מצבו הכלכלי באותה עת, אלא עליהם להחליט על הסכום על פי נכסיו בעת הנישואין.

### עריכת כתובת חרש בלילה

בנידון זה, בהתאם לטענות הצדדים ועפ"י עדות הרב המסדר את החופה והקידושין, הכתובה נערכה בלילה.

בגמרא במסכת בבא בתרא דף קיג עמוד ב:

"שלשה שנכנסו לבקר את החולה רצו כותבין, רצו עושין דין, שנים כותבין ואין עושין דין, ואמר רב חסדא: לא שנו אלא ביום, אבל בלילה, אפילו שלשה כותבין ואין עושין דין, מאי טעמא דהוה להו עדים, ואין עד נעשה דיין."

ופרש רשב"ם:

"אבל ראייה ידידהו שרואין בלילה לא חשבינן כאילו הועד לפניהם בלילה דכיון דלא חזו בה היא שעתא לדינא."

ועיין בבית יוסף חו"מ סי' ה' ובשו"ע סעיף ב' ובש"ך סק"ה שהעיקר לדינא שגם בדיעבד אם דנו בלילה אין דינם דין.

על כן מאחר ומוטל על שלושת הדיינים החתומים בכתובת החרש, לדון ולהחליט האם לחייבו וכמה לחייבו, בכל מקרה לפי נסיבותיו, הרי שזוהו דין שיש לקיימו ביום, ורק אם כבר התכנסו לדון ביום, גמר הדין כשר בלילה.

בנודע ביהודה מהדורא קמא חלק אבן העזר סי' נח (שהביא הפת"ש אה"ע סי' מב ס"ק יז) השיב אודות שטר קידושין שחתמו עליו שלושה, וכתב שאין לדונם בבית דין, ובאר הטעם:

"לפי המבואר בשטר גוף מעשה הקידושין נעשה בלילה, וממילא ל"ש שמיעה גדולה מראיה, שכיון שהוא לילה על כורחך נעשים עדים ולא דיינים".

ואמנם הנודע ביהודה מצא לנכון להחמיר בנידון שם על פי שיטת הרשב"ם שבדיעבד דינם דין, אך כבר השיג עליו בספר קצות החושן סי' רנג סק"ג, וכתב:

"ואיני רואה מקום להחמיר בזה, דהא לדעת הרשב"ם דלילה כשר בדיעבד, א"כ הא דאמרינן בלילה כותבין ואין עושין דין, צריך לחלק דלילה דכשר בדיעבד היינו דווקא מפי אחרים אבל הן עצמן כשראו בלילה נעשו עדים ולא דיינים, ולא אמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראיה כשראו בשעה שאין דנין לכתחלה,

להסדיר את הנישואין, ובהתחשב ביכולתו הכלכלית של החרש.

ביחס לסכום שיש לכתוב בכתובה, יצוין כי בסוגיא בגמ' מבואר שרב מלכיו כתב בכתובת החרש ארבע מאות זוז, דהיינו כפול מעיקר כתובת בתולה, ולא הפריז לחייבו מאה מנה כפי שעמדה בפניו האפשרות כמבואר במשנה בריש פרק אף על פי. נראה שסכום זה נקבע בשיקול דעת זהיר, מה נכון ומתאים לחייב את אותו חרש, לכן רבא שיבח את רב מלכיו שהוא גברא רבה.

עוד נראה שמדקדוק לשון הריטב"א והנימוקי יוסף שהובאו לעיל שדייקו מלשון הגמ' שרב מלכיו: "כתב לה ארבע מאה זוזי מנכסיה", משמע שרק נכסיו הקיימים בעין השתעבדו לכתובתה, ולכן כתבו הריטב"א והנימוקי יוסף: "לקיים כתובה לאשתו על נכסיו", אך לא עלה על דעתם לשעבדו שעבוד הגוף בחיוב ממון שאין לו כעת בנכסיו, ככל חתן בעלמא, שאף גברא ערטילאי יכול לשעבד את גופו במאה מנה כמ"ש תוספות בריש פרק אף על פי (כתובות דף נד ב).

וכן מדויק בלשון הרשב"ש בתשובה סי' שסט שכתב:

"ובית דין נותנין לה כתובה על נכסיו, דאמרינן התם, ההוא חרשא דהוה בשביכותיה דרב מלכיו אנסביה אתתא וכתב לה ארבע מאות זוזי מנכסיה, כלומר מנכסיו של חרש... על כן תעמידו בית דין ותכתבו לה כתובה על נכסיו".

עוד הוסיפו הריטב"א והנימוקי יוסף: "אם רואים שאינו מוצא אישה אלא בכך". וכל זה עושה בית הדין הדין בדינו של החרש לפי נסיבותיו ולפי דרישות הכלה.

וכן בנוסח טופס כתובת חרש מופיע בספר מלאכת חרש בדף ל"ה. ושם בביאור הנוסח בעמוד 72 אות י"ט כתב על תיבת והוספנו לה:

"והוספנו לה... בכתובת חרש אין לכתוב וצבי ר"פ החרש והוסיף לה דהא אין תלוי בדעתו ורצונו, מאחר שאינו בר דעת. וגם לא נוכל לכתוב וצבינא והוספנו לה וכו' דהא גם ברצון בית הדין אין תלוי להוסיף לה. דהא אין רשות לבית דין לבזוז בנכסיו בחינם כרצונם. ומה שמוסיפין לה אין זה מחמת שרצונם להוסיף לה. רק מחמת ההכרח משום שאינה רוצה להינשא לו בלא כתובה ותוספת... כנלע"ד".

בהתאם לכך כתב בספר מלאכת חרש בדף לב ב:

"אם בית הדין השיאו אשה לחרש וכתבו לה כתובה יש לה כתובה, מ"מ היינו דווקא אם אינה רוצה להינשא לו בלא כתובה, אבל אם היא מרוצה להינשא גם בלא כתובה פשיטא דאין לבית דין לכתוב לה כתובה, וכן מבואר בחי' הריטב"א למסכת יבמות דף קיג ע"א והנימוקי יוסף שם".

וכן בספר "מעשה בית דין" לחבר בית הדין האזורי ירושלים הגאון רבי מרדכי טולידאנו שליט"א בחלק א' סי' טו כתב ביחס לכתובת חרש:

"הנה למדנו מהאמור שגדר בית דין בעניין הוא גדר אביהן של חרשים וגדר אפוטרופוס, ולכן כמו שבכל ענין האפוטרופוס צריך לשים לב שלא תהא הוצאה מיותרת, כן בנדון. ולכן נראה

ונראה שהגדר הוא לפי מש"כ הרמב"ם בהל' אסו"ב פי"ג ה"ו דגרות צריך יום הואיל והדבר צריך בית דין, ולכן י"ל דשאני דין אפוטרופוס דבעצם אינו צריך בית דין דהרי מינהו האב או סמכו היתומים סגי, ולכן גם במהותו אינו צריך בית דין וסגי ביום. וגם כאשר בית הדין מינהו אין זה משום שהאפוטרופוס צריך בית דין אלא דבית דין אבוהון של יתומים ובמקום אב קאי, וכמבואר בסדר ההלכות של הרמב"ם לענין אפוטרופוס".

ובסיום פסק הדין כתבו:

"לאחר שהיה מי שעורר על כתב המינוי שנחתם בבית הדין, שהוא התבצע אחרי השקיעה, ובשאלת מינוי האפוטרופוס בלילה שנחלקו בזה הדעות בבית הדין לעיל, שאלו הדיינים את מרן הגר"ש אלישיב זצ"ל היות ודין זה אינו מפורש בהלכה, והשיב (ביום א' כ' בטבת תשע"ב) כמילתא דפשיטא שצריכים למנות דווקא ביום, ואם מינו בלילה שצריכים לחזור ולמנות שוב ביום. ואכן בית הדין שב וכתב מינוי מחדש לגב' ב".

נראה ברור שהכרעת הגר"ש אלישיב זצ"ל מתייחסת גם לבית דין העורכים כתובת חרש, הנוכרת בדברי הרב דוד יהושע קניג. וזאת מאחר ובעת עריכת הכתובה הדיינים קובעים עצמם כאפוטרופוסים על החרש, וכן דנים ונושאים ונותנים כמה ראוי ונכון לחייבו בכתובה.

בספר "כתובה כהלכתה" להגאון רבי שמואל אליעזר שטרן שליט"א בחלק שביבי אש סי' כ' (עמ' קס) בנידון סידור חופה וקידושין לחרש וחרשת שנעשה באמצעות בית דין של שלושה והכל סודר בלילה, כתב:

"ואחד מהדיינים שליט"א פקפק בדבר מטעם דחתימת הכתובה הייתה בלילה וטענתו בפיו דכיון דזה נחשב בגדר מעשה בית דין א"כ הוי ליה כדון ואין דנין בלילה, ואפילו אם בחליצה מכשרינן בלילה היינו משום דהוי לה כגמר דין אבל הכא הוי תחילה דין. וטענתי כנגדו דאין זה נידון כדון להא מילתא כיון דאנן בית דין עבדינן תקנתא להאי חרשא שיוכל לישא אישה כדרך העולם וכל תקנה שנעשית ע"י בית דין אפשר לעשותה בלילה. והפנתי את השאלה קמיה מרן בעל שבט הלוי שליט"א והשיב כן בפשיטות דשפיר דמי. אמנם שמעתי מהרב ש. טולידנו בשם הגר"צ אבא שאול שליט"א שיש להתחיל הדין ביום ורק הגמר יכול להיות בלילה. וקבלנו קניין על ההתחייבות של בית הדין שהוטלה על החתן באופן שנתנה הכלה את סודרה לבית דין ואנו זיכינו לה את כל ההתחייבויות והשעבודים המפורשים בכתובה."

בהתאם למבואר לעיל, הוראת הגאון רבי ב"צ אבא שאול זצ"ל מחוורת, ואילו הוראת הגאון הרב שבט הלוי לא התבררה, מאחר ועל השלושה לשבת בבית הדין המפעיל שיקול דעת ופוסק. כבר הבאנו מדברי הריא"ז שלשה אלו כוח בית דין, ואין עושין תחילת דין בלילה.

ובספר אבני נזר חלק אה"ע סי' קמו נשאל האם לכתוב בכתובת חרש שבית הדין מחייבים אותו מתורת אפוטרופוס או שהחרש עצמו מתחייב, והשיב "לדידי הדבר פשוט שבית הדין מחייבין אותו... על כן ברור שרק הבית דין מחייבים אותו".

וראיה לא מהני כשמיעה אלא ביום שראוי להיות דיינים לכתחלה, וא"כ בלילה לא הוי דיינים אלא עדים והו"ל מפי כתבם, דאי נימא דלילה כשר בדיעבד ולא תהא שמיעה גדולה מראיה א"כ היאך יפרנס הך דלילה כותבין ואין עושין דין שאמרו להדיא בגמ', וע"כ צ"ל אחת משתי פנים או דלילה אפילו בדיעבד פסול כדעת תוס' והרא"ש, או דלילה כשר בדיעבד היינו מפי אחרים אבל לא בראיית עצמן, וא"כ לכ"ע כשראו בלילה לא נעשו דיינים ואין כאן מקום כלל להחמיר חומרי שניהם כיון דאמרו להדיא בלילה כותבין ואין עושין דין, וזה פשוט וברור".

לכן אם הערכת הדיינים את הצדדים ובהתאם לכך קביעתם מהו החיוב הראוי להיחשב כזכות לחרש, הכל היה בלילה, אין זו ראיית דיינים, אלא עדים.

ואינו דומה להתרת נדרים הנעשית על ידי בית דין שלשה וכשרה בלילה כמבואר בגמ' במסכת נדרים דף עז, היינו מפני שלמרות הצורך בשלשה, עדין התרת נדרים אינה דין, וכמ"ש הרמב"ם בהלכות שבועות פרק ו' הלכה ו':

"הקרובים כשרים להתיר נדרים ושבועות, ומתירין בלילה ומעומד, שאין ההיתר הזה דין",

וכן הוא בש"ך יו"ד סי' רכח סק"ז. וכן ביחס לעריכת פרוזבול בלילה שדעת מהריק"ש חו"מ סי' סז (סעיף לא) להכשיר, היינו מפני שדעתו שאינו כמו דין אלא "מדין קניית שטר נגעו בה", משא"כ בנידון זה שאין די בבית דין אלא עליהם לדון, עשיית הדין אינה כשרה בלילה, כמבואר.

בספר פסקי דין מבית דין שע"י המועצה הדתית ירושלים בכרך יד עמוד ע"ד דנו בשאלה האם בית דין הממנה אפוטרופוס לקטן או לשוטה יכול להתכנס בלילה ולהחליט על מינוי האפוטרופוס. וכתב הרב דוד יהושע קניג:

"מינוי אפוטרופוס בלילה. תחילת דין אין לעשותו בלילה כדאיאת בשו"ע סי' ה. לכאורה מינוי אפוטרופוס וכתובת שטר על כך הוא תחילת דין ואין לעשותו בלילה, ומצינו כיו"ב בכתובת הרשאה למינוי שליח שני בגט שצריך בית דין ואיאת בקב ונקי שצריך לעשותו ביום. ויש לעיין לפי"ז אם בית דין מחליט שצריכים לכתוב כתובה לחרשת שנשאת, לכאורה הכתיבה של כתובה זו צריכה להיות דווקא ביום".

ונחלק עליו הרב טוביה גולדשמידט, וכתב:

"ונהנה אם מינוי אפוטרופוס כשר בלילה, נראה דאין לחדש בהלכות מינוי בית דין דין חדש אשר לא מצאנו בפוסקים קודמים. ומרובים הם ההלכות אשר נעשים בפני בית דין ולא מצאנו דיש להחמיר שלא לעשותם בלילה. ומצאנו בגמרא שדרשו מפוסקים אותם שיש לעשות ביום כנחלות גרות וחליצה, ומשמע דבלא"ה אין לנו מקור להצריך יום בדברים שאינם דינים בין אדם לחבירו, ולא מצאנו מערערים על פרוזבול או מכירת אבידה שצריכין להיעשות ביום, ושליח להרשאה בגיטין ש"א שצריך דווקא ביום זה רק משום דיני קיום שטרות, ע"י קב ונקי סדר גט שלישי אות א, ולא העירו כלל משום שהוא דבר שנעשה בבית דין.

"וגם בזה היה מקום לחוש לדברי הסמ"ע סי' ה' ס"ק ז' שאם נרות דולקות דינו כיום, וכיון שמעשה זה היה בליל יום טוב בשעת הסעודה בודאי דלקו נרות הרבה. ואמנם הסמ"ע עצמו מסיים שלא מצא חילוק זה בשום אחד מהפוסקים, והש"ך בס"ק ד' דחה לחלוטין דברי הסמ"ע, א"כ אין לחוש כלל משום זה".

ב. נכון שאין תובע ונתבע, אך מאחר ובהתאם למבואר לעיל בלא כח בית דין, אין תועלת בכתיבת הכתובה, לכן לא יוכלו לכתוב בלילה. וכהוראת הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל ביחס לבית דין הממנה אפוטרופוס, שגם שם אין תובע ונתבע, ואע"פ כן נחוץ שיהיה להם כח בית דין, ולכן מוטל על בית הדין לשבת ביום ולא בלילה.

ג. חכמים תקנו נישואין לחרש, אך לא תקנו כתובה, על כן לא ניתן לקבוע ש"מעטה הם ככל זוג רגיל", אלא דוקא מפני שלא תקנו להם כתובה, יסוד חיוב הכתובה במלואו נובע מכח בית הדין היושב ודן כמה נכון וראוי לחייבו, ובהתאם לכך יירשם הסכום בכתובה, וללא התחשבות בקביעת החרש, אלא ביכולתו, ולאחר אומדן הדעת של בית הדין מהי טובתו באותן נסיבות.

### שלשה שחתמו ולא התוועדו לשם בית דין

בנידון זה חתמו שלשה על הכתובה, בלא שהתוועדו לשם בית דין, ואין להם מעמד של בית דין הנחוץ בנידון זה, מאחר שכלל לא הובהר להם ולא ידעו שעליהם להתכנס בבית דין.

בגמרא במסכת בבא קמא דף עד עמוד ב':

"שאני רבן גמליאל, דלא בפני בית דין אודי. והא ר' יהושע אב בית דין הוה, שלא בבית דין הוה קאי".

ופרש רש"י: "שלא בבית דין הוה, לא היו בית דין יושבין ולא מקום ישיבת בית דין הוה אלא בשוק הודה לו".

וכתב בספר שער משפט סי' כח סק"ו:

בתשובת מבי"ט ח"ב סי' קי"ו כתב דשלא במקום ישיבת הדיינים כגון בשוק או בדרך וכהאי גוונא אפילו בדיעבד לא מהני כשהדיינים עומדים. והש"ך (סקי"א) כתב שאין דבריו מוכרחים גם בתשובת בן לב ריש ספר ד' (סי' א') הביא בשם הריב"ש (סי' רס"ו) דבדיעבד כשר. ובאמת לכאורה ראייה מפורשת להמבי"ט מש"ס דב"ק דף ע"ד ע"ב דמשני התם דלכך בעובדא דר"ג לא הוי מודה בקנס משום דלא בפני בית דין אודי ופריך הש"ס והא ר"י אב בית דין הוה ומשני חוץ לבית דין הוה קאי, אלמא משמע להדיא דהודאה בפני בית דין שלא במקום בית דין לא הוי כהודאה בפני בית דין כלל, והוא הדין לענין קבלת עדות... ומה שכתב הש"ך בשם מוהריב"ל ריש ספר ד' שהריב"ש מתיר בדיעבד, המעיין בדבריו יראה שהביא דברי הריב"ש שבסי' רס"ו דבדיעבד מהני בלא ישיבת הדיינים, ובאמת אין משם ראייה כלל דשם אכנופי להו לשם בית דין, לכך מהני בדיעבד אף שהיו עומדים, אבל במספר דרך שיחה בשוק שלא במקום ישיבת בית דין כלל מודה דזה לא הוי בית דין

גם הקניין שעשה הג"ר שמואל אליעזר שטרן שליט"א עם הכלה, אינו ברור ואין לו כל רמז בנוסחאות השונות של כתובות חרש לרבות בנוסח שהביא הג"ר שמואל אליעזר שטרן שליט"א בספרו הנ"ל בעמ' שפד, מאחר ובית הדין אינו מחייב את החתן על יסוד קניין, אלא מכוח פסיקת בית דין כאביהן של חרשים מהו הסכום הנכון לחייב את החתן. מה עוד שקניין זה לא הוזכר באף אחד מהפוסקים, וגם אינו מועיל, עיין רמב"ם פרק כט ממכירה ה"א, ובתשובת האבני נור סי' קמו הנזכרת.

ובספר מלאכת שלמה ענייני כתובה ונישואין, הנוכר, בסי' נו הוסיף לחזק את הוראתו שאין מניעה לסדר כתובת חרש בלילה, וכתב:

"שכן ידועה היא דעת הסמ"ע שכשיש נרות דולקים אפשר לדון בלילה, ובימינו אורי אורות מאירים עד שנעשה לילה כיום, בתי דין רבים עורכים משפט בלילה לנוחות הציבור. ואפשר שיש גם קצת סברא שאין בזה תובע ונתבע, רק הכל מוסכם מראש, ואין צריך לדון ולהתדיין בזה יותר מבשאר הכתובות... ומה ששואל אותם הרב בענין סכי הכתובה אין בזה שום דבר יתר משאר הכתובות, ובצירוף הענין שהאורות דלוקים ניתן לעשותה בלילה. וגם שחז"ל תיקנו להם נישואין כדאיתא ביבמות (ק"ב): ומעטה הרי הם ככל זוג רגיל, רק שבמקום שהשטר הרגיל הוא בלשון העדים... כאן נכתב בלשון בית דין וחותמים הב"ד למטה, ואין מעבר לזה שום ענין נוסף. וכאמור בצירוף האור המאיר לילה כיום, אין בזה שום חיסרון".

אך דבריו צ"ע מכמה טעמים:

א. ההסתמכות על שיטת הסמ"ע סי' ה' סק"ז אינה יכולה להתקבל, מאחר וכל הפוסקים חלקו עליו - הש"ך סי' ה' סק"ד, התומים, הנתיבות (חי' סק"ח) וברכי יוסף. ובפתי"ש סק"ז כתב:

"עיינ בתשובת אא"ז פנים מאירות ח"ג סי' ט"ל שהשיג ג"כ על הסמ"ע מפ"ק דמו"ק דף ח' [ע"א] דמוכח שם דמביום נתמעט לילה לגמרי אפילו לאור הנר, ומסיים, וע"כ דבר זה לא נאמר לא להלכה ולא למעשה, ע"ש. גם בתשובת שבו"י ח"א סי' קל"ט השיג עליו, ע"ש".

ובספר ערוך השלחן סעיף ט דחה את חידושו של הסמ"ע וכתב לבאר הטעם שנוהגים לדון בלילה מפני שבעלי הדין מקבלים עליהם פסול זה של דיון בלילה, וז"ל:

"ויש מי שכתב כיון שמדליקין נר בלילה הוה כיום לענין דין, ונדחו דבריו שאין לזה שום שורש בהלכה. וזה שנהגו גם מקדם להתרות בעל דין בלילה, משום דכששולחין אחריו ובא לב"ד הוה כקיבל עליו שידונו אותו בלילה, ובאמת אם אין רצונו לבא בלילה לא כפינן ליה ולא קנסינן ליה".

ובנידון זה שהחרש אינו בר חיובא, לא יועיל שיקבל עליו פסול זה של לילה, לכן אינו דומה לדיון בלילה בבית הדין, הנעשה רק לאחר שקיבלו בעלי הדין עליהם.

יובהר, אפילו לחומרא אין חוששין לשיטת הסמ"ע, כמ"ש הנודע ביהודה קמא אה"א סי' נח, וז"ל:

אחותו דמכ"ת היאך יש לנהוג בקידושין. ונראה ליה למכ"ת שאין זה חרש אלא אלם, מפני שהוא יודע בסדר התפלות להראות מתוך הסידור איזה הם תפלות של חול ואיזה של שבת ויום טוב, ומה שמוסיפין לומר לפי סדר המועדים, ונושא ונותן עם כל אדם. ויודע לחתום בחתימת ידו. והיה נראה למכ"ת שיכניס ברמיזה בכה"ג שיהיו כותבין לו על הנייר הרי את מקודשת לי וכו' והרב יהא מראה לו על הכתב, ולרמוז לו כוונת הכתב, והאלם ירכין בראשו הן. כי לפי דברי הבעלי בתים מבין הוא מתוך הכתב ויודע לקרות. אלה הם תורף דברי מכ"ת בשאלה:

תשובה: החייט הזה אשר הוא באתריה דמכ"ת אני מכיר אותו, ואינו מיקרי אלם אלא חרש, שהרי אינו שומע ואינו מדבר. ולא מיקרי אלם אלא מי ששומע ואינו מדבר. דהכי איתא פרק מי שאחזו דף ע"א שומע ואינו מדבר זהו אלם, דכתיב ואני כחרש לא אשמע וכאלם לא יפתח פיו וכו', וכן פסקו כל הפוסקים והכל מבואר בטור א"ה סימן ק"ך וקכ"א. והב"י האריך בחלוקי דינים שבין חרש ואלם, וכן בטור ח"מ סימן רל"א אבל בכגון זה דבאתריה דמכ"ת שאינו שומע ואינו מדבר לא מיקרי אלם אלא חרש מיקרי אף על פי דהוא פקח ביותר אין לחלק בין החרשים.

ובספר שבט סופר אה"ע סי' כא הביא מדברי הגמ' במסכת גיטין דף עא ב:

"נתחרש הוא או נשתטה - לא יוציא עולמית, מאי עולמית לאו אף על גב דיכול לדבר מתוך הכתב. אמר רב פפא אי לאו דאשמועינן ר' יוחנן, הוה אמינא, רשב"ג לפרושי טעמא דת"ק הוא דאתא, ומאי עולמית אף על גב דחזינא ליה דחריף." הרי שמעמדו של החרש אינו משתנה גם כשרואים שהוא חריף. והוסיף השבט סופר:

"והנה מה דפשיטא ליה למע"כ דאם יהי' שם בבית חינוך וילמוד לדבר שם בקושי ע"י קריצותיו ורמיזותיו ותנועותיו ויתפקח מה שיכול ויבין להתפלל ולישא וליתן עם בני אדם דודאי מחויב במצות כשאר ישראל כבר הבאתי מצמח צדק שכתב בהאי חייט דהוי פקח גדול באומנתו וידע כל סדר התפלות בכל זאת כתב דאין חילוק כלל בינו לשאר חרשים, וכן משמע כאשר כתבתי מלשון הש"ס דלא יוציא עולמית לרבות אף על גב דחזינן ליה דחריף טובא, ורק בכתב סבר רב דמהני בנתחרש אח"כ משום דכתיבה הוי כדיבור ממש ואינו בכלל אינו מדבר כמ"ש בתוס' שם, ולדידן אף ביכול לדבר ע"י כתב הוי דינו כחרש גמור. אלא באלו שלומדים בבית חינוך ומדברים בקושי ומבין מה שדברו אחרים ע"י תנועותיו יש להסתפק אם לומר דלא הוי רק מעשה אומן בעלמא והא שמדבר בקושי לא הוי חילוק לשאר קריצותיו ותנועותיו כי ע"י רגילות הוא או שדינו כנתפקח. ושמעתי כמה פעמים מאמ"ו מאוה"ג זצ"ל שאמר שהוא מסופק אם אינם מחוייבים במצות, וכאשר הי' בויען בקשו ממנו המורים בבית חינוך החרשים שיכבד אותם בכבודו לראות בעיניו מעשה אומן נפלא שלהם, והי' משתומם מהדברים אשר ראה שם מה שלמדו אלו החרשים ואינם

כלל. ובאמת נראה לי דהמב"ט לא תלי מידי מה שהעדים העידו כשלא היו הדיינים יושבים, דבאמת אף אם יושבים חוץ לבית דין לא לשם בית דין ולא כנפניהו איהו לאו בית דין מקרי, רק באם כשהעדים העדים ישבו במתכווין הוי כקביעות בית דין ובית דין מיקרי, משא"כ כשהיו עומדין דלא ניכר שום קביעות בית דין כלל פשיטא דלא חשיב בית דין, אבל היכא דכנפניהו הבעלי דין לשם בית דין אפילו חוץ לבית דין ועומדים, מ"מ חשיב בית דין. שוב מצאתי בתשובת מוהרי"ט בחלק אה"ע סי' מ"ג שכתב ג"כ לחלק דמה שכתב הריב"ש דאף שהדיינים עומדים מועיל בדיעבד היינו דווקא כשאכניף לשם דיינים, משא"כ כשמספר דרך שיחה והולכין בדרך לא מהני ע"ש, וכן עיקר."

וכן החזו"א חלק אה"ע סי' קא ס"ק כא השיג על הנודע ביהודה בתשובתו הנזכרת וכתב, שגם אם שלושתם חתמו ביום לא יחשבו כבית דין, ובאר הטעם:

"ולמש"כ ס"ח יח אין זה כלל דשלשה הן בית דין, דצריך כל התנאים שהוזכרו שם, ואפשר שצריך שיהיה אחד יודע בטיב קידושין, וגם צריך ועד לשם בית דין כיון שאינן במקום בית דין."

ובחזו"א שם ס"ק יח:

"וגם כשראו ביום צריכין שיכונו על התועדותם, אבל אי מכנופ באקראי ולא כיונו להיות ועד של בית דין נראה דלא חשיב בית דין, וכדאמר ב"ק ע"ה א' חוץ לבית דין כו' ועי' פירש"י שם ומיהו ישיבה לא מעכבא."

לפי זה בנידון דנן, שמהעדויות שבפנינו עולה שלושת החתומים על הכתובה לא ישבו במותב תלתא מבעוד יום, לא התועדו בכוונה להיחשב בית דין לדון ולפסוק וגם הכל נעשה בלילה אין בכתובה זו כח בית דין לחייב את החרש בהתחייבויות הכתובה.

ביחס לשבועה, הגם שחרש לאו בר חיובא, אך גם אם נחוש לשיטות שחרש שלימדוהו לתקשר דינו כפקח, כפי שיובא להלן, עדיין השבועה אינה על עיקר חיובי הכתובה אלא ההתחייבויות שנוספו בדורות אחרונים, כמ"ש אבני האפור סי' סה ובספר שמע שלמה ח"ה אה"ע סי' כ' ובספרו מלאכת שלמה הנוכר סי' עד.

#### דינו של חרש המתקשר בשפת הסימנים וניתן להבינו

גדולי הפוסקים דנו כיצד להתייחס בימינו לחרש המתקשר עם הסובבים אותו בשפת הסימנים ובדרך זו יכול להביע את דעתו ככל אדם, וכפי שהדבר בנידון דנן. אך רבו הפוסקים הסוברים שמדינא גם הוא דינו כחרש לכל דבר, כפי שיפורט להלן.

הפוסקים שלא חילקו בין חרש רגיל לחרש המדבר בשפת הסימנים הם:

בשו"ת צמח צדק סימן עז כתב:

"על אשר שאל מכ"ת אותי שיש באתריה דמכ"ת אלם אחד שיועד במלאכת חייטין והוא פקח גדול ומבין בטוב, וישא את

יוחנן דקיימא לן כוותיה, ואפילו בפיקח ונתחרש... לדידן דלא קיימא לן כרב ורשב"ג וכתב אינו מוציא מידי אינו בן דעת, לכן אפילו אם חזינן דהוא פיקח חריף וגם כותב לא מהני, דכיון דכתב לדידן אין כלל תועלת בו להוציא מידי אינו בר דעת, גם הכתיבה אינו מצטרף ומחשב לדידן כמו שארי הענינים החריפות שרואין בו, וגם זה מהחריפות שבו, אבל מ"מ אינו יוצא מכלל אינו בן דעת... סוף דבר כל הרוחות שבעולם לא יזיזו הפסק גמרא זו אשר קיימוהו כל הפוסקים דלא מהני בחרש שום מעשה ולא כתב ולא מה שנראה שהוא חריף, ואינו גט כלל."

וכן דנו לדון חרש המדבר ומתקשר בשפת הסימנים כחרש לכל דבר - בשו"ת שער הזקנים לר"ז המבורג ח"ב סי' קלה; שו"ת זכר שמחה (במברגר) סי' ט; שו"ת דברי מלכיאל חלק ו' סי' לה; שו"ת אדרת אליהו לרבי אליהו גוטמאכר חלק א"ח סי' יד, ועוד פוסקים.

לאור האמור, במקרה שלא נערכה כתובת חרש על ידי בית דין הראוי לכך ביום ולא בלילה, ולא התוועדו בבית דין לדון בעניינו של החרש כיצד לחייבו בסכום כזה שהחויב הוא זכות עבורו, לא ניתן לחייבו על יסוד כתובה זו, ואין מקום לסמוך על דעות הסוברות שחרש אילם המתקשר בשפת הסימנים דינו כפקח, מאחר שהלכה למעשה אין הכרעה כדעה זו, אמנם מפני הספק מורים להם לקיים מצוות כמו שאר פקחים ברי דעת, אך ככל שהדבר נוגע לחיובו בממון, הרי שמצד הספק ומאחר שרבו הפוסקים שגם בנידון דנן דינו כחרש שאינו בר חיובא, אין אפשרות להוציא ממנו ממון, בנסיבות ששטר הכתובה שביד האישה לא הוסדר בדרך המתאימה כאמור. בנידון זה שהדיון בשאלת תוקף השטר מעיקרו, אין לדון את האישה כמוחזקת בממון מכוח השטר שבידה.

**פסק הדין ניתן ברוב דעות, עד כאן פסק הדין ונימוקי דעת הרוב.**

#### דעת המיעוט

קראתי את דברי חברי אשר העלה למסקנה כי אין תוקף לשטר הכתובה של בני הזוג חרשים - אילמים בנידון דידן, כפי שפרט בהרחבה.

דעתי אינה מסכמת עמו.

ראשית, יש לציין כי בנדון שבפנינו הם בני זוג חרשים-אילמים המתקשרים עם הסביבה בשפת הסימנים, קריאת השפתיים ונושאים ונותנים עם בני אדם מתפרנסים ועושים צרכיהם ככל אדם. מצינו בספרי האחרונים הדנים אותם כפקחים לכל דבר, עיין בשו"ת שבט סופר חלק אה"ע סי' כא שהביא מה שכתב אליו הגאון ר' מרדכי הלוי איש הורוויץ, שאם החרש אילם התחנך בביה"ס המיוחד לחרשים אילמים ולמד להבין ולדבר ע"י תנועות ורמזים ולשאת ולתת עם בני אדם בוודאי שחייב במצוות כשאר כל ישראל הפקחים. והשיב לו הרב המחבר כי מדברי הצמח צדק סימן עג נראה

מדברים, עד שעלה ספק זה בלבו אם אינם בר דעת גמור ומחויבים במצות, וכמדומה לי שאמר ובקש מהמורים שם ליקח להם תפילין שיניחו אותם, שוב נאמר לי שכבר דיבר מזה בשו"ת מהר"ם ש"ק אע"ז סי' ע"ט וגם הוא מסיק להלכה שעדיין לא יצא מספק אינו בר דעת, ואין לאכול משחיתתו ואין לצרפו למנין ויש להחמיר עליו כמעיקרא יע"ש."

הרי שרק מצד הספק חשש אביו בעל הכתב סופר להחמיר שלא לפטור אותם מתפילין ושאר מצוות, אך פשיטא שלפי דרכו מספק אין להוציא ממנו ממון.

ובשו"ת דברי חיים אבן העזר חלק ב' סי' עב נשאל:

"על דבר אלה הם הנולדים מבטן אמם חרשים אינם שומעים ואינם מדברים, אך כאשר ברבות הימים הם הולכים לשקוד וללמוד בבית הספר הנקרא טוב-שטום-שוללע שמה לומדים בלשון וכתב עברי ואשכנזי וכשיוצאים משם יודעים המה להתפלל ומבינים היטב בלשון אשכנזי וגם מלומדים המה לדעת דת וחק ועליגיאהן, ומבינים דברי המדברים אליהם כמעט בהברה ובחיתוך הלשון, וגם המה מדברים בלשון עלגים קשה עד למאד, לפעמים אבל ביכלתם לדבר כזה אשר השומע יודע ומבין מה שמדברים ומה שהמה מבקשים. וכעת היום השאלה להלכה ולמעשה לדעת מה דינם לאלה הנ"ל בענין קידושין גירושין חליצה שחיטה עדות משא ומתן וכדומה, אם גם אחרי הלימוד עוד המה בכלל חרשים שאמרו חז"ל [ע"י חגיגה ב' ע"ב] קים להו דלאו בני דיעה ננהו, או מאחר כי אף שחרשים המה ואינם שומעים הרי מדברים המה בלשון עלגים, ואם קשה הרי אנחנו יודעים ומבינים ע"י דיבורם מה שאומרים ומה שמבקשים ודורשים, וגם אנו רואין שמבינים המה ויודעים דרכי והויות העולם כמעט נמצא בהן דעת ותבונה, לכן הדבר צריך תלמוד וגם להלכה ולמעשה. כי זה היום איש כזה אשר בא מבית הספר הנ"ל ואנו רואים בו את כל האמור הוא עומד ומבקש לקדש אישה אחת פקחת והשאלה באה לדעת מה דינו."

בתשובתו הביא הדברי חיים מדברי הגמ' במסכת גיטין, וכתב:

"מקור דבר זה הוא בגיטין (ע"א ע"א). זה לשון הגמרא א"ר כהנא אמר רב חרש שיכול לדבר מתוך הכתב, כותבין ונותנין גט לאשתו כו', עד תנאי היא דתניא אמר רשב"ג במה דברים אמורים בחרש מעיקרו אבל פיקח ונתחרש הוא כותב והן חותמין כו'. ושם [ע"ב] אמר ר' יוחנן חלוקין עליו חבריו על רשב"ג, אמר אביי אף אנן נמי תנינא נשתטה לא יוציא, נתחרש הוא או נשתטה לא יוציא עולמית, מאי עולמית לאו אף על גב דיכול לדבר מתוך הכתב. א"ר פפא אי לאו דאשמעינן ר' יוחנן הוה אמינא רשב"ג לפרושי טעמא דת"ק הוא דאתא ומאי עולמית אף על גב דחזינא ליה דחריף... ואם כן לפי מסקנת הגמרא [לרבנן דפליגי ארשב"ג] לא מהני אפילו בחריפי ויודעים טובא וגם כתבו בכתב ידם לא מהני, ואינו גט כלל כמבואר לקמן בגמרא [דף ע"ב ע"א] אינו גט עד שישמעו קולו. וכן מבואר בירושלמי תרומות [פ"א ה"א] שאין גט כלל לר'

ולענ"ד פשוט דרק למכור אינו יכול אבל להשכיר אף בקרקע יש בה משום כדי חייו. והא דשכירות ליומא ממכר יש בזה מבוכה ועש"ך סי' שי"ג וּלְפִלְאֵל שֶׁלֹּא הוֹזְכָר דִּין זֶה בְּפִירוּשׁ בְּסִי' רַל"ה] וְשׁוֹכֵר הוּא מִתְחַיֵּב בְּתִשְׁלוּמֵי נֹגַד הַמְּלָאכָה ע' קֶצֶה"ח סִי' שֶׁל"ב וְשֶׁל"ג [וע' רשמי שאלה סי' נ"ד מ"ש ג"כ להקל בשכירות בזה]. וגם מזה קשה על שיטת הרמב"ם הנ"ל. ולזה נראה פשוט שחרש וקטן שנושאים נשים וכותבים להם כתובה ומתחייבים בכל תנאי כתובה ודאי שמועיל דלא גרע משוכר פועל לעצמו ומתחייב לזונו במשך פעולתו ולתת לו כסות וגם תשלומין לבסוף בתנאים ידועים הכל לפי התנאי. דודאי חייב החרש וקטן מלשון הש"ס אנסביה רב מלכו. ואדרבא אז אין מעשיו מועילים וכדקיי"ל בקטן שבמקום שיש לו אפוטרופוס אין ממכרו ממכר אף במטלטלים בלא דעת האפוטרופוס. ולזה תפסו התו' שם בפשיטות שהיה לו אפוטרופוס. אבל אצלינו שידוע דרך החרשים שמתפרנסים ועוסקים בצרכיהם בעצמם ככל אדם. והרבה מהם הם בעלי מלאכות וכדומה ואין השגחת בית דין עליהם כלל ולא שום אפוטרופוס. א"כ מהיכי תיתי נימא שלענין כתיבת כתובה יזדקקו בית דין לזה. וכיון דתקינו ליה רבנן נשואין נושא בעצמו אישה וה"ז ככל עסקיו ששוכר ומשתכר כמש"ל מהירושלמי כנלע"ד. אף שלא נתבאר זה בדברי האחרונים בכ"ז האמת עד לעצמו.

מבואר מדבריו בחרש אילם הנושא ונותן עם אנשים ומתפרנס ועוסק בצורכו בעצמו אין צריך בית דין לחייב אותו בכתובה אלא דינו ככל אדם המתחייב על הכתובה בפני עדים.

וכ"כ בספר מים חיים להגר"ח רפפורט תשובה סימן ל"ז וז"ל: "נוסח הכתובה של חרש שמצאתי בכ"י קודש של אאמור" וז"ל: 'אנחנו סהדי שחתימי לתת אתא קדמנא פב"פ חרש ורמזינא ליה ורמז לכתוב שטר כתובה לפלונית בת פלוני דאינסיבא ליה בחופה וקידושין כתקנת חז"ל וכתבנו לה שטר כתובה כמו שכותבים לכל הנשים וזה נוסחה ברביעי בשבת וכו'."

הרי דלא הצריך בית דין לכתובת חרש אלא בעדים בלבד סגי.

לפי דעות אלו שטר כתובת החרש שרירה וקיימת ואין בה נפתל ועיקש.

אלא דיש דעות באחרונים דאף על פי דהוא פיקח ומבין בשפת הסימנים על כל פנים מידי ספיקא לא נפקא, ולכן חיובו הוא רק מכוח בית הדין שחייבו אותו בתשלום הכתובה וכפי שפסק בשולחן ערוך אבן העזר סימן סז סעיף י וז"ל:

"חרש או שוטה שנשאו נשים, אף על פי שנתפקה החרש ונשתפה השוטה, אין לנשיהם עליהם כלום; רצו לקיימה אחר שהבריא, יש להן כתובה, וכתובתן מנה. ואם בית דין הם שהשיאו החרש וכתבו לה כתובה על נכסיו, נוטלת כל מה שכתבו לה בית דין"

שגם באופן כזה דינו כחרש שדיברו בו חכמים, שהוא כשוטה לכל דבר. וסיים "אולם שמעתי מפי מרן הגאון אבא מארי, בעל הכתב סופר, שפעם אחת נתבקש מהנהגות ביה"ט לחרשים אילמים אשר בעיר וינא לבוא לבקר בבית ספרם, וכשביקר שם ועמד מקרוב על סדר לימודם והנהגתם היה מופתע לטובה מהתפתחות התלמידים שם בכל סדר הנהגתם ולימודם עד שעלה ספק בלבו שמא דינם כבני דעת לגמרי שמחוייבים במצוות, וביקש מהמחנכים של בית הדין לקחת תפילין לנערי ישראל המתחנכים שם כדי שיניחו אותם בכל יום בק"ש ותפילה" עכ"ל. וכן כתב הגאון מהר"י שטייף בסוף סי' רלט. ובשו"ת נחלת בנימין סי' לא. העלה לענין צירוף לעשרה למניין שהוא מדרבנן יכולים לצרף חרש אילם לקדיש ולקדושה. וכ"כ בשו"ת קרן לדוד סי' כז. ודברי מלכיאל ח"ו סי' ל"ה העלה דהוא חייב בכל המצוות חוץ ממצוות שופר, שהיא תלויה בשמיעה. וע"ע בשו"ת יחוה דעת ח"ב סי' ו.

לפי דעת האחרונים הללו אין ספק כי בני הזוג היו מודעים לכל מהלך טקס החופה והקידושין, כולל התחייבות החתן לכלה את סכום הכתובה וכפי שהעיד הרב ד. אשר היה הרב המתרגם של בני הזוג בשפת הסימנים. אם כן סברה גדולה היא שהחתן חייב בתשלום הכתובה, שהרי כל הטעם שחז"ל תקנו שחרש נישואיו מדרבנן הוא מכיוון שאין לו דעת, והרי במקרה זה עינינו רואות שהוא פיקח לכל דבר, והוא דן בבית הדין ומבקש לפטור אותו מכתובה ומייחס לאישה את האשם בגירושיה. הרי וודאי שהוא יודע על מה הוא התחייב בשעת החופה, ואם כן מהיכי תיתי לומר שהוא פטור מכתובה. ומצאתי בדברי מלכיאל ח"א סי' פב דברים מפורשים כדברינו וז"ל:

"וכן מפורש בירושלמי פ' הניזקין שחרש וקטן שוכר אחרים ומשתכר לאחרים וכ"נ להדיא בח"מ סי' פ"ט וצ"א וע' ב"מ צ"ב ע"ב וע' שו"ת המיוחסות סי' ק"ה. ובסי' רל"ה ס"ה משמע מדברי הרמב"ם והמחבר שיכול להשכיר קרקע ג"כ. והנתיבות שם נתחבט בזה ולענ"ד פשוט דרק למכור אינו יכול אבל להשכיר אף בקרקע יש בה משום כדי חייו. והא דשכירות ליומא ממכר יש בזה מבוכה ועש"ך סי' שי"ג וּלְפִלְאֵל שֶׁלֹּא הוֹזְכָר דִּין זֶה בְּפִירוּשׁ בְּסִי' רַל"ה] וְשׁוֹכֵר הוּא מִתְחַיֵּב בְּתִשְׁלוּמֵי נֹגַד הַמְּלָאכָה ע' קֶצֶה"ח סִי' שֶׁל"ב וְשֶׁל"ג [וע' רשמי שאלה סי' נ"ד מ"ש ג"כ להקל בשכירות בזה]. וגם מזה קשה על שיטת הרמב"ם הנ"ל. ולזה נראה פשוט שחרש וקטן שנושאים נשים וכותבים להם כתובה ומתחייבים בכל תנאי כתובה ודאי שמועיל דלא גרע משוכר פועל לעצמו ומתחייב לזונו במשך פעולתו ולתת לו כסות וגם תשלומין לבסוף בתנאים ידועים הכל לפי התנאי. "וכן מפורש בירושלמי פ' הניזקין שחרש וקטן שוכר אחרים ומשתכר לאחרים וכ"נ להדיא בח"מ סי' פ"ט וצ"א וע' ב"מ צ"ב ע"ב וע' שו"ת המיוחסות סי' ק"ה. ובסי' רל"ה ס"ה משמע מדברי הרמב"ם והמחבר שיכול להשכיר קרקע ג"כ. והנתיבות שם נתחבט בזה

מועיל, ובוודאי במקרה דנן שהוסיף "בפנינו בית דין החתומים מטה" מי גרע לפסול את שטר הכתובה? ועיין באוצר הפוסקים חלק יח עמ' עח שכתב בשם ויאמר יצחק ח"א דף רי"ח נוסח כתובת חרש כפי הנוסח שחתם הבעל כאן דהיינו נוסח כתובה רגיל ולמטה נוסף אנו החתומים מטה בית דין וכו' מחייבים את החרש הנ"ל בעיקר כתובה ותוספת.

יש לציין שאת נוסח זה תיקן הרשל"צ הגאון הרב שלמה עמר שליט"א לכל מסדרי הקידושין בירושלים.

ומה שהעיר ידידי דהדיינים כשחתמו לא היו מודעים לכך שעליהם לשקול כמה ראוי לחייב את החרש כדי שהכלה תסכים להינשא לו, לענ"ד הדברים הללו אינם עומדים בקנה אחד עם מה שהעידו הרבנים שנכחו בחו"ק שהם הסבירו ותירגמו לחתן את כל התחייבויותיו וודאי שהסבירו לו גם את סכום הכתובה והדבר נעשה ברצונו ובידיעתו, וייתכן גם שהכלה לא הסכימה להינשא בפחות מסכום זה. ובפרט שהחתן החרש לא העלה שום טענה במהלך הדיונים על גובה סכום הכתובה, הרי שהדבר נעשה מרצון הצדדים, והבית דין הם המחייבים אותו בהתאם לדעתם כפי ששוחחו עם בני הזוג ועל פי שיקול דעתם, ומניין לנו לפסול שטר כתובה מחמת טענה זו.

יש לציין כי שלשת הרבנים חתמו על שטר הכתובה במותב בית דין החתומים מטה וכו' אנו מחייבים אותו בכוח בית דין יפה וכו', ודאי חזקה על חבר שחתם על שטר זה שאינו מוציא דבר שאינו מתוקן מתחת ידו, והם מודעים לאמור ואכן חתימתם הייתה במעמד של בית הדין המחייבים את החרש.

אלא שכבוד חברי כתב לערער על תוקף הכתובה מכיוון שהחופה והקידושין נעשו בלילה.

בשולחן ערוך חושן משפט ה ב כתב

"אין דנין בלילה בתחלת דין, אבל אם התחילו לדון דיני ממונות ביום, גומרין בלילה. (וי"א דאם עברו ודנו בלילה, דיניהם דין) (רשב"ם)."

ובש"ך שם סק"ה כתב

"וכ"כ הב"ח [סעיף ו']. והרמב"ן [ב"ב קי"ג ע"ב ד"ה רצון] כתב דאין דיניהם דין, וכ"כ הטור ריש סימן רנ"ג, וכן כתבו הר"ן [חי' ב"ב קי"ד ע"א ד"ה אבל] והרא"ש [שם פ"ח סי' ג'] וכסף משנה [פ"ג מסנהדרין ה"ד], ועיין ב"י, וכן נ"ל עיקר דאין דיניהם דין:."

ואם כן, מכיוון שהחופה נערכה בלילה הרי שלפי דעת הש"ך והפוסקים שהביא אין תוקף לכתובה אף בדיעבד.

לענ"ד נראה לתרץ בפשטות על פי דברי הסמ"ע שם סק"ז שכתב:

"ובתשובת מוהר"ם [מרוטנבורג דפוס פראג] סי' כ"ט כתוב, דאם נתרצו שני הצדדים לדונם בלילה מותר לדונם, דלא גרע מקיבלו עליהם קרוב או פסול וכו', עיין שם. וכך כתב מוה"ם לקמן סימן כ"ח סעיף כ"ד לענין קבלת עדות בלילה, עיין שם

וכתב בית יוסף אבן העזר סימן סז אות י ד"ה ומ"ש וחרש: "ומ"ש השיאו פיקחת לחרש וכתבו לה כתובה על נכסיו נוטלת כל מה שכתבו לה וכו'. מעשה שם (קיג). ונראה מדברי הרמב"ם בפ"א מהלכות אישות (ה"ו) דווקא בשבית דין השיאוהו וכתבו לה הוא דנוטלת כל מה שכתבו לה הא אחרים דלאו בית דין לאו וכן נראה מדברי נמוקי יוסף (שם)."

כבוד ידידי כתב דהואיל ושלוש הרבנים שהיו בחופה אינם בית דין לכן אין תוקף לשטר הכתובה. ולא ידעתי מניין לו לפסול את אותם רבנים, וכי היכן כתוב בהלכה שבית דין צריך להיות דווקא רבנים שסמכה לדיינות הרבנות הראשית?!

והרי לך דעת השו"ע מהי הגדרה של בית דין, שכתב בשולחן ערוך חושן משפט סימן ג א:

"אין בית דין פחות משלשה. וכל שלשה נקראים בית דין, אפילו הדיוטות; (דאי איפשר דלית בהו חד דיודע סברות בדינים, אבל אי לית בהו חד דידע, פסילי לדון) (טור בשם אביו הרא"ש ריש סנהדרין). ומכל מקום יכולין לקבל הטענות ולשלחם לפני מורה) (מהר"ם פאדווא"ה סימן מ"ג), והם דנים את האדם בעל כרחו."

וכתב הסמ"ע סק"ב:

"לשון הטור [סעיף א'], אי אפשר דלית בהו חד דגמיר, ששמע או שקרא בספרים ויודע סברות בדינים, עכ"ל. ואין זה גמיר וסביר הנזכר בגמרא ופוסקים, דהווא מומחה מיקרי ויכול לדון יחידי, ועיין פרישה:."

מבואר מן האמור דאם אחד מהדיינים קרא בספרים ויודע סברות בדינים, אף על פי שהשניים האחרים הדיוטות, מצטרפים עמו להיות בית דין.

במקרה דנן שלושת הרבנים הדיינים הם תלמידי חכמים ואברכים הלומדים בכוללים בירושלים, וודאי דגמירי וידעי הלכות וסברות בדינים, אם כן מדוע נפסול אותם מדין בית דין? ועוד, שכל הנחיצות של בית הדין כאן היא אך ורק כדי לקבל את התחייבות החתן החרש על האמור בכתובה כולל הסכום הכתוב בה, ולא לשמיעת טענות וראיות של בעלי דינים. וכי על זה צריכים להיות גדולים בתורה היודעים ש"ס ופוסקים לקיים את התחייבותו? אלא וודאי שבחתימתם על נוסח הכתובה בפנינו בית דין החתומים מטה התחייב החתן לכלתו בכל חיובי הכתובה וכו' הרי זה שטר המחייב את החתן בסכום הנקוב בכתובה.

מה שהעיר ידידי כי הכתובה נכתבה בנוסח רגיל ובסופה נכתב בפנינו בית דין החתומים מטה שהוא דלא כנוסח שטר כתובת חרשים, עיין בפתחי תשובה אה"ע קכא ז שהביא את דעת הצמח צדק שכתב:

"ונמצא במכתבים שבידי עובדא להגאון מהר"ר פייבש מקראקא כתב כתובה לאשת חרש בכיוצא בטופס זה ושם כתוב להדיא וכתבנו לה שטר כתובתה כמו שכותבין לכל הנשים אות באות וזה נוסחה ברביעי בשבת כו'."

הרי העולה מדבריו שאף אם כתב נוסח כתובה הרגיל

לרווחא דמילתא נראה לי להוסיף טעם אחר דאין כאן חיסרון של דין בלילה, דהנה הסמ"ע סק"ח הקשה על הרמ"א דכתב דאם עברו ודנו בלילה דיניהם דין מהשו"ע סי' כח סכ"ד שכתב בעניין קבלת עדות, שהיא דומה לדין, שאם עברו וקיבלו בלילה אין דנין על פיה, ומאי שנא מהדין שפסק הרמ"א שבדיעבד אם דנו בלילה הוי דין? וכתב הסמ"ע לתרץ דקבלת עדות אינה גמר דין, ולכן אסור לכתחילה לגמור את הדין על סמך עדות זו, מה שאין כן כאן, שכבר נגמר הדין. בקצות החושן סימן ה ס"ק ב כתב לתרץ וז"ל:

"ולכן נראה לענ"ד דגוף הדין כדקאי קאי דכשר בדיעבד, והוא דכיון דאינו פסול אלא תחלת דין בלילה וגמר דין כשר בלילה וא"כ אם עברו ודנו בלילה נהי דפסול היה תחלת דין דהיינו המשא ומתן, מ"מ גמר הדין דהיינו מה שאמרו איש פלוני אתה חייב זה הוא בכשרות מן התורה דהא גמר הדין כשר בלילה, וא"כ כי עברו ודנו בלילה כשר הדין בדיעבד דהא הפסק הדין שאמרו כשר הוא בלילה אלא שהיה המשא ומתן בפסול שהוא תחלת הדין ולא מיפסל מחמת זה הגמר דין, ומידי דהוי לדיינים שפסקו את דינם בלי משא ומתן דלא מיפסל משום זה, וא"כ כיון דגמר דין כשר בלילה א"כ אם עברו ודנו בלילה ודאי כשר. ואפילו לכתחילה היה ראוי לומר דיאמרו את הגמר דין, דהא המשא ומתן כבר נעשה וגמר דין כשר בלילה, אלא כיון דעברו ודנו תחלת הדין בלילה אינו ראוי שיוסיפו עוד לגמור את הדבר של איסור, אבל אם עברו ודנו ודאי כשר וכמ"ש דהא זה הפסק שאמרו איש פלוני אתה חייב זה הוא בהכשר דהא גמר דין כשר בלילה ודו"ק."

כלומר, הואיל וגמר דין בלילה כשר לכן אף אם עברו ודנו בלילה כשר, דאף דנתבטל תחילת הדין מכל מקום גמר הדין היה כשר, כיוון דהוי כמי שפסקו את הדין בלא מו"מ דכשר. לפי דברי הקצה"ח, במקרה דנן אף דהחופה והקידושין נערכו בלילה, מכל מקום מכיוון שהצורך במעמד בית דין הוא כדי לחייב את החתן בתשלום הכתובה אבל אין כאן שמיעת טענות הצדדים של תובע המבקש לחייב את הנתבע והכחשות הצדדים המצריך את בית הדין לדון ולעיין בהלכה לפסוק מי הזכאי או החייב, אלא תפקיד בית הדין הוא כדי לתת תוקף לחיוב החתן בתשלום הכתובה, זה הוי כגמר דין בלילה דכשר אף לכתחילה.

והנה, אף שהנתיבות המשפט בביאורים סק"ב השיג על קצה"ח וכתב שאין הבנה לדבריו, מכיוון שאין להם דין בית דין בתחילת הדין ממילא יכולים להחליף את טענותיהם ואין הודאתם הודאה וממילא גמר הדין שלהם בטל, הנה, כל דברי נתיבות המשפט אמורים דווקא במקום שיש צורך בשמיעת טענות הצדדים והודאה והכחשה, אך לא במקרה דנן כפי שבארנו דזה הוי כגמר דין ולכו"ע אם שמעו בלילה דינם דין.

והקצות תירץ את קושית הנתיבות וכתב במשובב נתיבות וז"ל:

"ולמה לא יבין, הא כתב הרמב"ם [פ"ה מסנהדרין הי"ח] כל שאינם שלשה אפילו הם סמוכים בא"י הודאה שמודה בפניהם

והוא מדברי רשב"א [בשו"ת ח"ו סי' ר' וח"ז סי' תס"ז], ומשום הכי נוהגין לעת עתה להקל לדון תחילת דין בלילה, דמאחר שבא לדין כששולחין אחריו הוה ליה כקיבלוהו."

וכן פסק הרמ"א חו"מ סימן כ"ח סכ"ד וז"ל "אם קיבלו עליהם בעלי הדינים לקבל העדות בלילה מקבלים אפילו לכתחילה (ב"י בשם הרשב"א).

וכתב הב"ח סימן ה וז"ל: מיהו אם קיבלו עליהם הבעלי דינים שיהיו דנים אפילו תחילת דין או שקיבלו עדות בלילה מהני דלא גרע וכו' ואפילו לא קיבלו עליהם בפירוש אלא אתו מנפשיהו הוי קבלה כדמוכח בירושלמי וכו'.

ואם כן, מכיוון שבני הזוג פנו בבקשה לרבנות לרישום נישואין הרי קיבלו עליהם את הרב המקדש שיערוך להם חופה וקידושין כדת משה וישראל באופן שיחולו כל התחייבויות החתן לכלה, כולל תשלום הכתובה, וודאי שנתרצו לדון בלילה ולא גרע מקיבלו עליהם קרוב או פסול דמועיל.

וראייתי לידידי שהעיר מכיון דאין לחרש דעת אין בקבלתו כלום, ולענ"ד נראה לומר דחרש יש לו דעת מוגבלת, כמו שפסק בשו"ע חו"מ סימן רל"ה סעיף י"ז דחרש מוכר ולוקח המטלטלין ברמיוזה. והרי מנין לו לחרש זה דעת להינשא לכלה זו בחירת לבו? אלא כשם שיש לו דעת ומתרצה לנישואין לבת זוגו, הרי הוא מתרצה ומקבל עליו להינשא כפי שבית דין יערכו לו את הנישואין, הם אלו המחייבים אותו בכל חיובי הכתובה, ואין צריך לקניינו כלל.

ובנוסף יש לציין את מש"כ הדברי מלכיאל דכתב שחרש שוכר אחרים ונשכר לאחרים ולא גרע משוכר פועל לעצמו ומתחייב בכל תנאי כתובה וז"ל:

"וכן מפורש בירושלמי פ' הניזקין שחרש וקטן שוכר אחרים ומשתכר לאחרים וכ"נ להדיא בח"מ סי' פ"ט וצ"א וע' ב"מ צ"ב ע"ב וע' שו"ת המיוחסות סי' ק"ה. ובסי' רל"ה ס"ה משמע מדברי הרמב"ם והמחבר שיכול להשכיר קרקע ג"כ. והנתיבות שם נתחבט בזה ולענ"ד פשוט דרק למכור אינו יכול אבל להשכיר אף בקרקע יש בה משום כדי חייו. והא דשכירות ליומא ממכר יש בזה מבוכה ועש"ך סי' שי"ג [ולפלא שלא הוזכר דין זה בפירוש בסי' רל"ה] ושוכר הוא מתחייב בתשלומיו נגד המלאכה ע' קצה"ח סי' של"ב ושל"ג [וע' רשמי שאלה סי' נ"ד מ"ש ג"כ להקל בשכירות בזה]. וגם מזה קשה על שיטת הרמב"ם הנ"ל. ולזה נראה פשוט שחרש וקטן שנושאים נשים וכותבים להם כתובה ומתחייבים בכל תנאי כתובה ודאי שמועיל דלא גרע משוכר פועל לעצמו ומתחייב לזונו במשך פעולתו ולתת לו כסות וגם תשלומין לבסוף בתנאים ידועים הכל לפי התנאי."

ולזה נראה פשוט שחרש וקטן שנושאים נשים וכותבים להם כתובה ומתחייבים בכל תנאי כתובה ודאי שמועיל דלא גרע משוכר פועל לעצמו ומתחייב לזונו במשך פעולתו ולתת לו כסות וגם תשלומין לבסוף בתנאים ידועים הכל לפי התנאי.



החיובים שמופרטים לעיל ובפרט שזה לטובתו וזכות גמורה היא לו". אך למעשה הסכום הנקוב בשטר הכתובה נקבע רק על יסוד הסכמת החרש בלבד, ואותם שלושה לא דנו לא בדקו ולא ביררו מהו הסכום הראוי לחייבו לפי מצבו הכלכלי ויכולתו, ומהי דרישת הכלה באותו מעמד.

ג. התבאר לעיל, על פי דברי הרא"ש בתשובה והרמ"א ח"מ סי' רצ ס"א, שביחס לבית הדין הממנים אפוטרופוס, אין די בשלושה דיינים הכשרים לדון, והוא הדין הכא שבמעשיהם הם ממנים עצמם כאפוטרופוס לחרש. כמבואר בתוס', ובראשונים שכתבו שבית הדין מקבל מעמד אביהם של חרשים, על כן לא כל שלושה הכשרים לדון ראויים ליטול על עצמם עטרה זו, וכפי העולה מדברי הרא"ש והרמ"א וביאור הגר"א סי' רצ סק"ז שהובאו לעיל, וכמו שכתבו הפני יצחק והמלאכת חרש.

ד. הליך זה של מינוי אפוטרופוס, אף שאינו הליך הכרוך בשמיעת טענות, עדיין הינו דין, החייב להיעשות ביום, וכהוראת מרן הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל, שהובאה לעיל. וכן הדין בסידור גט חרש הנכתב בנוסח בית דין, אף בשעת הדחק ומקום עיגון, גט זה אינו יכול להיות מסודר בלילה כמ"ש בספר מלאכת חרש דף כב, למרות שאינו כולל הליך של הצגת טענות בפני בית דין, ובוזו חמור גט חרש מגט של פקח. וק"ו בעריכת כתובת חרש הטעונה שיקול דעת ופסיקה מהו הסכום שנכון לחייבו. על כן דעת הגאון רבי ב"צ אבא שאול זצ"ל הנזכרת לעיל, שאין לבית הדין העורך כתובת חרש להתכנס בלילה בתחילת דין, והיא הדעה המחוררת להלכה, ואי אפשר לחייב את החרש דן על יסוד דעת הגאון רבי שמואל וואזנר זצ"ל שאינה מוסכמת ולא התבררה.

הלכה זו שלא יסדרו בלילה כתובת חרש, אינה מפורשת בפוסקים, מאחר שהלכה זו כבר כלולה בהלכה הכללית שאין דנים בלילה.

ה. איני יכול להסכים עם דעת המיעוט שכתב: "אלא תפקיד בית הדין הוא כדי לתת תוקף לחיוב החתן בתשלום הכתובה, זה הוה כגמר דין בלילה דכשר אף לכתחילה" עכ"ל. אלא תפקיד בית הדין הוא לדון ולשקול כמה נכון לחייבו בלי זיקה לסכום שנקב החרש, ועליהם לקיים דיון ולהחליט, ותחילת דין כזה פסול בלילה. דברי קצות החושן סי' ה' סק"ב שהביא אינם מוסכמים על נתיבות המשפט (שם), ומנוגדים לפסיקת מרן הב"י סי' ה' והשו"ע סי' ה' ס"ב וסי' כח סעיף כד, והש"ך סי' ה' סק"ה הנזכרים לעיל, וכן יש ליישב דברי קצות החושן עם מש"כ בקצות החושן עצמו בסי' רנג סק"ג הנזכרים לעיל, על כן לא יתכן לחייב ולהוציא ממון על יסוד דעה זו שאינה מוסכמת כלל.

ו. ככל שדנים חרש כאינו בר חיובא, גם אם החרש יקבל עליו קרוב או פסול, אין בכך תועלת, מאחר ותוקף הקבלה הוא גדר של קניין שבו האדם המקבל על עצמו את הקרוב והפסול, מתחייב לשלם כפי שיפסוק הקרוב או הפסול, כמו שהאריך לבאר החזו"א ח"מ סנהדרין סי' יז סק"ד על פי דברי הרשב"ם והרמ"ה.

כמו שמודה חוץ לבית דין ויכולים להחליף טענותיהם. וכן הוא בשו"ע סימן ג' סעיף ב', וא"כ איך יחיד מומחה דן ביחודי, ע"כ היינו בדין שאינו תלוי בטענות וכמבואר אצלינו בסימן ג' סק"ב, וא"כ ה"נ בדין שאינו תלוי בטענות. ואנו אין לנו אלא דברי רש"י שכתב בריש פרק אחד דיני ממונות [סנהדרין ל"ב ע"א] בהא דתנן שם דנין ביום וגומרין בלילה וז"ל [בד"ה] דנין ביום, היינו משא ומתן של דין, ע"ש, ולא קרי לתחילת דין רק המשא ומתן.

הרי מפורש בדברי המשובב כדברינו בדין שאינו תלוי בטענות הרי בית דין דנין תחילת דין בלילה וגומרים את הדין בלילה.

ובזה מבואר מה שהעיר יחידי מה שכתב בספר "כתובה כהלכתה" להרה"ג שמואל אליעזר שטרן שליט"א שכתב בנדון סידור חופה וקידושין לחרש וחרשת בלילה וז"ל:

"ואחד מהדיינים שליט"א פקפק בדבר מטעם דחתימת הכתובה הייתה בלילה וטענתו בפיו דכיון דזה נחשב בגדר מעשה בית דין א"כ הוה ליה כדין ואין דנין בלילה, ואפילו אם בחליצה מכשרינן בלילה היינו משום דהוה לה כגמר דין אבל הכא הוה תחילה דין. וטענתי כנגדו דאין זה נידון כדין להא מילתא כיון דאנן בית דין עבדינן תקנתא להאי חרשא שיוכל לישא אישה כדרך העולם וכל תקנה שנעשית ע"י בית דין אפשר לעשותה בלילה. והפניתי את השאלה קמיה מרן בעל שבט הלוי שליט"א והשיב כן בפשיטות דשפיר דמי. עכ"ל.

דמה שכתב שכל תקנה שנעשית ע"י בית דין אפשר לעשותה בלילה הביאור הוא כפי שכתבנו, שכיוון שאין כאן שמיעת טענות הצדדים אלא קיום מעשה בית דין הוה כגמר דין וכשר.

העולה מדברינו אלו שאין כאן חסרון של דין בלילה הן מצד שנתרצו וקיבלו עליהם לדון בלילה, והוה קיבלו עליהם קרוב או פסול דמועיל, והן מצד שזה כגמר דין שכשר בלילה.

**עד כאן דעת המיעוט.**

#### **הערות של דעת הרוב על האמור בדעת המיעוט:**

א. אמנם לפי דעת כמה מהפוסקים דינו של הבעל דן כפקח, מאחר והוא פקח המתקשר בשפת הסימנים. אך ככל שאנו באים לפסוק להוציא ממון, נוכל להורות לדונו כפקח רק אם כך הוכרעה ההלכה. מעיון בכל הפוסקים שהובאו לעיל אנו למדים שהלכה זו שנויה במחלוקת ואין הכרעה לדונו כפקח, על כן שטר הכתובה מעיקרו עמד בספק ואין להוציא ממון על יסוד שטר זה. מטעם זה אין לפסוק כדעת הדברי מלכיאל שהביא בדעת המיעוט, מאחר והמעיון בכל האמור לעיל יראה שרבו החולקים על דעתו, וכן העלו בפד"ר כרך ח' עמ' 70 שלא כדעת הדברי מלכיאל.

ב. השלושה שחתמו על שטר הכתובה כלל לא ידעו ולא הבינו שהם פועלים כבית דין. בשטר הכתובה חתמו השלושה על הנוסח דלהלן: "אנו מחייבים אותו בכוח בית דין יפה ומכוח תקנת חז"ל שתיקנו נישואין לחרש בכל

הדין וחתימת הכתובה בלילה. בנידון שבפנינו, שטר הכתובה כולו נערך בלילה ובשעה שאין תוקף למעשה בית דין, בנוסף, שלושת החתומים על הכתובה לא התוועדו לשם בית דין לדון בטובתו של החרש כאביהם של חרשים, להעריך כבית דין מה ראוי להתחייב עבורו בכתובה.

ד. בהתאם לאמור, לא ניתן לחייב את הבעל בתשלום הכתובה, גם אם היה מתברר שבנידון זה לפי נסיבותיו האישה זכאית לתשלום הכתובה.  
ניתן ביום כ"ח אדר תשע"ז (26/03/2017).

לאחר מכן ניתנה החלטת בית הדין הגדול מיום ה' ניסן תשע"ח (21/03/2018) שבה התקבלה דעת המיעוט, אך לאחר העיון בהחלטה זו דבריהם אינם מחוורים, וכמו שיתבאר.

א. בהחלטה הנוכרת נכתב:

"מאחר ונושא זה של כתובת חרש נתון למחלוקת, ומאחר שהגרש"מ עמאר שליט"א הכריע שאין צורך ב"כתובת חרש", ומאחר שהגרש"מ עמאר שליט"א הוא רבה של ירושלים והממונה ע"פ ההלכה והחוק על רישום הנישואין בירושלים הרי שהדבר תלוי בדעתו והכרעתו. ומאחר שכן לא נראה שיש מקום שבי"ד חשוב ככל שיהיה יבטל את הכתובה אשר לדעת המרא דאתרא הממונה על הנישואין של הפיקחים והחרשים היא כתובה כשרה... קביעתו היא המחייבת, והיא הקובעת!! וכפי שהוא מוסמך לקבוע את גובה ההתחייבות שיתחייב בה החרש, כך הוא מוסמך גם לקבוע שהתחייבות החרש תופסת בלי שהועמד לו אפוטרופוס. ופשוט דברי הגמ' מורים שרב מלכיו אנסביה וכתב ליה ולא כתוב בית דינו של רב מלכיו".

לא ברור כיצד אחריותו של רב העיר על ענייני הנישואין יכולה להביא את בית הדין להכשיר כתובה שלדעת בית הדין נכתבה שלא בהתאם להלכה המחייבת כתיבת כתובת חרש, ולהורות על גביית כתובה שלדעתם אינה ניתנת לגבייה, ומדוע לא יטענו עבור החרש טענת קים לי כדעת הפוסקים הסוברים שאיני חייב בכתובה מאחר ומעמדי האישי הוא כחרש למרות שמצליח לנהל את ענייניו. סמכותו של מרא דאתרא מצמצמת לנושאים בהם הוא הוסמך על ידי הציבור שמינה אותו וקיבל עליו את פסקיו. לכן רב העיר הוסמך לעמוד בראש הלשכה לרישום נישואין ברבנות המקומית ולפקח על פעילותה, אך לא הוסמך להכשיר כתובה שאינה כשרה לכל הדעות.

מלבד זאת, לא היה מקום להסתמך על הסוגיא במסכת יבמות קיגא, שבה רב מלכיו בעצמו השיא את החרש, משא"כ כאן השיא אותה רב שכונה, כשרב העיר כלל לא היה מעורב אישית וכלל לא עסק בהסדרת נישואין ספציפיים אלו, אלא במתן הנחיות עקרוניות לרבנים מסדרי החו"ק.

ב. עוד כתבו:

"במקרה של החרשים-אילמים שבפנינו מעולם לא נתמנה להם

וכן עולה מדברי התוספות ב"מ דף עד,א שכתבו: "אף על גב דיש מקומות דקנו בלא קניין בדברים בעלמא כגון בסנהדרין (דף כד.) נאמן עלי אבא כו". ועיין בספר ישועות ישראל סי' ג' סק"ד שכתב: "דלא שייך כן אלא בדבר שבממון דחל הקניין, אבל באיסור אשת איש או שאר דבר איסור שהוא דבר שאין נתפס בקניין, כמו דלא מועיל קניין כמו כן הא דקיבל עליו קרוב או פסול לא מהני".

לפי זה מאחר ובחרש אין מועיל קניין אלא מכוח תקנת חכמים במו"מ כדי חייו כמבואר ברמב"ם פרק כט ממכירה ה"א, אין נידון זה בכלל תקנה זו.

מלבד זאת, כל עוד שלא הובהר לבעל שקיימת בעיה של דין בלילה הפוסל את הכתובה, מניין הבעל ידע לקבל עליו פסול זה. עיין בב"ח חו"מ סי' כב אות ד' ובשער המשפט סק"א שאם בעל הדין שקבל עליו את הדיינים טוען שלא ידע שאחד מהדיינים קרוב או פסול, ככל שהוא נאמן בטענתו, קבלתו אינה מחייבת, ק"ו כשלא הובהר לו כלל מפסול זה שבנידון דנן.

ז. בדיון האחרון הצדדים ובאי כוחם הסכימו ששאלת תוקף הכתובה היא שאלה הלכתית בלבד, ושאינם יודעים לטעון דבר בשאלה זו, על כן אין יסוד לטעון על כך שהחרש או בא כוחו לא טענו ביחס למעמד שטר הכתובה, אלא החרש סמך על בית הדין שלא יחייב אותו בממון שלא כהלכה, והותיר ביד בית הדין את ברור השאלה ההלכתית הכרוכה בכתובה זו. ואף שהחרש לא טען טענה כנגד תוקף שטר הכתובה, עיין בנתיבות סי' יז סק"א שבאר הלכה זו של פסיקת דין בלא טענת בעל דין, ולפי דרכו אם לאחר פסיקת הדין, אחד מבעלי הדין יחזיק גול בידו, על בית הדין למנוע זאת, גם בלא שהטענה עלתה בפירוש על ידי אחד מבעלי הדין. והוא הדין בפסיקת כתובה אם לאחר שיוציאו ממון יהיה מקום לחשש גול ביד האישה, יש למנוע פסיקה כזו.

**העולה מכל האמור:**

א. לדעת הרבה פוסקים דינו של הבעל דנן כחרש שאינו בר חיוב ואינו יכול להתחייב בשטר כתובה. אלא בית הדין המתכנסים ודנים בעניינו, דנים ומחליטים אם התחייבות זו נחוצה לצורך הנישואין. בית הדין דן ומחליט מהו הסכום שנכון לחייבו לצורך עריכת הנישואין, ויש לערוך את שטר הכתובה בנוסח מעשה בית דין שבו בית הדין מחייבו, ולא ששלשת החתומים מעידים על התחייבות החרש, ועיין באוצר הפוסקים סי' סז סעיף י' אודות נוסחאות לכתובת חרש.

ב. רבו הסוברים שמן ההכרח שבית הדין העורך את הכתובה יהיה בית הדין הקבוע שבעיר, ולא כל שלושה הכשרים לדון. ויצוין שאין הכרח שהדיון בבית הדין יתקיים במעמד סידור החו"ק, ויוכל להתקיים קודם לכן בשעה המתאימה לבית הדין.

ג. אין יושבים ודנים בלילה והוא הדין ביחס לעריכת כתובת חרש. אך אפשר לקיים את הדיון ביום, ואת גמר

ובשו"ת דברי מלכיאל חלק א סי' פב (הנוכר לעיל ובהחלטת בית הדין הגדול), כתב:

"והא דבש"ס איתא דרב מלכיו כתב לה. ובפוסקים ג"כ דרק ב"ד יכולים לכתוב. נראה פשוט שזה רק במקום שהחרש כל צרכיו נעשים ע"פ ב"ד או ע"פ האפוטרופוס הממונה ע"פ ב"ד וכמ"ש הפוסקים שחרש צריך למנות לו אפוטרופוס כמו קטן. ואז שפיר מוטל זה על ב"ד להשיאו אשה. וכן מוכח מלשון הש"ס אנסביה רב מלכיו. ואדרבא אז אין מעשיו מועילים וכדקיי"ל בקטן שבמקום שיש לו אפוטרופוס אין ממכרו ממכר אף במטלטלים בלא דעת האפוטרופוס. ולזה תפסו התו"ש בפשיטות שהיה לו אפוטרופוס. אבל אצלינו שידוע דרך החרשים שמתפרנסים ועוסקים בצרכיהם בעצמם ככל אדם. והרבה מהם הם בעלי מלאכות וכדומה ואין השגחת ב"ד עליהם כלל ולא שום אפוטרופוס. א"כ מהיכי תיתי נימא שלענין כתיבת כתובה יודקו ב"ד לזה. וכיון דתקינו ליה רבנן נשואין נושא בעצמו אשה וה"ז ככל עסקיו ששוכר ומשתכר כמ"ל מהירושלמי כנלע"ד. אף שלא נתבאר זה בדברי האחרונים בכ"ז האמת עד לעצמו. ... והעיקר נראה כמ"ל שכ"ז רק כשב"ד עוסקים בענינו והם המשתדכים עבורו ומשיאים לו אשה וה"ז כפסיקת נדוניא ושאר תנאים אבל כשעוסק בעצמו בכל צרכיו פשוט שהדין כמ"ש וכמ"ש המים חיים.

ועוד עלה ברעיוני לומר לפי מה דאיתא בגיטין נ"ב דמשיכה לא תקנו ביתומים. א"כ י"ל דכל קנינים דרבנן לא תקנו בהם וכגון אגב למ"ד דהוי דרבנן. וכן שעבוד קרקע למ"ד שעבודא לאו דאורייתא. וזה דורש אריכות רב ואכמ"ל. והנה איזה רבנים שראו דברי הללו השיבו קצת על דברי, רק אין הפנאי מסכים לי כעת לפלפל בדבריהם. וגם ראיתי כי בע"ה בכלל דברי דבריהם. ואף כי לדעת קצת פוסקים אין לחרש שטר וקנין כמ"ל. בכ"ז כיון שנהגו שכותבים כתובה לחרש. הרי תפסו כשיטה זו. וגם הרי בתי דינים של ישראל מסכימים ע"ז. והרי הוא כמו הסכם ב"ד על חיובו וכמ"ל."

הרי שהדברי מלכיאל, הגם שמצא לנכון לחלק בין חרש הזקוק לאפוטרופוס לחרש המנהל את ענייניו באופן עצמאי, כתב שיש שחלקו עליו, ובכל מקרה הלכה למעשה לא סמך על הסברא שכתב, אלא מסקנתו בסוף דבריו שיש לכתוב כתובת חרש באמצעות בית דין ושכך נהגו, ובהתאם לפסיקה הנוכרת לעיל.

אפוטרופוס ע"י המדינה, הוא יכול לקנות קרקעות ודירות בשווי מיליוני שקלים ואיש לא יגיד כי קניינו אינו קניין, לכן קשה ביותר להגיד שהתחייבות שלו ע"ס 100,000 שקל בכתובה אינה תקפה, ואין צורך להאריך בענין דינא דמלכותא או מנהג המדינה בקניינים.

אשר על כן קשה מאד לומר שע"פ החוק התחייבות סתמית של 100,000 שקל שעשה החרש-אילם שרירה וקיימת והוא לא צריך אפוטרופוס. מאידך כאשר הוא התחייב לאשה כתובה של 100,000 שקל שזו התחייבות התופסת לפי החוק ועל דעת כן התקדשה האשה, נאמר שההתחייבות אינה תקפה. שהרי ברור שדין ההתחייבות הוא עניין ממוני-כלכלי ולא עניין הלכתי שבו נחלקו הפוסקים האם החרש של ימינו חייב במצוות ובאיזו רמת חיוב הוא חייב כפי שיבואר לקמן."

מאחר ופסיקת השו"ע חו"מ סי' רל"ה סעיף י"ז ידועה, שפסק שהחרש:

"מוכר ולוקח במטלטלין ברמיזה אבל לא בקרקע. ואף במטלטלין לא יתקיימו מעשיו עד שבודקין אותו בדיקות רבות ומתיישרים בדבר",

ופסיקה זו שרירה וקיימת גם בזמן הזה, לאחר שלא מצאנו לאחד מהפוסקים לרבות פוסקי זמננו, שכתב שפסיקת השו"ע הנוכרת אינה הלכה למעשה בימינו, כיצד ניתן לכתוב בפשיטות להיפך. ההסתמכות על דינא דמלכותא, דהיינו חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, טעונה ברור רחב כיצד להתייחס לנסיבות של חוק הסותר להדיא את ההלכה הפסוקה בשו"ע. אמנם יתכן שמסמך המקבל את מעמדו ותוקפו מכח החוק, כגון צ'ק וכיוצ"ב, די להכשירו לאחר שיעמוד בכללי החוק בלבד, ובכך מכח מנהג הסוחרים הסומכים דעתם על החוק והמנהג, יקבל המסמך את מעמדו החוקי, ודי בכך להכשירו גם עפ"י ההלכה דסיטומתא קניא. לא כן ביחס לשטר הכתובה, שאינו חוזה או הסכם החתום על ידי שני הצדדים ואין לו מעמד חוזה חתום הכשר בהסתמך על ההלכה דסיטומתא קניא, אלא שטר זה ביסודו הינו מסמך הלכתי בלבד הכפוף לכללי ההלכה בלבד, וככל שיימצא פגם הלכתי בכשרות הכתובה, לא יהיה מקום להיאחו ולחייב את הסכום הנקוב בשטר הכתובה על יסוד סעיף חוקי כזה או אחר.

## סימן כא

### פסיקת מזונות לאשה שבעלה עזב את הבית ומייחס לאשה את האשמה בפירוד

האשה למזונות. הבעל טוען שהאשה אינה זכאית לדמי מזונות עבורה, מאחר שהפירוד לפני שלוש שנים הוא באשמתה, לאחר שרצתה בגירושין, ולא סעדה אותו בעת שהיה מאושפז בבית חולים, וכן מנהלת בביהמ"ש תביעה לפירוק שיתוף. ובתגובה השיבה האשה, שבהיותו מאושפז, הבעל דחה

הצדדים בפירוד כשלוש שנים לאחר שהבעל עזב את הבית, והתברר שבתקופה האחרונה הבעל מנהל קשר ווגי קבוע עם אשה אחרת, ובפני בית הדין תביעת הבעל לגירושין ותביעת האשה לשלום בית.

בירור תביעת הגירושין טרם הושלם, ובעת הזו שאין פסיקה לחייב את האשה בגירושין, עלינו להחליט ביחס לתביעת

לעזיבתה, עליה להוכיח את טענתה. וכן הוא בתשובת הריטב"א סי' קנ שכתב:

"אבל אם הם חלוקים בדבר, שהוא אומר מינה והיא אומרת מינה, נותן לה החיוב הברור כפי נדבת ברכת הבית, ועל השאר המוציא מחברו עליו הראיה וישבע הבעל ויפטר".

(במאמר מוסגר יצוין, ביחס לחובת מזונות "כפי נדבת ברכת הבית", שאליא דהריטב"א בכל מקרה הבעל חייב, דעתו אינה מוסכמת, ואכמ"ל).

אך גם תשובת הריטב"א, מתייחסת לנידון שהאשה עזבה את הבית, וזה לשון השאלה:

"שאלת האשה שהלכה מבית בעלה לבית אביה או לבית אחרים, וטען בעלה כי הלכה שלא ברצונו ושלח בשבילה ולא רצתה לשוב אליו, ועתה תובעת מזונות למפרע שאומרת שלותה ואכלה ותובעת מזונות ג"כ להבא, והבעל טוען שאין לו לתת כלום כיון שהלכה שלא ברצונו".

לא כן כשהמצב הברור שאין עליו מחלוקת הוא שהבעל עבר להתגורר בקביעות מחוץ לבית, ומנהל קשר זוגי עם אשה אחרת מזה שנתיים, בכך בעת הזו בפנינו מקרה ברור של "מניעה ממנו". הרי שכל טענה של הבעל השוללת את זכאות האשה למזונות, טעונה ראיה, ובנסיבות אלו נטל הראיה על הבעל.

ויצוין לספר אבני האפוד (לרבי דוד פיאנו) אה"ע סי' ע' סי"ב אות כד, שדן בשאלה דלהלן, וז"ל:

"עובדא אתא קמן בר' ואשתו כי זה כמה שנים עברו ביניהם... ודברי ריבות... והוא טוען כי אי אפשר לו לדור עם אשתו בשום אופן שבעולם כי היא בעלת קנאה ומחלוקת ומבזה אותו ומקניטתו. והיא תובעת כנגדו כי אדרבה הוא הגורם כי הוא רועה זונות ומכה אותה וכיוצ"ב".

ובתוך תשובתו כתב:

"לפום ריהטא היה נראה דאין להוציא ממון מהבעל לחייבו במזונות... כיון דהוא מוחזק בממון... אך במעט קט העיון אתה תראה דשניין דא מן דא, דהכא הבעל מחויב גמור לזונה שהוא אחד מחיובי הבעל לאשתו והוא בא לפטור עצמו בטענה זו, כל דאיכא ספקא אם האמת הוא כדבריו או לא, הו"ל בריא בחיובא וספק בחזרה דחייב, כמ"ש מרן בחו"מ סי' ע"ה ס"ח. ואל תשיכני מדברי הח"מ בס"ק מ"ב והב"ש בס"ק ל"ד דעמ"ש מרן אם באה מחמת טענה וכו' כתבו הם שהיינו דוקא דהיא מבררת דבריה דהאמת איתה, הא לאו הכי פטור, ותאמר דה"ה בנ"ד דעליה לברר... דהתם שאני דהוא טוען שתבא אצלו והוא יפרנסנה, לכן אינו יכול לחייבו שיפרע לה רק על ידי בירור... אבל הכא דשניהם יחד מודים דלא איתדר להו, והוא רוצה לפטור את עצמו בטענה שהמניעה ממנה, הו"ל בריא בחיובה וספק בחזרה".

ועיין בספר יביע אומר חלק ג' אה"ע סי' טו אות יז שחלק על תשובת אבני האפוד הנזכרת והעלה שמאחר ובפנינו ספק האם המניעה ממנה והוא פטור מהמזונות, אין לחייבו מספק.

אותה וביקש שלא תגיע לבית החולים לסעוד אותו, וכי היא סבורה שכבר באותה תקופה כבר היה לו קשר עם האשה האחרת, קשר שהביא אותו להתנהלות זו. את התביעה בבית המשפט מבהירה האשה שבנסיבות שהבעל עזב אותה ומנהל קשר זוגי עם אשה אחרת, נאלצה לנקוט באמצעים לשמור על זכויותיה הרכושיות שלא יוברחו ממנה.

#### בנסיבות אלו בית הדין מחליט:

אמנם, אם היה הדין מתקיים לפני שלוש שנים, בטרם היה לבית הדין מידע אודות הקשר הזוגי של הבעל עם אשה אחרת, היה מקום לדון על מי נטל הראיה בתביעת המזונות. אך מאחר שבזמנו לא התקיים דיון בתביעת מזונות, הרי שבנסיבות הנוכחיות שאין חולק שלפחות מזה שנתיים לבעל קשר זוגי עם אשה אחרת, ככל שהבעל מבקש להיפטר מתשלום מזונות, עליו נטל הראיה להוכיח שנשללה זכאות האשה לדמי מזונות עבורה, ומהטעם שיבואר להלן.

בשלחן ערוך אבן העזר סי' ע' סעיף יב נקבע הכלל ביחס לזכאות האשה בנסיבות של מגורים בנפרד. הרמ"א פסק:

"אם היתה לה קטטה עם בעלה ולא מתדר לה עמו, והמניעה ממנו, ולוותה למזונות, צריך לשלם, אבל אם המניעה ממנה, א"צ לשלם, דאין האיש חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו". וביחס לשאלה על מי נטל הראיה לברר האם המניעה ממנו או ממנה, יש ללמוד מדברי השו"ע שם שכתב:

"האשה שיצאה מבית בעלה והלכה לבית אחר, אם באה מחמת טענה שהוא בשכונה שיוציאו עליה שם רע וכיוצ"ב חייב לזונה שם אם תבעה מזונות".

וכתב החלקת מחוקק ס"ק מב:

"כלומר וביררה שדבריה כנים שיש לחוש לטענתה".

וכעין זה בב"ש ס"ק לד.

מקור הלכה זו בחי' הריטב"א עמ"ס כתובות דף קג,א שכתב: "וה"ה לאשה בחיי בעלה שיצאה מביתו והלכה לה שאם נתנה טעם לדבריה חייב לתת לה מזונות שלמים במקום שהיא. אבל אם לא נתנה טעם לדבריה אינו חייב לה מזונות שאין חיוב מזונות לאשה על בעלה אלא כשהיא עמו".

דהיינו, החלקת מחוקק והב"ש הוסיפו על דברי הריטב"א והשו"ע, וכתבו שלא די שהאשה נתנה טעם לדבריה, אלא מוטל עליה לברר את דבריה. ועיין בהגהות האשרי עמ"ס כתובות פי"ג סי' ד שכתב:

"דאיכא סהדי דלא הוה מיתדר לה בהדי בעלה כגון שהיה לה כעס וקטטה עמו או מאביו ובני ביתו דארגילו אינהו קטטה בהדה".

מבואר, שבנסיבות שהאשה עזבה את הבית, נטל הראיה על האשה. אך יש מקום להבחין בין נסיבות שהאשה היא זו שעזבה את הבית, ובמעשה זה היא מבטאת מרידה, והבעל מבקש שתשוב לביתם לשלום בית, כמבואר בספר אבני האפוד שיובא להלן. בנסיבות אלו כל עוד לא התברר אחרת, מציאות זו של עזיבת האשה את ביתה מוכיחה לכאורה שהמניעה ממנה. וכשהיא טוענת שהייתה הצדקה

אליבא דטענות הבעל, עדיין מעשיה לא סתמו את הגולל על שלום הבית בעת הזו. על כן לאחר שהבעל בחר בקשר הזוגי הקבוע עם אשה אחרת, בכך קבע מציאות ברורה שאין בה ספק, שבעת הזו המניעה לשלום בית היא בעטיו בלבד. ומאחר שהתברר שבתקופה של השנתיים האחרונות, המניעה ממנו, לכל הדעות יש לחייבו במזונות אשתו.

כמו כן, אין יסוד לייחס לאשה מעמד של מורדת בעת הזו שאין לה כל אפשרות לחזור לבעל ובעטיו. והדברים קל וחומר מאשה שאין משמעות למרידתה, שאינה כמורדת. כעין זה מצינו בפסק דין מביה"ד ת"א בראשות הגאון הרב אליעזר גולדשמידט זצ"ל, בפד"ר כרך א' עמ' 345-340 וכן בספר עור משפט סי' ט', שבתחילה בית הדין פסק שהאשה אינה זכאית למזונות בהיותה מורדת, אולם לאחר מכן בדיון נוסף התברר שחלו שינויים בנסיבות, וכי עקב בעיה רפואית שהתעוררה אצל הבעל הוא אינו ראוי לחיי אישות עמה, על כן בית הדין שינה את הפסיקה הקודמת והורה להחזיר את חובת הבעל במזונותיה, מאחר שבנסיבות החדשות שהתבררו אצל הבעל, שהבעל מצידו מנוע מחיי אישות עמה, כבר לא ניתן לדונה כמורדת. והדברים ק"ו, אם כשחל שינוי מצב אצל הבעל כשהוא מנוע מחיי אישות עמה מחמת מחלה, מהמועד שחל שינוי זה, האשה כבר אין דינה כמורדת, בוודאי שכן כשהמניעה בפשיעתו שמצא לנכון ליצור קשר זוגי קבוע עם אשה אחרת.

אמנם הבעל טען שהקשר עם האשה האחרת החל רק לאחר הפירוד, וכי היא לא הייתה הגורם לפירוד. אך בהתאם לאמור, היה מקום לברר טענה זו אילו לפני שנתיים וחצי היה מתקיים הדיון בתביעת המזונות. אך בעת הזו אין מוטל עלינו לקיים דיון להוכחות לברר טענה זו, מאחר שבהתאם למבואר, גם אליבא דטענתו זו, בעת הזו חובתו למזונות אשתו בעינה עומדת מאחר שכעת המניעה ממנו.

ההליכים לפירוק השיתוף בבית המשפט שהאשה מנהלת בעת הזו, ונגטו ביוזמתה לאחר שהתברר לה שהבעל בקשר זוגי עם אשה אחרת, אין בהם אלא לשמור על רכוש שהיא זכאית לו, וכל עוד דירת המגורים בישוב בהם הם מתגוררים, עומדת בעינה ברשות הצדדים או אחד מהם, אין מניעה עקרונית לחזרה לשלום בית, אם הבעל יחזור בו מבגידתו. וכל עוד לא חזר בו, אין לו להליץ ביחס לפירוק הנישואין לרבות השיתוף ברכוש, אלא על עצמו.

**העולה מהאמור:** ההלכה הפסוקה בשו"ע אה"ע סי' ע' סעיף יב קובעת שחובת הבעל במזונות אשה בעת שגרים בנפרד נובעת מההבחנה בין אם המניעה ממנו או ממנה. הבחנה זו מתייחסת לתקופה שבה האשה תובעת את המזונות ומתקיים הדיון לבירור חיוב הבעל במזונות אשתו, וככל שבמועד זה המניעה ממנו, יש לחייבו במזונות. בנ"ד לאחר שהתברר לבית הדין שבעת, ומזה שנתיים, המניעה לשלום בית היא מהבעל, חיובו במזונות אשתו הינו חיוב חלוט, ולא מחמת הספק, על כן בית הדין מחליט לחייבו במזונות אשתו.

ועיין בספר משפטי שאול סי' מב בפסק דין מביה"ד הגדול, שהגר"ש ישראלי זצ"ל צימצם את דברי החלקת מחוקק והב"ש הנזכרים רק לנסיבות של שם רע שיצא עליה במקום מגורי הבעל, ואין טענה שהבעל נהג עמה שלא כדין, ולא כשקיימת טענה המייחסת לבעל התנהגות שלילית שהביאה לפירוד, שבנסיבות אלו האשה נאמנת ונטל הראיה על הבעל, כמבואר ברמ"א סי' קנ"ד ס"ג. ונחלקו עליו חבריו, הגר"א גולדשמידט זצ"ל והגר"ע יוסף זצ"ל, שחזרו על שיטתם, שבנסיבות של ספק, נטל הראיה במזונות האשה מוטל על האשה.

אך מחלוקת זו וכן מחלוקת האבני האפוד והיביע אומר היא כשבפנינו מצב מסופק, שבית הדין נוכח בסכסוך ובקטטות שבין הבעל והאשה, וכל צד תולה את הקולר בצד השני, ואם טענות הבעל יתבררו, בית הדין יפסוק שהמניעה ממנה, בנסיבות אלו נחלקו בשאלת זכאות האשה למזונות, כמבואר לעיל.

משא"כ בנידון דנן שגם אם בזמנו היה ספק, הספק הסתיים לפני שנתיים, אך ברור שבעת הזו מזה שנתיים הבעל בקשר זוגי עם אשה אחרת, וזהו המצב הברור המונע כעת את החזרה לשלום בית. אמנם אילו הבעל היה מודיע שחזר בו מבגידתו באשתו, ועושה את הנדרש ליישר את ההדורים עם אשתו והיא הייתה מסרבת ללא הצדקה, היה מקום לשלול את זכאותה למזונות. אך אין כך המצב בנידון זה. בעת הזו אין ספק האם המניעה ממנו או ממנה, וכעת המניעה לחזרה לשלום בית היא ממנו כשסתם את הגולל על האפשרות לחזרה לשלום בית בהיותו בקשר זוגי קבוע עם אשה אחרת. דהיינו, אמנם הבעל מייחס לאשתו התנהלות שלילית מלפני שלוש שנים המבטאת את רצונה להתגרש, ומאידך האשה טוענת שהכל נבע מהקשר עם אותה אשה, שלטענתה החל קודם לפירוד, ובזמנו בית הדין טרם הכריע בטענות אלו. אך גם אילו היה מתברר שהאמת היא כדברי הבעל, עכ"פ התנהלות שלילית כזו או אחרת שהבעל מייחס לאשתו בתקופה הנזכרת של לפני מעל שנתיים, עדיין אין בה כדי לסתום את הגולל על שלום הבית, ולאחר מכן עדיין היה מקום להביא לחזרה בליווי יועץ נישואין וכיוצא"ב, כמקובל בנסיבות מעין אלו.

לכן, לולי אותו קשר זוגי של הבעל, שהבעל מודה בו, אילו הזוג היה מופיע בפני בית הדין וכל אחד היה מייחס לשני את האשמה בפירוד ובהפרת שלום הבית, ולא היה ניתן להכריע במחלוקת זו שבין הצדדים, שאלת זכאות האשה למזונות הייתה תלויה במחלוקת אבני האפוד והיביע אומר, הנזכרת, ובדעות שבפסק הדין הנזכר שבספר משפטי שאול. אך בנידון דנן שגם אליבא דטענות הבעל שהמניעה לשלום בית היא מהאשה, הדברים היו יכולים להישמע רק בזמנו בעת פרוץ הסכסוך, אך אין ספק שבעת הזו ומזה שנתיים לפחות, המניעה לחזרה לשלום בית נובעת ממנו בלבד. וזאת מאחר שהבעל עשה מעשה המסכל לחלוטין את החזרה לשלום בית, ואילו ביחס למעשי האשה לפני שלוש שנים, גם

## סימן כב

## מזונות אשה שחויבה בגירושין

בגירושין, הגם שלא נפסק לכפות את האשה בגירושין בעל כורחה, שלילת המזונות אינם אמצעי לכפיית הגירושין, אלא תוצאה של סירוב האשה להתגרש, והואיל ועיכוב הגירושין הוא מחמתה, הבעל פטור ממזונות.

זה החילוק בין מורד בעלמא, שם האשה אינה חייבת להסכים להתגרש ולהיעתר לבקשת הבעל לקבל גט, לכן עיכוב הגירושין אינו נובע ממנה, ואין פוסקים כתשובת הרא"ם שהביאו הפוסקים בסי' עז ס"א, משא"כ בנידון תשובת הרא"ש הנ"ל ופסיקת השו"ע סי' קיז סעיף יא.

עיין בפסק דין מבית הדין האזורי ת"א בהרכב הדיינים הג"ר ש' ב' וורנר זצ"ל, הג"ר ע' אזולאי זצ"ל, ויבל"א הג"ר ח' ג' צימבליסט שליט"א, בפד"ר ח"ח עמ' 65-73 בנידון שבו הבעל תבע לחייב את האשה בגירושין ולפטרו ממזונות, ופסקו שם לחייבה בגירושין בלבד, ולא לכוף עליה את הגירושין, וקבעו שדי בחיוב גט כדי לפטרו מתשלום המזונות. להלן מפסק הדין בעמ' 73:

ברם בכל עיקר הנחה זו דמניעת שאר כסות ועונה הוא רק מדין כפייה לקבל גט, נראה דבית שמואל לא ס"ל כן, דז"ל ב"ש בסי' קי"ז שם: אף על גב כשהוא בעל נכפה איתא לקמן סי' קנ"ד פלוגתא אם כופין וכו' וכפייה זו למנוע שאר כסות ועונה לכולי עלמא אין קפידא, דהא כשהוא בעל נכפה לכ"ע יכולה לפרוש ממנו, ממילא לא תעשה לו הדברים אשר היא חייבת לעשות לו, א"כ הוא פטור לעשות חיוב שלו". ומבואר בדברי ב"ש דמה דיכול למנוע ממנה שאר כסות ועונה הוא לא רק מדין כפייה שתקבל הגט, אלא גם מטעם אחר, והוא דכיון שהייתה לקבל גט לכן אפילו לפני שמקבלתו נפקעו כל חיוביו הכספיים כלפיה. וכמו במום גדול שבו שיכולים לכפותו לגרשה, דגם לפני שגרשה אי אפשר להכריחה לחיות עמו ונפטרת מכל חיוביה כלפיו... וכן נפסק להלכה בסי' קנ"ד סכ"א בהגה. הרי דבכל מקום שחייב לגרש, מוציאים ממנו הממון עוד לפני הגט. וסובר בית שמואל דה"ה שכל ההתחייבויות ההדדיות שביניהם מתבטלות עוד לפני הגט, דהיינו שהוא אינו חייב בחיוביו כלפיה, והיא אינה חייבת בחיוביה כלפיו, ולכן ס"ל להב"ש דה"ה בספק אם חייב או חייבת בגט, כבר נפסקים החיובים שביניהם, דמספק יאמר כל אחד קים לי... ולפי"ז בנידון דידן אף שלא נוכל לכפותה לקבל גט, מ"מ לא נוכל גם לחייב אותה במזונות, וכן"ל.

לאחר שבסעיף ב' של אותו פסק דין, פסקו חיוב האשה בגירושין ללא כפיית גירושין, כתבו בסעיף ג': "אין לחייב הבעל במזונותיה, ופסקי הדין למזונות שניתנו על ידי בית הדין בטלים". הרי שללו את המזונות למפרע גם ביחס למועד שלפני פסק הדין, וביטלו את פסקי הדין למזונות שכבר ניתנו קודם לכן.

להלן פסק דין בשאלת זכאות האשה למזונות עבורה לאחר שקודם לכן נפסק לחייב אותה בגירושין מהנימוקים המפורטים בפסק הדין ואין צורך להביא במסגרת זו. עפ"י פסק הדין לגירושין, הצדדים הוזמנו לסידור גט, והאשה הודיעה שאינה מסכימה להתגרש. בסעיף ו' לפס"ד הנ"ל קבע ביה"ד:

אם האשה תסרב להתגרש במועד הנ"ל, זו תהיה עילה לקבוע שהחל ממועד זה נשללה זכאותה למזונות, וזאת עפ"י ההלכה הפסוקה בשו"ע סי' קיז סעיף יא. ביחס לחובת הבעל במזונות אשה עד למועד זה, אם הבעל מבקש לשלול זכאות האשה למזונות על יסוד האמור בפסק הדין הנוכחי, עליו להגיש בקשה מנומקת.

יצוין שהצדדים מתגוררים בנפרד שנתיים וחצי, ובהתאם לאמור בסעיף ו' לפסק הדין, הגיש הבעל בקשה לפטור אותו מחובתו למזונות העבר, מיום הפירוד, או עכ"פ מיום הגשת התביעה לגירושין, וכן מתשלום מזונות מכאן ולהבא. התקבלה תגובת האשה, ובה היא מבקשת לדחות את הבקשה.

לאחר עיון בטענות הצדדים ביה"ד פוסק כדלהלן:

בשו"ע אה"ע סימן קי"ז סעיף י"א נפסק:

"מי שנודע לו שאשתו נכפת ... כופין אותה לקבל גט ... ואם תמאן לקבל גט ימנע ממנה שאר כסות ועונה".

בהתאם לפסיקה זו, לאחר שהאשה חויבה בגירושין ומסרבת להתגרש, נשללת זכותה למזונות, וזאת כאמצעי לחץ לקבלת גט. עיין בתשובת רבי עקיבא איגר תניינא סי' עד ובתשובת נודע ביהודה תניינא חלק אה"ע סי' קד שמניעת המזונות היא אמצעי לחץ לקבלת הגט, והאריכו בזה בפסק דין מביה"ד הגדול בפד"ר כרך ב' עמ' 140-142.

בהפלאה סי' קיז ס"ק יז כתב בביאור פסק השו"ע הנ"ל, בלשון זו:

"והרא"ש שכתב דיכול למנוע היינו דהוא בכלל הכפי' עד שתאמר רוצה אני, אף על גב דלא מצינו כפי' בממון, מ"מ כיון שהיא מחויבת לומר רוצה אני ועיכוב הגירושין ממנה, כבר כתבתי בריש סי' ע"ז דמוכח מריש כתובות דכשהעיכוב ממנה פטור ממזונות".

הדברים התבארו בדברי ההפלאה סי' עז סק"ג שכתב:

"והיינו דכתב בתשובת הרא"ש והובא בסוף סי' קי"ז דכשהיא נכפית ואינה רוצה לקבל הגט יכול למנוע ממנה שאר כסות ועונה, משום דהתם הדין נותן כמו גבי איש נכפה דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני, ה"נ גבי דידה היא מחויבת לומר רוצה אני ושפיר הוי גרמא דידה".

לפיכך בנידון דנן, מאחר שבית הדין פסק לחייב את האשה

ועיין עוד בפסק דין מביה"ד הגדול חלק א' עמוד 199 שכתבו בתוך דבריהם:

"אך במקרה ששלילת המזונות מצד הבעל לא ישפיע על האשה להכריח אותה לקבל גט, הרי נראה שלפי הדין אי אפשר להוציא ממון מן הבעל נגד דעת רבותינו הגאונים הנ"ל. וא"כ בני"ד שאשה זו לא תהיה נאלצת לקבל גט ע"י שלילת המזונות מצד הבעל משום שאשה זו איננה תלויה בחסדו של הבעל, כי היא יושבת בבית הוריה וכל מחסורה עליהם, ולא תרגיש בזה מאומה בין אם הבעל ישלם לה מזונות או לא, והבעל מוכן עכשיו לתת לה כתובתה, הרי שיש לדון לפטור אותה ממזונותיה.

גם יש לדון עפ"י מ"ש הישועות יעקב הו"ד בפ"ת סי' ע"ז אם טען מאיסה היא עלי ויש לו טעם מבורר אף שאין הדין נותן לגרשה בע"כ מחמת זה מ"מ יוכל למנוע ממנה מזונות עד שתקבל ג"פ, וכ"נ מהחלקת מחוקק סי' ע"ז סוף ס"ק ג'... ובנוגע לאופן השלשת הכתובה, הנה לפי רהיטת לישנא המובא בפוסקים אם רוצה לגרש וליתן לה כתובה לכאורה נראה דסגי במשליש את הכתובה גם באופן שהאשה לא תקבל את הכתובה אלא בצירוף הגט, אולם לפי מש"כ הגריצ"א ז"ל בנחל יצחק בטעמו של דבר שנפקע חיובי הבעל ע"י השלשת הכתובה מפני שהוא כפורע חובו שמועיל גם בעל כרחו של המלוה ועי"ז פקע ממנו חיובי תנאי הכתובה ע"ש, וא"כ זה דוקא אם הבעל השליש את הכתובה לטובתה שיהי' בידה הזכות לקבל את הכתובה תומ"י גם בלא הגט, אז הוה פירעון המועיל גם בעל כרחו, אבל אם משליש באופן שהאשה לא תקבל את כתובתה כ"ז שלא תקבל יחד עם זה גם גטה, ודאי אין זה בכלל פירעון בעל כרחו שהרי אין בידו להכריח אותה לקבל גט, ואם לא מרשה לה לקבל את כתובתה אא"כ תסכים לקבל את הגט אין כאן פירעון כלל והוא נשאר חייב בכל החיובים... לפי כל האמור לעיל אנו פוסקים: א. על הבעל לשלם לאשתו עבור מזונותיה סך... הזכות ביד הבעל להשליש בבית הדין כתובת אשתו (שהיא אלף ל"י) לטובת האשה, עם ג"פ, ואז יהיה פטור ממזונותיה."

גם בנידון זה, ביה"ד נוכח ששלילת תשלום מזונות לאשה אינו מפיל אותה לכדי מחסור חמור וכפייה על הגירושין, ובכך דומה נידון דנן לזה שבפסק הדין בפר"ר ח"א הנ"ל. אולם ביה"ד מבהיר: נידון דנן חמור מהנידון בפסקי הדין הנ"ל שדנו בבעל הטוען טענת "מאוסה עלי", ואילו מצד האשה לא נעשו מעשים שליליים הגורמים בהכרח להפרת שלום הבית ולפירוד, ולכן לא חייבו אותה בגירושין. אולם בנידון זה, כפי שפרטנו בהרחבה בפסק הדין לגירושין את התנהלותה השלילית של האשה בחיי הנישואין בכלל ובחיי אישות בפרט, קבענו שיש לתלות את האשם בפירוד בהתנהגות האשה, וחייבנו אותה לקבל גט. מאותם נימוקים שהיא אשמה בפירוד ובעזיבת הבעל את הבית, יש לשלול זכאותה למזונות עוד קודם למועד שנקבע לסידור הגט.

בית הדין הגדול, בהרכב הדיינים נ"ע הגר"י נסים זצ"ל, הגרי"ש אלישיב זצ"ל והגר"ב זולטי זצ"ל, דן בערעור על פסק הדין הנ"ל מביה"ד בת"א, ואישרו את פסק הדין, וכתבו שם בעמ' 75: "צדק ביה"ד האזורי בפוטרו את המשיב מחיוב מזונות".

שם בעמ' 77 כתבו לגבי נידון שאין פסיקת חיוב האשה בגירושין:

"והואיל ועיקר היסוד להלכה זו דבעל יכול להשתחרר מחיובי מזונות עם השלשת גט וכתובה הוא המשנה דכתובות דף נ"א והתוספתא פ"ד דכתובות ה"ז גיטך וכתובתך תרפאי א"ע ופרנסי א"ע, כמ"ש בנחל יצחק, ולפי האמור הרי מבואר דדוקא במשליש כל הכתובה כולל אף התוספת, ולא סגי בהשלשת כתובה גרידא, ולא עוד אלא שמן החומר שלפנינו יש להסיק שאף סכום כתובה דאורייתא שהמשיב הצהיר בביה"ד האזורי שהוא מוכן לשלם לאשתו, גם זה לא השליש לטובת האשה, ואם כן אין בידו לפטור את עצמו מחיוב מזונותיה."

וכן כתבו בפסק דין מבית הדין הגדול חלק ה' עמוד 294-297: "אולם גם במי שבא בטענה זו שאשתו מאוסה עליו, ובאופן שהיא נראית כנה, כבר העלה הצ"צ בס"י קל"ב שלמעשה אין מתירין חדרגמ"ה על יסוד טענת מאיס עלי. וזו לשונו שם: - כ"ז נראה להלכה אבל לא למעשה משום דלא חזינן שנעשה מעשה כזה להתיר חר"ג בטענת מאיס עלי [...] לפי האמור אנו מחליטים: א. מקבלים את הערעור, ואין לחייב את האשה המערערת לקבל ג"פ. ב. כל עוד והבעל לא שילם את הכתובה לאשתו הוא חייב במזונותיה."

אולם, לאחר השלשת הכתובה פסקו בנידון הנ"ל לפטור ממזונות גם לולי חיוב האשה בגירושין, ועיין להלן סי' נו, ובלא השלשת גט וכתובה רק לאחר פסיקת חיוב הגירושין. וכן בספר ישועות יעקב אה"ע סי' עז (בפירוש הארוך סק"א), בתחילת דבריו כתב שאין למנוע מזונות בנידון של בעל הטוען "מאוסה עלי", מאחר ששלילת המזונות יחשב כאמצעי לכפיית הגירושין, ומדבריו נראה שאם ישליש כתובה, יהיה מקום לפוטרו מתשלום המזונות. ובמסקנתו בפירוש הקצר סק"ב, הובא בפת"ש סי' עז סק"ב, כתב בלשון זו:

"ועיין בספר ישועות יעקב שהאריך ג"כ בזה ובסוף כתב ואבותינו סיפרו לנו מזקני הגאון ח"צ ז"ל שפעם אחד אירע בימי שמורה אחד הורה כדעת הרא"ם והוא ז"ל חלק עליו וסתר דינו אחר מעשה וכפה את הבעל שיתן לאשתו מזונותי בשלימות. אמנם אם טען מאיסה היא עלי ויש לו טעם מבורר אף שאין הדין נותן לגרשה בע"כ מחמת זה מ"מ יוכל למנוע ממנה מזונות עד שתקבל ג"פ. ומעשה היה באחד שטען על אשתו שעברה על דת ולא היה לו עדות ברורה בדבר, אלא שהיה רגלים לדבר קצת, וכתבתי דהבעל יכול למנוע ממנה שארה כסותה עד שתקבל גט, ובזה יש לסמוך על דעת הרא"ם ומהר"א ששון".

לבית הדין שהאשה בהתנהלותה השלילית בחיי הנישואין אילצה את הבעל לעזוב את הבית, כפי שהבהרנו בפס"ד לחיובה בגירושין, בהתאם לקביעה זו שהפירוד הוא בעטיה של האשה, הרי התברר למפרע שהבעל אינו חייב במזונותיה כבר ממועד הפירוד.

עיינ גם בפסק דין מביה"ד האזורי נתניה מס' תיק: 1 - 29 - 4637 מיום ה' באב תשס"ו (30/07/2006), שם כתב הר"ג שלמה שפירא, והסכימו עמו חבריו, כדלהלן:

"והנה בשו"ע אה"ע סימן ע"ב בענין אשה שיצאה מבית בעלה והלכה לבית אחר אם באה מחמת טענה חייב לזונה. וכתב הרמ"א: "אבל אם המניעה ממנה אין צריך לשלם דאין האיש חייב במזונות אשתו אלא כשהוא עמו", ומקור דברי הרמ"א בדברי הריטב"א בכתובות קג, א וע"ש בב"ש ס"ק לה ובביאור הגר"א ס"ק מ"ח. ועיינ בפד"ר כרך ו' עמ' 52 ו 53 מש"כ הגר"א גולדשמידט זצ"ל לבאר בטו"ד, טעמה של הלכה זו, ויסוד דבריו שפטור הבעל ממזונות אינו מדין מורדת, אלא הלכה בדיני מזונות שאין הבעל חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו, ורק אם נקבע שעזיבתה הייתה כדין אין הוא נפטר ממזונותיה.

ולפי זה יש לומר שכיוון שסיבת הפטור הוא מפני שאין אשתו עמו, אין זה מעלה או מוריד, אם אין אשתו עמו בגלל שעזבה מרצונה וללא סיבה, או שאין אשתו עמו מחמת שהבעל נאלץ לעזוב את ביתו עקב מעשי אשתו ואין הוא מסוגל לגור עמה תחת קורת גג אחת, שבין כך ובין כך אין אשתו עמו. וכשאינה עמו אין הוא חייב במזונות, מפני שכל היכא שאינה עמו בגרימתה ומפני מעשיה, אין חיוב מזונות, ולכן יש לפטור ממזונותיה מטעם זה".

#### מסקנת הדברים

- א. אשה שבית הדין פסק לחייבה בגירושין ומסרבת לקבל את הגט, אינה זכאית למזונות, ובפסק הדין שבפד"ר ח"ח (עמ' 73) הנ"ל קבעו ששלילת המזונות הינה גם למפרע.
- ב. לדעת כמה פוסקים אם לבעל טענת "מאוסה עלי" באמתלא מבוררת והאשה מסרבת להתגרש, למרות שאין מחייבים בגירושין, הבעל פטור ממזונות. יש שהוסיפו שהפטור ממזונות הוא בכפוף להשלשת גט וכתובה.
- ג. מאחר שבנידון זה לא נשללה זכאות האשה לתשלום הכתובה, דמי הכתובה של האשה בהתאם לשוויים כיום, יקוּוו מחלקו של הבעל בדירה, ויש לראות זאת כאילו כבר גבתה האשה את כתובתה.
- ד. נידון דנן חמור יותר ממקרה שהבעל טוען "מאוסה עלי" באמתלא מבוררת, הואיל וביה"ד הטיל על האשה את האשם בפירוד. לכן למרות שהבעל עזב את הבית, מאחר שבנסיבות שהתבררו בפנינו הבעל נאלץ לעזוב עקב התנהגותה השלילית של האשה, אינו חייב במזונותיה.

עיינ בהגהות האשרי במסכת כתובות פרק יג שהביא מתשובת מהר"ם מרוטנבורג שכתב:

"כל מה שפירשנו בלוחותה ואכלה דמעלה לה מזונות, ה"מ היכא דארגילו הקטטה איהו ובית אביו. אבל ארגלה איהי קטטה מורדת הויא, ולא יהיב לה מזוני אפילו לפי ברכת הבית. וכן מצאתי בתשובת רב פלטוי גאון וזה לשונו והיכא דארגילו קטטה אם היא מרגלת כמורדת הוי ואין לה כלום, ואם הוא מרגיל יש לה כל כתובה, ואם מרגילין בני הבית כגון חמותה יש עליו מן הדין להוציאה למקום אחר, דאין אדם דר עם נחש בכפיפה, ואם אין מוציאה מגרשה ונותן לה כתובה וכן הלכה וכן מנהג".

וכן הוא במרדכי פ"ג מכתובות, ונפסק כך להלכה ברמ"א אה"ע סי' ע' סעיף יב:

"האשה שיצאה מבית בעלה והלכה לבית אחר, אם באה מחמת טענה שהוא בשכונה שיוציאו עליה שם רע וכיוצא בזה, חייב לזונה שם אם תבעה מזונות; אבל אם לא תבעה, מחלה על מזונות דלשעבר. הגה: וה"ה אם הייתה לה קטטה עם בעלה ולא מתדר לה עמו, והמניעה ממנו, ולוחה למזונות, צריך לשלם; אבל אם המניעה ממנה, א"צ לשלם, דאין האיש חייב במזונות אשתו לה אלא כשהיא עמו".

בדרך כלל, כשהאשה היא זו שעזבה את הבית ותובעת מזונות מוטל על בית הדין לברר ממי המניעה. אולם הוא הדין בנידון דידן, שהבעל עזב את הבית מטעם מוצדק, והצדקה זו התבררה רק עם השלמת הדיונים, כפי שהארכנו בפס"ד לחיוב האשה בגט. לפיכך כעת עם השלמת הדיונים התברר שאין דינו של הבעל כבעל המורד באשתו, אלא אדרבה האשה נידונת כאשה שהרגילה קטטה בתוך ביתם, והאשם בפירוד מוטל עליה.

מעיון בתשובה מהר"ם נראה שלא קבע הלכה זו של שלילת מזונות לאשה שהרגילה קטטה רק בנסיבות שהיא עזבה את הבית. לכן לא הזכיר בתשובתו, שהנידון הוא דווקא שהאשה עזבה את הבית, אלא דן בכל פירוד הנובע מקטטה. וכן בדברי הרמ"א אין הכרח שהנידון הוא דווקא באשה שיצאה מהבית, כפי שפתח המחבר מרן בשו"ע את דבריו בסעיף יב. רק אם נפרש שדברי הרמ"א הם השלמה לדברי המחבר, וגם הרמ"א המתייחס לנידון ש"לא מתדר לה עמו", ומשמע שהאשה עזבה את הבית, והחלוקה בין המניעה ממנו או ממנה נאמרה דווקא באשה שעזבה את הבית, אך לא כשהבעל אולץ לעזוב את הבית. אולם לדינא נראה שאין נ"מ מי עזב הבית, אלא העיקר תלוי אם המניעה ממנו או ממנה, מאחר שדינו של הרמ"א יסודו בתשובת מהר"ם הנוכרת שקבע שהאשם בפירוד מתייחס למי שהרגיל את הקטטה בביתם, ובכך תלויה חובת הבעל למזונות אשתו. שאם לא כן, וכי יעלה על הדעת לחייב את הבעל במזונות אשתו כשאשתו במעשיה השליליים כפתה עליו את עזיבת הבית, ולמעשה "זרקה אותו מהבית".

לכן גם בנידון זה, מאחר שעם השלמת הדיונים התברר



כדמי מזונות זמניים עד להשלמת בירור התביעה לגירושין.

ה. לאור כל האמור בנד"ד, הבעל פטור מתשלום מזונות ממועד הפירוד ועזיבתו את הבית, ובהתאם לכך מבוטלת ההחלטה למזונות זמניים, שמלכתחילה נקבעו

## סימן כג

### חובת אב אברך במזונות ילדיו

אשתי מרויחה 20,000 שקל לחודש בזכותי, עבדה במקום שניצל אותה ובזכותי פתחה עסק, רצתה שאלמד דינינות, גם אני רציתי והסכימה שאקבל רק 'דתות', רק עכשיו מדברת על כסף.

בית הדין: לפי השולחן ערוך חובתך לפרנס. האישה: לא הייתי מתחתן איתה, אדם שמתחתן כאברך, היא מקבלת 20000 שקל לחודש משכורת בזכותי, התחתנתי כאברך, אם אחזור ודאי שאלך לכולל שבו אקבל יותר".

עד כאן מפרוטוקול הדיון.

#### דיון

בשולחן ערוך אבן העזר סי' עא סעיף א' פסק:

"חייב אדם לזון בניו ובנותיו עד שיהיו בני שש, אפילו יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם; ומשם ואילך, זנן כתקנת חכמים עד שיגדלו. ואם לא רצה, גוערין בו ומכלימין אותו ופוצרין בו. ואם לא רצה, מכריזין עליו בצבור ואומרים: פלוני אכזרי הוא ואינו רוצה לזון בניו, והרי הוא פחות מעוף טמא שהוא זן אפרוחיו; ואין כופין אותו לזונן. במה דברים אמורים, בשאינו אמוד, אבל אם היה אמוד שיש לו ממון הראוי ליתן צדקה המספקת להם, מוציאים ממנו בעל כרחו, משום צדקה, וזנין אותם עד שיגדלו".

בהלכה זו אין חילוק בין אב שהוא אברך לאב שאינו אברך, וכשם שכל מצוות התורה והלכות השו"ע מתייחסים לכל יהודי לרבות הלכות הכרוכות בהוצאה כספית, ה"ה הלכה זו הקובעת את חיובו של האב לזון את בניו ובנותיו, כמפורט בשו"ע.

ובפד"ר כרך כב עמ' 295 כתב הגר"ש דיכובסקי שליט"א: "נראה לי כי לא יעלה על הדעת שסימנים שלימים בשו"ע שענינם מזונות יעקרו לחלוטין בזוגות כאלו. יתר על כן נוסח הכתובה אומר במפורש אנא אפלה ואיזון ואפרנס ואכלכל נוסח זה משמש כמקור לדיון הלכתי ביחס לחובת הבעל לעבוד (עייין תוס' כתובות דף ס"ג ד"ה באומר ובשו"ע אבהע"ז סימן ע' ג'). לא מצאנו כי לבחורי ישיבות נתקנה כתובה אחרת בהשמטת פסקה זו, על כרחך שאין הבדל בחיוב המזונות בין אברך ובין אדם אחר. גם על אברך מוטלת חובה מליאה מעיקר הדין לזון את אשתו וילדיו. הסכמת האישה לשאת בעול הפרנסה ע"מ לאפשר לבעלה ללמוד תורה היא בגדר "התנדבות" בלבד ובכל עת זכותה להפסיק להתנדב ולתבוע מזונות כדין".

כמובן שקיים חילוק בין מזונות האישה שזכו להתייחסות

הצדדים גרים בנפרד פרק זמן ממושך, האישה בירושלים והבעל בעיר אחרת, ובפנינו תביעת האישה לגירושין ולמזונות הילדים.

לצדדים חמישה ילדים, הגדול בן שש והשאר פחות מגיל שש. האם תובעת לחייב את האב במלוא ההוצאות עבור הילדים, בהתאם לתחשיב שהציגה. מאידך, הבעל מציג את מצבו כאברך שהכנסתו נמוכה ביותר, וכך התנהל מתחילת הנישואין בעידוד אשתו שהוא למד בכולל ואשתו יצאה לעבוד כרואה חשבון, ועליה נסמכה פרנסת המשפחה.

ביחס לגובה מזונות הילדים, יצוין להחלטה קודמת שבה נקבע סך 1400 שקל לחודש עבור השתתפות האב בחלק מההוצאות עבור מזונות הילדים. התובעת מבקשת לחייב את האב לצאת לעבודה כדי לפרנס את ילדיו ושלא להמשיך כאברך בכולל שהכנסתו זעומה ביותר. מאידך, האב טען שהחל להיות אברך בהסכמת אשתו, ולא יתכן שכעת תחזור בה ותטען לחייבו לצאת לעבוד, לטענתו לאחר תשלום 1400 שקל לחודש, נותר ברשותו סכום זעום לכלכלתו, וגם סכום זה אינו מסכים לשלם.

להלן מפרוטוקול הדיון.

"בית הדין: מה אתה עושה במקום מגוריך?

האישה: לומד ליד הבית.

בית הדין: למה אתה לא מפרנס את הילדים?

האישה: היא מפרנסת את הילדים בכבוד, התחתנו כשאני אברך.

ב"כ האישה: בן כמה אתה?

האישה: 39.

ב"כ האישה: יש הלכת אוחיון שאני ייצגתי לפני 25 שנה, נקבע שם שגם אם אשה מסכימה שהאיש ילמד בכולל הכתובה אותה כתובה, גם אם עיקר הפרנסה על האישה היא מתנדבת לכך ולא חייבת, החיוב על האיש, כל הילדים פחות מגיל 6, קטני קטנים, היא לא חייבת לעבוד, את הצרכים ההכרחיים אתה חייב לספק, בקשתי 11000, 7-8000 זה המינימום, עד מתי הוא ייקרא אברך? ולדבריה הוא לא לומד, למה רק משרד הדתות, אתה מוכשר, תביא 4000 ש"ח, אני דורש לפחות 8000, יש גדול בן 5.5 ותאומות בנות שנה... בית הדין: איך בן 39 מרשה לעצמו להביא רק 'דתות', אולי תלמד חצי יום ותעבוד חצי יום, כי יש לך 5 ילדים, אפילו אברך שמתאמץ מרויח יותר.

האישה: התחתנתי על דעת להיות אברך, עד 120 אם אפשר,

משפטית ביחס לאב. בנוסף ראוי לציין בזה את דברי רבי צדוק הכהן מלובלין בספרו פרי צדיק בראשית פרשת לך לך, שכתב:

“אבל צריך לזכות לזה כמו ר' חנינא בן דוסא דאיתא (תענית כ"ד ב) וחנינא בני דיו בקב חרובין מערב שבת לערב שבת. והיינו שכל ימי השבוע היה מתענה ולכבוד שבת היה אוכל החרובין. ונראה שזה היה הפקר לכל... וכן מצינו (עירובין כ"ב א) ברב אדא בר מתנא שאמר מי שלימו קורמי באגמא ורבא דרש שחורות כעורב במי שמשים עצמו אכזרי על בניו ובני ביתו כעורב. אבל הם לא נטרדו כלל מזה. וערב לר' חנינא בן דוסא להתענות משבת לשבת ולגלגל עצמו בשבת בקב חרובין. וכן לרב אדא בר מתנא להתאכזר על בני ביתו כעורב כדי שיהיו פנוים לעמל תורה. אבל מי שאינו יכול לעמוד בניסיון זה הא רבא בעצמו אמר (ברכות שם) ביומי ניסן וביומי תשרי לא תתחזו קמאי וכו' הרי אף שהיו אמוראים ורבנן תלמידיו. כיון שידע שהעדר המזונות יטריד להם. צוה שיעסקו בפרנסתם בימי ניסן ותשרי. ועל זה מירי הפרשה והיה אם שמוע תשמעו אל מצוותי וגו' ואספת דגנך וגו' דהיינו שעושים מצות ה' שצוה לשבות בשבת ושמיטה. אבל אין עושים רצונו של מקום להיות פנוי רק לעמל תורה. וזהו מלאכתו נעשית על ידי עצמן. אבל מי שזוכה להיות דרופתקי דאורייתא להיות פנוי רק לעמל תורה כרצונו של מקום מלאכתו נעשית על ידי אחרים. ולא כל אדם זוכה לזה. וזה שאמרו שם הרבה עשו וכו' כרבי שמעון בן יוחאי ולא עלתה בידן”.

לכן כל עוד האשה מסכימה לפטור את האב האברך, והיא תביא להם את פרנסתם, או תסכים לחיות חיי דחק, תבוא עליה ברכה. לא כן כשהיא אינה מסכימה, מה עוד שהיא טוענת שהאב רחוק מאד מלעמוד בתיאור הנוכח במסכת עירובין שמשכים ומעריב לבית המדרש, ולטענתה כלל אינו משחיר פניו כעורב.

על כן בנידון זה מוטל על האב למלא את חובתו המוחלטת לפרנס את ילדיו שהם קטני קטנים, וניתן בזאת לאב פרק זמן של 30 יום שיחלו מיום מסיום מצב החירום בארץ עקב מגפת הקורונה, להסדיר עבורו סדר יום מעודכן, שבו חלק משמעותי מהיום יקדיש להמשך לימוד התורה כאברך ובחלקו אחר יצא לעבוד כדי לפרנס את ילדיו כפי המוטל עליו עפ"י ההלכה.

ככל שלא יעשה כן, בית הדין ימשיך לדון, האם לחייבו לצאת לעבוד באמצעות פסיקה מתאימה למזונות גבוהים.

בשטר הכתובה ולמזונות הילדים שחיוכם מתקנת חכמים, וי"א שחיוכם מהתורה, עיין אוצר הפוסקים ריש סי' ע"א, אך לא מצינו שהלכות אלו המתייחסות לחובת האב לפרנס את ילדיו ולהביאם לתלמוד תורה ולדאוג לרפואתם וכיוצ"ב, אינם מוטלים על אברך, בעצם בחירתו לשבת באהלה של תורה.

וכבר כתב כן הגרי"א זצ"ל מקאוונא בשו"ת עין יצחק חלק א' חלק אבן העזר סי' יז שאין תוקף משפטי להסכמת האם לפרנס את הילדים כדי לפטור את האב:

“ומה דפטרה הגרושה לבעלה בעת הגט מן הצטרפות הוולד, ז"א מועיל כלל, דאיך תוכל לפוטרו מן חיוב שאינו שלה דהא החיוב הוא שייך להוולד. ועיין באה"ע סי' קי"ב סעי' א' דאפילו מחלה אמם כתובתה יש לבת מזונות, ואם מחלה בפירוש למזונות הבנות עיין שם בחלקת מחוקק ובכ"ש. אבל ז"א רק בחיוב מזונות הבנות, דמצד תנאי כתובה אתי עלה. משא"כ בחיוב בניו הקטנים דהוטל על האב זהו חיוב בפני עצמו, כמ"ש הב"ש בסי' ע"א ס"ק א' ודלא כהר"ג ע"ש, וודאי אינה יכולה לפוטרו מן חיוב הנקט הוולד שמוטל עליו. ודומה להא דסי' קי"ד סעי' ג' דאם האם פטרה מלזונו אין הפטור כלום”.

על כן גם אם האשה מסכימה לפטור את האב מחובתו לתשלום מזונות הילדים, היינו כל עוד אינה תובעת, אך אין זוהי הסכמה ברת תוקף גם לתקופה שבה כבר אינה מסכימה ליטול על עצמה את עול פרנסת הילדים, ובוודאי שכן לאחר שדרכם נפרדה או שכבר התגרשו. ועיין בספר אוצר הפוסקים סי' ע"א סעיף א' סק"א אות יד שהביא מפסקי דין רבים שקבעו שמחילת האשה על תשלום מזונות הילדים אינה בתוקף לפטור את האב.

וכן האריך בזה הג"ר יעזר אריאל שליט"א, בספר כנס הדיינים תשע"ו עמ' 321.

אמנם מצינו בגמרא מסכת עירובין דף כא עמוד ב':

“במי אתה מוצאן במי שמשכים ומעריב עליהן לבית המדרש. רבה אמר: במי שמשחיר פניו עליהן כעורב. רבא אמר: במי שמשים עצמו אכזרי על בניו ועל בני ביתו כעורב. כי הא דרב אדא בר מתנא הוה קאזיל לבי רב, אמרה ליה דביתהו: ינוקי דידך מאי אעביד להו. אמר לה: מי שלימו קורמי באגמא”.

אך באותו נידון הגמרא מבטאת את מעלתה שהאשה המסכימה ליטול על עצמה את עול הפרנסה לרבות מאותן ירקות שבאגמא. ואין מגמרא זו אסמכתא לנדון של תביעה

## סימן כד

### האם קצבת הנכות של הבן פוטרת את האב ממזונותיו

לטענתה נאלצה להישאר בבית עם הבן הזקוק לתמיכתה, וכי הנסיבות הנוכחיות מחייבות אותה שלא לצאת לעבודה, מאחר שנאלצת לטפל בבן במשך שעות היום, על כן קצבת

התקיים דיון בתביעת האשה לפסיקת מזונות עבור הבן, שהוא כיום בן 14, נכה המקבל קצבת נכות בסך כ-7500 שקל לחודש.

חייב בכתובה ובתוספת שהוסיף לה, הכי נמי חייב לזונה משלו דתנאי כתובה ככתובה דמי, הכי נמי קא פסיק ותני דכל שעתא מוסיף לה משלו על מזונותיה כשהיא מניקה בשביל דתקינן רבנן מזונות לאשה תקינן רבנן לקטני קטנים, בין שהאם בחייה בין שמתה חייב לזונם."

פסק דינו של מהר"ם הובא ברא"ש כתובות פ"ד סי' יד, בטור אהע"ז סי' עא ובשו"ע שם סעיף א'. ואילו בתשובות הרשב"א ח"ב סי' שצ"א, הובא בתשב"ץ ח"ב סי' רצ"ב, לא הסכים עם דינו של מהר"ם, וכתב שאין לחייב את האב מאחר ויש לבן מקורות מימון לפרנסתו.

אך כאמור בתשובת מהר"ם הנוכרת, דינו נאמר רק ביחס למזונות הבן או הבת עד גיל שש, שחייבם מיוסד על תקנת חכמים, שנקבעה בכל מקרה, אך ביחס למזונות מעל גיל שש שביסודם בדין צדקה, הסכים מהר"ם עם דעת הרב השואל שאם יש לבן מקור מחיה לפרנס עצמו, אין לחייב את האב. וכן בשו"ע הובא דינו של מהר"ם רק ביחס למזונות עד גיל שש. וכן כתב הב"ש סי' עא סק"ב שאין לחייב במזונות מעל גיל שש כשיש להם ממון משלהם.

בנידון דנן, בעת הזו שהבן מעל גיל 13, ועפ"י דין שו"ע אבן העזר סי' עא, אין חובת מזונות על האב, אלא מכח תקנת הרבנות הראשית, אך תקנה זו מעיקרא לא נתקנה אלא אם אין לבן מקור מחיה חילופי. הדברים מבוארים בתשובת משפטי עזיאל תניינא אה"ע סי' עד ס"ד, שהבהיר את התקנה, שהוא בעצמו היה ממתקני התקנה בשנת תש"ד, ולהלן מדבריו:

"מזה יוצא לדין, שבזמן הזה שאין הילדים יכולים להתפרנס בילדותם אפילו בקושי, ולא עוד שאינם רשאים בכך מצד הצבור כולו, הואיל וילדים כאלה שהם מחוסרי תלמוד תורה מדע ותרבות נעשים מושחתים בעצמם ומשחיתים את הצבור כולו, והואיל בזמן הזה יש הכרח חיוני ללמד את הבנים עד יב או ט"ו שנה כדי להכשירם לעבודה איזו שהיא, ולהיות בחברת הצבור. לכן הרי זה כמי שאין לו כמה להתפרנס ממקום אחר בשום אופן וחייב האב לזונם עד גיל בגרות שיוכלו להתפרנס מעבודתם. על יסוד זה מצאנו מן הדין והיושר ולתקנת הצבור והישוב ושלום הבית, לקבוע מעתה והלאה לחייב את האבות במזונות ופרנסה וחונך בניהם ובנותיהם עדי הגיעם לגיל של חמש עשרה. ומגיל זה ומעלה, מסור הדבר לראות עיני בית דין אם האב אמיד והבן אינו יכול להתפרנס משום מקום אחר מסבת מבנה גופו וכדומה, מחייבין את האבות לפרנסם מדין צדקה... יוצא מכלל זה, בנים שיש להם להתפרנס משלהם כגון שנפלה להם ירושה מבית אבי אמם וכדומה, שבית דין מעמיד להם אפטרופוס את אביו או כל מי שטוב בעיניהם, לזונם ולחנכם משלהם. שהרי גם בקטנותם עד בני שש כתב הרשב"א בתשובותיו ח"ב סי' שכא בשם יש אומרים והוא הסכים לדעתם שהאב פטור ממזונותיהם, לכן אעפ"י שלהלכה פסק מרן ז"ל דעד שש חייב האב לפרנסם משלו, למעלה משש ודאי הלכה כדברי הרשב"א לפטור האב ממזונות בניו כשיש לבניו להיות נזונים משלהם."

הנכות אמורה לשמש עבורה ועבור הבן, וכי בנוסף לקצבת הנכות המתקבלים אצלה, על האב לשלם דמי מזונות כפי המקובל ביחס לדמי מזונות המשולמים עבור בן אחד.

מאידך, האב ביקש לדחות את התביעה ולקבוע שקצבת הנכות במלואה תשמש לכל צרכי הבן, ותשלום זה פוטר אותו מתשלום מזונות עבור הבן. וכן טען שאין יסוד עובדתי לטענה שהאם מנועה מלצאת לעבוד, מאחר שהבן אמור להיות משולב במסגרת לימודית, המאפשרת לאם להתפנות לצאת לעבוד בשעות אלו.

לאחר שמיעת הצדדים, ועל יסוד החומר שהוגש, ולאחר שהצדדים ויתרו על הגשת סיכומי טענות בכתב, בשאלה המקדמית של חובת האב במזונות בנסיבות שהבן מקבל קצבת נכות, על יסוד טענות הצדדים בדין והחומר שבתיק, אנו מחליטים:

א. בטרם הכרעה בטענות הצדדים לגופה של תביעת המזונות שהגישה האם, מוטל על בית הדין להכריע בשאלה המקדמית, שהיא: האם בנסיבות הנוכחיות, שכל צרכי הבן יכולים להיות מכוסים באמצעות קצבת הנכות הגבוהה, העומדת על סך 7500 שקל לחודש בקירוב, יש לחייב את האב בדמי מזונות בהתעלם מקצבה זו. והקצבה תועבר לאם המשמורנית ויונצל לפי שיקול דעתה.

בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס ברלין סי' קסג) נשאל מהר"ם:

"יורני מורי, מי שיש לו שני בנים ובנות יתרות מבן שש ופחותים מבן שש, ויש להם נכסים שנתנו להם במתנה, מי מחייב האב לזונם ולפרנסם או לא.

מטיבותיה דמר ובהרמנא דמר אדון לפניו בקרקע, כי נראה לתלמידך שאינו מחוייב מאחר שיש להם להתפרנס משלהם, מאחר שמדמה אותו לצדקה בפרק נערה [כתובות מט, ב], ולא אמרן אלא דלא אמיד אבל אמיד כפינן ליה בעל כרחו, לא יהא אלא אחר כי הא דרבא אכפיייה וכו', כמו צדקה דוקא לעניים, כמו כן בניו נמי, דוקא שאין להם משל עצמם."

והשיב מהר"ם, שם בס"י קסה:

"רואה אני דברך ביתרים משש, ואיני רואה דברך בקטני קטנים פחותים משש, מדאמרינן סוף פרק אף על פי [כתובות סה, ב] אף על פי שאמרו אין אדם זן את בניו ובנותיו כשהן קטנים, אבל זן קטני קטנים ועד כמה עד בן שש וכו', עד ממאי מדקתני אם היתה מניקה פוחתים לה ממעשה ידיה ומוסיפים לה על מזונותיה, מאי טעמא לאו דבעי למיכל בהדה כו'. ומאי קא מייתי ראייה דלמא מתני' בדאמיד ולית ליה נכסי לולד, דכי האי גוונא אפילו בקטנים דלא קטני קטנים ניהו כייפינן ליה כדאיאתא בפרק נערה [שם מט, ב]. אלא ש"מ דפשיט הכי, מדקא פסיק ותני [שם סד, ב] המשרה אשתו ע"י שלישי, משמע דכל מניקה כשם שחייב במזונותיה, דהיינו בין אמיד בין לא אמיד, בין אית לה נכסים שנתנו לה על מנת שאין לבעלה רשות בהם, בין לית לה נכסי, דהא חוב גמור הוא דאחייב במזונותיה משלו, כשם שהוא חייב בכתובה משלו אפילו כי אית לה נכסי טובא

בהחזקת ילדיו כשהם למעלה מגיל שש אם לא שהוא אמיד: בד"א כשאינו אמיד אבל אם הי' אמיד שיש לו ממון... מוציאים ממנו בעל כרחו... וזנין אותם עד שיגדלו. וגם כשהאב הוא אמיד הוא מחוייב לפרנס אותם דוקא כשאין להם ממון אבל אם יש להם ממון אין שום חיוב עליו (ב"ש סי' ע"א סק"ב). גם לפי תקנת הרה"ר משנת תש"ד: לחייב את האב לפרנס את ילדיו עד הגיל של חמש עשרה שנה, נראה שבמקרה ויש רכוש להילדים אין חיוב על האב לפרנס אותם.

עיין בסעיף ג' בתקנות הנ"ל: לפניו בישראל אף על פי שמעצם הדין לא היו כופין את האב בממונו לזון את בניו ובנותיו הקטנים אלא עד הגיל של שש שנים, היו מכלימים אותו ומכריזים עליו כדי להכריחו לזונם עד שיגדלו. אך בזמנינו לא איכשר דרא לצערנו וכפיה מוסרית אין כוחה יפה כלל וכלל... ואירעו מקרים שהאב התאכזר מרוע לב... ובתי משפט הממשלתיים פטרו אותם על יסוד שהילדים היו למעלה משש כשטענו מצד הילדים שבדיני ישראל כופין את האב מתורת צדקה אם הוא אמיד, באה התשובה שהחוק הממשלתי אינו יכול להתחשב עם טענה זו... כל המתכונן בצדק ישפוט שהמצב דורש תיקון מתאים. בימינו אלה אפילו ילדים מבוגרים קודם שהגיעו לגיל של חמש עשרה, סכנות מוסריות גדולות צפויות להם אם פרנסתם לא תהי' מובטחת על יסוד משפטי... מתוך הדברים האמורים לעיל יש להניח כי התקנה: לחייב את האב בחיוב משפטי גמור ולכופו בממונו לפרנס את בניו ובנותיו עד הגיל של חמש עשרה שנה - היא לילדים כאלה דלית להו מגרמייהו כלום והם תלויים בחסדי אביהם ולא בילדים שפרנסתם מובטחת."

#### עד כאן מפסק הדין הנזכר.

העולה מהאמור, חובת המזונות שהוטלה על האב מכח תקנת הרבנות הראשית, נקבעה רק לנסיבות שאין לבן מקורות למימון מחייתו וצרכיו. ועתה עלינו לברר מה טיבה של קצבת הנכות, והזיקה של האמור לעיל לקצבה זו. בהחלטה קודמת שניתנה בתיק זה, הובהר שהקצבה ניתנת להורה המשמורן, ובמסקנה נכתב:

"עקרונית, סכומי הכסף המתקבלים במסגרת קצבת הנכות של הקטין אינם שייכים לקטין הנכה אלא להוריו, או במקרה של גירושין ופירוד בין ההורים להורה המשמורן, המקבל זאת בגין היותו הורה לבן נכה, ומן הראוי שבנסיבות שהקטין הנכה אינו זקוק לצרכיו האישיים למלוא הסכום המתקבל, סכומי כסף אלו ישמשו לרווחת בני הבית המתגוררים עמו"

וכן צוינה החלטה של בית הדין הארצי לעבודה עב"ל 000069/07 שבה נכתב:

"תכליתה של גמלת הילד הנכה הינה מתן סיוע כספי להורים המגדלים עמם את ילדם הנכה כאשר הוא זקוק להשגחה מתמדת ולסיוע בפעולות יום יומיות. הסיוע הכספי נדרש בשל ההוצאות הנגרמות להורים בדמי מחיה, עזרה בלימודים וסידורים שונים."

בהתאם להחלטה הנזכרת, הדבר ברור שאמנם קצבת הנכות

עד כאן מתשובת משפטי עזיאל, ובפסק דין מבית הדין הגדול (אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל חלק א' עמוד קג) בהרכב הרבנים הראשיים בזמנו, הרבנים נ"ע הרי"א הרצוג והגר"צ עזיאל, בצירוף הגר"מ ולקובסקי, התייחסו לתקנה שהם בעצמם תיקנו, וכתבו:

"מוטעית היא ההנחה כאילו תקנת הרבנות הנ"ל מבוססת על החיוב המוסרי של צדקה גרידא. לפי האמת אין הדבר כן, אלא התקנה בעצמה יוצרת חובה משפטית עצמאית גמורה, שהיא איננה נובעת מדיני צדקה כלל ואיננה מוגבלת, איפוא, ע"י ההיקף המצומצם של דיני צדקה. תקנת הרבנות הראשית באה להעלות את גיל הילדים, שהאב חייב במזונותיהם, ולא מדין צדקה לעניים, אלא מדין חובת האב למזונות בניו ובנותיו, שכל המונע עצמו או משתמט מזה, הרי הוא חוטא לגבי ילדיו והורס חיי המשפחה בישראל, ואסור לו לאב לנער את חוצנו מחובה אבהית זאת ולהטילה על הצבור או על האם."

עד כאן מאותו פסק דין. הרי שאף שראו בתקנה זו חובה משפטית עצמאית ואינה בגדר צדקה בלבד, יסוד התקנה שאין לאב לנער חוצנו מחובתו כאב ולהטילה על הצבור או על האם, ולכן כתב בתשובת משפטי עזיאל הנזכרת, שאין כך פני הדברים כשיש לבן מקור מחיה בלא דמי מזונות שישלם האב.

עוד יצוין למש"כ בפד"ר חלק ב' עמוד 92 בפס"ד בית הדין האזורי ת"א בהרכב הרבנים הגאונים נ"ע הגר"א גולדשמידט, הגר"י קולין והגר"ש מזרחי:

"כללו של מהר"מ מרוטנבורג הוא במזונות ילדים עד שש, אבל אחרי שש אין האב חייב אלא רק אם אין להם ממה להתפרנס, אבל אם יש להם, האב אינו חייב כלל. אין מבקשים ממנו באינו אמיד, ואין כופין אותו באמיד, כמבואר בב"ח שם, וכן פוסק הבית שמואל שם ס"ק ב'.

והטעם הוא, מפני שדין המזונות אחרי שש אינו מהלכה אחת עם דין מזונות עד שש, אלא אחרי שש הוא מהלכה אחרת, החיוב הוא מתקנת חכמים והכפיה באמיד היא מדין צדקה, כמבואר בגמרא כתובות מ"ט ע"ב, וברמב"ם שם ובטור וש"ע שם. ועיין בתשובות מהר"מ מלובלין סימן ע"ט... אשר לתקנת הרבנות הראשית לארץ ישראל משנת תש"ד במזונות ילדים מאחרי שש עד חמש עשרה, לא מוזכר בה חיוב במקרה שיש לילד להתפרנס משלו, ואין לדון על פי תקנה יותר מהמפורש בה. בהקדמתם מסבירים כבוד הרבנים הראשיים לארץ ישראל את הצורך בתקנה, נוסף לדין צדקה, כי סכנות גדולות צפויות להם... אם פרנסתם לא תהיה מובטחת, וזה שייך רק באין לילד משלו, ולפי זה משמעותה של תקנה זו, אינה מעין חיוב שלפני שש; אלא כפיה על החיוב הקיים מתקנת חכמים אחרי שש."

#### עד כאן מאותו פסק דין.

ובפד"ר חלק ד' עמוד 7 בפסק דין ביה"ד הגדול בהרכב הדיינים נ"ע הגר"ע הדאיא, הגר"י הדס והגר"ש אלישיב, כתבו:

"והלכה פסוקה היא באה"ע סי' ע"א וסי' פ"ב, שאין לחייב אב

שש, אך היינו כגון שהבן זכה בירושה מקרוב משפחתו וכיוצ"ב. אך עדיין רכוש זה שהבן זכה בו, ביסודו אינו דומה לקצבת הנכות הניתנת להורה המשמורן בגין הבן, שהיא בתכליתה, נועדה לממן את מלוא הוצאותיו, כולל מזונותיו. על כן ככל שהקצבה מספיקה למזונות הבן, בכך המזונות המוטלים על האב כבר משולמים באמצעות המוסד לביטוח הלאומי, ובכך חוב המזונות של האב נפרע. ואין לאב חיוב לשלם אותם, אלא אם כן סכום הקצבה שניתן, אינו מספיק למזונותיו ולמכלול צרכיו. אמנם עיין בפד"ר חלק ז' עמ' 156 שהגרח"ג צימבליסט שליט"א לא כתב כן. עיין בדבריו שנכתבו ביחס לקצבה חודשית הניתנת עבור מזונות. אך גם דבריו, מתייחסים רק לילד עד גיל שש, ואילו ביחס לילד שלאחר גיל שש, פסקו שם בפסק הדין מבית הדין האזורי בת"א בראשות הגרש"ב וורנר זצ"ל, שאין לחייב את האב המזונות עבור הבנים שהגיעו לגיל שש.

#### מסקנה:

- א. קצבת הנכות נועדה לכיסוי כל צרכי הבן, וכל עוד לא התברר שהקצבה אינה מספיקה לכל צרכי הבן השונים, אין מקום לחייב את אב בדמי מזונות.
- ב. יתרת הסכום הנותר מהקצבה, לאחר ניכוי כל הוצאות הבן, תעבור לרשות האם.
- ג. מאחר שאין כל מידע מוסמך ביחס לשעות הטיפול של האם בבנה שכעת בגיל 14, ואמור להיות משולב במוסדות חינוך, וכן לא התברר שהאם אכן מנועה לצאת לעבוד לפרנסתה, עקב האחריות לתמוך בבנה, בעת הזו לא נמצאה עילה לחייב את האב בתשלום מזונות.
- ד. במסגרת הנוכחית, ובהתחשב במסקנה האמורה, לא מצאנו לרין בטענת האב שבהיות הבן מנוכר קשר עמו, אין יסוד לחיובו בדמי מזונותיו. דיון שיהיה לו מקום בנסיבות בהן התקיימו התנאים לחייב את האב במזונות הבן.

מועברת ישירות להורה המשמורן, אך לא נועדה שתהיה רכוש ההורה ללא זיקה לבן. אלא מאחר שהבן הנכה עדיין קטין, לא ניתן להעבירה אליו ישירות, ולכן הקצבה מועברת להורה, אך היא מועברת אליו כאפוטרופוס של הבן, ונועדה בראש ובראשונה לכיסוי צרכי הילד הנכה. רק לאחר שכל צרכיו כבר קבלו את המענה הראוי, אין מניעה שגם ההורה המשמורן יעשה שימוש ביתרה. אך מאחר שהקצבה נועדה למימון הוצאות הבן, לרבות ההוצאות הנובעות ממצבו הרפואי, למרות שהיא בידי האפוטרופוס של הבן, אין ספק שמעמדה של הקצבה אינו פחות ממעמדו של ממון שהבן ירש מקרוב משפחה וכיוצ"ב. בנסיבות אלו שיש לבן מקור למחייתו, והבן מעל גיל שש, אין מקום לחייב את האב, וכן כאמור, תקנת הרבנות הראשית לא נאמרה בנסיבות אלו. ב"כ האם ציין להחלטת בית הדין הגדול מיום כ"ו טבת תשפ"א (10.1.2021) בתיק 1285294/1, שבה נכתב:

"בית הדין קובע שקצבת הנכות המשולמת לאם על ידי הביטוח הלאומי בעבור הבן הנכה אינה פוטרת קטגורית את האב ממזונות בנו... הגמלה היא תוספת על ההוצאות הרגילות של כל ילד, ולא במקומן. הואיל וכן: אין מקום לפטור את האב מחובת תשלום מזונות רגילים בגלל קבלת קצבת הנכות, בהדגשה על שייכתן שללא קבלת הקצבה האב היה מחויב בדמי מזונות גדולים יותר לילד נכה".

אך מעיון בנידון עליו נכתבה החלטה זו, כפי הנראה, הבן, נשוא ההחלטה הנוכרת, היה מקטני קטנים, שעדיין זקוק לשמרטף ומשולב בצהרון, ועפ"י המבואר, בנסיבות אלו, החלטה זו מבוססת על אדני ההלכה ביחס לבן שעדיין פחות מגיל שש. ואינו דומה לנידון דנן שהבן בגיל 14 והיסוד המשפטי לחיוב המזונות הוגדר בתקנת הרבנות הראשית, ובמסגרת ההגדרות הנוכרות.

היה מקום להוסיף נימוק נוסף לפטור את האב ממזונות הבן ככל שקצבת הנכות מספיקה למזונות הבן הקטין: גם אם נאמר שהאב מחויב במזונות כאשר יש לבן נכסים ואמצעים לזון את עצמו, כגון כשהבן הקטין מתחת לגיל

#### סימן כה

### דרישת האב לקחת עמו את ילדיו לאומן לראש השנה בימי מגפת הקורונה

- 40.3 מוסכם בין הצדדים כי על פי מסורת חסידי ברסלב אין הנשים והבנות מגיעות לחוג את ראש השנה באומן שבאוקראינה.
- 40.4 לא תהיה לאם אפשרות למנוע מהאב לקחת אי אלו מהבנים, לחוג את ראש השנה בעיר אומן שבאוקראינה.
- 40.5 באם קיים צו עיכוב יציאה מהארץ לאי אלו מהבנים, תסייע האם ולא תמנע מלבטלו זמנית ותשתף פעולה להסדרת ביטולו הזמני לצורך הנסיעה.

הצדדים התגרשו בבית הדין וכן אושר הסכם הגירושין וקבל תוקף של פסק דין. להלן קטע מהסכם הגירושין:

40. אומן ראש השנה

40.1 מוסכם בין הצדדים ו/או ההורים כי ילדיהם הבנים יחוגו את ראש השנה בעיר אומן שבאוקראינה בככל שנה, ובהתאם למסורת חסידי ברסלב עליה מתחנכים הקטינים.

40.2 מוסכם בין הצדדים ו/או ההורים כי נסיעה זו אינה לצורך חופשה אלא חלק ממסורת דתית של חסידות ברסלב אליה משתייכים הקטינים ומתחנכים בה.

בארץ, בהידור ובשלימות יחד עם כלל קהילות הקודש בכל אתר ואתר, ובמקום ראוי שהאב ימצא לנכון.

מזקנים נתבונן, בזמנו, כאשר היה חשש מהתפרצות מגפת החולירע, הורו חכמי ישראל לציית להוראות הרופאים גם במחיר של פגיעה בקדושת החגים, ואף הקלו אף באכילה ביוה"כ. עיין שו"ת חתם סופר (ח"ו סי' כ"ג) שבעת מגפת החולירע פסק לציית להוראות הרופאים שהורו לצמים ביום הכפורים שלא לצאת מהבית, ופסק שיש להתפלל ביחידות ובלא שמיעת קריאת התורה, ובמידת הצורך לאכול ולשתות פחות מכשיעור. וכן ידוע שהגר"י סלנטר זצ"ל פסק בעת התפשטות הנגיף, שאף הבריאים יאכלו ביוה"כ, מחשש שגם החולים ירצו להחמיר ויבואו לידי סכנה. ובמשנה ברורה סי' תקנד ס"ו בביאור הלכה, הקל מאד בתשעה באב לאכול פחות מכשיעור במקום שהמגפה התפרצה, ובמקום שהמגפה אינה חזקה הורה לצום אך שלא לצאת מהבית כל היום. ובאגרות הגרעק"א (אגרת ע"א) שכתב לתלמידו הגה"צ ר' אליהו גוטמאכר זצ"ל כשהתפשטה מחלת החולירע תיקן תקנות, והורה הוראות למנוע התפשטות מחלה זו, ובין השאר כתב שיש להתרחק מקרבה יתירה בין בני האדם, ולפיכך תיקן שלא יתפללו ביחד יותר מחמש עשרה אנשים, וכל זאת גם בשבתות וחגים. ופשיטא שגדולי ישראל בהוראותיהם הנוכרות ידעו עד כמה הוראות אלו יפגמו בהתעלות ובדרכי הקדושה הראויים, ובפרט בימי מועד. ק"ו ביום הכפורים שכל עניינו תפילה ותשובה, ולמרות זאת הורה החתם סופר לכלל הצבור לציית להוראות הרופאים שלא לצאת מפתח הבית. זאת מאחר שחשש פיקוח נפש והוראת התורה הקדושה: "וחי בהם", דחו גם את ההנהגות היסודיות במועדים. גדולי עולם אלו, לא מצאו לנכון להתחכם עם הוראות מומחי הרפואה ולהתעלם מהם, רק בשל הצורך הבסיסי והשאיפה לקיום המועדים כמקובל מימים ימימה.

על כן בית הדין אינו מוצא לנכון להורות על הוצאת הילדים, כבקשת האב.

בהתאם לאמור, הבקשה נדחית.

ניתן ביום ו' אלול תש"פ.

בהתאם להסכם הגירושין, בשנים האחרונות מידי שנה האב נסע עם הבנים לאומן לראש השנה.

כעת בפני בית הדין בקשתו המנומקת לאשר את יציאת חמשת הבנים הקטינים גם השנה. מאידך, בפנינו תגובת האם המבקשת למנוע יציאתם לאומן עקב הסכנה שבהתקהלות הכרוכה ביציאה לאומן ובשהייה באומן בימי ראש השנה, בפרק הזמן ממועד הגעתם לאומן ועד חזרתם, עקב מגפת הקורונה הפוקדת את כל העולם, וכן עקב הצורך בבידור עם שובם לארץ.

לאחר עיון בבקשה ובתגובה, הוחלט:

הסכם הגירושין מחייב את שני הצדדים, אך אין ספק שההסכם מתייחס ליציאה לאומן לראש השנה בימים כתיקונם. אך אין לייחס לאם התחייבות לאשר לאב חתימה על הסכמה לנטיעה לאומן גם בימים שבהם הנטיעה כרוכה בסכנה של הידבקות בנגיף הקורונה.

בלתי סביר שהאב יצליח להביא את חמשת הקטינים להקפדה מלאה על שמירת כל כללי הזהירות הנדרשים על ידי הגורמים הרפואיים המקצועיים, במשך כל תקופת שהות הקטינים באומן ובדרך לאומן, וגם יוכל למנוע מאחרים השוהים עמם בדרך ובאומן, את הריחוק המתחייב מילדיו כמו מכל אדם אחר. כידוע פרופ' רוני גמזו המופקד כעת מטעם הממשלה על הטיפול במשבר הקורונה, הביע התנגדות מקצועית לאפשר נטיעה המונית לאומן לראש השנה (בלא שבמסגרת זו נתייחס לנוסח דבריו שהביעו היעדר הבנה לעניינה של ההתכנסות בראש השנה באומן).

בנסיבות אלו, שהשיקולים העומדים ביסוד התנגדות האם, הינם מוצדקים ומבוססים על אחריות האם לבריאות הבנים, בית הדין אינו מוצא לנכון לאכוף עליה את החתימה הנדרשת ממנה לצורך יציאתם מהארץ.

כמו כן בנסיבות המתוארות בית הדין אינו מוצא לנכון להורות כי די בחתימת האב בכל הכרוך בהוצאתם מהארץ. בית הדין כאביהם של קטינים אינו מאשר להכניס את הקטינים בשמץ חשש סכנה לעצמם או לסכנה שידבקו בנגיף ולאחר מכן ידביקו בנגיף אחרים המצויים בסיכון, כשקיימת חלופה לקיים את כל מצוות ראש השנה והתפילות כאן

## סימן כו

### חובת האב במזונות הילדים שבהתנהגותם מונעים קיומם של ביקורים אצלו

הנוכחי, שהילדים מתנכרים לאב ומכנים אותו בביטויים עולבים, ועקב כך הופסקו הביקורים עד לתיקון המצב. לטענתו, הן עפ"י ההלכה אין חובת תשלום מזונות בנסיבות אלו, והן עפ"י הסכם הגירושין שבו נקבע שקיימת זיקה בין ההתחייבות למזונות למשמורת והסדרי הביקורים וכי הפרת סעיף אחד מאלו תוכל להוות עילה לסעד בסעיף האחר.

התקיים דיון בתביעת התובע להורות שאינו חייב בתשלום מזונות הילדים, וזאת בעקבות החלטה קודמת שבה בית הדין הורה שבעת הזו לא יתקיימו ביקורי הילדים אצל האב, ומהטעמים המפורטים בהחלטה.

התובע טוען שבנסיבות אלו אינו חייב בתשלום דמי המזונות הקבועים בהסכם הגירושין, ותולה באם את האשמה במצב

לטובתם אם יהיו לפעמים אצל אביהם, לכן אם הילדים לא ירצו ללכת איתו הרי האב יכול לומר: "אם אינו אצלי לא אתן לו מזונות", וזה פשוט שבהלכה זו אין הבדל אם טובת הילדים היא שיהיו אצל האב לתמיד, או שיהיו אצל האב ליום אחד בחדש. וגם כבת שהדין הוא שהיא אצל האם, הרי עיקר הטעם הוא משום שזהו טובת הבת להיות אצל האם... וכאן שבת הדין קבע שטובת הבת הוא להיות פעם בחדש אצל אביה, אם היא לא רוצה ללכת עמו, הרי האב יכול לדרוש לפטור אותו ממזונותיה".

פסק דין זה מתייחס לנסיבות שההורים עדיין נשואים וגרים בנפרד, והתעורר הצורך להכריע בהלכה של חובת האב במזונות ילדים המתנכרים אליו. ופסקו כאמור. מסקנת פסק דין זה תואמת למש"כ בספר ציץ אליעזר חלק טו סי' מד, וז"ל:

"הבית שמואל באה"ע שם בסק"ה מדי העתיקו דברי הח"מ השמיט המלה "צדקה" הכתוב בח"מ, וכמו"כ השמיט הנימוק שכותב הח"מ, שרוצה שיהיה אצלו כדי ללמדו תורה ושאר דברים, אלא כותב בלשון זה: "יכול האב לומר כיון שהוא אינו שומע בקולי להיות אצלי אין עלי חיוב לפרנסו", וניתן לדייק מזה דס"ל להב"ש, דגם אילו החיוב לזונו לא מדין צדקה בלבד, וגם בלי הנימוק של כדי ללמדו תורה ודברים אחרים, ג"כ מזכותו של האב לטעון מעיקרא דדינא, שחז"ל הפקיעו ממנו ותקנו אחרת לטובת הילדים אין בכח משהו להפקיע יתר זכויותיו שנשאר לו בהם, לרבות גם לא הילדים בעצמם, ואחרת, מזכותו שלא לתת להם מזונות... היכא שהיא נמצאת בעיר, אבל שוללים ממנו מלהפגש אתה ולחנכה וכו', ואין נפקא מינה אם זה באשמת האם, או באשמת הבת בעצמה כבנידוננו, שמזכותו של האב להתקומם נגד זה, ובאין שומע לו יוכל מעיקרא דדינא לשלול ממנה את מזונותיה. ובנקודה זאת בן ובת שוין בזה, וכשם שראינו שבבן אחר שש יכול האב לטעון אם אינו אצלי לא אתן לו מזונותיו, כך בבת כאשר מונעים ממנו זכות פגישותיו אתה יכול לומר לא אתן לה מזונותיה עד שיחזירו לו את זכותו זאת, וכאמור זהו מעיקרא דדינא".

מסקנת פסקי הדין הנ"ל מתאימה גם למש"כ הגאון הרב אליעזר גולדשמידט זצ"ל בפסק דין שבספר משפטי שאול סי' כג, שכתב אודות בת בגיל שש שהאם מונעת את ביקוריה אצל האב, וז"ל:

"כאשר כל ההלכה הזאת חידוש הוא - כלל הוא "אין לך בו אלא חידושו", היינו ההלכה כפי שנאמרה, והוא: רק בבן, אשר מקומו הוא אצל האב ש"הוא מצווה עליו בכמה דברים ובפרט ללמדו תורה", ורק כאשר המדובר הוא על עצם מקום המצאו "להיות אצלי", ורק כאשר העיכוב הוא מצד הבן עצמו. ואין בידינו להרחיב את ההלכה הזאת ולהחילה גם בבת, וכאשר המדובר הוא בפגישות בלבד, וכאשר העיכוב הוא מצד האם ולא מצד הבת. המזונות הן בשביל הבת עצמה ולא בשביל האם, והאם אינה אלא שליחה של הבת לתבוע עבורה, ואין בכחנו להטיל עונשים על הבת בגלל מעשי האם".

הנתבעת מבקשת לדרוח את התביעה, וטוענת שהתנהלותו השלילית של האב לאורך השנים שלאחר הגירושין הביאו את הילדים למצב הנוכחי, וכי לא יתכן שהאב האשם בניכור ילדיו אליו, יצא נשכר שלא יחויב בחובתו לתשלום דמי מזונות כמתחייב.

יצוין, נעשה מאמץ מצד בית הדין להביא לתיקון יסודי במצב הנוכחי, והוצגה לצדדים הצעה שגובשה בסיוע יחידת הסיוע של בית הדין, אך בעת הזו שהמאמץ מכון לכך שהמצב הנוכחי יהיה זמני בלבד, ניתנת בזאת החלטה זמנית המתייחסת לפרק הזמן שביקורי הילדים אצל האב אינם מתקיימים.

כאמור, כל אחד מהצדדים תולה את הקולר בצד השני, שלטענתו אשם בניכור ההורי. אך יובהר: בין אם יתקבלו טענות האם ובין אם יתקבלו טענות האב, אין הצדקה שהילדים הגיעו למצב הנוכחי, המתואר בהחלטה הקודמת. גם אם טענות האם היו מתקבלות במלואן, המסקנה היתה שיש הכרח להשקיע מאמץ רציני לבחון כיצד נכון להתנהל בנסיבות אלו. אך בשום פנים ואופן לא היה מקום שהילדים יתבטאו ביחס לאב כפי שהתברר בבית הדין. את המצב הקיצוני של ביזוי האב, שהיא מצד עצמה עבירה חמורה, אין לקבל, וחייב להיות תיקון יסודי בנידון, וללא דיחוי.

על כן ככל שהדבר נוגע לקביעה זו, בית הדין אינו זקוק להיכנס לבירור יסודי ומעמיק מה חלקו ומהי אשמתו של כל אחד מהצדדים בהתנהלותו מול הצד השני, אלא די שבת הדין ייקבע שהמצב הנוכחי שהילדים הגיעו אליו, ושכתוצאה מכך הופסקו הביקורים, אינו מתקבל על הדעת ויש להשקיע מאמץ רב לשינוי המצב הנוכחי.

ביחס לחובת האב במזונות הילדים בפרק זמן זה, כעת ניתנת החלטה זמנית, וכדלהלן.

יצוין לפסקי הדין השונים שניתנו בבתי הדין בעשרות השנים האחרונות והובאו בפסק דין מבית הדין האזורי בצפת שבספר עטרת דבורה ח"א סי' ל'. בנוסף, יצוין לפסק דינו של בית הדין הגדול ערעור תשי"ח/138 בהרכב הרבנים גאונים הגרי"מ בן מנחם זצ"ל הגרי"ש אלישיב זצ"ל והגר"ב זולטי זצ"ל שיצא לאור רק לאחרונה בספר משפט איש (שנים תשי"ח-תשי"ט), שבו דנו ביחס למקרה של בן ובת שניתקו קשר עם האב, עד "שלמעשה גם הבן וגם הבת מרוחקים מהאב ולא רוצים להכיר בו כאב". ופסקו שגם בבת, שנקבעה משמורת הבת אצל האם, אם נקבעו הסדרי ביקורי הבת אצל האב, ועקב ניכור הורי, הבת אינה מגיעה לאב, האב פטור ממזונותיה. ובתוך דבריהם כתבו עפ"י דברי השו"ע סי' פב ס"ז והחלקת מחוקק סק"ט ביחס לבן שנפסק שעליו לעבור לאביו:

"מבואר דאם אכן צריך להיות אצל האב והוא לא רוצה להיות אצלו, פטור האב ממזונותיו. וא"כ במקרה דנן שכבוד בית הדין בעצמו קבע שטובת הילדים היא שפעם אחד בחדש יום שלם יהיו אצל האב, ולפי מסיבות הענין אנו משוכנעים שזה יהיה

שאינן מתקיימים ביקורים. אך חובת האב בחינוך הילדים שרירה וקיימת גם בתקופה זו, עיין בפד"ר חלק י"ג, בפסקי הדין הנזכרים שהאריכו בנקודה זו. בהתאם לכך בית הדין מטיל על האב את החובה לממן את ההליך הטיפולי המומלץ על מנת להביא לתיקון יסודי במצב הנוכחי.

ההמלצה של יחידת הסיוע שע"י בית הדין ולפיו בית הדין יפנה את הצדדים לפסיכולוג פלוני היא ההמלצה המתקבלת על ידי בית הדין. נראה סיכוי טוב להצלחה, ומלוא העלויות הכרוכות בטיפול מוטלות על האב.

טענת האב שהאם אשמה במצב אליו הילדים נקלעו, ובשל כך יש להטיל עליה את החובה לממן את הטיפול אינה מתקבלת משני טעמים. מלבד שבעת הזו בית הדין אינו קובע את חלקו של כל צד בתוצאה אליה הילדים הגיעו. לשני הצדדים חלק מסוים במצב הנוכחי, ולא ניתן להטיל על אחד מהם בלבד את מלוא האחריות. קשה עד בלתי אפשרי, לרדת כיום לשורשי הסכסוך והתנהלותו במשך השנים, על מנת להגיע למסקנה המבוקשת על ידי כל אחד מהם.

מלבד זאת, בעת הזו שבית הדין אינו מחייב את האב במזונות, והנטל נופל על האם, אין כל אפשרות להורות לאם לשאת בנטל נוסף ואפילו בחלק מהנטל הכרוך בהליך הטיפולי. מאחר שהחובה לחינוך הילדים מוטלת על האב, וגם הוא דורש ובצדק לעשות הכל להביא לשינוי מהותי בניכור המתפתח, עליו לשאת במלוא ההוצאות. **מסקנה:** בעת הזו האב אינו מחויב בתשלום דמי המזונות, אלא בתשלום ההליך הטיפולי הנזכר, במלואו.

העולה מדבריו, שאם אותה בת מונעת את קיומם של הביקורים ולא האם, זכאי האב להימנע מתשלום מזונותיה. וע"ע בפד"ר חלק יג עמ' 34-3 שבפסק דין מבית הדין האזורי ומבית הדין הגדול, שפסקו לשלול מזונות בת בגיל 14 שאינה מסכימה לבקר אצל האב כלל.

ביחס להתחייבות במזונות מכח ההסכם, יצוין להסכם הגירושין שבו קיימת זיקה בין ההתחייבות למזונות למשמורת והסדרי הביקורים ונקבע שהפרת סעיף אחד מאלו תוכל להוות עילה לסעד בסעיף האחר, אך אין התנייה מפורשת לשלול תשלום מזונות עקב אי עמידה בהסדר הביקורים. בנסיבות אלו יש לדון האם ניתן לקבוע שאדעתא דהכי לא התחייב במזונות.

יצוין לקובץ "דברי משפט" ח"ב עמ' שכ"ו שבו הובאה דעת הגאון רבי י.ש. אלישיב זצ"ל שבנסיבות של נתק מוחלט בין הבן לאב, אין לחייב את דמי המזונות שהאב התחייב עפ"י ההסכם, מאחר וקיימת אומדנא ברורה ואנן סהדי שאדעתא דהכי לא התחייב. וכן עיין באריכות בספר עטרת דבורה ח"א סי' ל' עמ' 199-202.

ביחס לנידון זה, אמנם הביקורים הופסקו בהוראת בית הדין ולא עקב הכרזה על סרבנות קשר, אך מאחר שהוראה זו ניתנה עקב מצב בלתי אפשרי שנוצר אצל הילדים והמחייב את הפסקת הביקורים, הדין הוא כדין ילדים המסרבים לקשר עם האב. כי ביחס לקשר הכולל עלבונות ומילות גנאי, היעדרו עדיף מקיומו.

כל האמור מתייחס לחובת האב במזונות הילדים בפרק הזמן

## סימן כז

### סכסוך אודות מגורי הזוג (פסק דין מביה"ד צפת)

תבע שהשני יבוא להתגורר עמו בעירו. בית הדין נוכח, שעיקר העיכוב לשלום בית בין הצדדים הוא הוויכוח על מקום המגורים. משום כך, ולאחר שהניסיון להגיע בהסכמה לשלום בית בצפת - כשל, על בית הדין לקבוע מהו מקום המגורים שבו על הצדדים להתגורר יחד, ולפסוק שהצד המסרב לעבור לאותו מקום, ייחשב כמורד. בהתאם להחלטה זו תיקבע פסיקת בית הדין גם בנושא חיוב המזונות והכתובה.

#### טענות הצדדים

טענת האשה היא - שהצדדים עברו לירושלים, במטרה להשתקע בה. לדבריה, הם התגוררו שם יחד בדירה השכורה כחודש. לאחר מכן הבעל חזר לצפת, ובא שוב בחנוכה בשנה שלאחריה להתגורר עמה בירושלים למשך כשלושה חודשים. כאשר התערור הצורך לשלם את תשלום השכירות, הבעל דרש ממנה להשתתף בתשלום זה, ומשלא נענתה, הוא עזב את הבית וחזר לצפת. לטענתה, מכיוון

הצדדים היו בדיון נוסף בתביעות ההדדיות. בהחלטה קודמת קבע בית הדין כי שני הצדדים אינם מגלים נכונות לחזור לשלום בית, על כן הוטל על האשה להודיע האם היא מסכימה להתגרש, והאם היא תובעת את כתובתה. תשובת האשה הוגשה במסגרת כתב ההגנה מטעמה, ובה היא מבקשת להורות לבעל לשוב עמה לשלום בירושלים ולקבוע שהיא לא הפסידה את זכויותיה למזונות ולכתובה.

גם בדיון האחרון חזרה האשה על עמדתה כי יש מקום לשלום בית, אך על הבעל לבוא ולגור עמה בירושלים. עמדת הבעל היתה כי מקום המגורים של הצדדים הוא בצפת, וכי על האשה לבוא לגור עמו בביתו, ואם לא תעשה כן הוא מבקש להכריז עליה כמורדת ולפוטרו מתשלום כתובתה ומזונותיה.

מדברי הצדדים, שהופיעו ללא ייצוג, התברר כי שלא כפי הרושם שהתקבל בדיון הקודם באמצעות ב"כ שני הצדדים, בדיון הנוכחי שבו שני הצדדים לא היו מיוצגים, שניהם לא שללו חזרה לשלום בית, אלא שכל אחד מהם



ביה"ד: בקשת ממנו שהוא יעזוב את הבית?  
האשה: לא.

ביה"ד: הוא עזב על דעת עצמו?

האשה: כל פעם הוא היה נוסע וחוזר. **עד כאן מהפרוטוקול.**  
אנו רואים מתוך דברי האשה עצמה שהבעל לא היה מרוצה  
מהמגורים בירושלים, וגם באותה תקופה שלדבריה התגורר  
עמה שם, הוא היה נוסע וחוזר.

נראה לבית הדין, שגם אם הצדדים החליטו לעבור להתגורר  
בירושלים בשכירות, כפי טענת האשה, יש לראות בכך  
מעבר לניסיון, ואין זה קובע באופן סופי את מקום המגורים  
שם. זכותו של הבעל לחזור בו מהסכמתו ומעשים בכל יום  
שבני אדם מנסים לעבור דירה ולאחר מכן חוזרים למקומם  
הראשון. בפרט בנידון שלנו, שמלכתחילה הבעל סירב  
לחתום על החוזה בירושלים, ובכך גילה דעתו שיייתכן  
שירצה לחזור בו. אמנם לא היה מקום שהבעל יתנער  
מחובתו לשאת בשכר הדירה בירושלים עד סוף תקופת  
השכירות, אולם מצד שני, תקופת מגורים קצרה בשכירות  
חודשית, אינה מחייבת השתקעות למגורים במקום החדש.  
ועיין בדברי הרמ"א בשולחן ערוך אבן העזר הלכות כתובות  
סימן עה ס"א:

"היה דר עמה בעירו ולא מתדר שם, ונסע עמה לעירה דרך

מקרה, ולא איתדר ליה, יכול לחזור ולהוציאה"

מקור הדברים הוא בשו"ת הריב"ש סימן פח, שדן במקרה  
של זוג שנאלץ לעזוב את מקום מגוריו בעקבות גזירות,  
ולאחר מכן התיישב לתקופה מסויימת בעירה של משפחת  
האשה, והבעל מעונין לעזוב את אותו מקום מכיון שאינו  
מסתדר שם וזה לשונו:

"ואם היה מקרך, שבאת למקום מולדת האשה ומקום בני  
משפחתה, ועמדת וישבת שם כימים אשר ישבת, ועתה לא  
איתדר לך, ואין לך בו הצלחה, ודי חיתך, הרי בידך להוציאה  
משם ולהוליכה לעיר אחר כאשר היה בתחילה בצאתכם  
ממירוקה. ואע"פ שזה המקום הוא מקום מולדתה ובני  
משפחתה; לפי שאין משגיחין בזה, אחר שאינו מקום הנשואין,  
וכבר נתרצית בשעת הנשואין לעזוב קרוביה ומשפחתה, ולהיות  
אצלך."

אמנם, עיין באוצר הפוסקים על אבן העזר סי' ע"ה ס"ק י"ז  
אות ב', שמביא חבל אחרונים וביניהם הבית יעקב על סי'  
ע"ה ס"ו, שמדייקים שדברי הריב"ש עוסקים דווקא במקרה  
שהצדדים נאלצו לעזוב את מקום מגוריהם מחמת הגזירה.  
לדבריהם, אם הצדדים עברו דירה בהסכמה, אין הבעל או  
האשה, רשאים להוציא את הצד השני מהמקום החדש,  
ודינו כדין מקום הנישואין.

אולם עיין שם שמביא משו"ת התשב"ץ ח"ג סי' ק"י, שכתב  
במפורש שהבעל רשאי לכפות את אשתו לחזור להתגורר  
במקום הנישואין, גם אם עברו בהסכמה לעיר אחרת ודרו  
בה ימים רבים. אמנם בשו"ת קרני רא"ם (להג"ר רפאל  
אנקווא) סי' ט' הביא מדבריו וכתב לאחריהם שאין לנו אלא

שהוחלט לגור בירושלים הבעל איננו רשאי לחזור בו ועליו  
לבוא להתגורר עמה שם.

לטענת הבעל, לא היתה שום כוונה להתגורר בירושלים  
במגורי קבע. הדירה ששכרו הצדדים בירושלים נועדה  
לצרכי ניהול עסקיה של האשה ולשם סידור ענין זה הם גרו  
שם יחד תקופה מסוימת בסוף שנת תש"ע. לאחר מכן הוא  
חזר להתגורר בצפת והאשה סירבה להצטרף אליו. הבעל  
הכחיש את טענת האשה בדבר התקופה הנוספת של  
שלושה חודשים שלדבריה הוא גר יחד איתה בירושלים.

ביחס להכרעה בטענות הצדדים נחלקו הדעות בין הדיינים,  
ולהלן דעת כל אחד בנפרד ובסיום ההכרעה.

### דעת דין א'

שני הצדדים הגישו בקשות להזמנת עדים להוכחת  
טענותיהם, אולם לאחר עיון בחומר שלפנינו נראה כי אין  
צורך בזימון דיונים נוספים להוכחות, וניתן לפסוק על פי  
החומר שבתיק.

נראה לבית הדין, כי גם אם נקבל את טענות האשה במלואן,  
לא קיים בהן יסוד לחייב את הבעל לעבור לגור בירושלים.  
גם אם הוסכם לעבור לירושלים והתגוררו בה מספר  
חודשים, מכל מקום, ברור שהבעל לא מצא את מקומו בעיר,  
על כן חזר להתגורר בבית בצפת. אין חולק שהצדדים  
התגוררו מספר שנים בצפת מאז נישואיהם, והמגורים  
בירושלים לא נמשכו יותר מארבעה חודשים, שגם הם לא  
היו רצופים. האשה עצמה טענה בדיון האחרון שהבעל סרב  
לחתום על החוזה של הדירה בירושלים כי רצה לשמור  
לעצמו את האפשרות לחזור לצפת. נצטט מדברי האשה  
המופיעים בפרוטוקול הדיון: "כשבאנו לחתום את החוזה  
בירושלים, הבעל ביקש שהחוזה יהיה רשום רק על שמי,  
הוא כבר ראה בעיני רוחו שלא נסתדר בירושלים, והוא שמר  
לעצמו את האפשרות לחזור לצפת ולטעון שאני עזבתי את  
הבית. הבעל ביקש ממני שאתן לשוכר צ'קים שלי, והוא  
למעשה ישלם את השכירות על ידי שיחליף את הצ'קים."

כמו כן, בדיון נוסף תיארה האשה מצב של אי בהירות מצד  
הבעל לענין ההחלטה להשאר לגור בירושלים. להלן ציטוט  
מפרוטוקול הדיון:

"ביה"ד: אחרי סוכות היה תקופה שגרתם יחד?

האשה: הגעתי לצפת ומחלתי לו, וכשהוא ראה שמחלתי  
הוא התחיל לזלזל בי.

ביה"ד: הוא חזר לירושלים לגור איתך?

האשה: כן, לשלושה חודשים, שגם בתקופה הזו הוא חזר  
לצפת.

ביה"ד: איך זה הסתיים?

האשה: הוא לא נתן לי כסף, אמרתי לו שבעה"ב החליט  
להעלות את השכירות, היתה לנו שיחה שהקלטתי אותה,  
אמרתי לו שלא נשאר לי כסף, ראיתי שהוא לא מתייחס ואני  
נשארת בלי כסף אז החלטתי לתבוע.

עמו לא"י ואם יחסר אחד מהתנאים הללו אין לדון עליה לעלות עמו".

וכן בספר כפתור ופרח פרק י' (עמ' רג, בהוצאת המכון לחקר החקלאות על פי התורה), פסק לענין אשה התובעת את בעלה לעלות לארץ ישראל, או מעיר אחרת בארץ לירושלים:

"מסתברא שזה צריך חיפוש דרישה וחקירה אם האשה המבקשת כך היא אשה חשובה וחסידה ומתוך חסידותה היא שרוצה בזה. אבל אם אין הענין כן, אלא שנפלה קטטה ואיבה ביניהם... שיודעת שאינה יוצאה אלא מרצון בעלה ומבקשת תואנה, ובעלה אינו רוצה לגרשה, וגם אינו מאותם שכופין אותו להוציא... יש לומר שעל כל כיוצא בזה אין כופין אותו להוציאה וכו'".

בנידון דידן, ברור שהבקשה לעבור לירושלים היא לשם נוחיות גרידא ובעקבות הקטטה שנפלה ביניהם ולא משום חסידות, על כן מכל האמור עולה שאין מקום לחייב את הבעל למעבר המבוקש.

למרות זאת, האשה זכאית לקבל את כל תשלומי שכירות הדירה בירושלים ששילמה מיום הגשת תביעת המזונות ועד סוף תקופת השכירות הראשונה, אם קיימים תשלומים כאלה, הואיל והחווה נחתם על דעתו ועל סמך התחייבותו של הבעל כלפי בעל הדירה, וכפי שהוא הודה בעצמו בדיון.

**מסקנת הדברים:** על האשה לחזור להתגורר עם בעלה בצפת, ואם לא תעשה כן יוכל הבעל לבקש לדון בהכרזתה כמורדת.

#### דעת דיין ב'

במסגרת פסק הדין הנוכחי הוצגו שתי עמדות הלכתיות בשאלה הבאה: בני זוג שגררו אחרי הנישואין במקום מסוים, ואח"כ עברו להתגורר בעיר אחרת, האם אחד הצדדים יכול כעבור זמן קצר להתחרט, ולדרוש מהצד השני לחזור לעיר מגוריהם הקודמת בה גרו אחרי הנישואין?

נושא דומה נידון ברמ"א אבן העזר סימן עה, א: "היה דר עמה בעירו ולא מתדר שם, ונסע עמה לעירה דרך מקרה, ולא איתדר ליה, יכול לחזור ולהוציאה"

מקור הדין הוא משו"ת הריב"ש סימן פח. באוצר הפוסקים על אבן העזר סי' ע"ה ס"ק י"ז אות ב', הובאו דברי הבית יעקב סי' ע"ה ס"ו, ועוד פוסקים שכתבו שדברי הריב"ש עוסקים דווקא במקרה שהצדדים נאלצו לעזוב את מקום מגוריהם מחמת הגזירה. אבל אם הצדדים הסכימו ביוזמתם לעבור לעיר אחרת, אין אחד מבני הזוג רשאי לכפות את הצד השני לחזור לעיר הקודמת.

לדעת דיין א', בנידון שלפנינו הבעל יכול להתחרט ולכפות על הצד השני לחזור לעירו, כי הבית יעקב ושאר הפוסקים עוסקים במקרה שהצדדים התגוררו במקום החדש תקופה ארוכה, לכן אין אחד מהצדדים רשאי לחזור בו. אבל במקרה שלפנינו הבעל התחרט כעבור תקופה קצרה. לכן גם נקבל

דברי הריב"ש, אך לא נימק שם את קביעתו זאת. כמו כן עצם הדיוק שדייקו הפוסקים הנ"ל מדברי הריב"ש איננו מוכרח. שהרי הריב"ש ענה על שאלה מסוימת שבה הצדדים עזבו את עיר מגורים בגלל גזירה, אך לא ניתן לדייק מכך מה הדין אם עברו מרצונם והריב"ש לא התייחס לכך כי לא נשאל על כך.

ועוד, כל הפוסקים המובאים שם, עוסקים במקרים שבהם הצדדים עברו דירה וגרו במקום החדש תקופה ממושכת. במקרים אלו יש לראות בכך הסכמה מחייבת לקביעת מקום מגורים חדש. עיין באריכות מה שכתב הרב וורנר זצ"ל בפסק דין של בית הדין בתל אביב, שפורסם בפד"ר כרך ח', ובעמ' 53, הסביר שם את שיטת הבית יעקב הנ"ל, שעזיבת מקום הנישואין למקום מגורים אחר, נחשבת כמחילה שאינה צריכה קנין.

אך בכל המקרים שבהם דנו הפוסקים הנ"ל המגורים במקום החדש נמשכו תקופה ארוכה. במקרה כמו הנדון שלנו, שהבעל גר בירושלים תקופה קצרה ומקוטעת, וגילה דעתו בכמה אופנים שאין הוא מוותר לגמרי על זכות המגורים בצפת, גם הם יודו שאין כאן שינוי מקום מוחלט שנחשב כויתור גמור ועל כן אין הוא מחייב.

לאור האמור, מאחר ובנידון דידן, הבעל לא הסתדר בירושלים, זכותו היתה לדרוש מהאשה לחזור למגורים בצפת, על כל פנים בתום תקופת השכירות שאליה התחייב. נושא נוסף שיש להבהירו הוא דין "הכל מעלין לירושלים", שבמשנה בסוף מסכת כתובות דף ק"י. וכך נפסק בשולחן ערוך אבן העזר הלכות כתובות סימן עה סעיף ד:

"אמר האיש לעלות לא"י, והיא אינה רוצה, תצא בלא כתובה. אמרה היא: לעלות, והוא אינו רוצה, יוציא ויתן כתובה; וה"ה לכל מקום מא"י לירושלים, שהכל מעלין לא"י, ואין הכל מוציאין משם; הכל מעלין לירושלים, ואין הכל מוציאין משם."

הנה בענין זה רבו הסברות ואכמ"ל. אולם בנידון דידן, האשה לא תבעה לעבור לירושלים בשל הלכה זאת, ואף אם היתה תובעת זאת הרי כבר כתבו הפוסקים שצריך לבדוק היטב האם היא מבקשת זאת מתוך חסידותה ולשם קדושת ירושלים עיין בתשובת הרמב"ם סי' שסה, המתייחסת לבעל שביקש לחייב את אשתו לעלות עמו לארץ ישראל וז"ל:

"תשובה: המפורסם אצלינו אשר ראינו בתי דינים דנין בו במערב כך הוא שמחרימים בשם על כל מי שעושה זה בדרך עלילה על אשתו שלא לעשותו זולתי ללכת להתברך בא"י לא זולת זה ויענה הבעל אמן ואז יכריחו האשה ללכת עמו או תצא מבלי כתובה ככה ראינו אותם עושים. אמנם מה שאני רואה ובו אני מודה הוא זה אשר אומר לך ובו ראוי להורות כל מי שיודע ביאור אומרו צדק צדק תרדוף וביאור אומרו לא תשא שמע שוא ומה שיוצא מדבריהם אין לדיין אלא מה שענינו רואות הוא כך. אי זה איש בקש לעלות לא"י והוא מוחזק בכשרות ולא היה בינו ובין אשתו מריבה בשום פנים אז נחייב אשתו לעלות

ומחלה לו מקום נישואיה, הרי מחלה ואינה יכולה לחזור ובהא כולי עלמא מודו".

לעומת זאת במקרה הנידון לפנינו בין הצדדים קיימת הכחשה בשאלה הבאה: האם המעבר של הבעל לירושלים, נעשה על מנת לעקור מצפת לירושלים, ולגור מגורי קבע בירושלים עם אשתו - כטענת האשה, או שמא יש לקבל את טענת הבעל, שהדירה ששכרו הצדדים בירושלים נועדה רק לצרכי ניהול עסקיה של האשה, ולשם סידור ענין זה בלבד, הם גרו שם יחד תקופה קצרה בסוף שנת תש"ע. אם נקבל את טענת האשה, שהבעל הודיע לה שהמעבר שלו לירושלים, נעשה על מנת לגור עמה מגורי קבע, הבעל אינו יכול לחזור בו מהסכמתו, אחרי שעשה מעשה ועבר לגור עמה בדירתה, וכדברי המהריט"ץ הנ"ל.

אבל אם נקבל את טענת הבעל, שלא היתה הסכמה מצידו לעקור לצמיתות מצפת לירושלים, והדירה ששכרו הצדדים בירושלים נועדה רק לצרכי ניהול עסקיה של האשה, וביאתו לירושלים היתה זמנית בלבד, מוטל על האשה לחזור לצפת.

מאחר שיש ספק מי מהם טוען טענת אמת, מספק אין להוציא מהבעל ממון, ויש לפוטרו מכתובתה מאחר שהאשה מסרבת לחזור למקום הקבוע למגוריהם.

אלא שלכאורה יש להוכיח שהבעל התכוון לגור לירושלים במגורי קבע, כי האשה שכרה דירה בירושלים לתקופה של שנה בשליחות הבעל, על פי הפרוטוקול "כשבאנו לחתום את החוזה בירושלים, הבעל ביקש שהחוזה יהיה רשום רק על שמי, הוא כבר ראה בעיני רוחו שלא נסדר בירושלים, והוא שמר לעצמו את האפשרות לחזור לצפת ולטעון שאני עזבתי את הבית. הבעל ביקש ממני שאתן לשוכר צ'קים שלי, והוא למעשה ישלם את השכירות על ידי שיחליף את הצ'קים".

מהפרוטוקול שם עולה, שהבעל מסכים לטענה זו, ואף שילם אח"כ למשכיר 7500 שקל עבור השכירות, ומאחר שבקש ממנה לשכור דירה לשניהם והוא ישלם לה, הרי זו הודעה ברורה לאשה, שרצונו לגור בירושלים מגורי קבע, ועשה אותה לשליח לשכור עבורם דירה בירושלים.

אלא שבחו"מ סי' קסג סעיף ב, קיימת מחלוקת הפוסקים, אם השוכר דירה לשנים עשר חודש בעיר, כוונתו להשתקע בעיר לצמיתות:

"ויש אומרים דאם שכר בית דירה, כל ששכרה לי"ב חדש, הוי כאנשי העיר מיד (ריב"ש סימן תע"ה). ויש אומרים דבעיני קנה דוקא להשתקע (מרדכי פ"ק דב"ב). ויש אומרים אפילו לגורי".

אם כן קיימת מחלוקת הפוסקים, אם שכירות דירה לתקופה של שנים עשר חודש, מהווה הוכחה על כוונת השוכר להשתקע לצמיתות בעיר.

שורש מחלוקת הפוסקים, אינה דווקא לענין מיסים, כי המחלוקת שם היא באומדן דעת השוכר - האם השכירות

את טענת האשה, הצדדים החליטו לעבור להתגורר בירושלים בשכירות, המעבר היה לניסיון, וזכותו של הבעל לחזור בו מהסכמתו.

דעה זו מסתמכת גם על דעת התשב"ץ ח"ג סי' קי, שפסק שהבעל רשאי לכפות את אשתו לחזור להתגורר במקום הנישואין, גם אם עברו בהסכמה לעיר אחרת ודרו בה ימים רבים, ולא כשאר האחרונים, שפסקו שכל מעבר לעיר אחרת הנעשה בהסכמה אינו יכול לחזור בו.

לדעתו אין הכרח שהריב"ש חולק על התשב"ץ, כי הריב"ש עסק במקרה שהבעל עזב את העיר מחמת הגזרה, אבל דינו נאמר גם במקרה שהבעל עזב את העיר בגלל סיבות אחרות, שיכול לחזור ולהתחרט, ולדרוש מאשתו לשוב לעיר הקודמת. לפי זה גם בנידון שלפנינו הבעל יכול להתחרט ולחזור למקומו הראשון.

לעומת זאת דעת הדיין הנוסף הנוכרת להלן היא: הרמ"א שפסק על פי הריב"ש, שהבעל שנסע עמה לעירה שהבעל יכול לחזור ולהוציאה לעירו, עוסק רק בבעל שנקלע לעיר רק "דרך מקרה", כמבואר בדבריו, אבל בעל שעבר בהסכמה מתוך כוונה תחילה לעיר אחרת אינו יכול לחזור בו. לכן כל מעבר לעיר אחרת שנעשה בהסכמה, גם אם בני הזוג גרו במקום החדש תקופה קצרה, נקבע בכך עבורם מקום זה כמקום המגורים המשותף, שאין לשנותו אלא בהסכמה.

דעה זו מסתייעת גם בדברי המהריט"ץ בתשובה סי' רצב שהביא את תרומת הדשן בכתבים סי' רל"א, שאשה שמסרה מודעא שאינה מוחלת על זכותה שלא יוציא הבעל ממקום אביה שנישאת שם "פשיטא דמהני".

מכאן למד המהריט"ץ, "הרי דבעיני מודעא או גילוי דעת, הא אי ליכא חדא מהנהו אינה יכולה לחזור בה.

לכן גם הבעל שעבר לגור עם אשתו בצפת ולא מסר מודעא או גילוי דעת מפורש שאין בכוונתו לקבוע את מגוריו בירושלים, לאחר מכן אינו יכול לחייב את אשתו לחזור לצפת, ואין ממש בטענות שמלכתחילה לא היתה כוונתו להשתקע בירושלים, ואלו דברים שבלב שאינם דברים.

לענ"ד יש לפסוק כדעת רוב הפוסקים שבעל העובר בהסכמה עם אשתו לעיר אחרת, יכול לחזור בו, וכן יש ללמוד מהמהריט"ץ בתשובה סי' רצב, שבהעדר מודעה, בני הזוג העוברים לעיר אחרת בהסכמה, גם לזמן קצר אין אחד הצדדים יכול לחזור בו.

עם זאת יש הבדל גדול בין המקרה הנידון במהריט"ץ ובין המקרה הנידון לפנינו: במקרה הנידון במהריט"ץ שני הצדדים מודים שעקרו את דירתם למקום אחר בהסכמה הדדית, על מנת להשתקע בעיר החדשה, ומאחר שלא נעשתה מודעה המעידה על ביטול ההסכמה ההדדית, לכן אין אחד הצדדים יכול לחזור בו מהסכמתו, כמבואר בדבריו:

"דכבר מחלה במה שנתרצית לו לצאת עמה מפני החובות שהיה חייב ומפני שלא היה מרויח פרנסתו שם, וכיון דנתרצית

יצוין שביחס להלכה זו לא מצינו בפוסקים שיקבע את ההכרח בפרק זמן של י"ב חודש או פחות, ואדרבה מדברי הרמ"א מדויק, שדוקא כשהגיעו לעיר דרך מקרה, ושלא בכוונה לגור בה, אין משמעות למגורים אלו. משא"כ כשאלו מגורים רגילים. ואין ללמוד שיש הכרח במגורים של י"ב חודש כפי הקבוע בחו"מ סי' קס"ג. כי שם מגורים אלו מחייבים את האדם בתשלום גבוה עבור צרכי העיר מאחר שנידון כאחד מבני העיר, ולכך בהכרח שתהיה כוונה ברורה להיות אחד מאנשי העיר, ולעניין זה יש אומרים שבלא י"ב חודש לא יחשב כאחד מאנשי העיר. משא"כ בנידון שבפנינו, די בכוונה להתגורר בעיר זו, על מנת שתהיה בכך מחילה על זכותו להמשיך ולגור בעיר שגרו קודם.

עכ"פ מסתימת כל הפוסקים שדנו בשאלה זו ולא הזכירו פרק זמן מינימאלי, מוכח שאין הכרח בפרק זמן כזה. עוד יצוין למש"כ מהריט"ץ בתשובה סי' רצב ביחס לאשה שהסכימה לעבור עם בעלה לגור למקום אחר שאינה יותר יכולה לטעון לזכותה למגורים במקום מולדתה ושבנו נישאו וגרו קודם, וכתב:

"דכבר מחלה במה שנתרצית לו לצאת עמה מפני החובות שהיה חייב ומפני שלא היה מרויח פרנסתו שם, וכיון דנתרצית ומחלה לו מקום נישואיה, הרי מחלה ואינה יכולה לחזור ובהא כולי עלמא מודו ... צא ולמד ממה שכתב מהר"י איסרלן בעל תרומת הדשן בכתבים סי' רל"א וזה לשונו הא דאשה שמסרה המודעא שלא מחלה על זכותה שלא יוציא הבעל ממקום אביה שנישאת שם פשיטא דמהני דאפילו גילוי דעת בעלמא הוי מועיל ואין כאן צורך ראיה נאם הקטן והצעיר שבישראל עכ"ל הרי דבעינן מודעא או גילוי דעת, הא אי ליכא חדא מהנהו אינה יכולה לחזור בה. ואם כן הך איתתא כיון דנתרצית ויצאה ממקום מולדתה ונישואיה מפני שלא היה יכול להרויח פרנסה שם או מפני החובות הרי מחלה לגמרי, כיון שלא מסרה מודעא ולא גלתה דעתה".

ולפי דרכו בנידון דידן ביחס לבעל, מכיוון שעבר לגור עם אשתו בצפת ולא מסר מודעא או גילוי דעת מפורש שאין בכונתו לקבוע את מגוריו בירושלים, די בכך כדי שלאחר מכן לא יוכל לחייב את אשתו לחזור לצפת, ואין ממש בטענות שמלכתחילה לא היתה כוונתו להשתקע בירושלים, ואלו דברים שבלב שאינם דברים.

בנידון שבפנינו, לכאורה היה מקום לטעון - מאחר ובדין קודם הוסכם על שלום בית בצפת, וקיימת החלטה המאשרת הסכמה זו. בנסיבות אלו בפנינו מחילת האשה על זכותה לקבוע את מקום מגוריהם בירושלים. עוד יצוין לדיון שהתקיים לאחר פרק זמן קצר, שבו הצדדים הבהירו את הרקע לכשלוך החזרה לשלום בית. מדברים עולה ששניהם רצו בחזרה לשלום בית, אך הבעל לא ידע להביע את רצונו בחזרתה, והתמקח על עלויות כאלו ואחרות שהיו כרוכות בחזרה לבית בצפת. מתוך התרשמות של בית הדין מאופי שני הצדדים והתנהגותם, נראה כי

מעידה על כוונה להשתקע, או לא, כמבואר בדבריהם כדלהלן:

הריב"ש סי' תעה כתב:

אבל כל שנתחייב מתחילה לדור כאן י"ב חודש, הרי הוא כאנשי העיר מיד, דמסתמא דעתו להשתקע בכאן".

לעומתו המרדכי (ב"ב תעז) כתב:

"ואפילו שכר בית אין לדמותו לקונה בה בית דירה, שהקנין מוכיח שדעתו להשתקע, אבל בשכירות בית אולי אין דעתו להשתקע, ואין לחייבו".

כיוון שהמחלוקת שם הנוגעת לדיני מיסים, תלויה בשאלה - מהי אומדנת דעתו של השוכר, יש ללמוד משם גם לענייננו, לפי המרדכי, אין אומדנא מכרעת שדעתו של השוכר היא להשתקע בעיר. לכן הבעל יכול לטעון שלא התכוון להשתקע בירושלים, וקים לי כדעת המרדכי, שהשכירות לשנה אינה מוכיחה שדעתו היתה להשתקע בירושלים.

אמנם בהמשך הבעל לא נהג בה כראוי בזמן שהגיעה לצפת, ומוטל עליו לפייסה, אם האשה תביע עמדה עקרונית שברצונה לחזור לצפת. אבל כל עוד האשה אינה רוצה לחזור לצפת, הבעל רשאי לטעון שבגלל סרבנותה לחזור לצפת, הוא פטור ממוזנותיה ומפסידה כתובתה.

#### דעת דיין ג'

האמור לעיל היא דעת הרוב. דעת המיעוט היא כדלהלן - מאחר ואין ספק ששני בני הזוג עברו בהסכמה להתגורר בירושלים, הרי שבכך נקבע עבורם מקום זה כמקום המגורים המשותף, שאין לשנותו אלא בהסכמה. במעבר זה מצפת לירושלים, נמחלה הזכות לאכוף את המגורים בצפת, וזאת אף שהבעל עדיין השאיר את הדירה בצפת כראויה לחזרה, כפי שאכן הבעל חזר אליה לאחר זמן. קביעה זו מיוסדת על פסק דינו של הריב"ש שהביאו להלכה הרמ"א בסי' עה ס"א שכתב:

"היה דר עמה בעירו ולא מתדר שם, ונסע עמה לעירה דרך מקרה, ולא איתדר ליה, יכול לחזור ולהוציאה".

הרי שרק אם נסע עמה לעירה "דרך מקרה", ולא עלה בידם, יכול להוציאה למקום אחר. משא"כ כשעברו לגור שם באופן מתוכנן ומחושב מראש, ונשכרה עבורם דירה, אף שהאשה לבדה חתמה על החוזה. וכן כתב בספר בית יעקב אה"ע סי' עה על דברי הרמ"א:

"נראה דאם נסע עמה דרך ריצוי ופיוס למקום אחר ... נראה דבמקום זה שנתרצתה וקבעה בו דירה, דמי שוב למקום נישואין דאינו יכול להוציאה עוד משם אפילו למקום מולדתה, שיכולה לומר הורגלתי פה".

ומהמשך דבריו עולה שמטעם מחילה נקבעה הלכה זו. ועיין בספר משפטי שמואל (להג"ר ש.ב. וורנר זצ"ל) סי' טז שהביא את דברי הבית יעקב, ובאר דמטעם מחילה אתינן, ומחילה אינה צריכה קנין.

דבושה ממנו לשוב, מאחר שיצאת בלא רשותו ואינו מראה לה פנים, ואם הוא יבא אצלה אינה מונעתו מכלום".

ובספר הגם שאול חלק ב' סי' כב באר:

"תמצית ההלכה הזאת: הליכת האשה בלי רשות בעלה מאיזה סיבה, קטטה, או חולי, או בעלה אינו בעיר וכדומה חייב הבעל לשלוח לה להשיבה ולהראות לה פנים, ואם לא עשה כן חייב במזונותיה אף שאינה עמו".

על כן מאחר ואין ספק שלאורך כל הדרך בתקופה האחרונה הבעל מביע אדישות והעדר יחס חיובי לאשתו ולא מצא לנכון לסייע לה כשהסכימה לשוב לשלום בית בצפת, על כן העדר חזרתה לצפת אינו גורר את קביעת מעמדה כמורדת והפסד מזונות.

**עד כאן דעת דין ג'.**

על כן בהתאם לדעת הרוב אנו פוסקים שהאשה מחויבת לשוב ולהתגרר עם בעלה בצפת, ואם לא תעשה כן נשללת ממנה זכותה למזונות ויהיה מקום להכרזתה כמורדת המפסידה את הכתובה.

בנסיבות אלו נכון לדון כפי המבואר בתשובת הרשב"א שיובא להלן.

הבית יוסף אבן העזר סי' עז הביא מתשובת הרשב"א שבה נאמר:

"לפי שלא נתבאר לי מלשון השאלה מה שהיא טוענת שתשוב לבית בעלה אם יביאה אל ביתו ויפרע מה שלוותה, ונסתפקתי אם היא מתעכבת בלבד מחמת שהוא אינו קורא לה, או שאינה רוצה לשוב אליו עד שיפרע מה שלוותה ואחר כך יביאנה ואז תשוב אליו. על כן אני אומר שאם מחמת שהוא אינו רוצה להביאה ולקרוא לה, מסתברא שאינה מפסדת על זה כלום לפי שהוא אינו רוצה בשימושה, כי שמא בושה ממנו אחר שלא הראה לה פנים בעוד שהיתה חולה ואחר שנתרפאת מפני שיצאה שלא ברשות, ואין כאן מרד כלל לא מתשמיש ולא ממלאכה. ועוד שאם יבוא הוא אצלה אינה מונעתו מכלום".

וכן הרמ"א אה"ע סי' פ' סעיף יח פסק:

"אשה שהלכה מבית בעלה מכח קטטה, ואינה רוצה לשוב לביתו עד שיקרא לה בעלה, לא הפסידה משום זה מזונותיה,

## סימן כח

### כתובה בפירוד שנוצר מתלונת האשה שלא התבררה

תבעה להתגרש, והגם שהבעל פתח תיק לשלום בית, הרי שבדין שלאחר פתיחת התיק, ביקש להתגרש, וטען טענות כנגד אשתו. בסמוך לפרוץ הסכסוך הצדדים חתמו על הסכם הפרדה, אך מיד לאחר מכן הבעל חזר בו, אך היינו מאחר שלא הסכים לתנאי ההסכם לרבות לכך שהאשה תמשיך לגור בדירה השייכת להוריו.

ביחס לשאלה העקרונית, האם נשללה זכאות האשה לכתובה בגין תביעתה להתגרש. שאלה זו חייבת להיבחן בהתייחסות לכמה נקודות.

#### זכאות לכתובה כשקיימת תביעת גירושין המיוסדת על טענת בגידת הבעל

ביחס לטענה אודות בגידת הבעל באשתו, אילו זו היתה העילה היחידה, נציין בזאת למשי"כ בספר פסקי דין רבניים חלק ח' עמוד 254-261 שקבעו עפ"י תשובת חכם צבי סי' קלג שאין לפסוק חיוב גט עם תשלום הכתובה במי שנכשל ובגד באשתו, אלא לאחר שהתרו בו לשוב מדרכו ולמרות ההתראה אינו חוזר בו, וכתבו:

"לדעת חכם צבי צריך התראה לחייבו בכתובה ולענין כפיה לגט, ורק אחרי שהתרו בו ועבר פעם ושתיים - יש לכופו לגט לדעת האגודה. וברוח הדברים האלה כתב גם הנו"ב מה"ת אה"ע סימן צ' ע"ש, הו"ד בפ"ת שם סק"ה ... וכן החיוב לגט במורד הוא רק כאשר הבעל אומר שימשיך למרוד בעתיד, אבל אם הבעל אומר שמוכן לשוב בתשובה לחזור אל אשתו ולקיים את כל חובותיו כלפיה ולא ימנע ממנה עונתה, אינו חייב במתן

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין וכתובה, תביעת הבעל לשלום בית, וכן תביעות נוספות הכרוכות בתביעת הגירושין, לאחר השלמת הדיונים והעיון בסיכומי הטענות, ניתן פסק הדין דלהלן.

#### טענות הצדדים והחומר העיקרי שבתיק

הצדדים נשואים מעל עשר שנים שנה ולהם ילדים, כשנה וחצי גרים בנפרד. בשנים האחרונות גרו בדירה שאינה שייכת להם אלא להורי הבעל, אך עקב סכסוך שאירע בעקבות תלונה במשטרה, שהאשה הגישה כנגד הבעל, והרחקתו מהבית לפרק זמן קצר, הורי הבעל מנעו המשך מגורי האשה בדירה והיא נאלצה לעזוב.

הפירוד החל מתלונה שהאשה הגישה כנגד הבעל, בטענה שפגע בבתם פגיעה מינית, הבעל נעצר ושוחרר בתנאים מגבילים, אך כעבור כמה חודשים, התיק נסגר לאחר שהתקבלה החלטה שאין מקום להעמידו לדין. בנסיבות אלו, הבעל טוען שמאחר שהיתה זו תלונת שווא, נשללה זכאות האשה לכתובה.

במהלך הדיונים האשה טענה שהבעל יצר קשר זוגי עם אשה מנתניה, וכי זו עילה לחייבו בגירושין ובכתובה. לטענתה, הרכישות שהתבצעו בכרטיס האשראי שלו לטובת אותה אשה, מוכיח את טענתה. מאידך, הבעל הכחיש טענה זו, כמו כן האשה טענה שבעת חייהם המשותפים היו לבעל דרישות מפורזות בתחום היחסים ביניהם. לאחר פירוט השתלשלות ההליכים נכתב בפסק הדין: האשה

ובטרם ייקבע דבר בהכרעה העובדתית בנידון, עדיין היה מקום להביאם להליך יעוץ נישואין במגמה לעשות מאמץ רציני לתיקון הליקויים והיה סיכוי לתיקון, ועד הדין האחרון נוכחנו שהחלופה של חזרה לשלום בית במסגרת הליך מתאים לתיקון, עדיין לא נשללה על ידי האשה (מחוץ לאולם הדיונים). וכמו כן, יצוין לתשובת מהרי"ט ח"א סי' ה' שהובא בכנסת הגדולה סי' עז (הגהות הטור סק"ז) בבאר היטב סי' עז סק"ז ובספר בת נעות המרדות (חלק אם במרד פרק שני) שדנו בנסיבות של דרישות מופרזות, וקבעו שהאשה אינה מחוייבת להיעתר לבעל הדורש זאת, ופשיטא שאינה מורדת בגין כך. אמנם מסתבר שזוהי אמתלא מבוררת לטענת "מאיס עלי" אם היתה עולה, אך עכ"פ בתשובת מהרי"ט בכנסת הגדולה ובבאר היטב לא מצינו שנקבע חיוב גירושין ופסיקה "יוציא ויתן כתובה" בנסיבות אלו. וגם בספר בת נעות המרדות כתב שיש לעשות הכל כדי שיתרצה לגרשה, אך לא הורה על חיוב גירושין וכתובה. אלא דינה כמואסת בבעלה באמתלא מבוררת, שאינה חייבת להמשיך לדור עמו אך גם אינה זכאית לכתובה כמבואר ברמ"א סי' עז ס"ג.

אך בנסיבות שבהן הבעל, בשיתוף פעולה עם הוריו, הביאו לסילוק האשה מהבית שגרו בו יחדיו בתקופה האחרונה, בלא להסדיר מדור חילופי, היה מקום לדון שנסיונות אלו מצד עצמן הן נסיבות שאין להן תוצאה אחרת מלבד גירושין.

אמנם ההליך המתואר היתה תוצאה של התלונה שהאשה הגישה, אלא שאין מנוס מהקביעה שגם לאחר שהתיק נסגר, עדיין לא התברר שהיתה זו תלונת שווא, ואין ראיה המוכיחה שהאשה ביקשה להפלילו בלא שהיה לכך צידוק עובדתי.

#### **האם תלונת שווא של האשה תביא לקביעת מעמדה כעוברת על דת המפסידה כתובה**

יש לדון אליבא דטענת הבעל שהיתה זו תלונת שווא, האם זו טענה לשלילת זכאותה האשה לכתובה, כעוברת על דת ובהיעדר התראה.

יצוין למחלוקת שנפלה בין חברי בית הדין הגדול בפסק דין מיום כ"ב אב תש"ע (02/08/2010) בתיק 812600/1 ביחס למשקל שיש ליתן לתלונת שווא של האשה כנגד הבעל אודות הטרדה מינית. באותו פסק דין כתב הגאון הרב ציון אלגרבלי שליט"א:

"באשר לכתובה ותוספתה יש להפסידה לאור המעשה החמור של הגשת תלונת שווא ואפילו שלא הייתה התראה, מכל מקום חומרתה של הגשת תלונת שווא ידועה לכל ואין צורך בהתראה ואין לדמות נידונינו לדין גיזמה על בעלה להורגו (המובא באבן העזר סי' קט"ו בהגהה) שיש צורך התראה שהמדובר שם בגזמה ולא עשתה שום מעשה. משא"כ בנידונינו שהאשה הגישה בפועל תלונת שווא במשטרה, והגם

גט, ולכן צריך לאמלוכי ביה לגירסת רש"י אולי יחזור ממרדו, וכאשר הארכנו בעז"ה בפס"ד הנדפס בפס"ד הרבניים כרך ז' (עמוד פ'). לאור זה בנידוננו שהבעל טוען שרוצה לשוב ולעזוב את דרכו הנילוזה ויהיה נאמן לאשתו, ולא יוסיף לענותה אין לחייבו ולכופו במתן גט".

וכן בספר פסקי דין רבניים חלק א' עמוד 141 העלו: "בנידון דידן שלא התרו בהבעל, וגם לא הוכח שהוא עומד במרדו ומוחזק לכך, א"כ ברור הדבר שבגלל טענה זו אין לחייבו לתת לה גט".

#### **האם הגירושין יצאו מהבעל או מהאשה**

בנידון זה עלינו לברר את שורש הפירוד בין הצדדים, האם הבעל הביא לפירוד או האשה. מצד אחד האשה התלוננה במשטרה כנגד הבעל בטענה לפגיעה מינית בבת. עקב התלונה הבעל נעצר ושחרר בתנאים מגבילים, ולבסוף התיק נסגר, ובתגובה, הורי הבעל הביאו להוצאת האשה והילדים מהבית. ולמעשה קבעו מציאות שהאשה נותרה ללא קורת גג עבורה ועבור הילדים. אין כל ספק שהתנהלות זו של הבעל עם הוריו יצרו מצב של הכרח בפירוד, כשהבעל אינו מסדיר עבורם מדור חילופי, ובכך אילץ אותה לחפש מדור עבורה, בתחילה במעון לנשים מוכות, ולאחר מכן בדירה ששכרה עבורה ועבור הילדים בבית שמש.

הלכה זו התבארה בטור אבן העזר סי' קיח שכתב:

"מי שהיא תובעת לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנה, אין לה מן הדין לגבות זולתו מה שהיא טוענת ויתברר מסכום נדוניתה. ולא נחוש למה שימצא כתוב ממנה בכתובה ... ולא יחוש הבעל לכתוב ולהוסיף על עצמו... לענין שתשאר נשואה עמו ולא תבקש גירושין, בענין כזה אמרו חכמינו ז"ל (כתובות נד) כי כתב לה אדעתא למיקם קמיה אדעתא למיפק ולמיסב לא כתב לה... ואם תבע הוא הגירושין, אינו יכול לגרשה אלא לרצונה או לאחר שיפרע לה כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת".

מבואר בדבריו, שאם הגירושין יצאו ממנו לאחר שהוא תבע את הגירושין - "אינו יכול לגרשה אלא לרצונה או לאחר שיפרע לה כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת". משא"כ אם האשה תבעה להתגרש ויצאו הגירושין ממנה, לא תוכל לקבל את מה שהבעל התחייב לה כנגד הנדוניא, ולא תוספת כתובה או מתנות.

הטור דייק בלשון וכתב: "מי שהיא תובעת לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנה", דהיינו אין די בתביעת גירושין, אלא בנוסף לכך: "יצאו הגירושין ממנה", ובנידון דנן עפ"י המבואר לעיל, לאחר שהבעל קבע מציאות שאין לאשה ולילדים קורת גג, ומביע את הסכמתו להתגרש כפי שהאשה תובעת, ניתן לקבוע שהגירושין יצאו ממנו. דהיינו, לו האשה היתה תובעת גירושין רק על יסוד הטענות הנזכרות, שעיקרן הקשר שהיא מייחסת לו עם האשה האחרת והדרישות המופרזות שלו בענין יחסי האישות, כמתואר בטענותיה,

ראשית כל יש להעיר שהשאלה אם בדבר מפורסם צריכים להתראות שנויה במחלוקת הפוסקים ותלויה בשאלה אם סגי בהתראה שלא תעשה כך, או שצריך להגיד לה בפרוש שאם תעשה כך תפסיד כתובתה (ועיין בס' קט"ו פ"ת ס' קי"א) אולם גם אם ננקוט שמספק לא ניתן להוציא מהבעל את הכתובה נראה ברור שכאן אין זה נחשב כדבר מפורסם. אם נעייין בתמליל נראה שהיה לה חשד שהיתה פגיעה בקטין, היא מעלה בשיחותיה עם הבעל כמה תופעות גופניות מעוררות חשד שקרו אצל הקטין. היא גם התייעצה בענין זה עם עו"ס. יתכן מאד שאם היחסים בינה לבין בעלה היו טובים היא היתה מתעלמת ומבליגה, אבל כאשר בעלה נטש אותה והיא מגלה תופעות גופניות מעוררות חשד האם אפשר לראותה כעוברת על דת, ואפ' אם נחשיבנה כעוברת על דת בודאי שא"א לראות זאת כדבר מפורסם היא היא בודאי מורה היתר לעצמה, והרי גם ל"גזם למוסרו לגויים" היא יודעת שזה לא מעשה ראוי, אולם היא מורה היתר לעצמה ולכן בעי התראה.

והנה מובא בפ"ת הנ"ל שאפי' מוציאה קול על בעלה שמזנה עם זרים דהיינו לא רק שמאיימת אלא עושה מעשה בעיני התראה כדי להפסידה כתובתה והרי הוצאת שם רע שהוא נואף גם הוא מעשה חמור של הכפשה והלבנת פנים ולמה צריכה התראה, וא"כ גם כאן כשמורה היתר לעצמה א"א להחשיב זאת כדבר מפורסם.

ואין לומר שכאן היא בודאי ידעה שאין שום יסוד לחשד והיא בלי שום יסוד העלילה עליו עלילה שקרית, כי מנין לנו לומר כך והרי מהתמליל רואים שהיו תופעות ומנין לנו להגיע למסקנה שהכל עלילת דם".

#### עד כאן מאותו פסק דין.

בהתייחס למחלוקת בין הגר"צ אלגרבל ויהגר"ב בארי, מסתבר מאד כהגר"ב בארי, וזאת מאחר וגם אם נקבע שהגשת תלונת שווא כעבירה על דת, עכ"פ בלא התראה אין לדונה כעוברת על דת המפסידה כתובתה.

יצוין לפסק דין מביה"ד ירושלים בהרכב הדיינים נ"ע הגר"א וואלדנברג הגר"ע יוסף והגר"י קאפח, שבתשובת ציץ אליעזר חלק כב סי' פג שהכריעו שההתראה חייבת לכלול הפסד הכתובה וכפסק השו"ע סי' קט"ו סעי' י'. באותו פסק דין כתבו כדלהלן:

"עבור מעשים שאפשר לדרוש בגללם לחייב את האשה בקבלת ג"פ צריך שתוקדם לה התראה על כך כדת וכדין ככל עוברת על דת משה ויהודית שבעינין להתרות לה על כך.

והגם שהבית שמואל באה"ע סימן קט"ו ס"ק י"ז כתב בדעת רש"י בסוטה ד' כ"ה דעוברת על דת משה אין צריך התראה, הנה מלבד שכל הפוסקים חולקים על זה וסוברים שגם בעוברת על ד"מ צריכה התראה. וכמו"כ בב"ש שם. וכן בשו"ת שבות יעקב ח"ג סימן קכ"ז, והגו"ב במהדו"ת חאה"ע סי' כ"ו. עוד זאת, דזהו דוקא במכשילתו שמאכילתו אינו מעושר וכדומה ככה"ג הוא דס"ל לרש"י דא"צ התראה, משא"כ כשאין לבעל

שהמדובר בתגובת לוואי מ"מ היא לא מידתית. וכן נראה שהריב ומדון שהיה מנת חלקם של הצדדים האשה לא טמנה ידה בצלחת בריבים שביניהם וחשדותיה נגד הבעל גרמו לבעל לעזוב הבית באופן שהמצב כפי המתואר לא אפשר לבעל להמשיך להתגורר עם האשה בכפיפה אחת ויש להפסידה כתובתה. וכן כנימוק נוסף להפסד כתובה יש להוכיח מדין משיאתו שם רע בשכניו שמפסידה כתובתה, וק"ו בנידונינו שבתלונה שווא על הטרדה מינית, גרמה לו בושת פנים ברשויות. ובעקבות הפרסום ברשויות מתפרסם אצל אחרים בבחינת אוזניים לכותל. ועיין במהריק"ש סי' קט"ז בנושא אישה שקנתה סם רעיל וגמרה בדעתה להאכילו לבעלה ולא יצא זממה שיש להפסידה כתובתה ללא התראה. וכן עיין בספר גינת ורדים חלק אבן העזר כלל ד' סי' א' בנידון אשה שעושה כשפים לבעלה ומשקה אותו משקה העשוי משחיקת אבן מסויימת שסגולתה למצוא חן וחסד בפניו והבעל נפל למשכב וחלה כתוצאה מכך שיש להפסידה כתובתה אם תמשיך בכך מאחר ועל העבר אי אפשר להפסידה כתובה היות והייתה לה כוונה טובה. משא"כ להבא וזאת אפילו ללא התראה כפי שעולה מתשובת מהריק"ש הנ"ל. ודון מיניה ואוקי באתרין שכל שהמעשה חמור יש להפסיד האשה ללא התראה.

יצוין כי מודע אני למ"ש בספר מהר"י אדריבי סי' נ"ב באשה שמחרפת בעלה ומקללת אותו ואת אביו ואת אמו ומאשימה אותו ששוכב עם בתו הנשואה ואיננה מניחתו ליכנס לבית בתו וחתנו ונועלת על כל בגדיו ומשברת כלי אכילה עם האוכל בתוכם הנשלחים אליו מביתה שכתב הרב המחבר ומובאים דבריו בכנה"ג אבן העזר סי' קט"ו הגה"ט אות יא' שדווקא במקללת יולדיו בפניו וכל השנויים כאן מפסדת כתובתה אבל שאר ביוזיין שלא הוזכרו במשנה פרק אע"פ אינה מפסדת כתובתה. מ"מ נראה דרב גובריה המהריק"ש וגינת ורדים שיש לסמוך עליהם להפסידה כתובתה בצירוף יתר הנימוקים שכתבתי".

עד כאן מדברי דעת הרוב באותו פסק דין. מנגד, הגאון הר"ב בארי שליט"א, נותר באותו פסק דין בדעת מיעוט, ודעתו היתה כדלהלן:

"ידידי הגר"צ אלגרבל שליט"א (והסכים עמו הגר"צ בוארון שליט"א) הגיע למסקנה כי המשיכה תכננה בקור רוח מזימה להפיל את הבעל בפח בטענות שוא. המעשה הזה כ"כ חמור עד שאין צורך אפי' בהתראה והביא ראייה מהמהריק"ש שפסק שאשה שקנתה סם רעיל להרוג את בעלה מפסידה כתובתה גם בלי התראה וכן מביא ראייה ממקרה דומה שפסק הגינת ורדים, ואע"פ שב"גזמה לבעלה שרצונה להשכיר עליו כותים להורגו אם יעשה לה דבר" שנחשבת כעוברת על דת וכמבואר ברמ"א סי' קט"ו ס"ד כתב הגהות מיימוניות ומביאו הפ"ת בסקי"ז שבעינין התראה תחילה כדי להפסידה כתובתה, כאן אפי' לא בעינין התראה כי שם מדובר באיום גרידא וכאן מדובר שעשתה מעשה וזה בגדר דבר מפורסם שלא בעינין התראה. דבריו תמוהים בעיני מכמה טעמים.

האשה מסכלת את האפשרות למגורים משותפים, בתביעתה לגירושין הגירושין יוצאים ממנה.

בעת הזו שהתיק נסגר, ואין בפני בית הדין בירור ומידע אמין האם הדברים התרחשו או לא, מצד אחד בפנינו בעל המייחס לאשתו את האשם ואת ההכרח שבפירוד בכך שהגישה את התלונה, ומאידך אשה הטוענת שלא היתה זו תלונת שווא וכי במסגרת חובתה להגן על בתה, הגישה את התלונה, ואלבא דטענתה, הבעל אשם בפירוד שנגרם בעטיו, כשמצא לנכון ליצור פירוד בעקבות התלונה, ולכן הפירוד באשמתו.

העולה מהאמור, אליבא טענת הבעל שהיתה זו תלונת שווא, עלינו לקבוע מאחר שהאשה היא זו שהביאה להוצאתו של הבעל מהבית, ותבעה להתגרש, הרי בכך "הגירושין יצאו ממנה", ועל יסוד דברי הטור באה"ע סי' קיח, אינה זכאית לתוספת הכתובה. ואילו אליבא דטענת האשה, שהיתה זו תלונה מוצדקת, ונאלצה לנהוג כך כדי להגן על בתה, הרי שהוצאת האשה מהבית היתה מהלך שהביא בהכרח לגירושין והצדיקה את התביעה שלה להתגרש, ולכן הגירושין יצאו ממנו.

מאחר ובעת הזו לא עלה ביד האשה לברר ולהוכיח את טענתה אודות הפגיעה המינית, והתיק נסגר ולא ננקט כל הליך להעמדת הבעל לדין, על כן הספק העובדתי לא התברר, והבעל רשאי לטעון שאינו חייב בכתובה מאחר שבתביעתה לגירושין הגירושין יצאו ממנה.

#### תשובת הרמ"ע מפאנו באשה שהוציאה את בעלה מהבית

אמנם בתשובת הרמ"ע מפאנו סי' נה שדן בבעל שהיה מתרעם לפעמים, "שאשתו היתה מגרשתו מביתו". הרמ"ע מפאנו הווקק להתייחס לחו"ד של אחד מגדולי הדור, שניתנה ביחס למקרה זה, וקבעה "כי לאשה שמרדה על בעלה בשב ואל תעשה בלבד, אולי יש תקוה שע"י התראה והכרזה תשוב ותתפייס, אבל כיון שהתריסה כולי האי, ודאי לא תשמע לקול מוריה, ואטררוחי בי דינא בכדי להכריז ולהתרות לא מטרחינן ... יש חלוק בין מורדת בפועל, למורדת בשב ואל תעשה".

לפי חו"ד זו כשהאשה הוציאה את בעלה מהבית בניגוד לרצונו, דינה כמורדת בפועל ותפסיד כתובה ללא כל התראה והכרזה. אך הרמ"ע מפאנו דחה דעה זו, וכתב:

"לנו בפשיטות תשובתו בצדו שזה כלל גדול בתורה אין עונשין אא"כ מתריץ, ועוד דבריו אלה הנה הנם חידוש הלכה אחר סוף הוראה, כי אין להם עיקר בגמרא ולא בתקנות הגאונים ולא בהסכמות הקהילות ולא בשום מנהג, ואין גם אחד מן הפוסקים שזכר מכל זה כלום, ואם באנו להפסידה כתובה באומדנא בעלמא, ואנן הדיטות אנן, האם עדיפנן אפילו מנשיא שבא"י שאין כחו יפה אלא בקנסות המפורש בתורה ובגמרא, לא תהא כזאת בישראל".

מכשול עבירה בדבר, וכדמבואר בשו"ת הגרע"א סימן קי"ד ע"ש.

ג) ואין לומר דבעבירה ידועה כגון מעשה תרמית וזיוף בכנ"ד אין צורך להתראה שלא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד.

זה אינו, שהרי דעת רוב הפוסקים שצריכה התראה מפורשת שאם תעבור שוב "תפסיד כתובתה" וכמבואר בתשו' הרא"ש (סוף כלל ל"ב) ובתשו' מהר"ם בשו"ת הרשב"א (סי' תתס"ד) ובמאירי סוטה כ"ה, ובתשו' הרדב"ז ח"א (סי' שפ"ד) ובטור אה"ע סוף סי' קט"ו יעו"ש.

ד) ואמנם השבות יעקב ח"ג (סי' קכ"ז) חידש שבעבירה מפורסמת כגון משמשתו נדה א"צ התראה, ושהפוסקים שהצריכו התראה אזלי לשיטתם דס"ל שצריך להתרות בפירוש על "הפסד כתובתה" משא"כ להרי"א"ז בשלטי הגבורים שכ' שא"צ התראה מפורשת על זה כל שהעבירה ידועה לכל, וא"כ הבעל מצי למימר קים לי כהרי"א"ז, ושכ"כ מהרח"ש סי' נ"ז ע"ש.

אבל מכל מקום אין לדמות נדו"ד לעבירה מפורסמת כהתם, דהכא מוריא היתרא שעושה כן בשביל כלכלת הבית והילדים ושבוודאי שבעלה ישלם אח"כ מה שלותה לצורך זה.

ה) ועוד זאת, מכיון שבטושו"ע סי' קט"ו סעי' י' פסקו כהרא"ש שצריכה התראה מפורשת על הפסד כתובתה, וכ"כ מרן בבדק הבית, א"כ בני"ד אי אפשר לומר קים לי נגד פסק השו"ע, וכמו שכתב כן להדיא בשו"ת שערי רחמים ח"ב סי' כ"ו, וכן מתבאר בתשובת נודע ביהודה תניא חאה"ע סי' כ"ו שאף במשמשתו נדה צריכה התראה, וכן בשו"ת אור נעלם חאה"ע סי' ו' ע"ש".

#### עד כאן מאותו פסק דין.

העולה מדבריהם - פסק השו"ע בסוף סי' קט"ו, בסעיף י' הינו הכרעה, שבכל מקרה חייבת התראה שתפסיד כתובתה, לרבות בדבר מפורסם, והוא הדין ביחס לשאלה אם לדונה כעוברת על דת עקב הגשת התלונה, והיינו כדעת הגר"ב בארי, וכנגד הכרעת השו"ע אי אפשר לטעון קים לי.

לכן גם אם האמת כטענת הבעל, שהיתה זו תלונת שווא ומעמד תלונת שווא כעבירה על דת, אך בלא התראה מוקדמת, אין לקבוע את מעמדה כעוברת על דת הנשללת זכאותה לכתובה.

למרות זאת, גם בלא קביעת מעמדה כעוברת על דת, בגין התלונה כנגד הבעל שפגע מינית בבתם, הדבר ברור שמכאן ולהבא אינם יכולים לגור תחת קורת גג אחת, שני ההורים יחד עם בת החשופה לאב, שלדברי האם הוא פוגע בבתם. אם אכן כדבריה, אין אפשרות לשמירה על הבת כל עוד האב עמה באותה דירה. ואם כטענת הבעל, שבתלונתה האשה העלילה עליו עלילת שקר כזו, ודאי שלא יוכלו להמשיך לגור יחד. על כן בהכרח שתלונה זו בטרם התבררה, מונעת את המגורים המשותפים.

על כן אם אכן הוגשה התלונה הנזכרת לשווא, אין הנידון מצד ההלכה של "עוברת על דת", אלא מאחר ובמעשה כזה



ובטרם תזכה בתשלום הכתובה, עליה להוכיח את טענתה ומשלא עלה בידה להוכיח את טענותיה, אין להוציא מהבעל המוחזק, וחזרנו לכלל - "המוציא מחבירו עליו הראיה". והלכה זו תתבאר עפ"י המבואר להלן.

במשנה במסכת סוטה דף כד. שנינו באשה שעברה קינוי וסתירה:

"מתו בעליהן עד שלא שתו, בית שמאי אומרים נוטלות כתובה ולא שותות, ובית הלל אומרים או שותות או לא נוטלות כתובתן".

ובגמ' (דף כה.):

"במאי קמיפלגי, בית שמאי סברי שטר העומד לגבות כגבוי דמי, ובית הלל סברי שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי". ופרש רש"י - "ובית הלל סברי לאו כגבוי דמי, והויא לה היא תובעת מספק דלמא זנאי, הלכך אינהו ודאי והיא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי ועליה להביא ראיה שלא זינתה".

ולהלכה, הרמב"ם בהלכות סוטה פרק ב' הלכה ז' פסק:

"אשה העומדת לשתות, ומת בעלה קודם שתשתה, אינה שותה ולא נוטלת כתובתה",

וכן בש"ך חו"מ סי' יב ס"ק יז כתב שהלכה בבית הלל, ותמה על הב"ח. ועיין בב"ש סי' קנד ס"ק לד שכתב על דברי המרדכי ביבמות סוף פרק ששי: "מ"ש שם, דקי"ל שטר העומד לגבות כגבוי דמי, לא קי"ל כוותיה", וכן בב"ש סי' ט' סק"ד, וע"ע בספר ברכי יוסף חו"מ סי' יב אות טו שהאריך בזה.

מסוגיא זו עולה שבמקום שקיים ספק, כגון שהבעל ביקש להשקותה עקב קינוי וסתירה, והאשה טוענת שלא נטמאה, אינה גובה כתובה מספק.

והיה מקום לומר הטעם שמאחר שקנא לה ונסתרה, כל עוד לא שתתה נאסרה על בעלה, וזו העילה להפסידה כתובתה. לכאורה זה אינו, שהרי בגמ' מבואר שאינה גובה מפני הספק ושטר העומד להיגבות אינו כגבוי. הרי שאם כגבוי דמי, וכדעת בית שמאי, תגבה כתובתה.

והנה יש אומרים שאין ראיה מסוגיא זו לנידון שבו הבעל טוען לאירוע הגורר הפסד כתובה, והאשה מכחישה. דשאני הכא, שהבעל כבר מת והדור"ד הוא בין יורשי הבעל לאשה.

כן כתב הבית מאיר על אה"ע סי' קעח סעיף טו, וז"ל:

"דוקא לגבי היורשים הויא לה איהי ספק והיורשים ודאים, שהממון ירשו בבירור, ואילו זינתה ונפטר הבעל מכתובתה, מעולם לא חל על שום חיוב עליהם. כי טרם שירשו ממון אביהם כבר נפטר משעבודו ... ואף דהיא טוענת כרי ואינהו שמא, מ"מ לגבי דידהו הוי כאיננו יודעים אם נתחייבנו, דאם אבינו נפטר, לא נכנסנו מעולם בשעבוד. משא"כ לגבי הבעל עצמו, מה בכך שהיה קינוי וסתירה והיא אינה בת שתיה, אכתי היא טוענת כרי ואינהו שמא, דהוי נתחייבתי ואיני יודע אם פרעתי".

אך בספר נחל יצחק סי' צז סכ"א (עמ' קצה) באר בדרך אחרת, עי"ש שהביא שיטת הרי"ף שהביא הב"ש סי' קו סק"ג, שבספיקא דדינא לא הפסידה כתובתה, וכתב הנחל

אלא, הנידון ברמ"ע מפאנו היה כשהבעיה היחידה היתה הוצאת הבעל מהבית, ובוזה כתב:

"אמנם המצער צריך להכריז עליה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות ארבע שבתות רצופות, וישלחו להתרות בה לפני הכרזה ולאחריה, ושוב נמלכים בה הדיינים עצמם שלא על ידי שליח כדברי הר"ן, ואם לא תשמע אליהם אז יכתבו לו עליה אגרת מרד כדין וכהלכה. ובלי שמירת כל הסדר הזה אינה מפסדת כלום. וה"מ נמי, כשהקפיד הבעל וקבל לפנינו עליה".

אך תשובת הרמ"ע מפאנו אינה רלבנטית לנידון דנן שהאשה תבעה להתגרש, לכן גם בלא הסדר הקבוע במורדת אנו קובעים שהגירושיין יצאו ממנה, אם אכן האמת כטענת הבעל, ונשללה זכאותה לכתובה.

### הדין בנסיבות שקיים ספק בזכאות האשה לכתובה

על פי הדין, כשהאשה תובעת תשלום כתובה, והבעל מבקש לדחות תביעה זו, וטוען שהתקיימו נסיבות שיש בהן כדי לשלול את זכותה של האשה לכתובה והאשה מכחישה נסיבות אלו, יש לחייבו בתשלום הכתובה במלואה, לאחר שבועת האשה, עיין שו"ע אה"ע סי' קט"ו סעיף ד' - "ואם אין עדים, תשבע שהוא כדבריה", וכן שם בשו"ע סעיף ז' "לפיכך משביעה" וכו'. אמנם במגיד משנה פרק כ"ד מאישות הי"ד סבר שאין מחויבת שבועה, מפני שהבעל בטענות אלו אינו נאמן לבטל את שטר הכתובה ודינו כטוען שטר אמנה, הובא בב"ש סי' קט"ו ס"ק יח, אך הסכמת האחרונים היא שבכל טענה המייחסת לאשה מעשה שיש בו כדי לשלול ממנה את כתובתה, הבעל אינו נאמן לבטל את חיוב הכתובה, אך עליה להשבע כטענתה. עיין מחנה אפרים על הרמב"ם שם שכתב לחלק בין טענה שבאה לעקור את כח השטר מעיקרו, כטענת שטר אמנה, שבה אינה צריכה להשבע, ובין טענה על מעשה שאירע ושיש בו להביא לשלילת זכותה לגביית כתובה, שאינה נאמנת בלא שבועה. וכן דעת ספר יד המלך על הרמב"ם (שם) והבית מאיר אה"ע סי' סח ס"ט (ד"ה תו כתב הבית שמואל).

על כן מטעם זה בנידון שבפנינו, לכאורה היה מקום לפסיקה שאם האשה תתבע את תשלום הכתובה ותציג שטר כתובה חתום וכשר כדין, היא תחויב להשבע שהאמת כדבריה.

אך היה מקום לכל האמור לעיל בנסיבות שבהן הצדדים מופיעים בבית הדין במצב שבו האשה מוחזקת כאשה הזכאית לתשלום הכתובה ואין שור שחוט לפנינו המעורר ספק בזכאות, אלא רק הבעל טוען לשלילת זכותה לכתובה. אבל בנסיבות הנוכחיות - כשהצדדים הופיעו בבית הדין לדין הראשון, שניהם כבר היו במצב של פירוד המוסכם על שניהם, והאשה תובעת להתגרש בלא שהתבררו דבריה. בנסיבות אלו, מעת הופעתם בבית הדין בפעם הראשונה, האשה כבר אינה מוחזקת כאשה הזכאית לתשלום כתובה, ויש להורות - המוציא מחבירו עליו הראיה, ולהטיל את נטל הראיה על האשה המבקשת להוציא את דמי הכתובה.

חייב עד עת ראויה לגביה. ולכך אמרו דלא משתעבד בשעבודא דרבי נתן הואיל ולא בריר חיובא ולא מקרי חייב לה, וא"כ לא שייך אין ספק מוציא מדי ודאי, דגם החוב אינו ודאי, דאילו תמות לא יתחייב לה כלל. ואימת הוי ודאי חוב כשמת בעלה, ואז כבר קדמה הקינוי והסתירה והו"ל ספק אם חייב".

על כן כשאנו רואים שגולדה בה ריעותא, אינו דומה לבעל הטוען טענה בעלמא כנגד אשתו לשלול זכאותה, שאין הזכאות נשללת. וכשהוגשה תביעת גירושין, כמו בנידון דנן, זו ריעותא וכשקיים ספק ממי יצאו הגירושין, המוציא מחבירו עליו הראיה. ולהלן בסי' מד הארכנו בהלכה זו.

#### מסקנה:

א. בנסיבות שהתבררו, מאחר שהאשה תובעת להתגרש ויצאו הגירושין ממנה, וזאת כל עוד לא התברר שהתלונה היתה נכונה, ובהתחשב במהות התלונה שעלתה טענה חמורה כנגד הבעל המונעת מהבעל לשוב לבית, לא ניתן לחייב את הבעל בתשלום הכתובה.

ב. על יסוד הסכמת הצדדים להתגרש, אין צורך לפסוק חיוב גירושין, ויוזמן מועד קרוב לסידור הגט בהסכמה.

#### עד כאן מפסק הדין.

יצוין שלאחר שניתן פסק דין זה והאשה נוכחה שאינה זכאית לתשלום הכתובה, הושלם מאמץ להחזירים לשלום בית, שהתבצע מחוץ לכותלי בית הדין, והתיקים נסגרו בהסכמה.

יצחק שאין להקשות לשיטה זו מהא דמתו בעליהם עד שלא שתו, דלכאורה הוי ספק בפירעון ומספק הפסידה, וכתב לבאר:

"וע"כ מוכח לחלק, דשאני התם בסוטה, דכיון דקינא לה ונסתרה, הוי כנוול ריעותא בה ... ובסוטה דף כה שם תוס' ד"ה ברי ושמא ... ותירצו דכיון דהתורה עשאה לספק עד שתשתה, ע"כ אינה יכולה לטעון טענת ברי עכ"ל. אלמא דלא נקראת טוענת ברי מחמת שהתורה עשאה לספק".

בתומים סי' עה ס"ק כב בתוך בירור סוגיית ברי ושמא אי ברי עדיף, כתב:

"מדברי התוס' בסוטה דף כ"ה ע"ב דהקשו לבית הלל למה אינן גובות, תקשי לר"ה ור"י דס"ל בפ"ק דכתובות ברי ושמא ברי עדיף. ותירצו ממש כמ"ש, דכל זמן שלא שותת לא מקרי טענה שלה ברי כלל דרגלים לדבר כו'. משמע דס"ל למ"ד ברי עדיף אפילו בלא הו"ל למידע, מ"מ באיני יודע אם פרעתין דהטעם משום ספק אין מוציא מידי ודאי, בעינן הו"ל למידע, דאל"כ למה הקשו התוס' הך לר"ה ור"י ולא לכו"ע, דהא איני יודע אם פרעתין לכו"ע חייב, וכאן אם זינתה והפסידה כתובתה הו"ל כאיני יודע אם פרעתין, וקשיא לכו"ע. אלא ודאי, דבוז שפיר סבירא ליה דבעינן הו"ל למידע, וזה לא שייך כאן, לכך הקשו לר"ה ור"י".

אך הוסיף התומים:

"ויותר אפשר לומר, דס"ל להתוס' שם הואיל וכתובה לא ניתנה להגבות מחיים, ולא בריר חיובו עד שימות הבעל או תתגרש, אף דשעבודו חל תיכף מעת נישואין, מ"מ לא מקרי

## סימן כט

### הפסד כתובה ומזונות בגין אירוע אלים או קללה

תוך כדי נסיעה ברכב, אירוע שהביא את הבעל להחליט לעזוב את הבית.

הבעל הביע דעה נחרצת להתגרש, וטען כי עוד קודם לפירוד האשה נמנעה מיחסי אישות. ואילו האשה הכחישה טענה זו, וביקשה להביא לשינוי מהותי במצב, תוך תיקון הטעון תיקון ובליוי יעוץ נישואין מקצועי. אך הבעל דחה את המבוקש.

כעת עם השלמת הדיון הראשון, בית הדין הודיע לצדדים כי בנסיבות שהוצגו בפנינו, יש מקום לתיקון הליקויים ולהיעזר ביעוץ נישואין מקצועי, תוך התראה שחזרה על אלימות פיסית או מילולית עלולה להביא לחיוב האשה בגירושין.

לאחר מכן התקיים דיון נוסף שבו התברר שלא חל שינוי בעמדות הצדדים. בדיון זה הבעל הציג הקלטה שבה, לטענתו, התרחש אירוע אלים בשערי הישוב ... בעת שישב במכונית והאשה עמדה מחוץ לרכב תוך כדי שיחה המתייחסת להסדר ביקורי הילדים. לטענת הבעל, באותו אירוע נהגה האשה באלימות פיסית מצד האשה כנגד הבעל

הצדדים נישאו בחו"ק ביום... גרו יחד בביתם ב... ולהם שני ילדים. בפנינו תביעת הבעל לגירושין, ובתביעה זו נכרכו תביעות נוספות. יצוין כי בשטר הכתובה של האשה נקוב סך 180,000 שקל.

התקיימו שני דיונים לבירור תביעת הגירושין, וכעת עם השלמת הצגת סיכומי הצדדים, להלן פסק הדין ביחס לתביעת הגירושין ושאלת זכאות האשה לתשלום הכתובה.

בני הזוג גרים בנפרד שמונה עשר חודש, לאחר שהבעל עזב את הבית, ומאז הבעל מביע דעה ברורה שאין מנוס מגירושין. מאידך גיסא, האשה מבקשת לדחות תביעה זו.

בהחלטה שניתנה לאחר הדיון הראשון בין הצדדים, כתבנו כדלהלן:

"בני הזוג נשואים... שנים ולהם שני ילדים, וזה עשרה חודשים, שהצדדים בנפרד לאחר שהבעל עזב את הבית.

בית הדין נוכח כי קודם לפירוד, יחסי הצדדים לא היו תקינים, לרבות חילופי דברים בצעקות ויחס הדדי שאינו הולם, ואף אירוע של אלימות פיסית מצד האשה כנגד הבעל

ביחס לאירוע שעלה בדיון האחרון יאמר כדלהלן:  
 אירוע אלימות או קללה שאירע לאחר התראה, כשנעשה על ידי האשה יביא לחיובה בגירושין ללא כתובה, וכשנעשה על ידי הבעל יביא לחיוב בגירושין עם כתובה, ובלבד שאירוע זה נעשה ללא פרובוקציה מצד בן הזוג. עיין תשובת הרמב"ן (סי' קב) שהביא הב"י (אה"ע בסוף סי' עד) שבתוך דבריו כתב:

"אם מקללתו חנם, הדין עמו, שהרי מן היוצאות שלא בכתובה היא."

וכן הרמ"א בשלחן ערוך אה"ע סי' קנ"ד ס"ג פסק:

"ואם היא מקללתו חנם, יוצאת בלא כתובה."

אבל כשהקללה באה בתגובה למעשה בעייתי מצדו, הגם שבכל מקרה אין הצדקה לקלל, למרות זאת ביחס לנסיבות אלו לא נאמרה ההלכה "תצא שלא בכתובה".

וכן כתב בספר לחם רב (לבעל הלחם משנה, סי' נב):

"אפשר דאם הוא מכה אותה ומצערה הרבה, דאין להפסיד כתובתה בשביל כך, דאין אדם נתפס על צערו, ומשום דמצער לה יצאה ממחיצתה ואין להפסידה. ומוכח כן לכאורה מלשון הרמב"ן שהבאתי דאמר אם מקללתו חנם הדין עמו... אבל אם אינו חנם אלא לסיבה אין להפסידה בשביל כך."

והביאו בספר באר היטב (סי' קטו ס"ק יד).

וכעין זה כתב בספר ישכיל עבדי (חלק ה אה"ע סי' לו סק"ג) בפסק דין שניתן בביה"ד הגדול:

"אין מקום לטענת המערער שהמעשה הזה שמקללתו, מחייב גט פיטורין. זה הנאמר במקללתו, הוא באופן שהיא מקללתו בלא שום סיבה. לא כן כאשר הוא מרים ידו עליה ומרביץ לה, הרי זה בבחינת אין אדם נתפס על צערו."

הסברה נותנת כן, מאחר שהלכה זו ביסודה נקבעה מפני שהבעל רשאי לטעון שלא ניתן לדור עם אשה המקללת או עם אשה אלימה. טענתו מתקבלת מכיוון שהוא מבקש לדור עמה בשלום ובכבוד, אלא שהיא בהתנהגותה האלימה ובהיותה מקללת, אינה מאפשרת את שלום הבית.

אבל כשהבעל מייצר פרובוקציות כנגדה, ובתגובה האשה נפלה להתנהגות מסוג כזה, אין זו ראייה והוכחה שגם בשגרת החיים היום-יומיים בבית, לא ניתן לדור עמה. התנהגות מסוג זה, אינה משקפת נאמנה כיצד האשה תנהג עמו בביתו בשגרה הרגילה ובלא פרובוקציה מצדו, ולכן אין זו עילה לחיוב בגירושין בלא כתובה.

על כן בנידון שבפנינו, מאחר שהאירוע שהוקלט על ידי הבעל נעשה בעת שהזוג גרים בנפרד לאחר שהבעל כבר אינו רוצה בהמשך החיים היום-יומיים בבית, לא ניתן לדור עמה. אצל האשה כהתנהגות שאינה ראויה ושיש בה שבירת אימון, ובצדק, כשהבעל נתפס בשעת מעשה כשמקליט אותה כדי לתעד אותה, תיעוד שנועד לשמש כנגדה. בנסיבות אלו, למרות הביקורת ביחס לביטויים שיצאו מפיה בעת שהופתעה ממעשיו, עדיין אין אלו מעשים המבטאים והמוכיחים את סגנון התנהגות של האשה בשגרת החיים

לטענת האשה, היא לא הכתה את בעלה, אלא כשגילתה שהוא מקליט אותה בסתר חשה שנשבר האימון ביניהם וניסתה להפסיק את ההקלטה, וכי זו טיבה של החבטה הנשמעת בהקלטה, ובהקשר הזה הוציאה מפיה את הקללה. לסיכומי הבעל צורף תמליל המתעד את דברי הצדדים באותו אירוע. אמנם לא ניתן לדעת האם הבעל אכן הוכה כנטען, וכן משמיעת התמליל לא ניתן לקבוע בבירור שלא בגרסת האשה ביחס לאותו אירוע. אך עכ"פ מהתמליל עולה שהקללה יצאה מפי האשה, בעת שגילתה בהפתעה את הקלטת הסתר. נקדים ביחס לשאלת זכאות האשה לתשלום הכתובה.

בהלכה נקבעו עילות ידועות שלאחר שהתקיימה אחת מהן נשללה זכאות האשה לתשלום הכתובה. אך בהעדר עילה כזו, לרבות במקרים בהם לבעל טענות מוצדקות ביחס להתנהגות האשה, אין אלו נסיבות של הפסד הכתובה, אלא בית הדין יורה לצדדים לפנות להליך של יעוץ נישואין על מנת לעשות מאמץ לתקן את הליקויים, וכפי שבמקרה זה נכתב בהחלטה הנזכרת.

ביחס לטענה שהאשה נהגה ביחס לבעל באלימות, גם אם נקבל את טענות הבעל ככתבן וכלשונן, ככל שהדבר נוגע לשאלת זכאותה לכתובה, לא ניתן לשלול את זכאותה לתשלום הכתובה אלא בכפוף לכך שהתרו באשה שאם תשוב ותנהג באלימות היא תחויב בגירושין ותישלל זכותה לתשלום הכתובה, ולמרות התראה זו האשה חזרה ונהגה באלימות.

נציין לפסק דין שכתבנו בתיק אחר והתפרסם בספר "עטרת דבורה" (חלק א סי' מט), ובו הבהרנו את מעמדה של אשה הנוהגת באלימות כנגד הבעל, וקבענו שבהתנהגות אלימה דינה כ"עוברת על דת", וזאת עקב האיסור הכרוך בהתנהגות זו. מאחר והתנהגות זו פוגעת בבעל וביכולת הזוג לנהל חיים משותפים, דינה כ"עוברת על דת" שניתן לחייבה בגירושין. וכן ניתן לשלול ממנה את הכתובה, ובלבד שהאשה חזרה ונהגה באלימות גם לאחר התראה.

אמנם באותו פסק דין קבענו שביחס לאלימות ברמה קשה ומסוכנת, אין מקום להורות לבעל לשוב ולגור עמה, גם לאחר התראה, ויתכן שתישלל זכאותה לכתובה גם בהעדר התראה.

על כן על יסוד פסיקה זו, במקרה דנן, גם אליבא דטענות הבעל, אין זו אלימות חמורה מהסוג שאינה מאפשרת לבית הדין לשלוח אותם לבחינת שלום-בית, עקב הסכנה הצפויה לבעל מאשתו, ואין מקום לשלילת הכתובה בהעדר התראה. הגם שהאלימות המיוחסת לאשה, אינה יכולה להתקבל, והייתה בעייתית מאוד, אך מאחר שאין מדובר באלימות קשה ומסוכנת, שאינה מאפשרת לבחון תיקון הליקוי וחזרה לשלום-בית, אלא הבעל קיבל החלטה עקרונית שבנסיבות אלו כבר אינו מסכים לבחון שלום-בית, כשלדעתו אין דרך חזרה לאחר ההתנהגות המתוארת, אין בכך הפסד כתובה בהעדר התראה.

והדרכה לשני בני הזוג, ובכך האשה אינה מפסידה את זכאותה לתשלום המזונות.

מהחומר שהוצג בפנינו עולה כי לפי הצהרת הבעל לאחר ניכוי חובות ותשלומי מזונות ילדים שכבר נקבעו בערכאה אחרת, נותר בידו סכום של 6,700 שקל לחודש לעומת האשה ששכרה 3,500 שקל לחודש. ובנסיבות אלו אנו מחליטים לחייב את הבעל לשלם לאשתו סך 1,600 שקל לחודש, כהשלמת מזונות אישיים עבור הנתבעת.

פסיקה זו נקבעת כדמי מזונות זמניים, והצדדים יזומנו לדין נוסף שבו תידון תביעת המזונות לגופה תוך הצגת כל הנתונים הרלבנטיים.

למרות האמור ובהתחשב בפירוד הממושך של שנה וחצי, מומלץ לשני הצדדים להיכנס למו"מ אינטנסיבי במגמה להביא להשלמת ההליך המקובל על שני הצדדים.

הרגילה, ואינם יכולים להביא לפסיקה המבוקשת על ידי הבעל.

טענות אחרות של התובע שעלו בדיון ובסיכומים, המייחס לאשה רצון לגירושין ולחלוקת רכוש המיטיבה עמה אך לא שלום-בית, אינן מבוססות, אלא בית הדין התרשם שהאשה מבקשת להביא לשיקום הנישואין ושלמות המשפחה.

על כן אם הבעל יביע את הסכמתו לבחינת תיקון הליקויים וחזרה לשלום-בית, יהיה מקום להורות על הליך יעוץ נישואין תחת פיקוח בית הדין.

בהתאם לאמור, בנסיבות הנוכחיות עלינו לפסוק בתביעת האשה למזונותיה.

על פי העיקרון שנקבע בשו"ע אה"ע סי' ע' סעיף יב, ביחס לזכאות האשה למזונות בעת פירוד בין בני הזוג, בנידון זה המניעה לחיים משותפים היא מהבעל שעזב את הבית, לאחר שגמלה בלבו ההחלטה שלא לשוב גם במסגרת יעוץ

## סימן ל

### תשלום הכתובה בבעל אסיר שדינו לחיוב בגירושין

עיין בספר עטרת דבורה חלק ב' סי' צג נימוקים הלכתיים מפורטים לביסוס חיוב הגירושין, כשהבעל הורשע ונכלא לתקופה ממושכת בגין מעשיו הפליליים. האמור שם מצורף כנימוקים הלכתיים לפסק דין זה.

בנסיבות אלו לא היה מקום לקיים דיונים נוספים לחקירה של האשה והצגת עדויות כפי שביקש ב"כ הבעל. מאחר ושני הצדדים הביעו הסכמתם להתגרש, וקיימת עילה לחיוב גירושין, אין טעם בעינוי הדין בדיונים נוספים.

ביחס לתביעת הכתובה, יש לדון בשאלה העקרונית האם הבעל חייב בתשלום הכתובה, וכן בשאלת שערך שווי כתובה שבה נקוב סכום זה של 200 וזו ו-200 זקוקים.

לשאלת חיובו של הבעל בתשלום הכתובה, מאחר והבעל במעשיו השליליים הביא עליו מאסר ממושך וגרם לפירוק הנישואין, הרי שהגירושין יצאו ממנו ועליו לשלם את מלוא הסכום הנקוב בשטר הכתובה.

אמנם במקרה שמחייבים הבעל בגירושין בעקבות תביעת האשה לגירושין, בנסיבות מסוימות לא יהיה חיוב לתוספת כתובה על יסוד שיטת ר"ח (בתוס' יבמות דף סה, ב ד"ה כי). אולם במקרה שלפנינו, הגירושין אינן מכוח תביעת האשה בלבד, אלא תביעת הגירושין באה לעולם מפני מעשיו השליליים של הבעל, ובנסיבות אלו דברי ר"ח לא נאמרו. ביחס לשיטת ר"ח נציין לשו"ת רבי עקיבא איגר החדשות סי' נא שכתב:

"כוונת תוס' כיון דידוע לו הנישאת רק ע"ד אישות הוי כנתחייב לנהוג לה אישות ובאם לאו ראוי לה להיות נפקעת ממנו, א"כ משום הכי לא מקרי מפקעת עצמה לומר לגביה

בפנינו תביעת האשה לחיוב הבעל בגירושין ולתשלום הכתובה. התקיימו שני דיונים לבירור התביעות, התקבלו סיכומי הטענות משני הצדדים, ולהלן פסק הדין.

הצדדים נשואים כשלושים ואחת שנים, ולהם תשעה ילדים מהם שניים קטינים. לפני כשנה וחצי הבעל נעצר בחשד להתעללות מינית בשלושת בנותיו. לאחר השלמת ההליך הפלילי הבעל הורשע בניסיון למעשה סדום בבתו ובמעשים מגונים בבנותיו, ונגזרו עליו 12 שנות מאסר ותשלום פיצוי לשלושת הבנות שנפגעו ממעשיו.

בין הצדדים מתנהל הליך לחלוקת הרכוש בבית המשפט. בפרוטוקול הדיון בביהמ"ש נאמר שהוסכם על פירוק השיתוף בדירת המגורים, אלא שהאשה ביקשה לעכב את מימוש ההליך מאחר והיא מתגוררת בדירה עם ילדים קטינים. הבעל הודיע על בקשתו לחלוקת הרכוש ופירוק השיתוף בדירת המגורים כבר עכשיו או עכ"פ לחייב האישה בדמי שימוש בחלקו.

בסיכומי טענותיו, הבעל מביע הסכמה לגירושין, ובלבד שהאישה תוותר על הכתובה ועל כל פיצוי אחר בגין הגירושין.

ביחס לחיוב הכתובה, נציין כי בפני ביה"ד עותק משטר הכתובה וממנו עולה כי הסכום הנקוב בשטר הכתובה הינו 200 וזו ועוד 200 זקוקים, וללא כל תוספת אחרת.

לאחר שמיעת טענות הצדדים כמפורט בפרוטוקול הדיונים ביה"ד מבהיר כי בנסיבות הנוכחיות שהבעל הורשע במעשים המפורטים לעיל ונגזרו עליו 12 שנות מאסר, הרי שיש בכך עילה לחיוב הגירושין.

כאן, לכן גם לדעת הר"ח אין הבעל פטור לשלם התוספת. ואם לא נאמר כן, הרי לפנינו דרך לבעל מורד להתחמק מתשלום הכתובה, לא יזון אותה ויאלצנה על ידי זה לדרוש גט, ויהיה פטור לשלם הכתובה על ידי המרידה, בטענה על דעת שתדרשי גט לא התחייבתי, דבר זה אין הדעת סובלתו",

עד כאן מפסק הדין הנוכח.  
וכן דעת הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל בפד"ר ח"ח עמ' 278, שכתב:

"אבל בגורם כזה שבידי הבעל להסירו כגון שהבעל רועה זונות שבידו לעזוב דרכו ולהתייצב על דרך טוב, ככה"ג לא הפסידה מתנותיה, ודינו כמגרש מרצונו, ואף חייב לשלם לה תוספת כתובה."

אמנם הגאון ר"ש ישראלי זצ"ל (שם, עמ' 279) חולק, ואינו מחלק ביחס לתוספת כתובה בין מקרה שבו היה ביד הבעל להסיר את הגורם לחיוב הגירושין, למקרה שאין בידו. אך ראיתו מ"מאיס עלי" באמתלא מבוררת שפסק הרמ"א כדינא דמתיבתא ואינה מקבלת כתובה ותוספת כתובה, אינה ברורה. מאחר ובנידון הרמ"א אין חיוב גירושין, על כן למרות שמעשיו המאוסים של הבעל הביאו לטענת "מאיס עלי", בפועל אין חיוב גירושין, ובסופו של דבר הגירושין יוצאים מדרישתה של האשה להתגרש. ואין זה דומה למקרה בו הבעל חייב לתת גט עקב מעשיו השליליים, שאז בעקבות חיוב הגט רואים את הגירושין, כגירושין שיצאו ממנו.

לאור האמור בנידון זה שהגירושין הינם תוצאה ישירה למעשי הבעל, עליו לשלם את הכתובה במלואה, ואינו רשאי לדרוש ולהתנות מתן הגט בכפוף לויתור האשה על הכתובה.

בוודאי שכך הדבר לדעת החולקים על תשובת מהרשד"ם חלק אה"ע סי' מא, והובאו בספר עטרת דבורה ח"ב סי' צ"א. אף לדעת המהרשד"ם, בספר כפייה בגט עמ' עה הוכיח מדברי התוספות כתובות עז,א (ד"ה סבורה הייתי) שאין שומעים לבעל שחייב לתת גט ומבקש להתנות את מתן הגט בויתור על הכתובה, (וע"ע בעטרת דבורה שם עמ' 649).

#### מסקנת הדברים:

הבעל חייב לתת גט לאשתו, וכן הבעל חייב במלוא הסכום הנקוב בכתובה.

אדעתא למשקל ולמפיק, דכל שא"א לו לנהוג לה אישות כראוי ראוי לה להפקיע עצמה ממנו".

החזו"א (אה"ע סי' טט ס"ק כב ד"ה "דיני תוספת") כתב, וז"ל: "והאומר אי אפשי אלא כמנהג הפרסיים (כתובות דף מח, א), דאמר יוציא ויתן כתובה, נראה דיש להן תוספת [כתובה], וכל שכן, במורד מתשמיש או אומר אינו זן ואינו מפרנס דמחייבין ליה לגרש, יש להן תוספת, וכן במדיר את אשתו (כתובות דף ע, א), יש לה תוספת, דכל שהוא מעיק לה, הוי כמוציאה לדעתו... ויש מקום לומר, דאלו שכופין להוציא מודה ר"ח דיש להן, דכיון דאנוסה היא, חשיב כמוציאה הוא, ודלא כב"ש ס' קנ"ד סק"א וכ"ש בנעשה מקמץ שלא לדעתה... ומיהו במורד בבחירת לב, כמו מדיר ונעשה מקמץ, ודאי יש לה תוספת... וגם בנעשה מוכה שחין, יש לומר דיש לה תוספת, שזה אונס יותר גדול אצלה, ואי אפשי לה למיקם קמי' ולא מיקרי דאיהי מפקה נפשה."

ביחס לשיטת הב"ש סי' קנד סק"א שהביא את דברי ר"ח גם ביחס לעילות המפורטות באה"ע סי' קנד ס"א, עיין בתשובת נפת צופים חלק אה"ע סי' קי, ובפד"ר כרך א' עמ' 216-222. בפסק הדין הנ"ל בעמוד 218 כתבו:

"ברור הדבר, כי גם לדעת הרא"ש יש הבדל - כשהאשה דורשת גט בגלל זה שהבעל אינו זן אותה - בין אינו זן אותה מפני שאין לו היכולת להשתכר ולזון אותה, ובין אינו זן אותה מפני שאינו רוצה להשתכר ולזון. כי רק במקום שאין לו היכולת לזון, וכמו במקום שאין לו היכולת לחיות חיי אישות, דעת הרא"ש היא שהוא פטור לשלם התוספת, כי אף שסיבת הגירושין היא בבעל, והוא הגורם לגירושין, אבל הרי סיבה זו היא שלא באשמתו ואנוס הוא בדבר, ולכן הגירושין הם לא מחמתו אלא מחמת הנסיבות, ויש לזקפם על חשבון האשה שביזמתה באו, וזה נקרא כופין מחמתה, והבעל פטור לשלם את התוספת כי על דעת כן לא התחייב.

אבל אם הבעל אינו זן את אשתו מפני שאינו רוצה להשתכר ולזון, ובגלל זה היא דורשת גט, הרי דרישת הגט באה בגלל מרידתו של הבעל, והגירושין הם באשמתו שהרי לא מאנוס אינו זן אותה אלא מרצון, כי בזדון מרד באשתו, ולו היה רוצה הרי יש לו היכולת להשתכר ולזון אותה. ואף שבסוף פסיקת הגירושין הם לפי דרישת האשה, דרישה זו אינה אלא תוצאה הגיונית מרצונו או אי רצונו של הבעל, ולכן זה נקרא שמחמתו באה הדרישה לגט. ולא יתכן לומר בכגון זה שהגט הוא מחמתה. ומאחר שיסוד הפטור לר"ח הנך דכופין מחמתה נופל

#### סימן לא

### חיוב הבעל בגירושין עקב לינה נפרדת מאשתו בקביעות

לילה, אלא הוא יכול להירדם רק ביום. אין ספק שזו שגרת חיים משובשת לחלוטין, שאינה ניתנת לתיקון. וגם אם הבעיה היתה ידועה לאשה עוד קודם לנישואין, דבר שטרם התברר בפנינו, הרי יש בזה צער הגוף שאינו ניתן למחילה.

פני בית הדין תביעת האשה לגירושין ושני הצדדים הציגו מציאות בעייתית מאד של חיים משותפים שבה שני בני הזוג, במשך כל שנות הנישואין לא לנו יחד, עקב בעיה פסיכולוגית של הבעל המונעת ממנו את היכולת לישון שנת

ובדרכי משה סי' תרלט הוסיף הרמ"א ביאור, וכתב: "ואם יניחו נשותיהן בביתן והאנשים יישנו בסוכה לפעמים הוי מצטער ולא מקרי כעין תדורו וכבר אמרו (בעירובין סג ב) נשי עמי תגרשון מבית תענוגיה (מיכה ב ט) זה הישן בחדר שאיש ואשתו ישנים שם ואפילו אשתו נדה, ואף יבטל על ידי זה מצות עונה לפעמים, או יבטל מה שנאמר (דברים יד כו) ושמחת אתה וביתך כי לפעמים אשתו מצטערת על זה. ועל ידי זה נשתרבו המנהג להקל בדבר ... וכן אמרין בריש פרק קמא דערכין (ג ב) בהדיא דבמקום שלא יוכל להיות עם אשתו לא מקרי כעין תדורו ופטור מן הסוכה. וכן משמע בפרק הישן (שם) גבי חתן שפטור מן הסוכה וגבי נשים פטורות מן הסוכה (שם כח ב), ואף שיש לדחות, מכל מקום מזה נשתרבו המנהג וסברא גדולה היא."

הרי מבואר שהרמ"א כתב בפשיטות על יסוד הסוגיא בעירובין, שזוהי הדרך של "תדורו", שהאיש ילון עם אשתו במשך כל ימות השנה, כי הלינה הנפרדת מסבה לה צער, וכך יש לנהוג גם בשאר ימים שאינם חג, (שהרי הענין של שמחת החג, מופיע ברמ"א רק כטעם נוסף). ואילו לא היה טעם והכרח במנהג זה של לינה יחד, הרמ"א לא היה פוטר אותנו ממצוות שינה בסוכה, כשאינו יכול ללון שם עם אשתו. וגם החולקים על הרמ"א, לא נחלקו אלא ביחס לסברא, שעל יסוד קביעה זו שדרכו של איש ללון עם אשתו, האדם פטור ממצוות שינה בסוכה בשבעת ימי החג.

להלכה זו השלכה גם בהלכות אבן העזר, ונציין לשו"ת הרשב"ש סי' תרכד שדן מהי ההלכה ביחס לאדם הנשוי שתי נשים במקומות שהדבר מותר, כיצד ינהג בלינת הלילה. וכתב: "המנהג שנוהגין באלה הארצות לתת לכל אחת לילה אחד הוא ממנהג הישמעאלים, אבל נראה מהתלמוד שמנהגן היה לדור שבוע אחד עם כל אחת, ולפי זה אמרו בפרק החולץ שאסור לישא יותר מארבעה נשים כדי שתבוא עונה אחת בחדש לכל אחת, ולא חלקו בגמרא בין טמאה לטהורה לפי שמותר להתייחד עם אשתו טמאה כמו שאמרו בסנהדרין בפרק אחד דיני ממונות סוגה בשושנים, וכן בעירובין בפרק הדר אמרו שהישן בקילעה אחת איש ואשתו עליו הכתוב אומר נשי עמי תענוגיה, ואפילו אשתו נדה כדאיתא התם. ולפי זה כיון שהנושא שתי נשים אינו נושא אותן אלא על פי מנהג זה לתת לילה לכל אחת, נראה שאם הנשים מקפידות על זה שחייב לקיים המנהג, דבקפידה דידהו תליא מלתא.

הרי מבואר בתשובת הרשב"ש שאין הדבר נקבע רק על יסוד מצות עונה, אלא כל אשה זכאית שבעלה ילון עמה, וכשהן שתי נשים עליו לחלק את לינת הלילה בחלקים שווים. ובכל מקרה הרי הרשב"ש סיים את דבריו, וכתב:

"כיון שהנושא שתי נשים אינו נושא אותן אלא על פי מנהג זה לתת לילה אחד לכל אחת, נראה שאם הנשים מקפידות על זה שחייב לקיים המנהג, דבקפידה דידהו תליא מלתא", פשיטא דהוא הדין במי שנשוי אשה אחת והיא מקפדת שילון עמה כמקובל, עכ"פ בימים שהוא בביתו ואינו לן מחוץ לביתו לרגל עסקיו.

נציין לדברי הרמב"ן פרשת משפטים פרק כא פסוק ג'. הרמב"ן מביא מכילתא דרבי שמעון שבה נאמר: "ויצאה אשתו עמו, אל תפרישנו מאשתו", ומבאר הרמב"ן:

"ודרשו עוד ממילת עמו, שלא תפרישנו מאשתו ומבניו, לומר שאין רבו יכול לומר לו עם השפחה שמסרתי לך תתייחד ותישן בלילה ולא עם אשתו הישראלית, אלא הרי הדבר ברשות העבד."

כפי הנראה במכילתא פירשו "ויצאה אשתו עמו", היינו אשתו הישראלית שגם בהיות עבד היתה עבד היתה "עמו" גם היא תצא יחד עמו. הרי שאפילו עבד עברי המשועבד לרבו לכל דבר, כשיש לו אשה ישראלית, מאחר שדרכו של עולם שאשתו תהיה "עמו", האדון מנוע מלהורות לעבד שילון בלילה עם השפחה שמסר לו ולא עם אשתו. ומאחר והאדון מנוע מכך באופן כללי ולא רק בעת עונתה של אשתו הישראלית של העבד, הרי שזוהי הדרך המקובלת שהבעל ילון עם אשתו כדבר שבשגרה, ויש לכך יסוד עפ"י תורה, שדרכו של איש, שאשתו תהיה "עמו", והינו ללון עמה בקביעות.

עוד נציין לגמרא במסכת עירובין דף סג.:

"אמר רב ברונא אמר רב כל הישן בקילעא שאיש ואשתו שרויין בה עליו הכתוב אומר דנשי עמי תגרשון מבית תענוגיה. ואמר רב יוסף אפילו באשתו נדה".

וכתב המאירי בביאור גמ' זו:

"בכמה מקומות הזהירו חכמים שלא לסכב או לגרום שום ריחוק בין אדם לאשתו. אף בסוגיא זו אמרו כל הלן בקילעה שאיש ואשתו שרויין בתוכה עליו הכתוב אומר נשי עמי תגרשון מבית תענוגיה, כלומר שגורם לו לפרוש, ולא עוד אלא אף באשתו נדה כן שהרי מ"מ גורם לו להתרחק ממנה".

בספר מחצית השקל יורה דעה סי' קצה הוסיף ביאור וכתב: "איתא התם, אמר רב ברונא אמר רב כל הישן בקילעא שאיש ואשתו ישנים בה עליו הכתוב אומר [מיכה ב, ט] נשי עמי תגרשון מבית תענוגיה. ואמר רב יוסף אפילו באשתו נדה כלומר, שאסורים בתשמיש, מכל מקום מדברים זה עם זה והוא להם לתענוג, וכשאחר ישן שם הם בושים מפניו".

הרי שנוהג זה, שהאדם ילון עם אשתו, נועד להביא לקירוב בין איש לאשתו, כשהתנהגות הפוכה מעצם טיבה מביאה לריחוק.

והנה הרמ"א בשולחן ערוך אורח חיים סי' תרלט סעיף ב' פסק:

"מה שנוהגין להקל עכשיו בשינה, שאין ישנים בסוכה רק המדקדקין במצות, י"א משום צינה, דיש צער לישן במקומות הקרים. ולי נראה משום דמצות סוכה איש וביתו, איש ואשתו כדרך שהוא דר כל השנה, ובמקום שלא יוכל לישן עם אשתו, שאין לו סוכה מיוחדת, פטור; וטוב להחמיר ולהיות שם עם אשתו כמו שהוא דר כל השנה, אם אפשר להיות לו סוכה מיוחדת".

אף היא אומרת איני רוצה שתשיא שם רע עלי, והדברים נראים."

על כן אין ראייה מסוגיא זו שרשאי שלא ללון בקביעות עם אשתו, מאחר שסוגיא זו עוסקת ביחס למוזנות בלבד, ואה"נ שאינו רשאי להלינה בקביעות בבית אחר. ונראה שהטענה של שם רע שכתב המאירי אינה בדוקא, שאם כן, לא היה פוסק שאין ממש בנדרו של הבעל שאסר דירתו על אשתו, שהרי יכול למצוא עבורה פתרון במקום שאין בו לינת גבר אחר. הרי שביחס ללינה, עליו להסדיר לה לינה עמו ולא במקום נפרד.

וע"ע אוצה"פ סי' ע' ס"ק ה' אות א' בשם ספר יד רמה (להר"ר מאמאן זצ"ל) שכתב:

"מדברי מרן נראה דיכול שלא לדור עמה ולהניחה לבדה בלילה, מ"מ כיון דרגילים בזה, אדעתא דמנהג המדינה נשאה. וכן הוא בכל דבר שרגילים רוב בני העיר."

**מסקנת הדברים:** מתוך האמור עולה - מאחר שדרך העולם שאשתו "עמו", דהיינו דירת איש עם אשתו הוא שילון עמה, ובכך קיים קירוב בין אשתו לאשתו, על כן נאסר לאדם אחר ללון בחדר שאיש ואשתו לנים כי בכך מביא לריחוק בין אדם לאשתו (כלשונו של המאירי במסכת עירובין). וכיוון שרגילים בכך והאשה מקפדת על זה, אם הבעל אינו מסוגל לכך, זוהי עילה לחיוב בגירושין. יש ללמוד הלכה זו מפסיקת הרמ"א סי' ע' ס"ב אם משרה אותה לזונה על ידי שלישי בעל כרחו זו עילה לחיוב גירושין, ה"ה אם כופה עליה מציאות משובשת של לינה נפרדת לאורך כל שנות הנישואין.

מאחר והבעיה נובעת מליקוי פיסילוגי, שאינו בר תיקון, אין מקום ואין טעם לעכב את חיוב הגירושין עד לאחר ההתראה.

בהתאם לאמור בית הדין פוסק לחייב את הבעל בגירושין.

היה מקום לומר, שהלכה זו תלויה במחלוקת מרן בשו"ע והרמ"א אה"ע סי' ע' סעיף ב' האם יכול להשרותה על ידי שלישי שיזון אותה במקומו, שלדעת הב"י רשאי ובלבד שיאכל עמה בלילי שבת, ולדעת הרמ"א אינו רשאי בניגוד לרצונה, וגם את מוזנותיה היא תקבל ביחד עמו. ומכיוון שהבעל הוא מקהילות אשכנז שקבלו עליהם פסקי הרמ"א, כשם שאינו יכול להשרותה על ידי שלישי שיזון אותה כך לעניין האמור שדרך דירה איש ואשתו יחד, וגם לעניין זה אינו יכול להניח ללון לבד.

אך גם אליבא דשיטת הרמב"ם והמחבר בשו"ע, נציין לדברי המאירי במסכת כתובות דף סד ע"ב שכתב:

"אמר המאירי על ידי שלישי ר"ל שאינו מפרנסה עמו בביתו ולשון משרה פירושו מאכיל ... והודיע דרך כלל שכל שאינו רוצה שתאכל עמו ומספק לה מוזנותיה כראוי שתהא אוכלת ושותה לעצמה הרשות בידו, ובלבד שיאכל עמה מלילי שבת לילי שבת, כמו שיתבאר, כך פירשוה גדולי המחברים. ומכל מקום נראה מדברי גדולי המפרשים שאינו רשאי בכך אלא משנה זו במי שמשכת בעיר אחרת, אם ללמד אם לאמנות אחרת ומצד טורה מוזנות ומתוך כך משרה אשתו על ידי שלישי. וכן נראה לי לפרש לשיטה זו שאף בעומד בעיר אפשר לפרשה וכגון שאף אשתו מסכמת לכך, וזהו לשון המשרה ולא אמרו משרה אדם כלומר שאי אפשר לו בכך כל זמן שמלאכתו בעיר אלא בהסכמתה. וכל שכן שאין יכול להוציאה מביתו ולהשרותה על ידי שלישי בבית אחר. ומכאן יצאה לי הוראה למעשה באחד שאסר דירתו לאשתו, ודנתי בה מזו ומאותם שכתבנו למעלה נ"ח ב' בסוגיית המקדיש מעשי ידי אשתו שאינו כלום. ואף קצת חברים הוסיפו על דברי שאף לדעת גדולי המחברים כן, שאף הם לא אמרו שיהא יכול להשרותה על ידי שלישי אלא בביתו, שאם בבית השלישי

## סימן לב

### "מדור ספציפי" בבית הדין, כשתביעת המזונות והמדור נידונה בבית המשפט

נקדים כי ראוי ליתן את הדעת לדבריו של הר"ה"ג הרב שלמה דיכובסקי שליט"א, במאמרו "הסכמי ממון קדם נישואין", בקובץ תחומין כ"ד עמ' 65, כי אין זה ראוי שבית הדין יתן לאישה צו למדור ספציפי במקרים שונים בהם פניית האישה אליו בכל הקשור לסעד זה לוקה בחוסר תום לב, ואלו דבריו:

"במקרים דלהלן אני מסתייג במפורש ממתן סעד של מדור ספציפי: נישואין שהגיעו לקיצם, ולא משנה באשמת מי. אין אנו עוסקים בהחייאת מתים, ואין טעם לתת הנשמה מלאכותית לנישואין שגוועו. כאשר תביעת מזונות האשה הוגשה לביהמ"ש, וביה"ד מתבקש לעסוק רק בנושא המדור. אני רואה בזה ניצול לרעה של הליכי ביה"ד. אפשר בדרך פלפול למצוא מקום למדור ספציפי גם במסגרת שלום בית, אולם כאשר

במקרה הנוכחי התובעת הגישה את תביעתה לדמי מזונות עבורה ועבור הבת לבית המשפט לענייני משפחה, ובמסגרת תביעה זו ביקשה סעד בכל הקשור לתשלום מוזנותיה ומוזנות הבת לרבות הוצאות מדור. ולבית הדין הוגשה תביעה ל"מדור ספציפי".

אמנם מההיבט המשפטי, עקרונית, אין מניעה משפטית לפצל את הדיונים, כך שמכלול נושא המזונות והרכוש יידון בבית המשפט, והתביעה ל"מדור הספציפי" תידון בבית הדין.

אך בית הדין אינו מוצא לנכון להשתלב ולהיות חלק מהליך שיפוטי מעוות שהתובעת מבקשת לנהל. העיוות הוא: הן מבחינת ההליך המשפטי התקין והסביר, והן מצד ההיבט ההלכתי.

**ביחס להיבט המשפטי**

להלן קטע מהחלטה שכתבנו בתיק אחר, וכדלהלן:  
 "במקרה הנוכחי, הדיונים בענייני הממון בין הצדדים מפוצלים בין שתי ערכאות. התביעה של האשה לתשלום הכתובה נידונה בבית הדין, ומאידך, תביעתה לזכויות ממון מכח חוק יחסי ממון נידונה בבית המשפט לענייני משפחה.

ראשית נציין שפיצול הדיונים ביחסי הממון הנובעים מהנישואין, מעצם טבעו עלול להביא לעיוות הדין. כידוע שתי ערכאות שיפוטיות אלו, בית הדין ובית המשפט, הן שונות בטבען, הן בדין המהותי על פיו הן דנות, והן בדיני הראיות וסדרי הדין.

אילו הפיצול היה בין נושאים שונים, כגון דיון במזונות בערכאה אחת ובחלוקת רכוש באחרת, לא היה מקום לקבוע כנ"ל. אך כשהפיצול הוא בשאלת יחסי הממון הנובעים מעצם הנישואין ולמיצוי זכויות הממון של אשה בעת הגירושיה, הרי שזו רעה חולה לקפץ מערכאה לערכאה בהתאם לנוחיות התובעת ולאחר שיקול דעת מוקדם היכן נוח לתבוע תביעה אחת והיכן תביעה אחרת, ולהפיק מכל ערכאה את המירב, גם אם היה ברור שבטופו של דבר לא תהיה התאמה בין פסקי הדין השונים", עד כאן ציטוט מאותה החלטה.

אשה המבקשת לקבל סעד משפטי להבטחת מזונותיה ומדורה, ופונה לבית הדין בתביעה מתאימה, תוכל לצרף לתביעה זו את התביעה ל"מדור הספציפי", וזאת מכיון שפסיקה לזכותה של אשה נשואה ל"מדור הספציפי" היא פסיקה במסגרת זכותה למזונות ומדור. כבר הארכנו בהבהרת יסוד חיוב הבעל ב"מדור ספציפי", בפסק דין שפורסם בספר עטרת דבורה ח"א סי' לב, והבהרנו שחובה זו היא חלק מחובתו במזונות ובמדור.

אך כשהאשה הגישה את תביעתה למזונות והוצאות המדור עבורה לבית המשפט, אין מקום שתגוש בקשה לבית הדין לדיון בזכותה ל"מדור ספציפי".

כאמור זו רעה חולה לקפץ מערכאה לערכאה בהתאם לנוחיות התובעת, ולאחר שיקול דעת מוקדם היכן נוח לתבוע תביעה אחת והיכן תביעה אחרת, ולהפיק מכל ערכאה את המירב, גם אם היה ברור שבטופו של דבר לא תהיה התאמה בין פסקי הדין השונים.

גם במקרה דנן, בית הדין אינו אמור לעקוב ולבחון האם סכומי הכסף שהתקבלו אצל האשה במסגרת ההליך בבית המשפט אכן תואם את זכותה לדמי מזונות על פי ההלכה.

**מסקנה:** יש מקום לדון בין הצדדים דנן בתביעת שלום הבית, אך אין לקבל את הבקשה לבודד סעיף אחד מתביעת מזונות רחבה ומפורטת, סעיף אחד מתוך מכלול תביעת המזונות הנידונה בערכאה אחרת, ולבקש לדון בו בבית הדין. לכן לא יוזמן מועד לדיון בנושא "מדור ספציפי".

האשה שמה מבטחה בביהמ"ש בנושא המזונות, אין מקום לביה"ד להסתפק בשיריים, ולדון בענין המדור בלבד. כאשר הבעל אינו מעוניין לקפח את אשתו בענין המדור, ומצוץ לה הסדר הוגן וראוי."

להלן נוסף לבאר את העיוותים העומדים לפתחינו מהמהלך המבוקש.

**העיוות מצד ההיבט ההלכתי**

הלכה פסוקה היא בשו"ע חו"מ סי' כו סעיף ב' שהתובע בערכאות ואח"כ חוזר ותובע בבית דין אין נזקקין לו. ונאמרו בהלכה זו שלשה טעמים, טעם אחד מפני שבתביעתו בערכאות קבל עליו את ההלכה הנוהגת בערכאות ואינו יכול לחזור ולתבוע בבית הדין שיפסקו עבורו בהתאם להלכה אחרת, ויש אומרים הטעם מפני קנס, או מטעם מגדר מלתא, עיין תומים סי' כו סק"ב וספר אבן השהם סי' נט וסי' סב בתשובת השל"ה הקדוש שקבע שהטעם מפני "מגדר מילתא", (הגרע"א בגיליון שו"ע סי' כו, ציין לתשובות אלו).

אמנם באשה שתבעה מזונות בבית המשפט וסגרה את התיק וחזרה ותבעה מזונות בבית הדין יש שקבעו בנסיבות מסוימות שלא להחיל הלכה זו, עיין פד"ר כרך יג עמ' 274-281, וכן בספר יביע אומר חלק ז' חחו"מ סי' ה'. אך נידון דנן אינו דומה לאותו נידון מכמה טעמים.

ראשית, בנידון שם, התביעה הוגשה לבית הדין לאחר שכבר הסתיים ההליך בבית המשפט, וקבעו לפסוק כדעת מרן בבי" שנוקקין לו, מאחר שבני הזוג הצדדים לאותו דיון היו מעדות המזרח, וכן מפני שכבר החלו לדון בבית הדין בתביעת המזונות.

בנידון דנן שפסיקת הרמ"א מחייבת את הצדדים דנן, וגם כעת עדיין ההליך מתקיים בבית המשפט, וטרם החל הדיון בבית הדין לגופה של התביעה ל"מדור ספציפי", ואין להיזקק לתביעה זו.

אמנם היה מקום לטעון, שבנידון השו"ע סי' כו, מדובר על תביעה זהה שהוגשה לבית הדין.

אבל בנידון דנן, התביעה לערכאות אינה כוללת את מרכיב ה"מדור הספציפי".

אך אין מקום לטענה זו מאחר שבעת הגשת תביעת מזונות לבית המשפט, התובעת מקבלת עליה את ההלכה הנוהגת בבתי המשפט בנושא מזונות האשה, על כל היבטיו, ואין לקבל פיצול מלאכותי המבוקש כעת מבית הדין. וכן הטעם של "מגדר מילתא" כאמור יפה גם בנסיבות אלו, שמתעם מיגדר מילתא יש למנוע קיפוצ מערכאה לערכאה, כפי שנבהיר להלן.

אמנם לדעת הסוברים שהטעם בהלכה זו הוא מפני קנס, יתכן שהיה מקום לשקול בכל מקרה לגופו.



## סימן לג

## התנאים להפסד כתובה בטענת מאיס עלי

הרקע לסכסוך מושתת על רצף של טענות כמפורט לעיל, אך ככל שהדבר נוגע לשאלת זכאות האשה לכתובה, אין הכרח שבית הדין ינהל דיוני הוכחות לברר כל טענה וטענה, מאחר שאין בדיונים אלו נ"מ בשאלת הזכאות לכתובה.

במסגרת פסק הדין הנוכחי בית הדין יברר רק את השאלה האם לאור ההלכה הפסוקה בשו"ע אה"ע סי' עז ס"ב שהאשה הטוענת "מאיס עלי" הפסידה כתובה ותוספת כתובה, הוא הדין בנידון דנן.

ונמקד את שני הנושאים הטעונים בירור הלכתי, ובהתאם למסקנות נברר שבנידון דנן גם אם טענות הבעל בהיבט העובדתי יתקבלו במלואן, עדיין לא נשללה זכאות האשה לגירושין:

א. אשה האומרת לבעלה בתוך ביתם שמאסה בו ואינה רוצה אותו, ולאחר מכן הבעל מיוזמתו עזב את הבית וכבר אינו רוצה את אשתו, וכשהאשה מגיעה לבית הדין שהתכנס לדיון בתביעת הבעל לגירושין, מתברר שהבעל נחרץ בעמדתו להתגרש, והוא תולה זאת בהתנהגות האשה, והאשה אומרת שבנסיבות אלו אין מנוס מגירושין. האם דבריה הנוכחים של האשה, שנאמרו בתוך ביתם עוד קודם עזיבת הבעל את הבית מחילים עליה דין האומרת "מאיס עלי" שנשללה ממנה הזכאות לכתובה.

ב. אם נאמר שרק לטענת "מאיס עלי" הנאמרת בבית הדין יש משקל המביא להפסד כתובה, האם הדין כן גם כשבדין בבית הדין דבריה נאמרים בעת שכבר בעלה אינו חפץ בה. בהלכה הפסוקה בשו"ע סי' עז בתחילת סעיף ב', שבה נקבע דינה של אשה האומרת "מאיס עלי", הבעל כלל לא הגיש תביעה להתגרש, ולא ביקש להתגרש, וככל שהדבר תלוי בו, הוא מבקש להמשיך לדור עם אשתו בשלום, אלא שאשתו מאסה בו ואינה רוצה בו ומבקשת להתגרש. מבואר בתשובת הריטב"א סי' מא, שטענת "מאיס עלי" או "בעינא ליה ומצערנא ליה", היא טענה הנאמרת בבית הדין דוקא, וז"ל הריטב"א:

"לא חזינו בה דין מורדת מתשמיש, דהא לא אמרה לב"ד ולא לשלוחיהם לא טענת מאיס עלי ולא טענת בעינא ליה ומצערנא ליה".

וכך עולה מדקדוק לשון הראשונים בסוגיא (כתובות דף סג ע"ב), שהדיון הינו אודות דברים הנאמרים בבית הדין. רש"י בסוגיא בכתובות (שם) באר:

"אבל אמרה מאיס עלי, לא הוא ולא כתובתו בעינא".

הרי שנוסח דברי האשה אינו נוסח הנאמר ישירות לבעל, "איני רוצה אותך ולא את כתובתך", אלא נוסח הנאמר בבית הדין על הבעל. וכן הוא הלשון ברשב"א בר"ן וברא"ש. וכמו

בבית הדין נידונה תביעת האשה לכתובה, בנסיבות שהבעל עזב את הבית והגיש תביעה לגירושין ולחילופין שלום בית. האשה הגישה תביעה לשלום בית, ולאחר השלמת הדיון התברר שאין מנוס מגירושין ורק נותרה השאלה של זכאות האשה לכתובה.

הבעל בתגובתו לסיכומי טענות האשה טען שמתוך סיכומי טענותיה אנו למדים שבפיה טענת "מאיס עלי" וכי היא שונאת את הבעל, ולכן נשללה ממנה את הזכאות לכתובה. עלינו לברר טענה זו, בהנחה שאכן כדבריו, וכן יצוין שבדיון האשה טענה באמצעות ב"כ: "הוא נחוש להתגרש, והיא כשהתהליך החל, רצתה להישאר איתו, אין לה מישהו אחר, טוב למיטב...". היום כיון שהוא לא רוצה בה היא גם רוצה להתגרש".

על כן ככל שהדבר נוגע לבסיס העובדתי העומד ביסוד פסק דין זה, הוא מבוסס על כמה עובדות יסוד שאינן שנויות במחלוקת עובדתית, והן: הבעל עזב את הבעל מרצונו והגיש תביעת גירושין ולחילופין שלום בית, ולמעשה עומד על תביעת הגירושין בטענה שאין לו שותפה מתאימה לשלום בית. מאידך, האשה הגישה תביעה לשלום בית, אך למעשה מבקשת להתגרש, ומבהירה שרצונה בגירושין נובע מכך שבעלה אינו רוצה בה.

הצדדים נשלחו להליך של יעוץ נישואין אצל גורם מקצועי, ולאחר שההליך לא העלה תוצאה חיובית, הצדדים חזרו לבית הדין ומבקשים להשלים את ההליך בגירושין. גם ביחס להליך יעוץ הנישואין עלו טענות הדדיות.

הבעל הקליט את דברי המשתתפים בהליך יעוץ הנישואין, בהקלטת סתר. הגם שאין במעשיו עבירה פלילית עפ"י חוק, בהיותו שותף לשיחות שהוקלטו, אך הבעל שמצא לנכון להקליט את ההליך הטיפולי שנועד לבחון חזרה לשלום בית, בהתנהלותו זו מחזק את הטענה שמלכתחילה הגיע להליך זה על מנת להשיג ראיות לביסוס טענותיו, והציב סימן שאלה אודות תום הלב והכנות ברצונו בהליך אמיתי של יעוץ נישואין שנועד לבחון חזרה לשלום בית. כשצד אחד להליך הטיפולי, דהיינו הבעל, יודע שכל מילה שיאמר מתועדת, ותוכל לשמש כראיה בבית הדין, דבריו נאמרים מתוך שיקול דעת המכוון להליך המשפטי ולא בהכרח לטובת טיפול שורש לפתרון הבעיה בין בני הזוג.

יצוין, למרות שהמטפלת לא היתה מודעת להקלטה, היא קבעה בסיכום ההליך שהוגש לבית הדין, שרצונו החד משמעי של הבעל לגירושין, ושלא הותר מקום להצלחת ההליך הטיפולי לסייע להם בהצלחת הנישואין ובחזרה לשלום בית.

וכן בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג סי' תתסה) הובאה תשובת רגמ"ה שכתב באשה המבקשת להתגרש ואינה רוצה את בעלה:

"ומשהי' לה י"ב חדשים אגיסא, וצריכה התראה בב"ד קודם לכן".

וכן דעת הרא"ש בתשובה כלל מג סי' י', כמ"ש החזו"א סי' סט ס"ק כה בדעת הרא"ש.

וכן בשו"ת ראנ"ח סי' מא, בדין מאיס עלי:

"וכלל הדין בענין זה, שאם אחר שהתרו בה על ידי בית דין והשהו אותה, עדיין עומדת במרדה, אם בא להוציאה אין לה עליו, לא כתובה ולא תוספת".

עיינ בספר אוצר הפוסקים סי' עז ס"ק יז אות ט' שהביא שכך כתבו עוד הרבה אחרונים, שהובאו באוצר הפוסקים שם.

הרי לדעת הראשונים והאחרונים הנוכחים, אין די באמירת "מאיס עלי" אלא יש צורך בהתראה, וההתראה היא בבית הדין, כמפורש בתשובת רגמ"ה ובתשובת ראנ"ח, ונראה שכן הוא דעת שאר הסוברים שיש צורך בהתראה, שהכל נעשה בבית הדין, כאמור.

עוד יצוין לדברי הריטב"א בתשובתו הנוכרת שהביאור בהלכה זו הוא: מאחר שהפסד הכתובה הינו קנס, אין מקום לקנס זה אלא כשהדברים נאמרים בבית הדין, ומדברי הרמב"ם דייק הריטב"א, שרק בעת מתן הגט, כשכבר ברור שדבריה הביאו לגירושיה, הפסידה את הכתובה.

אמנם סברת הריטב"א שמטעם קנס אתינן, אינה מוסכמת, ויש שבארו הלכה זו מהטעם דאדעתא דלמשקל ולמיפק לא אקני לה, אך להלן יבואר שטעם זה יוכל להיאמר רק כשהיא תובעת להתגרש.

עוד יצוין לדברי מהריק"ש בפירושו ערך לחם על דברי השו"ע סי' ע"ז ס"ב במורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה שכתב השו"ע: "שולחין לה מבית דין" וכו', וכתב מהריק"ש:

"מפשט לשון הפוסקים נראה שאין התראת הבעל כלום, ולא דמיה לעוברת על דת שמתרה בה אפילו בלא עדים, כדאיתא בסימן קט"ו סעיף ח', דהתם חטאה לה' יתברך והכל שלוחיו וחטא זה בינה לבעלה לפיכך צריך בית דין שידונו ביניהם, וזה פשוט".

ועל יסוד דברי מהריק"ש כתב בשו"ת שואל ונשאל ח"ו סי' מו שהובא באוצר הפוסקים סי' עז ס"ב ס"ק כח אות ג' שצריך בית דין של שלושה דיינים, וכי "נידון מורדת, הוא ביטול כח כתובה בעל כרחו".

ולענין זה, אין הבדל בין שלילת הכתובה בבעינא ליה וכו' לבין מאיס עלי.

כיוון שכן הליך זה של הפסד כתובה הגורר קנס בכתובה, או הפסד מטעם הסברא דאדעתא וכו' ההליך חייב להתקיים בפני בית הדין הפוסק עפ"י הנסיבות המתבררות בפניו באותה עת. יתירה מזו ידועים דברי הר"ן בתשובה סי' יג שכתב:

"המורדת אינה מבטלת מיד תנאי אישות שבינו לבינה אבל כל

הנוסח הנאמר בגמ' "בעינא ליה ומצערנא ליה" שאינם דברים הנאמרים ישירות מהאשה לבעל, אלא לבית הדין אודות הבעל.

וכן ברמב"ם ובשו"ע: "מאסתיה ואיני יכולה להבעל לו" וברי"ף בסוגיא:

"הכי דיינינן במורדת כד איתא ואמרה לא בעינא ליה" ובהגהות מרדכי (סי' רצ):

"הילך לשון רב אלפס הדין דינא דגמרא דמשהינא מורדת תריסר ירחי שתא אבל האידינא דייני במתיבתא כי אתא קמן מורדת ואמרה לא בעינא ליה ומאיס עלי יהינן לה גיטה לאלתר".

וכן עולה מדברי הרשב"א בתשובה חלק ו' סי' עב, שכתב:

"האומרת מאיס עלי האמור בגמ' הוא כשהיא תובעת להתגרש ואומרת מאיס עלי ואיני רוצה בו ולא בכתובתי, אלא יתן לי גט ואצא".

הרי שאין זה נוסח דברים הנאמרים מהאשה לבעל בתוך ביתם, אלא הנאמרים לבית הדין בעת הגשת תביעתה להתגרש.

עוד יצוין לדברי הגמרא במסכת יבמות דף קטז עמוד א:

"קטטה בינו לבינה וכו'. היכי דמי קטטה בינו לבינה, אמר רב יהודה אמר שמואל: באומרת לבעלה גרשיני. כולהו נמי אמרו הכי".

הרי שיש דברים שהאשה אומרת בבית מתוך כעס ובמהלך קטטה, אבל פשיטא שכל האומרות כן, אין בכך שלילת הכתובה, אלא כשהאשה אומרת בבית הדין שאינה רוצה את בעלה ותובעת להתגרש.

והנה באשה האומרת מאיס עלי ותובעת להתגרש, רבו הראשונים שלא הפסידה כתובה אלא לאחר התראה של בית דין שבו התקיים הדיון והצדדים הציגו את טענותיהם, וכדין עוברת על דת שאינה מפסידה כתובה בלא התראה.

כך פסק בספר פסקי רי"ד מסכת כתובות דף סג ע"ב (הובא בשלטי הגבורים, וכן בתוספות רי"ד):

"אבל אם אמרה מאיס עלי ואיני חפצה בו כלל ויתן לי גט ואיני חוששת מכתובתי לא כיפינן לה לעגנה ולעכבה שתפחות כתובתה מעט מעט, אלא אם רוצה הבעל ליתן לה גיטה ומפסדת כתובתה מיד, שהתובעת גירושיה דינה להפסיד כתובתה, אבל מיהו צריך להתרות בה ולהודיעה שהיא מפסדת כתובתה, אם תחזור בה הרי טוב ואם לאו נותן לה גט ומפסדת כל כתובתה".

וכן בחידושי הריטב"א מסכת כתובות דף סד ע"א:

"והאומרת מאיס עלי שאיני רוצה בו ולא בכתובתו אין לנו לזוז משיטת הגאונים ז"ל שכתבו דקנסינן לה טפי ממורדת גמורה, ואין ממתניין לה ארבע שבתות אלא מתריין בה ואם לא תחזור בה לאלתר הפסידה כל כתובתה".

ויתרה מכך כתב הריטב"א בתשובתו הנוכרת בסי' מא:

"והאומרת מאיס עלי אע"פ שלא הוזכר בה הכרזה לדברי הר"מ במז"ל וחבריו ז"ל האומרים דיהיב לה גיטא לשעתו, התראה מיבעיא, ואח"כ מגרש וקונסין אותה בכתובתה".

"ולענין גביית כתובה בחיי הבעל בזמן גירושין, אם האשה היא שמרדה על בעלה ותובעת גירושין וריצוה ולא נתרצת להתפייס עם בעלה, משפטה שתטול נדוניה בלבד מה שכתוב בכתובה שהביאה מבית אביה... אבל מה שכתב לה הבעל בכתובה ממתנות עם מה שהתפייסה משלו אין נותנין לה ממנו כלום, לפי שלא הקנה לה אלו אלא על מנת שתעמוד לפניו ותשמשו, לא על מנת שתטלם ותצא. ועכשיו שמרדה אין לה בהן כלום."

הרי התבארו שקיים הכרח שיתקיימו שלושה דברים בטרם יפסקו שלילת תוספת כתובה:

א. "מרדה על בעלה". ב. "תובעת גירושין", ג. "ריצוה ולא נתרצת להתפייס עם בעלה". ושני אלו הן תביעת הגירושין והן הניסיון לרצות אותה וסירובה, כל אלו הן הליכים בפני בית הדין.

וכן משמעות דברי הר"ן בסימן יג (שהביא הב"י אה"ע סי' עז) שכתב:

"כי מעולם לא הוזכרה הכרזה באומרת מאיס עלי ובגמרא לא הזכירה אלא גבי מורדת, והטעם בזה לפי שזו האומרת בעיני ליה כיון שאינו מאוס עליה אפשר שתתבייש ותחזור למוטב, אבל אומרת מאיס עלי אין מכריזין עליה, שמן הסתם אפילו בכמה הכרזות לא תחזור בה דאין מאיסתא לית סברא."

ובבית יוסף סי' עז כתב:

"ובענין האומרת מאיס עלי כתב הרשב"א בתשובה שאינה נאמנת במה שאומרת עד שנכיר מתוך דבריה שהוא מאוס בעיניה כמו שאמרה עכ"ל."

ובתשובת הרשב"א חלק ו' סי' עב:

"והאומרת מאיס עלי האמור בגמ' הוא כשהיא תובעת להתגרש ואומרת מאיס עלי ואיני רוצה בו ולא בכתובתי אלא יתן לי גט ואצא. זו היא שאנו אומרים שהיא ודאי באה מטענת המיאוס ואנוסה היא זו דליבא אונסה."

הרי שגם אליבא דשיטת הפוסקים שאין צורך בהתראה לאשה הטוענת "מאיס עלי" כתנאי להפסד הכתובה, עכ"פ הנידון הוא שהאשה באה לבית הדין תובעת להתגרש ואומרת שבעלה מאוס עליה ושאינה רוצה בו, ולאחר שבית הדין נוכח שכך הם פני הדברים, ואין זה סכסוך זמני שיש תקווה להחזירם, כבר אין טעם בהתראה, ואם הבעל מוצא לנכון לגרשה בנסיבות אלו, אינו חייב בתשלום הכתובה.

**מסקנה:** הפסד הכתובה בטענת מאיס עלי, כשהאשה אינה מוחלת על כתובהה, לדעת הריטב"א נקבע על ידי בית הדין כקנס, ורק בנסיבות שהאשה טוענת כך בפני בית הדין.

גם לפי המבואר בתשובת הגאונים ובעוד ראשונים, הטעם שעל דעת למשקל ולמיפק לא התחייב בתוספת כתובה, עדיין שלילת תוספת הכתובה על יסוד הסברא דאדעתא למשקל וכו' מתקיימת רק כשהזוג הגיע להליך הנעשה בפני בית הדין שנוכח שאכן בעלה מאוס עליה ונעשה מאמץ לרצותה וללא הצלחה וכבר אין תוחלת לנישואין. בנסיבות אלו לדעת הרבה מהראשונים והפוסקים יש להתרות בה,

הפסדה הוא שבעה דינרים כל שבת ושבת מעיקר התקנה ולפיכך כיון שקנסוה שתפסיד ז' דינרים בכל שבת ושבת דין הוא שיהא זה ההפסד מוטל על כל נכסיה... אבל האומרת מאיס עלי אין עניינה כן שאין הבעל מרויח עליה דבר קצוב כדי שנאמר שיהא ריוח הבעל והפסד האשה מוטל על כל נכסיה, אלא הרי היא מבטלת תנאי אישות מיד והפסידה כל מה שיש לה על הבעל."

ועיין באוצה"פ סי' עז ס"ק יז אות יג מכמה אחרונים שעם הפסד הכתובה התבטלו כל תנאי הכתובה וגם הבעל כבר אינו זכאי לפירות נכסי מלוג. והיינו עפ"י דברי הר"ן שבטענת מאיס עלי האשה מבטלת תנאי האישות מיד. כיוון שכן, הדבר ברור שלא יתכן לדון זאת על יסוד דברים כאלו או אחרים שנאמרו על ידי האשה לבעל בתוך ביתם. ופשיטא שאין אחד מהפוסקים שהורה לכתוב כתובה חדשה עקב דיבור כזה או אחר בתוך הבית לאחר שהאשה חזרה בה. זאת מאחר שרק לדברים הנאמרים בבית הדין יש משמעות של ביטול תנאי האישות והפסד הכתובה ותנאי הכתובה, ושליילת זכותו של בעל לפירות. כל זאת אליבא דהסוברים שאין המתנת י"ב חודש במאיס עלי, כפסק השו"ע, ובניגוד לדעת הרבה ראשונים ופוסקים אחרונים, ואכמ"ל.

אמנם יש הסוברים שאין צורך בהתראה כתנאי להפסד כתובה במורדת, ובספר יביע אומר ח"ה אה"ע סי' יג אות ט' כתב שכן עולה מפסק השו"ע סי' ע"ז ס"ב שלא הזכיר התראה, עכ"פ גם אליבא דשיטה זו, הפסד הכתובה נובע ממה שהאשה באה לבית הדין וטוענת שבעלה מאוס עליה, ובכך היא זו הגוררת אותו לגירושין ואדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה. דהיינו, גם אליבא דשיטה זו, ההליך שבו האשה טוענת מאיס עלי, מתקיים בבית הדין, וכמו שעולה מדברי המאירי במסכת כתובות דף סג ע"ב, ההולך בשיטת הסוברים שאין צורך בהתראה לטוענת מאיס עלי, ובאר הלכה זו, וכתב:

"אם אומרת לא בעינא ליה ומאיס עלי, כלומר ולעולם איני נזקקת לו, אין כאן עוד תוחלת שאין אחר המיאוס כלום, ואף כשהיא סבורה לקבל, אינה יכולה לכוף את טבעה, וכבר אמרו אין מאיסא לית סברא. ואחר שכן אטרוחי בי דינא בכדי לא מטריחין, ומעתה אין משתדלין בה להכרזות ולהתראות, וזהו שאמרו לא כייפינן לה כלומר אין משתדלין להוכיחה בהכרזות והתראות ולכופה במוסרים ותוכחות ובכמה מקומות הוזכר בתלמוד לשון כפייה בדברים ותוכחות וכן אין נותנין לה מתוך להפסד כתובה דרך פחיתה אלא אם רוצה להוציאה איבדה כתובהה מיד."

משמעות דברי המאירי שאף שאין טעם בהתראה בטרם יורו להפסידה כתובה, עכ"פ היינו רק לאחר שבית הדין נוכח מדברי האשה הנאמרים בפני בית הדין, שקיימת מאיסות ואין תוחלת לנישואין אלו.

והדברים מבוארים בתשובת הגאונים שערי צדק חלק ד' שער ד' סי' טז שבה נכתב:

אבל כל שהיא רוצה לעמוד תחתיו והוא מוציאה, אף על פי שבדין מוציאה, יש לה תוספת."

לתוספת ביאור מן הראוי להוסיף את דברי הרמב"ן במלחמות במסכת כתובות בסוף פרק רביעי. המקור בגמ' לסברא שלא הקנה לה אדעתא למישקל ולמיפק נמצא בסוגיה במסכת כתובות דף נד עמוד א' בדין "אלמנה שמין מה שעליה", ומבואר בגמרא הטעם:

"כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה."

וכתב הרי"ף:

"ושמעין מינה דמאן דגריש לאתתיה מדעתא דנפשיה אין שמין לו מה שעליה דלאו איהי בעיא למיפק אלא איהו בעי לאפוקה."

ובאר הרמב"ן במלחמות את דברי הרי"ף:

"אבל מגרש את אשתו כיון שהוא קנאה כדי לעמוד לפניו ועכשיו היא יוצאת בע"כ תימא תנו לי בעלי ואעמוד לפניו, דהא לאו למיפק קיימא ולטבועים הקנה אותם לה, למה זה דומה לנותן מתנה לחבירו ע"מ שישמשנו שמתנתו מתנה כיון שהעכבה אינה שלו, והא נמי מתנה גמורה היא."

הרי שכל עוד שהאישה אומרת ויכולה לומר: "תנו לי בעלי ואעמוד לפניו", אז כבר אין יסוד לסברת "כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה". והדברים מתאימים לאמור לעיל שהכל תלוי בשאלה האם האישה מבקשת להישאר עמו או תובעת להתגרש.

וכן בספר פרי האדמה (להג"ר רפאל מיוחס ז"ל) ח"ג דף לו. כתב:

"מצאתי כתוב מכת"י הרב המובהק כמהר"ר משה מזרחי ז"ל שהעתיק מכת"י הרב המופלג כמהרא"י, דמ"ש הרא"ש הביאו הטור סי' קי"ח באשה שנתגרשה נותנים לה כתובתה ותוספת ומתנתה יע"ש, דהיינו כשהיא לא תבעה הגירושין וכמ"ש שם להדיא, אבל כשהיא תבעה הגירושין, ודאי לא נתרצה הבעל, וכמ"ש דאדעתא למשקל ולמיפק לא כתב יע"ש."

והנה בחידושי רבי אברהם מן ההר על מסכת יבמות דף סו ע"א באשה הבאה מחמת טענת בעינא חוטרא לידא ומרא לקבורה, שהדין הוא: יוציא ויתן כתובה, כתב:

"וכתב הר"ם פרק ט"ו דדוקא כתובה אית לה אבל תוספת לית לה, שלא כתב לה התוספת על מנת שתצא לרצונה ותטול. וכן כתב הרי"ף דאדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה, עד כאן. ומסתברא דהוא הדין לאשה שאינה רוצה לעמוד תחת בעלה ומצערת אותו עד יגרשנה שאין לה תוספת."

הדבר ברור שמש"כ "שאינה רוצה לעמוד תחת בעלה" היינו שהיא תובעת להתגרש, דומיא הנידון ברי"ף וברמב"ם בפרק ט"ו ה"י מאישות שהביא ר"א הן ההר, שכתבו שלילת תוספת הכתובה מהטעם שאדעתא דלמשקל וכו' באשה התובעת גירושין. שאם דברי ר"א מן ההר נסובו רק כשהיא מצערת אותו ולא הגישה תביעת גירושין, אינה יותר מאשה רעה שאינה מפסידה כתובה ותוספת.

ובשו"ע לא הזכרה התראה, מאחר שאין טעם בהתראה כשקיימת מאיסות.

כל זאת אליבא פשוט לשון מרן בשו"ע (סי' עז ס"ב, שהשמיט מהשו"ע את תשובת הר"ן שהביא בב"י), שגם אם האומרת מאיס עלי, תובעת כתובתה, אין דינה כאומרת בעינא ליה ומצערנא ליה, ודלא כרמ"א שפסק כתשובת הר"ן שבלא הסדר הקבוע במורדת לא הפסידה כתובה, מאחר שאלבא שיטה זו, המקובלת על הרבה פוסקים, בנ"ד אין מקום לשאלה שאין הפסד כתובה בלא הסדר הקבוע במורדת.

ביחס לנושא השני הנזכר לעיל כטעון בירור הלכתי, עלינו להקדים את ההלכה של הפסד כתובה באשה התובעת להתגרש. הלכה זו התבארה בטור אבן העזר סי' קיח שכתב:

"מי שהיא תובעת לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנה, אין לה מן הדין לגבות זולתו מה שהיא טוענת ויתברר מסכום נדונייתה. ולא נחוש למה שימצא כתוב ממנה בכתובה ... ולא יחוש הבעל לכתוב ולהוסיף על עצמו ... לענין שתשאר נשואה עמו ולא תבקש גירושין, בענין כזה אמרו חכמינו ז"ל (כתובות נד) כי כתב לה אדעתא למיקם קמיה אדעתא למיפק ולמיסב לא כתב לה ... ואם תבע הוא הגירושין, אינו יכול לגרשה אלא לרצונה או לאחר שיפרע לה כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת."

מבואר בדבריו, שאם הגירושין יצאו ממנו לאחר שהוא תבע את הגירושין - "אינו יכול לגרשה אלא לרצונה או לאחר שיפרע לה כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת". משא"כ אם האשה תבעה להתגרש ויצאו הגירושין ממנה, לא תוכל לקבל את מה שהבעל התחייב לה כנגד הנדוניא, ולא תוספת כתובה או מתנות.

הטור דייק בלשון וכתב "מי שהיא תובעת לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנה", דהיינו אין די בתביעת גירושין, אלא בנוסף לכך: "יצאו הגירושין ממנה".

ויסוד זה כבר התבאר בדברי הרמב"ן בחידושו עמ"ס כתובות דף קא ע"א:

"אבל בזמן שאינה רוצה זו, אע"פ שיוצאה בדין כגון ששהתה עשר שנים ולא ילדה ובאה מחמת טענה, אע"פ שנוטלת כתובה, שמא לא זכה לבנות ממנה אין לה תוספת, שעל מנת לשמשו כתב לה מדעת עצמו, כל זמן שתשמשנו בין כדין בין שלא כדין הרי עמדה בתנאה. וכל זמן שתהא רוצה לצאת אין לה."

הרי שהרמב"ן כתב להדיא שאם האשה רוצה להתגרש ולכן הבעל נאלץ לגרשה, על דעת כן לא כתב לה.

וכן הרי"ן במסכת כתובות, (סוף פרק אלמנה ניוזנת, דף נט: בדפי הרי"ף) כתב:

"מיהו כי אמרינן דיש להן תוספת, דוקא כשמוציאה הוא, אבל אם היא רוצה לצאת, אין לה תוספת, דכי אקני לה אדעתא למיקם קמיה. וכן הדין בשהתה עמו עשר שנים ולא ילדה ורוצה לצאת, ובאה מחמת טענה שאמרה דבעיא חוטרא לידה (יבמות סה:), דאין לה תוספת, כיון שהיא רוצה לצאת ממנו."

המקרה בדינו של רבינו ירוחם הוא שהתביעה להתגרש החלה מצד האשה שאינה רוצה את בעלה, והפסד הכתובה מנומק: "דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה". אך אין הדבר כן כשהבעל הוא התובע להתגרש, ולאחר שהאשה נוכחת שהבעל אינו רוצה בה, היא אינה רוצה להישאר עם בעל שמאס בה ואינו חפץ בה, ובנסיבות אלו כבר אין את הטעם "דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה".

כששני בני הזוג כבר אינם רוצים זה בזה, חיוב הכתובה תלוי בשאלה מי מבני הזוג גרם לגירושין בהגשת תביעת גירושין. אם האשה בתביעתה לגירושין הביאה למצב שבו הצדדים נאלצים להתגרש, וכמו הנידון ברבינו ירוחם שבו ההליך החל מתביעת האשה להתגרש, הרי שהגירושין יצאו ממנה והיא אינה זכאית לתשלום הכתובה, וזאת עפ"י ההלכה העקרונית הפסוקה בדברי הטור. אבל אם הבעל הביא לכך, והוא זה שבתביעתו להתגרש סתם את הגולל על האפשרות לשלום בית, עליו לשלם את הכתובה במלואה. עיין בספר עטרת דבורה ח"א סי' לו וחלק ב' סי' פט, שם התבארו המקורות בהלכה לקביעה זו, ומתוך דברינו יתבאר שהמושג "מורדים זה בזה" הנזכר בכמה פסקי דין שיצאו לאחרונה, שגוי ומביא לטעות בפסיקת ההלכה ביחס לכתובה. מאחר שלאחר שהאשה מורדת בבעלה, מאסה בו ותובעת גירושין, הבעל כבר אינו יכול להיקרא מורד באשתו שכבר אינה עמו. וכן להיפך כשהבעל מורד באשתו מאס בה ותובע להתגרש, רק הוא המורד, ולא ניתן לקבוע את מעמדה של האשה כמורדת בבעלה שכבר אינו עמה, כשהוא במעשיו הביא אותם לגירושין, לכן בדרך כלל לא קיימת מציאות שהצדדים מורדים זה בזה. זאת מאחר ש"מרידה" בהגדרתה, הינה התנערות מחובה בדרך של פשיעה, וכמ"ש המרדכי במסכת כתובות פרק אע"פ ובהגהות האשרי פ"ה סי' כט אודות מי שמחמת חולי אינו יכול לקיים עונתו:

"לא מיקרי מורד אלא כשעושה מחמת שנאה וכעס, דמורד הוי פושע כמו הפשעים אלו המרדין".

וכשבעלה אינו עמה כבר אין אפשרות להגדירה כמורדת, וכבר התבארה קביעה זו בספר עטרת דבורה ח"ב סי' פט. ועיין חזו"א אה"ע סי' סט ס"ק כב שכתב:

"מיהו כמורד בבחירת לב כמו מדיר ונעשה מקמץ ודאי יש לה תוספת וכסברת ריצב"א דמידע ידע שאם לא יצא ידי חובתו כנגדה למיפק קאי. וגם בנעשה מוכה שחין י"ל דיש לה תוספת שזה אונס יותר גדול אצלה, ואי אפשר לה למיקם קמיה, ולא מקרי דאיהי מפקה נפשה".

לכן גם בנסיבות כגון נידון דנן, מאחר שהבעל הוא זה שתבע את הגירושין בתביעתו גירושין ולחילופין שלום בית ולמעשה התברר שלא הותיר מקום לחזרה לשלום בית, על כן ודאי, בהתאם למש"כ החזו"א ביחס לבעל מורד, ה"ה בנ"ד לא נקרא שהאשה "איהי מפקא נפשה".

**מסקנה:** תביעת האשה לגירושין ובכלל זאת טענת מאיס עלי הנאמרת בבית הדין השוללת את זכאות האשה, רק כשבעת

בהתאם לכל המבואר, עלינו להשלים את הדיון בנידון דנן ולברר האם כשבית הדין שומע מהאשה שהיא מבקשת להתגרש לאחר שנוכחה שבעלה עזב אותה וכבר אינו רוצה בה, עדיין נדון בה דין שלילת זכאות לכתובה בהסתמך על ההלכה שהטוענת מאיס עלי הפסידה כתובה.

עיין בתשובת התשב"ץ ח"ב סי' רצב, במש"כ:

"אם כתב תוספת מעצמו, והיו הגירושין ברצון שניהן גובה הכל",

הרי שהסכמת האשה להתגרש אינה שוללת את הזכאות לכתובה.

ה"ה אם האשה, לא רק שמביעה הסכמה להתגרש, אלא גם מאסה בבעלה שעזב אותה ותבע גירושין מאחר שאינו רוצה בה, כבר אין מקום להתראיה לאשה שאם לא תחזור בה תפסיד כתובתה, שהרי אין לה למי לחזור, ואליבא דשיטת הראשונים והאחרונים הנזכרת שההתראיה היא תנאי לשלילת הכתובה, אם גרשה ללא התראיה לא הפסידה, ואין יסוד לטעון שהאשה הפסידה כתובתה ושהגירושין יצאו ממנה.

לפי שיטה זו ק"ו בנידון דנן, שבסופו של דבר הבעל תובע את הגירושין וכבר אין מקום להתראיה. אלא גם אליבא דהשיטה הסוברת שאין צורך בהתראיה כתנאי להפסד הכתובה, היינו דוקא שהיא טוענת בבית הדין טענת מאיס עלי, בשעה שהבעל עדיין רוצה בה, ולולי טענתה יש לה בעל שתוכל לחזור אליו ובנסיבות אלו יש משקל לדבריה ונשללת כתובתה. משא"כ כשהוא תובע, וההליך בבית הדין לא החל מטענת האשה מאיס עלי, אלא מהפירוד שאירע לאחר שהבעל עזב את הבית, בהתחשב בכך ובתביעתו של הבעל לגירושין, ככה"ג כבר אין את היסוד להפסד הכתובה שהוא הטענה "דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה".

ידועים דברי רבינו ירוחם (בספר מישירים נתיב כג ח"ח) שכתב בלשון זו:

"כתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל, כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אמר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנים אותה כמורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא דילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש והפסידה תוספת וכל מאי דיהיב לה מדיליה דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה".

רבינו ירוחם מתייחס לנסיבות שבהן ההליך החל מתביעת האשה לגירושין, שבאה לבית הדין ואמרה: "לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה", ובתגובה הבעל אומר: "אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט". ביחס לשאלת חיוב הגירושין, הורה לכפות את הבעל בגירושין, ונראה שאליבא דרבינו ירוחם יש לפסוק לחייב את האשה בגירושין, גם בהיפוך הדברים, דהיינו שהבעל יזום הליך גירושין והאשה הודיעה שאינה רוצה את בעלה אך אינה מסכימה לקבל גט. אך ככל שהדבר נוגע לזכאות האשה לתשלום הכתובה,

התוספות במסכת גיטין דף מח: (ד"ה וכתובת) בארו הטעם שחכמים תקנו שכתובת אשה נגבית מהזיבורית. וכתבו:

"טעמא דהפקיעו חכמים דינה, כדאמר בגמ' (לקמן מט.) גבי בעל חוב שלא יראה אדם לחבירו שדה נאה ויאמר אקפוץ ואלונו, הכי נמי חשו חכמים באשה, שמא תקניטנו כדי שיגרשנה ותגבה כתובה".

הרי מבואר שגם אם האשה הקניטה את בעלה כדי שיגרשנה, ובעקבות כך גירשה, לא הפסידה כתובתה.

מאחר שלענין דין זבורית, תוספת כתובה דינה כדין עיקר כתובה, כמבואר במסכת כתובות דף נה., הרי שדברי התוספות נאמרו גם ביחס לתוספת הכתובה.

ועיין ברא"ש במסכת מכות דף ג. (פ"א סי' א') שכתב:

"וקאמר רב חסדא דשמין בבעל ... וכן לענין גירושין אם הוא קפדן וותרן בממונו, שאם תקניטנו יגרשנה, או סבלן וחש לממונא ולא יגרשנה".

הרי מבואר ברא"ש שאם האשה מקניטה את בעלה והבעל שהוא קפדן החליט לגרשה, לא הפסידה כתובה ותוספת כתובה, עיי"ש ברא"ש שכתב להדיא חיוב תוספת כתובה.

מאידך, הרא"ש במסכת כתובות פרק ח' סי' ט' בסוגיית מוציא הוצאות על נכסי אשתו כתב:

"מסתברא לן דמתניתין דקתני מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל, היינו כשהבעל רוצה לגרשה. אבל במורדת ותובעת גט ומקנטת אותו עד שהוא צריך לגרשה, בין אכל בין לא אכל ישבע כמה הוציא ויטול. דלא יהא אלא מתנה דיהיב לה הא אמרינן כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למישקל וליפוק לא אקני לה".

הרי שהמציאות הנידונה, הן בדברי הרא"ש במסכת מכות והן בדבריו במסכת כתובות, היא באשה שהקניטה את בעלה ומתוך כך גירשה, אלא שבמסכת מכות הנידון הוא כשאינה מורדת בו, על כן לא הפסידה דבר. אך אם בנוסף להקנטה, היא מרדה בבעלה ותובעת להתגרש, הפסידה מתנותיו, ותוספת כתובה שדינה כמתנה.

הרי שבלא תביעת לגירושין מצד האשה, אין מקום לקביעה שהגירושין יצאו ממנה.

#### מסקנה:

העולה מכל האמור, בנידון דנן לא נשללה זכאות האשה לכתובתה, מאחר שהבעל עזב את הבית, והתביעה לגירושין הוגשה על ידי הבעל, שבסופו של דבר קבע מציאות בלתי מתפשרת שאין חלופה אחרת מלבד גירושין. בנסיבות אלו פשיטא שהאשה תרצה להתגרש, ואין מצופה ממנה להביע רצון להישאר עם בעל המציג עמדה כזו, ואין כל יסוד לדונה כטוענת "מאיס עלי לא בעינא ליה", או שהגירושין יצאו ממנה, בהיעדר תביעת גירושין המוגשת ביוזמתה בעת שהבעל חפץ בה, גם אם לאחר שנוכחה שבעלה אינו רוצה בה, גם היא כבר אינה חפצה בו. כמו כן אין מקום ואין צורך להיכנס לבירור עובדתי האם אמירה כזו או אחרת של האשה

שהדברים נאמרו על ידה, מצד הבעל אין מניעה לחזרה לשלום בית. לא כן כשהדברים נאמרים בנסיבות שהבעל כבר עזב את אשתו ותובע להתגרש, ודברי האשה הנוכרים נתפסים כתגובה מתבקשת להתנהגות הבעל.

על כן במקרה הנוכחי, בדיונים בבית הדין האשה הביעה רצון שלא לשוב לבעלה רק לאחר שכבר עזב את הבית גר בנפרד ואינו רוצה לשוב והגיש לבית הדין את התביעה לגירושין ולחילופין לשלום בית, שהובילה לגירושין. אמנם לטענתו עוד קודם להגשת התביעה לגירושין, היו פרקי זמן שהאשה נמנעה מטבילה במקוה, גם אם אכן כדברי הבעל, כידוע אפילו אשה מורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה אינה מפסידה כתובה אלא לאחר שנעשה עמה הסדר הקבוע במורדת, ואם הבעל מגרשה קודם לכן לא הפסידה דבר, ואין יסוד לשלול את כתובתה בטענה שהגירושין יצאו ממנה. זאת כל עוד האשה לא קבעה את המציאות של גירושין, מציאות הנובעת מתביעתה להתגרש. דוגמא קיצונית לעיקרון זה מצויה במסכת יבמות דף סג ע"ב. על הפסוק באיכה "נתנני ה' בידי לא אוכל קום", "אמר רב חסדא אמר מר עוקבא בר חיאי, זו אשה רעה וכתובתה מרובה".

ונציין לספר התשב"ץ חלק חוט המשולש (טור א' סי' נד) שכתב שאשה רעה הנוכרת בדברי מר עוקבא בר חיאי, היא אשה שאינה רעה כלפי שמים אלא רעה לבעלה, שלא זכה שאשתו תהיה עזר כנגדו והיא פועלת כנגדו. וז"ל חוט המשולש:

"בודאי דהאי אשה רעה דקאמרי רבנן ז"ל, לאו רעה בעיני שמיא היא, בעובדין דלאו כדאורייתא. דאי הכי הוה, יכיל גברא למיפטר, אע"ג דלא אית ליה כתובתה ... דריעותא דאית בה, היינו ריעותא עם בעלה, דלא מותבא לה אדעתיה, ועובדין דידה לא אינן כרעותיה. ואשה רעה דאמרי רבנן מצוה לגרשה, היינו רעה בעיני שמים ... אבל אי אינתתא דא, אזלא באורחין דאורייתא, אע"ג דהיא רעה לגבי בעלה, תהוי עמיה כלהו יומיה כדאמרי רבנן (יבמות ס"ג ע"א) זכה כנגדו לא זכה מנגדתו. דאי לא אית ליה חילא למיהב לה כתובתה דידה ... עליו נאמר נתנני ה' וכו' ולא אית לזו לבי דינא רשותא למיכרחא למיפק בלא כתובה".

על כן, אם הבעל מוכיח שהאשה אינה מתאימה לו ואינה שומעת בקולו, ואינה עוד "עזר" אלא "כנגדו", ומוגדרת כאשה רעה לבעלה, עדיין אין זו עילה להפסידה כתובתה.

וכן מצינו שאשה המקניטה את בעלה וכתוצאה מכך הבעל מבקש לגרשה, לא הפסידה כתובה ותוספת כתובה. אמנם בכל המקרים הללו, פשיטא שבית הדין יורה לה לנהוג בדרך אחרת, ויעשה מאמץ להדריכה בדרך ישרה, הן ישירות והן באמצעות אדם מתאים, אך אין לכך השלכה על זכותה לתשלום הכתובה.

ולחלן מדברי הראשונים שכתבו שאף אם האשה הקניטה את בעלה ועקב כך הבעל החליט להתגרש, לא הפסידה כתובתה ותוספת כתובה, כל עוד לא נקבע מעמדה כמורדת המפסידה כתובתה.

יושלם בירור התביעה לבחון מה הן מקורות המימון לתשלום הכתובה, שבה נקוב סך 52,000 דולר.

בביתם, עוד קודם הפירוד משתמעת כטענת "מאיס עלי". על כן הצדדים יזומנו לדיון שבו יסודר הגט, ולאחר הגירושים

### סימן לד

## פסיקת "דינא דמתיבתא" והשלכות הנובעות מפסיקה זו

ודברי הב"ח ברורים, מאחר שבדינא דמתיבתא אין מוזכרת המתנת י"ב חודש, עיין ברי"ף פרק אע"פ: "האידינא בבי דינא דמתיבתא הכי דייני במורדת, כד אתיא ואמרה לא בעינא ליה להאי גברא, נתיב לי גיטא, יהיב לה גיטא לאלתר". וכן כתב החזו"א אה"ע סי' סט סק"ה.

ביחס לסוג המאיסות המצדיקה לדון דינא דמתיבתא, החלקת מחוקק ס"ק כה, כתב:

"אבל בנותנת אמתלא מבוררת וניכרת לבית דין שכנים דכריה שראוי לה למאוס, אז על זה תקנו הגאונים שלא לדון בדין התלמוד",

וכן בב"ש ס"ק כז.

ובשו"ת חמדת שלמה חלק אה"ע סי' נח ס"ק יב כתב שהגם שבדין התלמוד נידונה כטוענת מאיס עלי, גם כשמאסה בו עקב קטנות וכיוצא"ב, "אבל מ"מ לדינא דמתיבתא שתקנו תקנת בנות ישראל, י"ל שפיר דלא תקנו רק היכא שמעשיו מקולקלין, כאותן שהזכירו הפוסקים".

ובתשובת בית אפרים המובאת להלן, הגדיר זאת:

"שחכמי העיר יכירו וידעו שמחמת מעשים אלו ראוי הוא למאוס בו".

ובספר עזר מקודש אבן העזר סי' עז כתב על דברי הרמ"א, שגדר המאיסות על מנת לדון דינא דמתיבתא, פחותה מגדר טענת מאיס עלי המביאה את בית הדין לכפות גט אליבא דשיטת הרמב"ם, וז"ל:

"אבל בנותנת אמתלא. אודות טענות מאוס עלי רצה אחד להתעקש שהכוונה דוקא כשהוא מאוס עליה בהחלט בגדר מיאוס, מה שאין כן אשה שהרחיק בעלה ממנה עם כל מעותיהם למדינה אחרת לרחוק ותפסוהו בדרך גם ה' ערך רבע שנה שפירש ממנה במרד, ואחר כך דרו כאחד והיו ביניהם סכסוכים ואחר כך הרחיק כנ"ל, וטוענת היא שמתיראת להתערב עמו, וכי לעולם ידורו בין אנשים שישמרו מעותיהם ואשר להם שלא יברח עמם ומפיו נשמע שכמו שעשה כנ"ל כשהיו לו ב' ילדות קטנות כן יעשה גם כשהיה לו ילדים רבים, והיא טוענת לא בעינא גם כתובה. הנה גם שלשון הרמב"ם ז"ל שאינה כשבויה כו' לשנאוי לה וכן הובא בטור ופוסקים ז"ל בשמו מכל מקום נראה שבאמתלא ברורה כנ"ל הוה ליה כשנאה כבושה. וגם אם נימא שאין כופין לגרש בכזה גם להרמב"ם ז"ל, מכל מקום לגבי דינא דמתיבתא פשיטא שאין צריך גדר מיאוס דוקא, רק כל שאומרת לא בעינא לא ליה ולא הכתובה באמתלא ברורה, גם מעוטה מכנ"ל, ידה על העליונה".

בין הצדדים התקיימו דיונים לבירור תביעת האשה לגירושים. האשה עזבה את הבית עקב טענות קשות וחמורות ביחס לבעל, והבעל נותר בבית הרשום על שם האשה בלבד. לאחר שלושה דיונים במעמד שני הצדדים, ניתנה החלטה כדלהלן:

א. ביחס לתביעת הגירושים, התובעת מבקשת שעל יסוד טענותיה, בית הדין יפסוק לחייב את הבעל בגירושים ואף לכפות אותו בגט. מאידך, הבעל מבקש לדחות את התביעה, ולהורות על חזרה לשלום בית, וטוען שהאשה מושפעת מאנשים אחרים.

טרם הושלם הדיון לבירור התביעה לחייב או לכפות את הגירושים, כמבוקש על ידי האשה, ולכן בעת הזו בית הדין טרם פסק בשאלת חיוב הגט או כפיית הגט. פסק הדין יינתן לאחר השלמת בירור התביעה.

אך בלא לגרוע מהאמור, ועל יסוד מכלול הטענות שהאשה הציגה בדיונים ולאחר שמיעת הצדדים בשלושת הדיונים, ניתן לקבוע בבירור שהאשה מאסה בבעלה.

במסגרת הנוכחית, אין מקום לפרט את מכלול הטענות, אלא די לציין שבית הדין קבע שבפנינו אשה הטוענת "מאיס עלי", כשבדיונים האשה כבר פירטה את האמתלאות.

הרמ"א אה"ע סי' ע"ז ס"ג פסק להלכה את דינא דמתיבתא, וכתב:

"אבל בנותנת אמתלא לדבריה, כגון שאומרת שאינו הולך בדרך ישרה ומכלה ממונו וכיוצא בזה, אז דיינינן ליה כדינא שתקנו הגאונים ונקרא דינא דמתיבתא".

מקור פסק הרמ"א בראשונים. עיין הגהות מיימוניות הלכות אישות פרק יד שכתב:

"וכ"פ מורי רבינו שיחיה בתשובה שאין בטענתה ממש א"כ נותנת אמתלא לדבריה וטענה הנראית לחכמי המקום למה הוא מאיס עליה, שברצון היתה נשאת תחתיו לולא זה הדבר שטוענת ואומרת שממאיסו עליה".

הרי שטענה שבה האשה מייחסת לבעל "שאינו הולך בדרך ישרה, ומכלה ממונו, וכיוצא בזה", היא עילה מספיקה לטענת מאיס עלי, ועל יסוד טענה כזו דנים כדינא דמתיבתא. בדינא דמתיבתא אין הלכה המורה להשהות י"ב חודש, וכמו שכתב הב"ח אבן העזר סי' עז:

"מתוך תשובת מהר"ם נראה שגם הוא פוסק כר"ת דלדין התלמוד דמשהינן לה י"ב חדש באומרת מאיס עלי הוא, אבל לדינא דמתיבתא דדיינינן השתא בטלה השהייה, ויהיב לה לאלתר אם רוצה הבעל".

עדים אין נראה כלל, ועיקר כהב"ח בזה. ומה שדקדק הח"מ מלשון הג"מ בשם מהר"מ שכתב אמתלא מבוררת וניכרת לטובי העיר וחכמיה למה הוא מאיס עליה, אין ג"ל דקדוק כלל שכוונתו שחכמי העיר יכירו וידעו שמחמת מעשים אלו ראוי הוא למאוס בו שלפעמים אף עפ"י שנותנת אמתלא שמחמת זה מואסת בו מ"מ אינם רק מילי דכדי דבטלה דעתה אצל כל אדם".

וכן העלה בשו"ת פרי תבואה סי' מט.

ובתשובת חוט המשולש (להגר"ח מוולוז'ין זצ"ל) סי' ב' פסק שדנים דינא דמתיבתא אף באמתלא שאינה מבוררת, כל עוד אין לחוש לערמה, וז"ל:

"וכ"כ מההרי"ק להדיא שורש כ"ט וז"ל דהא ודאי לדעת הרי"ף והגאונים דאית להו דכופין אותו להוציא במורדת דמאיס עליה ואפילו בלי שום טענה כי היכי דלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה כו' אבל לדברי רבינו יעקב דפסק דאין כופין כו' וכ"מ בש"פ דתקנתא דמתיבתא היא אף בלא אמתלא אף לענין הכפי' וכ"ש בענין הממון רק מהר"ם מרוטנבורג הוא שהתחיל להחרים ולחוש לערמה אף בענין הממון היינו אם נראה שיש חשש ערמה בדברי' אבל אם מראה איזו טענה בריאה וטובה לפ"ד אף שאינה יכולה לברר טענתה.

וכ"כ הרא"ש בתשובה (כלל מ"ג סי' ס"ו) הובא רוב דבריו גם בב"י ... והיינו שפוסק בענין הכפי' כר"ת כמ"ש סי' ח' שנראין דברי ר"ת וראיותיו עקרים, אבל מ"מ דינא דמתיבתא נראה גם מדבריו שהיא אף בלא אמתלא, וכן הוא בהדיא בתשובת מהר"ם וכו' עד ואפילו הכי השיב מהר"ם להחזיר לה מה שהכניסה והיינו כדעת הב"ח הנ"ל...

היוצא מכל מה שכתבתי לדינא דמתיבתא הוא להוציא ממנו אף שלא בשעת הגט ואף באמתלא שאינה מבוררת אם לא שיש לחוש לערמה ואז אין נותנין לה כלום אא"כ תפסה למזונותיה ממה שהכניסה".

עד כאן מתשובת הגר"ח זצ"ל, והביאו הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל בכמה פסקי דין, ומדבריו עולה שנקט להלכה כוותיה, עיין פד"ר ח"ב עמ' 5-6 שהודפס בקובץ תשובות ח"א סי' קע"ד) וכן בקובץ תשובות חלק א' סי' קע. ובפד"ר ח"ד עמ' 180-181 (בקובץ תשובות חלק א סימן קצ"ז), כתב:

"והנה כבר בהודמנויות שונות הבאנו מ"ש בתשובת חוט המשולש להגר"ח מוולוז'ין ז"ל סי' כ' (ראה פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל כרך ב' חוברת 1 עמ' 6 וחוברת 9 עמ' 267-268) ולרגל הדיון הזה נסתפק בהבאת דבריו בקיצור. וזו לשונו: ... הוא הכה אותה וכ"כ עשה צער ובזיון עד שסוף הדברים אומרת מאיס עלי והבעל ח"ו לא נגעתי בה, הרי להדיא דעובדא היה שלא יכולה לברר האמתלא שהרי כיחש לה ואדרבה הוא אומר מי יעץ לה... ואפ"ה השיב להחזיר מה שהכניסה... היוצא מכל מה שכתבתי לדינא דמתיבתא הוא להוציא ממנו אף שלא בשעת הגט ואף באמתלא שאינה מבוררת".

וכן בקובץ התשובות להגרי"ש אלישיב זצ"ל חלק ב' סי' קעח.

ויצוין לפד"ר חלק יא עמוד 94 בפס"ד מבית הדין ת"א שכתב הגר"ח ג צימבליסט שליט"א:

"כיון שאמרה האשה בפנינו שאינה יכולה לעשות שלום בית בשום פנים, ומעדיפה להתאבד מאשר להשלים עמו, יש לראות בזה כאילו אמרה מאיס עלי, וכאשר בארנו בפס"ד שבכרך ט' עמ' 182 שכל שמסרכת בכל תוקף לחזור אליו, אף שלא אמרה את הלשון מאיס עלי, דינה כמורדת דמאיס עלי עיין שם. והנה כמורדת מסוג זה כתב הרמ"א באה"ע סי' ע"ז ס"ג שדנים בה דינא דמתיבתא, והיינו שהבעל צריך להחזיר לה כל מה שהכניסה לו בנדונייתה, וכל שכן את נכסי המלוג שלה, ועי' בשבות יעקב ח"א סי' ק"ח ובחוט המשולש להגר"ח מוולוז'ין סי' ב' שהעלו דמוציאים ממנו את הנכסים עוד לפני הגט (ודלא כהטורי זהב ובית שמואל) וכ"כ בחזון איש סי' ס"ט סק"ט. וא"כ ה"ה בנידוננו יש להוציאו מן הקיוסק אף לפני הגט".

גם בנידון שבפנינו האשה חוזרת על דבריה שהיא מעדיפה למות מאשר לחזור לגור עם הבעל, ושוללת מכל וכל חלופה של חזרה לשלום בית.

ביחס לטיבה של האמתלא, במקור ההלכה בתשובת מהר"ם כתב:

"נותנת אמתלא לדבריה וטענה הנראית לחכמי המקום למה הוא מאיס עליה".

וכתב הב"ח בדיני מאיס עלי בקצרה:

"אם נותנת אמתלא לדבריה וטענה הנראית לחכמי המקום למה הוא מאיס עליה שברצון היתה נשאת תחתיו לולא זה הדבר שטוענת ואומרת שממאיס עליה והיא טוענת בכרי שכך הוא, אף על פי שאינה יכולה לברר כלל אפילו ע"י עד אחד".

אך בחלקת מחוקק בסוף סי' עז, השיג על הב"ח וכתב:

"מ"ש בסעיף ב' והיא טוענת בכרי שכך הוא אף על פי שאינה יכולה לברר כלל וכו', ואז לאחר השבועה או החרם דיינין לה בדינא דמתיבתא דנותנין לה כל מה שהכניסה לו ואפילו מה שתפס הוא מוציאין מידו וכו', קשה דאיך תוכל להוציא ממנו במה שטוענת ברי, אם הוא טוען להפך ברי ששקר הוא, ומאחר שאינה יכולה לברר דבריה איך נאמין לה ומהר"מ בהגהות מרדכי ... כתב בזה הלשון, אין בטענת מורדת ממש עד שתתן אמתלא נראית וניכרת לטובי העיר וחכמיה וכו', משמע דלאו בדידה תליא מילתא רק לחכמי העיר הדבר מסור, ולא לה. דאל"כ כל אשה תוכל לומר מום שבסתר ותטעון ברי. וכ"כ התוס' בכתובות פרק אף על פי דף ס"ג ע"ב בד"ה אבל אמרה מאיס עלי וכו', דאף לדין התלמוד לא מצי למטען מאיס עלי אלא היכא דאיכא רגלים לדבר, משמע דלאו מפיה אנו חיים".

והסכים עמו הב"ש בדיני מורדת בקצרה שכתב:

"וכל זה איירי כשביררה טענה שלה למה הוא מאיס לה ואם א"י לברר ע"פ עדים הוי טענה שאינו ברורה כמ"ש בסמוך. ח"מ."

אך הבית אפרים בתשובה אה"ע סי' קכו, הכריע כב"ח, וכתב:

"ועוד נראה דמ"ש הח"מ והב"ש דבעינן שתהיה מבוררת ע"י



"ונראה נכסי מלוג לא הפסידה אפי' בטענה שקר, וכן משמע בתרומת הדשן סי' ר"ך".

ובדיני מורדת בקצרה חזר הב"ש על הלכה זו וכתב:

"אם נראה דטענתה שקר הוא, מוציאים ממנה נצ"ב ונותנים לו, אבל נכסי מלוג אפילו אם תפס הוא מוציאים ממנו ונותנים לה, ובשאר דינים נראה דדינה כמו מורדת בעינא ליה ומצערנא".

וכן הב"ש בסי' קסה סק"ט חזר על דבריו, ולא מצינו מי שחולק על הב"ש בהלכה זו, ופשיטא שהלכה זו אף לפני הגירושין, דלאחר הגירושין אין צריך לפנים שהם שלה.

עוד ראוי להתייחס לטענת אחד הדיינים, שסבר שיש לקבוע את מעמדה של האשה כטוענת טענת מאיס עלי רק אם המאיסות בלתי הפיכה, שאם לא כן, דנים אותה כמורדת בעינא ומצערנא ליה, אך דבריו אינם מחוורים. שהרי יש מרבתינו הראשונים שפרשו את התקנה לשהיית י"ב חודש שנקבעה בדינא דגמרא, כתקנה שנאמרה ביחס לאשה האומרת מאיס עלי, וטעם התקנה פרש רש"י: "אולי תחזור בה". הראשונים שפרשו תקנת שהיית י"ב חודש באומרת מאיס עלי, הם הרא"ש מסכת כתובות פרק ה סימן לד, שכתב:

"משהינן לה תריסר ירחי שתא ולית לה מזוני מבעל. תקנה זו נעשית בימי האמוראים האחרונים כאשר ראו כי גבהו בנות ישראל ודעתם זחה עליהם וכאשר היה להם כעס עם בעליהן היו אומרות לא בעינא ליה, והבעל מגרשה מיד כיון שפטרותו מכתובתה, ושוב היו הנשים מתחרטות, תקנו שתשהה שנה ואם יגרשנה בתוך השנה שלא תהא מחילתה מחילה ויצטרך ליתן לה כתובה, אולי יתפייסו בתוך השנה, וכיון שתקנו כך לאומרת מאיס עלי שהיתה ראויה להתגרש מיד בלא כפייה, כל שכן למורדת".

וכן שיטת ר"ת, שהביא הב"ח סי' עז (עמ' פח בהוצאות מכון ירושלים), ושיטת הטור אה"ע סי' עז. והר"ן על הרי"ף במסכת כתובות פרק ה בסוגית מורדת, כתב:

"אבל האומרת מאיס עלי כיון שאינה מתכוונת לצער אותו אלא שהיה מאיס עליה כי הדרא בה הא חזינא דלא מאיס עליה וכבר כתבתי מה שנראה לי דהאומרת מאיס עלי אינה מפסדת כלום, אבל לדברי האומר מפסדת, נ"ל שאין בידה לחזור דאגיטא בלבד הוא שמשנהין אותה לפי שחכמים מחזרין שלא יבא הדבר לידי גט ושמא יעשו סעודה ויתפייסו ויכתוב בעל כתובה מדעתו, הא אם לא רצה ודאי הפסידתה".

ויעויין בתשובת בחוט המשולש ח"א סי' ב' להגר"ח זצ"ל כתב שמעשים בכל יום שקיימת טענת מאיס עלי, ולאחר מכן יתכן האשה חוזרת בה, ודן בשאלת החובה לכתוב כתובה חדשה, אך היה לו ברור שבחזרתה לא נעקר מעמדה למפרע.

הרי מבואר בראשונים שאין בהגדרת "מאיס עלי", תנאי שזו מציאות בלתי הפיכה, אלא להיפך, מדינא דגמרא תקנו להשהות י"ב חודש לפי מקצת מהראשונים, כדי שאולי יתפייסו, כי בהגדרת מאיס עלי, אין הכרח שזו מאיסות בלתי

סיכומו של דבר, אליבא דהב"ח הבית אפרים תשובת פרי תבואה ותשובת הגר"ח בחוט המשולש, שפסקו כוותיה בפסקי הדין הנוכרים בנידון דנן דנים דינא דמתיבתא, המבואר ברמ"א סי' ע"ז ס"ג, ובלא המתנת י"ב חודש.

אמנם במכלול התביעות התלויות ועומדות בפנינו קיימת התביעה לכתובה, והב"ש בדיני מורדת בקצרה כתב:

"או שאמרה מאיס עלי ותובעת הכתובה, בזו ליתא דינא דמתיבתא אלא דינא דש"ס".

אך יצוין שמלבד התיק לכתובה שנפתח במזכירות בתחילת ההליך, תביעה זו לתשלום הכתובה כלל לא עלתה לדיון ולא הוזכרה בדיונים, ונראה שהאשה אינה מתייחסת לנושא הכתובה. מלבד זאת, בתשובת חמדת שלמה אה"ע סי' נח סק"ו, לא הסכים עם הב"ש, וכתב:

"והמעייין בתשובת הרא"ש בדיני מורדת כתב להדיא שאף בתובעת כתובתה איתא לדינא דמתיבתא. והטעם נראה פשוט, כיון דצריכה לברר דבריה וצריך להיות אמתלא הניכרת דבשבילה ראוי להיות מאיס בעיניה, ע"כ אף בתובעת כתובתה מהני, כיון דניכרים דברי אמת שראוי להיות מאיס בעיניה, וצ"ע על הב"ש וכן מורה פשט הלשון של הרמ"א".

וכן החזו"ן איש אה"ע סי' טט ס"ק טז כתב על דברי הב"ש:

"וכבר כתבנו לעיל סק"ד דכל שמתאמת דבריה, וכההיא דדין א' שכתב הב"ש לקמן באומרת מאיס עלי לא הפסידה כלום במה שתובעת גם כתובה. וכל הפוסקים לא הזכירו תנאי זה, והעיקר תלוי לפי ראות עיני הדיינים אם יש ריעותא במאי דתבעה כתובה, אבל אם נראין הדברים דמ"ע, אלא שמבקשת כתובה כדי שתוכל להתפרנס, ולמה לה לותר על שלה כיון שחייב לה כתובה, אינה מפסדת בתביעתה, וכש"כ באומרת שיתנו לה כפי הדין המגיע לה שלא הפסידה בכך".

על כן בנידון זה, שבדיונים שהתקיימו בבית הדין האשה או בא כוחה לא הזכירו מתביעת הכתובה, אלא רק בכתב התביעה הדבר צוין, ומדברי האשה נראה שאינה עומדת על תביעת הכתובה, ובכה"ג מסתבר שאף הב"ש אינו סובר שלא תידון בדינא דמתיבתא.

עוד יצוין לתשובת מהרלב"ח סי' לו, שהובא בפסקי הדין של הגרי"ש אלישיב זצ"ל הנוכרים, שכתב את המשמעות של פסיקת ההלכה כדינא דמתיבתא, וז"ל:

"מכל מקום בחייה דינם שוה, וכי היכי דלדינא דמתיבתא אין לבעל עוד רשות על נכסיה בחייה הכי נמי לדעת הרא"ש. וכי היכי דנעקר האישות מביניהם לענין שאין לה עליו עוד כתובה ולא שום תנאי כתובה, הכי נמי אין לבעל עוד עליה בחייה ולא על נכסיה, שום רשות".

עוד יצוין, הבעל טוען שלימדו את האשה לשקר ומכך נובעות טענותיה, ולפי טענתו אין לדון דינא דמתיבתא, וזאת עפ"י המבואר ברמ"א ובח"מ ובב"ש במקרה שלימדוה לשקר. אך יצוין למש"כ הבית שמואל ס"ק כז, שככל שהדבר נוגע לפירות נכסי מלוג, אין נפקא מינה בשלושת החלוקות הנוכרות בפוסקים ובכל גווני נכסי מלוג שלה, וז"ל:

ואכן בפסקי דין רבים בפד"ר, קבעו שלא לפסוק חיוב גירושין במאוס עלי לרבות כשהאמתלא מבוררת, ראה כרך ז' עמ' 4-5, כרך ו' עמ' 223-224, כרך יב עמ' 103 וכן מעמ' 324, ובפד"ר חלק ב' עמ' 194 (ד"ה אלא שגם), וכן בספר עטרת שלמה (להגרש"ש קרליץ זצ"ל) ח"א סי' לב סק"ו. וכ"כ בדעת ר"ת הגאון רח"ג צימבליסט שליט"א בספר "שורת הדין" ח"ה עמ' רלא, וכתב:

"וכבר נהיגי עלמא כדעת ר"ת ורוב הפוסקים שגם אין מחייבים אותו לגרש, אלא משתדלים ומשדלים אותו שיתן גט".

וכן דעת הגאון רבי י"ש אלישיב זצ"ל בפד"ר כרך י"ח עמ' 24 (סעיף ו'), וכן בפד"ר כרך ט' עמ' 96 ובקובץ תשובות ח"א סי' קעד. וכן בפסק דינו שניתן בבית הדין הגדול ערער י"ט/191 שהתפרסם בספר משפט איש (כרך תשי"ח-תשי"ט) עמ' קעד-קעז. באותו נידון בית הדין האזורי בת"א דחה את תביעת האשה לחיוב הבעל בגירושין בנסיבות של "מאוס עלי", ובפסק דינו של בית הדין הגדול מיום ו' אייר תש"ך בהרכב הרבנים הגאונים נ"ע הגרי"מ בן מנחם זצ"ל הגר"ע הדאיא זצ"ל והגרי"ש אלישיב זצ"ל, אישרו את פסק הדין וכתבו:

"אף שלדעתנו צודק בית הדין בפסק דינו המעורער שקבע שאין לחייב את הבעל לפטור את אשתו בגט פיטורין, בכל זאת אנו מוצאים שאין יסוד לערעורו הנגדי של המשיב לחייב את האשה לחיים משותפים עם הבעל... דעתנו כי אחר שהאשה באה בטענה שלא יכולה בשום אופן לשאתו, ושאי אפשר שיהיו בינם חיים משותפים שבין איש לאשתו וכמובא בחומר שבתיקים, ואחר שזה כבר שנים רבות שחיים בפרוד והיחסים שביניהם מתוחים מאד בלי להיכנס כעת לקבוע מי היה הגורם לכך בראשונה, ניתן לומר שכל עוד שלא חלה מהפכה טבעית בהרגשותיה של האשה לבעלה, היא בדין אשה הטוענת "מאוס עלי" באמתלא בעקבות הסכסוכים והמתחות מזמן רב שביניהם, וכשכזה כותב הרמ"א בסימן ע"ז סעיף ג' וזהו בטור בשם תשובת מוהר"ם ד"אין כופין אותו לגרש אותה ולא להיות אצלו".

מדבריהם יש ללמוד גם לנידון דנן.

למרות כל האמור, ניתן להורות שמצוה על הבעל לגרש, פסיקה שיסודה בתשובת תרומת הדשן, חלק פסקים וכתבים סי' נח שכתב:

"מי שנשבע בנקיטת חפץ שלא לגרש את אשתו, אי שרי להתיר לו. נראה דאם הוא גט מצוה, כגון משום דבר ערוה, או אי אמרה מאוס עלי, וכה"ג, אין להחמיר".

הרי שהיה לתרומת הדשן פשוט שבנידון של טוענת "מאוס עלי" מצוה לגרשה, אף שאין חיוב גירושין. וכן פסק הגר"מ אליהו זצ"ל (משפטי שאול סי' כ):

"אע"פ שאין אנו דנים בזה כהרמב"ם שכופין, אבל שמצוה לגרשה ולא לעגן בת ישראל דין הוא". וכן הגאון רח"ג צימבליסט שליט"א בספר "שורת הדין" ח"ה עמ' רלא כתב בדעת ר"ת שהורה על הרחקות, מפני שמצוה לגרשה.

הפיקה, ויתכן שתסור המאוסות מלבה כשיתפייסו, אע"פ כן בדינא דמתיבתא תקנו שלא להשהות י"ב חודש, ודנים בה תקנת מתיבתא.

לכן אם האשה שמאסה בבעלה, מתנה את הפיוס בתיקון יסודי של הבעל, והבעל סירב, ומשום כך נותרה במאוסותה, וכי יעלה על הדעת שנשללה בכך מעמדה כטוענת מאוס עלי, בראשונים אנו רואים להיפך.

**מוסקנה:** כעת לאחר הדיונים שבו האשה התובעת הציגה את הראיות לחיזוק טענתה שמאסה בבעלה, גם בטרם הושלם בירור המשקל הראייתי שבחומר ביחס לפסיקת חיוב הגירושין, עכ"פ די בחומר זה לבסס את טענת מאוס עלי שבפי האשה, ככל שהדבר נוגע להחלטה לדון את דינם של הצדדים שהם מבני אשכנז היוצאים ביד רמ"א, כדינא דמתיבתא. מאחר שאליבא דשיטת הב"ח והבית אפרים ופרי תבואה מעמדה של האשה כטוענת מאוס עלי באמתלא, מספיקה לדון דינא דמתיבתא, ועפ"י שיטת הגר"ח בחוט המשולש, שבפסקי הדין הנזכרים ראו בו שיטה עיקרית, אין צורך באמתלא מבוררת, ודי בכך שאין לחוש שמערמת.

גם אליבא דשיטת הח"מ והב"ש, בנסיבות שהוצגו עד כה, יתכן שניתן לדון דינא דמתיבתא באמתלא מבוררת, אך גם אם הדברים אינם ברורים אליבא דשיטה זו, עכ"פ ככל שהדבר נוגע לענין זכותו של הבעל לפירות נכסי מלוג, נשללה זכותו של הבעל, כמבואר בב"ש ס"ק כז ובדבריו בדיני מורדת בקצרה.

כמו כן אין מורים לאשה לשוב לשלום בית כמבואר ברמ"א סי' ע"ז ס"ג. ומאחר שנוכחנו שהאשה מאד נחרצת בעמדתה השוללת חזרה לשלום בית, ואין צפויה חזרה לשלום בית, אנו מודיעים בזאת לבעל כי מן הראוי ומן הנחוץ להשלים את ההליך בגירושין גם בהיעדר פסיקת חיוב גירושין.

אך יובהר: בעת הזו וכל עוד לא התבררו עילות לחיוב או לכפיית הגט, אין מחייבים את הגירושין על יסוד טענת מאוס עלי לרבות באמתלא מבוררת בלבד, וכדעת ר"ת שהובא בשיטה מקובצת במסכת כתובות דף סד עמוד א'. זאת מאחר שפסיקה המורה לבעל שחובה עליו לתת גט, ושם לא יתן גט יחשב עבריין על דברי חכמים, חייבת להתבסס על תקנת חכמים לחיוב הגירושין, אך תקנה כזו אינה נמצאת בש"ס ופוסקים.

ואכן, בשולחן ערוך אה"ע סי' סז סעיף ב' לא הסכים לכפיית הגירושין על הבעל וגם לא הזכיר דבר מחיוב הגירושין, וכן עולה מסתימת דברי הרמ"א סעיף ג' שכתב ביחס לטוענת מאוס עלי ונתנת אמתלא לדבריה: "ואין כופין אותו לגרש, ולא אותה להיות אצלו". וכן העלה הבית אפרים בתשובה חלק אבן העזר סי' קכט, וכן החזון איש אבן העזר סי' סט ס"ק א כתב:

"אבל אחרי שהוכרע שאין כופין אותו אפילו במילי ולא מחייבין ליה לגרשה...", ובסוף סק"ה כתב שאין כופין לגרש במאוס עלי באמתלא מבוררת.

ובנידון שם העלו, ביחס לבני אשכנז היוצאים ביד רמ"א שפסק דינא דמתיתבתא, שיש להוציאו מהקיוסק אף לפני הגט, מאחר שכבר אין לבעל זכאות לנכסי מלוג.

עוד יצוין, גם בלא פסיקת דינא דמתיתבתא ובלא האמור לעיל, בנידון זה שאין הצדדים יכולים לגור תחת אותה קורת גג, ומהטעמים המפורטים לעיל, מאחר שהאשה מוחזקת שהדירה הרשומה על שמה, היא שלה בלבד, והיא תובעת לממש את זכותה לגור בדירה, ובעת הזו הבעל יכול לבוא רק מכח הטענה לזכותו לפירות, מאחר שעפ"י דין, הפירות של הבעל לרווח ביתא בלבד, הרי שבנידון דנן שהאשה נאלצה לצאת מהבית בנסיבות שהובהרו בדיונים, אין מתקיים בפירות נסי מלוג רווח ביתא.

במסכת כתובות דף פ ע"ב, מבואר שפירות נכסי מלוג ניתנו לבעל לצורך רווח ביתא, ובאר רש"י:

"משום רווח ביתא - שיכניס הפירות לביתו ויהא מזון הבית מצוי ויטיב לה".

ובשיטה מקובצת (כתובות שם) בשם רבינו יהונתן הכהן כתוב בזה הלשון:

"רווח ביתא כלומר שיהו שניהן מתפרנסין בכבוד יחד מן הפירות שיצאו מהן בכל יום ויום".

ובפד"ר חלק ב' עמ' 276 בפסק דין שכתב הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל, נכתב:

"אכן, לכאורה יש לדון דהרי אמרינן בכתובות פ' ע"א: כי תקינו ליה רבנן פירות לבעל משום רווח ביתא ופירש רש"י: שיכניס הפירות לביתו דיהא המזון מצוי ויטיב לה, הרי מבואר דזכות הבעל בפירות נכסי מלוג הוא לא רק לטובתו הוא אלא שזה לטובת הבית כולו שיהא המזון מצוי ויטיב לה. וכן כתב שם בשיטה מקובצת: כי תקינו רבנן פירות לבעל תחת פרקונה דוקא היכא דאיכא רווח ביתא כלומר שיהיו שניהם מתפרנסין בכבוד יחד מן הפירות שיצאו מהן בכל יום ויום... לפי זה יתכן לומר שרווח ביתא שייך רק כשיש לבעל ולאשה בית משותף וחיים משותפים ושניהם מתפרנסין ביחד, אבל במקרה שהבעל גירש את אשתו מביתו או שעזב אותה באשמתו לא תקינו לו זכות בפירות נכסי מלוג שלה כיון שאין זה לרווח ביתא. וגם לדעת הר"ן והרא"ש שהמורד יש לו פירות היינו אם הוא מורד בה רק מחיי אישות אבל הוא גר עמה בבית אחד ומתנהג עמה לכל יתר הדברים כבעל ואשה, אבל כשאינו גר עמה בבית אחד אין לו זכות בפירות נכסי מלוג שלה שהרי אין כאן משום רווח ביתא. ואם כי אין לנו ראיה לדבר אבל זכר לדבר יש לנו דכתב בחדושי הריטב"א בכתובות דף ק"ג ע"א: ואפילו לדברי האומר שיש מזונות למורדת גמורה התם יושבת עמו בבית שמצערותו מתשמיש... אבל כשאינה יושבת עמו... אין לה דין מזונות. הרי מבואר דאף להאומר שמורדת יש לה מזונות זה רק כשיושבת עמו בבית אבל כשאינה יושבת עמו אין לה דין מזונות. א"כ הכא נמי יש לומר דאף להאומרים דמורד יש לו פירות נכסי מלוג זה רק כשיושב עמה בבית והפירות הוא לרווח ביתא של ביתם

ב. דירת המגורים שבה הצדדים גרו יחד עד לפירוד, רשומה על שם האשה בלבד. הגם שטרם הושלם בירור הטענות אודות הבעלות על הדירה, ובמסגרת ההחלטה הנוכחית, ובטרם השלמת בירור התביעות בנידון, בית הדין אינו פוסק את הפסיקה הסופית בנידון, אך עד להשלמת הבירור, במצב הנוכחי האשה מוחזקת שדירה זו שייכת לה באופן בלעדי, בהתאם לרישום, וכמ"ש בספר ישכיל עבדי חלק ה' חח"מ סי' יא סק"י, ובפסקי דין רבים נוספים, ועל כן זכות המגורים הבלעדית בדירה היא של האשה בלבד.

אמנם הבעל טען לזכותו בפירות נכסי מלוג של האשה, אך כאמור עם פסיקת ההלכה של דינא דמתיתבתא, מתקיים פסק הרמ"א שהורה:

"ונכסי מלוג שלה, אם הם בעין או דבר הבא מכחם, נוטלתן".

ובפד"ר חלק יח בעמוד 298, כתבו:

"ועוד יש לזכות את האשה במחצית הדירה מיד מדינא דמתיתבתא שהביא הרמ"א בסימן ע"ז שהאשה לוקחת מה שהביאה והוכיח החוט המשולש בסימן ג' דמדינא דמתיתבתא האשה זוכה מיד עוד לפני הגט, ואפילו באמתלא שאינה מבוררת".

ובפד"ר חלק ט עמוד 136 התייחסו לנידון הקרוב מאד לנידון דנן, וכתבו:

"הצדדים בעל ואשה התדיינו בתביעת האשה לגירושין בפני כב' ביה"ד בחיפה. התיק הובא לפנינו בגלגולו האחרון לאחר מתן פסק דין על ידי כב' ביה"ד שדן בענין וכב' ביה"ד הגדול לפיו: מקבלים טענת האשה שהבעל מאוס עליה וחל הדין של דינא דמתיתבתא וזכאית לקבל לזכותה הבלעדית נכסי מלוג שלה, ומאחר שהדירה בה גרים הצדדים רשומה על שם האשה בלבד ובזמנו נתקבלו סכומים ניכרים מקרוביה בארה"ב למימון דמי המפתח על הדירה, לכן יש להניח שאכן הדירה היא רכושה הבלעדי, ועל כן על הבעל לעזוב את הדירה. פסק דין האמור בוצע, והבעל הוצא מהדירה".

וכן בפד"ר חלק יא, הנזכר לעיל, הדיון היה אודות קיוסק שהבעל רשם על שם האשה, וכתבו בעמ' 91:

"ראשית כל, יש לעיין מי הוא עכשיו בעל הקיוסק. ונראה שכיון שהבעל כבר העביר את הקיוסק על שמה, הרי עכשיו היא בעלת הקיוסק, שאפילו אם נאמר שבשנים הקודמות כשהיא העבירתו על שמו היה הקיוסק שלו, כי יש לראות את ההעברה על שמו כמתנה שנתנה לו, הרי עכשיו כשחזר ורשמו על שמה, הרי זו מתנה שנתן הוא לה... שהרי ההסכם היה שיעביר הקיוסק על שמה, ומה גם שכבר עשה מעשה וכבר העביר הקיוסק על שמה, בודאי אינו יכול לדרוש שתעבירונו בחזרה על שמו. ויש להוסיף עוד שהעברתו על שמה, לא נעשתה על ידו מתוך נדיבות לב גרידא, אלא הוא קיבל בתמורת זה את הדירה... ויש מקום לראות את העברת הקיוסק כעסקא בפני עצמה (ללא קשר עם הגירושין): תמורת עזיבתה את הדירה ואי תביעת מזונות ממנו והמסעדה שנשארה בבעלותו הבלעדית. ומכל הדברים האלה שהם לזכותו אין הוא מבקש לחזור כלל, וא"כ איפוא לא יוכל לחזור גם מן הקיוסק שעבר על שמה".

לדבריו סק"ח שאף במטלטלין אין צריך תפיסה וכן דעת שאר הפוסקים עיי"ש ביאור הגר"א סק"ט, אך עכ"פ בקרקע לכו"ע הדין כן מהטעם הנזכר בב"ח.

וכן כתב הגר"ח"ג צימבליסט שליט"א בפד"ר חלק י"א הנזכר, בעמ' 95 במקרה הדומה לנידון דנן:

"וה"ה בנידוננו שהקיוסק רשום עכשיו על שמה, הרי היא המוחזקת בו, ואף שהוא מנהל את הקיוסק אין הוא נחשב למוחזק, דקרקע בחזרת בעליה עומדת. נמצא דאין להוציא ממנה פירות הקיוסק ועליו לעזבו. ומה שכתבנו דאמרינן הכא קרקע בחזקת בעליה עומדת, לכאורה יש לדחות ממ"ש בנתיבות המשפט סי' כ"ה, בדיני תפיסה אות כ"ב דבפלוגתא דרבוותא אין מוציאים מיד המוחזק אפילו בקרקע. אולם נראה דלא איירי שם בנה"מ אלא כשטוען על גוף הקרקע שהוא שלו, וכגון הא דב"ב ל"ב ע"ב בתד"ה והלכתא (שהוא מקור הדין של נתיבות המשפט, עיין שם היטב), משא"כ בנידוננו שגם אם יאמר קים לי כהני רבוותא שהמורד אוכל פירות, מ"מ גוף הקרקע פשיטא שהוא שלה, לכן שפיר אמרינן הכא קרקע בחזקת בעליה עומדת ואין הוא נחשב למוחזק כלל".

#### מסקנה:

- א. בעת הזו ובטרם הושלם בירור התביעה, בית הדין אינו פוסק לחייב את הבעל בגירושין, אך מחליט שמעמדה של האשה כאשה הטוענת מאיס עלי באמתלאות נכונות, ויש לדון כדינא דמתיבתא המבואר ברמ"א סי' ע"ז ס"ג, ומן הראוי ונחוץ שיתגרשו ללא דיחוי. כמו כן אין לבעל זכאות לפירות נכסי מלוג, וזכות המגורים בדירה הרשומה על שם האשה בלבד היא לאשה בלבד, ודרישתה להורות לבעל לצאת מהדירה מתקבלת.
- ב. בהיעדר הסכמה, יושלם בירור תביעת הגירושין לגופה, ועם השלמת הבירור ינתן פסק הדין.
- ג. מאחר שהאשה דורשת לממש את זכותה למגורים בדירה הרשומה על שמה בלבד, ואינה יכולה לגור עם בעלה תחת אותה קורת גג, ניתן בזאת צו ולפיו הבעל חייב לפנות את הדירה תוך שלושה ימים ממועד החלטה זו, והוא רשאי ליטול עמו את חפציו האישיים בלבד, וביחס לשאר התכולה, יתקיים דיון במועד אחר. וכן הדיון בטענות הבעל לזכותו במחצית הדירה, יושלם בדיון הבא.

המשותף, אבל כשאינו יושב עמה בבית אין לו דין פירות כיון שאין כאן משום רווח ביתא. ועיין בשו"ע אה"ע סימן פ"ה סעי' י"ט וברמ"א ובב"י שם.

עכ"פ מבואר שיש דעה האומרת שהמורד אין לו פירות נכסי מלוג וכש"כ במקרה שהבעל גירש את האשה מהבית שאין לו זכות בפירות נכסי מלוג שלה".

#### עד כאן מאותו פסק דין.

נראה שככל שהדבר נוגע לענין הזכאות בפירות נכסי מלוג שנועדו לרווח ביתא, אין הבדל בין אם הבעל גירש את אשתו, או שאשתו שנוכחה במעשיו הקשים והחריגים, מאסה בו וגם חוששת לשוב למגורים משותפים עמו, שמה יפגע בה.

על כן לאחר שקבענו שמצד האשה אין אפשרות למגורים משותפים עמו, וזכות המגורים היא לאשה בלבד, היא זכאית שלא להסכים שהבעל ימשיך לגור עמה בדירה זו. על כן מכח זכאותה למגורים בדירה המוחזקת כנכס שלה בלבד, יש להורות לבעל לצאת מהדירה ולאחר מכן האשה תשוב למגורים בדירה.

**מסקנה:** אין לבעל טענה לזכותו לפירות נכסי מלוג משני טעמים, הן מאחר שבדינא דמתיבתא נשללה זכותו לפירות, והן עפ"י פסיקת הב"ש שגם אם לימדוה לשקר אין לבעל פירות. וגם לולי דינא דמתיבתא, מאחר שבמקרה זה יכולתו ליהנות מהפירות היא רק בעת שהאשה מנועה מהן, ואין כאן עבורה רווח ביתא, ובכה"ג לא תקנו לבעל פירות נכסי מלוג. גם לו היה ספק, עיין בספר מחנה אפרים הלכות זכיה ומתנה סימן יב, שכתב:

"כיון דהוי הדבר מחלוקת אין הבעל יכול להוציא מיד האשה, מכיון דאין לבעל זכות בנכסי אשתו כי אם לפירות והגוף הוא שלה והיא גופיה מתקנתא, ולא אתי ספק תקנה דפירות ומוציא מיד האשה, דאיהי ודאית והוא ספק".

ובנידון דנן שהדיון הוא ביחס לקרקע, ההלכה היא שבספק, קרקע בחזקת בעליה עומדת, אין יתרון למוחזק בקרקע כמבואר בב"מ דף קב ע"ב, ועיין ש"ך סי' שיב ס"ק טז ונתיבות המשפט סי' שי"ז סק"ב ובכללי תפיסה סק"ג. ובהתאם לדבריהם מבוארים דברי הב"ח אה"ע סי' עז בדיני מאיס עלי בקצרה שבסוף סי' עז שגם באינה נותנת אמלתלא לטענת מאיס עלי שנכסי מלוג שלה דוקא אם תפסה, "אבל בתים וקרקעות בחזקתה הם דכאלו תפסה מטלטלין בידה דמי". והגם שהחלקת מחוקק, בסק"ג מהשגותיו על הב"ח, וציין

#### סימן לה

### הרחקות דרבינו תם בטוענת "מאיס עלי"

במסגרת ההלכתית של "הרחקות דרבינו תם" גם בטרם ניתנה פסיקה לחיוב הבעל בגירושין. וזאת מאחר שעוד קודם פסיקת חיוב הבעל בגירושין ניתן להורות שמצוה על הבעל

להלן קטע מפסק דין שניתן בנידון של טענת "מאיס עלי", אך ללא אמתלא מבוררת:

יובהר, אין מניעה לנקוט ביחס לבעל צווי הגבלה ככל שהן

כל ספק שהאשה מאסה בבעלה וכבר לא תשוב אליו, "הדבר ברור שהדרך הישר היחיד הוא לעשות גמר לפוטרה בג"פ. וכל סחבת בזה אינה אלא רשעות להרע לעצמו ולאחרים... הבעל גופי" ודאי צריך למיחש ולהיות חרד מפשע רב ולעשות גמר בגט פיטורין".

מאחר והבעל עומד עיקש בעמדתו, ניתן לנקוט ביחס לבעל צווי הגבלה שהם בכלל "הרחקות דרבינו תם". אמנם בנידון זה בית הדין עדיין לא פסק: "יוציא ויתן כתובה", דהיינו פסיקה לחיוב הבעל בגירושין, אך מצוה על הבעל לתת גט. גם בנסיבות אלו ובהעדר פסיקת חיוב גירושין, ניתן לפסוק "הרחקות דרבינו תם", כפי שפסק רבינו תם בספר הישר סי' כד את דינו במקרה של טענת "מאיס עלי" ובהעדר חיוב הבעל בגירושין.

ובתשובת רבינו פרץ שהביא בספר זכרון יהודה (לר"י בן הרא"ש) סי' ק"י, לאחר שהורה שאין לכוף בגירושין בטענת "מאיס עלי", כתב:

"אך כל רבותינו שוין בדבר שיגזרו בכל חומרא על כל איש ואשה מזרע ישראל שלא יהא רשאי לדבר עמו ולישא וליתן עמו".

הרי לנו תשובת רבינו פרץ, ש"כל רבותינו שוין בדבר" הלכה זו של הרחקות דר"ת, וכן בתשובת מהריב"ל ח"ב סי' י"ח כתב שלא מצינו מי שחולק על ר"ת בזה.

וכן הלכה זו נפסקה במהרי"ק שהביא הב"י אה"ע סי' קל"ד ובלבוש סי' קל"ד סי', שהורו שניתן לפסוק הרחקות דרבינו תם גם בהעדר פסיקת חיוב הבעל בגירושין.

מקורות הלכתיים נוספים לפסיקת הרחקות דר"ת גם בהעדר חיוב גירושין, כתבנו בפסק דין אחר שהתפרסם בספר "עטרת דבורה" ח"ב סי' פ', ועיי"ש סי' פ"א פ"ב. פסק הדין הנ"ל אושר בבית הדין הגדול בהחלטה (בתיק 022553515-21-1) מיום כ"ב כסלו תשנ"ח (21.12.97), שניתנה ע"י הרבנים הגאונים, הדיינים הרב משה טופיק שליט"א הרב ח"ג צימבליסט שליט"א והרב ז"נ גולדברג זצ"ל.

וכן בספר "קונטרס הברורים", להגאון ר"א הורביץ זצ"ל (מח"ס דבר הלכה) האריך בהלכה זו, מצד אחד, לאחר שהביא את שיטות הגאונים והראשונים שפסקו לכוף את הבעל בטענת "מאיס עלי", העלה (בהקדמתו לקונטרס) שלמעשה אין לזוז מפסק השו"ע שאין כופין, למרות זאת האריך לברר, וכן הסיק הלכה למעשה שאין מניעה לפסוק הרחקות דר"ת, וכן שיכולים לומר לבעל שהרחקות אלו הן מאחר שאינו נותן גט, והם בתוקף עד שיגרשה.

עוד יובהר: ההכרח ב"אמתלא מבוררת" לטענת "מאיס עלי", נקבע בפוסקים ככל שהדבר נוגע לדינא דמתיבתא שנפסק ברמ"א אה"ע סי' ע"ז סעיף ג'. משא"כ ביחס להוראה לנקוט הרחקות דר"ת, הוראה זו אינה מותנית בקיומה של "אמתלא מבוררת", אלא בכך שאין זיווגם עולה יפה, ולא נמצא פתרון לעיגון האשה הנובע מסרבנות הבעל לתת גט, ובכפוף לכך שבית הדין קובע שסרבנות זו אינה מוצדקת.

לגרש, פסיקה שיסודה בתשובת תרומת הדשן, חלק פסקים וכתבים סי' נח שכתב:

"מי שנשבע בנקיטת חפץ שלא לגרש את אשתו, אי שרי להתיר לו. נראה דאם הוא גט מצוה, כגון משום דבר ערוה, או אי אמרה מאיס עלי, וכה"ג, אין להחמיר".

הרי שהיה לתרומת הדשן פשוט שבנידון של טוענת "מאיס עלי" מצוה לגרשה, אף שאין חיוב גירושין. וכן פסק הגר"מ אליהו זצ"ל (משפטי שאול סי' כ):

"אע"פ שאין אנו דנים בזה כהרמב"ם שכופין, אבל שמצוה לגרשה ולא לעגן בת ישראל דין הוא".

וכ"כ בדעת ר"ת שהורה על הרחקות, הגאון רח"ג צימבליסט שליט"א בספר "שורת הדין" ח"ה עמ' רלא שמצוה לגרשה. אמנם עיין תשובת הר"ן סי' י"ז במש"כ: "שאינן שבועה זו לקיים את המצוה ושלא לעבור עליה", עיי"ש בהמשך דבריו, אך היינו מצד עצם תביעת הגירושין, משא"כ כשמתחשבים מההשלכות השליליות הנובעות מהפירוד הממושך.

והובהרו הדברים היטב בתשובת אגרות משה חלק יורה דעה חלק ד' סי' טו אות ב' וזו לשונו:

"בדבר איש ואשה שזה הרבה שנים שליכא שלום בית וכבר שנה וחצי דרים במקומות מופרדים, וכבר ישבו בית דין חשוב ולא עלה בידם לעשות שלום ביניהם, וראינו גילוי דעת חתום מהבית דין שלא הועיל כל השתדלותם לעשות שלום. וכנראה מזה שהבית דין סובר שאי אפשר לעשות שלום ביניהם. אז מדין התורה באופן כזה מוכרחין להתגרש ואין רשות לשום צד לעגן, לא הבעל את אשתו ולא האשה את הבעל, בשום עיכוב מצד תביעת ממון. אלא צריכים לילך לפני בית דין לסדר התביעות בענייני ממון ולסדר נתינת וקבלת הגט".

עוד יצוין לתשובת הגאון רי"י קנייבסקי זצ"ל (קריינא לאגרתא ב' סי' תשל"א), שכתב בלשון זו:

"כעת לאחר ארבע שנים אשר גבה טורא בינותם ובאופן טבעי האשה לא תחזור בשום אופן לדור עמו לאחר שעבר עלי' מצדו כל מה שעבר כו' הדבר ברור שהדרך הישר היחיד הוא לעשות גמר לפוטרה בג"פ. וכל סחבת בזה אינה אלא רשעות להרע לעצמו ולאחרים כו' באמת לדעת הרמב"ם ז"ל האומרת מאיס עלי כופין אותה לגרש ולא יחידאה הוא הרמב"ם ז"ל שכ"ה דעת כ"פ עיין מהרש"ם ז"ל ח"ג סי' צ"ג. וכש"כ נד"ד אשר ידוע היטב לרבים התגלגלות הדברים ושיש לה עבור מה לטעון טענה הנ"ל, ואם כי למעשה אין כח בכ"ד לכוף במקום מחלוקת הפוסקים, איהו הבעל גופי' ודאי צריך למיחש ולהיות חרד מפשע רב ולעשות גמר בגט פיטורין".

בנסיבות המתוארות, לאחר שבכל הדיונים האשה חוזרת וטוענת טענת "מאיס עלי", וכבר חלפה שנה וארבעה חודשים מיום הגשת התביעה, הצדדים גרים בפירוד מוחלט, שנה וחצי בדירות נפרדות, ועוד קודם לכן שנתיים או יותר בפירוד בתוך הבית, והבעל עומד בעמדתו הנחרצת שלא לתת גט, בית הדין פוסק שמצוה על הבעל לתת גט. גם ביחס לנידון זה נאמרו דברי הגאון רי"י קנייבסקי זצ"ל שמאחר ואין

ה"ה בנידון זה מאחר שאין ספק שזיווגם של בני הזוג לא עלה יפה, והדבר ברור ששלוש בית כבר אינו מעשי עבורם, והאשה מאסה בבעלה ומצווה לגרשה.

במקרה הנוכחי בית הדין איננו מקבל את עמדת הבעל שניתן להשתמש בעיכוב הגירושין כקלף מיקוח לתיקון העיוות שנוצר בכל הכרוך בהסדרת ביקורי הילדים. בזמן הרב שחלף עד כה, נוכחנו שלא היתה תועלת בעיכוב הגירושין. אדרבה, המצב רק הולך ומחמיר ולא באשמת האשה. על כן מן הראוי ששני הצדדים לא ישארו פרק זמן נוסף בפירוד הנוכחי, ויוכלו לפתוח דף חדש. התעקשות הבעל, גורמת להמשך העיגון עבורו ועבור אשתו ואין בה תועלת.

בית הדין אינו מקבל את הטענה להסיר מהפרק אמצעים אלו על יסוד שיטת מהרשד"ם חלק אה"ע סי' מ"א, כפי שכבר נטען בעבר על ידי הבעל באמצעות ב"כ, וזאת מאחר שרבו החולקים על שיטת המהרשד"ם, במקרה זה יש מקום להורות כדעת רוב הפוסקים, כשהאפשרות החילופית היא עיגון שני הצדדים לפרק זמן נוסף. וכפי שהלכה זו התבארה אצלנו בפסק דין אחר שכתבנו והתפרסם בספר "עטרת דבורה" ח"ב סי' צא. וכן להלן סי' עט, מה עוד שבהתאם למבואר בפסק הדין הנ"ל שכתבנו, באמצעים שיינקטו לא יהיה משום עישוי הבעל להביאו לגירושין, אלא הרחקה מהבעל בלבד, עקב המשך עיגון האשה ללא הצדקה.

נציין שהלבוש בספרו חלק אה"ע סי' קל"ד סי' קבע שניתן להורות על הרחקות דר"ת הן באשה הטוענת "מאיס עלי", או גם בטענות אחרות, ולאחר שבית הדין נוכח "שאינו זיווגם עולה יפה". הטעם בדבריו הוא מפני שהרחקות אלו לא נקבעו כהלכה המותנית בטענת "מאיס עלי" עם אמתלא מבוררת, אלא זו הוראה כללית להנהגת הציבור עם הבעל בנסיבות של עיכוב גירושין ללא הצדקה כשלא שנמצא פתרון לעיכוב זה. וז"ל הלבוש:

"אע"פ שאין כופין עכשיו שום איש לגרש את אשתו, היינו שאין מטילין עליו חרם שיגרשה, אבל אם רואים ב"ד לפי ראות עיניהם שיש תקנת האשה בדבר, כגון שטוענת מאיס עלי וכה"ג שיראה להם שאין זיווגם עולה יפה, ואע"פ שאין האיש מאותם שכופין להוציא, מכל מקום יכולין הב"ד להטיל חרם ביניהם על כל איש ואשה לגזור באלה חמורה שלא יהיו רשאים לדבר עמו ולישא וליתן עמו ולהרויחו ולהאכילו ולהשקותו וללוותו ולבקרו בחוליו וחומרות אחרות כפי רצונם, על כל אדם, אם לא יגרש אותו האיש ויתיר את אשתו בגט כשר, שבזה אין כפייה עליו".

יצויין כי בדברי הלבוש הללו בסי' קל"ד לא נזכרה "אמתלא מבוררת", כפי שנכתב בדבריו בסי' ע"ז ס"ג בעת שפסק את דיני חלוקת הרכוש עפ"י "דינא דמתיבתא". אלא הלבוש קבע את הגדר להטלת הרחקות דר"ת: "אם רואים ב"ד לפי ראות עיניהם שיש תקנת האשה בדבר, כגון שטוענת מאיס עלי וכה"ג שיראה להם שאין זיווגם עולה יפה", ולפי דרכו

## סימן לו

### החזר מתנות שניתנו על ידי הורי הבעל כשהאשה מורדת

בלבד. לטענתו, החזר המשכנתא שולם על ידי הוריו וכן יתרת הסכום שהיה נחוץ להשלים לאחר שניטלה הלוואה המשכנתא, כך שלטענתו, בסופו של דבר הנכס במלואו נרכש במימון מלא של הוריו. מלבד זאת, בהתייחס לחוק יחסי ממון, התובע מבקש לראות ברישום הנכס כאמור, הסכם ממון בין בני זוג המחייב את חלוקת הרכוש עפ"י ההסכם דהיינו בהתאם לרישום, ושלא בחלוקה שווה.

בנקודה זו, הנתבעת מבקשת לדחות את טענת התובע שדין הרישום כדין הסכם ממון בין בני זוג, מאחר וגם אם נתייחס לרישום כהסכם, הרי שההסכם לא אושר בבית דין או בבית משפט כמתחייב עפ"י חוק יחסי ממון.

עוד טען התובע, שיש להורות על החזר מתנות, מאחר שמעמדה של האשה כמורדת הטוענת "מאיס עלי", ועפ"י ההלכה הפסוקה באה"ע סי' עז סעיף ב', המתנות שקיבלה חוזרות.

ביחס לשאלת החזר מתנות במורדת, יצוין להחלטה קודמת שבה הובהר שמעמדה של האשה כטוענת "מאיס עלי", וכי ההלכה המורה על הפסד מתנות במורדת ניתנת לרישום גם בתוך י"ב חודש, כמבואר בהחלטה הנוכרת ממקורות רבים.

הצדדים התגרשו בבית הדין בלא הסכם גירושין המסדיר את חלוקת הרכוש, ולהלן פסק הדין בתביעה לחלוקת הרכוש, הניתן לאחר השלמת שמיעת טענות הצדדים ועיון בסיכומי הטענות.

המחלוקת העיקרית בין הצדדים נסובה ביחס לדירת המגורים שנרכשה זמן קצר לאחר הנישואין שהצדדים גרו בה עד לפירוד.

במקום מגוריהם אין רישום טאבו, אלא הנכס רשום בחברה המשכנת, וברישום זה נקבע ש-80% מהדירה של הבעל ו-20% של האשה. הנתבעת מבקשת להורות על חלוקת הנכס בחלקים שווים בין הצדדים וטוענת שבהתאם לחוק יחסי ממון בין בני זוג, דינו של הנכס כרכוש שנצבר לצדדים בתקופת הנישואין. לדבריה, מאחר שהנכס נרכש בסך 616,000 שקל, ומתוך סכום זה, סך 446,000 שקל שולם מהלוואת משכנתא, הרי שביחס ליתרה שהיא 27.6% מערך הנכס, גם אם אכן שולמה על ידי הורי הבעל, עדיין החלק הארי של הנכס, הינו מסכום כסף שהתקבל אצל הצדדים בשווה כהלוואה משכנתא.

מאידך, התובע מבקש להורות שהנכס במלואו שייך לבעל

נתן לה בעלה מעולם העומד בעין, וכל אשר ניתן לה מחמת אביה ומחמת קרוביו ובשעת נישואין או אח"כ, וכן הסבלונות אשר נתן לה בעלה או אביו, וכל שבח אשר שבחו נכסים, יש להחזיר, רק תטול נדונייא בעיניה ואשר ימצא בעין".

דברי מהר"י וויל הובאו בדרכי משה סי' עז ס"ק יד, אך ברמ"א על השו"ע לא הביא מדברי מהר"י, ובספר אגודת אוזב מדברי, שבאוצה"פ ס"ק כב אות יז, הביא מהפמ"ג כללי הוראת או"ה אות ט', ביחס להלכה שהובאה בדרכי משה והשמיטה הרמ"א בשו"ע, מהשמטה זו משמע שסבר שאינה להלכה. אבל הב"ש ס"ק ט הביא מדברי מהר"י.

אך מאחר שמהר"י והב"ש לא ראו את דברי הרשב"א הנוכרים, י"ל שאילו היו רואים היו חוזרים בהם. וזאת עפ"י דברי מהר"ק שנפסקו ברמ"א סי' חו"מ סי' כה, שכתב: "אם נמצא לפעמים תשובת גאון ולא עלה זכרונו על ספר, ונמצאו אחרים חולקים עליו, אין צריכים לפסוק כדברי האחרונים, שאפשר שלא ידעו דברי הגאון, ואי הו"י שמיע להו הו"י הדרי בהו".

בנוסף, בספר בית יעקב תמה על דין זה של מהר"י, וכתב: "קשה לי דהא מבואר לקמן סי' צ"ט דמה שנתנו לה אחרים דין נכסי מלוג יש לה, דאחרים כשנותנים מתנה צריכים להתנות בדין תנאי ע"ש ומה"ת ישנתה הדין במורדת. ומהר"י שכתב זה אפשר שכתבו לדין דדיינא כדינא דמתיבתא ותקנה הוא זה שיהא הוא זוכה בשלו ושל קרוביו והיא בשלה ושל קרוביה משא"כ לדינא דהש"ס מה"ת לא יהא לה בדין נ"מ. ועוד דהא ע"כ א"צ להחזיר לבעל אלא לקרוביו דהא הקרובים לא נתנו לו רק לה וזה נגד הסברא דלא מרדה בקרוב".

ובספר משפטי שאול סי' יז בפסק דינו של הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל ביטל פסק דין של בית דין אזורי שפסק כמהר"י, וכתב:

"ואיכא למימר נמי דהאי אומדנא דאדעתא דתיקום קמי' נתן לה, לא נאמרו אלא במתנות שנתן לה הבעל, ואיהו אדעתא דתיפוק לא נתן לה, משא"כ בהוריו או בקרוביו כיון שמוציאים הדבר מרשותם גמרי ומקני וכדשדרו ממתכתא: "דכמה פעמים אדם נותן מתנה לאוהבו אטו יעמיד לו ערב שיהיה אוהבו לעולם וכי ס"ד שאם ישנאהו אח"ז יחזיר לו המתנה", בתמ"י".

וכן למעשה פסקו שם בבית הדין הגדול שלושת חברי ההרכב: הגרי"ש אלישיב זצ"ל הגר"א גולדשמידט זצ"ל והגר"ר שאול ישראלי זצ"ל.

אמנם בפד"ר כרך י"ח עמ' 282, הגר"ר שמואל שפירא זצ"ל פסק דלא כבית יעקב, וסמך עצמו על המנהג, וכתב:

"וכן פשוט היום, שאם נתן אבי החתן לכלתו מתנה חצי דירה, כשהיא מורדת חוזרת המתנה לבעל. וא"כ כיוון שכך המנהג, יש לילך אחריו, אפילו לדעת הבית יעקב".

אך יש לפקפק אם אכן למעשה קיים מנהג, כפי האמור בפסק הדין הנוכר, מאחר ונראה שהמנהג הוא שלא לחרוג מהרישום.

אך כבר בהחלטה הנ"ל בית הדין רמז שלא ברור שיש מקום להחיל כאן את ההלכה של הפסד מתנות במורדת. בנידון זה, נטען שאבי הבעל שילם עבור הדירה, את יתרת הסכום מלבד הלוואה המשכנתא, ויש לדון האם יש לסכום זה מעמד של מתנה, החוזרת במורדת, עפ"י ההלכה הפסוקה באה"ע סי' ע"ז ס"ב.

הרשב"א, בתשובה שבספר תשובות חכמי פרוניניציא סי' עג, ולאחרונה הודפס בשו"ת הרשב"א מכתב יד (הוצאת מכון ירושלים) סי' קע"ו, כתב:

"ומיהו בתשובת הרי"ף ורבינו האי ז"ל נמצא שדנו שאפילו מתנה לחוד דבתר נישואין מפסדה, וכן דעת הרב ר' יוסף הלוי אבן מיגש, ולפי דבריהם איכא למימר דהתם קמ"ל דאפילו תוספת מפסדת וכ"ש מתנה שנתן לה הוא, אדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה. וכן תרץ לדעתם הרמב"ן ז"ל, ומ"מ אכתי משמע במתנה שנתנו לה אחרים לא הפסידה כמו שכתבתי, ומינה בנכסי מלוג בכל כלל לא מפסדא".

וכן בנוסח דומה נמצא בחי' הרשב"א עמ"ס כתובות דף סג, הרי שיש לחלק בין "מתנה שנתן לה הוא", לבין אחרים שנתנו מתנה, ומסתימת דבריו ברור שאין חילוק בין אחרים שהם קרובי הבעל לאחרים שאינם קרוביו, שאל"כ היה הרשב"א מפרש את הדבר, ולא היה נותן מקום לטעות בדבריו.

וכן בתשובת נוספת של הרשב"א שהובאה בספר כפתור ופרח פרק י' כתב דברים דומים, אך בניסוח מעט שונה, וז"ל: "אבל הבאה בטענת מאיס עלי אין כופין אותה בכפיית ההכרזה של בתי כנסיות ובתי מדרשות לפי שאנוסה היא שלכה אונסה, אבל משהין אותה י"ב חדש שמא יסור המיאוס מלבבה ותתרצה לו, ותוך י"ב חדש לא אבדה מכתובתה כלום. ואם גירש הבעל מרצונו תוך י"ב חדש גובה כל כתובתה שהרי זה גרש מרצונו, והיא לא תפסיד כלום לפי שאנוסה היא, וכן פ"י רבינו חננאל ז"ל. ואם המתין עד י"ב חדש ולא חזרה בה הפסידה כתובתה, ותוספת, ונכסי צאן ברזל. ובתשובות רבינו האי והרי"ף ז"ל שאפילו מה שכתב לה הבעל מתנה לאחר נישואין מפסדת, וכן כתב גם הרב רבי יהוסף הלוי אבן מגאש ז"ל, וכן בדין, שלא כתב לה על דעת שתטול ותצא ותאכל עם איש אחר. ואף הרמב"ן ז"ל כן כתב. ואין הפרש בין שכתב לה מתנה באחריות ובין שלא כתב לה, דאדעתא למישקל ולמיפק לא יהיב לה. וכל שכן במתנה לחוד שעשה לה בשעת נישואין, שזה בכלל תוספת הוא. אבל נכסי מלוג דידה לא הפסידה, וכן מה שנתנו לה אחרים יראה שלא הפסידה, אלא תטול ותצא".

הרי שגם בתשובה זו, הורה הרשב"א שמתנה שאחרים נתנו לאשה, אינה חוזרת. גם בתשובה זו, הדברים נכתבו בסתמא, ומשמע שאין חילוק בין אחרים מעלמא לקרובי הבעל. אמנם בתשובת מהר"י ווייל סי' כ' כתב בדינה של האומרת "מאיס עלי":

"אמנם כל המותר הנמצא בידה או ביד אביה או ברשותה, יתר על מה שהזכרתי לעיל, חפצים ומטלטלין כסף ושוה כסף אשר

חוב המשכנתא, על כן מן הצדק והיושר שבנידון זה יופעל סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון, מאחר שבמקרה זה התקיימו נסיבות מיוחדות המאפשרות, דהיינו שיקולי צדק המתחשבים במימון המלא שבסופו של דבר ניתן מצידו של הבעל, ולפסוק חריגה מחלוקה שוויונית של יתרת הנכס שלא מומן ממתנה שניתנה מהורי הבעל, אלא לפסוק שדירת המגורים תחולק בהתאם לרישום שהוסכם על שני הצדדים בעת רכישת הנכס, דהיינו 20% חאשה ולבעל 80%. יצוין לפסק דינו שלב"המ"ש העליון בשבתו כבג"ץ תיק 1370/18 שבו נכתב כדלהלן:

"כידוע, הפעלת הסמכות לפי סעיף 8(2) לחוק נתונה לשיקול דעתו של בית הדין הרבני בהתאם לנסיבות הפרטניות של המקרה הנדון לפניו. בית הדין השתיית בפסק הדין את החלטתו לסטות מחלוקה שוויונית של נכסי הצדדים על הנסיבות הקונקרטיות של המקרה הנדון, ובהן העובדה שהמשיב הטמיע את כל כספי הירושה שלו ברכוש המשותף של הצדדים ולא צפויים לו מקורות כלכליים עתידיים משמעותיים. לפיכך, נקבע כי יש להגדיל את חלקו של המשיב באיזון המשאבים וזאת משיקולי צדק והגינות".

ויצוין לפסק דינו של שופט ביהמ"ש לענייני משפחה בנצרת אסף זגורי בתיק תמ"ש (נצ') 15-04-810 הסוקר את פסק הדין המתמייחסים לחלוקת הדירה ושוללים את האפשרות להתעלם מהרישום של הדירה בחלקים שווים על שם שני בני הזוג עקב מימון עודף של צד אחד. ומדבריהם עולה בבירור שאין מניעה להתחשב ברישום הבלתי שוויוני בנסיבות של מימון עודף של צד אחד. להלן קטע מפסק הדין:

"עד היום, פסיקת בתי המשפט המחוזיים ובתי המשפט לענייני משפחה לא אפשרה לפרק שיתוף בדירת מגורים באופן בלתי שוויוני מקום שהיא נרשמה על שם שני בני הזוג בחלקים שווים, וזאת ללא כל קשר כיצד נרכשה ו/או מומנה ובלבד שלא נערך הסכם ממון בעניינה.

32. כב' הנשיא שמגר קבע בע"א 66/88 תמר דקר נ' פליקס דקר, פ"ד מג(1) 122, 127 (1989) כך:

"כאשר הסכם לרכישת נכס נעשה על-ידי שני בני-זוג, יש בכך ביטוי לרצונם לחלק את הזכויות ביניהם באופן שווה, יהא חלקו בהשקעה של כל צד אשר יהא. ישנם מצבים תדירים, בהם בני הזוג הנשאים רשמים דירה על שם שניהם, והכסף ניתן על-ידי צד אחד בלבד. האם פירוש הדבר, שאחרי שנים ניתן יהיה לגלגל את העניין אחורה ולבטל שיתוף, שביטוי ברישום מקובל מאוד במציאות הישראלית, בהסתמך על המקורות הכספיים ששימשו כל צד במועד כלשהו בעבר? סבורני, כי יש להשיב על כך בשלילה. כאשר בני-זוג רשמים נכס בבעלות משותפת, הרי ההנחה היא, שבני הזוג התכוונו לאיזון ולשוויון, וכל תרומת יתר של צד אחד היא בגדר ויתור או מתנה של צד זה לצד האחר. תרומה כזו קשורה עם הנישואין, והיא מוצאת את

מכל האמור, יש לפסוק כהוראת הרשב"א, לאחר שכן פסקו בספר בית יעקב ובפסק דינו של בית הדין הגדול הנוכר, הגם שדברי הרשב"א לא היו לפנייהם, ולא כדברי מהרי"ו שביחס לתשובתו י"ל שאילו ראה דברי הרשב"א לא היה חולק עליו. **מסקנה:** בנידון זה אין ליישם את ההלכה של החזר מתנות שנתן הבעל, מאחר שגם אליבא דטענות הבעל, אביו שילם את יתרה התשלום לאחר שלקחו משכנתא, וגם לקח על עצמו את פירעון חוב המשכנתא.

כיוון שכן, מאחר שהנכס נרשם בחלוקה של 80%-ו 20% הרי שבעת רכישת הנכס, הנכס נרכש במתכונת של שותפות זו, והשותפות במתכונתה הנוכרת נותרה בעינה גם כעת, מאחר שלא נמצאה עילה לשנות מחלוקה זו. כך הוא הדין עפ"י ההלכה.

כעת אתייחס לשאלת חלוקת הנכס עפ"י חוק. ביחס למחלוקת הצדדים אודות יישומו של חוק יחסי ממון בנידון זה, צודק ב"כ האשה, מאחר שעפ"י סעיף 5(א) (3) חריגה מחלוקה שווה בעת איזון המשאבים, חייבת להיות באמצעות הסכמה בכתב ובתנאי שבמסגרת הסכמה זו ייכתב בפירוט שנכס זה לא יאוזן או יאוזן בחלוקה שאינה שוויונית, ואילו בנידון דנן אין הסכם כזה, ואין ברישום הנכס בחברה המשכנת בחלקים של 80%-ו 20 אחוזים, תחליף להסכם בכתב המתמייחס בפירוט לאיזון בעת פקיעת הנישואין, מאחר וברישום זה אין הסכמה אלא על הרישום ולא על האיזון בעת חלוקת הרכוש.

מאידך בסעיף 5(א) (1) לחוק יחסי ממון: הוחרגו מחלוקה שווה נכסים שאחד הצדדים קיבל במתנה בתקופת הנישואין, וביחס לסכום הכסף שניתן לצדדים במימון הורי הבעל בדירה שגרשמה בחלוקה הנוכרת, יש לראותם כמתנה שניתנה לצדדים בחלקים שאינם שווים אלא כמפורט ברישום, דהיינו 80% לבנם ו-20% לאשת הבן.

עוד יצוין לטענת הבעל שאביו פרע את חוב המשכנתא השוטף, וגם האשה, בחקירתה בבית הדין הודתה בכך, והניסיון לחזור מהודאה זו לאחר הדיון אינו מתקבל. על כן בנסיבות אלו שבסופו של דבר, מהצד של האשה לא התקבל מימון לרכישת הדירה אלא שנלקחה הלוואת משכנתא משותפת שגם היא בסופו של דבר נפרעה על ידי הצד של האיש, יש לאשר גם כעת בעת חלוקת הרכוש את הסכמתם בעת הרכישה, ולפיה לבעל יש 80% מהנכס ולאשה 20% מהנכס. ולאחר שהנכס היה שייך לצדדים בחלקים אלו בעת רכישת הנכס, ואין כל אינדיקציה למעשה המוכיח כוונת שיתוף החורגת מהיחס הנ"ל, יש להותיר על כנו את השיתוף בחלקים אלו.

לכאורה עפ"י בסעיף 5(א) (1) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, היה מקום להורות שאותו חלק שניתן במתנה מהורי הבעל יישאר בחלוקה של 80 מול 20, והיתרה תחולק בחלקים שווים, אך מאחר והתברר שבסופו של דבר מלוא הנכס מומן על ידי הצד של הבעל, הן בתשלום ראשוני כאמור והן בחזר



משנרכש נכס במשותף ונרשם במשותף אין כלל מקום לחקור מהו מקור הכספים אותם השקיע כל אחד מן הצדדים בנכס. בנסיבות הללו, ככלל לא תישמע טענת אחד הצדדים כי השקיע יותר מחברו ברכישה וכי בשל כך עומדות לזכותו זכויות בעלות ביותר מאשר מחצית הנכס."

בהתאם למקורות המשפטיים הנוכחים בפסק דין זה עולה בבירור שרישום ברור של 80% מול 20% מהווה הסכמה לחלוקת הנכס בדרך זו, לכל הפחות בנסיבות שהצדק והיושר מחייבים זאת עקב השקעה של הורי צד אחד בנכס והחזר המשכנתא השוטף.

ביחס לטענת הבעל שיש לשלול את חלקה של האשה ברכוש עקב מעשה הכיעור שהתברר בבית הדין, יובהר שלא התברר שהתקיימו יחסי אישות בין האשה לגבר זר אלא התנהלות שיש בה כיעור, ואפילו בנידון של בגידה (שכאמור לא התבררה) נאמר בגמ' במסכת כתובות דף קא,ב "אם היא זינתה כליה מי זינו", ובכך קיימת הוראה שלא לקנוס את האשה ברכושה עקב בגידה, ק"ו במעשה שהוא פחות מבגידה.

על כן מוטב שדברי הבעל בנידון זה לא היו נכתבים מאחר וכל הכפשה נוספת של האשה פוגעת באם ילדיו, ואינה במקומה.

**סיכומי של דבר:** בית הדין מבסס את פסק דינו על אדני ההלכה שעל פיהם יש לרישום מעמד מחייב כל עוד לא התברר שהרישום נעשה משיקולים צדדים בלבד, ולאחר שנקבע שאין ליישם בנידון זה את ההלכה של החזר מתנות במורדת, והן על עקרונות החוק שעל פיהם מתנה שהבעל קבל מהוריו לא תתאון, ובנידון זה תתאון בחלקים התואמים לרישום, וביחס ליתרת המימון, במקרה הנוכחי, הצדק והיושר מחייבים ליישם את סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, ולפיהם גם שאר הנכס יחולק עפ"י הרישום מאחר והמימון נעשה באמצעות החזר חוב משכנתא של הורי הבעל.

**מסקנה:** הנכס נרשם בחלוקה של 80% ו-20% ובית הדין פוסק שהרישום קובע את חלקן של כל צד בנכס. על הצדדים לפעול לפירוק השיתוף בדרך זו. בהיעדר שיתוף פעולה ייקבע המשך ההליך בהתאם.

ביטויה בהסכמה על רישום הבעלות המשותפת. גישה אחרת תרוקן את הרישום המקובל של שיתוף ברכוש בדירה של בני-זוג מתוכנו ותהפוך אותו לאות מתה."

33. פסיקה זהה נוספת מכל הערכאות מצאנו גם בע"א 343/87 פרי נ' פרי, פ"ד מד(2) 154, 164 (1990); ע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205 (1989); תמ"ש (ב"ש) 18489-02-12 ח' נ' ח' (19/4/2015), פורסם במאגרים [פורסם בנבו]; (תמ"ש י-ם) 16622/06 ו.א. נ' כ.מ. (פורסם במאגרים [פורסם בנבו]); תמ"ש (י-ם) 21230/07 נ.ק. נ' ל.ק. (פורסם במאגרים, [פורסם בנבו], (06/10/2011)); תמ"ש (חי') 14560/01 ז.כ. נ' ג.כ. (פורסם במאגרים [פורסם בנבו]); תמ"ש (ת"א) 15271/96 שלף נ' שלף (פורסם במאגרים, [פורסם בנבו], (8/11/2001)).

34. בעניין שלף לעיל שלל כב' השופט גייפמן אפשרות החלת הוראת סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון בין בני זוג התשל"ג - 1973, מקום שדיני המתנה אינם מעניקים תרופה.

35. הפסיקה העכשווית והמנחה בסוגייה היא זו שניתנה בבית המשפט המחוזי בחיפה מפי כב' השופט סארי ג'וסי בעמ"ש (מחוזי - חי') 61008-06-13 נ.מ.א. נ' נ.י.א. (11/6/2014, פורסם במאגרים [פורסם בנבו]). במקרה האמור נקבע מפורשות, כי השקעה בלתי שוויונית ברכישת הדירה מהווה למעשה מתנה שהושלמה מקום שהדירה נרשמה בחלקים שווים והדבר מקים מחסום מלתבוע החזר המתנה. כך היו דברי כב' השופט ג'וסי באותו עניין:

"השקעת כספים עודפים על ידי מי מבני הזוג לצורך רכישת דירה, שנרשמה בחלקים שווים על שם שני בני הזוג, נשלטת על ידי דיני המתנה. במצב בו בני זוג השקיעו בדירה ביחס שונה, אך רישום הבעלות בדירה לא משקף יחס שונה זה, אלא רישומה של הדירה נעשה שווה בשווה, מדובר במתנה שהושלמה עם נתינת הכספים ורישום הדירה, שהעניק מי שהשקיע כספית יותר ואין הוא יכול כעת לדרוש אותה חזרה. בהתאמה, אף בענייננו אין התובעת יכולה לדרוש את ההון שהשקיעה בדירה המשותפת משזו נרשמה שווה בשווה על שם שני הצדדים."

36 עוד הודגש באותו עניין, כי על פי ההלכה הפסוקה,

## סימן לו

### בעל שעזב את הבית לבקשת אשתו, ואינו מסכים לשוב, האם יחויב בכתובה

להתגרש, והגם שהאשה הגישה תביעה לשלום בית, היא תסכים להתגרש בכפוף לפיצוי ראוי, כגון תשלום הכתובה. בשטר הכתובה נקוב סך 500,000 שקל. להלן פסק הדין ביחס לזכאותה של האשה לתשלום הכתובה עם הגירושיין. מהחומר שבפני בית הדין עולה כי לפני כשנתיים, על רקע

בני הזוג נישאו בחו"ק לפני שנים ספורות ולהם שני ילדים, ומזה כשנתיים שבני הזוג מתגוררים בנפרד. הדיונים בין הצדדים בבית הדין החלו בתביעת האשה לשלום בית ולמזונות, ולאחר מכן הוגשה תביעת הבעל לגירושין, ובה נכרכה תביעה לחלוקת הרכוש ולאחר מכן הוגשה תביעת האשה לתשלום הכתובה. יצוין כי הבעל נחרץ בתביעתו

הואלנו להאמין שהיתה הקטטה על כך, מי מפיס אם היא מרדה עליו ומאסה בו, או כיונה לצערור, שיש בזה הבדל רב נוסף על מה שזכרנו. כי אמנם המצערת צריך להכריז עליה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות ארבע שבתות רצופות, וישלחו להתרות בה לפני הכרזה ולאחריה, ושוב נמלכים בה הדיינים עצמם שלא על ידי שליח כדברי הר"ן, ואם לא תשמע אליהם אז יכתבו לו עליה אגרת מרד כדין וכהלכה. ובלי שמירת כל הסדר הזה אינה מפסדת כלום. וה"מ נמי, כשהקפיד הבעל וקבל לפנינו עליה. והנה לא שמענו עד כה, ואפשר ג"כ שהוא מרד עליה, או פירש ממנה מחמת חולי או תשות כח".

בהתאם לדברי הרמ"ע מפאנו, בנידון שבפנינו אין מקום לדון את האשה כמורדת עקב אירוע הוצאת הבעל מהבית, וזאת משני טעמים,

ראשית, גם כשהאשה אכן מורדת מסוג "בעינא ליה ומצערנא ליה", (כשאינה תובעת להתגרש ואינה טוענת "מאיס עלי"), אין הפסד כתובה בלא שמירת הסדר של הכרזה התראה והמלכה.

שנית, ההליך להכרזה כמורדת יוכל להתחיל כשהבעל קובל על אשתו בפני בית הדין עקב מרידתה ומבקש להחזירה לקדמותה. אך אם הבעל מתרצה בפירוד וכלל אינו קובל כנגדה עקב המרידה, לא היה מקום לקבוע את מעמדה כמורדת הראויה לסדר הקבוע במורדת. זאת מאחר, וסדר זה נקבע רק לאחר שהבעל מבקש ללחוץ עליה לשוב לשלום בית. על כן בנידון שבפנינו, אמנם דרישתה של האשה מהבעל לעזוב את הבית, היתה דרישה שאינה מוצדקת, ולא היה בה מענה לבעיה שהתעוררה באותו מעמד, אך דרישה כזו לכשעצמה, אין בה כדי לשלול מהאשה את זכאותה לתשלום הכתובה, אלא אם הבעל תבע שלום בית והאשה סירבה והיא הוכרזה כמורדת.

עוד נוסיף, כי במקרה זה, שלאחר פרק זמן שחלף מאותו אירוע, הבעל סירב לבקשת אשתו לשוב לבית ולפעול למען יישוב ההדורים באמצעות צד שלישי, הודיע על סירובו לשוב לביתם, תבע גירושין ופירוק השיתוף בנכסי הצדדים, ובחר להתגורר עם אשה אחרת, גם אם אכן אופי הקשר הוא כנטען על ידו וכמפורט לעיל, הרי שנסיונות אלו מביאות למסקנה שהפירוד הקבוע והגירושין הצפויים בקרוב, לא יצאו מהאשה אלא ממעשיו של הבעל, ואין יסוד לשלול מהאשה את הכתובה ותוספת הכתובה.

בכתבי טענות הבעל, הן בכתב ההגנה והן בסיכומים, וכן בדיון, עלו טענות רבות, ביחס לאשה, אך ביחס לטענות אלו יש לקבוע אחת מהשנים, או שאין בהן כדי לשלול את זכותה של האשה לתשלום הכתובה, או שאין אחיזה לטענות אלו.

הבעל טען להתנהגות קשה ומשפילה מצד האשה ביחס אליו במשך שנות הנישואין. אין מקום שבמסגרת בירור התביעה הנוכחית בין הדין יכנס לבירור טענה זו, בהעדר זיקה בין טענה זו לזכאות הכתובה.

סכסוך שהתעורר בין הצדדים, ובעת כעס, האשה דרשה מהבעל שיצא מהבית, והבעל נעתר למבוקש ויצא. לאחר פרק זמן הבעל חזר לבית לפרקי זמן קצרים, ובעיקר לבקר את הילדים, אך לא שב למגורי קבע בביתו, למרות שהאשה בקשה וחזרה ובקשה ממנו לשוב לבית. כעבור מספר חודשים, הבעל עבר לגור בדירה משותפת עם אשה אחרת, ולטענתו, הקשר עמה אינו אלא קשר ידידות לרבות ריקודים משותפים ולא קשר רומנטי.

ראשית, יש לקבוע כי אמנם לא היה נכון שהאשה תדרוש מהבעל לצאת מהבית. גם אם לדבריה, באותו מעמד הבעל נהג עמה שלא כראוי, והביא אותה לכעוס על דבריו הבוטים, עדיין לא היתה הצדקה לדרוש מהבעל לצאת מהבית, דרישה שבדרך כלל אין בה כדי להביא לתיקון המצב בין בני זוג. עלינו לברר האם ניתן לקבוע, כי מאחר שהאשה היא זו שבזמנו יזמה את הפירוד והוציאה את הבעל מהבית, בכך תיחשב כמורדת המפסידה את הכתובה. האם ניתן לטעון שהבעל לא היה חייב לעזוב את הבית, ובכך עזיבתו את הבית תיחשב כעזיבה מיוזמתו. האם ניתן לקבוע שבנסיבות המתוארות, "הגירושין יצאו ממנה", ובשל כך היא כבר אינה זכאית לתוספת הכתובה וזאת על יסוד דברי הטור באה"ע סי' קיח.

הלכה זו של האשה המוציאה את בעלה מהבית התבררה בתשובת הרמ"ע מפאנו סי' נה. בנידון שבתשובה זו, זמן מה לאחר הפירוד הבעל שבק חיים לכל חי, ועלתה לדיון שאלת זכאות האלמנה לתשלום הכתובה מהעזובין. אחת הטענות שטענו היורשים היתה שעוד בחייו אביהם היה מתרעם לפעמים, "שאשתו היתה מגרשתו מביתו". באותו נידון הרמ"ע מפאנו התייחס לחו"ד של אחד מגדולי הדור, שניתנה ביחס למקרה זה, וקבעה

"כי לאשה שמרדה על בעלה בשב ואל תעשה בלבד, אולי יש תקוה שע"י התראה והכרזה תשוב ותתפייס, אבל כיון שהתריסה כולי האי, ודאי לא תשמע לקול מוריה, ואטרוחי בי דינא בכדי להכריז ולהתרות לא מטרחינן ... יש חלוק בין מורדת בפועל, למורדת בשב ואל תעשה".

לפי חו"ד זו כשהאשה הוציאה את בעלה מהבית בניגוד לרצונו, דינה כמורדת בפועל ותפסיד כתובה ללא כל התראה והכרזה. אך הרמ"ע מפאנו דחה דעה זו, וכתב:

"לנו בפשיטות תשובתו בצדו שזה כלל גדול בתורה אין עונשין אא"כ מתריץ, ועוד דבריו אלה הנה הנם חידוש הלכה אחר סוף הוראה, כי אין להם עיקר בגמרא ולא בתקנות הגאונים ולא בהסכמות הקהילות ולא בשום מנהג, ואין גם אחד מן הפוסקים שזכר מכל זה כלום, ואם באנו להפסידה כתובתה באומדנא בעלמא, ואנן הדיוטות אנן, האם עדיפנן אפילו מנשיא שבא"י שאין כחו יפה אלא בקנסות המפורש בתורה ובגמרא, לא תהא כזאת בישראל".

עוד כתב הרמ"ע בתשובה זו:

"לא שמענו אלא קטטה שביניהם לא מרד מתשמיש, ולו

היו יכולים לקבל מענה ראוי בכניסה למסגרת של יעוץ נישואין והדרכה מתאימה על מנת להביאם לתיקון הלקויים. טענות המייחסות לאשה בעיות רפואיות - נפשיות קודם לנישואין שהועלמו מהבעל, לא הוכחו, וגם בחומר הרפואי שהוצג בפנינו, לא נמצאו סימוכין לטענה זו. ביחס לטענה על חובות שהיו לאשה קודם לנישואין, ועמדו על סך כ- 70,000 שקל, ביחס לחובות אלו יאמר הבעל אינו מחויב דבר לפירעון חובות אלו או חלק מהן, וגם אם חובות אלו הועלמו מידיעת הבעל קודם לנישואין, העלמה שאינה במקומה ואינה ראויה, אין בכך להביא למסקנה המבוקשת על ידי הבעל בדיון הנוכחי. סיכומו של דבר, לאחר שבני הזוג יתגרשו ובהעדר הסכם גירושין והמסדיר את הנושא הכתובה, תינתן הוראה לחיוב הבעל בתשלום מלוא הסכום הנקוב בשטר הכתובה.

לדוגמא בעלמא, המובאת להבהרת ההיבט העקרוני בלבד, אך אינה מביעה דבר ביחס לנידון שבפנינו, נציין לדברי הגמרא במסכת עירובין דף מא,א:

”שלושה אין רואין פני גיהנם ... ויש אומרים אף מי שיש לו אשה רעה, ואידך, אשה רעה מצוה לגרשה, ואידך, זימנין דכתובתה מרובה”.

הרי שיתכן מצב שבו אשה שהוגדרה ”אשה רעה”, ואף ”מצוה לגרשה”, אך הגירושין התעכבו עקב העדר שלילת זכאות האשה לגביית שטר הכתובה.

על כן ככל שהדבר נוגע לזכאות האשה לתשלום הכתובה בעת הגירושין, אין נפקות בטענות המשחירות את פני אשה והמייחסות לה מעשים בעייתיים, כל עוד לא התקיימה אחת העילות שיש בה לשלול את זכאות האשה לתשלום הכתובה, וכל עוד היוזמה לגירושין אינה מצידה של האשה. הקשיים הנוטענים על ידי הבעל, ושאיננו עוד בטרם הפירווד,

## סימן לח

### מזונות ”מעוכבת מחמתו” באשה שנאסרה לבעלה

”הלכה פסוקה באה”ע סי’ ע’, אין האישי חייב במזונות אשתו אלא כשהיא עמו ... אמנם במקרה והבעל חייב לגרשה אז חייב במזונותיה מדין מעוכבת להנשא מחמתו, עיין מהרי”ט (ח”א סי’ קי”ג) באשה שאחרי נישואיה נודע לה שיש לבעל חולי הנופל, כיון שחייבוהו חכמים, מזונות נמי נראה דיש לה כל זמן שאינו מוציאה בגט, כמגורשת ואינה מגורשת שבעלה חייב במזונותיה”.

והוסיף הגאון רי”ש אלישיב זצ”ל בפסק דין אחר שגם אם האשה נאסרה עליו, לא הפסידה את זכאותה למזונות מעוכבת מחמתו. וז”ל בפד”ר כרך ד’ עמ’ 162 ובקובץ תשובות חלק ב’ סי’ עא:

”מכיון שלפי דבריה זינתה ברצון הרי הפסידה כל תנאי הכתובה. אמנם נראה בזה, ודאי חיוב המזונות המבוסס על תנאי כתובה (ע’ כתובות נ”ג ברש”י ורא”ש, ובאה”ע סי’ צ”ג), או הנובע מקשר אישות, חיוב זה פקע בזמן שאשתו זינתה עליו ברצון, אולם חיוב מזונות הנובע מדין אגידא ביה ומעוכבת להנשא מחמתו, בזה י”ל דלא הפסידה את זכותה כל עוד והבעל מסרב להוציאה בגט. וכמו בגירשה ולא נתן לה כתובתה - לדעת הרא”ש - שהוא חייב במזונותיה, הרי פשוט שלא תפסיד מזונותיה גם אם תזנה אח”כ, וכן נראה במגורשת ואינה מגורשת. ומהני תרי מילי הרי למד מהוהרי”ט לנדון דידיה למי שחייב מן הדין לגרש את אשתו ומסרב לפוטרה בגט, שהוא חייב במזונות מדין זה של מעוכבת להנשא. ולפי”ז י”ל דאחרי שחייב במזונותיה לא פקע חיובו בזה שהיא אומרת אח”כ טמאה אני לך”.

ובספר בנין אב (להגר”א בקשי דורון זצ”ל) ח”ג סי’ סג כתב:

התקיים דיון בבקשה לחיוב הבעל ב”מזונות מעוכבת” עקב סירובו להתגרש. לאחר שמיעת טענות הצדדים ביה”ד החליט שבנסיבות המתוארות יש מקום להיעתר לתביעה זו. בעקבות טענות שהעלתה ב”כ הבעל ביה”ד הבהיר:

”מזונות מעוכבת” נקבעו עקב כך שהבעל מעכב את אשתו מלהינשא אחר שכבר חויב בגירושין, ומסרב לתת גט ללא הצדקה. יסוד הלכה זו בתשובת מהרי”ט ח”א סי’ קי”ג.

מקובל לפרש את דברי מהרי”ט, שבדבריו אלו קבע את הדין לחיוב מזונות כשהבעל מחוייב על ידי ביה”ד לגרש, עיין פד”ר ח”א עמ’ 74 וח”ד עמ’ 161. עיי”ש בפד”ר ח”א הנזכר שכתבו:

”אמנם נראה דחיוב זה שחידש המהרי”ט לחייבו במזונות משום דהיא אגידא גביה ומעוכבת להנשא על ידו, אינו נובע מתנאי הכתובה שהבעל מתחייב בהו ע”י קשר הנישואין, אלא זהו חיוב חדש מתקנת חז”ל שהוא מחויב במזונותיה כל זמן שהיא מעוכבת להנשא על ידו, וכמו במגורשת ואינה מגורשת, דמדין תנאי כתובה אי אפשר להוציא ממנו כלום, ועיין רש”י כתובות צ”ז ע”ב שגם במגורשת ואינה מגורשת כשהיא ארוסה חייב במזונות. וא”כ ה”ה בנמצא בו מום והיא לא ידעה אעפ”י שיש ספק בעצם הקידושין לדעת הבי”ש, מ”מ הוא חייב במזונותיה כל זמן שלא גירשה משום שהיא מעוכבת להנשא על ידו”.

בתשובה מהגרי”ש אלישיב זצ”ל, שהודפסה בספר משנה הלכות - גט מעושה בערכאות, וכן בקובץ ישורון חלק ח’ (תשס”א) עמ’ תקל”ו, הביא את דינו של מהרי”ט כהלכה פסוקה, וכתב:

איסור שנישאו באיסור סוטה שנישאה לבועלה, וכתבו שם בעמ' 49:

"מזונות אלו הם מדין מיוחד על שמעכבה להנשא וכאילו קנסו לבעל שיתחייב במזונותיה עד שיגרשנה גירושין גמורים ולא תהיה יותר מעוגנת על ידו, ולפי כל זה אפשר וקרוב הדבר לומר דגם באשה האסורה על בעלה ואשר אין לה על כן דין של מזונות עליו, מ"מ יהיה חייב במזונותיה אם מעכבה מלהנשא ע"י שאין ברצונו לגרשה ולשחררה, ובדיוק כאשר בספק מגורשת מן האירוסין".

עיין עוד בספר עטרת דבורה ח"א סי' מ' שם התבאר הטעם שב"מזונות מעוכבת" אין מתחשבים במעשי ידיה של האשה. לאור האמור, בנידון זה גם אילו היו מתבררות טענות הבעל אודות בגידת האשה, אין הצדקה לעיכוב הגירושין, ויש לחייבו ב"מזונות מעוכבת".

בנסיבות שבפנינו, אמנם קיימת הצדקה לחיוב הבעל ב"מזונות מעוכבת", אולם אין מקום לכלל חיובים בגין מזונות האשה. פסיקת מזונות מעוכבת תינתן רק לאחר שיתברר שאין פסיקת מזונות אשה בערכאה אחרת. עם הצגת אסמכתאות שאין פסיקת מזונות אשה בבית המשפט, ישלים ביה"ד ההליך ביחס ל"מזונות מעוכבת".

"וכן פסק למעשה בשו"ת מהרי"ט סימן קי"ג שבנכפה אע"פ שאין כופין אותו לגרש יש לה מזונות מדין מעוכבת, וכן הגר"י הרצוג זצ"ל בקונטרס שנדפס בסוף כרך ב' של אוצר הפוסקים מביא להלכה סברא זו גבי אשה שזנתה שגם אם אין כופין את בעלה לגרשה, יש לה מזונות מדין מעוכבת להנשא מחמתו, והסכימו עמו הגר"צ עוזיאל זצ"ל ועוד, ועיין בפסד"ר כרכים א' ג' ד', וכן נהגו בבתי הדין לחייב מזונות באשה מעוכבת להנשא מחמתו בשעת הצורך".

לכאורה היה מקום לומר שאין מקום לחיוב מזונות עפ"י תשובת מהרי"ט, אלא כשעילת חיוב הגירושין בעטיו של הבעל בלבד, כגון בעל מום שדינו לחיוב הגירושין, משא"כ כאשר חיוב הגירושין נובע ממעשים שגם לאשה חלק בהם. אולם זה אינו כמבואר בתשובת בנין אב, מאחר והעילה לחיוב המזונות היא שהבעל חייב בגירושין ואינו ממלא חובתו לתת גט ובכך אשתו מעוכבת מלהנשא, לכן אין מקום להכנס לחילוקים ולברר מהי העילה לחיוב הגירושין, מאחר שבסופו של דבר בית הדין פסק לחייבו בגט והבעל אינו מציינת להוראת ביה"ד.

כך קבעו בפד"ר ח"ג עמ' 46-57 לפסוק "מזונות מעוכבת" גם כשחיוב הגט אינו בעטיו של הבעל בלבד, אלא בשל נישואי

## סימן לט

### כתובה שנקוב בה סכום גבוה מאוד

"אף על פי שאמרו בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה יוסיף".

ושם בגמ' על משנה זו שואלת הגמרא: "פשיטא", הרי שחיוב זה של מאה מנה הרשומים בשטר הכתובה מחייב, והדבר פשוט לגמרא, ולא עלה על דעת הגמ' או הראשונים לבאר שיש לדבר קצבה, וכשם בשטר הכתובה נקוב סכום הגבוה מאותה קצבה, אינו חייב מפני ריעותא של אסמכתא או ריעותא אחרת.

ומצאתי שכך מפורש בתשובת מהרי"ק שרש פא, שכתב, וז"ל:

"דהיא תוספת הנזכרת בתלמוד ובפוסקים, היינו שמוסיף לה לפי דעתו וחייבתו עמה ואין לדבר קצבה אלא כל איש אשר ידבנו לבו, והיא התוספת הנזכרת בכל מקום בתלמוד כהיא דריש פרק אעפ"י (דף נו) דאם רוצה להוסיף אפילו מאה מנה מוסיף".

ובפירוש מלאכת שלמה על המשניות במסכת כתובות ריש פרק אע"פ, הביא את דברי מהרי"ק.

כידוע "מאה מנה" שווה ערך למאתיים וזו כפול חמישים. וכתב הר"ש (פאה פרק ח משנה ח):

"מאתים זו - שיערו חכמים שזהו שיעור הוצאתו במזונות ובמלבושיו לשנה."

וכן בפירוש הרא"ש (פאה שם):

לעיתים עולה לדיון תביעת האשה לתשלום הכתובה, לאחר שנקבעה זכאותה לכתובה ותוספת הכתובה, ומתעוררת השאלה האם כשבשטר הכתובה נקוב סך חצי מיליון או מיליון שקל, שאלו סכומי כסף גבוהים מאוד, האם לחייב את הבעל בתשלום כתובה בסכום כה גבוה.

**הכתובה מחייבת ככל שטר, אף שנקוב בה סכום גבוה ולבעל אין יכולת כלכלית**

נקדים ונקבע כי מבחינה עקרונית, שטר הכתובה הוא מסמך בר תוקף ומחייב, גם אם הסכום הנקוב שווה ערך לכל רכושו של הבעל, עיין במשנה במסכת נדרים דף סה ע"א:

"מעשה באחד ... והיתה כתובתה ארבע מאות דינרים, ובא לפני רבי עקיבא, וחייבו ליתן לה כתובתה. אמר לו: רבי, שמונה מאות דינרין הניח אבא, נטל אחי ארבע מאות ואני ארבע מאות, לא היה שתיטול היא מאתים ואני מאתים? אמר לו רבי עקיבא אפילו אתה מוכר שער ראשך, אתה נותן לה כתובתה."

הרי שאותו בעל חיוב בתשלום מלוא סכום הכתובה, למרות שזהו כל רכושו, ולא עלה על דעת רבי עקיבא לקבוע אומדנא שעל דעת כן לא התחייב, שיאלץ להעביר את כל רכושו, או אף את שער ראשו, כתשלום עבור הכתובה.

וכן נציין למשנה בתחילת פרק אף על פי (כתובות נד ע"ב):

ושם), אבל אותו שאין לו היאך ישתעבד נכסיו שיקנה אחרי כן, כיון שלא נתחייב לה היינו דבר שלא בא לעולם. ושאל ר"י לרבי אליהו והשיב לו דמצינו כענין זה בפרק השוכר את הפועלים (בבא מציעא דף צד ע"א) דתניא מתנה שומר חנם להיות כשואל ופריך במאי בדברים ומשני בשקנו מידו משמע בכל ענין אף על פי שאין מקנה לו שום נכסים אלא שמשעבד גופו לזה החוב מעתה ולכשיהיו לו נכסים חל שעבודו מעתה. וכן כתב בספר שיטה מקובצת (על המשנה שם):

"ומיהו נהגו שכותב החתן לכלה מאה ליטרין אף על גב שאין לו שוה פרוטה וכו', עיין בתוספות ובפסקי הרא"ש ז"ל." ובמסקנתו זו דחה השטמ"ק את ההור"א שהעלה קודם לכן במה שכתב:

"מכל מקום יש לדחוק לישנא דמתני' ולמימר דלא איירי מתני' אלא דוקא ביש לו והא דקתני אפילו מאה מנה לאשמועינן אף על גב דאיכא כיסופא טובא דזה כתובתו מרובה וזה מועטת." וכידוע מעשים שבכל יום שאין נוהגים לחייב בכתובה רק את הסכום שכבר היה לחתן בעת עומדו תחת החופה, אלא כמסקנת השיטה מקובצת עפ"י התוס' והרא"ש.

העולה מהאמור: אותו חתן המוזכר בדברי התוספות היה גברא ערטילאי, שאפילו שווה פרוטה אין לו, ואף על פי כן: אם יכתוב לכלה סך מאה ליטרין, שהוא ודאי סכום מאד מופרז עבור חתן חסר-כל, הכתובה בתוקף, ולא עלה על דעת אדם מעולם לבטל כתובה כזו בטענה שעבור חתן זה הכתובה היא מופרזת, וכי הסכום נכתב לכבוד בעלמא או שזו אסמכתא. ועיין בשיטה מקובצת (שם) דבדברי התוספות עולים מלשון המשנה, בה נכתב שאפילו "מאה מנה" יכול להתחייב בכתובה, ומשמע שהחוב בתוקף גם אם אין לו סכום כזה והוא עבורו גבוה מאד, ולא מצינו שהראשונים התנו את תוקף החוב בכפוף למנהגו שנהגו להתחייב בכך. אילו סברו הראשונים והפוסקים שיש לבטל תוקף כתובה מופרזת לא היו סותמים הדברים, והיו מגלים אוזנינו שעל כל פנים צריך לעיין בכל מקרה לגופו, אם זהו סכום מופרז. מסתימת דבריהם מוכח ללא ספק שאין גבול לגובה סכום הכתובה. והדין כן מאחר שלא מצינו אף פסיקה אחת בפסקי הראשונים והשולחן ערוך ונושאי כליהם לביטול התחייבות עקב הפרזה.

כן נציין את מאמרו של הגאון הרב דוד לבנון שליט"א אב"ד בית הדין באשקלון (שורת הדין ח עמודים ער-רצג) שהאריך בנושא זה, והעלה שיש תוקף לכתובה שבה נקוב סכום מופרז, וכן פסקו בבית דינו לאחר התייעצות עם הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל.

#### טענת אסמכתא אינה רלבנטית בכתובה שנקוב בה סכום גבוה

ההתחייבות לתוספת כתובה בתוקף גם אם התחייב בסכום גבוה מאוד, והלכה זו אינה דומה לסוגיית "אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי" (בבא מציעא קד).

"מאתים זוז - שיערו חכמים שזהו הוצאת אדם לשנה למזון ולפרנסה."

וכן בפירוש רבי עובדיה מברטנורא (שם):

"מאתים זוז - קים להו לרבנן שאלו מספיקים לשנה אחת לכסות ולמזונות."

ובפירוש תפארת ישראל (שם) כתב:

"בזמן הש"ס היה סגי בהכי לפרנס את עצמו בהן ובכך סגי ליה לשנה לכסות ומזונות, ומצאתי כתוב דלהכי תקנו מאתיים זוז לבתולה, שלא תצטרך לצדקה שנה תמימה."

וכן בשו"ת הרשב"ש (סימן שסא) כתב:

"ופרשו המפרשים דמאתיים זוז ששינו שערם חכמים כדי מזונות ומלבושין לשנה."

לפי זה, בזמן חז"ל, כשהחתן התחייב לכלה מאה מנה, זו היתה התחייבות של פרנסת אדם למשך חמישים שנה, ואף על פי כן שנינו במשנה שזו התחייבות ברת תוקף, ולא פקפק בכך אדם מעולם לטעון שההתחייבות של מאה מנה אינה מחייבת בהיותה מופרזת, מאחר שנעשתה לכבוד בלבד, או שהיא בגדר "אסמכתא" וכיוצא בזה, טענות שעלו כעת לדיון על כמה דיינים.

והנה הרמב"ם בהלכות אישות פרק י' הלכה ז' הביא את דין המשנה, ובמקום "מאה מנה" כתב:

"ואם רצה להוסיף לה אפילו ככר זהב, מוסיף."

והנה משקל ככר זהב המוזכר בתורה הוא 42.5 ק"ג וכן עולה מדברי רבי אברהם בין הרמב"ם על שמות פרק לח פסוק בו שהככר הוא משקל 3000 סלעים שכל אחד משקלו חמשה דרהם, והדרהם של הרמב"ם משקלו 83.2 גרם, הרי שמשקל הככר עומד על 42.5 ק"ג.

ועיין בספר מדות ושיעורי תורה עמ' תמד שככר של חול הוא בין 21 ק"ג ל-25 ק"ג. ובמחיר הזהב כיום ערכה של ככר זהב של 25 ק"ג עומד על סך 4 מיליון שקל בקירוב. וגם ביחס לככר המצרי הנזכר בפירוש ר"א בן הרמב"ם, שיתכן שאליו כיוון הרמב"ם, הרי שביחס אליו כתב הר"א בן הרמב"ם שם: "שהככר המצרי מאה רטל מצריי והרטל מאה וארבעים וארבעה דרהם ובכך יתרון הככר של התורה על הככר המצרי ארבעה רטלים ושתי אונקיות של מצרים."

לפי החשבון עולה שהככר המצרי הוא 11.952 ק"ג זהב, שגם הוא עומד כיום על כשני מיליון שקל, ופשיטא שגם בזמן הרמב"ם היה סכום עצום ביותר, והמתחייב בו בכתובה, חייב, ללא בחינה מוקדמת של מעמדו הכלכלי, בחינה שאינה מוזכרת במשנה ובגמ' ובכל הפוסקים. אלא אדרבה, בתוספות (כתובות נד ע"ב ד"ה אף על פי) כתבו:

"תימה דעכשו נהגו שכותב חתן לכלה מאה ליטרין אף על פי שאין לו שוה פרוטה, דבשלמא כשיש לו הוא משעבד נכסיו לזה החוב והואיל ונתחייב אפילו נאבדו אלו הנכסים וקנה אחרים הם משתעבדים אף על פי שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מכל מקום אדם משעבד דבר שלא בא לעולם כיון דכתב ודעתיד אנא למיקני כדאמרינן במי שמת (בבא בתרא קנז ע"א

וכן בחידושי מהרי"ט (כתובות דף ט ע"ב) קבע שהחוב והשעבוד הם בעת האירוסין או הנישואין, וזו לשונו:

"כל שכן שכבר נתחייב בשעת אירוסין ובא עכשיו להיפטר בטענה שלא מצאה בתולה, לא כל הימנו להפקיע חיובו דהך, כי היכי דלא מצי למטען טענת פירעון או מחילה."

וכן בספר הפלאה (כתובות פא ע"א) כתב:

"לכאורה היה נראה דכיון דדרשינן מדרש כתובה דאין החיוב אלא לכשתנשאי, ואם כן בחיי הבעל אין התחלת החיוב... מיהו אינו נראה לפרש כן, דודאי משמע בדוכתא טובא דחיוב הכתובה מתחיל משעת נישואין, היא כמו שאר חובות, אלא דלא הגיע זמנה לפרוע, ובאינו יודע אם פרעתי חייב."

ובהפלאה בריש פרק אף על פי (כתובות נד ע"ב), כתב:

"באמת השעבוד מיד הוא, דגובה משעת הנישואין כדאיתא לעיל דף מ"ד ובכמה דוכתי, ומה נפקא מינה שהתשלומין אינו אלא לכשתתאלמן או תגרש."

ובספר בית מאיר (אבן העזר סימן קעח סעיף טו) כתב:

"לגבי הבעל עצמו, מה בכך שהיה קנינו וסתירה והיא אינה בת שתייה, אכתי היא טוענת ברי ואיהו שמא, דהוי נתחייבתי ואיני יודע אם פרעתי דלכולי עלמא חייב."

וכן בבית יעקב (כתובות ט ע"ב על תוספות ד"ה אי למיתב).

וכן בספר בני יעקב (לרבי יעקב ששון, דף צג ע"א) כתב ביחס לטיבה של ההתחייבות בשטר הכתובה:

"מעכשיו הוא מחויב, אלא דאין זמן הפירעון עד שתתאלמן או תגרש. ואם מתה בחיי יורשה, שהרי ברשותה היא, שהרי הוא חייב לה, אלא שאם תמות בחיי נפטר מן החיוב. ואם כן מוכרת דבר שהוא שלה היא. דאטו מי שהלוה לחבירו מנה על מנת שאם ימות הלווה בחיי מלוה [נראה שצ"ל: המלווה בחיי הלווה] יפטר מן החיוב, מי נימא דאין יכול מוכרו לאחר את שטר החוב, הא ודאי ליתא, אלא דאם ימות מלוה בחיי לווה שוב אין עליו חיוב לפרוע, והכי נמי דכוותה, שהרי מחוייב הוא מעכשיו כמבואר, והכריח כן בראיות הרב מהר"י קולון ז"ל שורש פ"ט, אלא דזמן הפירעון אינו אלא לאחר שיגרשנה או ימות."

ובספר ברכת אליהו (להג"ר ברוך רקובר ז"ל, חושן משפט סימן קלא הערה 8) כתב לבסס קביעה זו וכדלהלן:

"ויש להביא ראיה ... מהא דאיתא בבבא קמא (פט ע"א) ועוד מקומות שהאישה יכולה למכור כתובתה, ואם נאמר שחיוב הכתובה נוצר רק לאחר מיתת הבעל או לאחר גירושין, אם כן הוי דבר שלא בא לעולם ואין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ומוכח שהחיוב הוא מיד. וכן יש להוכיח מהדין שמועילה מחילת הכתובה בחיי הבעל, ואם נאמר שחיוב הכתובה לא חל מחיים, אם כן הוי דבר שלא בא לעולם וכנ"ל, והרי פסק הרמ"א (בסימן רמ סעיף ד) "וכשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם כך אינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם", ואם כן איך מועיל מחילת הכתובה בחיי הבעל. ומוכח שחיוב הכתובה הוא גם בחיי הבעל, ורק זמן הגבייה הוא אחרי שמת או אחרי שגירש את אשתו וכנ"ל. וזה דומה

אין ללמוד מהא ד"אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי", מפני שבאותו נידון ייחשב אסמכתא, וקיימא לן "כל דאי הוי אסמכתא". אבל בכתובה, ההתחייבות אינה התחייבות של "דאי" - דהיינו התחייבות שתבוא לעולם רק אם ולאחר שיארע מאורע כזה או אחר - אלא זו התחייבות מוחלטת להשתעבד ולהתחייב כבר במעמד הנישואין, כנגד התמורה המתקבלת בעת הנישואין. להלן נבסס קביעה זו.

### חיוב הכתובה חל מעת הנישואין

הרמב"ם (פרק טז מאישות הלכה ג) כתב:

"כבר הודענו שחכמים תקנו כתובה לאישה ודין התוספת כדין העיקר, ולא תקנוה לגבותה כל זמן שתרצה אלא הרי היא כחוב שיש לו זמן, ואין הכתובה נגבית אלא לאחר מיתת הבעל או אם גירשה."

וכן היא לשון שולחן ערוך (אבן העזר סימן צג סעיף א) - "הכתובה הרי היא כחוב שיש לו זמן" וכן משמעות מהלשון בגמרא (כתובות דף פא ע"א) - "לא ניתנה כתובה ליגבות מחיים", ומשמע שרק הגבייה לא ניתנה להיגבות מחיים, אבל החיוב עצמו הוא מחיים, והדין נותן כך שהרי בכל שטר כתובה הנוסח הוא "ויהיבנא ליכי" וכו' וכן שאר הנוסח מוכיח שכעת ומעכשיו החתן נותן, ולכן הדברים מנוסחים בלשון הווה ולא בלשון עתיד. ועל פי זה מתבארים דברי הבית שמואל (סימן קטו ס"ק ח) שבספק אם אירע אירוע שיש בו לשלול את זכותה לכתובה, דינו של הבעל כטוען "איני יודע אם פרעתיך", מפני שהחוב וודאי והפירעון ספק. וכן עולה מדברי הרי"ד שהביא השיטה מקובצת במסכת כתובות דף עב ע"א, בסוגיית עוברת על דת, שכתב וז"ל:

"קשיא לי בעל נמי אם נודר ואינו מקיים יוציא ויתן כתובה שקובר את בניו. ועוד שקובר את אשתו דכתיב אם אין לך לשלם למה יקח משכבך מתחתך. ונראה לי דכ"ש הוא האשה שהיא מפסדת דינה ומה שראוי להנתן לה המשועבד לה בעת שנשא, קנסינן לה שתצא בלא כתובה, כ"ש בעל דלא מפסיד מידי, אלא מה שנשתעבד לה דיציא ויתן כתובה."

הרי שהיה פשוט להרי"ד שחיוב כתובה לאשה מעת הנישואין הוא כבר משועבד לה וזהו הפסד ממשי של דבר השייך לה, כשמפסידה אותו בהיותה עוברת על דת, לעומת בעל עובד על דת המחויב בכתובה, אינו "מפסיד מידי" בעת קביעת חיובו, כי הסכום הנקוב בשטר הכתובה כבר משועבד לאשה. וכן הוא בדבריו בתוספות רי"ד (בסוגיא שם).

וכן בספר פני יהושע (כתובות פא ע"א) קבע שמועד חיובו של הבעל הוא מועד כתיבת שטר הכתובה בעת הנישואין, וזו לשונו:

"על כרחך דאפילו למאן דדריש מדרש כתובה, לאו משום דאין החיוב חל אלא בסוף. דודאי עיקר החיוב חל מעיקרא משכנסה, אלא שקבעו זמן הפירעון לכשתתאלמן או תגרש. ואם כן, הוא הדין לבית הלל נהי דלאו כגבוי דמי, אפילו הכי מודה בהאי סברא דהחיוב חל מעיקרא."

לגבות אבל החיוב חל מיד עם הנישואין, ומכמה דוכתי מוכח דגם החיוב אינו חל אלא אחרי הגירושין או מיתה ולא מחיים. ואמר הגר"ח זצ"ל דחיוב כתובה הוא בגדר חוב של חוב, דבאמת נתחייב מיד עם הנישואין, אבל אינו חיוב ממון אלא חיוב של חוב, והחיוב ממון ממש אינו מחיים, ודו"ק.

**מסקנת הדברים**, הלכה למעשה נקטינן כמבואר ברמב"ם בטור ובשולחן ערוך, שחיוב הכתובה הוא חיוב שהחתן מתחייב בעת הנישואין והשעבוד חל כבר מאותה עת. ביאור הלכה זו הוא - הבעל משתעבד בעת הנישואין כנגד תמורה המתקבלת אצלו כבר באותה עת. והנה בירושלמי (כתובות בתחילת פרק ה) דנו בשאלה מה היא התמורה המתקבלת.

ביחס לחיוב תוספת כתובה המבואר במשנה (ריש פרק אף על פי) שאלו בירושלמי:

"במה הוא מתחייב לה, לא כן רבי יוחנן ורבי שמעון בן לקיש תריהון אמרין הכותב שטר חוב על חבירו בחזקת שהוא חייב לו ונמצא שאינו חייב אינו חייב ליתן לו."

דהיינו שהשואל הניח שההתחייבות לשלם תוספת כתובה היא כמתנה הניתנת ללא תמורה, ועל כן שאלו ביחס לתוקף השטר. והשיב הירושלמי:

"רוצה הוא ליתן כמה, וליקרות חתנו של פלוני. עד כדון בשפסק מן האירוסין, פסק מן הנישואין. רוצה הוא ליתן כמה בתשמישה שהוא ערב. עד כדון כשבעל, לא בעל, רוצה הוא ליתן כמה על קניינו שהוסיף. פסק מן האירוסין, פסק מן הנישואין, ולקרות חתנו של פלוני כבר הוא, בראוי תשמיש אין בו קניין לא הוסיף מיכן, רוצה הוא ליתן כמה ולא תחזור בה. ויכולה היא, לא כן תני האיש אינו מוציא אלא לרצונו, אמר רבי אבין מעיקא היא ליה הוא משבק לה."

הרי מבואר בירושלמי שהחיוב של תוספת הכתובה הוא כנגד תמורה המתקבלת כבר בעת החתימה על שטר הכתובה - שיקרא חתנו של פלוני או משום חיבת ביאה או כדי להבטיח שהאישה תישאר עמו ולא תכביד עליו כדי שיסכים לתת גט.

עוד ראוי להוסיף, מספר כתובה נלמד, מנוסח שטר הכתובה מבטא שכעת החתן מקנה לכלה את כתובה ותוספת הכתובה, ולכן אינו מנוסח בלשון עתיד כמו: "אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי", אלא כגון הנוסח שהביא הרמב"ם (הלכות יבום וחליצה פרק ד) ומקובל עד היום:

"ויהיבנא ליכי מוהר בתוליכי כסף זוזי מאתן... ורצה והוסיף לה תוספת על עיקר כתובה עד משלם כך וכך",

הרי שהכל בלשון הווה ולא בלשון עתיד, כי כעת החתן נותן לכלה את שעבוד הכתובה ותוספת הכתובה.

וכן מנוסח שטר הכתובה אנו למדים ששעבוד הכתובה היא שעבוד נכסים כעת הניתן כנגד הסכמת האשה לנישואין -

"ויהיבנא ליכי מוהר בתוליכי כסף זוזי מאתן דיאנון מזוזי כספא עשרין וחמשה דחזו ליכי ומזונייכי וכסותייכי וסיפוקייכי ומיעל עלייכי כאורח כל ארעא, וצביאת פלונית דא והות ליה לאנתו

לחוב שלא הגיע זמן פרעונו ואפילו הכי יכול למחול, ולא נקרא דבר שלא בא לעולם. וגם התוספות בגיטין (לד ע"ב ד"ה אין אלמנה נפרעת מנכסי יתומין אלא בשבועה) ובבבא בתרא (ה ע"ב ד"ה ואפילו מיתמי) כתבו שבחיי הבעל הכתובה נקראת "תוך זמנו".

אחר כך ראיתי מעין דברינו הנ"ל איתא במהרי"ק (שורש פט) ששם כתב לענין הלואה וזו לשונו:

'דפשיטא דלא חשיב חוב שלא הגיע זמנו לגבות בדבר שלא בא לעולם שלא תועיל בו המחילה בתוך זמנו, אלא פשיטא דחשיב דבר שבא לעולם מאחר שכבר נעשה השעבוד ונתחייב הלואה ושיעבד נכסיו משעת עשיית השטר וכו'.

והביא ראייה לדבריו מכתובה וזו לשונו:

'שהרי בכמה מקומות בתלמוד מוכח שהאישה יכולה למכור כתובתה בחיי בעלה וכו' ואף על גב דלא ניתנה כתובתה לגבות מחיים אלא על ידי מיתה או על ידי גירושין, אלמא דאף על גב דעדיין לא ניתנה לגבות אפילו הכי יכולה למכור וכל שכן למחול, והכא נמי לא שנא."

וכן העלה בספר מנחת שלמה (תניינא סימן קלז).

ובחזון איש (אבן העזר סימן נו ס"ק טז) כתב:

"יש לעיין אי חיוב כתובה הוא מחיים, והאם שאם מתה בחייו אינה נוטלת כתובה, הוא משום שבתנאי זה הפקיעו חכמים עכשיו כתובתה, או דלמא שאין חיוב כתובה כלל מחייב אם מתה בחייו ועל מנת זה לא נתחייב... ומהא דכתובות (נו ע"א) דמהני התקבלתי ופירשו הראשונים ז"ל דהתקבלתי חשיב מחילה ולא תנאי, משמע דכבר נתחייב מהשתא. ומהא דאמר בבא קמא (פט ע"א) דגובין מכתובתה דמילי דמזדבני בדינרי נינהו, משמע קצת דהוא חיוב מוחלט עכשיו, אלא שאם תמות בחייו נפקעת כתובתה, דאי לא נתחייב כלל, נמצאת שלא מכרה ללוקח כלום אלא שנתן לה מתנה, וצריך עיון."

אמנם החזון איש סיים ב"צריך עיון" אך כאמור, הפוסקים - מהרי"ט, פני יהושע, בני יעקב, הפלאה, בית מאיר, בית יעקב, ומנחת שלמה - כתבו בפשיטות שההתחייבות והשעבוד הם כבר בעת הנישואין.

ועיין בדברי הרא"ש במסכת תרומות (בתחילת פרק אף על פי) במה שכתב: "אין משעבד עצמו לחוב זה שיתחייב מיד אלא לכשתתאלמן או תתגרש", ולכאורה משמע שחולק על כל האמור לעיל. אך נראה שיש מקום להידחק ולפרש בדברי הרא"ש שאינו מתחייב מיד, היינו בתשלום, אך לא ביחס לגוף השעבוד וההתחייבות, דאם לא כן הרא"ש חולק על הרמב"ם, וגם קשה מאד שהטור באבן העזר (ריש סימן צג) סתם דבריו כהרמב"ם ולא הזכיר שאביו חולק, ובהכרח שהיה פשוט להטור שאין כאן כל מחלוקת.

כמו כן ניתן לפרש בדברי הרא"ש על פי מה שכתב הגאון רבי חיים סולובייצ'יק (בחידושי הגר"ח סטנסיל סימן קכו) שכתב כדלהלן:

"האחרונים מקשים דיש סתירות בחיובי כתובה, דמכמה דוכתי מוכח דלא ניתנה כתובה להיגבות מחייו, היינו רק דלא ניתנה

שבהם אכן כל עניינה של ההתחייבות לתשלום הקנס היא התחייבות מותנית שנועדה לחול רק במועד עתידי של הפרת ההסכם, וכך אמנם מפורש בשטר התנאים. מה שאין כן בשטר הכתובה, אין זו התחייבות מותנית אלא מפורש בשטר הכתובה שהשעבוד הוא בקניין מעכשיו, וכמבואר לעיל שזהו שעבוד כעת כנגד התמורה המתקבלת כבר בעת הנישואין, ואין בשטר כל רמז לתנאי. ועיין בהגהות מרדכי (בבא מציעא פרק א דף טז ע"א, סימן תכג) שכתב:

"ותימא מאי שנא מטובת הנאה דכתובה שיכולה אישה למכור שאם תתגרש... וי"ל... אבל התם גבי כתובה לאו אסמכתא היא, דמיד היא שלה הכתובה, אלא שהוא יורש ממנה." הרי להדיא שהגהות מרדכי כתב בפשיטות שבכתובה אין לדון דיני אסמכתא, מכיוון שהשעבוד חל מיד ואינו שעבוד מותנה. אמנם דברי הגהות מרדכי מצד עצמם טעונים ביאור, ולהלן מה שכתב על דבריו בספר פרי האדמה (הלכות מכירה פרק כב הלכה ה):

"תמיהה לי בדברי המרדכי כמה שתיירץ דבמה שאירש וכו' היינו מטעם אסמכתא דשמא לא יירש, אבל בכתובה מיד הוא שלה הכתובה והוא יורש ממנה. שהרי תינח כשהיא עצמה מוכרת, כיון דמשעבדא לה, מיד הוא שלה. אבל כשהבן מוכר מכח ירושת אמו, הלא שייך נמי לומר התם שלא יירש, שתמכרנו אמו או תתננו או תמות בחיי בעלה, נמצא דהוי אסמכתא יותר מהא דמה שאירש מאבא."

על כל פנים גם הפרי האדמה הסכים עם הגהות מרדכי ביחס לאישה עצמה: "כשהיא עצמה מוכרת, כיון דמשעבדא לה, מיד הוא שלה." ואינו בגדרי אסמכתא.

וכן עולה להדיא מתשובת הרב לחם משנה בתשובת לחם רב סי' נח שדן בשאלה כדלהלן:

"לאה אלמנה נשאת לשמעון, ובכלל תנאי הכתובה נתחייב שמעון שלא יוכל לגרשה בגט כריתות, ואם יגרשנה בגט שיחוייב לתת ולפרוע לה נוסף על סכי כתובתה שלשת אלפים לבנים ללא הנזכרת, ושלשת אלפים לבנים ליתומיה."

ולאחר שהעלה להלכה למעשה שהאשה זכאית לכתובה ותוספת, כתב ביחס להתחייבות בשלושת אלפים לבנים לה וכן לבניה אם יגרשה:

"אבל מצד אחר יש לזכותו, דתנאי זה הוי אסמכתא, ואם אין שם כלל התנאים המסלקים האסמכתא לדעת כל הפוסקים, וכמו שנתבאר באורך בדברי הרב ב"י [חו"מ] סי' ר"ז, יכול שמעון לפטור עצמו מטעם זה, ומפני שלא הוזכר בשאלה טעם זה אינו נושא ונותן בו, ועוד כי הדברים ברורים מפי סופרים ומפי ספרים, ובסימן הנזכר נתבארו כל הדברים בפרטות יע"ש. ואין לומר דמשום דהוי בשעת כניסה לחופה אין כאן אסמכתא, ודמי למאי דכתב הרמב"ם ז"ל בפ"א מהל' מכירה [הט"ז] דאע"ג דאין אדם מחייב עצמו בדבר שאינו קצוב, מ"מ פוסק עם אשתו לזון את בתה מפני שפסק בשעת נישואין, והדבר דומה להדברים הנקנים באמירה, וכבר ראיתי מי שרצה לומר כן

לפלוני דנא, ורצה והוסיף לה תוספת על עיקר כתובתה עד משלם כך וכך."

דהיינו רצונה של האשה להינשא משולב בנוסח בעקבות שעבוד עיקר הכתובה, ומיד לאחר שהסכימה להינשא כנגד זה הוא משתעבד כבר כעת בתוספת הכתובה.

על כן אינו עניין לסוגיית "אם אוביר ולא אעביד אשלם" וכו', שם כעת קיימת רק התחייבות מעכשיו, אבל לא שעבוד נכסיו כעת, כמו בהתחייבות בכתובה שנכסיו משועבדים לכתובה כנגד תמורה, שכבר כעת קיבל את התמורה המבוארת בירושלמי, והם כבר כעת עומדים לגביית חוב הכתובה, בכפוף למיתת הבעל או גירושין, כמו שעבוד נכסי לווה למלוה כנגד ההלוואה שקיבל. ואינו דומה לאם אוביר שקיימת התחייבות מעכשיו, התחייבות שאינה כנגד דבר שהתקבל כעת, אלא תחל לבוא לעולם רק במועד עתידי עם התקיימות התנאי, כשיתברר שגם נזק לנכסי בעל השדה. עוד יצוין לתשובת הרמב"ם (מהדורת בלאו) סימן ססה שדחה טענה לשלול כתובה עקב סירוב האשה לעלות לארץ ישראל כשהבעל מבקש לעלות לארץ ישראל אך בדרך עלילה להיפטור מכתובה, וז"ל:

"כי כל מי שמבקש עלילות להפטר מחיובו אשר נתחייב בו כמו כובש שכר שכיר והוא העושק כמו הגזלן. ואין הבדל אצלי בין מי שמשתעבד בשכיר לאחרית היום ואח"כ יבקש עליו עלילות דברים להפסידו שכירותו ובין מי שעושה עם אשתו ככה לשתניה לו המאוחר שלה. ולכן מה שלמדנו התורה בענין יהודה עם הקדשה באומרו הנה שלחתי הגדי הזה וגו' וזה המעשה היה מותר אצלם קודם נתינת התורה כי שכר הקדשה באותו זמן היה אצלם כדין המאוחר של האשה בזמננו זה. ואמנם הוקל על רוב בני אדם לצער נשותיהם לפוטרים מכתובתם, וראוי להשמר מזה העון ולמנוע הפועלים אותו שבור זרוע רשע ורע והצילו עשוק מיד עושקו."

הרי שהיה פשוט לרמב"ם שהכתובה היא בתמורה להנאה שהבעל מקבל, וחיובו הוא כשכר שכיר המשולם בגין עבודת השכיר. ופשיטא שהרמב"ם לא היה כותב זאת ביחס להתחייבות לתשלום קנס עתידי שהבעל קונס עצמו בתשלום שיחוייב אם ימות או יגרשה.

לכן אין יסוד לטענת "אסמכתא", מאחר שההתחייבות בשטר הכתובה היא התחייבות כנגד תמורה המתקבלת לאלתר, ואינה התחייבות בתנאי שיארע כך וכך.

לא מצינו שיש מקום לריעותא של אסמכתא לשלול תוקף מקח ששולם עבורו סכום גבוה ביותר, אלא במקח כזה דנים ביחס לאונאה בלבד (נידון שאינו רלוונטי כאן), על כן אין יסוד לבטל כתובה שנקוב בה סכום מופרז בטענה של אסמכתא.

אמנם בספר בית מאיר (אבן העזר סי' נ' סעיף ו') כתב שאם בשטר התנאים נקבע ביחס לצד המבטל את השידוך קנס גבוה הרבה יותר מדמי בושת, ייחשב אסמכתא, כמו "אם אוביר אשלם אלפא זוזי". אך היינו דווקא בשטר תנאים



אלא אומדנא הברור, אבל בספיקא לא אמרינן אומדנא. ומהאי טעמא בשכיב מרע שכתב כל נכסיו ועמד אינו חוזר דשמא יש לו נכסים במדינה אחרת (בבא בתרא קמח ע"ב), והוא הדין הכא בהנך בעיות דהקדש וחילק לעניים כיון דשכיב מרע שחוזר אינו אלא משום אומדנא ובהנך דלא ברירי אומדנא אינו חוזר ע"ש. ונראה ביאור דברים משום דקיימא לן (נדריים כח ע"א) דברים שבלב אינן דברים, והא דמהני אומדן דעתיה שהיה לזה התנאי אף על גב דלא פירש, היינו משום דכיון דאומדנא כך הוה ליה דברים שבלב כל אדם דמהני, וכמו שכתב במרדכי (כתובות סימן רנד) גבי נדרי אונסין באומר בלבו היום, ועיין ממה שכתבתי בסימן י"ב סק"א ע"ש, ואם כן היינו דוקא אומדנא דברירי הוה ליה דברים שבלב כל אדם, אבל באומדנא דמספקא, אף על גב דהנותן מחשבתו היה לתנאי, הוה ליה דברים שבלב, כיון דאינו בלב כל אדם."

וכן יצוין לתשובת מהרשד"ם חלק חושן משפט סי' רצט שכתב:

"נראה ודאי שלא כל האומדנות שוות אלא דוקא אומדנא גדולה כהיא דש"מ מספיק לבטל המתנה, אבל מתנת בריא אעפ"י שהיה נראה שהיה נותן מפני חוביו כו' ואח"כ עשה פשרה, עכ"ז לא נתבטלה המתנה אלא אם נתברר בפ"י שלא נתן אלא מטעם זה. אך אם יש בו ספק ואפשר לתלות שהמתנה לא היה בסיבה זו מתנתו קיימת".

ופשיטא שגם בנידון דנן קיימת אפשרות שכוונתו להתחייב, בכך אין זו אומדנא כלל.

וכן בשו"ת הרי בשמים מהדורא רביעאה סי' קמ, הסכים עם דברי קצות החשן וכתב:

"אמנם אנכי אינני רואה שיהי' זה שבנ"ד אומדנא דמוכח והוא מוטל בספק האיך הי' דעתו ובענין מסופק הא לא אמרי' אומדנא כלל כמ"ש הרא"ש הובא בח"מ סי' ר"ג ס"ג ובקצה"ח שם סק"ה הסביר הדבר משום דאנן קיי"ל דברים שבלב ל"ה דברים ורק באומדנא ברורה הו"ל דברים שבלב כל אדם דמהני להכי בעינן דוקא אומדנא גלוי' וברורה, אבל אומדנא דמספק אף על גב דהנותן מחשבתו הי' לתנאי, הו"ל דברים שבלב כיון דאינו בלב כל אדם ע"ש".

וכן בספר באר יצחק (להגאון רי"א מקאוונא זצ"ל) חלק אה"ע סי' י' ענפים ד'ו' העלה שבספק במציאות כו"ע מודו דהוי דברים שבלב.

והוא הדין בנידון דנן: אין בפנינו אומדנא ודאית שאין בה ספק כלל שכוונתו הייתה לכבוד בלבד. שהרי ייתכן מאד שבאמת כוונתו להתחייב לכבוד, דהיינו לכבוד את אשתו בהתחייבות בסכום גבוה ומופרז, אך ברת תוקף, וזאת כדי להראות לה את חיבתו, אלא שהיה בטוח בלבו שלא יגיע לידי גבייה. ובשל כך: לידי דברים שבלבו ובלב כל אדם - שמלכתחילה לא הייתה כוונת התחייבות - לא הגענו. ועוד שהרי אם תבוטל הכתובה מכל וכל, בכך התברר שנשא את אשתו ללא כל תוספת כתובה, ושכל מעמד קריאת הכתובה היה אחיזת עיניים בעלמא, ובאלו הנוהגים להשביע את

ואינו נראה בעיני. וכן ראיתי להרב מהר"ר אליה מזרחי ז"ל בפסקיו סי' כ"ז גבי ראובן שקדש את בת שמעון ובשעת הקדושין עשו תנאים ביניהם, וכתב שם דיש שם אסמכתא אם לא קנו בכ"ד חשוב ומעכשו יע"ש. לכן אני אומר דאם אין שם תנאים מסלקים האסמכתא מדין אסמכתא זכה שמעון, אבל מהטעם הנז' בשאלה לא זכה כלל".

הרי שביחס לתוספת הכתובה לית דין ולית דיין שחייב, ואינו כאסמכתא, ורק ביחס להתחייבות הנוספת שאינה חלק משעבוד הכתובה, ותגיע לידי מימוש עם הגירושין, העלה שהיא אסמכתא בהיותה התחייבות המותנית בגירושין. והחילוק ביניהם מבואר בדברינו.

### שלילת הטענה להיעדר תוקף בהתחייבות מופרזת ושהתחייבות לכבוד בעלמא

מלבד זאת, ביחס לשאלה מהו "סכום מופרז" בנסיבות אלו, ידועים דברי הריב"ש (סימן קכז) שכתב:

"אבל לכוף האיש לגרש אשתו בקבלת מעות, לא נאמר אגב אונסא וזווי גמר ומגרש, ואפילו בכל ממון שבעולם, דאין דמים לאישה."

לפי זה בכל ממון שבעולם שהבעל יתחייב כדי שאשתו תישאר עמו, אין זה סכום מופרז יחסית לתמורה המתקבלת. ו"אם יתן איש את כל הון ביתו באַהֲבָה, בַּזְוֹז לֹ" (שיר השירים ח ז).

ובשו"ת רבי בצלאל אשכנזי סימן טו הביא מדברי הריב"ש וכתב: "והיא סברא נכונה". ובשו"ת תורת חיים למהרר"ש חלק ב', בקונטרס מודעא ואונס, הוסיף: "דהא אין דמים לאשה ולא נתן לה כל שיוויה".

ובשו"ת אגודת אוזב חלק אבן העזר סי' יט, הוסיף:

"טעמו של הריב"ש בזה דלא מהני קבלת מעות בגט משום דגם בתלוה וזבין נמי בעינן שיקבל מעות כל דמי שיווי השדה וא"כ באשה לא יועיל כל ממון שבעולם דאין דמים לאשה דמי יודע עד כמה היא שוה בעיניו, וכיון שאין כאן דמי שיווי לא גמר ומגרש".

ביטוי זה ש"אין דמים לאשה", מצוי גם במאירי בבא בתרא דף קמה ע"א.

עוד יצוין להנחיית הרבנות הראשית לרבנים שניתנה למסדרי קידושין שלא יכתבו בכתובה יותר ממיליון שקל, הרי שגם הרבנות הראשית לישראל לא סברה שסכום זה בטל בהיותו גוזמא בעלמא, וזהו מהטעם הנזכר בריב"ש.

ביחס לטענה שסכום זה נכתב לכבוד בעלמא, אין מקום לטענה זו. ראשית, עלינו לשמוע את הבעל שיטען כך להדיא, אך גם אם יטען כן, אלו דברים שבלב שאינם דברים. ופשיטא שאין אלו דברים שבלבו ובלב כל אדם, ושאין מקום לקבוע שאין ספק כלל באומדנא זו. ועיין קצות החושן (סימן רנ ס"ק ה) שכתב שאם קיים ספק באומדנא, הרי שאין בה ממש:

"ובאשר"י הטעם משום דלא אמרינן אומדנא לבטל המתנה

וביחס לטענה שקיים מנהג כזה, שקביעת הסכום הגבוה בכתובה חסר תוקף וכי הכל נעשה לכבוד בעלמא, אמנם זו היתה דעתו של הרה"ג הרב יקותיאל כהן שליט"א. בדעת מיעוט, כשדן בבית הדין הגדול בתיק 842107/1 בערעור אשה על שפסק לה בית הדין האזורי 120,000 ש"ח כדמי כתובתה, בעוד שהיה כתוב בה סך 1,000,000 ש"ח, וכתב בפסק דין מיום כ"ד סיון תשע"א (26/06/2011):

"כיום נפוץ וידוע לרבים המנהג שבו רגילים רבים לכתוב ב"תוספת הכתובה" סכומים מופרזים, אשר מסכומם הגבוה ברור לכולם שאין החתנים מתכוונים בהם אלא לכבוד וליקר בלבד".

אך באותו פסק דין נותרה דעתו כדעת מיעוט, ואת דעת הרוב כתב הרה"ג הרב ח.ש. שאנן זצ"ל שניסח את דעת הרוב שלו ושל הרה"ג הרב ציון בוארון שליט"א שקיבלה את ערעור האשה וחייבה את בעלה לשלם את כל דמי כתובתה בסך מיליון שקל, ובדבריו תוקף בחריפות את דעת המיעוט, וזה לשונו:

"עברתי על דברי חברי, הרה"ג ר' יקותיאל כהן שליט"א, והם עוררו בי התנגדות חריפה. חידוש המנהג שהומצא [ההדגשה במקור] בפסק הדין הארוך אין לו כל מקום ויסוד בפסיקה - בחז"ל, בראשונים, באחרונים ואף לא בפוסקי זמננו. וכל בתי הדין מתייחסים לתוספת כתובה כהתחייבות של ממש, לבר אם הצדדים התפשרו, בגלל מכלול שיקולים רחב של הצדדים, וזה מה שקורה בדרך כלל. המצאת מנהגים חדשים היא דבר חמור העלולה לקעקע את יסוד ההלכה הכתובה והמסורה והנהוגה".

ואציין לדברי הרמב"ם הלכות אישות פרק כג הי"ב:

"הנושא סתם כותב ונותן כמנהג המדינה, וכן היא שפסקה להכניס נותנת כמנהג המדינה וכשתבא לגבות כתובתה מגבין לה מה שבכתובתה כמנהג המדינה, ובכל הדברים האלו וכיוצא בהן מנהג המדינה עיקר גדול הוא ועל פיו דנין, והוא שיהיה אותו מנהג פשוט בכל המדינה".

מהרשד"ם חלק אבן העזר סימן קלא הביא מדברי הרמב"ם, וכתב שדבריו מוסכמים, וז"ל:

"וכמ"ש הרמב"ם הלכות אישות פרק כ"ג וז"ל הנושא סתם כותב ונותן כמנהג המדינה כו' עד ובכל הדברים כיוצא בהם מנהג המדינה עיקר גדול הוא ועל פיו דנין והוא שיהיה אותו מנהג פשוט בכל המדינה עכ"ל ומוסכם זה מכל הפוסקים".

והכסף משנה הלכות אישות פרק כב הלכה לה כתב:

"וכבר כתב הוא ז"ל בפרק שאחר זה שיש מנהגות רבות בנדוניא חלוקים זה מזה וכל הכונס סתם כונס כמנהג המדינה וכו' עד והוא שיהיה אותו מנהג פשוט בכל המדינה, הרי ביאר שאם אין המנהג פשוט בכל המדינה, אין הולכים אחריו כנגד דין הגמ".

וכן בריב"ש סי' כא.

ביחס לדעתו הנוכרת של הרה"ג יקותיאל כהן שליט"א, יש לציין למהרשד"ם חלק אבן העזר סי' קלד, שכתב:

"אמנם כבר סיים בלשונו והוא שיהיה אותו המנהג פשוט בכל

החתן תחת חופתו ביחס לכתובה, הרי שהיתה זו שבעת שקר, ומנלן שזה היה רצונו לבטל מעיקרא כל ההתחייבות ולהיהפך למאחז עיני קרוביו ואוהביו בשעת חתונתו ושמחת לבו, ולהשאירה בבזיון ללא כל תוספת כתובה. גם זו סברא המערערת את הטענה שזו אומדנא מוחלטת שאין בה ספק. על כן בהעדר אומדנא דמוכח ושאין בה ספק, אין אלו דברים שבלבו ובלב כל אדם ואין לבטל את ההתחייבות בשטר וקניין.

בנוסף, מאחר ומבואר בירושלמי הנוכר לעיל שהתחייבות הבעל אינו מתנה חד צדדית, אלא ניתנת כנגד תמורה המתקבלת מהאשה, בנסיבות אלו לא ניתן לטעון לבטל חיוב זה על יסוד טענת אומדנא בעלמא. שהרי מבואר בתוספות (כתובות דף מז ע"ב ד"ה שלא) שבמקח שבו קיימות התחייבויות הדדיות והתחייבותו של צד אחד נובעת מהתחייבות נגדית של הצד השני, אין דנים אומדנא, עיין במשנה למלך (פרק ו מהלכות זכייה הלכה א) שהאריך בזה, וזאת מפני שאומדן דעת של צד אחד אינו בהכרח האומדן דעת של השני שגם הוא חלק מהעסקה, ואינו דומה למתנה, שבה רק צד אחד מבצע את ההקנאה.

אמנם במשנה למלך הביא משו"ת פני משה שגם בדבר התלוי בדעת שניהם, אם האומדנא היא "גדולה עד מאוד" אזלינן בתר אומדנא של צד אחד. ועיין עוד בנודע ביהודה (קמא חלק יורה דעה סימן סט ד"ה נמצא) שכתב כסברה זו, ובשו"ת דברי חיים (חלק א אבן העזר סימן ג) כתב בלשון זו: "רבים ושלמים סבירא להו דבאומדנא גדולה אפילו בדבר התלוי בדעת שניהם אמרינן אומדנא", וכן הסכים בשו"ת ברית אברהם (חלק חושן משפט סימן כט ס"ק י). אך בנידון שבפנינו, כפי המבואר לעיל, אין אומדנא "גדולה עד מאוד", מאחר שיתכן מאד שהחתן רצה להיות מחויב בסכום גבוה מאד, ותלה תקוותו שלא יאלץ לממש התחייבות זו.

עוד יצוין כי בנסיבות של כתובה שבה נקוב סכום מופרז, עולה לעתים הטענה שהחתן התחייב בסכום זה עקב אילוף כזה או אחר, כגון המנהג שנהגו לכתוב כתובה מופרזת, אך ללא כוונה רצינית להתחייבות זו. אך עיין בגמרא מסכת בבא קמא (דף קד ע"ב) "מקום שנהגו [...] לכפול - גובה מחצה" וברש"י: "מקום שנהגו לכפול - לשום את מה שמכנסת לו כפליים בדמיו בשביל כבוד". הרי דווקא כשהוא מנהג ברור וידוע שבעת השמאות של הנדוניא כופלים הסכום שמכניסה לו מפני הכבוד. אבל בלא שיש מנהג ידוע ביחס לתוספת הכתובה, אין יסוד להעלות טענה שהדברים נכתבו מפני הכבוד.

סביר יותר לקבוע שהחתן משעבד עצמו להתחייבות שבשטר הכתובה, ומתכבד בהתחייבות זו השרירה וקיימת, ולא שבלבו ובלב כל אדם שזו התחייבות חלולה ריקה מתוכן, שאם כן איזה כבוד יש שבמעמד כה חשוב ומכובד החתן מהתל בכלתו ובנוכחים ומתחייב בסכום גבוה שאין בו ממש, וכי דבר כזה מוסיף כבוד לחתן ולכלה או למי מהנוכחים.

היכול להפקיע תוקף שטר חתום וקניין בעדים, וכן את השבועה בקהילות שנהגו להשביע על ההתחייבויות שבשטר הכתובה.  
העולה מדברינו: שטר הכתובה שנקוב בו מיליון שקל שריר וקיים.

המדינה, ביאר שאם אין המנהג פשוט בכל המדינה, אין הולכים אחריו אלא יקוב הדין את ההר. ולא מפני שיאמר חכם אחד או שנים כך נהגתי אני, יתן או יוסיף".  
על כן אין כל ערך לכך, שדיין מעיד על עצמו שכך נהג, אין זה הופך למנהג פשוט בכל המדינה. וכיוון שכן, אין זה מנהג

### סימן מ

## חובת הבעל בתשלום הכתובה כששניהם רוצים להתגרש זה מזה

ובין חלק מהילדים והאב. לטענת הבעל, יצא מהבית לאחר שהתייעץ עם רב שהורה לו שבנסיבות אלו מן הראוי שיצא מהבית.

בדיון הראשון לאחר שהבעל הביע את תביעתו להתגרש, גם האשה הודיעה שהיא מסכימה להתגרש וטענה שגם לולי תביעתו הייתה יוזמת את הגירושין, וכפי שאכן פעלה עם סגירת התיק של תביעת הבעל לגירושין.

התנגדותו של הבעל להתגרש נובעת מכך שאינו מסכים לתת גט אם כתוצאה מכך יחויב לשלם לאשתו את הסכום הנקוב בכתובה. לטענתו, הוא גורש מביתו ולא יתכן שבנסיבות אלו יחויב בגירושין עם תשלום הכתובה. מאידך, האשה טוענת שסבלה מהתעללות ממושכת שהביאה אותה להחליט שאי אפשר להמשיך יחד.

מאחר ודבריו של הבעל אודות שלום בית אינם כנים לחלוטין, אין להתחשב בהם, אלא בדבריו בדיון הראשון, שבו נידונה תביעתו להתגרש.

כבר מתחילת הדיונים הפירוד בין הצדדים היה ברור, לא היה מעשי לבחון חזרה לשלום בית, לצדדים טענות הדדיות קשות זה על זה, ובמועד הדיונים בבית הדין בעת שהצדדים כבר היו בפירוד ובנתק מוחלט, היה קשה לברר למפרע מי מהצדדים אשם יותר בכך שהצדדים הגיעו למשבר שאין ממנו מוצא אחר מלבד גירושין.

על כן בפנינו שני בני זוג שמאסו זה בזה, כל אחד מהסיבות המפורטות בטענותיו, ועלינו לברר כיצד לפסוק בתביעת הגירושין והכתובה.

במקרה זה הבעל טוען שאשתו מורדת, אך אין טעם בהכרזות ובסדר הקבוע במורדת באה"ע סי' עז ס"ב, וזאת מאחר שגם הוא אינו רוצה בה ואין טעם ללחוץ עליה לשוב לבעלה שכבר אינו מעוניין בשלום בית עמה.

אמנם בדיון האחרון הודיעה האשה שהיא מוותרת על הכתובה ובלבד שייתן גט, ומאידך, הבעל הודיע שאינו מסכים לתת לאישה גט, אך בסיכומי הצדדים הביע הבעל את הסכמתו לתת גט, וטען שהאשה אינה זכאית לכתובה, והאשה חזרה לתבוע את הכתובה.

סיכומו של דבר, בנידון זה אין צורך לפסוק לחייב את הבעל בגירושין, מאחר שהבעל מסכים לתת גט, אך עלינו לפסוק בתביעת הכתובה קודם שהצדדים יוזמנו לסידור הגט.

בפני בית הדין נידונה תביעת האישה לגירושין ולתשלום הכתובה.

### המקרה והטענות

הצדדים נשואים מיום ..., ולהם שבעה ילדים. לפני כשנתיים הגיש הבעל תביעת גירושין שבה פירט את הרקע לתביעה, מרידת האישה והתנכרות הילדים אליו.  
בדיון הראשון בין הצדדים תבע הבעל להתגרש, והאשה הביעה את הסכמתה.

בהחלטה שניתנה לאחר הדיון, נכתב:

בפני בית הדין תביעת הבעל לגירושין ותביעה לפסיקת דמי מזונות, והתקיים דיון ראשון לבירור התביעות.

בית הדין נוכח כי הצדדים בנפרד כחודשיים וחצי לאחר שהבעל עזב את הדירה המשותפת והוא נחרץ בדעתו שאין מנוס מגירושין. גם האישה הביעה את דעתה שאין מנוס מגירושין, וכי לא ניתן להחזיר את השלום לביתם.

בנסיבות אלו בית הדין הורה לצדדים לנהל מו"מ במגמה להסדיר הסכם גירושין שיהיה מקובל על שניהם.

לאור האמור מחליט ביה"ד:

קובעים מועד לדיון נוסף שבו יוצג הסכם גירושין חתום, ובהיעדר הסכם יושלם הדיון לבירור התביעות לגירושין ולפסיקת דמי מזונות. הדיון יתקיים ביום...

התקיימו שלושה דיונים נוספים לבירור תביעת האישה לגירושין ולכתובה, וכן התקבלה עדות של עד מטעם הבעל.

בדיונים אלו התברר ששני בני הזוג בפירוד ממושך ואינם רוצים זה בזה. האישה טענה שהתנהגות הבעל בביתם הייתה קשה וכללה אלימות מילולית, וכן תארה אותו כאדם השותה לשוכרה עם כל ההשלכות הנובעות מכך. אמנם הבעל מצא לנכון להודיע על חזרתו מהתביעה שהגיש, ומבקש שלום בית, אך התנהלותו מוכיחה שגם לאחר שביקש לסגור את תביעתו לגירושין לא פעל לחזרה לשלום בית, ודבריו אודות רצונו בשלום בית נאמרו רק מחשש שתביעת גירושין עלולה להביאו למצב שיחויב בתשלום הכתובה.

### דיון

במקרה שבפנינו הבעל עזב את הבית לפני שנתיים ותבע להתגרש עקב מצב קשה של סכסוך בתוך הבית בין בני הזוג

אם היא רוצה לצאת, אין לה תוספת, דכי אקני לה אדעתא למיקם קמיה. וכן הדין בשהתה עמו עשר שנים ולא ילדה ורוצה לצאת, ובאה מחמת טענה שאמרה דבעיא חוטרא לידה (יבמות סה:), דאין לה תוספת, כיון שהיא רוצה לצאת ממנו. אבל כל שהיא רוצה לעמוד תחתיו והוא מוציאה, אף על פי שבדין מוציאה, יש לה תוספת.

וכן בחידושי רבינו קרשקש עמ"ס כתובות (שם) כתב:

"באילונית היה לו לבדוק ומדלא בדק גמר ויהיב ויש לה תוספת. וה"מ כשמוציאה הוא, אבל כל זמן שהיא רוצה לצאת אין לה תוספת שלא כתב לה אלא על מנת לשמשו. וכן הדין בכל הנשים, ואפילו בבאה מחמת טענה, כגון שהתה עמו עשר שנים ולא ילדה ורוצה לצאת משום דבעיא חוטרא לידא דשמא לא זכה ליבנות ממנה, כיון שהיא רוצה לצאת אין לה תוספת. אבל כל שהיא רוצה לשבת תחתיו ואיהו הוא מוציאה, אף על פי שבדין מוציאה יש לה תוספת. וכן הדין באלמנה לכהן ממזרת ונתינה לישראל, שכולן אף על פי שלא הכיר בהן יש להן תוספת, כדעת רבותינו הגאונים ז"ל וכן עיקר."

ובנימוקי יוסף (שם) כתב:

"אין להן כתובה, אמר שמואל לא שאנו כו' פירוש שאמרו חכמים אין לה כתובה, לאו בלשון אין להם או בלשון תצא תליא מילתא, אלא הכי קאמר נשים שאמרו חכמים שאין להן כתובה מתחילתן שנשאו בטעות או באיסור היינו מנה מאתים אבל תוספת יש להם דכיון שמדעת עצמו הוסיף ולא חשש לטעות ולאיסור רצה לזיוק בנכסיו, וכל זמן שתרצה לישב עמו יש לה, אבל בזמן שאינה רוצה בו אף על פי שיוצאה כדין כגון ששהתה י' שנים ולא ילדה ובאה מחמת טענה אף על פי שנוטלת כתובתה שמא לא זכה להבנות ממנה אין לה תוספת שע"מ לשמשו כתב לה מדעת עצמו כל זמן שתשמשנו בין כדין בין שלא כדין הרי עמדה בתנאה, וכל זמן שתהא רוצה לצאת אין לה. וכן הדין באלמנה ובכל שדינן שאין להן כתובה בין הכיר בין לא הכיר בהן. ונשים שאמרו חכמים יוצאות וכו' דהיינו שזנו או שחטאו וצריכין להוציאן מתחת ידי בעליהן אין להן תוספת דקלקלו מעשיהן ולא אדעתא דהכי כתב לה ואין להן שום תנאי מתנאי כתובה. זהו שיטת רבינו אלפסי ז"ל וכל הגאונים והרמב"ן ז"ל ורוב האחרונים ז"ל וכן נראה מן הירושלמי שאפילו מאותן שהכיר בהן מיירי."

דברי הר"ן הובאו בבית שמואל סימן קיז סק"ה, שכתב:

"ועיין בר"ן סוף פרק אלמנה ניוזנת שכתב על מתני' הממאנת ושניה ואילונית וכו' יש לה תוספת, דוקא כשהוציא הוא אבל אם היא רוצה לצאת אין לה תוספת, אבל כשהיא רוצה להיות עמו והוא מוציאה אף על גב בדין מוציאה יש לה תוספת."

ולתוספת ביאור בשיטת הרמב"ן וסיעתו, מן הראוי להוסיף את דברי הרמב"ן במלחמות במסכת כתובות בסוף פרק רביעי.

המקור בגמ' לסברא שלא הקנה לה אדעתא למישקל ולמיפק נמצא בסוגיא במסכת כתובות דף נד עמוד א' בדין "אלמנה שמין מה שעליה", ומבואר בגמרא הטעם:

לכאורה היה מקום לטעון, לאחר שקבענו שחזרתו מתביעת הגירושין אינה כנה, מאחר שההליך לתביעת הגירושין החל ביוזמת הבעל, ובנוסף הבעל הוא זה שעזב את הדירה ועבר לגור במקום אחר ובכך קבע שהפירוד שביניהם הוא עובדה מוגמרת, בנסיבות אלו ובהיעדר הליך הכרות מורדת, לכאורה היה מקום לקבוע שהבעל חייב בכתובה ותוספת כתובה במלואה. אך להלן נברר בעז"ה שמאחר שהתברר שהאישה כבר לא רצתה את בעלה, מאסה בו ולא הייתה מעוניינת בחיים משותפים עמו, ולא התברר שמעשים שליליים שלו יצרו את הפירוד והמאיסות, על כן, למרות הנסיבות המתוארות, אין לחייבו בכתובה ותוספת כתובה.

### בירור התנאים לחיוב תוספת כתובה

השאלה מה הן הנסיבות לחיוב הבעל בכתובה ובתוספת כתובה עולה תדיר על שלחן בתי הדין, ההגדרה היא מורכבת ורבתה המבוכה בנסיבות בהן שני הצדדים מסכימים להתגרש. בזמנו זכינו בס"ד לברר הלכה זו בספר עטרת דבורה ח"א סי' לו, וידידי הדיין המצוין אב"ד באר שבע הרה"ג אריאל אדרי שליט"א בספרו שחר אורח ח"א סי' י' הוסיף לבאר הלכה זו, אך נחזור ונשנה בעז"ה הלכה זו מפני תוספת ביאור שמצאנו לנכון לבאר בה.

ההגדרה היסודית בדין תוספת כתובה מבוארת בראשונים במסכת כתובות סוף פרק אלמנה ניוזנת.

במשנה במסכת כתובות דף ק' עמוד ב' נאמר:

"הממאנת השניה והאילונית, אין להן כתובה ולא פירות."

ובגמרא דף קא עמוד א'

"אמר שמואל ל"ש אלא מנה מאתים, אבל תוספת יש להן.

תנ"ה נשים שאמרו חכמים אין להן כתובה, כגון הממאנת

וחברותיה אין להן מנה מאתים, אבל תוספת יש להן."

ובחידושי הרמב"ן עמ"ס כתובות (שם) כתב:

"ופרישו הכא בגמרא אין להן כתובה אבל תוספת יש להן.

ופרישו רבינו הגדול והגאונים ז"ל אפילו אילונית, ובודאי

גמרא משמע הכי דקאמר שניה וחברותיה. אלא שהדבר תימא,

כיון דבלא הכיר בה עסקינן, היאך היא לה תוספת מקח טעות

עבד, ודעתם רחבה מדעתנו וקבלתם נקבל, שהם אמרו כל

שמדעת עצמו מוסיף ולא חשש לשמא תמצא אילונית ועקרה

רצה לזיוק בנכסיו וכל זמן שתרצה לישב עמו יש לה. אבל בזמן

שאינה רוצה בו אף על פי שיוצאה כדין, כגון ששהתה עשר

שנים ולא ילדה ובאה מחמת טענה, אף על פי שנוטלת כתובה

שמא לא זכה ליבנות ממנה, אין לה תוספת שע"מ לשמשו כתב

לה מדעת עצמו כל זמן שתשמשנו בין כדין בין שלא כדין הרי

עמדה בתנאה. וכל זמן שתהא רוצה לצאת אין לה, וכן הדין

באלמנה, וכל שדינן שאין להם כתובה, בין הכיר בהן ובין לא

הכיר בהן."

וכן הר"ן במסכת כתובות, (סוף פרק אלמנה ניוזנת, דף נט, ב

בדפי הרי"ף) כתב:

"מיהו כי אמרינן דיש להן תוספת, דוקא כשמוציאה הוא, אבל

"ולמה אין להן עיקר ויש להן תוספת, העיקר שהוא תקנת חכמים כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה הואיל ולא הכיר בה אין לה עיקר אבל התוספת שהוא חייב עצמו בה כל זמן שתמצא ותעמוד לפניו הרי עמדה בתנאי שלה והרי הקנתה לו הנאתה והרי היא עומדת אבל התורה אסרה אותה עליו ומה היא יכולה לעשות לפיכך יש לה תוספת שאין מעשיה הן הגורמין לה להאסר אחר הנישואין אלא אסורה הייתה מקודם."

והוסיף הכסף משנה:

"דוקא אם הוא מוציאה יש לה תוספת, אבל אם היא רוצה לצאת אין לה תוספת, דאדעתא למיפק לא אקני ליה."

וכן בספר צמח צדק חאה"ע סי' קלז הוסיף על דברי הכסף משנה:

"שלא הקנה לה התוספת, אלא על דעת שתהיה עמו ותהיה אשתו."

והנה הרמב"ם בהלכות אישות פרק טו הלכה ח' כתב:

"שהתה עשר שנים ולא ילדה, והרי הוא יורה שכבת זרע כחץ, חזקת החולי ממנה ותצא שלא בכחובה ויש לה תוספת, לא תהיה זו פחותה מאילונית שלא הכיר בה, שיש לה תוספת כמו שיתבאר. ואם אינו יורה כחץ, חזקת החולי ממנו בלבד, וכשיצא יתן הכתובה כולה עיקר ותוספת."

לעומת זאת מיד לאחר מכן בהלכה י' כתב:

"האישה שבאה לתבוע בעלה לגרשה אחר עשר שנים מפני שלא ילדה והיא אומרת שאינו יורה כחץ שומעין לה, אף על פי שאינה מצווה על פריה ורביה צריכה היא לבנים לזנותה, וכופין אותו להוציא ויתן עיקר כתובה בלבד, שלא כתב לה התוספת על מנת שתצא לרצונה ותטול."

לכאורה היה מקום לבאר שבהלכה י' מאחר שכופין אותו להוציא אין תוספת כתובה מה שאין כן בהלכה ח' שאין כפיית הבעל בגירושין, לכן מקבלת תוספת כתובה. אך בספר זרע אברהם (להג"ר אברהם יצחקי, ראש רבני ירושלים וחברו של הפרי חדש) חלק אה"ע סי' יב, כתב לבאר את דברי הרמב"ם בהלכה ח' שאין הפסד תוספת כתובה רק מפני שהאישה אינה מבקשת להתגרש, וז"ל:

"מה שכתב שיש לה תוספת, מיירי ודאי בענין שהיא רוצה לעמוד לפניו שאינה רוצה להתגרש ממנו. ואף על פי שהיא אומרת שאינו יורה כחץ, או בחלוקה השניה שנתאמת הדבר אצלינו שהחולי הוא ממנו, עם כל זאת סברה וקבלה על עצמה לסבול צערה, ולא תבעה ממנו להתגרש. תדע דבהכי מיירי הרמב"ם, שהרי כתב דאף על פי שהחולי ממנה יש לה תוספת כדין אילונית שלא הכיר בה, ותיקשי לך שהרי כתב לקמן דאף על פי שהיא נאמנת במה שהיא טוענת שאינו יורה כחץ, תוספת אין לה משום דאדעתא למישקל ולמיפק לא כתב לה, וכ"ש הכא דאתחזק הדבר שהחולי הוא ממנה למה יש לה תוספת אם היא רוצה להתגרש ממנו, נימא דאדעתא למישקל ולמיפק לא כתב לה וכדכתב לקמן. אלא ודאי שהדבר מוכרח מעצמו דהכא מיירי שאין רצונה להתגרש ממנו, בין שהחולי ממנו בין שהחולי ממנה, רוצה לעמוד לפניו, ועל שתי החלוקות כתב

"כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה."

וכתב הרי"ף:

"ושמעין מינה דמאן דגריש לאתתיה מדעתא דנפשיה אין שמין לו מה שעליה דלאו איהי בעיא למיפק אלא איהו בעי לאפוקה."

ובאר הרמב"ן במלחמות את דברי הרי"ף:

"אבל מגרש את אשתו כיון שהוא קנאה כדי לעמוד לפניו ועכשיו היא יוצאת בע"כ תימא תנו לי בעלי ואעמוד לפניו, דהא לאו למיפק קיימא ולטבועים הקנה אותם לה, למה זה דומה לנותן מתנה לחבירו ע"מ שישמשנו שמתנתו מתנה כיון שהעכבה אינה שלו, והא נמי מתנה גמורה היא."

הרי כל עוד שהאישה אומרת "תנו לי בעלי ואעמוד לפניו", אין יסוד לסברת "כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה". והדברים מתאימים לאמור לעיל, שהכל תלוי בשאלה האם האישה מבקשת להישאר עמו או מבקשת להתגרש.

הלכה זו שבגרשה אין שמין, נפסקה בשו"ע אה"ע סי' צט ס"א, וכתב החלקת מחוקק סק"ב:

"מדברי המ"מ בפ"ו מה"א שכתב שאם היא יוצאה בע"כ כגון אלו שכופין אותו להוציא ודאי שמין, משמע הא אם אין כופין אותו אף שיש לו טענה, מ"מ אי בעי לא מפיק לה, אין שמין לה הבגדים, וכן משמע פשט לשון הרי"ף והרא"ש דסתם גירושין אינה בלא טענה כמבואר לקמן סי' קי"ט, דאין הלכה כר"ע אלא כב"ה."

ובבית שמואל סק"ב כתב:

"ונראה דאין חילוק בדין זה אפי' בזה"ז דאיכא חר"ג דאין מגרשי' בע"כ, מ"מ אף על גב דהי' מרוצה מ"מ אם הוא לא היה רוצה לגרשה אין רצונה להתגרש, תו לא שייך הטעם למשקל ולמיפק לא אקני לה. והמגיד פ"ז מה"א כתב אם היא יוצאה בע"כ, כגון אלו שכופין אותם לצאת, ודאי שמין, וכתב בח"מ דפליג על העיטור. ואפשר העיטור איירי אף אם הוא מגרש אותה, מ"מ כיון דהיא גרמה שמין, והמגיד איירי אפילו כשהוא הגורם, כגון שהוא מא' שכופין אותו לגרש והיא מבקשת הגט שמין."

הרי שהב"ש מבאר דאיירי בכהאי גוונא שהאישה אינה רוצה להתגרש, לכן אין את הטעם שעל דעת שתצא ממנו לא הקנה, ולכן די בכך שהבעל מבקש לגרשה, אף "דסתם גירושין אינם בלא טענה", כמ"ש הח"מ.

העולה מדברינו שדברי הראשונים ברור מללו: "כל זמן שהיא רוצה לצאת אין לה תוספת, שלא כתב לה אלא על מנת לשמשו. וכן הדין בכל הנשים", כלשונו של רבינו קרשקש, וכן פשיטא ששאר הראשונים, הרמב"ן ה"ר"ן ונימוקי יוסף, סברו שמאחר שזהו הכלל הנכון בכל הנשים הוא הדין באילונית וחייבי לאוין.

והדברים מפורשים ברמב"ם הלכות אישות פרק כד ה"ג שכתב:

שכופין את הבעל לגרש, וכי רק מפני כך הפסידה תוספת כתובה, וזאת על יסוד שיטת ר"ח שהביאו הרי"ף והתוספות במסכת יבמות סוף פרק ששי. אך בהמשך דבריו חזר בו וקבע שגם בנסיבות שאין חיוב על הבעל לגרש, ייתכן שלא יחויב בתוספת הכתובה, ובאר את דברי רבינו ירוחם וכתב:

"במקום שהאישה היא המורדת בבעלה והבעל רוצה באשתו, הרי כל ההכרזות והתראות שנאמרו במורדת, וכל התקנות הללו לא באו אלא ללחוץ עליה שתמלך בדעתה ותשוב לחיי שלום עם בעלה, ולכן אם הבעל מגרשה בטרם נגמרו כל הפעולות הללו חייב לשלם לה כתובה ותוס' כתובה, מה שאין כן במקרה וגם הבעל לא רוצה בה הרי אין מקום לתקנה זו וממילא קם דינא שמכיון שהיא לא רוצה אותו, הרי אדעתא למשקל ולמיפק לא יחייב לה תוספת כתובה."

בקובץ תשובות ח"ג סי' קצח מצויה תשובה באותו נידון אך בנוסח מעט שונה, שכפי הנראה נכתבה לאחר מכן (ביום יב חשון, לעומת הנוסח הקודם שנכתב ביום ב' חשון), ובה כתב הגרי"ש אלישיב זצ"ל ביחס לפירוש הראשון שהכל תלוי בכפיית הבעל בגירושין:

"ברם דבר זה לא ניתן לאומרו לא מגמרא ולא מסברא... אילו היה הבסיס להלכה זו הואיל וכופין את הבעל לגרש מוכרח לגרשה הוי ליה להזכירו ועיקר חסר מן הספר. גם מצד הסברא לא נראה כן. דהנה זה נראה פשוט אף לדעת הר"ח בכל אלו שכופין להוציא פטור מלשלם תוספת כתובתה, זה דוקא בבאה מחמת טענה שאינו מסוגל להוליד והיא באה מחמת טענה, או מוכה שחין ובעל פוליוס בזה יכול לטעון אדעתא דהרי כו' אבל במקרה והבעל נעשה רועה זונות ובגלל זה האישה דורשת גט באופן שכופין אותו, על זה האין שייך לומה בזה אדעתא דהכי לא יחייב לה, הרי בידו להיטיב דרכיו, ואם בידו להתייבב על דרך טוב ולא רוצה לבחור בדרך זו והוא ממשיך באיולתו, כמוהו כמגרש מרצונו ובודאי חייב לתת לה כל המתנות שנתן לה וכמו כן התוספת כתובה. ולפי זה אי אפשר לפרש דמשום האי טעמא מפסידה תוספת כתובתה במורד הואיל וכופין לגרשה, שהרי ברצונו לשוב ממרדו."

לאחרונה התפרסמה חוות דעת מאחד הדיינים, שהעלה כדרך הראשונה שכתב הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל, ובמסקנת דבריו כתב:

"סוף דבר, לא מצאנו בדברי הראשונים והפוסקים שתפסיד תוספת כתובה מכח הסברא של אדעתא למשקל ולמיפק לא כתב לה אלא במקום שכופים להוציא אבל במקום שאין כפיה והאישה תלויה ברצון בעלה וברצונו מגרש וברצונו מקיים, לא איתמר האי סברא כלל וכלל. ואילו היה הדין שהפסידה תוספת כהאי גוונא לא היו שותקים הש"ס, הפוסקים, מסכמי ההלכות והשו"ע מלחדש חידוש מבהיל שכזה, מלבד מה שמפורש בדבריהם להיפך."

לפי דרכו, בכל מקרה שאין עילה אחרת להפסד כתובה ואין פסיקת חיוב או כפיית גירושין יש לחייב תשלום כתובה ותוספת.

וכשיוציא יתן עיקר כתובה ותוספת שהרי היא לא תבעה להתגרש אלא הוא מגרשה מעצמו... אבל בכבא שלאחריה מיירי שהיא תבעה מבעלה להתגרש ממנו, וכמו שמפורש להדיא בדברי הרב ז"ל, ולזה כתב שאין לה תוספת מטעמא שלא כתב לה התוספת על מנת שתצא לרצונה ותטול. ודקדק הרב בלשונו לומר שתצא לרצונה ותטול, דמאי לרצונה שכתב, אלא ודאי שכוונתו רצויה לרמוז מ"ש שם שחייב התוספת הוא מפני שהוא חייב עצמו בתוספת כל זמן שתוצא לעמוד לפניו שהרי הקנתה לו הנאתה. וזו היא שכתב לא שתצא לרצונה ותטול, משמע להדיא דלעיל מיירי שאינה תובעת להתגרש."

**העולה מהאמור, הרמב"ם הרמב"ן הר"ן רבינו קרשקש והנימוקי יוסף, לאחר שקבעו שגם לאילונית יש תוספת כתובה למרות שלא הכיר בה, מצאו לנכון לבאר את הגדר היסודי בדין תוספת הכתובה, שזכאות האישה מותנית בכך שהיא רוצה לשבת עמו, וכל שהיא רוצה לעמוד תחתיו והוא מוציאה, אף על פי שבדין מוציאה, יש לה תוספת. מה שאין כן אם היא רוצה לצאת אין לה תוספת, דכי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, דאדעתא למיפק לא אקני ליה. וסברא זו עומדת ביסוד חיוב תוספת הכתובה, לרבות כשאין חיוב על הבעל לגרש, שדבר זה כלל לא הוזכר בדבריהם כתנאי לשלילת תוספת הכתובה. ובארו רבותינו הראשונים שגם באילונית נאמרה אותה הלכה הנכונה בכל הנשים. שאם היא מסכימה להישאר עמו והוא מגרשה חייב בתוספת כתובה, אך לא כשהיא תובעת להתגרש. וכן הוא במי שאינו יורה כחץ, שגם אם "חזקת החולי ממנה" לא תפסיד תוספת כתובה כל עוד היא מבקשת להישאר עמו. וכשתובעת להתגרש, מאחר שאינה מסכימה להישאר עמו, זו מצד עצמה עילה להפסד תוספת כתובה.**

#### דינו של רבינו ירוחם

ידועים דבריו של רבינו ירוחם (בספר מישרים נתיב כג ח"ח) המתייחס למקרה ששני בני הזוג אינם רוצים זה בזה.

רבינו ירוחם כתב:

"וכתב מורי הרב רבי אברהם בן אסמעאל כי נראה לו שאישה שאמרה לא בעינא ליה, יתן לי גט וכתובה, והוא אמר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנים אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא דילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש, והפסידה תוספת וכל מאי דיהיב לה מדיליה, דאדעתא למישקל ולמיפק לא יחייב לה."

בירור שיטת רבינו ירוחם תסייע בבירור שאלת זכאות האישה לכתובתה בנידון דנן.

בפד"ר כרך ח' עמ' 323-325 בפסק דין מבית הדין הגדול בראשות הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל (וכן הועתק לספרו קובץ תשובות ח"ב סי' פז) בתחילה הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל כתב שהפסד תוספת הכתובה בדינו של רבינו ירוחם נובע מכך

אם תחזור בה, והיינו כפיה דידיה שהוא היה רוצה טפי שיפסידה כל כתובתה לאלתר, כדי שיוכל לגרשה".  
וכן בר"ן כתובות על הרי"ף בסוגית מורדת (דף כז,ב בדפי הרי"ף) כתב:

"דאי הוי תוספת כמתנה, כי מגרש מתוך מרדה הפסידה לאלתר משום דלא אקנו לה מעיקרא אלא אדעתא למיקם קמיה, אבל השתא דאמרי' דדמי לכתובה, לא מפסדה מיניה לתנא דמתני' אלא בפחיתת שבעה שבעה."  
וכתב העיטור אות מ' מרד:

"שאינן הבעל יכול לומר אתן לה גט מעכשיו ואפסיד לה כתובתה",

מכיוון שגם במקרים אלו שהבעל מסכים לתת גט, קיימת תקנת חכמים שנועדה ללחוץ על האישה לשוב לבעלה, אך דברי העיטור נאמרו רק כשהבעל מבקש לתת גט, אך אם תחזור בה יקבלה, אבל לא בנסיבות שבדינו של רבינו ירוחם שהבעל כבר אינו רוצה בה גם אם תחזור ממרידתה, ולכן בנידון של בעל העיטור עדיין קיימת התקנה שנאמרה במורדת.

על כן, גם בדינו של רבינו ירוחם, לפי שיטתו, תוך י"ב חודש אינה מפסידה תוספת כתובה מאחר שגם במקרה של מרידת האישה כשהבעל כבר אינו רוצה בה אליבא דרבינו ירוחם קיימת התקנה להשהות י"ב חודש, לכן אם יגרשה בתוך פרק זמן זה דינה כמתגרשת שלא ברצונה מכוח התקנה. מאחר שלשיטתו גם במקרה זה תקנו המתנת י"ב חודש ובכך תיקנו לדון שאין הגירושין יוצאים ממנה. אבל מיד לאחר שחלפו י"ב חודש, וכבר אין כל תקנה, ואז הפסד תוספת הכתובה נובע מכך שהגירושין יוצאים ממנה, ואדעתא דלמישקל ומיפק לא אקני לה, אך לא מפני חיוב הבעל בגירושין.

ויצוין לדברי הרמ"א סי' עז סעיף ב' שכתב במורדת דבעינא ליה:

"ואם רוצה לגרשה בתוך י"ב חודש נותן לה צ"ב שלה וכתובתה, אבל לא מה שכתב לה".

וכך היא הגירסא ברמ"א דפוס ראשון, וכן הוא בדרכי משה סק"ח:

"אבל לא מה שכתב לה, מאחר שהיא תובעת ממנו גט".

הרי שהרמ"א לא כתב שהפסד תוספת כתובה נובע מכוח קנס מורדת, שהרי הנידון הוא בתוך י"ב חודש וטרם הושלם ההליך להפסד מלוא הכתובה, אלא רק מפני תביעת הגירושין הפסידה את התוספת, מפני שלפי דרכו גם בתוך י"ב חודש אנו דנים הגירושין יצאו ממנה.

וכן בספר מקור ברוך (לר"ב קלעי) סי' יז (הביאו באוצה"פ סי' עז ס"ק מט אות ב) כתב כדברי הרמ"א, וז"ל:

"ואם תאמר שמדין התלמוד שאם היה מגרשה היה נותן מתנות ותוספת אם גירש בתוך שנים עשר חדש. זה ודאי אינו, דאדעתא למיפק לא יהיב לה. והטור לא כתב אלא ואם מגרשה בתוך שנים עשר חדש יש לה כתובה, משמע כתובה דוקא. איברא

אך כבר ראינו ברמב"ם וברמב"ן בסוף פרק אלמנה נזוונת וסייעתו שהסברא "דאדעתא למישקל ולמיפק לא יהיב לה", עומדת בשורש חיוב תוספת הכתובה, ומלכתחילה הבעל לא התחייב אלא אם הוא יגרום לפירוק הנישואין, ולא כשהנישואין לא התפרקו בעטיו, שאז אינו חייב בתוספת הכתובה לרבות בנסיבות שאין חיוב הבעל בגירושין.

וכן בחידושי רבי אברהם מן הזר על מסכת יבמות דף סו א באישה הבאה מחמת טענת בעינא חוטרא לידא ומרא לקבורה, שהדין - יוציא ויתן כתובה, כתב:

"וכתב הר"ם פרק ט"ו דדוקא כתובה אית לה אבל תוספת לית לה, שלא כתב לה התוספת על מנת שתצא לרצונה ותטול. וכן כתב הרי"ף דאדעתא למישקל ולמיפק לא אקני לה, עד כאן. ומסתברא דהוא הדין לאשה שאינה רוצה לעמוד תחת בעלה ומצערת אותו עד יגרשה שאין לה תוספת."

הרי שדבריו תואמים למפורש ברמב"ן וסייעתו.

בהתאם לכך, בהכרח לבאר שמצד עיקר הדין ולולי התקנות שתקנו חז"ל במורדת, בכל גירושין היוצאים כתוצאה ממרידת האישה, בין באומרת "מאיס עלי" ובין באומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה", הייתה האישה צריכה להפסיד תוספת כתובה, מאחר ש"הגירושין יצאו ממנה", למרות שאין חיוב או כפיית גירושין על בעל. כי מלכתחילה ההתחייבות בתוספת הכתובה אינה במקרה שהאישה מורדת או מואסת בבעלה ובמרידתה מביאה לפירוק הנישואין. וכמ"ש בחזו"א אה"ע סי' סט סק"ד:

"כיון דהיא מואסת בו ודאי היא יודעת דאין לה זכות לתבוע כתובה דאיהי מגרשת ל' לדידי' וכהאי גוונא ראוי שתתן לו כתובה וכדאמר גיטין מ"ט ב'."

אלא שבמורדת קיימת תקנת חכמים ללחוץ עליה לחזור בה ממרידתה ולעכב את הגירושין, בכל מורדת לפי הלכותיה. כל עוד מחמת התקנה הגירושין מעוכבים, הרי שמכוח התקנה בלבד האישה אינה מפסידה כתובתה ותוספת עד שיושלמו התנאים שנקבעו בתקנה.

כך מפורש ברא"ש במסכת כתובות פרק אף על פי בסוף סי' לד.

וכן בחידושי הרא"ה על מסכת כתובות דף סג,ב כתב:

"ודאי בין במורדת בין באומרת מאיס עלאי שורת הדין הייתה בשתייהן להפסיד כתובתן לאלתר, וכל דכן הוא מהא דמנינן לקמן דיוצאות בלא כתובה. אלא דבמורדת דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה... חסו חכמים עליה שלא להפסידה כל כתובתה לאלתר ולפוטרה בלא כלום. ולהטיל שלום ביניהן קנסוה לפחות מכתובתה שבעה דינרין לכל שבת שמא תחזור בה."

וכן בחידושי רבינו קרשקש על מסכת כתובות סג,ב כתב:

"כיון דמורדת היא, דודאי שורת הדין הייתה להפסיד לה לזו כתובתה לאלתר טפי מכמה דאמרי לקמן דיוצאות בלא כתובה, אלא משום דאמרה בעי' ליה ומצערנא ליה חסו חכמים עליה שלא להפסידה כתובתה לאלתר וקנסוה מעט מעט כדי לראות

הפסידה תוספת מהסברא דאדעתא דלמיפק לא אקני לה, הקיימת גם כשאין כפייה, כגון כשהבעל אינו מורד בה. אמנם יש להעיר שלכאורה אין דברי רבו של רבינו ירוחם, במש"כ שאינה מפסידה עיקר כתובה, מוסכמים. השו"ע בסי' ע"ז ס"ב פסק שבאומרת "מאיס עלי" אינה זכאית לכתובה. ומבאר הבית יעקב שלמרות שהאישה אנוסה בכך שמאסה בו ואין לקונסה, גם כשלא מחלה על כתובתה לא יחויב בעיקר כתובה, וז"ל:

"דמאי טעמא תיקנו רבנן כתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה... כיון שהיא מורדת ומבקשת גט, ודאי ג"כ שלא שייך הטעם שלא תהא קלה."

וכידוע טעם זה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, מתייחס רק לעיקר כתובה, וכמו שכתב הר"י מגאש במסכת כתובות דף פב:

"מ"ט תקינו לה רבנן כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה הכא קלה תהא בעיניו להוציאה. ואין ספק שאין דבריהם אלו על עיקר כתובה שהוא הוא שתיקנו לה רבנן, ולא על התוספת." וכן בשו"ת הר"י מגאש סי' קלט. וכן ברמב"ם בפרק כ"ד מאישות הלכה ג' שכתב:

"העיקר, שהוא תקנת חכמים כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה... אבל התוספת...."

נשוב להלכה זו של הפסד תוספת כתובה על יסוד האומדנא שאדעתא למשקל ולמיפק לא התחייב. ר"א בן אסמעאל תלמידו של הרשב"א עומד בשיטת הרשב"א וסייעתו שיש המתנת י"ב חודש גם במאיס עלי, אך מרן הב"י בשו"ע סעיף ב', הגם שלא פסק שכופין את הבעל לגירושין במאיס עלי פסק הפסד כתובה לאלתר. וכן הוא לדינא דמתיבתא שפסק הרמ"א בסעיף ג', הגם שאין כפיית גירושין לפי פסק הרמ"א, ועיין בספר יביע אומר חלק ה' אה"ע סי' יג אות ח'.

בהלכה זו של אומרת "מאיס עלי" כתבו החלקת מחוקק סק"ד, הב"ח בדיני מאיס עלי בקצרה אות ה' ועוד אחרונים שהביא אוצה"פ ס"ק טו אות ב', שהאומרת "מאיס עלי" היא תובעת גט בסתם ואינה מזכירה דבר מהכתובה. הרי שגם בסתמא ובלא מחילה, אינה זכאית לכתובה ותוספת כתובה. בספר שו"ת פרי תבואה סי' מט (שהביא אוצה"פ סי' עז ס"ק יז אות א') הסכים לדעת הח"מ ודחה את דברי ההפלאה שתמה עליו, וכתב:

"ולי נראה עיקר כדעת הח"מ. שהרי כתב הש"ך בח"מ סי' כ"א ס"ק ג' בראובן ושמעון שנתקשרו בקנס על שידוכין שביניהם בתנאי מפורש שיהי' החתונה בזמן ידוע. ובהגיע הזמן אירע לשמעון אונס שאינו יכול לעשות החתונה באותו הזמן, אע"ג דשמעון פטור מהקנס דאונס רחמנא פטריה, אפילו הכי אין לחייב את ראובן בקנס כשחזור בו מהשידוך ע"י כך, דמ"מ לא נתחייב ראובן בקנס אלא באם יחזור בו הוא מרצונו, אבל כשאין החזרה אלא מחמת שמעון שאינו יכול לקיים תנאו, אף

דלמטה כשגירשה אחר שנים עשר חדש כתב וכשיוצאת לאחר השנה אין לה כתובה ולא תוספת, משמע הא תוך שנים עשר חדש יש לה, מ"מ הדעת נותן דלאו דוקא."

וכן בלבוש הביא מדברי הרמ"א כאמור, וכתב בסי' עז ס"ב: "ואם רוצה לגרשה תוך י"ב חדש נותן לה צאן ברזל שלה וכתובתה מנה ומאתים אבל לא מה שכתב לה, שלא כתב לה על דעת שתצא ממנו."

ובספר בת נעות המרדות (אם במרד פ"ג) בדינה של אומרת "מאיס עלי", שלפי דרכו יש להשהות י"ב חדש, כתב:

"אם הבעל רוצה לנוח ולגרשה מיד בלתי שהיית הגט י"ב חודש עליו לשלם לה כתובתה דהיינו כל מה שהכניסה לו בנדוניתה... וכל תכשיטין שהכניסה עמה בכלל הנדוניה... וכן עיקר כתובתה שהם מנה מאתים, כל אלו תשלם ותזכה בהם, שכל אלה באו מכח של האישה. אבל מה שנתן לה הבעל מדיליה בגדים או תכשיטין שקנה לה מכיסו, וכן תוספת ומתנה שכתב לה הבעל בכתובתה... כל אלו צריכה להחזיר, כי אדעתא למישקל ולמיפק לא יהיב לה. באופן שכל דבר שהוא של הבעל לא תטול מהם כלום."

אמנם יש חולקים בזה וסוברים שהמורדת לא הפסידה תוספת כתובה אם מגרשה בתוך י"ב חודש, כן הוא במגיד משנה פי"ד מאישות ה"ח בשיטת הרשב"א, ועיין שם באוצה"פ שהביא כמה ראשונים הסוברים כן וכן בחזו"א סח יט. אך פשיטא שטעמם הוא מאחר שמבואר במסכת כתובות ריש פרק אף על פי שתנאי כתובה בכתובה, ונפקא מינה למורדת, הרי שדין תוספת כתובה כדין כתובה לדיני מורדת, וממילא התקנה היא שלא תפסיד כתובה ותוספת תוך י"ב חודש. ומטעם זה בפרק זמן זה אין את הסברא "דאדעתא למיפק לא יהיב לה". אך מיד לאחר י"ב חודש, גם כשאין מחילה על כתובה, לכולי עלמא קיימת סברא זו, למרות שאין כופין על הגירושין.

וכן מפורש בחידושי הרשב"א בסוגיית מורדת שכתב:

"וכן כתב ר"ח ז"ל שאם רצה הבעל לגרש תוך זמן זה וליטול כתובתה אין שומעין לו וכשיוצאה הפסידה עיקר כתובה ותוספת וכל מה שנתן לה הבעל משלו, שלא כתב ולא נתן לה אלא אדעתא למיקם קמיה אדעתא דלמשקל ולמיפק לא כתב לה."

הרי שביחס לתוספת כתובה, שהעילה לחיובו הוא מפני שכתב לה, הפסידה לאחר י"ב חדש לא מכוח קנס שקנסו את המורדת, אלא מפני הסברא שלא על דעת כן התחייב בתוספת, למרות שאין חיוב גירושין במאיס עלי לשיטת הרשב"א.

על כן בדינו של רבינו ירוחם, ביחס לעיקר כתובה, מכיוון שאין טעם בהכרזות כשהבעל אינו רוצה בה, לא הפסידה, ואילו ביחס לתוספת, בתוך י"ב חודש אינה מפסידה בהיותה בתוך פרק זמן של תקנת חכמים וכשיטת הראשונים הנוכחים הסוברים כן, ומסתמא ר"א בן אסמעאל סובר כרבו הרשב"א בהלכה זו, אך לאחר י"ב חודש, שכבר אין כל תקנה,



וכן בתשב"ץ ח"ג סי' פו כתב:

"אבל באומרת שלא לעלות אינו דין שיתן לה תוספת, שאפילו במקום שאמרו יוציא ויתן כתובה. אם היא תובעת גירושין כגון חוטרא לידא אמרי' דדוקא כתובה נוטלת אבל תוספת דאדעתא למיקם קמיה כתב לה. אדעתא למשקל ומיפק לא כתב לה. כמ"ש הרי"ף ז"ל בפרק הבא על יבמתו, כ"ש בזו שאין לה כתובה מפני סרבנותה שמפסדת תוספת."

הרי שלא מחמת קנס הפסידה מורדת תוספת, אלא מפני הסברה שאדעתא דהכי לא התחייב, כשהגירושין יוצאים ממנה, וכמו שהגדיר זאת התשב"ץ, שמפני סרבנותה מפסידה תוספת, שחייבת ללכת אחריו ומסרבת, ובכך דינה כתובעת להתגרש.

כאמור, התשב"ץ קבע שהפסד כתובה במקרה זה הוא ב"כל שכן" מאותו מקרה של כפיית הבעל בגירושין. ובתשובת הרשב"ש סי' ב' הוסיף בביאור תשובת אביו, וכתב:

"ראיתי בגליוני א"א הרשב"ץ ז"ל שאין לה תוספת לפי שמעשיה גרמו לה. ודבריו נראין אמת, שהרי בספר הזכות כתב הרמב"ן ז"ל דטעמא דיש לה תוספת הוא לפי שהוא הפסיד אנפשיה שהיה לו לבקש ולחפש אם היא אילונית, וכיון דלא בדק רצה לזיזוק נכסיו, אבל בזו מה היה לו לבדוק ולא עלתה על דעת להתנות עליה, דכשם שהוא חייב לעלות כך היא חייבת, על כן לא היה לו להתנות, ולא עלתה על דעת שתמרה את פי בעלה, על כן כיון שהיא רוצה להתגרש, מעשיה גרמו לה ומאבדת אף התוספת, ואין לה אלא בלאותיה הקיימים."

#### תשובת מהרש"ך ח"א סי' מה

המהרש"ך חלק א סימן מה [א] שהובא בבאר היטב סי' קיז סק"ה כתב בדין רואה מחמת תשמיש, שלא מתחילת הנישואין, שאינה מפסידה תוספת כתובה, וחלק על חכם אחד שכתב שאינה מקבלת תוספת, ובתוך דבריו כתב:

"גם מה שרצה לצדד, דאפשר לומר שאפילו אם תמצי לומר שחייב לתת לה כתובה, אם דוקא אותה כתובה היא לכד מה שהכניסה לו בנדוניא, ופטור מעיקר כתובה ותוספת, או חייב בעיקר כתובה ופטור מתוספת, לפי שכפי הנראה הדין נוטה שיהא חייב בעיקר הכתובה, שהוא המנה מאתים דחזו לה מדאורייתא, ולא התוספת, לפי שהתוספת הושם לקנס פן יגרשנה שלא מרצונה, ועכשיו שהתורה אסרה לו להשהותה עמו, מה יוסיף ומה יתן וכו'. לא ידעתי מאין ראה אלו הדברים, שהתוספת הושם לקנס פן יגרשנה, שא"כ לא יתחייב בתוספת אחר מותו, ולפי סברתו א"כ אפילו מנה מאתים לא יהיו לה, לפי שתקנת מנה מאתים הוא, כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, א"כ מה יעשה זה שהוא מוכרח להוציא, שלא לעבור על ד"ת... שהכל תלוי במה שכתבתי, שכיון שאירע לה קלקול אחר שנשאת, נסתחפה שדהו, ונהי שאסור להשהותה, מכל מקום חייב לפרוע לה כל סכי כתובתה. זהו הנראה לפסוק על פי הטענה הראשונה."

על פי ששמעון אנוס הוא, מ"מ פטור ראובן ממה שנתחייב לשמעון. ואף אנו נימא כן בנידון דידן, הא לא נתחייב הבעל ליתן כתובה לאשתו מחיים בלא גירושין, דכתובה לא ניתנה להיגבות מחיים, אלא באם ירצה הוא לגרשה מרצונו נתחייב ליתן לה כתובה. ומאחר דאין הבעל מגרשה מרצונו ובחירתו רק מחמת שהאשה אינה יכולה לקיים תנאי האישות, אף על פי שהיא אנוסה, פטור הבעל ממה שנתחייב כנגדה, ואפילו לא מחלה האשה כלל פטור הבעל, דבנידון דמיירי בי' הש"ך פטור ראובן אפילו אין שמעון מוחל לו. ולפי זה קשה על הר"ן מה ראה על ככה להקשות על הרמב"ם דמחילת אנוס הוא, הא י"ל דפטור הבעל גם בלא מחילת אשתו עפ"י סברת ש"ך הנ"ל... אלא דקושיית הר"ן מתורץ גם זולת זה, די"ל דהרמב"ם ס"ל דגם התוספת שמוסיף הבעל הוא ע"ת אישות, ושאינה ממאנת כדאמרינן בגמ' מכדי ידע דקטנה היא ותמאן ותצא, וע"כ התוספת שנתן לה נתן לה משום חיבת ביאה."

הרי לפי דרכו, אף לשיטת הרמב"ם הפסד תוספת כתובה אינו נובע מכפיית הבעל בגירושין, כפי שהוא לשיטתו בדין מאיס עלי, אלא מהסברה שעל דעת כן לא התחייב (אך עיין מהרלב"ח סי' פ' במה שכתב בשיטת הרמב"ם). ובספר אבני משפט על אה"ע סי' עז כתב בסק"ד בביאור סברת החלקת מחוקק:

"ואף דאין כופין אותו לגרש, סוברת (האשה) דכל זמן דאגידא גבי' לא יתנו לו אחרת ובעל כרחו יגרשנה, כמו שמוזכרת בתוס' סברא זו, ולכן אין לה כתובה."

הרי לפי דרכם של הסוברים שאין כלל מחילת כתובה באומרת "מאיס עלי", אפ"ה הפסד תוספת כתובה אינו מפני המחילה וגם אינו מפני הקנס שקנסו מורדת, הקיים רק במורדת בעינא ליה ומצערנא ליה לאחר הסדר הקבוע במורדת, אך גם אינו מפני כפיית הגירושין, שאין במאיס עלי. אלא רק מפני שהגירושין יצאו ממנה, שבמעשיה היא גורמת לגירושין, שקבעה את המציאות, שהבעל יגרשה מדעתו. וגם לשיטת הסוברים שבמאיס עלי היא מוחלת להדיא על הכתובה, היינו שבתנאי זה דינה יהיה כדין "מאיס עלי" שאין בה את הסדר הקבוע במורדת, שהרי תובעת כתובה דינה כאומרת "בעינא ליה" וכו', אך גם לפי דרכם, לאחר שייקבע שדינה כאומרת מאיס עלי, גם בלא מחילה, הפסד הכתובה נובע ממה שהגירושין יצאו ממנה.

ראיה נוספת שהפסד תוספת כתובה אינו מותנה בחיוב הבעל בגירושין היא מההלכה של אישה המסרבת לעלות לארץ ישראל או לעבור לגור במקום אחר כשהדין מחייבה לעבור עם הבעל, אף שדינה כמורדת, על כל פנים הפסד תוספת כתובה נובע מסברא זו של "אדעתא דלמיקם קמיה" וכו', וכמ"ש הר"ן על הרי"ף בסוף כתובות:

"ובכל מקום שהוא יכול להוציאה אם אינה רוצה לצאת תצא שלא בכתובה ומשמע דאפי' תוספת אין לה דלא כתב לה אלא אדעתא למיקם קמיה בכל מקום שהדין נותן שתלך אחריו."

וכן בחידושי רבינו קרשקש (שם).

הטור דן בכל מרכיבי הכתובה, וכמו שמפורש בדבריו בסיפא ביחס לחיוב הבעל התובע להתגרש המחויב ב"כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת ומתנת כתובתה", ואף על פי כן ברישא ביחס לאישה "שהיא תובעת לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנה" כתב - "אין לה מן הדין לגבות זולתי מה שהיא טוענת ותברר מסכום נדונייתה, ולא נחוש למה שימצא כתובה ממנה בכתובה", ובוזה כתב הטור את הסברא "דאדעתא למיפק ולמיסב לא כתב לה."

הרי דברי הטור ברור מללו שאינה גובה כלום זולתי מה שהתברר כנדוניא. פשיטא שתוספת כתובה בכלל זאת, וכן פשיטא שהלכה זו מתיישבת עם ההלכה בסי' ע"ז, מכיוון שאין כאן נידון באשה שחז"ל עיכבו את גירושיה בגלל היותה מורדת, אלא באשה שאינה בכלל התקנה.

כמה אחרונים הביאו להלכה את דברי הטור כהלכה פסוקה (ושללו את האפשרות שדברי הטור נקבעו כתקנה שאינה מהדין) - בספר פרי האדמה (להג"ר רפאל מיוחס ז"ל) ח"ג דף לו, בספר חק ומשפט (להג"ר חיים טולידאנו ז"ל) סי' קפה ובספר פני יצחק ח"ב (דף נב:). בספר פני יצחק ובספר חק ומשפט מבואר שדין תוספת כתובה תלוי בשאלה זו של ההכרעה האם הגירושין יצאו ממנו או ממנה.

דברי הטור טעונים ביאור מהי הגדרת "הגירושין יצאו ממנה" שכתב, ואלו נסיבות מצדיקות קביעה זו. שהרי לעיל ראינו חיוב תוספת כתובה באיילונית שלא הכיר בה, וכן ברמב"ם בהלכות אישות פרק טו הלכה ח' באישה ששהתה עשר שנים ולא ילדה ואין לבעל בעיה שאינו יורה כחץ ונקבע שחזקת החולי ממנה, ואף על פי כן זכאית לתוספת הכתובה, ובהכרח הטעם כמו שביאר בספר זרע אברהם הנזכר לעיל הטעם מאחר שאינה תובעת גירושין, ומבקשת להישאר עמו, למרות שהיא אשמה בבעיה המביאה לגירושין, מאחר שניתן להמשיך בחיים משותפים אין האשמה הופכת לעילה להפסד תוספת הכתובה.

עוד יש לבאר בדברי הטור שהנידון הוא באשה התובעת להתגרש ותביעתה היא המביאה לגירושין, מאחר שכבר אינה רוצה בו. מה שאין כן כשתביעתה לגירושין הוגשה כאילוץ מפני מעשיו השליליים של הבעל, שאינם מאפשרים להמשיך בחיים משותפים.

הדברים מפורשים בטור סי' קנד, שהביא מתשובת אביו הרא"ש בתשובה כלל ח' סי' ז' אודות מי שנשא אשה על אשתו:

"ואם הראשונה תובעת גט, צריך לגרשה, כיון שאין לו לפרנס שתיהן ויכתוב שטר עליו ככל הכתוב בשטר כתובתה, כתובה ונדוניא ותוספת וכאשר תשיג ידו יפרע."

הרי אף שהאשה היא זו התובעת את הגירושין, לא תפסיד תוספת כתובה. ובתשובת פני יצחק הנזכרת כתב:

"שיכולה לטעון עליו הא פטור אותי בגט ואח"כ תקיים המצוה א"כ ודאי צריך לפרוע כל הכתובה וגם התוספת, כיון דמן הדין מחייבין ליה לגרשה קודם שישא אישה אחרת עליה."

אמנם מהרש"ך כתב: "לא ידעתי מאין ראה אלו הדברים, שהתוספת הושם לקנס פן יגרשנה", אך אין בתשובה זו פירכא לכל האמור לעיל, מאחר ומהרש"ך רק דחה את הטענה שחיוב הבעל בתוספת הכתובה הוא מכח קנס, וכי עקב כך בכל מקרה לגופו עלינו לשקול אם יש מקום לקונסו. אלא מהרש"ך באר שחיוב זה הינו מדינא מכח התחייבות הבעל בעת הנישואין, והתשלום מיוסד על חובה לפרוע את השטר, אולם אין חיוב במקרה שמלכתחילה לא התחייב עליהן, שאז שלילת התוספת אינה מפני שאין מקום לקנס אלא מאחר ומלכתחילה אין חיוב. וברואה דם מחמת תשמיש אליבא דמהרש"ך אין עילה לקנס, וגם אין להפסיד לאשה כשהכל מוגדר כנסתחפה שדהו של הבעל. אבל גם מהרש"ך מודה שבאותם מקרים שקיימת סברא של "אדעתא דלמשקל ולמיפק לא אקני", סברא זו מיוסדת על אומדן דעת ביסוד החיוב, ויש ליישם זאת כשהאשה תובעת גירושין מחמת מרדה.

ועיין עוד בחלקת מחוקק סי' קיז סק"ה שלא כתב כמהרש"ך, אלא אם היא תובעת גירושין אינה זכאית לתוספת כתובה אף על פי שאין הכרח שהאשמה בה, ועיין בבית יעקב סי' קיז סעיף א' (ד"ה שם כתובה כולה) שגם כששניהם אנוסים בפירוד, כגון כשהוא חולה ששה חודשים שדינו להוציא וליתן כתובה, עכ"פ ביחס לתוספת הכתובה עדיין קיימת הסברא דאדעתא דלמיפק לא אקני לה, כי העיקר תלוי במה שהאשה רוצה לצאת ממנו, אף שאין עליה אשמה ברצון זה.

#### ביאור דברי הטור אה"ע סי' קיח

הגדרה נוספת בהלכה זו, מצויה בדברי הטור אבן העזר סי' קיח. שכתב בלשון זו:

"מי שהיא תובעת לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנה, אין לה מן הדין לגבות זולתו מה שהיא טוענת ויתברר מסכום נדונייתה. ולא נחוש למה שימצא כתוב ממנה בכתובה... ולא יחוש הבעל לכתוב ולהוסיף על עצמו... לענין שתשאר נשואה עמו ולא תבקש גירושין, בענין כזה אמרו חכמינו ז"ל (כתובות נד) כי כתב לה אדעתא למיקם קמיה אדעתא למיפק ולמיסב לא כתב לה... ואם תבע הוא הגירושין, אינו יכול לגרשה אלא לרצונה או לאחר שיפרע לה כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת."

מבואר בדבריו, שאם הגירושין יצאו ממנו לאחר שהוא תבע את הגירושין - "אינו יכול לגרשה, אלא לרצונה, או לאחר שיפרע לה כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת". מה שאין כן אם האישה תבעה גירושין ויצאו הגירושין ממנה, לא תוכל לקבל את הסכום שהבעל התחייב לה כנגד הנדוניא, ולא תוספת כתובה או מתנות.

הטור דייק בלשונו וכתב "מי שהיא תובעת לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנה", דהיינו אין די בתביעת גירושין, אלא בנוסף לכך - "יצאו הגירושין ממנה".

חדש) ח"ב חלק אה"ע סי' ה', שכתב שלא די בכך שהאשה תובעת להתגרש והבעל מצידו מצהיר על רצונו בשלום בית, כדי לקבוע שנשללה זכאות האשה לכתובתה, אלא מוטל על בית הדין לרדת לשורשי הסכסוך ולאמוד את דעת הצדדים, האם אכן הצהרתו של הבעל על רצונו בשלום בית הינה הצהרה שיש בה כנות.

ולהלן מדברי השואל בתשובה זו:

"על ענין המריבה שנפלה בין איש לאשתו, וכשבא לגרשה דיבר האדון עמו דברי פיוסין והפציר בו בדברים טובים לשים שלום ביניהם, והוא נתן כתף סוררת ולא אבה להתפייס בשום אופן, וגמר בדעתו לגרשה. ואחר כך ברוב הימים חזר בו ובא לפני פלוני ואמר לו שתלך האשה לביתה, ואמרה היא אין כוונתו אלא להרע לי ולהצר לי ולענות אותי, מאחר שכן טוב לי שאתגרש, והוא סירב לגרש אלא רוצה שתחזור לביתו. א"ל אם דעתו רצויה עמה יפייסה בדבר מה, אמר הוא ח"ו לא אפייסה אלא תבוא לביתה ככלכתא. אז אמר האדון אם כוונתך לעשות שלום פייס אותה, ואם אין אתה רוצה בה גרש אותה... אמר ח"ו אני איני רוצה אותה כי כבר שנאתיה ואיני רוצה להחזירה אלא כדי להתנקם ממנה, והלכו להם."

בתוך תשובתו כתב הרב מטה יוסף:

"לענ"ד פשוט דבתר מעיקרא אזלינן שהוא רוצה לגרש, דהא איכא ידים מוכיחות כי עדיין מחזיק ברשעתו שהרי גילה דעתו לומר כי לבו בל עמה ואינו רוצה להחזירה אלא להנקם ממנה. א"כ אומדנא דמוכחא שכל מה שאומר עתה שאינו רוצה לגרש הוא ברשע כדי להפסידה התוספת... ואף דהאידינא לא בקיאינן בשיעור האומדנא, מ"מ באומדנא דמוכחא טובא שאין בה לנטות ימין ושמאל עבדינן עובדא וכמ"ש הרא"ם בתשובה ח"א סי' ט"ז... כיון שמגרש מרצונו, אף שהוא על ידי טענתה שטוענת עליו שאינו יורה כחץ ורוצה להתגרש ממנו, כיון שהוא נדרש לשאלתה ומתרצה לגרשה, חייב ליתן לה התוספת, דהא לא שייך למימר דאדעתא למשקל ולמיפק לא אוסיף לה, שהרי היא אינה יוצאה שהרי לא עשתה לו שום כפיה אלא הוא רוצה לגרש, לכן יתן לה גם התוספת. וכן משמע ממה שכתב הרא"ש בתשובה כלל מ"ג סי' י"ב... אם בלא כפיה נאות לגרשה יתן כתובה כיון דמדעתו מגרשה... וכן כתב הרב בית שמואל סי' קנ"ד... מדברי הרא"ש משמע דכל שרוצה לגרש אף שהיא ג"כ רוצה להתגרש יש לה תוספת... שהרי הוא הגורם בגירושין, והוא נתן אצבע בין שיניו מחמת הקטטה ומריבה עד שהוכרח לבוא עליו בטענה זו לפני בי"ד שיכפוהו לגרש כדי להינצל ממנו, כי אין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, אינו מן הראוי שיהא חוטא נשכר, ויאכל הלה וחדי, ובודאי שחייב ליתן לה תוספת. ובפרט בנידון כזה כי הגדיל לעשות, ובא לפני בית דינו הצדק לגרשה על לא חמס בפיה, והוסיף על חטאתו פשע... דבר על לבו דברי פיוסין שישוּב מדרכו הרעה ויעשה שלום עמה, והוא נתן כתף סוררת ולא אבה שמוע לדבריו הנחמדים, וכסיל שנה באיולתו וגמר בדעתו לגרשה. וכראות כי לא יצא מחשבתו לפועל, העלה טינא וחשב מחשבות לשים

ובשולחן ערוך סי' קנד סעיף ז' פסק להלכה תשובת הרא"ש כלל מב סי' יב, וכתב:

"אם טוענת אין לו גבורת אנשים לבא עליה, ושואלת גט, והוא מכחישה, י"א שהיא נאמנת (ואפי' לא שהתה י' שנים) (טור), וכופין אותו להוציא מיד, ולא יתן לה כתובה. ואם מגרשה מעצמו בלא כפייה, יתן לה כתובה."

וכתב הב"ש ס"ק יט:

"ולא יתן לה כתובה. כיון דהוא מכחישה. ואם הוא מודה צריך ליתן לה הכתובה ותוספת כתובה."

ובס"כ כתב:

"ואם מגרשה מעצמו וכו'. יתן לה כתובה, ולענין תוספת כתובה משמע מתשובת הרא"ש שהביא הטור דצריך ליתן לה כיון דמגרש מעצמו."

הרי שגם כשהאישה תובעת להתגרש, אם הבעל מודה שאין לו ג"א, חייב בתוספת כתובה. ובאר בתשובת זרע אברהם הנזכרת:

"מודה הרא"ש דיש לה תוספת משום דמימר אמרה הרי מסרתי עצמי לך מה בידי לעשות עוד, ודמיא למאי דאמרין בפרק האומנים גבי היכא דשכר חמרים להביא תבואה והלכו ולא מצאו תבואה, פועלים להשקות את השדה והלכו ומצאו שדה כשהיא לחה, דקי"ל דנותן להם שכרם משלם... היכא דלית לה עונה ודאי דיש לה תוספת דאדעתא דהכי נשאת לו מתחילה ואין לך מקח טעות גדול מזה, והרי היא מסרה עצמה ומה בידה לעשות עוד."

ובפד"ר חלק א עמ' 221-219 בפס"ד מהגאון ר"א גולדשמידט זצ"ל, הביא תשובת רב האי גאון שהתבטא בלשון:

"נעשה כמי שאינו מבקש את אשתו, ונותן לה כתובה ותוספת ונדוניא... ומגרשה."

ובהתאם לכך ביאר את תשובת הרא"ש, וכתב:

"הרי שאף שהאשה תובעת את הגירושין... מכיון שהבעל הוא בעצמו שהביא לזה שאין לו לפרנס, על ידי שלקח את השניה, הרי זה כאילו מגרשה ברצון... אולם זהו במקרה שעילת הגירושין נולדה שלא מרצונו של הבעל, חולק הרא"ש על הכלל נעשה, לא אומרים נעשה כאילו הגירושין הם מרצונו - כמי שאינו רוצה באשתו, אבל אם העילה נולדה ברצונו, כגון בנדון הרא"ש, שאין לבעל לפרנס מפני שלקח אישה שניה, או כגון בנדון דידן שברצות הבעל היה נותן מדור לאשתו והנישואין קיימים, וברצותו אינו נותן, מבטל את אחד התנאים היסודיים בחיי נישואין - כלכלת האישה, וחיי הנישואין מופרים. הרי באופן כזה אין לחדש הלכה: נעשה כמי שאינו רוצה את אשתו, אלא הבעל, בהנהגתו מרצונו, במציאות אינו רוצה בקיום הנישואין, לא נעשה אלא ממש אינו רוצה את אשתו. ואם כן הרי הגירושין הם מחמתו ולא מחמתה, ולכן מודה גם הרא"ש ופוסק בתשובה הנ"ל שעל הבעל לשלם העיקר והתוספת."

ועיין בספר מטה יוסף (להג"ר יוסף בן חיים משה הלוי נזיר, שהיה אב"ד במצרים ואגפיה, והיה חברו של בעל הפרי

לא למנה. ומה שנמצא בשטר כתובתה שהכניסה לו נדוניא והתוספת אשר הוסיף לה משלו הכל כפי דין התלמוד. אך אם לא יהי' הגירושין ברצונו ושלא ברצונה אין לה תוספת כלל." ובביאור תקנה זו כתב:

"עוד כתוב בתקנה הנזכר שאם לא יהיו הגרושין ברצונו ושלא ברצונה אין לה תוספת כלל. ופירוש זה שאם היו הגרושין ברצונה כמו ברצונו שהיא תובעת גט. או שלא ברצונו כגון שחייב לגרשה מן הדין מפני מאורעות שלא ברצונו אין לה תוספת כלל. לפי שלא תקנו התוספת בתקנה זו אלא כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה. שאינו מן הדין שישאנה בתולה ויגרשנה אח"כ וזה אינו אלא כשהוא מגרשה ברצונו ושלא ברצונו כמו שכתב הרי"ף ז"ל בפרק הבא על יבמתו. וכן הרשב"א ז"ל כתב בתשובה שהתובעת גט מתוך מרד אין לה תוספת, דאדעתא דלמישקל ולמיפק לא כתב לה. ואף על פי שלולי התקנה אם כתב תוספת מעצמו והיו הגירושין ברצון שניהן גובה הכל. כיון שתקנו כן הוי כתנאי שבממון וקיים. ולא כתבו אלא ע"מ כן."

לכאורה דברי התשב"ץ צ"ע, שהרי אם הגירושין ברצונה כמו ברצונו, היינו שהיא תובעת גט כמפורש בדבריו, אם כן מדוע כתב שלולי התקנה אם הגירושין מרצון שניהם גובה הכל. שהרי כשהאשה תובעת גירושין מדינא אינה זכאית לתוספת, וכמו שהביא התשב"ץ מדברי הרשב"א בתשובה. ובהכרח צריך לומר שהרשב"א בתשובה שהביא התשב"ץ כתב "שהתובעת גט מתוך מרד אין לה תוספת, דאדעתא דלמישקל ולמיפק לא כתב לה", דהיינו שזו תביעה שברקע לתביעה עומדת מרידת האשה בבעל, וגם אם לא תקבל גט תישאר במרידתה זו, ובכך הגירושין יוצאים ממנה. מה שאין כן במש"כ התשב"ץ: "שלולי התקנה אם הגירושין מרצון שניהם גובה הכל", היינו בכהאי גוונא שאין מרידה המביאה לתביעת הגירושין, אלא גם בעת בקשתה להתגרש אין מרידה. וכעין מש"כ מהרלב"ח בתשובה סי' פ' שאם האשה מבקשת להתגרש מחשש שהבעל ימות ותזקק ליבום או חליצה ותתעגן, והבעל מגרשה, אין הפסד כתובה ותוספת כתובה. וכתב:

"כי לו הונח שהאשה בעצמה הייתה המדברת לבעלה ומתחננת לפניו שיגרשנה כדי שלא תשאר זקוקה אין עליה אשם כלל כיון שלא היה בדרך מרד בבעל... כ"ש אסתר זאת שמעולם לא מרדה מתשמיש אדרבא כי מי יודע אם כשהיו שני בריאים איש ואשתו אם הייתה משדלתו בדברים יותר מהנשים הכשרות תחת התפוח, ואם כן פשיטא ופשיטא דלא הפסידה דבר מכתובתה. גם לא הפסידה דבר מכתובתה בשביל שהתחננה לבעלה שיגרשנה בגט."

ויצוין לדברי הגמ' במסכת יבמות דף קטז עמוד א:

"היכי דמי קטטה בינו לבניה, אמר רב יהודה אמר שמואל באומרת לבעלה גְרָשְנִי. כולהו נמי אמרי הכי."

על כן פשיטא שאין באמירה של האשה המבקשת גירושין הפסד מכתובתה, ולכן דייק התשב"ץ בלשונו: "שהתובעת גט

דמי מלחמה בשלום קטיעא ובפיו מלא לאמר שאינו רוצה לגרשה אלא לענותה תחת ידו ולעשות בה נקמה על לא דבר רע. וכראות האשה עניה סוערה את רוע לבבו הוכרחה לגלות מסתורין שבלבכה להודיע את צערה... ואם בעלה היה מפיסה ומדבר על לבה דברי שלום ואמת כדת מה לעשות עם אשת בריתו, אנן סהדי שהיא לא הייתה תובעת להתגרש, והיתה מתרצה לעמוד תחתיו כהלכת גוברין יהודאין. וכיון שכן פשיטא ודאי דאשה זו אין לה דין באה מחמת טענה, שהרי היא אינה רוצה להתגרש אלא הוא המגרש. וא"כ אף את"ל שבאמת חזר בו ואינו רוצה לגרש אלא לשבת עם אשתו בשלום יחדיו בהשקט ובבטחה, אפ"ה כיון שהיא לא תבעה להתגרש אלא מחמת רוע לבבו עמה והיא רואה כי עדיין הוא מחזיק בטומאתו וברשעתו שאינו רוצה להכניע את לבבו ולפיסה ובדבר טוב ישמחנה, ודאי כי הוא נקרא המגרש, שהוא רוצה לגרש ולא היא, ולכן אין להפסידה התוספת. כ"ש שכבר כתבנו דלענ"ד ברור ופשוט שלא חזר בו וככחו אז כחו עתה ועדין הוא רוצה לגרש, אלא בראותו כי היא באה בטענה נתחכם לומר שאינו רוצה לגרש כדי להפסידה התוספת, וא"כ לאו כל כמינה להפסידה... ועל כיוצא בדברים אלו הולכים הדיינים אחר אומד הדעת כפי אשר יראו כוונת בעל הדין אם לעקל עקלקלות... דכיון שמעשיו מוכיחים כן, ודאי שנדון אותו כדין נותן עיניו לגרשה, ואין להסתפק שמא חזר בו שהרי ניכר מחשבתו מתוך מעשיו הרעים, וא"כ פשיטא לן כביעתא בכוחתא שחייב ליתן לה הכתובה כולה עיקר ותוספת בלי מגרעת שום דבר."

העולה מתשובה זו, שאם תוך כדי סכסוך בין הבעל לאשה ובמהלך מריבה ביקש הבעל מאשתו לצאת מהבית, אם לאחר שהאשה נאלצה לצאת מהבית ותובעת גירושין וכתובה הבעל מודיע בבית הדין על רצונו שהאשה תחזור לשלום בית, הואיל ובית הדין נוכח שליבו אינו עמו, ובקשתו אינה משקפת באופן אמיתי את רצונו, שהרי לא ראה לנכון לפייסה, "ואם בעלה היה מפיסה ומדבר על לבה דברי שלום ואמת כדת מה לעשות עם אשת בריתו, אנן סהדי שהיא לא הייתה תובעת להתגרש, והייתה מתרצה לעמוד תחתיו כהלכת גוברין יהודאין", אין לדון שהגירושין יצאו ממנה, ואינה מפסידה את הכתובה במלואה.

יובהר שאמנם באומרת "מאיס עלי", לרבות כשיש לה אמתלא מבוררת, אינה זכאית לכתובה ותוספת כתובה, אך היינו מפני שהגירושין אינם מחויבי המציאות, אלא יצאו מתוך החלטה לגיטימית של האשה. מה שאין כן כשהבעל במעשיו קובע מציאות שהגירושין בלתי נמנעים, וכגון הנידון בשתי תשובות הרא"ש נזכרות ובתשובת מטה יוסף.

#### ביאור תשובת התשב"ץ ח"ב סי' רצב

כתב התשב"ץ חלק ב' סי' רצב:

"תקננו שאם יגרש הבעל ברצונו ושלא ברצונה שיפרע לה כל הכתוב בשטר כתוב' עיקר כתובה שהוא מאתים לכתולה ומנה

תוספת כתובה כשניתן הגט בהסכמה, ובמקרה זה נאמרו דברי התשב"ץ שאם הגירושין ברצונה כמו ברצונו דהיינו הגירושין מרצון שניהם גובה הכל (לולי התקנה שהזכיר בתשובתו, שאינה קיימת כיום).

ה. כשהאשה מצידה הייתה רוצה להמשיך בנישואין עם בעלה, אך מעשיו השליליים הביאו אותה לתבוע גירושין, אם ברור לבית הדין שהוא הגורם לתביעה, אינה מפסידה תוספת כתובה. אך היינו דווקא כשבפי האישה טענה עקרונית "תנו לי בעלי ואעמוד לפניו", כלשון הרמב"ן במלחמות, על כן מאחר שלולי מעשיו השליליים של הבעל האישה נשארת עמו, ואילו מצד הבעל "נעשה כמי שאינו מבקש את אשתו", לכן כבר אין יסוד לסברת "כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה, אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה", ודינו כמגרשה מרצונו ובעל כורחה, וכן כתוב בפד"ר ח' חלק ח' עמ' 278.

ו. אם מתברר לבית הדין שבעקבות הסכסוך הקשה שבין בני הזוג בכל מקרה האשה כבר אינה רוצה בו, ואין הדבר תלוי בתיקון ליקוי כזה או אחר, מאחר ששניהם רוצים להתגרש ושוללים כל אפשרות לחזרה לשלום בית אינה זכאית לתוספת כתובה. וביחס לעיקר כתובה, לדעת ר"א רבו של רבינו ירוחם לא הפסידה, אך נראה שדינה כאומרת מאיס עלי ועפ"י פסיקת השו"ע סי' עז ס"ב אינה זכאית גם לעיקר כתובה.

לכן, בנידון שבפנינו שני הצדדים תובעים להתגרש ושוללים על הסף כל אפשרות לשלום בית, האשה טענה באמצעות ב"כ: "האשה לא ראתה אפשרות לחזור ולאחות את הקרעים. אין שום יכולת לתקן את המצב כפי שהוא כיום". במצב כזה אין נפקא מינה מי הגיש ראשון תביעת גירושין, אלא מאחר ששניהם מעוניינים בגירושין ושוללים שלום בית, וגם מצד האשה בכל מקרה כבר אינה רוצה בו, ואין הדבר תלוי במעשה כזה או אחר מצד הבעל, אלא היא נחרצת מאוד שעליהם להתגרש, ואומרת שלמעשה היא זו שהייתה צריכה לנקוט יוזמה לתבוע את הגירושין. על כן בנידון זה קיימת הסברה שהבעל לא התחייב בתוספת כתובה על דעת שאשתו לא תרצה להמשיך עמו, ואינו דומה לנידון שבתשובת מטה יוסף.

יש לציין, שבנידון שבפנינו לא התברר בפנינו שהבעל במעשיו הביא למצב שהפירוד היה בלתי נמנע, הואיל וגם בטרם עזב את הבית הסכסוך כבר היה בעיצומו, ולא עזיבת הבעל את הבית הביאה לרצונה של האשה בגירושין, אלא רצונה בגירושין קדם לעזיבת הבעל את הבית.

לאור האמור אין לחייב הבעל בדמי כתובה, לא עיקר ולא תוספת.

מתוך מרד אין לה תוספת, דאדעתא דלמישקל ולמיפק לא כתב לה". ובוזה גם לולי התקנה הפסידה. אלא שהתקנה מתייחסת לנידון כמו בתשובת מהרלב"ח, שאין מרידה ברקע לתביעה, לכן לולי התקנה לא הפסידה דבר, ורק מכח התקנה אינה זכאית לתוספת כתובה.

וכן בחידושי רבי אברהם מן ההר על מסכת יבמות דף סו א, הנוכר לעיל, כתב:

"ומסתברא דהוא הדין לאשה שאינה רוצה לעמוד תחת בעלה

ומצערת אותו עד יגרשנה שאין לה תוספת."

מדויק מלשונו שאין לה תוספת בנסיבות "שאינה רוצה לעמוד תחת בעלה", לכן במקרה כזה כשהזוג מגיע לגירושין בהסכמה, אינה זכאית לתוספת כתובה מאחר שהאישה כבר אינה רוצה להמשיך בנישואין עם בעלה, ודי בכך כדי לקבוע שאדעתא דהכי לא התחייב לה.

### העולה מדברינו

א. בשורש התחייבות הכתובה, הבעל התחייב בתוספת כתובה על דעת שהאשה תמשיך עמו, ואם היא מבקשת להמשיך להיות אשתו, הגם שהיא זו שבה התגלתה הבעיה, כגון איילונית או שהתה עשר שנים וחזקת החולי ממנה, אף על פי כן כל עוד האשה מבקשת להמשיך עם בעלה ואין הכרח שמעשיה מביאים לפירוק הנישואין, לא תפסיד תוספת כתובה.

ב. לא כן כשהאשה אינה רוצה את בעלה, וזאת מאחר שסברת: "אדעתא דלמישקל ולמיפק לא אקני", היא סברא העומדת ביסוד שלילת הזכאות לתוספת כתובה, באותם מקרים שהאשה תובעת להתגרש ואינה רוצה בבעלה וגם הגירושין יצאו ממנה. לכן אם תובעת גט מחמת מרדה, ובנסיבות שגם אם לא יתן גט האשה אינה חוזרת לשלום בית, אם הבעל גם הוא תובע להתגרש ואינו רוצה שלום בית, אין טעם בהכרזות ולדעת ר"א רבו של רבינו ירוחם לא הפסידה עיקר כתובה אלא תוספת, וההפסד אינו נובע מחיוב הגירושין אלא מהטעם שעל דעת כן לא התחייב, והערנו שלפי פסק השו"ע סי' עז ס"ב שבמאיס עלי אינה זכאית לא לעיקר ולא לתוספת, הוא הדין בנידון רבו של רבינו ירוחם.

ג. גם במקרה שהאישה אינה תובעת גירושין, אך במעשיה היא מביאה בהכרח לפירוק הנישואין, כגון כשאינה מסכימה לעבור עמו למקום שהדין מחייב, הפסידה, מפני "אדעתא דלמישקל ולמיפק לא התחייב".

ד. אם האשה מבקשת להתגרש והבעל נעתר לבקשה, אך ידוע שגם לא ינתן הגט, היא תמשיך לדור עמו בשלום, וכגון בנידון תשובת מהרלב"ח הנוכרת, אינה מפסידה

## סימן מא

## זכאות לכתובה לאחר שהבעל ביקש מאשתו לצאת מהבית

שלותה... ומה שטען שהוא לא שלחה מביתו, אינה טענה, שהרי הוצרכה לצאת אצל אביה שמשדל ברפואתה, ואפילו היה חמיה משדל ברפואתה מה הנאה יש לראובן בין עומדת כאן בין עומדת כאן והיא אינה מורדת... ולפי שלא נתבאר לי מלשון השאלה מה שהיא טוענת שתשוב לבית בעלה אם יביאה אל ביתו ויפרע מה שלותה, ונסתפקתי אם היא מתעכבת בלבד מחמת שהוא אינו קורא לה או שאינה רוצה לשוב אליו עד שיפרע מה שלותה ואחר כך יביאנה ואז תשוב אליו. על כן אני אומר שאם מחמת שהוא אינו רוצה להביאה ולקרוא לה, מסתברא שאינה מפסדת על זה כלום, לפי שהוא אינו רוצה בשימושה כי שמא בושה ממנו אחר שלא הראה לה פנים בעוד שהיתה חולה ואחר שנתרפאת מפני שיצאה שלא ברשות, ואין כאן מרד כלל לא מתשמיש ולא ממלאכה, ועוד שאם יבוא הוא אצלה אינה מונעתו מכלום. אבל אם היא מעכבת אף מחמת פירעון מה שלותה בזה יראה שאינו חייב לזונה דקרוב הוא בעיני לומר שזה אחד מדרכי המורדת באומרת בעינא ליה ומצערנא ליה דכל האומרת כך טענה יש לה על הצער שהיא רוצה לצערו וגם זו עילה מצאה לצערו ותולה בפרעון מה שלותה".

תשובת הרשב"א הובאה בדברי הרמ"א בסי' פ' סעיף יח, אך בשינוי קל.

"אשה שהלכה מבית בעלה מכח קטטה, ואינה רוצה לשוב לביתו עד שיקרא לה בעלה, לא הפסידה משום זה מזונותיה, דבושה ממנו לשוב, מאחר שיצאת בלא רשותו ואינו מראה לה פנים, ואם הוא יבא אצלה אינה מונעתו מכלום, אבל אם אינה רוצה לבא אצלו עד שיפרע מה שלותה, אבדה מזונותיה, דהוי כמורדת, דכל מורדת טענה אית לה".

דהיינו לעומת הרשב"א שהשיב אודות אשה שיצאה מבית אבי בעלה כשהבעל הניחה שם והלך חוץ לעיר, הרי שהרמ"א כתב הלכה זו בנסיבות של אשה שהלכה מבית בעלה מכח קטטה. וכבר העיר הערה זו בספר מנחת פתים אה"ע סי' פ' סי"ח.

בנידון שבפנינו האשה עזבה את הבית לאחר ויכוח ביניהם, במהלכו אמר הבעל שהוא מבקש ממנה לעזוב את הבית. בנסיבות אלו מיד לאחר מכן, לא היה די בבקשה בעלמא מצד הבעל לשוב הביתה, אלא היה מוטל על הבעל לעשות את הנדרש כדי לפייס את אשתו כמתחייב, ולהראות לה פנים (כלשון הרשב"א). ק"ו מהנידון בתשובת הרשב"א שבו האשה עזבה מיוזמתה את בית חמיה שבו גרה עם בעלה בעת שהבעל היה מחוץ לעיר וחלתה, והעדיפה לשהות בבית אביה בזמן החולי.

הצדדים נישאו בחו"ק כדמו"י לפני שלוש וחצי שנים, ולהם שני ילדים. קודם לכן ניתן פסק דין בתביעת הבעל לגירושין. תביעת הגירושין התקבלה וניתן פסק דין לחיוב האשה בגירושין ולאחר מכן הושלמו הדיונים לבירור תביעת האשה לתשלום הכתובה שבה נקוב סך 360,000 שקל, וכעת לאחר סיום הצגת הטענות החקירות וסיכומי הטענות, להלן פסק הדין.

השתלשלות האירועים בין הצדדים הובהרה בקצרה בפסק הדין הנזכר, ובו בית הדין קיבל את תביעת הבעל לגירושין לאחר שהתברר ששני הצדדים כבר אינם רוצים זה בזה. להלן הקטע העיקרי של פסק הדין:

"ככל שהדבר נוגע לחיוב הגירושין, כאמור כיום המצב הוא שאין ספק ששני הצדדים כבר אינם מעוניינים זה בזה. מעשיהם ודבריהם בבית הדין מוכיחים זאת, הגם שהם נרתעים מלחזור בהם מעמדתם המוצהרת התומכת בשלום בית.

ההליכים שננקטו על ידי האשה בבית המשפט, כאמור בהחלטה הנ"ל, משתלבים היטב בעמדתה שאין מנוס מגירושין, לכן דינה של תביעת הבעל לגירושין להתקבל.

מאחר שעמדת האשה היא כפי המפורט בטענותיה, ולפי תפיסתה את הבעל, הבעל הינו אדם מסוכן עבורה, והיא חוששת ממנו אף כשיבקר אצלה לשבת בבית הוריה, הרי שבכך היא מנציחה את הפירוד, ולא יתכן להותיר על כנו מצב קבוע שבו אין שלום בית ואין גירושין ולאחוז בטענה בעלמא שעל הבעל לעבור טיפול, ועל יסוד טענה זו להותיר את הפירוד לפרק זמן בלתי מוגבל.

לפיכך מאחר והאשה אינה מעוניינת בשלום בית עם בעלה עמו נישאה כפי שמכירה אותו עם תכונותיו ומידותיו, אין מנוס מגירושין, ותביעת הבעל לגירושין מתקבלת".

אך ביחס לשאלת זכאות האשה לתשלום הכתובה, אין זכאות זו נשללת את לאחר שהושלמו תנאים מסוימים וכפי שיבואר להלן:

במקרה זה, אין מעמדה של האשה כאשה מורדת. כבר בזמנו לפני שנה לא היה בעזיבת האשה את הבית משום מרידה, מאחר שהבעל דרש ממנה לעזוב את הבית ונאלצה לעזוב, ומאחר שהבעל כפה את הפירוד לא נשללה זכאותה לתשלום מזונות אשה.

להבהרת הדברים נקדים מתשובת הרשב"א שהביא הבית יוסף אבן העזר סי' עז, וז"ל הבית יוסף:

"כתב הרשב"א בתשובה על אשה שהניחה בעלה בבית אביו והלך חוץ לעיר וחלתה והלכה לבית אביה ולותה למזונותיה ולרפואתה, הדין עמה וכל שלותה לצורך מזונותיה ורפואתה בעוד שלא היה בעלה בעיר בודאי חייב הבעל לשלם מה

אלו" - משמע דוקא כיוצא באלו שהם אך נקמה על העבר, אבל לכופו על העתיד במה שהדין עמה - אינה מורדת".

גם בנידון שבפנינו לא ניתן לקבוע שהאשה אינה דוברת אמת כאשר מביעה פחד וחשש מבעלה, וגם הבעל עצמו בהתנהלותו וביחסו אליה לא השכיל להסיר חשש זה בדרך ראויה. למרות שלא התברר שאכן קיים חשש מבוסס לסיכון פיזי לאשה במחיצת הבעל, כנטען על ידה. אך המדד אינו רק הסיכון הפיזי, אלא גם היחס הראוי והמכבד שצריך להיות מצד הבעל לאשתו, מה שלא היה במקרה זה.

עוד יצוין כי בסיפא של תשובת הרשב"א הנזכרת, בנידון שהאשה נמנעת מחזרה לבית בעלה ומתנה תנאים שאינם מתקבלים, פסק הרשב"א שאינה זכאית למוזנות, וכתב:

"שזה אחד מדרכי המורדת באומרת בעינא ליה ומצערנא ליה דכל האומרת כך טענה יש לה על הצער שהיא רוצה לצערו וגם זו עילה מצאה לצערו ותולה בפרעון מה שלותה".

ונחלקו שני גדולי הדור האם בנידון כזה כשם שאינה זכאית למוזנות, ה"ה שתפסיד כתובתה.

בשו"ת פני משה ח"א סי' נו כתב שאינה מפסידה כתובתה, והוכיח זאת מהמשך לשון הרשב"א באותה תשובה שבאר שחיוב מוזנות אינו בהכרח תלוי בחיוב הכתובה, ומשמע מדבריו דפשיטא לרשב"א שבנידון זה הגם שהטענה להתעכב מלשוב לביתם אינה מתקבלת, עדיין אינה מפסידה כתובתה, וז"ל הפני משה:

אך מה שנלע"ד לומר הוא דמעולם לא הוזכר בתלמוד דין מורדת או מאיס עלי אלא בשנותנת כתף סוררת לכל ימי עולם ולא שמה גבול מוגבל, שאז מפסדת כתובה כדין המוזכר בגמ' ומפסדא מזוני נמי לדעת הרי"ף והרמב"ם. אבל בנותנת גבול מוגבל עד שיעשה בעלה כך וכך והוא דבר שאפשר להעשות, כגון הך דהרשב"א שאפשר לפרוע החובות שלוותה, כל כי האי לאו מורדת מקרי לענין הפסד כתובה כיון שעוד תשוב לביתה. אך לענין הפסד מזוני דמאי דביני ביני אותו הזמן שעומדת במרדה, כל כי האי מפסדא מזוני, כיון שכשתחזור לביתו יחזור להתחייב במוזנותיה משם ואילך".

לעומת זאת, רבי חסדאי הכהן פרחאי בעל ספר תורת חסד בתשובתו בספר עדות ביעקב סי' לה, חלק על הפני משה. אך גם לפי דרכו, עדיין אינה אלא מורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה, שלא תפסיד אלא לאחר הסדר הקבוע במורדת.

לכן גם אם עמדת הבעל היתה מתקבלת שיש להורות לאשה לשוב לבית ללא תנאים, והיינו פוסקים כתשובתו של בעל ספר תורת חסד, עדיין בנידון כזה שלילת הכתובה תוכל להתבצע רק במסגרת הליך הכרזת מורדת, והליך כזה אינו רלבנטי כשהבעל למעשה אינו רוצה באשתו, על כן לא נמצא כל יסוד לקבוע שלילת תוספת הכתובה. וזאת מאחר שבסופו של דבר הצדדים הגיעו למצב ששניהם כבר אינם רוצים זה בזה, וכפי שנכתב פסק הדין הנזכר. ובנסיבות אלו ככל שהדבר נוגע לשאלת זכאות האשה לכתובה ותוספת

בנידון דגן, הגם שהבעל ביקש מאשתו, באמצעות רבו הרב ... לשוב לבית, הרי שבדין שהתקיים לאחר אירוע זה, נוכחנו שהבעל מתבטא בנוקשות לאשתו, ומביע את דרישותיו ביחס אליה בדרך שאין בה לקרב אלא לרחק, אך לא מצא לנכון לנהוג עמה כבעל המבקש לפייס את אשתו. האשה גם הביעה את תחושתה בפנינו שהבעל מנסה להשתלט עליה ולהכתיב לה את אורח החיים, דבר שתרם לריחוק ביניהם.

ובשו"ת הגם שאול חלק ב' סי' כב לאחר שהביא מדברי הרמ"א כתב:

"תמצית ההלכה הזאת: הליכת האשה בלי רשות בעלה מאיזה סיבה, קטטה, או חולי, או בעלה אינו בעיר וכדומה חייב הבעל לשלוח לה להשיבה ולהראות לה פנים, ואם לא עשה כן חייב במוזנותיה אף שאינה עמו".

בהתאם לכך, בהחלטה קודמת בית הדין מצא לנכון לקבוע שאין עילה לשלול מהאשה את זכאותה למוזנות אשה, ומהנימוקים המפורטים באותה החלטה.

ביה"ד מבהיר כי אין מקום לדון את האשה כמורדת, מאחר ומרידה הינה התנערות מחובה בדרך של פשיעה, וכמ"ש המרדכי במסכת כתובות פרק אע"פ ובהגהות האשרי פ"ה סי' כט אודות מי שמחמת חולי אינו יכול לקיים עונתו:

"לא מיקרי מורד אלא כשעושה מחמת שנאה וכעס, דמורד הוי פושע כמו הפשעים אלו המרדין".

גם בנידון זה, בלב האשה נכנס פחד ורתיעה מהבעל, ובחירה שלא לשוב אליו מפני שלא מצא מסילות ללבה לשכנעה שאין יסוד לחשש שלה ממנו.

עיינ בתשובת מחנה חיים חלק ב' אה"ע סי' מא, שלא הסכים לדון אשה כמורדת כשנשארה בבית הוריה ולא שבה לבעלה כשבעלה עדיין לא הסדיר עבורם מדור ראוי, והביא מתשובת הרשב"א הנ"ל, וכתב:

"מדבריו נתבונן איך שהחליט שהוא אינו רוצה בשימושה יען שאינו קורא לה, כי יש לדון אותה לכף זכות שמא היא בוששה ממנו אחר שלא הראה לה פנים, וא"כ היא לא מרדה לא מתשמיש ולא ממלאכה... אין זה כי אם רע לב בעלה שלא חפץ בשימושה ואין כאן מרד מהאשה כלל כי לא נקראת בשם, ונדע שלא ביקש אותה אמת ובלב שלם... והגם שאפשר שהבעל לא פשע כי לא היו בידו מעותיו, עכ"פ אונס רחמנא לא חייבי, ומה פשעה ומה חטאה כי ידלקו אחריה ליתן עליה דין מורדת, הלא אין מורד אלא מזיד ופושע מלשון מורדים ופושעים, כמבואר במרדכי הובא בהגהות אשרי בכתובות דף ס"ג."

יסוד זה בהגדרת מורדת, כבר כתב בספר בית מאיר סי' קנד, שהביא הפת"ש סק"ו:

"אינה מורדת ככהאי גוונא שאינה מורדת כדי לצערו, כי אם לכופו לזונה כראוי, דהא קי"ל בחושן משפט (סי' ד') עבד איניש דינא לנפשיה, ואם כן מי יכריחנה לילך לבית דין לכופו אם היא תוכל לכופו במרדה, וכן מורה הלשון בסימן ע"ז סעיף ב': "ואם מרדה כדי לצערו מפני שעשה לי וכו' וכיוצא בדברים

ברור שפירוק הנישואין הוא בעטיה של האשה, אין יסוד לשלילת זכאות האשה לכתובתה.

לכן מקרה זה אינה דומה לנידון ברבינו ירוחם, שם היוזמה לתביעה הגירושין היא מצד האשה שהודיעה שאינה רוצה את בעלה, ורק כתוצאה מכך הבעל הודיע שגם הוא אינו רוצה בה. אך אין כך פני הדברים בנידון דנן וכמו שהתבאר.

ועיין בספר מטה יוסף (להג"ר יוסף בן חיים משה הלוי נזיר ז"ל, שהיה אב"ד במצרים ואגפיה, והיה חבירו של בעל הפרי חדש) ח"ב חלק אה"ע סי' ה', שכתב שלא די בכך שהאשה תובעת להתגרש והבעל מצדו מצהיר על רצונו בשלום בית, כדי לקבוע שנשללה זכאות האשה לכתובתה, אלא מוטל על בית הדין לרדת לשרשי הסכסוך ולאמוד דעת הצדדים, האם אכן הצהרתו של הבעל על רצונו בשלום בית הינה הצהרה שיש בה כנות.

ולהלן מדברי השואל בתשובה זו:

"על ענין המריבה שנפלה בין איש לאשתו, וכשבא לגרשה דיבר האדון עמו דברי פיוסין והפציר בו בדברים טובים לשים שלום ביניהם, והוא נתן כתף סוררת ולא אבה להתפייס בשום אופן, וגמר בדעתו לגרשה. ואחר כך ברוב הימים חזר בו ובא לפני פלוני ואמר לו שתלך האשה לביתה, ואמרה היא אין כוונתו אלא להרע לי ולהצר לי ולענות אותי, מאחר שכן טוב לי שאתגרש, והוא סירב לגרש אלא רוצה שתחזור לביתו. א"ל אם דעתו רצויה עמה יפייסה בדבר מה, אמר הוא ח"ו לא אפייסה אלא תבוא לביתה ככלכתא. אז אמר האדון אם כוונתך לעשות שלום פייס אותה, ואם אין אתה רוצה בה גרש אותה... אמר ח"ו אני איני רוצה אותה כי כבר שנאתיה ואיני רוצה להחזירה אלא כדי להתנקם ממנה, והלכו להם".

בתוך תשובתו כתב הרב מטה יוסף:

"לענ"ד פשוט דבתר מעיקרא אזלינן שהוא רוצה לגרש, דהא איכא ידים מוכיחות כי עדיין מחזיק ברשעתו שהרי גילה דעתו לומר כי לבו בל עמה ואינו רוצה להחזירה אלא להנקם ממנה. א"כ אומדנא דמוכחא שכל מה שאומר עתה שאינו רוצה לגרש הוא ברשע כדי להפסידה התוספת ... ואף דהאידינא לא בקיאינן בשיעור האומדנא, מ"מ באומדנא דמוכחא טובא שאין בה לנטות ימין ושמאל עבדינן עובדא וכמ"ש הרא"ם בתשובה ח"א סי' ט"ז ... כיון שמגרש מרצונו, אף שהוא על ידי טענתה שטוענת עליו שאינו יורה כחץ ורוצה להתגרש ממנו, כיון שהוא נדרש לשאלתה ומתרצה לגרשה, חייב ליתן לה התוספת, דהא לא שייך למימר דאדעתא למשקל ולמיפק לא אוסיף לה, שהרי היא אינה יוצאה שהרי לא עשתה לו שום כפיה אלא הוא רוצה לגרש, לכן יתן לה גם התוספת. וכן משמע ממה שכתב הרא"ש בתשובה כלל מ"ג סי' י"ב ... אם בלא כפיה נאות לגרשה יתן כתובה כיון דמדעתו מגרשה ... וכן כתב הרב בית שמואל סי' קנ"ד ... מדברי הרא"ש משמע דכל שרוצה לגרש אף שהיא ג"כ רוצה להתגרש יש לה תוספת ... שהרי הוא הגורם בגירושין, והוא נתן אצבע בין שיניו מחמת הקטטה ומריבה עד שהוכרחה לבוא עליו בטענה זו לפני ב"ד שיכפוהו לגרש כדי להינצל

הכתובה, הדבר תלוי בשאלה מי מבני הזוג הביא לפירוק הנישואין, עיין בדברי הטור סי' קיח שכתב שהכל תלוי ממי יצאו הגירושין. על יסוד קביעה זו, רבינו ירוחם (בספר מישרים נתיב כג ח"ח) התייחס לשאלה זו של פירוד המתקיים ביוזמת האשה, כאשר בתגובה לכך גם הבעל מבקש להתגרש.

רבינו ירוחם כתב בלשון זו:

"כתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אומר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנין אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי אגיטא דילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש והפסידה תוספת וכל מה דהייב לה מדיליה, דאדעתא למישקל ולמיפק לא יהיב לה", עכ"ל.

בכמה פסקי דין, הביאו את דברי רבינו ירוחם בלא חולק, ודנו בדבריו בלא לפקפק במסקנתו, עיין פד"ר ח"ו עמ' 13, ופד"ר ח"ח עמ' 323, ופד"ר ח"א עמ' 95 ועמ' 255.

מדברי רבינו ירוחם אנו למדים, שאם האשה יזמה את הגירושין והודיעה שאינה רוצה בבעלה, וכתוצאה מכך גם הבעל אינו רוצה בה, אין מקום לחייב את הבעל בתשלום תוספת הכתובה.

רבינו ירוחם קבע "אין דנין אותה כמורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא". זאת מאחר שהבעל הודיע שאינו רוצה בה, ואין לה בעל שתוכל לשוב אליו, אין זו מרידה משמעותית, ומאותו מועד שהבעל אינו רוצה בה, אין לייחס לאשה מרידה הגובלת בפשיעה ומהתנערות מחובותיה לבעלה, לכן לא תפסיד עיקר כתובה.

למרות זאת, הפסד תוספת הכתובה מיוסד על הסברא "דאדעתא למישקל ולמיפק לא יהיב לה". שלילת הזכאות לתוספת הכתובה מתקיים בכל מקרה שהאשה קבעה את המציאות של הפירוד והגירושין הנובעים כתוצאה מהפירוד. זאת על יסוד העיקרון העולה מדברי הטור אה"ע סי' קי"ח, שאם הגירושין יצאו ממנה, אינה זכאית לתשלום הכתובה. כאמור הפסד תוספת הכתובה מיוסד על הסברא שלא התחייב על דעת כן שהאשה תעזוב אותו ותקבל תוספת כתובה.

אבל בנידון זה שני הצדדים במקביל גיבשו את עמדתם שאין מקום להמשיך יחד, אך הפירוד החל ממעשיו של הבעל שביקש מאשתו לעזוב את הבית ומכך החל הפירוד. ונוכחנו שדבריו לאחר מכן על רצונו שתשוב, היו מן השפה ולחוץ בלבד, והוכיח זאת בבירור כשלא שיתף פעולה בהליך יעוץ הנישואין שנקבע בהחלטת בית הדין הקודמת. על כן בנסיבות אלו אין בפנינו את אומדן הדעת "דאדעתא למישקל ולמיפק לא יהיב לה", כשהאשמה בכך שהצדדים הגיעו לחוסר רצון לשלום בית, נובעת ממעשיו של הבעל כמתואר לעיל.

בהיעדר קביעת מעמדה של האשה כמורדת, ובהיעדר מצב



הדין אם לעקל עקלקלות... דכיון שמעשיו מוכיחים כן, ודאי שנדון אותו כדין נותן עיניו לגרשה, ואין להסתפק שמא חזר בו שהרי ניכר מחשבתו מתוך מעשיו הרעים, וא"כ פשיטא לן כביעתא בכוחתא שחייב ליתן לה הכתובה כולה עיקר ותוספת בלי מגרעת שום דבר", עכ"ל.

העולה מתשובה זו, שגם אם תוך כדי סכסוך בין הבעל לאשה ובמהלך מריבה הבעל ביקש מאשתו לצאת מהבית, אם לאחר שהאשה נאלצה לצאת מהבית ותובעת גירושין וכתובה, הבעל מודיע בבית הדין על רצונו שהאשה תחזור לשלום בית. הואיל ובית הדין נוכח שליבו אינו עמו, ובקשתו אינה משקפת באופן אמיתי את רצונו שהרי לא ראה לנכון לפייסה, "ואם בעלה היה מפייסה ומדבר על לבה דברי שלום ואמת כדת מה לעשות עם אשת בריתו, אנן סהדי שהיא לא היתה תובעת להתגרש, והיתה מתרצה לעמוד תחתיו כהלכת גוברין יהודאין", אין לדון שהגירושין יצאו ממנה ואינה מפסידה את הכתובה במלואה.

בנידון דנן הבעל מודע לכך שעליו להצהיר על רצונו בשלום בית שאם לא כן יחויב בדמי בכתובה, לכן הבעל מצא לנכון להצהיר כך, אך למעשה התנהלותו ויחסו הבלתי סביר לאשתו, חייבו הליך רציני של טיפול משפחתי שיביא לתיקון יסודי שיאפשר חיים משותפים. משבחר הבעל שלא לשתף פעולה עם הליך יעוץ הנישואין שנקבע בהחלטת בית הדין ולא מצא לנכון לפייס את אשתו בדברי שלום ואמת, הרי שאין ספק שבלבו גמר בדעתו לגרשה, ואין לבוא בתלונה על האשה שאינה נעתרת להצהרת הבעל שאין מניעה שתשוב למגורים משותפים עמו. על כן אינה מפסידה את הכתובה. **מסקנה:** תביעת האשה לכתובתה מתקבלת.

ממנו, כי אין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, אינו מן הראוי שיהא חוטא נשכר, ויאכל הלה וחד, ובודאי שחייב ליתן לה תוספת. ובפרט בנידון כזה כי הגדיל לעשות, ובא לפני בית דינו הצדק לגרשה על לא חמס בפיה, והוסיף על חטאתו פשע... דבר על לבו דברי פיוסין שישוב מדרכו הרעה ויעשה שלום עמה, והוא נתן כתף סוררת ולא אבה שמוע לדבריו הנחמדים, וכסיל שנה באיולתו וגמר בדעתו לגרשה. וכראות כי לא יצא מחשבתו לפועל, העלה טינא וחשב מחשבות לשים דמי מלחמה בשלום קטיעא ובפיו מלא לאמר שאינו רוצה לגרשה אלא לענותה תחת ידו ולעשות בה נקמה על לא דבר רע. וכראות האשה עניה סוערה את רוע לבבו הוכרחה לגלות מסתורין שבלבכה להודיע את צערה... ואם בעלה היה מפייסה ומדבר על לבה דברי שלום ואמת כדת מה לעשות עם אשת בריתו, אנן סהדי שהיא לא היתה תובעת להתגרש, והיתה מתרצה לעמוד תחתיו כהלכת גוברין יהודאין. וכיון שכן פשיטא ודאי דאשה זו אין לה דין באה מחמת טענה, שהרי היא אינה רוצה להתגרש אלא הוא המגרש. וא"כ אף את"ל שבאמת חזר בו ואינו רוצה לגרש אלא לשבת עם אשתו בשלום יחדיו בהשקט ובכבטחה, אפ"ה כיון שהיא לא תבעה להתגרש אלא מחמת רוע לבבו עמה והיא רואה כי עדיין הוא מחזיק בטומאתו וברשעתו שאינו רוצה להכניע את לבבו ולפייסה ובדבר טוב ישמחנה, ודאי כי הוא נקרא המגרש, שהוא רוצה לגרש ולא היא, ולכן אין להפסידה התוספת. כ"ש שכבר כתבנו דלענ"ד ברור ופשוט שלא חזר בו וככחו אז כחו עתה ועדין הוא רוצה לגרש, אלא בראותו כי היא באה בטענה נתחכם לומר שאינו רוצה לגרש כדי להפסידה התוספת, וא"כ לאו כל כמיניה להפסידה... ועל כיוצא בדברים אלו הולכים הדיינים אחר אומד הדעת כפי אשר יראו כוונת בעל

### סימן מב

## גדרי מורד, מורדת ו'יצאו הגירושין ממנה' לענין כתובה

דעתה כתבה: "בהתאם לזאת ובצער גדול איני רואה מקום לנסות לחדש את הטיפול הזוגי ולהביא ליחסים טובים בין הבעל והאשה, עקב הנאמר לעיל".

העולה ממכלול הדיונים שהאשה הגישה תביעה לגירושין ולכתובה, לאחר שהצדדים התגוררו בנפרד מספר חודשים, והחל מהדיון הראשון תבעה להתגרש, וגם הבעל מצידו הודיע על הסכמתו להתגרש.

מתוך דברי המטפלת הזוגית בעדותה בבית הדין, שהצדדים קבלו אותה כנאמנת עליהם כשני עדים, במהלך ההליך הטיפולי התגלו פערים רבים וקשיים בהתנהלות השוטפת, כמתואר בחוות דעתה ובעדותה, והיא המליצה להם להיפרד לשבוע, ואכן נפרדו, ולאחר מכן הבעל מצא לנכון שלא לשוב לבית. כיון שכן, עלינו לברר האם בנסיבות המתוארות שהבעל עזב את הבית במסגרת הליך ליעוץ נישואין ובהסכמת האשה כדי לבחון אם הפירוד יסייע

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין והתקיימו שלושה דיונים לבריור תביעה זו, והתביעה לתשלום הכתובה, שבה נקוב סך 200 זוז ועוד 520,000 שקל.

הצדדים נשואים שלוש שנים וגרים בנפרד כשנתיים. בהחלטה שניתנה לאחר הדיון הראשון, נכתב: "הצדדים יפנו ליועצת הנישואין רחל נועה לוי על מנת לבחון את אפשרות חזרת הצדדים לשלום בית. התשלום ליועצת יחול על הצדדים בחלקים שווים. נרשמה הסכמת הצדדים להסרת חיסיון מהליך הטיפול שהיה אצל המטפלת, ויועצת הנישואין תעביר לבית הדין את סיכום ההליך עם סיומו".

הצדדים חזרו למטפלת הזוגית רחל נועה לוי, ולאחר מכן הוגשה חוות דעתה.

יועצת הנישואין הציגה אבחון מעמיק של המשבר, ממנו עולה הפער העצום שבין הצדדים, באופי, במגו ובהתנהלות השגרתית, פער שאינו מאפשר חיים משותפים, ובסיום חוות

שגררו התנהלות שלילית של שניהם, לרבות מצד האשה שהתפרצה צעקה וקיללה. ולמעשה כששני הצדדים הגיעו לבית הדין, היה זה לאחר שניהם כבר מאסו זה בזה, לאחר שגם ההליך הטיפולי כשל.

עזיבת הבעל את הבית נעשתה כחלק מההליך הטיפולי ובהסכמה, אלא שבעת שהבעל נוכח שאין בסיס לחזרה לבית, מאחר והיה ברור שהבעיות יחזרו, בחר שלא לשוב, בחירה שגיבלה גיבוי מקצועי של יועצת הנישואין.

בעל המורד באשתו החייב במלוא כתובתה, היינו כשהבעל עזב במהלך המבטא התנערות מחובותיו, התנערות שאינה מוצדקת, אך במקרה הנוכחי, לאחר שגם ההליך הטיפולי כשל, ולא עלה בידי המטפלת להביא לתיקון יסודי של הבעיות שהתבררו בפניה, בחירתו שלא לשוב לבית שבו בני הזוג יחזרו להתעמת, עימות העלול להיגרר לתבערה, היתה בחירה נכונה ואין מקום שיוגדר כ"מורד".

גם בדיון, נוכחנו בבני זוג שונים מאד בטבעם, שוני המכביד מאד על יכולתם להמשיך לנהל חיים משותפים. בני הזוג פעלו נכון כשפנו להליך טפולי שהתנהל אצל אשת מקצוע, במשך ארבעה חודשים באופן אינטנסיבי, והיא הגיעה למסקנה שהפערים הגדולים ביניהם, כמתואר ומפורט בחוות הדעת, אינם מאפשרים את המשך החיים המשותפים.

מאחר ועל יסוד מצב זה האשה הגישה תביעת גירושין, הרי שהגירושין יצאו מכך שהיא הראשונה שהגיעה למסקנה שעליהם להתגרש, וכי נכון להגיש תביעה שתביא למימוש הגירושין, ובתביעתה הודיעה שאינה רוצה את הבעל, עקב הקשיים ששניהם חוו.

אילו המצב בביתם היה מצב סביר המאפשר חיים משותפים כראוי, והאשה היתה מגישה תביעה לשלום בית, שהיתה מתקבלת, והבעל היה מסרב לשוב אך ללא הצדקה, היה מקום לקבוע את דינו כמורד באשתו, המחויב בתשלום הכתובה ותוספת הכתובה. לא כן בנידון דנן שסירובו לשוב לביתם, מתבקש, מוצדק ונכון, הן לפי דברי המטפלת הזוגית שהמציאות ביניהם מחייבת גירושין, והן לפי הבנת האשה שחזרתו במצב הנוכחי אינה יכולה להביא לתיקון המציאות המשובשת שהתגלה בתקופת הנישואין הקצרה, כשברור שלאשה חלק משמעותי מאד שבני הזוג פתחו מערכת היחסים עכורה כמתואר בחוות הדעת הנזכרת ובפרוטוקולי הדיונים.

יובהר: המועד המשמעותי לקביעת מעמדו של כל אחד מהצדדים ביחס לנישואין, האם קיימת מרידה של הבעל או של האשה, אמורה להתברר בראש ובראשונה בדיון הראשון, ולמעשה בנידון זה בדיון הראשון המצב שהתברר בפנינו דומה מאד לנידון ברבינו ירוחם: באה אשה ותובעת גירושין מאחר שכבר אינה רוצה את בעלה, ובתגובה הבעל מודיע שגם הוא אינו רוצה בה. ובמצב זה לפי פסיקתו של רבינו ירוחם האשה אינה זכאית לתוספת הכתובה, מהטעם: "דאדעתא למשקל ולא ימיפק לא יהיב לה". פשיטא שגם באותו

לתיקון המצב, עזיבה זו גוררת אחריה חיובו בכתובה, כשלבסוף עפ"י חוות יועצת הנישואין, כבר אין טעם בחזרתו, עקב בעיות הנובעות מחוסר התאמה יסודי, היורד לשרשי הקשר בין בני הזוג, שהפך אותו לבלתי אפשרי.

הלכה זו של שאלת הזכאות לתשלום הכתובה, התבארה בטור אבן העזר סי' קיח, שכתב:

"מי שהיא תובעת לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנה, אין לה מן הדין לגבות זולתו מה שהיא טוענת ויתברר מסכום נדונייתה. ולא נחוש למה שימצא כתוב ממנה בכתובה ... ולא יחוש הבעל לכתוב ולהוסיף על עצמו ... לענין שתשאר נשואה עמו ולא תבקש גירושין, בענין כזה אמרו חכמינו ז"ל (כתובות נד) כי כתב לה אדעתא למיקם קמיה אדעתא למיפק ולמיסב לא כתב לה ... ואם תבע הוא הגירושין, אינו יכול לגרשה אלא לרצונה או לאחר שיפרע לה כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת".

מבואר בדברי הטור, שאם הגירושין יצאו ממנו לאחר שהוא תבע את הגירושין - "אינו יכול לגרשה אלא לרצונה או לאחר שיפרע לה כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת". משא"כ אם האשה תבעה להתגרש ויצאו הגירושין ממנה, לא תוכל לקבל את מה שהבעל התחייב לה כנגד הנדוניא, ולא תוספת כתובה או מתנות.

כאמור, הטור דייק בלשון וכתב "מי שהיא תובעת לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנה", דהיינו אין די בתביעת גירושין, אלא בנוסף לכך: "יצאו הגירושין ממנה". עפ"י יסוד זה המבואר בטור, כתב רבינו ירוחם (בספר מישרים נתיב כג ח"ח) בלשון זו:

"כתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל, כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אמר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנים אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא דילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש והפסידה תוספת וכל מאי דיהיב לה מדיליה דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה".

רבינו ירוחם מתייחס לנסיבות שבהן ההליך החל מתביעת האשה לגירושין, שבאה לבית הדין ואמרה: "לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה", ובתגובה הבעל אומר: "אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט". אמנם ביחס לשאלת חיוב הגירושין, הורה לכפות את הבעל בגירושין, מאחר ששניהם כבר אינם רוצים זה את זה, אך ככל שהדבר נוגע לזכאות האשה לתשלום הכתובה, בנידון של רבינו ירוחם שהתביעה להתגרש החלה מצד האשה, שכבר אינה רוצה את בעלה, הפסד הכתובה מנומק □ "דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה", כפי הטעם בנידון שבדברי הטור, כשהגירושין יצאו מהאשה.

במקרה הנוכחי יועצת הנישואין, בעדותה בבית הדין, פירטה את ההתנהגות הבעייתית של כל אחד מהצדדים, שכבר מתחילת נישואיהם חשו את הפערים הגדולים ביניהם,

והמופנמות של הבעל מצד אחד אל מול האימפולסיביות והמוחצנות של האישה מצד שני, אעפ"כ, האשה המשיכה לחזור אחרי הבעל בדרכים רבות ושוונות, שכללו גם מכתבי אהבה שמוצגים בתיק, והמשיכה ללכת למקוה, וכו' (וזאת על אף תגובות הדחייה של הבעל ממנה, פעם אחר פעם, מה שלא הוכחש על ידו), התנהלות, שמעידה על רצון להמשיך את הנישואין ולשמור עליהם, ובשום פנים ואופן, זו לא אשה, שמבקשת לסיים את מערכת הנישואין (בשלב הזה), וכפי שמעידה המטפלת הזוגית, שהצדדים קיבלו את עדותה כשני עדים.

כל החיזורים אחר הבעל, נענו בדחייה ובניכור על ידי הבעל, ובהימנעות מוחלטת ויזומה מצידו, לחיי אישות, ואף אמר לה מפורשות, שהוא מואס בה, ושהיא דוחה אותו (מה שלא הוכחש על ידו בדיון). לאחר שהבעל עזב את הבית המשותף, לתקופת ניסיון, הבעל בחר להנציח את הפירוד ולא לחזור לבית, ולאחר שהאשה הבינה, בצדק, שאין סיכוי כל שהוא לחזרתו של הבעל, וכפי שהצהיר בעצמו בדיון הנ"ל, רק אז האשה הגישה את תביעת הגירושין.

בנסיבות שכאלה, זה ברור, שתביעת הגירושין לא מבטאת מרידה בבעל אלא קריאה נכוחה של הנסיבות, שמהם עולה, שהבעל הוא זה שמורד בה, ולא ההיפך, וממשיך למרוד בה על אף חיזוריה, וממילא, אין סיכוי שיחזור אליה.

לכן, לדעתנו, אין מקום לפרש את הנסיבות כמרידה הדדית שמקורה בחוסר התאמה בין הצדדים, שמצדיקה להחיל את פסקו של רבנו ירוחם, אלא כמרידה של הבעל שהובילה למרידה של האישה. תביעת הגירושין של האישה בעצם יצאה מהבעל, וממנו יצאו הגירושין, בשל מרידתו בה.

לפיכך, הברור שצריך להיעשות הוא סביב השאלה, האם למרידתו של הבעל באשה הייתה הצדקה עד כדי ההובלה לפירוק הנישואין.

הבעל נימק את התנהגותו והצדיק אותה בטענות שעניינם הוא סביב ההתנהגות האימפולסיבית של האשה, בהתפרצויות של זעם כנגדו, באופן לא מידתי.

טענות מעין אלו, לדעתנו, מבלי לנקוט עמדה בשאלת הנכונות שלהם ובאמיתותם (כי איננו דנים בכך) הם לא נכנסות לקטגוריה של מרידה בבעל אלא של 'אשה רעה', שהחיים במחיצתה קשים.

כידוע, גירושיה של אשה רעה, גם אם הוכחו רעותיה, לא מובילה להפסיד את כתובתה (למעט מקרים קיצוניים, כלהלן), ומזל דידיה גרם, ואין מזווגין לו לאדם אשה אלא לפי מעשיו. מבחינה זו, אין הבדל אם הבעל הוא זה שגירש את האשה בפועל בשל רעותיה, והגיש תביעת גירושין כנגדה או שהוא מרד בה בתשמיש, עזב את הבית, וכדומה, מה שהוביל לתביעת הגירושין שלה (כבנידוד), ובכל מצב הוא יחוייב בכתובה.

ובכן, 'אשה רעה' לא מפסידה כתובתה, גם אם החיים במחיצתה הם קשים, ורק כאשר הם בלתי נסבלים, עד כדי

נידון שהביא רבינו ירוחם התעוררו קשיים כאלו ואחרים בחיי הנישואין שהביאו לתביעת האשה לגירושין, אך מאחר שבסופו של דבר האשה תביעה את הגירושין, בעת שלא היה מקום לקבוע את מעמדו של הבעל כמורד, מעמד המחייבו בכתובה במלואה, ולא התבררה עילת גירושין אחרת ביחס לבעל, נפסק שאינה זכאית.

במקרה הנוכחי, העזיבה של הבעל את הבית היתה במסגרת ההליך הטיפולי, ובמגמה לברר האם תהיה זו "ירידה לצורך עליה", ולבסוף אכן התברר שלא היה טעם בחזרתו, כשהיה ברור שהבעיות ישובו לקדמותן.

ייאמר ליכותו של הבעל, גם לאחר הדיון הראשון שבו הוצע לפנות פעם נוספת למטפלת למפגש, לא הציג מראית שווא למראית עין בלבד כדי לצבור יתרון בדיון, אלא אמר את עמדתו לאשורה בלא כחל ושרק, וטוב שכך נהג. ומדברי שניהם נוכחנו עד כמה הפערים ביניהם עמוקים ולטובתם ראוי שיתגרשו ולא ימשיכו לסבול תחת אותה קורת גג.

בהתאם לאמור התביעה לתשלום תוספת הכתובה אינה מתקבלת וייקבע לצדדים מועד קרוב לסידור הגט בהסכמה.

#### עד כאן מפסק הדין.

האשה ערערה לביה"ד הגדול, ובית הדין הגדול קיבל את הערעור, וכתב:

"בנסיבות התיק הנוכחי, לדעתנו, הגשת תביעת גירושין על ידי האשה, הייתה ביטוי לרצון ההדדי של הצדדים להתגרש, וכפי שעלה מתגובת הבעל כבר בדיון הראשוני. אמנם, לאחר שנודע לבעל שזה יכול להוביל לחיובו בתשלום הכתובה הוא נסוג והסכים לפנות לטיפול זוגי, שלא צלח, ומכל מקום, גם האשה נתנה את הסכמתה להליך הטיפולי. אבל בסופו של הליך, שלא צלח, חזרנו לנקודת ההתחלה של תביעת הגירושין של האשה, שאת המניע שעומד מאחוריה, מחובתנו לברר, ומבירור זה, יהיו תוצאות דבר, לשאלת הזכויות לכתובה.

בית הדין האזורי בפסק הדין נשוא הערעור הגיע למסקנה, שהגשת תביעת הגירושין על ידי האשה נבעה ממסקנתה (בהמלצת המטפלת הזוגית, להבנת ביה"ד האזורי), שהם כבני הזוג לא מתאימים זל"ז, (בין היתר, בגלל הפער ביניהם באופי), והואיל וכך, מדובר בתביעת גירושין שמבטאת מרידה בבעל, ובחוסר נכונות להמשיך את חיי הנישואין, וממילא, האשה הפסידה את התוספת, על אף שגם הבעל אינו חפץ בהמשך הנישואין, וכדברי רבנו ירוחם.

אולם, לדעתנו, הפרשנות להתנהלות של המערערת כפי שהיא עולה מעדותה של המטפלת, וכפי שעולה מפרוטוקולי הדיון היא אחרת. העובדה שהצדדים לא התאימו זל"ז, כשלעצמה, לא היתה מובילה לתביעת הגירושין של האשה, ורבים מהזוגות לא מתאימים זה לזה, ואעפ"כ הם לא מתגרשים.

ואדרבה, בשלב הראשון של הסכסוך, על אף השוני הגדול באופי והפער בצורת ההתנהגות שבין הצדדים (השתקנות

החלטתנו הנוכרת, בבית הדין האזורי, מיוסדת על הקביעה שבנסיבות המיוחדות של מקרה זה, אין להחיל דין מורד לא על הבעל ולא על האשה. ונבאר את דברינו.

כידוע בסוגיית מורדת, כתובות דף סג ע"ב, נעשתה ההבחנה בין שני סוגי מקרים:

"היכי דמיא מורדת אמר אמימר דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה, אבל אמרה מאיס עלי לא כייפינן לה".

דהיינו מרידה ביסודה היא כשהאשה אומרת "בעינא ליה ומצערנא ליה".

ובפסקי הרי"ד (שם) כתב:

"דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה, אבל אי אמרה מאיס עלי לא כייפינן לה. פי' אם שאלו אותה למה את עושה כך אינך חפיצה בבעליך, והיא אומרת בעינא ליה ואי איפשי שיגרשני, וזה שאני מורדת בו כדי לצערו ולייסרו במרד הזה".

ובחידושי הרשב"א (שם) כתב:

"כגון דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה, דכיון שמתכוונת לצערו ומרד זה אינו בא אלא מצד רוע הלב, ושמא עיניה נתנה באחר, דין הוא שנכוף אותה להפסיד כתובתה מיד או כולה או מקצתה ולביישה באסיפת עם. אבל אמרה מאיס עלי, לא כייפינן לה כלל להכריז עליה ולגנותה בכתי נסיות ובכתי מדרשות ולא לפחות מכתובתה כלל עד שיעברו עליה י"ב חדש, ואם חזרה בה בינתים לא הפסידה כלום מכתובתה, דאנוסה היא זו, ואין כאן חשש שמא נתנה עיניה באחר דכיון שרוצה לצאת ממנו בלא כתובה רגלים לדבר שאין כאן רמאות של כלום".

ולפי זה דנו האחרונים מהי העילה להפסד כתובה באומרת מאיס עלי. הניחא לשיטת הר"ן (על הרי"ף בסוגית מורדת) שכתב:

"אבל אמרה מאיס עלי אין קונסין אותה כלום, שהרי אנוסה היא, ולפיכך אם רוצה להוציא יתן כתובה".

אבל מאחר ושאר הראשונים והשו"ע פסקו שאינה זכאית לכתובה, לכאורה יש לתמוה, לאחר שאנו קובעים שהאשה אנוסה, מהי העילה להפסד הכתובה. יתירה מכך, בהלכה זו של אומרת "מאיס עלי" כתבו החולקת מחוקק סק"ד, הב"ח בדיני מאיס עלי בקצרה אות ה' ועוד אחרונים שהביא אוצה"פ ס"ק טו אות ב', שהאומרת "מאיס עלי", תובעת גט בסתם ואינה מזכירה דבר מהכתובה. הרי שגם בסתמא ובלא מחילה על הכתובה, אינה זכאית לכתובה ותוספת כתובה.

בספר שו"ת פרי תבואה סי' מט (שהביא אוצה"פ סי' עז ס"ק יז אות א') הסכים לדעת הח"מ, דחה את דברי ההפלאה שתמה עליו, וכתב:

"וליי נראה עיקר כדעת הח"מ. שהרי כתב הש"ך בח"מ סי' כ"א ס"ק ג' בראובן ושמעון שנתקשרו בקנס על שידוכין שביניהם בתנאי מפורש שהי' החתונה בזמן ידוע. ובהגיע הזמן אירע לשמעון אונס שאינו יכול לעשות החתונה באותו הזמן, אע"ג דשמעון פטור מהקנס דאונס רחמנא פטריה, אפילו הכי אין

הגדרת המצב, כ'אין אדם דר עם נחש בכפיפה', רק אז הוא נפטר מכתובתה, כי אין אנחנו דורשים מאדם לדור עם נחש בכפיפה, ואכמ"ל. 'אשה רעה', שגורמת למצוקה מתמדת בחיים השוטפים, היא לא תוגדר כמורדת רק בגלל שבנסיבות שהיא יצרה סביבה, החיים במחיצתה לא נוחים, כי סוף סוף, היא אינה מורדת לא מתשמיש (ובנידוד), הרי היא הולכת למקוה, ומוכנה לחיי אישות עם בעלה, ורוצה בהם) ולא ממלאכות (ובנידוד), הרי היא מכבסת, ומבשלת (וכו')... סוף דבר, לדעתנו, הפרשנות שיש ליתן להתנהלות האשה היא, שהאשה לא מרדה תחילה בבעלה (גם אם הייתה בעייתיות בהתנהגותה שלה, אין זה יותר מ'אישה רעה'), ורק לאחר שהוא מרד בה באופן שלא היה סיכוי אמיתי להחזירו לשלום בשל התנהגותו שלו, רק אז הוגשה על ידי תביעת הגירושין. ומאחר ועצם הגשת התביעה על ידי האשה, כשלעצמה, היא אינה הגורם להפסדת הכתובה, ולכן אם מי שהוביל לצעד הזה, זהו הבעל בהתנהגותו, אין סיבה להפסידה את כתובתה, ואין מקום להחיל את דברי ירוחם בנסיבות אלו.

ונוסיף להבהיר.

אילו תביעת הגירושין על ידי האשה הייתה רק בעקבות התנהלות קלוקלת של הבעל, שאין בה כדי לחייב אותו בגירושין יחד עם תשלום הכתובה, היינו מחשיבים את תביעת הגירושין, והעמידה עליה, כמרידה בבעלה, שמפסידה אותה את כתובתה, וגם אם הבעל הסכים להתגרש ולא התנגד לתביעה, וגם הוא אינו חפץ בהמשך הנישואין, וממילא גם הוא עתה מורד באשה, אעפ"כ הוא לא יחוייב בתשלום הכתובה. כי זה ברור, לכל בר דעת, שלא כל קטטה ומריבה אמורה להוביל לתביעת גירושין, שאין ממנה חזרה, ולכן, האישה נחשבת מורדת להפסד הכתובה. אבל תביעת גירושין שבאה בעקבות מרידה של הבעל באשה, אין זו מרידה כלל של האשה אלא התרגום ההלכתי והמעשי של המצב שנוצר, ולא למצב שכזה כוונו דברי רבנו ירוחם, אף שהתוצאה זהה בשני המצבים. בשניהם יש תביעת גירושין של האשה, ובשניהם יש מרידה הדדית. ההבדל הוא שבמקרה הראשון מדובר במרידה של האשה, שהובילה למרידת הבעל, ואילו בשני מדובר במרידה של הבעל שהובילה לתביעת הגירושין של האשה... בהתאם לאמור, לדעתנו, בהעדר סיבה שתפטור את המשיב מהכתובה, היה מקום לחייבו בתשלום הכתובה במלואה. אולם, המערכת הן בתביעתה בבית הדין האזורי, והן בכתב הערעור גילתה בדעתה, שתסתפק גם בחלק מהכתובה, והואיל וכך, אם דעתי תקבל, יש לקבל את הערעור ולחייב את המשיב בתשלום הפשרה שהוצעה על ידנו עוד לפני שנתגבשה עמדתנו בערעור, וכלהלך...

עד כאן מהחלטת בית הדין הגדול.

אך לאחר העיון בדבריהם, סבורני שאין מקום למסקנה שהגיעו להורות על חיוב הבעל בכתובתה.

נחזור לנידון דנן. נבהיר שאין לדון אחד מהצדדים כמורד. אין מקום לדון את האשה כמורדת, מאחר ומרידה הינה התנערות מחובה בדרך של פשיעה, וכמ"ש המרדכי במסכת כתובות פרק א"פ ובהגהות האשרי פ"ה סי' כט אודות מי שמחמת חולי אינו יכול לקיים עונתו:

"לא מיקרי מורד אלא כשעושה מחמת שנאה וכעס, דמורד הוי פושע כמו הפשעים אלו המרדין".

"עוד יצוין לתשובת רבי יצחק ב"ר מרדכי שבתשובות חכמי פרובינציה סי' עט שכתב ביחס למורדת:

"דלא מפלגי ביניהו אלא במאי דחזינן בגמ', והוא לענין שהייה דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה משהינן לה תריסר ירחי שתא ואמרה מאיס עלי לא משהינן לה כלל, אבל לענין כתובה ונכסים הנכנסין והיוצאים זו וזו נוכסיתא אינון, וקאמרי רבוותא ז"ל דווקא כי מרדה שלא מחמת טענה, אבל באה מחמת טענה דמחזיא לבי דינא דקושטא קאמרה ומילתא דאית בה חששא לא מפסדא כתובתה, היכי דמי כגון דבעל לא נהוג עמה כשורה, אי נמי דלא מצי למיקם אספוקא, בכי האי גוונא ודאי לאו מורדת היא, דאיהו הוא דקא מפסידא אנפשיה דמחוייב למזיניה ולא למזיניה, אי"נ לא נהוג עמה כשורה כגון שעסקיו רעים ואינו מן היישוב, וכל כה"ג אין להנציה עליה ולהפסידה כתובתה, אלא עושין הב"ד כפי מה שיראו ומבקשין ממנו לגרשה עם מה שיוכל מכתובתה, או מוכיחין אותו שיתנהג עמה כשורה כמו שכתב לה בכתובה ואנא אפלח ואוקיר כו', והכל לפי ראות עיני הב"ד".

הרי שקבע רבי יצחק ב"ר מרדכי כדבר ברור שאינה מפסידה את כתובתה כשאינה רוצה את בעלה לאחר שנהג עמה שלא כשורה וכתב שבכי האי גוונא "ודאי לאו מורדת היא".

עיינן בתשובת מחנה חיים חלק ב' אה"ע סי' מא, שלא הסכים לדון אשה כמורדת כשנשארה בבית הוריה ולא שבה לבעלה כשבעלה עדיין לא הסדיר עבורם מדור ראוי, והביא מתשובת הרשב"א (שבב"י סי' עז), וכתב:

"מדבריו נתבונן איך שהחליט שהוא אינו רוצה בשימושה יען שאינו קורא לה, כי יש לדון אותה לכף זכות שמא היא בושה ממנו אחר שלא הראה לה פנים, וא"כ היא לא מרדה לא מתשמיש ולא ממלאכה... אין זה כי אם רוע לב בעלה שלא חפץ בשימושה ואין כאן מרד מהאשה כלל כי לא נקראת בשם, ונדע שלא ביקש אותה אמת ובלב שלם... והגם שאפשר שהבעל לא פשע כי לא היו בידו מעותיו, עכ"פ אונס רחמנא לא חייבי, ומה פשעה ומה חטאה כי ידלקו אחריה ליתן עליה דין מורדת, הלא אין מורד אלא מזיד ופושע מלשון מורדים ופושעים, כמבואר במרדכי הובא בהגהת אשרי בכתובות דף ס"ג."

יסוד זה בהגדרת מורדת, כבר כתב בספר בית מאיר סי' קנד, שהביא הפת"ש סק"ו:

"אינה מורדת ככהאי גוונא שאינה מורדת כדי לצער, כי אם לכופו לזונה כראוי, דהא קי"ל בחושן משפט (סי' ד) עביד איניש דינא לנפשיה, ואם כן מי יכריחנה לילך לבית דין לכופו אם היא תוכל לכופו במרדה, וכן מורה הלשון בסימן ע"ז סעיף

לחייב את ראובן בקנס כשחוזר בו מהשידוך ע"י כך, דמ"מ לא נתחייב ראובן בקנס אלא באם יחזור בו הוא מרצונו, אבל כשאין החזרה אלא מחמת שמעון שאינו יכול לקיים תנאו, אף על פי ששמעון אנוס הוא, מ"מ פטור ראובן ממה שנתחייב לשמעון. ואף אנו נימא כן בנידון דידן, הא לא נתחייב הבעל ליתן כתובה לאשתו מחיים בלא גירושין, דכתובה לא ניתנה להיגבות מחיים, אלא באם ירצה הוא לגרשה מרצונו נתחייב ליתן לה כתובה. ומאחר דאין הבעל מגרשה מרצונו ובחירתו, רק מחמת שהאשה אינה יכולה לקיים תנאי האישות, אף על פי שהיא אנוסה, פטור הבעל ממה שנתחייב כנגדה, ואפילו לא מחלה האשה כלל פטור הבעל, דבנידון דמיירי בי' הש"ך פטור ראובן אפילו אין שמעון מוחל לו. ולפי זה קשה על הר"ן מה ראה על ככה להקשות על הרמב"ם דמחילת אונס הוא, הא י"ל דפטור הבעל גם בלא מחילת אשתו עפ"י סברת ש"ך הנ"ל... אלא דקושיית הר"ן מתורץ גם זולת זה, די"ל דהרמב"ם ס"ל דגם התוספת שמוסיף הבעל הוא ע"ת אישות, ושאינו ממאנת כדאמרינן בגמ' מכדי ידע דקטנה היא ותמאן ותצא, וע"כ התוספת שנתן לה נתן לה משום חיבת ביאה".

הרי לפי דרכו, אף לשיטת הרמב"ם הפסד תוספת כתובה אינו נובע מכפיית הבעל בגירושין, כפי שהוא לשיטתו שכופין במאיס עלי, אלא מהסברא שעל דעת כן שאשתו תמאס בו לא התחייב.

ובספר אבני משפט על אה"ע סי' עז כתב בסק"ד בביאור סברת החלקת מחוקק:

"ואף דאין כופין אותו לגרש, סוכרת (האשה) דכל זמן דאגידא גבי' לא יתנו לו אחרת ובעל כרחו יגרשנה, כמו שמוזכרת בתוס' סברא זו, ולכן אין לה כתובה".

הרי לפי דרכם של הסוברים שאין כלל מחילת כתובה באומרת "מאיס עלי", אפ"ה הפסד תוספת כתובה אינו מפני המחילה, וגם אינו מפני הקנס שקנסו מורדת, הקיים רק במורדת בעינא ליה ומצערנא ליה, ולא במאיס עלי הנחשבת אנוסה, אך גם אינו מפני כפיית הגירושין, שאין במאיס עלי. אלא רק מפני שהגירושין יצאו ממנה, שבמעשיה היא גורמת לגירושין, שקבעה את המציאות, שהבעל נאלץ לגרשה מדעתו.

עוד יצוין למש"כ בספר ישועות יעקב אה"ע סי' קס"ה סק"א, שנראה שנטה מהביאור הנזכר בהלכה של מאיס עלי, וז"ל:

"באשה שאמרה שבעלה מאוס עליה מפסדת כתובתה, משום שעיקר החיוב שנתחייב בעלה ליתן לה הכתובה, הוא רק אם ימות או יגרשנה מדעתו, אבל אם הגירושין הוא מחמתה לא נתחייב. ואף אם האמת שמאיס עליה עד שאי אפשר לה לדור עמו היה מגיע לה הכתובה, מ"מ כיון שבעלה מסופק בדבר הוי כמו אינו יודע אם נתחייב לה בכתובה".

ולפי דרכו אפילו במאיס עלי, אילו היה ברור לבית הדין שאכן קיימת מאיסות וזו מציואת ברורה שאינה מאפשרת חיים משותפים, לא היתה מפסידה את כתובתה, אך בסתמא הדבר אינו ברור.

הרי מבואר שכתב דבריו רק **במורד בבחירת לב**. על כן בנידון דנן לאחר שבמסגרת הליך יעוץ נישואין רציני שנעשה, ובו התבררו הקשיים העצומים בחיים משותפים, המליצה יועצת הנישואין, שעשתה עבודה מקצועית ביותר, שהבעל ייצא מהבית, ויציאתו היתה מוסכמת על האשה. אלא שלאחר מכן הבעל מצא לנכון שלא לחזור, והיועצת נתנה לכך גיבוי מקצועי שכך היה נכון וראוי. אין יסוד לקבוע בנסיבות אלו את מעמדו של הבעל כ"מורד", והרי כאמור לעיל, ביחס לאשה ובנסיבות הפוכות, כגון שהתברר שיש הצדקה למרידה, לא תיחשב כמורדת.

בהתאם למבואר, פסק דינו הנזכר מושתת על ההנחה שהגדרים להחלת מעמד של מורד ביחס לבעל זהים לגדרי מורדת, כיון שכן, בנידון זה אין הבעל ואין האשה במעמד של מורד או מורדת, לכן בנסיבות אלו בעת שהאשה תבעה להתגרש, בתביעתה קבעה מציאות שהגירושין הן בלתי נמנעים, ודינה כמי שהגירושין יצאו ממנה, ועל דעת כן לא התחייב לה את תוספת הכתובה.

**מסקנה:** בנידון זה בשלב ראשון היה עלינו לבחון האם מעמדה של האשה כמורדת או מעמדו של הבעל כמורד, ולאחר שבנסיבות המתוארות התברר שאין אחד מהם במעמד של מורד, הזכאות לכתובה נגזרת מהשאלה האם קיים יסוד לפטור את הבעל מהטעם שלמשקל ולמיפק לא התחייב, ועל דעת כן שתבקש גירושין לא התחייב. ומאחר ובנידון זה בסופו של דבר האשה תבעה את הגירושין, על כן עפ"י דינו של הטור, אינו חייב בכתובה מאחר שהגירושין יצאו ממנה, ודינה כטוענת מאיס עלי שאינה זכאית לכתובה, למרות שאינה מורדת. ויצוין, בדברי הטור כלל אין איזכור למרד מצד אחד מבני הזוג, ודבריו אינם בסי' עז אלא בסי' קיח, והיינו מפני שהטור התייחס לנסיבות דומות לנ"ד שאין אחד מבני הזוג במעמד של מורד, והזכאות לכתובה נגזרת מהשאלה ממי יצאו הגירושין.

ב': "ואם מרדה כדי לצערו מפני שעשה לי וכו' וכיצא בדברים אלו", משמע דוקא כיצא באלו שהם אך נקמה על העבר, אבל לכופו על העתיד במה שהדין עמה, אינה מורדת".

ועפ"י זה כתב הבית יעקב סי' ע"ז ס"א (המובא להלן) שאשה הטוענת מאיס עלי ומבררת האמתלא שלה שאין לה דין מורדת. וכן בשו"ת רבי עקיבא איגר תניינא סימן עד כתב בתוך דבריו:

"הוא בכלל טוענת מאיס עלי ונותנת אמתלא מבוררת דאין לה דין מורדת, ויש לה כל דיני דמתיבתא כמ"ש הב"ש ססי' ע"ז".

דהיינו אינה מוגדת מורדת, אף שאינה זכאית לכתובה.

ובהגדרה עקרונית זו, כשם שבנסיבות המתוארות, האשה אינה מורדת, כן הוא ביחס לבעל, אין מקום לדונו כמורד כשלבעל המורד באשתו אמתלא מבוררת. כן כתב בספר בית יעקב סי' עז ס"א:

"כיון דבאמתלא מבוררת בודאי יכול למנוע ממנה שאר וכסות כמו שמשמע מדברי הח"מ בשם מהרש"ל, וכן מסתבר, דלא גרע הוא מהאשה שטוענת מאיס עלי ומבררת אמתלא דאין לה דין מורדת".

וכן באוצה"פ סי' עז סק"ט אות יב הביא מספר פרי אדמה דכל שיש לו טענה מבוררת פשיטא דאין לו דין מורד ופטור, והסכים עמו מהר"ר ישראל יעקב אלגזי.

ועיין בישועות יעקב סי' עז שבפתחי תשובה סי' ע"ז סק"ב, בבעל הטוען מאוסה עלי ויש לו טעם מבורר אלא שאין הדין נותן לגרשה בע"כ, מ"מ יכול למנוע ממנה מזונות עד שתקבל ג"פ. והיינו שאין דינו כמורד.

וכן יצוין לדברי החזו"א אה"ע סי' סט ס"ק כב שכתב:

"מיהו במורד בבחירת לב ... ודאי יש לה תוספת וכסברת ריצב"א דמידע ידע שאם לא יצא ידי חובתו כנגדה למיפק קאי. וגם בנעשה מוכה שחין י"ל דיש לה תוספת ... ולא מקרי דאיהי מפקה נפשה".

## סימן מג

### תבע גירושין ועזב את אשתו ולאחר שהאשה תובעת גט וכתובה הבעל חוזר בו

מקיימת עמו יחסים יותר משנה וחודשיים, וכי "אין שום רצון להמשיך לחיות ביחד, מצדי וגם מצידה יש רצון להתגרש, אין בינינו שום קשר אפילו בדיבור יותר משנה. מזולת בי מאז הנישואין שהתבטאה בחוסר תקשורת מוחלט".

ובכתב האשה לכתובה נאמר שמאחר שהבעל תובע להתגרש ואין עילה לגירושין עליו לשלם את מלוא כתובתה. בהחלטה שניתנה לאחר הדיון שהתקיים לפני ארבע וחצי שנים, נכתב:

"התקיים בפנינו דיון בתביעת הבעל לגירושין. הצדדים נשואים ... שנה ולהם ... ילדים ולאחרונה מזה כחודשיים

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין ולכתובה, ובפסק הדין נכתב:

הצדדים נשואים ... שנה ולהם ... ילדים, בשטר הכתובה נקוב סך 52,000 דולר וכעת בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין ולכתובה.

ההליכים בין הצדדים החלו לפני ארבע וחצי שנים עם הגשת תביעת גירושין מטעם הבעל, ולאחר שהוגשה תביעתו לגירושין, האשה הגישה תביעה לתשלום הכתובה. הדיון בתביעתו של הבעל לגירושין התקיים לפני כארבע וחצי שנים. בכתב התביעה שהוגש בזמנו כתב הבעל שאשתו אינה

עפ"י ההלכה הפסוקה בשו"ע חו"מ סי' לה סעיף יב, סומא פסול לעדות, "אע"פ שמכיר הקול והאנשים ומכוונת עדותו". ובפ"ת ש"ס ק"ז בשם התשב"ץ ח"ג סי' ו':

"דאף שרואה מעט, אם אינו יכול להבחין בין איש לאיש אפילו כשהוא מסתכל בהם, עדותו בטל מהתורה, אף שהוא מבחין אותו בטביעת קול".

על כן בית הדין אינו רשאי להסתמך על עדותו בפסק דין זה. אמנם היה ניתן לאפשר את שמיעת עדות הפסולים לעדות, עפ"י המבואר בבית יוסף חו"מ סי' כח שהביא מהמרדכי בשם ראב"ן וריב"א שבמידת הצורך להטיל חרם על מי שיודע עדות שיבוא להעיד, שהחרם חל גם על אותם שאינם כשרים לעדות עפ"י ההלכה, ועליהם להופיע לעדות, "ונהי דלא מפקינן ממון עפ"י פסולים, מכל מקום הם מחמיצים את הדין".

מכל העדים נותר העד האחרון, למרות הזיקה שלו לבעל כמפורט בעדותו, אין זו זיקה הפוסלת את עדותו. בית הדין אינו מקבל את הטענה שאמינותו נפגעה וכי קיים חשש שיעיד שקר עקב שיקולים אלו או אחרים המופעים בסיכומי טענות הבעל. מעדותו עולה שפעמים רבות הבעל עזב את הבית מבחירתו, ובעיקר על הרקע של הבן הגדול שלא התנהג כמצופה ממנו, ולאחר שעזב לא חזר, וכן שלל ניסיונות לחזרה לשלום בית.

בדיון השלישי נחלקו הצדדים בשאלה העובדתית כדלהלן: "האיש: אני מוכן לטיפול.

בית הדין: היו רבנים שיזמו שלום בית וסירבתו? האיש: לא היו.

ב"כ האשה: אבקש להזמין את הרבנים, אם בית הדין יזמין אותם הם יגיעו לעדות".

מהעדות הנזכרת עולה שהבעל הגיש תביעת גירושין כי אכן רצה להתגרש, ודחה חלופה של טיפול משפחתי למען חזרה לשלום בית, גם בתקופה שהאשה עדיין ביקשה שיחזור.

בהתאם למבואר להלן, גם ללא הסתמכות על העד שעדותו כשרה עפ"י ההלכה, יש מקום לחייב את הבעל בגירושין ובכתובה.

### מקורות בהלכה לנידון דומה

נקדים לצטט מפסק הדין של בית הדין הגדול בראשות הרבנים הראשיים הגר"א הרצוג זצ"ל והגר"צ עוזיאל זצ"ל והגר"י קלמס זצ"ל, משנת תש"ד שב"אוסף פסקי דין" ח"א עמ' מ', הדומה מאד לנידון דנן שבו נכתב:

"בערעורו... על פסה"ד האחרון טען התובע א' שהוא חייל מחוסר אמצעים ואין לו שום יכולת כלכלית לשלם איזה סכום שהוא לאשתו תמורת הגט פיטורין שהיא תקבל. נוסף לזה, לא הביא ביה"ד הראשון בחשבון את העובדה שהוא הבעל א' הביע את נכונותו לחזור ולחיות יחד עם אשתו ואולם היא סירבה לכך, לכן יש לה דין של מורדת, והוא אינו חייב לשלם לה כלום תמורת הגט שעליה לקבלו. על יסוד הטענות הנזכרות

שהבעל מתגורר מחוץ לבית לאחר שזים את הפירוד למגורים נפרדים.

הבעל תובע להתגרש ושולל על הסף כל אפשרות לחזרה לשלום בית. מאידך, האשה טוענת שאין הצדקה לגירושין, אך תסכים להתגרש בכפוף להסדרת הסכם גירושין שיהיה מקובל עליה.

יש לציין שלא נשמעה עילה המצדיקה חיוב האשה בגירושין, ועל כן בית הדין הורה לצדדים לנהל מו"מ במגמה להסדיר הסכם גירושין הוגן.

עם קבלת הודעה מתאימה יקבע ביה"ד את המשך הליך בהתאם".

### עד כאן מאותה החלטה.

לאחר מכן לא הוגשו כל בקשות והתיקים נסגרו.

כעבור כארבע שנים ההליכים חודשו בתביעת האשה לגירושין וזאת לאחר שמאז הדיון הקודם בני הזוג לא חזרו לשלום בית והבעל נותר להתגורר מחוץ לבית, למרות שלא היתה כל מניעה שישב לגור בבית. התקיימו דיונים, והובאו עדים לתמיכה בטענות הצדדים. והבעל שנוכח בתביעת הגירושין, מצא לנכון להודיע על חזרתו מרצונו בגירושין, ורצונו בשלום בית. אך היו אלו דברים בעלמא ללא כל מעשה המבטא רצונו זה וללא חזרה לביתו.

עם השלמת הדיונים הוגשו סיכומי טענות הצדדים. האשה טענה שהבעל עזב את הבית והביא לגירושין, כשבדיון הראשון דחה חלופה לשלום בית, ובשל כך יש לחייבו בכתובה. מאידך הבעל בסיכומיו מבקש לערער את אמינות העדים בהיותם מעורבים אישית בסכסוך, וטוען שהגירושין יצאו מהאשה שבאופן מחושב תכננה את מעשיה בדרך שתכשיר את תביעתה לכתובה, אך ללא הצדקה, ומבקש לדחות את התביעה.

### דיון

בעיקרה של התשתית העובדתית, בין הצדדים אין מחלוקת מהותית מלבד בשני נושאים עיקריים. הבעל טען שהתנהגות האשה הביאה בהכרח ליציאתו מהבית. מאידך, האשה טוענת שהבעל עזב מרצונו, כשברקע עמד הקושי של הבעל עם התנהלות הבן הגדול בבית, וחילוקי הדעות בין הצדדים כיצד ראוי להתייחס למצב שבו הבן אינו הולך בתלם שהוריו ציפו ממנו.

כמו כן נחלקו הצדדים כיצד להתייחס לטענת הבעל לשלום בית, שעלתה עם חידוש הדיונים לאחרונה. כשהאשה טוענת שאינו כנה בטענתו לשלום בית.

### ביחס לכשרות העדים לעדות עפ"י ההלכה.

אין אנו רשאים להסתמך על עדות אחיו של הבעל, בהיותו קרוב משפחה הפסול לעדות. וביחס לרב פלוני, הוא בעצמו בתצהירו מציין שאינו רואה, וכן העד השני בעדותו ציין שהרב פלוני הינו סגי נהור.

שכן הוא שהמגרש מחמת טענתה אין לה תוספת. עתה אני מסופק איך נדין אותה, אי אזילנא בתר מה שתבע הוא תחילה לגרשה או בתר השתא שהוא אינו רוצה לגרש והיא תובעת להתגרש ואין לה תוספת. ואה"נ שאילו לא גילה דעתו שכונתו לענותה ולהתנקם ממנה ודאי אזלינן בתר השתא. אבל השתא שגילה דעתו שהוא עומד בשנאתו ורוע לבו עמו, והיא יראה לחזור לו, אמרינן שנטל עצה בלבו לתבוע אותה שתחזור לו כדי להפסידה התוספת."

בתשובתו כותב המטה יוסף:

"לענ"ד פשוט דבתי מעיקרא אזלינן שהוא רוצה לגרש, דהא איכא ידים מוכיחות כי עדיין מחזיק ברשעתו שהרי גילה דעתו לומר כי לבו בל עמה ואינו רוצה להחזירה אלא להנקם ממנה. א"כ אומדנא דמוכחא שכל מה שאומר עתה שאינו רוצה לגרש הוא ברשע כדי להפסידה התוספת ... ואף דהאידינא לא בקיאינן בשיעור האומדנא, מ"מ באומדנא דמוכחא טובא שאין בה לנטות ימין ושמאל עבדינן עובדא וכמ"ש הרא"ם בתשובה ח"א סי' ט"ז... אף את"ל שבאמת חזר בו ואינו רוצה לגרש, אלא לשבת עם אשתו בשלום יחדיו בהשקט ובבטחה, אפ"ה כיון שהיא לא תבעה להתגרש אלא מחמת רוע לבבו עמה והיא רואה כי עדיין הוא מחזיק בטומאתו וברשעתו שאינו רוצה להכניע את לבבו ולפייסה ובדבר טוב ישמחנה, ודאי כי הוא נקרא המגרש, שהוא רוצה לגרש ולא היא, ולכן אין להפסידה התוספת. כ"ש שכבר כתבנו דלענ"ד ברור ופשוט שלא חזר בו וכחו אז כחו עתה ועדין הוא רוצה לגרש, אלא בראותו כי היא באה בטענה נתחכם לומר שאינו רוצה לגרש כדי להפסידה התוספת, וא"כ לאו כל כמיניה להפסידה ... ועל כיוצא בדברים אלו הולכים הדיינים אחר אומדן הדעת כפי אשר יראו כונת בעל הדין אם לעקל עקלקלות ... דכיון שמעשיו מוכיחים כן, ודאי שנדון אותו כדין נותן עיניו לגרשה, ואין להסתפק שמא חזר בו שהרי ניכר מחשבתו מתוך מעשיו הרעים, וא"כ פשיטא לן כביעתא בכוחתא שחייב ליתן לה הכתובה כולה עיקר ותוספת בלי מגרעת שום דבר."

העולה מתשובה זו:

א. במקרה שבו הבעל תבע גירושין, ואחר כך אשתו ג"כ תובעת להתגרש, תביעה הנגררת ממעשיו אלו של הבעל, מחמת היחס השלילי של הבעל לאשתו, אין להפסידה כתובתה כתוצאה מתביעתה לגירושין, ודנים שהגירושין יצאו ממנו.

ב. אף אם הבעל הודיע על חזרתו מתביעתו, אין אנו דנים אותו כמי שחזר בו ומבקש שלום בית, אלא אם מעשיו מוכיחים שאכן "באמת חזר בו ואינו רוצה לגרש אלא לשבת עם אשתו בשלום יחדיו בהשקט ובבטחה". אבל מכיון "שהיא לא תבעה להתגרש אלא מחמת רוע לבבו עמה, והיא רואה כי עדיין הוא מחזיק בטומאתו וברשעתו שאינו רוצה להכניע את לבבו ולפייסה ובדבר טוב ישמחנה, ודאי כי הוא נקרא המגרש, שהוא רוצה לגרש ולא היא, ולכן אין להפסידה התוספת", כלשון המטה יוסף.

דרש א' לבטל את פסה"ד המערער, ולפסוק שעל המשיבה לקבל גט פיטורין ללא כל תשלום שהוא, או באופן אלטרנטיבי שהיא מחויבת לשוב אל בעלה ולחיות איתו כדת וכדין. המשיבה הכחישה את טענותיו הנ"ל של המערער, וטענה לעומת זאת שדרישתו האלטרנטיבית שהיא תחזור אליו איננה כנה ורצינית, כי אם תחבולה כדי לשים את אשתו מורדת ולהיפטר ממנה בלי שום תשלומי כסף.

אחרי שמיעת טענות ומענות של הצדדים הוציא בית הדין הגדול לערעורים פסק דין בזה הלשון:

הננו פוסקים להוריד את סכום הפיצויים לסכום שלשים לא"י עד אשר ישלם שלשים לא"י וימסור לה גט. חובת המזונות עומדת בתוקפה כפס"ד של בית הדין הראשון. בנימוקי פסק הדין נאמר, שמתוך הטענות התברר שאין לקוות לחיי שלום בין הזוג כמו כן התברר שהמערער הוא שתבע בראשונה להתגרש ולא הוכח שהיא מרדה בו, ואם גם נניח שאחרי זאת מרדה בו אין זה עושה אותה מורדת אלא זו היא מורדת בטענה מכיוון שהוא דרש גירושין. לכן צדק בית הדין הראשון במה שחייב אותו לשלם סך שלשים לא"י שהוא סכום מינימלי לפי מצב השעה... ומהצד השני הצהיר בא כח של המשיבה שהיא מוכנה לותר על חלק מהסכום שחייבו את המערער לשלם, לכן החליט בית הדין הגדול להוריד את סכום הפיצויים לסך שלשים לא"י."

עד כאן מפסק הדין הנזכר.

הרי שקבעו הלכה ברורה, שלאחר שהבעל תובע גירושין, ועל אחת כמה וכמה לאחר שעזב את הבית ותובע להתגרש, "גם נניח שאחרי זאת מרדה בו, אין זה עושה אותה מורדת, אלא זו היא מורדת בטענה, מכיוון שהוא דרש גירושין".

להלן נבסס הלכה זו, אך נציין שכבר מצינו פסק דין דומה בתשובת בספר מטה יוסף (להג"ר יוסף בן חיים משה הלוי נזיר ז"ל, שהיה אב"ד במצרים ואגפיה, והיה חברו של בעל הפרי חודש ז"ל) ח"ב חלק אה"ע סי' ה'. בתשובה זו, שהובאה בספר עטרת דבורה ח"א סי' לו, מבואר שאם שני בני הזוג, הן הבעל והן האשה מבקשים להתגרש, אין האשה מפסידה כתובתה עקב תביעתה לגירושין, כל עוד תביעה זו נגררת מתביעת הבעל ומיחסו השלילי לאשתו.

באותו נידון, הרב השואל הציג את שאלתו, כדלהלן □

"על ענין המריבה שנפלה בין איש לאשתו, וכשבא לגרשה דיבר האדון עמו דברי פיוסין והפציר בו בדברים טובים לשים שלום ביניהם, והוא נתן כתף סוררת ולא אבה להתפייס בשום אופן, וגמר בדעתו לגרשה. ואחר כך ברוב הימים חזר בו ... ואמר לו שתלך האשה לביתה, ואמרה היא אין כוונתו אלא להרע לי ולהצר לי ולענות אותי, מאחר שכן טוב לי שאתגרש, והוא סירב לגרש אלא רוצה שתחזור לביתו. א"ל אם דעתו רצויה עמה יפייסה בדבר מה, אמר הוא ח"ו לא אפייסה אלא תבוא לביתה ככלכתא. אז אמר האדון אם כוונתך לעשות שלום פייס אותה ואם אין אתה רוצה בה גרש אותה... עתה הוא אומר אם היא רוצה שאגרשנה, אין לה עלי אלא מנה מאתים וצ"ב,



תוספת וכסברת ריצב"א דמידע ידע שאם לא יצא ידי חובתו כנגדה למיפק קאי. וגם בנעשה מוכה שחין י"ל דיש לה תוספת שזה אונס יותר גדול אצלה, ואי אפשר לה למיפק קמיה, ולא מקרי דאיהי מפקה נפשה".

אלא שכעבור ארבע שנים, לאחר שנוכח שהאשה מגישה תביעה לגירושין ולכתובה, הבעל חזר מתביעתו לגירושין וטען לשלום בית, ועפ"י תשובת רבי יצחק ב"ר מרדכי שבתשובות חכמי פרובינציה סי' עט, תשובת מטה יוסף ופסק דינו של בית הדין הגדול הנוכח, אין תביעה כזו שוללת את זכאות האשה לכתובה.

עוד יובהר אודות טענתו של הבעל לשלום בית לאחר כמה שנים שגר מחוץ לבית, מבחירתו - ביחס לאשה מורדת, שיום אחד הודיעה שהיא חוזרת בה ממרידתה, עיין בפד"ר ח"ט עמ' 69 בפסק דין מביה"ד הגדול, שדנו בדינה של מורדת שהצהירה על רצונה לחזור בה ממרידתה.

הגר"א גולדשמידט זצ"ל הביא מתשובת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס פראג) סימן אלף כא שכתב בלשון זו:

"אמרינן בגמרא סנהדרין (פרק זה בורר דף כ"ו) מפריחי יונים מאימתי חזרתן משישברו פגמיהן, ומשחקי קוביות משישברו פספסיהם. וכן ההוא טבחא דזבן טרפה אזל רבי מזייה וטופריה, אמר רבא דלמא אערומי קא מערים, וקאמר אין לו תקנה עד שילך למקום שאין מכירים אותו וכו'. אלמא, היכא דהוי אדם מועד ורגיל לעבור, אין די במה שאומר שרוצה לשוב. הכי נמי אשת ר' שלום אחרי שמרדה ויצאה במרד מביתו, זה כמה ימים ועגנתו לא מסתייע במאי דאמרה אליו אשוב, אולי תשב ימים אחדים או עשור ואחר תלך. לכן אם תתרוצה האשה להתקשר עפ"י רבותינו ותעשה ככל הכתוב ומבואר לעיל, הרי טוב. כי איך יבטח בה לב בעלה אי לא בקשר אמיץ אחרי מרדתה שמרדה בו כמה ימים. ואם לא תעשה כמבואר לעיל, הריני מסכים לכל דברי רבותינו והנני מתיר לו עמהם לגרשה בעל כרחיה".

**עב"ל מהר"ם**, ומובאת תשובה זו בתשובות מהר"ם מינץ סי' ק"ד. ונוסיף שכעין זה, בתשובת מהר"ח אור זרוע סי' קכו. והוסיף הגר"א גולדשמידט זצ"ל:

"הרי שדין הוא, כי על המורדת החוזרת ושבה, להוכיח כי אכן חזרתה כנה ואמיתית היא, ולא די לה באמירה בעלמא אליו אשוב, אלא עליה לשכנע ולהתקשר על פי בית דין, בקשר אמיץ, עד כי יבטח בה לב בעלה כי החזרה יציבה היא, ואין היא מביאה למחשבה אולי תשב ימים אחדים או עשור ואחר תלך.

ובנידון דידן, כשאנו עוברים על רישומי הדיונים בין הצדדים לפני בית הדין האזורי ורואים את מהלכם, כאשר אחרי שנים של סירוב תקיף להשלים, בא לפתע פתאום בא כחה החדש של המשיבה, ומכריז לפני בית הדין כי המשיבה חוזרת בה ורוצה להשלים, ומצהיר כי זה כבר שבועיים שהיא החליטה על כך. הרי אין לראות כאן הוכחה, ומכל שכן קשר אמיץ, שיהיה בהם כדי לשכנע את בית הדין, וכדי לתת בטחון בלב בעלה, כי אכן

עוד יצוין לתשובת רבי יצחק ב"ר מרדכי שבתשובות חכמי פרובינציה סי' עט שכתב ביחס למורדת:

"דלא מפלגי' ביניהו אלא במאי דחזינן בגמ', והוא לענין שהייה דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה משהינן לה תריסר ירחי שתא ואמרה מאיס עלי לא משהינן לה כלל, אבל לענין כתובה ונכסים הנכנסין והיוצאים זו וזו נוכסיתא אינן, וקאמרי רבוותא ז"ל דווקא כי מרדה שלא מחמת טענה, אבל באה מחמת טענה דמחזיא לבי דינא דקושטא קאמרה ומילתא דאית בה חששא לא מפסדא כתובתה, היכי דמי כגון דבעל לא נהוג עמה כשורה, אי נמי דלא מצי למיפק אספוקא, בכי האי גוונא ודאי לאו מורדת היא, דאיהו הוא דקא מפסיד אנפשיה דמחוייב למזיינה ולא למזיינה, א"נ לא נהוג עמה כשורה כגון שעסקיו רעים ואינו מן היישוב, וכל כה"ג אין להנציח עליה ולהפסידה כתובתה אלא עושין הב"ד כפי מה שיראו ומבקשין ממנו לגרשה עם מה שיוכל מכתובתה, או מוכיחין אותו שיתנהג עמה כשורה כמו שכתב לה בכתובה ואנא אפלה ואוקיר כו' והכל לפי ראות עיני הב"ד".

הרי שקבע רבי יצחק ב"ר מרדכי כדבר ברור שאינה מפסידה את כתובתה כשאינה רוצה את בעלה לאחר שנהג עמה שלא כשורה ובכי האי גוונא "ודאי לאו מורדת היא". ועיין עוד מש"כ לעיל סי' מב.

נחזור לנידון דנן, בדיון הראשון שהתקיים לפני ארבע וחצי שנים, הבעל תבע להתגרש, ובהחלטת בית הדין שניתנה לאחר הדיון והועתקה לעיל, צוין כי מזה כחודשיים שהבעל מתגורר מחוץ לבית לאחר שיום את הפירוד למגורים נפרדים. וכי הבעל תובע להתגרש ושולל על הסף כל אפשרות לחזרה לשלום בית. מאידך, האשה טוענת שאין הצדקה לגירושין, אך תסכים להתגרש בכפוף להסדרת הסכם גירושין שיהיה מקובל עליה. וכן צוין בהחלטה שלא נשמעה עילה המצדיקה חיוב האשה בגירושין. בנסיבות אלו, אם בית הדין היה משלים את בירור התביעות, היה מחייב את הבעל בכתובה. גם אם היה מתברר כטענתו בכתב התביעה שמעל שנה לא מתקיימים יחסים, וגם אילו היה מתברר שהיא מורדת ללא הצדקה, לא היה מקום לשלול את זכאותה לכתובה בלא הסדר הקבוע במורדת כמפורט באה"ע סי' עו. אך מאחר שבזמנו הטענה שעלתה בכתב התביעה לא התבררה, כעת לאחר ארבע שנים שגר מחוץ לבית ומסרב לשוב, הבעל אינו יכול לקבוע את מעמדה למפרע כמורדת.

אך כאמור, בדיון הראשון בית הדין לא מצא הצדקה לתביעת הבעל לגירושין. לכן כל עוד תביעתו לא התקבלה, ולא נמצאה הצדקה לפירוד שהבעל יזום, הרי שמעמדו כמורד, החייב בכתובה ובתוספת כתובה במלואה, כמ"ש החזו"א אה"ע סי' ס"ק כב, והטעם מבואר בדברי החזו"א: "דכל שהוא מעיק לה, הוי כמוציאה מדעתו".

עוד כתב החזו"א:

"מיהו במורד בבחירת לב כמו מדיר ונעשה מקמץ ודאי יש לה

הוא מתבטא בביטויים שאינם תואמים לבעל המבקש לפייס את אשתו, אין מקום שכעת בית הדין יקבל אמירה בעלמא של הבעל הטוען לשלום בית, כשנוכח שכלתה הרעה אליו וקיים חשש שיחוייב בכתובה שהאשה תגבה מחלקו בדירה המשותפת המצויה בהליך פירוק שיתוף שהחל ביוזמתו ומוסדר בהסכמה.

הגם שבדין, הבעל ציין את פנייתו לאשה לחזרה לשלום בית כשנה לאחר הפירוד, אך מאחר וחלפו שלוש שנים מאותה פנייה ולא עשה דבר, אלא התנהלותו היא כאמור, ככל שהדבר נוגע לפסק הדין הנוכחי כעת, אין ערך לפנייה זו. כמו כן בהתאם למבואר לעיל עפ"י דרכם של הראשונים, מהר"ם בתשובתו הנוכחת, ובתשובת מהר"ח אור זרוע סי' קכו, אין די באמירה בעלמא, אלא נחוץ מעשה ממשי ומשכנע, דבר שלא אירע בנסיבות הנוכחיות, שבה התרחשה פנייה בעלמא פעם אחת כעבור שנה, ובלא פנייה נוספת במשך כל השנים לאחר מכן, פנייה כזו אינה מספיקה להוציאו מחוקתו שתבע להתגרש.

כעת האשה תובעת גירושין, וכבר הבאנו מכמה תשובות שקבעו שאין נשללת הכתובה בנסיבות אלו, לבידור נוסף בהלכה זו נציין שהלכה זו התבארה בטור אבן העזר סי' קיח שכתב:

"מי שהיא תובעת לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנה, אין לה מן הדין לגבות זולתו מה שהיא טוענת ויתברר מסכום נדונייתה. ולא נחוש למה שימצא כתוב ממנה בכתובה ... ולא יחוש הבעל לכתוב ולהוסיף על עצמו ... לענין שתשאר נשואה עמו ולא תבקש גירושין, בענין כזה אמרו חכמינו ז"ל (כתובות נד) כי כתב לה אדעתא למיקם קמיה אדעתא למיפק ולמיסב לא כתב לה ... ואם תבע הוא הגירושין, אינו יכול לגרשה אלא לרצונה או לאחר שיפרע לה כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת".

מבואר בדבריו, שאם הגירושין יצאו ממנו לאחר שהוא תבע את הגירושין - "אינו יכול לגרשה אלא לרצונה או לאחר שיפרע לה כל סכום כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת". משא"כ אם האשה תבעה להתגרש ויצאו הגירושין ממנה, לא תוכל לקבל את מה שהבעל התחייב לה כנגד הנדוניא, ולא תוספת כתובה או מתנות.

הטור דייק בלשון וכתב "מי שהיא תובעת לבעלה לגרשה ויצאו הגירושין ממנה", דהיינו אין די בתביעת גירושין, אלא בנוסף לכך: "יצאו הגירושין ממנה", ובנידון דנן עפ"י המבואר לעיל, לאחר שנקבע מעמדו של הבעל כמורד באשתו, לא ניתן לקבוע שהגירושין יצאו ממנה.

ועיין בתשובת התשב"ץ ח"ב סי' רצב, במש"כ:

"אם כתב תוספת מעצמו, והיו הגירושין ברצון שניהן גובה הכל",

הרי שהסכמת האשה להתגרש אינה שוללת את הזכאות לכתובה.

ה"ה אם האשה, לא רק שמביעה הסכמה להתגרש, אלא גם

חזרה זו אמיתית וכנה היא, אפילו באשר היא שם, כלומר ליום הזה לכל הפחות, ועל אחת כמה וכמה שאין כל שכנוע שהחזרה היא לאורך ימים, ולא לימים אחדים או עשור בלבד". וכן הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל באותו פסק דין, הסכים עם סברא זו, וכתב (בעמ' 68):

"אחרי שעברה תקופה של למעלה מחמש שנות מרידה, ולאחר שקבע ביה"ד האזורי דינה של המשיבה כמורדת, ולאור נסיבות מתן ההצהרה, ע"י בא כוחה, על רצונה לחזור בתשובה, הרי צודקת דעת המיעוט שיש יסוד לבעל שלא להאמין לאשה בהצהרות החדשות של שלום. וההחלטה שניתנה ... שרירה וקיימת, דהיינו שאין לחייב את הבעל במקרה אשר לפנינו להשלים עם אשתו, ואין לחייבו, במקרה של סירוב, במזונות האשה".

הרי שאין לבית הדין לקבל טענה בעלמא על חזרתו של הבעל מדרכו הקודמת ללא שהבעל עבר הליך מינימאלי של "חזרה בתשובה" מדרכו שהורגל בה במשך מספר שנים, ויעמוד בתנאים שיקבעו בבית הדין להבטיח שלא יחזור לסורו.

אמנם אם הבעל מעד מעידה חד פעמית, די בכך שיחזור בתשובה ויקבל עליו דברי חכמים, כמבואר בתשובת חכם צבי סי' קלג. אך בנסיבות שהבעל הוחזק בחטאו, אין ערך לטענה בעלמא על רצונו לתקן ליקוי שחזר ונשנה, כשטענה זו אינה מלווה בהליך מינימאלי של "חזרה בתשובה" מצד הבעל. הלכה זו למדנו מתורתו של מהר"י ווייל שהביא הרמ"א בדרכי משה אה"ע סי' עז ס"ק יג. וז"ל הרמ"א:

"כתב מהרי"ו בתשובה סי' קל"ה, אשר טוענת מאיס עלי מחמת שהוא שותה ומקיא ומאבד כל אשר לו בשחוק, והוא טוען שאם עשה לא יעשה עוד, נראה דזה לא מקרי אמתלא וכו', ועוד שהרי הוא רוצה לחזור ולא לעשות עוד, ואינו צריך להעמיד ערבות שיתקן דרכיו כל זמן שאינו מוחזק ברעותא".

הרי מבואר, שאם "אינו מוחזק ברעותא", די בכך שמצדדיר שיחזור מדרכו הרעה. אבל אם הבעל "מוחזק ברעותא" יש להוסיף להעמיד ערבויות מתאימות להבטיח שלא יחזור לכיסלו, ופשיטא שמרידה של הבעל ארבע וחצי שנים היא בגדר "מוחזק ברעותא"

נחזור לנידון שבפנינו. מזה ארבע וחצי שנים הבעל אינו בבית לאחר שבחר לעזוב את אשתו ולא עשה דבר לתיקון. כשם שמהר"ם מרוטנבורג למד את ההלכה של חזרת מורדת, מדין חזרת פסולי עדות, המבואר בגמרא במסכת סנהדרין, כך יש לדון בבעל שעזב את אשתו ותבע גירושין ושלל כל הצעה להגיע ליעוץ נישואין, וכבר מעל ארבע שנים שאינו בביתו, ומנהל הליך פירוק שיתוף של דירת מגורים משותפת, שאינה משמשת להם למגורים אלא להשכרה, וכעת כשנוכח שהאשה תובעת גירושין וכתובה, שינה את טעמו וטוען לשלום בית, כשאנו רואים שאין כל אסמכתא שעוד קודם להגעתו לדיון זה עשה דבר למען שלום בית, אלא אדרבה, מהודעה ששלח לאשתו לפני כמה חודשים

מורד באשתו שכבר אינה עמו. וכן להיפך כשהבעל מורד באשתו מאס בה ותובע להתגרש, רק הוא המורד, ולא ניתן לקבוע את מעמדה של האשה כמורדת בבעלה שכבר אינו עמה, כשהוא במעשיו הביא אותם לגירושין, לכן בדרך כלל לא קיימת מציאות שהצדדים מורדים זה בזה. זאת מאחר ש"מרידה" בהגדרתה, הינה התנערות מחובה בדרך של פשיעה, וכמ"ש המרדכי במסכת כתובות פרק אע"פ ובהגהות האשרי פ"ה סי' כט אודות מי שמחמת חולי אינו יכול לקיים עונתו:

"לא מיקרי מורד אלא כשעושה מחמת שנאה וכעס, דמורד הוי פושע כמו הפשעים אלו המרדין".

וכשבעלה אינו עמה כבר אין אפשרות להגדירה כמורדת, וכבר התבארה קביעה זו בספר עטרת דבורה ח"ב סי' פט. ויצוין לדברי החזו"א אה"ע סי' סט ס"ק כב הנוכחים לעיל שכתב:

"מיהו כמורד בבחירת לב ... ודאי יש לה תוספת וכסברת ריצב"א דמידע ידע שאם לא יצא ידי חובתו כנגדה למיפק קאי. וגם בנעשה מוכה שחין י"ל דיש לה תוספת ... ולא מקרי דאיהי מפקה נפשה".

לכן גם בנסיבות כגון נידון דנן, מאחר שהבעל הוא זה שעזב את הבית ותבע את הגירושין, בתביעתו את הגירושין ובמעשיו שנתר מחוץ לבית ארבע וחצי שנים, לא הותר מקום לחזרה לשלום בית, הרי שהוא הביא לגירושין.

#### מסקנה:

כשהאשה תובעת גירושין נשללה זכאות לכתובה רק אם באותה עת, מצד הבעל אין מניעה לשלום בית. לא כן כשהתביעה לגירושין מוגשת בנסיבות שזמן רב קודם, הבעל כבר עזב את אשתו ותבע להתגרש, ותביעתה מוגשת כתגובה מתבקשת, המתאימה להתנהגות הבעל. כאמור, אין די בהצהרה בעלמא של הבעל על רצונו בשלום בית, להוציאו מחוקת מורד שהוחזק ארבע וחצי שנים, הצהרה הנתפסת בצדק כ"תרגיל" להיפטר מתשלום הכתובה. בהתאם לאמור תביעת האשה לגירושין ולכתובה מתקבלת, ויש לחייבו בגירושין ובכתובה במלואה.

על כן ייקבע מועד קרוב לטידור הגט, וכן בית הדין פוסק לחייב את הבעל בסך 52,000 דולר. ככל שמצבו הכלכלי של הבעל אינו מאפשר תשלום זה תוך 30 יום, סכום זה ישולם לאשה מתוך חלקו של הבעל בדירה המשותפת המצויה בשלבים מתקדמים של הליך פירוק שיתוף, המתנהל בבית המשפט.

עד כאן נימוקי פסק הדין שכתבי, אך עמיתי להרכב בית הדין, סבר אחרת ובמסקנת דבריו כתב:

א. בדיון הראשון האיש תבע גירושין ועמדת האשה לכל היותר היתה שילך לטיפול. תגובה זו מהווה ריעותא בטענת שלו"ב שלה וחיזוק לאומדנא שגם היא חפצה לכתחילה בגירושין אלא בתנאים משופרים כפי שאמרה.

מאסה בבעלה שעזב אותה ותבע גירושין מאחר שאינו רוצה בה, כבר אין מקום להתראה לאשה שאם לא תחזור בה תפסיד כתובתה, שהרי אין לה למי לחזור, ואין יסוד לטעון שהאשה הפסידה כתובתה ושהגירושין יצאו ממנה.

ידועים דברי רבינו ירוחם (בספר מישורים נתיב כג ח"ח) שכתב בלשון זו:

"כתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל, כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אמר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנים אותה כמורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא דילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש והפסידה תוספת וכל מאי דיהיב לה מדיליה דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה".

רבינו ירוחם מתייחס לנסיבות שבהן ההליך החל מתביעת האשה לגירושין, שבאה לבית הדין ואמרה: "לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה", ובתגובה הבעל אומר: "אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט". ביחס לשאלת חיוב הגירושין, הורה לכפות את הבעל בגירושין, ונראה שאלבא דרבינו ירוחם יש לפסוק לחייב את האשה בגירושין, גם בהיפוך הדברים, דהיינו שהבעל יזום הליך גירושין והאשה הודיעה שאינה רוצה את בעלה אך אינה מסכימה לקבל גט. אך ככל שהדבר נוגע לזכאות האשה לתשלום הכתובה, המקרה בדינו של רבינו ירוחם הוא שהתביעה להתגרש החלה מצד האשה שאינה רוצה את בעלה, והפסד הכתובה מנומק - "דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה". אך אין הדבר כן כשהבעל הוא התובע להתגרש, ולאחר שהאשה נוכחת שהבעל אינו רוצה בה, היא אינה רוצה להישאר עם בעל שמאס בה ואינו חפץ בה, ובנסיבות שמעמדו של הבעל כמורד באשתו, הגירושין יצאו ממנו, וכבר אין את הטעם "דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה".

כששני בני הזוג כבר אינם רוצים זה בזה, חיוב הכתובה תלוי בשאלה מי מבני הזוג גרם לגירושין בהגשת תביעת גירושין. אם בתביעתה לגירושין התברר שהיא מורדת בבעלה והביאה למצב שבו הצדדים נאלצים להתגרש, וכמו הנידון ברבינו ירוחם שבו ההליך החל מתביעת האשה להתגרש, הרי שהגירושין יצאו ממנה והיא אינה זכאית לתשלום הכתובה, וזאת עפ"י ההלכה העקרונית הפסוקה בדברי הטור הנוכחים. אבל אם הבעל הוא המורד באשתו, ולא נמצאה הצדקה למרידתו המסירה ממנו מעמד של מורד, או כשאין אחד מהם מורד והבעל תבע להתגרש, בתביעתו להתגרש סתם את הגולל על האפשרות לשלום בית, עליו לשלם את הכתובה במלואה. עיין בספר עטרת דבורה ח"א סי' לו וחלק ב' סי' פט, שם התבארו המקורות בהלכה לקביעה זו, ומתוך דברינו יתבאר שהמושג "מורדים זה בזה" הנוכח בכמה פסקי דין שיצאו לאחרונה, שגוי ומביא לטעות בפסיקת ההלכה ביחס לכתובה. מאחר שלאחר שהאשה מורדת בבעלה, מאסה בו ותובעת גירושין, הבעל כבר אינו יכול להיקרא

- ב. לא ניתן לקבוע כי מעמדו של האיש כמורד מאחר : 1.  
האשה לא תבעה חיי אישות. 2. מורד צריך התראה  
ובנדון דין ביה"ד לא התרה בו.  
ג. האיש חזר בו ורוצה בשלו"ב, זכותו לחזור ואין חשש  
לחוסר כנות.  
ד. אם הצדדים יתגרשו, האיש פטור מתשלום הכתובה  
ותוספת הכתובה.  
**עד כאן מסקנות דעת עמית.**

### תגובתי להשגות הנ"ל

לאחר העיון בדברי עמיתי איני יכול להסכים עמו, ואבהיר  
זאת בקצרה:  
א. עמיתי מתעלם מפרוטוקול הדיון הראשון בתביעת הבעל  
לגירושין, שהתקיים לפני ארבע וחצי שנים, שם בדיון הגם  
שהאשה ביקשה שילכו ליעוץ נישואין, וכלל לא מנעה חזרת  
הבעל לביתם. כמו כן הבעל לא טען שעזיבתו את הבית  
נבעה מכך שעמדתו כיצד להתייחס לבן הגדול, אינו  
מוסכמת על האשה, אלא הבהיר שאינו חפץ באשתו,  
ולשאלת בית הדין מדוע עזב את הבית, השיב: "החלטתי  
שאני לא יכול להמשיך לחיות איתה בגלל התנגדותה איתי,  
כולל ביחסי אישות. אני מרגיש שהיא עושה לי טובה שהיא  
חיה אתי, וכך בכל התחומים. לא הלכנו ליעוץ נישואין. אני  
לא מעוניין בכך". עד כאן ציטוט מדבריו הנחרצים של הבעל  
בדיון. אילו היו פני הדברים כמתואר על ידי עמיתי, שכל  
הבעיה היתה שאלת היחס לבן הגדול, מדוע הבעל לא הציג  
טענה זו בדיון וקודם לכן בכתב התביעה, ומדוע הבעל לא  
נעתר להליך יעוץ נישואין שם ילבנו את המחלוקת הזו  
במגמה להגיע לפשרה מוסכמת, כפי שדרשה האשה. כמו כן  
יצוין שבהחלטה שניתנה לאחר הדיון, קבע בית הדין  
בהרכבו המלא פה אחד: "שלא נשמעה עילה המצדיקה חיוב  
האשה בגירושין". החלטה זו חלוטה ולא יתכן לאחר ארבע  
וחצי שנים להפוך אותה, ולטעון שבדיון התבררו נסיבות  
המצדיקות את תביעת הגירושין.  
ב. גם במקרה שמתעוררת מחלוקת בין ההורים כיצד  
להתייחס לבן הגדול שאינו הולך בדרך התורה. אין הצדקה  
שהבעל יעזוב את הבית ולא ישוב במשך שנים, ומרידה  
בנסיבות אלו היא שלא כדיון. וכן בדיון הראשון הנוכח, בית  
הדין הציע לבעל, כדלהלן: "אולי פתרון העזיבה אינו נכון, ויש  
לתקן מתוך הבית? זו נטישת המערכה. מצבם של הילדים כך  
יחמיר. האם הסבל שלך הוא הדבר המרכזי? אולי הדברים  
יתוקנו?". והבעל השיב: "אני לא מסכים לכלום".  
ידועה תשובת הרשב"א שהביא הבית יוסף אה"ע סי' ע"ז  
והביאה הרמ"א סי' פ' סעיף י"ח, שכתב:

"דקרום הוא בעיני לומר שזה אחד מדרכי המורדת באומרת  
בעינא ליה ומצערנא ליה דכל האומרת כך טענה יש לה על  
הצער שהיא רוצה לצער וגם זו עילה מצאה לצער ותולה  
בפרעון מה שלותה".

והוסיף החלקת מחוקק סי' פ ס"ק לג:  
"לשון הרשב"א בתשובה, זו עילה מצאה לצער ותולה בפרעון  
מה שלותה, כלומר ולמה תהיה ידה על העליונה תבא אלי  
בתחלה ואח"כ יפרע מה שלותה".  
דהיינו למרות שבפיה טענה צודקת, אין הצדקה למרידתה,  
ואין להצדיק מרידה מפני ההתנהגות השגויה מצד הבעל  
כשאינו פורע את חוב שלוותה למונות, מאחר שאין לקבל  
את טענתה הקושרת בין שני הנושאים.  
ביחס לדין זה המבואר בתשובת הרשב"א שבבית יוסף  
וברמ"א, אין הבדל בין אשה מורדת לבעל מורד, כמ"ש  
בפד"ר חלק ז' עמוד 82:

"דברים ברורים קובע לנו הרשב"א דאף המורדת (או המורד)  
מפני עילה שאין ביה"ד רואה אותה כמוצדקת, הרי זה מורד על  
כל המסקנות הנובעות מזה בהלכה".

ג. התראה לחיוב כתובה בנסיבות של גירושין עקב מרידת  
הבעל, או כדי לחייבו בגירושין, אינה מוזכרת בשו"ע סי' ע"ז  
ס"א ולא בסי' עו לרבות בסעיף י"ג ולא בסי' קנ"ד ס"ג. אמנם  
הרא"ש בתשובה כלל מג סי' י' בסיום דבריו, כתב: "וכן איש  
המורד", אך כוונתו אינה ברורה. וכמו כן החזו"א סי' קח ס"ק  
יג מתייחס לכפיית גט, וכך פירש את דברי הרא"ש בתשובה.  
אמנם בתשובת נודע ביהודה תניינא אה"ע סי' צ' כתב במי  
שאינו זן ואינו מפרנס שדינו להוציא ליתן כתובה כתב:  
"דוקא כשהתרו בו הבית דין והא עומד במרדו... שכן מפורש  
בגמ' בכתובות ס"ג ע"א ולא לאימלוכי ביה בעי".

ועיי"ש בהגהת בן המחבר (בנודע ביהודה מהדורת מכון  
ירושלים) שציין שזוהי גרסת רש"י בלבד, ואילו הרא"ש  
וכמה פוסקים גרסו לאו לאימלוכי בה בעי, ואין ראייה לצורך  
בהתראה לבעל. וזו גרסת רוב הראשונים על הדף, וכאמור  
גם בשו"ע בשלשה מקומות, לא הוזכרה הלכה זו. ובשו"ת  
נושא האפוד סי' לב האריך בהלכה זו, ומסקנתו:  
"נתבאר בדברי הראשונים דלא בעינן התראה, ומבלי התראה  
כופין אותו להוציא".

עכ"פ גם אליבא דגירסת רש"י מוטל על בית הדין לאימלוכי  
ביה, ומבואר ברש"י כדלהלן:

"ולאו אימלוכי ביה בעי, שמא יחזור בו ובתוך זמן שאנו  
נמלכין בו ומחזירין עליו שיחזור בו, מוסיפין על כתובתה".  
דהיינו מוטל על בית הדין לאימלוכי בו ולשכנעו שיחזור בו  
ממרידתו. ובתוך זמן זה מוסיפין על כתובתה. הרי שהתפקיד  
המוטל על בית הדין הוא לשכנעו לחזור ממרידתו, אך אין  
הוראה שמוטל על בית הדין להוסיף ולהזהירו מפני  
התוצאות הנובעות מהמרידה, חיוב או כפיית גט או תשלום  
הכתובה, כמו ההלכה במורדת שבית הדין חייב להבהיר לה  
שאם תמשיך במרידתה תפסיד את כתובתה, וכמו ההלכה  
בעוברת על דת לדעת החלקת מחוקק סי' קט"ו ס"ק טז  
והשו"ע שם סעיף י'.

על כן בנידון דנן שאכן התקיים דיון, לאחר שהבעל הגיש  
תביעת גירושין והאשה הגישה תביעת כתובה, ובדיון הבעל

ברור מדוע מסכים עמיתי כאמור לאחר שהבעל תבע גירושין, ואינו מסכים כן גם בנידון דנן שעזב את הבעל ומרד באשתו, ללא הצדקה, הגיש תביעת גירושין והודיע בדין שהתקיים לאחר עזיבתו שאינו רוצה את אשתו. שהרי בית הדין הגדול בפסק דינם הנזכר קבע שמרידה לאחר תביעתו לגירושין "אין זה עושה אותה מורדת אלא זו מורדת בטענה", מדוע כאן תיחשב כמורדת כשלאחר שנים של מרידת הבעל לא נעשה מעשה ממשי ומשכנע שעזב את מרידתו, ומאז עזיבתו וכן לאחר הדיון הראשון בחר שלא לשוב לבית למרות שהאשה לא מנעה זאת ממנו.

**מסקנה:** לאור האמור ולאחר ארבע שנות נטישת הבעל את הבית, ותביעתו לגירושין, אין מקום להניח שהוא כנה בטענתו לחזרה לשלום בית, ואין לטענה זו בסיס במציאות, גם אם פעם אחת לפני שנים התעוררה בו מחשבה כזו או אחרת לחזרה, אך לא עשה דבר מאז. הדבר הראשון והיסודי שהיה מוטל עליו - להוכיח את כנותו, היה עליו לשוב לגור בבית ומתוך הבית להביא לתיקון היחסים ביניהם, שהרי האשה לא מנעה ממנו את החזרה לבית, ולאחר שאפילו דבר זה לא נעשה, הדבר ברור שכל דבריו אודות חזרה מתביעת הגירושין והרצון בשלום בית, הם סוג של תרגיל להיפטר מתשלום הכתובה. על כן איני יכול לקבל את דעת עמיתי.

**עד כאן תגובתי.**

#### מסקנה:

ברוב דעות בית הדין פוסק:

- א. תביעת הגירושין מתקבלת.
- ב. הבעל חייב לשלם לאשה את מלוא הסכום הנקוב בשטר הכתובה, 52,000 דולר עפ"י השער היציג ביום התשלום. סכום זה ישולם תוך 30 יום.
- ג. בהתאם לפסיקה המבוארת ברמ"א סי' קנ"ד סכ"א, חובת הבעל לתשלום סכום זה, עומדת בעינה, גם אם לא יסודר הגט.
- ד. הצדדים מוזמנים לדיון שבו יסודר הגט.

התבקש על ידי בית הדין לחזור לבית או לעשות מאמץ ליעוץ נישואין, וסירב, כשידוע שתלויה ועומדת תביעת הכתובה, בכך התקיימה ההלכה של החובה "לאימלוכי ביה", אליבא דרש"י ואין מניעה לדונו כמורד. ק"ו לכל שאר הראשונים והפוסקים, לרבות השו"ע, שלא הזכירו דבר מהתראה זו.

ד. כתב עמיתי, שעולה מהדברים שכתבתי - "שלעולם בעל שתבע את אשתו לגירושין ותביעתו נדחתה, אוטומטית האישה זכאית למרוד בבעלה לתבוע גירושין ולקבל כתובתה ותוספת כתובתה, ולא הנחת בת לאברהם אבינו יושבת תחת בעלה וחיידוש עצום זה צריך ראייה והוכחה".

אך לא כך כתבתי, דהיינו אין תביעת הגירושין בלבד קובעת, מאחר שאם הבעל תובע גירושין, אך גם כשתביעתו לא התקבלה או טרם התבררה, ממשיך לגור עם אשתו ולמלא חובותיו, ודאי שאינה זכאית למרוד, אלא דבריי מתייחסים לתביעת גירושין המלווה במעשה, של אי מילוי חובותיו לאשתו ושל עזיבת הבעל את ביתם בלא לשוב לבית במשך שנים, למרות שהאשה לא מנעה חזרתו לבית.

ה. אזכור פסק השו"ע אה"ע סי' עז ס"ד לענייני כלל אינו רלבנטי. שם הנידון בטוענת "השמים ביני ובינך" דהיינו שורש הסכסוך ופתרונו ידוע לשמים בלבד, מאחר שאף אדם אינו יודע ואינו יכול לדעת מה מתרחש בחדרי חדרים. משא"כ כאן שהתקיים דיון וטענותיהם ברורות וידועות, ולאחר הדיון הראשון ניתנה החלטה, ונקבע שאין צדק בטענות הבעל.

ו. ביחס לפסק דינו של בית הדין הגדול מאוסף פסקי דין עמ' מ', שהבאתי לעיל, טען עמיתי שמאחר שבאותו נידון הבעל תבע גירושין "אכן כאשר בעל המגיש תביעת גירושין וחוזר בו, עליו יהיה נטל ההוכחה, להוכיח כי חזרתו כנה ואמתית ע"י למשל שייפיסנה לפחות באותה מידה שפגע בה ובפסק דין האמור לעיל כנראה לא הוכיח האיש את כנות רצונו לחזור לשלו"ב ולכן האישה מעמדה כמורדת בטענה מוצדקת וזכאית למלוא כתובתה", עד כאן מדבריו. ולא

#### סימן מד

### תשלום הכתובה לאחר שהתעורר ספק בזכאות לכתובה

כשלוש שנים, יש מקום להתגרש. לטענתה, מאחר שהבעל עזב את הבית ללא סיבה מוצדקת, עליו לפצותה בתשלום הכתובה. בשטר הכתובה נקוב סך 180,000 שקל. לעומת זאת, הבעל מבקש לדחות את התביעה, וטען שעזב את הבית לאחר שאשתו סילקה אותו מהבית, שכאמור שייך לה בלבד. הבעל טען שקודם לעזיבתו התרחש ביניהם ויכוח בנושא כלכלי, שבסיומו האשה דרשה ממנו לצאת. יצוין כי לאחר עזיבת הבעל את הבית לא ננקטה יוזמה רצינית מטעם אחד הצדדים לבחון חזרה לשלום בית, לא

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין ולחייב את הבעל בתשלום הכתובה.

בזמנו ניתן פסק דין בתביעת הגירושין, אך לא בתביעת הכתובה, ולהלן פסק הדין בתביעת הכתובה.

הצדדים נישאו לפני שלוש שנים ולשניהם אלו נישואין שניים. בני הזוג גרו בבית האשה, אך כעבור עשרה חודשים הבעל עזב את הבית ומאז בני הזוג גרים בנפרד.

לטענת האשה, הבעל עזב ללא הצדקה, ולא התקיימה עילה שהיה בה להצדיק את עזיבתו, אך מאחר שהם בפירוד

יהיה נכון לקבוע שהגירושין יצאו מהאשה, והיא אינה זכאית לתשלום הכתובה.

על פי הדין, כשהאשה תובעת תשלום כתובה, והבעל מבקש לדחות תביעה זו, וטוען שהתקיימו נסיבות שיש בהן כדי לשלול את זכותה של האשה לכתובה והאשה מכחישה נסיבות אלו, יש לחייבו בתשלום הכתובה במלואה, לאחר שבועת האשה, עיין שו"ע אה"ע סי' קט"ו סעיף ד' - "ואם אין עדים, תשבע שהוא כדבריה", וכן שם בשו"ע סעיף ז' "לפיכך משביעה" וכו'. אמנם במגיד משנה פרק כ"ד מאישות הי"ד סבר שאין מחויבת שבועה מפני שהבעל בטענות אלו אינו נאמן לבטל את שטר הכתובה ודינו כטוען שטר אמנה, הובא בב"ש סי' קט"ו ס"ק יח, אך הסכמת האחרונים היא שבכל טענה המייחסת לאשה מעשה שיש בו כדי לשלול ממנה את כתובתה, הבעל אינו נאמן לבטל את חיוב הכתובה, אך עליה להשבע כטענתה. עיין מחנה אפרים על הרמב"ם שם שכתב לחלק בין טענה שבאה לעקור את כח השטר מעיקרו, כטענת שטר אמנה, שבה אינה צריכה להשבע, ובין טענה על מעשה שאירע ושיש בו להביא לשלילת זכותה לגביית כתובה, שאינה נאמנת בלא שבועה. וכן דעת ספר יד המלך על הרמב"ם (שם) והבית מאיר אה"ע סי' סח ס"ט (ד"ה תו כתב הבית שמואל).

על כן מטעם זה בנידון שבפנינו, לכאורה היה מקום לפסיקה שאם האשה תתבע את תשלום הכתובה ותציג שטר כתובה חתום וכשר כדן, היא תחויב להשבע שהאמת כדבריה וכי הבעל עזב את הבית מיוזמתו. ואם יתברר שעפ"י ההלכה אינה יכולה להישבע, כדן "חשוד", הרי שלפי הכרעת הש"ך חו"מ סי' צ"ב ס"ק יד העיקר לדינא שאינה מחויבת להישבע, ויש חולקים ואכמ"ל בזה.

אך היה מקום לכל האמור לעיל בנסיבות שבהן הצדדים מופיעים בבית הדין במצב שבו האשה מוחזקת כאשה הזכאית לתשלום הכתובה והבעל טוען לשלילת זכותה לכתובה. אבל בנסיבות הנוכחיות - כשהצדדים הופיעו בבית הדין לדיון הראשון, שניהם כבר היו במצב של פירוד ממושך המוסכם על שניהם, וגם אם ביוזמת בית הדין עלתה השאלה ביחס לניסיון לשלום בית, אך לאחר מכן נוכחנו שלא יצא דבר מיוזמה זו, ובסופו של דבר התברר כי כבר בזמנו בעת הדיון הראשון למעשה שניהם כבר רצו להתגרש ושללו שלום בית, (גם אם מבחינה הצהרתית באותו דיון האשה הציגה זאת בדרך מעודנת יותר). בנסיבות אלו, מעת הופעתם בבית הדין בפעם הראשונה, האשה כבר אינה מוחזקת כאשה הזכאית לתשלום כתובה, ויש להורות - המוציא מחבירו עליו הראיה, ולהטיל את נטל הראיה על האשה המבקשת להוציא את דמי הכתובה. ובטרם תזכה בתשלום הכתובה, עליה להוכיח את טענתה שהבעל עזב את הבית מיוזמתו ולא מיוזמתה. ומשלא עלה בידה להוכיח את טענתה, אין להוציא מהבעל המוחזק, וחזרנו לכלל - "המוציא מחבירו עליו הראיה".

נפתח תיק לשלום בית. רק במהלך הדיון הראשון, עשרה חודשים לאחר עזיבת הבעל את הבית, בית הדין מיוזמתו פנה לאשה, בשאלה האם כעת היא מבקשת ממנו שיחזור לבית, השה השיבה תשובה מסויגת ואמרה - "אם הוא רוצה, שיחזור לבית בלי תנאים, ובלבד שיהיו חיים משותפים". בתגובה לדבריה, הבעל הודיע - שלאחר כל מה שעבר ביניהם, נושא זה של בחינה מחודשת של שלום הבית כבר אינו רלוואנטי.

בסיום אותו דיון, הוצע לצדדים לבחון חזרה לשלום בית בד בבד עם יעוץ והדרכה מתאימים. האשה השיבה בחיוב, ולאחר מכן גם הבעל הביע עמדה חיובית בנושא, אך למעשה לא יצא דבר מיוזמה זו.

לאחר מכן בהמשך הזמן שחלף, התקבל הרושם הברור, ששני הצדדים כבר אינם מעוניינים בשלום בית, כמו כן הבעל לא הסכים לשלם לאשה אלא פיצוי סמלי בלבד, במסגרת הסכם גירושין. בנסיבות אלו, על בית הדין לסיים את התיק בפסיקה.

#### לאחר עיון בטענות הצדדים אנו פוסקים:

בפסק הדין הנ"ל כתבנו לחייב את הגירושין מפני שבני הזוג בפירוד העולה על שנתיים, ושאיין ספק שגם כעת וכבר מזה תקופה ארוכה, שני הצדדים מעוניינים בגירושין ושוללים שלום בית. על כן בנסיבות אלו הוטל על הצדדים להתגרש ללא דיחוי, ואין אחד מהם רשאי לעכב את ההליך לפרק זמן נוסף, וזאת בהתאם לדינו של רבינו ירוחם בספר מישרים נתיב כ"ג חלק ח'.

ביחס לזכאות האשה לתשלום הכתובה יש לקבוע כדלהלן - כששני בני הזוג אינם רוצים זה בזה, אין מקום לתלות את הפסד הכתובה בהכרזת מורדת, הכרזה שאינה רלוואנטית כשהבעל אינו מבקש שלום בית. אך שאלת חיוב הכתובה תלויה בשאלה מי מבני הזוג גרם לגירושין. אם האשה הביאה למצב שבו הצדדים נאלצים להתגרש, היא אינה זכאית לתשלום הכתובה, ואם הבעל הביא לכך, עליו לשלם את הכתובה במלואה, עיין בספר עטרת דבורה ח"א סי' לו וחלק ב' סי' פט, שם התבארו המקורות בהלכה לקביעה זו.

במקרה שבפנינו, נחלקו הצדדים בשאלת העילה לעזיבת הבעל את הבית. אם נקבל את גרסת האשה שהבעל עזב ללא כל סיבה מוצדקת, הרי שהגירושין יצאו ממנו ועליו לשלם את הכתובה. אך אם נקבל את עמדת הבעל שאשתו סילקה אותו מביתה ומאז כבר אינה רוצה בו, היא אינה זכאית לתשלום הכתובה. וזאת מפני שאם טענת הבעל תתברר כטענת אמת, גם אם לאחר זמן האשה הביעה רצון מסויג לאפשר חזרת הבעל לבית, עכ"פ הדברים נאמרו בדרך המתוארת לעיל. לאחר שסילוקו של הבעל יצר קרע עמוק, קרע זה אינו ניתן לאחותו בכמה מילים הנאמרות בבית הדין תקופה ארוכה לאחר האירוע, ואם אכן האמת עם הבעל,

## נימוקים מפורטים לפסק הדין

השאלה העומדת בפנינו היא - באותם מקרים שבהם שאלת זכאותה של האשה לתשלום הכתובה עומדת לדיון, ושנויה במחלוקת בין הבעל והאשה. ולמעשה זכאות זו נגזרת מנאמנות הצדדים ביחס לאירוע או ביחס למציאות, שיש בהם כדי לשלול את זכותה של האשה לתשלום הכתובה.

האם במקרים אלו, האשה המחזיקה את שטר הכתובה נחשבת מוחזקת והיא בחזקת זכאית לתשלום הכתובה, והבעל הטוען לפוטרו מהחוב, עליו הראיה, ואינו נפטר מתשלום זה עד שיוכיח את טענתו לשלילת זכאותה. או אדרבה להיפך, הבעל הוא המוחזק ויש להורות לאשה - המוציא מחבירו עליו הראיה, וכל עוד לא תוכיח את טענתה, אין מוציאים מהבעל את דמי הכתובה. במקרים רבים שאין לאחד הצדדים ראיה לטענתו, למעשה פסק הדין יקבע על יסוד ההכרעה בשאלה זו.

לכאורה מכמה סוגיות מוכח שהבעל אינו נאמן בטענות שיש בהם כדי לשלול את זכותה של האשה לתשלום הכתובה, ובסוגיות אחרות ראינו להיפך, ויש מקום לבירור סוגיות אלו. אך נקדים כי הבירור במסגרת הנוכחית מתייחס לחילוקי טענות אודות זכאות האשה לתשלום הכתובה. אבל לאחר שכבר הגיע הזמן שבו ניתן לממש את תשלום הכתובה, ואין טענה ביחס לזכאות האשה לגביית הכתובה, אלא התעוררו טענות בשאלת פירעון חוב זה. בנסיבות אלו מוסכם שהאשה נחשבת מוחזקת, וכמו שמבואר בתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' ק'. עי"ש במש"כ:

"טעמא דמילתא משום דשטרא מוחזק הוא, וכאילו ממון הכתוב בו, מוחזק ביד המלוה, ואוקומי ממונא הוא. ונ"ל דזו היתה סברתו של רמי בר חמא בפרק הכותב (דף פ"ז:), גבי הפוגמת כתובה. דקאמר שבועה דאורייתא, דקטעין לה מאתים, וקא מודה ליה במנה ... דטעמא דרמי בר חמא משום דמוחזקת היא. ובעל דאתי לאורועי שטרא, חשבינן ליה כמוציא, ותובע, ואיהי כמודה במקצת ממה שהוחזקה".

כאמור, הדיון דלהלן הוא, כשנחלקו הבעל והאשה ביחס לעיקר זכאותה של האשה לגביית שטר הכתובה, האם גם בנסיבות אלו האשה נידונה כמוחזקת, כשם שהיא מוחזקת בעת חילוקי טענות ביחס לפירעון.

לכאורה, היה מקום לפשוט ספק דידן מפסקי הרמב"ם בהלכות אישות פרק כד. בהלכה יד כתב הרמב"ם:

"העוברת על דת צריכה התראה ועדים ואחר כך תפסיד כתובתה. עברה בינו לבינה וידע שהיא עוברת על דת והתרה בה בלא עדים וחזרה ועברה. הוא טוען ואומר עברה אחר התראה, והיא אומרת לא עברתי כלל, או לא התרה בי. אם רצה להוציא, הרי זה נותן כתובה אחר שתשבוע שלא עברה, שאם תודה שעברה אחר התראה זו אין לה כלום".

וכן בהלכה יז כתב הרמב"ם:

"אם הודתה לו שזינתה תצא בלא כתובה. לפיכך משביעה

בנקיטת חפץ שלא זינתה תחתיו, אם ראה אותה בעצמו, ואחר כך תגבה כתובתה".

וכתב המגיד משנה שם בהלכה יד:

"עברה בינו לבינה וכו'. זה מבואר שמחלוקת האיש והאשה בזה הוא כשאר כל התביעות שבין אדם לחבירו, וכיון שהבעל רוצה להפסידה כתובה עליו להביא הראיה. ומ"מ בלא ראיה יכול להשביעה. ונ"ל דדוקא כשידוע שעברה על דת, אלא שנחלקו אם היה אחרי התראה אם לא או אם היתה שם התראה כלל, אבל אם אינו ידוע אם עברה אם לאו נראה שאינו יכול להשביעה, כיון ששטר כתובתה בידה ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן. וכ"ש הוא לדעת רבינו שכתב פי"ד מהלכות מלוה ולוה שהטוען בשטר חוב שטר אמנה או רבית היה בו או אבק רבית שאינו יכול להשביע המלוה מחמת כך, אלא ישלם ואחר כך יטעון על המלוה במה שירצה אם יודה יחזיר לו ואם כפר ישבע היסת. ואף כאן, כיון שאין ידוע שעברה, הדין כן. חייב לפרעה, ואח"כ אם רצה לטעון עליה, אם תודה תחזיר ואם תכפור תשבע היסת, כנ"ל"

מדברי הרמב"ם והמגיד משנה עולה, שדין האשה בגביית הכתובה כדין לוה המוציא שטר על המלוה, שהלווה אינו נאמן לטעון טענות שיש בהם לבטל חיוב הממון שבשטר. וכעין זה מצינו בתשובת הרשב"א ח"א סי' תקעא שכתב בתוך דבריו:

"ומה שדנו להפסיד כתובתה מצד מוסר. זהו במה שהיא מודה לן שהפסיד על ידי מסירתה, או שיש לו עדים. אבל מה שאינה מודה אינה מפסדת, כדין כל מוציא מחבירו עליו הראיה. ואפילו היא מודה בקצת, על שאר טענות שאינה יודעת עליו להביא ראיה".

לכאורה יש להקשות פסקי הרמב"ם אהדדי.

הרמב"ם הלכות אישות פרק טו הלכה ז' כתב:

"נשא אשה ושהתה עמו עשר שנים ולא ילדה, הרי זה יוציא ויתן כתובה, או ישא אשה הראויה לילד".

ובהלכה ח':

"שהתה עשר שנים ולא ילדה, והרי הוא יורה שכבת זרע כחץ, חזקת החולי ממנה, ותצא שלא בכתובה ויש לה תוספת, לא תהיה זו פחותה מאילונית שלא הכיר בה, שיש לה תוספת, כמו שיתבאר".

ובהלכה ט':

"הוא אומר ממנה נמנע הולד, והיא אומרת ממנו נמנע מפני שאינו יורה כחץ, היא נאמנת, ויש לו להחרים סתם על מי שטוענת דבר שאינה יודעת אותו בודאי, ואחר כך יתן כתובה. ואם אמרה איני יודעת אם ממני אם ממנו, אין לה עיקר כתובה כמו שאמרנו, העמד ממון בחזקת בעליו, עד שתטעון בודאי שאינו יורה כחץ. ולמה היא נאמנת בטענה זו, מפני שהיא מרגשת אם יורה כחץ אם לא יורה כחץ, והוא אינו מרגיש".

וכתב המגיד משנה:

"אם אמרה איני יודעת וכו'. זה נלמד ממ"ש בגמרא איהי קים לה, וכל שטוענת שמא, לא קים לה. מלבד שהדבר בעצמו ברור

טענת ברי. אלא שהיא אומרת ומה בכך שהיא אינה ראויה לילד גם הוא אינו ראוי להוליד, והיא טוענת טענת ברי והוא אינו יכול להכחישה, דלא קים ליה ביורה כחץ, וקמ"ל רבי אמי דאיהי מהימנא. ולמאי דפרישית אפילו בתוך עשר נמי, והוא בא לגרשה בלא כתובה מחמת שהוא טוען טענת ברי שאינה ראויה לילד, והיא אומרת מיניה, איהי מהימנא. דלעיניה נתנה באחר ליכא למיחש, כיון דהיא אינה תובעת להתגרש".

משמעות דברי הרא"ש, שמסוגיא זו עולה שלולי הנאמנות המיוחדת שלה בטענת "מיניה" מפני שאינו יורה כחץ, לא היתה גובה כתובתה, עקב חילוקי הטענות ביניהם.

וקודם לכן בסי' יג כתב הרא"ש:

איבעיא להו נישאת לשלישי ושהתה עמו עשר שנים ולא היו לה בנים, מהו דליתבעוה הנך קמאי, מי מצי אמרי איגלאי מלתא דאת הוא דגורמת, או דלמא מצי למימר דהשתא הוא דכחשי. מסתברא אמרה להו השתא הוא דכחשי. נראה דמועיל האי טעמא, לענין שלא תחזיר מה שגבתה כבר מהם, אבל אם לא גבתה אינה מוציאה על ידי טענה זו מספק, דלאו טענת ודאי היא. דא"כ תנשא לשלישי כיון שהיתה ודאי בריאה תחת ראשון ושני לא הוחזקה עדיין, אלא ודאי אינה אלא טענת ספק להחזיק מה שבידה".

הרי נידון נוסף שאינה גובה כתובה מספק, ועיין ב"ש סי' קנד ס"ק לד.

**העולה מדברינו**, בסוגיא זו מבואר בדברי הרמב"ם הרמב"ן והרא"ש, שבמקום שבו התעוררו חילוקי טענות בין הבעל והאשה, ואף אחד מהם אינו נאמן בטענותיו ואינו יכול להוכיח אותן, אינה גובה כתובתה. יתרה מזו כתב הרמב"ן: "אין טענתה לכתובה, אלא כאשר שאמרה לבעלה מנה לי בידך, שאין בזה חזקה להאמינה".

#### שיטת הבית מאיר

מצאנו ביאור בהלכה זו בדברי הבית מאיר אה"ע סי' סח ס"ט.

נקדים מדברי השו"ע שם שכתב:

"כשטען שלא מצאה בתולה, אם אמרה מוכת עץ אני, נאמנת, ותחזור כתובתה למנה".

וכתב הבית שמואל ס"ק כב:

"לכאורה קשה בסוגיא זו, מה מדמה דין זה לדין מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דקי"ל דאוקמי" ממונא בחזקת מריה קמא, דהא שם איירי במלוה בע"פ, וכאן יש בידה שטר הכתובה".

וכתב הבית מאיר על דברי הב"ש:

"ואמת דאזיל בשיטת הרב המגיד שהביא ס"ק כא, שמשיג נמי על הרמב"ם הכא וגם בדין דסי' קט"ו ע"ש ומדמה לטוען אמנה או ריבית. ולענ"ד אינו דומה כלל, דשם הטעם משום דאינו יכול לגרוע השטר במה שמורה על הסתם היפוכו, דאילו כדטוען, למה נתן לו השטר, ולכן אינו מחויב להישבע, ואינו דומה לפירעון שהשטר עומד לכך. משא"כ בהנהו טענות

דהעמד ממון על חזקתו, ומספק אין לה כתובה, ושטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי, כדאמרינן בפרק החולץ (דף לח:): וכן עיקר".

ובלחם משנה בהלכה ח' כתב:

"אי דלא ידעינן אי יורה כחץ אי לא, א"כ העמד ממון על חזקתו, כדכתב לקמן רבינו, ואל יתן כתובה".

ובשולחן ערוך אבן העזר סי' קנד סעיף י' פסק:

"נשא אשה ושהתה עמו עשר שנים ולא ילדה, יוציא ויתן כתובה".

וכתב הבית שמואל ס"ק כב:

"לפי משמעות דברי המחבר מ"ש בסעיף ו' פוסק כרמב"ם, קשה איך כתב כאן סתם דיוציא ויתן כתובה, דהא לרמב"ם כל שהיא אינה אומרת ברי דהמניעה ממנו, אין לה כתובה".

העולה מהאמור, שהרמב"ם בפט"ו הלכה ט' קבע כשבמקום ששניהם נחשבים כספק, האשה מפני שאומרת שאינה יודעת, והבעל מפני שלא קים ליה, אנו פוסקים "העמד ממון בחזקת בעליו", ואינה כמחזיקה שטר בידה, שדינה לגבות את הכתוב בשטר, למרות ששניהם, הלוח והמלוה, בספק, כמבואר בש"ך סי' עה ס"ק סה.

וכן מפורש בדברי הרמב"ן במלחמות למסכת יבמות בסוף פרק ששי, שבמקום שיש ספק, אינה גובה כתובה, וז"ל:

"היא אמרה מיניה הוא, דאינו יורה כחץ, ואמר רב אמי דברים שבינו לבינה היא נאמנת, מאי טעמא, היא קים לה ביורה כחץ והוא לא קים ליה. הלכך ברי דידה עדיף. ומאחר שנאמנת בכך, אין לחוש לטענתו של בעל שהוא אומר שאינה ראויה לבנים, שאפילו כדבריו, אם בא להוציאה, צריך הוא ליתן כתובה, מאחר שאף הוא אינו יורה כחץ. אבל אם תרוייהו קים להו במילתא, כיון ששהתה עמו עשר שנים, והאי מ"מ יוצאה היא מביתו, לא היתה נאמנת. ואע"פ שאמרו חזקה אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה, הני מילי לטעון עליו טענה של שקר, כדי להוציאה וליתן לה כתובה, כגון גרשתני. אבל זה שמוציאין אותה בעל כרחיה, והיא טוענת, שלא להוציאה, אין טענתה לכתובה אלא כאשר שאמרה לבעלה מנה לי בידך, שאין בזה חזקה להאמינה".

וכן עולה מדברי הרא"ש במסכת יבמות סוף פרק ששי שבמקום שיש ספק, בזכותה לכתובה, אינה גובה מספק. הרא"ש בסי' טו כתב:

"הוא אמר מינה והא אמרה מיניה, א"ר אמי דברים שבינו לבינה היא נאמנת. תימה במאי מיירי ... ורב אלפס מפרש לה דאמתניתין קאי. דתנן נשא אשה ושהתה עמה עשר שנים, דתני עלה יוציא ויתן כתובה. והוא אומר מינה הוא, דלאו בת אולודי היא ולית לה כתובה. והיא אמרה דמיניה הוא, דאינו יורה כחץ. תימה, דילמא אינו אמת מה שהוא אומר דלאו בת אולודי היא, דבדברים בעלמא שהוא אומר דלאו בת אולודי היא אם אינו יכול לברר לא תפסיד כתובתה, אם לא שנאמר שטוען טענת ברי כגון שהיא מפלטת שכבת זרע, אלא שאינו יכול לברר בעדים, ורוצה לישבע, ואין מוציאין ממנו כתובה, כיון שטוען



ראשונה היא דליכא למימר חזקה, א"נ כגון מי שטען על אשתו שזינתה תחתיו ברצון וקא בעי להפסידה כתובתה. הא ודאי כיון דנקיטה לה כתובתה בידה, לאו כל כמיניה דקא מפסיד לה ניהלה בלא עדים ובלא ראייה. מיהו אם אמר לה השבעי לי דינא הוא דמשתבעת ליה כדין האי מאן דמפיק שטרא אחבריה כו' ואי קשיא לך, ההיא דאמרינן בתחלת פרק האשה שנתאלמנה טעמא דאיכא עדים הא ליכא עדים הבעל מהימן, דאוקימנא לר"ג ומשום דברי וברי הוא הבעל מהימן, דאלמא היכא דליכא למימר חזקה נמי היכא דבעל קאמר ברי לי איהו מהימן. התם ליכא כתובה בידה, דהא בעיקר מה שיש בכתובתה הוה דמנצו. בעל קאמר מנה ואיהי קאמרה מאתים, ומש"ה כיון דליכא בידה שטר כתובה, וליכא נמי סהדי אם בתולה נשאת ואם אלמנה נשאה, ומש"ה בעל מהימן כדין כל הממע"ה. אבל מי שיש בידה כתובתה, וטוען עליה הבעל טענה שמפסדת כלום מכתובתה, לאו כל כמיניה שמפסיד עליה כלום מכתובתה בלי ראייה."

וכן הביא השטמ"ק בתחילת פרק שני במסכת כתובות (דף טז. ד"ה ובשיטה ישנה),

"כתב הרב רבינו ר' יהוסף הלוי י' מיגש ז"ל וז"ל ואף על גב דקי"ל דכל היכא דטעין לה במידי דמפסדא לה לכתובתה, וקא אמר ברי לי, ואיהי קא מכחשה ליה, וקאמרה ברי לי, דאיהי מהימנא. דלאו כל כמיניה דקא מפסיד לה לכתובתה. הני מילי הכא דכתובתה כתובה ידועה וקיימת, וקא טעין עליה טענה שמפסדת בה כתובתה, כגון טענת זנות וכיוצא בהן, וכיון דכתובתה כתובה קיימת היא, לאו כל כמיניה דקא טעין עליה טענה שמפסדת בה כתובתה בלא ראייה. אלא דינא כדין כל מי שיש בידו שטר, שנשבע וגובה. אבל הכא לאו כתובה ידועה היא, שהרי חלוקתם בעיקר הכתובה היא אם הוא מנה או מאתים, איהו מהימן דהא אין בידה כתובה ידועה כדי שתהא נאמנת היא. הילכך היא לה הטענה שאין ביד אחד מהם שטר, דקי"ל המע"ה. נמצא עכשיו דמשנתנו בברי וברי וכו'."

הרי מבוארת שיטת הר"י מגאש שבכל טענה שהבעל מבקש לשלול את זכותה של האשה לגבות כתובתה, הגם שהוא טוען טענת ברי כנגד טענת ברי של האשה, אינו נאמן, כל עוד טענתו היא כנגד חוב הקבוע בשטר הכתובה. משא"כ כשהטענה היא ביחס לעיקר החיוב שבשטר הכתובה.

ובחידושי הרמב"ן על מסכת כתובות דף ט: כתב:

"קשיא לי דכיון דאוקימנא להא בדלא טענה איהי א"נ בברי וברי, פשיטא דאיהו מהימן ואפילו סבירא לן נמי כתובת אשה מן התורה שהרי לא כתב לה אלא ע"מ לכונסה וימצאנה בתולה וכיון שכן עליה להביא ראייה שנתקיים התנאי, אטו מאן דמפיק שטרא בתנאי לא אמרינן ל'י קיים תנאך ושטרך וחות לדינא, ומה טעם אמרו הם האמינוהו דאלמא אי דאורייתא לא מהימן וכדפרש"י ז"ל, ותו דקאמר גאון ז"ל דלענין תוספת כיון דאיהו כתב לה מדיליה לא האמינוהו חכמים ולא מהימן אמאי לא, ואיכא למימר כי אצטריכי להאי טעמא ה"מ בברי וברי כגון דאמרה בתולה שלימה נבעלתי דמדינא איהי מהימנא דלדידיה

דאתילדו אחר כתיבת השטר, מה ענין כח השטר להכי. הא למה זה דומה, לטוען נאנסו על שטר פקדון דנאמן. וגם דומה להמבואר בחושן משפט סי' קצ"א, דבאתרא דכתבו שטרא והדר יהבו זוזא, דיכול המוכר לתבוע מעות, אף דיש ביד הלוקח שטר שכתוב בו התקבלתי. ובסי' קט"ו, כל נאמנותה לאו מכח השטר, אלא משום דלה רובא וחזקת כשרות. דאף דאין הולכין בממון אחר הרוב, בצירוף חזקה אזלינן בתרה, כמבואר לעיל בשם בעל המאור. ואי נמי כדכתב הר"ן הנ"ל בסעיף ח' דאם לא כן מה הועילו חכמים בתקנתם. וכיון דנאמנותה לאו מכח סיועת השטר, שפיר דצריכה שבועה ככל הנשבעין ונוטלים. והיינו נמי דגבי תוספת דמצריכה שבועה, משום דאין נאמנותה מסיועת השטר, אלא כדכתב הר"ן הנ"ל. ומה דסבירא לן דהטוען אחר מעשה בית דין פרעתי לא אמר כלום, נמי משום דמסתמא חוב אלים כזה אינו פורע בלא שובר. אבל מילתא דממילא אתא, כמו פתח פתוח והיא מודה בגוף העסק, דשוב לא שייך סברת הר"ן דאם כן מה הועילו, פשיטא דיפה מדמה הסוגיא למנה בידך דהוי ממש כמלוה על פה. וקושיית הבית שמואל לעניות דעתי לא קשה מידי."

למדנו מדברי הבית מאיר שאם הספק בזכאות האשה לגבות את כתובתה נובע מחילוקי טענות אודות קיומו של אירוע שיש בו להפסידה כתובה, אין דינה של האשה כדין לוח המחזיק שטר והלוה טוען פרעתי שאינו נאמן. אלא דינם כלוה ומלוה הטוענים במלוה על פה. אלא אם כן טענת הבעל היא כנגד רוב וחזקת כשרות של האשה, כגון שהבעל טוען שאשתו עוברת על דת לאחר התראה או זינתה. ולפי דרכו, דוקא בטוען שאשתו עוברת על דת לאחר התראה והיא טוענת שלא היתה התראה, וכן בטוען שזינתה והיא מכחישה, בכל אלו מאחר שטענתו כנגד רוב וחזקה, אינו נאמן עד שיביא עדים. משא"כ בסוגיא דיבמות, שיש ספק מי הגורם שאינה יולדת, בכה"ג אין מוציאים ממון מספק.

### שיטת הראשונים בפרק ראשון במסכת כתובות

נראה ששיטת הבית מאיר אינה מתיישבת עם דברי הראשונים בפרק קמא דכתובות שנביא להלן. בספר שיטה מקובצת עמ"ס כתובות בסוף פרק ראשון הביא מדברי הר"י מגאש את העקרונות הקובעים ביחס לזכותה של האשה לכתובה בעת חילוקי טענות בין הבעל לאשה. ולהלן מקצת מדבריו הנוגעים לענייננו -

"כתב הרב רבינו יהוסף הלוי י' מיגש ז"ל, ולענין חלוקת האשה עם בעלה למדנו מכל שמועות ומשניות אלו שראינו בהם כמה אופנים לענין כתובתה וכללו של דבר ... היכא דאיהי קאמרה ברי לי ואית לי, ואיהו קאמר ברי לי ולית לך, איכא לפלוגי בהדא. דאי טענה דקא טעין בעל בשעת בעילה ראשונה היא איהו מהימן משום דחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה כדאמרינן אמר רב נחמן אמר שמואל האומר פתח פתוח מצאתי נאמן להפסידה כתובתה. ואי האי טענה דקא טעין לאחר בעילה

ולא כתב להיפך, שבלא ראייה אין לשלול את זכותה לתשלום שטר הכתובה.

לכן נראה שהגדר בסוגיא זו הוא כדלהלן - אם קודם ששמענו את טענת הבעל, לא התעורר ספק בזכותה של האשה לגבות את הכתובה, בנסיבות אלו הבעל אינו נאמן בטענה שיש בה כדי לשלול את זכותה לתשלום הכתובה, אלא עליו חובת הראייה להוכיח טענתו. על כן אינו נאמן בטענה שאשתו זנתה או שעברה על דת לאחר התראה. וכן בטענה שהיא בגדר "מוסר", הנידונה בתשובת הרשב"א ח"א סי' תקעא הנזכרת. אבל אם עוד בטרם נשמעה טענתו של הבעל, בפנינו ספק בזכותה של האשה לגבות את הכתובה, ביחס לנסיבות כאלו שכבר התעורר ספק בעצם החיוב, הבעל נאמן בטענתו, למרות ששטר הכתובה בידה.

לכן בשהה עם אשתו עשר שנים, עוד קודם שהבעל יטען שהליקוי נובע ממנה, מאחר שחלפו עשר שנים ולא ילדה, כבר קיים ספק האם היא עקרה או שהוא עקר, על כן לולי שהיא נאמנת בטענתה שאינו יורה כחץ, או כשאומרת חלוקה זו יסודה בספר כנסת הגדולה וקצות החשן שהסכים עמו.

בספר כנסת הגדולה חו"מ סי' פב הגהות הטור סעיף נו כתב הגדר אימתי השטר כגבוי ואימתי אינו כגבוי. וז"ל:

"נ"ל לומר, והוא הנכון, דס"ל להתוס' דאימתי אמרינן דשטר העומד להיגבות לאו כגבוי דמי, היכא שהשטר יש לו ריעותא מצד הדין או התקנה דומיא דסוטות. דכיון דמצד הדין היה להם לשתות ומתו בעליהן, איתרע שטרא כיון שעדים מעידים שנסתרה ואפשר שהיא טמאה ... וכיון שלא על פיהם איתרע שטרא, לאו כגבוי דמי. אבל בעובדא דסיטראי נינהו, כיון שהשטר לא איתרע אלא על פיו שהודה שקבל ... השטר במקומו עומד וגובה בו, אף כשאמר סיטראי נינהו לא איתרע שטרא וכגבוי דמי".

בספר קצות החושן סי' יב סק"א הביא מדברי כנסת הגדולה והסכים עמו, וז"ל:

"וכבר עמד בזה בעל כנסת הגדולה סימן פ"ב (הגה"ט אות נ"ז) ומיישב באיזה ענין הוא כגבוי ובאיזה ענין לא הוי כגבוי, ע"ש שהעלה דבספק לבד לא הוי כגבוי, אבל בשטר ברור הוי כגבוי וע"ש".

ובספר נחל יצחק סי' יב כתב על דברי קצות החושן:

"ובאמת כבר הקדימו בזה התוספות בסוטה דף כ"ה ע"ב ד"ה ב"ה אומרים לאו כגבוי דמי".

בתוס' שם כתבו:

"אי קשיא מהא דאמר בפרק המקבל (ב"מ דף קי.). יתומים אמרו אנו השבחנו וב"ח אומר אביכם השביח על מי להביא ראייה, סבר רב הונא למימר ארעא בחזקת יתמי קיימא ועל ב"ח להביא ראייה, אמר ליה ההוא סבא הכי אמר ר' יוחנן על היתומים להביא ראייה, מאי טעמא ארעא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דגבי דמי, ויתמי נייתי ראייה ונשקול. וכי ר' יוחנן שבק

איכא למימר שמא הטה או לא קים ליה שפיר ועוד דאיכא גבה מגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני תחתיך דלא מצי מכחיש לה הילכך אייה מהימנא מדינא אלא שהם האמינוהו, וי"ל דהכא כיון דרוב נשים בתולות נשאות ואיכא נמי חזקה דגופה הולכין אחר רוב ואחר חזקה, והכי איתא בירושלמי פ"ב, אלא דרבנן הימנוהו הואיל וקאמר ברי לי.

וה"מ בטוען מיד פ"פ מצאתי אבל לא בטוען אחר זמן ולא באומר לאשתו שזינתה שבודאי אינו נאמן, אלא ככל הטוען לחבירו פרעתין ויש לו שטר, שגובה, ולא כל הימנו, וכן בשאר כל הטענות הגורמות להפסידה כתובתה. והיינו דאמרינן חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה, כלומר כיון שמיד שבא עליה הוא טוען כך נאמן שאין אדם עשוי לטרוח בסעודה ולהוציא לעז על אשתו ולהפסיד סעודתו. אבל לאחר מכאן בשאר כל הטענות, אימלוכי הוא דאימליך ורוצה לגרשה, והוא מוציא לעז עליה כדי לפטרה בלא כלום".

ובחידושי הרשב"א במסכת כתובות דף י ע"א:

"והיינו נמי דאמרינן חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה כלומר אין אדם עשוי להוציא לעז על אשתו ומפסיד סעודתו אבל לאחר זמן הוה ליה כמוציא לעז על אשתו שזינתה שאינו נאמן להפסידה כתובתה, ככל טוען לחברו פרעתין שאינו נאמן כששטר חוב בידו וגובה שטרו".

וכן בחי' רבינו קרשקש עמ"ס כתובות דף ט: כתב:

"אם טוען שזינתה אינה נאמן להפסידה כתובתה, שלא האמינוהו אלא בטענת פתח פתוח, אבל בטענה אחרת לא. אלא הרי הוא כאומר לחברו פרעתין ויש לו שטר, שאינו נאמן".

וכן בחי' הר"ן עמ"ס כתובות שם:

"ודוקא בטענת פתח פתוח הוא דמהימן, משום דחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה ... אבל אם טען שזנתה לא מהימן, והרי הוא כאומר לחבירו פרעתין ויש לו השטר שאינו נאמן".

הרי שכל הראשונים הסכימו פה אחד, הבעל אינו נאמן בטענה שאשתו זינתה, מפני השטר שבידה. ושלא כסברת הבית מאיר הנזכרת. וכן בשו"ת רד"ך סי' ב' כתב:

"יד הבעל על התחתונה הואיל ומשמעות השטר הוא שיש לה תוספת והיא מוחזקת בשטרא, ולא מחלה לו או מכרה לו כלום, והבעל מבקש לקחת ממנה חזקת השטר, דפשיטא שיש לנו לומר שיד הבעל על התחתונה".

הגדר בהלכה זו - האם "איתרע שטר כתובה"

לכאורה היה מקום לטעון לסתירה בדברי הרמב"ן גופיה, שבחידושו למסכת כתובות כתב:

"ה"מ בטוען מיד פ"פ מצאתי, אבל לא בטוען אחר זמן ולא באומר לאשתו שזינתה שבודאי אינו נאמן, אלא ככל הטוען לחבירו פרעתין ויש לו שטר שגובה, ולא כל הימנו, וכן בשאר כל הטענות הגורמות להפסידה כתובתה".

ואילו בדבריו במלחמות במסכת יבמות כתב:

"אין טענתה לכתובה אלא כאשה שאמרה לבעלה מנה לי בידך, שאין בזה חזקה להאמינה".

והתשב"ץ ח"ב סי' רעב סיכם את שיטות הראשונים, וכתב: "בענין הכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא אבדה כתובתה, ובעי רבא בבריא היאך, וסלקא בתיקו. הרמב"ם ז"ל כתב דאבדה כתובתה, משום דנכסים בחזקת בעל הוה והממע"ה. ור"ח ז"ל כתב בזו יש מי שאומר דכל תיקו כה"ג חולקין. ויש מי שאומר דהכא נמי מקולי כתובה דיינין, ולא גביה כלום, שיש בקצת נסחי ההלכות ספרדיות, [ויש אומרים] דכיון דסלקו בתיקו, אית לה כתובתה, דממונא בחזקת אלמנה הואי, דלא דחינן שטרא מעליה משום ספקא בעלמא. ובס' אהע"ז (סי' ק"ו) כתב כדברי הרמב"ם ז"ל דאבדה הכל דהמע"ה".

והכתב המגיד משנה הלכות זכיה ומתנה פרק ו' הלכה ט': "כפירוש המשנה סבר הרב ז"ל לומר דהעמד שטר על חזקתו, ואינו נפסל אלא בראיה ברורה, וכאן הסכים לאמת דאדרבה היא המוציאה, דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי לדעת ב"ה כדאיתא ביבמות פרק החולץ. וכן כתב ר"ש ז"ל וז"ל ובבריא אוקימנא בתיקו וכיון דמספקא לן המוציא מחבירו דהיינו אשה עליה להביא ראיה דכלל דין אמרינן מאן דתפיס תפיס ע"כ".

בספר חזקה רבה (הלכה מד) באר מחלוקת הפוסקים בדרך זו:

"סברת הרי"ף נראה, כיון דחייב הכתובה מתחיל משעת נישואין, הוי כמו שאר חובות, ומקרי חזקת חייב אלא דלא הגיע זמנה לפרוע עדיין. ואם אח"כ שוב נולד ספק, הוי כאיני יודע אם פרעתיך דחייב, לכן כתב דמוקימין כתובה אחזקתה ועל הבעל להביא ראיה. וכן סובר גם הרמב"ם בפירוש המשניות, אבל בחיבורו חזר בו דאדרבה היא המוציאה וכמ"ש הה"מ, וכן הוא ג"כ פסק הלכה".

ונראה שהסכמת הרבה פוסקים, שיובאו להלן, כדעת השו"ע ובספקא דדינא אינה גובה כתובה.

א. מהר"ש בספר תורת חיים ח"ד סי' נו הביא מחלוקת הראשונים אם בעוברת על דת הצריכה התראה קודם שתפסיד כתובה האם די בהתראה שמתרין בה שלא תעבור עבירה זו, או שצריך להתרות ולהודיעה שתפסיד כתובה אם תשוב לעבור על דת, וכתב מהר"ש ביחס לחיוב הבעל בכתובה:

"אף אם נאמר שהדבר בספק ובפלוגתא, הא ודאי שאין מוציאין מיד הבעל, דמצי למימר קים לי וכו'".

ב. בספר לחם רב לבעל הלחם משנה, סי' נב, כתב בפלוגתת הראשונים אם במורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה וכבר הכריזו עליה, תפסיד כתובה רק לאחר י"ב חודש או קודם לכן, אין להוציא כתובה מהבעל מספק. וכן הוא בחזו"א אה"ע סי' טט סק"ב שרק אם תפסה, אין מוציאין מידה. וכן באוצר הפוסקים סי' עז ס"ב ס"ק מו אות א' הביא מספר פאת נגב סי' טו שאם הבעל מוחזק, יכול לומר קים לי כדעת הסוברים שאיני חייב בכתובתה. וכן הביאו שם בס"ק יז אות יב בשם ספר ברכת אברהם סי' לב שבכל פלוגתת הפוסקים אם האשה מורדת, אם הבעל מוחזק אין מוציאין ממנו את דמי כתובתה.

בית הלל ועביד כב"ש. יש לתרץ הכא דהשיעבוד עצמו של כתובה עומד בספק, לא קיימא ארעא לגוביינא, אמרי ב"ה דלאו כגבוי דמי, אבל התם היתומים מודו לב"ח בקרקע עצמו שהוא משועבד לו, ואינם מעכבין לפניו הקרקע, הלכך אפילו בית הלל מודו דבכה"ג כגבוי דמי, ולא קיימא ארעא בחזקת יתמי".

והוסיף בזה הנחל יצחק:

"אלמא דס"ל להתוס' דבחוב ברור לכו"ע כגבוי דמי. וכן ראיתי להנו"ב במהדורא תניינא חלק חו"מ סי' ל"ב שכתב כן מסברא דנפשיה ולא הביא להתוס' סוטה הנ"ל".

אמנם בהמשך דבריו, נטה הנחל יצחק מדרך זו, ונקט שגם בחוב ברור לאו כגבוי דמי.

נראה ששורש חילוק זה שכתב כנסת הגדולה כבר נמצא בחידושי הרשב"א במסכת כתובות דף ט: בסוגיית פ"פ. וז"ל הרשב"א:

"וא"ת כיון דאילו אינה מכחשת מהימנא, וגביא כתובתה, השתא נמי נהימנא משום מגו. דהא אמרינן לקמן (י"ג א') דטעמא דר"ג משום מגו. איכא למימר מגו לאפוקי ממונא במקום בריא ובריא לא אמרינן. ואף על גב דאיכא שטר כתובה, אפוקי ממונא הוא. ולא דמי להיחזקת דאמרינן בפרק שבועת הדיינין (מ"ב א') בענין ההוא דאמר ליה לחבריה הב לי מאה זוזי דמסיקנא כך והא שטרא, א"ל ולא פרעתיך בפני פלוני ופלוני, א"ל הנהו סטראי נינהו, ואמר רב פפא איתרע שטרא, והני מילי דא"ל פרעתיך בפני פלוני ופלוני, אבל שלא בעדים לא, מגו דאי בעי אמר לא היו דברים מעולם, כי א"ל סטראי נינהו מהימן, דאלמא כל לאוקומי שטרא לאו אפוקי ממונא חשבינן ליה. דהא ליתא, דהתם היינו טעמא משום דההוא שטרא שעת הכושר הוה ליה, אבל הכא אם איתא דזינתה תחתיו, שטרא כמאן דליתא דמי דלא חל שעבודא דשטרא כלל".

ונראה כוונתו לחלק בין שטר ברור שאין ספק בעצם החיוב, לשטר שהתעורר ספק על החיוב גופו, ספק שלא התעורר רק על פי טענת אחד הצדדים אלא מכח המציאות שאין עליה ויכוח והיא שפ"פ מצא.

#### גביית הכתובה בספיקא דדינא

לכאורה הדברים יכולים להאמר רק בשיטת הפוסקים שבספקא דדינא, אינה גובה כתובתה. במסכת בבא בתרא דף קלב ע"א:

"תנן התם: הכותב נכסיו לבניו, וכתב לאשתו קרקע כל שהוא - אבדה כתובתה ... בעי רבא בבריא היאך מי אמרינן בשכיב מרע הוא דידעה דלית ליה וקמחלה, אבל בבריא סברה הדר קני, או דלמא השתא מיהת לית ליה, תיקו".

ועיין בב"י אה"ע סי' קו שהרמב"ם והרא"ש ועוד ראשונים פסקו שמספק אינה גובה כתובה, והרי"ף סובר שמספק מעמידים כתובה בחזקתה ועל הבעל להביא ראיה שמחלה. ובשו"ע פסק שמספק הפסידה כתובה, ובב"ש סי' קו סק"ג, הביא גם דעת הרי"ף ולא הכריע.

קל"ב ע"ב], אף שיש בידה שטר כתובה אינה גובה, כמבואר באבן העזר סימן ק"ו וכיוצא בזה".  
ובביאורים כתב הנה"ח:

"כיון דאנן קיימא לן באבן העזר סימן ק"ו גבי האיבעיא דבבריא האיך, דמפסדת כתובתה ע"ש, על כרחך מחלקינן בין אם נולד הספק על הכתובה גופיה, בין נולד הספק על חוב אחר ורוצה לתפוס שטר ברור עבור חוב ספק, בזה אמרינן שטר העומד לגבות כגבוי דמי. והרי"ף [שם] דסבירא ליה דאפילו הספק בשטר גופיה מכל מקום גובה כתובתה, אפשר דסבירא ליה דגם בתרי ותרי השטר בתוקפו, או יש לחלק. אבל לדין דקיימא לן דספק אי מחל מבטל ליה לשטרא באה"ע סימן ק"ז הנ"ל, וכן בחושן משפט סימן מ"ג סעיף כ"ז גבי שמחל לו תביעות שיש לו עד עכשיו, וכתב הש"ך סימן מ"ב סק"ח דהטעם משום דהוי [תפיסה] קודם שנולד הספק, ואפילו טוען שמא, על כרחך צריך לומר חילוק הנ"ל".

ובספר נתיבות משפט על רבינו ירוחם להגאון רבי חיים אלגאזי ז"ל בדף רמב, כתב: במחלוקת ר"ת ושאר הראשונים, שההכרעה במחלוקת זו שהמוחזק יכול לטעון קים לי, כתב הנה"ח משפט:

"לעולם הבעל הוא המוחזק שיכול לומר קים לי כסברת החולקים על ר"ת, וס"ל דחייבת היא לדור עמו במקומו, ואם לא תבא לא אתן לה מזונות או אוציאנה ולא אפרע לה כתובתה ... ואפשר עוד דאפילו לא תפסה, מ"מ כיון שהכתובה שחייב לה הוא ודאי, והפסד הכתובה הוא ספק, אין ספק מוציא מידי ודאי. וזה מקצוע גדול הוא וצריך לפנים".

הרי שהגאון רבי חיים אלגאזי לא קבע בה מסמרות, אלא סיים שהדבר צריך לפנים, לברור הלכה זו, והיינו במחלוקת הפוסקים הנוכרת. אך לאחר שמרן המחבר בשלחן ערוך כבר הכריע, והסכימו עמו כמה פוסקים, הרי ששאלה זו הוכרעה. על כן בהתאם להכרעה זו, יש לקבוע את החלוקה הנוכרת בדברינו לעיל.

### כתובה לאחר קינוי וסתירה

במשנה במסכת סוטה דף כד ע"א שנינו באשה שעברה קינוי וסתירה:

"מתו בעליהן עד שלא שתו, בית שמאי אומרים נוטלות כתובה ולא שותות, ובית הלל אומרים או שותות או לא נוטלות כתובתן".

ובגמ' (דף כה ע"א):

"במאי קמיפלגי, בית שמאי סברי שטר העומד לגבות כגבוי דמי, ובית הלל סברי שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי".

ופרש רש"י:

"ובית הלל סברי לאו כגבוי דמי, והויא לה היא תובעת מספק דדלמא זנאי, הלכך אינהו ודאי והיא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי ועליה להביא ראיה שלא זינתה".

ולהלכה, הרמב"ם בהלכות סוטה פרק ב' הלכה ז' פסק:

ג. אמנם הב"ש בסי' קו הביא גם דעת הסוברים שהאשה מוחזקת בכתובתה, אך הב"ש לא הכריע. ואילו בדבריו בסי' קטו סק"ח כתב בשאלת אשה שהמירה דתה אם הפסידה כתובתה:

"מיהו נראה עיקר אם המירה ברצון, אסורה לבעלה, דהא הרא"ש משאנ"ץ ס"ל כן כמ"ש בתשובת מהרי"ק סוף שורש ק"ס והג"מ ות"ה סי' רמ"א, וכן משמע בתשובת הרא"ש. ואפילו אם היה פלוגתא, אינה יכולה להוציא הכתובה, אפילו אם לא התרה בה".

ועיין בספר שמן רקח ח"א סי' מד שהוכיח מדברי הב"ש הללו שבפלוגתא בשאלת זכותה של האשה לגבות כתובה, היא אינה נחשבת מוחזקת.

ד. עיין בית מאיר סי' סו ס"ג וסי' קו ס"א וסי' קנ"ד ס"א וסי' ג שנקט לדינא שהאשה אינה נחשבת מוחזקת.

ה. בבית יעקב סי' עה ס"א במחלוקת ר"ת ושאר ראשונים כתב שאם גרשה בעל כרחה יכול לומר קים לי כרמב"ם ורוב פוסקים, ואין מחייבים אותו בכתובתה.

ו. עיין בספר אוצר הפוסקים סי' סה סעיף ג' ס"ק כח אות ד' בפלוגתת הפוסקים אם מצוה לעלות לא"י בזמן הזה והאשה המסרבת לעלות מפסידה כתובתה, הביא הרבה פוסקים שכתבו שבמקום פלוגתא אי אפשר להוציא ממנו את הכתובה, כן הביאו מספר תומתי ישרים סי' סו ומספר בני משה, ספר ירים משה, ומספר זרע יעקב. וכן הגר"ח פלאגיי ז"ל בספרו נשמת כל חי חיו"ד סי' מט כתב:

"ולענין דינא, מאחר שבמחלוקת שנוי אי בזמן הזה חוששין לסכנת דרכים ... יכול המוחזק לומר קים לי, דהיינו אחד האיש ואחד האשה, הבא להוציא עליו הראיה ... ואם האשה מוחזקת גובה כתובתה, ועיין להרב פני משה סי' כ"ז, והוא ברור".

ועיין בפד"ר כרך ה' עמ' 67 בפסק דין של ביה"ד הגדול בהרכב הדיינים נ"ע הגר"ע הדאיה זצ"ל הגרי"ש אלישיב זצ"ל, והגר"ב זולטי זצ"ל, שהביאו מדברי ספר נשמת כל חי הנוכר.

ז. בספר רב פעלים ח"ד אהע"ז סי' יב כתב בנידון שהבעל מודה שאין לו גבורת אנשים וז"ל:

"אך לענין תוספת כתובה יש בזה מחלוקת בין הפוסקים, וכיון דאיכא פלוגתא בזה ולא נתברר בזה דעת מרן ז"ל בשו"ע שקבלנו הוראותיו, על כן אין יכולים להוציא תוספת כתובה מן הבעל כי הוא מוחזק ויש לו טענת קים לי".

ומכל הנ"ל תמוה מש"כ בבאר היטב סי' עה סק"י, עי"ש.

ובנתיבות המשפט דיני תפיסה סי' יד כתב:

"הא דבהלואה מהני תפיסה, דוקא שאין לשכנגדו שטר על חוב זה. אבל אם יש לחבירו שטר על חוב זה, לא מיקרי זה שבידו המעות מוחזק לתופסו, כשביל ספיקא דדינא ממקום אחר. אבל אם נפל ספק על חוב זה ממש, כגון שנים אומרים פרוע ושנים אומרים אינו פרוע, או שיש תיקו בש"ס אי נמחל, כגון בריא שכתב כל נכסיו לאשתו, שנשאר בתיקו אי מחלה הכתובה [ב"ב

אך נראה ששורש הלכה זו מבואר בתומים. בתומים סי' עה ס"ק כב בתוך בירור סוגיית ברי ושמא אי ברי עדיף, כתב: "מדברי התוס' בסוטה דף כ"ה ע"ב דהקשו לבית הלל למה אינן גובות, תקשי לר"ה ור"י דס"ל בפ"ק דכתובות ברי ושמא ברי עדיף. ותירצו ממש כמ"ש, דכל זמן שלא שותות לא מקרי טענה שלה ברי כלל דרגלים לדבר כו'. משמע דס"ל למ"ד ברי עדיף אפילו בלא הו"ל למידע, מ"מ באיני יודע אם פרעתין דהטעם משום ספק אין מוציא מידי ודאי, בעינן הו"ל למידע, דאל"כ למה הקשו התוס' הך לר"ה ור"י ולא לכו"ע, דהא איני יודע אם פרעתין לכו"ע חייב, וכאן אם זינתה והפסידה כתובתה הו"ל כאיני יודע אם פרעתין, וקשיא לכו"ע. אלא ודאי, דבזה שפיר סבירא ליה דבעינן הו"ל למידע, וזה לא שייך כאן, לכך הקשו לר"ה ור"י".

אך הוסיף התומים:

"ויותר אפשר לומר, דס"ל להתוס' שם הואיל וכתובה לא ניתנה להגבות מחיים, ולא בריר חיובו עד שימות הבעל או תתגרש, אף דשעבודו חל תיכף מעת נישואין, מ"מ לא מקרי חייב עד עת ראויה לגביה. ולכך אמרו דלא משתעבד בשעבודא דרכי נתן הואיל ולא בריר חיובא ולא מקרי חייב לה, וא"כ לא שייך אין ספק מוציא מידי ודאי, דגם החוב אינו ודאי, דאילו תמות לא יתחייב לה כלל. ואימת הוי ודאי חוב כשמת בעלה, ואז כבר קדמה הקינוי והסתירה והו"ל ספק אם חייב".

והנה בסוגיא הנזכרת במסכת בבא בתרא דף קלב. כתב נימוקי יוסף (דף ס' ע"א) בדפי הרי"ף:

"והאין בעיא סלקא בתיקו, הלכך אבדה כתובתה משם דהיא המוציאה מיד היורשים, ועליה להביא ראיה, דכל היכא דלית ליה לשטרא שעת הכושר מיקרי בעל השטר מוציא, והכי נמי היא המוציאה, וכן פירש הר"ש ז"ל".

וכן בפלפולא חריפתא אות ת' העתיק את לשון הנמוקי יוסף. אמנם בספר כתונת פסים הקשה על הנמוקי יוסף וכתב:

"לא ידעתי כוונתו אמאי מקרי לית ליה שעת הכושר, דהא היתה לו שעת הכושר טרם שחלק הבעל ואירע לנו הספק אם מחלה כתובתה אם לאו".

אך דברי הנמוקי יוסף יתבארו עפ"י סברת התומים, שכל עוד לא נחלט חיוב תשלום הכתובה, השטר נידון כשטר שלא הגיע לשעת הכושר.

וכן מבואר בספר אמרי בינה חלק חו"מ דיני דיינים סי' מו. על דברי הנמוקי יוסף שכתב שאין לשטר הכתובה שעת הכושר, כתב האמרי בינה:

"לשון זה צריך ביאור, וכנראה דכוונתו הוא דוקא בכתובה הואיל דלא ניתנה לגבות מחיים ולא ברור חיובו עד שימות הבעל או תתגרש, לא מקרי חיוב עד עת ראוי לגביה. ועיין תומים סי' ע"ה ס"ק כ"ב שכתב כן בביאור דברי התוספות סוטה דף כ"ה ... וזה נמי כוונת הנמוקי יוסף דלית ליה לשטרא שעת הכושר לכך מקרי בעל השטר המוציא. וזה דוקא בכתובה אבל לא בשאר חוב דברור י"ל דלכו"ע מוקמינן השטר על החזקה. ולדעת הרי"ף והר"י מגאש ור"ב והרמ"ה, גם בכתובה

"אשה העומדת לשתות, ומת בעלה קודם שתשתה, אינה שותה ולא נוטלת כתובתה".

וכן בש"ך חו"מ סי' יב ס"ק יז כתב שהלכה כבית הלל, ותמה על הב"ח. ועיין בב"ש סי' קנר ס"ק לד שכתב על דברי המרדכי ביבמות סוף פרק ששי:

"מ"ש שם, דקי"ל שטר העומד לגבות כגבוי דמי, לא קי"ל כוותיה",

וכן בב"ש סי' ט' סק"ד, וע"ע בספר ברכי יוסף חו"מ סי' יב אות טו שהאריך בזה.

לכאורה מסוגיא זו עולה שבמקום שקיים ספק, כגון שהבעל ביקש להשקותה עקב קינוי וסתירה, והאשה טוענת שלא נטמאה, אינה גובה כתובה מספק.

והיה מקום לומר הטעם שמאחר שקנא לה ונסתרה, כל עוד לא שתתה נאסרה על בעלה, וזו העילה להפסידה כתובתה. לכאורה זה אינו, שהרי בגמ' מבואר שאינה גובה מפני הספק ושטר העומד להיגבות אינו כגבוי. הרי שאם כגבוי דמי, וכדעת בית שמאי, תגבה כתובתה.

והנה יש אומרים שאין ראיה מסוגיא זו לנידון שבו הבעל טוען לאירוע הגורר הפסד כתובה, והאשה מכחישה. דשאני הכא, שהבעל כבר מת והדר"ד הוא בין יורשי הבעל לאשה.

כן כתב הבית מאיר על אה"ע סי' קעח סעיף טו, וז"ל:

"דוקא לגבי היורשים הוא לא יהי ספק והיורשים ודאים, שהמזון ירשו בבירור, ואילו זינתה ונפטר הבעל מכתובתה, מעולם לא חל על שום חיוב עליהם. כי טרם שירשו ממון אביהם כבר נפטר משעבודו ... ואף דהיא טוענת ברי ואינהו שמא, מ"מ לגבי דידהו הוי כאיננו יודעים אם נתחייבנו, דאם אבינו נפטר, לא נכנסנו מעולם בשעבוד. משא"כ לגבי הבעל עצמו, מה בכך שהיה קינוי וסתירה והיא אינה בת שתיה, אכתי היא טוענת ברי ואינהו שמא, דהוי נתחייבתי ואיני יודע אם פרעתי".

ובספר נחל יצחק סי' צז סכ"א (עמ' קצה) באר בדרך אחרת, עיי"ש שהביא שיטת הרי"ף שהביא הב"ש סי' קו סק"ג, שבספיקא דדינא לא הפסידה כתובתה, וכתב הנחל יצחק שאין להקשות לשיטה זו מהא דמתו בעליהם עד שלא שתו, דלכאורה הוי ספק בפירעון ומספק הפסידה, וכתב לבאר:

"וע"כ מוכח לחלק, דשאני התם בסוטה, דכיון דקינא לה ונסתרה, הוי כנולד ריעותא בה ... ובסוטה דף כה שם תוס' ד"ה ברי ושמא ... ותירצו דכיון דהתורה עשאה לספק עד שתשתה, ע"כ אינה יכולה לטעון טענת ברי עכ"ל. אלמא דלא נקראת טוענת ברי מחמת שהתורה עשאה לספק".

ועיין בחזו"א אה"ע סי' עז סוף ס"ט שכתב:

"הא דהביא בבית מאיר ראיה מספק זינתה, אין ראיה, דהתם אינו עקירת תקנת חכמים, אלא שכן הוא תקנתן, דוקא לכשירה ולא בשזינתה".

ולפי דרכו אין ראיה מנידון שבו הספק בעצם תחילת החיוב. על כן לפי דרכים אלו, אין להוכיח לנידון דנן מסוגיא זו.

והנה בשלטי הגבורים עמ"ס בבא מציעא בפרק המקבל, כתב:

"למאן דפסק כמרדכי דשטר העומד לגבות כגבוי דמי, לא פסק כך רק לגבי כתובה, דס"ל דגבי שטר כתובה מקריא להחזיק, משום דאלים כח מעשה בית דין, וכמוחזקת היא, כמ"ש המרדכי עצמו בהגהות מרדכי דכתובות המתחלת תשובות רבינו מרדכי".

ובספר שו"ת רבינו חיים כהן סי' מט הביא מדברי שלטי הגבורים וכתב שהרמב"ם והמ"מ בהלכות אישות פט"ו הלכה ט' אינם סוברים כן, אלא ס"ל העמד ממון על חזקתו. והגאון רבי חיים רפאפורט ז"ל בתשובתו הביא חמש ראיות מסוגיות הש"ס להוכיח כשיטת הרמב"ם, ע"ש.

אך יש להעיר על דבריו שתי הערות -

א. מעיון בדברי השלטי גבורים עולה שלא כתב דבריו אלא ביחס לשטר כתובה שלא יצא ספק או ערעור על החוב גופו. בזה כתב "דאלים כח מעשה בית דין, וכמוחזקת היא", ואינו דומה לשאר שטרות, שגבייתם עדיין מחוסרת מעשה ולא ניתן לגבותם בלא תביעה בבית דין ופסק דין. וכתב שם:

"מההיא דאמרינן בפרקין, דשטרא כין דלגוביינא קיימא כגבוי, נ"ל דכל המחוסר מעשה באותו ענין, ואין בידו לעשותו, לא אמרינן כיון דמדינא הוא כך, חשוב כאילו נעשה ... כל מילתא דלא הוי בידו לעשותה, כגון גביית השטר שאין בידו לגבותו, שהרי צריך לדיינים ולא בידו הוא, דמי יימר דמזדקקו ליה בית דין, אז לא חשבינן ליה כגבוי עד שיהיה ממש גבוי".

לכן גם דברי הש"ג ודאי לא יאמרו ביחס למקום שיש ספק בזכותה של האשה לגבות כתובתה, כגון ספק עקריות וכיוצ"ב, ולכן דברי הרמב"ם בהלכות אישות פט"ו ה"ט אינן בהכרח סותרים לדינו של הש"ג.

ב. מאחר ודברי הש"ג הנזכרים להעדיף שטר כתובה על שטרי ממון אחרים מיוסדים על ההלכה שהטוען אחר מעשה ביי"ד אינו נאמן, הרי שלדעת רוב הראשונים, הלכה זו לא נאמרה אלא ביחס לעיקר הכתובה ולא ביחס לתוספת הכתובה. וזאת מפני שעיקר כתובה האשה גובה גם ללא ששטר הכתובה בידה, משא"כ ביחס לתוספת הכתובה. וממילא ביחס לתוספת הכתובה מלכתחילה סברת הש"ג אינה נאמרת.

הראשונים שכתבו שהלכה זו של הטוען אחר מעשה בית דין לא אמר כלום לא נאמרה ביחס לתוספת הכתובה הם - הרי"ף בתשובה שהביא בעל המאור ב"מ פ"א (דף י:); בדפי הרי"ף, נמוקי יוסף (שם), התוספות ב"מ דף יז. ד"ה הטוען, וכן הריטב"א במסכת כתובות דף פח: כתב:

"שלא אמרו הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום, אלא לעיקר כתובה בלחוד, שהוא תנאי ב"ד".

וכן הבית יוסף אבן העזר סי' ק' כתב:

"נתבאר גם כן בדברי הרמב"ם (פט"ז הכ"ב) והרב המגיד, שתוספת ונדוניה אינו בכלל הטוען אחר מעשה בית דין, וכ"כ הר"ן שם (מט.)."

מוקמינן על החזקה, דהם סברו דכיון דהשטר כתובה והחוב נשאר במקומו, רק שסלקה שעבודה מהני נכסי, וכיון שהספק על סילוק השעבוד, דומה לשאר שט"ח דמוקמינן השעבוד על חזקתו".

והנה הרא"ש במסכת בבא בתרא פרק ט' סי' כא כתב:

"אמר רב נחמן שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר ועמד, אינו חוזר, חיישינן שמא יש לו נכסים במדינת הים, והא דחיישינן מספיקא לאפוקי ממונא, היינו טעמא משום דיש כאן מתנה גמורה בקנין, אלא דמחמת אומדנא הוא דאמרינן אם עמד חוזר והאי אומדנא לא אמרינן אלא היכא דבריר לן בודאי דהוי מתנה בכל נכסיו, אבל היכא דמספקא לן לא אמרינן אומדנא".

וכתב על דבריו בספר זכור לאברהם (להגאון רבי אברהם בן אביגדור) הלכות זכיה ומתנה פרק ח' הלכה כ':

"התימה לענ"ד על הרא"ש ז"ל שהוא מרא דהאי סברא, דכל דאיכא לאיסתפוקי באומדנא כל דהוא לא הויא אומדנא, למה פסק בהאי אומדנא דבבריא היאך דלא גביא, דמה לי כשהספק הוא בנותן או במוחל, והרי כאן אית לן ספקא אי בבריא מחלה או לא מחלה, והבעל בריא בחיובא הוא בכתובה מדאורייתא או מדרבנן, וגם הוא עושה מעשה גמור שכתב לה חיוב הכתובה, ומספקא לן אי איכא אומדנא דמחילה א"כ הוא בריא בחיובא וספק במחילה, וכיון שהרא"ש ז"ל כתב בבעיא דהקדיש או הפקיר או חלק כל נכסיו דכיון שההקדש הוא מעשה גמור אינו מתבטל אלא כשיש אומדנא גמורה, גם בזה הו"ל למימר כי התם, וק"ו הוא כיון שחיוב הכתובה כבר הייתה עליו חוב גמור שכתב לה חוב הכתובה ומשום אומדנא אנו באים לבטלו ואין כאן אומדנא גמורה דסלקא בתיקו, למה פסק דאינה גובה.

ונראה לענ"ד לומר דלא דמו דבאינהו בעיי הוא דאמר הרא"ש ז"ל דאיכא מעשה גמור, אבל חיוב הכתובה לא מיקרי חיוב גמור, ולטעמיה אזיל שכתב בפרק החובל דחוב הכתובה אינו נקנה במעמד שלשתן אם מכרה האשה כתובתה בטובת הנאה והמרהו ללוקח אצל בעלה במעמד שלשתן דמהני בעלמא, אין מועיל בכתובה בעודה תחת בעלה, כיון דעדיין לא ניתנה לגבות עכ"ד. והוא מדברי התוס' שם בגמרא בפרק החובל דף פ"ט סוף ד"ה כל לגבי בעלה וכו' יעו"ש. א"כ לפי זה אין כאן חיוב ברור, ולא דמי לנותן מתנה או מקדיש או מפקיר, דהתם דוקא אמר הרא"ש דבעינן אומדנא ברורה לבטל המעשה הברור דהו"ל בריא בחיובא, אבל בענין הכתובה אינו כן שעדיין החיוב איננו, ובעודה תחתיו באנו לספק שמא מחלה שעבודה שהיה עתיד לבא כשתתאלמן או תתגרש, א"כ כשתתאלמן או תתגרש ותובעת כתובתה הבעל אומר איני יודע אם נתחייבתי לך שכבר מחלת לי קודם שחל עלי חוב זה ודוק:

אחר ראיתי להרב הנמוקי"י בפרק יש נוחלין שכתב וז"ל והך בעיא סלקא בתיקו הילכך אבדה כתובתה משום דהיא המוציאה מיד היורשים ועליה להביא ראיה, דכל היכא דלית לשטרא שעת הכושר מיקרי בעל השטר מוציא והכא נמי היא המוציאה עכ"ל. ונראה שכוונת דבריו במ"ש היכא דלית לשטרא שעת הכושר וכו' הוא מה שכתבתי".

הכתובה, יש לקבוע כדלהלן - אם לולי הטענות האשה בחזקת זכאית לתשלום הכתובה ואין יסוד להטיל ספק בזכותה זו, על הבעל להוכיח את טענותיו, ובלא ראייה, הבעל מחויב.

אך אם עוד קודם לשמיעת טענותיו, כבר לבית הדין התעורר ספק בזכותה של האשה לתשלום הכתובה, בנסיבות אלו היא אינה כמוחזקת בכתובה, וחזרנו לדין שהמוציא מחבירו עליו הראייה, ובלא ראייה אינה גובה כתובתה. אמנם נראה שהלכה זו תלויה במחלוקת הראשונים שהובאה באה"ע סי' קו האם בספיקא דדינא גובה כתובתה, אך להכרעת השו"ע ועוד גדולי הפוסקים, הוכרעה ההלכה שבספיקא דדינא אין דינה כמוחזקת, ובהתאם להכרעה זו יש לקבוע כאמור.

לענין זה, גם אם האשה טוענת טענת ודאי, הכל תלוי בנסיבות המתקיימות בעת שהצדדים הגיעו לדיון בבית הדין בפעם הראשונה. וכשם שכל הכרעה בספקות, גם בהלכות איסור והיתר, נקבעים בהתאם לנסיבות שבהם הדבר מובא בפני הרב המתבקש לפסוק, ואותה שעה היא הקובעת ביחס לקביעת הספק, כגון בספק של קבוע או פריש בבשר הנמצא בין חנויות. ה"ה בנידון זה, שעת הדיון הראשונה בין הצדדים קובעת האם עוד קודם בירור המשפט קיים ספק בסיסי בשאלת זכותה של האשה לגביית הכתובה.

אמנם בפד"ר כרך ג' בפסק דין של בית הדין הגדול בהרכב הדיינים נ"ע הגרי"מ בן מנחם הגרי"י הדס והגרי"ב זולטי כתבו בעמ' 164 כדלהלן:

"ואף שהדיון בנדון דידן הוא בתשלום הכתובה והבעל הוא המוחזק בכתובה א"כ מספק שהיא דינה כמורדת אין להוציא ממנו את הכתובה. אמנם כתב בספר נתיבות משפט על רבינו ירוחם ספר מישרים נתיב כ"ג גבי פלוגתא דרבנותא אם הבעל יכול לכופה לדור עמו במקומו אם הבעל שהוא המוחזק יכול לומר קים לי ולא יפרע לה כתובתה וז"ל: ואיפשר עוד דאפילו לא תפסה מכל מקום כיוון שהכתובה שחייב לה הוא ודאי, והפסד הכתובה הוא ספק, אין ספק מוציא מידי ודאי וזה מקצוע גדול הוא וצריך לפנים. וכן נראה דעת הבית שמואל בסי' קנ"ד סק"ב שכתב בפלוגתא דרבנותא במומין גדולים שידעה בהן, אם היא יכולה לומר סבורה הייתי שאני יכולה לקבל עכשיו א"י לקבל, שאפילו לרמ"א שפסק אין כופין להוציא מ"מ אין דינה כמורדת אם אין רצונה לדור עמו וי"ל קים לי כהני פוסקים, ועיין בבית מאיר שם שתמה דהלא כמורדת דינה לפחות מכתובתה והבעל הוא המוחזק בממון.

אכן דעת הב"ש הוא כמש"כ הנתיבות משפט הנ"ל כיוון שהכתובה שחייב לה הוא ודאי והפסד הכתובה הוא ספק אין ספק מוציא מידי ודאי ועיין בכנה"ג כללי קים לי אות מ"ו ובברכי יוסף חו"מ סי' י"ב סעי' ט"ו.

וגם לדעת הבית מאיר יתכן לומר שרק בספיקא דדינא אין להוציא מהבעל הכתובה שהוא המוחזק כיוון שהוא טוען טענת ודאי קים לי כדעת הפוסקים שדינה כמורדת והפסידה כתובה, אבל בספק בקביעת העובדא אם היא מורדת או לא בזה גם

ואף שבהגהות האשרי במסכת כתובות פי"ב סי' ז' הביא דעת ראשונים לדון הלכה זו גם ביחס לתוספת כתובה, היינו באותה תוספת של מאה ליטרין, או מאתיים זקוקין, שכולם הורגלו בה, ודינה כבי"ד של כהנים שכלם כתבו ארבע מאות זוז, שיכולה לגבותה גם ללא שטר כתובה. משא"כ ביחס לתוספת אחרת שבכל כתובה נקוב סכום אחר, ביחס לתוספת זו לא נאמרה ההלכה שהטוען אחר מעשה בית דין לא אמר כלום, ולכו"ע אינה כגבויה, והאשה אינה כמוחזקת בה, אם אכן קיים ספק בזכותה לגבות כתובתה.

יש שהביאו ראייה מדברי מהרי"ק שרש פא שהאשה נחשבת מוחזקת בכתובתה, ממה שכתב:

"ועל ענין הכתובה, חזרתי אני בעניותי על כל צדדים וצדי צדדים ולא מצאתי שום צד שבעולם שיוכל שום דין להפסידה כתובתה מכמה טעמים... ועוד אמרין פרק הכותב (דף פה) גבי ההוא שטרא דאתי לקמיה דרבא ואמר ליה רב פפא ידענא ביה כהאי שטרא דפרוע הוא דלא הימניה רבא וא"ל רבא איכא סהדי אחרינא בהדי מר כו' כדאיתא התם, ומי לנו בדור הזה אשר יהיה נאמן יותר מרב פפא לארועי שטרא דכתובה. דדבר פשוט הוא דכח שטר הכתובה עדיף מכח שטרי הלוואה, משום דהוה מעשה ב"ד, וכן משום חניא, כדמוכח בכמה מקומות בתלמוד".

אך יובהר, דברי מהרי"ק נאמרו בנסיבות בהם עלתה טענה שהאשה זינתה, ולא היתה עדות של שני עדים להוכיח טענה זו, ובוזה כתב מהרי"ק דבריו אלו. והיינו כפי שהתבאר לעיל, מאחר שאין עדות המועילה להפסד הכתובה, ובטרם שמענו דברי הבעל אין כל ספק בחיובו בתשלום הכתובה. משא"כ במקום שעוד טרם טען טענותיו כבר קיים ספק, וכמו שהתבאר.

והנה בספר ישועות יעקב אה"ע סי' קס"ה סק"א כתב:

"באשה שאמרה שבעלה מאוס עליה מפסדת כתובתה, משום שעיקר החיוב שנתחייב בעלה ליתן לה הכתובה, הוא רק אם ימות או יגרשנה מדעתו, אבל אם הגירושיין הוא מחמתה לא נתחייב. ואף אם האמת שמאוס עליה עד שאי אפשר לה לדור עמו היה מגיע לה הכתובה, מ"מ כיון שבעלה מסופק בדבר הוי כמו אינו יודע אם נתחייב לה בכתובה".

בהתאם לדבריו, בנסיבות שבהם אנו רואים שהאשה מאסה בבעל ואינה רוצה בו, אך אין אנו יודעים אם היא יזמה זאת או המצב נובע מהתנהגות הבעל שהביא אותה לכך, הרי שזו שאלה ביסוד ההתחייבות, מכיון שאם הגירושיין הוא מחמתה מלכתחילה לא נתחייב, כמ"ש הישועות יעקב. ובספק, דינו של הבעל כספק בחיוב, ופטור כל עוד הספק לא התברר.

על כן מכל הנ"ל מסקנת הדברים היא -

בנסיבות שבהם עומדת לדיון שאלת חיוב הבעל בתשלום הכתובה, ועולות טענות לפוטרו מתשלום, עקב אירוע כזה או אחר שיש בו לשלול את זכותה של אשתו לתשלום

הוא בעיה במציאות ... לאור כל זאת, ברור הדבר שלא הפסידה האשה את כתובתה, כי כפי הנראה הגורם לגירושין היה הבעל ועזיבתו את הבית. לפיכך יש לחייב את הבעל במלוא תשלום דמי הכתובה לאשה".

אך לאור האמור בדברינו, אין דבריהם בשני פסקי דין אלו מחוורים.

הראיה מספר נתיבות משפט אינה ברורה, מאחר שבנתיבות משפט הסכים שקיימת מחלוקת הפוסקים בשאלה האם בספיקא דינא האשה נידונה כמוחזקת, וכל דבריו שציטטו בפסק הדין נאמרו בעת שהביא את השיטה הסוברת שהיא מוחזקת, אך בנתיבות משפט שם לא הכריע במחלוקת זו, ולא מצא לנכון לעסוק בהכרעה במחלוקת זו, אלא רק הציג את שתי השיטות, ובודאי שאין מקום לייחס לו את מה שייחסו לו בפסקי הדין הללו.

ואמנם לכאורה הב"ש נטה לדונה כמוחזקת, אך הבית מאיר חולק עליו, וכך הוא העיקר לדינא כמבואר לעיל. ובודאי שאין יסוד לחלוקה בדעת הבית מאיר, כפי שכתבו בפסק הדין בבית הדין ברחובות, כפי שיראה המעיין בשאר המקומות שהבית מאיר עסק בבירור שאלה זו - כמבואר לעיל מדבריו בסי' סו, סח, קו.

גם ביחס לשיטת הב"ש, יש לומר כדלהלן - לעיל הבאנו מדברי הב"ש בסי' קטו סק"ח שבמקום מחלוקת הפוסקים הבעל נחשב כמוחזק. אך אין סתירה בשיטת הב"ש, מאחר ובסי' קנד קבע שלא לדונה כמורדת כשאינה רוצה לדור עם בעלה שיש לו מומים שידעה מהם קודם נישואין, ויכולה לטעון קים לי כפוסקים שגם בכה"ג כופין לגרש. בנסיבות אלו של מחלוקת הפוסקים, לא ניתן להכריז עליה כמורדת, מאחר שאין הכרזה מספק. ובהעדר הכרזה אין הפסד כתובה. ובהעדר הכרזה, אי הפסד הכתובה כבר אינו שנוי במחלוקת הפוסקים. ומה שכתבנו שאין הכרזה מספק כן מבואר בפד"ר כרך ו' עמ' 46 ועמ' 50 שהביאו מהחזו"א והחמדת שלמה שאין מקום להכרזה והמלכה מספק. וכן בפד"ר כרך ח' עמ' 61 כתבו:

"במורדת, כיון דצריכה לפסק בית דין, צריך להיות דין פסוק בלי ספק".

לכן בין אם בפנינו ספק בהלכה ובין כשקיים ספק במציאות, לא ניתן להכריז.

**מסקנת הדברים:** בנידון בפנינו הצדדים בפירוד ואינם רוצים זה בזה, נסיבות שהם חיוב גירושין לשניהם. נטל הראיה לזכותה של האשה בתשלום הכתובה מוטלת עליה. בהיעדר ראיה, יש לקבוע שספק אינה זכאית לכתובה.

הבית מאיר מודה שמספק היא לא הפסידה כתובתה, שהרי אין בפנינו טענת ודאי שהיא מורדת, והרי זה כאומר הלויטני ואיני יודע שפרעתך שחייב לשלם ועיין בשו"ת המהרי"ט ח"א סי' קי"ט ע"ש".

ובפסק דין מבית הדין הרחובות בראשות האב"ד הרה"ג רבי נחום גורטלר שליט"א בפסק דין מיום ט' חשון תשס"ז בתיק מס' 1-21-2897 נכתב כדלהלן:

"וזאת יובהר, דאף לו נניח את הדבר כספק - הרי לא הפסידה האשה את כתובתה מספק. ועליו חובת נטל ההוכחה להוכיח שהפסידה כתובה. ואף על פי שהבעל הוא המוחזק בכתובה א"כ מספק לכאורה אין להוציא ממנו את הכתובה. כבר כתב בספר נתיבות משפט על רבינו ירוחם ספר מישורים נתיב כ"ג גבי פלוגתא דרבוותא לגבי זכאותה של האשה בכתובה דחייב, "כיון שהכתובה שחייב לה הוא ודאי והפסד הכתובה הוא ספק אין ספק מוציא מידי ודאי, וזה מקצוע גדול הוא וצריך לפנים". וכן דעת הבית שמואל בסימן קנ"ד סק"ב שכתב בפלוגתא דרבוותא במומין גדולים שידעה בהן אם היא יכולה לומר סבורה הייתי שאני יכולה לקבל עכשיו א"י לקבל, שאפילו לרמ"א שפסק אין כופין להוציא מ"מ אין דינה כמורדת אם אין רצונה לדור עמו ויכולה לומר, קים לי כהני פוסקים. ועיין בכנה"ג כללי קים לי אות מ"ו ובברכי יוסף חו"מ סי' י"ב סעי' ט"ו. הביאו זאת בפד"ר ח"ג (עמ' 164).

ואע"פ שבבית מאיר שם, מבואר דפליג ע"ד הב"ש בזה, שהרי תמה ע"ד הב"ש, הלא כמורדת דינה לפחות מכתובתה והבעל הוא המוחזק בממון. מ"מ שמעתי מכב' אב"ד הגר"נ גורטלר שליט"א לחלק, דכל דברי הב"מ הם דווקא במומים שהיו קודם הנישואין, דאז יש מקום לטענת מקח טעות על הנישואין ועל הכתובה ולכן הבעל הוא המוחזק. אך כאשר בנישואין הייתה התחייבות ודאית כמו בנידון דידן, אלא שיש לנו ספק אם הפסידה כתובתה, ודאי דהוי כאיני יודע אם פרעתך ולא פליג בזה הב"מ כלל. ודבריו נכונים.

זאת ועוד, שהרי שם בפד"ר כתבו הדיינים הגאונים הגר"י עדס והגר"י בן מנחם והגר"ב ז'ולטי זצ"ל בזה"ל: "וגם לדעת הבית מאיר יתכן לומר שרק בספיקא דינא אין להוציא מהבעל הכתובה שהוא המוחזק כיוון שהוא טוען טענת ודאי קים לי כדעת הפוסקים שדינה כמורדת והפסידה כתובה. אבל בספק בקביעת העובדא אם היא מורדת או לא בזה גם הבית מאיר מודה שמספק היא לא הפסידה כתובתה, שהרי אין בפנינו טענת ודאי שהיא מורדת, והרי זה כאומר הלויטני ואיני יודע שפרעתך שחייב לשלם ועיין בשו"ת המהרי"ט ח"א סי' קי"ט ע"ש. וכן משמע מדברי שו"ת הרדב"ז ח"א סי' שס"ד". והכא



## סימן מה

## עיכוב חיוב האשה בגירושין כשהבעל אינו מציית לפסק דין למזונות

שאלת חיובה בגירושין אין צורך לברר האם הושלמו התנאים להגדרת "מאיס עלי" שדנים הפוסקים בנסיבות שהאשה מבקשת לחייב את הבעל בגירושין, אלא בנידון זה שהבעל תובע את הגירושין, די בכך שבית הדין קובע שהאשה אינה רוצה להמשיך את החיים המשותפים עמו כפי שהוא".

בהחלטה נוספת החלטנו שלא לחייב את הבעל במזונות האשה אלא רק במזונות הילדים. וזאת מאחר שנקבע מעמדה כאשה הטוענת "מאיס עלי" ונשללה זכאותה למזונות עבורה.

בסיומה של ההחלטה נכתב: "בטרם ינתן פסק הדין בית הדין מחליט כי מן ההכרח שהצדדים ינהלו מו"מ במגמה להסדיר הסכם גירושין שיהיה מקובל על שניהם, הסכם שיחסוך את הצורך בפסק דין לגופה של תביעת הגירושין. ככל שכעבור שלושים יום לא תושג הסכמה, הצד המעוניין יגיש בקשה להמשך ההליך".

כמו כן יצוין שבפרק הזמן מאז הדיון האחרון וההחלטה הנוכחת, הוגשו בקשות ותגובות מטעם הצדדים, מהם עולה שלא עלה בידם להגיע לכל הסכמה, באחת מהתביעות התלויות ועומדות.

מזה שנתיים, האשה כאן בארץ והבעל בארה"ב, אין צפויה חזרתם למגורים משותפים, ובהחלטה כתבנו: "בעת הזו בנסיבות מגפת הקורונה, אין מקום להורות לבעל להתייבב לדיון נוסף בתביעת הגירושין, עם כל הכרוך בהתייבבות כזו בעת הזו, כשאין ההכרח בכך, לצורך השלמת ההליך לביורור תביעת הגירושין, ובהתאם לבקשת הבעל, בית הדין קובע שכעת כבר ניתן לפסוק בתביעת הגירושין, על יסוד הדיונים שכבר התקיימו והחומר שבתיק".

**עד כאן מאותה החלטה.**

לא נכון להלאות את הצדדים בדיונים נוספים, כשהתבררה עילת גירושין כמפורט להלן, ובנסיבות המתוארות ובהיעדר הסכמה, הוטל על בית הדין לפסוק בתביעות הגירושין והכתובה, ולהלן פסק הדין בנושאים השנויים במחלוקת בין הצדדים.

**המחלוקת בין הצדדים ביחס למקום המגורים**

ביחס לשאלה האם היה תנאי שהוסכם על שני הצדדים שמקום המגורים הקבוע שלהם יהיה בארה"ב, נחלקו הצדדים. הבעל טוען שהיה תנאי ברור כזה, ואילו האשה מכחישה זאת. ככל שהאמת כטענת הבעל, הרי שאם האשה אינה מסכימה למלא אחר התנאי יש לחייב אותה בגירושין ללא כתובה. יצוין לדברי הפוסקים שדנו ביחס לסיכום

בפני בית הדין תביעת הבעל לשלום בית ולחילופין גירושין, ותביעה לחלוקת רכוש, ומאידיך תביעת האשה לכתובה, ולפיווי גירושין. כמו כן נידונה תביעת האשה למזונות עבורה ועבור הילדים. כעת לאחר הגשת סיכומי הטענות והעיון בחומר שבתיק, להלן פסק הדין.

הצדדים נישאו ביום ... ולהם שני ילדים, ולשניהם אלו נישואין שלישיים.

התקיימו שלושה דיונים, ומזה שנתיים וחצי שהצדדים אינם גרים יחד, לאחר שהבעל חזר למקום מגוריו טרם הנישואין, בארה"ב, ולפני כשנתיים חזר לזמן קצר ארז את חפציו וחזר לארה"ב שלא על מנת לשוב לארץ.

לטענת הבעל, הותנה ביניהם בתנאי ברור בטרם נישאו, שמקום המגורים שלהם יהיה בארה"ב, וכי בזמנו עוד קודם לסגירת השידוך, כל עוד שהאשה לא הסכימה לתנאי זה, לא הביא להשלמת השידוך. אלא שלאחר הנישואין, נאות לגור בארץ פרק זמן, על מנת שיעברו למגורי קבע בארה"ב.

ביחס לתשתית העובדתית העומדת ביסוד פסק הדין הנוכחי, נציין לכמה החלטות הרלבנטיות לקביעת העובדות.

יצוין להחלטה קודמת שבה בית הדין קבע את מעמד האשה כטוענת "מאיס עלי", עם ההשלכה ההלכתית העולה מקביעה זו, שהיתה נוחה לאשה, והיא: שכעת כבר אין לבעל הזכות בנכסי מלוג שלה, וכי אין להסתמך עליהם בעת חישוב חובתו למזונות הילדים. וכך נכתב באותה החלטה:

"בשלב זה בית הדין אינו מוצא מקום לקיים דיון יסודי בשאלה ההלכתית האם על פי ההלכה האשה חייבת לגור במקומו הנוכחי של הבעל מאחר ונוכחנו שהאשה סבורה שלא יוכלו להמשיך יחד עקב בעיות אחרות שאינן קשורות לשאלת מקום המגורים, כשלטענתה הבעל חייב לעבור טיפול בטרם יהיה ניתן לבחון חזרה לחיים משותפים.

ב"כ הבעל טען לזכויות בפירות נכסי מלוג של האשה, כגון שכר דירה המתקבל מנכס שהיא משכירה, אך עפ"י ההלכה אין לבעל זכות פירות נכסי מלוג בנידון של טוענת "מאיס עלי", ולא מחמת ספק לאחר שתפסה אלא מדינא, עיין שו"ע אה"ע סי' ע"ז ס"ב בח"מ סק"ח בב"ש סק"ט ובסיכום השיטות באוצר הפוסקים ס"ק כד אות א".

**עד כאן מאותה החלטה.**

יצוין להחלטה נוספת שניתנה לאחר הדיון השלישי, שבה קבענו עובדתית כי: "במשך השנה האחרונה מצד שני הצדדים אין כל התנהלות המבטאת רצון לחזרה לשלום בית, אלא האשה רואה את בעלה כאמור לעיל. מאחר שבנסיבות המתוארות הבעל תובע להתגרש עקב כך שאשתו כבר אינה רוצה אותו כפי שהוא כעת, ולעניין

אתו. וכן הוסיפה שנכפה עליה להתחתן איתו, אבל ההתנהגות שלו בלתי אפשרית, וכי ההתנהגות בבית היתה נוראית, וכן אינו לוקח תרופות הנחוצות עבורו. עוד הבהירה: "אני נשואה פעם שלישית וחיייתי עם משוגעים, מקרה קשה כזה לא ראיתי, הילדים שלי מחקים אותי, אני לא מוכנה לעבור לגור במקום זר ללא תמיכה ועם בעל מטורף".

וכן הודיעה שאחרי טיפול תרופתי תסכים לקבל אותו. ובדיון השלישי, חזרה ואמרה כדלהלן:

"החלטתי לא להתגרש פעם שלישית, הבאתי שני ילדים לעולם...הוא שלח חבר לשכנע אותי לעבור לאמריקה, שמעתי אותו 40 דקות והסברתי לו את שאר הבעיות, סיפרתי לו עם דוגמאות מה עברתי בחיים, והוא הבין מהר שהבעיה לא מקום המגורים, אלא עם מי אתה חי, זה היה לפני פסח, קבעתי שהוא יגיע לארץ ויבדק על ידי פסיכיאטר שאני אקבע, והוא לא הגיע... אמרתי שילך לטיפול, אני סובלת שש שנים עם בעל שמתעלל בי, הוא מתעד ומקליט אותי, שומר כל פתק וכל הקלטה, יושב לי בנשמה בצורה לא בריאה והסכמתי לחיות עם זה, הלכתי למטפלים שונים, לא אמרתי לו שהוא חולה, ניסיתי לעזור, שיבוא ונראה מה אפשר לעשות", עד כאן מדברי האשה בדיון.

הרי שמצד אחד האשה מודיעה על החלטתה שלא להתגרש בפעם השלישית, למרות שהיא רואה את בעלה כאדם מטורף, שהתנהגותו היתה נוראית ובלתי אפשרית. האשה לא הגישה תביעה לשלום בית, ובדיון האחרון התברר שמזה חודשים רבים שהצדדים אינם מדברים.

אין הסבר אחר להתנהלות האשה, אלא שמנוי וגמור עמה שלא לחזור לבעל, כפי שהוא במצבו הנוכחי, למרות שאין ברשותה אבחון בעייתי מסוג כזה או אחר על הבעל.

הגם שהבעל הושיט יד לחזרה לשלום בית. האשה סירבה. אמנם היא אינה רוצה להתגרש בפעם השלישית, אך גם אינה רשאית לעגן את הבעל רק מכיוון שהגיעה להחלטה שלא להתגרש בפעם השלישית.

לעיל הצגנו רצף החלטות הקובעות את התשתית העובדתית בנידון דנן, כמפורט לעיל. אך מעיון בכתב סיכומי טענות האשה, לולי שהוצגו פרטי הצדדים היה מקום לחשוב שבא כוחה מתייחס לתיק אחר, שבו שני בני הזוג חפצים בשלום בית ולא לתיק הנוכחי, שבו הן הבעל בנסיבות הנוכחיות כבר מבקש להתגרש ללא דיחוי, והן האשה אינה רוצה את בעלה כפי שהוא, הגם שאינה רוצה להתגרש.

כשהאשה אומרת אני אסכים לקבל אותו לאחר שיגיע לפסיכיאטר ויעבור טיפול, זו אמירה ברורה שאינה רוצה אותו "באשר הוא שם", כפי שהוא. מה עוד, שלא הוצגה כל אסמכתא שהבעל אכן חייב טיפול פסיכיאטרי, כמיוחס לו על ידי האשה.

ההלכה ביחס לאשה המורדת בבעלה ומבהירה שמרידתה נעוצה במציאות כזו או אחרת, התבארה בתשובת הרשב"א

מוקדם עוד קודם לנישואין ביחס למקום המגורים, והובאו באריכות בספר אוצר הפוסקים סי' עה סק"ז. ועיי"ש שהביאו מתשובות הגאונים שכתבו:

"אם התנו ביניהם בעת השידוכין הכל לפי התנאי, והיוצא מן התנאי ידו על התחונה".

וכן הביאו מתשובות הגאונים גאוני מזרח ומערב סי' צא שאם סיכמו קודם לנישואין שהבעל רשאי לדרוש לעבור לגור במקום אחר, "אין לה חפץ לשבת עם בעלה, שוברת כתובתה ויוצאה". וכן עולה מדברי הרמב"ם פי"ג מאישות הי"ז ומדברי הרא"ש בתשובה כלל ל"ג ס"ב. ועיין בתשובת מהר"ם שבשלטי הגבורים על המרדכי כתובות סי' רע"ה ובתשב"ץ ח"ג סי' ק"י שאם אינה הולכת לגור עם הבעל במקום שחייב בו עפ"י הדין, דינה כמורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה. ולפי זה אליבא דטענת הבעל, מאחר שהיא מסרבת לקיים את התנאי לעבור עמו לגור במקומו הנוכחי, דינה כמורדת, שיש להכריז עליה.

אך כל האמור, רק אם תתקבל טענת הבעל שהיה תנאי למגורים בארה"ב. אך בנסיבות הנוכחיות שהאשה מכחישה את טענתו, כל עוד הבעל לא יברר ויוכיח את טענתו, אינו נאמן. וזאת כפי העולה מתשובת מהר"ם אלשיך סי' נ"ה שכתב בנסיבות של מחלוקת בין בני הזוג אם היה תנאי מוקדם של מקום המגורים, שהבעל אינו נאמן בלא ראיה, ואם יש לבעל עד אחד, האשה חייבת שבועת התורה להכחיש את העד. וכן בתשובת התשב"ץ ח"א סי' צז כתב שאם לולי התנאי, עפ"י ההלכה מקום מגורי הזוג במקום מסוים, הטוען שהיה תנאי לגור במקום אחר אינו נאמן. ולפי זה בנ"ד שגרו כמה שנים בארץ, ולולי הטענה לתנאי, אין הבעל רשאי להוציאה מהארץ, נטל הראיה שהיה תנאי, מוטל על הבעל.

על כן ביחס למחלוקת בין הצדדים בשאלה אם הוסכם על מקום מגורים כאן בארץ, כל עוד אין ראיה מוכחת, כגון שני עדים, המוכיחה שהוסכם על מקום מגורים בארה"ב, הבעל אינו נאמן.

עוד היה מקום לדון בנידון זה שהבעל לא הצליח להתפרנס כאן בארץ, עפ"י תשובת תרומת הדשן סי' רטו שהביא הרמ"א סי' עה ס"א בשם יש אומרים, עיי"ש. אך אם האמת שהותנה מראש שיגורו בארץ, כטענת האשה, עדיין תלוי באשלי רברבי, עיין נודע ביהודה קמא אה"ע סי' סז ואוצר הפוסקים סי' עה ס"ק יח אות י' שהביא דעות האם דברי תרומת הדשן יאמרו גם בכה"ג, אך אין מקום להאריך בהלכה זו, מאחר שבית הדין נוכח שהאשה אינה רוצה שלום בית עם בעלה כפי שהוא במצבו הנוכחי, וכמו שיבואר להלן.

**אשה הטוענת שלבעלה מחלה נפשית ולכן לא ניתן לגור עמו אך אינה רוצה להתגרש**

האשה אמרה שבעלה אובחן כחולה קשה, וכי קשה לחיות

רק לטענה שבה הדין עמה, כגון שמבקשת שיפירע חוב שעפ"י דין מוטל עליו לפרוע, ורק בכך"ג אם שמה גבול מוגדר למרידתה עד שיפירע, בזה כתב הפני משה דבריו הנזכרים, משא"כ כשאין הדין עמה בטענתה.

על כן בנסיבות המתוארות שבעת הזו האשה אינה רוצה את בעלה למגורים עמו בביתה ולשלום בית, גם אם אכן האמת כדבריה, שהיה תנאי של מגורים כאן בארץ, ואינה חייבת ללכת אחר בעלה למגורים בארה"ב, עכ"פ בכך שהיא שוללת כל חלופה של חזרת הבעל למגורים עמה, דינה כמורדת. היה מקום לקבל את עמדתה, אם היתה מבקשת שהבעל יחזור לביתם, ובד בבד ייעשה בירור בדרכים המקובלות, האם הוא זקוק לטיפול כזה או אחר, והוא יפעל בהתאם להמלצות המקצועיות. לא כן כשהיא קובעת מראש, ומאבחנת אותו כבעל מטורף ושוללת על הסף חזרתו לבית.

עוד יובהר ביחס לשאלת חיוב האשה בגירושין: כל האמור בפוסקים הנזכרים, בנידון שהאשה תובעת להתגרש, אבל כשאינה רוצה להתגרש, עקב טענות אלו או אחרות כאמור לעיל, אלא הבעל תובע להתגרש, הדין הוא כאמור להלן, עיין תשובת עזרת כהן (להראי"ה קוק זצ"ל) סי' נו שכתב בנסיבות של אשה הטוענת שבעלה נכפה ושוללת חזרה לשלום בית, שהבעל פטור מכל חיוביו לאשתו, וז"ל:

"אבל הדברים מוכחים מעצמם, דהב"ש מיירי כשהוא רוצה לגרשה, אלא שהיא מעכבת ואינה רוצה בגט, שבכה"ג כיון שהיא פורשת ממנו, והוא מצידו רוצה לפוטרה בגט, אלא שהיא אינה רוצה, כה"ג דמיירי כשהיא נכפית, שהוא רוצה לגרשה והיא אינה חפצה להתגרש, דפוטרו אותו משאר כסות ועונה, וה"נ כשהוא נכפה, שהוא פוטרו, ג"כ מיירי כשהוא רוצה לגרשה, אלא שהיא פורשת ממנו ואינה חפצה להתגרש, מפני שרוצה שיפרנסנה מ"מ, ע"ז כתב הב"ש שהוא פטור מחיוביו נגדה".

וכן הגר"א גולדשמידט זצ"ל בפסק דין שבפד"ר חלק א' עמוד 343 בשאלת זכאות האשה למזונות עבורה, בנסיבות אחרות, כתב וז"ל:

"אולם אין לנו צורך לברר ולהכריע עכשיו בשאלה זו, כי בנידון דידן ברור הדבר שאין לה מזונות; כי טענת הבעל היא: אם אינך יכולה לסבול אותי, התגרשי ממני. ולא יתכן הדבר שתסרב לחיות איתו מפני שאינה סובלתו, וגם תחזיק בו ולא תקבל גט ממנו, וגם נאמר שהוא חייב במזונותיה, דבר זה אין הדעת סובלתו".

והוא הדין בנידון דנן, אנו נאמר לאשה, לא יתכן שתסרב לחיות עם בעלה, תחזיק בו ולא תקבל גט, וכל זאת מפני שאינה רוצה להתגרש בפעם השלישית, אלא מוטל עליה לקבל את הגט, ואינה רשאית לעכב אותו להותירו במצב הנוכחי שאין גירושין ואין שלום בית. וכן היא ההלכה הפסוקה בשולחן ערוך סי' קסה סעיף ג', שממנה יש ללמוד שבנ"ד מוטל על האשה לקבל גיטה. וז"ל השו"ע:

החדשות (מכתב יד) סי' קעח שהביא הבית יוסף סי' עז, והרמ"א בסוף סי' פ', וז"ל הרשב"א:

"לפי שלא נתבאר לי מלשון השאלה מה שהיא טוענת שתשוב לבית בעלה אם יביאה אל ביתו ויפירע מה שלותה, ונסתפקתי אם היא מתעכבת בלבד מחמת שהוא אינו קורא לה, או שאינה רוצה לשוב אליו עד שיפירע מה שלותה ואחר כך יביאה ואז תשוב אליו. על כן אני אומר, שאם מחמת שהוא אינו רוצה להביאה ולקרוא לה, מסתברא שאינה מפסדת על זה כלום, שהוא אינו רוצה בשמושה, כי שמא בושה ממנו אחר שלא הראה לה פנים בעוד שהיתה חולה ואחר שנתרפאת, מפני שיצאה שלא ברשות, ואין כאן מרד כלל לא מתשמיש ולא ממלאכה. ועוד שאם יבא הוא אצלה אינה מונעתו מכלום. אבל אם היא מעכבת אף מחמת פרעון מה שלותה, בזה יראה שאינו חייב לזונה, דקרוב הוא בעיני לומר שזה אחד מדרכי המורדת באומרת בעינא ליה ומצערנא ליה, דכל האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה טענה יש לה על הצער שהיא רוצה לצערו. וגם זו עילה מצאה לצערו ותולה בפרעון מה שלותה".

ועיין בתשובת פני משה ח"א סי' נו שגם אליבא דתשובת הרשב"א, אם האשה הגבילה את זמן מרידתה לפרק זמן קצוב עד פירעון הלוואה שהוטל עליה, וחוששת מבעלי החוב שיפגעו בה, אינה כמורדת. ועל זה כתב בשו"ת עבודת השם (לרבי שמואל מאטאלון) סי' יח (ד"ה ולכאורה) אודות הנידון שבפניו:

"משא"כ בנ"ד שטענתה היא שימתינו לה עד אחר שתלד, דעד אותו זמן אפשר שיוסר הפחד מלכה, דמי מפיס שטענתה היא אמת, אם לא שמואסת בו מעיקרא, והשתא דחויי קמדחה דעד אותו זמן יוסר הפחד מלכה. ועוד דכולי האי ואולי כיון דטענתה היא טענת שמא. ועוד דשאני נידון הפני משה והעדות ביעקב ז"ל דסמי בדיה דבעל לתקן הדבר, ומשום הכי שמה האשה הגבול ההוא, דבאותו פרק שיתקן בעלה הדבר תשוב לבית בעלה ככתחילה, דזה ודאי הוי זמן מוגבל בלי ספק. משא"כ בנ"ד דהגבול זמן ששמה האשה לא סמי בידה כלל, דאפשר דאף לאחר זמן שתלד, לא יוסר הפחד מלכה כי הכא דבידי שמים, וזה ברור לענ"ד, עכ"ל.

נידון דנן דומה לנידון בתשובת עבודת השם, שבו האשה אינה שמה גבול קצוב לסיום פרק הזמן למרידתה, וגם בנידון דנן האשה אינה מוכנה שבעל יחזור לביתם, והגבול שהציבה אינו סמיא בידה ואינו בידו של הבעל, שהרי כידוע מעולם אין לדעת מהי התועלת שתצא מהטיפול הפסיכיאטרי שלדעתה נחוץ לבעל, והכל בידי שמים. על כן גם לו יהי כדבריה, שלבעל נחוץ טיפול פסיכיאטרי ובשל כך מסרבת לשוב לדור עמו, עדין דינה כמורדת האומרת בעינא ליה ומצערנא ליה. מה עוד שלא הוצגו אסמכתאות לצורך וההכרח בטיפול זה, אלא הכל נובע מהחלטתה של האשה, שאינה בר סמכא רפואית.

ועיין עוד בשו"ת כוכב מיעקב (לרבי יעקב חנניה קובו) אה"ע בסוף סי' ו', שהעלה שתשובת הרשב"א הנזכרת מתייחסת

לכאורה, היה מקום לטענה, שדברי המבי"ט אינם מתיישבים עם פסק הרמב"ם והשו"ע. אך בהכרח לחלק בין מום פיסי כזה או אחר, כגון המבואר ברמב"ם (שם), למום המשבש חיים משותפים, כגון בעיות נפשיות. חילוק זה מיוסד על מש"כ בשו"ת מהרי"ק החדשים סי' כד שהשיב אודות אשה התובעת להתגרש כשבעלה נכפה, וז"ל:

"לפי הנראה לע"ד דכל דבר התלוי באנינות דעת ואסטינסות, יותר הוא מום באיש מבאשה, כדי שלא יקשה עליו הקושיא שהקשה מהר"ם דהא תנן האיש שהיו בו מומין אין כופין אותו להוציא, אלא ודאי דהתם מיירי במומין דלית בהו אנינות הדעת דומיא דנקטעה ידו או רגלו או נסמית עיניו דקתני סיפא דמסתמא מומין קטנים הוה דומיא דמומין גדולים, ומשום הכי אין כופין אותו להוציא דאשה בכל דהו ניחא לה, אבל במידי דאנינות הדעת לא ניחא לה בכל דהו, וא"כ הוא הדין לנכפה דמסתמא אין לך אנינות הדעת גדול מזה, ונהי פשיטא דלא כייפינן אהווא דעתא לעניין שנכוף אותו להוציא, מ"מ ראוי לחוש אליו לעניין הממון ולכל הפחות שלא להחשיבה כמורדת".

ולפי דרכו של מהרי"ק, יתיישבו דברי המבי"ט, שאין להקשות מפסק הרמב"ם דאיירי במומים דלית בהו חסרון אנינות הדעת. ועדיין הלכה זו טעונה בירור מאחר ובפסק הרמ"א הנוכח אין מקום לחילוק בין המקרים.

העולה מדברינו, לפי העולה מתשובת המבי"ט, אם היה מתברר כדברי האשה, לא היתה נידונה כמורדת, ואינה מפסידה כתובתה. אך מאחר וטרם התברר שהדין עמה בטענותיה, לכו"ע בעת הזו לא ניתן לחייב את הבעל בכתובתה.

#### עיכוב הגירושין עד מילוי חובת הבעל לתשלום מזונות הילדים

אם יתברר שהבעל לא מילא את חובתו לתשלום מזונות עבור הילדים, האשה זכאית לעכב את קבלת הגט עד שימלא את חובו במלואו.

בגמ' במסכת סנהדרין דף כח ע"ב גבי בני חמוה דמר עוקבא קרובים ונתרחקו הוו, אתו לקמיה לדינא, אמר להו פסילנא לכו לדינא וכו', אלא משום דלא צייתיתו לדינא. וכתב בהג"א שם ואף על פי שהדין מצוות עשה הוא, אעפ"כ במקום שאדם יודע שאין נשמעין לו פטור מלומר להם הדין. וכתב בשו"ת תשורת ש"י ח"א סי' תרלז:

"ואם אחד לבד גברא דלא ציית דינא, אזי הרשות ביד הדיין שלא לדונם בממה נפשך. אם יחוייב זה דלא ציית דינא, הרי מצוה שלא לומר דבר שאינו נשמע. ואם יזכה בדין, הרי כתב הרמב"ם בפרק כד מהלכות סנהדרין הלכה ו' וז"ל וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים, ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק, או לקנוס אלם". וכ"ש זה דלא מזדקק לו בשב ואל תעשה".

והרב החיד"א בספרו שו"ת יוסף אומץ (סי' מז אות ד) כתב:

"יבמה שתבעה היבם לחלוץ, והיא אינה רוצה אלא לישאר עגונה, אין שומעין לה, אפילו היה היבם נשוי".

והוסיף הרמ"א:

ודינה כמורדת, ונתבאר דינה סי' ע"ז.

הרי שאין לה זכות להותירו במצב שהיא זקוקה לו, ק"ו להותירו כשהיא נשואה לו.

#### זכאות האשה לכתובה

ביחס לחובת הבעל בתשלום הכתובה: יצוין להחלטה קודמת ולהודעת הבעל שהתקבלה לאחר החלטה זו המודיע על הסכמתו לשלם מאה זו ועוד מאה זקוקים. מאחר ובכל מקרה מדובר בסכום קטן של מאה זו ועוד מאה זקוקים כשיד בעל השטר התחוננה ומחשבים לפי השערוך הנמוך, עיין פד"ר כרך י"א עמ' 362, ולאחר שבנסיבות של חיוב האשה בגירושין נשללה הטענה לתשלום פיצויי גירושין, כעת עדיין לא ברור שהאשה אכן תעמוד על מיצוי בירור ההלכה בזה.

אך ביחס לשאלת זכאותה לכתובתה. למרות שהבעל הביע הסכמה לתשלום מאה זו ומאה זקוקים, עדיין, ובזיקה לטענה שעלתה בסיכומי טענות האשה לחיוב פיצויי גירושין, נכון לברר האם עפ"י דין האשה זכאית לכתובה ותוספת הכתובה.

בתחילה נדון מה דין הכתובה ותוספת הכתובה, אם היה מתברר שאכן מצבו של הבעל כמתואר בטענתה.

לכאורה היה מקום לקבוע שאינה זכאית לכתובה עפ"י דברי הרמב"ם פרק כ"ה מאישות הי"א והשו"ע סי' קנד ס"ד אודות בעל שיש לו מומים, שאינם מומים גדולים שכופין עליהם את הגירושין, ופסקו:

"אין כופין אותו להוציא וליתן כתובה אלא אם רצתה תשב ואם לא רצתה, תצא בלא כתובה כדין כל אשה מורדת".

ולפי זה כל עוד לא התבררו מומים גדולים שכופין עליהם את הגירושין, אם אינה רוצה לגור עמו, למרות שלדבריה קיימת לכך הצדקה ברורה, עדיין דינה כתובעת גירושין עקב מום כזה או אחר, וכל עוד לא התברר חיובו בגירושין, דינה כמורדת. וכן יצוין לפסק הרמ"א בסי' עז סעיף ג' בטענת מאיס עלי באמתלא מבוררת בדינא דמתיבתא אינה זכאית לכתובה, וז"ל:

"אבל כל מה שנתן לה או כתב לה אינה נוטלת כלום, ואפילו תפסה צריכה להחזיר".

ומקורו מדברי המרדכי פרק אע"פ, ומבואר במרדכי וברמ"א שאינה זכאית לכתובה ותוספת כתובה.

אמנם בתשובת המבי"ט חלק ג סי' ריב, לא כתב כן, וז"ל:

"וכן באומרת מאיס עלי שאין בטענתה ממש כיון שאינה נותנת אמתלה לדבריה וטוענת הנראית לחכמי המקום למה הוא מאוס עליה וכמו שכתוב בביג"ה פי"ד, אבל באה מחמת טענה כמו שכתב רבי"ה וטענה טובה היא, כנ"ד שאינה יכולה לסבול עתה שנתחזק עליו חולי זה, ולכך אינה מפסדת כתובתה".

ובתשובת מהרש"ם חלק ה' סי' ס' כתב:

"בנ"ד כיון דכופין אותו לגרש א"כ אף שלא נתרצה רק באופן שתחזיר החפצים מ"מ הוי גט, ואמנם לדעת אף דכופין אותו היינו אם אינו רוצה לגרש כלל אבל בנ"ד שרצה לגרשה רק בתנאי שתחזיר לו החפצים שלו והדין עמו בזה בודאי אין בידינו לכופו".

וע"כ בספר עטרת דבורה ח"ב סי' צא מש"כ בהלכה זו. וה"ה בנידון דנן שהנידון הוא חיוב האשה בגירושין, מאחר שהבעל גר בארה"ב וקשה לנקוט ביחס אליו אמצעי הוצל"פ לשלם את אשר חויב בהחלטת בית הדין למוזנות ילדיו, רשאית האשה לכופו לשלם את אשר הוטל עליו בהחלטת בית הדין, בדרך של עיכוב קבלת הגט, למרות שכבר נפטק לחייבה בגירושין, וזאת כל עוד אינו מציית לשלם את חובו.

#### מסקנה:

א. תביעת הבעל לגירושין מתקבלת, והאשה חייבת להתגרש. ככל שהאשה מבקשת לחייב את הבעל עפ"י הסכמתו בתשלום מאה זוז ומאה זקוקין, עליה להודיע תוך שבעה ימים.

ב. עם קבלת אסמכתא שהבעל שילם את מלוא חובו לדמי המוזנות, האשה תתבקש לאשר זאת, וככל שיתברר שהחוב אכן שולם כמתחייב, תינתן לבעל הוראה להגיע לבית דין במקום מגוריו לכתיבת גט ולמשלוח הגט באמצעות שליח כמקובל בנסיבות אלו. עם קבלת הגט בבית הדין, האשה תתבקש להגיע לקבלו.

"ומלשון מר עוקבא דאמר פסילנא לכו דינא עד שמזה דנו שפסול משום קורבה והדר פירש להו דלא צייתי. מוכח דלא לבד שמותר לו לסלק עצמו כמ"ש הרב הנזכר. אלא דחובה עליו להסתלק. הן אמת דגם לשון אור זרוע שהביא הגהות אשרי הוא במקום שאדם יודע שאינן נשמעין לו פטור מלומר הדין וכו' ע"ש, ועיין בריש סימן י"ב."

והוא הדין בנ"ד, כל עוד הבעל לא ימלא את המוטל עליו בתשלום דמי המוזנות עפ"י החלטת בית הדין, נכון שבית הדין יקנוס אותו בעיכוב השלמת סידור הגט.

ועיין בבית מאיר סי' ע"ז ס"א במש"כ:

"אם הוא עשיר וזנה בפחות מהראוי ובגלל כן אינה רוצה לדור עמו יש לה דין מורדת, אבל לע"ד בלא ק"ל אינה מורדת ככה"ג שאינה מורדת כדי לצערו כ"א לכופו לזונה כראוי. דהא ק"ל בח"מ סי' ד' עביד אינש דינא לנפשי, וא"כ מי יכריחנה לילך לב"ד לכופו אם היא תוכל לכופו במרדה".

ועיין בספר דברי יוסף (להגאון רבי יוסף כהן וצ"ל) ח"ב סי' כח (עמ' לד-לט) שדן בדברי הבית מאיר, ומסקנתו להסכים עם סברת הבית מאיר בנסיבות שעיכוב מילוי החובה, נועד לאכופ ציות לדין.

וכן בפת"ש אה"ע סי' קסה סק"י בסופו, במש"כ מתשובתו שב יעקב אה"ע סי' מא ותשובת שיבת ציון סי' צו מהם עולה שהעיכוב יוכל להיחשב כמוצדק כשאינן פתרון של דיון משפטי שבאמצעותו המעכב יוכל לברר את טענותיו ולקבל את המגיע לו, והעיכוב נועד לאכופ לצייט להזמנה לדיון בבית הדין.

#### סימן מו

### גרושה נישאה ומבקשת לגור עם הילדים במקום מרוחק מהאב

בפרק הנושא ובפרק אעפ"י שהגרושה בזמן שהוא מכירה, נותנים לה שכרה ומניקתו, שיכופו אותה לשבת באותה העיר שנתגרשה, ואם איתנהו להני מילי, לא הוו שתקי מינייהו הגמרא וכל הפוסקים דכגון האי ודאי היה צריך לאודועי ודברים אלו ברורים בעיני".

ובוודאי שכן לאחר שהגרושה כבר נישאה מחדש, שאין לנתבע הזכות לעכב את נישואיה מחדש ואת מגוריה עם בעלה במקום מגוריו. אמנם, ככל שהיו עומדות בפני בית הדין שתי חלופות ביחס למשמורת הילדים, היה מקום לדון האם בנסיבות הנוכחיות מן הראוי לאפשר את המשמורת אצל האב. עיין שו"ע אה"ע סי' פב בבאר היטב סק"ו במחלוקת מהריב"ל בתשובתו הנזכרת ומהרשד"ם (אה"ע סי' קכ"ג), שנחלקו בבת שדינה להיות אצל האב, אם הוא הדין כשהאם עוברת לגור במקום מרוחק, ואליבא דמהרשד"ם האם רשאית לעבור, אך עליה להשאיר את הבת אצל האב. ובשו"ת נפת צופים חלק אה"ע סי' צא קבע שאין מחלוקת עקרונית בין מהריב"ל ומהרשד"ם, וכתב:

בהחלטה קודמת נקבעה משמורת ארבעת הילדים אצל האם כמשמורת קבועה. כעת בעקבות נישואי האם לבעל המתגורר בצפון, התקיים דיון בבקשת האם לאשר את העברת מגורי הילדים עמה למקום מגורי הבעל, ולשלבם במוסד חינוכי במקום. מאידך, האב מביע התנגדות להרחקתם ממנו. לטענתו, הילדים עברו מירושלים ל... רק לפני כשנה, וכעת עם השתלבותם ב... יאלצו לעבור לצפון, ומבקש מבית הדין להורות שטובת הילדים גוברת על שיקולים אחרים, ואין להעבירם למגורים עם האם לצפון, ולחילופין להורות לאם להישאר במקום מגוריה הנוכחי. לאחר שמיעת טענות הצדדים בית הדין מחליט לאשר לאם לעבור עם הילדים לבית בעלה.

גם בטרם הגרושה נישאה מחדש, כשהילד אצלה לאחר הגירושין, לא ניתן לחייבה להישאר לגור בקרבת מקום מגורי האב הגרוש. כן כתב מהר"י בן לב ח"א סי' נה, וז"ל:

"מילתא דפשיטא היא ואינה צריכה לפנים דהבת אצל האם לעולם, וכי יעלה על הדעת שכל אותם ההלכות שנאמרו בגמרא

שייכי אלא בעובדה שנשאל עליה שהאם החליטה לחזור משאלוניקי - ששם היה מקום מגוריה עם בעלה למולדתה ולמשפחתה עיר בלארסו שלפי מ"ש הרשד"ם שם, המרחק ביניהם הוא מהלך ב' או ג' ימים וגם סכנת דרכים כרוכה בנסיעה זו, אשר לפי המצב של אותם הימים הרי מרחק כזה פירושו הפרדת הילדה מאביה לאורך ימים. ועל גופא דעובדה זו השיב הרדב"ז בתשובה הנ"ל. לא כן במקרה דנן שריחוק מקום זה לא מונע את האב מלבקר את בתו כמה פעמים בשבוע, עיין פרוטיקול ... ב"כ האשה: הבעל מבקר שלש פעמים בשבוע ולוקח הילדה ומשתעשע אתה... ב"כ הבעל: ... הבעל צריך לבוא במיוחד לירושלים לבקר את הילדה... הבעל: אין לי שום הפרעות בביקורים מצד האשה.

ולכן מסתבר הדבר שבמרחק כזה אשר נסיעה של שעה - שעתיים מבדילה בין מקום של האב למקום מגורי האם לא ישתנה הדין מה שקבעו חז"ל בת אצל אמה, כמו שלא תשתנה הלכה הנזכרת, כשהורי הילדה שניהם גרים בעיר אחת, אלא שדירת האב בקצה העיר מצד אחד, ודירת האם בקצה השני ופשוט כי תקנה זו שקבעו חז"ל בת אצל אמה לא ניתנה לשיעורין כאלה."

העולה מפסק הדין הנזכר: למרות שמעבר האם עם הבת למגורים בירושלים, הסבה טרחה קבועה לאב, שנאלץ מידי שבוע לנסוע מביתו לירושלים, אע"פ כן טענה זו לא התקבלה כשיקול המצדיק להורות לאשה שלא לעבור לגור בירושלים. דהיינו זכותה של האשה לגור במקום שבחרה בו, שאין בו ניתוק של הילד מהאבא, גובר על המשקל שבטענת האב המליץ על הטרחה שכעת נאלץ לטרוח לצורך הביקורים. ויצוין שבאותו נידון ההורים היו עדיין זוג נשוי, אלא שביה"ד פסק שרצוי שיתגרשו וכי אינה חייבת לשוב לבעלה. עוד יצוין לתשובת הרדב"ז חלק ג' סימן ת"ח (תתנ"א) שכתב אודות אשה גרושה המבקשת לעלות לארץ ישראל עם הבן הקטן, והאב מתנגד שהדין עמו, וז"ל:

"ועוד יכול לומר בעוד שהוא עמי בעיר אם יחלה אני אשתדל להביא לו כל צרכו. ועוד בעודו עמי בעיר, אני יכול להוליך לו מזונות. ועוד אם את בכאן כשיגיע לזמן שאינו צריך לאמו אקחנו אצלי, אבל אם תלכי למקום רחוק מי יביאנו ואני אני מחוייב לטרוח ולהביאו משם, הלכך אם רוצה ללכת לארץ ישראל תיתן אותו לאביו."

דהיינו הרדב"ז הסכים לדינו של מהרשד"ם, אך על יסוד סברא אחרת, והיא: שגם בעת שהבן הקטן אצל אמו, עדיין האב יכול להיות שותף לשאת בנטל גידולו, כגון אם יחלה, או לספק את מחסורו בעת הצורך, וכל זה לא יוכל לעשות כשאינו גדל בעירו של האב, ואין לאם הזכות לשלול זאת ממנו.

אך סברא זו אינה קיימת בנסיבות דנן שכעת הילדים אצל האם ומתגוררים בעיר אחרת הרחוקה מרחק של יותר מחצי שעה נסיעה מבית האב, ולמעשה עקב המרחק, האב אינו שותף לשאת בצרכי הילדים השוטפים.

"העומד על דבריהם ז"ל בענינו יראה דלא פליגי אהדדי, וכל אחד לפי עניינו דיבר. וכללא הוא מדברי הפוסקים ז"ל, קמאי ובתראי, שלא אמרו ז"ל הבת אצל האם לעולם והבן עד שש אלא לתועלת הבנים, ולכן הכל תלוי בראות עיני בית הדין בתועלת הבנים",

ועיי"ש שביסט קביעה זו מדברי הפוסקים.

ויסוד הלכה זו, בתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' לח, שכתב:

"ולעולם צריך לדקדק בכלל לדברים אלו, אחר מה שיראה בעיני בית הדין בכל מקום ומקום, שיש בו יותר תיקון ליתומים. שבת דין אביהם של יתומים, לחזור אחר תקונן".

בהתאם לאמור, במקרה הנוכחי שכבר נקבעה המשמורת הקבועה של הילדים אצל האם, ובנסיבות המיוחדות של המקרה הנוכחי, אין חלופה למגורי הילדים אצל האב, וגם ב"כ האב לא ביקש שהילדים יעברו לגור בבית האב, אלא טען שיש להורות על מגוריהם במקומם הנוכחי, עם האם או בלעדיה. אין מקום לקבל טענה זו, מאחר והשיקול הקובע בשאלת מגורי הילדים הוא טובת הילדים, אין ספק שטובתם מחייבת לגדול אצל האם, כפי שהורגלו. ומאחר שלא ניתן לחייב את האם הנשואה מחדש, להישאר דרך קבע במגורים המרוחקים מבעלה החדש, ומשמורתם אצל האב אינה מעשית, וגם האב אינו תובע זאת, על כן טובת הילדים היא לעבור לגור עם האם למקומה החדש.

וכן כתב הגר"ח איזירר זצ"ל בתחומין כרך ח' עמ' 82 הובא באוצה"פ סי' פב ס"ק כא אות יא ביחס לזכותו של האב לדרוש שלא להעביר את הבת עם האם העוברת למקום מרוחק, וז"ל:

"נראה פשוט שזכותו היסודית של האב (שהיא עדיפה בעיקרה על זכות האם) קיימת רק כשהאב דורש או מציע שהבת לא תנותק מעמו אלא תעבור לגור עמו. לעומת זאת, אילו יאמר האב: אני איני רוצה שבתי תגור אצלי, אבל אני רוצה לעכבה בעיר לשם כך, ולעכב את אמה שלא תצא, פשיטא שלא יוכל לעשות כן, ונאמר שבכה"ג שתשאר עם אמה. ממילא מתבאר שכאשר אינו רוצה להחזיק הבת אצלו, גם לא יוכל למנוע המזונות, שהרי המזונות הם תולדה של זכותו למגוריה אצלו".

אמנם האב טען שעקב המעבר לצפון, יוטל עליו לטרוח בנסיעות ארוכות מירושלים לכרמיאל, דבר שלא היה נאלץ לעשות עד כה. אף שהאמת כטענתו, אין בכח טענה זו למנוע מהאשה לעבור עם הילדים לכרמיאל. עיין בפד"ר כרך ד' עמ' 93 (ובקובץ תשובות הגרי"ש אלישיב זצ"ל ח"ב סי' קטו) בפסק דינו של ביה"ד הגדול בנידון אשה הגרה בנפרד מבעלה שגרו יחד באזור תל אביב והאשה ללא הסכמת האב עברה לירושלים, ובתנאי הדרכים של שנת תשי"ט, היתה זו נסיעה ארוכה, ובית הדין האזורי בת"א אישר לאשה לעבור "לגור בכל מקום שהיא רוצה". וביה"ד הגדול אישר את מעברה למגורים עם הבת בירושלים, ובתוך דבריהם כתבו, שאותו נידון אינו תלוי במחלוקת מהריב"ל ומהרשד"ם, וז"ל:

"אכן נראה, דהני טעמי שעליהם ביסט הרשד"ם ז"ל את דינו לא

לחודש לירושלים לביקור אצל האב, והסכמה זו מקבלת תוקף מחייב של החלטה. אין מניעה שהאב יוכל להגיע לאזור מגוריהם, ולתאם מקום ראוי לביקור הילדים אצלו בתיאום מראש. בנוסף ינתן צו לתסקיר לשכת הרווחה לבחון את המצב הילדים עם המעבר לצפון, ולהמליץ על הסדר הביקורים אצל האב, ושמירת הקשר הרצוף עמו.

נכון שמעבר דירה עבור הילדים שכבר חוו לאחרונה מעבר דירה מירושלים ל... מכביד מאד עליהם, אך בנסיבות הנוכחיות, מעבר הילדים עם האם לצפון, עבורם הינו הרע במיעוטו. בית הדין סומך על האם שתמצא את הדרך לשלב אותם במוסדות חינוך התואם לחינוך התורני שכבר הורגלו עד כה. כמו כן בית הדין מאשר את הסכמת האם להביאם אחת

### סימן מז

## מחלוקת בין ההורים על המוסד החינוכי שהבת תירשם

"ונראה דכל זה דוקא בזמנים שלפנינו שכל אחד היה דר במקום אבותיו וקבלת האבות היה חזק מאד אצל כל אחד ואחד להתנהג בדרך שדרכו אבותיו, וכמאמר הכתוב שאל אביך ויגדך, בזה היינו יכולים לומר שלא תלמד תורה ותסמוך בהנהגה על אבותיה הישרים. אבל כעת בעו"ה שקבלת האבות נתרופף מאוד מאוד, וגם מצוי שאינו דר במקום אבותיו כלל, וכפרט אותן שמרגילין עצמן ללמוד כתב ולשון העמים, בודאי מצוה רבה ללמדם חומש וגם נביאים וכתובים ומוסרי חז"ל, כגון מסכת אבות וספר מנורת המאור וכדומה, כדי שיתאמת אצלה ענין אמונתנו הקדושה, דאל"ה עלול שיסורו לגמרי מדרך ה' ויעברו על כל יסודי הדת ח"ו".

בהתאם לאמור, החובה ללמד את הבנות, כמוזכר בדברי החפץ חיים, מוטלת על האב בלבד, ולא על האם. על כן מאחר שהאחריות והחובה ללימוד התורה של הבת מוטלת על האב, בנסיבות של מחלוקת בין הורים, כמו בנידון דנן, יש להעדיף את בחירתו של האב, ולא נכון לחייבו למלא את חובתו במוסד שאינו מקובל עליו. אלא עליו לקבוע היכן תתחנך הבת ליראת שמים ולימוד התורה השייך אצל הבת, ובלבד שבית הדין נוכח שדרישתו של האב לשלב את הבת במוסד מסוים, היא נכונה ומשקפת את טובת הבת. וע"ע מגן אברהם סי' שמ"ג סק"א שהחובה הכללית לחינוך הבן או הבת למצוות, (מלבד החובה ללמוד תורה), מוטלת על האב ולא על האם, ועי"ש במחצית השקל שיש חולקים, ועיין חקרי לב חלק א"ח סי' ע' שעב"פ חובת האב לחינוך הבן או הבת, עדיפה על חובת האם. וגם מטעם זה יש מקום להתחשב בדעת האב, שלדעת המג"א עליו מוטלת החובה יותר מאשר על האם.

במקרה הנוכחי שהבת בגיל שלוש וחצי בלבד, השיקול של לימוד במוסדות שכבר לומדות או למדו שתי האחיות, וקרוב יותר לביתה, הוא שיקול נוסף לקבל את עמדת האב, וכן בהיותו מוסד מוכר, דבר המקל על קבלת סיוע בשכר לימוד. בהתאם לאמור, הוחלט: הבת תירשם בגן "פלוני" כמבוקש על ידי האב.

הצדדים לאחר גירושין והגישו בקשות ביחס למוסד החינוכי שבה תלמד הבת פלונית שהיא כיום בת שלוש וחצי. האם מבקשת לרשום אותה ל"בית רחל" של חסידות סאטמר, כשלטענתה, המוסד החינוכי תואם את הנהוג במשפחתה, וגם את משפחת המוצא של האב. מאידך, האב מביע התנגדות נחרצת, ומבקש שהבת תירשם במוסד "פלוני" המשויך לחסידות קרלין-סטולין, שהוא מוסד מוכר ורשמי המשתף פעולה עם רשויות הרווחה, יוכל לקבל השתתפות בהוצאות חינוך, והמצוי קרוב יותר לבית האם, ובו לומדות שתי בנותיו מנישואין קודמים. לדבריו גם במוסד זה מדברים באידיש כמבוקש על ידי האם.

מאחר והרישום חייב להיות מוסדר במועד קרוב מאד, ואין אפשרות לזמנם לדיון בנושא, ניתנת החלטה על יסוד טענות הצדדים שהוצגו בכתב, וככל שאחד הצדדים יבקש לקיים דיון, החלטה זו תישאר כהחלטה זמנית עד לדיון ולהחלטה שתיתן לאחר הדיון.

לאחר עיון בטענת הצדדים, בית הדין מורה לצדדים לרשום את הבת במוסד "פלוני" הנזכר.

הטעם להחלטה זו: עפ"י ההלכה החובה והאחריות לחינוך הבת ללמוד את ההלכות השייכות לה ושאר לימוד תורה השייך לבנות, מוטלת על האב ולא על האם. במסכת קידושין דף כט עמוד ב':

"ללמדו תורה. מנלן דכתיב ולמדתם אותם את בניכם... איהי מנלן דלא מיחייבא דכתיב ולימדתם ולמדתם, כל שמצווה ללמוד מצווה ללמד, וכל שאינו מצווה ללמוד, אינו מצווה ללמד.

וכן פסק הרמ"א יו"ד סי' רמ"ו סעיף ו' שאשה אינה חייבת ללמד את בנה תורה. הגם שחולקת עמו בשכר, אם מסייעת לאב, כמ"ש הרמ"א שם.

עוד יש לציין לדברי מרן החפץ חיים בספרו ליקוטי הלכות על מסכת סוטה פ"ג על מאמר הגמ' (סוטה כ"א): "כל המלמד בתו תורה כאילו מלמדה תפלות", שכתב אודות החובה ללמד את הבת תורה, כדלהלן:

## סימן מח

## ביקורי הבנים אצל האב הכרוכים בקושי עקב טענות כנגדו

מאחר ובמהלך המפגש עם הילדים עלתה לדיון השאלה ההלכתית של מצות כיבוד אב בנסיבות הנוכחיות, ועוד קודם לכן האם צירפה לתיק חוות דעת הלכתית של רב, המתייחסת למצוות כיבוד אב במקרה הנוכחי, בית הדין מוצא לנכון להתייחס לסוגיא ולחוות הדעת, במגמה להבהיר לשני הבנים את ההלכה במקרה הנוכחי.

תחילה ראוי להקדים ולציין את גודל חשיבות מצוות כבוד אב ואם שהתורה השוותה את כבודם לכבוד המקום, וכמו שכותב הרמב"ם בפרק ו' מהלכות ממרים הלכה א': "כדרך שצוה על כבוד שמו הגדול ומוראו כך צוה על כבוד ומראם",

זה מצד מצות התורה, אולם בנוסף לכך, ידוע שהקשר של הילדים עם אביהם נחוץ להם לבריאותם הנפשית, והוא נדבך חשוב בהתפתחותם, כאשר להם גם דמות אב וגם דמות אם.

ביה"ד שמע את האם וגם שוחח עם הילדים ושמע את החששות שיש להם מהמפגש הזה, עקב הרינונים שהיו כנגד האב בעבר הרחוק לפני נישואיו. אך יצוין, אמנם היו רינונים על האב בעבר הרחוק, אולם בזמנו הדבר לא נבדק עד תום, ובסופו של דבר לא ניתן פסק דין בבית המשפט בנידון, ומאז לא נשמעה תלונה כנגדו.

יצוין, לדעת הרמב"ם הבן חייב בכבוד אביו גם אם הוא רשע שלא עשה תשובה. אך אפילו לשיטת הטור יו"ד סי' רמ שאינו חייב בכבוד אביו רשע, היינו כשלא עשה האב תשובה, כמבואר בדברי הטור והרמ"א יו"ד סי' רמ סעיף י"ח, ואין יסוד להניח שזהו המקרה כאן. ויצוין למש"כ בספר נחלת צבי על השו"ע עפ"י הב"ש סי' מב ס"ק כב, וה"ה כאן, רגלים לדבר שגם אם היה ממש בטענות, אין לחוש שלא חזר בתשובה, גם אם האב מוצא לנכון לדחות כל טענה בנידון.

על כן לאחר שביה"ד שקל את כל ההיבטים הרלבנטיים במקרה זה, החליט כי נחוץ לחדש את הקשר של הילדים עם אביהם, ומבהיר שזה יעשה בזהירות המרבית, בליווי אנשי מקצוע שיבדקו וידריכו ויקדמו את זה רק לטובה. ואם יתברר לביה"ד שהקשר מזיק לבנים, ביה"ד יעצור את המשך ההליך.

כל הטענות משני הצדדים, נטענו בפני בית דין זה, ולא בפני הרב שהורה לילדים שאינם חייבים בכבוד האב, שלא התקיים על ידו "שמוע בין אחיכם", כפי המתחייב בכל בירור הלכה שבו שני צדדים. בלא שמיעת טענותיהם וחקירת העובדות לאשורן, לא היה יכול לרדת לחקר האמת, כמתחייב עפ"י ההלכה בטרם פסיקה. ויצוין לתשובת מהר"ם פדואה סי' נג בתשובה אודות משמורת בנות, כתב:

א. בהתאם להחלטה קודמת התקיים מפגש של חברי בית הדין עם שני הבנים, שבו בית הדין שמע את הבנים, וכן הבנים שמעו את הנאמר על ידי בית הדין.

כעת על יסוד הדיונים שכבר התקיימו והמפגש עם הבנים מוטל על בית הדין לקבוע את המשך ההליך.

ביחס לחידוש הקשר בין הילדים לאב, בית הדין פוסק שיש לחדש את הקשר, ובתנאי שהדבר ייעשה בדרך שתקבע על ידי בית הדין, כמפורט להלן.

יצוין, הילדים מנותקים מהאב שנים רבות, אינם מכירים אותו, ואין להם אפילו זיכרון ילדות במחיצתו. כמו כן עקב נסיבות שטרם התבררו בבית הדין, הצטברו אצלם חששות מהאב ומהסביבה התומכת בו. בנסיבות אלו נחוץ והכרחי שביקורי הילדים אצל האב יחודשו תחת פיקוח. נחוץ גורם מקצועי שילווח את הילדים ואת האב בהליך חידוש הקשר, וזאת בהתחשב בנסיבות המיוחדות של המקרה, כמפורט לעיל.

אנו מחליטים שחידוש הקשר ייעשה באמצעות לשכת הרווחה, ובמרכז הקשר של לשכת הרווחה. מרכז הקשר של לשכת הרווחה משרת את כלל אוכלוסיית העיר, לרבות את הציבור החרדי בירושלים לגוונים השונים, ויודע להתאים עצמו לבאים בשעריו, ובמקרה הנוכחי זהו הגורם המתאים.

מאחר שהאם והילדים הביעו הסכמה לחידוש הביקורים במרכז הקשר, ומתנגדים לחלופה אחרת, ולא נמצאה הצדקה אמיתית להתנגדות האב. על כן בנסיבות של החששות שהצטברו אצל הילדים מהאב, ומבקשים את הפיקוח המצוי במרכז הקשר, בית הדין אינו מוצא לנכון לאכוף מתכונת אחרת לחידוש הקשר.

ככל שהאב יתמיד בהתנגדותו למתווה הנוכח, אין לו להליך אלא על עצמו ועל הגורמים המייעצים לו.

בהתאם לאמור, יינתן צו לתסקיר לשכת הרווחה, המתבקשת ללוות את הילדים ואת כל אחד מההורים בהליך חידוש הקשר של האב עם הילדים. כמו כן לשכת הרווחה, מתבקשת לקבוע לצדדים בהקדם האפשרי מועד למפגש, אחת לשבוע בשעות אחר הצהריים במרכז הקשר.

ב. הדיון בתביעת המזונות יושלם עם כניסת ההליך הנוכח לביצוע מעשי. אך טרם חידוש הקשר, וככל שהמניעה תהיה מצד הבנים, יתקיים הצורך לדיון עקרוני בשאלת חובת האב במזונות בנסיבות אלו, ויצוין לשו"ע אה"ע סי' פב סעיף ז'. אך ככל שהאב יסרב למתווה הנוכח, לא תעמוד לו הזכות להיפטר ממזונות בגין היעדר מימוש הסדר הביקורים.

ג. בעת הזו אין מקום שהאב יקבל את פרטי המוסד החינוכי שבו הילדים לומדים. אין בכך צורך, והעברת המידע אליו עלולה להסב לילדים תחושת חוסר ביטחון, וללא הצדקה.



הרדיפה שהבנים חשים מהאב, והוא פועל פעולות בלתי סבירות המטרידות את הבנים, יהיה מקום לדון האם דינו של הריא"ז מתייחס לנסיבות אלו.

ד. עוד נטען שאין חובת כיבוד אב, כשהדבר גורם להם לצער. והובאה ראייה מתשובת מהרי"ק סי' קסו שכתב:

"ואשר נסתפקת אם יש כח ביד האב למחות ביד בנו לישא אשה אשר יחפוץ בה הבן. לע"ד נראה שאם היא אשה ההוגנת לו שאין כח ביד האב למחות ביד הבן. חדא, דאפילו לענין ממון אודי ליה רבנן לרבי ירמיה כמאן דאמר משל האב, וכן פסקו כל פוסקי הלכות אשר ראיתי, כל שכן הכא שהוא דבר השייך בצערא דגופא להניח האשה אשר חפץ בה ויצטרך לקחת אשה אחרת אשר לא תישר בעיניו כל כך".

אך כוונת המהרי"ק היא, שאין חובה על הבנים לשמוע בקול האב בדבר שאין לו בזה תועלת של כבוד, כמו להאכילו ולהשקותו ולקום בפניו. ולכן אין בכח האב לחייב אותם לשאת אשה שאינם רוצים בה, וכן אינו יכול לחייב אותם ללמוד במקום שאין לבם חפץ. המהרי"ק אינו מדבר על צער לילדים בעת קיום המוטל עליהם במצוות כבוד האב, ולכן אין לזה כל קשר לעניינינו. ועיין חו"א יו"ד סי' קמ"ט סק"ח, שעיקר טעמו של מהרי"ק מאחר ובאותו נידון הבן אינו חייב לבטל רצונו מפני רצון אביו.

ובשו"ת אגודת אוזב חלק יורה דעה סי' טו, כתב:

"מ"מ הדין דין אמת דעד כאן לא קאמר מהרי"ק אלא בדבר שאין ראוי להאב להצטער מעניינו, כנדון דידיה שהיה הבן חפץ ליקח אשה פלונית והיא הוגנת לו דהא אתי עלה מטעם שהוא מילי דהבן דלא שייך האב בגוה, משא"כ בדבר שיגיע להאב צער מענינו שראוי לו להצטער מגוף הדבר הא ודאי דשייך האב בגוה שיצטער בזה. ועל כן התנה מוהרי"ק שם שתהא אשה ההוגנת לו, הא אם היתה אשה שאינה ראויה לו לפי כבודו וכבוד משפחתו שיגיע מזה צער להאב, אף על פי שהוא מילי דהבן חייב לשמוע להאב בשביל שלא יצטער... מעובדא דרבי טרפון בירושלמי שהביאו התוס' שם דף ל"א ע"ב שהיתה אמו דורסת על ידיו להלך עליהן בחצרו ואמרו חכמים ע"ז שעדין לא הגיע לחצי הכבוד, משמע שמחויב לצער גופו בשביל מצות כיבוד, אפי' אם היה מזדמן ביותר מזה הצער, ואין קצה וסוף לדבר".

ה. בכלל כיבוד אב ואם שהבן יבקר אצל אביו או אמו, קל וחומר כשהם מבקשים זאת, וכמפורש בגמ' במסכת יומא דף עז עמוד ב:

"תנו רבנן ההולך להקביל פני אביו או פני רבו, או פני מי שגדול ממנו עובר עד צווארו במים, ואינו חושש".

וברמב"ם הלכות שביתת עשור פרק ג' הלכה ו':

"ההולך להקביל פני רבו או פני אביו או פני מי שהוא גדול ממנו בחכמה או לקרות בבית המדרש עובר במים עד צווארו ואינו חושש ועושה מצוה שהלך לעשותה וחוזר במים למקומו, שאם לא תתיר לו לחזור אינו הולך ונמצא נכשל מן המצוה".

וכן בשו"ע או"ח סי' תרי"ג סעיף ה' ובמשנה ברורה ס"ק יד.

"וחלילה לי להחליט דין פסוק מכל אשר כתבתי לעיל, כי לא שמעתי הכת המתנגדת, ומה לי מעתה להרבות בראיות ודקדוקים, מאחר שברור הוא שיצטרכו לדון לפני בעלי תורה יודעי דת ודין".

לענין החובה לקיים "שמוע בין אחיכם", אין חילוק בין שאלת המשמורת לשאלת הביקורים אצל האב, כשהפסק מחייב לשמוע את טענות שני הצדדים בטרם הפסיקה. מה עוד שהסדר הביקורים משליך על חיוב האב במזונות. וע"ע בפת"ש חו"מ סי' יז ס"ק י"א בשם תשובת הרמ"א.

ומאחר שהליך "שמוע בין אחיכם" התקיים רק בבית הדין, ולא אצל הרב הנזכר, ולכן אין הוראתו מחייבת את הבנים, אלא ההוראה המפורטת כאן.

ביחס למקורות שהביא הרב הנ"ל יש להעיר:

א. ידועה לביה"ד ההלכה שאין כופין על מצות כבוד אב שמתן שכרה בצידה, דהיינו בניגוד לשאר מצוות שמדין תורה כופין אותו עד שיאמר רוצה אני, במצוה זו של כיבוד אב אין מעשין עליה, אבל אין זה פוטר את ביה"ד מלפעול ולהשפיע על ילדים שיעשו מה שהתורה מצוה עליהם, וכן מוטל על ביה"ד שהוא גם "אביהם של יתומים" לפעול לטובת הילדים. ואילו ביחס לחובת מורא אביו, עפ"י ההלכה גם בית הדין כופה, כמ"ש הרמב"ם הלכות ממרים פ"ו הט"ו והשולחן ערוך יורה דעה סי' רמא סעיף ו' שיובאו להלך, והתנגדות למפגש בטענה אודות שם רע וכיוצ"ב מסבה לאב ביוזון, ופוגעת בחובתם למורא מהאב, כמפורט להלן.

ב. בגמ' במסכת קידושין ל"א ע"ב אודות רב אסי שהיתה לו אם הזקנה שדרשה ממנו דרישות מופרזות שלא היה יכול לעמוד בהן, ועקב כך עזב אותה ועלה לארץ ישראל. באותו נידון, לפי תוס' ר"י הזקן, נטרפה דעתה של האם, ולא היה יכול לצאת ידי חובתו לכבדה. ורב אסי חשש שאם לא יעשה כבקשותיה תכעס עליו ויגרם לה צער.

אולם במקרה זה, לא התברר שהאב מטריד את הילדים ומצער אותם ודורש מהם דברים כאלו או אחרים בתי סבירים, והחשש שיש לילדים מבושה מהמפגש עם האב נובע משמועות ששמעו עליו, שכאמור ספק גדול אם קיימות עוד היום, והיא אינה מצדיקה שימנעו מהמצוה הגדולה המוטלת עליהם, במיוחד שהכל יעשה בזהירות מרבית, ובהכוונה מקצועית, בהכוונת ביה"ד.

ג. אמנם מובא בשלטי הגבורים בפ"א דקידושין (דף יג ע"ב בדפי הרי"ף) שהביא מפסקי ריא"ז שהוציא מסוגיא זו □ "אם רואה אביו ואמו שהן בעלי דעות רעות ומצערין אותו יותר מדאי, ישמט מלפניהם".

אך היינו כשהאב או האם בהיותם בעלי דעות רעות ופוגעים ישירות בבן ומצערין אותו, דומיא דהסוגיא במסכת קידושין, ולא כשהבן מייצר לעצמו תחושת צער עקב טענה כזו או אחרת ששמע ביחס לאב, ואיבעי ליה ליתובי דעתיה, (כמאמר הגמ' בסוכה דף כה ע"ב).

ואמנם אם יתברר לבית הדין שקיים יסוד במציאות לתחושת

"ועתה אתחיל בעזה"י לבאר כמה מצוות עשה שעובר על ידי הסיפור לשון הרע ורכילות... וכל שכן אם חס וחלילה על אביו ואמו ממש, דבוודאי עובר על מצוות עשה דכיבוד אב ואם, מלבד כל זה עובר גם כן על ארור מקלה אביו ואמו, השם ישמרנו... וכל זה שדברנו עד עתה, הוא אפילו אם הוא מספר דבר אמת על חבירו".

בהתאם לאמור, בית הדין מבהיר לשני הבנים - עפ"י דין תורה נאסר עליהם להטיל דופי מכל סוג באביהם, ועליהם לחדול מכל וכל, מהעיסוק בטענה שיצא שם רע על האב וכיוצא"ב, וזאת ללא כל זיקה לשאלה מה אירע או לא אירע לפני שנים רבות.

בהחלטה נוספת ובמענה לחוות דעת נוספת של אותו רב, כתבנו:

בהתייחס להחלטה הקודמת, הוגשה תגובה הלכתית של הרב (שאינו מוכן להזדהות בשמו), וביה"ד עיין בה בכבוד ראש. מן ההכרח להעיר: כבר הבהרנו שבכל דין תורה שיש בין שני צדדים והתלוי בטענות הצדדים, מוטל על הרב הפוסק לשמוע את שני הצדדים ולקיים מצוות התורה "שמע בין אחיכם", ולא לשמוע שמע שוא מצד אחד בלבד, ובשל כך, אין תוקף להוראה הלכתית הניתנת באמצעות מי שלא נהג כהלכה.

יתירה מזו, לא מובן כיצד אותו רב מסית בעלי דין שלא לציית להוראת בית הדין שיש על מדין. מה עוד שהתשתית העובדתית אינה כפי שהוא מציין. כפי שהובהר בהחלטה הנזכרת, אין כאן מקרה של בנים הנמנעים מלבקר את האב ללא טעם ברור, אלא הימנעותם נובעת מאחר שהם מטיילים בו דופי ומגדירים אותו בהגדרות בעייתיות, שמפני כבודו, אין כאן המקום לצטט. הטלת דופי מסוג זה וההשלכה העולה מכך, שהם מסרבים לציית לאב המבקש ודורש מהם לפגוש אותם, ולמעשה מביעים אמירה ברורה שהוא אינו ראוי לביקורים אצלו, כפי שכל אב ראוי, כל אלו דברים שיש בהם ביזוי ישיר לאב לכל דבר ועניין, וכלל לא ברור כיצד ניתן לפלפל בדברים פשוטים אלו.

הרב הנזכר ציין לדברי מהר"ם מיניץ סי' לב והמנחת חינוך מצוה רי"ב שבית דין כופין על מורא האב, אך בניגוד לדבריו, זוהי גם הסכמת האחרונים. עיין תשובת חתם סופר חו"מ סי' קעז, ובדברי החת"ס בחידושו עמ"ס כתובות דף פ"ו ע"א (ד"ה פריעת) המשלימים ומבארים דבריו בתשובה הנזכרת, שאין חילוק בין ביזיון למורא, ובשניהם אין מתן שכרה בצידה, וכופין. וכן מפורש בשו"ת מכתב לדוד (לרבי דוד פארדו) חלק יו"ד סי' לב (ד"ה והנה בדין) ובגרי"פ פערלא לרס"ג סוף מ"ע ט"י. וכן בתשובת מהרש"ם חלק ב' סי' רכד הסכים עם מהר"ם מיניץ, וכתב:

"כבר כתב בתשובת מהר"ם מיניץ סג"ל סי' ל"ב דעל מורא כופין, ונ"ל ראוי מהא דרמב"ם ויו"ד סי' רמ"א ס"ו כל המבזה וכו' מכין אותו מ"מ, וע' ב"ש שם סק"ג וע' ב"ש ליו"ד סי'

הרי שגם ביקור של הבן אצל אביו בלבד, הוא חלק ממצוות כיבוד האב, המוטל על הבן. וכן בשו"ת יהודה יעלה (למהר"י אסאד) חלק יורה דעה סי' שי כתב:

"מצוות דאורייתא ניהו גם לקבל פני רבו כמו לקבל פני אביו".

ו. אמנם מצאנו פעמים שאדם פטור ממצוות עשה, במקום הפסד הון רב או בזבוז יותר מחומש, או במקום צער גדול, אולם אסור לו לעבור על איסורי תורה אפילו במקום צער והפסד כל ממונו. ובנידון דידן אם הבנים יחליטו להתנתק לגמרי מהאב, לא רק שבכך הם נמנעים מקיום מצוות עשה של כבוד אב, אלא גורמים לאב בושה וצער שאין למעלה ממנו, וגם בהתנהגותם שאינם נפגשים עמו, הם מחזקים את השם רע שיצא לאביהם, ובכך גורמים צער רב לאביהם ויש בזה כבר איסור, ואין להם היתר לגרום לאביהם את הצער הזה, אפילו במחיר צער שלהם במפגש עמו.

ובענין זה נזכיר את המקורות הבאים:

רבינו יונה באגרת התשובה סעיף קב, כתב:

"ועיקר כיבוד אב ואם לעשות להם נחת רוח בין בדברים בין במעשה, והמצערם בדברים, גדול עונו מנשוא".

וכן פסק הש"ך יו"ד סי' רמ סק"כ שאוסר לבן צער את אביו. ועיין בדרכי משה סי' רמ אות ג' שכדי שלא לצער, אף ראוי לו לבן לאבד כל ממונו שבעולם, ובלבד שלא יצער את אביו. והרמב"ם הלכות ממרים פ"ו הט"ו והשולחן ערוך יורה דעה סי' רמא סעיף ו' כתבו:

"כל המבזה אביו ואמו, אפילו בדברים, אפילו ברמיזה, הרי זה בכלל ארור מפי הגבורה, שנאמר: ארור מקלה אביו ואמו (דברים כז, טז). ויש לבית דין להכות על זה מכת מרדות ולענוש כפי מה שראוי".

וכתב בספר חרדים (מ"ע פ"א אות לה) שבכלל מקלה אביו ואמו גם אם מבזה אותם רק בלבד, ועליו להחשיבם כנכבדי ארץ.

ובספר בן איש חי (שנה שניה פרשת שופטים סעיף כג) כתב:

"כל המבזה אביו או אמו אפילו בדברים ואפילו ברמיזה, ה"ז בכלל ארור מפי הגבורה, שנאמר ארור מקלה אביו ואמו, ובספר חרדים כתב שבכלל זה אם מבזה בלבד, והביא מעשה ע"ש, ועל זה ידוע כל הדוים".

ובספר חיי אדם כלל סז סעיף ג' כתב:

"הכיבוד הוא במחשבה ובמעשה ובדיבור. במחשבה כדכתיב [תהילים טו, ד] "נבזה בעיניו נמאס, ואת יראי ה' יכבד", והיינו יכבד במחשבה, דאין לומר שבלבו ובעיניו הם נבזים רק שמכבד אותם בדברים, אם כן הן שוין בעיניו כמוהו שהרי גם הוא נבזה בעיניו, אלא על כרחך דרצה לומר שמכבדם בלבד שהם חשובים בעיניו ובלבו, דהיינו שידמה בעיניו שהם גדולים ונכבדי ארץ, אף שבעיני שאר בני אדם אינם חשובים כלל. וזה עיקר כיבוד, שאם לא כן, הרי כתיב [ישעיה כט, יג] "בפיו ובשפתיו כבודו ולבו ריחק ממני" כמו שכתבתי".

ובספר חפץ חיים בפתיחה, לחלק עשין כתב:

דאיש הוא וחייב מעצמו בכל המצות ואם איש עני הוא כל ישראל חייבים בזה, וכמו שכתב הפ"מ בסק"ד".  
 וכן מוכח מדברי המדרש בראשית רבה תולדות ס"ג י':  
 "אמר רבי אלעזר צריך אדם להטפל בבנו יעו"ש במפרשים  
 דהיינו לחנכו וללמדו תורה ומצוות עד שלש עשרה שנה מכאן  
 ואילך צריך שיאמר ברוך שפטרני מעונשו של זה".  
 ועיין במגן אברהם או"ח סימן רכ"ה סק"ה. ובמשנה ברורה  
 שם סק"ז, כתב:

"שפטרני מעונשו וכו', פי' דעד עכשיו נענש האב כשחטא הבן  
 בשביל שלא חנכו למצות התורה ועכשיו שנעשה איש מחוייב  
 הוא להתחזק בעצמו למצות הש"י. ודע דאע"פ ששוב אין עליו  
 ענין חינוך מ"מ יש על האב מצות הוכחה כשרואה שאינו  
 מתנהג כשורה וכשאינו מוחה בידו נענש עליו דלא גרע משאר  
 ישראל וכידוע מה שאחז"ל כל מי שיש לו למחות באנשי ביתו  
 ואינו מוחה נתפס בעון אנשי ביתו. וכל מי שיש לו למחות  
 באנשי עירו ואינו מוחה וכו'".

הרי דמבואר דלאחר שנעשה איש בגיל י"ג נפטר האב  
 מלחנכו ולכך מברך ברוך שפטרני.

ובספר שו"ת משנה הלכות חלק יא סי' שיג הסכים שאין  
 מצוות חינוך לבן גדול מעל י"ג, אך הקשה על כך מהסוגיא  
 בקידושין דף ל ע"א, וכתב:

"על דבר השאלה באב אי מקיים מצות חינוך ואי חייב בו אפילו  
 כשהגדיל הבן ונתחייב במצוה זו מעצמו, וגם במי שלא חינוך  
 את בנו בקטנותו ועכשיו כשנתגדל רוצה לחנכו אי מקיים בזה  
 מצות חינוך.

לפענ"ד בקרא חינוך לנער ע"פ דרכו גם כי יזקין וגו' היה  
 נראה דלעולם עד שיזקין וחנכו לעולם מקיים מצות חינוך  
 ומיהו האמת דמיד שנתחייב בעצמו כבר יצא מדין חינוכו של  
 אב וגמ' מפורשת הוא נזיר כ"ט ע"ב דמדיר את בנו בנזיר עד  
 שיביא שתי שערות דברי רבי רבי יוסי בר' יהודה אומר עד  
 שהגיע לעונת נדרים וכו' ורבי יוסי ברבי יהודה כדי לחנכו  
 במצות וכיון דנפק מרשותיה תו לא מיחייב ופי' הרא"ש דכל  
 מצוה שהוא מחויב בה אין אביו מחויב לחנכו בה ע"כ ועיין  
 במפרש שם שפי' ג"כ כן וא"כ מבואר דכל מצוה שמחייב בה  
 אין אביו מחויב לחנכו וממילא ליכא כאן מצות חינוך, ונשאר  
 בכלל כל מי שיש בידו למחות ואינו מוחה שצריך למחות  
 בידו ולהכריחו לקיים מצות והוא בכלל תוכחה או בכלל  
 ולמדתם אם הוא חינוך וק"ל.

איברא דקצ"ע ממה שאמרו בגמ' (קידושין ל' ע"א) ועיין שם  
 כתנאי חנוך לנער עפ"י דרכו רבי יהודה ור' נחמי' חד אמר  
 משיתסר ועד עשרים ותרתין וח"א מי"ח עד כ"ד ועיין רש"י  
 ד"ה משיתסר שנין וכו' לשון אחר אדידך ועל צואריה דברך  
 בשעה שעוד ירך תקופה עליו הוי זהיר ללמדו תוכחות ואיזה  
 זמנו משיתסר ועד כ"ב בציר משיתסר אין בו דעת לקבל  
 תוכחות כ"כ ואל תכביד יסורין ותוכחות ויתר מכ"ב יש לחוש  
 שלא יבעט וזה עיקר ע"כ, ועיין תוס' ר"י הזקן שם ודו"ק וצ"ע.

רמ"ג סק"ז שהעלה ג"כ בביאור ד' תוסי"ש כתובות (דף מ')  
 דבכה"ג שעובר על דבריו ואינו מקיים הוי בזיון ול"מ מחילה  
 על בזיונו, עכ"ל.

הרי שהמהרש"ם הסכים עם מהר"ם מינץ, והוסיף שאם  
 עובר על דברי אביו ואינו מקיים את ציווי האב, ייחשב  
 כבזיון, וכופין על זה.

ביה"ד כבר הבהיר בהחלטתו, כי בשלב זה אנו לא  
 משתמשים באמצעי כפיה הנהוגים כלפי סרבן קשר, יחד  
 עם זאת מחובת ביה"ד ששמע את שני הצדדים ובדק את  
 הדברים באמצעות גורם פסיכולוגי מקצועי, והגיע למסקנה  
 כי ראוי ונחוץ במקרה זה שהילדים יכירו את אביהם  
 לטובתם, וכדי לזכותם במצוות כבוד אב, על כן תמוה מאד  
 כיצד הרב הנ"ל מוצא לנכון לשבש את החלטת בית הדין,  
 ולשכנע את הילדים לכוון ההפוך. ביה"ד מצפה מכבוד  
 הרב הנ"ל, שיניח לביה"ד ששמע את כל הצדדים וקיים  
 "שמוע בין אחיכם", לפעול ולפסוק כמתחייב, וכי הרב  
 בעצמו יחזק ויעודד את הילדים לקיים את החלטת ביה"ד.  
 כשכל ההליך יהיה בפיקוח צמוד של בית הדין שההליך  
 מתנהל כראוי.

#### מסקנה

לאור כל האמור, ביה"ד מחליט כאמור לעיל, לחדש את  
 המפגשים בין האב והילדים שיתקיימו בשלב ראשון במרכז  
 הקשר של לשכת הרווחה, וביה"ד יורה לרווחה לקבוע את  
 המפגשים במועד הקרוב ככל הניתן.

#### הסדרת אזרחות לבנים למרות התנגדות האב.

לאחר פרק זמן שהחלו הביקורים עפ"י ההחלטה הנזכרת,  
 הבנים ביקשו לאפשר להם להסדיר קבלת אזרחות ישראלית  
 והאב הביע התנגדות, והוחלט לדחות את התנגדות לאשר  
 לאם בלבד לחתום על המסמכים הנחוצים. ולהלן נימוקי  
 החלטה זו:

ביחס לטענה שעלתה שהאב מחויב בחינוך ילדיו, ובשל כך  
 יש לו מעמד בנידון זה, יצוין לסוגיית הגמרא במסכת נזיר דף  
 כט ע"ב:

"כדי לחנכו במצות, וכיון דנפיק מרשותיה תו לא מיחייב".

ובשיטה מקובצת בשם הרא"ש:

"וכיון דנפיק מרשותיה תו לא מחייב. דכל מצוה שהוא מחויב

בה אין אביו מחויב לחנכו בה"

ובפרי מגדים אורח חיים א"א סי' לו ס"ק ד', כתב:

"ואיני יודע אם הוא י"ג שנים, איזה חיוב יש על אביו, דאיש

בפני עצמו הוא".

וכן במשנה ברורה סי' לו ס"ג בביאור הלכה ד"ה קטן הביא  
 להלכה א דברי הפרי מגדים, וכתב:

"נראה פשוט דלדעת המחבר אם מאיזה טעם לא קנה אביו  
 עבורו תפילין כגון שלא היה יכול לשמרם בטהרה וכה"ג  
 ונעשה בנו בן י"ג שנים ויום אחד שוב אין על אביו מצות חינוך

רשאים לעשות כפי שהורו רבותיהם, ומאידך הוראת רבו של האב מתייחסת לאב בלבד, ואינה מחייבת אותם כלל. עוד יובהר: נושא זה אינו חלק ממצוות כיבוד האב, והבנים אינם חייבים לשמוע בקול אביהם מדין חומתם לכיבוד האב בנושא זה של קבלת אזרחות, הואיל ואין בכך שירות לאב, בבחינת מאכילו ומשקהו, כמבואר בשו"ע הלכות כבוד אב ואם סימן רמ סעיף כה ברמ"א בשם מהרי"ק, שכתב:

"וכן אם האב מוחה בכך לישא איזו אשה שיחפוץ בה הבן, א"צ לשמוע אל האב (מהרי"ק שורש קס"ז)."

וכן בשיירי כנסת הגדולה הגהות טור יורה דעה סי' ר"מ. וה"ה שאינו חייב לשמוע בקולו בנידון דידן שאין בו שירות ישירות לאב, ומאחר שהבנים מבקשים לקבל אזרחות, וחובתם להביא לביצוע הדבר.

כמו כן הטענה שנמנעת הטבה כלכלית לאב, מלבד שהטענה טרם התבררה, אין מקום שהאב יטיל על הבנים את האשם, אלא על אותו הגורם שמצא לנכון לקבוע כללים אלו כתנאי להטבות.

כמו כן לא מצאנו לנכון להתכנס לדיון לבירור יסודי אודות מידת הנוק הנגרמת לילדים כתוצאה מהיעדר האזרחות, מאחר שעפ"י ההלכה הילדים יצאו מרשות האב כמבואר בגמ' במסכת נזיר, והם כבר גדולים העומדים ברשות עצמם, וכמו שכתבו הפמ"ג והמ"ב.

וצ"ל דלא קשה מידי דאין זה החיוב על אביו מדין חינוך אלא מדין הוכחה דמבואר בשבת נ"ד כל מי שכידו למחות על אנשי ביתו ולא מחה נתפס בשביל אנשי ביתו ועיין רש"י וכיון דעד כ"ב יש בו לקבל תוכחה האב חייב להכריחו ולהוכיחו ומה מתקו בזה דברי רש"י ז"ל שפי' משיתסר וכו' בשעה שעוד ידך תקופה עליו הוי זהיר ללמדו תוכחות וכו' הנה כתב שהוא מדין תוכחות ואתי שפיר ודו"ק."

וכן בספר חוט שני להגאון ר"ג קרליץ ז"ל (הלכות שבת ח"ד סי' שמ"ג), ולמעשה יסוד הדברים כבר נאמרו במשנה ברורה בדבריו הנזכרים שחילק בין מצוות חינוך לתוכחה. ולמעשה חובת תוכחה אינה מצד חובת האב על הבן אלא מפני שיש בידו להוכיחו, וכידוע חובת תוכחה אינה קשורה לאב דווקא אלא למי שבידו להוכיח.

בהתאם לאמור מאחר שבידו דין שני הבנים מעל גיל בר מצווה ועפ"י ההלכה הם בגדר איש העומד בפני עצמו, הגם שעדיין מוטלת על האב תמצוה ללמד בנו תורה, עכ"פ אין מוטלת על האב מצוות חינוך, ובנסיבות המיוחדות של מקרה זה והנתק הארוך בין האב לשני בנים כל ענין התוכחה אינו רלבנטי כלל, בהיותם מתחנכים בבית האם ובישיבה, ובמציאות הנוכחית אין בידו של האב להוכיחם. ובכל מקרה אינו נוגע כלל לשאלת האזרחות שהבנים

## סימן מט

### דין תכשיטים וכלי הבית עם הגירושין

לאחר עיון בטענות הצדדים, נקדים ונבהיר שהעמדה העקרונית הנוכרת שהציג הנתבע מתקבלת. מאחר שהתובעת דרשה לחייב את הנתבע בפירעון מלוא ההלוואות שנלקחו על ידו בתקופת הנישואין ונרשמו על שמו, כשההלוואות אלו ניטלו לצרכי הבית, הרי שבכך הביעה הסכמה לעמדת הנתבע שחלוקת הרכוש ואיזון המשאבים לא יוסדרו על פי הוראות חוק יחסי ממון, אלא עפ"י ההלכה. ואכן הנתבע הודיע שמבחינתו בהיותם זוג חרדי פשיטא שלא הייתה כוונה לנהוג בחלוקת הרכוש על פי הוראות החוק, על כן בנסיבות המתוארות ובהיעדר הסכמה וקנין כראוי, מוטל על בית הדין לפסוק בהתאם להסכמה העקרונית שהביעו שני הצדדים לחלוקת הרכוש על פי ההלכה הפסוקה בלבד.

ביחס לתכשיטים שהבעל קנה לאשתו במהלך חיי הנישואין, כתב בשו"ע אה"ע סימן צט סעיף ב':

הנותן מתנה לאשתו, אף על פי שהוא מגרשה מדעתו, זכתה במתנתה. הגה: נראה לי כאן טעות, אלא כך ראוי להיות אף על פי שמגרשה שלא מדעתה, כגון שסרחה עליו, אפילו הכי מתנתו שלה. וה"ה לאלמנה שנוטלת מתנה כל שאינן דברים שהם מלבושים או תכשיטים

הצדדים התגרשו בלא הסכם גירושין, ובהחלטה שניתנה לאחר הגירושין נכתב שהצדדים התגרשו לאחר שהאישה ויתרה על הכתובה, וששאר התביעות שנתרו במחלוקת יידונו בבית הדין לאחר הגירושין.

לאחר הגירושין לא הגיעו הצדדים להסכמות ביחס לחלוקת הרכוש מלבד דירת המגורים.

בדיון שהתקיים לאחר הגירושין הנתבע טען שתכולת הדירה, מלבד התכולה הנחוצה עבור הילדים, היא שלו, וכן התכשיטים שנקנו לאישה. בסיום הדיון הבהיר הנתבע את עמדתו וטען שמאחר שחלוקת הרכוש ואיזון המשאבים ביחס לחובות שנלקחו בתקופת הנישואין ונרשמו על שמו אינה על פי חוק יחסי ממון, מפני שהצדדים לא קיבלו עליהם חלוקה על פי חוק ובשל כך הוטל על הנתבע לפרוע את החובות הרשומים על שמו במלואם, כפי המתחייב על פי ההלכה, לא יתכן שביחס לחלוקת התכולה תיקבע חלוקה שווה ולא בהתאם להלכה שאין מקום לחלוקה שווה.

לאחר הדיון הציגו הצדדים את עמדותיהם המנומקות, כשהתובעת מבקשת חלוקה שווה של התכולה, וכן לקבוע שתכשיטים שנקנו עבורה בתקופת הנישואין הן שלה בלבד. הנתבע הציג אסמכתאות לעמדתו הנוכרת.

ובפתחי תשובה סימן צט סק"ח כתב:

ועיין בספר בית מאיר שהאריך לפקפק בזה וסיים כי דין זה צ"ע. אמנם במדינות אלו ובמנינו שכבר הוקבע המנהג ע"פ עדות הריב"ש ופסק הרמ"א ז"ל ודאי כל השולח ונותן על המנהג נותן ויש לדון ולהורות כן בלי פקפוק.

מדברי הריב"ש הנזכרים עולה, שמדינא היה נכון לקבוע שכל מתנה אינה חוזרת, למרות זאת ההלכה הנזכרת מיוסדת על הלכות אומדנא שאין זו מתנה גמורה אלא שתקשט בהיותה נשואה לו בלבד, אך אם אין אומדנא שהבעל נתן את התכשיטים רק למטרת קישוט, אלא דעתו היתה שיהיו של אשתו, חזר הדין שהם שלה לגמרי.

ובדרכי משה חו"מ סימן צו סק"ז, כתב:

וכן כתב המרדכי סוף פרק נערה שנתפתתה (סימן קעב) בשם מוהר"ם דאפילו בגדי יום טוב ותכשיטין שקנה לשם אשתו אין בעל חוב גובה מהם ודלא כתשובת הריב"ש שכתב בסימן קכ"ח שאף החולקים על הרמב"ם בבגדי שבת לא חלקו בבגדי כסף וזהב כו'. וכתב עוד המרדכי דאף לדברי הרמב"ם אם הקנה לה בפירוש אף מתכשיטין אין הבעל חוב גובה.

ומשמע מדבריו של המרדכי, שאם הקנה לה בפירוש את התכשיטים הם שלה ללא סייג.

ובשו"ת חבלים בנעימים חלק ד' סימן נה דן בשאלת הבעלות על תכשיטים שהבעל נתן לאשתו אם הם שייכים לה, והביא מדברי הריב"ש והרמ"א, והוסיף וכתב:

אבל המחבר, אף שבכית יוסף הביא דעת ריב"ש, אבל בשו"ע סתם דכל מתנות שנתן הבעל הן שלה, ואם כן חולק על זה. גם בבית מאיר תמה הרבה על ריב"ש והביא בשם רשב"ם ורשב"א להיפוך.

למרות זאת, בתשובת חבלים בנעימים לא הורה לדחות מהלכה את פסק הרמ"א, אך כתב שמאחר שהכל מיוסד על אומדנא של הבעל שלא נתן למתנה גמורה, על כן אין לדון כן בכה"ג שכבר אין אומדנא, כגון כשכתבו בכתובה "חוץ מתכשיטים השייכים לגופה", וזאת על יסוד דברי הנודע ביהודה תניינא אבן העזר סימן ק' שכתב:

כיון שנחלקו רב ושמואל ב' נערה שנתפתתה דף נ"ד ע"א רב סבר אלמנה שמין מה שעליה ושמואל סבר אין שמין ואמרין התם דהלכתא כוותיה דרב מ"ט כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה וכן פסק בש"ע אהע"ז סימן צ"ט ונראה דהיינו מן הסתם אבל היכא דכתב בהכתובה שתטול כל השייך לגופה א"כ גלי דעתיה שניחא ליה גם במיפק מיניה שתטול א"כ בשעה שנותן לה אף אחר החתונה אז מקנה לה ולכך נוטלתם ולא מטעם הקנין שבשעת נישואין ולפ"ז יהיה נכתב בהכתובה אפי' בלשון גרוע שאינו לשון מתנה מ"מ כבר גלי דעתיה שרצונו שתטול אף במיפק מיניה.

והוסיף בתשובת חבלים בנעימים שכן הדין גם אם לא נכתב בכתובה "חוץ מתכשיטים השייכים לגופה":

אם היו הנישואין במדינה זו, ודאי שנשאת לו על פי המנהג

העשויין להתנאות בהם. ודוקא שעשאן לה הבעל, אבל אחרים שנתנו לה תכשיטים בשעת נישואין, למתנה גמורה נתכוונו הרי הם כנכסי מלוג שלה.

ועיין בחלקת מחוקק סק"ח ובב"ש סק"ז שביארו שביחס לתכשיטים, אין הבעל נותן אותם במתנה גמורה, אלא נועדו שתוכל להתקשט בהן רק כל עוד היא נשואה לו.

מקור דינו של הרמ"א הוא בתשובת הריב"ש סימן שא, שכתב:

גם מה שאמרת שבנדון זה התכשיטין הם שנתן הבעל לאשתו דרך מתנה דודאי הבעל שנתן לאשתו מתנה גמורה מתנה היא ואין שמין לה, שכ"כ בשם הגאונים ז"ל. וא"כ כשחתן נותן התכשיטין לכלה ומכריז ע"י שלוחו זאת החגורה נותן החתן לכלה והיא מקבלת אותם הרי קנאתם במשיכה, ומפני מה לא תקנה אותם האישה, ע"כ תורף דבריך. ואני אומר מה שכתבו בשם הגאונים ז"ל אמת הוא... אבל אין דבריהם אלא בנותן קרקע או מעות או אפילו שאר מטלטלין שאינן לא מלבושין ולא תכשיטין ללבוש ולהתנאות בהן ואינן בכלל מה שעליה, כגון אותן שנהגו לכתוב מתנה לחוד בשעת נישואין, וזה נגבה בין באלמנות בין בגירושין כל שאינה מורדת בו... אבל החתן הנותן סבלונות תכשיטי כסף וזהב לכלה להתנאות בהן בין שנתן בשעת נישואין בין קודם לכן בעודה ארוסה אין זה מתנה גמורה. ואף על פי ששולח ומכריז זה נותן חתן לכלה אין הכוונה למתנה גמורה. דהא קיי"ל (ב"ב קמ"ו:) דבין מת הוא בין מתה היא ואפילו הדר ביה איהו מוהרי הדרי, ואפילו אכל שם סעודת חתן כל שאינם של מאכל ומשתה. והטעם הוא משום דלאו למתנה גמורה איכוון אלא להתנאות בהן בין בעודה בבית אביה בין אחר שתבא לבית בעלה. ובדבר של מאכל ומשתה דעתו הוא למתנה גמורה כל שלא תחזור בה היא... וכן כשנותן בשעת נישואין הדבר ידוע שאין עושין למתנה גמורה אלא להתקשט ולהתנאות בהן, וגם לפעמים עושין כן לכבוד בעלמא, ומי שאין לו נותן כלים שאולין ומחזירם לאחר הנישואין לבעליהם. וגם לפעמים שולחין קודם ארוסין שאין שם אלא שדוכין לבד ואומרים ומכריזין שנותן החתן לכלה, ובודאי קודם הארוסין אין שם מתנה כלל. ומתני' דסבלונות לבית חמיו תנן דמשמע שיש שם ארוסין הא לאו הכי לא כלום הוא ואפילו אכל שם, וכן כתבו ז"ל, ואומדנא דמוכח הוא שאין נותנין לשום מתנה גמורה. ומעולם לא שמעתי מי שפקפק בדבר לומר שלא יהיו שמין תכשיטי זהב וכסף ואפילו בגרושה. ואפילו אותן החולקים על הרמב"ם ז"ל לומר דגרושה אין שמין בין בגדי חול בין בגדי שבת לא חלקו עליו בתכשיטי כסף וזהב, שהרי במתניתין דאחד המקדיש לא הזכירו אלא מיני מלבוש. אמנם אם נתנו לה אחרים תכשיטין או מעות בשעת נישואין כמו שהוא נהוג בקצת מקומות שהקרובים לחתן או לכלה נותנין לה בשמחות וגיל איש נזם זהב אצעדה וצמיד טבעת עגיל אלו בודאי הם שלה שהרי למתנה גמורה נתכוונו. דקיי"ל (ב"ב נ"א:) קנתה והבעל אוכל פירות, והווי להו כנכסי מלוג, וא"כ בין באלמנות בין בגירושין אין שמין אותן לה.

בדרך כלל האישה נשארת עם בגדיה ותכשיטיה, ואין הבעל עומד על קוצו של יוד לקבל את המגיע לו על פי ההלכה הפסוקה ברמ"א סימן צט הנוכר, ויש שמסכימים לחלוקת הרכוש על פי חוק יחסי ממון, וההסכמה מקבלת תוקף בהסכם בר תוקף או בקבלת קנין. בנסיבות אלו לא ניתן לקבוע שקיים המנהג המבואר בריב"ש וברמ"א ושעל דעת מנהג זה נקנו התכשיטים וניתנו לאישה, שהרי ברור שהמציאות המוכרת לנו אינה כפי שהייתה בזמן הבית מאיר. והרי ידוע מדברי הפוסקים שאין שייך מנהג במילתא דלא שכיחא (עיין רמב"ם שחיטה פי"א הי"ג, רמ"א חו"מ סימן שלא ס"א, ריב"ש סוף סימן תסג), ונראה שלא ניתן להכחיש את המציאות שהחזר תכשיטים בעת הגירושין הוא בלתי מצוי כלל וכלל, ומאחר שכיום אין מנהג, אי אפשר לטעון שהתכשיטים ניתנו על דעת המנהג. ומאחר שמדינת המתנה שהבעל קונה לאשתו היא שלה, אלא שמכח אומדנא המיוסדת על המנהג הידוע נפסקה ההלכה הנוכרת ברמ"א, על כן אין לדון כן כשכבר אין מנהג כזה, וממילא אין את אותה אומדנא.

על כן בנידון זה הבגדים והתכשיטים של האישה יישארו ברשותה, וערכם לא יקוּזו במסגרת ההתחשבות ההדדית. ביחס לכלי בית המשמשים לכל בני הבית, יצוין לתשובת המבי"ט (הובא בבאר היטב אבן העזר סימן צט סק"ז) שגם כשאחרים נתנו אותם, בסתמא הם של הבעל, וזה לשונו: אבל שאר הכלים אפילו לא נמכר ועל הסתם הם שלו אלא כשפירשו בפ"י שהיו נותנים לה. החתם סופר חלק אה"ע סימן קמט (הובא בפת"ש סק"ט) באר את תשובת המבי"ט, וכתב:

בשנעייין בטעם הדבר שכתב סימן פ' שיהי' שלו משום שהם ככלי בית שנקראים על שם הבעל יע"ש שכתב כן בפירושו. ומייתייתם כגון כוסות של כסף וקערה של כסף ומגריפה יע"ש יראה מזה אף על פי ששניהם משמשים אין זה נקרא תשמיש שניהם כי גם כל אוכלי שולחנו משתמשים בו וכן דרכו של עשיר מופלג שאפילו עבדיו משמשים בכסף וזהו הכל לכבודו נקרא על שמו, וה"ל המתקוקן לבעל שאפילו נתנם קרובי האישה מ"מ הכל שלו, וכשרוצה שתקחם באלמנותה ישומו לה בכתובתה.

ובבבלי כתובות דף קג עמוד א:

תנו רבנן: משתמשת במדור כדרך משתמשת בחיי בעלה, בעבדים ושפחות - כדרך משתמשת בחיי בעלה, בכרים וכסתות - כדרך משתמשת בחיי בעלה, בכלי כסף ובכלי זהב - כדרך משתמשת בחיי בעלה, שכך כתב לה ואת תהא יתבת בביתי ומיתזנא מנכסי כל ימי מגר ארמלותיך.

וכן בשו"ע סימן צד ס"א ביחס לכרים וכסתות, ומבואר שבסתמא כלי הבית כגון כלי זהב וכסף וכרים וכסתות אינם של האישה, אלא לאלמנה יש רשות להשתמש בהן אך לא למוכרן, ובגירושין הכול חוזר לבעל.

אך יצוין לפרוטוקול הדיון שהתקיים שבועיים לפני מועד סידור הגט שבו נכתב:

שחוק המדינה שהתכשיטים הם שלה לצמיתות, וכמ"ש מבי"ט חלק א' סימן שט, וכיוצא בשבות יעקב ח"א קנ"ו אם כתב על פי משפט השטרות חייב אף שאינו ע"פ דיננו, משום שנכנס בחיוב זה.

וכיון שעל דינו של ריב"ש חולק בבית מאיר וסיים רק שבמדינות אלו שכבר הוקבע המנהג על פי פסק הרמ"א, ודאי כל הנותן על המנהג הוא נותן, ויש לדון כן. אבל כאן כיון שעל פי מנהג המדינה התכשיטים שייכים לה, שוב ודאי מצד הדין הם שלה.

וכן בספר ערוך השלחן חו"מ סימן צו סעיף ל כתב:

ובגדי שבת ויו"ט יש מחלוקת אם הם דומין לבגדי חול או לכלי כסף וזהב, ויראה לי לפי מנהג מדינתנו שדומים לבגדי חול, שרוב בני אדם מקנין הבגדים אף היותר יקרים לנשיהם ובניהם ובנותיהם לחלוטין. וכן התכשיטין שנושאת על גופה כמו נזמים וטבעות ונזמי האוזן ומרגליות שעל צוארה מקנה לאשתו במתנה גמורה, וכשקנה אותן בעדה הוה כהקנה לה במתנה גמורה ואין בע"ח גובה מהן אף לאחר מיתת הבעל, כיון שהן שלה ושל בניה [כנלע"ד דלא כשע"מ]

העולה מדברינו שביחס לתכשיטים שהבעל קנה לאשתו כתב הבית מאיר שבסתמא על דעת המנהג הוא נותן לה. אך אם ידוע שנתן לה במתנה חלוטה, היא שלה. כאמור, הבית מאיר כתב:

"אמנם במדינות אלו ובזמננו זה שכבר הוקבע המנהג על פי עדות הריב"ש ופסק הרמ"א ז"ל, ודאי כל השולח ונותן על המנהג הוא נותן, ויש לדון ולהורות כמותם בלי פקפוק", דבריו יכולים להתייחס לזמנו שאכן למעשה הוקבע המנהג כדברי הריב"ש והרמ"א, על כן קיימת אומדנא ברורה שעל דעת כן ניתנו לאישה תכשיטיה. אך כשאין אומדנא כזו, ההלכה נקבעת על פי האומדנא בכל דור ובכל מקום לפי המציאות, כגון אם נכתב בכתובה "חוץ מתכשיטים השייכים לגופה", שבנסיבות אלו כתב הנודע ביהודה שכבר אין אומדנא, למרות שאין בכתיבה כזו להקנות לאישה דבר שלא בא לעולם, וכן כתב הערוך השלחן ביחס "למדינות אלו ובזמננו זה", שהתכשיטין ניתנים במתנה גמורה, וכן בתשובת חבלים בנעימים פסק על יסוד המנהג הרווח על פי החוק.

וכן בספר שו"ת מנחת אשר (להגאון רבי אשר וייס שליט"א) חלק שני סי' קד כתב:

בענין המתנות והתכשיטים שנתנו זה לזו וזו לזה, הרמ"א בסוף סימן צ"ט כתב דתכשיטי האישה חוזרים לבעל... באמת הכל תלוי באמדן דעתו... אך מכל מקום נראה שהלכה זו נאמרה בזמן שמנהג העולם שכל הכסף היה ברשות הבעל ועיני האישה היו תלויות בבעלה כענין שפחה על יד גבירתה והוא היה נותן לה כסות ושלמה, ובכה"ג מיירי שנתן לה מלבוש וכסות בלי כל סיכה מיוחדת, ובזה אמרו שלא נתן לה על מנת שתטלם כשתגרש, מה שנתן לה לרגל ימים מיוחדים או אירועים מיוחדים ודאי דעתו ליתנם מתנה גמורה שאינה חוזרת לבעלים.

עוד יצוין: בזמנינו רובם ככולם של הזוגות המתגרשים, מתגרשים לאחר שמוסדר הסכם גירושין לחלוקת הרכוש, שבו

מאחר שעל כל פנים אפשר לפסוק בנושאים אלו. סיכומו של דבר, תכולת הדירה תחולק בהתאם להסכמה שהושגה בדיון, כאמור לעיל.

עוד עלתה טענה מצד הנתבע שדינה של האישה כמורדת, ויש להורות על החזר מתנות, כפי ההלכה הפסוקה בשו"ע אה"ע סימן עז ס"ב.

יצוין כי בנידון זה הבעל הגיש תביעה לשלום בית, ולאחר מכן האשה הגישה תביעה לשלום בית, אך מאחר שהושגה הסכמה לגירושין, והגט סודר בהסכמה בלא שבית הדין שמע את טענות הצדדים, אין לנו אלא תביעה לגירושין מצד האשה, ובסופו של דבר הוסכם על שני הצדדים להתגרש בלא שבית הדין נזקק לקיים דיון מהותי לבירור התביעות לגופן. בנסיבות אלו אין אפשרות שבית הדין יקבע שמעמדה של האשה בטרם הגירושין יהיה מורדת. זאת מאחר שרק כשבית הדין נוכח שקודם לגירושין האישה מרדה בבעלה, בטענת מאיס עלי באמתלא מבוררת וכיוצ"ב, ניתן לקבוע את המעמד על יסוד הטענות, לא כן כשהצדדים מצאו לנכון שלא לטעון כלל ביחס לנסיבות שקדמו לגירושין. התביעה של האשה לגירושין מצד עצמה אינה קובעת מעמד של מורדת בלא שידועה המרידה, וגם אם ידועה המרידה יש לברר שקיימת "אמתלא מבוררת" בלבד אך לא יותר מכך, ושאינן מציאות שאילו הייתה ידועה לבית הדין בית הדין היה קובע שהמרידה מוצדקת ובמקומה, ושקיימת עילה לחיוב הבעל בגירושין.

**סיכומו של דבר**, חלוקת הרכוש אמורה להתבצע בהתאם לעקרונות הנ"ל. דהיינו מאחר ששני הצדדים הסכימו שלא לחלק את הרכוש על פי ההוראות הקבועות בחוק יחסי ממון, והוסכם שהבעל נושא בכל החובות שהצטברו בתקופת הנישואין ונרשמו על שמו בלבד, לכן מכלול חלוקת הרכוש מתבצעת על פי ההלכה בלבד, ובהתאם לעקרונות המפורטים לעיל.

"האיש: אני מבקש להוציא רהיטים מהבית. יש לי חובות בגינם. או שהיא משתתפת איתי בחובות או שאני לוקח. מדובר ברהיטים שקניתי לפני שנה כשנכנסתי לדירה. מאז נכנסתי לחובות. אני מבקש שולחן וכסאות, מיני בר ועוד.

ביה"ד: האם אתה מוכן שמה שמשמש את הילדים יינתן לה, ומה שלא - חצי חצי?

האיש: מיני בר הם לא צריכים. מה שבית יכול להסדר בלעדיו יתחלק חצי חצי.

האשה: שולחן מוכרח לבית. ארון ספרים - שייקח."

על כן מאחר שהצדדים התגרשו על יסוד הסכמה זו שהציגו בפני בית הדין, קשה לקבל עתה חזרה מהסכמתם. מאחר שאינם מבקשים חלוקת רכוש ואיזון משאבים בהתאם להוראות חוק יחסי ממון, לכן גם דרכי האישור להסכם אינו חייב להתקיים בדרך הקבועה בחוק - בהסכם בכתב דוקא.

ביחס למעמד ותוקף ההסכמה שהוסכמה בדיון בבית דין, עיין הגהות מרדכי ב"מ סימן תנו שהביא הרמ"א בדרכי משה חו"מ סימן שלג ס"ה ובבאר הגולה סימן שלה אות ו', וברמ"א חו"מ סימן כב ס"כ ובסמ"ע ס"ק יב ובביאור הגר"א ס"ק יא, ובספר ציץ אליעזר חלק י"ב סימן עד וחלק ט"ז סימן נג.

ונראה ביאור הדברים על פי מש"כ החזו"א סנהדרין סימן יז סק"ד בשם הרשב"א שבכל מקרה שהאדם מקבל בפני בית דין שיפסקו עליו פסיקה מסוימת, בכך הוא נותן כוח לבית הדין לפסוק גם ללא דיון לבירור דקדוק הדין, אלא פסיקתם מחייבת מכוח ההסכמה. אך בסופו של דבר המחייב הוא מפני פסיקת בית הדין ולבית הדין הכוח לפסוק או לאחר הכרעה בטענות הצדדים ולחילופין על פי ההסכמה שהוצגה בפניו, אך לא מפני קנין מסוג כזה או אחר שנעשה על ידי אותו אדם. ובהתאם לכך מובן מנהג כל בתי הדין לתת תוקף של פסק דין להסכמים הכוללים בתוכם נושאים שאין מועיל בהם קנין בהיותו קנין דברים וגם אין שייכת בהן התחייבות,

## סימן נ

### חיוב אשה בגירושין לאחר שהכשילה את בעלה באסור נדה

הבעל תובע להתגרש, והאישה מתנגדת לגירושין, ובהיעדר הסכמה, עלינו לפסוק לגופן של תביעות.

הבעל טען על התנהלות בלתי מתקבלת על הדעת מצד האשה לרבות ביוזי הבעל בבית הוריו ובפני בני משפחתו, וכן טען על התנהגות בלתי סבירה מצד האשה בכל הקשור לקיום יחסי אישות עמה, כמפורט בפרוטוקולי הדיונים באריכות ובפירוט, ולא נציין כאן את פרטי הטענות. אמנם אם אלו בלבד היו טענות הבעל, עדיין היה מקום לשיקול דעת האם להפנותם ליעוץ והדרכה מתאימה ולהביאם לניסיון רציני לחזרה לשלום בית.

אולם בנוסף לטענות הנ"ל, הבעל טען שהאישה הכשילה אותו באיסורי נדה החמורים, כשהתנהגה עמו ככל אשה

בפני בית הדין תביעת הבעל לחיוב האשה בגירושין וכן לפסוק ביחס לכתובה, והתקיימו ארבעה דיונים לבירור התביעה.

בדיון האחרון בית הדין השלים לשמוע את טענות הצדדים ואת הראיות שהוצגו. וכן שני הצדדים הודיעו שסיימו להציג טענות וראיות, וכי אינם מבקשים להגיש סיכומי טענות בכתב. בהתאם לכך, להלן פסק הדין בתביעת הגירושין והכתובה.

#### העובדות

הצדדים נישאו בחו"ק כדמו"י ביום ... וביום .... הצדדים נפרדו ומאז מתגוררים בנפרד.

אעזור לך אל תפחדי אף אחד לא ירביץ לך אני אגן עלייך אין שום ברירה את חייבת להגיד את זה לבעלך הבאתי את בעלה לחדר ואז היא אמרה לו את זה בצורה הכי חריפה הכי תוקפנית בפניו, "אתה גועל נפש" "אתה מאוס" המילים הכי חריפות שרק יכולות להיאמר, אמרה בפניו".

גם בעדותו של הרב ... נכתב שהאשה הודיעה שאינה רוצה את הבעל עקב התייחסותה אליו כמי שאינו חכם ומופנם.

בדיונים בבית הדין נוכחנו שהאשה אינה מעריכה את בעלה, וכי הדימוי שלו בעיניה נמוך מאד. למרות טענות רבות ביחס לבעל ולאישיותו, מצהירה על רצונה בשלום בית ומביעה התנגדות להתגרש, כשאחד מהשיקולים הוא מפני שהיא סבורה שהבעל רוצה להינשא לבת דודה שלה, לאחר הגירושו, והיא מבקשת למנוע זאת. הבעל הכחיש זאת, וטען שהוא מכיר משפחת האישה אך מעולם לא פגש את בת הדודה עליה מדברת וכי אין לו כל קשר עמה.

### דיון

#### נאמנות אשה המודה שלא טבלה והכשילה את בעלה

שנינו במשנה במסכת כתובות דף עב עמוד א':

"אלו יוצאות שלא בכתובה העוברת על דת משה ויהודית. ואיזו

היא דת משה מאכילתו שאינו מעושר, ומשמשו נדה".

ושם בגמרא:

"משמשו נדה. היכי דמי אי דידע בה, נפרוש, אי דלא ידע, נסמוך עליו, דא"ר חנינא בר כהנא אמר שמואל מנין לנדה שסופרת לעצמה שנאמר וספרה לה שבעת ימים, לה לעצמה, לא צריכא, דאמרה ליה פלוני חכם טיהר לי את הדם, ואזל שייליה ואשתכח שיקרא. ואיבעית אימא כדרב יהודה, דאמר רב יהודה הוחזקה נדה בשכנותיה, בעלה לוקה עליה משום נדה".

והנה שיטת הראב"ד (הובאה בראשונים) שהאשה אינה נאמנת לומר שלא טבלה, והכשילה את בעלה, הואיל ואין אדם משים עצמו רשע, אך כל הראשונים דחו שיטה זו.

בחי' הרשב"א כתב על שיטת הראב"ד:

"ואינו מחוור, דממונא הוא דהיינו להפסידה כתובתה והודאת בעל דין כמאה עדים, וטעמא דלא אוקמה במודה משום דלא בעי לאוקמה במילתא דלא שכיחא".

וכן בחי' הריטב"א (שם) כתב:

"ואם תאמר ולימא ליה כגון שהודית אחרי כן, וליכא למימר כדפריש הראב"ד ז"ל שאין אדם נאמן לשום עצמו רשע, שאין אומרים כן לענין תשלומי ממון שהמודה לחברו שגזלו או שחבל בו או שגנב ממנו חייב הוא לשלם ממון, ולא אמרו אלא שאינו משלם קנס על פי עצמו, אבל י"ל דלא מסתברא לן לאוקמי כשהיא מודה ברשעותה דמילתא דלא שכיחא היא".

וכן בר"ן על הרי"ף ובחי' רבנו קרשקש עמ"ס כתובות (שם).

וכן פסק הבית שמואל בסי' קטו ס"ק ג', וכתב:

"ה"ה אם היא מודה שהכשילתו, אף על גב דאין אדם משים עצמו רשע מ"מ להפסיד ממון אדם נאמן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, וכ"כ הרשב"א והר"ן והמגיד".

הטובלת במקוה בעת הצורך, אך לאחר מכן התברר לו שהאישה הודתה שהטעתה אותו, ולמעשה במשך כמה חודשים לא טבלה, ויצוין שהזוג הינו חרדי והבעל אברך. לטענת הבעל באותה תקופה האישה הכשילה אותו בביאות אסורות וקירבה לאשה נדה, ומיד לאחר שהדבר נודע לו ועפ"י עצת רב פלוני הבעל עזב את אשתו, ומאז הצדדים בנפרד.

בדיון הראשון האשה הודתה שאכן לאחר זמן אמרה לבעלה שלמעשה לא טבלה, אך תירצה עצמה בכך שיעצו לה לומר לו שלא טבלה. בדיונים שלאחר מכן האשה הכחישה לחלוטין את הטענה שלא טבלה או שהודתה בכך. האשה הציגה מכתב מהבלנית ובו נכתב: "אני החתומה מטה מאשרת כי הגברת פלונית מוכרת לי כאשה שמגיעה לטבילה אצלנו במקוה".

בית הדין הזמין לעדות את הבלנית, אך הבלנית בחרה שלא להתייצב לעדות. כמו כן אמנם המכתב הנ"ל מאשר שהאשה אכן מוכרת לה כאשה שהיתה מגיעה לטבילה במקוה זה, אך אין אישור שהיתה מגיעה מידי חודש בחודשו, ולכן אין ראיה ממכתב זה לסתור טענת הבעל שהאישה הודתה לו שמספר חודשים לא טבלה.

בבית הדין התקבלה עדות משני עדים שהעידו שהאשה הודתה בפניהם שלא טבלה, והכשילה את בעלה. העד הראשון הרב פלוני נכנס לנושא בעקבות פנייתו של ראש ישיבה פלונית ששמע שהאשה הודתה בפני הרבנית פלונית שלא טבלה. בהתאם לכך, הרב פלוני נפגש עם בני הזוג, ועל הידוע לו מפגישות ישירות עם בני הזוג העיד בפנינו, ובעדותו העיד שהאשה הודתה בפניו שלא טבלה והכשילה את בעלה.

העדות השניה היא של הרב ... עדות שהתקבלה בכתב לבקשת ביה"ד. בית הדין החליט שלא להטריחו להתייצב אישית לדיון, בהתאם להלכה הפסוקה בסמ"ע חו"מ סי' כח ס"ק מב ובב"ח סי' כח (ד"ה כתב רש"י), שפסקו שניתן לקבל עדות בכתב מתלמיד חכם, כדי למנוע ביטול תורה ושלא להטריחו לדיון, ועפ"י הוראת נתיבות המשפט סי' כח ס"ק ו, בית הדין הקריא בפני בעלי הדין את העדות הכתובה, ובכך העדות נחשבת כעדות בפני בעל דין.

בעדות זו נכתב: "... ברור לי שאמרה לי שהיא אמרה לבעלה שטבלה בזמן שהיא לא טבלה, ואמרה שאמרה כך כי כך יעצה לה יועצת מאחר שהיא לא רצתה את בעלה בהיותו אינו פיקח וחכם ומופנם... בסיכום, ברור לי שכשהיא דיברה איתי, ... אמרה שאמרה לבעלה שטבלה בזמן שלא טבלה...".

יש לציין כי בעדותו של הרב פלוני, נאמר כדלהלן:

"היא ובעלה הגיעו אליי הביתה, היא ישבה איתי בסלון ואמרה לי בכל התקופות ובכל הנחרצות אני לא רוצה אותו אני מואסת בו ואת המילים הכי קשות שאפשר לשמוע שהיא דיברה עליו וגם שם היא אמרה במפורש אני לא הולכת למקוה אני בתולה, אמרה בכל הנחרצות, אמרתי לה אני



ס"ד). ולענ"ד אין דברי הרמ"א סובבים בדוקא על סיוס דברי המחבר, דמיירי באתרו בה אלא שהוא מלתא באפי נפשה, דלענין גירושין לא תליא בהתראה... בעוברת ע"ד דאיבעי דלא אפשטא אם רצה לקיימה אם רשאי ופסקו הפוסקים להקל, אבל מ"מ כתבו רוב הפוסקים דמצוה לגרשה, ומשמע ודאי דהאיבעי אף בלא התראה, דלענין איסור לא תליא בהתראה... א"כ ממילא בלא התראה הוי ג"כ מצוה. והרמב"ם (פ"י מהל' גירושין) כתב שאינה צנועה ככנות ישראל מצוה לגרשה, א"כ נראה דבעוברת על דת בלא התראה יכול לגרשה בע"כ. ועיין תשובת מהר"ם הובא במרדכי ובהגהת אשר"י פ' המדיר וז"ל משמשותו נדה או בשביל דבר אחד דמקרי עוברת על דת יכול לגרשה בע"כ גם כתובתה הפסידה אם התרה בה עכ"ל, מדלא כתב בקיצור יכול לגרשה בע"כ בלא כתובה, מחמת דבתחילה אמר יכול לגרשה בע"כ וזהו בכל ענין, ואח"כ אמר גם כתובתה מפסדת, דהיינו באם התרה בה, ובתרומת הדשן (סי' רע"ב) כתב להדיא כיון דנחשבת עוברת על דת ומצוה לגרשה פשיטא דלא תיקן בזה רגמ"ה אלא דלענין הפסד כתובה בעי התראה עכ"ל, וכ"כ בשו"ת הר"מ פאדווא (סי' י"ג) וז"ל. ואל יטעה שום אדם לומר הלא בעוברת על דת צריכה התראה, דזהו דוקא ברצוה להפסיד כתובתה וכו' אבל פשיטא דמצוה לגרשה, אף בלא התראה ויתן לה כתובה, וסברא נכונה היא, עכ"ל. מכל הלין נראה כמו שכתבתי דדינא דהרמ"א הוא מלתא באפי נפשה ואף בלא התראה, והאחרונים קצרו בדבר במקום שהי' להם להאריך. אולם לענין הכתובה נראה דאינו יכול להפסידה כיון דלא היתה התראה."

ואמנם החתם סופר בתשובה חח"מ סי' רג האריך להוכיח שגם לענין גירושין בע"כ אין להתיר אלא אם היתה התראה, אך שאר האחרונים שהבאנו לא הסכימו עמו בזה.

וז"ל האור שמח בתשובה (שו"ת אור שמח ח"ב סי' לח):

"אמנם להקת המחברים האריכו אם בלא התראה מצוה לגרשה, והחת"ס האריך הרכה וצבא המחברים נגדו, וכל הראיות יש לדחות. אולם הך דתנן בתוספתא לא התרה בה יוציא ויתן כתובה, משמע דבכל העוברת ע"ד מצוה להוציאה. ויעוין תוס' ריש פרק המדיר בשם ר"ח ותמן בכלהו דכופין אותו משום טיבותא דילה וכאן משמע דמצוה לגרשה."

העולה מדברינו, אליבא דרוב האחרונים החולקים על שיטת החת"ס, למרות שלא התרו באשה, עדיין מצוה לגרשה מכיוון שעברה על דת, ולכן אין חרם דר"ג. והוסיף לבאר בשו"ת מנחת יחיאל ח"ג סי' פג:

"מצוה איכא לגרשה, ופשוט דאפילו שתבטיח לבעלה שלא תתנהג עוד בפריצות אפ"ה מצוה לגרשה, כי מי יודע מה בלבה אפשר שכבר נשרשה הפריצות בלבה ותכשיל אותו, א"כ למה לן התראה להתרות שתחזור, הא בין כך ובין כך מצוה לגרשה, רק בכתובתה חסו רבנן שלא תפסיד בלא התראה."

והנה תשובת החתם סופר עדיין טעונה בירור. מתוך דבריו נראה שבלא התראה עדיין אין מצוה לגרשה, מאחר שאנו מניחים שההתראה תועיל ויתכן שמכאן ולהבא כבר לא תהיה עוברת על דת. וז"ל החת"ס:

ועיין בפת"ש סי' קט"ו ס"ק כא בשם תשובת פנים מאירות שהאשה נאמנת בהודאתה ששימשותו נדה, ובזה אין לומר "שמא עיניה נתנה באחר", ומצוה לגרשה.

### חיובה בגירושין והאם רק לאחר התראה

בגמ' במסכת סוטה דף כה,א מבואר שעוברת על דת צריכה התראה, ובלא התראה אינה מפסידה כתובתה, וכן נפסק בשו"ע אה"ע סי' קטו סעיף ד'. ויש מקום לברר האם ניתן לפסוק לחייבה בגירושין גם כשהכשילתו בלא התראה מוקדמת.

הרמ"א בסי' קטו סעיף ד' כתב:

"ואינה יכולה לעכב על ידו שלא יגרשנה, ויכול לגרשה בעל כרחא, ואין בזה משום חרם ר"ג."

וכתב הט"ז סק"ט:

"ויכול לגרשה. פי' אפילו בלא התראה שאין צריך התראה אלא לענין הפסד כתובתה, אבל לא לענין גט, שיש מצוה להוציאה."

וכן כתב בשו"ת ב"ח החדשות סי' פד:

"בענין התראה דבר פשוט הוא שהתראה הנזכרת בתלמוד פרק ארוסה אינה כי אם להפסיד כתובתה וכן מבואר מן הלשון איבעיא להו עוברת על דת צריכה התראה להפסיד כתובתה כו'. והטעם משום שיכולה לומר לא הייתי יודעת שבשביל כך אפסיד ממון מה שהיה חייב לי דמה ענין זה לזה, לכך צריכה התראה כדי שתדע שאם תעבור עוד על דת שקנסו אותה בכתובה. אבל כדי להוציאה אין צריך התראה, שהרי לפי דין התלמוד אשה מתגרשת לרצונה ולא לרצונה ומה צורך בהתראה, וא"כ באשה בנ"ד שלא תיקן ר"ג בזה כלום חזר דינה ככל הנשים דעלמא קודם תקנתו של ר"ג שאינה צריכה התראה אלא כדי להפסיד הכתובה... וכן מבואר בהגהת מיימוני בשם מהר"מ דלעיל שכתב תחלה בעוברת ע"ד שמצוה לגרשה בע"כ ואח"כ כתב וז"ל ומיהו כיון שלא התרו בה בעדים אינה יוצאת בלא כתובה דהא מסקינן בפרק ארוסה עוברת על דת צריכה התראה לענין להפסידה כתובתה ואם יש עדים שעברה על דת ואין עדים שהתרו בה וגם היא אמרה שלא התרו בה, יכול לגרשה בע"כ, מיהו לאחר שיגרש יצטרך ליתן כתובה כיון דאמרה שלא התרו בה, ועידי התראה נמי ליכא. אלמא דלענין שמגרשה בע"כ אין צריכה התראה, דלא הוזכר התראה אלא לענין להפסידה כתובתה."

בשו"ת מאמר מרדכי סי' צט (להגרמ"ז איטינגא) הביא מתשובת הב"ח, וסיים:

"וכן משמע מכל האחרונים סי' קט"ו, עכ"ל.

וכן בפת"ש ס"ק יד הביא מכמה פוסקים שכתבו שדברי הרמ"א לענין חיוב נאמרו גם במקרה שלא התרו בה.

בביאור הלכה זו כתב הגאון רבי עקיבא איגר בתשובה מהדורא קמא סי' קיד (שהובא בפת"ש) אודות אשה שטבלה בלא בלנית עומדת על גבה, שעפ"י דין לא עלתה לה טבילה, ודינה כעוברת על דת. וכתב:

"א"כ לכאורה הדין דיכול לגרשה בע"כ כמ"ש הרמ"א (סי' קט"ו

בעוברת על דת המשמשותו נדה אינה מפסידה כתובתה בלא התראה, וז"ל:

"העוברת על דת ר"ל שמכשלת בעלה בדברים שהוא סומך עליה כגון מאכילתו שאינו מעושר או משמשותו נדה... ומ"מ דוקא בהתראה ר"ל שיתרה אותה בעלה בעדים או בבית דין שלא תתנהג עוד בכך ושאם תתנהג בכך שתפסיד כתובתה אבל בלא התראה לא הפסידה."

וכן עולה מסתימת דברי הטור והשו"ע בסי' קטו שכתבו:

"בכל אחד מאלו תצא בלא כתובה, ומ"מ לא אבדה כתובתה אא"כ יש עדים שהתרה בה תחילה ועברה על התראתו,"

הרי שעל כל אחת מאלו הנזכרים שם, לרבות משמשותו נדה, אינה מפסידה בלא התראה.

וכן בשו"ת ציץ אליעזר חלק כב סי' פג בפסק דין מבית הדין האזורי ירושלים, בהרכב הרבנים הגאונים נ"ע זצ"ל הרב אליעזר וואלדינברג הרב עובדיה יוסף, והרב קאפח, בתוך דבריהם כתבו:

"ואין לומר דבעבירה ידועה כגון מעשה תרמית וזיוף כבנידון דידן אין צורך להתראה, שלא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד. זה אינו, שהרי דעת רוב הפוסקים שצריכה התראה מפורשת שאם תעבור שוב "תפסיד כתובתה" וכמבואר בתשובת הרא"ש (סוף כלל ל"ב) ובתשובת מהר"ם בשו"ת הרשב"א (סי' תתס"ד) ובמאירי סוטה כ"ה, ובתשובת הרדב"ז ח"א (סי' שפ"ד) ובטור אה"ע סוף סי' קט"ו יעו"ש. ואמנם השבות יעקב ח"ג (סי' קכ"ז) חידש שבעבירה מפורסמת כגון משמשותו נדה א"צ התראה, ושהפוסקים שהצריכוה התראה אזלי לשיטתם דס"ל שצריך להתרות בפירוש על "הפסד כתובתה" משא"כ להרא"ז בשלטי הגבורים שכתב שאין צריך התראה מפורשת על זה כל שהעבירה ידועה לכל, וא"כ הבעל מצי למימר קים לי כהרא"ז, ושכ"כ מהרח"ש סי' נ"ז ע"ש... ועוד זאת, מכיון שבטושו"ע סי' קט"ו סעי' י' פסקו כהרא"ש שצריכה התראה מפורשת על הפסד כתובתה, וכ"כ מרן בבדק הבית, א"כ בנ"ד אי אפשר לומר קים לי נגד פסק השו"ע, וכמו שכתב כן להדיא בשו"ת שערי רחמים ח"ב סי' כ"ו, וכן מתבאר בתשובת נודע ביהודה תנינא חאה"ע סי' כ"ו שאף במשמשותו נדה צריכה התראה, וכן בשו"ת אור נעלם חאה"ע סי' ו' ע"ש.

והנה אף על פי שבשו"ת תרומת הדשן סימן רמ"ב מצדד דאפשר שברגילה לעשות כן א"צ התראה, ובתשובת הבית מאיר שבשו"ת רע"א סי' ק' ס"ל דבב' פעמים חשיב רגילה, ואם נחשוב שאשה בנ"ד היא כרגילה במעשה תרמית וזיוף וא"כ הרי עליה לצאת בלא כלום. אולם דעת כל האחרונים שאף ברגילה צריכה התראה, וכדמוכח בב"י סי' קט"ו ובדרכי משה, וכ"כ החלקת מחוקק והבית שמואל, וכן העלה בשו"ת שערי רחמים ח"א חאה"ע סי' א', ושאף התה"ד לא כ"כ אלא כגון נידונו שם שהיתה שם פריצות יתירה ע"ש."

בתשובת דברי חיים ח"א אה"ע סי' מט הנזכרת האריך בביאור הלכה זו שאינה מפסידה כתובתה בלא התראה למרות שכבר הכשילתו באיסור נדה ומצוה לגרשה.

"כבר כתבתי שאין נ"ל שיהי' זה מצוה בעברה בלא התראה, ורק אך לאינך דס"ל במקום מצוה לא תיקן ומאה רבנים יתירו בטעם מבורר, היינו לעקור התקנה לצורך שעה, מ"מ נ"ל אפילו טעם מבורר ליכא, דמה לנו למהר ולעקור התקנה ע"י מאה אנשים, הא יכול להתרות בה. וממ"נ אם לא תעבור עוד טבא הוא וטבא להוי, ואם תעבור אח"כ הרי ה"ל מצוה לגרשה, ובמקום מצוה לא תיקן ולא נצטרך לעקור התקנה, ואיני רואה כאן טעם מבורר."

אך נראה דהיינו בעוברת על דת כגון בנידון תשובת החת"ס שהעבירה על דת היתה התנהגות שיש בה חוסר צניעות, והתנהגות כזו ניכרת לעין וניתנת לבחינה לאחר ההתראה, ומכאן ולהבא האשה תיבדק האם ההתראה הועילה. לכן יש מקום להניח שההתראה תועיל ושוב לא תחזור לכסלה. אבל בנידון זה שהאשה הכשילתו בדבר שקשה מאד לברר ולעקוב אחריו, וגם כעת עדיין האשה עומדת בהכחשתה, ובכך כבר אינה נאמנת עליו, מסתבר לומר שבנידון זה גם החת"ס מודה שמצוה לגרשה, ושאין על הבעל חרם דר"ג.

לענין אשה שהודתה שהכשילה את בעלה בלא ידיעתו ואח"כ חזרה בה, עיין בתשובת נודע ביהודה תנינא אה"ע סי' כו באשה שהודתה שהכשילה את בעלה באיסור נדה בלא ידיעתו, ואחר כך חזרה בה וטענה שבעלה ידע מכך שלא טבלה, ופסק שאינה נאמנת בחזרתה, ודינה כעוברת על דת שיש לחייבה בגירושין גם בלא התראה. והובאו דבריו בפת"ש סי' קטו סק"ג. אך יצוין שבנידון זה האשה לא חזרה בה מהודאתה, אלא מכחישה את העדים שהעידו שהודתה בפניהם, וטוענת שלא הודתה, ובוזה וודאי אינה נאמנת כנגד שני עדים כשרים.

והנה בפת"ש סי' קטו ס"ק יא כתב:

"ועיין בתשובת שבות יעקב ח"ג ס"ס קכ"ז שכתב נלע"ד דאפילו נימא דכל עוברת על ד"מ צריכה התראה, מ"מ משמשותו נדה שהוא דבר הידוע לכל הנשים אפילו שהיא עם הארץ גמורה מ"מ בשעת נישואין לומדים עמה קרובים ושכנים כיצד תזוהר בנדתה שוב א"צ התראה אחרת בשעת מעשה כו' אף על גב דכתשובת הרשב"א סי' תק"ס משמע דגם במשמשות נדה בעי התראה היינו לפי שאזיל לשיטתו שם שפסק דבעי התראה לומר לה שתפסיד כתובתה וכל שלא אמר לה כן הוי כלא התרה בה אבל לפי הסכמת אחרונים כדעת הרא"ז בש"ג וכן משמע בב"ש וכ"כ בתשו' מהרח"ש סימן נ"ז דא"צ לומר לה כן, הרי דהתראה בזו רק הודעה שתזוהר בנדתה וזו הכל יודעים וא"צ התראה עוד יותר עכ"ד ע"ש."

ועיין בפד"ר כרך א' עמ' 336 שהסתמכו על דברי השבות יעקב.

אך כבר הפת"ש העיר שבתשובת הנודע ביהודה הנזכרת מבואר דלא ס"ל כשבות יעקב, וכן מבואר בתשובת הגרע"א ז"ל הנזכרת לעיל, וכן פסק בשו"ת דברי חיים חלק א' אה"ע סי' מט.

והדברים מפורשים במאירי עמ"ס כתובות דף כה, א שגם

החולק, קבלה בידי, וכן ראיתי מדיינים מומחים, וכן דן אני ובא מבלי לטעון קים לי כדעת החולק, כיון שהרב ב"י והרמ"א שמו זכרוננו אחרי הדלת אין לחוש לו. וקיימו וקבלו חכמי הדור לשמור ולעשות ככל האמור במטבע הקצר שו"ע והגהת רמ"א, לדעתי אין ספק כי הכל בכתב מיד ה' השכיל על ידם ... ולכן ח"ו לומר קים לי נגד הכרעת המחבר והרמ"א ... וכן ראוי להורות בלי פקפוק, וכן מצאתי בתשובת חות יאיר".

וכן בנתיבות המשפט בדיני תפיסה כלל כ' מביא ג"כ מדברי החות יאיר וכתב שבמקום שהסכימו המחבר והרב בהג"ה, ולא חלקו עליהם הסמ"ע והש"ך, אינו יכול לומר קים לי כפוסק אחר.

ובתשובת חות יאיר סי' קסה קבע שבמקום שהשו"ע הכריע במחלוקת ראשונים, הפוסק כנגדו נחשב כטועה בדבר משנה.

וע"ע בספר קונטרס הספקות (לג"ר יהודה כהנא ז"ל, אחי בעל קצות החשון) כלל ו' סעיף ו' שהסכים לדעת התומים שאין לומר קים לי כנגד המחבר והרמ"א, אך נטה מטעמו של התומים ובאר הלכה זו, מפני שקבלנו עלינו את הכרעת השו"ע.

ובשו"ת מהרי"א הלוי ח"ב סי' מד כתב שבמקום שהשו"ע ומפרשיו לא הביאו דעה אחרת, אינו יכול לטעון קים לי כדעתם. וז"ל:

"עיינן בכנסת הגדולה בחו"מ סי' כח סק"ל דהיכא דקיבלו עליהם לפסוק כאותו פוסק, אין המוחזק יכול לומר קים לי כנגדו. ואנן דברי השו"ע ומפרשיו המה לנו לעינינו לאורם נסע ונלך, ואם באנו להרהר אחר דבריהם הקדושים, לא נמצא הלכה ברורה בעוה"ר, לכן נראה לפענ"ד דאין לומר קים לי מטעם זה".

וכן שו"ת ישכיל עבדי חלק ב' חלק חושן משפט סימן ו' כתב: "ודאי דלא מצי המוחזק לומר קי"ל נגד מרן ז"ל שקיבלנו הוראותיו. ואף דאחינו האשכנזים לא קיבלו עליהם הוראות מרן ז"ל הנה כאן בנ"ד נראה ברור דגם דעת מור"ם כן הוא, מדלא גילה דעתו לחלוק על מרן ז"ל".

**העולה מדברינו**, מאחר ובנידון זה התקבלה עדות משני עדים שהאשה הודתה בפניהם שהכשילה את בעלה בביאות אסורות כאשר נמנעה מלטבול לנדתה, לכן דינה כעוברת על דת ומצוה על הבעל לגרשה, ואין בזה חרם דר"ג שלא לגרש אשה בעל כרחו. אך ביחס לתשלום הכתובה, פסקו הנודע ביהודה הגרע"א והדברי חיים שמכיוון שלא התרו בה אינה מפסידה כתובתה, אע"פ שמצוה לגרשה, וכן העלו בפסק הדין שהביא בספר ציץ אליעזר, ודלא כשבות יעקב שכתב שלענין זה דינה כמי שהתרו בה.

אלא שהנודע ביהודה חייב את האשה בשבועה בטרם תגבה את כתובתה ובפת"ש סי' קטו סק"ג האריך לדון בדבריו בשאלת חיוב השבועה, ואכן בתשובת הגרע"א ובתשובת הדברי חיים לא הורו לחייבה בשבועה.

ועיי"ש עוד בתשובת הנודע ביהודה, שהאשה חייבת לקבל

הנידון בתשובת הדברי חיים הוא:

"אשה אחת לאחר לידתה אמרה לבעלה שטבלה ודר עמה ואחר כך נתוודע הדבר על פי הבלן ששקר הדבר וגם האשה הודתה בעצמה שלא טבלה אך מתחרטת מאד ואמרה שהיתה איזה סיבה מה שעשתה".

בתוך דבריו כתב הדברי חיים:

"אך באמת מבואר בראשונים דגם במאכילתו שאינו מעושר וכהאי גוונא צריכה התראה להפסיד הכתובה ויעוין במאירי בסוטה [שם ד"ה העוברת] כתב להדיא כן, ובאמת הדבר נכון מצד הסברא דכיון דבמה שכבר עברה הגם שהכשילתו לבעלה לא בשביל זה נקנסה הכתובה, דהיכן מצינו זה להפסיד ממון בהכשיל לחבירו באיסור. ולכן מצד הסברא גם במאכילתו שאינו מעושר וכהאי גוונא אין מפסדת הכתובה רק משום שחיישינן שתכשילו לעתיד וכן נראה מדברי ר' מאיר ור' יהודה [בכתובות ע"ב ע"א ע"ש] שהמציאו תקנה במאכילתו שאינו מעושר ורק רבנן אמרו אין אדם דר עם נחש בכפיפה ופירש רש"י דחיישינן שלא יוכל הבעל להזהר, אלמא דגם במאכילתו שאינו מעושר הטעם הוא משום שלא יכשל בה הבעל להבא, ואם כן שפיר אינה מפסדת הכתובה בלא התראה, דבלא התראה י"ל אם יתרו בה שתאבד הכתובה תתירא לעבור... אבל לפי מה דמסקינן דמותר לקיים עוברת על דת, אם כן גם בעברה על דת משה בעי התראה דבלא התראה י"ל שלא תעבור עוד מחמת יראה שלא תפסיד הכתובה, ולכן לדינא גם רש"י ז"ל מודה לראשונים שצריכה התראה לעוברת על דת משה.

אך לכאורה קשה דלמה תצריך התראה הא לפי מה שאמרו אין אדם דר עם נחש בכפיפה מה יהני לה התראה הא חשודה לעבור ואם מחמת יראה לא תעבור לפעמים תכשילתו בלא ידע. אך באמת זה ליתא דעד כאן לא שייך לומר אין אדם דר עם נחש בכפיפה רק לענין איסור שאסורה עליו ומצוה לגרשה פן תכשילתו ולא מהני התקנה דרכי מאיר ורבי יהודה דאין אדם דר עם נחש בכפיפה, אך לענין להפסידה הכתובה אין להפסידה מכח זה דהיא תאמר שמחמת יראה תשמור עצמה ויזהר הבעל להשגיח ואין לה מחששא בעלמא להפסיד כתובתה, אבל לענין איסור לקיימה או לענין אם מצוה לגרשה ודאי לא מהני התראה כנ"ל".

### האם הבעל יכול לטעון קים לי כדעת השבות יעקב

לכאורה, בנידון זה הבעל יכול לטעון קים לי כדעת השבות יעקב שהפסידה בלא התראה, אך מאחר והתבאר לעיל שהרבה מגדולי האחרונים חולקים עליו ומרן הב"י בשו"ע סי' קטו סעיף ו' הכריע להדיא שבלא התראה לא הפסידה כתובה, והרמ"א לא חלק עליו, אינו יכול לטעון קים לי כנגד הכרעת השו"ע, וכמ"ש בספר ברכי יוסף חו"מ סי' כה ס"ק כז, וכעין זה כתב בשו"ת הלכות קטנות ח"א סי' קפא, עיי"ש. ובספר אורים ותומים קצור תקפו כהן (סי' קכ"ג - קכ"ד) כתב ביחס לטענת קים לי, בלשון זו:

"וכפרט דין שנזכר בשו"ע, והמחבר והרמ"א והשמיטו דעת

כעוברת על דת. אמנם ביחס למכשילתו באיסור נגיעה בלבד, נחלקו הפוסקים, עיין ב"ש סי' קטו סק"ב שכתב שאין דינה כעוברת על דת, לעומת תשובת הב"ח החדשות סי' פד (עי"ש בקו"א) החולק על סברת הב"ש, וכן בשו"ת שבט סופר חלק אה"ע סי' טו מהטעם ששוב כבר אינו יכול לסמוך עליה. אולם כל זה במכשילתו בנגיעה בלבד, אבל כשהכשילתו בעת ששכבה עמו במטה אחת בהיותה נדה, כתב בספר אבני האפור סי' קטו סק"ג שלכו"ע דינה כעוברת על דת. ק"ו בנידון דנן שכאמור אירעו מעשים חמורים יותר משכיבה באותה מטה, אף אליבא דהמציאות שתיארה האשה כפי שעלה מדבריה בעצמה.

לאור כל האמור:

- א. תביעת הגירושין מתקבלת, והאשה חייבת לקבל גט.
- ב. האשה זכאית לתשלום הכתובה, וככל שתוגש בקשה מטעם האשה לגביית הכתובה היא תידון לאחר הגירושין לאחר שיוצג שטר הכתובה.

את הגט ללא תנאים ואינה רשאית לעכב את הגירושין עד לתשלום הכתובה.

לאחר שבית הדין פסק לחייב את האשה בגירושין, הוגשה הבהרה מצד האשה, שבה נטען שבהיותה נדה, הגם שהיו בקירוב בשר בעת שהבעל הוטעה וסבר שהיא טהורה, אך מנעה קיום יחסים מלא שהוא האסור באיסור כרת. אך דברים אלה נדחים על הסף הן מבחינת קביעת המציאות שכלל לא ברור שאכן במציאות הדברים התנהלו כפי שהיא סברה, וגם אם אכן התנהגותה היתה כמתואר על ידה, הרי שהתנהלות זו משובשת וחמורה מאוד מצד עצמה, גם בטרם מתייחסים להיבט ההלכתי של איסורי הרחקה המבוארים בשו"ע יו"ד סימן קצ"ה ובשו"ע אה"ע סימן כ"א סעיף ד' וסעיף ה' ברמ"א ונו"כ שם, וכל בת ישראל כשרה לומדת ויודעת איסורי הרחקה אלה לפני נישואיה.

מבחינת ההלכה, פשיטא שבנידון דנן וככל שהדבר נוגע לדינה של עוברת על דת גם אליבא דטענת האשה, דינה

## סימן נא

### חוב האשה בגירושין כשמעכבת הגירושין עד לתשלום הכתובה

"אם יש עדות בדבר, שראו אותו עם מנאפים או שהודה, יש אומרים שכופין אותו להוציא".

יצוין, בספר האגודה במסכת יבמות פרק ו' כתב דהיינו דווקא "שיש עדים שראו אותו עם הארמאית כדרך המנאפים", ולמעשה מקור ההלכה בנוסח זה הוא מתשובת מהר"ם מרוטנבורג כמצוין באגודה, (התשובה המלאה מצויה בספר סיני וליקוטים סי' תקעח). ואילו ברמ"א הנוסח: "שראו אותו עם מנאפים".

יש להעיר שהרמ"א באה"ע סי' כ' סעיף א' כתב ביחס לחיוב העונש בעריות או ביחס לאסור אשה על בעלה, עקב קשר עם גבר זר, יש צורך בעדות: "שיראו אותם דבוקים זה בזה כדרך מנאפים" ועי"ש בפת"ש סק"ב, והיינו עפ"י הסוגיא במסכת מכות דף ז, א, אך כאן הרמ"א כתב שאם ראו אותו עם מנאפים בלבד, די בכך להורות על כפייתו בגירושין.

מסתבר שהרמ"א לא בא לחלוק על תשובת מהר"ם ועל ספר האגודה, עליהם הרמ"א מסתמך, שאין זו דרכו ללא נימוק ראוי, אלא פשיטא לרמ"א שאין צורך בעדות על יחסי אישות "כדרך המנאפים" כמפורט בסי' כ' סעיף א', אלא כל שהתנהלות הבעל המוכיחה טיב קשר קרוב עם אותה אשה, התנהלות המביאה להסתברות קרובה מאד שבסופו של דבר גם התקיימו יחסי אישות, היא התנהלות שאשתו אינה יכולה לסבול, יש בה להביא לפירוק הנישואין, ולכן חייב בגירושין, ולפי פסיקת הרמ"א אף כופין אותו לגרשה, וכן הוא בפד"ר כרך כ"א עמ' 351. וכן בפד"ר כרך א' עמ' 139, (והועתק לקובץ תשובות של הגרי"ש אלישיב זצ"ל ח"ב סי' ק') דן מעשה כיעור של הבעל עם אשה נשואה בכלל דינו

בפני בית הדין תביעת הבעל לגירושין ולחלוקת הרכוש, ותביעת האשה לתשלום הכתובה. התקיים דיון נוסף בתביעות התלויות ועומדות, ולאחר עיון בטענות הצדדים ובחומר שבתיק בית הדין מחליט:

הבעל תובע להתגרש, והאשה מביעה את הסכמתה להתגרש בכפוף לקבלת זכויותיה.

הבעל מבקש פסיקת גירושין כבר כעת ללא דיחוי, ולטענתו זוהי הפסיקה המתאימה לנסיבות הנוכחיות ששני בני הזוג מורדים זה בזה. מאידך, לטענת האשה יש לדחות בקשה זו ולא נכון שיתגרשו כבר כעת, וזאת מפני החשש שהבעל ימצא את הדרך למנוע ממנה לקבל את זכויותיה, אם יקבל את הגט עוד בטרם השלמת ההליך הרכושי.

יצוין שבנסיבות הנוכחיות, הבעל יזם את הליך הגירושין, לאחר שהאשה עזבה את הבית על רקע מידע אמין שהתקבל אצלה אודות קשריו של הבעל עם אשה אחרת, כמפורט בדו"ח החוקר הפרטי שהוצג.

מאחר שהבעל הסכים שאין צורך לזמן את החוקר הפרטי לחקירה על הממצאים שהוצגו בדו"ח מטעמו, וכי התמונות המצורפות לדו"ח אינן מזויפות, הרי שבפנינו נתונים המאשרים את הקשר של הבעל עם האשה המוסלמית, כמפורט בדו"ח. גם לאחר הכחשת הבעל יחסי אישות עמה, די בנתונים שאין בהן מחלוקת, כדי להגיע למסקנה שהבעל בקשר פסול שיש בו כדי להביא לפירוק הנישואין.

ידועה דעת הרמ"א בשלחן ערוך אה"ע סי' קנד ס"א בשם ספר האגודה שיש לכפות בגירושין בעל שהוא רועה זונות, וכתב הרמ"א:

העלולה להישמע, בעתיד שאילו הבעל היה יודע שיחויב בתשלום הכתובה לא היה נותן גט, על כן נקבעה ההלכה ברמ"א כאמור לעיל. אמנם עיין בספר בנין ציון ח"א סי' קמ"ד, אך דבריו נאמרו במקרים חריגים שבהם בית הדין נוכח שקיים אילוץ רציני להתגרש ללא דיחוי, וכי עדיף לדחות את הדיון בשאלת זכאות האשה לכתובה לאחר הגירושין, מאחר שעיקוב הגירושין עלול להביא להשלכות בעייתיות חמורות, וגם בנסיבות אלו כתב דבריו בהסתייגות רבה כמבואר למעין בדבריו.

על כן עוד בטרם יסודר הגט, יש ליתן פסיקה ברורה אודות חיוב הבעל בכתובה והיקף התשלום.

לאחר שהפסיקה תינתן, ועוד קודם הבטחת התשלום בד בבד עם הגירושין, האשה רשאית לעכב את הגירושין, וכפי שיבואר.

הרשב"א בתשובה ח"א סי' אלף רנד (הובא בב"י אה"ע סי' קיט) כתב, וז"ל:

"שמעתי משם הגאון ז"ל שאין אדם רשאי לגרש את אשתו אם אין לו לפרוע כתובתה, כן מצאתי לרב אלפסי ז"ל בתשובה. והביא ראייה ממה ששינונו (כתובות דף ג"א) לקתה חייב לרפאותה, אמר הרי גיטה וכתובתה תרפא את עצמה רשאי. הרי גיטה וכתובתה, אבל שלא בכתובתה אינו רשאי. ואם לא קבל עליו את הדין מנדין אותו זה, לשון התשובה."

תשובת הרי"ף מצויה בשו"ת הרי"ף סי' קג שכתב:

"ואין לו רשות לגרשה אחר הנישואין בלא כתובה, משום שאמרה המשנה חלתה חייב לרפאותה, אמר הרי גיטה וכתובתה תרפא את עצמה רשאי. נמצא שאינו רשאי לגרשה אלא אם אמר הרי גיטה וכתובתה, אבל שלא בכתובה לא. ואם לא קבל עליו את הדין מנדין אותו, וכן הדין."

הב"י הביא שכן פסק התשב"ץ ח"ג סי' רכג.

ובבדק הבית כתב הבית יוסף על תשובת הרשב"א:

"ואינם נראים דברי סמכא, דלא לישתמיט חד מהפוסקים המפורסמים לכתוב כן אפילו ברמז. והראיה שהביא מירחא בגילא דחיתתאה כמבואר למבין, וכמה תשובות כתובות בשם הגדולים ואינה שלהם וכדאמרינן בפרק ב' ביבמות (כב.) לאו מר בריה דרבינא חתים עלייהו, וכיוצא בזה כתב הרשב"א ז"ל בתשובה אחרת (ח"א סי' אלף קסו). ועיין בתשובת הריב"ש (סי' צא) שכתבתי בסוף סימן א'."

משמעות תשובת הריב"ש סי' צא שהזכיר הב"י, שחולק על תשובת הרי"ף הרשב"א והתשב"ץ, ושאינה יכולה לעכב הגירושין עקב אי תשלום הכתובה, אלא לאחר הגירושין ישלם כפי יכולתו והשאר ישאר עליו כחוב, וזו מסקנת הב"י בבדק הבית, אך הפר"ח סי' קיט סק"ח אינו מסכים עם הכרעת הבית יוסף, והעלה שהעיקר כתשובת הרי"ף הרשב"א והתשב"ץ.

בשולחן ערוך אבן העזר סימן קיט סעיף ו', לאחר פסיקת מרן הב"י שיכול לגרשה בלא דעתה. כתב הרמ"א:

"ואפילו אין לו לשלם לה הכתובה ונדונייתה, אינה יכולה לעכב

של הרמ"א, ועיי"ש שגם הב"י החולק על כפיית גירושין, מודה שיש לחייב גירושין.

על כן מעשיו של הבעל, מעשים שאין עליהם מחלוקת, מביאים לכל הפחות לחיובו בגט. לכן גם אליבא דהב"י סי' קנ"ד, החולק על האגודה, פוסקים: "יוציא ויתן כתובה".

חיוב הכתובה הנזכר, היינו במלואה לרבות תוספת כתובה, גם כשהאשה תובעת גירושין. ק"ו בנסיבות שהבעל תובע את הגירושין שאין הצדקה לשלול מהאשה את הכתובה. ויצוין למש"כ הרא"ש בתשובה, הובא בב"ש סי' קנד ס"ק כ', באשה שטענה שאין לבעלה גבורת אנשים, והבעל גירשה מרצונו, דיש לה תוספת כתובה. וכן יצוין לשו"ת רבי עקיבא איגר החדשות סי' נא, שכתב:

"כוונת תוס' כיון דידוע לו דנישאת רק ע"ד אישות הוי כנתחייב לנהוג לה אישות ובאם לאו ראוי' לה להיות נפקעת ממנו, א"כ משום הכי לא מקרי מפקעת עצמה לומר לגביה אדעתא למשקל ולמיפק, דכל שא"א לו לנהוג לה אישות כראוי ראוי לה להפקיע עצמה ממנו" עכ"ל.

וכן דעת החזו"א (אה"ע סי' סט ס"ק כב ד"ה "דיני תוספת"). ועיין בפד"ר בעמוד 218, וכן דעת הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל בפד"ר ח"ח עמ' 278, שכתב:

"אבל בגורם כזה שבידי הבעל להסירו כגון שהבעל רועה זונות שבידו לעזוב דרכו ולהתייצב על דרך טוב, בכה"ג לא הפסידה מתנותיה, ודינו כמגרש מרצונו, ואף חייב לשלם לה תוספת כתובה."

על כן בלא לקבוע מסמרות בשאלת הסכום שעל הבעל לשלם, או בשאלות אחרות הכרוכות בתביעת הכתובה, זאת ניתן לקבוע כבר כעת על יסוד הדיונים שכבר התקיימו, שבעת הזו לא נמצאה עילה לשלול מהאשה את זכאותה העקרונית לתשלום הכתובה.

בנסיבות המתוארות יש לדון האם האשה רשאית לעכב את הגירושין עד שתקבל את הכתובה.

נציין לדברי רמ"א ב"סדר הגט" אשר בשו"ע אבן-העזר בסוף סי' קנד, בסעיף פא שכתב:

"ישאל הרב אחר הכתובה ושתחזור לבעל הכתובה או תמחול לו כדי שלא יבוא אח"כ לידי קטט מחמת הכתובה, ושיאמר הבעל על מנת כן לא גירשה".

בדברי הרמ"א קיימת התייחסות לעניין הכתובה בלבד. וביחס לנושא זה אין מקום לסדר גט בלא הסדרת שאלת חיוב הבעל או אי חיובו בתשלום הכתובה. מאחר שתשלום הכתובה במהותו הוא מענייני הנישואין, ויש לברר את חיובו או אי חיובו בתשלום זה קודם לגירושין. הטעם לכך הוא מפני החשש שיתכנו מקרים שבהם עלולה לעלות טענה מצד הבעל לאחר הגירושין שאם מלכתחילה היה יודע שיחויב בכתובה, לא היה מגיע לידי גירושין אלא היה משקיע מאמץ רב יותר לבחון שלום בית.

מאחר ולכך נועדה הכתובה, להכביד על הגירושין ולהביא לבחינה נוספת של האפשרות לשלום בית, יש יסוד לטענה

ולכן יש לחייבה בגירושין. והיסוד בהלכה לטענה זו הוא בדברי רבנו ירוחם (משרים נתיב כ"ב ה"ח) שכתב:

"וכתב מורי הראב"א כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אומר אנא נמי לא בעינא לה אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנין אותה כמורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא. ומיהו משהינן לה תריסר ירחי אגיטא דילמא הדרי בהו ולאחר שנה כופין אותו לגרש והפסידה תוספת וכל מאי דיהיב לה מדיליה דאדעתא למישקל ולמיפק לא יהיב לה."

אך רבינו ירוחם מתייחס לנסיבות של טענות הדדיות של כל אחד מבני הזוג שאינו רוצה את בן הזוג השני. אבל כשלאשה עילת גירושין מוצדקת, עקב מעשיו השליליים של הבעל ומבקשת לקבל את הכתובה הנתבעת על ידה בדין, לא מצינו שתחויב בגירושין מפני העיכוב לקבל את הגט עד תשלום הכתובה.

ועיין בפד"ר כרך ז' עמ' 108 בפס"ד שניתן ע"י ביה"ד האזורי בחיפה, שפסקו שלא לחייב את האשה בגט למרות שאין כל סיכוי לשלום בית, מאחר ומצב זה נגרם בעטיו של הבעל, עקב מעשיו, והאשה אינה אשמה במצב שנוצר.

אך כשהגיע הנידון הנ"ל לבית הדין הגדול בהרכב הרבנים הג"ר יצחק נסים זצ"ל הג"ר יוסף שלום אלישיב זצ"ל והג"ר בצלאל זולטי זצ"ל פסקו, בפד"ר כרך ז' עמ' 112-113, שלמרות הנסיבות המתוארות, אם סירובה של האשה לקבל גט נובע מנקמות גרידא, יש מקום לדון שבנסיבות אלו לא תיקן רגמ"ה תקנתו שלא לגרשה בעל כרחיה. להלן נצטט מקצת דבריהם שנאמרו באותו נידון:

"כאשר עוברים על החומר של המתדיינים, מתקבל הרושם כי במקרה דנן לא נשאר לאשה שום יחס חיובי כלפי בעלה ולא קיים עוד אצלה כל קשר נפשי אליו, ואינה מעוניינת בבעלה בתור שכזה כלל. ואם כך, הרי ההסבר היחידי שיש לתת לסירובה של האשה להגיע לידי הסדר סופי של פירוד, הוא לכאורה רק נקמות גרידא, בחינת תמות נפשי עם פלישתים, ותו לא. אם כי יתכן שזה נובע מהצטברות של מרידות שהיא נוקטת בלבה כלפי בעלה, אך מסיבה זו או מסיבה אחרת, דבר זה לא משנה עצם העובדה שהיא בבחינת לא בעינא ליה משום שהוא שנוי עליה, ובכל זאת, אינה רוצה להיפרד ממנו, אחזתיו ולא ארפנו, וניחא לה שהמצב הבלתי נורמאלי יימשך לעולמים, וירעו שניהם עד שיסתאבו.

ויש לדון אם תקנת רגמ"ה ז"ל, לא לגרש בניגוד לרצון האשה, כוללת גם מקרה כעין זה שאינה רוצה להתגרש לא מתוך כוונה שהיא מצפה לשובו או מטעם שאינה יכולה להיפרד מבעל נעוריה, אלא מפני שרצונה להחזיק בו ככבני ערוכה. מסתברא שלא על כגון זה תיקן רגמ"ה ז"ל."

ובסיום פסק הדין כתבו:

"לאור האמור אנו מחליטים: מחזירים את הדין לכב' ביה"ד האזורי ע"מ לדון ולברר אם אין בסירובה של המשיבה להגיע לידי הסדר משום נקמות גרידא, ולפסוק בהתאם לאמור לעיל"

משום זה הגירושין, אלא תגרוש ותתבע אותו מה שחייב לה. וכל זה מדינא, אבל ר"ג החריס שלא לגרש אשה שלא מדעתה, אם לא שעברה על דת, וכמו שנכתבאר לעיל סי' קט"ו. ואפילו אם רוצה ליתן לה הכתובה, אין לגרשה בזמן הזה שלא מדעתה."

דהיינו גם הרמ"א פסק כדעת הריב"ש, וכתב שמדינא דגמרא הבעל יכול לגרש אשתו "ואפילו אין לו לשלם לה הכתובה ונדונייתה, אינה יכולה לעכב משום זה הגירושין, אלא תגרוש ותתבע אותו מה שחייב לה". אך לאחר שהונהג חרם דרבינו גרשם שלא לגרשה בעל כרחיה, ולקהילות הנוהגות בחרם זה עד היום, אין נפקא מינה בשאלה זו. מכיון שכל עוד הגט יוכל להינתן בהסכמת האשה בלבד, היא רשאית להתנות את הסכמתה להתגרש בתשלום הכתובה במלואה בד בבד עם סידור הגט, כשם שהיא רשאית להציב כל תנאי אחר בטרם תודיע על הסכמתה להתגרש.

ובסי' קיז סי"א, השו"ע הביא להלכה את תשובת הרא"ש, וכתב:

"מי שנודע לו שאשתו נכפת, ורוצה לגרשה ואינו משיג כדי כתובתה, כופין אותה לקבל גט ויתן הנמצא בידו לכתובתה, והמותר כשתשיג ידו."

וכתב הגר"א (ס"ק יד):

"ויתן וכו'. דגירושין אינו תלוי בכתובה, והיא כשאר בע"ח."

מבואר שביסוד הדין, הרא"ש נקט כסברת הריב"ש שאינה יכולה לעכב את הגירושין בטענה שאינו משלם את הכתובה. אלא שתשובת הרא"ש התייחסה למקום שנהגו בחרם דר"ג שלא לגרש אשה בעל כרחיה, ובזה כתב שמפני חיוב האשה בגירושין שנפסק באותו נידון אין מקום לחרם דרבנו גרשם וחזרנו לעיקר הדין. לפי זה מבואר מדברי הרא"ש, שעיקר דינא דגמרא הוא שהגירושין אינם תלויים בכתובה, וכשיטת הריב"ש, ובהתאם לכך באר הגר"א בסי' קיט סק"ו את פסק הרמ"א.

העולה מדברינו, בפנינו שתי דעות בראשונים ובפוסקים האם מדינא קיימת מניעה לגרשה בטרם שולמה הכתובה. אך כל זאת לדינא דגמרא שאין מניעה לגרש אשה בעל כרחיה, אבל לדידן שאנו נוהגים שאין גירושין בעל כרחיה, או מפני חרם דר"ג, או מפני שנשאה על דעת מנהג המקום שאין מגרשים אשה בעל כרחיה, עיין שו"ע אה"ע סי' א' ס"ט, שהזוג נישא על דעת המנהג, או מפני השבועה הנוהגת בקהילות ספרד, אין נפקא מינה בהלכה זו, והאשה רשאית שלא להסכים לקבל את הגט כל עוד לא שולמה הכתובה, אלא בנסיבות שבית הדין פסק חיוב האשה בגירושין ואין חרם דר"ג, היא אינה רשאית לעכב את הגירושין עקב אי תשלום הכתובה.

בהתאם לאמור, עלינו לברר, האם בנידון זה תביעת הבעל לגירושין תתקבל והאשה חייבת לקבל גט, ועקב חובה זו לא תהיה רשאית לעכב את הגירושין בטרם שולמה הכתובה.

התובע באמצעות בא כוחו טען שבני הזוג מורדים זה בזה,

האחרון שעפ"י הפסיקה המקובלת בבתי הדין אין "כפל זכויות" דהיינו זכאות לתשלום כתובה בנוסף לתשלום זכויות ממון שנצברו לבעל בתקופת הנישואין, ויעברו לאשה על יסוד ההוראות הקבועות בחוק יחסי ממון. נציין להחלטת בית הדין הגדול מיום כ"ט שבט תשס"ה (08/02/2005), הובאה בספר שורת הדין חלק יא עמ' שעג, ובנימוקי בית הדין הגדול שם נכתב:

"מבחינת ההלכה והחוק יש מקום להבדיל בין הכתובה שהיא חוב מוחלט שאיננו תלוי בדעתו של המתחייב, לבין חוב תוספת כתובה שיש להתחשב באופן מלא בדעתו של המתחייב בשעת כתיבת הכתובה, שיכול לומר כי על דעת שתגבה ממנו ביציאתה את כל המגיע לה עפ"י חוק יחסי ממון, לא היה צריך לתת לה תוספת ולא התכוון לתת לה תוספת."

עוד נציין להחלטת בית הדין האזורי טבריה מיום ד' שבט תשע"ד (05/01/2014) בתיק 593163/2, שהתפרסמה באתרי אינטרנט משפטיים באמצעות הנהלת בתי הדין, ובה ניתנה סקירה של הפסיקה בנושא זה והנימוקים ההלכתיים לביסוס הקביעה השוללת כפל זכויות.

בסיפא של ההחלטה הנוכרת נכתב כדלהלן:

"לסיום, מן ההכרח להבהיר - כל האמור בדברינו מתייחס לשאלת כפל זכויות מסוגים שונים, חוקית ודתית, האמורות להיות מועברות מתוך רכושו של הבעל לטובת אשתו, כגון הזכות לכתובה יחד עם זכויות הממון שהבעל צבר בעבודתו וכיוצ"ב, זכויות שלוליי הוראת החוק היו נותרות ברשות הבעל גם לאחר הגירושין, ורק מכוח החוק האשה זוכה בהן. אך אין הדברים אמורים ביחס לרכוש השייך עפ"י דין תורה לאשה גם לולי חוק יחסי ממון, כגון החלק הרשום על שמה בדירת המגורים וכיוצ"ב".

נציין כי בהתאם לסקירת פסקי הדין המפורטת בהחלטת בית הדין בטבריה הנ"ל, הרי שככל הידוע, בכל פסקי הדין שבהם היתה דעה שונה מהאמור לעיל, דעה זו נותרה כדעת מיעוט, שלא נפסקה הלכה למעשה. ועיין להלן חלק חו"מ סי' לא שהארכנו לבסס הלכה זו.

אך ככל שביטור הזכויות עפ"י חוק יחסי ממון יתעכב עד השלמת הביטור, ובכפוף לפסק דין ביחס לזכאות האשה לכתובתה וקביעת הסכום, עם סידור הגט, ישולם לאשה הסכום המוטל על הבעל עפ"י הכתובה, ובסיום ההליך סכום זה יקוזז מהסכום האמור להיות משולם עפ"י חוק יחסי ממון. כל האמור לעיל מתייחס לזכאות האשה למלוא הכתובה, אך ביחס לבקשה להמתין עד השלמת ההליכים לביטור זכויותיה ברכוש המשותף, הליכים העשויים להימשך חודשים ארוכים, עד השלמת דו"ח אקטוארי הכרוך בהוצאת צווי גילוי מסמכים, ודיון בדו"ח ופסק דין, ככל שיובטח תשלום זה באמצעות עיקול נכסים וכיוצ"ב, ולא יהיה חשש שהבעל יצליח להתנער מתשלום החלק המגיע לאשה עפ"י החוק שהצדדים קבלוהו עליהם בקנין, לא תהיה יותר הצדקה להמתנה, מאחר שכבר הובטח שהאשה תקבל את

דהיינו מסקנתם היא ברורה שאם סירובה של האשה לקבל גט נובע מנקמנות בלבד, יש לחייבה בגירושין.

פסק דין זה צוטט בפסקי דין נוספים שהסכימו עמו, עיין בפס"ד של ביה"ד הגדול בפד"ר כרך ט' עמ' 220 בדברי הראשל"צ הג"ר מרדכי אליהו זצ"ל, וכן פסק ביה"ד הגדול בפס"ד שהובא בספר שמע שלמה כרך ה' חלק אה"ע סי' כא-כד. ועיי"ש בסי' כא שהביאו ממש"כ בספר דבר אליהו (סי' ע"ג) שאם נראה לבית הדין שכל כוונתה להרגיזו מפני שנאה ונקמה ואין אופן שידורו יחד בשלום, יש להתיר חרם דר"ג, ולאחר מכן יהיה ניתן לחייבה בגירושין. וכן בפסק דין שהובא בספר עטרת דבורה ח"ב סי' פט.

העולה מהאמור שבנידון דנן שבעת הזו שעיקוב הגירושין אינו נובע מנקמנות, אלא להבטיח קבלת זכותה לתשלום הכתובה, וכידוע המועד הראוי לתשלום הכתובה הינו בד בבד עם הגירושין, וככל שעם הבטחת תשלום הכתובה יחד עם הגירושין האשה תקבל את הגט, אין מקום לחייב כעת את האשה בגירושין בעל כרחיה, ויש להשלים את הדיון בתביעת הכתובה.

יתירה מזו, יצוין לתשובת ויאמר יצחק ח"א אה"ע סי' קעט שכתב שמאחר שהב"י והרמ"א כתבו שהאשה אינה יכולה לעכב את הגירושין עד שתקבל את הכתובה, הכי נקטינן. אך אם הגורם שהביא לגירושין הוא שהבעל נתן עינו באשה אחרת, האשה רשאית לעכב את הגירושין עד שתקבל את הכתובה במלואה, ולהלן מדבריו:

"אלא בזמן הזה שהדור פרוץ ותולין עיניהם בבנות הארץ ללכת אחר תאות יצרם, מן הראוי הוא שאם יראה לבית הדין שאין לו טענה מספקת כדי לגרשה, שישתה בעציצו עד שיהיה בידו בכמה לשלם כתובתה. וכן מצינו לאחד קדוש מדבר מב"ד הראשונים שבמתא מכנסא יע"ה שכתב בפסק דין וז"ל ולהיות הכל תלוי לפי ראות עיני הב"ד, שאם רואים בבעל שאין דבר בפיו מה זה היה לו לבגוד בכת בריתו חנם, רק שזחה דעתו עליו ותלה עיניו בבנות הארץ, יש לב"ד להפר מחשבות ערומים ולא תעשינה ידיהם תושיה ולא יגרש עד שיפרע לה כל סכי כתובתה עיקר ותוספת ומתנה ונדונייא עד סוף פרוטה אחרונה וכו', ולא עכברא גנב אלא חורא גנב, אלו המחזיקים בידם לדונם ע"פ פשט ההגה. ועניה זו לשוא שמרה יוצאת חנם אין כסף, וכעסתה צרתה הבאה אחריה וכו'. וראוי לכל בעל נפש היושב על כסא דין לחוש לתועלת האשה ולא יחרוך רמיה צידו להוציא בת בריתו נקיה מכל, ואיהו ליכול וליחדי עם אחרת, ובעת תבוע אותו הראשונה, יפשוט לה את הרגל וכו'. ולכן קם דינא דבנידון כזה אינו יכול לגרש עד שיפרע כל סכי כתובתה. אחרי מופלג הובא לידי ספר חדש הכי קרא שמו יתר הבז שם האריכו רבני תוניס בב"ד של ששה להוכיח במישור ככל דברינו עכ"ל. וכל זה לגרשה ולזקוף הכתובה עליו, וכ"ש וק"ו להוציאה חלקה בני"ד".

על כן ככל שהדבר נוגע לתשלום הכתובה, אין מקום שהצדדים יזמנו לסידור הגט בטרם האשה תקבל את המגיע לה עפ"י שטר הכתובה. אמנם כבר נאמר לצדדים בדיון

המגיע לה גם לאחר הגירושין באותה מידה שתקבל אם הגירושין יתעכבו.  
**מסקנה:** תביעת הבעל לחייב את האשה בגירושין כבר כעת וללא דיחוי, ועוד בטרם תשלום הכתובה, נדחית.

### סימן נב

## חיוב גט לאשה המסרבת לעבור אבחון כהוראת בית הדין

### מעמדה של חוות רפואית המוגשת מטעם צד אחד

ד"ר פלונית תעביר את החשבון לתשלום ישירות לבעל והעתק פנייתה לבעל תמציא לביה"ד.  
 כנימוקים לקביעה זו נציין לפד"ר חלק ז' עמוד 224 שכתבו כדלהלן:

אכן לדעת ביה"ד, הואיל וההוכחות על מחלת האשה בחלקן אינן ניתנות להתברר ולהיקבע אלא ע"י בדיקת האשה, הרי שעל האשה להיבדק אף אם נניח שחובת ההוכחה על הבעל, כי הלא לא ניתן לבצע שום הוכחה מעין זו באיזו דרך שהיא. אלא אם כן שהאשה תיבדק, ולכן אין מנוס מלחייב את האשה להיבדק בכדי לברר אמיתות טענות הצדדים. דוגמא לדין זה אפשר לציין בהלכה שנפסקה בחו"מ סי' ט"ז סעיף ד': האומר לחבירו שטר שבידך זכות יש לי בו, אם הלה מודה שיש לזה בו זכות חייב להוציא בכי"ד וכו'. והוא הדין והוא הטעם בנידוננו שההוכחה בידי האשה בזה שתיבדק, היא חייבת לעשות כן לבירור האמת.

אם למרות החלטת בית הדין האשה תעמוד בסירובה להיבדק, יתכן שתהיה בכך עילה לקבל את טענת הבעל במלואה. נציין לפסק דין של בית הדין האזורי בצפת מיום ו' חשון תשע"ד (10/10/2013) בתיק מס' 865704/1 שהתפרסם באתר בתי הדין הרבניים ובאתרי אינטרנט משפטיים, שבו יש ביסוס הלכתי לקביעה זו, והנימוקים ההלכתיים המפורטים בפסק הדין הנ"ל, מתאימים לנידון זה.  
 ב"כ האשה טענה שלא יתכן שהבעל יטיל דופי באשתו שיש לה בעיות נפשיות, וכבר על יסוד טענה בעלמא האשה תיבדק ללכת לבדיקה. במענה לטענה זו, יובהר כי אמנם ככל שבית הדין מתרשם שזו טענה ריקנית, היא תיבדק על הסף. אך בנידון זה, כאמור לפי התרשמות בית הדין בדיון, התרשמו שלכאורה קיים יסוד לבקשת הבעל.  
 עוד יצוין לפסיקת השלחן ערוך אבן העזר סי' קיז סעיף ב' שפסק:

אשה שנבדקה על ידי נשים, ואמרו שאינה ראויה לאיש, אין לה כתובה ולא תנאי כתובה. ואם הבעל טוען עליה כך, כל זמן שלא נבדקה אינו חייב במזונותיה.

ומקור פסק דינו של השלחן ערוך, משו"ת הרא"ש כלל לג סימן ב' שכתב:

ראובן רוצה להפסיד כתובתה ותנאי כתובתה בשלש טענות: האחד, שטוען שאינה ראויה לאיש, והיא כופרת ואומרת שהיא ככל הנשים. דבר זה יבדק ע"פ נשים הגונות וכשרות יודעות בדבר זה... וכל זמן שלא נבדקה אינו חייב במזונותיה, מאחר

הצדדים נשואים ... שנה וגרו יחד בבית מגורים במושב פלוני, ומזה כשלוש שנים מתגוררים בדירות נפרדות, לאחר שקודם לכן היה פירוד בתוך הבית.  
 לאחר שהתקיים דיון לבירור הטענות נכתבה ההחלטה, כדלהלן:

"לטענת הבעל בכתב התביעה, התנהגות האשה בתחומים שונים מביאה אותו להניח שקיימת אצלה "בעיה של הפרעה נפשית כאשר היא רדופת פחדים ומחשבות רדיפה, מעלילה על התובע עלילות שווא... אף הגישה נגדו תלונת סרק למשטרה", וכי התנהגות זו משבשת את החיים המשותפים בבית, על כן עליה לגשת לאבחון פסיכיאטרי וטיפול במידת הצורך. הבעל חוזר על טענתו בדיון, ומאידך האשה מסרבת בתוקף אפילו לבדיקת אבחון פסיכיאטרי.

ביחס לטענה זו, עלינו להכריע בטענות הצדדים ולקבוע האם לחייב את האשה בבדיקה המבוקשת.

נקדים ונאמר כי אם טענת הבעל תתברר כטענה נכונה, ואם לאחר אבחון מתאים יתברר שהצדק עמו, וכי הוא הוטרד על לא עוול בכפו בתלונת שווא במשטרה, יתכן שזו תהיה עילה לחיוב הגירושין כפי שהבעל תובע. אולם בשלב זה ובטרם יושלם האבחון, אין מקום שנקבע דבר אודות פסיקה כזו או אחרת.

כמו כן יצוין כי לטענת הבעל בכתבי טענותיו, לתוצאות האבחון המבוקש יכולות להיות השלכות על הפסיקה בשאלת המשמורת.

בנסיבות המתוארות מאחר ועלתה הטענה הנוכרת, ובמהלך הדיון, למרות שאין לדיינים הכשרה מקצועית בתחום הפסיכולוגי, התרשמו שלכאורה קיים יסוד לבקשת הבעל, אנו מקבלים את הבקשה, ומורים לאשה לפנות לאיש מקצוע בתחום הפסיכיאטרי על מנת שיערך אבחון ותינתן חוות דעת שתועבר ישירות לבית הדין ותהיה בה התייחסות לטענת הבעל אודות חשש להפרעה הכוללת מחשבות רדיפת שווא.  
 הבעל ישא במימון הטיפול המחויב, בהתאם לעלויות שייקבעו על ידי הגורם המטפל.

בהתאם לאמור ביה"ד מורה לאשה לפנות לאבחון לד"ר פלונית. ביה"ד ימנה את ד"ר פלונית כמומחית מטעם ביה"ד בהחלטה נפרדת ויבקש ממנה ליצור קשר טלפוני עם האישה לתיאום מועד וזימון האישה לאבחון. האבחון יתקיים תוך שלושים יום ממועד חתימת החלטה זו, וד"ר פלונית תעדכן את ביה"ד במועד שנקבע לזימונה של האישה לאבחון.



לו ממנה כשיעור חובו". וכן מעשים בכל יום בבתי הדין ביחס לפסיקת משמורת ילדים והסדרי ביקוריהם מסתמכים על חוות דעת אנשי מקצוע, עיין פד"ר כרך יא עמ' 161, ועיין עוד אגרות משה חלק אה"ע ח"א סי' עז.

אלא שבכל אלו המומחה הינו גורם אובייקטיבי לחלוטין. במשנה במסכת בכורות דף כט,א נאמר:

"הנוטל שכרו לדון דיניו בטילים, להעיד עדותיו בטילין".

ובהתאם לכך, פסק הרמ"א חו"מ סי' לד סעיף יח:

"כל מי שנוטל שכר להעיד, עדותו בטלה, כמו הנוטל שכר לדון, כמו שנתבאר לעיל סימן ט' סעיף ה', ואינן צריכים הכרזה, אלא הדין והעדויות בטל מעצמו. ואם החזיר הממון, דינו ועדותו קיימים, שאין זה כשאר פסולים שצריכין הכרזה ותשובה, אלא קנס קנסוהו חכמים שיתבטלו מעשיו כל זמן שנוטל שכר. וכל זה בעדים שכבר ראו המעשה ומחוייבים להעיד, כמו שאדם מחוייב לדון בין אדם לחבירו. אבל מי שאינו מחוייב להעיד, ונוטל שכר לילך ולראות הענין שיהיה עד, מותר".

ושם בנתיבות המשפט ס"ק י':

"הא דמותר ליקח שכר לילך ולראות ושיהיה עד, נראה דאינו מותר רק בנוטל שכר משני בעלי הדינים בשוה, דמיניה מיירי כל הסעיף, כמו שכתב הגט פשוט באבן העזר סימן ק"כ ס"ק ט' דבנוטל מצד אחד אחר שראו המעשה שיעיד, אפילו פירש שנותן לו השכר בין שיעיד לו לזכות בין לחובה, מכל מקום הוא תלוי בפלוגתא שהביא המחבר בסימן ק"מ סעיף ט', דלמאן דפוסל התם משום ההנאה שמחזיר לו שלא יפסיד, מכל שכן שפסול מטעם דמחשיב נוגע שמקבל שכר מחדש".

ושם בנתיבות בחי' ס"ק כא:

"וכן לילך ולראות הענין ושיהיה עד לבסוף, אינו מותר להיות עד רק כשנוטל משני צדדין, אבל כשנוטל רק מצד אחד אסור להיות עד, רק כשאינו נוטל רק שכר בטלה דמוכח".

וכן בערוך השלחן חו"מ סי' לד סעיף כו:

"אבל כשנוטל שכר לילך ולראות הענין מותר דהא אינו מחוייב לראות הענין ונוטל שכר טרחתו שילך לראות המעשה ולהיות עד אח"כ כמו עידי הגט שנוטלין שכרן שיעמדו בכתיבת הגט ושיהיו עדים וגם זה אינו מותר רק כשנוטל משני הצדדים בשוה או שהבע"ד השוו ביניהם מי יתן שכר טרחתם כמו בגט שהאיש ואשתו עושים ביניהם מי יתן שכר הגט דבזה הוי כנוטל משניהם, אבל מצד אחד גם זה אסור לו להיות עד אם לא שנוטל שכר בטילה דמוכח כגון שמתבטל ממלאכתו ומפרנסתו".

וע"ע בספר לב אריה (להגאון ר"א הורביץ זצ"ל) סי' כט אודות מעמדו של עד מומחה, שאין זו עדות גרידא ככל עד אחר, שבעיקרו של דבר ההכרעה היא על יסוד העדות, אלא המומחה מציג חו"ד מקצועית, וההכרעה היא על יסוד שיקול דעת בית הדין. אך דרך זו מחודשת וצ"ע, ועיין בשו"ת בכורי אשר ח"ב סי' מד אות יח שכתב בפשיטות שמעמדו של המומחה כעד גמור לכל דבר. עכ"פ גם לפי

שהוא טוען טענת בריא שאינה ראויה לאיש, וגם דבריו עומדין להתברר לאלתר, ואם כן למה נחייבו מזונות, היא תצוה לבדוק את עצמה, אם היא רוצה להכחישו, ואחר שתבדק תתבטל טענה זו.

ובספר שו"ת נושא האפור סי' ב' כתב:

הבעל מצד הדין פטור לתת מזונות להאשה הלזו בעד עצמה יען הוא טוען עליה שהיא חולנית ושאינה ראויה להזדקק לאיש וטוען שיבדקה וכבר הם נצבים לפנינו לדין זמן זמנם בטענות ותביעות ועד עתה היא לא רצתה לבדוק עצמה וכל שעדיין לא נבדקה הוא פטור לזונה וכמ"ש מרן בסימן קי"ז משם תשו' הרא"ש דכל זמן שלא נבדקה אינו חייב במזונותיה.

העולה מהמקורות שהבאנו שאם הבעל טוען כנגד האשה טענה השוללת את זכויותיה ואינו יכול להוכיח טענתו, מאחר וטענה זו מעצם טיבה וטבעה אינה ניתנת להוכחה בלא שהאשה תלך להיבדק, וטענת הבעל יכולה להתברר בהליך מקובל, שאינו מורכב ומסובך, כגון בהליך של אבחון פסיכיאטרי, מורים לאשה להיבדק כאמור בפד"ר ח"ז (שם), ואין דוחים את טענת הבעל על יסוד הטענה "וכי כל בעל יטען טענת כאלו, ויחייב את אשתו בבדיקה", אלא ככל שבית הדין מתרשם שאין זו טענה ריקנית ויש יסוד רציני לבקשה לשלוח את האשה לבדיקה, מורים לאשה להיבדק, ואם אינה נבדקת כמבוקש על ידי בית הדין, אינה יכולה לטעון לזכויות הנובעות מהנישואין.

לכן גם בנידון דנן, האשה מבקשת לדחות את תביעת הבעל לגירושין ונאחזת בטענה לזכותה, זכות הנובעת מעצם הנישואין, שלא לכפות עליה גירושין בניגוד לרצונה, אך אין מקום להיאחזו בטענה לזכות זו, בד בבד עם הסירוב לבדיקה המבוקשת ממנה".

**עד כאן מאותה החלטה.**

למעשה האשה בחרה שלא לציית להחלטה הנוכחת, ולאחר פרק זמן פנתה למומחה מטעמה, וכעת היא מסתמכת על חוות דעתו של מומחה שהמשקל היכול להינתן לחוות דעתו נמוך, בהיותו מומחה מטעם צד אחד בלבד.

להלן נקבע כיצד להתייחס להתנהלות זו של הנתבעת, ומהו המשקל הניתן לחוות דעת מומחה שנערכה לבקשת צד אחד ומטעמו.

עקרונית, קיימת תשתית רחבה של הלכות בנושאים רבים שבהן בית הדין ממנה מומחה מטעמו ומסתמך עליו בפסיקת ההלכה בתחומים השונים. החל מהלכות תחום שבת: במשנה (עירובין דף נח,ב) "אין מודדין אלא מן המומחה", ופרש רש"י - בקי במדידה. ובשולחן ערוך אורח חיים סי' שצ"ט ס"ז נפסק: "אין סומכין אלא על מדידת אדם מומחה שהוא יודע מידת הקרקע". וכן בשו"ע אורח חיים סי' תרי"ח מסתמכים על רופא מומחה בשאלת חובת החולה לצום ביום הכפורים, וכן בהלכות גביית חוב מקרקע בשולחן ערוך חו"מ סי' קיד סעיף ד' בנוגע לגביית חוב מקרקע: "אחר שכותבין הטירפא, מורידין שלשה בקיאים לאותה שדה ושמין

תשמ"ד, 193), אשר הוסיפה את סעיף 6 לחוק, נכתב: "נושא חוות דעת של מומחים הסותרות זו את זו מעורר בעיות קשות ביותר בבתי המשפט וזכה לביקורת חריפה הן מצד שופטי בתי המשפט והן מצד הגופים הנזקקים להן. המצב כיום הוא בלתי נסבל, כאשר לפני בית המשפט הדין בתביעות פיצויים לנפגע בתאונת דרכים מובאות שתי חוות דעת רפואיות: אחת של התובע והשניה של חברת הביטוח, ולרוב אין מנוס מבקשת חוות דעת שלישית של מומחה שקבע בית המשפט. מצב זה גורם לסחבת ולכבוז זמן משווע של משאבים ומוצע לבטלו".

ההלכה הפסוקה, שלא רוותה נחת מההסדר הקיים בתקנות, עודדה את השימוש בסמכות בית המשפט למנות מומחה מטעמו גם בתיקים שאינם של חוק הפיצויים - וראו דבריו של הנשיא זוסמן בבר"ע 212/76, אשר צוטטו בע"א 521/77 ברור נ' רשות הנמלים, פ"ד 419; הדברים נכתבו לגבי מינוי מומחה שאינו רפואי, אך יפים גם לענייננו:

"האמת ניתנת להיאמר כי שיטת המומחים המובאים על-ידי בעלי דין כנהוג בארץ, אינה יעילה, מרבה הוצאות ומאריכה את הדיונים. מומחה שהובא בידי בעל-דין נוטה בדרך הטבע לטובת שולחו... מוטב היה להמיר שיטה זו על-ידי מינוי מומחה (או מומחים) שבית-המשפט ימנה אותם, ושמלכתחילה אין להם כל זיקה לבעלי-הדין. סדר דין זה המקובל בארצות הקונטיננט הוכיח את עצמו, והוא יעיל וחסכוני יותר משיטתנו... וככל שהשופט ירבה לעשות כן, הרי זה משובח...". גם הועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל בראשות השופט בדימוס אור... המליצה לילך בדרך של מינוי מומחה מטעם בית המשפט בתביעות בגין רשלנות רפואית, נאמר (שם) כי הוא נבנה על פי הניסיון, "המלמד כי חוות דעת של מומחים מטעם הצדדים נוטות, בדרך כלל, לטובת הצד המזמין את חוות הדעת, לרוב מצריך הדבר, בלאו הכי, מינוי של מומחה מטעם בית המשפט. כך גם נמנעות הוצאות מיותרות על חוות דעת רפואית מטעם בעלי הדין".

ברוח דומה כתבו המחברים אורי גורן ועופר דרורי: "בתובענות שבהן רשאים הצדדים להביא מומחים מטעמם... מונחות בפני בית-המשפט לפחות שתי חוות-דעת מומחים אשר הפער ביניהן הוא ניכר עד תהומי... התוצאה המעשית ברבים מן המקרים הינה, כי חוות-הדעת שמוגשות מטעם בעלי-הדין מציגות, מטבע הדברים, עמדה המתיישבת עם עמדת הצד אשר הזמין את חוות-הדעת, ועמדה זו היא על פי רוב קוטבית... לכן מגיעים הכותבים למסקנה, כי מינוי של מומחה מטעם בית המשפט הריהו פעמים רבות הכרח בל-יגונה, המסייע הן לבית המשפט הן לצדדים להגיע לפתרון הסכסוך באופן יעיל יותר".

**עד כאן ציטוטים מפסק דינו של ביהמ"ש העליון הנזכר.** על יסוד השקפה דומה של בית הדין, המבוססת על ההלכה כאמור, הוחלט, בהחלטה הנזכרת, להורות לאשה לפנות למומחית מטעם בית הדין שתערוך לאשה אבחון לבדיקת החשד שהבעל העלה שהאשה סובלת מהפרעה הכוללת מחשבות רדיפת שווא, המשבשת את חיי הנישואין.

דרכו של ספר לב אריה, הן הפסול של נוטל שכר להעיד, המערער את אמינות העד, והן הפסול של נוגע בעדות, רלבנטיים גם ביחס לעד מומחה מטעם צד אחד בלבד.

לפיכך, עפ"י ההלכה, קיימת אפשרות ששני הצדדים ישלמו שכר למומחה ביה"ד, או יסכימו ביניהם מהו גובה התשלום של כל צד, כהוראת ערוה"ש, כדי שזה יבחן את המקרה וייתן חוות דעת, אולם, אין ערך לחוות דעת בתשלום מטעם אחד הצדדים, ובלא פיקוח בית הדין ששכרו הוא "שכר בטלה דמוכח", בלבד.

גם בית המשפט העליון הסכים לגישה עקרונית זו. בפסק דינו של בית המשפט העליון בתיק ע"א 4330/07 נקבעו העקרונות כיצד על הערכאה השיפוטית להתייחס לחוות דעת מקצועית המוגשת מטעם צד אחד, ולהלן קטעים מדברי השופט אליקים רובינשטיין שכתב את עיקרו של פסק הדין, שבו הוא מכנה את נותני חוות הדעת מטעם צד אחד, "שכירי חוות דעת", וכך כתב בסעיף כ"ז לפסק הדין:

"אשוב ואומר דעתי בשאלת המומחים: מסופקני אם יש שופט הדין בתיקי רשלנות רפואית שלא חלפה בו מחשבת כפירה באשר למומחים רפואיים הנשכרים על-ידי הצדדים, ובלא לפגוע בפלוני או אלמוני אישית בתיק זה או אחר, הריהם לא אחת שכירי חוות דעת".

התנסחות חריפה זו מיוסדת על עמדתו המנומקת שכתב, והוסכמה על חבריו להרכב, ולהלן מעיקרי דבריו באותו פסק דין:

"אפתח בהערה, כי תיק זה מדגים באופן שכמעט אין למעלה הימנו את מה שבעיני הוא כשל קשה בשיטה הנוהגת בתביעות מעין אלה, של חוות דעת רפואיות משני הצדדים. מבלי לפגוע באיש, אין בר דעת יכול שלא להתרשם בתיקים רבים, כי תוכן חוות הדעת קשור במזמין. בולט הפער בין חוות הדעת ש"במקרה" באו מטעם צד אחד, והתומכות בגישתו, אל מול אלה ש"במקרה" באו מטעם צד אחר והתומכות בגישתו. ועוד, האם וכיצד ניתן מניה וביה להירשם להתייחסותם הקוטבית של מומחים רפואיים לפרקטיקות במחלקות ליולדות? האם וכיצד ניתן מניה וביה להירשם לכך שאף האבחנה באשר למחלה ממנה סובל המשיב אינה מוסכמת בין המומחים, מומחה המשיב מגדירה כדיפלגיה ספסטית ואילו מומחה המערערת מגדירה כפרפלגיה ספסטית? האם ניתן מניה וביה - בשכל הישר הפשוט והבהיר - לקבל שרופא אחד ישקיף על המשיב, רחמנא ליצלן, כמעט כשבר כלי, ואילו האחר יציג אותו כאדם מן היישוב הכשיר לעבודה במידה רבה מאד?

אתמהה. בכגון דא מתעורר רצון עז כמעט להתעלם מחוות הדעת, וזה לדידי מן המקרים שבהם היה מקום למינוי מומחה מטעם בית המשפט... רצוי בכגון דא, בקוטביות שבין חוות הדעת, למנות מומחה/מומחים מטעם בית המשפט... אולם בית המשפט רשאי למנות מומחה מטעמו בכל עת, גם ללא הסכמת הצדדים... בדברי ההסבר להצעת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תיקון מס' 5), התשמ"ד 1984 - (הצעות חוק

המשפט למשפחה לדין החל על ענייננו, ונעדר כל הצדקה רציונאלית להבחנה ביניהם בנקודה זו.

בנוגע למינויו של מומחה בבית המשפט לענייני משפחה, קבע המחוקק הוראות מיוחדות, לפיהן האפשרות למנות מומחה ולקבל חוות דעתו של מומחה, בתיק הנידון בבית המשפט למשפחה, מסורה בראש ובראשונה לבית המשפט.

תקנה 258 יב(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: "התקסד"א") קובעת, כי:

"258 יב.א) בית המשפט רשאי, אף שלא בהסכמת בעלי הדין, למנות מומחה מטעמו, שיגיש לו חוות דעת בכתב בכל ענין הנוגע לעניני המשפחה; המומחה ייבחר מתוך רשימת המומחים, כמשמעותה בסעיף 4 לצו בית המשפט לעניני משפחה (הקמת יחידות סיוע, דרכי פעולתן וסדרי עבודתן), התשנ"ו-1996 (להלן - צו ההקמה); בבחירת המומחה ייועץ בית המשפט עם בעלי הדין; לא הגיעו בעלי הדין לידי הסכמה בדבר מינוי מומחה מסוים, יבחר בית המשפט את המומחה".

כמו כן, תקנה 258 יב(ז) לתקסד"א קובעת, כי:

"בעל דין לא יגיש חוות דעת של מומחה מטעמו אלא לאחר שבית המשפט בחן אם ליתן צו על פי סעיף 8(ג) לחוק".  
בסעיף 8(ג) לחוק בית המשפט לעניני משפחה, התשנ"ה-1995 נאמר, כי:

"מונה מומחה או יועץ מטעם בית המשפט, לא יהיה בעל דין רשאי להביא עדות נוספת של מומחה מטעמו, אלא ברשות בית המשפט".

משמעות הוראות אלה היא כי בעל דין אינו רשאי להגיש חוות דעת מטעמו מראש, אלא רק לאחר שפנה לבית המשפט וביקש ממנו למנות מומחה מטעמו.

ראה לעניין זה: תמ"ש (י-ם) 1538-12-11 פלוני נ' פלוני (פורסם באתר נבו, 18.6.2014); תע (ת"א) 3131/99 א.ק. נ' ש.מ. (פורסם באתר נבו, 9.4.2006); בש"א (ת"א) 17977/01 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.12.2001); על הרציונל העומד בבסיס כללים אלה, ראה: ע"א 680/87 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' אליהו, פ"ד מו(4) 154.

יצוין, כי הוראות חיקוק אלה, למעשה הפוכות מההוראות הקבועות בתקנות 127-129 לתקסד"א, אשר לאור הוראת תקנה 258 ב(ב) לתקנות, אינן חלות בבית המשפט למשפחה (ראה לעניין זה: בש"א (ת"א) 17977/01 הנ"ל). ולמעשה נקבע כי בעל דין בביהמ"ש לענייני משפחה אינו רשאי להגיש חוות דעת מומחה מטעמו, אלא אם כן הוא פנה לבית המשפט וביקש ממנו לבחון את האפשרות למנות מומחה מטעמו, וזה הושיב פניו ריקם.

מהדין החל בבתי המשפט למשפחה ניתן להשליך לענייני ולהסיק שעפ"י הפרקטיקה הנהוגה בבתי המשפט לענייני משפחה, רק כאשר נדחתה בקשתו של בעל הדין למנות את המומחה המדובר, נסללת לפני בעל דין זה הדרך להגיש חוות דעת משלו על פי השיטה המפורטת בפרק י"א לתקנות סדר הדין האזרחי. לא כן בנידון שלפנינו שלא הוגשה בקשה כזו,

אך משסירבה האשה לפנות לאבחון המקצועי עליו הוחלט ע"י בית הדין, אין טעם בהתנהלותה, שסירבה להחלטת בית הדין והסדירה עבורה חוות דעת מטעמה, המשולמת על ידה, ולאחר מכן היא מצפה שבית הדין יתן משקל לחוות דעת המוזמנת על ידה, ויקדיש דיונים לחקירת המומחה החתום על חוות הדעת.

עוד יצוין שכן היא הפרקטיקה המשפטית הנהוגת, ולפיה בית הדין, כמו כל בית משפט למשפחה, רשאי למנות מומחה מטעמו אף ללא הסכמת בעלי הדין כאשר תפקידו ומעמדו של המומחה לסייע בהכרעתו ע"י הצגת הנתונים הרלבנטיים למחלוקת המשפטית בתחום בו נדרשת מומחיותו.

בדרך כלל, יסמוך בית-הדין את ידיו על חוות-דעת המומחה ומסקנותיו ולא יסטה מהן אלא אם קיימת סיבה ממשית או הצדקה עובדתית או משפטית יוצאת דופן לעשות כן.

ראה בתמ"ש (כ"ס) 2650/06 זאב נגבי נ' מאיר נגבי (פורסם באתר נבו, 12.1.2011) שם אמר ביהמ"ש (השופט צבי ויצמן), בזה הלשון:

"בית המשפט יאמץ על דרך הכלל את המסקנות אליהן הגיע המומחה מטעמו, אלא אם כן הייתה סיבה ממשית לדחייתם ו/או להסתייגות מהם".

ובלשונו של ביהמ"ש בעניין יצחק ניימן -

"משמנה בית המשפט מומחה על מנת שחוות דעתו תספק לבית המשפט נתונים מקצועיים לצורך הכרעה בדיון, סביר להניח שבית המשפט יאמץ ממצאיו של המומחה אלא אם כן נראית סיבה בולטת לעין שלא לעשות זאת. אכן עד מומחה כמוהו ככל עד - שקילת אמינותו מסורה לבית המשפט ואין בעובדת היותו מומחה כדי להגביל שקול דעתו של בית המשפט. אך כאמור לא ייטה בית המשפט לסטות מחוות דעתו של המומחה בהעדר נימוקים כבדי משקל שיניעוהו לעשות כן" (ע"א 293/88 חב' יצחק ניימן להשכרה בע"מ נ' רבי [פורסם בנבו]).

זאת ועוד, במבחן העדיפות בין שני סוגי חוות הדעת, מעמדו של מומחה מטעם בית הדין עדיף, שכן מביא גם לכך כי ככלל הוא אינו אמור להיחקר על חוות דעתו אלא ברשות בית הדין, וככל שיש צורך בכך הוא יידרש רק ליתן תשובות בכתב לשאלות הבהרה שיוגשו על ידי בעל-דין.

ראה עוד לעניין זה בתיק (רבי-גדול) 1-62-7894 פלוני נ' הרב אשר ארנטרווי (החלטה מיום 1.4.2008); בג"ץ 4784/08 פלוני נ' בית הדין הרבני חיפה (פורסם בנבו, 11.6.2008); הרב ש' יעקבי, עדכוני פסיקה וחקיקה, כנס הדיינים - התשס"ט, עמ' 74, בעמ' 92-93; אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני כרך ב' בעמ' 1054, ה"ש 264 (2011).

חרף ההבדלים והשוני הקיים בין סדר הדין הנהוג בבתי הדין הרבניים לבין הנהוג בבתי המשפט לענייני משפחה, עדיין בשל הדמיון והתכליות השוות בנוגע לסוגיית מינוי ממומחים חיצוניים, ניתן ללמוד בהיקש מן הדין החל בבתי

זו של הוראה להיבדק אינה דומה לסוגיית "שטר יש לי בידך" שבשו"ע חו"מ סי' ט"ז ס"ד, שם בית הדין אינו יודע דבר אודות קיומו של השטר וטיבו, ועל יסוד טענת "שטר יש לי בידך" בלבד, נאמרה ההלכה הפסוקה שם.

עוד יצוין, כבר מתחילת ההליכים, לאחר שהוגשה תביעת הבעל לגירושין, הוגשה תביעה מצד האשה לשלום בית. יובהר, בהיבט העקרוני, כשהתובע, עליו מוטל לבסס את תביעתו ולשכנע את בית הדין בצדקת תביעתו, מסרב כתובע להציג את האסמכתאות למצבו הרפואי עפ"י דרישת בית הדין, הדבר ברור שבכך הוא משמיט את הבסיס לתביעתו, ומביא למסקנתה שתביעתו אינה כנה, ודינה להידחות.

על כן למעשה כשתביעת האשה לשלום בית דינה להידחות כבר מתחילת הדיונים בבית הדין, בנסיבות המתוארות שהיה בסיס לקבל את טענות הבעל לגופן אודות ההפרעה המיוחסת על ידו לאשה, היה מקום לפסיקת חיוב האשה בגירושין, אך בית הדין, כדרכו במקרים רבים, עשה הכל להימנע מחיוב גירושין אלא נעשה ניסיון להביא לסיום ההליך במסגרת הסכם, בדרך המכבדת את שני בעלי הדין, ואף נעשו ניסיונות למפגשי גישור, על כן באותה עת טרם ניתנה הפסיקה לחיוב הגירושין.

עוד יצוין לסעיף ג' מההחלטה מיום ... שבה בית הדין אישר את הסכמת הצדדים והחליט: "הצדדים והילדים יפנו מיידית לטיפול משפחתי אצל הפסיכולוג מר ..., ועל שני הצדדים ליוזם את הקשר עמו מיידית וללא כל דיחוי, ולשתף פעולה בכל הכרוך בהצלחת ההליך הטיפולי."

יצוין שאין בהליך זה תחליף לאבחון שהאשה חויבה בו, אלא נועד לסייע בכל הקשור הסדר הביקורים, וכפי שהובהר בהחלטה נוספת מיום ... ולפיה ניתנה "לפסיכולוג הקליני מר ... המטפל בצדדים, סמכות של מתאם הורי בכלל הקשור להסדרי שהות וביקורים עם הילדים כולל בימי החופש הגדול, נסיעות הילדים לחו"ל ורישום הקטינות למוסדות חינוך, לשנה"ל הקרובה וכיו"ב".

מחוות דעת של הפסיכולוג ... עולה שגם בהליך זה לא זכה הפסיכולוג לשיתוף פעולה ראוי מצד האם, שהתנהלה בדרך שאינה מאפשרת להגיע להסכמות שהוצעו על ידו לסייע לבנות במצוקה שנקלעו אליה עקב הסכסוך שבין ההורים.

כמו כן יצוין שאף אם הפניית האשה לפרופ' פלוני נעשתה על ידי הפסיכולוג ..., כפי שנטען על ידי האשה, ככל שהכוונה הייתה לתת מעמד בר תוקף לאבחון זה של פרופ' פלוני היה עליה להגיע לבית הדין ולבקש שהפנייה זו תיעשה במסגרת החלטות בית הדין, וככל שהבקשה היה מתקבלת בית הדין היה מוצא את הדרך למנוע את הכשלים שבחוות דעת הניתנת מטעם צד אחד.

כל עוד ההחלטה הנוכרת להורות על בדיקה אצל מומחית מטעם בית הדין, לא קוימה, והיא בתוקף, הדרך לבקש לשנות החלטה, ידועה לב"כ האשה, ואין ערך לבדיקה שנעשתה על ידי פרופ' פלוני במימון האשה ובלא ידיעת בית

ויתירה מזו, קיים סירוב לפנות למומחה שהתמנה על ידי בית הדין.

על כן מכל האמור המסקנה היא שאין מקום לקבל כל חוות דעת מקצועית שנערכה מטעם הנתבעת, מאחר שעמדה בסירובה לשתף פעולה עם המומחית שבית הדין מינה.

### ההשלכה העולה מכל האמור

לעיל צוין פסק הדין מבית הדין בצפת תיק מס' 865704/1 שהתפרסם באמצעות הנהלת בתי הדין, ולהלן בסי' צ', ובו חויב הבעל בגירושין לאחר שבית הדין קבע שעליו לעבור אבחון פסיכיאטרי וסרב לציית להוראת בית הדין, וזאת על יסוד הקביעה שבסירובו להיבדק קיימת הודאת בעל דין שיש אמת בטענות שבעל הדין השני טוען כנגדו. הנימוקים ההלכתיים שנכתבו באותו פסק דין יפים גם לנידון זה. גם בנידון זה לסירוב האשה בזמנו להיבדק, משקל של הודאת בעל דין שהאמת כטענת הבעל, שהאשה סובלת מהפרעה הכוללת מחשבות רדיפת שווא, שהביאה להפרעה קשה בחיי הנישואין. כאמור בהחלטה הנוכרת לפי התרשמות בית הדין באותו דיון, התרשמות שאינה של אנשי מקצוע בתחום, לכאורה קיים יסוד לבקשת הבעל, וכמו שניתן להתרשם מפרוטוקול אותו דיון, ובשל כך נדרשה הבדיקה.

עוד יובהר, כי אילו בית דין היה יושב על מדין בתביעה זו לפני מאתים או שלוש מאות שנה בטרם בא לעולם מדע הפסיכולוגיה והפסיכיאטריה, די היה בהתרשמות ברורה של בית הדין שלאשה הפרעה המשבשת את יכולתם של בני הזוג לדור תחת קורת גג אחת ולפסוק חיובה בגירושין, וכן הוא בנידון זה לאחר שהתבררה הסיבה שהאשה סגרה את הקליניקה שפתחה ביחידת המרתף בביתם לאחר השקעה כספית ניכרת, בטענה שהבעל מעיין ומתערב בתיקי לקוחות, טענה הנראית בלתי סבירה מכל היבט, שהרי מה ירוויח הבעל מעיון בתיקי לקוחות. והיה נראה שהתנהלות האשה נובעת מסייטי רדיפה שהביאו לצעד מרחיק לכת של סגירת הקליניקה, וכן עיין בשורות 63-61 שהאשה מייחסת לבעל שיושב על הבת כשהוא עירום, וכשהיא מציגה תמונה להוכחת הטענה, ובתמונה רואים שאין ממש בטענתה המושפעת מדמיון בלבד, ואלו רק שתי דוגמאות. כמו כן לטענת הבעל, האשה טוענת שגונבים לה דברים, וכן הגיעה להתלונן עליו במשטרה, תלונה שלא יצא ממנה דבר. על כן מהתרשמות בית הדין בדיון הנוכר, מצאנו שיש יסוד לטענת הבעל. אמנם, מזה שנים רבות לאחר שמדע הפסיכולוגיה והפסיכיאטריה התמסד, בית הדין כהנהגה קבועה ושגרתית אינו מסתפק בהתרשמותו האישית, ומבקש חוות דעת מקצועית. אך משבעל הדין הרלבנטי הנדרש להיבדק, מסרב, בית הדין חוזר לנהוג כבית דין בעבר הרחוק, הפוסק על פי התרשמותו הברורה. בעל הדין המסרב להיבדק, מפסיד את זכותו שניתנה לו לאפשר לבית הדין להיעזר באנשי המקצוע, ושלא להסתמך על התרשמותו בלבד. על כן סוגיא

דבר. כיון שכן אנחנו רוצים לשאול האם בנושא הגירושין נטו, יש אפשרות שהצדדים יגיעו להסכמה.

ב"כ האשה: כן, ברור שאי אפשר לכפות על אדם לחיות בנישואין עם האשה, אני מבקשת שהבעל יצהיר שהוא עומד על תביעת הגירושין ואנחנו נסכים.

ביה"ד: איזה סכום נקוב בכתובה?

ב"כ האשה: 540,000 ₪. אנחנו מסכימים לעניין הגירושין, עניין הכתובה ידון בנפרד. ככל שיידרש.

ביה"ד: ידוע לכם שאין כפל זכויות.

ב"כ האשה: הכל ברור וידוע.

עוד יצוין כי בחוות הדעת של פרופ' פלוני שהאשה הציגה, כשפרופ' פלוני מצטט מדברי האשה בפניו, נכתב (בעמ' 12) שהאשה אומרת שלא התלוננה כנגד אלימות הבעל, כי: "במשפחתי לא מתגרשים". נראה שתפיסת עולם זו מלווה את האשה לאורך כל הדרך, ולמרות הפירוד הממושך והסכסוך הקשה שאינו מותר מקום לסיכוי לשלום בית, האשה פוסלת את החלופה שאין מנוס מגירושין, וחזרה בה מהסכמה ברורה שכבר הושגה בדיון הנוכחי.

מכל האמור אין ספק שגם בעת התביעה לשלום בית הוגשה, היה ספק רב עד כמה היתה זו תביעה כנה. מאד מסתבר שכבר בעת הגשת התביעה, האשה כלל לא סברה ששלום הבית יוכל לשוב לשרור בביתם. ואכן בדיון הראשון התברר שגם האשה אינה מאמינה בשלום בית בביתם בקרבת בני משפחת הבעל. מאחר ואין יסוד לחייב את הבעל לעבור למקום מגורים אחר, הרי שמתחילת הדיונים בפני בית הדין שני בני זוג השוללים שלום בית בביתם הנוכחי. ולאחר מכן בדיון נוסף אף הביעו הסכמה מפורשת להתגרש, הסכמה המיוסדת על תוצאה מתבקשת מהסכסוך הקשה והממושך אליו נקלעו שנים רבות, וכל זאת בלא שהאשה מצאה לנכון לטעון שקשר כזה או אחר של הבעל עם אשה אחרת גורם להפרת שלום הבית, ולפי האמור לעיל, סירוב האשה להיבדק מוכיח שהפרעה מסויימת אצל האשה הוא זה שהביא לשיבוש שלום הבית בביתם.

בנידון דומה, כשהאשה אינה חפצה באמת ובתמים בשלום בית, כתבו בפסק דין של בית הדין הגדול (בהרכב: הגר"י נסים זצ"ל, הגר"ש אלישיב זצ"ל והגר"ב זולטי זצ"ל) בפד"ר חלק ז עמ' 112:

"מתקבל הרושם כי במקרה דנן לא נשאר לאשה שום יחס חיובי כלפי בעלה ולא קיים עוד אצלה כל קשר נפשי אליו, ואינה מעוניינת בבעלה בתור שכזה כלל.

ואם כך, הרי ההסבר היחידי שיש לתת לסירובה של האשה להגיע לידי הסדר סופי של פירוד הוא לכאורה רק נקמנות גרידא, בחינת 'תמות נפשי עם פלשתים', ותו לא.

אם כי ייתכן שזה נובע מהצטברות של מרירות שהיא נוקטת בלבה כלפי בעלה, אך מסיבה זו או מסיבה אחרת - דבר זה לא משנה עצם העובדה שהיא בבחינת 'לא בעינא ליה' משום שהוא שנוי עליה, ובכל זאת, אינה רוצה להיפרד ממנו -

הדין, גם אם נשלחה לכך על ידי הפסיכולוג ... שמלכתחילה לא קיבל מבית הדין את הסמכות בנושא זה, של אבחון לאשה לבירור תביעת הגירושין, אלא רק בנושא הילדים. על כן כשבפנינו חוות דעת מומחה מטעם צד אחד בלבד, ההתייחסות אליו היא כאמור.

### מסקנה

בלא לנקוט עמדה ברמתו המקצועית של פרופ' פלוני ובלא להתייחס לאמור בחוות הדעת לגופה, בית הדין אינו נותן משקל לחוות דעת זו, והיא אינה יכולה להיחשב כתחליף ראוי לבדיקה שהאשה חויבה בה.

### היחס לתביעת האשה לשלום בית

ביחס לתביעת האשה לשלום בית, מלבד האמור לעיל אודות המשקל שיש ליתן לסירובה של התובעת את שלום הבית להיבדק כדי לברר את תביעתה שלה, בנוסף לאמור, יצוין: אמנם לאחר שהבעל הגיש תביעת גירושין מטעמו, האשה הגישה תביעה לשלום בית, אך מעיון בכתב התביעה לשלום בית, עולה שהאשה מבהירה בפירוט ובאריכות מדוע בעטיו של הבעל הופר שלום הבית, ומתקבל הרושם שהיא כבר השלימה עם הפירוד.

כבר בדיון הראשון האשה כלל לא נתנה מקום לשלום בית בביתם, ולהלן מפרוטוקול הדיון:

ש. האם נראה לך מעשי שתשובו לש"כ?

ת. אם נעבור למקום אחר, זה ניתן.

ובדיון מיום... העידה העו"ס על הסתה מצד האם את הבנות כנגד האב, ובתוך דבריה נאמר:

"במהלך השנה נחשפתי לאמירות ולמעשים של האמא, שהם הסתה קשה והם ממש נוטעים בתוך הנפש של הבנות מחשבות שהן מעוותות כנראה את המציאות... כשאני יושבת עם הבנות עם כל אחת מהן חלקן בקיצוניות יותר חלקן פחות הרבה פעמים נשמע שהן מדקלמות את התפיסות והאמירות של האמא ואין כל אותנטיות באמירות שלהן, אמירות שליליות על האבא על ההתנהגות שלו".

וכן יצוין לתסקיר לשכת הרווחה שבו קיימת סקירה רחבה מאד של הסכסוך הקשה שבביתם של הצדדים, סכסוך שאינו מותר חלופה של חזרה לשלום בית, ואכן בעמ' 16 לתסקיר, מצאה לנכון עורכת התסקיר לכתוב:

"נראה כי הנושא הכלכלי הוא דלק משמעותי לכל הסכסוך, וייתב יהיה אם ההורים יסיימו כמה שיותר מהר את החיים המשותפים ויפתרו את המחלוקת הרכושית והכספיות".

בדיון שהתקיים ימים ספורים לאחר שהתקבל התסקיר נכתב בפרוטוקול הדיון כדלהלן:

"ביה"ד: התסקיר היה לעיני שני הצדדים?

ב"כ הצדדים: כן.

ביה"ד: אנחנו מבינים מהתסקיר, שההכרעה בענין הגירושין חייבת להינתן בהקדם, כמובן גם בענין הילדים, אבל דבר גורר

לחייב בגירושין למרות שהבעל טוען "מאוסה עלי" ויש לו טעם מבורר.

לא כן כשהתברר שהאשה לוקה בבעיות המשבשות את יכולתם של הצדדים לנהל חיים משותפים יחד.

יתירה מכך, אף במקרים אחרים שבהם עיקר האשמה בפירוד, מוטלת על כתבי הבעל, עדיין כשאינן כל חלופה של חזרה לשלום בית, נפסק בבית הדין הגדול לחייב את הגירושין. יצוין לפד"ר כרך יא עמ' 364 בפס"ד בהרכב בראשות הראשל"צ הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל, שכתב בלשון זו:

"נראה אמנם שאין האשה אשמה במצב האומלל שנוצר, וכל כולה, ואם תרצה אמור רוב רובה של האשמה רובצת על שכם הבעל, אך הלעולם תאכל חרב? ברור שאין להניח מצב זה להמשך ללא סוף, וכיון שברור שאין עוד תקנה, וזוג זה לא ישובו לחיות בשלום, יש לשים קץ ולהפריד בין הזוג. לפיכך נראה גם לנו שהצדדים חייבים להפרד בג"פ, לאחר שהבעל ישליש את הסכום הנ"ל ויחתום על מכירת הדירה כנ"ל, אם האשה תסרב לקבל את הג"פ, ידון בית הדין האזורי בביטול חיוב הבעל במזונות האשה".

דבריו אלו היו יפים לנידון זה כבר החל מדיונים בתחילת בירור תביעת הגירושין, ועוד בטרם עמד על הפרק הקשר של הבעל עם אשה אחרת, ולא נכון לשנות קביעה זו רק מאחר שאצל הבעל כשל כח הסבל ומצא את דרכו לאשה אחרת לאחר שגבה טורא בין הצדדים, וחוסר הסיכוי המובהק לשלום בית היה ברור לכל, וכבר האשה הביעה הסכמה עקרונית להתגרש ולאחר מכן חזרה והביעה סירוב עיקש לגירושין. הגם שאין כל אפשרות שבית הדין יתן גיבוי להתנהלות זו של הבעל, עדיין כשהדברים מתרחשים לאחר שהתבררו עילות גירושין למרות שלא ניתן פסק דין, לא ניתן לטעון שבפסיקה זו לחייב את האשה בגירושין בית הדין נותן יד להתנהלות שלילית של בגידה באשה.

על כן מכל הטעמים האמורים יש לפסוק לחייב את האשה בגירושין.

ככל שהאשה תבקש כעת דיון בשאלת הכתובה, יהיה מקום לדון בתביעה זו כמקובל, וככל שתתברר זכאותה לכתובה היא תקבל את המגיע לה בד בבד עם הגירושין.

'אחזתיו ולא ארפנו', וניחא לה שהמצב הבלתי נורמלי יימשך לעולמים, ו'ירעו' שניהם 'עד שיסתאבו'."

התרשמנו כי כך הם פני הדברים גם בנדון זה: גם עוד קודם שהתברר הקשר של הבעל עם האשה האחרת, מהתנהלות האשה בתקופה של הדיונים בבית הדין, לא היה לאשה כל יחס רגשי לבעל, והיא אינה מעוניינת בבעלה בתור שכזה, אלא ראתה בו גורם עוין שיש להיאבק בו משפטית ולמצוא את הדרך למשוך את הבנות לכיוון שלה באמצעות הסתת הבנות כנגדו.

יובהר: ככל שהיה מקום להניח שהקשר של הבעל עם האשה האחרת הוא הגורם למשבר, לא היה מקום לחייב את האשה בגירושין, מאחר שהדבר ברור שלא יתכן שהבעל יביא למשבר בנישואין בבגידתו באשה ואח"כ יבקש לחייב לקבל גט עקב היעדר סיכוי לשלום בית. אך בנידון זה לאורך כל הדיונים עד להקפאת ההליכים היה ברור לכל, שהמצב בין הצדדים והיחס של האשה לבעל, לרבות הסתה קשה וממושכת של הבנות כנגדו, אינן מותירות מקום לשלום בית, כמפורט לעיל. כמו כן בסירובה של האשה לאבחון שבית הדין הורה עליו, התקבלו טענות הבעל שהתנהגות האשה בתחומים שונים מביאה אותו להניח שקיימת אצלה בעיה של הפרעה נפשית כאשר היא רדופת פחדים ומחשבות רדיפה, מעלילה עליו עלילות שווא ואף הגישה נגדו תלונת סרק למשטרה, ושהתנהגות זו משבשת את החיים המשותפים בבית. על כן בית הדין קובע שיסודו של המשבר נגרם בעטייה של האשה ומצבה הנפשי המשבש את יכולתם של הצדדים לנהל חיים משותפים.

על כן בצירוף כל הנ"ל קיימת בפנינו עילה ברורה לחיוב האשה בגירושין.

עוד יובהר, בית הדין אינו מחייב את האשה בגירושין רק על יסוד טענת "מאוסה עלי", וזאת כפסק הרמ"א אה"ע סי' קיז סעיף יא שהתובע גירושין עקב מומין שהתגלו באשתו, והן מסוג המומין שבאיש אין כופין לגרש, גם אם האשה מאוסה בעיניו בגין מומין אלו, הוא אינו יכול לגרשה בעל כרחו, והסכימו עמו הח"מ הב"ש וביאור הגר"א. וכן כתב בספר ישועות יעקב אה"ע סי' עז שהובא בפת"ש סק"ב, שאין

## סימן נג

### תום לב בתביעת גירושין ובשאר תביעות, עוברת על דת בזה"ז

שנים, הבעל לקה באירוע מוחי, שכתוצאה ממנו נזקק לאשפוזים וטיפולים, אך גם לאחר מכן ולמרות השיפור במצבו, עדיין הבעל לא החלים. אחת ההשלכות מהאירוע המוחי הייתה אובדן הזיכרון וקשיי תפקוד.

בשלב מסוים ועם השיפור במצבו הרפואי, הבעל עזב את הבית, ומאז המשבר בין הצדדים בעינו. הבעל מייחס לאשה את האשמה בפירוד, ותובע להתגרש. מאידך גיסא, הנתבעת

בפנינו תביעת הבעל לגירושין, ותביעת האשה לכתובה ולמזונות. התקיימו ארבעה דיונים, ובהם נשמעו טענות הצדדים והוצגו ראיות. לאחר מכן התקבלו סיכומי הצדדים, ולהלן פסק הדין בתביעות אלו.

#### פירוט התביעה וטענות הצדדים

בני הזוג נשואים תשע שנים ולהם שני ילדים. לפני מספר

האירוע שבגינו הבעל מצא לנכון לייחס לה בגידה, לא היה אלא נסיעה למפגש עם קבוצת ידידים, כשאחד מהם נהג ברכב שהסיע אותה.

ביחס להודעות SMS שהבעל הציג בדיון והמוכיחות יחס עוין, האשה הבהירה, כי הודעות אלו נכתבו כבר לפני זמן רב, על רקע שהיה נכון בזמנו.

יצוין כי אין חולק שהבעל מצא לנכון ליצור קשר עם אשה אחרת, למרות היותו נשוי. בנסיבות אלו, על יסוד הנתונים שהוצגו בפנינו, לא ניתן לייחס לאשה העדר רצון לשלום בית. גם אם נאמרו דברים כאלו ואחרים התואמים לנסיבות שבהן לאשה טרוניה מוצדקת ביחס לקשר זה של הבעל. לא ניתן להתעלם מנסיבות אלו, ולא יהיה נכון לייחס לאשה שלילת רצון לשלום בית ולחייבה בגירושין, עקב התבטאות כזו או אחרת, או על יסוד תיאור של המצב הבעייתי במסגרת כתיבי טענות שהוגשו לערכאה אחרת. על כן לא מצאנו לנכון לקבוע כי דברי האשה בכית הדין על רצונה בשלום בית, נאמרו מן השפה ולחוץ בלבד.

למרות האמור, אם הבעל יוכיח בכית הדין קשר זוגי עם גבר זר, זו תהיה עילה לחיובה בגירושין.

#### עד כאן מההחלטה הנ"ל.

בעקבות החלטה זו, התקיים בירור בטענות הבעל, המייחס לאשה קשר עם גבר זר.

התקיים דיון נוסף שבו נשמעה עדותו של העד הנטען לקשר עם הנתבעת, והעד מסר פרטים על טיב הקשרים שבינו לבין הנתבעת. לדבריו, אלו קשרי ידידות בלבד - קשרים בעלי אופי חברתי בלבד - המתקיימים עם הנתבעת יחד עם חברים או חברות נוספים, אך לא יותר מכך.

העד השיב על שאלות אודות שלשה אירועים, וכן השיב על שאלות כלליות. האירועים נשוא העדות, היו - יציאה לבילוי כאשר העד לקח את הנתבעת ברכב, הפלגה משותפת לחו"ל, וכן אירוע שבו הוא והנתבעת צולמו יושבים יחד בשלחן אחד לבדם בפאב. האירוע האחרון צולם בידי הבעל, אך לא היה צורך לקבוע דיון לצפייה בקלטת, שכן העובדות הנטענות לא היו שנויות במחלוקת.

לדברי העד והנתבעת, בכל מפגשיהם לא הייתה התייחדות או קשר אישי. אלא שניהם שוחחו בפומבי במקומות פתוחים, ולא בהסתור, ובדרך כלל היו נוכחים גם אנשים נוספים. העד לא זכר את האירוע הראשון, אולם הנתבעת עצמה, העידה על כך בדיון אחר.

כשנשאלו הנתבעת והעד אודות הפלגתם המשותפת, טענו שניהם שבכל משך הטיול היו נוכחים איתם חברים נוספים, וכי בעת הלינה, לן העד בחדרו עם חבר - גבר, והנתבעת לנה בחדרה עם חברה שלה.

יצוין ביחס לאירועים הנ"ל, שהבעל טוען שאלו הן ראיות שהאשה בגדה בו, האשה השיבה והבהירה שלאחר שבעלה עזב אותה ללא הצדקה, מכאן ואילך אינה מוצאת לנכון להישאר ספונה בביתה לאורך ימים ושנים ולהימנע מחיי

מבקשת לדחות את תביעת הגירושין, ותובעת לחייב את הבעל בדמי מזונות עבורה, ולקבוע את זכאותה לתשלום הכתובה. לטענתה, מצבו הרפואי של הבעל, הביא להחלטתו להעדיף להתגורר מחוץ לבית.

בדיון הראשון שהתקיים טען התובע, באמצעות ב"כ, כדלהלן:

"העילה לתביעת הגירושין היא שלפני שלוש שנים הוא עבר אירוע מוחי קשה ומורכב שמחק ממנו זיכרון וכישורי כתיבה ועוד. במהלך הטיפול אשתו סירבה ליטול חלק... היא בחרה להתנער ממנו, כשהוא חזר לבית היא בקשה מהאחים שלו שיקחו אותו, וטענה שיש לה שני ילדים ואינה יכולה עם ילד קטן נוסף, והעדיפה להרחיקו מהבית, והוא עזב לבית הוריו. גם כעת גר בבית אמו. עד היום היא לא פנתה אליו לחזור. הוא השתקם, ויש הסדרי ראייה, היא נטשה אותו ברגע הקריטי לחייו. בביהמ"ש, ורק לאחרונה, היא טענה שיש לו חברה שהוא הולך איתה... היא תבעה בביהמ"ש משמורת וזה מוכיח שהיא הבינה שחיי הנישואין כבר הסתיימו. לאור זאת הבעל מבקש להתגרש, ויש לפסוק בהתאם."

להלן קטע נוסף מפרוטוקול הדיון:

"ב"כ האשה: בכתב התביעה הם מתארים כיצד התנהלו חיי הנישואין קודם לאירוע המוחי. הוא איבד זיכרון באופן טוטאלי - כך לפי האמור בכתב התביעה, והוא לא זוכר שהיא ביקרה אותו בבית החולים. בני המשפחה הכניסו לו לראש שהיא לא בסדר. האשה: כשהוא חזר לבית, הוא לא יכל לשמוע רעשים הילדים הקטנים הרעישו והיה לו מאד קשה שמרתי על הילדים שלא יפריעו לו, לא אמרתי לאחים שלו שיקחו אותו. הוא עבר לבית האמא שיהיה לו שם שקט. וגר אצל אחותו הרווקה, אחותו סייעה לו בתקופה זו של שלושת השנים. גם היו חיי אישות בינינו, והוא היה שותף לכל ענייני הבית רק לא גר בבית, הוא לא חזר מתוך מחשבה מה אחים שלו יגידו. אנו עדיין לא שלמים עם גירושין, יש סיטואציה שיש לבסס את שלום הבית. נכון שאמרתי שיש לו קשר עם אשה אחרת, אבל ניתן לשקם את הנישואין.

הבעל: נכון שיש לי קשר עם אשה אחרת, אבל הבן אמר לי שיש לה מישוהו. וגם אמרת לי בטלפון.

האשה: אין לי קשר עם גבר, אולי אמרתי משהו מתוך כעסים. ב"כ האשה: בדיון בביהמ"ש היא אמרה עליו דברים טובים, והיא חושבת שניתן לשקם את הנישואין."

עד כאן מפרוטוקול הדיון.

לאחר מכן התקיים דיון נוסף, ובהחלטה שניתנה לאחר הדיון כתבנו כדלהלן:

"בבית הדין התקיים דיון נוסף בתביעת הבעל לגירושין.

הבעל עומד על תביעתו להתגרש, ומייחס לאשה חוסר כנות בטענתה לשלום בית, וכן מייחס לאשה קשר עם גבר זר.

האשה הכחישה טענות אלו, וטענה כי הנסיבות הנוכחיות הן נסיבות שעדיין מאפשרות חזרה לשלום בית, וכי היא מעוניינת בכך. האשה הכחישה בתוקף קשר עם גבר זר, והבהירה כי

מ"עוברת על דת", כהגדרתה בהלכה הפסוקה באה"ע סי' קטו. לא הוכחה הטענה לקיום יחסי אישות עם גבר זר, או הטענה לאירוע היכול להיחשב "מעשה כיעור", כהגדרתו בשו"ע אבן העזר סי' יא.

כמו כן אין לשלול את זכאותה של עוברת על דת לתשלום הכתובה בהעדר התראה, כפי שנפסק בשו"ע אבן העזר סי' קט"ו סעיף ד'. יצוין ביחס לאמור בסיום ההחלטה הנוכרת, וגם אם היה ניתן להתייחס להחלטה זו כהתראה, הרי שלפי המבואר להלן, אין בכך נפקא מינה.

במקרה זה, אין חולק שהאשה ישבה בבית קפה לבילוי עם העד הנוכר, ללא שאדם נוסף ישב עמם באותו מעמד. ביחס לאירוע זה, יתכן שיש מקום לקבוע שאשה נשואה היושבת לבילוי בבית קפה בחברת גבר זר וללא חברת אנשים נוספים עמם, חורגת מההתנהגות המקובלת ביחס לאשה נשואה, גם בחברה שבה האשה חיה, ולדון, שבכך דינה כעוברת על דת. כך גם ביחס לנסיעת הנתבעת להפלגה למשך מספר ימים, אם אכן נסעה בחברת קבוצת חברים תוך קשרי ידידות עם גבר זר שסייע בידה להסדיר נסיעה זו. למרות הגרסאות השונות כאמור, בהעדר ראיה שהנתבעת לנה עמו ביחידות בחדר משותף, בהתנהגות זו הנתבעת אינה יותר מעוברת על דת, מפני החריגה מהמקובל ביחס לאשה נשואה, גם בהתייחס למקובל בחברה שבה האשה חיה.

#### **תביעת גירושין המבוססת על עילה הנטענת בחוסר תום לב**

בפנינו בעל שעזב את אשתו ויצר קשר זוגי עם אשה אחרת, ותובע גירושין על יסוד הטענות הנוכרות לעיל. עוד בטרם נברר את ההלכה ביחס לעוברת על דת, המחויבת בגירושין והמפסידה כתובה, יש לפתוח בקביעה מקדמית, כדלהלן. בעת שבפנינו תביעת גירושין המבוססת על עילת חיוב גירושין עפ"י ההלכה, עלינו לבחון ולהסיק שהתובע או התובעת, מציגים עילה זו בתום לב. אך אם התברר שעילה זו נטענת בחוסר כנות, והיא חסרת משמעות גם עבור התובע, וכי עילה זו מצד עצמה לא הייתה מביאה את התובע להגיש את תביעת הגירושין, ולמעשה התובע מבקש להתגרש מפני עילה אחרת שאין בה ממש עפ"י ההלכה, אך כדי שבית הדין יקבל את התביעה, מוצגת עילת חיוב גירושין שאינה כנה, התביעה תידחה, למרות שעילה זו אכן נכונה מההיבט העובדתי, למעט במקרים שיפורטו להלן.

בספר משפטים ישרים (להג"ר רפאל בירדוגו) חלק א' סי' ז' כתב:

"כל הטוען טענה שזוכה בה בדין אלא שאנו יודעין שאין כוונתו על אותה טענה, אלא על אחרת שאינו זוכה בה בדין, אין לדון ע"פ אותה טענה. המשל בזה, כגון שטען שחבירו מזיק לו בהיזק ראייה וטען שיעשה מחיצה וכיוצא, ואנו יודעין שבוודאי אין לו קפידיא בהיזק ראייה ולא איכפת ליה, אלא שיש לו סיבה אחרת, נראה דאין לכופו. וראיה מהא דאיתא ביבמות ובטור

חברה מקובלים, בהתאם למקובל בחברה שבה הם הורגלו לחיות כל השנים, וכי בהתאם לכך יש לפרש את האירועים הנוכחים, לכן אירועים אלו אינם יכולים להוכיח את טענת הבגידה שהעלה התובע.

עד כאן תמצית טענות הצדדים, וכעת על בית הדין לפסוק בתביעה לגופה, על יסוד טענות הצדדים והחומר שבפנינו.

לאחר עיון בטענות הצדדים ובראיות שהוצגו, ובהמשך להחלטה שכבר ניתנה, אנו פוסקים שאין מקום לפסוק כי האשה חייבת בגירושין, או להורות על שלילת זכאותה לתשלום הכתובה או מזונות עבורה, וזאת על יסוד הנימוקים דלהלן.

#### **הבחנה בין 'עוברת על דת' לעושה 'מעשה כיעור'**

בעת בירור תביעה לחיוב האשה בגירושין, על יסוד קשר עם גבר זר, יתכנו הבחנות שונות. אם התבררו יחסי אישות עם גבר זר, או התברר אירוע המוגדר כ'מעשה כיעור', כפי הגדרתו בהלכה הפסוקה בשו"ע אבן העזר סי' יא, יש מקום לחיוב האשה בגירושין, חיוב שאינו מותנה בהתראה מוקדמת. ובנסיבות אלו התנהגות התובע אינה רלבנטית. לעומת זאת, ביחס להתנהגות החורגת מגדרי הצניעות, שאשה נשואה מחויבת בהם, התנהגות כזו עשויה להביא להגדרתה כ'עוברת על דת', ודינה התבאר בהלכה הפסוקה בשו"ע אבן העזר סי' קטו. בנסיבות מסוימות היא תחויב בגירושין וללא כתובה, וכמו כן התנהגות התובע היא משמעותית וטעונה בחינה, בטרם יינתן פס"ד לגירושין, וכפי שיתבאר להלן.

להבהרת ההבחנה בין 'מעשה כיעור' ל'עוברת על דת', נציין פסק דין של בית הדין הגדול שהובא בספר משפטי שאול סי' ה', שבו הגאון רבי שאול ישראלי זצ"ל באר מהו המעשה אשר יכול להיכנס תחת ההגדרה של 'מעשה כיעור', וכתב כדלהלן:

"המעורר העלה בפנינו טענה שהריקודים, כפי מה שהם מבוצעים, יש בהם משום מעשה כיעור, ולא רק עוברת על דת. אולם ההגדרה של כיעור, כפי שיוצא מתוך בירורה של הלכה (עין סי' י"א בפתחי תשובה סק"ז מהישועות יעקב, עו"ש במובאות מהמב"ט ורע"א בסק"י), הוא רק באופן שהדברים מוכיחים שבמקרה זה עצמו היה מעשה זנות. משא"כ אם המעשה עצמו אינו מוכיח על זנות באותה שעה, אלא על פריצת גדרי הצניעות, שנותן מקום לחשש שמא תזנה בעת אחרת, אין בו משום כיעור, וצדק כב' ביה"ד קמא שלא דן בדבר אלא מצד עוברת על דת."

עוד יובהר ביחס לדינה של אשה שבעלה תובע לחייב אותה בגירושין ולשלול כתובתה בטענות הנוכרות, כי חובת הראיה מוטלת עליו, ואם נשארה טענה בלבד אך ללא ראיה ממשית, אין להפסידה כתובתה, ואף אינה חייבת שבועה, עיין בית שמואל סי' קטו ס"ק יח.

במקרה הנוכחי, כאמור, לא התבררו אירועים החמורים יותר



בדומה לזה, הרמב"ם בתשובה (מהדורת בלאו) סי' ששה התייחס לתביעת הבעל לגירושין ולשלילת הכתובה בטענה שהתובע מבקש לעלות לארץ ישראל ואשתו מסרבת, וקבע שאין לקבל את התביעה אם עילה זו אינה כנה. ז"ל הרמב"ם:

"המפורסם אצלינו אשר ראינו בתי דינים דנין בו במערב כך הוא, שמחרימים בשם על כל מי שעושה זה בדרך עלילה על אשתו, שלא לעשותו זולתי ללכת להתכרך בא"י לא זולת זה, ויענה הבעל אמן, ואז יכריחו האשה ללכת עמו או תצא מבלי כתובה, ככה ראינו אותם עושים. אמנם מה שאני רואה ובו אני מודה הוא זה אשר אומר לך ובו ראוי להורות כל מי שיודע ביאור אומרו צדק צדק תרדוף וביאור אומרו לא תשא שמע שוא ומה שיוצא מדבריהם אין לדיין אלא מה שענינו רואות הוא כך. אי זה איש בקש לעלות לא"י והוא מוחזק בכשרות ולא היה בינו ובין אשתו מריבה בשום פנים, אז נחייב אשתו לעלות עמו לא"י, ואם יחסר אחד מהתנאים הללו אין לדון עליה לעלות עמו. ואמנם השועל הקטן המלמד את הטענה הזאת והדומה לה, הוא מחזיק ידי עוברי עבירה ומשית יד עם רשע. וזה כי כל מי שמבקש עלילות להפטר מחיובו אשר נתחייב בו, כמו כובש שכר שכיר והוא העושק כמו הגזלן. ואין הבדל אצלי בין מי שמשתעבד בשכיר לאחרית היום ואח"כ יבקש עליו עלילות דברים להפסידו שכירותו, ובין מי שעושה עם אשתו ככה שתניח לו המאוחר שלה... ואמנם הוקל על רוב בני אדם לצער נשותיהם לפוטרים מכתובתם, וראוי להשמר מזה העון ולמנוע הפועלים אותו שבור זרוע רשע ורע והצילו עשוק מיד עושקו."

ועיין בספר אוצר הפוסקים אבן העזר סי' עה סעיף ג' ס"ק כח אות יא, שהביאו פוסקים רבים שפסקו כתשובה זו של הרמב"ם.

העולה מתשובה זו ומדברי הפוסקים שהביאו, שאין מקום לחייב גירושין על יסוד עילה זו של דרישה לעלות לארץ ישראל המוצגת בתביעת הגירושין, אלא כשבית הדין נוכח שאכן מפני עילה זו התובע מבקש להתגרש, וכי טענת התובע אינה כיוונית לעילה אחרת שלמעשה עומדת ביסוד תביעתו, עילה שאין בה ממש לחייב את הגירושין. בהתאם למבואר, הטעם הוא מפני שבנסיבות המתוארות בתשובת הרמב"ם, אנו דנים את הבעל כמי שמחל על זכותו לתבוע גירושין ושלילת כתובה על יסוד זכותו לאכוף את העליה לארץ ישראל. כאמור, הוא הדין ביחס לשאר עילות גירושין הניתנות למחילה.

במה דברים אמורים, כשהנסיבות הן במתכונת דומה לנידון שבתשובת משפטים ישרים, וכפי שכתב: "אנו יודעין שבודאי אין לו קפידא בהיזק ראייה ולא איכפת ליה, אלא שיש לו סיבה אחרת". משא"כ אם מוגשת תביעת גירושין המבוססת על כמה עילות, וכולן הן עילות כנות, אך רק אחת מהן היא עילת חיוב גירושין עפ"י ההלכה, אין מניעה שיינתן פסק דין לחיוב גירושין על יסוד עילה זו, מאחר שגם עילה זו נטענת בכנות ובתום לב. בנסיבות אלו פסק הדין לחיוב הגירושין

אבן העזר סי' קנ"ד ס"ז בטוענת בעינא חוטרא לידא ואם מזכרת כתובה אין כופין יעו"ש, כנ"ל, וצריך ישוב. "עכ"ל. לכאורה פסיקה זו אינה ברורה, מאחר שהזכות למנוע היזק ראייה מעוגנת בהלכה, וכן ידוע שהתובע אכן ניזוק ודורש העמדת מחיצה, מדוע אין לכופף את הנתבע לבנות מחיצה המונעת את הנזק. מהו הטעם שהנתבע ייפטר מסילוק הנזק, לאחר שהתברר שלתובע סיבה אחרת לדרישתו להעמיד את המחיצה.

נראה שהביאור בהלכה זו הוא כדלהלן: כל תביעה שהתובע דורש לממש את זכותו על יסוד עילה שאם תתקבל יש בה ממש, אלא שאנו יודעים שאין כוונתו לאותה טענה אלא לטענה אחרת שאינו טוען - אם אותה תביעה המוצגת בטענה הנתענת, ראויה למחילה, כגון תביעת היזק ראייה, מאחר שאנו יודעים שהאמת היא שאותה טענה שהושמעה אינה כנה - הרי שביחס לטענה זו אנו דנים אותו כמוחל על זכותו, ובית הדין אינו יכול לפסוק בהסתמך על זכות שכבר נמחלה.

המשפטים ישרים מבסס הלכה זו על ההלכה המבוארת בסי' קנד. אין כאן מקומו לבאר פרטי הלכה זו שבשו"ע סי' קנד ס"ו, שבה נאמרו שיטות שונות, ומהן שקבעו שתביעת הכתובה רק מערערת נאמנות, ואינה מבטלת עילת תביעת גירושין. אך ראייה זו של המשפטים ישרים, מבוססת על שיטת הטור סי' קנד. לפי שיטה זו, הזכות לאכוף גירושין על יסוד הבקשה "בעינא חוטרא לידא ומרא לקבורה", היא ביסודה זכות הראויה להימחל. וכשהאשה תובעת את תשלום הכתובה, היא מוכיחה שהטענה להתגרש מפני זכותה ל"חוטרא לידא ומרא לקבורה", הגם שנטענה, אינה חשובה עברה, ודינה כזכות שנמחלה.

הקביעה שהזכות ל"חוטרא לידא ומרא לקבורה" ראויה להימחל, עולה מדברי התוספות במסכת כתובות דף ע. (ד"ה יוציא), במש"כ -

"ותימה אמאי לא חשיב לה להיהיא דבאה מחמת טענה בהדי הנך שכופין להוציא... וי"ל משום דקתני סיפא בין שהיו עד שלא נשאו בין משנשאו ולא שייך לומר סבורה הייתי שאני יכולה לקבל".

ובפני יהושע (שם) הוסיף ביאור, וכתב:

"בהיהיא דבאה מחמת טענה דכופין אותו משום לתא דידה, שפיר כתבו דלא תני לה בהדי הנך, דלא תימא דהכא נמי מצית למימר סבורה הייתי כו'".

בהתאם לכך מתבארים דברי המשפטים ישרים, שמיטת הטור סי' קנד עולה, שאם תביעת הגירושין מבוססת על עילה שכבר נמחלה, והאמת שעילה אחרת מביאה להגשת התביעה, דינה של התביעה להידחות.

החולקים על הטור, נחלקו רק ביחס להנחה שבסתמא תביעת הכתובה מוכיחה מחילה על זכות, למרות שאותה זכות נטענה בפירוש, אך אם בהתאם לנסיבות ברור לבית הדין, שנטענה עילת גירושין שאינה כנה, לכו"ע אין להתחשב בה.

מתגורר בנפרד מאשתו ולעיתים אף גר עם אשה אחרת. כאשר עילה זו - שהיא מרידה ללא הצדקה או קשר עם אשה אחרת, הביאה את הבעל להגיש את התביעה - אינה יכולה להתקבל, אך כדי שתביעתו תתקבל, התובע מציג עילה המוכרת בהלכה, כגון כשהוא מבקש לאכוף עליה את הגירושין ולשלול את זכאותה לכתובה על יסוד עילת 'עוברת על דת' או בטענה שאינה מסכימה לעלות לארץ ישראל, וכיוצא, תביעתו תידחה. מאחר וברור לבית הדין, שאין כוונתו להתגרש עקב אותה עילה הנתענת, דנים אותו כמי שמחל על זכותו להתגרש עקב עילה זו, והתביעה אינה מתקבלת.

**תביעה לחייב האשה בגירושין בטענה שהיא 'עוברת על דת' כשהתובע לוקח באותה בעיה**

מלבד האמור לעיל, בגוף הלכה זו של 'עוברת על דת', נקבעו הלכות המגבילות את זכותו של התובע, ועל יסוד הלכות אלו, יש לדחות את התביעה שבפנינו.

בשו"ע אבן העזר סי' קטו סעיף ג' נקבע שאין מקום לקבל את תביעת הבעל לדון את אשתו כעוברת על דת, בנסיבות בהן הבעל מטיל באשה דופי, באותו נושא שהוא בעצמו מקולקל בו. על כן אם הבעל אינו מוכר כאדם המקפיד על צניעות, אין מקום לטענתו שאשתו נהגה בחוסר צניעות.

בספר חלקת יעקב חלק אבן העזר סי' ו' כתב:

"אם האשה עושה מעשי פריצות ועוברת על דת יהודית בידיעת בעלה וגם ברצון בעלה (לא נדבר על פרועת ראש שכבר נעשה בעוה"ר אצל הרבה ואף גם חרדים להיתר) רק למשל אם האשה הולכת ומרקדת עם אנשים אחרים לעיני בעלה, או כשהולכת להתרחץ בתערובת יחד עם בעלה והבעל אינו מקפיד על חציפות כזה, או שארי עניני חציפות הנוהגת בהדור הפרוץ, והבעל אינו מקפיד, א"כ מהיכי תיתי נאמן לומר על שאר עניני פריצות שאינו מתרצה לזה, ורוצה להיפטר בחדר"ג. קיצור הדבר, הדין דעוברת על דת ישראל הוא רק כשהבעל נודע לאיש חרדי וסימן לדבר שמירת שבת וטהרת משפחה... בני"ד כיון דודאי אינה אסורה לבעלה כיון דלא הוי עדי כיעור ורק משום עוברת על דת, צריכין לידע אם כוונתו רצויה, אם לא עשתה מעשי פריצות גם בידיעתו", עכ"ל.

ועיין בפד"ר כרך ד' עמ' 363 שהביאו מדבריו.

עוד כתב שם בספר חלקת יעקב:

"כיון דבעוברת על דת יהודית ובמעשי הפריצות עדיין לא נאסרה לבעלה ורשות בידו לדור עמה, רק חז"ל נתנו לו גם רשות לגרשה כיון שהדבר נוגע לו שיכול לבוא לידי איסור. א"כ באופן שאנו יודעים שהוא אינו חושש לאיסור, מנ"ל שחז"ל נתנו לו רשות זה, ובכלל קשה לפסוק מסברות ולהתיר איסור דדר"ג החמור, שלדעת כמה מגדולי הפוסקים הוא איסור תורה גמור גם בזמן הזה."

יתירה מזו, אם הבעל בוגד באשתו וחי עם אשה אחרת, אין לקבל את טענתו לחיוב האשה בגירושין על יסוד טענה של התנהגות שאינה ראויה של האשה בקשרי ידידות עם גבר זר. עיין בתשובת הגרי"א הרצוג זצ"ל (בספר היכל יצחק אבן

יינתן למרות קיומן של העילות האחרות, עיין בשו"ת הרמ"א סי' לו וסי' צו, תשובות משני חכמי דורו של הרמ"א, המתייחסות לנסיבות אלו.

בהתאם לאמור, יתבארו דברי הפוסקים שכתבו ביחס לתביעת גירושין שהוגשה לבית הדין על יסוד טענה המייחסת לאשה מעמד של 'עוברת על דת', שגם אם כפי הנתען על ידי התובע, אכן נעשו מעשים הנכנסים לגדר זה, אך בית הדין נוכח שאין זו העילה האמתית שהביאה את הבעל לתבוע את הגירושין, וכי תביעה זו במתכונתה הנוכחית אינה מוגשת בתום לב, דין התביעה להידחות. עיין בספר שושנים לדוד (להג"ר דוד צבאח) ח"ב אבן העזר סי' כד מתשובת אחד מחכמי זמנו שכתב בלשון זו:

"אם הבעל הזה מיום שנשא את אשתו והיא גלוית הראש כנהוג היום בדור החדש, רק עתה לאיזה סיבה שנתקוטט עמה, עילה מצא במה לתלות עצמו באילן גדול כזה, אין שומעין לו". וכעין זה בספר דובב מישרים ח"א סי' קכד סק"ב, וע"ע בספר יביע אומר ח"ג אבן העזר סי' כא.

כאמור, הטעם בהלכה זו הוא מפני שאנו מתייחסים לבעל כמי שמחל על זכותו לתבוע גירושין על יסוד טענת 'עוברת על דת'. על כן במקרה שבו הבעל תובע להתגרש לאחר שהתובע כבר מצוי בקשר זוגי עם אשה אחרת, ותביעתו מיוסדת על עילת גירושין, כגון טענת 'עוברת על דת', מאחר שלבית הדין ברור שהעילה האמתית לרצונו בגירושין אינה כפי הנתען בדבריו, אלא מפני שהוא מבקש למסד את הקשר עם האשה הזרה, אין לקבל את טענתו. וזאת מפני שעילה זו של 'עוברת על דת' ניתנת למחילה, ובנסיבות אלו ברור לבית הדין שהבעל מחל על זכותו לאכוף גירושין ולשלול כתובה על יסוד עילה כזו.

אמנם, אם בנידון שבפנינו, הייתה מתקבלת טענת הבעל שאשתו מאסה בו וכבר אינה רוצה בו, אך למרות זאת אינה מסכימה לקבל גט, מטעמים שאינם מוצדקים. בנסיבות אלו, למרות מצבו הנ"ל של הבעל, היה מקום לקבל את התביעה. וזאת מאחר שביחס למצב זה שהאשה אינה רוצה את בעלה, כתב הבית יוסף סי' ע"ז בשם הר"ן בתשובה סי' יג:

"האומרת מאיס עלי... הרי היא מבטלת תנאי האישות מיד, והפסידה כל שיש לה על הבעל".

וע"ע מש"כ בספר עטרת דבורה ח"ב סי' פט שאם שני בני הזוג אינם רוצים זה בזה, זו עילת חיוב גירושין ביחס לכל אחד מהם, למרות שרק אחד בלבד אשם בפירווד. בנסיבות אלו, יקבע חיוב הגירושין על יסוד עילה מוצדקת שוודאי לא נמחלה, וחיוב הגירושין לא יותנה בהעדר עילה נוספת שהביאה את התובע להגשת תביעת הגירושין.

כמובן, הוא הדין בנסיבות בהן התביעה מיוסדת על עילות אחרות שאינן ניתנות למחילה, כגון טענה שהאשה נאסרה על בעלה, או טענה לאיסור בנישואין.

משא"כ בהעדר איסור בנישואין, וכשהאשה רוצה בבעלה, אלא הבעל התובע את הגירושין, מאס באשתו ללא הצדקה,

על מעשה זנות. שהרי אי אפשר לקבוע שנעשה מעשה כזה בלא שיש בפנינו הוכחה מספקת, ועוד - שהרי עפ"י ההלכה האשה מותרת לשוב ולדור עמו, אלא ההתנהגות בפריצות, היא הגורמת לה להיחשד. לכן יש מקום לטענת הבעל שאינו יכול לדור עמה בהיותה חשודה, וכי במעשיה קלקלה האישות ביניהם.

לפי זה, נראה שאין מקום לתבוע גירושין ושלילת כתובה על יסוד הלכה זו לאחר שהבעל כבר עזב את אשתו, ולאחר שיצר את הפירוד, מצא לנכון לטעון טענת 'עוברת על דת'. מפני שטענה זו, ביסודה, היא טענה שהאשה במעשיה הפרה את שלום הבית, כשעקב מעשים אלו כבר אינה מאפשרת לבעל להמשיך לדור עמה, כשהיא עושה מעשים המחשידים אותה במעשי פריצות.

**לסיכום:** תביעת גירושין על יסוד עילת 'עוברת על דת', מיוסדת על הטענה שהאשה במעשיה, היא הגורמת להפרת שלום הבית, וכי עקב כך לא ניתן לגור עמה. אין מקום לטענה זו כשקודם לכן הבעל כבר יצר את הפירוד, ולמעשה התובע במעשיו הפר את שלום הבית.

#### **'עוברת על דת' בחברה חילונית**

כל האמור לעיל להגדיר את הנתבעת כעוברת על דת, נכתב בהנחה שיש להגדיר את התנהגות הנתבעת כמתואר לעיל, כעוברת על דת, אך גם קביעה זו טעונה בחינה נוספת.

בספר פסקים וכתבים מהגרי"א הרצוג זצ"ל (ח"ז סי' קכב) קבע כי בהלכה זו, הדברים נידונים לפי מצב הדור. על כן בזמננו, אם האשה התיישבה בבית קפה לשיחה יתירה של דברי חיבה עם גבר זר, הגם שיש להצטער על כך, ויש להנחות אותה שעליה לשמור על כבודה כאשר נשואה, אך עדיין אינה בגדר של 'עוברת על דת'.

והסכים עמו בספר ישכיל עבדי חלק ו' חלק אבן העזר סי' ס', עיין שם שהאריך בנסיבות הדומות לנידון שבפנינו וקבע שהתנהגות מסוג זה הנעשית במקום ציבורי גלוי ובפרהסיא, מעידה על יחסי ידידות בלבד, ושלל את תביעת הגירושין מטעם זה, אלא במקרים חמורים יותר. ועיין עוד מש"כ בספר ישכיל עבדי חלק ה' חלק אר"ח סק"ג ובספר אגרות משה חלק אבן העזר ח"א סי' קיד ד"ה ובגוף הדבר.

#### **מסקנה**

בפנינו תביעת הבעל לגירושין, הבעל לקה באירוע מוחי, ולאחר הליכי שיקום שטרם הושלמו, הבעל עזב את הבית ולמעשה הפירוד נוצר ביוזמת הבעל עקב מחלתו. לאחר מכן הפירוד העמיק, לאחר שהבעל מצא לנכון לבגוד באשתו ולנהל קשר זוגי עם אשה זרה. לא מצאנו מקום לטענה שהאשה כבר אינה רוצה בבעלה. בית הדין מקבל את עמדת האשה שהיא באמת ובתמים מעוניינת שהבעל ישוב לביתו ויחזור לשלום בית עמה.

העזר סי' ט' אות ג', וכן פסקים וכתבים מהגרי"א הרצוג ח"ז סי' קכ) ששלל חיוב האשה בגירושין בנסיבות אלו, וכתב:

"דומני שהגאונים ז"ל שפסקו שזכאי הבעל להתיר לו חדר"ג בעוברת על דת יהודית, לא כיוונו על אדם כזה שיש לחוש הרבה מאד שהעיקר אצלו שעינו נתן באחרת ועלילות היה מבקש מבתחילה. ואף לאחר הכירור שהיא בכלל עוברת על דת יהודית, יש לומר שאינה כל כך חייבת כשראתה מבעלה שהוא רועה זונות, וזולזל בעיניה ענין הצניעות, והוא שגרם".  
וע"ע בספר ישכיל עבדי חלק ו' חלק אבן העזר סי' ס'.

#### **בעל שאינו גר עם אשתו התובע גירושין ושלילת כתובה בטענה שאשתו 'עוברת על דת'**

מלבד האמור, מטעם נוסף אין מקום לפסוק על חיוב האשה בגירושין ושלילת הכתובה על יסוד הלכה זו של עוברת על דת, כשהאירועים נשוא התביעה, אירעו לאחר שהבעל כבר מרד באשתו ועזב את ביתו ואינו גר עמה, וזאת על פי הבהרת גדרי הלכה זו של עוברת על דת, וכדלהלן.

בפד"ר ח"א עמ' 338, בפס"ד מהרבנים הגר"י עדס ז"ל הגרי"ש אלישיב שליט"א והגרי"ב זולטי ז"ל בארו את יסוד הדין בעוברת על דת, וכתבו:

"עיקר הטעם של עוברת על דת הוא לא משום מעשה העבירה, אלא משום דבמעשה היא גורמת להפרעה ולקלקול בחיי המשפחה התקינים בינה לבין בעלה", עכ"ל.

וכן כתב בספר קובץ שעורים (להגאון רבי אלחנן וטרמן) עמ"ס כתובות סי' רלב ביחס להלכה זו של עוברת על דת:

"ביאור הדברים... דאינה מפסדת כתובתה מפני עבירות שהיא עושה לעצמה, אלא מפני שאינו יכול לדור עמה, ונמצא היא הגורמת לגירושיה... הפסד הכתובה אינו בתורת קנס מפני העבירה שעברה, אלא מדינא, מפני שאינו יכול לדור עמה בגרמתה", עכ"ל.

וכבר הארכנו בבירור הלכה זו בדרך זו, בפסק דין שנכתב בתיק אחר, והתפרסם בספר עטרת דבורה ח"א סי' מט. ושם הבאנו שביחס לעוברת על דת יהודית שנהגה בפריצות, כתב הרא"ש - "משום חשד זנות הוא דמפסדא". וכתב הב"ש סי' קטו סק"א דמאחר ועשתה דבר פריצות יש חשש שמא תזנה תחתיו, דהיינו החשש ביחס לעתיד. אמנם המשנה למלך (בפ"ב מהלכות סוטה ה"א, הובא בבית מאיר ובפתחי תשובה סק"א) כתב דהחשש שמא זנתה. אך החזון איש (הלכות כתובות סי' עט ס"ק כז) הביא את דברי המשנה למלך ובאר דבריו, וז"ל:

"נראה דאין לחוש שזינתה להפסידה כתובתה משום זה, אלא נראה דלא מיתדר ליה באשה כזו שאין הפריצות מקרה אלא תכונה רעה ומביאה לידי זימה, והרי קלקלה האישות שאינו יכול לדור עמה... וכיון שיש לה תקנה לשוב למתדר עמה לא הפסידה כתובתה".

אין כוונת החזון איש לחלוק על המשנה למלך, אלא לבאר דבריו, דודאי אינה מפסידה כתובתה עקב אומדנא דמוכח

ביחס לתביעת המזונות, לאור האמור, לא התבררה עילה לשלילת מזונות האשה.

בהחלטה קודמת קבענו שעל הבעל לשלם לאשתו 800 שקל לחודש כהשלמה לסכום המתקבל אצלה מקצבת הנכות של הבעל. ביחס לטענה אודות רמת השתכרות האשה, אנו מקבלים את תשובת האשה שסכומי הכסף שהשתכרה היו נמוכים, וכי העבודה שהועסקה בה נמשכה חודשים ספורים בלבד. הבעל לא הוכיח ולא ביסס את טענתו כי האשה השתכרה בסכומים משמעותיים.

גם טענת הבעל על הפחתה בהשתכרותו אינה מצדיקה הפחתת מזונות. הבעל מועסק בעסק משפחתי ולא התבררה מניעה או הצדקה שלא ימשיך עבודתו במתכונת הקודמת.

על כן חיוב מזונות האשה שנקבע בהחלטה הנזכרת, יישאר ללא שינוי, וייקבע כדמי מזונות קבועים.

כמו כן לא מצאנו עילה אחרת לחייב את האשה בגירושין. לא הוכח שהאשה בגדה כפי טענת הבעל, ואף לא הוכח 'מעשה כיעור'. ביחס לשאלה אם לדון את האשה במעשיה כ'עוברת על דת', אמנם נכון וראוי שאשה נשואה תקפיד להימנע מקשר עם גבר זר דוגמת המתואר לעיל, אך בנסיבות המקרה הנוכחי כמפורט לעיל, אין זו עילה לחיובה בגירושין או לשלילת זכאותה לתשלום ומזונותיה. אך עלינו להבהיר לאשה כי התנהגות החורגת מהמקובל ביחס לאשה נשואה, עלולה להביא לקבלת תביעה כזו, בהתאם לנסיבות התביעה וכמפורט לעיל.

בהתאם לאמור, אנו דוחים את תביעת הגירושין ואת התביעה לשלול את זכאות האשה לגבות את הסכום הנקוב בשטר הכתובה לאחר הגירושין. עם זאת, מאחר שהצדדים בפירוד ממושך ולא עלה בידם להביא לחזרה לחיים משותפים ולשלום בית, אנו ממליצים לצדדים לנהל מו"מ במגמה להסדיר הסכם פשרה הכולל הסכמה לגירושין עם מרכיב של פיצוי לאשה כתחליף לתשלום הכתובה.

## סימן נד

### חיוב גירושין עקב בדיקת הריון שהאשה עשתה בהיותה בפירוד מהבעל

#### עילת חיוב גירושין עקב הפירוד הממושך

היה מקום לדון, האם הזמן הרב שעבר משעת תחילת הפירוד והסכסוך הממושך בין הצדדים, הוא עילה לחייב את האשה להתגרש, כשהעילה היא - העדר סיכוי שהבעל ישוב לשלום בית.

כבר בזמנו שללנו חיוב גירושין על יסוד עילה זו. עיין בפד"ר כרך א' עמ' 162, שם פסק ביה"ד הגדול על פי ספר דברי מלכאל (ח"ג סי' קמה) שגם אם עברו ארבעה עשרה שנים של סכסוכים בין בני הזוג, אי-אפשר לכפות את האשה להתגרש, אם אין עילה מבוררת הנראית לביה"ד, שבגללה האשה מאוסה בעיניו.

גם בנידון שלפנינו, העילה העיקרית לתביעת הגירושין היא, שהבעל נתן עיניו באשה אחרת, כאמור כבר בפסק הדין מיום כ"ט תמוז תשנ"ח.

בנידון דומה פסק הגאון ר"א שפירא זצ"ל (פד"ר י' עמ' 175), וכתב בלשון זו:

"הנימוק החזק ביותר שיש לפסח"ד הוא על טענת הבעל מאיסה עלי, ונימוק כזה כידוע אינו מספיק, אלא במקרים נדירים ביותר, כשהנימוק של מאיסה עלי הוא מבוסס לחלוטין ומוכח לעין כל, ולא ניתן הדבר בשום אופן לקבוע באופן יסודי, אלא אך ורק אחרי מיצוי שמיעת כל טענות הצדדים והוכחותיהם, וזה חסר כאן לחלוטין. בפרט כשמתוך התיק מציצה דמות של אשה אחרת צעירה יותר, השופך אור אחר על נימוק הבעל לתבוע גט."

הצדדים נישאו בחו"ק לפני כשש עשרה שנה הבעל עזב את הבית, ומאז הפירוד בין הצדדים הוא מוחלט. הבעל גר עם אשה אחרת והקים עמה משפחה חדשה, ולפני מספר שנים עבר להתגורר בארה"ב. יצוין שעוד קודם שהחלו ההליכים בבית הדין, האשה לקתה במחלה המגבילה אותה.

לאחר שהבעל עזב את הבית, התקיימו דיונים בבית הדין בתביעתו לגירושין ולהיתר נישואין ובתביעת האשה לשלום בית, ותביעות הבעל נדחו.

בהחלטה קודמת הומלץ לצדדים לנהל מו"מ על הסכם גירושין ולהתגרש, אך הוחלט שאין מקום לאכוף את הגט על האשה בעל-כרח. מאז התקיימו דיונים נוספים, ובפסק הדין שניתן לאחר הדיונים, פסקנו שאין לחייב את האשה בגירושין.

בסיום פסק הדין הומלץ על הסכם גירושין שבמסגרתו הבעל יבטיח את עתידה הכלכלי המינימאלי של האשה לאחר הגירושין, וזאת מפני שבמצבה הבריאותי אין האשה מסוגלת להתפרנס בכוחות עצמה. בזמנו, המלצה זו לא נענתה בחיוב על ידי הבעל. לאחר מכן התנהלו הליכים לחלוקת הרכוש ולמזונות האשה בבית המשפט, ולמעשה הרכוש המשותף חולק ומדור האשה הובטח.

לאחרונה הוגשה תביעת גירושין מחודשת מטעם הבעל. בכתב התביעה לא עלו עילות חדשות שלא היו לעיני בית הדין בדיונים הקודמים, למעט פרק הזמן הנוסף של פירוד בין הצדדים, ושבו הבעל כבר הקים משפחה אחרת וחי במסגרתה.

פעם נוספת במרפאה וטענה שהיא חוששת שהיא בהריון וביקשה להיבדק.

בדיון שהתקיים האחרון התובע ביקש שנתונים אלו שהוצגו לבית הדין באמצעות רישומי קופת החולים יהיו עילה לפסיקה שהאשה זינתה, נאסרה על בעלה וחייבת בגירושין. הנתבעת לא התייצבה לאותו דיון והופיע בא כוחה בלבד, ולהלן קטע מפרוטוקול הדיון:

"ב"כ האשה: מדובר בכאבים גניקולוגיים קשים שהאשה סבלה, היא עברה בדיקות קשות שהיא פחדה מהם, גם בגלל מחלת ה... היא רצתה שהבדיקות ייעשו באמצעות אולטרה-סאונד ושלא תהיה בדיקה פולשנית, האשה חשבה לתומה שאם היא תגיד שהיא חוששת שהיא בהריון, והיא מבקשת שתהיה בדיקת אולטרה-סאונד, זה יביא לבדיקה שלא פולשנית. ביה"ד: מה בדיקת אולטרה-סאונד יכולה להעלות, חוץ מלומר אם היא בהריון או שלא, איך בדיקת אולטרה-סאונד יכולה לעזור לדברים אחרים?

ב"כ האשה: האשה סברה שזה יעזור.

ביה"ד: כשהיא ראתה בפעם הראשונה שלא נתנו לה מענה, היא פנתה בשנית ושוב בשלישית מדוע?

ב"כ האשה: לפי מה שהיא אמרה לי זה היה בשביל למנוע שלא תהיה בדיקה פולשנית, הצגתי מסמך שהיא היתה מחוסרת מחזור באותה תקופה, כך שזה ברור שאין הריון.

ביה"ד: זה לא בהכרח מוכיח, לפעמים יש בזה הפתעות."

הבהרה זו מצד האשה לבקשתה לבצע בדיקת הריון, כבר עלתה קודם לכן בתגובה בכתב שהתקבלה מטעם האשה, וכן האשה חזרה על טענות אלו בסיכומים שנכתבו על ידי בא כוחה.

וכן יצוין כי בדיון שהתקיים בבית המשפט, ובו הבעל חויב בדמי מזונות עבור אשתו, כשעלתה טענה זו במסגרת הדיון האשה נשאלה מדוע עשתה בדיקת הריון והיא השיבה כדלהלן (עמ' 55 מפרוטוקול הדיון):

"יש לי כאבים כל הזמן באזור הבטן התחתונה, קרובי משפחה לקו בסרטן, כואב לי כל הזמן, אמרתי שאלך לרופא נשים ואני רוצה בדיקת אולטרה-סאונד ולא בדיקה ביד של רופא, בשביל זה אמרתי שאני רוצה בדיקת אולטרה-סאונד, ושאלו אותי למה, אז אמרתי להם אולי אני בהריון בכדי שיבדקו אותי. אני אשה בת ... ואין לי מחזור, אין לי גבר ואין לי גברים בחיים שלי, אני ישנה במיטה עם אמא שלי.

שאלה: אז למה כתוב שיש לך חשש להריון?

תשובה: זה לא נכון, אמרתי את זה כי רציתי שיעשו לי בדיקת אולטרה-סאונד, כשהלכתי ואמר לי שאין כלום בבטן, והלכתי הביתה ושוב כאב לי, חזרתי ועשיתי בדיקות נוספות בגלל החשש מהסרטן שהיה לקרובים שלי"

לאחר העיון בחומר שבפנינו אנו מחליטים: בפנינו מסמכים המתעדים את הודעת האשה לרופא ולרופאה שהיא חוששת שהיא בהריון. מאחר והבעל בנתק מוחלט מאשתו, מתגורר בארה"ב וחי עם אשה אחרת, הרי שטענה מסוג זה

אמנם הגר"ח פלאג'י בספרו חיים ושלום (ח"ב סי' קיב) כתב: "והנני נותן קצבה וזמן לדבר הזה, דאם יארע איזה מחלוקת בין איש לאשתו וכבר נלאו לתווח השלום ואין להן תקנה ימתינו עד זמן ח"י חדשים, ואם בינם לשמים נראה לב"ד שלא יש תקנה לשום שלום ביניהם, יפרידו הזוג ולכופם ליתן גט עד שיאמרו רוצה אני, כדבר האמור והנמצא כמ"ש בס' החסידים."

אבל שיטתו של הגר"ח פלאג'י לא התקבלה להלכה. כבר הבאנו לעיל את דעתו של דברי מלכיאל, שממנו עולה שדברי הגר"ח פלאג'י אינם מוסכמים להלכה. גם בפד"ר כרך יג עמ' 363 הסתמך ביה"ד הגדול על שיטתו של בעל דברי מלכיאל (עמ' 362-363) ודחה את דברי הגר"ח פלאג'י. עוד כתבו שם שיש לפרש את דברי הגר"ח פלאג'י בדרכים אחרות. להלן דבריהם:

"לפי"ז היה מקום, לכאורה גם בנידוננו, שכבר עברו שנים כה רבות שאין שלום בין בני הזוג, לחייב את האשה לקבל גיטה, וכפי שכבר השמיעו בפנינו בכמה וכמה מקרים טוענים רבניים שידעו התשובה הזאת של הגר"ח פ"ז"ל. אבל אין להסתמך על תשובה זו, וערכך ערכא צריך, ואחרי בקשת המחילה, הגר"ח פלאג'י ז"ל יחידא הוא בזה. ודבריו תמוהים, כי אפילו במקרים של טענות חמורות שיש בהן ממש נפסק להלכה שמגלגלים את הזוג שנים על שנים, ולא כופין לא אותה ולא אותו לגרש. ועיין ברמב"ם בפרק ט"ו מה' אישית הלכה ט"ו, ואה"ע סי' ע"ז סעי' ד', וסי' קנ"ד סעי' ז' ברמ"א ועוד) ומכש"כ כשאין כל עילה בדבר. המפורסמות א"צ לראיה, עד כמה שרבותינו ז"ל בכל הדורות, חרדו שלא להגיע לידי החלטת כפיה לג"פ.

ומכיוון שלא מצינו כזאת בהלכה לכוף לתת או לקבל ג"פ בגלל חילוקי דעות וקטטות ומריבות ממושכות בין איש לאשתו, כאשר אין בסיס בהלכה לחייב עבור מריבות כאלה בג"פ, ורק בגלל "שלא יש תקוה לשום שלום ביניהם" - מסתבר, לומר כי גם הגאון הגר"ח פ"ז ז"ל לא כיוון בדבריו לכפיה כמשמעו, אלא התכוון לומר שישכבו את פני הדברים עד שיסכימו לכך, וזאת כוונתו כמה שכתב: "עד שיאמרו רוצה אני", היינו עד ששניהם יסכימו להיפרד זמ"ז בג"פ."

### עילת חיוב גירושין עקב הודאת האשה שזינתה

בנידון שבפנינו, במהלך בירור תביעת הגירושין עלתה עילת גירושין נוספת לאחר שהתובע טען שיש ברשותו ממצאים המוכיחים שהאשה זינתה.

להלן טענות הצדדים ביחס לעילה זו והכרעת בית הדין, ולאחר מכן נתייחס לטענות מקדמיות שעלו בטרם הדיון האחרון ולאחריו, שכבר זכו להתייחסות בהחלטות קודמות.

מהמסמכים שהוצגו בפנינו התברר שביום ... האשה הופיעה בפני רופא נשים והודיעה שיש לה כאבים וכי היא חוששת שהיא בהריון. לאחר כמה ימים, האשה חזרה למרפאה כשהיא מודיעה פעם נוספת שהיא חוששת שהיא בהריון ובמהלך הבדיקה הופנתה לבדיקת שתן ואולטרה-סאונד. וכן לאחר שלושה וחצי חודשים הופיעה

אלא באמתלא. ופשיטא שאשה ההולכת להיבדק בדיקת הריון לאחר שהיא מודיעה לרופא שהיא חוששת שהיא בהריון, אמירה כזו אינה יכולה להתפרש אלא כאמירה שיש בה הודאה על קיום יחסי אישות. וכשאינן כל אפשרות שיחסים אלו התקיימו עם הבעל, וגם האשה אינה טוענת כך, הרי זו הודאה שהיחסים התקיימו עם גבר אחר.

לאחר אמירה כזו אינה יכולה לחזור ולפרש דבריה בדרך אחרת אלא באמצעות אמתלא סבירה לפי שיקול דעת בית הדין.

גדרי אמתלא זו התבררו בהלכה, וכדלהלן. הרמב"ם (הלכות אישות פרק ט הלכה לא) כתב:

"אמרה מקודשת אני ולאחר זמן עמדה וקידשה עצמה אם נתנה אמתלא לדבריה ואמרה מפני כך וכך אמרתי בתחלה שאני מקודשת וראינו בדבריה ממש הרי זו מותרת לשני, ואם לא נתנה אמתלא או שנתנה ואין בה ממש הרי זו אסורה."

ובשו"ע אה"ע (סי' מז סעיף ד) העתיק לשון הרמב"ם. וכתב המגיד משנה:

"ופי' אמתלא טענה הניכרת שהיא כדאי לסמוך עליה וכן פירשו ז"ל."

ובשיטה מקובצת מסכת כתובות (כב, א) כתב:

"וז"ל הרא"ה ז"ל: אמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנויה אני נאמנת, כלומר אף על פי שסותרת דבריה שאמרה שלא היתה אשת איש מעולם דליכא טעמא דהפה שאסור הוא הפה שהתיר, אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת כלומר בדברים הניכרים לנו אמת אף על פי שאינן ידועין לנו. ותלמידי ה"ר יונה ז"ל כתבו וז"ל: פי' אמתלא, טענה שנראה אמת כענין המעשה שהביא בסמוך."

וכן הביא השטמ"ק בשם הרשב"א:

"וחזרה ואמרה פנויה אני נאמנת כלומר אפילו לאחר כדי דבור וכדאסיקנא בשנתנה אמתלא לדבריה, כלומר טענה הניכרת שהיא כדאי להסמך עליה."

ובשו"ת באר שבע סי' עב כתב:

"כבר כתב הרב הגדול מהר"ר שלמה לוריא ז"ל בביאוריו לסמ"ג אהיא ואם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת וכו' וז"ל: נ"ל דשום אדם לא יוכל לסמוך על אמתלא דידה עד שישאל לחכם שבעירו שיוכל להשיג שאמתלא ראויה היא. ואי אמרה אמתלא שהוא רחוק מן הדעת, אסור לקבלה עכ"ל."

והביא דבריו בספר באר היטב אה"ע סי' מז סק"ח.

ובספר הפלאה על מסכת כתובות דף כב עמוד א' כתב:

"לפמ"ש הפוסקים דלשון אמתלא היינו שנתנה לדבריה טעם המקובל לפני ב"ד שהוא אמת, והיינו דקאמר אם נתנה אמתלא, רצה לומר אם מבינים הב"ד שדבריה כנים הם, נאמנת. אבל אם מבינים הב"ד שאין הטעם קרוב לאמת אינה נאמנת, והיינו שכתבו הפוסקים באה"ע סי' מ"ז סעיף ד' ואם נתנה אמתלא וראינו בדבריה ממש וכו', או שנתנה ואין בו ממש וכו'."

וכן בספרו "ספר המקנה" הלכות קידושין (סי' לח סעיף כז), כתב:

משמעה הודאה שהתקיימו יחסי אישות בינה ובין גבר אחר. למרות שהאשה לא הודתה בפירוש שזינתה, אך הפרשנות הסבירה לדברים שנאמרו על ידה היא שהאשה מודיעה לרופא שהיא קיימה יחסי אישות.

יובהר: ביחס להודאת בעל דין, אין צורך שייאמר על ידו בפירוש מהי התוצאה המתבקשת מאמירה זו, אלא די בכך שזו הפרשנות הסבירה לדבריו. כך, אשה שלבשה בגדי נידות, נידונת כאשה האומרת נידה אני (עיי' שו"ע י"ד סי' קפה), מכיוון שזו הפרשנות הסבירה למעשה זה, למרות שאותה אשה לא אמרה בפירוש שהיא נידה, אלא שכך הבינו את המעשה אנשים אחרים שראו אותה. ואם אותה אשה אף הוחזקה נידה בשכנותיה, דינה כוודאי טמאה גם ביחס לאחרים לרבות לעניין דין מלקות.

במקרה שבפנינו, בלתי סביר לחלוטין לקבל אמתלא מהסוג שנטענה באמצעות ב"כ, שאמירה זו מגמתה להשיג סוג בדיקה נוחה, כבדיקת אולטרסאונד, במקום בדיקה פולשנית. ביחס לכל אדם הנוקק לשירותי רפואה, ניתן לקבוע כאומדנא מוכחת וברורה לחלוטין, שבעת שנקלע למצוקה ונוקק לשירותי מרפאה, כגון עקב כאב חשוד ובלתי מוסבר, וחשש למחלה ממארת, עקב כאבים, ובנסיבות של מחלה דומה שכבר תקפה את הקרובים וחשש לרקע גנטי, לא יטול על עצמו את האחריות להערים על הרופא רק כדי לזכות בסוג בדיקה שהרופא אינו אמור לתת לו באופן שגרתי. קל וחומר ביחס לאדם המצוי במצב רפואי מורכב ובעייתי, כפי שהאשה מצויה בו, שכאמור חולה ב... אדם כזה בוודאי שלא יערים על רופא כדי לזכות בבדיקה רפואית שהרופא אינו מעוניין לתת. אלא יפעל בכל כוחו להבהיר לרופא המטפל את הבעיה לאשורה ולשכנעו בצדקת הבקשה, כדי לקבל את הטיפול המתאים גם לפי שיקול דעת הרופא. מה עוד, שסביר מאד שבדיקת אולטרסאונד המיועדת לבדוק חשש להריון בלבד, תופסק עם שלילת ההריון ולא תוכל לסייע להשיג ממצאים רפואיים ביחס לכאבים שאין להם כל זיקה להריון. יתירה מזו, לפי דבריה בסיכומים, כבר היו בדיקות אולטרסאונד גם לבעיות אחרות אצל הנתבעת, והיה מקום לבקש לחזור על בדיקות אלו, במקום להערים על הרופא.

על כן הטענה שהאשה במצבה הרפואי הבעייתי הוניהח את דרך המלך לקבלת התייחסות ראויה לכאבים שהציקו לה ולחשש ממחלה ממארת, ובמקום זאת בחרה להערים ולבקש בדיקת הריון, היא טענה בלתי סבירה בעליל שאינה יכולה להתקבל.

כמובן, בהתאם לכך מובנת ההתחמקות של האשה לחתום על טופס "ויתור סודיות רפואית" עפ"י הוראת בית הדין, כשלבסוף החומר הושג בהעדר חתימה זו, וכן בהתאם לכך מתפרשת התחמקותה מהתייצבות לדיון האחרון.

עפ"י ההלכה בשו"ע אה"ע סי' קטו סעיף ו, אשה האומרת אמירה שיש בה הודאה שזינתה, אינה נאמנת לחזור בה

האמתלא לא תתקבל אלא אם היא אמתלא טובה ויטייב על הלב מדוע גם עשתה מעשה. ועיין בספר שערי ישר (שער ו פ"ח) שעל כן אם עשתה מעשה אף בעלה לוקה, וכאמור לעיל, כי רחוק מן הדעת שלאחר שעשתה מעשה תוכל לתת אמתלא המתקבלת על הלב. ובתבואות שור (סי' א' ס"ק עח) כתב שהמעשה יוצר חזקה, "ולאו כל כמינה לאחזוקי האמתלא ולגרע החזקה, כי אם בראיה ברורה". על כן לאחר אמירה על חשש הריון ומעשה של בדיקה המתאימה לנשים בהריון, בהעדר אמתלא טובה, לכו"ע אין מקום להוציאה מכלל הודאה שזינתה.

מאחר שבפנינו אמירה שמשמעותה הודאה בקיום יחסי אישות עם גבר זר, וכן עשתה מעשה לבדוק בדיקת אולטרסאונד אם היא בהריון, עלינו לקבוע מהי ההשלכה של הודאה זו.

אמנם בהתאם להלכה הפסוקה בשו"ע אה"ע (סי' קטו סעיף ו) אשה המודה שזינתה אינה נאמנת מפני החשש שעיניה נתנה באחר. אך טעם זה אינו רלבנטי כלל בנסיבות הנוכחיות שההודאה ניתנה שלא במסגרת דיון בבית הדין ולא בנסיבות של בירור היתר ואיסור, אלא בנסיבות המתוארות, במרפאה, בעת פנייה לקבלת טיפול רפואי.

המקור להלכה זו הוא הסוגיא בסוף מסכת נדרים. ובספר בני אהובה (הלכות אישות פרק כד הלכה כ) הביא מהירושלמי בסוף מסכת נדרים, שם נאמר שאם דברי האשה לא נאמרו במגמה להביא לגירושין, נאמנת.

וכתב בספר בני אהובה:

"למדנו כשאנו רואים האשה האומרת דברים במסיח לפי תומה דברים שלפי דעתה מתרת עצמה לבעלה ומהדין באמת אסורה, נאמנת אף למשנה אחרונה, ולא חוששין דאף זאת מתחבלת להפקיע עצמה מתחת בעלה, רק דאנו תולין להחמיר, ונאמנת, כעובדא דביאם דלפי דבריה היתה מותרת והאמין לה ר' יצחק בר טבליי ואסרה."

ועיי"ש שהביא ראיות נוספות להלכה זו, וכן בספר שו"ת חסד לאברהם (תניינא חלק אה"ע סי' ט).

ובספר נפת צופים (חלק אה"ע סי' קכח), כתב:

"אם היו שני עדים בהודאתה, בזו נראה דמהני אפילו לאוסרה על בעלה. דבנידון דידן לא שייך לומר שמא עיניה נתנה באחר, שאדרכה היא היתה מבקשת להסתיר הדברים מבעלה ומחזרת למי שיביאנו אצלה לאסוף את חרפתה, ובכי הא דליכא למיתלי שמא עיניה נתנה באחר, נראה דודאי נאמנת בהודאתה לאסור את עצמה על בעלה."

ועיין בספר תבואות שמש (חלק אה"ע סי' קכט-קלא) שהסכים עם הלכה זו. ובסי' קכט כתב שדבר זה במחלוקת שנוי, והביא מספר צמח צדק (סי' פב) שלא הסכים עם סברא זו אלא יתכן שמתחילה היתה מתביישת לומר שזינתה ושוב אכבשה יצרה לתת עין באחר, עיי"ש, אך כמובן שגם סברא זו, אינה שייכת בנסיבות הנוכחיות.

ובספר פתחי תשובה (אבן העזר סימן קטו ס"ק כה) כתב:

"אם נתנה אמתלא וכו' משמע דאפילו אמרה הטעם צריך שיהיה ניכר לבית דין שיש בו ממש."

וכן בספר שו"ת פרשת מרדכי (למהר"ם בנעט) חלק אה"ע סי' טו, וז"ל:

"לא כל האמתלאות מועילות, רק אמתלא בריאה שיש בה ממש, כמ"ש הרמב"ם פ"ט מאישות הלכה ל"א אמרה מקודשת אני וכו' אם נתנה אמתלא לדבריה וכו' וראינו בדבריה ממש וכו'... ועוד י"ל דלא מהני כאן אמתלא ממש"כ הצמח צדק סי' ק"ד דלא מהני אמתלא רק כשאין לתלות האמתלא בשום דבר, אבל כשיש לתלות האמתלא באיזה דבר אז אנו אומרים שהאמתלא שקר ודבריה הראשונים אמת... בהך דאשת איש שחזרה ואמרה פנויה אני, אין לנו לתלות בשקר, דאין דרך אשה להוציא את עצמה מבעלה ולקלקל עצמה, וכן בחזרה ואמרה טהורה אני שהתורה האמינתה כדכתיב וספרה לה, לכן סומכים על האמתלא. אבל בנ"ד אדרבה יש לומר לתלות האמתלא בשקר מפני שרוצה לישב תחת בעלה שכן דרך אשה מנאפת אכלה וכו' ואמרה לא פעלתי אוון... דרך כלל בעינן שיהא לנו ספק בדבריה גם קודם שנתנה האמתלא אם אומרת שקר, וגם באמתלא לא יהיה לנו דבר לתלות שמפני מה אמרה כן, אז מהני אמתלא. אבל בחסר תנאי אחר מהם לא מהני אמתלא ולכל הפחות בעינן תנאי אחד... אבל האמתלא אדרבה י"ל מקום לתלות בשקר וככה"ג לא סמכינן על אמתלא. ונראה דכל זה נכלל בלשון הרמב"ם שכתב ונראה לנו שיש בדבריה ממש." והגאון רבי עקיבא איגר בתשובה ח"א סי' קי כתב:

"הרמב"ם שכתב או שנתנה אמתלא שאין בה ממש... מיירי בניכר לפנינו שהאמתלא גרוע ופגום מעיקרו, דמשום סיבה כזו אין דרך לעשות כן, משא"כ בנידון דידן דהאמתלא טובה ומשובחת אין בה דופי."

בהתאם לכך, כאמור, אמתלא זו שנתנה האשה במקרה שבפנינו, רחוקה מן הדעת, כהגדרתה בדברי מהרש"ל. וכן אינה בגדר דברים הניכרים שהם אמת, כפי שהגדירו הראשונים הנוכחים. לא ניתן לומר שבית הדין מבינים שדבריה הם אמת, כפי שהגדרה שכתב ההפלאה, ואינה "אמתלא בריאה", כהגדרתה בתשובת פרשת מרדכי הנוכרת. וכן לפי מש"כ הגרע"א, אין זו אמתלא טובה מאחר שאין דרך לעשות כן, להודיע לרופא על הריון כדי להשיג בדיקת אולטרסאונד לצורך בירור בעיה רפואית אחרת שאינה ידועה לרופא.

עוד יש לפקפק באמתלא המבקשת לבטל דיבור שיש עמו מעשה, עיין שו"ע יו"ד סי' קפה סעיף ג. ובמקור הדין ברשב"א מבואר שאם עשתה מעשה, ולא דיבור גרידא, לא מהני אמתלא, אף שאינו מעשה של פרהסיא, וכמ"ש ט"ז יורה דעה סי' א' ס"ק כב ביחס לשיטת הרשב"א "דאין מחלק אלא בין דבור למעשה, דכל שהוא אינו דבור אלא מעשה לא מהני אמתלא". ונאמרו בהלכה זו כמה דעות ואכמ"ל בזה, אלא רק לציין שדעת כמה פוסקים שאמנם מועילה אמתלא גם אם עשתה מעשה, אך לאחר שעשתה מעשה,

אזיל חשש עיניה נתנה באחר, והדעת מכרעת שבכה"ג לא אמרו חז"ל סברא זו. והרא"ש בכתובות פרק אע"פ כתב שחז"ל ראו שרוב האומרות כן משקרות, אבל רוב נשים אין בידן להתגרש ולכוף הבעל, משא"כ בנדון שלפנינו, מנין לנו מה שלא נמצא בדברי חז"ל בפירושו. וביותר לטעמו של הר"ן שמדינא אינה נאמנת להפקיע זכות שעבודו של הבעל. איני יודע מה זכות ושעבוד שייך לבעל באשתו בהני שכופין אותו להוציא אם תרצה, וכיוון שבידה להפקיע זכות הבעל, ממילא מדינא מהימנא לדעת הר"ן והוא פשוט לענ"ד."

בהתאם לדרכו של ספר עמודי אור, בנידון שבפנינו שהבעל עזב את אשתו וגר עם אשה אחרת, ואם הבעל יסרב לתת גט והאשה תבקש לכפותו בגירושין יש לפסוק כפיית גירושין, בנסיבות אלו לכו"ע (לרבות לשיטת הר"ן) אין מקום לטענה שענינה נתנה באחר, קל וחומר כשהודאתה ניתנה בנסיבות המתוארות.

בנוסף, נציין שככל הנוגע לזכאות האשה בדמי מזונות עבורה, דמי מזונות שנפסקו בערכאה אחרת, הרי שביחס לזכויות ממון, בכל מקרה של הודאה מצד האשה, גם כשאינה נאמנת לאוסרה על בעלה, עפ"י המבואר בשו"ע סי' קטו ס"ו, האשה הפסידה את זכותה לכתובה ולתנאי הכתובה ומזונות עבורה.

על כן בהתאם לאמור, מאחר והאשה נאסרה על פי הודאתה, יש לפסוק לחייבה בגירושין.

יובהר כי בנסיבות המתוארות, ככל שהדבר נוגע לחיוב הגירושין ולשלילת זכאותה למזונות, לא נכון שבית הדין יימנע מפסיקה רק מפני שהבעל נהג שלא כדין כשעזב את אשתו לטובת אשה אחרת, וגם שאלת היתר הנישואין של הבעל עם אותה אשה, הוא נושא נפרד הראוי לדיון שלא במסגרת הנוכחית, אך אינו מצדיק לעוות את הדין ביחס לבעל בתביעתו הנוכחית, ולהביא לחיובו בממון שאינו חייב בו.

#### דיון בהעדר הנתבעת

הדיון האחרון, התקיים במעמד התובע וב"כ ובמעמד ב"כ הנתבעת אך ללא הנתבעת. בהחלטה שניתנה לאחר מכן, הובהר היסוד להוראת בית הדין לקיים את הדיון בהעדר הנתבעת ולהסתפק במעמד בא כוחה בלבד.

אמנם באותו דיון באמצע הדיון ב"כ הנתבעת ביקש להימנע מייצוגה, אך בנסיבות המתוארות בהחלטה הנ"ל ולאחר שהתקבל הרושם שהיעדרותה מהדיון לא נעשתה בתום לב אלא כדי לסכל את קיומו של הדיון בממצאים הנוכחים, ממצאים שיש בהם לפגוע בכבודה ובמעמדה של הנתבעת ובזכאותה לדמי מזונות, ובהתחשב בכך שגם בדיונים שכבר התקיימו, לנתבעת קושי אובייקטיבי בתקשורת ישירה עם בית הדין ובכל מקרה התקשורת עם בית הדין התקיימה באמצעות גורם מתווך, בנסיבות אלו על יסוד תקנה נ"ח לתקנות הדיון, בית הדין אישר לעורך הדין של האשה להשמיע את עמדתה ומנע התחמקות מהשלמת בירור

"והנה בעיקר דברי הנו"ב הנ"ל שכתב דאף היכא דחזינן שאינה רוצה להתגרש בשום אופן ג"כ אינה נאמנת... אמנם באמת אישתיט להגאון נו"ב ז"ל דברי תשובת מהרי"ט ח"א ס"ס צ"ב דמתרין הך עובדא דתשובת הרא"ש שהובא בב"י ס"ס מ"ו דהתם לא שייך עיניה נתנה באחר שמעשים מוכיחין שחפיצה בבעלה כיון דטרחה לזייף גט מהראשון יעו"ש, ובאמת גם על דברי הצמח צדק הנ"ל פקפק עליו בתשובת כנסת יחזקאל סימן מ"ה ודעתו דבאופן שכופין לחלוץ נשאר בכלל התקנה דהימננהו לעד יעו"ש, ועיין בתשובת הרמ"א סימן ל' שהובא בב"ש ר"ס מ"ה. וא"כ ה"ה בזה היכא דלא שייך לומר דעושת כן מחמת דסניא להבעל ועיניה נתנה באחר י"ל דמהימנא (ר"ל היכא דברור לנו דלא מערמא בזה עמ"ש לקמן בסמוך בשמו) וכיון שהנו"ב לא ראה דברי תשובת מהרי"ט הנ"ל לראשונים אנו שומעים (וכמ"ש הרמ"א בח"מ סי' כ"ה ס"ב) עכ"ד ע"ש."

ועיין בפד"ר כרך ג (עמ' 259-261) בפס"ד מבית הדין הגדול שהביא את הדעות בהלכה זו, ונראה שנטה לפסוק שנאסרה בנסיבות שמסרבת לקבל גט והודאתה נאמרה בדרך שאינה נותנת מקום לחשש שענינה נתנה באחר, אך לא הכריעו בכך.

נוסיף ונציין למש"כ בעל ההפלאה בתשובה שו"ת גבעת פנחס (סי' יט) לבאר את דעת הסוברים שגם אם האשה מבקשת שלא להתגרש, אינה נאמנת, ועדיין שייכת הסברא שמה עיניה נתנה באחר. וז"ל:

"דכבר מבואר בכמה תשובות דכל מה שאמרה טצדקי להאימנה, תלינן הכל בעיניה נתנה באחר, דא"כ כל הפרוצות יערימו כן."

כמובן שסברא זו אינה שייכת בנסיבות דנן, שהאשה הודתה בחשש להריון בפני רופא במהלך הליך רפואי, בלא שעלה על דעתה שאמירה זו תיחשף במועד כזה או אחר, ואין יסוד להניח שיש כאן הערמה במסגרת שיקול דעת של "עיניה נתנה באחר".

ועיין בספר שו"ת שמן ראש (להג"ר אשר אנשיל אשכנזי שבסוף ימיו היה אב"ד בצפת, חלק אה"ע סוף סי' טז ד"ה איברא) שהוכיח מהירושלמי והרמ"א שהביאו, שגם כשאין ראייה לדבריה מלבד הודאתה, אך הודאתה נתפסת כהודאה אמנה לחלוטין, נאמנת.

עדיין היה מקום לטעון שנאמנות האשה בנסיבות אלו תלויה במחלוקת הרא"ש והר"ן, עיין בפד"ר חלק ג (שם בעמ' 260) בשם ספר מלבושי יו"ט. אך ביחס לכך יצוין לתשובת שו"ת עמודי אור (סי' צה אות ח) שכתב שבנסיבות שבהן עפ"י ההלכה הבעל בר כפיית גירושין, עקב עילה שנמצאה לכפותו בגירושין, לכו"ע אין מקום לומר "שמה עיניה נתנה באחר", שהרי אם תרצה להפקיע עצמה מבעלה, תוכל לעשות כן ללא קושי, באמצעות כפייתו לגירושין. וז"ל העמודי אור:

"הוא מאותם שכופין להוציא, וא"כ מה לנו לחוש שענינה נתנה באחר וחפיצה היא להתגרש, הא בידה לתבוע גט בלא"ה... בזה



כמקובל, המאשר אי-כשירות להתייצב לדיון, האשפוז עצמו, ביחס לנתבעת ולנסיבותיה הרפואיות, אינו מבטא חוסר יכולת לצאת לחופשה של מספר שעות. התובע אף ביקש שנעייין בראיות מצולמות המוכיחות זאת, אך ויתרנו על כך עקב העדר אישור כאמור, ומאחר שהדיון הקודם כבר נדחה על יסוד אשפוז מסוג זה, על כן הדיון התקיים במתכונת המתוארת, לאחר שהתקבל הרושם הברור שמגמתה היחידה של הבקשה היתה לסכל את קיומו של ההליך התקין להשלמת בירור התביעה. מאחר וכאמור, בתביעה זו, ב"כ האשה הוא הגורם העיקרי הטוען את טענותיה, ולאחר שהאשה התחמקה מהופעה בבית הדין בלא שהציגה אישור רפואי תקף המצדיק זאת, התקיים ההליך של "שמוע בין אחיכם" במתכונת הנזכרת.

**מסקנת הדברים:** מהחומר שבפנינו עולה שהאשה קיימה יחסים עם גבר זר ובכך נאסרה על בעלה ואינה זכאית למזונות, והתביעה לחיוב האשה בגירושין מתקבלת. בהתאם לכך, ייקבע מועד קרוב לסידור הגט במועד שהבעל יהיה בארץ, ולחילופין יוסדר מתן הגט באמצעות שליח.

טענות התובע. תקנה זו נועדה למנוע התנהלות חסרת תום לב כפי שאירע במקרה זה.

כשם שאם האשה היתה מתייצבת אישית לדיון ובמהלך הדיון היתה מבקשת להתחמק ממתן תגובה וללכת לדרכה, היה בית הדין נוקט את כל האמצעים להשלמת הדיון כמתחייב, ובהעדר תשובות לשאלות בית הדין, היה מקום לקבל את טענות התובע במלואן, ללא צורך בראיות נוספות, וזאת על יסוד תשובת הרא"ש (כלל קו סעיף ו) שהובא להלכה בסמ"ע (סי' טו ס"ק יג) ובש"ך (סק"ה). בהתאם לכך בית הדין קבע שגם עורך הדין אינו רשאי להודיע שאינו מסכים להשיב על שאלות בית הדין ולבקש שחרור מייצוג, כפי שב"כ האשה ביקש להשתחרר באמצע הדיון.

כמו כן על יסוד תקנה נ"ח הנזכרת לא היה מקום להימנע משמיעת עורך הדין, ולקבל את בקשת האשה לשחרר את עורך דינה מייצוגה, וכל זאת מכיוון שהתנהלות זו חסרת תום הלב, כשלא הוצגה אסמכתא רפואית בת תוקף להגשה למוסדות משפטיים המאשרת העדר כשירותה להתייצב לדיון. קיבלנו את טענת התובע, שבהעדר אישור רפואי

### סימן נה

## דחיית תביעה לחיוב אשה בגירושין עקב מחלת פיברומיאלגיה

לאחר שנוכחה שבעלה בגד בה עם חברתה, ואין להתחשב בטענה זו. אך עכ"פ אין ספק שהקשיים בחיים הזוגיים של הצדדים נבעו כתוצאה ממחלה, ולא כתוצאה מהחלטה של האשה שאינה רוצה לקיים חובה כזו או אחרת לבעלה. על כן הטענה למרידה אינה במקומה, אך עדיין בבואנו לפסוק בתביעת הגירושין, עלינו לקבוע האם בנסיבות הנוכחיות יש לפסוק לחייב את האשה בגירושין כמבוקש.

בעת הדיון בתביעה לחייב את האשה בגירושין עלינו לדון בשתי טענות, האחת: האם האשה אכן סילקה את הבעל מהבית, כנטען בכתב התביעה. והשנייה, האם מחלתה של האשה וההשלכות הנובעות ממנה, יכולה להוות עילה לחיובה בגירושין.

ביחס לנידון הראשון, ביחס לטענות שעלו בכתב התביעה שהאשה סילקה את בעלה מהבית, הרי שמיד בפתיחת הדיון הראשון התברר שאין ממש בטענה זו כשהבעל בעצמו הודה (כמפורט בפרוטוקול הדיון הראשון) שלא סולק, אלא עזב לאחר שלא הוסדרו הסכמות ביניהם ביחס להסכם הגירושין הנדרש על ידו, ולהלן מדבריו:

"כעת אנחנו חיים בנפרד חודש. ראיתי שאין ביננו הסכמות, ועזבתי את הבית... גם כשגרת בבית, גרנו במשך שנים בחדרים נפרדים. עד עתה לא נפרדנו בגלל טובת הבן. יש ביננו חוסר תקשורת במשך שנים רבות. יש ביננו אי התאמה. אני מתחרט ע"כ שלא עשיתי זאת עוד לפני 10 שנים". ובאמצעות ב"כ הוסיף:

הצדדים נשואים 24 שנים ולהם בן אחד. מזה כשנה וחצי שהצדדים גרים בנפרד לאחר שהבעל עזב את הבית והגיש תביעת גירושין. הבעל נחרץ בעמדתו השוללת חזרה לשלום בית, והציג כמה עילות שלטענתו יש בהן כדי לחייב את האשה בגירושין. האשה הביעה רצון לשלום בית, אך הודיעה כי תסכים להתגרש בכפוף לתשלום הכתובה.

מאחר ובסופו של דבר גם לאחר פסק הדין הקובע את זכאות האשה לכתובתה, האשה עומדת בסירובה להתגרש, הדיונים בתביעת הגירושין הושלמו, וכעת לאחר העיון בסיכומי טענות הצדדים, להלן פסק הדין.

יצוין, בבית הדין נחלקו הדעות בשאלת חיוב האשה בגירושין, ולהלן דעת הרוב.

עיקרי הנתונים הרלבנטיים הם: האשה לקתה במחלת פיברומיאלגיה והיא מוכרת כנכה שנקבעו לה 60% נכות. פרופ' דן בוסקילה, מומחה לרפואה פנימית וראומטולוגיה ומנהל היחידה הראומטולוגית בבית חסורוקה בבאר שבע, מטפל בחולי פיברומיאלגיה וחוקר את התסמונת מזה שנים רבות, כתב באתר אינטרנט המוקדש לתסמונת פיברומיאלגיה:

פיברומיאלגיה הינה תסמונת של כאבים שריריים ממושטים וכוונוניים, המערבת את השרירים ואת השלד המרכזי, כאשר הסיבה לה אינה מובנת עדיין.

כבר בפסק הדין הנזכר כתבנו שאין בפנינו אסמכתא לטענת האשה כי מחלתה נגרמה כתוצאה מהלחץ שבו היתה נתונה

"לקתה חייב לרפאותה, אמר הרי גיטה וכתובתה תרפא את עצמה רשאי".

ממשנה זו לכאורה משמע שהחולי אינו עילה לעיכוב הגירושין, ובלבד שיתן לה את כתובתה.

שיטת הראב"ד היא שהספרי מתייחס לאשה חולה המוטלת על המטה, ודברי המשנה נאמרו באינה מוטלת על המטה. וז"ל המגיד משנה פרק י"ד מאישות הלכה יז:

"הרשב"א ז"ל כתב תניא בספרי ושלחתה לנפשה מלמד שאם היתה חולה ימתין לה עד שתתרפא, ופירשה הראב"ד ז"ל במוטלת על המטה וכל שכן בבנות ישראל הקדושות אם היא מוטלת על המטה שאינו יכול לגרשה עד שתתרפא, ומתניתין בשאינה מוטלת על המטה עכ"ל".

לעומת זאת, הרמב"ם פרק י"ד מאישות הלכה יז כתב:

"האשה שחלתה חייב לרפאות אותה עד שתבריא, ראה שהחולי ארוך ויפסיד ממון הרבה לרפואה ואמר לה הרי כתובתיך מונחת או רפאי עצמך מכתובתיך או הריני מגרשך ונותן כתובה והולך שומעין לו, ואין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ".

והוסיף המגיד משנה:

"וכתב רבינו ואין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ. ודבר פשוט הוא שיש בזה רוע מוסר".

עכ"פ אליבא דשיטת הרמב"ם, נראה שהמשנה קבעה את עיקר הדין שיכול לגרש אשה חולה ובלבד שיתן לה את הכתובה, ובנוסף קיימת הדרכה עקרונית שאין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ מפני שיש בזה "רוע מוסר", והיינו אף כשהחולי ארוך.

וכתב בספר פסקי הלכות יד דוד על הלכות אישות (שם, דף נה):

"באשתו שנשתתית סובר הרב ז"ל בפ"י מהלכות גירושין הכ"ג דאינו חייב לרפאותה ולפדותה, שאני התם שאינה ראויה כלל להיות עמו, שאין כח לבר דעת לדור עם השוטים ולא חייבוהו חכמים בתנאי כתובה, משא"כ בחולה אף שאינה ראויה לאישות [כאמרם כתובות דף ס"ג חולה בת תשמיש היא בתמיה] עכ"ז ראויה לצוותא בעלמא, ואינה מכבדת על האיש כשוטה, שאין בכח בר דעת לדור עמה כלל אף בצוותא בעלמא, לכן מפטר לגמרי לזונה ולרפאותה אף מתנאי כתובה".

הרי מבואר מדבריו, שדברי הרמב"ם נאמרו גם בחולה שאינה ראויה לאישות בעת חוליה, עכ"פ מפשטות דברי הרמב"ם נראה שלא נקבע איסור על גירושי אשה חולה, אלא הדרכה שאין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ. וכן בתשובת מהר"י בן לב חלק ב' סי' כב כתב בפשיטות שאלבא דהרמב"ם אין ראוי לגרש אשה חולה מפני דרך ארץ, אך לא נקבע איסור בגירושין.

בשו"ע סי' עט סעיף ג' העתיק להלכה את לשון הרמב"ם, ואם כך, אין איסור בגירושי אשה חולה, אלא שאין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ.

לעומת המבואר לעיל, עפ"י תשובת מהריב"ל אליבא דשיטת הרמב"ם אין איסור בגירושין אשה בעל כרחו, אלא רק

"מחלת האשה היא מקור הבעיה. נביא חו"ד רפואית ע"כ. היא סובלת וזה מונע ממנה מלתפקד כרעיה ואולי גם כאם".

ומאידך האשה טענה שהמחלה בעטיו של הבעל שבגד בה, והוסיפה:

"הבעל לא נמצא אף פעם בבית. הוא לא נמצא בבית כלילות. היה אסור לי לשאול אותו היכן הוא נמצא אז... גם כיום אני רוצה בש"ב. הבן זקוק לי".

ובאמצעות ב"כ הוסיפה:

"הבעל עזב את חדר השינה. היא השתדלה לקיים את חובותיה כאשה וכאם. היו מקרים שהכאבים שלה התגברו, והיא לא עשתה זאת".

על כן לא ניתן לדונה כאשה שסילקה את בעלה מהבית. נכון שהאשה הודתה: כיום אין לי שום רגשות כלפיו. אך הוסיפה: לא רציתי שיעזוב את הבית.

על כן בנסיבות המתוארות שהבעל עזב את הבית, וגם קודם לכן גרו בחדרים נפרדים, אך לא מפני סירובה של האשה לחיים משותפים עם הבעל, לא ניתן לחייבה בגירושין על יסוד עילת מורדת.

לאחר עיון בדעת המיעוט המצורפת לפסק הדין, אציין שאיני מקבל את הקביעה שכתב שהאשה כבר אינה רוצה את בעלה, וכי למעשה שניהם אינם רוצים זה בזה. וכן איני מקבל לחלוטין את הקביעה שכתב בדעת המיעוט שהאשה אינה ראויה כלל לחיי אישות עם בעלה, מאחר ואין בפנינו כל אסמכתא לקביעה כזו. לא יתכן לקבוע כן על יסוד הערכה בלבד. אלא המציאות שהתבררה בבית הדין היא שהאשה מאד תשמח אם בעלה ישוב לביתו ולאשתו, ינתק כל קשר עם אשה אחרת, יתמוך באשתו במצבה הקשה, וינהלו חיים משותפים, הגם שחיים אלו עדיין יהיו מושפעים מהמגבלות האובייקטיביות הנגזרות מהבעיה הרפואית של האשה.

#### האם קיים איסור לגרש אשה חולה בניגוד לרצונה

מדברי האשה עולה שעקב מחלתה, יכולת התפקוד שלה הינה מינימאלית, וכי בעת התקפי כאב ממושכים, היא בחוסר תפקוד מוחלט, היכול להימשך פרקי זמן ארוכים. מכיוון שאין צפויה רפואה למחלה זו, עלינו לפסוק האם הבעל זכאי לדרוש גירושין בנסיבות אלו תוך הסתמכות על מצבה הרפואי הרעוע, והאם בית הדין יעתר לבקשה.

בשאלת היסוד האם מותר לחייב בגירושין אשה חולה מפני מחלתה, בספרי דברים פרשת כי תצא (פיסקא ריד) שנינו:

"ושלחת לנפשה ... בגט כדברי רבי יונתן, ואם היתה חולה ימתין לה עד שתבריא, קל וחומר לבנות ישראל שהן קדושות וטהורות".

הרי מבואר שאין לגרש אשה בעת חוליה, ועל הבעל להמתין עד שתבריא. לעומת זאת, במשנה במסכת כתובות דף נא, א שנינו:

לגירושי אשה בעת חוליה, גם הרמב"ם, והשו"ע שהביאו להלכה, מסכימים שדברי הספרי הן הלכה שאין בה מחלוקת, וגם לא חילקו בין מוטלת במטה או לא, וז"ל הישועות יעקב:

"ס"ל להרמב"ם דבאמת בהך ברייתא דספרי מבואר דאינו יכול לגרשה בעת חוליה. אמנם כיון שהבעל רוצה לגרשה והיא אינה רוצה, אף שהדין עמה בזה שאינו יכול לכופה שתקבל ממנו גט פיטורין בעת חוליה, דק"ו מיפת תואר דאינו רשאי לשלחה מביתו בעת חוליה, לא עדיפה משוטה דאינה בת גירושין כלל, ומ"מ אין הבעל מחויב ברפואתה... והמתני' דנקטה לקתה חייב לרפואתה אמר הרי גיטה וכתובתה ותרפא עצמה רשאי, לא שיהיה בידו לגרשה באמת, אלא דרשאי לומר כן לענין שיפטר מרפואה... וכתב מהרש"ל דבזמן הזה שאין מגרשין בע"כ אינו יכול לומר הרי גיטה וכתובתה ותרפא את עצמה, וכבר כתבתי דלשיטת הרמב"ם והראב"ד בלא"ה אינו יכול לגרשה בעל כרחו בעת חוליה עד שתתפא, רק דמ"מ אינו חייב ברפואתה."

וכן בספר בית מאיר בסי' עט סעיף ג' דחה את דברי הב"ש שהשווה איסור גירושי אשה מזיווג ראשון לאיסור חרם דר"ג, ופרש בדברי הרמב"ם והשו"ע שכתבו: "ראה שהחולי ארוך ויפסיד ממון הרבה לרפואה ואמר לה הרי כתובתיך מונחת או רפאי עצמך מכתובתיך או הריני מגרשך ונותן כתובה והולך שומעין לו":

"היינו משום דאינו מגרשה בעל כרחו, דהא הברירה בידה אם תרצה לרפואת מכתובתה הרי היא אשתו ... ומפני שלה הברירה אם תרצה מדעתה להתרפא מכתובתה לא יגרשנה ואם לאו מוכרח לגרש, שוב אין עליו איסור דלא יגרש אשתו ראשונה. ואם כן אפשר אף בזה הזמן, על אופן זה אינו בכלל החרם אם כתובתה מרובה כיון דלה הברירה."

וכן בספר ברית יעקב אה"ע סי' נב השיב בנידון של אשה חולה שבעלה מבקש לגרשה ולשלם את הכתובה והאשה אינה מסכימה להתגרש, אלא תובעת ממנו למלא את חובותיו לאשתו לרבות מזונות ורפואה. בתשובתו דחה הברית יעקב את טענת הבעל לחייבה בגירושין ולהיפטר ממזונות. אך אם החולי ארוך יכול להניח כתובתה בידה ולהיפטר ממזונות. ובתוך דבריו פרש דברי הרמב"ם בדרך הנזכרת לעיל, וכתב בשיטת הרמב"ם:

"מפרש מאי דתנן במתניתין הרי זה גיטך וכתובה ורפאי את עצמך, האי ויו דוכתובה הוא ויו מחלקת, או כתובתיך ורפאי את עצמך שנותן לה הברירה, או שתקבל גט להתגרש לגמרי או להתרפאות עצמה מכתובתה, שומעין לו. והכריח הרמב"ם פירושו משום דקשה לו מספרי... לכן מפרש דנותן לה הברירה או דתתפא מכתובתה או הריני מגרשך ונותן לך כתובה, ואם היא בוחרת בעצמה בגירושין רשאי, אלא דאינו רשאי לגרש בעת חליה, א"כ בבנות ישראל כה"ג לא הוי דרך מוסר ודרך ארץ."

וכן בספר שמחה לאיש לראשל"צ הגאון רבי י"ש אלישר זצ"ל חלק אה"ע סי' טו דן בדינה של אשה שלקתה בבני

הוראה שאין ראוי לעשות כן, הרבה מהפוסקים כתבו שדינו של הספרי האוסר על גירושי אשה חולה, אינו שנוי במחלוקת וכי גם הרמב"ם סובר כן.

כן עולה מדברי הרשב"ש בסי' תקמו, שכתב:

"ואעפ"י שהרמב"ם ז"ל כתב כלשון הזה, ראה שהחולי ארוך והפסיד ממון הרבה לרפואה ואמר לה הנה כתובתיך מונחת ורפאי את עצמך מכתובתיך או הריני מגרשך ונותן כתובה וכו', אין להבין שהכתובה תלויה בפני עצמה והגט תלוי בפני עצמו, ושיתן הכתובה, ואם ירצה לגרש יגרש. אלא שהאמת הוא שאם היה רוצה שלא תתגרש יתן לה כתובתה, ועצה טובה קמשמע לה שהרבה נשים אינן חפצות בגירושין, ונתן לה עצה רבינו ז"ל שאם אינה רוצה גירושין בנתינת כתובתה יספיק, ואם היא אינה רוצה ליטול כתובתה עד שיגרשנה הדבר תלוי ברצונה, ולא ברצונו שיתן כתובה ולא יגרש כדי שאם תמות היום או מחר יירשנה."

וכן בשו"ת נבחר מכסף חלק אבן העזר סי' מו הביא את לשון הרמב"ם, וכתב:

"קשה למה שינה הרמב"ם ממה ששנו חכמים בלשון המשנה ואם אמר הרי גיטך וכתובתיך רפאי עצמך רשאי. אבל הרמב"ם כתב אמר לה הרי כתובתיך מונחת או רפאי עצמך או הריני מגרשך, שנראה כנותן הבחירה בידה אם תרצה להתרפאות מכתובתה ולא תתגרש, והרי לא הוזכר במשנה רפואה מכתובתה בלי גירושין, אלא אמר הרי גיטה וכתובתה רשאי... ולכך אני אומר דהרמב"ם סובר פירוש המשנה של ואם אמר הרי גיטה וכתובתה או אמר הרי כתובתיך רשאי ותלוי הדבר בבחירתה. דדמי לאומר לאשתו איני זנך דכופין להוציא ודוקא כשהיא רוצה להתגרש, אבל אם תרצה לישוב עמו בלי מזונות אין כופין להוציא. ולכך אמר הרמב"ם בחלתה חולי ארוך ואינו רוצה לזונה ולרפואתה מניח לה כתובתה, והיא תבחר אם רוצה לישוב עמו ותתפא מכתובתה או אם רוצה היא להתגרש מיד. כי לפעמים רוצה אשה להיות לה שם נשואה אעפ"י שתתפא ותתפרנס מכתובתה, ולכך נקט הרמב"ם להאי לישנא א"ל הרי כתובתיך וכו'. וכפי דרך זה פלטי' ליה להרמב"ם מההיא דתני בספרי ושלחתה לנפשה מלמד שאם היתה חולה ימתין לה עד שתתפא... וכ"ש לבנות ישראל הקדושות. דסובר הרמב"ם שלענין שלוח שהוא גט אינו מגרשה בעל כרחו עד שתתפא, אלא מניח כתובתה ותתפא מכתובתה, ולכך אינו אומר לה הרי גיטך וכתובתיך, אלא אומר לה הרי כתובתיך, שאם היא ברצון נפשה תרצה להתגרש מיד נמצא מתגרשת ברצונה, ואפ"ה כתב הרמב"ם ואין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ, שאע"פ שהאשה תבחר בבחירתה, מ"מ מתורת דרך ארץ ראוי לבעל לרפואתה עד שתבריא, וזהו דין האשה שחלתה."

וכן בספר ישועות יעקב סי' עט סק"ב כתב שבספרי נקבע איסור לגרש אשה חולה, וגם הרמב"ם אינו סבור שהמשנה והבבלי חולקים על הספרי, אלא רק נקבעה הדרך להיפטר ממזונות ורפואה, וכשמבקש לתת גט ומשלם את כתובתה, ועל זה כתב שאין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ. אבל ביחס

והב"ח וטו"ז הסכימו לדעתו אין בידינו להכריע כדעת הח"מ וב"ש הסוברים להתיר גירושי אשה שחלתה או נשתתית במקום חרגמ"ה או שבועה. את זאת כתבתי לבירוורה וליבונה של הלכה, ולמעשה מקובל הוא הדבר בבתי הדין שבכל קהילות ישראל שאין מתירין גירושין בעל כרחה בשום אופן אלא במקרים כאלה שבי"ד יראו הכרח להציל את האיש מעיגון מפני שאין לו מי שישמשנו או במקום ביטול מצות פו"ר ולהצילו מהרהורי עבירה, מחייבים את הבעל לפצות את אשתו לפי מדת יכולתו, והיה אם לא תסכים אשתו לקבל גיטה מתירין לו לישא אשה אחרת עליה אחרי השלשת גיטה ודמי כתובתה ופצוייה ביד בית דין בכסף ממש או בשטרות בטוחים לפי ראות עיני בית דין, ובה אין בו אפילו משום מדת דרך ארץ, וכדכתב מהריב"ל דמ"ש הרמב"ם דאינו ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ היינו לגרשה בעל כרחה אבל לישא אשה אחרת עליה אם היא אינה רוצה להתגרש בזה לא כתב דאין ראוי לעשות כן (מהריב"ל ח"ב סי' כ"ב) ומרן החקרי לב זצוק"ל כתב דמ"ש הרמב"ם אין ראוי וכו' היינו היכא דקיים מצות פריה ורביה כשהיא ראויה לתשמיש ולידה גם בחליה, אבל היכא דאינה ראויה לביאה וגם לא קיים מצות פו"ר מהיכא תיתי שלא יוכל לגרשה, ומכל מקום אחר שמהריב"ל גילה דעתו כן כי האי גונא שישא אשה אחרת ולא יגרש מי יתיר לגרש (חקרי לב יו"ד סי' פ"ז ד' צ"ג). ומרן הגאון הראש"ל ישא ברכה זצוק"ל הביא דברי מהריב"ל והחק"ל, וכתב בנדון ידידה דון מינה לנדון דידן דכולהו איתנהו ביה הן שאינה ראויה לביאה והן שלא קיים מצות פו"ר פשיטא דיוכל לישא אשה אחרת באין מעצור, כיון דהחולי ארוך וכבר נלאה הבעל להוציא ברופאים ורפואות זה חמש שנים ולא עלתה ארוכה, ומה לנו ברופאים אם יאמרו שתתפא האם שמו גבול לחדש או לשני חדשים בכדי שנגזור עליו שימתין הלא אפשר שתתפא אחרי שנים רבות ומי יחייב את הבעל שיהיה יושב ובטל והרהורי עבירה קשים, הא ודאי פשיטא דיכול לטעון אדעתא דהכי לא נשבעתי ומתירם לו לישא אשה אחרת (שמחה לאיש חלק אה"ע סי' ט"ו ד' י"ד). מדברי כולם למדנו שבכל אופן אין מתירים לגרש בעל כרחה משום שאין זו ממדת דרך ארץ, הלכך אינו יכול לומר אדעתא דהכי לא נשבעתי. ודוקא להתיר שבועה שלא ישא אשה אחרת הוא דמהניא טענה דאדעתא דהכי לא נשבעתי, ובמקום שקבלו חרגמ"ה אמרינן בכגון זה לא גזר רגמ"ה."

בספר חדות יעקב תניינא סי' מו דן באשה חולה הסובלת ממחלה חשוכת מרפא של שיתוק ועוד בעיות, ודן בשאלת גירושיה, ובתוך דבריו כתב:

"הגאון הבני אהובה תי' דברי רמב"ם ז"ל מספרי די"ל דמה שלא הי' מחויב בכתובה שפיר הי' אסור לגרשה כשהיא חולנית אבל לבתר שתקנו חכמים כתובה י"ל שפיר רשאי לגרשה אף שהיא חולנית ואין כאן חשש איסור כלל רק הנהגה ישרה ודרך מוסר שלא לגרש, ועמש"ל ראי' לדבריו מתשובת הרשב"א. ולפי זה... היכי שאין לו אשה אחרת ולא קיים פו"ר ואם נאסר לו לגרש ולא לישא אשה על אשתו יבטל דברי תורה מלקיים

מעיה ואינה יכולה להטהר, והביא מדברי תשובת נבחר מכסף ומדברי הישועות יעקב הנזכרים והסכים עמם, ובמסקנת דבריו העלה שביחס לגירושין אין לחייבה אלא הכל תלוי ברצונה, וז"ל:

"לענין דינא... אם תרצה להתגרש חייב ליתן לה כתובתה במשלים. ואם אינה רוצה להתגרש מהיות טוב יתירו לו בית דין שבועתו וישא אשה אחרת לקיים מצותו יתברך. זהו הדרך הישר. ואם רוצה לפטור עצמו משאר וכסות בטענת קים לי, לית מאן דימחה בידיה בהיותו מוחזק".

העולה מדברינו שלפי דרכם של הרשב"ש תשובת נבחר מכסף, הישועות יעקב, הבית מאיר, תשובת ברית יעקב ותשובת שמחה לאיש בנידון שהאשה חולה על פי הדין קיים איסור לגרשה. לעומת זאת, מהריב"ל סבר בדעת הרמב"ם שאין איסור אלא הדרכה שאין ראוי לעשות כן מפני דרך ארץ, וכן נראה מדברי הפוסקים שיובאו להלן ודנו בשאלת חרם דר"ג בנידון כזה, ולא כתבו שאין מקום לדיון מאחר ובלא"ה קיים איסור לגרשה בעל כרחה, וכמו שכתב הישועות יעקב. ולפי דרכם ההלכה אם ניתן לחייבה בגירושין, תלויה במחלוקת מהרש"ל וב"ש שתובא להלן.

#### איסור גירושי אשה חולה בניגוד לרצונה מפני חרם ר"ג

הבית שמואל בסימן עט סק"ד כתב:

"כתב מהרש"ל בזה"ז אפילו חולי ארוך אפי' אינה מוטלת על ערש דוי אינו יכול לגרשה בעל כרחה. מיהו יש לדייק ממתני' ומן הפוסקים דכתבו בסתם דרשאי לומר הרי גיטך וכתובתך ורפאי את עצמך אפילו בזיווג הראשון דאסור לגרשה אפ"ה אם היא חולה יכול לגרשה, לפ"ז ה"ה בזה"ז דאיכא חר"ג י"ל דיכול לגרשה כמ"ש ר"ס ע"ז."

הרי שהב"ש נקט בפשיטות דלא כדעת הסוברים שקיים איסור בגירושין אישה חולה, ואף לא מצד חרגמ"ה.

הב"ח והטו"ז סק"א הסכימו עם שיטת מהרש"ל וכן משמעות הח"מ סק"ג. גם בספר תפארת ישראל פ"ד במסכת כתובות סוף אות מ"ב כתב דלדידן דאיכא חרם דר"ג אפילו בחולי ארוך אינו יכול לגרשה.

ובספר ברית יעקב חלק אה"ע סי' נב דחה את דברי הב"ש (כמו שהקשה הבית מאיר הנזכר), וכתב:

"ודבריו אינן נראין לי לדמות תקנת רגמ"ה לזיווג ראשון דאסור לגרשה, דלדעת כמה פוסקים הוי בזיווג ראשון רק עצה טובה וזהירות, אבל ליכא איסורא כלל אפילו מדרכנן כמ"ש המל"מ פ"י מהלכות גירושין ע"ש, אבל תקנות רגמ"ה דהוי איסור חמור בחרם דהוי איסור דאורייתא".

וכן בספר משפטי עזריאל חלק אה"ע סי' פא כתב שההכרעה היא כשיטת מהרש"ל, וז"ל:

"על כל פנים הואיל ומהרש"ל כתב בפשיטות דבזמן הזה שאין מגרשין בע"כ, מחוייב לרפאות אותה ואינו מועיל מה שמוכן לתת לה כתובתה ולגרשה, מדבריו למדנו שחרם רגמ"ה קיים ועומד גם בחלתה חולי ארוך ואינה יכולה לשמשו. והואיל

שהוא ריח כופין לכו"ע להוציא כמ"ש במתני'. וע"כ ההחלוקה בדמומים אפילו גדולים מ"מ ראוי הוא לאישות, משא"כ בריח דאינו ראוי דאי אפשר לה להיות בחברתו. וא"כ אם באשה דבכל דהו ניחא לה, ומ"מ בריח של כופים, וכ"ש אם יש בה חסרון דאינה ראויה לאישות דיכול לגרשה בע"כ, וכן נראה דהדין בסי"ק קי"ז ברואה דם מחמת תשמיש דתצא, פשוט דמיירי אפילו אחר חרם דר"ג.

ובפד"ר חלק ז' עמוד 220 וכן בספר משפט שמואל סי' כא, כתב הגר"ב וורנר זצ"ל:

"והרש"ל בחידושו על הטור (הוצאת אל המקורות) כתב בסימן ע"ט בזה"ל: הרי זה גיטך וכתובתך ורפאי את עצמך רשאי וכו' כל זה איירי במקומות שלא פשט חרם ר"ג מ"ה שלא יגרש אשה בע"כ... ודבריו הובאו בקצרה בח"מ סק"ג ובט"ז. והב"ש סק"ד כתב ע"ז וז"ל: מיהו יש לדייק ממתני' ומן הפוסקים דכתבו בסתם דרשאי לומר הרי גיטך וכתובתך ורפאי את עצמך אפילו בזיווג ראשון דאסור לגרשה, אפ"ה אם היא חולי יכול לגרשה, לפ"ז ה"ה בזה"ז דאיכא חדר"ג י"ל דיכול לגרשה כמש"כ ר"ס ע"ז.

ויש לדון בדברי הרא"ש כלל מ"ב שהובא בסימן קי"ז ובדברי הרמ"א שם, דאם חלתה במום גדול כופין אותה להתגרש ואין בזה חדר"ג. ומתוך דבריהם נראה דאם חלתה באופן שאינה ראויה לאישות אין ע"ז חדר"ג לגרשה בע"כ (בדרכים שהזכיר הרא"ש שם) או לישא אשה עליה".

העולה מדברינו, אם בנידון זה האשה אינה ראויה כלל לחיות עם בעלה כדרך כל הארץ, מחמת מחלתה שאין לה רפואה, נחלקו הפוסקים אם יש מקום לחייבה בגירושין עקב כך, לאחר שהבעל היה משליש את הכתובה שהאשה תקבלו עם קבלת הגט.

הרבה פוסקים פרשו בדעת הרמב"ם והשו"ע שהעתיקו להלכה, שדינו של הספרי נפסק הלכה למעשה וקיים איסור לגרש אשה חולה. ולדעת כמה פוסקים האיסור נובע מפני חרם דרבינו גרשם שלא לגרש אשה בעל כרחו.

**חרם ר"ג שלא לגרשה בעל כרחו אם נוהג בקהילות ספרד**

יצוין כי בנידון זה הבעל מקהילות הספרדים, ובכתובה קבל בשבועה שלא לשאת אשה על אשתו, אך אין התחייבות שלא לגרשה בעל כרחו כפי שהיה נוהג בעבר כמבואר בתשובת מהריב"ל הנוכרת. ויש לדון האם חרם דר"ג חל גם בקהילות ספרד.

הר"ן בתשובה סי' לח כתב:

"אנו מוחזקים שיש חרם הקהילות בדבר או תקנת רבינו גרשם ז"ל, ודבר זה פשט איסורו בכל ישראל, שלא שמענו ולא ראינו אשה מתגרשת בעל כרחו".

ועיין בתשובת הר"ן בסי' מח, ומבוארת דעתו דיש חילוק בין החרם שלא לישא שתי נשים שלא התקבל בכל הארצות לבין החרם שלא לגרשה בעל כרחו שפשט בכל מקום. ובספר גט פשוט סי' קיט ס"ק כב כתב:

פו"ר ויהי' בהרהור עברה כל ימיו, בודאי אין סברא שמפני דרך ארץ ודרך מוסר יעבור בזדון על איסור תורה שפיר לא נאסר כה"ג לגרשה או לישא אשה על אשתו. אך לפי"ז הי' מוטב להתיר לו לישא אשה על אשתו מלגרשה כיון דלגרשה אינו מדרך מוסר והנהגה ישרה. ואפשר לומר שהא דאינו דרך ישרה לגרש כשהיא חולנית, הוא רק בחולי ארוך, ומ"מ יש לה תקוה שתתרפא, א"כ חיישינן שמא על ידי זה שיגרשנה לא יהי' מי להשגיח עליה, או חיישינן שמא מפני עגמת נפש לא תשוב לאיתנה, אז הוי מדרך מוסר שימתין עד שתתרפא, וכן מורה לשון הספרי ימתין לה עד שתתרפא, אבל היכי שרופאים אומרים שאין לה תקוה להתרפאות אזי אין חיוב עליו לסבול צער כל ימי חייו כיון שאין לה נ"מ לרפאותה, ושפיר יכול גם לגרש כמו לישא אשה על אשתו".

וכבר הביא ספר גט פשוט סי' קיט ס"ק לג מתשובת מהר"ח"ש חלק ד' סי' לג שאין תקנת רבינו גרשם באינה ראויה לאישות.

אך במחלוקת מהרש"ל וב"ש הכריע החדות יעקב דלא כהכרעה הנוכרת כדעת מהרש"ל, אלא כב"ש, וזאת על יסוד תשובת הרשב"א. וז"ל הרשב"א חלק ז' סי' קלג:

"עוד כתב שמעתי בשם הגאון ז"ל בתשובה והביא ראייה ממה ששנינו לקתה חייב לרפאתה ואם אמר הרי גיטה וכתובתה תרפא את עצמה רשאי, הרי גיטך וכתובתך אין, אבל שלא בכתובתה אינו רשאי, ואם לא קבל עליו את הדין מנדין אותה. זה לשון התשובה".

וכתב החדות יעקב:

"וע"כ דהרשב"א שלא ברצונה מיירי והיכי שמגרשה בע"כ, וא"כ ל"ל להרשב"א למימר שמנדין אותו משום שאינו רוצה לקבל את הדין וליתן לה הכתובה, ת"ל דמנדין אותו משום דעבר על חרם ר"ג כשמגרשה בע"כ, דהא הרשב"א הביא כמה פעמים בתשובותיו תקנת רגמ"ה, וע"כ דהיכי שהיא חולנית ומגרשה ונותן לה כתובה, אינו עובר כלל על חר"ג, וראי' לבית שמואל".

אך עדיין גם אליבא דשיטת הב"ש, יש לברר כיצד יתיישבו דבריו פסיקת הרמ"א בסי' קיז סעיף יא, שכתב:

"ודוקא במום גדול כזה שאלו היה באיש היו כופין לגרש מדין התלמוד, ולא תקן ר"ג שתהא האשה עדיפא מאיש, אבל משום שאר מומין אינו יכול לגרשה בעל כרחו, אבל מכל מקום אין כופין אותו להיות עמה, מאחר דמאיסה עליו ורוצה לגרשה ולתת לה כתובתה".

ובהכרח לבאר שגם דברי הב"ש לא נאמרו אלא בנסיבות שהחולי הוא בדרגא כזו שאילו חולי דומה היה אצל האיש, היה מקום לכופו בגירושין מחמת כן. וכן בספר חבליים בנעימים ח"ב סי' פא באר את שיטת הב"ש והרמ"א, וכתב:

"ועיקר נראה דהכא כיון שאיננה ממלאת פקודתה לאישות ואינה ראויה לאשה, אין בזה חרם ר"ג, דהא מפורש בכתובות ע"ז ע"א דאפילו חכמים דס"ל דלא מהני אפילו מומים גדולים לכופו אותו לגרש, ואפילו נסתמית עינו... ומ"מ בבעל פולפוס

פוטרים אותו מכל חיוביו, שאר כסות ועונה, ומגרשים את האשה, ואם האשה מסרבת להתגרש מתירים לבעל לשאת אשה אחרת עליה. וא"כ ברור הדבר שלא צדקו חברי ביה"ד האזורי בירושלים שפסקו כל בטר איפכא מן האמור לעיל".

ועיין עוד בספר עטרת דבורה ח"א סי' נו בדיון ארוך בשאלת חרם ר"ג שלא לגרש בעל כרחו ביחס לקהילות ספרד. על כן בנידון זה, לשיטת הסוברים שגם על הבעל דנן חל חרם דר"ג שלא לגרש אשה בעל כרחו, מאחר והעיקר כדעת מהרש"ל, הרי שעקב החרם הבעל מנוע מלאכוף על אשתו את הגירושין לרבות באמצעות בית הדין. ואף אם נאמר שבחולי ארוך שאינו ניתן לרפואה לא נאמרו דברי מהרש"ל, אך עדיין בנידון זה המגבלה של חיי אישות עם הבעל קיימת בעת שהיא תחת התקף כאבים, היא לפרקי זמן, אך מתוך דברי האשה עולה שקיימים פרקי זמן אחרים שבהן האשה אינה בהתקף כאבים ומסוגלת לחיות עם בעלה כדרך כל הארץ, ואין בפנינו כל אסמכתא השוללת זאת. לכן אינו דומה לכל הנידונים הנזכרים לעיל שקיימת מגבלה רצופה ללא פרקי זמן אחרים. ועיין שו"ע אה"ע סי' עו סעיף יא ובנו"כ שגם בבעל שעקב חוליו מנוע מחיי אישות, אין מחייבים גירושין כשהדבר מופיע לפרקים בלבד.

מלבד זאת בנסיבות אלו כשהגירושין הן מחמת חולי האשה, לדעת הרבה פוסקים לשיטת הרמב"ם ומרן הב"י בשו"ע קיים איסור גמור לגרש בעל כרחו גם לולי חרם דר"ג, וזאת על פי האמור בספרי, וגם אליבא דמהריב"ל שלא באר כך בשיטת הרמב"ם, עכ"פ קיימת הוראת חז"ל שאינו דרך ארץ לגרש אשה חולה, ואין מקום שהבעל יבקש מבית הדין לעשות עבורו דבר שאינו דרך ארץ ונתפס בעיני הציבור כאכזריות לנטוש אשה לאנחות בעת מחלתה. ועיין בספר שואל ונשאל ח"ז סי' לב שאם הבעל אינו רוצה לנהוג בדרך ארץ הנוכרת, אין בית הדין חייב לנהוג כמוהו ולסייע בידו להוציא מחשבתו אל הפועל.

על כן התביעה לחייב את האשה בגירושין נדחית. יתירה מזו יצוין - מאחר שהאשה הביעה הסכמה עקרונית להתגרש, ובלבד שתוכל להישאר בדירת המגורים המותאמת לצרכיה במצבה הנוכחי הקשה. ויצוין לפרוטוקול הדיון שלדברי האשה חלוקת הדירה תשאר אותה חסרת אונים ביחס למקום מגורים מתאים עבורה, על כן מאחר שלא ניתן לחייב את האשה בגירושין, ככל שהבעל עומד על תביעתו להתגרש, הדרך פתוחה בפניו להתפשר עמה ולהגיע להסדר הולם עבור האשה שיאפשר לה להישאר בדירת המגורים לכל ימיה תמורת ויתור על הכתובה וחכויות ממון אחרות, גם אם אינן בשווה ערך למחצית הדירה.

ובנקודה זו יצוין לדברי ערוך השלחן אבן העזר סימן א' סעיף כה, המתאימים מאד לנידון זה, ומתייחסים לנסיבות שבהן עקרונית ניתן להתיר חרם דר"ג:

"היה נראה דתקנה זו לא פשטה בכל הארצות כגון בספרד ומערב וכל המזרח, וכן כתב הר"ם אלשקר ס"ס צ"ה. אך הר"ן בתשובתו סי' לח כתב שאנו מחזיקים שיש חרם הקהילות או תקנת ר"ג ופשט איסורו בכל ישראל, והרשד"ם (אה"ע סי' עח) חייש לדבריו".

ובנוגע ביהודה מהדו"ק חלק אה"ע סימן עז כתב בתוך דבריו:

"ומאוד תמהני על מחותני הרב שעושה חרם ר"ג קל, והוא איסור חמור מאד. ואף שהחרם של שתי נשים לא פשט בכל ישראל, אבל חרם שלא לגרש בע"כ חמיר טפי ופשט בכל ישראל, ויש בכוחו לדחות איסור דאורייתא, וכמבואר בתשובת הר"ן סי' ל"ח".

וכן החתם סופר בתשובה (חלק ו', סימן ע"ו) כתב בסיום תשובתו:

"ולא יגרש בע"כ כי חרם דבע"כ חמיר טפי ונתפשט בכל מקום ובכל זמן, משא"כ לישא אשה על אשתו".

ועיין בשו"ת רב פעלים ח"ב חלק אה"ע סי' יז שדן בפשיטות חרם דר"ג שלא לגרש אשה בעל כרחו ביחס לאדם ששמו אברהם שלום שרעבי מסינגפור, ולא סבר שהחרם לא חל על קהילות הספרדים שבמזרח. וכן בספר גנוי חיים להגאון רבי חיים פלאגי מערכת ג' סי' נה דף מד,ב ד"ה ועוד כתב בפשיטות דבמקומו נוהג חרם ר"ג שלא לגרש אשה בניגוד לרצונה.

ועיין בשו"ת ציץ אליעזר חלק י' סי' מו, שם הובא פסק דין מביה"ד האזורי בירושלים (בפס"ד מבעל הציץ אליעזר והגר"י כהן זצ"ל) שפסקו עפ"י דברי הר"ן, הגט פשוט, הנודע ביהודה והחת"ס, שחרם זה שלא לגרשה בעל כרחו חל גם על יוצאי מרוקו.

אך כשהגיע התיק לדיון נוסף בבית הדין הגדול, לאחר שהבעל ערער על פסק הדין, בית הדין הגדול, בהרכב בראשות הראשלי"צ הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל, ביטל פס"ד זה וקבע שחרם זה אינו חל על הבעל.

פסק דין זה הובא בשו"ת יביע אומר חלק ה' חלק אה"ע סי' א' ועיקרו נשען על פסק מרן המחבר בשו"ע סי' קיט סעיף ו': "יכול לגרשה בלא דעתה", ולא הזכיר כלל את חרם דר"ג, ואף שבסי' א' סעיף י' הוזכר בשו"ע החרם שלא לישא שתי נשים וכתב השו"ע שלא פשטה תקנתו בכל הארצות, הרי שלעניין החרם שלא לגרש בעל כרחו, העניין הושמט לחלוטין מהשו"ע, ורק הרמ"א בסי' קיט הביאו.

ועיי"ש בתשובת יביע אומר שהביא תשובות חכמי הספרדים שהעידו שלא נהגו בחרם זה, ואח"כ כתב:

"נמצינו למדים שכן המנהג פשוט בארצות המערב לגרשה בעל כרחו בלי שום סיבה, ורק שצריך לפרוע לה כתובתה במזומנים. וכן שאלנו לרבני מרוקו שעלו מהתם להכא בשנים האחרונות, על מנהגם בזה בארצות המערב, וענו ואמרו שמעולם לא נהגו איסור לגרש בעל כרחו, ושהמנהג הפשוט בארצותיהם שמיד שהבעל משליש בקופת ביה"ד סכי כתובתה,

כל האמור מתייחס לחיוב האשה בגירושין, ולא להיתר נישואי אשה שניה שלא עלה לדין.

#### מסקנת הדברים:

- א. תביעת הגירושין נדחית.
- ב. מומלץ לצדדים להסדיר הסכם גירושין שיבטיח את המשך מגורי האשה בדירת המגורים הנוכחית, תמורת ויתור האשה על זכויות ממון אחרות.
- ג. במידה שהבעל יגיש בקשה להיתר נישואין, יקבע מועד לדין, וביה"ד ידון בבקשה.

"וכן אם היא חולנית ממושכה שאי אפשר לה להתרפאות לעולם לפי דברי הרופאים ואינה מרוצית לקבל גט, וכן בשהה עשר שנים ולא ילדה ואין רצונה לקבל גט פיטורין, ודאי דמתירין לו. אמנם בענינים אחרים אי אפשר לבאר והדבר תלוי לפי ראות עיני חכמי המקום. וכן אם רצונה לקבל גט רק שמבקשת יותר מכתובתה המגיע לה אם חכמי המקום כמו הרב והב"ד רואים שביכולתו לשאת, כי אין זה היתרון דבר גדול לפי מצב אותו האיש, פשיטא שאין מתירין לו ויוסיף לה כרצונה, האמנם אם מבקשת סך רב ולפי ראות עיני הב"ד יהרס מעמדו כשיתן לה מה שמבקשת, אז מתירין לו וכן כל כיוצא בזה".

### סימן נו

## חיוב האשה בגירושין בטענת "מאוסה עלי"

מנישואיו הקודמים, וכן העלתה טענות נוספות. כמו כן, מערכת היחסים שבין האשה לבתו של הבעל מנישואין קודמים גם היא מנעה את האפשרות למגורים משותפים. למרות כל הטענות, האשה דבקה בעמדתה השוללת גירושין ומבקשת להורות על שלום בית. לשני בני הזוג חלק במצב שנקלעו אליו. הטענות והחשדות שהאשה העלתה ביחס לבעל, תרמו תרומה משמעותית למשבר ולפירוד שהצדדים מצויים בו. אך בניגוד לטענת הבעל, לא נכון לקבוע שהאשה תימנע מחזרה לשלום בית, במידה שהבעל יציע לאשתו לבנות מחדש את הנישואין על בסיס איתן לרבות מגורים קבועים ביחד.

אמנם בפנינו מצב תמוה שבו לאשה טענות קשות וחשדות ביחס לבעלה, והבעל אינו רוצה בה, אך עדיין עמדתה כאמור, שהיא תסכים לחזרה לשלום בית, אילו הבעל יחזור בו מרצונו להתגרש.

מאחר וזו המציאות שהתבררה בפנינו, אין מקום לחייב את האשה בגירושין על יסוד הטענה שהיא מורדת המסרבת לשלום בית, וזאת כפי שכבר נקבע בהחלטות קודמות. למרות זאת, בנסיבות אלו של הפירוד הממושך, הסכסוך הבלתי פתור, והעדר יכולת הצדדים לחזור לשלום בית עקב העוינות הדדית, בית הדין קובע כי זיווגם של הצדדים לא עלה יפה. כעת הדבר ברור שהבעל כבר מאס באשתו ואינו יכול להמשיך לדור עמה ושניהם בפירוד ממושך כמתואר לעיל, ומעוגנים ללא תכלית. לכן לאחר שלא הצליחו בחזרה לשלום בית, עליהם להתגרש, וללא עיכוב נוסף. אך אין מקום לשלול את זכותה של האשה לתשלום הכתובה.

#### חרם דרבינו גרשם בקהילות הספרדים

בשו"ע אבן העזר סי' קיט סעיף ו' פסק: "יכול לגרשה בלא דעתה".

והרמ"א כתב:

"אבל ר"ג החריס שלא לגרש אשה שלא מדעתה, אם לא

בפני בית הדין תביעת הבעל לגירושין, תביעת האשה לשלום בית, וכן נידונו נושאים נוספים הכרוכים בתביעת הגירושין. הדיונים בתביעת הגירושין הושלמו, ולהלן פסק הדין.

#### המקרה בקצרה

בני הזוג נישאו בחו"ק כדמו"י כשלשני הצדדים אלו נישואין שניים.

בפנינו תביעת גירושין מצד הבעל ותביעת שלום בית מצד האשה. והתקיימו דיונים בתביעות אלו ובתביעות הקשורות לבת.

מההחלטות שכבר ניתנו בעניינם עולה תמצית ההתנהלות בין הצדדים וההזראות שניתנו ע"י בית הדין, וכדלהלן - הנישואין החלו בדרך שאינה נכונה, כשבני הזוג נישאו בחו"ק ללא רישום, והסכימו להימנע ממגורים קבועים יחד באותה דירה מתוך שיקולים מוטעים, ובכך מתחילת הדרך הנישואין עלו על מסלול משובש.

כאמור, החל מתחילת הנישואין, בני הזוג בפירוד חלקי, אך מזה כשלוש שנים לפחות, שקיים סכסוך רציני וגם הקשר החלקי, הלך והצטמצם, עד שנתק לחלוטין. בתחילה, בית הדין המליץ על יעוץ נישואין והדרכה מתאימה לשני הצדדים, אך למעשה לא יצא דבר מהמלצה זו.

בעת שניתנו ההחלטות הקודמות עדיין היתה תקוה שיחול מהפך ובני הזוג ישכילו להתגבר על הקשיים הרבים. אך כעת התברר שהצדדים לא הצליחו להביא למגורים משותפים תחת אותה קורת גג ולשלום בית ביניהם, ומעל שנה, קיים נתק מוחלט ביניהם. בית הדין נוכח שקיימת עוינות רבה ביניהם, לרבות בכל הקשור להסדר ביקורי הבת אצל האב. האם שוללת את זכותו של האב לקבל את הבת לביקורים הכוללים לינה, וטוענת בנחרצות ביחס לסיכון הנובע מהאב ביחס לבתו. לטענת האשה, בבית הבעל התרחשו אירועים בעייתיים וחמורים בין הבעל לבתו

בראשות הראשל"צ הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל, ביטל פס"ד זה, וקבע שהחרם אינו חל על הבעל.

פסק הדין נמצא בשו"ת יביע אומר חלק ה' חלק אה"ע סי' א', ובעיקרו נשען על פסק המחבר בשו"ע סי' קיט סעיף ו' שכתב: "יכול לגרשה בלא דעתה". אף שבשו"ע סי' א' סעיף י' הוזכר החרם שלא לשאת שתי נשים, אבל החרם שלא לגרש בעל כרחא הושמט לחלוטין מדברי מרן בשו"ע, ורק הרמ"א בסי' קי"ט הביאו.

עיי"ש בתשובת יביע אומר שהביא מתשובות חכמי הספרדים שהעידו שלא נהגו בחרם זה ואח"כ כתב, וז"ל:

"נמצאנו למדים שכן המנהג פשוט בארצות המערב לגרשה בעל כרחא בלי שום סיבה, ורק שצריך לפרוע לה כתובתה במזומנים. וכן שאלנו לרבני מרוקו שעלו מהתם להכא בשנים האחרונות, על מנהגם בזה בארצות המערב, וענו ואמרו שמעולם לא נהגו איסור לגרש בעל כרחא, ושהמנהג הפשוט בארצותיהם שמיד שהבעל משליש בקופת ביה"ד סכי כתובתה, פוטרים אותו מכל חיוביו, שאר כסות ועונה, ומגרשים את האשה, ואם האשה מסרבת להתגרש מתירים לבעל לשאת אשה אחרת עליה, וא"כ ברור הדבר שלא צדקו חברי ביה"ד האזורי בירושלים שפסקו כל בטר איפכא מן האמור לעיל".

לפי זה במקרה שבפנינו, שהבעל מהעדה התוניסאית, נשאר הדין כדינא דגמרא, ויכול לגרשה בעל כרחא גם בהיעדר פסיקה הקובעת קיומה של עילה ידועה לחיוב גירושין.

אך יש להעיר, הנידון באותו מקרה בתשובת יביע אומר היה בבני זוג שנישאו במרוקו, וביחס אליהם קבע הראשל"צ הגאון רבי עובדיה יוסף ז"ל שהחרם אינו חל עליהם. אך כידוע שכאן בארץ ישראל גירושין בעל כרחא אינן מצויים כלל, ויש לדון האם כל הדורים כאן, קבלו על עצמם שלא לגרש אשה בעל כרחא. גם אם לא מכח חרם אתינן, לכאורה היה מקום לדון מכח מנהג המקום, וכפי שמצינו בשו"ע אה"ע סי' א'. אמנם השו"ע שם פסק שלא פשטה תקנת ר"ג שלא לשאת שתי נשים, מ"מ בסעיף ט' כתב:

"נושא אדם כמה נשים, והוא דאפשר למיקם בסיפוקיהו ... ובמקום שנהגו שלא לישא אלא אשה אחת, אינו רשאי לישא אשה אחרת על אשתו",

והיינו מטעם שכך קיבל על עצמו הנישואין ועל דעת כן נישאה לו, וכדין חמר שאינו רשאי להיות גמל. וכן בבית יוסף אבן העזר סי' קיט:

"כתב הרשב"א בתשובה (ח"ד סי' קפו) כל שנשא במקום שאין מגרשין אלא מדעת האשה, סתמו כפירושו ועל דעת כן נשאה שלא יגרשנה אלא מדעתה, ואם יגרשנה, שהוא חייב במה שנהגו לחייב העובר על אותו מנהג עכ"ל".

לפי זה לכאורה, בכל זוג הנישא כאן בארץ קיים איסור לגרשה בעל כרחא, בהעדר עילה מתאימה לחיוב הגירושין. למרות זאת יש לדון בדבר. בכתובה של האשה שבפנינו נכתב הנוסח המקובל בקהילות הספרדים - "ולא ישא ... אשה אחרת עליה כי אם ברשות בית דין הצדק ... וגם נשבע החתן

שעברה על דת, וכמו שנתבאר לעיל סי' קט"ו. ואפילו אם רוצה ליתן לה הכתובה, אין לגרשה בזמן הזה שלא מדעתה".

משמע שביחס לקהילות הספרדים שקבלו עליהם פסקי מרן, אין חרם דרבינו גרשם האוסר לגרש אשה בעל כרחא. אמנם הר"ן בתשובה סי' לח כתב וז"ל:

"אנו מוחזקים שיש חרם הקהילות בדבר או תקנת רבינו גרשום ז"ל, ודבר זה פשט איסורו בכל ישראל, שלא שמענו ולא ראינו אשה מתגרשת בעל כרחא".

ועיין בתשובת הר"ן בסי' מח, ולשיטתו קיים חילוק בין החרם שלא לישא שתי נשים, שלא התקבל בכל הארצות, לבין החרם שלא לגרשה בעל כרחא, שפשט בכל מקום.

ובספר גט פשוט סי' קיט ס"ק כב כתב:

"היה נראה דתקנה זו לא פשטה בכל הארצות כגון בספרד ומערב וכל המזרח, וכן כתב הר"ם אלשקר ס"ס צ"ה. אך הר"ן בתשובתו סי' לח כתב שאנו מחזיקים שיש חרם הקהילות או תקנת ר"ג ופשט איסורו בכל ישראל, והרש"ם (אה"ע סי' עח) חייש לדבריו".

ובנודע ביהודה מהדו"ק חלק אה"ע סימן עז כתב בתוך דבריו:

"חרם שלא לגרש בע"כ חמיר טפי ופשט בכל ישראל, ויש בכוחו לדחות איסור דאורייתא, וכמבואר בתשובת הר"ן סי' לח".

וכן החתם סופר בתשובה (ח"ו, סימן ע') כתב בסיום תשובתו:

"ולא יגרש בעל כרחא, כי חרם דבעל כרחא חמיר טפי ונתפשט בכל מקום ובכל זמן, משא"כ לישא אשה על אשתו".

אך בספר מעין גנים (לרבי אליעזר ב"ר שמואל אבילה) אה"ע סי' קיט האריך להוכיח שתקנה זו שלא לגרש בעל כרחא לא פשטה במקומות רבים, והביא שכן כתבו מהריק"ש וגינת ורדים (כלל ג' סי' ד'), והוסיף: "וכן נראה דעת הרב בשו"ע שכתב בסתם שיכול לגרשה שלא מדעתה". ועל מש"כ מהרי"ק ותומת ישרים שתקנה זו פשטה בכל ישראל, כתב מעין גנים:

"הני רבנים אלו, מהרי"ק ואהלי תם, דימו שפשטה תקנה זו בכל ישראל, וזה הפך ממה שהתבאר. ואין לתמוה איך תהיה מחלוקת במציאות ... אינו מן התימה מ"ש הרב שפשטה בכל ישראל, וגם מהרי"ק הוא ממלכות אשכנז שנוהגים בתקנות ר"ג, ומכיון שנתברר לו שפשטה בכל מלכות תוגרמה וגם בגלילות אשכנז, דימה שפשטה בכל ישראל, ואינו כן כמו שנראה להדיא מכל דברי הפוסקים שכתבתי, חדשים גם ישנים, ועליהם יש לנו לסמוך".

בשו"ת ציץ אליעזר חלק י' סי' מו, הובא פסק דין מביה"ד האזורי בירושלים (בפס"ד מבעל הציץ אליעזר זצ"ל והג"ר יוסף כהן זצ"ל) שפסקו עפ"י דברי הר"ן הגט פשוט הנודע ביהודה והחת"ס, שחרם זה שלא לגרשה בעל כרחא חל גם על יוצאי מרוקו. אך כשהגיע התיק לדיון נוסף בבית הדין הגדול, לאחר שהבעל ערער על פסק הדין. בית הדין הגדול, בהרכב



עצמו מעצמו ומתשובות רבות, שהתולה דבר ברשות חברו בידו ... עכ"ז לענין נדון דידן הדבר ברור שהאיש הזה יכול לישא אשה אחרת על אשתו ברשות ב"ד, כלומר שיתירו לו כשאר התרות השבועות, ושיתנו לו ג"כ רשות ויאמרו לו קח לך אשה וכו' לצאת מן הספק שכתבתי ובוזה יהיה פטור ומותר, ושיהיו ב"ד מהיותר מפורסמים שבמדינה".

ובשו"ת פאת נגב חלק אה"ע סי' יח כתב:

"אם לא היתה השבועה, הדבר פשוט דהוה מגרשה בעל כרחא, אך מה שמעיק לו הוא מה שנשבע שלא לגרשה ... אמנם כיון שתלה הדבר ברשות בית הדין, ורואים ב"ד שאפילו במקום שאין האשה מתגרשת בע"כ, בנידון זה הדין נותן לגרשה בע"כ כיון דמאיסא עליה מחמת דבר רע, ומתבטל מפ"ו ובא לידי חטא, נותנים לו ב"ד רשות שיגרשנה ע"כ, ובוזה מקיים מ"ש הרא"ם ז"ל דרשות בית דין צריך שיהיה ע"פ הדין. ואם מתאמצת היא, וא"א שתתגרש ע"כ, לכו"ע פטור משאר וכסות ולא נתחייב לזונה".

עיי"ש שנראה מדבריו שאם המניעה אינה מפני חרם דר"ג אלא מפני שנשבע וצריך רשות בית דין, רשות זו יכולה להינתן בהתאם לשיקול דעת בית הדין, שנוכחו שהאשה מאוסה עליו "מפני דבר רע, ומתבטל מפ"ו, ובא לידי חטא".

ביחס לשאלה השניה, בכתובות שהיו נהוגות מקדמת דנא בקהילות ספרד, לאחר ההוראה שלא ישא אשה אחרת, נכתב: "ולא יגרשנה בעל כרחא כי אם ברשות בית הדין", וכגון בנוסח הנ"ל שהביא מהר"א ששון ז"ל, וכן בתשובת ראנ"ח סי' מא כתב:

"רגילים בעיר הזאת לכתוב בשטר הכתובה שנשבע שלא ישא אשה אחרת עליה בחייה ושלא יגרשנה בלתי רשות ב"ד",

וכן בספר נושא האפוד סי' ג', וכן מבואר בפד"ר חלק ט' שיובא להלן. אלא שלאחרונה השמיטו זאת, עיין בספר משפט הכתובה להג"ר אליהו חיים בר שלום שליט"א ח"ב עמ' תיא (במהדורה הישנה) שנהגו שלא לציין זאת משום דלא מסמנא מילתא להזכיר גירושין בשטר הכתובה. אך עדיין ברור שגם היתר הגירושין ללא הסכמתה ובכפוף לרשות בית הדין, לא התבטל, וכפי שהיה מקובל כל הדורות בקהילות אלו.

נידון הקרוב למקרה שבפנינו, נידון בבית"ד האזורי באשקלון ובבית הדין הגדול בשנת תשל"ב/ג, והובא בפד"ר חלק ט'. בפסק הדין של בית הדין האזורי באשקלון (פד"ר ח"ט עמ' 150) נכתב:

"בני הזוג מסוכסכים שנים רבות מאז שנת תשכ"ח. כל הניסיונות במשך חמש שנים שעברו להביא בני הזוג לשלום בית עלו בתוהו. העניינים יגעים מאד בין בני הזוג. בית דיננו כמו בית הדין הקודם בדעה, כי אין מנוס ומפלט מהפרדתם בגט לטובתם ולטובת ילדיהם. בינתיים ילדי בני הזוג גדלו כעדים ואומללים לבית הוריהם ההרוס. לאור האמור בית הדין פוסק עקרונית, כי על בני הזוג להתגרש זמ"ז ונעתר לפשרת

הנזכר שבועה חמורה בתקיעת כף ... לאשר ולקיים את כל הכתוב עליו בשטר כתובתא דא בלתי שום שינוי".

לפי זה מאחר וכך נכתב בכתובה של אשה זו, ובנוסף זהו מנהג ידוע ומקובל כאן בארץ שזהו נוסח הכתובות בקהילות הספרדים, הרי שאשה זו נישאה לבעלה על דעת כן שינהגו עמם בהתאם לקבוע בשטר הכתובה, שיהיה מותר לבעל לשאת אשה אחרת "ברשות בית דין הצדק".

ועדיין יש לדון בזה בשני נושאים -

א. מה הוא גדר ההלכה בהיתר בית הדין. דהיינו באילו תנאים בית הדין יתיר לבעל לשאת אשה אחרת.

ב. הכתובה מתייחסת לתנאים שבהם יתירו לבעל לשאת אשה אחרת, ולא לענין גירושין בעל כרחא. יש לדון ביחס לזוגות שכך מנוסח שטר הכתובה, באילו תנאים יורו לבעל שמותר לגרשה גם ללא הסכמתה, והאם יפסקו לחייבה לקבל גט.

ביחס לשאלה הראשונה, הגדר לקבלת "רשות בית הדין", אינו דוקא כשנמצאה עילה שיש בה להביא לפסיקת חיוב הגירושין. אלא גם במקום שבית הדין קובע בהתאם לשיקול דעתו שהצדדים בפירוד מוחלט ולא עלה זיווגם יפה, ולכן ראוי שיתגרשו, יש מקום שתינתן רשות בית הדין, בכפוף לתשלום הכתובה.

כן כתב מהר"א ששון ז"ל בתשובה (תורת אמת) סי' רכח, וז"ל:

"על ענין מי שנשא אשה ומתו בניה וכו' ושהה עמה עשר שנים ולא ילדה והוא אין לו בן או בת ורוצה לישא אשה אחרת עליה וכתוב בכתובה שנשבע שלא ישא אשה עליה בחייה ולא יגרשנה אם לא ברשות ב"ד. מה יהיה דינו ... ודאי נראה דאין ספק ומילתא דפשיטא הוא דבקושטאנטי רבתא כיון דנהיגי למכתב בכתובות שלא יגרשנה ושלא ישא אשה אחרת עליה בלתי רשות ב"ד. ודאי דלית להו חרם דרגמ"ה, שהרי חזינן דברשות ב"ד הוא רשאי, וזהו הפך החרם הנזכר וא"כ לא נשאר רק איסור השבועה. וכבר כתב הרב הגדול מהריב"ל ז"ל בשניות סי' כ"ב בפשיטות דברשות ב"ד יכול לישא אשה עליה כו' ... בזה הורה בפשיטות דמצי לישא אחרת עליה ברשות ב"ד, וכיון שכן מי יחלוק על דבריו דהוא הוא מאריה דגמרא ומאריה דארעא ... ונראה לי דאין להחמיר בזה, דכיון דכתיב אם לא ברשות ב"ד הרי הדבר מבואר דברשות ב"ד סגי, ובתנאי שיהיה ב"ד הגון וראוי, דודאי יראו ויבינו סיבת מה שנושא אשה עליה, ויראו ויבינו אם כדין הוא עושה. והיה נראה לי, דלא מבעיא במקום מצות פריה ורבי' דשרי ע"פ ב"ד, אלא אפילו שיהיו לו בנים ובני בנים, אם יראה בעיני ב"ד הגון להתיר לו לישא אשה על אשתו מפני איזו סיבה גדולה שיראה בעיניהם שהבעל צדיק בדינו, הנה הוא יכול לישא אשה על אשתו על פיהם. כיון שסתמו ואמרו אם לא ברשות ב"ד, ולא כתבו וצרפו שום תנאי אחר ממצות פריה ורביה וכיוצא בה כו' אלא תלו הדבר ברשותם ובידם, א"כ הכל תלוי בהם. ואף על פי שדבר זה נראה שאין צורך להביא ראיה עליו, והדבר ברור

רבים ושונים מאד זה מזה להם, מהם שאין בכתובתם לא שבועה ולא שום קבלה, ומהם שכותבים שלא יגרשנה בעל כרחה אלא אם כן ישלם לה כל סכמי כתובתה במושלם, וכך נוהגים בני עדתו של המגרש הזה שהוא מן העדה הטוניסית".

הגאון רבי מרדכי אליהו זצ"ל, בעמ' 166, כתב:

"אפילו לנוהגים בחדר"ג, היה מקום בנידון דידן להתיר לו, כיון דמאיסה ליה ולא מיתדר להו ... וכבר הם כמה שנים בפירוד, ויש פוסקים הסוברים שעל כגון זה לא החרים ר"ג. עיין בשדי חמד אישות סי' ב' אות ט"ז ד"ה ובטוען, מה שהביא משם הכנה"ג ומשם הצ"צ החדש סי' קל"ב. ועיין אבני האפוד סי' א' אות נ"ד משם הגו"ר ועוד. ועיין לאוצר הפוסקים מ' א' אות ע"ג ס"ק ט"ז שהאריך להביא פוסקים להתיר ולאסור, ואכמ"ל בזה, כי אין כאן ענין של חדר"ג אלא לכל היותר נשאת לפי מנהג המקום. ואם במקום שנוהג חדר"ג יש פוסקים המקילים באופן זה דלא מיתדר להו או במאיסה ליה, ק"ו בן בנו של ק"ו שכאן אפשר להתיר לו לגרשה. ובהיות והיא אינה רוצה נתיר לו לשאת אשה על אשתו ... קידושין ז. ... כתב הריטב"א הכי קאמר לה אי בעינא למינסב אחריתי נסיבנא, פירוש ואף על גב דבלאו האי תנאה מצי עביד הכי דקי"ל נושא אדם כמה נשים והוא דיכול למיקם בספוקיהו אפ"ה אתני בהדא הכי משום שלא תהא קובלת עליו, וזימנין דאהני ליה תנאה כגון דלא מצי קאי בספוקיהו. א"נ באתרא דנהיגי דלא למינסב אלא חדא איתתא כגון אלו הארצות שלנו דמדינא מצי מעכבא עליה שלא לשאת אשה אחרת עליה. דכיון שנהגו בכך, אדעתא דהכי אנסבא ליה, וכאלו התנו עמו דמי, וכן קבלתי ממורי רבינו ז"ל ... הרי שאם נהגו במקום מסויים להשביע את החתן או מנהג המקום שלא נושאים אשה על אשה, היא יכולה לטעון דאדעתא דהכי נסיבנא, כלומר שאדעתא דהכי שלפי המנהג הנהוג באותו מקום ובאותה עדה, ולא יכולה להחיל עליו חיובים שלא לפי מנהג העדה והמקום. וא"כ חרם דרגמ"ה אינו חל עליו, שבועה אינו חלה עליו כי הרי לא נשבע, מה שנשאר הוא שנשא אותה לפי מנהג המקום, והרי בהיות והם שניהם ספרדים ואילו נשאו עפ"י מנהגי העדה היו כותבים בכתובה שלא יגרשנה אלא מדעתה או ברשות ביי"ד, כלומר שאם ימצא ביה"ד לנכון שהיא צריכה להתגרש אזי עליה להתגרש. וא"כ בנ"ד אפילו אם ניתן עליו חומרי ספרד ומנהגם הרי שהוא יכול לגרשנה ברשות ביי"ד, ובי"ד ראה שהיא רעה בדעותיה ואי אפשר לגור יחד. וכן התחייב הבעל מעל ומעבר לסך כתובתה, סכום שביה"ד ראה בו כראוי לפיצוי הוגן, א"כ על האשה לקבל הצעה זו ועליה להתגרש לפי תנאים אלו שהציע ביה"ד, ולא להשאיר את הבעל מעוגן לכל ימי חייו".

העולה מדברינו, שלדעת הרוב באותו פסק דין, ביחס לבעל שהוא מבני העדה הטוניסאית שנהגו לכתוב שלא ישא אשה על אשתו ולא יגרשה בעל כרחה אלא ברשות בית הדין, הנישואין הן על דעת המנהג, גם אם למעשה לא פרטו את המנהג בשטר הכתובה. וכשבית הדין נוכח שאין זיווגם עולה יפה והם מעוגנים, וכפי המתואר לעיל באותו פסק דין של

הבעל לשלם לאשתו כסכום פשרה עבור סכמי כתובתה וכל זכויותיה סך עשרים אלף לירות בתשלומים, מזה חמשת אלפים לירות במזומן ואת היתרה בשלושים תשלומים חדשיים שוים ורצופים של חמש מאות לירות, ויחד עם זאת להשליש גיטה בבית הדין. ואם תסרב לקבלו ינתן לבעל היתר נישואין ועי"ז נפטר הוא ממזונותיה ... תקות האשה שסוף סוף יבוא השלום ביניהם, נראית לביה"ד כתקנות שווא, הם חיים זמן רב בסכסוכים ובפירוד ולדעת ביה"ד עליהם להתגרש ... למעשה חיים בנפרד זמ"ז זה יותר מחמש שנים. הבעל טוען שמואס באשתו שמשונה בדעותיה עד כדי כך, שאפילו ילדיה פרי בטנה אינם יכולים לחיות עמה, כמפורש בתיק המסורבל של בני הזוג. הילדים עצמם הצהירו לפני ביה"ד בשיחה בנפרד עם כל אחד מהם, כי הם יברחו מהבית אם אמם תחזור. מסיבות אלה, ביה"ד משוכנע כי אין מנוס ומפלט מהפרדת בני הזוג בגט. אין כל צידוק לדעת ביה"ד להשאיר את הבעל בעיגונא דגברא ובהרהורי עבירה כל ימיו, לאחר שכל המאמצים להשכיח שלום בינו ובין אשתו עלו בתוהו",

עד כאן מפסק הדין, ועי"ש במקורות ההלכתיים שניתנו לפסק הדין.

לאחר שהאשה ערערה על פסק הדין, התקיים דיון בבית הדין הגדול בהרכב הדיינים הגר"ש ישראלי זצ"ל, הגר"י קפאח זצ"ל והגר"מ אליהו זצ"ל, ובבית הדין הגדול נחלקו לדעת המיעוט לא היה מקום לחייב את האשה בגט. שם בעמוד 156 כתב הגר"ר שאול ישראלי זצ"ל:

"גם אם לא נראה חתימתו כקבלת חרם דרבינו גרשום, עכ"פ יש לראות הנישואין שהיו על דעת המנהג המקובל בארץ שכולם מקבלים על עצמם חיוב שלא לגרש בע"כ, אם זה מצד החדר"ג כמנהג האשכנזים, ואם זה בקבלה בשבועה כמנהג הספרדים, אף אם ישנן יוצאי ארצות שבהם לא נהגו לא בזה ולא בזה, כשמתחננים בארץ על דעת המנהגים המקובלים כאן התחתנו. ואם אמנם צודק הגר"י קאפח בהערתו על רושמי הנישואין שאינם מקפידים על מנהגי העדות ואילו שאלנו את הבעל בשעתו האם רצונך לצאת ממנהגי הספרדים וכו' היה דוחה שאלתנו בכל תוקף, אי"ז שייך לניד"ד, שגם הסכמת האשה נדרשת לתנאי הנישואין ואין ספק שלא תסכים להיות מופלה לרעה לעומת רעותיה, שיוכל בעלה להוציאה מביתו בכל עת שיעלה רצון מלפניו, בעוד שרוב הנשים מכל העדות מוגנות בפני שרירות לב מעין זו".

אך לדעת הרוב באותו דיון, אין מקום לבטל את פסק הדין של בית הדין האזורי.

בעמ' 160 כתב הגאון רבי יוסף קאפח זצ"ל ביחס לבעל שהוא מבני העדה הטוניסאית, והרב מסדר הקידושין, סידר חופה וקידושין עם כתובה אשכנזית, וכתב הגר"י קאפח זצ"ל שגם ביחס לבעל זה, המנהג המחויבו הוא מנהג עדתו בלבד, ובתוך דבריו כתב:

"ידוע כי הארץ הלזו, מארבע רוחות נקבצו באו לה, ומנהגים

לכתחלה ועבר הבית דין ההדיוט ההוא ונזקק לו, משמתינן לההוא בי דינא, וחייבים הבית דין למנוע הסופר לכתוב והעדים לחתום כיון דאיכא איסורא ... הרביעית היא - שאין בגירושיה לא מצוה ולא עבירה ולא חיוב כפיה, כגון אשתו שניה שאין בה לא ערוה ולא דבר, אלא כעין שהקדיחה תבשילו או ששנאה או מצא אחרת נאה הימנה, בזו אין חובה על בית דין לזקק לו. שאעפ"י ששנינו בפרק חרש האשה יוצאה לרצונה ושלא ברצונה והאיש אינו מוציא אלא לרצונו, אין הכוונה שבית דין יכריחה לבא לקבל גיטה, אלא שאם זרק לה גט בחיקה אעפ"י שהיא אינה רוצה להתגרש, גירושיו גירושין אעפ"י שלא ברצונה ... אבל הבית דין יכפו האשה להתגרש שלא במקום מצוה, אין לנו ... אשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה והאיש אינו מוציא אלא לרצונו. והרי הדברים ברורים כבוקר הזה שברצונה ושלא לרצונה ר"ל בידיעה ושלא בידיעה, ואין כאן זכר לכפיה כלל ... היכן נמצא כדבר הזה, שבמקום שאין בו מצוה ולא חובה, שזקקו בית דין לכפות האשה לבוא לקבל גיטה, אין בזה הלכה ברורה ולא יושר סברא, אבל השכל והדת יחייבו הפך זה. וכמה מעשים אירעו בכאן, ודן ככה אדוני אבי מורי הרב ז"ל, וכן דנתי אני בחייו ואחרי מותו, עכ"ל הרשב"ש.

יש מקום להוסיף ביאור בהלכה המבוארת ברשב"ש. בתשובת הרשב"ש מבואר, שגם ביחס לאותה אשה שאין כל איסור לגרשה, אפילו בעל כרחיה, עכ"פ אין לאשה חובה לקבל את הגט, ולא נכון שבית הדין יזקקו לחייבה או לכפותה לקבל את הגט.

ועיין בשו"ת שם אריה חלק אה"ע סי' קי שכתב כסברת הרשב"ש, וקבע שגם במקום שלא קיים חרם דרבינו גרשם שלא לגרש אשה בעל כרחיה,

"אין עליה חיוב לקבל הגט שלא מרצונה, ואם יכולה להבריא עצמה ממנו שלא יגרשה, בידה לעשות זאת ואין עליה עון בזה".

ועל פי זה כתב לתמוה על שיטת הרמב"ם הסובר שכופין את הבעל כשאשתו אומרת "מאיס עלי":

"דלמה להם לבית הדין לכוף בזה, ואם היא אינה רוצה להיות עמו, מה להם לבית הדין בכך. ואם הוא רוצה לגרש אותה, ג"כ אין לבית הדין לכופה שתקבל גט. ושוב ראיתי בב"י סי' ע"ז בשם תשובת הרא"ש שתמה כן על הרמב"ם בזה וכתב וכי בשביל שהיא הולכת אחר שרירות לבה ונתנה עיניה באחר וחפצה בו יותר מבעל נעוריה, נשלים תאותה ונכופה האיש שהוא אוהב אשת נעוריו שיגרשנה ע"כ. וכן אני אומר כשרוצה הוא לגרשה ואין הבית דין רואים שום מצוה בזה, אף לדין הש"ס אין לבית הדין לכופה לקבל גט".

והנה קושיא זו על דינו של הרשב"ש מדברי הרמב"ם, כבר עלתה על ידי בנו של הרשב"ש בספרו יכין ובוועו ח"א סי' קכ"ח. וכתב שם לדחות שאין מקום לקושיא זו, וז"ל:

"דוקא שאם אמרה האשה מאיס עלי, הוא שכופין הבעל לגרש אותה, שאינה שבויה שתבעל לשבוי לה ולהנשא לאיש אחר,

ביה"ד באשקלון, יש להורות על גירושין לאחר הפקדת תשלום הכתובה.

הג"ר שאול ישראלי זצ"ל כתב באותו נידון:

"גם הסכמת האשה נדרשת לתנאי הנישואין, ואין ספק שלא תסכים להיות מופלה לרעה לעומת רעותיה, שיוכל בעלה להוציאה מביתו בכל עת שיעלה רצון מלפניו, בעוד שרוב הנשים מכל העדות מוגנות בפני שרירות לב מעין זו".

ודבריו צ"ע, מאחר שאין היתר לגירושין בעל כרחיה, ואין היתר לשאת אשה אחרת, אלא בכפוף לרשות בית הדין, הרי האשה סמוכה ובטוחה שלא יוציאה מבית בעלה ב"שרירות לב", אלא הוראה זו תינתן רק לאחר שיקול דעת של בית הדין שיווכח שכבר אין תקנה לנישואין אלו והגירושין הן לטובת שניהם.

יצויין כי מאחר שמפורש בשטר הכתובה שבפנינו, שהבעל נשבע לקיים את כל האמור לעיל, הרי שלאחר קבלת רשות מבית הדין, אין צורך בהיתר שבועה, מאחר שהשבועה אינה מתייחסת לנסיבות אלו.

#### חיוב אשה בגירושין כשהם בפירוד ממושך והבעל מאס באשתו לאחר חרם דר"ג.

יש מקום לדון בשאלה זו הן מדינא דגמרא, והן לאחר חרם דרבינו גרשם.

נפתח בבירור ההלכה על פי דינא דגמרא,

במשנה במסכת גיטין צ. תלמוד בבלי מסכת גיטין דף צ' ע"א נאמר:

"בית שמאי אומרים לא יגרש אדם את אשתו אלא אם כן מצא בה דבר ערוה, שנאמר כי מצא בה ערות דבר. ובית הלל אומרים אפילו הקדיחה תבשילו, שנאמר כי מצא בה ערות דבר. ר' עקיבא אומר אפילו מצא אחרת נאה הימנה, שנאמר והיה אם לא תמצא חן בעיניו".

ובגמ' דף צ' ע"ב:

"כי שנא שלח, ר' יהודה אומר אם שנאתה שלח, ר' יוחנן אומר: שני המשלח. ולא פליגי הא בזוג ראשון, הא בזוג שני".

ובשולחן ערוך אבן העזר סי' קיט סעיף ג':

"לא יגרש אדם אשתו ראשונה, אלא אם כן מצא בה ערות דבר ... אבל שניה, אם שנאה, ישלחנה".

וכתב בבית שמואל סק"ד:

"למ"ש דפליגי בזיווג ראשון, י"ל בזיווג ראשון אל יגרש אם לא עשתה דבר והוא שונא אותה, ובזיווג שני אז אפילו בלא דבר, רק שונא אותה, ישלחנה".

וכתב הרשב"ש סי' תיא:

"באשה כזו שאסור לגרשה, אם אינה רוצה להתגרש והוא רוצה לגרשה שהוא חייב במזונותיה, וכל שכן שאין בית דין נזקקין לו להתגרש. ואני אומר דבי דינא דמזקקין ליה משמתין לה, לפי שהוא עובר על דברי חכמים ז"ל, כדאמרינן בנדרים בפ"ב מי שנזר ועבר על נזירותו נוהג איסור כימים שנהג בהם היתר ובי דינא דמזקקין ליה משמתין ליה, אלמא כל שאסור לעשותו

לכאורה, הרא"ש לא סבר כסברת הרשב"ש שהורה שאין מקום אלא לאפשר לבעל לתת גט שלא מרצונה, או להתירו באשה אחרת, אך לא ניתן לחייב או לכפות את האשה לקבל את הגט, כי היא אינה משועבדת לקבל גט, ושאינ ראויה שבית הדין יזקקו לחייבה לקבל את הגט. אלא הרא"ש סבר שגם כשאין איסור בנישואין אלו, יתכן לחייב ולכפות את האשה בקבלת הגט.

היה מקום ליישב: הרשב"ש באר את תשובת הרא"ש כמשמעות החלקת מחוקק סי' קיז סק"כ וסי' קכא, שגם הרא"ש לא הורה אלא למנוע ממנה שאר וכסות בלבד אך לא לכופה בקבלת הגט. אך יותר נראה שהרשב"ש קאי אדינא דגמרא, ובמקומות שלא נהגו את חרם דר"ג, ואז ליכא גם לסברת הרא"ש. אבל לאחר חרם דר"ג, אליבא דהרא"ש בכל גווני קיימת התקנה שלא יזרוק לה גט בעל כרחיה, אלא שבנסיבות שבהן כופין את הבעל לתת גט, יכפו את האשה לקבל את הגט עד שתאמר רוצה אני. וכן היא שיטת גדולי הפוסקים שנביא להלן ולא הסכימו עם החלקת מחוקק, אלא בארו את תשובת הרא"ש שרבינו גרשם הישווה לגמרי את כח האשה לכח האיש, ובאותן נסיבות שיכפו את הבעל בגירושין, יכפו את האשה לקבל גט עד שתאמר רוצה אני, וכפי משמעות השו"ע, הרי שעל פי דרכם, בהכרח דברי הרשב"ש נאמרו בדינא דגמרא בלבד.

הנודע ביהודה (תניינא חלק אבן העזר סי' קד) כתב בביאור דברי הרא"ש בלשון זו:

"בא רגמ"ה וביטל זריקת הגט ותיקן שלא לגרש אשה אלא לרצונה ממש, ונסתפק הרא"ש בתקנתו ואמר הרא"ש מתחלה שכיון שבמום כזה כופין האיש שיוציא לא עלתה על לבו כלל כיוצא בזה באשה, ולא תיקן בזו כלל, וכיון שלא תיקן בזו, ממילא נשאר בה דין הש"ס וזורק לה גט בלי רצונה כלל. ואף שהיא גרועה בצד אחד מהאיש, שהאיש אף שכופין אותה, מ"מ צריך עכ"פ רצונו שיאמר רוצה אני, ובהאשה לא בעינן רצונה כלל, כן הוא דין הש"ס והגאון לא תיקן בזה. ואח"כ אמר ואף את"ל שהשוה מדותיו ששום אדם לא יגרש בע"כ, דהיינו בע"כ לגמרי שזורק לה גט בלי רצונה כלל אפילו בכפיה, אבל עכ"פ במקום שכופין אותו להוציא כופין אותה לקבל הגט, דהיינו שכופין אותה שתאמר רוצה אני לקבל הגט, דוק בדברי רבינו ... שכתב ואת"ל שהשוה מדותיו ששום אדם לא יגרש בע"כ ורצונו בזה שתיקן שלא תהיה גרועה מן האיש בשום צד, אף במקום שכופין תהיה האשה כמו האיש ולא יוכל לגרשה בע"כ, אבל עכ"פ במה שהאיש כופין להוציא אף האשה כופין אותה לקבל הגט ... בצד השני שכתב הרא"ש שאת"ל שהגאון השוה מדותיו ואף שכופין אותה אם במילי ואם בשוטי ואם בשאר כפיות בהרחקה של ר"ת, לכל מר כדאית ליה, מ"מ משכחת לפעמים באשה סרבנית ועקשנית ותסבול כל הכפיות ולא תאמר רוצה אני ומשכחת בזה שתמאן. וע"ז סיים הרא"ש ואם תמאן לקבל, שלא יועיל כל הכפיות ימנע ממנה שאר כסות ועונה, זה הפירוש הנכון בדברי הרא"ש בלי ספק".

כל עודה תחתיו לא התירה התורה. אבל הבעל, אם לא מצאה חן בעיניו אשתו ושנאה, הוא דאמרינן דאינו יכול לגרשה לעולם דאפשר ומותר ליה לישא אשה אחרת נאה הימנה, ואשה אחרת אחרת עד כמה נשים, ואין מעכב על ידו, משא"כ באשה. וכיון שכן הוה שמיע לן דאינו יכול לגרש את אשתו אם שנאה, כיון דיכול לאנסובי איתתא אחריתי, ואם מגרשה יש איסור".

לפי זה, דינו של הרשב"ש לא נאמר אלא בדינא דגמרא, שיכול האיש לישא אשה אחרת. אבל אם הבעל מנוע מלישא אחרת, או מפני חרם דר"ג או מפני השבועה או מפני שנשאה על דעת מנהג המקום שנהגו לאסור לגרש אשה בעל כרחיה, גם בנסיבות שבהן אין עילה לחיוב האשה בגירושין מפני איסור, יש מקום שבית הדין יזדקק לבעל ולהביאם לידי גירושין, וזאת על מנת שלא להשאיר את שניהם מעוגנים.

לכאורה היה מקום להקשות על דברי הרשב"ש מתשובת הרא"ש כלל מב סי' א', שהשיב אודות אשה שהיא נכפית, וכתב:

"עתה, שתיקן הגאון רבינו גרשום ז"ל, שאין לגרשה בעל כרחיה, איך יתכן שיתחייב לה שאר כסות ועונה, אם כן, יפה כח האשה הרבה מכח האיש. דאלו נולד מום זה באיש, אין אנו אומרינן יכפוה להיות אצלו, אלא כופין אותו להוציא ויתן כתובה, ואם נולד באשה, יכפוהו להיות אצלה ולפרנסה. השתא באיש, שאינו מוציא אלא לרצונו, כופין אותו להוציא ויתן כתובה, אם נולדו בו מומין, אשה, שמתגרשת בעל כרחיה, לא כל שכן. אלא שרבינו גרשום עשה גדר לדבר, וכי לאו קל וחומר שלא עלתה על לבו על כיוצא בזה, לעגן האיש לבטלו מפריה ורביה אלא ודאי יגרשנה ויתן לה כתובתה, כי כולי האי לא ייפה בתקנתו כח האשה מכח האיש. אך כי ראה הדור פרוץ, ומזלזלין בבנות ישראל בזריקת גט, ותקן להשוות כח האשה לכח האיש, כמו שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו, כך האשה אינה מתגרשת אלא לרצונה. אבל לא יתכן כלל לומר במקום שהאיש כופין להוציא, לא יגרשנה בעל כרחיה. ואף אם תמצא לומר שהשוה מדותיו, ששום אדם לא יגרש בעל כרחיה, מכל מקום, במה שהאיש כופין אותו להוציא, אף האשה כופין אותה לקבל גט. ואם תמאן לקבל, ימנע ממנה שאר כסות ועונה, ואינה יכולה לומר אין רצוני לקבל גט עד שיתן לי כתובתי, דזו אינה טענה, כיון דמן הדין היא חייבת לקבל גט, כאשר הוכחת. נמצא פריעת חוב כתובתה הוי כשאר חוב שהיה מחוייב לה; והנמצא אתו יתן, והמותר כאשר תשיג ידו".

תשובת הרא"ש נפסקה להלכה בשו"ע סי' קיז סעיף יא: "מי שנודע לו שאשתו נכפית ורוצה לגרשה ואינו משיג כדי כתובתה, כופין אותה לקבל גט".

וכן הביא בספר גט פשוט סי' קיט ס"ק כה, שבתשובת הרא"ש מבואר שכופין אותה לקבל את הגט.

הרי מבואר בתשובת הרא"ש, שבאותן נסיבות שכופין את הבעל לתת גט, כגון עקב מומין, ה"ה שיכפו את האשה, והיא מחוייבת לקבל גט.

מפני המנהג שהשתעבד לה בעת הנישואין שלא יגרשה בעל כרחיה, כפי המנהג שאין לגרשה בע"כ ללא רשות בית הדין. אמנם מדינת דגמרא, באותן נשים שאינן בכלל החלוקה השניה והשלישית שבתשובת הרשב"ש, שבית הדין נזקקין לגרשן מפני איסור או מצוה, אלא התביעה לגירושין נובעת מפני שיש בהן מום גדול, כגון בנכפית אליבא דהרא"ש, לא היה מקום להפעיל כנגדן אמצעי כדי לכופן לקבל גט. אך לאחר תקנת רבינו גרשם, ינהגו באשה באותם אמצעים שינהגו בבעל, ובנסיבות שכופין את הבעל לתת גט, ה"ה שיכפו את האשה לקבל גט.

**סיכומו של דבר**, משני טעמים דינו של הרשב"ש אינו מתייחס לנסיבות המצויות בימינו.

ראשית, בימינו, אם האשה לא תקבל גט, הבעל נשאר מעוגן ואינו רשאי לשאת אשה אחרת, דבר שלא היה קיים בנסיבות אליהן התייחס הרשב"ש.

שנית, מאחר שכיום האשה מוחזקת בשעבוד ביחס לבעלה, שלא יגרשה בעל כרחיה. ועל יסוד זה הבעל רשאי לתבוע מהאשה לבטל שעבוד זה. ביחס לתביעה זו, האשה היא נתבעת, שאינה רשאית לדחות את התביעה על הסף ולטעון שאין מוטלת עליה החובה לקבל גט. אלא עליה לעמוד לדיון ולהבהיר מדוע הדין נותן שתמשיך להחזיק בשעבוד שלה ביחס לבעלה.

לפי המבואר בתשובת הרא"ש, גם זה מתקנת רבינו גרשם, מאחר שתיקן למנוע גירושין בזריקת גט שלא מדעתה, הורה לאכוף על האשה את הגירושין בנסיבות שבהן כופין את הבעל. לפי זה באותם מקרים שבהם אנו נוקטים בהרחקות דר"ת ביחס לאיש המסרב לתת גט, ה"ה שיש לנקוט כנגד האשה. ביחס לבעל המסרב לתת גט כשאשתו טוענת "מאיס עלי", ובית הדין נוכח שאין זיווגם עולה יפה והם בפירוד ללא תקנה, ניתן לנקוט בהרחקות דר"ת כמ"ש ר"ת בתשובה בספר הישר סי' כד הובא בתשובת מהרי"ק שהביא הבי"א אה"ע סי' קל"ד, וכפי המפורש בתשובת הנודע ביהודה הנזכרת, שגם האמצעי הזה של "הרחקות דר"ת" הוא צעד מתאים ביחס לאשה, בנסיבות בהן היינו נוקטים בהרחקות אלו ביחס לבעל המסרב לתת גט ואין מקום לכפותו בגירושין.

בספר יהודה יעלה למהרי"א אסאד חלק אה"ע סי' צה תמה על הנודע ביהודה, שהרי רק ביחס לבעל נוקטים בהרחקות דר"ת ונמנעים מכפיה גמורה כמבואר ברמ"א סי' קנד סעיף כא, וזאת מפני החשש לגט מעושה, אך מדוע יש לנהוג כן ביחס לאשה, כשאין חשש גט מעושה בנקיטת אמצעי הכפיה.

אך נראה שאין מקום לדחות את דברי הנודע ביהודה. לאחר שהרא"ש קבע שרבינו גרשם השווה את כח האשה לכח האיש, סבר הנודע ביהודה שבכלל תקנה זו ניתנת ההוראה שלא ינהגו באשה באמצעי כפיה שאין נוהגים בבעל בנסיבות דומות.

ועיין בגיליון שו"ע (שם) להגרע"א שהסכים עם ביאור זה בדברי הרא"ש, וכן בתשובת הגאון רבי חיים מוואלאז'ין שבספר חוט המשולש ח"א סי' יב.

וכן באר בהפלאה סי' קיז ס"ק יז, שלדעת הרא"ש במש"כ ואף את"ל שר"ג השווה מדותיו ששום אדם לא יגרש בע"כ, היינו שבכל מקרה לא ניתן לזרוק לאשה גט בעל כרחיה, כשם שאין אפשרות שהאיש יגרש בלא דעתו, וכתב ההפלאה:

"דר"ג עשה אפילו גם בזה תיקון משום לא פלוג, היינו שלא לזרוק לה גט בעל כרחיה כמו באיש שאין לכופו לגרש בעל כרחיה, אבל מ"מ כיון שגם באיש כשהוא נכפה כופין אותו עד שיאמר רוצה אני, ה"נ באשה כופין אותה שתאמר רוצה אני, ובכלל הכפיה הוא שימנע ממנה שאר וכסות".

ועי"ש בהפלאה שכתב שזו גם דעת החלקת מחוקק. יש למקום להוסיף ביאור בהלכה זו. בתשובת דברי מלכיאל חלק ג' סי' קמד השיב אודות בעל המבקש להתגרש ואשתו מסרבת לקבל גט, והזוג בפירוד, וקיים חשש שהבעל יצא לתרבות רעה. ובסוף התשובה כתב הדברי מלכיאל:

"בנ"ד כיון שתיקן רגמ"ה לטובת האשה, איך אפשר לנו לוותר על זכותה בשביל שיצא הוא לתרבות רעה ... ובאמת עסק קידושין וגירושין שבין איש לאשתו לא גרע משארי קניינים. ורק כל המקדש ומתקדשת דעתם שיהא כדיני התורה, וכאמרם ז"ל כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש. אבל אם התנתה אשה בפירוש בשעת קדושין שלא יוכל לגרשה בלי רשותה. ודאי שאינו יכול לגרשה בע"כ, אף במקום שלא פשטה תקנת רגמ"ה. דאדעתא דהכי נשתעבד לה בכל דיני אישות, שלא יוכל לפטור את עצמו ממנה בלי רשותה. ובזה לא שייך לומר מתנה על מ"ש בתורה ... אבל אם התנה שלא יוכל לגרשה בע"כ, הרי זה כמוסיף חיוב לאשתו ושפיר יכול לחייב את עצמו. ואין זה בתורת תנאי רק בתורת חיוב, וכאלו היתה מתנה עמו שיתן לה מזונות כפולים דודאי יכול לחייב את עצמו על זה ... וא"כ אצלינו שיש תקנת רגמ"ה, הרי נתחייב לה באופן זה בשעת הקדושין, דאדעתא דמנהג ותקנתא דרבנן קידשה. וכן היא נתקדשה על דעת זה. ובודאי אסור לו לגרשה דהוי כגוזלה. ונהי דבדיעבד אם גירשה אין שייך לפסול הגט בשביל זה. אבל מ"מ הוי כגוזלה ומפקיע שיעבודה שיש לה עליו, קודם זמנו".

ובסי' שלאחריו (סי' קמה) כתב הדברי מלכיאל:

"כבר כתבנו בסי' הקודם שזה הוי כדיני ממונות, דהוי כאלו התנה עמה שלא ישא אחרת. וכן קיי"ל באה"ע סימן א' ס"ט דבמקום שיש מנהג שלא לישא אשה על אשתו הוי כאלו התנה. ואף שיש מקום לחלק בין מנהג לחרגמ"ה, אבל ז"א. וא"כ הוי זה דין שבין אדם לחבירו וראוי לשמוע מה בפיה ולא להורות ע"פ דברי צד אחד. וכן קבלת עדות צריך להיות בפניה".

לפי זה, בכל תביעת גירושין המוגשת לבית הדין מטעם הבעל התובע להתגרש מאשתו, בתביעה זו הבעל מבקש מבית הדין להורות לאשה שלא להמשיך ולהחזיק בשעבוד שהיא מוחזקת בו, שעבוד שנוצר מכח חרם דרבינו גרשם או

לאשה זו יש לקבוע שמן הראוי שתבוא לקבל גט, ואם תסרב יינקטו כנגדה צווי הגבלה שהם בגדר "הרחקות דר"ת". ואם נלך בדרך הסוברים שאין בקהילות אלו חרם דר"ג, הרי מאחר שבכתובות הספרדים בדורות הקודמים היה מקובל לכתוב שהבעל רשאי לגרשה שלא מדעתה ברשות בית הדין, הדבר ברור שהמקרה שבפנינו הינו מאותם המקרים שבית הדין רשאי לתת לבעל רשות לתת גט שלא מדעתה, גם בהעדר עילה אחרת לחיוב הגירושין, וכפסיקת בית הדין הגדול הנזכרת בפד"ר ח"ט.

אמנם למעשה לא מורים על זריקת גט שלא מדעתה אלא על אמצעים שילחצו על האשה לקבל גט. הגם שאליבא דשיטת הרשב"ש אין לכך מקום, אלא להתיר לבעל לשאת אשה אחרת. אך נראה שעל בית הדין לנקוט באמצעים העדיפים לאשה, ולהביאה לקבל גט, ולא להביא לנישואי אשה שניה, צעד שיפגע בה ויהיה יותר קשה עבורה.

### סניף נוסף המצטרף לאמור לעיל

נציין לדברי הג"ר חיים פלאג'י ז"ל, בספרו חיים ושלום ח"ב סי' קיב, שהביאוהו בפסק הדין של בית הדין באשקלון הנזכר, וכתב בלשון זו:

"בדרך כלל אני אומר, כל שנראה לבי"ד שהיה זמן הרבה נפרדים ואין להם תקנה. אדרבא צריך השתדלות הרבה להפרידם זה מזו ולתת גט, כדי שלא יהיו חוטאים חטאים רבים אחד האיש ואחד האשה. וידעו נאמנה כי כל הבא לעכב מלתת גט כענין זה, כדי להנקם זה מזה מחמת קנאה ושנאה ותחרות, כאשר יהיה האופן פעמים שהאיש שירצה לגרש והאשה אינה רוצה, וכדי להנקם מהאיש מעכבים הדבר שלא לשם שמים, עתידים ליתן את הדין. ולדעת מרן חביב בי"ד מנדין אותו, וכמו כן להפך כשהאשה רוצה לגרש והאיש אינו רוצה, וכדי להנקם מהאשה מעכבים מלתת גט שלא לשם שמים גם בזה לא בחר ה', ויש עונש מן השמים כי על העניינים האלו וכיוצא באלו אמר קרא עפ"י התורה אשר יורוך, ודי בזה והותר לחכם ירא וסר מרע. והנני נותן קצבה וזמן לדבר הזה. דאם יארע איזה מחלוקת בין איש לאשתו, כבר נלאו לתווך השלום ואין להם תקנה, ימתינו עד זמן ח"י חדשים ואם בינם לשמים נראה לבי"ד שלא יש תקוה לשום שלום ביניהם, יפרידו הזווג ולכופם לתת גט עד שיאמרו רוצה אני כדבר האמור, ותמצא מ"ש בזה בספר החסידים", עכ"ל.

וע"ע בפד"ר ח"ז עמ' 111 בפסק דין מביה"ד הגדול שהסתמכו על הגר"ח פלאג'י במקרה דומה לנידון דידן. אמנם קשה לקבל את פסקו של הגר"ח פלאג'י ולכפות את הבעל בגירושין (בנידון שהוזכר בתשובתו בספר חיים ושלום) מחשש גט מעושה שלא כדין, מאחר שלא מצינו בגמרא עילה כזו לכפות על גט. אך ניתן לקבל את דבריו ביחס למסקנתו שיש לחייב את האשה בגירושין, או עכ"פ לנקוט באמצעים הננקטים כנגד הבעל בנסיבות דומות, ולאחר שבית הדין התרשם שאין כל סיכוי להשיב את השלום על כנו, ושניהם מעוגנים ללא כל תכלית.

אמנם במקרה דנן אין פסיקת חיוב גירושין, עכ"פ גם בנסיבות אלו של טענת הבעל שאשתו מאוסה עליו והם בפירוד ללא תקנה ניתן לנהוג בהרחקות דר"ת כנגד האשה. ונציין כי מקורות הלכתיים לפסיקת הרחקות דר"ת גם בהעדר חיוב גירושין, כתבנו בפסק דין אחר והתפרסם בספר עטרת דבורה ח"ב סי' פ', ושם הבאנו מדברי הלבוש אה"ע סי' קל"ד סי"י שכתב: "אע"פ שאין כופין עכשיו שום איש לגרש את אשתו, היינו שאין מטילין עליו חרם שיגרשה, אבל אם רואים ב"ד לפי ראות עיניהם שיש תקנת האשה בדבר, כגון שטוענת מאיס עלי וכה"ג שיראה להם שאין זיווגם עולה יפה, ואע"פ שאין האיש מאותם שכופין להוציא, מכל מקום יכולין הב"ד להטיל חרם ביניהם על כל איש ואשה לגזור באלה חמורה שלא יהיו רשאים לדבר עמו ולישא וליתן עמו ולהרויחו ולהאכילו ולהשקותו וללוותו ולבקריו בחוליו וחומרות אחרות כפי רצונם, על כל אדם, אם לא יגרש אותו האיש ויתיר את אשתו בגט כשר, שבזה אין כפייה עליו", עכ"ל. הרי שהלבוש כלל בדבריו את אותם מקרים "שיראה להם שאין זיווגם עולה יפה", ובהם ניתן לנקוט הרחקות דר"ת. על כן בנסיבות שבית הדין נוכח שהצדדים בפירוד, ללא דרך לתקנה, לאחר שהבעל מאס באשתו, ואין זיווגם עולה יפה, ניתן לנקוט את כל האמצעים שהם בגדר "הרחקות דרבינו תם" כדי להביאה לקבל גט. יצויין כי בדברינו הנזכרים נטינו ממש"כ הרה"ג הרב חגי איזירר זצ"ל בפסק דין של ביה"ד הגדול מיום כ"ד שבט תשס"ט (18.2.2009) בתיק מס' 1-21-1782 שקבע שאין מקום להטיל צווי הגבלה בנסיבות אלו, וביסס את דבריו על שיטת הרשב"ש. אך לפי המבואר, הרשב"ש איירי בדינא דגמרא בלבד, ולא ניתן להסיק מדבריו לימינו שקיימת מניעה לשאת אשה אחרת, כמבואר בתשובת יכין ובוועד הנזכרת. מלבד זאת, האשה מחזיקה בשעבוד הבעל שנשאה על דעת מנהג המקום או חרם דר"ג, והבעל רשאי לתבוע לבטל שעבוד זה. דברינו כאן הם עפ"י מש"כ שם חבר בית הדין הגדול הרה"ג הרב ציון אלגרבל' שליט"א, מלבד שיש להעיר במש"כ שהחוק היום אוסר על גירושי אשה בעל כרחו. מאחר שסעיף 181 לחוק העונשים קובע: "התיר איש את קשר הנישואין על כרחו של האשה, באין בשעת התרת הקשר פסק-דין סופי של בית-המשפט או של בית-הדין המוסמך המחייב את האשה להתרה זו, דינו - מאסר חמש שנים". אך כשהדבר נעשה ברשות בית הדין אין מניעה חוקית, ובנסיבות אלו ככל שהדבר נעשה במסגרת הליכי בית הדין והחלטותיו, הוראות החוק כבר אינן רלוואנטיות בעת מתן פסק הדין.

**סיכומו של דבר** - יש לדון במקרה זה בשתי דרכים. הן לפי הסוברים שגם קהילות הספרדים כאן בארץ נהגו בחרם דר"ג שלא יגרשה בע"כ, והן אליבא שהסוברים שחרם דר"ג זה אינו נוהג בקהילות אלו. גם לקהילות הנוהגות בחרם זה, עכ"פ ינהגו ביחס לאשה באותם אמצעים שהיו נוהגים ביחס לבעל. ובנסיבות הנוכחיות, אילו המצב היה להיפך, היה מקום לנקוט ביחס לבעל "הרחקות דר"ת", על כן גם ביחס

הדין את הסכום הנקוב בכתובה, ולאחר מכן יזמן מועד לסידור הגט. לאחר הגירושין, האשה תקבל את הסכום הנ"ל.

ג. במידה שהאשה תסרב לקבל גט, או בהעדר הודעה על הסכמה שתקבל בבית הדין תוך שלושים יום, בית הדין ידון בצעדים המתחייבים מסירוב זה, לרבות צווי הגבלה, כפי המקובל בבית הדין ביחס לבעל המסרב לתת גט.

### מכל האמור בית הדין פוסק:

א. בית הדין נוכח שהצדדים בפירוד ממושך ואין זיווגם עולה יפה. למרות כל המאמצים שנעשו, לא עלה בידם להביא לשלום בית, וכבר אין תקוה להשלים ביניהם. על כן מן הראוי שהצדדים יתגרשו ללא דיחוי.

ב. לאחר קבלת הודעה מטעם האשה על הסכמתה לקבל את הגט עם תשלום הסכום הנקוב בשטר הכתובה, סך 50,000 שקל, בית הדין יורה לבעל להפקיד בקופת בית

### סימן נז

## בעל שטענתו "מאוסה עלי" התקבלה, חיוב הגירושין המזונות והמדור הספציפי

לשלום בית, ולהלן מפרוטוקול הדיון:

"ביה"ד: מה הייתה המטרה של הפרידה?

האשה: הוא אמר שהוא רוצה לעזוב את הבית, הוא אמר שהוא רוצה להתגרש, אמרתי מה פתאום לא מפרקים בית. אמרתי ננסה פרידה שיביא שלום בית, פתחתי תיק שלום בית.

ב"כ האישי: לא פתחת תיק כזה.

האשה: מהו"ת זה מה שאמרו לי במזכירות.

ב"כ האישי: היא פתחה אחר כך תביעת מזונות לא שלום בית".

בדיונים נוספים שהתקיימו הבעל שלל על הסף את האפשרות לחזרה לשלום בית. ניכרים דברי אמת שמבחינת הבעל החזרה למגורים בבית עם האשה נתפסת בעיניו כחזרה לחיי סבל מתמשכים, וכי מבחינתו עדיף לו להמשיך להתגורר בחנות טמבור, למרות התנאים הבלתי סבירים למגורים שם.

התקבל הרושם שאם יערך הסכם גירושין שיבטיח את המשך המגורים של האישה בדירה ללא הגבלה, גם היא תסכים להתגרש.

כאמור, הבעל הגיש לבית המשפט תביעה לפירוק שיתוף, ובתגובה האשה מצידה הגישה תביעה לאיזון משאבים, ושתי התביעות מתנהלות במקביל. אין ספק שהאישה רשאית להתגונן ביחס לתביעה לפירוק שיתוף, אך די היה שתגיש בקשה לשמירת זכויות ועיקולים ואיסור דיספוזיציה. החלטת האישה להגיש תביעה לאיזון משאבים, המתאימה רק לזוג העומד לקראת גירושין או לאחר גירושין, מבטאת יותר מכל שגם לאשה ברור שכבר אין מקום לשלום בית, ולכן מבקשת לקבל את חלקה ברכוש המשותף. גם תביעת ממון שהאישה הגישה כנגד הבנק, העלולה להסב נזק לבעל, מלמדת שהיא אינה רואה סיכוי לשלום.

עוד נציין לקטטה שהביאה לאלימות פיזית שהצדדים תיארו, וגם זה מבטא את המצב הלא תקין בוי הצדדים התנהלו, כמו הלינה בחדרים נפרדים בפרק זמן משמעותי בטרם הפירוד למגורים בדירות נפרדות.

כפינו תביעת הבעל לגירושין ותביעת האשה למזונות ולמדור ספציפי. התקיימו ארבעה דיונים ועתה לאחר השלמת ההליך בהגשת סיכומי טענות הצדדים, להלן פסק הדין.

הצדדים נשואים כשלושים שנה, ומזה כשנתיים מתגוררים בנפרד, לאחר שהבעל עזב את הבית ועבר לגור בחנות שלו. בבית הדין התנהלה תביעת הגירושין והמזונות, ואילו בבית המשפט התנהלה התביעה לפירוק השיתוף בדירת המגורים שהבעל הגיש. לאחר מכן האשה ביקשה מבית המשפט לפסוק בחלוקת הרכוש ואיזון משאבים כולל.

הבעל תובע להתגרש והאשה מבקשת לדחות תביעה זו ולהורות על חזרה לשלום בית, הגם שלא מצאה לנכון להגיש תביעה לשלום בית, אלא רק תביעה למזונות ומדור ספציפי.

הבעל עזב את הבית מיוזמתו, ולהלן מפרוטוקול הדיון הראשון:

"בית הדין: מי מונע ממך לחזור?

האישי: לא רוצה שמישהו מסתכל עלי כמו קיר אני לא רוצה כמו דני דין, אם יש לנו 2 מרפסות ואני רוצה לעשן באחת מהם, אז אפשר לוותר, לפני שיצאתי מהבית היא הייתה אומרת לי אם אתה רוצה עכשיו כביסה תגיד לי.

בית הדין: עזבת מיוזמתך את הבית?

האישי: לא, הבן דיבר איתי באיזה שבת ואמר לי הכי טוב שתעזוב את הבית.

בית הדין: מישהו כפה עליך לעזוב?

האישי: לא כפה, אבל אי אפשר לחיות עם מישהו שמתעלם ממך.

בית הדין: למה לא הגשת את הבקשה לשוב סכסוך.

האישי: היה לי נוח ככה, אני למעשה רוצה להתגרש, א"א לחיות עם מישהו שלא סופר אותך".

למעשה באותו דיון האשה כלל לא ביקשה מהבעל לשוב לגור בבית ולחזור לשלום בית אלא תבעה מזונות, והתקבל הרושם שהיא השלימה עם הפירוד בנסיבות המקרה.

בדיון האחרון האשה הבהירה שגם היא תמכה בכך שהם ייפרדו למגורים נפרדים, אלא טענה שסברה שהפירוד יביא

אף דשוטה ודאי מאוסה עליו. וגם דכל כה"ג הו"ל להפוסקים לפרושי דבמאוסה עליו לא תיקן רגמ"ה. ולענ"ד אין להקל במאוסה בלא היתר ממאה רבנים".

ועי"ש באוצה"פ שהביא דעת החולקים הסוברים שיש להקל להתיר חרם דר"ג בטוען מאוסה עלי ויש לו אמתלא מבוררת. ביחס לתשובות צמח צדק ומהרש"ם שהובאו באוצה"פ, כתבו בפסק דין מבית הדין הגדול חלק ה' עמוד 294-297:

"אולם גם כמי שבא בטענה זו שאשתו מאוסה עליו, ובאופן שהיא נראית כנה, כבר העלה הצ"צ בס"י קל"ב שלמעשה אין מתירין חדרגמ"ה על יסוד טענת מאיס עלי. וזו לשונו שם: - כל זה נראה להלכה, אבל לא למעשה משום דלא חזינן שנעשה מעשה כזה להתיר חר"ג בטענת מאיס עלי. גם המהרש"ם (ח"ב סי' צ"ב), אשר אמנם התיר למעשה את החדר"ג, אולם צירף לזה כמה נימוקים: - א' קדושין דרבנן (קדושי חרשת); ב' אומדנא לבטל את הקדושין (הבטיחו לו נדוניה ולא עמדו בהבטחתם); ג' טענת מאיס עלי. ולפי"ז אין בטענת מאיס עלי במקרה דנן יסוד מספיק לחייב את האשה לקבל גט בניגוד לרצונה... לפי האמור אנו מחליטים: א. מקבלים את הערעור, ואין לחייב את האשה המערערת לקבל ג"פ. ב. כל עוד והבעל לא שילם את הכתובה לאשתו הוא חייב במזונותיה".

לאור האמור, מאחר שלא התברר שהבעל ביקש לשוב לשלום בית והאשה סירבה, לכן אין מקום לכפיית האשה בגירושין. וגם לא על יסוד טענת "מאוסה עלי" גם כשקיימת אמתלא מבוררת.

ביחס לזכאות האשה למזונות, ובכלל זאת הזכאות ל"מדור ספציפי", יש לקבוע כדלהלן.

כידוע, שיטת הרא"ם שהביאו הב"ח החלקת מחוקק והב"ש בתחילת סי' עז, שככל שהבעל מנוע מגירושין בגלל חרם דרבינו גרשם, הוא אינו חייב במזונות האשה. בפת"ש סי' עז סק"ב הביא מספר חכם צבי שהגם שלא הסכים עם שיטת הרא"ם, פסק כך כשקיימת טענת מאיס עלי עם טעם מבורר. עיין בספר אוצר הפוסקים סי' עז סק"ט אות ח' שהביא באריכות רבה את שיטות הפוסקים האם הבעל יכול לומר קים לי כרא"ם, או שזו הלכה פסוקה שהבעל חייב במזונות אשתו גם כשהוא מנוע מגירושין עקב חרם דר"ג.

בספר נחל יצחק סוף חלק א' כתב:

"אתי שפיר מה דאמרו דמשליש גט וכתובה מיפטר ממזונות, דהא כיון דמשליש גט ורוצה להתירה לשוק אם כן לא שייך לחייבו במזונות משום דאגידא ביה כנ"ל, וכן משום תנאי כתובה אין לחייבו, דהא במחלה כתובה והוא הדין בנפרעה הכתובה כיון דאין לה כתובה ממילא אין לה מזונות משום תנאי כתובה דהא אבדה כל תנאי כתובה, על כן בנפרעה כתובה ומשליש לה גט אין לה מזוני, ואף דאינה רוצית בהפרעון מכל מקום הא אף פרעון בעל כרחו הוי שמיא פרעון כמבואר בגיטין (דף ע"ה ע"א) ובח"מ (סי' ק"כ), ולכן כיון דנתן לה הכתובה

סיכומו של דבר, הצדדים חלוקים ביניהם אודות הגורמים שהביאו לפירוד, כשכל אחד תולה את האשם בשני. אולם מתקבל הרושם ששניהם תמימי דעים שכבר אין מנוס מגירושין. למרות שבהליכי בית הדין, האשה מבקשת מהבעל לשוב לביתו ולחיים משותפים עמה, אבל התנהלותה המתוארת לעיל מוכיחה שכבר פרק זמן ארוך שגם היא הפנימה שאין מנוס מגירושין.

לא ניתן לקבוע את מעמדה של האשה כאשה מורדת. מאחר וגם לאחר המתואר לעיל עדיין לא התקיימו נסיבות בהן הבעל פנה לאשתו בבקשה לחזור לשלום בית והאשה סירבה והוכרזה כמורדת.

הבעל טוען שאשתו התנהלה באופן שלילי ביחס אליו, והחל מהמועד שבו עזב את דירת המגורים המשותפת, הוא מאס באשתו ואינו מסוגל לשוב לחיים משותפים עמה.

לבעל אמתלא לטענת "מאוסה עלי". מאחר וניכרים דברי אמת שהאשה התעלמה ממנו כפי טענתו. רצונו המתמשך של הבעל להעדיף סבל מחוץ לבית ובלבד שלא לשוב לגור עם אשתו בבית מוכיחים שהאמת היא שהבעל מאס באשתו. גם האשה נהגה כמי שברור לה שאין מנוס מגירושין, והשקיעה מאמץ בהליכים לאיזון משאבים שאין בהם אלא להוביל לסיום השיתוף הכלכלי ובהכרח יביאו לגירושין, הרי בכך היא מודה שאין מנוס מגירושין. עכ"פ מבחינת הבעל זו אמתלא המצדיקה גירושין.

בהתאם לאמור, ככל שהדבר נוגע לכפיית האשה בגירושין בניגוד לרצונה, חל על הבעל חרם דרבנו גרשם שלא לגרש אשה בעל כורחה. זאת מאחר ולדעת הרבה פוסקים גם כאשר הבעל טוען "מאוסה עלי" באמתלא מבוררת, חל חרם דר"ג שלא לגרשה בעל כורחה.

כך פסק הרמ"א אה"ע סי' קיז טעיף יא שהתובע גירושין עקב מומין שהתגלו באשתו, והן מסוג המומין שבאיש אין כופין לגרש, גם אם האשה מאוסה בעיניו בגין מומין אלו, הוא אינו יכול לגרשה בעל כורחה, והסכימו עמו הח"מ הב"ש וביאור הגר"א. גם בספר ישועות יעקב אה"ע סי' עז שהובא בפת"ש סק"ב פסק, שאין לחייב אישה בגירושין למרות שהבעל טוען "מאוסה היא עלי" ויש לו טעם מבורר.

עיין עוד בזה בספר כנסת הגדולה אה"ע סי' א' הגהות ב"י ס"ק לג, ובתשובת נודע ביהודה קמא אה"ע סי' פד. וכן בספר אבן יקרה ח"ג סי' כד בבעל התובע גירושין עקב בעיה נפשית של האשה שלקתה בהתפרצויות של היסטריה, ובספר ברכת רצה סי' ק"ח שהביא באוצה"פ סי' א' ס"ק ע"ג אות ט"ז.

וכן בתשובת דברי מלכיאל חלק ג' סי' ק' דחה סברת הפוסקים לחייב האשה בגירושין כשהבעל טוען "מאוסה עלי", הואיל ואותם פוסקים הסתמכו על דעת הראשונים שיש לכפות גירושין על הבעל בטענת "מאוס עלי". וכתב:

"אנן לא קיי"ל כמ"ד במאוס עלי כופין להוציא. ועוד דא"כ למה צריך היתר בנשתתית. והרי כל הפוסקים כתבו שצריך ק"ר



כשם שבאשה הטוענת "מאייס עלי" באמתלא מבוררת ניתן לדון בחלוקת רכוש בהתאם ל"דינא דמתיבתא" המבואר באה"ע סי' עז ס"ג ברמ"א, ולדעת רוב הפוסקים אף קודם הגירושוין. כך ביחס לאיש, מאחר שרבינו גרשם השווה את כוח האשה לכוח האיש, אין לאשה עדיפות למנוע חלוקת רכוש בנסיבות דומות.

לאור האמור ביה"ד מחליט:

א. בנידון זה, יש לדון את הבעל כמי שאשתו מאוסה עליו וטענתו כנה ומבוררת, לפיכך על האשה להסכים לקבל גט מרצונה.

ב. הצדדים מוזמנים לדיון בו האשה תבקש לקבל גט בהסכמה. הדיון יתקיים ביום... במועד זה לא יתקיים דיון בתביעה כלשהיא אלא רק סידור הגט בלבד. על האשה להביא לדיון כתובה ותעודת נישואין, וכן יתלווה לצדדים אדם נוסף המכיר אותם ואת אביהם היטב לעדות על השמות. אם האשה תסרב להתגרש, ייכתב גט שיושלש בבית הדין.

ג. אם האשה תסרב להתגרש בהסכמה, אחר שהבעל ישלש גט וכתובה, בית הדין יחליט שבנסיבות שבפנינו דינו של הבעל כמי שמאס באשתו באמתלא מבוררת. גם כאשר האשה זכאית למוזנות, אין מקום לעכב את פירוק השיתוף באמצעות צו ל"מדור ספציפי".

פרק זמן קצר לאחר שניתן פסק הדין המפורט לעיל, ניתנה החלטה משלימה כדלהלן: ביום... ניתן פסק דין ובהתאם לפסק הדין הצדדים זומנו לדיון. הבעל הופיע לדיון והשליש גט פיטורין עבור האשה.

ביחס לכתובה, הבעל הציג עותק משטר הכתובה שבה נקוב סך 100,000 שקל. הבעל מבקש כי במסגרת הליך פירוק השיתוף המתנהל בבית המשפט, יוקצה סכום של 100,000 שקל שיופקד בנאמנות בגין חובו עפ"י שטר הכתובה מתוך חלקו בדירת המגורים המצויה בהליכי פירוק שיתוף. הכסף יישאר בנאמנות ויועבר לאשה רק לאחר שיוסדר ג"פ כדמו"י.

בית הדין מאשר את הבקשה, ועם קבלת החלטה מתאימה מבית המשפט המאשרת את הסדרת ההליך כאמור, בית הדין יאשר כי גם הכתובה הושלשה עפ"י המתחייב בפסק הדין הנזכר, ובהתאם לסעיף ג' ממסקנות פסק הדין הבעל יוכל לבקש לדון בשלילת דמי המוזנות.

בנסיבות המתוארות ובהמשך למסקנות פסק הדין, ובכפוף לכך שההליך להשלשת הכתובה יוסדר כאמור, אין מקום לצו ל"מדור ספציפי".

אף בעל כרחיה של האשה הוי פרעון להפטר מחוב כתובה, וכיון דמיפטר מהכתובה ממילא אבדה כל תנאי כתובה, וכן מחמת דאגידא ביה לא שייך אם רוצה להתירה על ידי גט ומה לו במה דאינה רוצית לקבל להגט, לכן שפיר מועיל הרי גיטך וכתובתך להיות פטור ממוזנות, דהא לכל הטעמים של חיוב מוזנות ליתא בזה, וזהו טעם נכון על מה דאמרו דמועיל השלשת הגט וכתובה להיות פטור ממוזנות".

ועיין בפד"ר כרך א' עמ' 201-193 וכרך ג' עמ' 188-176 ובכרך ה' עמ' 297-296.

ובפד"ר חלק ה עמוד 297 העלו במסקנתם:

"ובכן לאור קביעת כב' ביה"ד האזורי שטענת הבעל שאשתו מאוסה עליו היא טענה כנה ומבוררת, ולאור העובדה שכבר נעשה מעשה והבעל השליש ג"פ לאשתו בביה"ד, הרי במקרה כזה יש לדון שאין להוציא מידי הבעל כסף למוזנותיה, וזה לאחר שישלם לה כתובה, לפני תשלום הכתובה האשה זכאית לתבוע מבעלה דמי מוזנותיה ורפואתה".

עוד נציין כי הבית מאיר אה"ע סי' עז ועוד פוסקים שהובאו באוצר הפוסקים (שם) כתבו, כל עוד חדר"ג עומד בעינו, אין לשלול מהאישה מוזנות מאחר שיש בכך כפיית האשה לגירושוין, אם תישאר ללא מקור מחייה. אולם בנידון זה לאחר השלשת הכתובה, וכן לאחר בחינת זכויות הממון שהאישה מקבלת בהליכי בית המשפט, יהיה ניתן לברר האם שלילת המוזנות כמוה ככפייה לגירושוין.

עיין בספר ברית יעקב חלק אה"ע סי' נב שבאר שיטת הרא"ם, וכתב שאמנם מדינא דגמ' אינו נפטר ממוזנות כל עוד האשה לא קיבלה גט לידה, אך היינו מכיון שלדינא דגמ' אשה מתגרשת גם שלא מדעתה. משא"כ לאחר חרם דר"ג "דאינו יכול להכריחה ולכופה לקבל גט, א"כ אם אומר שרוצה לגרש ונותן לה הכתובה, הוי אנוס בתקנתא דרמ"ה י"ל דפטור ממוזנות". ולפי דרכו כתב הברית יעקב ליישב את קושיות החלקת מחוקק והבית שמואל על הרא"ם מתשובות הרא"ש והמהרי"ק, וכתב שבתשובות אלו הנידון הוא באשה שאינה יכולה לפרנס עצמה, ובמניעת מוזנות הבעל בעצם כופה את אשתו לקבל גט, כאשר הבעל מנוע מכך מכוח תקנת ר"ג.

הוסיף הברית יעקב, וכתב:

"וכה"ג גם הר"א מזרחי מודה דאינו יכול למנוע שכ"ו, דזהו גופא הוי כפי' ובע"כ מוכרחת לקבל גט. ודוקא באשה בריאה דבת מלאכה היא דיכולה להתפרנס ממעשי ידיה לא הוי כפייה לדעת ר' אליהו מזרחי".

לכאורה, בנסיבות שלא נשללה הזכאות העקרונית למוזנות ולמדור, לא נשללה גם הזכאות ל"מדור ספציפי". אולם,

## סימן נח

## חיוב האשה בגט עקב וגיניזמוס

## רקע רפואי

שורש המשבר נעוץ בבעיה הקיימת אצל האשה, המונעת את קיום יחסי האישות, בעיה המכונה "וגיניזמוס". מאחר ושני הצדדים מסכימים שזהו האבחון הנכון לבעיה, בית הדין הבהיר את טיבה, כפי שנכתבה ע"י הרב ד"ר מרדכי הלפרין במאמר אסיא חוברת פז- פח, ולא הועתק במסגרת הנוכחית.

## זכותה של האשה בתשלום הכתובה בנסיבות אלו

בפוסקים, ראשונים ואחרונים, דנו בשאלת חיוב הגט ותשלום הכתובה בנסיבות אלו, והם כינו בעיה זו כבעיה של אטימות הקיימת אצל האשה. הראשון שדן בשאלה זו הוא הרא"ש בתשובה כלל לג סי' ב', ח"ל:

"ראובן רוצה להפסיד כתובתה ותנאי כתובתה בשלש טענות. האחד, שטוען שאינה ראויה לאיש, והיא כופרת ואומרת שהיא ככל הנשים. דבר זה יבדק ע"פ נשים הגונות וכשרות יודעות בדבר זה, אם יאמרו שאינה ראויה לאיש, אין לה עליו לא כתובה ולא תנאי כתובה. ואם יאמרו שהיא ראויה לאיש, הרי נתבטלה אותה טענה. וכל זמן שלא נבדקה אינו חייב במזונותיה, מאחר שהוא טוען טענת בריא שאינה ראויה לאיש, וגם דבריו עומדין להתברר לאלתר, ואם כן למה נחייבו מזונות, היא תצוה לבדוק את עצמה, אם היא רוצה להכחישו, ואחר שתבדק תתבטל טענה זו".

דינו של הרא"ש נפסק בשולחן ערוך אבן העזר סי' קיז סעיף ב':

"אשה שנבדקה על ידי נשים, ואמרו שאינה ראויה לאיש, אין לה כתובה ולא תנאי כתובה. ואם הבעל טוען עליה כך, כל זמן שלא נבדקה אינו חייב במזונותיה".

וכתב הבית שמואל סק"ט:

"עיינן תשובת רש"ך שם ובס' ב' סי' צ"ו, דאיכא תרי גווני אינה ראויה. אם מחמת כאב, הוי כאיילנות דמתקשות בעת התשמיש ויש לה תוס'. ואם רחמה צר דאינה ראויה לתשמיש, אין לה תוספת, ובזו ליכא פלוגתא, כיון דאינה ראויה לביאה, אינו נתן לה מתנה".

הרי שבמקרה שבו אין ספק שהאשה אינה ראויה לקיום יחסי אישות, כגון שרחמה צר ואינה ראויה לתשמיש, יש לקבל את תביעת הגירושין, והבעל פטור מתשלום הכתובה.

ונציין למש"כ בתוספות במסכת יבמות דף סה:

"מצאתי בתשובה אחת שפסק ריצב"א ... ואם אין יכול לבעול מחמת שרחמה צר, כתב דאם המתין שלוש שנים, דימתין עוד שנה".

בפני בית הדין תביעת הבעל לגירושין ותביעת האשה לשלום בית ולמזונות.

## המקרה הנידון

הצדדים נשואים שבע שנים, וללא ילדים. התקיים דיון אחד שבו בית הדין שמע את מכלול טענותיהם. התברר כי החל מיום הנישואין, בני הזוג נתקלו בבעיה חמורה אצל האשה, בעיה המונעת ממנה לשתף פעולה בעת קיום היחסים ולאפשר את קיומם. למרות שבני הזוג פנו לגורמים מקצועיים רבים, אך לא נמצא פתרון לבעיה. הצדדים גרים בנפרד לאחר שהבעל בחר לעזוב את הבית עקב סכסוך.

יצויין כי לאחר עזיבת הבעל את הבית, האשה פנתה לטיפול נוסף ושונה, אצל פלונית, פיזיותרפיסטית ואחות מוסמכת המומחית בתחום זה, ובמכתב שהוצג בפנינו הנ"ל אישרה שאמנם במשך שבע שנים היתה קיימת בעיה זו אצל האשה, וללא פתרון, אך לדבריה כעת מצאה את הדרך לסייע לפתרון הבעיה באמצעות טכניקות מיוחדות, וכי כעת המטופלת מצליחה להגיע לתוצאות היכולות לאפשר קיום יחסים, אך עדיין מקובל לצרף את בן הזוג לצורך קבלת תוצאות טובות יותר.

בנסיבות אלו האשה תובעת להורות לבעל לשוב לבית ולפסוק לדחות את תביעת הגירושין ולקבל את תביעתה לשלום בית ולמזונות.

הבעל מבקש להורות על גירושין ושלילת מזונות וכתובה, ודוחה את ההצעה לבחון האם אמנם הבעיה נפתרה. לדבריו, כעת לאחר שבע שנים קשות של ניסיונות אין ספור, הוא אינו מסוגל לנסות פעם נוספת. ב"כ הבעל הודיע בדיון: "הבעל אומר שהוא לא מסוגל ולא בנוי לניסיון נוסף, הוא הקריב מעל ומעבר יש גבול. והאפשרות היחידה זה גט, או מתן היתר לשאת אשה שנייה".

אין ספק שבפנינו מקרה קשה שבו הצדדים חוו משבר קשה הנעוץ בבעיה שהוצגה בפנינו. במשך תקופה ארוכה של שבע שנים, הצדדים עשו מאמץ לפתור את הבעיה בדרכים שונות ואצל מטפלים ומטפלות מסוגים שונים וכן התייעצו עם רבנים, אך ללא פתרון. גם התערבות חיצונית לקריעת קרום הבתולים, לא הועילה.

הבעל כבר אינו מחזיק מעמד בחיי סבל מתמשכים אלו, ומבקש לסיים את הנישואין ולאפשר לו לפתוח דף חדש ולהקים משפחה בישראל. ומבקש שלא להורות לו לשוב ולנסות, מה עוד שכל הניסיונות במשך שבע שנים היו כרוכים בהוצאת זרע לבטלה שלא כדרך כל הארץ.

"סריס שקידש ... וכן איילונית שנתקדשה, הוי קידושין, ויש אומרים שאיילונית ודאית אינה מקודשת".

הדעה הראשונה היא דעת הרמב"ם בהלכות אישות פ"ד הלכה י', ולדעת המ"מ אליבא דשיטת הרמב"ם אין חילוק בין הכיר בה ללא הכיר בה ובכל גווני הרי אלו קידושין. ועיי"ש בלח"מ שהקשה על זה, כיצד ניתן לקיים את הקידושין בלא הכיר בה.

ובספר חלקת יואב חלק אה"ע סי' כד כתב שאף לדעת הסוברים לקיים קידושי איילונית אף שלא הכיר בה:

"מ"מ נ"ל דעכשיו שיש חרם דרבינו גרשם ואינו יכול לגרשה בעל כרחא, אפשר דכו"ע מודים דאינה מקודשת. וסברתם הוא דל"ש אדעתא דהכי לא קידשה באיש, כיון שיש בידו לגרשה אם לא יתרצה בה, כמ"ש הנוב"י תניינא סוף סי' פ', משא"כ עכשיו שיש חדר"ג לכו"ע אינה מקודשת".

הרי שלפי דרכו, ועל יסוד ההשוואה בין נידון דידן לאיילונית, יש להורות ביטול קידושין עקב מקח טעות.

בספר דברי חיים חלק אבן העזר חלק א' סי' מח דן בשאלה דומה, ולדעתו גם אם האשה לא ידעה על כך מראש, שקיימת בעיה כזו אצלה, אין לפסוק ביטול קידושין ולהוציאה ללא גט, אך עכ"פ לעניין חיוב גירושין והיתר חרם דר"ג, אין מניעה להתירו.

וז"ל הדברי חיים:

"אחד נשא בתולה ולא יוכל לבא עליה מחמת שרחמה אטומה, ונשתהא הדבר הרבה שלא דרו ביחד על ידי זה. ועתה האשה טוענת שהיתה אצל רופאים ונתרפאת, שיוכל מעתה להזדקק לה ורוצה לדור עמו. והוא טוען שמאוסה בעיניו על ידי מה שנעשה לה רפואה על ידי רופאים בחתיכת בשרה, ורוצה לפוטרה בגט בלא כתובה".

הדברי חיים בתשובתו מאריך בבירור שאלה זו ולהלן עיקרי דבריו:

"מוכח מדברי הש"ס, דבודאי מקודשת גמורה איילונית שלא הכיר בה, מדחייב בתוספת, ורק שממון אין מוציאין היינו הכתובה ותנאיה כמו שאין מוציאין ממון ברוב ... אך במום שרחמה אטום בנידון דידן דאין לה תוספת, כמבואר בש"ס ופוסקים [עיי' סי' קי"ז סעיף ב' ובכ"ש שם ס"ק ט'], וכתב הר"ן ז"ל [בכל מומין דאין לה תוספת עיין שם בפרק אלמנה נזונית דף ק"א ע"א הנ"ל] הטעם כיון שעליה דידה רמיה לגלויי אין עליו לבדוק, אם כן שוב כיון דאין עליו לבדוק, הוי מקח טעות לגמרי במום גדול כזה גם להרמב"ם, ואינה צריכה גט. אם כן כיון דאין צריכה גט, בודאי גם אם נרצה להחמיר לענין איסור ערוה להצריכה גט, אבל לא לענין תקנת רבינו גרשום. דבודאי מותר ליתן גט בעל כרחא וליקח אשה אחרת עליה, ויעוין בבית שמואל סי' קי"ז [ס"ק כ"ד] שכתב בהדיא דאם היו בה מומין והוא לא ידע, כופין אותה לקבל גט גם בזמן הזה.

וגם אפילו אי נימא שלא היתה יודעת מזה לפי מאי דמבואר בשבות יעקב [הנ"ל] דמחלק דבאיילונית מקודשת דיש אנשים שנושאים נשים שאינן ראוין להוליד, אבל במומין אינה

במקרה שבפנינו, מאחר שהבעל המתין יותר מארבע שנים, ואין מקום להמתנה נוספת.

בכמה מתשובות האחרונים דנו בשאלה דומה לנידון זה, ובתוך דבריהם דנו שתי שאלות עיקריות. האחת, האם ניתן לקבוע שהקידושין בטלים בטענת מקח טעות עקב בעיה זו המונעת דבר יסודי בנישואין. והשנייה, כיצד יש להתייחס לנסיבות בהן לאחר זמן עלתה טענה שהאשה כבר נרפאה מהליקוי.

אך נפתח בפסק דין של ביה"ד הגדול (בהרכב הדיינים נ"ע הג"ר יצחק נסים, הגאון ר"ש אלישיב והגר"ב זולטי) בפד"ר חלק ד' עמוד 325, ובפסק הדין כתבו כדלהלן:

"אף שלא מצאנו חבר למום זה במומין השנויים באה"ע סי' ל"ט, והלכה השנויה בסי' קי"ז: - אשה שנבדקה ע"י נשים ואמרו שאינה ראויה לאיש, מיירי שיש לה פגם גופני, או שרחמה צר, או שיש לה אוטם ברחם (עי' אה"ע סי' כ"ג סעיף ה'), מ"מ הדבר נראה פשוט שזה לא גרע משארי מומין המפורטים בסי' ל"ט ועוד יותר חמור מהם, שהרי הדבר הזה פוגע ביסוד ושורש של חיי הנשואין".

אמנם בפסק דין זה הוסיפו נקודה נוספת, ודבריהם הובאו על ידי האשה, באמצעות ב"כ, וכתבו בלשון זו:

"אלא שמ"מ הדבר טעון בירור, אם במקרה כגון זה איכא סמיה בידי הרופאים לרפאות וקרובה רפואתה לבוא, כי אז יש לדון דאין להכניס את זה בפרשת המומין, ויש מקום לחלק בין מום המהווה פגם וחסרון בגופה שהלכה היא שאף בהלכה לרופא ורפא אותה אחרי הנשואין - גם לפני שנודע לבעלה על המום - אינה מקודשת בקידשה ע"מ שאין בה מומין - הואיל והיא מאוסה עליו מצד המום שהיה בה, כמבואר באה"ע סי' ל"ט. משא"כ כשאין מום בגופה, והליקוּתא הוא רק פסיכי כבמקרה דנן, יש לדון דלא הוי מום כשבידי הרופאים רפואה בדוקה לסלק את הריעותא הזאת".

נראה כי בנידון שבפנינו הליקוי הוא משולב, ויתכן ששורש הבעיה היא מתחום הפסיכולוגיה אך היא בעיה המשליכה ישירות על הפיסיולוגיה, וכפי שהתבאר לעיל בתיאור הרפואי שכתב הד"ר הרב מרדכי הלפרין. ובוודאי שלמעשה הבעל נתקל בליקוי פיסיולוגי גופני. ומסתבר שזהו הנידון בתשובת רא"ש ובכל הפוסקים שנביא להלן, ואין יסוד לטעון שמאחר וכאן זוהי רק בעיה פסיכולוגית, דבריהם אינם רלוואנטיים לנידון דידן. גם בפוסקים שיובאו להלן דנו באפשרות הריפוי, אך לא עלתה על דעתם שמשום כך אין זה מום היכול להביא לביטול קידושין.

#### טענת מקח טעות

עלינו לדון האם יש מקום לבטול הקידושין בטענת מקח טעות.

הפוסקים דנו, האם דינה של אשה שאינה ראויה לאישות, כדין אשה איילנית.

דינה של איילונית נפסק בשולחן ערוך אבן העזר סי' מד סעיף ד' שכתב:

נסמוך על נשים ... אבל אם ידוע בבירור שכן הוא, נראה שאינה צריכה גט."

### האם יש יסוד לטענה שהבעל "סבר וקבל"

עדיין יש לדון האם במקרה כגון נידון דידן, ששהה זמן רב ולא הגיש תביעה בבית דין, האם י"ל שמחל וכבר אינו יכול לטעון טענת מקח טעות.

ביחס לנקודה זו כתב מהר"ם בנעט בתשובתו הנוכרת:

"אין לומר נימא כיון דשהה כל כך ידע ומחיל, דז"א ... דעת תוס' דבמום גדול כאיילונית, גם בשהה אנן סהדי דלא מחיל. ועוד דבכה"ג דאי אפשר לברר טענתו היטב אין ראייה מהא דשהה כ"כ".

ובשו"ת מהר"ש ענגיל ח"ו סי' יח כתב:

"בשלמא בשאר מומין, דעכ"פ יש בעולם אדם שאינו מקפיד, י"ל ידע ומחיל. אבל הכא דאינה ראויה כלל לדור עמה, בכה"ג בוודאי דלא מחיל ... ובפרט דיש בזה איסור חמור שלפי המבואר בספה"ק הוא חטא כזה דל"מ עליו תשובה, ועכ"פ לכ"ע תשובתו חמורה, כמבואר בר"ח פט"ז משער הקדושה, לכן וודאי שלא היה מסכים לזה. והא דשתק ע"ע מפני שסבר שיהיה לה רפואה מיד, ואם היה יודע שיומשך הדבר זמן רב, בוודאי שלא היה שותק".

בספר יהודה יעלה מהר"א אסאד חיו"ד סי' קצה נשאל אודות מום שהתגלה באשה שבתחילת קיום היחסים נאלצת להטיל שתן וגורמת לבעל הוצאת ז"ל, וכתב:

"אמנם מדשהה הבעל כ"כ זמן עמה שנה ויותר אחר הנשואין ולא בא לב"ד מיד אחר ביאתו עליה בפ"א בטענת מום זה או עכ"פ אחר ג' בעילות שכבר ידע שמוחזקת במום זה קבועה ולא מקרה הוא ... ומדלא בא לב"ד אלא שתק י"ל ודאי ידע ומחיל סבר וקיבל ומחיל לה, ושוב אין יכול לטעון עליה, כדקי"ל הכי בש"ע אה"ע ססי' קי"ז, ונהי דודאי מגרשה בע"כ, מ"מ גם בזה"ז דהא שוי' אנפשיה חד"א בטענתו זו, דע"כ הוא צריך לזרות מבחוזן ואין אומרים לו לבעל חטא כדי שהיא תזכה, ואין מאכילין לאדם דבר האסור לו, אבל מיהת להפסידה כתובתה, י"ל כבר מחל לה מדשתק תחלה כנ"ל. אבל באמת נ"ל דאין שתיקתו ראייה על שמחל לה, דיכול הוא לומר סבור הוא אולי תתרפא במשך הזמן, אם הסיבה הוא לחולשת מקוה השתן, אולי יתחזק יותר ותוכל לעצור השתן".

ועיין במהרש"ם חלק ה' סי' מח שהביאו והסכים עמו ביחס לנידון הדומה לנידון דידן.

ובתשובת בית שלמה הנוכרת לאחר שהעלה שהקידושין בטלין מחמת מקח טעות, כתב:

"אלא שכל זה אם לא שהה עמה ל' יום אחר שנתרפאה, אבל כיון שבא בציור השאלה ששהה עמה אח"כ כמה חודשים, אמרינן שודאי בעל אח"כ כמבואר ברמ"א סי' קי"ז ס"י ובבעל אמרינן שודאי נתפייס".

אך גם לפי דרכו, בנידון דנן שלא שהה עמה כלל לאחר

מקודשת גמורה, ואם כן בנידון דידן דהוי מום דאינה ראויה לאיש כמבואר בשו"ע סי' קי"ז סעיף י"א] גם אי נימא דצריכה גט כמו בשאר המומין בקדשה סתם, מכל מקום הא מבואר בהר"ן ז"ל בסוגיא דקדשה על תנאי [כתובות דף ע"ב ע"ב] דמסתמת הש"ס דאינה צריכה גט בקדשה סתם ונמצא בה מומין ורק לחומרא כתב הרמב"ם, אם כן על כל פנים לענין תקנת רבינו גרשום מאור הגולה בודאי מותר לעשות כנ"ל, ואין מחמירין בתקנה כמו באשת איש, ובפרט שרחוק הדבר שלא ידעה האשה מזה דאז אינה צריכה גט כלל, כנ"ל".

וכן בספר שו"ת תפארת יוסף חלק אה"ע סי' י', נשאל בנידון דומה, וז"ל:

"באחד שנשא בתולה ואומר שאינו יכול לבוא עליה מחמת שרחמה אטומה וסגורה, ורוצה לפוטרה בגט בלי כתובה מה דינה. וגם שאל אם האשה טוענת שיכולה להתרפאת או אם כבר נרפאית, והוא טוען שמאוסה עליו מחמת שהיה לה מום זה".

המשיב בתשובת תפארת יוסף האריך בדבריו האם דינה כאיילונית, והביא מפסק השולחן ערוך אבן העזר סי' מד סעיף ד' הנוכר, וכתב התפארת יוסף:

"לדינא ברור בעיני ... דדין זה יש לה דין איילונית ממש ותלי בשתי השיטות המבוארות בש"ע אה"ע סי' מ"ד, ומספק בוודאי אין ביכולתה להוציא ממון אף בנתרפאה אחר כך".

גם בספר משיב כהלכה (להג"ר אברהם זאב פרנקל) חלק אה"ע סי' ז', דן בשאלה דומה, וכתב:

"בגוף הדין ברחמה צר, פשוט לדעתי שהוא מום שמבטל הקידושין אף בלי תנאי. אף דבסתם מומין בלי טענה מבואר בשו"ע אה"ע סי' ל"ט שמקודשת מספק, אמנם במום כזה שמונע כל ענייני אישות, בלי ספק הקידושין בטלין. דהאין יעלה על הדעת שיקח איש אשה שאינה ראויה לאישות כמ"ש התוס' בכתובות (דף ע"ב) לענין מום איילונית, מכ"ש מום כזה שאינה ראויה לאישות כלל ... אף דכנס ובעל, ג"כ אינה צריכה גט, דכאן בוודאי לא אמרינן דמחל, דחזקה רבה אין אדם מתפייס במום כזה", עכ"ל.

וכן בתשובת פרשת מרדכי (למהר"ם בנעט) חלק אה"ע סי' יד כתב:

"בנידון דידן הוי מום גדול דדמיא לאיילונית וגרועה מזה דאינה ראויה לאישות. ובאיילונית בלא הכיר בה, רוב הפוסקים הסכימו דאינה צריכה גט. אבל חלילה להעלות קולא בענין אישות, אבל מ"מ לענין חרם ר"ג דהוי איסור דרבנן כנראה ממנהר"ל סי' ק"א יש לצרף האי סברא".

וכן בשו"ת בית שלמה הסכים דהוי מקח טעות, וכתב:

"עכ"פ לדינא נראה דבנ"ד ולא הכיר בה לא הוי קידושין. ואף דלכאורה איכא למידק מתשובת הרא"ש איפכא, שכתב בכלל ל"ג דאם אמרו הנשים שאינה ראויה לאיש אין לה כתובה, והובא בשו"ע סי' קי"ז, ומשמע דכתובה הוא דלית לה, הא גיטא בעי ... י"ל דבתשובת הרא"ש לא נתברר הענין רק מפי נשים, ולענין איסור אשת איש להוציאה בלא גט, אולי לא

שלדינא אין לסמוך עמ"ש למעלה ואין להתירה בלא גט ... ואף אם שניהם מודים שהיה בה מום זה, אין להתירה לעלמא בלא גט ... אבל עכ"פ אין לה כתובה ולא תוספת, וגם יש לבית הדין לכופה לקבל גט מבעלה".

הדברי חיים בתשובתו הנזכרת כתב:

"אולם בנידון דידן אחרי שכבר נתרפאה דראויה עתה לאיש, י"ל כיון שעתה לא שייך אומדנא דאדעתא דהכי לא קידש, צריכה גט מדינא ככל הנשים, ואינו יכול לגרשה בעל כרחה ולא לישא אחרת עליה, כיון שראויה היא אליו. ומה שטוען שמאוסה היא, זה לא הוי רק מום סתם, ובסתם מום קיימא לן [אה"ע סי' ל"ט סעיף ה'] קדשה סתם צריכה גט, הגם שכתבתי דבתקנה לא מחמירין בזה מכל מקום רק בצירוף טעמא הנ"ל שכתבתי דהוי מום גדול, כל זמן שלא נתרפאה, אך בנתרפאה יש לפקפק ולהחמיר ... אך נראה לי דכל זה מדינא דהש"ס, דהוא יכול ליקח אשה אחרת ואינו עגון בה, אבל לפי תקנת רבינו גרשום מאור הגולה ז"ל דאסור לו ליקח אשה על אשתו, נראה לפענ"ד ברור דגם אם נתרפאה נתבטלו הקידושין מכח אומדנא. דאטו בכיפה יהיה תלוי בה עד שתתפא, ובודאי אדעתא דהכי לא קדשה".

מסקנת הדברי חיים:

"היוצא לנו מזה בנידון דידן ודאי אדעתא דהכי לא קדשה באם יהי' לה מום גדול כזה ולא מחית נפשיה אספיקא דלמא תתפא, ורק אם יש בה מום כזה לא קדשה, וא"כ לא מבעיא לסברת התוס' והרא"ש ז"ל בסי' מ"ד [סעיף ד' הנ"ל] בודאי אינה צריכה גט. אלא אפילו הרמב"ם ז"ל מודה כנ"ל כמו שהארכתי, נהי דאין להחליט הדבר להוציאה בלא גט, אבל מכל מקום אין שום חומר על הבעל לתת גט בעל כרחה או לישא אחרת. גם הסברא מאיסא עלי סברא טובה היא. ולכן יכול להוציאה בעל כרחה בלא כתובה או לישא אחרת כל זה כתבתי להלכה ולא למעשה עד יסכימו עמי עוד בעלי תריסין", עכ"ל.

ובתשובת משיב כהלכה הנזכרת כתב:

"דינה כמקדש סתם ונמצאו בה מומין שאם שתק ולא טען ביטול הקידושין עד לאחר שנתרפאה, אינו יכול לטעון טענת מקח טעות. ובאר המשיב כהלכה - "במום כזה האין נאמר דמחל, וחזקה רבה דאין אומרים מחל במום כזה, עכ"פ אמרינן דדעתו היתה שיתגלגל עמה עד שיעלה מזור ותרופה למכתה, וכעת שעלתה רפואה על זה מחל באם שיהיה לה רפואה ... אמנם זה ברור בעיני באם שצווח תיכף בעת שהיה בה מום ואח"כ נתרפאה, פשוט לדעתי שהקידושין בטלים, אף אם נאמר היכא דנתרפאה בלא התנה הקידושין קיימים, היינו בלא צוות. אבל בצווח מעיקרא, תיכף נתבטלו הקידושין ומה יוסיף כח שנתרפאה. הגע עצמך מי שקנה מקח והיה בו מום, כיון דתיכף כאשר ראה המום צווח נתבטל המקח אף שאח"כ נתרפא". ועיי"ש שהדבר דומה למקרה שבו התגלה מום במקח ולאחר זמן בטל המום, דכבר בטל המקח, ואינו חוזר וניעור".

ומסקנתו:

"בנידון דידן, אם היה צווח תיכף, היה בטל המקח אף

שנמצא מרפא אליבא דטענת האשה, עדיין יש מקום לטענת מקח טעות.

### התייחסות לטענה שנמצא מרפא לליקוי

ביחס לטענת האשה שכעת כבר נמצא פתרון לבעיה, בשלב זה בית הדין אינו יכול להתייחס למצב כפי הנטען שהבעיה באה על פתרונה, ובטרם בני הזוג חזרו לשלום בית לא ניתן לבחון את אמיתות הטענה. אך בשלב הנוכחי על בית הדין להתייחס לשאלה האם יש להורות לבעל לשתף פעולה עם ההליך הטיפולי, ולשוב לשלום בית ולבחון האם אמנם הבעיה נפתרה כנטען ע"י האשה.

גם בשאלה זו דנו הפוסקים הנוכחים לעיל.

במסכת כתובות דף עה: נאמר ביחס למקדש אשה על מנת שאין בה מומין:

"הלכה אצל רופא וריפא אותה אינה מקודשת".

אך הפוסקים הביאו את דינו של ספר המקנה בקו"א על הלכות קידושין סי' לט ס"ו שכתב שאמנם המקדש על תנאי שאין בה מומין ונמצאו מומין אינה מקודשת אף לאחר שנתרפאה מהמומין, אך בקידשה סתם ונמצאו בה מומין, אם חזרה ונתרפאה, מקודשת. ולכאורה גם בנידון שבפנינו, אם אכן האשה נתרפאה כנטען על ידה, שוב אין יסוד לטענת מקח טעות.

וז"ל ספר המקנה:

"הנראה לענ"ד יותר די"ל דהא דאינו מועיל אפילו נתרפאת, היינו דוקא בהתנה בפירוש, אבל בקדשה סתם, כיון דאזלינן בתר סתם בני אדם, י"ל דסתם בני"א אינם מקפידים על מומין שנתרפאו. דדוקא כשהתנה בפירוש ע"מ שאין בה מומין, אמרינן דמקפידים אם יש בה מום ולא תתקדש אפילו היכא שתוכל להתרפאות ... בסתם אין קפידא אם נתרפאו, אפילו נתרפאו לאחר אירוסין. וכן משמע קצת מלשון הרמב"ם והשו"ע שכתבו דוקא אם התנה וצ"ע".

ובבית שלמה חלק אה"ע סי' ע"ו כתב:

"לכאורה היה מקום לומר דאף אם האמת הוא שנתרפאה, מ"מ עכ"פ כיון שהיה בה מום זה בשעת הקידושין והכניסה, א"כ אף אם נתרפאה אינה מקודשת, כדקתני בברייתא בהמדיר, דהלכה אצל רופא וריפא אותה אינה מקודשת. ואף ש"ל דכל זה בקידשה על תנאי, אבל בקידשה סתם מקודשת בכה"ג, וכ"מ בספר המקנה בקו"א סי' ל"ט. זהו בשאר מומין, אבל במום זה דסתמו כפירושו מטעם הנ"ל, א"כ אף שנתרפאה אינה מקודשת. ועוד דכל זה אם לא נתוודע לבעל עד אחר רפואה, אבל בנ"ד שנודע לו מקודם, י"ל דאף בשאר מומין אינה מקודשת אף בקידשה סתם, ועיין חלקת מחוקק וב"ש סס"י ל"ט ... אבל לעולם דגם בנ"ד אף אם נתרפאה אח"כ, בפרט אחר שכבר נודע המום לבעל, לא מהני מידי ואינה מקודשת", עכ"ל.

מסקנת הבית שלמה בנידונו:

"אמנם אם האשה מודה שלא נבעלה מאז ... שנתרפאה, הגם

מהרש"ם תשובת ריצב"א שהובאה בתוספות במסכת יבמות דף סה: שכתב: "ואם אין יכול לבעול מחמת שרחמה צר, כתב דאם המתין שלוש שנים, דימתין עוד שנה", אינה נוגעת לנידון דידן מאחר שבאותו נידון, האשה היה רחמה פתוח והיתה קיימת אפשרות מסויימת לקיום יחסים באופן חלקי עכ"פ, משא"כ בנידון דידן. אך עיין באוצר הפוסקים אה"ע סי' כג ס"ק יז סק"ד ביאור אחר בדעת תשובת ריצב"א. אך אין כאן מקומו להאריך בזה, מאחר והוסכם על הפוסקים הנזכרים לעיל שמום זה מבטל את הקידושין, הרי שביטול זה במקומו עומד מפני העדר היכולת לקיום יחסים, וזאת גם אם למעשה לא היה איסור של הוצאת ז"ל בכל ניסיון לקיום יחסים בנסיבות אלו.

### העולה מתוך האמור

מאחר שאין מחלוקת בין הצדדים שבמשך שבע שנים לא התקיימו ולא יכלו להתקיים יחסים תקינים בין הצדדים ואפילו לא יחסים מינימאליים, וזאת עקב הבעיה המתוארת לעיל, בנסיבות אלו התעורר ספק על תקפות הקידושין. תביעת הגירושין מתקבלת, ויש להורות לאשה לבוא ולקבל גט. וכן האשה אינה זכאית לכתובה או מזונות מבעלה. כעת כבר לא נכון להורות לבעל לשתף פעולה עם ההליך הטיפולי שהאשה מצויה בו. כאמור הבעל אינו חייב במזונותיה וברפואתה ואין מוטל עליו לשתף פעולה בהליך זה.

בנסיבות אלו בית הדין אינו זקוק להכריע בשאלת האמינות והמשמעות המעשית העולה מהמסמך שהוגש על ידי האשה והחתום על ידי המטפלת פלונית.

### על כן בית הדין פוסק:

- א. תביעת הגירושין מתקבלת, ומזכירות בית הדין תקבע לצדדים מועד לסידור הגט. למועד זה יביאו כתובה ותעודת נישואין ועד לבירור שמותיהם.
- ב. תביעת שלום הבית נדחית, וכן אין מקום לחיוב הבעל בתשלום מזונות וכתובה.

שנתרפאה אחר כך. אבל בשתק מתחילה, אף במום כזה אמרינן כוונתו היתה דילמא תתרפא ואין אדם טורח בסעודה וכו' עכ"פ היה רצונו שיתגלגל עמה".

ולפי דרכו של המשיב כהלכה, בנידון דידן שהבעל עזב את הבית והגיש תביעת גירושין כחודשיים וחצי קודם למועד שבו נכתבה חו"ד המטפלת על פתרון הבעיה, הרי שיש מקום לטענת מקח טעות, מאחר שלא מחל על טענתו עוד קודם שהתקיים ההליך הטיפולי הנטען על ידי האשה.

### זכאות האשה לכתובה עקב היחסים שהתקיימו

ביחס לבירור שעלה בכתבי טענות הבעל האם התקיימו יחסים מינימאליים הכוללים העראה או לא, ראוי לציין למש"כ בזה במהרש"ם חלק ה' סי' מח, וז"ל:

"כיון דמבואר ברש"י כתובות ק"א דטעמא דבאיילונית יש לה תוספת כתובה משום חיבת ביאה, א"כ ה"נ בנ"ד אי ראוי להכנסת עטרה, עכ"פ שוב מגיע לה ג"כ התוספת כתובה, ועיין תוס' קידושין י' וכמה דוכתי בענין כל הבעל דעתו על גמר ביאה יעושה ותכין, ולא אדע ענין האיטום בנ"ד אם הוא בגדר זה וצריך בירור. ובזה יש לפקפק גם במ"ש רומ"מ מדברי הב"ש בשם רש"ך דאם א"ר לביאה כלל אין לה תוספת כתובה, ולפמ"ש נראה דהיינו אם אינה ראוייה גם לביאת העראה, אבל אם ראוייה להעראה יש לה תוספת כתובה. ואולם נראה דכיון דהרא"ש בתשובה והובא בשו"ע סי' כ"ג פסק דבכה"ג ביש לה אוטם ברחם שזורה בחוץ אף שדש בפנים אסור לשמש עמה, ע"ש. א"כ ממילא לא גרע מחופת נדה עכ"פ דאף שראוייה לביאה, מ"מ כיון דאיסורא רמיה עלה הוי כאינה ראוייה לביאה. וא"כ ה"נ בנ"ד והוא כארוסה לענין תוספת כתובה, וכמ"ש דהא גם בהעראה אסור לשמש עמה, דהא אם יוציא זרעו יהיה כמוציא ז"ל. אבל בנידון התוס' יבמות ס"ה דהאשה רחמה פתוח ומותר לו לשמש, אף שא"י למרק, ולכן שפיר כתבו דאיכא חיבת ביאה כיון דהאשה ראוייה לביאה גמורה", עכ"ל.

אמנם עדיין יש לדון האם בנסיבות הנוכחיות, קיום היחסים היה כרוך באיסור הוצאת ז"ל, כפי שנקט מהרש"ם. לדעת

## סימן נט

### חיוב אשה בגירושין עקב העלמת מחלה נפשית

בדיון נוסף שהתקיים בביה"ד הבעל חזר וטען על התפרצויות מצד אשתו והוסיף שנודע לו שאשתו היתה מאושפזת בבית חולים פסיכיאטרי קודם לנישואין ולא סיפרה לו על כך. בתגובה, האשה ענתה כדלהלן: "בגיל 20-21 היה לי חבר ואבא שלי לא רצה אותו ולכן נפרדנו וזה גרם לי לדיכאון והייתי מאושפזת שלשה ימים, נכון שלא סיפרתי לו על כך קודם הנישואין, מדוע הייתי צריכה לספר לו, מאז האירוע לא היה לי כל טיפול נפשי".

ביה"ד קבע שיש מקום לבירור נושא האשפוז ולקבוע האם

בפני בית הדין תביעת הבעל לגירושין. בני הזוג נשואים ארבע וחצי שנים. הדיון הראשון בתביעה זו התקיים לפני למעלה משנה. אמנם בכתב התביעה עלו טענות שונות, אך אחת הטענות שעלו בדיון הראשון היתה טענה על התנהגות עצבנית של האשה ושהיא מנבלת את הפה באופן שאינו יכול להמשיך בחיים משותפים עמה. בנוסף הבעל טען: "אני חושש ממנה, היא נתנה לי מכות במקל, לאחר הדיון הקודם ניסינו שלום בית ולאחר כמה חודשים החלה התפרצות".

"יש מקום לדון על כפיה מחמת מום גם אם אין המחלה בדרגה מלאה וחמורה".

אמנם בשו"ע סי' ל"ט הנזכר, הדיון הוא במום שהעלימו מהבעל ועדיין המום קיים בעת שהבעל מבקש לבטל את הנישואין, ובנידון דנן, אין ספק שכעת היא אינה במצב שהיתה בעבר. אך ככל שהדבר נוגע להעלמת מחלת נפש, אף שהיא כבר נתרפאה, עדיין יש מקום לטענתו לפטור מכתובה עקב ביטול הנישואין.

בשו"ת מהר"ח אור זרוע סי' קע כתב:

"אחד שקדש אשה וקודם הארוסין יותר משנה נכפית פעם אחת ושוב לא נכפית עד שנתארסה ... נראה דאין לה כתובה, אבל בלא גט אין להתירה דספק קידושין הם, מיהו נראה דכפינן לה לקבל גט".

וכן פסק באבני נור חלק אה"ע סי' קע"ו באשה שהתברר שקודם לנישואין חלתה במחלת הנפילה והעלימה מהבעל שהפסידה כתובה ויכול לגרשה בעל כרחו.

ועיין בתשובת הרא"ש כלל מב בתשובת רבי יצחק ב"ר מאיר שכתב לדון שחולי מחלת הנפילה יחשב כמום מפני שדומה לשוטה. על כן נראה שדינם של מהר"ח א"ו והאבני נור יאמר גם במחלת נפש.

ובספר תועפות ראם (להגרא"מ טויבש) חלק אה"ע סי' מא כתב לענין התרת התקשרות שידוכין שיש בהם חרם וקנס, שיש לחלק בין מום בעלמא שנודע שהיה ואח"כ נתרפא למום של מחלת נפש, וז"ל:

"אבל בנשתתית כיון דאמרינן בגמרא דבבא קמא דף פו: שוטה אין לך בושת גדול מזה, וא"כ אף שחזרה לאיתנה הרי כתבו התוספות בפרק המדיר דף עד: ד"ה חכם עוקר הנדר מעיקרו דבקפידת המומין תלי הטעם, שאחר שנתרפאת היא נמאסת בעיניו שזוכר שהיו בה מומין ע"ש. וא"כ אף שחזרה לאיתנה, מ"מ כיון שכבר נשתתית, גם היא נמאסת בעיניו כשזוכר מפגם הנשתתית מאז, ואדעתא דהכי לא נשבע, כנ"ל".

ובספר פתחא זוטא (להג"ר פנחס חיים הלוי הורוויץ) חלק אה"ע סי' יט הביא מדברי התועפות ראם והוסיף:

"ועוד יש לבאר זאת ולחלק בין חולי השגעון לשאר מומין, דבשלמא שאר מומין שפיר כתבו משום דסתם בני אדם אין מקפידין במומין שעברו, דאין אדם מתבייש אם היו בו פעם אחת איזה מום שנתרפא. וכן עמא דבר דאם איש אחד יחלה ח"ו על חולי העיניים וכדומה ויתרפא, בודאי אח"כ לא יתבייש, ולא יכלם מאומה. משא"כ אם היה פעם אחת חולה השגעון והשוטה, אזי בודאי אף שנתרפא עדיין הבושה במקומה עומדת קצת. ודוגמא לזה מימרת הש"ס ב"ק דף פ"ו שאמרינן שם שוטה אין לך בושת גדולה מזה ... ונראה לפענ"ד ברור ונכון שיש לדמות חולי השגעון ר"ל להא דמבואר בחלקת מחוקק סי' קי"ז סק"ב דאם היתה מצורעת או חולי נכפית קודם הקידושין הוי מום אף שנתרפאה קודם הקידושין, משום דחיישינן שמא יחזור החולי ר"ל כנפלענ"ד ברור".

אכן האשה העלימה מידע בעייתית. וניתן צו לגילוי המסמכים הרפואיים מבית חולים.

כעת בפנינו החומר מבית החולים הפסיכיאטרי וממנו עולה שהאשה עברה שלשה אשפוזים. האחד בהיותה בגיל 19. האשפוז נמשך ארבעה ימים ושחררה בניגוד לחו"ד הצוות המטפל, ומהדו"ח הרפואי עולה תמונה של אירוע קשה שהאשה עברה בזמנו. אירוע נוסף אירע לאחר שנתיים, ואשפוז נוסף בהיותה בגיל 23, ואשפוז נוסף אירע בהיותה בגיל 26 במשך כחודשיים, חלקו היה במחלקה סגורה, עקב החמרה במצבה.

במסגרת הנוכחית אין מקום להכנס לפירוט מדויק של המצב הרפואי של האשה בזמנו והדו"ח הרפואי נשאר חסוי, אך יצוין, אמנם אין אבחון על מחלת סכיזופרניה אך אין ספק שהתפרצה אצל האשה מחלה נפשית קשה שלוש או ארבע פעמים, והיא עברה שלשה אשפוזים, וכן נציין שבסיכום המחלה מהאשפוז האחרון נכתב שהיא סבלה ממצב מניקאלי-רגזני.

סיכומו של דבר, האשה נישאה בהיותה בגיל 33 והעלימה מהבעל מידע חשוב על בעיות קשות שעברה מספר שנים קודם לנישואין, בין גיל 19 לגיל 26, בנסיבות אלו אף ניתן לראות קשר בין הטענות המייחסות לאשה התנהגות עצבנית ורגזנית ואף אלימה. ועוד נציין שהאשה הודתה שלא סיפרה דבר לבעל, ואף בביה"ד המשיכה להעלים ממנו את המידע הבסיסי על מצבה בעבר. וכן נציין שהבעל לא חזר לחיים משותפים עם אשתו לאחר שנודע לו על האשפוזים שעברה.

בנסיבות אלו יש מקום לקבל את תביעת הגירושיין ולחייב את האשה בגירושיין וללא תשלום הכתובה.

אין ספק שהמידע הרפואי מהסוג הנזכר היה חייב להיות מועבר לבעל קודם לנישואין, והעלמתו מהבעל גוררת אחריה חיוב האשה בגירושיין, כמו שכתב הב"ש סי' קי"ז ס"ק כד:

"אבל אם היה בה מומין והוא לא ידע י"ל דכופין אותה, כיון דעשתה שלא כהוגן, כמ"ש בתשובת הרא"ש כלל ל"ה אם הוא עשה שלא כהוגן וקידש ברמאות כופין אותו, ה"ה דכופין אותה".

אך מלבד זאת, העלמת מידע כזה יש בה כדי להביא לטענת מקח טעות. עיין שו"ע אה"ע סי' לט סעיף ה' שבעיה רפואית שדרך בני אדם להקפיד בה תחשב כמום. ובודאי שבעיה מהסוג הנ"ל היא נכנסת לגדר זה של "דרך בני אדם להקפיד בה".

ועיין בפד"ר כרך טו בפס"ד מביה"ד ירושלים בהרכב הדיינים נ"ע הגרס"ח עבודי, הג"ר אברהם שפירא והגר"י כהן שכתבו (עמ' 91) שביחס למחלת נפש שהתעוררה בעת הנישואין, יחשב כמום רק אם המחלה היא בדרגה המונעת את הזוג מחיי משפחה, אבל אם הטענה היא על העלמת מחלת נפש קודם לנישואין:

נכפית ונתרפאת מ"מ תצא שלא בכתובה דמ"מ הוה מום משום חשש חזרה.

ובשו"ת דברי חיים אה"ע סי' נ' - וביותר לפי אשר נראה לי בכוונת דברי הח"מ ז"ל הנ"ל דדוקא בנכפית ומצורעת דשכיח שתתעורר המחלה חשב למום גם אם נתרפא אבל לא בשארי מומים כמו שהבין הב"ש ז"ל בכוונת דבריו כן נ"ל ברור, וא"כ בנשתתית דעינינו רואות דדבר זה חוזר ומתעורר ובפרט בעת הריון והלידה דשפיר הוה מק"ט ויוכל לגרשה בע"כ ... ומעתה אם לפי האמור, דבר זה שחלתה לפני הנישואין במחלת נפש אף שנתרפאת יש לדון דהרי זה בגדר מום, כי רוב בני אדם מקפידים ע"ז, הרי כתב הב"ש בסי' קי"ז סקכ"ד בהיה בה מום והוא לא ידע, כופין אותה לקבל גט כיון דעשתה שלא כהוגן ולא גילתה לו מאומה, וכבר העלו הבית שלמה אה"ע סי' ע"ח, תורת חסד אה"ע סי' ל"ה, אור גדול סי' ה' דאין אנו צריכין לטעמא דעשתה שלא כהוגן, אלא מכיון דנמצא בה מום והוא לא ידע ובא בטענה של מקח טעות, אין בזה תקנת חרד"ג.

עד כאן קטעים מפסק הדין הנזכר.

על כן יש לפסוק לחייב את האשה בגירושין, ושאינה זכאית לתשלום הכתובה ומוזנות עבודה.

ובפד"ר כרך ה' עמ' 194 והלאה בפס"ד מבית הדין הגדול, בהרכב הדיינים נ"ע הגר"ע הדא"א הגרי"ש אלישיב והגר"ב זולטי, כתבו בנידון דומה, כדלהלן:

"והנה לדברי הפוסקים הללו דלאו דוקא מומים הפוסלים בכהנים פוסלים בנשים, אלא הם וכיוצא בהן דבר שרוב בני אדם מקפידים עליו הוה מום, וכמו מום במקח כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום - הוה מום, כמבואר בחו"מ סי' רל"ב סעי' ו' ... והנה אין ספק דבמקרה כעין זה שלפנינו בחלתה במחלת נפש לפני נישואיה, אף שנתרפאת, מ"מ בני אדם בזמנינו מקפידים ע"ז טובא. ואמנם גדולי הפוסקים נקטו הכי בדעת הח"מ סי' קי"ז סקי"ב דבנכפית, והוא הדין בנשתתית, ונתרפאת הוה מום.

בחת"ס באה"ע סי' קמ"א כתוב כשנתרפאת מהחולי לגמרי ולא נמצא בה אחר נישואיה רק שנודע לו שהיה לה כן בילדותה ונתרפאת, נהי דמ"מ יכול להוציאה משום אולי תחזור לקדמותה כמבואר בח"מ סי' קי"ב.

ובשו"ת תפארת צבי אה"ע סי' ל"ח - ואף אם תשתפה אם יש לחוש שתחזור לשטותה יכול לכופה לגרשה כמבואר בסי' קי"ז לענין נכפה.

ובאור גדול סי' ה' - שפיר כתבו הח"מ והב"ש דאף בהיתה

## סימן ט

### "אשה רעה" חיובה בגירושין

ככל שהתיאורים שהבעל מתאר יתבררו כנכונים, די בכך כדי לקבוע שהחיים במחיצת האשה היו קשים מאוד, גם בלא לאשר את האבחון המיוחס לה על ידי הבעל.

האירועים הנטענים על ידי הבעל, אירעו בחדרי חדרים, ללא נוכחות אחרים שיוכלו להעיד, ואין בפנינו שני עדים המעידים שהאירועים אכן התרחשו או האשה הודתה בהן. אולם, האישה הראתה לביה"ד סרטונים בהם תיעדה את ההתנהלות שלהם בבית, ומהם קיבל ביה"ד חיזוק לגרסת הבעל על החיים הקשים שהיו לו בחיי הנישואין.

בנסיבות שבפנינו, ביה"ד דוחה את בקשת האשה לשלום בית, וזאת מאחר שביה"ד השתכנע שזיווגן של הצדדים לא עלה יפה. יש לציין שההרכב הקודם שדן בתיק, כבר בדיון הראשון שהתקיים לפני כשנתיים, המליץ על גירושין. בית הדין הבהיר לצדדים: "עליכם להתגרש זמ"ז. תנהלו מו"מ. במצב הזה לא מתאים ללכת לטיפול". ובית הדין הוסיף ואמר לאשה: "זו התעללות בעצמך ובעל. את עושה טעות דרסטית. במיוחד שאין לכם ילדים... תנהלו מו"מ. על הצדדים להתגרש וכמה שיותר מהר. תנהלו מו"מ. על הצדדים להתגרש וכמה שיותר מהר".

בהחלטה שניתנה לאחר אותו דיון, נקבע: "ממליצים לצדדים לנהל ביניהם מו"מ שיאפשר סידור הגט בהקדם". ביה"ד מביע צער על כך, שהצדדים ניצלו השנתיים האחרונות

בפני בית הדין תביעת הבעל לחיוב האשה בגירושין. כעת עם השלמת הדיונים שבהן נשמעו טענות הצדדים והעדויות, להלן פסק הדין.

הצדדים גרים בנפרד שנתיים ורבע, ניהלו מו"מ לבחינת השלמת ההליך להסכם גירושין, אך ללא תוצאות, עקב היעדר הסכמה בנושא חלוקת הרכוש.

מתקבל הרושם שלולי חילוקי הדעות הללו, ההליך היה מסתיים בגירושין בהסכמה, לאחר ששני הצדדים מבינים שנפרדה דרכם, ואין סיכוי סביר שישובו לגור יחד בשלום בית לאחר הקשיים הרבים שחוו בעת המגורים המשותפים, והפירוד הממושך, ובהתחשב בכך שבמשך חמשת השנים בהן גרו יחד, לא עלה בידם להביא ילדים לעולם.

ביה"ד הגיע למסקנה שאין כל סיכוי שהצדדים ישובו לשלום בית, ולא נראה שהצדדים ינחו בצד את הטענות ההדדיות ואת המשקעים שבניהם, ויחזרו לחיים משותפים.

עדותה של יועצת הנישואין פלונית, שבין הצדדים פערים בלתי ניתנים לגישור, מקובלת על בית הדין, ומחזקת את ההתרשמות שבית הדין הגיע אליה גם ללא עדות זו.

ביחס לטענת הבעל שהאישה סובלת מהפרעת אישיות, אילו טענותיו העובדתיות היו מתבררות באמצעות אבחון מקצועי, היה מקום לקבוע את המשקל שיש בטענה זו ביחס לפסיקה בתביעת הגירושין. אולם בהיעדר אבחון מסוג זה,



"שלושה אין רואין פני גיהנם, אלו הן: דקדוקי עניות, וחולי מעים, והרשות. ויש אומרים: אף מי שיש לו אשה רעה. ואידך אשה רעה מצוה לגרשה. ואידך זימנין דכתובתה מרובה".  
הרי שבעלה של אותה אשה סובל תדיר עד שקבעו שכבר אינו רואה פני גהנום מרוב צער, ולכן מצוה לגרשה. הרמב"ם, בהלכות גירושין פרק י' הלכה כב, ובשלחן ערוך אה"ע סי' קיט סעיף ד', פסקו:  
"אשה רעה בדעותיה ושאינה צנועה כבנות ישראל הכשרות, מצוה לגרשה, שנאמר גרש לך ויצא מדון".

הרי שהרמב"ם והשו"ע פסקו בחדא מחתא את דין "אשה רעה בדעותיה", עם "אשה שאינה צנועה כבנות ישראל הכשרות", ובכל אחת מהן מצוה לגרשה. וכתב בחלקת מחוקק סק"ד:

"אשה רעה בדעותיה, היינו דוקא דמקשטא ליה תכא ומהדרא ליה גבה שהיא בעלת מריבה, ושאינה צנועה, היינו עוברת על דת יהודית, מצוה לגרשה אפילו אשתו ראשונה".  
והבית שמואל סק"ה כתב:

"אשה רעה בדעותיה. היינו מקשטא ליה תכא ומהדרא ליה גבה שהיא בעלת מריבה מצוה לגרשה אפילו בזיווג ראשון".

מבואר בדבריו, שאם היא רעה בדעותיה, אף שאינה עוברת על דת יהודית אלא צנועה כבנות ישראל הכשרות, ג"כ מצוה לגרשה.

אמנם הב"ח בריש סי' קיט בביאור שיטת הטור, בביאורו הראשון, כתב:

"ונראה בעיני דרבינו סבירא ליה דאשה רעה דקאמר התם דמצוה לגרשה, אינו לומר שלא נמצא בה שום פריצות כי אם שהיא רעה לבעלה שמצערתו ומריבה עמו תמיד, וכדאמר התם (יבמות שם) היכי דמי אשה רעה אמר אביי מקשטא ליה תכא ומקשטא ליה פומא רבא אמר מקשטא ליה תכא ומהדרא ליה גבא, דאם כן קשיא במאי איירי אי בזיווג שני מאי איירא אשה רעה אפילו אינה רעה רק שהקדיחה תבשילו או פשעה כנגדו בשום דבר מצוה לגרשה שנאמר כי שגא שלח וכדרש ר' יהודה אם שנאתה שלח, ואי בזיווג הראשון קשיא נמי הלא מזבח מוריד עליו דמעות ומשמע דאפילו היא מצערתו לא ישלחנה כיון שלא נמצא בה ערות דבר. אלא ודאי דהך אשה רעה דמצוה לגרשה אפילו בזיווג ראשון איירי באינה צנועה, שנמצא בה פריצות אף על פי שלא מצא בה דבר ערוה ממש, מכל מקום מצוה לגרשה מדכתיב גרש לך. ולא איירי הכא באשה רעה דמקשטא ליה תכא וכו', דאותה אשה רעה ודאי כיון שלא נמצא בה פריצות אין מצוה לגרשה בזיווג הראשון".

הרי שעפ"י דרכו זו של הב"ח, אין לפסוק שמצוה לגרשה באשה המציקה לבעלה, כל עוד היא נוהגת בצניעות הראויה. אך הב"ח בעצמו כתב דרך נוספת בביאור שיטת הטור, וכתב שהיא נכונה יותר, וז"ל:

"ועוד יראה לי דרבינו סובר דהיא דמקשטא ליה תכא וכו' היינו פריצותא והיא גם כן בכלל גרש לך ואפילו בזיווג

למערכת דיונים מתישים, במקום למצוא את הדרך להסכם גירושין הוגן.

### חיוב גירושין על יסוד טענות הבעל

לשאלת חיוב האשה בגירושין, בהמשך לאמור לעיל, ומאחר והצדדים בפירוד העולה על שנתיים, ולאור חוות הדעת של הגב' הנוכרת, הקובעת שבין הצדדים פערים בלתי ניתנים לגישור. לדעת ביה"ד אין סיכוי לחזרה לשלום בית, מאחר והבעל אינו מעלה על דעתו לשוב לחיי הסבל שהיו מנת חלקו, ולא יתכן להותיר את בני הזוג במצב זה לאורך זמן. הצדדים נחלקו ביחס לטענות שעלו בדברי הבעל כמפורט לעיל.

אמנם טענות הבעל לא התבררו עפ"י שני עדים, אך הדעת נוטה שיש ממש בטענותיו. כאמור, הטענות כפי שהוצגו על ידי הבעל, מתייחסות להתנהלות המתרחשת בחדרי חדרים ואין אפשרות להביא ע"כ עדות של שני עדים. אולם מתוך חקירת הצדדים ומדבריהם בית הדין הגיע למסקנה שיש אמת בטענות הבעל המפורטות לעיל, וכי חייבו במחיצת אשתו היו לא סבירים ובלתי אפשריים.

נציין לתשובת חתם סופר חלק חו"מ בהשמטות סי' רג בסוף התשובה שהעלה כי די ב"אומדנות שקרובות להתאמת", על למנת לפסוק חיוב האשה בגירושין על יסוד נסיבות הגורמות להגדיר האישה כ-"אשה רעה" שדינה יפורט להלן. נראה ממכלול הטענות והעדויות שבפנינו שאפשר לקבוע שיש בפנינו אומדנות מספיקות להגיע למסקנה שעקב התנהלות האשה יש לחייבה בגירושין.

אמנם, אין כאן טענת "מאיס עלי" במובן המקובל, המביעה סלידה אישית מבן הזוג, אלא מאיסות בהתנהלות האשה ובסדרי החיים שהיא ביקשה להנהיג בביתם. טענות האשה שיש בידה הוכחות שהבעל לא מאס בה, ובכלל זה ביטויי חיבה שכתב לה ושמורים אצלה, אינן יכולות לסתור את טענתו שמעשיה והתנהלותה הביאו אותו למסקנה שהחיים המשותפים עמה בלתי אפשריים עבורו.

להלן נפרט את המקורות בהלכה ביחס לאשה שמעשיה גורמים לה להיחשב "אשה רעה".

במסכת יבמות דף סג,ב:

"אמר רבא אשה רעה מצוה לגרשה, דכתיב גרש לך ויצא מדון וישבות דין וקלון".

ועוד שם:

"היכי דמי אשה רעה, אמר אביי מקשטא ליה תכא ומקשטא ליה פומא. רבא אמר מקשטא ליה תכא ומהדרא ליה גבא".

רוב המפרשים פירשו ש"מקשטא ליה פומא", היינו מריבות שיוצרת עם הבעל, ו"מהדרא ליה גבא" ג"כ כפשוטו, דהיינו התנהגות האשה גורמת ריב ומדון בבית, ובמעשיה היא מציקה לבעל, ואף יש בהם סוג של התעללות נפשית ברמה מסוימת.

ובגמרא במסכת עירובין דף מא,ב:

בגט, עקב חיי צער בלתי נסבלים של האשה במחיצתו, ובתוך דבריו כתב:

"ואפי' במדיר את אשתו בדברים שאין לה צער כ"כ אמרין יוציא ויתן כתובה כדאי' בהמדיר בהרבה מקומות (ע' ע"א ע"א ע"ב) דוק ותשכח, כ"ש בצער תדיר שיש לנו לומר יוציא ויתן כתובה לפי שאין אדם דר עם נחש בכפיפה ואף על גב דכאומר איני זן ואיני מפרנס פסק הרי"ף ז"ל דלא יוציא ויתן כתובה התם היינו טעמא משום דאפשר בתקנה עד שיכפוהו לגרש יכפוהו לזון אבל הכא מעוות לא יוכל לתקון הוא ומקרא מלא דבר הכתוב טוב פת חרבה ושלוה בה מבית מלא זכחי ריב. ועוד כתוב טוב ארוחת ירק ואהבה שם משור אבוס ושנאה בו הרי שיותר קשה היא מריבה מחסרון מזונות ואיזו טובה יש לאשה שבעלה מצערה במריבה בכל יום ויום".

וכן בתשובת חוט המשולש ח"ג סי' לה ובתשובת יכין ובעז ח"ב סי' מד השיבו כתשובת זקנם הרשב"ץ. וכן בתשובת מהרש"ם חלק ה' סי' לח שדן אודות בעל ש"בשגוען ינהג כל ימי' ואשתו הנ"ל סבלה כל ימי' מכאובות לדור עם נחש בכפיפה", ואמנם באותה תשובה הנידון היה לגבי ירושת האשה לאחר מותה, אך בדבריו דן מהרש"ם האם הבעל היה בר חיוב גירושין, וכתב:

"כפי הצעת השאלה שהבעל איש משוגע וכל ימי' ציער אותה במדון וריב ואין אדם דר עם נחש כו', בודאי ככה"ג מדינא כופין אותו לגרשה וכן מצאתי בתשובת תשב"ץ ח"ב סי' ח' שפסק להדיא דאם הבעל אדם קשה בקטטה ואינה יכולה לסבלו ובפרט שאינו זנה, דאפי' אם באה לכ"ד ותובעת כתובתה לא הפסידה כלום, כי אין אדם נתפס על צערו וכופין אותו בשוטים לגרשה, והדיין שדן להיפוך מנדין אותו יעו"ש כי דבר זה נעלם מהאחרונים. ועיי' בש"ע סי' קנ"ד ס"ג באינו זן ורגיל לכעוס ולהוציאה מביתו דכופין להוציא, אבל דין תובעת כתובתה לא נזכר שם, וגם מבואר מהתשב"ץ דגם אם אינו מוציאה מביתו הדין כן".

ובספר שו"ת לב מבין (להג"ר מימון בירדוגו) אה"ע סי' כח, כתב:

"אשה שבעלה מצער אותה הרבה עד שמרוב צערה היא מואסת בו לרוב הקטטות ומריבות, כופין אותו להוציא מק"ו מבעל פוליוס. דהשתא מפני ריח הפה כופין, מפני צער תמיד שהוא מר ממות לא כ"ש, וכופין אפילו בשוטים עי' סי' קנ"ד. תשב"ץ ח"ב שאלה ח".

כך פסקנו לאחרונה ע"פ הפוסקים הנ"ל ביחס לאיש המצער את אשתו בדרך חריגה ומשובשת, וק"ו שבנסיבות הפוכות כאשר הבעל סובל צער תדיר מהאישה כמו בנידון זה, יש לחייב את האשה בגירושין.

בהמשך לאמור, ביה"ד מבהיר: יש מקום להבחין בין פסיקה הקובעת שאין מנוס מגירושין לפסיקה לכפיית גירושין. במקרה הראשון קיימת הוראה של בית הדין שעקב הנסיבות מוטל על האשה לקבל גט, אך אין בפסיקה זו היתר חרם דר"ג. מאחר שחרם דרבינו גרשם מתייחס לגירושי אשה

הראשון. וזה יותר נכון שהרי רבא גופא שאמר אשה רעה מצוה לגרשה הוא שאמר לשם היכי דמי אשה רעה מקשטא ליה תכא וכו' והיינו רעה בדעותיה שמכוונת לצערו שלא לאכול עמו או לקלל ולגדף כל זמן סעודה כדי לצערו שכל אלה דעות רעות ואינה צנועה ככנות ישראל הכשרות, ועל דרך זה הם גם כן דברי הרמב"ם ז"ל.

בעוברת על דת, ככל שהדבר נוגע לחיוב האשה בגירושין אין צורך בהתראה, כמבואר בט"ז סי' קט"ו סק"ט. נראה שהוא הדין באשה רעה בדעותיה, ככל שהדבר נוגע לחיוב הגירושין, ניתן לפסוק לחייבה בגירושין גם בלא התראה. לכאורה מדברי הט"ז נראה שלענין זה דינם שווה, שהרי הט"ז כתב:

"ויכול לגרשה. פי' אפילו בלא התראה שאין צריך התראה אלא לענין הפסד כתובתה, אבל לא לענין גט, שיש מצוה להוציאה". משמעות דברי הט"ז שלאחר שביה"ד פוסק שמצוה להוציא עוברת על דת, כבר אין צורך בהתראה ואין חרם דר"ג, משמע שה"ה ב"אשה רעה" שגם בה נפסק שמצווה לגרשה.

והנה בשו"ת בית יצחק חלק אה"ע ח"ב סי' ט' נשאל:

"באחד שיש לו עדים שאשתו מכה אותו, והוא לא פשע כנגדה ואינו יכול לדור עם אשה רעה כזאת, ואין רצונה לקבל ג"פ ברצון, אם מותר לישא אשה על אשתו".

את תשובתו פתח הבית יצחק בלשון זו -

"בחלה נפשי להכניס את עצמי בהיתרים כאלו כעת אשר רבו הפורצים ועניינים כאלו יתרבו בכל יום, ואם אשתו מקללת יולדיו בפניו הוה ג"כ עוברת על דת יהודית, ואין לך איש שלא יהיו לו שתי נשים לפי זה".

בהמשך התשובה הבית יצחק דן בשאלה האם בעוברת על דת מתירין רק את החרם דר"ג שלא לגרשה בעל כרחו, או אף מתירין לו לישא אשה אחרת. וכתב:

"אינו מבואר כלל אם מותר לגרש בנידון זה. אך בסי' קנ"ד מבואר דאם הוא מכה אותה י"א שכופין להוציא, ולפי זה גם האשה כופין אם היא מכה אותו דלא עדיפא מיניה כמ"ש הרא"ש בתשובה הובא בב"ש סי' קי"ז ס"ק כ"ב. ובכ"ז כיון דלא מבואר להדיא, ואין ללמד ק"ו ממקללת יולדיו, לפי מה דמבואר בפת"ש דזה דוקא במקללת בשם או בכינוי וגם זה אחר כמה התראות, ומי יהין בזה"ז להורות בזה".

אך בספר להורות נתן ח"ג סי' עו ובחלק יב סי' צט הביא מתשובת הבית יצחק הנזכרת, וכתב (בחלק יב) על דבריו:

"באמת נראה ברור, דגם לדעת הבית יצחק ז"ל, לאו כל אנפין שוין, והיכי דברור שאי אפשר למסבל מה שמצערותו, דיש מקום להתיר לישא אשה על אשתו".

וע"ע בתשובת בית שלמה בחלק אה"ע סי' נב, שהתיר חרם דר"ג בלא התראה, הגם ששם הנידון חמור ביותר.

בנידון זה בית הדין מקבל את טענות הבעל שאינו יכול לסבול את התנהלות האשה, ומכאן שע"פ הפוסקים הנ"ל יש לחייבה בגירושין.

עוד נציין לתשובת התשב"ץ (ח"ב סי' ח) בעניין כפיית הבעל

לאחר שהביאו שדין שמקללת נחשבת כעוברת על דת אף בלא שם וכנוי, כמבואר בשטמ"ק, וכן הביאו מהטור חו"מ סי' כז דאף בלא שם וכנוי איסורא מיהא איכא, כתבו :

"עכ"פ זה נראה פשוט במקרה והיא מקללת בלא שם ובלא כנוי, אף דלפי האמור דינה כעוברת על דת, אבל יסוד ההלכה הזאת הוא לא משום לתא דאיסורא נגע בה. אלא הטעם הוא כמ"ש הרבינו יונה הנ"ל "כיון שהפקירה עצמה ולא חששה לכבוד חמיה ואישה", לכן תצא שלא בכתובה. וא"כ נראה דבגוונא דא כולי עלמא מודו דבלא התראה אין להרשות לבעל לגרשה בעל כרחא ... בדבר שהיא מפסדת כתובה לא משום לתא דאיסורא או פריצות, אלא משום שהיא מזלזלת בבעלה, הרי ודאי שאין זה נכנס בכלל ספק הגמרא דסוטה אם הבעל רשאי לקיימה או לא, וי"ל דאליבא דכו"ע שייכת בזה תקנת רגמ"ה"

בהמשך דבריהם כתבו לדון בהיתר חרם דר"ג בנידון זה, וז"ל:

"אף אם נאמר כפירוש השני של הב"ח, וא"כ יש מצוה מדינא דגמרא לגרש את אשתו הראשונה כשהיא רעה בדעותיה, מ"מ אין לנו להתיר ככה"ג חדרגמ"ה, ולהרשות לבעל לגרש בעל כרחא וכמו שנאמר.

כידוע איכא פלוגתא דרבנותא אם רגמ"ה ז"ל תיקן את תקנתו גם במקום מצוה או לא, והרשב"א ז"ל הוא הסובר דרגמ"ה לא תיקן במקום מצוה, ולכן פסק בתשובה סי' תקנ"ג: - בראובן שראה דברים מראים באשתו שזינתה - איכרא כל כה"ג ח"ו שלא תיקן הרב ז"ל שלא יגרשנה, אדרבה הרב ז"ל מצריך לגרשה כדי שלא תהי' רשעה בתוך ביתו דלא גרע מרוכל יוצא ואשה חוגרת בסינר... ואפי' את"ל שהיא מדת חסידות מ"מ מפני מדת חסידות מוציאה והאיך יתקן הרב ז"ל שלא יתנהג בחסידות....

מ"מ נראה שיש הבדל בין מצוה למצוה, עיין מאירי יבמות ס"ג: - ומוצא אני מר ממות את האשה ומ"מ מי שנפלה לגורלו יסבלנה כפי היכולת ויניח מקום לשלום... הא למדת שהיה (רב) סובל לה ומניח מקום לשלום וגדולה מזו אמרו בר' חייא... א"ל דיינו שמגדלות את בנינו ומצילות אותנו מן החטא". עכ"ל בפד"ר.

על כן מכל האמור נראה כי למעשה ככל שהדבר נוגע לכפיית האשה בגירושין, כפייה המחייבת להתיר חרם דר"ג, בהיעדר התראה לא ניתן להתיר, מאחר ויתכן שההתראה וההפנמה שהאשה תבין ותפנים עד כמה התנהגותה הייתה משובשת, תביא אצלה לשינוי דרסטי.

#### התייחסות לטענות הבעל בסיכומי

בהתייחס לאמור בסיכומי טענות הבעל, ביה"ד מבהיר כי הגם שבעוברת על דת משה או דת יהודית, הטעם לפסיקת חיוב הגירושין ושליטת הכתובה לאחר התראה הוא, מפני שבמעשיה הביאה לכך שלא ניתן לדור עמה. כמ"ש בפד"ר ח"א עמ' 338.

בכפייה בעל כרחא או שלא מדעתה, וכפי העולה מניסוח החרם בראשונים, עיין שו"ת מהר"ם מרוטנבורג חלק ד' (דפוס פראג) סימן אלף כב: "תקנה שלא לתן גט לאשה בעל כרחא". וכן בספר ארחות חיים שהובא אנציקלופדיה תלמודית כרך י"ז עמ' תשסז, ועוד.

כאשר אין כופין על האישה את הגירושין בעל כרחא, אלא רק פוסקים שמן ההכרח שבזוג יתגרש, אין צורך בהיתר חרם דר"ג. לפיכך טענת האשה בסיכומיה אודות חרם דר"ג אינה מתקבלת, כל עוד לא ננקטו אמצעי כפייה לאכוף על האשה את הגירושין.

אולם בכל הנוגע לכפיית גירושין הגוררת גם היתר חרם דר"ג, יש שפסקו שאין להתיר חרם דר"ג ולכפות גט על האשה שהוגדרה כ"אשה רעה" אלא לאחר התראה.

בספר צמח צדק (מלובאוויטש) חלק אה"ע סי' שעו, בתשובתו אודות אשה רעה בדעותיה כתב :

"ועם היות שכתובה הנ"ל נתבאר שדעת האומרים שרגמ"ה לא תיקן במקום מצוה הם יותר עיקר והם רוב הפוסקים. אך בני"ד יש לפקפק קצת הא אשה רעה בדעותיה אם הוי לענין זה מצוה גמורה כמצות פו"ר, ותו דעכ"פ נראה שהי' צריך להתרות בה תחלה כמ"ש בש"ע סי' קט"ו לענין הכתובה, הגם שיש לחלק, מ"מ נראה להחמיר כיון דיש חולקים אפילו במקום מצוה, כנ"ל".

ויש מקום לבאר דבריו. חלוק דין "עוברת על דת" מדין "אשה רעה". אמנם בעוברת על דת, ככל שהדבר נוגע לחיובה בגירושין, לדעת רוב הפוסקים מחייבים בגירושין ומתירים חרם דר"ג גם ללא התראה, היינו מפני שעברה על דת ובאשה כזו לא תקן רבינו גרשם את תקנתו. אך הטעם שבעוברת על דת אין חרם דר"ג אף בלא התראה, מבואר בתשובת מהר"ם שהביא הגהות מיימוניות בפרק כ"ד מהלכות אישות הלכה יא:

"נהי דמיבעיא לן בפרק ארוסה בעוברת על דת אם רצה הבעל להוציאה אם יכול לקיימה ולא איפשיטא מ"מ הא פשיטא דמצוה להוציאה כמ"ש ר"י בפרק המדיר. ודבר פשוט שבמקום מצוה לא תיקן ר"ג מ"ה זצ"ל תקנתו לעכב על ידו שלא יעשה מצוה, ואדרבה אם אינו מגרשה כשהיא עוברת על דת מיקרי רשע כדאיתא בשילהי פרק המגרש מדת אדם רשע כשוראה את אשתו יוצאה וראשה פרוע וכו'".

וכן בתרומת הדשן סי' רמב:

"הואיל וחשיב עוברת על דת, מצוה לגרשה ואם אינו מוציאה נקרא רשע, ופשיטא דאכה"ג לא תיקן הגאון כדאיתא בהגהות מיימון ובמרדכי בשם מהר"ם".

משא"כ בנסיבות של "אשה רעה" שלא נאמר עליו שנחשב רשע אם אינו מוציאה, וכן אין חשש שמכשילתו, אין להתיר חרם דר"ג בלא התראה מוקדמת.

וכן כתבו בפד"ר כרך ה' עמ' 295 (בפס"ד מביה"ד הגדול בהרכב הגר"י עדס זצ"ל הגר"ש אלישיב זצ"ל והגר"ב זולטי זצ"ל) כסברת הצמח צדק.

וכן כתבו בספר כנסת הגדולה אה"ע סי' א' הגהות ב"י ס"ק לג, ובתשובת נודע ביהודה קמא אה"ע סי' פד. וכן בספר אבן יקרה ח"ג סי' כד בבעל התובע גירושין עקב בעיה נפשית של האשה שלקתה בהתפרצויות של היסטריה, ובספר ברכת רצה סי' ק"ח שהביא באוצה"פ סי' א' ס"ק ע"ג אות ט"ז. בתשובת דברי מלכיאל חלק ג' סי' ק' דחה סברת הפוסקים לחייב האשה בגירושין כשהבעל טוען "מאוסה עלי", ואותם פוסקים הסתמכו על דעת הראשונים שיש לכפות גירושין על הבעל בטוענת "מאוס עלי". וכתב:

"אנן לא קיי"ל כמ"ד במאוס עלי כופין להוציא. ועוד דא"כ למה צריך היתר בנשתתית. והרי כל הפוסקים כתבו שצריך ק"ר אף דשוטה ודאי מאוסה עליו. וגם דכל כה"ג הו"ל להפוסקים לפרושי דבמאוסה עליו לא תיקן רגמ"ה. ולענ"ד אין להקל במאוסה בלא היתר ממאה רבנים".

עיי"ש באוצה"פ שהביא דעת החולקים הסוברים שיש להקל להתיר חרם דר"ג בטוען מאוסה עלי ויש לו אמתלא מבוררת. ביחס לתשובות צמח צדק ומהרש"ם שהובאו באוצה"פ, כתבו בפסק דין מבית הדין הגדול חלק ה' עמוד 294-297:

"אולם גם במי שבא בטענה זו שאשתו מאוסה עליו, ובאופן שהיא נראית כנה, כבר העלה הצ"צ בס"י קל"ב שלמעשה אין מתירין חדרגמ"ה על יסוד טענת מאוס עלי. וזו לשונו שם: - כ"ז נראה להלכה אבל לא למעשה משום דלא חזינן שנעשה מעשה כזה להתיר חר"ג בטענת מאוס עלי. גם המהרש"ם (ח"ב סי' צ"ב), אשר אמנם התיר למעשה את החדר"ג, אולם צירף לזה כמה נימוקים: - א' קדושין דרבנן (קדושי חרשת); ב' אומדנא לבטל את הקדושין (הבטיחו לו נדוניה ולא עמדו בהבטחתם); ג' טענת מאוס עלי. ולפי"ז אין בטענת מאוס עלי במקרה דנן יסוד מספיק לחייב את האשה לקבל גט בניגוד לרצונה... לפי האמור אנו מחליטים: א. מקבלים את הערעור, ואין לחייב את האשה המערערת לקבל ג"פ. ב. כל עוד והבעל לא שילם את הכתובה לאשתו הוא חייב במוזנותיה".

לאור האמור, ככל שהדבר נוגע לכפיית האשה בגירושין על יסוד טענת "מאוסה עלי" גם אם היתה אמתלא מבוררת, אין לכך מקום.

במסגרת פסק דין זה איננו נזקקים לקבוע דבר ביחס למוצגים שהאשה הציגה כדי להוכיח שאין לקבל טענת הבעל "מאוסה עלי", לאור מכתבים וביטויי חיבה מצד הבעל השוללים טענה זו. הואיל ואין צורך להיכנס לבירור טיבה של כל אחת מהראיות, מהיעדר נפקות לשאלת כפיית הגירושין, ואילו ביחס לפסיקה הקובעת שמן ההכרח להתגרש, כבר קבענו שיש לפסוק כן.

#### מסקנה:

בית הדין פוסק מן ההכרח שהצדדים יתגרשו ללא דיחוי. לא נשללה זכאות האשה לתשלום הכתובה עם הגירושין.

בפס"ד מהרבנים הגר"י עדס זצ"ל הגר"ש אלישיב זצ"ל והגר"ב זולטי זצ"ל בארו את יסוד הדין בעוברת על דת, וז"ל:

"עיקר הטעם של עוברת על דת הוא לא משום מעשה העבירה, אלא משום דבמעשה היא גורמת להפרעה ולקלקול בחיי המשפחה התקינים בינה לבין בעלה".

וכבר קדם להם החו"א (הלכות כתובות סי' עט ס"ק כז) שכתב ביחס לעוברת על דת יהודית:

"נראה דאין לחוש שזינתה להפסידה כתובתה משום זה, אלא נראה דלא מיתדר ליה באשה כזו שאין הפריצות מקרה אלא תכונה רעה ומביאה לידי זימה, והרי קלקלה האישות שאינו יכול לדור עמה".

דבריהם נכתבו כטעם בהלכה של אשה "העוברת על דת", או שהכשילתו או שנהגה בפריצות, ומעשיה הן עבירה על הדת. אך בנסיבות שלא עברה על דת, אלא עשתה מעשים חמורים הגורמים ריב ומדון בבית, בכך מעמדה כ"אשה רעה" שדינה התבאר לעיל, ואין שלילת כתובה, כנאמר בגמ' הנזכרת במסכת עירובין דף מא, ב שאם כתובתה מרובה, לא יוכלו להתיר לו לתת גט בלא תשלום כתובה, למרות שמצווה לגרשה.

ממוצא דברינו עולה שלא ניתן לשלול את זכאות האשה לכתובה, על יסוד הקביעה שטעמה של הלכה זו של עוברת על דת שייכת גם אצלה. ההלכה של שלילת כתובה לאחר התראה, נאמרה רק ב"עוברת על דת" ולא ב"אשה רעה" למרות הקושי הרב הכרוך במגורים עמה.

כמו כן הטענה שהאשה התנתה יחסי אישות בתנאים שאינם מוצדקים, ובכך דינה כמורדת, אין מקום לקבל טענה זו אלא כחזוק למעמדה כ"אשה רעה" אך לא לשלילת הכתובה. אמנם ככל שהצדדים היו חוזרים לחיים משותפים, והדברים היו חוזרים על עצמם אחר התראה, אז יהיה מקום לדון בה דין מורדת לענין תשלום הכתובה, בכפוף לפרטי ההלכה הפסוקה באה"ע סי' עז ס"ב.

#### חוב האשה בגירושין בטענת "מאוסה עלי"

ביחס לתביעת הגירושין של הבעל, מבהיר ביה"ד שגם אם ניחס לבעל טענת "מאוסה עלי", אך ככל שהדבר נוגע לכפיית האשה בגירושין בניגוד לרצונה, כשעל הבעל חרם דרבנו גרשם שלא לגרש אשה בעל כרחה, הרי שגם בנסיבות אלו חל החרם. זאת מאחר, ולדעת הרבה פוסקים גם ביחס לבעל הטוען "מאוסה עלי" באמתלא מבוררת חל חרם דר"ג שלא לגרשה בעל כרחה. כן פסק הרמ"א אה"ע סי' קיז סעיף יא שהתובע גירושין עקב מומין שהתגלו באשתו, והן מסוג המומין שבאיש אין כופין לגרש, גם אם האשה בעיניו בגין מומין אלו, והוא אינו יכול לגרשה בעל כרחה, והסכימו עמו הח"מ הבי"ש וביאור הגר"א. וכן כתב בספר ישועות יעקב אה"ע סי' עז שהובא בפת"ש סק"ב פסק שאין לחייבה בגירושין למרות שהבעל טוען מאוסה היא עלי ויש לו טעם מבורר.

## סימן סא

## גט בנישואין אזרחיים כשקיים טעם להימנע מסידור הגט

הנה כפי הענין יש ללמוד ממאי דקי"ל באהע"ז סי' כ"ו בהגה"ה שם במומר ומומרת שנשאו בחוקיהם ואח"כ שבו לדת ישראל אין חשש על הנשואין שנישאו בגיותם, דהוי רק כזנות בעלמא. וה"ה הכא, דמה לי שנישאו בנימוסיהם או בנימוס הזה... אלא שצריכין אנו לדון אם לא נחוש כיון דקי"ל דחזקה אא"ע בעילתו ב"ז, ועל זה כבר האריך בתה"ד סימן ר"ט במומר ומומרת שבפרוצים ל"ש חזקה זו, והתיר שם בלי גט ובלי חזקה וה"נ האנשים האלו שאין חוששין לא על איסור נדה ולא על קדושין בוודאי לא שייך בהו חזקה זו... עוד מטעם אחר דהרי קי"ל דאפילו בבעל לשם קדושין מ"מ צריכים עדים, ונהי דקי"ל באהע"ז סימן קמ"ט סעיף א' ובכ"ש שם דאם נשאה אמרינן הן הן עידי יחוד והן הן עידי ביאה פקפק שם בכ"ש על זה... ועכ"פ בעינן ג"כ שיהיו הבעל והאשה יודעים שיש עדים כדקי"ל כאן ובאהע"ז סימן מ"ב, דאי לא ידעו הבעל והאשה שיש עדים לא הוי קדושין. וא"כ ה"נ אפילו אם כיוון לבעול לשם קדושין, אין עידי היחוד יודעים מזה כיון דליכא חזקה, וגם הבעל והאשה אינם יודעים שיש עדים על זה שבעל לשם קדושין. וא"כ אפי' אם מתכוונים לשם קדושין לא הוי קדושין, כנ"ל נכון להלכה דאין חשש קדושין כאן, ונהי דהבנים הם לכל כדין בן כדאיתא ביבמות דף כ"ב ע"ב, אבל הם כבני זנאים. וכל זה להלכה אבל למעשה אם יבוא כדבר זה לפני עדיין הדבר צריך עיון וחקירה בכל חלקי הענינים, שהרי מעלתו לא שאל למעשה רק להלכה ואני הנראה לפענ"ד כתבתי".

ובשו"ת בית יצחק אבן העזר א' סי' כט, הביא מתשובת מהר"ם שיק, והעלה:

"דכשנכנס לציווילעהע הרי זה בלא קידושין ונכנס בתורת פילגש והנה כבר הוחזק לזנות, דמבואר בסי' ל"ב דל"ח שכיון לשם קדושין, וכש"כ לדעת המקנה סק"א סי' כ"ו דאם לקח פילגש בתורת אישות גם להראב"ד הוה איסור תורה וכיון דחשיד לעבור על איסור תורה ל"ח שבעל לשם קידושין. וכש"כ כשנתברר שעובר על איסור נדה שבכרת ל"ח שבעל לשם קדושין. וכת"ה כתב דמסתמא הוא עם הארץ ואינו יודע שיכול לקדשה בכיאה. דלא שכיח בזה"ז לקדש בכיאה דרב מנגיד והוא סברה, אך אמאי לא חילקו הפוסקים בזה בש"ע. סוף דבר לדינא כיון דבלא"ה לא יחדו עדים ל"ח לקדושין להלכה. אמנם למעשה מסתפינא להקל בגונא שבא לב"ד ורק שהב"ד לא רצו לסדר הקדושין מאיזה סיבה מחמת בזיון המשפחה, או מחמת איסור דרבנן, או אפי' מחמת איסור לאו שאין בו כרת, והי' מוכרח לעשות צווילעהע, בכה"ג ישתנה הדין ויש לחוש לדעת הרשב"א ורדב"ז סי' רע"ז הנ"ל".

הצדדים נישאו בנישואין אזרחיים בארה"ב, ולאחר כשנתיים נפרדו והתגרשו בגירושין אזרחיים. לבעל אלו נישואין שניים, לאחר שקודם לכן היה נשוי לאשה נכריה. כחמש שנים חלפו ממועד הגירושין האזרחיים של הצדדים דנן, כשהאשה גרה בארה"ב, נישאה מחדש בנישואין אזרחיים עם בחור יהודי, ומבקשת להינשא לו בחוק כדמו"י במועד קרוב. והאיש גר בארץ, ועומד לקראת נישואיו כדמו"י.

שני הצדדים אינם שומרי תורה ומצוות כלל, ואף לא היו חברים בקהילה יהודית בארה"ב.

התקיים דיון שבו האיש הופיע לדיון, והאשה השתתפה בדיון ממקום מושבה בארה"ב באמצעות הסקייפ. הצדדים ביקשו מבית הדין להורות האם נחוץ לסדר להם ג"פ כדמו"י.

הרמ"א באה"ע סי' כו ס"א פסק להלכה כדעת הריב"ש, שבנישואין שהתקיימו אצל הכומר, אין צריך גט.

הריב"ש סי' ו' באר שיטתו, וכתב:

"דאפי' לדעת אותם הגאונים ז"ל שסוברין דבסתם אמרינן לשם קידושין בעל, הכא בנדון זה לא בעל לשם קידושין. דכיון שהתנו בנישואין בחקות העובדי כוכבים ובבית במותם מפי הכומר הרי הוא כאילו פירשו שאין דעתם לשם קדושין כדת משה ויהודית, אלא בדרכי עובדי כוכבים שאינן בתורת קדושין גיטין. וא"כ אינה כנשואה, אלא שהיא אצלו כמו פלגש בלא כתובה וקדושין... בנדון זה ודאי אין לך פרוצין יותר מאלו ההולכים ברצון נפשם לפני עבודת כוכבים להשתחות שם ומעשיהם מוכיחים בפריצותם ובקלותם. ואף כי בעונות אחר הגזרה, זולתי יחידים, מיעוטא דמיעוטא רבו המתפרצים בזנות של נכריות, אף כי בזנות של בת ישראל פנויה, דנעשה להם כהיתר, אין צ"ל בקלי עולם כזה שהוכיח סופו על תחלתו שהניחה מעוברת והלך לו".

כאמור, הרמ"א פסק להלכה כתשובת הריב"ש.

בשו"ת מהר"ם שיק אבן העזר סי' כא, דן בשאלת נישואין אזרחיים, וכתב:

"ע"ד ששאל בנשים מישראל הפרוצות במקצת מדינות אשר ניתן חוק המלכות שרשאים לישא אשה ציפ"ל עה"ע שיש מהפרוצים שנושאים על דרך זאת בלי קידושין, רק כפי הכתבים והקאנטראקטיין שביניהם, ועפ"י הממונים מהמלכות על זה, איך דין האנשים האלה אם צריכין גט, ואם ימותו בעליהן אם צריכים חליצה וכיוצא מדברים האלה:

"בדבר קידושין דערכאות, השתרגו עלי טרדות עד שלא יכולתי לסדר בזה דברים, כראוי. תמצית העולה בזה להלכה לע"ד היא, שאין כל הענינים שוים. כי אלה שרק מתוך רשלנות או הדיוטות נסתפקו בנשואין הללו, יש חשש של קידושין, מהפרסום שהם חיים חיי אישות, אבל אלה שמתוך ההפקרות ובעיטה בדת ישראל חיים כבר עליהם לא שייך לומר כלל החזקה של א"א עושה בב"ז, ואין לחוש לקידושין אצלם. אבל מפני שהדבר צריך בחינה רבה בהאישים, והמכשול הוא קרוב, ע"כ לא ארצה למסור בזה דברים לרבים".

והגרצ"פ פראנק זצ"ל בתשובת הר צבי אה"ע סי' עג כתב:

"בהנוגע להלכה למעשה, הנה בתשו' בית יצחק להגאון מלבוב [אהע"ז ח"א סי' כ"ט] אומר דמצד הדין אין זה חשש קידושין, והוא שדי בזה נרגא [ומסיק דיש לחלק], דאם לא היה בידם לסדר נישואי התורה מפני איזה סיבות, אז יש לחשוש לקידושין כיון שאנוסים היו במעשה הנישואין בערכאות, אבל בנ"ד יש ביד מי שהוא רוצה לסדר לו קידושין כדת משה וישראל ואין פחד לסדר זה, אלא שבשאת נפש ובהפקירא ניח"ל לא עשו נישואין בישראל, הרי זה בועט בתורה, ולא שייך בהו חזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וכן הרדב"ז בתשו' [ח"א סי' שנ"א] מזכיר סברא זו דסידור נישואין בערכאות מעיד עליו שאינו רוצה קדושי תורה. וכן ראיתי זה רבות בשנים ספר ישן נושן בשם דרכי נועם, והוא אבי בעל תשו' גינת וורדים הספרדי, שם [בסימן מ"ו] יש תשובה בענין נישואי ערכאות והוא מתיר את האשה בלי גט. ומכל שכן בנידון דידן דגם בערכאות לא נתרצתה אלא לזמן שנה אחת, ובפרט בימינו שהם מנותקים לגמרי מכל זיק יהדות, אין מקום לחשוש לקדושי תורה ויש להתירה להינשא בלי חשש".

ואמנם בנידון שאלה זו היה נידון של עיגון, אך יעוין שם בסי' עד שכתב שאם האשה רוצה להינשא לכהן ואם יסדרו גט לחומרא, תיאסר על הכהן, אין לסדר גט, אף שלא היתה מניעה לסידור הגט.

בשו"ת תבואות שמ"ש חלק אה"ע סי' יג נשאל:

"על דבר שאלתו בישראל שנשא אשה בחוקת העכו"ם בהאלמירי, ונשאר עמה כארבע שנים וגירשה כדינא דמלכותא דיוורין. ושוב בא בחור א' לקחתה לאשה כדמו", אם צריכה גט פיטורין מהראשון וכת"ר נשא ונתן בזה והעלה דאינה צריכה גט כלל, ושלת אלי לחוות דעתי".

ובתשובתו כתב במסקנת דבריו:

"עלה בידינו להלכה דנישואי האלמירי אין בהם שום ריח קדושין כלל, ובפרט למה שהוסיף הריב"ש לומר משם הראב"ד שאפי' לסברת הגאונים שאין אדם עבב"ז אפי' באשה דעלמא, ה"מ באנשים המוחזקים בכשרות אבל בחשודים

ובספר קונטרס בירור הלכה להרב צבי הירש פערבער מלונדון כתב קונטרס בשאלה זו ודן בדברי המהר"ם שיק והבית יצחק, וכתב שאין להקל עפ"י תשובת הריב"ש. מאחר:

"דהתם הלכו ברצון נפשם להשתהות לע"ז בבית במותם ולהתקדש הכומרים כמנהגי דתם שאין לך פריצות גדולה מזה כמ"ש הריב"ש שם ובה דעתם שאין רצונם בדת ישראל ולית להו חזקה דאין אדם עושה בב"ז, ומי יאמר באלה האנוסים השומרים בסתר דת ישראל יהיו כאלה אשר תחלתם באונס הורגלו לעבור על דת ברצון".

האחיעזר השיב לרצ"ה פערבער, ובתשובתו באחיעזר חלק ד' סי' נ', כתב:

"ובעיקר הדבר מה שמחלק רומעכת"ה מנידון הריב"ש שהובא להלכה בסימן כ"ו בין נישואין אצל הכומר ובין נישואין אצל ערכאות נאטאריון, הלא הורו שני גדולי הדור הגאון מוהר"מ שיי"ק והגאון ר' יצחק שמעלקיש בספרו בית יצחק ומהר"ם שיק בחאהע"ז סימן כ"א שכתב דמה לי נשואים בנימוסיהם אצל הכומר או בנימוסי ערכאות כיון שאינם רוצים בקידושין עפ"י דת משה וישראל, ואין שום חלוק ביניהם. וראה זה מצאתי בתשובות הרמב"ם הנדפס בירושלים תרצ"ד סימן קנ"ז ככהן שנשא גרושה בדיני הגוים דמסיק שם שיגרשנה בדיני הגוים. תשובה זו הובאה בב"י סימן ו' אלא ששם לא נזכר בדיני הגוים, ומבואר מדבריו שאין צריך לגרשה בדיני ישראל כדברי הריב"ש... אבל הנני תמים דעים אתו בזה שאין להורות הוראה חמורה על כל נשואי ערכאות בתור הוראה כללית אולם על הוראה זו בודאי יש לסמוך על דברי גדולי הדור מוהר"מ שיי"ק ומהר"י שמעלקיש זצ"ל".

ובתשובה נוספת שבספר אחיעזר קובץ אגרות סי' ל', השיב האחיעזר:

"על דבר שאלתו באשה שהיתה דרה עם אחד על פי נשואי האזרחים בלא חופה וקדושין ונתפרדה בערכאותיהם, אשר הורו בזה המהר"ם שיק ובשו"ת בית יצחק שמעיקר הדין אינה צריכה גט, אם מותרת האשה ההיא לכהן. הנה צדקו דברי כת"ר שמוורת לכהן, דהא קי"ל דפנוי הבא על הפנויה שלא לשם אישות לא עשאה זונה, ובפרט לפי טעותם שחשבו זאת לנישואין".

הרי שהתיר לכהן ללא גט מהבעל שנשאה בנישואין אזרחיים, שאל"כ היה דן מצד ריח הגט.

העולה מהאמור: האחיעזר הורה שאין לקבוע בהלכה זו היתר כללי, אלא בכל מקרה לגופו, וכי העיקר הוא שיש לסמוך על הוראת מהר"ם שיק והבית יצחק, ולפי דרכם אם קיימת ראייה שנישאו בנישואין אזרחיים עקב אילוץ יש לחוש להחמיר.

והראי"ה קוק זצ"ל, בשו"ת עזרת כהן סי' לט, כתב:

המועיל מאחד מהדרכים שהאשה נקנית, ולכן ציין החזו"א את החשש לקידושי שטר.

אך נידון זה הינו נידון היוצא מקביעת המציאות הידועה כיצד מתקיימים נישואין אזרחיים. ויצוין לתשובת מנחת אשר ח"ג סי' צא שכתב:

"כל עיקר קידושי שטר במה שהמקדש נותן לאשה שטר ומקדשה בו, אבל בנישואין אזרחיים אין כאן לא שטר ולא נתינת שטר, אלא החתן והכלה חותמים על מסמך של חוזה התקשרות ואין השטר נמסר כלל מיד ליד ואין שום משמעות של מסירת שטר מן הבעל לאשה".

הרי שלפי המציאות הידועה, מההיבט המעשי אין לחוש לקידושי שטר.

ג. יצוין לסי' רמ בתשובות החזו"א הנזכרות, שלא חשש מצד אין אדם עושה בב"ז. וז"ל:

"המתגדלים על דעות כפרניות ואינם בדרכי הציבור הישראלי הם בכלל מוחזקים בפריצות עריות דמודה הראב"ד פ"י מה' גירושין הי"ט להר"מ ובודאי הנידונית לא טבלה לנדוניה וכבר הסכים המל"מ שם הי"ח דאין חוששין לקדושין. ואין חילוק בין זמן מרובה לשעה קלה כמש"כ המשל"מ שם בשם ריב"ש. ואם כל זה דנו להקל להתיר א"א. איך ניקו אנן וניקיל בקדושין גמורין להתיר אחותה".

על כן ברור שמש"כ החזו"א בתשובתו הנזכרת:

"גם בואם בדירה אחת, אפשר שדעתם לאשר קשרם",

אין בכך טעם חדש העומד בפני עצמו, אלא בא בדבריו לחזק את התוקף קידושי השטר, ולא כמי שטעה בזה.

גם ביחס לשיטת הגרי"א הענקין זצ"ל, שהובא בפוסקי זמננו, שהחמיר בנישואין אזרחיים, היינו לכתחילה בלבד, ויצוין לקובץ תחומין כרך כ"ד עמ' 185 בתשובת הגאון הרב מנשה קליין זצ"ל שכתב:

"בתשובה אחרת כתבתי דהגר"א הענקין נמי רק לכתחילה אמר כן שהעידו לו פעם שהאשה נישאה לאחר בלי גט וילדה בנים, ושאלו את הגר"א הענקין ואומר שהוא פסק לחומרא דנישואין אזרחיים צריכים גט, אבל כאן שנישאת וילדה בנים נמצא חומרא עושה ממזרין, כה"ג לא החמיר והולד כשר".

אך כאמור, גם חומרא זו של הגרי"א הענקין זצ"ל, אינה מוסכמת על הריב"ש הרמ"א והרבה פוסקים.

העולה מדברינו:

ההוראה המקובלת בנישואין אזרחיים שביחס לשאלת הנחיצות בגט, יש לדון בכל מקרה לגופו, ולפי נסיבותיו. ככל שנישאו בהליך זה מפני האילוץ, יש לחוש לסברא שא"א עבב"ז, וזאת כל עוד אין ראייה מוכחת שאין לחוש לכך. על כן הונהג כדבר שבשגרה לסדר ג"פ כדמו"י, ויצוין למש"כ חברי בית הדין הרבני בירושלים בשנת תשי"ג, הרבנים הגאונים נ"ע, הגר"י עדס הגרי"ש אלישיב והגר"ב זולטי, בשאלתם להגרצ"פ פראנק, בהר צבי סי' ע"ד הנזכר:

לפריצותא דעריות אין חוששין לקדושין, וסיים ובנד"ז אין לך פרוצים יותר מאלו ההולכים לפני עכו"ם וכו'. ועוד שזו לא טבלה לנדתה וכו' ואם לאיסור כרת התיר עצמו בביאתו איך יחוש לאיסור קל של פנויה עכ"ל וכל האחרונים נשתמשו בכלל זה... ואם אמרו זה בזמן הראשונים הנ"ל, קל וחומר בזמנינו זה שהדור פרוץ מרובה ורוב בעריות ואין שומרים שבת ונדה וכו' והרבה מהפריצים שאינם נזהרים גם מא"א דודאי כ"ש בפנויה שאין מכוונים לשם קדושין. ובפרט בנדו"ז דבידו ללכת אצל הב"ד לתקן עצמו בחופה וקדושין ולא הלך, דודאי לא איכפת ליה בהכי ולא חש לבעילת זנות כלל, גם לא ידעי מעולם מקדושי ביאה".

ועיין עוד בתשובת מנחת אשר חלק ג' סי' צ-צא שהאריך לבסס שמדינא אין צריך גט אף שלכתחילה נוהגים לסדר גט.

והנה בספר אור הנר מהרש"פ שטיינברג תלמידו של החזו"א בעמ' פ"ג הביא תשובה מהחזו"א (הודפס בספר חזון איש שו"ת וחיידושים סי' רמא). החזו"א נשאל האם יש להורות על המתנת ג"ח הבחנה במי שהתגרשה לאחר נישואין אזרחיים, וציין השואל דעת החזו"א בנידון, וכתב הרב השואל:

"היכא דלא הוי קידושין כדת משה וישראל אלא נתרצו ביניהם לדור ונכתב בערכאות, דיש מקילין דאין צריכים גט [כפי ששמעתי בשם הדר"ג שליט"א שאמר שהרב אברמסקי מקיל, ונראה שיכולים לסמוך במקום עיגון] ובענין זה צריכים להמתין מזמן פרישתן מהאיש".

והשיב לו החזו"א:

בדבר קידושין אזרחיים עדיין לא נסתיימה ההלכה, דכיון שאינם רוצים בזנות אלא בקשר קנייני ואף שנזוור מדרך התורה כל שעושים קנין מועיל מן התורה, אף שדעתם שיהיה קנין אישי ולא תוריי מ"מ מועיל. והלכך אם היה בחוזה חתום הבעל ומסר לה אפשר לחוש לקידושי שטר ואפשר דאין חסר כאן לשמה כיון שנכתב לשם כך, גם בואם בדירה אחת אפשר שדעתם לאשר קשרם, וקשה להכריע בחמורים כאלה. בכל אופן אין לפרוץ גדר בזמן הזה שיראו שהיא נישאת תוך ג"ח ויהיה לעז ותהא פרצה".

ביחס לתשובתו של החזו"א יש לציין:

א. החזו"א נשאל והשיב ביחס לג' חודשי הבחנה, ואגב הדיון בשאלה זו התייחס לשאלת נישואין אזרחיים, שבה לא היה צריך להכריע.  
ב. הרב השואל מביא שלדעת החזו"א הידועה לו, מדינא אין לחוש לקידושין, ובתשובתו כתב החזו"א:  
"עדיין לא נסתיימה ההלכה".

יסוד דבריו הם, שככל שנעשה קנין קידושין המועיל, אין לבטלו מחמת שלא כיוונו לשם כך. אך עכ"פ נחוץ קנין

"ומכאן דאם בני זוג היו נשואים רק אזרחית בלבד ולא מצאו הבעל לקחת ממנו גט והאשה נישאה לאחר ויש לה גם בנים ממנו. ואח"כ נמצא הבעל הראשון ורוצים לעשות גט לחומרא כנהוג בנישואים אזרחיים, אין בכך חשש לעז על הבנים מהשני שיאמרו לרווחא דמילתא עבדי הכי".

אך אין הנידון דומה לראיה, השו"ע כתב הלכה זו במקום שקיים פסול בגט, פסול גמור עפ"י הדין אך אינו פסול מהתורה אלא מדבריהם, והנחיצות בסידור גט שני, היא מוחלטת ללא ספק ומדינא. בנסיבות אלו יש מקום לסידור הגט הנחוץ ואין חוששין לעז, מאחר שיאמרו שהגט סודר לרווחא דמילתא. ואילו ביחס לנישואין אזרחיים הנחיצות היא מכח המנהג כששני בני הזוג בארץ וקיים צד לתפיסת קידושין אילו התברר שהושלמו תנאים מסוימים, וקשה לברר את העובדות לאשורן. משא"כ בנידון דנן עפ"י הנסיבות המתוארות, הנזק בהגדרתו, אינו הוצאת הלעז, שאותו ניתן לתקן, אלא הנזק הוא עצם הענין שאשה הנשואה מחדש לבעל שני באזרחית ועומדת להינשא לו בחו"ק, מקבלת גט שמשמעו שנאסרה על הבעל השני, ויש מקום לכך אילו נחיצות הגט היה מדינא, אך לא כשהתברר שאין נחיצות והעילה להורות על גט היא רק על מנת שלא לחלק בין המקרים.

העולה מהאמור, מאחר שהבעל בארץ והאשה בארה"ב וסידור ג"פ כדמו"י יוכל להזיק לה בנישואיה השניים, ובהתחשב שטיבם של הצדדים מביא למסקנה שהיה ביכולתם בנקל להינשא בחו"ק אך בחרו שלא לעשות כן, וגם אין אצלם שמירת מצוות, ובנישואיו הראשונים הבעל היה נשוי לנכריה, בנסיבות אלו אנו מחליטים שאין להורות על סידור ג"פ כדמו"י וכל אחד מהם רשאי להירשם לנישואין בחו"ק כדמו"י, והרב רושם הנישואין יקבל את העדויות הנחוצות על היותם פנויים וכשרים לנישואין.

"הננו פונים להדר"ג שיואיל לחוות דעתו דעת תורה בנדון המצורף, אשר לפי דבריהם התחתנו רק בנישואין אזרחיים בלבד ולא היה ביניהם חו"ק, והאשה מבקשת להתיר לה להינשא בלא גט היות שהיא רוצה להתחתן עם כהן, וכידוע שאם נתגרשה אפילו לחומרא אסורה לכהן כמבואר ברמ"א שו"ע אה"ע סי' ו' סע' א'. ואם כי אנו נוהגים שבמקרה כזה שהבעל והאשה נמצאים בארץ וחיו כאן כבעל ואשה, שהם צריכים להתגרש בג"פ ולא מתירים להם להינשא בלא ג"פ".

הרי שהמנהג היה לסדר גט בכל מקרה, כששני בני הזוג נמצאים בארץ. אבל נראה שלא החמירו גם כשהבעל כאן והאשה במדינה אחרת, או להפך. לכן בנידון זה בצירוף שהאשה דנן כבר נישאה מחדש עם יהודי בנישואין אזרחיים והודיעה שבכוונתה להינשא לו בחו"ק כדמו"י, וסידור הגט כעת יוציא עליה לעז איסור, ויסב לה נזק, במקום נזק לא נכון להחמיר, כשעפ"י כל השיקולים הרלבנטיים המפורטים בפוסקים הנוכחים, אין הכרח כלל בגט. וכמו שהורה הגרצ"פ פראנק זצ"ל ביחס לנזק, שהאשה תהיה מנועה מלהינשא לכהן, אף שאין מניעה שתינשא לכל גבר דתיצביין פרט לכהן.

והנה בשולחן ערוך סי' קנ סעיף א' כתב:

"וכל גט שאינה פסול אלא מדבריהם להנשא בו, לא תנשא בו לכתחלה, ואם נשאת, אפי' לא נבעלה לא תצא, והולד כשר וכותבין לה גט אחר, והיא יושבת תחת בעלה ... מיהו נותנין גט אחר כשר, ואין בזה משום הוצאת לעז על הבנים". וכתב הב"ש סק"ג: "ואין בזה משום לעז. דוקא כשתצא ממנו אז יש חשש לעז, אבל ליתן גט אחר, יאמרו לרווחא דמילתא עבדי רבנן כן".

עפ"י דברי הרמ"א והב"ש, כתב בספר מנחת אשר להרה"ג מסעוד אלחדד שליט"א על אה"ע סי' ק"נ:



## סימן טב

## טענת מקח טעות והאשה טוענת שהודיעה קודם לנישואין על מי חובת הראיה

"היו בה מומין ועודה בבית אביה, האב צריך להביא ראיה שמשנתארסה היו בה מומין הללו, ונסתחפה שדהו. נכנסה לרשות הבעל הבעל צריך להביא ראיה שעד שלא נתארסה היו בה מומין אלו והיה מקחו מקח טעות, דברי ר"מ. וחכמים אומרים: במה דברים אמורים במומין שבסתר, אבל במומין שבגלוי אינו יכול לטעון".

ובגמרא דף עז עמוד א':

"ונכפה כמומין שבסתר דמי. והני מילי דקביע ליה זמן, אבל לא קביע ליה כמומין שבגלוי דמי".

לכאורה בנידון זה שהאשה חולת אפילפסיה עוד קודם לנישואין, ומאחר ואין זמן קבוע ידוע להתפרצות המחלה, הרי לכאורה, זו מחלה שהיא מום גלוי, ואינו יכול לטעון טענת מומים.

אך כבר מצאנו בכמה פוסקים שכתבו שיתכן מאד שבימינו ניתן לדון כל חולי כזה, כמום שבסתר.

בשו"ת רבי עקיבא איגר מהדורא תניינא סי' פד כתב שיתכן שגם נכפה שאין קבוע לו זמן יחשב כמום שבסתר, וז"ל:

"אף דקיי"ל בש"ע סי' ל"ה דנכפה שאין זמנו קבוע כמומין שבגלוי דמי, מ"מ כיון שנראה במוחש בזמנינו בתחילת הענין כשאירע פעמים ושלש אין הכל מבינים החולי, אח"כ המשפחה מסתירים במה דאפשר למנוע ממנה מלצאת חוץ".

וכן בספר תשובת מהרי"ד (להג"ר יצחק דנציג) סי' ל', כתב:

"הנה בנידון דידן אשר הבעל הוא מעיר אחרת ולא ידע מאומה ממום זה קודם הנישואין ולגבי דידי אף בלא קביע לי' זמן הוי כמומין שבסתר. כי מה שמחלק הגמ' בין קביע לי' זמן ובין דלא קביע, זה שייך רק במי שהוא דר בעיר הזאת. אבל מי שהוא גר ונכרי בעיר הזאת, אין נפקא מינה בין קביע ולא קביע".

וכן באבני נזר חלק אה"ע סוף סי' קעו כתב שאם לפי ראות עיני הדיינים לפי נסיבות העניין הבעל לא ידע על מחלה זו של האשה שלקתה בה עוד קודם לנישואין, למרות שלא קבוע לה זמן, יחשב כמום שבסתר.

למעשה שורש סברא זו כבר מצויה ברמב"ם הלכות אישות פרק כה הלכה ב' שכתב:

"ואם דרכן להיחבא ולהתנכר אף במרחץ ... הרי זה טוען אף במומין שבגלוי, שדברים אלו דברים של טעם הם, ואינם גזירת הכתוב".

ובאר בכסף משנה:

"כלומר שאילו היו גזירת הכתוב, לא היינו מחלקים בין מקום למקום כיון שכך גזרה תורה".

לפי זה נראה שבימינו שחולי האפילפסיה, מטופלים בכדורים, ובשל כך ההתקפים אינם מתפרצים אלא לעיתים

בפני בית הדין תביעת הבעל לגירושין והתקיימו שני דיונים. האשה ביקשה לדחות את התביעה, אך הביעה הסכמה להתגרש בכפוף לתשלום הכתובה שבה נקוב סך 70,000 שקל.

במקרה הנוכחי לאחר כחודשיים מיום הנישואין הבעל נוכח כי אשתו עוברת התקף אפילפסיה, ולטענתו עד לאותו מועד, לא ידע דבר אודות מחלה זו של האשה. בעקבות התקף זה הצדדים נפרדו לאלתר, והבעל הגיש את תביעתו להתגרש.

האשה הכחישה את טענת הבעל, וטענה שעוד קודם לנישואין הבעל ידע על מחלתה, לאחר שגיסה ששידך ביניהם עדכן אותה על מחלתה, וכי הבעל הסכים לנישואין למרות מחלתה. עוד הוסיפה האשה כי למרות מחלתה, באותו אירוע שאירע כחודשיים לאחר הנישואין, התעלפה בלבד אך לא עברה אירוע אפילפטי.

הבעל הכחיש שידע על כך קודם לנישואין, וטען כי אמנם היה ידוע לו שאשתו נוטלת כדורים באופן קבוע, אך אשתו הטעתה כשהודיעה לו שהכדורים נועדו לבעיה אחרת שיש לה בידה, בעיה שהיתה ידועה לו עוד קודם לנישואין.

כמו כן בניגוד לטענת האשה שבאותו אירוע התעלפה בלבד, הבעל טען שכל הסימנים הורו כי ההתקף הנ"ל היה התקף אפילפטי.

ניתנה החלטה שבה הוצע לתובע להציג ראיות לטענתו, אך לא עלה בידו, והתקבלה בקשה מטעם האשה להשלים את ההליך ולהכריע במחלוקת שבין הצדדים.

בנסיבות הנוכחיות, השאלה העיקרית שעלינו להכריע בה היא - על מי מהצדדים מוטלת חובת הראיה. האם להטיל על הבעל חובה להוכיח שלא ידע, כנטען על ידו, או להטיל על האשה את החובה להוכיח שהודיעה לבעל, כטענתה. יצויין כי השדכן שלטענתה הודיע לבעל הוא גיסה של האשה הפסול לעדות, ואין תועלת מהותית בזימונו לעדות. יתכן שאף אחד מהצדדים אינו מסוגל לבסס את טענתו ולהוכיחה, ובשל כך יפסיד אותו בעל דין שעליו תוטל חובת ההוכחה.

## דיון

ראשית, עלינו להקדים לקבוע שאם אכן לאשה מחלת אפילפסיה, והעלימה מהבעל את המחלה כנטען על ידו, יש מקום לחיוב האשה בגירושין ושליטת זכותה לתשלום הכתובה. וזאת מאחר ומחלה זו מוזכרת בגמרא כמום שאם הוסתר מהבעל, והבעל לא מחל בעת שהתברר לו, ניתן להיאחז בו בטענה למקח טעות.

במשנה במסכת כתובות דף עז עמוד א':

המוכר שידע הקונה שהיתה גנובה, וגם שקנאה מעט בזול יתר ממשי אחרת כיוצא בה, והקונה יכחיש, ישבע המוכר, כיון שהקונה בא להוציא מידו".

וכן פסק בספר ערוך השולחן חושן משפט סי' רלב סעיף ח', וכתב:

"אם המוכר מכחיש את הלוקח ואומר שידעת בעת הקניה שיש בו מום כזה וסברת וקבלית, והלוקח מכחישו ... יקוב הדין ביניהם, וכיון שהמוכר הוא מוחזק, ישבע היסט שכדבריו כן הוא, ונפטר, ואם הלוקח לא נתן מעות עדיין, ישבע הוא ויבטל המקח. ויכולין להפך את השבועה זה על זה".

ביחס לדין ודברים ביחס לתשלום כתובה בנסיבות של טענה ביחס לשלילת זכות האשה מעיקרא לכתובתה, כגון עקב מום שהוסתר, כתב בחידושי הריטב"א מסכת כתובות דף עו עמוד ב':

"וכן נראה דעת רש"י שפירש גבי כלה בבית חמיה כי הבעל בא להיפרע שטר הכתובה שביד האשה בטענת ממון, הלכך אוקי שטר כתובה בחזקת מרא קמא. ומיהו אין זה נכון בכאן, דהא אתיא כמ"ד שטר העומד לגבות כגבוי דמי, ואנן קיימא לן כב"ה דאמרינן לאו כגבוי דמי, ואדרבה על האשה לברר, דנוקים כסף כתובה בחזקת הבעל, שהוא מרא קמא".

ובספר חלקת מחוקק סי' קיז ס"ק יט כתב: "שנודע לו שאשתו נכפית, כלומר ואינו יכול לברר שקודם שנתארסה היתה נכפית וא"כ אין יכול להוציאה בלא כתובה כי נסתחפה שדהו, וגם היא אינה יכולה לברר שידע ומחיל דאל"כ אין יכולת בידו להוציאה בעל כורחה, מאחר דסבר וקבל".

משמעות דברי הח"מ שגם מש"כ בסוף דבריו איירי גם לעניין כתובה. הרי עולה מדברי הח"מ, שאם התברר שהאשה היתה נכפית עוד קודם לנישואין, חובת הראיה על האשה לברר שהבעל ידע ומחל.

על כן, בנידון שבפנינו הוחלט: על האשה מוטלת החובה להוכיח את טענתה, שהבעל עודכן עוד קודם לנישואין אודות מחלת האפילפסיה. האשה רשאית לבקש לזמן את הגיס, שהיה השדכן, לעדות וחקירה, אמנם עדותו תוכל לסייע בדרישה וחקירה, אך בסופו של דבר בית הדין מנוע מלפסוק על יסוד עדותו, בהיותו קרוב משפחה הפסול לעדות.

בהעדר הודעה מתאימה מטעם האשה תוך שלושים יום, ינתן פסק דין הקובע שבנסיבות הנוכחיות שלא הוצגה ראיה לביסוס טענת האשה, התקבלה תביעת הבעל לשלול זכאות האשה לתשלום הכתובה.

רחוקות יותר, מום זה נעשה פחות גלוי, ובצירוף המאמץ הנעשה בדרך כלל על ידי בני המשפחה להסתיר את המחלה, השתנו הנסיבות, ובסתמא כל עוד לא ידוע שהמום התפרסם, יחשב כמום שבסתר.

בנידון דידן אין חולק שמום זה היה באשה עוד קודם לנישואין, אלא שנחלקו הצדדים בטענותיהם האם הנתבעת סיפרה לתובע על המום עוד קודם לנישואין. הנה בסוגיא הנזכרת אין התייחסות לנידון שבו המחלוקת בין הצדדים היא האם הודיעו לבעל על המום עוד קודם לחו"ק.

נקדים ונברר את ההלכה ביחס למקח וממכר כשנמצא מום נסתר במקח, ונחלקו המוכר והקונה האם המוכר הודיע לקונה על המום עוד בטרם נעשה המקח. בחידושי הריטב"א מסכת כתובות דף עה עמוד א' כתב:

"מהא שמעינן דמאן דמזבין מידי לחבריה דאית ביה מום אי הוה מומא במקום שאפשר לראותו לעין ומתחזי תדיר לא מצי טעין מקח טעות דאמרינן ראה ונתפייס הוא, ואי הוי מומא בדוכתא דזימנין דמתחזי וזימנין דלא מתחזי מצי טעין מקח טעות, דתלינן דדילמא לא חזי, ומקח טעות, דכיון שהמום בפנינו ויש ספק אם ראה וניפייס, על זה להביא ראיה שנתפייס".

ובספר משפט שלום סי' רכב סעיף ד' הביא מדברי הריטב"א והוסיף:

"ומשמע מזה, דאפילו אם המוכר מוחזק במעות, עליו להביא ראיה שנתפייס לוקח, ואם לא הביא ראיה, ישבע לוקח שלא ראה המום והמקח בטל, וכל זמן שלא ישבע לוקח, אין צריך להחזיר המעות".

ועיין בספר שער משפט סי' רלב סק"ב שהביא את דברי הריטב"א, וכתב שכן כתב הר"י מיגאש בתשובה שהובא בהגמ"ר במסכת כתובות סי' רצב.

לעומת זאת, יש שכתבו שבכל מקרה של חילוקי טענות אם הקונה ידע, חובת הראיה מוטלת על המוציא מחבירו.

בשו"ת מבי"ט חלק ב' סי' קכו הורה בנידון כזה, המוציא מחבירו עליו הראיה, וז"ל:

"יורינו רבינו ראובן שהיה לו משי למכור ולשמעון בגדים, ועשו חליפין ושמעון אותם שמאים וכל אחד משך חליפיו ואחר ימים, ב' או ג', נודע לשמעון כי המשי של ראובן הוא קנוי מגנבים, ואמר לראובן תחזיר לי בגדים שלי ותקח המשי שלך שאיני רוצה לעשות בה חליפין בדבר שיש בה סכנה, שלא יודע לערכאות ואפסיד כל ממוני. והשיב ראובן לשמעון אתה היית יודע שהוא גניבה, ועם כל זה סברת וקבילתה, ושמעון מכחיש ואומר ח"ו לא ידעתי אלא אחרי שעשיתי החליפין ... אם יטעון

## סימן סג

## מגורי הזוג לאחר הגירושין בקומה נפרדת באותו בית

לא מפני שרואה אותה ואינה יכולה להתעלם ממנו, שנזכר בשאלה, שאין לנו לחוש לזה, אלא מפני שאסורים לדור במקום שאי' לבא עליה בנקלה כיון שהיא מכרת ברמיזותיו וקריצותיו. ואין נראה לחלק ולומר דשאני חצר שהם משתמשים בו בקביעות יותר ומשתמשים בו לשאר צרכים ג"כ לא לכניסה ויציאה לבד ומש"ה אסור, דאפשר לבא לידי ייחוד, משא"כ בכניסת השער ויציאתו שאין משתמשים בו אלא לכניסה ויציאה לא חיישינן, דחלוק זה כיון שלא נמצא אין לנו לחלק מסברתנו. ועוד שבירושלמי אמרו ואם הם יכולין זה פותח לכאן כו' ומשמע שלא היה החצר ההוא עשוי אלא לכניסה ויציאה, דאל"כ בזה פותח לכאן מאי הוי אכתי ישתמשו בחצר ההוא יחד לשאר צרכים, ולא קאמר זה פותח לכאן וזה פותח לכאן וסותמים פתחים הראשונים שבתוך החצר, משמע דלא היה החצר עשוי אלא לכניסה ויציאה ומשום הכי לא קאמר אלא זה פותח לכאן וזה פותח לכאן, דהשתא ודאי אין להם תשמיש אחר בחצר כלל. ונמצא א"כ שאעפ"י שהחצר אינו עשוי אלא לכניסה ויציאה אמרינן לא תדור עמו בחצר, וה"ה בפתח זה ששניהם משתמשים בו שלא תדור עמו שם".

והנה בירושלמי במסכת גיטין פרק שמיני שהביא ראנ"ח כתב:

"המגרש את אשתו לא תדור עמו לא באותה חצר ולא באותו מקום. אם היתה חצר של אשה איש מפנה. ושל איש אשה מפנה. של שניהן מי מפנה מפני מי. אשה מפני איש ואם יכולין הן זה פותח לכאן וזה פותח לכאן. במה דברים אמורים בזמן שנישאו. הא לא נישאו לא. ובכוהנת אפילו לא נישאו".

דברי הירושלמי הובאו בראשונים - בחי"ה הרשב"א גיטין דף פא"ב ובשו"ת הרשב"א חלק א סי' רט, ובר"ן על הרי"ף פ"ב דכתובות בספר אור זרוע הלכות יבום וקידושין סי' תריח. וכן בפוסקים האחרונים - ט"ז אה"ע סי' קנז סק"ג וביאור הגר"א סי' קנז ס"ק כא. ומבואר בירושלמי שבאותן נסיבות שהמגורים באותה חצר נאסרו, אם לכל אחד יש פתח לעצמו ניתן לאפשר להם לגור כך באותה חצר לאחר הגירושין.

והראנ"ח גופיה בתשובה אחרת, בסי' צ"ב בשאלת מגורי יבם וחלוצתו בסמיכות כתב:

"לא אסרינן אלא בחצר ולפי זה זכינו לדין בנדון שלנו שהבתים פתוחים לר"ה דאפילו חשבת להו כשכונה קטנה מפני סמיכותם זה אצל זה מ"מ אינם כחצר ודאי כיון שבפתח מיוחד לכל אחד ואינם משתמשים במקום אחד, ואפשר דבכה"ג אמר בירושלמי ג"כ ואם הם".

מתוך דברי הירושלמי אנו למדים, שאם אחד גר בבית שבקומת הקרקע והשני ביחידת מגורים נפרדת בקומה שניה,

לצדדים בית מגורים במושב עם שתי קומות, והם עומדים לקראת גירושין. עקב היעדר כל חלופה אחרת למגורים נפרדים, כל אחד מהם הסדיר עבורו את המגורים בקומה נפרדת תוך הפרדה מלאה של שתי הקומות, כל אחת מהן, הפכה ליחידת דיור עצמאית, וגדר מפרידה בחצר בין חלקו של צד אחד יחסית לחלק הצד השני. קיימתי ביקור בחצר הבית המשותף, בליווי הספד"ד, ובנוכחות שני הצדדים, כדי לברר האם בנסיבות הנוכחיות שהבעל מתגורר בקומה ראשונה של הבית, והאשה ביחידת הדיור שבקומה השנייה, ניתן לסדר גט.

הבית כולו בנוי על יחידת שטח המיועדת לבנין זה בלבד, עם גדר המקיפה אותו. ליחידת הדיור העליונה, כניסה נפרדת כשבקצה מדרגות היורדות לחצר. מול קצה המדרגות ובמרחק קטן מאד, האשה פרצה פתח בגדר והסדירה עבורה כניסה נפרדת, דרכה היא יכולה להיכנס ליחידת הדיור מחצר השכנים, ללא צורך להיכנס ליחידת הדיור מהכניסה הראשית לחצר.

עוד יצוין כי היה די בביקור של כעשר דקות כדי לחוש את המתח הקשה בין הצדדים, ולהתרשם כי הותרת המצב הנוכחי לפרק זמן ארוך, אינו מייטיב עם אף אחד מהצדדים, ואף גרוע מכך.

לגופה של הלכה זו, עלינו לברר מה הם התנאים שיאפשרו את סידור הגט, בנסיבות המתוארות ובהיעדר חלופה אחרת. בשו"ע אה"ע סי' קיט סעיף ד פסק:

מי שגירש אשתו מן הנשואין, לא תדור עמו בחצר.

ואמנם הלכה זו שנויה במחלוקת בראשונים, ויש שהתירו לגרושה לגור בדירה נפרדת באותה חצר שבה גר הגרוש, וכפי המבואר בירושלמי שהביא הר"ן על הרי"ף פ"ב דכתובות, אך הרמב"ם והשו"ע פסקו לאסור בחצר משותפת, והכי נקטינן לדינא, וכל האמור להלן נכתב אליבא דפסק הרמב"ם והשו"ע.

בספר גט פשוט ס"ק מא כתב:

"דקדק הראנ"ח ז"ל סימן צ"ו מן הירושלמי, דאפילו אין להם שום תשמיש בחצר אלא לכניסה ויציאה אינה יכולה לדור עמו בחצר, ומכאן דן שהוא הדין אם הוא דר בעליה והיא דרה למטה בבית והתחתית והעילית משתמשים ע"י פתח אחד הוה ליה כניסת אותו פתח כחצר ואסורים לדור שם".

להלן מדברי ראנ"ח סימן צו שהביא הגט פשוט:

"נמצא עלה בידנו דאפילו אשת ישראל שנתגרשה, לא תדור עמו בחצר אחר גירושין מיד אפילו לא נשאת לאחר. וכיון שכן בנדון שבאה עליו השאלה שהתחתית והעילית משתמשים ע"י פתח אחד, הו"ל כניסת אותה הפתח כחצר ואסורים לדור שם,

הרי שרק ביחס לחצר המוקפת הורו חז"ל לאסור את המגורים בדירות נפרדות שבאותה חצר. שבלא היקף מכל הצדדים, אין זה מקום הראוי לייחוד. וכן עולה ממש"כ ראנ"ח בתשובה סי' ו' □ "דלא תדור... שיש לחוש שיבוא להתייחד", משמע הייחוד הוא בחצר ואין הלכה זו בחצר שאינה מוקפת או מוקפת בהיקף חלקי, שמעצם טיבה אינה ראויה לייחוד.

ועיין בחלקת מחוקק סי' קיט ס"ק יז שהסתמך על דברי הר"ן, וכתב שלא החמירו חז"ל בגרושה יותר מבשבויה, ויכולים לגור בחצר אחת אם נוהרים שיהיו אחרים עמהם בחצר. ועיין בספר גט פשוט ס"ק מ', שהכריע שבשעת הדחק יש סמוך על שיטת הר"ן. וכן עיין בספר ישועות יעקב אה"ע סי' קיט (בפי' הארוך סק"ט) שהורה כדעת הח"מ, ודחה דברי הבי"ש שחלק על הח"מ, וכן פסק בספר ערך שי על אה"ע (שם) כדעת הח"מ. ועיין בספר שו"ת הר צבי חלק אה"ע סי' קטז שהסכים לדינא עם הכרעת הישועות יעקב כחלקת מחוקק.

לפי דרכו של הח"מ, דין גרושה שוה לדינה של שבויה, ואין לאסור מגורים בחצר אחד כשאינן מתייחדים, ונראה שלענין זה אין הבדל אם אין יחוד מפני האנשים האחרים המצויים באותה עת בחצר או מפני שהיקף החצר אינו מלא ואין דיני יחוד לנמצאים בתוכה. וכאמור כן עולה ממש"כ ראנ"ח בתשובה סי' ו' □ הנזכרת. וכן כמה פוסקים (הישועות יעקב, הערך שי, והר צבי) הכריעו לדינא כח"מ.

על כן בנידון זה שאחת הבנות עדיין מתגוררת עמהם, ובנוסף בעת השהייה בחצר לא ניתן להגיע למצב של ייחוד הנסתר מעיני אחרים המצויים בסמוך לחצר אך מחוצה לה, אין זו חצר עליה נאמרה ההלכה האוסרת מגורי גרושה וגרושה.

**מסקנה:** ככל שתוסדר כניסה נפרדת ליחידת הדיור העליונה, במתכונת שנהגה בעת הביקור הנזכר במקום, וינתן צו המחייב את ההפרדה ליחידות הדיור הנפרדות ולשימוש הנפרד בכניסה לחצר, לא תהיה מניעה לקבוע שהושלמו התנאים לסידור הגט.

ולכל יחידת דיור יש את החצר שלה. כגון בנידון זה שיש לאשה את החצר הסמוכה ליחידת הדיור שלה והיא המרפסת הרחבה המשמשת כרחבה הסמוכה ליחידת הדיור, ולבעל קיימת החצר הסמוכה ליחידת הדיור שבקומת הקרקע, ולכל אחד תוסדר יציאה נפרדת, לא תהיה מניעה לסדר גט.

וכאמור לעיל בדברי הראנ"ח: "לא מפני שרואה אותה ואינה יכולה להתעלם ממנו שנזכר בשאלה, שאין לנו לחוש לזה". דהיינו אם אחד יכול לראות את השני בעת כניסתו לביתו, אין בכך בעיה, אלא הבעיה היא בשימוש בחצר המשותפת או אף בכניסה משותפת בלבד.

מלבד האמור, יש לצרף טעם נוסף, והוא - "חצר" כהגדרתה בהלכה זו היא חצר המוקפת מחיצות שבה יכולים לעבור על איסור יחוד, ולכן לא התירו שיגורו בבתים שונים בחצר אחת. משא"כ בחצר כזו, שגם בעת שיימצאו בתוכה, אין "יחוד" כהגדרתו בהלכות יחוד, מפני שמחיצות החצר אינן מונעות מהסובבים מחוץ לחצר לראות את המתרחש בחצר. בספר שו"ת בית דוד (להג"ר יוסף דוד משאלוניקי) חלק אה"ע סי' פה הוכיח כן מפשט הסוגיא (כתובות דף כז, ב). שבתחילה דנו בשאלת שבויה, ובדברי רש"י (ד"ה יוצאה) מבואר, שהנידון הוא רק במגורים בחצר כזו, שבזמן שאין בה אדם אחר, הם באים לידי יחוד. וכתב הבית דוד:

"ועל חצר כי האי, בעי אביי מהו לעשות כן בגרושה. נקטינן מיהא דמאי דפסק הרמב"ם ... לא תדור עמו בחצר ... לא קאסר הרמב"ם לדור אלא בחצר המיוחדת למגרש ולמגורשת בלי שום דיורין אחרים באופן שכשאינן בניהן עמהן מתייחדין, אבל בענין אחר לא שייך האי איסורא דלא תדור בחצר. וזה ברור מדברי הר"ן ז"ל שכתב ה"ל ומכאן יש ללמוד שאפילו אשת ישראל שנתגרשה ולא נשאת אסורה לדור עמו בחצר, אלא אם כן נוהרים שיהיו אחרים עמהם, דומיא דאשתו דרבי זכריה בן הקצב".

והדברים מבוארים עפ"י מש"כ הט"ז ס"ק טז שכתב בדעת הרמב"ם:

"לא גרס לא תינשא בשכונתו אלא לא תדור בשכונתו... הרמב"ם מפרש דהשכונה הנזכרת בגמרא, היינו חצר המוקפת, ויש בה בתים הרבה".

## סימן טז

### הצעה להסדרת תשלום שכר הסופר

לענ"ד לא נכון לשנות את הנוהג הנ"ל, מאחר ולעיתים תשלום עבור סידור הגט עלול לעכב את מתן הגט ולדחותו, ולא נכון להציב את התשלום כתנאי לסידור הגט, ומסתמא גם זה כלול בתקנת עגונות שלא להציב מכשולים בטרם סידור הגט בגלל אותם מקרים בודדים שהתשלום עלול להיות לרועץ. כמו כן בכל מקרה התשלום יגיע רק לקופת ההנהלה לא לסופר, ולכן לא נכון להביא לשינוי בנהוג כיום, מלבד המוצע בסוף דברי.

לכבוד

הרה"ג הרב ...

מנהל בתי הדין הרבניים

שלום וברכה

ביחס לנהוג בבתי הדין שנים רבות שסופר הגיטין מקבל את שכרו בתשלום המתקבל מטעם הנהלת בתי הדין, אך הבעל אינו משלם לו דבר. וכן אין אגרה עבור סידור הגט אלא עבור התעודות בלבד.

יש שביארו שהנימוקי יוסף כלל אינו עוסק בשאלת כשרות הגט התלויה בתשלום הבעל, אלא בשאלת דיני הממון, על מי מוטל התשלום, שהרי דבריו במסכת בבא בתרא העוסקת בדיני ממונות, ולכן קבע הנ"י בסיום דבריו, שאין ריעותא בתשלום מצד האשה, כי "וכתב" דקרא, היינו הציווי לכתוב, והרי להדיא דלא כתורת גיטין.

המשיגים על התורת גיטין, הם:

בשור"ת צמח צדק (לובאוויטש) חלק אבן העזר סי' קנ, כתב:

"אודות מ"ש בתו"ג סי' ק"ך סק"ו שאם אבי הבעל או אבי האשה פרע שכר הסופר בלא הקנאה להבעל אינה מגורשת. צ"ע שעכשיו שנוהגין שהסופר מקנה להבעל הקלף והדיו א"כ למאי ניהוש לה. דאף את"ל דלא אקנויי רבנן להבעל פשיטי דספרא אא"כ האשה נותנת השכר ולא כשאבי האשה נותן. מ"מ הרי כ' בחי' הרמב"ן וז"ל ולא כדברי הנקדנין שמקנין לבעל ממש כו' דאי ס"ד צריך לאקנויי לי' ממש מעיקרא כיון דאמר בעל לסופר כתוב ושו"י שליח וקנה קלף ודיו במשיכה ממש מאי הוא דאקשינן הכא איהי כתבי' לי' אפילו פרע וזוא לספרא גיטא גופי' ודאי דבעל הוא ולא דסופר ולא דאשה. ושלוחא דבעל כתבי' בשלו עכ"ל (ר"ל בשל בעל). הרי מבואר מהרמב"ן דאם הוי מקנים ממש להבעל הקלף והדיו במשיכה או לא צריכא כלל לתירוץ דאקנויי רבנן לבעל פשיטי דספרא שהאשה נותנת להסופר אלא דגם אפי' לא אקנויי רבנן זווי דספרא מ"מ שפיר ה"ל וכתב ונתן משום דכתב הסופר בקלף ובדיו של בעל ממש וגם בשליחותו שאמר לסופר כתוב ואף על פי שמצפה לקבל שכר מהאשה אין בכך כלום ולפ"ז גם אם אבי הבעל או אבי האשה משלמין שכר הסופר כ"ש דכשר כיון דקנה הבעל הקלף והדיו במשיכה ממש ואמר לסופר כתוב ולא אכפת לנו ששכר הסופר יהיה משל בעל".

ובספר אבני נזר חלק אבן העזר סי' רא ס"ק לב, הביא מדברי הצמח צדק, וכתב:

ועל דבר אשר שילם אבי האשה שכר הסופר שהתורת גיטין [סי' ק"כ סק"ו] פוסל, הנה הצמח צדק החדש [אהע"ז ח"ב סי' ק"נ] מהגאון איש אלקים קדוש מליבאוויטש זצלה"ה מכשיר לגמרי, אך יש לי פקפוקים בדבריו, כי הוא ז"ל הביא ראי' מחי' הרמב"ן [כ ע"א], ולפי דברי הרמב"ן שבספרים שלנו ודאי דבריו נכונים, אך הביא דברי רמב"ן בנוסח אחר... אך שם בצ"צ כתב טעמים להכשיר, הא' דכיון דקי"ל דלא בעינן שליחות בכתיבה הא דמקשה הש"ס מוכתב היינו דאיהי כתבה גרע, ובשילם אבי האשה כיון דלאו איהי יתבה אין חשש, ועוד דלאו דווקא מעות שלה אקני לבעל רק פשוטי דספרא אקני לבעל, יהי' של מי שיהי', ושכן משמעות לשון הרשב"א שכתב פשוטי דספרא אקני לבעל, ועוד דהסופר קנה המעות עבור האשה כמ"ש רמ"ה [הו"ד בטור סי' ק"כ] בשלח הבעל לכתוב וליתן האשה קונה עבור הבעל וחוזרת וקונה לעצמה, ה"נ הסופר קונה המעות עבור האשה וחוזר וקונה לעצמו, ומעות שלה הא אקנו רבנן לבעל".

ידועה שיטת התורת גיטין הביאו הפתחי תשובה אבן העזר סי' קב סק"ב וז"ל:

"וכתב עוד דדוקא האשה בעצמה יכולה ליתן שכר הסופר אבל אם אחר נתפטר עם הסופר כגון אבי הבעל או אבי האשה אז צריך להקנות המעות דמי שכר הסופר להבעל או להאשה. ואפילו בדיעבד אם פרעו הם שכר הסופר בלא הקנאה אינה מגורשת (ואפי' אם הקלף והדיו של הבעל מתחילה או ע"י מה שהקנה לו הסופר קודם הכתיבה ובכה"ג אם הבעל עצמו שכר הסופר אף שלא פרע לו אח"כ כלל כשר כמו שיבואר בסמוך מ"מ אם הבעל או האשה לא שכרו הסופר רק אבי הבעל או אבי האשה שכרו הסופר אף שפרעו אח"כ רק שהי' בלא הקנא' דמי שכר הסופר להבעל או להאשה פסול משום דבעינן וכתב שיהא הבעל מכתבו ונותן שכר הסופר כמ"ש הנ"י ס"פ גט פשוט ובכה"ג נקרא אין הבעל מכתבו כן מבואר בדבריו (שם) עש"ה".

וכן הוא בנתיבות המשפט סי' קצא סק"א שכתב:

"שכר הסופר נפקא לן בגט שהבעל צריך ליתן משום דכתיב וכתב, שהבעל צריך לכתוב, כמבואר בגיטין דף כ' [ע"א] גבי יכילנא למיפסל כל גיטין דעלמא, ע"ש, וכ"כ הנמוקי יוסף פרק גט פשוט [ב"ב ע"ז ע"ב מדפי הרי"ף] בהא דהבעל צריך ליתן שכר סופר, משום שכתב רחמנא וכתב, ומשמע שהבעל מכתבו, ע"ש".

אך רבו מאד החולקים על דברי התורת גיטין, וכתבו שאין לחוש אם הבעל אינו משלם אלא אדם אחר משלם לסופר את שכרו. בשו"ת מנחת יצחק חלק א סי' מב, העיד שכך המנהג, וז"ל:

"הנהוג בבתי דינין דאם אין הבעל או האשה משלמים שכר הסופר, הב"ד משלמים שכר הסופר, ואין מדקדקים להקנות התשלומים להבעל".

ולהלן נביא מגדולי הפוסקים שחלקו על התורת גיטין. אך נקדים שגם התורת גיטין גופיה בסי' קכד סק"א כתב שאם הסופר כותב בחינם ללא כל תשלום, הגט כשר, ולפי זה בנידון דנן שהסופר כותב בטרם שילמו לו דבר. ולאחר מכן נותנים לו שכרו מטעם הנהלת בתי הדין כשכר עבודה, ויתכן שבכה"ג גם התורת גיטין מודה.

מלבד זאת רבו מאד החולקים על התורת גיטין. ויש שהשיגו מדברי הנימוקי יוסף גופיה שהוא יסוד דברי התורת גיטין שבתחילת דבריו כתב:

"וכתב ונתן. משמע שהבעל הנותנו, הוא מכתבו שפורע שכרו".

ובהמשך דבריו כתב להיפך, וז"ל:

"והשתא שהאשה נותנת השכר. כי היכי דלא נשהייה. ליתן לה גט בשביל שכר הסופר ובין כך תתעגן. והא דכתיב וכתב ונתן, לא קשיא דצוואת כתיבה קאמר".

ואמנם התורת גיטין נשאר בצ"ע וכתב שכבר עמד על כך הג"פ.

דבלא"ה נקרא אין הבעל מכתיובו, ופוסק שם להלכה דאם אבי האשה פרע שכר הסופר בלא הקנאה להבעל אינה מגורשת. ואנכי בעניי לא כן עמדי. דמאחר שאנחנו נוהגין שבפירוש מקנה הסופר לבעל המגרש הנייר והדיו וכל מכשירי הכתיבה וכפי המבואר בר"ן בגיטין שם, ע"כ מדינא צריך להיות כן דאין הפועל שהוא הסופר יכול לזכות בעצמו בהקלף בעד הבעל ע"ש, וגם נוהגין שהבעל מצוה לסופר בפני עדים שיכתוב ג"פ לשמו ולשמה לשם גירושין והסופר אומר כן אעשה, ואחר הגירושין נותנין להסופר שכרו, מה לנו ממי בא שכרו או מי שמתפשר עמו על השכר דכיון דהבעל קנה הכל במתנה הרי הכל שלו. ואף דקיי"ל בח"מ סי' רס"ד דפועל שעושה מלאכה עם בעה"ב בסתם א"י לומר בחנם עשית עמדי, מ"מ עכ"פ אין להסופר רק חוב על הבעל, דכבר העלינו למעלה דל"ש בזה אומן קונה בשבח כלי וכיון דל"ה להסופר רק חוב על הבעל מאי נ"מ אם אחר שילם השכר להסופר הו"ל האחר פורע חובו של חבירו. ולבר מן דין כיון דחכמים שדויה אאשה לשלם שכר הסופר משום תקנת עגונות כדא' ב"ב קס"ח. ורבנן אקנויי אקנו לי' לבעל מאי איכפת לן אם אחר משלם לסופר בעדה האחר נעשה שליח בשבילה לשלם להסופר, ונקנה להבעל משום דרבנן אקנויי אקנו לי' להבעל ולמה ניחוש על הגירושין מכח זה. ומצאתי לש"ב הגאון בספר יהושע חאה"ע סי' צ"ה שכתב בפשיטות דאין חשש כלל אם אחר נתן להסופר שכרו".

וכן הגאון רבי שלמה קלוגר בחכמת שלמה על סי' קב כתב שדחה מהלכה את דברי התורת גיטין, וכן הגאון בעל אפיקי ים בתשובתו בספרו גלי ים סי' נא האריך מאד לברר הלכה זו דלא כתורת גיטין.

וכן בשו"ת עזרת ישראל סי' כא ואבן יקרה תניינא סי' כ', וכן בספר ערך שי על אה"ע סי' קב.

על כן מאחר ורבו מאד החולקים על התורת גיטין, מדינא אין פוסקים כן וכן מנהג בתי הדין כמו שהעיד במנחת יצחק, אך מאחר וכמה מהפוסקים חשו לכתחילה להדר כדברי התורת גיטין, וכמ"ש בעין יצחק הנוכר לעיל, נראה לי נכון שבטופס הבקשה לסידור הגט, שהבעל חותם עליו בטרם סידור הגט, יוסיפו שורה אחת שיהיה כתוב בה כדלהלן: "אני הבעל החתום מטה ממנה את הגורם המופקר על תשלום שכר סופר הגט לשלם את שכרו בשליחותי". ולאחר שאותו גורם יקבל על עצמו שהתשלום הוא בשליחות הבעל, יוצאים לכתחילה ובהידור גם לשיטת התורת גיטין.

בברכה

אוריאל לביא

ובשו"ת עין יצחק חלק א אבן העזר סי' עו האריך בהלכה זו והעלה:

"נחזור לעניינינו דנתבאר דאין שום מקום לחומרת התו"ג דפסל הגט אף דיעבד היכא דאבי הצדדין משלמין להסופר. דנתבאר ב"ה דכיון דנהגינן להקנות הקלף והדיו להבעל קודם הכתיבה דשפיר נהגו להכשיר הגט ואין שום מקום חשש לפוסלו רק לכתחילה כיון דיצא להחמיר מן הגאון בעל תו"ג יש לנו להדר לכתחילה להקנות המעות מקודם הכתיבה להבעל, אבל בדיעבד לאחר שנכתב אין לנו להחמיר כלל".

ובספר דברי מלכיאל חלק א סימן פ' העלה בסוף דבריו:

"היוצא לנו לנ"ד דלא מיבעיא לשיטת הנ"י ותוס' שבארנו דאין קפידא כלל מה"ת בשכר סופר שיהא של הבעל. א"כ ודאי דשפיר יכול אחר ליתן השכר. כיון שמנהגינן להקנות הקלף והדיו לבעל. וכן לדעת הרשב"א שבארנו דעתו באות ח' דבאמת לא הקנו רבנן לבעל כלל משלה. רק שתקנו שהיא תתן עבורו השכר כפורע חובו של חבירו. אבל עיקר הכתיבה הוא של בעל. א"כ ודאי ג"כ יכול אחר ליתן עבורו השכר כמובן. אלא אף לדעת הרמב"ן והר"ן ומהר"מ ור"ב ומרדכי וש"פ דס"ל דהקפידה תורה שיהא שכר כתיבה של בעל ורק דאקנו ליה רבנן משל אשה. היינו רק באשה שדעתה לעצמה מצד שהגט נכתב עבורה והקפידה תורה שלא תשתתף כלל בכתיבתו כמש"ל בס"ד. אבל אחר ודאי אינו נותן אדעתיה דנפשיה ורק משלם עבור הבעל כעין מ"ש הרשב"א גבי אשה. והסופר ג"כ ודאי כותב רק בשליחות הבעל ועל דעתו ולזה בודאי שרי. רק שיקנה לבעל הקלף ודיו כנהוג אצלנו כנלע"ד. ובפרט דגם אחר הכתיבה בא הגט ליד הבעל לגרש בו וקונה אותו כמש"ל. ודעת מהר"מ צילך הובא באחרונים להקנות לבעל הגט גם אחר כתיבה לצאת ידי חשש דאומן קונה בשבח כלי. ואף שהאחרונים דחו זה אבל משום חשש דשכר הסופר שפיר יתוקן רק שלא נהגו כן וא"צ לזה כנ"ל.

ועוד נראה שאצלנו שנוהגים שגומרים ביניהם מקודם הבעל והאשה בסכום הכתובה ועל מי יחולו הוצאות הגט א"כ ממילא כשפסקו מקודם שאבי האשה וכדומה קיבל על עצמו ליתן שכר הסופר ה"ז כמקבל לפרוע חוב חבירו ולפטור הבעל מתשלומיו. וגם די"ל שנגד זה הוסיפו לה בכתובתה בפשרה שביניהם כי אם היה ההוצאה משל בעל היה פוחת בנתינתו לה. ובכה"ג אף התורת גיטין מודה. אך א"צ לזה כמש"ל".

ובשו"ת הרי בשמים חלק ב (מהדורא תניינא) סימן פו כתב:

"ראיתי לא"ז הגאון זצ"ל בס' תו"ג סי' ק"כ שכ' דאם אחר נתפשר עם הסופר בעד שכירותו כגון אבי הבעל או אבי האשה דצריך להקנות המעות דמי הסופר להבעל או להאשה

## סימן סה

## שם שנרשם בתעודות - כתיבתו בגט

וכן בשו"ת מנחת יחיאל ח"ב סי' יד כתב: "ומה שחשש על שם החתימה דמתקריא פאני, דהא לדעת הט"ז אין כותבין על שם החתימה דמתקריא. נראה לפע"ד דגם הט"ז מודה בנ"ד לכתוב דמתקריא, כיון שכך נכתב במעטריקא פאני, ממילא כל כתבי תעודות שנצרך לה משלטון העיר וכן פאס אם תקח האשה, וכן כשבאה לעשות נישואין עפ"י נימוסי המדינה, וכן גירושין עפ"י נימוסי המדינה ורשות על המסחר משלטונות, הכל היה נכתב ונקרא רק עפ"י שם המעטריקא פאני, על כן יכולים לכתוב על שם כזה אף לשיטת הט"ז דמתקריא פאני".

ובתשובה הבאה בסי' טו חיזק דבריו, וציין לתשובת דברי חיים ח"ב אה"ע סי' קנה שנראה שמסכים לסברא זו. וע"ע בשו"ת הרי"ם חלק אה"ע סי' לה שכתב בפשיטות לכתוב המכונה על שם שנכתב בתעודות, אלא שהסתפק שמא אין כותבו כלל ונחשב כנשתקע, כשוהו שם בתעודות בלבד בלא חתימה.

וכן בשו"ת מטה לוי סי' טו וסי' טז הסכים שיש לכתוב דמתקריא על שם שבתעודות.

ובספר קנין תורה בהלכה ח"א סי' ע' כתב:

ובסידור הגיטין במדינה זו ... שני השמות חול שנכתבו במעטריקל ג"כ לא יזכרו יחד בשום פעם בקריאה, רק בערכאות המשפט. נהגתי, מקודם לכתוב שני השמות חול כשם העצם שנכתבו במעטריקל ופאס בכדי שלא יצטרך לכתוב על זה המכונה, ואח"כ דמתקרי שם האחד הנקרא בפי כל, ולבסוף דמתקרי שם הקודש ... וכל זה לצאת ידי חובת דעת מהר"ם שיק הנ"ל שלא לכתוב על שם הערכאות דמתקרי או המכונה, וכן הסכים עמי גדול אחד ... וסמכתי על דעת המחבר בסעיף ב' דכל ששני השמות כתובים בפירוש אין חילוק בין שכותב זה ראשון או זה. אמנם אח"כ נישמתי דסו"ס זה דבר חדש להניח שם הקודש לבסוף, ולא חזינן רבנן קשישי מינן דעבדי הכי ... לכן חזרתי לכתוב שם הקודש בתחילה כסברת כל הגדולים הנ"ל ... המכונה שם החול האחד שנקרא בפי כל וחותרם על פי רוב בשם הזה ואח"כ המכונה שני השמות חול שבמעטריקא ובפאס ... וכעת הגיע לידי ספר מטה לוי על הלכות גיטין ושם בשו"ת סי' טו לענין אשה ששמה זעלמא בפי כל ובערכאות נקראת זעלמא לויאזע, והעלה לכתוב זעלמא דמתקריא זעלמא לויאזע, ולא השגיח על המפקפק דהאיך שייך לכתוב דמתקריא, והיא אינה נקראת כן. ונדפס שם תשובה מוהר"ח"ן ... שהסכים עמו לכתוב כן והביא משו"ת חת"ס אה"ע סי' כ' דעל כתיבת שטרות שייך דמתקרי אי קורין הכתב".

על כן הוחלט לכתוב: שרה דמתקריא סינדי ודמתקריא סינטיא.

במקרה שבפנינו, האשה נקראת מלידה סינטיא וכך רשום בתעודות וכן חותמת. אך למעשה נקראת בפי הרוב סינדי וכן שרה. לכאורה היה מקום לכתוב את השם סינטיא בתחילה מאחר ואי אפשר לכתוב עליו דמתקריא. ואף שאנו כותבים שם טפל בתחילה, יש לכתוב כן לכתחילה כשאי אפשר לכתוב בדרך אחרת. והדברים התבארו בשו"ת עין יצחק ח"ב סי' יז שכתב:

"ידוע מש"כ הטיב גיטין בשמות אנשים אות א' ס"ק לה דעל חתימה אין לכתוב דמתקרי, וזהו עפ"י דברי הט"ז בשם אלעזר".

ובאר העין יצחק דאמנם לכתחילה יש לכתוב קודם שם עיקרי, כדי שלא יוציאו לעז שזהו אינו המגרש, אך הוסיף העין יצחק:

"זה אינו שייך רק היכא דהיה יכול לכתוב דמתקרי על שם הטפל וכיון דלא כתבו כן יוציאו קצת לעז, וע"כ חשו חז"ל דלכתחילה לא יכתבו שם הטפל מקודם. אבל בשם חתימה כיון דנהוג עלמא ובכל בתי דינין שלא לכתוב דמתקרי ע"ש חתימה א"כ ממילא לא יהיה לעז משום שידוע להם הדין כפי הנהוג בבתי הדין שלא לכתוב דמתקרי ע"ש החתימה, ולא היתה לביה"ד עצה אחרת איך לכתוב שם החתימה בלשון דמתקרי ע"כ היו מוכרחים לכתוב שם החתימה מקודם וכדי לצאת ידי תקנת ר"ג דגיטין (דף לב) לכתוב כל שמותיו שיש לו. וזהו פשוט ומוכרח דאל"כ אין לנו שום עצה לכתוב שם החתימה ואין סברא להשמיטו".

אך נידון דנן עדיף טפי, מאחר שהשם שהאשה חותמת, גם נכתב בתעודות. אמנם לדעת מהר"ם שיק חלק אה"ע סי' ק"י אין מקום לכתוב דמתקרי על שם הרשום בתעודות, וכמו שכתב בדעתו בספר גט מסודר שער חמישי סי' יב ח"ד סק"י, אך ע"ש בס"ק יא, שכתב:

"הכא יש לכתוב שם העליה בנימן לעיקר ושם החתימה בענעדיקט לטפל, והטעם דאין לכתוב על שם החתימה דמתקרי, מ"מ אם כתב בדיעבד כשר ... וגם בלאו האי טעמא הכא כשר אפילו לכתחילה, משום דהוי שם של ערכאות, דהא דאמרן לעיל סק"י דאין לכתוב על שם ערכאות דמתקרי, הוא מספיקא משום שיש לחוש לדעת מהר"ם שיק דס"ל כן, כי מדברי חידושי אנשי שם בית יצחק ודברי חיים שכתבו סתם דשם הכתוב בערכאות הוי כאילו נקרא כן בין הכותים, משמע לפי פשט הלשון דלכל ענין הוי כאילו נקרא כן בין הכותים וכותבין עליו גם דמתקרי, כמו שכותבין על שאר שמות שהעכו"ם קורין, וכיון שרק מחמת ספק אין לכתוב על שם ערכאות דמתקרי, הכא שהוא שם חתימה, אין לחוש לספק".

## סימן סו

## גט שבו האות J נכתב באותיות דז ולא דזש

וכן בספר נחלת צבי ח"ב עמ' 488 שהכותב דז ולא דזש יש לו על מי לסמוך.

וכן בספר יביע אומר חלק ד' חלק אה"ע סי' יג סק"ג כתב במחלוקת זו: "ונהרא ונהרא ופשיטה".

ואמנם כאמור, כיום המנהג ברוב בתי הדין לכתוב דזש, אך עיין בספר גט פשוט סי' קכט ס"ק קמב, ועפ"י דבריו מאחר וגם כאן במקום הנתינה ידוע שקיים מנהג במקום הכתיבה לכתוב דז בלבד, אין לחוש לפסול עקב מנהג מקום הנתינה. וכן בספר בית אבי"ח ח"ג אה"ע סי' קלט סק"ד הביא מתשובת הריצב"א שבמרדכי במסכת גיטין סי' תמו, וכתב:

"כיון דמקום הנתינה יודעים שהגט נכתב במקום אחר ששם הברתם אחרת משלנו א"כ שפיר ידוע שזהו המגרש וזו המגורשת וליכא למיחש למידי, כנ"ל בזה".

ובספר בדברי חיים על שמות גיטין ש"נ אות מ' סק"ו כתב:

"ואנו במדינתנו אין עושים עושיין נקודות בגט ומשתמשים בשתי אותיות במקום טי"ת שבורה כמו טשיזא וטשארני. והנה בשם מידזא לא מצאתי באחרונים האיך לכתוב, ולענ"ד ראוי לכתוב כן כאשר כתבתי בזי"ן ובשי"ן, וכן הוריתי פעם אחת והסכימו על ידי. ובדיעבד כשר אם כתב באיזה אות אחר הדומה להברה כזו שבלשון פולניא, הגם שאין הוכחה ברורה על שם האשה, מ"מ כיון שאין לנו אות בלה"ק, יבינו הכל שהוא שמה של האשה זו הדומה לה במבטא אף שאינו דומה ממש, כמ"ש מהראנ"ח ז"ל בפירוש דברי מרדכי ז"ל כך לי קייר כמו ייר".

על כן בהתאם לאמור ועפ"י הוראת הדברי חיים, ניתן הגט ואין צורך בגט נוסף שבו יכתבו את השמות שבהן האות J כמקובל אצלנו דזש.

בבית הדין התקבל גט מבית דין בארה"ב לצורך מסירתו לאשה הנמצאת כאן ובזמנו הודענו לרב המסדר את הגט שאת שמות הבעל יכתוב בהתאם לבירור שיערוך עמו, וכעת מעיון בגט התברר שהרב המסדר את הגט, ביחס לכמה משמות הבעל ואביו, כתב את האות J דז ולא דזש כפי המקובל אצלנו.

לאחר עיון ובנסיבות המקרה שהבעל נטש את אשתו בארץ ועבר לגור בארה"ב והיה חשש עיגון, הגט נמסר ולא הורינו לכתוב גט נוסף, וזאת עפ"י תשובת האגרות משה חלק אה"ע ח"א סי' קלב ושיטת הגרי"א הענקין זצ"ל שהורו לכתוב כך, הגם שכיום מנהג רוב בתי הדין לכתוב דזש. ובספר קובץ על יד על הלכות גיטין עמ' קפא הביא מנהגו של הגר"ח"י גאנצווייג שליט"א שבעת שהוא בניו יורק כותב דז עפ"י הוראת האגרות משה. וכן כתב שם בשמות גיטין בשם דזאסעף וכיוצ"ב.

ובספר אבני זכרון ח"ג סי' ד' (להג"ר אלטר שאול פפר זצ"ל שהיה רב מובהק מסדר גיטין בארה"ב) כתב שמסדרי הגיטין שהגיעו מליטא הורגלו לכתוב דז, ואלו שהגיעו מפולין ואשכנז הורגלו לכתוב דזש, ובאר שם טעם החלוקה זו. והגאון הרב יוסף כהן זצ"ל בספר דברי יוסף אה"ע ח"ב עמ' כללי שמות עמ' לא כתב:

"הרב הנקין כתב רק דז בלי שי"ן, וכדבריו עיין גם באגרות משה שלא נהג לכתוב דזש רק דז, כי הברת שי"ן לא נשמעת כל כך, ואין צורך לכתוב האות שי"ן. והכלל אצלנו בזה הוא ששם שכתוב אצל הרב הנקין זצ"ל והמגרש והמתגרשת היו ג"כ מאמריקה יש לנהוג לכתוב דז, ואם לא היו מאמריקה או שם שלא נכתב אצל הרב הנקין, כתבנו דזש כיון שרוב הפוסקים כתבו דזש".

## סימן סז

## כתיבת קיצור השם בגט כשנקרא בו בלבד

מהשם רבקה, וא"כ השם רבקה לא נשתקע מידיעה. כך, למשל, אמרה גיטתה המכירה אותה מילדותה, והעידה לצורך בירור השמות ששמה היה פעם רבקה והיום ריקי. דהיינו שגם הקוראים לה היום ריקי יודעים, או מבינים, ששם זה בא מרבקה. השאלה האם לכתוב בגט "רבקה דמתקריא ריקי" מאחר והשם ריקי בא מרבקה או שמא לכתוב "דמתקריא ריקי" בלבד מאחר והיא אינה מעוניינת בשם רבקה א"כ אין כוונתה בשם ריקי לרמוז על השם רבקה. **תשובה:** עיין בספר גט פשוט סי' קכט ס"ק קלב ד"ה העולה,

**שאלה:** המתגרשת הינה בת 47 שנים. נולדה בשם "רבקה" וכך היה כתוב בתעודות מעת לידתה. בגיל 16 החליטה לשנותו לשם "ריקי" ושינתה גם בתעודת הזהות. מאז כולם קוראים לה רק ריקי מאחר והקפידה על כך. כיום אין כלל מי שקורא לה רבקה, גם לא הוריה (נפטרו לאחרונה) דהיינו השם רבקה נשתקע מקריאה מזה למעלה מ-30 שנה. יש לציין שיש לה בית עסק הנושא את שמה "ריקי" והיא מפורסמת בשם זה והיא מזוהה עמו מאד. לכאורה גם היום היא ומכריה יודעים שהשם ריקי בא



אלישיב זצ"ל לכתוב רק אלי. וכן בספר ביכורי יהודה הביא קונטרס הוראות שכתב הגאון רבי שלמה כהן מווילנא זצ"ל (שכידוע היה ממורי ההוראה המובהקים באותו דור) בנידון הדומה ממש לנידון זה, וכדלהלן:

"וכן ברחל דמתקריא ריבה או דמתקריא ריבה, אך אין כותבין רחל רק אם קורין אותה ריבה איזה אנשים בשם רחל, אבל אם עכשיו אין קורין אותה רחל כלל רק דבעת הלידה קראו אותה רחל הוי כשם שנשתקע אין כותבין אותו כלל בגט. וכן בשם רבקה ובפי כל קורין אותה ריבה אם היא גדולה בשנים ואין קורין לה רבקה כלל, א"צ לכתוב רק שם ריבה ואם היא רכה בשנים וקורין לה גם בשם רבקה, אזי צריך לכתוב רבקה דמתקריא ריבה. וכן בשם מרים דאין דרך לקרות שם מרים רק מירל או מערא, אין כותבין רק מירל או מערא".

על כן מאחר שאם יכתבו וינתן הגט בשם ריקי בלבד, הוא גט כשר כי זוהי חניכה שהכל קוראים בה, שכשר לכתחילה לדעת הב"ש סי' קכ"ט סק"א, וגם המפקקים בזה ביחס לדין לכתחילה, (ג"פ ס"ק ז'), היינו כשקיים שם אחר שניתן להגדירו כשם עיקרי, מלבד החניכה, אך לא בנידון זה.

לכן ברור שהדרך המוציאה אותנו מכל ספק היא לכתוב ריקי בלבד. כי בכל דרך אחרת איכא עיקולי ופשוטי, ומאחר ומסתבר שהשם רבקה נשתקע, נראה שאין לכתוב דמתקריא ריקי לנוהגים שבשם שנשתקע ללא ספק, אין כותבין דמתקריא כהוראת מהרי"ט בשם אבגלי. ולאחר כתיבת גט בשם ריקי היא ודאי מגורשת ללא פקוק שיחייב לכתוב גט שני.

שהכריע שאם במשך הזמן נקראת בפי כל רק בשם קטנות, לכתוב שניהם, כגון חנה דמתקריא חנולה. וכן בספר שער אשר (קובו) אה"ע סי' לט שכך נהגו בעירו ביחס לשם געגוע שנקרא בפי כל וכבר אינו נקרא כלל בשם העיקרי. לעומת זאת בספר אהלי שם כלל ו' סעיף ח' וס"ק כז כתב ביחס לשמות נשים לכתוב רק את השם שנקראת בו בפועל, כשזהו שם המצוי כשם בפני עצמו, דומיא דאלחנן חנן, וסברתו שיש מקום לדון שהשם העיקרי נשתקע ולכן לא ניתן לכתבו, משא"כ איש שלעולם לא נשתקע כי ידוע שיעלה לתורה אלחנן, ע"ש.

על כן נראה ששם קטנות או געגוע שהוא ברור שאינו יכול להיות שם עיקרי, יש לנהוג כדעת הגט פשוט ושער אשר, למרות שאין קוראים כלל בשם העיקרי יש לכתוב שניהם. אך בשם שהבריות סבורים שהוא יכול להינתן כשם מלידה, ויתכן שהיום כך נכון ביחס לשם ריקי, שיתכן שיש אנשים שיתנו שם כזה מלידה, קשה מאד לכתוב רבקה דמתקריא ריקי כי שם רבקה הוחלף בשם ריקי בצורה ברורה ומוקפדת, כי מבחינתה רבקה זהו שם שאינו מתאים לנשים צעירות בימינו, לפי תפיסתה, על כן סביר מאד לראות את השם רבקה כשם שנשתקע ואין לכותבו, וכהוראת אהלי שם, שהוא הפוסק האחרון בשמות גיטין. וזאת על יסוד ההנחה שכיום השם ריקי הוא שם היכול לעמוד לעצמו.

וכן ראיתי אפילו בשם אליהו שנקרא בפי כל שנים רבות רק אלי וכבר אף אחד אינו קורא אליהו, שהורה מרן הגרי"ש

## סימן סח

### שם שנשמר ב"מי שברך" ובכתובה בלבד

שהשם שמזכירין הוא שם אשתו של העולה. וכיון שהמי שברך שעושים לה מיחשב לקריאה, לכן יכול לכתוב דמתקרי על השם שבו עושים לה מי שברך אם אין איש קורא בו. וכן כתב חידושי אנשי שם להדיא בשאלה סי' צ'... אבל הא שיכולין לכתוב דמתקרי מחמת המי שברך שעושים, משום שהמי שברך מיחשב לקריאה, זה דוקא כשרגילין לעשות לה עד שמחמת זה השם ניכר וידוע לקצת בני אדם. אבל אם אין עושים לה מי שברך רק באקראי בעלמא, שמחמת המי שברך שעושים, השם אינו ידוע אף לקצת בני אדם, כי השומעין אותו פעם אחת שוכחים אותו קודם ששומעים אותו שנית, אין הסברא נותנת לכתוב קריאה זו דמתקרי. כי קריאה זו לא עשתה שום פעולה, והיא כאילו אינה".

ויסוד דבריו מתשובת החתם סופר אה"ע ח"ב סי' לח שכתב: "ומ"מ שם יהדות דעריסה לא נעקר אפילו בנקבה דאינה עולה לתורה, מ"מ אם יארע שמברכים אותה בבית הכנסת במי שברך או מתפללים בעדה בחוליתה או בימי עיבור וכדומה, רוצית היא להזכיר שם יהודי א"כ אינו נעקר לגמרי וכותבים שם עברי עיקר, לביאה המכונה לעני".

התעוררה שאלה בניסוח שם האשה בגט, בנידון אשה ששמה מלידה ספיר צפורה וכך לעיתים מזכירה כשמתברכת, אבל בפי כל נקראת ספיר בלבד, וכך בתעודות ובחתימתה, ומלבד ב"מי שברך", אף אחד אינו משתמש בשם ספיר צפורה או צפורה. אמנם בכתובה כתבו ספיר צפורה, האם נכון לכתבו בגט ספיר צפורה דמתקריא ספיר, או רק ספיר, או דמתקריא ספיר.

יש שכתבו ששם עריסה שמתברכת בו, לא נשתקע. כן כתב בספר גט מסודר סי' יב בחק"ד סי' יב:

"המי שברך שעושים לעולה מיחשב כמו קריאה לתורה, כן כתב הבית שלמה בשם המבי"ט. אף דבקורין אותו לתורה והוא עולה, הוי קרי ועני, אבל עשיית מי שברך הרי רק קרי ולא גם עני, מ"מ כיון שעושים מי שברך כפומבי, והכל יודעין ושומעין שהשם שמזכירין הוא השם של העולה, אם כן מתפרסם שמו כמו ע"י קריאה לתורה. לפי זה גם המי שברך שעושים לאשה מיחשב לקריאה. דכמו שהתם הכל יודעין ושומעין שהשם שמזכירין הוא השם של העולה, כן הכא, הכל יודעין ושומעין

"ונראה דאף אין ידוע למקצת אנשים, שם שנשתקע, כיון דליכא פורתא דקורין, פסול מהתורה, כיון דלשון דמתקרי מתפרש שנקרא בפי פורתא, ודלא כגט פשוט".  
וכן בשו"ת דברי חיים אבן העזר חלק ב' סי' קס, חלק על החתם סופר, וכתב:

"ומה שכתב רומכ"ת דלא מקרי נשתקע, כיון שאביה מצוה להמצלאים במי שבירך, הוי כמו עלייה לתורה שכשר אם כתב שם העלייה לחוד, כמו כן כשר אם כתב שם המצלאין במי שבירך. זה אינו, דבעלייה לספר תורה ג"כ בעינן שיהא שכיח לעלות בתורה, אבל אם עולה לתורה באקראי בעלמא פסול גם בכתב שם עלייתו לספר תורה באקראי, כמבואר ברדב"ז [ח"א סי' תקל"א מובא לעיל סי' קכ"ז] וגט פשוט ז"ל [עי' סי' פ"ז] מביאו וכן העלו לדינא כמה אחרונים, ועיין במכתב אלי' ז"ל [שער ד' סי' י"ד]. והנה בנידון דידן בודאי לא שכיח שיעשה מי שבירך לבתו רק באקראי ביום טוב וכיוצא בזה לא ינצל השם מלהיות נשתקע. ותו דמה ענין ספר תורה למי שבירך דהעלאה כל בני בית הכנסת יודעים שמו ונתחזק בפניהם בעלייתו לתורה בשם זה דהשליח ציבור אומר וקורא יעמוד בשם זה וכל העולם פונים לשליח ציבור שכולם שומעים למי יקרא לעלות. אבל במי שבירך, שהשליח ציבור אומר בשפה רפה ובין גברא לגברא שיחה בפי הבריות, ואין שומע דברי השליח ציבור כלל, ושפיר מקרי נשתקע, ולכן הגט פסול אפילו במקום עיגון.  
וכן העלו בספר אבן יקרה תליתא סי' קכג ובשו"ת מנחת יחיאל סי' כה שאין לתת מקום לשם שמתברך בו.  
ובשו"ת חינוך בית יצחק סי' יב הבהיר את החילוק בין שם עליה לתורה לשם "מי שברך", וז"ל:

"בספר טיב גיטין לא כתב שום רמז ורמיזה, אי מי שברך שעושים בבית הכנסת דומה לעולה לספר תורה. ויש סברא לחלק, דבשלמא כשקורין לתורה צריך כל העם להטות אוזן לקול הקורא פן ואולי קראו אותו, ומכח זה חשוב זה כאילו הכל קורין אותו בשם זה. כי בכל בית הכנסת ידעו שזהו האיש שעולה לתורה נקרא כך, ולכן השם שעולה לתורה הוא עיקר וחשוב כהכל קורין אותו כן. אבל בעשיית מי שברך, רוב המון אינם נוטים אוזן למי שברך, כי מה אכפת להן לאיזה איש הוא עושה מי שברך, לכן אין חשוב זאת אפילו למיעוטא שקורין אותה. ומלבד כי האשה הזאת אפשר שאינה בבית הכנסת ועדיין לא ידעו שזאת האשה נקראת כך. משא"כ באיש שהוא בבית הכנסת ושומעין הכל שעולה לתורה וכי הוא זה שקורין אותו כן. ולפי זה פשיטא שגם אם נכתב בכתובה מקרי נשתקע שמה. דאף דבשעה שעומדת תחת החופה יודעים שנקראת כן, מ"מ אחרי כן נשתקע ונשכח שמה ולא הוקבע מעולם".

ובשו"ת הר צבי אבן העזר סימן קמח (אות י'), הסכים עם הדברי חיים, וכתב:

"בענין אשה ששמה מעריסה רחל לאה ונקראת רק רחל... בשו"ת דברי חיים [להגר"ח מצאנז, ח"ב סי' ק"ס] העלה דשם הנכתב בכתובה ואף במי שברך לנשים מיקרי נשתקע".

הרי שהחתם סופר קבע שני יסודות, האחד, ששם עברי שקיבלה בלידה ונותר רק במי שברך, לא נשתקע ויש לכותבו. יתרה מכך, גם אם אינה רגילה להתברך, עדיין אם יארע צורך להתברך, תזכיר שם זה, ודי בכך.  
ביחס להוראה השניה, בשו"ת פרי יצחק ח"ב סי' מ' הביא מדברי החתם סופר וכתב:

"אך לענ"ד דבר זה צע"ג, דמסברא נראה דכל שלא נקרא בשם זמן רב עד שנשתקע השם ולא נודע כלל בשם זה, מקרי נשתקע. דהטעם דאין לכתוב שם שנשתקע בגט הוא משום חשש לעז שיאמרו שאין זה המגרש, וכמ"ש הב"ש בס"ק כ"ט בס"ק ל"ז, ולכן כל שנשתקע שמו באיזה אופן שיהי, מקרי נשתקע... ולפי זה מי שיש לו שם הקדש מעריסה ונקרא בפי העולם בשם לעז וכן הוא חתימתו, ולא נשאר לו שם הקודש כי אם לעלות לתורה, אך אם לא יעלה להראות בבית ד', ואינו עולה לתורה זמן זמנים הרבה, הוי נשתקע השם ממש. ומש"כ הגאון הנ"ל דמ"מ אם יארע שמברכין אותה בבית הכנסת רוצית היא להזכיר שם יהודית, ולפי זה מכ"ש באנשים שאם יארע שיעלו לתורה רוצים להזכיר שם הקודש. אך באמת זה אינו, ודבריו צ"ע, דכי ברצונם תלי' מילתא, כיון שמ"מ לא נתברכה בבית הכנסת. וכן בגברא דלא עלה לתורה כלל, מאי מהני שרוצה ששם הקודש לא יהי נעקר, מ"מ נקרא נשתקע השם. וכן נראה מדברי מהר"ם מינץ בתשובה סי' סד... ובאמת כל הנשים שיש להם שם הקודש מעריסה ונקראת בפי כל בשם לעז הנהוג בין יהודים, מ"מ בבית הכנסת רוצית היא להזכיר שם הקודש, ומ"מ מבואר בספרי האחרונים דאם נשתקע שם הקודש, אין לכתוב אלא שם לעז, וה"נ דכותי'.  
וכן באנשים היכי דשם הקודש נשתקע, כגון שאינם עולים לתורה, אף שלא נתכוננו לעקור שמם הקודש, מ"מ מקרי נשתקע השם".

ושם במסקנתו העלה לכתחילה לכתוב שני גיטין, האחד בשם לעז בלבד, והשני בשם עברי ודמתקרי על שם לעז, ואם אי אפשר אלא בגט אחד יכתוב את הגט בשם לעז בלבד וכשר.

החזו"א סי' צ' סק"כ חולק על היסוד הראשון של החת"ס, שנתן מעמד לשם שנותר במי שברך בלבד, וכתב:

"כשאין גם מיעוט מכירין, דחשיב נשתקע לגמרי שאין כותבין אף לשם טפל, וכמ"ש בית יוסף סי' קכ"ט בשמו חיים וקורין לו ביבנאט ובשמה שמחה מעריסה וקורין לה אליגריאה. ומש"כ החתם סופר שפעמים מברכין אותה בבית הכנסת או מתפללין עליה בחוליתיה, נראה מדברי הפוסקים שהביא בית יוסף שם שסתמו שבאשה משתקע שם עריסה בקריאה, שאין די בזה. ודוקא קריאה לתורה וחתימה שהוא ענין תמידי, וגם על ידי זה מכירין רוב אנשי העיר בשמו הזה. אבל ענין מקרה שנשכח תיכף, אין מועיל כלום".

ובסי' צג ס"ק מב כתב החזו"א שאם כתבו שם שנשתקע עם שם שלא נשתקע, פסול מהתורה, ובתוך דבריו כתב:

עיקר שמה היה שמחה, וגימא הוא רק קיצור השם, ובכתובתה נכתב שמחה. "והסכימו גדולי הדור וכתבו את אנתתי גימא לבד". והסכים עמהם הג"פ משום שיש ספק שמא לא נקראה מעולם שמחה, ומבואר מדבריו ששם הנכתב בכתובה אינו נקבע כשם לאדם, ואף א"א ללמד מספר כתובה שהשם הנכתב בכתובה הוא עכ"פ שם לידה, שהרי אם היתה נקראת מלידה שמחה היו כותבים שמחה דמתקריא גימא כמבואר מדבריו שם שהשם גימא הוא קיצור השם שמחה. אך עכ"פ אין ראייה גמורה מדבריו שאם אדם נקרא בשם ונשתקע, אך עדיין נותר כתוב בכתובה, האם הכתובה תציל השם משקיעה.

ובשו"ת חיים שאל להחיד"א סי, לו בתשובתו הנוכרת כתב במי ששמה מלידה רחל אך בפי כל נקראת בכינוי אחר, רק מתברכת במי שברך רחל וכן כתבו בכתובה, וכתב: ועוד דמספר כתובה נלמוד שכתוב בה רחל, ואח"כ הביא ממאהר"י בכר שהוכיח מהג"פ הנ"ל, שאין להתחשב בשם הכתוב בכתובה, וכתב ע"ז החיד"א:

"ואישתמיטיה להרב ז"ל מ"ש הרב ג"פ עצמו בס"ק קלב דשם מייתי נמי האי עובדא ושם נאמר דשאלו לסופר למה כתב שמחה, ויהי כמשיב שכך נראה בעיניו דגימא היא שמחה, ומאחר שכך מה יוכיח מהך עובדא, ואדרבא היא תיובתיה דאלמלא לא הוה קמן הסופר או לא השיב כך, היו למדים מהכתובה ... דמסתמא לא מחזקינן לספרי טועים ואדרבא אמרינן סתם ספרי שמינום בית דין או אנשי העיר גמירי ודייקי ... בנ"ד לאחזוקי שמא אצטריכנא ... לזה יועיל דהחזון וכל העם הנמצאים בשבע ברכות ידעי דשמה כך הוא ברחל וזה ימים מועטים דנשאת ... וא"כ אין צריך לכתוב כי אם רחל".

אך בשו"ת הסבא קדישא להגרש"א אלפאנדארי חלק ב' חלק אה"ע סי' יז חלק על מסקנת הרב החיד"א, והביא בשם ספר זרע אברהם למהר"א יצחקי (סי' טז) דשם לידה שנכתב בכתובה אך אינה נקראת בו, אין לכתבו כלל, דלאו בתר ידיעה אזלינן אלא בתר קריאת העולם, וכן הביא מכמה גיטין שנכתבו ע"י גדולים, והובאו בספר רוב דגן. והוסיף מהרש"א א"א שם:

"ומש"כ הרב (החיד"א) סתם ספרי וכו', הרי עינינו הרואות בכמה נדונות רבו מספר, דאיתרע חזקתיהו וחזינא כעמא דארעא".

בטיב גיטין ליקוטי שמות ס"ק לט כתב במי שמעריסה נקרא שלמה ירוחם פישל, ולמעשה לעולם נקרא בפי כל פישל, ולס"ת ירוחם, רק בכתובה כתבו שלמה ירוחם פישל. וכתב שאפילו אין לדון את השם שלמה כשמו שנשתקע. אלא מלכתחילה לא התחיל מעולם להקרא בשם זה, וז"ל:

"ומה שנזכר בכתובה, אין זה עושה רושם להזכירו בגט. ומ"ש הב"ש בכללים (אות ג') דאזלינן בתר השם הנכתב בכתובה, זה נאמר רק לענין דקדוק השם איך לכתבו, כמבואר בשו"ת שער אפרים סי' קיה ... אבל בשביל שנכתב פעם אחת בכתובה

אמנם הרב החיד"א, בתשובת חיים שאל ח"א סי' לו, נתן מקום לשם שמתברכת בו, ומדבריו עולה שטעמו הוא מפני ששם זה מתפרסם תדיר בעת הברכה, וז"ל:

"והכא בנדון שלנו דהמתגרשת מברכין אותה בכל שבת במדרש בעלי בתים שהיא מתנדבת להם איזה נדבה, ורבים מעמי הארץ נקבצו באו אגב אסיפה לדעת חכמה ומוסר ושם מברכין לה בשם רחל לבד, נראה דזה הוי כעלית ס"ת. דכתב הרב הנז' דכיון דבס"ת קורין לו בשמו סגי בהכי, וה"נ דכוותא בנדון שלנו. ועדיף טפי, דהכא בנ"ד מדכרין ומברכין וזאת הברכה מידי שבת בשבתו. ואלו בעלית ס"ת אלמלא זכו פעם אחת בחודש דים. ומהמון ישראל אין קריאת הגבר מגעת לשלש או ארבע חדשים. וכבר מצינו להרב מהר"ם די בוטון בתשובותיו סי' ט"ל דחשש בנדונו דהי' שמה שינייורולה וכתבו שרה דמתקריא שינייורולה דמברכין לה בבית הכנסת של נשים בשם שינייורולה לבד והוצרך לתת טעם דמה שמברכין אותה כך היינו משום דהכי קרו לה כ"ע, ע"ש. הרי דחש לה רב למה שמברכין אותה בב"ה של נשים ופריק לה. וק"ו הדברים בנדון שלנו דנדון הרב נראה דנשים מברכות אותה. לא כן הכא בקהל רב במקלות ברכו אישי ישראל דודאי מסתברא דדמי לעלית ס"ת. ותו דנראה מדברי הרב תרומת הדשן סי' רל"ג דטעמא דעליית ס"ת מילתא היא היינו משום דהמגרש מחזיק עצמו בשם זה וז"ל בכל ספקות השמות תלוי בחתימתו או בעליתו לס"ת דבהא תליא מילתא בכל ספקות השמות דאין לנו אלא שם שהוא מחזיק לעצמו עכ"ל, וכן הסכים הרב שמות גטין בשם גרשם דאין לנו אלא שם שהוא מחזיק לעצמו, ודחה דברי הרב דמשק אליעזר ע"ש באורך. א"כ בנ"ד פשיטא דהא דמברכין אותה במדרש הנזכר, הוי מעין דוגמא לעלית ס"ת, דמידי הוא טעמא אלא שם שהחזיק הוא לעצמו שיקראו אותו בו, הכא נמי בנדון שלנו המברך אותה על פה הוא מברך אותה בשם רחל וא"כ אין צריך לכתוב בגט אלא שם רחל".

וכן בספר גט מסודר, בדבריו הנזכרים, מבאר דבריו לתת מקום לשם "מי שברך" מאחר והוא נאמר בפומבי ומתפרסם, וגם לשיטתו יש לדון בכל מקרה לגופו, האם מתברכת אצל רב בחשאי, או שהשם נאמר בפני רבים ובפרסום. על כן גם לשיטת החיד"א והגט מסודר, בטרם ינתן מעמד לשם שמתברכת בו, יש לברר האם מתברכת בפומבי או בחשאי.

#### האם רישום השם בכתובה מצילו משקיעה

בנידון דנן בכתובה כתבו ספיר צפורה, ונוקקנו לברר את ההלכה בשם שנכתב בכתובה. לעיל הבאנו מתשובת חינוך בית יצחק ומתשובת הר צבי, שלא נתנו מעמד לכתובה בכתובה, להצילו משקיעה. וכן היא דעת רוב הפוסקים שאם הבעל או האשה אינם נקראים בשם עריסה, אין השם עולה משקיעתו אע"פ שנכתב בכתובה, וכפי שיבואר להלן.

בספר גט פשוט סי' קכט ס"ק סז הביא מעשה בירושלים באשה שהיתה נקראת בפי כל גימא בלבד, והיה ספק אם

גם בספרו דברי חיים על שמות גיטין בשער התשובות בהגתו על תשובת אנשי שם סי' נה, כתב ששם הנכתב בכתובה נידון כשם שנשתקע.

וכן בספר אהלי שם כלל ב' ס"ק כג כתב ששם הנכתב בכתובה אינו מציל משקיעה, ואדרבה אם נקרא כעת בשם אחר, יש לכתוב כתובה חדשה ומכיוון שאין ערך לכתובה הקיימת, ודאי שאין לדון שתציל משקיעה. וכן בשו"ת נחלת דוד סי' כ' כתב דשם הנכתב בכתובה אינו מציל משקיעה, כיון שרק ידוע שכך שמה ולא נקראת בו בפועל, וז"ל:

"וקריאת הכתובה נמי לא הוי אלא לשעתה והעומדים שמה בחופה אינם שמים על לב כלל להטות אוזן ולמידק בקריאת שם הכלה, וגם אותם ששמעו בלי ספק כי יצא מלבם בזמן מועט כמשפט כל מילתא דלא רמיא עלה דאינשי דלא דכירי, ולכך אין כל זה מונע מלהחשב כנשתקע".

וכן בשו"ת עין יצחק ח"ב סי' יז נקט בפשיטות דשם עריסה הנכתב בכתובה אינו מציל משקיעה, וז"ל:

"ובשם האשה דשם העריסה היה הענא נעשא, וכן נכתב שמה בכתובה, ונקראת בפי כל בשם הענא לבד, יכתבו רק שם הענא לבד כי שם הענא נעשא, הוי שם הנשתקע, אף שנכתבת בשם זה בכתובה, וזה פשוט".

וכן בספר חוט המשולש בתשובות הג"ר אליעזר יצחק ז"ל סי' יח כתב:

"וכבר הכריע הב"ש, וכל האחרונים, שאין לכתוב כלל שם שנשתקע. ויעויין בב"י שם לענין חיים באבאנטי שנשתקע שם חיים. ואף שכתבו בכתובה השמות האלו, הדבר פשוט. וכן מבואר בליקוטי שמות להגאון מ' זלמן מרגליות ס"ק לט דמשום זה לא יצא מכלל נשתקע".

בשו"ת עמק שאלה אה"ע סי' קכב כתב ששם שאינו בקריאה ורק נכתב בכתובה אי הוי נשתקע תלוי בספקו של הג"פ אי נשתקע מקריאה ולא נשתקע בידיעה מהני, וז"ל:

"פשיטא דאם מה שנשתקע רק מקריאה חשוב שם הנשתקע מה מועיל מה שנכתב בכתובה, אף שנעשית הכתובה לעמוד ימים רבים, סוף כל סוף אין קוראין אותה בשם הכתובה, דגם מה שנודע לכל שיש לה זה השם אין מועיל כיון שאין קוראין בו, כ"ש שלא יועיל מה שנכתב השם בכתובה ומונח צרור וחתום בתיבתה, וזה פשוט".

וכן בשו"ת זקן אהרן ח"ב סי' קטז, כתב:

"מה שנזכר בכתובה לחוד אינו מצילו מידי נשתקע, וכמ"ש הטיב גיטין בלק"ש שמח"ח ס"ק יג ע"ש. וכן הוא מסברא דבאמת מה תוכל להועיל הכתובה להציל מידי נשתקע, דכלום אדם עשוי לקרות ולשנות הכתובה בעצמו וכ"ש אחרים, כל הכתובה אינה עשויה אלא להיות מונחת לראיה לעת הצורך, אבל לא שום אדם וגם לא הוא בעצמו רגיל לקרות אותה לעולם, ולא דמי לשם שעולה בו לתורה או שכתוב בתעודתו, דהתעודה עשויה להראותה בכל מקום שיסע או כל עסק שיעשה ולכן כיון שמזכירו לפרקים לא מיקריתו נשתקע ... הא

פשיטא שלא קבע לו השם זה, ולא איתחזק ביה כלל. שאע"פ שקראו הכתובה תחת החופה לא נקבע השם בפי העולם, כי ידוע שאין איש שם על לב להטות אוזן לקול הקורא בכתובה, ואין מי שיעלה על שפתו שם שלמה כלל. והרי אפילו שם מחמת חולי שעל ידו נתהפך גזר דין ונתפרסם בקהל רב כשברכוהו, מ"מ כיון שאח"כ נשתקע מכל וכל, אין חוששין לו. וכ"כ הב"ש (ס"ק ל"א) שאם המיעוט לא היו קוראין אסתר, אין להזכיר כלל, ומשמע שאפילו אם היה נכתב בכתובה של זו אסתר, ג"כ אין חוששין לזה ע"ש. ומכ"ש באיש שבא ממקום אחר ולא ידע איש את שמו, בשביל אמירתו לסופר לכתוב בכתובה וקריאתה לא קרינן איתחזק, כל שאין מוחזק ל' יום בשם הזה, ואדרבה איתחזק בשם ירוחם לבד לתורה ובשם פישל לבד לקריאה וגרע טפי מנשתקע, דאפילו התחלה אין כאן".

וכן כתב בשו"ת דברי חיים ח"א אה"ע סי' נט, וז"ל:

"בנ"ד לכאורה הוי נשתקע שמה הראשון, דאי משום שנכתב בכתובה, והמפרשים כתבו ללמד מכתובה, יעויין בשער אפרים שאין ללמד מכתובה רק הנחת השם האיך הוא נכתב, כגון פירמזא וכו' שתלוי במבטא הלשון ונלמד מעדים שכתבו בכתובה ומסתמא כן הנחת הלשון אצל המתגרשת, אבל לענין נשתקע אם רואין בפנינו שנשתקע מה יועילו העדים, הא כתבו התוס' (יבמות פח, ד"ה אתא) בדבר שידוע לכל לא שייך תרי כמאה, והכא כה"ג האיך נוכל להכחיש במה שידוע לכל שנשתקע. וגם י"ל משום דעדים לא בקיאי בזה וסברו שיש לכתוב שם הנשתקע ותולין במידי דעבידי למיטעי כדי שלא יסתרו להנראה בחוש, גם י"ל דאולי היה אז עדיין ניכר שם הראשון ועכשיו שראינו שנשתקע מה יושיענו עידי הכתובה במה שהכתובה מונחת בארגו עי"ז לא יתפרסם שמה שראינו שנשתקע, וכן מבואר בג"פ, באופן דאין להאריך בזה ללמד מספר כתובה".

ובתשובה נוספת, בספר דברי חיים ח"ב סי' קסא, כתב בנידון מי ששמה מעריסה חיה פיגא ונקראת בפי כל רק חיה, וכתבו בכתובה חיה פיגא, וכן נכתב בגט, וז"ל:

"ואין להכשיר מחמת שנכתב שם זה בכתובה, דמה לנו בזה שכתוב בכתובה, כיון שעכ"פ לא נקראת בשם זה הוי נשתקע, והוי כאילו כתב שם אחר, דמה שנודע ששמה כך לא מהני כאשר הכריע המכתב מאליהו והסברא נותנת כן, וכן נראה מהש"ס דעיקר השם מה דקרו ל' ועני, לא מה שיש לנו ידיעה שכן שמה, וכן נראה מדברי שיטות הפוסקים גבי והוא דאיתחזק דקרו ליה בתרי שמי, אבל לא איתחזק, היינו דקרו ליה הכא והתם בתרי שמי, ל"צ לכתוב וכ"ש, משמע דידיעה לא מהני רק מה דקרו ל', וכ"מ משיטת הי"מ שבר"ן (גיטין דל"ד) ודו"ק. וכיון דידיעה לא מהני לאפקעה מיד נשתקע, מה תועלת בכתובה. הא מ"מ לא נקראת בשם זה הכתוב בכתובה דנשתקע ולא קרי לה ועני ולא הוי רק כנודע שיש לה שם זה הנשתקע וידיעה לא מהני כנ"ל, וא"כ הוי בכאן שם חיה פיגא נשתקע, ולא מהני מה שכתוב בכתובה חיה פיגא, וא"כ הגט פסול".

בנ"ד ודאי לא מיקרי נשתקע, ובפרט בשם עריסה שכתבו הרבה פוסקים שהוא עיקר שמו. ולזה לדעתי צריך לכתוב בנ"ד אברהם דמתקרי אברהם ליב. אח"כ ראיתי בספר שדי חמד סי' מא שכתב דשם הכתוב בפאס מיקרי נשתקע, ולענ"ד העיקר כמש"ל. והרוצה להחמיר יצוה לכתוב שני גיטין".

ובחלק ו' סי' מא הוסיף הדברי מלכיאל לבאר דבריו. וז"ל:

"ע"ד אשה ששם קודש שלה דבורה וכ"כ בתעודת הלידה שלה ובכתובתה, וכן קוראים אותה במי שברך וכדומה, אבל בפי כל נקראת רוזא. הנה לא הזכיר אין היא חותמת. ונראה שיש לכתוב דבורה המכונה רוזא, כיון ששם העיקרי שלה הוא דבורה כי כן קראוה בשעת הלידה ונכתב בתעודתה ובכתובתה, ועל שם זה אין שייך לומר שנשתקע כי ההכרח לה לקחת פאס ובכל דבר שנוגע לדינינו ולדיניהם נקראת בשם זה ובפרט שהוא שם קודש. והמהרש"ק בחי' אנשי שם כתב כמה פעמים ששם הכתוב בכתובה הוא עיקר, ואף שבארתי במקום אחר כי לענ"ד אין להורות כן, אבל כיון שגם בתעודתה כתוב כן בודאי יש להורות כן. ואף שבחיבורי ח"ג סי' קיח כתבתי להקדים שם שהכל קורים בו, היינו שם שגם לס"ת עלה בשם שהכל קורים בו וכן בכל דבר וגם שהשם שבתעודה הוא להוסיף שם לע"ז ע"ש. אבל בנ"ד ששם זה כתוב בכתובה ונזכר במי שברך והוא שם הקודש נראה שיש להקדימו. ובכל זאת מי שעשה מעשה להקדים שם רוזא אין לפסול הגט, לפי שיש אחרונים דס"ל שהעיקר הוא שם שנקרא בפי כל, וגם יש פוסקים דס"ל שאין לפסול גט בשביל איחור והקדמת השמות".

וכן הדברי חיים, למרות שיטתו הנוכרת, מסכים שאם הצטרפו שיקולים נוספים, אין לדון השם כנשתקע.

דברי חיים ח"ב סי' קנד - קנה השיב בנידון:

"אשה שנקראה מעריסה סימא פרימט, אך עתה אין קורין אותה רק פרומט, עכ"ז בכתובה ובהכרזה לנישואין פירשו שני שמותיה כמו מעריסה, וגם כשמצלאין עליה במי שברך פורשין שתי שמותיה".

הרב המסדר כתב רק את השם פרימט, והדברי חיים השיב לו שצריך גט נוסף ולכתוב פרומט דמתקריא סימא פרימט. בסי' קנד כתב הדברי חיים:

"והנה זה אין לומר דשם סימא פרימט הוי נשתקע, דזה ודאי אינו, דכיון דמשתמשים בו בעת שמיחס אותה בשמה העצם כגון בכתובה ונישואין ומי שברך ולהמתפללים ודאי אין זה נקרא שם הנשתקע".

ובסי' קנה כתב:

"שוב קיי"ל דשם הנשתקע אין כותבין, אך אם בני משפחה קורין בשם זה או מיעוט בני העיר או שחותמת לפעמים שם זה לא מיקרי נשתקע כידוע לכל מסד"ג הראשונים. וא"כ לפ"ד נראה בנ"ד שלפ"ד הרב מצעשנוב בשינאווא מפורסם הדבר לכל בני העיר ששמה סימא פרומט, וגם מסתמא בערכה בקשתה ליתן לה רשיון חתמה מסתמא בשתי השמות כי ידוע דכך כותבין ברשיון שם שחתמה עצמה בה, וגם מסתמא במעטריקל נכתבה כן, דהרשיון ניתן על שם חתימתה. ואם רואין שכן נכתבה

דסומכין ע"ז בעליה לס"ת גופא היינו דוקא באיש הדר בעיר שיש שם ציבור שקורין בתורה, וגם הוא אדם כזה שרגיל לעלות תורה, והעיקר שהחזן הוא קבוע ורגיל יודע איך לקרות לתורה. אבל איש הדר בכפר שאין שם ציבור כלל או גם בעיר אלא שהוא איש כזה שאינו מהדר לבוא לביהמ"ד ולעלות לתורה, או במקום שאין החזן יודע איך לקרות, כאשר לעינינו בזמננו הרבה אנשים אינם באים לביהמ"ד ואין מהדרים לעלות לתורה, כי אם לפרקים רחוקות והחזנים אינם יודעים בין ימינם לשמאלם לדקדק בשמות, אין להעמיד שום יסוד על קריאה לתורה וכמ"ש האחרונים, וא"כ בכתובה דכולהו ריעותא איתנהו בה, דכתובה מסורה האידנא לבורים והדיוטות שאין להם גם ידיעה במקצת מכל דקדוקי השמות, וגם אח"כ משנכתבה מונחת בארגז במקום שאין לה הופכין ואין רואה ואין קורא בתוכה דודאי אינה מצילה מידי נשתקע, ועיין בשדי חמד מערכת גט אות ו' בסי' מא שהביא אמבואה דספרי האחרונים דסברי הכי, ומסיים דכיון דרובא דרובא סברי דחשיב נשתקע ולכתחילה ודאי שאין לכתבו"

למרות האמור, בנסיבות שהצטרפו כמה טעמים יחד, מי שברך, כתובה ורישום במסמכים הרשמיים, ביחד יתכן שהם מצילים משקיעה, ויצוין לתשובת דברי מלכיאל ח"ג סי' קיח, שהשיב בנידון:

"מי שנקרא בפי כל בשם אברהם וכן עולה לתורה וחותם, ואמר שמעריסה שמו אברהם ליב וכן כתוב בתעודת הלידה שלו ובפאס, ואף אחד אינו קורא לו גם בשם ליב".

וז"ל הדברי מלכיאל:

"אבל באמת נראה דבכה"ג לא מיקרי נשתקע, דהא בעל כרחו צריך הוא לזכור את שמו זה. כי הלא בכל דבר שיוזמן לו עסק באמצעות פקידי הממשלה יקראוהו בשמו זה. ובפרט בעסקי ירושה ועסק עבודת הצבא של בניו, וכן כשיזדמן לו ליסע למקום אחר הוא מוכרח לזכור שמו זה כדי שישב כן לפקידי המקום אם ישאלוהו על שמו כדי שלא ימצא בדאי. וכן ביתר הדברים הנוגעים לחוקי הממשלה, וזה עדיף משם הכתוב בכתובה, כי בכתובה אפשר שישכח שמו זה ולא יזכרנו לעולם וגם הכתובה לא יצטרכו להראותה. אבל הכא בהכרח יזכור שמו זה כי אולי יצטרך ליסע לאיזה מקום או יבוא לידו דבר הנוגע לחוקי הממשלה ויזכור או להיקרא בשמו זה. ועוד דהא כתבו הפוסקים בסי' קכח אשר שם העיר שכותבין בגיטין ושטרות לא מיקרי נשתקע ע"ש ס"ק כו. וה"ה הכא הלא כותבים שם זה בפאס שלו בכל עת שלוקח פאס, ולא דמי לשם שנכתב בכתובה ששם אין כותבים עוד כתובה כל הימים שהוא עם אשתו זאת ... ולשון נשתקע מוכיח שצריך שיהא שקוע לגמרי... שוב ראיתי בפת"ש בקוה"ש בשם בילא ... והפת"ש חולק וכתב דנשתקע הוי לגמרי ... ובאמת אין לדקדק כ"כ בפירוש לשון נשתקע דבזה שפיר י"ל כהפ"ת שבגדר השאלה קורים נשתקע אף לדבר שלא נשקע לגמרי. אכן בסברת הדין העיקר כהפת"ש דבעינן נשתקע לגמרי, דהא אף אם מיעוט קורין כן צריך לכתוב בגט כדאיתא בגיטין לד ע"ב. וממילא

"ובאמת כל הנשים שיש להם שם הקודש מעריסה ונקראת בפי כל בשם לעז הנהוג בין יהודים, מ"מ בבית הכנסת רוצית היא להזכיר שם הקודש, ומ"מ מבואר בספרי האחרונים דאם נשתקע שם הקודש אין לכתוב אלא שם לעז".

עוד יצוין, שדברי האגרות משה מתייחסים לשם יהדות מול שם לעז, וביחס לשם היהדות קבע שאינו נדחה מפני שם הלעז למרות שנקרא בפי כל בשם הלעז, לא כן כששני השמות הן שמות עבריים, כגון נ"ד.

עכ"פ בנסיבות אלו שההלכה הפסוקה בתשובת החת"ס, עליה נשען האגרות משה, אינה מוסכמת, מן ההכרח להביא בסיום דברינו מספר שו"ת קומץ המנחה (להגאון רבי קלונימוס קלמן צוקערמאן) סי' קד שכתב מהי ההוראה הנכונה בנסיבות אלו, וז"ל:

"ובתשובה אחת כתבתי באשה ששמה מעריסה רבקה מרים וכן נכתב בכתובה, ונקראת כן במי שברך, ובפי כל נקראת רק מרים, דיכתבו רק מרים. משום דעל שם רבקה יש חשש נשתקע. ובכתיבת הגט נכון יותר לכתוב מה שעכ"פ בדיעבד כשר בלי שום חשש, משנרצה לצאת ידי לכתחילה, ויוכל להיות חשש פסול ח"ו, והסכימו לזה הגדולים מבראדי וטארנא ז"ל".

ויסוד הסברא כבר כתב בפסקי מהרי"ק סי' קעח ביחס לשם נהר כתב:

"כי טוב יותר ליכנס בספק חסרון מליכנס בספק שנוי השם".

וכן ברמ"א סי' קכ"ח ס"ז:

"וכן תמיד, יותר יש ליכנס לספק חסרון מלספק שינוי".

ובביאור הגר"א סק"ל באר:

"שבחסר כשר לכו"ע בדיעבד, ובשנוי יש פוסלין אפילו דבר שאילו חסרו לא נפסל בכך".

וסברא זו נכונה לא רק בספק שינוי, אלא גם בספק נשתקע.

**מסקנה:** מכל הנ"ל עולה בנידון דנן, שבפי כל נקראת ספיר בלבד, לרבות בתעודות ובחתימתה, ורק במי שברך ובכתובה, נזכרים שני השמות, יש לכתוב רק את השם ספיר, ובוודאי שכן במקומינו שנוהגים בכל הגיטין לכתוב וכל שום וכו'. ולפי המבואר בטיב גיטין ובפוסקים נוספים הנזכרים לעיל, בשם כזה אין להזכירו כלל, ואין לרמוז עליו "דמתקריא" כהוראת מהרי"ט. וכל זאת אפילו מתברכת במי שברך בפרהסיא, ברכה הנשמעת באזני הנוכחים במקום, אך אם מתברכת בחשאי ובמרוצה, כדרכם של גבאים רבים, לכו"ע אין ממש בברכה זו, להציל השם משקיעה.

המעטריקל והמעטריקל נקרא בכל שנה או שלשה שנים ובין העכו"ם ודאי נקראת כן, ולכן לדעתי זה לא נקרא נשתקע, כיון שקראו אותה כן תחת החופה וגם בהכרזה וגם חתמה עצמה כן, וידוע בכירור אם תרצה לגרש בנימוסיהם שיכתבו סימא פרימט והאיך יעלה על הדעת שזה נקרא נשתקע"

אמנם, בספר שדי חמד מערכת גט סי' מא סק"ד, לאחר שהביא המחלוקת אם שם הנכתב בכתובה חשיב נשתקע, והעלה דלרוב הפוסקים חשיב נשתקע, וה"ה בשם הנזכר בקויטלעך. כתב, וז"ל:

"ועל פי כל הנזכר לעיל השבתי לרב גדול אחד מידי"ן ששאלני על המגרש שיש לו מעריסה שתי שמות, ונשתקע שם האחד, שנקרא בפי כל וחותרם רק בשם אחד, ומעלייתו לספר תורה אי אפשר לברר שמו כי אינו עולה לס"ת, רק שבהפא"ס שלו נכתבו שני השמות, ושאל אם יש לשם זה דין נשתקע או לא חשיב נשתקע כיון שנכתב בהפא"ס שלו. והשבתי לו שיש לו דין נשתקע, דלא עדיף משם האיש והאישה שנכתב בכתובה דחשיב נשתקע, ואין צריך לכתוב אלא שם שנקרא בפי כל וחותרם."

הרי שעפ"י דרכו, גם רישום השם בתעודות, לא יציל משקיעה.

למרות כל האמור, יש לציין לשיטת האגרות משה, שנהגו כמותו בכמה בתי דין בארה"ב. וז"ל בתשובה אבן העזר חלק ג סי' ט:

"בדבר שם עלקא גיטל שיש רוצים לומר שהוא שם הנשתקע מאחר דנקראה בפי כל בשם האנגלית, אלא, פשוט לע"ד שבמדינות אלו שדרך רוב בני"א ליתן להבנים והבנות שני שמות אחד שם יהודית לבנים בשעת הברית ולבנות בשעת קה"ת, ואחד שם אנגלית, וכל אחד יודע דכששואלים איך שמך באידיש משיבין השם שקראו להם בשעת הברית ובשעת קה"ת, וכששואלים אותן איך שמך סתם משיבין את שם האנגלית, לכן אף שלא נזדמן למעשה לאחד ולאחת שיקראו אותם בשם דיהודית אין להחשיבו נשתקע, והוא דומה לאחד שלא נזדמן שיקראוהו בשמו הפרטי כלל שודאי כשיגרש אשה צריכין לכתוב שמו, שלכן צריך לכתוב עלקא גיטל דמתקריא אלא. וטעם הקדימה לשם עלקא הוא משום ששם העריסה הוא חשוב בעצם כמו שם הקריאה לענין קדימה, ולכן הכא ששם אלא הוא שם נכרי שאין ישראל רגילין כלל לקרא כן אף במדינתנו אין להקדימו כדכתב כה"ג החת"ס ח"ב דאה"ע סימן ל"ח עיין שם".

בתשובת אגרות משה אבן העזר חלק ד סי' קב חזר על שיטתו, והאריך לברר ולבסס דבריו, עי"ש.

אך מכל האמור עולה שדבריו אינם מוסכמים, כגון, בתשובת פרי יצחק הנזכרת שבתוך דבריו כתב:

## סימן טט

## כתיבת השם מילכה בגט

“ונראה גם לפענ”ד דהדין עמו. כי החיריק בלא יו”ד היא תנועה קטנה, ועפ”י הדקדוק הלמ”ד שלאחריה היא בשב”א נח והכ”ף דגושה בדגש קל כמשפט אותיות בג”ד כפ”ת לאחר נח נראה. ואם כותבים יו”ד לאחר המ”ם הרי הוא חיריק גדול והלמ”ד בשב”א נע והכ”ף רפויה, ואם כן הוי שינוי גדול במבטא. ומ”ש כדי להפריש משם מלכה בפתח. הנה בשמות שלום השי”ן בקמץ והלמ”ד בחולם, ושלום השי”ן בפתח והלמ”ד במלאפום מאי איכה למיעבד, עמ”ש שם וה”ה הכא. שוב ראיתי בכנסת הגדולה אות קצ”ו כתב ג”כ שדברי המשאת בנימין תמוהים. ומצאתי עוד בספר גידולי טהרה סי’ ל”א שהבית דין בפראג החזירו גט שהיה כתוב מילכה ביו”ד ע”ש.”

אותו מעשה רב מבית הדין בפראג, הביא גם בספר קב נקי שמות אנשים אות ג’ ס”ק כד, וז”ל:

גם בתשובת ר”א ששון כתב דהיכא דמשנה מדגש לרפה איכא קפידא רבה. וראיתי בספר קטן שנשלח גט לקהילת פראג ושם האשה היה מלכה בחיריק תחת מ, וכתבו מילכה ביו”ד ופסלו הגאון נודע ביהודה משום שעכשיו חיריק המ”ם היא תנועה גדולה והשוא שאחריה היא שוא נע והכ”ף היא רפויה ואיכא שינוי בקריאה, ודלא כמ”ב והנ”ש והב”ש, והסכימו עמו המדקדקים דשם.”

ובספר אהלי שם, בשמות אנשים אות ש’ גבי שלום בחולם ושלום בשורוק ששניהם נכתבים באותן אותיות, כתב לבאר הלכה זו:

“כי הנה העיקר מה שצריכין להזכיר בגט שמו ושמה, כתבו הרמב”ן והר”ן הטעם משום דבעינן ספירת דברים, ואי אפשר לספירת דברים בלי שמו ושמה. וכתבתי בכלל א’ סק”ב שבע”כ אין זאת משום סימן שידעו מתוך הגט מי הוא המגרש ומי היא המתגרשת, דהא הרמב”ן ס”ל דגם לר”מ לא בעינן מוכח מתוכו, והנה בספירת דברים סגי בשמו ושמה לחודיה, ולא בעינן שמות אבותיהם, ואע”ג דכמה יוסף איכא בשוקא, ואך אנו מחמירינן דבעינן מוכח מתוכו. ושני יוסף בן שמעון הדין בעיר אחת אין מגרשין נשותיהם אלא זה בפני זה. וזהו רק מדרבנן כדאיתא בב”ב דף קס”ז ע”ב. ומעתה גט זה שכתוב בו אנא שלום, הנה בזה שפיר הוי ספירת דברים, כיון שבאמת נכתב שמו, ואף שהוא נראה בקמץ וחולם ובגט יכולין לקרות בפתח ומלאפום, מ”מ לא גרע מאלו היה בעיר עוד אחד ששמו שלום בקמץ וחולם, דהוי עכ”פ ספירות דברים, ולענין שיהיה מוכח מתוכו מי הוא המגרש, יפה כתב בעזרת נשים שניכר על ידי שם אביו.”

וכן בספר ויחי יוסף (שמות נשים אות מ’) העלה שראוי לכתוב מלכה חסר.

אך יובהר שהדין דגן הינו מאחר שהשם מלכה הוא שם

בנידון שבפנינו שאשה עלתה לארץ ובעת עלייתה שינתה את שמה לשם מלכה כשהמ’ בחיריק. היא אינה חותמת בשם זה ובתעודות נרשם מלכה. בנסיבות אלו עלתה השאלה כיצד יש לכתוב את שמה בגט, מלכה או מילכה.

בספר משאת בנימין סי’ קיא הורה לכתוב מילכה בי’ כדי להבחין בין שם זה לשם מלכה, וכן הביא בבית שמואל שמות נשים אות ה’ ובגיליון רע”א לשו”ע סי’ קכ”ט בשם הגנת ורדים.

אך רבו החולקים על המשאת בנימין. מהר”ם יוזפש כתב: “מלכה יש לכתוב בלא יו”ד אפילו כשקורין המם בחיריק” ובספרו ברכת המים הביא מתשובת משאת בנימין הנזכרת שכתב לכתוב מילכה כדי להבדיל מהשם מלכה, ודחה דבריו, וכתב:

“לא מצינו בשום מקום שיש לשנות ממה שראוי לכתוב בגט כדי שלא יטעו העולם, ואדרבה אם משנה ממה שראוי לכתוב ע”פ השם שנכתב בתורה, הוי קצת כשינה שמו או שמה וכו’ ואף שהעולם כותבין כן במילי דעלמא, אין למשוך אחריהם לכתוב כן גם בגט, דבמילי דעלמא אין חשש משא”כ בגט. ותדע, שאנו כותבין בגט הכל עפ”י הדקדוק, ושלא כמו שנוהגין העולם לכתוב כמה תיבות שלא על פי הדקדוק... וכן מצאתי כתוב בשם יש”ש מלכה ונקוד חיריק תחת המ”ם ולא נכתב ביו”ד, ועוד מצאתי כתוב: מלכה נעשה במוסכם וכתבו חסר בלא יו”ד. ולענין דיעבד... עיין מה שכתבתי גבי הילל.”

ולעיל גבי השם הילל, כתב שתיבה שמדינא יש לכתובה חסר ולא מלא, והוסיף:

“אם כתבו מלא, יש להכשיר אפילו עדיין לא ניתן ואינו שעת הדחק.”

וכן דעת החלקת מחוקק בסוף סי’ קכ”ט שיש לכתוב מלכה חסר.

וכן בשו”ת דבר שמואל (אבוהב) סי’ צד תמה על המשאת בנימין, מאחר ותוספת הוי’ משנה את קריאת השם לניקוד שאינו נכון, וכתב שיש לכתוב השם כפי הכתוב בתורה ואין לחוש למי שיטעה ויקרא מלכה בפתח.

וכן בספר דברי חיים על שמות גיטין בשמות אנשים אות ש’ סק”ה כתב ביחס לשם שלום:

“דברי הע”נ נכונים וברורים דאם כתב שם כהלכתו כמ”ש בתורה ורק שדומה לשם אחר שג”כ נכתב כן בקרא, לא אכפת לך, כיון שנכתב כהלכתו. ואי חיישינן לטעות א”כ מה יעשה בשני יוסף בעיר אחת, ועל כן כותבים ע”ש האב, וא”כ ה”נ בודאי הוי כמו שני יוסף בעיר אחת.”

בספר אהלי שם שמות נשים אות מ’ ס”ק כב הביא מדברי ברכת המים, וכתב:

בניקוד צירי א"כ מטעם זה ראוי שיכתב ביוד דאי הוה חסר לא יהיב איניש דעתיה והוא בוטא את האלף בניקוד צירי. ול"ד לירושלים שבוטין אותה לים ומזבח שבוטין אותה ונח וכח שבוטין אותם, דהתם ליכא למיטעי שאעפ"י שיהיו חסרים הרי סירכייהו דקראי נקיטי ואזל. אבל הכא דבכל ספר הניאל כתוב מלא ביוד כשימצאוהו חסר יוד יבטאו בצירי תחת האלף ואין זה נכון וא"כ מה לנו למהדר אטצדקי להרבות הטעיות וכ"ש כשיהיה הגט על ידי שליח שנופל בדבר ערוב גדול וכבר העלה כן בספר שמות יע"ש".

וכעין זה בספר גט מקושר על הב"ש הנוכר.

**מסקנה:** נחלקו גדולי עולם בשאלה האם לכתוב מילכה או מלכה, המשאת בנימין והב"ש והגנת ורדים הורו לכתוב מלא, ומאידך החלקת מחוקק ומהר"ם בעל סדר הגט ודבר שמואל הנודע ביהודה ואהלי שם, וכן בספר ויחי יוסף הורו לכתוב מלכה חסר כמו שכתוב בתורה, ושללו לכתוב מלא עקב השינוי במבטא, ומהר"ם יזופש כתב דבריו כהוראה לכתחילה, וכתב שאם נכתב מילכה יינתן הגט, אך הנודע ביהודה ובית דינו פסלו אף בדיעבד לאחר שכבר נכתב ונשלח לעיר אחרת, והורו להחזיר את הגט.

בספר ברכת המים כתב שאין להתחשב שהעולם רגילים לכתוב מילכה מלא, מאחר שזוהי טעות עפ"י כללי כתיבת גיטין, ונראה מדבריו שגם אין להתחשב בחתימה שחותמת מלא.

דעת הסוברים לכתוב מלכה חסר מאד מסתברת כמו שבארו מהר"ם בברכת המים, הדברי חיים והאהלי שם, ולשיטת הנודע ביהודה אם ייכתב מילכה, אף פסול בדיעבד, לכן יש לכתוב מלכה.

אשה בתנ"ך, ואינו כן בשם שאינו שם איש או אשה בתנ"ך ומוסיפים י' או ו' לברר את הקריאה.

בספר הר צבי אבן העזר סי' קמו, כתב בתוך דבריו:

"עם כל זה הרי מצינו כמה גדולי עולם דס"ל בשם מילכה להוסיף יוד כדי שלא יקראו המם בפתח, אף דיצמח מזה שינוי על פי הדקדוק שלא יקראו בדגש אלא רפה, ואף להחולקים בשם מילכה, הרי כתב בספר ברכת המים [סי' קי"ח] בשם מלכה וז"ל, אדרבא אם משנה ממה שראוי לכתוב ע"פ השם שנכתב בתורה, הוי קצת כשינה שמו או שמה, עכ"ל. והיינו דגרע טפי אם משנה השם מכפי שנכתב בתורה. אבל בנידון דלא הוי שם שנכתב בתורה, יש לומר דטפי עדיף להוסיף יוד, ולא נקפיד על הך שינוי קל מדגש לרפה שאין הכל בקיין בזה, וטוב יותר לעשות היכר שלא יקראו צפורה בחולם, דעל ידי הוספת היוד יכירו שאין זה שם הכתוב בתורה".

אמנם סברת הסוברים לכתוב מילכה מלא למרות השינוי במבטא אצל המדקדקים, הובהרה בשו"ת גינת ורדים חלק אבן העזר כלל א' סי' טז, שכתב:

"שמות המורגלים כגון משה אהרן דוד אין ראוי לכותבם מלאים כיון שהקורא קורא אותם כהוגן מפני הרגלו ראוי לכתוב כפי יסודם, אבל כשיש מקום לטעות ראוי להוסיף בו אותיות לסלק הטעות כדאשכחן בשם מילכה שכותבין בו יוד יתירה אף על פי שמפסיד מעט תיקון הקריאה שכיון שהמם נקודה בחיריק ומלאה ביוד הויא לה תנועה גדולה וראוי לנוע השבא שתחת הלמד דמלכה, ואעפ"כ כדי שלא יתחלף בשם מלכה בפתח אנו מוסיפים בשם מלכה יוד אף על פי שמפסיד מעט קריאת השם. נקטינן מהא שראוי להוסיף אותיות להישייר הקריאה. וכפ"ז בשם הניאל שכתב הרד"ק ז"ל שהיוד נדגש

## סימן ע

### שני שמות זהים בכתיבתם ושונים בקריאתם

בבית הדין התעוררה שאלת כתיבת שם האשה בגט, ולהלן פרטי המקרה.

שם האשה מלידה - נְלִי (neli) וכך היא רשומה בתעודות - נלי, וכך נקראת ע"י בני המשפחה. אך בפי הרוב נקראת נְלִי, וכך חותמת - נילי.

בנסיבות אלו בהכרח לכתוב את שני השמות, את שם הלידה שלא נשתקע ואת השם שנקראת בפי הרוב, וחותמת בו. כמו כן יצוין שבעלה ספרדי, וגם את שם הלידה הנ"ל יש לכתוב נילי, ובכך שני השמות נכתבים בכתיב זהה - נילי, אך שונים בקריאתם.

יש לברר כיצד עלינו לכתוב את שם האשה בגט.

לאחר העיון נמצאו חילוקי דעות באחרונים שעמדו בפני שאלה זו, ומוטל עלינו להכריע בשאלה זו הלכה למעשה.

בתשובת אלף המגן (להג"ר משה נתן רובינשטיין, אב"ד וויניצא), ח"ב סי' ז' כתב להסתפק במי שנקרא שלום ושלום,

וכתב: "ואני מסופק באמת בכיוצא בזה בשם שלום אם במקום הנתינה קוראים שלום בחולם ובמקום אחר קורים שלום במלואפס לפי הברת בני ליטא שלום, דבזה יש להסתפק אם יש לנקד שם שלום השני ולכתוב עליו דמתקרי ... או להסתפק בשם אחד שלום ולומר שאין זה חשש לעז, כי בכל מקום יהיה נקרא כקריאתו בפי העולם ... וצ"ע כעת", עכ"ל.

באותו נידון, הרב אלף המגן נשאר בצ"ע, כששאלה כזו עלתה אגב בירור נידון אחר, ולא עמדה להכרעה הלכה למעשה.

כמו כן, שאלה זו נשאלה הלכה למעשה לרבה של ירושלים הגאון רבי צ"פ פראנק זצ"ל, ולהלן מספר הר צבי אה"ע ח"ב סי' קמה:

"בענין כתיבת שם פרידא, באשה ששם העריסה פרידא בצירה, ונתחלף שמה לשם פרידא בחיריק, ומסתפק כת"ר אם לכתוב



נכנסה לספרו יביע אומר ח"ו חלק אבן העזר סי' כב, הוסיף וכתב כדלהלן:

"מעתה בודאי שאין לכתוב בגט מרים בניקוד המם בפתח, וגם אין צורך לכפול מרים דמתקריא מרים, ולתת י' בשם מרים הראשון בין מ' לר'. אלא יש לכתוב מרים סתם, והגט מוכח מתוכו על פי שם אביה הכתוב בגט. וע"ע בשו"ת חיים לעולם (סי' לט אות ה) בשם שלום, שכן נהג לכתוב שלום מלא, וכתב, דהכי אזלא סוגיאן דעלמא, ומאן ספין לעשות חדשה בארץ במילתא דלא חזינן לרבנן קמאי דעבדי הכי, ופוק חזי מאי עמא דבר, ושכן עשו כמה גדולים וכנ"ל. ע"ש".

אך נראה שהכרעה זו לכתוב רק מרים, בלבד נקבעה ביחס לאותו נידון שהשם מרים נחשב ככינוי לשם מרים, וכיצחק חקין שכתבו הפוסקים, וכמ"ש העטרת חזקיה כפי שהובא לעיל. ובנסיבות אלו עדיף להימנע מכתובת כינוי כזה הנכתב באותן אותיות של השם העיקרי.

אבל בנידון שבפנינו, שני השמות, שם הלידה והשם שבפי הרוב, הם שני שמות שאין ביניהם זיקה, ובהכרח ששניהם יופיעו בגט.

כידוע, לרוב הראשונים חיוב כתיבת שם הבעל או האשה בגט הוא מדאורייתא, ותקנת רבן גמליאל לכתוב את כל השמות בגט. בנסיבות הנוכחיות עלינו לברר האם ניתן לכתוב בגט את השם נילי, פעם אחת בלבד, ובכך אין חשש, בהסתמך על תשובת הר צבי הנזכרת.

ראשית עלינו לברר, אם יכתב בגט השם נילי פעם אחת בלבד, איך יקראו שם זה. לכאורה קיימות שתי אפשרויות לקרוא שם זה נְלִי (neli) או נִילִי, ונראה שבנסיבות שבהן שתי האפשרויות קיימות, יקראו את השם כפי המקובל בציבור. עיין בספר טיב גיטין חלק ליקוטי שמות ס"ק מב שכתב בגט שנכתב שם האשה ריווא, במקום ריבה, מאחר והוא קיצור מהשם רבקה פסל הגט. והביא כן בשם הגאון מליסא בעל התורת גיטין שכתב:

"שהדבר פשוט שהגט פסול מדאורייתא כמבואר בפוסקים שהשמות נכתבים כדרך שכותבין באיגרות ובדיסקי, ובגט זה נכתב בשם שאין שום אדם כותב באותיות כאלו, ומוכח שהוא שינוי השם".

ובס"ק מד כתב הטיב גיטין:

"וכיון שכותב בשם בדרך שאין ההדיוטות רגילין בו, ואפילו יודע ספר לא יכינו אם לא מחמת ההוכחה וגם מחמת הידיעה בתחלה בשם הבעל, ואין לך שינוי השם גדול מזה".

ובספר אמרי יחזקאל להגאון ר"י פרענקל זצ"ל סי' לה הביא תשובת התורת גיטין, והוסיף:

"כל שיש לנו איזה ספק בתכסיס כתיבת איזה שם, רואין האין שנכתב שם זה באיגרות, והקורא הגט יקראהו כדרכו לקרות שם זה באיגרות".

עיין חזו"א הלכות גיטין סי' צה ס"ק כב שכתב ביחס לשם פאלק שדנו בו הפוסקים מפני שיש מקומות שרגילים לכתוב פאלק ויש שהורגלו לכתבו ואלק:

פעם אחת פרידא או שני פעמים. וטעמא יהיב, דאם נכתוב רק פעם אחת פרידא, יהא חסרון בשם ממה נפשך, אם העדים יקראו פרידא בצירה הרי יחסר שם פרידא בחיריק, ואם העדים יקראו בחיריק יחסר שם פרידא בצירה.

הנה מתוך שתולה הספק בקריאת העדים, ניכר שכת"ר נקט דכתיבה לשמה היא לשם העצם של המגרש והמתגרשת, דלפי זה אם הסופר והעדים יאמרו לשם שבצירה, יחסר שם השני. אבל אי משום הא, הרי שיטת התוס' יו"ט [גיטין פ"ח סוף משנה ה'] נראה דדעתו היא דהא דצריך שיהא נכתב לשמו, לאו לשם העצם, אלא הכוונה לאותו האיש שהוא יגרש בו, א"כ אין קפידא בדקדוק לשון הסופר והעדים באמירתם שהם כותבים לשמה, דלא השם הוא העיקר בענין לשמה, אלא מעשה המציאות דלשם גוף זה הם כותבים וחותרים.

אך כמדומה שיש חולקים על התוספות יו"ט, וס"ל דא"נ דלשמה הוא שכותב לשם העצם של המגרש והמתגרשת [ע"י אה"ע"ו סי' ק"כ בח"מ ס"ק ח', ובביאור הגר"א שם אות ט', ובט"ז שם ס"ק י"א]. אולם אפילו לשיטה זו אפשר לכתוב פרידא רק פעם אחת, אלא שהסופר והעדים יאמרו בפיהם את שני המבטאים, שהם כותבים לשם המגורשת פרידא בצירה, דמתקריא פרידא בחיריק, אבל בגט אין צריך לכתוב שני פעמים תיבה אחת, דממ"נ כל אדם הרואה את הגט מוצא בו השם שהוא יודע וכפי מבטאו, ולא יעלה על לב שזו אינה המתגרשת, כן נראה לי".

נידון דומה התברר בספר עטרת חזקיה, להג"ר חזקיה הכהן רבין זצ"ל מבוכארה, הכולל מזכרת גיטין שסידר הגאון המחבר. ושם בעמוד רלב דן בשאלה הבאה:

"אשה שנקראת מעריסה מרים, ע"ש מרים הנביאה ככתוב בתורה, ושוב אחר עבור שתי שנים קראו כו"ע את שמה מרים, המם בפתח והריש בשוא והיוד בפתח. ומה שנקרא שינוי זה, לא מחמת שום דבר והכרח, כי אם מפני שמי ששמה מרים בחיריק קורים לה בערבית מרים בפתח, ויראה לי דהוי כמו יצחק חקין, עיין בב"י סי' קכ"ט ושו"ע סי' קכ"ט סעיף ט"ו וסעיף ל"א ברמ"א בענין רחל ורעכליין".

ועי"ש שהעלה דמכיון שאמנם השם מרים יחשב כשם קיצור, עכ"פ מאחר שכולם קוראים לה כך יש לכתוב את השם לידה בתחילה, ודמתקריא על השם שבפי כל. אך מאחר ושני השמות נכתבים באופן דומה, הסתפק העטרת חזקיה כיצד לנהוג, וכתב שיש לכתוב מרים דמתקריא מרים, ואמנם בדרך כלל יש לכתוב את השם כפי שהוא בלא תוספת ניקוד, אך בנידון זה לאחר שנכתב השם הראשון מרים כפי הכתוב בתורה, יש לכתוב "דמתקריא מרים", ולנקד את מרים השניה "כדי לשנות ולברר את הקריאה".

אך הראש"ל צ הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל בהסכמתו לספר, לא הסכים עמו, וקבע שאין לנקד בגט כלל, וכמו שכתבו הרבה פוסקים, הואיל והגט נקרא ספר, וס"ת שיש בו ניקוד פסול. בדבריו הנ"ל, הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל לא קבע כיצד היה נכון לנהוג באותו מקרה, אך בעת שהסכמה זו

"ואין כתב ולשון, אלא הידוע לבני המדינה".

למרות זאת מאחר שאין טעם לכתוב נילי דמתקריא נילי, כי אם נלך בעת קריאת הגט אחר כתיבת שם זה באגרות, יקראו נילי דמתקריא נילי, ויצא שכרו בהפסדו, על כן אין מנוס אלא לנהוג כהוראת תשובת הר צבי הנזכר. והנה בתשובת הר צבי כתב:

"אפשר לכתוב פרידא רק פעם אחת, אלא שהסופר והעדים יאמרו בפיהם את שני המבטאים, שהם כותבים לשם המגורשת פרידא בצירה, דמתקריא פרידא בחיריק, אבל בגט אין צריך לכתוב שני פעמים תיבה אחת".

הגרצ"פ פראנק זצ"ל הורה את הנוסח שיאמרו הסופר והעדים בטרם הכתיבה והחתימה, וכיצד יכתבו בגט, אך לא התייחס לשאלה כיצד הבעל יאמר בעת שהוא מצווה לסופר ולעדים. שאם הבעל מצווה לסופר לכתוב גט לשם אשתי פרידא בצירה, דמתקריא פרידא בחיריק. משמעות הציווי הוא שיכתוב בגט את שני השמות, דהיינו את השם פרידא בצירה דמתקריא פרידא בחיריק, וצ"ע כיצד ניתן להכשיר לאחר שלמעשה הסופר אינו עושה עפ"י ציווי בעל, וכותב רק שם אחד - פרידא.

ועיין בתשובת מהר"י כולי נכד הגט פשוט, בתשובה א' שבסוף ספר עזרת נשים, בנידון שהסופר בכתבתו שינה מסדר השמות שאמר לו הבעל, וכתב:

"אם המגרש היה טועה בדין וצוה לסופר להקדים שם דנשתקע לשם העיקרי, ובא הסופר וכתב הגט כהוגן וכתחז"ל על ראשון ראשון ואחר האחרון. בהא פשיטא דלית לן בה, דאנן סהדי דכוונת המגרש היא שיכתוב לו גט כשר באופן המועיל. ואף שהסדר שנתן לו בכתיבת השמות אינו לפי שורת הדין, אנן סהדי דניחא ליה לבעל להפוך סדרן של שמות וכהיא דכתב הרא"ש בהשאל ל' טבעת כדי לקדש בו כמ"ש הטור סי' כ"ח. אבל היכא דהבעל סידר כהוגן וטעה הסופר ועשה הטפל עיקר, יש לצדד ולומר דנתבטלה שליחותו".

אלא שבאותו נידון, בסופו של דבר הסופר כתב את השמות שאמר לו הבעל, אלא רק הפך הסדר, וצ"ע האם ה"ה בנידון דנן שהבעל מצווה על כתיבת שני שמות, והסופר כותב רק שם אחד.

ועיין בספר שם אריה חלק אה"ע סי' מח שכתב:

"על דבר שאלתו בנידון הגט אשר קודם שנסדר לכתוב שאלו לכמה אנשים איך היה שם אביה, ואמרו שהיה שמו ישעיה ליב וכן צוה המסדר שיאמר הבעל לסופר וכן אמר הסופר קודם כתיבה שכותב לשם האשה מלכה בת ישעיה ליב. אך אח"כ קודם שנכתבו השמות בגט, אמרו שאר האנשים כי היה שמו שואל ליב, ומחמת הספק בשם אביה צוה לכתוב שמה לבד בלא שם אביה וניתן הגט".

עיי"ש שבאר שמצד הסופר אין חשש לאחר שבסופו של דבר כתב כהוגן, אך כתב לדון מצד שהסופר שינה מציווי הבעל. וכתב:

"ועיין בגט פשוט סי' קכ"ב סק"ז דאם צוה לסופר כתוב גט לשמי אברהם ויש לו גם שם יצחק, שצריך שני גיטין, דאינו רשאי לכתוב גט בשם יצחק, דלא הרשה להם לכתוב אלא בשם אברהם, ע"ש. ויש לחלק דהתם דידיע שני השמות שלו וצוה לכתוב רק בשם אחד, גרע טפי דאין כאן טעות. אבל בטעה בשם אבי אשתו י"ל דאין קפידא. עוד י"ל כיון שאומר אח"כ כתוב גט לשמי ולשמה ולשם גירושין, כיון שאומר סתם לשמי ולשמה, א"כ עושה אותו שליח לכתוב בשבילו ובשבילה בסתם באיזה שם שיהיה, ואין קפידא במה שאומר תחילה שמו אברהם".

ועיי"ש במסקנתו לדינא.

וע"ע בתשובת מנחת יצחק ח"ג סי' קמא, וחלק ו' סי' קנה ד"ה אלא.

**מכל האמור נראה** בנידון דנן, מכיון שהשם העיקרי הוא נילי בחיריק ואם היו כותבים שם זה בלבד עם "וכל שום" וכו', כשר מדינא, עדיף שבעת הציווי לסופר, הבעל יאמר כתוב גט לאשתי נילי (בחיריק), ולא יוסיף דמתקריא נילי בצירה, כדי למנוע משמעות ציווי לכתוב שני שמות בנפרד. אלא לאחר סיום הציווי לסופר כאמור, יוסיף ויאמר: "איני מקפיד כיצד תכתוב את השמות בגט אלא תכתבם לפי דעת הרב המסדר את הגט". וכן בעת הציווי לעדים יאמר נילי בחיריק בלבד. ורק הסופר והעדים יאמרו כפי הוראת הגרצ"פ פראנק זצ"ל הנזכרת, ויכתבו שם אחד, כמבואר בתשובתו.

## סימן עא

### כתיבת הגט לסירוגין

הגט לשו"ע ומהר"ם, שלא לכתוב לסירוגין. הרי שקיימת הלכה שלכתחילה אין להפסיק בשום דבר שאינו מעניין הגט שהחל בכתיבתו, מעת שהחל לכתוב את הגט. הטעם בהלכה זו הוא - החשש שלאחר ההפסקה הסופר ישכח לחזור לומר שהוא כותב את הגט לשמו ולשמה ולשם גירושין, וחשש זה קיים בכל סוגי ההפסקה, כשבעת ההפסקה, הסופר לפרק זמן, ואף לפרק זמן קצר, אינו עוסק בענין כתיבת

בהתייחס לנהלי העבודה של סופרי הגיטין, בבתי דין שבהם לעיתים נוצר עומס בכתיבת גיטין, ובתוך כדי כתיבת גט עבור זוג אחד, הסופר מפסיק בכתיבת הגט לצורך קבלת ציווי עבור כתיבת גט לזוג אחר, מן הראוי לתת את הדעת להלכה הפסוקה בנידון.

בשו"ע סי' קל"א סי"ז נפסק שהסופר יכתוב את הגט בקביעות ולא בסירוגין, ורק בדיעבד כשר, וכן היא ההוראה בסדרי

וכתב בשו"ת דברי מלכיאל ח"ג סי' קמ"א וסי' קמ"ב ס"ק יט שבכותב לסירוגין צריך הסופר בכל פעם שחוזר וכותב, לומר קודם כתיבתו שכותב לשמו ולשמה ולשם גירושין, אך בדיעבד כשר גם בלא אמר מחדש. עוד כתב הדברי מלכיאל שאין להצריך שיהיו העדים אצלו בכל פעם כשאומר כן, כיוון שאינו מעכב בדיעבד, אלא רק בפעם הראשונה.

אך עכ"פ כתיבת הגט לסירוגין, בהגדרה, נחשבת כגט כשר רק בדיעבד, אך אינו לכתחילה.

אבל יש לתת את הדעת לכך שהדברי מלכיאל התייחס לכתובת גט שכיב מרע, שעקב מצבו של הבעל נוצר הכרח שהסופר יפסיק לכתוב, עד שהבעל יחזור לדעתו, ובזה כתב כאמור. אבל אם הסופר הפסיק באמצע כתיבת הגט, כדי לקבל ציווי של בעל אחר, עבור גט אחר, שיכתוב לאחר שייסיים את הגט הראשון, נראה שבזה בעת שחוזר לכתוב את הגט שכבר החל בו, הוראה זו שיחזור ויאמר שכותב את הגט לשמו ולשמה ולשם גירושין של הזוג הראשון, היא לעיכובא ממש. שאם לא כן אלא המשיך את הגט הראשון בלא אמירה מחדש, יתכן שבסתמא דעתו לציווי שקיבל לאחרונה.

מה עוד, מאחר ועפ"י כל סדרי הגט, הסופר אומר לאחר ציווי הבעל: "כן אעשה", ובדיעבד די בכך להיחשב כאמירה שהוא כותב את הגט לשמו ולשמה, עיין חת"ס אה"ע ח"ב סי' ט' שהביא בפת"ש סדה"ג סדר גט ראשון אות ע'. וכן בספר כתב סופר אבן העזר סי' פ', כתב: "לפי מנהגינו שאומר הסופר לבעל כן אעשה, וי"ל דהו"ל כאלו אמר בפה שיכתוב כנ"ל מה שמצוה שיכתוב לשמה". יתכן מאד שלאחר שבאמצע כתיבת גט אחד, מודיע שיכתוב גט לשם הבעל השני, על כגון דא לא אמר הדברי מלכיאל את דבריו הנזכרים, שאין צריך שיאמר בפני עדים כשחוזר לכתוב את הגט הקודם, אלא זו אמירה הכרחית לכשרות הגט, ונחוץ שיאמר זאת בפני עידי הגט.

על כן, הנוהג של מסירת ציווי לסופר, עבור זוג אחד בעת שהוא עסוק באמצע כתיבת הגט עבור זוג אחר, אינו נכון לכתחילה, ויש למנוע זאת, הגם שכשר בדיעבד אם יחזור ויאמר בפני העדים שכותב את הגט לשמו ולשמה ולשם גירושין, אך עדיין נותר במעמד של גט כשר בדיעבד בלבד. ואין זה נכון להסדיר לכתחילה את ההליך בדרך זו.

הגט אלא בעניין אחר, וכשחוזר לכתובת הגט, מוטל עליו לומר שהוא כותב את הגט לשמו ולשמה ולשם גירושין, וכך היה מקובל בבתי הדין כל השנים, בטרם החל, הנוהג של ציווי לכתובת גיטין רבים בזמן קצר, בבתי הדין הגדולים שיש בהן כמה הרכבים ועומס. להלן מדברי רבי שלום אביחצירא זצ"ל, אחיו של הבבא סאלי, שהיה רב ודיין בכמה קהילות, וכתב כדלהלן בספרו מליץ טוב, והעיד על מנהג הקהילות שבו כיהן, שנהג הסופר "שלא להפסיק בשום ענין אחר". ונראה שגם בימינו כך נכון להנהיג, עפ"י ההלכה הפסוקה ברמ"א, ולא נכון וגם אין כל הצדקה שלא נאמץ מנהג זה, שהוא היה המנהג הפשוט בכל הקהילות מקדמת דנא. ולהלן העתקת דבריו מספר מליץ טוב על אה"ע -

סי' קל"א סעיף ז' בהגה. ויכתבונו אח"כ בקביעות ולא בסירוגין כדי שיכתבו לשמו ולשמה כמו שהתחיל. ומיהו בדיעבד אם כתבו בסירוגין כשר ע"כ. וזה לשון מור"ם ז"ל בדרכי משה: כתב בסדר גיטין סי' ד', הסופר צריך לכתוב הגט בקביעות ולא בסירוגין, דחייב לכתוב כל הגט לשמו ולשמה. ולכן כשהתחיל לומר שכותבו לשמו צריך לגומרו בקביעות ולא בסירוגין. אבל כשכותבו בסירוגין איכא למיחש שמא שכח לכותבו לשמו ע"כ. מיהו בדיעבד אם כתבו בסירוגין כשר. וכן הוא בהגהת אלפסי פ"ק גיטין עכ"ל. הרי דטעם כעיקר שצריך הסופר לכתוב הגט בקביעות ולא בסירוגין, הוא כדי שלא ישכח לכותבו לשמו ולשמה.

אתאן לענין מנהג דידן בתאפילאלת ובעיר זו בצאן, לכתחילה הם מתכוונים לכתוב הגט בקביעות מתחילת כתיבת הגט ועד כדת משה וישראל שלא לפסוק כתיבת הגט בשום ענין ודבר אחר שאינו מענין הגט. כגון לכתוב שטר תפילין, מזוזה, אגרת שלומים, או מלאכה, או משא ומתן וכיוצא, אבל אם נצרך לצאת חוצה לפנות לנקביו, או אם בא חבירו אצלו לדבר עמו, או אם קרא לו חבירו לצאת חוצה לדבר עמו באיזה ענין שאינו מענין הגט, אז הוא פוסק ויוצא, וחוזר וגומר כתיבת הגט ממקום שפסק. כך הוא המנהג אצלנו. ויש להביא סמוכים לענין נד"ד. דאיתמר בגיטין ד' ו' ע"א לא צריכא דנפק לשוקא ואתא וכו'. וכתב רש"י דנפק לשוקא, סופר יצא לשוק וכו' ע"כ. וכן פסק הרמב"ם בפרק ז' דגירושין הל' י"ב. וכן אם יצא הסופר לשוק וחזר והשלים את הגט וכו' ע"כ וכן כתב רבינו הטור ומר"ן בסי' קמ"ב בסעיף ט"ו ופשוט הענין.

## סימן עב

### מסירת גט על ידיים עם כפפות

טבעת, שבה רק קיימת חציצה על ידה, ודנו בזה הפוסקים, עיין רמ"א סי' קלט סעיף יד, או לדין רטיה במקצת היד וחלק מהיד פנויה וחלק עם חציצה, ונותן על ידה הפנויה. אלא כשהיד כולה מכוסה בכפפה, הנידון אינו רק מפני החציצה, אלא דינו כמי שאינו מניח את הגט בידה רק על בגד שלה.

בעת פרוץ מגפת הקורונה כשגורמי הרפואה המליצו על עטיית כפפות על הידיים, התעוררה השאלה האם בעת מתן הגט לאשה, יש לבקש מהאשה להסיר את הכפפות, ונראה שכך היה נכון לנהוג, ומהטעם המבואר להלן. ביטוד הלכה זו כשהיד כולה בתוך כפפה, אינו דומה לדין

אין לומר שמאחר שהאשה עוטה את הכפפה מטעמי הגנה בריאותית, היא בטלה ליד וכידה דמי. אלא יותר מסתבר שככל שהדבר נוגע למתן הגט, דינה של הכפפה ככל בגד אחר שהאדם לובשו להגנה מקור וגשם, וכאן ההגנה היא מהנגיף, אך עדיין מעמדו כבגד שעליו נאמרו דברי הראשונים שאין לתת אלא בתוך ידה ולא על הבגד.

כיון שכן, לא יהיה נכון שלא לקיים "ונתן בידה" באמצעות קנין יד אלא על בגדה בלבד. מה עוד שתוקף הגירושין מותנים בכך שהכפפה אכן שייכת לאשה ושלא לקחה אותה מאיזו חנות ברחוב בלא שנכנסה לקנות בה, והיא אצלה שלא ברשות, ונסמוך על דבריה בלבד.

על כן בנסיבות אלו, המענה המתאים יוכל להיות באמצעות הקפדה יתרה על הסופר והעדים והדיין מסדר הגט, שכל אלו בטרם יקבלו את נייר הגט לידם, ידיהם יעברו חיטוי יסודי באלכוהול-ג'ל, וכן הבעל והאשה בטרם סידור הגט יחטאו את ידיהם פעם ופעמיים ביסודיות במקום להורות כדבר שבשגרה במשך תקופה ארוכה ולכתחילה, קולא שעפ"י ההלכה קשה מאד להורות כן לכתחילה, כמו שהארכתי שם.

ועיין בספר דברי מלכיאל חלק ה' סי' ר"ו שמצא לנכון להחמיר בקידושין שנתן בידה עם כפפה, ובתוך דבריו כתב בפשיטות שמפני כיוסי הכפפה המכסה את כל היד, כבר אין קנין יד.

לכן נידון דנן דומה לבעל שהניח את הגט על בגד של האשה, ועיין במש"כ בספר עטרת דבורה ח"א סי' נ"ט עמ' 361-364 בהרצאת שיטות הפוסקים בהלכה זו. כאמור, נידון זה גרע טפי מטבעת, שגם ביחס לטבעת הגאון בעל הגט פשוט בספרו כפות תמרים לסוכה דף לו נקט בדעת הרמ"א שהורה לחוש מדינא ולא רק מחומרא, ויש שפרשוהו הרמ"א מפני חומרא בלבד. אלא נכלל בדברי הרמ"א סי' קלט סעיף יד שלכתחילה אין לגרש בנתינה לתוך בגדיה אלא לתוך ידה ממש, ומקור הלכה זו בראשונים (מרדכי גיטין סי' תלז), והבאתי שם (עמ' 364) מדברי השבות יעקב ח"א סי' קכ ותשורת שי ח"א סי' קיח שלכתחילה לא יתירוה להינשא אם הניח הגט על בגד שעליה. ונראה שגם פוסקים אלו דנו שאינו בכלל קנין יד אלא כנתן בחצרה, ולכן זו ההוראה המתאימה, על יסוד דברי הגמרא גיטין עח,ב: "ואת לא תעביד עובדא עד דמטי לידה".

### סימן עג

## גט הניתן על תנאי כדי להציל האשה מעיגון

שלא לעשותו על תנאי אלא ליתן גט סתם ואי משום שרצונם שכשיבריאי ישאו זא"ז יקבלו עליהם קנס כתקנת הקהלות כמו קישורי תנאים הנהוג אצלנו או ליתן משכונות שכשיעמוד יחזרו וישאו זא"ז וכ"כ רבינו הרמ"א שראוי לעשות כן ולהשתדל בזה אם לא שהוא כהן אז בהכרח לעשות גט על תנאי דאל"כ תהיה אסורה לחזור לו וכן אם החולה אינו חפץ רק בגט על תנאי לא ישתדלו עמו הרבה שיתן גט בלא תנאי מפני שיש לחוש שמפני הצער תטרופ דעתו ויש לעיין הרבה בזה כי הרבה חששו חכמים לטירוף דעת החולה והחכם עיניו בראשו לדעת מהות החולה ועניינו".

לכן בנידון זה לאחר כמה שיחות שערכתי עם רב המושב, הדבר ברור שבנידון זה לפי נסיבותיו ניתן לסדר לו גט בתנאי, וכי הבעל מבין את פרטי ההליך לאשורם.

ב. ביחס לתנאי, הרב הציע שהתנאי יהיה שתועבר לבית הדין הודעה על ידו או על ידי האשה, שהגיע המועד הראוי לקיום התנאי, שתביא לקיום הגירושין למפרע ממועד מתן הגט.

כמובן שחייבים לסדר את הגט בתנאי שבו הבעל יאמר שהגט חל מעכשיו. ביחס לתנאי מעכשיו אם צריך משפטי התנאים, בשו"ע סי' לח ס"ג כתב:

"כל האומר: מעכשיו, או על מנת, אינו צריך לכפול תנאו ולא להקדים תנאי למעשה, אבל צריך להתנות בדבר שאפשר לקיימו. ויש חולקין ואומרים דאפילו באומר: מעכשיו, או על

בנידון דלהלן, הבעל שלקה במחלה חשוכת מרפא, היה מצוי בסיכון גבוה שיכנס לתרדמת ארוכה ואשתו תישאר עגונה, והוסדרה הסכמה שיתן גט על תנאי שיוכל להסיר חשש עיגון, אלא שהיה מקום לברר את הסדר הנכון לפרטי סידור גט זה שאינו מצוי כלל, ולאחר בירור יסודי של המציאות עם הרב המקומי של המושב שהזוג גר בו, כתבתי כדלהלן: למכובדי חברי בית הדין טבריה.

בנידון הגט לזוג פלוני ממושב פלוני שפנה אלי רב המושב, להיות עמכם בקשר אודות הדרך לסדר את הגט.

מאחר שלא מצוי כלל לסדר גט כזה, יש לעיין בעיון רב בכל השאלות הטעונות בירור בנידון זה, שהאפשרות היחידה להצילה מעיגון היא לסדר גט בתנאי.

א. שאלת סידור גט על תנאי.

שולחן ערוך אבן העזר סי' קמה ס"ט כתב:

"ויש אומרים דלכתחלה אין לגרש על ידי תנאי, רק יגרש סתם, ולקבל בחרם הקהלות או ליתן משכונות שכשיעמוד יחזרו וישאו זה את זה (מרדכי פרק מי שאחזו). ובכהן המגרש, צריך להתנות, שלא תהא אסורה לחזור לו (כדלעיל ריש סימן קמ"ג), או שיש לחוש לטירוף דעת החולה, יש לגרש בתנאי כדרך שנתבאר".

וערוך השולחן בסי' קמה סעיף כט כתב:

"ומפני שיש בגט שכ"מ כמה עיקולי ופשוטי בגט בתנאי לכן כתב המרדכי [פ"ז] שר"י מפרי"ש השתדל תמיד בגט שכ"מ

ממני מעכשיו משעה זו ממש ומותרת לכל אדם ואם לא תשלמי את האגרה לא יהא זה גט כלל".

ג. בגמ' מסכת גיטין דף פד עמוד ב:

"רבא אמר לא שנו אלא לאחר התורף, אבל לפני התורף אפילו על פה נמי פסול. ואזדא רבא לטעמיה, דאמר להו רבא להנהו דכתבי גיטי: שתקו שתוקי לבעל עד דכתביתו ליה לתורף דגיטא".

בשור"ע סי' קמז ס"ג פסק:

וכן אם התנה בעל פה קודם כתיבת התורף הרי זה ספק גירושין. וברמב"ם פ"ח ה"ד הוסיף:

"אם כתבו קודם התורף... הרי זה ספק גירושין שהרי נשאר לו זכות בגופו של גט. וכן אם התנה על פה קודם כתיבת התורף הרי זה ספק גירושין".

וכתב בערוך השלחן סי' קמז ס"ד, לבאר:

"הרמב"ם ז"ל סובר דלפני התורף פוסל כל תנאי את הגט בין שכתב התנאי בגט ובין שאמר בע"פ כמו שביאר הטעם מפני שנשאר לו זכות בגופו של גט ור"ל דהתורה אמרה וכתב לה ספר כריתות שבעת הכתיבה יהיה כריתות גמור בינו לבינה וכיון שהטיל איזה תנאי קודם התורף הרי נכתב על תנאי ואם לא יתקיים לא יהיה כריתות הרי לא נכרת ממנה לגמרי בעת הכתיבה ועוד יש בזה חשש ברירה שכשיתקיים התנאי נצטרך לומר הוברר הדבר למפרע שנכתב לכריתות גמור ובדאורייתא קיי"ל אין ברירה [הה"מ] וסברא זו איתא בירושלמי [פ"ג ה"א] ואף שיש שם מחלוקת בזה מ"מ אפשר לפרש שם דגם המסקנא כן הוא ע"ש".

ובב"ש סק"א הביא משו"ת מהר"י בן לב חלק ב סימן י', שכתב:

"אבל כיון דהוי משום גזרה דתנאי דחוץ וכדמשמע פשטא דשמעתא סמכתי במאי שכתבתי במעשי' שבאו לידי דכיון דהסופר והעדים לא ידעו מהתנאי שפיר קרינן ביה דנכתב בלא תנאי ולא איכפת לן במאי דידיעי אחריני וכן ראייתי קצת מגדולי סאלוניקי שהיו נוהגים בכך",

אבל המבי"ט חלק א' סימן מז הביא מתשובת מהר"י בי רב שכתב:

"מה ששאלת מענין הגט שנכתב על תנאי שכתב הרמב"ם ז"ל בהלכות גירושין פ"ח וז"ל כיצד מגרש אדם על תנאי וכו' עד וכן אם התנה על פה קודם כתיבת התורף הרי זה ספק גירושין עכ"ל אם יש הפרש בין כשהתנאי אומרו לסופ' עצמו ובין כשאומר לסופר עצמו כתוב גט בלא תנאי ולשליח אמר או לאחר קודם שנכתב הגט אותו הגט לא תתנוהו כי אם על תנאי כך וכך יהיה הגט כשר או לא שנא שבזה ובזה יהיה ספק מגורשת לדעת הרמב"ם ז"ל. דע שאין הפרש ביניהם וזיל בתר טעמא הטעם שכתב הרמב"ם ז"ל שהיא ספק מגורשת הוא ממה שכתבו בירושלמי בפרק כל הגט שפסול התנאים הוא מטעם אם יש ברירה ר"ל שהתורה אמרה וכתב לה ספר כריתות שצריך לכתו' דבר הכור' בינו לבינה ועתה כשעושה תנאי הגט קודם שיכתוב בין אמרו לסופר או לשליח או לזולת, עדין יש

מנת, צריך להיות בתנאי כל הד' דברים".

הרי שהשור"ע פסק כדעה ראשונה שאין צריך משפטי התנאים.

אך בספר ערוך השולחן סימן לח סעיף מט, כתב:

"אבל הרבה מרבותינו חולקים על הרמב"ם וס"ל דגם במעכשיו ובע"מ בעינן תנאי כפול וכל דיני התנאים ואף על גב דבתנאי ב"ג וב"ר לא היה התנאי בעל מנת אלא אם יעברו אם לא יעברו מ"מ אין נ"מ בין זל"ז דאע"ג דהתנה על קיום המעשה מעכשיו מ"מ זהו הכל בקיום התנאי ואם לא יתקיים התנאי בטל המעשה א"כ גם בזה בא התנאי לבטל המעשה וממילא דצריך לדיני תנאי דאל"כ לא אלים כחו לבטולי למעשה וכתב הטור שאביו הרא"ש הסכים לדיעה זו ורבינו הב"י הביא שני הדיעות ולא הכריע וממילא דיש לילך לחומרא בכל צד ובירושלמי [פ"ג] מבואר דגם בע"מ צריך לדיני תנאי ואפשר דס"ל להירושלמי דע"מ לא הוה כמעכשיו ולפ"ז במעכשיו אפשר דגם הירושלמי יסבור דלא בעי דיני תנאי אבל בירושלמי גיטין [פ"ז ה"ה] משמע להדיא דסבר ג"כ דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ע"ש ולפ"ז סובר הירושלמי כהחולקים על הרמב"ם ז"ל".

וכן יצוין למש"כ האבני נור אה"ע סי' קפו ס"ק כא:

"ועוד ההיתר משום מעכשיו ג"כ בעינן דיני תנאים, הגם שבש"ע [אה"ע"ז סי' ל"ח סעי' ג'] דיעה ראשונה שהיא עיקר דבמעכשיו לא בעינן דיני תנאים, זה לפי הכלל שלו במקום שהרי"ף והרמב"ם מסכימים לדעת אחת הכי נקטינן, מ"מ מפני שרבו החולקים כתב גם דיעה שני', ולדין דגרירין בתר רמ"א הוי ספיקא דדינא גמור כי בה"ג דיני גיטין ור"ח ובעל העיטור ורמב"ן ותוס' ורא"ש והטור והר"ן [הובאו דברי בה"ג ור"ת ורמב"ן ברי"ו מישרים נ"ט ח"א] שגם במעכשיו בעינן דיני תנאים, ואף שהה"מ פ"ו מהלכות אישות הלכה י"ז כתב שדעת כל הגאונים מעכשיו לא בעי דיני תנאים ומסיים קבלת הגאונים תכריע, הנה בה"ג ור"ת מהגאונים וס"ל גם במעכשיו בעינן דיני תנאים".

ויש שציינו לפסק מרן הב"י בשור"ע חו"מ סי' רמ"א סעיפים יא-יב ובאה"ע סי' קמ"ה ובסי' קנ"ד בסדר הגט סעיף ק' שנקט בפשיטות שצריך משפטי התנאים גם בתנאי של מעכשיו. ויש שהעלו בדעת מרן הב"י שהכריע כשעת הרמב"ם, והובאו באוצה"פ סי' לח ס"ק טו.

על כן מאחר וסוכם מראש עם הבעל שיסודר גט עם תנאי יש להסדירו בדרך שאין בה ספק, ובמשפטי התנאי למרות שזוהו גט עם תנאי "מעכשיו".

עוד יצוין שאם יאמר "הרי זה גיטך מעכשיו" ומיד יאמר את התנאי, עדיין ייחשב כתנאי קודם למעשה, כמ"ש בספר חמדת שלמה חו"מ סי' יא ובמכתב מאלהיו שער ח' סי' ז', ודלא כטענת הגט מקושר שבכך הוי מעשה קודם לתנאי.

על כן לאחר בחינת האפשרויות, בסופו של דבר נקבע הנוסח דלהלן: "הרי זה גיטך מעכשיו בתנאי שתשלמי את האגרה בתיק סידור הגט בבית הדין הרבני בטבריה ואם תשלמי את האגרה הרי זה גיטך והתקבלי גיטך זה ובו תהיי מגורשת

כשמתנה עם הסופר שיכתוב הגט על תנאי זה, משא"כ בני"ד שלא התנה עם הסופר שיכתוב על תנאי זה רק עם הרב המסדר שהסופר והעדים ידעו ושמעו כזאת אין כאן בית מיחוש כנלע"ד.

וכן בשו"ת נודע בשערים ח"ב סי' נו:

"דדוקא בהתנה עם הסופר קודם כתיבת הגט ואומר לו שיכתוב על מנת כך אבל במה שמגלה דעתו שיגרש אח"כ בשעת נתינה בתנאי לא אכפת לך. והא דאמר רבה שתוקי שתקי' לבעל, היינו שלא יתנה עם הסופר שיכתוב דווקא על תנאי זה כי גזרינן אטו חוץ".

ולכן למעשה יש לנהוג כמ"ש הר"ן על הרי"ף מסכת גיטין (דף מד עמוד ב בדפי הרי"ף):

"ועכשיו נהגו להזהיר שלא לכתוב שום תנאי בגט ולא להזכירו בשעת כתיבת הגט, וכשר הדבר, לפי שאין הכל בקיאי לחלק בין תנאי לתנאי ובין אחר תורף ללפני התורף".

וכן הוא במגיד משנה ובביאור הגר"א סק"ג.

ועיין בחזון איש סי' קו סק"ט שאם הבעל הזכיר מהתנאי בשעת כתיבת הגט, די שיאמר לסופר ולעדים שאינו מטיל תנאי בכתיבת הגט, והוסיף:

"ונראה דאם הסופר והעדים שמעו כמספר דבריו שיעשה תנאי בנתינה כל שלא אמר כתבו על תנאי או תנו על תנאי איני בדין הזכיר תנאי על פה, והא דכתב הב"ש סק"א בשם מהריב"ל שהעדים והסופר לא ידעו מזה אינו אלא מדין לכתחילה, וכ"ש שאין לחוש אם השליח יספר אח"כ להסופר, אלא שהוא מדין זהירות לכתחילה".

ד. משיחה עם רב המושב עולה שלדעתו בעת שהבעל מתנתק מהעולם, הוא מצוי בתרדמת ללא תקשורת עם העולם, ונראה שבאותה שעה דינו כשוטה.

לכן יש להשיג עליו כל זמן כתיבת הגט, שאם באמצע כתיבת הגט הבעל במצב של תרדמת, יש לחדול מהכתיבה, ולחזור לכתוב כשחוזר לשפיותו. וזאת עפ"י הוראת הבית יוסף סימן קכא שכתב:

"ולענין אם התחילו לכתבו כשהיה שפוי ונתקלקל והניחו מלכתוב וחזר ונשתפה וגמרו הכתיבה נראה לי דלפי מה שהוכחתי בתחלת דבור זה דשטותו אינו מבטל לא דברים ולא מעשים הראשונים הכא נמי דכוותיה אף על פי שנתקלקל עתה מה שכתבו בעודו שפוי כשר הוא וחוזר וגומר לכשישתפה".

וכן פסקו הלבוש סעיף ג' והחלקת מחוקק סק"ד והפר"ח ס"ב. וכן בב"ש סק"ה לענין בדיעבד.

אמנם הט"ז בסימן קכא סק"ד חולק על הב"י, וכתב שבשעת שטותו הבעל אינו בר גירושין והגט בטל, וז"ל:

"בכתבו הגט בשעה שהוא שפוי ונתקלקל דהיה כבר מוכן הגט בשעת הקילקול וכיון שבשעת הקילקול אינו בר גירושין ממילא הגט אין בו ממש באותה שעה ולא יועיל מה שנתרפא לתקן מה שהיה מקלקל בשעת חוליו דכי היכא דאם כתבוהו בשעת הקילקול פסול אף על פי שהציווי היה בשעת שפוי הכא נמי אם נכתב כבר נעשה מקולקל בשעת חליו".

הקשר ביניהם עד שיתקיים התנאי, ואחרי שיתקיים התנאי נסתפקו בירושלמי אי אמרינן הוברר הדבר למפרע שהגט היה גט כריתות או לא אמרי' הוברר למפרע דאין ברירה וא"כ מה לי אי אמרו לשליח או לזולתו כיון שבשעת כתיבה הגט נשאר זה הדיבוק ביניהם אבל כשכת' הגט בלא שום תנאי ואח"כ התנה הוא דבר חוץ מן הגט גט כריתות קרינ' ביה כיון שהגט כשנכת' לא היה בו שום תנאי. זנ"ל בענין. יעקב בירב".

ובשו"ת שער אפרים סימן קיד הביא מתשובת אהלי תם בספר תומת ישרים סי' קג, וכתב:

"ומצאתי ראיתי שכתב בתשובת ה"ה מהר"ת נ' יחייא סי' ק"ג על מעשה כזה בראובן שהיה נשוי אשה בשאלוניקו, ורצה ללכת למצרים כו', וצוה ג"כ לעדים ולסופר לכתוב גט זמן כו'. והשיב ע"ז הרב הנז' שלדעת הרמב"ם וסיעתו אין לגרש בגט זה. ואף על פי שדבר זה זר דא"כ אין לנו תקנה במגרש ע"י שליח ע"ת אלא שיכתוב הגט קודם. ומעשי' בכל יום שכל חכמי ישראל העוסקים בטיב גיטין וקדושין מסדרים במי שנחוץ ללכת שיאמר לסופר לכתוב ולעדים לחתום ולשליח שיתן גט ע"מ כך וכך והולך לו הבעל וכותבים הגט והעדים חותמים בו והשליח נותנו לאשה בתנאי. תמיה אני ע"ז דבשלמא היכא דמקרי דעבדי הכי ואיכא עיגונא דאיתתא, נימא שנטרח להתיר האשה ולסמוך על גדולי האחרונים הרמב"ן והרשב"א והנמשכים אחריהם דסבירא להו דאין תנאי דאם באתי כו' פוסל בגט אף קודם כתיבת התורף כו'. אבל אותם המסדרים לכתחלה שיעשו כן אין דעתי נוחה מהם כו' ע"ש. ובאמת נלע"ד לישב דאפשר מ"ש הרב הנ"ל בתשובה שמעשים בכל יום כו' שמסדרים גט כזה, לפי שראיתי בתשובת ה"ה מהריב"ל הנ"ל בתשובה י' בסופו, דאפשר לצאת ידי כולם שיאמר ראובן לסופר שיכתוב ולעדים שיחתמו כו' ולא יזכיר להם שום תנאי אלא סתמא וכשיתנו הגט ביד פלוני שהוא ממנה שליח ליתן הגט לאשתו. ואח"כ יאמר לשליח בפני עדים אחרים, הרי שאמרתי לסופר ולעדים שיכתבו ויחתמו ושיתנו הגט לידך ליתן אותו לאשתי והריני עושה וממנה את השליח לך ליתן הגט לאשתי ע"מ שאם לא אבא עד זמן פלוני שיהיה הגט משעת נתינה כו'. ומסים שם כיון דאין התנאי ידוע לסופר ולעדים אלא לאחריני אית לן להקל כו', ע"ש. וא"כ לפ"ז אפשר שזהו דעת חכמים בישראל שמסדרים גט זמן כמ"ש מהר"ת"י הנ"ל דהיינו באם שאין התנאי ידוע לעדים ולסופר כנו', אז מעשים בכל יום שמסדרים גט זמן. וא"כ תמיהת מהר"ת"י אינו תמיה על שחכמי ישראל עושים מעשה בכל יום ומסדרים גט זמן כפי מה שכתב הרב מהריב"ל הנ"ל".

ובסוף דבריו הרב שער אפרים נוטה להקל כמהריב"ל, ושלא לחוש לתשובת מהר"י בי רב. וכן כתבו בפשיטות כמה מהאחרונים.

בשו"ת אבני צדק (פנעט) סי' צו כתב:

"נלפענ"ד עפ"י משמעות הסוגיא שתוקי לבעל כו' משמע דאפילו ידעו הסופר והעדים מתנאי רק שלא התנה עמהם בהדיא אין חשש, וכן משמע מלשון הרמב"ם דעיקר הפסול

דיגרש את אשתו שלא תזקק ליבם או חליצה אלא שאין אנו מגרשין על תנאי כלל והיא מגורשת ממנו לגמרי אלא שאחר כך חייבת לישא אותו וכן הוא מתנה שחייב הוא לחזור ולישא אותה מחדש, אז אין צריך להזכיר בפירוש שלא על תנאי, כי בודאי על דעת הרב הוא מצוה לכתוב וליתן. דאפילו באמירה של האשה אמרו בפרק איזהו נשך דף ס"ו שהוא יהיב אדעתא דידה ואזלינן בתר דיבורה אי לאו משום דשם הוה פיטומי מילי, כמ"ש התוס' שם על מה שאמרו בגמרא קמ"ל. וא"כ כ"ש שאזלינן בתר דברי הרב המסדר, דהבעל יהיב על דעה שלו, דאדעתא דהכי יהיב או מצוה ליתן."

ועיין בשו"ת בית אפרים (שם) סי' עב (עמ' רצד) שהביא את דברי הט"ז והסכים עמו להלכה.

ו. ביחס לכתיבת שם המקום בגט הגם שלא הורגלו לכתוב גט אלא בעיר שיש שם מסורת לכתיבת הגט, אך בגט שכיב מרע כתבו שיש לכתוב כדי להציל האשה מעיגון. ונראה מאחר שאין נחל או מעין בתחום שבת של המושב, יש לכתוב: "למנין שאנו מנין כאן במתא פלונית שברמת הגולן". הרמ"א סי' קכ"ח ס"ב כתב:

"וכותבין מתא פלונית בין שהעיר גדולה או קטנה".

ועיין בהגהות רע"א על השולחן ערוך, וכתבו כמה פוסקים לכתוב מתא גם במקום ישוב קטן.

בשו"ת רבינו חיים כהן חלק אבן העזר סי' סא כתב:

"ואודות שכתב מתא, רצה המסדר הרבני מו"ה אבלי להביא ראיה מתוס' עירובין דף כ"א [ע"א] ד"ה אחווי ליה הנך מתוותא, אמנם התוס' עצמן פקפקו בדבר, וכתבו וז"ל ומיהו בקונטרס פי' וכו', ולפ"ז אין ראיה וכו' יעו"ש. ולפענ"ד נראה להביא ראיה דיש לכתוב מתא על כפרים, מדתנן במס' מגילה ג' ע"ב [איזה עיר וכו' פחות מכאן הרי זה כפר, נמצא לפ"ז דכל שאינו עיר גדולה הרי זה כפר. וסדהא רבא התוס' [עירובין שם] שכותבים בלשונם, שכותבין בגט מתא בין עיר גדולה בין עיר קטנה, שהיה מנהג לכתוב גם בעיר קטנה מתא, ועיר קטנה היא כפר, נשמע מזה שבכפר נמי לכתוב מתא".

וכן בשו"ת זכרון כהונה דף יג ובשו"ת כוכב מיעקב סי' נג ובשו"ת היכלי שן תליתאי סי' מז.

יתירה מזו כתב בשו"ת צמח צדק חלק אבן העזר סי' רנח:

"ע"ד הגט שנכתב בחצר של אדון א' אשר אין שם רק חצר האדון וביתו ובנינים ולא שום כפר ונכתב בו במתא פ' כשם שנק' אותו החצר. הנה ודאי דחצר ובית א' אינו נקרא עיר כדמוכה ממחלוקת ר"ת ור"י בערובין (דנ"ז) אם נותנין קרפף לבית דבית אינו כעיר. ושיעור עיר משמע ג' חצירות של שני בתים כדאיתא במס' ערכין פ' המוכר את שדהו (דל"ב א') ע"ש ברש"י ד"ה שלש. (ודל"ג ע"א) ד"ה כמי שאין להם חומה הואיל ואין בה כדי עיר. וה"ט דר' שמעון בערובין (דנ"ט א'). ומ"מ נ' להכשיר הגט דפי' מתא אינו כלל עיר כי תרגום עיר היינו קרתא אבל מתא נ' דפירושו מקום. והגם דתרגום מקום הוא אתר. מ"מ גם מתא נראה שהוא מקום. וכ"מ ממ"ש בערובין (דס"א א') כלבא בלא מתיא. דהפי' כשאינו במקומו.

אך האחרונים הנוכחים אינם מסכימים עם הט"ז וכן הכריע ערוה"ש, וכן עולה מתשובת דברי מלכאל חלק ג' סי' קמא וסי' קמב ס"ק יט. וכן החזו"א בסי' פו סק"ו חולק על הט"ז וכתב:

"ונראה דכיון דהוא בר גירושין אלא שאין הסכמתו הסכמה, לא מיבטל גיטא".

והביא ראיה מדברי הרשב"א וסיים:

"וכן הסכימו האחרונים כדעת בית יוסף".

ויצוין שהחזו"א לשיטתו באותו סי' פו בסק"ב שכתב:

"אין זמן השטות הפסק, שהרי זכין לו בזמן השטות וחשיב בר קנין".

ולפי המבואר כן היא הכרעת רוב הפוסקים, ודלא כט"ז שהגדיר שוטה כמי שאינו בר גירושין.

ועוד יצוין לדברי ערוך השולחן סי' קכא סעיף כב, שכתב:

"אמנם באמת גם בלא נשתתק ביכולת תמיד לברר גם אח"כ לפי מצב חליו והמשמשים אותו בחליו יוכלו לדעת היטב אם היה שפוי בדעתו כל זמן הכתיבה והנתינה, וכבר נתפשט המנהג שכל מורה הבא לסדר גט לחולה בודק אותו הרבה ואינו סומך על אחרים ומשיחין עליו כל זמן הכתיבה והנתינה".

ה. מחמת חולשת הבעל לא היה ניתן להסדיר שהוא יאמר בעצמו בעת מתן הגט את כל הנוסח הנ"ל, ולכן הוסדר הגט בדרך שהדברים נאמרו על ידי הרב מסדר הגט והבעל אמר - "כן" או קי" ו"אמן", לאשר את הסכמתו.

ודבר זה נלמד מההלכה שכתבו הראשונים שאם הרב המסדר אמר לבעל שהגט ניתן ללא תנאים והבעל אמר - "כן", ג"כ מהני, אף שהבעל לא אמר בפירוש בפיו שנותן ללא תנאים, אלא רק אמר "כן", וכמבואר בריב"ש סי' קכז (עמ' קלד בהוצאת מכון ירושלים ד"ה אמנם), לענין ביטול מודעות.

וכן בשו"ת הריב"ש החדשות סי' לב בתשובת מהר"ר יוחנן בן מתתיהו ז"ל, כתב תשובה באותו נידון שברייב"ש, וז"ל:

"אפילו שהאמת היא שעניית אמן או הן כיוצא באלו הוי כאילו הוא פי' הביטול בעצמו, וכדאיתא בשבועות (לו). אחד העונה אחר השבועה כמוציא מפיו דמי, שנאמר ואמרה האשה אמן אמן. וגם בכל מקום הודאה על דבר הוא כמשיב הן והכפירה בלאו. וגם גבי ביטול מודעא כתב הרמב"ם ז"ל (הלכות גירושין פ"ו ה"כ) אם כן מה תקנה לדבר זה, אמור בפנינו שכל מה שמסרת שגורמים כשיתקיימו אותם הדברים לבטל גט זה הרי הם בטלים, והוא אומר הן. ומשמע שאין צריך שיאמר הוא כל הלשון, אלא שישב הן".

יתירה מזו, הט"ז באה"ע סי' קמה סק"ו כתב לענין גט שכיב מרע, וז"ל:

"לפי מנהגינו ע"פ סדר גיטין להזכיר בפירוש בשעת נתינת גט לידה שמגרש מעכשיו בלי תנאי, וגם זה השכיב מרע יזכור כן ... וכל זה לכתחילה, אבל אם אירע שלא הוזכר בפירוש בלא תנאי, אין פסול כלל כמ"ש מו"ז ז"ל בסי' קמ"ח. תו נראה פשוט דאם אומר הרב המסדר לפני ענין הגט של שכיב מרע

המקום וגו' וגם על מקום א' ממש. נמצא אף שאינה עיר אילו היה כותב במקום פ' ודאי היה כשר וכמ"ש בהריב"ש סי' נ"ז הדרה במקום תלמסאן. כמו"כ כשכתב מתא נמי נראה דכשר". על כן מאחר ובמושב זה מתגוררים כשש מאות נפש, ודאי יכולים לכתוב מתא, ובזמן הגמ' היתה נקראת עיר.

וכ"מ יותר בשבת (קמ"ה ב') בלא מתא תותבאי ופרש"י במקום שאינו עיר. ועכצ"ל שם כן. דודאי הפי' שם שהוא בעיר רק שאינה עירו. וא"כ מהו בלא מתא אעכצ"ל במתא עניינו מקומו. וכיון שכן אפי' כ' על מקום חצר הנ"ל מתא אין זה שינוי. כי מקום מצינו בפסוק על עיר כמו בפרשה וירא ונשאתי לכל

## סימן עד

### סימני הגט שבהרשאה אינם נכונים

והגם שטעמו הראשון אינו אלא בשליח ראשון, ולא בשליח שני שאינו נאמן אלא עפ"י ההרשאה השניה שבידו, אך עכ"פ טעמו השני שייך בנ"ד שניתן לסמוך על הסימנים האחרים, ועל פיהם יקום דבר.

ועיין בתשובת צפנת פענח ח"א סי' ס' שהעלה שאין לחוש בנידון כמו נד"ד שכל הסימנים נמצאו פרט לסימן של הנקב, עיי"ש בראיותיו. וכן בתשובות מנחת יחיאל ח"ג סי' קמו ותבואות שמ"ש אה"ע סי' צט סמכו בהרשאה שניה על סברא זו של המחנה אפרים שיש להסתמך על הסימנים האחרים שנמצאו מכוונים, ושהשינוי בסימן אחד בלבד הוא טעות סופר, ואינו ריעותא לחוש שלא על גט זה התמנה השליח השני.

ובספר שו"ת פרחי כהונה אבן העזר סי' כב להגאון רבי מסעוד ב"ר אליהו הכהן מרבני מרוקו שבדור הקודם דן בהרשאה שניה שנמצאה טעות באחד מסימני הגט, ודחה דעת הרב השואל שבשליח שני יש להחמיר יותר, והאריך בהלכה זו, וכתב:

"ויש הוכחה ברורה לזה ממ"ש הרשד"ם באה"ע סימן פ"ב שהוא אחד מהמקילין דתלינן בט"ס. שכתב ע"ע שטר שליחות שהיה כתוב בו ראובן בן שמעון שם אבי המגרש. ובגט כתוב שם אחר. והסכים שיש לומר דט"ס הוא. ומזה דן הרב כרם שלמה בסימני הגט דכ"ש הוא דתלינן בט"ס. והוב"ד בספר תעלומות לב ח"ב בקונטרס אגרת שבוקין סי' י"ז והשד"ח שם, והשתא אם איתא דדוקא בשליח לפניו הוא דהקילו, משום דאמרינן דל הרשאה מהכא, השליח נאמן. אדרבה כלפי לייא. כיון דשקלת הרשאה. תו לא מהימן. דהרי ההרשאה סותרת דבריו ומכחשת אותו. שהוא אומר שהמגרש הוא ראובן בן יעקב כמ"ש בגט. וההרשאה מכחישתו שכתוב בה ראובן בן שמעון. וכמ"ש הב"י סוס"י קמ"א בשם מצאתי כתוב במעשה באחד שבא עם גט בידו ואמר שהוא שליח להולכה, והשטר שהוציא מידו לאמת דבריו היה שטר מעשה ב"ד שהוא שליח קבלה. ונמצא שדבריו סותרים דברי השטר שהביא. ונהי שהוא נאמן על שליחותו. היכא שאין עדים מכחישים אותו. אבל היכא שעדים מכחישים אותו מי מהימן. והרא"ם פסל שליחותו ע"כ עיין שם. וכ"פ מורם בהגה שם סעיף ל'. ומזה למדו הפוסקים לומר שבכל מקום שההרשאה מכחשת להשליח. שוב אינו נאמן. וכ"כ הרב בית יהודה במנהגים בשם רבו סעיף ה'. וכן

לכבוד

כבוד חברי בית דין צדק ...  
בנשיאות הגאון ... שליט"א

אחדשה"ט ורוב תודות על סידור הגט עבור האשה פלונית מבעלה פלוני, באמצעות שליח קבלה ואח"כ שליח הולכה.

אך זאת למודעי לכת"ר כי קבלנו את הגט עם ההרשאה השניה, ובהרשאה השניה נמצאו שתי טעויות.

האחת: בהרשאה נכתב: "במותב תלתא בי דינא כחדא הוינא בשני בשבת ששה ימים לירח אלול שנת חמשת אלפים ושבע מאות ושבעים ושמונה לבריאת עולם" וכו'.

וכמובן שתאריך זה עדיין לא הגיע, והטעות מוכחת מתוכו. השניה: בהרשאה נכתב שבגט בשורה ששית נקב כמו סגול הפוך על גבי אות ש', אך בגט עצמו אין כל נקב לרבות מעל האות ש' הנזכרת.

שאר סימני הגט נמצאו כמפורט בהרשאה. למרות הטעויות הנזכרות בהרשאה, ומחשש שכל עיכוב עלול להיות לרועץ ולחשש עיגון כפי שאנו מכירים היטב את הנסיבות המיוחדות של מקרה זה, החלטנו שהשליח השני ימסור את הגט לאשה ללא דיחוי. אך המעב"ד להתירה לעלמא ינתן לאשה רק לאחר שנקבל מכת"ר הרשאה שניה מתוקנת בתאריך נכון ובהשמטת הסימן של הנקב שאינו בנמצא ותוספת הבהרה שאין בגט נקב.

עיין בספר מחנה אפרים הלכות גירושין בתשובה שהשיב אודות טעות מוכחת שאין לפסול את ההרשאה מפני טעות כזו, ובתוך דבריו כתב:

"וגדולה מזו כתב מהרשד"ם בסי' פ"ב בגט שהיה כתוב בו פלוני בן ראובן ובשטר הרשאה כתוב פלוני בן שמעון שיש לדון אותו בט"ס, וראיתי להרב המובהק הפוסק ה"י הביא מתשובת ה"ר ישראל שכתב דלא תלינן בט"ס אלא היכא שמוכיח מתוך השטר שהוא ט"ס דהדברים סתרי זו לזו וע"כ איכא ט"ס".

וה"ה בנידון זה, התאריך של ירח אלול, שטרם היה, הוא ט"ס דמוכח.

ובהמשך דבריו כתב המחנה אפרים:

"ואי משום דאין כאן סימני הגט, מה בכך, דל מהכא השטר כאלו נאבד הוא נאמן, ועוד דהא איכא סימנים אחרים וע"פ יקום דבר".



סימני הגט. שהרי מבואר יוצא שם מדברי רמ"א בהגה דאין דבר פוסל בהרשאה. זולת בדבר השייך לענין השליחות אבל בדברים שאין ההרשאה מכוונת עם הגט שאינם מענין השליחות אין קפידא:

ומעתה שהוכחנו בבירור בס"ד. שדעת המקילין בענין זה לא שאני להו בין בשליח בפניו בין שלא בפניו כך יפה לנו לילך בעקבותיהם להקל בדבר שאינו רק ממנהגא ולא מדינא. ומה גם שהמה רוב בנין ורו"מ רבנן דפקיע שמייהו ששה משמותם א', מח"א. ב' חת"ס ג'. הרב שמן המשחה. ד' הרב מוהרי"ד במזה"ג. ה' הגאון רשד"ם. ו' הרב כרם שלמה, כאשר אסף איש טהור השד"ח ז"ל עיין שם. והרב דב"א שנהה להחמיר עפ"י תשובת מהרש"ך ועפ"י מ"ש הכנה"ג וכו'. יחיד הוא בדבר לגבי כל הפוסקים הנזכרים."

ועיין באחיעזר ח"ג סי' כד סק"ו שפסק בהתייעצות עם החזון איש בנידון שלא נמצא הנקב כפי הכתוב בהרשאה שניה, שאם שלושת חברי בית הדין ישובו ויודיעו שאכן לא היה נקב, כפי שנרשם בטעות בהרשאה, די בכך, מאחר שבבית דין לא נאמרה ההלכה: "כיוון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד". ועיין בתשובת דברי מלכיאל חלק ה' סי' קפד בנידון שאין הסימנים מכוונים שכתב לחוש שמא הגט שהתקבל אצל השליח השני אינו הגט שעליו התמנה מהשליח הראשון, ובתוך דבריו כתב:

"ועדיין אינני מחליט זה ורק יכתוב מעכ"ת להרב המסדר לברר הדבר אם היה אז אצלם עוד גט בשמות הללו או שנפסל גט אחד כזה אחר החתימה ואין בזה משום חוזר ומגיד, רק שע"ז נתברר שהוא טעות ועביד למיטעי בכגון זה, ועל מכתבו יחתמו השלשה החתומים על מכתב הקודם".

ובישועות יעקב סי' קמא ס"ק יב כתב אודות טעות בהרשאה של שליח הולכה שחתומים בו שני עדים, אין אומרים כיון שהגיד וכו' אלא בעיקר העדות ולכן נאמנים לחזור להעיד על טעות בסימני הגט, שאינה עיקר העדות.

על כן מכל הטעמים הנזכרים ובנסיבות המיוחדות בנידון זה, לאחר שכבר נמסר גט לשליח קבלה, אף שטרם קיבלנו מעב"ד על כך, מצאנו לנכון למסור את הגט לאשה על יסוד ההרשאה השניה כפי שהיא, ולהמתין עם פסק הדין להיתר האשה עד שנקבל מכת"ר הרשאה חדשה ומתוקנת עם תאריך נכון ובה יצוין שאין נקבים בגט וכי בטעות נכתב כן בהרשאה הקודמת. וכפי שבשעת הדחק יתכן למסור גט לשליח קבלה עוד בטרם התקבלו עדים שהוא שליח קבלה, ולהיתר האשה לאחר קבלת העדות, כמ"ש הבית מאיר סי' קמא סעיף כו וערוה"ש סי' קמא סעיף יח.

בכבוד רב ובהוקרה  
הרב אוריאל לביא - אב"ד

כתב מהריט"ץ בסי' רס"ט. וא"כ השתא הכא, אם באנו לומר דלא הקילו רק משום דאמרינן דל הרשאה וכו' הרי מעתה אינו נאמן. שהרי הוא מוכחש מההרשאה, אלא ודאי דהכי סבר לה מר, דכיון דתלינן בטעות דמוכח דהוי ט"ס. נמצאת אתה אומר דטעות אין כאן הכחשה אין כאן. משא"כ אם אתה אומר דטעות גמור הוא. רק דהקילו משום דהשליח נאמן. אדרבה אינו נאמן משום הכחשה כמדובר. וכן משמעות דברי הרב תעלמות לב הנז', שכתב על דברי הרשד"ם הנז' וז"ל אעפ"י דהתם אף דליכא שטר שליחות הוא נאמן. כבר כתבנו שיש סוברים. דבנמצאת הרשאה מוכחשת. לא מהימנינן ליה. ואעפ"י כן ס"ל להרשד"ם ז"ל דתלינן בט"ס ולא מיקרי זה הכחשה. עכ"ל. דר"ל דכיון דתלינן בט"ס. אמרינן טעות אין כאן הכחשה אין כאן. ומעתה שידענו נאמנה דדעת המקילין הוא משום דטעות דמוכח. הוי ט"ס, ולא מיקרי טעות. תו לא שאני לן בין שליח בפניו לבין שלא בפניו ודו"ק:

וסברא זו דטעות דמוכח דתלינן בט"ס. משכחת לה דאמרינן הכי אף גבי גט עצמו, כמ"ש הטור בסי' קכ"ו בשם שאלה להרא"ש בגט שכתב בו למנין אנו מנין ודילג שי"ן. ועוד כתב ברביעי עשרים יום לירח. ודילג בשבת, וגם יום רביעי היה כ"א לחדש והוא כתב עשרים. והשיב שהגט כשר. כיון שאנו מכירין סגנון הדבר אין לחוש עיין שם. וכתב עוד הרב"י שם משם העיטור. ומסתבר כל שניכר שטעות סופר הוא כגון שלא כתב שי"ן האמצעי בששי או ברביעי רי"ש או תיבה אחרת שניכר שהוא ט"ס. ואין לחוש אלא בגוף שמות הבעל ובגוף הממון עכ"ל. וכ"פ מרן הש"ע סעיף כ"א עיין שם. וא"כ דאמרינן הכי בגט, כ"ש בסימני הגט דתלינן בט"ס...ועוד אני אומר די השיב על סברת כת"ר הנז' דשלא בפניו גרע משליח בפניו בענין זה. ואדרבה נהפוך הוא דהשליח בפניו ההרשאה מכחישתו שאומר שזהו הגט שנשלח עליו וסימניו כו"כ. ובהרשאה כתוב היפך דבריו, וכמ"ש הרב ב"י שהרא"ם פסל שליחותו בכה"ג כמ"ש, משא"כ בשליח של"ב שאינו אומר כלום שההרשאה אינה מכחישתו. וכ"כ בהד"י הרב תעלומות לב שם, וז"ל כשהשליח מביא הגט והרשאה בידו. וכיון שאנו רואין שההרשאה שבידו מכחשת לדבריו. ואינה מכוונת עם הגט. תו לא מהימן. וכמ"ש מהרש"ך בח"א סי' קמ"ב אבל בענין שבאה הרשאה על האיש המצוי פה אתנו ליכא שום חששא עכ"ל. אלא העיקר הוא שאין כאן טעות הפוסל בהרשאה. אלא דינו כמ"ש מור"ם ז"ל בסי' קמ"א סעיף כ"ד שלא לשנות בהרשאה מדברים הכתובים בגט. כגון אם כתוב בגט שם זנב"ל בכי"ת לא יכתוב בהרשאה זנוו"ל בו"י ע"כ. וכתב הרב בית שמואל ס"ק ל"ג משמע אם שינה דינו כמו בראשי תיבות, וכשר עכ"ל וכן מבואר הוא בד"מ שם שכתב על דברי מהר"י מיניץ באם שינה וכו' וז"ל ונראה דאין לפסול בכה"ג אלא קודם שהלך השליח. דטוב לכתוב אחרת. אבל אם הביא השליח הרשאה שכתובה בכה"ג אין לפסול דהרי כתבתי למעלה. דאף בגט יש להכשיר אם נכתב ר"ת במקום שאין לטעות עכ"ל, והכא נמי הדין כן בטעות

## סימן עה

## אומרת "מאיס עלי" האם פוסקים לחייב גירושין והרחקות דר"ת, ודין "עובר על דת"

כעת נתייחס לטענה העקרונית לחיוב הגירושין. התובעת טוענת שבני הזוג הסכימו מראש להקים משפחה בקהילה חרדית, וכי המעשים המיוחסים לבעל מערערים את שלום הבית ואינם מאפשרים המשך החיים המשותפים, בהתאם לאופי המיוחד הנדרש מבני זוג בקהילה זו. ביחס לטענה העקרונית שהבעל נהג בניגוד להלכה הפסוקה בשו"ע, ובנוסף חרג מהדרך המקובלת והנהוגה בקהילה, יובהר: כשהבעל עברין העובר על כל מצוות התורה, יש אומרים שמחייבים אותו בגירושין כמבואר ברמ"א בסי' קנ"ד ס"א:

"יש אומרים דמשומד, כופין אותו על ידי גויים להוציא".

הנודע ביהודה תנינא חלק אבן העזר סי' צא באר הלכה זו וכתב:

"במומר שקצת פוסקים סבירא להו שכופין אותו להוציא, נלע"ד דמומר שאני. לא מבעיא לדעת הגאונים הובא בהגהת מרדכי פרק החולץ שס"ל שביאת מומר מיחשב ערוה ואינו זוקק ליבום כלל, פשיטא לי שנאסר על אשתו שכופין להוציא. אלא אפילו לפוסקים שזוקק ליבום ואע"פ שחטא ישראל הוא, מ"מ כיון שהוא חשוד על כל התורה הוא חשוד להאכילה טריפות ואיך תוכל להזהר ממאכליו בכל עת ומזונותיה עליו".

הרי שאף ביחס לבני זוג שנישאו בחו"ק כדמו"י על דעת לנהוג כשאר ישראל הכשרים, ולהקים משפחה של שומרי תורה ומצוות כראוי, ולבסוף הבעל נעשה עברין, כגון אוכל נבלות וטרפות וכיוצ"ב, יפסקו חיוב גירושין לפי הדעה הראשונה ברמ"א, רק כשהבעל חשוד על כל התורה ואוכל נבלות וטרפות, "ואיך תוכל להזהר ממאכליו בכל עת ומזונותיה עליו", או מפני היותו מומר שביאתו אסור לדעת מקצת פוסקים, אך בלא"ה אין מקום לחיוב הגירושין. לכאורה, גם כשהבעל עדיין לא הגיע לדרגה של מומר כמפורט לעיל, אך הוא עובר מקצת עבירות שבתורה, עדיין יש מקום לטענת האשה, הטוענת בצדק: "נישאנו על דעת כן ששני בני הזוג ישמרו תורה ומצוות כראוי, ואתה הפרת הסכמה זו, וכיוון שהפרת הסכמה זו שעמדה בבסיס הנישואין, אתה מחייב בגירושין". אמנם יש היגיון בטענה כזו, אך בהתאם לפסיקת הרמ"א הנוכרת, גם לאחר הוכחת הטענה, אין פסיקת חיוב הגירושין, אלא המציאות שהתבררה מבססת את טענת "מאיס עלי".

יצוין, דעה זו הסוברה לחייב את המומר בגירושין אינה מוסכמת, והרמ"א בסי' קנ"ד ס"א כתב:

"יש חולקין ואומרין דאין כופין למשומד או שאר עובר על דת, אלא א"כ פושע לה, כגון שמאכילה דבר איסור".

כפני בית הדין תביעת האשה לגירושין, וכן תביעות נוספות. התקיימו ארבעה דיונים וכעת עם השלמת ביור תביעת הגירושין והצגת הראיות וסיכומי הטענות, להלן פסק הדין.

הצדדים נשואים 14 שנים ולהם ... ילדים.

בדיון הראשון שבו נידונה תביעת מזונות, התברר שהבעל עזב את הבית כחודש לפני הדיון הנ"ל, וכי מזה שנה ורבע שהבעל מתגורר מחוץ לבית.

ביחס לרקע שהביא לעזיבתו, יצוין לפרוטוקול הדיון שבו נכתב:

"ביה"ד: למה הוא עזב?"

ב"כ האיש: אשתו אמרה לו תעזוב את הבית. לפני שלשה שבועות הוא עזב והוא ישן על מזרון בבית הוריו".

בהחלטה שניתנה לאחר הדיון הומלץ על הליך יעוץ נישואין במגמה להביא לחזרה לשלום בית, אך בדיונים שהתקיימו לאחר מכן, התברר שלא יצא דבר מיוזמות אלו.

לאחר מכן התקיימו דיונים נוספים ומעיון בטענות האשה עולה שבפיה שתי טענות עיקריות. האחת, שהבעל אינו מקיים את חובתו לקיים את עונתה אלא לעיתים רחוקות, והשניה שהדרדר לנפילות קשות באמצעות הטלפון שברשותו.

ביחס לטענה הראשונה, הבעל הטיל את האשמה על האשה ובכל מקרה לא נראה שקיימת מרידה מצד הבעל, וקיים סיכוי טוב שאם האשה תחזור בה מתביעת הגירושין, נושא זה יבוא לידי פתרונו.

ביחס לטענה השנייה, בית הדין נוכח שהבעל אכן התנהג בדרך שאינה תואמת למקובל ולנהוג בקהילה שבה המשפחה חיה. הבעל הודה שבאמצעות הטלפון הסלולרי ניהל שיחות עם נשים בדרך פרוצה ביותר, וגם נמצאו בטלפון תמונות פורנוגרפיות שהבעל היה רגיל לצפות בהן. לאחר שהוצגו אסמכתאות והבעל הודה, הרי שאלו עובדות שאין בהן מחלוקת. אמנם האשה מייחסת לבעל התנהלות שהביאה אותו עד ליחסי אישות עם נשים אחרות, אך הבעל הכחיש זאת, ואין בפנינו אסמכתאות המוכיחות טענה זו. גם לא ברור שדברי האשה מבוססים על ידיעה ברורה, יתכן שדבריה הן השערה בלבד בעקבות הממצאים העולים מהחומר שמצאה בטלפון של הבעל.

בנסיבות אלו יש לקבוע שטענת האשה היא "מאיס עלי" באמתלא מבוררת, אך אין לייחס לבעל מעמד של "רועה זונות", וזאת בהיעדר ראיה לכך, עיין ברמ"א סי' קנ"ד ס"א שכתב: "אם יש עדות בדבר... או שהודה". ועי"ש בבאר היטב סק"ז בשם תשובת חכם צבי, ועי"ש בתשובת חכם צבי סי' קלג שכפיית הגט היא רק לאחר התראה.

אפילו אם כבר הכשילה מדעתה או בלא דעתה על ידי איזה תחבולה מ"מ כיון שאי אפשר להכשילה להבא בלא דעתה אין כופין להוציא כיון שהיא יכולה להזהר דלא עדיפא היא מיניה שאם היה לו אפשר להזהר ג"כ לא היתה יוצאת בלא כתובה".

על כן בנסיבות שבהם האשה עומדת על המשמר כראוי ואינה מסכימה לסטות כמלוא הנימה מגדרי ההלכה המחוייבת, ובשל כך הבעל אינו מכשיל אותה, אין עילה לחיוב הגירושין.

ובנוסף יצויין שבהתאם לדרכו של הנודע ביהודה, אין חיוב גט ללא התראה מוקדמת.

ובענין זה בפסק דין של ביה"ד הגדול שהודפס בספר משפטי שאול סי' לה. שם הטענה מתייחסת להכשלת אשה בביאה אסורה בימי נדתה, וכתב שם הגאון רבי שאול ישראלי זצ"ל: "זאת ועוד, שכיון שנאמר בפנינו שרוצה לשמור על טהרת המשפחה, וגם לפני כן עוד לא עשה מעשה, בכגון דא ודאי שאין לחייבו בג"פ כל עוד לא נעשה ניסיון נוסף ונתברר שלא עמד בדבריו. וכגון זה בתשובת חכם צבי סי' קל"ג: ולענ"ד הוא צריך ג"כ התראה וכו' ולא עוד אלא אף אם רצונה לצאת בלא כתובה אין כופין אותו כלל לגרש אלא לאחר התראה דלא יהא איסורא קל מממונא וכו' דהתם מיירי במוחזק ורגיל בכך, ועוד דלא היתה כאן התראה, ועוד דהרי שב בתשובה ורוצה לקבל דברי חבירות וכו'. וכיון שבפנינו הוצהר שלא יחזור עוד פעם על נסיונו לחיות עמה בטומאתה, ורוצה לחזור לחיי שלום, והעיכוב הוא מצד האשה, אין מקום לחייבו בג"פ".

עכ"פ היה פשוט להגאון רבי שאול ישראלי זצ"ל, שאף ביחס לטענה על גופו של איסור, חיוב הגט יוכל להינתן רק לאחר התראה, ואין לחייב רק אם ביקש להכשילה אך לבסוף לא הכשילה. וע"ע מש"כ בנידון התראה לעיל בסי' מג.

העולה מכל האמור: אין מקום להתכנס לדיון להוכחות טענות האשה הנזכרות, ככל שהדבר נוגע לשאלת חיוב הגירושין. מאחר שאין דיני עובר על דת אלא כשהוא מכשיל את אשתו בדבר שאינה יכולה להיזהר בו. עוד יצויין לדעת הסוברים שחיוב גירושין בעובר על דת אינו אלא לאחר התראה.

לכאורה היה מקום לקבוע, שלאור החומר שהוצג מהטלפון של הבעל, יש לייחס לבעל דין עובר על דת, כדין אשה ה"משחקת עם הבחורים" שנפסק בשו"ע אה"ע סי' קטו ס"ד לדון אותה כעוברת על דת. אך אין לומר כן מפני שאין חיוב גירושין אלא בעובר על דת משה שמכשילה, וכאמור לעיל, ובזה קיימת ילפותא מאשה העוברת על דת משה. אך לא מצינו בפוסקים ביחס לבעל גדר של "עובר על דת יהודית", ולא מצינו שחייבו את הבעל בגירושין מפני עילה זו. והחלוקה ברורה, מפני שטעם ההלכה לחיוב הגירושין באשה עוברת על דת יהודית הוא מפני חשש זנות, כמבואר בח"מ סי' קט"ו סק"א, ומקורו מדברי הרא"ש שכתב "משום חשד זנות הוא דמפסדא". והב"ש סי' קטו סק"א כתב

לפי דעה זו, אין לפסוק חיוב גירושין אלא אם הבעל מכשיל את אשתו.

דינו של עובר על דת שהכשיל את אשתו המחוייב בגירושין, נלמד מדיני עוברת על דת, כמבואר בתוספות רי"ד במסכת כתובות דף עב. וכן בספר פסקי הרי"ד שם, ובשטמ"ק דף עב. (ד"ה ונודרת) בשם הריב"ש.

הריא"ז (בש"ג כתובות דף עב) הסתמך על שיטת זקנו הרי"ד, ופסק בבעל המכשיל את אשתו או הנודר ואינו מקיים - "יוציא ויתן כתובה". דברי התוס' רי"ד והריא"ז, הם המקורות לדינו של הרמ"א לחיוב הגט אם "מאכילה דבר איסור".

אמנם המבי"ט ח"ב סי' מ"ז, חולק ודחה דינו של הרי"ד, אך להלכה הסכימו גדולי הפוסקים כהכרעת הרמ"א, וכאמור כן דעת הרי"ד הריא"ז והריב"ש, ואכמ"ל.

לפי דרכם של הרי"ד הריא"ז הריב"ש והרמ"א, רק באותן נסיבות שיפסקו ביחס לאשה העוברת על דת משה - "תצא בלא כתובה", יפסקו ביחס לבעל העובר על דת משה, "יוציא ויתן כתובה". בהתאם לכך, סוג העבירות הגוררות את חיוב הבעל בגירושין, גם הוא נלמד מדין אשה העוברת על דת שנאמר בה "תצא בלא כתובה", ובנידון דנן, עילות כאלו לא התבררו.

עוד יצויין למש"כ בנודע ביהודה תנינא חלק אבן העזר סי' צא, ולהלן עיקרי דבריו:

"כגוף דין זה אם היה מתברר בעדים ששימש בנדתה או שהיה מודה לדבריה אם היה הדין נותן לכופו להוציא או לא. הנלע"ד בזה דאין חילוק בינו לבניה כלל, וגם היא בעוברת על דת כל מה דחשיב בגמרא היינו דבר שמכשילתו או בנוודת שהטעם שגורמת מיתת בניו, או בעוברת על דת יהודית שהם דברים של פריצות שבזה יש לחוש שתבוא לידי זימה, אבל בעוברת על שאר עבירות חמורות במה שאינה מכשילתו אפילו אכלה חזיר ולא האכילתו או לבשה שעטנז לא מצינו שיכול להוציאה בלא כתובה. ואפילו ממכשילתו הוא דוקא במה שאי אפשר לו לידע ואי אפשר לו להזהר. דהרי שם בכתובות ע"ב ע"א אפי' בנוודת ובאינה קוצה חלה פליגי ר"י ור"מ וסברי דאינה מפסדת הכתובה בנוודת פליגי ר"מ וסבר יקניטנה שתדור בפניו ויפר לה ובקוצה חלה פליגי ר"י וסובר שיפריש אחריה אלא דחכמים סבירא להו אין אדם דר עם נחש והוי כמו דבר שאי אפשר להזהר מזה בכל עת אבל עכ"פ אם היה אפשר לא היתה יוצאת אף שהכשילתו כבר. ובמשמשתו נדה ודאי שאי אפשר לו להזהר שהרי הוא צריך לסמוך עליה והוא אינו יודע אם רואה אם לא. וכמו כן אני אומר באיש שאם הכשיל את אשתו שהאכילה דבר האסור כגון שהביא לביתו בשר נבילה ואמר דשחוטה והאכיל את אשתו, אז יוציא ויתן כתובה, שהרי אי אפשר לה להזהר מזה שהרי מזונותיה עליו, ולא תוכל לחקור בכל עת שיביא בשר ושאר מאכלים שיש לחוש בהם לדבר האסור. וגם בזה צריך התראה קודם כמו האשה, ואין אדם דר עם נחש וכו'. אבל במה שאי אפשר להכשילה בלא דעתה

שתקנו יוציא ויתן כתובה בנסיבות כגון במקרה דנן, אין מקום לחיוב הבעל בגירושין בטענת "עובר על דת".

העולה מדברינו: בנידון שבפנינו, אכן הצדדים משתייכים לקהילה עם גרדי הנהגות המקובלים בקהילה זו, והבעל חרג מהנהגות המקובלות, לרבות לבוש שאינו מקובל כלל אצל המשתייכים לקהילה, אך אין לדונו בגדר עובר על דת המחויב בגירושין, מפני הטענה שבמעשיו אלו קלקל את שלום הבית ביניהם, אלא דין האשה כטוענת "מאיס עלי".

#### דין אשה הטוענת "מאיס עלי"

ידועה מחלוקת הראשונים אם כופין גירושין ב'מאיס עלי', והובאה בבית יוסף (אבן העזר סימן עז). נקדים לברר מהי הכרעת השולחן ערוך. הרמב"ם (הלכות אישות פרק יד הלכה ח) כתב:

"האשה שמנעה בעלה מתשמיש המטה היא הנקראת מורדת, ושואלין אותה מפני מה מרדה, אם אמרה מאסתיהו ואיני יכולה להבעל לו מדעתי, כופין אותו להוציא לשעתו, לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוי לה".

על דברי הרמב"ם שהובאו בטור (אבן העזר סימן עז) כתב הבית יוסף (שם):

"כתבו הגהות (מיימוניות אות ה) בשם התוספות ובשם הר"מ, שאף לדברי האומרים דבטענת מאיס עלי כופין להוציא, היינו דוקא בנותנת אמתלא לדבריה וטענה הנראית למה הוא מאוס עליה".

וכן כתב המאירי (כתובות דף סג ע"ב) בשיטת הרמב"ם:

"ואף לשיטת גדולי המחברים פירשו רבותי בדבריהם דוקא בשטוענת כך מן הדין, רצונם לומר שאף אנו מכירין בו שהוא ראוי לימאס מחמת רוב פחיתותו והפסד עניניו אם במדות אם בשאר דברים מכוערים, והדברים מוכיחים שלא בסיבת נתינת עין באחר הוא, הא כל שטוענת כן מחמת עקשות וגאווה והסתלסלות יתר אין שומעין לה".

מאחר שלשיטת הבית יוסף, הרמב"ם פסק כפיית גירושין רק כשטוענת 'מאיס עלי' היא ב'אמתלא מבוררת'. לפי זה, כשהבית יוסף בשולחן ערוך (אבן העזר סימן עז סעיף ב) פסק שלא כרמב"ם, היינו שההלכה הוכרעה שאין כפיית גירושין בטענת 'מאיס עלי', לרבות כשיש 'אמתלא מבוררת'.

בהיעדר כפיית גירושין, עדיין עלינו לברר אם על כל פנים יש מקום לפסיקת חיוב גירושין ב'מאיס עלי' ב'אמתלא מבוררת'.

מצינו שיטה בראשונים (והובאה בפד"ר כרך ז עמ' 205) שקבעה שאמנם אין פוסקים כפיית גירושין אך מחייבים את הבעל בגירושין: המאירי (כתובות דף סד ע"א) כתב:

"קצת חכמי הדורות מפרשין בדבריהם 'היב לה גיטא' - שחייב, אלא שמכל מקום אין כופין אותו".

אך יובהר כי שיטה זו נאמרה כפירוש בשיטת הגאונים, שגם אליבא דשיטתם שיש לחייב גירושין בלבד בלא כפיה, אך

שמאחר שעשתה דבר פריצות יש חשש שמא תזנה תחתיו, דהיינו חשש ביחס לעתיד.

והמל"מ (בפ"ב מהלכות סוטה ה"א, הובא בבית מאיר ובפתי"ש סק"א) כתב דהחשש שמא זנתה, אך החזו"א (הלכות כתובות סי' עט ס"ק כז) הביא את דברי המשנה למלך ובאר דבריו, וז"ל:

"נראה דאין לחוש שזינתה להפסידה כתובתה משום זה, אלא נראה דלא מיתדר ליה באשה כזו שאין הפריצות מקרה אלא תכונה רעה ומביאה לידי זימה, והרי קלקלה האישות שאינו יכול לדור עמה".

כל האמור חמור יותר באשה עוברת על דת, ומאחר שלא מצינו בפוסקים ש"משחק עם בחורות" יחשב עילה לחיוב הגירושין, אין מקום שנחדש הלכה כזו, ללא מקור בפוסקים, וגם לו היה מקום לחידוש זה, עכ"פ התראה נחוצה בטרם הפסיקה לגירושין.

אמנם בפד"ר ח"א עמ' 338, בפס"ד של בית הדין האזורי בירושלים בהרכב הדיינים הגר"י עדס זצ"ל הגר"ש אלישיב זצ"ל והגר"ב זולטי זצ"ל בארו את יסוד הדין בעוברת על דת, וכתבו:

"עיקר הטעם של עוברת על דת הוא לא משום מעשה העבירה, אלא משום דבמעשיה היא גורמת להפרעה ולקלקול בחיי המשפחה התקינים בינה לבין בעלה".

והיינו כדרכו של החזו"א בדבריו הנוכחים, ויסוד הדברים בסוגיית הגמ' (כתובות דף עב,א) שביארה את ההלכה של עובדת על דת "שאינן אדם דר עם נחש בכפיפה".

אך טעם זה אינו חידוש שכתבו באותו פסק דין, לחדש יסוד חדש, עילה חדשה העומדת בפני עצמה לחיוב הגירושין. אלא ביאור זה כבר מצוי ברבותינו גדולי האחרונים, שדנו בהלכה זו של "עוברת על דת", ובארו הטעם בהלכה זו מפני שארע מצב שהאשה עברה על דת ובמעשיה אלו היא מונעת את האפשרות להמשיך בעתיד בחיים משותפים עם בעלה, ולא מטעם קנס אתינן עלה, אלא מפני שהאשה במעשיה אלו מנעה את האפשרות לחיים משותפים בעתיד.

#### מסקנת הדברים

כל הפוסקים שכתבו את עניין קלקול האישות בין בני הזוג, הדברים נכתבו כטעם וביאור בגדר הלכה זו של עוברת על דת, באשה שעברה על דת בהתאם לגרדי ההלכה הפסוקה בשו"ע סי' קט"ו. אך לא עלה על דעת אחד מהפוסקים שגם ללא שהאשה עברה על דת, תצא ללא כתובה בטענה שקלקלה של חיי האישות ביניהם במעשים שליליים אחרים שאינם מאותם המבוארים בשו"ע סי' קט"ו, ואף אם חריגה זו גוררת קלקול חיי הנישואין, זו עילה לדין ביניהם, אך אינה בגרדי "עוברת על דת". וזאת מפני שקלקול חיי הנישואין נאמר רק כטעם בהלכה של עוברת על דת, אך לא כעילה העומדת בפני עצמה. ועל כן, בהיעדר תקנת חכמים

בגמרא, ואין לפסוק כן ב'מאס עלי', מאחר שלא מצאנו מקור בגמרא לפסיקת חיוב גירושין ב'מאס עלי', לרבות באמתלא מבוררת. אדרבה מסוגיית הגמרא, שבה נכתבו הלכות רבות במורדת לסוגיה השונים ואין בה אזכור לחיוב גירושין, משמע שהיה פשוט לגמרא, שאין חיוב גירושין, וכפי שהביאו התוספות (כתובות סג ע"ב ד"ה "אבל אמרה"):

"ועוד מקשה רבינו תם דבכל השמועה אינו מזכיר כפיית הבעל אלא כפיית האשה".

דהיינו: היעדר האזכור מוכיח שאין פסיקת כפיית גירושין, ולפי זה הוא הדין שהיעדר האזכור גם מוכיח שאין פסיקת חיוב גירושין.

השיטה מקובצת (כתובות דף סד ע"א) הנוכר לעיל, הביא מדברי רבנו תם, ומדבריו אנו למדים שלפי דרכו אין מקום לפסיקת חיוב גירושין ב'מאס עלי'. וזו לשון השיטה מקובצת:

"כתב רבינו יונה ז"ל וזו לשונו: דאף על גב דאין כופין לתת גט באומרת מאס עלי, היינו כפייה בשוטים אבל בית דין מודיעים לו שמצוה עליו לגרשה ונותנין לו עצה שיגרשנה, ואם לא יגרשנה האי מאי דאמרינן האי מאן דעבר אדרבנן מצוה למקרייה עבריינא.

ורבינו תם ז"ל היה אומר שאפילו זה לא נאמר לו, אלא שאם יבא לימלך אם יגרשנה בלא כתובה בית דין נותנין לו עצה שיגרשנה לאלתר. כן כתבו תלמידי רבינו יונה.

עוד כתבו: יש אומרים דלסוף תריסר ירחי שתא נכוף אותו בשוטים לגרש. אבל מורי הרב נר"ו אומר דלעולם לא נכוף אותם בשוטים, אלא דמשם ואילך הוא מצוה לגרשה ואם לא יגרשנה קרינן ליה עבריינא כדכתיבנא לעיל, אבל אם יכופו אותו הוה ליה גט מעושה בישראל דפסול".

מעיון בדברי רבינו יונה עולה שלפי דרכו ב'מאס עלי' פוסקים לחייב גירושין, ולכן אפשר להכריז עליו "עבריינא" דהיינו עובר על דברי חכמים שתקנו לחייב גירושין, ולפי זה כשקבע רבינו יונה שמצוה עליו לגרשה, כוונתו למצוה שהיא חובה. ובוזה רבנו תם חולק וסובר שאין חיוב גירושין.

וכן עולה מחידושי הריטב"א (כתובות דף סג ע"ב ומובא בשיטה מקובצת שם), שהביא את שיטת רבנו תם בלשון זו:

"ורבנו תם פירש ... אבל אמרה מאס עלי לא כייפינן לה, כיון שאומרת איני רוצה בו ולא בכתובתו ובלבד שיגרשני, אם בא לימלך עמנו ניתן לו עצה שיגרשנה ויפטרנה מיד בלא איחור".

ומבואר שלשיטת רבנו תם אין כפייה וכן אין חיוב גירושין. ולפי זה, דברי ביאור הגר"א (אבן העזר סימן קנד ס"ק סז, הנ"ל) שנאמרו על הסעיף הנ"ל ברמ"א, מתייחסים לנסיבות שבהן הרחקות דרבנו תם נקבעו לאחר שהבעל חיוב בגירושין, ואכן בנסיבות אלו מתרחקים מהבעל מפני שעבר על תקנת חכמים שחייבוהו לתת גט. אך מאחר שדברי הגר"א לא נאמרו במקרה של 'מאס עלי', אין להוכיח מהם שגם ב'מאס עלי' מתרחקים ממנו מפני שעבר על דברי

לאחר שלמעשה שיטת הגאונים לא נפסקה להלכה, הרי שלהלכה אין נפקא מינה בפירוש זה.

ואכן בשולחן ערוך לא הסכים לכפיית הגירושין על הבעל וגם לא הזכיר דבר מחיוב הגירושין, וכן עולה מסתימת דברי הרמ"א (אבן העזר שם סעיף ג) שכתב ביחס לטוענת מאס עלי ונותנת אמתלא לדבריה: "ואין כופין אותו לגרש, ולא אותה להיות אצלו".

ואמנם לדעת רוב הפוסקים אין מקום לפסוק חיוב הבעל בגירושין, וכדעת ר"ת שהובא בשיטה מקובצת במסכת כתובות דף סד עמוד א'. זאת מאחר שפסיקה המורה לבעל שחובה עליו לתת גט, ושואם לא יתן גט יחשב עבריינא על דברי חכמים, חייבת להתבסס על תקנת חכמים לחיוב הגירושין, אך תקנה כזו אינה בנמצא בש"ס ופוסקים.

### שיטת ר"ת

ידוע שרבנו תם בספר הישר (סימן כד) קבע הרחקות ביחס לבעל שאשתו מאסה בו. שיטתו הובאה בתשובת מהרי"ק (שורש קב) בבית יוסף (אבן העזר סימן קלד) ובלבוש (אבן העזר סימן קלד סעיף י).

לכאורה היה מקום לטענה שלולי סבר רבנו תם שהבעל מחויב בגירושין, לא היה מורה על ההרחקות.

ואמנם הרחקות אלו נפסקו בשולחן ערוך, ברמ"א (אבן העזר סימן קנד סעיף כא), ביחס לבעל המחויב בגירושין וכתב הגר"א בביאורו (שם ס"ק סז): "וכל זה עושין לו שעבר על דברי חכמים". לכאורה היה מקום להניח שגם ב'מאס עלי' בלבד נקבעו ההרחקות מאחר שזו עילה לחיוב גירושין, ונוקטים הרחקות ביחס לבעל, מפני שהבעל עובר על דברי חכמים ואינו ממלא אחר החיוב המוטל עליו.

לפי זה שיטת רבנו תם שיש הרחקות ב'מאס עלי' נובעת משיטתו שיש חיוב בלא כפייה. וכן העלה הגאון הרב חגי איזירר זצ"ל במאמר בספר שורת הדין (כרך ב' עמ' קיז), וכבר קדמו בספר עזרת ישראל (להגאון לרבי רפאל ישראל איסר שפירא זצ"ל, סימן לד).

אך במחילה מכבוד תורתם, דבריהם אינם מחוורים. רבנו תם, בקביעתו שאין לכפות את הבעל בגירושין בטענת 'מאס עלי', כתב:

"ועל זה ידו כל הדווים: איך יטעה חכם לומר שכופין הבעל לגרש באמירת מאוס עלי. הלא ב'השמים ביני לביניך' וב'נטולה אני מן היהודים' חזרו לומר "שמא עיניה נתנה באחר", ועוד אמרינן שלא יהא כל אחת ואחת הולכת ותולה עצמה ביד גוי ומפקעת עצמה מיד בעלה בחנם - תתלה בעכו"ם אם מורדת. ועוד דאם כן מצינו חוטא נשכר. ובלא שום פירכא בעולם: כפייה לבעל לא אשכחן ככולא שמעתא".

כל הטעמים הללו שניתנו על ידי רבנו תם למנוע כפיית גירושין, יפים לנמק גם מדוע אין לפסוק חיוב גירושין, וודאי שטעמו האחרון מורה כן: חיובי הגירושין באותן נסיבות שנאמרו בהלכה, נקבעו כתקנת חכמים, תקנה המבוארת

"אי לא מסתפינא אמינא דר"ת שם השיב כן לאותן מקומות שנהגו בכפי' כמבואר ענין כזה בשו"ת הרא"ש כ"פ וע"ז כתב להם בדרך תוכחת מוסר שלא יעשו כפי' רק אם רוצים להחזיק במנהגם יכולים לעשות לו כפי' זו ועיין בש"ע סימן קנ"ד שכתבו הרחקה זו אהיכא דאיתמר יוציא ויתן כתובה"

אך הדבר ברור שהבית אפרים כתב זאת רק על דרך "אי לאו דמסתפינא" בלבד, ולא כמסקנה. שהרי בתשובה זו מבואר להדיא שרק רבינו יונה סבר שיש חיוב גירושין במאס עליו ולא שאר הראשונים ור"ת (למעט הרמב"ם שסבר כפיה). ולפי ביאור זה מאחר שר"ת הורה על הרחקות דר"ת, וכבר כתב רבינו פרץ בתשובת זכרון יהודה סי' קי "שכל רבותינו שווין בדבר" שניתן לנהוג הרחקות אלו במאס עליו, ופשיטא שאין כוונתו שכל רבותינו סוברים כפיה או חיוב גט במאס עליו.

וכן מהריב"ל ח"ב סי' יח כתב שהסכימו עם ההרחקה במאס עליו הסמ"ק מהרי"ק, "ולא מצינו מי שיחלוק עליהם", ואילו אין מקום להרחקות בהיעדר חיוב גט, וכי יעלה על הדעת שאין בראשונים ובפוסקים החולקים על ההרחקות, וכי כל רבותינו שווין שיש חיוב גט במאס עליו בלא שמצאנו לכך מקור אחד בכל הפוסקים מלבד רבינו יונה, ישתקע הדבר ולא ייאמר. לכן הדבר פשוט שאמנם בתחילת דבריו הבית אפרים כתב "אי לא מסתפינא אמינא דר"ת שם השיב כן לאותן מקומות שנהגו בכפיה", אך הדבר פשוט וברור שהבית אפרים כתב זאת רק בדרך של "אי לאו דמסתפינא" שהרי ביחס לדברי ר"ת, "כל רבותינו שווין בדבר", כעדות רבינו פרץ ומהריב"ל וכן הובאו להלכה בפוסקים רבים מאד, וכל אלו הפוסקים פשיטא שאינם הולכים בשיטת הסוברים שיש כפיית גט במאס עליו, וכן אין יסוד לקבוע שהם חידשו חיוב גט במאס עליו, נגד הראשונים שהביא הבית אפרים ונגד סתימת הטור והשו"ע סי' עז, על כן ודאי שאין דרך אחרת אלא לבאר דברי הבית אפרים במתכונת של אי לאו דמסתפינא, ועל פי מסקנת דבריו בביאור שיטת ר"ת החולק על רבינו יונה ומסתמא לא חזר בו ממה שכתב בתשובה, אין חיוב גט במאס עליו ואפ"ה יש הרחקות.

וכן בתשובת נודע ביהודה תניינא אבן העזר סי' צ', כתב:

"בהא סלקי ובהא נחתי שחלילה לכוף האיש הזה בשוטים לא בנידוי כלל, ואפילו בדברים, לומר לו שאם לא יגרש הוא עברייני, גם כן איני מסכים".

וכן החזון איש אבן העזר סי' סט ס"ק א כתב:

"אבל אחרי שהוכרע שאין כופין אותו אפילו במילי ולא מחייבינן ליה לגרשה..."

וכן עולה להדיא מדברי הבית מאיר סי' עז ס"ג, במש"כ לחלוק על הב"ש ס"ק כז בשם הט"ז שאין ליישם את דינא דמתניבתא עד לאחר הגירושין, ובתוך דבריו כתב:

"ואילו היה הדין שלא לכפות לגרש ושלא תגבה צאן ברזל עד שיתרצה לגרש, איני יודע מה הועילו חכמים בתקנת דבנות ישראל, ולכן הברור כהרמ"א ז"ל".

חכמים. אלא מתרחקים ממנו מאחר שבית הדין נוכח שהבעל מעגן את אשתו ללא הצדקה, וכמו שיבואר להלן.

וכן מפורש בתשובת רבנו תם בספר הישר סי' עז שבה כתב שאין לבית דין לגזור על הבעל או לצוות לבעל שעליו לתת גט, וכתב:

"הלא אני ואתה דברנו רבות פעמים על האי דמאס עלי, הלא פרשתי ור"ח הסכים כשהבעל רוצה... אבל ציווי ב"ד אינו יכול להיות, שאלו כתבתם וציוונו לו בציווי ב"ד, אז היתה הגזרה תלויה בכס או בבעל דין להתיר. [וכל זה] אם היה הוא הבעל שבידו לגרש וגם שישנו מאותן שכופין להוציא. שכך אני מורה ובא שאין לגזור לגרש על שאין כופין, והגט הנעשה על ידי חרם או ציווי בית דין קורא אני בו שלא כדין פסול ופוסל... ואם בית דין ציוו עליו להזיק לגרש טעו בדבר משנה ויחזרו". אילו סבר רבנו תם שקיים חיוב גירושין, מדוע לא יצוו עליו בית הדין למלא אחר חובתו לתת גט?

ולהלן מדברי הבית אפרים בתשובה חלק אבן העזר סי' קכט: "אמנם מה שכתב דכאן חיובא איכא במאס עלי ומייתי הך דמרדכי "אם נתפס בידי עכו"ם" כו' והנה מהתם יכילנא לדחויי דלאו דינא קאמר אלא שאם עושין כן אין זה אונס, אמנם טפי הווי ליה לאתויי מה שכתב הבית יוסף (סימן קלד) בשם מהרי"ק [סימן קב] "אך כל רבותינו" כו', וכן כתב מהרי"ק (סימן קלה) בשם רבנו תם. אך אי לא מסתפינא אמינא דרבנו תם שם השיב כן לאותן מקומות שנהגו בכפיה כמבואר ענין כזה בשו"ת הרא"ש כמה פעמים, ועל זה כתב להם בדרך תוכחת מוסר שלא יעשו כפיה רק אם רוצים להחזיק במנהגם יכולים לעשות לו כפיה זו. ועיין בשולחן ערוך (סימן קנד) שכתבו הרחקה זו אהיכא דאיתמר יוציא ויתן כתובה. והנה בתשובת הרשב"א (סימן אלף קצב) מבואר גם כן דאף בטוענת אין לו גבורות אנשים אין כופין רק בבאה מחמת טענה, ואז יכולים לומר לו שחייבוהו חכמים להוציא, מה שאין כן במאס עליו. וכן מבואר מדברי הרא"ש ויתר הפוסקים במאס עליו אם רצה מגרש, יעוין שם. ומצאתי און לי בשיטה מקובצת הביא בשם ר"י, דבמאס עליו אומרים לו חכמים חייבוך להוציא כו', ורבנו תם אומר שאף זה אין אומרים לו אלא שאם בא לימלך בבית דין משיאים לו עצה שיגרשנה לאלתר ויפטור מכתובה".

הרי שהבית אפרים ביאר בדעת רבינו יונה שקיים חיוב גירושין ב'מאס עליו', אך כתב שרבנו תם חולק עליו, ושכן דעת הרשב"א והרא"ש. וכתב הבית אפרים: "וכן מבואר מדברי הרא"ש ויתר הפוסקים במאס עליו אם רצה מגרש, יעוין שם", דהיינו: פשיטא לבית אפרים שהשולחן ערוך ושאר הפוסקים שכתבו: "אם רצה מגרש", גם הם הסכימו שלא להורות על חיוב הגירושין, ולכן דחה הבית אפרים דעת השואל שסבר שב'מאס עליו' פוסקים חיוב הבעל בגירושין, אלא קבע הבית אפרים כי ההלכה של הרחקות דרבנו תם אינה מוכיחה חיוב גירושין, וכי גם בהיעדר פסיקת חיוב גירושין, יש להן מקום. אמנם הבית אפרים כתב:

בשם תשובת מוהר"ם ד"אין כופין אותו לגרש אותה ולא להיות אצלו".

ובפד"ר כרך ז' עמ' 205 נפסק חיוב גירושין בצירוף הטעם שהשיאה שם רע בשכנותיה, עיי"ש.

יש שהביאו מדברי מרן הראי"ה קוק זצ"ל בספרו עזרת כהן סי' נה וסי' נו שפסק חיוב מזונות במורדת האומרת 'מאיס עלי באמתלא מבוררת', להוכיח שדעתו לפסוק חיוב גירושין ב"מאיס עלי".

אך אין יסוד לכך. הגם שמרן הראי"ה קוק זצ"ל קבע חיוב מזונות על יסוד הקביעה שהאישה מעוכבת מחמתו, אך היינו לאחר שמצא לנכון לסמוך על שיטת הרמב"ם ככל שהדבר נוגע לעניין פסיקת המזונות, אך אין בדבריו הוראה לפסיקת חיוב גירושין בנסיבות אלו. ולהלן הקטע העיקרי מדבריו שעליו ביקשו לבסס את חיוב הגירושין:

"אף על פי שאין אנו רשאים לצאת מגדרן של רוב הפוסקים החולקים על הרמב"ם ורש"י ורשב"ם דסבירא להו כוותיה דכופין לגרש ב'מאיס עלי' ודבריהם מובנים מאד היכי דאיתנהו טענות חשובות ומכריעות מצד האשה ככנדון דידן, מכל מקום מפני חומר אשת איש אין אנו נהוגין לכוף לגרש. אבל מכל מקום מאחר שמצד הדין חייב הוא להוציאה מתחת ידו, כסברת הרמב"ם שלא תהיינה בנות ישראל כשבויות, כיון שהיא אומרת 'מאיס עלי' בטענות מבוררות, והוא מעכב אותה שלא תוכל להנשא לאחר שיפרנס וזון אותה, ודאי דסברא אלימתא היא שצריכין לחייבו במזונות".

אילו עלה על דעת מרן הראי"ה קוק זצ"ל להורות גם ביחס לתביעת הגירושין דרך ביניים של פסיקת חיוב גירושין בלא כפיית גירושין, פשיטא שהיה מאריך להבהיר את חידושו והיה מבסס הלכה זו שאינה מצויה בראשונים למעט בדברי רבנו יונה בשטמ"ק הנזכרים לעיל, שאף לא הוזכרו בתשובת עזרת כהן. ואדרבה בתשובת עזרת כהן בעת התייחסותו לשאלת הגירושין, קבע שאין כופין גירושין ולא הזכיר דבר מהכרעת ביניים של חיוב הגט בלא כפייה, והאזכור "שמצד הדין חייב הוא להוציאה" נכתב רק בעת הדיון בחיוב המזונות. לכן הדבר ברור שמרן הראי"ה קוק זצ"ל, שקבע את דרך הפסיקה: "שאינן אנו רשאים לצאת מגדרן של רוב הפוסקים החולקים על הרמב"ם ורש"י ורשב"ם" וכו' ובכך הורה להמשיך בדרכם של הראשונים, החל בתשובת הרא"ש (כלל מג סימן ח) והמשך בטור (סימן עז) בשם מהר"ם מרוטנבורג וברמ"א סעיף ג' ושאר הפוסקים, שבדין 'מאיס עלי באמתלא מבוררת' הבחינו בין דין הממון לדין הגירושין, דהיינו ככל שהדבר נוגע לדין הממון בלבד, אנו פוסקים את תקנת הגאונים שהביא הרי"ף בכתובות (דף סד ע"א מדפי הרי"ף), אך ביחס לגירושין אין פסיקת כפייה או חיוב. דהיינו, אמנם יסוד דינם של הגאונים נובע מפסיקתם לכפיית הגירושין, אך משום חומר אשת איש הורו הראשונים שהלכה למעשה אין פוסקים כמותם לעניין כפיית

אילו סבר הבית מאיר שאליבא דפסק הרמ"א הגם ש'במאיס עלי' באמתלא מבוררת אין כופין, על כל פנים פוסקים חיוב גירושין, לא היה כותב: "ואילו היה הדין שלא לכפות לגרש ושלא תגבה צאן ברזל עד שיתרצה לגרש, איני יודע מה הועילו חכמים בתקנתן דבנות ישראל".

וכן בתשובת הגרב"צ עוזיאל זצ"ל בתשובתו שבספר דברי חוקיהו ח"א אה"ע סי' ב', שכתב:

"בדין מורדת דמאיס, שאין הבעל חייב לגרשה, ושהיא הגורמת ותובעת גירושיה, אין זה עיכוב מצידו".

וכן בספר שמש ומגן להגאון רבי שלום משאש זצ"ל ח"ב אה"ע סי' כ"ח, בפסק דין של ביה"ד לערעורים במרוקו, כתב: "שאינן הבעל חייב לגרש שכן היא ההלכה ע"פ הפוסקים א' ואחרונים והש"ע ודלא כהרמב"ם שסובר שכופין אותו לגרש במאיס עלי ע"ע. אין להאריך בדבר פשוט שנפסק כבר".

ואכן, בפסקי דין רבים בפד"ר, קבעו שלא לפסוק חיוב גירושין במאיס עלי לרבות כשהאמתלא מבוררת, ראה כרך ז' עמ' 4-5, כרך ו' עמ' 223-224, כרך יב עמ' 103 וכן מעמ' 324, ובפד"ר חלק ב' עמ' 194 (ד"ה אלא שגם), וכן בספר עטרת שלמה (להגרש"ש קרליץ זצ"ל) ח"א סי' לב סק"ו.

וכ"כ בדעת ר"ת שהורה על הרחקות, הגאון רח"ג צימבליסט שליט"א בספר "שורת הדין" ח"ה עמ' רלא שמצוה לגרשה, (אך לא חיוב גירושין), והוסיף:

"וכבר נהיגי עלמא כדעת ר"ת ורוב הפוסקים שגם אין מחייבים אותו לגרש, אלא משתדלים ומשדלים אותו שיתן גט".

וכן דעת הגאון רבי י"ש אלישיב זצ"ל בפד"ר כרך י"ח עמ' 24 (סעיף ו'), וכן בפד"ר כרך ט' עמ' 96 ובקובץ תשובות ח"א סי' קעד. וכן בפסק דינו שניתן בבית הדין הגדול ערעור י"ט/191 שהתפרסם בספר משפט איש (כרך תשי"ח-תשי"ט) עמ' קעד-קעז. באותו נידון בית הדין האזורי בת"א דחה את תביעת האשה לחיוב הבעל בגירושין בנסיבות של "מאיס עלי", ובפסק דינו של בית הדין הגדול מיום ו' אייר תש"ך בהרכב הרבנים הגאונים נ"ע הגרי"מ בן מנחם זצ"ל הגר"ע הדא"א זצ"ל והגרי"ש אלישיב זצ"ל, אישרו את פסק הדין וכתבו:

"אף שלדעתנו צודק בית הדין בפסק דינו המעורער שקבע שאין לחייב את הבעל לפטור את אשתו בגט פיטורין, בכל זאת אנו מוצאים שאין יסוד לערעורו הנגדי של המשיב לחייב את האשה לחיים משותפים עם הבעל... דעתנו כי אחר שהאשה באה בטענה שלא יכולה בשום אופן לשאתו, ושאי אפשר שיהיו בינם חיים משותפים שבין איש לאשתו וכמובא בחומר שבתיקים, ואחר שזה כבר שנים רבות שחיים בפרוד והיחסים שביניהם מתוחים מאד, בלי להיכנס כעת לקבוע מי היה הגורם לכך בראשונה, ניתן לומר שכל עוד שלא חלה מהפכה טבעית בהרגשותיה של האשה לבעלה, היא בדין אשה הטוענת "מאיס עלי" באמתלא בעקבות הסכסוכים והמתיחות מזמן רב שביניהם, וכשכזה כותב הרמ"א בסימן ע"ז סעיף ג' וזהו בטור

ועל דבריו אלו נסובה תשובת עזרת כהן סי' נה. באותו נידון כתב הגרב"צ עוזיאל זצ"ל (בתשובת דברי חזקיהו, שם), שנידון זה אינו רק טענת מאיס עלי, שאין בה חיוב גירושין, אלא:

"יש כאן שתי טענות חזקות, האחת שהוא מרעיבה ושמקללה ומחרפה, ושנית שאיננו רוצה לשכור לה מדור מפני עצמה. וכל הניסיונות בזה להשיבו מדרכו זאת, היו ללא היל. ואחרי שאנו רואים שהאשה בחרה מחנק לנפשה מלחיות חיי בוז ורעב כאלה, בכגון זה הדבר פשוט וברור שאין זה נכנס בגדר מורדת כלל. אלא להיפך הוא נקרא מורד ומצער את אשתו ונמנע מלקיים את חובותיו במזונותיה ודירתה. וכבר נזכר בפוסקים שכל היכא שהקטטה באה מחמת קרובי הבעל, יכולה האשה לטעון שרוצה בדירה בפני עצמה ולא להיות סמוכה על שלחן חמיה... באופן כזה בודאי דמחייבין ליה במזונותיה וזנין ומפרנסין את אשתו מנכסיו עד שיגרשנה ויתן לה כתובתה, וכמתבאר מתשובת התשב"ץ (ח"ב סי' ח') שהביא כת"ר, וכגון זה נאמר הכי דאיננא לך ולכל אלימי דחברך, וחובה על דיני ישראל להציל עשוקה מיד עושקה, ומשנה זו אינה צריכה לפנים".

גם תשובת עזרת כהן סי' נו מתייחסת לאותו נידון, ופשיטא שגם הראי"ה קוק זצ"ל סבר כמ"ש הגרב"צ עוזיאל זצ"ל והגר"ח שבת"י זצ"ל שבאותו נידון הורו על חיוב גירושין, וכלל לא חלק עליהם בנקודה זו עקב הנסיבות המתוארות. ויצוין שתשובה זו בסי' נו נכתבה לאחר שהראי"ה קוק זצ"ל כבר ראה את דברי הגרב"צ עוזיאל זצ"ל בספר דברי חזקיהו שהתקבל אצלו, וכפי העולה, ממש"כ:

שבעלה רע מעללים מאד, פושע ומסלף דרכיו עמה עד שהכל מכירין שהצדק עמה, באמרה מאיס עלי... דאיתנהו טענות חשובות ומכריעות מצד האשה כנ"ד... שהיא אומרת מאיס עלי בטענות מבוררות".

לכן באותו נידון, חיוב הגט היה ברור ומוסכם על המשיבים שדנו באותו נידון, לא מחמת טענת מאיס עלי גרידא. ובאותו נידון גם אין מעמדה כטוענת מאיס עלי באמתלא מבוררת, בלבד, שהלכה זו נאמרה כגון שבעלה מהמר או משתכר, אך אינו פוגע בה ישירות, אלא בנידון הנזכר חיוב הגירושין הוא מפני שהמציאות היתה שהבעל התנהג כמפורט לעיל, ומעמדו כמורד המצער את אשתו שיש לחייבו בגירושין ואף בכתובה, כמ"ש הגרב"צ עוזיאל והגר"ח שבת"י זצ"ל.

אלא שההלכה של "מזונות מעוכבת" מחמתו בנסיבות של חיוב גירושין, לא היתה הלכה ברורה מכח תשובת מהרי"ט ח"א סי' קיג, כפי המקובל היום בבתי הדין, מצא הראי"ה קוק זצ"ל למצוא סימוכין לחיוב המזונות כמפורט בשתי תשובותיו הנזכרות.

עכ"פ מאחר שבאותו נידון הבעל מחויב בגירושין על יסוד עילה הנובעת ממעשיו השליליים, כל היסוד וכל הבנין מתשובת עזרת כהן למאיס עלי כשהבעל אינו נוהג כך, נפל לגמרי.

הגט, ולמרות זאת, אפשר לדון כשיטתם לענייני הממון הנגזרים מפסיקת חיוב הגירושין. לכן כתב מרן הראי"ה קוק זצ"ל: "אבל מכל מקום מאחר שמצד הדין חייב הוא להוציאה מתחת ידו וכו',

כוונתו שמצד עיקר הדין, שאינו נפסק הלכה למעשה ביחס לתביעת הגירושין, כמו באותו נידון שלא עלתה לדיון שאלת חיוב הבעל בגירושין, אך נפסק הלכה למעשה ביחס לענייני הממון הנגזרים מחיוב הגירושין שקבעו הגאונים. בזה חידש מרן הראי"ה קוק זצ"ל שבכלל דיני הממון הנפסקים ב'מאיס עלי באמתלא מבוררת' לא נפסקים רק ענייני חלוקת הרכוש, נכסי מלוג ונכסי צאן ברזל המפורשים בטור וברמ"א, אלא גם 'מזונות מעוכבת' ייפסקו ביחס לאישה זו, אף שביחס לתביעת הגירושין מצד עצמה אין פסיקת חיוב או כפיית גט, מכיוון "שאינו אנו רשאים לצאת מגדרן של רוב הפוסקים החולקים על הרמב"ם, ורש"י ורשב"ם".

וכן מתפרשים דברי הרמ"א ביו"ד סי' רכ"ח סעיף כ' שביחס לדיני הפרת שידוך סמך על שיטת הרמב"ם, כשם שבדינא דמתיבתא סמך הרמ"א על שיטת הרמב"ם והגאונים לעניין הממון בלבד, ה"ה ביחס להלכה ביו"ד המתייחסת רק לשאלת היתר החרם בגין הפרת הסכם השידוכים. ואילו סבר הרמ"א להכריע במחלוקת במאיס עלי ולהורות חיוב גט ולא כפייה היה מבאר דבריו באה"ע סי' עז.

וכן במקור דינו של הרמ"א, תשובת מהר"י וויל סי' קל"ז, אין כל רמז לדעה המכריעה, אלא פסיקה ביחס לדיני שידוכים בלבד לענין היתר תקיעת הכף שניתנה כהבטחה לנישואין, מה עוד שמאחר וההלכה הפסוקה היא שבמאיס עלי אין מחייבים אותה לחזור לבעל, פשיטא שאין יכולים לחייבה להינשא לחתן המאוס עליה, ולכן קיימת הצדקה ברורה לפוטרה מהחרם ותקיעת הכף, ועיין בתשובת נודע ביהודה קמא חיו"ד סי' סח וש"ת זקן אהרן תניינא חלק אה"ע סי' קה.

**מלבד זאת,** ביחס לתשובת עזרת כהן יאמר כדלהלן: הדיון נסוב על נידון שהרב השואל הגר"ח שבת"י זצ"ל הציג בספרו דברי חזקיהו חלק א סי' ב', ובתיאור הנסיבות כתב:

"על דבר אישה בת טובים הנשואה לאיש פשוט בעל מידות רעות, ויום ולילה לא ישבות להתקוטט עם אשתו ולחרפה בדברי חידודין היורדים חדרי בטן על לא חמס ומרוב פתיותו אומר לה בכל פעם בחרפה ובוז קחי גיטיך ולכי, ומקלל יולדיה בפניה, ולא עוד אלא שכלי כליו רעים מרעיבה ואינו מפרנסה כראוי כידוע לשכנים ולרוב הקהלה הישרים בלבנותם... וחזר לסורו הרע ומרוב הקטטות והקללות, מלבד שכפה אותה לחזור עוד אל בית אביה, עוד בה שמכעיסנה בכל רגע ורגע בדברי בוז וקלון. ומרוב מדותיו הרעות וסדריו הרעים בחרה מחנק נפשה פעמים ובחסדרי ה' הוצלה על ידי הזולת".

ולאחר אריכות דבריו העלה:

"לע"ד שבנ"ד חייב לגרשה ולשלם לה כתובה ומזונות".



כפי שכבר כתב הראשל"צ הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל בתשובתו הנזכרת:

"שאינן חייב להוציא, אלא במקום שאמרו חז"ל בהדיא, וכדאיתא בכתובות (עז)."

ומאחר שביחס לטוענת "מאיס עלי" לא נמצאה בדברי חז"ל ההוראה: "יוציא", כשאין עילת חיוב גירושין אחרת, לא ניתן לפסוק חיוב גט, ופסיקה כזו עלולה להביא ל"גט מוטעה".

למרות כל האמור, בנידון דנן ניתן להורות שמצוה על הבעל לגרש, פסיקה שיסודה בתשובת תרומת הדשן, חלק פסקים וכתבים סי' נח שכתב:

"מי שנשבע בנקיטת חפץ שלא לגרש את אשתו, אי שרי להתיר לו. נראה דאם הוא גט מצוה, כגון משום דבר ערוה, או אי אמרה מאיס עלי, וכה"ג, אין להתמיר".

הרי שהיה לתרומת הדשן פשוט שבנידון של טוענת "מאיס עלי" מצוה לגרשה, אף שאין חיוב גירושין. וכן פסק הגר"מ אליהו זצ"ל (משפטי שאול סי' כ):

"אע"פ שאין אנו דנים בזה כהרמב"ם שכופין, אבל שמצוה לגרשה ולא לעגן בת ישראל דין הוא".

וכ"כ בדעת ר"ת שהורה על הרחקות, הגאון רח"ג צימבליט שליט"א בספר "שורת הדין" ח"ה עמ' רלא שמצוה לגרשה.

אמנם עיין תשובת הר"ן סי' י"ז במש"כ: "שאינן שבועה זו לקיים את המצוה ושלא לעבור עליה", עיי"ש בהמשך דבריו, אך היינו מצד עצם תביעת הגירושין, משא"כ כשמתחשבים מההשלכות השליליות הנובעות מהפירוד הממושך.

והובהרו הדברים היטב בתשובת אגרות משה חלק יורה דעה חלק ד' סי' טו אות ב' וזו לשונו:

"בדבר איש ואשה שזה הרבה שנים שליכא שלום בית וכבר שנה וחצי דרים במקומות מופרדים, וכבר ישבו בית דין חשוב ולא עלה בידם לעשות שלום ביניהם, וראינו גילוי דעת חתום מהבית דין שלא הועיל כל השתדלותם לעשות שלום. וכנראה מזה שהבית דין סובר שאי אפשר לעשות שלום ביניהם. אז מדין התורה באופן כזה מוכרחין להתגרש ואין רשות לשום צד לעגן, לא הבעל את אשתו ולא האשה את הבעל, בשום עיכוב מצד תביעת ממון. אלא צריכים לילך לפני בית דין לסדר התביעות בענייני ממון ולסדר נתינת וקבלת הגט".

עוד יצוין לתשובת הגאון רי"י קנייבסקי זצ"ל (קריינא לאגרתא ב' סי' תשל"א), שכתב בלשון זו:

"כעת לאחר ארבע שנים אשר גבה טורא בינותם ובאופן טבעי האשה לא תחזור בשום אופן לדור עמו לאחר שעבר עלי' מצדו כל מה שעבר כו' הדבר ברור שהדרך הישר היחידה היא לעשות גמר לפוטרה בג"פ. וכל סחבת בזה אינה אלא רשעות להרע לעצמו ולאחרים כו' באמת לדעת הרמב"ם ז"ל האומרת מאיס עלי כופין אותו לגרש ולא יחידאה הוא הרמב"ם ז"ל שכ"ה דעת כ"פ עיין מהרש"ם ז"ל ח"ג סי' צ"ג. וכש"כ נד"ד אשר ידוע היטב לרבים התגלגלות הדברים ושיש לה עבור מה לטעון טענה הנ"ל, ואם כי למעשה אין כח בב"ד לכוף במקום

(במאמר מוסגר יצוין למאמרו של הרה"ג הרב חגי איזירר זצ"ל בקובץ "שורת הדין" חלק ב' עמ' סד שבפסקי דין רבים ציטטו מדבריו שהורה חיוב גירושין ב"מאיס עלי", אך יצוין לדבריו בספר "כנס הדיינים" תשע"ה עמ' 233 ועמ' 234 שהבהיר שלדעתו אין די בטענת "מאיס עלי" לחיוב הגירושין, אלא רק בצירוף לטעמים אחרים).

הארכנו בבירור הלכה זו, מאחר שאם עפ"י הדין אין מקום לפסיקת חיוב הבעל בגירושין, ובית הדין טעה ופסק לחייבו בגירושין ובעקבות פסיקה זו ניתן הגט, בכך מתעורר ספק בכשרות הגט, מאחר שהבעל נתן גט על יסוד טעות כשנפסק שהוא מאלו שדינם לחייבם בגירושין, ויצוין לתשובת יביע אומר חלק ב' אה"ע סי' י', שכתב:

"אודות המנהג שנהגו כאן בבית הדין זה כמה שנים, שכאשר נראה בעיני חברי בית הדין שהיותר נכון לגרש, היו נותנים פסק דין בסגנון זה: כי הבעל חייב לגרש את אשתו. ולפע"ד אינו נכון לעשות כן".

והביא מתשובת הרדב"ז ח"ד סי' פט, (אלף קס) שכתב:

"כשהאשה מותרת לו, ואנחנו אומרים לו שהוא חייב לגרש, הוא סומך עלינו, וכיון שלא היה חייב לגרש נמצא הגט מוטעה".

וכתב הראשל"צ הגאון רבי עובדיה יוסף זצ"ל על דבריו:

"הראת לדעת שכל שהיא מותרת לו, אף על פי שבאיזה מקרים מסויימים נראה להם להב"ד להפריד בין הדבקים, עכ"פ אין כאן חיוב לגרש, שאין חייב להוציא אלא במקום שאמרו חז"ל בהדיא וכדאיתא בכתובות (עז). ונמצא שבנתינת פס"ד זה מבית הדין, הוא בא לכלל טעות, שסובר שכן הדין מחייבו, והו"ל גט מוטעה". ובסיום תשובתו העלה:

"המורם מכל האמור כי אין לכתוב בפסק דין שהבעל חייב לגרש את אשתו, אא"כ באותם שמנו חכמים כופין אותם להוציא. ולכן מכאן ולהבא יהיה נוסח פסק - הדין בלשון שהב"ד מייצעים לבעל לגרש את אשתו. או שהב"ד מוצאים לנכון שהבעל יגרש את אשתו, שאין בלשונות אלו משמעות חיוב כלל. וכ"כ בשו"ת חוט המשולש ח"ד (סי' לה). ע"ש. והנה אחרי הראותי לחברי הב"ד פה קהיר דברי הפוסקים הנ"ל (הרדב"ז ומשפט צדק) חזרו בהם ממנהגם, ותקנו הנוסח של פסקי הדין של מכאן ולהבא כמו שכתבתי".

ועין עוד בספר "עטרת דבורה חלק ב' סי' פו עמ' 615-618 שהארכנו בהלכה זו, והבאנו שכן הוא בתשובת העונג יו"ט סי' קסח ועזרת כהן סוף סי' מא.

וכן החזו"א חלק אה"ע סי' צט סק"ב, כתב:

"יש לעיין בחייבוהו חכמים לגרש ולא כפואו בשוטי, ונמצא שחייבוהו שלא כדין אי חשיב אונס. ומהא דכתבו בב"י סי' קל"ד וסי' קנ"ד שאם נשבע לגרש יתירוהו קודם דלא ליהוי דומה לאונס וכתבו דמן הדין לא הוי אונס כיון דנשבע מעצמו, משמע דאם הוא אונס משום מצוה חשיב אונס, וא"כ אם הוא אונס משום מצוה לשמוע נמי חשיב אונס, ועוד דחשיב גט בטעות דאילו הוי ידע שאינו חייב לא היה מגרש".

הלכך מפקי' מיני' כו', וכן קבע הרמ"א (בסי' קנ"ד סעיף כ"א בסופו) ונידון דידן דמיא דמש להא. וכן עיקר דנותנין לה אף קודם הגט כדעת הרמ"א ודלא כהט"ז.

הרי פשיטא בתשובת מהר"ם, ובחוט המשולש שביאר דבריו, שאין בתקנת מתיבתא אלא תקנה בעניין הממון בלבד, כדי שלא יצאו בנות ישראל לתרבות רעה, לכן נתנו להן מיד את נצ"ב שלהן. אך אין תקנה זו מתייחסת לעניין הגירושין, וגם האמתלא המבוררת לגדריה, מתייחסת רק לעניין הממון, ואין כל מקור שתתייחס לשאלת חיוב הגירושין.

עוד יצוין, יש הסוברים שתקנת דינא דמתיבתא שנפסקה ברמ"א אינה מוסכמת על מרן הבית יוסף שהשמיט הלכה זו מהשלחן ערוך, על כן לקהילות ספרד שקבלו עליהם דעת מרן, אין לפסוק כתקנה זו. עיין ביאור הגר"א סי' עז ס"ק לב, ובספר ויאמר יצחק ח"א סי' קכו ובספר פני יצחק (להר"י אבולעפיא זצ"ל) ח"ו סי' ד' דף ו'.

וכן בשו"ת משפטים ישרים (להג"ר רפאל בירדוגו זצ"ל) חלק א' סי' רנא כתב:

"כל דברי הגה בזה הדין, לא קי"ל כותיהו אף שכתבם סתם, כי הם היפך דברי הש"ע והרמב"ם ז"ל ואנו אין לנו אלא דברי הרמב"ם ז"ל".

וע"ע בספר תבואות שמש חלק אה"ע סי' ג', על כן לאחר שחכמי הספרדים העידו שהמנהג בקהילות ספרד שלא לדון דינא דמתיבתא גם בענין הממון, ק"ו שאינו נוגע לשאלת חיוב הגט.

עכ"פ לענייננו אין נ"מ ואין להיכנס לבירור אם הושלמו גדרי האמתלא המבוררת שבדינא דמתיבתא, להפוסקים כדינא דמתיבתא בענייני הממון, מאחר שגדרים אלו אינם נוגעים לפסיקה בתביעת הגירושין, שבה אין נ"מ אם קיימת אמתלא מבוררת, אלא אם התקיימה עילה לחיוב הגירושין המביאה לפסיקת חיוב הגירושין עפ"י תקנת חכמים: "יוציא ויתן כתובה", או שאין עילה כזו.

בנסיבות המתוארות בנידון בפנינו, לאחר שבכל הדיונים האשה חוזרת וטוענת טענת "מאיס עלי", וכבר חלפה כשנה רבע מיום הגשת התביעה, ובכל אותה תקופה הצדדים גרים בפירוד מוחלט, ובדירות נפרדות, בית הדין פוסק שמצוה על הבעל לתת גט. גם ביחס לנידון זה נאמרו דברי הגאון רי"י קנייבסקי זצ"ל שמאחר ואין כל ספק שהאשה מאסה בבעלה וכבר לא תשוב אליו, "הדבר ברור שהדרך הישר היחידה הוא לעשות גמר לפוטרה בג"פ. וכל סחבת בזה אינה אלא רשעות להרע לעצמו ולאחרים... הבעל גופי' ודאי צריך למיחש ולהיות חרד מפשע רב ולעשות גמר בגט פיטורין".

#### מסקנה:

א. מאחר שהצדדים גרים שנה ורבע בפירוד מוחלט, האשה מאסה בבעלה ובית הדין נוכח בבירור שאין כל סיכוי לחזרת האשה לשלום בית. בנסיבות אלו בהיעדר תקנת חכמים שהורו "יוציא ויתן כתובה", דהיינו פסיקה

מחלוקת הפוסקים, איהו הבעל גופי' ודאי צריך למיחש ולהיות חרד מפשע רב ולעשות גמר בגט פיטורין".

#### מאיס עלי באמתלא מבוררת

מן הראוי להרחיב במש"כ לעיל ביחס למאיס עלי באמתלא מבוררת. האמתלא המבוררת הנזכרת בדברי הרמ"א סי' עז ס"ג, מתייחסת לתקנת דינא דמתיבתא ליתן לאשה נצ"ב גם בלא תפיסה, וכן לדון את חלוקת הרכוש ביניהם עוד בטרם מתן הגט אליבא דשיטת רוב הפוסקים, וביחס לכך הורו שלא לנהוג כן בלא אמתלא מבוררת.

וז"ל המרדכי בסוף מסכת כתובות (פרק שני דייני סי' רפ) מתשובת מהר"ם:

"אלא תקנת חכמים הוא להקל על בנות ישראל שלא תצאנה לתרבות רעה, לפי שראו שנתקלקלו הדורות ותקנו לכל הפחות דשקלה נכסי צ"ב ולא נ"מ, ועשו אותה בנכסיה כאילו הוא מוציאה מדעתו ולא מחמת מרדה. ואילו היה מוציאה מדעתו היה צריך לשלם נכסי צאן ברזל שנגנבו או שאבדו ולא נכסי מלוג, השתא נמי תקינו סבוראי הכי במורדת לענין נכסיה".

הרי מבואר שתקנת מתיבתא היתה ביחס לממון בלבד. אך ביחס לחיוב גירושין על יסוד האמתלא המבוררת, בנסיבות שהאמתלא המבוררת מצד עצמה אינה עילת חיוב גירושין ידועה, אין בדינא דמתיבתא שבדברי הרמ"א רמו לחייב את הגירושין. אלא המקור לחיוב הגירושין הוא שיטת רבינו יונה הנזכרת, ושם לא הזכיר דבר מלבד שהאשה טוענת "מאיס עלי". על כן לא ברור מהיכן ניתן לקבוע כי כשהאמתלא מבוררת, יש מקום לפסיקת חיוב הגירושין. רבינו יונה לא חילק, וההלכה כרוב הראשונים החולקים עליו שחלקו בכל מקרה.

בתשובת הגר"ח מוואלוז'ין בספר חוט המשולש חלק א' סי' ב' במחלוקתו עם הט"ז סי' עז סק"ז שקבע שדינא דמתיבתא הוא רק בעת מתן הגט, כתב:

"וגם מסברא אי אפשר לומר כן דהא מהר"ם עצמו סיים בתשובותיו זאת שבמרדכי דדינא דמתיבתא הוא תקנתא דרבנן סבוראי שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה. ולדעת מהר"ם שלא נהגו לכוף אותו צ"ל דאפ"ה תקנתא היא לה להחזיר את שלה לכל תצאנה לתרבות רעה מחמת חוסר כל בשבתה עגונה. ואי כדברי הט"ז הרי לא תקנו כלום שהרי אינה יכולה לכוף לגרשה ותצטרך לישב עגונה בחוסר כל אם לא יחזירו לה תיכף מה שהכניסה. ומ"ש הט"ז דלמה יתנם לה קודם הגט, לק"מ דכבר כתבתי דתקנה היא שלא תצאנה לת"ר. ועוד דהא ע"פ דינא דמתיבתא היה לה לתן תיכף ולכוף לגרש ואף שלא נהגו לכוף, אבל בענין הממון אנו דנין כדינא דמתיבתא ממש, שלמה יגרע כחה בענין הממון. ודמי' למה שכתב המרדכי ריש פרק המדיר בשם תשובת מהר"ם וז"ל דכל היכא דקתני יוציא ויתן כתובה נהי דאין כופין כו' אם לא הרשינו לכוף ולהוציא כו' מ"מ כתובה מ"ט לא נפיק מיניה כיון דחייבוהו חכמים בממון זה לתתו לה

ב. בקשתו של הבעל לשלום בית אינה מתקבלת, והאשה אינה חייבת לשוב לבעלה.  
 ג. הצדדים מוזמנים לדיון שבו הבעל יתבקש לתת גט.  
 ד. ככל שבית הדין יווכח שהבעל מעכב את מתן הגט ללא הצדקה ומעגן את אשתו, יתקיים דיון בצווי הגבלה שהם במסגרת ההלכתית של הרחקות דרבינו תם.

לחייב הבעל בגירושין, בית הדין אינו פוסק את חיוב הבעל בגירושין, וזאת בהתאם לדעת רוב הפוסקים הנזכרים לעיל, וכן היא הפסיקה בפד"ר רבים, אך מצוה על הבעל לתת גט. וכן בהתאם להוראת הקהילות יעקב: "הבעל גופי' ודאי צריך למיחש ולהיות חרד מפשע רב, ולעשות גמר בגט פיטורין".

### סימן עו

## כשרות הגט לאחר קנס בגין עיכוב הגירושין

עישוי זה שהוזכר במשנתנו, לא סוף דבר שחבטוהו והיכוהו על כך, אלא כל אונס במשמע, אפילו אונס ממון, כגון שהיו כובשין את ממונו עד שיגרש או הטילו עליו קנס על ידי גויים, ואפילו קיבלה מעצמו, כל שנתחרט וכופין אותו לקיים מצד הקנס, אונס גמור הוא.

מסתימת דברי המאירי שכתב "ואפילו קיבלה מעצמו", עולה בבירור שלא חילק בין קנס בר תוקף לקנס שאינו בר תוקף. אמנם ביחס לדברי הרשב"א בתשובה יש מקום לדון כיצד אירע אותו מקרה, אך ביחס לדברי המאירי שנכתבו כפסיקת הלכה עקרונית, אילו סבר שיש לחלק בין סוגי הקנסות היה מצדין חילוק זה.

בשור"ת אגודת אזוב (אה"ע סי' יט) הוכיח מדברי הרשב"א באותה תשובה שהקנס היה מחויב על פי הדין:

מוכח מדברי הרשב"א ז"ל מיניה וביה דעל כורחך איירי כשהשעבוד היה באופן המועיל על פי דין תורה, ואפ"ה ס"ל דחשיב אונס. דזה לשון הרשב"א: "...אם נפשך לומר כ'תליוה וזבין' הוא זה, דכיון שקיבל על עצמו מדעתו קנס אלף דינרים ובנתינת הגט הרוויח ממון זה הוה כמקבל ממון דעלמא - לא היא; שאין זה כמקבל ממון אלא כניצול מן הפסד ממון, וגריע טובא מהפקעת שאר וכסות דמפטר מינייהו על ידי הגט דלא חשבינן להו כקבלת ממון". ואם איתא דהרשב"א לא איירי אלא כשהחיוב של אלף דינרים לא היה על פי דין תורה, אלא שהיו רוצים לאונסו באותו סך אשר לא כד"ת, האיך ס"ד דהרשב"א מעיקרא למימר דהוה כ'תליוה וזבין' מפני שהרוויח בנתינת הגט, הסך הנזכר. מה ריווח הוא זה במה שלא נתחייב בו מעולם אלא שהיו רוצים לאונסו שלא מן הדין ובנתינת הגט ניצול מן האונס? ... אלא ודאי דהרשב"א איירי כשהחיוב בסך אלף דינרים אם לא יגרש היה באופן המועיל על פי דין תורה או על פי דינא דמלכותא... ועל זה השיב הרשב"א ז"ל שפיר דאפילו הכי לא דמי ל'תליוה וזבין' משום דאין זה כמקבל ממון אלא כניצול מן הפסד ממון.

ושם (ס"ק ח) כתב גם לבאר החילוק בין דינו של התשב"ץ (ח"א סי' א), שקבע שאם אונסים אותו על ממון כדין והוסכם לתת גט ולפטר ממונו שאינו גט מעושה, לבין דינו של הרשב"א:

בפנינו תביעת האישה לגירושין, והתקיים דיון ראשון לבירור התביעה.

בדיון התברר כי חמש שנים לאחר הנישואין הצדדים ערכו הסכם ממון מפורט שאושר וקיבל תוקף בפסק דין של בית המשפט לענייני משפחה.

סעיף 47 להסכם הממון כולל מרכיב שיש בו משום כפייה על הגירושין, ובדיון עלתה השאלה האם יהיה ניתן לזמנם לסידור הגט, כל עוד סעיף זה בתוקף.

בסעיף 47 להסכם נכתב:

"לא ייתן האיש גט תוך 120 יום מיום דרישתה, יהא האיש חייב לשלם מזונות לאישה בסך בשקלים השווה ביום תשלומו בפועל 10,000 שקל לחודש מיום דרישתה לגירושין ועד שייתן לה גט בפועל, וזאת בלי קשר להכנסתה של האישה מעבודה או מנכסים או מכל מקור שהוא".

עלינו לדון אם סעיף כזה הוא כפייה על הגירושין, והאם יש להורות לבטלו בטרם יקבע מועד לסידור הגט.

סכום זה של 10,000 שקל לתשלום לאישה בגין סירוב הבעל לתת גט יכול להיחשב כתשלום ראוי על פי דין, רק בכפוף לכך שבית הדין פסק שעל פי הדין הבעל חייב במזונות אשתו, ובסכום דומה. בהיעדר פסיקה כזו, סכום זה ייחשב כקנס המושת על הבעל בגין סירובו לתת גט.

הבית יוסף (אה"ע סי' קלד) מביא שתי שיטות בדינו של גט הניתן לאחר שהבעל נאלץ ליתנו עקב קנס שהושת עליו: שיטה אחת היא שיטת הרשב"א בתשובה חלק ד' סי' מ', הפוסל גט כזה, ושיטה שנייה היא שיטת הרב מימון נג'אר, המכשיר אותו.

במקרה שבפנינו, כפי הנראה לא נעשה קנין עם הבעל לתת תוקף להתחייבותו הנ"ל, אמנם הסכם חתום הוא תקף מדין קנין סיטומתא. למרות זאת, מעיון בתשובת הרשב"א ובכמה מגדולי האחרונים ומגדולי פוסקי זמנינו עולה כי הדרך המקובלת והמרווחת בביאור תשובת הרשב"א היא, שדבריו נאמרו גם בנסיבות שבהם הקנס בר תוקף על פי ההלכה.

נציין כי המאירי (בית הבחירה גיטין פח, ב) שהוא הרב השואל את הרשב"א, וקבל את דבריו הלכה למעשה, כתב בלשון זו:

הרמ"א באה"ע סי' קלד סעיף ד' פסק: אם קיבל עליו קנסות אם לא יגרש - לא מקרי אונס, מאחר דתלה גיטו בדבר אחר, ויוכל ליתן הקנסות ולא לגרש (ב"י בשם תשובה; וכן הוא במהרי"ק שם בפסקים). ויש מחמירין אפילו בכחאי גוונא (שם בתשובת הרשב"א); וטוב לחוש לכתחילה ולפטרו מן הקנס. אבל אם כבר גירש מפני זה - ואפילו גירש מכוח שבועה שעשה מעצמו לגרש - הגט כשר, הואיל ומתחילה לא אנסוהו על כך (תשובת הריטב"א).

הרי שגם הרמ"א הורה שלכתחילה אין לנהוג בקנס כזה, והקל רק בדיעבד.

יש לציין כי פוסקים רבים לא הסכימו עם הכרעת הרמ"א. המכתב מאלהו ומהרח"ש ומשכנות יעקב ובית מאיר (הובאו בפת"ש ס"ק י) הכריעו כדעת הרשב"א במקרה שבו הבעל אינו מסכים לתת את הגט, והוא נותן אותו רק עקב האילוץ הכספי. ויש עוד מחכמי הספרדים שדנו בדברי הרמ"א ולא קיבלו את הכרעתו, אלא הורו לפסוק כדעת הרשב"א מאחר שסברו שזו הכרעת הב"י.

כך נכתב בספר תורות אמת (לג"ר רפאל בירדוגו זצ"ל, סי' קלד):

נהגו האחרונים בי דינא בטר בי דינא, שמפני חומר אשת איש, חוששין אפילו לחומר שבה בדברי הגט, וכ"ש בזה שאחד מעמודי ההוראה, הרשב"א ז"ל, כתב שהוא גט מעושה ופסול... ואפילו בדיעבד נראה דיש לחוש לדברי הרשב"א... ולכן נראה דהקנס על הגירושין בטל הוא, וכן פסקנו הלכה למעשה והסכימו חכמי פאס.

וכן כתבו בספר ישמח לבב ח"א אה"ע סי' כד, בספר שושנים לדוד (להג"ר דוד צאבא) אה"ע סי' ל ובספר דברי אמת (להג"ר ידידיה מונסוניגו) אה"ע סי' קלג ד"ה ולדידן.

בנידון זה יש עוד לציין, מאחר שחייב זה של תשלום 10,000 שקל לחודש נקבע בהסכם כחייב דמי מזונות, לגביו כשיש איחור חוב בתשלום המזונות, ניתן לאכוף את התשלום בהוצל"פ לרבות במעצר בגין אי תשלום. הרי שהכפייה הצפויה, אינה מצטמצמת רק לתשלום קנס, אלא אף יכולה להיות כרוכה באיום במאסר.

המהריב"ל ח"ב סי' יח כתב:

"מסתברא לי דאין כופין אותו ... לא בשוטים ולא בנדוי ולא בחרמים, דכמה עברו על שבועתם ולא נענשו, ומצינן למימר דהאי גברא לא אסיק אדעתיה כשנשבע שיכפוהו על שבועתו בשוטים או בסילוא דלא מבע דמא, ואדעתא דהכי נשבע, ואי כפינן ליה הוי אונס שלא הביאו הוא עליו".

וכן הסכים בתשובת מוהר"י הלוי כלל ב' סי' יא.

הרי שמהריב"ל קבע, שגם אם על פי ההלכה ניתן לגבות את הסכום שבו התחייב בהסכם, וזאת בהתאם לשיטת מהרי"ק שהביא הרמ"א, שמימוש החיוב אינו משליך על כשרות הגט. אולם אם לא עלה בידינו לגבות חוב זה מרכושו, אין לנקוט נגדו באמצעי אכיפה שלא התחייב בהן בזמנו כי בזמנו בעת ההסכם לא העלה על דעתו שיאחזו נגדו

ומ"ש התשב"ץ... זהו דווקא בשאין הכפייה תלוי בגירושין, שהרי גם אם לא יגרש כ"ש שיחויב בפריעת הכתובה, אלא שהם רוצים לוותר לו פירעון הכתובה בעבור שיגרש, וכיון שכבר הוא מחוייב ממון זה, הו"ל כאילו נטל ממון או מחילת החוב. מה שאין כן כשעיקר חיוב הקנס תלוי בגירושין, שאם הוא מגרש לא חל עליו חיוב כלל, דהו"ל כהצלת הפסד דחשיב אונס כמ"ש הרשב"א.

כך פסקו גם אחרונים רבים נוספים, שדברי הרשב"א לפסול את הגט נאמרו גם בקנס שאדם חייב בו על פי דין. כן כתבו בספר תורת גיטין סי' קלד ס"ד; שו"ת ברכת רצה (לרב צבי הירש אורנשטיין ז"ל מלבוב) סי' קכד; עטרת שלמה (להג"ר שלמה שמשון קרליץ זצ"ל) ח"ב סי' טו. וכן דעת האבני נזר (אה"ע סי' ח; חו"מ סי' קלח). עיי"ש שדן בבעל שאשתו שוטה וקיבל היתר לשאת אחרת, ומבקשים להבטיח מתן הגט לראשונה במקרה שתחזור ותתרפא, ומבקשים ממנו שייתן וועקסיל (שטר חיוב) שאם תשתפה ולא ירצה ליתן גט מחדש שיתחייב לשלם הוועקסיל, והעלה שלא לעשות כן מפני שהכריע כשיטת הרשב"א והעלה בסוף דבריו "על כן אין לעשות שום בטוחות על הגירושין מחדש, רק להשליש גט ביד שליח".

וכן פסק בית הדין הגדול בהרכב הדיינים: הגר"י נסים זצ"ל, הגר"ש אלישיב זצ"ל והגר"ב זולטי זצ"ל. באותו מקרה התחייב הבעל בהסכם לשלם מזונות גבוהים פי שניים מהסכום האמור להיות משולם בלא התחייבות זו. וכך נכתב שם (פד"ר כרך ב' עמ' 14):

ב"כ האישה טען לפנינו כי הסכום 270 ל"י לחודש שנקבע ע"י ביה"ד האזורי למזונות הוא פסק דין צודק, ונקבע על שיקולים יסודיים, ואין למצוא כל פסול בשיקולים אלה. יוצא אפוא שהסכום 500 ל"י לחודש שחייב עצמו הבעל במקרה שיתחרט, הוא בתור סנקציה וקנס שהטיל הבעל על עצמו, אם לא ימלא אחרי תנאי ההסכם. וא"כ במקרה שהבעל היה מקיים את תנאי ההסכם והיה נותן את הגט במועד שנקבע היה חשש פסול על הגט שהוא גט מעושה... למעשה לכתחילה יש לחוש בכל מקרה לחשש גט מעושה, ויש להימנע מלאשר הסכם של גירושין אשר בו מתחייב הבעל בקנס אם יתחרט מלתת את הגט.

וכן כתב גם הג"ר שאול ישראלי זצ"ל (חוות בנימין ח"ג סי' קיא), וביאר שם את דינו של הרשב"א כדלהלן:

בהא דהרשב"א אין מקבל על עצמו החיוב בקנס אלא כשלא יגרש, אז נמצא שאינו פוטר עצמו מחוב על ידי גירושין, אלא מונע חלות החוב, בזה הוא דנוקט הרשב"א, דזהו גדר 'תליוהו ויהיב'. ולא כן בהא דהתשב"ץ, שהחוב קיים ועומד עליו ואינו מותנה בשום תנאי, כגון חוב הכתובה וכיו"ב, ועל ידי מעשה הגירושין נמחל לו החוב, כי אז הרי זה כמו 'תליוהו וזבין', כי יש כאן קבלת התמורה המלאה עבור מעשה הגירושין, ובזה אמרינן שפיר 'אגב אונסא וזווי גמר ומגרש'... ומ"מ הקנס אינו אלא כתוצאה מאי הגירושין ועל כן רואה זאת הרשב"א כגט מעושה.

ראיה מדברי מהרשד"ם ומהריב"ל לנידון הסכם קדם נישואין הכולל תשלום קנס בנסיבות של תביעה להתגרש. וז"ל מהרשד"ם:

"מ"מ נראה ודאי דאין להביא ראיה מהתם דדוקא התם שהוא מעצמו (קדש) [קנס] עצמו כו' כנז' הוא דאמרינן דלא הוי כפיה אבל הכא שכשנשבע לקיים גזרת הנבררים אולי הוא לא עלה בדעתו שיגזרו עליו לגרש ואח"כ כשראה עצמו נתפס בשבועה הוכרח מכח השבועה לגרש והוי אונס ועדיף ממ"ש בעל התשובה הנז' בשם רבותינו מצרפתיים שאם נשבע ליתן גט צריך שיתירו לו קודם שלא יהיה דומה לאונס". עכ"ל.

דהיינו בעת שנשבע לקיים גזירת הנבררים נושא הגירושין לא עמד על הפרק אצלו כנושא שיהיה חלק מפסק הנבררים, וממילא שבועתו אינה מתייחסת לאפשרות שיתן גט.

וכן בשו"ת מקור ברוך סי' ט', כתב:

"יכול לומר אני לא קבלתי לדיין אלא לפשר בלא גירושין, אבל לכופי לגרש לא עלה על דעתי, וכן מצאתי להמהרשד"ם שכתב כן בפירוש בטור אה"ע מתשובותיו סי' ס"ג".

וכן מהריב"ל ח"ב סי' יח בתשובתו קובע שהגם שנשבע לחלוץ אך לא העלה על דעתו שיכפוהו בעונשי גוף לקיים שבועתו, ואין זה חלק מהסכמתו הראשונה.

דהיינו הן אצל מהרשד"ם והן אצל מהריב"ל, בעת השבועה לא עלה על דעתו את אותו דבר שכעת מבקשים לכפות עליו, ואנו מקבלים שהדבר נכון מההיבט העובדתי. אך כל זה אינו ענין להסכם קדם נישואין שהכל יודעים שההסכם ימומש אם הבעל יתבקש לתת גט ויסרב ועל דעת כן התחייב בממון המפורט בהסכם. לכן גם אם לא צפה שיגיעו לגירושין הרי עכ"פ ידע מראש שעניינו של ההסכם להתייחס לאותן נסיבות שקיים סיכוי שיתממשו ושיגיעו לגירושין, ולכן תשובות תשובת מהרשד"ם ומהריב"ל אינן סיעתא לשוללים את ההסכם הנידון, אלא שיש לשלול זאת על יסוד טענות אחרות שאכמ"ל בהן.

באמצעים אלו, ולכן אין זה נחשב אונס שהבעל הביא על עצמו. ויש להוסיף כי גם במקרה שהיה מתחייב בפירוש שאם לא יתן גט יינקטו נגדו אמצעי כפייה שיש בהן עונשי גוף, כגון מאסר, הרי שעל פי ההלכה אין תוקף משפטי להתחייבות ביחס לעונשי גוף, ולכן השימוש בהם במגמה להביאו למתן הגט, נחשב פייה לכל הדעות.

עיינ עוד בספר עטרת דבורה חלק א' סי' עה שם הובאו דעות הפוסקים בנידון זה, והובהרה שיטתם.

בהתאם לאמור, ובהתאם להנחיית בית הדין הגדול בפסק דין הנ"ל בפד"ר ב' עמוד 14, בית הדין לא יוכל לאשר לצדדים להתגרש אף בהסכמה, כל עוד עומד בתוקפו סעיף המחייב את הבעל בקנס עקב סירובו לתת גט.

לפיכך כל עוד לא ניתנה החלטה שהבעל חייב בתשלום 10,000 שקל לחודש למילוי חובתו במזונות אשתו על פי הדין האישי, ולחילופין בהיעדר פסיקה לכפיית הבעל בגירושין, הגט ייחשב כגט מעושה שלא כדין, ולא יהיה אפשר לסדר גט.

לאור האמור, על הצדדים להגיש לבית הדין הסכם חתום ולפיו סעיף 47 הנוכח מבוטל וחסר תוקף, ולאחר אישור ההסכם לא תהיה עוד מניעה לזמנם לסידור הגט.

**עד כאן מפסק הדין בנידון הנזכר.**

בשולי הדברים: ביחס להסכמי קדם נישואין הכוללים חיובי מזונות גבוהים בגין סרבנות גט, הדברים התבררו באריכות בעטרת דבורה חלק א' סי' עה. אך אציין כי במסגרת הפולמוס כנגד ההסכמים, עלו טענות שגויות, ולהלן ממה שכתבתי לרב אחד שמצא לנכון לטעון כנגד ההסכמים מכח תשובת מהרשד"ם אה"ע סי' סג.

לכב' הרה"ג הרב ... שליט"א

עיינתי בדבריך, בספר ... אודות הסכם קדם נישואין. לעת עתה מצאתי לנכון להעיר לכת"ר אודות קישור דברי מהרשד"ם חלק אבן העזר סימן סג ומהריב"ל שהובאו בדבריך, ונגרר אחריו הרב משה שטרנבוך בחוות דעתו שפרסם לאחרונה כנגד הסכמי קדם נישואין, ולענ"ד אין

## סימן עז

### הגבלת קיום מצוות לסרבן גט שנפסק לכופו בגירושין

ב. בזמנו כבר ניתן צו הגבלה, לרבות ההגבלה הקבועה בחוק: "להחזיק חפצים אישיים בבית הסוהר או בבית המעצר, למעט חפצים הדרושים לשם שמירה על בריאותו ומסמכים הקשורים לחקירתו או למשפטו". בהחלטת בית הדין נקבע כי "במסגרת הגבלה זו בית הדין מורה לשב"ס למנוע מהנתבע להחזיק אצלו בתא המאסר כל חפץ שאינו דרוש לשמירה על בריאותו, וכל מסמך שאינו מסמך הקשור לחקירתו או למשפטו. על יסוד ההחלטה הנוכחת ובמסגרת צווי ההגבלה שכבר הוטלו על הנתבע, כל ספר, לרבות ספרי

א. התקיים דיון נוסף בתביעת האשה לגירושין ולהחמרת צווי ההגבלה. בדיון זה בית הדין חזר ושמע את עיקרי טענות הצדדים, והתברר שהבעל עומד בסירובו לתת גט וללא כל הצדקה.

פסק הדין הראשון לכפיית הגירושין כבר ניתן לפני 17 שנה ואין ספק שבנסיבות המתוארות עיכוב הגירושין בפרק זמן של עשרים שנה, אינה אלא התעללות חמורה באשה, ואין מנוס אלא להחמיר את צווי ההגבלה במידה המירבית שהחוק מאפשר.

הרי שניתן לאסרו במאסר צר, ובדרך המפורטת בדברי הרא"ש, עם כל ההשלכות הנגזרות והמונעות ממנו להשתתף עם הציבור בתפילה וכיוצא ב.

ובתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' רמד, כתב:

שאלה מנהג באלו הארצות במי שרואין אותו שאינו נוהג כשורה ואינו שומע לקול מוכיח שמנדין אותו שלא יזמן לא בג' ולא יתפלל בעשרה. ולא יקברו לו מת ואפי' היה מת קטן או שנולד אחר הנדוי. לא ימול לו בן. הודיעני לענין קבורת המת והמילה אם כנשבע לבטל המצוה ואם לאו.

תשובה. כל שכוללים דברים המותרים עם דברים האסורים כגון אלו השבועה חלה על דבר מצוה כברשות... ועוד למגדר מילתא ב"ד מתנין לעקור דבר מן התורה לעשות סייג. כדאיתא בהאשה רבה. דגרסינן התם א"ר אלעזר בן יעקב שמעתי שב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה. ולא לעקור דבר מן התורה אלא לעשות סייג לתורה. ומעשה באדם אחד שרכב על סוס בשבת וכו'. ושוב מעשה באחד שהטיח באשתו תחת התאנה וכו'. ואסיקנא מגדר מילתא שאני".

הרי שהרשב"א מתייחס למנהג שנהגו ביחס למי שנהג שלא כשורה ואינו שומע לקול מוכיח, למנוע ממנו תפילה במנין ואף למול את בנו, וכיוצא ב, ק"ו בנידון חמור כנידון זה. ובשו"ע יורה דעה סי' שלה סעיף י' פסק להלכה תשובה זו, וכתב:

"אם ראו בית דין לנדון שלא יזמן בשלשה ולא יתפלל בעשרה ולא יקברו לו מת ולא ימולו לו בן, רשאים הם".

וברמ"א שם סעיף ו':

"ויש רשות לבית דין להחמיר עליו שלא ימולו בניו, ושלא יקבר אם ימות ולגרש את בניו מבית הספר ואשתו מבית הכנסת, עד שיקבל עליו הדין".

ובספר כנסת הגדולה שם הגה"ט סי' קלו הוסיף:

"בנידון שהוא היה היתום איש רע מעללים ובליעל ומלגלג על דברי חכמים... מנעו אותו לומר קדיש. ופשיטא דכל שעושין ב"ד לקנוס, אע"פ שמעכבים אותו מלעשות מצוה מפורשת מן התורה... וראיה מתשובות המיוחסות לרמב"ן".

וכתב על דבריו בתשובת חקקי לב להגר"ח פלאגי סי' ה': "הרי נראה מדבריו שיכולים בית דין לקנוס למי שהוא רשע ורע מעללים שלא יקיים המצות עשה מן התורה בדרך של קנס, וחיליה מדברי תשובות המיוחסות הנ"ל".

ועי"ש שהאריך מאד לברר האם יכולים להכניס למאסר, לווה שיש בידו לפרוע חובו ומתחמק, לרבות למאסר קשה שיש בו טינופת המונעת ממנו תפילה ולימוד תורה, וכתב צדדים לכאן ולכאן, ולבסוף כתב שיש להימנע מכך ולהותירו במאסר שאין בו טינופת זו. אך היינו רק בנידון לווה רשע שאינו משלם, אך בשאר דברים לא פקר. אך במקרה כנידון דנן, מסתבר שלא היה מורה להימנע אף מכך. אבל למעשה בנידון זה הנתבע לא יהיה מנוע מתפילה לעצמו, ובזה פשיטא שהחקקי לב לא היה מסתפק שיש

קודש מכל סוג, וכן כל חפץ אחר, יילקחו מהנתבע ויופקדו למשמרת בהנהלת בית הסוהר עד למתן הגט".

בפני בית הדין מכתבו של מפקד בית סוהר ונוכחנו שהוראה זו אינה מבוצעת ככתבה וכלשונה, ואנו שבים ומורים לשב"ס למלא בהקפדה אחר צווי ההגבלה, ולמנוע מהנתבע החזקת כל ספר לרבות ספרי קודש. וככל שהאסיר יוכל לקבל טלית ותפילין מבית הכנסת בבית הסוהר, יש למנוע ממנו מלהחזיק בטלית ותפילין אישיים. וכן יש למנוע ממנו החזקת כרטיס חיוג שבאמצעותו ניתן להשתמש במכשיר הטלפון העומד לרשות האסירים. וכן יש למנוע ממנו את זכות השימוש בטלפון העומד לרשות האסירים.

בנוסף בהתאם לסעיף 3א. (א) לחוק בתי דין רבנים (קיום פסקי דין של גירושין) התשנ"ה - 1995, וכן ס"ק ה' לאותו חוק מחליט בית הדין להורות לשב"ס להחזיק את הנתבע בבידוד לתקופה של 14 ימים בשני פרקי זמן. ובנוסף, וככל שלא תוגש מטעם הנתבע הודעה על הסכמתו לתת גט, בית הדין ידון ביחס לתקופות בידוד נוספות.

כמו כן, לא יאושר לנתבע לצאת לבית הכנסת בשעות התפילה לרבות בתקופות שבהן אינו מוחזק בבידוד. מפקד בית סוהר, מתבקש לדווח לבית הדין תוך 15 יום ביחס למימוש צו ההגבלה כאמור לעיל, ומתן ההוראות המתאימות ביחס לבידוד כאמור.

### נימוקים הלכתיים להחלטה הנוכחית:

במסכת מועד קטן דף טז עמוד א' ביחס למי שאינו ציית דינא נאמר:

"ומגלן דכפתין ואסרינן ועבדינן הרדפה, דכתיב הן למות הן לשרושי הן לענש נכסין ולאסורין. מאי לשרושי אמר אדא מרי אמר נחמיה בר ברוך אמר רב חייא בר אבין אמר רב יהודה הרדפה".

וכתב רא"ש שם פרק ג סי' ה':

"גירסת הגאונים מאי הרדפה אמר רב פפא נצבי דקני פירש גאון שקושרין קנים זו לזו וחובשין אותו ביניהם כדי שלא יעמוד בבית האסורין בריוח ולא ילך לכאן ולכאן, וגם לא יוכל לחכך כעין קסדא שעושין לחבושים".

וכן כתב הרמב"ם הלכות סנהדרין פרק כד הלכה ט':

"וכן יש לו לכפות ידים ורגלים ולאסור בבית האסורים ולדחוף ולסחוב על הארץ שנאמר הן למות הן לשרושי הן לענש נכסין ולאסורין".

ועפ"י זה, בתשובת ריב"ש סי' שמח פסק כפיית גירושין בנידון שבאותה תשובה, וקבע שדרך הכפייה היא: "מכין אותו עד שיאמר רוצה אני". והוסיף הריב"ש תוספת הרלבנטית לימינו:

"אמנם אם אין יכולת בידכם להכותו לכופו בדרך זה וגם לא על ידי עובדי כוכבים, עשו לו כפיה אחרת, אם לאסרו במאסר צר, אם לנדונו ולעשות לו הרדפה".

והובאו דבריו בתשובת ראנ"ח סי' מ"ב ובתשובת מהרח"ש ח"ג סי' נד.

לנהוג כן. ובכל מקרה בידו של הנתבע לקבל את המבוקש על ידו מיד כשיתן גט.

אך כל עוד עומד בעיקשותו ומתעלל באשתו פרק זמן כה ארוך כמפורט לעיל, הוא גרוע יותר מכל הזכרים לעיל.

### סימן עח

## הליך פלילי נגד סרבן גט שבית הדין פסק לכפותו בגירושין

על פי החוק הסמכות להרשעה בפלילים מטורה לבית המשפט בלבד, ובמקרה זה, בית המשפט יוכל להרשיע את הבעל בעבירה על הוראות החוק הנזכר, וצפוי לשנתיים מאסר, או אף לארבע שנים אם יוחלט שעבר על סעיף 287(ב) לחוק.

**האם הליך פלילי במקרה זה ייחשב לכפייה שלא כדין על גט יצוין,** המאסר אשר יושת על הבעל עקב הרשעתו בפלילים, נקבע כעונש בגין מעשיו שאינו מציית לפסק דינו של בית הדין שהורה לחייבו ולכופו לגירושין. דהיינו המאסר שכבר נפסק על ידי בית הדין, מעצם טיבו נועד ללחוץ על הבעל כדי שיתן את הגט ועם מתן הגט מתבטל צו המאסר, וזאת על פי סעיף 5 לחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) תשנ"ה-1995. לעומת זאת, העונש הניתן בגין הרשעה בפלילים, מהבחינה המשפטית, אינו חייב להתבטל עם מתן הגט, אף כי יתכן שתימצא הדרך לקצר את עונשו של הבעל לאחר שיינתן הגט, וכפי שנקבע בהנחיות הני"ל. כידוע עונש מסוג כזה, אינו מצוי בדין תורה, כמ"ש בשו"ת קול מבשר ח"א סי' פג.

עלינו לדון בנסיבות אלו שכבר נפסק דינו של הבעל בבית הדין לכופו בגירושין, האם תוספת הרשעה כזו, תיחשב כפייה שלא כדין על הבעל, שאם כן, לא יהיה ניתן לסדר גט כשהגט ניתן בעקבות כפייה מהסוג הזה.

מצד אחד, בית המשפט כופה את הבעל בעונש מאסר בגין אי ציות לבית הדין, שפסק לחייבו ואף לכופו בגירושין, וייחשב כאומר לו "עשה מה שבית דין של ישראל אומר לך". מאידך, הדבר נעשה באמצעות כפייה בדרך של ענישה למאסר קצוב, ולא בדרך של כפייה עד שייתן גט בלבד, כפי שהדבר על פי ההלכה ש"כופין אותו עד שיאמר רוצה אני". למרות שאין ספק שהכפייה נועדה להביא למימוש פסק דינו של בית הדין.

סיכומו של דבר, בפנינו חלופה של כפייה באמצעות פסיקת בית המשפט שיורה על מאסר שאינו קבוע בהלכה, אך הן מצד בית הדין והן מצד בית המשפט, המאסר נועד להביא לציות לפסק דינו של בית הדין.

#### כפיית גירושין באמצעות ערכאות

במשנה במסכת גיטין דף פח עמוד ב':

"גט מעושה, בישראל כשר, ובעובדי כוכבים פסול, ובעובדי כוכבים, חובטין אותו ואומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך וכשר".

התקיים דיון נוסף בתביעת הגירושין, של האישה נגד בעלה המרצה כחמש עשרה שנה בכלא, בגין סרבנותו לתת לה גט. התובעת ביקשה לנקוט בהליכים שיאפשרו לקבוע את מעמדו של הנתבע כאסיר פלילי על כל ההשלכות הכרוכות בכך, וזאת כאמצעי לחץ נוסף עליו לתת את הגט. במהלך הדיון הנתבע בחר שלא להגיב ושלא להוציא מפיו אף לא מילה אחת, ובכך מנע מעצמו את האפשרות שניתנה לו להגיב על הבקשות.

במקרה זה שכבר התייחסנו אליו לעיל סי' עז, פסק הדין הראשון לכפיית גירושין כבר ניתן לפני מעל 15 שנה, ואין ספק שבנסיבות הללו, עיכוב הגירושין על ידי הבעל מזה עשרים שנה, מהם כ-15 שנה שהבעל בכלא, אינה אלא התעללות קשה חמורה ומתמשכת באישה. לאחר שהמאסר הממושך וכל צווי ההגבלה הרלבנטיים שכבר הוטלו על הבעל, לא הועילו, אין מנוס אלא להחמיר על הבעל את האמצעים הננקטים ביחס אליו, במידה המרבית שהחוק מאפשר.

ביחס לבקשה זו לפתוח בהליכים לקבוע את מעמדו של הנתבע כאסיר פלילי, המגמה היא להכביד על תנאי כליאתו של הבעל בהיותו אסיר פלילי יחסית למעמדו הנוכחי כאסיר אזרחי, ועלינו לברר את ההיבטים ההלכתיים הכרוכים בקביעה זו.

#### הבסיס החוקי להליך פלילי במקרה הנדון

הבסיס החוקי לקביעת מעמדו כעבריין פלילי, קרי הרשעתו בפלילים, מעוגן בסעיף 287 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 שבו נקבע כדלהלן:

"287. (א) המפר הוראה שניתנה כשורה מאת בית משפט

או מאת פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו ענין, דינו - מאסר שנתיים.

(ב) המפר הוראה מהוראות צו שניתן מאת בית משפט לשם הגנה על חיון, גופו או שלומו של אדם אחר מפני המפר, דינו - מאסר ארבע שנים."

עוד יצוין להנחיית פרקליט המדינה מספר 2.2 מיום ט' חשוון תשע"ז (10.11.16) שניתנה תחת הכותרת: "מדיניות העמדה לדין וענישה בגין אי קיום צו שיפוטי של בית הדין הרבני למתן או קבלת גט". ובה נקבע כי על יסוד הוראת החוק הנזכרת, ובנסיבות שבהן בית הדין כבר פסק כפיית גירושין וחלפו 60 יום ולא ניתן הגט, קיימת אפשרות שיחל הליך פלילי כנגד הבעל לאחר שהפרקליטות תגיש בקשה מתאימה לבית המשפט, ובכפוף להיוועצות מוקדמת עם המחלקה המשפטית של הנהלת בתי הדין, כדי למנוע שהליך זה יביא ל"גט מעושה" שלא כדין.

וכתב בחידושי הרשב"א (שם):

"גט מעושה בישראל כשר ובגויים פסול ובגויים חובטים אותו ואומרים לו עשה מה שישראל אומר לך כשר. פי' ובגויים פעמים הוא כשר אם אומר לו עשה מה שחכמי ישראל אומרים לך דעכשיו אין הגוי אלא כמקל ורצועה לבית דין של ישראל ושלוחו של ב"ד, ואין מדקדקין בשליח שהוא חובט אם ישראל אם גוי".

וכן כתבו בחידושי הריטב"א והר"ן (על הרי"ף).

והוסיף הרשב"א בתשובה, תשובות החדשות (מכתב יד) סי' ריד, בביאור הלכה זו:

"ואין משגיחין בשליח החובט אם גוי או ישראל, דלפניהם לא נאמר אלא לדין ולהוראה, אבל לא לחבטת המקל והרצועה, שאלו אפילו על ידי הדיוטות ואפילו על ידי גוים, וכן כתב הרב בה"ג ז"ל".

וכן בהגהת הב"ח על הרי"ף בפרק תשיעי בגיטין:

"אבל לפי המסקנא, החיכות והכפייה לאו בכלל משפט הוא".

ועיין בשו"ת קול אליהו ח"ב אה"ע סי' כב שהביא מכמה פוסקים שלענין הלכה זו, גם הדיוטות ישראל דינם כגויים, וכמפורש בתשובת הרשב"א הנוכרת.

בגדר הלכה זו נחלקו ראשונים, הביא דבריהם הטור אבן העזר סי' קלד, וז"ל:

"אבל אם ב"ד של ישראל כופין אותו ע"י עכו"ם ואומרים לו עשה מה שב"ד ישראל אומרים לך, וכופין אותו על כך הוי גט. וכתב הרמ"ה דוקא בזה הלשון, אבל אם עכו"ם כופין אותו ואומרים לו תן גט, אף על פי שישראל אומר להם לכופו פסול, ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל, דכיון שישראל אומר להם לכופו, אפילו אם העכו"ם אומרים ליתן גט, כשר".

ועיין בב"ש סי' קלד ס"ק טו שביאר את דעת השו"ע שפסק כשיטת הרא"ש, וכן פסק בסמ"ע סי' כו סק"ה.

אמנם בספר מכתב מאליהו שער ז' סי' יד כתב שאין הכרעה במחלוקת זו ונותרה ספיקא דדינא, אך בספר יד אהרן אה"ע סי' קלד אות כ' ובספר אמרות טהורות על אה"ע סי' קלד דחו דבריו ע"ש. וכן בספר שער המלך פ"ב מגירושין ה"כ דחה את פירוש המכתב מאליהו בדעת הרמב"ם.

ובספר מעשה רקח על הרמב"ם פ"ב מגירושין ה"כ, כתב בשיטת הרמב"ם:

"הרב בית יוסף כתב שדעת רבינו כדעת הרא"ש, דכיון שישראל אומר להם לכופו אפילו אם הגוים אומרים ליתן גט כשר, ואף שאין זה מבואר בדברי רבינו, מ"מ כבר הורה זקן".

ועיין בספר כפייה בגט עמ' קמה שכתב שרוב מנין ורוב בנין של הראשונים הולכים בשיטת הרא"ש, ועיין שם באות יד שהאריך בביאור השיטות.

נראה לבאר, גם אליבא דהרמ"ה, למרות שבית דין של ישראל כבר פסק כפיית גירושין, הריעותא היא כשגם הגויים מצד עצמם פוסקים את הדין שהבעל חייב לתת גט, מכיוון שהגויים כופים את הבעל על הדין שהם פסקו, ואינם אומרים "עשה מה שישראל אומרים לך", אין כאן "לפניהם",

אלא "לפני ערכאות". ובנסיבות אלו הבעל הכפוי מבין שהכפייה נועדה לממש את פסק דינם של הגויים, לכן אין זו כפייה לשמוע דברי חכמים. ועיין בתשובת החתם סופר חלק חו"מ סי' קעו שלכפות הוצאת אשה מבעלה זהו בגדר "משפט", היכול להיעשות רק "לפניהם", דהיינו באמצעות בית דין של ישראל, ולא באמצעות ערכאות. ואילו לדעת הרא"ש, מאחר ולמעשה עוד קודם לכפיית הגויים, כבר פסקו בבית דין של ישראל לכופו בגט, הרי שגם בכה"ג אנו רואים את הגויים רק כ"מקל ורצועה" של בית הדין, כמו שנקטו בלשונם הראשונים הנזכרים לעיל, ובכך הבעל כפוי לקיים מצוות חכמים שהורו לו לגרשה, וכבר אין ריעותא במה שדנהו בערכאות.

בלשון אחרת, הרמ"ה והרא"ש נחלקו בכה"ג שבית הדין של ישראל פסק לכופו את הבעל לגירושין, ולאחר מכן הגוי כפה אותו לתת גט מצד דינם, והגוי אדעתא דנפשיה עביד, ולא אדעתא לקיים את פסק הדין של בית הדין. הרמ"ה סובר שמאחר שהעכו"ם אינם מעשים את הבעל בשליחות בית הדין לא מהני. ואילו לדעת הרא"ש מאחר ועוד קודם לעישוי ב"ד של ישראל כבר פסקו עליו שדינו בכפיית גירושין הרי כל מי שיוציא לפועל כפייה זו, לרבות ערכאות של גויים, יחשבו כידא אריכתא של בית הדין, גם אם לא יאמרו כן.

לפי זה נידון דנן עדיף, וגם אליבא דהרמ"ה בנידון זה אין ריעותא, מאחר שבבית המשפט לא יתקיים דיון משפטי לגופה של תביעת הגירושין, והכפייה שתיעשה באמצעותם אינה אלא "מקל ורצועה" לממש את פסק דינו של בית הדין. על כן נראה שאין לחוש גם אליבא דשיטת המכתב מאליהו שסבר שאין הכרעה במחלוקת הרא"ש והרמ"ה.

יצוין לדברי המכתב מאליהו שכתב:

"הא דאמרין דבדיני גוים פסול ולא בטל, היינו דוקא כשכבר עמד לפני דיני ישראל וחיבוהו לגרש אז הוא דאם הכריחוהו דיני גוים מעצמם לגרש וגירש הוי גט פסול".

הרי שהריעותא היא דוקא אם "הכריחוהו דיני גוים מעצמם", משא"כ בנידון זה.

לתוספת ביאור בשיטת הרמ"ה והרא"ש נציין לדברי הטור חו"מ סי' ב' שכתב:

"אף על פי שאין דנין בחוצה לארץ דיני נפשות ודיני מכות ולא קנסות, אם ראו בית דין שצורך שעה הוא שהעם פרוצים בעבירות דנין בין מיתה בין ממון בין כל מיני עונש. ואם הוא אלם חובטים אותו על ידי עכו"ם, ואומרים לו עשה מה שישראל אומר לך"

ובדרישה (שם):

"חובטין אותו על ידי גוים כו'. משמע שצריך שהגויים יאמרו לו עשה כפי מה שיפסקו עליך ישראל, אבל אם הגויים עצמן כופין אותו תן לו כך וכך אסור על ידי גויים. וקשה דבאבן עזר סימן קל"ד כתב רבינו בשם הרא"ש ז"ל דכיון דישראל אומר להם לכופו אפילו אם הגויים אומרים ליתן גט כשר עכ"ל, ואם כן האיך סתם כאן נגד הרא"ש אביו. וי"ל דשאני הכא שאם היו



העולה מדברי הדרישה והסמ"ע, שהתנאי הוא שקודם לכן יהיה פסק דין של בית דין של ישראל, ואז לאחר מכן יכול להוציא על ידי דייני עכו"ם והם כשוטרים של דייני ישראל, ומעמדם זה נקבע מאחר והם פועלים את פעולתם לאחר שכבר ניתן פסק דין בבית דין של ישראל.

מצינו בראשונים שההלכה בדיני ממונות נלמדת מההלכה בגיטין. בבית יוסף חו"מ סי' כו הביא מספר התרומות, וז"ל:

"וזה לשון ספר התרומות בשער ס"ב (ח"א סי' ג) והוא דאמרין דאין המלוה רשאי לכוף בפני גויים, דוקא דליתיה אלם ורוצה לקבל דינו לפי מה שידונו עליו דייני ישראל, ואפילו אם היה אלם ולא רצה לבא לבית דין אסור להביאו לדייני גויים, אלא לאחר סירובו בית דין של ישראל כותבין אדרכתא על נכסיו, ואם הוצרך לכך יבא לפני גויים והם מכריחין אותו למה שדנו לו דייני ישראל, דכי האי גוונא ליכא משום לפנייהם ולא לפני גויים כדאמרין בעישוי דגט"

וכן הוא בתשובת הרשב"א חלק ה' סי' קעא:

"אבל לזה אלם שלא רצה לבא לב"ד אסור להביאו לפני עובדי כוכבים לדון. אלא ב"ד של ישראל כותבין אדרכתא על נכסיו ואם הוצרך לכך לדון לפני עובדי כוכבים והם מכריחין אותו למה שדנו לו דייני ישראל מותר. דככי האי ליכא לפנייהם ולא לפני עובדי כוכבים כדאיתא בגיטין"

וכן בביאור הגר"א חו"מ סי' כו סעיף ב' באר את ההלכה המתירה לתבוע בערכאות את מי שמסרב לדין תורה והתובע נטל רשות מבית הדין, וכתב:

"גיטין שם ובנכרין חובטין, וכו'ל".

וכתב הראי"ה קוק זצ"ל בספרו באר אליהו על ביאור הגר"א: "ונראה שדברי רבינו מכוונים הם לדברי הטור באה"ע סי' קלד שכתב דלא כדברי הרמ"ה דס"ל דהא דכשר בכפיית נכרים ע"פ ב"ד ישראל שהוא דוקא כשאומר הנכרי בזה הלשון עשה מה שישראל אומר לך, אבל אם אומר תן גט אע"פ שהוא מחויב ליתן גט בדיני ישראל לא נפיק בזה מכלל לפנייהם ולא לפני נכרים. והטור כתב ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל, דכיון שישראל אומר להם לכוף, אפילו אם הנכרים אומרים ליתן גט ולא בלשון עשה מה שישראל אומר לך ג"כ כשר. והנה לדעת הרמ"ה א"א כלל לומר דהך דהכא שע"י נטילת רשות מב"ד הולך אצל ערכאות יהיה יוצא בזה מכלל "לפניהם", כיון דאין הערכאות אומרים עשה מה שישראל אומר לך, אלא הם דנים מדעת עצמן את אשר בא לפנייהם. אמנם גם לדעת הרא"ש ג"כ קשיא דהא עכ"פ מצריך הוא שיהיה אומר הישראל לערכאות לכוף, וכאן מותר לתובע לקבול בערכאות אפילו כשאין ב"ד אומר לערכאות לכוף, אלא הם עושין לגמרי על דעת עצמן. וצריך לומר דכיון שנתנו רשות לתובע לקבול בערכאות הוי כאילו אמרו להם ב"ד של ישראל שיכפו אותו."

העולה מדברינו: לשיטת הרא"ש, העיקר תלוי בכך שהפסיקה כבר ניתנה על ידי בית דין של ישראל, וככל שהערכאות של גויים רק כופין על פסק הדין של ישראל, בין בדיני ממונות ובין בדיני גיטין, אנו מתייחסים אליהם

הגויים אומרים לישראל תן ממון זה לישראל חברך שאתה חייב ליתן לו מן הדין נמצא שהיה הדין נעשה ונגמר על ידי גויים, וזה ודאי אסור כדלקמן סימן כ"ו (ס"ב) אבל התם, אף על פי שגויים יאמרו לו תן גט לאשתך, מכל מקום אין הגט נעשה על ידי גויים, שהרי אחר כך יכתב ויחתם על ידי ישראלים."

דהיינו, מאחר והעיקר הוא שהדין והמשפט יעשה "לפניהם" ולא "לפני ערכאות", מאחר ובסופו של דבר הגט יינתן בבית דין של ישראל, בכך הדין והמשפט שנעשה מתייחס לבית דין של ישראל ולא לגויים. משא"כ בממון, שההליך יושלם אצל הערכאות של גויים.

ועיין בספר חיי רבינו העשיל מקראקא על הטור חו"מ סי' ב' שהסכים עם תירוצו זה של הדרישה.

בתירוצו השני כתב הדרישה:

"ועוד י"ל דמה שחובטין אותו על ידי גויים בדיני ממונות ממה שאמרו בגיטין ילפינן ליה, כמו שכתב גם ב"י, לפיכך לא חש רבינו להאריך כאן בפרטי דינו וסמך אמה שכתב באבן עזר בהלכות גיטין דשם מקום הדברים, ואיכא בינייהו בין הני תרי שינויי לדינא וצ"ע. וממה שכתב רבינו לקמן סימן כ"ו משמע כשינויא בתרא".

ובפרישה ודרישה מכת"י, שבטור הוצאת "מוסדות שירת דבורה", בהסכימו לתירוץ השני, הרחיב את הדברים, וכתב בתירוצו השני בלשון זו:

"אבל יותר נראה, דגם כאן חולק הרא"ש, כיון דכבר נתחייב בדיני ישראל שהרי אומרים לגויים לכופו לשלם, תו לא מקרי משפט הגוי, אלא הגויים הם כשוטרים של דייני ישראל, ואדרבה אפשר דגם כאן הרמ"ה מודה, ומשום הכי סתם רבינו ופשוט ל"י שאין חילוק כאן. ומ"ש עשה מה שישראל אומר לך ר"ל כמ"ש בפרישה (וז"ל בפרישה: "אומרים לו עשה כו' לאו דוקא קאמר, דהוא הדין דמותר לומר לגויים לכופו עד שיפרע, אלא הכי קאמר עשה ושלם לו כסך שנתחייב בדין ישראל, לאפוקי שהם ידונו אותו כפי דינם"). ואף אם תאמר שפליגי בזה, י"ל דמשם הכי סתם רבינו כאן דכיון דמה שחובטין אותו על ידי גויים בדיני ממונות, ממה ששינונו זה בגיטין ילפינן ליה וכמ"ש, לפיכך לא חש רבינו להאריך כאן בפרטי הדברים וסמוך עמ"ש באבן העזר בהלכות גיטין דשם מקור הדברים".

הרי אליבא דשיטת הרא"ש, למרות שהגויים אינם אומרים עשה מה שישראל אומרים לך, כיוון שכבר נפסק הדין בבית דין של ישראל, "הגויים הם כשוטרים של דייני ישראל" אע"פ שהגויים אינם רואים עצמם כשלוחי בית הדין.

על פי דרכו בדרישה כתב בסמ"ע סי' כו סק"ה:

"רק שכופהו ע"י גויים כו'. ואפילו שהוא אלם וסרבן מלציית דין ישראל, ה"ל להלוחך לפני דייני ישראל ליטול רשות מהם, ואז הן היו נותנין לו רשות להוציא את שלו ע"י דייני גויים, ולא שהגויים יכפוהו לעשות מה שדייני ישראל אומרים לו, כי א"צ לכך להרא"ש [הובא בטור אה"ע סימן קל"ד] והטור [שם] וכמ"ש בפרישה ודרישה כאן וגם לעיל ריש סימן ב' ע"ש, וכמשמעות דברי המחבר בסעיף שאחר זה"

ואם מצד הרואים שלא יטעו ויאמרו שהעכו"ם מעצמן מעשין אותו". אלא דברי הרמ"ה נאמרו בנסיבות שאין מניעה חוקית שבערכאות של הגויים יתקיים הדיון לחיוב וכפיית הבעל בגירושין, לכן יש מקום לטעות, של הבעל או של הרואים, שכפיית הגט נעשתה באמצעות דיון ופסיקה של אותן ערכאות.

לסיום פרק זה נחוץ להבהיר, ולהסיר חשש משינויי נסיבות בעתיד, שהעלה אחד הדיינים בדימוס בכנס דיינים. מאחר ובסופו של דבר הגט יוכל להינתן רק בבית הדין, ככל שבעתיד יחולו שינויים לרעה בתנאים הנ"ל המאפשרים לקבוע את כשרות הגט, בית הדין יודיע על כך, ויבהיר שההליך לא יוכל להביא לידי מתן הגט, ובכך יהיה ברור לכל שאין תועלת בהליכים שבסופו של דבר לא יביאו לסידור גט.

### חוק הגירושין בארה"ב

בארה"ב נחקק חוק שבו נקבע שכאשר בני הזוג באים להיפרד, בית המשפט האזרחי הדין בענייני הרכוש, בפסיקתו יביא בחשבון את סירובו של הבעל לתת גט, ורשאי להורות על חלוקת רכוש בלתי שוויונית לטובת האשה, הוראה הניתנת כתוצאה מהסירוב לתת גט. ודנו כמה מגדולי הפוסקים בשאלת כשרות גט הניתן כתוצאה מחששו של הבעל מפסיקה זו.

בספר קובץ תשובות להגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל ח"א סי' קפ (וכן הוא בקובץ מוריה שנה י"ט רי"ז-רי"ח, עמ' נח) קבע שיש בחוק זה משום כפייה שלא כדין, מאחר וגם כפיית ממון נחשבת כפייה, וכתב שגם אליבא דשיטת הרא"ש הנוכרת לעיל, עכ"פ בהיעדר פסיקת בית דין לכופו, לא תועיל הכפייה על ידי ביהמ"ש, והגט יחשב כגט מעושה שלא כדין. אך בסיום תשובתו כתב:

"אכן במקרה והאשה תובעת את בעלה בבית הדין והבעל מסרב להתדיין בבית הדין וביה"ד הוציא סירוב עליו, בזה יש לכאורה מקום לדון דבכה"ג אם הוא מאלה הכופין להוציא שהגט יהיה כשר אם בגלל האיום נתן הגט. וזה על פי המבואר בחו"מ סי' כ"ו אם הבע"ד לא רצה לבוא לבית הדין נוטל רשות מבית דין ומציל בדיני עכו"ם. וזה מספר התרומות שער ס"ב הובא בב"י: "אסור להביאו לדיני עכו"ם אלא אחר הסירוב ואם הוצרך לכך יבא לפני גויים והם מכריחין אותו למה שדנו לו דייני ישראל דכי האי גוונא ליכא משום לפנייהם ולא לפני גויים כדאמרינן בעישוי דגט". וכן הוא בבבאור הגר"א שם - "גיטין שם ובנכרים חובטין".

בקובץ מוריה שם, לאחר מאמרו של הרב צבי גרטנר שדן בתשובת הגאון רבי יוסף שלום אלישיב הנוכרת, הוסיף הרב צבי גרטנר (שם בעמ' סח):

"מבית מרן שליט"א נמסר לי שאכן לכך נתכוין בציינו לדברי בעל התרומות, ושכן דעתו הלכה למעשה, שבעל שנפסק דינו לכפייה, שפיר דמי לעשותו על ידי גוי העושה אדעתא דנפשיה".

כשוטרים של בית דין של ישראל גם אם לא יאמרו כך, לכן אין הכרח שינסחו את דבריהם בדרך של "עשה מה שבית דין של ישראל אומרים לך".

גם בנידון דנן, מאחר והפסיקה לכפיית הגירושין היא פסיקה שכבר ניתנה על ידי בית הדין, ושאלת חיוב הגירושין לגופה והטענות הכרוכות בכך, כלל אינן עולות לדיון בבית המשפט, שאינו דן אלא רק באמצעי הענישה על אי ציות לפסק דינו של בית הדין, על כן לאחר שבית הדין קובע שהבעל ראוי לכל כפייה כדי לא לצו לתת גט, אין מניעה שאמצעי הענישה יבוצעו על ידי בית המשפט, מאחר שאותם אמצעים לא יוכלו להתבצע באמצעות פסיקת בית הדין.

בספר תשב"ץ ח"ג חוט המשולש הטור השלישי (תשובות רבי אברהם אבן טואה, נינו של הרשב"ץ) סי' לה, כתב בלשון זו:

"דברי הרמ"ה ז"ל עיקר ויש טעם לדבריו. דמאחר שאין הגט הנעשה ע"י כפייתם כשר אלא מצד ישראל ציוו אותם לכפותו, אבל בלא ציווי ישראל הגט פסול. א"כ צריך להודיע שהכפייה הוא בציווי ישראל והיינו שיאמרו לו עשה מה שישראל אומרים לך. וזה הן מצד המגרש עצמו הן מצד הרואים. אם מצדו, מאחר שהעכו"ם אומרים לו עשה מה שב"ד של ישראל אומרים לך, ידע שהענין הוא על פי הדין ומוכרח הוא לגרש, כיון שב"ד של ישראל נחתי להכי עד שכפאוהו על ידי עכו"ם, אבל כשלא יאמרו לו כך, יחשוב דשלא כדין הוא מגרש, אלא עכו"ם הם שכפאוהו לאיזה סיבה, או שהאשה נתלית בהם וכיוצא בזה, ולכן לא יתן הגט מרצונו. ואם מצד הרואים שלא יטעו ויאמרו שהעכו"ם מעצמן מעשין אותם, ונפקא מינה חורבא שיכשירו גט מעושה בעכו"ם שלא מדעת ישראל כלל, ולכן צריך שיאמרו לו עשה מה שישראל אומרים לך ואם לא אמרו אינה מגורשת כגט זה."

כאמור לעיל, רוב הפוסקים פסקו כשיטת הרא"ש, ודלא כהכרעת רבי אברהם אבן טואה שכתב שהעיקר כשיטת הרמ"ה, וכן להלן תובא מפסיקת גדולי הפוסקים שלא חשו להכרעת רבי אברהם אבן טואה. אך גם לפי דרכו, בנידון דנן שידוע לכל, שכאן בארץ, לבית הדין הרבני סמכות ייחודית בענייני נישואין וגירושין, ואילו ביחס לבית המשפט כל פסיקה לחיוב הגירושין היא חריגה מסמכות, מאחר שהמחוקק לא הסמיכו לפסוק בתביעות גירושין, אלא רק בענישה על פי סעיף 287 לחוק העונשין בגין אי ציות להוראה חוקית של בית הדין, ובנוסף עפ"י הנחיות הפרקליטות, שבלעדיה ההליך אינו יכול להתחיל, ההליך בבית המשפט אינו יכול להתקיים בלא שבית הדין הקדים ופסק לכפות את הבעל בגירושין וקוימה ההיוועצות הנוכרת, בנסיבות אלו אין יסוד לחשש הקיים עפ"י הרמ"ה אליבא דפירושו של ר"א אבן טואה: שהבעל "יחשוב דשלא כדין הוא מגרש, אלא עכו"ם הם שכפאוהו לאיזה סיבה, או שהאשה נתלית בהם וכיוצא בזה, ולכן לא יתן הגט מרצונו,

המדינה שם כופה אותו לגרש אינו מצד דת ישראל, אלא כשאר נימוסים לעשות משפט המדינה ולהציל עשוק מיד עושקו. ואפילו יתברר שיצא חוק לגרש כדת מפני שהדין הוא כן בדת ישראל, לא יועיל דבעינן דוקא שהכפייה תהיה מכח בית דין של ישראל והאינם יהודים לא יהיו עושים רק מעשה מקל בעלמא כמ"ש הר"ן. אבל כל שאין הכפייה מכח ציווי בית דין של ישראל על פי דת ישראל, אפילו האינם יהודים אומרים למגרש עשה מה שישראל אומרים לך בדת ישראל לא מהני... וא"כ בני"ד דאנן סהדי שאם לא מצד דינא דמלכותא אילו קצווחינן לערכאות של המדינה שיכופו על פי דיבורנו על פי התורה לית דמשגח בן, הרי הכפייה היא ע"י בית דין של אינם יהודים ולא על פי בית דין של ישראל, ואינו גט מהתורה".

ובקובץ שערי תורה ח"ד סי' נג סק"ד, הוסיף הגאון רבי שלום יוסף פייגנבוים זצ"ל:

"אומר אני דהאמת... כל שהא"י כופהו מדעת עצמו מצד הנימוס ולא מצד שבית הדין של ישראל צוהו לכפותו, גט בטל הוא מהתורה לשיטת רוב הפוסקים דפסקו דלא כרב משרשיא, ומשום דעכו"ם לאו בני עישוי ניהו. ויהיה איך שיהיה או משום דאין מצוה לשמוע דבריהם או מאיזה טעם שיהיה, אחת היא לנו, דכל שאין הכפייה על דעת בית דין של ישראל וציוויים דוקא, אין בה כח לעשות אונס כרצון. דאם הכפייה היא מצד דינא דמלכותא, א"כ באמת אין מצוה לשמוע דבריהם, רק כשכופין לעשות מצד מצות התורה וכפרט לפי המובן הפשוט דעכו"ם לאו בני עישוי ניהו, כלומר שאין כח בידם לכפות וכמו שפירשו הראשונים משום דאין מצוה לשמוע דבריהם, לכן אין כפייתם עושה שיהיה מגרש מרצון, היינו אפילו הם כופין למי שראוי לכופו בדין ואפילו אומרים לו תן גט על פי דת ישראל, מ"מ אינהו לאו בני עישוי ניהו, אלא כשכופין על פי צווי בית דין של ישראל והם אינם עושים רק מעשה מקל בעלמא כמ"ש הר"ן ז"ל".

הרי ששיטתו היא שאין היתר בגט כזה כשהערכאות כופין לגרש מפני שזהו החוק שלהם שהבעל חייב לגרשה, גם אם עוד קודם לכן בית הדין פסק לכופו בגירושין, ולשיטתו נידון זה אינו שנוי במחלוקת הרמ"ה והרא"ש.

הגאון רבי מאיר אריק זצ"ל, מחבר ספר מנחת פיתים וש"ת אמרי יושר, חלק על הגאון רבי שלום יוסף פייגנבוים זצ"ל וכתב (שם חלק ד' סי' ט):

"אם האישה רוצה לדון בדיני ישראל ולברר הדבר והבעל מסרב, שעכ"פ יוכלו הבית דין לומר גם שלא בפניו שמחויב לבוא לבית דין או לברר הדבר על ידי מומחים ויכפוהו על ידי בית דין של ישראל לגרשה. וא"כ נימא דגם אם העכו"ם עושים כן מעצמם, נעשים שלוחים של בית דין של ישראל כיון דעכ"פ ניחא להו לבית דין של ישראל, וכאלו בית דין של ישראל אמרו להם שיכופו... אבל נראה כיון דעכ"פ ודאי בית דין של ישראל יכולין לעשות האישה עצמה לשליח שתכופה לבעלה על ידי ערכאות, ובכה"ג לכו"ע מהני דהיא שלוחה של בית דין, ועל פיה כעל פי בית דין דמי. א"כ הבית דין יתנו פסק דין שיבררו

הרי עפ"י דרכו של הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל, אמנם הרמ"ה והרא"ש נחלקו בגוי ש"אדעתא נפשיה עביד", אך כיון שהוכרעה ההלכה כשיטת הרא"ש, על כן בבעל שנפסק דינו לכפייה אין מניעה שיכפוהו באמצעות החוק, גם אם בית המשפט יכנס בגדר "אדעתא נפשיה עביד".

וכן הוא בהערות הגרי"א הרצוג זצ"ל בסוף ח"ב מ"אוצר הפוסקים" (ס"ק כג, ד"ה ואפשר).

וכן בשו"ת בית אב"י, להגאון רבי יצחק אייזיק ליעבעס זצ"ל, חלק ד' סי' קסט דן בחוק הנ"ל, ובס"ק יד כתב:

"לכן לדינא נראה לפע"ד אם האישה הזמינה לבעל לדון עמה על מתן גט והבית דין פסקו דלפי ראות עיניהם צריך לגרשה והבעל אינו רוצה לציית דינא, ואחר כך בבית המשפט המחוזי ציווה השופט אפילו אומר בפירוש שצריך לתת גט פטורין כדת משה וישראל ואם לאו יענש בקנס וכדומה, יש לומר דבזה ליכא משום גט מעושה, כיון דהוי גט מעושה בישראל על ידי עכו"ם. ובטור הביא דהרמ"ה ס"ל דדוקא אם העכו"ם אומר לו עשה מה שבית דין של ישראל אומר לך זה מיקרי כמו שאנסוהו ישראל כדאיתא במתניתין ובכותים חובטין אותו ואומרים עשה מה שישראל אומר לך. והטור כתב על זה ולא נהירא לאדוני אבי הרא"ש ז"ל דכיון שישראל אומר לו לכופו אפילו אם העכו"ם אומר סתם ליתן כשר. ולפי"ז לדעת הרא"ש כשר בזה כיון דכבר פסקו הבית דין שצריך לגרש".

על כן בנידון דנן, גם אם כפיית הבעל תיעשה מפני שעבר על סעיף 287 לחוק עונשין, וכוונת בית המשפט להענישו על כך, הרי שגם אם לכל היותר יחשב כ"אדעתא נפשיה עביד", עדיין לדעת הרא"ש שהלכה כמותו, די בכך שקדמה פסיקת בית הדין שיש לכופו, לכפיית הגוי. אך כבר בארנו שבנידון דנן שבבית המשפט אין מתנהל דיון ביחס לגירושין עצמם, עדיף, וגם לדעת הרמ"ה אין זה גט מעושה שלא כדין.

וע"ע בשו"ת משנה הלכות חלק יד סימן קלו מש"כ אודות החוק הנזכר, וגם לפי דרכו שהחמיר מכיוון שבית המשפט כופה לקיים חוק שלהם ולא את פסק דינו של הבית דין, בנידון דנן שבית המשפט כופה אותו ומענישו בגין הפרת הוראה חוקית של בית הדין, עדיף מהנידון שם.

#### הדיון בקובץ "שערי תורה"

בקובץ שערי תורה (ורשה תרע"ד), הובא בספר כפייה הגט עמ' פד-פח, דנו כמה מהפוסקים שבדור הקודם בדינו של בעל המסרב להתייצב בבית הדין לדיון בתביעת גירושין, כשאשתו טוענת וגם יכולה להוכיח שאין לו גבורת אנשים, ושאלה האם תוכל לתבוע גירושין בערכאות, בידועה שעל פי דיניהם יכפוהו לגרשה, לאחר שתציג ראיות להוכחת טענתה.

הגאון רבי שלום יוסף פייגנבוים זצ"ל אב"ד לאקאטש מחבר שו"ת משיב שלום, כתב בשערי תורה ח"ג סי' סג שההכרעה במחלוקת הרא"ש והרמ"ה היא כדעת הרא"ש, והוסיף:

"גם לפי דעת הרא"ש וסייעתו לא מהני, דמה שערכאות של

אם בזה הדין היו הדיינים שדנים עליו גויים, דפסול, אבל אם הדין נפסק על פי דייני ישראל והגויים לא חידשו דבר ולא היו הדיינים בזה רק מה שציוו להכות כשר".

### מוטלת חובה על בית הדין לכפות את הבעל כשהוא ראוי לכך

לסיום, ובזיקה לאמור בדעת המיעוט בפסק דין זה שלא הסכימה עם האמור לעיל, יובהר כי בנסיבות של פסיקת כפיית גירושין, ההלכה אינה רק מתירה לבית הדין לנקוט באמצעי כפייה כנגד הבעל וקובעת שהגט כשר למרות שניתן בכפייה, אלא יתרה מכך, מוטלת החובה על בית הדין לכפות את הבעל, כמו שפסקו הטור והשו"ע.

הטור אבן העזר סימן קלד כתב:

"אבל אנסוהו כדין כגון שהוא חייב להוציא ואינו רוצה ואנסוהו ב"ד עד שהוציאה הוי גט, ומצוה על כל ב"ד שבכל מקום ובכל זמן לכופו לגרש".

וכן בשו"ע אה"ע סי' קלד סעיף ד':

"מצוה על כל ב"ד שבכל מקום ובכל זמן, לכופו לגרש".

ובשו"ת קול אליהו (לרבי אליהו ישראל זצ"ל, בנו של בעל שו"ת משאת משה) ח"ב אה"ע סי' כב כתב:

"בפרק האומר משקלי עלי (ערכין כ"א ע"א), חייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותן, חייבי עולות ושלמים ממשכנין אותם, אעפ"י שאין מתכפר לו עד שיתרצה, שנאמר לרצונו, כופין אותו עד שיאמר וכו', וכן אתה מוצא בגיטי נשים כופין אותו עד שיאמר וכו'. ובפרק קמא דראש השנה (ו' ע"א) אמרינן, מוצא שפתיך זו מצות עשה, תשמור זו מצות לא תעשה, ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך, כאשר נדרת וכו'. ופריך מלרצונו נפקא, דתניא כופין אותו עד שיאמר וכו', ומשני חד לדאפריש ולא אקריב וכו'. נמצא דבקרבות מצינו ועשית אזהרה לב"ד שיעשוך. ומדקתני בערכין וכן אתה מוצא בגיטי נשים כופין אותו וכו' בהדי כפיית הקרבנות, משמע להו דכי היכי דבקרבות כתיב לרצונו ואפילו הכי כופין אותו עד שיאמר וכו', והיא מצוה מוטלת על ב"ד, דכוותה נמי בגיטין דבעינן רצון המגרש כופין אותו עד שיאמר וכו', והיא מצוה מוטלת על ב"ד".

הרי שלפי דרכו של הגאון רבי אליהו ישראל זצ"ל המקור לחובה המוטלת על בית הדין בקרבנות וה"ה בגט, הוא במסכת מסכת ראש השנה דף ו ע"א:

"ועשית, אזהרה לבית דין שיעשוך".

על כן, ככל שהדבר אפשרי עפ"י ההלכה והחוק, בית הדין אינו רשאי להימנע מהפעלת כל אמצעי הכפייה הרלבנטיים לרבות באמצעות הליך פלילי באמצעות בית המשפט, כפי שבית הדין אינו רשאי לבטל כל מצוה אחרת, מטעמי מדיניות וכיו"ב.

כשם שבכל כפייה, איננו בטוחים מראש ביעילות ההליך, ואע"פ כן מוטלת החובה עלינו לנקוט בו מאחר וקיים סיכוי שיעיל, הוא הדין בנידון זה, איננו יכולים מראש לנבא את

הדבר ע"י הממשלה, ואם אמת כמו שאומרת, מחויב לגרש ואז שפיר דמי, כי כפיית הממשלה על פי האישה, והאישה שליח בית דין".

עפ"י דרכו של הגאון רבי מאיר אריק זצ"ל, לאחר שבית הדין פסק שדינו של הבעל לכופו בגירושין, מאחר שטענת האשה התבררה, מכאן ואילך הדין בערכאות, המתקיים מכח תביעת האשה שבידה פסק דין זה, וכן פסק דינם של הערכאות לכופו בגירושין, הכל נידון כנעשה בשליחות בית הדין, גם ללא אמירה מצד הערכאות: "עשה מה שבית הדין אומרים לך".

וע"ע בשערי תורה ח"ד סי' לב סק"ב בתשובת רבי יעקב שור זצ"ל אב"ד קוטב שכתב שאם סרב לדון בבית דין של ישראל וכפוהו בערכאות על הגירושין, מאחר ובסופו של דבר ההליך יגיע לבית דין של ישראל שבו הבעל יבקש לתת גט, ובית דין יודעים שדינו לכופו בגירושין, די בכך. והוסיף:

"ועכ"פ בנ"ד יש לתקן דבשעת סידור הגט יאמר לו הרב אתה נותן הגט לאשתך פב"פ מרצונך כמצוות בית דין של ישראל, והוא משיב אני נותן מרצוני כמצוות בית דין של ישראל, וכשר לכתחילה אליבא דכו"ע".

נראה שדבריו מקבלים חיזוק מהתירוץ הראשון בדרישה חו"מ סי' ב' הנזכר לעיל.

העולה מדבריהם, שלפי תשובות הגאונים רבי מאיר אריק ורבי יעקב שור אם לאחר פסק דין של בית דין של ישראל שפסקו לכופו האישה הלכה לערכאות וגם שם פסקו כן על פי חוקי הערכאות הגט כשר, למרות שאינם רואים עצמם שלוחי בית דין של ישראל, והם פועלים אדעתא דנפשייהו, אנו רואים אותם כמוציאים לפועל פסיקה של בית דין של ישראל.

אך גם לפי דרכו של הגאון רבי שלום יוסף פייגנבוים, כל שאין הערכאות רואים עצמם כפועלים בשליחות בית דין של ישראל אלא על יסוד דינא דמלכותא, שאינו דין בכל הנוגע לחיוב הגט, יחשב כגט מעושה שלא כדין. ואם לאחר פסק דין של בית דין של ישראל הגוי מעשה את הבעל לגרש אדעתא דנפשיה ואינו רואה עצמו כמקל ורצועה של בית דין לכפות על פסק דין של בית הדין, לא מהני.

לא כן בנידון דנן, שכל פעולת בית המשפט אינה אלא עקב אי ציות לבית דין של ישראל ומגמתו לכפות על ציות לפסק דין של בית דין, ולכן גם לפי דרכו בנידון זה, הגט כשר. בנידון דנן ודאי לא יאמרו דברי הגאון רבי ש"י פייגענבוים זצ"ל: "דאנן סהדי שאם לא מצד דינא דמלכותא, אילו קצווחינן לערכאות של המדינה שיכופו על פי דיבורנו על פי התורה לית דמשגח בן".

וכעין הדברים שבנידון דנן, נמצא בשו"ת אבני צדק אה"ע סי' קה, שדן בנידון הדומה לנידון שבשערי תורה, ובתוך דבריו כתב:

"וזה דבר פשוט דאפילו אם דייני ישראל כופין אותו באמצעות דייני גויים, והם המניחים לכופו מ"מ כשר, רק כוונתם לחלק

"לכאורה הכא שהוכרח לגרש מחמת שני אונסין הנ"ל יש לומר ג"כ ב' סברות אלו. הא' דמחמת כל אונס בפני עצמו לבד הוכרח לגרש. הב' דכל אונס עושה פלגא ההכרח, וא"כ לסברא הא' לכאורה הגט מעושה שלא כדין. אך זה אינו, כיון דמצד האונס שכדין ג"כ מחמתו לבד מוכרח לגרש, א"כ הרי האונס דשלא כדין לא פעל מאומה לבטל הגט, כיון דגם מחמת האונס אשר כדין מוכרח לגרש".

ועי"ש בתשובת צמח צדק במה שהאריך בזה. אך בהתאם לאמור, מלכתחילה לא היה מקום לטענה זו מאחר שביחס לתקופה שקודם לגירושין, הבעל כפוי במאסר, שהוא וודאי כדין. גם אם ביהמ"ש קובע את המאסר בגין אי ציות להוראת בית הדין, הרי בסופו של דבר המגמה היא ללחוץ עליו במאסר כדי שיציית לפסק הדין ויתן גט, ואין בכך ריעותא, גם כשניתן ע"י ביהמ"ש בנסיבות המתוארות, וכפי שכבר התבאר. כמו כן הביצוע המעשי של המאסר לאחר הגירושין, אינו כפייה על גירושין, שהרי הגט כבר ניתן. אלא המאסר נקבע עקב עבירה פלילית שהעונש עליה כבר אינו תלוי במתן הגט, וכידוע אונס המוטל על הבעל, שבהגדרתו אינו מבוטל עם הגירושין, אינו נחשב כפייה לגירושין, ק"ו כשהוא מבוצע לאחר שכבר ניתן הגט.

#### מסקנת הדברים:

בית הדין מאשר לפתוח בהליכים פליליים כאמור.

העתידי, ולדעת מהי מידת ההשפעה של הליך זה על הבעל, ואין לנו אלא לנקוט בכל האמצעים האפשריים. בהתאם לכל האמור יש להורות על פתיחת הליך פלילי באמצעות הפרקליטות, ואין בכך בעיה הלכתית מאחר שבמסגרת הליך זה בבית המשפט לא יתקיים הליך משפטי בתביעת הגירושין, אלא בית המשפט יכפה את הבעל לקיים פסק דין של בית הדין בלבד. והגם שכפייה זו לא תסתיים בהכרח עם מתן הגט, עכ"פ הכפייה להותירו במאסר עד למתן הגט היא כדין כפי שכבר נפסק עליו בבית הדין, ואין נ"מ מהי הוראת החוק בגינה הא יושב, מאחר שבכל מקרה זהו מאסר שנועד ללחוץ עליו לתת גט, ואם יינתן הגט מכח כפייה זו, הוא יינתן מכח כפייה כדין. הגם שלאחר מועד מתן הגט הבעל עדיין לא ישוחרר אלא לאחר שיפעלו לקצר מעונשו, אין זו כפייה הפוסלת למפרע את הגט שכבר ניתן, ומעשיו גרמו לו שלאחר הגירושין נענש בהתאם להוראת החוק, ואמנם יהיה מקום לפעול ככל הניתן לשחררו, וסביר שכך יארע בהתאם להנחיות פרקליט המדינה. עלתה טענה שבנידון זה קיימים שני כוחות כפייה האחד כדין וזהו הכפייה שעד למועד מתן הגט, והשנייה הכפייה שפסקו עליו מאסר קצוב שלא בהכרח יבוטל עם מתן הגט, ויש מקום לדון האם גט הניתן על יסוד שתי כוחות אלו כשר. במענה לטענה זו יצוין לתשובת צמח צדק חלק אה"ע סי' רסב אות ה' שדן בכשרות הגט לאחר שהוטלו על הבעל שני אונסים, האחד כדין והשני שלא כדין, וכתב כדלהלן:

#### סימן עט

### המחויב בגט ומתנה הגירושין בקבלת רכוש האשה

#### השלמת סי' צ"א בעטרת דבורה ח"ב - שיטת מהרשד"ם

מסכים לדברי ולא לבד אני אומר שמה שאמרתי הוא על צד היותר טוב, אלא שהוא דין או קרוב לדין כמו שאבאר בס"ד. וז"ל מצאתי בס"ה דינים שכתב בסוף ספר חזה התנופה אעפ"י שנותן גט לאשתו על מנת שלא תלכי לבית אביך שהגט כשר והתנאי קיים, אין לשום אדם שישתדל בגט שיתן בתנאי כזה, כי אין ספק שלא יתקיים התנאי הזה שאי אפשר שתעמוד על נפשה מלכת לבית אביה ונמצא גט בטל ובניה ממזרים למפרע. אם המגרש הזה מאלו שכופין לגרש ולא רצה לגרש רק בתנאי זה אין שומעין לו וכופין לגרש בלא תנאי זה עכ"ל. ראיתי וישמח לבי שהרי כל מעיין יראה שקל להבין מתוך זה הלשון שנתבררה כונתו שהנה כתב שני פעמים מלת זה והיה ראוי שיאמר רק בתנאי ותו לא אלא ודאי דוקא תנאי זה שכמעט נמנע להתקיים הוא דקאמר שכופין לגרש בלא זה הא תנאי אחר שנקל לקיים אין ספק שהכופה לגרש בלא תנאי מרבה ממזרים לדידן דקי"ל דאין כופין אפילו במאסר עלי, וה"ה והוא הטעם לדידן דקי"ל דאין כופין לחלוץ דלא כפינן ליה אם ירצה לחלוץ כאשר יהיה בטוח שלא תנשא יבמתו זאת לאותו פלוני. וא"כ

באותם מקרים שניתן פסק דין לחיוב הבעל בגירושין, לעיתים הבעל מודיע על הסכמתו לתת גט בכפוף לכך שיקבל רכוש או זכויות ממון שעפ"י הדין אינם שלו אלא של האשה, או מבקש שהאשה תוותר לו על הכתובה או על זכויות ממון שהיא זכאית להן עפ"י דין. בנסיבות אלו עולה השאלה האם כשאין הסכמה מצד האשה לתנאי הבעל, הבעל רשאי לטעון שאינו מחויב בגירושין בהסתמך על תשובת מהרשד"ם חלק אה"ע סי' מא. בתשובתו כתב מהרשד"ם:

"ואמרתי אני בלבי שאין ספק שאפילו שאותם שאמרו חכמים במשנה בפרק המדיר ואלו שכופין מוכה שחין כו', שלא אמרו שכופין אותו לגרש אלא אם אינו רוצה לגרש כלל אבל אם ירצה לגרש אלא שרוצה להטיל אי זה תנאי בגט בזה ודאי לא אמרו שכופין לגרש בלא תנאי, ומי שיכוף בדרך זה כמעט הייתי אומר שחזר ונפל במכשול הכפיה. אלא שעד עתה לא מצאתי מקום להתלות ובחפשי בדין התנאי מצאתי בכ"י אבן העזר סי' קמ"ג לשון אחד נראה לי להעתיקו הנה כי נראה לע"ד

וקודם לכן התייחס המשנה הלכות לתשובת מהרש"ם חלק ה' סי' ס', שהביא הרב השואל, שטען שאליבא דשיטת מהרש"ם, הבעל יוכל להתנות רק כשדורש חפצים השייכים לו ומבקש לקבל מהאשה את רכושו, אך לא כשדורש כסף או רכוש שאינו שלו או ויתור על הכתובה. אך בתשובתו המשנה הלכות דחה דבריו, וכתב:

"ולא יכולתי להבין למה לא הוה המהרש"ם כמקרה כשלנו ממש, שהרי המהרש"ם שם בתחילת התשובה וזה לשונו, באשה אחת מקאלימייא ובידה מעשה בית דין שנתגרשה מבעלה כדת משה וישראל וכו', ועתה נודע להבית דין דקהילת קאלימייא כי ענין הגירושין היה שנתפס בעלה לקרימינאל באונגרו, ויש לו דיקרעט על ט"ו שנים, וכאשר הפצירו בו לגרשה אמר שיגרשה אבל רק באופן אם תחזיר האשה לאביו כל החפצים שלה, וגם תתן לו מאה רובל כסף, ואם לא לא יגרשה וכו'. והנה מבואר שהבעל לא רצה לגרש עד שהפצירו בו, והסכים לגרש אבל לא בלי תנאים, והתנה עמה תנאים אלו. ושוב כתב עוד שם, באר מעכת"ה דלפי מה שכתוב בתשובת הר"ש הובא בטור (אהע"ז סי' קנ"ד), דמי שהוא מוכתב למלכות כופין אותו לגרש, אם כן בנידון דידן כיון דכופין אותו לגרש, אם כן אף שלא נתרצה רק באופן שתחזיר החפצים, מכל מקום הוי גט. וכתב המהרש"ם ז"ל, ואמנם לדעתי, אף דכופין אותו, היינו אם אינו רוצה לגרש כלל, אבל בנידון דידן שרצה לגרשה רק בתנאי וכו', בודאי אין בידינו לכופו. הרי דדעת השואל שם היתה לכופו בכלל, והמהרש"ם השיב לו כיון דנתרצה לגרש רק בתנאי, כהאי גוונא כבר אין כופין אותו. ומעכ"ת דייק ממה שכתב והדין עמו בזה, בודאי אין בידינו לכופו. אבל באמת אין כוונתו לדייק דוקא דהדין עמו, שהרי התם גם בתנאי על נתינת הגט היה על מנת שתתן מאה רובל כסף לאביו, והשלישה שם המאה רובל כסף על ידי שלוחה, ובודאי שלא היתה חייבת לאב מאה רובל כסף. ואם כן נידון פשוט יותר, דהתם על כל פנים התנאי היה ליתן מאה רובל כסף משלה לאביו, ומי יודע שהיה לה, ואף על פי כן כתב דאין בידינו לכופו, כל שכן נידון דידן דמבקש למחול הכתובה שזה בידה, אין לנו לכופו כיון שמסכים לגרש בתנאי שבידה לקיים, כלומר למחול הכתובה.

בקיצור לא ראיתי טעם וחילוק בין מעשה דמהרש"ם, דהתם לא רצה לגרש אלא עם תנאי, וכן בדידן. והתם כתב, דכיון דהתנאי בידה לקיים אין כופין אותו, והכא נמי כיון שיש בידה לקיים למה נכופו אותו. עוד שם במהרש"ם בסמוך כתב, דהא היכא דכופין צריך שיאמר רוצה אני, וכאן שלא קיבל החפצים, הרי אמר בפירוש שאינו רוצה ליתן גט, אם כן שוב לא מהני גט כלל וכו', ע"ש. הנה שתלה הרצון בתנאי, ואם לא תעשה אינו רוצה לגרש, ושוב הדרינן על הכפיה, וזה פשוט מאד לפענ"ד."

עד כאן מתשובת משנה הלכות.

העולה מדבריו מדבריו, שהבעל המחויב בגירושין רשאי להתנות מתן הגט בויתור על הכתובה, מאחר ובידה למחול על הכתובה, ונחשב כתנאי ש"נקל לקיים", ומדבריו עולה

הנראה לע"ד שאין ראוי לכופו, אפילו להתרחק ממנו כנז"ל אם ירצה לחלוץ ע"ד הנזכרת. בוחן לבות וכליות יודע כי דברים אלו אצלי כנתינתן מסיני אין בהם נפתל ועקש כפי מה שהשיגה ידי בראשונה ובאחרונה."

הרי שמהרש"ם קבע, שלא ניתן לכופו את הבעל או את היבם, ולא לנקוט בהרחקות דר"ת, אלא אם מתנה תנאי "שכמעט נמנע להתקיים", אך לא כשמתנה "תנאי אחר שנקל לקיים".

עיינ במש"כ בספר עטרת דבורה ח"ב סי' צ"א בבירור שיטת מהרש"ם והבאנו דעת החולקים, אך נקדים לדון בשאלה שפתחנו בה, האם אליבא דמהרש"ם הבעל המחויב בגירושין רשאי להציב תנאי הכרוך בויתור האשה על רכושה או על זכויות ממון שלה.

### השגה על שו"ת משנה הלכות חלק יט סי' ש'

בספר שו"ת משנה הלכות חלק יט סי' ש' דן בשאלה האם הבעל המחויב בגירושין רשאי להתנות מתן הגט במחילה על הכתובה, ובתשובתו הביא מדברי מהרש"ם, וכתב:

"הנה המעיין רואה כונת הדבר בברור גמור, דכל שרוצה ליתן גט בתנאים שאפשר לה לקיימן, אין זה בכלל שכופין אותו לגרש, אלא תקבל התנאי ותקבל הגט, ומי שכופה באופן כזה שיגרש בלי תנאי, אחר שבידה לקיים התנאי ואינו מן הנמנע, אין ספק שמרבה ממזרים בישראל, לדידן דקיימא לן אין כופין במאיס עלי, והנה לא תלה תנאו אם בדין עושה התנאי או לא, אלא תלה תנאו באם בידה לקיים או אין בידה לקיים. והנה המהרש"ם סמך עצמו על תשובה זו שם, ופשוט וברור דלמחול הכתובה שכתב לה, ועל כל פנים תוספת כתובה הוא תנאי שיש בידה לקיים, וכיון שאינו מבקש דבר שהוא מן הנמנע לקיים, כגון שהיה מבקש ממנה שתתן סך כסף כשיעור תוספת כתובה, הוי אומר שהוא תנאי שאין בידה לקיים, אבל כיון שהתנאי הוא שתוותר על התוספת כתובה שכתב לה וזה בידה לקיים בנקל, אפילו במחילה במחשבה לכמה פוסקים דמחילה אפילו במחשבה מהני. גם שטוען, לכתחילה לא היה בדעתו להתחייב עצמו אלא דרך גוזמא, ובאמת שנראה סכום כזה לתוספת כתובה נראה מוגזם מאד לאדם בינוני כזה, והגם שאנן לא מהמנינן ליה, אבל לפענ"ד בידו להתנות תנאי זה שתמחול לה כתובתה, ולכן ודאי דלא הוה בכלל כופין אותו להוציא. והכופה בכגון זה הרי הוא בכלל גט מעושה.

ומה שטען מעכ"ת שהכתובה כבר מוחזקת בה, כיון שיש לה פסק בית דין, ולפענ"ד הגם שראיתי טענותיו, אבל כולי עלמא מודי שלא הוי בחזקתה, ולכל היותר נעשית בעל חוב. אבל גם הא פשוט, הרי בשעה שנתרצה ליתן גט, מיד יצאה מרשותה, שהרי מה שטוענים כתובה לפי שאינו רוצה לגרשה נותנין כתובתה, אבל עם נתינת הגט שוב לא הוי ברשותה, ועל כל פנים כיון שצריכה גוביינא הימנו ותובעת גט, יכול להתנות שתמחול לו על הכתובה בכל אופן שהוא, כולה או חציה כפי שיתפשרו ביניהן", עכ"ל.

היתה העילה לכופו בגירושין, וכן האשה זכאית לכתובתה. אך בשתי התשובות קבעו שהבעל שדינו לכופו בגירושין, אינו רשאי להתנות את מתן הגט בויתור על הכתובה, או בקבלת רכוש האשה שאינו זכאי לו.

מצינו תשובת גאונים נוספת שבה נקבעה אותה הוראה, ובה נוסף ביאור לנידון נשוא פסיקה זו, והוא: הבעל גרש את אשתו מאחר ששנאה.

בספר גנוזי הגאונים (הוצאת אוצר הפוסקים) עמ"ס בבא בתרא דף מח ע"א הביא מהלכות אישות לגאוני ארץ ישראל (נדפס בתרביץ נ, תשמ"א, עמ' רט"ו), שכתבו:

"ואדם שנשא אשה ושנא אותה ואינו רוצה לגרשה ועד שתעזוב לו כתובתה או נכסיה, חובטין אותו ומגלחין שערו ומלקין אותו עד שיגרש אותה על כרחו ויתן כתובתה".

הרי שהעילה לכפיית הגט היא שהבעל שנא את אשתו, ואינו רוצה בה. ולכן פסקו לכופו בגט, ושאינה מפסידה כתובתה, וכן שאינו רשאי להציב תנאי של ויתור על הכתובה או קבלת נכסיה.

ידועים דברי הרמ"א בחו"מ סי' כה סעיף ב', שהביא בשם מהרי"ק, כלל בפסיקת הלכה:

"אם נמצא לפעמים תשובת גאון ולא עלה זכרונו על ספר, ונמצאו אחרים חולקים עליו, אין צריכים לפסוק כדברי האחרונים, שאפשר שלא ידעו דברי הגאון, ואי הוי שמיע להו הוי הדרי בהו".

וכן כתב הש"ך יו"ד סוף סי' רמ"ב בסעיף ח' בקיצור בהנהגת הוראות איסור והיתר, ובש"ך יו"ד סי' קפ"ט ס"ק עג.

על כן מאחר ואלו שפרשו את דברי מהרשד"ם, וכתבו שדבריו נאמרו גם כשהבעל מתנה את הגירושין בויתור על הכתובה או קבלת רכוש, לא ראו את תשובת הגאונים הנזכרות שכתבו להדיא להיפך, יש לומר - אילו היו רואים דבריהם, לא היו אומרים כן.

מלבד זאת, ביחס לטענת הבעל המחויב בגירושין להתנות הגירושין בויתור על הכתובה כבר הבאנו בעטרת דבורה שם עמ' 649 מדברי הגאון רז"ג גולדברג זצ"ל שהוכיח מדברי התוספות במסכת כתובות דף עז ע"א שאינו רשאי.

הגרז"ג גולדברג זצ"ל בפס"ד מביה"ד הגדול שניתן ביום י"ח סיון תשס"ב, כתב וז"ל:

"ולענ"ד, עצם דברי מהרשד"ם, יש להביא מתוס' כתובות שחולק על דבריו ... ובתוס' שם ד"ה סבורה הייתי שאני יכולה לקבל קצת תימא דאם כן כל אשה תערים ותשאנו כדי שיתן לה כתובה ... עכ"ל. ועתה אם איתא להמהרשד"ם, לא קשה קושיית התוס' שיגרשנה על מנת שתמחול לו הכתובה, וא"כ לעולם יפסיד לה כתובה, ועוד יותר יגרשנה על מנת שהיא תתן לו כתובה, אלא ע"כ שתוס' לא ס"ל כמהרשד"ם".

**עד כאן מדבריו.**

אך כתבנו שם שקשה מאד לטעון שנעלמו ממהרשד"ם דברי התוספות, או לטעון שמהרשד"ם ראה את דברי התוספות,

שהוא הדין ביחס לדרישה כספית אחרת שהאשה יכולה לעמוד בה.

וע"ע בפד"ר חלק ה' עמ' 79 (והועתק לקובץ תשובות מרן הגאון הרב אלישיב חלק ב' סי' כה), לאחר שהגרי"ש אלישיב זצ"ל הביא מתשובת מהרשד"ם, כתב:

"ומכיון שבידי הבעל להתנות את נתינת הגט בסכום כסף שהוא רוצה לקבל עבורו, א"כ לכאורה הכסף שקיבל זכה בהם מן הדין. ואין בידה להוציא ממנו. אך א"כ צריך ביאור הסוגיא ביבמות דף ק"ז גם אם לא נתנה לו הכסף ורק הבטיחה לו לתת למה יכולה לומר לו משטה אני כן. וע"כ צ"ל דאין לבעל שום זכות לדרוש כסף עבור נתינת הגט, ומן הדין עליו לפטור אותה בלי כל תשלום, ורק מתוך חומר הכפיה אמרינן שאין בית הדין כופין אותו אם בידי האשה לקיים תנאו, תדע שהרי מסיק הרשד"ם הא תנאי אחר שנקל לקיים אין ספק שהכופה לגרש בלא תנאי מרבה ממזרים לדין דקי"ל דאין כופין אפי' במאיס עלי, ולכן נ"פ דאם מסרה מודעא על ויתורה יכולה לטעון משטה אני כן עבדה ליה. וזכאית לגבות ממנו את החוב".

הרי שכתבו בפסק דין זה, שדברי מהרשד"ם מתייחסים גם לבעל המחויב בגירושין ומתנה את מתן הגט בסכום כסף שדורש לקבל, ואין האשה חייבת בו, ומתוך חומר הכפיה אין כופין אותו אם ביד האשה לקיים תנאו. יובהר: בנידון אותו פסק דין, האשה ויתרה על הכתובה ועל כל זכויותיה הממוניות לרבות חוב המזונות שהצטבר לחובת הבעל לאחר שלא שילם אותו, והתנאי שהבעל הציב היה ויתור על החוב. ויצוין שבאותו פסק דין גם התקיים דיון ביחס למודעא שהאשה מסרה על הויתור, שלא היתה ידועה לבעל בעת הגירושין.

#### **ראיה מתשובות הגאונים שהמחויב בגירושין אינו רשאי להתנות**

נראה שאין לפסוק כשיטה זו שבפד"ר חלק ה' ובשו"ת משנה הלכות, מאחר שבתשובת הגאונים כתבו אחרת. בספר תשובות הגאונים שערי צדק, חלק ד שער ד סי' עד, נכתב:

"וששאלתם. אדם שנשא אשה ואינו רוצה לגרשה עד שתמחול לו כתובתה או נכסיה, מלקין אותו וחובטין אותו עד שיגרש בעל כרחו ויתן לה כתובתה. וכן הלכה".

וכן בתשובות הגאונים שערי צדק חלק ג שער ב סי' כו, נכתב:

"תשובת ארץ ישראל

והלכתא: אחד הבעולות ואחד הבתולות ואחד הגרושות ואחד אלמנות, לא ינשאו עד שישלמו להן שלשה חדשים. וכן לחליצה. ומי שנשא אשה ואינו רוצה לגרשה עד שתתן לו כתובתה או נכסיה מלקין אותו וחובטין אותו עד שיגרש בעל כרחו ויתן לה כתובה. וכן הלכה".

בשתי תשובות אלו, הדבר ברור שדינו של אותו הבעל היה לכופו בגירושין, בלא שהובהר על ידי הגאון המשיב, מה

חפצי הבעל תמורת ממון מועט, לא היה קובע מהרש"ם שהיא אנוסה במה שאינה יכולה להחזיר את חפציו. אך ביחס לרכוש או ממון שאינה חייבת בו, אליבא דמהרש"ם די בכך שהיא אינה חייבת לקיים את הדרישה, כדי לדחות את טענת הבעל, וכופין אותו לגרשה בלא כל תנאי. ומש"כ בתשובת משנה הלכות:

"עוד שם במהרש"ם בסמוך כתב, דהא היכא דכופין צריך שיאמר רוצה אני, וכאן שלא קיבל החפצים, הרי אמר בפירוש שאינו רוצה ליתן גט, אם כן שוב לא מהני גט כלל וכו', ע"ש. הנה שתלה הרצון בתנאי, ואם לא תעשה אינו רוצה לגרש, ושוב הדרינן על הכפיה, וזה פשוט מאד לפענ"ד".

קשה להלום את דבריו. מהרש"ם בתשובתו התייחס לבעיה נוספת, השונה במהותה, והיא ההטעיה שהבעל הוטעה, כשהציגו בפניו אישור מזויף המאשר קבלת החפצים, והבעל טוען שהגט מוטעה, וביחס לטענה זו כתב מהרש"ם את דבריו, שציטט המשנה הלכות, אך אין הדברים נוגעים למקרה שבו הבעל אינו מוטעה בקיום התנאי, אלא כופין אותו לגרשה בלא כל תנאי.

#### ביאור שיטת הרשב"ש

בספר עטרת דבורה ח"ב סי' צא עמ' 651 הבאנו מתשובת הרשב"ש וחוט המשולש שכתבו בפשיטות דלא כמהרש"ם. אך בספר "חקר משפט" (פסקי דין הוצאת אוצר הפוסקים) ח"א עמ' תקל"ג במאמרו של הגר"י גולדברג שליט"א כתב כדלהלן:

"וראיתי עוד לרבנים המשיגים על המהרש"ם שכתבו דאף בשו"ת רשב"ש סי' ר"ח משמע דפליג על מהרש"ם, וז"ל הרשב"ש שם בד"ה "כל זה" (עמ' קנ"ג ט"ב, דפוס מכון ירושלים - תשנ"ח):

אין לו להתנות עליה, לפי שהוא בעצמו שויה אנפשיה חתיכא דאיסורא שהוא אומר שקנא לה ונסתרה, א"כ אסורה היא עליו וחייב לגרשה, וכל שחייב לגרשה, אינו יכול להתנות עליה אפילו ברצונה. שא"כ מה הועילו חכמים בתקנתם, לא יתקיים התנאי ויתבטלו הגירושין.

וכתבו הרבנים המשיגים, דחזינן להדיא לרשב"ש שכתב דכל היכא שחייב לגרשה אינו יכול להתנות עליה אפי' ברצונה. אך לא ירדו לסוף דעתו של הרשב"ש, שהרי הרשב"ש בתשובה אחרת: בסי' שפ"ג (א) (עמ' ש"י ט"ב ועמ' שי"א ט"א - דפוס מכון ירושלים - תשנ"ח) האריך לבאר שם את הנימוק לכך שאין מניחין אותו להתנות, לפי שאחר שיגרש לא משלים התנאי ויתבטלו הגירושין ואטררוחי בי דינא תרי זימני לחזור ולכפות לא מטרחינן". וחזינן מנימוקו זה, שהעילה היחידה שאין רשאי להתנות הוא בתנאי כזה שצריך לקיימו לאחר הגירושין וחיישינן שמא לא יתקיים התנאי ויתבטלו הגירושין" ואטררוחי בי דינא תרי זימני לחזור ולכפות, לא מטרחינן", ומשמע להדיא שבתנאי שהבעל מתנה שהאשה תקיימו טרם הגירושין וכמו"כ נקל לקיימו, ובכה"ג אין כל חשש שהגט

ופסק הלכה למעשה בניגוד לדברי התוספות בלא שהזכירם כלל.

אלא מסתבר שמהרש"ם לא ראה קושיא על דבריו מכח דברי התוספות, מאחר שהיה פשוט למהרש"ם שסברתו אינה מתייחסת לתנאי ממון, וכי אף לשיטתו הבעל המחויב בגירושין אינו רשאי לעכב מתן הגט ולהתנות את הגירושין בקבלת ממון מהאשה, שאינה חייבת לו. או לתבוע מחילת חוב שהוא חייב לה, כל חוב שיהיה. וכיון שכן, ה"ה שאינו רשאי לתבוע מחילה על הכתובה, שיש בכך שלילת זכות ממון מהאשה.

ובמש"כ בתשובת משנה הלכות לפרש את תשובת מהרש"ם, דבריו אינם מחוורים כלל. באותו נידון הבעל התנה שתחזיר את חפציו לאביו ובנוסף תתן לאביו 100 רובל והאב סירב לקבל את החפצים בלא התשלום הנדרש. וביחס להחזרת החפצים כתב מהרש"ם:

"עוד העיר מעכת"ה דלפמ"ש בתשובת הרא"ש הובא בטוש"ע סי' קנ"ד דמי שהוא מוכתב למלכות כופין אותו לגרש, וא"כ בני"ד כיון דכופין אותו לגרש א"כ אף שלא נתרצה רק באופן שתחזיר החפצים מ"מ הוי גט. ואמנם לדעתי אף דכופין אותו היינו אם אינו רוצה לגרש כלל, אבל בני"ד שרצה לגרשה רק בתנאי שתחזיר לו החפצים שלו והדין עמו בזה, בודאי אין בידינו לכופו. רק דמ"מ בני"ד שלא רצה האב לקבל החפצים בשום אופן, א"כ אין בידה לקיים התנאי א"כ שוב צדקו דברי כת"ר דבידינו לכופו".

דהיינו רק ביחס לתנאי של החזרת חפציו כתב מהרש"ם שמאחר שהדין עם הבעל בדרישתו זו, אין בידנו לכופו אם אינה מחזירה את חפציו, בכפוף לכך שקיימת הסכמה לקבל אותם. אבל ביחס לדרישת הבעל שעם החזרת החפצים תוסיף ותתן לאביו 100 רובל, ובלא כן האב אינו מקבלם, כבר כתב מהרש"ם שרק ביחס לדרישה להחזרת החפצים הדין עמו, ולא ביחס לדרישה לתת סכום כסף שאינה חייבת. אלא מהרש"ם דן בשאלה האם תיחשב אנוסה, שאינה יכולה להחזיר החפצים, כשהאב אינו מסכים לקבל אותם בלא הכסף, ועל כך כתב:

"ואף שהי' אביו מרוצה לקבל החפצים באופן שתתן לו סך רב, כיון דאינה מחויבת בזה, הוי אנוסה, וכהא דאמרו בגיטין ל' ע"א מידי תרקבא דדינרא בעי למיתב לה כו' ומיקרי אונס, ועי' ביו"ד סי' רל"ב ובאה"ע סי' נ' מדברי הרשב"א ז"ל".

הרי שקבע מהרש"ם שני דברים. האחד, ביחס לרכוש או לממון שאינה חייבת לתת, אין בידו של הבעל להתנות. וביחס לרכוש שלו, הבעל רשאי להתנות, אבל אם האשה אינה יכולה להחזירו כי האב מסרב לקבל, היא כאנוסה, וא"א לדרוש ממנה זאת כתנאי לקבלת הגט. והגם שאם היתה נותנת ממון רב, האב היה מקבלם, אך היא אינה חייבת לתת ממון רב כדי שהאב יסכים לקבל את חפציו הבעל, והיא נידונה כאנוסה שאינה יכולה להחזיר את חפציו של הבעל. נראה מדבריו, שאם האב היה נאות לקבל את



בגירושין, בכה"ג נאמר: "למה יתנה עליה יקוב הדין את ההר".

ובתשובת הרשב"ש בסי' רח, שהרשב"ש השיב לאותו שואל, שהרשב"ש הורה שאינו רשאי להתנות עליה אפילו ברצונה, היינו מאחר והנידון הוא כפי החלוקה הראשונה הנזכרת, ובוזה כתב הטעם: שאם יוכל להציב תנאי בגירושין:

"אם כן מה הועילו חכמים ז"ל בתקנתם, לא יתקיים התנאי ויתבטלו הגירושין".

אבל ביחס לחלוקה השניה, שהפסיקה לכפות את הגירושין נובעת מכך שטענתה של האשה התקבלה, כגון הנידון בתשובה סי' שפג הנזכרת, שהבעל רוצה לצאת למקום רחוק, ויש חשש עיגון, והאשה אינה מסכימה לתנאי של הבעל, בזה נותר הטעם: "יקוב הדין את ההר". ובנידון זה העלה הרשב"ש בסי' שפג (ד"ה ואחר):

"ונתברר ג"כ, שכל שהדין נותן דכופין אותו לגרשה, אין לו להתנות עליה אלא ברצונה".

וכן בתשובת חוט המשולש הטרור הראשון סי' ו', קבע את ההבחנה הנזכרת בין שתי החלוקות, בתחילה התייחס לחיוב גירושין בעקבות תביעת האשה לגירושין, ולאחר מכן לנסיבות שחיוב הגירושין נקבע גם בלא תביעתה, וז"ל:

"א"כ לפי דבריו אסורה היא לגבי דידיה וחייב הוא להוציא, ואחר אשר האיש הזה הוא חייב להוציא לאשה הזאת מצד הדין מכל הטעמים הנזכרים, אינו יכול להתנות עליה בגרושה בשום תנאי אלא ברצונה, דכיון שהדין נותן לגרש למה יכריחה להתנות עליה בשום תנאי יקוב הדין את ההר ויגרש כפי הדין. כ"ש שיש פנים שסבורני לומר אפילו אם תתרה היא בתנאי לקבל התנאי, בי דינא לא שבקינן ליה למיעבד תנאה, שכ"כ א"ז הר"ש בן הרשב"ץ ז"ל בתשובה וז"ל וכל שחייב לגרש אין לו להתנות עליה אפילו ברצונה שא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן לא יקיימו התנאי ויתבטל הגט עכ"ל ז"ל. ובנד"ד אחד מהטעמים שהזכרנו שהוא מחוייב מצדן לגרש הוא דשווייא אנפשיה חתיכא דאסורא, וא"כ כדי שלא תשוב אליו עוד אין מניחין אותם לעשות שום תנאי רק גט כריתות לאלתר, דא"כ מה כח ב"ד יפה ומה הועילו חכמים בתקנתן".

**מסקנה:** שיטת הרשב"ש, שבנסיבות של חיוב גירושין, אינו רשאי להציב תנאי בגירושין בניגוד להסכמת האשה, מאחר שהדין נותן לגרש, יקוב הדין את ההר ואינו רשאי להתנות שום תנאי. ובמקרים המפורטים בחלוקה הראשונה הנזכרת, גם כשהאשה מסכימה, אין מניחים לו להתנות.

וכן ראיתי בשו"ת דברי יוסף (לרבי יוסף בירדוגו) סי' קי"ט שכתב:

"מי שהמיר ולא רצה לגרש כי אם כשתמחול לו אשתו כתובתה ... וקדמה האשה וגלתה דעתה על המחילה הנזכרת מהו. תשובה פסקנו שהמחילה הנזכרת בטילה והגילוי דעת שגילתה דעתה האשה קיימת. דכיון שהמיר מן הדין כופין אותו לגרש כמ"ש הרבנים מהר"מ סירירו ומהר"י"ץ ומהריב"ע זלה"ה, וכיון שמן הדין לכופו אותו אלא שא"א לנו לכופו, אינו רשאי

יתבטל ואין חשש שביה"ד יטרחו בשנית לכופו לגט, דרשאי הבעל להתנות כן, ואין כל סתירה בין דברי הרשב"ש לדברי מהרשד"ם.

(ועיי"ש בדברי הרשב"ש שנימוקו הנ"ל נאמר לגבי נישואי איסור או היכא דאיכא סכנה דומיא דמוכה שחין דממקתו דבכה"ג כופין מדינא, וא"כ פשיטא דאף כשכופין מחמת התקנה, הנימוק שם שאינו רשאי להתנות אף הוא משום אטרוחי בי דינא תרי זימני, וכשאין חשש כזה, רשאי להתנות.)

עוד כתבו הרבנים המשיגים דבשו"ת חוט המשולש שבתשב"ץ טור א' סי' ו' חזינן דלא ס"ל כמהרשד"ם, אך כל המעיין שם, אזיל בעל חוט המשולש בעקבות זקנו הרשב"ש ואף הביא את דבריו שם כסיוע לשיטתו.

וחזינן דאף דברי חוט המשולש זהים לחלוטין לדברי מהרשד"ם ולא פליגי כלל, ועל כן לאור כל האמור לעיל, שיטת המהרשד"ם מוסכמת על כל רבותינו הראשונים ודלא כמ"ש"כ מהריק"ש ומהרש"ם הנ"ל".

**עד כאן ממאמרו של הגר"י גולדברג שליט"א.**

אך דבריו אינם מחוורים כלל, ואינם הולמים את המפורש להדיא בתשובות הרשב"ש וחוט המשולש. מעיון בתשובות הרשב"ש עולה שהתייחס לשני סוגי מקרים, האחד, שקיימת פסיקה לחייב את הגירושין גם כששני הצדדים אינם מבקשים להתגרש, או ששניהם מסכימים לגירושין בתנאי, בזה כתב הרשב"ש בסי' שפ"ג (הראשון):

"כגון אותן נשים שכופין אותו לגרש אעפ"י שהאיש והאשה אינם רוצים בגירושין, כגון מוכה שחין שאפילו שניהם רוצים כופין אותו לגרש מפני שמעיקתו, וכן מי שנשא אשה ושהה י' שנים ולא ילדה שאפילו שניהם רוצים כופין אותו לגרש כדאיתא בפרק המדיר, וכן כל נשואי עבירה שמוציא בעל כרחן של שניהם, וכן הנשים שמצוה לגרשן כגון מצא בה ערוה או דבר ערוה, בנשים אלו אפילו שניהם רצו להתנות אין מניחין אותן להתנות לפי שאחר שיגרש לא תשלם התנאי ויתבטלו הגירושין, ומה הועילו חכמים בתקנתם שכפוהו לגרש, ואטרוחי בי דינא תרי זמני לחזור ולכפות לא מטרחינן".

אבל ביחס למקרים שקיימת עילה לחייב את הבעל בגירושין, לאחר שהאשה תובעת להתגרש עקב טענה שהעלתה ונפסק לחייבו בגירושין, באלו כתב הרשב"ש:

"כגון אותן שכופין להוציא מחמת טענת אשה משום שהדין נותן לגרש, כגון אותם המזכירים בפרק המדיר וזולתן שהדין נותן לגרש, למה יתנה עליה יקוב הדין את ההר, ואם אינו רוצה לגרש בלא תנאי רישיה להוי... אלו הן החלוקות שנראו לי בזה, ודברים ברורים הם לפי דעת".

הרי שהטעם: "אטרוחי בי דינא תרי זמני לחזור ולכפות לא מטרחינן", נאמר רק בנסיבות שהן הבעל והן האשה אינם מבקשים להתגרש, או מסכימים להתגרש בתנאי, אלא בית הדין הוא זה שזים את הגירושין הנכפים עליהם, ללא תנאי. משא"כ כשהאשה תובעת להתגרש ופסקו שהבעל מחויב

הבעל התנה שחולץ להתירה חוץ מאותו פ', שאסור לכופו לגרש ללא התנאי שנקל לקיימו.

אך כל המעיין בתשובת הרשב"א המקורית המובאת בשו"ת הרשב"א ח"ד סי' רנ"ו יראה שאין כוונתו לאמור לעיל בכוונת דבריו וכפי שיבואר להלן.

ויש להקדים בתחילה שהרשב"א נשאל שם האם הבעל רשאי להתנות שנותן את הגט על מנת שלא תנשא לכל טובי העיר, והאשה היא בת טובים, וע"ז השיב שם הרשב"א וז"ל: ...

וכל המעיין בדברי הרשב"א הנ"ל יראה שלא כתב שם הלכה שתומה מעין גזה"כ בהלכות כפיה בגט שאין לבעל זכות להתנות כל תנאי שהוא, אלא כתב שם את הנימוק לדבריו דהא דאינו יכול להתנות על מנת שלא תנשא לפלוני או לכל מי שראוי לה הוא משום "שהרי הוא מעגנה שהיא לא תנשא לשאינו הגון ונמצאת עגונה כל ימיה", כלומר אי יכולתו של הבעל להתנות כן, נובעת מהעובדה שע"י תנאי זה האשה נשארת עגונה, והרי כל דין כפיה נאמר כדי למנוע את עיגונה של האשה, ומשום"ה כופין לגרשה ללא תנאי זה.

והנה הרשב"א כתב זאת על שני מקרים, האחד והוא הנידון שם שהוא המקרה המובהק של עיגון וזאת כשמתנה שלא תנשא להגון לה, שמאחר שהאשה היא בת טובים ובודאי לא תנשא אלא להגון לה, על כן כשמתנה תנאי מעין זה, היא נשארת עגונה.

הדוגמא השנייה של עיגון שהביא שם הרשב"א והשווה זאת לדוגמא הראשונה, היא במקרה שמתנה על מנת שלא תנשא לפלוני, דאף בכה"ג היא נחשבת לעגונה.

ולכאורה לא דמי לנידון הקודם, שהרי בתנאי זה יכולה להנשא לכל העולם חוץ מאדם אחד, ומדוע נחשבת לעגונה, אלא פשיטא דהרשב"א אף כאן עוסק במקרים שהאשה מתענגת וכגון במקרים השכיחים מידי יום שאדם חושד באשתו או שידוע לו שאשתו נתנה את עיניה בפלוני ונפשה נקשרה בנפשו ואינו יכול לסבול שתנשא לאותו פלוני לאחר הגירושין, ועל כן כשנותן את הגט, מתנה שלא תנשא לאותו פלוני. אך מאחר שנפשה של האשה קשורה בנפשו של אותו פלוני, ובודאי לאחר הגט תרצה להנשא לו, וע"י תנאי זה תמנע מלהנשא ותשאר עגונה, ואף אם לאחר תקופה ארוכה תכנע לתנאי זה ותנשא לאחר, בכ"ז אף עיגון לזמן נחשב לעיגון, ואין לבעלה זכות לעגנה אף עיגון לזמן כמשנת"ל, ואתי שפיר לפי"ז דברי הרשב"א שאף בכה"ג נחשב שהוא מעגנה.

ומעתה לפי"ז, הרשב"א מעולם לא דן בבעל המתנה שאשתו לא תנשא לאדם הנמצא בסוף העולם שאשתו כלל לא מכירה אותו ואין סבירות שתנשא לו, דבכה"ג בודאי לא תשאר עגונה, ורשאי להתנות כן, ובתנאים מעין אלו, רשאי להתנות כן ואסור לנו לכופו לגרש ללא תנאי זה.

ודאתינא להכי, פשיטא דהרשב"א לא פליג כלל על מהרשד"ם ושניהם אמרו דבר אחד, שהרי המהרשד"ם דן שם במקרה שהיבם חולץ בתנאי שלא תנשא לאותו פלוני הזקן - בא בימים

להתנות שום תנאי, ותנאיה לאו תנאה הוא, וכמ"ש הרשב"ש ז"ל בסי' שפ"ג וכן פסק מהריק"ש ז"ל, ובמ"א הארכנו בזה. ולכן גילוי הדעת הנזכר קיים, ורשאית האשה ליפרע בכתובה עיקר ותוספת מאשר תמצא מנכסי המומר ולראי' ביד האשה ח"פ".

הרי שפשוט לרב דברי יוסף זצ"ל לפסוק כדעת הרשב"ש ומהריק"ש שאינו רשאי להתנות שום תנאי. ונראה שמש"ב "ותנאיה לאו תנאה הוא", שאין כוונתו בהכרח תנאי בגירושין, אלא תנאי מקדים להסכמתו לתת גט.

וכן בספר משחא דרבנותא אה"ע סי' קלו ראה את דברי הרשב"ש כהלכה פסוקה, ועל יסוד דבריו, כתב: "בלי ספק שכופין אותו לגרשה בלי שום תנאי".

### ביאור שיטת הרשב"א

הבית יוסף אה"ע סי' קמ"ג, כתב:

"כתב הרשב"א בתשובה, כל מי שכופין אותו לגרש מן הדין, אינו רשאי להתנות על מנת שלא תנשא לפלוני".

והובאו הדברים במשנה למלך הלכות גירושין פ"ח הי"א. וכן בשו"ת רבי בצלאל אשכנזי סי' ו' כתב:

"וכתב הרשב"א ז"ל בתשובה כל שהוא חייב להוציא אינו רשאי להתנות עליה שלא תנשא לכל מי שירצה, וכל מי שגרש כן כופין אותו שיחזור ויגרש בגט גמור בלא תנאי ע"כ זהו דינא דגמרא".

ובתשובתו פסק רבי בצלאל אשכנזי:

"כופין לראשון לגרש מדינא בכל מיני כפייה עד שיאמר רוצה אני, ויגרשנה בגט גמור בלא שום תנאי".

על יסוד דברי הרשב"א כתבו מהריק"ש בספרו ערך לחם סי' קמג ומהרש"ם חלק ה' סי' ס', שתשובת מהרשד"ם אינה מתיישבת עם תשובת הרשב"א, ועל כן הכריע מהריק"ש שאין הלכה כמהרשד"ם.

אך הגר"י גולדברג שליט"א במאמרו הנזכר, קבע שכולם נתנו מקום לטעות בשיטת הרשב"א, כשכתבו בשמו שאינו רשאי להתנות על מנת שלא תנשא לפלוני.

ולהלן מדבריו במאמר הנזכר, עמ' תקל"א:

בתחילה נצטט בשנית את דברי הג' בדק בבית בשם הרשב"א המובאים בב"י סי' קמ"ג (בטור שם עמ' ש"ג-דפוס מכון ירושלים), וז"ל הבי"ש שם:

כתב הרשב"א בתשובה, כל מי שכופין אותו לגרש מן הדין, אינו רשאי להתנות על מנת שלא תנשא לפלוני.

ומאחר שדברי הרשב"א כאן הובאו בקצרה ללא כל נימוק, על כן למדו מכאן המהריק"ש ומהרש"ם דהוא דין נוסף בהלכות כפיה בגט, שכל אדם שהוא בר כפיה, אין באפשרותו להתנות כל תנאי שהוא, ויקוב הדין את ההר, כלומר מאחר שכבר נגזר דינו לכפיה, אין לו כל זכות להטיל הגבלות ע"י תנאי כל שהוא או לבקש כל בקשה המגבילה את הכפיה, ואם התנה כל תנאי שהוא, כופין אותו לגרש ללא כל תנאי. ועפ"ז כתבו, שהרשב"א חולק על מהרשד"ם, שהרי המהרשד"ם כתב דאם

מתשובה זו שאינו רשאי להתנות "על מנת שלא תנשא לפלוני". וכן כאמור, רבנו בצלאל אשכנזי הורה שאין לאפשר שום תנאי, ומהריק"ש העלה מתשובת הרשב"א שאינה מתיישבת עם מהרשד"ם. וכי יעלה על הדעת לעשות אוקימתא בתשובת הרשב"א, כמו שעשה במאמר הנזכר, שהרשב"א מתייחס למקרים שהאשה מתענגת, כגון במקרים השכיחים מידי יום שאדם חושד באשתו או שידוע לו שאשתו נתנה את עיניה בפלוני ונפשה נקשרה בנפשו ואינו יכול לסבול שתנשא לאותו פלוני לאחר הגירושי, וכי על כן כשנותן את הגט, מתנה שלא תנשא לאותו פלוני. אך מאחר שנפשה של האשה קשורה בנפשו של אותו פלוני, ובודאי לאחר הגט תרצה להנשא לו, וע"י תנאי זה תמנע מלהנשא ותשאר עגונה.

אילו אוקימתא זו נכונה, הרי שמרן הבית יוסף והמשנה למלך ורבנו בצלאל אשכנזי, כולם נתנו מקום לטעות חמורה בהלכה זו, שכביכול אין רשאי להתנות תנאי שלא תנשא לפלוני, לרבות כל פלוני שיהיה, גם כשהאשה אינה עגונה מחמת התנאי, ולא ביארו את האוקימתא הנזכרת, כמתחייב. וכמו כן חלילה מהריק"ש טעה כשדחה את מהרשד"ם על יסוד תשובת הרשב"א, וכן רבינו בצלאל אשכנזי חלילה טעה, כשכתב: "ויגרשנה בגט גמור בלא שום תנאי". וכן חלילה טעה מהרש"ם שקבע שמהרשב"א מוכח דלא כמהרשד"ם.

אין כל יסוד לדברים אלו, הכל על מנת להגיע למסקנה השגויה שאין חולק על שיטת מהרשד"ם. אלא הדבר פשוט שדברי הרשב"א תואמים לשיטת הרשב"ש הנזכרת, אלא שהרשב"א לא הוציא מסקנה זו מסברא בלבד, כדרכו של הרשב"ש, אלא העלה כן מההוכחה שאינו יכול להתנות שלא תנשא למי שהגון לה, וכיוון שכן, בהכרח שקיימת הלכה המונעת מהמחויב בגירושי תנאי, שאם לא, מדוע לא יוכל להתנות גם את התנאי שלא תנשא להגון לה. זאת מאחר, שהרשב"א לא מצא לנכון ששאלת העיגון משליכה על הזכות העקרונית להתנות תנאי, אלא שזו שאלה עקרונית בבעל המחויב בגירושי האם רשאי להתנות. ולאחר שהרשב"א הוכיח שנשללה הזכות להתנות שלא תנשא להגון לה, הרי שהלכה זו נובעת מהענין העקרוני שאין לבעל המחויב בגירושי הזכות להתנות כלל.

בהתאם לאמור, מאחר והב"י והמשנה למלך מצאו לנכון להביא את תשובת הרשב"א יחד עם תשובת חוזה התנופה, ולא ציינו שתשובת חוזה התנופה אינה מתיישבת עם תשובת הרשב"א, כפי שהתבארה, הרי שלא מצאו לנכון את הדיוק של המהרשד"ם בתשובת חוזה התנופה.

#### ביאור אחר בדברי הרא"ש וחזה התנופה והשו"ע

מעיון בתשובת הרא"ש כלל מג סי' יב ובדברי ספר חוזה התנופה, והשו"ע אה"ע סי' קמג סעיף כא שהביאו, עולה שאין הכרח להגיע למסקנה שדעתם שהמחויב בגט רשאי

שהסבירות נמוכה מאד שתנשא לו ואף הצהירה שם שרוצה להנשא לבחור הדומה לה, וכל תנאי זה התנה היבם אך ורק משום החשש שמא הדוד הזקן הוזה יפתנה וילחץ עליה להנשא לו, ובכה"ג, ודאי דרשאי להתנות כן ואסור לנו לכופו לגרש ללא תנאי זה, ובכה"ג פשיטא דאף הרשב"א מודה דאסור לנו לכופו לגרש ללא תנאי זה, שהרי כל מה שהרשב"א כתב דאסור להתנות כן, הוא אך ורק כשהאשה נשארת עגונה, אך כשברור לנו שהאשה לא תשאר עגונה, אף הרשב"א מודה דרשאי להתנות כן, ואסור לכופו לגרש ללא תנאי זה.

ומעתה אף אתי שפיר דברי רבינו הב"י בהג' בדק הבית שהביא את תשובת הרשב"א ולא העיר כלל שלכאורה דברים אלו סותרים לתשובת הרא"ש שבספר חוזה התנופה שהביאה הב"י סמוך ונראה שם (ותשובה זו היא המקור לדברי מהרשד"ם הנ"ל), וזאת משום שהב"י ראה את תשובת הרשב"א במלואה ועל כן לא העיר מאומה בנידון וס"ל שתשובת הרשב"א ותשובת מהרשד"ם לא פליגי אלא דהרשב"א עוסק בתנאי שגורם לאשה להתענג משא"כ מהרשד"ם עוסק בתנאי שאינו גורם כל עיגון לאשה כמשנ"ת.

ובהכי אתי שפיר דברי השו"ע באבה"ע"ז סי' קמ"ג סעי' כ"א שהביא להלכה את תשובת הרא"ש שבספר חוזה התנופה שהם מקור דברי מהרשד"ם, וברור הדבר דאי הוה ס"ל דהרשב"א פליגי, היה מביא אף את שיטת הרשב"א החולקת, אלא פשיטא דס"ל דלא פליגי כמשנ"ל, ובזה נדחתה השגת המהריק"ש הנ"ל על השו"ע.

#### עד כאן מהמאמר הנזכר.

אך דבריו אינם יכולים להתקבל כלל. הרשב"א בתשובתו חלק ד' סי' רנו, פותח את תשובתו כדלהלן:

"כל מי שכופין לגרש את אשתו מן הדין אינו רשאי לאסור את אשתו שלא תנשא לכל מי שתרצה לא בשיוור ולא בתנאי. רצוני לומר בין ששייר בגט ואומר לה הרי את מותרת לכל אדם חוץ מפלוני, ובין שיאמר לה ה"ז גיטך ע"מ שלא תנשא לפלוני. וכ"ש בשמתנה שלא תנשא לכל מי שראוי לה שהרי הוא מעגנה, שהיא לא תנשא לשאינו הגון ונמצאת עגונה כל ימיה".

הרי שרק בדרך "כל שכן" הוסיף הרשב"א שאין להתיר תנאי שלא תנשא למי שראוי לה.

אלא לאחר שהאריך לבסס את קביעתו שאינו רשאי להתנות שלא תנשא למי שהגון לה, כתב:

"מה תועלת יש לה אם יאסור אותה בתנאי שלא תנשא לכל מי שהגון לה, אלא לעולם כל שהוא חיוב להוציאה אינו רשאי להתנות עליה שלא תנשא לכל מי שתרצה, וכל מי שגרש כן כופין אותו שיחזור ויגרש בגט גמור בלא תנאי. ואפי' במי שגרש מדעתו בתנאי כן כופין אותו לגרש בגט גמור".

הרי שלא כתב במסקנתו שאינו רשאי להתנות עליה שלא תנשא להגון לה. אלא כתב "לכל מי שתרצה". ולמסקנה זו הגיע הרשב"א לאחר שהוכיח את שלילת הזכות להתנות שלא תנשא להגון לה. ועפ"י דבריו כתבו מרן הבית יוסף, המשנה למלך ורבי בצלאל אשכנזי, את המסקנה העולה

מהרשד"ם בתשובת חוזה התנופה מתקבל, דהיינו רק בתנאי כזה שלא יוכל להתקיים, קיימת הוראה זו למסדרי הגט, ולא ביחס לתנאי שאין חשש שלא יקוים. אך היינו דוקא כשהאשה מסכימה לתנאי, אבל בנסיבות שהאשה תובעת לחייב את הבעל בגירושין, והיא תובעת שיתן גט ללא כל תנאי שיציב בגוף הגירושין, ואנו דנים בשאלת זכותה של האשה, שתביעה לחיוב הגירושין התקבלה, למנוע כל תנאי, בנסיבות אלו לא אמר הרא"ש דבר, ולא בספר חוזה התנופה. אלא מאחר שתביעה התקבלה ונפסק שהבעל חייב בגירושין, והאשה תובעת שיגרשה ללא תנאי מכל סוג, הדין עמה, ומהטעם המבואר ברשב"ש: "למה יתנה עליה, יקוב הדין את ההר".

יתירה מכך, ביחס לשאלת זכותו של הבעל לגרשה בעל כרחיה בתנאי (לדינא דגמרא שרשאי לגרשה בעל כרחיה), שאלה זו אינה מפורשת בש"ס וש"ע, אך יצוין לפתחי תשובה אה"ע סי' קיט סק"ד שהביא מתשובת ספר ברית אברהם שהעלה מדברי הרא"ש שאליבא דדינא דגמרא שיכול לגרשה בעל כרחיה, מ"מ הבעל אינו רשאי לגרש את אשתו בעל כרחיה כשמציב תנאי בגירושין. ועיין בפת"ש שם סק"ו שהביא מתשובת נודע ביהודה שהעלה מדברי הרא"ש שאין יכול לגרש את אשתו בעל כרחיה על ידי שליח, דאי אפשר לשויה שליח להולכת הגט בעל כרחיה. ולפי דרכו נראה שיסכים עם הברית אברהם, דמילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי, כמבואר במסכת כתובות דף עד ע"א ובתוספות ד"ה תנאי. לעומת זאת בתשובת הרשב"ש סי' שפג הנזכרת הביא מבעל העיטור שיכול לגרשה בעל כרחיה בתנאי, וכן דעתו נוטה.

ולפי זה אם נאמר שהבעל אינו רשאי לגרשה בע"כ בתנאי, הדבר ברור ופשוט שבתשובת הרא"ש וחוזה התנופה נאמרו שתי הלכות, האחת בנסיבות שהבעל אינו בר חיוב גירושין ומציב תנאי בגירושין, והיינו דוקא שהאשה מסכימה לגירושין בתנאי זה, שאם לא כן לא יוכל לגרשה בעל כרחיה בתנאי. על כן דומיא דהכי גם בסיפא של דברי הרא"ש וחוזה התנופה, בהכרח שהאשה מסכימה להתגרש בתנאי שהבעל מבקש להתנות. ובנסיבות אלו הורה הרא"ש את ההוראה הנזכרת לרבנים המסדרים את הגט שלא יסדרו גט בתנאי כזה שקיים סיכון רב שלא תעמוד בו. ובסיפא של דברי הרא"ש וחוזה התנופה, הנידון הוא בתנאי שהאשה מסכימה לו, אלא בית הדין אינו מסכים עקב הסיכון שלא תקיימו. אבל כשהאשה מביעה התנגדות לתנאי בגירושין, בכל מקרה אינו רשאי לגרשה בעל כרחיה בתנאי. וכשנפסק לכופו בגירושין, כופין אותו לגרשה בלא תנאי. אלא אף לדעת הסוברים שעקרונית אין מניעה לגרשה בע"כ בתנאי, אילו זהו הנידון בתשובת הרא"ש וחוזה התנופה, היה מתחייב שיבהירו הלכה זו, שאין מניעה עקרונית לאכוף על האשה את התנאי בגירושין. ומדלא הזכירו כלל שהאשה מביעה התנגדות לתנאי, ושעמדתה לא התקבלה, בהכרח שנושא זה

להציב תנאי שנקל לקיימו, ומסתבר שגם דעתם היא כשיטת הרשב"ש הנזכרת.

נקדים שכל דברי הרא"ש חוזה התנופה והשו"ע הם ביחס לתנאי בגירושין עצמם, ולא בתנאי מקדים להסכמה לתת גט. וביחס לנסיבות אלו, הרא"ש כתב:

"ומה שכתבתי לך בתנאי שלא תלכי לבית אביך תדקדק בדברי ותמצא שלא כתבתי לך שאם התיר התנאי הזה בדיעבד שלא יהא התנאי קיים אלא פשיטא שהגט כשר והתנאי קיים. אך כתבתי שאין שום אדם רשאי להשתדל בגט שיתן בתנאי זה כי ודאי יבא לבטל תנאי זה ונמצא גט בטל וכניה למפרע ממזרים, אבל אם נעשה בדיעבד הגט כשר והתנאי קיים. אבל לכתחלה אם הוא מאותם שכופין אותו להוציא כופין אותו שיגרש ולא יטיל תנאי זה בגט".

הרי שהרא"ש קבע הוראה המופנית והמתייחסת לדיינים מסדרי הגיטין, שאינם רשאים להיות שותפים לסידור גט שבו הבעל מתנה את הגירושין בתנאי שלא תלך לבית אביה, והוראה זו שרירה וקיימת גם כשהאשה מסכימה לתנאי זה. דהיינו, גם אם שניהם מסכימים, אין לסדר גט המצוי בסיכון גבוה להתבטל. ובתנאי שלא תלכי לבית אביך, ניתן לקבוע שהגט ודאי יתבטל. ובהמשך להוראה זו קבע הרא"ש שביחס לגט רגיל, שהבעל אינו מחויב בגירושין, "אין שום אדם רשאי להשתדל" בסידור גט כזה, וביחס לגט הניתן על ידי בעל שדינו לכפותו על הגירושין, "כופין אותו שיגרש ולא יטיל תנאי זה בגט". כל זאת, למרות שהאשה מצד עצמה אינה מביעה התנגדות להתגרש בגט כזה. הרא"ש שלל סידור גט כזה, אף אם האשה מביעה את הסכמתה. כי ההנחה היא שתנאי זה לא יתקיים והגט יבוטל למפרע.

לפי דרכנו, דברי הרא"ש וחוזה התנופה, והשו"ע שפסק להלכה תשובה זו על שני חלקיה, כל דבריהם ביסודם הינם הלכה בהלכות דיינים, הוראה הניתנת לבית הדין המסדר את הגט. שהרי כלל לא נזכר בדברי הרא"ש וחוזה התנופה שהאשה מביעה התנגדות, וכי נחוץ לדון ולהכריע בשאלה האם ההתנגדות מתקבלת.

אילו החידוש בהלכה זו, התייחס לתביעת הגירושין של האשה שאינה מסכימה לגירושין בתנאי, והבעל המחויב בגירושין, תובע לאפשר גירושין בתנאי, ובוה הכריעו בדין תורה זה שבין הבעל והאשה, שהבעל המחויב בגירושין רשאי להתנות תנאי שנקל לקיימו, היה עליהם לציין שבאופן זה של תנאי שנקל לקיימו, דרישת הבעל מתקבלת והתנגדות האשה נדחית, משא"כ בתנאי שאינו נקל לקיימו, שזוהו חידוש גדול בהלכות כפיית גט. משלא הזכירו זאת, משמע שהם מתייחסים לנסיבות שמלכתחילה אין מחלוקת בין הבעל והאשה בשאלה זו, ושניהם מסכימים לתנאי, ואעפ"כ ניתנה הוראה בהנהגת בית הדין המסדר את הגט, כמו שזוהי ההוראה ברישא של דברי הרא"ש וחוזה התנופה המתייחסת לבעל שאינו מחויב בגירושין. ואכן, דיוק

הגט, ובבעל כזה הורו לחייבו או לכופו לתת גט ללא תנאי כזה. אך מאחר שהנידון הוא כשהאשה אינה מביעה התנגדות לתנאי, הוראתם הנוכרת לא נאמרה בתנאי שנקל לקיימו, שבו אין סיכון לביטול הגירושין למפרע. ואין בכלל דבריהם הוראה המתייחסת לנסיבות שהאשה מביעה התנגדות לתנאי ועומדת על זכותה להתגרש ללא תנאי, ובוה נאמרה תשובת הרשב"ש הנוכרת, שאינו רשאי להתנות שום תנאי, והוא הדין כשאינו מתנה תנאי בגוף הגירושין, אלא מציב תנאי מוקדם להסכמתו לתת גט.

### עיכוב הגירושין עד שיושלם הדיון בתביעה לחלוקת הרכוש

העולה מתשובת מהרש"ם ח"ה סי' ס' הנוכרת שהבעל המחויב בגירושין רשאי לעכב את מתן הגט עד שיקבל רכושו המוחזק אצל האשה, ונפסק שהיא מחויבת להשיבו לבעל. וככל שהיא מבקשת להחזיר אך אין הדבר עולה בידה להחזיר את הרכוש, אינו רשאי לעכב את הגירושין. וכמו כן אינה חייבת להוציא ממון רב על מנת לאפשר החזרת הרכוש.

בהתאם להלכה זו, לעיתים עולה השאלה הבאה: בנסיבות שהתביעה הרכושית של הבעל מתבררת, הן בבית הדין והן בבית המשפט, האם הבעל רשאי לבקש לעכב את הגירושין עד שיווכח מהי הפסיקה שתינתן בסופו של ההליך ויקבל את המגיע לו עפ"י פסק הדין.

בהתייחס לדרישה כזו של בעל המחויב בגירושין, יש לפסוק שהטענה לעיכוב הגירושין עקב תביעת רכוש הנידונת בבית המשפט, אינה מצדיקה את עיכוב הגירושין, וזאת מאחר ותביעה זו יכולה להידון, הן לפני הגירושין והן לאחר הגירושין, ואין כל הצדקה שהגט יהפך ל"קלף מיקוח", במאבק המשפטי ביניהם.

יצוין לתשובת התשב"ץ ח"א סי' א' שהביא הבית יוסף אה"ע סי' קלד, שכתב:

"ויש אונס אחר אף על פי שהוא אונס דאחריני אינו אונס בגופו, כגון שגזלה אשתו ממנו ממון ואינה רוצה להחזירו עד שיגרשנה, ואינו יכול לכופה בדין להחזירו אליו, או מפחידתו להפסידו ממון, והרי זאת האשה כופה את בעלה לגרשה כפיית ממון. זה הענין אני מסתפק בו אם הוא כפייה והוי גט מעושה אם לא".

הרי שספקו של התשב"ץ מתייחס לנסיבות בהן הדבר ברור שהאשה גולה ממון מהבעל ואינה רוצה להחזירו עד שיתן גט, ובנוסף הבעל "אינו יכול לכופה בדין להחזירו אליו". לא כן כשבעת הזו בידי הבעל הכלים המשפטיים היעילים לכופו את אשתו לקבל את חלקו ברכוש המשותף, ובכל עת פתוחה בפניו הדרך לקבל את הסעד הנחוש מהערכאה המוסמכת.

ועיין בפת"ש אה"ע סי' קסה סק"י בסופו במש"כ מתשובתו שב יעקב ושיבת ציון מהם עולה שהעיכוב יוכל להיחשב כמוצדק רק כשאין לו פתרון של דיון משפטי שבאמצעותו

כלל לא עלה לדיון, מאחר שהאשה לא הביעה התנגדות לתנאי.

עוד יודגש, מעיון בלשון ספר חוזה התנופה והרב החיד"א שהעתיק דבריו, מוכח כמו שפרשנו דבריו.

הרב החיד"א בסוף ספרו חיים שאל ח"ב, מביא את קובץ חוזה התנופה, כתב בהקדמתו:

"הגדתי היום כי ספר זה קראו בשמו מחברו הרב ר' משה ברושיליי"ש זלה"ה, יען כי קצר קצר שו"ת הרא"ש ז"ל לפום חורפא. המורם מהם כותב ומעלה ויהי הקצר אמין הכי קרא שמו חוזה התנופה אשר הורם מזבחי תורת שלמי רבי" אדונינו הרא"ש ז"ל אגב אסיפ"ה. ועל כל תשובה כתב ראייה או סברא, לרמוז אם תשובה זו הביא עליה ראייה או דן כן מסברא", עכ"ל.

דהיינו, בסיום כל סימן בספר חוזה התנופה, לאחר שהעתיק מדברי הרא"ש, מוסיף מחברו הרב רבי משה ברושילייש מילה אחת או בכמה מילים בלבד, וקובע האם הלכה זו של הרא"ש נאמרה מסברא, או שיש לה מקור בגמרא. ובסי' ד' הנוכר, לאחר שהעתיק מדברי הרא"ש, כתב מילה אחת בלבד - "סברא". מבואר שזו סברא פשוטה וברורה. ויתכן לומר כן אם הלכה זו תתפרש כאמור, רק כהוראה בהלכות הנהגת בית הדין המסדר את הגט. אך אילו נאמרה כאן הלכה הקובעת כפיית הבעל שלא יתנה תנאי שלא תוכל לקיימו, והלכה המאפשרת לבעל המחויב בגט להתנות תנאי שניתן לקיימו, למרות שהאשה התובעת את הגירושין מתנגדת לתנאי זה, ובניגוד לשיטת הרשב"ש שכתב להדיא להיפך מכח סברא פשוטה, כאמור לעיל, לא היה בעל חוזה התנופה קובע שזו הלכה היוצאת מסברא. לאחר שראינו שרבו החולקים הרי שאין זו סברא פשוטה שאין צורך להביא לה מקור בש"ס.

וכך יתבאר דברי המשנה למלך פ"ח מגירושין הי"א, שבתחילה הביא מדברי חוזה התנופה, שכאמור ניסוח דבריו מורה שזו הוראה המופנית לבית הדין המסדר את הגט. ואח"כ הביא את תשובת הרשב"א המתייחסת להיעדר זכותו של הבעל המחויב בגט להציב תנאי.

וכן יתפרשו דברי הבית יוסף שהביא גם מדברי חוזה התנופה וגם מתשובת הרשב"א.

בהתאם למבואר, אין יסוד לקבוע שמרן הבית יוסף בדבריו בשו"ע סי' קמג סעיף כא פסק להלכה את דינו של המהרשד"ם. השו"ע הזכיר את שני החלקים בהלכה זו והעתיק את דברי חוזה התנופה כלשונם, כשהחלק הראשון הוא וודאי הלכה המופנית כהוראה לבית הדין המסדר את הגט, ובהמשך, גם חלקו השני של סעיף זה, הוא אותה הוראה לדיינים, לכן גם דברי השו"ע יתבאר כאמור.

**מסקנה:** בדברי הרא"ש, חוזה התנופה והשו"ע, ישנם שני חלקים, ברישא הורו לבית הדין שלא יסדרו גט בתנאי שקיים סיכון שהאשה לא תעמוד בו והגט יבוטל למפרע, למרות שהאשה מסכימה, ובסיפא הנידון הוא בבעל המחויב בגירושין או שפסקו לכופו בגט, שלא ניתן להימנע מסידור

דברי יוסף, שלא הובאו בדברי הדיינים שעסקו בסוגיא, וכתבו בפשיטות שאינו רשאי להציב שום תנאי.

ג. תשובת הרא"ש וחוזה התנופה ופסק השו"ע מתפרשים כהוראה לדיינים שלא לסדר גט בתנאי שיש סיכון שלא תקיימו, גם כשהאשה מסכימה לתנאי, אבל כשהבעל חויב בגירושין, אינו רשאי להתנות כל תנאי בגירושין או להציב כל תנאי מוקדם להסכמתו להתגרש. וכן לאחר שהביא הבית יוסף את תשובת הרשב"א בלא לציין שאינה מתיישבת עם תשובת חוזה התנופה, משמע שלא דייק בתשובת חוזה התנופה כפי שהמהרשד"ם דייק בדבריו.

ג. בעל המחויב בגירושין, רשאי לעכב את מתן הגט עד שיקבל רכושו המוחזק אצל האשה, בנסיבות שנפסק שהיא מחויבת להשיבו לבעל. וככל שהיא מבקשת להחזיר אך אין הדבר עולה בידה להחזיר את הרכוש, אינו רשאי לעכב את הגירושין. וכמו כן אינה חייבת להוציא ממון רב על מנת כדי להביא להחזרת הרכוש. וכן אין מקום לטענה לעיכוב הגירושין לפרק זמן ממושך עד שיושלם ההליך המשפטי לבירור זכויות הממון להם הוא זכאי, מאחר וההליך מצוי בידי הערכאה השיפוטית המוסמכת לדון ולפסוק.

יוכל להוציא את המגיע לו, וע"ע בספר עטרת דבורה ח"ב סי' צ"א עמ' 654 שהרחבנו בנקודה זו.

עוד יצוין למש"כ בפתחי תשובה אה"ע סי' א' ס"ק יז בשם שו"ת מנחת עני (סי' ג), שמסתימת לשון הרמ"א ביחס להיתר נישואין לבעל, משמע:

"אף שאומרת שתקבל הגט אחר שנה או שנתיים כל שאינה רוצה לקבל הגט עכשיו, מתירין לו".

הרי שאפילו עיגון של שנה נחשב עיגון המצדיק להיתר בעטיו לבעל לשאת אשה אחרת. ונראה שהוא הדין לחיוב הגירושין, הן לבעל והן לאשה, המחויב בגירושין אינו רשאי לעכבו לפרק זמן נוסף, בטענה שלאחר פרק זמן זה יסכים לגירושין.

#### מסקנה:

- א. בעל המחויב בגירושין אינו רשאי להציב תנאי מוקדם להסכמתו לתת גט שהאשה תוותר על כתובתה או על רכושה וזכויות ממון שלה, שעל פי דין אינו זכאי להם.
- ב. ביחס לתנאי אחר שנקל לקיימו, אמנם לדעת מהרשד"ם, רשאי להציב תנאי זה, אך רבו החולקים עליו שהורו שאינו רשאי להציב שום תנאי. בדברינו אלו הבאנו מתשובת רבינו בצלאל אשכנזי ומתשובת

#### סימן פ

### ביטול גט בטרם נמסר

והנה הרשב"ם במסכת בבא בתרא דף מ עמוד ב' כתב: "במודעא דמסר אגיטא ואמתנה לא צריך כולי האי אלא כיון דמודע לשהדי, דהאי גיטא שאני נותן לאשתי אנוס אני בו ולא ברצון נפשי עשיתי, לפיכך דעו שאני מבטלו בפניכם". אמנם בספר מכתב מאליהו שער ז' סי' ז' כתב בדעת הרשב"ם שלא די באמירת "אנוס אני" ואינה מודעא המבטלת את הגט בלא שיאמר בפירוש שהוא מבטל את הגט. ובאר זאת מפני -

"שהאמירה שהוא אומר שאנוס הוא ולא ברצון נפשו הוא עושה, לא מיבטיל גיטא בהא, שעדיין אפשר שעם כל האנוס שיש לו ושאינו עושה ברצון נפשו, גומר בדעתו לגרשה ... הכא דליכא אנוס בהדיא אלא שהוא אומר שהוא אנוס, והרי אנו רואין שהוא מגרש ברצון נפשו, אמרינן דגמר ומגרש עד שיאמר בהדיא שהוא מבטלו, זהו הנראה מבורר בדברי הרשב"ם".

אך המכתב מאליהו הביא מדברי הרמב"ן, בעל העיטור, הרשב"א, הריב"ש, ומשמעות לשון הרא"ש, שגם אם רק אמר שהוא אנוס, יחשב מסירת מודעא המבטלת את הגט. ומסקנת המכתב מאליהו שאם אמר שהוא אנוס ולא אמר שהוא מבטל את הגט, היא ספק מגורשת.

וכן בספר יד אהרן על אה"ע סי' קלד הגה"ט אות ט' הביא דעת הריב"ש סי' רלב שכתב:

לכבוד הרב ...  
שלום רב!

בהתייחס לחוות הדעת שמסרת לי אודות בעל שבטרם מסירת הגט אמר בנוכחות הדיינים - "גט זה מעושה ואני נותנו בניגוד לרצוני", אך שלא בפני הסופר והעדים, ולמרות זאת ניתן הגט, והדיין פונה לברר את שאלת כשרות הגט בדיעבד.

לאחר עיון בחו"ד שכתבת, סבורני שאין מקום לחו"ד זו. א. אין דין אמירת "גט זה מעושה ואני נותנו בניגוד לרצוני" כדין "איני חפץ ליתן" הנידון ברשב"א. כאן זוהי מסירת מודעא על גופו של הגט, כשהבעל טוען שהוא אנוס בגירושין, זוהי מסירת המודעא הרגילה. עיין טור אבן העזר הלכות גיטין סי' קלד שכתב:

"אם מסר מודעא בפני שנים ואמר גט זה שאני רוצה ליתן לאשתי דעו שאני אנוס ליתנו ולכן אני אומר בפניכם שיהא בטל, הרי הוא בטל אע"פ שלא לקח בקנין, אע"פ שאין מכירין את אונסו, ואפילו אינו אומר אמת שאינו אנוס, כיון שבטלו אינו גט".

ואילו כשאומר שאינו חפץ ליתנו, אין במשמע שהוא אנוס על הגט, אלא יתכן לפרש כוונתו שכעת לא ינתן הגט, אבל יתן לאחר זמן, וגם בזה נחלקו הפוסקים.

החדשה) אלא בנידון שם לבסוף החמיר רק לכתחילה אך הקל בדיעבד מפני שפרש דברי הבעל בדרך שאין בה אלא גילוי דעת ולא מסירת מודעה להדיא. אך בנידון זה שאמר להדיא שזהו גט מעושה, כפי שלימדוהו לומר, מבואר שם שהיה פשוט לו להחמיר מדינא.

ב. התשב"ץ ח"א סי' א' חידש שיש הכרח שימסור את המודעה בפני עדים בדרך של מסירת מודעה האמורה להימסר בפניהם, ולא דרך שיחה, אבל כשהדברים נאמרו בתוך אולם ביה"ד בפני הדיינים, ובכוונה למסירת מודעה בפניהם, קשה מאד לצרף את דברי התשב"ץ. וע"ע בתשב"ץ מהדורות מכון ירושלים בנספח בסוף הספר נספח ז' (שזכיתי לכתובו), ומהדברים שם עולה שאם אמר דבריו בפני בית הדין יחשב מסירת מודעה גם אם לא אמר דעו וכו', וע"ע בספר עטרת דבורה ח"ב סי' עח (מעמ' 500) שם הובאו דעות הראשונים החולקים על התשב"ץ.

ג. ביחס לשיטת ספר התרומה, עיין מש"כ בספר עטרת דבורה ח"א סי' עד מעמ' 451 והלאה אודות שיטה זו והכרעת ההלכה כשיטה זו. אך בכל מקרה גם אליבא דספר התרומה יש מקום לסברא זו כשמבטל את הסופר והעדים שלא בפניהם אך גם שלא בפני בית הדין המסדר את הגט במתכונת שלנו. אבל אצלנו הסופר והעדים הם ידא אריכתא של בית הדין, שהוא הגורם המפעיל אותם והם כפופים להוראות בית הדין ואין להם רשות לעשות דבר ללא אישור בית הדין. בנסיבות אלו קשה להסתמך על ספר התרומה. שהרי עיקר דינו של ספר התרומה הוא על יסוד התקנה המבוססת על הפקעת קידושין, הנובעת מכך שלאחר שהסופר והעדים עשו מלאכתם נאמנה והגט נמסר בלא שעלה על דעתם ועל דעת האשה שקיימת בעיה של מסירת מודעה. אך אין יסוד לתקנה זו, כשבית הדין המפעיל את הסופר והעדים יודע מכל העניין ובידו למנוע מהאשה תקלה, ובנסיבות אלו אין צורך והכרח בתקנה שעליה ספר התרומה ייסד את דינו. ולהלן נבסס קביעה זו.

ספר התרומה הלכות גיטין סי' קכח כתב בלשון זו:

"השתא לפי גירסא אחרונה שיכול לבטל הגט. א"כ לדין מה מועיל בטול מודעי בשעת נתינה דילמא ביטל גוף הגט ואין יכול לחזור ולגרש ... וגם ביטול מודעי אינו מועיל ... וצריך לפרש דמצינן למימר בשאמר לסופר לכתוב ולעדים לחתום, אינו יכול לבטלם שלא בפניהם, כי אם על פיהם, כיון שצוה להם לעשות מעשה. וכן משמע פרק השולח דהא רבי סובר בטלו מבוטל, כי אם בטל השליח שלא בפניו. ורבי סובר אמר לעשרה כתבו גט לאשתו יכול לבטל זה שלא בפני זה, ורשב"ג סבר אינו יכול לבטל אלא בפני כולם. ואפילו ר' מודה שאין מבוטל כי אם אותו שדבר, דליכא חורבא. דאי אזלי אינך וכתבי גיטא שפיר הוי גט. אלמא לאחר שאמר להם לעשות אינו יכול לבטל הגט שלא בפניהם".

הרי מפשטות הלשון עולה, שסברת ספר התרומה מיוסדת על סברת הסוגיא שאינו בטל מחשש לקלקול.

"אבל בגט או במתנה, שאינו מקבל מעות, כל שמוסר מודעה, ואומר שהוא אנוס, יש לנו להאמינו, וכיון שהוא אנוס, אינו גט, שאין האיש מוציא אלא לרצונו, ואף על פי שלא בטל הגט בפירושו".

ועיי"ש שהריב"ש כתב כן בדעת הרשב"ם. ואמנם המכתב מאליהו תמה בזה, אך היד אהרן לא ראה תמיהה, אלא באר את דעת הרשב"ם כדלהלן:

"מש"כ רשב"ם לפיכך דעו שאני מבטל לפניכם, לאו למימרא שכן צריך שיאמר כדי שיהיה הגט בטל, ואם לא אמר כן שהגט גט, אע"פ שאמר שהוא אנוס ולא ברצון נפשו נותן. אלא כוונתו שכן הוא סדר מי שנותן מודעה, שאומר שמה שאני מבטל בפניכם את הגט שאני רוצה ליתן הוא מפני שאני אנוס, ולעולם שאם אמר אנוס אני ואיני נותנו ברצון נפשי סגי לבטל את הגט".

והוסיף היד אהרן שכן יש לפרש את דברי הטור סי' קל"ד:

"כמו שפרשנו בדברי רשב"ם ובדעת הריב"ש, דאין צריך לפרש הביטול, אלא כיון שאמר דאנוס הוא די".

ומהרח"ש בספרו תורת חיים חלק ב' בקונטרס המודעה והאונס הביא קושיית מהרש"ך שנטה כסברת המכתב מאליהו וכתב:

"הנה הרב מהר"ר שלמה הכהן נר"ו בחלק ראשון מפסקיו סימן ס"ז כתב דאיכא למידק טובא בהך פירושא דהרא"ש, דמה נפשך אם בשעת מסירת המודעה אמר דעו שאני אנוס לכן אני מבטל הגט בפניכם [וכו' א"כ] מה שייך לומר גילוי מילתא בעלמא הוא כיון דבהדיא מבטלו, ואם לא הזכיר ביטול [בפירושו] אלא שמתוך מסירת המודעה שאמר דעו כי אני אנוס ליתן גט זה גילה דעתו בביטול [הגט] וס"ל דבהכי סגי, הא ליתא, דבשלמא גבי מתנה שייך לומר כן וכדמוכח מההיא דמתנה טמירתא, אמנם גבי גט איפסיקא הילכתא כאביי דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא גבי ההיא עובדא דגידול בר רעילאי וכו' [גיטין לד ע"א]".

והשיב מהרח"ש:

"ולי הצעיר יראה דיש לחלק באחד מב' פנים הא', דבשלמא במסירת מודעה דהכא כיון שהוא מגלה דעתו לעדים קודם שיתן או יגרש שאינו חפץ במתנה או בגט, בהא סגי כיון שאומר להם בפירושו שאינו רוצה, וכן אם אומר להם אנוס אני הוי כאומר בהדיא איני חפץ, שכיון שאומר אנוס אני, הרי אומר שאינו חפץ אלא שבאנוס נותן, ואפילו שהוא שקר שאינו אנוס מ"מ כיון שהוא אומר שאינו חפץ בהא סגי, דאין אדם מוציא אלא ברצונו המוחלט".

וכן מבואר בספר תורת גיטין ריש סי' קל"ד שגם אם יאמר שהוא אנוס, די בכך, עיי"ש בראיותיו.

סיכומו של דבר, לדעת המכתב מאליהו כשאומר שהוא אנוס בלא שיאמר לשון ביטול, זוהי מחלוקת ראשונים ודינה כספק מגורשת, ולדעת התו"ג אין בכך ספק, שיחשב מסירת מודעה, וכן נוטה דעת היד אהרן ומהרח"ש.

ועיין בספר יחודה דעת להרב יצחק חזן זצ"ל שדן בנידון דומה לנידון שלכם, עיי"ש בחלק ב' סי' סג (וסי' סא במהדורה

ואכן, בספר אור גדול סי' ט', כתב:

"עכ"פ אף לספר התרומה דסובר דשליחות הסופר והעדים שצויה להם לעשות מעשה אינו יכול לבטל שלא בפניהם, ג"כ איננו מדינא, דהא מפרש בגמ' (שם) לרשב"ג חששא דקלקולא, הא אי לאו הכי היה מבוטל, וכן בכולכם דליכא קלקולא, וע"כ ג"כ דאיננו אלא מתקנתא מפני חשש קלקולא, וכעין סברת הרמב"ן הנ"ל בדבר זה היה להם קצת טעם לאלם כח השליחות שלא יוכל לבטלו שלא בפניהם ולא חשוב עקירת דבר מה"ת".

וכן בתשובת דברי חיים אה"ע סי' פג נקט שזהו היסוד בדינו של ספר התרומה, ובתוך ביאור שיטתו, כתב בלשון זו:

"אבל בכתיבת הסופר דהוי מילי ומשום הכי לא נמסרו לשליח לעשות שליח שני, וא"כ הוא אינו מוסר דבר והשליח עושה גוף המעשה, א"כ תיכף בדיבורו שצויהו לעשות הרי הוא כקצת מעשה שמרשהו לעשות מעשה ממש ולא יכול לבטלו בדיבור שלא בפניהם. הגם שאין זה מעשה ממש, מ"מ עשאוהו חז"ל כמעשה שלא יוכל הדיבור לבטלו, דנפיק מיניה חורבא, כמו שלא יוכל לבטלו שלא בפני ביי"ד שליחות השליח לנתינה דעשאוהו כדברים שבלב לדיבורו הגרוע שלא בפניו (וכמ"ש התוס' דף לב. ד"ה מהו), ככה נמי עשאוהו לצוואת הבעל לסופר ולעדים, כמעשה ממש שלא יוכל לבטלו אפילו בפני ביי"ד", עכ"ל.

על יסוד סברא זו, כתב בתשובת תועפות ראם (להג"ר אהרן משה טויבש) חלק אה"ע סי' עה:

"על כן נראה לי, דאפילו לדעת ספר התרומה דאינו יכול לבטל שלא בפניהם, זהו דוקא בהיכא דמקפיד שלא ידעו הסופר והעדים מהביטול, וכמו דקאי ספר התרומה שם על הא דמהני ביטול מודעא בשעת נתינה דילמא ביטל שלא בפניהם, ושם ודאי הוא מקפיד שלא יודע לעדים, שהרי משום הכי עושה הדבר בערמה על ידי ביטול שלא בפניהם ... משום הכי הך שלא בפניהם לא אלים לעקור ציווי הכתיבה והחתימה. אבל כל שאינו מקפיד שתבוא הידיעה מהביטול לסופר והעדים, בכה"ג אע"ג דמבטל שלא בפניהם מהני. שאף שמבטל שלא בפניהם מיחשב כלפניהם, ומהני הביטול ... היכא דיכול לבטל בפני הסופר והעדים, והוא ערום יערים לבטל שלא בפניהם בכדי שתקבל האשה הג"פ ותדמה להיות מגורשת, ובכל זאת יהיו הגירושין בטלין, ובזה עושה עיקר בכדי לבטל תקנת רבן גמליאל וגם איכא חשש ממזרות יותר, בכה"ג אפילו רבי מודה דאמרינן מה כח בית דין יפה, ובטלו אינו מבוטל".

וע"ע בספר ברכת רצה סי' קכד שגם הוא באר את שיטת ספר התרומה, וכתב:

"טעם הדבר אמינא לפמ"ש התוס' בסוגיין דגיטין שם דהיכי שביטל בפני ע"א גם רבי מודה דאינו מבוטל, ומשום דבזה איכא טפי חשש ממזרות. וא"כ יש לומר גם בביטל שלא בפני הסופר והעדים, רק בפני שנים אחרים, דעיקר כוונתו שלא יודע לסופר ולעדים, דמה"ט לא ביטל בפנים, איכא חשש ממזרות טפי, וגם לדין דקיי"ל כרבי בטלו אינו מבוטל, וכנ"ל בביטל לפני ע"א".

אלא שאח"כ סבר הברכת רצ"ה בתשובתו להוסיף ביאור אחר, וכתב שאם הסופר והעדים הם שלוחי הבעל, הרי ניתן לבטלם שלא בפניהם, כשאר ביטולי שליחות, אלא שלדעת סה"ת אין צורך בשליחות בכתיבת הגט וחתמתו אלא רק שיכתב ויחתם לשמו ולשמה, ובשל כך אין ביטול ציווי הסופר והעדים ללא ידיעתם. אך לפי סברא זו קבע שם שכל הסוברים שיש צורך בשליחות בכתיבת הגט, כגון שיטת ר"י, בהכרח חולקים על ספר התרומה.

על כן אם הביאור בספר התרומה הוא כפי האמור לעיל מפני התקנה מחשש לקלקול, הרי שדיעת ביה"ד בידיעת הסופר והעדים, מאחר שבית הדין הם המפעילים את הסופר והעדים ואין להם רשות לעשות דבר ללא הוראת ביה"ד, די בידיעת ביה"ד שלא לחוש לתקלה שהרי ביה"ד ימנעו את התקלה כשלא יניחו למסור את הגט, וכפי שכתב בספר תועפות ראם בתשובתו הנזכרת. וכעין זה כתב הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל בקובץ תשובות ח"ג סי' קצד שתקנה זו שבגמרא המיועדת למנוע תקלה, מיוסדת על הפקעת קידושין, ולא הפקיעו כשהדבר ידוע לבית הדין כשבידו למנוע את התקלה.

ומכל הנ"ל הערנו בספר עטרת דבורה ח"א סי' עד עמ' 453 על מש"כ בספר יביע אומר ח"ה אה"ע סי' יז להסתמך על ספר התרומה למרות שדברי הבעל נאמרו בפני הרב המסדר את הגט.

**סיכומו של דבר**, לענ"ד בנידון זה אין מקום להכשיר את הגט. באותו נידון היה מוטל על ביה"ד להתחיל מחדש בביטול מודעות וציווי לסופר ולעדים ולכפות על הבעל את ההוראה שלא ידבר כלל עד למסירת הגט ושלא יחזור וימסור מודעה. וכך אנו נוהגים, לאלתר להתחיל בסידור הגט מחדש כשמתעורר חשש כל שהוא עקב אמירה כזו או אחרת של הבעל, ותמיד יותר קל להתחיל הכל מחדש על אתר מאשר לזמנם מחדש לאחר זמן, מה עוד שהאשה עלולה להבין שהיא גרושה לכל דבר, גם אם נאמר לה אחרת.



## סימן פא

## דחיית טענות האיש לביטול גט בגין הפרת הסכם הגירושין

”ביה”ד: הזמנו אותך לברר איפה נמצא הבעל, האם אתה מאשר שהוא נמצא בישיבה פלונית..

האב: הוא נמצא בבית מדרש במקום פלוני. כל ההסתכלות על הסיפור הזה כאילו יש כאן עיגון, הוא טעות מעיקרו, הבן שלי לא מעגן אותה, הוא ביקש דבר אחד, דין תורה.

ביה”ד: מדוע הוא לא חוזר לכאן לתבוע את הבקשה הזו?  
האב: הם התעללו בו, ופנו לערכאות, הוא נסע לחו”ל לא על דעת לברוח, רק להתרענן על הסבל שעשו לו, לא נתנו לו לראות את הילדים חודשיים.

ביה”ד: יש כלים מקובלים לקבל סעד בבעיות בהסדרי ביקורים, פונים לביה”ד ומוציאים צו, למה הוא לא פנה לביה”ד, וביה”ד היה מתייחס בהתאם למקובל, למה צריכים לעבור לעבר לים?

האב: אני לא מנהל את החיים של הבן שלי, זה טעות שורשית שניסו ליצור צד התביעה, אני לא מנהל שום צד בחיים שלו, כל מה שהוא עשה על דעת רבותיו, היא תבעה אותו בבית משפט חילוני על מנת להוציא אותו מאורח חיים שלו כאברך לצאת לשטוף מדרגות, כדי שהיא תתחתן עם אחר, ויהיה הוא עומד ומשמש לפנייהם.”

לאחר דיונים נוספים ומו”מ ממושך, שהתקיים בעת שהבעל עדיין שהה בחו”ל, ולאחר שהתברר שהבעל מסכים לתת גט ללא תנאים ואינו מציב דרישות לקבל זכויות ממון שאינו זכאי להם, אלא האשה עמדה על זכותה להגיש תביעות ממון מסוגים שונים, לרבות תביעות נזיקין וכן תביעות מזונות בבית המשפט, דבר שהבעל ביקש למנוע ולהבטיח עצמו מהן, ניתנה החלטה נוספת, שבה נכתב:

”הבעל באמצעות ב”כ שהופיע לדיון האחרון, הודיע על הסכמתו לתת גט, ואינו מתנה את מתן הגט בתנאים שאין להם הצדקה עפ”י ההלכה. מצד הבעל קיימת הסכמה לתת גט בתנאים סבירים עפ”י שיקול דעת בית הדין, וללא כל ”סחיטה” מצדו בדרישות מהאשה שאינה חייבת עפ”י דין תורה. אדרבה הבעל הציע לאשה פיצוי גבוה ומכובד, והאשה מטעמים השמורים עמה, סבורה שבמסגרת הליכים משפטיים בערכאות תוכל להוציא מהבעל סכומי כסף גבוהים יותר. בנסיבות אלו אין יותר יסוד הלכתי לטענה על עגינות האשה, הואיל וכבר נמצא לכך מענה ראוי. עמדת האשה כיום היא ניסיון לנהל מאבק משפטי נוסף כדי לזכות בסכומי כסף גבוהים יותר.”

עוד נכתב באותה החלטה:

”בית הדין שב וממליץ לתובעת לשים קץ להתנהלות הנ”ל, ולהשלים את ההליך בו החלה בהסכמה, במסגרת הסכם כולל. בכך האשה תחסוך מעצמה התדיינות משפטית נוספת בערכאות, העלולה להביא להמשך המצב הנוכחי לפרק זמן

הצדדים התגרשו, ולאחר מכן הוגשה תביעת הבעל המבקש להורות שהגט בטל עקב תרמית מצד האשה. ולהלן פסק הדין שניתן בנידון.

## השתלשלות האירועים בין הצדדים

הצדדים נישאו בחו”ק כדמו”י ולהם שני ילדים. כשלוש שנים מיום הנישואין התגלע סכסוך בין הצדדים שבמהלכו הצדדים נפרדו למגורים נפרדים. הסכסוך החל לאחר שלאשה התברר שהבעל סובל מבעיה נפשית קלה, שהעלים ממנה לפני הנישואין. בהמשך אירע פירוד בין הזוג, ולאחר מכן הגישה האשה לבית המשפט תביעת מזונות ומשמורת, וכעבור כעשרה ימים, עזב הבעל את הארץ, וניתק כל קשר עם אשתו, שלא ידעה היכן בעלה נמצא.

כעבור תשעה חודשים הגישה האשה תביעת גירושין, ורק לאחר מאמץ ניכר של בית הדין התברר שהבעל נמצא בחו”ל בעיר פלונית, והשתלב שם כאברך בכולל אברכים. התנהל מו”מ עם הבעל וגורמים מטעמו במגמה להביא להשלמת ההליך בסידור גט, ובסופו של דבר, כעבור קרוב לשלוש שנים ממועד עזיבת הבעל את הארץ, נכתב גט בבית דין במקום הימצאו. בתחילה נמסר הגט באותו מעמד לשליח קבלה שהאשה מינתה, ולאחר מכן נשלח לאשה, והיא קיבלה אותו כאן בבית הדין באמצעות שליח שני שהתמנה כשליח הולכה של הבעל.

לאחר השלמת הסדרת הגט חזר הבעל לארץ, והגיש בקשה להורות על ביטול תוקף הגירושין, וטען שהאשה נהגה ברמאות, וכי כתוצאה מכך הגט הינו במעמד של ”גט מוטעה”, ודינו להתבטל.

לאחר שהושלמו ההליכים המשפטיים הרלבנטיים, ולאחר שהתקיים דיון בתביעה לגופה, והוגשו סיכומי טענות הצדדים, ניתן בזאת פסק הדין.

הנתונים הרלבנטיים לבירור השאלה הם:

א. הבעל עזב את הארץ, ובתחילה העלים את המקום שבו נמצא, וגם לאחר שהתברר סירב לתת גט אלא בתנאים שהציג, אך בסופו של דבר הוסדרה הסכמה, ועל יסוד הסכמה זו הוסדרו הגירושין.

עוד יצוין כי בעקבות תביעת האשה לבית המשפט, שהוגשה עם פרוץ הסכסוך, התנהל הליך בבית המשפט שבסיומו ניתנו פסקי דין בתביעת המזונות והמשמורת.

בדיון שהתקיים עוד קודם לגירושין, הופיע אבי הבעל שהודיע לבית הדין על מקום המצאו של הבן, וכן הבהיר את הסיבה שעזב את הארץ, ולהלן מפרוטוקול הדיון:

"בנסיבות המתוארות לעיל מצאתי כי בהתאם להלכת פלמן, מתקיים בנידון טעם מיוחד שלא לקבל את החלטת בית הדין הרבני הנכבד ולפיה הסמכות לדון במזונות הקטינים נתונה לו, והנני קובעת כי לבית המשפט סמכות לדון במזונות הקטינים ובתובענה זו".

לאחר מכן, האשה בעתירתה לבג"ץ טענה שבהודעה המוסכמת, התבקש רק ביטול פסק הדין אך לא מחיקת התביעה, לכן סמכות בית המשפט נותרה בעינה ללא שינוי, ובשל כך לא היה מקום שבית הדין יקבע את סמכותו לדון בתביעת המזונות, וכן טענה שהסכמתה אינה יכולה לחייב את הילדים.

עוד נטען בסעיף 95 לעתירה, שנאלצה "לקנות את הגט" באמצעות ויתורים על זכויות המגיעות לה עפ"י דין, ובנסיבות אלו: "יש להורות על בטלותו של הסכם הנחתם תחת איום מפורש בעגונות, מטעמים של עושה, כפייה ותקנת הציבור". עוד טענה האשה באמצעות בא כוחה:

"כפי שבשני העשורים האחרונים התפתחה לה תביעת הנזיקין בגין סרבנות הגט, כך יש לפתח את דיני החוזים המשפחתיים, ולהורות על בטלותם של הסכמים שנחתמו תחת סרבנות גט מוצקה, כבנידון דידן, שברור שאלמלא ענייני הגט לא הייתה מסכימה העותרת להעביר הסמכות מערכאה לערכאה".

בסיום העתירה, לאחר שעלו טענות משפטיות נוספות לשלול את סמכות בית הדין לדון בתביעת המזונות, ביקשה האשה:

"ככל שתתקבל טענת העותרת... יש להורות גם כן כי פסקי הדין של ביהמ"ש לענייני משפחה מהימים ..., יעמדו על כנם". בסופו של דבר, בדיון בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ ובעקבות הערות ביהמ"ש משכה העותרת את עתירתה. ביחס לטענת התובע שיש להורות שהגט בטל בהיותו גט מוטעה, בדיון בבית הדין טען התובע באמצעות ב"כ: "טענתנו היא שמעולם לא התכוונו לקיים, וכך אמר אבא שלה לדיינים בבית הדין שסידר את הגט.

בית הדין: מתי הוא אמר להם לפני הגט או אחרי? ב"כ: ודאי אחרי.

ההשתלשלות של הדברים מראים. וטענות של האשה שאומרת שהיא הייתה אנוסה ללכת להסכם.

ב"כ: יש אמירה של ביה"ד על יסוד ההסכמות.

היא מעולם לא חשבה לקיים וזה עושה את הגט לגט מוטעה".

מנגד טענו האשה ובא כוחה, כדלהלן:

"האשה: ההתנהלות הייתה שידוך שנעשה במרמה, הסתירו מידע רפואי ככל שחשבתי על הדברים נגשתי ליעוץ, בעלי אמר לי שאם תדעי, לא תרצי להיות איתי, הוא ברח לחו"ל עיגן אותי לא התקשר לילדים...

בית הדין: מה בנוגע למה שחתמת מה הבנת כשחתמת?

האשה: שיש אופציה לקבל גט וצריך לוותר כאן וזה המצב שאוכל לקבל והחלטתי לוותר ולחתום. אני הבנתי שאני מעבירה את התיק המשפטי שלי לבית הדין.

ממושך, כאשר בידה להביא לסידור הגט בהקדם וסיום הליכים אלה במסגרת הסכם הוגן שהצדדים היו אמורים להשלימו".

בעקבות החלטה זו ולאחר שהאשה נוכחה שבנסיבות המתוארות לא ניתן פסק דין לכפיית הבעל בגירושין, הודיעה האשה שהיא חוזרת בה מעמדתה הקודמת ובהודעה כתובה לבית הדין כתבה:

"לאור דברי כב' ביה"ד בהחלטתו, לפיה עד אשר הסמכות בנושאי המזונות, המשמורת והנזיקין, תעבור לבית הדין הנכבד, אין בכוונתו להוציא לפועל את פסק דינו לכפיית גט, מודיעה התובעת כי היא מסכימה להעברת הסמכות בענייני המזונות, המשמורת ובענייני הנזיקין לכב' ביה"ד. הסיבה היחידה העומדת בבסיס החלטה זו הוא רצונה של התובעת להמשיך בחייה ולא להמשיך להיות כבולה למי שאינו מעוניין בה וחי מזה כשלוש שנים בחו"ל".

בעקבות הודעה זו התקיים מו"מ על פרטי ההסכם, ובדיון שהתקיים בבית הדין במעמד האשה ובא כוחו וכן שני באי כח מטעם הבעל, עו"ד וטו"ר, סוכם על מתווה שבו תועבר הודעה מוסכמת לבית המשפט לענייני משפחה, ולפיו הדיונים בענייני המשמורת והמזונות יועברו לבית הדין, ובית הדין יקבל מהצדדים את הסמכות לדון בנושאים אלו.

לאחר מכן, ניתנה החלטה בבית המשפט שבה נכתב:

"נוכח הסכמות הצדדים, פסקי הדין של בית המשפט המפורטים בסעיפים 1-2 מבוטלים. התביעה נמחקת".

בעקבות אותו דיון בבית הדין ולאחר החלטת בית המשפט הנוכרת, ניתנה החלטה שבה נכתב:

"התקיים דיון בין הצדדים בהשתתפות התובעת וב"כ הצדדים.

על יסוד הסכמות שהוצגו לבית הדין לרבות בקשה מוסכמת שהוגשה לביהמ"ש לענייני משפחה, בית הדין יסדר גט פיטורין כדמו"י באמצעות שליח, ולאחר הגירושין בית הדין ימשיך לדון בכל התביעות הכרוכות בגירושין והמצויות בסמכות בית הדין לרבות בתביעה לחלוקת הרכוש ובתביעה למזונות ולמשמורת הילדים".

על יסוד החלטה זו ושעות ספורות לאחר שניתנה, סודר הגט באמצעות שליח קבלה, ולאחר מכן גם באמצעות שליח הולכה.

אך לאחר השלמת ההליכים עשתה האשה כל שבכוחה לבטל את ההסכם, שאושר עוד קודם לגירושין. האשה חידשה את ההליכים בבית המשפט ביחס לתביעת המזונות עבור שני הילדים. למרות בקשת האיש לסילוק התביעות, נדחתה בקשתו בבית המשפט, שקבע את סמכותו לדון בתביעת המזונות.

בהחלטת ביהמ"ש נכתב:

"הסכמת האשה להעביר את הדיון במזונות הקטינים לבית הדין הרבני, כמו גם בקשתה והסכמתה לבטל את פסק הדין שניתן בבית משפט זה למזונות הקטינים, לא היו הסכמות מתוך רצונה החופשי, ולא היו תוך שקילת טובת של הקטינים".

עוד נכתב בהחלטת ביהמ"ש:

בית הדין: אז איך כ"כ מהר זה השתנה?

האשה: אמרו לי שיש אופציה להגיש תביעה לבית משפט.

עוד יצוין שבעת הזו מתנהל הליך בבית המשפט המחוזי שבו הבעל מערער על החלטת בית המשפט למשפחה, וטרם ניתן פסק הדין.

האשה הציגה לבית הדין את סעיף 29 לכתב הערעור שהוגש לביהמ"ש המחוזי שבו נכתב ע"י הבעל, כדלהלן:

כמו כן, הצדדים במודע ובכוונה תחילה לא כללו בהסכמה שגובשה התייחסות מפורשת לנושא הגט, בכדי ליצור הפרדה והבחנה ברורה בין ההסכמה על סידור הגט, ובין ההסכמה על הקניית הסמכות לבית הדין הרבני בעניין המזונות והמשמורת.

לטענתה, סעיף 29 הנוכרי, מוכיח את טענתה שגם אליבא דטענת הבעל, נעשתה הפרדה בין הגירושין לנושאים הכרוכים בגירושין שנידונו בהסכם. מאידך גיסא, השיב הבעל שהאשה חוזרת ומטעה את בית הדין, וכי סעיף 29 הנוכרי נכתב רק במסגרת הטענות שעלו כנגד החלטת ביהמ"ש למשפחה, ובתוך דבריו כתב:

בהקשר זה בלבד, ציין המשיב, כי למען הסר ספק, בהתאם לעקרונות שנקבעו, בין היתר, בפסיקת בית המשפט העליון כבג"צ 4407/12 פלוני נגד ביה"ד הרבני הגדול (פורסם בנבו, 7/2/2013), ובע"א 413/85 רוט נ' רוט פד"מ (1) 835 (1986), ובכדי למנוע מהמבקשת מלטעון - כפי שכידוע אכן אירע לבסוף - כי הסכמתה המפורשת להקניית הסמכות לבית הדין הנכבד, נעשתה על רקע הרצון שלה בקבלת הגט, וכביכול ללא שטובת הקטינים נבחנה בנפרד משאר ענייני הצדדים, יצרו הצדדים הפרדה דיונית בין ההסכמה על סידור הגט ובין ההסכמה על הקניית הסמכות לבית הדין הרבני. לכן לא נכללה בהסכמה על הקניית הסמכות לבית הדין הרבני, התייחסות מפורשת לנושא הגט.

כעת עם השלמת בירור התביעה, ולאחר שנעשו מאמצים רבים להביא את הצדדים להסכמה מחודשת, לרבות בהליכי גישור באמצעות דיון בית הדין, אך ללא הצלחה, עלינו לדון האם יש מקום לעיכוב נישואי הצדדים, והאם יש מקום לטענה שמעמדו של הגט כ"גט מוטעה" שדינו להתבטל.

**ההיבט העובדתי בשאלת מעמדו של הגט כ"גט מוטעה"**

ביחס לקביעה העובדתית האם אכן בנידון זה הבעל הוטעה בעת מתן הגט, ובגין הטעייה זו מעמדו של הגט הוא כ"גט מוטעה", יובהר שמוקד המחלוקת בין הצדדים החל מפרוץ הסכסוך נסוב סביב התביעה שהגישה האשה בבית המשפט. יצוין לדברי אבי הבעל בדיון הנוכרי, וכן למכתבו של הבעל לבית הדין, שנסרק לתיק, שבו נכתב כדלהלן:

"לקראת הדיון הקרוב ולאחר העיון בכתבי בית הדין אבהיר כדלקמן:

1. כפי שהודעתי בעבר, אני חוזר ומודיע כי אני מוכן לתת גט למרות שהבית נהרס ללא סיבה אמיתית לאחר שכל הדברים ידונו בפני בית הדין.

כל רצוני שענייני המזונות והילדים ידונו בדיון תורה כפי הדין וההלכה. ובהכירי את האשה ואת משפחתה אני יודע שהם העבירו את התיק של המזונות רק למראית העין ואחר מתן הגט יחזרו וירדפו אותי בערכאות. ולמרות ה"העברה" שנעשתה למראית העין בענין המזונות היא לא ביטלה את פסקי הדין. וגם לא הגישה את תביעת המזונות לבית הדין בשם הקטינים. ועוד גם לא ראיתי שאת תיק הסדרי הראיה והמשמורת הם העבירו לבית הדין.

לפיכך, בקשתי מבית הדין שבית הדין יעגן את הדבר מבחינה חוקית ומשפטית ויאשר שנעשתה העברת כל העניינים כחוק באופן שלא תוכל לשוב ולתבוע שם. לא במזונות ולא בילדים. לאחר שבית הדין יעשה את הדברים ויקח אחריות על הדבר מיד אחר כך אסכים לתת גט. ואני סומך בדבר זה על בית הדין שיתיעץ ולבדוק איך לעשות זאת בצורה הרמטית.

2. הייתי שמח להופיע לדיון ולהציג את עמדתי בכל העניינים. אך בשלב זה איני יכול בגלל שאני רדוף על ידי האשה ואין לי כסף להביא מייצג חוקי שיביע את עמדתי. אך אין טעם בדיון, כי אני מוכן לגרש, אלא שצריך לבדוק ולסגור את עניין הסמכות בענייני המזונות והילדים."

הרי שהבעל הבהיר שרק עם הסדרה חלוטה של הסמכות יינתן הגט ללא דיחוי.

עפ"י העולה מהמתואר לעיל, במהלך הדיון בבית הדין הוסכם בין הצדדים בהיותם מיוצגים שהסמכות לדון בתביעת המזונות היא של בית הדין, וכי הצדדים יעשו את הנדרש לשם כך בהודעה מתאימה לבית המשפט. לקראת מועד סידור הגט הוצג לבעל מצג שלפיו הנושא שבגיניו עיכב כל שלושת השנים את מתן הגט הוסדר בדרך נכונה מההיבט החוקי. לאחר שניתנה החלטת בית הדין הנוכרת לעיל המאשרת את סמכותו כמבוקש וכמוסכם, עשתה האשה באמצעות ב"כ, כל אשר בידה להוכיח שאין בהסכמות שהושגו ובהודעה שהוגשה לבית המשפט ובהחלטת ביהמ"ש כדי לקבוע את סמכותו החוקית של בית הדין, וכי בית המשפט נותר הערכאה המוסמכת. כאמור לעיל, בית המשפט בהחלטתו קבע את סמכותו לדון בתביעת המזונות, ושאין לשלול את זכותה של האשה להגיש תביעה מחודשת בביהמ"ש.

עוד יצוין כי בנסיבות המקרה הנוכחי שהגט סודר בבית דין אחר, מן ההכרח היה לברר באותו בית הדין כיצד בדיוק סודר הגט, יצוין לפד"ר כרך ה' עמ' 72 וכן עמ' 81-82. במענה לשאלת בית דין זה, שהתקבל מבית הדין שסידר את הגט בחתימת כל שלושת הדיינים שסידרו את הגט, נאמר:

"במענה לבקשת כבוד בית הדין בענין סידור הגט שסידרנו [...] סידרו אותו עפ"י סדר הקב נקי בלבד, ולא הוספנו ולא ביארנו שאין קשר בין תוקף הגירושין לכל דבר שהוסכם ביניהם, לא פירטנו מה יהיה אם היא תחזור מההסכם לדון בבית הדין.

האשה אם היה מקום להכשירו עפ"י ההלכה. בד בבד עם הביקורת על התנהלות האשה לא העלו על דעתם לעוות את הדין ולפסול את הגט משיקולי ענישה.

עיין בתשובת מהרש"ם ח"ה סי' מג, שבסיום תשובתו אודות בעל שלא הסכים לתת גט אלא לאחר שיובטח שהאשה תחזיר לו את המסמכים שלו ביחס לביתו ושדותיו, ולאחר שהאשה התחייבה באלה ושבועה וחרם חמור שמיד לאחר הגירושיין תשיב את הגולה, סודר הגט, אך לסוף האשה לא עמדה בהתחייבותה, והבעל רוצה לבטל את הגט בטענה שבשום אופן לא היה מגרשה ללא החזרת המסמכים הנ"ל, במסקנתו פסק מהרש"ם:

"נלפע"ד דהגט כשר. ואמנם מבואר בח"מ סוס"י טו וכמה דוכתי דיוכלו הבית דין לגזור על האשה שלא תנשא לאיש אם אינה מחזרת מה שגזלה, ועיין שבות יעקב ח"ג סי' קכא בזה, ולכן גם בנ"ד יעשו כן".

הגם שבאותו נידון לא היה ספק שהאשה עומדת בגולתה ללא הצדקה, מאחר שלא היה מקום להורות על ביטול הגט בטענת גט מוטעה, לא עיוותו את דינה עקב התנהלותה השלילית, ופסק מהרש"ם שהגט כשר, אלא שהוסף שעל בית הדין לאכוף עליה את החזרת הגולה באמצעות עיכוב נישואיה, וזאת על יסוד פסיקת הרמ"א חו"מ סי' טו סעיף ה.

וכן בספר דברי חיים (למהר"י אויערבאך) דיני גיטין סוף סי' ב' כתב שאם הבעל לא התנה תנאי גמור אלא רק בגלוי דעת, וגילוי הדעת של הבעל היה שלא בשעת סדור הגט ובכה"ג אין להחמיר, וזה לשונו:

"מ"מ אף שאין הגט בטל אף כשלא נתקיים כפי הגילוי דעת דמעיקרא, אעפ"כ ראוי שהבד"צ יראו לכופה לקיים הדברים, ושלא לעשות נבלה כזאת וכן לא יעשה בישראל".

אך היינו באותם מקומות ובנסיבות שכח בית דין יפה להעמיד משפטי הדת על תילם, ולהציל עשוק מיד עושקו. לא כן ביחס לבית דין זה שמסגרת סמכותו ידועה ומוגדרת מראש, ואינו יכול למנוע גישה לערכאות בנסיבות שהחוק מאפשר זאת, גם כשסכומי הכסף שהאשה תקבל בערכאות אלו הם בניגוד להסכם חתום ובר תוקף עפ"י ההלכה, ובכך עפ"י ההלכה כל חריגה מההסכם כרוכה באיסור גול.

ב. בנידון דנן אין חולק שאם שני הצדדים היו פועלים בהתאם להסכם וללא כל חריגה מהוראות ההסכם, לא הייתה מתעוררת שאלה בכשרות הגט, וכי השאלה העומדת ביסוד פסק דין זה, נובעת מכך שלאחר זמן קצר לאחר הגירושיין התנערה האשה מההסכם, וביקשה לרוקן אותו מתוכן. רק לאחר מועד זה יכולה לעלות לדין שאלת כשרות הגט, והגט ייפסל רק לאחר שנקבע שבעת מתן הגט ניתן בתנאי שההסכם לא ירוקן מתוכן, והגירושיין גופן מותנים.

הב"ש סי' קמה ס"ק טז הביא את עניינו של הגט מווינא שמהר"ם לובלין בתשובה פסל, ושכל חכמי הדור חולקים עליו. ובספר עטרת דבורה ח"ב סי' פו הבאנו באריכות את דעת הפוסקים בהלכה זו.

גם כמה חודשים לפני הגט, כשהשתדלנו על צד הבעל שיסכים ליתן הגט, ראינו בכירור שבשום אופן לא היה מסכים ליתן רק אחרי שנתייבשה דעתו שאשתו תעזוב את בית המשפט ותלך לדון בבית דין. ראוי לציין שאשתו ואביה אמרו בפירוש שלא כיוונו מעולם לקיים ההסכם, ואין מרגישים שעשו עולה במה שרימו אותו".

**העולה מהאמור**, בעת מתן הגט היה הבעל סמוך ובטוח, בעקבות יעוץ משפטי שקיבל משני באי כוחו, האחד עו"ד והשני טו"ר, שהוסדר הליך המבטיח את המוסכם, דהיינו שהסמכות תהיה של בית הדין שיוכל לדון בתביעת המזונות שכבר הגישה האשה קודם בבית הדין. ורק לאחר שבית הדין בהחלטתו אישר את סמכותו כמוסכם, ובהסתמך על כך, נתן הבעל את הגט ביודעו שנושא הסמכות הוסדר בדרך חלוטה. אך לאחר מכן התברר שטעות בידו, וכי זמן מה לאחר הגירושיין, האשה הצליחה להביא לכך שאותו מסמך אינו יכול להביא לאותו יעד עליו סוכם. בית המשפט חרג ממנהגו וקבע שבנידון זה קיים טעם מיוחד שלא לכבד את החלטת בית הדין, והחליט שהסמכות היא בבית המשפט. אמנם במצב החוקי הנוכחי קיימת סמכות מקבילה לבית הדין ולבית המשפט, מאחר שאין בכח החלטת בית המשפט לבטל את החלטת בית הדין שקבע את סמכותו, ולמעשה בעת הזו, הן בית המשפט והן בית הדין מוסמכים לדון בתביעת המזונות, אלא שההסכם קבע בכירור שלא יתקיים מצב כזה.

יצוין שבית הדין, בהחלטתו קבע לחייב את האב שהוא אברך כולל, בסך 2700 שקל לחודש כדמי מזונות זמניים עבור שני הילדים, וזאת עד לדין להשלמת שמיעת טענות הצדדים וחקירתם, דיון שלעת עתה עוכב. ועדיין לא ברור מה יהיה גובה דמי המזונות שייפסקו בבית המשפט, אם יושלם הליך מקביל בערכאה זו.

### הנושאים הטעונים בירור הלכתי בנידון זה

א. הדיון בשאלת ביטול גט שניתן עקב הטעיה, בדרך כלל וגם בנידון זה, הינו דיון קשה ומורכב. במקרה הנוכחי, הנידון הוא שהאשה נהגה בחוסר ישר מוכח הראוי לגינוי, שהביא את בית הדין לדיון זה, וזאת מבלי להקל ראש בהתנהלות השערורייתית של הבעל, שכאמור נטש את אשתו וילדיו למשך קרוב לשלוש שנים. מאידך גיסא, אם יתברר שעפ"י ההלכה הגט כשר בית הדין אינו רשאי לנקוט במדיניות של "הוא עשה שלא כהוגן ולפיכך יעשו עמו שלא כהוגן" (יבמות דף ק"י), ולהורות על פסילתו כתגובה המתבקשת מהתנהלותה השלילית של האשה או משיקולי מדיניות שהכשר גט בנסיבות אלו מערער את האמון בהסכמי גירושיין עם כל ההשלכות השליליות הנובעות מכך, כטענת התובע. אלא בית הדין חייב לפסוק דין אמת לאמתו. ובדרך זו הלכו גדולי הדורות שיובאו להלך, שהכשירו גט שניתן בד בבד עם התנהלות שלילית מצד

שהציג הבעל, וכי יעלה על הדעת שאם יצא לפועל המתווה שנקבע בדעת עמיתי עפ"י דרישת הבעל, וזמן רב לאחר הגירושין יתברר שהוא לא יוכיח את עצמו, ובנסיבות אלו או אחרות האשה תמצא דרך לבטלו, וכי הגט יבוטל לאחר זמן, ולאחר שתינשא מחדש ותלד ילדים, הגט יבוטל למפרע וילדיה ממזרים, אין להעלות על הדעת שינתן גט בדרך כזו, ולא תיעשה כזו בישראל, ועל כן קיימת הלכה המונעת סידור גט בתנאי (אה"ע סי' קמ"ה ס"ט). אלא כפי שבכל תיק המתנהל בבית הדין, גט לחוד וענייני הממון לחוד, ובאחריות בית הדין שלא תוכל להיות כל זיקה ביניהם, לא כעת ולא בעתיד".

אמנם למעשה הגט סודר בבית דין במקום אחר, ועפ"י הודעתם בכתב לבית הדין, הגט סודר עפ"י סדר הגט שבספר קב נקי, ללא כל תוספת, אך מאחר שהגט סודר עפ"י בקשת בית דין זה ובהתאם להנחיות שניתנו על ידי בית הדין כאן, כגון ביחס להסדרת מתן גט לשליח קבלה, ולאחר מכן הסדרת הגט לידי שליח הולכה שמסר את הגט ליד האשה כאן, די בהחלטה הנוכרת שהבהירה לבעל עוד קודם מועד הגירושין שהגט גופו אינו יכול להינתן בתנאי, וכי הגט לחוד וענייני הממון לחוד. וכן באותה החלטה הובהר שגם אם לאחר הגירושין תמצא האשה את הדרך לפרוץ את ההסכם, התנהלות שלילית כזו לא תשליך על תוקף הגירושין.

ג. טעם שני כתב הט"ז אודות כשרות הגט מווינא:

"ואני אמרתי אם היה כאן תנאי בתחילה, עסק הגט לא היה גט, דהא איתא בסימן קמ"ז דאפילו אם אמר התנאי בע"פ קודם כתיבת התורה פסול הגט, אלא בשעת נתינה יאמר התנאי, אלא ע"כ דאין כאן תנאי לגמרי, והסכימו בזה שכל המערער ע"ז הוא בכלל מוציא לעז על גט כשר".

בתשובת בית אפרים הנוכרת (עמ' רצד) הסכים עם הט"ז, ועוד קודם לכן בעמ' רצב כתב הבית אפרים בנידון הגט מווינא:

"ובאמת שצריך לעיין שאם ניהוש לומר דאומדנא דמוכח הוא שנותן הגט ע"מ שתחזור ותנשא לו, א"כ אפילו מת נמי הי' לנו לומר דחולצת ולא מתייבמת, שהרי אנו חוששין לתנאי קודם כתיבת התורה שפוסל הרמב"ם... אבל אם נאמר דאומדנא דמוכח הוא שנותן בתנאי שאם יעמוד תהי' נשאת לו, א"כ פשיטא דהוה כשאר תנאים דעלמא שפסולים קודם התורה, וא"כ הגט ש"מ הנעשה בהתקשרות שתחזור לינשא לו אם נימא שהגט תלוי בזה א"כ הוי כשעת כתיבה, שהרי ע"ד כן הוא מצוה לכתוב הגט, וא"כ אפילו אם מת, הגט פסול משום ברירה. וא"כ התקנה קלקלה, שאף אם מת היא זקוקה ליבם. ופשיטא דאין לחלק בין תנאי מפורש לתנאי מחמת אומדנא, דהא עיקר הטעם מחמת דאין ברירה ואין הכתיבה לשם כריתות גמור, וא"כ אף שהתנאי מחמת אומדנא פסול, כיון שאם לא יתקיים התנאי יהי' הגט בטל. ולדברי מהר"ם ז"ל ודעמי' צ"ל דעל הכתיבה אין אומדנא כיון שאין מזכיר התנאי בפירוש שאפשר שיתרצה ליתן הגט בתורת גירושין גמורים אף שלא תחזור לינשא אותו, אך עיקר האומדנא הוא מחמת שקודם נתינה

ביחס לנידון דנן, יצוין לדברי הט"ז סי' קמה סק"ו שהסכים עם דעת החולקים על מהר"ם לובלין, ובתוך דבריו כתב שני טעמים מדוע אי אפשר לומר שהגט מותנה. בטעם הראשון כתב הט"ז:

"נראה פשוט דאם אומר הרב המסדר לפני ענין הגט של שכיב מרע, דיגרש אשתו שלא תזקק ליבם או חליצה, אלא שאין אנו מגרשין על תנאי כלל והיא מגורשת ממנו לגמרי, אלא שאח"כ חייבת לינשא אותו, וכן הוא מתנה שחייב הוא לחזור ולינשא אותה מחדש, אז אין צריך להזכיר בפירוש שלא על תנאי, כי בודאי על דעת הרב הוא מצוה לכתוב וליתן. דאפילו באמירה של האשה אמרו בפרק איזהו נשך דף ס"ו דהוא יהיב אדעתא דידה ואולינן בתר דיבורה, אי לאו משום דשם הוה פטומי מילי, כמ"ש התוס' שם על מה שאמרו בגמ' קמ"ל, וא"כ כל שכן שאולינן בתר דברי הרב המסדר, דהבעל יהיב על דעה שלו דאדעתא דהכי יהיב או מצוה ליתן".

ועיין בשו"ת בית אפרים תניינא (הוצאת מוסד הרב קוק) אה"ע סי' עב (עמ' רצד) שהביא מדברי הט"ז והסכים עמו. יצוין, דברי הט"ז והבית אפרים נאמרו גם אם הבעל לא אמר בפירוש שהגט ניתן ללא תנאים. ק"ו כשהבעל אמר שהגט ניתן ללא תנאים, וגם אם היה טעם לבטל דבריו אלו, כפי דעת הסוברים כן שיובאו להלן, אך עדיין גם בלא דברי הבעל שהגט ללא תנאים, עכ"פ סברת הט"ז קיימת.

טעם זה נכון בכל הגיטין המוסדרים בבית הדין בהתאם ל"סדר הגט", שהדבר ברור שהבעל אינו יכול לקבוע באיזו מתכונת יסודר הגט, אלא הגט ניתן בהתאם לכללי בית הדין, ומראש הבעל יודע שהוא כפוף להוראות בית הדין, וכי בית הדין מכיר את פסיקת הרמ"א בשו"ע סי' קמה סעיף ט' ביחס לגט שכיב מרע: "דלכתחילה אין לגרש על ידי תנאי, רק יגרש סתם ולקבל בחרם הקהילות או ליתן משכונות כשיעמוד יחזרו זה את זה", ולמעשה בכל בתי הדין נמנעים לגמרי לסדר גט על תנאי, גם כשאינו גט שכיב מרע.

בנידון דנן, טעם זה מקבל יתר תוקף לאחר החלטת בית הדין מיום ... בסעיף ז' להחלטה (בדעת "דיין א"). באותה החלטה, שניתנה כחצי שנה קודם למועד סידור הגט, ראה בית הדין את הנולד, וכתב:

"אין כל יסוד לטענה ל"גט מוטעה" שהעלה עמיתי. בית הדין מעולם לא סידר גט בתנאי ובכל מקרה מבהירים לבעל באר היטב שאין כל זיקה בין הגט ותוקפו לכל נושא אחר שהתנהל או שיתנהל בעתיד בין הצדדים. ויצוין לספר טיב גיטין שהובא ב"קובץ מפרשים" בשו"ע אה"ע מהדורת ראש פינה כרך ה' עמ' רפא. ועל פי הוראת הטיב גיטין, בית דין זה מוסיף הבהרות יותר מהמפורט בסדר הגט המקובל ובכך יורדת מסדר היום, וגם לא תוכל להיות מוצגת בעתיד, טענת "גט מוטעה". בוודאי בנידון זה שכבר כעת מובהר לבעל, וגם בעת סידור הגט יובהר לבעל, שהגט אינו מותנה בשום דבר, על כן החשש לגט מוטעה לעולם לא יוכל לעלות על הפרק.

הרי ידוע שכל חו"ד משפטית אינה מדע מדוייק, לרבות חו"ד

מטעם אם יש ברירה, ר"ל שהתורה אמרה וכתב לה ספר כריתות שצריך לכתוב דבר הכורת בינו לבינה, ועתה כשעושה תנאי הגט קודם שיכתוב בין אמרו לסופר או לשליח או לזולתו, עדין יש הקשר ביניהם עד שיתקיים התנאי, ואחרי שיתקיים התנאי נסתפקו בירושלמי אי אמרינן הוברר הדבר למפרע שהגט היה גט כריתות או לא אמרינן הוברר למפרע דאין ברירה. וא"כ מה לי אי אמרו לשליח או לזולתו כיון שבשעת כתיבה הגט נשאר זה הדיבוק ביניהם. אבל כשכתב הגט בלא שום תנאי ואח"כ התנה הוא דבר חוץ מן הגט, גט כריתות קרינא ביה כיון שהגט כשנכתב לא היה בו שום תנאי. זה נ"ל בענין. יעקב בירב".

אמנם בב"ש סי' קמ"ז סק"א הביא משו"ת מהר"י בן לב חלק ב סימן י' שכתב דלא כמהר"י בי רב, וז"ל:

"אבל כיון דהוי משום גזרה דתנאי דחוץ וכדמשמע פשטא דשמעתא סמכתי במאי שכתבתי במעשים שבאו לידי דכיון דהסופר והעדים לא ידעו מהתנאי, שפיר קרינן ביה דנכתב בלא תנאי, ולא איכפת לן במאי דידעי אחריני, וכן ראיתי קצת מגדולי סאלוניקי שהיו נוהגים בכך".

אך, גם לפי דרכו של מהר"י בן לב, בכל גט שיש בו הסכם גירושין שרק לאחר שאותו הסכם הבעל ניארת לתת גט, היה מקום להקפיד ולוודא שהסופר והעדים אינם יודעים דבר מהתנאי, וכידוע מעשים בכל יום בכל בתי הדין שאין מקפידים על כך, ופשיטא שכך היה בנידון דנן, וזאת על יסוד ההנחה שבעיקרו של דבר, ההסכם עומד בפני עצמו ואינו תנאי בתוקף הגירושין.

על כן, מאחר שגם אליבא דהגט מקושר בכה"ג שנאמר לסופר ולעדים שהגט נכתב ללא תנאי והתנאי הוא רק בנתינה עדיין הגט כשר רק בדיעבד, ולפי האמור, לדברי מהר"י בי רב בכל גווני אף שהסופר והעדים אינם יודעים דבר אליבא דהרמב"ם והשו"ע היא ספק מגורשת, וכידוע תמיד מבקשים לסדר גט כשר לכתחילה ושיהיה כשר לכל הדעות, ועל דעת כן נכנסו לסידור הגט הבעל האשה ובית הדין המסדר את הגט, הרי שזו האומדנא דמוכח הטובה ביותר שהגירושין לגופן בלא כל תנאי, וכי ההסכם לחוד והגירושין לחוד.

ד. בנידון זה, כפי המקובל בכל סידורי הגט, לאחר הגירושין ניתן לבעל ולאשה "מעשה בית דין" שהוא למעשה פסק דין המתירה להינשא כעבור שלושה חודשים, ואם הפרת ההסכם, לרבות בסעיף יסודי שבלעדיו הגירושין לא היו יוצאים לפועל, שתתרחש לאחר זמן תיחשב כהפרת תנאי בגירושין אנו עלולים למצוא את עצמנו מול מציאות בלתי אפשרית שהאשה תינשא לאחר שלושה חודשים כדת וכדין בהסתמך על פסק דין חלוט להיתר נישואין, ולאחר זמן בהיותה כבר נשואה מחדש יתברר שהגט בטל מעיקרו. זו מציאות שאין להעלות על הדעת שבית הדין יפסוק לאשה היתר נישואין לאחר שלושה חודשים, ולאחר פרק זמן נוסף, פסק הדין יתברר למפרע כהיתר שגוי, המכשיל את האשה

עושים התקשרות שתחזור לישא אותו אז שפיר אמרינן אומדנא זו, כן אפשר לומר לפי דעת מהר"ם ז"ל. אבל לדעת החולקים א"ש בפשיטות דלא דיינינן דין אומדנא בזה, שאינה מוכחת שהגט תלוי בזה כלל".

עפ"י דברי הט"ז והבית אפרים, מאחר שהדבר ברור שהבעל ביקש לסדר גט כשר, ועפ"י ההלכה אם עוד קודם לתחילת כתיבת הגט הבעל מציב תנאי בגירושין, גם אם יתמלא התנאי, הגט אינו יכול להיות גט כשר, וכפסיקת הרמב"ם (פ"ח מגירושין ה"ד) והשו"ע סי' קמ"ז, על כן בהכרח שאין אומדנא שבכוונת הבעל להתנות את עצם הגירושין בהסדרים שסוכמו מראש עם האשה, למרות שמלכתחילה לא היה מגיע לסידור הגט לולי הוסדר הסכם בר תוקף עפ"י דרישתו. לפי דרכו של הבית אפרים, גם מהר"ם לובלין שפסל את הגט מווינא, היינו דווקא שם, שגם לאחר כתיבת הגט וקודם הנתינה הוסדרו הסיכומים שאם יעמוד מחוליו יחזור להינשא מחדש, ודבריו לא נאמרו בנידון דנן שקודם הנתינה לא נאמר דבר אודות ההסכם.

אמנם יצוין למש"כ בספר גט מקושר סדר גט ראשון אות לח (בהג"ה), שלא הסכים לסברת הט"ז והבית אפרים (אף שלא הזכיר מדבריהם). לפי דרכו, מאחר שקיימת ריעותא בהצבת תנאי בכתיבת הגט, האומדנא מתייחסת רק על נתינת הגט, אך הדברים צ"ע. הגט מקושר כתב:

"ולפי זה מ"ש הרמב"ם בפרק ח' דין ד' באם התנה קודם התורף על פה, הוה ספק גירושין, היינו באומר לסופר כתוב גט לאשתי שאני מגרשה על תנאי כך וכך כדמשמע שם דין ג', אבל אם אמר לסופר כתוב גט לאשתי שאוכל לגרשה כשארצה בכל אופן אלא שאין אני נותנה לה כי אם על תנאי כך וכך מגורשת שפיר, דלא מקרי אלא תנאי בנתינה... ולפי זה נראה דלא הזהיר הרמב"ם שיאמר לסופר לכתוב ולעדים לחתום בלי שום תנאי, היינו לכתחילה שמא יכתוב על תנאי הבעל, אבל אם אומר לסופר כתוב גט שדעתי ליתנו על תנאי ואתה תכתבנו בלי תנאי, שפיר מגרשא בדיעבד על כל פנים".

אך דברי הגט מקושר, הינם בניגוד לתשובת מהר"י בי רב שהביא המבי"ט חלק א' סימן מז שכתב שגם אם הסופר והעדים אינם יודעים מהתנאי, אלא אחרים יודעים עליו קודם הכתיבה, די בכך כדי לפסול את הגט לפי שיטת הרמב"ם, וז"ל:

"מה ששאלת מענין הגט שנכתב על תנאי שכתב הרמב"ם ז"ל בהלכות גירושין פ"ח וז"ל כיצד מגרש אדם על תנאי וכו' עד וכן אם התנה על פה קודם כתיבת התורף הרי זה ספק גירושין עכ"ל אם יש הפרש בין כשהתנאי אומר לסופר עצמו ובין כשאומר לסופר עצמו כתוב גט בלא תנאי ולשליח אמר או לאחר קודם שנכתב הגט אותו הגט לא תתנוהו כי אם על תנאי כך וכך יהיה הגט כשר, או לא שנא שבזה ובזה יהיה ספק מגורשת לדעת הרמב"ם ז"ל. דע שאין הפרש ביניהם, וזיל בתר טעמא הטעם שכתב הרמב"ם ז"ל שהיא ספק מגורשת הוא ממה שכתבו בירושלמי בפרק כל הגט שפסול התנאים הוא

לשתי שנים ולא היה צריך לחזור ולומר בשעת נתינת הגט. והשיב הרב ז"ל שהגט הוא גט כריתות ואינה צריכה להמתין אלא ג' חדשים. ואף על גב דגילה בדעתו מתחלה שהיה רוצה ליתן גט לב' שנים, גלוי דעתא בגיטא לאו מלתא היא והביא מה שכתב הר"ן ז"ל בפרק האיש מקדש על עובדא דההוא גברא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לא". ומה שכ' הרמב"ם ומגיד משנה על זה בפ' י"א מהל' מכירה וכן מה שכתב הרשב"א על זה בפרק האיש מקדש, וכתב אחר כך: מכל זה אנו למדין שאפילו במקום דסגי גילוי דעת ולא גילה דעתו בשעת המעשה אינו כלום, ובשאלה זו שלא גילה דעתו בשעת המעשה לאו כלום הוא, וכתב דלא דמי להא דאמר' הקדש בטעות אינו הקדש כמו שכתב הרשב"א בפרק האיש מקדש, וכתב בסוף: הכלל העולה שכיון שזה המגרש הוציא בשפתיו מה שהיה בלבו להוציא אעפ"י שאמר שבדעתו היה שלא לגרשה אלא לב' שנים לאו כלום הוא והיא מגורשת לגמרי, כיון שאמר בפיו מה שהיה בלבו לומר ואם הי' במחשבתו דבר אחר הו' דברי' שבלב ואינם דברים כדאמרן ע"כ קיצור לשון הרב ז"ל".

המבי"ט נטה בנידון שלו מפסיקת מהר"י בי רב, וכתב:

"בנידון זה [...] כיון שהסכימו קודם על תנאי כ' חדש ואח"כ ניתן בסתם ע"ת הא' ניתן כמו שכתבתי [...] כנראה מתוכן הדברים שמסדר הגט הטעה את הבעל שלא יזכיר עוד תנאי כיון שהזכירו קודם והסכימו על כ' חדשים ואפשר שנראה לו שלא היה פוסל הגט בזה מפני שראה כוונת החכמים שיהיה הגט מוחלט או על הרוב לשנה א' כמו שנכתב במעשה ב"ד, וכן כתב שחלה פניו אחי האשה שאם בשעת נתינת הגט לא יזכור הבעל התנאי בשעת נתינה שלא יזכירונו הוא לו ומאין היה חושש אחי האשה שלא יזכור הבעל התנאי בשעת נתינה, כל לבבו ונפשו ומאודו לא היה אלא על אותו התנאי, והוא לא היה מרוצה אלא ע"ת ג' שנים, ועל כן נתרצה לכ' חדש, ואיך ישכח או לא יזכור מה שהי' מוסר נפשו עליו".

עוד יצוין שהרדב"ז בתשובה ח"א סי' פג (שהובא בפת"ש סי' קמ"ג סק"א) הביא את מחלוקת מהר"י בי רב והמבי"ט בלא אזכור שמות החולקים אלא כמחלוקת של חכמי צפת, והכריע כמהר"י בי רב. במהרש"ם חלק ה' סי' מג, כתב:

"גם בתשובת מבי"ט ח"ב סי' ל"ז הביא בשם תשובת ר"י בי רב להדיא דגם גילוי דעת שקודם התחלת הגט לאו מלתא הוא, וגם לפי דברי המבי"ט שחולק שם, היינו היכי שהתנה תחלה תנאי גמור, אבל בגילוי דעת לבד מודה שם".

הרי שהמבי"ט נטה מדברי מהר"י בי רב רק באותו נידון שהיה ברור שהבעל הציב תנאי בגוף הגירושין, ועמד על כך שהגט לא יחול לאלתר אלא רק לאחר כ' חודש כמו שסוכם מראש, והבעל הוטעה לסבור שבאמצעות סידור הגט במתכונת שלבסוף סודר, בכך הגט אינו לאלתר אלא לאחר כ' חודש, כפי שהיה מוסר נפשו על תנאי זה שהוא תנאי בחלות הגירושין. לא כן בנידון המצוי, וכמו בנד"ד, שלא עולה על דעת בית הדין לסדר גט בתנאי, וגם הבעל לא דרש זאת, ולא העלה על דעתו שכך יסודר הגט, בכה"ג פשיטא

ובעלה השני באיסור אשת איש, והופך את בניה מבעלה השני לממזרים.

בשו"ת בית אפרים, בתשובתו הנוכרת במהדורה תניינא אה"ע סי' עב (עמ' רפט) כתב:

"ואני תמה בזה, שהרי מעשים בכל יום שמפשרים בין הזוג שהיא תתן לו סך כך וכך, ואחר נתינת הגט היא מקיימת את אשר נגזר עליה או משלישים ביד שלישי, והשליש עושה כפי שהושלש בידו ומחזיר לו בלא בעדים, והאשה עומדת ונשאת ואין פוצה פה ומצפצף. ולפי דברי כת"ר אינה רשאה להנשא עד שיהיה בידה כתב ראיה מבית דין ועדים, שקיימה כל אשר גזרו הפשוטים ביניהם, שמה יערער הבעל ויאמר שלא נתקיים לו התנאי, וגם אפילו אם לא ערער אינה נאמנת לומר שנתקיים התנאי כל שהוא בקום ועשה, וכ"ש בעל מנת שתתן שהוא תנאי שאינו בידה שמה יגנב או יאבד וכמבואר כל זה בסי' קמ"ג ובס"ס ל"ח. ונלאתי להאריך, וכמה שנים גדלנו בבית המדרש ולא שמענו הלכה זו שהאשה תצטרך לכתב עדים וראיה כשתרצה להנשא ... אך הדבר ברור ואמת, דאף במקום דאיכא אומדנא דמוכח שמחמת זה הוא נותן הגט, לפי שהבטיחו לו כך וכך, מ"מ כיון שבשעת נתינת הגט הוא אומר בפירוש שהוא מתרצה ליתן בלא תנאי, גמר ומגרש בכל אופן שיהיה, ואינו תולה הגירושין בתנאי כלל".

ובעמ' רצג כתב הבית אפרים:

"כשאומר בפירוש שנותן בלי תנאי, דברים אלו הם עיקר, ואין לנו אומדן דעת שמשקר בזה ואין לבו עמו בהא ... אין לנו לבדות מלבנו שאע"פ כן הייתה דעתו על התנאי, ואמרינן שמרוצה ליתן גט בכל אופן, וסמך לבו שיתקיימו התנאים מחמת הפס"ד והבטחונות".

על פי דרכו של הבית אפרים, ובהמשך לסגנון תשובתו הנוכרת יש להוסיף: "וכמה שנים גדלנו בבית המדרש ולא שמענו הלכה זו שהאשה כשתרצה להנשא תצטרך לכתב עדים וראיה שמכאן ולהבא מצד האשה כבר אין כל אפשרות להפרה יסודית של ההסכם בסעיף שלולי נחתם לא היה ניתן הגט, אלא ודאי מאחר שבכל מקרה גט לחוד ושאר העניינים הכרוכים בגירושין לחוד ועל כן הגירושין גופן אינן מותנים, אין צורך בכך".

ה. כבר האריכו גדולי הפוסקים לדורותיהם בשאלת מעמדו של גילוי דעת בגט, לרבות גילוי דעת שקדם לכתבת הגט. ובנידון זה נביא את תשובות מהר"י בי רב והמבי"ט.

המבי"ט חלק ב' סי' לו הביא בקצרה את תשובת מהר"י בי רב, וז"ל:

"נמצאת תשובה אחת כיוצא בזה למורינו הרב כמהר" יעקב בירב ז"ל, ראובן שבא לב"ד ואמר שהיה רוצה ללכת לארץ מרחקים ולהניח לאשתו גט זמן לב' שנים ובשעת הכתיבה לא הזכיר שום תנאי כמו שהוא דין לדעת הרמב"ם ז"ל, וגם בשעת הנתינה לא הזכיר שום תנאי בגט אלא שנתן לה גט כריתות. ועתה אומר הבעל שחשב שאותן הדברים שאמר קודם נתינת הגט שבזה די כיון שגילה דעתו בתחילה שהיה רוצה ליתן גט

וכתב על דבריו בתשובת תועפות ראם (סי' עו) -  
 "מבואר להדיא דבגיטין וקידושין אין לנו לתלות באומדנות.  
 וא"כ אפשר דגם המחמירים באומדנות וכמו הגאון מהר"ם  
 התשובה, היינו בהיכא דהאומדנא בפעולת הגירושין וכן מוציא  
 שם רע וכדומה דזה גורם קירוב וריחוק הדעת בענין אישות,  
 אבל ודאי ענין ממון אי אפשר לחשבו אומדנא גבי גיטין  
 וקידושין דתלי בקירוב וריחוק הדעת, וכמ"ש הראב"ד".  
 וכן הסכים עמו בספר אוריין תליתאי (להגר"מ תאומים ז"ל)  
 סי' ב'.

וע"ע בספר עטרת דבורה חלק ב' סי' פו עמ' 581-582 שגם  
 המחמירים לחוש בנידון שהבעל גילה דעתו בפירוש היינו  
 דווקא כשהדברים נאמרו בשעת הגירושין ולא קודם. ועיי"ש  
 מתשובת הב"ח החדשות סי' צ' והדברי חיים דיני גיטין סי'  
 א' שרק בפרק הזמן שעסוקים באותו עניין של סידור הגט  
 ייחשב "שעת הגירושין". ואילו בנידון דנן, הגם שההסכם  
 היה בתוקף מחייב החל ממועד אישורו בבית הדין, עכ"פ  
 בבית הדין שסידר את הגט, באותו מעמד של סידור הגט, לא  
 נאמר דבר הקושר את תוקף הגירושין בקיום ההסכם, לכן  
 אין לדון שבשעת הגט גילה הבעל דעתו.

הטענה שעלתה מצד הבעל שמאחר שההסכם שריר וקיים  
 בפרק הזמן שסודר הגט, ייחשב כגילוי דעת מתמשך גם  
 בשעת הגט, אין בה טעם. הנידון של הגט מווינא שהיו שם  
 הסכמות וקבלת חרם, וכן הנידון של הגט שסודר ביאסי,  
 ויובא להלן, מוכיחים שלילת טענה זו. וכן בנידון בפד"ר כרך  
 ה' עמ' 70 הנידון הוא במסמך חתום שהבעל קיבל, עוד  
 קודם סידור הגט, והיה ברשותו בעת סידור הגט, ולמרות  
 זאת קבע בית הדין הגדול בהרכב הדיינים הגאונים נ"ע,  
 הגר"י נסים, הגר"ש אלישיב והגר"ב זולטי, שאם הגט סודר  
 בדרך המקובלת בסדר הגט, והבעל לא דיבר בעת סידור הגט  
 אודות תנאי ההסכם, אין לפסול את הגט.

ו. בנידון דנן, עלתה טענה לפסול את הגט בהיותו "גט  
 מוטעה" כבר במעמד סידור הגט. ולהלן נתייחס לשאלה  
 האם אכן כך הם פני הדברים, אך גם בנסיבות של הטעיה  
 בעת הגירושין, דהיינו במקרה שבו הטעו את הבעל ועל יסוד  
 נתונים מוטעים ניתן הגט, נחלקו הדעות בפוסקים. בספר  
 עטרת דבורה חלק ב' סי' פו הארכנו בהרצאת השיטות,  
 ולהלן נביא את הנוגע לנידון זה של הטעיה בעת הגירושין.

בספר משאת בנימין סי' עו, שהשיב בנידון הגט מווינא, כתב:  
 "אע"ג דאמרינן בפרק מצות חליצה, חליצה מוטעת כשירה גט  
 מוטעה פסול, התם לאו בכה"ג שהטעו אותו בדברים בעלמא,  
 אלא מיירי התם שהחולץ או המגרש התנה בתנאי כפול כגון  
 שאמר על מנת שתתן לי מאתיים זוז אז תהיה החליצה או הגט  
 כשרים ואם לא תתן יהיו הגט או החליצה פסולים. בכה"ג הוא  
 דאמרינן חליצה מוטעת כשירה גט מוטעה פסול, כמו שפרש"י  
 שם וגם הרא"ש. וטעמא דמילתא, דכל תנאי שאינו כתנאי בני  
 גד ובני ראובן בטל והמעשה קיים".  
 אבל אם לא התנה להדיא אינו נקרא מוטעה.

שגם המבי"ט מסכים לפסיקת מהר"י בי רב שכל גילוי דעת  
 אין בו ממש להטיל תנאי או הגבלה בגירושין עצמן כמ"ש  
 מהרש"ם.

בספר ערוך השלחן אה"ע סי' קמה סעיף ל' כתב את הכרעת  
 ההלכה ביחס לגט מווינא, וז"ל:

"וזה קרוב לשלש מאות שנה שקם אחד מהגדולים וערער בזה  
 לומר שזה שמתקשרים אח"כ חשוב כאילו התנה שאם לא מתי  
 לא יהא גט, ורבו עליו חכמי הדור וביטלו את דבריו וגזרו  
 בגזירה שלא להוציא לעז על זה. וצדקו מאד בזה. ועיקר טעמו  
 של אותו גדול הוא מפני האומדנא שבודאי אילו ידע שלא  
 תתקנה לחזור אליו לא היה מגרשה. וכבר בארנו בסי' מ"ב  
 דבגיטין וקידושין לא אזלינן בתר אומדנא, ומטעם זה קיי"ל  
 דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא, ולכן אין בגיטין דיני  
 אסמכתא. והטעם דבגיטין וקידושין דעיקר קיומם הוא רק על  
 ידי עדים, ובינו לבניה לא מהני, הולכין רק אחר המעשה ודיבור  
 פה, ולא אחרי מחשבות שבלב, שזהו עיקר טעם אומדנא  
 ואסמכתא, משא"כ דיני ממונות לא איברו סהדי אלא לשיקרא  
 ... ומאד תמהני על הגאון בעל משכנות יעקב סי' ל"ד שערב  
 לבו לחזק דברי המהר"ם לובלין נגד כל גדולי הדור, וכל דבריו  
 לפי מ"ש נדחו מכל וכל, וכ"כ הב"ש ס"ק ט"ז והב"ח סי'  
 קמ"ח, וח"ו לחלוק בזה".

ובשו"ת אור שמח חלק ב' סי' כט, לאחר שהאריך בשאלת  
 גילוי מילתא בגירושין כתב:

"אמנם העיקר אצלי מה שהעלו האחרונים ובהם הב"ח כיון  
 שהמגרש אומר שהוא מגרש בלא תנאי, לא איכפת לן מה  
 שבלבו, מבטל כל הגילויים הקודמים, ורק בנידון הר"מ לובלין  
 לא התנה במפורש שהוא מגרש בלא תנאי פקפק הב"ח יעו"ש,  
 אבל במדבר דנותן גט בלא תנאי, הוי מה שנדברו וגלו דעתם  
 שישאו זה את זה כדברים שבלב ולא הוי דברים".

ועיין בספר עטרת דבורה ח"ב סי' פו עמ' 585-586 שבנידון  
 הגט מווינא הוכרעה ההלכה שהגט כשר. וכן הבאנו משו"ת  
 תועפות ראם (להגרא"מ טויבש) חלק אה"ע סי' עב וסי' עו  
 שכתב בפשיטות שאף אליבא דשיטת מהר"ם לובלין  
 שהחמיר בנידון הגט מווינא אין לדון אומדנא אלא כשהיא  
 בעיקר עניין הנישואין או בגירושין.

התועפות ראם הקדים מדברי הרמב"ם והראב"ד בפ"ג  
 מהלכות זכיה ומתנה ה"ח. הרמב"ם שם כתב:

"ורבותי הורו שאין צריך לכפול התנאי ולהקדים הן ללאו אלא  
 בגיטין ובקידושין בלבד, ואין לדבר זה ראייה".

וכתב על זה הראב"ד:

"אע"פ שאין ראייה לדבר, זכר לדבר וטעם גדול יש לדבר, ואיך  
 יתכן דזה מוכר קרקע או נותנו ואומר איני נותנו או מוכרו א"כ  
 יעשה לי כך וכך ונוציא אותו מידו ולא עשה בו מה שהתנה  
 עליו. אבל גיטין וקידושין, אומדן דעתא הוא, מכיון שנתן דעתו  
 לגרש או לקדש, אינו אלא כמפליג בדברים, וקירוב הדעת  
 וריחוק הדעת אין תנאי מועיל בו לרחק ולקרב א"כ חזקו  
 בכפילו ובכל העניינים שנתפרשו בו כי כולם חיזוק התנאי הם".



וגדולה מזו כתב ר"י מפרי"ש שעכשיו אין לגרש אפילו ש"מ ע"י תנאי אלא היה מטיל חרם שאם יעמוד מחליו כו' אף שקשה זה הדבר ודומה כאן כאילו היא אגידא ביה ואנו צריכים להיות נזהרים בנתינת הגט שלא יהיו דביקין זה בזה במידי כדי דלהוי כריתות ממש, ואפילו הכי התיר ר"י מפרי"ש רק שלא נגרש עתה על תנאי, וכן כתב מהר"ם מינין בתשובה שבדוחק גדול עשה ר"י מפרי"ש מה שהטיל חרם שלא היה יכול לתקן בע"א אבל זולת זה אין להתיר כלל להיות עוד דבר ביניהם, אלמא דאי אפשר לגרש על תנאי, וע"כ צריך המורה לדקדק היטב לבטל כל מילי, וא"כ בודאי בטל כל אומדנא וגילוי דעת שהיה לו".

ועיין בתשובת הסמ"ע שבספר הגאונים בתראי סי' נב שהסתמך על תשובת מהרש"ל, ועל יסוד תשובה זו הסיר את הפקפוקים של מהר"ם לובלין על הגט מווינא שהסמ"ע בעצמו סידר.

וכן בשו"ת ב"ח החדשות סי' צ' בתשובתו אודות הגט מווינא כתב:

"אבל בנ"ד ברירא מילתא ושרירא כשימשא בטיהרא דאפילו את"ל דאיהו גופא כשאמרה לו חמותו וקרובי האשה קודם כתיבת הגט דאי קיימת דידך היא הייתה דעתו אז לתת לה גט ע"ת אם ימות ואי להוי קיים דידי' הוה ע"פ נשואין הראשונים לפי שכן הבין הוא דבריהם ועל הבנה זו בדבריהם הייתה דעתו אז לכתוב לה גט וליתן ע"ת זה. מ"מ הלא שני החכמים שהיו מסדרין את הגט נכנסו אח"כ אצלו והודיעוהו שלא יסדרו לו את הגט על תנאי כי אין מנהגינו בכך, והוא השיב ואמר טוב הדבר כן נעשה גם אנחנו כאשר יורינו רבותינו וכך עשה חרם מתחלה ובקנס שישאו זא"ז אם יעמוד ואח"כ כתב ונתן גט ואמר בפירוש קודם כתיבה שהוא מצוה לסופר לכתוב גט ולעדים לחתום בלי תנאי והדבר פשוט דאפילו לא הי' מצוה בפירוש לכתוב ולחתום בלי תנאי אלא כתב ונתן סתם מ"מ מאחר שהודיעוהו המסדרין תחלה שצריך שיתן גט בלי תנאי פשיטא דבשעת נתינת הגט וכתבתו איהו גופא אדעתא דמסדרין נתן גט שהודיעוהו מקודם שלא יסדרו שום גט ע"ת... ק"ו בן בנו של ק"ו היכא שמפרש קודם כתיבת הגט דמגרשה בלי שום תנאי כמו שאנחנו נוהגין ע"פ הסדר שבידינו מגדולי אשכנז דמצריכין לומר בלי שום תנאי דפשיטא דלא יעלה על הדעת לומר דאנו הולכין אחר תחלת המחשבה שהסכים מתחלה לדברי חמותו לפי הבנתו לתת לה גט ע"ת אם ימות דאפילו היכא דאיכא דיבור מעיקרא קיימ"ל כר"י דאתי דיבור ומבטל דיבור כל שכן דאתי דיבור ומבטל מחשבה ואצ"ל דאתי מעשהו בהתקשרותו בק"ס לפני עדים וקא מבטל מחשבה ועוד דאפי' הי' הוא מתנה אותו תנאי שאמרה חמותו לפי הבנתו והי' מתנה בפירוש קודם כתיבה וגם הי' מתנה אותו בתנאי כפול ובכל דיני אפ"ה כשחזר ובטלו קודם כתיבה ואמר בפירוש שמגרשה בלי תנאי אתי דיבור ומבטל דיבור ואם עמד אינו חוזר".

עוד מצינו רבים מגדולי הפוסקים הורו שגם במקרה שהבעל

ומוסיף המשאת בנימין בעובדא של הגט מווינא:

"אכתי איכא למידק בנ"ד לפי דברי המערערין שאומרים שמעולם לא היה שכיב מרע, אך שע"י סם שהשקוהו וע"י הרופאים שהעמידו עליו לומר שהוא מסוכן התרצה ליתן גט [...] הכא כל עצמו של הגט מעיקרו בטעות הוא שאלמלא היה יודע המגרש שאינו שכיב מרע לא היה עולה על דעתו ליתן גט מעולם והם המה שהטעוהו טעות זו, ואיכא כאן ריעותא בעיקר הגט בתחילתו אף אי ליכא כאן תנאי כלל מ"מ הוי טעות בגט. הא נמי ליתא, דהא תנן בפרק השולח המוציא את אשתו משום איילונית רבי יהודה אומר לא יחזיר וחכמים אומרים יחזיר [...] והשתא אליבא דחכמים אע"ג דלא כפליה לתנאיה מאי הוי, סוף סוף כשיתגלה הדבר שאינה איילונית נתברר הדבר שבשעת הגט טעות הייתה, שהרי הוא אומר בפירוש משום איילונית הוא מוציאה וטעות הוא בידו ונמצא הגט בטעות. אלא ודאי דאע"ג דבשעת גירושין איכא טעות, כל כמה דלא כפליה לתנאי בשעת גירושין אמרינן דגירושין גמורים הן, דבכל ענין מגרשה בין תהיה איילונית בין לא תהיה איילונית, אף כאן בנ"ד כיון דסתם קא יהיב גיטא, דעתו על גירושין גמורין בין שהוא שכיב מרע בין שהוא בריא".

העולה מדברי המשאת בנימין שאף אם הבעל לא אמר שהגט ניתן ללא תנאים, כל עוד לא התנה תנאי כפול בעת מסירת הגט, הגט בתקפו ללא כל תנאי אף כשהבעל הוטעה, ואף שקיימת אומדנא דמוכח וגילוי דעתו של הבעל שאילו ידע האמת לא היה מגרשה, ק"ו כשנאמר בפירוש שהגט ללא תנאי.

וכן בתשובת מהרש"ל סי' כה כתב:

ועוד איכא ראייה דלא מהני גבי גיטא גלוי הדעת ואומדנא בלא תנאי כפול דהא מסקינן בפרק השולח (מ"ו:) המוציא אשתו משום איילונית דרבי יהודה אומר לא יחזיר שמא תנשא ותלד ויאמר הבעל אילו הייתי יודע שתלד לא הייתי מגרשה אפי' היו נותנין לי ממון הרבה ויבא לקלקלה על בעלה, לכך אומרים לו קודם גט הוי יודע שהמוציא אשתו משום איילונית לא יחזירנה עולמית, וחכמים אומרים יחזיר דלא חיישינן לקלקולא, ומפרש רבא דחכמים היינו ר"מ דבעי תנאי כפול גבי גיטא, הלכך כשמוציא אשתו משום איילונית אינו כופל לתנאי שלא אמר בשעת גירושין אלא הוי יודעת שמשום איילונית אני מוציאך, אבל לא אמר ואם אי את איילונית אינו כן דהשתא הוי גט אפי' אינה איילונית דתנאי בטיל ומעשה קיים, והא הכא דאין לך גלוי מלתא ואומדנא גדולה מזו וסימני איילונית מוכיחים עליה, אפ"ה בעינן תנאי כפול, אלמא דאין שום תנאי מבטל המעשה של גט אם לאו בתנאי כפול".

בהמשך התשובה כתב מהרש"ל שגם אם בתחילה הבעל התנה בתנאי כפול כדינו, אך לאחר מכן נהג בדרך הקבועה ב"סדר הגט", אין לחוש, וז"ל:

"ואף אם נאמר שהיה שם תנאי כפול הלא מסתמא הרב המורה אשר סידר הגט ביטל כל התנאים כמו שאנו נוהגים עכשיו לבטל כל התנאים קודם הכתיבה ולחזור ולבטל קודם הנתינה,

פ"פ ובטלו הגט, הוא בשביל שגם בקליף אמר המגרש שרוצה לברוח מעבר לים מחשש סכנה ואינו רוצה לעגן לאשתו, א"כ תלה הגירושין בסכנה, וכיון שחזר למקומו ונתגלה שאין בו סכנה בטל הגט, דומיא דמוכר בית אדעתא למיסק לארעא דישראל. ואם על יסוד זה בנו יסודם חכמי פפד"מ זהו יסוד רעוע. והרי בהדיא מבואר בש"ע חו"מ סי' כ"ז שזהו דוקא שאומר בשעת המקח, אבל במוכר סתם, אע"פ שקודם המכירה אמר שהוא מוכר על דעת כך וכך, כיון דבשעת המכירה לא אמר כך אינו חוזר. וכאן מה אנו משגיחין בזה שדבר קודם שצוה לכתוב הגט, כיון דבשעת כתיבת הגט לא הזכיר דבר, וכן בשעת נתינה, אין כאן חשש. ואף ש"א דבמתנה דברים שבלב הוה דברים, מ"מ גט למכר לא דמי, שהרי הבעל יוצא חפשי מכל חיובים לאשתו שאר כסות וכו' ובהדיא אמרו גילוי דעת בגיטין לאו מילתא. ועוד שהרי בפירוש אמר שהוא מצוה לכתוב בלי תנאי, כן אמר בפירוש בשעת נתינה. וזכור ימות עולם מה שאירע בדורו של הסמ"ע שהוא סידר בווינא גט של מרת בת שבע ומהר"ם מלובלין הי' קרוב של המגרש ורצה לבטל הגט מטעם שלא גירש אלא מפני אימת מות וכיון שעמד מחליו נבטל הגט, ועל ידו החזיק מהר"ם יפה בעל הלבושים. ואעפ"כ נאספו כל חכמי הדור ההוא ובראשם מהרש"א, ונתנו חרם חמור על המוציא לעז ונשאת ליחסי ארץ. ואין לך אומדן דמוכח ומגרש מחמת אימת מות יותר מגט שכ"מ, ומ"מ כיון שאומר בפירוש שהוא נותן בלי תנאי הגט, מועיל אפילו עמד מחליו.

וכן בתשובת עונג יו"ט סי' קנד ובשו"ת בית שלמה סי' קלד הסכימו עם תשובת הנודע ביהודה.

בתשובתו הראשונה של הנודע ביהודה הטעיית הבעל הייתה קיימת כבר בעת מתן הגט, ואילו בנידון הגט מקליווא לאחר זמן התברר שקם מחוליו, אלא שהיה מקום לאומדנא ברורה מאד שלא גירש אלא מפני שהבעל סבר שהוא חולה בחולי ממנו עומד למות, ובזה כתב הנודע ביהודה שלא חשו לדעת מהר"ם לובלין והלבוש שפסלו מטעם זה את הגט.

וכן בספר שואל ומשיב מהדורה קמא חלק ג' סי' לה דן בנידון תשובת בת עיני שבו הבעל נתן גט רק לאחר שקיבל מכתב מאביו שדרש ממנו לתת גט, ולאחר מכן התברר שהמכתב מזויף, וכתב בשואל ומשיב:

"בנדון הבת עיני כיון דעכ"פ בשעת שנתן הגט נתן בנפש חפיצה שסבור הי' שעושה כן עפ"י מכתב אביו א"כ ניהו דאחר כך נתגלה ששקרו לו עכ"פ הגט נתן ברצונו ואם כן הוה ליה גט מעליא ומה בכך שהי' גילוי הדעת כל שבעת כתיבת הגט ונתינתו הי' ברצונו לא אכפת לן במה שאם הי' יודע לא הי' נותן, זה לא מקרי רק גילוי דעת בעלמא ולא הוה מלתא כלל בגט וז"ב לפע"ד".

עד כאן הבאנו תשובות הפוסקים ביחס להטעיה בגוף ההכרח בגירושין. וביחס להטעיה שאינה בגירושין עצמן, אלא בהסכם הגירושין, שהיא הטעיה מסוג אחר שאינה בעצם הגירושין, כתב בתשובת דברי חיים חלק אבן העזר

הוטעה, אין לחוש לביטול הגט. עיקר טעמם הוא מאחר שהבעל נותן את הגט בסדר הקבוע ב"סדר הגט" שבו הבעל מודיע שהגט ניתן ללא תנאי והוא מבטל כל דיבור היכול לפסול את הגט, ולהלן מדבריהם.

בתשובת הנודע ביהודה קמא אה"ע סי' יא כתב שמאחר שבעת סידור הגט עפ"י הקבוע בסדר הגט הבעל מודיע שהגט ניתן ללא כל תנאי, אין מקום לביטול הגט, גם אם הבעל הוטעה. תשובה זו מתייחסת לנידון אשה שבעלה הכה אותה פעמים רבות ועקב כך בקשה להתגרש, אך הבעל סרב, והעצה שיעצו לאשה הייתה שתאמר לבעלה שזינתה תחתיו, וכך יתרצה לגרשה, ואכן כך עשתה, ומכיוון שהבעל האמין לאשה הורה הרב לבעל שעליו לגרשה. לאחר הגירושין התברר שהאשה שיקרה, והבעל שואל אם יכול להחזירה למרות שהוציא אותה משום שם רע.

וכתב הנודע ביהודה:

"כאן שהרב הורה לגרשה ועפ"י הוראת הרב שהאשה נאסרה עליו גרשה, עדיף מכפליה למילתיה, דהרי יש דברים שלא מיבעיא שאין צריך תנאי כפול אלא אפילו אין צריך להזכיר התנאי כלל, וכמ"ש התוס' במסכת קידושין דף מט: (ד"ה דברים שבלב) דדברים שאנן סהדי לא בעי תנאי כפול ... והכי נמי אין לך אנן סהדי יותר מזה שהרב הורה שמחמת זינתה והוא מאמין לדבריה חייב לגרשה ועפ"י הוראה זו גרשה, א"כ ודאי מחמת זה גרשה. ואף שמ"מ אין לבטל עכשיו הגט מחמת זה כיון שאמר בפירוש בשעה שגרשה, שמגרשה בלי תנאי וביטל כל התנאים כנהוג בינינו בשעת סידור הגט, מ"מ לא גרע מכפליה למילתיה, לכן נלענ"ד שהבעל אסור להחזיר גרושתו" הרי אף שהבעל הוטעה ביחס לנסיבות שמחמתן התעורר הצורך לתת גט אין לפסול את הגט, ואינו גט מוטעה, מאחר שהבעל מודיע שהגט ניתן ללא תנאי. ועיין בתשובת חתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' כה שהסכים להוראת הנודע ביהודה שאין לחוש שהגט בטל עקב הטעות מאחר שהגט ניתן ללא תנאים.

וכן הסכים עם הנודע ביהודה בספר אבני מילואים סי' י" סק"ב, שאין לחוש לגט מוטעה, וכתב:

"היכא שאומר בפירוש בלי שום תנאי נראה דאפי' משום לעז ליכא וגילוי דעת נמי ליכא כיון שאומר בפירוש בלי שום תנאי. ואף על גב דבגט שכ"מ כשעמד והיא אינה רוצה לחזור אליו דעת מהר"ם לובלין (סי' קכ"ב) דהוי גט בטעות אף על גב דביטל כל התנאים כבר חלקו עליו כל חכמי הדור וכמ"ש ב"ש סי' קמ"ה (סקט"ז) ע"ש".

בתשובה נוספת הנודע ביהודה חזר על שיטתו שלא לרדוף אומדנא לביטול הגט על יסוד גילוי דעת של הבעל. בתשובתו אודות הגט מקליווא, שבספר אור הישר סי' ל' ובספר נודע ביהודה מהדורת מכון ירושלים אה"ע ח"ב תשובות נוספות סי' ט', כשהנוב"י דחה את דעת חכמי פ"פ שפסלו את אותו הגט, כתב:

"החשש השני שעולה על דמיוני שבשבילו פסלו חכמי ק"ק

הנזכר, שנכתב על ידי הגרי"ש אלישיב זצ"ל, ונכנס לספרו קובץ תשובות חלק ב' סי' קכה, קשה לקבל את עדותו ביחס לדעת הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל.

כמו כן יצוין לשו"ת נפש חיה חלק אה"ע סי' לז-לח שערך תשובה מפורטת בנידון, שנשלחה לאדמו"ר מגור בעל השפת אמת, בנידון שהטעו את הבעל לפני סידור הגט ונתנו לו פתק מאמו שקבלה את החפצים שהוסכם שהבעל יקבל, ואח"כ התברר שהפתק היה מזויף. הגאון מקאליש בעל הנפש חיה נטה לצרף כמה סניפים להקל, ובעיקר עפ"י דעת הנודע ביהודה והאבני מילואים שאף במקום שהבעל הוטעה, מועיל מה שאומר בשעת סידור הגט שנותן הגט ללא תנאים, אך לבסוף הביא את מסקנת חותנו הגאון מקוטנא שהחמיר בזה, והורה שאין להקל אלא במקום עיגון גדול.

הגאון מקוטנא סיים:

"עכ"פ נראה לענ"ד להחמיר להחזיר לאיש הנ"ל החפצים ולחוש שמא הייתה דעתו על תנאי להחזיר לו החפצים, ושמא עפ"י דין מגיע לו החפצים, וכל מה שאפשר לתקן על הצד היותר טוב מהראוי לתקן".

כוונתו שאף במקום עיגון שלא ניתן לקבל מהבעל גט שני, עכ"פ מה שאפשר לתקן צריך לתקן, ולכן יש להחזיר את החפצים שנמנעו מתחילה לתת לו.

ז. יש מהפוסקים שבנסיבות שהטעו את הבעל לא רצו לסמוך על כך שהבעל מודיע שהגט ניתן ללא תנאים, והחמירו גם בהטעיה המתייחסת להסכם הגירושין. עיין בפתחי תשובה אבן העזר סי' קלד ס"ק א' שקבע שיש מקום להבחנה בין הפרה עתידית של ההסכם להטעיה המצויה כבר בעת הגירושין, וז"ל בהשגתו על ספר בינת אדם:

"ולע"ד צ"ע מ"ש בריש דבריו דמעשה כזה היה בגט בווינא כו', ולכאורה נדון זה לא דמי לדהתם, דשם גם לפי דברי הבעל שהקישור בחרם ובנתינות משכנות שיחזרו וישאו זה את זה חשוב הוא כאילו התנה, עכ"פ הוא ענין תנאי דלהבא, בזה שפיר כתבו כיון שנתן אחר כך הגט בפירוש בלא שום תנאי, ביטל תנאי הראשון. אבל היכא שאמרו להבעל שכבר השלישו החפצים בשלימות וקיימו התנאי שהקפיד עליו מתחילה, בזה אין שום הוכחה ממה שאמר אח"כ שנותן בלא תנאי, לומר שמבטל תנאי הראשון, די"ל כוונתו הוא רק על תנאי דלהבא, אבל לא על העבר שלפי דעתו הוא כאילו מונח בקופסא".

וכן הסכים עם דעת הפתחי תשובה לחלוקה זו בין הטעיה בעת הגירושין להפרת הסכם שאירעה לאחר מכן, בספר עין יצחק ח"ב סי' לז.

וכן בספר מלבושי יו"ט ח"ב חלק אה"ע סי' ז' כתב:

"גבי גיטין וקידושין מהני גלוי דעת מעלייתא לבטל הגט או הקידושין, זהו דוקא היכא דזהו תנאי לשעבר דשם סגי בגלוי דעת לחוד, היינו אם גלה דעתו שאינו רוצה לקדשה אלא דוקא אם היא כהנת והיא אמרה לו שהיא כהנת, וכן בגיטין אם גלה דעתו שאינו רוצה לגרשה אלא דוקא אם היא אסורה עליו,

חלק א' סי' פד אודות נידון שהטעו את הבעל שסכום כסף הושלש עבורו בידי שליח ולאחר מכן התברר שנמסרה מודעה שחייבה את השבת הכסף לאשה, ועלתה לדיון שאלת גט מוטעה, כתב:

"באמת לא ידעתי למה יבוטל הגט, אפילו אם נימא דהמעות יוחזר להאשה. ואי משום גילוי דעת דהבעל דלא רצה לגרש רק בכסף מלא, מ"מ כיון שלא הוזכר בשעת נתינה כלום ולא הוי שום תנאי, אין גילוי דעת מבטל הגט. ויותר מזה מבואר בשולחן ערוך אבן העזר סי' קמ"ו סעיף ג' וזה לשונו ואם אמר לה הרי את מגורשת ואם לא תתני לי מאתים וזו לא תהי' מגורשת הרי זו מגורשת אף על פי שלא נתנה מפני שלא כפל תנאו עכ"ל, אלמא דגילוי דעת בלא תנאי לא מבטל הגט.

וגם אין לומר דהוי אומדנא דמוכח כיון שראינו שלא רצה לגרש רק משום הממון, ובאומדנא אין צריך תנאי כפול. הא ליחא דודאי אין זה יותר אומדנא מגרשה מחמת שלא הי' לה בנים או נדר שאמר משום כן אני מוציאך, ואפילו הכי כתבו התוס' בגיטין [דף מ"ו ע"א ד"ה אין] דזה לא נקרא אומדנא דמוכח, וכל זמן שלא הי' תנאי, הגט קיים אפילו לא נתקיים המעשה, ורק שם שייך לעז או קנס יעו"ש. אבל בנידון דידן שלא הזכיר כלום בשעת מעשה הגט מזה, בודאי הגט קיים אפילו אם יוחזר המעות לאשה".

וכן בספר בינת אדם שער בית הנשים סעיף לב, כתב:

"שאלה באחד שנתן גט על ידי שליח וקודם נתינת הגט נתפטר שיתנו לו חפצים ידועים וכן עשו והשלישו החפצים ולאחר נתינת הגט בלקחו החפצים טען שרימו אותו בחפץ אחד שכוונתו היה שהוא טוב ונתנו לו חפץ רע ומחמת זה רוצה לבטל הגט.

תשובה. הנה כבר מעשה כזה היה בגט שסידר הסמ"ע בווינא כמבואר בתשובת מהר"מ מלובלין ויצא מחכמי הדור בהכשר, וכן כתוב ברש"ל ומשאת בנימין וב"ח ותשובת גאוני בתראי, וכן נמצא בתשובת אלשיך ומבי"ט. ועל כל פנים הסכימו כיון שעכשיו הבעל מבטל קודם נתינת הגט כל דיבור שזיק לבטל הגט, אין אחרי דבריו כלום, עיין שם שהאריכו".

וע"ע בפס"ד בית הדין הגדול שבפד"ר כרך ה' עמ' 68-82 (הנזכר לעיל), והעולה ממנו שאין להחמיר בהטעיה המתייחסת לממון עליו הוסכם עם הגירושין, ובלבד שהגט סודר בדרך המקובלת בסדר הגט, והבעל לא אמר דבר מההסכם בשעת סידור הגט, וכתבו בעמ' 77:

"לאור כל זה נראה בנדון שלפנינו אם יתברר שבעת סידור הגט לא דובר בענין הוויתור, ובשעת מתן הגט ביטל המגרש כל התנאים ואמר במפורש שמגרש בלי שום תנאי, כפי הנהוג (ע' סה"ג של הב"ש אות ל"ו), זכאית המערערת לגבות חובותיה מן המשיב. ובפרט להאמור בתחילת דברינו שיש מקום לומר דביצוע גביית החוב איננו משמש גורם לפגיעה בכשרות הגט".

אמנם בספר וישמע משה (לר"מ פריד) ח"א סי' עמ' שע"א הביא פסק הלכה מהגאון רי"ש אלישיב זצ"ל המחמיר בנידון כעין נידון דנן, אך לפי האמור בפסק הדין (מבית הדין הגדול)

אותו מדמי המזונות, אך לאחר מתן הגט התברר שהבן כבר מת מזה זמן רב, וכי התביעה של האשה לתשלום מזונות הבן הייתה ברמאות. העלה החסד לאברהם להחמיר, מכיון שקיימת אומדנא דמוכח וגילוי דעת שהבעל גרש רק מכיוון שלא יכול היה לעמוד בתשלום המזונות, ואילו ידע שהבן כבר מת לא היה מגרש, לכן האשה אסורה להינשא עד שתקבל גט שני. והוסיף החסד לאברהם:

“פשוט דאין לסמוך בזה על מה שאומר המגרש בלי תנאי בשעת נתינה כנהוג בזמנינו, דגם הביטול היה בטעות, שהיה ברור בעיניו שהולד חי, והנודע ביהודה שסמך שם על ביטול התנאי היינו לבטל אומדנא דמוכח דדברים שבלב אינן דברים כשסותרים דברים שבפה, אבל בזה שבפירוש השלישה שטר חיוב להספקת הולד שיהיה מונח ביד בי”ד עד שתקבל גט פיטורין, וגילוי דעת חשוב כתנאי ממש, והרי בשעה שאמר בלי תנאי היה גילוי דעת הזה בפה מלא שמגרשה אדעתא דהכי, וע”כ מה שאמר בלי תנאי לא קאי על תנאי זה שמחזיק בו עד סופו, וגם זה לא נחשב כלל לתנאי הואיל והיה ודאי אצלו שהוא חי ומיתה הוי אונס דלאו אדעתיה ולא מיבעיא ליה לאתנויי כמבואר בריש כתובות, ואין בזה מקום לבטל מה שאמר בפירוש, דטעותא לעולם חוזר.”

וכן בספר ערך שי על אה”ע ססי קלד החמיר בנידון שהוסכם שהבעל היה אמור לקבל חזרה לפני סידור הגט כמה מרגליות טובות, אך הטעוהו ונתנו לו זכוכיות הדומות למרגליות, ובעת סדור הגט לא הרגיש הבעל בכך, מכיון שאינו מומחה להבחין בזה, ורק לאחר זמן, הודיעוהו אחרים המומחים בכך שהטעו אותו. הערך שי כתב:

“לדעתי הוי גט בטעות, אף שלא התנה בפירוש וליכא ג”כ אומדנא דמוכח זולת הגילוי דעת, וגם אם נאמר גילוי דעתא בגיטא לא מהני אף באופן כזה שהיה קודם המעשה, מ”מ הכא בטעות היה והימניה לחותנו שמחזיר לו מרגליותיו, ולא עלה על דעתו צד הספק להתנות. גם מה שביטל קודם הגט כל תנאי לא מהני, דזה אינו תנאי כלל, דלא ידע כלל מהצד השני. גם מה שביטל כל דיבור ופעולה שעשה שאפשר שיזיק לגט וטעה וכסבור שאינו מזיק, גם זה לא מהני, דהכל בטעות מחמת סמך על חותנו דהחזיר לו מרגליות שלו וליכא שום דיבור ופעולה שיזיק לגט, על כן אמר כל זה.”

הערך שי הסכים עם דברי החסד לאברהם, והוסיף להוכיח כן מדין מקח טעות, וכתב:

“עיינן בחו”מ סי’ רלב ס”ז דאם פרש המוכר על מנת שאין אתה חוזר עלי במום הרי זה חוזר עד שיפרש המום שיש בממכרו וימחול, דיכול לומר סברתי שאין בו מום עיי”ש. הכי נמי יכול לומר על ביטול התנאים סברתי שאין כאן מום וטעות.”

ועיי”ש בערך שי שנשאר בצ”ע על דברי הנודע ביהודה שלא כתב כן.

וכן מצינו בעוד אחרונים שכתבו להחמיר במקום שהטעו את הבעל בהשלשת חפצים, בשו”ת ברכת יוסף (להג”ר יוסף לנדא) אה”ע סי’ צ’ (עיי”ש שהחמיר במקרה שהבעל היה

וכה”ג דשם שהוא לשעבר סגי בגלוי דעת לחוד אף גבי גיטין וקידושין. אבל בתנאי דלהבא לא סגי בגלוי דעת לחוד גבי גיטין וקידושין, אע”ג דגבי ממון מהני. דהיינו אם אחד גרש את אשתו אדעתא למיסק לארעא דישאל והיא אינה רוצה לעלות עמו, אף שגלה דעתו בשעת גירושין שלכך הוא מגרשה מפני שרוצה לעלות לארץ ישראל, מ”מ אם אחר כך לא עלה מחמת איזה סיבה, לא בטל הגט. ולמדתי זאת מדברי הר”ן בחידושו לגיטין (מה.), והוא נובע מדברי הרמב”ן שכתב לחלק דכי בעינן תנאי גמור, ה”מ בדבר שאפשר לקיימו או לבטלו כתנאי בני גד ובני ראובן, אבל מגרש על דעת מה שעבר, בגלוי דעתא לחוד מיפסל ע”כ. וע”כ כוונתו הוא זה שבארנו לחלק בין לשעבר, דסגי בגלוי דעת לחוד אף גבי גיטין וקידושין, אבל בדבר שהוא להבא כמו אדעתא למיסק לא”י, גבי גיטין וקידושין, לא הו”ל למסמך על גלוי דעת בלבד, והו”ל להתנות בהדיא. אבל גבי ממון, הא מהני גלוי דעת מעלייתא אף בדבר דלהבא ואפשר לקיימו או לבטלו, כמו מוכר אדעתא למיסק לא”י. וע”כ כוונת הר”ן הוא לחלק זאת גבי גיטין וקידושין. מ”מ אם איכא גלוי דעת ואומדנא דמוכח הרבה כמו גבי שכיב מרע, מהני אף בתנאי דלהבא אף גבי גיטין וקידושין. דהא הרמב”ן והר”ן הם עומדים בשיטת רש”י והר”ח דמפרשים דמן הדין שכיב מרע אף אם נתן גט סתם, אם עמד חוזר, ורק מטעם תקנת חכמים אינו יכול לחזור. אלא ע”כ כוונת הרמב”ן והר”ן הוא היינו היכא דעל הגלוי דעת ליכא אומדנא דמוכח כל כך, כמו משום שם רע אני מוציאה, מ”מ סגי בגלוי דעת לחוד דזה הוה תנאי דלעבר, אבל בלהבא כה”ג לא סמכינן על גלוי דעת בלבד גבי גיטין וקידושין משום דהו”ל להתנות בהדיא. כנ”ל לבאר דבריהם.”

ועפ”י דבריו העלה המלבושי יו”ט:

“המתבאר מכל דברינו אלה לדינא, דאם הטעתו בתנאי דלשעבר ויש אומדנא דמוכח דמחמת זה נתן הגט מפני שטעה, דהיינו אם נתנה לו סך כך וכך כדי שיתן לה הגט, והטעתו במטבעות מזויפות, או שנתנה לו חפצים שאינם שלה, ואח”כ באו הבעלים ולקחו ממנו החפצים, ודאי דהוי גט מוטעה ממש, ואף שנתן הגט בלי שום תנאי נמי לא מהני בזה משום דזה לא הו”ל לאסוקי אדעתא שמתעין אותו ... אולם אם הטעתו בתנאי דלהבא כגון שהבטיחה לו לתת לו מעות בסך כך וכך, ונתנה לו שטר חוב על זה, ואף שאנן ידעינן ברור דמחמת שהוא היה בטוח בזה שבודאי תסלק לו כפי מה שהבטיחה לו ועל כן נתן הגט, מ”מ נראה אם אחר כך לא סלקה, לא בטל הגט, כיון דזה הוא תנאי דלהבא, א”כ הו”ל לאסוקי אדעתא ולהתנות בהדיא, וכיון שהוא סומך על השטר חוב ולא התנה, אין לנו לחוש אף אם לא תקיים אחר כך, וכ”ש אם נתן בפירוש את הגט בלא תנאי, וזה הוה ממש עובדא דווינא שהוורו חכמי הדור דלא כדעת המהר”ם לובלין.”

בשו”ת חסד לאברהם מהדורה קמא חלק אה”ע סי’ מב כתב בנידון שהאשה תבעה מהבעל שיפרנס את בנם שנשאר בחזקתה, ולאחר מו”מ התרצה לתת גט בתנאי שתפטור

וכן בפסק דין מביה"ד האזורי ירושלים שבספר דברי יוסף להגאון רבי יוסף כהן זצ"ל חלק ב' סי' יח, לא מצאו דרך להכשיר גט שניתן באמצעות הטעיית הבעל במקרה שהבעל לא הסכים להתגרש עד שימצא אשה אחרת, והטעוהו שנמצאה אשה כזו וקידשה, ולאחר מכן התברר שאין ממש בקידושין בהיותה אשת איש. אך עיין בספר קנין תורה בהלכה ח"ד סי' קל"ה שהתיר באותו נידון, וגם סמך על כך שהבעל היה אמור להבין שזו הטעיה, וכתב שהסכים עם ההיתר הגאון ר"מ פיינשטיין זצ"ל.

ועיין בספר קנה בשם ח"ד אה"ע סי' קט"ז-ק"ט שהחמיר לפסול גט בגין הטעיה בקיום ההסכם שכבר התרחשה בעת מתן הגט.

וע"ע בספר חשוקי חמד עמ"ס יבמות דף קו,א בנידון הטעיית הבעל במסמך רפואי מזויף שלאשה מחלת איידס ובכך עפ"י אמונתו הנוצרית ניתן לגרשה, והביא מהגאון רי"ש אלישיב זצ"ל שייחשב כגט מוטעה. ואין סתירה לפסק דינו של הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל בפד"ר כרך ה' הנזכר, מאחר שכאן ההטעיה היא בגוף ההכרח בגירושין ולא בהסכם בלבד, וכשיטת החלקת יואב.

החלקת יואב חלק אה"ע סי' כה כתב לחלק בין סוגי ההטעיות, וז"ל:

"טעות לא מיקרי רק במוטעה בעיקר המעשה, כמו בחליצה הנ"ל שהטעו אותו עקור זיקתך ואח"כ היא נשאת לך, שאינו יודע שהמעשה הזה הוא מעשה מוטעה שהחליצה היא היפך כוונתו, שהוא רוצה שתנשא לו ובאמת אם תחלוץ תהיה אסורה לו, ולכך בטלה החליצה אף אם התנאי אינו מבטל. אבל במגרשה בשביל שסבר שכבר השלישה החפצים הרי אינו מגרשה בשביל החפצים, רק שמעכב הגירושין למשכון שתתן לו החפצים. אבל הגירושין בעצם אינן מוטעין, שהרי אדרבה אם אינה נותנת החפצים יותר הוא שונא אותה ורוצה לגרשה, רק שהוא מחזיק את הגט למשכון על החפצים, וזה לא נקרא רק תנאי, וכה"ג בחליצה תהיה כשירה, וכן בגט אם אמר הבעל קודם נתינה שמגרשה בלא תנאי שפיר הגט כשר, דטעות לא הוי רק אם לא היה צריך להתחיל המעשה כלל, אבל אם כוונתו לעשות המעשה רק על אופן זה, תנאי מיקרי ולא טעות".

וכן בשו"ת ישועות יעקב חלק אה"ע סי' כה כתב לחלק בין סוגי הטעיות, וז"ל:

"מילתא דפשיטא דיש חילוק בין אם הטעות בגוף המעשה כגון מי שלקח יין בחזקת שהוא אדום ונמצא לבן דאין המקח קיים כיון דהטעות בגוף המקח, ובזה מהני אם גילה דעתו לבר. אבל בעניינים שחוץ לדבר הנקנה הוי כמו תנאי דבעינן בו משפטי התנאים... וה"ה בזה כיון שמה שתלה בענין חזרת המטלטלין הוא תנאי שאינו מגוף הענין ובעינן בהו משפטי התנאים".

בדבריו אלו קבע הישועות יעקב, שאין לדון כתנאי גילוי דעת בעניין שמחוץ לגירושין גופן, ובעניין כזה ייחשב כתנאי רק אם יתנה את הגירושין בדרך משפטי התנאים.

אמור לקבל תכשיט משובץ מרגליות, והאשה השלישה אותו ביד שלישי, ולבסוף התברר שהאשה הוציאה מהתכשיט כמה מרגליות).

וכן בשו"ת שערי דעה ח"ב סי' קלד העלה שיש לחלק בין תנאי לעתיד, להטעיה הקיימת כבר בעת סידור הגט, דבכה"ג לא מהני מה שהבעל אומר שנותן הגט ללא תנאי, וז"ל:

"יש לחלק בין מקום שענין ההטעייה היה בדררא דממונא על להבא, דבכה"ג כיון דלא ברירא לן אומדנא שעל ידי זה היה פורש מלגרש, רק דאמרינן שהיה מתנה בזה, וכיון שהיה בידו להתנות ולא חש להתנות בהדיא ואדרבה אמר בהדיא שמגרש בסתם, שוב הו"ל כדברים שבלב שאין בידם לבטל המעשה. משא"כ במקום שענין ההטעייה היה בדבר שכבר עבר והוא האמין לזה ולא עלתה על לבו להתנות, גם אם אין הדבר נופל בגדר תנאי כלל, הנה בכה"ג גרע טפי דהו"ל כטעות בעיקר הענין כיון שלא עשה אלא על דעת זה. וכדוגמא ההיא דגיטין דף מ"ו גבי גבעונים ורבנן התם מי חיילא שבועה עליהו כלל, כיון דאמרי ליה מארץ רחוקה באנו ולא באו לא חיילא שבועה עליהו כלל ע"ש. הרי אע"ג במקום שלא חש להתנות, כל שאנן סהדי שהייתה דעתו סומכת לזה הו"ל כטעות, וה"נ בג"ד. ואע"ג דפשיטא שאין לדמות ענייני גיטין לעלמא, לפי שהוא נעשה בהסכם חזק ואין האומדנא בזה ברורה כל כך, מ"מ נלפענ"ד עפ"י דבמקום שיש צירוף אומדנות גדולות בהטעייה בדבר העבר אין להקל כל כך באיסור אשת איש, וטוב להצריך גט אחר".

יצוין שמסקנת השערי דעה מנוסחת בלשון "טוב להצריך גט אחר", ולא פסול גמור של הגט.

וע"ע בשו"ת דבר משה (תאומים) מדהו"ת סי' כז שהחמיר במקרה שהטעו את הבעל שצדיק אחד הבטיח לו שאם יגרש אשתו ויחזירנה הבן החולה יבריא, ולבסוף סירבה האשה לחזור ולהינשא. וכן החמיר בכעין זה בשו"ת בת עיני סי' א'. וז"ל הדבר משה:

"גילוי דעת הבא לבטל מה שעתיד לעשות, לכו"ע מילתא היא, דכל מה שעושה אחר כך הוא עושה למה שגילה דעתו מתחילה, ואין לך אומדנא וגילוי דעת יותר מנ"ד שגילה מתחילה על מה הוא מגרשה, וכל שלא נתקיימה דעתו ומחשבתו, הגט בטל, דגילוי דעת הוי כתנאי גמור בכל משפטי התנאים כנ"ל, וכל שלא נתקיים התנאי, המעשה בטל. ופשוט דאין לסמוך על מה שאומר שמגרש בלי תנאי בשעת נתינה כנהוג בזמנינו, דגם הביטול היה בטעות לפי שהאמין לדבריהן, וא"כ לא שייך לומר שביטל זה בשעת נתינה כמוכח. ועוד והיא העיקר דבנ"ד היו כל הגירושין בטעות מעיקרא, שידוע שאלמלא היה יודע שכל דבריה בשקר ובערמה לא היה מתרצה לגרשה בשום אופן, ואף שלא היה בזה תנאי, גט מוטעה מיהא הוי, ואח"כ כשנתגלה שיקרה, איגלאי מילתא למפרע שהיה גט בטעות ובטל מעיקרא, ולכן איתתא זו עדיין באיסור אשת איש ואסורה לעלמא, עד שתתגרש שנית".

וכן פסק להחמיר בנידון כזה בתשובת עין יצחק ח"ב סי' לו.

## האם נידון דין נידון כהטעיה

ח. הצגנו את הדעות במקרה שבו הבעל הוטעה בעת הגירושין, ובמסגרת פסק הדין הנוכחי לא לנחוך להכריע במחלוקת זו, אך נראה שבנידון זה אין להורות על ביטול הגט, גם לשיטות הפוסקים המחמירות בהטעיה. מאחר שיש מקום להבחין ולחלק בין מצב שבו הייתה מציאות ברורה של הטעיה כבר בעת הגירושין, אלא שהבעל לא ידע ממנה, והדבר ברור שאם היה יודע את האמת באותה שעה, לא היה נותן את הגט, לבין הטעיה שלא באה לעולם אלא לאחר הגירושין.

ולמהבהרת חלוקה זו נקדים את שתי הדעות בפוסקים בביאור ביטול מקח שהתברר כמקח טעות.

יש הסוברים שהמקח מתבטל על יסוד אנן סהדי שקיים תנאי במקח שאין בו מום. לפי שיטה זו, באותם דברים שאין מועיל בהם תנאי, כגון בחליצה או בחופה, גם מקח טעות לא יבטלם. ויש סוברים שהביטול אינו מפני התנאי, אלא מטעם חסרון בגמירת הדעת למעשה הקניין.

העומדים בשיטה הראשונה הם הגרע"א בתשובה תניינא סי' נא, שכתב:

"דכל מקח טעות דעלמא, היינו דאף בלא התנה אנן סהדי דקפיד והוי כהתנה ומהני מדין תנאי, אבל לולי דלמדנו מ"ב"ג וב"ר דמהני תנאי לא הי' שייכות דינא דמק"ט דלא עדיף ממתנה במפורש. ולפ"ז ניחא, דהיכי דלא הוי טעות בקדושין רק בחופה דהיינו דזינתה באירוסין לא הוי מקח טעות דכיון דחופה א"א לקיימו ע"י שליח לא מהני ביה תנאי, ה"נ טעות לא מהני, ולא בטל קנין החופה".

וכן שם בתשובה סי' קו.

וכן בשו"ת בית יצחק חלק חושן משפט סי' סד באר עפ"י זה הטעם שבמקח טעות המקח מתבטל רק אם הלוקח חפץ בכך, ואין אומרים שהמקח בטל מעיקרו, והמוכר יכול לחזור בו, וז"ל:

"כתב הטור בסי' רל"ב במכר חפץ לחבירו ונמצא בו מום שלא ידע בו הלוקח, וכן אם ירצה הלוקח לקחת פחת המום הרשות ביד המוכר לומר או קח אותו כמו שהוא או תקח מעותך והחזר לי מקחי, משמע דוקא בתובע פחת המקח יכול המוכר לומר החזר לי מקחי, אבל בנתרצה הלוקח ליקח כמו שהוא, אין יכול המוכר לחזור אף דהוי מקח טעות. וכ"כ במחנה אפרים הלכות אונאה סי' י"ב... וצ"ל כיון דכל מוכר סתם הו"ל כהותנה על מנת שלא יהי' בו מום ואח"כ נמצא מום, תליא בקפידא, כמו גבי קידושין, ואם לא יקפיד הלוקח לא הוי מקח טעות, ומשום הכי המוכר לא יכול לחזור. משא"כ במסר מודעה לא הוי כקונה על תנאי כמקדש על תנאי, רק המודעה מבטל כל ענין המכירה".

וכן בספר עטרת דבורה ח"ב סי' פד (עמ' 604) הבאנו מדברי הר"ן במסכת ע"ז פרק א' (דף ד' ע"ב בפי הרי"ף) שבמקח טעות הדבר תלוי בלוקח אם לבטל המקח, ודברי הר"ן

המתאימים לדברי הטור שהביא הבית יצחק, והם טיענתא לסוברים שמקח טעות מתבטל עקב היותו מקח בתנאי. וכן עולה מחידושי הריטב"א מסכת בבא בתרא דף קלו ע"א, שכתב:

"מכר האב מכורין עד שימות. פי' אם ירצה הלוקח, שאילו לא ירצה חוזר בו ומבטל המקח דכיון דזכין ליה סתם גוף ופירות משמע ליה ללוקח וכיון שאין לו אלא פירות הוה ליה מקח טעות".

מבואר שבמקח טעות הכל תלוי בדעת הלוקח, וכן הביא המשנה למלך פי"ב מזכיה הי"ג בשם נימוקי יוסף שמקורו בחי' הריטב"א הנוכחים.

וכן בספר אבני נור אה"ע סי' רנה ובאור שמח הלכות אישות פ"י הלכה ב' ובשו"ת ברכת רצ"ה סי' יד דעתם כשיטה זו שמקח טעות מתבטל בהיות מקח בתנאי.

ט. לעומת זאת, יש שכתבו שביטול מקח טעות אינו מפני התנאי.

בספר בית הלוי חלק ג' סי' ג', כתב:

"הא דטעות חוזר אינו בגדר תנאי וגם לא שייך לדון בו דין דברים שבלב, דהביטול של הדבר הוא מצד דעצם המעשה היה בטעות, ולזה לא בעי כלל שיהיה אומדנא דמוכח, וכל מום שמקפדת עליו כשנודע לה, ה"ה מקח טעות וחוזר".

וכן הוא בחי' הגר"ח על מסכת יבמות בענין חליצה מוטעית, וכן בספר חלקת יואב חלק אה"ע סי' כה כתב:

"יש חילוק גדול בין טעות לתנאי, דדוקא תנאי בעי גילוי דעת בשעת מעשה, אבל בטעות שהיה מוטעה בעיקר המעשה זה אינו מדין תנאי, דאף במקום דלא מהני תנאי כמו בחליצה, מ"מ טעות מבטלו".

וכן החזו"א אה"ע סי' נו סק"ט כתב ביחס למקח טעות בחופה:

"ביטול מקח וטענת מומין אינו משום אומדנא דמוכח וחשיב כתנאי, אלא דין הוא בקנינים דבטלים כשיש במקח אונאה גדולה".

ובספר מקור חיים (לר"י מליסא) ביאורים סי' תמח ס"ק ט', כתב בלשון זו:

"נראה דבאומדנא דמוכח לאו תנאה הוי אלא שיורא הוא, תדע דהא בהמקדש ע"מ שאין בה מומין אם רוצה למחול התנאי, הקידושין קיימין [אבה"ע סי' לט ס"ב]. ובמומין גדולים דהיינו איילונית דנתבטלו הקדושין מטעם אומדנא דמוכח, לא מהני מחילה וצריכה קידושין אחרים כמבואר באה"ע ז".

י. היה מקום לומר נפקא מינה בין השיטות, כשלאחר שהבעל מודיע בהתאם ל"סדר הגט" שהוא מבטל כל תנאי וכל דיבור היכול לפסול את הגט, הטעו אותו בהשלשת חפצים וכיוצא"ב, שאם מקח טעות מכח תנאי אתינן עלה הרי כבר ביטל את כל התנאים. ואם הביטול נובע מחסרון בגמירות הדעת בגוף המקח לא תועיל אמירה זו שהגט ללא תנאים.

שאנו רואים שחזרת, אמריןן שהוטעה בדימויו שהיה סבור שבודאי לא תמעול בחרם ואדעתא שתמעול בחרם לא יהיב הגט כלל, שהרי גילה דעתו על דעת שתשוב אליו, וכשחזרת אחר כך הוי גט בטעות. ובזו מובן מה שכתב המגיד משנה פ"ו מאישות הלכה י"ד דגילוי דעת עדיף מתנאי שאינו כפול, והוא מבואר עם מה שכתבתי... ומיושב לפי מה שכתבתי דלא מקרי תנאי קודם התורף, שאין לו ענין לתנאי כלל, ומכל מקום מתבטל מכח טעות בגוף הענין".

ביחס לדברי הגט מקושר יש להעיר כמה הערות. האחת, בהתייחס לסיפא של דברי הגט מקושר, נזכיר מדברי הבית אפרים שהבאנו לעיל סעיף ג, שכתב ביחס להלכה הפסוקה בסי' קמז:

"פשיטא דאין לחלק בין תנאי מפורש לתנאי מחמת אומדנא, דהא עיקר הטעם מחמת דאין ברירה ואין הכתיבה לשם כריתות גמור, וא"כ אף שהתנאי מחמת אומדנא פסול, כיון שאם לא יתקיים התנאי יהי' הגט בטל".

שנית, גם בעיקר דברי הגט מקושר המתייחסים לנידון כגון הגט מווינא, הגט מקושר למעשה לא חלק על מסקנת המכשירים את הגט, וזאת מאחר ונלקחה בחשבון האפשרות שהאשה לא תקיים את התנאי כפי שמוכח ממה שקבעו קנסות למפר ההסכם, עכ"פ כל גדולי הדור שהיו בזמנו של הגט מווינא פרט למהר"ם לובלין והלבוש נמנו ופסקו להכשירו, ומשמעות דבריהם להכשיר גם בלא הטעם שנוספו באותו נידון קנסות, ומבואר שהיה פשוט להם דלא כסברת הגט מקושר.

שלישית, גם מהר"ם מלובלין בתשובתו סימן קכב שהחמיר באותו גט כתב:

"והא דמשמע מתשובות מהרש"ל ז"ל דלא מקרי גט מוטעה אלא היכי דהתנה בתנאי גמור שלא יהא גט אלא על תנאי זה, ואח"כ אין האשה רוצה לקיים התנאי, אבל בענין אחר לא מקרי גט מוטעה. פשוט הוא דלא כתב זה אלא כשמבטיחין אותו שיתן גט בשביל שתתן לו איזה סך ממון, כמבואר שם בדבריו. אבל בטעות כנדון דידן גם הוא מודה דמקרי גט מוטעה".

דהיינו גם מהר"ם לובלין שהחמיר מצא לנכון לחלק בין אי עמידה בסיכום הנוגע לגוף הגירושין והנישואין מחדש ובין סיכום המתייחס להיבט הממוני. והגם שבנידון דנן עיקר הנושא לא היה קבלת סכום כסף אלא סמכות שיפוטית עפ"י דין תורה, שבטענה זו הדין עמו גם לולי תבע זאת, עכ"פ עדיין הכל נותר במסגרת שאינה בגוף הגירושין, וגם אליבא דמהר"ם לובלין אין להחמיר.

י"א. בנידון הגט מווינא כתבו הסמ"ע והמשאת בנימין להקל מאחר שהגט סודר עפ"י סדר הגט המבואר בפוסקים שהבעל מודיע שהגט ניתן ללא תנאים, וגם בזה הסתמכו על תשובת מהרש"ל סי' כה.

ובספר השיב משה חלק אה"ע סי' ע"ו סק"ט, כתב:

ועיין שם בתשובת מהרש"ל דשום תנאי לא מבטל מעשה רק אם הוא כדינו, ואף אם הוא כדינו, הביטול שאחר כך מועיל אף

אך כל זה ביחס למקח טעות שהטעות כבר בעולם בעת המקח, ובנידון גירושין, כשהבעל הוטעה כבר בעת הגירושין. משא"כ בהטעה שבאה לעולם רק לאחר סידור הגט, יוכל להיות מקום לביטול המקח רק מכח התנאי. וחלוקה זו התבארה בדברי הבית הלוי הנזכרים, וז"ל:

"והנה כל זה שייך בדבר אחר שחוץ להקידושין וכמו בנפלה לפני מוכה שחין דבעצם המקדש לא היה שום טעות דהוא שלם בלא מום, רק נבוא לבטל הקידושין משום דבר שנחתחדש אח"כ ולומר דעל זה האופן לא נתרצית, ובכה"ג הביטול הוא בגדר תנאי וצריך בו משפטי התנאים, וגם שייך בזה הסברא בדברים שבלב דאינם דברים בלא תנאי מפורש. וכן בהא דקידושין דף נ' בשמע שמת בנו וכ' נכסיו לאחר דכ' התוס' והרא"ש דאינם דברים שבלב משום דאיכא אומדנא דמוכח דשם עצם הקנין שהקנה להאחר הרי היה כהוגן ומטעם אחר צריך לבטלו משו"ה אם לא היה אומדנא דמוכח היה נקרא דברים שבלב. אבל דבר דהיה טעות בעצם המעשה וכגון בנתקדשה לאחד ונודע שהוא בעל מום או מוכה שחין והיא לא ידעה מזה, דזה נקרא מקח טעות, והרי הא דטעות חוזר אינו בגדר תנאי וגם לא שייך לדון בו דין דברים שבלב דהביטול של הדבר הוא מצד דעצם המעשה היה בטעות ולזה לא בעי כלל שיהיה אומדנא דמוכח, וכל מום שמקפדת עליו כשנודע לה ה"ה מקח טעות וחוזר, ואפי' אם נאמר דגם במוכה שחין איכא כל דהו מ"מ הרי אין לך מום גדול במקח מזה, דנתכוונה לבעל טוב ונמצא רק כל דהו וחוזרת בה כדין כל מקח טעות. ומשו"ה דקדק רש"י ע"כ דמרוצית להתקדש לזה שהוא שלם על ספק שתהיה זקוקה לאחיו דרק משום דהמום נחתדש באחיו, אבל אם היה נודע שיש מום בהבעל היה שפיר מקח טעות".

הרי מבואר שגם הסוברים שמקח טעות בטל מחמת שאין גמירות הדעת לגוף הקניין ולא מפני התנאי היינו דווקא במום הקיים בעת שנעשה המקח, אבל כשהמום נולד רק לאחר מכן, ביטול המקח מחמת מום זה אינו כביטול מקח טעות בעלמא, אלא על יסוד האומדנא שקיים תנאי במקח.

על כן בנידון זה, שרק לאחר פרק זמן התברר שאין תועלת להסכם הגירושין, ואילו האשה לא הייתה מועלת באימון שניתן בה, ולא הייתה פונה לביהמ"ש, לא היה מתעורר ספק בכשרות הגט, על כן כשהעילה החלה לאחר הגירושין, זו שאלה של תנאי בגירושין, ומאחר שהבעל ביטל כל תנאי, כבר אין מקום לחוש לביטול הגירושין.

בספר גט מקושר (למהרא"ל צינץ) סדר גט ראשון אות לח סק"ה, סובר כדעות אלו שקיים חילוק יסודי בין תנאי לטעות, אע"פ כן בנידון הגט מווינא כתב שמאחר שהבעל היה סמוך ובטוח שהאשה לא תפר את החרם לשוב ולהינשא לאחר שיעמוד מחוליו, ולבסוף לא קיימה את המוטל עליה על פי החרם, ייחשב כגט מוטעה, וז"ל:

"דאם מתנה על הדבר ראינו שהדבר מסופק אצלו ולכן צריך חיזוק וכפילות, משא"כ כשנדון בדבר מכת גילוי דעת, אנו אומרים שלא עלה בלבו ספק בדבר שתעמוד בחרם ועכשיו

שבלב אינם, וכמ"ש התוס' בכמה דוכתי ואפ"ה לא איכפת לן בדברים שבלב שאינו רק כשהוא גלוי לכל, כגון באונס וכיוצא, משא"כ בזה דכיון דלא קפיד להתנות בפירוש דוקא, שהרי ה' הדבר מסור בידו כשהי' אומר שאין החרם והבטחונות מספיקין לו ע"כ או דבאמת סומך ע"ז או שמובטח באשתו שלא תבגוד בו או איפכא דשמא דעתו שאם אח"כ לא תרצה בו גם הוא אינו רוצה בה, וכאשר מוכרח לומר כן במי שמוציא אשתו ע"י שטוענת מאיס עלי. שאע"פ שראינו שעומד וצווה שאין רצונו לגרשה, לא אמרינן אומדן דעת שמחמת אונס זה הוא מגרשה, אלא דיינינן שנתיישרה דעתו מאחר שהיא מואסת בו הוא מואס ג"כ בה ונותן ברצון. וכה"ג כתבו הריב"ש והרשב"ץ שהמגרש שאמר אני נותנו בכח פירוש דבריו כשם שהיא אינה רוצה בי כך אני איני רוצה בה. ועכ"פ אומדנא דמוכח שאינו מגרש אלא בקיום התנאי אין כאן כלל. וכיון שאומר בפירוש שאינו תולה בתנאי, כ"ע מודו דכשר גמור הוא ואינו תלוי בתנאי כלל".

מאידיך גיסא, הסוברים להחמיר שבמקרה שהבעל הוטעה כתבו שאין להקל על יסוד כך שב"סדר הגט" הבעל מבטל את כל התנאים מאחר שגם ביטול זה היה בטעות. ולהלן מתשובת עין יצחק חלק ב' סימן לו (ס"ק בו, ל"ד):

"ואף להחולקים על המהר"ם לובלין כמו הב"ח והסמ"ע והמ"ב טעמם הוא כיון שמבטל כל תנאים בעת סידור הגט ונתינת הגט ע"כ נתבטל האומדנא שלו ג"כ. א"כ זהו לא שייך רק היכא דלא הייתה טעות שהטעו בפ"י מענין עבר אלא הבטחה בעלמא, דאף די"ל דהוי כעין תנאי מ"מ הא נתבטל התנאי ע"י ביטול כל תנאים כפי הנהוג האידנא. אבל היכא דעשה עיקר הגט ע"י מה שהטעתו בענין עבר וסומך עלי' שלא תשקר משום דהוי עביד לגלויי כנ"ל. כיון דנתבאר דבכה"ג הגט בטל דאף דנתן לה גט. עכ"ז הא ה' באונס מה שהטעהו א"כ ה"ה אף שאומר שמגרשה בלא תנאי ומבטל לכל תנאים עכ"ז הא גופא ה' בטעות ואונס לכו, וכמו דמבטלינן הגט ע"ז ה"ה דמבטלינן ע"ז אף ביטולו להתנאים, דכל זה ה' בטעות מעיקרא והוי כ"ז כמו הך גט מוטעה דיבמות (דף ק"ו) דפסול... ומה שכתב המ"ב שם להקל מצד מה שמבטלינן תנאים בעת נתינת הגט כבר נתבאר דזה אינו שייך רק אם התנאים הוא במידי דלהבא ולא ע"י טעות. אבל לא במה שהי' ע"י טעות בלעבר ולבו אנסי". וסבר דהאמת כדבריהם דכמו דמבטלינן בשביל זה הקידושין והגט. ה"ה דמבטלינן ע"ז להביטול להתנאים שלו דגם זה גופא ה' ע"י טעות דהאמין לדבריהם. וכמו דבטל הגט ע"ז ה"ה דבטלים ע"ז הביטול להתנאים שלו כנ"ל".

הרי שגם החומרא שלא להסתמך על ביטול המודעות נאמרה בנסיבות שבעת הגירושין הבעל הוטעה בטעות אודות המצב שכבר קיים כעת, ולא בדברים שהתבררו רק לאחר זמן.

גם בתשובת צמח צדק חלק אה"ע סי' רצ ס"ק ט"ז כתב לדון האם ניתן להסתמך על ביטול המודעות כשהבעל הוטעה, ובתוך דבריו בס"ק טז כתב:

אם לבו בל עמו ואנן סהדי דלא כן לבבו ידמה כמו שאומר בפיו, ובודאי לבו היפך פיו, מכל מקום מה שאומר בפיו הוא עיקר ודברים שבלב אינם דברים וסומך אף להקל משום טעם זה. וכן כתב המשאת בנימין סוף סימן ע"ה... אם כן הכא נמי דהיה סדר הגט בסתם ככתוב בבית שמואל, ושאל לו הרב אם נותן הגט באין תנאי ככתוב בסדר גיטין אות לו ואות רטו, ואמר כל הכתוב בסדר גיטין אות מה מח ואות רטו שמבטל כל הדיבורים שמזיקים להגט, וגם הרב אמר לו קודם הסידור שאין נותנין בזמן הזה גט על תנאי רק גט סתם, אם כן ודאי דאף אם היה תנאי כפול ומפורש קודם, לא מהני".

וכן הבית אפרים בתשובתו הנזכרת, חלק על דברי המשכנות יעקב שחשש לסמוך על ביטול התנאים הנאמר בסדר הגט, וכתב:

"אך באמת לענ"ד אין בית מיחוש מצד קיום התנאי מאחר שאמר אח"כ בפירוש בפני הב"ד והסופר והעדים שהוא מרוצה בלא תנאי, למאי ניהוש לה. וכפי המשמעות מדברי כ"ת לא הוטב בעיניו לסמוך בזה על שאומר הבעל, הן על שאלת הרב אם רוצה ליתן בלא תנאי, ולא ידעתי למה. ולדבריו יש מקום למיפסל כל גיטי דעלמא שהבעל יהי' מערים וימסור דברים לעדים קודם שיבא לב"ד ואח"כ יבא לב"ד ויצוה לכתוב גט וליתן בלי תנאי, ואח"כ יביא עידי תנאי ויהי' גט פסול, ועכ"פ תצטרך לקיים תנאו שאמר לפני עדים. ופשיטא שז"א, שלכך התחכמו מסדרי נוסח הגט שיאמר בפירוש בלי תנאי, ואין כאן בית מיחוש כלל. ולכן מנעתי עצמי מלישא וליתן בענין קיום התנאי שלענ"ד מצד חשש ביטול הגט אם לא תקיים, לא הייתה צריכה לקיים רק מצד פסק של הפשוטים. ומ"מ הועיל מה שאמר שנותן בלי תנאי שעכ"פ אין הגט תלוי בקיום התנאי כלל... ומ"ש כ"ת דכיון שאומרים לו שאין מזכירין תנאי בזה"ז מאי הו"ל למעבד, וכמעט שזה נוטה לגט מוטעה או מעושה, כיון שאוסרין לו להטיל תנאי אשר ידענו שחפץ בו ונמנע מפני ב"ד, הרי אין פיו ולבו שוין בשעת נתינה. וכבר ה' מעשה בימי הסמ"ע ומהר"ם מלובלין כו' אבל לפי מ"ש בדברינו פה, דבריו יש להם יסוד מוסד בש"ס ופוסקים עכ"ד כ"ת. ובאמת שכבר ערו עד היסוד בסוגיות אילו ואיני נושא ונותן בזה מפני כבודו של זקן מהר"ם ז"ל. אך בעיני הדבר פשוט כל שעושה אזנו כאפרכסת לשמוע לדברי הב"ד שלא לתלות נתינת הגט בתנאי, הרי פיו ולבו שוים על נתינת הגט. ובאמת שא"צ פיו ולבו שוים רק בנדרים ושבועות וכמש"ל, דבזה י"ל כן אף בלא אומדנא דמוכח, אבל במקום דליכא אומדנא דמוכח מה ה' בלבו ודאי דבחר פיו אזלינן. ופשיטא דמה אין כאן אומדנא דמוכח כלל, דלמה לא נאמר שציינת לדבריהם שלא לתלות נתינת הגט בתנאי רק יהי' סמוך על מעשה החרם והבטחונות. וכיון דאיכא למימר הכי, אף אם אומר שבלבו ה' גם שיהיה ביטול הגט, לא איכפת לן כלל בדבר שבלב. ואם כוונת כ"ת דגם בזה אמרינן אומדנא דמוכח שאם ה' יודע שתעבור על החרם ותתרצה להפסיד הבטחונות לא ה' נותן גט, דפשיטא דזה אינו. דא"כ בטלת כל דין דברים שבלב, דבכולם יש בהם אומדנא דאל"כ אף דברים



הבוררים וכן ההצהרה בפני הפרעזידענט, כל אלו חסרי ערך ביכולתם להגן על הבעל מהתביעה המחודשת בערכאות, בניגוד למה שסבר הבעל בעת מתן הגט.

להלן מתשובות גדולי הדור אודות כשרות הגט, שהשיבו לרב שלום גוטמאן שהיה האב"ד שסידר את הגט.

שמונה מגדולי דורו נזקקו לשאלה זו והם הגאונים נ"ע: המהרש"ם, רבי שמואל סלאנט, רבי יעקב שאול אלישר, רבי מאיר אריק, רבי אליעזר חיים דייטש מבאניהאד, רבי חיים ברלין, רבי אברהם צבי קליין אב"ד סילאש שבהונגריה ובעל שו"ת היכלי שן.

כאמור, עיקרו של אותו נידון דומה מאד לנידון שבפנינו מלבד פרט אחד מהותי שיובהר להלן.

לשון השאלה של הרב מסדר הגט, מצויה בשו"ת היכלי שן תליתאי סי' נ', וכדלהלן:

"איש ואשתו אשר לא מיתדר להו, והלך חותנו ובתו בערכאותיהם לתבוע מעות הנדוניה ויצא בדיניהם אשר מחויב הבעל לחזור דמי כתובתה ולעת עתה ישבעו אמו ואחיו וגיסו אם אין המעות אצלם, כי המגרש לא היה עוסק במסחר על שמו. ועבר איזה זמן ונתפשו על זה שיסדרו הב"ד ג"פ מהמגרש ליד שליח הולכה אחי המגרש, כי לא רצה ליתן אימון לאיש אחר, וכשיהיה ביד השליח הגט, ילכו האב ובתו להפעזידענט, ויתנו כתב בחתימת ידם אשר קבלו המעות ואין להם עוד טענות ותביעות ולא השביעם, וכשיבואו משם יסדרו הב"ד ג"פ ליד האשה משליח הולכה וכן נעשה. ובעת שבאו לפני ולפני הבית דין שלי לסדר הגט פיטורין מיד המגרש לשליח הולכה היתנה בפירוש המגרש עם השליח אחיו שלא יתן הגט עד שיחתמו, ובאם לא יחתמו לא יתן הגט, והשליח נתן ת"כ, וגם האב אמר בהן שלו אשר מוחל המעות ולא יתבע עוד ולא להשביעם. וכעת הסיתו שונאים לאבי המגורשת. שילכו עוד הפעם בערכאותיהם לתבוע המעות ולהשביעם ומי יודע איך יוצא דבר המשפט כנודע לענין ירושה בדיניהם, ע"כ רצונם כעת לבטל הגט מטעם גט מוטעה דפסול. ואנן הבית דין סהדי וגם הבוררים דאדעתא דהכי נתן הג"פ שימחלו החוב והשבועה ולא עלה על דעת שום בני אדם אשר יוכלו לחזור ולתבוע ולהשביעם והו"ל אונסא דלא שכיח ולא הו"ל להתנות".

עוד יצוין שמתשובות מנחת פתים ומהרש"ם עולה פרט נוסף בסיפור המעשה, הדומה ביותר לנידון דנן, באותו נידון שם, הבעל עיגן את אשתו כשעזב את ביתו והגיע לאמריקה שם נותר שלוש שנים עד שהוסכם עמו כנ"ל.

יצוין שגם בתשובת שאל האי"ש אה"ע סי' ג' מצויה שאלת הרב השואל עם מו"מ בהלכה מטעמו בלא הכרעה, והותיר את ההכרעה לרב המשיב.

פסק דינו של הגאון רבי שמואל סלאנט זצ"ל מצוי בספר תורת רבינו שמואל סלאנט זצ"ל חלק ב' סי' סט, אך עקב חולשתו לא כתב הגרש"ס זצ"ל בעצמו את פסק דינו, אלא העביר את תשובתו בקצרה, באמצעות נכדו הגרי"מ טוקצ'ינסקי זצ"ל, שכתב אודות סבו:

"באנו לדון כיון שביטלו מחמת שהיה מוטעה והטעות ה"ל כמו אונס. שהרי מחמת שהטעהו י"ל שביטל כל דבור הגורם כו' ומה לי אונס ממון או אונס שהטעהו בממון כו'. ובמי שמסר מודעא על הגט ואח"כ אנסוהו לבטלה, ודאי י"ל דאין הביטול מודעא כלום, כיון דביטלה מאונס, א"כ הוא גט המעושה כדין... וא"כ בנד"ז אם הטעות נחשב כמו אונס, א"כ אין הביטול שביטל הדיבורים כלום, כיון שהיה מוטעה ואונס".

גם לפי דרכו של הצמח צדק ניתן להתייחס לביטול התנאים כנעשה באונס רק בנסיבות שבעת ביטול התנאים הבעל היה מוטעה, ובכך נחשב כאונס, ולא כשהטעיה נולדה רק לאחר זמן.

וע"ע בספר ברכת יוסף אה"ע סי' צ' שכתב דברים דומים לדברי המשכנות יעקב, אך דברי הבית אפרים הנזכרים לעיל, הם מענה לדבריו.

### מסקנת הדברים

לדעת כל גדולי הפוסקים ששללו ביטול גט עקב הטעיית הבעל מאחר שהגט ניתן ללא תנאים, ודאי שבנידון זה אין מקום לביטול הגט. אלא אף לדעת הסוברים שאם הבעל הוטעה בעת סידור הגט כשהביאו אותו לחשוב בטעות שכבר קיבל את המסוכם מראש, אע"פ כן כאן שהטעות לא הייתה בעולם בעת הגירושין, שהרי אין חולק שאם הייתה האשה נוהגת ביושר ונאמנת לחתימתה על ההסכם לא הייתה מתעוררת כל שאלה. על כן מאחר שהטענה לטעות באה לעולם רק לאחר מכן, אינו יותר מתנאי. ובהיות הגט מסודר ללא תנאי אין לחוש מאחר שב"סדר הגט" הבעל הודיע שהגט ניתן ללא תנאים, לרבות בנידון זה שהבעל לא הסכים לתת גט בטרם יובטח הסכם בר תוקף כפי שנחתם לבסוף. וכבר היה מעולם נידון הדומה מאד לנידון דנן, והכשירו את הגט גדולי הדור בזמנו, וכפי שיבואר להלן.

### הגט שסודר ביאסי שברומניה

יב. לפני כמאה ועשרים וחמש שנה, סודר גט ביאסי שברומניה, ובו התעוררה שאלה דומה לנידון שבפנינו. באותו נידון הבעל עיגן את אשתו שלוש שנים, כשברח לאנגליה ולאחר מכן לאמריקה. לאחר שתבעה האשה את הבעל בערכאות נעתר הבעל לתת גט, אך סירב לגרשה עד שיתמלא התנאי שיסדירו את ענייני הרכוש בהתאם לפסק דין של בוררים שדנו ופסקו בסכסוך שבין הבעל והאשה. בטרם מתן הגט הוסדר הסכם בהתאם לדרישתו, וכן עפ"י המוסכם פנתה האשה לפרעזידענט, שכפי הנראה הוא נשיא ביהמ"ש, לחתום שאין יותר כל טענות ותביעות מאחר שקיבלה את כל המבוקש על ידה. אך לאחר מכן האשה מצאה את הדרך להתנער מההסכם, טענה שהייתה אנוסה להסכם שהוסדר בעת סידור הגט, וחזרה לתבוע את הבעל בערכאות. טענתה התקבלה, וההליך המשפטי בערכאות חודש, ולמעשה לאחר זמן התברר שההסכם, פסק הדין של

מקודם דהטעתו מעיקרא כיון דמסרה מודעה מקודם הו"ל כהשלישה חספא בעלמא, וכיון שלדעת רש"ל גילוי דעת ואומדנא אינו מועיל באיסור, וא"כ תו מוכח עכ"פ דבהטעתו בטלו הקידושין, א"כ ה"ה בגט בטלו הגירושין. וא"כ צ"ע על רש"ל שהכשיר הגט... אמנם אף לזאת צ"ע דהא באמת אף דקיי"ל כר"מ דבעינן תנאי כפול, מכל מקום לחומרא חוששין אף בדלא כפליה לתנאיה ועי' באה"ע סימן ל"ח סעיף ד'. ע"כ נראה דעיקר היתר הרש"ל היא מה שכתב בסוף תשובתו שם דכיון דהאינדא מבטלין כל מודעות ודברים הפוסלים הגט בזה הוא מבטל נמי הגילוי דעת והאומדנא שבשום אופן לא יתבטל הגט. אמנם כי צ"ע, כי אין ראייה כלל ממה שביטל כל הדברים הפוסלים, בהיות שכבר השלישו לו המעות, והיה בטוח שכבר הכל בידו, ע"כ ביטל אח"כ כל הדברים הפוסלים. ואם היה יודע שהטעתו מעיקרא לא היה מגרש כלל. אמנם גם המהר"ם אלשיך בתשובה והסמ"ע החליטו כן, והלב מהסס קצת בזה. אבל בנידון דידן קיל בעיני מעובדא דרש"ל ומהר"ם אלשיך דאין כאן הטעיה מעיקרו, דהא באמת נתנה לו פטורין בנימוסיהם, ונהי דעתה מערערת על הפטורין, מ"מ אין כאן טעות מעיקרו. ולא דמי לאמרה שהיא כהנת ונמצאת לוייה שהטעתו מעיקרא, וכן לא דמי לרש"ל, כיון שמסרה מודעה מקודם, א"כ הטעתו בשעת השלשה, משא"כ בנידון שלפנינו. ולדון בזה מטעם אומדנא וגילוי דעת שאילו ידע שתוכל לתבעו עוד בנימוסיהם לא היה מגרשה, אינו ברור, דיכול להיות שסמכה דעתו שהפטורין יועילו לו, ותביעתם תהיה לריק... וגם הא הגילוי דעת היה שתחתום לו פטורין, והרי באמת חתמו לו אבי האשה והאשה הפטורין, ואף אם עכשיו יבטלו בערכאות את הפטורין אינו כלום לבטל את הגט, דהא מבואר בחו"מ סי' רז במוכר נכסיו לעלות לא"י ועלה ולא מיתדר ליה דלא הדרא זביני, אף שעפ"י אומדנא אם היה יודע שלא יהיה מתדר לו לא היה מוכר קרקעותיו, אינו מועיל כיון שהגילוי דעת היה לעלות והרי עלה. וה"נ הגילוי דעת היה שתתן לו פטורין והרי נתנו לו, והרי הפטורין הועילו לו שהיא צריכה עכשיו לחדש תביעה בערכאות על הפטורין, ותביעה ישנה שהייתה בתקפה בטלה לה ע"י הפטורין."

המנחת פתים האריך גם בשאלת ביטול השליחות באותו נידון, ומסקנתו לדינא:

"ע"כ מעיקר הדין נלענ"ד דהגט כשר."

וכן בשו"ת פרי השדה (להגאון רבי אליעזר חיים דייטש מבאניהאד) ח"ד סי' כ', נשאל בנידון זה, ובתשובתו דחה את הטענה לגט מוטעה מאחר שבמעמד סידור הגט רגילים לבטל את התנאים, וכן האריך לבאר שבנידון זה יש להקל אף לשיטת מהר"ם לובלין שהחמיר בגט מווינא, וז"ל:

"הכא בנ"ד אין ענין כלל לגט מוטעה, דכיון שהבעל מבטל קודם הגירושין כל התנאים והדיבורים שאם יהיה להם קיום יהיה ביטול לגט, מבטל מקודם כל אלו העניינים, כמבואר באה"ע סי' קל"ד סעיף ג' עי"ש ובסדר הגט. א"כ הרי חל הגט בתוקפו כאילו ניתן בלי שום תנאי כלל והגט כשר בלי שום

"ויבקש מאיתי הח"מ, שהנני נכדו ותלמידו, שאשיב למעכ"ת בקצרה: כי דעתו, אשר הגט כשר בלא שום פקפוק."

וכן בתשובת הראש"ל צ"ח הגאון רבי יעקב שאול אלישר זצ"ל בספר שאל האיש חלק אה"ע סי' ג', לאחר שהעלה שעפ"י דין תורה למרות שמצד האשה ההסכם נחתם מחמת אילוץ ומחוסר ברירה לאחר שהבעל ברח ועיגן אותה שלוש שנים ההסכם בר תוקף, והאשה מחויבת לקיימו מהטעמים המפורטים בתשובתו. כיוון שכן, אין לדון את הבעל כמי שקיבל הסכם חסר ערך, שהרי עפ"י דין תורה, המחייב את שני הצדדים, ההסכם שריר וקיים. ובהתאם לקביעה זו כתב במסקנתו:

"אולם לקרות גט מוטעה הך דנ"ד חלילה לא ניתן ליאמר, מהיכי תיתי לקרותו גט מוטעה. כיון שאם תבא האשה לפני דייני ישראל יאמרו לה את מחלת בלב שלם שהרי לא מסרת מודעה, שאם היית אנוסה היה לך למסור מודעה, וכיון שכן אין לך לתבוע ממנו סכי כתובתך כלל, וא"כ הרי הגט כשר ומכוסר בדינינו. ואם תלך בטענה זאת שהייתה אנוסה, הרי היא כמו שמוציא ממון בערכאותיהם שלא כדין ושלא כתורה דנקרא גזלן, וכמ"ש ה' מהר"ם טו"א ז"ל בספר חוט המשולש בסוף ספר תשב"ץ סי' ו' האריך בדינים אלו, דאפילו אם גבה חייב להחזיר יעש"ב."

גם הגאון רבי מאיר אריק זצ"ל שנשאל בנידון זה, ותשובתו מצויה בספרו מנחת פתים חלק אה"ע סי' קמה סעיף ט', האריך בזה, ובתוך דבריו הביא מדברי המשנה במסכת קידושין דף טב ע"א:

"המקדש את האשה ואמר כסבור הייתי שהיא כהנת והרי היא לוייה... הרי זו מקודשת מפני שלא הטעתו"

וכן הביא מדברי הר"ן על הרי"ף מסכת קידושין (דף כה ע"ב בדפי הרי"ף), שכתב:

"מתני' המקדש את האשה ואמר סבור הייתי וכו' מפני שלא הטעתו. אלא הוא הטעה את עצמו וכיון דלא פריש ואמר לאו כל כמיניה דהוה להו דברים שבלב ויש לתמוה למה נשנית משנה זו כאן דלעיל בפרק האיש מקדש (דף מט ב) גבי על מנת שאני כהן ונמצא לוי וכו' דקתני סיפא וכולן אף על פי שאמרה בלבי היה להתקדש [לו אף ע"פ כן אינה] מקודשת ה"ל למתניה. ונ"ל שסמכה ענין לפלוגתיה דתנאי כפול לאשמועינן דאפי' ר"מ דבעי תנאי כפול הני מילי בשעתה דהואיל והתנה ולא כפל יש במשמע דבכל ענין יהיה המעשה קיים, אבל מי שגלה דעתו שעל דעת כך הוא עושה הרי הוא כאילו התנה וכפל, והיינו דתנן מקודשת מפני שלא הטעתו הא הטעתו אינה מקודשת, דבגלוי דעתא לא צריך כפילא."

המנחת פתים הביא מדברי הר"ן הללו וכן מדברי ח"י מהרי"ט על הרי"ף על המשנה בקידושין, והוסיף:

"עכ"פ מהמשנה הנ"ל מוכח אחת משתי אלה, או דאומדנא וגילוי דעת בשעת מעשה מועיל אף באיסורא, או דמשו"ה בטלי הקידושין מפני שהטעתו. וא"כ צ"ע על מהרש"ל הנ"ל דהא שם היה המעשה שהשלישו לו המעות ומסרה מודעה

כיון שאינו רוצה לדור עמה... וא"כ בנ"ד סיומא דפסקא לענ"ד שמכל מה שכתבתי יצא הדין מפורש שאין שום חשש לפסול זהו הגט כלל וכלל".

הרי שבנידון זה, הגם שהרב פרי השדה קבע שהאשה עשתה שלא כדין שחזרה ותבעה את הבעל בערכאות, מ"מ הורה שאין שום חשש ואין לפסול את הגט.

וכן בספר בארות אברהם להגאון רבי אברהם צבי קליין זצ"ל תלמיד הכתב סופר ואב"ד סילאש שבהונגריה, מגדולי רבני הונגריה בזמנו, השיב בחלק אה"ע סי' כג בנידון הגט הנזכר, והעלה להכשירו. טעמו מכיוון שבמעמד סידור הגט הבעל לא אמר דבר אודות תנאי בגירושין גופן, ובכך אינו דומה לנידון הסוגיא בגיטין של המוציא את אשתו משום שם רע, שבעת הגירושין אמר שמשום כך מוציאה. לכן הטענה שכוונתו הייתה שהגט עצמו מותנה אינה מתקבלת, ודברים שבלב אינם דברים. ומאחר שלאחר הגירושין האשה מוחזקת כגרושה ופנויה הבעל לשעבר כבר אינו נאמן בטענתו שהגט ניתן על תנאי כשבטענה זו מבקש להוציאה מחזקת פנויה.

הרי שכל חמשת הרבנים הגאונים הנזכרים, שהיו מהפוסקים המובהקים באותו זמן, השיבו הלכה למעשה להכשיר את הגט, והדבר ברור שלפי דרכם הוא הדין בנידון דנן. בתשובת הגאון רבי חיים ברלין זצ"ל בספר נשמת חיים אה"ע סי' קסז השיב בנידון הנ"ל:

"אבל עיקר של דבר לדינא הוא כמש"כ בכינת אדם שם דתלוי בעיקר ענין האומדנא וגילוי דעת בעיקר הגירושין. דאם סיבת האומדנא וגילוי דעת הוא על עיקר הגירושין שם יש לומר דגילוי דעת שבשעת נתינת הגט או מינוי השליחות מילתא היא לבטל הגירושין, הגם שלא הייתה בשעת הגירושין ומינוי השליחות שום תנאי. אבל אם האומדנא וגילוי דעת הוא בדברים שבממון, אנן סהדי שלא יגרש אדם אשתו האהובה לו בעד כל כסף וזהב שבעולם, אלא שבלאו הכי לא מיתדר ליה עמה ורצונו לגרשה מאיזה טעם שיהי', רק כל מה שיוכל להוציא ממון או לעכב ממון שלה, עושה כל התחכמות שיוכל לומר שאינו רוצה לגרש, אבל אנן סהדי שלא בשביל זה הוא מגרשה, ולכן כיון שמגרשה בלא שום תנאי אף אם יש גילוי דעתו ואומדנא שבשביל ממון הוא מגרשה, כיון שמגרשה בלא תנאי ע"כ גומר ומגרש בלא שום פקפוק עכ"ל כינת אדם וכן עיקר. ובחילוק זה יתורצו כמה מקומות ואין להאריך עתה. אמור מעתה כמה שלפנינו מה אוכל לדרון בזה מרחוק, ומע"כ מקרוב במקום המעשה ואין לו לדיין אלא מה שענינו רואות לדרון ולהורות עפ"י שיקול דעתו הרחבה אם הי' נוגע התנאי באמת לעיקר הגירושין, או לא הי' נוגע אלא לדררא דממונא לחוד. ואם גם אצל מע"כ הדבר שקול ואין בידו להכריע בזה בהחלט אזי האריך במשנה למלך בהל' טוען ונטען פ' ט"ו הלכה י"א בשם הרשב"א (ח"ב סי' רכ"ט) מקום שיש ספק אומדנא בלשון התנאי אוקמינן אחזקה. וא"כ בנידון דידן כל שלא נתקיים התנאי הרי קיימא האשה בחזקת אשת איש כן, נראה לפענ"ד.

חשש ופקפוק. ואין זה דומה כלל למ"ש בשו"ת מהר"ם מלובלין סי' קכ"ג דאפילו למאי דקיי"ל גלוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא מ"מ באומדנא דמוכח מהני גלוי דעתא לבטל הגט, ועיין בשו"ע אה"ע סי' קמ"א סעיף ס"ב, התם מיירי באופן שהיה שכיב מרע שבאמת לולי חליו לא היה חפץ כלל בגירושין ורק לטובתה נתרצה לגרש שלא תזקק ליכוס. וא"כ אם עמד מחוליו אח"כ הוי אומדנא ברורה שאדעתא שהוא ישאר בחיים ויראה את אשתו מתרפקת בחיק אחרת לא היה מגרש אותה. משא"כ הכא בנ"ד אטו זהו הדרך שאם מוחלין לו הנדוניא שמגרש, ופשיטא דרוב אנשים לא היו מגרשים נשותיהם אפילו אם יתנו להם את כל הון ביתם. וזהו שרצה לגרש מסתמא שונאה ואינו חפץ בה. וא"כ איך נימא דכה"ג הוי אומדנא דמוכח שלא היה מגרש אותה אם לא במחילת הנדוניא. דמכיון שכבר הסכים בדעתו לגירושין, אדרבא אמרינן שהיה מתרצה בכל אופן, דמכיון שאינו רוצה לדור עמה הרי צריך לחוש גם לעיגון עצמו, ואמרינן שאפילו שאפשר שלא היה בא לביתו אם לא היו מחלו לו הנדוניא והתביעות שיש לאשתו עליו, מ"מ כיון שכבר בא וטרח כל כי האי אורחא רחיקא, לא היה מונע מלגרש כיון שצריך לחוש גם לעיגון שלו. ועוד דהכא הרי עושה איסור גמור אם אינו מגרש, דמי התיר לו לבגוד באשתו ולעגן אותה, ואפילו בשבת מותר לחבוש למי שרוצה להרחיק נדוד מאשתו ולעגן אותה, כמבואר בשו"ת שבות יעקב ח"א סוף סי' י"ד. וא"כ איך נימא דהוי אומדנא דמוכח שלא היה מגרש בלא מחילת הנדוניא בדבר שהוא מחוייב מן הדין לגרש אם אינו רוצה לדור עמה... וא"כ בנ"ד אין שום פקפוק בזה הגט... כיון שביטל כל המודעות בשעת נתינת הגט ובשעת כתיבת הגט, א"כ הוי כמגרש סתם וכשר, ואומדנא דמוכח לא הוי לבטל הגט כמ"ש כיון שאסור לו לעגן אותה... כיון שגרש אחר כך בביטול כל מודעות וכל התנאים כמו שנהגו כל מסדרי גיטין, פשיטא דהגט כשר, דאפילו אם נימא שהטעוהו בכך מה שמחלו לו הנדוניא, מ"מ כיון שרשאי להטעות אותו בכה"ג והוא נתן אח"כ הגט בביטול כל מודעות אין שום חשש בזה. ובפרט כיון דבעיקר הגט באמת מרוצה דאם לא היה מרוצה לעיקר הגט, לא היה מתרצה אפילו על ידי מחילת הנדוניא, וא"כ אין כאן שום אומדנא דמוכח לבטל הגט".

ושם בסי' כה הוסיף לבסס את פסק דינו גם באותו נידון שהגט נמסר לאשה באמצעות שליח, וכתב:

"ואפילו אי נימא דלהתנות עם השליח לא בעינן משפטי התנאים כמ"ש הבאה"ט סימן לח ס"ק ג' באה"ע, מ"מ הרי השליח עשה את שלו ונתקיים הגט, רק שאח"כ הייתה רוח אחרת עמהם והלכו בערכאות לתבוע הנדוניא, אע"פ שלא כדין עשו, מ"מ אין זה ענין לפסול הגט כלל כמ"ש, כיון שהבעל בטל כל הדיבורים שיוכלו להזיק הגט... ואע"ג שידעינן שרק על דעת זה מסר לו שיפטר אותו מכל התביעות, הרי השליח עשה את שלו, והכא וודאי לא הוי אומדנא דמוכח שאילו היה יודע שיתבעו אותו עוד לא היה מגרשה כמו שכתבתי מכמה טעמים... ועוד הכא נמי ניחא לדידיה שיפטור מכבלי העיגון

שאומדן דעת שנתן אדעתא שיועיל המחילה ע"ש. וה"נ בזה, כיון שלא הוסכם ליתן גט עד שיחתמו, היינו באופן המועיל החתימה בנימוסיהם, ואם יבורר שבנימוסיהם לא הועילה חתימתם ע"י שהיו אנוסים, נתבטל שליחות השליח, וממילא אין בהגט ממש, ובביטולים הנעשים בסדה"ג אין מועילים לזה כלל, שהרי הותנה עם השליח שלא יתן עד שיחתמו, ולגבי שליח אין צריך משפטי התנאים וכמ"ל. ועל כן גם המקילים בעובדא דגט שכיב מרע שסידר הסמ"ע, מודים הכא, דכיון שיתבטל כח הכתב שחתמו לפני שר המשפט מערכאות למפרע על ידי שיבררו שהיו אנוסים והוי כלא חתמו כלל, וכמ"ש ע"ש הרשב"א".

בתשובת מהרש"ם קיים יסוד שהמשיבים האחרים לא הסכימו עמו, והוא שלא די שההסכם בין הזוג תקף עפ"י דין תורה, אלא מאחר שהבעל עמד על כך שההסדר שנקבע יעמוד בתוקף גם בערכאות, ולאחר שהאשה טענה בערכאות שהייתה אנוסה להסכים לאותו הסדר ולחתימתה בפני הפרעוידענט, טענה המתייחסת לנסיבות שהיו כבר בעת הגירושין, ככל שהדבר נוגע לתוקף ההסדר בערכאות, ולאחר שטענתה התקבלה באותן ערכאות, הכול בטל למפרע. וסבר מהרש"ם שלא נכון לקבוע שרק מכאן ולהבא החל הליך חדש בערכאות, אלא התברר למפרע שכבר במעמד סידור הגט היה ביד הבעל הסדר שטעה בו וסבר שיש בו תוקף, ולאחר זמן התברר למפרע שאין בו ממש ככל שהדבר נוגע לערכאות. למרות זאת, קבע מהרש"ם שגם נידון כזה דומה לגט מווינא, ומועיל ביטול התנאים במעמד סידור הגט, ולא קבע שהנידון דומה להשלשת מטבעות מזויפות וכיוצא ב.

באותו נידון החמיר מהרש"ם מאחר שגם לאחר שהבעל ביטל את התנאים, שהוא הליך הנעשה בטרם מינוי הסופר והעדים, הודיע הבעל לשליח במעמד מינוי השליח, לאחר שהשלימו את כתיבת הגט וחתימתו, שלא ייתן את הגט אלא לאחר שיחתמו, ומאחר שלאחר זמן התברר שאין ממש בחתימה בערכאות, ובשליח אין צורך במשפטי התנאים, הגט בטל.

העולה מתשובת מהרש"ם, שעל פי דרכו בנידון שהאשה התנערה מההסכם דוגמת הגט ברומניה אך שלא מינה הבעל שליח, אלא נתן את הגט מידו לידה, או מינה שליח אך לא דיבר עמו לאחר ביטול התנאים ביחס לתנאי הגירושין, בכל אלו האמירה שהגט ניתן בלא תנאי, הנאמרת בתחילת הליך סידור הגט, מתייחסת גם לשליחות, וגם אם לאחר פרק זמן התברר למפרע שההסכם חסר ערך בערכאות אפ"ה נידון כזה דומה לנידון הגט מווינא, ומדינא הגט כשר. דהיינו גם מהרש"ם שקבע שעקב הטענה שהיו אנוסים הביטול של ההליך המשפטי בערכאות הוא למפרע יחד עם זאת קבע שבהיבט העקרוני נידון כזה דומה לנידון הגט מווינא, ולא סבירא ליה שנידון זה דומה למי שהשלישו עבורו קודם הגט מטבעות מזוייפים החמור יותר מנידון הגט

ולא עתי אתי לעיין בספרי האחרונים, ואולי ימצא מע"כ איזה סברא וראי' כנגדי, אנכי כתבתי כפי מה שהורני ה' בחסדו". הרי שעפ"י דרכו של הגאון רבי חיים ברלין זצ"ל אם קיימת אומדנא דמוכח שהבעל הציב תנאי בגוף הגירושין שלא יחולו אם לא יקיים ההסכם, יש מקום לטענה של גירושין בתנאי. ולמעשה ביחס לאותו נידון לא הכריע הגר"ח ברלין זצ"ל, והותיר את ההכרעה לרב מסדר הגט המכיר את פרטי המקרה לאשורם.

אך בנידון דנן הדבר ברור שאין כל אומדנא ביחס לתנאי בתוקף הגירושין, אלא הבעל רק ביקש שלאחר הגירושין לא יתקיימו דיונים בערכאה שיפוטית שאינה דנה שלא לפי דין תורה, ודבר זה היה חשוב לו ביותר, ועל זה בלבד נאבק. וברור שכבר לא עשה כל מאמץ לחזרה לשלום בית, ומעשיו שנטש את הארץ לשלוש שנים מוכיחים כן. על כן אין כל אומדנא שביקש שתחזור להיות אשתו בתנאים אלו או אחרים.

בתשובת היכלי שן הנוכרת דן ביחס לתנאי שנאמר לשליח, ואינו נוגע לנידון דנן.

גם בתשובת מהרש"ם ח"ט סי' קלא השיב ביחס לכשרות אותו גט, ובהצגת נידון השאלה, כתב:

"על דבר שאלתו במי שבגד באשת נעוריו ולקח כל רכושה, וחותנו תבעו בדיני אומות העולם ונתחייבו אמו ואחיו וגיסו שהיו שותפים עמו בחנות לישע שאין בידם מעות הנדן. והבעל נסע למרחקים זה ג' שנים. ועתה פעל בקישוי גדול שיבוא חזרה ושישליש חותנו טראטין לבטחון כאשר יבוא ויסדרו ג"פ לשלוח, ויחתמו חותנו ואשתו אצל הפריזידענט אשר קבלו בחזרה כל הנדוניא וכל מה שמגיע להם מלבושים וכדומה, אזי יתן השליח הג"פ לאשה, וכן עשו, הבעל נסע למדינת הים. ועתה חזרו חותנו ואשתו לתבוע בדיני אומות העולם המעות הנדוניא כמקדם, וטענתם באמרם שהיו אנוסים לחתום כן שלא תשאר עגונה, ורוצים שישבעו אמו וחותנו וגיסו כפי שנהוג מאז בדיני אומות העולם".

הרי שהודגש בהצגת השאלה שטענת האשה ואביה להתנער מההסכמתם הראשונה הייתה שהם היו אנוסים לחתום כדי שהאשה לא תישאר עגונה.

מהרש"ם מביא דעת הרב השואל, שנידון זה יחשב כגט מוטעה, ותלוי במחלוקת הפוסקים בגט מווינא. ועל זה השיב לו מהרש"ם:

"הנה לענ"ד לא באנו לידי מידה זו, דהא כל טעם המקילים משום שביטל כל התנאים בשעת סידור הגט. אבל כנ"ד שנמסר הגט ליד השליח והותנה עמו שלא ימסור לה הגט כל זמן שלא יחתום אביו ואשתו בנימוסיהם שקיבלו המגיע להם, והשליח נתן תקיעת כף שיקיים כן ג"כ, הרי קיי"ל דבשליח אין צריך משפטי התנאים כלל כמ"ש הב"ש באה"ע סי' ל"ח ע"ש הרשב"א ור"ן, וא"כ הרי בעינן שיחתמו באופן המועיל בנימוסיהם כמ"ש בתשובת הרשב"א שבבית יוסף חו"מ סי' רמ"א... והשיב הרשב"א שאם לא קנה בו חייב להחזיר המעות

תפס בכלל, הן משום שהמשיבה "החייתה" את תביעתה דמעיקרא והן משום שהקנאת הסמכות לבית הדין לא תפסה אך טעות עובדתית היא ביד הבעל לשעבר. גם כעת בית הדין מוסמך לדון בין הצדדים, הן עפ"י ההלכה וגם עפ"י חוק, אלא שלאחר הגירושין הביאה האשה למצב שבו קיימות שתי ערכאות שיפוטיות המוסמכות, ועתירתה לבג"ץ להורות על פסילת סמכות בית הדין נמחקה, על כן מאחר שעפ"י דין תורה הצדדים מחויבים לעמוד בהסכם, הרי שמקרה זה דומה מאד לנידון הנ"ל, למעט הריעותא שהייתה באותו נידון של הגט מיאסי, ואינה בנידון זה, שגם לאחר ביטול התנאים שנאמרו עפ"י סדר הגט אמר הבעל לשליח דברים שמשמעם תנאי בשליחות.

### הגט הנידון בתשובות נחלת צבי ואגרות משה

יג. בספר נחלת צבי להגאון רבי גדליה פעלדער זצ"ל מטורונטו-קנדה חלק ב' עמ' 460 הביא נידון שהובא לפניו, וז"ל השאלה:

"בעמדי בזה אמרתי לתת כאן מקום להאי שאילתא שבאה לפני באחד שבא לגרש אשתו חדשים אחדים אחרי הנישואין, ואחר טענות ותביעות מב' הצדדים לפני הב"ד התפשרו בד"ת שיסדרו גירושי ערכאות במקסיקו ואח"כ לאשרם ע"י הבתי משפט בניו יארק כנהוג וכן עשו ונתן לה גט פטורין כדת וכדין של תורה. אח"כ הלך הבעל ונשא אשה בא"י כדמו"י וחזר לעירו. הגישה אשתו הראשונה תביעה נגדו לבית המשפט הציוילי שלא התגרש בדיניהם, ומאשימה אותו בזנות עם אשתו, ודורשת גירושין אזוריים. והוא טוען הלא סדרנו הכל בב"ד וע"מ כן נתן לה הג"פ כדמו"י ודורש להוציא הדבר מבית משפטם והיא אינה מקשיבה לדבריו וממשיכה במשפט, וטענתה בפיה כי היות שהיא ג"כ רוצה לגור בקנדה וע"פ חוק קנדאי היא עוד אשתו, לכן רוצה היא כעת בגט צוילי מהערכאות וזהו הדרך לקבלו, ע"י שתוכיח בבית משפטם שזנה, והיות שע"פ החוק הוא עוד בעלה, הלכה והאשימה אותו בזנות עם אשה אחרת (כלומר האי אשה שהיא אשתו כדמו"י) וטענתה שזה לטובתה כי אחרת צריכה להמתין ג' שנים. וטענתו מדוע לא דרשה האי גט אורחי אז כשנתן לה הגט פטורין בבי"ד בניו יורק, דאדעתא דהכי נתן לה הגט פטורין אחרי שקבלו כבר הגט צוילי, וכעת שהוא כבר נשוי עוד גורמת לו צרות. האם יש איזה טענה או חשש על הגט לומר אדעתא דהכי לא נתגרשתי."

בתשובתו כתב:

"נכון שנתגרשו כדמו"י ובדעתו הי' להפטר ממנה בהנהו גירושין, וכעת שהיא תובעת ממנו הנהו גירושין צויליים, יאמר שלא גרשה אדעתא דהכי כי בדעתו היה שהגט ממקסיקו גומר הענין ע"פ חוקי הממשלה. זה לא ניתן להאמר, שהרי ידע וקבל וסמך על הגירושין דמקסיקו, מיהו הכא אינם מתקבלים, ולכן אין להרהר ולהוציא לעז על הנהו גירושין ומגורשת היא ממנו ולא אגידא ב"י. והנהו תביעות יש לפשר ביניהם ולסדר הענינים

מווינא. וטעמו מאחר שגם בנידון הגט מרומניה, בעת הגירושין היה ברשותו של הבעל הסכם בר תוקף גם מהבחינה המשפטית, ובכך אינו דומה למטבעות מזוייפים, וההליך לביטולו למפרע התקיים רק לאחר זמן, הרי שההצדקה לביטול הגט יכולה להיות רק מכח אומדנא ברורה שעל דעת כן לא נתן הבעל את הגט, ומאחר שאומדנא זו היא במסגרת של הלכות תנאים, התנאי בטל באמירת הבעל שהגט ללא תנאים.

על כן ביחס לנידון דנן, גם אילו נדון את ההליך המשפטי שהתרחש לאחר הגירושין כמי שמבטל הליך קודם למפרע וכמו שסבר מהרש"ם, עדיין אינו דומה להשלשת מטבעות מזוייפים אלא לנידון הגט מווינא, שבו הוכרעה ההלכה להכשירו.

אמנם כאמור, שאר הגדולי הדור שהשיבו ביחס לאותו נידון לא מצאו לנכון לקבוע את הקביעה שכתב מהרש"ם שהכל בטל מעיקר, וכמפורש בתשובת המנחת פתים, שבתוך הצגת נידון השאלה ציין שטענת האשה בערכאות הייתה שנאנסה להסכים, ובתוך דבריו באר:

"וה"נ הגילוי דעת היה שתתן לו פטורין, והרי נתנו לו, והרי עכ"פ הפטורין הועילו שהיא צריכה לחדש תביעה בערכאות על הפטורין, ותביעה ישנה שהייתה בתקפה, בטלה לה ע"י הפטורין."

דהיינו, ההליך שבו החזירו האשה ואביה את הדין לערכאות הוא הליך שהתחדש מכאן ולהבא, ומאחר שבעת הגירושין, ההסדר שהוסכם היה בר תוקף עפ"י ההלכה, וכן באותה עת לא היה הליך בר תוקף בערכאות והכל מכח הפטורין שהיו בתוקף בעת הגירושין, אין לקבוע שמבחינה משפטית ביטול התוקף החוקי חל למפרע.

**העולה מדברינו:** נידון דנן דומה מאד לנידון הגט ברומניה, ומאחר שחמשת גדולי הדור הנוכרים הכשירו את הגט, ובהם הגאון רבי שמואל סלאנט זצ"ל שפסק שהגט כשר בלא שום פקפוק, והריעותא שחשש לה מהרש"ם עקב דברי הבעל עם השליח לאחר שכבר ביטל את התנאים אינה קיימת בנידון דנן, גם בנידון דנן לא ניתן לפסול את הגט. בנידון דנן, כתב הבעל לשעבר, בסעיף 8 לכתבי טענותיו:

מדאתינן להכי, עולה בידנו כי הדברים מוסכמים אף אליבא דה"מנחת פתים" (אה"ע קמ"ה). רב המרחק בין מי שהתנה שיתנו לו שטר פטורין מתביעה בערכאות למי שהתנה שהסמכות לדין תהיה בבית הדין, שכן במקרה שכזה לא ניתן להסתפק בסברא לפיה סמך הבעל על הבקשה לבית המשפט למשפחה ככזו שתועיל להשגת המטרה של מניעת הערכאות. זאת משום שגילוי הדעת של הבעל כלל גם את הקביעה שהסמכות תהיה בבית הדין ורצונו זה מעולם לא התממש. ביתר ביאור, הדין של ה"מנחת פתים" עובר על ציר לפיו גילוי הדעת של הבעל שיתנו לו פטור מהתביעה בערכאות תפס כשהאשה ואביה נאלצו לתבוע תביעה חדשה בערכאות. במקרה שלנו גם לו היה מדובר רק בגילוי דעת הרי שהוא לא

ח"א סי' מט דן בכשרות גט שניתן בבית הדין בנתניה בשנת תשנ"ח, ומיד לאחר סידור הגט התעוררה שאלת גט מוטעה בנסיבות הדומות מאוד לנידון דנן. באותו נידון נערך הסכם גירושין, ומאחר שהבעל עמד על כך שגם לאחר הגירושין ימשיך בית הדין להיות הערכאה המוסמכת לדון במשמורת הבן ומוזנותיו, ובלא הסדרה כזו לא הסכים לתת גט, הביעה האשה את הסכמתה, ונערך הסכם בדרך שהניחה את דעת הבעל ודעת בית הדין שהנושא מעוגן כראוי מההיבט המשפטי. אך מיד למחרת אישור ההסכם וסידור הגט התנערה האשה מההסכם ופנתה לבית המשפט, והביאה לכך שבית המשפט קבע את סמכותו החוקית לדון בנושאים הנ"ל הקשורים לקטין.

באותו נידון עלתה שאלת כשרות הגט, והגרר"ש שאנן זצ"ל, בהיותו דעת מיעוט, קבע שהגט נפסל בהיותו גט מוטעה, לעומת דעת הרוב שלא הסכימה עמו, והסתמכו על כך שהגט סודר בביטול המודעות ותנאים כמקובל. ולהלן מדעת המיעוט כפי שהובאה בספר עיונים במשפט אה"ע סי' מט.

"יש לציין, שאף שבשעת הגט הבעל מבטל מודעות ומצהיר כי הוא נותן את הגט בלא שום תנאי, הרי ביטול מודעות זה תוקפו יפה לדבר שיכול להיות ספק לצדדים אם הדבר יתקיים אם לאו, אבל לא בדבר שלא היה בו לבעל או לביה"ד כל ספק שאין מתכווננים להערים על בית הדין ועל הבעל, וכפי שכבר ציין בית הדין לפתחי תשובה סימן קל"ד ס"ק א' וספרים רבים נכתבו בנושא זה. ועל פי הגדרת חלקת יואב אבה"ע"ז סימן כ"ה נראה שיש להגדיר מקרה זה כטעות ולא כאי קיום תנאי גרידא. ועיין במאמרו החשוב של הרה"ג ר"א לביא בשורת הדין כרך ב עמ' קמ"ו ק"צ ושם בעמוד קפ"ב כתב שאף המחמירים וסבורים שהגט בטל במקום שהבעל הוטעה, יש מקום להקל בשני מקרים במקום שהבעל יכול היה לבדוק אם מטעים אותו ולא בדק, או במקום שהיה מגרש בלא זה, ומה שהתנה עשה כדי להרויח כל מה שיוכל להשיג. אבל אילו היה יודע מראש שהאשה לא תסכים לתנאי שיציג ואין לו כל סיכוי לקבל את הדרישה שיגיש, היה מגרש בלאו הכי - שוב אין מקום לטענת ביטול הגט. תנאים אלו מבוססים ע"פ חלקת יואב הנ"ל ועוד. במקרה שלפנינו, לא היה כל ספק לנו עורכי הגט ועורכי ההסכם, כי הבעל לא היה מגרש בלא שהיה בטוח שלא ייתבע יותר לבית משפט, והרי אנו היינו שם, וכותב השורות הוא זה שניהל את המשא ומתן הקשה עם שני הצדדים, הא חדא. גם הקולא השניה שהיה על הבעל לתת דעתו ולבדוק אם אין מטעים אותו, לא תעזור למנוע פיסול הגט, כיון שהבעל במקרה זה לא היה יכול לבדוק אם מרמים אותו, מאחר וכל המומחים אמרו שאין מקום וחשש לשום הטעיה והכל סגור הרמטית, ואכן במקרה זה חרג בית המשפט ופסק בניגוד למקובל עד עתה ויצר תקדים שנקרא על שם הבעל אג....

מאחר והאשה עדיין לא נישאה ויש מקום לתיקון והמדובר כרגע לכתחילה ברור שיש להחמיר ולאסור על האשה להינשא

כפי הצורך בב"ד של ישראל ולא בערכאות של נכרים... דבערכאות של גוים יש עוון פלילי של הרמת יד בתורת משה". הגאון ר"ג פעלדער זצ"ל שאל שאלה זו את הגר"מ פיינשטיין זצ"ל, ותשובתו מצויה בספר אגרות משה חלק אה"ע ח"ג סי' לו, וכתב:

"מתשובת מהר"מ אלשיך שהביא הפתחי תשובה מוכרח דאין זה חשש ממש לדינא, אבל מסתבר שהוא בתביעת הכתובה שהוא כסף שחייב לה, שעל זה ודאי ליכא שום אומדנא שלא היה נותן גט אם תתבע מה שחייב לה, ואף גילוי דעת איתא שם בתשובה שאינו כלום, משום שודאי סתם בני"א רוצים לשלם מה שחייבין מדינא. אבל כשהיא תובעת דבר שאינו חייב לה מצד שיש לה כח מדיני המדינה, יש לחוש דאולי הוא כאנן סהדי שלא היה נותן גט אדעתא דהכי, ובפרט שהסכימה לפסק ב"ד לקבל הגט בסך שאמרו הב"ד. ואם תובעת אותו גם שיענשוהו על החטא שנשא אשה אחרת, הרי לפי תביעתה לא יועילו לו כלום הגט פטורין, דהרי אף שרוצה ליקח אשה, לא יוכל בשביל שלא יניחוהו מדיני המדינה, שעל דעת זה הוא עוד יותר אומדנא שלא היה נותן גט. אבל מטעם אחר יש לדון שלא יוכל לטעון כן ולבטל את הגט, דהרי דיני המדינה ודאי היו ידועים גם לו, והיה לו לחוש ולהתנות שאם תתבע בדיני המדינה בין טענת ממון בין טענת עונש לא יהיה גט, שאף בלא תנאי כפול היה מועיל מצד שהוא גם אנן סהדי, עיין בתוספות קידושין דף מט. אבל כיון שלא חשש להתנות זה חזינן שהיה לו טעם שלא היה חושש לזה, אולי חשב להשאר בא"י או טעמים אחרים, עכ"פ כיון דודאי ידע מזה ולא חשש להתנות ודאי גמר בדעתו ליתן הגט אף שאיכא חשש זה ואין יכולין לבטל הגט אף שתובעת דבר שאינו חייב ואף שתובעת לענשו. ואם האמת שלא ידע שתוכל לתבעו בדיני המדינה איכא חשש גדול על הגט לענ"ד, אבל מסתמא יש לנו לתלות שידע מדיני המדינה ואין יכול לבטל הגט"

העולה מתשובות אלו של הנחלת צבי והאגרות משה, שביחס לנידון זה של התנערות מהסכם הגירושין, המביא לחיוב הבעל בסכומי כסף שאינו חייב, והמכבידה על יכולתו של הבעל להינשא מחדש, לכאורה היה מקום לטעון טענה שאדעתא דהכי לא גירשה. אך אין מקום לטענה זו, אם הבעל ידע שעפ"י חוקי המדינה ניתן להגיש תביעות כאלו. בנידון דנן איננו יכולים לדעת מה ידע הבעל בעצמו בעת מתן הגט, מאחר שלא היה בפנינו אלא שהיה מעבר לים. אך מאחר שליוו את הבעל עו"ד וטו"ר ותיק מאד המכירים את דיני המשפחה הנוהגים בארץ והיודעים שקיים סיכון שהאשה תצליח להתנער מההסכם המחייב אותה, ויצוין לסעיף ה' לפרק המסקנות בסיום פסק דין זה, וכן בית הדין בעצמו בהחלטתו הנוכרת מיום כ"ח סיון תשע"ז (22/06/2017) הבהיר שבהיבט החוקי, תיאורטית קיימת אפשרות כזו, על כן בנידון זה גם אליבא דתשובת האגרות משה אין לחוש.

הגט שסודר בבית הדין בנתניה בשנת תשנ"ח

יד. בספר עיונים במשפט (להגרר"ש שאנן זצ"ל) חלק אה"ע

להלן דעת המיעוט:

"בבית הדין נתניה נחלקו הדעות בקשר לכשרותו של הגט. לדעת הרוב הגט כשר ולדעת המיעוט הגט פסול. והנה בבואנו לדון על כשרות הגט, השאלה עומדת לפנינו אם המערער הקפיד על הדברים האמורים, בהסכם, או אם נתן את הגט ללא תנאי לאור העובדא שלפני הגט מבטלין כל תנאי וכל מודעה אם נמסרה. שהרי בשעה שנתן את הגט ואמרה הרי זה גיטך ... וכו' תהיי מותרת לכל אדם לא העמיד כל תנאי. לדברי המערער הוא הדגיש לפני הדיינים במעמד סדור הגט שהוא עומד על התנאים, והוסיף שתשובת הדיין הייתה הכל בסדר כפי שסוכם. מן הדברים שהיו לי עם הדיינים שבפניהם נערך ההסכם בין הצדדים, ועל ידם סודר הגט, עולה כי הגט ניתן על דעת כן שההסכם מחייב וענין הילד יתברר רק בפני ביה"ד אשר לו תהיה הסמכות לדון בענין הילד, ולא לבית המשפט האזרחי. המערער עמד על דרישתו זו במשך כל הזמן שהתנהל המשא ומתן ביניהם, ולדבריו רק על דעת זו הסכים ונתן את הגט. בנסיבות אלו נראה לי שאין מקום להכשיר את הגט. המערער נתן את הגט מתוך הנחה ברורה כפי שנאמר לו שהסמכות נמסרה לבית הדין וההסכם מחייב. ענין הילד היה חשוב מאד למערער, ולא הסכים לוותר עליו, ואם הדבר לא יהיה כפי שהוסכם, ענין זה אינני רואה אותו כתנאי שיצטרכו לו כל משפטי התנאים תנאי כפול, הן קודם ללאו וכו', ענין זה נאמד לפי מידת ההקפדה של המערער המגרש ובמקרה זה הייתה הקפדה. וגדולה מזו מצאנו בהלכה.

"האומר לשליח תן גט זה לאשתי במקום פלוני ונתתו לה במקום אחר אינו גט ... אל תתנהו לה אלא ביום פלוני ונתתו לה מלפניו או מאחוריו אינו גט שהרי הקפיד על עצמו של יום, וכן כל כיוצא בזה - רמב"ם הלכות גרושין פרק ט' הלכה ל"ג. ובהלכה ל"ה: "האומר לשלוחו הולך גט זה לאשתי בין שאמר לו הולך בין שאמר לו את הולך וחלה או נאנס ושלחו ביד אחר ואם אמר לו טול לי ממנה חפץ פלוני ותן לה גט זה הרי זה לא ישלחו ביד אחר. ואם שלחו ביד אחר ויצאה האשה לקראת השליח ונתנה החפץ בתחלה ואח"כ נתן לה הגט הרי זה מגורשת".

והלכה לו: "נתן לה הגט ואחר כך נתנה החפץ אפילו מיד השליח הראשון אינו גט שהרי עבר על דברי הבעל בדבר שסתם בני אדם מקפידין עליו שהרי הבעל אמר לו טול החפץ ותן לה, והוא נתן ואחר כך נטל".

מפורש שאם לא נעשתה מסירת הגט כפי שרצה הבעל הגט אינו גט.

במקרה שלפנינו הכל ידעו כי המערער מקפיד מאוד על הסעיף שלפיו נמסרה הסמכות לבית הדין, ועל דעת כן נתן הגט, ואנו בתוך עמנו יושבים ויודעים עד כמה הורים נאבקים על ילדיהם, ומבקשים להבטיח עד כמה שניתן שהדבר יעשה כפי שנראה להם, ולכן נערכים הסכמים, ומבטיחים שהדבר יהיה כפי שמדברים ביניהם, ואם צד אחד מפר את ההסכם, בודאי שלא על דעת כן ניתן הגט.

לעלמא עד שתקבל גט חדש, מרצון הבעל. ועי' באגרות משה אבן העזר ח"ד סי' קטו שכתב בנושא דומה: ובעצם יש גם להסתפק לדינא ממש אולי יתבטל הגט ח"ו משום שאנחנו סהדי שלא נתן הגט אלא מצד הבטחתנו שיוכל עי"ז להשיג גירושין דערכאות משום שאבי האשה לא יעכב אלא אדרבה יסייע בזה, וכיון שמעכב שאם היה יודע שיעכב ברור שלא היה נותן הגט, וממילא לא הועיל כלום מה שאמר שהוא בלא תנאי. ונמצא שיש גם לדינא חשש גדול אם יעכב הגירושין דערכאות שהגט יהיה פסול וחשש ממזרות על הבנים שתלד ח"ו. ולכן בבקשה מכתר"ה שלמעה"ש יסביר לו כל זה ויאמר שבנפשו הוא עושה. ומי הוא שיכול להקל לכתחילה נגד דברי הגרמ"פ זצ"ל. ועיין בנדון מעשה דומה בבעל שלא רצה ליתן גט מאחר והאשה לקחה כספים ומטלטלין ונתפשר לתת גט לאחר שהאשה אמרה שלא נשאר בידה מהכספים שלקחה אלא סכום מועט והובטח לו כי יוחזרו לו המטלטלין, ושם אמר הרב למגרש שיש בידו בטחון ותהיה מוכרחת לקיים הכל כפי הנעשה ביניהם וכשומע המגרש דברי הרב התרצה וגירש את אשתו ונגמר הכתיבה והנתינה בלי שום תנאי ואחר כך לא החזירו לידו את המטלטלין ועמדה האשה ונשאת לאיש אחר ועל מקרה זה השיב בעל נתיבות המשפט הובא בתשובות רבינו יעקב מליסא סי' נג שאף שעשו ביטול מודעות כנהוג והתנה שנותן הגט בלא שום תנאי גט זה אפילו ריח הגט אין בו ופסק שהולד מהשני ממזר עי"ש בהערות וסיים שם בדברים קשים "אך בעה"ר עיני הדור אע"פ שרואין קלקולים הנוגעים בנפש שותקין ומבקשים היתר על איסור מפורש". ואף אם אילו היה אפשר לחלק בין הנדון שם למקרה שלפנינו, מכל מקום המקרה שלפנינו הוא לפני שהאשה נשאת, ובודאי אסורה היא להנשא. בהגיע הנידון לבית הדין הגדול בערער שהוגש מצד הבעל, גם בבית הדין הגדול נחלקו הדעות בתיק 1-53-024651903. דעת הרוב של הגרי"מ לאו שליט"א והגר"ש דיכובסקי שליט"א, בפסק דין מיום ט"ו כסלו תשס"א (12.12.2000) הייתה לדחות את הערער, וכתבו:

"לדעת המערער, הגט שנתן, פסול, עקב הפרה יסודית של "הסכם הגירושין" ע"י המשיבה, בפנייתה לביהמ"ש בענין הסדר ביקורי הילד, כאשר לפי ההסכם, היה עליה לפנות לביה"ד.

טענה זו אינה מקובלת עלינו, למרות שנתמכה ע"י דעת המיעוט בביה"ד האזורי.

הסכמי גירושין למיניהם, אינם סוף פסוק בהתדיינויות בין צדדים. לעיתים קרובות, מופר סעיף זה או אחר בהסכם, ומתנהלים על כך דיונים במשך שנים. אוי לנו, אם נחליט שכל הפרה של הסכם הגירושין - אפילו אם מדובר בהפרה יסודית - מעוררת בעיה ביחס לגט. על כן, מבהירים לצדדים בעת סידור הגט, כי הגט הוא דבר נפרד, שאינו מותנה בשום דרך שהיא בהסכם, ולצורך כך יש "ביטול מודעות" וכו'. להפרת הסכם יש תרופות במישור המשפטי, אבל בשום פנים לא במישור כשרות הגט".

מאידיך גיסא, דעת המיעוט הייתה לקבל את הערער.

ויצוין לדברי הג"ר שלום גוטמאן זצ"ל, הרב המסדר את הגט מיאסי הנוכר, שבתיאור הנידון כתב (כמפורט בתשובת היכלי שן הנוכרת):

"ואנן הבית דין סהדי וגם הבוררים דאדעתא דהכי נתן הג"פ שימחלו החוב והשבועה ולא עלה על דעת שום בני אדם אשר יוכלו לחזור ולתבוע ולהשביעם והו"ל אונסא דלא שכיח ולא הו"ל להתנות".

ואע"פ כן הכשירוהו גדולי דור שנשאלו בדינו של אותו גט.

ב. כתב:

"ועל פי הגדרת חלקת יואב אבהע"ז סימן כ"ה נראה שיש להגדיר מקרה זה כטעות ולא כאי קיום תנאי גרידא".

דבריו צ"ע שהרי החלקת יואב כתב:

"החילוק בין תנאי לטעות כן הוא, דכל שיש ספק אצלו, ומתנה שבאם יהיה כך יתקיים המעשה, זה תמיד הוי תנאי. ואם ברור אצלו שכך, ומפני כך עושה המעשה, אז אם המעשה שעושה הוא בינו לבין עצמו הוי טעות וכטל. ואם הוא בינו לחבירו, אזי אם גם חבירו יודע שהוא מוטעה ושותק ג"כ טעות מיקרי. אך אם חבירו אינו מטעה אותו אזי תלוי אם היה יכול לחקור ולא חקר לא הוי טעות, אבל במקום שלא היה יכול לחקור שפיר הוי טעות... דטעות לא הוי רק אם לא היה צריך להתחיל המעשה כלל, אבל אם כוונתו לעשות המעשה רק על אופן זה, תנאי מיקרי ולא טעות".

בנידון הגט שסודר בבית נתניה וכן בנידון דנן יכול היה להתעורר אצל הבעל ספק שמא במועד אחר לאחר הגירושין תמצא האשה את הדרך להתנער מההסכם, וכל טענה לתנאי המתנה את הגירושין בקיום ההסכם היא במסגרת דיון בהלכות תנאים. אך בוודאי שבמועד סידור הגט גם מצידו של הבעל היה נכון לתת גט על יסוד ההסכם שנחתם ואושר, שהרי אם הייתה האשה נוהגת ביושר ובהגינות וממלאת אחר הוראות ההסכם לא הייתה מתעוררת כל שאלה של גט מוטעה.

מאחר ששני הצדדים מחויבים לקיים את ההסכם כפי המוטל עליהם עפ"י דין תורה לכן מסגרת הדיון נותרה כבירור שאלה ביחס לתנאי ולא כבירור שאלה ביחס לטעות. על כן, מאחר שהדיון והחילוקים בחלקת יואב מתייחסים להטעיה הקיימת כבר בעת הגירושין, כגון בחפצים שהועברו אליו עוד קודם למועד סידור הגט, וכן הנידון בתשובות שהובאו בשורת הדין ח"ב וצוינו בדעת המיעוט, לא היה מקום להביאם ביחס לנידון שם. הגם שביחס למעמדו של ההסכם ויכולתו להגן על הבעל מתביעה בערכאות התברר לאחר זמן שההסכם כבר אינו מגן על הבעל, אך היינו מפני שחל שינוי בהתנהלות האשה, ובנידון דומה כבר הכשירו גדולי דור בזמנו את הגט מיאסי, כמבואר לעיל. יתירה מכך, בנידון של הגט שסודר בנתניה גם בית הדין קבע שביהמ"ש מצא לנכון לקבוע תקדים משפטי, וכמובן שתקדים זה הינו הליך הבא לעולם רק החל מהמועד שניתן, ואינו יכול לברר

גם אם אומרים לבעל המגרש בעת מסירת הגט שהגט ניתן ללא תנאי, אך לא יתכן שזה יכלול בתוכו גם את הענין החשוב שהוא החזקת הילד והכרוך לו, ויבוטל מפני שהגט ניתן ללא תנאי. אמנם ללא תנאי, אבל הגט ניתן על דעת האמור בהסכם ובמקרה שלפנינו ניתן הגט על דעת שהסמכות נמסרה לבית הדין ע"י שני הצדדים, כפי שהודגש בהסכם.

נוסף על כל האמור, ביה"ד לא יתן יד למי שמפר הסכם, מוליך שולל את ביה"ד והופך את כל הענין לחוכא ואיטלולא.

המשיבה חתמה על ההסכם מרצון, לאחר שהוסבר והבינה את משמעות ההסכם, ובכל זאת למחרת יום הגט ואשור ההסכם פנתה מיד לבית המשפט, לזה צריך עזות מצח ביודעה שהוליקה שולל את בית הדין אשר נתן מזמנו היקר והביא את הצדדים להסכם לגירושין.

איני יודע לשם מה הייתה צריכה המשיבה לפנות לבית המשפט בענין הילד, הכי בית הדין לא דואג לטובת הילד, וכי ביה"ד היה מסדיר בקורים שלא יהיו לטובת הילד, אתמהה?

לאור כל האמור, ומאחר ולא הייתה למערער כל כוונה ליתן הגט, אם ענין הילד לא הובטח שיהא בסמכותו של בית הדין, ובמקרה זה אמנם לא הובטח, ועובדא היא כי בית המשפט נטל לעצמו את הסמכות לדון בענין הילד ואלו המשיבה לא הייתה פונה לבית המשפט הייתה הסמכות נתונה לבית הדין, המסקנא היא כי הגט פסול. והואיל וכל עניני הממון שהגיעו אליו הצדדים היה כפוף לסדור הגט, ועובדא היא כי ביום שאושר ההסכם ע"י ביה"ד סודר הגט, באין גט כשר גם עניני הממון אינם תקפים כי כל ההסכם נעשה על דעת שהצדדים יתגרשו בגט פיטורין כדין".

דעת המיעוט בבית הדין האזורי ודעת המיעוט בבית הדין הגדול אינן יכולות להתקבל, ולהלן ההערות על דעת המיעוט בבית הדין האזורי:

א. כתב:

"שאף שבשעת הגט הבעל מבטל מודעות ומצהיר כי הוא נותן את הגט בלא שום תנאי הרי ביטול מודעות זה תוקפו יפה לדבר שיכול להיות ספק לצדדים אם הדבר יתקיים אם לאו, אבל לא בדבר שלא היה בו לבעל או לביה"ד כל ספק שאין מתכווננים להערים על בית הדין ועל הבעל".

דבריו אינם יכולים להתקבל, מאחר שבאותו נידון אם האשה לא הייתה הולכת לתבוע בבית המשפט, לא הייתה מתעוררת כל שאלה על כשרות הגט, ומאחר שהאירוע של הפרת ההסכם התרחש למחרת, הרי שהמקום לפסול את הגט הוא רק אם נדון את ההסכם כתנאי בגירושין. כמו כן יצוין, בכל הפוסקים שהכשירו את הגט מווינא וכן גיטין אחרים כיוצא בהן כמפורט בתשובותיהם הכשירו למרות שבעת הגירושין, על יסוד ההסדרים שנקבעו כבר, לא היה כל חשש אצל הבעל או אצל בית הדין, שקיימת כוונה להערים, ולא כתבו חילוק זה, אלא קבעו שאמירת הבעל שהגט ללא תנאים מסירה את החשש לכשרות הגט.



ולהלן הערות על דעת המיעוט בבית הדין הגדול, הנזכרת:  
א. כתב:

"לדברי המערער הוא הדגיש לפני הדיינים במעמד סדור הגט שהוא עומד על התנאים, והוסיף שתשובת הדיין הייתה הכל בסדר כפי שסוכם".

הדברים סתומים, אם הטענה היא שהדברים נאמרו בטרם החל הבעל לומר את הנוסח הקבוע בסדר הגט שהגט ניתן ללא תנאי, הרי בנסיבות אלו דבריו האחרונים של הבעל מבטלים את הראשונים, או הטענה היא שדברי הבעל נאמרו אף לאחר מכן, וזו אכן שאלה קשה יותר והשגה חמורה על בית הדין שסידר את הגט כמבואר בתשובת רבינו יעקב מליסא ובתשובת ישועות יעקב הנזכרת. עכ"פ בתשובה שבספר עיונים במשפט אין כל רמז שהדברים נאמרו גם לאחר ביטול המודעות והתנאים, ואם אכן באותו נידון הדברים נאמרו לאחר שהבעל אמר שהגט ניתן ללא תנאים, אין ללמוד מאותו נידון לנידון דנן.

ב. כתב:

"ענין הילד היה חשוב מאד למערער, ולא הסכים לוותר עליו, ואם הדבר לא יהיה כפי שהוסכם, ענין זה אינני רואה אותו כתנאי שיצטרפו לו כל משפטי התנאים תנאי כפול, הן קודם ללא וכו', ענין זה נאמד לפי מידת ההקפדה של המערער המגרש ובמקרה זה הייתה הקפדה".

דבריו אינם מחוורים, בהיותם נוגדים את כל תשובות האחרונים שהכשירו את הגט מווינא ושאר גיטין שהוזכרו לעיל והמתייחסים לנושא שהבעל מאד הקפיד עליו. גם הראיה מדברי הרמב"ם המתייחסים לשליחות למתן הגט אינה יכולה להתקבל בנידון סידור גט המוסדר באמירת "ללא תנאי". בנידון ההלכות ברמב"ם לא אמר הבעל שאין תנאי בשליחות, יתירה מזו, דעת הרבה פוסקים שבדברי הבעל לשלוחו אין צורך במשפטי התנאים, מאחר שהשליח נעשה שליח רק באופן שנתמנה, ובאופן שלא נתמנה אינו שליח, ולכן לא צריך את משפטי התנאים. עיין ב"ש סי' לח סוף סק"ב בשם הרשב"א והר"ן, ובספר אבני מילואים סי' לח סק"ב, וכן בספר גט פשוט סי' קכ ס"ק מג, ובתשובת פרח מטה אהרן ח"ב סי' פ"ו, דבאמירת הבעל לשליח אין צורך במשפטי התנאים. ובספר שואל ומשיב מהדורה תניינא חלק ד' סי' כא כתב: "כבר נודע דע"י שליח לא צריך משפטי התנאים, דעל דעת כן נעשה שליח".

ועפ"ז כתב בספר יד המלך על הרמב"ם הלכות גירושין פרק ט: "דכיון דתנאי זה לא היה נגד האשה רק נגד השלוחים, לא צריכא כלל משפטי התנאים, דזה אינו רק גילוי דעת דרק אדעת כן עשאם לשלוחים, וכמו שכל המשלח אינו צריך נגד השליח משפטי התנאים, ומ"מ אין ביד השליח לשנות מדעת המשלח".

ובהתאם לכך יתפרשו דברי הרמב"ם שהביא בדעת המיעוט שם.

למרות האמור, יצוין לתשובת קנה בשם ח"ד אה"ע סי' קיט שהביא מתשובת המנחת יצחק (שלא הודפסה) שהחמיר

למפרע שההסכם מעיקרא היה חספא בעלמא מבחינה משפטית, וכן הוא בנידון דנן.

עוד יצוין שבחלקת יואב בתשובתו הנזכרת בתחילת דבריו כתב ביחס לטעות המתקיימת כבר בעת הגירושין:

"ואם ברור אצלו שכך ומפני כך עושה המעשה, אז אם המעשה שעושה הוא בינו לבין עצמו הוי טעות ובטל. ואם הוא בינו לחבירו, אזי אם גם חבירו יודע שהוא מוטעה ושותק ג"כ טעות מיקרי, אך אם חבירו אינו מטעה אותו, אזי תלוי אם היה יכול לחקור ולא חקר לא הוי טעות".

דהיינו ההטעיה שחברו מטעה אותו משליכה על ביטול המקח, אך היינו דווקא מחשבת חברו המצטרפת למעשה המוטעה, כגון בקידושין שקדשה ביודעו שהיא כהנת ונמצא שאינה כהנת, שאם הטעתו יש בכך יסוד לביטול הקידושין, אך מחשבה גרידא בלבד שאין מאחריה מעשה מוטעה באותו מועד של מעשה המקח אין בה להביא לביטול המקח. על כן בכל המקרים שבעת הגירושין עדיין אין מעשה של טעות שהבעל הוטעה שקיבל דבר אחד וקיבל דבר אחר. אלא קיבל הסכם בר תוקף עפ"י ההלכה ועפ"י החוק. רק לאחר זמן, בעת שהאשה החליטה להפר את ההסכם והצליחה לשנות את עמדת ביהמ"ש, עולה טענה שמא האשה כיוונה כבר במועד הגירושין להתנער מההסכם, אין מחשבה גרידא כזו יכולה להביא לביטול קידושין או גירושין, ולא על כך כתב החלקת יואב את דבריו, ואין כל מקור בש"ס ופוסקים לביטול גירושין בנסיבות אלו, אך כאמור, החלקת יואב במסקנתו כתב שכל הטעיה בהסכם שאינה בגירושין גופן אינה טעות אלא נידונת במסגרת תנאי.

ג. האג"מ אה"ע חלק ד' סי' קטז לא פסק לפסול את הגט, אלא כתב ש"יש גם להסתפק לדינא ממש אולי יתבטל הגט", ולכן הורה לאבי האשה לנהוג בהתאם להסכם, אך אין מדבריו הכרח שדעתו לפסול את הגט הלכה למעשה, ובוודאי שכן לאור האמור בפסק הדין הנוכחי.

ד. הנידון בתשובות רבינו יעקב מליסא בעל התורת גיטין רחוק מאד מהנידון בבית הדין נתניה. בעל התורת גיטין פסל את אותו הגט מאחר שהבעל חזר על תנאיו לגירושין, ואמר זאת תוך כדי סידור הגט, וכמו שכתב בתשובתו:

"וזאת ידוע כי המסדר והעד המעיד ... כי לא שתק ולא נתרצה, ואדרבה צווח מתחילת הכתיבה עד סופו ובין כתיבה לנתניה יותר משעה ושתים בכמה לשונות, וזאת ידוע להרבה".

ועיין בשו"ת ישועות יעקב אה"ע סי' כה שהשיב אודות אותו נידון, ולא מצא מקום להכשיר את הגט רק אם האשה תמלא אחר ההסכם ככתבו וכלשונו, לרבות לאחר שכבר נישאה לאחר. אך המעיין בתשובה הנזכרת, ייווכח שאין להקיש ממנה לנידון דנן ולנידון הגט שסודר בבית הדין בנתניה, מאחר שזהו מקרה שונה במהותו. ובדברינו אלו השגה גם על מש"כ בספר קנה בשם ח"ד אה"ע סי' קי"ט להסתמך על דעת הרב תורת גיטין לנידון שלו, עיי"ש.

לפסילת גט עקב חיוב ממון עתידי בנידון להסכם כפי שהגרא"צ שיינפלד שליט"א מייחס לתשובה זו.

גם סיום נימוקיו ההלכתיים של הגרא"צ שיינפלד שליט"א תמוהים, שכתב:

"גם הבית מאיר, אה"ע, סימן קמה סעיף ט, חושש לדעת המהר"ם מלובלין, ומחפש דרך כיצד לסדר הגט באופן שלא יהיה שום חשש לגט מוטעה גם לדעת המהר"ם. וראה גם בספר 'דברי יוסף' לרה"ג יוסף כהן זצ"ל, אה"ע, ח"ב, סימן יח."

הבית מאיר לא הורה לפסול את הגט בנידון כמו הגט מווינא, וכפסק דינו של הגרא"צ שיינפלד שליט"א, אלא כתב דברים סתומים "שעדיין דברים בגו" בתשובת מהר"ם לובלין, ועל כן כתב למסדרי הגיטין שטוב לסדר את הגט של השכ"מ בדרך שיהיה כשר לכו"ע וגם אליבא דמהר"ם לובלין. וכן מתשובת הגאון הרב יוסף כהן זצ"ל אין אסמכתא לנידון שלו מאחר ושם הבעל הוטעה בנתונים העובדתיים שהוצגו לו בעת סידור הגט ולכן חשש לגט מוטעה. ותמוה מאד שהגרא"צ שיינפלד שליט"א ציין דווקא לתשובה סי' יח שבספר דברי יוסף ח"ב, כשבתשובה שקדמה לה, בסי' יז, הגאון רבי יוסף כהן זצ"ל מאריך בשאלת כשרות הגט בנידון הדומה לנידון של הגרא"צ שיינפלד שליט"א, ופוסק להכשירו מאחר שרק לאחר הגירושו נעשתה הפרת ההסכם.

ט"ו. ידועה שיטת הגאון רי"א מקאוונא זצ"ל בתשובת עין יצחק חלק ב' סי' מ' שנתן לטובות ההנאה שהבעל מקבל בהסכם הגירושו מעמד של תשלום תמורת הגירושו, ובהיעדר קיומו, חסר בתשלום והגירושו בטלים, אא"כ הבעל חויב לתת גט בלא תשלום. וז"ל:

"זה ברור ופשוט לדעתי באם גמרו עם הבעל המגרש ליתן עבורו בהשלשה סך מעות כמה יתנו לו בעד נתינת הגט וישלישו עבורו, ולא קיימו בהשלשה כפי הסך שגמרו עמו, אף דינר א' שנחסר מסך החשבון שגמרו עמו בעד רצויו שלו בגט, ודאי דהגט בטל. ואף דלא היה דיני תנאי כפול וכה"ג. משום דסך הקציצה דהושוו עמו בעד רצונו בהגט זהו כמו דהי' תנאי כפול. ולא בעינן בזה דיני תנאי כלל כדמוכח בקדושין (דף ח') התקדשי לי במנה זו ונמצא מנה חסר דינר א"מ והובא באה"ע סי' כ"ט סעיף ז'. ולא אמרינן דהא לא ה"ל תנאי כפול. משום דקציצת המחיר בעד הקדושין בעינן דיהי' כמו שהי' המדובר בפי' כמה יהיה המחיר. וה"ה במקח וממכר היכא דהתנה שישלם לו בעד המקח ולא שילם לו כפי הסך שקצב עמו אף דמשך החפץ. הוי למפרע גזל בידו. כמבואר באה"ע סי' ק"כ בח"מ ס"ק ה'.

ולפי"ז אף האידנא שנהגו לבטל כל תנאים בעת הגט, עכ"ז הא הריצויו שלו על הגט ועל הביטול לתנאים, זהו הכל הסך שנותנים לו בהשלשה, וכיון שנחסר סך מה מהשלשה, א"כ הוי כמו דמוכר חפץ בעד איזה סך ונחסר דבטל המכירה. וה"ה הכא בטל הריצויו שלו על הגט ועל הביטולים לתנאים. והנה בספר בינת אדם שער בית הנשים סי' ל"ב על השאלה שנחסר איזה

בנידון שכפי הנראה דומה לנידון דנן ולנידון של ביה"ד נתניה, וז"ל:

"וכן היה באמת גם בעובדא של מרן הגאון בעל מנחת יצחק זצלה"ה שאעפ"י שבתשובתו כתב דאף אם תבטל אח"כ תביעותיה במשפט יש לעיין אם תועיל אז התשובה שלה ולא תצטרך גט חדש, מ"מ ידוע דלמעשה בעובדא זו חזרה בה האשה, והסכים מרן הגאון זצלה"ה להכשיר גם את גט הראשון ולא הצריכה לגט שני, היינו משום דבעובדות אלו היה מעשה גט כהלכה, אלא שלאחר נתינת הגט חזרה בה האשה והתחילה בפעולותיה איך להרוס את ההסכם."

ההשגות הנזכרות יפות גם ביחס לפסק דינו של הגרא"צ שיינפלד שליט"א בתיק ביה"ד ת"א 9322/סו שהודפס בקובץ שורת הדין חי"ב עמ' שעו-שפ. בעמ' שע"ט כתב:

"ובשו"ת חלקת יואב (אה"ע סימן כה), כתב גם כן, שאם בשעת סידור הגט כבר היה בדעת האשה שלא לקיים את מה שהבטיחה לו, הרי זה גט מוטעה. כי אם היה יודע הבעל את הדבר במתן הגט לא היה מגרשה: "ואם כן הוא מוטעה בעיקר המעשה, ואין אמירת הבעל שמגרשה בלא תנאי מועיל כלל והגט בטל", חמור הדבר שבעתיים, כשהפרת ההסכם נעשית ימים מספר לאחר הגירושו."

הדברים אינם מחוורים, מאחר שמסקנת החלקת יואב שאין יסוד לדון גט כמוטעה עקב הטעיה בנושא שאינו בגוף הגירושו, כגון בקיום ההסכם ביחס להחזרת חפצים, על כן בנידון פסק דינו של הגרא"צ שיינפלד שליט"א שהדיון הוא על גובה המזונות, אין יסוד להחמיר בהסתמך על תשובת החלקת יואב. יתירה מזו, הציטוט מדברי החלקת יואב מתייחס לדבריו בטרם הגיע למסקנתו הנ"ל, אך גם בדבריו אלו, בהו"א של דבריו, אין מקום לייחס לחלקת יואב קביעה שמחשבה גרידא בלב האשה שלא לקיים הבטחתה מבטלת את הגט, והדברים מרפסין איגרא. החלקת יואב מתייחס למציאות עובדתית של טעות בעת סידור הגט, שהאשה מציגה לבעלה השכ"מ מצג שווה עובדתי של אשה האוהבת אותו, ורק מפני כך הבעל נותן את הגט לטובתה, אך האמת היא שזהו מצג שווה שקרי אלא האשה שונאתו, ובזה הוסיף החלקת יואב שמלבד הטעיה העובדתית גם היה בכוונת האשה להטעותו.

גם מש"כ הגרא"צ שיינפלד שליט"א:

"ובספר 'העמק שאלה' (חלק אה"ע סימן קטז), פסק, שאם הבעל יחוייב בממון לאחר הגט (בניגוד להסכם), פשיטא ליה שהוי גט מוטעה."

המעין בתשובת העמק שאלה ייווכח ששם הנידון שונה לחלוטין, שהבעל קיבל מסמך ("מיראוואיע") שהן הבעל והן אחרים סברו שנעשה בדרך שיש בו תוקף משפטי להצילו מתביעה בערכאות, ולאחר מכן התברר שנעשה בדרך חסרת תוקף, ובכך התעוררה שאלה של טעות בהשלשה שהוסדרה בעת סידור הגט. אך אין בתשובת העמק שאלה הוראה

ד. הסוגיא בכתובות דף קט,א.

משתי הסוגיות האחרונות עולה אודות הפרת הסכם ביחס לתשלום האמור להיות משולם לאחר הקידושין, הן תשלום לאשה כגון שלאחר זמן התברר שההתחייבות אינה בתוקף, והן תשלום נדוניא לבעל, כגון לאחר שהתברר שהתחייבות ברת תוקף אינה מקוימת, הפרות אלו אין בהן כדי להביא לביטול הקידושין, אף שברור ואין ספק שההסכמה לעצם הקידושין הושגה רק על יסוד ההסכם.

אמנם עיין בפת"ש אה"ע סי' לט סק"ד בשם החוות יאיר בנידון שעוד קודם הקידושין קיבל הבעל חילוף כתב (הצ'ק של ימיהם) בסך 350 זהובים כנדוניא, ואח"כ התברר שהוא מזויף ואין בו ממש, שהדבר יוצר ספק בקידושין, אך אין עליו קושיא מהסוגיא בכתובות בדף קט,ב שבה אין ביטול קידושין, וכבר באר את החילוף בספר חיי אריה חלק אה"ע סי' א' אות ז' דהתם בתשובת החוות יאיר כבר הייתה הרמאות בעת הקידושין, משא"כ בסוגיא בכתובות הייתה האשה חייבת לשלם את הנדוניא לאחר הקידושין, וזוהי הפרה שלאחר מעשה הקידושין. עכ"פ חזינן מסוגיא זו שאין לדון את תשלום הנדוניא כתנאי בקידושין, למרות שרק על יסוד הסכמה זו הסכים הבעל להינשא לאשה, וגם לאחר ההפרה של ההתחייבות אין הקידושין בטל. שהרי אין "סדר קידושין" שבו נאמר שהקידושין מוסדרים ללא תנאי, ואילו הייתה התחייבות הנדוניא כתנאי היו הקידושין בטלים עקב אי תשלום הנדוניא.

וביחס לטעות בגוף הרצון לקדש אשה זו דווקא או לגרש את האשה כתב הר"ן שהובא לעיל:

"מי שגלה דעתו שעל דעת כך הוא עושה, הרי הוא כאילו התנה וכפל, והיינו דתנן מקודשת מפני שלא הטעתו, הא הטעתו אינה מקודשת דבגלוי דעתא לא צריך כפילא".

דהיינו, הטעיה בטיב המקח, כשאדם מבקש לישא אשה כהנת דווקא, והיא הטעתה אותו, ואח"כ התברר שאינה כהנת, כיון שגילה דעתו שאינו רוצה לישא אשה שאינה כהנת די בכך להיחשב כתנאי בקידושין. וכן לדעת הרמב"ן, התוספות רי"ד, חי' הר"ן ורבינו קרשקש על הסוגיא במסכת גיטין (שם) המגרש אשתו משום שם רע ולאחר מכן התברר שהשם רע אינו נכון, יכול לקלקלה בטענתו שאם היה יודע כן לא היה מגרשה, ולמעשה הגט ניתן בתנאי שהשם רע נכון. ודלא כשיטת התוספות גיטין מו,א (ד"ה אי) וכתובות עד,ב (ד"ה משום) והרשב"א והריטב"א והר"ן בסוגיא בגיטין שהחשש הוא ללעז בלבד, אבל מאחר שלא נתן גט בתנאי הגירושין לא יתבטלו גם לאחר שיתברר שהשם הרע אינו אמת.

עכ"פ לשיטת הרמב"ן וסייעתו, כשהוטעה הבעל בגוף ההכרח בגירושין קיים חשש לביטול הגט, אך היינו דווקא בגילוי דעת שנאמר בשעת מתן הגט, וכמפורש בתוס' רי"ד ובפסקי הרי"ד שכתב שם בסוגיא:

"כיון שגילה דעתו שמשום שם רע הוא מוציאה אנן סהדי שאם

חפץ או רימוהו רע על היפה ושקיל וטרי שם הרבה. ולפמש"כ יש לפקפק בדבריו".

אך כל הפוסקים שדנו בהטעיה בהשלשת חפצים, מהם הקלו שלא לפסול הגט ומהם החמירו ודנו את הגט כ"גט מוטעה", אף אחד מהם לא כתב את הסברא של העין יצחק שהדבר שהבעל אמור לקבל עפ"י ההסכם הוא כמחיר הגירושין. וגם העין יצחק בתשובה אחרת בחלק א' אה"ע סי' יז ס"ק כה לא חש לסברא זו שכתב בתשובה בחלק ב' סי' מ'. וכן בפד"ר כרך ה' עמ' 81 מצאו לנכון להעיר על הגרי"א זצ"ל מאותן תשובות האחרונים שלא פסלו גט למרות הטעיית הבעל בתשלום שהיה אמור לקבל.

גם הראיה מ"התקדשי לי במנה ונמצא חסר דינר", אינה ברורה, מאחר ששם סוכם מראש שכל המנה הוא כסף הקידושין, ונמצא חסר, הרי שלא ניתן כסף הקידושין במלואו, ואינו דומה להסכם שמעצם מהותו אינו חלק מכסף הקידושין או מהגט היוצר את הגירושין.

ועיין בספר עטרת דבורה ח"ב סי' פו עמ' 599 שהבאנו ראייה דלא כסברת העין יצחק מהסוגיא בב"ב דף מ ע"ב באשה שלא הסכימה להתקדש אלא אם יכתוב לה כל נכסיו, וגם לאחר שהתברר שהתחייבותו בוטלה מבואר בגמ' שהקידושין עומדים בעינם. וכן הבאנו מדברי הקובץ שעורים עמ"ס ב"ב סי' קסח-קע, וכן הבאנו מפסק דין ביה"ד הגדול שבפד"ר כרך ה' עמ' 80. וכעת ראיתי שהחלקת יואב בתשובתו הנזכרת חלק אה"ע סי' כה בסוף התשובה הוכיח כן מהסוגיא בכתובות דף קט ע"א והתוספות ד"ה תשב. מסוגיא זו עולה שלמרות שהאשה פסקה על עצמה לשלם נדוניא, פסיקה שנעשתה קודם לקידושין, אין אנו רואים זאת כקציצת המחיר לקידושין, וגם בהיעדר התשלום המחויב עפ"י דין הקידושין בעינם עומדים, הרי שהיעדר תשלום הנדוניא אינו דומה לאי תשלום מחיר המקח. על כן, הלכה למעשה הדבר ברור שאין חוששים לסברת העין יצחק הנזכרת.

#### המסקנה העולה מארבעת סוגיות הש"ס הדנות בהטעיה או הפרת הסכם, בקידושין וגירושין

טז. מצינו ארבע סוגיות הדנות בטענת טעות או הפרת הסכם בגיטין או קידושין, והן:

א. סוגית הגמרא בגיטין מה,ב-מו,א "המוציא את אשתו משום שם רע" וכו'.

ב. המשנה בקידושין סב,א "המקדש את האשה ואמר כסבור הייתי שהיא כהנת והרי היא [...] הרי זו מקודשת מפני שלא הטעתו".

ג. במסכת בבא בתרא דף מ, ב: "ההוא גברא דאזל לקדושי אתתא, אמרה ליה אי כתבת לי כולהו נכסיך הוינא לך, ואי לא, לא הוינא לך, אזל כתביה לה לכולהו נכסי [...] לא מר קנה ולא מר קנה [...] התם מוכחא מילתא דמחמת אונסא הוא דכתב לה".

סי' קנ"ד בסדר הגט ס"ק לו (שגם העלה לקולא). וקשה להניח שבמשך מאות שנים בעם ישראל לא התרחשו מקרים כאלו, וכפי הנראה היה פשוט לפוסקים שלא לחוש לכשרות הגט, וזאת על יסוד הסוגיות הנזכרות.

אמנם קיימת סוגיא חמישית במסכת יבמות דף קא,א: "חליצה מוטעית כשרה, גט מוטעה פסול".

אך כבר פרש רש"י בסוגיא ש"גט מוטעה" היינו גט שנעשה בתנאי, וכשלא התקיים התנאי הגט בטל, לעומת תנאי בחליצה שגם אי קיום התנאי לא יביא לביטול החליצה. וכן לעיל הבאנו מתשובת משאת בנימין סי' עו בתשובתו בנידון הגט מווינא, שכתב:

"אע"ג דאמרינן בפרק מצות חליצה, חליצה מוטעת כשירה גט מוטעה פסול, התם לאו בכה"ג שהטעו אותו בדברים בעלמא, אלא מיירי התם שהחולץ או המגרש התנה בתנאי כפול כגון שאמר על מנת שתתן לי מאתיים זוזי אז תהיה החליצה או הגט כשרים ואם לא תתן יהיו הגט או החליצה פסולים. בכה"ג הוא דאמרינן חליצה מוטעית כשירה גט מוטעה פסול, כמו שפרש"י שם וגם הרא"ש. וטעמא דמילתא, דכל תנאי שאינו כתנאי בני גד ובני ראובן התנאי בטל והמעשה קיים".

אבל אם לא התנה בפירוש אינו נקרא גט מוטעה, גם אם הוטעה בדברים בקשורים להסכמתו לתת גט.

#### האם ראוי להחמיר להורות על סידור גט נוסף, על מנת לצאת מכל ספק.

יז. בשו"ת הבי"ח החדשות סי' צ' בתשובתו אודות הגט מווינא, לאחר שהעלה להכשירו, התייחס לשאלה זו, וכתב: "אלא שאת אלה ראיתי להוסיף על דברי מר שאם באנו להחמיר בנ"ד להצריך גט אחר א"כ לא נמצא שוב רגלינו וידינו בבית המדרש דבכל גיטין יבואו הקרובים לערער ולהוציא לעז לומר שמסר מודעה בפני עדים קודם כתיבה ונתינת הגט ויעידו עדים על כך או יאמר בפני עדים אני מגרשה ע"ת כך וכך, ויאמרו התלמידים להצריכה גט אחר ויביאו ראיה מנ"ד כשנצריך אותם גט אחר, ואין לדבר סוף שלאחר שיצרכו גט אחר יחזרו ויערערו".

וכן בתשובת הסמ"ע בספר הזכרון להגרי"י פרנקל עמ' שס"ב כתב באותו נידון:

"עוד שהרשב"א והתשב"ץ כתבו והביאן הבי"ט ב"טור א"ע סוף סי' מ"ב וגם הד"מ הביאן בסי' מ"ו תשובה מהוצאת קול לעז ז"ל: אין ראוי להחמיר בזו במקום שאין צריכין להחמיר שלא יהיו בנות ישראל החשובות מדרך כף רגל לבני פריצי עמינו שיוציאו קול להוציא ממון מידם, לכן כתב הרשב"א לתלמידו וכעס עליו שרצה להחמיר, וז"ל: ומה שכתבת שהמנהג להחמיר הוא מנהג בורות ואם מפני חומרא, חומרא דאתי לידי קולא הוא לענין אם יקדשה אחר או אם יקדש זה אחותה עכ"ל וחומרא דאתי לידי קולא זו שייך ג"כ בנדון דידן, וכ"כ מוהר"ם בתשובה בסוף ספר נשים וכ"כ הגהות מרדכי בקידושין וגם מ"ו מרש"ל כתב כתשובה ריש סי' כה דאין להחמיר בנתינת גט

ימצא שם רע שאינו שם רע אין רצונו שיהא גט, ואף על פי שלא פירש דבר זה בפיו, כך הוא כאילו פירש והתנה בפיו, דבתר מחשבת לבו אזלינן, וכך הוא שוה גילוי דעתו כתנאי גמור ואנו חוששין שמא תינשא האשה בגט זה בעבור שנתנו לה סתם, וימצא הלעז שקר ונמצא הגט בטל... ודוקא כשאמר לה משום שם רע אני מוציאך, אז אנו הולכים בתר מחשבת לבו, מפני שהוא גילה מחשבתו בפירוש. אבל אם לא אמר שום דבר בעת הגירושין, אף על פי שידענו שהייתה קטטה ביניהן בעבור הלעז שיצא עליה, כיון שנתן לה גיטה בסתם ולא אמר לה דבר בודאי דגמר ויהיב בכל לב, ולא חיישינן שמא מחשבתו לא הייתה אלא על דעת שהלעז הוא אמת, שכיון שלא גילה מחשבתו בעת הגירושין לכולי האי לא חיישינן".

יתירה מכך, אליבא דשיטת ראשונים זו מבואר בגמרא שלאחר שבמעמד סידור הגט נאמר לבעל שלא יוכל להחזירה לאחר הגירושין אין חשש שהגט יבוטל אם יתברר שהשם הרע שקר, מאחר שכבר אין לבעל אפשרות להחזירה אם הגירושין יבוטלו. הרי שלא עצם הטעות בהכרח בגירושין מביאה לביטול הגירושין, שהרי טעות זו בעינה עומדת גם לאחר שבבית הדין נאמר לבעל שלא יוכל להחזירה, אלא ביטול הגירושין נובע מהתועלת שהבעל יוכל להפיק מכך שהכול יחזור לקדמותו, ואשתו תחזור להיות אשתו, לאחר שיתברר שהשם רע אינו נכון. אבל בהיעדר תועלת כזו אין ביטול לגירושין עקב הטעות בגירושין מצד עצמה.

וצ"ע אם אפשר לדון כן בנסיבות שלעולם הגירושין לא יוכלו להתבטל לגמרי שאשתו תחזור להיות נשואה לו, שהרי בעת הזו שמחלוקת הראשונים הנזכרת לא הוכרעה, בהתחשב בדעות התוס' וסייעתו וגדולי הפוסקים הנזכרים שאין ביטול גירושין עקב טעות, יצא שבסופו של דבר לעולם לא יגיע לידי החזרת המצב לקדמותו.

**העולה מהאמור:** אין לנו מקור מפורש בש"ס ובראשונים, שהפרת הסכם הגירושין ואפילו הטעיה בהסכם שאינה הטעיה אודות ההכרח בגירושין עצמן, עלולים להביא לביטול הגירושין גם בלא אמירת הבעל ב"סדר הגט" שהגט ניתן ללא תנאי. רק בהטעיה בגוף ההכרח בגירושין, לדעת חלק מהראשונים, יכולה להביא לביטול הגירושין בכפוף לכך שגילוי הדעת שעקב כך מגרשה נאמר בעת הגירושין עצמן, והבעל יפיק רווח מביטול הגירושין שיוכל לחזור לאשתו.

ק"ו לאחר שהונהג בכל תפוצות ישראל סדר הגט שבו הבעל מודיע שהגט הוא בלא תנאי, ואין מאפשרים לו בעת סידור הגט לגלות דעתו שהגט ניתן רק על דעת כך וכך. ביחס לנסיבות אלו אין מקור בש"ס וראשונים לביטול הגט בהטעיה ביחס להסכם. ואמנם לא מצינו דיונים בתשובות ראשונים וראשוני האחרונים, שדנו בשאלות אלו של הפרת הסכם גירושין או הטעיה בהסכם. הנידון הראשון הידוע לנו הוא בתשובת מהר"ם אלשיך סי' עח שהביא הפת"ש בסוף

"אך אם המגרש... יחוש לנפשו ליתן גט אחר, אזי אומר אני כי מהראוי לכבוד הרבנים המתירין לצוות על האשה שתקבל גט אחר. ותנאי היו דברינו בענין שלא יהי' לעז על הגט הכשר שניתן מכבר, דהיינו שהוא יהי' המבקש ומעתיר שתקבל ממנו גט אחר חנם אין כסף, ואם תרצה לוותר לו איזה סך מועט עבור שטוען שלא מילאו לו רשאית היא, רק בענין שבעד נתינת הגט מחדש לא תתן כלום. שידעו הכל שאין צורך לגט זה להאשה, רק איהו לגרמי' הוא דעביד שלא יגרום קללה לעצמו. כי הרבה הקפידו ע"ז רבותינו הגאונים הסמ"ע ומ"ב והב"ח והט"ז ומהרש"א ועוד כמה גאונים והתירו האשה להנשא עם המשוך ולא חשו, שכן יש צד חמור משום חומר חרם ר"ת... שעל האופן שיהי' המגרש מחזור לתת גט שני באפס דמים, נראה שאין בזה קפידא משום לעז, דמימר אמרי עיינו בה רבנן ואשכחו לפני המגרש והמתגרשת לבטל הקול שלא ישאו ויתנו מוזרות בלבנה, ולכך הרשו שיתן גט אחר, ובזאת יכולת עונו ויהפוך ה' לו את הקללה לברכה, כי יושבת עי"ז הקטיגוריא שנפלה בעו"ה בין ת"ח ומכלל הן כו' והלום ראיתי במכתב הדרת כ"ת שבנקל שהבעל יתן גט אחר בלא רצי כסף... ומובטחני בו שאחרי רואו הדברים האלה ישא פניו אליהם וישם להם מקום למען הקים כיום הזה מאמר רז"ל, ת"ח מרבים שלום בעולם, ובזה יגדל תפארתם והודם אם מפני כבוד המקום יקל כבודם, ואם אלו ואלו בנועם מנעימים כבוד ינחלו תמימים".

ונראה שהמקום להוראה זו של הבית אפרים יסודו בהררי קודש. רש"י במסכת גיטין דף פה,ב כתב על תקנת רבא לכתוב בכל גט "מן יומא דנן ולעלם":

"מן יומא דנן ולעלם, לאפוקי מדר' יוסי דאמר אין צריך לכתוב מהיום בגט דשכיב מרע דזמנו של שטר מוכיח עליו, ולא הוי כגט לאחר מיתה. לכך תקן רבא בכל הגיטין להיות הסופרים רגילין בו. ואף על גב דקיימא לן כו' יוסי, בעינן לאפוקי נפשין מפלוגתא שיצא הדבר בהיתר ולא יצא שם פסול אמשפחות ישראל".

דהיינו למרות ההלכה הפסוקה בגמ' בדה"ב עב,א שהלכה כרבי יוסי שזמנו של שטר מוכיח עליו, תיקן רבא לנהוג גם בדעת החולקים על רבי יוסי כדי לצאת מכל מחלוקת וכדי שיצא הדבר בהיתר ולא יצא שם פסול על משפחות ישראל. ובמהרשד"ם חלק אבן העזר סי' קצה, כתב:

"ופשיטא שבגט צריך לבקש הדרך היותר צלול יפה ונקי שאפשר, שהרי כתב רש"י ז"ל בפרק המגרש על מאי דאמרין בגמ' מיומא דנן לאפוקי מדברי יוסי דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו ופירש רש"י דלרבי יוסי אין צריך לכתוב מהיום בגט דאמר דזמנו של שטר מוכיח עליו כו' עד ואף על גב דקיימא לן כו' בעינן לאפוקי נפשין מפלוגתא שיצא הדבר בהיתר ולא יצא שם פיסול בישראל ע"כ. הנך רואה דאע"פ דכפי הדין לא מעלה כלל כיון דהלכה כר"י מ"מ צריך להסיר פתחון פה".

וכן בספר אהלי שם (מתוך תמת ישרים, למוהר"ר תם בן יחיא מגדולי רבני קושטא, ממגורשי ספרד) סי' קכה, כתב:

משום חשש כל דהו והביא ראיה לדבריו ע"ש. וגם הרא"ש בפרק מי שאחזו כתב דלא נעשה בדברים כאלו לרווחא דמילתא. ועוד שיש לחשוש שתוקבע הלכה זו לדורות לומר שלכתחילה נחמיר בכזה ליתן גט מחדש, וכמו"כ פעמים דלא יפוייס המגרש ליתן גט מחדש אם לא שיתנו תרבי דדינרי ופעמים לא יתרצה לתת גט כלל, ויתענגו ע"י חומרא זו בנות ישראל, כי לאו כולי עלמא דיני גמירי לאמר שלא הזקיקו לגט חדש אלא לכתחילה ובמקום שרוצה המגרש ליתן ברצון, אלא הרואים יסברו שנתנית הגט הוא מכח שורת הדין".

ובתשובת הבית אפרים הנזכרת (עמ' רצד), כתב:

"מזה תוכחה מגולה שאין להכניס עצמו בזה להוציא לעז פסול על הגט עד שתהיה מוכרחת לקבל גט אחר, והשתיקה יפה בזה אף לחכמים שהם מיראי הוראה כיוון שהמתירין יש להם עמודים גדולים שראויים לסמוך עליהם אף שלא בשעת הדחק".

יח. למרות שהעלנו שמצד הדין הגט כשר, ואין צורך בסיוד גט נוסף, עלינו לחזור ולהדגיש את שכתבו הפוסקים באותם מקרים שהכשירו את הגט, שאין בהכשר הגט הכשר לממון גזול המצוי ביד האשה, ועליה להשיבו. בסיום תשובת רבי חיים ברלין הנזכרת לעיל אודות הגט מיאסי, כתב:

"וזאת למודעי כי כל דברי שאמרתי בזה לא אמרתי כי אם בנוגע אודות הגט אם נתבטל ע"י תביעת באי כח האשה אותו בערכאותיהם או לאו, אבל בעיקר התביעה פשוט מאד אין אחר גמר הפסק שפסקו הנכבדים ע"י זבל"א כלום ומחילה אין צריך קנין, ואם יוציאו איזה סך מהבעל ע"י תביעתם בערכאותיהם הרי זה גזל גמור, והאמת והשלום אהבו והי' זה שלום על ישראל ועל רבנן".

הרי שבנידון כזה האיטור לדון בערכאות שהתבאר בשו"ע חו"מ סי' כו אינה הבעיה היחידה, אלא יתירה מכך, מכיוון שההסכם בר תוקף עפ"י ההלכה ומחייב את שני הצדדים כל סכום כסף שהאשה תגבה מהבעל לשעבר בניגוד להסכם יחשב גזל בידה. דהיינו גם אם היה מקום לטעון שקיים יסוד בהלכה לחייבו במזונות הילדים בסכום שייפסק בבית המשפט, עכ"פ מאחר שההסכם מחייב את הבעל בתשלום שיחויב בבית הדין, ועפ"י ההלכה זהו ההסכם המחייב את שני הצדדים, לרבות את האשה וגם בנסיבות הנוכחיות, כל סכום שייגבו מהבעל לשעבר יותר בניגוד להסכמתו יחשב כגזל ביד האשה עפ"י אמות המידה של דין תורה. וכמו שכתבו בתשובת שאל האיש סי' ג' הנזכרת ובתשובת הגאון רבי חיים ברלין זצ"ל, תשובות המתייחסות לנידון הדומה לחלוטין לנידון דנן.

י"ט. כאמור, הב"ח והסמ"ע כתבו שאין להורות שהאשה צריכה לקבל גט נוסף מהטעמים המפורטים בדבריהם. למרות זאת כתב הבית אפרים בתשובתו הנזכרת, לאחר שהאריך מאד והורה שהגט כשר ושיש עמודים גדולים לסמוך עליהם גם שלא בשעת הדחק ושאינן להוציא לעז פסול על הגט:

## הדרך המוציאה אותנו מכל חשש לטענה לביטול הגט לאחר שניתן

כ. כאמור, נהוג בכל תפוצות ישראל לסדר את הגט בדרך המפורטת ב"סדר הגט" של מהר"ם שבו הבעל מודיע שהגט ניתן בלא תנאים. אמנם גם בנידון דנן סודר הגט עפ"י הנוסח שב"סדר הגט", אך למרות שבית הדין בהחלטתו הנוכרת מיום כ"ח סיוון תשע"ז הניח כהנחה ברורה שבעת סידור הגט יבהיר בית הדין לבעל באר היטב שאין כל זיקה בין סידור הגט לכל נושא אחר התלוי ועומד בין הצדדים, בפועל הגט סודר בבית דין אחר שנהג לפי "סדר הגט" בלבד. עקב כך התעוררה השאלה דנן האם יש מקום לחוש לכשרות הגט.

ההבחנה בין סידור הגט עפ"י "סדר הגט" בלבד ללא כל תוספת לסידור גט שבו קיימת הבהרה ברורה אודות היעדר הזיקה שבין תוקף הגירושין לכל נושא אחר הנידון בין הצדדים והנחיצות לנהוג כך עולה מדברי גדולי הפוסקים שיובאו להלן:

בספר טיב גיטין (בדבריו על סדר הגט ס"ק לו) כתב להוסיף בסדר הגט את הדברים שיש לומר לבעל על מנת להוציא מחשש גט בתנאי או מוטעה. וז"ל הטיב גיטין:

"נראה דלרווחא דמילתא יש לנהוג שהרב יאמר לבעל" כו' (במקור הדברים כתב דבריו באידיש, ולהלן תרגום הדברים כפי שהובא בשו"ע מהדורת ראש פינה כרך ה' עמ' רפא) - "אולי אמרת מקודם שתתן הגט על תנאי, ועכשיו אתה ג"כ בדעתך שתתן הגט על איזה תנאי של ממון או איזה תנאי אחר, תאמר זאת עתה לפנינו. והבעל ישיב על זה, לא אמרתי כלל, ואם אמרתי שאתן הגט על תנאי, או לשון שמשמעו שאתן הגט על תנאי אזי אני מבטל דיבורים אלו, ואני רוצה ברצוני הטוב בלי שום אונס והכרח ליתן הגט לאשתי פלונית בת פלוני שתתגרש ממני תיכף בלי שום תנאי בעולם הן תנאי של ממון או תנאי של דבר אחר בעולם".

ואח"כ כתב הטיב גיטין:

"וכל זה לרווחא דמילתא כי באמת התשובה בקצרה שמיש על השאלה ששואלין אותו אם נותן בלי שום תנאי ויאמר הן, די בכך ואף אם אמר בתחילה שרוצה ליתן על תנאי, דאל"כ מה הועילו בתקנתם, ועיין בדברי הרא"ש סוף גיטין ובתשובתו כלל מ"ה בנוסח סדר הגט וכן הוא בטור ובכל הנוסחאות, ועיין בתשובת הרא"ש סי' כה ובתשובת אא"ז הגאון בעל שארית יוסף ז"ל ובמהרי"ט חלק אה"ע סי' י"ג. אך לפי שראיתי שלפעמים בהגיע תור הלכה למעשה, כשהבעל בא ומערער ומברר שאמר תחילה שדעתו ליתן על תנאי ומה שאמר אחר כך היה בלא לב ולב והיה סובר שאינו רק דרך פטומי מילי, ולפעמים מוצא עוזרים גואלים וקרובים המחזיקים בערעורו ולא ימצאו אנשי חיל ידיהם לשתקו בניזיפה כי אם אחרי אסיפת המון רועים, ובין כך לעזה המדינה. לכן מהראוי כי החכם המסדר ישים לב לזה כפי הבנתו בענין שלפניו, שאם יש לחוש שאפשר שיבא אחר כך לידי ערעור, יתקן הכל מקודם וירחיב

"ואנן בעינן בגירושין לאפוקי נפשין מכל צד פלוגתא ושיצא ענין הגירושין בהיתר גמור לכו"ע, ונחוש אפילו לדעת מי שאין הלכה כמותו, כדי שלא להוציא לעז על משפחות ישראל. דאמרינן בפרק המגרש מן יומא דנן ולעלם... ופרש רש"י ... הרי מפורש דאע"ג דלרבי יוסי זמנו של שטר מוכיח עליו ובשכיב מרע לא הוי גט לאחר מיתה, אפילו הכי לא מבעי בגט שכיב מרע דכתבינן הכי, אלא אף בכל הגיטין כותבין כן, להיות כל הסופרים זהירין בו מטעם יחס משפחות ישראל".

וע"ע בט"ז סי' קמ"ה ובערוה"ש סי' קלו ס"ב.

ועיין בשו"ת מטה יוסף להרב יוסף הלוי נזיר (חבירו של הרב פ"ח) בח"א סי' א' כתב ששלח גט לקושטא, ורבני קושטא עיכבו את הגט מפני הפקפק בכתובת שם האשה, והרב מטה יוסף האריך לבאר שדבריהם תמוהים, למרות זאת כתב:

"סוף דבר כי דברי מעכ"ת שגבו ממנו ולא יכולנו להולמם, ומ"מ לבלתי סור מן המצוה עשינו ככל אשר אמרו והקדמנו עשיה לשמיעה, עשינו ככל אשר אמרו והשתדלנו לקחת גט אחר ונכתב בסגנון זה... כי מן הראוי לאדם לבחור לו הדרך היותר בטוח מסכות ממשול האיסורין, ובפרט באיסור ערוה החמורה ובסגנון זה נצולנו מכל מין ספק ממשול".

עוד יצוין להחלטת ביה"ד הגדול מיום כ"ח אלול תשס"ב (5.9.2002) בתיק 1-21-0428 בהרכב הדיינים הגר"ש דיכובסקי שליט"א הגר"ש בן שמעון שליט"א והגר"א שרמן שליט"א (פורסם בנבו) שדחו את פסילת הגט של הגרא"צ שיינפלד שליט"א ובית דינו, הנוכרת לעיל אות יד, בנידון של התנערות האשה מהסכם הגירושין הנעשית לאחר הגירושין. למרות זאת כתבו: "על מנת להסיר לזוה שפתיים ועל מנת להסיר סיבוכים הלכתיים בעתיד" מן הראוי שלכתחילה יסודר גט מחדש.

על כן גם בנידון זה מדינא הגט כשר, אך בנסיבות המיוחדות של נידון זה, ובהתחשב בדעת בית הדין שסידר את הגט, שבמכתבם לבית הדין כתבו שבנסיבות הידועות לבית דינם: "הרי לפי מה שנראה לעינינו ולפענ"ד האשה מעמידה את כשרות הגט שסודר ע"י בית דינו בשאלה חמורה אם ממשיכה בדרך זו ללכת חזרה לבית המשפט במקום לדון בבית הדין, וכן בהתחשב בדעת המנחת יצחק הנוכרת לעיל בסוף אות יד, וכן בהתחשב במש"כ בספר וישמע משה בשם הגרי"ש אלישיב זצ"ל שהובא לעיל אות ו' (ולעיל כבר הערנו על דבריו, אלא נניח שהגאון רי"ש אלישיב זצ"ל חזר בו מדעתו המפורטת והמנומקת שבפד"ר ה' ומהדברים שהודפסו בקובץ תשובות ח"ב סי' קכה, הגם שקשה לומר כך בלא אסמכתא), ומאחר שהאשה טרם נישאה מחדש, מן הראוי שיסודר גט מחדש, וללא כל תשלום מצד האשה תמורת הגט. אך אם הבעל יימנע מכך עד שיווכח שהאשה אינה גוזלת אותו, יהיה קשה לשכנעו שלא לנהוג כך.

אמנם אם האשה תחזור בה ותשוב לציית לדין תורה, לדעת המנחת יצחק בתשובתו הנוכרת כבר לא נחוץ לסדר גט שני.

"לכן מהראוי כי החכם המסדר ישים לב לזה כפי הבנתו בענין שלפניו, שאם יש לחוש שאפשר שיבא אחר כך לידי ערעור, יתקן הכל מקודם וירחיב הדיבור בזה כפי הנושא שלפניו, באופן שלא יהא לו שום פתחון פה להטיל עוד איזה ערעור בדבר. וכן לקמן סעיף מ"ב (בסדר הגט) אם ידוע וכו' אך אחר כך תבטיח אותו האשה וכו' החכם עיניו בראשו של דברים, שיהא מפורש כפול ומשולש שאין ענין נתינת הגט והגירושין תלוי כלל בזה, אלא הגירושין הם נגמרים בכל אופן שיהיה ואין רק על הבטחתה, ומ"מ יהיו הגירושין קיימים בין תעמוד בהבטחתה או לא".

וכן הבית מאיר בסי' קמה ס"ט הביא את המחלוקת שנחלקו גדולי הדור בענין הגט מווינא, והוסיף:

"עם כל זה לא מצאתי בדברי החולקים ישוב מספיק על טענות מהר"ם לובלין מה שהכריחו לפירוש, וזלת מחמת שהמסדר יפרש לו שנותן הגט בפירוש בלא שום תנאי, ואף בזה עי"ש שעדיין דברים בגו כמבואר במהר"ם לובלין. להכי לע"ד נראה שטוב נמי שהמסדר יפרש לו שאף זה יעלה בדעתו, שאף אם תבגוד האשה ותרצה למעול מעל בהחרם שלא להנשא לו אלא לאחר שתרצה ליתן הקנס, שעם כל זה הוא סבור וקבל ומגרש לחלוטין בלי תנאי, וכבר מצאתי בסדר ר"מ ר' יוזפש אות לח הכי".

דברי הבית מאיר הובאו בפת"ש סי' קמה סק"ו וכן בשו"ת בית שלמה אה"ע סי' קלו, וכן כתב בשו"ת אמרי יושר ח"א סי' קד שאם נהגו בדרך זו המבוארת בסדר הגט למהר"ם ר' יוזפש לכו"ע אין לחוש לתנאי.

וכן בפד"ר חלק יא עמוד 168, כתב הג"ר שלמה ילזו זצ"ל (מח"ס אשר לשלמה):

"וזאת על בית הדין להודיע לבני הזוג שאין לאחר נתינת הגט כלום והגט גט גם אם אחד מהם הפר תנאי ההסכם, אין לבית הדין להתערב מעכשיו בכיצוע תנאי ההסכם שיהיה לאחר הגט, שאין כאן גט על תנאי".

**העולה מדברינו:** מן הראוי ומן ההכרח שבתני הדין ינהגו עפ"י הוראת הטיב גיטין ויסדרו את הגט בדרך המוציאה מכל ספק, ויבהירו לבעל שאין כל זיקה בין חלות הגירושין עצמן לכל נושא אחר, וגם אם לאחר זמן יתברר שהסיבות שהביאו את הבעל לתת גט אינן קיימות כפי שסבר בעת סידור הגט, הגט אינו תלוי בהן או בכל דבר אחר. ובכך לאחר שיסודר הגט, ובכך כשתקבל האשה מעב"ד המתירה להינשא, לא יהיה מקום להעלות לעז וערעור על הגירושין.

#### מסקנות

א. התביעה לביטול הגירושין ולפסילת הגט נדחית מאחר שהגט ניתן בדרך המקובלת בבתי הדין עפ"י "סדר הגט", והבעל אמר בפני בית הדין שהגט ניתן ללא תנאי.

אמנם, כשהגט ניתן בהתאם ל"סדר הגט" בלבד כמו בנידון זה לאחר הגירושין עלולה לעלות מצד הבעל טענה לביטול הגט, דומיא דנידון דנן. על כן, כדי שיצא דבר מתוקן תחת ידם מוטל על מסדרי הגט לנהוג בהתאם להוראת הטיב גיטין, ולהוסיף ב"סדר הגט" את הנוסח שהציע הטיב גיטין כאמור לעיל. וכך כתב הטיב גיטין (על סדר הגט ס"ק לו):

ב. הגם שברור ללא ספק שהבעל לא היה מגיע למעמד סידור הגט אלא רק לאחר שהובטח הסכם גירושין חתום בר תוקף המקובל עליו, אך לאחר שכבר נתרצה לתת גט הוסדר גט בדרך שאין בו כל תנאי בגירושין עצמן. וזאת מאחר שכך אמר הבעל במעמד סידור הגט, וכן מפני שהבעל אינו קובע את סדרי מתן הגט אלא בית הדין, ומקובל בכל בתי הדין שאין לסדר גט מותנה, ועל דעת בית הדין נתן הבעל את הגט.

ג. מאחר שמעולם לא דובר על כך שהגירושין עצמן יהיו מותנים, הן בעת המו"מ על הסכם הגירושין הן בעת חתימתו או לאחר מכן הן במעמד סידור הגט, אלא אדרבה במעמד סידור הגט נאמר בפירוש שהגט בלא תנאי, אין כל מקום לקבוע שקיימת אומדנא דמוכח שהגט ניתן בתנאי. וגם אם לאחר הגירושין הבעל היה אומר שכך הייתה דעתו במעמד סידור הגט, אלו דברים שבלב ואינם דברים, מאחר שאינם בלבו ובלב כל אדם. ולעיל הבאנו מדברי ערוך השולחן שהוסיף ביאור שבקידושין וגירושין שהעדים הם עידי קיום אין די במחשבת הבעל שאינה ידועה לעדים.

ד. אין מקום לטענה שהגט היה מוטעה מעיקרו כי התברר שבית המשפט אינו מתחשב בהסכם ופותר מחדש את הדין בתביעת המזונות. וזאת מאחר שבעת הגירושין ההסכם הינו בר תוקף עפ"י דין תורה וכן עפ"י חוק, וגם כעת ההסכם בר תוקף לפי דין תורה, ובכל התקופה האחרונה תשלומי מזונות מוסדרים עפ"י החלטת בית הדין. החלטת בית המשפט שניתנה לאחר הגירושין אינה קובעת מצב משפטי חדש למפרע, אלא מהמועד שניתנה, ואין בכוחה לבטל את סמכות בית הדין, אלא נטלה לעצמה סמכות מקבילה החל מהמועד שבו ניתנה. בנסיבות אלו, הטענה שעל דעת כן לא

הגט, הבהיר הבעל באמצעות בא כוחו שהוא מודע לכך שהאשה כבר העלתה את בפני ביהמ"ש את טענתה שהיא אנוסה להסכים לסמכות בית הדין, ולכן הגם שהבעל ביקש למצוא את הדרך שלא תוכל לטעון כן, אך סביר מאד שמצד הבעל היה צפוי שלאחר הגירושים האשה לא תנהג ביושר, אלא תשוב לטעון טענות אלו.

לכן בנסיבות אלו, שידועים ארבעת פסקי הדין מבית הדין הגדול הנזכרים, שהתפרסמו, וכן במקרה הנוכחי שבית הדין הבהיר לבעל כמפורט לעיל, וגם הבעל עצמו עוד קודם הגירושים לא נתן אמון באשה, ולאורך כל ההליכים עד למועד סידור הגט תמיד היה חשש ממשי שהיא תנהג בחוסר יושר ותעלה טענה שהיא אנוסה, אין מקום לטענה שהבעל לא העלה על דעתו ולא לקח בחשבון את האפשרות שהאשה תתנער מההסכם לאחר הגירושים, ואת הדרך המשפטית שבה תוכל ללכת. עכ"פ פשיטא שבאי כוחו המלומדים ידעו אודות אפשרות כזו, כשידוע מהו המסלול המשפטי המאפשר זאת, וכפי שאכן בסופו של דבר אירע, וגם ההליך בבית המשפט לא אילץ את בית המשפט לחדש תקדים משפטי.

כידוע, אומן לא מרע אומנותו וחזקה על באי כוחו שעשו מלאכתם נאמנה, והעבירו לבעל את המידע המשפטי הנחוץ אודות האפשרויות התיאורטיות והרלבנטיות העומדות לרשות האשה, ובכך תשובת אגרות משה אה"ע ח"ג סי' לו הנזכרת לעיל אות יג היא יתד חזק לסלק את ערעור הבעל על הגט.

ו. התובע טוען שכבר בעת מועד סידור הגט, התכוונה האשה להתנער מההסכם, ואילו האשה הכחישה טענה זו. כמובן שקשה לברר את טענותיהם ולהכריע בשאלה עובדתית מסוג זה אודות מחשבה וכוונה, אך יובהר: סברא זו הנותנת משקל לכוונת האשה האם כיוונה להטעות את הבעל או שנהגה בתום לב ולמרות זאת אירעה הטעייה נאמרה בתשובת החלקת יואב, וחלוקה זו מתייחסת לנסיבות שבהן אנו קובעים שמסגרת הדיון היא בסוגיית "טעות" והתברר שהיו נתונים שכבר בעת הגירושים היו מצג שווא, אך חלוקה זו לא נאמרה בנסיבות שהדיון הוא בסוגיית "תנאי". כאמור, נידון דנן אינו נידון של "טעות" אלא של "תנאי", ומאחר שהגט ניתן ללא תנאים כמבואר שאלת מחשבת האשה באותה שעה אינה קובעת ואינה משליכה על כשרות הגט. ואמנם כל הפוסקים שדנו להכשיר את הגט והסירו חשש של גט מותנה, לא כתב אף אחד מהם את ההסתוינות להכשר, שהכול נותר תלוי בשאלה האם בעת הגירושים היה בדעת האשה לקיים לאחר הגירושים את המוטל עליה, לרבות בנסיבות של תנאי יסודי בהסכם שבלעדיו לא היה הגט מסודר, ואילו היה מקום לטענת התובע כל אותם פוסקים לא היו נמנעים מהוראה המבחינה בין המקרים וזאת מאחר שמחשבה גרידא, גם אליבא דטענת התובע, אינה אלא דברים שבלב.

ניתן הגט מבקשת לקבוע שהגט ניתן בתנאי, וכאמור כשהגט מסודר עפ"י "סדר הגט" נשללה טענה זו.

בנידון הגט מסודר בעיר יאסי שברומניה לפני 125 שנה, שבו התעוררו שאלות דומות מאד לנידון דנן, כתבו גדולי הדור שנשאלו אודות כשרות הגט שהגט כשר, מאחר שעפ"י דין תורה ההסכם בר תוקף ומחייב, וזאת גם לאחר שהאשה ביקשה להתנער ממנו, והגישה תביעה חוזרת בערכאות. וכיוון שכן, ביד הבעל הסכם בר תוקף ומוטל על האשה לקיימו גם במועד שכבר פנתה לערכאות. ואינו דומה לבעל שהוטעה בהשלשת חפצים ולאחר זמן התברר שבעת הגירושים בידו מטבעות מזויפות או חפצים פגומים. על כן, גם ביחס לטענת הבעל שכעת התברר שקיבל הסכם פגום שאינו מגן עליו מתביעה בערכאות, מאחר שעפ"י דין תורה האשה מחויבת להסכם, ההסכם ראוי, ויש להורות לאשה שלא תנהג בחוסר יושר.

גם מהרש"ם שקבע שמאחר שטענת האשה בערכאות היא שהייתה אנוסה להסדר שהוסכם עליו בעת הגירושים על כן ההסדר בטל למפרע למרות זאת קבע שנידון כזה דומה לנידון הגט מווינא שהכריעו בו גדולי הפוסקים להכשירו, ולא מצא לנכון לקבוע שדומה להשלשת מטבעות מזויפות וכיוצא ב, שהחמירו בו הרבה פוסקים.

ה. בפסק דינו של בית הדין הגדול מיום ט"ו כסלו תשס"א (12/12/2000) כבר צוין שהסכמי גירושים למיניהם, אינם סוף פסוק בהתדיינות בין צדדים. לעיתים קרובות מופר סעיף זה או אחר בהסכם, ומתנהלים על כך דיונים במשך שנים, וכי על כן אפילו אם מדובר בהפרה יסודית אין מקום לעורר ספק בכשרות הגט. וכתבו: "על כן, מבהירים לצדדים בעת סידור הגט, כי הגט הוא דבר נפרד, שאינו מותנה בשום דרך שהיא בהסכם, ולצורך כך יש "ביטול מודעות" וכו'. להפדת הסכם יש תרופות במישור המשפטי, אבל בשום פנים לא במישור כשרות הגט."

כמו כן, לאחר אותו פסק דין ניתנו החלטות דומות של בית הדין הגדול, כגון ההחלטה מיום כ"ח אלול תשס"ב (5/9/2002) הנזכרת לעיל סעיף יט, ההחלטה מיום י"ב תשרי תשע"ה (06/10/2014) בתיק 841246/4 וההחלטה מיום י' אדר תשע"ז (8/3/2017) בתיק 970523/3. כל ההחלטות הללו פורסמו, ומתייחסות למקרים הדומים לנידון דנן. בנוסף, בנידון דנן בהחלטת בית דין זה מיום כ"ח סיון תשע"ז (22/06/2017) שניתנה כחצי שנה קודם מועד סידור הגט, הובהר לבעל דנן שעקרונית ההסכם יכול להיפרץ לאחר אישורו, ושלא תהיה בכך עילה לעורר שאלה על כשרות הגט, מאחר שאין זיקה בין חלות הגירושים לנושאים שהוסדרו בהסכם.

יתירה מזו, בדיון מיום כ"ז טבת תשע"ח (14/1/18) הודיע ב"כ הבעל לבית הדין (בשורה 8 לפרוטוקול): "האשה כותבת לבית המשפט שהיא אנוסה, כיון ואנו חושבים שזה ערכאות של גויים". דהיינו בדיון שהתקיים שמונה ימים קודם לסידור



מקרה ברור, שכבר בעת הגירושין הועלמו מהבעל נתוני היסוד מהי המציאות של החפצים בעת בגירושין. לכן בנידון של השלשת חפצים מקולקלים יש בפוסקים דעות הפוסלות את הגט.

גם ההנמקה שניתנה להלן בתשובת דעת המיעוט, אינה יכולה לשנות עובדת יסוד, והיא: שבזמן אמת, דהיינו בעת הסדרת הגט, כל מי שהכיר את המציאות לאשורה ועל בוריה לא ראה, וגם לא יכל לראות, "חפצים מקולקלים", כי אכן באותה עת החפצים לא היו מקולקלים, אלא הקלקול החל רק כשבועיים לאחר הגירושין בשעה שהאשה מצאה לנכון להפר את נאמנותה.

בנידון דנן החלטתו של ביהמ"ש שניתנה לאחר הגירושין קבעה מציאות חדשה רק החל מהמועד שבו ניתנה ההחלטה, אך אינה יכולה ליצור מציאות בשטח של "חפצים מקולקלים" למפרע, כי "חפצים מקולקלים" היא מציאות הניכרת והידועה למי שבודק את החפצים בזמן אמת, ולא יתכן לקבוע מציאות כזו למפרע, כשהאמת היא שבאותה עת הם לא היו מקולקלים, וגם הבעל וגם באי כוחו הכירו לאשורם את כל הנתונים הרלבנטיים שהיו באותו מועד של סידור הגט, וכך היה המצב שלא היו "חפצים מקולקלים" עד למועד שבו חזרה האשה מנאמנותה. מלבד שהדבר פשוט וברור שכך הוא, גם כך עולה בבירור מדברי הפוסקים הנזכרים בדינו של הגט מיאסי, והחילוק שכתב בדעת המיעוט בין הגט מיאסי לנידון דנן אינו תואם למציאות הידועה בנידון דנן ובגט ביאסי. גם בגט מיאסי הפוסקים הכשירו את הגט בלא לדעת כיצד תנהג האשה בעתיד, וגם כעת אין ידוע מה עלה בסופו של דבר באותו נידון של הגט מיאסי, האם היא חזרה בה.

על כן מאחר וחלק גדול מהמקורות שהסתמך עליהם בדעת המיעוט מתייחסים לנידון כעין השלשת חפצים מקולקלים, הרי שאותם מקורות כלל אינן רלבנטיים לנידון דנן.

ב. בדעת המיעוט מציין את האמור בהחלטת בית הדין הנזכרת, ובהחלטה זו נכתב בדעת המיעוט:

"בוודאי בנידון זה שכבר כעת מובהר לבעל, וגם בעת סידור הגט יובהר לבעל, שהגט אינו מותנה בשום דבר, על כן החשש לגט מוטעה לעולם לא יוכל לעלות על הפרק.

הרי ידוע שכל חו"ד משפטית אינה מדע מדוייק, לרבות חו"ד שהציג הבעל, וכי יעלה על הדעת שאם יצא לפועל המתווה שנקבע בדעת עמיתי עפ"י דרישת הבעל, וזמן רב לאחר הגירושין יתברר שהוא לא יוכיח את עצמו, ובנסיבות אלו או אחרות האשה תמצא דרך לבטלו, וכי הגט יבוטל לאחר זמן, ולאחר שתינשא מחדש ותלד ילדים, הגט יבוטל למפרע וילדיה ממזרים, אין להעלות על הדעת שינתן גט בדרך כזו, ולא תיעשה כזו בישראל, ועל כן קיימת הלכה המונעת סידור גט בתנאי (אה"ע סי' קמ"ה ס"ט). אלא כפי שבכל תיק המתנהל בבית הדין, גט לחוד וענייני הממון לחוד, ובאחריות בית הדין שלא תוכל להיות כל זיקה ביניהם, לא כעת ולא בעתיד."

ז. למרות שבית הדין פוסק שהגט כשר, ויבוטל עיכוב הנישואין ביחס לאשה, מן הראוי שיסודר גט בהסכמה ללא כל תשלום בגין ההסכמה לגירושין אלו.

ח. כעת עם השלמת ההליך במקרה דנן בכל הקשור לכשרות הגט, יש מקום לביקורת נוקבת ביחס להתנהלותו השערורייתית של הבעל, הן בהסתרת מידע משמעותי מהאשה בטרם נישאו, הן בנטישתו את אשתו וילדיו הקטנים עקב משבר זוגי שייכתן ועוד היה ניתן לפתרו בזמנו בדרך מקובלת של ייעוץ והדרכה, ובחר לעגן את אשתו קרוב לשלוש שנים, ולהתנתק משני ילדיו הקטנים עם כל הנזק שהדבר הסב להם, כשבשלב ראשון אשתו כלל לא ידעה היכן מקום המצאו. גם התביעה שהוגשה על ידה לבית המשפט בניגוד להלכה, כמו הטענה שלא אפשרו לו לראות את ילדיו, אין בהם כדי להצדיק התנהלות זו.

כמו כן יש מקום לביקורת נוקבת וקשה ביחס להתנהלותו הבלתי סבירה של האשה שנהגה בחוסר תום לב קיצוני והתנהלות בלתי מקבלת על הדעת מול בית הדין, כשהתנערה מהסכם בר תוקף ופנתה לכל ערכאה אפשרית על מנת לקבל לגיטימציה והכשר להתנהלותה השלילית. אמנם כפי האמור הדבר אינו משליך על כשרות הגט, אך עפ"י דין תורה ההסכם בבית הדין הוא בר תוקף ומחייב את הצדדים, וכל ממון שילקח בניגוד להסכם זה הינו גזל גמור, עפ"י אמות המידה של דין תורה.

לאחר זמן התקבלה חו"ד של עמיתי להרכב שנתר בדעת מיעוט בפסק הדין. ובהתייחס לדבריו כתבת:

א. הקביעה היסודית של דעת הרוב היא שנידון דנן לחלוטין אינו דומה למקרה שבעת הגירושין כבר הושלשו חפצים מקולקלים. מאחר שאין ספק לכל המצוי בהליך הגירושין שבהן סוכם על השלשת חפצים, ונמצאו מקולקלים, שהטעות קיימת בעולם כבר בעת הגירושין אלא נעלמה מהבעל במעמד סידור הגט, אך לאחרים הייתה ידועה כמציאות מוצקה. משא"כ בנ"ד, כשבועיים לאחר הגירושין האשה מצאה את הדרך לקלקל את אמינותה ולפעול להתנערות מההסכם המחייב אותה, אך בעת הגירושין הכל היה ראוי. גם אם בראשה היו מחשבות כאלו או אחרות כבר בעת הגירושין, דבר שבלתי ניתן לברר, אין בהן ממש להזיק לבעל, מאחר שלולי מעשיה שבאו לעולם רק לאחר הגירושין לא הייתה מתעוררת כל שאלה בגין מחשבות כאלו או אחרות שנתרו דברים שבלב.

גם אם אכן ההסכם אינו סגור הרמטי, וכפי שהדבר ידוע לכל בר דעת המצוי בתחום המשפט בענייני משפחה, וכפי שהובהר לבעל עוד קודם לגירושין שמעולם לא ניתן לסגור הסכם כהרמטי, אין בכך בעיה כל עוד המציאות היא שהאשה נוהגת ביושר ובהגינות בעת הגירושין, והריעותא באה לעולם רק החל מהמועד שלאחר הגירושין שבו האשה בחר להפר את אמינותה. בכך נידון זה כבר אינו דומה לחפצים מקולקלים שהושלשו בטרם הגירושין, שם בכל

דעת כך ולא על דעה אחרת, אלא הגט חל בעת נתינתו לשליח לקבלה ללא זיקה לשום דבר וללא תנאים, וכל הטענות התעוררו רק לאחר הגירושין כשנוכח שהאשה עושה לו עוול. זוהי המציאות הפשוטה והברורה, וכל פלפול אחר אינו יכול לשנות מציאות ידועה וברורה, וכמו כן כל מחשבה שאולי עברה בראשו של הבעל, נותרה בגדר דברים שבלב, ופשיטא שלאחר ההבהרות הנ"ל שניתנו על ידי בית הדין, מחשבות אלו אינם בליבו ובלב כל אדם.

הט"ז הורה כאמור אף כשהבעל לא אמר שהגט ניתן ללא תנאים, לכן גם אם תעלה טענה שדברי הבעל שהגט ללא תנאים נאמרו מתוך טעות, עכ"פ הורה הט"ז שגם בלאו הכי הגט ניתן על דעת הרב המסדר את הגט שאינו מסכים לכל תנאי בגירושין, ובוודאי שכן בעקבות הספקות שיש בגט שנאמרו לפני התורף שאין מסדר גט בעולם שישכים להעלות על דעתו שהגט מסודר על ידו בכפוף למציאות כזו או אחרת, כמבואר בדברי הט"ז שם.

הטענה שגם הרב המסדר את הגט עשה מעשיו מתוך טעות ראוי שלא הייתה עולה לאחר שכל המצוי בסידור גט יודע שבכל מקרה, הרב האמון על ההלכה הפסוקה שאין להציג תנאי קודם לתורף, אינו מסדר גט בתנאי או בכפוף לקביעה כזו או אחרת או לקיום הסכם וכיוצ"ב. מלבד זאת מביטור שנעשה עם אחד מהדיינים שהשתתף בסידור הגט וביקר בבית הדין בירושלים הלה הבהיר שחברי בית הדין באותו מעמד כלל לא נכנסו בדברים עם הבעל ביחס להסדרים שהוסכמו, אלא עסקו רק בהסדרת הגט בלבד, ויש לכך משמעות רבה שלא היה כל גילוי דעת "בשעת הגט", עיין בספר עטרת דבורה חלק ב' סי' פו עמ' 582. ובנוסף, לא שייך לייחס טעות לדיינים, שכלל לא נכנסו להסדרים בין בני הזוג ולא ראו שזה מעניינם.

כמו כן אין כל זיקה בין נידון דנן לתשובת העונג יו"ט סי' קסח בבעל שהוטעה שהוא חייב בגט, מאחר ובנידון זה בכל התקופה שקדמה לסידור הגט לא היה פסק דין לחיובו בגירושין, אז הכיצד יוכל להיות מוטעה? ולהחמיר עפ"י תשובת העונג יו"ט.

ג. ביחס לתביעת הנזיקין שהאשה מנהלת כנגד בעלה לשעבר בערכאות, אין ספק שגם אם עפ"י כללי המשפט האזרחי יש לכך מקום למרות שבית הדין הוא בעל הסמכות הייחודית בענייני גירושין, עדיין עפ"י ההלכה כל סכום שתגבה כפיצויי נזיקין, הינו סכום המשולם בניגוד גמור לדין תורה, ועפ"י ההלכה אינו אלא גול גמור. מאחר ובהלכה אין כל יסוד לחיוב תשלום זה ומסורת הפסיקה בעם ישראל במשך מאות רבות של שנים שבהם תמיד היו סרבני גט, רשעים שעיגנו את נשותיהם, מוכיחה כן, שמעולם בתי הדין, גם כשהיו מוסמכים לדיני ממונות, לא מצאו דרך לחייבם לאחר הגירושין בפיצויי נזיקין, למרות שכפו אותם בנסיבות המתאימות ע"י ההלכה בכל דרכי הכפייה כדי שיינתן גט, וכל הוראת היתר שהאשה מורה לעצמה

מכל ההתנהלות של הבעל הידועה לבית הדין בהרכבו בזמנו, פשיטא ללא ספק שהבעל קרא כל החלטה ועיין בכל תג ותג, והגיב לאחר זמן קצר, והבהרה זו בהחלטה הנזכרת, היא מציאות עובדתית שניתנה לבעל במעמד כתיבת החלטה זו, הבהרה שבוודאי לא בוטלה על ידי דעת הרוב, אלא שדייני דעת הרוב בקשו שלא להסתמך על כך.

ביחס להבהרה הנזכרת בהחלטה הנ"ל אין רוב ומיעוט, ולא יכול להיות רוב ומיעוט, כי אין זה נושא הלכתי שנחלקו הדעות בו, אלא הבהרה והודעה ברורה לבעל. ובכל מקרה, לא שייך דעת רוב ומיעוט ביחס לשאלה הלכתית עתידית שטרם באה לעולם.

הדבר פשוט וברור שדעת רוב ומיעוט אינה שייכת אלא ביחס לפסיקה מעשית הניתנת באותו מועד על יסוד נתונים שכבר התבררו באותו מועד, אך זהו דבר משולל יסוד ומופרך שדעת רוב ומיעוט תתייחס לשאלה היפותטית עתידית, שטרם באה לעולם וטרם ידוע לאף אחד מה יהיו הנתונים עליהם יושנת פסק הדין העתידי. כיצד ניתן כעת לבנות דבר ולהסתמך על דעת הרוב הנזכרת באותה החלטה ביחס לדין ופסיקה הניתנת לאחר זמן על יסוד נתונים שהתבררו רק אח"כ.

בנוסף, תמוה שדעת המיעוט נאחזת באמור באותה החלטה: "וגם בעת סידור הגט יובהר לבעל שהגט אינו מותנה בשום דבר", כאילו לא נכתב ברישא שגם כעת, עוד קודם למועד סידור הגט מובהר לבעל שהגט אינו מותנה בשום דבר. וכי לא די שבאותה עת כבר הובהר לבעל כיצד יסודר הגט, דהיינו ללא תנאי, בגט הנעשה מטעם בית דין זה ובפיקוחו, גם אם בית הדין שסידר את הגט לא אמר זאת להדיא, די בהבהרה הנזכרת, בצירוף ההבהרה שלעולם הסכם אינו יכול להיות הרמטי.

על כן די בהבהרות אלו להסיר מסדר היום את הדיון בנושא של גט מוטעה ואין נ"מ בבירור האם נידון דנן דומה להשלשת "חפצים מקולקלים" מאחר שלאחר ההבהרות הנ"ל גם ביחס להשלשת חפצים מקולקלים כבר אין לחוש לכשרות הגט כמבואר בטיב גיטין ובבית מאיר שהובאו בדעת הרוב בפסק הדין הנזכר. ק"ו בנידון דנן שאינו דומה ל"חפצים מקולקלים" כמבואר, וק"ו בהצטרף ובהתחשב בדברי הט"ז סי' קמה סק"ו הקובע דבר מאד עקרוני, שגם כשהגט סודר בדרך שהבעל לא אמר שנותן הגט ללא תנאי, אלא מלכתחילה הובהר לבעל שאין נוהגים לסדר גט על תנאי, שהבעל אינו קובע דבר לעצמו (כביכול אינו יכול לעשות שבת לעצמו), אלא הוא מסדר את הגט על דעת הרב המסדר את הגט, לכן גם אם דעתו האישית שהגירושין מותנים, דעתו היא חסרת משמעות, אלא הבעל כפוף בדעתו לדעת הרב המסדר את הגט, וכידוע הרב אינו מוכן לסדר גט בתנאים, ולא עלה על דעת הבעל שום דבר אחר, וגם בנידון דנן לאחר ההבהרות הנ"ל שלא בוטלו, פשיטא שבזמן אמת בעת מתן הגט הבעל נתן את הגט ללא כל תנאי ושלא על

תנאים, ודי בנוסח הרגיל שבסדר הגט. ובוז לא חש לכך שמא מחשבת האשה בעת הגירושין הייתה להטעות. סברא שנאמרה רק בשכיב מרע שבעצם רוצה שלום בית ואינו רוצה גירושין.

ה. ביחס לחוות דעת בית הדין שסידר את הגט, הדבר פשוט וברור שבית הדין זה קיבל על עצמו את הסדרת הגט בלבד, ולא כל דבר אחר, ולכן מלכתחילה גם לא ניתן בבית דין שם פסק דין או מעב"ד להיתר האשה, אלא הותירו הכל לבית הדין בירושלים, וגם ביחס לתסבוכת שהאשה יצרה כשהתנהלה בחוסר יושר מובהק, כתבו שהדברים מעוררים שאלה חמורה בכשרות הגט, ובוז הם ודאי צודקים, אך לא יכלו לפסוק דבר ביחס לשאלה זו בלא לקיים דיון במעמד הצדדים לשמוע את פרטי הטענות כמתחייב בטרם יגיעו לפסיקה, ואמנם ברור שהם כלל לא הכירו וגם כעת אינם מכירים את פרטי המקרה לאשורו, כפי המפורט בפסק הדין הנוכחי, וגם את ברור זה של כשרות הגט הותירו לבית דין שלנו. לכן אין בדבריהם כל הוראה הלכתית לבטל את תוקף הגט, שהרי הם מנועים מהוראה כזו בלא דיון שבו מתקיים "שמוע בין אחיכם" כמתחייב עפ"י ההלכה. לכן אין כל יסוד להחיל בנידון זה את ההלכה של בית דין בתר בית דין לא דייקא, וגם ההלכה של הנשאל לחכם שאסר אין חבירו יכול להתיר, אינה במקרה זה שהאשה עמדה לדיון כאן ולא שאלה אותם בדרך שדעתם תחייב אותה.

ו. הטעם של לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי שעלתה בדעת המיעוט כלל אינה רלבנטית בנידון זה שהגט נמסר לשליח קבלה. וגם ביחס לשליח הולכה, בנידון כזה ממש של הגט מיאסי, מלבד מהרש"ם, שאר הגדולים שהשיבו ולא הסכימו עם הוראת מהרש"ם, וקבעו שאמירת הבעל שהגט ללא תנאי מתייחסת גם לשליח, ולא עלתה על דעתם הטענה שהעלה כעת עמיתי, "לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי".

בהתאם לכל האמור נימוקי דעת הרוב והמסקנה הלכה למעשה עומדים בעינם ללא שינוי.

סוף דבר, לאחר פרק זמן ממועד פסק הדין המכשיר את הגט ברוב דעות, הצדדים הגיעו להסכמה, אושר הסכם גירושין חדש עם ערבויות מתאימות, וסודר ג"פ נוסף על מנת להסיר כל ספק וחשש. אך הדברים הנכתבים לעיל נועדו לזרז את בתי הדין המסדרים גיטין, ללכת בדרכו של טיב גיטין, שהוא מעמודי ההוראה בהלכות גיטין, שכאמור לעיל, הורה להוסיף על הנוסח הקבוע בסדר הגט, ולמצוא את הדרך לסדר את הגט בדרך שיובהר לבעל שהגט לחוד וכל שאר הדברים לחוד, וכי אין ולא תוכל להיות כל זיקה בין חלות הגירושין ובין כל נושא אחר התלוי ועומד כעת או בעתיד.

בתביעת הנוזיקין אין בה ממש עפ"י ההלכה. אך ככל שהדבר נוגע לכשרות הגט, אין ספק שהתביעה באה לעולם לאחר הגירושין, ובעת הגירושין לא היה ברשות הבעל כל מסמך בר תוקף שיש בו להביא למנוע חוקית מהאשה הגשת תביעה כזו. הבעל ובאי כוחו ידעו היטב מהו המצב העובדתי ששרר במועד סידור הגט, ידעו על האיומים שעלו במשך תקופה ארוכה מצד האשה או מי מבאי כוחה או מי מבני משפחתה שתוגש תביעת נוזיקין כנגדו, ומייצגי הבעל ידעו היטב מה בידם ומה אין בידם בעת הגירושין, לכן אין יסוד לטענה של הטעיה.

יצוין לדברי הסמ"ע חו"מ סי' רלב סק"י בשם המגיד משנה בדין מקח טעות שאם המוכר מכר בסתם והלוקח יכול היה להבחין בטעות שבמקח באמצעות שינסה את המקח או יטעם אותו, אך לא הקפיד לעשות כן, אין המקח חוזר, ועיי"ש בפת"ש סק"א, עכ"פ בנידון זה שבאי כוחו של הבעל לא היו צריכים לנסות אלא ידעו היטב בעת הגירושין מה נמצא בידם ומה טיבו וערכו של ההסכם, והבעל סמך עליהם, וקיבל מהם עדכונים שוטפים בסמוך למועד סידור, עדיף טפי מדינו של המ"מ שהביא הסמ"ע, מאחר שהבעל שאינו איש משפט סמך על באי כוחו שהם מומחים בתחום המשפט, ונוכח שכבר נעשה מה שהיה ניתן להיעשות בנסיבות המיוחדות של המקרה, ודי בכך גם ללא האמור לעיל סעיף ג'.

דברי נתיבות המשפט סי' ר"ה מתייחסים לצורך בגילוי מפורש של רצונו של הבעל בגירושין באמירת רוצה אני, ולהיעדר האפשרות לכפייה, אך לא יתכן להרחיבם ללא כל מקור לנסיבות אחרות מסברא בעלמא ועל יסוד זה לבנות הלכות ללא מקור, מה עוד שבפוסקים רבים אין מספר למדו הלכות אלו מדיני מקח וממכר, כדוגמא עיין עטרת דבורה ח"ב סי' פו עמ' 580 588.

ד. בדעת המיעוט הביא מדברי החלקת יואב, ובנידון דנן עפ"י מסקנת החלקת יואב שלא זכתה להתייחסות בדעת המיעוט, אין מקום לפסול את הגט, בנידון דנן בסופו של דבר לאחר שלוש שנות פירוד הבעל כבר רצה להתגרש, לאחר שנוכח שלא יוכל לחזור לאשתו הנחרצת בעמדתה להתגרש לאחר שהתברר לה שהוא הערים עליה קודם לנישואין, רק ביקש הסכם הוגן עבורו. בכה"ג הבעל מעוניין בגירושין עצמם וכלל אינו דומה לשכ"מ שכלל אינו רוצה להתגרש ורוצה לשוב לאשתו אם יחזור לאיתנו, ובנידון זה כתב החלקת יואב במסקנת דבריו שמאחר שעם הגירושין קיימת התרצות של הבעל לעצם הגירושין, הרי שכל דבר אחר שעלה אינו אלא תנאי, והתנאי בטל כשאמר שהגט ניתן ללא

## סימן פב

## צו איסור העסקה באגד כהרחקה דר"ת

ומהר"ם מלובלין בתשובה סי' א' התנסח בלשון זו: "גוזרים לפרוש ממנו בכל מיני פרישות, דהכי הוא דינא אפילו בכל אותן דלא קתני בהו כופין וכמו שכתב המרדכי פרק המדיר וז"ל שם מיהו בכל הני דלא קתני כופין אלא יוציא ויתן כתובה לא כפינן אלא בדברים בעלמא ולא בשמתא דחמירא מנגודא וכו'. אבל הר"ם אומר בשם ר"ת דנוכל לעשות שנקבל גזירה שלא לישא וליתן עמו עד שיקבל ליתן גט. וכן כתב מהרי"ק שורש קל"א דיכולים להחרים על ישראל שלא לישא וליתן עמו וכו' ובכל חומר שירצו בית דין כו'. ובתשובת בנימין זאב סי' פ"ח הוסיף לומר דיכולים להחמיר עליו שלא למול את בניו ושלא לקברו ושלא לעשות שום טובה וכו'".

מאחר שניתן להוסיף הרחקות נוספות שאינן מופיעות ברשימה שבספר הישר וברמ"א, עלינו לדון ולברר האם גם הוראה למעסיקו של הבעל לחדול מהעסקתו, יכולה להיכנס לגדר "הרחקות דר"ת", או שהיא תיחשב כפייה ישירה בממונו, וכפיית הבעל בממונו אינה הרחקה בלבד, ותוכל להינתן רק לאחר פסיקת כפיית גירושין, שבמקרה זה לא ניתנה. זאת מאחר ש"אונס ממון" דינו כ"אונס הגוף", כמבואר בתשובת הרשב"א ח"ד סי' מ', בחי' הריטב"א קידושין דף נ"א, במאירי גיטין דף פח ע"ב, בשו"ע חו"מ סי' רה ס"ז, ברמ"א ופתי"ש אה"ע סי' קלד סק"י.

לאחר עיון בבקשה בית הדין נעתר לבקשה. ההוראה של בית הדין להימנע מהעסקת הבעל היא הוראה למעסיק בלבד, אך אינה כפייה ישירה על הבעל, גם אם הבעל נפגע בעקיפין, כמו שנפגע בעקיפין מכל שאר ההרחקות דר"ת המוטלות עליו.

בשו"ת הרדב"ז חלק ד' סי' אלף קכו (נד), כתב:

"אין בשבועה זו כלום, כיון שנתברר לעדים שהיה אנוס. אלא שאם הייתי שם בשעת העדות היה ראוי לחקור אם האונס שלא יפסיד מה שהרויח כבר, או האונס היה שלא ירויח להבא, כי זה לדעתי לא נקרא אונס, לשיהיה מותר להשבע עליו בשקר".

ובכנסת הגדולה חו"מ סי' רה הגה"ט אות ע"ו הביא את דברי הרדב"ז.

אמנם אם היתה לבעל זכות קנויה להמשיך להיות מועסק, הפגיעה בזכות זו דינה כ"אונס ממון", שהוא ככפייה בגופו, כמבואר במהרי"ק בתשובה שורש קסו שכתב שהחשש מהפסד זכות שכבר נרכשה נחשב אונס, מה שאין כן ביחס להפסד דבר שטרם זכה בו, והביא מדברי הר"י (במרדכי שבועות פ"ג סי' תשנ"ז) שהחשש של בני ישראל בעת היותם במדבר שלא יכנסו לארץ ישראל היה אונס שמא יפסידו דבר שכבר זכו בו, וכתב מהרי"ק:

"דהתם נמי היו יראים שלא יכניסם לא"י, שאני התם שכבר

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין, ועם השלמת בירור התביעה ניתן פסק דין לחיוב הבעל בגירושין. לאחר שזומן מועד לדיון נוסף והבעל לא התייצב לדיון, נאלצנו לזמנו בצו הבאה. בדיונים הנוספים שהתקיימו, הבעל הביע את התנגדותו לציית לפסק הדין, וסירב לתת גט. גם צו הגבלה להגבלת שירותי בנק וההחלטות לחיובו בכתובה ובמזונות מעוכבת, לא סייעו להביאו לציית לפסק הדין.

בנסיבות אלו התקיים דיון בבקשה לצו הגבלה השולל את זכותו של הבעל להיות מועסק בעבודה ציבורית בגוף מבוקר. מאחר שהבעל מועסק בחברת "אגד" כשכיר, וחברת "אגד" היא גוף מבוקר כהגדרתו בחוק, הרי שהחוק מאפשר, במסגרת צו הגבלה, להורות לחברת "אגד" להימנע מהעסקתו.

התובעת ביקשה למצות את כל האמצעים הננקטים ביחס לבעל, בגין סירובו לתת גט, לאחר שעד כה הבעל עומד בסירובו לתת גט, ולשלול את זכותו להיות מועסק בחברת "אגד". מאידך, הבעל ביקש לדחות את הבקשה, מאחר והוא מתפרנס מעבודתו זו.

לאחר עיון בטענות הצדדים בית הדין מחליט:

בשו"ע אה"ע סי' קנ"ד סעיף כ"א נפסק:

"כל אלו שאמרו להוציא, כופין אפי' בשוטים. וי"א שכל מי שלא נאמר בו בגמרא בפירוש כופין להוציא, אלא יוציא בלבד, אין כופין בשוטים אלא אומרים לו חכמים חייבך להוציא, ואם לא תוציא מותר לקרותך עבריין. הגה: וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא, ראוי להחמיר שלא לכופ בשוטים, שלא יהא הגט מעושה (טור בשם הרא"ש) ... וכל מקום שאין כופין בשוטים, אין מנדין אותו ג"כ (מרדכי ריש המדיר). ומכל מקום יכולין לגזור על כל ישראל שלא לעשות לו שום טובה או לישא וליתן עמו (שערי דורא בשם ר"ת ובמהרי"ק), או למול בניו או לקברו, עד שיגרש. ובכל חומרא שירצו ב"ד יכולין להחמיר ככהאי גוונא, ומלבד שלא ינדו אותו".

יסוד דברי הרמ"א הוא בתשובת ר"ת בספר הישר סי' כד, שכתב:

"אך אם כל רבותינו שוין בדבר תגזרו באלה חמורה על כל איש ואישה מזרע בית ישראל הנלוים אליכם, שלא יהו רשאים לדבר עמו לישא וליתן עמו להאריחו ולהאכילו ולהשקותו וללוותו ולבקר בחלותו. ועוד יוסיפו חומר ברצונם על כל אדם, אם לא יגרש ויתיר אותו האיש את הילדה הזאת, שבזה אין כפייה עליו. שאם ירצה מקיים, והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה, אך אנו נתפרד מעליו".

הרי שמקור דברי הרמ"א שאפשר להוסיף עליו חומרות נוספות, הוא מתשובת ר"ת במה שכתב: "ועוד יוסיפו חומר ברצונם על כל אדם, אם לא יגרש".

יוצא בגרעון כסף מכ"ש שכיר... וכיון דבש"ס דילן ב"מ ע"ז  
 ע"א] פסקו להלכה כרב דאמר פועל יכול לחזור בו, וכיון  
 שתפסו בלשון חזרה, משמע דקיי"ל דאין לו דין עבד עברי,  
 [ו]בדין חזרה הוא".

הרי שעפ"י דרכו של הנתיבות מאחר שהלכה כדעת רב ולא  
 כרבי יוחנן, ההלכה ש"פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי  
 היום", משליכה גם על מערכת היחסים שבין הפועל לבעל  
 הבית, שאין ביניהם שעבוד לעצם המשך העסקת הפועל.  
 וכן בשו"ת רבנו יוסף מסלוצק סי' ב', כתב:

"הנ"ל דה"פ דרב דאמר כי לי בני ישראל עבדים אין ישראל  
 קונין זה מזה, ס"ל ... דקרא דכי לי בני ישראל עבדים השמיענו  
 דבקניית ישראל לישראל לא אלים הקנין לאתפוסי ב', דלפ"ז  
 לדעת' בין פועל בין בעה"ב יכול לחזור בו כיון דלדידי' לא חל  
 ב' קנין כלל. אבל ר' יוחנן דלא אמר הכי ס"ל דהקנין נתפס ב'  
 וידו כיד בעה"ב ... והבעה"ב אין יכול לחזור בו אלא דהפועל  
 יש לו רשות לחזור בו מטעם כי לי בני ישראל עבדים ולא  
 עבדים לעבדים".

וכן בספר ערוך השולחן חושן משפט סימן שלג סעיף ח'  
 הביא מדברי הירושלמי, וז"ל:

"יש מרבתינו שכתבו שלא אמרו פועל יכול לחזור בו אלא  
 בהשכיר עצמו באמירה, אבל אם נשתעבד בקנין או בשטר, אינו  
 יכול לחזור בו [ריטב"א בשם רבותין]. וכ"כ רבינו הב"י בספרו  
 הגדול, ואין זה קנין דברים שהרי משעבד גופו לזה וחל הקנין  
 אשעבוד הגוף. ויש חולקין בזה דכיון דהטעם הוא משום כי לי  
 בני ישראל עבדים, איזה חילוק יש בין קנין ושטר לדברים  
 בעלמא [ריב"ש סי' תע"ו], ועוד דהא גם התחלת המלאכה הוי  
 קנין מ"מ יכול לחזור בו וא"כ מה הוספה יש בהקנין ובשטר  
 [ש"ך], ועוד דהא אפילו עבד עברי דגופו קנוי יוצא בגרעון כסף  
 מכ"ש פועל. וטעם דעה ראשונה נ"ל דבירושלמי [פ"ו דב"מ]  
 אומר דלטעמא דלי בני ישראל עבדים גם הבעה"ב יכול לחזור  
 בו ואנן קיי"ל כטעם זה. וצ"ל דזה שכתבו הפוסקים שהבעה"ב  
 אינו יכול לחזור בו היינו שלא יהא ידו על העליונה כפועל אלא  
 ידו על התחתונה כקבלן, כמו שיתבאר. וראיה דהנה הטור  
 והרמ"א כתבו בסי' זה דבעה"ב החוזר בו ידו על התחתונה  
 אלמא שיכול לחזור בו, ומטעם דאין שעבוד מזה על זה כלל.  
 ולפ"ז התחלת המלאכה באמת אינו קנין כלל וזהו גזירת התורה  
 שהתחלת המלאכה לא תהא קנין כלל מטעמא דלי בני ישראל  
 עבדים, שאינו יכול לשעבד עצמו ע"י מלאכתו כעבד. וזה  
 שהפוסקים קוראים לזה קנין הוא רק בשם המושאל. ונ"מ לענין  
 מ"ש בסעיף ג' ומה שעבד עברי יוצא בגרעון כסף זהו קנינו  
 שמקנה את עצמו מבעליו כמו ששינו וקונה את עצמו בגרעון  
 כסף [קדושין י"ד ב] שכך גזרה התורה ולכן לא גזרה התורה רק  
 שהמלאכה לא תהא קנין ושעל פי המלאכה לא ישתעבדו זל"ז.  
 אבל כשברצון עצמם משעבדים גופם ע"י קנין או שטר ודאי  
 ביכלתו לעשות כן כמו שמשעבד הגוף לממון, והרי זהו ודאי  
 דבקנין או שטר אין הבעה"ב יכול לחזור בו ולהירושלמי הרי  
 שוין הן בדין זה ומה שיש חילוק בין פועל לבעה"ב שבבעה"ב

נתנה להם מורשה ועליהם נאמר וטפכם אשר אמרתם לבזי יהיה  
 והבאתי אותם וגומר ואם לא היה מכניסם לארץ הוה חשוב  
 אונס. דפשיטא דמי שהוא עושה דבר מפני יראתו שלא יטלו את  
 שלו דחשיב אונס, כדמוכח מההוא מעשה דפרדסא בפרק חזקת  
 הבתים (ב"ב מ ב), והכי נמי הוה כאילו היה הקב"ה נוטל מהם  
 מה שזכו בו כבר. והיינו דקאמר ר"י שהיה להם ליכנס לה  
 לאלתר, כלומר והוי כאלו זכו בה כבר, ומש"ה חשיב אונס.  
 אבל מי שהוא עושה איזה דבר מפני יראתו שמא ימנע חבירו  
 מלעשות עמו טובה והוא לא זכה עדיין באותה טובה כלל,  
 כיוצא בנד"ד, לעד"נ שאין כאן שום אונס, וזה פשוט וישר אצל  
 כל מבין לפי הנלע"ד ומכח הראיות שהבאתי למעלה".

ביחס לזכותו של העובד להיות מועסק גם בעתיד, אין זו  
 זכות קנויה לו, שאם נשללה ממנו יחשב אונס ממון, וזאת  
 מאחר שביחסי הגומלין שבין המעסיק לעובד אין לעובד  
 זכות קנויה להיות מועסק, אלא שאם פיטרו אותו עומדת לו  
 הזכות לתביעת תשלום שכרו לפרק זמן מסוים, למרות שלא  
 עבד לאחר שפוטר, ובהתאם להלכה המבוארת בחו"מ סי'  
 שלג סעיף ב', וכן בהתאם לחוזה שבין העובד למעסיק.

מקור הלכה זו שאין לעובד זכות קנויה להיות מועסק, הוא  
 בירושלמי. בירושלמי במסכת בבא מציעא פרק ו' הלכה ב'  
 נאמר:

"על דעתיה דרב בין פועל בין בעל הבית יכול לחזור בו, על  
 דעתיה דרבי יוחנן פועל יכול לחזור בו ולא בעל הבית".

הרי שלפי שיטת רב, שהלכה כמותו כמבואר להלן, זכות  
 הפועל ביחס לבעל הבית היא הזכות לתביעת ממון, בגין ימי  
 העבודה שהפסיד, שהם בתוך תחום הזמן של התחייבות  
 המעסיק להעסיקו, ובנסיבות המצדיקות לפצותו בגין  
 הפיטורין, אך אין לבעל הבית שעבוד הגוף המחייבו להעסיק  
 את הפועל, ומפני כן אין יסוד בהלכה לכופף את בעל הבית  
 להעסיקו.

ובספר נתיבות המשפט סי' שלג סק"ו הביא מדברי  
 הירושלמי, וכתב:

"דבר זה הוא מחלוקת אמוראים בירושלמי, וז"ל הירושלמי  
 [ב"מ פ"ו ה"ב] על המשנה דכל החוזר בו ידו על התחתונה, רב  
 אמר כי לי בני ישראל עבדים אין ישראל קונין זה מזה, אמר רבי  
 יוחנן עבד עברי הוא, על דעתיה דרב בין פועל בין בעה"ב יכול  
 לחזור, על דעתיה דרבי יוחנן פועל יכול לחזור ולא בעה"ב,  
 עכ"ל הירושלמי. וכתוב אצלי פירוש הירושלמי מכבר, דרב  
 סובר דליכא קנין כלל מדאורייתא בפועל ישראל רק בעבד עברי  
 בזמן שיובל נוהג, וממילא הבעה"ב ג"כ יכול לחזור וא"צ  
 לשלם רק מדינא דגרמי, ולכך א"צ לשלם לו רק מה שהזיקו,  
 ואם נאנס הבעה"ב, ודאי דאין הבעה"ב חייב מדינא דגרמי  
 וא"צ לשלם רק מה שעשה, ומכ"ש כשחוזר הפועל ומזיק את  
 עצמו שא"צ לשלם לו רק כפי מה שעשה אף אם הוול, ולא  
 יצטרך הבעה"ב ליתן בעד החצי הנשאר רק פחות מחצי הסך,  
 מ"מ מה לו לפועל בכך. ור' יוחנן סובר דעבד עברי הוא ויש בו  
 קנין, והא דיכול לחזור בו הוא מטעם כיון דאפילו עבד עברי

נמי לא חשיב אונס מניעות ההשתדלות, ואפילו את"ל שעל ראובן היה מוטל לגמור ההשתדלות מאחר ששמעון הוציא מעותיו על סמך שלו, דלא עדיף מהוציא ממסגר אסיר דלא חשיב אונס אפילו לענין איסור אשת איש החמור".

מהרי"ק כתב דבריו על סמך ההנחה "שעל ראובן היה מוטל לגמור ההשתדלות מאחר ששמעון הוציא מעותיו על סמך שלו". כלומר, לא מיבעיא באסיר שהחובה המוטלת על כל אדם להוציאו ממאסר היא מצוה כלפי שמיא, מצוה שהאסיר אינו יכול לתבוע ממנו על פי דין מאחר שאין זו חובה ושעבוד ממון כלפי האסיר, אלא אף בנידון תשובת מהרי"ק שראובן שהבטיח לשמעון, ועל פי הבטחה זו הוציא שמעון הוצאות, ועל פי דין קיים שעבוד של ראובן כלפי שמעון, אפילו הכי אין לדון את התעלמות ראובן משעבוד זה כעובדא דפרדיסא שגול ממנו שדה. ובספר עטרת דבורה חלק ב' סי' פ' עמ' 533-534 הארכנו בביאור שיטת מהרי"ק.

יתירה מזו, כל האמור הוא אף בפיתורי פועל לאלתר בתוך פרק הזמן הקבוע להעסקתו, אך אם המעסיק אינו מפטרו מיד, אלא מודיע לעובד על סיום העסקתו בתום פרק הזמן שנקבע מראש להעסקתו, ודאי שאין בכך פגיעה בזכות ממון של העובד.

יצוין לתשובת דברי מלכיאל ח"ג סי' קנא שכתב ד"סתם" בשכירות פועלים אין פירושו "סתם" שנחלקו בו הרשב"א והרא"ש בענין מתחייב לזון חברו בסתם, דבשכירות פועלים כולי עלמא סוברים שאף שקבלו אדם בסתם יכולים לסלקו בכל עת. ומה שפסק הרשב"א במתחייב לזון חברו בסתם שחייב לזונו לעולם הרי זה משום ששם אין לנו שום קצב וגבול שנאמר שכיוון לזמן זה, אבל במקום שבהסכם השכירות יש רמז לקציבת זמן, כגון שהוסכם שהתשלום לשכיר יהיה לפי שבוע או חודש, הרי זמן השכירות הוא שבוע או חודש, ואי אפשר לסלקו תוך הזמן הזה, אבל יכול לסלקו בכל שבוע או בכל חודש כפי שהיה אופן שכרו.

אמנם בתשובת אגרות משה חלק ח"א סי' עה וסי' עז סבר שאין לפטר כלל ללא הצדקה כל עוד המעסיק זקוק למלאכתו של העובד, אך בספר נצח ישראל (להגר"י גרוסמן זצ"ל) סי' ח' האריך לדחות את ראיותיו ואת מסקנתו, עיין שם.

בנוסף, יובהר: כשקיים חוק ומנהג, הרי שעל דעת החוק והמנהג נכנס למלאכתו, המעסיק יכול לפטרו עם תום פרק הזמן הקבוע בחוק, וכמו שכתב החזו"א ב"ק סי' כג סק"ב, ח"ל:

"שכר פועלים וקצב להם כך וכך ליום ולא פירש על כמה ימים הוא שוכר אותם... וכל זה בליכא מנהג, אבל אם איכא מנהג הולכין אחר המנהג, דסתמא הפסיקה כמנהג המדינה, [וכן אם יש דינא דמלכותא י"ל דסתמא סמכו כפי דינא דמלכותא, וכמ"ש לקמן בליקוטים סי' ט"ז סק"א בשם הש"ך] אבל דינא דמלכותא דינא לא שייך בישראל במקום שאין הדבר נוגע למלכותא ולא אכפת להו אם מתדייני בדייני ישראל כפי דין תורה".

ידו על התחונה, יתבאר הטעם לפנינו והרבה מאחרונים הסכימו לדעה זו, וכן יש להורות".

ובתשובת מהרי"א עניול סי' טו כתב שהדין כן גם אליבא דשיטת ר"ת בתוספות ב"מ דף מח ע"א (ד"ה והא) והרמ"א חו"מ סי' שלג סעיף א' שבעל הבית אינו יכול לחזור בו אם משך את כלי האומנות, וז"ל:

"זה לא עלה על דעת תוס' שיהיו כופין את בעל הבית לקבל מלאכת הפועל בעל כרחו. דנהי דאשתעבד בעל הבית לשכירותו של הפועל או הקבלן, ממונו הוא דאשתעבד אבל לא גופו... ואפילו במקום שהיה קנין לדעת ר"ת וסייעתו כגון שמשך כלי המלאכה דמשעבד קבלן ואינו חוזר כלל, היינו לומר שנשתעבדו כל נכסיו... להכי מהני קנין לדעת ר"ת דיכול בעל הבית לכוף אותו למלאכתו ר"ל שיורדין לנכסיו להשלים לבעל הבית כל מה שיוסיף לאחרים אפילו אינו דבר האבד, אבל לא עלה על הדעת שכופין אותו בגופו על ידי נידוי ושוטים... וגבי בעל הבית היכא דידו על התחונה צריך לשלם כל הפסדו של פועל, ואם אינו מוצא להשכיר עצמו צריך לשלם לו כל שכרו כפועל בטל של אותה מלאכה".

על כן מהאמור עולה שאין בהפסקת ההעסקה מצד עצמה פגיעה בזכות קנייה של הפועל להיות מועסק, אלא רק עומדת לפועל הזכות לתביעת ממון כלפי המעסיק בגין ימי העבודה שנתרו עד לסיום החוזה.

דברי מהרי"א עניול מקבלים חיזוק מתשובת הנודע ביהודה תניינא חו"מ סי' מא שכתב בדבר פשוט שרישיון שהתקבל מהשלטון לזכות מסוימת הוא דבר שאין בו ממש שאין קנין נתפס בו, וז"ל:

"מה ששאל על עסק פאמיליע הנהוג במדינה זו, דהיינו שיש קצבה לעיר כמה בעלי בתים יהודים רשאים לדור שמה, וכל בן ראשון יש לו זכות בזה. ונוהגים שזה יכול למכור זכויותיו ליהודי אחר וזה פונה מעיר והאחר זוכה לדור שמה. ושאל אביך הרב במה נקנה, אם דינו כקניין מטלטלים או כקניין קרקע. ודעו כי לדעתי ע"פ דין תורה לא שייך בזה שום קניין ואין מקום למכירה שתחול בזה, שהרי הוא דבר שאין בו ממש. דאטו יש לשום אדם זכות בקרקע של העיר אם אין לו בית או שדה והרי אין לו רק זכות לדור. ומוכר דירת ביתו יוכיח, שאם אמר דירת בית זה אני מקנה לך לא מהני, וצריך להקנות לו הבית לדור בו כמבואר בסימן ר"ב סעיף א'. ובנדון זה מה קניין יש לזה בגוף העיר שיקנהו לאחר".

על כן לא יכול להיתפס קנין בגוף הזכות להיות מועסק, אלא זכות פיצוי בגין הפסד ימי עבודה.

עוד יצוין לתשובת מהרי"ק שורש קסו הנזכרת במש"כ:

"אך אם נחשב בידי גוים בשביל מס או דבר אחר יכולים לומר לו לא נעזוב אותך להתיר מהתפיסה אם לא תגרש פלונית בגט כשר ואין זו כפייה כיון שאין עושים לו דבר רע כי אם מלמנוע מלעזור לו. הרי לך דלא חשיב אונס מניעות עשיית הטובות. ואף ע"ג דפשיטא דכל אדם מצוה ועומד להוציא ישראל חבריו ממסגר בהיות לאל ידו אפילו הכי לא חשיב אונס במניעת. הכי

של יום אחד בשל כל שני חודשי עבודה בשנה האמורה;  
 (3) במהלך שנת עבודתו השלישית - של 21 ימים, בתוספת  
 של יום אחד בשל כל שני חודשי עבודה בשנה האמורה;  
 (4) לאחר שנת עבודתו השלישית - של חודש ימים.

על כן, אף אם הנתבע כבר עובד שלוש שנים בחברת "אגד",  
 אין מניעה חוקית או מניעה הלכתית להביא לסיום את  
 העסקתו כעבור שלושים יום באמצעות צו הגבלה על פי  
 סעיף 2(א)(4) לחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של  
 גירושין) התשנ"ה-1995.

בדיון בבקשה לצווי הגבלה, הנתבע לא טען שקיים חוזה  
 העסקה בינו לחברת "אגד", הקובע תקופת העסקה  
 המחייבת את שני הצדדים. אך אם קיים חוזה העסקה בין  
 חברת "אגד" לנתבע או הסכם קיבוצי שהנתבע חלק ממנו  
 הקובע פרק זמן שחברת "אגד" מחויבת בהעסקת הנתבע  
 והמונע את פיטורי הנתבע גם כעבור שלושים יום יוכל  
 להגיש בקשה מתאימה שאליה יצורף חוזה העסקתו, ובית  
 הדין ידון בהתאם לנסיבות.

#### מסקנה

בהתאם לאמור ועל פי סעיף 2(א)(4) לחוק בתי דין רבניים  
 (קיום פסקי דין של גירושין) התשנ"ה-1995 בית הדין מורה  
 בזאת לחברת "אגד", שהינה גוף מבוקר כמשמעו בחוק  
 מבקר המדינה תשי"ח-1958 [נוסח משולב], להימנע  
 מלהמשיך להעסיק את הבעל.

אין בהוראה למנוע העסקת הבעל משום "אונס ממון" הפוסל  
 את הגט. לאחר שבית הדין פוסק ביחס לבעל הרחקות דר"ת,  
 ניתן להוסיף הרחקות נוספות על הרשימה שבתשובת ר"ת,  
 ולהורות למעסיק של הבעל לחדול מהעסקתו. טענת הבעל  
 שהכנסתו בעתיד תיפגע אינה מתקבלת מאחר שאין מניעה  
 שיסדיר לעצמו עבודה חילופית בגוף שאינו מבוקר וימשיך  
 להתפרנס.

דין ההחלטה הנוכחית כהודעה על פי סעיף 2 לחוק הנזכר,  
 ובהתאם לאמור צו הגבלה זה ייכנס לתוקף לא יאחר  
 משלושים יום ממועד החלטה זו, או קודם לכן, אם הנתבע  
 מועסק פחות משלוש שנים, ככל שהדבר אפשרי על פי החוק  
 הנזכר.

אם קיים חוזה העסקה בין "אגד" לנתבע יוכל להגיש בקשה  
 מתאימה שאליה יצורף חוזה זה.

ובספר נצח ישראל (שם) כתב:

"ובזמנינו המנהג שמשלמים פיצויים חודש עבור כל שנה ועצם  
 מנהג הפיצויים מוכיח שיש זכות למעביד לפטר את העובד והוי  
 כאילו העובד אדעתא דהכי נכנס לעבודה שבאם ירצו לפטר  
 אותו הרשות בידם אלא שישלם פיצויים".

ומש"כ בפד"ר חלק ג' עמ' 94 (ד"ה והנה) ביחס למנהג אינו  
 מתיישב עם המציאות הידועה, וכמו שכתב בתשובת נצח  
 ישראל נזכרת. על כן בהתאם לאמור בנידון זה, יש להניח  
 שיחסי העבודה בין חברת "אגד" לנתבע הושתתו מראש על  
 פי הוראות החוק, ואין מניעה לפטרו עם חלוף פרק הזמן  
 הקבוע בחוק, וכמפורט להלן:

בחוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, תשס"א-2001  
 נקבע:

חובה ליתן הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות (תיקון  
 מס' 1) תשע"ד-2014

2. (א) מעסיק המבקש לפטר עובד ייתן לו הודעה מוקדמת  
 לפיטורים, לפי הוראות חוק זה.

(ב) עובד המבקש להתפטר מעבודתו ייתן למעסיקו הודעה  
 מוקדמת להתפטרות, לפי הוראות חוק זה.

(ג) הודעה כאמור בסעיף זה תינתן בכתב ותציין את יום  
 הוצאת ההודעה ואת יום הכניסה לתוקף של הפיטורים או  
 ההתפטרות, לפי הענין, והכל בהתאם להוראות חוק זה.

(ב) עובד המבקש להתפטר מעבודתו ייתן למעסיקו הודעה  
 מוקדמת להתפטרות, לפי הוראות חוק זה.

הודעה מוקדמת לפיטורים לעובד במשכורת  
 3. עובד במשכורת זכאי להודעה מוקדמת לפיטורים,  
 כמפורט להלן:

(1) במהלך ששת חודשי עבודתו הראשונים - של יום אחד  
 בשל כל חודש עבודה;

(2) במהלך התקופה החל בחודש השביעי לעבודתו עד תום  
 שנת עבודתו הראשונה - של 6 ימים, בתוספת של יומיים  
 וחצי בשל כל חודש עבודה בתקופה האמורה;

(3) לאחר שנת עבודתו הראשונה - של חודש ימים.  
 הודעה מוקדמת לפיטורים לעובד בשכר

4. עובד בשכר זכאי להודעה מוקדמת לפיטורים, כמפורט  
 להלן:

(1) במהלך שנת עבודתו הראשונה - של יום אחד בשל כל  
 חודש עבודה;

(2) במהלך שנת עבודתו השניה - של 14 ימים, בתוספת

## סימן פג

## האפשרות שלא לדון בתביעת ממון של המסרב לתת גט

## הצגת השאלה

הבעל חויב בגירושין אך לא מילא אחר הוראת בית הדין המחייבת את הגירושין, והוחלט לנקוט ביחס אליו הרחוקת דרבינו תם, וזאת עפ"י ההלכה הפסוקה ברמ"א סי' קנד סעיף כא. בד בבד בפני בית הדין בקשת הבעל למינוי אקטואר כבר כעת, וזאת על מנת לקדם את ההליך לאיזון המשאבים. מאידך, קיימת התנגדות מצד האשה, הטוענת שלא נכון לדון בתביעתו זו כל עוד הוא עומד בסירובו לתת גט. יובהר: עקרונית, קיימת הצדקה להשלמת ההליך לביורר התביעה לחלוקת הרכוש ואיזון המשאבים, כמקובל. אך מוטל על בית הדין לקבוע בהחלטה מקדמית, האם להקפיא הליכים אלו, כל עוד הבעל אינו מציית לפסק הדין לגירושין, ונמנע ממתן הגט ללא הצדקה.

למעשה, עומדת בפנינו שאלה הלכתית עקרונית: אין ספק שזכותו של הבעל, כמו כל בעל דין הבא בשערי בית הדין, שיתקיים דיון בתביעתו לחלוקת הרכוש המשותף. אך יש לדון האם בנסיבות הנוכחיות שכבר ננקטו כנגד הבעל צווי הגבלה, האם במסגרת זו עלינו לקבוע שאנו מתרחקים מהבעל ואיננו נזקקין לבקשתו לקיים דיון, וזאת כל עוד הבעל אינו מציית להוראת בית הדין לתת גט. יש לברר שאלה זו משני פנים -

ראשית, כשמוגשת תביעת ממון או אחרת לבית הדין, התובע זכאי שבית הדין ידון בתביעה, ויקיים את המוטל על בית הדין - "בצדק תשפוט עמיתך", האם במקרה דנן נשללה זכותו של הבעל שידונו דינו, כל עוד הוא אינו מבצע את החובה שהוטלה עליו בבית הדין.

שנית, האם יתכן שצעד זה שאנו נמנעים מלדון בתביעתו הרכושית, יש בו כפייה שלא כדין על הגט. אך זאת יש לקבוע, שאין יסוד לבטל את חיוב הגירושין, גם אם הבעל יטען שכעת מעכב את הגירושין ולאחר הפסיקה בנושאי הרכוש יתן גט. ראשית, כבר ביררנו בפסק דין אחר, שהתפרסם בספר עטרת דבורה ח"ב סי' צא, שרבו החולקים על שיטת מהרשד"ם חלק אה"ע סי' מא, ומלבד זאת גם מהרשד"ם אינו מתייחס לתנאי שקשה לאשה לקיימו, וכמובן עיכוב הגט למשך חודשים ארוכים הוא תנאי שקשה לה לקיימו. אין לך בדברי מהרשד"ם אלא חידושו, ודבריו לא נאמרו כשהבעל מבקש עיכוב ממושך בגירושין שחויב בהן. ולעיל בסי' עט הארכנו לברר הלכה זו.

ביחס לזכותו של בעל דין שידונו בתביעתו כשהוא עצמו אינו מציית לדיון, מצאנו התייחסות לשאלה זו בדברי הר"ן על מסכת שבועות. ביחס למלווה המחזיק במשכון של לווה,

ואינו מחזירו למרות דרישת הלווה המבקש החזר המשכון ולאחר מכן פירעון החוב במלואו, ובנסיבות שהמשכון נמוך מערך החוב. כתב הר"ן במסכת שבועות פרק ששי (דף כד, ב בדפי הרי"ף) על חובת הלווה להשיב למלווה את ההפרש בנסיבות אלו, וז"ל:

"לפיכך אני אומר, דבמשכון דלא שוה אפילו ידעין בודאי דאיכא בידו [דמלווה], אעפ"כ חייב לזה לפרוע העודף. שאע"פ שהמלווה עובר בלא תחמוד, אפ"ה ממונא אית ליה גביה דלווה, [דהיינו] אותו עודף. ואף על פי שאפשר שאין ב"ד נזקקין לכוף את הלווה כל זמן שהמלווה עובר בלא תחמוד, היינו כדי לכוף את המלווה שלא יעבור עבירה זו, כשם שהיו מכין אותו עד שתצא נפשו באומר סוכה איני עושה, אבל אין הלווה נפטר מחיובו בכך וחייב בבא לצאת ידי שמים לפרוע את העודף."

הרי בדברי הר"ן, מבוארת הלכה בהלכות סדרי בית הדין, והיא: אפשר שבית הדין אינו נזקק לאכוף על הלווה לפרוע את חובו, כל עוד המלווה מחזיק בידו את המשכון של הלווה שלא כדין, ועובר על לא תחמוד. וזאת כאמצעי כפיה על המלווה, שלא יעבור על לא תחמוד. גם אם סדרים אלו של בית הדין אין בהם כדי לפטור את הלווה מתשלום העודף למלווה המחזיק במשכון שלא כדין. הטעם בהלכה זו הוא: אין נזקקים לגבות את יתרת החוב, וזאת במסגרת הפעלת אמצעי הכפייה על המלווה להשבת המשכון.

וכן מצאנו באחד מהאחרונים שפסק שאין לבית הדין להיזקק לתובע שאינו ציית דינא בדין אחר שבו חויב. בשאלה זו דן בספר חושן האפוד (לרבי דוד אברהם פיפאנו) חלק חו"מ סי' יח.

חושן האפוד השיב אודות ראובן שחויב בדין תורה לחברו שמעון, ולא ציית לבית הדין ולא ביצע את המוטל עליו, ולאחר מכן, מחמת אירוע אחר, אותו ראובן נעשה תובע ביחס לאדם אחר - לוי. ולוי טען שאין להיזקק לתביעה זו של ראובן קודם שיציית לדיון הראשון.

לדעת חושן האפוד, נחלקו הרמב"ם והרמ"ה האם מותר לעוות את הדין מפני רשותו של אדם. הרמב"ם הלכות סנהדרין פרק כ הלכה ה פסק להלכה כמכילתא דרבי ישמעאל משפטים (פרשה כ):

"לא תטה משפט אביונך בריבך... רשע וכשר עומדין לפניך בדין, שלא תאמר הואיל ורשע הוא, אטה עליו את הדין, לכך נאמר לא תטה משפט אביונך בריבך, אביון הוא במצות."

ואילו הרמ"ה עמ"ס ב"ב (דף קנו), בסוגיא דבני רוכל תקברם אמם, כתב (בסי' קנט):

"שמעין מדרכי אליעזר דמאן דמקיים כלאים בכרם, שרי למלטייה ולמקנסיה אפילו בדינא אחרינא. דהא רבי אליעזר קא



"גברי דלא צייתי דינא, אם באו לדינא אם צריך הדיין להזקק להם, דבר זה מבואר בפרק זה בורר דף כ"ט בני חמוה דמר עוקבא... אתו לקמיה לדינא, אמר להו פסילנא לכו לדינא... אלא משום דלא צייתו דינא... ועדיין צ"ע אם רק אחד מבעלי הדין התובע או הנתבע לא ציית דינא, אם פטור הדיין מלדון להם כי י"ל בני חמוה דמא עוקבא היו בין עצמם לדון והיו תובע ונתבע לא צייתי דינא... ואם אחד לבד גברא דלא ציית דינא, אזי הרשות ביד הדיין שלא לדונם בממה נפשך. אם יחוייב זה דלא ציית דינא, הרי מצוה שלא לומר דבר שאינו נשמע. ואם יזכה בדין, הרי כתב הרמב"ם בפרק כד מהלכות סנהדרין הלכה ו' וז"ל וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים, ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק, או לקנוס אלם, עכ"ל. וכ"ש זה דלא מזדקק לו בשב ואל תעשה."

אמנם יש למקום לומר שדברי הרב החיד"א והתשורת שי מתייחסים לבית דין חסר סמכות שיפוט, ובנסיבות בהן בעל דין שאינו ציית דינא יכול להתחמק מביצוע פסק הדין, משא"כ בנידון דנן, שבית הדין הדין בין הצדדים, מוסמך לאכוף ביצוע פסק הדין בכל האמצעים החוקיים הקיימים. מכל הנ"ל עולה:

- א. בית הדין אינו נזקק לדינו של בעל דין שאינו מציינת לבית הדין. מפני ההיבט העקרוני, שלא להיזקק לתובע שאינו מציינת לדין שבו חויב קודם לכן ביחס לצד השני, בעת שהתובע הנוכחי היה נתבע.
- ב. כשבית הדין נעדר סמכויות אכיפה אין להיזקק לתביעתו של מי שהוכיח שאינו ממלא אחר הוראת בית הדין, מחשש שגם בדיון הנוסף, המבוקש על ידו, הלה ימצא את הדרך להתחמק מהוראות בית הדין ביחס לאותן חובות שיוטלו עליו.

במקרה שבפנינו קיים טעם נוסף, מאחר שנפסק ביחס לבעל שיש לנקוט בהרחקות דר"ת, הרי שבמסגרת הרחקות אלו ניתן לקבוע שאנו מתרחקים ממנו ואין פותחים בפניו את בית הדין לדיון בטענותיו.

יתרה מזו מצינו גם ביחס לבעל שלא חויב בגט, ולכן לא הוגדר "לא ציית דינא" אם אינו נותן גט, כגון שאשתו מרדה בו, אע"פ כן בנסיבות שבית הדין נמנע מדיון בטענותיו כנגד אשתו, לא יחשב כגט מעושה, ואין חסימת דרכו לבית הדין פוסלת את הגט.

בשו"ת בית אפרים (חלק אה"ע מהדורה תניינא, הוצאת מוסד הרב קוק) סי' עד (עמ' שיח) השיב אודות אשה הטוענת "מאיס עלי", והביא מתשובת תומת ישרים סי' קכה שמניעת הטוב לא יחשב גט מעושה, גם אם נמנעים מדבר שמחוייבים לו. וכתב על זה הבית אפרים:

"עכ"פ קם דינא ואתברר דינא, אף אם באים לבית הדין והאשה היתה טוענת לפנייהם טענות אילו שתופסת למזונות וכה"ג, ואין הבי"ד רוצים להיזקק לו, ומתרצה בגירושין ואומר בפירוש שבשביל שמרדה שלא כדין ותפיסתה ממנו ואין הבי"ד

לייט להו לבני רוכל, וקסבר דהאי דקיימו דברי אמן קנסא הוא דקנסניהו, והפקר בית דין הפקר."

החושן האפור סבור שמדברי הרמ"ה למדים, שמסוגיא זו עולה שלא כדעת המכילתא, אלא שבכל מקרה ניתן לקונסו לרשע, לרבות בדין אחר, וזאת עקב רשעותו. אמנם יש להעיר על חושן האפור כי מלשון הרמ"ה היה מקום להבין שדבריו נאמרו רק ביחס לעובר על כלאיים בכרם, וזהו קנסו ייחודי למקיים כלאיים בכרם, ואין הכרח להרחיב דברי הרמ"ה ולקבוע שהרמ"ה דחה את המכילתא מהלכה. אך בעל חושן האפור לא ראה מקום לביאור זה בדברי הרמ"ה. במסקנת דבריו פסק חושן האפור:

"לנידון דידן נראה ברור דאינם יכולים בית הדין לכופ את לוי לבוא לדון עם ראובן. לא מיבעיא לסברת הרמ"ה ודעימיה. אלא אפילו לסברת הרמב"ם ודעימיה, היינו דאינם יכולים להפך את הדין ולחייבו. אבל שלא לראות את דינו עד אשר יתקן את אשר עיוות, פשיטא דכו"ע יודו בזה, ולא נעביד הפוסקים הנזכרים חלוקים מן הקצה עד הקצה."

הרי בפנינו מסקנת חושן האפור, שגם לפי המכילתא והרמב"ם, הסוברים שאין מקום לעוות את הדין ביחס לבעל דין שאינו מציינת לדין, עדיין יש מקום להימנע מלהיזקק לדינו עד שימלא אחר הוראות בית הדין.

יצוין כי חושן האפור מתייחס לראובן התובע את לוי כשאינו מציינת לדין שנפסק עליו ביחס לשמעון. וזהו חידוש להרחיב את היריעה, אחרי שגם ההימנעות מלדון דינו של אדם הוא מצד עצמו עוול, וכתוכחת ישעיהו (פרק א): "ריב יתום ואלמנה לא יבוא אליהם". אך ודאי שניתן לקבל את מסקנת חושן האפור שלא לדון דינו של תובע כשאינו מציינת לדין שנפסק עליו באותו דין ודברים שיש לתובע זה ביחס לאותו נתבע, וכפי המפורש בדברי הר"ן הנזכרים לעיל.

וע"ע בקובץ "שורת הדין" כרך יב (עמ' שפז-שפט). יש מהאחרונים שהסכימו למסקנה זו, שאין לבית הדין להיזקק למי שאינו ציית דינא, אך מטעם אחר, והוא מאחר שאינו מציינת לדין, אין לדון בתביעתו, מפני שיתכן וגם בדין זה לא יציית לדין.

והרב החיד"א, בספרו שו"ת יוסף אומץ (סי' מז אות ד), כתב: "ועצומים כל הרוגיה זה שהגיע להוראה ואינו מורה. אף על פי כן אם יודע הדיין שאין דבריו נשמעים מותר לו להסתלק עצמו מלדונם, כן יש ללמוד מעובדא דמר עוקבא ריש דף כ"ט בסנהדרין פסילנא לכו לדינא משום דלא צייתו דינא, וכן מצאתיה בהגהות אשרי שם עכ"ל הרב מהר"ר אליהו ישראל ז"ל בנימוקיו כ"י. ומלשון מר עוקבא דאמר פסילנא לכו לדינא עד שמוזה דנו שפסול משום קורבה והדר פירש להו דלא צייתי. מוכח דלא לבד שמוותר לו לסלק עצמו כמ"ש הרב הנזכר. אלא דחובה עליו להסתלק. הן אמת דגם לשון אור זרוע שהביא הגהות אשרי הוא במקום שאדם יודע שאינן נשמעין לו פטור מלומר הדין וכו' ע"ש ועיין בריש סימן י"ב."

וכן בשו"ת תשורת ש"י סי' תרלז כתב:

אונס, וזה לפענ"ד פשוט בכוונת התו"ג מה שמחלק בין הזכירה גירושין או לא הזכירה ... והכי מוכח ממה שדייק וכן מעשים בכל יום שאשה לפעמים מצירה לבעל בגזילת ממון ובשאר דברים ומחמת זה מגרש, כלומר שמגרש מחמת שמצרת ליה הן בגזילה והן בשאר דברים, ולכן בעל כרחו מגרש והו"ל כעין אונס מחמת הצער, וקמ"ל דאעפ"כ לא הוי גט מעושה כיון שלא דיברה כלום מגירושין, ומרצונו הוא שגירשה.

וע"ע בחזו"א (אה"ע סי' צט סוף סק"ו) שבאר את דברי התורת גיטין, כשמגרשה מחמת שהתיאש מלדור עמה בשלום, עקב הקטטות שהיא גורמת, ועקב כך השלים עם הגירושין. ואילו התשב"ץ שהחמיר מתייחס לנסיבות:

"שתפסה ממונו ומחזרת לו אחר הגירושין, ואם הגט בטל, כבר הציל ממונו ... או דאירי בידעיןן דחפץ לעגנה, והלכך חפץ בביטול הגט".

ועי"ש בחזו"א סק"ב במש"ב:

"אם נתחדש אצלו רצון גמור אחר הכפיה שלא מחמת הכפיה, אז הדין נותן דאפילו אם כפוהו שלא כדין, כשר".

ועל יסוד סברא זו כתב את ביאורו הנזכר בתורת גיטין. אך עיין מש"ב על דברי חזו"א אלו, בתשובת מנחת יצחק (חלק ח' סי' קלו).

ביחס לדברי התורת גיטין, ע"ע בפת"ש אה"ע (סי' קלד ס"ק יא), בספר עונג יו"ט (סי' קסח) בספר חלקת יואב (דיני אונס ענף ה) ובספר אגרות משה (אה"ע ח"א סי' קלו).

עכ"פ בנסיבות שטרם התקיים הדיון בתביעה הרכושית ולא ניתן לקבוע שהרכוש שאצל האשה שייך לבעל ונמצא ברשותה שלא כדין (כפי המבואר בדברי חיים), ובנוסף אין זיקה בין החזר ממון הבעל לרשותו לגירושין (כפי המבואר בתורת גיטין), אין לחוש שהקפאת המצב לפרק זמן נוסף ללא דיון בתביעה לחלוקת הרכוש, יביא לחשש גט מעושה.

**העולה מדברינו:**

מאחר שעל פי הדין מותר לבית הדין, ואף מוטל על בית הדין, שלא להיזקק לדיון של הבעל המסרב לתת גט, הרי שהוראה זו שלא לדונו, היא על פי הדין, ואין לחוש שעקב כך יחשב כגט מעושה שלא כדין. ובוודאי שכן לאחר שנפסק ביחס לבעל, שיש להתרחק ממונו בהרחקות דרבינו תם.

נזקקין לו, הוא מוכרח לגרש, אין בזה משום אונס. שאף שהוא שלא כדין, מ"מ אין זה רק מניעת הטוב."

בנוסף, נציין לדברי ספר תורת גיטין סי' קלד ס"ד שכתב:

"מייירי שהאשה גזלה ממנו ואינה רוצה להחזיר, ואינה מזכירה כלל מהגירושין ... וכן מעשים בכל יום שאשה לפעמים מצירה לבעל בגזילת ממון ובשאר דברים, ומחמת זה מגרש, ואין מי שחש לגט מעושה".

נאמרו כמה ביאורים בדברי התורת גיטין.

בספר דברי חיים (חלק א' אבן העזר סי' פג) כתב בביאור הנהוג הנזכר בתורת גיטין:

גם באמת זה דבר פשוט מנהג בכל תפוצות ישראל כמה פעמים שאשה תופסת חפצים ומעות כדי שיתרצה הבעל לגרשה ואין פוצה פה ח"ו דזה הוי גט מעושה. וטעם הדבר כיון שלא נודע בירור הדבר אם הדין עם האשה, לא הוי זה כאונס ואין זה אונס ידוע, דכמה פעמים בא הדבר לידי פשר ולקרב, ואם ביטל המודעות או שלא מסר מודע לא מקרי אונס כלל. דוודאי מרצונו מגרש ואפילו אם היה לנו גילוי דעת קיימא לן [גיטין ל"ד ע"ב] גילוי דעת לא מהני.

ובספר שו"ת משנה הלכות (חלק יז סי' פא) כתב:

דברי התו"ג מתפרשין כפשוטן, דאשה שגזלה ממון מיד בעלה ולא הזכירה שרוצה להתגרש, הנה יש לומר שבאמת אין רצונה להתגרש מבעלה כלל, ומה שגזלה מממונו זהו מפני שהיא אשה רעה בדעותיה והולכת אחר תאות לבה לאכול ולשתות וללבוש מה שלא מגיע לה מיד בעלה, או אולי מפני שרוצה להצניע כסף לעצמה שמא ימות בעלה ותמות ברעב או שנותנת הכסף למאן דהו, ועכ"פ אין בדעתה להתגרש ממנו, ולכן לא הזכירה לו גירושין לאחר שגזלה, וגם הבעל מה שהוא מגרשה אינו בשביל הממון שגזלה אלא שאינו רוצה באשה גזלנית ... וכה"ג ודאי מקרי מגרש ברצונו שאין כאן אונס כלל, אלא שנמאסת עליו אחרי שנתברר אצלו שהיא גזלנית, וכמו כל דבר מאוס שימצא בה כמה"כ והיה אם לא תמצא חן בעיניו וכתב לה ספר כריתות, אבל היכא שגזלה מכספו והזכירה גירושין אזל לה הטענה שאשה זו גזלנית היא, ועל כן מגרשה. דאדרבה הוא מרוצה ממנה אלא שהיא רוצה לצאת ממנו על כן גזלה ממנו כדי להכריחו שישחררה כגט, ובלי זה לא היה הבעל מגרשה, וע"כ אם יגרשנה עכשיו בשביל הגזל שגזלה הו"ל

## סימן פד

### צו הרחקה כדי לאפשר ביצוע פס"ד לחיוב גט

א. בפסק דין מיום ... חויב הבעל בגירושין, ונקבע מועד לדיון שנועד לסידור הגט. במועד שנקבע לסידור הגט לא הופיע הבעל, ומהתעלמותו להשיב כמתחייב בהחלטה הנזכרת בית הדין מסיק שהבעל מסרב לציית לפסק הדין. יצוין, עפ"י ההלכה כל עוד הצדדים מתגוררים תחת אותה קורת גג אין אפשרות לסדר את הגט. על כן הדרך להביא

#### החלטת בית הדין

בהחלטה מיום... נדרש הנתבע להשיב בתוך שלושה ימים האם יציית לפסיקת בית הדין המחייבת אותו לתת גט, ומשלא הוגשה תגובתו בפרק הזמן שנקבע, ניתנת ההחלטה דלהלן:

לחייב מזונות כשהבעל מחויב על ידי ביה"ד לגרש, עיין פד"ר ח"א עמ' 74 וח"ד עמ' 161. ועיי"ש בפד"ר ח"א הנוכר שכתבו:

"אמנם נראה דחייב זה שחידש המהרי"ט לחייבו במזונות משום דהיא אגידא גביה ומעוכבת להנשא על ידו, אינו נובע מתנאי הכתובה שהבעל מתחייב בהו ע"י קשר הנישואין, אלא זהו חיוב חדש מתקנת חז"ל שהוא מחויב במזונותיה כל זמן שהיא מעוכבת להנשא על ידו, וכמו במגורשת ואינה מגורשת, דמדין תנאי כתובה אי אפשר להוציא ממנו כלום, ועיין רש"י כתובות צ"ז ע"ב שגם במגורשת ואינה מגורשת כשהיא ארוסה חייב במזונות. וא"כ ה"ה בנמצא בו מום והיא לא ידעה אעפ"י שיש ספק בעצם הקידושין לדעת הבי"ש, מ"מ הוא חייב במזונותיה כל זמן שלא גירשה משום שהיא מעוכבת להנשא על ידו".

משמעות הדברים היא, שעצם המציאות שבה האשה מעוכבת מלהינשא מחדש מחמת הבעל, גוררת אחריה את חיוב המזונות, והארכנו בהלכה זו בעטרת דבורה ח"א סי' מ'.

על כן, על יסוד שתי העילות הנוכרות, בית הדין מחליט לחייב את הנתבע בדמי מזונות זמניים בסך 3500 שקל לחודש. תוקף החלטה זו ממועד מתן ההחלטה הנוכחית.

ג. מאחר שהבעל לא התייצב לדיון כמתחייב, הצדדים מוזמנים לדיון נוסף בתביעת הגירושין בתביעת המזונות ובתביעה לצווי הגבלה שיתקיים ביום ... הבעל יזומן לדיון בצו הבאה.

להלן נימוקים להחלטה זו.

### נימוקים

#### נימוקים הלכתיים לסעיף א' לפסק הדין

במקרה הנוכחי בית הדין פסק לחייב את הבעל בגירושין, אך בהעדר פסיקה המחייבת את הפרדה במגורים, עם תום צו ההגנה הוחלט שיינתן צו האוסר על הבעל להיכנס לדירה על מנת לאפשר את ביצוע הגירושין.

יובהר: בהיעדר הוראה כזו ולאחר שהבעל ישוב להתגורר עם האשה תחת אותה קורת גג, בחזרתו למגורים באותה דירה עם אשתו, יסכל את ביצוע פסק הדין לגירושין, וקיים סיכוי סביר שהגירושין יתעכבו ללא קץ, ויישארו מותנים בהסכמת אחד מבני הזוג שיבחר לעזוב ולעבור למקום מגורים חילופי, ובסופו של דבר יעזוב את הבית אותו בן זוג שאצלו כבר כשל כח הסבל להמשיך במציאות בלתי הגיונית זו.

להלן הנימוקים ההלכתיים לצו ההרחקה על יסוד הנסיבות המתוארות.

בגמרא במסכת כתובות דף כז: נאמר:

"המגרש את אשתו - לא תנשא בשכונתו ... מי נדחה מפני מי. ת"ש, דתניא היא נדחית מפניו, ואין הוא נדחה מפניה, ואם היתה חצר שלה - הוא נדחה מפניה. איבעיא להו היתה חצר של

למימוש פסיקת בית הדין לחייב את הבעל בגירושין היא באמצעות הסדרת מגורים נפרדים גם בהיעדר הסכמת צד אחד. על כן, מתוקף סמכותו של בית הדין לדון ולפסוק בתביעת הגירושין ולאכוף את פסק הדין על הצד המסרב לציית לפסק הדין, וכן על יסוד סמכות בית הדין לדון בתביעה לחלוקת הרכוש, בית הדין מוסמך להורות על הפרדה למגורים נפרדים, גם שלא במסגרת הוראות החוק למניעת אלימות במשפחה התשנ"א-1991.

במקרה הנוכחי, כעת האשה מתגוררת בדירת המגורים, ואילו הבעל מחוץ לדירה. מתקיימים דיונים ביחס לזכותו של כל צד בנכס ודיונים אלו טרם הושלמו, אך אין חולק שהנכס נרשם בדרך של 90% לאשה ו-10% לבעל. בנסיבות אלו, כל עוד לא הושלמו הדיונים רישום הנכס בלשכה לרישום מקרקעין קובע באופן זמני את הבעלות על הנכס. כיוון שכן, בעת הזו לאשה עדיפות במגורים בנכס על פני הבעל, מאחר שכעת חלקו בנכס קטן בהרבה מחלקה של האשה.

מאחר שלא יתכן ששניהם יגורו בדירה לאחר הגירושין, על כן, על מנת לאפשר את ביצוע פסק הדין לגירושין ובמסגרת סמכות בית הדין לדון בתביעות הכרוכות בגירושין בית הדין מורה להרחיק את הנתבע מדירה זו, ובזאת ניתן צו ולפיו נאסר עליו להגיע ולהיכנס לדירת המגורים של הצדדים בירושלים.

מאחר שהצו אינו ניתן במסגרת החוק למניעת אלימות במשפחה התשנ"א-1991, אלא במסגרת סמכות בית הדין לדון בתביעת הגירושין ובתביעות הכרוכות בתביעה זו, ומאחר שפסק הדין לחייב הגירושין חלוט, אין הגבלת זמן לתוקף צו זה.

המשטרה מתבקשת לסייע באכיפת צו זה.

עם השלמת פסק הדין בתביעה לחלוקת הרכוש, ובהתאם לתוצאת פסק הדין, יהיה מקום לבחון את זכותו של הנתבע להתגורר בדירה לאחר שהתובעת תצא ממנה, וכן לזכותו לדמי שימוש ולהביא לפירוק השיתוף בדירה, ואין בצו הנוכחי לקבוע דבר ביחס לתוצאות ההליך.

ב. בהתאם להחלטה מיום ... התקיים דיון בתביעת האשה למזונות. יצוין שביום הנישואין הבעל התחייב לשלם 100 דולר ליום דמי מזונות במתכונת המפורטת בכתב ההתחייבות המצורף לתיק, ויש לדון אודות עילת חיובו במזונות האשה על יסוד התחייבות זו, המצורפת לתביעת הגירושין. בנוסף, מאחר שהבעל חויב בגירושין ומסרב לתת גט, יש מקום לדון בחיובו ב"מזונות מעוכבת".

בתשובת מהרי"ט ח"א סי' קיג כתב:

"ומזונות נמי נראה דיש לה כל זמן שאינו מוציאה בגט, שהרי גדולה מזו אמרו בפ"ק דמציעא, כל מקום שאמרו חכמים מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במזונותיה אע"פ שנתן לה כתובתה, כל זמן שהיא מעוכבת מלינשא מחמתו".

מקובל לפרש את דברי מהרי"ט, שבדבריו אלו קבע את הדין

לזכויות ממון, כפי שנפרט להלן. והוא הדין ביחס להלכה הקבועה בשו"ע אבן העזר סי' קי"ט סעיף יא הקובעת מי מבני הזוג נדחה מפני מי.

הלכה זו, שהאחד נדחה מפני השני, במקורה נאמרה בסתמא, על כן נראה כי היא מתייחסת לבני זוג שבאו להתגרש ללא הסכם, כשמיד לאחר הגירושין התעוררה השאלה מי מהם מחויב לעבור למקום אחר. אך היא מתייחסת גם לנסיבות של חיוב גירושין. אם לא הוסדרה בהסכמה הפרדת הזוג למגורים בדירות נפרדות (שלא באותה חצר). וכי עוד קודם הגירושין המחויבים, מוטל על בית הדין לקבוע על מי מוטל לצאת מהבית על מנת לאפשר את מימוש סידור הגט, למרות שבעצם היציאה מהבית נשללת מאחד מבני הזוג הזכות לממש את זכות הקניין ברכושו, באמצעות המגורים בביתו.

להלן נבסס בעז"ה קביעה זו שבנסיבות של חיוב גירושין מאותה עת שבה נפסק חיוב הגירושין ועוד בטרם סידור הגט בפועל חלו על בני הזוג כמה ההלכות המתייחסות לממון ורכוש, הנובעות מהגירושין.

### תשלום כתובה בטרם הגט

במרדכי במסכת כתובות פרק המדיר:

"כתב הר"ם ז"ל כל היכא דקתני יוציא ויתן כתובה נהי דאין כופין אותו אלא בראיה ברורה, מ"מ נפיק ממונא מיניה כאן, דכיון דחייבוהו חכמים להוציא ולתת כתובה אם לא הרשינו לכופה להוציא דאם היינו כופים ה"ל מעושה שלא כדין, מ"מ כתובה מ"ט לא נפיק מיניה כיון דחייבוהו חכמים בממון זה לתת לה הלכך מפקין מיניה כתובה ויהיבין לה מנה ומאתים ונדוניא דהנעלת ליה".

דינו של מהר"ם נפסק להלכה ברמ"א אה"ע סי' קנד סעיף כא שכתב:

"בכל מקום דאיכא פלוגתא אם כופין או לא, אע"ג דאין כופין לגרש, מכל מקום כופין אותו ליתן כתובה מיד, וכן הנדוניא דאנעלת ליה".

וכתב בביאור הגר"א:

"כיון דחייב להוציא וליתן כתובה, נהי דא"י לכופו על הגט, כתובה מ"מ חייב ליה".

הלכה זו מוסכמת על רוב הראשונים, ונציין לתשובת התשב"ץ ח"א סי' א' שהביא הב"י אה"ע סי' קל"ד, שכתב בלשון זו:

"ויש אונס אחר, אעפ"י שהוא אונסו בגופו אינו אונס לגרש אלא שאונס אותו לעשות דבר אחד, והוא מעצמו כדי להנצל מאותו אונס מגרש מעצמו, וזה אינו קרוי כפייה, כיון שלא כפו אותו ממש להוציא. והראיה מדאמרין בירושלמי בפרק אלמנה נזונה (ה"ז) - אמר שמואל אין מעשין אלא לפסולות, ואקשו עליה התם והא תנינן המדיר את אשתו וכו' עד יוציא ויתן כתובה, ופריקו שמענו שמוציא שמענו שכופין, וכתב זה הירושלמי ר"ח ז"ל בפירושו. ופירש זה הירושלמי כך הוא

שניהם, מהו ת"ש: היא נדחית מפניו, במאי עסקינן אילמא כחצר שלו, פשיטא ואלא כחצר שלה, והתניא אם היתה חצר שלה - הוא נדחה מפניה, אלא לאו כי האי גוונא. דלמא דאגיר מיגר. מאי הוי עלה, ת"ש הנה ה' מטלטלך טלטלה גבר. ואמר רב טלטולי דגברא קשין מדאיתתא".

וכן נפסק בשו"ע אה"ע סי' קי"ט סעיף יא. אך הלכה זו מתייחסת לנסיבות בהם בני הזוג כבר התגרשו בהסכמה אך ללא הסדרת המגורים הנפרדים, או בהעדר הסכמה על הגירושין ולאחר חיוב אחד מהם בגירושין, ומיד לאחר סידור הגט מתעורר האיטור למגורים משותפים באותה חצר, ומוטל על בית הדין לקבוע מי נדחה מפני מי. בנסיבות אלו, מיד לאחר שמסדרים את הגט המחויב, ניתנת ההוראה המתאימה לאותו בן זוג המחויב לצאת ולעבור למקום מגורים חילופי.

אך בימינו שמעבר למקום מגורים אחר מחייב הכנה מוקדמת, למצוא פתרון מגורים חילופי, הסדרת ציוד בסיסי והעברת חפצים, מן ההכרח שגם בנסיבות של חיוב גירושין, ההוראה המסדירה את ההפרדה תינתן עוד קודם להזמנת הצדדים לסידור הגט. שאלה זו אינה מתעוררת בגט המוסדר בהסכמה, שאז ההסכם קובע גם את זהותו של בן הזוג המחויב בעזיבת הדירה. אך בהעדר הסכמה, עלינו לקבוע הפרדה זו בניגוד להסכמת צד אחד, וזאת עוד קודם למועד סידור הגט.

נציין למש"כ בפסק דין שבספר "פסקים וכתבים" מהגרי"א הרצוג זצ"ל ח"ז סי' קלט שמתחילה סבר שחיוב גירושין אינו מחייב את אחד הצדדים במעבר למקום מגורים חילופי, וכתב:

"אפילו היה הדין על פי המסיבות שהוא חייב ליתן לה גט, הלא לא היה הדין מחייבו אלא ליתן גט, אבל לא לצאת מן הדירה ... כל זמן שאין פסק בית דין מצד דיני ממונות שהיא יכולה לשלול ממנו את זכותו לדירה, לאו כל הימנה להוציא מפני שהיא רוצה בגט, ואפילו אם היתה החצר שלה שאז הוא נדחה מפניה, זהו כשאסור כבר על פי הדין שישבו יחד, או כשכבר נתגרשו מבלי סידור בענין, אבל לא לשלול ממנו את זכותו מפני שהיא רוצה בגט".

וכעין זה שם בסי' צב, אך בהמשך דבריו בסי' קלט, כתב:

"מבלי להכנס בעצם הטענות שביניהם, ברור כשמש בצהרים שהיא לא תשוב לחיות איתו חיי אישות, וכמה קשה הדבר להשאיר מצב כזה של בעל ואשה יושבים בבית אחד, זה בחדרו וזו בחדרה, ושניהם מתענגים, לא תהא כזו בישראל".

אך נראה שיש מקום לחרוג מדבריו של הגרי"א הרצוג זצ"ל במה שכתב שחיוב הגירושין ביטודו עדיין אינו מחייב לפסוק שאחד מבני הזוג נדחה מפני השני, אלא לנהוג כפי שכתב בהמשך למש"כ בסי' קלט כאמור, ויש להורות על הפרדה.

יש לקבוע כי בנסיבות של חיוב גירושין, מאותה עת שבה נקבע חיוב הגט, עוד טרם סידור הגט בפועל, חלו על בני הזוג כמה ההלכות הנובעות מהגירושין המתייחסות לרכוש

ויתן כתובה" שכופין על הכתובה ומבקשים את הגט, בהכרח שהכפיה לתשלום הכתובה הוא עוד קודם למועד הגירושין, המעוכבים לעת עתה.

### מקור חיוב הכתובה בטרם הגט

יש מקום לברר הלכה זו שכתבו מהר"ם התשב"ץ ושאר הראשונים, האם חיוב הכתובה בטרם ניתן הגט הוא חיוב חדש שתקנו כדי לכפותו בכך לתת גט, או שזהו החיוב הרגיל של כתובה, אלא שקבעו את זמן פירעון הכתובה במועד שבו חויב לתת גט.

מפשטות לשון המרדכי והתשב"ץ ושאר הראשונים, וכן ביאור הגר"א, נראה שחיוב תשלום הכתובה נובע מהחיוב הרגיל של כתובה, שאם לא כן, הראשונים היו מציינים שיש כאן חיוב חדש ומבארים הלכה זו, ומסתימת דבריהם מבואר שאין כאן חיוב חדש.

אמנם בספר אגרות משה חלק אבן העזר ח"א סי' קלז כתב:

"מוכרחין לומר להרשב"ץ שהוא חיוב כתובה חדש, לא מהחיוב הידוע שהוא לכשתתאלמן ותתגרש, דמצד חיוב ההוא אין שייך לכופו ליתן הכתובה כשעדיין לא גירשה. ודוחק לומר דזה שעשה שתתבע גירושין הוא כבר כגירושין לענין חיוב הכתובה. וכיון דהוא חיוב חדש, אפשר לומר שהוא רק כדי לכפותו בזה, ומגליה דאף כשא"צ לכופו צריך ליתן כתובה, ובודאי אין לומר כלל שיסבור הרשב"ץ והרמב"ן דאין לה כתובה כשמחייבין אותו לגרש ומגרש בלא כפיה. ועוד עצם הדבר דיהיה חיוב כתובה בלא גירושין הוא דבר תמוה, וצע"ג כוונתם".

והנה, בחזו"א אה"ע סי' סט ס"ק יג דן בהלכה זו של המרדכי והרמ"א ובתחילה נטה לומר שזהו חיוב חדש שנועד לכפותו לתת גט, וז"ל:

"צ"ע, נהי דחייב לגרשה, מ"מ אין חיוב כתובה אלא אחר הגירושין והשתא אינו חייב לה. ואפשר שהוא רק מדין כפיה ... ואי ליתא קמן למכפי' נראה דאין מגבין לה כתובה מנכסיו".

אך מיד החזו"א חזר מסברא זו, וכתב:

"ובכה"ט ר"ס קנ"ד בשם רד"ך לא כתב כן. ואפשר דתיקון חכמים הוא במקום שאמרו יוציא ויתן כתובה, שחייב בכתובה מיד".

וז"ל הבאר היטב שהביא החזו"א:

"כל היכא דכופין להוציא וליתן כתובה, אם לא יכפוהו להוציא, כגון דליתא קמן, והאשה תובעת גיטה וכתובה, בית דין יורדין לנכסיו ומגבין לה".

הרי שהחזו"א בתחילת דבריו נטה לומר שזהו חיוב חדש כחלק מאמצעי הכפיה לגירושין, אך בעקבות דברי הרד"ך חזר בו. דברי הרד"ך והחזו"א נעלמו מהאגרות משה, לכן סבר שזהו חיוב חדש כאמצעי כפיה לכופו לתת גט, אך לבסוף נשאר בצ"ע בביאור הלכה זו.

מאחר שבתשובת הרד"ך מבואר שפסק לחייב בכתובה, גם כשהבעל אינו מסרב לתת גט אלא שהגט מתעכב מטעמים

שהם תרצו דהא לא קשיא, דאע"ג דתנן יוציא ויתן כתובה, כלום שמענו שכופין בתמיה, דיוציא לחוד וכופין לחוד, דכופין ר"ל שכופין אותו ממש לגרש, ויוציא ר"ל שכופין אותו לפרוע כתובה, ואם מתוך כפייה זו רוצה לגרש יגרש, וכן כתב הרמב"ן ז"ל בפרק אעפ"י ... ומ"מ מוכח מהכא שכופין אותו לפרוע כתובה ולפעמים מפני פירעון כתובה הוא צריך לגרש, והרי הוא כפוי ועומד בגט זה, כיון שלא כפו אותו ממש לגרש, אלא שכדי לפטור עצמו מאונס פירעון כתובה נתפייס לגרש, לא מיקרי גט מעושה כלל, שהרי האונס בענין אחר היה והגט ברצונו נתנו, שהרי לא היו כופין אותו לגרש ... אם עישו אותו בדברים אחרים שהיה הדין לכופו בהן לגרש, כגון פריעת כתובה דפריעת ב"ח מצוה, ומכין אותו עד שיאמר רוצה אני כדאיאתא בפרק הכותב (פ"ו ע"א), ולהציל עצמו מאותו עישוי נתרצה לגרש לא הוי גט מעושה. ומיהו מסתברא דה"מ כשכפוהו בדין בדברים אחרים כגון הכא שהדין נותן לפרוע כתובה, וכדין כפוהו בפריעתה. אבל אם כפוהו שלא כדין בדבר אחר, ומתוך אותה כפייה גירש איפשר דהוי גט מעושה דנקטיה בכובסיה דלשבקיה גלימיה הוי, וצריך עיון".

ועיין עוד בפד"ר כרך א' עמ' 216 (ובספר עזר משפט סי' ד') בפס"ד מביה"ד ת"א שהגאון רבי אליעזר גולדשמידט זצ"ל הביא מראשונים ואחרונים שפסקו חיוב תשלום הכתובה עם פסיקת חיוב הגט גם בטרם ניתן הגט.

וזה שיטת כמה מרבתינו הראשונים, רמב"ן, רשב"א, ריטב"א ור"ן, שפרשו שבכל מקום שלא נאמר בגמ' כופין לגרש אלא "יוציא ויתן כתובה" היינו מבקשים על הגט וכופין על הכתובה. ולשיטה זו תשלום הכתובה הוא עוד קודם הגירושין, שהרי כופין על זה. וכן מבואר בתשובת הרשב"א ח"א אלף קצב שכופין על תשלום הכתובה כבר עכשיו עוד קודם לגירושין המעוכבים על ידי הבעל.

מהרלב"ח בתשובה סי' לג באר שיטה זו וכתב:

"הר"ן וכל בעלי החדושים כתבו בפרק המדיר, כי בכל מקום שאמרו רבותינו ז"ל יוציא ויתן כתובה, רוצה לומר מבקשים על הגט. כפיית דברים כזאת בקשה נקראת ... בפרק המדיר אמר באותם שהדין בהם כופין שהכפייה היא בשוטים, דבדברים לא יוסר עבד. ואותה כפייה לבד כתבו המפרשים דאין לעשותה כי אם באותה המקומות לבד שאמרו בהם בפירוש כופין. אבל כפיית דברים ראוי לעשותה בכמו שאמרו בהם ז"ל יוציא ויתן כתובה".

והוסיף מהרלב"ח בסי' לו לבאר שיטה זו:

"כל המקומות שאמרו זכרונם לברכה בהם יוציא ויתן כתובה, משום דהתם ראוי הוא לכופו על הכתובה כיון שבעל המאמר האריך ואמר בפ"י ויתן כתובה. ובשלמא אם פ"י יתן כתובה רוצה לומר דכופין עליה ניחא דהאריך הלשון כל כך, אבל אם פ"י מבקשים על הכתובה כמו ביוציא, שפירושו מבקשים, כיון דלא נקט כופין, אם כן מה לו להאריך ויתן כתובה, כי פשיטא שהמוציא אשתו מחמתו ברצונו, שיתן כתובה".

העולה מדברי מהרלב"ח, שלאותם ראשונים שפרשו "יוציא

הרי מפורש בדבריהם, שהזמן לפירעון הכתובה חל מיד עם פסיקת חיוב הגירושין.

ואכן מעיון תשובת הרד"ך בית ב' חדר ז' עולה מפורש בדבריו, שהטעם בהלכה זו לחיוב כתובה באותם שנאמר בהם "יוציא ויתן כתובה", אינו מפני שאנו מבקשים לחייבו בכתובה כאחד מאמצעי הכפייה לגרש, אלא בהלכה זו נקבע המועד לביצוע חיוב תשלום הכתובה, והוא מועד חיוב הגירושין, בלא שהוא מותנה בסידור הגט בפועל.

להלן לשון הרד"ך. לאחר שהרד"ך דחה הסברא שמטעם קנס אתינן, כתב:

"אלא נראה דהיינו טעמייהו דתוספות ז"ל והרא"ש ז"ל, דכיון שכופין אותו להוציא ולתת כתובה מילתא דפשיטא היא דאי ליתיה קמן או שיתילד אחר זמן תולדה אחרת ולא נוכל לכופו, והאשה תובעת גיטה וכתובתה שבית דין יורדין לנכסיו מיד אחרי תביעתה ומגבין לה כתובתה, הואיל וחכמים חייבוהו לכופו בשוטיין להוציא ולתת כתובה, אם לא יכלנו לכופו להוציא יש לנו לכופו בכתובתה, הואיל וכבר הגיע זמן שחייבנו חכמינו ז"ל לכופו לתת כתובה, ומטעם זה גם הוא יהא זריז לקיים מצות חכמים לגרש.

ולרווחא דמילתא אומר שיש לנו לומר לענין גביית הכתובה דאשה זו, הואיל ולגירושין קיימא, כגרושה דמיא, וגבייא כתובה גם כי לא נתגרשה. דדמי למה שאמרו פרק המקבל יתומים אמרו אנו השבחנו ובעל חוב אומר אביכם השבית, על מי להביא ראיה. סבר רבי חנינא למימר ארעתא בחזקת יתומים קיימא, ועל בעל חוב להביא ראיה. אמר להו ההוא סבא הכי אמר רבי יוחנן על היתומים להביא ראיה, מאי טעמא ארעא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דגביא דמי, ועל היתומים להביא ראיה. אמר אביי אף אנן נמי תנינא ספק זה קודם ספק זה קוצץ ואינו נותן דמים, אלמא כיון דלמיקץ קיימא אמרינן ליה אייתי ראיה ושקיל, הכא נמי האי ארעא, כיון דלגוביינא קיימא, כמאן דגביא דמיא, ועל היתומים להביא ראיה, עכ"ל הגמרא. הרי לך דאף על גב דארעא בחזקת יתומים אמרינן כיון דלגוביינא קיימא, כמאן דגביא דמיא, ולא דמי לשטר העומד ליגבות דלאו כגבוי דמי לב"ה, דהכא מיירי בדשויה ניהליה אפותיקי כדמסיק התם, אבל התם לא ברר לו מאיזה מקום יפרע והוי מחוסר גוביינא. הכא נמי אית לן למימר, האי אתתא מבוררת היא דלגירושין קיימא, וכיון דלגירושין קיימא כגרושה דמיא לענין גביית כתובה, וכופין אותו לתת כתובה גם כי לא גרש".

ובהמשך התשובה, בחדר י', כתב הרד"ך תוספת ביאור בהלכה זו:

"כל היכא דכופין להוציא ולתת כתובה, כבר בארנו שאפילו התוספות ז"ל מודים שאם לא יכפוהו להוציא כגון דליתיה קמן, והאשה תובעת גיטה וכתובתה, שבית דין יורדין לנכסיו ומגבין לה כל דינין אחרי' תביעתה. דמשום דהוא עשה שלא כהוגן לא יהא חוטא נשכר ויתעכב זמן פירעון הכתובה שעליו ... מילתא דפשיטא היא שאם לא יכלו לכפותו להוציא, שכופין אותו לתת כתובה, שמשום שלא יכלו לכופו, לא נפטר ממה שהוא חייב

אחרים, כגון שהבעל אינו כאן, נראה שבדברי מהר"ם התשב"ץ והרמ"א נקבעה ההלכה שהחל מאותו מועד שניתנה הפסיקה לחיוב הגירושין, גם אם למעשה הגט טרם ניתן, מ"מ בשאר העניינים הכרוכים בגירושין יש לפסוק כאילו כבר ניתן הגט. על כן במקרה שבו האשה זכאית לתשלום הכתובה, בעקבות פסיקה שבה נקבע "יוציא ויתן כתובה" תוכל האשה לגבות כתובתה וגם נדונייתה, גם בטרם ניתן הגט.

וכן בפד"ר כרך א' עמוד 216 בפסק דין הנוכח מהגאון רבי אליעזר גולדשמידט זצ"ל באר הלכה זו כדלהלן:

"הרי שכופין לתת כתובה מיד, גם לפני הגט, אף שאין כופין לגרש. כי מכיון שמוטלים עליו שני חיובים, לתת גט מיד ולתת כתובה מיד, אין השחיית ביצוע אחד החיובים - מתן הגט, פוטרת מלכצע מיד את החיוב השני - תשלום הכתובה. לפי זה בנדון דידן שהדין הוא יוציא ויתן כתובה - כופין לשלם מיד הכתובה גם לפני ביצוע הגט".

וכן מבואר במהרי"ק שורש קו שחיוב הכתובה בטרם סודר הגט אינו חיוב חדש. וז"ל מהרי"ק:

"ואשר כתבת דפשיטא הוא להוציא מיד הבעל לכל הפחות הנדוניא דהנעלת ליה, והבאת ראיה ממה שכתב מהר"ם גבי הני דיוציא ויתן כתובה, דאע"ג שלא הורשינו לכופו להוציא בלא ראיה ברורה, מ"מ כתובתה נוציא ממנו כו'. נלע"ד דאין מכאן ראיה כלל, ושאינה התם שחייבוהו חכמים ליתן גט וכתובה, והרי היא עומדת וצווחת שהיא רוצה ממנו גט כדברי חכמים שחייבוהו בכך, ומותר לקרותו עבריינא אם לא יוציא ויתן כתובה, אפילו לפירוש רבינו חננאל כמו שכתבו התוס' ריש פרק המדיר, ודאי דין הוא שנוציא ממנו הכתובה, דפשיטא דלענין ממון יש כח ביד חכמים שהרי הפקירם הפקר, ואף על גב דלענין איסור אשת איש החמור אין כח ביד חכמים לכופו מאחר שאין אלא פושע בעלמא".

הרי מפורש בדבריו שבאותם שתקנו בהם חכמים "יוציא ויתן כתובה" ודאי דין הוא שנוציא ממנו הכתובה, דפשיטא דלענין ממון יש כח ביד חכמים שהרי הפקירם הפקר". ומבואר שאותו טעם לחיוב הכתובה עם הגירושין, יאמר באלה גם ביחס לחיוב הכתובה עוד בטרם ניתן הגט, ובשניהם זהו דין גמור מכח תקנת חכמים שהורו "יוציא ויתן כתובה".

הבית מאיר בתשובה (שו"ת בית מאיר, מהדורת מכון ירושלים) סי' לט, כתב על דינו של המרדכי והרמ"א:

"כל שהדין נותן לכופו על הגט וכתובה, אף שאין בידינו לכופו על הגט, יהיה באיזה אופן שיהיה, ויש בידינו לכופו על תשלומי כתובה, ממילא הוי מטא זמן חיובא תשלומין הכתובה, ואם אין בני חורין תטרוף ממשעבדי. ומה שנסתפק מעלתו ... השעבוד לכתובה מימי הנישואין לא חל עד אחר הגירושין. במח"כ לא ניחא לי בסברא כזו. שמיד שהנכסים נשתעבדו, על אופן זה נשתעבדו, שכל אימת שיחול זמן הפירעון ולא יהיה בעל חוב, תטרוף מה שנשתעבד, ומיד שמחויב בגירושין חל זמן הפירעון".

בתשובת הרד"ך מבואר שבמקום שפסקו חיוב גירושין, הרי שבאותה עת כבר ניתן לכפות על ביצוע העניינים הממוניים הנובעים מהגירושין.

בדברי הרד"ך מצינו שתי סברות בהלכה זו:

א. "כיון דלגירושין קיימא, כגרושה מיא לענין גביית הכתובה", וכן הוכיח מדברי הר"ף והרשב"ם שרק נחלקו לענין ירושה, אך ביחס לזכותה של האשה, לא נחלקו שהיא כבר זוכה בכל הזכויות הנובעות מהגירושין. והיינו כסברת הגר"א גולדשמידט זצ"ל הנזכרת.

ב. "דמשום דהוא עשה שלא כהוגן לא יהא חוטא נשכר, ויתעכב זמן פירעון הכתובה שעליו ... מילתא דפשיטא היא שאם לא יכלו לכפותו להוציא, שכופין אותו לתת כתובה, שמשום שלא יכלו לכופו, לא נפטר ממה שהוא חייב לתת".

#### דינא דמתיבתא

ויש להוסיף בזה שבהתאם לאמור, עלה בידינו תוספת ביאור בדינא דמתיבתא שהביא הר"ף במסכת כתובות דף סג: והטור באה"ע סי' עז והרמ"א שם סעיף ג'.

בדינא דמתיבתא כפי שהובא ברי"ף קיימת תקנה לכפות על הגירושין וכן הסדרת ענייני הממון. אך להלכה, הרמ"א נקט כשיטת מהר"ם שיש לנהוג כדינא דמתיבתא רק לענין הממון. ומצינו מחלוקת באחרונים האם לבצע את חלוקת הרכוש ולתת לאשה את רכושה, נכסי מלוג ונכסי צ"ב, עוד קודם הגט. הט"ז בסי' עז סק"ז והב"ש ס"ק כז כתבו שאין להוציא מהבעל, אלא דווקא לאחר הגירושין. לעומת זאת, הפת"ש סק"ז הביא מרע"א ושב"ת יעקב שהאשה רשאית לקבל מהבעל את רכושה עוד קודם לסידור הגט, וכן האריך להוכיח בתשובת הגאון רבי חיים מוולאז'ין שבספר חוט המשולש ח"א סי' ב', והביא שכן מפורש בתשובת מהר"ם. ונראה שמהר"ם לשיטתו סבר שלאחר שבדינא דמתיבתא נקבע חיוב הבעל בגירושין לכן האשה זכאית לקבל את רכושה עם פסיקת חיוב הגירושין, ועוד קודם לסידור הגט בפועל. ומאחר שלמעשה לענין הממון אנו פוסקים כדינא דמתיבתא, יש להורות על חלוקת הרכוש עוד קודם לגירושין, והתחדש בהלכה זו, שלמרות שדיני הממון נגזרים מחיוב הגירושין, עכ"פ למעשה נפסקו דיני הממון גם בהעדר חיוב הגירושין. לעומת זאת, סברו הט"ז והב"ש שמאחר ולמעשה איננו מחייבים את הבעל בגירושין כמפורש בשו"ע וברמ"א, נסיבות אלו שונות מהנסיבות של בעל שהורו לו הלכה למעשה "יוציא ויתן כתובה", ואין מקום להורות על הוצאת הרכוש בהעדר הוראה המחייב את הבעל בגירושין. עכ"פ חזינן שאליבא דהשבות יעקב הרע"א והגאון רבי חיים מוולאז'ין, מפורש בתשובת מהר"ם היסוד האמור לעיל שעם פסיקת חיוב הגירושין אנו נוהגים למעשה בהתאם לכל ההלכות הקובעות את חלוקת הרכוש אע"פ שהגט טרם סודר.

לתת. וגם כי הדבר פשיטא, לרווחא דמילתא דנראה שיש עוד להביא לזה ממה שכתב הר"ף ז"ל בפרק אף על פי, וזה לשונו - ולדברי הכל כל מה דכייפינן ליה לאפוקי, בין מעיקרא דדינא, כדתנן אלו שכופין אותן להוציא, ומאי דדמי להו, בין מעיקרא דתקנתא, אי מית ליה אתתא מקמי דתיפיק מניה דבעל בגט, בעלה ירית לה, דלא מפקעא ירושה דבעלה אלא בגרושין גמורין עכ"ל. ומדכתב הוא ז"ל לענין ירושה דלא מפקעא ירושה דבעל אלא בגרושין גמורין, ושביק ממאי דהוה עסיק במורדת דקאמר דיהבינן ליה מאי דאייתת מבי נשא, ולגאונים עיקר כתובה מנה ומאתים, ולא השמיענו בו דין זה שכל זמן שלא כפו אותו לגרש וגם הוא לא גרש ולא רצה לגרש דלא יהבינן ליה מידי עד אחר הגרושין, או לכל הפחות לכתוב בסתם דקודם גרושין הוי דינא, דכל אותן שכופין לגרש דעלייהו קאי, ככל איש ואשתו דעלמא לענין הממון. משמע משמרדה עליו ותבעה גט יהבינן לה מאי דיהבינן לה למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה, ואע"פ שלא גרש, הואיל וכופין אותו לגרש לדעתו של הר"ף ז"ל. ואין לדחות לומר דשאני מורדת דעיקר תקנה שתקנו בה הגאונים היתה שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות רעה, ואם לא תגבה כתובתה גם קודם שיגרש איכא למיחש טובא שיצאו לתרבות רעה, דהא הוא כלל בכלל זה גם שאר הנשים שכופין להוציא מעיקרא דדינא שדין אחד להם וכתב דלא מפקע ירושה אלא בגרושין, דמשמע דדוקא להפקיעה ירושה הוא דבעינן גרושין אבל לשאר מילי לא, אלא גובה כתובתה, וכדכתיבנא. והיינו משום דכל שכופין אותו לגרש גם כי לא יוכל לכופו לגרש, כופין אותו לתת מה שהוא חייב לתת לה אחר הגרושין. ולכך הוצרך הוא ז"ל להוציא ירושה מכלל שאר הדברים ולומר שהבעל יורש כל זמן שלא גרשה. ואפשר דהיינו טעמא דירושה, דהואיל והיא מתה וירושה באין לירש בראוי להן לירש, יש לנו ללכת אחר חזקת הבעל שנכסיה בחזקתו לגרש אותה, כל זמן שלא גרשה. אבל בחייה, דהיינו לגבות כתובתה ושאר דיניה, אלימא חזקה דילה הואיל והיא עצמה הבעלת חוב שהבעל הוא מחוייב לה ... היכא שהיא תובעת גט נראה דמזמן שתובעת והלאה יש לו לתת כתובה ואין לו משלה כלום גם קודם שיגרש אליבא דכולי עלמא, הואיל ואינה ראויה לעמוד תחתיו, כנלע"ד. וכל שכן אליבא דרשב"ם ז"ל דסבר דאפילו באשתו שמתה מתוך קטטה שהיה בדעתו לגרשה דאין בעלה יורשה כדכתב בפרק מי שמת בעובדא דתורתני וז"ל מהכא שמעינן שמי שמתה אשתו מתוך קטטה שיש בדעתו לגרשה שוב אינו יורשה כדאמרינן במסכת גיטין כיון שנתן עיניו לגרשה שוב אין לבעל פירות, עד כאן לשונו, דלדעתו היכא דהוי מאותן שכופין אותן להוציא אין בעלה יורשה אם מתה דאין לך מתה מחמת קטטה גדולה מזו וק"ל".

עד כאן מתשובת הרד"ך. וע"ע בתשובת נופת צופים סי' צו שכתב בפשיטות שתשלום הכתובה עוד קודם הגירושין נקבע כדי שלא יהיה חוטא נשכר, אך לא הזכיר מדברי הרד"ך שקדמו בסברא זו.

העולה מדברינו -

**מי נדחה מפני מי בטרם הגט**

נחזור לנידון דנן. לפי האמור נראה שה"ה ביחס להכרעה בשאלה מי נדחה מפני מי, יש לדונה כגרושה כבר החל מהמועד שבו בית הדין פסק את חיוב הגירושין. וגם בהעדר הסכם, אין מנוס ואף מוטל על בית הדין כבר כעת, עוד בטרם סידור הגט, להורות ביחס למגורי אחד מהם מחוץ לבית. גם לענין זה, וכמו לשאר ענייני הממון, מיד לאחר פסיקת חיוב הגירושין "כגרושה דמיא", כלשון הרד"ך. וכן קיים כאן הטעם השני הנוכרי. אם בן הזוג המחויב לעזוב את הבית הוא הבעל המעכב את מתן הגט, הרי שקיימת כאן הסברה שאין להימנע מההוראה הנ"ל עם פסיקת חיוב הגירושין, כדי "שלא יהיה חוטא נשכר", ובכך נוכל לזרז את ההליך לקראת סידור הגט המחויב. והדעת נותנת כן שאם לא כן הבעל המחויב בגירושין יוכל לעכב את סידור הגט ללא גבול, או לחילופין יוכל לאכוף על האשה את עזיבת הבית עם כל הקושי הכרוך בכך, גם כשעפ"י הדין אינה מחויבת בכך.

**הכרעה בשאלת מי נדחה**

לאחר שקבענו את המסקנה הנ"ל, בכל מקרה שבו בני הזוג עדיין תחת אותה קורת גג ואין הסכמה על פירוד, עם מתן פסק הדין לחיוב הגירושין, עלינו לדון בכל מקרה לגופו, על מי מבני הזוג מוטל לעזוב ולעבור למקום מגורים חילופי. אמנם בגמרא ובשו"ע נפסק כי במקרה שכח שניהם שווה, כגון ששניהם בשכירות או שהמדור של שניהם, על האשה לעזוב, אך היינו כשאין שיקולים אחרים המכריעים את הכף. כללי הלכה זו התבארו בספר שער משפט סי' קע"א סק"ד ובתשובתו שבספר נחלת אבות סי' לא. שם התבאר כי בנסיבות שבהן כח שני בני הזוג שווה, ולכאורה לא ניתן

להוציא אחד מהם מהבית כתוצאה מהגירושין, אין מנוס אלא להעדיף אחד מהם על יסוד שיקול מסוים שבכוחו להביא להכרעת הכף להעדיף את אחד מהם. הכרעה זו, יש ותיעשה גם באמצעות שיקול קל, כגון הסברה שנאמרה בגמרא (כתובות כח.) "טלטולי דגברא קשין מדאיתתא", שהיא "סברא מועטת" ו"טעם קלוש" כמו שכתב השער משפט. לכן ה"ה ביחס לכל שיקול אחר המתקבל בעיני בית הדין ומשקלו כבד יותר, וכגון כשהילדים הקטינים נשארים במשמורת האם, ואין להם פתרון מדור חילופי ראוי.

בהתאם לאמור, בנידון דנן שאין יד שניהם שווה בבעלות במדור, אלא לאשה 90% ולבעל 10%, כח האשה עדיף, על כן החובה שלא לגור בדירה הוטלה על הבעל, על מנת לאפשר את הגירושין, שכבר נפסק שהוא מחויב בהן, ולמנוע הטלת ספק במעמדה כגרושה לאחר הגירושין אם ישוב לגור בבית. עוד יובהר, כעת לאחר פסק הדין לחיוב הגירושין, כבר הסתיים פרק הזמן של השותפות בנכס, שותפות שהוסדרה לצורך הנישואין בלבד. כשם שמועד הגירושין הינו המועד לפירוק השיתוף, מאחר שביחס לפרק הזמן שלאחר הגירושין לא הוסכם על שיתוף, מאותו הטעם הוא הדין בפרק הזמן הנוכחי לאחר פסק הדין לחייב את הגירושין, וכל צד זכאי לדרוש פירוק השיתוף כבר כעת, ולהביא להסדרת חלוקת זמני השהות בנכס עד השלמת פירוק השיתוף עפ"י הקבוע בשו"ע חו"מ סי' קעא סעיף ח', ובשלב זה ההסדרה היא כאמור.

כפי שכבר נקבע בהחלטה, כל האמור נקבע רק לצורך הסדרת הגירושין ובלא שיהיה בכך ויתור על זכות הקניין של הבעל בדירה כפי שהייתה עד כה. וכן אין מניעה שהבעל יבקש לקבל מהאשה דמי שימוש עבור השימוש שהיא עושה בחלקו בדירה ובהתאם לחלקו היחסי בנכס.

**סימן פה****חיוב בעל רגזן בגט**

אותה בהעלמת מפתח של הרכב ולא לאפשר לה להביא את הילדים למוסדות החינוך, ולגרום לה לאחר למקום עבודתה. האשה נתנה מספר דוגמאות להתקפי זעם. לפני כמה שנים בעלה לקח את הפאה שלה, ששוויה כמה אלפי שקלים, וגזר אותה לגורים.

מקרה נוסף אירע כאשר היא וילדיה עמדו לפני נסיעה לחו"ל, ועקב עימות שנוצר על ידי הבעל, מרוב פחד, האשה עם הילדים ארזו את מזוודותיהם ויצאו באמצע הלילה מהבית, ועברו למלונית לבלות בה את שארית הלילה.

האירוע החמור שהביא את האשה לעזוב את הבית, כאמור, היה התפרצות אלימה כלפי הבן, שהבעל צעק עליו ואיים עליו שיצא מהבית. השכנים שמעו את הצעקות והזמינו משטרה, והבעל הורחק מהבית לחמישה ימים, ולאחר מכן ע"י בית

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין, והדיונים לבירור תביעת הגירושין הושלמו. עפ"י החלטה קודמת הוגשו סיכומי טענות התובעת, ואילו הנתבע לא הגיש סיכומי טענות מטעמו.

רקע כללי: הצדדים נשואים כדמו"י מזה כ-18 שנה. לפני שנתיים לאחר אירוע אלים בבית, ניתן צו הרחקה שהרחיק את הבעל מהבית. לאחר שהבעל חזר, עזבה התובעת את הדירה השכורה בה חיו יחד בני הזוג, ועברה להתגורר עם ילדיה בנפרד מבעלה.

האשה טענה טענות קשות על בעלה. לדבריה, הוא מתנהג כלפיה באלימות בעיקר מילולית ורגשית. יש לו התפרצויות כעס בלתי נשלט, וכשהוא כועס, מקלל אותה בפני הילדים ובפני משפחתה, ושובר חפצים בבית. הוא יכול גם להעניש



אותה לגורים, מעבר לחומרת המעשה שמוכיח על כעס בלתי נשלט, מבחינה ריגשית הדבר דומה לפגיעה בגוף האשה. כמו כן, ביזוי האשה בהאשימה בבגידה, וכן עזיבת האשה והילדים מהבית באמצע הלילה, ערב נסיעתם לחו"ל כל אלו מבטאים לאיזה שיאים של כעס בלתי נשלט הבעל הגיע. כמו כן, הכעס שלו על בנו בכורו שהגיע עד כדי הוצאתו מהבית בלילה קר, כפי שתיארה האשה, מוכיח עד כמה הבעל אינו שולט בעצמו, וכפי שמוכיח צו ההרחקה כנגדו, שהתנהגותו עברה כל גבול סביר.

המעשים שצוינו לעיל הם חמורים ומזעזעים, והאשה אינה אמורה לחיות בפחד במחיצת בעלה, "לחיים נתנה ולא לצער". כאמור, גם בדיונים נוכחנו לראות התנהגויות בלתי סבירות של הבעל, ויצוין בזאת לדברי התשב"ץ בתשובה ח"ב סי' ח' שבמקום שהאשה חיה בחיי צער עקב התנהגות בעלה, יש לחייב בגט ולומר זאת בק"ו מהדוגמאות של פרק המדיר שבהן מחויב הבעל להתגרש.

וכן בתשובה לנכדו של התשב"ץ בשו"ת יכין ובוועז (ח"ב סי' מד) בדבר אישה שעזבה בית בעלה ורצו לפייסה שתחזור לביתו ויפרנסנה, והיא שלחה לגדולי הקהל,

"שיסירו מעליה נזק בעלה. ונתנה להם אמתלא שהשנאה ששנאתו היא מחמת הצער הגדול שציערה בעודה בריאה, וגם תוך חליה זה הרבה צער ציערה, והייתה מקבלת הכל, אבל עכשיו שהיא נוטה למות ושלחה מביתו אינה יכולה עוד לסבול".

וכתב:

"מאחר שהאיש הוא רע מעללים, כאשר נודע טבעו וקושי רוחו והיה מקניט אותה ומצערה - קרוב היה הדבר שיוציא ויתן כתובה, דקיימא לן "לחיים ניתנה ולא לצער נתנה" ... ואפילו במדיר את אשתו בדברים שאין לה צער כל כך אמרינן "יוציא ויתן כתובה" לפי ש"אין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת".

ועיין שם שהביא ככל לשון זקנו התשב"ץ וסיים כדבריו:

"ואף על פי שיש בתשובות האחרונים שאין כופין בזה - אפשר שלא אמרו על כיוצא בזה הצער הגדול, ואילו הות דידהו לא הוו אמרו הכי, ורחמנא ליצלן מעלבון העלובות "וכי כך עונין את המעיקות?"

כאמור, בשו"ת יכין ובוועז הנידון הוא שהיה הבעל מצערה, ועולה מדבריו, שגם אם העילה היא שהבעל מצער את אשתו בהתעללות נפשית, חייב לגרשה.

ובספר משחא דרבותא אה"ע סי' קל"ז, הביא מלשון הרב השואל, שכתב:

"סמכנו על שריותא דהאי אתתא ממ"ש מורנו הרשב"ץ בח"ב סי' ח' שהעלה שם בתשובה דכופין לבעל המצער את אשתו הרבה עד שמרוב הצער היא מואסת אותו, דקי"ל לחיים ניתנה ולא לצער, ומקרא מלא כתיב טוב פת חרבה ושלוה בה וכו' ועוד כתיב טוב ארוחת ירק ואהבה שם וגו' יעו"ש בתשובה באורך. ובנ"ד הכל יודעים שהאיש הזה איש קשה, וכמה הרפקתי דערו עלה מהאי גברא".

המשפט לחודשיים. לאחר סיום צו ההרחקה כאשר בעלה חזר הביתה בהפתעה, עזבה את הבית עם הילדים למקום אחר. לאחר שעזבה את הבית, בעלה קרא לה באמצע יום עבודה לקחת את חפציה. כשהגיעה צעק עליה שהיא גנבת, פיזר את חפציה לעיני אנשים ברחוב, ואמר לה שתחפש את חפציה אצל חברותיה.

לדבריה, יש לבעל איזו הפרעה נפשית. בהיותם בחו"ל פנו לעזרה לרופא פסיכיאטר, והוא המליץ לו לקחת תרופות הרגעה, שהיה בהן תועלת במידת מה, אולם כאשר לא לקח את התרופות, חזרו התקפי הכעס.

בתחילת השנה הודיע לה בעלה שהוא רוצה להתגרש, נחתם הסכם גירושין ונפתח תיק לגירושין בהסכמה.

הבעל אף שלח הודעה לאביה להגיע לארץ כדי לתמוך בביתו בעת קבלת הגט. בינתיים הם נפגשו אצל רב הקהילה והוא חתם על הסכם גירושין, ועל סמך הסכמה זו, פתחה תיק לאישור הסכם גירושין, ואביה הגיע לארץ ע"פ קריאת הבעל כדי ללוותה בעת הגירושין. אולם בעלה היתל בה וחזר בו ואמר שלא התכוון להתגרש, וגרם לאביה לעשות נסיעה ממושכת וארוכה בחנם. האשה הציגה לפני ביה"ד מסמכים המאשרים את הסכם הגירושין ואת ההודעה של הבעל שהוא רוצה להתגרש, והודעתו לאביה.

כמו כן האשה הציגה אסמכתא להודעה שהבעל כתב ושלח לכמה אנשים שבו הוא טוען שאשתו בוגדת בו עם פלוני קרוב משפחתה.

הבעל לא הכחיש את הדברים שנאמרו בדיון, והודה שהוא מטופל ע"י פסיכיאטר וזקוק לכדורי הרגעה. הבעל נוטל בקביעות תרופה הדומה לריטלין, וגם אושר לו לקבל את סם הקנביס, וכן התברר שהבעל עצבני במיוחד בשבת, כשאינו יכול לעשן. אולם, טוען שלאשתו יש בעיה נפשית ושהיא צריכה לטפל בעצמה וכי אם תקבל טיפול הדברים יסתדרו.

בעניין הסכם הגירושין שחתם עליו, השיב הבעל שחתם עליו מפחד כשראה מי היה נוכח שם יחד עם האשה. בעניין ההודעה ששלח לאביה שהוא רוצה להתגרש, טען שסתם שלח לו להגיע, אולם לא התכוון לכך.

לאחר שמיעת הצדדים, ביה"ד פוסק שהבעל חייב לתת גט לאשתו:

א. לאור האמור לעיל אין ספק שבפי האשה טענת "מאיס עלי" בטענה מבוררת, לאחר שהוצגו עילות מבוררות לאשה למאוס בבעלה.

ב. יתירה מזו, החיים של האשה במחיצתו של בעלה, הכועס באופן בלתי נשלט, הם בלתי אפשריים, והאשה אינה חייבת לחיות בפחד כזה כל חייה. לדבריה, ההתפרצויות של הכעס מרובות ונמשכות לאורך כל חיי הנישואין. הבעל הודה שהוא עצבני וממהר לכעוס, וכן התברר לבית הדין בדרך בלתי אמצעית בעת הדיונים, כשבית הדין נוכח בהתפרצויות שלו. הדוגמאות שהאשה ציינה הן חמורות ביותר. מעשה כזה שבעל מכלה חמתו בחפץ אישי של האשה כמו "פאה", וגוזר

כבר אינו ניתן לאיחוי. הבעל הודה שהודיע לאשתו שהוא רוצה להתגרש וחתם על הסכם גירושין, ואף הזמין את אביה להגיע לארץ לשם כך, אירוע המוכיח שגם הבעל הבין שהנישואים הללו באו אל קיצן. חזרתו מההסכם מעוררת תמיהה, שכן הוא הזמין לשם כך את אביה להגיע לארץ לסידור הגט, ולומר שלא התכוון לכך, הוא הודאה במעשה חמור של התעללות, ואין לכך כל הסבר מניח את הדעת. האשה אינה חייבת להסכים לסבול מהתנהגות מתעתעת כזאת, ואין לבעל הזכות לעגן את אשתו, כאשר אין סיכוי לשלום בית וגם הבעל מביין זאת.

#### מסקנה:

על יסוד כל האמור אנו פוסקים שהבעל חייב לתת גט לאשתו, וקובעים מועד לדיון שנועד לסידור הגט ויתקיים ביום ...

אך ביחס לכתובה, האשה תודיע תוך שבעה ימים האם תובעת כתובה, וככל שהיא תובעת, יהיה עלינו לדון ולפסוק בתביעה זו עוד קודם למועד סידור הגט.

ובתשובה (שם) קיימת הסכמה לפסיקתו של התשב"ץ. וכן יצוין למהרש"ם בתשובה חלק ה' סי' לח, שהסתמך על דברי התשב"ץ, וכן בשו"ת נושא האפור סי' לב כתב להסתמך על התשב"ץ ובתוך דבריו כתב:

"דמתבאר מדבריו דאפי' אם אינו מרעיבה מענין מזונות מ"מ על היות שמצעה הרבה וי"ל לחיים ניתנה ולא לצער ובכל כי הא הצער הוא תדיר משמע מדבריו דפשיט ליה דלכ"ע כופין על הגט וכו' ... ובכי הא דאיכא אמתלא לטענת האשה במאי דמאסה בו ומדות אלו מר ממות דטוב פת חרבה ושלוח בה. ובכי הא אף החולק על הרמב"ם בטענת מאיס עלי שלא לכופו הכא יודו ע"ש דבריו כי נעמו".

וכן יצוין לשו"ת ציץ אליעזר חלק יט סימן מד, שכהקדמה לתשובת התשב"ץ, כתב:

"אצטט בזה עוד תשובה מעניינת אחת, כוללת ותמציתית, אשר השיב בספר שו"ת תשב"ץ בקשר לשאלת דין מורדת כאשר הוברר שהבעל יורד לחייה של האשה וחייה אינם חיים אצל בעלה".

ג. הצדדים פרודים כבר כשנה, אין ביניהם תקשורת חיובית במגמה להביא לתיקון המצב, דבר המוכיח שהקרע ביניהם

### סימן פו

## כפיית גירושין כששני בני הזוג אינם חפצים זה בזה

מפסק דינו של רבינו ירוחם, שיובא להלן, אנו למדים כי די בנסיבות של שלילת שלום בית על ידי שני בני הזוג, כדי להביא לפסיקת חיוב גירושין ביחס לבן הזוג המסרב להתגרש.

וז"ל רבינו ירוחם בספר מישורים נתיב כג ח"ח:

"כתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל, כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אמר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנים אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא דילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש", עכ"ל.

בכמה פסקי דין, הביאו את דברי רבינו ירוחם בלא חולק, ודנו בדבריו בלא לפקפק במסקנתו, עיין פד"ר ח"ו עמ' 13, ופד"ר ח"ח עמ' 323, ופד"ר ח"א עמ' 95 ועמ' 255.

נוסף ונציין כי בפסק דין מנומק שניתן בבית דין זה בתיק אחר, והתפרסם בספר "עטרת דבורה" ח"ב סי' פט, בית הדין העלה הלכה למעשה, כי בנסיבות שבהן שני בני הזוג שוללים שלום בית ומבקשים להתגרש, ככל שהדבר נוגע לחיוב הגירושין בלא תשלום הכתובה, אין נפקא מינה מי מבני הזוג אשם בפירוד ומי הביא למצב הנוכחי שבני הזוג בפירוד.

כאמור בדינו של רבינו ירוחם מפורש שפסק כפיית גט ביחס לבעל המסרב לתת גט, אך יש לברר:

השלמה לנאמר בספר עטרת דבורה ח"ב סי' עט - שיטת רבינו ירוחם

הצדדים נשואים עשר שנים ולהם שני ילדים. לפני כשנה ניתנה החלטה שבה נכתב: "ביחס לתביעת הגירושין, בפנינו תביעות גירושין הדדיות מטעם שני הצדדים, ושניהם שוללים שלום בית ומצויים בפירוד ממושך של מעל שנתיים. נסיבות אלו לכשעצמן הן נסיבות לחיוב הגירושין את בן הזוג המסרב לקבל גט". יצוין כי הן בהחלטה זו והן בהחלטות קודמות הובהרו הנסיבות שהביאו לקביעה הנ"ל.

למרות זאת, הבעל מסרב לתת גט, ואינו מוכן להתגרש עד השלמת ההליך הרכושי המתנהל בין הצדדים בבית המשפט. לא מצאנו הצדקה לעיכוב המבוקש. הנושא הרכושי יוכרע באותה מידה בין קודם הגירושין או לאחריו, ואין הצדקה לעיכוב הגירושין בנסיבות של חיוב הגירושין. ולעיל בסי' עט הארכנו לבסס קביעה זו. בהתאם לכך, ניתנה החלטה לנקוט בצווי הגבלה ביחס לבעל, אך למרות זאת עד היום לא התקבלה הודעה מטעם הבעל המודיע על הסכמתו להתגרש. כמו כן אין בפנינו אסמכתא לטענת הבעל שקיימת מגבלה לנקוט ביחס אליו את צו ההגבלה החמור של כליאה בבית הסוהר.

כעת כעבור שלוש שנים שבהם בני הזוג בפירוד, ולא חל שינוי במצב המתואר, עלינו לפסוק בבקשה להחמיר את צווי ההגבלה ולהורות על כליאת הבעל עקב סירובו לתת גט.

דמתיבתא שברי"ף שבו כפיית גירושין באומרת מאיס עלי, וכתב על זה רבינו ירוחם: "וגדולי האחרונים הסכימו כולם שלא לכופו כלל, כמו שכתבתי למעלה". ולפני כן הביא דעת הרמב"ם והרשב"ם שיש לכפות גט במורדת האומרת מאיס עלי, והביא דעת החולקים שכתבו - "ובין אמרה בפירוש בעינא ליה וכו' ובין אמרה מאיס עלי אפילו נתנה טעם לדבריה אין כופין הבעל להוציא זולתי אם הוא מאותן דפרק המדיר כופין כאשר אכתוב", וזוהי מסקנתו הלכה למעשה.

בנסיבות אלו אילו רבי אברהם בן אשמעאל, רבו של רבינו ירוחם, סבר שיש לכפות במאיס עלי בניגוד לדעת "גדולי האחרונים" שהביא רבינו ירוחם קודם לכן, פשיטא שרבינו ירוחם היה מזכיר זאת בהקשר לדין בשאלת כפיית גירושין במאיס עלי, ובודאי שלא היה מביא את ההלכה הנזכרת בשם רבו בסתמא, ללא הסתייגות שאינה הלכה למעשה לפי ההלכה שפסק קודם לכן.

ועיי"ש בפד"ר חיי"ט שם שכתבו שאין לפסוק כרבינו ירוחם מאחר שהב"י לא הביאו, והסתיעו מדברי התומים בקיצור תקפו כהן שאין לומר קים לי כאותה דעה שהב"י והרמ"א השמיטו "ושמו זכרונו אחרי הדלת".

ואין דבריהם נראים. התומים מתייחס לדעה שהב"י או הרמ"א הביאו בספר בית יוסף או דרכי משה, אך השמיטו בשלחן ערוך, ובנסיבות אלו, ההשמטה היא פסיקה ברורה שאין מקום לדעה זו שהושמטה. אך מהיכתי תיתי לומר כן ביחס לפסיקה ברורה שבספרי ראשונים, אך לא הובאה כלל בבית יוסף. מלבד זאת יתכן שהב"י לא מצא לנכון להביא מדברי רבינו ירוחם, לאחר שפסק בסי' עז כפיית גט בבעל המורד באשתו, וסבר שזהו הטעם בכפיית הגירושין בדינו של רבינו ירוחם, אף ששם עוד קודם מרידת הבעל, האשה החלה למרוד.

אך נראה שיסוד כפיית הגירושין בדינו של רבינו ירוחם, מפני ששניהם אינם רוצים זה בזה ומעגנים אחד את השני. וכמ"ש בפד"ר כרך יג עמ' 267 בפס"ד הנזכר מביה"ד ת"א בראשות הרה"ג הרב אריה הורביץ זצ"ל, שהטעם בכפיית הגירושין בדינו של רבינו ירוחם, מפני שאינו רשאי לעגנה, ועיי"ש שהוכיחו סברא זו. ומקרה זה חמור ממקרה שבו האשה אומרת "מאיס עלי", אך הבעל מבקש לשוב עמה לשלום בית, שבו העיגון פחות חמור, מפני שאם תסיר את המאיסות מלבה ותחזור בה, תוכל לשוב לבעלה, ולכן אינו חמור במידה דומה למקרה הנוכחי, שבו גם אם האשה תבקש לחזור בה, אין לה בעל שתוכל לשוב אליו, ועיכוב הגירושין ע"י הבעל נעשה אצלו כמשכון להשגת יעדים רכושיים בלבד.

וכן נציין לתשובת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סי' עז שכתב בלשון זו:

"ועל אותו אדם האסור להיות עם אשתו, והאשה תובעת גט, פשיטא שאסור לעגנה".

הרי שמהר"ם לא קבע את חיוב הגט מפני שהבעל אינו יכול

א. האם על פי הלכה זו של רבינו ירוחם ניתן רק לחייב את הגירושין או אף לכפות גירושין.

ב. מה הטעם בהלכה זו.

ג. האם דינו של רבינו ירוחם מוסכם הלכה למעשה.

בפד"ר חלק יא עמוד 95 בפסק דין מבית הדין בתל אביב בראשות הגאון רבי ח.ג. צימבליסט שליט"א כתבו בלשון זו: "הואיל וכאמור אף הוא אינו חפץ בשלום בית ואף הוא מורד בה, אם כן מן הדין הוא חייב לגרשה, וכמו שהבאנו מדברי רבנו ירוחם שבכגון זה כופין אותו לגרשה. ואף אם לא נגיע לידי מדה זו של כפייה, מ"מ יש לחייבו לגרשה".

נראה שנקטו שמעיקר הדין בדינו של רבינו ירוחם קיימת הוראה לכפיית הגט, וכפי המפורש בדבריו שכתב: "לאחר שנה כופין אותו לגרש".

ובפד"ר חלק יג עמ' 267 בפס"ד מביה"ד בת"א בראשות הרה"ג הרב אריה הורביץ זצ"ל כתב על דברי רבינו ירוחם:

"מפורש בדבריו שיש לכוף את הבעל לגט בגלל טענת עיגון בלבד, ואף שאין לה עליו שום תביעות לחיובי אישות, שהרי רוצה גט ממנו".

וכן בספר שמע שלמה חלק ג' אה"ע סי' יט כתב:

"ומפשטות דברי רבינו ירוחם ז"ל נראה שהואיל וגם הבעל אינו חפץ בה עוד, ורק מחזיק בה כדי לעגנה מתוך נקמנות ואיבה, בזה לאו כל כמיניה, וכופין אותו להוציאה אחר שהיה של י"ב חודש".

עוד יצוין לשלושת תשובות הגאונים שהבאנו לעיל בסי' עט. מלבד שמבואר בדבריהם שהבעל, שנפסק לכופו בגירושין, אינו רשאי להתנות מתן הגט בויתור על הכתובה או בקבלת רכוש האשה, יתירה מכך, מבואר בדבריהם שלאחר שנדחתה דרישתו להציב את התנאים הללו, כופין את הבעל בגירושין, ומנוסח התשובה עולה שהן הבעל והן האשה מבקשים להתגרש, והיינו כשיטת רבו של רבינו ירוחם. אמנם יתכן שתשובות אלו נאמרו בשיטת הגאונים, שהביא הרי"ף בפרק אע"פ, שהורו לכפות גירושין בטענת מאיס עלי, ואין ללמוד מהם לדעת החולקים, ר"ת בספר הישר סי' כד, ועוד.

אמנם בפד"ר כרך יט (מעמ' 57 והלאה) בפסק דין מביה"ד בנתניה, כתב הרה"ג הרח"ש רוזנטל שליט"א, שגם רבו של רבינו ירוחם, שהוא המקור להלכה זו, סבר שבכל אשה הטוענת "מאיס עלי" יש מקום לכפיית גירושין, ואין להסיק מדבריו גם אליבא דההלכה, שפוסקים שאין כפיית גירושין במאיס עלי, עיי"ש.

אך דבריו אינם נראים. ראשית, מאחר ורבינו אברהם בן אשמעאל הוא מתלמידי הרשב"א והרא"ש, שהכריעו הכרעה ברורה כשיטת ר"ת שאין לכוף באומרת מאיס עלי, קשה מאד להניח שרבי אברהם בן אשמעאל תלמידם, פסק למעשה להיפך, לאחר שכבר פשטה הוראה במקומם כר"ת.

ועוד, בספר מישרים נתיב כג חלק ח', בטרם הביא רבינו ירוחם את ההלכה הנזכרת בשם רבו, הביא את דינא

רוצה להשיג בעד הגירושין איזה דבר ... נמצא שאין הכפיה על רצון הגירושין, אלא שהגירושין לא יהיו למשכון להשיג איזה דבר ממנה, שיש טעם גדול שאין לזה דין אונס לפסול הגט". עיי"ש שהאר"ך בזה, וסיים:

"אף שהיא סברא גדולה, אין לסמוך ע"ז לבד, אבל לצרף זה לעוד טעם, ודאי היא סברא גדולה לצרף".

וע"ע מש"כ בספר עטרת דבורה ח"ב סי' עז בביאור סברת האגרות משה.

אמנם לדעת הש"ך בספרו גבו"א יש לחוש שלא לכפות אלא בבאה מחמת טענה, ועיין בפת"ש סי' קנד סק"ח שמתעם זה אין לכפות אלא בדרך ברירה. אך בספר עין יצחק חלק ב' סימן סב ס"ק סג שכתב:

"וידעתי למה שכתב הפתחי תשובה באה"ע סי' קנ"ד ס"ק ז' בשם גבורת אנשים. אשר אף במונע ממנה כל עניני אישות אין כופין בשוטי כו' עכ"ל. אבל זה הוא רק דעת יחידאה ואנו אין לנו לשמוע רק לדברי השו"ע אשר מימיהם אנו שותין שהכריעו כשיטת רוב הפוסקים דפסקו בכזה דכייפין בכפיי' גמורה".

**מסקנת הדברים**, בנסיבות הנוכחיות שלא נמצא פתרון אחר לעיגון האשה, אין מנוס אלא לפסוק כפיית גירושין לרבות באמצעות צו מאסר. אך מפני חומר העניין, בשלב זה תינתן החלטה לכפייה במתכונת קלה יותר הנקראת: "כפייה בדרך ברירה", כפי שהורה בפת"ש הנוכר. יצוין, הפוסקים שכתבו שבדרך ברירה אין זו כפייה על הגט אלא על הדבר השני, כתבו כן על יסוד דברי הריב"ש בתשובה סי' קכ"ז שהובא להלכה ברמ"א אה"ע סי' קנ"ד סכ"א. ואפילו ספר "גבורת אנשים" לש"ך המחמיר שלא לכפות במונע עניני האישות, מודה שכופין בדרך ברירה לזון ולקיים עונתו או לגרש כפי שמובא בפתחי תשובה אבן העזר סימן קנ"ד סק"ח.

על כן בית הדין פוסק: הצדדים יוזמנו לסידור גט במועד קרוב, ואם במועד זה לא ינתן הגט, ינתן צו מאסר ביחס לבעל. אך אם הבעל יעמוד בחובתו לתשלום דמי המזונות שנקבעו בהחלטה הקודמת וישלם על חשבון חובו במועד הקבוע לסידור הגט סך 7000 שקל, צו המאסר יבוטל, ובית הדין ישוב ויעיין ביחס לאמצעים שיש לנקוט בנסיבות אלו, ואת המועד הראוי לפסוק כפיית הגירושין.

למלא חובה כזו או אחרת לאשתו, אלא מפני שאסור לעגנה, וזוהי בלבד עילת חיוב הגירושין. ובספר פני יהושע במסכת כתובות דף סד. (ד"ה בגמרא) כתב:

"בין בארוסה ובין בשומרת יבם היכא שאינו רוצה לא לכנוס ולא לפטור אלא לעגנה, אין ה"נ דכופין, שאין רשאי לעגנה".

ועיין בתשובת חכם צבי סי' א' שכתב בתוך דבריו בלשון זו: "אבל היותר נראה לי נכון הוא דבכל המצות כופין מלבד בגיטין וחליצות הוא דאין כופין. אלא משום עיגון דידה או כל הנך שמנו חכמים בפירוש, אבל אינך לא משום דאית ביה ריעותא שהרי גט מעושה פסול וכן חליצה מעושה, ואף שבמקום שהוא כדין הם כשירים, מ"מ לא ראו חכמים לכפות עליהם אלא משום עגונה, או משום הנך שמנו חז"ל, וזה מוכח מדברי התוס' ריש פרק המדיר דף ע' ובפרק הבא על יבמתו דף ס"ד בד"ה יוציא ויתן כתובה, בין לפי ר"י ובין לפי ר"ח ודו"ק".

מדוייק בלשונו של החכ"צ שחזר פעמיים על כך שתתכן כפיית גט משום עיגון האשה, או מטעם אחר דהיינו באותם שמנו חכמים בפירוש.

ונראה שבנידון של כפייה משום עיגון, גם לשיטת ר"ח כופין, מפני שיחשב כמונע ממנה כל עניני אישות, ועל כן רבינו ירוחם לא באר שההלכה שכתב אינה אליבא דשיטת רבינו חננאל שהובאה בתוספות וברא"ש.

עוד נציין למש"כ בספר שמע שלמה ח"ג אה"ע סי' יט הנוכר, שאף לשיטת ר"ח בתוספות כתובות דף ע. יכולים לכופו:

"שהרי בסופו של דבר כופין אותו על דבר שהוא עצמו חפץ בו". ה"ה בנידון זה, בנסיבות המתוארות, שהבעל עצמו הגיש תביעת גירושין מטעמו, אלא שאינו מסכים לתת גט עד שיתמלאו דרישותיו הרכושיות, אם ינקטו כנגד הבעל אמצעי כפייה שיתן גט, האמצעים הללו אינם לעצם הגירושין, לאחר שבגירושין גופא, כבר נתרצה ומעוניין בהן, אלא נועדו רק להסירו מעמדו שלא לתת גט כבר כעת אלא רק לאחר השלמת הדיונים בתביעותיו הרכושיות הנידונות בביהמ"ש. וכן נציין למש"כ בספר אגרות משה חלק אבן העזר חלק ג' סי' מד:

"נמצא שבעצם הגירושין הוא רוצה ממש בעצמו, רק שהיה

## סימן פז

### בעל שברח מהארץ ומעגן את אשתו, פסיקת גירושין בלא התייצבותו לדיון

דר"ת לא הועילה, וכן כל השליחים שנשלחו לבעל מטעם בית הדין לשכנעו לתת את הגט בהסכמה, העלו חרס בידם, ובית הדין התבקש לדון האם בנסיבות אלו אפשר לפסוק לכפות את הבעל לתת גט.

באותו מקרה כבר ניתן פסק דין לחיוב הבעל בגירושין, וזאת על יסוד הנימוקים המפורטים באותו פסק דין, אלא שבאותו מועד, הבעל עדיין היה בארץ ולא הייתה קיימת העילה של

להלן פסק דין שנכתב בדרך דומה בשני מקרים באחד, תביעת האשה לגירושין הוגשה חמש וחצי שנים קודם מועד מתן פסק הדין, והתקיימו דיונים במעמד שני הצדדים. לאחר שנתיים ממועד הגשת התביעה, הבעל מצא את הדרך לצאת לחו"ל למרות צו עיכוב היציאה מהארץ שעמד כנגדו, נמצא כעת באוקראינה באומן, ומוזה כשלש שנים וחצי שלא שב לארץ ומעגן את אשתו. ההחלטה לנהוג בו הרחקות

שאינן כופין. אך לא כן בנידון דנן שאין לבעל כל אילוף לצאת ממקומו, אלא ברח מהארץ ואינו רוצה כל קשר עם אשתו, ובכך מותרת עגונה מכל וכל, גם אליבא דשיטת הגר"א כופין בשו"ת.

ובתשובת העונג יום טוב סי' קסח הנזכרת בענין איש שנשלח לארץ גזירה לעבוד עבודות קשות ואינו רוצה לגרש את אשתו, כתב שבזה גם הגר"א יודה, וז"ל:

"ומה שנסתפק כבודו באיש אחר רע מעללים שיצא משפטו מהממשלה הרוממה לשלחו לארץ גזירה ולעבוד שמה עבודות קשות. ואינו רוצה לגרש את אשתו. אם יכולים לכופו ע"י א"י שיגרשנה:

הנה אף כי מאוד עגמה נפשי להשיב בדין זה ורבים עתה בעוה"ר אשר לא ידעו ואשר אינם משימים לב להזהר מגט מעושה אונס ממון או אונס נפשות ופן ישמע השומע ויטעה. אבל מה אעשה שא"א להשיב פני כבודו וגם כי כפי מה שכתב כבודו האשה פרוצה ביותר ואם תתענג יש לחוש למכשול עון. לכן הוכרחתי לכתוב מה שנראה לי בזה. והנה בוודאי האיש הזה מדינא הוא מאותן שכופין להוציא אף ע"י כותים. ואף שהגר"א ז"ל כתב על דברי המחבר (בסימן קנ"ד) שהביא תשובות הרא"ש ז"ל שאם ידוע שהאיש אינו רשאי לעמוד במקום שנשאה מפני סכנת נפשות כופין אותו לגרשה. וכתב הגר"א ז"ל ע"ז ג"כ כנ"ל ר"ל דכל שאינו מפורש בהדיא בגמרא דכופין אין כופין. ואף על גב דמונע תשמיש ומזונות כופין מ"מ מפני שאינה רוצה לצאת אחריו לא איתמר בהדיא דכופין עכ"ל הגר"א ז"ל. מ"מ הכא בהאי עובדא מונע מכל וכל דכיון שהוא בשבי לעבודה קשה במה יפרנסנה גם לא יבא אל ביתו לעולם. ואף שהוא אנוס בדבר עכשיו. הא לא עדיף מנולד לו ריח הפה דכופין אעפ"י שהוא אנוס".

ובכך כתב הגאון הרב יעקב רוזנטל זצ"ל בפסקי דין רבניים חלק ח' בעמוד 124:

"בנידון שלנו לא שייכים דברי הגר"א הנזכרים, מאחר שאין אפשרות שתלך למקום שהוא נמצא, (כבעל שהוא אסיר) ואשר ע"כ בודאי שכופין בזה."

ונראה שאפילו בעל "גבורת אנשים" המחמיר שלא לכפות במורד מתשמיש, ואף נוטה להחמיר במונע מאשתו כל ענייני האישות, זה דווקא אם הבעל נמצא עם אשתו ומצוי לה אלא שהוא מורד מתשמיש ומזונות, אבל אם הוא עזב את הבית ונעלם והשאיר אותה לאנחות, לא יעלה על הדעת שבמקרה כזה לא יכפוהו על הגט. ולהלן יתבאר שכן מפורש בכמה תשובות מגדולי הפוסקים.

וכן בשו"ת זקן אהרן (הלוי, סימן קמט) כתב:

"דהא דאין כופין אלא באותם שמנו חכמים, הוא משום שחכמים שיערו שיכולה האשה לעמוד עם בעלה בשאר מקרים (והרמב"ם דסבירא ליה שכופין במאיס עלי משום שסבירא ליה דאי אפשר לעמוד בזה), וכל זה כשדר עם אשתו, אך כשאין דר עמה, אין צורך למשנת כופין, שלא אמרו חכמים תעמוד האשה בלא בעל וכי, ואין צורך שימנו אותו עם המומין, כי אין היקש בין

עיגון האשה. אך לאחר שהבעל עזב את הארץ, מסרב לשוב ומעגן את אשתו ללא הצדקה, נסיבות אלו מצדיקות פסיקת כפיית הבעל לגירושין, כשהעילה היא עיגון האשה.

המקרה השני, הוא בנסיבות שהבעל ברח מהארץ לאחר שהוגשה תביעת הגירושין, וקבע את מגוריו מעבר לים ומסרב להתייצב לדיונים בתביעת הגירושין. ולהלן פסק הדין המנומק שניתן בשני תביעות אלו.

הטור אבן העזר סי' קנד הביא מתשובת אביו הרא"ש וכתב:

"ושאלת אשה שיראה מבעלה שילך לארץ אחרת ושואלת שיגרשנה או שישבע שלא ילך. תשובה - אם ידוע שדעתו לילך ישיבעהו שלא ילך או יכפוהו שיגרשנה לזמן קודם שילך.

ושאלת מי שטוענת שיכפוהו לבעלה שיגרשנה מפני שהוא מוכתב למלכות והוא בורה במקום למקום ואינו רשאי לעמוד במקום אחד מפני סכנת נפשות. תשובה - דבר זה תלוי בחקירת הדיינין. אם הדבר ידוע שאינו רשאי לעמוד במקום שנישאת מפני סכנת נפשות, אין לך טענה גדולה מזו, כיון שאינו רשאי לישאר אצלה והיא אינה חייבת לילך אחריו לארץ אחרת, וכופין אותו לגרשה."

וכן פסק בשו"ע סעיפים ח' ו-ט'.

כאמור, הלכה פסוקה בשו"ע סי' קנד סעיף ט' שאם הבעל עזב את אשתו, אפילו עזב מסיבה מוצדקת של אונס של סכנת נפשות, אבל כיון שהיא אינה חייבת ללכת אחריו למקומו כופין אותו לגרש.

אמנם הגר"א בהגהותיו על השו"ע ס"ק נ' כתב, וז"ל:

"כופין כו'. צ"ל ג"כ כנ"ל וכמש"ל דכל שאינו מפורש בהדיא בגמ' כופין אין כופין ואף על גב דמונע תשמיש ומזונות כופין כמ"ש בס"ג, משום שאינה רוצה לצאת אחריו לא איתמר בהדיא דכופין."

וכן מביאור הגר"א שם ס"ק סה, עולה שביחס לסעיף ט' לא נאמרה כפיה בשו"ע.

לכאורה דברי הגר"א מנוגדים לפשטות לשון השו"ע שציטט את הרא"ש, שכתב שכופין לגרש, והרא"ש במקום אחר פוסק כר"ח שמבחין בין חיוב גט ללא כפיה לכפיה על הגט, ולכן כאשר הרא"ש כותב שכופין לגרש, מפשטות לשונו נראה שכונתו לכפיה ממש בשו"ת.

אולם בתשובת עונג יום טוב סי' קסח ובתשובתו שבספר אבן בוחן דף מו וכן בתשובת הגר"ר שניאור זלמן אב"ד דגאלדינגען (מחבר גיליון אלפסי וספר אבן ישראל ואבן בוחן) בספר אבן בוחן שם, שהוא הרב השואל בעונג יו"ט, כתבו שהגר"א פירש את ההלכה הפסוקה בשו"ע ס"ט שכופין בדברים ולא בשו"ת, וכך משמע גם מביאור הגר"א בס"ק סה שציין לסעיף ג' שלפיו כופין לגרש למונע מזונות בלבד, וכן למונע תשמיש בלבד, ולא להלכה שבסעיף ט'.

אולם גם לפי שיטת הגר"א, כתבו הפוסקים הנ"ל שאין כופין בשו"ת כאשר הוא מצידו אינו מונע עצמו למלא חובותיו לאשתו אם תבוא עמו לאחר שנאלץ לצאת ממקומו מפני סכנת נפשות. הגם שאינה חייבת ללכת אחריו, סובר הגר"א

גם אם האשה מאסה בו עוד קודם שברח, וכמו שהדבר בנידון דידן, אמנם בטרם ברח לא היינו כופין אותו בגין עילה זו בלבד, מאחר וגם לאחר שהאשה מאסה בו, הבעל מצידו מוכן לקיים את חובותיו לאשתו, וראוי לכך. אך לאחר שכבר ברח ובכך בהכרח מונע מאשתו כל ענייני אישות גם לולי שמאסה בו, יש לכופו בגירושין, ואין להימנע מכך בטענה שהרי בין כה וכה כבר מאסה בו עוד קודם בריחתו, מאחר וכעת גם אם תשוב ממאיסותה, כבר אין לה בעל לשוב אליו. וכן עולה מדברי רבינו ירוחם בספר מישרים נתיב כג ח"ח, שכתב:

"כתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל, כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה יתן לי גט וכתובה, והוא אמר אנא נמי לא בעינא לך אבל איני רוצה ליתן גט, מסתברא דאין דנים אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא דילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש"

דהיינו למרות שהאשה החלה במרידה, ואין כופין או מחייבים את הגירושין, כדעת הראשונים החולקים על הרמב"ם, אך אם לאחר מכן גם הבעל הודיע שאינו רוצה בה אך אינו רוצה לתת גט, לאחר י"ב חודש כופין אותו. וזאת מפני שבנסיבות אלו, כבר אינו דומה לטוענת "מאיס עלי" שאין מחייבים גירושין מכיון שאם תחזור בה מטענתה ומרצונה להתגרש, יש לה בעל לשוב אליו, משא"כ כאן.

ובכך יתפרשו דברי החכם צבי, שכתב:

"שאף שהרא"ש ז"ל הרחיק הכפיה באומרת מאיס עלי, בשתי ידים, עכ"ז כתב בכלל מ"ג סי' י"ג ואשה שבעלה רוצה לילך לארץ אחרת נכון וראוי לכופו לתת גט לזמן, שאעפ"י שבדין מאיס אין כופין, אבל בהולך לו ומונע ממנה כל עניני אישות כופין אליבא דכ"ע."

והנה כל פסק דין לכפיית גט חייב להינתן בבית דין של שלשה, וכפי העולה מהסוגיא במסכת גיטין דף פח, א:

"אביי אשכחיה לרב יוסף דיתבי וקא מעשה אגיטי, א"ל והא אנן הדיוטות אנן, ותניא היה ר"ט אומר כל מקום שאתה מוצא אגוריות של עובדי כוכבים, אף על פי שדיניהם כדיני ישראל, אי אתה רשאי להיזקק להם, שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם, לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים, דבר אחר לפניהם ולא לפני הדיוטות א"ל אנן שליחותיהו קא עבדינן"

ובספר בית הלוי בסוף חלק א' כתב:

"מבואר בגיטין דבעל המוציא בעל כרחו, שהוא מאותן שכופין אותם להוציא דבעי בית דין מהתורה, ורק דאנן שליחותיהו דקמאי עבדינן."

הדבר ברור שאותן נסיבות בהן העילות לחיוב או כפיית הגירושין, אינן יכולות להתברר בטרם דיון במעמד שני הצדדים, לא ניתן לפסוק חיוב או כפיית גירושין בלא דיון במעמד שני הצדדים, דיון שלאחריו בית הדין יקבע את העובדות ויפסוק על פיו המציאות שהתבררה בפניו. אך יש לברר מה הדין כשהעובדות העומדות ביסוד הפסיקה לחיוב

ההעדר ובין מציאות אף על פי שאינה מציאות שלימה, על דרך שאמרו 'טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו' ולהכי האומרת שאין לבעלה גבורת אנשים וכן באינו מוליד וטוענת בעינא חוטר א לידי, כופין להוציא אף שאלו לא נימנו במשנה, ועל זו הדרך מי שמוכתב למלכות שאינו יכול לעמוד עם אשתו כופין, וכן מי שהניח אשתו עגונה באלמנות חיות ואינו זן ואינו בא עליה וכו', כופין לגרש. ומעתה לא יקשה עוד לדעת הרא"ש שכתב דאין כופין אלא השנויין במשנה, והאיך כופין מוכתב למלכות, מפני שאותם שאין כופין הם אותם היושבים עם האשה אלא דיש בו איזה מום וכו', אבל נסתמא בשתי עיניו, נחתכו ב' רגליו או ידיו דיצא מכלל אישות, כופין."

ובתשובת חכם צבי סי' א' כתב:

"אבל היותר נראה לי נכון הוא דבכל המצות כופין מלבד בגיטין וחליצות הוא דאין כופין, אלא משום עיגון דידה או כל הנך שמנו חכמים בפירוש."

משמעות דבריו, שעיגון האשה מצד עצמו הוא עילה לכפות גט על הבעל. ולפי דרכו, בתשובה סי' לא, כתב החכם צבי:

"בעסק ביש אירע בק"ק קראטשין באיש זר... נשא אשה בת טובים, ואח"כ ברח ונלכד בק"ק ליסא יע"א."

ולאחר אריכות בבירור הלכה כיצד לכתוב בגט את שמו של הבעל, דן החכם צבי בשאלת הכפיה בנידון זה, וז"ל:

"אבל לענין עיקר הכפיה וודאי לא נעלם ממכ"ת דאפילו במומר איכא פלוגתא אי כייפינן אי לא, ומי יכניס ראשו לעשות במקום מחלוקת שהוא כמרבח ממזרים בישראל ח"ו. הא מיהא נוכל לכופו שיוציא כל נדונייתא מידו, כמ"ש הראשונים והאחרונים ז"ל והאשה אינה צריכה שבועה דאנן סהדי דכדין מואסת בו, וג"כ נוכל להשביעו בשבועות חמורות ובכל אלות וקללות האמורות בתורה שלא ירחיק ממנה נדוד, ואם לא ירצה להשבע, אלא יאמר שרצונו לברוח ממנה, בכך כופין אותו אליבא דכ"ע בשוטים, שהרי הוא מונע ממנה כל עניני אישות שהם שארה כסותה ועונתה. ובזה מיושב, שאף שהרא"ש ז"ל הרחיק הכפיה באומרת מאיס עלי, בשתי ידים, עכ"ז כתב בכלל מ"ג סי' י"ג ואשה שבעלה רוצה לילך לארץ אחרת נכון וראוי לכופו לתת גט לזמן, שאעפ"י שבדין מאיס אין כופין, אבל בהולך לו ומונע ממנה כל עניני אישות כופין אליבא דכ"ע. ומה שהוצרך לגט לזמן לפי שיש רשות לבעל לצאת מן העיר כל אחד לפי מה שהוא, כמ"ש בפרק אף על פי. ונמצא שאם יהא יותר מהזמן הראוי, הרי הוא מונע ממנה כל עניני אישות והגט מעושה כדין. אבל במדינות הללו שאין נוהגין ליתן גט על זמן קשה הדבר לכופ לגרש מיד, שהרי הלה יאמר שאינו רוצה לברוח, ושנתחרט על מחשבתו הרעה והאיך נכופנו. וכל זה מבואר בתוס' ורא"ש וטור ושאר פוסקים ראשונים ואחרונים."

העולה מתשובת החכם צבי, שדברי הרא"ש בתשובה לא יאמרו אם אנו רואים שהבעל חוזר בו ממחשבתו הרעה שברח מאשתו, אך כשאין ספק שהבעל עושה כל מאמץ לברוח מאשתו, ולעגנה, הרי בעת שנתפס, וכמו בנידון עליו השיב החכם צבי, יהיה מקום לכפותו בגירושין.

מתקיים עקב פשיעתו של הבעל, וככל שנבצר מבית הדין לאכוף על הבעל את ההתייצבות לדיון, לא ינתן פסק דין לחיוב או כפיית גירושין.

אך נראה שבנסיבות בהן העובדות העומדות בבסיס פסק הדין לכפיית גירושין ידועות וברורות לבית הדין בלא ספק, אין מניעה שבית הדין ידון ויפסוק חיוב או כפיית גירושין. בשאלה זו דנו אודות הגט שניתן בוונציה שבאיטליה בשנת שכ"ו, (גט תמרי-ונטרצו) ולאחר שהבעל ערער על כשרות הגט, דנו בסוגיא זו רבים מגדולי הדור, ודבריהם נאספו בסוף ספר שו"ת מהרשד"ם החדשות (שיצא לאור לאחרונה, ע"י הוצאת זיכרון אהרן, ירושלים תשע"ה).

באותו נידון, המגרש היה ארוס שעזב את עירו עקב סכסוך עם אבי הארוסה, וטרב לכנוס או לפטור בגט. מהר"ם פדוואה נדרש להצלת הארוסה מעיגון, לאחר שחלפו שלוש וחצי שנים שהארוס נמנע מלכנוס או לפטור. מהר"ם פדוואה בפסק דינו כתב (שם עמ' קלד):

"ידוע לכל שהיקר כמר שמואל... אירס הבתולה מר"ת תמר... והלך לו ועיגן הבתולה זה ימים רבים ולא בא לכונסה. ובאה הבתולה לפני להתרעם על הארוס שלה ובקשה לכוף אותו שיבוא לכנוס אותה או לפטור אותה בגט. ואף אם אולי אביה פסק לו נדוניה ופושט לו הרגל, אמרה, אני לא פסקתי דבר לכן יבוא לכנוס או לפטור. לכן הנני יוצא למלחמת מצוה... הנני גוזר עליו בגזרת נח"ש שתוך חודש ימים אחרי יראה כתב זה או ישמע ממנו דבר הגזרה, יבוא הנה לכנוס את ארוסתו או ישלח לה גט כשר לפטור אותה. כי דין פסוק הוא שהלכה כאדמון בפרק שני דייני גזירות שהדין עם הבתולה. והנני מבקש את כל מי שהכח בידו שיכוף האיש שמואל הנ"ל בכל מיני כפייה שאפשר לו לעשות שיעשה אחת משתים הנ"ל או לכנוס או לפטור."

באותו נידון, עפ"י פסק דינו של מהר"ם פדוואה כפו את הארוס לתת גט. הארוס ערער על כשרות הגט וטען שכפו אותו שלא כדין וגם מסר מודעה, ובנוסף הארוס טען (שם עמ' קכא) שדנו אותו שלא בפניו ובלא הזמנות והתראות. כל גדולי הדור שדנו בכשרות הגט התייחסו לשאלת הכפייה ולתוקף המודעה כשבמעמד מתן הגט ביטל מודעות כנהוג. אך לא מצאו לנכון לערער על כך שפסיקת מהר"ם פדוואה, הנזכרת ניתנה ללא דיון במעמד שני הצדדים.

בספר הרמ"ע מפאנו סי' פו, בתשובת רבי יצחק פואה חותנו של הרמ"ע מפאנו, דחה אחת לאחת את הטענות על כשרות הגט, וכן התייחס גם לפסיקת מהר"ם פדוואה שניתנה בהיעדר הנתבע, וכתב:

"חמשת, טען המגרש על מהר"ר ברוך עזיאל יצ"ו שהוא וריעיו גזרו בארץ לא להם ושפסקו בלי הזמנה לדין ושלא שמעו טענותיו ושאינן לשום רב לפסוק דין אלא לסדר לעמוד לדין ועל כל אלה מבקש ממנו שיחזור בו. אמנם יפה השיב הרב שלא נאמרו דברים הללו אלא היכא דמספקא לן מלתא שמא יש לנתבע דברים של טעם שיש בהם ממש להשיב לתובע,

או כפיית גירושין ידועות לכל, וברורות לבית הדין גם בלא דיון במעמד שני הצדדים, האם בנסיבות אלו בית הדין רשאי לפסוק על יסוד הידוע גם בהיעדר הבעל.

נקדים כי בשאלה העקרונית האם בדין תורה ניתן לדון ולפסוק במעמד התובע בלבד, כשהנתבע אינו כאן ומחמת אונס אינו יכול להגיע לדיון, כגון שהנתבע חולה וכיוצא בזה, נחלקו הפוסקים, האם כשם שבנסיבות אלו מקבלים עדים שלא בפני בעל דין כמבואר בסוגיא בב"ק קיב, ב, כמו כן גם את הדיון גופו יכולים לקיים ולפסוק בהיעדרו, או שהקולא בסוגיא מתייחסת רק לקבלת עדים שלא בפני בעל דין, אך לא לעצם הדיון, וגם במקום אונס לא ניתן לפסוק בהיעדרו של הנתבע.

המבי"ט חלק א' סי' רפז כתב:

"אף על גב דבשלחו לו ובהני גוויי יכולין לקבל שלא בפני בעל דין, היינו לקבל, מאותו טעם דשלחו לו וכו', אבל לא לדון. וכן מצאתי להרמ"ה זכרוננו לברכה שכתב מדאמרינן כגון שהיה הוא חולה או עדי חולין, הא הכא דלא אפשר למפסק דינא אלא בפניו, אלא הכא לקבלת עדות בלחוד הוא."

וכן הוא בתשובת מהר"ם שיק חלק חו"מ סי' ב' שאין יכולים לדון בלא לקיים "שמוע בין אחיכם", גם אם הנתבע מסרב להתייצב לדיון ולא ניתן לכופו לעמוד לדיון. לעומת זאת, הרא"ש (בבא קמא פרק י' סי' ג') והטור (חו"מ סי' כח) הביאו את שיטת ריב"א בלשון זו:

"וכתב ריב"א אבל אם היה הנתבע חולה ואומר התובע שיקבלו עדות בחיי הנתבע שלא בפניו כדי שיחזיקוהו בנכסי הנתבע בחייו שאם ימות יצטרך להמתין עד שיגדלו היתומים כי לא ישמעו העדות בעודם קטנים אין שומעין לו לקבל העדות שלא בפניו כדי שיגבה חובו מיד, כי מזל רע שלו גרם שחלה הנתבע ואין מקבלין עדות שלא בפניו לחוב ליתומים שלא כדין"

מלשון הרא"ש והטור שכתבו: "כדי שיגבה חובו מיד כי מזל רע שלו גרם שחלה הנתבע", משמע שבשאר המקרים שנפסקה ההלכה ששומעים עדות שלא בפניו, ה"ה שגובין את החוב לאחר שהעדויות התקבלה.

וכן מהרש"ל בים של שלמה במסכת בבא קמא (פרק י' סי' י'), כתב:

"וה"ה אפילו לא טען, אלא אמר לב"ד אין לי פנאי, ואי אפשר האידנא, ודחה עד יום ג'. וביום ג' שלחו הב"ד אחריו לעמוד לדין, ולא בא. יכול התובע להביא עדותיו לב"ד, ויעידו שלא בפניו. והב"ד מקבלין אותם, ודנין על פיו."

וכן עולה מתשובת מהר"ל דיסקין פסקים דף מו, ב אות כא. וע"ע מה שכתב בזה בספר שושנת יעקב על חו"מ סי' יג סק"ב.

לכאורה, אליבא דשיטת הרמ"ה, המבי"ט ומהר"ם שיק, מאחר שלא ניתן לאכוף על הבעל להתייצב לדיון, כמו בנידון דנן, אין אפשרות לדון בהיעדרו, ובית הדין מנוע מלפסוק חיוב וכפיית הבעל לגירושין, למרות שהדיון אינו

דין, אי אפשר לקיים את הדיון בהיעדרו של הנתבע, אע"פ כן המבי"ט אישר את ההליך שנגקט על ידי מהר"ם פדוואה, שהתקיים שלא בפני הנתבע.

הגם שהן המהרשד"ם והן המבי"ט לא נכנסו להדיא לשאלת דיון שלא בפני בעל דין, אך פשיטא מאחר והם הכירו את כל פרטי הנידון ואת הטענות שעלו, וקבעו שההליך שנגקט על ידי מהר"ם פדוואה היה כדן ושפסק דינו נכון, הרי ברור שהסכימו שבנסיבות אלו שהדבר היה ידוע, לא הייתה מניעה לדון ולפסוק בהיעדרו של הנתבע, ומהטעם שהתבאר בתשובת הרב יצחק פואה הנזכרת.

אמנם רבי משה פרובנציאלו בקונטרס בשם 'ביאור זה יצא ראשונה', השיג על מהר"פ פדוואה, וכתב:

כי הוא דבר פשוט מעצמו שהדין צריך שיהיה שווה בין החלקים. גם יתמהו על עצמן האומרים בעסקי גטין שהם כדיני נפשות ואיך ידונו בו ויפסקו שלא בפני בעל דין. והרי אין גומרין דינו של אדם בידי נפשות אלא בפניו כמו שאמרו ... פרק שור שנגח ד' וה':

אין גומרין דינו של שור אלא בפניו שנאמר "השור יסקל וגם בעליו יומת" כמיתת בעלים כך מיתת השור, מה בעלים בפניהם שנאמר "עד עמדו לפני העדה למשפט" אף שור בפניו. הרי שבדיני נפשות אין פוסקין אלא בפניו, ואף על פי שכבר שמעו דבריו.

אך רוב חכמי הדור ההוא באיטליה סברו שהגט כשר בלא פקפוק, כולל הדיון ומתן הפסק הראשוני של מהר"ם פדוואה ובית דינו שניתן שלא בנוכחות הארוס.

**העולה מהאמור:** בפנינו מעשה רב של מהר"ם פדוואה שפסק לכוף את הבעל לכנוס או לפטור בגט, ועל פי פסיקה זו כפו את הבעל לתת גט לאחר שלא כנס במועד שנקבע לו. ומפורש בדברי מהר"ם פדוואה שהפסיקה שניתנה על ידו לא ניתנה לאחר דיון במעמד הצדדים, אלא הארוסה באה לפניו לקבול על הארוס שברח למקום אחר, ולאחר שהיה "ידוע לכל" שהארוס הלך ועיגן את ארוסתו, ושאינן להצדיק את העיגון עקב טענות שיש לו ביחס לאבי הארוסה. המהרשד"ם, המבי"ט, תשובת רבי יצחק פואה (שבש"ת הרמ"ע מפאנו) ומהרש"ם הסכימו עמו לדינא, וכן רבים מגדולי הדור שדנו בכל פרטי אותו אירוע, ונאספו תשובותיהם בסוף ספר שו"ת מהרשד"ם החדשות, לא טענו שמהר"ם פדוואה לא נהג כראוי כשפסק את דינו בהיעדרו, מלבד רבי משה פרובנציאלו.

אמנם הפסיקה שם היא: "או כנוס או פטור", ולא פסיקת חיוב או כפיית גירושין בלבד, אך מהר"ם פדוואה פסק כאמור רק מאחר שהיה פשוט לו שבהלכה העקרונית של סדרי הדין בפסיקת חיוב גירושין, אין מניעה לדון ולפסוק בהיעדרו של הבעל שברח ומסרב להתייצב לדיון ומעגן את אשתו, אם הנתונים העומדים ביסוד פסק הדין ידועים לכל וברורים לבית הדין. ככל שהדבר נוגע לשאלת סדרי הדין

אבל בדבר מבואר ופשוט שהדין עם התובע אין מענין את דינו לשמוע שריקות טענות של הבל, ומעשה רב בכיוצא בזה בתשובת מהר"י וי"ל סי' קמ"ח וקמ"ט יעויין שם כי הרבה חבילות של אמתלאות היו לנתבע להשמט מן הדין, ועכ"ז כתב לו הרב הפוסק במשפט חרוץ וגזירת נח"ש שיפייס את התובע, אעפ"י שהייתה התביעה גם על נכסי יתומה קטנה, ועוד מה לו למגרש כי נזעק על מהר"ר ברוך עזיאל יצ"ו הרי הוא נגרר בגזרתו אחרי המופלא מהר"ם מפדוואה והנלוים אליו שידעו בטוב המאורע שהיה בעיר קצה גבולה בויניצי"א, ונתבררו להם התנאים שנעשו בין החלקים בשעת הארוסין."

מהרש"ם בתשובה חלק ו' סי' קסא הביא מתשובה זו, הסכים עמו וחיזק דבריו.

עוד יצוין כי המהרשד"ם, שנשאל גם הוא אודות הגט הנזכר, בתשובה חלק אה"ע סי' סד, הסכים עם מהר"ם פדוואה, וכתב על פסק דינו הנזכר:

"אך אם באנו לכאור מציאות ההכרח שהכריחוהו לבא אם היה כדין, גם כי אני יודע בודאי שכל דברי הרב המופלא מהר"ם מפדוואה ז"ל הם דברי אלדים חיים, ואחר שמידו היה ההכרח, אין ספק שאין להרהר אחריו, כי מי יבא אחרי המלך."

הרי שהמהרשד"ם קבע שמאחר ומידו של מהר"ם פדוואה יצא פסק הדין הראשון שהורה לבעל "או כנוס או פטור", אין ספק שאין להרהר אחר פסק דינו, "כי מי יבא אחר המלך". וכן בתשובת מבי"ט ח"ב סי' קלח השיב באריכות רבה ביחס לכל הטענות שעלו כנגד כשרות הגט וביחס להליכים שנגקטו והעלה שהגט כשר, ובתוך דבריו התייחס גם לפסק דינו של מהר"ם פדוואה, וכתב כדלהלן:

"ועל דבר אונס הנידויים והחרמות שכתבו על הארוס שתוך ל' יום לכנוס או לפטור ובשביל שלא קיים החרימוהו, האריך הרב מטריויזש לשונו על הרבנים מכשירי הגט. וחזן מכבודו לא צדק בכל מה שכתב בזה נגדם... והחכם החזק נר"ו כתב כי אלו החרמות היו על שגזרו עליו הרב המאיר מפדוואה ושני רבנים עמו אחר זמן הרבה שקדש והלך לו מרחוק שיבוא ויכנוס או יפטור ועבר על גזרתם ונידוהו כדין. והרב הלוחם במלחמתה של תורה אמר שהיה שלא כדין מה שגזרו עליו שלא הייתה יכולה לומר או כנוס או פטור עד שיתן לו אביו הנדונייא שנדר לתת לה ונמשך מזה שהחרמים של כנוס או פטור היו שלא כדין. ואני אומר כי גם שהייתה האמת אתו מה שאינו כן, היינו כשבא לויניצי"א ואמרה היא או כנוס או פטור ואח"כ תעמוד בדין עם אבי אבל, כששלחו אליו גזרה שיבוא לכנוס או לפטור אותה משם, כדין גזרו שאם ירצה לכנוס חייב לבוא פה מקום מושבה ויכניסנה ואח"כ יוליכנה למקום שהתנו או למקום מושבו וכמו שכתב ריב"ש ז"ל באותה תשובה שהביאו וכדאי היה הרב המאיר ז"ל עם חברו שלא יזלזלו בנידויי אחר פטירתו... ומכל זה נראה בהדיא כי טענת כנוס או פטור ואח"כ תגבה כדין היתה."

הרי למרות ששיטת המבי"ט בתשובה הנזכרת, בחלק א' סי' רפז, שגם במקום אונס, הגם שמקבלים עדות שלא בפני בעל



הנבלים ומסופקים הבית דין אם לקבל מהם עדות מחדש מחמת שהגדה הראשונה הי' שלא בפני בעל דין ולא בפני הבתולה ואם כן יכולים לחזור ולהעיד או לא מהימני לחזור הואיל וכבר העידו ומה שאמרו שהי' מחמת פחד הוא שקר גמור כי אבי הבתולה הוא יקר רוח שפל ברוך נוח לכל:

תשובה. נראה לי דאין צריך הבית דין לקבל עדות מחדש מחמת ד' טעמים: א' כי מבואר בחושן משפט סי' ק"י סעיף ט' וקמ"ט סעיף כ' בדבר ברור מקבלין עדות שלא בפני בעל דין והוא מנמוקי יוסף ז"ל [ב"ק קי"ב ע"ב] ובכנסת הגדולה [סי' כ"ח הגב"י אות נ"ג] מבואר בדבר שהוא לפי דברי העדים ברור בלא שום מיחוש וסכסוך אין צריך לפני בעל דין אפילו לכתחילה. א"כ אין לך דבר ברור מזה שאמרו אין אנו עדים בזה.

לפי זה, בכל מקרה שברור לבית הדין ללא כל ספק שהבעל ברח לחו"ל מעגן את אשתו ומתחמק מלהתייצב לדיון ולא ניתן לאכוף זאת עליו, יחשב כ"דבר ברור", ועל יסוד דבר ברור כזה אפשר לפסוק לכופו בגירושין.

בהתאם לאמור מתבארת תשובת נופת צופים סי' קט"ז שכתב:

"ראובן שהרחיק נדוד על אשתו זה כמה שנים ושלחו לו מבית דין כמה פעמים ולא רצה לבא, אם יכולה האשה למכור מנכסי בעלה לשכור שליח להביא לה גיטה. תשובה, ברור הוא שאין לך מורד מתשמיש כזה, ואם היא רוצה כופין אותו מיד להוציא וליתן כתובה, וכמו שכתבו בריש סי' ע"ז, ומוכרת היא מנכסיו לפרעון כתובתה מכל אשר תמצא לו, דברשות קעבדה."

הרי שבאותו נידון, שהוא כפי המקרה בני"ד, פסקו על הבעל כפיית גט וכתובה, ועל יסוד פסיקה זו הורו שניתן לרדת לנכסיו לגבות את הכתובה. ובהכרח מאחר ועילת כפיית הגירושין הייתה ברורה לבית הדין ללא כל ספק, לא הייתה מניעה לדון ולפסוק בהיעדרו, למרות שלא התקיים דיון במעמד שני הצדדים, ולא התקיים "שמוע בין אחיכם" לברור הנסיבות העומדות ביסוד הפסיקה לכפות את הגט.

וכן מתפרשת תשובת החכם צבי הנזכרת שבה בטרם דנו לכפותו לגט לא התקיים דיון במעמד שני הצדדים במתכונת של "שמוע בין אחיכם", אלא די בכך שהבעל נלכד בעיר אחרת לאחר שברח מאשתו, ושומעים ממנו שאינו מבקש לשוב לביתו. דהיינו לאחר ששמעו זאת מהבעל, הייתה ידיעה ברורה שהבעל מעגן את אשתו, ודי בכך גם ללא דיון במתכונת היסודית של "ועמדו שני האנשים", שבה מתקיים הליך של "שמוע בין אחיכם".

וכן עולה מתשובת המבי"ט שאם הבעל ברח יש לכפותו גם ללא דיון במעמד האשה.

המבי"ט בחלק א סי' עו כתב:

"על הגט שמסר ברוך בן יעקב לר' י"ט נעמן שיוליכנו לאשתו ראינו מה שכתבו משם מבארות שהוצרכו להביאו בערכאות ותבעו ממנו עשרת אלפי' עוט' ונכתב עליו בתורת חוב ונאסר בבית הסוהר עד שאמר שיעשה כל מה שיצו לו אך בזאת

העקרוניים, אין נ"מ בין פסיקת חיוב וכפיית גירושין, ובין פסיקת "או כנוס או פטור".

מאחר ומהר"ם פדוואה הוא אחד מעמודי ההוראה, וכאמור פסיקתו זו מוסכמת, יש מקום לנהוג כן גם בנידון דנן.

גם בשו"ת רבי יהודה מילר (שהיה נכדו של בעל עבודת הגרשוני), בסי' יד פסק חיוב הבעל בגירושין, כשפסק הדין ניתן על פי טענות האשה ובהיעדרו של הבעל שהיה במעמד של "לא ציית דינא", לאחר שהנתונים שהוצגו לרבי יהודה מילר מטעם האשה היו ברורים. ובתוך דבריו כתב:

"פשיטא ופשיטא בנידון דידן בצירוף כל הני אמתלאות אשר רובם ככולם אמיתיות כידוע ומפורסם ויודו על זה כל יושבי שער עירנו כל ישרי לב, שראוי לכופו אף בשוטים שיגרשה ותקח כל הבלאות שעדיין הן בעין הן מנכסי צאן ברזל הן מנכסי מלוג... וא"כ זה יכולין לברר בבירור גמור דלא ציית לדיני ישראל וזה עדותו מבורר דעדיין עומד במרדו דלא ציית לדיני ישראל ודאי מהראוי לכופו."

ולאחר סיום נימוקי התשובה כתב:

"ובאופן הכפיה גם מזה אדבר בעת הצורך. אבל מ"מ בזאת לבי בטוח דכל מורי הוראות בישראל אשר לבם שלם בדבר הזה והדנים דין אמת לאמתו של תורה יסכימו עמדי ששמעון הנ"ל הוא מחוייב ומצוה עליו לגרשה, דלא תהא אגידא ביה יותר להלכה ולמעשה ע"פ דת תורתנו הקדושה הניתנה לנו למורשה."

עוד יצוין, ביחס לקבלת עדות שלא בפני בעל דין, מצינו שניתן לקבל את העדות "בדבר ברור". בנימוקי יוסף על מסכת בבא קמא דף קיב, ב (דף לט, ב) בדפי הרי"ף כתב:

"כתב הריטב"א ז"ל בשם רבו ז"ל דהא דאמרינן דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וקטן כשלא בפניו דמי היינו בדבר שאינו ברור ויש בו חשש אבל בדבר ברור שאין בו חשש כגון דצוה אבי הקטן ואמר תנו מנה לפלוני מקבלין עדים שצוה כך ונזקקין דליכא למיחש למידי. וכן לכל כיוצא בזה שהוא ברור על פי העדים בלא שום חשש מקבלין עדים שלא בפני בעל דין."

והובאו הדברים בבית יוסף חו"מ סי' כח, וכן ברמ"א חו"מ סי' קי סעיף ט'.

ומבואר מדבריהם שבדבר ברור, גם מקבלים העדות שלא בפני בעל דין וגם פוסקים את הדין ללא דיון במעמד בעל הדין שהוא קטן.

וכן הוא בספר דברי חיים אבן העזר חלק א' סי' מה, שכתב בלשון זו:

"שאלה עדים שהעידו בתורת עדות אם לא יגיד ונשא עונו אודות הקידושין שאמר ראובן שקידש בפניהם שלא היו דברים מעולם שלא שמעו ולא ראו כלל ואחר כך כתבו להבית דין שכל זה הגידו מחמת פחד שהי' להם בפני אבי הבתולה ועכשיו אם יקבלו הבית דין עדות מהם יגידו האמת דברים כהווייתם והעדים הללו קלי הדעת ופוחזים גמורים ולפי הנראה כי ערמתם להוציא ממון מאבי הנערה או לאיזה תחבולה כדרך

"... רבו הימים ובעלה הנזכר לא פקד אותה, והנה הוא הולך מעיר לעיר וממקום למקום, ולא עוד אלא שהוגד לנו כי בעלה הגיע עד עיר תונ"ס ונשא שם אשה ועבר על שבועת אלדים שלא ישא אחרת. והיא כאשר צר לה במחנינו זה גלתה למתא מראכ"ש למקום אבותיה, וגם שם לא מצאה מנוח לכף רגלה והיא ברעב ובצמא וכו' וחכמי מראכ"ש כתבו לה מעשה בדי"צ, לשולחו למתא תונס לב"ד שלשם להוכיח לאיש הזה על אשר עזב אשתו ובניו ועל עוברו על שבועת אלדים שלא לישא אשה אחרת, ושהאשה עמדה לפניהם ותובעת גיטה וכתובתה כמו שראינו מעשה ב"ד הנז' כו"ח. בכך עמדו לפנינו מדברי בעד האשה לכתוב להם מה שיחייב הדין לבעל הנזכר ולכן אנחנו אומרים שמשני צדדים מחויב הבעל לגרש אשתו הנזכרת ולפרוע כתובתה הן מצד שנשא אחרת, ומספר כתובתה נלמוד שאם ישא אשה אחרת עליה שיפרע לה כ"מ שהחזיק לה על עצמו ויפטור אותה בגט כריתות וכו'. ואפילו אם לא נשא אחרת מצד שברח עליה והניחה עזובה בלא שאר כסות ועונה חייב לגרש ולפרוע כתובה וכמ"ש באה"ט קנ"ד סק"ה וז"ל וכתב מהר"י מטראני ח"א סי' נ"ט אין לך אינו רוצה גדול מזה שיש כמה שנים שנפרד ממנה ולא רצה לשלוח ולא קרב אליה והולך ובורח ממקום למקום עי"ש עכ"ל. וכן הוא נדון זה ממש. וכתב בס"ק א' כל היכא דכופין להוציא וליתן כתובה אם לא יכפוהו לגרש כגון דליתיה קמן והאשה תובעת כתובה ב"ד יורדין לנכסיו ומגבין לה כתובתה הרד"ך וכו' עכ"ל ולכן דינא הוא באשה זו שכתובתה קמא עליה ויורדין לנכסיו, והיא קודמת לכל בע"ח המאוחרין לה."

הרי בהסתמך על תשובת המבי"ט, פסקו לחייב את הבעל בגט ובכתובה, לאחר שברח ועזב את אשתו ונשא אחרת, וכל זאת גם ללא דיון במעמד הבעל, שלא התאפשר עקב בריחתו. וכתוצאה מפסיקה זו, הורו לרדת לנכסיו ולגבות כתובתה.

וכן עולה מתשובת הרשב"ש סי' מו שיש לכפות גט בנסיבות אלו, ואף הוסיף הרשב"ש לחדש שניתן לכפות גם בלא תביעה מצד האשה ובהיעדר הליך משפטי מקובל במעמד שני הצדדים שבו מתקיים "שמוע בין אחיכם", וז"ל:

"מי שהניח אשתו עגונה והלך לעיר אחרת למדינת הים, אם הבית דין שבאותה העיר יכולים לכופו לתת גט זמן לאשתו מדינא אף על פי שהיא לא תבעתו בגט, או אינן רשאים בכך כיון שלא תבעתו. ונפקא לן מינה שאם אינן יכולים לכפותו מן הדין וכפאוהו הוה ליה גט מעושה בישראל שלא כדין דאמרינן בפרק המגרש דפסול ופוסל, ואם רשאים בכך הוה ליה גט מעושה בישראל כדין וכשר.

ונראה לי שרשאים הם הבית דין בכך אף על פי שלא תבעתו, שהרי כל ישראל הם בעלי דינים מחמת עגון. ותדע לך שהרי אין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין כדאמרינן בפרק הגזול בתרא, ובעדות אשה מעשים בכל יום שמקבלים. וכן נראה פשוט מכמה מקומות מהמשנה ומהגמרא.

שיכנסו ערבים לפוטרו מכתובת האשה ומזונותיה ומן החוב הנז', וכן עשו שפטרו אותו מן הכל ונכנסו ערבים על זה ואחר כך רצה לכתוב הגט ומסרו ביד כ"ר יום טוב הנז'. ונראה לנו כי גם שכפיה זאת תהיה כפיה גמורה היא כפיה כדין והגט כשר, כיון שהאיש הזה לא היה מקיים מה שחייב לאשתו מן התורה בשארה ועונתה כי יש כמה שנים שהניחה עגונה והולך נע ונד מעיר לעיר ונישא בכל מקום שמוצא ומעולם לא שלח לה שום דבר והרי כתוב בטור סימן קנ"ד האומר איני זן ואיני מפרנס או שאינו רוצה לשמש כופין אותו ויוציא מיד ואין לך איני רוצה גדול מזה שיש כמה שנים שנפרד ממנה ולא רצה לשלוח לה מזון ולא קרב אליה ונשא נשים אחרות והולך ובורח ממקום למקום וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל פ"ד מהלכות אישות המורד על אשתו ואומר איני בא עליה וכו' מוסיפין לה וכו' כל זמן שתוצה היא לישב וכו' וכתב בעל מ"מ לפי שאם לא רצתה כופין אותה לגרשה כיון שאינו רוצה להיות עמה וכן על מה שכתב פי"ב שאם אינו יכול ליתן לה אפילו לחם שהיא צריכה לו שכופין אותו להוציא ותהיה כתובתה חוב עליו וכו' כתב מ"מ שאפילו למאן דפסק כשמואל וכו' אם אין יכולין לכופו לזון יכפוהו להוציא והוא דבר ידוע בנדון זה שאינם יכולין לכופו זה האיש לזון שהולך מעיר לעיר ומשתמט ממי שתובע ממנו מזונות לאשתו ולכן כפיה זו כדין היא, כ"ש שמחלו לו כל סכי כתובתה וגומר ומגרש לה כי הא דרב הונא תלוה וזבין וכו' דהוי כמו מכר וכמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשובותיו. ובכתבת הגט ראינו גם כן כמה גמגומין, ועם כל זה נראה לנו לסמוך עליו בשעת הדחק שלא תשאר זו עגונה ולבקשת השליח הנזכר שהשתדל וטרח זה כדי שלא תשאר האשה עגונה כתבנו מה שנראה לנו."

תשובת המבי"ט הובאה בקצרה בשו"ת לב מבין אה"ע סי' קל.

משמעות תשובת המבי"ט שבאותו נידון, לאחר שהבעל נטש את אשתו והותירה עגונה ונדד ממקום למקום, לא התקיים דיון בבית דין במעמד שני הצדדים. בנידון המבי"ט, במקומו של הבעל כפו אותו לשלוח גט על ידי שליח לאשתו כדי שלא תשאר עגונה.

למרות שכאמור לעיל, המבי"ט הוא מהסוברים שהסוגיא בב"ק דף קיב, ב נאמרה רק ביחס לקבלת עדים שלא בפני בעל דין במקום אונס, אך הדיון עצמו לא יוכל להיעשות שלא בפני בעל דין, אך ככל שהדבר נוגע לפסיקת כפיית גירושין, לא מצא המבי"ט לנכון להורות שיתקיים דיון במעמד שני הצדדים, אלא די בכך שבית הדין במקומו של הבעל נוכח שהבעל ברח מאשתו. וכשקיימת ידיעה ברורה שהבעל מעגן את אשתו, ניתן לכופו בגט גם ללא דיון במעמד שני הצדדים.

בשו"ת משפטים ישרים חלק א' סי' תלו פסק בנידון דומה לנידון דנן לחייב את הבעל בגירושין, והסתמך על תשובת המבי"ט, וז"ל:

בכך לפסוק לכפותו בגירושין, וזאת מאחר שבפני בית הדין דבר ברור שהבעל מעגן את אשתו.

על כן בהכרח שתשובות הרשב"ש, המבי"ט, משפטים ישרים ונופת צופים, מתאימות לפסק דינם של מהר"ם פדוואה ורבי יהודה מילר, ומהם אנו למדים שהיות שהדבר נוגע לכפיית הבעל בגירושין עקב עיגון האשה בעזיבתו אותה, די בכך שלבית הדין התברר בדרך שאין בה ספק, שהבעל עזב אותה ומעגן אותה. בנסיבות אלו הבעל אינו יכול לטעון כנגד בית הדין שעליהם להימנע מפסיקת דין לכפיית הגט בכך שלא ניתן לקיים דיון משפטי במתכונת של "שמוע בין אחיכם". ונראה שגם מהר"ם שיק בתשובתו (ח"מ סי' ב') הנזכרת מסכים לאמור, וז"ל מהר"ם שיק:

"כל זה ביארתי לפי דעת הסמ"ע והש"ך ושאר האחרונים שהביאו. אמנם אפי' להב"ח והתומים והקצה"ח שהסכימו עמו בדיעבד אפילו שלא בפניו מהני. היינו אם כבר שמעו טענותיו אפילו שלא בפניהם. אבל אם לא ידעו כלל טענותיו בוודאי אין דיניהם דין, וכ"כ הכנה"ג סי' י"ז אות ל"א:"

הרי שאלבא דשיטת הב"ח חו"מ סי' יג, התומים ס"ק ד' וקצות החושן ס"ק א' אם טענותיו של בעל הדין ידועות לבית הדין בדיעבד דינם דין גם בלא דיון במעמד הצדדים, וכשבעל הדין בורח מהדין ולא ניתן לאכוף עליו להתייצב לדיון, בדיעבד דמי. אמנם כנה"ג (סי' יז אות לא) שהביא מהר"ם שיק מביא מתשובת לחם רב סי' פז שאין מקום לפסוק בלא שמיעת בעלי הדין כשהדין סבור שכבר יודע כל מה שיש בלבבם לטעון. היינו כשהדין תלוי בטענות אלו או אחרות, אין לדיון לקבוע מראש, שכבר ברור לו בלא דיון מה שבעלי הדין יטענו. אבל כשהפסיקה מיוסדת על נתונים שאין בהם כל ספק, כגון שידוע לכל שהבעל ברח ומעגן את אשתו, הרי בפנינו עילת כפיית גירושין, ודי בכך לפסוק, ומעשה רב של מהר"ם פדוואה הוא היסוד לפסיקה זו.

וע"ע בשו"ת זקן אהרן תניינא סי' קכו וכן בספרו חושן אהרן סי' יג ס"ו שכתב ביחס לראיות שהביאו התומים סי' יג סק"ד וקצות החושן סק"א להוכיח כשיטת הב"ח, שבאותם מקרים, מאחר שהדין ברור אין צורך בשמיעת בעלי הדין. וז"ל:

"לא נצרך בפניהם כי אם בדין כזה שיש בו טענות, משא"כ בהיא דנכסי יתומים וקטן ונפרעין שלא בפניו, מיירי בע"כ שהטענות ידועות לנו ואין צורך לשמוע מבעלי דינין, וכגון שיש שטר או עדים שלא יחסר לדיון זה לשמוע עוד שום טענה, דאל"ה פשיטא שאין נזקקין לזה דאולי כשהיה הבע"ד בפנינו היה טוען דברים הגורמים לזכותו, אלא ע"כ שהטענות ידועות ואין מה להוסיף עליהם ולכן ככה"ג פוסקין הדין גם שלא בפניהם."

עיי"ש בחושן אהרן טעם נוסף המתאים לשליח בי"ד המקבל טענות נשים יקרות שאינן מגיעות לדיון, אך עכ"פ ביסוד הדברים הסכים לכך שאם הנתונים והטענות כבר ידועים לבית הדין, ניתן לדון בהיעדר הנתבע שאינו מגיע לדיון.

ונראה לי שהטעם הוא כי כל ישראל בעלי דין בכל דבר שמסור לערוה, וגם בדבר העונות דנפיק מיניה חרבא שהרי כמה חללים הפילה ורבים ועצומים עד הארץ הכריעה והשפילה, ופריצי עמנו פרצות פרצו, וזנו ולא יפרצו. וחובה על כל ישראל וכל בתי דינים לגדור פרצות לכל ישוטטו השועלים בחוצות. הלכך הוו להו בעלי דין בדבר בקבלת עדותם, וכן כתביעתם לענייני גט אף על פי שלא תבעתו האשה, דכלהו הוו בעלי דין בדבר. ובתשובה נוספת בסי' תקל המשלימה את התשובה בסי' מו כתב הרשב"ש:

"בענין הגט שצויתי לכוף לגרש לזמן, לא כתבתי אלא מה שהדין מחייב ומה שנמצא בזה לראשונים ז"ל ומה שהבאתי אני ואיה לסברא זו, שלחתי לספרד ליד החכם ר' אברהם קנקיאה ושמו בדברי כמו שכתב לי בכתבו. ועוד הוספתי דברים שאפילו אין האשה תובעת גט ואינה בכאן והבעל רוצה להרחיק נדוד שבית דין מכריחין אותו לתת לה גט לזמן כמ"ש למעלה בסימן מ"ו. ואותם הנבלים הסכלים המשלחין רסן לשונם, לא מסתיא דלא גמרי אלא דמשבשי מאן דסבר וגמיר, ומאן דאיסורא זוטא כאיסורא רבא בעיניה אמיר וטוב ברע לא ימיר, ואינם כדאי להשיב על דבריהם שאף מן הדין ממעשיהם הרעים אסור להביט אל פניהם."

עיינ עוד בספר אבני נזר (אה"ע סימן רלח ס"ק כ), בספר דבר שמואל להגאון רבי שמואל עמאר זצ"ל (חלק אה"ע סימן מד), בספר דברי שמואל (ארדיטי) סי' יז ובספר משנה הלכות (חלק יז סימן פב) שהביאו מתשובת הרשב"ש והסכימו עמו. הגאון רבי אליעזר גולדשמידט זצ"ל (בפד"ר חלק ב עמוד 35) באר את דינו של הרשב"ש וכתב:

"הרי שאף שנידון הרשב"ש הוא בעיקרו ענין שבין אדם לחברו, סכסוך בין בעל ואשתו, וכלל הוא שברייב שבין אדם לחברו אין לבית הדין לדון בלי תביעה, אבל הואיל ויש כאן ענין עגון, ועיגונה של בת ישראל הוא דבר כללי ולא פרטי, וכל ישראל ובית הדין בראשם חייבים לדאוג לכך שבת ישראל לא תתעגן, כל ישראל ובית הדין הם בעלי דין והם התובעים, והרי זה ממש כאילו תבעה האשה בעלת הדין בעצמה."

למרות זאת, אין ספק שבנידון הרשב"ש לא יכול להתקיים בירור טענות שני הצדדים בדרך נכונה, וזאת בהיעדרה של האשה מהדיון. והגם שגורם אחר, שהוא בית הדין במקומו של הבעל, קיבל מעמד של "בעל דין", עדיין הדבר ברור ופשוט שאין זה "בעל דין" היכול להציג טענות מהותיות לגופה של תביעת הגירושין ולהבהיר את הרקע לפירוד וכיוצא בזה, ובנידון הרשב"ש אותו בעל דין אפילו אינו יכול לטעון שהאשה דורשת להתגרש, אלא רק להביע את התנגדותו לכך שהבעל עזב את אשתו ומעגן את אותה. לאחר הליך כזה המתקיים במעמד הבעל ואותו בעל דין חסר יכולת טענה, עדיין לא ניתן לקבוע שבטרם כפו על הבעל את הגירושין, התקיים "שמוע בין אחיכם" ראוי הנדרש בכל הליך שיפוטי. למרות זאת, הורה הרשב"ש שמאחר ולבית הדין אין ספק שהבעל מעגן את אשתו, די

אבל מתחילה צריך הבעל לשמוע מפי ב"ד של ג' שצריך לגרש...

והנה במשנה איתא שאומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך... לכן וודאי דיש לחוש לדעת האומרים דבעינן שהנכרים אמרו לו עשה מה שהב"ד אומרים לך אחר שהגידו לו הב"ד שעפ"י דין מחויב לגרשה."

העולה מתשובת העונג יו"ט שאין צורך לקיים מעמד של דיון, "שמוע בין אחיכם", במעמד הבעל והאשה, אלא רק הפסיקה לכפיית הגט חייבת להינתן על ידי בית דין של שלשה, והבעל צריך לשמוע מהם שכך פסקו. אך נראה פשוט שאין צורך שהבעל ישמע זאת מחברי בית הדין בדרך בלתי אמצעית, אלא די בכך ששלשת חברי בית הדין חתמו על פסק הדין ושלחו לו, ובכך הוא יודע שמוטלת עליו המצווה לשמוע לדברי חכמים שהם בית הדין שפסק את כפיית הגירושין, מאחר וזו תכלית הפסיקה, ותכלית זו מתקיימת גם בדרך של העברת פסק הדין לעיונו. ועיין עוד בתשובה שם שהכפייה על הגירושין היא כפייה כדין, אך כפייה למינוי השליח אינה נחשבת כפייה כדין, ויש להסדיר את הגט שלא באמצעות שליח, או באמצעות שליח קבלה שהאשה תמנה. ובלאו הכי, נכון שלא להסדיר באמצעות שליח הולכה מחשש שהבעל יבטלו.

#### מסקנת הדברים

ביחס למקרה הראשון הנזכר, כתבנו - תביעת הגירושין הוגשה לפני חמש וחצי שנים, התקיימו דיונים במעמד שני הצדדים לבירור התביעה וניתן פסק דין לחיוב הבעל בגירושין, מהעילות המפורטות באותו פסק דין. מזה שלוש וחצי שנים הבעל ברח לחו"ל ומסרב לשוב ומתחמק מלהתייצב לדיון, על כן יש לכפות את הבעל בגירושין מאחר שהוא מעגן את אשתו שלא כדין.

אמנם כבר התקיימו דיונים במעמד הצדדים, ובית הדין שמע את טענותיהם ובית הדין פסק לחייבו בגירושין. אך ביחס לעילה הנ"ל העומדת ביסוד הפסיקה לכפיית הגירושין, עקב בריחתו לא התאפשר לשמוע את טענותיו, ולמרות זאת, מאחר שהבעל במעשיו מונע קיומו של דיון, ובנוסף הדבר ידוע לכל ואין ספק בכך שהבעל ברח ומסרב לשוב לארץ, די בכך והפסיקה לכפיית הגירושין תוכל להיעשות על יסוד הדברים הידועים לנו, למרות שלא התקיים דיון לבירור עילה זו. הסדרת הגט תיעשה לאחר שהבעל יקבל לעיונו את פסק הדין, ובתיאום עם בית הדין.

על כן אין לתלות את הוראת מהר"ם פדוואה וסיעתו במחלוקת הב"ח והסמ"ע והש"ך בסוף סי' יח שחלקו עליו. מאחר שמחלוקת זו מתייחסת לנסיבות הרגילות שחייב להתקיים דיון לבירור התביעה ובלא שמיעת טענות בעלי הדין, לבית הדין חסרה הידיעה הברורה אודות העובדות העומדות ביסוד הפסיקה. ולכן בנסיבות אלו קיים הכרח לקיים את הדיון במעמד שני הצדדים, אלא שנחלקו האם בדיעבד מהני שלא בפני בעל דין, ואם ירצה יוכל לבקש לסתור את הדין. מה שאין כן כשהנתונים והעובדות ידועות לבית הדין בלא ספק, ככהאי גוונא לכולי עלמא אפשר לפסוק על פיהן, לרבות חיוב או כפיית גירושין.

ועיין בתשובת הגאון רבי י"ש אלישיב זצ"ל שהובא בספר קובץ תשובות ח"א סי' קפא (הודפסה בספר כפיה בגט בתחילתו) ובחלק ג' סי' רב המתייחסת לאותו נידון, וממנה עולה שככל שעילת הכפייה אינה ברורה וחייבת להתברר באמצעות שמיעת טענות הצדדים, אין לקיים דיון במעמד האשה בלבד, ולפסוק לכפות גירושין, מאחר שהאשה תוכל לטעון ככל העולה על רוחה ביודעה שהבעל אינו מוכן להתייצב לדיון. אך עפ"י האמור יש לבאר בדבריו, שבנידון דנן שהעילה ברורה, והבעל בורח מהדין, אין צורך בשמיעת טענות במעמד של דיון בבית הדין לצורך פסיקת חיוב או כפיית הגירושין.

על כן אף בנידון השני הנזכר לעיל, למרות שלא התאפשר לקיים דיון במעמד שני הצדדים לבירור הנסיבות העומדות ביסוד הפסיקה לכפיית הגירושין מאחר שהבעל במעשיו, שברח לחו"ל ולא שב, מעגן את אשתו ומונע את הדיון ואין בכך כל ספק אין מניעה לפסוק כפייתו בגירושין. בספר עונג יו"ט סי' קסח (בסופו), כתב:

"מה שנסתפק כבודו באיש אחר רע מעללים שיצא משפטו מהממשלה הרוממה לשלחו לארץ גזירה ולעבוד שמה עבודות קשות. ואינו רוצה לגרש את אשתו. אם יכולים לכופו ע"י א"י שיגרשה.

והנה בוודאי האיש הזה מדינא הוא מאותן שכופין להוציא אף ע"י כותים... הכא בהאי עובדא מונע מכל וכל דכיון שהוא בשבי לעבודה קשה במה יפרנסנה גם לא יבא אל ביתו לעולם. ואף שהוא אנוס בדבר עכשיו. הא לא עדיף מנולד לו ריח הפה דכופין אעפ"י שהוא אנוס. ברם דא צריך להודיע בענין כפי' ע"י עכומ"ז שמתחילה צריכין להושיב ב"ד של שלשה שיגידו להבעל שעפ"י דין תוה"ק חייב לגרש את אשתו ואז אם יגרש ע"י עישוי שיאמרו לו הנכרים עשה מה שב"ד אומרים לך מהני.

## סימן פח

## חיוב גט וכתובה לבעל הבוגר באשתו

ראשית נציין כי בדיון הראשון הבעל הודיע שלא חוזר לבית עקב סכסוך רכושי, כשהאשה סברה שהחנות שבה הבעל עבד שייכת לו, והוא הכחיש זאת. כמובן, שעילה זו אינה עילה מוצדקת להימנע מחזרה לבית. גם אם ברקע התעוררו חילוקי דעות ביחס לזהותו של הנכס, אין חילוקי דעות אלו מצדיקים שהבעל ימנע מחזרה לביתו. ובנסיבות אלו הבעל נחשב כמורד באשתו ללא הצדקה, וזו מצד עצמה עילת חיוב גירושין.

מלבד זאת, קיימת עילה נוספת לחיוב גירושין, והיא הקשר שהבעל יצר עם אשה נשואה.

אמנם הבעל מכחיש בגידה באשתו, למרות שהודה כי התגורר בדירה אחת עם אשה נשואה, אך בחדרים נפרדים, וזאת בתקופה של שנה ושמונה חודשים, וכן הודה שיצא עמה לבילוי בבית קפה. אך למרות זאת הבעל מצא לנכון להכחיש מערכת יחסים זוגית. כמו כן יצוין כי בפני פקידת הסעד הבעל טרח לציין כי מערכת היחסים בינו ובין אותה אשה אינה מתקיימת בנוכחות ילדיו, אך באותה הזדמנות הבעל לא מצא לנכון להכחיש את קיומה של מערכת יחסים זו.

בדיון בבית הדין הבעל הודיע על רצונו לחזור לאשתו, והאשה דחתה על הסף חזרה לשלום בית בנסיבות הנוכחיות.

בית הדין מקבל את עמדת האשה, וקובע כי ככל שהדבר נוגע לחיוב הבעל בגירושין, אין צורך בעדות על קיומן של יחסי אישות בין הבעל לאשה זרה, ודי בכך שהבעל התגורר עם אותה אשה תקופה ארוכה. מגורים בדירה אחת עם אשה אחרת למשך שנה ושמונה חודשים מוכיחה קיומה של מערכת יחסים, הגוררת אחריה חיוב הבעל בגירושין.

חיוב הבעל בגירושין נקבע על יסוד דינו של ספר האגודה שנפסק להלכה ברמ"א אה"ע סי' קנ"ד ס"א. וע"ע בפסק דין שכתבנו בתיק אחר והתפרסם בספר עטרת דבורה ח"ב סי' צ' עמ' 638-641.

יצוין, מבואר בדברי הרמ"א שככל שהדבר נוגע לחיוב הגירושין, אין צורך בעדות על יחסי אישות של הבעל עם האשה הזרה, אלא די גם בעדות נסיבתית המוכיחה את הקשר, כגון שראו את הבעל עם מנאפים, ועל כן ה"ה כל כיוצ"ב. לכן בנידון דנן, ככל שהדבר נוגע לחיוב הגט, די במגורים עם אותה אשה באותה דירה במשך פרק זמן כה ממושך.

מדברי הרמ"א מוכח שדי ברגליים לדבר המסייעות לטענת האשה שהבעל רועה זונות, ואמנם כן העתיקו הפוסקים שנקטו להלכה כפסק הרמ"א - הלבוש, ערוה"ש ועוד, שדי

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין ולחיוב הבעל בתשלום הכתובה. התקיימו שני דיונים שבהם בית הדין שמע את טענות הצדדים, ולאחר מכן הוצגו סיכומי טענות משני הצדדים. להלן פסק דין בתביעות אלו.

בני הזוג נשואים עשר שנים ולהם שני ילדים. מזה כשלוש שנים, קיים פירוד בין הצדדים. ובתקופה זו האשה והילדים בביתה, ואילו הבעל, מרבית הזמן שהה מחוץ לבית וגר בעיר אחרת, למעט בתקופה האחרונה שהבעל בקש לחזור לבית בניגוד להסכמת אשתו.

יצוין כי כבר לפני שש שנים התקיים דיון בתביעת האשה לגירושין, ובדיון זה האשה תבעה להתגרש, וטענה שעקב חובות כבדים הרובצים על הבעל מהתקופה שקדמה לנישואין, בעלה אינו מפרנס את בני הבית כמתחייב. הבעל הודה שמצבו הכלכלי ורמת הכנסתו אינם מאפשרים לו לפרנס כראוי את אשתו ושני ילדיו, ובית הדין הורה לבעל שעליו למצוא את הדרך לפרנס את אשתו ולמנוע ממנה לסבול מעיקולים והליכי הוצל"פ.

לפני כעשרה חודשים, הוגשה תביעת גירושין מחודשת, בטענה שהבעל גר מחוץ לבית ומנהל קשר זוגי עם נשים אחרות, לרבות עם אשה נשואה.

התקיימו שני דיונים ובהם התברר שהאשה נחרצת בעמדתה להתגרש, לאחר שלטענתה נעשו ניסיונות לחזרה לשלום בית לרבות באמצעות יועצת נישואין מקצועית, אך לטענתה שלום הבית כשל, עקב קשריו של הבעל עם נשים אחרות. האשה טענה כי לא ניתן לחזור לשלום בית מפני שהבעל חי עם אשה אחרת, וכי הוא אף מתגורר בביתה של אותה אשה. לטענתה, טענתו של הבעל על רצונו בשלום בית אינה כנה ואין בה ממש.

במענה לשאלת בית הדין הבעל טען כדלהלן: "אני גר עם אשה אחרת שהיא רק שותפה למגורים בדירה, כך כשנה. אין לי קשר זוגי עם אותה אשה הגרה בנפרד מבעלה".

ולשאלת ביה"ד: "האם אתם יוצאים יחד לבית קפה?", השיב הבעל: "כן, אבל אנו בחדרים נפרדים".

למרות זאת הבעל טען שהוא מוכן לשוב לבית ולשלום בית עם אשתו בכל עת.

בית הדין שאל את הבעל מדוע לא חוזר לבית מיוזמתו, והבעל השיב: "ניסיתי לחזור לבית, אני עובד באיזושהו עסק בחנות, והיא מבקשת את החנות, והיא לא שלי, והיא חושבת שהחנות שלי, זו הסיבה היחידה שלא חזרתי לבית, אני מצידי גם כעת מוכן לחזור עוד היום".

בנסיבות המתוארות עלינו לקבוע האם יש לחייב את הבעל בגירושין, והאם האשה זכאית לתשלום הכתובה.

בטענתה על שורש הקלקול וביחס לגורמים שהביאו להפרת שלום הבית. ועיין בפד"ר כרך י"ב עמ' 25, ובספר שמע שלמה חלק ג' אה"ע סי' יט אות ד', שדנו בנידון דומה לנידון שבפנינו ונפסק לחייב גט, ופסק הדין אושר בביה"ד הגדול, כמבואר שם בסי' כ'. וע"ע בפסק הדין שבספר עטרת דבורה ח"ב סי' צ' הנזכר עמ' 644.

ועיי"ש עוד בתשובת שמע שלמה הנזכרת, סי' יט אות ו', שכתב שאם מעשיו של הבעל נעשו לאחר הדיון בתביעת הגירושין, הרי שדיון זה דינו כהתראה, הנחוצה לדעת החכ"צ והנודע ביהודה בטרם יחויב בגט עקב עילה זו.

סיכומו של דבר, תביעת הגירושין מתקבלת, ואנו פוסקים לחייב את הבעל בגירושין.

ביחס לטענת הבעל על רצונו בחזרה לשלום בית וכי עזב את המגורים עם אותה אשה. טענה זו אינה מתקבלת. אין מקום שבעל הבוגד באשתו, תוך כדי הכחשת הבגידה, יקום יום אחד ויחזור לביתו בטענה שאשתו חייבת לקבלו.

קיימים תנאים מוקדמים שבהם הבעל יכול לבקש לחזור בו ממעשיו הנלוזים ולשוב לשלום בית. עליו להודות במעשיו ולבקש לקיים דיון בבית הדין שבו בית הדין יקבע את כנות חזרתו, ומה התנאים המוקדמים שעליו לעמוד בהם על מנת שיהיה יסוד לבקשתו לחזור לשלום בית. נציין לפסק דין שכתבנו בתיק אחר והתפרסם בספר "עטרת דבורה" ח"א סי' לח שבו קבענו את העקרונות בהלכה זו.

במקרה שבפנינו, מאחר שהבעל מצא לנכון להכחיש את טענת הבגידה, וגם בסיכומי טענותיו שהתקבלו לאחרונה הבעל מכחיש טענה זו, הרי שבנסיבות אלו לא נוצרו התנאים הראשוניים וההכרחיים לתיקון המעוות, ואין יסוד לתביעתו מאשתו שתקבל את בעלה כך כפי שהוא.

על כן אנו פוסקים כי הבעל מחויב בגירושין וכן מחויב בתשלום הכתובה במלואה.

בכך שראו אותו עם מנאפים, שהיא לכאורה עדות נסיבתית בלבד. לכאורה קשה על הרמ"א שבמקור הדברים בספר האגודה עמ"ס יבמות פרק ששי סי' ע"ז לא נכתב כפי הלשון ברמ"א "שראו אותו עם מנאפים", אלא "שראו אותו עם הארמאית כדרך המנאפים". אך מאחר והאחרונים העתיקו את דברי הרמ"א להלכה ולא מצינו מי שיעיר על שינוי זה הנוסח ברמ"א לעומת הניסוח שבספר האגודה, הרי שדברי הרמ"א כפי שהם, הינם הלכה פסוקה.

יש להוסיף ולבאר, הטעם בהלכה זו הוא מפני שהביאור בדינו של ספר האגודה לחיוב גירושין אינו עקב ההוכחה המוחלטת שהתבררו מעשי ניאוף. אלא מפני שבמעשיו, הבעל קלקל את חיי המשפחה ביניהם והביא לכך שלא יוכלו לדור יותר יחד, וכמו שבארו בפד"ר כרך א' עמ' 13 ובספר נחלת צבי (להגר"ג פעלדער) ח"ב עמ' 87. ולעניין זה התנהגות שיש בה רגליים לדבר למעשה בגידה באשתו, התנהגות זו גופה מביאה לקלקול האישות ביניהם, וככל שהדבר נוגע לחיוב הגירושין די בהוכחה שהבעל נהג כך ובמעשיו אלו קלקל את חיי המשפחה ביניהם, גם בהעדר הוכחה מוחלטת לניאוף שהיתה נחוצה בזמן קדום בעת דיון בבית דין של דיינים סמוכים שדנו דיני נפשות. וכן הסכימו עם מסקנה זו בפסק הדין בספר שמע שלמה ח"ג סי' יט אות ה' ובסי' כ' בדברי הרה"ג הרב שלמה בן שמעון שליט"א.

אמנם בפד"ר כרך א' עמ' 141 כתבו שלא לדון חיוב גט עקב עילה זו אם קודם לכן האשה אינה רוצה בו, אך מקרה זה אינו דומה לנידון שם, מאחר וכאן שורש הסכסוך והעדר שלום בית נעוץ בטענות אלו של קשריו של הבעל עם נשים זרות. אמנם בנידון דנן בזמנו לא עלה על דעת האשה להעמיד חוקר כדי להציג את המידע המדויק ביחס להשתלשלות האירועים, כל עוד היתה בה תקוה שהבעל יחזור בו ממעשיו ויחזור לשלום בית. אך לאחר שהוכח שאמת בפי האשה, הרי שהתברר הדבר למפרע שהדין עמה

## סימן פט

### בעל החולה במחלת הסכיזופרניה, חיוב בגירושין

בסכיזופרניה. סיבת האשפוז: "מצב פסיכיאטרי חריף מלווה בתוקפנות כלפי ילדתו" במכתב זה נכתב בין היתר:

"אפקט מחויך אינו תואם, חשיבה מעורפלת מבטא מחשבות שווא ביזאריות של יחס ורדיפה, מתאר כי עוינות אנשים גורמת לחיידקים לתקוף אנשים אחרים בגלל דעותיו הלא מקובלות בעדה החרדית החיידקים ניסו לתקוף את בתו, ראה "שד כמו תנין" והבין שאלו החיידקים שרוצים לפגוע בבתו בגללו, ולכן סטר לה, כדי להראות שאינו אוהב אותה, וכך היא לא תיפגע. חשב לחזור על המעשה שוב."

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין והתקיימו דיונים לבירור התביעה. האשה טוענת שהבעל חולה במחלת סכיזופרניה ומאז אשפוזו הראשון הם בפירוד, ותובעת להתגרש. הבעל מביע התנגדות לגירושין וטוען שבמצבו הנוכחי כבר אין הצדקה לחייבו בגירושין. להלן פסק הדין לאחר השמטת פירוט הטענות ההדדיות.

#### ההיסטוריה הרפואית של הבעל

האשפוז הראשון של הבעל היה למשך 26 יום בבית חולים לחולי נפש. במכתב השחרור נכתב שהבעל אובחן כחולה

לגרש, היו כופין אותו לגרש. דהא מפורש בכתובות דף ע"ז דכשיש סברא זו דאין אדם דר עם נחש בכפיפה כופין להוציא". האג"מ הביא מדברי הרא"ש בתשובה שכתב בלשון זו בכלל מג סי' ג':

"ומה שהיא טוענת שבעלה מטורף, וטפשות מתוספת עליו מידי יום יום, ושואלת שיגרשנה טרם יטרף ותהיה עגונה לעולם ... וכסבורה היתה יכולה לקבל ואינה יכולה לקבל, כי מטורף הוא לגמרי, ויראה פן יהרגנה בכעסו, כי כאשר מרגיזים אותו, מכה והורג וזורק ובוטע ונושך. וראובן משיב הכרת בו מקודם לכן וסברת וקבלת, גם אינו מטורף, אך אינו בקי בטיב העולם ... איני רואה מתוך טענותם דברים שיהיה ראוי לכופו עליהם לגרש, כי אין להוסיף על מה שמנו חז"ל בפרק המדיר (עז): ואלו שכופין אותו להוציא מוכה שחין ובעל פוליוס והמקמץ והמצרף נחושת ובורסקי. ועוד שנינו התם האיש שנולדו בו מומין, אין כופין אותו להוציא. לכן אין לכופו לגרש, אך תפייסנו שיגרש, או תקבלנו ותזון מנכסיו".

דברי הרא"ש הובאו להלכה בטור אה"ע סי' קנ"ד ובשו"ע סי' קנ"ד סעיף ה'. וכתב האג"מ על דברי הרא"ש הטור והשו"ע: "לכאורה סותר להא שביארתי דשטות הוא מום גדול שכופין להוציא. אבל פשוט שהם איירו רק באיש פקח שהוא כעסן מצד מדתו הרעה. ולשון המשתטה מדי יום ויום שכתבו, הוא רק שמכעסו עושה מעשה שוטה ומטורף, ולכן אין לומר עליו שאין דר עם נחש בכפיפה דכיון שהוא פקח אפשר לה לראות שלא יבא לכלל כעס, אך שהוא טירחא גדולה לפניו להזהר בזה, ולכן כיון שלא מצינו שכופין בכה"ג שהוא רק טירחא גדולה, סובר שאין כופין לגרש אלא צריכה לפייסו לגרש או תקבלנו ותזון מנכסיו. אבל כשהוא שוטה שעליו נאמר אין אדם דר עם נחש בכפיפה משום שאין שייך ליזהר ואין שייך לפייסו, כיון שעושה שלא בדעת, ודאי יודו שכופין אם אך יכול ליתן גט כגון כשעתים חלים".

כדברי האגרות משה, כבר כתב בשו"ת זכרון יוסף (ליקוטים סימן יא) בביאור תשובת הרא"ש:

"שאני התם שלא הוחזק לשוטה במעשים של שטות אלא שלא היה בקי בטיב העולם ולא היה מכה ובוטע כי אם בשעת כעסו כשמגזימים לו, וכדמשמע שם מדברי מורשה האיש ההוא ע"ש, ודמי לאותן הפתאים ביותר כו' שכתב הרמב"ם בהלכות עדות הלכה יו"ד בטור ובשו"ע ח"מ ל"ה ס' י"א".

וכן מהרח"ש בשו"ת תורת חיים חלק ד' סי' לג כתב ביחס לתשובת הרא"ש:

"התם ודאי לאו בשוטה גמור קאמר, אלא באיש כעסן ורגזן ויש לו קצת טירוף ומשתטה אך אינו שוטה גמור, ובזה שייך לומר תפייסנו או תקבלנו. אבל בשוטה גמור לא שייך פיוס ולא שייך לומר שתקבלנו ואינה יכולה לסבול כלל, כדאמרינן בריש פרק חרש [יבמות קיב ע"ב] דלהכי לא תקנו רבנן נישואין בשוטה ושוטה, דלא קיימא תקנתא דרבנן שפגיעתו רעה ואין אדם יכול לסבול לדור עם נחש בכפיפה אחת. וראיה לזה דבמה שכתב הרא"ש בתשובה הקודמת גבי נכפה שהוא מום גדול וכופין

באישפוז נוסף למשך שלושה וחצי חודשים בבי"ח הנ"ל, האבחון היה הפרעה סכיזופרנית אובססיבית, והבעל אושפז עקב מעשיים בעייתיים ביותר, המעידים על התקף פסיכוטי חמור ומחשבות שווא ורדיפה.

בנוסף הבעל אושפז פעמיים בבית החולים פסיכיאטרי אחר, כמפורט בהודעה מטעמו, החתומה על ידי רופא מומחה, ובה נכתב שהבעל שולל מחשבות אובדניות או ניסיונות אובדניים. וכן:

"בבדיקה לא נמצאו סימנים פסיכוטיים פעילים או סימני הפרעה אפקטיבית גורית, וכעת ללא סימני סכנה לעצמו או לסובבים אותו. כעת אין אינדיקציה לאשפוז פסיכיאטרי. משתחרר מן המיון עם המלצה לחדש מעקב פסיכיאטרי אמבולטורי... לא נצפה סיכון מידי בעת הבדיקה".

## דיון

הבעל חולה במחלת נפש קשה שהיא סכיזופרניה, ועבר אירועים פסיכוטיים קשים שחייבו אשפוזים.

בתקופה האחרונה הבעל כבר אינו במצב פסיכוטי פעיל, ואין צפויה ממנו סכנה מיידית, אך לא נרפא ממחלתו אלא מצוי ברמיסיה, הפוגה, וקיים החשש מהתפרצות חוזרת של המחלה.

עקב נסיבות אלו האשה תובעת להתגרש, והיא חוששת להתגרר עמו תחת אותה קורת גג. מנגד, הבעל טוען שמצבו אינו מסכן, וכי אין הצדקה להרחיקו מביתו או לחייבו בגירושין.

מהמסמכים הרפואיים שהוגשו לבית הדין עולה שלא נרפא ממחלתו אלא כעת מצוי במצב של הפוגה וחייב מעקב לבחון האם חל שינוי לרעה. כמו כן יצוין שהבעל אינו מעוניין בטיפול תרופתי מחשש שהדבר אינו מטיב עמו.

מלבד זאת, בדיונים בית הדין נוכח לראות שהגם שהבעל אינו במצב פסיכוטי, עכ"פ סימני המחלה ניכרים על הבעל, וככל שהדבר תלוי בראות עיני בית הדין, מצבו הוא כעין המובא בתשובת הרשב"א שהביא הב"י אה"ע סי' קכא:

"עדיין סימני חוליו ניכרים בגופו שלא נתרפא לגמרי, אלא כאדם המתחזק בחוליו".

## חיוב הבעל בגירושין

בעת בירור השאלה האם המחלה הנפשית המתוארת מהווה עילה לחיוב הבעל בגירושין, יש לברר האם מחלה נפשית חמורה העלולה להביא את החולה לידי התנהגות חריגה וחמורה מתוך התקפים פסיכוטיים, היא עילה לחיוב גירושין, והאם יש לקבוע בנידון זה, שכעת דינו כמי שנרפא ממחלתו.

בשו"ת אגרות משה חלק אבן העזר חלק א' סי' פ', כתב:

"זה ודאי ששוטה הוא מום גדול שאינו ראוי לאישות כלל, דהא מפורש ביבמות דף קי"ב דבשוטה לא תקינו נישואין, משום דלא קיימא תקנתא דרבנן, דאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת. ומה"ט ברור דבאדם שנשתטה אחר הנישואין אם היה יכול

תחזור, החצי היותר גדול של המחלה עובר בירושה, הופעתה היא כתוצאה טבעית תורשתית, התקף בודד נמשך לפעמים חדשים רבים וקורה שנמשך גם שנים, ולפעמים לא מרפא כלל אך זה נדיר, בשעת התקפים חולה זה מסוכן ולפי תופעת מחלה זו יכול לקום בחצות לילה ולשחוט את אשתו או להצית את הבית, במשך עשרים וחמש שנות עבודתי אני זוכר תריסר מקרים שהחולה קם משנתו וביצע מעשים מסוכנים, הבעל כרגע שפוי ומסוגל לתת ג"פ".

ובסיום תשובתו כתב:

"ובכלל הרי ידוע דאין הולכין בסכנות נפשות אפילו בתר רוב וחוששין למיעוטא, ולכן גם אם לו נניח (ומאחלים שכן יהיה באמת) שהמחלה עפ"י רוב לא תחזור עוד אצל הבעל, כי מרובים רחמי שמים על כל בריותיו, ובפרט לעושי רצונו, בכל זאת כאשר אנו באים לדון בנוגע למצב האשה וחששותיה, צריכים וגם מחויבים אנו לחוש אפילו למיעוטא, ואין לחייבה בשום פנים ואופן לחזור עם בעלה, ואדרבה יש לחייב את הבעל לשחרר את אשתו בג"פ כי האשה לחיים ניתנה ולא לצער ניתנה (כתובות ס"א) ועל אחת כמה שלחיים ניתנה ולא לסכנה ניתנה... לאור כל האמור מכל נימוק ונימוק במיוחד ובפרט בצירוף כל הנימוקים יחד נראה דיש לחייב וגם לכוף את הבעל שיאמר רוצה אני, לפטור את אשתו בג"פ, והנלפענ"ד כתבתי.

פסה"ד הנ"ל עם ראשי פרקי נימוקיו הובא לפני מרן הגאון הגרצ"פ פרנק שליט"א, ואישר אותו וצירף את דעתו הגדולה לכוף את הבעל בנתינת גט פטורין.

למעשה. התפשרו אח"כ הצדדים בקשר לבעיות הכספיות והבעל מרצונו הטוב נתן את הג"פ מבלי שיצטרכו עוד לאחוז נגדו בשום אמצעי כפיה.

לדאבונינו. גם אחרי הגירושין חזר הבעל וקיבל התקפי המחלה, ואני מזכיר זאת בכדי להראות שצדקנו בדברינו האמורים".

עד כאן מהתשובה הנזכרת.

בקובץ תורני אסותא (אלול תשס"ו) בעריכת הרב דבורקס עמ' צג הביא תשובת הגאון הרב יצחק זילברשטיין שליט"א שהשיב על השאלה דלהלן:

"מעשה באשה שתבעה גט מבעלה בטענה שהוא חולה במחלת סכיזופרניה וכבר קיבל כמה פעמים במשך נשואיהם התקפים קשים שהתבטאו בהשתוללות בגרימת נזקים בבית בהכאות ובאיום לרצח האשה טענה שהיא מפחדת על חייה ועל חיי הילדים האם כופים אותו לתת גט כזמן שהוא שפוי".

עיי"ש שהביא בעמ' פח באריכות חו"ד רפואית של ד"ר מיכאל בונצל אודות המחלה והמשמעויות שלה בסיום דבריו כתב:

"חולי סכיזופרניה פרנואידיה נוטים להיות עוינים לסביבה, לנתק גשרים חברתיים ובמקרים קיצוניים עלולים להיות מסוכנים מאוד לסביבתם כיון שהם עלולים לפעול באלימות בתגובה לאיום שהם חשים".

ובעמ' צג הגדיר הגר"י זילברשטיין שליט"א את המגורים של

אותו וכו' כתוב שם מרב שקיים סברת הרא"ש, וכתב טעמא שאין מום גדול מנכפית שהרי מדמה בפרק האומנים [ב"מ פ' ע"א] נכפה לשוטה, משמע דפשיטא ליה דשוטה מום גדול יותר מנכפה, ולרבותא קאמר שנכפה מדמה הגמרא לשוטה וכו' ולהכי כופין אותו להוציא".

על כן סובר מהרח"ש שבעת חלימותו של הבעל, יכולים לכופו לתת גט.

וכן בספר ציץ אליעזר חלק ו' סי' מב פרק א' - דן בהרחבה רבה ביחס לתביעת גירושין כנגד בעל החולה בסכיזופרניה, ובפסק דין מנומק ומפורט קבע וביסס את חיוב הגירושין, ודבריו הם בסיס איתן לנידון שבפנינו שיש לחייב גירושין, עקב החשש מהתפרצות חוזרת של התקף פסיכיאטרי. יצויין כי בפסק דינו קבע הציץ אליעזר שניתן אף לכוף על הגירושין, וכי הגאון רבי צבי פסח פרנק זצ"ל אישר את פסק הדין.

ובתשובתו זו כתב הציץ אליעזר:

"גם בשו"ת נאמן שמואל סי' ס"ו ס"ל נמי דשוטה גרוע בזה מנכפה דכותב וז"ל: ולענ"ד דשוטה גמור לא גרע מנכפה דחשיב סכנה להדבק אתו והכא קרא כתיב רועה כסילים ירוע פי' רש"י ז"ל ירוצץ ואבן עזרא פירש ישבר, ומדברי הרא"ש נראה דשוטה גרע מנכפה שכתב ז"ל נ"ל שאין מום גדול מנכפה שהרי מדמה בפ' האומנים נכפית לשוטה ושעמומו כו' הרי דתלה לימוד הנכפה מן השוטה כנ"ד דפשיטא ליה דבשוטה כופין להוציא כשהוא חלום עכ"ל... והכי ראיתי גם בשו"ת דברי חיים (מצאנו) ח"א חאה"ע סי' נ' שכותב בתוך דברי תשובתו בנידונו שם, דשוטה מום גדול מנכפה וכיון דרמ"א פסק בנכפה דכופין כ"ש בשוטה דכופין עיין שם.

וא"כ דון מינה לנידונו דמכיון שנקבע על ידי טובי הרופאים טיב המחלה שהבעל לקוי בה כמחלת שגעון ממש בשם הידוע שכיזופרניה אשר בשעת ההתקף עלול החולה לסכן ממש כל הנמצאים במחיצתו, א"כ שפיר יש לכוף את הבעל בשעת חלימותו שיפטור את אשתו בג"פ"

תשובה זו מבוססת על חוות דעת רפואית שהוצגה לבית דינו של הציץ אליעזר, וכאמור בפתח תשובתו:

"לשאלה נוספת מצד ביה"ד קבע הפרופיסור: כי ידוע שמחלת השיזופרניה מתבטאת בהתקפים חוזרים, והחשש להתקף חוזר במקרה שעל החולה עברו כבר שני התקפים גדול מאשר במקרה שעבר עליו התקף ראשון. רופא ממשלתי מומחה אחר קבע: כי אין ספק כי הנתבע לוקה במחלת סכיזופרניה פרנואידיה, ומחלה זו באה עליו מזמן לזמן בהתקפים וקרוב לוודאי שהתקפים אלה עשויים לחזור ולבוא עליו בעתיד בזמנים שאין לחזותם מראש אף אם יהיה בטיפול רפואי מתמיד, ובשעת ההתקף הוא עלול לעשות מעשים שונים ומשונים נטולי הגיון ואף מסוכנים, והמחלה עשויה לעבור מדור לדור בדרך של תורשה.

עוד רופא ידוע העיר בפנינו: רוב הרופאים הם בדעה שהמחלה חוזרת והסיכויים שתחזור המה הרבה יותר מהסיכויים שלא



יובהר: בנידון זה אכן אין כל אסמכתא רפואית לרפואה אלא להפוגה בלבד, ותמיד קיים החשש המוצדק להתפרצות מחודשת של המחלה, וכפי חוות הדעת שהביא הציץ אליעזר בתשובתו.

והנה, התשב"ץ מתייחס למחלת נכפה, אך ביחס לנידון של מחלת נפש של הבעל שהתפרצה בעבר, וכעת הוא בריא, כתב הגר"ש רפאל זצ"ל (משכן שילה עמ' קצ"ח, וחוברת כנס תושבע"פ כ"ב עמ' סג)

"ואפשר לומר דאפי' במקרה שברגע זה מצבו של הבעל טוב, חיישין לחזרה ויש לכפות אפי' בכה"ג, וראי' מדברי הרמ"א אבה"ע"ז סי' קיז ס"ה שכ' שם וז"ל "טען על אשתו שהיא מצורעת הוי מום" וכתב ע"ז הח"מ סק"ב וז"ל ואפשר שכל שהיתה מצורעת אף שנתרפאה קודם אירוסין הוי' מום דיש לחוש שמא תחזור ותהי' מצורעת וכו' וכשהיתה צרעת בגופה אפשר דיש לחוש אפי' לפעם א' וה"ה שהיתה נכפה פעם א' בילדותה יש לחוש שמא תחזור ותהיה נכפה תחתיו וצריך להתיישב בדבר למעשה", ועיי"ש גם בב"ש סק"ב ובשו"ת תפארת צבי אבה"ע"ז סי' לח כ' דלפי ד' הח"מ כופין גם באשה שוטה ואף אם עכשיו שנתפתה יש מקום שתחזור לשטותה והוי מום גדול שכופין עליו אמנם האור גדול בתשובותיו סי' ה חלק על התפארת צבי וכ' דאף אם נאמר דשוטה הוא מום גדול המצריך כפיי זהו דוקא בזמן שהיא שוטה אבל אם כעת היא שפוי' אלא שיש חשש שתחזור לשטותה אף ודאי דהוי מום כגלל חשש חזרה מ"מ לא נחשב למום גדול ולגבי כפיי הרי בעינן רק למום גדול ומש"כ הח"מ זהו דוקא לגבי הפסד כתובה דאין לה כתובה משום דגם מום כזה שעתיד לחזור הוי מום אבל לגבי כפיי אינו נחשב גדול אם עכשיו אינה שוטה עכ"פ בנדוד"א"צ לכך וגם האור גדול יודה שכופין משום דאיירי בבעל שהוא חולה נפש בהווה ועקב מצבו העכשווי אפשר לכפות עליו... וכן נקט בפשטות בשו"ת דברי חיים להגה"ק ר' חיים מצאנז"ל ח"א אבה"ע"ז סי' נ' דבשוטה יש לכפותו ליחן גט".

ובפד"ר כרך ח' בפסק דין בית הדין ברחובות בראשות האב"ד הגאון הרב זבולון גרו זצ"ל פסקו אודות בעל חולה נפש במחלת סכיזופרניה פרנואידית שיש לחייבו בגירושין, וכתבו כדלהלן:

"בנ"ד, מאחר ולדעת הרופאים הבעל חולה במחלת נפש, הרי פשוט שזה מום שחייב לגרש. אבל עדיין יש לפקפק דלפי העדות שהיתה בפנינו שבה נאמר כי אמנם חלה הרגעה אבל אותן המחשבות עדיין פועלות אצלו, יש לדון דהיות וחלה הרגעה הרי יתכן שיחזור ויבריא. ויש לכאורה לדמות למה שכתב הרשב"א בתשובה ח"א סי' תשס"ה, הובא בב"י סימן קכ"א, שבו דן לענין עתים חלים ועתים שוטה שמגרש את אשתו ובהמשך התשובה כתב וז"ל:

ומסתברא דאפילו חלים במילתא שאינו שפוי לגמרי הרי הוא כפקח וכו' ואף על פי שהוא תשש ועדיין סימני חוליו ניכרים

האשה עם החולים בסכיזופרניה שעברו התקפים פסיכוטיים בגדר: "אין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת", על כן לא תקנו גירושין לשוטה, ובנסיבות שזו ההגדרה, מחייבים גירושין כמפורט בכמה הלכות. וביחס לחיובו בגירושין העלה הגר"י זילברשטיין שליט"א:

"אבל המשתטה ממש רק דעיתים חלים ויכול לגרש, ודאי כופים אותו לגרשה כשהוא שפוי כי יש בזה ספק סכנת נפשות "כי האשה לקיים ניתנה ולא לצער ניתנה", כמבואר במסכת כתובות דף ס"א ע"א, על אחת כמה וכמה שלחיים ניתנה ולא לסכנה, ולכן יש לכופף את הבעל לגרש את אשתו".

### האם נאמן לטעון שנתרפא והאם החשש שיחזור למצבו הפסיכוטי מהווה עילה לחיוב בגירושין

התשב"ץ בתשובה חלק ב סי רס (הובא בקצרה בב"י אה"ע סי' קסה) נשאל אודות כפיית היבם לחלוץ, וז"ל השואל:

"במום משונה הקשה מכל השנויים במשנתנו הוא חולי הנופל יארע ממנו לרואהו טירוף הדעת וסכנת הנפש אשר יש מתרפאין ממנו ויש שיעמוד ימים רבים ונתפרסם הדבר ליבם בעוד אחיו קיים פעם או פעמים ואחר שנפלה יבמתו לפניו לא נראה לו יותר היא אומרת אינה רוצה להתיבם מחמת נגע נראה לו וחולצת. והוא אומר לא כי אלא נרפא מקודם שנפלה לפניו והרי הוא ככל אדם. מי אמרי' האי דידיעין בחליו היא חזקה ולא מפקינן ליה מידי חזקתו. או דילמא בהאי שעתא דאתי ליבומי לא חזינן ליה מידי ועליה להביא ראייה".

התשב"ץ השיב:

"ולענין נכפה בחיי אחיו וטוען נתרפא והיא אומרת לא נתרפא מי נאמן. נראה דעליו להביא ראי' דומה להיו בה מומין ועודה בבית אביה צריך להביא ראייה שמשנתארסה נולדו בה ונסתחפה שדהו (כתובות ע"ה ע"א) וכן נמי הכא כיון שהדבר ברור שהיה בו זה החולי. לאו כל כמיניה לומר נתרפאתי בלא ראייה. וכיון דאמר בפ' המדיר (ע"ז ע"א) דנכפה הוי כמומין שבסתר, אי אפשר לו להביא ראי', והרי הוא בחזקת בעל מום ואין חוסמין אותה להתיבם לו כדאי' בפרק קמא דיבמות (ד' ע"א) ובפרק אלו הן הלוקינ'".

הרי מבואר שמאחר שאין ספק במחלתו ועלתה טענה שנתרפא, חובת הראייה להוכיח את הרפואה, מוטלת על היבם. וכן עולה מתשובת מהר"א ששון תורת אמת סי' ריד, במה שכתב:

"ספק נפל אצלי במי שהיה מוכה שחין ועתה אומר שנתרפא, ואשתו אינה סומכת עליו מהו. ועיקר הספק הוא ממאי דאמרינן בפ"ק דחולין מנא הא מילתא דאמור רבנן אוקי מילתא לחזקתיה כו' דאמר קרא ויצא הכהן כו' ופרש"י ז"ל כו' ופי' התוס' דאפילו להקל אמרינן הכי. א"כ בנ"ד נימא שלא יהיה נאמן לומר נרפא הנגע".

וה"ה בנידון זה על הבעל נטל הראייה שנתרפא ממחלתו, ובלא ראייה הוא בחזקת בעל מום שדינו להיות מחויב בגט.

שביין וחומץ הרי אלו מותרים, וא"ת תיקשי מינה לשמואל דאמר בסוף אלו טרפות קישות שהתליע באיביה אסור משום שרץ השורץ על הארץ, ומיהו שמואל סבר כאידך ברייתא דמייתא התם. ומיהו ק"ק וכו' ועוד שמואל היכי אכל מרור בפסח וכי תימא דבדיק להו שלא יהא שם קפא א"כ אמאי צריך חרוסת כיון דליכא קפא, ושמא ברוב ירקות אין בהם קפא וסמיך שמואל ארובא ומשום סכנה דקפא חיישינן למיעוטה וצריך חרוסת.

הרי מתבאר מדברי התוס' דאעפ"י דלענין איסורים סומכים על הרוב, אבל לענין סכנה אין סומכין על הרוב וחיישינן למיעוט. ועיין עוד בתשובת אבקת רוכל להב"י סימן רי"ג שהביא תשובת הרדב"ז דספק ספיקא במקום סכנא אסור, וטעם הדבר נראה עפ"י מ שכתב הרמב"ן בריש חולין דאף דספק טומאה ברשות הרבים טהור אבל בתרומה וקדשים דבעינן שמור ומשמרת תרומותי כתיב, ספק טומאה ברה"ר טמא, דמאחר דאין זה שמור, דבמקום דכתיב שמירה צריך להיות ודאי ואינו מועיל ספק ספיקא דעכ"פ הוא לא שמור. והנה כל הדין שאדם אסור להיכנס לסכנה נובע ממה שנאמר ונשמרתם מאד לנפשותיכם, הרי דחייב אדם להישמר מאד מלהיכנס בסכנה, ומאחר דאיכא דין שמירה במקום סכנה, לכן אין דין של רוב וספק ספיקא וכמו שכתב הרמב"ן לענין ספק טומאה ברה"ר. ועיין עוד בנוב"י מהדורא תנינא סימן י'.

ונמצא לפי"ז דבמקום דאיכא חששה בחזרה לסכנה, ומאחר דאין הולכין אחר הרוב במקום סכנה ואפילו בספק ספיקא, הרי על פי הדין אינה יכולה לדור עם בעלה ואיכא איסורא דונשמרתם לנפשותיכם ואין לך מום גדול מזה. ועוד הרי זה דומה למה שפסק השו"ע בסימן קנ"ד סעיף ט': אם הדבר ידוע שאינו רשאי לעמוד במקום שנשאה מפני סכנת נפשות, כופין אותו לגרש. וברמ"א שם: כי היא אינה צריכה ללכת אחריו. מקור הדין מתשובת הרא"ש כלל ארבעים ושלש וז"ל: אם הדבר ידוע שאינו יכול לעמוד במקום שקידש בת שמעון בלא סכנת נפשות, אין לך טענה חזקה יותר מזו כי היאך תנשא לו והיא אינה מחויבת לילך אחריו למדינה אחרת, ואפילו אם כבר נשאה ואירע לו אונס כי אינו יכול לישראל עמה בעיר לקיים עונתה, היו כופין אותו לגרשה. הוא הדין והוא הטעם בנידון דידן, הואיל ואין היא יכולה לדור עמו מאחר וזה בא בגרמתו ולא בגרמתה ואפילו איסורא איכא וממילא אינו יכול לקיים עונתה, ולכן בודאי שיש לחייבו לתת גט. נמצא לפי מה שהעלינו שאעפ"י שהיה מקום לדון הרבה בגדרי שוטה, וכן בנאמנות הרופאים שדנו הרבה באחרונים, אבל עכ"פ מידי ספק לא יצאנו דאיכא חשש סכנה, ולכן ברור כי הבעל חייב לגרש את אשתו.

עד כאן מפסק הדין הנזכר.

**מסקנה:** בנידון זה מאחר שהבעל חולה במחלת הסכיופורניה ואין רפואה למחלה אלא רק הפוגה, והחשש מהתפרצות מחודשת העלולה להוות סיכון לסובבים אותו, בעינו עומד, על כן תביעת הגירושין מתקבלת והבעל חייב לתת גט לאשתו.

בגופו שלא נתרפא לגמרי אלא כאדם המתחזק בחוליו, אפילו כן בשעת חלמותו הרי זה כפקח בשעתו.

ולפי"ז הוא הדין בנ"ד מאחר וחלה הרגעה, יתכן שאע"פ שסימני חוליו ניכרים בגופו שלא נתרפא לגמרי, אין דינו כשוטה ואין זה מום.

אכן אין העניינים שוים ואין דמיון בין דינו של הרשב"א לנידון דידן, שמה שדן הרשב"א שאפילו חלים בעלמא שאינו שפוי לגמרי בכל זאת אין דינו כשוטה, זה רק אם הוא ראוי לתת גט והוא בר דעת והרי הוא כפקח לכל דבריו מאחר שהוא מדבר בענינו ואינו קורע בגדיו ואינו לן בבית הקברות ואינו יוצא יחידי בלילה ואינו מאבד מה שנותנים לו שהם סימני שוטה, ולכן אף על פי שעדיין סימני חוליו ניכרים ולא נתרפא לגמרי, הוא כפיקח לשעתו, אבל בנ"ד אין הדיון אם הוא בר דעת ופיקח אלא אם יש בו מום שחייב לגרש, וכל עוד שלא נרפא לגמרי הרי המום קיים, ולכן הרי הוא חייב לגרש. ויתר מכאן יש לכאורה לדון, דאפילו אם נרפא לגמרי אם אפשר לחייב אותו לגרש על פי מה שכתבו חלקת - מחוקק ובית שמואל בסימן קי"ז סעיף י"ב לדין דאם היתה מצורעת או נכפה, אעפ"י שנתרפאה מאחר ויש לחוש שיחזור הרי זה מום.

והנה זה פשוט דגם בשוטה מחמת שיש התרגזות יש חשש לחזרה, ועיין באורח חיים הלכות ט"ב סי' תקנ"ד במג"א בשם מהרי"ל בחסר דעה ונתרפא לא יתענה בט' באב שיוכל לשוב לחוליו עיין שם. ועוד הרי התוספות בחולין דף ט"ו ע"ב ד"ה כגון כתבו, דכל חולה שכיח שיחזור לחוליו עיין שם. וכבר דן בשאלה זו בספר תפארת צבי סימן ל"ח ופסק בנשתתה ונשתפאה אם יש לחוש שתחזור לשוטה, יכול לכופה לגרשה. אכן אור - גדול בסימן ה' השיגו ודחה דבריו וז"ל: לפענ"ד דברי התפארת צבי תמוהין דאיך דן לענין לכופה לגרשה לחוש לחזרה לדברי הח"מ והב"ש הנ"ל, דהא לענין לכופה אינו אלא בנכפה דהוי מום גדול, אבל משום שאר מומין אינו יכול לגרשה בע"כ כמבואר באהע"ז (סי' קי"ז), ואם אף בנכפה לענין חשש חזרה יש לומר דאינו מום גדול כיון דאינו אלא חששא בעלמא ואינו נחשב רק מום בעלמא כשאר מומין, ולכן לענין תצא שלא בכתובה דבכל מומין הדין כן שפיר כתבו הח"מ והב"ש הנ"ל דאף בהיתה נכפית ונתרפאית מ"מ תצא שלא בכתובה דמ"מ הוי מום משום חשש חזרה, אבל לענין לכופה להתגרש דבשאר מומין כופין רק בנכפה דהוי מום גדול אבל בחשש חזרה מ"מ אינו אלא מום בעלמא ואין כופין עכ"ל.

והנה צדקו דבריו של אור - גדול בחשש חזרה בעלמא במקום שאין סכנה, אכן במקום חזרה היכא דאיכא חשש סכנה כעין נידון דידן שאפילו שיתרפא, אם יחזור איכא סכנה, עדיין יש לדון, דהנה יש לעיין בכל מקום שיש חשש סכנה אם הולכים אחר הרוב או חוששים למיעוט במקום סכנה דחמירא סכנתא מאיסורא, והנה מפשטות דברי הגמרא בחולין דף י' נראה דאין הולכין אחר הרוב. דבר זה מבואר להדיא בתוספות פסחים דף קט"ו דברי המתחיל קפא: פ' ר"ח תולעת כדתניא, התולעת שבעיקרי זיתים ושבעיקרי גפנים והקפא שבירק והיבחושיין

וכן הובהרו הדברים היטב בניסוח שונה בתשובת אגרות משה חלק יורה דעה חלק ד' סי' טו אות ב' וזו לשונו:

”בדבר איש ואשה שזה הרבה שנים שליכא שלום בית וכבר שנה וחצי דרים במקומות מופרדים, וכבר ישבו בית דין חשוב ולא עלה בידם לעשות שלום ביניהם, וראינו גילוי דעת חתום מהבית דין שלא הועיל כל השתדלותם לעשות שלום. וכנראה מזה שהבית דין סובר שאי אפשר לעשות שלום ביניהם. אז מדין התורה באופן כזה מוכרחין להתגרש ואין רשות לשום צד לעגן, לא הבעל את אשתו ולא האשה את הבעל, בשום עיכוב מצד תביעת ממון. אלא צריכים לילך לפני בית דין לסדר התביעות בענייני ממון ולסדר נתינת וקבלת הגט”.

בנסיבות המתוארות, לאחר שבכל הדיונים האשה חוזרת וטוענת שאין כל אפשרות שתשוב לגור עם הבעל, ולמרות שקרוב לחמש שנים שהם בנפרד עדיין הבעל עומד בעמדתו הנחרצת שלא לתת גט, גם ביחס לנידון זה נאמרו דברי הגאון רי”י קנייבסקי זצ”ל שמאחר ואין כל ספק שהאשה מאסה בבעלה וכבר לא תשוב אליו, ”הדבר ברור שהדרך הישר היחידי הוא לעשות גמר לפוטרה בג”פ. וכל סחבת בזה אינה אלא רשעות להרע לעצמו ולאחרים... הבעל גופי ודאי צריך למיחש ולהיות חרד מפשע רב ולעשות גמר בגט פיטורין”.

מאחר ולמרות כל האמור, הבעל עומד עיקש בעמדתו, ניתן לנקוט ביחס לבעל צווי הגבלה שהם בכלל ”הרחקות דרבינו תם”, וכפי פסיקת הרמ”א אה”ע סי’ קנד סכ”א. יצוין כי הלכה זו נפסקה במהרי”ק שהביא הב”י אה”ע סי’ קל”ד ובלבוש סי’ קל”ד סי’, שהורו שניתן לפסוק הרחקות דרבינו תם אפילו בהעדר פסיקת חיוב הבעל בגירושין, ק”ו בנסיבות של חיוב גירושין, ובהתאם להוראת הרמ”א.

ועיין בספר ”קונטרס הברורים”, להגאון ר”א הורביץ זצ”ל (מח”ס דבר הלכה) שהאריך בהלכה זו, מצד אחד, לאחר שהביא את שיטות הגאונים והראשונים שפסקו לכוף את הבעל בטענת ”מאיס עלי”, העלה (בהקדמתו לקונטרס) שלמעשה אין לזוז מפסק השו”ע שאין כופין, למרות זאת האריך לברר, וכן הסיק הלכה למעשה שאין מניעה לפסוק הרחקות דר”ת, וכן שיכולים לומר לבעל שהרחקות אלו הן מאחר שאינו נותן גט, והם בתוקף עד שיגרשה.

בהתאם לאמור ועל יסוד פסק הדין הנזכר לחיוב הגירושין, בית הדין פוסק:

א. הבעל חייב לשלום לאשתו סך 3000 שקל לחודש ”מזונות מעוכבת” מחמתו, תוקף החלטה זו החל ממועד מתן ההחלטה הנוכחית.

כתב מהרי”ט ח”א סי’ קיג:

”ומזונות נמי נראה דיש לה כל זמן שאינו מוציאה בגט, שהרי גדולה מזו אמרו בפ”ק דמציעא, כל מקום שאמרו חכמים מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במזונותיה אע”פ שנתן לה כתובתה, כל זמן שהיא מעוכבת מלינשא מחמתו”.

מקובל לפרש את דברי מהרי”ט, שבדבריו אלו קבע את הדין

לאחר שהבעל עמד בסירובו לתת גט וללא הצדקה לפי דעת בית הדין, התקיים דיון נוסף בתביעה לגירושין ולצווי הגבלה ביחס לבעל עקב סירובו להתגרש, שבו נכתב:

יצוין לפסק דין מנומק שניתן ביום ... בדיון הבעל הביא טרזניה כנגד הפסיקה, אך בדבריו שב וטעה בכך שאינו מבחין בין ריפוי מהמחלה להפוגה (רמיסיה). בית הדין בפסק דינו וכן בדיונים שב והבהיר לבעל שבהתאם לידוע בעולם הרפואה ביחס למחלת הסכיזופרניה, אין רפואה, אלא קיימת הפוגה בין ההתפרצויות. ואכן בעת ההפוגה יתכן שאין נשקפת סכנה מידית מהחולה, אך תמיד קיים החשש להתפרצות בלתי צפויה מראש. במאמר מוסגר יצוין שרק לאחרונה בתיק אחר המתנהל בפני הרכב זה, נוכחנו באדם שאשתו תבעה גירושין עקב מחלה דומה, ובעת הדיונים הלה טען שהוא בריא, מאחר ואכן באותו מועד התנהג כאדם בריא, אך לאחרונה בדיון נוסף שהתקיים התברר שהמחלה שבה והתפרצה בעוצמה שחייבה את אשפוזו הממושך, והדברים מתאימים לאמור לעיל.

הבעל נאחז בתשובת הגאון רי”ש אלישיב זצ”ל, אך בתשובתו שב”קובץ תשובות” חלק א’ סי’ קעח התייחס לשאלת הכפייה בגירושין בלבד, ואין התייחסות בדבריו לשאלת חיוב הבעל בגירושין, כפי שנפסק בנידון זה.

עוד יצוין שטענתו המייחסת לאשה עושק המצדיק את סירובו לתת גט, נשללה, מאחר שהאשה פועלת עפ”י הוראות בית הדין. בית הדין דוחה על הסף את התנהלותו של הבעל שאינו מציית להחלטות בית הדין ובמקום לציית להחלטות המחייבות אותו הוא מוצא לנכון לתלות את הקולר באשתו שכבר כחמש שנים סובלת מאד מהמצב אליו נקלעה שלא באשמתה.

מאחר וברור לכל שהפירוד הינו עובדה מוגמרת, ואין סיכוי שהאשה תחזור לבעל, מפני החשש מהתפרצות חוזרת של המחלה, וגם לבעל כבר אין כל ספק שאשתו לא תשוב אליו, הרי שבנסיבות אלו עיכוב הגט הינו מעשה נקמנות גרידא, ואינו מתקבל.

יצוין לתשובת הגאון רי”י קנייבסקי זצ”ל (קריינא לאגרתא ב’ סי’ תשל”א), שכתב בלשון זו אפילו ביחס למקרה שאין חיוב גירושין אלא ”מאיס עלי” בלבד:

”כעת לאחר ארבע שנים אשר גבה טורא בינותם וכאופן טבעי האשה לא תחזור בשום אופן לדור עמו לאחר שעבר עלי מצדו כל מה שעבר כו’ הדבר ברור שהדרך הישר היחידי הוא לעשות גמר לפוטרה בג”פ. וכל סחבת בזה אינה אלא רשעות להרע לעצמו ולאחרים כו’ באמת לדעת הרמב”ם ז”ל האומרת מאיס עלי כופין אותו לגרש ולאו יחידאה הוא הרמב”ם ז”ל ש”כ”ה דעת כ”פ עיין מהרש”ם ז”ל ח”ג סי’ צ”ג. וכש”כ נד”ד אשר ידוע היטב לרבים התגלגלות הדברים ושיש לה עבור מה לטעון טענה הנ”ל, ואם כי למעשה אין כח בכ”ד לכוף במקום מחלוקת הפוסקים, איהו הבעל גופי ודאי צריך למיחש ולהיות חרד מפשע רב ולעשות גמר בגט פיטורין”.

של הבעל לציית לפסיקה לחיוב הגירושין. ועיין בעטרת דבורה ח"א סי' מ' שהארכנו בהלכה זו.

יש להוסיף, יסוד חיוב מזונות "מעוכבת מחמתו" אינו כחיוב מזונות אשה הרגילים, אלא כקנס עקב עיכוב הגירושין, וכמבואר בתוספות יבמות (דף מא עמוד ב' ד"ה עמד), ועיין פד"ר כרך ג' עמ' 44 וכרך י' עמ' 294. וכמו שעולה מדברי הישועות יעקב שהביא הפת"ש אה"ע סי' צג סק"ב. ועיין בספר שמע שלמה חלק ב' אה"ע סי' יט שהאריך להוכיח כן.

ב. בהתאם לסעיף 2(ב) לחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין) התשנ"ה-1995 ועל יסוד האמור בספר עטרת דבורה חלק ב' סי' פג, בית הדין מטיל בזאת עיקול על קצבת הנכות של הנתבע עד לסך 3000 שקל לחודש, והסכום יועבר ישירות לידי התובעת כפירעון חוב המזונות הנזכר בסעיף א'.

ג. עפ"י סעיף 2(א) לחוק הנזכר נשללת זכותו של הנתבע:

לקבל או להחזיק או לחדש רישיון נהיגה.

וכן לפתוח או להחזיק חשבון בנק או למשוך שיקים מחשבון בנק בדרך של קביעה כי הוא לקוח מוגבל מיוחד כמשמעותו בחוק שיקים ללא כיסוי התשמ"א-1981.

וכן לקבל דרכון ישראלי או תעודת מעבר לפי חוק הדרכונים תשי"ב-1952, להחזיק בהם או להאריך את תוקפם.

לחייב מזונות כשהבעל מחויב על ידי ביה"ד לגרש, עיין פד"ר ח"א עמ' 74 וח"ד עמ' 161. ועיי"ש בפד"ר ח"א הנזכר שכתבו:

"אמנם נראה דחיוב זה שחידש המהרי"ט לחייבו במזונות משום דהיא אגידא גביה ומעוכבת להנשא על ידו, אינו נובע מתנאי הכתובה שהבעל מתחייב בהו ע"י קשר הנישואין, אלא זהו חיוב חדש מתקנת חז"ל שהוא מחויב במזונותיה כל זמן שהיא מעוכבת להנשא על ידו, וכמו במגורשת ואינה מגורשת, דמדין תנאי כתובה אי אפשר להוציא ממנו כלום, ועיין רש"י כתובות צ"ז ע"ב שגם במגורשת ואינה מגורשת כשהיא ארוסה חייב במזונות. וא"כ ה"ה בנמצא בו מום והיא לא ידעה אעפ"י שיש ספק בעצם הקידושין לדעת הבי"ש, מ"מ הוא חייב במזונותיה כל זמן שלא גירשה משום שהיא מעוכבת להנשא על ידו".

משמעות הדברים שהיא שעצם המציאות שבה האשה מעוכבת מלהינשא מחדש מחמת הבעל, גוררת אחריה את חיוב המזונות.

ועיין פד"ר כרך ד' עמ' 162-163 שבית הדין הגדול, בהרכב הדיינים נ"ע הגר"ע הדאיא זצ"ל הגר"י הדס זצ"ל והגר"ש אלישיב זצ"ל, אישר פסק דין של בית הדין האזורי שחייב מזונות מעוכבת מחמתו גם בנסיבות שבהן מצד הדין האישי, הבעל כבר אינו חייב במזונותיה, אלא בהתבסס על סירובו

## סימן צ

### בעל הנדרש לעבור אבחון פסיכיאטרי ומסרב, חיובו בגירושין

"מאחר שהנחה זו אינו מיוסדת על חוות דעת מקצועית והבעל מכחיש זאת, אנו מטילים על הבעל להציג לבית הדין תוך 30 יום חוות דעת מטעם הפסיכיאטר המחוזי או מנהל מחלקת בריאות הנפש בבית החולים "זיו" בצפת, הכוללת הערכה ואבחון ביחס למצבו הנפשי. הבעל יציג את ההחלטה הנוכחית לעורך חוות הדעת, ובנוסף עורך חוות הדעת יוכל לקבל ישירות מבית הדין קטעי פרוטוקולים כדי להכיר את הטענות שעלו כנגד הבעל וההתנהגות המיוחסת לו על ידי אשתו. בהעדר שיתוף פעולה מצד הבעל בקיומו של ההליך הנזכר תוך 30 יום, בית הדין ישלים את ההליך גם בהעדר חוות הדעת הנ"ל".

למעשה, הבעל התעלם מהוראת בית הדין, ובנסיבות אלו מוטל עלינו להשלים את ההליך לבירור תביעת הגירושין. יובהר, ההוראה הנ"ל, ניתנה על יסוד התרשמות בלתי אמצעית של בית הדין מההתנהגות החריגה והבלתי סבירה של הבעל בעת הדיונים. בנוסף, רצף הטענות שעלו מצד האשה כנגד הבעל, המייחסת לו הטרדה מתמשכת, התנהגות אלימה כנגדה וכנגד הילדים, הטרדה של נשים לרבות בגיל צעיר, הגם שהוכחו על ידי הבעל באופן גורף, מעוררת חשד שהתנהגותו הכוללת, מעידה על הפרעת אישיות, הפרעה הדורשת אבחון מקצועי שבמסגרתו תינתן

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין וכן נכרכו בתביעה זו תביעות נוספות.

בשנתיים האחרונות התקיימו חמישה דיונים לבירור תביעת הגירושין, ולהלן פסק הדין ביחס לתביעה זו.

בעקבות ההחלטה קודמת התקבלו סיכומי הצדדים ביחס לתביעת הגירושין, ולאחר מכן ניתנה הפסיקה הראשונה ובה נקבע כי על יסוד העובדות שהתבררו בבית הדין באותה עת, אין מקום לחיוב הבעל בגירושין, הגם שנקבע שהאשה אינה חייבת בשלום-בית.

באותה החלטה התייחס בית הדין לטענה המייחסת לבעל הפרעה נפשית, ונכתב כדלהלן:

"התנהגות הבעל בדיונים מביאה את בית הדין להניח שלבעל הפרעת אישיות בעייתית, שאינה מאפשרת לו לחיות חיים סבירים עם אשתו. אך מאחר שבית הדין אינו הגורם הפסיכיאטרי המוסמך, ואין בפנינו חו"ד מקצועית התומכת בהנחה זו, לא יהיה נכון שפסק הדין יתבסס על כך. במידת הצורך ובהעדר הסכמה להתגרש בהקדם, בית הדין יחייב את הבעל באבחון פסיכיאטרי לבירור הנושא".

בהמשך להחלטה הנ"ל, ובהעדר הסכמה להתגרש, בהחלטה נוספת חזרנו על האמור בהחלטה זו, וביחס להנחה הנזכרת אודות מצבו הנפשי של הבעל כתבנו:

באותו פסק דין כתבו כדלהלן:

"בכל דברי התובעת אשר טענה לפנינו, עוברת כחוט השני התמרמרות עצומה ועזה שהצטברה בקרב לבה חודשים על חודשים נגד בעלה בגלל הנהגותיו המשוונות כלפיה, הן באינתינת פרנסה, הן בהעדרו תכופות מהבית, הן מהתעלומה החופפת על כל הנהגותיו, ובהיות לו כמה מקומות מגורים, והן בהתפרצויותיו והכאותיו, וניכרים בהם דברי אמת כי אמנם הגדיש הבעל את הסאה כלפי אשתו, וסבלותיה ממנו הן למעלה מנשוא, עד שבהכרח באו תוצאות המשבר הזה.

... בהביאנו בחשבון את כל המקרים יחד, יש יסוד חשוב להצדיק את האשה בתביעתה לגט, וגם לא לדונה בשביל כך כמורדת להפסידה את כתובתה, כי הבעל הוא שהפך בהתנהגותו המוזרה את חיי האשה לגיהנום, ואין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת. וברור הדבר שיש להשוות נידון דין לנפסק בשו"ת תשב"ץ ח"ג סי' ח' שנשאל שם באשה שבעלה מצער אותה הרבה עד שמרוב הצער היא מואסת אותו והכול יודעים בו שהוא אדם קשה הרבה והיא אינה יכולה לסבול אותו לרוב הקטטות והמריבות וגם שהוא מרעיבה עד שהיא שונאה את החיים, וז"ל תשובתו:

קרוב הדבר בזה שיוציא ויתן כתובה דקיי"ל לחיים נתנה ולא לצער, דנפקא לן מקרא דכתיב כי היא הייתה אם כל חי בפרק אף על פי (ס"א ע"א), ואפילו במדיר את אשתו בדברים שאין לה צער כ"כ אמרינן יוציא ויתן כתובה כדאיתא בהמדיר בהרבה מקומות (ע' ע"א), וכ"ש בצער תדיר שיש לנו לומר יוציא ויתן כתובה לפי שאין אדם דר עם נחש בכפיפה. ואף על גב דבאומר איני זן ואיני מפרנס פסק הרי"ף ז"ל דלא יוציא ויתן כתובה, התם היינו טעמא משום דאפשר בתקנה עד שיכפוהו לגרש יכפוהו לזון, אבל הכא מעוות לא יוכל לתקן, ומקרא מלא דבר הכתוב: טוב פת חרבה ושלוחה בה מבית מלא זבחי ריב, ועוד כתוב טוב ארוחת ירק ואהבה בה משור אבוס ושנאה בו, הרי שיותר קשה היא מריבה מחסרון מזונות, ואיזו טובה יש לאשה שבעלה מצערה במריבה בכל יום ויום. ואפילו לכוף אותו להוציא יש לדון מק"ו דבעל פולפוס, (שם ע"ז ע"א) והשתא מפני ריח הפה כופין מפני צער תדיר שהוא מר ממות לכ"ש, וכיוצא בזה הק"ו הזכירו בירושלמי (כתובות פ"ה ה"ז) על איני זן ואיני מפרנס, וגם יש פוסקים באומר איני זן ואיני מפרנס כופין אותו להוציא, ואם זה מרעיב אותה הרי הוא בכלל זה וכו', עיין שם.

וכדברים האלה וכלשון הזה השיב גם נכדו של הרשב"ץ ביכין ובו עז ח"ב סי' פ"ד ע"ש. ועיין גם בחוט המשולש שעם התשב"ץ בטור השלישי סי' ל"ה ד"ה עוד ראיתי לכתוב עיין שם. והרי נידון דין בכל הקיפו דומה לנידון התשב"ץ שם ויש ללמוד משם לכאן.

... לכן לאור כל האמור מחליטים - על הצדדים להפרד זה מזו בג"פ כדמו"י.

מלבד האמור, להלן נדון במשקל הניתן לסירובו של הבעל לציינת להחלטת בית הדין.

תשובה מוסמכת על אודות מצבו הנפשי של הבעל - האם אכן קיימת מחלת נפש ומהי רמת החומרה, וכן מהו הטיפול המומלץ שבלעדיו ספק רב אם הבעל יוכל לשוב להתנהגות ראויה ומקובלת.

בנסיבות המתוארות, עלינו לברר מהי ההשלכה של סירובו של הבעל לציינת להוראת בית הדין.

### שיקול דעת בית הדין כתחליף לאבחון המקצועי בנסיבות של העדר שיתוף פעולה

בטרם נברר מהי ההלכה ביחס לבעל דין המסרב להיבדק בבדיקה שחויב בה בהחלטת בית הדין, יצוין: בעבר הרחוק, לפני למעלה ממאתיים שנה ויותר, בטרם בא לעולם מדע הפסיכיאטריה, ככל שהדבר היה נוגע לדיני גירושין או להלכות אחרות, כשהתעורר ההכרח בקביעת מעמדו של האדם כשוטה שאינו בר חיובא ואינו בר כריתות, או כאדם הסובל מבעיה נפשית קשה וההשלכות ההלכתיות הנובעות מכך, האבחון וקביעת מעמדו ההלכתי היו מסורים לבית הדין שדן בעניינו, ובית הדין דן את דינו על יסוד התנהגותו הידועה להם, וקביעת מעמדו כשוטה נקבעה על יסוד הסימנים הקבועים בש"ס במסכת חגיגה דף ג: ובשאר הפוסקים. יצוין לספר אור הישר ולספר אור ישראל בתשובות גדולי הפוסקים ביחס לגט מקליווא סטודר בשנת תקכ"ו, שדנו במעמדו של אותו בעל על פי התנהגותו, בלא להיעזר בגורמי מקצועיים, שלא היו בנמצא באותם ימים.

נכון שבימינו שלנו נעזרים ברופאים פסיכיאטרים לצורך האבחון המקצועי, ואבחון זה מהווה בסיס לפסיקת בית הדין, וכפי העולה מעיון בפסקי הדין הנזכרים להלן שדנו בשאלת חיוב גירושין בבעל חולה נפש. אך אם הבעל מסרב לפנות לאבחון המקצועי, ובהעדר אמצעים מתאימים לאכוף עליו את שיתוף הפעולה המתבקש בעריכת האבחון, בסירובו זה, הבעל מאלץ אותנו שלא להיעזר בגורמים המקצועיים הקיימים כיום, אלא לפעול כפי שנהגו בתי הדין לפני למעלה ממאתיים שנה, בטרם בא לעולם מדע הפסיכיאטריה. עקב כך, האבחון ייקבע באופן בלעדי על יסוד התרשמותם האישית של הדיינים, למרות העדר הכשרתם המקצועית בתחום זה.

יובהר: בנידון דנן אין בפנינו נסיבות של טענה מול טענה בלבד כשנדרשת הכרעת בית הדין בין טענותיהם. אלא בדיונים שהתקיימו נכחו הדיינים באופן בלתי אמצעי בעת ההתנהגות החריגה, הכוחנית ונעדרת הגבולות של הבעל, ובאחד הדיונים בית הדין אף נאלץ להורות על מאסרו למספר ימים בעקבות התנהגותו הפרועה באולם בית הדין. די בהתרשמות זו כדי שנקבע שבפנינו עילה לחיובו בגירושין, מאחר שקיים אצל הבעל ליקוי יסודי הגורם שחיי האשה במחיצת בעלה כרוכים בסבל מתמשך. ניתן להסיק שהתנהגותו נובעת ממחלה בלתי מטופלת, ופסיקת חיוב גירושין יכולה להינתן בדומה לפסיקה שניתנה בפד"ר ח"א עמ' 77.

## המשקל הניתן לסירובו של בעל הדין להשיב במסגרת חקירתו

בשולחן ערוך חו"מ סי' טו כתב הסמ"ע ס"ק יג:

"אם הנתבע אינו רוצה להשיב על כל דבר שחוקר אותו, ודאי רמאי הוא, ויכול לפסוק לו כאילו השיב לו ונתברר השקר".

וכן כתבו הש"ך ס"ק ה', התומים והנתיבות.

מקור הלכה זו הוא מתשובות הרא"ש כלל קז סעיף ו', (הובא בב"י חו"מ סי' טו) שבה כתב הרא"ש בלשון זו:

"מה טעם אמרו דיני ממונות לא בעי דרישה וחקירה כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, נמצא כשהנתבע טוען ברמאות לא שייך האי טעמא, ובעי דרישה וחקירה. וצריך הנתבע להשיב על כל מה שישאל הדיין. ואם אינו רוצה להשיב לדיין ומכסה ומעלים דבריו ומשיב תשובות גנובות כדי שלא יוכל הדיין לעמוד על אמיתת הדין, מה יעשה הדיין. לזכותו אי אפשר מאחר שנראה לו דין מרומה, כדאיתא בפרק שבועת העדות. ואם יסתלק מן הדין, היינו זכות, כי בזה יפטר אם שום דיין לא יזקק לדונו מפני שהוא טוען ברמאות ואינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות, ונמצא חוטא נשכר. ועל זה ועל כיוצא בזה נאמר - אין לו לדיין אלא מה שעניו רואות. וכיוון שנראה לדיין שאם היה זה משיב על שאלותיו היה הדבר מתברר, ומחמת שלא יתברר הוא כובש דבריו. יעשה הדיין כאלו השיב ונתברר שקרו ויחייבו מאומד הדעת, אעפ"י שאינו יכול לברר שקרו בביאור ובפירוש, מאחר שהעדר הביאור בא מחמת רמאותו שאינו רוצה להשיב על חקירות ודרישות כדי שיתברר שקרו, אומדנא דמוכח הוא, רשאי דיין מומחה לדון באומדנא דמוכח כזה."

על יסוד דברי הרא"ש הב"י הסמ"ע והש"ך עלינו לברר מהי ההשלכה העולה מסירובו של הנתבע לציית להוראת בית הדין לפנות לפסיכיאטר. האם דינו כמי שפנה לפסיכיאטר וקיבל אבחון המאשר את החשד שהבעל סובל ממחלת נפש המביאה אותו להתנהגויות חריגות שאינה מאפשרת לאשתו להמשיך לדור עמו. לאחר מכן עלינו לברר האם אבחון מסוג זה הוא בסיס לחיוב הבעל בגירושין.

בעיקר דינו של הרא"ש, לכאורה יש לתמוה מהגמ' במסכת ב"ב דף צג ע"א דלרבי אחא גמל האוחז בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצידו בידוע שזה הרגו. ורבנן חולקים, ופסקו הרי"ף והרמב"ם הלכה כחכמים שאין מחייבים על פי אומדנא. מצינו שהטור והשו"ע חו"מ סי' טו הביאו דברי הרא"ש הנוכחים לדינא, ובסימן תח סעיף ב' פסקו דלא כרב אחא, אלא כדעת הרי"ף והרמב"ם. ועיין שם בב"ח סי' תח שכתב שבאומדנא דמוכחא טובא לכו"ע אזלינן בתרה. וכן באבני נזר חלק אה"ע סי' קיט ס"ק קה.

יש לבסס חילוק זה בין סוגי האומדנות עפ"י המבואר בירושלמי בריש פ"ב ממסכת כתובות שהאומדנא ב"גמל האוחז בין הגמלים" היא כדין רוב. בירושלמי נאמר:

"אמר רבי אבון ובדבר אחד הלכו במידת הדין ולממון אחר הרוב, ככהדא דתני רבי אחא גמל שהיה אוחז בין הגמלים

ונמצא שם אחד מהן מת חייב, אני אומר אותו שהיה אוחז נשכו."

עפ"י דברי הירושלמי הללו כתב הרא"ה קוק זצ"ל (הובא בספר הזכרון "אשל אברהם" עמ' קיח):

"י"ל דבמקום דהאומדנא היא יותר ברורה מאומדנא דגמל האוחז, הוי בכלל ודאי או רובא דרובא דהמיעוט לא שכיח כלל, ובמיעוטא דמיעוטא י"ל דכו"ע מודים."

וכן בספר בית מאיר על שו"ע אה"ע סי' מב סעיף ד' ברמ"א כתב שהאומדנא של גמל האוחז בין הגמלים - "היינו אומד עפ"י הרוב" בלבד, משא"כ בנחבל ובאומדנא דמוכח טובא כעין המבואר בשו"ע חו"מ סי' צ' סט"ז - "הוא ממש קרוב לודאי". וכן בתשובת חתם סופר חלק אה"ע ח"א סי' קא כתב שבדיני ממונות מועילה ידיעה בלא ראייה, ובאר החת"ס:

"הא דגמל האוחז לא קיי"ל, משום דליכא אפילו ידיעה, אלא מכוח רובא, ואין הולכין בדיני ממונות אחר הרוב."

על כן ביחס לבעל דין שאינו משיב על שאלות בית הדין, או המתחמק ומשיב "תשובות גנובות" כלשון הרא"ש, הורה הרא"ש שזוהי אומדנא דמוכח שבעל הדין שכנגדו אכן דובר אמת.

הלכה זו של הרא"ש הובאה בסמ"ע ובש"ך ובשאר הפוסקים ללא חולק, ולא מצאו קושיא מהא דקי"ל דלא כרב אחא בגמל האוחז בין הגמלים, מפני שביחס לאומדנא דמוכח מסוג זה לא נחלק אדם מעולם, על כן הסמ"ע ושאר הפוסקים דנו את בעל הדין שאינו משיב - "ודאי רמאי", וכוונתם שנידון זה עדיף מהאומדנא דגמל האוחז בין הגמלים, שהיא רק במעמד של רוב, אך לא יותר.

יש לדון האם הלכה זו אודות בעל דין שאינו משיב נאמרה בדיני ממונות בלבד, וכפי הנידון בתשובות הרא"ש, או שהלכה זו נאמרה גם ביחס לחיוב גירושין, ואם הבעל הנתבע לתת גט, מסרב להשיב לשאלות בית הדין, יחויב בגירושין בהסתמך על טענות האשה בלבד, כשיש בטענות אלו עילת חיוב גירושין.

מפשטות לשון הסמ"ע והש"ך שהביאו הלכה זו בהלכות דינים בסתמא, לכאורה נראה שאין לחלק. אך עדיין עלינו לברר, מאחר שבהתאם למבואר, הסירוב להשיב יחשב כאומדנא מוכח לטובת התובע, האם גם ניתן לחייב את הבעל בגירושין על יסוד אומדנא מוכח כזו. הלכה זו התבררה בתשובת שבות יעקב.

בספר שבות יעקב ח"א סי' קיג. באר מה הם גדר הראיית ההכרחיות לפסק דין לחיוב או כפיית גט. וז"ל השאלה:

"אשה אחת צעקה במר נפשה ומייללת בקולה על בעלה שהכה אותה איזה פעמים והתרו בו על פי בית דין שלא יכה אותה עוד, שאל"כ יכפוה לגרשה וכמבואר באבן העזר סי' קנ"ד סעי' ג' בהג"ה. ויהי היום ואין איש מאנשי הבית בבית רק הבעל ואשתו ומשרתו, ויכה האיש את אשתו מכת אכזריות והיא צעקה ואין מושיע לה, וכאשר מקול ענות נתקבצו אנשים לביתם לראות ולשמע מה הקולות משמשות, הראתה להם

הרמב"ם דבדיני נפשות אין סומכין על שום אומדנא אפילו שתהיה ברורה ומוכחת ללא ספק כלל, כן באבני נזר אהע"ז סי' קיט ס"ק קד ובאחיעזר ח"א סי' כה סק"ד ובספר אבן האזל פ"ח מהלכות נזקי ממון.

וכן בספר יד רמה עמ"ס סנהדרין דף לו: כתב:

"אבל היכא דודאי נכנס לתוך יד תבירו שלם ויצא חבול וידעינן בוודאי דלא איניש אחרינא חבל ב' ולא איהו חבל בנפשי' וכגון שהייתה החבלה בין כתפיו ולא היה אחר עמהם, הא ליכא ספקא במילתא וכה"ג לאו אומדנא היא, דזו היא עדות המתקיימת בידיעה בלא ראיה. וה"מ בדיני ממונות אבל בדיני נפשות פסולה."

וכן כתב בחי' רבינו יונה עמ"ס סנהדרין שם. וכן במאירי במסכת שבועות דף מד. אמנם התוספות במסכת שבועות לד. (ד"ה דאי) כתבו דגם בדיני נפשות מועילה אומדנא ברורה ומוכחת ללא ספק כלל.

מאחר שרוב הראשונים והאחרונים הסכימו שלא תועיל אומדנא דמוכח בנפשות, בהכרח לאחר שהעלה השבות יעקב לכפות את הבעל בגירושין בכפוף לשבועת האשה, הרי שקבע שדיני הראיות לענין גירושין אינן כמו בדיני נפשות, אלא כפי הקבוע בנחבל. ולפי זה, לאחר שבש"ע חו"מ סי' צ' סעיף טז פסק שגם בנחבל, אם יש הוכחה שזה חבל בו, כגון שהייתה החבלה במקום שלא יכל לחבול בעצמו, הרי זה נוטל בלא שבועה, הרי שבאומדנא דמוכח טובא, גם בנחבל נוטל בלא שבועה, ולפי דרכו של השבות יעקב ה"ה בגירושין.

לא מסתבר שדברי השבות יעקב נאמרו רק בנידון שלו המתייחס לטענה של האשה לחבלה בלבד, שנאמנותה לענין דיני ממונות גוררת את הנאמנות לחיוב הגירושין. אלא ברור שהכרעת השבות יעקב היא שגם לענין חיוב גירושין תועיל אומדנא דמוכח טובא. אלא שבנידון שם, לאחר שהשבות יעקב קבע - "גם האומדנא אפשר אינה ברורה כל כך", קביעה זו הביאה לפסיקה שרק לאחר שהאשה תשבע יהיה מקום לחיוב הגירושין.

וע"ע בקצות החושן סי' צ' סק"ז שהביא מהבית שמואל סי' מב ס"ק יב שלענין קידושין מועילה אומדנא טובה, כפי שמועילה בנחבל, ומדברי הקצות עולה שה"ה ביחס לגירושין. ואמנם קצות החושן מתייחס לענין עדות קיום הקידושין או הגירושין, אך מדבריו עולה שגם עדות זו אינה כדיני נפשות, אלא כדיני ממונות בנחבל, ולפי דרכו מסתבר שה"ה ביחס לדיני הראיות לחיוב הגירושין, מאחר שאינם כדיני נפשות, תועיל בהן אומדנא דמוכח טובא, וכן עולה מתשובת חתם סופר אה"ע ח"א סי' קא הנזכרת.

גם אליבא דהתומים שהביא קצות החושן, היינו לענין עידי קיום הקידושין, אך הטעם האמור בדבריו אינו שייך לענין דיני הראיות, כגון לחיוב גירושין.

וכן משמעות דברי הרמב"ם בריש פ"כ מסנהדרין ובספר המצוות (ל"ת מצווה רצ) שאין דנים בנפשות בשום סוג של

מכות אכזריות שכל אחוריה וגבה נפוח ונצרך ממכות רשע שהכה בעלה, והוא כופר בכל ואמר שלא הכה אותה כלל רק שאולי היא חבלה בעצמה או משרתו, לתלות הסרחון בו ושמא עיניה נתנה באחר. והיא אומרת שאיך אפשר לחבול בעצמה כל כך לאחוריה, אף גם איך עולה על הדעת לחבול בעצמה כך, ומשרתו מעולם לא עלה על דעתו להכות אותה מעולם, גם הוא מועד בכך והמשרת הוא עד מסייע לה. ילמדינו רבינו הדין עם מי."

השבות יעקב השיב בלשון זו:

"עיקרא דהא מילתא יש לדמות למה ששנינו במתניתין דפרק כל הנשבעין נחבל כיצד, היו מעדיין אותו שנכנס תחת ידו שלם ויצא חבול ואמר לו חבלת בי והוא אמר לא חבלתי הרי זה נשבע ונוטל ע"כ, וקאמר בש"ס נחבל כיצד אמר ר"י אמר שמואל לא שנו אלא במקום שיכול לחבול בעצמו, אבל במקום שאינו יכול לחבל בעצמו נוטל שלא בשבועה, וניחוש דלמא בכותל נתחכך תניא רבי חייא שעלתה לו נשיכה בגבו ובין אצילי ידיו ודלמא אחר דליכא אחר... ואין מקום לומר כיוון דכאן איכא רגלים לדבר שהבעל מועד בכך להכות את אשתו וגם הוא נגד הסברא שהמשרת יכה את אשת אדונו ובעלה אדונו אתה עמהם בבית ואיך הניח להכות את אשתו שהיא כגופו ולא מיחה במשרתו וחזר להכותו, אלא ודאי שהוא בעצמו עשה הנבלה הזאת וא"כ אפילו שבועה אינה צריכה, וכופין אותו להוציא כיוון דאיכא אומדנות המוכיחות שהוא עשה לה כל זאת. זה אינו, דהא קי"ל דלא כרב אחא דאמר גמל האוחר בין הגמלים ושור שהיה רועה ונמצא שור הרוג בצדו, אע"פ שזה מנוגח וזה מועד ליגח זה מנושך וזה מועד לישך, אין אומרים זה ודאי הרגו או נשכו, וכמבואר בטור חו"מ סי' ת"ח דלא אזלינן בתר אומדנא כי האי אף בדיני ממונות, כדמסיק הש"ס בסנהדרין פ"א דיני ממונות דף ל"ז ע"ב. ועיין בפרק אלו הן הנשרפין דף פ' ע"א שנים שהיו עומדים ויצא חץ מביניהם והרג שניהם פטורין ואמר ר' יוסי אפילו אבא חלפתא ביניהם ופרש"י שהכול יודעין שהוא חסיד ולא זרקה לא מחייבינן לאידך משום האי חזקה. וא"כ ה"ה בנדון שלפנינו... נחזור לנדון דידן, דאף אי נימא דהוי ג"כ אומדנא דמוכח טובא מ"מ, אע"ג דאפשר דמהני לענין נחבל דנוטל בלא שבועה, מ"מ לענין להוציא אשה מבעלה, וכמה קשה גירושין, ולדעת מקצת פוסקים דיני נשים כדיני נפשות דמיא, וגם האומדנא אפשר אינה ברורה כל כך, א"כ די בכך שנאמין אותה בשבועה בנק"ח כדין הנחבל, אבל בלא שבועה אין להאמינה לכפות אותו לגרשה."

דברי השבות יעקב טעונים ביאור. אם דיני הראיות ביחס לחיוב הבעל בגירושין הן כדיני נפשות, הרי שגם לאחר שבועת האשה עדיין לא ניתן לפסוק על יסוד אומדנא דמוכח, דעל כל פנים, הוי כעדות ידיעה בלא ראיה, ובוודאי ששבועה אינה מעלה ואינה מורידה לענין נפשות, עיין רמב"ם ריש פרק כ' מהלכות סנהדרין שאין פוסקים בנפשות עפ"י אומדן כלל אלא בעדות, וכן כתבו כמה אחרונים בדעת

ניתן לבצע שום הוכחה מעין זו באיזו דרך שהיא, אלא אם כן שהאשה תיבדק, ולכן אין מנוס מלחייב את האשה להיבדק בכדי לברר אמיתות טענות הצדדים.

ושם בפסק הדין סייעו לקביעה זו מההלכה הנזכרת, בחו"מ סי' טז.

אמנם באותה הלכה אין מפורש הדין כשהלה מסרב להציג את השטר. אך הדברים מפורשים בתשובת הרא"ש (כלל לג ס"ב) ביחס לנתבע המסרב להיבדק עפ"י הוראת בית הדין. הרא"ש כתב:

"הנה ראיתי מתוך הטענות כי ראובן רוצה להפסיד כתובתה ותנאי כתובתה בשלש טענות. האחד, שאינה ראויה לאיש, והיא כופרת ואומרת שהיא ככל הנשים. דבר זה יבדק ע"פ נשים הגונות וכשרות יודעות בדבר זה, אם יאמרו שאינה ראויה לאיש אין לה עליו לא כתובה ולא תנאי כתובה. ואם יאמרו שהיא ראויה לאיש הרי נתבטלה אותה טענה. וכל זמן שלא נבדקה אינו חייב במזונותיה מאחר שהוא טוען טענת בריא שאינה ראויה לאיש וגם דבריו עומדין להתברר לאלתר, ואם כן למה נחייבו מזונות, היא תצוה לבדוק את עצמה אם היא רוצה להכחישו, ואחר שתבדק תבטל טענה זו."

דברי הרא"ש נפסקו להלכה בטור אה"ע סי' קיז ובשו"ע סי' קיז ס"ב.

ביחס לתשובת הרא"ש יובהר, האחרונים דנו בשאלה האם האשה נידונת כמוחזקת בזכותה לגבות דמי מזונות עבורה, והאם דנים בה דין המוציא מחברו עליו הראיה, עיין אבני מילואים סי' סט סק"ב, בספר נחל יצחק סי' צו סק"ג, בהפלאה סי' ע' סק"ט ובבית מאיר סי' צג ס"ט, אך בתשובת הרא"ש מבואר שהעילה לפטור את הבעל מדמי מזונות בנידון שלו, אינה על פי ההלכה הידועה "המוציא מחברו עליו הראיה", אלא בלא"ה, מאחר שטענה זו שהעלה הבעל יכולה להתברר באמצעות בדיקה, על כן כל עוד האשה מונעת בדיקה זו, אין לחייבו במזונות.

לפי המבואר, נראה שהיסוד לשתי תשובות הרא"ש, בכלל קז ובכלל לג, אחד הוא. העדר שיתוף פעולה מצד הנתבע עם הוראת בית הדין, הן בחובתו להשיב על שאלות והן בחובתו להיבדק, מביאה את בית הדין לפסוק שהאמת עם התובע.

יש להוסיף ביאור בהלכה זו. בחו"מ סי' ל' כתב הסמ"ע ס"ק כב:

"כתב ב"י וז"ל ואע"ג דע"א היכא דאחר מכחישו, לאו כלום הוא, מ"מ אם הוא דבר שיכול להתברר נאמן, כ"כ מהרי"ק שורש א'."

ועי"ש בש"ך ס"ק יג, ושורש הלכה זו בסוגיא במסכת קידושין דף סו: שעד אחד המעיד שהכהן בעל מום, נאמן למרות הכחשת הכהן מאחר שאומרים לו "שלח ואחוי", דהיינו פשוט בגדיך והראה אם אתה בעל מום. אך באותה סוגיא הדיון הוא בנאמנות עד אחד המוכחש, כשהדבר יכול להתברר. ואילו בנידון שבפנינו הדיון אינו ביחס לנאמנות

אומד, היינו מפני גזרת הכתוב "ונקי וצדיק אל תהרוג". עיין בדברי הרמב"ם בספר המצוות בהם מבואר שאין זה אלא חידוש התורה לעניין ענישה בנפשות, אך אין ללמוד מכך לעניין חיוב גירושין. וע"ע ברמב"ן על ספר המצוות שם שהקשה מדוע יש ילפותא מיוחדת בנפשות אחר שגם בדיני ממונות קי"ל דלא כרב אחא בגמל האוחר בין הגמלים. ובאחיעזר ח"א סי' כה סק"ד באר דעת הרמב"ם וכתב:

"מה שתמה הרמב"ן שם על דברי הרמב"ם באומד דהא קי"ל כרבנן ודלא כרב אחא וגם בדיני ממונות לא מהני אומד, נראה כשיטת הרמב"ם באומדנא דמוכח כמו בנחבל, דמהני בדיני ממונות, לא מהני בדיני נפשות."

ולפי זה עפ"י דרכו של השבות יעקב, באומדנא דמוכח המועילה בנחבל ללא שבועה, ה"ה לעניין חיוב הגירושין, והטעם מפני שגזוה"כ ונקי וצדיק וכו' אינה אלא בדיני ענישה בנפשות. וכן הראי"ה קוק זצ"ל (בדבריו הנזכרים לעיל בספר הזכרון "אשל אברהם" עמ' קיז), כתב על פי דברי הרמב"ם בפרק כ' מסנהדרין ובספר המצוות:

"מבואר מזה, שרק חומר הוא שהחמירה תורה בדיני נפשות, הא בכל דיני תורה באיסורים כולם, כשיש אומדנא ברורה סמכינן עליה. אמנם צריך להגדיר את האומדנא. וצריך לומר שכל זמן שלב כל אדם אינו מסופק בדבר כלל, הרי זו ידיעה ודאית שסומכין עליה. ולא יצא מן הכלל, כי אם דיני נפשות מקרא ד'ונקי וצדיק אל תהרוג'."

מתוך ביאור זה בתשובת שבות יעקב, יש להעיר על מש"כ בספר הלכה פסוקה, הלכות עדות סי' לד עמ' קנב הערה 13, בדעת השבות יעקב דלא מהני אומדנא דמוכח טובא לחיוב גירושין. כאמור, דברים אלו אינם מתיישבים עם מסקנת השבות יעקב.

על כן גם כשהבעל, הנתבע לתת גט לאשתו, מסרב להשיב לשאלת בית הדין - ולפי המבואר קבעו הפוסקים את מעמדו כ"ודאי רמאי" וקיימת אומדנא דמוכח טובא שהאמת אכן כטענת האשה - ניתן לפסוק חיוב גירושין על יסוד ראיה זו.

### האם המסרב להיבדק בבדיקה פסיכיאטרית דינו כמסרב להשיב לשאלת בית הדין

יש לדון האם דינו של הסירוב להיבדק אצל פסיכיאטר כדין סירוב להשיב על שאלת בית הדין.

נקדים: הבסיס להוראת בית הדין המחייבת את הבעל להיבדק בנסיבות המתוארות, היא על יסוד ההלכה הפסוקה בחו"מ סי' טז ס"ד:

"האומר לחברו שטר שבידך זכות יש לי בו, אם הלה מודה שיש לזה בו זכות, חייב להוציא בבי"ד."

נציין לפד"ר ח"ז עמ' 224 שכתבו ביחס לתביעת הבעל לחייב את האשה בגירושין עקב מחלה:

"הואיל וההוכחות על מחלת האשה בחלקן אינן ניתנות להתברר ולהיקבע אלא על ידי בדיקת האשה, הרי שעל האשה להיבדק אף אם נניח שחובת ההוכחה על הבעל, כי הלא לא



שאינה ראויה לנהל משק בית תקין, ועצם העובדה שהיא מורה ומלמדת ובאה במגע עם אנשים, זה אומר שהיא אינה חולה. אמנם במחלות מסוג זה, יש שהאשה כלפי כולם היא טובה ובסדר, ורק כלפי אדם מסוים או כלפי הבעל יש לה דמיונות שווא ומדוחים עליו... ואם הבעל בחר לו דרך ושיטה אחרת והיא לחייבה להביא מסמכים רפואיים, יש מקום לחשדות האשה שהוא רוצה להשמיצה, והיא אינה חייבת לעזור לו בזה, לא מדין נתבע ולא מדין עדות... ואף על פי כן כבר מילתנו אמורה שאין כאן אומדנא דמוכח טובא שכוונת האשה להסתיר שמא היא חוששת מחמת המציק כאמור ובפרט שהמעשה הוא ישן."

אך אין כך פני הדברים בנידון שבפנינו, לאחר שהבעל חויב כדין להיבדק, ואין חשש שבדיקה זו תפגע בו, לאחר שניתן חיסיון לממצאי הבדיקה, אך הבעל בחר שלא לציית להוראה זו, אנו קובעים שהאמת עם התובעת, ובכך שהבעל בחר שלא להיבדק הוא שולל מעצמו את הזכות שניתנה לו להיעזר בבעלי המקצוע לשלול את התרשמות בית הדין, שכאמור עד לפני שיצא לעולם מדע הפסיכולוגיה והפסיכיאטריה, די היה בהתרשמות בית הדין כאסמכתא בלעדית על מנת לפסוק את פסק הדין הנגזר מההתרשמות הברורה של בית הדין. בהתאם לאמור, עלינו לברר האם לאחר שדברי התובעת התקבלו זו עילה לחיוב גירושין.

### חיוב גירושין כשלנתבע מחלת נפש

על פי המבואר, התנהגות הנתבע מוכיחה שהאמת היא שקיימת אצלו מחלה נפשית, ויש לדון האם דינו של בעל חולה נפש לחייבו בגירושין.

נקדים ביחס לדינו של בעל שמצבו חמור, ואף הגיע לדרגת "שוטה", ונדרש לתת גט בפרק הזמן שאינו שוטה. הטור אה"ע סי' קנד (וכן בשו"ע סעיף ה') הביא מתשובת הרא"ש: "באיש המשתטה מדי יום ויום ואומרת אשתו... סבורה הייתי לקבל ואי אפשי לקבל כי הוא מטורף ויראה אני פן ירהגני בכעסו, אין כופין אותו לגרש שאין כופין אלא באותם שאמרו חכמים שכופין. אלא תפייסנו לגרש או תקבלנו ותיזון מנכסיו." לכאורה משמע שאין לכפות גירושין על יסוד מחלת נפש. אך בספר אגרות משה חלק אה"ע ח"א סי' פ' כתב שאם הבעל שוטה יש לכפותו בגירושין מאחר שאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, וביחס לתשובת הרא"ש והטור שהביאו, כתב:

"הם איירו רק באיש פקח שהוא כעסן מצד מדתו הרעה. ולשון המשתטה מדי יום ויום שכתבו הוא רק שמכעסו עושה מעשה שוטה ומטורף ולכן אין לומר עליו שאין דר עם נחש בכפיפה, דכיוון שהוא פקח אפשר לה לראות שלא יבא לכלל כעס אך שהוא טרחא גדולה לפניו... אבל כשהוא שוטה שעליו נאמר אין אדם דר עם נחש בכפיפה משום שאין שייך לזוהר ואין שייך לפייסו כיוון שעושה שלא בדעת ודאי יודו שכופין, אם אך יכול ליתן גט כגון כשעתים חלים."

ובשו"ת הרא"ש כלל מ"ב סעיף א' כתב תלמידו של הרא"ש, רבי יצחק ב"ר מאיר בעל ספר שערי דורא:

העד אלא אודות דין ודברים שבין טוען ונטען, כשהנתבע מסרב להיבדק, לאחר שבית הדין הורה לו על חובתו להיבדק. אך עדיין קיים יסוד משותף לשתי הסוגיות, והוא - הסיורב להיבדק נידון כראיה שהמסרב משקר.

עיינ בספר שער משפט סי' ל' סק"ז שהביא סוגיא דומה במסכת כתובות דף כב: בתרי ותרי המכחישים זא"ז אם האשה התגרשה, דקיי"ל אם נשאת לא תצא, ונאמר שם בגמ':

"רב אסי אמר כגון דאמרי עדים... עכשיו גירשה... גירושין איכא לברורה, דאמרינן לה אם איתא דהכי הוה, אחוי לן גיטין".

וכשאינה מוציאה את הגט, דינה שתצא והולד ממזר. ובאר השער משפט, הטעם בהלכה זו, דבמלתא דעבידא לאיגלווי ובעל הדין יכול לברר דבריו תיכף, ואינו עושה כן, מסתמא הוא משקר.

וכן בספר קובץ שעורים עמ"ס כתובות (שם) סי' טא כתב:

"רב אסי אמר דאמרינן לה אחוי לן גיטך, ולכאורה נראה דזוהי הוכחה שמשקרת. וקשה דמאי מהניא הוכחה בתרי ותרי, דתרי כמאה. צ"ל דאין הכוונה דההוכחה מבררת את המעשה, אלא דאנו צריכין לידע אם באמת ברי לה דהא אפשר דבזה גופא משקרת, שאינו ברור לה, וא"כ חייבין להפרישה מאיסור ספק." על כן גם ביחס להלכות טוען ונטען, כשהנתבע מסרב להשיב או להיבדק, למרות שהדבר אפשרי עבורו, בכך הוא מוכיח את שמשקר בטענותיו.

בנוסף, ניתן להביא ראיה שההתחמקות מהבדיקה מוכיחה את דברי הצד השני, מההלכה הפסוקה ברמב"ם הלכות סוטה פרק ג' הלכה ב' שסוטה המסרבת לשתות מהמים המאריים תצא בלא כתובה, ובאר הכסף משנה הלכות סוטה:

"דכיוון שפחדה מלשתות, מוכחא מילתא ודאי שהיא טמאה, שאילו הייתה טהורה לא הייתה מנערת מלשתות, והכי אמרינן בירושלמי פרק היה נוטל, סבר ר"ע האומרת איני שותה כאומרת אני טמאה לך".

וע"ע בתשובת מהרש"ם חלק ו' סי' קלג וח"ב סי' כד, שהסתמך על דברי הכסף משנה הנוכחים. בשתי תשובות אלו קבע המהרש"ם שהתחמקות מהבדיקה המחויבת, אכן מוכיחה שטענת המתחמק היא טענת שקר, והעלה שגם אם אין זו ראיה גמורה בדיני נפשות, על כל פנים, בשאר הלכות ניתן לפסוק כאילו נערכה הבדיקה והתברר ההיפך מטענתו.

אמנם קיימות נסיבות בהן לא נחייב את הנתבע להיבדק למרות תביעת התובע, כשהתבררה הצדקה לכך שלא ייבדק. עיינ בפד"ר ח"ט עמ' 348 בפס"ד מביה"ד הגדול בדברי הגאון רבי מרדכי אליהו זצ"ל, שכתב בתוך דבריו:

"טענת האשה שהבעל אין פניו לשלום ואין מטרתו לחיות אתה כבעל ואשה כי כל רצונו להציק ולהזיק לה ולהלעז עליה וע"כ אין באי הליכתה לרופא הוכחה למחלה דאי לא תימא הכי שלח אחוי, כאן היא חוששת מדבר אחר שיעשה כתוצאה משלח אחוי... היא לא הוחזקה לאשה בלתי שפוייה ואפילו לאשה

נפשית, שהתנהגותו מכבידה מאוד לדור במחיצתו, למרות שאינו בגדר שוטה, ובמצבו הנוכחי הוא כשיר לתת גט. בספר ציץ אליעזר ח"ו סי' מב (פרק א') דן בשאלת חיוב גירושין ביחס לבעל שאובחן כחולה סכיוופרניה והאריך להוכיח שיש מקום לחיוב גירושין ואף לכפיית גירושין בנסיבות אלו, והתחשב גם בחשש סכנת נפשות לאחרים השוהים במחיצתו בעת התקף, עיי"ש שהאריך לבסס קביעה זו. וכעין זה בספר משכן שילה עמ' קצ"ו-קצ"ט.

וכן בפד"ר חלק ח' עמ' 216 דנו בשאלת חיוב גירושין לבעל חולה נפש, והעלו שיש לחייבו בגירושין, וגם אם בפרק זמן מסוים אנו רואים רגיעה, עדיין קיים חשש לחזרה למצבו הקודם. וכן בפד"ר ח"ב עמ' 3 פסקו כעין זה. בשני פסקי דין אלו ביססו את הקביעה שמחלת נפש נחשבת "מום גדול", וכן התחשבו בסיכון הצפוי לאשה כשהיא במחיצת בעל חולה נפש, בעת התפרצות ההתקף, ופסקו שאפשר לחייב גירושין בגין עילה זו.

וע"ע בספר דברי יוסף (להגאון רבי יוסף כהן זצ"ל) ח"ב עמ' רלא שפסק שלא לכפות גירושין על בעל שוטה, ואמנם בנידון שלו כתב לדחות את התביעה ואף לא קבע חיוב גירושין. אך על כל פנים, ביחס לחיוב גירושין בלא כפיית הגט ועל יסוד הקביעה שאין אדם דר עם נחש בכפיפה, לא נמצאה בפסק דינו ראייה שיש להימנע מכך, לכן לענין חיוב הגירושין ניתן לסמוך על שאר פסקי הדין שהזכרנו, מאחר שאם אכן לבעל בעיה נפשית בלתי מטופלת או שלא הושגו תוצאות חיוביות מהטיפול, יש לחייבו בגירושין על יסוד הטעם שאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, וכפי שבארו בפסקי הדין הנזכרים. ואילו ביחס לשאלת כפיית הגט בנסיבות אלו, במסגרת פסק הדין הנוכחי, איננו נזקקין להכריע ולפסוק שאלה זו.

#### מסקנה

בסירובו של הנתבע להיבדק כפי הוראת בית הדין, הנתבע הוכיח שיש מקום לטענת התובעת שהמגורים המשותפים עמו כרוכים בסבל מתמשך, ושלא ניתן להמשיך בחיי נישואין עמו עקב התנהגותו החריגה הנובעת ממחלה נפשית בעייתית. על כן הבעל חייב לתת גט לאשתו.

"כאשר כתב מורי הרב רבי אשר כן נראה לי שאין מום גדול כנכפה שהרי מדמה בפרק האומנין ב"מ דף פ' ע"א נכפית לשוטה ושעמומית וכו' ושוטה אין לו קידושין ונישואין אפילו מדרבנן כדאמרינן התם (יבמות קיב ב') שאין אדם דר עם נחש בכפיפה וכו'".

הרי שהיה פשוט לתלמיד הרא"ש שבשוטה כופים לגרשה. לכאורה דבריו אלו סותרים לתשובת הרא"ש שהביא הטור, ומסתמא תלמידו של הרא"ש אינו חולק על תשובה זו, אלא בהכרח כביאור האג"מ. וע"ע בתוספות במסכת יבמות דף ט. ד"ה ובחרש, ומוכח מדבריו שכופין גירושין או חליצה בשוטה ולענין זה דינו כמוכה שחין.

וכן בשו"ת צמח צדק חלק אה"ע סי' א' כתב:

"הנה פשוט הוא דמום דנשתטה גדול יותר מכל המומין המבוארים בגמרא (ס"פ המדיר) שכופין עליהם האיש להוציא כמקמץ ומצרף נחושת ובורסי כו'. וכן מבואר מדברי הרב המגיד סוף פ"י מהלכות גירושין שכתב וז"ל ודברים פשוטים הם שאין אדם דר עם נחש בכפיפה אמרו גבי אשה בהרבה דברים שהם פחותים משטות כש"כ שטות. וכן אמרו שם שלא תקנו חכמים נשואין בשוטים מטעם זה עכ"ל. וכן מבואר בתשובה השניה שבתשובת הרא"ש כלל מ"ב דהביא שם ראייה לנכפה שכופין לגרש משום דגמרא (פרק האומנין) מדמהו לשוטה, א"כ מזה מבואר דשוטה גדול מכל המומין שכופין להוציא. ומש"כ הטוש"ע סי' קנ"ד ס"ה איש המשתטה מדי יום כו' אין כופין אותו לגרש שאין כופין אלא באותן שאמרו חכמים. אין להוכיח מזה להיפוך. כי זה אינו סברא כלל, אלא התם מיירי שאינו שוטה ממש רק טפש, כמבואר בתשובת הרא"ש כלל מ"ג ס"ג וז"ל גם אינו מטורף אך אינו בקי בטיב העולם עכ"ל. וגם ממקומו הוא מוכרע דאם הפי' בטוש"ע שהוא שוטה גמור, איך שייך שיכופהו לגרש הרי גט שלו חספא בעלמא הוא, וכדתנן נתחרש הוא או נשתטה אינו מוציא עולמית. אלא ודאי מיירי בטוש"ע שאינו שוטה גמור עד שגיטו גט. אבל שוטה ממש, פשיטא דגרע מכל המומין הנ"ל. והא דלא נזכר במומין (ס"פ המדיר). היינו פשוט משום דשוטה לא שייך כפייה לגרש כיוון שגיטו אינו גט."

עד כאן ביחס לבעל שמחלתו הנפשית חמורה עד שכבר הגיע לדרגת שוטה. ויש לדון מה דינו של בעל הלוקה במחלה

#### סימן צא

### תשלום הכתובה לאחר חיוב הבעל בגט ועוד קודם לגירושין

להלן נימקים הלכתיים לביסוס הקביעה שהבעל מחויב בתשלום הכתובה, וכי המועד הראוי לתשלום זה הינו עם פסיקת חיוב גירושין, ואף קודם סידור הגט. אמנם אם הבעל מחויב בגירושין בעקבות תביעת האשה לגירושין, בנסיבות מסוימות לא יהיה מקום לחיוב תוספת כתובה, וזאת על יסוד שיטת ר"ח (בתוס' יבמות דף סה, ב

בבית הדין התקיים דיון במכלול התביעות העומדות על הפרק, וביום י"ד כסלו תשע"ג ניתן פסק דין לחיוב הבעל בגירושין. כעת פסיקה זו חלוטה לאחר שערעורו של הבעל נדחה בבית הדין הגדול. בשטר הכתובה נקוב סך 148,000 שקל, ובנסיבות המיוחדות של נידון זה, לא נמצאה עילה לשלול מהאשה את זכאותה לתשלום הכתובה.

עמ' 216 (ובספר עזר משפט סי' ד') בפס"ד מביה"ד ת"א, שהגאון רבי אליעזר גולדשמידט זצ"ל הביא מראשונים ואחרונים שפסקו חיוב תשלום הכתובה עם פסיקת חיוב הגט, גם בטרם ניתן הגט. ולמעשה זו שיטת כמה מרבתינו הראשונים, רמב"ן, רשב"א, ריטב"א ר"ן, ותשב"ץ ח"א סי' א' שפרשו שבכל מקום שלא נאמר בגמ' כופין לגרש, אלא נאמר "יוציא ויתן כתובה", היינו מבקשים על הגט וכופין על הכתובה. ולשיטה זו תשלום הכתובה הוא עוד קודם הגירושין, שהרי כופין על זה. וכן מבואר בתשובת הרשב"א ח"א אלף קצב שכופין על תשלום הכתובה כבר עכשיו עוד קודם לגירושין המעוכבים על ידי הבעל.

מהרלב"ח בתשובה סי' לג באר שיטה זו, וכתב:

"הר"ן וכל בעלי החידושים כתבו בפרק המדיר, כי בכל מקום שאמרו רבותינו ז"ל יוציא ויתן כתובה, רוצה לומר מבקשים על הגט. כפיית דברים כזאת בקשה נקראת... בפרק המדיר אמר באותם שהדין בהם כופין שהכפייה היא בשוטים, דבדברים לא יוסר עבד. ואותה כפייה לבד כתבו המפרשים דאין לעשותה כי אם באותה המקומות לבד שאמרו בהם בפירוש כופין. אבל כפיית דברים ראוי לעשותה, כמו שאמרו בהם ז"ל יוציא ויתן כתובה."

והוסיף מהרלב"ח בסי' לו לבאר שיטה זו:

"כל המקומות שאמרו זכרונם לברכה בהם יוציא ויתן כתובה, משום דהתם ראוי הוא לכוף על הכתובה כיון שבעל המאמר האריך ואמר בפ"י ויתן כתובה. ובשלמא אם פ"י יתן כתובה רוצה לומר דכופין עליה ניהא דהאריך הלשון כל כך, אבל אם פ"י מבקשים על הכתובה כמו ביוציא, שפירושו מבקשים, כיון דלא נקט כופין, אם כן מה לו להאריך ויתן כתובה, כי פשיטא שהמוציא אשתו מחמתו ברצונו, שיתן כתובה."

העולה מדברי מהרלב"ח, שלאותם ראשונים שפרשו "יוציא ויתן כתובה" שכופין על הכתובה ומבקשים את הגט, בהכרח שהכפייה לתשלום הכתובה היא עוד קודם למועד הגירושין, המעוכבים לעת עתה.

היה מקום לברר הלכה זו שכתבו מהר"ם והתשב"ץ ושאר הראשונים, האם חיוב הכתובה בטרם ניתן הגט, הוא חיוב חדש, שתקנו כדי לכפותו בכך לתת גט, או שזהו החיוב הרגיל של כתובה, אלא שקבעו את זמן פירעון הכתובה למועד שבו חיוב לתת גט.

מפשטות לשון המרדכי והתשב"ץ ושאר הראשונים, וביאור הגר"א, נראה שחיוב תשלום הכתובה נובע מהחיוב הרגיל של כתובה, שאם לא כן הראשונים היו מציינים שיש כאן חיוב חדש ומבארים הלכה זו, ומסתימת דבריהם מבואר שאין כאן חיוב חדש.

אמנם בספר אגרות משה חלק אבן העזר ח"א סי' קלז כתב:

"מוכרחין לומר להרשב"ץ שהוא חיוב כתובה חדש, לא מהחיוב הידוע שהוא לכשתתאלמן ותתגרש, דמצד חיוב ההוא אין שייך לכופו ליתן הכתובה כשעדין לא גירשה. ודוחק לומר דזה שעשה שתתבע גירושין הוא כבר כגירושין לענין חיוב

ד"ה כי), אך במקרה הנוכחי, שבעטיו של הבעל ומעשיו חויב בגירושין, וכמפורט בפסק הדין הנזכר, בנסיבות אלו לא נאמרו דברי ר"ח.

עיינן בב"ש סי' קנד סק"א שהביא את דברי ר"ח גם ביחס לעילות המפורטות באה"ע סי' קנד ס"א, אך עיינן שו"ת רבי עקיבא איגר החדשות סי' נא ובתשובת נפת צופים חלק אה"ע סי' קי, ובחזו"א אה"ע סי' סט ס"ק כב ובפד"ר כרך א' עמ' 216-222, שכתבו שאין הדברים אמורים בנסיבות שבהן הפירוד או הגורם לחיוב הגירושין נוצרו ביוזמתו ובבחירתו של הבעל, ועיי"ש בחזו"א שכתב כן ביחס למורד.

בפסק הדין הנ"ל, בעמוד 218 כתבו:

"אם הבעל אינו זן את אשתו מפני שאינו רוצה להשתכר ולזון, ובגלל זה היא דורשת גט, הרי דרישת הגט באה בגלל מרידתו של הבעל, והגירושין הם באשמתו שהרי לא מאונס אינו זן אותה אלא מרצון, כי בזדון מרד באשתו, ולו היה רוצה הרי יש לו היכולת להשתכר ולזון אותה. ואף שבסוף פסיקת הגירושין הם לפי דרישת האשה, דרישה זו אינה אלא תוצאה הגיונית מרצונו או אי רצונו של הבעל, ולכן זה נקרא שמחמתו באה הדרישה לגט. ולא יתכן לומר בכגון זה שהגט הוא מחמתה. ומאחר שיסוד הפטור לר"ח הנך דכופין מחמתה נופל כאן, לכן גם לדעת הר"ח אין הבעל פטור לשלם התוספת. ואם לא נאמר כן, הרי לפנינו דרך לבעל מורד להתחמק מתשלום הכתובה, לא יזון אותה ויאלצה על ידי זה לדרוש גט, ויהיה פטור לשלם הכתובה על ידי המרידה, בטענה על דעת שתדרשי גט לא התחייבתי, דבר זה אין הדעת סובלתו,"

על כן הוא הדין בנידון שבפנינו שחיוב הגירושין נובע ממעשיו השליליים של הבעל, כמפורט בפסק הדין הנזכר, הפסיקה לחיובו במלוא סכום הכתובה, יכולה להינתן עם מתן פסק הדין לחיוב גירושין ועוד קודם סידור הגט. ולהלן המקורות לקביעה זו והנימוקים לכך. במרדכי במסכת כתובות פרק המדיר:

"כתב הר"ם ז"ל כל היכא דקתני יוציא ויתן כתובה, נהי דאין כופין אותו אלא בראיה ברורה, מ"מ נפיק ממונא מיניה כאן, דכיון דחייבוהו חכמים להוציא ולתת כתובה. אם לא הרשינו לכוף להוציא, דאם היינו כופים ה"ל מעושה שלא כדין, מ"מ כתובה מ"ט לא נפיק מיניה, כיון דחייבוהו חכמים בממון זה לתת לה. הלכך מפקינן מיניה כתובה ויהיבנן לה מנה ומאתים ונדוניא דהנעלת ליה."

דינו של מהר"ם נפסק להלכה ברמ"א אה"ע סי' קנד סעיף כא שכתב:

"בכל מקום דאיכא פלוגתא אם כופין או לא, אע"ג דאין כופין לגרש, מכל מקום כופין אותו ליתן כתובה מיד, וכן הנדוניא דאנעלת ליה."

וכתב בביאור הגר"א:

"כיון דחייב להוציא וליתן כתובה, נהי דאין יכולים לכופו על הגט, כתובה מ"מ חייב לה."

הלכה זו מוסכמת על רוב הראשונים, וע"ע בפד"ר כרך א'

דיוציא ויתן כתובה, דאע"ג שלא הורשינו לכוף להוציא בלא ראייה ברורה, מ"מ כתובתה נוציא ממנו כו'. נלע"ד דאין מכאן ראייה כלל, ושאיני התם שחייבוהו חכמים ליתן גט וכתובה, והרי היא עומדת וצווחת שהיא רוצה ממנו גט כדברי חכמים שחייבוהו בכך, ומותר לקרותו עבריינא אם לא יוציא ויתן כתובה, אפילו לפירוש רבינו חננאל כמו שכתבו התוס' ריש פרק המדיר, ודאי דין הוא שנוציא ממנו הכתובה, דפשיטא דלענין ממון יש כח ביד חכמים שהרי הפקירם הפקר, ואף על גב דלענין איסור אשת איש החמור אין כח ביד חכמים לכוף מאחר שאין אלא פושע בעלמא, עכ"ל מהרי"ק.

הרי מפורש בדבריו, שבאותם שתקנו בהם חכמים "יוציא ויתן כתובה", ודאי דין הוא שנוציא ממנו הכתובה, דפשיטא דלענין ממון יש כח ביד חכמים שהרי הפקירם הפקר. ומבואר שאותו טעם לחיוב הכתובה עם הגירושין, יאמר באלה גם ביחס לחיוב הכתובה עוד בטרם ניתן הגט, ובשניהם זהו דין גמור מכח תקנת חכמים שהורו "יוציא ויתן כתובה".

הבית מאיר בתשובה (שו"ת בית מאיר, מהדורת מכון ירושלים) סי' לט, כתב על דינו של המרדכי והרמ"א:

"כל שהדין נותן לכוף על הגט וכתובה, אף שאין בידינו לכוף על הגט, יהיה באיזה אופן שיהיה, ויש בידינו לכוף על תשלומי כתובה, ממילא הוי מטא זמן חיובא תשלומין הכתובה, ואם אין בני חורין תטרופ ממשעבדי. ומה שנסתפק מעלתו... השעבוד לכתובה מימי הנישואין לא חל עד אחר הגירושין. במח"כ לא ניחא לי בסברא כזו. שמיד שהנכסים נשתעבדו, על אופן זה נשתעבדו, שכל אימת שיחול זמן הפירעון ולא יהיה בעל חוב, תטרופ מה שנסתעבד, ומיד שמחויב בגירושין חל זמן הפירעון", עכ"ל.

הרי מפורש בדבריהם, שהזמן לפירעון הכתובה חל מיד עם פסיקת חיוב הגירושין.

ואכן מעיון תשובת הרד"ך בית ב' חדר ז' עולה כי מפורש בדבריו, שהטעם בהלכה זו לחיוב כתובה באותם אלו שנאמר בהם "יוציא ויתן כתובה", אינו מפני שאנו מבקשים לחייבו בכתובה כאחד מאמצעי הכפיה לגרש, אלא בהלכה זו נקבע המועד לביצוע חיוב תשלום הכתובה, והוא מועד חיוב הגירושין, בלא שהוא מותנה בסידור הגט בפועל.

להלן לשון הרד"ך. לאחרי שהרד"ך דחה הסברא שמטעם קנס אתינן, כתב:

"אלא נראה דהיינו טעמייהו דתוספות ז"ל והרא"ש ז"ל, דכיון שכופין אותו להוציא ולתת כתובה מילתא דפשיטא היא דאי ליתיה קמן או שיתילד אחר זמן תולדה אחרת ולא נוכל לכוף, והאשה תובעת גיטה וכתובתה שביט דין יורדין לנכסיו מיד אחרי תביעתה ומגבין לה כתובתה, הואיל וחכמים חייבוהו לכוף בשוטיין להוציא ולתת כתובה, אם לא יכלנו לכוף להוציא יש לנו לכוף בכתובתה, הואיל וכבר הגיע זמן שחייבונו חכמינו ז"ל לכוף לתת כתובה, ומטעם זה גם הוא יהא זריז לקיים מצות חכמים לגרש. ולרווחא דמילתא אומר

הכתובה. וכיון דהוא חיוב חדש, אפשר לומר שהוא רק כדי לכפותו בזה, ומגליה דאף כשא"צ לכוף צריך ליתן כתובה, ובודאי אין לומר כלל שיסבור הרשב"ץ והרמב"ן דאין לה כתובה כשמחייבין אותו לגרש ומגרש בלא כפיה. ועוד עצם הדבר דיהיה חיוב כתובה בלא גירושין הוא דבר תמוה, וצ"ע"ג כוונתם."

והנה בחזו"א אה"ע סי' סט ס"ק יג דן בהלכה זו של המרדכי והרמ"א, ובתחילה נטה לומר שזהו חיוב חדש שנועד לכפותו לתת גט, וז"ל:

"צ"ע, נהי דחייב לגרשה, מ"מ אין חיוב כתובה אלא אחר הגירושין והשתא אינו חייב לה. ואפשר שהוא רק מדין כפיה... ואי ליתא קמן למכפי" נראה דאין מגבין לה כתובה מנכסיו... אך מיד החזו"א חזר מסברא זו וכתב:

"ובכה"ט ר"ס קנ"ד בשם רד"ך לא כתב כן. ואפשר דתיקון חכמים הוא במקום שאמרו יוציא ויתן כתובה שחייב בכתובתה מיד."

וז"ל הבאר היטב שהביא החזו"א:

"כל היכא דכופין להוציא וליתן כתובה, אם לא יכפוהו להוציא, כגון דליתא קמן, והאשה תובעת גיטה וכתובתה, בית דין יורדין לנכסיו ומגבין לה."

הרי שהחזו"א בתחילת דבריו נטה לומר שזהו חיוב חדש כחלק מאמצעי הכפיה לגירושין, אך בעקבות דברי הרד"ך חזר בו.

דברי הרד"ך והחזו"א נעלמו מהאגרות משה, לכן סבר שזהו חיוב חדש כאמצעי כפיה לכוף לתת גט, ולבסוף נשאר בצ"ע בביאור הלכה זו. אך מאחר שבתשובת הרד"ך מבואר שפסק לחייב בכתובה גם כשהבעל אינו מסרב לתת גט, אלא שהגט מתעכב מטעמים אחרים כגון שהבעל אינו כאן, נראה שבדברי מהר"ם התשב"ץ והרמ"א נקבעה ההלכה שהחל מאותו מועד שניתנה הפסיקה לחיוב הגירושין, גם אם למעשה הגט טרם ניתן, מ"מ בשאר העניינים הכרוכים בגירושין יש לפסוק כאילו כבר ניתן הגט. על כן במקרה שבו האשה זכאית לתשלום הכתובה, בעקבות פסיקה שבה נקבע "יוציא ויתן כתובה", האשה תוכל לגבות כתובתה וגם נדונייתה.

וכן בפד"ר כרך א' עמוד 216 בפסק דין הנזכר מהגאון רבי אליעזר גולדשמידט זצ"ל באר הלכה זו כדלהלן:

"הרי שכופין לתת כתובה מיד, גם לפני הגט, אף שאין כופין לגרש. כי מכיון שמוטלים עליו שני חיובים, לתת גט מיד ולתת כתובה מיד, אין השחיית ביצוע אחד החיובים - מתן הגט, פוטרת מלבצע מיד את החיוב השני - תשלום הכתובה. לפי זה בנדון דידן שהדין הוא יוציא ויתן כתובה - כופין לשלם מיד הכתובה גם לפני ביצוע הגט."

וכן מבואר במהרי"ק שורש קז שחיוב הכתובה בטרם סודר הגט אינו חיוב חדש. וז"ל מהרי"ק:

"ואשר כתבת דפשיטא הוא להוציא מיד הבעל לכל הפחות הנדוניא דהנעלת ליה, והבאת ראייה ממה שכתב מהר"ם גבי הני

בתוספת כתובה, וזאת כפי ההלכה בנסיבות שבהן פסיקת חיוב הגירושין נקבעה עקב מעשיו השלייליים. ב. בנסיבות שניתן פסק דין לחיוב הבעל בגירושין, באותה עת כבר ניתן לכפות על ביצוע העניינים הממוניים הנובעים מהגירושין, לרבות גביית תשלום הכתובה, וזאת גם בטרם הוסדר הגט. על כן ניתן בזאת פסק דין לחיוב הנתבע לשלם לתובעת סך 148,000 שקל. הסכום ישולם תוך 30 יום ממועד חתימת החלטה זו, ואין מניעה שסכום זה ייגבה בהליכי הוצל"פ מתוך חלקו של הנתבע ברכוש המשותף.

שיש לנו לומר לענין גביית הכתובה דאשה זו, הואיל ולגירושין קיימא, כגרושה דמיא, וגביית כתובה גם כי לא נתגרשה... הכא נמי אית לן למימר, האי אתתא מבוררת היא דלגירושין קיימא, וכיון דלגירושין קיימא כגרושה דמיא לענין גביית כתובה, וכופין אותו לתת כתובה גם כי לא גרש, עכ"ל הרד"ך. וע"ע בתשובת נופת צופים סי' צו שכתב בפשיטות שתשלום הכתובה עוד קודם הגירושין, נקבע כדי שלא יהיה חוטא נשכר, אך לא הזכיר מדברי הרד"ך שקדמו בסברא זו.

#### העולה מדברינו:

א. בנידון שבפנינו, הבעל מחויב הן בעיקר כתובה והן

### סימן צב

## חיוב הבעל בגירושין לאחר שנשא אשה אחרת ומעגן את אשתו. התנאים להיתר נישואין לבעל

אחר ונשא אשה שניה למרות שאשתו הראשונה התנגדה לכך. באותו מקום היה מנהגם שהבעל התחייב בשטר הכתובה שלא ישא אחרת גם אם לא זכה להיבנות ממנה אלא לאחר שיפטור אותה בגט. באותו נידון שבתשובת חוט המשולש, בית הדין שבמקומה של האשה פסקו לאשה מזונות וגם העבירו לרשותה קצת מנכסי הבעל, ובלשון השאלה נכתב לבית הדין שבמקומה של האשה כדלהלן:

"עכשיו הבעל הוא מערער על מעשיכם, גם שלח אלינו כתב והוא טוען כי פסקתם לה מזונות יותר מדאי גם מסרתם בידה נכסיו לבד מה שהביאה מבית אביה... הבעל הוא מערער על כסות של חול שלא רצה ליתן לה אלא מה שהיה עליה בשעת קבלת הגט, וגם ראינו כתב הבעל בענין זה ואמר שהתכשיטין אשר היו לשבתות וי"ט לבשה אותם בחול כדי להפסיד הבעל, וגם טען הבעל כי האשה איבדה כל כליו הנמצאים איתה בבית". בתשובתו פתח רבי שלמה דוראן ז"ל בקביעה שהבעל מחויב בגירושין:

"לראשונה י"ל ראינו לפי הדין והאמת כי הבעל הוא מחויב לגרש האשה הזאת. אם מצד התנאי המוטל ביניהם הכתוב בכתובה שלא ישא אשה אחרת כפי מנהגכם וכל הנושא אשה לפי מנהג מקומו הוא נושא וזה אפי' נשא בסתם וכ"ש מנהג וכתוב בכתובה. ואם מצד דלא קים ליה בסיפוקיהו... גם מטעם אחר חייב הבעל הנזכר להוציא האשה הנז' במה שראינו מכתביו וטענותיו במה שהוא חושדה בדברים אחרי' והוא מאמת את הדברים ולפי דבריו שווייא לנפשי' חתיכא דאיסורא כי דבריו בענין זה לא מראש בסתר, וא"כ לפי דבריו אסורה היא לגבי דידיה וחייב הוא להוציאה".

ולאחר שנקבע חיובו בגירושין כתב רבי שלמה דוראן ז"ל: "ואחר אשר האיש הזה הוא חייב להוציאה לאשה הזאת מצד הדין מכל הטעמים הנזכרים אינו יכול להתנות עליה בגרושה

בנידון בעל שהיה נשוי עם אשתו בחו"ל, ולאחר סכסוך עזב אותה, הגיע לארץ, ונשא אשה אחרת בחו"ק בלא היתר מאה רבנים, אלא עפ"י הוראת רב, שהורה לו היתר לשאת אחרת בלא דיון במעמד האשה ובלא לכתוב כל נימוק הלכתי. הבעל טען בפני אותו רב שאשתו תבעה מזונות בערכאות, והעלים ממנו שהאשה קיבלה היתר לפנות לערכאות לאחר שהבעל סירב לדין תורה. האשה תבעה לחייב את הבעל בגירושין, והבעל מסרב לתת גט וטוען שעליה לוותר על פסיקת המזונות שנקבעה בביהמ"ש.

א. בנידון זה קיימות שתי עילות ברורות לחיוב הבעל בגירושין ואף לכפייתו בגט. האחת, מפני שהבעל עזב את אשתו אינו רוצה בה ומעגן אותה, והשניה, מפני שעבר על חרם דרבינו גרשם.

גם אם היה מקום לדון ולברר את היסודות לכפיית גט על יסוד העילה השניה, אין ספק שהעילה הראשונה היא ברורה ללא כל ספק, על פי דינו של רבינו ירוחם נתיב כג חלק ח' שאם שני בני הזוג אינם רוצים זה את זה, כופין את הבעל בגירושין, וק"ו בנידון זה שמונע ממנה כל ענייני אישות, ובנישואיו בשנית סתם את הגולל על כל דיון לבחינת שלום בית.

להלן נדון בשאלת כפיית הגט עקב העילה השניה, אך ככל שהדבר נוגע לכפיית גט בנידון זה, אין הכרח בבירור שאלת כפיית גירושין לבעל שעבר על חדר"ג. לכן השאלה העיקרית שעלינו לברר היא האם בעל שנטש את אשתו ואת ארצו וברח למדינת הים ומעגן את אשתו, ובכך ללא ספק שהוא בר כפיית גירושין, האם ניתן לקבל את בקשתו להימנע מכפייתו בגירושין בטענה שבבית המשפט ניתן כנגדו פסק דין למזונות גבוה שאין בכוחו לעמוד בו.

שאלה דומה נידונה בתשב"ץ חלק חוט המשולש הטור הראשון סי' ו'. באותו נידון הבעל עזב את אשתו הראשונה לאחר שעברו אחד עשרה שנים ולא ילדה, והלך למקום

בתנאי שתחזיר לו החפצים שלו, והדין עמו בזה, בודאי אין בידינו לכופו ... ומעתה לפ"ז בנ"ד שלא רצה האב לקבל והוא אנוסה, שוב כופין אותו לגרש בלא תנאי, ואף שהיה אביו מרוצה לקבל החפצים באופן שתתן לו סך רב, כיון דאינה מחויבת בזה, הוי אנוסה. וכהא דאמרו בגיטין ל' ע"א מידי תרקבא דדינרא בעי למיתב לה כו' ומיקרי אונס",

הרי מבואר שאם דינו של הבעל לכופו בגירושין, אך האשה מחזיקה ברשותה ברכוש של הבעל המגיע לו, הבעל רשאי להתנות מתן הגט שתחזיר לו את רכושו המצוי אצלה. אבל בנידון מהרש"ם גם התברר שאכן רכושו בידה, ובנוסף אביו שהיה אמור לקבל את חפצי הבעל מהאשה, סירב לקבלם כל עוד לא תשלם סכום כסף, שלא היתה מחויבת בו, לכן פסק מהרש"ם שכופין אותו לגרשה, אף שהרכוש של הבעל עדיין ברשותה, כי היא אנוסה בכך.

דהיינו גם לאחר שהתברר בבית הדין שהאשה מחזיקה בידה את רכושו, אין זו עילה להימנע מכפייתו בגירושין אלא אם לאשה קיימת אפשרות מעשית להשיב את הגולה, ואינה חייבת להוציא ממון רב על מנת להחזירו.

ולכן גם בנידון זה, ביחס לטענה שהיא מחזיקה בפסק דין למזונות מופרזים. בלא דיון לגופה של תביעת המזונות ובלא שהתקיים "שמוע בין אחיכם" בתביעה זו, אין לבית הדין לקבל טענה על מזונות גבוהים. מאחר ולא ידוע מהי הכנסתו ומהו מצבו הכלכלי ועוד פרטים נחוצים, ולפי הידוע קיבלה רשות מבית דין לפנות לערכאות.

לכן לפי דרכו של מהרש"ם, אילו אכן היה מתברר בבית הדין שהאשה מחזיקה ברשותה סכום כסף שגולה מהבעל, לא יכפוהו בגירושין אלא לאחר שתחזיר. אבל אם היא אנוסה במה שאינה יכולה להחזיר וכיוצ"ב כופין אותו לגרשה. ובהתאם לכך במקרה זה כאמור אין לבית הדין את הכלים לברר שאכן פסק הדין למזונות היה בגדר גזל. כידוע בלי שמיעת טענות במתכונת של "שמוע בין אחיכם" והליך משפטי ראוי, אין יסוד לטענה כזו או אחרת ביחס לפסיקת שניתנה לחיוב המזונות.

בדיון שיתקיים במקומה של האשה יש לברר את טענתה שקיבלה רשות מבית דין לתבוע בערכאות. וכן ביחס לגובה דמי המזונות, הבעל אינו נאמן בטענתו שהשופט בערכאות העביר עליו את הדרך אלא לאחר דיון מהותי לגופה של התביעה.

גם אם פסקו לו בערכאות מזונות גבוהים, לא ברור מדוע הבעל לא הגיש ערעור בערכאה גבוהה יותר.

סיכומו של דבר, גם לפי שיטת מהרש"ם, מאחר שכאן בבית הדין לא ניתן לקיים דיון לגופה של התביעה למזונות, כשאין בפני בית הדין הנתונים הרלבנטיים, ולא גרו כאן וכבר החלו לדון בשאלה זו בארה"ב, אין יסוד לטעון שבעת הזו מוטל על בית הדין כאן להיכנס לעובי הקורה ולדון ביניהם, אלא האשה זכאית לטעון שבית הדין בארה"ב בלבד שם גרו יחד, ודיון ויקבע אם היא גולנית, וכל עוד לא נקבע עליה דבר כזה

בשום תנאי אלא ברצונה, הכיון שהדין נותן לגרש למה יכריחה להתנות עליה בשום תנאי יקוב הדין את ההר ויגרש כפי הדין, כ"ש שיש פנים שסבורני לומר אפילו אם תתרצה היא בתנאי לקבל התנאי כי דינא לא שבקינן ליה למיעבד תנאה שכ"כ א"ז הר"ש בן הרשב"ץ ז"ל בתשובה וז"ל וכל שחייב לגרש אין לו להתנות עליה אפילו ברצונה שא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן לא יקיימו התנאי ויתבטל הגט עכ"ל ז"ל. ובנד"ד אחד מהטעמים שהזכרנו שהוא מחוייב מצדן לגרש הוא דשווייא אנפשיה חתיכא דאסורא וא"כ כדי שלא תשוב אליו עוד אין מניחין אותם לעשות שום תנאי רק גט כריתות לאלתר, דא"כ מה כח ב"ד יפה ומה הועילו חכמים בתקנתן".

הרי מבואר שבאותו נידון הבעל טען שפסקו לו מזונות גבוהים וכן טען שאשתו גולה ממנו מרכושו, וכי יש להוציא גזל מידה, וביחס לטענות אלו בהמשך התשובה נכתב שיש לדון ביניהם ולשמוע האם אכן צדק בטענותיו, למרות זאת קבע רבי שלמה דוראן שיש להפריד בין הדברים, ויש להורות על חיובו בגט ללא דיחוי, ואין לעכב את הגירושין בטענה שהאשה מחזיקה גזל בידה.

לפי דרכו, בפסיקת חיוב הגירושין נקבעה החובה לתת גט ולהימנע מעיכוב הגירושין עקב טענות אחרות, גם אם הן טענות צודקות. ויש לברר טענות אלו בנפרד וללא כל זיקה למימוש הפסיקה המחייבת את הגירושין. ולעיל בסי' עט הארכנו בהלכה זו.

ועיין באה"ע סי' נב בח"מ סק"ה במש"כ:

"אסור לבגוד באשתו אם אין לה מה ליתן".

ובספר דברי יוסף (להגאון הרב יוסף כהן זצ"ל) ח"ב סי' כח סבר לדייק מדברי הח"מ שאם יש לה מה ליתן לו יכול לבגוד בה ולעגנה עד שתתן. וביחס לדיוק זה הארכנו בספר עטרת דבורה ח"ב סי' צא עמ' 658 שאין מקום לדייק כן, וכי יש לדון בנפרד על תביעה זו, אך גם לפי דרכו של הדברי יוסף היינו דוקא ביחס לחובת הבעל לשאת את ארוסתו, חובה הנובעת מכח התחייבותו בעצם האירוסין, אך אינה על יסוד תקנת חכמים, ואינו דומה לנידון שבו תקנת חכמים שחייבו את הבעל לתת גט, וביחס לתקנה זו כתב בתשובת חוט המשולש שזוהי התקנה שלא יוכל להתחמק מהגירושין המוטלים עליו, גם בטענה שהאשה חייבת לו וכיוצ"ב.

ב. יצוין לתשובת מהרש"ם חלק ה' סי' ס', שלא ראה את תשובת חוט המשולש, וקבע שאם התברר שאכן גזל ביד האשה, הבעל המחוייב בגירושין רשאי לעכב הגירושין עד שהאשה תחזיר את הגזילה. אך גם לפי דרכו של מהרש"ם היינו כשברור שהיא מחזיקה גזל, וכל שנותר הוא להשיבו לבעל. וז"ל:

"עוד העיר מעכת"ה דלפמ"ש בתשובת הרא"ש הובא בטוש"ע סי' קנ"ד דמי שהוא מוכתב למלכות כופין אותו לגרש, וא"כ בנ"ד כיון דכופין אותו לגרש, א"כ אף שלא נתרצה רק באופן שתחזיר החפצים מ"מ הוי גט. ואמנם לדעתי אף דכופין אותו, היינו אם אינו רוצה לגרש כלל, אבל בנ"ד רצצה לגרשה רק

ראויה לקבל גט, כגון נשתתית, או שהאשה נעלמה ואין אפשרות לאתר אותה, או שהיא מורדת בבעלה ומסרבת להתגרש, אבל בכל הפוסקים לא נמצא היתר לחרם זה כשהאשה תובעת להתגרש, אך יש ביניהם טענות הדדיות גם אם בפי הבעל טענה שהאשה גזלה אותו.

לא ברור כיצד ניתן היתר נישואין בנסיבות נידון זה ללא דיון ראוי במעמד הבעל והאשה. עיין שו"ת דברי מלכיאל חלק ג' סי' קמה ושו"ת דברי חיים ח"א אה"ע סי' ה'.

מלבד זאת, בנסיבות אלו, שהאשה תובעת להתגרש, לעולם לא ינתן היתר נישואין בלא השלשת הגט ומסירתו לאשה ללא דיחוי. וזאת גם בנסיבות שהתבררה ההצדקה להיתר נישואין, ההיתר ניתן רק לאחר השלשת גט עבור האשה, עיין בחזו"א אה"ע סי' סט סק"י במש"כ: "ואם מתרצית לקבל גט בלא כתובה לעולם אין מתירים לו לישא אחרת, ואף לאחר י"ב חודש".

ועיין בשו"ת בית שלמה חלק או"ח סי' פה סק"ב שכתב שגם במורדת שעזבה את הבעל והלכה למקום אחר, לא ניתן להתיר לבעל לשאת אשה אחרת כשהיא מבקשת להתגרש. וכן בספר ישכיל עבדי חלק ו' חלק אה"ע סי' ב' ס"ק יב שהביא כן מכמה פוסקים. וכן בספר אוצר הפוסקים על אה"ע סי' עז ס"ק נד אות ט שהביא כן מתשובת הרשב"א ח"א סי' תתס ומתשובת רבי חיים פלטיאל שבתשובות מהר"ם מרוטנבורג שער א' סי' נג ומתשובות כמה מהאחרונים.

ולהלן מדברי תשובת אגרות משה אבן העזר חלק ד' סי' ג':

"הנה כבר מפורסם דעתי שהיתר דמאה רבנים אף במורדת הוא דוקא בהשלשת גט כשר אשר בכל זמן שתרצה האשה לקבל גט תוכל לבא ולקבל הגט ולהיות מותרת לעלמא, אפילו אם יש להבעל עליה תביעות ממון, כי ח"ו שהגאון רגמ"ה יתקן דבר תקלה לעגן בת ישראל איזו שהיא, ואף באופן שודאי חטפה משל בעלה איזה סך ממון לא תיקן ושום ב"ד דגאונים לא תיקנו ולא יתקנו באופן שיוכל הבעל לעגנה לגמרי או עד שתתן לו כמה שירצה, ובשביל עניני גיבוי ממון לא תיקנו ולא יתקנו שום תקנות שיהא ביד הבעל כוח בעצמו לעשות כרצונו ולעגנה, וכשלא נעשה כן אין ההיתר של הב"ד שהתירו כלום אף אם יחתמו ע"ז אלף רבנים ויותר, ויש על הבעל איסור וחרם דרגמ"ה מלישא אשה אחרת אם לא יגרשנה קודם בגט כשר, ואני חתמתי רק שיתירו להבעל כדין שהוא אחר שישליש גט כשר שתוכל לקבלו בכל עת שתרצה, וכן אמרתי גם בעובדא זו ביחוד לקרובי הבעל, שלא שייך שום היתר בלא השלשת גט כשר שתוכל לקבלו בלא שום עיכובים, וע"ז באתי על החתום למען האמת שלא יעוותו דיני התורה".

בהמשך לתשובה זו יצאו כמה מגדולי אמריקה ובתוכם בנו של האגרות משה, הגאון רבי דוד פיינשטיין זצ"ל, בחודש אלול תשס"ד, ואליהם הצטרף בחתימתו הגאון רבי יוסף שלום אלישיב זצ"ל, לתקן תקנות להסדיר את היתר מאה

באמצעות דיון במעמד הצדדים או עכ"פ בדיון שבו הבעל מיוצג באמצעות מורשה שבדיון זה ידונו ויבררו כהלכה האם אכן גזל בידה. ולכן גם אליבא דטענות הבעל, נידון זה לא גרע מאותה אשה בתשובת מהרש"ם שהיא אנוסה בכך שאינה יכולה להחזיר את הכסף לאבי בעלה הדורש תשלום. וכאן בנידון זה היא לא אנוסה אלא מצד הדין אינה מחויבת לדון עמו בתביעת המזונות בבית דין בארץ, ואין לבית הדין להיכנס לדון בכל תביעת ממון ביניהם בניגוד להלכה הקובעת שהתובע הולך אחר הנתבע, ושעליו ללכת אחריה לתבוע אותה על גזלה המיוחסת לה. לכן בכל מקרה, כל עוד לא התקיים דיון במקומה כמתחייב על פי ההלכה, אין שומעין לו שתביעה כזו או אחרת שיש לו, היא עילה לעגנה. רק אם היה מתקיים דיון כזה במקומה של האשה והיה מתברר שהיא מחזיקה גזל מכספו של הבעל, ואין דרך להוציא ממנה, לפי דרכו של מהרש"ם היתה זו עילה לעכב את כפיית הגט, אך אין זה המקרה, ואין לאפשר לו לעכב את מתן הגט כלל.

עוד יצוין ביחס לטענה שגזל בידי אשתו, יצוין כי מאחר שכאן בארץ אין גובים את דמי המזונות שנפסקו בחו"ל, אין טענה שהאשה מחזיקה גזל בידה, אלא קיימת טענה אחרת, שהוא מנוע מלהיכנס לארצו לבקר את בני משפחתו. וזו טענה מסוג אחר, כי אחרי שכבר עלה לארץ והשתקע כאן, לא ברור שמותר לו לצאת לחו"ל, ועכ"פ אם נאלץ להישאר בארץ ולפגוש את בני משפחתו רק כאן בארץ, אין זה גזל מצד האשה אלא רק כפייה שלא לצאת מהארץ לחו"ל, ויתכן שזהו הדין הנכון עבורו.

בנוסף, יצוין שהבעל טרם שילם לאשה כתובתה וכן מסתמא האשה תובעת ממנו ההוצאות הכבדות שגרם לה בדיונים המשפטיים הנובעים מהעיגון שגרם לה, ולכן יש כאן תביעות הדדיות.

ג. שיטה שלישית ביחס לבעל המחויב גירושין ומתנה תנאים, היא שיטת מהרשד"ם אה"ע סי' מא, וכבר הארכנו בספר עטרת דבורה ח"ב סי' צא שרבו החולקים על שיטה זו ונעלמה ממנה מהרשד"ם תשובת הרשב"ש הנוכרת שכתב להיפך, וכן העלו כמה אחרונים שלא כמהרשד"ם. ועיין לעיל סי' עט, אך גם אליבא דשיטתו פשיטא שכאן לא נקל לקיים את תנאו של הבעל המחייב דיון משפטי מורכב לבירור טענותיו, ולכן אין לדון בנידון זה מכח שיטת מהרשד"ם. אך זאת ניתן להורות לפי שיטת מהרשד"ם, על חתימה על שטר ברורות בפני בית דין במקומה של האשה.

ד. עלתה טענה שהבעל עבר על חרם דרבינו גרשם כשנשא אשה שניה, וכנגד זה עלתה טענה שהבעל קיבל היתר מרב לשאת אשה אחרת. אך גם אליבא דטענת הבעל שקיבל היתר נישואין בר תוקף, פשיטא שההיתר ניתן על יסוד ההנחה שהיתה ידועה לבית הדין המתיר, שהאשה מסרבת להתגרש. וזאת מאחר ובכל הנידונים בפוסקים שבהם ניתן היתר נישואין לשאת אשה שניה, היינו רק כשהאשה אינה

ההנחה המוטעית שהאשה מסרבת לקבל גט. אך מאחר וכעת ידוע לבית הדין שהאשה מבקשת לקבל גט, הרי שההיתר פקע, וכעת הבעל בחרם דרבינו גרשם בהיותו נשוי לשתי נשים. דין זה דומה לאשה שנשתתית והבעל קיבל היתר לשאת אשה אחרת, ולאחר שנשא אשה שניה, הראשונה נרפאה משטותה. ובזה פסק הב"ש סי' א' עפ"י תשובת צמח צדק:

"ואחר שתתראא חייב לגרשה מיד כדי שלא יהיה לו שתי נשים".

ובשו"ת בית יצחק אה"ע ח"א סי' טו סק"ג באר הלכה זו שכתבו הצ"צ והב"ש, שהחרם לא היה רק שלא לשאת אשה שניה, אלא גם בעת ששוהה עם שתי נשים בלא היתר. וז"ל: "צדקו דברי הצ"צ ... ועוד נראה דהחרם היה שלא להיות לו שתי נשים ומה"ט פסקינן דאם עבר ונשא צריך לגרש, על כן צריך לגרש אשתו ראשונה".

ביחס לבעל שעבר על החרם ומבקשים לכפותו בגירושין כדי למנוע ממנו להמשיך לעבור על החרם. בחי' הריטב"א עמ"ס יבמות דף מד, א כתב:

"ובתוס' כתבו כי רבינו גרשון החרים על הנושא אשה על אשתו וחייבים לכופם על החרם שלו".

הביאו הנימוקי יוסף וכן הב"י אה"ע סי' א'.

וכן פסק הרמ"א אה"ע סי' א' סעיף י':

"ואין נושאים שתי נשים וכופין בחרמות ונידויין מי שעובר ונושא שתי נשים לגרש אחת מהן".

ובספר ערוך השולחן בן העזר סימן א' סעיף כח הוסיף על דברי הרמ"א, וכדי להוציא מכל ספק בביאור דברי הרמ"א כתב שכופין בכל מיני כפיות, ופשיטא שלפי דרכו כופין אף בשו"ת. וז"ל:

"מי שנשא אשה על אשתו כופין אותו בכל מיני כפיות לגרש את אחת מהן. ולכתחילה ראוי להשתדל שיגרש את השנייה שנשאה באיסור, אמנם אין עיכוב בזה ואם הראשונה מתרצת לקבל גט והוא רוצה להשאר עם השנייה אין מוחין בידו. ואף שי"א שאחר האלף החמישי אין לכופ מי שעבר על תקנת רגמ"ה, מ"מ אין נוהגין כן, כן כתב רבינו הרמ"א דכבר כתבנו דהתקנה בתקפה עד ביאת הגואל ואין שום חילוק בין אלף החמישי לאלף הששי"

מלשון הריטב"א עולה שהכפייה אינה מכח תביעת האשה התובעת להתגרש, אלא כפייה על המצוות, ולכן גם אם האשה והבעל יחד רוצים להמשיך יחד כופין את שניהם.

אמנם בספר כנסת הגדולה אה"ע סי' א' הגהב"י סי' ט' כתב לדון שמא הכפייה שכתב הריטב"א היא רק על תחילת הנישואין, ולא לאחר שכבר נשא, אך גם כנסת הגדולה גופיה, ציין לעיין בתשובת מהרש"ל סי' יד, ושם הנידון הוא במי שנתן גט ונשא אשה אחרת ורק לאחר מכן נמצא הגט פסול, וכתב שמפרישים אותו מאשתו השניה עד שיתן גט, ומבואר שהחרם אינו רק על תחילת הנישואין אלא גם ביחס להמשך הנישואין. וגם מבואר במהרש"ל שהדין כן גם שנמצא עובר על החרם

רבנים, ובתוך דבריהם שהובאו בספר ישא יוסף אה"ע סי' ח', כתבו:

"היות ובתקופה האחרונה עדים אנו לפירצה גדולה בענין "חרם דרבינו גרשם" ובקלות יתר אפשר להשיג "היתר מאה רבנים" ופשה הנגע ונתרבו המקרים בהם הותר לאיש לישא אשה על אשתו במספרים אשר לא שערום אבותינו, חוששים אנו כי מצב זה עלול לזעזע ח"ו את יסודות השלום בבית היהודי. לכן החלטנו אנו החתומים מטה לעמוד בפרץ ולתקן תקנות כדי להגביל את ההיתר ולהעמיד הדבר כפי שהיה בימים מקדם ש"היתר מאה רבנים" ניתן במתינות ובכובד ראש כראוי לענין כזה אשר שלום לאשתו תלוי בו, ואלה התקנות:

א. רק בית דין חשוב ומוסמך ידון בענין היתר חרם דרבנו גרשם.

ב. הרבנים וראשי הישיבות החותמים ומצטרפים להיתר יהיו אך ורק רבנים מוסמכים או ראשי ישיבות, ומכהנים במשרות רבניות או בישיבות מפורסמות.

ג. על הרבנים החותמים לציין מקום כהונתם כתובתם ומספר הטלפון שלהם.

ד. אין רב ראוי לחתום על ההיתר אלא לאחר שעייין היטב בנמוקי ההיתר.

ה. בית דין המתיר יעביר את נימוקי ההיתר לדיון בבית דין נוסף במדינה אחרת.

ו. על הבעל להשליש גט בידי בית דין נאמן כדי שהאשה תוכל לקבל את גיטה בכל עת שתרצה בלא שום קושי ומניעות יהיה מי שיהיה. "היתר" הניתן לבעל ללא השלשת גט כאמור, יחשב לחסר ערך לחלוטין".

מאחר ופסיקת הגאון רבי משה פיינשטיין זצ"ל ותקנות אלו מחייבות, הרי כשניתן היתר נישואין שלא בבית דין חשוב ומוסמך שטעו והתירו חדר"ג בלא השלשת גט הניתן לאשה בכל עת שתרצה לקבלו, ההיתר בטל לחלוטין.

דברי האגרות משה פשוטים וברורים לא רק בקהילות שקבלו עליהם חרם דר"ג, אלא אף בקהילות שהבעל נשבע שלא ישא אשה על אשתו, שהבעל מנוע מלשאת אחרת מפני השבועה או מפני המבואר בשו"ע אה"ע סי' א' סעיף ט' שנשאה על דעת המנהג שאין נושאים שתי נשים, בכל אלו אי אפשר להתיר לו לשאת אחרת בלא שישלש גט שתקבלו בכל עת שתרצה.

וכן בספר יביע אומר כרך ח' חלק אה"ע סי' ב' שגם בנסיבות המצדיקות היתר נישואין לבעל אין לתת את היתר הנישואין בטרם ישלש הבעל ג"פ לאשתו, לרבות בבעל ספרדי שאין עליו חרם דר"ג, וכן הביא מספר תבואות שמש אה"ע סי' ל'. וכן כתב בספר יביע אומר כרך ז' חלק אה"ע סוף סי' ה', בסוף התשובה וז"ל:

"ופסק ביה"ד האזורי הוא בתוקף, ורשאי הבעל לישא אשה אחרת על אשתו הנוכחית, לאחר שישלש גט פיטורין לאשתו שבכל עת שתרצה תוכל להתגרש בו".

אמנם היה מקום ללמד זכות שההיתר ניתן לו על יסוד



יש ממש בדבריה. ואם דעתו לעגנה, ראוי הוא שתסמוך על מנהגכם בעת הזאת, לכופו ליתן גט לזמן".

הרי מפורש ברא"ש שאם יש אמתלאות למרידתה, יש לדיינים לשמוע את טענותיהם ולבחון אם יש ממש בדבריה, אך בכל מקרה אם דעתו לעגנה יש לכופו ליתן גט לזמן. לכן כשאותו בעל הגיע לארץ, מאחר וברור שלכל צד יש טענות שיש לבררן, אם רואים שבדעתו של הבעל לעגן את אשתו, היה מוטל לכפות עליו גט לזמן מסוים שייקבע על ידי בית הדין, שהרי שהוא הוחזק כבעל בר כפיית גירושין, ובתוך זמן זה להורות על דיון בבית דין במקומם הקודם, ולא היה מקום לסייע לבעל לעגן את אשתו בלא שהתקיים דיון במעמד שני הצדדים והתקיים "שמוע בין אחיכם". ולהלן מדברי הרשב"ש סי' מו:

"מי שהניח אשתו עגונה והלך לעיר אחרת למדינת הים, אם הבית דין שבאותה העיר יכולים לכופו לתת גט זמן לאשתו מדינא אפ"י שהיא לא תבעתו בגט, או אינן רשאים בכך כיון שלא תבעתו. ונפקא לן מינה שאם אינן יכולים לכפותו מן הדין וכפאוהו הוה ליה גט מעושה בישראל שלא כדין דאמרינן בפרק המגרש דפסול ופוסל, ואם רשאים בכך הוה ליה גט מעושה בישראל כדין וכשר.

ונראה לי שרשאים הם הבית דין בכך אפ"י שלא תבעתו, שהרי כל ישראל הם בעלי דינים מחמת עיגון. ותדע לך שהרי אין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין כדאמרינן בפרק הגוזל בתרא, ובעדות אשה מעשים בכל יום שמקבלים. וכן נראה פשוט מכמה מקומות מהמשנה ומהגמרא.

ונראה לי שהטעם הוא כי כל ישראל בעלי דין בכל דבר שמסור לערוה, וגם בדבר העונות הנפיק מיניה חורבא שהרי כמה חללים הפילה ורבים ועצומים עד הארץ הכריעה והשפילה, ופריצי עמנו פרצות פרצו, וזנו ולא יפרו. וחובה על כל ישראל וכל בתי דינים לגדור פרצות לכל ישוטטו השועלים בחוצות. הלכך הוה להו בעלי דין בדבר בקבלת עדותם, וכן בתביעתם לענייני גט אפ"י שלא תבעתו האשה, דכלהו הוה בעלי דין בדבר... הכי נמי בעינן גט מחשש עגונא וכדבר איסורא כלהו אינשי בעלי דין נינהו וכופין אותו לתת גט זמן כדין האשה שתבעה מבעלה שיכתוב לה גט זמן כשהולך למדינה אחרת, כמו שכתב הרא"ש ז"ל בתשובה".

הרי שגם הרשב"ש הסכים שאם אנו רואים כאן בעל שבא ממדינת הים לאחר שעזב את אשתו ומעגן אותה, יש לכפותו לגירושין גם בלא שהוגשה תביעה מצד האשה, מאחר וידוע לנו שהוא מעגן את אשתו. הרשב"ש נסמך על דברי הרא"ש הנזכר.

**שנית**, בלא שההיתר שניתן לבעל נכתב בפירוט, לרבות בההרת הנידון עליו נסוב ההיתר, קשה לדעת מה היו הנתונים שהוצגו בפני הרב שהתיר לבעל להינשא. מי יערב לנו שבזמנו הבעל אכן הציג בפני הרב נתוני אמת התואמים לנידון שלהם, כיצד הבעל היה נאמן על הרב המתיר בכל דבריו. עיין בספר חבלים בנעימים ח"ד סי' מג שכתב:

בשוגג או מפני אונסו, שהרי בעת שנשא את האשה השניה עדיין לא ידע שהגט פסול. ולפי דרכו ה"ה על פי הוראת חכם ולאחר שהאשה הראשונה התבררה שכבר אין להיתר יסוד, וכעת הוא אנוס בהיותו עובר על החרם.

אמנם הנודע ביהודה לא הסכים לכפות גט על יסוד כך שעבר על החרם, אך הדיון בנוגע ביהודה תניינא סי' צ' וכן בחזו"א אה"ע סי' קח ס"ק יד הוא האם יש לכפות גירושין כשהעילה היא האיסור שהבעל עבר על חזו"ג, כשנשא אשה שניה בלא היתר. ובזה דנו האם היותו עבריין על חרם היא עילה מצד עצמה לכפותו בגירושין.

כאמור, בתשובת נודע ביהודה הנידון הוא כשאותו בעל כבר גירש את אשתו השניה ורוצה לחזור לאשתו לשלום בית, ואשתו מסרבת ותובעת גירושין לאחר שנטש אותה 12 שנים בלי פרנסה וכו'. ובזה דן אותה כטוענת "מאיס עלי" באמתלא מבוררת. אך היינו לאחר שגרש אשתו השניה ומצידו חפץ בשלום בית. אך כשהבעל טוען שהוא ימשיך לדור עם האשה השניה ומבקש לעגן את הראשונה עקב הטענות שהעלה. בזה מעולם לא עלה על דעת הנודע ביהודה לקבוע שאין כאן יותר מ"מאיס עלי". שהרי הבעל מודיע שיעגן את אשתו עד שתיכנע לדרישותיו, ובעל המעגן את אשתו הוא בר כפיית גט, גם לולי חזו"ג.

וכן החזו"א איירי במי שמבקש לגור עם אשתו הראשונה כראוי. ולכן הסתפק האם כופין אותו גם עקב כך שעובר על חרם, והעלה שאם גרש השניה פשיטא שלא יכפו, ולכן אינו עניין לנידון דנן.

על כן מאחר וכעת כשהאשה מבקשת ואף תובעת להתגרש, לא מיבעיא לדעת הסוברים שכופים על חרם דר"ג, כופין אותו לתת גט כפסיקת ערוך השלחן ומשמעות הרמ"א סי' א', וגם הנודע ביהודה מסכים שהרבה פוסקים הסכימו שהחרם אינו רק על תחילת הנישואין. אלא אף לפי מה שחשש הנודע ביהודה לגט מעושה שלא כדין, היינו בנידון שלו שהבעל מבקש לדור עם אשתו בשלום. משא"כ כששניהם אינם רוצים זה בזה, והבעל מודיע שיעגן אותה, פשיטא שזו עילה לכפותו להתגרש גם לולי חרם ר"ג.

ה. ביחס לפסיקת הרב שהורה להבעל שיכול לעגנה ולשאת אשה אחרת, הדברים צ"ע מכמה טעמים וכדלהלן:

**ראשית**, בעת שהבעל הגיע לארץ וברור שכוונתו לעגנה, לא היה נכון לאפשר לו זאת, אלא להורות לו לזמנה לדין תורה ולברר הטענות ההדדיות. הרא"ש בתשובתו המפורסמת בכלל מג סי' ח' לאחר שדחה שיטת הסוברים שיש לכפות גט בטוענת "מאיס עלי", מיד לאחר מכן הורה לכפות גט באותו נידון אם רואים שבכוונתו לעגן את אותה. וז"ל הרא"ש בסיום דבריו:

"כ"ש לענין כפיית הגירושין, דיש לחוש לערמה ולנתנת עיניה באחר; ואשר יבחר וירחיק הגירושין; הרי כתבתי לך בענין כפיית גט מורדת. אמנם, בנדון זה, ספר לי אחיה אמתלאות שנותנת למרידתה, ואתה דייך בדבר הזה, תחזור על הדבר אם

עוברת על דת. ומדוע ייגרע חלקה של האשה במקרה דנן מאותה אשה שבתשובות מהרי"ל.

בנוסף, באוצה"פ סי' א' ס"ג אות ט' ציין לספר פרדס רימונים, ומעיון שם בדף מא עולה שהנידון דומה ביסודו לנידון דנן גם אליבא דההנחה שהתביעה בערכאות היתה ללא היתר (כפי שסבר אותו רב). התשובה הנזכרת מתייחסת לבעל שנשא אשה בברוקלין וברח ממנה וחזר למקומו הראשון באירופה, וטען כנגדה טענות רבות לרבות שפנתה לערכאות ועוד טענות קשות אחרות לרבות שזינתה, והיו ברשותו מסמכים מהערכאות להוכחת טענותיו המשפטיות, ודנו שם כמה מהמשיבים אם ניתן לפסוק היתר נישואין על יסוד הראיות שברשותו, ולבסוף העלו להתיר בכפוף להשלשת גט וכתובה והיתר מאה רבנים. דהיינו אף שלטענת הבעל האשה הלכה לערכאות שלא כדין, לא מצאו לנכון להורות לעגנה אלא להיפך התנו היתר בהשלשת גט וכתובה ואף קבעו שעליו להסדיר היתר מאה רבנים. ועיי"ש שנוספו באותו נידון סניפים נוספים של ספק בקידושין ושבמקומו לא הוחזק כנשוי והכל היה ידוע רק על פיו.

וכן עיין בתשובת מנחת יצחק ח"ז סי' קו שדן ביחס נידון החמור יותר מנידון זה, באשה המסרבת לדין תורה ומסרה את בעלה לערכאות ששמוהו במאסר, והעלה במסקנת דבריו:

"להתיר להנ"ל, לישא אשה על אשתו, ע"י היתר מאה רבנים, והשלשת גט וכתובה וכל המבואר בפוסקים וגם שיתן בטוחות לקיים פסק ב"ד, כאשר תבוא לדון בדיני ממונות, אם יש לה איזה טענה בדיני ממונות".

לכן לא ברור מדוע בנידון זה לא נהגו כן עם הבעל.

**סיכומו של דבר** - מאחר ואין חולק שכעת הבעל מעגן את אשתו ובר חיוב וכפיית גירושין, חובה על בית הדין לכפותו לרבות באמצעות מאסר. בכל טענה שיש לו כנגד אשתו, יש להפנותו לדיון עמה בבית דין במקום מגוריהם הקודם. לפי שיטת מהרשד"ם ומהרש"ם יש להחתימם על שטר בוררות בפני בית דין שידון בכל טענותיהם וזהותו תיקבע על ידי בית הדין כאן, ולפי תשובת חוט המשולש יש לכפותו בגט ובלא לאפשר לו כל טענות ומענות לעכב את הגירושין, ושאר טענותיו יידונו בנפרד לאחר הגירושין.

"פשוט שאין אופן להתירו על פי דבריו לבד. ואם הבעל יהיה נאמן, יתבטל כל חרם ר"ג, כי כל איש יחפוץ להתפטר מאשתו יאמר כהנה וכהנה".

**שלישית**, בעת מתן היתר הנישואין היה מוטל על בית הדין הדין בענייניו לבחון האם האשה מסכימה לקבל גט, ולהסדיר גט באמצעות שליח, ואם לא ניתן ליצור עמה קשר היה מוטל על בית הדין להתנות ההיתר בהשלשת גט וכתובה בטרם ינתן ההיתר, וזאת על מנת למנוע עיגון האשה.

וזאת כפי שכל הפוסקים שהתירו חרם דר"ג, התנו היתרם בכך שברור שהאשה מסרבת לקבל גט, וכן התנו ההיתר בהשלשת גט שתקבלו כשתחפוץ בכך או כשתהיה ראויה לכך, וכן בהשלשת הכתובה, וכן היה נחוץ היתר ממאה רבנים, עיין ב"ח אה"ע סי' א', וכן בתשובת הב"ח סי' צג כתב:

"ראינו מרבתינו נוחי נפש עשו מעשה להתיר לו לישא אשה אחרת עליה כי כן קבלו הם מרבתיים איש מפי איש וזה דווקא בהסכמת מאה רבנים ולבי אומר לי שכך קבלו מפי רבינו גרשום מאור הגולה שהחרים שלא לישא אשה על אשה שכשיגיעו איזה ענין בין איש לאשתו שאין ראוי להחזיק בחרם זה יתירו אותו בהסכמת מאה רבנים כדי שלא יהא הדבר קל בעיני הדורות ליקח אשה על אשה וכך אנכי אומר בטח להתיר לראובן זה לישא אשה על אשתו ולייחד לה כתובה ביד הקהל".

**טענה רביעית:** הטענה שדינה של האשה כעוברת על דת בכך שתבעו בערכאות, נסתרת מתשובות מהרי"ל החדשות סי' רא שפסק שגם אם האשה תבעה את הבעל בערכאות אין דינה כעוברת על דת, ומהרי"ל בתוך דבריו הורה לדיינים לברר מאיזה טעם הלכה לערכאות, והיינו כדאמרו, שלא ניתן לקבוע שום קביעה בלי לקיים עמה דין תורה שבו יתקיים "שמוע בין אחיכם", וכל עוד לא התנהל הליך כזה, מהיכי תיתי לקבוע שדינה עוברת על דת ודינו להתיר לו חדר"ג בלי השלשת גט וכתובה ובלי מאה רבנים. בלא דיון כזה איך ניתן לקבוע שאכן התרו בה קודם שהלכה לערכאות, או לקבוע שלפי עניינה של אשה זו אין צריך התראה. וכי האשה עליה דן מהרי"ל לא היתה מבית של יראים ושלמים, ואפ"ה קבע שיש לתלות הגשת התביעה בהוראת היתר שנתנה לעצמה וגם אם טענה, אין היא בגדר

## סימן צג

### חליצת הגדול הנשוי או הקטן שאינו נשוי מה עדיף

ובב"י סי' קסה שהוא מקור דברי הב"ש, הביא מתשובת הריטב"א שכתב:

"ומה שאמרת שיש לו אשה ובנים, מכל מקום אינו מאותם שכופין להוציא, אלא דכל שיש יבם אחר שאין לו אשה, בו המצוה יותר ובו משיאין עצה ומבקשין אע"פ שאינו גדול, לדעת מורי הרא"ה. אבל לכופו בכך לא מצינו".

כשהיבמה זקוקה לחליצה ויש אח גדול נשוי ואח קטן שאינו נשוי, יש להכריע מי מהם יחלוץ, והאם בהלכה זו קיים הבדל בין בני אשכנז לבני ספרד.

הב"ש בסי' קסא סק"ז כתב:

"אם לגדול אשה, אז חליצת הקטן עדיף, ועיין ב"י סימן קס"ה מ"ש בשם הריטב"א".

לביתו, אף כשאין מניעה בהלכה, עכ"פ הקבילה עליו אינה כפי שקובלת על הקטן הרווק, ועל כן יש להעדיף חליצתו. ושמעתי שכן נהגו בביה"ד בת"א על פי הוראתו של הגר"מ ציוני זצ"ל גם ביבם ספרדי להעדיף חליצת הקטן הרווק על פני הגדול הנשוי.

אך בתשובת אמרי יושר הנוכרת שהביא מתשובת הרשב"א ח"ד סי' לח שנשאל בלשון זו:

"האשה שנתאלמנה, ואחי המת ארבעה, וכולם נשואים, אלא הקטן שבהם. והגדול איננו פה בעיר. הודיענו אם מצוה בגדול ליבם או לחלוץ, או אם אפשר ליבם או לחלוץ האח הקטן שאינו נשוי".

ובתשובתו הרשב"א כתב בפשיטות שמצוה על הגדול ליבם או לחלוץ ולא מצא לחלק בין נשוי או שאינו נשוי כפי שהזכיר השואל.

ובמסקנת תשובת אמרי יושר העלה:

"ואם כוונת ריטב"א ככית שמואל, הרי הרשב"א פליג להדיא. לכן עכ"פ לענין חליצה שגם בריטב"א אינו מוכרח שהקטן קודם, וברשב"א מבואר שהגדול קודם, צ"ע אף בשניהם לפנינו אם להורות כהב"ש. ובנ"ד שהקטן בריחוק מקום טובא, ויש כמה חששות דהוי כמדינה אחרת כמ"ש בתשובת חת"ס ח"ב סי' פ"א, נראה ברור שהגדול יחלוץ כמצות התורה".

ובשו"ת מהרי"א יהודה יעלה אה"ע סי' ח' כתב:

"ע"ד הב"ש סוף סימן קס"א ואם לגדול אשה חליצת קטן עדיף ושכן כתב ב"י סי' קס"ה בשם הריטב"א. הנה הגאון בתשובת אמרי אש בהגהותיו על אה"ע בח"ש ציין לעיין בתשובת פרח מטה אהרן ח"ב סימן מ"ח, ועיינתי עליו וגם בתשובת הראנ"ח ח"ב סי' ל"ב מבואר בדבריהם דלא כב"ש אלא חליצת גדול עדיף אף שהוא נשוי והקטן פנוי. גם דברי הריטב"א שבב"י הנ"ל במ"ש שאין כופין לחלוץ וכו' אלא דכל שיש יבם אחר שאין לו אשה בו המצוה יותר וכו' משיאין עצה ומבקשין אעפ"י שאינו גדול לדעת מורי הרא"ה, כוונתו נ"ל אם הגדול הנשוי אשה אינו רוצה לחלוץ אלא ליבם, אז משיאין עצה להקטן הפנוי ומבקשין אותו שיחלוץ אבל לכופין בכך לא מצינו וכו' ר"ל לא את הגדול ולא את הקטן. אבל אם הגדול רוצה לחלוץ ודאי עליו המצוה אף שהוא נשוי והקטן פנוי הגדול גדול קודם. והכי מוכח לענ"ד בהגהות מרדכי בכתובות סימן רצ"א המתחיל אלכה לי אל הגדולים וכו' בחור א' ששידך בת ישראל וקודם שכנסה נפלה לו יבמה וכו' ועוד דיש אח גדול ממנו ואם באנו לכופו יכופו הגדול ולא הקטן וגם הגדול אין דעתו לעגנה וכו' רק שאביו וכו' וע"כ עובדא הוי שהגדול היה נשוי ואלו היה רוצה הגדול לחלוץ הוא קודם כנ"ל".

וכן בספר יביע אומר חלק ז' חלק אה"ע סי' כא העלה שבמקום בו האשה זקוקה לחליצה ויש שני אחים הגדול נשוי והקטן רווק והם מבני עדות המזרח שלא קבלו עליהם חרם דר"ג, חליצת גדול עדיפה, עיי"ש.

**מסקנה:** כשהיבם מבני קהילות הספרדים, הגדול יחלוץ, וביחס לאשכנזים, נחלקו הדעות, ולא נמצאה הכרעה ברורה.

מפשטות תשובת הריטב"א מבואר דלאו משום חרם דר"ג אתי עלה, שהרי לא הזכיר כלל מחרם דר"ג, וגם במקומו של הריטב"א לא נהגו בחרם שלא לישא שתי נשים, אלא למרות שאין איסור ליבם, עכ"פ משיאין עצה שהקטן יחלוץ. וכן כתב בדעת הריטב"א בשו"ת אמרי יושר ח"א סי' קעה.

וכן י"ל, בסתמא, הבי"י איירי אף לקהילות שאין נהוג בהם חרם דר"ג, כפי שהב"י עצמו לא אסר לשאת אשה שניה מכח החרם. וכן משמע מסתימת הב"ש שהביא דינו של הריטב"א להלכה בסי' קסא סק"ו.

ובספר ערוך השלחן סי' קסא סעיף ו' כתב שי"א הטעם בדינו של הריטב"א משום חרם דר"ג. אך הוסיף הערה"ש:

"ואפשר שגם במקום שמיימין ונושאים שתי נשים ג"כ טוב יותר הקטן שאין לו אשה, מהגדול שיש לו אשה, כדי שלא יכניס צרה לביתו, וכן משמע מדברי הריטב"א שהובא בב"י בסי' קס"ה".

ובשו"ת מהר"ם שיק חלק אה"ע סי' קמט באר היטב עניין זה. וכתב:

"כתב הריטב"א המובא בב"י סי' קס"ה ס"ה ופסק כן בב"ש סוף סי' קס"א באם הקטן הוא פנוי והגדול יש לו אשה, הקטן קודם. ומלשון הריטב"א משמע דאפילו במקום דלא נתפשט חרם דר"ג דאין ראוייה ליבם. ונראה לי להסביר הדברים. דהמצוה בגדול אינה מצד עצמה, אלא מכבוד המצוה הוא שתיעשה על ידי גדולים. ואם העושה המצוה הוא חשוב ומכובד יש בזה הידור מצוה שאנו מצווין בזה מקרא ואנוהו. ולדעתי דלכך קרא הכתוב לגדול שבאחים בכור אע"ג שבאמת לאו בכבור תליא מילתא דהרי אפילו אם הגדול שבאחים אינו בכור אפילו הכי עליו המצוה. אלא לדעתי התורה קראו בכור מלשון חשיבות כמאמר הכתוב בכור אתנהו עליון למלכי ארץ, ולהורות שלכך המצוה בגדול משום חשיבות ועיין בתוס' יו"ט מיבמות משנה ח' ... המצוה על הגדול מטעם שהגדול חשוב ככבור. ועכ"פ זה מבואר שהמצוה בגדול אע"פ שאינו בכור, ומדברי הריטב"א הנ"ל משמע שעל ידי זה המצוה נתעלה, כמו שהסברתי שיש בזה הידור מצוה שאנו מחוייבים לעשות המצוה בהידור, מקרא הנ"ל. וא"כ ממילא מובן דזה דוקא אם על ידי הגדול שבאחים נעשה גוף המצוה בשלימות. אבל אם יש פקפוק בגוף המצוה אם היא נעשית על ידי גדול, ככה"ג אין להשגיח על ההידור אלא על גוף המצוה שתהא נעשית בשלימות".

ויש להוסיף טעם בדבריו, שהרי הקריאה היא מצוה מהתורה בסדר החליצה, ובקריאה זו היבמה אומרת מאן יבמי וכו' וכתב בסדר החליצה למהר"ם ר"י סעיף עה:

"אז שואל הרב ליבם ... הבנת מה שאומרת יכמתן שהיא קובלת עליך שאינך רוצה ליבמה".

דהיינו קריאה זו אינה הודעה על סירובו של היבם ליבם אלא היא קובלת עליו שמסרב. על כן היה פשוט להריטב"א דחליצת הקטן עדיפה על חליצת הגדול הנשוי, מאחר שביחס לקטן יש מקום לתלונתו. משא"כ ביחס לגדול הנשוי, מאחר שמשיאין לו עצה ההוגנת שלא יכניס צרה



חלק  
חושן משפט

## סימן א

## סמכות בית הדין בתביעת גירושין ביחס לבני חו"ל

סק"ז שכתב, ביחס לחובת הדיינים לחתום על פסק דינם בחינם, כדי שהזוכה בדינו יוכל להוציאו לפועל, וז"ל:

"גם שכר החתימה אינו היתר כלל, שאף שאמרו רז"ל שהדיין יכול ליטול שכר בעד חתימה על הפסק, היינו אם נוטל הפסק להיות בידו למשמרת, לפי שאינו רוצה לכופו עכשיו לקיים הפסק שכך יפה לו. אבל אם נוטל לראיה לפני המנהיגים שיכופו לקיים הפסק, חייבים הדיינים לחתום בחנם אם אינו שכר בטלה דמוכח כדלקמן, כמו שחייבים לטרוח ולכופו בעצמם לקיים הפסק אם יש לאל ידם, בחרמות ונידוים ולצוות לשוטרים, שזהו עיקר מצות הדיינים, כמו שכתוב שופטים ושוטרים כו".

הרי שהאדמו"ר הזקן קבע שעיקר מצות הדיינים היא החלק של הוצאה לפועל של פסק הדין, והמעשה שיש בו הוצאה לפועל ואכיפת פסק הדין, חייב להיעשות בחנם כי זהו עדיין חלק מהותי ממצות בצדק תשפוט עמיתך.

ועפ"י יסוד זה, האור החיים עה"ת בתחילת פרשת שופטים, כתב, שבהיעדר יכולת אכיפה אין את מצות מינוי השופטים, וז"ל:

"טעם השוטרים אמרו בפסיקתא ר"א בן שמוע אומר אם יש שוטרים יש שופטים, אם אין שוטרים אין שופטים, ע"כ. הדברים מוכיחים שאם אין שוטרים אין חיוב מצות שופטים. ומעתה כל שיודעים ישראל שהעם אינם נשמעים לשופטים, והשופטים אינם יכולים לכופם, אין חיוב במינוי השופטים".

הרי שהיכולת לאכוף את פסק הדין היא חלק מהותי מבית הדין, וכשבית הדין חסר יכולת כזו, הוא בית דין חסר, וביחס אליו לא נאמרה מצוות "שופטים ושוטרים תתן לך".

יש שהוכיחו מהסוגיא במסכת מועד קטן דף יד ע"ב שאין לבית הדין לשבת בדין, בהיעדר סמכות אכיפה. בגמרא נאמר:

"מנודה, מהו שינהוג נידויו ברגל. אמר רב יוסף תא שמע דנין דיני נפשות, ודיני מכות, ודיני ממונות. ואי לא ציית דינא משמתנין ליה. ואי סלקא דעתך אינו נוהג נידויו ברגל משומת ואתי מעיקרא אתי רגל דחי ליה, השתא משמתנין ליה אנן. אמר ליה אביי ודלמא לעיוני בדיניה".

בספר שו"ת עזרת ישראל (להג"ר ישראל איסר שפירא) סי' קטו, כתב:

"עובדא בא לפני, כמה פעמים, שבאו שני בע"ד לדין, וטען האחד שאין ברצונו להתדיין אלא א"כ יעשו תוקף עפ"י קאמפראמיס או על ידי השלשה שכל מי שיזכה בדינו יהיה בשני מוכרח לקיים... והשני השיב אין ברצוני לעשות בטוחות ואיני מבקש ממך בטוחות, רק נדון כן ואם אתחייב אקיים גם

להלן שני פסקי דין שכתבנו ביחס לתביעה שהוגשה על ידי אחד מבני הזוג, כשמקום המגורים הקבוע שלהם הינו בארה"ב. במקרה הראשון בית הדין קבע את סמכותו לרדן בתביעה, ובשני הוחלט שלא לקיים את הדיונים כאן, והורה על דיון בבית הדין שבמקום מגוריהם.

## פסק הדין הראשון

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין, וניתן צו עיכוב יציאה מהארץ ביחס לבעל, ומנגד הוגשה תביעת הבעל לביטול עיכוב היציאה מהארץ.

האשה הגישה תביעת גירושין בבית דין זה, ולבקשת האשה ניתן צו עיכוב יציאה מהארץ ביחס לבעל. בעקבות צו זה ובקשת הבעל להורות על ביטולו של הצו, התקיימו שני דיונים בשאלה המקדמית של סמכות בית הדין ביחס לבני זוג אלו.

בשני דיונים אלו, נידונו הטענות המקדמיות בשאלת הסמכות, הן בהיבט החוקי והן בהיבט ההלכתי. בדיונים הופיעו באי כח הצדדים והבעל, וכן האשה השתתפה בדיון באמצעות הסקייפ.

כעת עם השלמת סיכומי הטענות, להלן ההחלטה ביחס לשאלה המקדמית ביחס לסמכות בלבד.

מאחר שבית הדין ירדן בתביעת הגירושין בכפוף לקביעת סמכותו הן עפ"י ההלכה והן עפ"י החוק, החלטה זו מתייחסת תחילה לשאלת סמכות בית הדין עפ"י ההלכה, ולאחר מכן לשאלת הסמכות עפ"י חוק.

## סמכות בית הדין עפ"י ההלכה לרדן בתביעת האשה לגירושין

הצדדים גרו יחד בארה"ב, ועפ"י ההלכה הפסוקה בשו"ע חו"מ סי' יד סעיף א', התביעה אמורה להתברר במקום מגורי הצדדים. וכן הוא עפ"י סעיף י' (1) לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים. דא עקא, שכל בתי הדין בארה"ב הדנים בתביעות גירושין הינם חסרי סמכות חוקית להוציא לפועל פסקי דין לחיוב הגירושין ובוודאי לכפיית הגירושין, גם לאחר שבית הדין פסק חיוב או כפיית גט, גם אם שני הצדדים יחתמו על שטר בוררות. ובכך בסופו של דבר מימוש פסק הדין שיינתן והוצאתו לפועל, מותנה בהסכמת הצדדים, מאחר שבית הדין נעדר יכולת אכיפה.

מבחינה עקרונית, בית דין חסר סמכויות אכיפה, הוא בית דין הלוקה בחסר מהותי.

יצוין לדברי האדמו"ר הזקן בקו"א להלכות שחיטה סי' א'

וכן בתיק ערעור מבית הדין הגדול מס' תש"ל/136 (לא פורסם). בהרכב הרבנים הגאונים הרב יוסף שלום אלישיב זצ"ל, הרב בצלאל זולטי זצ"ל והרב שאול ישראלי זצ"ל פסקו כי אף שהאשה גרה בגרמניה, מקום הדין והסמכות תהיה בבית הדין הרבני תל אביב, ואלו דבריהם:

"שכלל זה שהתובע הלך אחר הנתבע נאמר רק באופן שבמקום הנתבע קיים בית דין שיש לו סמכות לפסוק בענין ולאכופה את פסק הדין, מה שאין כן במקרה דנן שלא קיים במקום מגוריה של המערערת כיום בית דין שיש לו סמכות לדון ולפסוק בענין..."

והובאו הדברים בהחלטת ביה"ד הגדול מיום י' ניסן תשע"ו (18/04/2016) בתיק 1070300/3, וכך היא מסקנתו.

וכן בפד"ר כרך ו' עמ' 277 כתבו:

"איתא בחו"מ סימן י"ד ס"א שאם אחד מבעלי הדין אומר שרוצה להתדיין בפני ביה"ד הגדול כופין את הבעל דין השני ללכת עמו ולהתדיין בפני ביה"ד הגדול. בנידוננו, שהנתבעת נמצאת בקנדה - מקום שאין סמכות חוקים לרבנים בעניני אישות, ולעומת זה כאן, זכינו בע"ה שיש לבתי הדין הרבניים סמכות חוקית לדון בעניני אישות, ולפיכך בין דין רבני כאן, יש לו לענין זה דין של בית דין גדול לגבי ביה"ד במקום אחר שאין לו סמכות חוקית. ועיין בשו"ת נאות דשא סימן נ"א שכתב: מי שאומר שרצונו לדון אלא שאין רצונו לכתוב שטרי בוררין דזה ברור דהוי מסרב כאילו אינו רוצה לדון כלל, עכ"ל. וכן נוהגים היום בבתי הדין.

ולא עוד שהוסיף בשו"ת נאות דשא שם (סי' נ"א): ועוד אנו אומרים דכיון דבכל עת שרצה לדון לא רצה רק שיכתבו שטרי בוררין שידונו דין תורה ותיבת קאמפראמעש לא יהי נזכר כלל, א"כ הו"ל כאילו לא רצה לדון כלל כיון שהדבר ידוע אותו שכתוב לשון דין תורה בשטרי בוררין ולא לשון קאמפראמעש, אותו הדין בטל לגמרי א"כ הו"ל מסרב גמור.

וכוונתו לומר: שבהיות שהנתבע לא רצה לכתוב בשטר הבוררות מילת קאמפראמעש - שהיא הנותנת במקום ההוא תוקף חוקי כלפי השלטונות לדיון, הו"ל כמסרב לעמוד בדין תורה.

ולכן, אף על גב שכתב הרמ"א בחו"מ שם סי' י"ד: אבל כבר נהגו בזמן הזה שכל זמן שיש ביה"ד בעיר אין אחד יכול לכוף חבירו שילך עמו לבי"ד אחר כי אין לנו עכשיו ביה"ד הגדול או בית הועד - זה רק משום דבזה"ז שני בתי הדין בשני המקומות שוים, ואין סיבה מיוחדת להעדיף ביה"ד שלא במקום הנתבע, וכמ"ש לעיל בשם שו"ת שיבת ציון, אבל כשיש לבי"ד מסוים סמכות חוקית שיכול להכריח הנתבע להתדיין בפניו ופסק דינו ניתן להוצאה לפועל, הרי דבר זה מעניק לו לענין זה עדיפות לגבי ביה"ד במקום אחר שאין לו סמכות זו".

עד כאן מפסק הדין.

ובפד"ר כרך י"ג עמ' 263 כתבו:

"עכ"פ, גם לפי ההלכה שהתובע הולך אחר הנתבע - ולפי כל ההסברים - יש מקום בנידוננו לקבוע את מקום המשפט

בלי הכרח. ובעיני היה ג"כ קרוב לשמוע שאם יתחייב הראשון בדינו ולא יהיה תוקף עפ"י דיניהם, לא יאבה לשמוע".

בתשובתו פסק שאין לבית הדין להזקק בדינו אם אין בידם אמצעים לאכוף את פסק הדין, והביא לכך ראיה מהסוגיא במסכת מועד קטן, וז"ל:

"כיון שבעו"ה רבו עתה המתפרצים אשר לא יאבו לקיים, אין הבי"ד מחוייבים להזדקק כל עוד שלא יעשו כנימוס המדינה עפ"י קאמפראמיס או כדומה. ובימי חורפי שמעתי ממו"ר הגאון ר"י בכרך זצ"ל שדן ג"כ כן, והביא ראיה מדברי הגמרא מו"ק י"ד מנודה מהו שינהוג נידוי ברגל. א"ר יוסף ת"ש דנין דיני נפשות ודיני מכות ודיני ממונות, ואי לא ציית דינא משמתינן ליה. ואי ס"ד אינו נוהג נידוי ברגל, משומת ואתי מעיקרא אתי רגל ודחי ליה, השתא משמתינא ליה אנן עכ"ל הגמ'. ואם נימא דגם במקום שאין אנו יכולים לכופו לקיים הפסק, מ"מ מחוייבים אנחנו לדון דינא, א"כ מאי ראיה מיייתי הגמ' מזה דדנין ברגל דנוהג נידוי, דילמא משום הכי אנו דנין דאולי קיים הפסק מרצון, אבל לעולם אם לא ירצה לא ננדה אותו. אלא ודאי מוכח מזה דכל עוד שאין בדינו להכריחו לקיים אין אנו מחוייבים לדון. וא"כ עתה שאין בדינו להכריחו בשום אופן רק על פי קאמפראמיס או השלשה, שפיר מחוייבים הצדדים לעשות על פי נימוסי המדינה אחרי שיש חשש שלא יקיים אחד הצדדים בלא זה".

ובעין זה באבני נור חו"מ סי' א', וסוגיא דעלמא שבית הדין נמנע מלשבת בדין תורה בדיני ממונות בטרם שני הצדדים יחתמו על שטר בוררות ודנים כלא ציית דינא את המסרב לחתום בשטר בוררות המעניק סמכות לבית הדין, עיין אלף לך שלמה חו"מ סי' א', מהרש"ם ח"ג סי' קס"ה ובהשמטות, שו"מ תליתאה ח"ג סי' קכה, נאות דשא סי' נא, אוריין תליתאה סי' קיג ובר ליואי חו"מ סי' א'.

עפ"י האמור נכתבו כמה פסקי דין הקובעים שבדין תורה בתביעת גירושין, כשבית הדין במקומם של הצדדים נטול סמכויות אכיפה, עליהם לקיים את הדיונים בפני בית הדין בארץ לאחר שאחד הצדדים הגיש תביעה לגירושין.

הגאון רבי אליעזר גולדשמידט זצ"ל בפסק דין מבית הדין הגדול, שבספר משפטי שאול סי' מב, כתב, וז"ל:

"אמנם לו היה במקום מגוריו של המשיב בחוץ לארץ בית דין קבוע מוכר אשר פסקיו ניתנים לביצוע, יתכן שאי אפשר היה לחייב את המשיב לבא כאן להתדיין. אולם בית דין כאמור איננו שם, וגם אם יסכים המשיב להתדיין לפני דיינים בחוץ לארץ ויחתום מראש על כך, אין ערובה שלא יחזור בו, גם אחרי מתן פסק דין אם לא ימצא חן בעיניו, ולא תהיה אז כל אפשרות לא לצו לציית לפסק הדין.

ואם כך, הרי כפוף הוא המשיב להתדיין לפני דין מוסמך ומוכר בישראל, ככל יהודי אחר תושב ישראל הכפוף להתדיין לפני בית דין זה, הן אם הוא רוצה הן אם לאו".

עד כאן מפסק הדין, ובעין זה בתשובת ישכיל עבדי חלק ו' חו"מ סי' א' סק"ג.

ואם עיני הדיינים רואות שאין הדבר כך, יש לעכב עד אשר יבא לדון בעיר התובע, לפיכך כתב מהרשד"ם, הואיל והדבר מפורסם שבפרנקיא קשה להשיג דין עמהם, לכן על ראובן מוטל לבא לעמוד בדין.

הרי שחשש מוצק שהנתבע לא יציית לדין, מצדיק חריגה מההלכה הידועה ביחס לסמכות המקומית. גם בנידון זה התעורר חשש זה בשני הדיונים, שלאחר שמיעת טענות הצדדים בית הדין נוכח ששני הצדדים נחרצים ברצונם להתגרש. מלבד זאת, הבעל בעצמו הגיש תביעת גירושין בבית דין בפלטבוש של הרב יהושע צבי שפירא שליט"א וגם האשה תבעה גירושין, ובנסיבות אלו הוצע לבעל לתת גט ללא דיחוי, אך הבעל סירב ולא נשמע טעם שלא ייעתר להצעה זו. להלן מפרוטוקול הדיון בסיום הדיון הראשון:

"בית הדין: מדוע לא לסיים בהסכמה.

האיש: אשתי התעללה בי התעללות קשה היא הכתה אותי מכות נמרצות היא הכתה אותי עד זוב עברתי אירועים נוראים ממנה.

בית הדין: תתבע אתה גירושין.

האיש: מאה אחוז היא מאד מניפולטיבית גם אמא שלה היתה כזו. כעת זו התעללו שלה בי במשך שנה זה אירע כעת אני במצב חירום אני מנהל משרד ... המשרד היה סגור עד לאחרונה וכעת המשרד חוזר לפעילות מלאה בעל הבית לא מוכן להמתין. אין לי היכן להיות בחג הקרוב.

בית הדין: אתה רוצה להתגרש והיא רוצה להתגרש תתגרשו בהסכמה."

עוד יצוין כי מדברי הצדדים שנאמרו בשני הדיונים, עולה שאין יסוד לטענה שעלתה בכתבי טענות הבעל שלאחר שהוגשה התביעה לבית הדין "נטעי גבריאל" חזרו לחיים משותפים ולמעשה האשה זנחה את תביעתה. אלא האשה הבהירה שכחלק מהמאמץ מצידה להביא את הבעל להסכמה לתת גט היא הסכימה לשהות עמו תחת אותה קורת גג למען הקשר שלו עם הילדים אך ללא יחסי אישות.

כבר לפני כשנתיים האשה תבעה את הבעל בבית הדין "נטעי גבריאל" של הגאון רבי גבריאל צינער שליט"א, והבעל התחמק מלהתייצב.

באישור שנשלח לבית הדין על ידי כבוד האב"ד, נכתב:

"זה כשנתיים מבקשת האשה לקבל גט פיטורין מבעלה, והבעל מתחמק מלבוא לבית דין, וכבר אשתקד סוכם בין הצדדים על תאריך שהבעל יתייצב בבית דין שלנו אך הבעל לא הגיע, והניסיונות להתקשר אליו נכשלו. נעשו כמה ניסיונות והשתדלויות באופנים שונים להגיע אל הבעל ולהשפיע עליו שיבוא לבית הדין, אבל הבעל תמיד מתחמק. מתקבל הרושם שהבעל מתכוון להחזיק את אשתו בכבלי עיגון לעולם. על כן באתי לבקש ממעכת"ר ולחזק ידיכם שחלילה ליתן לבעל להתחמק ולחזור לחו"ל קודם שהסכסוך על דבר נתינת הגט יסודר. כי בחו"ל אין הרבה סיכויים שהדבר יסודר כפי שכבר הוכיח הניסיון איתו."

בישראל. וראה במהרשד"ם (חו"מ סימן שפ"ו) בנידון ראובן שהיה דר בשאלוניקי והיו אנשים מפקידים אצלו סחורות, ולאחר מכן התיישב בפראנקיא, ושמעון אחד [עמוד 264] מתושבי שאלוניקי תובעו לדין ומבקש להתדיין עמו במקומו, ולא במקום מגוריו של ראובן. והביא המהרשד"ם דברי תרומת הדשן (שהובאו ברמ"א חו"מ ע"ג, י'), והוסיף: "למדנו מדבריו שאפילו שיאמר דציית דינא אם יש לחוש שיוכל להשמט או לדחות או להתעלם שאז יש לבי"ד בדין גמור לעכב. וא"כ בנדון דידן הדבר מפורסם בזמן הזה שהדרים בפראנקיא או עומדים שם קשה מאוד להשיג דין עמהם ויש להם כח לדחות. מטעם זה ומטעמים נוספים הסיק המהרשד"ם כי על הנתבע להתדיין בעירו של התובע בשאלוניקי.

והן הן הדברים בנידוננו. אין לרבני שבדיה כל סמכות, ובקלות יוכל הנתבע להשתמט מדיון שם או לדחות או להתעלם, משא"כ בישראל שיש תוקף מלא לבתי הדין ואין שום יכולת להשתמט או לדחות, על כן, יש לנתבע ללכת אחר התובעת."

**עד כאן מפסק הדין הנזכר**, וכעין זה בפסק דינו של בית הדין האזורי בצפת מיום ז' אב תשס"ב שבספר עטרת דבורה ח"ב סי' ח'.

אמנם כשבית הדין נוכח שאין יסוד להניח שהבעל הנתבע אינו ציית דינא, בית הדין יורה לצדדים לקיים את הדיונים במקומם, ולא יטריחו אותם לדיונים כאן בארץ. לא כן בנידון דנן, שכעת הבעל בארץ וקיים חשש רציני שבכוונת הבעל לעגן את אשתו, ולא יציית לפסק דין לגירושין שיינתן בבית דין שבמקום מגוריו.

שיקול דעת כזה כבר נקבע בפוסקים. יצוין לתרומת הדשן סי' ש"ה שכתב:

"אם עיני הדיינים רואות, דראובן איניש דציית דינא הוא ואין לו כח להשמט מתחת ידי בית דין שבעירו או הסמוך לו ולא יוכל לדחות וכו', בכי האי גוונא לא יוכל שמעון לעכב הפקדון, כיון שהתובע הולך אחר הנתבע, אבל אם עיני הדיינים רואות דליתנהו בראובן כל הני מילי שפירשנו לעיל, ויש לחוש וכו' שלא יוכל להשיג דין ומשפט מראובן, מחוייבין ב"ד לעכב הממון מיד, בדין גמור, עד אם ירצה ראובן וכו' צריך לדון עם שמעון בעירו ובכ"ד שלו."

וכתב מהרשד"ם סי' קג וסי' שפ:

"למדנו מדבריו שאפילו שיאמר דציית דינא, אם יש לחוש שיוכל להשמט או לדחות... שאז יש לבי"ד בדין גמור לעכב."

והוסיף מהרשד"ם:

"וא"כ בנידון דידן, הדבר מפורסם בזמן הזה שהדרים בפרנקיא או העומדים שם, קשה מאד להשיג דין עמהם, ויש להם כח לדחות עד שצריך התובע לפעמים להוציא מנה על מנה... על ראובן מוטל לבא לעמוד בדין."

הרי מדבריו, וכפי שמבאר דברי ה"תרומת הדשן", אם יש לחוש שיוכל להישמט, יש לעכב בעדו שיבא לדון בעיר התובע, וכפי שכתב ה"תרומת הדשן" ש"אם עיני הדיינים רואות שהוא ציית דינא, באופן זה עליו ללכת אחרי הנתבע,



מאחר שהתברר לביה"ד שהבעל מעגן את אשתו, כגון שנוכחנו שהבעל ברח ממקום מגוריו עם אשתו, בנסיבות אלו כל ישראל הם בעלי דין, כי "עייגונה של בת ישראל הוא דבר כללי ולא פרטי, וכל ישראל וביה"ד בראשם חייבים לדאוג לכך שבת ישראל לא תתעגן".

דברי הרשב"ש נאמרו בנסיבות מובהקות שבית הדין נוכח שבפנינו בעל המעגן את אשתו, ולא נאמרו בנסיבות שלא ניתן לקבוע שהבעל מעגן את אשתו כל עוד לא התקיים דיון משפטי בהתאם לכללי ההלכה, ובלא שהתקיים הליך נכון של "שמוע בין אחיכם". בנסיבות אלו, בעת הזו לא ניתן לקבל טענה בעלמא שהבעל לא יתן גט לעולם ויעגן האשה, וכיוצא ב.

בנידון הרשב"ש, עיגון האשה היה ברור וידוע לכל וביה"ד נוכח שהבעל נטש את אשתו ועבר להשתקע בעיר אחרת במקום מרוחק, ואין בכוונתו לשוב לביתו במועד קרוב, ובכך בפנינו מקרה מובהק של בעל המעגן את אשתו.

בנידון דנן הגם שמהמכתב שהתקבל מבית הדין במקומו של הבעל, עולה שיש מקום לדינו של הרשב"ש כבר כעת.

**העולה מכל האמור**, בית דין הדין בתביעת גירושין בלא סמכות אכיפה, הוא בית דין הלוקה מאד בחסר, אך כל עוד אין יסוד להניח שאחד מבעלי הדין לא יציית לדינו, ואין חלופה אחרת של בית דין בעל סמכויות אכיפה, הרע במיעוטו הוא שהדיונים יתקיימו בבית דין כזה. אך כשהבעל כבר נמצא בארץ, וקיים יסוד לחשש שאחד הצדדים יסרב לציית לפסק הדין, ופסק הדין ישאר חסר ערך, זכותה של האשה לדרוש שהדיונים יתקיימו כאן בארץ בפני בית דין שיש לו סמכויות אכיפה.

מקרה זה אינו דומה למצב שבו שני הצדדים שוהים בחו"ל וסמכויות בית הדין אינם רלבנטיות ביחס לבעלי דין שאינם בארץ.

### סמכותו של בית הדין עפ"י החוק

ביחס לשאלת סמכותו החוקית של בית הדין הרבני לדון בתביעת הגירושין שלפנינו, יצוין שהבעל הנתבע הינו אזרח ישראל אשר מתגורר בארה"ב, ואילו לאשה אין אזרחות ישראלית.

בסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 (להלן: "חוק שיפוט בתי"ד רבניים"), נכתב: "עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים". מאחר שאין שני בני הזוג אזרחי המדינה, הרי שתנאי היסוד בסעיף זה אינו מתקיים, ולא ניתן לדון מכוחו בענינים של הצדדים.

כך גם ביחס לסמכות בית הדין לפי סעיף 4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, אשר מביא שש חלופות לסמכות בית הדין לדון "בתביעה לגירושין בין בני זוג יהודים שנישאו על פי דין תורה", אף אחת מהן אינה עונה למצבם של צדדים אלו,

מלבד האמור, יובהר: אם בית הדין נוכח שהבעל מעגן את אשתו, בנסיבות כאלה ההלכה הפסוקה היא שאין לדקדק בכללי הסמכות המקומית, ואף אין הכרח בהתייצבות אישית של האשה במקומו של הבעל. בנסיבות אלו, בית הדין במקומו הנוכחי של הבעל רשאי לחייב ואף לכפות הבעל בגט כדי להציל את אשתו מעייגונה, גם בטרם התקיים הליך משפטי מקובל בדרך של "שמוע בין אחיכם".

הלכה זו התבארה בתשובת הרשב"ש סי' מ"ו, שם כתב:

"מי שהניח אשתו עגונה והלך לעיר אחרת למדינת הים, אם הבית דין שבאותה העיר יכולים לכופו לתת גט זמן לאשתו מדינא אעפ"י שהיא לא תבעתו בגט, או אינן רשאים בכך כיון שלא תבעתו. ונפקא לן מינה שאם אינן יכולים לכפותו מן הדין וכפאוהו הוה ליה גט מעושה בישראל שלא כדין דאמרינן בפרק המגרש דפסול ופוסל, ואם רשאים בכך הוה ליה גט מעושה בישראל כדין וכשר.

ונראה לי שרשאים הם הבית דין בכך אעפ"י שלא תבעתו, שהרי כל ישראל הם בעלי דינים מחמת עגון. ותדע לך שהרי אין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין כדאמרינן בפרק הגוזל בתרא, ובעדות אשה מעשים בכל יום שמקבלים. וכן נראה פשוט מכמה מקומות מהמשנה ומהגמרא.

ונראה לי שהטעם הוא כי כל ישראל בעלי דין בכל דבר שמסור לערוה, וגם בדבר העונות דנפיק מיניה חרובא שהרי כמה חללים הפילה ורבים ועצומים עד הארץ הכריעה והשפילה, ופריצי עמנו פרצות פרצו, וזנו ולא יפרצו. וחובה על כל ישראל וכל בתי דינים לגדור פרצות לבל ישוטטו השועלים בחוצות. הלכך הוה להו בעלי דין בדבר בקבלת עדותם, וכן בתביעתם לענייני גט אעפ"י שלא תבעתו האשה, דכלהו הוה בעלי דין בדבר".

עיינ עוד בספר אבני נזר אה"ע סי' רלח סק"כ ובספר דבר שמואל להגאון רבי שמואל עמאר זצ"ל חלק אה"ע סי' מד ובספר משנה הלכות חלק יז סי' פב שהביאו מתשובת הרשב"ש.

הגאון רבי אליעזר גולדשמידט זצ"ל בפד"ר חלק ב' עמוד 35 באר את דינו של הרשב"ש וכתב:

"הרי שאף שנידון הרשב"ש הוא בעיקרו ענין שבין אדם לחברו, סכסוך בין בעל ואשתו, וכלל הוא שברייב שבין אדם לחברו אין לביה"ד לדון בלי תביעה, אבל הואיל ויש כאן ענין עגון, ועייגונה של בת ישראל הוא דבר כללי ולא פרטי, וכל ישראל וביה"ד בראשם חייבים לדאוג לכך שבת ישראל לא תתעגן, כל ישראל וביה"ד הם בעלי דין והם התובעים, והרי זה ממש כאילו תבעה האשה בעלת הדין בעצמה".

על כן בנסיבות שביה"ד נוכח עוד בטרם הדיון בין הצדדים ועוד בטרם התקיים הליך של "שמוע בין אחיכם", שבפנינו בעל המעגן את אשתו, אז בטלות הלכות הסמכות המקומית של מקום הדיון. יתרה מכך, אף בנסיבות שהושלמו התנאים לכך ניתן לכפות הבעל בגירושין בלא התייצבות האשה לדיון, ובלא שהתקיים הליך של "שמוע בין אחיכם". זאת

להתייצב בפני בית הדין במשך ארבעה חדשים מיום שזומן על ידי בית הדין, ומכתבו של האב"ד הובא לעיל.

לסמכות לפי סעיף זה ישנה דרישה נוספת, בסעיף קטן (ב), להגשת החלטות של בית הדין מחוץ לישראל אשר דן בעניין הצדדים המעידות על הנסיבות שבעניינם התעורר הצורך להגשת התביעה לבית הדין בישראל לפי סעיף זה:

"(ב) לתביעה המוגשת לפי פסקה (2) או (3) של סעיף קטן (א), תצורף החלטת בית הדין מחוץ לישראל בדבר התקיימות הנסיבות שבשלהן התעורר הצורך בהגשת תביעה לגט לבית הדין הרבני בישראל, אלא אם כן בנסיבות העניין יש קושי לצרף החלטה כאמור."

ותנאי זה מתקיים במכתבו של אב"ד בית הדין "נטעי גבריאלי", הנזכר לעיל.

המחוקק הוסיף לסעיף זה עוד שני תנאים מצטברים, בסעיף (ג), אשר בלעדיהם לא יהיה לבית הדין מוסמך לדיון בעניינים של הצדדים:

"(ג) לא ידון בית דין רבני בתביעה כאמור בסעיף קטן (א) אלא אם כן התקיימו תנאים אלה:

- (1) כתב התביעה הומצא לנתבע בישראל או שהנתבע נמצא בישראל במועד הגשת התביעה, ובלבד שכתב התביעה הומצא לו כדין;
- (2) אם בני הזוג נישאו גם על פי הדין החל במדינת חוץ - בני הזוג גרושים לפי אותו דין; ואולם אם התקיימו נסיבות מיוחדות המקשות על עריכת גירושין כאמור במדינת חוץ, די בכך שהוגשה תביעה לגירושין לבית משפט מוסמך במדינת חוץ, והתובעת פעלה בשקידה ראויה לעריכת הגירושין כאמור."

לגבי הדרישה הראשונה שכתב התביעה יומצא לנתבע בישראל - אכן אין חולק על כך שהאשה עמדה כנדרש בתנאי זה. השאלה היא האם התנאי השני התקיים. בני הזוג במקרה דנן אכן נרשמו כנישואין על פי הדין החל במדינתם בארה"ב ובמועד הגשת התביעה אכן הצדדים לא היו גרושים ואף לא הוגשה על ידי האשה תביעת גירושין אזוריים. אך חשוב לציין לעניין זה, כי התיקון לחוק שאנו דין בו הוא למעשה חוק חדש שעדיין אינו ידוע על רכיביו ותנאיו השונים, לא פה בישראל וכל שכן לא מחוץ לישראל כארה"ב ואירופה. לכן, העובדה שהאשה נהגה כפי המקובל בציבור שאליה הם משתייכים, ופנתה תחילה להגשת הגט ההלכתי, יכולה להוות במסגרת נסיבותיו הייחודיות של מקרה זה משום "נסיבות מיוחדות המקשות על עריכת גירושין כאמור במדינת חוץ". מעבר לכך, מיד כאשר האשה התוודתה לצורך החוקי לפי הוראות הדין הישראלי החדש, על הגשת תביעת גירושין בעניינם, היא פעלה ללא דיחוי להגשת תביעת הגירושין האזורית במדינתם בארה"ב, ועל כל יש בכך לדעת בית הדין "פעולה בשקידה ראויה לעריכת הגירושין".

לאור כל האמור בית הדין מחליט: בית הדין הרבני מוסמך לדון בתביעת הגירושין שהגישה האשה.

הצדדים מוזמנים לדיון נוסף ובדיון זה תידון תביעת הגירושין לגופה, ויתקיים ביום ...

אחר שלאשה אין אזרחות ישראלית ומקום מושבו של הנתבע, לפי העולה מכתבי הטענות אינו בישראל, ו"מושבם המשותף האחרון של בני הזוג לא היה בישראל".

אמנם האשה טענה כי לאיש זיקות רבות לישראל אשר יכולות להוות לדבריה תחליף לדרישה שמקום מושבו ומגוריו של הבעל הנתבע יהיה, אך אין מקום וצורך במסגרת זו להיכנס לבחינת טענותיה אלה במישור העובדתי, משום שטענת הזיקה לישראל, הינה יציר פסיקת בתי המשפט על פי פסיקות אלה, רלוונטיות רק לדרישת הנוכחות בישראל, הנדרשת מבני הזוג לפי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, שיהיו בישראל בעת הגשת התביעה, כפי שכתב זאת ביהמ"ש בע"א 3868/95, בג"ץ 5385/95 ו' ורבר נ' מ' ורבר ואח', פ"ד נב (5) 817 (1998):

"לכן נראה לי, כי לצורך הקמת סמכותו של בית דין רבני בישראל לפסוק גירושין נגד נתבע שהוא אזרח ישראל, יש לפרש את המילה "בישראל", שבסעיף 1 לחוק שיפוט בתי הדין, כדרישה לזיקה בין הנתבע לבין ישראל, אך לא בהכרח כדרישה לתושבות בישראל".

וראו לעניין זה פסק דינו של הרה"ג שלמה שפירא שליט"א, בביד"ר נתניה תיק 1020067/1 (2015), אשר הרחיב בביאור דרישת הנוכחות לפי סעיף 1 לחוק והוכחת הזיקה והנוכחות הקונסטרוקטיבית. אך בסעיף 4א המחוקק קבע בצורה מפורשת והבהיר בסעיף 4א(ו) לחוק בתי דין רבניים, כי "לענין סעיף זה (=סעיף 4א), 'מקום מושב', של אדם - המקום שבו נמצא מרכז חייו או מקום מגוריו הרגיל". מאחר שלא די ב"זיקה" לארץ אלא שמרכז חייו בארץ, נראה כי אין חולק על כך ש'מרכז חייו ומקום מגוריו הרגיל' של האיש הנתבע אינו בישראל.

עתה נפנה לבחון האם במקרה זה ישנה סמכות לפי תיקון 4 לחוק, אשר הוסיף את סמכות בית הדין לדון מכוח סעיף 1ב4 לחוק בתי דין רבניים, במקרי עגינות חו"ל, כפי שפותח הסעיף בסעיף קטן (א) הקובע:

(א) בלי לגרוע מסמכויות השיפוט לפי סעיף 1 וסעיף 4א, לבית דין רבני יהיה שיפוט ייחודי בתביעת גט לפי דין תורה שהגישה אשה יהודיה נגד אשה היהודי, אף אם לא מתקיימות לגביהם הזיקות המנויות בסעיף 4א(א), ובלבד שהנישואין נערכו על פי דין תורה והאשה לא קיבלה גט מנישואין אלה בבית דין מחוץ לישראל, ומתקיים אחד מאלה:

(1) [...]

(2) האשה הגישה בקשה לעריכת גט לפי דין תורה לבית דין מחוץ לישראל והאיש לא התייצב לפני בית הדין במשך ארבעה חודשים מיום שזומן על ידי בית הדין כאמור;

(3) [...]

במקרה שלפנינו אכן עולה מטענות הצדדים, מהראיות שהוצגו לפנינו ומהדיונים שנערכו בהשתפות הצדדים ובאי כוחם, כי אכן האשה הגישה תביעת גירושין כנגד האיש לפי דין תורה בבית דין "נטעי גבריאלי", בארה"ב, וכי האיש סירב

על כן מהבחינה החוקית, בית הדין קנה סמכות לדון בתביעת הגירושין ובתביעה לחלוקת הרכוש, מכח סעיף 1 לחוק שיפוט בתי הדין.

אך כל האמור ביחס להיבט החוקי בלבד. אך עפ"י ההלכה הפסוקה בשו"ע חו"מ סי' יד סעיף א', מאחר שבשנים האחרונות אף אחד מהצדדים אינו מתגורר בארץ, התביעה אמורה להתברר במקום מגורי הצדדים, וכן הוא עפ"י סעיף י"א (1) לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים.

יצוין, נידון דנן אינו דומה לנידון בפסק הדין מביה"ד הגדול שהובא בספר משפטי שאול סי' מב ולנידון בפסק הדין שבספר עטרת דבורה חו"מ סי' ח' שפסקו את העדיפות של בית הדין בארץ בהיותו עם סמכויות אכיפה, מאחר ובאותם מקרים התובעת גרה בארץ בעת הגשת התביעה, ובתי הדין הורו לחרוג מההלכה שהתובע הולך אחר הנתבע, עקב העדיפות הנזכרת. וכן אינו דומה להוראת תשובת אגרות משה חו"מ ח"ב סי' ט', שם הצדדים גרו בבני ברק והורה הגאון ר"מ פיינשטיין זצ"ל להעדיף את בית הדין האזורי בת"א שלו סמכויות אכיפה, וכידוע בני ברק מצויה בתחום שיפוט של בית הדין בתל אביב, ולכן אינו דומה לנידון דנן.

אך ככל שיתברר שהנתבע אינו ציית דינא ובשל כך בית הדין במקום מגורי הצדדים אינו רלבנטי, בהיותו חסר יכולת אכיפה, בנסיבות אלו יהיה מקום לקבוע את העדיפות הקיימת לבית דין זה, שלו סמכויות אכיפה, שאין לבית הדין בארה"ב.

על כן לעת עתה ועל יסוד הטענות שעלו בדיון ובכתבי הטענות, מאחר שהבעל הודיע שהוא ציית דינא ומסכים להגיע לדיון בבית הדין במקום מגוריו, בלא לגרוע מסמכותו החוקית של בית דין זה, אנו נעכב את הדיון בתביעות התלויות ועומדות בפנינו ומורים לצדדים לקיים דיון בבית דין של תורה במקום מגוריהם, בבית דין מוכר ותיק וקבוע הדין בתביעות גירושין ורכוש בהסכמה.

מאחר והצדדים גרו יחד במאנסי, הרי שכל שקיים שיתוף פעולה מלא של שני הצדדים בכל הכרוך בקיומם של הדיונים ובציות לפסק הדין, עפ"י ההלכה אין הצדקה להורות להם לקיים את הדיון בבית דין זה. ההצדקה לתקיים רק בנסיבות שיוצג לבית הדין אישור מבית הדין שבמקום מגוריהם אודות סירובו של אחד הצדדים להתייצב לדיונים או לציית לפסק הדין, או ביחס לתביעה לחלוקת הרכוש, אם יתברר שגם לאחר חתימה על שטר בוררות כחוק, אין לבית הדין במקום מגוריהם סמכות ביחס לרכוש המצוי בארץ.

טענת התובעת שהדיון כאן אינו מחייב אלא הוצאה של כרטיס טיסה אחד, אינה יכולה להתקבל, מאחר שקשה לשער שכל הדיונים יושלמו בדיון אחד ממצה, אך גם לו יהי כדבריה, כל עוד עפ"י הלכה מקום הדיונים הוא במקום מגוריהם, בית הדין לא יזמנם לדיון, בלא זיקה לשאלת

בשלב זה בנסיבות הנוכחיות בית הדין מאשר את קיומו של הדיון הקרוב במעמד הבעל וב"כ וכן ב"כ האשה, כשהאשה תשתתף בדיון באמצעות הסקייפ במתכונת שכבר הוסדרה בשני הדיונים הקודמים.

### פסק הדין השני:

הצדדים גרו רוב שנות הנישואין, כאן בארץ, אך בשנים האחרונות גרים בארה"ב, במאנסי, ובפנינו תביעת האשה לגירושין המבקשת שהדיונים יתקיימו בבית הדין כאן בארץ, שלו סמכויות אכיפה ביחס לצדדים, ולא בבית דין של תורה במקומם הנעדר סמכויות אכיפה.

פסק הדין דלהלן מתייחס לשני ההיבטים, ההיבט החוקי וההיבט ההלכתי. ובפסק הדין נכתב:

לאחר העיון בכתבי הטענות לרבות בסיכומי טענות הצדדים, אין חולק ששני הצדדים אזרחים ישראליים, שגרו בישראל תשע שנים, ורק בששת השנים האחרונות גרים בארה"ב.

מאחר שבית דין זה מקבל את סמכויות האכיפה מכח החוק, הרי ככל שהדבר נוגע להחלטה בשאלה המקדמית אודות סמכות בית הדין, עלינו לבחון את הסמכות הן מההיבט ההלכתי והן מההיבט החוקי. ונקדים לקבוע את סמכות בית הדין מההיבט החוקי.

על פי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), מותנית סמכותו של בית הדין לדון בעניני נישואין וגירושין, בהיות בעלי הדין: "יהודים בישראל, אזרחי המדינה או תושביה".

בנידון דנן הצדדים אזרחי המדינה וכעת אין מתגוררים בישראל, אך התגוררו תשע שנים בארץ וכן להם נכסים בארץ, נכסים עליהם יש לדון אליבא דטענת התובעת, והכחשת הנתבע בנקודה זו לא התבררה.

והשאלה העיקרית שעלינו לקבוע היא מהי הפרשנות לביטוי "יהודים בישראל" שנקבע בחוק. הנתבע טוען שמקום מגוריהם הנוכחי אינו מאפשר לקבוע את סמכות בית הדין עפ"י סעיף 1, והתובעת טוענת שהמושג "בישראל" התפרש בצורה גמישה יותר, ודי בזיקה חזקה לארץ.

ויצוין לפסק הדין בבג"ץ 1480/01 מאלונה אסתר חגי' נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים נה (5) 214, וכן הוא בבג"ץ 8754/00, רון נ' ביה"ד הרבני הגדול (להלן - בג"ץ רון) פ"ד נו(2) 625 שבו נכתב:

גישה זו שנקבעה בפסקי דין אלו ולפיה די בזיקה משמעותית של הצדדים לארץ, מקובלת עלינו, ועפ"י דרך זו בנידון דנן שהצדדים גרו בארץ יחד תשע שנים, להם קרובי משפחה בארץ, לבעל אין אזרחות אחרת מלבד האזרחות הישראלית, ומהעולה מכתב התביעה להם נכסים בארץ, והכחשת הבעל בנידון זה טרם התבררה. בנסיבות אלו קיימת לצדדים זיקה אמיצה לארץ, ודי בזיקה זו על מנת שסעיף א' לחוק שיפוט בתי הדין יחול עליהם.

"גם בענין זה לא אכחד את הנלענ"ד, דכל שיטה זו דזבל"א יצא שכרה בהפסדה, וכבר ידוע מש"כ בשו"ת פנים מאירות (ח"ב סימן קנ"ט) לפני כשלוש מאות שנה, דמה שנהגו שהבוררים נפגשים עם בעלי הדין שבחרו בהם ומכינים את טענותיהם יש בו עיוות הדין גמור, וכ"כ באו"ת אורים סימן י"ז ס"ק י"ד. וכך ראיתי במקרים רבים שאין הבוררים משתדלים כלל לשפוט משפט צדק אלא נוהגים הם כעורכי הדיינים וכעורכי דין לכל דבר, וכל מגמתם להשפיע על הדיין השלישי ולגרור אותו לצדם. בצעירותי הסכמתי מספר פעמים לשמש בזבל"א, אך רק כבורר השלישי המוסכם, וראיתי בעצמי שדרך זו מעוותת עד היסוד, ולא דמיחזי כשיקרא, אלא שקר ממש יש בה. ומשום כך יש להרחיק דרך זו, ואין הנתבע יכול לכפות על התובע להתדיין בזבל"א".

ובספר כסא משפט, להג"ר יחיאל טויבער שליט"א סי' ד', כתב:

"שמעתי מהרב הגאון ר' יעקב קמינצקי ז"ל שאמר שדבר פשוט הוא דבזמנינו בודאי עדיף הב"ד הקבוע מזבל"א, דבזמנינו בדרך כלל כל עיקר פרנסתו של הבורר הוא מהבוררות וכל שפקיע שמייהו שהוא בורר טוב הוא מרוויח יותר ממון, וא"כ הרי יש לו נטיה גדולה שהצד שלו יצא זכאי. וזה הוא כש"כ ממש"כ הר"ן דאפילו מצד הכבוד בלבד שביררו הוא נוטה לצידו, א"כ מכש"כ כשבזה תלוי יסוד פרנסתו. וכמה מגדולי דורינו צדדו לומר שבוררות כזו פסול מעיקר הדין מכח נגיעות הנ"ל, דכיון שבזמנינו הוא פרנסה המעשרת את בורריה, וכל שיצא לו מוניטין שהוא בורר טוב ומנצח את הצד שכנגד הרי הבעלי דינים רצין אחריו, ואין לך נוגע גדול מזה".

בהתאם לאמור, ההצעה שידונו בזבל"א אינה מתקבלת, ומאחר שבמאנסי כמה בתי דין, יכול הנתבע לבקש שהדין יתקיים באחד מהם, גם אם אינו בית הדין הגדול יותר, וכפסק השו"ע סי' יד ס"ג, ובוודאי שהבעל לא יקבל מעמד של "אינו ציית דינא", אם מודיע על הסכמתו לבית הדין שבמקום מגוריו, כפי ההלכה, ומבקש להימנע להגיע לבית דין מרוחק במרחק של כשעה וחצי נסיעה, שאינו חייב להתניצב לדין בפניו.

על כן בית הדין קובע שעפ"י ההלכה, הדיונים של הצדדים בתביעות שביניהם יתקיימו במאנסי בבית הדין בראשות האב"ד הרה"ג הרב אברהם ברוך רוזנברג שליט"א. אך עקב טענת האשה, הגם שהוכחשה על ידי הבעל, ולמען להסיר לזות שפתיים, עוד קודם לדין האב"ד יודיע לצדדים האם בעבר נפגש עם הבעל והאם קיימים ביניהם קשרי ידידות מכל סוג. וככל שעפ"י הודעתו לא נפגש עמו ואין קשרי ידידות, יתקיימו הדיונים בפני בית דינו. אך אם נפגש עמו וביניהם קשרי ידידות, גם אם אין אלו קשרים הפוסלים את הדין עפ"י ההלכה, מתקבלת בקשת האשה שהדין לא יתקיים בפניו.

העלויות הכרוכות בדיונים כאן לעומת הדיונים במקום מגוריהם.

### מסקנה:

עפ"י סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין (נישואין וגירושין) תשי"ג-1953, בית הדין מוסמך לדון בתביעת הגירושין ובתביעה לחלוקת הרכוש הכרוכה בתביעת הגירושין, אך בית הדין אינו פותח בדיונים המבוססים על סמכות חוקית בלבד בהיעדר בסיס בהלכה לדין.

על כן התיקים ישארו פתוחים, אך ההליכים יעוכבו. התובעת תגיש את תביעותיה בבית דין מוכר ותיק וקבוע הדין בתביעות גירושין ורכוש, היושב במקום מגורי הצדדים במאנסי. אך בהיעדר הסכמה אודות בית הדין, ועקב החשש שהיעדר הסכמה, עלול לסכל את עצם קיומו של הדין, בית דין זה יקבע את בית הדין באזור מגוריהם שידון בתביעה.

ככל שיוצג אישור מבית הדין שייקבע, שהנתבע אינו ציית דינא, התביעות יחלו להתברר בבית דין זה.

לאחר שהוגשו בקשות מטעם הצדדים ביחס לזהותו של בית הדין, נכתבה ההחלטה דלהלן:

הבעל הנתבע ביקש לקבוע שהדין יתקיים בבית הדין בראשותו של הרה"ג הרב אברהם ברוך רוזנברג שליט"א, ככל שהאשה תתנגד לקיימו בזבל"א.

מנגד טענה האשה שאין להיעתר לבקשה מאחר שלרב אברהם ברוך רוזנברג שליט"א היכרות מוקדמת עם הבעל. והציעה שני בתי דין אחרים. מאידך, הצעתה נדחתה על ידי הבעל מהטעמים המפורטים בתגובתו האחרונה.

יצוין, במענה לדברי האשה, הבהיר הבעל שאין בינו להרה"ג הרב אברהם ברוך רוזנברג שליט"א כל קשר, וכי מעולם לא נפגשו.

בנסיבות המתוארות הוחלט: ביחס לבקשת הנתבע לקבוע בית דין של זבל"א, ידועים דברי הרמ"א חו"מ סי' ג' ס"א שאינו יכול לומר כן כשיש דיינים קבועים בעיר, ובערוה"ש חו"מ סי' ג' ס"ב באר ש"דיינים קבועים", היינו שנתמנו מהעיר. וכן בתשובת אגרות משה חו"מ ח"ב סי' ג' כתב שפסק הרמ"א מתייחס לנסיבות שהדיינים מתמנים מאנשי העיר, אבל כפי המציאות הקיימת בארה"ב שאינם מתמנים מהעיר, רשאי כל בעל דין לדרוש זבל"א.

אמנם, דברי הערוה"ש והאג"מ שדוקא אם מתמנים מאנשי העיר יחשבו כדיינים קבועים, אינם מוסכמים, עיין בספר שבט הלוי חלק ח' סי' שב. ועיי"ש שכתב טעם שלא נכון לדון בזבל"א, וכן בשבט הלוי חלק ח' סי' ש' אות ה'. וביחס לזבל"א, כבר כתבו כן קדמאי, עיין בתומים סי' ז' (אורים ס"ק יט) ובתשובת בעל כנסת יחזקאל שבספר אור נעלם סי' מג, אודות הקלקולים העלולים לצאת בזבל"א.

ובשו"ת מנחת אשר ח"ב סי' צט, כתב:

## סימן ב

## תביעת גירושין נידונה בבר"ץ והתובעת מבקשת להעביר את הדיונים לביה"ד האזורי

### ביחס לשאלה הראשונה -

נחלקו ראשונים האם לאחר שבעלי הדין ביררו שלושה דיינים הכשרים לדון, וכבר החלו הדיונים בפניהם, האם אחד מהם יכול לחזור בו. הטור חו"מ סי' יג כתב:

"וכותבים פלוני בירר לפלוני ופלוני לפלוני, שכל זמן שלא כתבו יכולין לחזור בהן ומשכתבו אין יכולין לחזור בהן, הילכך אין כותבין אלא מדעת שניהם, ושניהם נותנין שכר הסופר וטוענין לפניהם".

הרי שבלא שנחתם שטר בוררות, כל אחד מבעלי הדין יכול לחזור בו.

וכתב הבית יוסף:

"וזה לשון נמוקי יוסף זה בורר לו וכו' פירש רש"י שהיו כותבין כן כדי שלא יוכלו לחזור בהם, משמע דקודם כתיבה אף על פי שביירו יכולים לחזור. ואפשר שדעת הר"ף שכתב בתשובה (סי' קמו) שיכול לחזור בו עד שיגמור הדין, מיירי בשלא נכתב, אבל אם נכתב לא. ואיכא מאן דאמר דאף על פי שלא נכתב משטענו בפניהם אינם יכולים לחזור בהם ואף על פי שלא קבלו ולא כתבו וכן משמע בירושלמי דגרסינן התם בפרק דיני ממונות בתרא (פ"ג ה"ד) קבל עליו בפני שנים יכול לחזור בו בפני שלשה אין יכול לחזור בו ומשמע דקבלה מיקרי משהתחילו לטעון בפניהם כן כתבו הרשב"א והר"ן. ומיהו כל הני מילי בשלא קנו מידם אבל קנו מידם אינם יכולים לחזור ואפילו בפני שנים ואפילו קבל עליו קרוב או פסול, דאין לאחר קנין כלום כדאיתא פרק זה בורר (כד: עכ"ל).

מקור דברי הנמוקי יוסף, בחידושי הרמב"ן מסכת בבא מציעא דף כ עמוד א, שכתב:

"ורבינו הגדול ז"ל כתב בתשובה שמי שביירר לו דיין לדון לו, יש לו לחזור בו עד שיגמר הדין, ומשמע דה"מ דלא כתבו שטרי בירורין, אבל כיון שעל פיו כתבו, הוה ליה כמאן דקנו מיניה ואינו יכול לחזור בו כדכתבנא, ואיכא מ"ד משטענו בפניהם אף על פי שלא כתבו ולא קנו אינו חוזר. ובירושלמי פרק זה בורר מצאתי קבל עליו בפני שנים יכול לחזור בו בפני שלשה אינו יכול לחזור בו, וזו ראייה ללשון האחרון".

ובפירוש הרמב"ן עה"ת, פרשת דברים פרק א' פסוק יב, כתב: "שאלו קבל עליו קרוב או פסול יכול לחזור בו עד לאחר גמר דין, אבל הכשרין לדון אינו יכול לחזור בו".

הרי שהרמב"ן בפירושו עה"ת כתב בסתמא כדעת איכא מ"ד שהביא בחידושו.

וכן בחידושי הריטב"א (שם):

בפני בית הדין תביעת האשה לחייב את הבעל בגירושין, והצדדים זומנו לדיון לביורר התביעה. בפתיחת הדיון הציג הנתבע טענה מקדמית, ולפיה מאחר שהצדדים חתמו על שטר בוררות שבו הביעו הסכמה לדיון בתביעת הגירושין בבר"ץ העדה החרדית בירושלים, וכבר הופיעו לשבעה דיונים בבית הדין של הבר"ץ, ולכן אין מקום שהדיון יעבור לבירור בפני בית דין זה, ועליהם להשלים את הדיון בבית הדין שכבר החל לדון בתביעת הגירושין. מאידך, ב"כ התובעת ביקש לדחות טענה זו.

עפ"י החלטת קודמת, הוגשו סיכומי טענות הצדדים ביחס לשאלה המקדמית, וצורפו פרוטוקולי הדיונים בבר"ץ, וכעת מוטל על בית הדין לפסוק בשאלה זו.

יצוין, הצדדים נשואים שש שנים ולהם שני ילדים, ומוזה שנה וחצי גרים בנפרד. לדברי האשה, עפ"י בקשת הבעל, הגישה תביעה בבית הדין של בר"ץ העדה החרדית בירושלים. לפני קרוב לשנתיים, נחתם שטר בוררות שבו הצדדים מביעים הסכמה לדון בתביעת הגירושין בפני הבר"ץ, התקיימו שבעה דיונים ובלא פסק דין לגופה של תביעת הגירושין, והמצב נמשך כך ללא מוצא, לכן היא הגישה את תביעתה לבית הדין האזורי.

האשה טוענת שהדיונים בבר"ץ מיצו את עצמם, ובהיעדר סמכות לבית הדין של הבר"ץ לאכיפת פסק דין לגירושין, אין מנוס אלא לקיים את הדיונים בבית הדין האזורי. מאידך, לטענת הבעל יש להשלים את הדיון בבר"ץ, וככל שיפסקו לחייבו בגירושין, יהיה ניתן לאכוף את הגירושין באמצעות בית הדין האזורי. מעיון בפרוטוקולי הדיונים עולה שבשלב ראשון נעשה ניסיון לברר את הבעיה שהביאה להפרת שלום הבית, ולאחר מכן עלו הצעות לנוסח הסכם גירושין, אך בפועל לא יצא דבר מדיונים אלו.

ביחס לשאלה המקדמית הנוכחת, עלינו לברר את השאלות העקרוניות העומדות בבסיס בקשת האשה להעברת הדיונים לבית דין זה:

א. האם אפשר להעביר דיון מבית דין אחד לשני, לאחר שכבר החלו הדיונים בבית הדין הראשון.

ב. מה הדין כשלבית הדין השני סמכויות אכיפת גירושין, והראשון נעדר סמכויות עפ"י חוק.

ג. מה תוקף החתימה על שטר בוררות בנידון של תביעת גירושין, והאם חתימת הצדדים על שטר בוררות לדון בתביעת הגירושין בפני בית הדין הראשון, מונעת מהצד המבקש לדון בפני בית הדין האזורי, לפנות לבית הדין האזורי.

העולה מדברי הישועות ישראל, שהחובה להשלים את הדיון באותו בית דין שכבר החל הדיון, נובעת מכח הסכמת הצדדים לדון בפני אותו בית הדין, אך לולי הסכמה זו, כגון שכפו עליהם את הדיון, או כשאין תוקף לחתימה על שטר הבוררות, כגון בנידון דנן כפי שיובהר להלן, לכו"ע יכול בעל דין לחזור ולבקש דיון בבית דין אחר, ואין הלכה המונעת זאת רק מפני שכבר החל הדיון בפני בית הדין, אך לאחר שכבר נגמר הדיון, גמר דין זה מחייב את הצדדים גם בלא שקבלו עליהם את בית הדין.

עוד יצוין לדברי הבית יוסף חושן משפט סי' כב, שכתב:

"כתב הרא"ש בתשובה סימן ח' כלל הדיינים (כלל נו) מי שקבל עליו דיון אחד ונגמר הדיון אין יכולים לחזור בהם אף על פי ששניהם מתרצים בכך עד כאן לשונו. ודבר תימה הוא אם שני הבעלי דינים מתרצים מי יעכב על ידם. ואפשר דאדיינים קאי, כלומר שאף על פי ששני הדיינים מתרצים בכך בעל דין אחד מעכב על חברו. ואף על פי שכתב בתחלה דיון אחד לאו דוקא דכל פחות משלשה דיון אחד קרי ליה. ועי"ל דאבעלי דינים קאי ואינן יכולים לחזור בהם ולעמוד בפני בית דין אחר מפני כבוד הדיין הראשון, וזה נראה יותר".

הרי שלאחר גמר דין יש להימנע מדיון בפני בית דין אחר, גם בהסכמה של שני בעלי הדין, מפני כבוד בית הדין הראשון. ובשו"ת בית יעקב סי' יח דן להוכיח מהסוגיא בסנהדרין דף ח' שבבית דין של שלושה גם קודם גמר דין איכא טעמא דכבוד בית הדין הראשון שיגמרו את הדין ולא יעבירו לבית דין אחר.

אבל הרמ"א בדרכי משה סי' כב חולק על הבית יוסף, וכתב: "ולוי נראה מאחר שכבר נפסק הדין ביניהם לא שייך חזרה אלא צריכים שימחלו זה לזה ואז לא שייך כבוד הדיין ויכולים לעשות כן אם ירצו כנ"ל".

והביאו הסמ"ע סק"ט, וכן עולה מהש"ך סק"ח, שרק אם חב לאחריני אינם יכולים לחזור בהסכמה, אבל בלא"ה יכולים להסכים ללכת לבית הדין אחר ואין בכך משום פגיעה בכבוד בית הדין הראשון. וכן הכרעת ערוך השולחן (שם) סעיף ה, שכתב:

"אבל אם אין בזה רעה לאחריים יכולים לחזור מדינו אם שניהם רוצים ואין להחכם הפוסק לעכבם מפני כבודו [אחרונים דלא כמרן]".

וכן מבואר בתשובת מהר"ם אלשקר סי' צח שלא חש לסברת הבית יוסף שמפני כבוד בית הדין הראשון, בעלי הדין מנועים מלהתדיין בהסכמה בפני בית דין אחר.

והנה בגמרא במסכת בבא קמא דף קיב עמוד ב נאמר:

"אמר רב יהודה אמר שמואל מקבלין עדים שלא בפני בעל דין. אמר מר עוקבא, לדידי מיפרשא לי מיניה דשמואל כגון דפתחו ליה בדיניה ושלחו ליה ולא אתא, אבל לא פתחו ליה בדינא, מצי א"ל אנא לב"ד הגדול אזילנא. אי הכי, כי פתחו ליה נמי מצי א"ל לב"ד הגדול אזילנא, אמר רבינא כגון דנקט דיסקא מבית דין הגדול".

"וריי"ף ז"ל כתב בתשובת שאלה כי מי שבירר לו דיון ולא קנו מידו יכול לחזור בו עד שיגמר הדין, ע"כ, ואתיא בשלא כתבו שטרי בירוין, ועכ"ז אינו נכון, דודאי כיון שטענו בפניהם אין יכולין לחזור בהם, וכן דעת גדולי צרפת ז"ל והיא דעת רבינו בשם הרמב"ן ז"ל".

ובחידושי הר"ן (שם):

"והרי"ף כתב בתשובה שיכול לחזור עד שיגמור הדין ומשמע דה"מ כשלא נכתב שטרי בירוין אבל משנכתב שטרי בירוין לא וכדכתב"י. וי"א דאעפ"י שלא נכתבו משטענו בפניהם אינם יכולין לחזור בהן ואעפ"י שלא כתבו ולא קנו וכן משמע בירושלמי דגרסינן התם פ' דיני ממונות בתרא קיבל עליו בפני ב' יכולים לחזור בו בפני ג' אין יכול לחזור בו ומשמע דמקבלה מקרי משהתחילו לטעון בפניהם, ומיהו ה"מ בשלא קנו מידם אבל קנו מידם אין יכולין לחזור ואפי' בפני שניים ואפילו קיבל עליו קרוב או פסול דאין לאחר קנין כלום כדאיתא בפרק זה בורר".

וכן הריב"ש בתשובה סי' שנד, כתב:

"מאחר שדייני מורסיי"ה פתחו בדיניה ומורשה שמעון עשה תביעתו בפניהם צריך שיגמר הדין שם בפניהם. כדאמרין בב"ק פרק הגוזל בתרא (ק"ב): דהיכא דלא פתחו בדיניה מצי נתבע למימר לבית דין הגדול קא אזילנא, אף על גב דהאי בי דינא נקיט רשותא למיין מב"ד הגדול. והיכא דפתחו בדיניה לא מצי למימר לבית דין הגדול קא אזילנא. אלא צריך שיגמור הדין ע"פ הדיינים שהתחילו לדון בו. כנודן זה נמי אף על פי שהוחזק כפרן ומעתה אין ראובן יכול לטעון כלום וגם שאלת החפצים נעשית באיל"ג, מכל מקום כיון דפתחו בדיניה במורסיי"ה צריך שיגמר הדין שם".

והבי"ח ח"מ סי' יד וסי' עט הביא מדברי הריב"ש.

העולה מהאמור: אליבא דשיטת הרי"ף בתשובה, רש"י והטור, אם בעלי הדין לא חתמו על שטר בוררות אלא טענו בפני בית הדין שביררו להם, יכולים לחזור כל עוד לא נגמר הדין. ושאר הראשונים כתבו שלאחר שטענו בפניהם, כבר אינם יכולים לחזור בהם.

בשו"ע סי' יג ס"ב פסק מרן הבי":

"וכל זמן שלא כתבו, יכולין לחזור בהם",

משמע כשיטת הרי"ף, וכפי הנראה נקט כשיטת הרי"ף, מאחר וכן משמעות דברי רש"י והטור. אבל הרמ"א פסק: "וי"א דמשטענו בפניהם אינן יכולים לחזור, אף על פי שלא כתבו".

עוד יצוין למש"כ בספר ישועות ישראל סי' יג סק"ב:

"והנה דעת הרי"ף בתשובה דכל שלא נכתב, גם כשטענו בפניהם יכול לחזור, ודעת הרשב"א ז"ל וסייעתו, וכן מבואר בהר"ז"ה ב"ב פרק ג"פ דכל שקבלו עליהם כשירין, תיכף שטענו אין יכול לחזור. ופשוט דאם דנו על ידי כפיה, יכול לחזור כל שלא נגמר הדין, ולומר אני אדון בפני אחר, גם לדעת הר"ז"ה והרשב"א, דדווקא בנתרצו א"י יחזור בדיינים כשרים בשטענו".

שויים, ואין סיבה מיוחדת להעדיף בי"ד שלא במקום הנתבע, וכמ"ש לעיל בשם שו"ת שיבת ציון, אבל כשיש לבי"ד מסוים סמכות חוקית שיכול להכריח הנתבע להתדיין בפניו ופסק דינו ניתן להוצאה לפועל, הרי דבר זה מעניק לו לענין זה עדיפות לגבי בי"ד במקום אחר שאין לו סמכות זו. ועיין בנימוקי יוסף סוף פ"ק דב"ק שכתב בשם הרמ"ה לענין דיני קנסות שאין דנים בחו"ל: מזמנין לה לאתרא (כלומר בארץ ישראל) דמצו למדייניה כי היכי דלא ליפסוד".

#### עד כאן מפסק הדין הנזכר.

אלא שבאותו נידון פסקו שמאחר שהאשה מסכימה לחתום על שטר בוררות שיכול להביא לתוקף פסקי הדין במקום מגוריה, עליהם לדון שם. העולה מדבריו, שאם לבית הדין האזורי סמכות אכיפה, ובית הדין של הבד"ץ נעדר סמכות אכיפה ביחס לתביעת הגירושין הנידונת בפניהם, מעמדו של בית הדין האזורי כדין בית הדין הגדול, שגם לאחר שפתחו בדינם יכולה התובעת לבקש לדון בבית הדין האזורי, ובכך יתקיים צדק צדק תרדוף הלך אחר בית דין יפה, מאחר ובית דין עם סמכויות אכיפה יוגדר כ"בית דין יפה" יחסית לבית הדין בבד"ץ חסר סמכויות אלו. וזאת בלא לגרוע מכבודם וגדלותם בתורה של שלושת הדיינים בבית הדין שהחל לדון בתביעת הגירושין.

#### המעמד שיש לבית דין חסר סמכויות אכיפה

בית הדין של בד"ץ העדה החרדית חסר סמכות חוקית להוציא לפועל פסקי דין לחיוב הגירושין ובוודאי לכפיית הגירושין, באותן נסיבות שבית הדין פסק חיוב או כפיית גט, וגם בנסיבות שבית הדין אינו פוסק חיוב גירושין אלא הרחקות דר"ת, הם אינם יכולים לאכוף את צווי ההגבלה הקבועים בחוק המתאימים להרחקות דר"ת שאין בהן כפייה על הגירושין. וזאת גם אם שני הצדדים יחתמו על שטר בוררות. ובכך בסופו של דבר מימוש פסק הדין שיינתן בבד"ץ והוצאתו לפועל מותנים בהסכמת הצדדים, מאחר שבית הדין נעדר יכולת אכיפה.

מבחינה עקרונית, בית דין חסר סמכויות אכיפה, הוא בית דין הלוקה בחסר מהותו כבית דין.

יצוין לדברי שו"ע הרב, בקו"א להלכות שחיטה סי' א' סק"ז, שכתב ביחס לחובת הדיינים לחתום על פסק דינם בחינם, כדי שהזוכה בדינו יוכל להוציאו לפועל, וז"ל:

"גם שכר החתימה אינו היתר כלל, שאף שאמר רז"ל שהדיין יכול ליטול שכר בעד חתימה על הפסק, היינו אם נוטל הפסק להיות בידו למשמרת, לפי שאינו רוצה לכופו עכשיו לקיים הפסק שכך יפה לו. אבל אם נוטל לראיה לפני המנהיגים שיכופו לקיים הפסק, חייבים הדיינים לחתום בחנם אם אינו שכר בטלה דמוכח כדלקמן, כמו שחייבים לטרות ולכופו בעצמם לקיים הפסק אם יש לאל ידם, בחרמות ונידוים ולצוות לשוטרים, שזהו עיקר מצות הדיינים, כמו שכתוב שופטים ושוטרים כו".

הרי שגם לאחר שפתחו בדינו, והיינו שכבר החלו לטעון בפניהם, כמבואר ברא"ש, יכול לבקש ללכת להשלים את הדין בבית הדין הגדול. וצ"ע מה הטעם שלאחר שכבר החלו הדיינים, יכולה להישמע טענת בעל הדין המבקש ללכת לבית הדין הגדול. מדוע אין מונעים אותו, על יסוד קבלתו את בית הדין הראשון, וגם לא חשו לכבוד בית הדין הראשון אליבא דשיטת הבית יוסף, וכן קשה כיצד הסוגיא מתיישבת עם דברי הריב"ש הנזכרים.

התומים סי' יג סק"ב הביא מדברי הרמב"ן על התורה פרשת דברים הנזכרים, במש"כ:

"ואף על פי ששלשה כופין לדון בפניהם, בשאינו רוצה לקבל עליו לדון, אבל רוצה לברור יותר, בורר, דהוה ליה כאומר נלך למקום הועד ששומעין לו במקום שאין שם טורח. שבכך נצטוינו, שנאמר צדק צדק תרדוף, הלך אחר ב"ד יפה (סנהדרין לב ב), וריבוי חכמים ב"ד יפה הוא".

ובאר התומים שגם הדרישה ללכת לבית הדין הגדול מיוסדת על ההלכה של צדק צדק תרדוף הלך אחר בית דין יפה. ובתומים סימן כח סק"ב באר את תשובת הריב"ש וכתב:

"המעצין בריב"ש סימן הנ"ל, דכתב וזה לשונו, כדאמרין בב"ק פרק הגוזל בתרא (שם), דהיכי דלא פתחו ליה בדינא מצי נתבע למימר לבי"ד הגדול ניזול, אף על גב דהאי בי"ד נקיט רשותא למידן מבי"ד הגדול, והיכי דפתחו ליה בדינא לא מצי למימר לבי"ד הגדול אזלינא, אלא צריך שיגמור הדין על פי הדיינים שהתחילו לדון בו וכו', עכ"ל, מזה נראה ברור דמיירי בדנקט דיסקא, כדכתב אף על גב דהאי בי"ד נקיט רשותא למידן מבי"ד הגדול וכו', ובזה איירי הריב"ש דסיים עליה דבפתחו לא מצי למימר הניזול לפני בי"ד הגדול, ולא קשה מידי".

לפי זה בהכרח שאם לא נקט דיסקא, אין מניעה לטעון לבית הדין הגדול אזילנא ואין מקום לטענה שכבר קיבלו עליהם את בית הדין הראשון או לטענה שיש לחוש לכבודם, מאחר שמלכתחילה ירדו לדין על דעת כן שלא נשללה הזכות לקיים את ההלכה של צדק צדק תרדוף, לכן אין לחוש לכך שקבלו את בית הדין הראשון, ואין לחוש לפגיעה בכבודם אליבא דשיטת הבית יוסף בסי' כב הנזכרת.

ובפד"ר חלק ו' עמוד 277 כתב הגר"ב רקובר זצ"ל:

"איתא בחו"מ סימן י"ד ס"א שאם אחד מבעלי הדין אומר שרוצה להתדיין בפני בי"ד הגדול כופין את הבעל דין השני ללכת עמו ולהתדיין בפני בי"ד הגדול. בנידוננו, שהנתבעת נמצאת בקנדה - מקום שאין סמכות חוקים לרבנים בעניני אישות, ולעומת זה כאן, זכינו בע"ה שיש לבתי הדין הרבניים סמכות חוקית לדון בעניני אישות, ולפיכך בין דין רבני כאן, יש לו לענין זה דין של בית דין גדול לגבי בי"ד במקום אחר שאין לו סמכות חוקית....

ולכן, אף על גב שכתב הרמ"א בחו"מ שם סי' י"ד: אבל כבר נהגו בזמן הזה שכל זמן שיש בי"ד בעיר אין אחד יכול לכוף חבירו שילך עמו לבי"ד אחר כי אין לנו עכשיו בי"ד הגדול או בית הועד, זה רק משום דבזה"ז שני בתי הדין בשני המקומות

הגמ' מזה דדנין ברגל דנוהג נידוי, דילמא משום הכי אנו דנין דאולי יקיים הפסק מרצון, אבל לעולם אם לא ירצה לא נדה אותו. אלא ודאי מוכח מזה דכל עוד שאין בדינו להכריחו לקיים אין אנו מחוייבים לדון. וא"כ עתה שאין בדינו להכריחו בשום אופן רק על פי קאמפראמיס או השלשה, שפיר מחוייבים הצדדים לעשות על פי נימוסי המדינה אחרי שיש חשש שלא יקיים אחד הצדדים בלא זה".

וכעין זה באבני נזר חור"מ סי' א'. ואכן, מנהג כל בתי הדין להימנע מלשבת בדין תורה בדיני ממונות בטרם שני הצדדים יחתמו על שטר בוררות, ודנים כלא ציית דינא את המסרב לחתום על שטר בוררות המעניק לבית הדין, סמכות אכיפה, עיין בספר האלף לך שלמה חור"מ סי' א', מהרש"ם ח"ג סי' קס"ה ובהשמטות, שו"מ תליתאה ח"ג סי' קכה, נאות דשא סי' נא, אוריין תליתאה סי' קיג ובר ליואי חור"מ סי' א'. עפ"י היסוד האמור, נכתבו כמה פסקי דין הקובעים שבדין תורה בתביעת גירושין, כשבית הדין במקומם של הצדדים בחו"ל נטול סמכויות אכיפה, למרות שעפ"י הלכה עליהם לקיים את הדיון בבית דין זה, אך בהיותו חסר סמכויות עליהם לקיים את הדיונים בפני בית הדין כאן בארץ, לאחר שאחד הצדדים הגיש תביעה לגירושין.

הגאון רבי אליעזר גולדשמידט זצ"ל בפסק דין מבית הדין הגדול, שבספר משפטי שאול סי' מב, כתב, וז"ל:

"אמנם לו היה במקום מגוריו של המשיב בחוץ לארץ בית דין קבוע מוכר אשר פסקו ניתנים לביצוע, יתכן שאי אפשר היה לחייב את המשיב לבא כאן להתדיין. אולם בית דין כאמור איננו שם, וגם אם יסכים המשיב להתדיין לפני דיינים בחוץ לארץ ויחתום מראש על כך, אין ערובה שלא יחזור בו, גם אחרי מתן פסק דין אם לא ימצא חן בעיניו, ולא תהיה אז כל אפשרות לאלצו לציית לפסק הדין.

ואם כך, הרי כפוף הוא המשיב להתדיין לפני בית דין מוסמך ומוכר בישראל, ככל יהודי אחר תושב ישראל הכפוף להתדיין לפני בית דין זה, הן אם הוא רוצה הן אם לאו".

עד כאן מפסק הדין, וכעין זה בתשובת ישכיל עבדי חלק ו' חור"מ סי' א' סק"ג.

וכן בתיק ערעור מבית הדין הגדול מס' תש"ל/136 (לא פורסם). בהרכב הרבנים הגאונים הרב יוסף שלום אלישיב זצ"ל, הרב בצלאל זולטי זצ"ל והרב שאול ישראלי זצ"ל פסקו כי אף שהאשה גרה בגרמניה, מקום הדיון והסמכות תהיה בבית הדין הרבני תל אביב, ואלו דבריהם:

"שכלל זה שהתובע הלך אחר הנתבע נאמר רק באופן שבמקום הנתבע קיים בית דין שיש לו סמכות לפסוק בענין ולאכופ את פסק הדין, מה שאין כן במקרה דנן שלא קיים במקום מגוריה של המערערת כיום בית דין שיש לו סמכות לדון ולפסוק בענין..."

והובאו הדברים בהחלטת ביה"ד הגדול מיום י' ניסן תשע"ז (18/04/2016) בתיק 1070300/3, וכך היא מסקנתו. וכן בפד"ר כרך ו' עמ' 277 הנזכר לעיל.

הרי שהאדמו"ר הזקן קבע שעיקר מצות הדיינים היא החלק של הוצאה לפועל של פסק הדין ואכיפתו, ולכן כתב שהמעשה שיש בו הוצאה לפועל ואכיפת פסק הדין, חייב להיעשות בחנם כי זהו חלק מהותי ממצות בצדק תשפוט עמיתך.

ועפ"י יסוד זה, האור החיים עה"ת בתחילת פרשת שופטים, כתב, שבהיעדר יכולת אכיפה אין את מצות מינוי השופטים, וז"ל:

"טעם השוטרים אמרו בפסיקתא ר"א בן שמוע אומר אם יש שוטרים יש שופטים, אם אין שוטרים אין שופטים, ע"כ. הדברים מוכיחים שאם אין שוטרים אין חיוב מצות שופטים. ומעתה כל שיודעים ישראל שהעם אינם נשמעים לשופטים, והשופטים אינם יכולים לכופם, אין חיוב במינוי השופטים".

הרי שהיכולת לאכוף את פסק הדין היא חלק מהותי מבית הדין, וכשבית הדין חסר יכולת כזו, הוא בית דין חסר, וביחס לבית דין כזה, לא נאמרה מצוות "שופטים ושוטרים תתן לך".

יש שהוכיחו מהסוגיא במסכת מועד קטן דף יד ע"ב שאין לבית הדין לשבת בדין בהיעדר סמכות אכיפה. בגמרא נאמר:

"מנודה, מהו שינהוג נידויו ברגל. אמר רב יוסף תא שמע דנין דיני נפשות, ודיני מכות, ודיני ממונות. ואי לא ציית דינא משמתנין ליה. ואי סלקא דעתך אינו נוהג נידויו ברגל משומת ואתי מעיקרא אתי רגל דחי ליה, השתא משמתנין ליה אנן. אמר ליה אביי ודלמא לעיוני בדיניה".

בספר שו"ת עזרת ישראל (להג"ר ישראל איסר שפירא) סי' קטו, כתב:

"עובדא בא לפני, כמה פעמים, שבאו שני בע"ד לדין, וטען האחד שאין ברצונו להתדיין אלא א"כ יעשו תוקף עפ"י קאמפראמיס או על ידי השלשה שכל מי שיזכה בדינו יהיה בשני מוכרח לקיים... והשני השיב אין ברצונו לעשות בטוחות ואיני מבקש ממך בטוחות, רק נדון כן ואם אתחייב אקיים גם בלי הכרח. ובעיני היה ג"כ קרוב לשמוע שאם יתחייב הראשון בדינו ולא יהיה תוקף עפ"י דיניהם, לא יאבה לשמוע".

בתשובתו פסק שאין לבית הדין להיזקק בדינו אם אין בידם אמצעים לאכוף את פסק הדין, והביא לכך ראיה מהסוגיא במסכת מועד קטן, וז"ל:

"כיון שבעו"ה רבו עתה המתפרצים אשר לא יאבו לקיים, אין הבי"ד מחוייבים להזדקק כל עוד שלא יעשו כנימוס המדינה עפ"י קאמפראמיס או כדומה. ובימי חורפי שמעתי ממור"ר הגאון ר"י בכרך זצ"ל שדן ג"כ כן, והביא ראיה מדברי הגמרא מו"ק י"ד מנודה מהו שינהוג נידויו ברגל. א"ר יוסף ת"ש דנין דיני נפשות ודיני מכות ודיני ממונות, ואי לא ציית דינא משמתנין ליה. ואי ס"ד אינו נוהג נידויו ברגל, משומת ואתי מעיקרא אתי רגל ודחי ליה, השתא משמתנין ליה אנן עכ"ל הגמ'. ואם נימא דגם במקום שאין אנו יכולים לכופו לקיים הפסק, מ"מ מחוייבים אנחנו לדון דינא, א"כ מאי ראיה מייתי



דאין אדם נשבע ונוטל ולא הקניתי לך בקנין לתת לך העבד אם תשבע עליו. אלא כיון דעל פיו נשבע ובצוואתו צריך לתת לו העבד דכיון דהטיל עליו שבועה, הא הימניה בשבועה, וכמאן דאודי ליה שהוא עבדו של זה הנשבע דמי".

ומבואר ברשב"ם שבהשבע וטול אינו יכול לחזור דהוי הודאת בעל דין, ודומיא דהכי הטעם בנאמן עלי אבא.

וכן ביד רמ"ה במסכת בבא בתרא דף יג עמוד ב', כתב:

"ולא דמי לנאמן עלי אבא דלאחר גמר דין אינו יכול לחזור בו, דהתם כולה מילתא לזכותיה דנתבע קאתי וכיון דאמר תובע נאמן עלי אבא או אביך ולא הדר ביה קודם גמר דין הימניה עליויה כחד כשר, וכמאן דאודי ליה לנתבע בההיא סהדותא דמי".

ובחזו"א סנהדרין סי' יז סק"ד:

"נאמן עלי אבא כו' הא דאינו יכול לחזור בו אפי' באתן לך, מבואר ברשב"ם ב"ב קכ"ח א' ד"ה אינו וברמ"ה ב"ב י"ג א' בסוגיא דגוא"א דהוא משום הודאה דמודה לו שהוא חייב לו אם יאמר אבא, והודאה מהני כדאמר ב"ב קמ"ט א' שבועות מ"ב א' מהימנת לי כל אימת דאמרת לי לא פרענא".

ובחידושי הר"ן מסכת סנהדרין דף כג עמוד ב':

"עדיין איכא למימר מה לי אי קבליה עליה כחד או כתרי דכי היכי דלרבנן כחד לא מצי למיהדר ביה הכי נמי איכא למימר כי קבליה עליה בתרי דאטו אי בעי למיתן ליה במתנה מי לא מצי יהיב ליה".

ובתוספות ב"מ דף עד ע"א ד"ה הכא וברא"ש, נראה שנאמן עלי אבא, מועיל מכח התחייבות.

עכ"פ הן אודיתא והן התחייבות היא בקבלת דיין לדון בתביעת ממון, אך אין קבלה זו יכולה להועיל בתביעת גירושין.

על כן מאחר שיסוד ההלכה שלאחר שדנו בפני שלושה אינו יכול לחזור בו, אליבא דרוב הראשונים החולקים על הר"ף וכהכרעת הרמ"א בסי' יג, או לאחר חתימת שטר בוררות אליבא דכו"ע, הוא מפני קבלת הצדדים את בית הדין. וקבלה זו בתוקף בדיני ממונות, אך לא בגירושין, שאין מועילה קבלה לחייבו בגירושין, דינם של הצדדים כמי שלא חתמו על שטר בוררות בר תוקף, אלא כמי שביקשו מבית הדין לסייע לגשר או לפשר בהסכמה.

ועיין בספר ישועות ישראל סי' כב סק"א שתוקף קבלת הדיין היא מתקנת חכמים להסיר קטנות ומריבות, אך לא מטעם הודאה, עי"ש. ובסי' ג' סק"ד כתב הישועות ישראל:

"למש"כ התוס' בב"מ דאינו אלא מצד תקנת חכמים ואידי דבעי לקנות גמר ומקנה, זה ל"ש כלל באיסורין, וזה ברור... דלא שייך כן אלא בדבר שבממון דחל הקניין, אבל באיסור אשת איש או שאר דבר איסור שהוא דבר שאין נתפס בקניין, כמו דלא מועיל קניין, כמו כן הא דקיבל עליו קרוב או פסול לא מהני".

#### המעמד שיש לטענות הצדדים בבית הדין בדר"ץ

יש לדון לאחר שהדין יחל בפני בית דין זה, כיצד עלינו להתייחס לטענות שכבר עלו בבית הדין הראשון, האם בעל

העולה מכל הנ"ל, בנידון זה שמלכתחילה בעת שהצדדים דנו חתמו על שטר בוררות בפני הבר"ץ, ידעו שהם פונים לבית דין הנעדר סמכויות אכיפה, ומסגרת הדין תהיה חלקית מאד, לשמוע את טענותיהם ולהציג הצעות לגישור וכיוצ"ב, כפי שאכן אירע בנידון זה. על כן אין יסוד לשלול את הזכות של התובעת לבקש ללכת לבית הדין האזורי שיש לו סמכויות אכיפה, וכמ"ש בפד"ר כרך ו' הנוכר. אמנם התומים סי' יג סק"ב, כתב:

"רק לדעת הרשב"א והר"ן יש לומר כי מצי למימר אף שטען לב"ד הגדול איזול היינו בב"ד של שלשה דדין בכפיה בלי קבלת בעלי דינין, אבל בזבל"א דקיבלו אותן וכבר טען, אין יכולין לחזור ולומר לב"ד [הגדול] איזול דכבר קבלו מרצונם אלו הדיינים לטעון ולדון בפניהם, ואיך יאמר לב"ד הגדול ניזול, וא"כ אף בהוספה של דיינים אין יכולין לטעון דזהו הוי כמו ב"ד גדול ולאחר שקיבל אלו בזבל"א אין יכולין לטעון כן".

ולכאורה ה"ה בנידון דנן. אך אין לומר כן מאחר שהתומים מתייחס רק למצב שבו בעל הדין מבקש את הדין בבית דין יותר מעולה, בית הדין הגדול, לאחר שגם באותו בית דין קמא יכול להתקיים דיון ולהינתן פסק דין הניתן לאכיפה, ובוזה כתב שבעצם קבלתו את בית דין קמא, ויתר על זכותו לבחור בית דין מעולה יותר. לא כן כשמלכתחילה ידוע לכל, שבית הדין קמא חסר יכולת אכיפה, ויכולת המימוש אינה קיימת, וההליך מלכתחילה מצטמצם לגישור ופישור בהסכמה, ככה"ג מהיכי תיתי לומר שנאמרו דברי התומים, שהתובע ויתר על זכותו להגיע לבית דין בעל יכולת אכיפה. בחתימה על הסכמה לדיון בדר"ץ אין אלא הסכמה לתת להם את הכח למה שהם מסוגלים לעשות, במסגרת הידועה, דהיינו לדון ביניהם עם יכולת פשרה מוסכמת בלבד, אבל שקיים ויתור על זכות להגיע לבית דין עם יכולת אכיפה, זה לא מצינו בתומים ואין בכך כל סברא.

#### קבלת בית דין בתביעת גירושין

יש לדון מה תוקף קבלת הצדדים בית דין של שלושה הכשרים לדון, כשהתביעה אינה תביעת ממון אלא תביעת גירושין.

בגמ' במסכת בבא בתרא דף קכו עמוד ב':

"שלח ליה ר' אבא לרב יוסף בר חמא האומר לחבירו עבדי גנבת, והוא אומר לא גנבת, מה טיבו אצלך אתה מכרתו לי, אתה נתת לי במתנה, רצונך השבע וטול, ונשבע אינו יכול לחזור בו. מאי קא משמע לן תנינא אמר לו נאמן עלי אבא, נאמן עלי אביך, נאמנין עלי שלשה רועי בקר, רבי מאיר אומר: יכול לחזור בו, וחכמים אומרים אינו יכול לחזור בו הא קא משמע לן, דבאתן לך מחלוקת, והלכה כדברי חכמים".

ופרש רשב"ם:

"אינו יכול זה המחזיק לחזור בו ולומר משטה הייתי כך שהרי פטור הייתי וגם לא נתחייבת לי שבועה כדי לישבע וליטול,

"אם הוצרכו הדיינים לשאול דבר מב"ד הגדול, כותבין ושולחין, ובית הדין הגדול מודיעים להם דעתם והם דנין אותם, הליכא למימר שיפסקו בית דין הגדול עליהם את הדין, דהא בעינן שיהיו בעלי הדין עומדים לפני הדיינים".  
ובספר שער משפט סי' יד סק"ב באר הלכה זו, וכתב:

"אף שאין יודעין הדין, יכולין לשלוח לבית הדין הגדול והם פוסקים את הדין כפי מה שיצא מבית הדין הגדול, דהוי כפוסקים מתוך הספרים, וכו"ע נמי ממשה רבינו גמרי ... הא דשואלין לבית הדין הגדול והם דנים אותם כאן, היינו באופן שכשיבוא מבית הדין הגדול, הבוררים עצמם יסכימו לדבריהם מדעתם, שיראו עכשיו מה שלא ראו מתחילה, וא"כ זה הוי דעת הבוררים עצמם".

דהיינו פסק דין יכול להינתן רק על ידי בית הדין שבעלי הדין עמדו לפניו וגם אם בית הדין קיבל חוות דעת מבית דין אחר, ככל שהוא מסכים לה יוכל לפסוק על פיה, אך בית דין מנוע מפסיקה או אכיפת פסק דין בלא שמיעת טענות בעלי הדין במלואם ושיקול דעת של בית הדין הפוסק.

#### מסקנה:

גם לאחר שנחתם שטר בוררות לזון בתביעת הגירושין בפני הבר"ץ, וכבר התקיימו דיונים, יכול אחד מבעלי הדין לחזור בו. וזאת מאחר ומלכתחילה היה ידוע לצדדים שאין לבית הדין של הבר"ץ יכולת אכיפה, וזו מסגרת מוגבלת, בחסרון היורד לשורשי המעמד של בית הדין. ככל שהדבר נוגע לתביעת הגירושין, דינם כבית דין הדין בלא שטר בוררות. ושטר הבוררות אינו יותר מהודעת הצדדים על הסכמה לדיון במסגרת הידועה של הבר"ץ, שאינה יכולה לחייב אלא ביחס לממון ולא לגירושין. על כן בנסיבות אלו, גם אליבא דרוב הראשונים החולקים על הרי"ף, וגם לאחר חתימה על שטר בוררות, אין מניעה לתבוע בבית הדין האזורי.

בנידון דנן בבית הדין של הבר"ץ טרם הושלם הדיון בפסק דין לגופה של תביעה, אך גם אילו היה נגמר הדין, מאחר וככל שהיה ניתן פסק דין לחיוב גירושין וכיוצא ב, פסק הדין אינו ניתן לאכיפה, אין קבלת הצדדים את בית הדין, שמעמדו הובהר לעיל, יכולה להגביל את אחד מהם לבקש דיון בבית הדין האזורי שהוא בעל סמכויות אכיפה, מאחר שכאמור מלכתחילה הצדדים קיבלו את בית הדין למסגרת הידועה של מהליכי גישור ובפישור, בידעם שלא יוכלו לקבל יותר מכך.

בהתאם לאמור בית הדין קובע לצדדים מועד לדיון

להשלמת בירור תביעת הגירושין, ויתקיים ביום ... בדיון זה כל צד יוכל להציג כל אסמכתא התומכת בטענותיו.

דין יוכל לחזור ולטעון טענות אחרות. ונראה שלמרות האמור, כל הטענות שעלו בדיונים בבר"ץ, דינם כטענות שנטענו בפני בית דין, ואינו יכול לחזור ולטעון טענות אחרות, ואין דינו כטוען מחוץ לבית דין. בספר ישועות ישראל סי' יג סק"ב כתב:

"ויראה לפע"ד דאפילו במקום שיכולים לחזור, מ"מ לא מהני חזרה אלא מכאן ולהבא. שאם טענו לפנייהם ולא נגמר הדין, יכולין לחזור שלא ידון בפניהם אלא בפני אחרים, אבל מ"מ ההודאה בפניהם מקרי הודאה בפני בית דין, ולא נתבטל הבר"ד למפרע על יד החזרה, כיון שבדין נזדקקו. ומה"ט לא נתבטלה הודאה הראשונה דאינו יכול לחזור אלא מגמר דין. ולא דמי לקיבל עליו קרוב ופסול דקודם גמר דין יכול לחזור לגמרי, והודאה שמודה בפניו כמודה חוץ לבית דין, דהתם כיון דלאו שם בית דין עליהם, כל שלא נגמר הדין יכול לחזור וחזרתו מבטלת למפרע את הדיבור שקיבל אותן לדיינים. אבל כל שהיה בית דין כשר, אלא שביד אחד מהצדדים לומר איני דן בפניכם אלא בפני אחרים, כל שההודאה היתה בפניהם כדן ושם בית דין עליהם, אין יכול לבטל כלל מה שהודה בפניהם. ובוזה לא קשה על הרי"ף ז"ל מהאי דקבל עליו קרוב או פסול, דמשמע דווקא קרוב או פסול, אבל בשאר דיינים אינו יכול לחזור, ולמ"ש ניחא דבכשרין אינו יכול לבטל לגמרי הבית דין, אלא מכאן ולהבא".

על כן גם בנ"ד מאחר שהצדדים קבלו את בית הדין של הבר"ץ כבית דין שידונו ביניהם במסגרת הידועה שהם יכולים, דהיינו להביאם להסכמות ולפשר ביניהם, ולעניין זה, אכן זו מסגרת של בית דין, לכן טענותיהם אינן במעמד של טענות שנטענו מחוץ לבית דין.

עוד יצוין, מעיון בפרוטוקולי הדיונים בבר"ץ, שבית הדין כלל לא דן בשאלה האם קיימת עילה לחיוב גירושין, ולא ביקש מהצדדים לנמק את עמדתם בשאלת חיוב הגירושין. נראה שמלכתחילה לא ראו את מסגרת הדיון כמסגרת שנועדה לברר תביעה לחיוב גירושין, אלא כתביעה להביאם להסכמות ופשרות, או כתביעה ביחס לממון הכרוך בגירושין.

הצעתו של ב"כ הבעל שהדיון יושלם בבר"ץ ובית דין זה יאכוף את הפסיקה, היא הצעה חסרת יסוד, ואין מקום לדון בה. מאחר שלא יעלה על הדעת שבית דין זה יאכוף פסק דין של בית דין אחר בלא לקיים דיון לגופה של תביעה ושמיעת טענות כמתחייב בטרם ניתן פסק הדין. בנימוקי יוסף במסכת סנהדרין סוף פרק ג' (דף י. בדפי הרי"ף), המובא להלכה בשו"ע סי' יג סעיף ו', כתב:

## סימן ג

## הסמכת בית הדין לפסוק לפי שיקול דעת רחב

אלא שיהא או דין או קרוב לדין, כלומר שאם יראה בעיניהם לעשות דין יעשו, ואם יראה בעיניהם לעשות קרוב לדין יעשו, אבל מ"מ אם לא עשו אפילו קרוב לדין ודאי שישלמו. לא היא, דאם כן לימא דין או קרוב לדין לחוד, למה הוצרך לומר כפי ראו עיניהם, אלא לטפויי אתא שזה הדין יהיה כפי ראות עיניהם אע"פ שלא יהיה דין גמור, אלא שיהיה נראה להם שהוא דין או קרוב לו סגי. וא"כ כאלו קבלו עליהם בין לדין בין לטעות, ופירוש זה מוכיח יותר כי היכי דלא להוי לישנא יתירא. ואפילו יהיו הפירושים שקולים אין להוציא ממון על הספק."

אך יצוין, המו"מ בתשובת לחם רב נעוץ בניסוח שבעלי הדין קבלו את הדיינים: "שידונו אותם בדין או קרוב לדין כפי ראות עיניהם", ונראה מדבריו שאם יקבלו את הדיינים רק "כפי ראות עיניהם", לא היה מקום לספק שכוונתם שאין הדיינים כבולים לדין דווקא.

בחוברת "תורה שבעל פה" שנה ל' במסגרת מאמרו של הגר"ש דיכובסקי שליט"א הביא מפסק דין שנכתב בבית הדין האזורי בת"א בעת שישב בראש ההרכב, פסק דין מיום כ"ז טבת תשמ"ח שבו בית הדין הבהיר כי באמצעות קנין שהצדדים מקבלים שיקול דעת רחב של בית הדין, למעשה הצדדים מקבלים על עצמם את בית הדין לפשרה, ובכך בית הדין מוסמך ליתן פסק דין שהוא ביסודו פשרה. ובתוך דבריהם כתבו:

"משום כך נפוץ מאד במסגרת בתי הדין הנוהג של מתן פסק דין לפי שיקול דעת רחב, שמשמעותו ההלכתית היא עשיית פשרה. הנוהג להחתים על שטר בוררות ולקבל בקאג"ס הוא בהתאם להלכה ש"פשרה צריכה קנין או שטר".... שיקול הדעת של הדיינים במתן פסק דין זה, הוא שיקול דעת רחב של פשרה."

אך על פסק דין זה שהגביל את הדיינים למסגרת של פשרה, יש להעיר מנוסח שטר בוררות שבספר נחלת שבעה סי' כד, שבו הנוסח בשטר הבוררות הוא כדלהלן:

"נחנו בעלי דינין חתומים מטה, מודים ומעידים בחתימות ידינו דלמטה והיא תעיד עלינו כמאה עדים כשרים ונאמנים, שאנחנו חתומים מטה בררנו יחד שני הדיינים מהר"ר פלוני בר פלוני ומהר"ר פלוני בר פלוני וקבלנו אותם עלינו לדון בינינו כפי ראות עיניהם. או לפשר בינינו כפי אשר ימצאו ביניהם. ואם לא יוכלו שני הדיינים הנ"ל להשתוות יחד יבררו הם עוד שלישי. וכל מה שיפסקו עלינו או יפשרו בינינו הכל לפי ראות עיניהם מחוייבים אנחנו לשמוע דבריהם".

הרי קבלת הדיינים "כפי ראות עיניהם" לחוד, ו"לפשר

הצדדים התגרשו ללא הסכם גירושין המסדיר את חלוקת הרכוש ביניהם. כשהדיון העיקרי נסוב ביחס לדירת המגורים הרשומה על שם שני הצדדים. התקיימו דיונים ביחס לחלוקת הרכוש, ולהלן פסק הדין שניתן עם השלמת הדיונים וסיכומי טענות הצדדים.

יצוין, ימים ספורים קודם לגירושין, התקיים דיון ביחס לחלוקת הנכס הנ"ל, ולהלן קטע מפרוטוקול הדיון:

"ב"כ האשה: דירת הצדדים נרכשה מכסף מזומן של הורי האשה, והמשכנתא הלכה אל הבעל למטרה אחרת.

ב"כ הבעל: במשך 7 שנים האשה לא רצתה לגור בדירה, ובמשך הזמן הזה הבעל היה צריך לשלם דמי שכירות עבור דירה אחרת.

ב"כ האשה: הורי האשה שילמו את דמי השכירות האלה. הצדדים מקבלים בקנין סמכות ביה"ד לדון בכל העניינים בשיקול דעת רחב... גם לגבי תשלום דמי המזונות הזמניים שביה"ד קבע".

אמנם בדיון מאוחר יותר, הבעל חזר בו מהסכמתו הנוכרת, אך מאחר וקודם לכן כבר נעשה קנין, שוב אינו יכול לחזור בו, וכמ"ש ברמ"א חו"מ סי' כב סעיף א'. כמו כן ניסיונו של הבעל בדיון האחרון להתנער מהקנין ולטעון כנגד הרשום בפרוטוקול הנוכר, נדחה, וככל שלא הוגשה בקשה לתיקון הפרוטוקול בסמוך לדיון, הרי שהפרוטוקול משקף נאמנה את שהתרחש בדיון.

לאחר הגירושין התקיימו שלושה דיונים בתביעה לחלוקת הרכוש, וכעת לאחר העיון בטענות הצדדים, להלן פסק הדין.

## שיקול דעת רחב

שאלה מקדמית ביחס לפסיקה בתיק זה הינה: מה טיבו של "שיקול הדעת הרחב" שניתן לבית הדין. כאמור הצדדים קבלו בקנין סמכות בית הדין לדון בכל העניינים ב"שיקול דעת רחב". בפרוטוקול אין הבהרה ביחס לטיבו של הקנין, סתמו ולא פירשו, וכעת עלינו לפרש את טיבו של הקנין, שממנו נגזר פסק דין זה.

בספר שו"ת לחם רב (לרבי אברהם בוטון בעל הלחם משנה) סי' פ"ד נשאל אודות בעלי דין שקבלו עליהם את הדיינים: "שידונו אותם בדין או קרוב לדין כפי ראות עיניהם", ובאותו נידון הדיינים טעו בדבר משנה, והשיב הלחם רב, וכתב:

"ומ"מ אני אומר שפטורים הדיינים, מפני שכתוב בשאלה שקבלו עליהם כפי ראות עיניהם, והוי כאלו קבלו בין לדין בין לטעות... ואם לחשך אדם לומר שמה שכתוב כפי ראות עיניהם, לא הוי

בנידון שבפנינו המימון לרכישת הדירה ולשיפוץ התקבל במלואו מהורי האשה המתגוררים בחו"ל.

ההורים העניקו במתנה את סכומי הכסף, ביודעם שבכך הם דואגים לקורת גג לבתם ולילדיה. אין כל ספק שלא היתה כוונתם להעשיר את חתנם לאחר שיגיש תביעת גירושין ויתגרש מאשתו, ויאכל הלה את מחצית כספי המתנה עם אשתו הנוכחי ויחיה ברווחה, בעת שהאשה והילדים חסרי קורת גג מובטחת.

בקשת התובע להביא לפירוק שיתוף בנכס כעת, ולהותיר את גרושתו והילדים ללא קורת גג מובטחת אלא בתנאי שכירות, סותרת באופן קיצוני את מגמת המתנה שהעניקו הורי האשה. קיימת אומדנא ברורה שאין בה ספק, שעל דעת כן לא העניקו מתנה זו.

אמנם בנותן מתנה לחבירו על דעת שהוא אוהבו, ולבסוף נעשה שונאו, אין מקום להחזיר המתנה, עיין חלקת מחוקק סי' צט סק"ז:

"דאטו מאן דיהיב מתנה לחבריה ולרחמיה ערבא בעי למשקל מיניה דרחים ליה לעולם".

אך בפת"ש סק"ז כתב:

"ע"ש עוד שהביא דבתשב"ץ ח"ב ס"ס רס"ה כתב בענין אם מתה האשה בלי ז"ק (במדינות שלא נהגו בתקנות שו"ם או שהיא לאחר שני חזרה) אף דהבעל יורש נכסי מלוג היינו הנכסים שנפלו לה בירושה או נתנו לה במתנה אבל האב שנותן לבתו תכשיטין להתקשט בהן ומתה אין הבעל יורשה וכדאמרין ס"פ נערה כי אקני לה למיקם קמיה כו' וכן בכאן אומדן דעתא הוא שלא הקנה האב לבתו אלא שתתקשט בהן היא או בניה, אבל אם מתה בלא בנים לא אקני לה שיירשם בעלה להתקשט בהן אשה אחרת, וע"כ הדין הוא שיחזיר הבלאות אם הם קיימים ע"כ ופסק כן בפשיטות במבי"ט ח"א סי' כ"ט והוא חדוש דין וכן ראוי להורות עכ"ל ע"ש".

דהיינו אמנם בכל מתנה בעלמא, מגמת המתנה לבטא את החיבה שבין הנותן למקבל, ודי בכך שבעת מתן המתנה קיימת חיבה המצדיקה מתנה זו. אך כשקיימת עילה ברורה למתנה, כגון אב הנותן תכשיט לבתו, קיימת אומדנא ברורה שלא ניתן על מנת שהבעל יירש את אשתו, ואשתו החדשה תתקשט בתכשיט זה. על כן על דרך זו, גם בנידון זה קיימת אומדנא דמוכח כאמור.

מלבד זאת, יצוין כי לטענת האשה בכתבי הטענות, שלא הוכחשו על ידי הבעל, הבעיות ביניהם היו פרק זמן קודם לגירושין, אלא שהוריה המתגוררים מעבר לים לא ידעו על כך, ועי"ש בפת"ש שבנסיבות אלו יש לדון את המתנה כמתנה בטעות, ואילו היו יודעים לא היו מסכימים להעביר את סכומי הכסף, אלא אם היו מביטחים את הרישום הבלעדי על שם האשה. מה עוד שהיוזמה לגירושין היתה מצד הבעל, מיד לאחר שרכישת הדירה ושיפוץ הושלם, ועוד טרם הספיק לגור בה אפילו יום אחד, וכעת משמש מדור בטוח לילדיו.

על כן מאחר ובצירוף כל הנסיבות המתוארות, פירוק השיתוף

בינינו" לחוד. ומבואר ש"כפי ראות עיניהם", אינו בהכרח מוגבל לפשרה עפ"י גירי פשרה.

עוד יצוין לסוגיית הגמרא במסכת בבא בתרא דף קלח ע"ב שאם נאמרה לשון מיותרת שאינה נצרכת, הרי היא נועדה לטפויי מילתא ולרבות דברים מעבר לדין הפשוט. אך כבר כתב בשו"ת הרשב"א חלק ב' סימן ער בענין דרישת לשון יתירה:

"עוד שאלה באיזה ענין ראוי להשתמש במימרא דכל מלתא דלא צריך לטפויי מלתא קאמר.

תשובה. בזה אין כח בידינו לדון בו בדמיונות אלא מקום שאמרו אמרו. במקום שלא אמרו לא ידענו מהו, אין כח בידינו לדון בו."

אך עיין בספר כנסת הגדולה על חו"מ סי' טא הגהות בית יוסף אות נו שהביא בשם תשובות הר"י אדרבי ומשפט צדק, שדברי הרשב"א נאמרו רק ביחס להתנסחות יתירה בתוך לשון התנאי, אך כשכל ההתחייבות לכאורה הינה מיותרת, ניתנה הרשות לפרשה, ואין לקבוע שנאמרה ללא טעם.

על כן במקרה שבו נעשה קנין עם הצדדים לשיקול דעת רחב של בית הדין, לו היתה כוונתם לפסיקה פי כללי ההלכה, הרי שהקנין כולו מיותר ואין בו טעם, ולכן הפרשנות שכוונתם להסמיך את בית הדין לפשר או לפסוק במכלול הנושאים כפי שיקול דעת בית הדין, מסתברת מאד. ופשיטא שבכוונת הצדדים לשיקול דעת בית הדין ידון ביניהם, גם אם בהמשך הדיון עבר להרכב אחר. ובהתאם לקביעה זו ניתן פסק הדין כדלהלן.

עוד יצוין כי גם אליבא דטענות הבעל שיש לפסוק על פי הוראות החוק בלבד, הרי שעפ"י ההיבט החוקי, בנסיבות מיוחדות סעיף 8 לחוק יחסי ממון מסמיך את בית הדין לחרוג מחלוקת רכוש ואיזון משאבים שיווינוניים, והם מתקיימים בנידון זה.

#### חלוקת הדירה עפ"י רישום או עפ"י השקעה

בכמה פסקי דין פסקו שיש לחלק את דירת המגורים עפ"י הרישום ולא עפ"י ההשקעה. בפד"ר יא עמ' 122 מביה"ד האזורי בת"א, נכתב:

"אף שרוב כספי הדירה שולמו ע"י אבי האשה, מכל מקום כיון שמחצית הדירה נרשמה בטאבו על שמו, יש מקום לומר שהרי זו כמתנה שנתנו לו. ואף שיש מחלוקת הראשונים אם אנו רואים את הרישום כמתנה ... מ"מ מספק אין להוציא ממנו. וכן היא מסקנת ה"תומים" בסי' ס"ב סק"ה, וכאשר העלו בפס"ד מבי"ד הגדול שבכרך ו' עמ' 264."

ועיין בכעין זה בפד"ר ח"י"ד עמ' 22 וחט"ז עמ' 249.

וכן בפד"ר כרך א' עמ' 116-117 (ובעיקר במש"כ בעמ' 117 ד"ה אולם), פד"ר כרך ג' עמ' 75-74.

אך יצוין לפד"ר כרך ט"ז עמ' 354-358, שנטה מדרך זו, מאחר שתפס את הרישום כפעולה הננקטת מחמת הנוהג ואינה מבטאת בעלות.

וכן ביחס להיבט החוקי שהבעל דורש לפסוק על פיו, הרי שבנידון זה בית הדין פסק כאמור על פי סעיף 8 לחוק יחסי ממון, עקב הנסיבות המיוחדות והחריגות שבנידון זה, כמפורט לעיל.

וחלוקת הנכס בחלקים שווים הוא עוול גדול, על יסוד שיקול הדעת הרחב שבית הדין הוסמך לו, יש לקבוע שבנידון זה הנכס יחולק על פי ההשקעה ולא עפ"י הרישום, ובנידון זה הפסיקה תהיה עפ"י הקבוע בפד"ר כרך ט"ז עמ' 354-358.

### סימן ד

## הבעיות ההלכתיות בסדרי עבודת בתי הדין בתקנת "שיר"ה, והצעות לפתרון

ההחלטה. כיום, עם ביצוע החתימה הדיגיטלית של הדיין השלישי, ניתנת באופן אוטומטי הוראת דיוור למשלוח ההחלטה לבעלי הדין.

שיגרת העבודה השוטפת אינה בהכרח מביאה לידי דיון וקבלת החלטה בעל-פה ובמותב תלתא. אלא אם כן הדיינים מודעים לכך, ומקפידים שלא לחתום חתימה דיגיטאלית בטרם ניתנה החלטה בעל-פה במותב תלתא.

גם החלטות שאינן שנויות במחלוקת והניתנות פה אחד, אין די שהדין לשמיעת הטענות והראיות התקיים במותב תלתא. אם לאחר הדיון, אחד הדיינים כתב את ההחלטה וכל אחד משני הדיינים האחרים הסכים עם ההחלטה וחתם עליה, אך לא התקיים מעמד התכנסות של שלושת הדיינים במותב תלתא שבו הם קובעים את ההחלטה - בהעדר התכנסות כזו, אין להחלטה מעמד של החלטת בית דין שיש בה כח להוציא ממון או לחייב גט וכיוצ"ב. להלן המקורות לקביעה הנ"ל.

### גמר דין בשלושה

כידוע, אין בית דין פחות משלושה, כפי שפסק השו"ע (חור"מ סי' ג). ויש לדון באיזה שלב של הדיון נחוצה נוכחות של שלושת הדיינים.

בהגהות אשרי (מסכת סנהדרין פרק א סי' ו) כתב:

"שלושה שישבו לדין וסילק האחד את עצמו קודם שידע היכן הדין נוטה, אין השנים יכולין לגמור הדין, דלא עדיף משנים מזכין או מחייבין ואחד אומר איני יודע דיוסיפו הדיינים, דכיון דמעיקרא אדעתא דתלתא יתבי."

ובבית יוסף (חור"מ סי' יב) כתב:

"מדברי הגהות אשרי בפרק קמא דסנהדרין (סי' ו) נראה דשלושה שישבו לדין ואחד מהם רוצה להסתלק, אינו רשאי אלא קודם שידע להיכן הדין נוטה."

ובדרכי משה (סק"ב) השיג על הב"י וכתב:

"לא מצאתי שם, כי הגהות אשרי כתבו שם שאם סילק עצמו קודם לכן, אין השנים יכולין לגמור הדין, הואיל והתחילו לדון בשלושה, וזה דוקא קאמר קודם שידע להיכן הדין נוטה, דאם ידעו תחילה להיכן הדין נוטה אפשר דמותר לגמור אחר כך בשנים, אבל לענין סילוק אימא לעולם דאף אחר כך יכול לסלק את עצמו."

וכן הב"ח חולק על הב"י, וכתב:

"כתב ב"י מדברי הגהות אשרי בפרק קמא דסנהדרין נראה

בשנים האחרונות עברו בתי הדין לסדרי עבודה חדשים באמצעות מערכת מחשוב חדשנית - תקנת "שיר"ה. באמצעותה מתנהלת העבודה השגרתית יום ביום בבתי הדין, וחלו שינויים בדפוסי העבודה בבית הדין. במקרים רבים השתנתה מתכונת מתן ההחלטה והחתימה על החלטות בתי הדין.

המתכונת החדשה חייבת להיות ברורה ונכונה מבחינה הלכתית ללא פקפוק. השינויים בנוהלי העבודה המונהגים בבתי הדין בכל הארץ צריכים להתבסס על יסודות הלכתיים איתנים, להלן יוצגו הבעיות שהתעוררו בשני נושאים: א. דרך קבלת ההחלטות; ב. החתימה על ההחלטות. כמו כן, יוצגו המלצות לפתרון הבעיות.

### קבלת ההחלטה במותב תלתא

#### הקדמה

משהחלו בתי הדין לעבוד באמצעות תקנת "שיר"ה, החמירה הבעיה של העדר "מותב תלתא" ביחס להחלטות אשר עפ"י ההלכה חייבות להינתן בבית דין של שלושה.

קודם כניסת מערכת "שיר"ה, בית הדין ניהל את התיק באמצעות התיק הפיסי שהכיל את כל החומר של התיק. בדרך כלל, עד למשלוח ההחלטה, התיק היה מונח על שולחן בית הדין. לא היה ניתן לפסוק ללא עיון בתיק הפיסי, וקודם מתן ההחלטה ובעת חתימת ההחלטה, הדיינים ראו לפנייהם את התיק, ובכך גם ללא השתדלות מיוחדת וכדבר שבשגרה ההחלטה שהוסכמה ניתנה במותב תלתא. ואם בזמנו אירע שמיד לאחר הדיון, חברי בית הדין לא עסקו יותר בבירור התביעה במותב תלתא, אלא דיין אחד כתב את ההחלטה, וכל אחד משני הדיינים חתם בפני עצמו על ההחלטה, ושלושת הדיינים לא התכנסו לדיון במותב תלתא כחדא למתן ההחלטה, אכן היה בכך ליקוי, וכפי שיבואר.

כיום החומר כולו מצוי במחשב בלבד, ורבים מהדיינים מתחברים לחומר שבתיק באמצעות המחשב האישי בביתם דהיינו מחוץ לאולם בית הדין. במתכונת זו, מצוי שכל דיין לבדו מעיין בחומר שבתיק כותב את ההחלטה וחותר עליה או חותר על החלטה שכבר נכתבה על ידי דיין אחר, וכל זאת בעת הימצאו מחוץ לאולם בית הדין או אף באולם בית הדין כשהוא לבדו. הדיין עוסק בניסוח ההחלטה ובחתימתה, בלא התכנסות עם שני הדיינים האחרים למו"מ ולקבלת

ההלכה בשלשה דוקא, מאחר ויתכן שהשלישי יאמר סברא וטעם לשנות את פסק הדין.

יש מקום לעיין במה נחלקו הפוסקים, אם נכון לומר שלדעת ה"ד"מ, ה"ב"ח והש"ך אין הלכה המחייבת שלשה בעת גמר דין, ואילו לדעת ה"ב"י, התומים והנתיבות קיימת הלכה המחייבת שלשה דיינים בעת גמר דין.

נראה שאין לומר כן. מאחר ששיטת הש"ך מיוסדת על דברי ה"ב"ח (סי' יב), ובשיטת ה"ב"ח גופא מצינו תוספת ביאור בדבריו בסי' יח. וז"ל ה"ב"ח שם:

"כתב בהגהות אשר"י פרק קמא דסנהדרין שלשה שישבו לדין וסילק האחד את עצמו אין השנים יכולין לגמור הדין כיון דמעיקרא אדעתא דתלתא יתבי עכ"ל, אלא דמחלק דדוקא מקמי דידעי להיכן הדין נוטה, אבל לבתר דידעי להיכן הדין נוטה הוה ליה גמר דין ויכול להסתלק, והשנים יפסקו הדין, דסבירא ליה כסברת התוספות לעיל בסימן י"ב (ס"ג), דכיון דהסכימו יחד שכך הדין כבר נגמר הדין בשלשה, אף על גב דלא אמרו איש פלוני אתה חייב ועיין במה שכתבתי לשם בס"ד."

הרי מבואר שאין חולק שבעת ש"נגמר הדין" חייבים להיות שלושה דיינים, אלא שנחלקו הפוסקים מאיזה שלב כבר ייקרא "נגמר הדין". לדעת ה"ב"ח והש"ך, אם יודעים להיכן הדין נוטה, כבר החל "גמר דין", ולאחר מכן אין צריך שלושה. ולדעת ה"ב"י, התומים והנתיבות, עד השלמת גמר הדין באמירת "פלוני אתה זכאי" או "פלוני אתה חייב", צריך שלושה דיינים.

עוד יצוין, התומים (סי' יח סק"ד), דחה את שיטת הש"ך מהלכה, וכתב דמכיון שלהלכה נקטינן

"לעיל סי' י"ב סעיף ב', כפרש"י דגמר דין היינו באומרים איש פלוני אתה זכאי וכו', ליתא להך דינא, וא"כ אף לפירוש ה"ב"ח לא קאי דינא דאור זרוע להלכה."

אמנם בספר אלפי מנשה (ח"מ סי' יח) העיר על התומים דמאחר שבספר דרכי משה (סי' יב) כתב דבריו בסתמא, ולא קאי בשיטת תוספות דוקא,

"וע"כ דאף לדעת הפוסקים דגמר דין היינו כשאומרים איש פלוני אתה חייב, ג"כ יכולים השנים לפסוק הדין, כיון דכבר הסכימו ביניהם שכך הדין."

אך ביחס להכרעת ההלכה במחלוקת הש"ך והנתיבות, הסכימו כמה מהפוסקים להלכה כדעת הנתיבות.

בספר ערוך השולחן (סי' יח סעיף ג) כתב:

"זה שנתבאר דבאומר איני יודע יוסיפו דיינים, ה"ה אף כשאני אומר איני יודע, אלא שנסתלק מהם אחר שנשא ונתן עמהם, ואף אם נסתלק בגמר הדין ועד הגמר היה עמהם בדעה אחת, וסילוקו אינו מפני שאין רצונו לישב בדין, אלא מפני ענין אחר שנטרד באיזה ענין שלו ואין לו פנאי לישב בגמר הדין, מ"מ יוסיפו דיינים. והטעם דחיישינן דשמא אם היה בגמר הדין היה רואה טעם לסתור הדין הקודם והם אפשר שהיו מודים לו. ולכן אסור לגמור הדין בפחות מכפי שישבו בתחילת דין [אר"ת ונה"מ]."

דשלשה שישבו לדון ואחד מהם רוצה להסתלק אינו רשאי אלא קודם שידע להיכן הדין נוטה עכ"ל. ותימה שהרי לא כתבו ההגהות לשם אלא שאם סילק את עצמו קודם שידע להיכן הדין נוטה אין השנים יכולים לגמור הדין, הואיל דמעיקרא אדעתא דשלשה יתבי הוי ליה כאילו אחד אומר איני יודע דיוסיפו הדיינים, ומשמע אבל אם ידעו להיכן הדין נוטה מותר לגמרו בשנים. וכדאיתא בסוף עבודה זרה (דף עב א') כדשיימא תלתא אפילו תרי מגו תלתא, אבל לענין סילוק אפשר דיכול להסתלק אפילו יודע להיכן הדין נוטה, ויגמרו אותו השנים כיון שאין מסתלק מחששא דשמא החזק יהא רודפו, וכן תפס עליו מהר"ם איסרלס ז"ל."

הרי מבואר שלדעת הדרכי משה וה"ב"ח, אם יודע להיכן הדין נוטה, יגמרו השניים את הדין. ואילו לדעת ה"ב"י אין יכולים לגמור את הדין בשנים, ולכן השלישי אינו רשאי להסתלק.

השולחן ערוך (ח"מ סי' יח סעיף ד) פסק:

"שלשה שישבו לדין, וסלק אחד מהם עצמו, אין השנים יכולים לגמור הדין."

ומבואר שאין חילוק, וגם לאחר שיודעים להיכן הדין נוטה השנים אינם יכולים לגמור את הדין. והיינו כשיטתו ב"י.

הש"ך (סק"ה) הסכים עם דברי ה"ב"ח וכתב:

"אין השנים יכולים כו' - היינו כשאני יודעים להיכן הדין נוטה, אבל אם יודעים יכול להסתלק והם יגמרו, ועיין ב"ח סימן י"ב."

לעומת זאת, הנתיבות חולק על הש"ך, והסכים עם דרכו של ה"ב"י וכתב:

"עייין ש"ך ס"ק ה' אם יודעים יכול להסתלק וכו'. ולבבי לא כן ידמה, דהא מדקתני [סנהדרין ל"ב ע"א] דיני ממונות דנין ביום וגומרין בלילה, והיינו לומר פלוני אתה חייב דזה נקרא גמר דין בכל דוכתי [שם ו' ע"ב], ולמד זה מקרא [שם ל"ד ע"ב], משמע דאי לאו קרא אפילו גמר דין היה אסור בלילה, אם כן כיון דקתני דיני ממונות בשלשה ולא קתני דגומרין בשנים, משמע דאף הגמר דין דהיינו לומר פלוני אתה חייב בעי שלשה, משום דילמא חזו זכותא ויאמרו בשעת גמר דין, כמבואר בשבת [ט' ע"ב] לענין גמר דין קודם מנחה. וכן פירש בתומים [סק"ד] וכן עיקר."

יצוין כי מה שכתב הנתיבות בסוף דבריו, "דאף הגמר דין דהיינו לומר פלוני אתה חייב בעי שלשה, משום דילמא חזו זכותא ויאמרו בשעת גמר דין", כבר קדמו הסמ"ע בסברא זו. עיין בדברי הגהות דרו"פ לבעל הסמ"ע (סי' יב) שהקשה על הדרכי משה, וכתב:

"בעיקרא דינא שכתב מור"ם דאם ידעו תחילה היכן הדין נוטה, דמותר לגמור אח"כ בשנים, יש לפקפק, הא יש לחוש דלמא חזי טעמא חדתא ויחזרו השנים בהן, וצ"ע."

העולה מדברינו, שלדעת הסמ"ע בהגהות דרו"פ והנתיבות, חייבים שיהיו שלושה בגמר הדין עד אמירת פלוני אתה חייב, מכיון שעד שיאמרו כן, עדיין יש מקום לדין ולבירור

הסכימו מהו הדין, אלא דייין אחד לקח על עצמו לעיין בטענות ובראיות וכתב החלטה וחתם עליה, ולאחריו דייין אחר עיין בהחלטה וצירף חתימתו וכך השלישי, מאחר שלא התקיים מעמד של בית דין במותב תלתא בעת גמר הדין, לכו"ע אין דיניהם דין.

לדעת התומים והנתיבות ועוד פוסקים, אין די בשלושה בעת המו"מ ובעת שידועים להיכן הדין נוטה, אלא בהכרח שעד סיום גמר הדין באמירת "פלוני אתה זכאי" יהיו שלושה דיינים.

#### שלושה דיינים כשאינם במותב תלתא

שלושה דיינים הנזכרים לעיל שהם במעמד של בית דין, היינו כשהם במותב תלתא. וזאת מפני שהדבר פשוט ששלושה דיינים שאינם מכונסים במותב תלתא, אינם בגדר בית דין, וזאת גם אם קודם לכן שמעו את הטענות במותב תלתא.

הדברים מפורשים בתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (סי' צא) שכתב בפשיטות, שלאחר שהשלושה התפזרו וכבר אינם במותב תלתא, אין להם כח בית דין, גם אם קודם לכן ישבו במותב תלתא.

הרשב"א קבע שאין מניעה בשלושת הדיינים מקיימי השטר יחתמו זה שלא בפני זה על מעשה בית דין לאישור קיום, היינו מפני שבאותה שעה של חתימת שטר מעב"ד אין הכרח שיהיו עם כח בית דין. וז"ל הרשב"א:

"קבלת העדות צריכה להיות בבית דין, כלומר במעמד שלשה, שהן ב"ד. אבל הב"ד אין צריכים לחתום זה בפני זה. ואפילו במקום אחד לא מצאנו. והראיה, ששלושה שישבו לקיים השטר, ומת אחד מהם, שאע"פ שאין השלישי בעת החתימה, אעפ"כ השנים חותמים, ודי להם בכך. ואילו היו צריכים לחתום במעמד שלשתם, כלומר שיהיו עדיין ב"ד בשעת חתימה, היאך אנו מכשירין קיום זה בחתימת השנים, והלא באותה שעה בטל כח הב"ד, שהשלישי מת, והנה איננו. ואילו קבלו שלשה עדות הקיום, אע"פ שלא כתבו קיומם בשטר, אלא ששנים מהן מעידין כן בפני ב"ד, די בכך. לפי שאין אלו עדים מפי עדים. אלא ב"ד שמעידים שבבית דינם נתקיים שטר זה. ולא עוד אלא אם נתקיים שטר זה בפני ב"ד של שלשה, די בכך, לפי ששמעה שנתקיים בפני הב"ד, נגמר הענין, ומאותה שעה ואילך, אין צריך אלא לברר הדבר שהיה כן, כלומר לאמת שנתקיים בפני ב"ד."

הרי מבואר שאותם שלושה דיינים, כל עוד הם במותב תלתא, יש להם כח בית דין, ומעת שהתפזרו, אין להם יותר מעמד של בית דין, גם כשהם ממשיכים לעסוק בנושא הנידון, ומבקשים להשלים את ההליך.

יצוין כי בספר ערך השלחן (ח"מ סי' מו אות יב) הביא מדברי הרשב"א בלשון זו:

"בתשובת הרשב"א סי' צ"א נראה בהדיא דאפילו הדיינים מכירים החתימות, צריך שיתוועדו יחד."

וכן בספר דברי גאונים (כלל קב אות ט) כתב:

"בענין קיום שטרות שמבואר בח"מ סי' מ"ו ס"ז, הקיום האחד

ובספר ישועות ישראל (ח"מ סי' יח סק"ז) כתב:

"כל שלא הסכימו בדרך פסק, הגם שגילו דעתם שמסכימים כולם לחיוב או לזכות, לא מקרי גמר דין."

וע"ע בשו"ת תשורת שי (סי' קיח) שנראה שהכריע לדינא כתומים והנתיבות. וכן בספר שו"ת הר צבי (ח"מ סי' טז) נקט לדינא כדעת התומים והנתיבות, ומתוך כך כתב בנידון של בית דין של שלשה ששמעו את בעלי הדין, אך לאחר הדיון לא התקיים מו"מ במותב תלתא, אלא דנו ביניהם באמצעות חילופי מכתבים, והעלה בסיום דבריו:

"א"כ לכאורה כאן אין דיניהם דין."

יש להעיר כי יתכן שגם לשיטת הש"ך וסיעתו, ששניים יכולים לגמור את הדין, היינו דוקא שניים שעדיין יש להם מעמד של בית דין מכיון שבאו מכח שלשה, וזאת לפי דרכו של נתיבות המשפט (סי' ז סק"ג), אך לא מצאנו בדברי הש"ך דגם דייין אחד לחוד יכול לגמור את הדין לבדו.

עוד נציין למש"כ בשו"ת פני משה, להגאון רבי משה בבבנישתי ז"ל (ח"ב סי' קכ; הביאו הגאון רבי חיים פאלאגיי ז"ל בספר רוח חיים על ח"מ סי' יח), ביחס למחלוקת הב"י והב"ח, וז"ל:

"היינו דוקא לענין איסור הסילוק, דלדעת מרן בב"י אין רשאי הדיין לסלק עצמו אחר שנתגלה לו הדין, ולדעת בעל בית חדש רשאי לסלק עצמו אף שכבר נתגלה אליו הדין. אבל לענין דינם לכולי עלמא אם כבר גמרו טענותיהם, קם דינם על פי שנים הנשארים, ויכולים השנים לגמור הדין כיון שהם תרי מגו תלתא, וכבר נשאו ונתנו בדבר מתוך שלשה, הא תו לא נפקא לן אם סילק אחד את עצמו, לית לה בה כיון דאיכא שנים אחרים שגמרו הדבר."

הרי שלדעת הפני משה, גם אליבא דהב"י, הצורך במותב תלתא לעיכובא אינו אלא בשעת המו"מ, ולאחר מכן לכתחילה גומרים בשלושה, אך קם דינא אם רק שנים גמרו את הדין. אך יצוין, שגם לפי דרכו של הפני משה, עכ"פ לעיכובא שישאו ויתנו בשלושה במותב תלתא (דבלא"ה אינם כשלושה), וגם נראה שעכ"פ צריך שישארו שנים מתוך שלושה בשעת גמר הדין.

**העולה מדברינו:** נחלקו הש"ך והנתיבות אם לאחר שלושת הדיינים נשאו ונתנו במותב תלתא וכבר יודעים להיכן הדין נוטה, יכול אחד להסתלק ויגמרו הדין שלא במותב תלתא. לדעת הש"ך יכולים, ולדעת הנתיבות אינם יכולים.

נציין כי עפ"י המבואר בב"ח כתבנו שלכו"ע בעת "גמר הדין" צריכים שלשה, אלא שנחלקו אם גמר דין הוא בעת שידועים להיכן הדין נוטה או רק בעת אמירת "פלוני אתה חייב". גם אליבא שיטת הד"מ והש"ך הסוברים שאף למאי דנקטינן להלכה דגמר דין היינו כשאומרים: "איש פלוני אתה חייב", ג"כ יכולים השנים לפסוק הדין, כיון שכבר קודם הסכימו ביניהם במותב תלתא שכך הדין.

לפי זה אם לאחר הדיון שהתקיים במותב תלתא, לא התקיים מעמד של מו"מ של שלושת הדיינים שבו הדיינים

וע"ע סמ"ע (סי' מו ס"ק ט'), ובש"ך (ס"ק סג).  
 הרי שהח"מ הכריע - "אין בית דין בלא התוועדות", ולפי זה  
 בגמר הדין דבעינן בשלושה, היינו כשהם מתוועדים יחד.  
 ובספר אגרות משה (יורה דעה חלק ג' סי' קמב), דן בהזמנת  
 בעלי הדין שיצאה מבית הדין אך לא נחתמה על ידי שלושת  
 הדיינים במוטב תלתא, וז"ל:

"הקשית על מה שאין נוהגין כן הדיינים חותמין הזמנה זה  
 שלא בפני זה ולא ישבו במוטב תלתא כחדא להזמין. הנה  
 לכאורה מלשון זימון בשלושה, משמע שהוא דבר הצריך ישיבת  
 ב"ד להזמין לדין את הנתבע, כמו כל הדברים שתנן שצריך  
 שלשה, דלא מהני מה שיפסקו שלשה דיינים כל אחד בפני  
 עצמו, אלא דוקא כשישבו השלושה יחד וגמרו הדין. וכמו שלא  
 סגי במה שיעידו העדים לפני כל אחד ואחד בפני עצמו בשלושה  
 פעמים אלא צריכין להעיד דוקא בפני השלושה דיינים כשישבו  
 יחד. אבל הא צריך טעם, דבשלמא פסק הדין שצריך דוקא  
 בשלושה כשהן יחד הוא משום דע"י שלשה ביחד נתברר הדין  
 ביותר כשכל אחד שומע דברי חברו ומתוכחין זה עם זה, וגם  
 משום דשכינה שריא כדאיתא בכרכות דף ו' מנין לשלושה  
 שיושבין בדין ששכינה עמהם שנאמר בקרב אלקים ישפוט,  
 יזכו להוציא פס"ד אמת לאמתו."

הרי שהדבר פשוט להגאון ר"מ פיינשטיין כאמור, שבלא  
 מוטב תלתא בעת מתן פסק הדין אין עליהם שם של בית  
 דין. "משום דע"י שלשה ביחד נתברר הדין ביותר כשכל אחד  
 שומע דברי חברו ומתוכחין זה עם זה, וגם משום דשכינה שריא  
 כדאיתא בכרכות דף ו'... יזכו להוציא פס"ד אמת לאמתו."

### סיכומו של דבר

אין לשלושה דיינים מעמד של בית דין בלא התוועדות  
 במקום אחד במוטב תלתא. על כן ביחס לאותן החלטות  
 שעל פי הדין חייבות להינתן בבית דין של שלושה, כגון  
 חיובי גט והוצאת ממון, יש למנוע מצב שבו לאחר השלמת  
 הדיונים, אחד מהדיינים מעיין בתיק וכותב החלטה, ולאחר  
 מכן כל אחד מהדיינים בפני עצמו מעיין בתיק וחותרם,  
 ולאחר השלמת שלושת החתימות, ההחלטה נשלחת  
 לצדדים, בלא שהתקיים הליך של ישיבת בית דין במוטב  
 תלתא לקבלת ההחלטה.

הלכה זו היא לכל הדעות, בין לש"ך ובין לנתיבות. אמנם  
 אליבא דשיטת הש"ך אם היה מוטב תלתא בעת המו"מ  
 שלאחר השלמת הדיונים והסכימו להיכנס הדין נוטה, די בכך.  
 אך כאמור רבו החולקים שהכריעו שלא כשיטה זו. גם  
 לשיטת הש"ך, עד השלמת גמר הדין באמירת פלוני אתה  
 חייב, קיים הכרח בשלושה שהם במוטב תלתא, דבלא"ה אין  
 להם כח של בית דין.

על כן יש להקפיד ביחס לכל החלטה שעל פי ההלכה חייבת  
 להינתן בשלושה דיינים, שלא יושלם ההליך במשלוח  
 ההחלטה לצדדים, אלא לאחר שהתקיים ההליך של גמר דין  
 בשלושה במוטב תלתא.

אם הדיינים מכירים את חתימות העדים, עיין בתשובת הרשב"א  
 סי' צ"א שנראה בהדיא דצריכים הדיינים שיתוועדו שלשתן  
 ביחד."

וכן מפורש בריב"ש (סי' רלב) שיש חילוק בזה בין עדים  
 לדיינים, העדות יכולה להתקבל משני עדים שהעידו זה שלא  
 בפני זה, משא"כ הדיינים חייבים לשבת יחד. וז"ל הריב"ש:

"אין כאן ביטול, כיון שלא ביטל בפני שנים זה בפני זה, מן  
 הטעם שכתבת, דבמתני' בפרק השולח תנן היה עושה בית דין  
 ומבטלו... בענין כזה, שאינו צריך משא ומתן, אפילו לשנים קרו  
 להו בית דין... ומכל מקום, כיון דקרו להו ב"ד, משמע דבעינן  
 זה בפני זה, דומיא דההיא דפרוזבול דמייתי התם, דקאמר  
 מוסרני לכם פלוני ופלוני הדיינין. דלא שייך לאכשורי זה שלא  
 בפני זה אלא גבי עדות, וכרבי יהושע בן קרחה."

דינו של הריב"ש הובא להלכה ברמ"א (אה"ע סי' קמא סעיף  
 ט), ועיי"ש בב"ש שאין חולק על הריב"ש. ובביאור הגר"א  
 (ס"ק קכ) ביאר הלכה זו, וכתב:

"כיון דקרי להו ב"ד, בעינן זה בפני זה, דלא שייך להכשירו זה  
 שלא בפני זה, אלא בעדות, וכריב"ק."

ובתשובת מהרש"ם (חלק ו' סי' רלה) כתב, וז"ל:

"כתבתי בהא דמבואר בתשובת הריב"ש סי' רל"ב וב"א א"ע סי'  
 קמ"א דהיכי דבעינן בית דין, צריך שיהיו שלשתן ביחד, ולא  
 סגי בהסכמתן זה שלא בפני זה. ובתשובת תועפות ראם יו"ד  
 סי' מ"ז חידש כן מסברא, לענין בית דין של התרת בכור ולא  
 הביא ראיה, וגם הריב"ש לא הביא ראיה מוכרחת לזה. ואני  
 מצאתי בירושלמי ברכות ריש פרק שלשה שאכלו בהא דמדמה  
 זימון בשלושה, להא דשנים שדנו אין דיניהם דין, דמוכח שם  
 כהריב"ש, ע"ש ותבין. ולפ"ז נראה דגם בנ"ד יעשו כן,  
 שיתאספו שלשתן יחד ויתנו רשות למכור הקרקעות ולהבטיח  
 עצהיו"ט, ואז יוכל האפוטרופוס למכור."

ובספר חלקת מחוקק (אה"ע סי' יז ס"ק עח) האריך להוכיח  
 שבפסיקה להיתר עגונה אין צריך בית דין, ובתוך דבריו  
 כתב:

"ויש מי שכתב דאף בדיני ממונות אין צריכים הב"ד להתוועד  
 יחד, רק כל אחד יכתוב דעתו בכתב."

ובהמשך דברי הח"מ מבואר שלפי אותה דיעה,  
 "אין צריכים להתוועד יחד ויכולים לחוות דעתם על ידי כתב".

דהיינו לאותה דעה פשיטא שהדיון גופו צריך להיות בפני  
 שלושה במוטב תלתא, אלא ביחס למו"מ ופסק הדין סברו  
 שאינם צריכים להתכנס במוטב תלתא, ודי בפסיקה  
 באמצעות חוות דעת בכתב ובלא מוטב תלתא. החלקת  
 מחוקק דחה דעה זו וכתב:

"הנה בגמ' מוכח ככמה מקומות שהדיינים צריכים לקבוע  
 מקום כדאיתא גבי אודיתא כנפינהו ויתבי וכו' פרק זה בורר  
 בסנהדרין ובעינן ועמדו שני האנשים לפני ה', וכן הוא בתשובת  
 הרמב"ן להדיא, ואף הרא"ש שהקיל גבי קיום שטרות, היינו  
 בתחילה לקבל כל אחד בפני עצמו, אבל לבסוף צריכין  
 להתוועד יחד, ואין בית דין בלא התוועדות."



שהרבה מגדולי הפוסקים הורו למעשה כשיטת הח"מ בהיתר עגונה, ומבואר מדבריהם שלא יועיל מו"מ באמצעות הכתב אלא בהתכנסות ממש.

מהרלב"ח בקונטרס הסמיכה הביא מתשובת הרשב"א הנזכרת, וכתב על דבריו בלשון זו:

"הרי שאין הסכמת הרוב כלל כל זמן שלא היה בראשונה משא ומתן בין כלם. ובגדון דידן מן הראוי היה לשתהי' הסכמת הרוב קיימת שהיינו יושבין כולנו ביחד נושאים ונותנים בדין פנים אל פנים ופה אל פה, או לפחות שהיינו נושאים ונותנים ע"י כתב, וכשנודה שהכל שוה, כי גם בזה יש ספק. וכפי הנראה צריך להיות המשא ומתן פה אל פה ופנים אל פנים כמו המשא ומתן שהיה בין סנהדרי גדולה וקטנה שהיה פה אל פה, ולא די זה, אלא שהיו יושבים כולם כחצי גורן עגולה לשיראו כולם זה את זה. גם מתשובת הרשב"א הנזכרת כן נראה במה שכתב או שלא במעמדן וכו'. גם במה שכתב הרב בזה הדין בעצמו שלפנינו כן נראה, שכתב וזה לשונו אם כן למה היו החכמים מצטערים וכו' לפי שישראל מפוזרים ואי אפשר שיסכימו כולם. ואם מועיל המשא ומתן וההסכמה אפילו על ידי כתב איך אמר הרב שאי אפשר, דלפי האמת אפשר הוא. ואם היה אומר שהוא דבר קשה ניחא, אבל בלתי אפשרות לא ידעתי מאין לו. אשר לפי זה נראה שצריך המשא ומתן וההסכמה לסמוך, שיהיה פה אל פה. ומכל מקום אפילו למי שיודה בזה, לפחות היה צריך משא ומתן על ידי כתב, וכיון שלא נעשה לא זה ולא זה, אינה נקראת הסכמתם הסכמת הרוב וכמבואר."

בספר כנסת הגדולה (חו"מ סי' יג הגהת ב"י אות לו) כתב: "רובו מתוך כולו, נראה שצריך שיהיה המשא ומתן פה אל פה אבל לא בכתב, הרלב"ח ז"ל בפסק הסמיכה דף רע"ח עמ' ג', ועיין בדף רצ"ה עמ' ג' שנראה שמסכים דאפילו בכתב מהני."

ובשו"ת שואל ונשאל (חלק ה חלק חושן משפט סי' יג) כתב: "שאלה. שלשה בית דין נושאים ונותנים בהלכה זה שלא בפני זה או על ידי כתבים אי חשיבי רוב? תשובה. נראה לי דלא חשיבי רוב רק אם נושאים ונותנים השלשה בית דין יחד. אבל זה שלא בפני זה או ע"י כתבים לא חשיבי רוב. ואמינא לה ממ"ש מרן ז"ל בחו"מ סימן ח"י דאם אחד אומר איני יודע יוסיפו וגו' וביאר הסמ"ע ז"ל דבכה"ג הו"ל כאלו לא ישב עמהם דאמרינן אלו נשאו ונתנו יחד היו מודים לו ע"ש. ומזה נראה לענ"ד דגם אם נשאו ונתנו בכתב לא מהני דכמו דבעדים אמרינן מפייהם ולא מפי כתבם ה"נ בדיינים אמרינן הכי. והטעם הוא לענ"ד דבכתב אין העדות מתבררת כראוי כמו שבפ"ה וא"כ ה"ה נמי לדיינים. אבל בש"ע כתב הטעם דכתיב על פי שנים עדים וגו' ע"ש. ויש לחפש אם זה אסמכתא בעלמא וא"כ אפ"ל דעיקר הטעם כמו שכתבתי, או לימוד גמור, וא"כ אין ללמוד מזה לדיינים דשמא אין זה הוא טעם הכתוב. ושור"ר להרב גט פשוט ז"ל בסופו בכללים כלל א' שהאריך לבאר דבעינן רובו מתוך כולו והביא משם מהרלב"ח ז"ל דף רע"ח ע"ב דמספק"ל בעל ידי כתבם ע"ש."

ובשו"ת הרי בשמים (ח"ג סי' כז), הביא ראייה דלא מהני

### ההכרח במוטב תלתא כשנחלקו הדעות בבית הדין

כאמור, בכל מקום שיש צורך בכח בית דין, אין כח בית הדין לשלושה שאינם במוטב תלתא.

יש להוסיף בזה - בכל מקום שנחלקו הדעות ומכריעים את הדין על פי רוב דעות, אין דעת המיעוט מתבטלת אלא אם היה מו"מ של כולם יחד.

הרשב"א בתשובה (חלק ב' סי' קד) כתב:

"שאינן הולכין אחר הרוב אלא כשרבו המזכין על המחייבין, או המחייבין על המזכין, מתוך משא ומתן של כולם. אבל כשהמיעוט איננו, לא. שאלו היה שם אותו האחד, שמא היה מראה טעם להפך כל מה שהסכימו הרוב, ויודו הרוב בכך... ואין רוב בכל מקום, אלא רוב מתוך הכלל, ומתוך משא ומתן. אבל רוב הנפרד מן הכלל, דנין או בוצעין לעצמן שלא מתוך משא ומתן עם הכלל, או שלא במעמדן, לא עשו ולא כלום."

ובספר גט פשוט בסוף הספר (כלל ה) כתב:

"דלא חשיב רוב, אלא היכא דנחלקו פנים בפנים רובו מתוך כולו, כמ"ש הרשב"א בתשובה, הביאה מרן חו"מ סי' י"ג, וכן דעת כמה פוסקים כמ"ש לעיל באריכות."

ובפד"ר חלק ז' עמ' 238 בפסק דין מבית הדין הגדול (בהרכב הדיינים נ"ע רבי יצחק נסים, רבי יוסף שלום אלישיב, רבי אליעזר גולדשמידט) כתבו:

"בעמדנו בפרק זה לא נימנע מלהעיר, אף על פי שהדבר פשוט הוא ומוכח מתקנם של הדברים דלעיל, כי תנאי כל יעבור זה לכל החלטה, שקודם נתינתה יתקיים משא ומתן בין המחליטים כולם במעמד אחד. התנאי הזה דין הוא בתורת אחרי רבים להטות, היינו שבהכרעה של רוב נגד מיעוט אין דעת המיעוט בטלה, אלא רק כאשר הם כולם יחד במעמד, ונשאו ונתנו יחדיו, אבל כאשר כל חברי הגוף המחליט במנינם המלא הם בדעה אחת וההחלטה ניתנת בדעת כולם, אין התנאי הזה מעכב בה... ומפורש יוצא כך מדברי הרשב"א בתשובה הנ"ל בחלק ב' סימן ק"ד, מקורה של הלכה זו, ומדברי הרלב"ח הנ"ל בקונטרסו ומדברי כל הפוסקים הנזכרים לעיל, ושאינם נזכרים, הדנים בדבר, כי דין זה רוב מתוך הכלל ומתוך משא ומתן הוא כאשר ההכרעה היא בדרך רוב נגד מיעוט, ולא בהחלטה בהסכמת כולם."

יצוין כי פסק הדין הנ"ל אינו מתייחס לבית דין, אלא לחברי גוף אחר שאינו בית דין, כפי הנידון באותו פסק דין. אך ביחס לבית דין, בהתאם למתבאר לעיל, ודאי שלא היו כותבים בפד"ר שם שבהחלטה הניתנת בהסכמה אין צורך שיהיו כולם באותו מעמד.

### משא ומתן באמצעות הכתב

יש לברר מה הדין כשנחלקו הדעות בין הדיינים, וניהלו מו"מ באמצעות הכתב, האם יועיל להחשב כמו"מ בהתכנסות במקום אחד.

מדברי חלקת מחוקק (סי' יז) הנזכר עולה, שלא יועיל בלא התוועדות ממש, ועיין אוצה"פ סי' יז (ס"ק של אות ד),

“גמרו את הדבר, היו מכניסין אותן. הגדול שבדיינין אומר איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב”.

הרי שפסק הדין קיבל תוקף גם בהעדר החלטה חתומה. אך כיום ההכרח לחתום על כל החלטה, נובע מתקנות הדין (סעיפים קיא וקיב).

במתכונת המבוארת במשנה, בעלי הדין נכחו במעמד אמירת פסק הדין, ובכך הם שמעו באופן בלתי אמצעי מהדיינים את תוכן פסק הדין. משא”כ כיום, פסק הדין הכתוב הוא הדרך הבלעדית להודעת פסק הדין, על כן בהכרח שפסק דין זה ישקף בדרך אמינה את תוכן פסק הדין שניתן על ידי שלושת הדיינים.

תְּכַנַּת “שיר”ה יצרה בעיה ביחס לחתימה על ההחלטות. אם קודם לכן חתימת דיין על מסמך ההחלטה המודפס, היתה חתימה חלוטה ולאחריה לא היה ניתן לשנות בגוף המסמך החתום, ובמידה שהתעורר צורך לתקן את ההחלטה, המסמך הודפס מחדש, ונחתם מחדש. הרי שבמתכונת הנוכחית גם לאחר שהדיין הראשון או השני חותם על ההחלטה (חתימה גרפית באמצעות המחשב), כל עוד המסמך לא נחתם דיגיטלית, ניתן לערוך בו שינוי. החל מתיקון טעות סופר או תיקון נוסח, ועד לשינוי מהותי בתוכן ההחלטה.

#### הקשיים במצב הנוכחי

א. **מהבחינה העקרונית** - ביחס לאותם החתומים בחתימה הגראפית בלבד, קשה לקבל את המתכונת הנוכחית שכן נראית חתימת דיין על מסמך משפטי. מצב זה אינו סביר, שלאחר שהדיין חתם על נוסח החלטה מסוים, הוא אינו סמוך ובטוח שלא ימצא עצמו בעתיד, חתום על נוסח אחר שלא יצא מתחת ידו, וכי חל בו שינוי שאינו על דעתו.

עוד בטרם נכנס לסוגיה ההלכתית, קיימת הנחת יסוד ש“חתימה” היא כפשוטו - סיום וחיתום העניין. ואילו כעת, חתימתו של דיין החתום גראפית בלבד, אינה מבטאת בהכרח סיום והשלמת ההחלטה עליה חתם, הואיל וגם לאחר החתימה עדיין ניתן לערוך שינוי בגוף ההחלטה.

ב. **מהבחינה העניינית** - כאמור, הדיין אינו יכול להיות בטוח שהמסמך לא השתנה לאחר חתימתו. יובהר, לא בהכרח שינוי כזה יארע בכוונה מצד דיין אחר. יתכן שעקב טעות, הדיין האחר עשה שינוי בגוף ההחלטה בלא שהיה מודע לכך. בנוסף, המציאות מוכיחה שהדיינים משנים בגוף ההחלטה ומתקנים תיקוני נוסח הכרחיים לצורך הוצאת החלטה מנוסחת כראוי, בהנחה שזה מוסכם על הדיין שכבר חתום, ובעת שהלה אינו לידו, והדיין המתקן אינו יכול לקבל את הסכמתו על אתר, ומעדיף שלא לעכב את השלמת ההליך, ומסיימו בחתימה דיגיטלית בלא קבלת הסכמה.

מו”מ באמצעות הכתב, ובסיום דבריו כתב שנראה שכן דעת הרלב”ח, שהוציא כן מתשובת הרשב”א.

נראה ברור שאף הרלב”ח לא הסתפק שיועיל מו”מ באמצעות הכתב אלא ביחס להלכה שהולכים אחר הרוב, אך לא איירי בבית דין, אלא בנידון הסכמת חכמי ישראל לחדש את הסמיכה, וכיוצ”ב. אך מסתבר שלא יאמר דבריו ביחס לבית דין של שלשה, שבהעדר התכנסות יחד אין להם כח בית דין, וממילא גם המו”מ צריך להיות מו”מ של בית דין.

לעיל הבאנו מתשובת הר צבי (חלק חו”מ סי’ טז), שהשיב אודות בית דין ששמעו את הטענות ובסיום הדין לא התקיים מו”מ בין הדיינים, אלא הדיינים התפזרו והתקיים מו”מ באמצעות הכתב שבסיומו נחלקו הדעות בבית הדין, אך לאחר שמיעת הטענות לא התועדו שלושת הדיינים יחד אלא ניתן פסק הדין בלא התכנסות של הדיינים למקום אחד. הרצ”פ פראנק זצ”ל קבע שאין דיניהם דין משני טעמים. ראשית על יסוד שיטת התומים והנתיבות הנזכרת שגם בעת גמר הדין של אמירת “פלוני אתה חייב” בעי שלושה. וכאן בעת גמר הדין כבר אין שלושה. ובנוסף, מאחר ונחלקו הדעות והדין נפסק עפ”י רוב דעות הרי שדעת מהרי”ט (סי’ נח), מהר”א ששון (תורת אמת סי’ כז) וספר גט פשוט (כלל ה), דאחרי רבים להטות היינו כשהם יחד. הרי שהיה פשוט להרצ”פ פראנק זצ”ל שבבית דין אינו מועיל מו”מ באמצעות הכתב, ואין יכולים ללכת אחר הרוב.

אמנם בספר ישכיל עבדי (חלק ה חו”מ סי’ ה), העלה שמו”מ מתוך הכתב מועיל, ונסמך על תשובת ספר משפט וצדקה ביעקב (סי’ מח), עי”ש. אך אין דבריו נראים, ונראה שהנידון באותה תשובה לא היה ביחס לרוב ומיעוט באותו בי”ד, אלא בהכרעת ההלכה על פי דעת רוב החכמים שדנו בשאלה, כגון כשבית הדין פנה לקבל חוות דעת מבתי דין אחרים וקבלו חוות דעתם, ובנסיבות אלו דנו האם רוב דעות מחייב, עי”ש.

#### מסקנה

בכל החלטה המחוייבת להינתן על ידי שלושה דיינים, ונחלקו הדעות בין הדיינים, וההכרעה מתקבלת ברוב דעות, יש לקיים את המו”מ לבירור ההלכה במעמד שלושת הדיינים, אך לא באמצעות הכתב או שיחת טלפון וכיוצ”ב. ללא מו”מ ראוי, אין דעת המיעוט מתבטלת ולא ניתן לפסוק עפ”י רוב דעות.

### חתימת החלטת בית דין

#### הקדמה

מבחינה עקרונית, אין הכרח בהחלטת בית דין חתומה. במשנה (מסכת סנהדרין דף כט עמוד א’) נאמר:

המקנה כדאי תא ספ"ק דקידושין. ואע"ג דהמקרא מדבר בשטר מכר מכל מקום למדינין מיניה דה"ה למלוה ולוה. וכן מבואר באשר"י פרק גט פשוט שכתב וז"ל והר"ר יונה ז"ל כתב טעם הירושלמי דלא חשב כלום ע"א בכתב משום דקרינן ב"י מפייהם ולא מפי כתבם. אבל שטר שחותמין עליו שני עדים במצות המוכר והלוה גלי ב"י קרא דכשר דכתיב ואקח את הספר המקנה ע"כ. והלכך בעינן דלכתוב סופר תחלה ואח"כ יחתמו עדים, וכדכתיב שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום והעד עדים. אבל העד שחתם על הנייר לית ב"י מששא, וכבר מבואר להדיא בתוס' פ"ק דגיטין דף ד' בד"ה מודה ר"א שתפסו בפשיטות דהיכא דחתמו העדים תחלה ואח"כ כתב השטר על גבי חתימתן ליכא עדות כלל, וזהו דבר פשוט."

בקצות החושן סי' מה סק"א כתב:

"אם העדים חתמו עצמם תחלה על נייר חלק ואח"כ כתבו על חתימתן את השטר, פסול משום דבעינן הכתיבה קודם לחתימה. וכן מבואר מדברי התוס' פ"ק דגיטין דף ד' ד"ה מודה ר' אלעזר במזויף מתוכו ז"ל: וליכא למימר דאי שרינן בחתמו שלא לשמה יבואו להכשיר זימנין דיחתמו תחלה ויכתבו גט על גבי חתימתן והתם ליכא עדות כלל, דא"כ מטעם זה גם בשאר שטרות הוי לנו להצריך חתימה לשמה עכ"ל. ומבואר דאם קדמו החתימה לכתובה לאו כלום הוא, דבשעה שחתמו על נייר חלק חתמו ואחר שכתבו השטר אין החתימה חוזר וניעור, וכ"כ בתשובות ב"ח סי' מה."

וכן בנתיבות המשפט סי' לט ס"ק יג כתב:

"דכשחותמין על נייר חלק אין כאן הגדה כלל ופסול."

אמנם יש חולקים: עיין ח"י הריטב"א הישנים (גיטין דף ב,ב), ועיין אמרי בינה דיני הלוואה (סי' כו) ואמרי משה (סי' יז סק"ה) שביירו הלכה זו. עכ"פ הרבה פוסקים הסכימו למעשה עם שיטת התוספות, הרשב"א, הב"ח, הקצות והנתיבות. והיינו מפני שחותמת שטר היא כמשמעו, וצריך שיהיה זה המעשה האחרון הגומר והחותם את השטר, שאין אחריו שינוי בגוף השטר, אך לא ניתן לחתום, לבצע שינויי נוסח ושחותמה זו תישאר במעמדה גם לאחר שינויים אלו.

עקרונית, אין הבדל בין חתימה על נייר חלק כשרק לאחר החתימה נכתב הנוסח של השטר, ובין חתימה על נוסח אחד, ולאחר מכן שינוי את הנוסח וקבעו נוסח חדש. בשני המקרים אין ערך לחתימה שתיחשב כחותמה בת תוקף למפרע.

כאמור, במתכונת הנוכחית של תְּכַנַּת שיר"ה, גם לאחר ששני דיינים חתמו גראפית ניתן למעשה לשנות את הנוסח ולקבוע נוסח חדש. וכפי שמצוי בבתי הדין ומעשים בכל יום בשגרת העבודה של כלל בתי הדין. אמנם ניתן לקבוע, שבעת ההסכמה על הנוסח הסופי, ניתן פסק דין המוסכם על שלושת הדיינים, וגוף הפסיקה הוא בר תוקף, אך עדיין אין ערך לחתימה של אותו דין שכבר חתם אם שינוי את ההחלטה לאחר חתימתו.

וכיון שכן, בכל חתימה כזו, גם אם לא נעשה כל שינוי בנוסח

אוי לנו אם נקלע למציאות שבה דיין חתם על החלטה בנוסח אחד ולבסוף מצא עצמו חתום על נוסח אחר שאינו מקובל עליו.

ג. **מהבחינה המשפטית** □ סביר להניח שאין ערך משפטי לחתימה גראפית בלבד אלא רק לחתימה דיגיטלית. כעת נפנה לשאלה, מהי מעמדה ההלכתית של חתימת החלטה במתכונת הנוכחית. ראשית עלינו לברר מה הדין ביחס לשטר ממון שיחתם בדרך כזו, ובהנחה שדין חתימה על החלטה כדין חתימה על שטר ממון. כגון שטר כתובה שייחתם על ידי שני העדים בחתימה גראפית בלבד. האם יש ערך לשטר כזה?

### מעמדו של שטר שניתן לשנות בו את תוכנו גם לאחר החתימה

נראה פשוט ששטר שניתן לשנות בו את תוכנו גם לאחר החתימה, הינו מסמך חסר ערך לחלוטין. תנאי יסודי בכל שטר החתום על ידי שני עדים, שהשטר יכתב על נייר או קלף שאי אפשר לזייפו, ואם יוסיפו אות אחת או מילה אחת, הדבר אמור להיות ניכר. ובכך יש ערך לחתימת העדים שתיחשב כעדות על האמור בשטר, כל עוד לא נוסף דבר בגוף השטר. אך אם ניתן להוסיף בגוף השטר, בלא שהדבר ניכר, אין ערך לחתימה כזו.

לכאורה היה מקום לטעון, שמלכתחילה הדיין החותם ראשון או שני בחתימה גראפית בלבד, מביע הסכמה מראש, שיוכלו לתקן ולשנות בגוף ההחלטה, וכל שינוי מהותי יהיה לאחר הסכמתו. אך גם בנסיבות אלו, להרבה דעות בפוסקים אין ערך לחתימה מסוג זה.

ראשונים ואחרונים כתבו לפסול שטר שהעדים חתמו עליו בעת שהיה נייר חלק, ורק לאחר שחתמו, נכתב גוף השטר ונמסר על ידם למי שאמור לקבלו.

בתוספות (גיטין, דף ד עמוד א ד"ה מודה רבי אלעזר), כתבו:

"הכא שהעדים כשרים אלא שחתמו שלא לשמה, מה תקלה יש בכך אם נסמוך עליהן. וליכא למימר דאי שרינן בחתמו שלא לשמה, יבא להכשיר זימנין דיחתמו תחלה ויכתבו גט על גבי חתימתן, והתם ליכא עדות כלל. דאם כן מטעם זה גם בשאר שטרות היה לנו להצריך חתימה לשמה."

ובחי' הרשב"א (גיטין, דף ד, א) נראה שהסכים עם סברת התוספות.

יצוין כי החזו"א (אה"ע סי' קג ס"ק כד) הביא את שיטת התוספות בלשון זו:

"כתבו התוספות ד' א' ד"ה מודה, שאם הקדימו חתימתן פסול, ור"ל אע"ג דלא הוציאו חתימתן מתחת ידן אלא מדעת הבעל."

בשו"ת הב"ח סי' מה כתב:

"בדין עד אחד היה נחוץ לדרכו, וחתם שמו על חלק למטה, ואח"כ כתב הסופר שטר למעלה מחתימת העד, ואח"כ חתם עד השני. תשובה, אין לו דין שטר. דשטר שחותמין עליו שני עדים במצות הלוה גזרת הכתוב הוא דכשר, דכתיב ואקח את ספר

לא כן ביחס לעדות על תוכן פסק הדין. אין זו עדות על דבר מוחשי הקיים והמצוי לאחר הפסיקה, בדרך שללא קושי ניתן לגלותו. אלא זוהי אמירה של שלושה דיינים שאין לה כל זכר והיכר מוחשי לאחר אמירת פסק הדין.

ק"ו בנידון שלפנינו, בתי הדין עוסקים בתיקים רבים. הדיינים אפילו אינם יכולים לזכור אם לפני שבוע פסקו סך 2000 שקל דמי מזונות בתיק פלוני או 2500 שקל, ואם נשאל אותם לאחר כמה ימים, עפ"י רוב אינם זוכרים את פרטי פסק הדין לאשורו, כל שכן לאחר פרק זמן נוסף, כפי הזמן הנמשך עד שפסק הדין מגיע לידי הצדדים. אלא הכול מיוסד על אמינות הכתוב בפסק הדין.

אמנם במסכת ראש השנה (כב, ב) ביחס לקידוש החודש נאמר:

"אפילו איניש דעלמא נמי מהימן. מאי טעמא כל מילתא דעבידא לאגלויי לא משקרי בה אינשי".

וכן במסכת יבמות (עו ע"א): "שאני הכא, דהא שמואל ובית דינו קיים". אך נראה שדווקא ביחס לעדות קידוש החודש נאמרה הלכה זו, מאחר שהקביעה הזו נעשתה בפרהסיא ואנשים רבים נכחו בה, ופסיקה כזו נחשבת מלתא דעבידא לאיגלויי, או כגון הפסיקה הידועה והמחודשת של שמואל ובית דינו "מואבי ולא מואביה". לא כן ביחס לפסיקה פרטית כנהוג אצלנו כאמור.

לכן בנסיבות המצויות אצלנו אין עדות הדיין השלישי יכולה להועיל כ"מלתא דעבידא לאיגלויי".  
וע"ע בתשובת מעשה אברהם (סי' יב), אך דבריו וראייתו מהירושלמי אינם ברורים.

### האם מעמדה של חתימה על פסק דין כמעמד חתימה על שטר?

עוד יש לברר מה טיבו של פסק דין חתום, האם דינו כשטר. לדעת קצות החושן (סי' לו סק"ו), פסק דין מורכב משני כוחות: כח אחד - פסיקת דין והכרעה בדין שבפניהם, כח שני - הודעת פסק הדין באמצעות שטר חתום על ידי הדיינים, ולשטר זה כח ראייה, שבאמצעותו הדיינים מעידים על פסק הדין, ועליו לעמוד בגדרי עדות. שיטה זו של קצות החושן עולה מתוך מסקנת הקצות שההלכה "נמצא אחד מהם קו"פ בטלו כולם", נאמרה רק בעדים ולא בדיינים, והוסיף הקצות, שעכ"פ כל זה רק ביחס לעצם הפסיקה, אך לא ביחס לכח הראייה שבשטר פסק הדין. וה"ל קצות החושן:

"ולענ"ד נראה דהיכא דהדיינים פוסקים איזה דין אפילו אם יש בהם פסול כל שנשאר עם הכשרים כ"ד של שלשה לא נתבטל דין הכשרים, אבל הנפק דהוי נמי תורת עדים עליהו שמעידים שנתקיים השטר, וכן כיוצא בזה כגון שקיבלו איזה עדות ונותנים על זה גביית עדות שנתקבל עדות זה בפניהם א"כ יש עליהו תורת עדים נמי, דהא לא ידעינן שנתקבל העדות או שנתקיים השטר כי אם על פי הדיינים, א"כ כשיש עמהם פסול

ההחלטה, מאחר וניתן לערוך שינוי בנוסח ההחלטה, החתימה תיחשב כחתימה על שטר היכול להודיף ואין לה מעמד של חתימה כשרה.

כמו כן, בנסיבות הנוכחיות ביחס לבעלי הדין המקבלים לעיונם החלטה חתומה ע"י שלושה דיינים ורק אחד מהם, זה שחתם אחרון, חתום בחתימה דיגיטלית, אין בפני בעלי הדין אלא אישור של דיין אחד שזהו פסק הדין, אך אין אישור של שלושת הדיינים.

### האם ניתן לקבוע שהדיין החתום שלישי בחתימה דיגיטלית ראוי לאשר שכך הוחלט על ידי בית הדין בהרכבו המלא?

לכאורה היה מקום לטענה שאנו סומכים על הדיין השלישי החתום בחתימה דיגיטלית, המאשר בחתימתו שזהו אכן פסק הדין שניתן על ידי בית הדין כולו.

אך אין מקום לטענה זו. ראשית לא ברור שזו אכן כוונתו של הדיין החתום דיגיטלית, לאשר את פסק הדין כולו, ויתכן שכוונתו רק לאשר שזו עמדתו כפי המופיע בפסק הדין, ומניין לקבוע שזו עדות על פסיקת שלושת הדיינים. מלבד זאת, יש לפקפק בסמכותו של דיין אחד להעיד על פסק הדין הכולל. במשנה הנוכרת, הגדול שבדיינים מכריז על פסק הדין במעמד שני הדיינים האחרים, אשר בשתיקתם הם מאשרים שזהו פסק הדין, דבר שאינו קיים במתכונת הנוכחית.

אמנם בספר אורח משפט (להגרש"ד אנאליק, סי' ג' ס"א ד"ה הא) כתב, שאם דיין אחד מודיע על פסק הדין לבדו, לאחר ששני הדיינים כבר עזבו את המקום, יועיל, והוא נאמן מטעם מלתא דעבידא לאיגלויי. אך יש להעיר על דבריו:

א. בשו"ע חו"מ (סי' כג) מבואר שביחס לנאמנות הדיין על תוכן פסק הדין, מעמדו של הדיין כעד אחד בלבד. וגם כשהיו שני דיינים או יותר, רק כששנים מהם מעידים יחד הם נאמנים כשני עדים, אך אחד בלבד אינו נאמן, וסברת "עבידא לאיגלויי" אינה רלבנטית ביחס לעדות כזו. ועיין בתשובת חת"ס (אה"ע סי' קג) הנוכרת לעיל, שלמד מסוגיא זו שנאמנות הדיינים על פסק הדין חייבת לעמוד בגדרי נאמנות שטר ממון. וכן מבואר בקצות החושן (סוף סי' לו). הן החת"ס והן קצות החושן לא העלו על דעתם שקיימת סברא מחודשת של "מלתא דעבידא לאיגלויי" המסלקת ריעותא בהלכות עדות.

ב. הרמ"א (חו"מ סי' ל סעיף יד) לא הסכים להקל בדיני ממון על יסוד סברת "מלתא דעבידא לאיגלויי". אמנם באורח משפט שם כתב, דבכה"ג שודאי יבורר מהני אף לדעת הרמ"א. אך אין נראה כן. סברת "עבידא לאיגלויי", היינו כמו "שלח ואָחוּי" (קידושין סו, ב) בדבר שבנקל ניתן לגלותו, ולכן אין חשש שהאדם ישקר בעדותו. אך היינו כגון עדות על חייו או מיתתו של הבעל, או שפלוני הוא אחי המת, וראוי לחלוץ, או ביחס לשמות בני הזוג לעניין כתיבתן בגט וכיוצא"ב, שהנידון נשוא העדות נתון לגילוי ללא כל קושי. אך

מרצון שניהם, וכיון דעדים החתומים מרצון המתחייב הו"ל כאלו עומדים עתה בפנינו ומעידים כך וכך. ה"נ דיינים החתומים באופן הנ"ל, הו"ל כאלו עומדים עתה לפנינו ומורים הלכה לשעתה."

הרי שהחתם סופר התייחס לפסק דין כשטר לכל דבר, ולחתימת הדיינים על פסק הדין כחתימת עדים בשטר.

אמנם בספר נתיבות המשפט (סי' ז' סק"ג) כתב:

"שנים שבאו מבי"ד תורת בי"ד עליהן, ונאמנים מטעם בי"ד ולא מטעם עדות, וכן בקיום, וכן בפסק דין כשמת אחד מהן כותבין וחד ליתוהי. ואם כן כשבי"ד אחר דנין על זה הכתב ומקבלין הכתב בתורת בי"ד ודנין עליה, כן יכולין אותן הדיינין לצרף השלישי שידון עמהם על אותו הכתב קבלת עדות שכתבו אלו השנים וכתבו בו וחד ליתוהי, כי השלישי שרואה המעשה בי"ד, דן עפ"י מעשה בי"ד. ולפי זה אם יכולין לדרון אלו השנים בצירוף הג', כשכותבין אלו השנים בכתב קבלת עדותן, כמו כן יכולין להגיד בפיהן ונאמנין מטעם בי"ד, דהא יכולין לכתוב מה שאמרו בפיהם ויהיו נאמנין מטעם בי"ד, ולא יהיה כתבן עדיף מפיהם."

וכן כתב החזו"א (חלק אה"ע, סי' קא ס"ק כא), בביאור הטעם שאין ריעותא ד"מפי כתבם" במעב"ד:

"משום דבית דין א"צ העדאה, אלא הכל עושין על פיהן כל שידענו צוואתן בכל אופני הידיעה שהן, הלכך כתבן מהני... בחתמו כולם ואנו מכירים אותם שהם ראויים לבית דין אין צריך דין עדות."

ומשמע מדברי החזו"א, שאין בהודעת פסק הדין גדר עדות, והיא מועילה ככל שהודעה זו אמינה, ומשקפת את פסק הדין כפי שניתן.

אך עיין בתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (סי' צא), שכתב בפשיטות שלא כסברא זו, וז"ל:

"קבלת העדות צריכה להיות בבית דין, כלומר במעמד שלשה, שהן בי"ד. אבל הבי"ד אין צריכים לחתום זה בפני זה. ואפילו במקום אחד לא מצאנו. והראיה, ששלשה שישבו לקיים השטר, ומת אחד מהם, שאע"פ שאין השלישי בעת החתימה, אעפ"כ השנים חותמים, ודי להם בכך. ואילו היו צריכים לחתום במעמד שלשתם, כלומר שיהיו עדיין בי"ד בשעת חתימה, היאך אנו מכשירין קיום זה בחתימת השנים, והלא באותה שעה בטל כח הבי"ד, שהשלישי מת, והנה איננו. ואילו קבלו שלשה עדות הקיום, אע"פ שלא כתבו קיומם בשטר, אלא שנים מהן מעידין כן בפני בי"ד, די בכך. לפי שאין אלו עדים מפי עדים. אלא בי"ד שמעידים שבבית דינם נתקיים שטר זה. ולא עוד אלא אם נתקיים שטר זה בפני בי"ד של שלשה, די בכך לפי שמעשה שנתקיים בפני הבי"ד, נגמר הענין. ומאותה שעה ואילך, אין צריך אלא לברר הדבר שהיה כן, כלומר לאמת שנתקיים בפני בי"ד."

הרי מפורש בתשובה זו, שלאחר שמת אחד מהם, בטל כח הבית דין. ובעת שהשניים הנותרים חתמו על מעשה בי"ד, הם מעידים שבבית דינם התקיים השטר. והיינו בגדר עדות.

נתבטל כל הענין, אבל היכא דיושבין על משפט לעשות איזה דין בזה לא שייך דין נמצא אחד מהם קרוב או פסול... ולפי מ"ש הוא הדין היכא דכתבו את הפסק איך שכבר נפסק וחתמו ביניהם קרוב או פסול, יכול בעל דין להכחיש ולומר שלא נפסק כך, ואין הפסק מועיל לראיה, כיון דנמצא ביניהם קרוב או פסול, אלא לענין גוף הדין עכ"פ לא נתבטל בצירוף הפסול, כן יראה לי."

סיוע לשיטת הקצות מתשובת התשב"ץ (חלק ג' סי' טז), שברר הלכה זו של קיום בית דין על הגט אם צריך קיום, ובתוך דבריו כתב:

"וכיון שאם היו הבי"ד בפנינו ונשתתקו ולא יכלו לדבר, וכתבו לנו שהיא מגורשת, היינו מתירין אותה, ולא חששנו למה שאמרה תורה מפייהם ולא מפי כתבם, עכשיו שהם חתומים בו, ומן התורה הוא כשר משום דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד, ורבנן הוא דאצריך, משום עגונא נקל להתירו. שאם באיסור תורה דהיינו מפייהם ולא מפי כתבם הקלנו, כ"ש שנקל במה שחייבו חכמים והוא שנצריך קיום על הקיום."

מבואר שהתשב"ץ התייחס לפסק דין של קיום גט כשטר רגיל שנאמרה בו ההלכה "עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד". ומשמעות לשונו, שמבחינה עקרונית, דין פסק דין של בית דין כדין שטר לכל דבר.

ועיין רמ"א (אה"ע סי' קמב, יט) שפסק להלכה את דינו של התשב"ץ, והביא לשון זו של התשב"ץ "עדים החתומים על השטר" וכו' ביחס לדיינים החתומים על מעשה בית דין של קיום הגט.

וכן עולה מדברי החתם סופר בתשובה (חלק אבן העזר, ח"א סי' קג) שכתב בלשון זו:

"ובזה זכיתי להבין מה שצל"ע מה מועיל כל פסק בי"ד או קיום הנפק, והלא אין לדיין אלא מה שיכול לומר פלוני אתה חייב וזכאי וכה"ג, וזולת זה אינם אלא עדים שהם מעידים בפיהם או בכתבם שככה יוצא פלוני זכאי או חייב בדינם, או כך וכך חקרנו עדים פלוני ופלוני, ודבר זה מבואר בקידושין דף ע"ד ע"א גבי נאמן דיין לומר ע"ש, ועיין בסמ"ע סי' כ"ג ובמפרשים שם, יתבאר היטב דאין הדיינים אלא עדים בעלמא, שמעידים כך דנו או חקרנו העדים. וא"כ קשה מה מועיל כתיבתן, הא הוי מפי כתבם והפס"ד לא נכתב ברצון שניהם. ולפי הנ"ל א"ש, דכל בעל שטר מעיקרא משעת כתיבת השטר שיעבד נפשי' אדעתא דהכי שיוכתב עליו הנפק. ואע"ג דאח"כ צווח כי כרוכי' לא תכתבו הנפק, מ"מ מכיון שקבלו בב"ד עדי הקיום ונתברר שהשטר אינו מזויף, ונתברר לנו שהלוה ציוה לכתבו, ובכלל זה נמי שהרשה אז לכתוב עליו הנפק, ממילא הו"ל כנעשה ברצון המתחייב, ואע"ג דעכשיו צווח מידי דהוי אגט אשה כנ"ל. וכן י"ל נמי כיון בכל פס"ד כיון שבאו לפנינו לדרון או אפילו דיין הדן בכפי' ברשות התורה, הו"ל כרצון שניהם. ואע"ג דבכתיבת הפס"ד איננו מתרצה, מ"מ יש לו דין שטר. ועוד נ"ל דהשתא עדיפי מעדים, כיון דדין פסק הוא כנעשה

**מעמדה של חתימה ממוחשבת**

החתימה הממוחשבת במערכת "שיר" אינה חתימה בכתב יד הידיינים, אלא צילום ממוחשב של חתימת הדיין המוטבע על ההחלטה ע"י המחשב.

יש לדון האם למעשה חתימה שאינה נעשית בגדרי כתיבה, יש מעמד של הגדת עדות. האם העיקר שבסופו של דבר שם העד יופיע על השטר (או סימן אחר שהוא חתימתו המפורסמת) או בעינין ששמו (או סימן חתימתו) יופיע באמצעות מעשה כתיבה, ורק מעשה כזה מקבל מעמד של העדאת עדות בבית דין.

ביחס לחתימה כזו, המוטבעת בדרך שאין בה גדר משעה כתיבה, קבעו כמה פוסקים שאינה מועילה.

הסמ"ע (סי' מה סק"ו) כתב בפשיטות, שבשטרי ממון יש לפסול אם העדים חתמו בדרך של כתב על גבי כתב.

אמנם בחי' חתם סופר עמ"ס גיטין (דף יט) תמה דהא לא איברו סהדי אלא לשקרי, ומדוע תיפסל חתימה שאינה עומדת בגדרי כתיבה. וכן בתומים (סי' מה סק"ד) כתב:

"וכי כתב בעינין, הא לא צריך סהדי אלא לשקרא, וא"כ מה נ"מ אי קרוי כתב או לא, סוף כל סוף עדים מעידים על גוף הענין." אך למעשה הפוסקים הסכימו עם סברת הסמ"ע. עיין בספר תורת גיטין (סי' קל סעיף טז) שכתב בפשיטות לפסול חתימה הנעשית בדרך של כתב ע"ג כתב, וז"ל:

"ובאמת לאו חתימה היא כלל, דהא כתב על גבי כתב הוא."

וכן בחי' הגאון רבי עקיבא איגר ז"ל (גיטין דף יט, בתוד"ה דיו), כתב:

"אי אפשר לבית הדין לפסוק ע"י עדות זה, דמסתמא נמסר כהלכתו, דהא מן התורה אין ממש בחתימה זו למקרי עלה שם עדות, דאין כתב על גבי כתב."

גם החזו"א (חלק אה"ע סי' צו סק"ב) כתב בפשיטות שאין ערך לחתימת עדים בכתב על גבי כתב, וכל עוד לא נחתם כראוי בכתיבה ממש, או שלא עקב ליקוי אחר, אין בו כח ראיה. וז"ל:

"דכתב על גבי כתב פסול בחתימות גם בכל השטרות מהתורה, דהרי הוא כאילו לא חתמו כלל, כיון שאין כתב על גבי כתב. ומה אילו לא חתמו כלל אלא שאמרו להן שכותבין שמותיהן והסכימו שיהיו עדים על הדבר, והלא ודאי אין זה שטר, שמתנאי השטרות שהאמינה תורה את עדותן כנחקרה בבית דין הוא שיחתמו מדעת בעל השטר. ואם חתמו שלא מדעתו, אף שמסרו לו ומסר הוא למלוה, השטר פסול, ואין ראיתו ראיה, כל שכן שלא חתמו כלל."

וכן בספר שו"ת יבא הלוי (הגאון רבי יוסף ב"ר אליהו אלפאנדרי ז"ל, חלק אה"ע סי' ב) כתב כן בפשיטות ביחס לחתימת עד על שטר כתובה, שחתם באמצעות הטבעת חותמת ("גושפנקא" בלשוננו), בכה"ג שהכתב נעשה בדרך שהיא חק תוכות ולא חק ירכות, ופסק שהכתובה פסולה, מפני שבשטרי ממון, חתימת העדים חייבת להיות בכתב יד

העדים שחתמו בחתימת ידם הנעשית בגדרי כתיבה, ולכן חק תוכות אינו מועיל.

ולפי דרכו, בהלכה זו שטר ממון אינו דומה לגט. בגט, מאחר שעדי מסירה כרתי, הריעותא של חק תוכות בחתימה היא חומרא בלבד - גזירה חתימה אטו כתיבה. משא"כ בשטרי ממון, שאין עידי מסירה, חתימה שאינה בגדרי כתיבה אינה חתימה מדינא.

**חתימה במסירת קולמוס**

נראה שנוכל ללמוד דין חתימה ממוחשבת מדברי הפוסקים ביחס ל"חתימה במסירת קולמוס".

חתימה במסירת קולמוס נעשית על ידי שלוחו של העד שמסר את קולמוסו לשלוחו כדי שיחתום בו. וכאן הדיין נותן למחשב שיבצע הטבעת צילום חתימתו של הדיין, והמעשה של הטבעת החתימה נעשה על ידי כח-כחו.

מלבד זאת, בחתימה במסירת קולמוס קיימת חתימה הנחתמת בכתב ידו של השליח. משא"כ כאן, רק מופיע צילום חתימה, ומעשה החתימה אינו נעשה באמצעות כתיבה אלא הטבעת צילום חתימה שכבר נחתמה מקדמת דנא.

נקדים בביאור פסול חתימה עד במסירת קולמוס. הלכה זו התבארה בתשובת התשב"ץ (חלק א' סי' קכח) שהאריך בביאור דינו של הרשב"א לפסול חתימת עדים במסירת קולמוס, וכתב:

"הוי יודע, שהעד שבשעה שהוא חותם בשטר, הרי הוא כאלו מעיד בב"ד, דהא קי"ל עדים החתומים על השטר נעשו כמי שנחקרה עדותם בב"ד. ומה"ט אם באו להעיד לסתור עדותן שבשטר, לא מהימני... וכן אם העד חתם בשטר בשקר, נפסל משעת חתימה, כאלו העיד בב"ד, כמ"ש הרי"ף ז"ל בפרק מרובה, ודבר זה דבר תורה הוא... וכן היא הסכמת האחרונים ז"ל כולם להכשר שטרות דבר תורה הוא, משום דמשעה שחתם בשטר, הרי הוא כמי שהעיד בב"ד, וכיון שחתמה בשטר הרי היא כהעדאה בב"ד, א"כ שטר שחתם בו שמעון במצות ראובן פסול הוא."

הרי מבואר, שהתשב"ץ קבע למעשה החתימה על השטר מעמד של הגדת עדות. ולאחר שגם ביחס לחתימה על מעשה בי"ד כתב התשב"ץ לשון זו של "עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד" כמבואר לעיל, הרי שיש יסוד ללמוד הלכות חתימה על פס"ד מחתימה על שטר. חתימה בדרך של הטבעת צילום החתימה באמצעות כח כחו של הדיין, דרך זו של חתימה אינה בגדר "כתיבה". על כן בהתאם למבואר, אין זו חתימה, ואין למסמך זה מעמד של שטר המעיד על פסק הדין. ומי שהתקבל אצלו מסמך זה אינו רשאי להוציא ממון בהסתמך על שטר כזה, כשאין לחתימה גדר של "עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבית דין".

העותק החתום בחתימת יד הדיינים ייסרק לתיק הממוחשב, ובנוסף יישמר בקלטר מיוחד לפי סדר של מועדי ההחלטות. בנסיבות אלו חתימת המזכיר "העתק מתאים למקור" נחוצה, ותאשר את השלמת ההליך כאמור.

לחילופין, אם תינתן הוראה מחייבת למזכיר שלא לשלוח החלטה בטרם נחתמה ידנית, ותיווצר אצלו משימה לאשר שהדיוור נעשה רק לאחר חתימה ידנית של שלושת הדיינים, יתכן ש"חוקה אומן לא מרע אומנותיה", תהיה תחליף לאישור "העתק מתאים למקור", ויספיק בנסיבות שאין הכרח חוקי אישור כזה.

ד. מאחר וחובת מערכת בתי הדין לעמוד בדרישות החוק, יש להסדיר את הגרסה החדשה כך שהחתימות יעמדו בתקן החוקי.

ה. כל העותקים של מעשה בית דין לאישור סידור הגט, לאישור ההרשאות המוסדרות בגט שליחות או לאישור גיור, יחתמו בחתימת ידי שלושת הדיינים בלבד.

ו. יש לקבוע כי גם על טופס ההזמנה לדיון, הנשלח לצדדים ולעדים, תופיע חתימת המזכיר.

ז. אם המוצע בסעיף ג' לא יתקבל, גם לאחר שתוסדר מתכונת של חתימה שלא ניתן לשנותה, מאחר ולדעת קצות החושן והחתם סופר, מעמדו של פסק הדין כמעמדו של שטר, וחתימת הדיינים על פסק הדין כחתימת העדים על השטר, וכן היא משמעות דברי התשב"ץ והרמ"א - מן הראוי שתוסדר תקנה, במעמד של תקנת קהל, הקובעת כי לחתימה האלקטרונית שהוטבעה במסמך, מעמד שווה ערך לחתימה ידנית, ובלבד שהוחתמה כאמור בסעיף ב'. וזאת, כפי שהוסדרה תקנה כזו ביחס ל"חתימה במסירת קולמוס", עיין בתשובת הרשב"א שהביא מרן בשו"ע (ח"מ סי' מה סעיף ה) ביחס לשטרות החתומים על ידי עדים שחתמו ב"מסירת קולמוס". יצוין כי בספר תעלומות לב (ח"א חלק ח"מ סי' י) כתב דלא די במנהג, אלא בהכרח שתהיה קבלת בני העיר.

ניתן לתקן את הליקוי הנזכר ביחס להחלטות המתייחסות לדיני ממונות, ולתת תוקף למסמכים אלו באמצעות תקנת קהל, כפי שנקבע בתשובת הרשב"א שהביא מרן בשו"ע (ח"מ סי' מה סעיף ה') ביחס לשטרות החתומים על ידי עדים שחתמו ב"מסירת קולמוס". ובספר תעלומות לב (ח"א חלק ח"מ סי' י) כתב:

"נראה ברור דלא מהני מנהג בזה אלא בעי קבלת בני העיר בפירוש, עיין בש"ך ובקצות החשן שם."

אך ביחס למעב"ד על סידורי גט או גיור, או אישור נישואין לאשה שהוחזקה אשת איש, אין מנוס אלא שיינתן פסק דין החתום בחתימת ידי הדיינים.

בהתאם לעולה מהמקורות שנסקרו, מומלץ לקבוע כדלהלן: א. ביחס לדיין השלישי החותם את ההחלטה בחתימה דיגיטלית, משמעות החתימה היא - ראשית, כמובן, הסכמה עם תוכן ההחלטה. שנית, מאחר ועם החתימה הדיגיטלית נוצרת משימת דיוור למשלוח ההחלטה לצדדים, ביחס לאותן החלטות, שעל פי ההלכה אינן יכולות להינתן אלא בבית דין של שלושה, כגון החלטות לחיובי גט וממון, יש לוודא שההחלטה התקבלה במוטב תלתא.

ב. מאחר וחתימה של שני עדים על השטר, היא חיתום והשלמת השטר, וכך היא חתימת הדיינים על פסק הדין, יש למצוא את הדרך לבטל את המתכונת הנוכחית שבה גם לאחר החתימה על ההחלטה, ניתן לשנות את תוכן ההחלטה. מן ההכרח לקבוע גרסה חדשה לתקנת "שיר"ה", שבה כל שינוי המבוצע במסמך לאחר החתימה, יבטל את החתימה, ובכך החתימה תחזור למעמדה כאישור בר-תוקף למסמך.

ג. לחילופין, ניתן לקבוע הוראה המחייבת את עובדי בתי הדין, שאין לדוור החלטה, גם לאחר שנחתמה על ידי שלושת הדיינים, ולמרות שהשלישי חתום דיגיטלית, אלא לאחר שהדיינים הוסיפו לחתום בחתימת ידם על ההחלטה. באותו מעמד יוכלו להשלים את ההכרח במוטב תלתא בעת גמר הדין.

## סימן ה

### פסילת טו"ר לייצג בעל דין לאחר שיועץ לצד השני

הנוכחי. קביעה זו מבוססת הן על ההלכה והן על כללי האתיקה המחייבות את הטוענים הרבניים.

בשו"ת מהר"ם מרוטנברג (דפוס פראג) סי' שלג, הובא במרדכי במסכת שבועות (סי' תשס"א), והובא בקצרה בב"י ח"מ סי' יז, כתב:

"... נראה בעיני דשותפים נמי אין להם לישב שם כולם כשאחד מחברייהם טוען עם היחיד. ודאי טענותיו דשמעון טענה דקא מסתמי טענתיה דשנים או שלשה יודעים להערים יותר מן האחד. ואיכא למיחש נמי לדידהו דלמא מרמזי אהדדי כשישמעו טענותיו של הנתבע ויערימו יותר מאלו היה אחד

התקיים בפנינו דיון בבקשה לסעד זמני דחוף לפסיקת משמורת ודמי מזונות זמניים.

בפתיחת הדיון התקיים דיון מקדמי בבקשת הבעל לקבוע כי ב"כ האישה טו"ר פלוני מנוע מלייצג את האשה, מאחר שבעבר ייצג את הבעל מול גרושתו מנישואין ראשונים, וגם לאחרונה הבעל התייעץ עמו ביחס לסכסוך בנישואין לאישה הנוכחית, ועקב זאת מרגיש נחיתות בדיון בנוכחותו.

אחר שמיעת טענות הצדדים ביחס לטענה המקדמית, בית הדין קבע שאין לאפשר את ייצוג האשה באמצעות ב"כ

התייעץ עמו מספר פעמים במשבר הנוכחי בקשיים שיש לו בשל"ב ואף שקל לשכור את שירותיו. בית הדין התרשם שיש ממש בטענותיו, ויש לקבל את בקשתו ולהורות לב"ב הנוכחי שלא ימשיך לייצג את האישה.

בנסיבות שבפנינו ישנה גם פגיעה בכללי האתיקה, כאמור בסעיף 15(ג) לתקנות הטוענים הרבניים, תשס"א-2001 שם נקבע:

"כללי האתיקה המקצועית, כפי שקבעה המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, לפי סעיף 109(4) לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, יחולו על טוען רבני, בשינויים המחויבים בהתאם לתקנות אלה."

בסעיף 16 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986 נקבע:

"(א) עורך דין לא יטפל נגד לקוח □

(1) בענין או בקשר לענין שטיפל בו למען אותו לקוח;

(2) בענין אליו יש זיקה של ממש למידע שקיבל עורך הדין מאותו לקוח או מטעמו.

(ב) הועד המחוזי, או מי שהוא הסמיכו לכך, רשאי להחליט, לפי פניית עורך דין, כי מתן חוות דעת או קיום התייעצות גרידא, או פעולה במקרה פלוני, לא היה בהם משום טיפול בענין למען לקוח, או כי מידע מסויים אין לו זיקה של ממש לענין, או כי אין במידע שהתקבל כדי למנוע מעורך הדין לטפל בענין, ובלבד שהחלטה כאמור תינתן לפני שעורך הדין יקבל על עצמו את הטיפול בענין האמור."

**לאור האמור ביה"ד מחליט:**

מאחר וטו"ר פלוני אמור לייצג את האשה בענין שיש לו זיקה של ממש למידע שקבל מהבעל בעת שייצגו בעבר ובעת שהתייעץ עמו לאחרונה, לפיכך יש למנוע ממנו לייצג את האישה.

מהם לבדו טוען עמו ועוד דקמסתמי טענתיה כדפי', דדמי עליה כאריא ארבא, וכי מותר להרכיץ אריא בב"ד כדי שיראהו הנתבע וידאג מלפניו ויסתתמו טענותיו. ודבר פשוט דלא גרע מאחד לבוש איצטלא ואחד לבוש סמרטוט, שאומרים לו לבוש כמותו או הלבשו כמותך (שבועות ל"א ע"א), וכן שלחו פזמיכו וחותו לדינא. וחכמי התלמוד לא יכלו לכתוב ולברר כל הדברים הגורמים לסתום טענות הבעל דין, אלא כתבו לנו קצת, ותן לחכם ויחכם עוד בזה וכיוצא בזה יחושו הדיינים. וכ"ש היכא דקא טעין איהו בהדיא דמסתתמי טענותיו והדבר ידוע שהוא כך."

וכן הרדב"ז בתשובה (ח"ב סי' תשנג) כתב כדעת מהר"ם, וז"ל:

"שאלת ראובן ושמעון באו לדין ושמעון הביא מיודעיו עמו וראובן אומר יסתתמו טענותי ואמר לו שמעון גם אתה תביא מיודעך עמך, וראובן אמר איני חפץ אלא שנינו לבד.

תשובה. הדין עם ראובן, כיון שהוא טוען שסתתמו טענותיו שומעין לו, כי שמא מיודעיו של שמעון חריפי טפי ומרמזי לשמעון טענות, או שמא הם חזקים או אלמים או כיוצא בזה. והראיה מההיא דאמרין היה אחד לבוש איצטלא וכו' והשתא ומה אם לענין המלבוש חששו חכמים כ"ש למיודעים ... ומ"מ אם יראה לב"ד שסתתמו טענותיו לטעון כנגד רבים יבררו להם אחד שיטעון על כולם או יטעון כל אחד לבדו על חלקו ולא יהיו שם שאר השותפין. כללא דמילתא, אי טעין קא מסתתמן טענתאי, ויראה לבית הדין שיש ממש בדבריו, אפילו בדרך רחוקה, שומעין לו."

לאור דברי המהר"ם והרדב"ז מאחר שהבעל טוען שטענותיו יסתתמו מול ב"ב האשה הנוכח בדיון ומייצג את האשה, מאחר שיש לו זיקה של ממש למידע שקבל ממנו כאשר ייצגו בעבר וכתב עבורו תגובה לביה"ד בת"א. לאחרונה גם

## סימן ו

### ההתמודדות הציבורית עם טוהר המחנה

הציבורי הניתן להם. האימון הציבורי, המעמד והגיבוי הניתן לגופים אלו, מיוסדים על הרקע התורני-הלכתי של מרכיבי גופים אלו, ויש לברך על בירורי הלכה העוסקים בבחינת דרכי פעילות גורמים אלו עפ"י ההלכה.

בשנים האחרונות נכתבו מאמרים המתייחסים ליסוד ההלכתי של גופים אלו, ונציין לשני מאמרים בקובץ "תחומין". בכרך כב עמ' 21 מאמרו של הרב יהונתן שמחה בלס - "חסינותו של מרא דאתרא". ובכרך לא עמ' 181 מאמרו של הרב יעקב אריאל - סמכות הנהגה ציבורית בענייני מוסר ("פורום תקנה"). אך אין בית מדרש ללא חידוש.

התייחסות ההלכתית היא לשלושה היבטים הכרוכים בפעילות גורמים אלו.

בשנים האחרונות גברה המודעות הציבורית לנחיצות פעילות יעילה ונחרצת מול התופעה של הטרדות ופגיעות מיניות. כתוצאה מכך הוקמו גופים שונים שקיבלו על עצמם את המשימה החשובה לתת מענה ראוי ופרטני. הגוף המוכר כיום בצבור, הוא "פורום תקנה", המורכב מאישי ציבור שנטלו יוזמה להיות כתובת מתאימה שבה ינתן מענה לפגיעתם של בעלי תפקידים או מעמד חברתי שיש להם מרות וסמכות. וכן הוקמו גופים אחרים המיועדים לתת מענה לפגיעות המתרחשות בקהילה כזו או אחרת.

דוקא מפני הכרח והנחיצות במתן המענה הראוי, יש לבסס את סמכותם של גופים אלו בדרך נכונה. במקרים רבים, רבנים ואישי ציבור מהמגזר הדתי מאיישים את הגופים הנוכחים. גופים אלו נשענים, במידה רבה, על האימון



ההסכמה לא היתה אלא לעשות מה שיראה בעיניכם, כמו שכתוב באגרת התקנה אשר אמרתם. וכן הדבר פשוט בינינו, ובין כל המקומות שיש תקנה ביניהם, על דברים אלו".

גם הר"ן בתשובה סי' מא מתייחס לגוף כזה, וכתב:

"לענין מה שאמרת אם יש בעיר ברורי העבירות במה יקנסו את שמעון בזה, אין בידי קו המדה אלא בכל שעה ושעה ובכל מקום ומקום הכל לפי מה שעניניהם רואות לפי מה שהמקום פרוץ ולפי מה שהשעה צריכה, שכל שכיוצא בזה מוטל עליהם להקנות שניהם ולסמות עיניהם של מלוים ברבית כדי לעשות משמרת למשמרתה של תורה".

עוד אציין לתשובת הריב"ש סי' רסה המתייחס לגוף זה של "ברורי העבירות" של קהל אלגזירה, שטיפל בתלונה להטרדה מינית, (להלן אתייחס בפירוט לתשובה זו).

גם בדורות מאוחרים יותר, בתקופת מרן הב"י, נכתבו תשובות המתייחסות לפעילותו של גוף זה הנקרא "ברורי העבירות", עיין מהרי"ט ח"ב יו"ד סי' מח וסי' מט, משפטי שמואל סי' צב-צג, מהר"י בסאן סי' לד, ויותר מאוחר בנודע ביהודה מהדו"ק חלק אה"ע סי' עב.

**שלישית**, בהלכה הפסוקה קיימת מערכת שלמה של הלכות, הקובעת את דיני הראיות ודרך קבלתן, ואת הגוף הראוי לשיפוט. אך ביחס לגוף הנזכר בתשובת הרשב"א הנזכרת, נפסקה ההלכה בשו"ע חו"מ סי' ב' שניתן לחרוג מדרכי הראיות. הבסיס ההלכתי לחרוגה זו מיוסד על מקור הסמכות, ממנו גוף זה מקבל את הלגיטימציה לפעילותו, והוא הצבור. לחילופין גוף כזה יכול לקבל את מעמדו מכח סמכות המלך ושלוחיו, עיין בחי' הריטב"א למסכת בבא מציעא דף פג,ב, שכתב בביאור הסוגיא שם:

"הא דדאין בלא עדים והתראה ושלא בזמן סנהדרין, שאני הכא דשליחא דמלכא הוא ומדיני המלכות להרוג בלא עדים והתראה לייסר העולם".

בהעדר מקורות סמכות אלו, אין לגוף השיפוטי הכח לחרוג מדיני הראיות וכיוצא ב.

מהר"ם די בוטון (מחכמי שאלוניקי לפני 400 שנה, ובנו של הלחם משנה) בתשובותיו בסי' יט, כתב:

"אע"ג דכתב הטור סי' ב' וגם מהרי"ק בשם הרמב"ן ז"ל דבדיני קנסות בזמן הזה לא הצריכו דין תורה רק דנים עפ"י עדים קרובים או עד מפי עד כל שנתאמת הדבר בשכלו של הדיין או הברורים יכולים לקנוס ... דלא נאמר זה רק לדיין או לברורים שמינו הקהל לענוש כפי ראות עיניהם, כיון שקיימו וקבלו דעתם, מה שנתאמת בשכלם קבלו, וכן מוכח מדברי הרמב"ן שזהו טעמו. אבל שיקומו אנשים מעצמם, אינם רשאים בזמן הזה לדון דיני קנסות על פי אומד דעתם, וצריך שיהיה כפי הדין, בפני בית דין ועל פי עדים כשרים, ורוב מנין ורוב בנין מהפוסקים ס"ל דעדות שלא בפני בעל דין, אפילו בדיעבד אין דנים", עכ"ל.

והובאו דבריו בספר כנסת הגדולה מהדורה בתרא הגהות טור חושן משפט סי' ב', שכתב:

א. שאלת הסמכות, והאישים הראויים להרכיב גוף כזה.

ב. עקרונות דרכי הפעילות.

ג. התוצאות האפשריות מפעילות זו.

קודם לדיון המפורט אקדים שלש הקדמות.

**ראשית**, בחברה מתוקנת, השלטת המשפט וההתמודדות עם העבריינים מצויה באחריות הבלעדית של הממשל ושלוחותיו. לא נכון שתבצע "הפרטה" בגזרה מסוימת של מערכת המשפט הפלילי. כל גוף או ארגון וולונטרי הנוטל על עצמו את המשימה להתמודד עם עבריינות מסוג זה, לוקה בחסר. המשימה להשליט משפט וללחום בעבריינות מכל סוג חייבת להיות באחריותו של השלטון המרכזי. כמאמר הכתוב (משלי כט,ד) "מלך במשפט יעמיד ארץ". וברמב"ם פרק ד' מהלכות מלכים הלכה י' כתב: "שאינ ממליכין מלך תחילה" אלא לעשות משפט ומלחמה", והרחיב בזה הר"ן בדרשותיו (דרשה י"א).

לשלטון המרכזי הסמכות והכלים להתמודד ביעילות, גם מול עבריינים מהסוג הנזכר, לעומת ההתארגנות הוולונטרית, שהיא ביסודה חסרת סמכות ציבורית וחסרת כלים יעילים לפעול בכל שלבי הפעילות הנחוצה לביור תלונה המתקבלת בפניהם. אין לגוף זה סמכות ויכולת אכיפה בכל הקשור לזימון נילון או עדים, ובנוסף גוף זה חסר אמצעי ענישה יעילים, בכל מקרה לגופו.

פעילות וולונטרית בתחום כזה, שמטבע הדברים נועדה לדון את העבריינים ללא הסכמתם, אינה דומה לניהול הליך שיפוטי בענייני ממון וכיוצא ב בין אדם לחבירו, הנעשה לאחר הסכמה מוקדמת של הצדדים או בפני בית הדין הקבוע בעיר. הגיבוי הציבורי שניתן לגוף כזה, אם יבחר על ידי הצבור או שלוחיו, ובצירוף המעמד החוקי, יעניקו לו את הכח והסמכות הלגיטימית לעסוק בפעילותו.

שנית, הצורך הציבורי לטפל בעבריינות מהסוג הנידון במסגרת זו, אינו חדש, ולא בא לעולם בעידן המודרני. הצורך היה קיים בדורות קודמים, ומעיון במקורות עולה שקהילות ישראל לדורותיהם, נהגו בדפוס פעולה דומה, כפי שיתבאר להלן.

אציין לדברי הרשב"א, בתשובה ח"ד סי' שיא, המתייחס לקבוצת ממונים שנועדה "לבער העבירות", ומבסס את זכותה לחרוג מדיני הראיות המקובלות. התשובה מתייחסת לגוף שקבל את סמכותו מהקהל, ובנוסף מטעם הממשלה הוענקה לו הלגיטימציה לפעילותו.

להלן קטע מתשובה זו:

"שאלתם: הסכימו דעת הקהל, למנות אותנו ברורים לבער העבירות, וכן נשבענו לעשות כן. וכתוב בתיקוני ההסכמה: שיהא רשות בידינו, משלטון המדינה, ליסר ולענוש בגוף וממון, לפי ראות עינינו ... תשובה: דברים אלו נראין פשוטים בעיני, שאתם רשאים לעשות כפי מה שנראה בעיניכם ... אבל מי שעומד על תקוני מדינה, אינו דן על הדינים הכתובים בתורה ממש, אלא לפי מה שהוא צריך לעשות, כפי השעה, ברישיון הממשלה ... שעיקר

שמיעת הנפגע ובחינת הסעד המתאים, וכן קביעת קריטריונים למוסדות חינוך וכיוצ"ב להדריכם ולהנחותם בדרכי פעולה נכונות לשמירת על טהרת המחנה בלבד. אין מניעה שפורום זה לא יעמוד בהלכות המחייבות את בית הדין. אך אם היעד שהוצב הינו - בירור אירוע נשוא תלונה ספציפית, ומתן החלטה ביחס להשלכות העונשיות המתבקשות כתוצאה מהאירוע כפי שהתברר בפניהם. בירור מסוג זה אינו יכול להיעשות בלא שמיעת שני הצדדים הרלבנטיים, כשהמטרה היא - הוצאת האמת לאור, ולקבוע מה הן ההשלכות הנובעות ביחס לנילון, שהוא אחד משני הצדדים לבירור זה.

יצוין ויובהר: ה"הליך השיפוטי" יוצא לדרך כתוצאה מתביעה או תלונה שהוגשה על ידי הצד התובע או המתלונן, ומתחיל לקבל את המעמד ה"משפטי" כבר החל משלב מהזמנת הנתבע לדיון, שביחס אליה נקבע בגמרא במסכת סנהדרין ח,א, "זימון בשלשה".

הרמ"ה (עמ"ס סנהדרין) באר הלכה זו של דרך הזימון, וכתב: "תנא זימון בשלשה, מאי זימון, אזמוני לדינא, שאין בית דין רשאי לשלוח ולהזמין אחד מבעלי דיניו לדין בשם בית דין, עד שיהו בשלשה ואם לא היו בשלשה ושלחו לו, לבעל דין אין זימון זימון, ואם לא בא אין מנדין אותו".

וזאת מפני שההזמנה לדין אינה הליך טכני גרידא, אלא תחילתו של ההליך השיפוטי, ולבית דין של שלשה, ניתנה הסמכות לאכוף על בעל הדין להתייצב לדיון. לאחר מכן מתבצע המשך ההליך השיפוטי באמצעות שמיעת הטענות וגמר הדין, וכן ביצוע מעשי של פסק הדין ואכיפתו. לכל אלו מעמד של "משפט", שאינו יכול להיעשות באמצעות גוף נטול סמכות שיפוט.

#### הסמכות לעסוק בשיפוט

בשלחן ערוך חו"מ סי' ג' סעיף א' נפסק שכל שלשה הכשרים לדון, רשאים לדון בין אדם לחבירו אף בעל כרחו של הנתבע, אך לנתבע שמורה הזכות לבקש שהדיון יתקיים בפני בית הדין הקבוע בעירו.

אפשרות נוספת שהיתה מצויה לאורך הדורות היא ש"טובי העיר" עסקו בענישת עבריינים.

עוד בטרם הטור והשו"ע בחלק חושן משפט, סידרו מסימן ג' ואילך את הלכות הדיינים הכשרים לדון, בסימן ב' כבר קיימת התייחסות למסגרת השיפוטית החריגה. להלן פסיקת השו"ע בסי' ב':

"כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל, אם רואים שהעם פרוצים בעבירות (ושהוא צורך שעה) היו דנין בין מיתה בין ממון, בין כל דיני עונש, ואפילו אין בדבר עדות גמורה. ואם הוא אלם, חובטים אותו על ידי עובדי כוכבים. ויש להם להפקיר ממונו ולאבדו כפי מה שרואים לגדור פרצת הדור. וכל מעשיהם יהיו לשם שמים. ודוקא גדול הדור או טובי העיר שהמחוס בית דין עליהם".

"אם רואים בית דין שצורך שעה כו'. נ"ב: דוקא לדיין או לבוררים שמנו הקהל לענוש כפי ראות עיניהם לא שיקומו אנשים מעצמן לדון דיני קנסות. מהר"ם די בוטון סימן י"ט".

וכן הביא מדברי מהר"ם די בוטון בספר מזבח אדמה (לרבי רפאל מיוחס ז"ל חו"מ סי' ב', ובספר פני יצחק (לרבי יצחק אבולעפיא ז"ל) ח"ה חחו"מ סי' א' הביאו וכתב על דבריו:

"וזה כתב הרב ז"ל אפילו היכא שרצו לענוש למי שאינו תלמיד חכם, כ"ש לת"ח, וק"ו לחבר עיר, איך יקומו אנשים מעצמם שלא מינו אותם הצבור לדיינים כלל, ודי דאינם רשאים לדון בהוראת שעה לקנוס ולענוש אפילו איניש הדיוט דעלמא, כ"ש לחכם של עירם, הס כי לא להזכיר".

#### ההבחנה בין פעילות טיפולית ובין שיפוט

בטרם אתייחס לשאלת הסמכות ודרכי פעולתו של גוף כזה, עלינו לעשות הבחנה ברורה בין הפעילות הטיפולית הנחוצה, והתמיכה הראויה והמתבקשת, שתינתן לאדם שנפגע מהטרדה או פגיעה מינית, וכן לקביעת נורמות מחייבות במסגרות חינוכיות ואחרות, ובין פעילות שיפוטית.

ביחס למתן הסעד לנפגע, ככל שהדבר ניתן באמצעות הגורמים המקצועיים המתאימים, שאלת סמכות השיפוט אינה רלבנטית, וכן דרכי הבירור הנידונות להלן, שאלות שמעצם טיבען מתייחסות לגוף העוסק בפעילות שיפוטית. ככל שהטיפול נעשה עפ"י קריטריונים מקצועיים, בהתאם לשיקול הדעת בכל מקרה לגופו, אין מניעה לשמוע את התלונה שלא בפני הנילון, אין איסור לשון הרע ככל שהדברים נאמרים לצורך, וכחלק מההליך הטיפולי. הסעד יוכל להינתן גם בלא לערב את הנילון ובלא לעדכן אותו ביחס לתלונה, והכל בהתאם לשיקול הדעת המקצועי בכל מקרה לגופו.

לעומת זאת, ביחס לפעילות השיפוטית, זו באה לעולם לאחר קבלת תלונה מאדם הטוען שנפגע, ומגמתה לברר אירוע ספציפי, ונועדה להכריע בין טענות סותרות המתעוררות בין מתלונן ונילון. מטרת פעילות זו, היא להוציא את האמת לאור, ולהסיק את המסקנות המתבקשות ביחס לנילון, אם אכן התלונה תתברר כנכונה.

כשקבוצת אנשים מתכנסים לפעילות שהיא "שיפוטית" בהגדרתה, עליהם להגדיר ולבסס את סמכותם ואת דרכי הבירור הראויים על פי ההלכה בנסיבות אלו.

אין אפשרות שאישי צבור ורבנים יתכנסו, יחליטו בהחלטה מקדמית שאינם בית דין העוסק ב"שיפוט" יגדירו עצמה כ"פורום" בלבד, ובכך יסירו מעליהם את כל החובות המוטלות על בית הדין. מאחר שלמעשה תחת הגדרה כזו, יפעלו בפעילות שהיא שיפוטית לכל דבר וענין. ככל שהפעילות היא פעילות שיפוטית בהגדרתה, אין לה מקום בטרם תושלם הסדרת השאלה המקדמית שהיא שאלת הסמכות, ותיקבע המסגרת המחייבת את דרכי הבירור והענישה.

על כן אם מגמת הפורום היא - הסיוע לנפגע, באמצעות

"רשאיין בני העיר להסיע על קיצתן פר"ת שנעשית מדעת כל טובי העיר ... ופירש ר"ם הטעם, דטובי העיר הוי בעירם למה שהובררו, כמו גדולי הדור בכל מקום, כמו שגדולי הדור הפקרם היה הפקר בכל מקום דמיגדר מילתא ותקנתא, כך טובי העיר היה הפקרם הפקר".

הרי שהודגש בתשובת מהר"ם - "למה שהובררו" בלבד. עוד נציין, במשך הדורות בכמה מקומות הורגלו, שהגוף העוסק בשיפוט בעניינים אלו, אינם בהכרח דייני העיר, אלא נבחרו העיר, למרות שלא הוכשרו כדיינים. אציין לספרו של הרב שמחה אסף ז"ל "העונשין אחרי חתימת התלמוד" עמ' 18, שהביא תקנת "ועד המדינה בליטא" משנת שצ"ט. התקנה היא:

"מנהיגי הקהילה ידונו דברי ריבות, אורענדיס, ודיני קנסות ועונשים, ודייני הקהילה ידונו דיני ממונות. אין למנהיגים להכניס ראשם בדיני ממונות, ודיינים לא יכניסו ראשם בדבר שאינו שייך להם כלל".

ולדעת הרב שמחה אסף, כך נהגו גם בקהילות אחרות. יש מקום לדון האם ניתן שבגוף מסוג זה יכהנו אנשים שאינם כשרים לדון על פי ההלכה. נקודת המוצא היא שטיבו של גורם השיפוט, מפורש בשו"ע סי' ב', שפתח את דבריו בניסוח: "כל בית דין", דהיינו שלשה דיינים או יותר, הכשרים לדון.

בתשובת הרשב"א הנזכרת (שהביא הב"י), נכתב:

"כתוב בתקוני ההסכמה שיוכלו ליסר ולענוש ממון לפי ראות עיניהם, ויש להם עדים קרובים או עד מפי עד וכיוצא בהם, שנראה להם שהענין אמת, שיכולים לדון ולקנוס. שלא הצריכו עדים גמורים אלא בדיני תורה, אבל מי שעובר על תיקוני המדינה, צריך לעשות כפי צורך השעה. שאם אין אתה אומר כן, אף הם לא יקנסו דיני קנסות, ולא בדברים שאינם מצויים שאין אנו עושים שליחותיהו, כגון גזילות וחבלות, וכן יצטרך התראה, והרי אמרו מכין ועונשין לא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג".

בספר כנסת הגדולה חו"מ סי' ב' (הגהות ב"י אות ב') הביא את דברי רבי שמואל אלקלעי ז"ל (מחכמי תורכיה ויוון, בזמן מרן הב"י) בספרו משפטי שמואל סי' צב, שהעלה מתוך תשובת הרשב"א שבבית דין מסוג זה יוכלו להיות דיינים הקרובים זה לזה.

בספר שער משפט על חו"מ סי' ב' סק"א תמה על פסקו של משפטי שמואל, וכתב:

"בב"י בשם תשובת הרמב"ן משמע דאפילו על פי עדות קרובים עונשים לעשות סייג לתורה. והכנה"ג הביא בשם המשפטי שמואל דה"ה שיכולים הדיינים להיות קרובים זה לזה. ולא נהירא לי, דדוקא עדים קרובים מקבלין, דליכא סהדי אחרינא, וכיון שהוא למגדר מילתא מקבלין לעדותן. משא"כ לענין דיינים כיון דאיכא דייני אחרינא למה נסמוך אדיינים פסולים. דמאי מיגדר מילתא איכא בזה כיון דאיכא בית דינא אחרינא". ועיין שם שנסמך בסברתו על דברי הב"ח.

מרן בספרו בית יוסף, בחושן משפט סי' ב', מביא מתשובת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' רע"ט המתייחסת ל"קהל שמינו ברורים לבער העבירות, וכתוב בתקוני ההסכמה שיוכלו לייסר ולענוש ממון לפי ראות עיניהם". ולעיל ציינו מקורות נוספים שהתייחסות לגוף זה.

הן "טובי העיר" והן אותם "ברורים", נבחרו על ידי כלל הציבור, וקבלו את כוחם מהציבור שהעניק להם את סמכותם. סמכות זו אינה יכולה להירכש על בסיס מעלתם של טובי העיר, ואף אם יהיו ראשי ישיבות וחשובי הקהל, הם נעדרי סמכות כל עוד הציבור לא בחר בהם ומינה אותם לעסוק במלאכת השיפוט.

ביחס לדברי השו"ע הנזכרים, כתב הסמ"ע סק"ט:

שהמחום בית דין עליהם. לשון הטור שהמחום רבים עליהם, ולפי מ"ש המחבר בית דין, נראה דר"ל שהמחום הציבור לב"ד עליהם, וק"ל.

והדברים מפורשים בדברי הראשונים.

להלן משו"ת רבי בצלאל אשכנזי סי' כד:

"כתב הרשב"א ז"ל בתשובה וז"ל כל ענייני הצבור אין למקצת הצבור רשות לעשותם בלתי הצבור כולו, שהצבור כשותפים הם בכל העניינים המוטלים על הצבור ובכל המנויים שצריכים לצבור כנאמנים וגובי המס ושלוחי הצבור וכל כיוצא בהם, וכן באיזה ענין יפסקו מה שיפסקו וכל כיוצא בזה, וכל שאינם נוהגין כן עושין שלא כדין, אלא אם כן הם אנשים ממונים על ענייני הצבור בכלל, והם קרויים בדברי חכמים שבעה טובי העיר שאמרו כי הם כאנשי העיר ... אבל אנשים אחרים בלא הסכמת הצבור לא, ואם עשו עשו שלא כדין ... וכן נהגו בכל הקהלות ששמענו שמעם".

ומהרי"ק סי' קפ כתב:

"לפי הנראה לע"ד דבר פשוט הוא דאין כח ביד שום ראשי הקהל וכ"ש ראשי הקהילה לחדש שום הסכמה חדשה מדעתם מבלי רשות כולם או מבלי שיתמנו מאת כולם להנהיג הקהל או הקהילות ... על זה השיב רבי אבי"ה וז"ל אם הובררו טובי העיר מתחילה להנהיג קהלם בכל דבר מה שעשו עשוי בתקנת הקהל ואפילו יחיד שבדורו דיפתח בדורו כו' והרי לך בהדיא שצריך שיתבררו מתחילה מאת הקהל וגם אין כח בידם לעשות כי אם דבר שהוא תקנת הקהל".

על יסוד האמור קיימת הבחנה ברורה בין טובי העיר שנבחרו, שלהם סמכות רחבה, לעומת ראשי הקהל, ככל שאינם גוף נבחר, אין מעמדם מגיע למעמד טובי העיר, עיין בדברי מהר"י קצבי בתשובה סי' טז שכתב:

"מה שכתב המרדכי שם בשם מהר"ם ז"ל בתשובתו על ראשי הקהל שבאו לשנות וכו' הכוונה לומר שהם ראשי הקהל מצד חכמתם או מצד עשרם ולא שהובררו לעשות צרכי הצבור על פיהם ... דטובי הקהל שכתב רבינו תם לחוד, וראשי הקהל לחוד". עוד נציין לדברי המרדכי במסכת בבא בתרא פרק א' שהדגיש שסמכות טובי העיר, היא במסגרת הסמכות שניתנה להם. המרדכי כתב כדלהלן:

ובסיום דבריו כתב השער משפט:

“ואולי אף המשפטי שמואל מיירי דליכא דייני אחרינא”.

יצויין השער משפט ראה את דברי המשפטי שמואל רק כפי שהובאה מסקנת דבריו בספר כנסת הגדולה, ומן הראוי לעמוד על דבריו בגוף התשובה.

הרב שמואל אלקלעי ז"ל התייחס למערערים על סמכות הממונים עקב היותם קרובים וכתב:

“המערערים הבאים לבטל המנהג אשר נהגו כבר ואשר נהגו כל קהילות אשר בתפוצת הגולה, צללו במים אדירים והעלו חרס בידם, ועתידים ליתן את הדין, כי גורמים לקלקל ולא לתקן וזה יתברר מכמה טעמים. כי מתוך דברי ההסכמות אשר הובאו לפנינו נראה דבר ברור ומפורש כי קבלו עליהם הקהילות להיות אפילו קרובים לממונים. ודבר פשוט במסכת סנהדרין ובכל הפוסקים ז"ל, כי כשקיבלום עליהם אין שום טענה יותר ... דבר פשוט שעיקר תקנת הממונים האלו לתקן ולעמוד בפרץ, ולבער קוצים מהכרם ולייסר עושי רשעה, וראוי לבחור אנשים ראשים וחשובים, ובה תיקון כסא האמת. ולכן הסכימו בזה, ואחר שדבר ברור שזו היתה כוונת הקהילות ואם יפקד מושב הקרובים מתוך הממונים בטלה התקנה ותהי האמת נעדרת”.

ובסי' צג הוסיף:

“לא דבר חדש הוא, שלתקון הקהילות ראוי לשים קרובים, להגן ולהציל ולבער עוברי עבירות. וגדולה מזו כתב הרמב"ן ז"ל בתשובת רע"ט ע"ש והרא"ש בתשובות כן כתב, כי בענייני תקנת הקהילות אי אפשר הדבר בלתי דיינים קרובים ועדים קרובים, ולכן נהגו הקהילות להכשירם”.

הרי שדינו של המשפטי שמואל נשען על שני יסודות:

א. מאחר שהקהל קבלו עליהם את הממונים שיש בהם קרובים, קבלה זו ברת תוקף.  
ב. בנסיבות הנידון, אי אפשר שגוף זה יפעל ביעילות בלא דיינים קרובים, וקיים חשש שאם לא יקבלו עליהם קבלה כזו תהיה האמת נעדרת.

באותו נידון, המשפטי שמואל התייחס לבקשה לאשר חברותו של עובר עבירה בין ממוני הציבור - אדם נשוי שנחשד על שפחתו ונטען שגייירה, אך לא היתה אסמכתא לגיור. חברותו של אותו ממונה נשללה. וביחס אליו כתב המשפטי שמואל שהיתרו הקודם מתייחס לקרובים,

“לפי מה שפירשתי, כי הם רבים ואיכא קלקולא בביטולם. אבל לגבי פסול כזה, מעטים הם ולא נכללו בקבלה, ואין דעת הקהילות עליהם כי לתקן באו ולא לקלקל, וזה ברור לע"ד”.

בספר שלחן המשפט, (להרב חיים פינחס לוריא ז"ל שהיה דיין בלודז' שבפולין, לפני מלחמת העולם השנייה) בסי' ב' הביא מדברי שער משפט, וכתב על דבריו:

“יראה היכא דחזינן דגם היכא דאיכא כשרים, במה שנקבל הקרובים הפסולים יהא למיגדר מילתא, יהא באיזה אופן שיהא, בודאי מקבלים ודנים על פיהם”.

העולה מדברינו, ככלל, הגוף העוסק בפעילות שיפוטית, לרבות הגוף שהופקד על ל' ביעור העבירות, אמור להיות

בית דין שבו דיינים הכשרים לדון, וכפי המפורש בשלחן ערוך חו"מ סי' ב'. אך קיימת אפשרות שהציבור או נציגיו המוסמכים יבחרו את הממונים לדון בענייני הציבור לרבות בכל הקשור לביעור תופעות עברייניות. ואם לאחר שיקול דעת הוחלט שלמען “מיגדר מילתא”, קיים אילוץ למנות בגוף זה אנשים שאינם כשרים לעדות, כגון קרובים, אפשר לקבל אותם ולמנות אותם כחברים בגוף שיפוטי מסוג זה.

הרב יעקב אריאל במאמרו (תחומין כרך לא עמ' 188) קבע את מעמדו של “פורום תקנה” בהיותו מורכב מאישי ציבור בעלי עמדות הנהגה ציבורית, ומצינו שלהנהגה כזו מעמד של בית דין ביחס לחובות המוטלות על הציבור.

הקביעה מיוסדת על האמור במסכת קידושין דף כט ע"א:

“למולו. מנלן דכתיב וימל אברהם את יצחק בנו. והיכא דלא מהליה אבוא - מיחייבי בי דינא למימהליה, דכתיב המול לכם כל זכר”.

הרי שלבית הדין תפקיד ציבורי שאינו קשור למערכת השיפוט.

הרב יעקב אריאל נסמך בדבריו על האמור בחתם סופר חלק חושן משפט סי' קעז שכתב:

“לפע"ד ב' מיני מצות שכופים עליהם הם, א' חוקים, ב' משפטים, וקיום חוקים ומצות כל ישראל ערבים זה בזה ונכנס מי שאינו מוחה ויש בידו למחות בכלל אשר לא יקים את דברי התורה הזאת ... מ"מ אמת נכון שאין בין ב"ד ובין כל שום איש מישראל שיכול למחות ולפגוע בעוברי עבירה ולא כלום ... וב"ד שהזכירו בכל מקום, לישנא בעלמא הוא ואורחא דמלתא שיש כח בידם, כמו קטן אוכל נבילות ב"ד מצווין להפרישו, וכמו במילה ב"ד מצווי' למולו, ... נחזור להנ"ל דדבר זה מוטל על כל ישראל וב"ד שליחותיהו דכל ישראל עבדי שנתמנו שלוחא דישראל ועי"ז נפטרו כל אחד ואחד מלהשגיח, כי העמידו גברי רברבי בחריקהוהו ... וכל זה בחלק חוקים ומצות. אך משפטים הוא הכולל שני דברים. א' לעשות משפט כתוב שקצבה תורה למחלל שבת כך ולהורג נפש כך ולעובר לאו כך, וכל דבר שקצבה תורה עונשו אחר שכבר עבר אין דמו מסור כ"א ביד ב"ד מומחים, כעובדא דשמעון בן שטח שאמר אין דמך מסור בידי אפי' להביאו לב"ד לקיים בי' ובערת הרע כיון דליכא ב' עדים. והחלק השני להוציא ממון מיד המוחזק בו אפילו גזילות וכדומה, ובכלל זה להוציא אשה מיד בעלה המוחזק בקנין כספו, כל הכפיות נקרא משפטים וכתוב אשר תשים לפנים ולא לפני הדיוטות, דאלהים כתיב בפרשה וצריכים מומחים, ולולי דעבדינן שליחותיהו דקמאי במידי דשכיחי לא הוי דנין גזילות בזה"ז, אבל לפגוע בעוברי עבירה לא נכלל בכלל זה. ולפע"ד אחר שכבר פסקו דיינים דין שישלם פלוני מפלוני והוטל עליו מ"ע לשמוע אל השופט ולא אבה ונעשה סרבן אז נעשה עבריין על חק ומצוה שמיעה אל השופט והוטל על כל ישראל ומה שב"ד מנדין ע"ז הוא בשליחות כל ישראל”.

הרב יעקב אריאל סבר שמדברי החתם סופר עולה התמיכה

ובמסכת שבועות דף לא ע"א:  
 "מנין לדיין שלא ישמע דברי בעל קודם שיבא בעל דין חבירו, ת"ל  
 מדבר שקר תרחק. מנין לבעל דין שלא יטעים דבריו לדיין קודם  
 שיבא בעל דין חבירו, ת"ל מדבר שקר תרחק. רב כהנא מתני מלא  
 תשא לא תשיא".

ופרש רש"י:

"שמע שוא. שהמטעים דבריו שלא בפני בעל דינו אינו בוש  
 מדברי שקר".

ובמסכת סוטה דף כא, ע"ב:

"היכי דמי רשע ערום, אמר רבי יוחנן זה המטעים דבריו לדיין  
 קודם שיבא בעל דין חברו".

רש"י פרש:

"שמטעים דבריו לדיין, דמשנקבעו בלב הדיין שערי זכויותיו  
 לדבריו של זה קשין לסלקן והרי ערמותו ורשע הוא, שעובר על  
 לא תשא שמע שוא".

הלכה זו נפסקה ברמב"ם הלכות סנהדרין פרק כא הלכה ז'.  
 על יסוד סוגיות אלו כותב הרמב"ם בספר המצוות (עפ"י  
 תרגום הרב יוסף קאפח) כדלהלן:

"המצוה הרפ"א האזהרה שהזהר הדיין מלשמוע דברי אחד  
 מבעלי הדין שלא בפני בעל דינו, והוא אמרו לא תשא שמע  
 שוא. לפי שעל הרוב יהיו דברי בעל דין שלא בפני בעל דינו-  
 שוא, ולפיכך הוזהר הדיין מלשמוע אותם הדברים, כדי שלא  
 יהיה בדעתו מושג בלתי נכון ובלתי אמיתי. ולשון מכילתא לא  
 תשא שמע שוא אזהרה לדיין שלא ישמע מבעל דין עד שיהא  
 בעל דינו עמו, אזהרה לבעל דין שלא ישמע את דבריו לדיין  
 עד שיהא חברו עמו. ובאזהרה על ענין זה בעצמו אמר (שם)  
 מדבר שקר תרחק כמו שהתבאר ברביעי משבועות".

חשוב לציין שהרמב"ם מצא לנכון להדגיש "שעל הרוב יהיו  
 דברי בעל דין שלא בפני בעל דינו, שוא", שאם רק לעיתים  
 רחוקות היו דבריו שוא, לא היה הכתוב קובע בהחלטיות,  
 שאלו דברי שוא, (ובתרגום אונקלוס שמות כג, א, תרגם "לא  
 תשא שמע שוא" - "לא תקביל שימע דשקר").

עוד נציין כי את הפסוק "צדיק הראשון בריבו יבא רעהו  
 ויחקרו" (משלי יח, יז), מפרש רלב"ג:

"כי מדרך האנשים להאמין בספור המוגד להם ראשונה, ולזה  
 יהיה אצל השופט האיש הראשון שיבא לפניו צדיק בדברי ריבו,  
 כי יאמין לדבריו. וכאשר יבא רעהו להגיד לו הפך הדברים  
 ההם, לא יאמינהו, כי אם אחר החקירה השלימה. והנה לזאת  
 הסיבה מנעה התורה שלא ישמע הדיין דברי בעל דין קודם  
 שיבא בעל דין חברו, כי זה יהיה סיבה אל שתהיה דעתו יותר  
 קרובה אל מי שישמע דבריו בראשונים. וכאילו העיר על זה  
 ג"כ החכם בזה הפסוק".

על כן בהעדר היתר לקבל עדות שלא בפני בעל דין, מקבלי  
 העדות עוברים על לא תשא שמע שוא, כמו שכתב מהרש"ל  
 בתשובה סי' יא:

"והנה צעקה הראשונה שצעק כמ"ר שמעון ובנו שגבו עליו  
 עדות שלא בפניו להורידו מחזקת כשרות בעידי כיעור מכוערים

בקביעתו שעל המנהיגות הציבורית החובה לשמור על טוהר  
 המחנה, חובה שמלכתחילה מוטלת על כלל הציבור,  
 והמנהיגות תמלא משימה זו בשם כלל הציבור, ופורום זה  
 ופעילותו מבטאות מילוי חובה זו.

דבריו מתקבלים ביחס לתופעה שלילית ידועה ומוכרת שאין  
 בה ספק, ונקיטת צעדים לביעור התופעה (= "אפרושי  
 מאיסורא"), אלו יכנסו בגדר "חוקים". אך כשמתעורר  
 ההכרח לקיים חקירה ובירור ביחס לעובדה ספציפית  
 הנטענת אודות פלוני, בבירור משפטי עסקינן, וגם עפ"י  
 הגדרת החת"ס אין זה בגדר "חוקים", אלא בגדר "משפטים",  
 ומקומו במסגרת משפטית שיש לה מעמד מתאים. כל עוד  
 אנשי הציבור שהתכנסו לא קבלו הסמכה ישירה ומפורשת  
 מהציבור לפעילותם, אם אינם עומדים בגדרי "בית דין"  
 הכשר לדון, הם נעדרים סמכות עפ"י ההלכה לכל פעילות  
 שיפוטית. וגם אם הם בגדר בית דין כשר עפ"י ההלכה, לא  
 יוכלו לחרוג מדיני הראיות הנרחבים, המתאפשרים לממונים  
 שנבחרו על ידי הציבור, בהתאם לפסיקת השו"ע חו"מ סי' ב'.  
 ביחס לאפשרות לשתף נשים בגוף שיפוטי מסוג זה, הרב  
 אריאל (שם בעמ' 194-192) נסמך בדבריו על האפשרות לקבל  
 עדות אשה בנסיבות מסויימות, אך אין ללמוד מהלכות  
 עדות, שם נקבעה האפשרות לקבל את עדותן עקב האילוץ  
 ובהעדר אפשרות חילופית, מה שאין כן ביחס לגורם שיפוטי,  
 שבו ניתן לצרף אשה בכפוף לאמור לעיל בלבד. דהיינו  
 בחירה ציבורית מפורשת, הנעשית בהוראת שעה על יסוד  
 השיקול המהותי של מיגדר מלתא. החריגה מההלכה  
 הפסוקה תוכל להיעשות רק לאחר שיקול דעת המביא  
 למסקנה שהעדר השתתפות אשה בגוף זה יחליש את כוחו  
 להוציא את האמת לאור, וכתוצאה מכך תיקון העולם ילקה  
 בחסר, ויפגע "מגדר מלתא", ובדומה לאמור בתשובת  
 המשפטי שמואל הנזכרת ביחס לקרובים.

### שמוע בין אחיכם

אחד מכללי היסוד המחייבים את בית הדין הוא: "שמוע בין  
 אחיכם", דהיינו, יש לשמוע את בעלי הדין יחד באותו  
 מעמד, ואין מקום לשמיעת צד אחד שלא בפני חברו.  
 במסכת סנהדרין דף ז, ב, נאמר:

"שמע בין אחיכם ושפטתם, אמר רבי חנינא אזהרה לבית דין  
 שלא ישמע דברי בעל דין קודם שיבא בעל דין חבירו, ואזהרה  
 לבעל דין שלא יטעים דבריו לדיין קודם שיבא בעל דין חבירו,  
 קרי ביה נמי שמע בין אחיכם. רב כהנא אמר מהכא מלא תשא  
 לא תשיא".

רש"י פרש:

"שמוע בין אחיכם. כשיהיו שניהם יחד שמעו דבריהם, ולא  
 תשמעו דברי זה בלא זה, שמסדר דברי שקר כדברי אמת, לפי  
 שאין מכחישן, ומכיון שלב הדיין נוטה לו לזכות, שוב אין לבו  
 מהפך בזכות השני כל כך. שמע - דבריך בין אחיכם, כשתהיו  
 שניכם יחד משמע".

מנוס אלא לאכופ על הנתבע להתייצב לדיון או להתיר לו לתובעו בערכאות. מהר"ם שיק כתב:

"גוף הדין קשה לפסוק דין שלא בפניו, דהרי פסק הרמב"ם בפכ"א מסנהדרין דין ד' דאסור לדיין לשמוע דברי טענת בעל דין בלי חבירו, ושעל זה נאמר לא תשא שמע שוא. וא"כ איך רשאי לשמוע דברי בעל דין יחיד והתורה קראה שמע שוא ... איך רשאי לשמוע ואפילו בגברא דלא ציית, הרי לעבור על ל"ת אסור, אפילו צריך לבזבז כל ממונו כדקי"ל ביו"ד סי' קנ"ז, ולא זה הוא מן התורה ונמנה ברמב"ם במנין המצות ... ונהי דיש לחוש לגבר אלם ואם אי אפשר בענין אחר אמרינן ביבמות דף צ' דאפילו בקום ועשה יש כח ביד חכמים לעשות סייג לתורה ולענוש גם באופן שאינו כתורה וגם עובר עה"ת רשאי לעשות לצורך שעה, אבל לא מצינו אלא הוראת שעה בזה".

ובסיום תשובתו הורה המהר"ם שיק שבנסיבות שאין כל דרך לכפות את הנתבע להתייצב לדיון, "כשיזדמן מקרה, על כרחך יהא צריך לעשות אז סייג לתורה בהוראת שעה אפילו לדונו שלא בפניו, אם לא יהא אפשר בענין אחר, כן נראה לי".

על כן לא נכון לקבוע כדבר שבשגרה, נוהל המאפשר קבלת תלונה ובירורה שלא בפני הנילון. נוהל זה פגום מעיקרו, מהטעמים הנוכחים. אמנם במקרים חריגים שבהם עמידה על ההלכה המחייבת שמיעת שני הצדדים באותו מעמד, תפגע ביכולת אותם ממונים לבער את העברות, יש מקום שבית הדין הדן בדבר יחליט כהוראת שעה לעקור דבר מן התורה, לשמוע צד אחד שלא בפני הצד השני, אך היינו דוקא כשהנילון מסרב להתייצב לדיון, וללא הצדקה, אך אם הנילון מסכים להתייצב לדיון, אין מקום להליך שיפוטי שאינו מתקיים במעמד שני הצדדים.

נכון הוא שבמקרים רבים קיים קושי רב, לעמת את המתלונן או המתלוננת עם הנילון, וביחוד אם הוא בעל מעמד. וכן עלתה טענה שעמידה על קיומו של ההליך במתכונת זו תביא לכך שמלכתחילה אחוז משמעותי מהתלונות לא יוגשו, כדי שלא להגיע למעמד קשה זה. למרות זאת, אין מקום שקושי זה יוביל לשיבוש הליך הבירור, שיבוש העלול להביא לתוצאה מוטעה. אין לקבל קביעת מתכונת שבה זכותו של הנילון, לבירור התלונה בדרך הולמת וצודקת תיפגע, וכל זאת בעת שהנילון בחזקת זכאי כל עוד לא הוכחה אשמתו. ובדרך שהגוף השיפוטי עובר על מצוות התורה המחייבות את הבירור המשפטי במתכונת הנוכרת.

#### המענה הראוי להינתן לתלונה על הטרדה מינית, בהעדר ראיות מספיקות

כאמור לעיל, הריב"ש בתשובתו סי' רסה התייחס לנסיבות בהן אותן ממוני הקהל קבלו תלונה מאשה הטוענת להטרדה מינית, אך לא נמצאה ראיה לטענת המתלוננת. להלן עיקרי דבריו:

בעצמם ... דנהי דגבי ממונא משום תיקון השוק והפקר ב"ד הפקר הכשירו בדיעבד ודימוהו קצת לאונס, אבל גביית עדות לפסול איש מחזקת כשרותו לפגום בכבודו וכבוד אבותיו, ועוד לפגום בכבוד הבתולה בת של אברהם אבינו, פשיטא ופשיטא שאף בדיעבד אינו כשר, והעדים והב"ד עברו משום לא תשא שמע שוא וקרינא ביה לא תשיא".

העולה מדברינו, נוכחות שני הצדדים במעמד הבירור המשפטי של התלונה, הכרחית, ובהיעדרה לא ניתן לקיים הליך משפטי הוגן. בעל הדין הטוען בהעדר הצד השני, יכול לסלף או שלא לדייק בדברים משמעותיים בלא שיוכחש על ידי הצד השני, ודבריו הם בחזקת דברי שקר, והדיין השומען עובר ההוראה "שמוע בין אחיכם", על "לא תשא שמע שוא", ו"מדבר שקר תרחק".

בנוסף ההליך השיפוטי משתבש על יסוד הטבע האנושי להאמין ולקבל את דברים הנאמרים בראשונה, וכפי שבאר רש"י במסכת סוטה והרלב"ג.

היה מקום לטעון, כשם שהקלנו ביחס לטובי העיר או "בירורי העבירות" בדיני הראיות, נקל גם בהיתר שמיעת בעל דין אחד שלא בפני בעל דין חבירו.

אך טענה זו נשללה על ידי מהר"ם די בוטון, בתשובתו הנוכרת, בסי' יט, וז"ל:

"אע"ג דכתב הטור סי' ב' וגם מהרי"ק בשם הרמב"ן ז"ל דבדיני קנסות בזמן הזה לא הצריכו דין תורה רק דנים עפ"י עדים קרובים או עד מפי עד כל שנתאמת הדבר בשכלו של הדיין או הברורים יכולים לקנוס, זהו דוקא לאמת הדבר עפ"י עדים כשרים לא הצריכו דין תורה, ודי כשנתאמת בשכל השופט על פי מי שיהיה קרוב או פסול. אבל שלא בפני בעל דין לא יכול לקנוס, דמה שנתאמת בשכלו הדבר, מפני שלא היה בעל דין בפניו, דצדיק הראשון בריבו, שאם היה שם בעל דין אפשר דלא יתאמת, וזה פשוט".

והביא מדבריו בספר כנסת הגדולה מהדורה בתרא טור חו"מ סי' ב'.

אמנם ביחס להליך המשפטי המתקיים ביחס לאדם הנחמד כמוסר, כתב הריב"ש סי' רלז שיש לקיימו בפניו בלבד, "אלא אם כן יראה בעיני הדיינים שיש סכנה בזה, שאז לצורך השעה יכולין בית דין לעשות שלא מן הדין, לעשות סייג לתורה".

דהיינו השיקול של צורך שעה וסייג לתורה יכול במקרים קיצוניים של סיכון, להתיר הליך כזה. אך לא כשההליך מתנהל כך בדרך השגרתית.

עוד יש לציין לתשובת מהר"ם שיק חלק חו"מ סי' ב' שדן כיצד לנהוג ביחס לדין תורה שזומן לבקשת התובע, אך הנתבע מסרב להתייצב לדיון, האם בנסיבות אלו ניתן לקיים את הדיון במעמד התובע בלבד. מהר"ם שיק שלל אפשרות זו, לקיים דיון לקוי שבו בית הדין שומע צד אחד בהעדר הצד השני, ואין מקום להורות על קיומו של דיון מסוג זה, גם אם קיים אילוץ, כגון כשהנתבע מסרב להתייצב לדיון, ואין

ההכחשה ולא התקבלה הכרעה באמצעות ראייה התומכת בטענות אחד הצדדים, אסרו על הנילון לדבר עם המתלוננת וחייבו את הפרדת המגורים ביניהם. וזאת על יסוד ההנחה שבכך ניתן המענה הראוי למנוע הישנות ההטרדה, אם אכן התקיימה כטענת המתלוננת.

בנוסף, אם הנילון הוא כבר מוחזק כחשוד על העריות, יש מקום להחמיר עמו, ולא להסתפק בהפרדה.

הלכה זו התבארה על ידי הגאון רבי ישראל איסר בעל ספר "שער משפט", בספרו שו"ת נחלת אבות סי' לב. תשובה זו מתייחסת למקרה שבו אשה נשואה המתגוררת בנפרד מבעלה מתלוננת כנגד אדם המתגורר בסמיכות לביתה, שמנסה לפתותה לדבר עבירה והלה מכחיש. בנסיבות אלו ולאחר שלא מצאו ראייה לדבריה, פסקו שיש להפרידם למגורים מרוחקים.

בתשובה זו באר את דינו של הריב"ש וכתב:

"אע"ג שהאיש מכחיש את האשת איש, שמעולם לא רדף אחריה, מ"מ לכתחילה לאפרושי מאיסורא חיישינן לדבריה, ואסור לו להכנס בגבולה לשכור בית בשכונתה, מכ"ש שהיא לא תשכור בית בשכונתו, דהא שוויא אנפשה חתיכה דאיסורא במה דטענה שהוא רודף אחריה ... אבל אם כבר דרים שניהם בחצר אחת או בשכונה אחת בשכירות, ועדיין לא נשלם זמן השכירות, והוא מכחיש בדבר, ודאי דאין להאמינה לדחות אותו מדירתו. דכמו שאין מאמינים אותה לייסרו כ"ש דאין להאמינה לענין ממון, לדחות אותו מדירתו, אף שרגלים לדבר שאומרת אמת כמ"ש מהרי"ק שורש קכ"ט וקפ"ט והביאו הב"י".

ובסיום דבריו כתב שאם אין נ"מ לעניין ממון, אלא שכעת מלכתחילה שניהם רוצים להיכנס לגור באותה שכונה, ועלינו לקבוע את מי להעדיף, או שהסתיימה תקופת השכירות, בזה אם יש אומדנא כדבריה, תינתן לו הוראה לעבור למקום אחר.

מתשובה זו מתבאר שההוראה להפרדה ניתנת ומחייבת את הנילון, ככל שאין בה עבורו הפסד ממון, וזאת מאחר ואין ראייה שמאפשרת לקבוע שיש ממש בתלונה.

### נילון המחזיק בתפקיד חינוכי

בנסיבות בהן מגמת התלונה למנוע מהנילון להמשיך להחזיק בתפקיד חינוכי או רוחני, אין רק משפט בין שני בעלי דין, אלא בנוסף הדיון הוא האם הנילון ראוי למלאכתו שהיא מלאכת שמים, והאם יש לחוש שאינו ראוי לעבוד עם תלמידים צעירים או בקרבת נשים, מפני שפגיעתו רעה.

היה מקום לאפשר קבלת עדות שלא בפניו כי באיסורים אפשר לקבל עדות שלא בפני בעל דין. עיין פתחי תשובה על שו"ע אה"ע סי' יא ס"ק יח בשם המאירי והרדב"ז, אך כבר הביא הפת"ש שם בשם תשובת הרב בצלאל אשכנזי ז"ל שאם מעורב בעדות גם ענין ממוני אין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין.

"לברורי עברות של קהל אלגזירה, י"ש צ"ו. ראיתי כתבכם על הבקשה שעשתה לפניכם, אלגוהר אשת רבי יעקב בן גוסף, כנגד ר' יצחק כהן, שהוא הולך אחריה פתאום, באמרו אליה כי הוא אוהב אותה. עד שאמר לה אם אין את עושה בעבורי, תן לי נשיקה אחת, שלא אמות בעבור אהבתך, וגם, שפעם אחרת, קרא אותה לעלות לביתו, באמרו שדלף טורד בבית, והיא הבינה כונתו כי היתה לרעה, ולא רצתה לעלות. ואז אמר לה דברי נבלה, ושהוא מלומד לעשות כן לאחרות. ורבי יצחק כהן השיב על טענותיה, וכחש בה. באמרו: שמעולם, לא היתה כונתו לרעה, וחלילה לו. אבל, לפי שהיו שכנים, היו משחקים דרך צחות, כמו שמשחקים אהובים. ושמעולם, לא הורגל בזה, כי הוא יהודי יושב בחזקת כשרות ... ועוד ענתה ואמרה לפני הברורים שכבר עשו לו התראה, הברורים, שלא ידבר עם אשת שמואל פניאל, ושלא לבא עמה, במקום חשד ... תשובה: מאחר שאין לאלגוה"ר עדים על טענתה כנגד יצחק כהן הנזכר, אין ראוי להאמינה בדבורה לבד, ולחשדו בדבר כיעור, ולייסרו ולהענישו. אבל, כדי להפרישם מאסור, ראוי לצוות עליו בכח נדוי, לבל ידבר עמה מטוב ועד רע. וכן, שלא ידורו בשכונה אחת. וכן, אם מוחזק בעיניכם בחשוד על העריות אף אם אין עדים בדבר, ראוי לגעור בו בנזיפה. ולאיים עליו: שאם לא יתנהג כשורה, שתבדילוהו מכם לרעה, ושתדחוהו בשתי ידיים. כמ"ש חכמינו ז"ל מלקין על לא טובה השמועה; שנאמר: אל בני לא טובה השמועה וגו'. וכמש"כ הרמב"ם ז"ל (בפרק כ"ד מהל' סנהדרין), וז"ל: וכן לב"ד, בכל מקום ובכל זמן, להלקות אדם ששמועתו רעה, והעם מרננין עליו, שהוא עובר על העריות. והוא, שיהיה קול שאינו פוסק, כמו שבארנו. ולא יהיו לו אויבים ידועים, שמוציאין עליו שמועה רעה. וכן, מבזין את זה ששמועתו רעה, ומחרפין את יולדתו בפניו, עד כאן".

דברי הריב"ש נפסקו להלכה בשו"ע אבן העזר סי' קעח סעיף ב':

"אשת איש שטוענת על איש אחד שהוא רודף אחריה, והוא מכחישה, אין להאמינה כדי לייסרו; אבל יגזרו עליו נדוי, שלא ידבר עמה כלל, ושלא ידורו בשכונה אחת. ואם הוא מוחזק בעיניהם לחשוד על העריות, ראוי לגעור בו בנזיפה ולאיים עליו שאם לא יתנהג כשורה יבדילוהו מביניהם לרעה וידחוהו בשתי ידיים כמו שארז"ל מלקין על לא טובה השמועה, וכמו שכתב הרמב"ם בפכ"ד מסנהדרין".

וכן בשולחן ערוך אבן העזר סי' כב סעיף ב' נפסק:

"כל המתייחד עם אשה שאסור להתייחד עמה, בין ישראלית בין עובדת כוכבים, מכין את שניהם מכת מרדות, האיש והאשה, ומכריזין עליהם. הגה: ודוקא בידוע שנתייחד עמה, אבל היא אינה נאמנת עליו (ריב"ש סי' רפ"א). ואפילו עד אחד אינו נאמן (מהרי"ק שורש קפ"ח). ומכל מקום במקום שנראה לבית דין דאיכא למיחש לאיסורא, צריך להפרישן (שם ריב"ש)".

העולה מדברי הריב"ש, הממונים שמעו את טענות שני הצדדים, את המתלוננת ואת הנילון, ולאחר שנתרה

שבאותה תשובה רק קבע להורות שלא לשלוח אליו תלמידים, שהוא הפסד עקיף, אך לא היה מורה לפטרו ממשרתו ולהוציאו מחזקת כשרות, אלא אם העדות היתה מתקבלת בפניו, בהתאם להלכה המקובלת. שאם לא כן שתי התשובות אינן מתיישבות אחד עם השניה.

### מסקנת הדברים

החובה על מנהיגי המדינה ורשויות השלטון לתת מענה ראוי לטהרת המחנה, באמצעות גופים שיפוטיים שיוסמכו לטפל בעבריינים שפגעו או הטרידו מינית. מענה זה יכול להינתן באמצעות הגופים השיפוטיים הקיימים ואם נמצא חלל ריק ונגזרת פעילות שאינה מקבלת את המענה הראוי במסגרת החוק הקיים, יש לפעול להשלמת החסר באמצעות הקמת גוף ציבורי שמעמדו מעוגן בחוק. וזאת מאחר שמן ההכרח שהמענה ינתן באמצעות גורמים שיש להם כח מהצבור ומטעם החוק, כך שעבריינים מהסוג הזה שאינו בהכרח פלילי, יטופלו באמצעות המסגרות שלהם ההסמכה החוקית והכלים לזמן לדיון את הנילון, ולאכופ עליו את הביורור המשפט, וכן לאכופ המצאת ראיות ככל שיידרש. וכן להם הכלים המתאימים לענישה הראויה.

לגורמים אלו יש מעמד גם על פי ההלכה. מאחר שבתי הדין הקיימים, הדנים בין אדם לחבירו ובין איש לאשתו לא הוסמכו ולא נטלו על עצמם את המשימה לדון בעניינים אלו.

לאחר שהגורם המתאים הוסמך על ידי הצבור כראוי, אין לגורמים המופקדים על נושאים אלו מעמד של "ערכאות" כמשמעותו בשו"ע חו"מ סי' כו, אלא מעמד של ממונים שקבלו מעמד לגיטימי מהצבור, ודינם נפסק בשו"ע חו"מ סי' ב'.

כל עוד לא ניתן להיעזר בגורמי החוק, וגוף כזה אינו מעוגן בחוק, מן הראוי שנציגי הציבור יפעלו למינוי בית דין מיוחד, שיקבל מעמדו מכלל הציבור באמצעות נציגיו הנבחרים, שיפעל למלא את החלל החסר.

כל הגופים הנוכחים מחוייבים לפעול בהתאם לכללי השיפוט המחייבים בית הדין רגיל, לרבות שמיעת המתלונן והנילון באותו מעמד. אך אין מניעה לאפשר לגופים אלו לחרוג מדיני הראיות על מנת להשיג את היעד לטהרת המחנה, וכשקיים הכרח, ניתן לאפשר חברות אישים שאינם כשרים כדיינים, אם חברותם הכרחית ליעילות גוף זה, ובהיעדרם לא יושג היעד שהוטל עליהם.

ודנו כמה פוסקים ביחס לעדות על שוחט ביחס לכשירותו למלאכת השחיטה. להלן מש"כ בשו"ת הרב"ז (לרבי בצלאל זאב שאפראן) חלק א' סי' קיז:

"אמנם כן כתב בתשובת ר' בצלאל אשכנזי ז"ל סי' ה' שם, דדוקא היכא דליכא בעדותן אלא לאפרושי מאיסורא. אבל היכא דפתיק בהדי' דררא דממונא, אין מקבלין שלא בפני בע"ד אפי' על האיסור ע"ש. ובשו"ת נו"ב מהד"ק חאה"ע סי' ע"ב הביא ג"כ לתשו' רב"א הנזכר ע"ש. אם כן פשיטא בנידון שאלתינו, הרי פתיק בהדי' דררא דממונא. דהרי יש להר' יעקב שו"ב הפסד ממון ע"ז, ואינו שוחט. פשיטא דגם בדיעבד לא מהני גביית עדות שלא בפניו. כש"כ לפי"ד מהרש"ל ז"ל בתשובה סי' י"א דלפסול אדם מחזקת כשרותו, ולפגום כבודו דמיא לד"נ, דלכ"ע גם דיעבד לא מהני גב"ע שלא בפניו. והעדים והב"ד עברו משום "לא תשא שמע שוא" וקרינן ב"י לא תשיא וכו' יע"ש. וכ"כ עוד מהרש"ל בתשו' סי' ל"ג ע"ש. וכן הוא בתשובת הרמ"א ז"ל סי' י"ב. וכ"ה בתשובת משאת בנימין סי' כ"ו ע"ש. וכ"פ בשו"ת עטרת חכמים חו"מ סי' א' והביא ג"כ להמהרש"ל הנ"ל ע"ש. וכ"כ בשו"ת שואל ומשיב מהד"ק ח"א סי' נ"ג לענין שו"ב, שכל שהוציאו מחזקת כשרותו הוא כדיני נפשות, ואי אפשר לפסלו שלא בפניו ע"ש. ומצאתי בשו"ת דברי ריבות סי' רפ"א בדין גבו עדות על השו"ב שלא בפניו וכתב: מה יועילו בזה, אין חבין לאדם שלא בפניו. ואם יתנצל הבודק ליתן טעם מספיק לדבריו וכו' מה טוב ויעמוד בחזקתו יע"ש".

וכן בספר שואל ומשיב מהדורה קמא חלק א' סי' נג, כתב: "ומ"ש דהלכה רווחת דאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין, הנה אמת נכון הדבר, אבל לאפרושי מאיסורא כבר כתב המאירי דמקבלין אף שלא בפני בע"ד. אמנם כבר כתבתי בתשובה לק' פרעמישלאן דדוקא אם אינו רק לאפרושי מאיסור בלבד ... אבל במקום שרוצים לפסול אדם על ידי זה, זה ודאי לא מועיל שלא בפני בעל דין והבאתי דברי הרא"ש בתשובה כלל מ"ו סי' א' וכן מבואר בשו"ת רמ"א סי' י"ב ובשו"ת רש"ל סי' ל"ג וגם לפש"כ מוה' בצלאל אשכנזי בתשובה סי' ה' דכל דפתיך ב"י דדיני ממונות אסור לקבל שלא בפני בע"ד, והרי כן נראה משו"ת רדב"ז ח"א סי' ע' וח"ב סי' נ"א ... ולפענ"ד במקום שמוציאין האדם מחזקת כשרותו הוא כדיני נפשות וא"א לפסול שלא בפניו וזה ברור".

אמנם בספר שואל ומשיב בתשובה אחרת, במהדור"ק ח"א סי' קפה הורה שלא לתת תלמידים למלמד שהתקבלה עליו עדות שלא בפניו שנהג בסטייה חמורה, שאם היא נכונה, שוללת ממנו את האפשרות לשמש כמלמד תינוקות. נראה



## סימן ז

## פסיקת פשרה ברוב דעות ובהיעדר הסכמת הצדדים לפשרה

חייב שבועה, התשלום המוטל עליו במסגרת הפשרה הינו תשלום המהווה תחליף ותמורה לשבועה שהיתה מוטלת עליו ונחסכה ממנו. משא"כ ביחס ל"חרם סתם", שאינו נחשב כתשלום שהוטל על בעל הדין, ואין לו יסוד בדינא דגמרא אלא הוא מתקנת הגאונים, ואינו נוהג במקרים רבים.

ויצוין לשו"ת התשב"ץ חלק ג' סי' רכ שכתב:

"אבל לפי הנראה אין בזה צד חיוב שבועה לא לאפטרופוס ולא ליתומים, לפי שאין חיוב שבועה אלא בטענת ברי, ובטענת ספק אין שם חיוב שבועה, ומה יוכלו היתומים לדעת יותר ממה שהוא יודע האפטרופוס. ולעולם לא יבא לידי חיוב שבועה, אלא חרם סתם. ואם האפטרופוס רואה תועלת ליתומים אם יפטרנו מזה החרם על ידי פדיון רשאי בכך".

הרי שהכל נתון לשיקול דעתו של האפטרופוס, מהי טובת היתומים, ואין זו פשרה הנתונה לסמכות בית הדין.

הלכה זו מצויה במקרים רבים, שטענת אחד הצדדים לא התבררה ונפסק המוציא מחבירו עליו הראיה, ולא מצאנו באף אחד מהפוסקים בדור הזה או בדורות קודמים שכתבו בנסיבות אלו לפשר ולחייב ממון כדי להימנע מ"חרם סתם". ואמנם, אין יסוד לחדש חידוש מרחיק לכת ללא כל אסמכתא, וכאמור אין מקום להקיש בין חיוב שבועה על בעל הדין לקביעה כללית שיש "חרם סתם", שאינו מוטל ישירות על בעל הדין. מה עוד שכיום למעשה בתי הדין אינם נוהגים כדבר שבשגרה ב"חרם סתם", מחשש שיוזלו בזה, וממילא אין כאן מקום לפשרה לפטור מחיוב שאינו נוהג למעשה.

סיכומו של דבר, עפ"י ההלכה אין יסוד לפשר בהיעדר הסכמת הצדדים, ואין לחייב את הבעל בתשלום בגין הכתובה.

בנסיבות אלו שנחלקו הדעות בין הדיינים, גם בית הדין בהרכבו המלא אינו רשאי לפסוק את הפשרה עפ"י רוב דעות, מאחר שאין הולכים בפשרה אחר הרוב, אלא כשהצדדים קבלו את בית הדין לפשר לרבות ברוב דעות, או כשעכ"פ ניתן לקבוע שזו כוונתם להסמיך את בית הדין לפשר גם ברוב דעות, עיין שו"ע חו"מ סי' יב סעיף יח, סמ"ע חו"מ סי' יג סק"כ ופת"ש סק"ו, אבל בנידון הנוכחי, כשהנידון הוא פשרה ביוזמת בית הדין אך בהיעדר הסכמת הצדדים לפשרה, בית הדין אינו מוסמך לפשר על פי רוב דעות.

ויש להוסיף ביאור בהלכה זו. מקור הדין שאין הולכים בפשרה אחר הרוב הוא בתוספות במסכת סנהדרין דף ו. שכתבו:

"בפשרה לא אזלינן בחד רובא עד שיסימו שלשתן לדעת אחד,

בבית הדין נחלקו הדעות האם ניתן לפסוק פשרה באותו נידון שהתברר בבית הדין.

בדיון אודות חיוב הבעל בתשלום הכתובה, והבעל טען טענה שאם תתברר, ייפטר מתשלום הכתובה, והיה מקום לחייבו בשבועת היסת. אמנם כופר הכל חייב בשבועת היסת, אבל בנידון זה שדינו של הבעל כ"חשוד על השבועה", ההלכה הפסוקה (שו"ע חו"מ סי' צ"ב סעיף י"ד) היא שיש לפוטרו משבועה אלא מסתפקים ב"חרם סתם".

בירור זה שמעמדו כחשוד על השבועה, יוכל שיהיה באמצעות שני עדים שיבואו להעיד עליו, אך גם אם יצא עליו "קלא דלא פסיק", די בכך שלא ימסרו לו שבועה, וכמו שכתב הרשב"א בתשובה ח"ד סי' קס"ו (הובא בב"י חו"מ סי' לד מחודש ג')

"אם יצא עליו קול, בקלא דלא פסיק, חוששין לו, ואין מוסרין לו שבועה ... ואע"פ שזה בחזקת כשר היה ואין פוסלים אותו בקלא בעלמא. מ"מ מיחש חיישינן ליה. ואפילו איתתא מפקינן מנטען בדבר מכווער, וקלא דלא פסיק. כ"ש זה דבקלא פסיק אין מוסרין לו שבועה".

בהתאם לכך, ה"ה ביחס לכל אדם שחזותו מוכיחה עליו ואינה מותירה ספק בעיני הרואים, שאינו מקפיד על קלה כחמורה, ואף פחות מכך, גם בנסיבות שלא יחשב כ"אנן סהדי" שמעמדו ההלכתי כחשוד, עכ"פ לא גרע מ"קלא דלא פסיק", ומצד הדין אין מוסרין לו שבועה.

מאחר ובסופו של דבר, עפ"י ההלכה בית הדין אינו פוסק לחייבו להישבע, אין יסוד לפשר. מפני שיסוד הפשרה נובע מכך שבעל הדין מחויב בשבועה ובנסיבות אלו התחליף לחובת השבועה הוא תשלום ממון מסוים, משא"כ כשלמעשה בית הדין קובע שעל פי הדין לא הוטלה עליו שבועה.

אלא ששנים מהדיינים שהשתתפו בדיון סברו להורות על פשרה כדי לפוטרו מ"חרם סתם", שהיה ראוי להיקבע בנסיבות אלו אך אינו מבוצע למעשה.

וכן נכתב בספר דיני בורות לידידי הרה"ג הרב יועזר אריאל שליט"א עמ' קפב:

"בית הדין יכול לפשר, גם אם לפי עיקר הדין חל חרם סתם. כי בזמן הזה אין נוהגים להחרים, לכן כתחליף לחרם, בית הדין יכול לפשר פשרה ממונית, כדי להציל את הנתבע מעונש שיבוא עליו על ידי החרם, אם שכח ולא דייק בטענתו ונטל ממון שלא כדין".

אך לענ"ד אין יסוד בהלכה לפשרה כזו, בנסיבות שבעלי הדין לא קבלו את בית הדין לפשרה. אמנם כמה פוסקים כתבו לפשר כדי למנוע שבועה, היינו לאחר שבעל הדין כבר

נציין לדברי ספר יד רמ"ה עמ"ס מסכת סנהדרין דף ו: שכתב בלשון זו:

"תניא ביצוע בשלשה, וביצוע היינו פשרה, ואמאי קרי לה ביצוע לפי שנוטל ממון מזה ונותן לזה שלא כדין, ודמי לגזל, ואמטול הכי קרי ליה ביצוע, לשון, כן ארחות כל בוצע בצע' (משלי א)".

הרי שהיה פשוט לרמ"ה להגדיר הוצאת ממון בפשרה כהוצאת ממון שלא מן הדין, עד כדי כך שהפשרה מכונה "ביצוע", מלשון גזל. על כן בפסיקה מסוג זה שאין בה הכרעת הדין הידוע, לא נתחדשה ההלכה ללכת אחר הרוב. וכן ראיתי מביאים דעת הגאון רבי אברהם שפירא זצ"ל הרב הראשי לישראל ונשיא בית הדין הגדול לשעבר, בביאור דברי התוספות, וכפי שהובאה בספר "מעמק אברהם", שכתב תלמידו הרב אביהו שוורץ מפיו בשיעור, וכדלהלן:

"יש להתבונן בראיה שהביאו תוספות לדבריהם מהגמרא במסכת עבודה זרה (עב). הגמרא שם אומרת: אמר לו המוכר ללוקח, "כדשיימי בי תלתא" - היינו, אמכור לך כפי מה שישומו בי שלושה - "אפילו תרי מגו תלתא" - כלומר כוונתו היא, שיכריעו על מחיר הדבר על פי רוב כמו בבית דין. אבל אם אמר המוכר "כדאמרי בי תלתא" - כוונתו היא עד שיאמרו השלושה כאחד. ומכאן הביאו תוספות ראייה שגם בפשרה אמרינן עד שיאמרו שלושתם כאחד.

מזן הגאון הרב אברהם שפירא מקשה על ראית התוספות: א. מה השייכות של עניין זה לפשרה? ב. מנין לדמות פשרה דווקא ללשון "כדאמרי בי תלתא" ולא ללשון "כדשיימי בי תלתא"? ג. צריך בכלל להבין, מה הסברא? מדוע בדין הולכין אחר הרוב ואילו בפשרה צריך הסכמה כללית?

ומבאר מורנו ורבינו את העניין: התורה לימדה אותנו "אחרי רבים להטות", ומכאן לכל התורה ממש, בכל מיני עניינים שאנו הולכים בהם אחרי הרוב, מבררים על פי רוב. כשרצית לדעת דעת תורה, דין תורה, יש בזה רק אמת אחת. וכשתברר הדבר על פי רוב, הרוב מברר לנו מה האמת. הרוב הוא האמת הגמורה, והמיעוט כמאן דליתא. כך הורתה לנו התורה.

לעומת זאת בפשרה, אף שאמרנו שגם בזה צריך להכרעת דעת של תורה, בכל זאת, בפשרה אין אמת אחת בלבד, אלא יש הרבה אפשרויות של פשרה, שבנויות על פי כל מיני חישובים ולא דווקא חישובים שנוגעים לעצם העניין. ממילא, כשיושבים דיינים ודנים על פשרה ויש רוב שאומר כך ויש מיעוט שאומר אחרת, אי אפשר לומר שהרוב ברר לנו את האמת, אלא אפשר לומר כרוב, ואפשר לומר כמיעוט, שיש לו שיקולים שונים, ולכן לא תופסת כאן קביעת התורה 'אחרי רבים להטות', ובעינין הסכמה של כולם.

כך גם בסוגיא במסכת עבודה זרה בעניין מכירה, זהו החילוק בין שתי הלשונות. כשהוא אומר "כדשיימי" היינו, שישומו לו את השינוי האמיתי של הדבר, והוא אחד בלבד, לכן כשאמר כך, מועיל רוב, כי הרוב מברר לי שזאת האמת. אבל, כשאמר "כדאמרי" היינו כמו שיאמרו שלושה ולא דווקא מה שהאמת

כדאמר בפרק בתרא דמסכת ע"ז (עב). כדשיימי בי תלתא אפילו תרי מגו תלתא, כדאמרי בי תלתא עד דאמרי בי תלתא".

המשמעות הברורה בדברי התוספות היא שהלכה זו שאין הולכים אחר הרוב בפשרה, אינה נובעת מהעדר הסכמת הצדדים לפשרה עפ"י רוב דעות. אלא זוהי הלכה עקרונית, הנלמדת מהסוגיא בע"ז (עב). שאילו מכח אומדן דעת הצדדים, אין קשר בין הלכה זו להלכה המבוארת במסכת ע"ז. ואמנם באר הגרי"ד סולוביצ'יק זצ"ל (הובא בספר חי' בתרא על המסביר מסכת סנהדרין דף ו. בכינויו "המסביר"):

"שאינן בפשרה שום פסק או הוראה, אלא מעשה בית דין של עשיית פשרה בלבד, ובמעשה בית דין לא שייך רוב, כמו דלא אזלינן בתר רוב בסמיכת פר העדה".

וכעין זה בחידושי סבו, הגאון רבי חיים סולוביצ'יק זצ"ל בחי' עמ"ס ב"ק ריש פרק המניח, כתב בתוך דבריו ביחס להלכה שהתחדשה דאזלינן בתר רובא:

"בסנהדרין איכא תרי רובא, חדא לענין עצם הדין וביורר אמיתת הדין אזלינן בתר רוב, ועוד לענין הדין של המספר כ"ג, נמי אזלינן בתר רוב משום רובו כולו".

הרי מבואר שהתחדשה ההלכה ללכת אחר הרוב כיון שהרוב מברר את הדין האמיתי, ובכך בית הדין בהרכבו המלא פוסק את הדין המחייב את הצדדים. משא"כ בהטלת פשרה שלא מן הדין, לא התחדשה הלכה של רוב.

וכעין זה בספר שיעורי רבי דוד פוברסקי זצ"ל עמ"ס סנהדרין דף ו. סי' ק"א. על דברי התוספות כתב:

"לכאורה צ"ע... ממה נפשך, אי הסכימו שהפשרה תהיה כמו שיעשו הרוב, הרי כן הוי הקנין, ואי לא הסכימו לזה, איך יועיל". וכן הקשה על מה שכתבו תוספות שהפשרה דומה ל"כדאמרי בי תלתא" ולא ל"כששיימי בי תלתא".

וכתב לבאר:

"דין רוב הוי היכא דהוי הדין בלא הבית דין, ורק הבית דין פוסקים מה הדין כאן, וכמו בשומא דבודאי אין מחדשין השומא, ולא הוי זה שומא שלהם, ורק דכן הוא השומא בשיווי הדבר, ולכן שייך על זה דין רוב. משא"כ בפשרה, שהמפשרים עושים דין של הפשרה, לא הוי כדשיימי, אלא כדאמרי בי תלתא, דמה שהם אומרים, זה נעשה, דעל זה ליכא דין רוב".

על כן ה"ה ביחס לפסיקה שאינה על יסוד דין ידוע, שהרי אין כל דין הקובע תשלום סכום כזה או אחר דוקא, אלא זו פשרה על יסוד שיקול דעת בית הדין, דומה ל"כדאמרי בי תלתא", וכאמור בסוג הכרעה כו אין הלכה שהולכים אחר הרוב. ולעניין זה אין מקום לחלק בין פשרה גרידא לפשרה הקרובה לדין, או הנובעת מהעדר הכרעה אחרת, מאחר שבסופו של דבר התוצאה הסופית אינה דין ידוע ומוכר, אלא קביעת פסיקה אחרת מהדין, על יסוד סברא אחרת. גם אם הדין מאפשר לפסוק את הפשרה, עדיין בסופו של דבר התוצאה אינה דין אלא פשרה, ובהכרעה כו לא התחדשה ההלכה ללכת אחר הרוב.

הורה שאין אפשרות להוציא את הדין חלוק בלא פסיקה. והפוסקים השתמשו בדרך זו לעיתים נדירות. אבל בודאי שבכל מקרה שבו הוטל על התובע להביא ראיה, הדין אינו יוצא חלוק מתחת יד הדיין, אלא הדיין פסק פסיקה ברורה וסיים את מלאכתו בהוראה - "המוציא מחבירו עליו הראיה". וגם אם אין בידו של התובע להביא ראיה, אין יסוד לפשר העקב העדר הראיה.

אילו בכל מקרה שאין לתובע ראיה ואין שבועה היה מוטל על בית הדין לפשר, פשיטא שהלכה כה פשוטה ומצויה, היתה כתובה באחד מהפוסקים, ראשונים או אחרונים. שתיקת הפוסקים היא קביעה ברורה שאין לפשר בנסיבות אלו.

**מסקנת הדברים**, אין יסוד לפשרה בנידון שבפנינו. ובנוסף על פי ההלכה לא ניתן לפשר אלא כששלשת הדיינים מסכימים לאותה פשרה ואין הולכים אחר הרוב. לענ"ד פסיקה כזו תהיה גול גמור, של בעל הדין, בשגגה, מצד בית הדין שפסק פסיקה בחוסר סמכות עפ"י ההלכה.

אומרת, ובה אין לנו ללכת אחר הרוב אלא מחיר שיאמרו שלושתם כאחד. לכן דימו התוספות דין פשרה ל"כדאמרי" ולא ל"כדשיימי", שהרי איננו מבררים את האמת הגמורה שאז אפשר לעשות זאת על פי רוב, אלא בעינן הכרעת דעת של כולם כאחד. כל המשמעות של דין תורה היא בירור האמת על פי רוב, שכך אמרה תורה להחליט על האמת על פי רוב. אבל בפשרה שאין אנו מבררים את האמת אין לנו ללכת על פי רוב, אלא על פי הסכמה של הדיינים".

דעתו של הגר"א שפירא זצ"ל מצטרפת לאמור לעיל. ובהתאם לאמור ובהתאם לשיטת המנחת חינוך מצוה לו סק"ד שאין דין עדים זוממים בעדות על איסור והיתר, מאחר שאין בזה דין בית דין וגמר דין, ה"ה בפשרה, וראיתי שכן כתב בספר אילת השחר עמ"ס סנהדרין דף ו ע"א. דינו של הרא"ש בתשובה כלל ק"ז שהובא בשו"ע סי' יב סעיף ה', מתייחס למקרה מורכב, דומיא דהסוגיא בהמפקיד (מב:) שקשה לדיין לברר את המקרה ואת ההלכה, והרא"ש

## סימן ח

### יחסי הגומלין בין בית הדין האזורי לבית הדין הגדול

נ' בית הדין האזורי בירושלים וקליר, בנוגע ליחסי הגומלין שבין בית הדין האזורי ובית הדין הגדול - "מחובתה של הדרגה הראשונה לציית להוראותיה של דרגת הערעור". אך בג"ץ זה התחשב בעקרונות המשפט האזרחי בלבד, ועליו לברר האם קביעה זו תואמת את ההלכה.

#### חובת הדיין לפסוק עפ"י ההלכה המוסכמת עליו ואינו רשאי לבטל דעתו

לא ניתן להתעלם מכך ששתי מערכות שיפוט אלו, הדתית והאזרחית, מושתתות על תפיסות עולם שונות. במערכת השיפוט האזרחית, מבחינה עקרונית אין מניעה להורות לשופט בערכאה הנמוכה לבטל את דעתו בפני פסק דינה של הערכאה שמעליו, ומכאן ואילך עליו לדון ולפסוק בהתאם להלכה שנקבעה בערכאה שמעליו, ולהתעלם מדעתו האישית. דעתו האישית ואמונתו ביחס ל"אמת המשפטית", חדלה להיות רלבנטית ככל שהדבר נוגע להמשך ההליך המשפטי שעליו הוא מופקד.

לעומת זאת, ביחס לפסיקת ההלכה בדיני התורה בכלל, ובמסגרת הליך שיפוטי בפרט, תפיסת היסוד ההלכתית היא שאין מקום שרב פוסק הלכה או דיין היושב על מדין, יפסוק הלכה למעשה בניגוד להכרתו ומצפונו, ויבטל דעתו בפני גדולים ממנו. אלא כל עוד פוסק ההלכה ירד לעומקה של הלכה כראוי, וגם לאחר עיון בדברי החולקים עליו, הרב הפוסק דבק בדעתו, וסבור שהצדק עמו, וכי הגדולים ממנו טעו בפסיקת ההלכה, אין לדיין אלא מה שענינו רואות, ואינו רשאי לפסוק בניגוד למצפונו ולהכרתו. החריג היחיד לכלל

#### מבוא

מערכת בתי הדין הרבניים מורכבת משתי ערכאות שיפוט, בתי הדין האזוריים ובית הדין הגדול המשמש כבית דין לערעורים. לעיתים מערכת בתי הדין מתמודדת עם התופעה של בתי דין אזוריים הנמנעים מביצוע פסקי דין של בית הדין הגדול שניתנו בניגוד לפסק דינם, הן ביחס לפסיקת חיובי ממוך, והן ביחס לחיוב גירושין לאחר שבית הדין הגדול הורה לחייב או לאכוף על הבעל את הגירושין, בניגוד לפסיקת בית הדין האזורי. בהמשך נעסוק בפסק דינו של בית האזורי בפתח תקוה מיום ה' אב תשס"ב (14.7.2002), שיובא להלן בפירוט, שבו בית הדין האזורי סרב לבצע ולהוציא לפועל חיוב גט שנפסק בבית הדין הגדול, ובסופו של דבר, לאחר שבעה חודשים הגט סודר בבית הדין הגדול.

מערכת השיפוט האזרחית, אינה נאלצת להתמודד עם תופעות אלו, לאחר שמוסכם על כל מרכיביה, שהמבנה ההיררכי של מערכת זו, אינו נותן מקום לתופעה כזו, ואינו מאפשר לשופט בערכאה הנמוכה את החופש והחירות לפסוק עפ"י שיקול דעתו לאחר שהערכאה שמעליו החליטה לבטל את פסק דינו, והוא מחויב לבטל את דעתו בפני הערכאה שמעליו. אציין לתקנות סדר דין אזרחי, סעיף 455, המסדירות את המשך הדיון בערכאה הנמוכה עפ"י הנחיית ערכאת הערעור ועל יסוד ההחלטות שכבר ניתנו בערכאה הגבוהה. במסגרת תקנות אלו, לא עלתה האפשרות שהערכאה הנמוכה לא תקבל את ההכרעה שניתנה בערעור. על יסוד תפיסה משפטית זו, קבע בג"ץ 35/72 קליר

יריכו, ר"ת ור"י ז"ל, וסתרו דבריו, כי תורת אמת היא, ואין מחניפין לשום אדם", עכ"ל.

הרי שנאמנות פוסק ההלכה, לאמת הצרופה כפי מיטב הכרתו, או בלשון הרא"ש - "כי תורת אמת היא", זהו שיקול-על, הגובר על שיקולים כבדי משקל אחרים.

כפי הנראה, תפיסה זו עמדה ביסוד ההחלטה הנוכרת של בית הדין האזורי בפ"ת. הבסיס העקרוני לפסיקה זו הובהרה בהחלטה שניתנה בבית הדין האזורי בירושלים, בתיק תשכ"ח/842, המצוטטת בספר "סדר הדין" לפרופ' אליאב שוחטמן (במהדורה ראשונה עמ' 448 הערה 24), ובה כתב אחד הדיינים:

"תקנות הדיון שעל פיהם נקבעו פרטי פעולות וסמכויות בית הדין לערעורים, כוחם לחייב את הצדדים שהתחייבו לקבל עליהם כפסק דין סופי את החלטת בית הדין לערעורים. אבל אין בכח תקנה זו לחייב את הדיינים חברי בית הדין האזורי שהם יפסקו ויחתמו על פסק דין שונה מדעתם בגלל שכך נפסק בבית הדין לערעורים. וכל זה פשוט לכל לדינא. ועל כן כשיש צורך ... לקבל הוכחה או עדות נוספת, מן הראוי שבית הדין לערעורים הוא שיקבל בפניו העדות הזאת, ולא להעבירם לבית הדין האזורי שיפסק שוב בדבר שכבר פסק עליו באופן אחר לגמרי".

כמובן, לאחר שבית הדין הגדול ידון בהמשך ההליך, הוא יהפך לערכאה ראשונה שאין מעליה ערכאת ערעור, אך סבר אותו דין, שזהו הרע במיעוטו כשאין מוצא אחר. וכן הרב חיים דוד הלוי זצ"ל בהיותו ראש אבות בתי הדין לתל אביב, במאמר שהתפרסם בקובץ תחומין חלק ט"ו עמ' 187, המתניח למעמדו של בית הדין גדול, לאחר שביסס את הקביעה הנ"ל שהדין אינו רשאי לפסוק בניגוד להכרתו, הוסיף (בעמ' 190):

"מכל הנ"ל יש ללמוד שתיק שהוגש בו ערעור על פסק הדין של בית הדין הראשון. ובית הדין לערעורים דחה דבריהם והנחה אותם בהערותיו, אין הם רשאים לדון ולפסוק לפי אותן הערות, אם אין הן מקובלות עליהם".

לכאורה היה מקום לטענה זו שעלתה בבית הדין בירושלים ובפ"ת ובדברי הרב חיים דוד הלוי זצ"ל. כיצד ניתן לחייב בית דין שיפסק להיפך מהכרתו וממצפוננו, ולהורות לו לעשות מעשה שלפי מיטב הכרתו הוא מוטעה, שהרי מלאכת השיפוט חייבת להיעשות מתוך אמונה של הדיין באמיתות פסק הדין.

למרות זאת, לענ"ד יש מקום לבחון מסקנה אחרת. למרות שאין לחרוג מהקביעה הנוכרת, שרב פוסק הלכה אינו יכול לפסוק בניגוד לדעתו לבטל דעתו בפני אחרים כשהוא סבור שטעות בידם, אע"פ כן היה מוטל על בית הדין בפתח תקוה לבצע את פסק דינו של בית הדין הגדול, למרות דעתם שההלכה היא כפי שנפסק על ידם, והבעל אינו מחויב בגירושין, ולא היה נכון לעכב את האשה שבעה חודשים נוספים, ללא גט.

הנ"ל הוא במסגרת דיון בבית הדין, כשדיין אחד נשאר בדעת מיעוט, עליו לפסוק כדעת הרוב, בהתאם להוראת הכתוב: "אחרי רבים להטות".

הגמרא בתחילת מסכת הוריות (ב.) קובעת שאפילו תלמיד הראוי להוראה, אינו רשאי לציית לבית הדין אם לפי מיטב הכרתו, בית הדין טעה בדינו, ובנסיבות מסוימות אף יחויב בקרבן על שגגתו אם טעה וסבר שיש לציית לפסק הדין המוטעה.

בספר המצוות לרמב"ם מצות לא תעשה סי' רפג כתב:

"שהזהיר הדיין מהטות לדעת דין אחר על צד ההשען אליו בחיוב החייב או זכוי הזכאי מבלתי שיהיה הדבר מובן אצלו לפי הקשו ושכלו מהקדמות התורה. והוא אמרו (שם) לא תענה על ריב לנטות. ירצה בזה לא תבקש בריב הנטיה לבד והוא שתטה עם הרוב או עם הגדולים ותשתוק ממה שיש בנפשך בדין ההוא".

ובספר החינוך מצוה ע"ז כתב:

"שלא ילך אחד מן הדיינים אחד דעת דין אחד גדול. מבלי שיהיה הדבר מובן אצלו בשכלו ... שנאמר לא תענה על ריב לנטות ורצה לומר לא תאמר על הריב דבר לנטות, כלומר מצד הנטייה לבד אחר דברי דין אחד גדול או אחר הרוב ולא מצד הבנתך".

ועי"ש במנחת חינוך שה"ה בדיני ממונות כן. וכן בערוך השלחן חו"מ סי' יח ס"ט כתב שאם הדיין אומר אני פוסק כדעת פלוני בלא להבין דבריו וק"ו בלא להסכים עם דבריו, אלא מבטל דעתו לדעת אותו פלוני, אינו דין כלל.

ועיין בדברי הרא"ש במסכת סנהדרין פרק ד' סי' ו' שקבע: "היכא שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה, לא יאמר הדיין אפסוק כמי שארצה ואם עשה כן, זהו דין שקר".

ודבריו הובאו בטור חו"מ סי' כה וברמ"א. בספר פלפולא חריפתא על הרא"ש (אות צ') כתב לבאר את דברי הרא"ש: "כשזה הדיין פוסק כאחד מהם בלא דעת עצמו, א"כ אין כאן דין כלל. ומכאן שגם שלשה שישבו בדין ושנים מהם חלוקים, לא יאמר השלישי, אף אני כמוהו של אחד מהם בלא ראיית טעמו, אלא לפסוק כמי מהם שירצה, שגם זה דין שקר, והוא פשוט".

הרי שההלכה נותנת לגיטימציה מלאה לכל תלמיד חכם הראוי להוראה לשאת ולתת כדרכה של תורה גם בדברי גדולים ממנו, ואף בפסקי הלכה של גדולי וחכמי הדורות שקדמו, עיין בדברי הרא"ש במסכת סנהדרין פרק רביעי סי' ו'. המגבלה היחידה היא, שלא לחלוק על דברי התלמוד, שקבלו מעמד מיוחד - "סוף הוראה" (בבא מציעא דף פו). הרא"ש בתשובה כלל נה סי' ט' כתב את הדברים בנחרצות רבה, וז"ל:

"ומה שכתבת, כי הזקן החכם רבי יעקב בן שושאן, נ"ע, היה שלם באותן שתי המדות, ומי יעלה על לבו להרהר אחריו ולבטל פירושו, זו אינה ראייה. מי לנו גדול כרש"י זצ"ל, שהאיר עיני הגולה בפירושו, ונחלקו עליו בהרבה מקומות יוצאי

עליו ערעור, ובית הדין הגדול, לא מצא יסוד לפסק בית הדין הראשון, ופסק אחרת, הרי מחובת בית הדין הראשון להכנע לפסק בית הדין הגדול, כפי החוק, וכפי פסק השלחן ערוך סי' יד סעיף א', ודנים להם בעירם כפי מה שיכוא בכתב בית הדין הגדול".

כאמור, הגר"ע הדאיה זצ"ל לא מצא מקום לאפשר מו"מ בין הדין האזורי לבית הדין הגדול, והורה בסכינא חריפה: "מחובת בית הדין הראשון להכנע לפסק בית הדין הגדול". עי"ש שהגר"ע הדאיה ז"ל ראה בתופעה זו, שביה"ד האזורי נמנע ממילוי הוראת בית הדין הגדול, - העדר כבוד בית הדין הגדול "שהוא כבוד של כל ישראל", וקבע כי תופעה זו גורמת "פוקה ומכשול בעתיד".

**הבהרת הוראת הישכיל עבדי** - כאמור הגר"ע הדאיה זצ"ל ראה בתופעה זו העדר כבוד ותקלה. מעיון ברקע של אותו פסק דינו, מתבארת קביעה זו. בתשובה זו הגר"ע הדאיה זצ"ל כתב:

"מחובתו של בית הדין הגדול לשמור על כבודו, ולעשות כל מאמציו לבצע את פסק דינו ... ובפרט שכבר פנה לכמה מבתי הדין בת"א מקום המגורים של הצדדים, ולא מצא אוזן קשבת מי שהוא שהסכים לטפל בענין".

כמובן שהשתלשלות אירועים מסוג זה, שבה מוגשת פנייה להרכב אחד ואח"כ לשני וכך הלאה, וכל פנייה נתקלת בסירוב, היא זילות למערכת בתי הדין, מלבד העיכוב במימוש ההליכים שנפסקו לבעלי הדין, עם כל המשמעויות הכרוכות בכך.

**הבהרת ראייתו של הגר"ע הדאיה זצ"ל מהשו"ע** - ראייתו של הגאון רבי עובדיה הדאיה ז"ל מהשו"ע חו"מ סי' יד ס"א הנזכר, טעונה ביאור. מאחר וסעיף זה מתייחס לנסיבות שבית הדין הגדול משיב על שאלת בית הדין הקודם באמצעות הכתב בלבד, אך בלא שמיעת טענות הצדדים, לכאורה בנסיבות אלו, בסופו של דבר, פסק הדין המחייב את הצדדים הוא פסק דינו של בית דין קמא, שבחר לקבל את חוות הדעת של בית הדין הגדול, ופסק על יסוד חוות דעת זו. כן לכאורה מבואר בנימוקי יוסף במסכת סנהדרין סוף פרק ג' (דף י. בדפי הרי"ף), המובא להלכה בשו"ע סי' יג סעיף ו', שכתב:

"אם הוצרכו הדיינים לשאול דבר מב"ד הגדול, כותבין ושולחין, ובית הדין הגדול מודיעים להם דעתם והם דנין אותם, דליכא למימר שיפסקו בית דין הגדול עליהם את הדין, דהא בעינן שיהיו בעלי הדין עומדים לפני הדיינים".

יתירה מזו, בספר שער משפט סי' יד סק"ב באר הלכה זו, וכתב:

"אף שאין יודעין הדין, יכולין לשלוח לבית הדין הגדול והם פוסקים את הדין כפי מה שיצא מבית הדין הגדול, דהוי כפוסקים מתוך הספרים, וכו"ע נמי ממה רבינו גמרי ... הא דשואלין לבית הדין הגדול והם דנים אותם כאן, היינו באופן שכשיבוא מבית הדין הגדול, הבוררים עצמם יסכימו לדבריהם

וכן הייתה הנחיית נשיא בית הדין הגדול בדימוס, הגאון רבי שלמה משה עמאר שליט"א, בחזור מנהל בתי הדין 8/ תשס"ד שהורה לבתי הדין האזוריים: **"אחר שבית הדין הגדול פסק צריכים לקיים את דבריו"**.

אציין כי אמנם בסעיף קנ"ג לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים (תשנ"ג), המתייחס לפסק דינו של בית הדין הגדול, נאמר כי בית הדין הגדול רשאי להחזיר את העניין לבית הדין האזורי "לשם דיון מחדש", ובסעיף זה חסרה התייחסות מפורשת לשאלת חובתו של בית הדין האזורי לעסוק בהוצאה לפועל של פסק דינו של בית הדין הגדול. אך ב"כללי אתיקה לדיינים, התשס"ח-2008" קיימת הוראה משלימה. בפרק שכותרתו היא "אי-תלות", מנסחי כללי האתיקה מצאו לנכון לנסחן כדלהלן -

**5. (א) בענייני שפיטה אין מרות על דין זולת מרותו של הדין שלפיו הוא דן.**

(ד) אי-תלותו של הדיין אין משמעה פטור מלקיים הוראה של בית הדין הרבני הגדול שניתנה במסגרת ערעור על פסק דין או החלטה של הדיין, גם כשזו אינה נראית בעיניו, ועליו לבצע את הוראת בית הדין הגדול. סבר דין כי קיימת לפניו מניעה הלכתית לפעול בהתאם להוראה כאמור של בית הדין הרבני הגדול, יכתוב את נימוקיו לכך ויעביר את התיק נושא העניין לבית הדין הרבני הגדול כדי שיחליט בדבר המשך הטיפול בתיק.

הפרשנות הסבירה לסעיף ד' הנזכר היא, שהעיקרון שנקבע בכללי האתיקה שעל הדיין "לבצע את הוראת בית הדין הגדול", אינה הוראה מסוייגת, אלא זו הוראה גורפת. מעיון בסעיף זה לא נמצא מקום לפרשנות המבחינה בין הוראה המצויה בתחום הפסיקה המהותית, ובין הוראה לביצוע הליך טכני ודיוני בלבד. למרות זאת, מאחר וגם בית הדין הגדול אמון על העיקרון שאין לאכוף על דין שיתן פסיקה שיפוטית בניגוד להכרתו, וכאמור לעיל, נקבע האמור בסיפא של סעיף ד' המאפשר את ערוץ התקשורת בין שתי הערכאות.

אך עדיין, גם לאחר שבתי הדין ינהגו עפ"י כללים אלו, יש לברר מה הן העקרונות שעל פיהן ייקבע המשך ההליך, דהיינו כיצד יורה בית הדין הגדול לבית הדין האזורי לנהוג בנסיבות שונות על כנם חילוקי הדעות בין בית הדין הגדול ובית הדין האזורי, ולהלן אתייחס לנושא זה.

#### שיטת הגר"ע הדאיה ז"ל בספרו ישכיל עבדי

כבר לפי עשרות שנים, מערכת בתי הדין התמודדה עם תופעה זו. הגאון רבי עובדיה הדאיה זצ"ל, חבר בית הדין הגדול בזמנו, כתב בהחלטת בית הדין הגדול שנכתבה על ידו בשנת תשי"ב, והובאה בספרו ישכיל עבדי חלק ו' אה"ע סי' כה, בלשון זו:

"כאן במקרה דנא, כבר היה דיון בעירם ויצא פסק דין, והוגש

דין זה, מחזיר לבית הדין קמא המתבקש רק להודיע לבעלי הדין את פסק דינו של בית הדין הגדול.

בהלכה זו של השו"ע סי' יד ס"א לא נאמרה הוראה המאפשרת שיקול דעת נוסף של בית הדין הראשון שקבל את פסקו של בית הדין הגדול. מכך הסיק הגר"ע הדאיה כי בית הדין קמא פועל בשליחותו של בית הדין הגדול שכבר פסק את הדין, ובנסיבות אלו דעתו האישית של בית הדין קמא כבר אינה רלבנטית. אמנם בנידון שבאותה הלכה, שבית הדין קמא לא ידע לברר את ההלכה באותו משפט, מסתמא בית דין זה לא יתנגד לבצע את פסק דינו של בית הדין הגדול. אך בצדק סבר הגר"ע הדאיה, שאילו קיימת אפשרות שפסק דינו של בית הדין הגדול לא יבוצע עקב אי הסכמה מהותית, (וכפי שעולה מדברי שער משפט הנזכרים), היה מקום שהדברים יקבלו ביטוי מפורש בהלכה זו. אלא מאחר ובית הדין קמא פועל בשליחות בית הדין הגדול, והפסיקה המהותית היא פסיקת ביה"ד הגדול, אין יותר נפקא מינה בדעתו האישית של בית הדין הראשון.

יצוין, באותו נידון שבתשובה זו, לאחר שבית הדין האזורי בת"א לא מילא אחר הוראת בית הדין הגדול, בית הדין הגדול קבע שהתיק יעבור לביצוע בבית דין אזורי אחר - בית הדין האזורי בירושלים. ביחס לבית דין זה, שלא דן בתיק ובעלי הדין לא הופיעו בפניו, ובשל כך אינו יכול לשמש כבית דין שיפוטי עבור הצדדים, כתב בתשובת ישכיל עבדי:

"בית הדין הגדול יש לו הזכות, לבצע את פסק הדין בעצמו, כפי שפסק, ואין בכוחם של הצדדים לסרב ... הרי שפסק הדין של בית הדין ירושלים, הוא בבחינת שלוחי דידהו של בית הדין הגדול, ויש לו היפוי כח של בית הדין הגדול, בפסק דין זה".

בהמשך אותו תיק, אחד מבעלי הדין טען, שבית הדין האזורי בירושלים נעדר סמכות לבצע את פסק דינו של בית הדין הגדול, מאחר שלא התקיים בפני בית הדין האזורי בירושלים הליך שיפוטי של שמיעת בעלי הדין בפני בית הדין, וכי בהעדר "שמוע בין אחיכם" בפני אותו הרכב, הוא אינו רשאי לאכוף פסק דין. אך הגר"ע הדאיה דחה טענה זו, והשיב שהיה מקום לפעולתו זו של בית הדין האזורי בירושלים,

"מכיון שהוא רק מבצע ומוציא לפועל פסק הדין של בית הדין הגדול ... גם ענין המזונות ... ואין מקום ערעור על בית הדין ירושלים, כי הוא רק מבצע כאמור, וכן נאמר במפורש בפסק הדין הגדול מיום כ"ו סיון תשי"ב".

כאמור באותו תיק, סבר הגר"ע הדאיה זצ"ל שבית הדין האזורי הראשון היה מחויב בביצוע ההוצאה לפועל של פסק דינו של בית הדין הגדול, ורק לאחר שבית הדין הראשון סרב לציית להוראת ביה"ד הגדול, התיק עבר להרכב אחר שהתבקש להוציא לפועל את פסק הדין ובלא דיון נוסף. ובשניהם, הטעם להוראה זו, על פי התפיסה שקבע, שבנסיבות אלו בית הדין האזורי הוא שלוחו של ביה"ד הגדול.

כאמור, היסוד לשיטה זו הוא מההלכה בתחילת סי' יד שבה ביה"ד קמא שלח מיוזמתו את טענות הצדדים לפסיקה

מדעתם, שיראו עכשיו מה שלא ראו מתחילה, וא"כ זה הוי דעת הבוררים עצמם".

ולפי זה, הלכה זו אינה דומה לנידון שבו בית הדין הגדול שמע בעצמו את טענות הצדדים ופסק את דינו, וההוראה המחייבת את הצדדים, היא פסק דינו של בית הדין הגדול, ודעתו של בית הדין קמא כבר אינה מחייבת את בעלי הדין. אך ראייתו של הגר"ע הדאיה מהשו"ע מתבאר עפ"י שיטת הב"ח סי' יג וסייעתו. הב"ח והש"ך בסי' יג נחלקו בשאלת קיומו של דיון שלא בפני בעל דין בדיני ממונות. לדעת הש"ך סק"ח, את גמר הדין של הודעת פסק הדין, ניתן לעשות שלא בפני בעל דין, אך לא את תחילת הדין. ואילו לדעת הב"ח, לכתחילה יש לעשות הכל בפני בעל דין, ובדיעבד כשר גם אם הכל נעשה שלא בפניו.

הב"ח הביא מדברי הנמוקי יוסף הנזכרים, והשו"ע שהביאו להלכה, וכתב על זה:

"והוא סותר למה שכתב הרשב"א בתשובה סי' אלף קי"ח בדניני ממונות פוסקים אף שלא בפני בעל דין ... וכן פסק בשלחן ערוך סי' י"ח סעיף ו', והפוסקים נראים כסותרים זה את זה. ואין לחלק ולומר דהיכא דלא טענו כלל לפני אותו בית דין מודה הרשב"א למה שכתב נמוקי יוסף דאין פוסקים ... והשתא ההיא דנמוקי יוסף איירי בלכתחילה, דאפילו בדיני ממונות בעינן שיהו בעלי דינין עומדים לפניהם אבל בדיעבד חותכים את דינו", עכ"ל הב"ח.

ובתומים סי' יג סק"ד הסכים לשיטת הב"ח וכתב:

"יש להקשות מהא דלקמן בסי' קכ"ד הנשים יקרות וכן בת"ח שולחים להם סופרי דיינים ושומעים טענותיהם וע"פ טענתם פוסקים בית הדין. וא"כ וכי לא יהיה הב"ד ששולחים הטענות לבית הדין הגדול כמו סופרי דיינים, ולמה לא יפסקו הב"ד הגדול עפ"י שמיעת הטענות מבית הדין הקטן. וע"כ צ"ל כדברי הב"ח דהיכא דאי אפשר, אף תחילת דין גומרים שלא שמעו טענות רק מפי שלוחים. והתם אי אפשר משום יקרא, אבל כאן, הא אפשר דב"ד הגדול שולחים לב"ד הקטן דעתם והם יפסקו בפני בע"ד. ויפה כתב הב"ח".

הרי מבואר שלפי דרכם של הב"ח והתומים, בהלכה זו, חלוקת התפקידים בין בית הדין הגדול ובית הדין הראשון היא כזו - הפסיקה המהותית היא פסיקת בית הדין הגדול, ואילו בית הדין קמא רק מתבקש להודיע לבעלי הדין את פסק הדין, הודעה שלכתחילה ראוי תיעשה בפניהם, כפי ההלכה המחייבת זאת לכתחילה אליבא דשיטה זו. לפי דרכם של הב"ח והתומים, זו גם כוונת הנמוקי יוסף והשו"ע שהביאו להלכה. ועיין בקצות החושן סי' יג ובישועות ישראל ס"ס יג שהסכימו שהעיקר לדינא כשיטת הב"ח.

לפי דרכו של הב"ח תתפרש גם הלכה זו שבשו"ע סי' יד ס"א בדרך זו, בית הדין הראשון שמע את הטענות ומעבירן לבית הדין הגדול, שהוא בית הדין השופט בין הצדדים עפ"י הטענות שבכתב, והוא בית הדין הקובע את פסק הדין. ובית

הראשל"צ הגאון הרב ב"צ מ. ח. עוזיאל זצ"ל בתשובה (משפטי עוזיאל חלק חושן משפט סי' א'), האריך יותר בנקודה זו וכתב בלשון זו:

"אמנם בקונסטיטוציה המשפטית של עם ישראל, לא היה בית דין מיוחד לערעורים אלא בית דין הגדול ובית הועד, ואין זה מפני שקדמונינו התנגדו לבית דין של ערעורים, אלא מפני ששקדו על תקנת בתי הדין שבישראל להרימם במדרגה משפטית גבוהה מאד שכל הנכנס לדין יכנס בלב שלם ובטוח ובאמונה גמורה לשופטיו, ולכן בחרו לתת לבעלי הדין זכות הבחירה בדיינים והטילו עליהם לברור להם בית דין יפה. ובכל זאת נתנו גם זכות הביקורת לכל רב אשר ימצא טעות בדין ובהוראה וחייבוהו לחוות דעתו ולגלות את הטעות שבדין. אולם אם העם דורש, או שהשעה צריכה לכך היום, להכניס יפיותו של יפת באהלי שם, ולייסד בית דין לערעורים, אין אנו רשאים לאטום את אוזנינו מדרישתם וחייבים ומשועבדים אנו להם למלא את בקשתם זו... ואם עדיין ימצא מי שלבו נוקפו וחושש לומר שאין לנו לחדש דבר שלא מצאנוהו מפורש, ושגם בבית דין של ערעורים יש מקום לומר "בי דינא בתר בי דינא לא דייקי", אף אני איש ואומר שבמקום שהצבור מתקנים תקנה זו באופן כללי, וכל העומדים לדין סברו וקבלו למפרע שכל אחד מהם יכול לערער בפני בית דין לערעורים המקובל לכך, בזה אין שום ספק בדבר, שבית דין מצווים לכתוב כל פסקי דינם באופן ברור ומנומק, כדי שתהיה עליו אפשרות הביקורת, וזכאים בית דין של ערעורים לשוב ולדון בדין זה, הואיל ושני הצדדים וגם בית הדין הראשון קבלו אותם עליהם, לשוב ולברר את דינם בלי שום פקפוק".

הרי שהראשל"צ הרב ב"צ מ. ח. עוזיאל קבע שזוהי תקנה שהציבור תקנו, ולאחריה שני בעלי הדין ואף בית הדין מקבלים על עצמם את הדיון על דעת כן.

וכן בספר ישכיל עבדי ח"ג חלק אה"ע סי' ב', בהתייחסות לשאלת "הנשאל לחכם ואסר לא ישאל לחכם ויתיר", במסכת עבודה זרה דף ז', בתוך דבריו כתב:

"הנה נודע דשני טעמים נאמרו בדין זה שחכם שאסר וכו', הנה כל כי הא דכבר הב"ד הראשון מידע ידע דהדין אשר דן הוא מעותד לעמוד על הביקורת בכור המבחן לפני בית הדין לערעורים, מסתמא דאינו מחליט באיסורו לאיסור מוחלט, רק בתור גילוי דעת זמני עד אשר יעמוד לכור המבחן בבית הדין לערעורים. וכיון שכן לא יחול עליו שם חתיכה דאיסורא, ויכול בית הדין השני לערעורים להתיר מה שאסרו, אם נראה לעיניהם כן ע"פ הדין. גם לטעם השני מפני כבוד החכם האוסר, ל"ש בכאה דנידון דידן, דאדעתא דהכי מעיקרא ישבו לדין, דהרשות נתונה לבעל הדין לערער על דינם בבית דין אחר ולדון הפכו, ואין כאן זילותא דבי דינא, דכבר מחלו על כבודם זה לזה. ומטעם זה לא שייך נמי בנ"ד אומרם ז"ל אין ב"ד יכול וכו' אא"כ גדול וכו' דכל זה ודאי דאינו אלא מפני כבודו של בית הדין הראשון, ולכך אם הוא גדול ממנו וכו' דאין כאן

בביה"ד הגדול. אך יש להוסיף ביאור בהלכה זו.

### הבסיס ההלכתי של בית הדין הגדול בערכאת ערעור

כידוע בשנת תרפ"א (1921) עם כינונה של הרבנות הראשית לישראל, יחד עם בתי הדין האזוריים הוקם בית הדין הגדול לערעורים, ותקנות הדיון הסדירו את יחסי הגומלין בין שתי הערכאות.

גם קודם לכן פעלו מסגרות דומות בקהילות שונות. בספר ציץ אליעזר חלק טז סי' סז כתב:

"כפי הכתבים והפסקים הרבים שמגיעים לפנינו מדי פעם מהתם להכא, מתברר כי נהוג כן בפשיטות כנזכר, להיות בית דין גדול לערעורים, בכל ערי המערב, ובעוד ערים רבים במדינות התפוצות. וכך נהגו מלפנים בתקופות שונות, וגם התקינו תקנות בקשר לכך ככתוב בפנקסי קהילות רבים. ובספר מ"ב ח"ד נדפס ג"כ בקשר לכך מכתב מהראש"ל הגר"י מאיר ז"ל וכה לשונו אודות כך: תמיד היה לנו ב"ד של ערעורים בכל ערי תורקיה, וזה דבר ידוע ומפורסם לכל חכם אשר ישב על כס ההוראה כי אחר הפס"ד של הב"ד הראשון יש לו זכות הבע"ד לערער על הפס"ד, בהגישו בכתב את ערעורו לראש הרבנים שבעירו, וראש הרבנים היה שולח את הפס"ד יחד עם הערעור לעיר הבירה קושטא רבתי, ושמה היה ב"ד גדול שמעיין בדין, והיה לו הכח לסתור הדין ולדונו מחדש, או לקיים הפס"ד וכו' וכן היינו נוהגים גם בירושלים ת"ו ובהרבה מקומות מקדמת דנא, ואין שום אדם ושום ב"ד פקפק בדבר הזה, ואם ראשוני כמלאכים נהגו ככה, אנו כבני אדם מדוע לא נלך בעקבותיהם".

רבים דנו ביחס למעמדו של בית הדין הגדול עפ"י ההלכה. כיצד הדיון הנוסף בערכאת הערעור מתיישב עם הכלל ההלכתי - "בית דין בתר בית דין לא דייקי" (מסכת בבא בתרא דף קלח ע"ב), ומדוע פסק דינו של בית הדין הגדול מחייב את הצדדים ולא פסק הדין הראשון שניתן בבית הדין האזורי.

הרב הראשי לשעבר, הגאון הרב י"א הרצוג זצ"ל בתשובה (פסקים וכתבים כרך ט' סי' יג), כתב על סמכות בית הדין הגדול ביחס לבית הדין האזורי:

"תיקון או ביטול פסק דין על ידינו אין זאת אומרת שאנו גדולים מאלו שפסקו, אלא שכך הוא תקנת הקהילות בארץ ישראל, ועל מנת כן מתדיינים ועל מנת כן דנים, ועל מנת כן ניתנה הסמכות".

וכן בהחלטת בית הדין הגדול מיום ט' טבת תש"ה בנשיאות הראשל"צ הגאון הרב ב"צ מ. ח. עוזיאל זצ"ל, יחד עם הדיינים הגר"ר א.מ. ולקובסקי זצ"ל והגר"ר יוסף מ. הלוי זצ"ל (פורסם באוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל עמוד עא), נכתב כדלהלן:

"ביה"ד הגדול מוצא שכן יש לו סמכות לדון בערעור זה, מכיון שדבר הערעורים נתקבל לתקנת חכמים, שדינה כדין תורתנו הקדושה, וכל הנכנס לדין נכנס אדעתא דהכי".

הבעיה אם יש כאן פס"ד בטעות", והן ביחס לדיינים - "מכיון דכך נתקנו תקנות הדיון לכתחילה, י"ל דבית הדין פסק אדעתא דהכי שלא יעורער בבית הדין הגדול".

וכן בתשובת צ"ץ אליעזר הנזכרת כתב סברא זו הן ביחס לבעלי הדין והן ביחס לדיינים, כשכתב:

"כי הדיינים המשמשים בקודש בבתי דינים אלה, נכנסו מעיקרא למשרותיהם אדעתא דהכי שכל אחד מבעלי הדין יוכל להגיש ערעור על פסקי הדין לפני בית דין הגדול שבירושלים, וכך בכל דיון ודיון שבא לפניהם אדעתא דהכי נחתי. הן הדיינים והן התובעים, והן הנתבעים, שתהא לכל אחד מבעלי הדין הזכות להגיש ערעור כנזכר, ומה שיצא מלפני בית הדין הגדול תהא זו הפסיקה האחרונה".

בנוסף, חשוב לציין נקודה נוספת שעלתה בדברי הגאון רי"א הרצוג זצ"ל: "על מנת כן ניתנה הסמכות". דהיינו להבדיל מבתי דין פרטיים שהם חסרי כח סמכות וכח אכיפה לחייב את בעלי הדין להתייצב לדין בפניהם ולבצע את פסק דינם, וכשיש כמה בתי דין קבועים באותה העיר, הנתבע רשאי לבקש להמנע מדיון בפני בית דין מסויים ולקיימו בפני בית דין אחר. לעומת זאת, בתי הדין הפועלים במערכת בתי הדין הרבניים, קבלו מהציבור ומהמחוקק סמכויות רבות וייחודיות. סמכויות אלו ניתנו להם על דעת כן שהם ינהגו במסגרת תקנות הדיון. אם בית הדין האזורי יבקש לראות עצמו כבית דין פרטי המשוחרר ממסגרת זו, עליו לבחון האם אמנם גם בנסיבות אלו ניתנו לו הסמכויות שבידיו, והתשובה ברורה.

#### חובתו של דיון במערכת בתי הדין למשימות הנחוצות לקיומה של מערכת בתי הדין

לכל דיון המתמנה כדיין במערכת בתי הדין הרבניים ידוע, שזו מערכת ממלכתית המיועדת לשרת את כלל הציבור, ולתת לציבור את השירות והמענה הראוי שהוא אמור לקבל במסגרת מערכת השיפוט הרבנית. כל דיון מחויב למלא את מלאכתו, בין אם זו מלאכת שיפוט, שבה מתקיימת המצווה "בצדק תשפוט עמיתך", ובין אם זו מטלה אחרת, שאינה שיפוטית מובהקת. כידוע הדיינים עוסקים באישור הצהרות ובמשימות נוספות שאינן שיפוטיות ככל שהן חלק מצרכי המערכת. וכל המלאכות גם יחד, מוטלות על הדיין כפועל שנשכר למלאכתו, ואין מקום שיימנע מהן.

באותן נסיבות שבית הדין הגדול פסק אחרת מבית הדין האזורי, ובית הדין הגדול החזיר את התיק לבית הדין האזורי שיבצע את פסק הדין, הרי שביחס לבעלי הדין, פסק הדין המחייב הוא פסק דינו של בית הדין הגדול, וכשכופים אותם לביצוע פסק הדין, כפיה זו נעשית כדיון. על כן כשבית הדין האזורי יפעל לביצוע פסק הדין, ביחס להיבט זה, הוא אינו ממלא משימה שיפוטית מטעמו, המחייבת הודעות מלאה של הדיין עם פסק דינו, אלא כמו שכתב בתשובת ישכיל עבדי הנזכרת, הוא במלאכתו זו כשלוחו של בית הדין הגדול

זילתא דבי דינא מותר. ומינה דכל כהא דכבר הוקבע מעיקרא כן, ודאי דלא שייך זילתא דבי דינא כמובן".

וכן בתשובה בחלק ד' חלק חו"מ סוף סי' ב', חזר הרב ישכיל עבדי על שיטתו הנזכרת, ובתחילת אותה תשובה כתב בפשיטות, שמתכונת זו של ערכאת ערעור נקבעה כתקנה, ובאר הטעם בתקנה זו.

למעשה סברא זו, דמעיקרא אדעתא דהכי נחתי, נכתבה כבר בשנת תרע"ב, עוד קודם לכינון הרבנות הראשית, בתשובה שכתב רבי דוד פיפאנו ז"ל בספרו חושן האפוד (חלק חו"מ חלק התשובות סי' מב), ביחס למסגרת דומה של ערכאת ערעור שהיתה נהוגה במקומו, בבולגריה, וזה לשונו:

"כל כי האי גוונא דנידון דנן דמעיקרא הכי תקינו שרי וראשי הקהילות ... שיהיה לו רשות לבוא ולדון לפני בית דין הגדול ... אין כאן זלוול לבית דין הראשון, ומעיקרא אדעתא דהכי נחתי". ולהלן דברי הגאון רבי אברהם שפירא זצ"ל בפסק דין (פד"ר חלק י' עמ' 180) שניתן בשבתו בבית הדין הגדול:

"בכל פס"ד יש שני יסודות שעל פיהן בי"ד לערעורים מבטל פסק דין של ביה"ד האזורי, חדא מכח תקנות הדיון ואדעתא דהכי הצדדים מתדיינים, שביה"ד לערעורים יבדוק מחדש את הבעיה אם יש כאן פס"ד בטעות, ואין כאן דין של בי"ד בתר בי"ד לא דייקי, ומכיוון שנשפטים מחדש ניתן פס"ד מחדש. ושנית שמכיון דכך נתקנו תקנות הדיון לכתחילה, י"ל דבית הדין פסק אדעתא דהכי שלא יעורער בבית הדין הגדול".

וכן בספר צ"ץ אליעזר חלק טז סי' סז כתב:

"בכלל של בי דינא בתר בי דינא לא דייקא, ישנו בזה כמה וכמה פרטי דינים ... אולם שונה הדבר לחלוטין כאשר המדובר על בתי דין האיזוריים כאן בארץ, כי הדיינים המשמשים בקודש בבתי דינים אלה, נכנסו מעיקרא למשרותיהם אדעתא דהכי שכל אחד מבעלי הדין יוכל להגיש ערעור על פסקי הדין לפני בית דין הגדול שבירושלים, וכך בכל דיון ודיון שבא לפניהם אדעתא דהכי נחתי. הן הדיינים והן התובעים, והן הנתבעים, שתהא לכל אחד מבעלי הדין הזכות להגיש ערעור כנזכר, ומה שיצא מלפני בית הדין הגדול תהא זו הפסיקה האחרונה. וכיוצא בזה העלה בספר שו"ת חשן האפוד חו"מ סי' מ"ב על שהיה נהוג בכזאת במח"ק, דמאחר דכל העם אשר בשער והזקנים יודעים דזוהי תקנת העיר, אין כאן זלוול לבי"ד הראשון ומעיקרא אדעתא דהכי נחתי עיי"ש. ועל זה מסתמכים בפשיטות גם כל העם כאן בארצנו, וגם החרדים הקיצוניים ביותר משתמשים בזכות זאת, ומגישים ערעורם לפני בית דין הגדול, ואני יודע ועד על כך".

"ביחס לסברת "מעיקרא אדעתא דהכי נחתי", שכתב חושן האפוד בתשובתו הנזכרת, היה לדון האם דבריו מתייחסים לבעלי הדין בלבד או גם לדיינים. אך בדברי הגאון רי"א הרצוג זצ"ל הדברים מפורשים שכתב סברא זו גם ביחס לדיינים - "על מנת כן דנים". וכן הגאון רבי אברהם שפירא ז"ל כתב סברא זו הן ביחס לבעלי הדין - "אדעתא דהכי הצדדים מתדיינים, שביה"ד לערעורים יבדוק מחדש את



ולפי תפיסתו של בית הדין האזורי, הצדדים מחויבים לפסק דינו של בית הדין הגדול בלבד, על בית הדין האזורי למלא את הוראת ביה"ד הגדול ולעשות את כל הנדרש להוצאה לפועל של פסק דינו.

### המשך דיון בבית הדין האזורי על יסוד פסק דינו של בית הדין הגדול

דרכו זו של הרב הדאיה בתשובת ישכיל עבדי הנוכרת, אינה נותנת מענה מלא לכל הקשיים הקיימים. לעיתים הנסיבות הן, שפסק דינו של בית הדין הגדול אינו מסיים את הסכסוך בין הצדדים, ובית הדין האזורי נדרש להמשיך בדיונים, ולהמשיך במלאכת השיפוט, בהמשך להכרעה שכבר ניתנה בערעור, כפי הנידון בפסק הדין של בית הדין ירושלים ובדבריו הרב חיים דוד הלוי זצ"ל.

ואכן נראה שמוטל על בית הדין האזורי לקבל את פסק דינו של בית הדין הגדול, ולהמשיך בדיונים בהתאם. אמנם בנסיבות אלו, בית הדין האזורי כבר אינו משמש כידו הארוכה של בית הדין הגדול להוצ"ל בלבד, אלא יושב על מדין בתפקיד שיפוטי מובהק. אך מאחר והתקנות המחייבות את הצדדים העדיפו את ההכרעה בערכאת הערעור על פני פסיקת האזורי, ולתקנות אלו תוקף מחייב הן מצד החוק והן עפ"י ההלכה מפני שהן תקנות קהל שהתקבלו בציבור, עיין בפסק הדין של ביה"ד הגדול הנזכר לעיל שכתב - "דבר הערעורים נתקבל לתקנת חכמים", לכן מוטל על בית הדין האזורי להתייחס לצדדים כמי שקבלו עליהם בקניין מחייב, את העקרונות שהתקבלו במסגרת הערעור, ומעת שניתן פסק הדין בבית הדין הגדול, זוהי הלכה המחייבת גם אליבא דבית הדין האזורי.

כגון, אם בית הדין האזורי פסק שהבעל פטור ממזונות אשתו, אך בית הדין הגדול קבל את ערעור האשה וחייבו במזונות, אך עדיין נחוץ להשלים את הדיונים הרלבנטיים לבירור יכולתו הכלכלית של הבעל, הכנסות האשה וצרכיה וכיוצ"ב. הרי מאותו מועד שניתן פסק הדין בבית הדין הגדול, על בית הדין האזורי להתייחס לבעל כמי שמחוייב במזונות אשתו על יסוד התקנות שמעמדם כקניין בר תוקף, למרות שלמיטב הכרתו של בית הדין האזורי, הדין האישי אינו מחייבו במזונות. בנסיבות אלו, ביחס לבית הדין האזורי, עילת החיוב היא - התקנות שמעמדם הוא כתקנת קהל ובכוחן לחייב את בעלי הדין, גם אם הדין המקורי אינו מחייב. ובכך, המשך הדיונים לבירור תביעת המזונות וכן מתן ההחלטות לא יעשו בניגוד להכרתו ומצפונו של בית הדין האזורי.

בנסיבות אלו, מצוות "בצדק תשפוט עמיתך", תתקיים באמצעות בית הדין האזורי, האמור להתחשב בכל הגורמים שיצרו את החיוב הממוני, לרבות פסיקת ביה"ד הגדול המחייבת את הצדדים עפ"י ההלכה.

דברים דומים כתב הגאון רבי אברהם שפירא זצ"ל ככל

וכידו הארוכה, ובכך למעשה דינו, כדינו של השוטר הממונה להוציא לפועל את פסק הדין של בית הדין הגדול.

מאחר והיסוד הראשוני למערכת המשפט הוא "שופטים ושוטרים תתן לך" וכו', ובפסיקתא פרשת שופטים: "תניא שופטים ושוטרים. רבי אליעזר בן שמוע אומר אם יש שופטים יש שוטרים, אם אין שוטרים אין שופטים". הרי שבנסיבות של פער בין פסק הדין של בית הדין הגדול ובית הדין האזורי, בכל הנוגע לביצוע פסק הדין והסדרת התנאים לביצוע פסק הדין וכיוצ"ב, בית הדין האזורי אינו נדרש לעסוק במלאכת שיפוט שבה הוא אמור להביא לידי ביטוי את פסק דינו שלו. אלא נדרש להיות מופקד על כל הכרוך בתקינות המערכת כולה שקבעה בתקנותיה, שפסק דינו של בית הדין הגדול הוא המחייב את הצדדים ויש להביא למימושו. ולעיתים לצורך מימושו, נדרש סיוע מבית הדין האזורי.

אמנם ביחס לבית דין פרטי, שפסק את הדין, ופסק דינו בוטל על ידי בית דין אחר, הגדול ממנו בחכמה ומנין, בהתאם לכללי ההלכה הפסוקה בשלחן ערוך חו"מ סי' כה, אין חובה על בית הדין קמא, לעסוק בהוצאה לפועל של פסק הדין השני. אך במערכת בתי הדין הרבניים, הדיינים בבית הדין האזורי מחויבים לתקנות הדיון, וגם אם הם סבורים שפסק דינם הוא הנכון, עכ"פ במסגרת המחויבות המוטלת עליהם כעובדי ציבור במערכת בתי הדין, עליהם להביא לביצוע מעשי של פסק הדין של בית הדין הגדול, ולהיות שלוחי בית הדין הגדול וידו הארוכה, כפי שהורה בתשובת ישכיל עבדי הנוכרת, על יסוד פסק השו"ע סי' יד ס"א שקבע את האפשרות להוראה כזו לביצוע השליחות, הוראה הניתנת ע"י בית הדין הגדול.

בנסיבות שפסק דינו של בית דין קמא כבר בוטל, ככל שהדבר נוגע לבעלי הדין ולתיק נשוא הערעור, דעתם האישית של חברי בית הדין האזורי חדלה להיות רלבנטית. אין חולק שעל פי ההלכה, כפי שהתבארה בתשובות חושן האפוד, הגר"א הרצוג זצ"ל הציץ אליעזר ופד"ר חלק י' הנוכרות, בעלי הדין, מחויבים לפסק דינו של בית הדין הגדול. וכתוצאה מכך בית הדין האזורי אינו רשאי לטעון שבמלאכת ההוצאה לפועל של פסק דינו של בית הדין הגדול, הוא מכשיל את בעלי הדין באכיפת פסק דין מוטעה עליהם.

השוטר המופקד על ביצוע פסק דינו של השופט, בהעדר עמידה בתנאים הקבועים בחו"מ סי' כה, אינו רשאי לטעון לטעות בפסק הדין, ואינו רשאי להתחמק ממלאכת ההוצאה לפועל, אלא כל עוד בעלי דין מחויבים לפסק דינו של השופט, גם השוטר עושה את המעשה הנכון. גם בבית הדין האזורי, שאינו אמור להתכנס לדיון בביטול פסק דינו של בית הדין הגדול, לא מתקיים ולא יכול להתקיים, ההליך שבכוחו לקבוע שבית הדין הגדול טעה טעות בדבר משנה ושעפ"י הדין פסק דינו אינו מחייב את הצדדים. על כן מאחר

נשים, בנסיבות שהדין מחייב את כפיית הבעל בגירושין, כופין אותו עד שיאמר - "רוצה אני", מפני ש"מצוה לשמוע דברי חכמים".

על יסוד דברי הגמ', כתב החתם סופר בתשובה חלק אה"ע ח"א סי' קטז, אודות מחלוקת הרא"ש וראב"ה בשאלת כפיית גט על בעל נכפה, בלשון זו:

"ועוד אני אומר דאפילו אי קמי שמיא דהלכה כהרא"ש, מ"מ כיון דאיכא דעת המרדכי דפליג ואין אתנו יודע להכריע, ממילא אם עבר וגירש ע"י עישוי, הוי אשת איש דאורייתא בודאי ולא מספק. וטעמא אני אומר, שהרי גט מעושה אפילו כדין ואומר רוצה אני, מ"מ איננו כשר אלא מטעם דאחז"ל ב"ב מ"ח ע"א מסתמא ניחא ליה לקיים דברי חכמים שאמרו לכופו להוציא, ועל דרך שהסביר הרמב"ם יפה סוף פ"ב מגירושין, והיינו כשברור גם למגרש שהעישוי כדין אליבא דכ"ע, א"כ מצוה לשמוע דברי חכמים. אבל הכא יאמר נא המגרש מאן לימא לן שמצוה לשמוע דברי הרא"ש, דלמא מצוה לשמוע דברי המרדכי, ואם גם מה שאמר רוצה אני היה בהכרח ולא ענה מלבו, ע"כ אין נראה שום הו"א לכיף לגרש", עכ"ל החתם סופר.

מדברי החת"ס היה נראה לכאורה, שבפלוגת הפוסקים אם ראוי לכופו, אם כפו את הגט בהסתמך על דעת הפוסקים שאפשר לכופו, הגט בטל, ואפילו אינה ספק אשת איש, אלא נותרה ודאי אשת איש. ועיין בספר דבר יהושע ח"ג אה"ע סי' ל' שתמך בדברי החת"ס וביארו, וכתב שכשם שבדיני ממונות המוחזק יכול לטעון קים לי כדעת מיעוט הפוסקים, ה"ה לעניין כפיית גט אין מקום להכרעת ההלכה על פי דעת רוב הפוסקים, ולפי דרכו, כפיית הגט תתבצע רק כשהיא אינה שנויה במחלוקת הפוסקים.

אך בעטרת דבורה ח"ב אה"ע סי' צד, הבאתי פסק דין שנכתב בזמנו במסגרת דיון בבית הדין בטבריה, בנסיבות של מחלוקת הפוסקים בשאלת כפיית גט. והובאו דברי הפוסקים שבארו את דינו של החתם סופר כהלכה המתנייחסת למחלוקת שלא הוכרעה, כגון מחלוקת הרא"ש והראב"ה בשאלת כפיית גט על בעל נכפה, וביחס למחלוקת זו, נקט החת"ס ש"אין אתנו יודע להכריע". אך אין יסוד לקבוע שדברי החת"ס מתייחסים גם למחלוקת הפוסקים, שבה ניתנה הרשות לדיינים מורי הוראה ברי סמכא, לשאת ולתת בדברי החולקים ולהכריע בדבריהם הלכה למעשה, הן עפ"י הכרעת פוסקים אחרונים, והן בהכרעת בית הדין אשר יהיה בימים ההם שדן ונשא ונתן בדברי החולקים והורה לכפות על הגירושין.

ובספר שדי חמד כרך ז' מערכת גירושין סי' א' אות טו, הביא מדברי החת"ס, וסבר בדעתו כפי שהובן על ידי תשובת דבר יהושע, וכתב:

"לענ"ד יש לפקפק בטעמו, אטו כו"ע דינא גמירי, וא"כ נוכל לכופו מאן דלא ידע פלוגתא דרבנן קדישו הנ"ל. ואף מאן דגמיר וסביר נוכל לכופו, דכיון דהדין נותן לשמוע אל השופט

שהדבר נוגע לענייני ממון. בפסק דין בתיק 1520תשכ"ו, הובא בספרו של מ' אלון, "המשפט העברי", מהדורה שלישית, ירושלים תשמ"ח, עמ' 1523, לאחר שהגאון רבי אברהם שפירא זצ"ל קבע שהדיין אינו יכול לפסוק בניגוד להכרתו, ואינו רשאי לבטל את דעתו המהותית, כתב:

"בית הדין לערעורים יכול לשנות את פסק הדין, אבל פסק דין שני זה, יש לו מקום לדינא לחייב את בעלי הדין, שלכתחילה אדעתא דהכי באו לדון, שדינם יובא לדיון מחדש בפני בית הדין לערעורים, וכאילו באו מלכתחילה בפניו. אבל כל זה רק לגבי בעלי הדינים ולא לגבי הדיינים, שהסכמה והתחייבות של בעלי הדין אין בכוחם לשנות את דין התורה כפי שאותו דיין מבינו, ואין הוא יכול ואינו רשאי, אם בא דין זה ממנו, או דומה לו, לפניו שוב, לפסוק אחרת מכפי שהוא סובר. יתר על כן, אם כי בדיני ממונות ומזונות וכדומה, הרי התחייבות של הנוגעים בדבר, נעשה מחמת עצמו גורם בדין לחיוב או לפטור, אין הדבר נכון במקרים של איסורים".

#### האם יש מקום להבחין בין דיני ממונות לדיני איסור והיתר וגירושין

בדברי הגאון רבי אברהם שפירא עלתה הטענה, שיש מקום להבחנה בין דיני ממונות ובין דיני איסור והיתר, כגון גירושין וסידור הגט בבית הדין האזורי, דוגמת התיק שנידון בזמנו בבית הדין בפ"ת, שבית הדין התבקש לסדר גט על פי פסיקת בית הדין הגדול. בנסיבות אלו, שקבלת הצדדים אינה מעלה ואינה מורידה, כיצד בית הדין האזורי יביא לאכיפת גט, כשלדעתו אכיפת הגט על הבעל תביא לפסילת הגט.

יש שיטענו, גם אם בית הדין האזורי יבצע את אכיפת הגט כשליח וכידו הארוכה של בית הדין הגדול, אם לפי מיטב הכרתו הוא מתבקש לסדר גט שאין בו ממש, לא ניתן לחייבו לפעול כן. לא נכון שמערכת בתי הדין תיתן לגיטימציה למתכונת כזו, שדיין בבית הדין האזורי יסדיר הליך להתיר אשה נשואה לעלמא, כשלמיטב הכרתו, גם לאחר סידור הגט היא עדיין אשת איש.

אך עדיין יש מקום לדון בשאלה זו. אקדים כי באותו תיק, 1520תשכ"ו, דברי הגאון רבי אברהם שפירא זצ"ל הנוכחים לעיל נאמרו במסגרת דעת המיעוט, ואילו דעת הרוב של הגאון ר"י בבליקי ז"ל והגאון רבי מרדכי אליהו ז"ל הסכימה באותו נידון של דיון בחרם דר"ג, שבית הדין האזורי יכול להשלים את הליך, כמבוקש על ידי בית הדין הגדול. כפי הנראה טעמם, מאחר ובעלי הדין מחויבים לפסק דינו של ביה"ד הגדול, ביה"ד האזורי אינו מכשילם בעבירה.

אציין לבירור הלכה העולה לעיתים על שלחנו של בית הדין, כיצד לנהוג בשאלת כפיית גט או חיובו, בנסיבות של מחלוקת הפוסקים, גם כשמחלוקת זו הוכרעה כדעת רוב הפוסקים שניתן לכפות, האם על יסוד הכרעה זו, הדין מאפשר את כפיית גט, או שאינו מאפשר זאת.

כידוע, בגמרא במסכת בבא בתרא דף מח. התבאר שבגיטי

"גט מעושה בב"ד כשר משום מצוה לשמוע דברי חכמים, ואין הפירוש משום שכך הוא הדין, דא"כ עישהו גוים כדין ג"כ נימא הכי, ובגמרא מבואר דאם מצד מצוה לשמוע דברי חכמים ניחא הא דלא מהני עישהו גוים, אלא פ"י מצוה לשמוע דברי חכמים מה שמצווין אותו".

וכן מבואר בתשובת שערי דעה הנוכרת לעיל, שכתב: "הכוונה במה שאמרו ניחא ליה לקיים דברי חכמים, הוא על הבית דין שבזמנו שכופין אותו על זה, ועל דעתם הוא גומר ומגרש".

וכן הוא בספר גט מקושר (להג"ר משה בולה) סי' יח ס"ג, שכתב:

"והיינו טעמא נמי בשלא כדין בישראל דאמרינן דכשר מן התורה ופוסל, מפני דהתם נמי איכא מצוה לשמוע דברי חכמים, דהיינו הבית דין שכפו אותו שטעו בדין ואגב אונסא ומצוה גמר ומגרש, ומשום הכי פוסל מן הכהונה דכשר הוא מן התורה, אבל כשלא כדין דגוים, דאין שם מצוה לשמוע דבריהם, משום הכי אפילו ריח הגט אין בו, דאין שם שום מצוה לא מצד הענין כיון שהוא שלא כדין, ולא מצד לשמוע דברי חכמים כיון שהן גוים".

לעומת זאת רבינו גרשום בפירושו למסכת בבא בתרא דף מח, א כתב להיפך:

"התם נמי סבר. האי מוכה שחין מצוה לשמוע דברי חכמים שגזרו כן ומתרצה".

וכן באור זרוע חלק א בחלק השאלות ותשובות סי' תש"ס, כתב:

"וכן אתה אומר בגיטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני ודחינן דילמא התם נמי סבר מצוה לשמוע דברי חכמים פ"י כגון הא דתנן ואלו שכופין אותו להוציא סבר כיון שתקנו חכמים מצוה לשמוע דבריהם וגמר ומגרש ש"מ שאין כופין אותו לומר רוצה אני אלא בהנהו דתנינן במתני' אבל בכפייה שלא כדין אף על גב דאמר רוצה אני אין בו אפי' ריח הגט".

ובספר עונג יום טוב סי' קסח כתב:

"ע"כ נראה דהרמז"ל מפרש דהא דקאמר מצוה לשמוע דברי חכמים לאו היינו החכמים שכופין אותו עכשיו לגרש, וכדמשמע מלשון הרשב"א ז"ל בקדושין (דף נ'). אלא חכמים שאמרו שמחויב לגרשה. והיינו שכיון שמצוה לגרשה לא מקרי אונס כלל שלא נקרא אונס אלא אם כופין את האדם לעשות מה שאינו מחוייב לעשות. אבל מה שמצוה לעשות לא מקרי אונס. וטעם זה שייך גם אם הבעל ע"ה ואינו יודע שהדין נותן לגרשה מ"מ כיון דבעצם הכפי' ליכא אונס הוי גט. וכיון דעיקר כונת אמרם מצוה לשמוע דברי חכמים היינו דמשום זה לא מקרי אונס דמחוייב לקיים מצות חכמים ולגרש".

אך נראה שניתן לפרש בדברי הראשונים, שבהלכה זו של "מצוה לשמוע דברי חכמים", קיימים שני המרכיבים, ראשית, הדין עצמו הקובע את חיוב הגירושין, ושנית, בית הדין שהורה לבעל את חיובו בגט, ומצוה עליו לשמוע דברי

שבימיו, והרי בית דינו סוברים דהדין הוא לכופו, א"כ נימא שפיר דאנן סהדי שמתרצה בכל לבו לשמוע דברי חכמים, ומי מבעלי דינים יוכל לסמוך על דעתו נגד דעת בית הדין שבימיו". וכן בשו"ת שערי דעה (להג"ר חיים יהודה ליטווין ז"ל) ח"א סי' קיט כתב על דברי החת"ס:

"נראה לי שאין דבריו מוכרחין, שהרי לאו כו"ע דינא גמירי וכדאשכחן סברא זו בפ"ק דקידושין. והכוונה במה שאמרו ניחא ליה לקיים דברי חכמים, הוא על הבית דין שבזמנו שכופין אותו על זה, ועל דעתם הוא גומר ומגרש. וכדוגמא שאמרו בסוטה (דף כה) בטעמא דבי"ד מקנין לאשה שלא בפני בעלה, משום דסתמא דמלתא אדם מסכים על דעת בית דין ע"ש, דהכוונה על בית דין שבדורו העוסקין עמו בזה, וה"נ לענין גט מעושה".

וכן בפד"ר חלק ד' עמוד 166 בפס"ד של ביה"ד הגדול בהרכב הדיינים הגאונים נ"ע ר"ע הדאיה, הגאון רבי יוסף שלום אלישיב, והגאון רבי בצלאל זולטי, הביאו מדברי החת"ס, וכתבו על דבריו:

"כרם במקום שלפי כללי ההלכה המסורה בידינו, הדין הוא שכופין, למשל במקום דפליגי יחיד ורבים ולפי דעת הרבים כופין, בזה ודאי מן הדין יש לצוות לכפות לבעל לתת גט, והגט יהיה כשר כד"ת".

עוד ראוי לדון ולברר הלכה זו. היה מקום לחקור מי הם החכמים שהבעל מצווה לשמוע לדבריהם. האם אלו חכמי הגמ' והפוסקים שקבעו את ההלכה לחייב את הבעל בגט בנסיבות אלו, או שאלו הדיינים חברי בית הדין היושבים באותו בית הדין שדן בתביעת הגירושין ומורים לבעל לתת גט.

מלשון רש"י במסכת קידושין דף ג, א ד"ה דמצוה לשמוע דברי חכמים, שכתב:

"ואית לן לאחזוקיה בחזקת מקיים מצוה וגמר בלבו לקיים דברי בית דין". משמע שהמצווה מתייחסת לחברי בית הדין שהורו לכופו בגט.

וכן בתוספות רי"ד במסכת קידושין (שם), כתב:

"שאני התם דמצוה לשמוע דברי חכמים פירש אבל עישהו עכו"ם דאין מצוה לשמוע דבריהם לעולם אימא לך דברים שבלב דברים".

וכן משמעות דברי הרשב"ם מסכת בבא בתרא דף מח, א שכתב: "בעכו"ם פסול. ואף על גב דאמר רוצה אני וקא ס"ד דמקשה דבישראל כשר משום דמצוה לשמוע דברי חכמים ובעכו"ם פסול כיון דליכא מצוה אגב אונסי' לא גמר ומקנה ומגרש וקשיא לרב הונא דכיון דליכא מצוה לא מקני אגב אונסיה".

ואם המצוה היא מצוות חז"ל לא היה כותב שבעכו"ם ליכא מצוה.

וכן כתבו כמה אחרונים, הנצי"ב ז"ל בתשובת משיב דבר חלק ד' סי' מו, כתב:

הדין, היא מצוותו של בית הדין הגדול, ולא מצוותו של בית הדין האזורי שמעיקרא קיבל על עצמו שלא להורות ולצוות את הצדדים בכל ציווי הנוגד את פסיקת בית הדין הגדול.

### האם בית הדין האזורי יכול לטעון לטעות בפסיקת ביה"ד הגדול

בגמ' מסכת ב"ק דף לב: ביחס לחיוב גלות של שליח בית הדין שהלקה והלה מת, העמידוהו - "דטעה דיינא גופיה". הרי מבואר שאם בית הדין טעה, ושליח בית הדין ביצע הוראה מוטעית, כגון שבית הדין טעה במנין המלקות ושליח בית הדין המכה בשליחות בית הדין, סמך על בית הדין אך היה יכול להבחין בטעות ולא הבחין, אותו שליח יחשב כמי שעבר עבירה בשוגג, כשהלקה ללא צורך.

בהתאם לכך, לפי דרכו של הגר"ע הדאיה זצ"ל בתשובת ישכיל עבדי הנוכרת, גם לאחר שבית הדין האזורי יתבקש לבצע את סידור הגט בשליחותו של בית הדין הגדול, אם נפלה טעות בפסיקת בית הדין הגדול, הרי שהאחריות לתוצאות מהטעות הזו רובצת, הן על בית הדין הגדול שפסק את פסיקתו, והן על בית הדין האזורי שדינו כשליח בית הדין הגדול. לכאורה בנסיבות אלו, גם אם בהתאם למבואר, אין מניעה שבית הדין הגדול יבצע בעצמו את סידור הגט על יסוד פסיקתו שלו שהיא עבורו הפסיקה הנכונה, עכ"פ היה עליו להימנע מלהטיל על בית הדין האזורי שליחות כזו שאליבא דשיטתו אינה כהלכה.

כאמור ביחס לדיני ממונות אין מקום לטענה זו ומהטעם שהתבאר לעיל, אך ביחס לדיני איסור והיתר כגון סידור גט שבית הדין הגדול פסק לחייבו בניגוד לפסיקת בית הדין האזורי, ככל שהדבר נוגע לבית הדין האזורי בלבד, לכאורה היה מקום לטענה זו.

נוסיף ונציין כי הראשונים התייחסו לנסיבות של בית הדין שטעה בדינו לחייב גט. הרמב"ם בהלכות גירושין פרק ב' הלכה כ' כתב:

"לא היה הדין נותן שכופין אותו לגרש, וטעו בית דין של ישראל ... הרי זה גט פסול, הואיל וישראל אנסוהו יגמור ויגרש",

וכן בשו"ע אה"ע סי' קלד סעיף ה', ומשמע שהגט פסול מדרבנן, ובב"ש סק"י הביא דעת הראשונים הפוסלים מדאורייתא. ויש לדון מה טיבה של הטעות הנזכרת ברמב"ם ובראשונים, וכיצד היא מתבררת.

כידוע במסכת סנהדרין דף ו. ודף לג. הגמ' מתייחסת לשני סוגי טעויות. "טעות בדבר משנה", דהיינו בהלכה הפסוקה מקדמת דנא, ו"טעות בשיקול הדעת", דהיינו טעות בהכרעה במחלוקת בניגוד למנהג שפשט (רמב"ם סנהדרין פ"ו ה"ב), או כנגד דעת רוב הדיינים (רש"י לג.). למרות זאת, בית דין שדן במחלוקת הפוסקים, ירד לעומקה של הלכה כדרכה של תורה, והכריע כדעת מקצת מהפוסקים, לכל הדעות גם מי שאינו מסכים לדעתו, אינו יכול לייחס לו טעות. עיקרון זה

חכמים אלו. עיין בלחם משנה בהלכות גירושין פ"ב ה"ב שכתב:

"הר"ן פי' ... אבל בישראל דאיכא מצוה טפי, מצד הענין שהוא מצוה, ומצד דהוי שומע דברי חכמים, מפני כן כשר".

ובדרך זו יתפרשו דברי השדי חמד הנוכרים, במה שכתב:

"כיון דהדין נותן לשמוע אל השופט שבימיו, והרי בית דינו סוברים דהדין הוא לכופו, א"כ נימא שפיר דאנן סהדי שמתרצה בכל לבו לשמוע דברי חכמים, ומי מבעלי דינים יוכל לסמוך על דעתו נגד דעת בית הדין שבימיו".

דהיינו, בית הדין שהורה לחייב את הבעל בגירושין, הוא בית הדין המוסמך לפרש את ההלכה ולקבוע שכך קבעו חכמי הגמ' ופוסקי ההלכה. על כן, מצוה על הבעל לשמוע דברי החכמים, שהם חברי בית הדין המוסמכים לקבוע מהי ההלכה המחייבת את הבעל.

נחזור לנידון שבפנינו, במסגרת יחסי הגומלין בין בית הדין האזורי לבית הדין הגדול, ככל שהדבר נוגע לבעלי הדין בלבד, אין חולק שפסק דינו של בית הדין הגדול הוא פסק הדין המחייב בשני ההיבטים הנוכרים.

לכן גם ביחס לבעל שחויב בגירושין בבית הדין הגדול לאחר שבית הדין האזורי פסק שאין לחייבו, אילו היה מקום לומר שנתרו בפניו שני פסקי דין, של בית הדין האזורי ושל בית הדין הגדול, שעל פי ההלכה מעמדם שווה, הרי שעפ"י דרכו של החתם סופר בתשובתו הנוכרת, לא היה מקום שבית הדין הגדול בעצמו יחייבו בגירושין ולא יחוש לדעת ביה"ד האזורי. ובהכרח, שהלכה למעשה גם כשבית הדין הגדול מבצע בעצמו את חיוב הגט עפ"י פסיקתו שלו, הבעל מחויב בגירושין על יסוד הקביעה שפסק דינו של בית הדין האזורי כבר אינו קיים עבורו.

בנוסף, תקנות הדיון מחייבות את בית הדין האזורי שלא להורות לבעלי הדין בניגוד לפסיקת בית הדין הגדול, הרי שגם אם אין מניעה שבית הדין האזורי, בינו בין עצמו, ישאר בדעתו שפסק דינו שלו, הוא פסק הדין הנכון, אך מאחר וביחס לבעל, ההכרעה המחייבת, היא ההכרעה שהתקבלה בבית הדין הגדול, וכך ידוע לבעלי הדין. הרי שבפני הבעל המחויב בגירושין, אין שני פסקי דין שונים שניתנו משני בתי דין, ושמעמדם זהה. אלא מצוה על הבעל לשמוע בקולו של בית הדין הגדול. גם ביחס לנסיבות אלו, ניתן לומר ביחס לבעל הכפוי בגט בעקבות פסיקת בית הדין הגדול, את קביעתו של השדי חמד: "כיון דהדין נותן לשמוע אל השופט שבימיו, והרי בית דינו סוברים דהדין הוא לכופו, א"כ נימא שפיר דאנן סהדי שמתרצה בכל לבו לשמוע דברי חכמים".

לכן גם אם לולי תקנות הדיון, מבחינת ההלכה שני בתי הדין, בית הדין האזורי ובית הדין הגדול, נחשבים כשני בתי דין שווים, אך לאחר שבתי דין אלו פועלים במסגרת הידועה והמקובלת של מערכת בתי הדין בישראל, לאחר שהתקנות קבעו שפסיקת בית הדין הגדול היא הפסיקה המחייבת את בעלי הדין, ה"מצוה לשמוע דברי חכמים", המוטלת על בעלי

וע"ע ישכיל עבדי חלק ו' אה"ע סי' צו סק"ז. אך בדרך כלל אין לבית הדין האזורי את הנתונים עליהם ניתן לבסס טענה כזו, בהעדר דיון שבו פרוטוקול הדיון בביה"ד הגדול. מה עוד שתקנות הדיון אינן נותנות מקום לדיון מחודש מסוג כזה בבית הדין האזורי, וגם בית הדין האזורי אינו מבקש להיכנס לדיון כזה, לכן למעשה מציאות כזו אינה אמורה להיות מעשית.

אמנם מאחר ובאיטור אשת איש עסקינן, אם אכן סבור ביה"ד האזורי שנפלה תקלה ונמצאה טעות בעובדות או בהלכה שנפסקה בפסק דינו של בית הדין הגדול, סעיף 5 (ד) לכללי האתיקה מאפשר לבית הדין האזורי לגלות את אוזנו של בית הדין הגדול בהשגותיהם, ובית הדין הגדול יעיין וישיב להם כדרכה של תורה וינתנו ההוראות המתאימות.

### פסק דין שאינו מנומק

בפתיחת דברינו הזכרנו פסיקה של בית הדין האזורי בפתח תקוה שנמנע מביצוע סידור גט לאחר שהבעל חויב בו בבית הדין הגדול. אציין כי פסק דין זה פורסם בחוברת "הדין והדיין" מס' 2 (פרסום שאינו באמצעות הנהלת בתי הדין ואמינות עריכתו פחותה), וכיון שכן לא מצאתי מניעה להתייחס אליו גם במסגרת הנוכחית, לאחר שעיינתי בשלושת ההחלטות הרלבנטיות - שתי החלטות ביה"ד האזורי והחלטת הגדול. להלן ההחלטות של בית הדין האזורי והגדול באותו תיק.

בית הדין האזורי פסק כדלהלן -

"לאחר שמיעת טו"מ הצדדים ועיון בחומר שבתיק נראה שאכן בני הזוג בנפרד כ-20 שנה. וכבר למעלה מ-10 שנים הגישו בקשה משותפת להתגרש דבר שלא מומש גם בגלל סירוב האשה להתגרש עד שהבעל לא יעשה כרצונה בנושאים הכספיים ... בא' אב תש"ס פתחה האשה שוב תביעת גירושין כנגד הבעל, וביה"ד עשה הרבה ניסיונות להביא את הצדדים להסכם, וזאת כיון שאף אחד מהצדדים לא הוכיח את טענותיו כלפי הצד השני, וכל הטענות שטוענת היום האשה לחייבו מחמתם בגט אין בהם ממש, והדבר היחיד העומד כאן הוא הפירוד הארוך בין הצדדים, שלפחות במשך תשע שנים נראה לא הפריע לאשה. ולכן המלצנו לאשה לקבל הצעת הבעל לפצותו בסכום שהיה נראה לנו מתקבל על הדעת בענין הדירה. טענת ב"כ האשה שאין לדון בדירת עמידר כאשר אינה רכוש של הצדדים היא חמורה ביותר וההצעה לפנות לבית המשפט להגיש תביעותיו אינה מקובלת כאשר היא מוצעת מפי "טוענת" בבי"ד ללא שום נימוק הלכתי. לאור האמור לעיל מחליטים: א) אין מקום למתן פס"ד לגירושין לאור האמור לעיל. ב) באם תודיע האשה שהיא מסכימה לתת לבעלה המגיע לו לפי הדין, נקבע דיון. על האשה להודיע עמדתה תוך חודש מהיום".

בית הדין הגדול קיבל את הערעור על פסק הדין, וכתב:

"פסק דינו של בית הדין האזורי בפתח תקוה, אינו נראה לנו. מדובר בפירוד של כ-20 שנה, כאשר במהלך השנים, כל אחד מן הצדדים חי את חייו. לדברי הבעל, אשתו בגדה בו, ולדברי האשה, הבעל בגד

מיוסד על דברי הרא"ש במסכת סנהדרין פרק ד' סי' ו' שכתב:

"היכא שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה, לא יאמר הדיין אפסוק כמי שארצה ואם עשה כן זהו דין שקר. אבל אם חכם גדול הוא גמיר וסביר ויודע להכריע כדברי האחד בראיות ברורות ונכוחות הרשות בידו. ואפילו אם פסק חכם אחר בענין אחר, יכול החכם לסתור דבריו בראיות ולחלוק עליו כאשר כתבתי למעלה, כ"ש אם יש לו סיוע מאחד מן החולקין".

וכן כתב הטור חו"מ סי' כה.

ועיין שו"ת רד"ך בית ג', שדברי הרא"ש מתייחסים גם למחלוקת הפוסקים בשאלת כשרות הגט ואיטור אשת איש. אך הביא כמה דוגמאות למחלוקות גדולי הראשונים, שלא הוכרעו ואין איתנו מי שיכול להכריע בהן, לכן מספק יש להחמיר. וכן הוסיף הרד"ך וכתב שביחס למש"כ בגמ' כדאי הוא רבי פלוני לסמוך עליו בשעת הדחק, -

"דוקא באמוראים שהיה כח בידיהם לפסוק כיחיד, אף על גב דרבים פליגי עליה, אם סברתו נוטה כדברי היחיד, או מאן דגמיר וסביר וידע להכריע כדברי הפוסק היחיד מתוך הגמרא בראיות ברורות ונכוחות שהלכה כמותו בשעת הדחק. אבל אנן יתמי דיתמי שאין כח בידינו לפסוק כיחיד, פשיטא שאין לנו לומר כדאי הוא רבי פלוני לסמוך עליו בשעת הדחק אפילו במילי דרבנן, אלא אם כן גמיר וסביר ויודע להכריע כדבריו בראיות ברורות ונכוחות, או שכבר נהגו כדברי היחיד".

לכן באותם המקרים שבית הדין הגדול פוסק לחייב גירושין בניגוד לפסיקת בית הדין האזורי, בנסיבות בהן בית הדין האזורי הסתמך על דעות הפוסקים שהורו שלא לחייב, ובית הדין הגדול ירד לעומקה של הלכה כדרכה של תורה, והכריע כדעת הסוברים שיש מקום לחייב את הגירושין, אין מקום שבית הדין שלא הכריע כך, יטען שפסיקה זו מוטעית. על כן, על יסוד דברי הרא"ש והרד"ך, ובצירוף האמור לעיל בביאור דברי הגמ' שהיסוד לחיוב הגט נובע מהמצוה לשמוע דברי חכמים, מאחר וכאמור בית הדין הרלבנטי עבור הבעל הוא בית הדין הגדול, ועל יסוד דברי הרא"ש והרד"ך, גם בטרם נתקנו תקנות הדיון, בית הדין הגדול מוסמך להכריע במחלוקת הפוסקים ולפסוק בניגוד לפסיקה שהתקבלה בבית הדין האזורי, אם אמנם הכריע בראיות ברורות כדעת אותם פוסקים עליהם הסתמך בפסק דינו, וכמ"ש הרא"ש: "אפילו אם פסק חכם אחר בענין אחר, יכול החכם לסתור דבריו בראיות ולחלוק עליו". על כן מכאן ולהבא זהו פסק הדין האמתי והמחייב את בעלי הדין, ואין מקום לטענה של בית הדין האזורי שהוא נאלץ לבצע גט שאינו כשר.

אמנם היה מקום שלא להטיל את סידור הגט על בית הדין האזורי, אם בית הדין האזורי שכבר דן ופסק קודם שהוגש הערעור, סבור שפסיקת בית הדין הגדול היא טעות בדבר משנה. הן טעות בפסיקת ההלכה, והן טעות בעובדות שדינה כטעות בדבר משנה, כמ"ש הריב"ש סי' תצח: "כל שכן הוא, במה שהטעות הוא בדבר עצמו, ולא מחמת סברת הדין",

הרכושיות שהן לגיטימיות בעינינו, היא קביעה שאנו תמהים עליה שהיא היא נוגדת עמדת רבותינו מצוקי ארץ. מצינו במהיר"ק שורש ק"ב שדן לענין כפית יבם בחליצה שאומר שאפילו כשחל על היבם חיוב לחלוץ בכל אופן במקום שיש לו תביעת ממון הרי תביעה זו מעכבת את החיוב. ע"ש. כך גם כותב בשו"ת שיבת ציון סי' צ"ו שכשמעלה היבם טענה ממונית סבירה הרי זה מעכב את חיוב החולץ. כמו כן מובא בשו"ת מהרש"ם חלק ה' סי' ס' שאם הבעל חייב לגרש ואפילו אם הוא מאלה שכופין אותו לגרש בכל אופן אם מתנה הבעל שתחזיר לו חפצים שלו, הדין עימו, ואין בידינו לכופו. ע"ש. גם לאגרות משה אעה"ז סי' קי"א מצינו שפסק כן כשהעוכב מצידה של האשה, עיכוב ממוני, הרי זה מבטל חיוב הבעל בגירושין. יש לציין פסק הדין של הרב ..., שנידון בכנס הדיינים האחרון שבו פסק כנ"ל שאין לחייב הבעל בגט כשתביעותיו הממוניות נכונות וסבירות והדבר נתקבל ע"י כל הדיינים הנוכחים שהסכימו לדבריו. סופו של דבר, לענ"ד יש חשש של גט שלא כדין אם נחייב הבעל בנידון שלפנינו בגירושין תוך התעלמות מדיון בתביעות ההדדיות הממוניות של הצדדים.

#### עד כאן מההחלטות הנ"ל.

ביחס להחלטות אלו, יש מקום לכמה הערות:

א. בית הדין הגדול נמנע מהוראה לבית הדין האזורי בפתח תקוה לסדר את הגט, אלא כתב: "ניתן לסדר את הגט בביה"ד האזורי בפתח תקוה, או בבית הדין בירושלים". ובכך השאיר את הנושא לשיקול דעתו של בית הדין האזורי. בנסיבות אלו, למעשה בית הדין האזורי נדרש ע"י בית הדין הגדול להתייחס לשאלה זו של קביעת המשך ההליך, ונוקק לנמק את עמדתו, שהיתה סירוב לסדר את הגט. סביר להניח שאם בית הדין הגדול היה מאריך בבירור השיקולים ההלכתיים שעמדו ביסוד פסק הדין של בית הדין האזורי (למרות שלא נכתבו בו נימוקים הלכתיים), והיה מברר בבירור הלכתי מנומק, מדוע בנסיבות המיוחדות של מקרה זה, לכל הדעות אין יסוד לטענת הבעל לעיכוב הגירושין, מסתבר שהדברים היו מתקבלים בעיני בית הדין האזורי, ואותה אשה לא היתה מתעכבת ללא גירושין שבעה חודשים נוספים.

ב. הפעם הראשונה שבה בית הדין הפוסק, מצא לנכון לנמק את פסיקתו בנימוקים הלכתיים, היתה בהחלטתו האחרונה של בית הדין האזורי, שניתנה לאחר שהתקבל אצלו פסק דינו של בית הדין הגדול.

הן בית הדין האזורי בפסיקתו שלא לחייב את הגט, והן בית הדין הגדול בפסיקתו לבטל את פסיקת ביה"ד האזורי, הביעו את עמדתם לחיוב או לשלילה, אך שני פסקי הדין נעדרים נימוקים הלכתיים המתבקשים ומחוייבי המציאות בנסיבות אלו, מאחר ולמעשה בפסיקתם זו ניתנה הכרעה במחלוקת הפוסקים, אם שלא לחייב את הבעל בגירושין או לחייבו.

לעיל הבאנו מדברי הרא"ש והטור שכתבו: "אם חכם גדול הוא גמיר וסביר ויודע להכריע כדברי האחד בראיות ברורות ונכוחות הרשות בידו. ואפילו אם פסק חכם אחר בענין אחר,

בה. חמש הבנות של בני הזוג, גודלו על ידי האשה בלבד, והיא הכניסתן לחופה. הבעל לא נטל חלק בגידולן של הבנות, ולא בנישואיהן. שני הצדדים מעוניינים בגירושין. הבעל מעכב את הגט, עד אשר תתקבל דרישתו לחצי הדירה. מדובר בדירת עמידר, שאינה שייכת לאף אחד מן הצדדים. לחברת עמידר, קריטריונים משלה, והיא אינה כפופה לשיפוטו של בית הדין הרבני. הצענו לצדדים, כי יתגרשו לאלתר, וכי לאחר הגירושין יעמדו להם זכויותיהם בדירה, כפי שהן היום. שניהם יוכלו לפנות לחברת עמידר, ולבקש את מימוש הזכויות. ב"כ הבעל, אינו מסכים לכך, ודרישתו כי האשה תשלם לבעל את דמי מחצית הדירה כשוויה בשוק, או קרוב לכך. יצוין, כי לאשה כתובה בסכום רב (50000 דרהם מרוקאי, הכתובה נכתבה על ידי כבוד הגר"ש משאש שליט"א). גם אם נניח, כי אין מקום לחייב את הבעל בתשלום הכתובה, הרי יש מקום לחייבו בגט. בנסיבות אלו, כאשר שני הצדדים אינם רוצים זה בזה, ולדברי הבעל אשתו אסורה עליו, יש מקום לחיוב בגט. נושא הדירה, אינו בשיפוטו של ביה"ד הרבני, ולכל היותר ניתן לציין ששני הצדדים יתייצבו לפני חברת עמידר, לאחר הגט, ויעמדו בזכויותיהם הקיימות לפני הגט. אנו קוצבים לצדדים 20 יום לסידור גט. ניתן לסדר את הגט בביה"ד האזורי בפתח תקוה, או בבית הדין בירושלים. אם הבעל לא יסכים לתת גט תוך פרק זמן זה, נדון בהפעלת צווי הגבלה נגדו.

עם קבלת פסק דינו של בית דין הגדול, ניתנה החלטה נוספת בבית הדין האזורי, וכדלהלן:

"פסק הדין שנשלח אלינו ע"י כבוד ביה"ד הגדול, מיום ט"ו תמוז תשס"ב, בו דוחה ביה"ד הגדול את פסק הדין שלנו, ביה"ד האזורי דפ"ת בתאריך כ"א אדר תשס"ב, הגיע אלינו ומעורר בנו שאלות חמורות. אין חולק על כך שפירוד של קרוב ל-20 שנה הוא חמור ביותר הן לבני הזוג עצמם המעוגנים איש מאחיו והן כ"מכשלה" לחטאים וכו'. אך בוודאי כשנכנסים לעומק הענין ובודקים הרקע בכללותו ורואים גם בפרוטוקולים של ביה"ד במשך הדיונים הרבים והמאמצים הרבים (!) שהשקיע ביה"ד האזורי בפ"ת בהרכבים שונים, אנו רואים בבירור שלנכונות להתגרש היתה שותפות בין הצדדים מיני אז, ורק תביעות כלכליות שהעלתה האשה הם היו ה"מוקש" במימושם של הגירושין. האם תביעותיה היו צודקות? ביה"ד הגדול לא עונה לשאלה זו ורק קובע שהואיל ולאשה יש את כתובתה והבעל עצמו מעוניין להתגרש וודאי יש מקום לחייבו בגט. אנו תוהים מאוד על קביעה זו. האשה שגרמה להוצאתו של בעלה מהבית ע"י תלונות וכו' במשטרה, אין לה מכח כך זכויות יתר מבחינת הדין. אין החלטה או פס"ד שקובע שהבעל חייב לגרש את אשתו אלא רק האשמות הדדיות שלא הוכחו על אף שביה"ד קבע מספר פעמים מועד להוכחת טענות האשה כנגד הבעל, לא הוכחה האשה את טענותיה, ולא הגיעו לשלב של פסיקה, הואיל ושני הצדדים היו מעוניינים בגירושין, ורק תביעות האשה הם שמנעו עד כה את הגירושין. לענ"ד המו"מ הממוני שנוהל ע"י ביה"ד ובו הסכים הבעל למכור את חלקו בזכויותיו בדירה בסך \$ 20,000 ראה פרוטוקול ביה"ד מיום ה' אב תשס"א, הצעה שנשללה ע"י האשה, מהווה הצעה סבירה שיש להענות לה. קביעת ביה"ד הגדול לנתק בין "חיוב" הבעל בגט, דבר שאיננו מסכימים לו וכדלעיל, לבקשותיו

"בדרך כלל אין דעתי נוחה מהמנהג שנהגו בתי הדין לשלוח לנו פסקי דין בלתי מנומקים ... כשאין נימוקים מפורשים, קשה לבית הדין לערעורים למצוא את הטעות, אם ישנה, אבל הרי האמת צריכה להיות מטרטנו והמשפט לאלוקים הוא".  
ובסי' ט', הוסיף הגאון רי"א הרצוג ז"ל ביחס להנמקה מפורטת בפסקי הדין של בית הדין הגדול:  
"טוב שאנחנו ננהג כן, כדי שממנו ילמדו אחרים, וחזן מזה יש במנהג זה תועלת מרובה".

לפי האמור לעיל, בנסיבות מסוימות, הנמקה זו מחויבת על פי הדין.

ג. בית הדין הגדול, בסיום החלטתו הנזכרת כתב: "אם הבעל לא יסכים לתת גט תוך פרק זמן זה, נדון בהפעלת צווי הגבלה נגדו". הרי שחברי בית הדין הגדול, לא מצאו לנכון להורות לקיים את הדיון בצווי ההגבלה בבית הדין האזורי. אך נקודה זו טעונה עיון וביור עקרוני, מה עוד שמשמעות החלטה זו היא שבעלי הדין מחויבים לכתת רגליהם למרחקים, ממקום מגוריהם לבית הדין הגדול בירושלים, לדיון אחד או יותר, בכל הכרוך בביצוע צווי ההגבלה והחמתם בהתאם לצורך, ויש לבחון האם אמנם אילוח זה בלתי נמנע.

ראשית אציין, כי מהבחינה העקרונית, גם בהעדר פסיקת חיוב גירושין ניתן להורות על צווי הגבלה, וכפי שר"ת גופיה קבע בספר הישר סי' כד, עיין בספר עטרת דבורה חלק ב' סי' פ'- פג. על כן בכל מקרה אין דין צווי הגבלה כדין אכיפה ישירה של הגירושין, וגם בית דין שקבע שלא לחייב את הבעל בגירושין, אלא רק המליץ להתגרש על יסוד טענת "מאיס עלי" וכיוצא ב, רשאי להפעיל צווי הגבלה ככל שהן במסגרת "הרחקות דרבינו תם".

כאמור צווי הגבלה שאינם כוללים עונשי גוף כמאסר, או עונשי ממון ישירים, יסודם ב"הרחקות דרבינו תם", שהובאה כהלכה פסוקה בבית יוסף אה"ע סי' קלד ובלבוש אה"ע סי' קלד סי', וברמ"א סי' קנד סעיף כא. הלכה זו היא מהלכות הציבור שהוטלו על בית הדין, המאפשרות לבית הדין לתת הוראות לציבור ולא לבעל. נראה שיסוד הדברים הוא עפ"י דברי החתם סופר בתשובתו חלק חו"מ סי' קעז שכתב, שקבע כי מלבד החוב שהוטל על בית הדין לרדן ולשפוט בין שני בעלי דין, ישנן משימות המוטלות על בית הדין בשליחות כלל הציבור. זה לשון החתם סופר:

"דבר זה מוטל על כל ישראל, וב"ד שליחותיהו דכל ישראל עבדי, שנתמנו שלוחא דישאל, ועי"ז נפטרו כל אחד ואחד מלהשגיה, כי העמידו גברי רברבי בחריקהו".

מטעם זה, הלכה זו של "הרחקות דרבינו תם", אינה הלכה המתייחסת לסרבני גט בלבד, אלא נקבעה בשלחן ערוך גם ביחס לדיני ממונות, כאמצעי לחץ על אדם המחזיק בממון חבירו שלא כדין. בשולחן ערוך חושן משפט סי' טו סעיף ה' פסק הרמ"א:

"אם נראה לב"ד שאחד גוזל חבירו ולא יוכלו להוציא ממנו

יכול החכם לסתור דבריו בראיות ולחלוק עליו כאשר כתבתי למעלה, כ"ש אם יש לו סיוע מאחד מן החולקין", עכ"ל. ובנו של הרא"ש בספרו זכרון יהודה סי' נד, הביא מדברי אביו, והוסיף: "הנה כתב בהדיא שבמקום שיש מחלוקת בין הפוסקים, שאין רשות לאדם לפסוק מדעתו כאחד מהם, בלי ראיות".

ובספר קונטרס הספקות (לאחיו של בעל קצות החושן) כלל ה' סעיף ג' הביא מדברי הרא"ש, וכתב:

"הנך רואה שצריך שיהיה חכם גדול וגמיר וסביר ואז יכול להכריע, ואי לאו בר הכי הוא הוי דין שקר כשפוסק כאחד מהם. וכן נראה מדברי התוס' דב"ב ס"ב ... וכ"כ הנימוק"י בריש פרק המוכר את הבית [ב"ב ל"ד ע"א מדפי הרי"ף ד"ה מיבלע] בשם רבינו יונה בשם ר"י הזקן, דהיכא דאיכא פלוגתא דתנאי או דאמוראי ולא אשכחן סוגיא דעלמא כחד יש לדיין לדון כפי מה שדעתו נוטה, ואי מסתפקא ליה המוציא מחבירו עליו הראיה, ע"ש. אלמא דאין רשות ביד הדיין לפסוק בפלוגתא דרבוותא כמי שירצה, אלא דוקא אי סבירא ליה הכי, כלומר שסברתו נוטה לזה. אלא שמדברי התוס' והנימוק"י משמע דבסברתו נוטה לחוד נמי סגי, ומדברי הרא"ש משמע דלא סגי בהכי עד שיכריע בראיות".

בנוסף, מהר"ל מפראג ז"ל בחידושי גור אריה על מסכת שבת דף י. כתב לבאר את המושג "דין אמת לאמיתו", וז"ל:

"וכן כאשר פסק הדין בשיקול דעת, כגון תרי תנאי דפליגו, או תרי אמוראי, ופסק כאחד, ופסק לפי הסוגיא דעלמא דפסקי כחד. כיון שלא פסק הדין ע"פ התורה ובאמת, רק לפי סוגיא דעלמא, לא נקרא דין זה אמת לאמיתו, רק כאשר הדיין פוסק דין לפי החכמה האמתית, והגיע הממון ג"כ למי ששייך לו, וזה משמע דין אמת לאמיתו, כלומר שהדין אמת בכל צד, כך יראה".

בהתאם לאמור, אמנם כל אחד מבתי הדין הנזכרים, סבר שפסיקתו תואמת ל"סוגיא דעלמא", עיין בהחלטה השניה של בית הדין בפ"ת שהסתמכו על הדעה הרווחת בין הדיינים, לפי דעתם, שמעמדה של דעה זו היא כ"סוגיא דעלמא" עפ"י שיטת רש"י. אך עדיין אין זה "דין אמת לאמיתו" לפי דרכו של מהר"ל מפראג. וכן לשיטת הרא"ש והטור, מאחר ושני הרכבים אלו, של בית הדין האזורי ושל בית הדין הגדול הכריעו במחלוקת הפוסקים, היה מוטל עליהם להציג את הדעות השונות הרלבנטיות לנסיבות שבפניהם, לשאת ולתת בדבריהם, ולהכריע הלכה למעשה. קשה לקבל פסיקה זו, שלא לחייב גירושין לאחר עשרים שנות פירוד וטענות הדדיות חמורות והעדר רצונם בשלום בית, ללא כל הנמקה הלכתית, וכן קשה לקבל ביטול פסק דין של בית דין אזורי, שלא לחייב גירושין, ופסיקת חיוב גירושין בלא הנמקה הלכתית.

אסיים פרק זה בשתי תשובות של הגאון רי"א הרצוג זצ"ל בספר "פסקים וכתבים" ח"ט. בסי' יג כתב ביחס לפסקי דין של בית הדין האזורי:

ד. לאחר חיוב הגירושין בבית הדין הגדול, אין מניעה להטיל על בית הדין האזורי לדון בהפעלת צווי הגבלה גם אם בית הדין האזורי קבע קודם לכן שלא לחייב את הגירושין. ואין מקום להטריח את בעלי הדין בנסיעות ממקום מגוריהם לירושלים לדיונים בכל הנוגע לצווי ההגבלה.

ה. במסגרת חובת בית הדין לדון דין אמת לאמיתו, הוטלה עליו החובה לנמק את פסק הדין כדרכה של תורה. בנסיבות של הכרעה במחלוקת הפוסקים, נימוקים אלו הן הכרח ומחויבים עפ"י הדין. חובה זו מוטלת הן על בית הדין האזורי והן על בית הדין הגדול.

אם פסקי דין היוצאים מבית הדין האזורי ומבית הדין הגדול יהיו מנומקים כדבעי, מלבד שהדבר יביא להרמת קרן התורה בכלל ושל בתי הדין הרבניים בפרט, יש להניח שהמקרים שבהם יתעוררו קשיים, כתוצאה מפסיקה שונה של שני בתי דין אלו, יצטמצמו ביותר.

**עד כאן מהמסקנה העולה מכל האמור לעיל כפי שכתבנו בזמנו**, אך לאחרונה בעת שנוקנו ליישם הלכה זו מצאנו עצמינו בקושי גדול לפעול למעשה בהתאם לאמור, ולאכופ פסק דינו של בית הדין הגדול לחייב את הגירושין בנסיבות שבהן היה ברור לנו בבית הדין האזורי שעפ"י ההלכה אין יסוד לחיוב הגירושין, וכי לדעתנו שגה בית הדין הגדול בפסק דינו, וזאת מאחר ולא נכון לקבוע את מעמדו של בית הדין האזורי כמוציא לפועל בלבד, של פסק דינו של בית הדין הגדול, שהוא פסק הדין המחייב את הצדדים, אלא על בית הדין האזורי לתפקד גם כבית דין הן בין הצדדים ביחס לאמצעים הנכונים עפ"י ההלכה להביא למימוש חיוב הגירושין, הליך שיפוטי לכל דבר, המחייב שמיעת טענות ופסיקה משפטית בהתאם לנסיבות. על כן נוקקנו לכתוב את ההחלטה דלהלן, שבה חרגנו מהאמור לעיל, ולהלן נוסח ההחלטה:

הדיונים בתביעת האשה לגירושין התקיימו בהרכב אחר בבית דין זה, וביום ... ניתן פסק דין מנומק שבו בית הדין פסק שלא לחייב את הנתבע בגירושין, אלא המליץ לצדדים לקיים מו"מ על מנת להגיע להסכם גירושין. האשה ערעה על פסק הדין, ובהחלטת בית הדין הגדול מיום ... הערעור התקבל, והבעל חויב לתת גט לאשתו.

התיק חזר להרכב בית הדין האזורי שדן בתיק, אך לאחר שאחד הדיונים בהרכב קמא פסל עצמו עקב נסיבות של קרבה לבא כח אחד הצדדים, ועפ"י החלטת נשיא בית הדין הגדול, התיק הועבר לדיון בפני הרכב זה.

הצדדים זומנו לדיון בפני ההרכב הנוכחי, ובפתיחת הדיון בית הדין נוכח שהאשה עומדת על תביעתה לגירושין, ומאידך הבעל עומד על עמדתו שאין הצדקה לגירושין ואינו מסכים לתת גט עפ"י פסיקת בית הדין הגדול. בנסיבות אלו, התובעת ביקשה מבית הדין לקבוע שפסיקתו של בית הדין הגדול לחייב את הבעל בגירושין, היא הפסיקה החלוטה והבלעדית המחייבת את בית דינו, שאינה יכולה לעמוד לדיון מחדש.

בדין, יכולין לגזור על שאר בני אדם שלא ישאו ויתנו עמו, ואם היא אשה שלא תנשא לאיש ולא יעסקו בשידוכיה עד שתוציא מידה שאינו שלה".

וכן ברמ"א חו"מ סי' שנח סעיף ה':

"מעשה באשה אחת שהחזיקה בשל יתומים, וגזרו שלא ישא אותה שום אדם, כדי שלא להחזיק ידי עוברי עבירה",

ועיין מהרש"ם ח"ב סי' רכו. הרי שהלכה זו נובעת מהלכות הנהגת הציבור, שהוטלה על בית הדין בהתאם לנסיבות ועפ"י שיקול דעתו.

על כן מאחר שגם אליבא דבית הדין האזורי, ככל שהדבר נוגע לבעל עצמו, ודאי שפסק דינו של בית הדין הגדול הוא פסק הדין היחיד המחייב. בשל כך אין מניעה שבית הדין הגדול יטיל על בית הדין האזורי להורות לציבור להתרחק מהבעל שאינו מציית לפסק הדין שהוטל עליו.

### מסקנות

א. בעת שהדיין עוסק בהליך שיפוטי, הדיין אינו רשאי לפסוק פסק דין שעפ"י מיטב הכרתו ומצפונו אינו נכון, גם אם גדולים וטובים ממנו סוברים כן, וגם אם בית הדין הגדול פסק כן.

ב. למרות זאת, מאחר וביחס לבעלי הדין ולבית הדין האזורי, פסק דינו של בית הדין הגדול הוא פסק הדין המחייב, מוטל על בית הדין האזורי להיות שלוחו של בית הדין הגדול ולעסוק במלאכת ההוצאה לפועל של פסק הדין.

ג. במקרים שהתגלו חילוקי דעות בין בית הדין האזורי ובית הדין הגדול, מאחר שהתקנות והחוק נתנו מעמד מחייב לפסק דינו של בית הדין הגדול בלבד. כתוצאה מכך, מכאן ואילך עפ"י ההלכה, הדין האישי המחייב את הצדדים הוא כפי שהורו להם בבית הדין הגדול, וגם אליבא דבית הדין האזורי, דינם כשני צדדים שקבלו עליהם הוראה זו בקנין. על כן גם בית הדין האזורי רשאי ומחויב לנהוג עם בעלי הדין בהתאם, ואין מניעה בהמשך הדיונים בבית הדין האזורי על יסוד החלטת בית הדין הגדול.

וכן ביחס לחיוב הבעל בגירושין, לאחר פסיקת ביה"ד הגדול, שביטל פסק דין של ביה"ד האזורי ששלל חיוב גט. מבחינת הבעל, וכפי הידוע לו, פסק הדין המחייב את הבעל הוא פסק דינו של בית הדין הגדול. אם בסיום הליך הערעור, בוטל פסק דינו של בית הדין האזורי, פסיקתו של בית דין זה כבר אינה מחייבת את בעלי הדין. לכן ככל שהדבר נוגע ל-"מצוה לשמוע דברי חכמים", מבחינתם, המצוה היא מצוותו של ביה"ד הגדול, לרבות ההכרעה ההלכתית וקביעת ביה"ד הגדול שהדין מחייב את הגירושין, על כן כפיית הבעל בגט עפ"י ציווי ביה"ד הגדול, היא כדן, גם אם תיעשה באמצעות בית הדין האזורי הפועל בשליחותו של בית הדין הגדול. אם בית הדין האזורי יציג טענה לטעות בדבר משנה, כללי האתיקה מאפשרים ערוץ הידברות זו, וינהגו בהתאם להוראת בית הדין הגדול.



הדין לערעורים, וכאילו באו מלכתחילה בפניו. אבל כל זה רק לגבי בעלי הדינים ולא לגבי הדיינים, שהסכמה והתחייבות של בעלי הדין אין בכוחם לשנות את דין התורה כפי שאותו דיין מבינו, ואין הוא יכול ואינו רשאי, אם בא דין זה ממש, או דומה לו, לפניו שוב, לפסוק אחרת מכפי שהוא סובר. יתר על כן, אם כי בדיני ממונות ומזונות וכדומה, הרי התחייבות של הנוגעים בדבר, נעשה מחמת עצמו גורם בדין לחיוב או לפטור, אין הדבר נכון במקרים של איסורים.

(במאמר מוסגר יצוין: באותו תיק, 1520תשכ"ו, דברי הגאון רבי אברהם שפירא זצ"ל הנוכחים לעיל נאמרו במסגרת דעת המיעוט, ואילו דעת הרוב של הגאון ר"י בבליקי זצ"ל והגאון רבי מרדכי אליהו זצ"ל הסכימה באותו נידון של דיון בחרם דר"ג הרובץ על הבעל שתבע את הגירושין, שבית הדין האזורי יכול להשלים את הליך, כמבוקש על ידי בית הדין הגדול. כפי הנראה טעמם, מאחר ובעלי הדין מחויבים לפסק דינו של ביה"ד הגדול שבאותו נידון כבר אין חרם דר"ג, ביה"ד האזורי אינו מכשיל את הבעל בעבירה של חרם, גם לפי דרכם. אך אין כך פני הדברים בחיוב הבעל בגירושין כשבית הדין האזורי סבור עקרונית שעפ"י ההלכה אין תקנת חכמים המחייבת את הבעל לתת גט.)

ובספר סדר הדין שם בעמ' 1364 הביא מפסק דינו של בית הדין הגדול בהרכב הדיינים הרה"ג הרב שלמה דיכובסקי שליט"א והרה"ג הרב אברהם שרמן שליט"א בתיק ערעור תשנ"ז/778 שאין מקום שבית הדין הגדול יחייב בית דין אזורי לדון בניגוד לצו מצפוני ולהלכה הנראית לו, וכי:

"הנוהג המקובל הוא שאותו בית דין הקובע את חיוב הגט הוא עצמו אוסף את פסק דינו... הנמנע מלעשות כן, ומטיל את המלאכה על בית דין אחר, פועל בניגוד להלכה, וגם בניגוד לחוק".

במקרה דנן לאחר עיון בפסק דינו הנזכר של בית הדין הגדול, נוכחנו שבעת הזו ובטרם דיון מחודש לגופה של תביעת הגירושין, הכולל את שמיעת טענות הצדדים והעיון בראיותיהם, איננו יכולים להסכים למסקנות העקרוניות ההלכתיות של בית הדין הגדול, (הגם שהמסגרת הנוכחית אינה מתאימה להרחיב ולנמק בנידון). כיוון שכן, ככל שהתובעת היתה מסכימה שבית דין זה ידון בין הצדדים בתביעת הגירושין לגופה ובלא להיות מחויב מראש לפסק הדין של בית הדין הגדול לחיוב הגירושין, היה מקום לפעול על פי הוראתו הנזכרת של הגאון הרב אברהם שפירא זצ"ל, שהינה ההוראה הנכונה מבחינה הלכתית, ובית דין זה היה דן ופוסק בתביעה לגופה כדרכה של תורה, ולאחר מכן ועל יסוד הפסיקה, היה מקום לדון בסעדים שבית הדין התבקש לדון בהן. אך בנסיבות המתוארות, שהתובעת עומדת על זכותה החוקית, שפסיקת בית הדין הגדול היא הפסיקה המחייבת את הצדדים, ושלא לפתוח כעת לדיון מחדש את הפסיקה לחיוב הגירושין שכבר ניתנה, ומבקשת להותיר

על יסוד פסיקה זו ועמדתה הנזכרת, ביקשה שבית הדין ידון בבקשתה, שהוגשה עוד קודם לדיון, לדון באמצעים המתחייבים בגין סירובו של הבעל להתגרש, כגון "מזונות מעוכבת" וצווי הגבלה. מאידך, הנתבע ביקש לפעול עפ"י סעיף ע"א לתקנות הדיון המתייחס לנסיבות שהדיון עבר מהרכב אחד להרכב אחר, ולהתחיל את בירור התביעה מתחילתה ולשמוע את טענות הצדדים ביחס לתביעה לגופה. כמו כן יצוין שלאחר הדיון התקיים בפני בית הדין הליך גישור מחוץ לפרוטוקול, שבו נעשה מאמץ לסייע לצדדים לסיים את ההליך בהסכם גירושין, אך ההליך לא הביא את הצדדים לידי הסכם. בנסיבות המתוארות, מוטל על בית הדין לקבוע את המשך ההליכים בין הצדדים.

לאחר עיון בחומר שבתיק, בית הדין מחליט כדלהלן:  
יצוין להחלטת הרב הראשי לישראל ונשיא בית הדין לשעבר, הגאון הרב אברהם שפירא זצ"ל בתיק ערעור תש"מ/293 בהחלטה מיום י"ט שבט תשמ"ד, ופורסמה בספר "סדר הדין בבית הדין הרבני" לפרופ' אליאב שוחטמן חלק ג' עמ' 1361 בנסיבות הדומות לנידון דנן, שבו בית הדין האזורי פסק שלא לחייב את הבעל בגירושין, ובית הדין הגדול פסק לחייב את הבעל בגירושין, שהחליט שאין מקום להחזיר את התיק להמשך הדיון בפני ההרכב הראשון שפסק שלא לחייב את הגירושין, מאחר ובית דין זה כבר גילה דעתו ואין אפשרות לכופ אותם לפסוק דין תורה בניגוד לדעתו. בנסיבות אלו קבע הגאון הרב אברהם שפירא זצ"ל כדלהלן:

"ברור הוא שבכל מקרה כזה, יש להעביר את הדיון לבית דין אזורי אחר שלא דן בזה ואין לו דעה משוחדת בנידון. נכון הוא שגם הוא אינו מחויב ועומד ומוכרח לפסוק כפי שפסק בית הדין הגדול... הוא רשאי לפסוק כדעתו, והמפסיד יהיה רשאי לערער על כך בבית הדין הגדול, אבל כל זה רק אחרי שמיעת הטענות מפי בעלי הדין ולא עפ"י הצצה בתיק ... שאר בתי הדין בעיר אינם פסולים, והם חייבים לשמוע טענות ולדון דין כפי שיראה להם, אפילו בניגוד לדעת בית הדין הגדול, אבל רק לאחר שמיעת הטענות כנ"ל".

עד כאן מפסק דינו של הגאון הרב אברהם שפירא זצ"ל. וכן שם בעמ' 1364 הוסיף מפסק דינו של הגאון הרב אברהם שפירא זצ"ל שהאריך בקביעה זו שאין מקום שבית דין אזורי יבטל דעתו ויפסוק פסיקה שאינה מקובלת עליו רק מאחר שכך היא פסיקת בית הדין הגדול, הגם שזו הפסיקה המחייבת את בעלי הדין.

בפסק דין זה, שנכתב בתיק 1520תשכ"ו, שהובא בספרו של מ' אלון, "המשפט העברי", מהדורה שלישית, ירושלים תשמ"ח, עמ' 1523, לאחר שהגאון רבי אברהם שפירא זצ"ל קבע שהדיין אינו יכול לפסוק בניגוד להכרתו, ואינו רשאי לבטל את דעתו המהותית, כתב:

"בית הדין לערעורים יכול לשנות את פסק הדין, אבל פסק דין שני זה, יש לו מקום לדינא לחייב את בעלי הדין, שלכתחילה אדעתא דהכי באו לדון, שדינם יובא לדיון מחדש בפני בית

לדיינים תשס"ח-2008 ובהתאם לפסק דינו הנזכר של בית הדין הגדול בתיק ערעור תשנ"ז/778.

עוד יצוין, בנסיבות המתוארות, בפני התובעת פתוחה הדרך לפנות ישירות לבית הדין הגדול ולבקש שידון בבקשות התלויות ועומדות, לסעדים הנגזרים מפסק דינו של בית הדין הגדול, ויצוין לבג"ץ 9111/00 בפסק דינו מיום י' אדר תשס"א (5.3.2001).

**עד כאן מההחלטה הנזכרת.** בסופו של דבר התיק הועבר להרכב אחר שמצא לנכון להמשיך לדון בתיק זה.

בעינה פסיקה זו של בית הדין הגדול כהוראה שבית דין זה מחויב לה, נראה לנו שדיון בהרכב זה כמבוקש על ידי התובעת, לא יוכל לסייע לצדדים לסיים את ההליכים, אלא יביא לתסבוכת מיותרת, שכבר כעת נכון להימנע ממנה.

בנסיבות המתוארות, ומאחר שהתיק התקבל בהרכב הנוכחי עפ"י החלטת הראב"ד מיום... אנו מוצאים לנכון להחזיר את התיקים של הצדדים לכב' הראב"ד שייקבע את ההרכב שידון בתיק, כמתחייב מהחלטה הנזכרת של נשיא בית הדין הגדול, או ישקול לפעול עפ"י סעיף 5(ד) לכללי האתיקה

## סימן ט

### דיון בין בני זוג אודות רכוש הרשום על שם צד ג' שאינו בעל דין בדיון זה

מעמדו של אותו צד ג', כבעל דין לכל דבר, עם השלכות העוללות לפגוע פגיעה שיש בה ממש ביכולתו של בית הדין לעשות צדק ולהוציא דין אמת לאמיתו ביחס לשני בעלי הדין דנן.

שנית, אם בית הדין ייעתר לבקשה, בכך בית הדין כופה על הצדדים לנהל מערכת דיונים כפולה באותו נידון, האחת בבית הדין, כשההשלכות מהדיון יהיו רק לבעלי הדין דנן. ומאחר שהפסיקה שתינתן בבית הדין לא תוכל להוות "מעשה בית דין" המשליך על אותו צד ג', והמחייב אותו, הצדדים יאלצו לנהל מערכת דיונים נוספת בבית המשפט ביחס לאותו רכוש, שבה אותו צד ג' יצורף כבעל דין לכל דבר וענין. במתכונת דיונים כזו קיים עיוות דין, וכפל השקעת משאבי זמן יקרים והוצאות.

יתירה מכך, עפ"י חוק יחסי ממון, הזכויות שהאשה צברה בנכסי הבעל בתקופת הנישואין הינן זכויות אובליגטוריות, ואינן זכויות הקנויות לה מעת יצירתן, והן אמורות להבשיל לידי זכויות הקנויות לה רק לאחר פקיעת הנישואין, וככל שבעת פקיעת הנישואין עולה הטענה שהרכוש הרשום על שם צד ג', למעשה שייך לבעל והינו בר איזון בין הצדדים, הדבר ברור שהסדר ההגיוני והתקין של הדיונים הינו קודם להשלים את בירור מערכת יחסי הממון שבין הבעל לאותו צד ג'. ורק לאחר שבירור זה יושלם ויינתן פסק הדין, ניתן יהיה להמשיך ולקיים את הדיון שבין הצדדים דנן. יתכן מאד שלבעל אין עניין בבירור יחסי הממון שבינו לבין צד ג', על כן במסגרת אותו דיון תצורף האשה כצד נוסף גם לדיון זה, אך בנסיבות המתוארות דיון זה אינו יכול להתקיים בבית הדין, ומן הכרח שבעת הזו מסגרת הדיון בבית הדין תצומצם לרכוש ולזכויות ממון הרשומים על שם אחד הצדדים או על שם שניהם. אך לא יתקיים דיון על רכוש הרשום על שם כל צד ג' אחר. לאחר שיושלם הדיון שבין הבעל לאותו צד ג', ותינתן החלטה אודות היקף זכויות הממון של הבעל ברכוש הרשום על שם אותו צד ג'.

אמנם כבר ניתן צו לגילוי מסמכים גם ביחס לרכוש המצוי

בפני בית הדין תביעת הבעל לחלוקת הרכוש, ובדיון הראשון הצדדים הביעו הסכמה, המעוגנת בקנין, שהרכוש ואיזון המשאבים יחולקו בהתאם להוראות חוק יחסי ממון, עיין להלן סי' יד.

בנסיבות אלו של דיון בחלוקת הרכוש, לעיתים עולה השאלה כיצד להתייחס לרכוש הרשום כעת על שם צד ג', לעיתים קרוב משפחה, ולעיתים צד ג' שעמד בקשרים עסקיים עם אחד הצדדים. ביחס לשאלה זו שבה מצד האשה עלתה הטענה שרכוש הרשום על צד ג' שייך לבעל, וכי רישום זה אינה משקף את הבעלות, כתבנו:

אמנם מההיבט העקרוני נתונה לבית הדין הסמכות לדון בסכסוך שבין האיש והאשה בחלוקת הרכוש, בכל הקשור לרכוש של אחד מהם או של שניהם, הן המצוי בידי אחד מהצדדים, והן המצוי ברשות צד ג'.

דא עקא שפסיקת בית הדין אינה יכולה לחייב צד ג'. אם ייפסק שלבעל זכויות ממון בחברות שבבעלות אותו צד ג', פסק הדין לא יחייב את אותו צד ג' להעביר זכויות ממון לאיש או לאשה, אלא יוכל לשמש כפסק דין הצהרתי בין הצדדים בלבד לצורך ההתחשבות ועריכת האיזון בזכויותיהם.

כאמור, מסגרת הדיון בבית הדין עפ"י חוק, מצומצמת לדיון שבין שני הצדדים בלבד, ולא ניתן לצרף צד ג' לדיון במעמד של "בעל דין" היכול להציג טענות ולעמוד על זכויותיו, אלא במעמד של עד בלבד. עפ"י ההלכה, לא תהיה תועלת בעדותו, בהיותו במעמד ההלכתי של "נוגע בדבר" הפסול לעדות, מלבד טעמים נוספים המונעים מבית הדין עפ"י ההלכה לפסוק עפ"י עדות זו כשהוא קרוב משפחה הפסול לעדות. בנסיבות אלו ככל שבית הדין יקבל את הבקשה לדון ברכוש הרשום על שם אותו צד ג', ובהתחשב שלא ניתן לאכוף עליו מעמד של "בעל דין" בניגוד לרצונו וללא הבהרה מתאימה שזהו מעמדו המשפטי, יהיו לדיון המבוקש על ידי האשה שתי השלכות שליליות:

ראשית, יהיה זה דיון לוקה בחסר בהגדרתו, עקב העדר

כמתחייב, וכידוע כשאחד מבעלי הדין מודיע לביה"ד על סירובו לדון בדין תורה אין את האיסור המפורש בחו"מ סי' כו ס"א.

וע"ע שם בתשובת מוהרא"ל צינץ שאם יש שלושה בעלי דין, ואחד מהם הלך לערכאות לתבוע את השני, אין מקום שבית הדין ידון בחלק אחר של הדיון שבינו לבין בעל דין שלישי, כשבית הדין אינו יכול לדון בכלול, בנסיבות שבהן הדיון בין שני הצדדים המסכימים לדון בדין תורה יכול להתברר כראוי רק לאחר השלמת הדיון בין התובע וצד ג' המתקיים בערכאות. וז"ל:

"זה מ"מ פשיטא שלא יש לשמעון עסק משפט עם ראובן כל זמן שלא יברר זכותו נגד לוי, ומי יוכל לדון על לוי שלא בפניו. וכל זמן שלא זכה שמעון כנגד לוי בדייני ישראל, אין עסק משפט כלל בין שמעון לראובן ואי אפשר שידינו ביניהם הב"ד כלל, נמצא שמה שלא רצה לעמוד עם לוי בדייני ישראל הוא כאילו לא רצה לעמוד עם ראובן בדין כלל. ואילו היה שמעון מציע דבריו לפני ב"ד והיו הב"ד נזקקין לשמוע דבריו מאחר שצווח שראובן לא רצה לעמוד עמו בדייני ישראל, א"כ הב"ד היו אומרים לו שצריך לדון עם לוי בדייני ישראל בטרם ידון עם ראובן כלל, ואחר שלא נתרצה לעמוד עם לוי גם ראובן א"צ לעמוד עמו בדייני ישראל שמשפט אחר להם ומדויל ידי משתלם".

הרי שמוהרא"ל צינץ הורה שאין טעם שבית הדין יתכנס לדיון בתביעות שבין שמעון לראובן, כל עוד הדיון שבין שמעון ללוי המתנהל בערכאות, אינו מתברר בבית הדין יחד עם הדיון שבין שמעון לראובן. על אותו משקל יש לקבוע גם בנידון דנן. דהיינו: אמורות להתנהל שתי מערכות דיונים, האחת בין הבעל לאותו צד ג' אודות הזכויות הקנייניות ברכוש הרשום על שמו, והשניה בין הבעל והאשה. עפ"י סדר ההליך הדיוני התקין, מקומו של הדיון השני הוא רק לאחר השלמת בירור מערכת הדיונים הראשונה, ולאחר שינתן פסק דין במערכת יחסי הממון שביניהם, אם קיימת או לא, ומה היקפה. רק לאחר השלמת הדיון וכתוצאה מהפסיקה שתינתן, יוכל להתחיל הדיון בתביעת האשה לחלקה בזכויות הממון הרשומות אצל צד ג'. על כן מאחר שאותו צד ג' ממאן להצטרף לדיון בבית הדין לבירור מתכונת יחסי הממון שבינו לבעל, וגם קיימת לכך מניעה משפטית, כאמור, בנסיבות אלו לא ניתן לקיים בבית הדין את הדיון השני בין הצדדים דנן בטרם הושלם הדיון הראשון, וכפי שקבע מוהרא"ל צינץ בנידון שלו, וכאן קיים יסוד סביר לחשש שדיון במתכונת המבוקשת על ידי האשה יביא לעיוות הדין.

בידי צד ג', אך צו זה ניתן במסגרת סמכות בית הדין שהובהרה בסעיף ד' להחלטה שניתנה בנידון ולצורך בירור התביעה שבין שני הצדדים דנן. אך בנסיבות שהתבררו כעת וככל שהדבר נוגע לדיון המהותי ביחס לרכוש הרשום על שם צד ג', הקביעה היא כאמור.

הפסיקה הנוכחית ניתנה ברוב דעות, ולהלן התייחסות לטענת עמיתי בדעת המיעוט.

א. טענתו שלא תהיה מערכת כפולה של דיונים, בעת הזו אין לה בסיס מוצק בטרם התקיימו הדיונים במכלול הרכוש, לרבות הרכוש הנטען על ידי האשה כרכוש משותף והמוחזק בידי צד ג'.

ב. יתכן מאד שאין זהות אינטרסים בין הבעל לאותו צד ג', וכלל לא ברור שהבעל יוכל לייצגו, ושטענותיו ייחשבו כטענותיו. בכל מקרה גם לו היתה זהות אינטרסים, ייצוג כזה יוכל להיעשות רק בכפוף להסכמתו ולסמכות בית הדין בעניינו.

ג. בנסיבות המתוארות שקיים חשש שלא ייעשה צדק עם הצדדים עקב המגבלות המובנות בדיון המבוקש, כאמור, לא נאמרו ההלכות הפסוקות בחו"מ סי' יב סעיף א' וסי' כו סעיף א', אלא אדרבה מוטל על הדיין שלא לדון בין הצדדים. ועיין בשו"ת מוהרא"ל צינץ סי' ל' אות ד' שאין לבית הדין לדון בין הצדדים כשקיים חשש שלא יהיה בפני בית הדין כל המידע המשפטי הנחוץ לפסיקת הדין כראוי, ובית הדין עלול לבוא לידי עיוות דין, אלא ידונו בערכאות ששם יהיה בפני הערכאות המידע המשפטי לאשורו, עי"ש במש"כ:

"ואין לומר ירד עמו בדייני ישראל ונפסוק לו כפי דיניהם וכמ"ש רמ"א סימן שס"ט, דהא ליחא אלא בדין מבורר שאנו בקיאים בדיניהם כיצד הוא, או אפשר לבררו בקל, אבל בענין שנוגע בעמק משפט... כ"ש שהב"ד אין יכולין לברר דינם אלא ע"פ טוענים ומליצים והרי אפילו המליצים עצמם כל מליץ מחזיק צד שלו שהוא יהי' הזוכה, א"כ פשיטא שראובן מוכרח לברר זכותו בדיניהם ואין עסק לב"ד של ישראל בכך כלל", עכ"ל

דהיינו כשקיים אצל בית הדין חשש לעיוות דין, כגון בנידון תשובת מוהרא"ל צינץ, עקב החשש שהוראות החוק אינן ברורות לבית הדין לאשורן, או בנידון דנן שטרם הושלם הדיון שבין הבעל למבקשות, עדיף שבית הדין יסלק עצמו מדיון העלול שלא יביא לבירור האמת אלא לעיוות הדין, וסביר מאד שכך יהיה בהיעדר צד ג' העומד על זכויותיו והטוען את טענותיו. הסתלקות זו נועדה כדי שהתביעה תתברר בביהמ"ש במסגרת דיונית הכוללת את שלושת הצדדים, כשמסגרת כזו ניתנת להביא לבירור העובדות

## סימן י

## הסתמכות על קלטת וידאו המתעדת חו"ק בדיון אודות תוקפן

- ג. את"ל שניתן להסתמך על הקלטת, יש לדון האם יש מקום לבטל את הקידושין עקב העדר ייחוד שני עדים כשרים, ולפי דברי האשה ואביה, רוב הנוכחים במקום היו קרובי משפחה פסולי עדות, ורק שני אנשים, מסדר הקידושין ועוד אדם, אינם קרובים, ויצוין כי ביחס למסדר הקידושין, יצא קלא דלא פסיק שהוא נשוי לגייה, אך לא היה ניתן לברר זאת בדרך נכונה.
- ד. יש לדון האם כשבית דין של שלשה יושבים לראות קלטת כזו, יחשב כידיעת בית דין, בלא שניזקק לדיני קבלת עדות
- ה. האם יש לצרף את האמירה הלקויה של הבעל בעת מסירת המטבע, כאמור.

## קיום דיון בהעדרו של הבעל

במסכת בבא קמא דף קיב: נאמר:

"רב יוחנן אמר אין מקיימין את השטר שלא בפני בעל דין ... טעמיה דרבי יוחנן אמר קרא והועד בבעליו ולא ישמרנו אמרה תורה יבוא בעל השור ויעמוד על שורו".

ונחלקו ראשונים בהלכה זו.

בחי' הרשב"א שם כתב:

"וקשיא לן אשמעתין, דהא אמרינן דטעמא דאין מקבלין עדים שלא בפני בעל דין משום דאמר קרא והועד בבעליו, וא"כ כי הוי הוא חולה או עדי או שמבקשים ללכת למדינת הים היאך מקבלין והתורה אמרה והועד בבעליו. וי"ל דעיקר קרא לגבי שור, דהוא כדיני נפשות, כתיב, וכדיני ממונות אסמכתא בעלמא ומדרכנן".

לעומת זאת הגאון רע"א בתשובה ח"א סי' צט כתב בדעת הרא"ש דאינו סובר כרשב"א אלא בכל גווני הוי דאורייתא, ובממון במקום אונס התירו לקבל העדות מטעם הפקר ב"ד הפקר.

וע"ע בב"י חו"מ בסי' שפ"ח (בסופו, מחודש ח') שהביא תשובת הרשב"א דאף בנפשות מקבלין עדות שלא בפניו במקום אונס, אך אין גומרין הדין שלא בפניו. ובתשובת הרשב"א שהביא הב"י בסי' כ' הוסיף שאמנם בממון גומרין דינו שלא בפניו מכיוון שניתן להחזיר את הדין, משא"כ בנפשות.

לכאורה לכל השיטות אין מקום לקבל העדות בנידון דידן. אמנם במקום אונס עסקינן, אך לדעת הרא"ש בכה"ג דאינו דיני ממונות וליתא לסברת הפקר ב"ד הפקר, אין לקבל העדות שלא בפניו. וכן לדעת הרשב"א בחידושי, בפשטות דיני היתר אשת איש לעלמא כנפשות דמי. ולדעת הרשב"א בתשובה אמנם ניתן לקבל את העדות אך אף אם העדים יעידו שלא ראו נתנית הטבעת עכ"פ אין גומרין הדין שלא בפני של הבעל.

בפני בית הדין בקשה להיתר נישואין. המבקשת פלונית נישאה בשנת ... לפלוני. בני הזוג נישאו ברישום אזרחי ולאחר מכן בחו"ק בקווקז. עקב סכסוך בין בני הזוג, האשה פנתה לביהמ"ש במקום מגוריה וניתן פס"ד להתרת נישואיהם, ועלתה לארץ ונרשמה בתעודות כגרושה. לאחר מכן התקיים בבית הדין הליך לכירור יהדות ובית הדין אישר כי המבקשת בת להורים יהודים, אך מאחר שבני הזוג נישאו בחו"ק, יש מקום לברר את בקשתה להיתר נישואין.

האשה הופיעה בבית הדין והודיעה שנישאה בחו"ק. לדבריה, באותו אירוע היו נוכחים רק קרובי משפחה, וברשותה קלטת של החתונה.

בית הדין צפה בקלטת, והתברר כי סודרה חופה ונעשה מעשה קידושין. למרות שעלו ספקות בתוקפן, הוחלט לעשות כל מאמץ להביא לסידור ג"פ כדמו"י. לאחר שחלפה יותר משנה, הגיע שליח מטעם בית הדין למקומו של הבעל בקווקז, אך למרות מאמציו, הבעל סרב לתת גט. עד היום לא עלה בידינו להביא לסידור גט מאחר והבעל מתעקש ומסרב להתגרש בג"פ כדמו"י, למרות שהאשה הסכימה לתנאי הממון שהבעל הציג.

בנסיבות אלו מוטל על בית הדין לברר את תוקף הקידושין שנערכו בזמנו.

מעיון בקלטת של החתונה עולה כי החתונה נערכה בבית הכנסת, נכחו במקום כעשרים איש מהם 13 גברים. מסדר הקידושין לא ייחד שני עדים. בנוסף, הבעל קידש במטבע, וחזר אחר דברי מסדר הקידושין מילה במילה, ואמר הרי את מקודשת שלי בטבעת זו כדמו"י, דהיינו אמר "בטבעת" למרות שהקידושין נעשו על ידי מטבע.

בפנינו כמה נושאים לבירור.

א. האם ניתן לדון ולפסוק בשאלה זו במעמד האשה בלבד ובהעדר הבעל. הן מצד עצם הדיון בו יש צורך שיתקיים "ועמדו שני האנשים" וכו', ואין מקום לדון ביטול נישואין בהיעדרו של הבעל ושלא במקומו, לכאורה היה מקום להורות לאשה לחזור למקומו של הבעל ולדון עמו במקום מגוריהם בכל הנושאים השנויים במחלוקת. אך מכיון שידוע לנו שאין באותו מקום בית דין של שלשה כשרים הראויים לדון, הרי שהאפשרות הזו להורות לאשה לשוב למקומה הקודם כדי לדון עם בעלה, אינה קיימת ואינה רלבנטית כלל.

ב. האם ניתן להיכנס לבירור תוקף הקידושין בהסתמך על קלטת המתעדת את מהלך הנישואין, או שעלינו להביא שני עדים כשרים שיעידו עדות זו ובהתאם להלכות קבלת עדות בפני בעל דין וכיוצ"ב.

מהתורה, דמהתורה אין לו להבעל על האשה כלום רק איסור גרידא, כדאמר בש"ס גיטין דף לט: "מה אשה איסורא ולא ממונא", וכן הוא בר"ן נדרים דף פו. ד"ה אמר רב אילא, וכן הוא בר"ן ריש גיטין וברשב"א קידושין (דף ו). והא דאשה אוכלת בתרומה דמיקרי קנין כספו, כבר כתב השיטה מקובצת הובא באבני מילואים בתשובה סי' יז, דהפירוש שקנאה בכספא. ואף דמבואר ברש"י סנהדרין דף נז גבי יפת תואר דהוא גזל שגזולין את אשתו במלחמה, היינו כעין גזל, אבל קנין בגופו אין לו לבעל על אשתו, ואין לו זכיה בגוף האשה מדין תורה, וכן כתב האבני מילואים סי' מב סוף סק"א... ועתה נבוא בענין קבלת עידי קידושין שלא בפני הבעל... הדבר פשוט דמהני. אף דבמל"מ פ"ג מעדות הי"א מבואר להיפוך, דבריו תמוהין מאד, והלא אם עדים מעידים על אשה שנתקדשה ואין יודעין למי, גם כן הוי אשת איש כמבואר בש"ס פ"ב דכתובות דף כב באב שאומר קידשתי את בתי סתם אוסרה לכל העולם וכשאמר הזה התירה, וא"כ כל שנתקבלה עדות בפניה שנתקדשה מה לנו צורך שיהיה בפני המקדש".

העולה מדברי החלקת יואב, שהן הדיון והן העדות אם האשה מקודשת או לא, אינן צריכין להעשות בפני המקדש, מהטעם המבואר בדבריו.

אך היסוד שכתבו האבני נזר והחלקת יואב בביאור מהות ענין קידושין וגירושין, אינו מוסכם. הגאון מליסא בעל נתיבות המשפט בתשובה (בשו"ת חמדת שלמה חלק אה"ע סי' יח סק"ד) כתב:

"דאף לאביי שע"א נאמן להעיד על אשה שזינתה לאסרה על בעלה מ"מ אינו נאמן להעיד על קידושה או גירושה, וכתב שם: "ודוקא באשתך זינתה דאין זו רק איסור, ואין מוציאין אותה מרשות מי שהיא והוי כמו נתנסך יינך דסבירא ליה לאביי דנאמן, משא"כ קידושין דדמי לקנין שדה הנעשית שדה של בעל ונקנית לו ממש כקנין שדה דכתיב בה קיחה כקיחה דשדה עפרון, וכשם שאין עד אחד נאמן לומר מכרת מטלטלין שלך כיון דבא להוציא המטלטלין מרשות מי שהיו מקודם, כמו כן אינו נאמן לומר להאשה מכרת עצמך או נמכרת על ידי אביך או על ידי שלוחך. וכן בגירושין דהוי כמו קונה עצמה מרשות מי שנמכרה לו".

וע"ע בספר אמרי בינה דיני שחיטה סי' ה' (ד"ה עוד) שהסכים לדברי הנתיבות, ויישב שם את התמיהות שתמה על סברא זו החמדת שלמה (שם בתשובה יט סק"י). ולכאורה לפי סברא זו, אין מקום למש"כ האבני נזר והחלקת יואב, ולעולם הבעל הוא בעל דבר בדיון האם האשה מקודשת לו או לא, ולא ניתן לקבל עדים שלא בפניו.

ובנוסף לכך, יש להעיר על דברי האבני נזר והחלקת יואב מכמה לשונות הרשב"א שכתב להדיא להיפך. עיין בשו"ת הרשב"א ח"ד סי' מ' שכתב בתוך דבריו "דאשה קנויה היא לבעל וקנין כספו קרינן ליה", וכלשון זו כתב הרשב"א בתשובה בח"ה סי' קעד. ובחי" הרשב"א עמ"ס גיטין דף עה. בסוגיית נתינה בעל כרחו תמה מדוע לא פשטו שאלת נתינה

אך עדיין יש לדון בענין זה. דמצינו בכמה ראשונים שכתבו שאשה שהוחזקה כאשת איש, ובאה לפנינו עם שני עדים שמעידים שהאשה התגרשה, מקבלין העדות שלא בפני הבעל ומתירין אותה להנשא.

בתשובות התשב"ץ ח"ב (סוף סי' יט) כתב:

"הורה הרמב"ן ז"ל בתשובה שלהתיר אשה בעדי גירושין אין צריך שיעידו בפני הבעל שהרי הכל הם בעלי דין בזה".

וכן כתב בתשובת הרשב"א ח"ד סי' ר', וז"ל:

"אשה שיש עדים שהיתה אשת איש ובאה ואמרה גרושה אני ועדים מעידים אותה הרי זו תנשא, ואע"פ שהעידו שלא בפני הבעל".

באבני נזר חלק אה"ע סי' קכג סק"ט כתב דה"ה בעדים הבאים להעיד לבטל הקידושין אינן צריכים להעיד בפניו. וז"ל האבני נזר:

"אבל לאחר העיון נראה דהעדים הבאים לבטל הקידושין אינן צריכים להעיד בפני המקדש. ואמינא בזה סברא וראיה. סברא, דאין האשה ממונו של בעל כמ"ש הר"ן פ"ק דגיטין דמהאי טעמא לא טענינן לבעל מזויף. וכן משמע סוף פ"ג דקידושין (סז:): דהא דאין קידושין תופסין באשת איש יליף לה מהקישא דרבי יונה דאין קידושין תופסין בחייבי כריתות, ולא קאמר בפשיטות שהרי היא של בעל והאיך תוכל להקנות עצמה לאחר, מוכח דלא חשובה שלו רק איסורא רכיב עלה. וא"כ כשבאין לבטל הקידושין אין העדות נגד המקדש רק על האשה. ובאמת שאין זה סברא ברורה, רק שיש לי ראייה מהא דכתובות (כב:): שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה, אף אם נשאת תצא, ואפילו אם נשאת לאחד מעידיה ואומרת ברי לי, דבכה"ג בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת לא תצא, בגירושין תצא. ואמר שם הטעם משום דגירושין יכולה מכחישתה. ופרש"י שאם יבוא הבעל ויאמר לא גרשתי תוכל להכחישו. הרי דבשאיין הבעל לפנינו עסקינן, ואע"פ כן אי לאו תרי דאמרי לא נתגרשה, היו העדים שאומרים נתגרשה נאמנים. וכן משמע ברמב"ם ושו"ע סי' קנ"ב סעיף ח' וז"ל היו לה שני עדים שהיא גרושה תנשא לכתחילה, ומשמע סתמא שאין הבעל שם ואע"פ"י כן מהני עדים להשיאה לכתחילה, ומה לי עידי גירושין ומה לי עידי ביטול קידושין".

עכ"ל האבני נזר, ועיי"ש בהמשך התשובה.

וכן בתשובת אבני נזר אה"ע סי' קכד ס"ק יא-יב.

בדרכו של האבני נזר הלך החלקת יואב ח"א אה"ע סי' ד'. בתחילת דבריו דן לומר דכשם דאמרינן בסנהדרין דף יט בעובדא דעבדא דינאי קטל נפשא דבעינן להעיד בפני ינאי מכיון שהעבד ממונו, ה"ה י"ל באשה, על פי המבואר בכתובות דף ב. דאמרינן גבי בעל נסתחפה שדהו, ועיי"ש בתוס' (ב: ד"ה מציא) שהאשה שדה של הבעל ואין הבעל שדה של האשה. אך בהמשך דבריו לאחר שהוכיח דבאשה אין צריכים להעיד בפני בעלה כשמעידים עליה שעשתה מעשה המחייבה מיתה, ולא דמיא לעבד. כתב:

"ואך דכתבתי דאשה היא שדה הבעל, אבל י"ל דאין דבר זה

בעינן קבלת עדות גם בפני המקדש, אך לישב את דברי החתם סופר שלא יסתרו את דברי המשנה למלך, וכטענת האריה דבי עילאי, כתב הדברי מלביאל:

“שו”ת מהרש”ך וראנ”ח (שהובאו במל”מ) אינם תחת ידי. אבל לפי מה שהובאו במל”מ יש לדחות ראייה זו, כי שם איירי שכבר הועד בפניו בי”ד שהיו קידושין גמורים, וא”כ כשמעידים אח”כ עדים אחרים להכחישם הרי הם באים להוציא אשתו מרשותו, כי על ידי עדים הראשונים הוחזקה כבר לאשתו והיה בעל דבר לענין זה, אבל החתם סופר איירי בתחילת קבלת עדות אם יהיו כלל קידושין, בזה י”ל שעדיין אינו בעל דין, ובפרט שלא בא לבי”ד לדרוש שיקבלו עדות על זה, והיא בחזקת בתולה אין לומר שמא קידשה והוי בעל דבר, וגם יש לנו להעמידו בחזקת כשרות שלא קידש בדרך פריצות כזה לקדש בלא שידוכי שהוא אסור כדאיתא בקידושין דף יב, כנ”ל לישב דברי החת”ס שלא יקשה מהמל”מ הנ”ל, אבל בעיקר הדין נלע”ד כמש”ל שצריך לקבל עדות נידון הקידושין בפני המקדש”.

לפי דבריו אלו של הדברי מלביאל, אין מקום להוכיח מהחת”ס לענייננו, דהכא האשה מוחזקת כאשתו למעלה מעשר שנים, ובכה”ג יודה החת”ס למש”כ המל”מ. וכן בתשובת מהרש”ך ח”ד סי’ נג כתב, וז”ל:

“רבוותא טובא כתבו, דאפילו לכתחילה מקבלים עדות שלא בפני בעל דין, דכולי עלמא בעלי דין ניהו לאפרושי מאיסורא. מ”מ יראה דהיינו דוקא באשה העומדת בחזקת פנויה, שהיא עומדת בחזקת מותרת לכל העולם, ועכשיו באים עליה להעיד שנתקדשה לאוסרה לכולי עלמא, א”כ כו”ע הווי בעלי דבר בהך מילתא. אמנם בני”ד שזאת האשה כבר נתקדשה ונאסרה לכל העולם, ועתה זה המערער מחדש עליה חידוש שכבר היתה מקודשת מתחילה לאיש אחר, וזהו דבר הנוגע בפרטות לאשה הזאת, וגם לאיש שנתקדשה לו, וזה בא להפקיעה ממנו, כל אנפי שוים שעדות זה צריך שיקובל בפני האשה ובפני האיש שהיא מקודשת לו”.

אך נראה בנידון דנן ניתן לקבל העדות שלא בפני הבעל, לא רק לשיטת החת”ס אלא אף לדעת החולקים עליו. ונקדים לבאר את מהו הגדר בהאי דינא דקבלת עדות שלא בפניו. בשו”ע אה”ע סי’ יא סעיף ד’ מבואר דצריך לקבל העדות על אשת איש שזינתה בפניה ובפני בעלה, וכתב החלקת מחוקק ס”ק יא:

“אם נשאת לבועל ובאים לאוסרה עליו גם הוא בעלה מיקרי, אך אם עדיין לא נשאת לבועל, ואף שבקבלת עדות זו נאסרה גם על בועלה, מ”מ נראה שאין צריך שגם הוא יהיה אצל קבלת העדות רק דלרווחא דמילתא, דהא נאסרה עליו ממילא כמו שאסורה לכל הכהנים אף שלא היו אצל קבלת העדות”.

וכ”כ הב”ש ס”ק טז.

ובספר שאילת שלום קמא סי’ כז הובא באוצר הפוסקים ס”ק נח אות ב’, כתב וז”ל:

“מש”כ החלקת מחוקק בסי’ יא לענין קבלת עידי זנות דאין

בעל כרחו מגירושי אשה דמתגרשת בעל כרחה, וכתב הרשב”א:

“ומסתברא דלא אמרו נתינה בעל כרחה לא שמה נתינה, אלא בנתינה שמפסיד בכך המקבל מה שהוא שלו, כי הא דאמר לה לאשה הרי זה גיטך על מנת שתתני לי מאתיים זוז, דאשה זו קנויה היא אצל הבעל וקניינו קרייה רחמנא, כדכתיב כי יקח איש אשה וקנין כספו היא וכדאמרין לקמן בפרק המגרש חוץ מתרומותיה מהו קנין כספו אמר רחמנא וביבמות פרק אלמנה. והילכך כשאתה בא לסלקו משלו בעל כרחה אל תסלקנו”.

אך עיין בלשון הרשב”א במסכת קידושין דף ו: ד”ה אלימא שכתב:

“כיון דגופה ממש לא קני ליה לא הוי רבית”.

וכן נציין למש”כ הרא”ה בחידושי עמ”ס קידושין דף ב. על מש”כ רש”י האשה נקנית “לבעלה”, כתב הרא”ה:

“ואפשר שרש”י הרגיש דלא צריך קנין אלא בדבר שקונה אותה הגוף, והכא לא שייך ... ופרש”י ז”ל דקנין דהכא היינו לענין בעלה, כלומר לענין אישות”.

והנה החתם סופר חלק אה”ע ח”א סי’ פד כתב תשובה בענין עדות של עדים שהעידו לבטל הקידושין, ונתקבלה עדותן בפני האשה ולא בפני המקדש.

וז”ל החת”ס:

“הכא הרי העידו בפני האשה שהיא הנידונת ועליה אנו דנין מותרת לעלמא או אסורה, ואין לבעל עסק בכל הענין הזה ... זה פשוט שאפילו לכתחילה מקבלים עדות בפני האשה שלא בפני המקדש”.

ועיי”ש שהוכיח מהא דעדים יכולים להעיד על האשה שנתקדשה גם כשאין יודעים למי נתקדשה.

אך בשו”ת אריה דבי עילאי חלק אה”ע סי’ טז חלק על החתם סופר (באותו נידון שעליו השיב החת”ס), וז”ל:

“ומ”ש עוד הר”ב מפ”ב (החת”ס) להטעים דבריו דרק המתקדשת בלבד היא הנידונת משום דלפעמים אינם יודעים את המקדש ורק אומרים נתקדשה פלונית ואינם יודעים למי, הם דברים שאין בהם ממש, דבאם אינו יודע מי המקדש אז באמת המתקדשת לכד היא הנידונת, משא”כ כשידוע מי המקדש דאז הדין לגבי שניהם, הם הנידונים אז בעינן שתהא קבלת עדות לפני שניהם, וכמו בינאי המלך דביאר מהרש”ל בתשובותיו כנ”ל ... דהעבד נידון לענין נפשות וינאי המלך נידון לענין הפסד ממנו, צריך לקבל העדות בפני שניהם דוקא. וכמו כן בענין המקדש והמתקדשת דהמקדש נידון אם לאסור את המתקדשת לגביה דכו”ע ושתוכרח להנשא עמו, או לענין שהמקדש נאסר בקרובות המתקדשת, או לענין שהמקדש אסור לו שוב לישא אחרת מחמת חרם דרגמ”ה, והמתקדשת נידונת אם היא אסורה אכו”ע. ועכ”פ שניהם שייכים באותו הדין, וצריך שתהא קבלת העדות לפני שניהם ... אח”כ בינותי בספרים ומצאתי לי רב והוא מארי דכולא תלמודא בעל המשנה למלך שכותב מפורש כדברי, בפ”ג מהלכות עדות הי”א”.

ובשו”ת דברי מלביאל חלק ה’ סי’ קסח נקט שמעיקר הדין

ביחס אליו אלא רק ביחס למעמדה של האשה. ואה"נ אילו הבעל יבוא ויכחיש ויטען שלא גירשה, ודאי שהוא בעל דין והעדים יוכלו להעיד רק בפניו.

וכמו כן, האבני נזר שהוכיח מהגמרא ורש"י והרמב"ם דמקבלין עדות שלא בפניו, היינו מאחר ואינו לפנינו ואינן טוען דבר, ממילא אינו בכלל הדיון.

ומש"כ התשב"ץ הנזכר לעיל: "הורה הרמב"ן ז"ל בתשובה שלהתיר אשה בעדי גירושין אין צריך שיעידו בפני הבעל שהרי הכל הם בעלי דין בזה". כוונתו דמאחר והבעל אינו טוען דבר, וכל הדיון אם להתיר את האשה לעלמא, בכה"ג "הרי הכל הם בעלי דין בזה", כלומר בשאלת חשש היתר אשת איש שלא כדין ואפרושי מאיסורא כו"ע בעלי הדיון בזה, וכסברת המאירי במסכת ב"ק דף פ' והרדב"ז שהובאו בפת"ש אה"ע סי' יא ס"ק יח.

ונראה דאף לסברת הנתיבות שנקט דהאשה היא קניינו של הבעל ממש, י"ל דעכ"פ לענין קבלת עדות שלא בפניו, אם אין לבעל כל נפקא מינה מהדיון, מקבלין שלא בפניו, למרות שבכך היא יוצאת מרשותו. דאל"כ לא יתיישבו דבריו עם דברי הראשונים שהבאנו (רש"י רמב"ם רמב"ן תשב"ץ ופשטות לשון השו"ע) שנקטו דלהעיד על האשה שנתגרשה לא בעינן בפניו.

#### האפשרות להסתמך על קלטת החתונה

במקרה הנוכחי אין בפנינו עדות של עדים כשרים על מהלך החור"ק ואודות העדים שנכחו וכיוצ"ב, אלא המידע שבפנינו מבוסס על צפייה בקלטת וידאו, בה החתונה מצולמת מתחילתה ועד סופה, קלטת המאושרת על ידי האשה ואביה בלבד. הדבר ברור שאין דין קלטת כדין שני עדים המעידים בפני בית הדין. מאידך, אין ספק שהקלטת מציגה את השתלשלות האירועים בחתונה כפי שארעו, ואין זו קלטת שקרית. היה מקום לקבוע שרק במקום שאין צריך עדות שני עדים כשרים, ניתן להסתמך על קלטת כזו, ולא במקום שנחוצה עדות גמורה של שני עדים.

אך יש לומר שניתן להסתמך על הקלטת, וזאת משני טעמים. א. יש מקום לצדד שידיעת בית הדין המבוססת על קלטת מועילה, ובכפוף לכך שאין ספק בכך שהקלטת אכן אמיתית ולא שלטו בה ידים בהשמטת חלקים ממנה. וידיעה כזו אף שאינה על פי עדים מהני. ולהלן מש"כ החתם סופר בתשובה.

החתם סופר חלק ג' אה"ע ח"א סי' צד כתב לבאר את שיטת התשב"ץ (ח"א מסי' ע"ד עד סי' פ"ה) הסובר שהיתר עד אחד מטעם עבידא לאיגלווי מן התורה הוא ושכן משמעות לשון הרמב"ם סוף הלכות גירושין, עיי"ש שהעלה תמיהות בשיטה זו מאחר והלכה פסוקה היא שאין דבר שבערוה פחות משנים. וכתב החתם סופר:

"אשר ע"כ נראה דלא הצריכה תורה אלא במה שאין הב"ד יודע אלא ע"פ עדים, אבל דבר המבורר להם בלא האמתם לעדים

צריך להיות בפני הבעל, היינו משום דעיקר אנו דנים על הבעל והאשה ולא על הבעל, אלא דממילא נאסרת גם עליו, וכמו דנאסרת ג"כ לכהנים, ע"ש. ולפי זה נראה דהיכא דזינתה וחזרה וזינתה דכבר נאסרה על הבעל בעידי זנות הראשון, ואין נ"מ בעידי זנות השניים לענין הבעל והאשה, כי אם לאוסרה על הבעל השני, א"כ ודאי צריך להיות קבלת העדות בפני הבעל דוקא, כיון דעיקר עדותן עליו והוא הבעל דין, וזה ברור בסברא".

העולה מדברי הח"מ הב"ש והשאילת שלום הוא: בכל נידון יש לקבוע מהו הדין שאנו דנין כעת, דהיינו אילו שאלות עומדות לפנינו לבירור, ובהתאם לכך קובעים מי הם בעלי הדיון. באשת איש שבאים עדים להעיד עליה שזינתה, הדין הוא לאסור את האשה לבעלה, ובדין זה הבעל והאשה הם בעלי הדיון. והבועל או הכהנים אינם בעלי דין אף שיש להם נפקא מינה מתוצאת הדיון. משא"כ בנידון השאלת שלום, מעיקרא כל מטרת הדיון לאסרה על הבעל, לכן רק האשה והבועל הם בעלי הדיון.

לכן גם בנידון החת"ס, אילו המקדש היה בא לעמוד על זכויותיו שלא יקופחו, או לעמוד על כך שלא יאסרוהו על קרובותיה וכדומה, הרי מכח טענותיו הדין היה מתרחב גם לדין בשאלות שהוא עורר, ונעשה בעל דין וקבלת העדות צריכה להיות בפניו. אבל למעשה בנידונו של החת"ס המקדש לא הופיע כלל, ממילא הדיון הצטמצם לבירור מעמדה של האשה, אם אסורה לעלמא או מותרת, ובשאלה זו המקדש אינו בעל דין.

יתירה מזו כתב האבני נזר חלק אה"ע סי' קכד, וז"ל:

"לפמ"ש הרשב"ם ב"ב (מ"ח) בהאי דגט המעושה בעכו"ם פסול, ומקשה הש"ס לר"ה דאמר תלוה וזבין זביני זביני דאגב אונסא ודאי גמר ומקני, ה"נ נימא אגב אונסא גמר ומגרש, ופירשב"ם וז"ל דהא לא מפסיד מידי דומיא דזביני שמקבל דמי שדהו, דכיון שאשתו שונאתו ובלא גט נמי לא תעמוד אצלו, וגט זה אינו אלא להתירה לאחרים לא מפסיד כלום. וה"נ כיון שהאשה שנתקדשה אינה רוצה בו, לא מפסיד מידי בעדות זה לבטל הקידושין, ולא שייך אין חבין לאדם אלא בפניו".

וכן עולה מדברי תשובת אמרי יושר ח"א סי' ז'. האמרי יושר כתב שבמקום שהמקדש טוען לקיים הקידושין גם החת"ס מודה דבעינן בפניו. והוסיף האמרי יושר, וז"ל:

"הן אמת שבתשובת רשב"א ח"ד סי' ר' כתב דמקבלין עדות לאשה שנתגרשה שלא בפני בעלה, וכן הוא בתשב"ץ ח"ב סוסי' יט בשם רמב"ן, אבל נראה דשם באשה שבאה לפנינו ואין אנו יודעים כלל אם הבעל מערער לא גרשה, בזה הוא דמקבלין עדות שלא בפניו, דאין באין להעיד לחובתו, דהא אדרבה מעידין שגירשה הבעל ואין לו חפץ בה. אבל הכא שיצא כבר הקול שהבעל מערער וא"כ הוא חפץ בה, ובאים להעיד לחובתו... בזה בעינן לפניו".

מבואר מדבריו, הראשונים שכתבו דמקבלין עדות גירושין שלא בפניו היינו מאחר והוא אינו בפנינו, וממילא הדיון אינו

את מהלך החוק, אינה בגדרי עדות אלא כמ"ש החת"ס ביחס לערכאות "דבטבע מהימני". ונידון דנן עדיף מערכאות. מסקנה זו בגדר נאמנות ערכאות מיוסדת על שיטת מהרי"ק בשרש קבא שכתב ביחס לערכאות:

"אפשר לומר דעדיף האי מכותי מסיח לפי תומו ויש להתיר אפילו בלא טעמא דאשה דייקא ומנסבא וגם בלא טעמא דמשום עיגונא אקילו בה. דהא אפילו אחזקה שצריך עדות גמור כגון להוציא ממון מחזקתו דבעינן שני עדים, סמכו אחזקה דלא מרעי נפשייה, גבי שטרות העולים בערכאות של כותים בשטרי מכו אף בלא טעמא דדינא דמלכותא כדמוכח בהדיא בפרק קמא דגיטין".

ומבואר דאף לענין הוצאת ממון סמכין על ערכאות. ועיין בתשובה נוספת של החתם סופר שהובאה בפת"ש אה"ע סי' יז סוף ס"ק נג שהאריך לבסס נאמנות הערכאות. ועיין בשו"ת בית יצחק חלק אה"ע ח"ב סי' יב שדן במקרה בו אשה מוחזקת בפנינו כאשת איש, אך טוענת שנתגרשה בבית דין פלוני, ואין בידה מעשה בית דין, ונשאל: "אם יש לסמוך על הטעלעגראף שיכתוב הרב שנתגרשה אצלו, שהיא גרושה ותועיל לאשה להנשא".

כפי המתואר בתשובה זו, כתב ידו של הרב אינו מגיע ישירות לבית הדין, אלא לאחר שהרב כותב את האישור, הנכרי העובד בטלגרף מעתיק ומעביר את הכתוב באמצעות הטלגרף. על פי גדרי העדות המקובלים אין בפני עדות המועילה מאחר ואין עדות לנכרי שכך כתב הרב. וכתב הבית יצחק דאמנם לשיטת תוס' במסכת גיטין דף ט: ד"ה אע"פ, אין להקל להסתמך על טלגרף אף שברור לנו שהנתונים שאנו רואים הם אמת. שהרי כתבו התוס' בדין שטרות העולים בערכאות של עובדי כוכבים:

"אבל עובד כוכבים דלאו אחיו הוא פשיטא דפסול, וכיון דלאו בני עדות ניהו היה ראוי אפילו כל שטרות העולים בערכאות של עובדי כוכבים לפסול מן התורה, אפילו אותם העומדים לראיה. אלא תקנתא דרבנן הוא היכא דקים לן בסהדותיהו שהוא אמת, דלא מרעי נפשיהו".

על כן לענין גיטין אין להכשיר על פי עדות כזו. וכן במסכת גיטין דף ד. כתבו תוס' ד"ה מודה:

"תימה לר"י מה ענין שלא לשמה למזוייף מתוכו שחתומים בו קרובים או פסולים, דהתם בדין מיפסיל משום דלמא אתי למיסמך עליויהו להשיאה או להוציא ממון על פיהם, אע"פ שהדבר אמת אין לעשות אלא בעדות כשר".

אך הוסיף הבית יצחק:

"הן אמת דזה דוקא לשיטת התוספות, אבל רש"י דף י' כתב דמודה ר' אליעזר במזוייף מתוכו דחיישין דלמא קאתי לממסרה באפייהו ומיסמך עלייהו, ודקדק הפנ"י דרש"י ס"ל דלא חיישין שמא בית הדין יתירוה ולא יביאו עדי מסירה לפנינו, דמאי איכפת לן, דס"ל לרש"י כיון דערכאות לא משקרי ובודאי הגט נחתם בציווי הבעל, והיה ביד הבעל, בודאי נתגרשה בעדי מסירה וכדין התירוה, ורק דחיישין שהבעל

היה כאלו המה ראו בעצמם. וכשם שאם ראו בעצמם אותו הדבר עושים הדין שלא מתורת עדות, כמבואר בסנהדרין ע"ח ע"א גבי טריפה שהרג בפני ב"ד דמבואר דאע"ג דמטעם דלא תהיה שמיעה גדולה מראיה היה לנו לומר דיה כשמיעה ובעינן אתה יכול להזימו ולא אמרינן הכי. אלא ש"מ דלא מטעם עדות אתינן עליו כלל, א"כ ה"ה כל שלב ב"ד יודעים בבירור ע"פ הענין שלא בתורת נאמנות העד, יכולים לדון שלא ע"פ עדות. ואינו נכנס בגדר ע"פ שנים עדים, ולא יקום ע"א וכו'. ואפשר דדיני מיגו מהאי טעמא הוא, וקצת נכנס זה בדיני חזקת המנהג שהורגין וסוקלין עליהן, כאשה שבנה מורכב על כתיפה משום חזקת המנהג שאין נוהג מנהג זה אלא אם על הבנים, והורגין על זה. וה"ה ה"נ וכל זה בדבר שנתברר לב"ד עצמם כאלו הם ראוהו... אך יש אומדנא דלא מוכחא כל כך אלא מצד נאמנות העד שעל ידי אומדנא זו ראוי להאמין העד וכיון שנכנסנו מטעם נאמנות הרי נגענו במ"ש לא יקום עד א' ואפילו יהי' הדבר אמת ברור... לפ"ז יש לנו שלשה ענינים. דבר המבורר ממש לב"ד כאלו ראוהו איננו בגדר עדות כלל. ואשר אינו מבורר כלל רק ע"פ עדים, אין כח ביד חכמים לעשות מעשה ע"פ ע"א או נשים דעוברי' על מ"ש בתורה בהדיא, אך אם אומדנות מוכיחות להאמין ע"א או נשים, נהי מן התורה לא מהימן מ"מ אם יש צורך בדבר יש כח ביד חכמים להאמינו... דב' עדים אינו אלא מגזירת הכתוב, דאפשר ששניהם משקרים. כי כן משמע לי מלשון רמב"ם ספ"ז מיסודי התורה ואפשר שיעשה אות או מופת ואינו נביא וכו' כמו שנצטוינו לחתוך הדין וכו' יע"ש משמע מלשונו דסמיכה על שני עדים הוא גזירת הכתוב, וצ"ל הא דאמרי' בב"ב קנ"ט ע"א משה ואהרן פסילי לחותנם לאו משום דלא מהימני אלא משום גזירת המלך, היינו אחר שהאמינה תורה שני עדים אם כן פסול משה ואהרן לחותנם הוא גזירת המלך, אבל גוף ההאמנה לשני עדים ג"כ אינו אלא גזירת המלך, א"כ בע"א דליכא גזירת מלך אפי' יהיה כיהושע בן נון אין להאמינו... תדע שכן הוא שהרי כל השטרות העולים בערכאות של נכרים כשרים משום דקמו בהו רבנן דלא משקרי, וא"כ בודאי יהיב זוזי קמיהו והשטר אינו אלא לראיה בעלמא. וללישנא בתרא דגטין י' ע"ב הוא מעיקר הדין ולא משום דינא דמלכותא, והכי קי"ל... ערכאות של נכרים דחזקה לא מרעי אומנתיהו לשקר עדיפי בזה מעדים כשרים דגזרת הכתוב בעלמא הוא... לפי מ"ש אני בתשובה אחרת דפסק ב"ד חתום משלשה דיינים הבא לפני ב"ד אחר אין בו משום מפייהם ולא מפי כתבם דבעדים כתיב על פי, אבל בב"ד כתיב אשר ירשיעון אלקים, ואפילו מפי כתבם. וטעמא רבא לחלק דעדים מגזרת הכתוב מהימני והוא ית"ש גזר מפייהם ולא מפי כתבם, אבל בי דינא אשר ישבו כסאות למשפט לא גרע מערכאות של נכרים דבטבע מהימני".

לפי זה במקרה שלפנינו, הידיעה של בית הדין אינה מבוססת על עדות, אלא על דבר העדיף מעדות. אם התקבלה עדות בית הדין מצווה לפסוק על פי העדות מכח גזירת הכתוב, אף שאין בירור ודאי שכך האמת. אך כשבפנינו קלטת המראה



שמלכתחילה כשהודיעה על חו"ק, היינו חו"ק כפי שנראה בקלטת, ושאינן בהם ממש, ומהטעם המבואר להלן. והיינו עפ"י המבואר במסכת כתובות דף כב ע"א:

"האשה שאמרה אשת איש הייתי וגרושה אני נאמנת, הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ואם יש עדים שהיתה אשת איש, והיא אומרת גרושה אני, אינה נאמנת".

על כן מטעם זה ניתן לקיים הדיון שלא בפני הבעל, וכן להסתמך על הנראה בקלטת, גם בלא האמור לעיל עפ"י תשובת החתם סופר, וזאת מפני שדינה כאשה שאינה מוחזקת כנשואה ואומרת נשואה הייתי אך נישאתי בנישואין שאין בהם ממש ובהתאם לנראה בקלטת.

#### חו"ק שנעשו בפני קרובים ופסולין בלא שיחדו עדים כשרים

במקרה שלפנינו, החזן שסדר את הקידושין לא יחד שני עדים. ובאותו מעמד נוכחו 13 גברים רובם קרובים, אחד מהם אבי האשה הנמצא בפנינו ואנו מזהים אותו כמי שנמצא באותו מעמד.

יש לברר מה דינם של קידושין אלו אם ימצא ששנים מהאנשים שנכחו באותו מעמד הם כשרים לעדות.

מאחר ומסדר הקידושין לא יחד שני עדים הרי שיש לקבוע בפשיטות שכל הנוכחים שם, באו "למחזי" ולא "לאסהודי" (ויתכן למעט החזן שסדר את הקידושין).

השאלה העומדת לברור היא האם יש לדון דין נמצא אחד מהם קרוב או פסול ולפסול את עדות הכשרים.

עיין שו"ע חו"מ סי' לו ס"א שהביא מחלוקת הראשונים האם צירוף כשרים ופסולין בעת ראיית העדות בלבד פוסל את הכשרים. או דתירתי בעינן, שיצטרפו בעת ראיית העדות ובנוסף בעת שבאים לבית הדין כדי להעיד.

דעה ראשונה הובאה בשו"ע בסתמא ודעה שניה בשם י"א, ומבואר דהשו"ע נקט שהעיקר להלכה כדעה ראשונה, שהיא שיטת הרמב"ם רש"י ורשב"ם. והשו"ע סק"ח הכריע להלכה כשיטה זו.

ובספר עין יצחק חלק ב סי' סד כתב:

"אך אחרי העיון יש לבאר להיתירא בנ"ד ב"ה ע"פ המבואר באהע"ז סי' מ"ב סעי' ב' ברמ"א בקידוש לפני שנים ואחד מהם קרוב הוי כמקדש לפני ע"א. ובח"מ שם והב"ש שם ס"ק ח' דלשיטת הר"ף דהובא בח"מ סי' ל"ו דמן שעת הראיה נפסלו אף הכשרים משום נמצא א' מהם קרוב ופסול א"כ היכא דאחד מהם קרוב אין לנו אף ע"א כשר כלל. אך לשיטת הרא"ש דבעינן ראייה והגדה בב"ד. א"כ הא היה לנו בשעת ראיות העדות ע"א כשר. ויש לנו להחמיר בזה כן הוא קוטב דברי הח"מ והב"ש. אכן לדעתי הוא חומרא יתירה דהא חזינן דבמקום עיגון יש לסמוך ולהקל בקידושין בע"א כמבואר שם ברמ"א. וע"כ אף שלא במקום עיגון לא הוי רק איסור קל. ולכן לו יהא ספק השקול בדין אם הלכה כהר"ף או כהרא"ש הדין נותן לדון בזה ספיקא בדרבנן לקולא. וגם יש לדון דין ספק ספיקא ספק א' שמא הלכה כהסבורים דאין לחוש בקידושין

יסמוך ויסבור שערכאות כשרים אף לעדי מסירה. ובאמת כן הוא דעת הא"ז הובא בשלטי הגבורים דגט שבא לפנינו בחתימת ערכאות אין צריך להביא עדי מסירה לפנינו דמסתמא נמסר לה כדין. הרי דסומכין על ערכאות ומתירין אשת איש ואמרינן מסתמא כדין נתגרשה. ואין להקשות על א"ז איך על ידי עדות ערכאות מתירין אשת איש לעלמא, והתורה אמרה אין דבר שבערוה פחות משנים, די"ל דס"ל לא"ז כעין שכתב הב"ש בס"י מ"ב ידיעה בלא ראייה מהני קידושין, וה"ה בגירושין. וכיון דהדבר נודע שנתגרשה, דערכאות לא מרעי נפשיהו, ובודאי נתגרשה בעדי מסירה, מותרת בידיעה בלא ראייה ... הנה לענין עדות אשה שמת בעלה הדבר ברור דסמכין אערכאות היכא ידיעין דלא משקרי כמו שהאריך בזה בתשובת חתם סופר סי' מ"ד, דאף אם אינו מסיח לפי תומו מהני בעדות אשה בערכאות, כיון דקים לן שאומר אמת. אך הדבר הספק, דבעדות אשה כיון שהאמינו מסל"ת ועדות נשים וקרובים, א"כ משום עיגונא הקילו בעדות מיתה אבל לא בעדי גירושין, דלזה לא הקילו חז"ל וצריך שני עדים כשרים כחזן דאין דבר שבערוה פחות משנים. ולאחר העיון יש לי ת"ל היתר ברור בענין זה. הנה הש"ך סי' צ"ח כתב בישוב עיקר הקושיא איך נאמן נכרי במסל"ת באיסור דאורייתא, וכתב לישב דהיכא דאיכא למיקם עלה דמילתא נאמן עכו"ם מן התורה, וכאן איכא למיקם עלה דמילתא להטעימו לקפילא עיי"ש. והגם שמאיסורין ליכא למילף עדין לדבר שבערוה דבעי שני עדים ובאיסורין לא בעי רק ע"א, מ"מ נלע"ד דהיכא דעכו"ם מעיד שהאשה נתגרשה בבית דין פלוני, דאיכא למיקם עלה דמילתא והוי מילתא דעבידא לאיגלווי, נאמן מן התורה".

בסיום תשובתו כותב הבית יצחק:

"סיומא דפיסקא לענין שאלתנו אם מועיל לעדות אשה שנתגרשה. הנה באינה מוחזקת שהיא אשת איש, והאשה אומרת שנתגרשה בבית דין פלוני מותרת להנשא גם זולת הטעלעגראף, א"כ מכ"ש שיועיל עדות ע"י הטעלעגראף. אלא אפילו במוחזקת שהיא אשת איש והאשה אומרת שנתגרשה בבית דין פלוני שכבר כתבתי לעיל דלא מהני אמירתה, אף דהוי מילתא דעבידא לאיגלווי דלא מהני זאת רק לגבי עד ולא לגבי אשה. אבל הטעלעגראף מהני. חדא שיש צד לסמוך על שיטת הא"ז הובא בשלטי הגבורים דהיכא שערכאות חתומים אין צריך להביא עדי מסירה לפנינו, וכ"ש הטעלעגראף דעדיף מערכאות. הב' כיון דהוי מילתא דעבידא לאיגלווי מהני עדות הטעלעגראף בצירוף עדות האשה כמ"ש הש"ך סי' צ"ח".

וע"ע בתשובת בית יצחק (שם) סי' צד שחזר על עיקרי דבריו והגדיר את העדות על פי הטלגרף כידיעה ברורה של האמת אף שאינה עדות גמורה.

במקרה דנן בו האשה הוחזקה כגרושה, וכפי שנרשמה בתעודות על סמך הגירושין האזרחיים שנעשו, ובאה ואמרה שנעשה חו"ק ומיד ציינה לקלטת בה רואים את כל מהלך החתונה, על כן אם לאחר צפייה בקלטת עולה שבפנינו חו"ק שאין בהם תוקף על פי ההלכה, הרי שהאשה נאמנת במיגו

שהוא נשוי לגויה, אף שלא התקבלה עדות על כך, עכ"פ חזותם של כל הנוכחים מוכיחה שגם הבודדים שאינם קרובים, אינם כשרים לעדות. אך גם אילו היו שני עדים כשרים, מאחר שאף אחד מהנוכחים לא התבקש להיות עד ולראות את הקידושין לצורך עדות, מעיקר הדין יש להורות שעדות הכשרים נפלה מאחר שנמצא אחד מהם קרוב ופסול עדות כולם בטלה.

**מסקנה:** העולה מכל האמור שקיים יסוד מוצק לקבוע שהמבקשת שהוחזקה כגרושה עפ"י התעודות, אינה נשואה לבעלה הקודם בחו"ק כדמו"י. אמנם בטרם נחתם פסק הדין, המבקשת ביקשה לסגור את התיק והלכה לדרכה, ולא נוקקו לפסוק בנידון הלכה למעשה.

בע"א כלל וכפי שיטת רוב הפוסקים וכפי הנראה בסוגית הש"ס בקידושין (דף ס"ו) ואף דנימא לחוש למיעוט פוסקים דמחמירין בקידושין בע"א עכ"ז הא יש עוד ספק שמא הלכה כהרי"ף דבעת הראיה נצטרפו ונפסלו מיד ובפרט נראה שיטת המחבר בח"מ סי' ל"ו סעיף א' דסתם בדיעה קמייתא כהרי"ף דנפסלו מעת הראיה לבד. ודיעה שניה שיטת הרא"ש והתוס' דבעינן גם הגדה בב"ד בשם יש אומרים. וזה הוא כללא בידינו דלדינא העיקר כשיטה הראשונה בכל מקום ולא כשיטה שניה בשם יש אומרים. וגם דהש"ך בח"מ שם ס"ק ח' הכריע לדינא כשיטת הרי"ף ע"ש. וע"כ אין לנו לחוש בכה"ג לשיטת הרא"ש".

על כן מתוך צפייה בקלטת החתונה נראה שלא היו באותו מעמד שני עדים כשרים, ואף ביחס למסדר החו"ק, נאמר לנו

### סימן יא

## זכותו של הגרוש לגור עם אשתו וילדיה בדירה המשותפת לו לגרושתו

והבן הנכה נותרו ללא פתרון למדור עבורם. עוד יצוין שבפני בית הדין דו"ח חסוי מיחידת הסיוע, שנכתב לאחר שעובדת יח"ס שוחחה עם הבן, וממנו עולה שאין כל חלופה שהבן יגיע לגור אצל האב, ובעת הזו אף הביקורים אצלו אינם מתקיימים, ונחוץ הליך טיפולי להביא להחזרת הקשר בין הבן לאב.

מאידך, הגרוש מבקש לדחות את בקשת הגרושה, וטוען שעפ"י ניסוח הסכם הגירושין יש להורות שבעת הזו הסכם הגירושין כבר אינו מקנה לנתבעת זכות מגורים בדירה, מאחר שזכות זו היתה בתוקף רק עד להחלטת בית הדין בנושא הממון, וחדלה להתקיים החל ממועד ההחלטה שבה בית הדין הורה על פירוק השיתוף בדירה המשותפת. כמו כן הגרוש מציע לרכוש את חלקה של הגרושה בדירה, במקום למכור את הנכס לצד ג', ולסייע לנתבעת בהשתתפות בשכר דירה.

לאחר עיון בטענות הצדדים, בית הדין מחליט:

שני נושאים רכשיים עומדים כעת לדיון. האחד הוא - הכרעה מיידית במחלוקת שבין הצדדים ביחס לזכות המגורים בדירה המשותפת בעת הזו. השני הוא - מהי הדרך הנכונה להביא לפירוק השיתוף בדירה.

ביחס לנושא השני, מאחר שהגרוש מבקש לרכוש את הנכס, מוטל על בית הדין למנות שמאי שיערוך דו"ח שמאות ביחס לדירת המגורים.

ביה"ד ממנה את השמאי ... לערוך דו"ח שמאות ביחס לדירת המגורים של הצדדים שכתובתה היא... הרשומה על שם שני הצדדים ולערוך דו"ח שמאות הקובע את ערך דירה המשותפת, וכן יוסיף לקבוע את גובה שכר הדירה המקובל ביחס לדירה כזו.

על שני הצדדים לשתף פעולה עם השמאי בכל הכרוך

הצדדים התגרשו לפני פחות משנה, וכעת התקיים דיון דחוף בבקשת הגרושה להורות לבעלה לשעבר לפנות את הדירה המשותפת, על מנת לאפשר חזרתה לדירה עם הבן. לפני כחודשיים הגרושה עברה למגורים בטבריה, והבהירה שמעבר זה נעשה זמנית, כדי להגן עליה ועל הבן מפני נגיף הקורונה שהתפרץ בשכונה שבה גרו. לאחר מכן הגרוש פרץ לדירה זו שלא בהסכמת הגרושה וללא אישור בית הדין שייקבע את זכותו למגורים בדירה, זכות שאינה ברורה מעצמה, וטעונה דיון ופסיקה ביחס לפרשנות ההסכם, והכניס לדירה למגורים עמו, את אשתו החדשה עם חמשת ילדיה.

יצוין להחלטה קודמת שבה נכתב: "בכל מקרה, הגרוש לא היה רשאי על דעת עצמו להיכנס לדירה המשותפת לצדדים עם אשתו החדשה וילדיה, ללא הסכמת הגרושה, וללא החלטה שיפוטית המאשרת לו לנהוג כך. בנסיבות המתוארות, בקשת הגרוש שיינתן צו המונע מהגרושה לשוב לדירה, נדחית".

לאחרונה הגרושה החזירה את הדירה בטבריה למשכיר, וכעת נותרה עם הבן הנכה ללא קורת גג, לדבריה שבה לצורך הסדרת הטיפול הנחוץ לבן בבית חולים בירושלים, וכעת היא נעה ונדה ללא קורת גג ומנועה מלשוב לבית. הגרושה דורשת להוציא את הגרוש וכן את אשתו וילדיה.

הגרושה בבקשתה, נסמכת על סעיף ב' להסכם הגירושין, שאושר וקיבל תוקף של פסק דין שבו נכתב:

"הצדדים מסכימים כי עד להחלטת בית הדין בנושאי הממון והסדרי הראיה, יישאר המצב כמו שהוא עתה, דהיינו זכות האשה להמשיך לגור בבית המשותף".

כמו כן הגרושה טוענת שבעת הזו, מתגוררים בדירה חמשת ילדי האשה, שאין להם כל זכות מגורים בדירה, בעוד היא

ורבי אליעזר בן יעקב אומר יכול הוא לומר לתוך של חבירך אני נכנס ואיני נכנס לתוך שלך, וקיימא לן כראב"י כדמפרש התם. יש לומר דהני מילי בחצר דס"ל ויתור מותר במודר הנאה דאהילוך דחצר לא קפדי אינשי, אבל הילוך דבית לאו ויתור הוא, וקפדי אינשי".

וכן פסק הרמ"א בחו"מ סי' קנד סעיף ב'. ובסמ"ע סק"ח כתב: "נראה דאפילו לא דר השותף עמו בבית יכול למחות לזה שלא להכניס לאחרים בביתו, כי יקלקלו את חלק ביתו מחמת ריבוי הדיוורים".

הרי שמחמת הקפדת השותף השני שהוא שותף עמו באותו בית, השותף הראשון מנוע מלהכניס לדירה שבה הם שותפים כל אדם אחר שיגור עמו, והטעם מבואר בסמ"ע שהקפדה היא מפני שחיקת הדירה במגורים של אנשים נוספים.

יובהר, בשו"ע סי' קנד סעיף ב' פסק את דברי הרמב"ם והמגיד משנה בפרק ה' מהלכות שכנים ה"ט וכתב:

"אחד מהשותפין בחצר שהביא לביתו אנשי בית אחרת, יש לחבירו לעכב עליו, מפני שמרבה עליו את הדרך. וכן המשכיר ביתו לבעל הבית אחד, ואחר כך הביא עמו קרוביו או מיודעיו לשכון עמו כאחד בבית זה, הרי המשכיר מעכב. ואם הם סמוכים על שולחנו, אינו יכול לעכב עליו לא השותף ולא המשכיר".

וה"ה מי שיש לו בית בחצר השותפים כשהיה רווק רשאי להינשא ואינו צריך להוציא את אשתו וילדיו מביתו עקב ריבוי הדיוורים בביתו, כשהבית שלו בלבד והשותפות היא בחצר, כמבואר בספר יד רמ"ה במסכת בבא בתרא דף כא עמוד א, שכתב:

"התם כיון דמוסיף בחצר השותפין בית דירה אשתכח דקא מוסיף דרך לביתא אחרינא דלא הוה ביה עד השתא... אבל היכא דלא מוסיף דרך לביתא אחרינא, אף על גב דמוסיף ביה כמה אינשי דדירי בהדיה, אי נמי דמוגר ליה לאינשי אחרינא דנפישו בני ביתיה טפי הדין עמו, דכי אחזיק ליה בהאי ביתא לאו למידר ביה במנין ידוע אחזיק ביה, אלא לכולהו אינשי דמחזיק להו האי ביתא הוא דאחזיק ביה. דאי לא תימא הכי, הרי שהחזיק בו כשהיה רוק וביקש לישא אשה הכי נמי דמעכבי עליוה, הרי שהיה נשוי ואחר כך הוליד בנים ובנות הכי נמי דמחייב לאפוקי בניה ובנתיה מביתיה. היה עני והעשיר וקנה עבדים ושפחות ובני בית הכי נמי דמעכבי עליוה. אלא ודאי ש"מ דכל היכא דלא מוסיף ביה בית דירה אף על גב דמוסיף ליה כמה דיורין הדין עמו".

אך היינו דוקא כשהבית כולו שייך לו, ובאים עליו רק מפני הטענה לריבוי הדרך בחצר. משא"כ כשהשותפות היא באותה דירה, שאינו רשאי להכניס אף אדם נוסף בלא הסכמת השותף השני, וכמבואר בתשובת מהר"ם. וכן פסק הרמ"א שכל דברי מרן בשו"ע ודבריו שהביא דעת החולקים והסוברים ששותף בחצר יכול למלא ביתו באכסנאים ודיוורים, והוסיף שכל זה נאמר רק ביחס לשותפים,

בעריכת הדו"ח, להמציא לו כל מידע ומסמך נדרש, ולאפשר לו הביקור במקום בתיאום עמם.

הצדדים יישאו בשכר טרחת השמאי בחלקים שווים, עוד קודם למסירת הדו"ח.

עם קבלת הדו"ח תהיה לתובע זכות עודפת על פני צד ג', לרכוש את הדירה, במחיר שייקבע בדו"ח השמאות, ובכפוף להסדרת לו"ז לתשלום ושאר התנאים הרלבנטיים.

אך עד להחלטה ובטרם התברר שהצעתו של הגרוש רצינית וכי ברשותו אמצעי מימון, אין מקום שכבר כעת תינתן החלטה הקובעת את זהותו של רוכש הנכס. על כן בעת הזו מוטל על בית הדין להכריע בשאלת זהותו של הצד שיתגורר בדירה עד להשלמת הליך פירוק השיתוף.

ביחס לטענתה של הגרושה לזכות מגורים עפ"י ההסכם, יובהר: ההסכם מנוסח בניסוח שאינו ברור. סעיף ב' להסכם מנוסח כדלהלן: "הצדדים מסכימים כי עד להחלטת בית הדין בנושאי הממון והסדרי הראיה, יישאר המצב כמו שהוא עתה, דהיינו זכות האשה להמשיך לגור בבית המשותף". קשה לקבוע בבירור מהו המועד שבו חלפה זכאותה של האשה להתגורר בדירה. הניסוח סתום, ואינו מפרט מהי אותה החלטה שהחל מהמועד שבו ניתנה, כבר אין לאשה את זכות המגורים. לכן אין לשלול את הפרשנות הנטענת על ידי הגרוש, ולפיה הזכות אינה קיימת החל ממועד ההחלטה שבה הוחלט על פירוק השיתוף בדירה המשותפת. אמנם קיים קושי בפרשנות זו, מאחר שגם לאחר מועד ההחלטה הנוכרת, הגרוש לא העיר זאת, ולא טען שהאשה כבר אינה זכאית לגור בדירה, ורק בדיון האחרון לאחר כניסתו לדירה עם אשתו ילדיה, מצא לנכון להציג טענה זו, התנהלות המטילה ספק האם אכן זו היתה כוונת הצדדים בעת חתימת ההסכם.

אך גם לפי פרשנות הגרוש להסכם, עדיין אין בהסכם הוראה להעדיף את הגרוש על פני הגרושה במגורים בדירה.

עוד יצוין, גם לו היה מקום להעדיף את מגורי הגרוש על פני הגרושה, במקרה הנוכחי שהגרוש נכנס לדירה עם אשתו וחמשת ילדיה, היה עליו לקבל הסכמה מראש של הגרושה, השותפה עמו בדירה, ולחילופין לבקש דיון ואישור של בית הדין, כפי שהיה מתחייב בנסיבות הנוכחיות שהנושא הרכושי תלוי ועומד בדיונים בבית הדין. משלא נהג כן אלא פרץ בכח לדירה והתיישב בה על דעת עצמו עם אשתו חמשת ילדיה, עלינו לקבוע האם הגרושה רשאית לדרוש פינוי האשה וילדיה, בטענה שהם נכנסו לדירה שלה מחצית מהזכויות בנכס, וכי אין להם רשות לגור בנכס בלא הסכמתה.

המרדכי במסכת בבא בתרא פרק חזקת הבתים (סי' תקנח) כתב, וז"ל:

"נשאל לר"מ על הרבה שותפים שבבית אחד, והאחד מרשה את הרבים להשתמש בחלקו, אם חביריו יכולים לעכב. והשיב דבר פשוט הוא שיכולים לעכב... ואם תאמר הא דתנן בנדרים פרק השותפין היה אחד מן השוק מודר הנאה מהם לא יכנס לחצר

עוד יובהר, ביחס לדינו של מרן בשו"ע סי' קנד ס"ב, שכתב: "ואם הם סמוכים על שולחנו, אינו יכול לעכב עליו לא השותף ולא המשכיר",

היינו כשהבית עצמו שייך לבעל הבית בלבד, ורק קיימת שותפות בחצר, או בשוכר. ובאר הלבוש (שם):

"ואם הם סמוכים על שולחנו אינו יכול לעכב לא השותף ולא המשכיר, דסתמא כפירושו כאילו התנה שעל כל הסמוכין על שולחנו שכרו, וכל שכן בשותף שעל דעת כן נשתתפו".

דהיינו לאפוקי מהמחשבה שזו זכות קנויה למגורי הסמוכים על שולחנו לגור בדירה, באר הלבוש שהזכות נובעת רק מפני אומדן הדעת של המשכיר בעת ההשכרה, ושל השותף בחצר בעת שנהיו שותפים, שאינו מתנגד למגורים של אלו, מאחר וגרים בבית שהוא רק של השותף בחצר או שהיה הסכם שכירות שבסתמא כולל את הסמוכים על שולחנו. משא"כ בשותפים בבית עצמו מאחר שאין בדברי מהר"ם והרמ"א כל חלוקה בין אחרים שהם אכסנאים או סמוכים על שולחנו, לא נאמרה האומדנא שעל דעת כן נשתתפו, שיוכל להכניס לדירת השותפים אנשים נוספים אפילו מבני ביתו, מאחר שהטעם, שבאר הסמ"ע והסכים עמו בעל כנסת הגדולה בתשובתו בעי חיי, ונפסק בערוך השלחן, הוא - שמגורים של אנשים נוספים מביאים לקלקול בבית, וביחס לסברא זו אין חילוק בין סמוכין על שולחנו או לא. והשותף בבית, מנוע מהכנסת כל אדם נוסף לבית, כל עוד אין הסכמה שיוכל להכניס לבית השותפים אחרים או עכ"פ סמוכים על שולחנו.

וכן בספר תשורת שי סי' תקע"ח (ובמהדורה חדשה תקע"ז), כתב בפשיטות כסברת הלבוש.

עיי"ש שדן ביורשים שירשו דירת מגורים, ונתנו לאלמנת המוריש לגור בדירה מכוח זכאותה למדור אלמנה. האלמנה הכניסה את אחיה אצלם, והאח מחרחר ריב בין האלמנה והיורשים. ובתוך דבריו כתב שגם לו היה דין האלמנה כדין שוכר שדינו כנ"ל, עכ"פ בנידון עליו נשאל שם לא היתה האלמנה רשאית להכניס את אחיה למגורים עמה, מטעם נוסף, וז"ל:

"כ"ש דזה מחרחר ריב ומכניס קטטה בינו ובני ביתו לאלמנה, וכיון דעכ"פ י"ל כך, אזלא אומדנא דהרב המגיד דסתם שוכר בית לו ולנטפלין עמו הוא שוכר. ועוד נראה דמ"ש הנמוקי יוסף בפרק השואל והובא ברמ"א סי' שי"ב ס"ט מי ששכר בית לחבירו והיה אוהבו ונעשה שונאו אינו יכול להוציאו מן הבית עיי"ש. נראה טעמו דאין דברים שבלב לומר אדעתא דהכי לא הייתי משכיר לך, מבטל קנין ברור, וכמ"ש כה"ג נתיבות המשפט סי' פה סק"ג. אבל כאן דאינו מבטל מה שהקנה לו בפירוש בבירור, רק אמרינן סתמא השכיר לו ולנטפלין עמו, שפיר י"ל אומדנא דסתמא זה לא נתחייב להניח שונאו לדור בביתו. דאתי סתמא ומפקי מסתמא, דשניהן באים רק מכח דברים שבלב".

שהשותפות היא בחצר בלבד, כשאחד מהשותפים מכניס לביתו שלו, שאין חבירו שותף בו, אנשים אחרים הסמוכים על שולחנו, בנסיבות אלו חבירו השותף שיש לו שותפות בחצר בלבד, אינו יכול לעכב. אבל כשמבקש להכניס לבית שבו הוא שותף עם חבירו, אינו רשאי, אפילו השותף המוחה אינו גר בבית, וזאת מאחר שתוספת דיירים בבית יכולה להביא לקלקול הבית, ובדברי הרמ"א אין חלוקה בין אחרים שאינם סמוכים על שולחנו או סמוכים על שולחנו.

וכן ערוך השולחן חושן משפט סי' קנד ס"א, פסק עפ"י דברי הרמ"א והסמ"ע:

"אבל שנים שיש להם בשותפות בית אחד, אין האחד יכול להרשות לאחרים להשתמש בחלקו אף על גב שבחצר אינו יכול לעכב לדעה זו אף בממלא ביתו דיורים, מ"מ בבית קפדי אינשי ואפילו אין השותף דר עמו בבית, מ"מ יכול לעכב עליו שלא להכניס אחרים לביתו בקביעות, כי יקלקלו חלק ביתו מחמת ריבוי הדיורים".

וכן בעל כנסת הגדולה בשו"ת בעי חיי חלק חושן משפט חלק א' סי' קיב כתב על תשובת מהר"ם:

"מתוך תשובה זאת שאומרת על הרבה שותפים דבבית א' כו' אני למד שאף שהשותף אינו דר עמו בבית יכול לעכב שלא להושיב אחרים בביתו ובחומותיו פן יהרסו חלקו המגיע לו מחמת רבוי הדיורים, דאפי' לדעת רשב"ם ז"ל שאמר דיכול השותף למלאת ביתו אכסנאים ודיורים כמ"ש בס"פ חזקת על לקח בית אחרת לא יפתחנה לחצר השותפים, ה"מ כשהבית לו לבדו אין לזרים אתו חלק ונחלה זולתי בחצר, אבל בבית עצמו שהוא משותף יכול לעכב דבבית קפדי אינשי. ואם דעת מהר"ם דדוקא היכא דהשותף דר עמו יכול לעכב מטעם שלא יטה שכמו לדור עם אלו, כמ"ש בספר הלבוש למה לא אמר על שותפים הרבה שהיו בבית אחת והאחד מוסיף דיורים בחלקו ואם השואל לא דקדק הרב המשיב היה לו לבאר שאם אין השותף דר עמו שאינו יכול לעכב, ולמה לא השמיענו חידוש גדול כזה, אלא ודאי טעם מהר"ם ז"ל שמא יקלקלו את ביתו ושעירים ירקדו שם. ולפי הטעם הזה אפי' שאינו דר עמו בבית, ויש ללמוד הדין הזה מדין השכירות דכי היכי דבשכירות אינו יכול למען הרבות דיורים שאם השכיר הבית לד' אנשים אינו יכול להשכירו השוכר לה' כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ה משכירות והרב בעל הטורי' ח"מ סי' שי"ו, אף כאן דשותף יכול לעכב שלא להרבות בדיורין שלא גרע שותף ממשכיר, ועל דבר זה חפשתי בדברי הפוסקים, ומצאתי כן בפירוש לסמ"ע בח"מ סי' קנד ע"ש, אלא שראיתי לו ז"ל שם שכתב דדוקא מחמת דיורים יכול למחות אפי' כשהשותף אינו דר עמו, אבל כשרוצה אחד מן השותפים להושיב אחרים במקומו ואינו מרבה בדיורים לא מצי השותף השני לעכב עליו אפילו אותו השותף דר שם כי דוקא בשני שוכרים הדין כן וכו' עכ"ל".

וכן שם בתשובה סי' קיג. והדבר ברור שגם אליבא דתשובה זו הדבר שהשוכר מנוע גם השותף מנוע, אך לא להיפך, שהדבר שהשוכר רשאי גם השותף רשאי.

לתפוס הרע במיעוטו. וה"נ כיון שאליה קל יותר הטלטול, יש מידת הצדק שהיא תדחה מפניו."

וכן בספר שער משפט סי' קע"א סק"ד ובתשובתו שבספר נחלת אבות סי' לא באר הלכה זו כפי הסברא המבוארת בספר מרומי שדה, וכתב שבנסיבות שבהן כח שני בני הזוג שווה, ולכאורה לא ניתן להוציא אחד מהם מהבית כתוצאה מהגירושין, אך בהעדר אפשרות להימנע מהכרעה, אין מנוס אלא להעדיף אחד מהם על יסוד שיקול מסוים שבכוחו להביא להכרעת הכף להעדפת אחד מהם. הכרעה זו, יש ותיעשה גם באמצעות שיקול קל, כגון הסברא שנאמרה בגמרא (כתובות כח.) "טלטולי דגברא קשיין מדאיתתא", שהיא "סברא מועטת" ו"טעם קלוש" כפי שהוגדרה בדברי השער משפט. ולפי דרכו ה"ה בכל מקרה לגופו ביחס לכל שיקול אחר המתקבל בעיני בית הדין ומשקלו כבד יותר.

לפי זה, במקרה שבו הבן הנכה, שמצבו מאד בעייתי וחריג, חייב להישאר במשמורת האם, ואין כעת כל אפשרות שיעבור לאביו, וכמו כן מדור הבן ורפואתו מוטלים על אביו, בנסיבות אלו גם אליבא דטענת הגרוש שההסכם אינו מקנה לנתבעת זכויות בדירה, ובכך יד שניהם שווה, יש להעדיף את מגורי האשה מאחר שהוצאת האשה מהדירה קשה יותר מיציאת הבעל לבדו מהבית. וכך היא ההכרעה הצודקת ועפ"י הכלל שקבע הנצי"ב בביאור הלכה זו, כאמור.

וכן נפסק בבית הדין הגדול בפסק דין משנת תש"ו, הודפס ב"אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית" ח"א עמ' קכט-קל, שבנסיבות אלו יש להורות לבעל לצאת מהבית על מנת לאפשר את הגירושין, וכתבו בלשון זו:

"הכלל של היא נדחית מפניו כחו יפה רק כשיש לפנינו איש ואשה בלבד, כי אז אנו אומרים דלטוללי דגברא קשיין מדאיתתא (כתובות כ"ח ע"א, ברייתא), אבל בנידון דידן הרי הדירה נחוצה לאשה וגם לילד, ואלו שניהם ביחד קודמים לבעל לזכות על הדירה".

וכן בפסק דין שבספר "פסקים וכתבים" מהגרי"א הרצוג זצ"ל ח"ז סי' צ"ב עמ' תקכ"ו התחשב בשיקול זה שעל האשה לטפל בבן להעדיפה במגורים על פני האיש.

ביחס לטענה של הגרוש אודות הקושי של הוצאתו מהדירה עם האשה וחמשת ילדיה, מלבד שביחס לאשה והילדים כבר כעת יש להוציאם מהדירה בהיעדר כל זכות מגורים בה, על כן אין במגורים אלו, שהם שלא כדין ואף בגול, שיקול להעדיף את מגורי האיש. אך יתירה מכך, מאחר שנישואין אלו וקושי זה נולד לתובע רק לאחר הגירושין, ככל שהדבר נוגע לדיון מי נדחה מפני מי, אין להתחשב בו, אלא בנתונים שכבר היו בעת הגירושין, כמ"ש בספר גט פשוט סי' קיט ס"ק נט:

"אם מעיקרא היא מחצית החצר שלה ואח"כ קנה הבעל מחצית האחר של החצר צ"ע אם היא נדחית מפניו. ומסתברא דהכל

אליבא דסברת הלבוש הנזכרת, בנידון דנן שאין זו שותפות מכח הסכם שותפות, שהיה ניתן לברר מהו אומדן דעת הצדדים בעת שנערך הסכם השיתוף, אלא מציאות של שיתוף שהתחדשה מכח גירושין, שהגרוש והגרושה נותרו עם דירה משותפת, ואליבא דהגרוש, ההסכם אינו מתייחס לזכויות בעת הזו, אך עכ"פ פשיטא שאין כל אומדנא שעל דעת כן הגרושה נהיתה עמו שותפה, שבעת מגוריו בדירה יוכל להכניס את אשתו השניה וילדיה, בשעה שהיא נאלצת להישאר מחוץ לדירה בלא קורת גג לה ולבנה הנכה המוטל עליה, כשיש לה בה מחצית מהזכויות.

לפי זה בנידון דנן שהגרושה מוחה בגרוש, ודורשת ממנו כשותף עמה בדירה שלא יכניס אדם נוסף לדירה הדין עמה, הגרוש מנוע מלהכניס לדירה זו את אשתו וילדיה שאין להם כל זכות מגורים בנכס.

ככל שהגרוש יבקש לגור בנכס לבדו, ותעמוד לדיון השאלה את מי להעדיף בנידון דנן שאין לאחד מהצדדים עדיפות מכח הסכם הגירושין, ובהנחה שפרשנות הגרוש להסכם תתקבל, ובנסיבות הנוכחיות יש לקבוע כדלהלן:

בגמרא במסכת כתובות דף כז ע"ב נאמר:

"המגרש את אשתו לא תנשא בשכונתו ... מי נדחה מפני מי. ת"ש, דתניא היא נדחית מפניו, ואין הוא נדחה מפניה, ואם היתה חצר שלה - הוא נדחה מפניה. איבעיא להו היתה חצר של שניהם, מהו ת"ש: היא נדחית מפניו, במאי עסקינן אילמא בחצר שלו, פשיטא ואלא בחצר שלה, והתניא אם היתה חצר שלה - הוא נדחה מפניה, אלא לאו כי האי גוונא. דלמא דאגיר מיגר. מאי הוי עלה, ת"ש הנה ה' מטלטלך טלטלה גבר. ואמר רב טלטולי דגברא קשיין מדאיתתא".

הלכה זו נפסקה בשו"ע אה"ע סי' קי"ט סעיף יא, ומתייחסת לנסיבות בהם בני הזוג כבר התגרשו, אך ללא הסדרת המגורים הנפרדים.

הטעם המבואר בגמ' הוא - "טלטולא דגברא קשה מדאיתתא", דהיינו מפני שלאשה קל יותר להתארגן ולעבור למקום אחר, וכמו שבאר בפירוש הרד"ק לספר ישעיהו פרק כב באר שכתב:

"ואמרו טלטולא דגברא קשה מדאיתתא, וזה לפי שהאשה תמצא יותר מרחמים בגלותה מן האיש".

וכעין זה במהרש"א חידושי אגדות למסכת סנהדרין דף כו, א. וכן בשו"ת נפת צופים חלק אה"ע סי' לא.

הנצי"ב בספרו מרומי שדה על מסכת קידושין דף לא. הביא את ההלכה הנזכרת שמפני סברת "טלטולי דגברא קשה מדאיתתא" היא נדחית מפניו, וכתב על זה:

"ולכאורה אמאי, ומה אכפת לה שאצלו קשה ממנה. ונראה שהוא עפ"י גמ' דסנהדרין דף לב, צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה, כיצד שתי ספינות עוברות בנהר ופגעו זה בזה כו', טעונה ושאינה טעונה תדחה שאינה טעונה מפני הטעונה כו'. הרי אע"ג שאינו עומק הדין להיות ככה, מ"מ כיון שזכות שניהם שווה ואחד מוכרח להידחות, הוי בכלל צדק של פשרה

אחד. אך מסקנת הגמ' היא שאין מקום לחלוקה כזו, אלא יש למצוא דרך להכריע בין הכוחות שיש לכל אחד מהם בנכס. דהיינו, לעומת ההכרעה בשותפים בעלמא בחצר שאין בה כדי חלוקה שאינה מביאה את הצדדים לידי חלוקה סופית של הנכס המשותף, אלא קובעת הסדר לשימוש נפרד בין הצדדים הרי שביחס לבני זוג לאחר הגירושין, ההכרעה חייבת להיות בדרך של הכרעה המעדיפה אחד מהם. על כן גם בנידון זה אין מקום לטענה שכעת הגרוש יגור בדירה לפרק זמן שקודם לכן הגרושה גרה בדירה, מאחר שבמדור של שניהם ולאחר הגירושין, נשללה החלופה של חלוקת זמני שימוש בנכס.

כמו כן אין מקום לטענה שההלכה "מי נדחה מפני מי" נאמרה רק בטרם התגרשו ועדיין לא יצאו מהדירה, ולא בדיון המתקיים לאחר הגירושין כשכבר אינם גרים בדירה ודנים על זכות המגורים בה, וכפי העולה מדברי החלקת מחוקק סי' קיט ס"ק כז והפר"ח ס"ק כז.

#### מסקנה:

בעת הזו, זכות המגורים בדירה הרשומה על שם שני הצדדים היא לגרושה ולבן, וזאת עד להחלטה אחרת, וינתן צו להוצאת הגרוש ואשתו וילדיה מדירה זו. סמכותו החוקית של בית הדין לתת המתניח לאשה וילדיה והנחוץ להוצאה לפועל של סעיף ג' למסקנות החלטה זו, הובהרה בפסק הדין של בית הדין הגדול תיק 2769/סג מיום כ"ז תשרי תשס"ד (23.10.2003).

הולך אחר מעיקרא, ולא מהני לקנות מחצית האחר לדחותה, וכ"ש דהיא אינה יכולה לקנות מחצית החצר לדחות המגרש שהוא דר בשכירות כנ"ל.

ואף שהפר"ח ס"ק כז לא כתב כן, הרי שבספק, קרקע בחזקת בעליה עומדת ואין יתרון למחזיק בקרקע כמבואר בב"מ דף קב ע"ב, ועיין ש"ך סי' שיב ס"ק טז ונתיבות המשפט סי' שי"ז סק"ב ובכללי תפיסה סק"ג. עוד יצוין לתשובת מהר"ם חביב (לבעל הגט פשוט) סי' קעח שכתב לברר הלכה זו של מי נדחה מפני מי, ובתוך דבריו כתב:

"יראה דהבעיא קמייא מי נדחה מפני מי, היינו דהחצר אינה שלהם מאחזות אבותיהם, אלא דיש להם שני בתים בשכירות, בית לכל אחד ... ופשט דהיא נדחת מפניו ... ועל כרחק בשניהם שקולים איירי כדאמרן. ואיבעיא להו תו היתה חצר של שניהם מהו ... בחצר של שניהם שהוא מאחזות אבותיהם מי נדחה מפני מי, דהיא אינה רוצה לזוז מביתה, ואיכא למימר דהיא תשכון שם שנה והוא ישכון במקום אחר, ולשנה אחרת ישכון הוא שם והיא תלך לשכון במקום אחר, כדין חצר השותפין שאין בה דין חלוקה שנתבאר בחו"מ סי' קעא סעיף ח'. ופשטו להך בעיא דחצר של שניהם דהיא תדחה מפניו, מרישא דברייתא דקתני היא נדחת מפניו, דמשמע ליה דאיירי ברייתא בחצר של שניהם, משום דאי איירי בחצר שלו, פשיטא, עכ"ל.

מבואר מדברי בעל הגט פשוט, שאמנם היה מקום להו"א שאם החצר של שניהם, הפתרון יהיה כפי המבואר בחו"מ סי' קעא ס"ח, דהיינו חלוקת השותפות לזמנים, שנה לכל

### סימן יב

## סכסוך שכנים בבית משותף

"ב"ק קטז ב' ורשאינן חמרינן להתנות כו', ש"מ שכל השותפין בענייני שותפותן הן כב"ד הגדול, כמ"ש הר"ח שם דאפילו בלא קנין איירי".

וכתב החזו"א ב"ב סי' ד' סק"ח:

"ואפשר שזו תקנת חכמים ליתן לבני העיר כח בית דין, וליתן לכל האנשים בעלי אומנות אחת כח בית דין".

ובסק"י כתב:

"ואם כל בעלי אומנויות הסכימו, חשיב כתקנת בני העיר כולם, וזה יש בו כח כתקנת חכמי הדור לכל ישראל".

ועיין ברמ"א סי' ב' ס"א שטובי העיר בעירם הם כבית דין הגדול ומועיל לכל מה שקבלו אותם, ועיין בסמ"ע סק"י.

על כן דיירי בית משותף שבו כמה דירות השייכות לבעלי בתים שונים, נחשבים כבני חצר, המוסמכים לכפות זה על זה את ההחלטות שהתקבלו ביחס לדרך ניהול השותפות, ובהתאם להלכה הפסוקה בשו"ע, הנוכרת לעיל.

וכתב הרמ"א סי' קסג סעיף א':

בפני בית הדין תביעה מטעם "ועד הבית" ודיירים בבנין משותף בצפת, כנגד אחד הדיירים. התקיימו שני דיונים לאחר חתימה על שטר בורות, וכן התקבלו כתבי טענות משני הצדדים, לרבות נימוקים הלכתיים המצורפים לכתבי הטענות.

להלן חלק א' מפסק דין בתביעה זו.

נקדים את יסודות ההלכה עליהם מושתת פסק הדין. בשולחן ערוך חושן משפט סי' קסא סעיף א' פסק:

"בני העיר כופין זה את זה לבנות דלת ובית שער לחצר. וכן כל הדברים שהחצר צריך להם צורך גדול, או הדברים שנהגו בני המדינה לעשותם. אבל שאר הדברים, כגון ציור וכיור, אינו כופהו".

מש"כ בשו"ע "בני העיר", לאו דוקא, אלא ה"ה אף "בני חצר" המשותפת לכמה בעלי בתים, וכפי שמוכח ממקור הדין במשנה במסכת בבא בתרא דף ז ע"ב.

בביאור הגר"א חושן משפט סי' קסג ס"ט כתב:

שבאו באותו תנאי, ולבאים אחריהם. אבל אם היה אחד בעיר, שלא רצה באותו תנאי, אינו בכלל תנאם שלא כל הימנו של קהל, לגזול ממונו של זה, ולקחת אותו לעצמם".  
וכן כתב הרמ"א בתשובה סי' עג:

"דבר פשוט שאין כח לטובי העיר לתקן דבר כי אם על פי הדין והמשפט ולא לילך בחזקה עם היחידים, ואין לרבים כח לגזול היחיד, כמו שכתב מהרי"ק שורש א' על מעשה כזה. וכזה כתב הרשב"א בתשובה והביאו בר ששת בתשובה סי' תע"ז - ועל קהל אחד שרצו לעשות תקנה שיפרעו מס מכל נכסים שיש להם בעיר זו או בעיר אחרת, והיו עושין זה כדי לחייב יחיד אחד שדר ביניהם. והשיב, וז"ל מה שאמרת שיש לקהל לעשות דינים וחוקים בדבר זה, נ"ל שאין זה אלא גזל ואין יכולין להתנות על הגזילות וכו', והאריך שם הרב בזה. ולכן פשוט הוא שאין כח ביד בני העיר לתקן תקנות רק מה שבידן מכח הדין ולא מה שתעלה על רוחם, וזה לא היה ולא יהיה. ולכן נצרך בזו לירד לעומקא דדינא".

והחזו"א במסכת ב"ב (שם) כתב:

"הא דבהתנו כל בני העיר או כל בעלי האומנין הוא דוקא בדליכא חבר עיר, אבל באיכא חבר אין להם כח בית דין בלא חבר עיר, וכתב הרמב"ן דהטעם דחיישינן דעושין שלא כהוגן להוקיר השער ... אם באמת תנאם שלא כהוגן אין הסכמתם כלום אף בליכא חבר עיר".

#### מסקנת הדברים:

- א. לאסיפת הדיירים הסמכות לקבוע את הסדרים להתנהלות כל ענייני השותפות בין הדיירים בבניין המשותף, וכן למנות "ועד בית" שינהל את העניינים השוטפים.
- ב. מן הראוי שכל נושא עקרוני יעבור להחלטות אסיפה כללית של כלל הדיירים, ובמסגרת זו ההחלטות יתקבלו ברוב דעות. לאחר שהתקבלה ההחלטה, אין המיעוט רשאי להתחמק מביצוע החלטות הרוב, בטענות ומענות, לרבות טענת קים לי כדעה אחרת הסוברת אחרת מהכרעת הרוב.
- ג. כל האמור בכפוף לכך שאין בהחלטות אלו גזל רכוש או זכות ממון או השתמשות המוקנית ליחיד על פי ההלכה.

כעת נעבור לביורר המחלוקות בין הצדדים שבפנינו.

**תשלום מס** - לפי האמור אין ספק שהנתבע מחויב במלוא תשלום המס עבור דירה אחת, ועליו לשלם את המס שלא שולם עד כה, ללא עיכוב. על ועד הבית להציג בפני הנתבע את הסכום שעליו לשלם, ולפרט עבור על איזו תקופה הוא נדרש לשלם. ואם לא ישלם תוך שלושים יום מיום הצגת הדרישה הנ"ל, ניתן לתובעו בכל דרך לרבות בערכאות, וזאת בהתאם לפסיקת הרמ"א הנזכרת.

גובה התשלום המוטל על כל דייר כבר נקבע בזמנו בעת שתשלום זה הוטל על שאר הדיירים. מאחר שבזמנו היה על

"כל צרכי צבור שאינן יכולין להשוות עצמן, יש להושיב כל בעלי בתים הנותנים מס ויקבלו עליהם שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים, וילכו אחר הרוב. ואם המיעוט ימאנו, הרוב יכולין לכופ אותן אפילו בדיני גוים".

אמנם אין כח לרוב, אלא אם כן נועדו כולם ומתוכם התקבלה ההחלטה ברוב דיעות, כמבואר במהרשד"ם חיו"ד סי' פב הובא בגיליון הגרע"א לשו"ע חו"מ סי' רלא סעיף כח. אך כבר כתב החתם סופר בתשובה חו"מ סי' קיט שאם הכריזו בפרהסיא שיבואו כולם, הרי מי שלא בא, נחשב כמוטר כוחו לאותם שבאו.

ונוסיף בזאת מה שכתב הגר"פ שיינברג זצ"ל בקובץ מוריה (שבט תשמ"ח, עמ' ע):

"גם בהני דהלכות שכנים דאזלינן בתר רוב דעות מטעם אחרי רבים להטות, הוי המיעוט בטל לגמרי אצל הרוב, ואין לו שום זכות להתנגד לרוב, ונכסיו משועבדים מעיקרא להכרעות הרוב. וא"כ אי אפשר להתנגד לרוב בטענת קים לי. דטענה זו שייכת דוקא כשיש כנגדו תביעת ממון והמוציא מחברו עליו הראיה, וספק אם נתחייב, דאין הולכים בממון אחר הרוב, ולכן יש לו לומר קים לי כהמיעוט. משא"כ בהלכות שכנים שכבר התחייב והשתעבד להתבטל לגמרי לרוב, כשמעמידים את הנהגת הציבור על הדין המבואר מהכרעת הפוסקים בחו"מ, או על הכרעת רוב דעות המשתתפים".

ובמסקנת דבריו כתב:

"המנהג כהיום בהרבה בניינים לתת את ההכרעות של צורכי הבנין לוועד הבית, והם נתמנו לכך על ידי הצבור, ודינם כדלעיל מהמרדכי והרמ"א שכל מה שעשו עשוי, ונכסי הדיירים משועבדים להכרעותיהם מעיקר תנאי ההשתתפות, ודעת כל יחיד בטלה אליהם".

אמנם קיים סייג ברור להיקף סמכות "בני העיר" או "בני החצר", וכדלהלן.

כתב הריב"ש סי' תעז:

"כל קהל וקהל עושין תקנות וחוקים, לעצמן, בענייני המסים והחובות. וכל שהסכימו בהן הקהל, הולכין אחר הסכמתן. שהרי התנו, ותנאי שבממון הוא. אמנם, אין קהל יכולין לעשות חוק או תקנה, שלא כדין כנגד שום יחיד מן הקהל, אא"כ הסכים הוא עמהם. לפי שאין קהל יכולין להתנות לגזול אחרים. אבל אם הסכימו כל הקהל, בתקנה או בחוק ההוא, אז מועיל לכולם. ואם לא הסכימו כל הקהל, מועיל למסכימים, ולבאים אחריהם, אבל לא לאותן שלא הסכימו. וכן השיב הרשב"א ז"ל, בכיוצא בזה. שנשאל על קהל, שרצו לעשות תקנה וחוק, שכל הדרים בעיר, יפרעו מס בעיר, מכל נכסים שיש להם, בין בעיר, בין בשאר מקומות. והיו עושים זה, כדי לחייב יחיד אחד, שהיה דר ביניהם, שהיו לו נכסים מחוץ לעיר. והשיב הרב ז"ל, וז"ל הבא בתוך תשובתו - והטענה שאמרת שיש לקהל לעשות דינים וחוקים. בדבר זה, נראה לי שאין זה, אלא גזל. ואין יכולין להתנות על הגזילות. ומ"מ, אם התנו כל בני העיר בכך, וקבלו עליהם כל הקהל, תנאם מועיל, לאותם

סי' מא (עמ' שמט) פסק שאם הדיירים משלמים מיסי ועד בית שלא בהתאם לשטח הדירה אלא כל דירה משלמת בשווה לאחרת, ה"ה כשהדירה גדולה לאחר שצירפו לדירה אחת דירה נוספת. אך הוסיף שם:

"וכל דברינו אלה, היינו דוקא שכך קנה הדיירות מהקבלן, והיינו שהשכנים קוני הדיירות ידעו שהולכים להשתתף בבנין רק 11 שותפים ולא 12. אולם אם מתחילה קנו 12 אנשים דירות בבנין הזה, ולאחר שנכנסו לגור קנה אחד את דירת שכניו, יש מקום גדול לחייבו בתשלום כפול. דהרי יכולים שכניו לטעון כלפיו - קנינו הדירה על דעת ששנים עשר איש משתתפים בתשלום ההוצאות, ושוב אין אתה יכול להפסידנו ולחלק ההוצאות לאחד עשר, דסוף כל סוף הרי יש עדיין 12 דירות, כן היה נראה מסברא, וכדאי להתפשר במקרה כזה ולכנס כל הדיירים עד שיגיעו להסדר".

בהתאם לאמור בית הדין פוסק: חיוב הנתבע בתשלום מיסי ועד בית כפולים, יוכל להתבצע בצירוף שני הכוחות, החלטת אסיפה הדיירים שיתכנסו לדיון בנושא, ודעת הפוסקים הנוכרים. דהיינו מאחר ויש טעם רב בסברת הפוסקים הנוכרים, שאם מלכתחילה הבניין נמכר כבניין עם מספר מסוים של דירות, ועל דעת כן נכנסו הדיירים, ומלכתחילה לא הותנה עמם ולא נאמר להם שההוצאות יחולקו כך שלנתבע יהיו שתי דירות שיחשבו כדירה אחת, גם אם עדיין היה מקום לשיקול דעת נוסף אם לפסוק כך בלא החלטה מוסמכת של אסיפת הדיירים. אך ודאי שבצירוף החלטת אסיפת הדיירים, אין להתייחס להחלטה כזו כגול היחיד שאינה בסמכות הדיירים כמבואר לעיל, אלא החלטה כזו היא לגיטימית על פי ההלכה.

הנתבע בסיכומיו טען שאם הקבלן לא הודיע מראש לדיירים על צירוף הדיירות, יש לתבוע את הקבלן, וכי עובדה זו אינה יכולה לפגוע בנתבע.

טענה זו אינה מתקבלת. אלא אדרבה, המצב הבסיסי הוא שהחלוקה בתכניות הבניין כפי שהוגשו לאישור הרשויות הן המחייבות, והן הקובעות, ועל דעת כן נכנסו לגור. אם היתה כוונה לחלוקה אחרת, היה מוטל על הנתבע באמצעות הקבלן להודיע על כך לכל הדיירים מבעוד מועד טרם החתימה על החוזה. משהדבר לא נעשה כן, אין לנתבע אלא להלין על עצמו שלא עלה על דעתו להסדיר עניין זה במועד המתאים.

בהתאם לאמור - הדיירים רשאים להתכנס לאסיפת דיירים שתדון בשאלה העקרונית של גובה תשלום מיסי ועד בית שיוטלו על דייר שברשותו שתי דירות שחוברו יחדיו כדירה אחת, (בהנחה שעד היום נושא זה לא עלה לדיון). אין להצביע ללא דיון מקדים במעמד כל המשתתפים האסיפה, וכן ירשם פרוטוקול. האסיפה תתכנס לאחר פרסום מראש בלוח מודעות של הבניין אודות הישיבה והנושא הנידון, והחלטת הרוב תחייב כולם לרבות את הנתבע. הדיירים רשאים להחליט על הצבעה חשאית.

הנתבע לשלם סכום זה, אין יסוד לטענה המערערת כעת על גובה הסכום שנקבע לתשלום בזמנו. כל טענה על גובה הסכום המוטל על כל דייר, מכאן ולהבא יש להגיש ל"ועד הבית" או לאסיפה אם יתעורר הצורך בכך, והם מוסמכים להכריע. אך ביחס לתקופת העבר, עליו לשלם כפי שכל אחד משאר הדיירים חויב בזמנו. כל טענה שעלתה כעת ביחס לגובה הסכום, דינה להידחות. כמו כן כעת אין מקום לטעון לקיזוז, עקב השקעה כזו או אחרת בבניין. ביחס לכל סכום שהנתבע סבור שמוטל על הדיירים לשלם לו, עליו להציגו בתביעה מפורטת בפניהם, ואם לא יוסכם בין הצדדים על התשלום, הנושא יועבר לבית הדין, אך אין זו עילה לקיזוז כעת. אם הנתבע יזכה בתביעתו, יוכל להיפטר מתשלום באמצעות קיזוז ולהבא, בהתאם.

ביחס לשאלה אם על הנתבע לשלם מס עבור דירה אחת בלבד או עבור שתי דירות, שאלה זו אכן טעונה עיון וביורור הלכתי.

אין חולק כי הנתבע רכש שתי דירות וחיבר אותם לדירה אחת. שאלת תשלום המס אינה נובעת מדרך רישום הדירה בחברת החשמל גז וכיצ"ב, אלא עלינו להכריע בשאלה העקרונית, האם חיבור שתי דירות כפי שבמקרה דנן, מחייב תשלום מס כפול.

אם על פי ההלכה הנתבע מחויב בתשלום מס עבור דירה אחת, אין סמכות ל"ועד הבית" או לאסיפת הדיירים לחייבו בתשלום כפול, וכפי המבואר לעיל.

והנה הלכה זו כפי הנסיבות שבפנינו אם לחייב תשלום מס כשתי דירות כבר נידונה אצל פוסקי ההלכה בימינו, וכדלהלן.

בספר שבט הלוי חלק ט' סי' שו כתב:

"בנדון ועד הבית, כמדומני שאם יש לו שתי דירות נפרדות ממש משלם כשתי דירות. אבל אם יש לו רק שטח של ב' דירות, והוא רק משפחה אחת כשאר דיירים משלם כמשפחה אחת. - מובן שאם נהוג לשלם לפי החדרים או השטח נשתנה הדין אם לא שמנהג אצלם לשלם ע"פ ממון של כאו"א כדעת מקצת ראשונים בטור חו"מ סי' קס"א, אבל באמת טעם של שם לא שייך כאן, וגם קשה לעמוד ע"ז, וגם אין בודקין לגבות כפי גולגולת. ותלמידי הגאון ר' משה שאול העירני דרכי מאז להורות לחלק בין ניקיון וכדומה דודאי אין לחייבו אלא כבעל משפחה אחת, לבין שאר תיקוני הבית דודאי חייב לפי גודל חלקו בבית".

ועיין בספר מנחת צבי (להג"ר צבי שפיץ שליט"א) ח"א סי' יב (עמ' צח) שגם הוא הסכים עם העיקרון הנ"ל כמסקנת שבט הלוי בסוף דבריו, אך הוסיף שאם מלכתחילה הבניין נמכר לדיירים כבניין שיש בו עשר דירות, ואחר כך אחד רכש דירה נוספת וצירף אותה לדירתו, חייב לשלם עבור שתי דירות מכיון שמעיקרא השתתפו על דעת כן שיש יותר דירות ושכל אחד יחויב בהתאם.

וכן בספר עמק המשפט (להג"ר יעקב כהן שליט"א) חלק ג'



נשוא הדיון הנוכחי הוא המבואה שבסמוך לכניסה הראשית לבנין, שמצידה האחד הכניסה לבנין ומצידה האחר הכניסה לחדר המדרגות והמעלית, ומצידה הנוסף כניסה לבית המגורים של הנתבע, וכן כניסה נוספת לשטח נוסף השייך לנתבע, מבואה זו תיקרא להלן - "הלובי".

התקיימו שני דיונים. וכן הדיינים הגיעו למקום נשוא הסכסוך להתרשם מהמקום, על מנת להבין היטב את טענות הצדדים.

התברר כי הנתבע פיצל את הלובי לשני חלקים, ותפס חוקה בחלקו של הלובי הסמוך לדירתו ולשטח הנוסף הנ"ל, והתקין וילון - מחיצה של בד, להפריד בין חלק הלובי שנתפס על ידו והחלק האחר של הלובי, שכעת הוא בלבד משמש את שאר הדיירים.

התובעים טוענים שהלובי במלואו הינו שטח משותף וכי הנתבע לא היה רשאי לתפוס חוקה על חלק הלובי שנטל לעצמו. מאידך, הנתבע טוען שרכש את החלק הזה של הלובי מהקבלן תמורת 15,000 דולר, למרות שהליך רכישה זה לא בא לידי ביטוי בחוזה המכר שברשותו. לטענתו, הקבלן היה רשאי למכור לו חלק מהלובי, ולאחר שרכש חלק זה כדין, הוא רשאי לעשות בו כפי שיקול דעתו לרבות הקמת מחיצה המפרידה בין חלק זה של הלובי ליתרת הלובי.

כמו כן הנתבע טען, כי עקב ריבוי הנכנסים והיוצאים בבנין, היה חייב להקים מחיצה למנוע היזק ראייה.

ביחס לטענה המצדיקה את התקנת הוילון עקב היזק ראייה, יש לדחות טענה זו, וזאת מאחר שבדירת הנתבע קיימת דלת אטומה כמקובל, על כן אין היזק ראייה בעת שהדלת סגורה, והרי זהו המצב הקבוע בכל דירה שדלת הבית אמורה להיות סגורה. על כן אין יסוד בטענת היזק ראייה מהנכנסים והיוצאים בפתח הבנין שלכאורה רואים לתוך ביתו. ואילו ביחס להיזק ראייה ביחס לבני ביתו הנמצאים בחלק הלובי הסמוך לדירתו, אם חלק זה אינו של הנתבע כטענת התובעים, הרי שירדה מהפרק טענת זו להיזק ראייה. ולהלן נברר בעז"ה את המעמד של אותו חלק בלובי.

בשולחן ערוך חו"מ סי' קנד סעיף א' פסק:

"אחד מהשותפין בחצר שלקח בית בחצר אחרת, אינו יכול לפתוח פתחו לחצר השותפים שלו, שכל אחד מבני החצר אין לו רשות לשנות כלל, אלא כמו שבנאו או קנאו או ירשוהו יש להם לנהוג בו".

ובספר ציץ אליעזר חלק טז סי' סט כתב על דברי השו"ע:

"למדנו מזה שבשותפין בחצר, כשאחד מהשותפין רצונו להכניס איזה שינוי שיפגע ע"י כך באיזה דרך שהיא את חלק שותפו ... יסוד האיסור בזה הוא מפני שע"י כך פוגע בבעלות המשותפת, וכפי שבאה ההדגשה בשו"ע "שכל אחד מבני החצר אין לו רשות לשנות כלל, אלא כמו שבנאו או קנאו" ... ומהלכה אל חוק בתים משותפים, ומנהג המדינה. לפי דעתי בכגון נידוננו יש שפיר להתייחס באופן חיובי אל החוק האמור.

האסיפה רשאית לקבוע כי העיקרון המנחה לקביעת תשלומי המס יהיה על פי מדר של מספר הדירות כפי שהיתה התכנית המקורית של הבניין וכפי שהוצג בפני הדיירים בעת מכירת הדירות, וכי דייר שהוא בעל שתי דירות המצורפות כדירה אחת ישלם מס כפול, או להחליט להתפשר על תשלום חלקי ביחס לדירה השניה. כמובן שהחלטת האסיפה ביסודה תהיה החלטה עקרונית שתחייב גם את הנתבע, אך גם כל דייר אחר שבעתיד יצרף לעצמו דירה נוספת.

בהתאם לאמור - חיוב הנתבע במס עבור הדירה השניה, אם כך יוחלט, תהיה החל מיום קבלת החלטת אסיפת הדיירים אך לא למפרע.

ועד הבית רשאי להעלות לדיון באסיפה, גם נושאים נוספים שעלו בכתבי טענות הצדדים, ובכפוף לכך שנושאים אלו מתייחסים לסדרי אחזקת הבניין וההתנהלות של דייר או דיירים בשטח המשותף בתוך המתחם לרבות בקירות החיצוניים של הבניין שהם רכוש כלל השותפים וכיוצא"ב. כאמור לעיל החלטות אלו מחייבות את כל השותפים והדיירים, בכפוף לכך שההחלטות התקבלו בהתאם לאמור לעיל.

אמנם ביחס לנושאים שכבר הוחלטו במסגרת ועד הבית או אסיפת דיירים, ובמתכונת האמורה לעיל, אין צורך להתכנס מחדש לדיון בנושאים אלו.

כמו כן כל התחייבות שהצדדים התחייבו בזמנו בחוזה הרכישה, כגון השתתפות בתחזוקת הרכוש המשותף לרבות מעלית, התחייבות זו מחייבת את הצדדים גם ללא החלטה נוספת של הדיירים.

אם לאחר קבלת ההחלטות, תעלה טענה שהחלטה כזו או אחרת אינה בסמכות ועד הבית או האסיפה, או שיש בה משום גזל היחיד וזכויותיו, הטענה תוגש לבית הדין ובית הדין ידון ויחליט.

פסק הדין הנוכחי אינו מתייחס לטענות המתייחסות לשטח הלובי. בנושא זה בית הדין יפסוק במועד אחר לאחר ביקור במקום, שיעשה במועד קרוב בתיאום עם מוכירות בית הדין, ובנוכחות נציג אחד בלבד, מכל צד.

### חלק ב' מפסק הדין.

בפני בית הדין תביעה מטעם דיירי בנין מגורים, שהם בעלי דירות בבנין משותף המצוי בצפת, להלן "התובעים", כנגד אחד הדיירים, שהוא בעליה של אחת הדירות, להלן "הנתבע".

במסגרת פסק דין קודם, בית הדין התייחס לכמה תביעות שנידונו, למעט התביעה המתייחסת ללובי, ולהלן פסק הדין בנושא זה.

הנתבע רכש דירה בבנין משותף בקומת הקרקע במפלס שבו הכניסה הראשית לבנין. בכל אחת מהקומות מצוי לובי, שהוא חדר - מבואה, המקשרת את הכניסה מחדר המדרגות ופתחי הדירות.

כללי השיתוף יכולים להיקבע על ידי הסכם מפורש כתוב וחתום, וכן יכולים להיקבע על יסוד אומדן דעת שכוונת השותפים לנהוג כמנהג המדינה, הבא לידי ביטוי בחוק, וזאת גם בהעדר הסכם מפורש.

לכן בנסיבות אלו אין מוטל על בית הדין להכריע בשאלת התוקף ההלכתי של שיש לחוק המדינה. בלא להיזקק לשאלה זו, יש לקבוע כי בסתמא השיתוף בין הצדדים, נקבע על דעת כן שהשותפים ינהגו בנכס המשותף כפי הנהוג.

יצויין כי במקרה שבפנינו, בחוזים שהוצגו בפנינו בדף הנספח, נכתב בראש העמוד "לפי חוק המכר (דירות) תשל"ג 1973". תוספת המוסיפה חיוזק לאומדנא הנזכרת.

ולהלן כמה דוגמאות לעיקרון זה שהאומדנא נקבעת על פי החוק -

א. בספר עטרת שלמה (להגרש"ש קרליץ זצ"ל) ח"א עמ' שפ שהביא בירור הלכה שברר עם דודו החזון איש, ובו פסק החזון"א ביחס לחוק הגנת הדייר, שאמנם אין לחוק תוקף על פי ההלכה, ואין לדון בזה מכח ההלכה של דינא דמלכותא דינא, אך היינו דוקא ביחס למקרה שהשכרת הדירה נעשתה בטרם יצא החוק הנ"ל. אך אם לאחר שנכנס לתקפו, חוק הגנת הדייר, המשכיר השכיר בסתמא, ואם לא הזכירו דבר מהחוק, יש לקבוע שבסתמא דעתם היתה שינהגו על פי כללי החוק, כל עוד לא קבעו בפירוש להיפך. וז"ל שם:

"דעת הגאון חזון איש, מאחר ששכר הדירה כשיש חוק כזה, א"כ על דעת זה שכר, דמאחר שיכול להכריח לפי החוק היה המשכיר צריך לחשוש, וע"כ השכיר על דעת זה כפי החוק על כל זכויותיו ועל כל חובותיו, מדלא התנה שהשכירות תלוי בדעתו הבלעדית, אשר לפי זה אין יכול המשכיר להוציא את השוכר למרות שהשכיר לו לזמן מסויים, אך לא דיבר בשעת ההשכרה שזה בלי הגנת הדייר, ולפי זה לא יכול לדרוש ממנו דמי שכירות גבוהים לאחר זמן השכירות ... צריך לשלם לו כפי מה שנקבע בחוק, מאחר שעל דעת זה השכיר לו".

יסוד הלכה זו התבארה בחזון"א בספרו חלק חו"מ (ליקוטים סי' טז סק"א) שכתב על מה שכתב הרמ"א בחו"מ סי' עג סעיף יד שפסק את דברי המרדכי שכתב שגם בישראל שהלוחה לישראל הלואה על המשכון, אם המנהג שלא יוכל למכרו תוך שנה אולינן אחר המנהג, וכתב החזון"א:

"בדרכי משה סי' עג סק"ו פי' דברי המרדכי דינא דמלכותא דינא חשיב כמנהג, והמלוה סתם ולא פירש זמן, דעתו כפי הנהוג עם העכו"ם".

ואח"כ הביא החזון"א מש"כ הש"ך בס"ק לט לחלק בדינא דמלכותא דינא בין דין המלכות הסותר דבר המפורש בתורתנו לבין כשאין מפורש בתורה, וכתב על זה החזון"א:

"ולשון הש"ך ז"ל קשה לכווין, שאין חילוק בין דין מפורש לאינו מפורש, ואין כלל דין שאינו מפורש, שהכל מפורש בתורה. אלא שכן הוא הדין, שאם משכנו סתם, צריך בית דין לשקול את האומדן עד כמה מחל לו שלא יתבענו, ודינא דמלכותא מכרעת את האומדן. וכיון דמורגל אצלינו דינא

הן מפני שהוא איננו נוגד דין תורתנו הקדושה, ועכ"פ לא מפורש אצלנו דלא כן (יעוין במגיד משנה בפרק כ"ז מה' מלוה ולוה ה"א, וש"ך חו"מ סי' ע"ג סק"ל ט"ט ע"ש), והן מפני שזה מעין קבלו עליהו ונהפך גם למנהג - המדינה (עיינן עוד להלן).

ומה אומר בזה החוק של בתים משותפים? בחוק מקרקעין תשכ"ט "התוספת" סעי' 62 סק"א כתוב: "אין לקבוע הצמדה של חלק מסוים מהרכוש המשותף לדירה פלונית אלא בהסכמת כל בעלי הדירות". ובסעיף 46 סק" 2 כתוב: "בעל דירה אינו רשאי לעשות בדירתו שינויים או תיקונים הפוגעים ברכוש המשותף או שמסכנים או עשויים לסכן את קיומו או משנים או עשויים לשנות את ערכו אלא אם כן קיבל תחילה הסכמת בעל הדירה האחרת".

הרי לנו דברים ברורים ומפורשים בחוק "בתים משותפים" כי אין לקבוע הצמדה מהרכוש המשותף לדירה פלונית. וכן לא לעשות שום שינויים אפילו בדירתו הוא העלולים לפגוע ברכוש המשותף או לשנות את ערכו מבלי קבלת הסכמת בעל הדירה האחרת, ולפי הקביעה וההגדרה של סעיף 64 סק" 1 של החוק האמור, ושציטטנוהו לעיל בדברינו, ברור הדבר כי שטח המריבה של נידוננו הוא בנוגע להצמדת חלק מסוים מהרכוש המשותף לבעל דירה פלונית, והשינויים שרוצים להכניס עלולים לשנות גם את ערכו, ולכן ברור שהוא מנוע מכך מבחינת החוק. והרי אין חולק על כך כי הבנין שלפנינו רשום בפנקס הבתים המשותפים",

עכ"ל תשובת ציץ אליעזר, שנכתבה כפסק דין בבית הדין הגדול.

על כן גם ביחס ללובי נשוא הדין, מלכתחילה הלובי היה חדר מבואה אחד המשמש את כלל הדיירים, וכך הוא עפ"י הרישום, אך הנתבע עשה מעשה ותפס חזקה על חלק מהלובי, עליו חובת הראיה להוכיח שחלק זה הוא רכוש הפרטי, וכל עוד אין בפנינו ראיה ברת תוקף אלא טענה בלבד, עלינו להורות לנתבע להחזיר את המצב לקדמותו ללא כל עיכוב.

מאחר שהנתבע אינו יכול להביא שני עדים, או ראיה אחרת המתקבלת, שחלק מהלובי שלו, אין מנוס מהמסקנה הנ"ל, שאין אחד מהשותפים רשאי לעשות שינוי כלשהוא בשטח המשותף השייך לכלל השותפים.

להלן נברר שגם אילו הנתבע היה מביא שני עדים כשרים, שהעידו שהוא רכש חלק מהלובי מהקבלן כנטען על ידו, אין בכך לאפשר לו להחזיק בחלק זה של הלובי כמבוקש על ידו, וכפי שיתבאר להלן. ראשית נקדים ונבאר את התוקף שיש לחוק המסדיר את כללי השיתוף בבית משותף. גם אם לא נקבל את קביעת הציץ אליעזר במלואה, שהחוק מצד עצמו מחייב, עכ"פ יש לחוק מעמד מחייב, וכפי שיבואר.

נקודת המוצא בהלכה זו היא שהבניין הינו בניין משותף המורכב מדירות השייכות לבעלי הדירות, אך כל בעלי הדירות שותפים בחלקים מסוימים בנכס, כגון חצר חדר מדרגות וכיוצ"ב.

חכמי תורה וגם אף לא ע"פ יהודים דוקא. דאף שהנהיגו זה הנכרים, כגון שהם רוב תושבי העיר, נמי הוא מדין התורה בסתמא כפי המנהג, דאדעתא דמנהג העיר נחשב כהתנו בסתמא. וכן הוא בענייני מכירה, מה הוא בכלל המכר, שאף שאיכא דינים קבועים בפרקי המכירה בב"ב, מה הוא בכלל המכירה, מפורש ברמב"ם ס"פ כ"ו ממכירה ובש"ע חו"מ סי' רי"ח סעי' י"ט דהוא רק במקום שאין מנהג, אבל במקום שיש מנהג הולכין אחר המנהג. והטעם שבסתמא הוא כהתנו שהוא כהמנהג, ולכן אין חלוק מי הם שהנהיגו, דאף אם הנכרים שהם רוב תושבי העיר הנהיגו, נידון בדין התורה בסתמא כהמנהג ... ולכן ודאי לא גרע דין המלכות ממנהג, שבסתמא הוא כהתנו אדעתא דדין המלכות, וכ"ש שכן נוהגין כדין המדינה, ונמצא שגם המנהג כן נחשב זה ממילא כבתוך הזמן. ובתוך הזמן, הא אין יכול המשכיר להוציאו, אף בנפל הבית של המשכיר שצריך לעצמו, כדאיפסק בסי' שי"ב סעי' י"א וכדעת רוב הפוסקים דלא כתוס' ב"מ דף ק"ב. אך שמעתי שמדין המלכות שאם צריך המשכיר לעצמו יכול להוציאו, וממילא יהיה זה גם מדין התורה דהוי כהתנו כן. וצריך לחקור אצל יודעי דיניהם שהוא אדם כשר. כי על השופט אין לסמוך שאין להם חזקת כשרות, ואפשר שיעוות בשוגג או במזיד".

בהתאם לאמור בנידון שבפנינו, יש לקבוע שהצדדים נכנסו לשותפות הנוכחית על דעת כן שכללי השיתוף יהיו כפי הנהוג במנהג המדינה המיוסד בעקבות החוק.

בהתאם לאמור, קבלן המוכר דירות בבית משותף קבל על עצמו והתחייב לייסד את השותפות בין בעלי הדירה בהתאם לחוק, על דעת כן הקונים רכשו את חלקם בנכס המשותף, ואין הקבלן יכול להותיר בבעלותו שטח שלא הוצא, במפורש ובהסכמת כלל השותפים, מכלל הרכוש המשותף.

בהתאם לסעיף 6 לחוק המכר, "הוצאת חלק מהרכוש המשותף" על ידי הקבלן חייב להיות מפורט ומפורש בחוזה שנערך עם כלל רוכשי הדירות. הדברים מסתברים מאד, שלא יתכן שרוכש דירה ירכוש את הנכס לרבות חלקו בבניין המשותף בהנחה שקבל נכס מסוים, ולבסוף יתברר שהקבלן גרע חלק כזה או אחר מהחלק המשותף לטובת דייר אחד. במקרה שבפנינו לא נמצא סעיף מתאים המאשר גריעת חלק מהלובי לטובת הנתבע, ואף בחוזה שברשות הנתבע לא נכתב דבר מגריעת חלק מהלובי מכל בעלי הדירות לטובת הנתבע.

ה"רכוש המשותף" בבית מגורים משותף, מוגדר בסעיף 52 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, כך - "רכוש משותף" - כל חלקי הבית המשותף חוץ מן החלקים הרשומים כדירות, ולרבות הקרקע, הגגות, הקירות החיצוניים, המסד, חדרי המדרגות, מעליות, מקלטים, וכן מתקני הסקה או מים וכיוצא באלה המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם, אפילו הם בתחומי דירה מסוימת".

אין ספק כי גם - מבואה / לובי, שהוא חדר המקשר בין

דמלכותא דינא, אף שזה רק בתנאים מיוחדים, מ"מ זה משפיע על בני אדם לסמוך בסתמא על שיעור שהם דנים בו, וזו כוונת הראב"ד בש"ך ס"ק לו, ונמצא שאנו דנין בדיננו, ולא בדיניהם".

ב. כעין סברת החזו"א כתב בשו"ת מנחת יצחק ביחס לחוק הגנת הדייר, עיי"ש בחלק ב' סי' פו שכתב: "כיון שעדיין החוק בתוקפו, וכבר קבלו עליהם החוק מרצונם, א"כ מי ששוכר דירה שוכר ע"ד החוק, וא"כ אם המשכיר לא היה מרוצה לזה, היה לו להתנות באופן היותר מועיל שלא יחול החוק על זה, וכה"ג איתא בתשובת מהר"ש ח"ו סי' י"ט עיי"ש".

ג. בפד"ר חלק טז עמ' 312 הובא פסק דין מבית הדין האזורי בירושלים בהרכב הדיינים נ"ע הגר"י עדס הגר"ב זולטי והגר"ש אלישיב, שכתבו:

"אם השכירות היתה בזמן שהיה כבר קיים חוק הדייר, הרי ברור שאדעתא דהכי היתה השכירות, שהמשכיר לא יוכל להוציא את השוכר מהדירה גם לאחר תום תקופת השכירות שכתבו בחוזה השכירות, כיון שהמשכיר ידע שקיים חוק הדייר שאינו יכול להוציא את השוכר. ומה שהזכירו בחוזה זמן קצוב לשכירות היינו במקרה שיתבטל חוק הדירות, שהשכירות קיימת עד זמן הקצוב, אבל כל זמן שחוק הדירות קיים, אדעתא דהכי השכיר לו שלא יוכל להוציאו לעולם כפי מנהג המדינה, ובהלכות שכירות מבואר בהרבה מקומות שהכל כמנהג המדינה".

ד. באגרות משה חלק חו"מ ח"א סי' עב כתב:

"בעובדא זו, דעשו מדינא דמלכותא שהמשכיר אינו יכול להוציא את השוכר אף אחר שכלתה זמנו, כל זמן שרוצה לדור שם. אין הנידון כאן מצד דינא דמלכותא אלא לאלו ששכרו קודם שנעשה הדין שאז היתה השכירות בסתם רק להזמן שהתנו, והיה רשאי המשכיר להוציאו והיינו צריכין לדון אם יש בזה דין דינא דמלכותא דינא. אבל לאלו ששכרו אחר שכבר נעשה הדין מהמלכות ולא התנו בפירוש שכשיבא הזמן יהיה מחוייב לצאת אלא סתם, הוי כהתנו שאדעתא דדין המלכות השכיר לו והשטר שעשו על שתי שנים הוא רק שלא יוכל השוכר לצאת קודם השתי שנים משום שעל השוכר לא עשו המלכות שום דין והוצרך המשכיר לעשות שטר שלא יוכל לצאת, וכן הוא שלא יוכל המשכיר לרבות בדמיה אף כשיתנו המלכות רשות להוסיף, וכן שלא יוכל המשכיר להוציאו קודם שתי שנים אף אם המלכות תבטל את דינה. אבל באם יהיה עוד קיים דין המלכות הוי השכירות כהתנו שיהיה הזמן כפי דין המלכות, שכל זמן שירצה השוכר לדור שם ידור. וא"כ הוא גם מדין התורה ממילא כבתוך הזמן. והגע עצמך, דהא ברור ופשוט שכל אלו הדינים התלויין במנהג המדינה, כגון בב"מ דף פ"ג מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו רשאי לכופן, ומקום שנהגו לזון יזון לספק במתיקה יספק, וכגון בדף ק"ג במקבל שדה מחברו מקום שנהגו לקצור יקצור לעקור יעקור לחרוש אחריו יחרוש וכדומה, א"צ שיעשה המנהג ע"פ

והמנהג, הקונה דירה כלול בה גם החלקים המשותפים של הבנין, כגון חדר מדרגות ומקלט וגג, נראה שזכות זו לא נפגעה גם במקרה שמכר דירה ולא פירש את החלקים המשותפים, לא מיבעיא לטעמו של הר"ח שהיה על הקונה לפרש, במקרה כזה שזכויותיו של הקונה מובטחות מצד החוק הוא לא דאג לפרש את הדברים, אלא גם לטעם הראשון של הרשב"ם שהמוכר לא התכוין למכור יותר ממה שהיה מוכר, כיון שהחוק מכליל את החלקים המשותפים עם הדירה, מן הסתם זו גם דעת המוכר אף על פי שלא פירש, וכמש"כ הרמב"ם שהולכים אחר לשון רוב בני המקום ואחר המנהג, ואפילו תימצי לומר שהמוכר סבר לתומו שבשטח ירוק אין החלקים המשותפים כלולים בדירה, ואפשר שיש עוד מיעוט אנשים שסוברים כמותו, אין זה מגרע בזכותו של הקונה עפ"י מה שמקובל כמנהג המדינה ובלשון רוב אנשי המקום לכלול בלשון דירה".

בהתאם לקביעה זו, גם בטרם נקבע את כללי השותפות בין כלל בעלי הדירות, בסתמא המוכר מכר לכלל הדיירים בהתאם להוראות החוק, ומאחר שהקבלן ביצע מכירה לקונה שקנה עוד קודם לנתבע, ואותו קונה רכש את הזכות בכל לובי הכניסה, כשאר השותפים, הרי שלאחר מכן הקבלן כבר לא היה יכול למכור לנתבע זכות בלעדית על חלק מהלובי, כנטען על ידו.

שנית, בנוסף ובהתאם לאמור לעיל בדברינו, גם אילו הנתבע היה רוכש ראשון את הדירה מהקבלן, אין בכך כל נ"מ מאחר שהבנין נועד להיות בית מגורים משותף, והקבלן התייחס כך לכלל הרוכשים, היה על הקבלן לנהוג בהתאם לכללים המחייבים את אותו ואת כלל השותפים, ולגרוע מהשטח המשותף רק על יסוד חוזה מפורט ומפורש עם כלל השותפים. בזמנו, גם הנתבע, כאחד מהשותפים היה מחוייב שלא לרכוש חלק מהשטח המשותף אלא בהתאם לכללי השותפות, ומשלא עשה כן, הפסיד לעצמו.

#### מסקנת הדברים:

אנו פוסקים כי הלובי בחדר הכניסה במלואו הוא רכוש משותף של כלל בעלי הדירות. הנתבע לא היה רשאי לתפוס חזקה על חלק מהלובי ולנהוג במקום זה כאילו הוא רכוש הפרטי. מוטל על הנתבע להחזיר את המצב בלובי לקדמותו לרבות הסרת הוילון והמתקן המחזיק את הוילון, וביטול החורים שהנתבע קדח בקיר הלובי, באמצעות סתימתם וצביעה מחדש של הקיר באותו מקום.

כל טענה המתייחסת לריבוי הנכנסים והיוצאים בבנין עקב השכרת דירות וכיוצ"ב, תוכל להיות מוגשת לוועד הבית או לאסיפת הדיירים, וההחלטות יתקבלו בהתאם לעקרונות שנקבעו בהחלטה קודמת. וכן ביחס לשאר הטענות שעלו בפנינו בעת ביקור בנכס נשוא הדין.

הכניסה הראשית למדרגות ולמעלית, דינו כחדר מדרגות המיועד לשמש את כל הדיירים בבנין. גם במקרה הנוכחי, מתוך בחינת המקום בעת ביקור הדיינים בלובי נשוא הסכסוך, נראה ברור שכל הלובי נבנה מלכתחילה כיחידה אחת המיועד לשמש את כלל הדיירים, וכן עולה מציפוי השיש המיוחד שהותקן בכל הלובי, המותקן בחדר מדרגות המיועד לכלל הדיירים, ולא לאדם פרטי, וכי אין הפרדה של התקנת חשמל נפרדת וכיוצ"ב. בנוסף, אילו אכן הלובי הכללי מלכתחילה היה מיועד להיות קטן ומצומצם כפי שנתר בעת לאחר תפיסת חלק ממנו על ידי הנתבע, מדוע מלכתחילה בתוכניות לא נבנתה מחיצה מתאימה באותו מקום שהנתבע כעת התקין וילון.

הנתבע טען שהוא רכש ראשון את הדירה שלו מהקבלן, וכי באותה עת הקבלן היה רשאי למכור לו חלק מהלובי, ורק השאר נותר כרכוש של כלל בעלי הדירות.

ביחס לטענה זו, בהתאם למסמכים המצורפים לתיק, המועד המופיע בחוזה של הנתבע הינו 5.4.05, ואילו בכתב התביעה מצוי חוזה שבו הקבלן חתם חוזה עם פלוני ופלוני עוד ביום 26.11.03.

בנקודה זו נוסיף כי גם לולי העקרונות האמורים לעיל המייחסים את השיתוף בהתאם להוראות החוק, נציין לפסק דין של בית הדין לממונות ברבנות ירושלים כרך ה' עמ' ע"א, שכתבו כדלהלן:

"במשנה ב"ב סא. המוכר את הבית לא מכר יציע וכו', ושם עא. בד"א במוכר אבל בנותן מתנה נותן את כולה. ובגמ' שם, מ"ש מכר ומ"ש מתנה, פירש יהודה בן נקוסא לפני רבי וכו' זה היה לו לפרש וזה לא היה לו לפרש. וברשב"ם כתב שני פירושים, פירוש א' - מוכר זווי אנסוהו ולא מכר אלא מה שפירש, ור"ח פירש הקונה היה לו לפרש דכיון שנותן דמים אינו מתבייש מן המוכר, ומדלא הזיק למוכר לפרש לו הכל הפסיד. והסמ"ע חו"מ סי' רטו ס"ק לח הביא פי' הראשון להלכה.

וברמב"ם מכירה פכ"ו ה"ז וח': אין כל אלו הדברים וכיו"ב מעניינים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג וכו', אבל במקום שנהגו שהמוכר כך וכך מכר, ה"ז מכור וסומכים על המנהג, וכן מקום שאין קורין בית אלא לבית לבדו או שקורין בית לבית ולכל שסביבותיו ולכל שעל גביו, הולכין אחר לשון המקום וכו', וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו המקום ואחר המנהג. ובסוף פרק כח שם: במקום שיש מנהג הלוחך אחר מנהג המדינה ואחר לשון רוב אנשי המקום הידועה להן. ועיין מלבושי יום טוב חו"מ סי' ו', הובא באבן האזל מכירה שם, ונחל יצחק סי' סא ענף ד, שאע"פ שאין הולכין בממון אחר הרוב בענין זה סומכים אחר לשון רוב בני המקום הידועה להם, אף על פי שיתכן שיש מיעוט שאינם קורין לזה כך, ועי"ש הטעם. והנה בזמננו שעפ"י החוק

## סימן יג

## מעמדו של הסכם בין בני זוג שלא אושר בביה"ד או בביהמ"ש

בחלקים שונים, מביע כוונת שיתוף בחלקים שונים. ובהתאם לרישום - הנכס יחולק בין הצדדים בחלקים שונים, כל עוד לא הוכח שכוונתם אינה כוונת שיתוף.

כיום שחוק יחסי ממון מוכר לציבור הרחב, ידוע לכל אחד מבני הזוג, כי עקרונית, הנכסים הרשומים על שני הצדדים יחולקו בחלקים שווים, ובמידה שבכוונתו של בן זוג אחד להוציא את הנכס ממעמד של נכס משותף, עליו לרושמו בהתאם לחלקו היחסי במימון הנכס או בדרך אחרת המביעה את החלוקה הבלתי שיוויונית של הנכס, או לערוך הסכם ממון מתאים.

בני הזוג דגן, רשמו את הנכס בחצור על שם שניהם, בכך נקבע מעמדו של הנכס כרכוש משותף.

**המקורות הלכתיים הנותנת תוקף לרישום ולא לחלק היחסי בהשקעה**

בפסקי הדין דלהלן קבעו כן, מאחר שבמציאות הידועה בימינו קיימת אומדנא ברורה ביחס לכל זוג הרוכש דירת מגורים הנרשמת על שם שני בני הזוג, שללא ספק כוונתם שנכס זה יהיה רכוש משותף ללא סייג, וזאת גם אם צד אחד מימן את מרבית העלויות או את כל העלויות, כל עוד לא נחתם הסכם ממון שבו הוסכם שהנכס לא יחשב רכוש משותף.

בתשובת "בית יצחק" (חור"מ סי' עב) קבע ביחס לנכס הנרשם על שם שני בני הזוג, הצד שמימן את מלוא הרכישה "נתכוון למתנה גמורה" בעצם הרישום, וכוונתו שיירכש נכס שיהיה רכוש משותף. וכן בפד"ר ח"ו עמ' 264 בפס"ד מבית הדין הגדול נקבע:

"בדירה קנויה שהבעל שילם מכספו והוא רשם בטאבו ע"ש אשתו, זוהי הוכחה שהבעל נתן לה במתנה, שהרישום בטאבו הוא הקובע את הבעלות".

ובפד"ר יא עמ' 122 מביה"ד האזורי בת"א נכתב: "אף שרוב כספי הדירה שולמו ע"י אבי האשה, מכל מקום כיון שמחצית הדירה נרשמה בטאבו על שמו, יש מקום לומר שהרי זו כמתנה שנתנו לו. ואף שיש מחלוקת הראשונים אם אנו רואים את הרישום כמתנה ... מ"מ מספק אין להוציא ממנו. וכן היא מסקנת ה"תומים" בסי' ס"ב סק"ה, וכאשר העלו בפס"ד מבי"ד הגדול שבכרך ו' עמ' 264".

ועיין בכעין זה בפד"ר ח"י"ד עמ' 22 וחט"ז עמ' 249.

וכן בפד"ר כרך א' עמ' 117-116 (ובעיקר במש"כ בעמ' 117 ד"ה אולם), פד"ר כרך ג' עמ' 75-74.

ועיין עוד בפד"ר כרך ט"ז עמ' 358-354, שנטה מדרך זו, וסברתו אינה מתקבלת, מאחר שתפס את הרישום כפעולה הנקטת מחמת הנהוג ואינה מבטאת בעלות. אך מאחר שכל אדם הרושם נכס בחלקים שונים על שם בן זוגו יודע שרישום

הצדדים התגרשו לפני שש שנים ולהם דירה בחצור. ביום ... הצדדים הופיעו בבית הדין וחתמו על הסכם גירושין שאושר, ובו נכתב כדלהלן:

א. הצדדים מתגרשים בהסכמה.

ב. הדירה ברח' ... בחצור תשאר רכוש משותף, לאשה תהיה זכות בלעדית למגורים בה למשך ארבע שנים. הדירה תימכר ובתמורתה תחולק בין הצדדים בחלקים שווים.

ג. הבעל מנוע מלהיכנס לדירה כל עוד האשה מתגוררת בה.

ד. האשה תשלם לבעל 350 שקל לחדש, כל עוד היא מתגוררת בדירה.

ה. תכולת הדירה לאשה פרט לטלויזיה, מערכת, כירת גז וקומקום חשמלי שיעברו לבעל.

ו. האשה מוותרת על כתובתה ותוספת כתובתה ואין תביעות נוספות.

לאחרונה, ולאחר שחלפו ארבעת השנים שבהן ההסכם העניק לאשה זכות מגורים בלעדית בדירה, הוגשה תביעה לשינוי ההסכם.

בהחלטה שניתנה לאחר דיון במעמד הצדדים ובאי כוחם נכתב כדלהלן - "התקיים דיון ביחס למעמדה של הדירה והוצגה הסכמה שלא להתחשב בהוראות הקבועות בהסכם שנחתם בזמנו, אלא יתקיים דיון אודות מעמדו של הנכס, ותינתן הכרעה האם נכס זה הינו רכוש משותף כפי הרישום או שיש להתחשב במקורות המימון. המבקשת תגיש סיכומים מטעמה והם יתקבלו תוך 30 יום ממועד הדיון, ולאחר מכן ינתן פרק זמן דומה לסיכומים מטעם משיב. בהתאם למבוקש אנו מאשרים הסכמות אלו", **עד כאן מהחלטה זו.**

גם כעת, ארבעה חודשים לאחר שניתנה ההחלטה הנוכרת, לא הוגשו מטעם המבקשת סיכומים המתייחסים לשאלה הנוכרת בהחלטה, אלא המבקשת טוענת כי נחתם בין הצדדים הסכם גירושין חילופי שבו הנתבע ויתר על חלקו בדירה תמורת 50,000 שקל, ומבוקש לקבוע שהסכם זה מחייב את הצדדים, יצוין שעל ההסכם חתומים שני עדים.

המשיב ביקש לדחות את התביעה.

לאחר עיון בחומר שבפנינו אנו פוסקים כי מאחר והדירה בחצור רשומה על שם שני הצדדים והיא עד היום רכוש משותף, לא יחול שינוי במעמדה, וכל אחד מהצדדים רשאי להגיש בקשה לפירוק השיתוף בנכס.

ההלכה עולה מפסיקת בתי הדין הרבניים לאורך השנים (וכפי שיפורט להלן), היא - רישום נכס על שם שני בני הזוג

מטעם סיטומתא כי מנהג הסוחרים הוא להביא הסכם לאישורו של בית הדין.

פסיקה זו מיוסדת על הוראת חוק יחסי ממון הקובעת כי תנאי לתוקף הסכם הממון הוא, שיהיה בכתב והוא טעון אישור בית המשפט או בית דין דתי. האישור יינתן רק לאחר שבית הדין או בית המשפט נוכח שבני הזוג עשו את ההסכם בהסכמה חופשית ובהבנתם את משמעותו ואת תוצאותיו. אישור הניתן על ידי בית הדין או בית משפט להסכם ממון מהווה תנאי לתקפותו - זהו הכלל לענייננו (ע"א 490/77, נציה נ' נציה, ל"ב (2) 621; ע"א 169/83, שי (שרעבי) נ' שי (שרעבי), ל"ט (3) 776).

בשורה של פסקי דין נקבע, כי הסכם ממון אשר לא קיבל את אישור בית משפט, הינו חסר תוקף. (ראה ע"א 169/83 (שרעבי) שי נ' (שרעבי) שי, הנ"ל. מ"א (ת"א) 1366/92 אסרף נ' אסרף, תק-מח 93 (2) 664; תמ"ש (ת"א) 21021/96 שילה נ' שילה, [פורסם בנבו]. וכאמור קביעה זו תואמת לפסקי הדין של בית הדין השונים.

על כן בנידון זה שההסכם שהתובעת הציגה, לא אושר בבית הדין או בבית המשפט, הוא חסר תוקף.

מלבד זאת, יצוין כי ניסוח ההסכם בכתב יד הינו מינימאלי ואינו ברור, והצדדים אף לא טרחו לציין בציון כלשהוא את זהות הנכס נשוא ההסכם ואת התאריך לחתימתו. מניסוח ההסכם ניתן להבין שכוונתם היתה לתת תוקף להעברת הנכס, שכאמור לא אוזכר כלל, על ידי הסדרת ההליך באמצעות עורך דין כמפורט בהסכם, דבר שלא אירע בסופו של דבר, וכן הניסוח של ויתור על הבית אינו מתאים לניסוח הראוי להעברת נכס. על כן אין לנייר זה מעמד של חוזה, הן עפ"י חוק והן עפ"י ההלכה.

על כן מכל הטעמים הנ"ל אנו פוסקים שתביעת התובעת נדחית.

בטאבו מבטא זכות קניין בנכס, כל טענה על כוונה אחרת תהיה בגדר "דברים שבלב" ואינם דברים, כנגד הרישום המפורש ומפורט בלשכה לרישום מקרקעין, או ברישום חילופי שהוא שווה ערך מהבחינה הנוכרת.

ביחס להסכם שהתובעת מבקשת לייחס לו מעמד מחייב. יצוין, אין חולק שהסכם זה לא אושר בבית הדין, ודי בטעם זה כדי שלא לתת לו מעמד כלל.

מעמדו ההלכתי של הסכם גירושין חתום שאושר בבית הדין, מיוסד על ההלכה הקובעת - "סיטומתא קניא", דהיינו, המנהג הרווח לתת תוקף להסכם מסוג זה, מחייב. עיין פד"ר כרך ג' עמודים 363-368; פד"ר כרך ד' עמ' 198 ועמ' 289 וכרך ה' עמ' 259 ועמ' 311 בכרך ח' עמודים 47-54, וכרך ט' עמ' 228 ושם צוינו המקורות באחרונים לכך.

בנוסף נציין לדברי הגמרא במסכת קידושין דף כו עמוד א' ביחס לקניין כסף המועיל לקניית קרקע:

"אמר רב: לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר, אבל במקום שכותבין את השטר לא קנה". ופרש רש"י: לא קנה - "דכיון דרגילין בהכי, לא סמכא דעתיה דלוקח עד דנקיט שטרא, ועיקר דעתו לקנות, על השטר הוא."

מטעם זה החתימה על הסכם הגירושין אינה מחייבת ואינה בתוקף אלא לאחר שבני הזוג מתייצבים בפני ערכאה שיפוטית לאישור ההסכם, זאת מאחר שעפ"י חוק יחסי ממון אין תוקף להסכם מסוג זה בהעדר אישור ערכאה שיפוטית, וכך הוא מנהג המדינה ביחס לכלל הזוגות המתגרשים, וכמו שכתבו בפד"ר כרך יט עמ' 274 בסיכום פסק הדין:

"המנהג הוא שכל זוג המתגרש לא סומך דעתו על הסכם גירושין עד שבית הדין יאשר אותו ויתן לו תוקף של פסק דין. לכן הסכם שלא הובא לבית הדין לאשרו אין לו תוקף אפילו לא

## סימן יד

### חלוקת הרכוש בין בני זוג בהתאם לחוק יחסי ממון, לאחר קבלת קניין

בחוק יחסי ממון. ועל יסוד הקניין, בית הדין יפסוק את חלוקת הרכוש בהתאם להוראות החוק.

בזמנו, בכנס הדיינים, ניתן שיעור שמסקנתו היתה שיש להמנע מכך מפני איסור ערכאות, וכי יש בהקנאה מסוג זה משום ייקור ערכאות, והדבר בכלל האיסור של: "אשר תשים לפניהם, ולא לפני ערכאות". וגם בכנס שהתקיים לפני שנה נאמרו דברים דומים התומכים במסקנה זו.

לפי דרכם, לכאורה, על בית דין להימנע מאישור הסכם גירושין שבו הצדדים מסכימים לחלוקת רכוש וזכויות ממון בהתאם להוראות החוק, וכן להימנע מאישור הסכמה בין יורשים לחלוקת רכוש בהתאם להוראות חוק הירושה.

#### מבוא

לעיתים מופיעים בבית הדין בני זוג המבקשים להתגרש, אך אין הסכמה בין בני הזוג ביחס לחלוקת הרכוש, ונחוץ לקיים דיון לבירור הטענות. אך למרות שאין הסכם מפורט, קיימת הסכמה עקרונית שהרכוש לא יחולק על פי ההלכה הפסוקה בשולחן ערוך. אלא שחלוקת הרכוש וזכויות הממון יוסדרו בהתאם להוראות הקבועות בחוק יחסי ממון. בנסיבות אלו מתעוררת השאלה האם ניתן לעשות קניין עם שני בני הזוג, שהם מקנים זה לזה את הזכויות שנצברו על ידם, כך שיחולקו באמצעות בית הדין בהתאם להוראות הקבועות

הוסיף שאמנם אין ממש בהסכמה, בכל הנוגע להתיר איסור ערכאות, אך הסכמה זו מועילה ביחס לממון שהוציא בערכאות, שאינו גזל בידו, גם אם על פי דין תורה אינו ראוי לקבלו.

בספר ברכי יוסף חו"מ סי' כו הביא מדברי הרמ"ך בחידושו בסוף מסכת גיטין, שכתב בלשון זו:

"אע"פ שדיניהם כדיני ישראל, אי אתה רשאי להזקק להם ולהביא דין של ישראל לפנייהם. וכ"ש אם דין הוא שיצא בדיניהם זכאי התובע, ובדיני ישראל יצא חייב, שאסור הוא להביאו לפנייהם מפני שני דברים. האחד, מפני שעובר בעשה דכתיב לפנייהם ולא לפני עכו"ם, ולא הבא מכלל עשה עשה. ואחד מפני שגזלו לנתבע כשנטל ממנו בדיניהם שלא בדיני ישראל. ואע"פ שהתנה הנתבע על עצמו בשעת הלואתו שיהא רשאי להוציא ממנו ממונו בין בדיני ישראל בין בדיני עכו"ם, אע"פ כן עובר בעשה אם מביא דינו לפני דייני העכו"ם, והו"ל מתנה לעקור דבר של תורה. מיהו אינו גולץ, דכיון דתנאי ממון הוא שניתן למחילה, תנאי קיים, ואע"פ שנטל ממון שלא כדין ישראל, אלא כדין העכו"ם, מה שנטל נטל ואינו חייב להחזיר".

מצינו בראשונים שדנו בשאלה האם ניתן לעשות קנין להתחייב לדון בפני ערכאות, כשהמתחייב מקבל על עצמו בקנין לדון בפני ערכאות ולשלם בהתאם לפסיקתם. האם עקב הקנין הותר הדיון בערכאות.

בספר התרומות שער סב סי' ד' כתב:

"יש לברר למי שקבל על עצמו לדון עם המלוה בפני גוים אם מועיל לו תנאו ... על זה השיב הר"ף ז"ל כך זה טופסו, מה ששאלתם המקבל על עצמו בקנין לילך ולדון עם בעל דינו לשופט של ישמעאל יכול לחזור בו או לא ... כך ראינו כי זה יכול לחזור ואינו חייב ואינו רשאי לילך עם בעל דינו אל הגוים, ולא מבעיא כה"ג דקא עקר מצוה, וכדאמר רבי טרפון, אלא אפילו לדבר הרשות, מאי דקנו מאיניש במילתא דעבוד, קנין דברים הוא ואית ליה למיהדר. אבל ודאי אי מקבל עלויה סהדותא דגוים וקנו מיניה לאו דברים בעלמא הוא, כדאמרין נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך אינו יכול לחזור, שאין לאחר קנין כלום".

הטור בחושן משפט סי' כו, הביא את דינו של ספר התרומות בלשון זו:

"כתב בעל התרומות לזה שחייב עצמו בקנין בכך וכך לילך עם המלוה לדון בדיני עכו"ם, אם יש זכות למלוה בכך שיכול לזכות בדיניהם ולא בדיני ישראל, אין הלואה יכול לחזור בו. שאין מועיל אחר קנין כלום והרי זה כמקבל עליו עדות עכו"ם בקנין שאינו יכול לחזור בו. ומכאן אני אומר הואיל וכותבין בשטרי חוב שיוכל לגבות חובו בין בדיני ישראל בין בדיני עכו"ם רשאי להביא לפני דייני עכו"ם בזמן שאינו יכול לכופו בדיני ישראל, כגון שעברה עליו שמיטה וכיוצא בזה שהרי קנו מידו, אבל בזמן שיכול לכופו בדיני ישראל כמו בדיני עכו"ם היה אסור להביאו בפני עכו"ם, והקנין אינו כלום שאינו אלא קנין דברים ... אבל א"א הרא"ש ז"ל כתב אף על פי שכתב

וכידוע מנהג כל בתי הדין בישראל, לאשר הסכמות כאלו ולתת להם תוקף של פסק דין.

לענ"ד מסקנה זו מוטעה. אין איסור בקנין זה, ואין מניעה בקבלת קנין מסוג זה, ולפסוק לבעלי הדין על יסוד קנין כזה. זאת מאחר שאיסור ערכאות, מתייחס להגשת תביעה משפטית וניהול הדיון בפני ערכאות, ובנוסף, לדעת הרשב"א בתשובה, נאסר עלינו לנהוג על פי חוק הסותר דין תורה. אך אין מניעה לקבל קנין הנותן תוקף מחייב להסכמה לחלוקת הרכוש בהתאם להוראות הקבועות בחוק. וכשם שמתנה שומר חנם להיות כשואל, ולהתחייב עפ"י קריטריונים אחרים מאותן הלכות שנקבעו בפרשת שומרים, כך יכולים בני זוג להתנות, ולהתחייב ולזכות, בהתאם לחלוקת הקבועה בחוק.

### הסכמת בעלי הדין לדון בערכאות

במדרש תנחומא פרשת משפטים סי' ג':

"ואלה המשפטים אשר תשים לפנייהם ולא לפני עכו"ם מנין לבעלי דינין של ישראל שיש להם דין זה עם זה שיודעים שהעכו"ם דנין אותו הדין כדיני ישראל שאסור להזדקק לפנייהם, תלמוד לומר אשר תשים לפנייהם לפני ישראל ולא לפני כותים. שכל מי שמניח דייני ישראל והולך לפני עכו"ם כפר בקדוש ברוך הוא תחלה ואחרי כן כפר בתורה, שנאמר (דברים לב) כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים".

הרמב"ם בסוף הלכות סנהדרין פרק כו הלכה ז' כתב:

"כל הדין בדייני עכו"ם ובערכאות שלהן אע"פ שהיו דיניהם כדיני ישראל הרי זה רשע וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת משה רבינו שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפנייהם לפנייהם ולא לפני עכו"ם לפנייהם ולא לפני הדיוטות".

וכן פסק בשו"ע חו"מ סי' כו סעיף א'.

במדרש תנחומא ובדברי הרמב"ם מבואר שהאיסור הוא על בעלי הדין שיש להם דין זה עם זה - "להזדקק לפנייהם", דהיינו להגיש את המשפט "לפני עכו"ם", במקום "לפניהם", שהם דייני ישראל. ואין האיסור מפני תוצאת הדיון, על כן האיסור מתייחס גם לנסיבות שבהם ידוע מראש "שהעכו"ם דנין אותו הדין כדיני ישראל".

איסור זה ללכת לדון בפני ערכאות קיים אף כששניהם מסכימים, כמ"ש הרמב"ן עה"ת בתחילת פרשת משפטים (פרק כא פסוק א') ובתשובת הר"ן סי' עג, וכן פסק שו"ע חו"מ סי' כו סעיף א'.

עיי"ש ברמב"ן שהביא את הדרשה לפנייהם ולא לפני הדיוטות, ולא לפני ערכאות של גוים, וכתב:

"אע"פ שהזכירו חכמים שתי הכתות האלה כאחת, יש הפרש ביניהם, שאם רצו שני בעלי הדין לבוא לפני ההדיוט שבישראל מותר הוא, ובדקבלוהו עלייהו דינו דין. אבל לפני הגוים אסורין הם לבוא לפניו שידון בדיניהם לעולם, ואפילו היו דיניהם כדינו באותו ענין".

גם הרמ"ך בחידושו עמ"ס גיטין כתב בדברי הרמב"ן, אך

דרך לעצמי לבוא בכוונת בעל התרומות בתשובת הרי"ף הנ"ל, והוא - דטעמא דמחלק הרי"ף בין דיין גוי לטהור דגוי הוא שמי שקיבל עליו בקנין לזון בעש"ג הוא כמו שמקבל עליו לעבור על דברי תורה, ואיסורא עביד, ולכן הוי קנין דברים ויכול לחזור בו, ואינו רשאי לילך לזון בעש"ג. אבל בעדות שמקבל עליו עדותו להוציא ממון על פיו או לקבל ממון על פיו וכו', בזה אמרין שאינו יכול לחזור בו ואינו קנין דברים, ואין אחר קנין כלום, זה נראה לומר בכוונת תשובת הרי"ף הנ"ל. ולכן שפיר מחלק בין דיינות גוי לעדות גוי. ועל דרך זה יבואו דברי הטור בבעל התרומות על נכון, והוא אומר - אם יש זכות למלוה בכך שיכול לזכות בדיניהם ולא בדיני ישראל, אין הלוה יכול לחזור בו, ודמי למי שקבל עליו עדות גוי בקנין שאינו יכול לחזור בו. דמשמע דוקא אם אינו יכול לזכות בדיני ישראל ויכול לזכות בדיניהם אז דמי לעדות גוי ואינו יכול לחזור, והכוונה שיש חילוק גדול ביש לו זכות בדיני ישראל לכשאין לו, דביש לו זכות בדיני ישראל אם כן מה לו לילך בעש"ג כיון שיש לו זכות למלוה בין כך ובין כך, ולזה מה שמקבל עליו בקנין ללכת בעש"ג אינו משעבד נכסיו לזכות המלוה בדין, דכיון דבלאו הכי המלוה זוכה בדיני ישראל, וא"כ אם מקבל עליו בקנין ללכת בערכאות ש"ג, הוי קנין דברים דאינו הקנין אלא לעבוד איסורא לבד, ולא לשום זכות כלל. וכיון דאיסורא עביד ואינו משעבד לו כלום כי אם ללכת בעש"ג, קנין אין כאן, ויכול לחזור דהוי קנין דברים. אבל כשאין לו זכות בדיני ישראל ויש לו זכות בדיניהם, והלוה מקבל עליו בקנין לזון בדיניהם לזכות המלוה אז משעבד לו נכסיו לזכותו ואינו יכול לחזור בו, ודמי למקבל עליו סהדותא דגוי דאינו יכול לחזור. ועל פי זה יבואו דבריו ז"ל על הנכון, דאמר ומכאן אני אומר הואיל שכותבין בשטר חוב שיכול לגבות חובו בין בדיני ישראל בין בדיני עכו"ם, רשאי להביאו לפני עכו"ם, בזמן שאינו יכול לכופו בדיני ישראל דוקא, ואינו מועיל הקנין אלא דוקא כשאינו יכול לכופו בדיני ישראל כגון שמטה וכו', דאי יכול לכופו בדיני ישראל כמו בדיני עכו"ם אינו מועיל הקנין, דאז אין הקנין אלא ללכת בדיני גוים ואינו משעבד שום ממון, כיון שבין בדיני ישראל בין בדיני עכו"ם זוכה המלוה ואז הוא קנין דברים. אבל אם אינו זוכה המלוה אלא בדיני עכו"ם כגון שמיטה וכיוצא, אז מועיל הקנין ואינו יכול לחזור בו. ועיין בב"י ח"מ סימן כ"ו דפירש הכי בדברי הטור.

וכן בספר כתונת יוסף (להג"ר יוסף בירדוגו ז"ל) ח"ב (דף טז): ענף יז דיינים) דן בשאלה הבאה:

"שני בעלי דינים שקבלו עליהם בקנין להתדיין לפני דייני אוה"ע, ושוב רוצה אחד מהם לחזור, אי מצי או לא". והביא מדברי הטור והסמ"ע בחו"מ סי' כו ושאר הפוסקים, והעלה שאם יש לבעל הדין זכות יותר בדיני העכו"ם, אין לאחר קנין כלום.

עוד נציין כי אמנם יש מהפוסקים שלדעתם אם הצדדים עשו קנין לזון בערכאות שאינן דנות על פי דין תורה, הקנין בתוקף, עיין תשובת רשב"ש סי' שלא (עפ"י הגהת הברכי

בשטר לזון בדיני עכו"ם אין בכלל זה שלא ישמט. שאין הכוונה בזה אלא שאם הוא אלם ולא ציית דינא שמקבל על עצמו שיכריחוהו בדיני עכו"ם, אבל לא שיעבור על דברי התורה. וכתב עוד בתשובה, אע"פ שכתב בשטר לזון בדיני עכו"ם, אינו יכול לתובעו שם כל זמן שהוא ציית דינא, ולא דיין ישראל רשאי לזונו בדיני עכו"ם".

מעיון בדברי ספר התרומות, עולות כמה תמיהות -

א. בספר ראש יוסף (להג"ר יוסף אשקיפא ז"ל) סי' כו כתב:

"כתב בה"ת לזה שחייב עצמו בקנין בכך וכך לילך לזון בפני דיינים וכו' שאין מועיל אחר קנין כלום. ואיכא למידק, דכיון דהטעם דאין דנים בפני גוים הוא משום דנקרא מחרף ומגדף ומירם ידו בתורת משה, א"כ מה לי קנו מידו מה לי לא קנו, וכי גרע זה ממ"ש הרמב"ן בפירוש החומש דאפילו שניהם רוצים לילך דאין רשאים".

ב. לכאורה דברי ספר התרומות שהביא הטור, אינם תואמים לדברי ספר התרומות כפי שהבאנו מספר התרומות גופא. בספר התרומות הביא את תשובת הרי"ף שהקנין לאיסור יחשב כקנין דברים, ואילו הטור בשם ספר התרומות, נתן תוקף לקנין זה בנסיבות מסוימות, וכתב:

"אם יש זכות למלוה בכך שיכול לזכות בדיניהם ולא בדיני ישראל, אין הלוה יכול לחזור בו. שאין מועיל אחר קנין כלום". ביחס לשאלה כיצד הותר איסור ערכאות כשיש לו זכות בדיני גוים ולא בדיני ישראל, ראנ"ח בתשובה שבספר מים עמוקים חלק ב' סי' נד כתב:

"קרוב לזה היא סברת בעל התרומות בקבלה ללכת לפני דייניהם היכא שאין מפסיד זכותו לאו כלום היא. אבל כשמפסיד זכות הוה ליה כמו "קרית לחברך ולא ענך" שמוותר ללכת בפני דיינים שלהם שלא להפסיד זכותו. ומ"מ כל שקבל בפירוש לזון כפי דיניהם ויש לו זכות כפי הדין ההוא. י"ל דלכולי עלמא תנאי ממון הוא ואין לאחר קנין כלום".

דהיינו, כשם שמוותר ללכת לזון בפני ערכאות כשבעל הדין אלם ומסרב להופיע לדין תורה, ואין בכך ייקור ערכאותיהם, ה"ה כשאינו יכול להוציא את הממון אלא בערכאותיהם.

ובהתאם לדרך זו, שיטת ספר התרומות התבארה בספר יוסף אומץ להרב החיד"א ז"ל, בסי' ד'. הרב החיד"א ז"ל הביא את תשובת בנו הרב רפאל ישעיה אזוראי ז"ל, שכתב כדלהלן:

"איברא שדין זה שכתב הטור ממשעות דברי בעל התרומות שהביא לא זכינו להבין כוונתו. דבדברי בעל התרומות שכתב הוא ז"ל נראה, דכיון שקבל עליו בקנין ללכת לזון לפני עכו"ם, אינו יכול לחזור בו, ואין אחר קנין כלום, והרי הוא כמקבל עדות עכו"ם שאינו יכול לחזור בו. ואיך הוציא דינו וכתב ומכאן אני אומר הואיל וכותבים בשטרי חוב וכו' רשאי להביא לפני דייני עכו"ם וכו' אבל אם יכול לכופו בדיני ישראל וכו'. לא ידענא איך משמע זה מדברי בעל התרומות, ואדרבא המשמעות הוא להפך דקאמר דאינו יכול לחזור בו ודמי לקבל עליו עדות עכו"ם בקנין דאינו יכול לחזור בו ... אמנם בררתי



בתשובה שהביא הטור סימן ס"א שכתב, והא דכותבין בשטרות בין בדיני גוים וכו', ר"ל ואם תקשה לך ממנהג העולם שכותבין לשון זה בשטרות, לזה תירץ שכוונתם בדרך שאין בו עבירה, ונמצא שאם ימצא אחד שכוונתו ממש לעקור ד"ת אין שומעין לו. ומ"ש סמ"ע בפירוש דברי הר"ן דמירי בדרך שאין בו זכות בדיני גוים, הוא תמוה וא"א לאומרו, דאטו ברשיעי עסקינן שילך לפני עכו"ם במקום שאין בו ריוח, וכי יצטרך הר"ן לכתוב דבר זה בתשובה, ומש"ה צדקו דברי המחבר בזה שלא חילק כאן כמו שעלה על דעת הסמ"ע, וצ"ע. ועוד נ"ל, דאפילו אם רוצה זה שידונו לו ישראל באותו זכות שיש לו בדיני גוים אין שומעין לו, דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה, דהא כתב הרא"ש בתשובה כאן שאין הכוונה שלא ישמט שהוא כנגד דין תורה, משמע שגם ב"ד ישראל לא ידונו לו בזה בדין עכו"ם, כנלע"ד ברור ונכון".

והסכים עמו בביאור הגר"א סי' ס"ק כג (בליקוט). השאלה העומדת בפנינו, כיצד לבאר את דברי הט"ז בסוף דבריו במה שכתב: "אפילו אם רוצה זה שידונו לו ישראל באותו זכות שיש לו בדיני גוים אין שומעין לו, דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה". האם מדברי הט"ז הללו ניתן להסיק שבהכרח מוטל על בית דין של ישראל להמנע מלדון אותם על פי החוק גם לאחר הקנין שהתחייבו ממון זה לזה עפ"י הוראות החוק. אך הדבר פשוט וברור שמחלוקת הסמ"ע והט"ז היא בנסיבות שבהם נעשה קנין לקיים את הדיון בפני ערכאות של גוים, שדעת הסמ"ע שכל עוד אין למלוה זכות בדיני גוים יותר מדיני ישראל, הרי זה קנין דברים בלבד, אך אם יש לו זכויות יותר בדיני הגוים, הקנין תקף, ולכן הסמ"ע כתב: "אם יש למלוה זכות בזה אין בידו כח לחזור בו, דהקנין חל על נכסיו שנשתעבדו לו על שנתעבדו לו על אותו זכות שקיבל עליו לדון לפני דייני גוים". ואילו הט"ז חולק וסובר שהקנין לעשות איסור בטל, דהיינו קנין לדון בפני ערכאות, וכיון שהוא בטל, אין מקום שבית דין של ישראל ידונו לו באותה זכות. וביטול הקנין הוא דהוי כמתנה על מש"כ בתורה.

אבל כשהקנין אינו על עצם הדיון בפני הערכאות, וכלל לא הוזכרה בהתחייבות הצדדים ההסכמה לדון בפני ערכאות, אלא רק התחייבו לשלם עפ"י פסיקה המקובלת בערכאות או עפ"י החוק, פשיטא שהקנין בתוקף. אין ראייה שקיים איסור בהתחייבות מסוג זה. אילו סבר הט"ז שיש בכך איסור, פשיטא שהט"ז היה מבסס את האיסור להתחייב התחייבות מסוג זה, על יסוד תשובת הרשב"א שהביא הב"י או מטעם אחר, ועל בסיס איסור זה היה מורה על בטלות הקנין. אך מאחר שהט"ז לא כתב לחדש איסור מחודש זה, הרי פשיטא שכל דבריו נסובו על קנין הכרוך באיסור הידוע, דהיינו לדון בפני הערכאות.

ולמעשה הדברים מבוארים בדברי הט"ז גופיה בסי' ס"א סעיף ו'. בסי' ס"א ס"ו הסמ"ע חזר על שיטתו, וכתב הט"ז:

"הסמ"ע מביא כאן ראייה דמהני באם כתב בפירוש שידון בדיני

יוסף חו"מ סי' כו סוף סק"ח) וכן בתשובת רבי יצחק ב"ר פרץ שבמהרי"ק סי' קפז, אך מהמבואר להלן עולה שכל הפוסקים חלקו על שיטה זו, ועיין בתשובת מהרי"ק (שם) שהעלה למעשה שלא כדעת רבי יצחק ב"ר פרץ (ונראה שדעתו כשיטה שהתבארה בט"ז שיובא להלן).

#### מחלוקת הסמ"ע והט"ז חו"מ סי' כו

בשולחן ערוך חושן משפט סי' כו סעיף ג' פסק להלכה את תשובת הרי"ף, וכתב:

"המקבל עליו בקנין לידון עם חברו לפני עובדי כוכבים, אינו כלום, ואסור לידון בפניהם".

וכן בסי' כב סעיף ב' פסק השו"ע:

"אם קבל עליו עדות עובד כוכבים, כמי שקיבל עליו עדות אחד מהפסולים. אבל אם קבל עליו עובד כוכבים לדיין, אפילו קנו מיניה, אין הקנין כלום, ואסור לידון לפניו".

כתב הסמ"ע סי' כו ס"ק יא:

"עייין בתשובת הרא"ש, והטור הביאו, שכתב ז"ל, ואף על פי שכתב בשטר לדון בדיני האומות, אין בכלל זה שלא ישמט, שאין הכוונה בזה אלא שאם הוא אלם ולא ציית דינא דישאל שיכריחוהו בדין האומות, אבל לא שיעבור על ד"ת כו'. ומשמע מזה, דהיינו דוקא כל שכתב סתם שידון בדיני האומות, ומטעם שכתב, דאז אמרינן דלא היתה כוונתו לעבור על ד"ת. אבל אם כתב בפירוש בשטר שמתחייב נפשו לדון עכ"פ לפניהם, מודה להרי"ף ובעל התרומות שכתבו שאם אין להמלוה זכות בזה לא חל ע"ז הקנין דה"ל קנין דברים. אבל אם יש למלוה זכות בזה, אין בידו כח לחזור בו, דהקנין חל על נכסיו שנשתעבדו לו על אותו זכות שקיבל עליו לדון לפני דייני גוים, ולא מצאתי מי שחולק ע"ז. ואף שהר"ן סתם וכתב בתשובה סי' ע"ג דלא מהני קבלתו עליו לדון בפניהם, מ"מ יש לפרשו באופן דלא יחלקו על הבעל התרומות והרא"ש, ודמירי כשאין זכות לו יותר בדיני גוים מדייני ישראל. וא"כ קשה על המחבר שסתם, וכתב כאן ולעיל בסימן כ"ב, ולא חילק לכתוב דביש לו זכות צריך לקיים קנינו, וצ"ע".

הט"ז כתב על דברי הסמ"ע:

"תמהני על פה קדוש בעל הסמ"ע במ"ש בזה, דמשמע מתשובת הרא"ש שאם כתב בפירוש שמחייב נפשו לדון בפני גוים חייב לדון בפניהם, והא כתב בהדיא בכלל ס"ח, דין י"ג וכיוצא בזה דנתי על מה שנהגו לכתוב בשטרות בין בדין ישראל בין בדין אומות, והא דכתב בשטרות בין בדין גוים, נ"ל שלא בא לעבור על ד"ת אלא כגון שהוא אלם כו'. מבואר לך דמ"ש הרא"ש כאן שאין הכוונה כו', לא בא לומר שאם כוונתו מפורשת בענין אחר דאזלינן בתר דעתיה כמו שהבין בעל הסמ"ע, דזה ודאי שאין הב"ד מניחין לילך אל גוים. אלא הרא"ש אמר דבלשון שכתב בשטר לדון בדיני גוים, אין בכלל זה שתהיה עבירה בדבר כגון שלא ישמט, וא"כ תקשה לך וכי כולי עלמא רשיעי נינהו שיכתבו לשון שהוא עבירה. לזה תירץ אלא הכוונה שאם הוא אלם וכו'. וזהו ג"כ ביאור דברי הרא"ש

דברי הישועות ישראל נסובו על דברי השו"ע שם שכתב (בסי' כב ט"ב):

"אם קבל עליו עובד כוכבים לדיין, אפילו קנו מיניה, אין הקנין כלום, ואסור לידון לפניו".

והוסיף הרמ"א:

"אבל אם כבר הן לפניו, לא יכול לחזור בו".

והש"ך ס"ק טו הקשה:

"בדברי הבעה"ט וטור לא נזכר שום חילוק בין לכתחילה ודיעבד. ועוד, מדכתבו הבעה"ט וטור אין הקנין כלום, משמע אפילו דיעבד, דהא כיון דהקנין אינו כלום במה יתקיים הדין שלא יוכל לחזור".

על דברי השו"ע והש"ך כתב הישועות ישראל סק"ז:

"ודאי המתחייב ומשעבד גופו לעבור על דברי תורה לא מהני. ואם מחייב עצמו לעשות מלאכה ביום האסור ודאי לא מהני. ודוקא במקח שנעשה באיסור נחלקו הפוסקים דאיסורא דעבד עבד, אבל המשעבד גופו לעבירה ודאי לא מהני, דשעבודא של התורה קודם ... ועיקר כוונת הרמ"א נראה שאם נתחייב בקנין לשלם כפי מה שיאמר הדיין הכותי, ודאי חל הקנין. אלא דמ"מ בית הדין כופין את התובע שלא יעבור על דברי תורה ולא ילך בערכאות של עכו"ם ... במקבל בקנין שישלם כפי מה שיגזור עליו שופט עובד כוכבים, בית דין כופין את הנתבע שלא ידון עמו ולא יתחיל החיוב על הנתבע, אבל אם עבר ודן מחוייב לקיים הפסק דכבר קבל עליו בקנין".

מכל האמור נראה שהט"ז אינו סבור אחרת ממש"כ הרמ"ך והרמ"א אליבא דהישועות ישראל, אלא איירי בכה"ג שהקנין יהיה רק לדון בערכאות, ובזה כתב שהקנין בטל עקב האיסור שבדבר, ולכן גם בי"ד של ישראל לא ידונו לו בזכות שיש לו בדיני הערכאות. אבל אם מלכתחילה הקנין היה התחייבות לשלם על פי פסק הערכאות, הקנין בתוקף.

**סיכומו של דבר** - דעת הסמ"ע היא שאם הוסכם בשטר שילכו לדון בערכאות, ויש לצד אחד זכות בדיני ערכאות שאין לו זכות זו בדיני ישראל, הקנין בתוקף ומחייב, ואף מותר להם ללכת לדון בדיני ערכאות, והלכה זו התבארה בדברי הראנ"ח, שכתב לדון זאת כהיתר בדינו של בעל דין אלם.

הט"ז חולק ולדעתו קנין כזה בטל והוא חסר תוקף, ועל כן גם בית דין של ישראל לא ידונו לו בהתאם לזכות שיש לו בערכאות. אך דברי הט"ז נסובו רק ביחס לקנין לדון בערכאות, ובזה קבע שהקנין בטל, לכן אין מקום שבית הדין ידון בהתאם לזכות שיש לו בערכאות, אך פשיטא שהט"ז לא איירי כשלא התחייב ללכת לדון בערכאות, אלא רק קבל קנין להתחייב על פי החוק, ומאחר שאין בכך איסור ערכאות, כפי שיתבאר להלן.

**דעת הפוסקים ביחס למחלוקת הסמ"ע והט"ז.**

**דעת הש"ך.** ראשית נציין כי הש"ך בסי' כו וכן בסי' סא, לא חלק על הסמ"ע, ומשתיקתו מוכח שאינו חולק עליו. וכן עולה להדיא מדברי הש"ך בסי' כב סעיף ב'. הסמ"ע סי' כב

גוים. וכבר כתבתי סימן כ"ו דבכרים תמוהים מאד כתב בזה. ומכאן אין ראייה, דודאי כל שאין כאן איסור, אם עושין מדעת שניהם כגון שלא תשמטני בשביעית, ע"ז חל הקנין כל ששניהם מסכימים על זה בפירוש, משא"כ בלילך לפני הדיינים עכו"ם שיש איסור אפילו אם שניהם מסכימים ע"ז בפירוש, ודאי הקנין בטל בזה אפילו יש תנאי בפירוש",

הרי מבואר שהאיסור הוא הדין בפני הערכאות, ואיסור זה גורר אחריו את ביטול הקנין.

וכן כתב בספר ברכי יוסף חו"מ סי' כו בביאור דעת הט"ז. וז"ל:

"הרב ט"ז בסוף דבריו כתב וז"ל ועוד נ"ל דאפילו אם רוצה זה שידונו לו ישראל באותה זכות שיש לו בדיני עכו"ם אין שומעין לו דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה וכו' עכ"ל. ומשמע דבמפרש דבכל אופן ידון בעש"ג, דביה איירי הסמ"ע, ועמ"ש הט"ז סי' ס"א דין ו'".

מחלוקת הסמ"ע והט"ז תתבאר כלהלן,

הסמ"ע בסי' כב ס"ק טו הוסיף ביאור וכתב:

"עייין לקמן סימן כ"ו שם כתבתי דמוכח מדברי הפוסקים באם יש לאחד מבעלי דינים זכות ופיוי כח במשפט הגוים טפי מבמשפט ישראל, דאז מהני הקנין, ולא אמרו אין אדם מתנה על מה שכתוב בתורה כי אם בתנאי בעלמא, אבל אין אחר קנין כלום, ואם אין בו זכות לא מחשב קנינו לקנין דהו"ל קנין דברים, ע"ש".

בספר אולם המשפט סי' כו באר דבריו, וכתב:

"כוונתו דדוקא גבי תנאי דילפינן מתנאי בני גז ובני ראובן בעי דוקא שלא יהיה מתנה על מה שכתוב בתורה, כמו דילפינן משם תנאי כפול ותנאי קודם למעשה ושאר דברים. אבל גבי קנין מהני אפילו שלא ככתוב בתורה".

לעומת זאת, דברי הט"ז יתבארו עפ"י מש"כ בתשובת לחם רב (לבעל הלחם משנה) בסי' פט, וז"ל:

"טעמא דתשובה הנזכרת הוא משום דכיון שקבל לילך, ההליכה הוי קנין דברים בעלמא, ולא חל הקנין עליה ... ועוד דאפילו יקבל עליו לדון דייני גוים בקנין ולא אמר לילך לפנייהם אלא אני מקבלם לדיינים בקנין, דהשתא אפשר לומר דהקנין חל כמו נאמן עלי אבא וכו', מ"מ נראה לי מדברי התשובה הנזכרת דלא חל, משום דקא עקר מצוה דרבי טרפון דאמר לפנייהם ולא לפני גוים, ואפילו ששניהם רוצים בכך אין בידם לעשות כן".

לפי זה הדבר ברור שדברי הט"ז נאמרו רק כשהתחייבות היא ללכת לדון בפני ערכאות, ולא התחייב יותר מכך. אך לא נאמרו כשהתחייבות היא לתשלום סכום הכסף כפי מה שיפסקו ערכאות. בנסיבות אלו הגם שהקנין אינו תקף ככל שהדבר נוגע להתיר איסור ערכאות, אך ביחס לממון, הקנין בתוקף ומחייב, כפי שהתבאר להדיא בדברי הרמ"ך הנזכרים לעיל.

ושיטה זו מתבארת היטב בספר ישועות ישראל בסי' כב סק"ז.

"אי שיעבד עצמו בפירוש לשלם ככל שיהיה מחוייב עפ"י דיניהם, שפיר כתב הסמ"ע בסי' ס"א דבית דין של ישראל יפסקו לו כל הזכות שהיה זוכה בדיני אומות העולם ... היכא שחייב עצמו בפירוש שידון עמו בדיני אומות העולם, אף שאעפ"כ אסור לדון לפני דיני אומות העולם, מ"מ ידונו הישראל כפי הזכות שיש לו בדיני אומות העולם".

בספר כתונת יוסף ח"ב, בתשובתו הנזכרת לעיל, הביא את מחלוקת הסמ"ע והט"ז, וכתב:

"אמנם ט"ז חלק על הסמ"ע בזה ... ופירש בדברי הרא"ש כוונה אחרת ע"ע, ולקוצ"ד לא שבקינן כל הנך רבוותא ונקטינן כוותיה. ואע"ג דפשט דברי הר"ן והרמב"ן כוותיה, מ"מ אחר שכל הגדולים הללו שזכרנו סוברים כדעת הסמ"ע בפירוש הר"ן והרמב"ן, להם שומעים. וגם הט"ז אילו ראה שזוהי דעת כל הגדולים היה חוזר בו, והתימא ממנו שלא זכר שדעת הב"ח ג"כ כדעת הסמ"ע ... הגם דמר"ן סתם דבריו, שפיר מפרשינן דבריו באופן שיהיו מוסמכים אליבא דרוב הפוסקים, וזה ברור לדעת".

לעומת זאת, בערוך השולחן חושן משפט סי' כו סעיף ד' דחה מהלכה את שיטת הסמ"ע, ואף לא הסכים למסקנת התומים והנתיבות, אלא כשיטת הט"ז, וכתב:

"המקבל עליו בקנין לדון בפני דינים גוים אינו כלום, ואפילו נשבע הוה כנשבע שבועת שוא, ואפילו אם יש לאחד מבע"ד ויתור זכות בדיני ישראל אין זכותו כלום [תשו' הרא"ש ואו"ת דלא כסמ"ע], ואסור אף לב"ד שידונו לפי דינים של הגוים".

אך גם לפי פסיקת ערוך השולחן, היינו דוקא בנידון שמלכתחילה הקנין גופו כרוך באיסור, בכך שקיימת התחייבות לקיים את הדיון המשפטי בפני ערכאות, משא"כ אם ההתחייבות היתה רק לקבוע מה יהיו זכויות הממון של כל צד.

#### תוקפו של קנין להתחייב עפ"י החוק

לעיל הבאנו מדברי הרמ"ך והרמ"א אליבא דהישועות ישראל שנתנו תוקף להתחייבות לדון בערכאות, ככל שהדבר נוגע לעניין הממון בלבד. ולהלן דברי ראנ"ח שכתב כן להדיא, שקנין שאין בו התחייבות לדיון בפני ערכאות, אלא התחייבות עפ"י חוקיהם, הקנין בתוקף ומחייב, ואין בו איסור.

ראנ"ח בתשובה בספר מים עמוקים ח"ב סי' נד הביא מחלוקת בעל התרומות והרא"ש הנזכרת, וכתב על דבריהם:

"המחלוקת אשר בין הפוסקים במקבל עליו לדון בדיני נכרים. שכפי מה שכותב הטור דעת בעל התרומות שהמקבל עליו לדון בדיני ערכאותיהם וקנו מידו אם יש דבר שחברו זכה בו בדין ערכאות שלהם ולא בדיני ישראל חייב לדון בדיניהם, כיון שכבר קבל עליו כן, אלא שלא ילך לדון בפני ערכאותיהם. והרא"ש ז"ל סבירא להו שאין לדון בדיניהם אפילו ישראל כמ"ש הטור ז"ל בשמו ... ומ"מ כל שקבל בפירוש לדון כפי

ס"ק טו חזר וכתב את עיקרי שיטתו, והש"ך ס"ק טו לא העיר עליו דבר, ואדרבה מפורש בש"ך, שדברי הטור בשם ספר התרומות הן הלכה למעשה, וכל מגמת הש"ך להתאים הדברים עם דברי המרדכי שהביא הרמ"א, ואילו סבר שדברי ספר התרומות אינם הלכה פסוקה, פשיטא שהיה מציין זאת. ומש"כ הש"ך שם:

"דוקא התם דמיירי להדיא שקנו מידו סתם לדון בדיני גוים דהוי אויבינו פלילים שמחזיק ערכותיהם ודתם, משא"כ בהך דהמרדכי שקנו על גוי אחד בפירוש, הרי שגוי זה נאמן בעיניהם, ולא משום שמחזיקים משפטי הגוים ודתם, רק שזה הגוי נאמן בעיניהם וסמכו עליו, דמהני כמו קיבלו קרוב או פסול. וחילוק זה נכון מאד".

הדבר פשוט שמש"כ הש"ך "שקנו מידו סתם לדון בדיני גוים דהוי אויבינו פלילים שמחזיק ערכותיהם ודתם", היינו שקבל עליו לדון בפני הערכאות, ולא עלה על דעתו להתייחס לקנין להתחייב בבי"ד עפ"י חוקיהם, שהרי הש"ך עשה חלוקה בין דיון בפני ערכאות לדיון בפני גוי מסויים שאינו שופט בערכאותיהם. אך פשיטא שאין בדברי הש"ך כל התייחסות להתחייבות עפ"י חוקיהם ללא דיון בפני ערכאות, ודלא כמי שטעה בזה.

וכן ראיתי בספר שו"ת אבני חפץ (להגאון רבי אהרן לעווין, נכדו של הבית יצחק) סי' עד בהביאו את דברי הש"ך, כתב בלשון זו:

"ועיין בש"ך שם בסי' כ"ב ... ודעתו לחלק בין אם קבלו בקנין סתם לדון לפני עכו"ם עפ"י דיניהם, דאז אפילו בדיעבד לא מהני, ובין אם קנו בפרטות לדון לפני עכו"ם אחד דהוי כקבלו עליהם קו"פ דמהני".

בספר נתיבות המשפט סי' כו ח' סק"י הסכים לדינא כדעת הסמ"ע ביחס לחיוב הממון ולא ביחס להיתר הליכה לערכאות, וז"ל:

"אבל אם יש למלוה זכות, אין בידו כח לחזור בו, דהקנין חל על נכסיו שנשתעבדו, לא על אותו זכות שקיבל עליו לדון לפני דיני עכו"ם, ודיני ישראל ידונו זכות בזה. סמ"ע".

דהיינו הנתיבות לא הסכים לדינא עם סברת הט"ז שמאחר והסכימו על איסור, הקנין בטל מעיקרו, אלא מלכתחילה מפרשים את כוונתו להתחייב ולשעבד את נכסיו עפ"י הזכות שיש לו בערכאות ומתעלמים מההתחייבות בקנין לעשות איסור. וכן התומים (אורים סק"י) פסק שבית דין של ישראל ידונו לו עפ"י הזכות שיש לו בדיני אומות העולם, למרות שאין היתר ללכת לדון שם.

וע"ע בנתיבות המשפט סימן סו ס"ק לד שכתב בלשון זו:

"ולפענ"ד הדברים פשוטין מאד, דהא אם קיבל עליו בשט"ח שמקבל עליו כל דין שהוא דין גוים, שיכולין הישראל לדון כל זכות שיש בדיני הגוים יותר מדיני ישראל, כיון שקיבל עליו לחייב נפשו בזה, כמ"ש הסמ"ע בסימן ס"א ס"ק י"ד".

וכן בספר שו"ת בית שלמה חלק חו"מ סי' קל הביא מדברי הנתיבות בסי' סו הנזכרים, והסכים עמו, וכתב:

דערביא אשה גובה פורנא מהם לפי שאסמכתין עליהם ואע"פ שאין כתובה נגבית מן המטלטלין. ועוד סמכו הגאונים ז"ל ותקנו שיהא כל בע"ח גובה מטלטלין דיתמי ועל ירושת האב בנכסי הבת טוען שהמלך חקק בנימוסיו שכל שימות הולד תוך זמן ידוע שיהא מה שיש לו מצד האם ליורשי האם ודינא דמלכותא דינא.

תשובה כל דבר שבממון תנאו קיים, ובאמת אמרו שמתנין בכענין זה וכדאמרינן בירושלמי הני דכתבין אין מיתת בלא בנים תהדיר מוהרא לבי נשא תנאי ממון וקיים. ומוסיף אני על זה שבכ"מ שנהגו להתנות ולעשות כזה תנאי אפי' הנושאים שם סתם גובין מהם אם מתה בלא בנים שכל הנושא סתם ע"ד הנהוג שם בישראל נושא וזהו שקראוה בפרק המקבל דרישת הדיוט. ומ"מ לנהוג כן מפני שהוא משפט גוים באמת נ"ל שאסור לפי שהוא מחקה את הגוים, וזהו שהזהירה תורה לפנייהם ולא לפני גוים ואע"פ ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון. שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו את חוקות הגוים ודיניהם, ולא עוד אלא אפילו לעמוד לפנייהם לדין אפילו בדבר שדיניהם כדין ישראל. ע"כ אנו פה תמהים מקום המשפט בעירכם מקום תורה ויתרון דעת איך נתנו יד לכלל דברים אלו שאסרתן תורה שלמה שלנו. ומה ממון יתהנה לירש שלא כתורתנו. והמביא ראיה בזה מגמלי דערביא טועה. דכתובה מן הדין היה לגבות ממטלטלין דמיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה, אלא ששמעו רבנן דברי ר"מ שאין סמיכת האשה חזקה עליהם משום שגבייתה לזמן מרובה. ובערביא שכל עסקיהם בגמלים סמיכתה עליהם שאין קונין קרקע, אדרבא ימכרו קרקע להתעסק בגמלים. וכן הגאונים ז"ל שתקנו לגבות עכשיו ממטלטלין דיתמי לפי שראו חכמי ישראל שכן יפה להם לישראל לפתוח דלת בפני לוח וחכמי ישראל הם כאביהם של ישראל וחייב לשמוע להם. וגדולה מזו אמרו שב"ד מתנין לעקור ד"ת וסמכו על מה שאמרה תורה אשר ירווך וכ"ש למגדר מילתא. אבל ללמוד מזה לילך בדרכי הגוים ומשפטיהם ח"ו לעם קדוש לנהוג ככה. וכ"ש אם עתה יוסיפו לחטא לעקור נחלת האב על הבנים וסומך על משענת קנה הרצוץ הזה ועושה אלה מפיל חומות התורה ועוקר שרש וענף והתורה מידו תבקש ומרבה הונו בזה בפועל כפיו נוקש. ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא טועה וגזולין הוא וגזלה ישיב. וחס ליה דאפילו גזלה ישיב רשע מיקרי כדאיתא בפרק הכונס (דף ס' ע"ב). ואם נאמר כן בטלה ירושת בנו הבכור דכל הנחלות ותירש הבת עם הבנים. ובכלל עוקר כל דיני התורה השלמה ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי ילמדו את בניהם דיני הגוים ויבנו להם במות טלואות בבית מדרסי הגוים חלילה לא תהיה כזאת בישראל ח"ו שמא תחגור התורה עליה שק. ובמ"ש דינא דמלכותא דינא יגעתי הרבה שאמרת אפשי דשמואל אמר כן כשהמלך רוצה שידינו בארצו חכמי הגוים וע"ז הספרים שנתחברו להם. והמלוה את חבירו שלא בעדים אינו נאמן לומר פרעתי ומי שגובה כן ע"י ערכאות הגוים ודאי גזולין הוא. וא"ת

דיניהם, ויש לו זכות כפי הדין ההוא. י"ל דלכולי עלמא תנאי ממון הוא ואין לאחר קנין כלום. והיה אפשר להעמיד גם דברי בעל התרומות במפרש דבריו בדרך שא"א לומר בהם פירושו של הרא"ש, אלא שהטור שנה דברי בעל התרומות ודברי הרא"ש במחלוקת. ואפשר לדחוק שדעתו לומר שע"י דברי הרא"ש יובנו דברי התרומות דוקא במפרש. ובין כך ובין כך י"ל שכשהדבר מפורש בתנאים לדון כפי דיניהם לענין זכות שאפשר להיות לו על פי דיניהם תנאים קיים".

ובספר ברכי יוסף סי' כו כתב:

"מ"ש מהראנ"ח בסוף דבריו ובין כך ובין כך י"ל וכו', נראה דכוונתו דאם מפורש בתנאים לדון עפ"י זכות שיש לו בדיניהם ואינו מוזכר בתנאי ללכת בערכאות של גוים, אז תנאים קיים לכל הדברות ולכל האמרות כנ"ל בכוונת מהראנ"ח, בשגם היה מקום לפרש דבריו באופן אחר".

### תשובת הרשב"א

יש לברר האם תשובת הרשב"א, שהביא הב"י חו"מ סי' כו, עומדת כנגד המסקנה הנזכרת. מעיון בתשובה זו עלינו לברר גדר איסור ערכאות. האם האיסור הוא רק בדיון משפטי בפני ערכאות, או שיש איסור להתחייב בקנין לחלוקת רכוש על פי החוק.

מהמקורות שהבאנו לעיל, מדרש תנחומא, רמב"ם ושו"ע, עולה שהאיסור הוא בדיון משפטי שאינו "לפניהם", אלא לפני ערכאות של גוים. אך לכאורה מדברי הרשב"א עולה שאיסור זה רחב יותר וכולל את האיסור לנהוג עפ"י חוקי הערכאות, גם בלא שהתקיים דיון משפטי בפניהם.

ובעל כנסת הגדולה בספרו בעי חיי חלק חו"מ ח"א סי' קנח, כתב:

"ההקפדה אינה אלא לדון בפני עכו"ם, מפני שהוא עליו יראתם, אבל אם קבלו לדון כדין ערכאות לפני דיני ישראל אין כאן איסור, כל שבעלי דיני מרוצים בכך או התנו או נהגו כך ... אבל מדברי הרשב"א ז"ל בתשובה הביאה הרב ב"י בח"מ סי' כ"ו מוכח דאפילו להתנהג בדיני עכו"ם אע"פ שאינו הולך לפנייהם אסור ... הנה תשובה זאת קוראה בגרון, שאפילו שלא ילכו לפני הערכאות, לנהוג להתדיין כדין עכו"ם אסור גמור הוא".

אך עדיין תשובת הרשב"א טעונה ביאור, וניתן לבארה רק לאחר עיון בתשובה במלואה.

ולהלן תשובת הרשב"א חלק ו' סי' רנד:

"שאלת מעשה היה בפירפריינאן בראובן שהשיא את בתו לאה לשמעון והכניס לו עמה סך ממון בנדוניא וילדה לו בת, ואח"כ מתה לאה, ואחר זמן מתה ג"כ הבת שילדה לו, ועכשיו עמד ראובן ותבע בדיני הגוים שיחזיר לו אותו ממון הנדוניא שהכניס לו עם לאה בתו. ואעפ"י שהבעל יורש את אשתו והאב את בתו בדיני ישראל, טוען ואומר שאין לחוש לירושת הבעל כיון שהכל יודעים שהם הולכים בדיני הגוים והרי כל הנושא אשה שם כאילו התנה כן. וכמ"ש (כתובות דף ס"ז) גמלי

וכן בספר אולם המשפט חו"מ סי' כו כתב שאין מניעה שיתחייב לשלם כפי החוק, וז"ל:

"לא שייך בזה כלל מתנה על מה שכתוב בתורה, וכמ"ש התוספות בכתובות נ"ד דודאי יכול אדם להתחייב מה שלא חייבתו תורה, וכן יכול למחול מה שזיכתה לו התורה ע"ש, וה"נ רשאי להתחייב בכל מה שירצה. ומה דהזכיר דיני עכו"ם אינו כנגד דברי התורה, אלא מראה מקום על הסכום שרוצה להתחייב ... ובזה אתי שפיר דברי הרשב"א בתשובה שהביא הב"י גבי הנושא אשה במקום שנהגו לדון בדיני עכו"ם, אע"ג דקיי"ל בכ"ד דנושא על דעת שנהגו ויכול להתנות על ירושת אשתו, מ"מ זה לא מהני דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה, והובא בהגהת הרב סוף סי' שס"ט ע"ש, ולא הזכיר שהרי"ף חולק על זה. אבל באמת אין כאן מחלוקת, דבאמת דברי הרי"ף דמה שזה מתחייב על כך אין זה כלל כנגד מתנה על מה שכתוב בתורה, דלא אסרה תורה להתחייב בכל מה שירצה כמ"ש התוס' בכתובות הנ"ל, אלא שלא חייבתו תורה. אבל לעשות זה מנהג בישראל שידונו תמיד כדיני עכו"ם, זה ודאי נגד התורה כמו שהאריך הרשב"א בזה ע"ש."

וכן בספר שמן רוקח ח"ב בהגהות על חו"מ סי' כו כתב בביאור דברי רבינו ירוחם בספר מישרים שהביא הב"י בריש סי' כו שכתב:

"אחד מבעלי הדין שרוצה לדון בערכאות אין שומעין לו". וקשה הרי גם אם שני בעלי הדין רוצים אין שומעין להם כמ"ש הרמב"ן עה"ת. וכתב השמן רוקח לבאר:

"י"ל עפ"י מש"כ הרשב"א בתשובה והביאו הב"י לקמן סוף סימן זה וכן בשו"ע סי' שס"ט באחד שמתה בתו ורוצה שיחזירו לו כל הנדוניא כי דיניהם הכי דיני, וכיון דהכל יודעים שהולכים בדיני אחרים והנושא אשה ע"ז המנהג הוא נושא והוי כאילו התנה בהדיא, אין שומעין לו. ולפי זה אפשר לומר דאירי ברוצה לדון בדיני ישראל אלא שהם ידונו עפ"י הערכאות, ובכה"ג אפשר בשניהם רוצים שומעין להם, והגם דלשון המישרים דחוק, הא דרכו לקצר."

הדברים כבר מפורשים בדברי הלבוש חושן משפט סי' כו סעיף ד' שהביא להלכה את דינו של הרשב"א בלשון זו -

"הא דאמרינן בכל מקום דינא דמלכותא דינא ואולינן בתריה, לא אמרו אלא בדברים שהם מדיני המלכות ואין נוהגין כן בערכאותיהן, כי כמו שהיה לנו משפטי המלוכה בזמן מלכי ישראל כמו שאמר שמואל לישראל כשהשיב להם מלך, כך יש בין האומות דינים ידועים למלכים שיש למלך הנאה בהם או כבוד וכיוצא בזה, ועליהם אמרו דינא דמלכותא דינא. אבל דינים שדנים בין הערכאות דנין הם מעצמם כמו שימצאו בספרי הדיינים שלהם, ואותם אין לילך אחריהם, שאם כן בטלת ח"ו כל דיני ישראל. ואפילו במקום שהולכין במנהגי הערכאות בהרבה עניינים, אינם יכולין לכוף לדון כמנהגם בכל דבר מן הסתם. כגון הנושא אשה במקום שנוהגין בהרבה עניינים לדון על פי ערכאות, ומתה אשתו בלא בנים, לא יוכל אבי האשה או יורשיה לומר שהכל יודעים שאנו הולכין אחר ערכאות שלהם,

לומר בזה שהלוה נעשה כמ"ד ליה מהימנת עלי למימר דלא פרענא הנה בדיניהם שאפילו הלוקח חפץ מחבירו אם יש למוכר ראייה שהיה שלו מוציאו מיד הלוקח ולא שבקת חיי לכל בריה. וכך ראיתי שאין הדברים אמורים אלא במה שהוא נעשה בדיני המלכות, שכל עם ועם יש לו חוקים ידועים בדיני המלכות, ודינא דמלכותא אמרו דינא דמלכא לא אמרו, וכל מה שאינו מחוקי המלוכה אעפ"י שיאמר עכשיו המלך כן אינו דין וכן הסכימו הראשונים ז"ל. וכן אינו דין אלא במה שיש לו למלך תועלת כאותה שאמרו בפרק הגוזל בתרא (דף קי"ג ע"ב) אמר שמואל דינא דמלכותא דינא תדע דקטלי דיקלי וגשרי גשרי ועברינן עליהו. ואקשינן והא לא עבדי מאי דאמר מלכא מלכא אמר זילו קטולו לכולהו באגי ואינהו קטלו מחד מחד באגא שליחא דמלכא כמלכא ולא טרח. וכהנהו נמי דפ' ח"ה (ד' נ"ד ע"ב) בדורא דרעותא דמלכא אמר מאן דיהיב טסקא ליכול ארעא והני זהרורי דמזבני ארעא לטסקא וכן כל כיוצא בזה. וא"נ במה שישראל עושה עם ישראל חבירו מדעת עצמו כאותה שאמרו בפ"ק דגיטין גבי מתני' דכל השטרות העולות בערכאות שלהן כשרים חוץ מגיטי נשים דאקשינן קא פסיק ותני כל השטרות ואפילו שטרי מתנה במאי קני בהאי שטרא חספא בעלמא הוא ופרקינן תני חוץ מגיטי נשים. ואיכא דאמרי משום דינא דמלכותא דינא, כלומר אע"פ שמצד דיני המלך אינו מועיל, כיון שבמתנה אין בו תועלת למלך, כיון שזה מדעתו עשה מתנתו בערכאות הרי קבל עליו לילך בזה בדיני המלכות שאמר שכל שטר שיעלה בערכאות שיועיל ויקנה. ובדבר שבממון יכול לשעבד עצמו וליתן משלו שלא מן הדין, כמ"ש מתנה ש"ח להיות כשואל וכענין ערב דמשתעבד אע"ג דהוי אסמכתא."

מבואר בדברי הרשב"א שהרחיב את איסור ערכאות, ונאסר לחלק הממון בהסכמה כפי החוק, כשהחוק נוגד לדין תורה, ולכאורה דברי הרשב"א מתייחסים גם אם יקבלו קנין לחלק את הרכוש עפ"י החוק.

אך מאד קשה לומר כן, מאחר שדברי הרשב"א הובאו בב"י בסי' כו. ואם אכן לדעת הרשב"א אסור לחלק רכוש עפ"י קנין כזה, איך כתב הסמ"ע בסי' כו בלשון זו: "דהקנין חל על נכסיו שנשתעבדו לו על אותו זכות שקיבל עליו לדון לפני דייני גוים, ולא מצאתי מי שחולק ע"ז", וכי יעלה על הדעת שנעלמה מהסמ"ע תשובת הרשב"א שהביאה הב"י על אתר החולק, אלא פשיטא שהרשב"א לא איירי בקבל בקנין, שאז מקור הסמכות הוא הקנין ולא החוק, ואינו מייקר את הערכאות.

וכן מבואר בתומים סי' כו סק"ד שאם קבל עליו לדון בפני ערכאות ויש לו שם זכות שאין לו בדיני תורה, בית הדין של ישראל ידונו לו באותה זכות מאחר ואין בזה ייקור שם עבודה זרה, וז"ל:

"היה חיוב על בית דין של ישראל לפסוק לו כפי הזכות של דיניהם, דהוה הוי תנאי ממון ולא איסור, דלא אתייקר שם עבודה זרה."

ואע"פ ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון. שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו את חוקות הגוים ודיניהם".

אבל בסיום התשובה כתב:

"כיון שזה מדעתו עשה מתנתו בערכאות הרי קבל עליו לילך בזה בדיני המלכות שאמר שכל שטר שיעלה בערכאות שיועיל ויקנה. ובדבר שבממון יכול לשעבד עצמו וליתן משלו שלא מן הדין, כמ"ש מתנה ש"ח להיות כשואל".

דהיינו ברישא של התשובה הבעיה היא שמקור הסמכות הוא דיני הגוים, לעומת הסיפא שמקור הסמכות הוא קבלתו בקנין את ההתחייבות.

לכן כשנעשה קנין לחלק רכוש על פי החוק, מקור הסמכות הוא הקנין ולא החוק, על כן אין איסור ערכאות.

דברי הט"ז הנוכחים, שקבע שאין תוקף לקנין, היינו מפני שהקנין היה לדון בפני ערכאות, ולהעניק את הסמכות לערכאות, ובקנין זה, ההתחייבות היא לקבל עליו כמקור סמכות את הערכאות. וזהו קנין שיש בו איסור. לעומת זאת, כשבקנין מוגדר היטב מהו היקף ההתחייבות הממונית, והקנין נשאר מקור הסמכות, אין מניעה לקנין זה ובלבד שהדין ישראלי בפני בית דין של ישראל ולא בפני הערכאות.

### תשובת הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג זצ"ל

לסיום אביא מתשובת הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג זצ"ל מיום ז' אב תשס"ב שהודפס בקובץ "ישורון" כרך יא עמ' תש"ב ולהלן עיקרי דבריו -

"יקרת מכתבו קבלתי, ובו מעורר על מה שהצעת, שכל זוג יחתמו על שטר בוררות שכל סכסוך שח"ו יהיה ביניהם הם מקבלים רבנים אלו ואלו, או בית דין פלוני שידון ביניהם כדין. אכן מאחר שסיבה עיקרית שנשים הולכות לערכאות, שבחוקותיהם מקבלת האשה יותר ממה שמקבלת בדיני ישראל. ולכן הצעתי, שיכולה אשה לפני הנישואין לבקש תוספת כתובה בגובה חצי מנכסיו. ואיני רואה בזה חשש, והרי אדם יכול להתחייב אפילו מאה מנה לאשה שוטה, שרצה לזווק מנכסיו. ולמה יהיה אסור לעשות כן בנידון דידן, וכן יכול לפטור אשתו משבועה שצריכה לישבע וכדומה, ואם יש עוד זכויות שכרעע אינו זוכר מה הם, למה לא יכול להתחייב אותם.

ומה שהביא מתשובת הרשב"א שהביא הב"י בסי' כו. ולענ"ד נראה שלא אמר הרשב"א רק כשבא להתנות נגד דין תורה, כמו לבטל ירושת הבעל, שאף שלדעת רבי יהודה יכול להתנות על מה שכתוב בתורה, והלכה כמותו ולא כרבי מאיר. מ"מ סובר הרשב"א שהבא להתנות נגד דין תורה בגלל חוקות הגוים, זה אסור. וכש"כ כשלא התנה כלל, אלא נאמר שכל שרגילים לילך בחוקי הגוים כאילו התנה, זה אסור הרשב"א. אבל להתנות דברים שאינם נגד התורה, כגון שמתנה שיתן לה כתובה מאה מנה בגלל שכך נוהגים הגוים, בזה נראה שאין איסור בדבר, וכך כל שאר תנאים. תדע, שהשוכר פועל ומתנה עמו שיקבל שבועיים חופש בשנה, או שיקבל פצויים, לא שמענו מי

א"כ כל הנושא אשה פה במקומנו יחזיר הנדוניא אפילו אחר כמה שנים, כי כן הוא מנהגי הערכאות פה והוי כאילו התנה שינהוג גם הוא כן, חלילה לומר כן לעקור דבר תורה, שהבעל יורש את אשתו. ודאי אם הותנה כן מתחלה כל תנאי שבממון קיים, אבל לנהוג כן מן הסתם הואיל ונוהגין כן בין הערכאות, ודאי הוא איסור גמור לפי שהוא מחקה את הגוים וכל כיוצא בזה, והתורה אמרה לפנייהם ולא לפני גוים, ואע"פ ששניהם רוצים בכך. ומנדין אותם אם ינהגו כך מן הסתם ובכל כהאי גוונא, שאם כן מה לנו לספרי הקדש המקודשים שחברו לנו חכמינו זכרונם לברכה אם ילמדו את בניהם דיני הגוים ויבנו להם במות טלואות בבית מדרשי הגוים, חלילה חלילה לא תהא כזאת בישראל".

הרי מבואר בדברי הלבוש שכוננת הרשב"א לאסור לנהוג מן הסתם כחוקי הגוים, אבל אם הותנה כן מתחילה, כל תנאי שבממון קיים. ואכן הדברים מפורשים בגוף דברי הרשב"א בסוף התשובה, שבדבר שבממון רשאי לשעבד עצמו בקנין המועיל, כפי דיני הערכאות.

והנה הש"ך סי' ע"ג ס"ק לט לאחר שהקשה על שיטת הרמ"א בגדר דינא דמלכותא דינא כתב:

"אבל לפע"ד גם דבריו דלקמן סוף סי' סס"ט צ"ע, ואנה מצא זה דמה שהוא לתקנת בני המדינה אמרינן דינא דמלכותא דינא אפילו נגד דין תורה, והרי בתשובת הרשב"א [ח"ו סי' רנ"ד] שמשם מקור הדין דהנושא אשה כו', לא כתב בכל התשובה רק שחלילה שנדון בדין גוים נגד דין תורתנו. ועוד דמי מפסי, א"כ בכל דיניהם נימא שהוא לתקנת בני המדינה. ומה שכתב מהרי"ק לעיל, היינו דוקא לענין ארנוניות ומנהגות של משפטי המלכים כו'. הכי קאמר, היינו דוקא לענין ארנוניות שנוגע למלך, דאז כל הדין נוגע למלך עצמו והזוכה בו הוא כבא מכח המלך, או במנהגות של מלכים אע"פ שאינו נוגע במלך עצמו, כיון שהוא משפט המלך במדינה ואינו נגד דין תורה, אמרינן דינא דמלכותא דינא, אבל דין שבין אדם לחבירו פשיטא ופשיטא דלא, ואף שיפסקו בדיניהם כן משום תקנת בני המדינה. ואין להקשות מפרק חזקת הבתים [דף נ"ד ע"ב] גבי מלכא אמר לא ליקני אלא באגרתא, ונתבאר לקמן סימן קצ"ד סעיף ב', ואע"ג דהתם בדינינו קונה בחזקה. שאני התם כיון דהקרקע היא של גוי אזלינן בתר דין גוים ואמרינן נמי דישאל הראשון אדין גוים סמך, וכן בפ"ק דגיטין [דף י' ע"ב] ונתבאר לעיל סי' ס"ח סעיף א' דשטרי מתנות העולים בערכאות של גוים כשרים, היינו נמי כיון שהשטר עשוי בערכאותיהם א"כ אדינא דמלכותא סמך".

וכן מדברי מהרש"ם במשפט שלום סי' קצד עולה שדברי הש"ך "אדינא דמלכותא סמך", זהים למש"כ הרשב"א בסוף התשובה. ובודאי שהדברים מתיישבים עם עיקר דברי הרשב"א.

הביאור בהלכה זו מפורש בדברי הרשב"א שקבע:

"לנהוג כן מפני שהוא משפט גוים באמת נ"ל שאסור לפי שהוא מחקה את הגוים, וזהו שהזהירה תורה לפנייהם ולא לפני גוים

זאת בעת עריכת הקנין, ובמועד זה טרם ידוע מהו הפירוט הסופי של הרכוש וזכויות הממון שכל צד יקבל. בנסיבות אלו חזרנו לעיקר הדין, שאין איסור להקנות ולהתחייב עפ"י הוראות החוק.

### מסקנת הדברים

אין מניעה להתחייב בקנין לחלוקת רכוש בהתאם לכללים מוסכמים, גם אם אלו כללי חלוקת הרכוש הקבועים בחוק. וזאת מאחר שלאחר קבלת הקנין, הגורם המחייב את הצדדים הוא הקנין, בכך אין קבלת סמכות חוק הסותר דין תורה, אלא קבלת סמכות הקנין.

מאחר שמעשה הקנין תקף עפ"י דין תורה, בכך מקור הסמכות לחלוקת הרכוש, הוא - דין התורה.

ביחס לנחיצות הקנין, ראיתי את מש"כ ידידי הגר"ש שפירא שליט"א בפסק דין מביה"ד הגדול מיום ב' בתמוז תש"ף (24.6.2020) בתיק 1151791/4 ולהלן מדבריו:

"לדעתי לחוק יש דין מנהג המדינה והוא מחייב כל מי שנישא במדינת ישראל, שנישא על דעת המנהג. מסיבה זו חובה לדון על פי הוראות החוק, אין צורך כלל לערוך קניין עם הצדדים שמסכימים לדון על פי החוק, ולא ראוי לעשות קניין שכזה בעת שהצדדים ניצבים לפני בית הדין. (אם נאמר שצריך קניין - ספק אם יועיל בהתייצבם לפני בית הדין, כשבית הדין דורש מהם לעשות קניין כתנאי לחלק הרכוש כפי קביעת המחוקק, ואין כאן מקום להאריך)... דא עקא, כידוע הנהגת הדיינים עוברת במסורת ומי שהתמנה לדיין לומד דרכיו מהדיינים שחנכוהו, ולדידם ההנהגה הרגילה היא כפי שנהגו בעבר, שערכו קניין (מפני שחששו ואולי סברו שאין תוקף הלכתי לחוק), וכשבני זוג באים לדון לפניו מושיטים את עטם כמעט באופן אינסטינקטיבי ומבקשים לערוך קניין. לצערי יש דיינים רבים הסבורים שללא קניין מן הצדדים לדון על פי חוק, אין בית הדין יכול לפסוק דין חלוקת רכוש כקביעת המחוקק. ואף שברור לי שמי שנוהג כך הוא 'בית דין טועין' ולא כדן נמנעים מלפסוק ללא קניין. אך מצינו שחז"ל חששו לבית דין טועין (עיי' יבמות קו, א ובבא בתרא קלח, ב), ולכן כתבנו שחובה להתנהג באופן המתקן, אף שמעיקר הדין לא נצרך התיקון הלכתי, חובה עלינו לתקן הדבר באופן שלא תבוא תקלה ע"י בית דין טועין".

אך דבריו אינם ברורים:

א. מדוע מעשים בכל יום ובכל בתי הדין שעושים קניין בתיקי ירושות לחלוקה עפ"י חוק, בנסיבות שחלוקת העזובן עפ"י ההלכה היא אחרת, והקנין תקף, ובמה שונה הקנין לחלוקת רכוש ואיזון משאבים עפ"י חוק, בהנחה שהקנין נחוץ ויש בו תועלת. ויצוין למש"כ הגר"ח איזרר זצ"ל חבר בית הדין הגדול בדימוס, במאמרו בספר שורת הדין כרך ה' עמוד ש', שהביא מדברי הבית יוסף חו"מ סי' רה, וכתב:

"לפי תרוצו האחרון של הב"י נוכל להסביר שכאשר פונים ליורש ואומרים לו תקנה חלק לפי החוק לאחותך שאל"כ

שיפקפק לאסור דבר זה. וביותר שאפילו לא התנה אמרינן אדעתיה דמנהגא עבד. וכן מה שאמרו בהשוכר את הפועלים (ב"מ פג א) שמקום שהמנהג ליתן לפועל לאכול או לספק במיני מתיקה, אם המנהג כך מפני שכך נוהגים הגוים, לא שמענו מי שאוסר. וכן באיזה שעה מתחיל פועל עבודתו, שאף שמדין תורה פועל מתחיל מהנץ החמה עד צאת הכוכבים, מ"מ אם המנהג בעיר אינו כן, הולכין אחר המנהג, שכל זה, באיזה שעה מתחיל פועל או אם יקבל מיני מתיקה וכדומה או כמה שכר יקבל הפועל, כל אלו אין בהם דין תורה שכך רצון התורה. ואינו דומה לירושת הבעל ומזונות האשה וכדומה, כן נראה נכון לענ"ד, וכל הקונטרס שצירף איני רואה משם סתירה למה שכתבנו. וכש"כ שהוא מדבר בלא התנו ונתחייבו בפירוש, רק לומר שמנהג מבטל הלכה, וזה ודאי צ"ע, אבל לא שמענו שאסור להתחייב. ומה שהביא מאחד ממחברי זמנינו, שאסור לכתוב בשטר שכל הנהגת השותפים בבנין המשותף יהיה כפוף לחוק המקרקעין, שאסור לעשות כן, לבכי לא כן ידמה. שאין כאן מתנה על מה שכתוב בתורה. וכי רבי מאיר חולק שיכול אדם להתחייב לשלם כשיזיק בגרמא. והרי מפורש ביו"ד סי' שלה שהמוכר שדהו לגוי מנדין אותו עד שיקבל עליו לשלם כל הפסד שהגוי יעשה, וכי רבי מאיר חולק על זה. ואפילו במתנה שומר חנים להיות פטור משבועה אמרו בגמרא (ב"מ צד א) שמועיל לרבי מאיר, ואין כאן מתנה על מה שכתוב בתורה, שאין זה רצון התורה ששומר חנים יתחייב בשבועה או ששומר שכר יתחייב בגניבה. וז"ל תוספות (כתובות נו ב) שאני התם דחייבתו תורה שומר שכר על שלוקח שכר ושואל שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב כתורה, הלכך במקום שאין משתעבדין עצמם פטורים עכ"ל ... וגם מה שהביא מדיינים שקבל שדנים בדיני עכו"ם שזה אסור, זה פשוט שהדיינים אינם יודעים דין תורה כלל, רק דנים כגוים, אבל בנידון שמקבל עליו ב"ד של ישראל, רק שמתחייב חיובי ממון, לא נראה שיש בזה איסור. עכ"פ כל שכירות פועלים דומה לי שכל בתי הדין דנים כפי הנהגת בהם, ולא שמעתי בזה פקפוק. ודברי ק"ו, שמה בפועלים שלא דברו בפירוש, אלא שמסתמא אדעתיה דמנהגא אף שהמנהג בא מחוקיהם, כש"כ בנידון דידן שהבעל ברצונו מתחייב חיובי ממון. עכ"פ נראה שלא יכתבו חוקיהם אלא באמת יתחייב. ואולי כת"ר יכתוב מה החיובים היתרים בדיניהם יותר מדיני ישראל, ואז ננסח זאת בניסוחים אחרים. ונראה שבמנהג הסוחרים, ישנם דברים שצריכים להגיע לדינו של ר' יהודה שבדבר שבממון תנאו קיים נגד התורה, כגון לקבל עדים פסולים וכדומה, אבל בנידון דידן אין אלא התחייבות, ולא שמענו בזה איסור עכ"ל.

מבואר בדברי הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג זצ"ל שמצד הדין לא מצא איסור בהתחייבות בקנין עפ"י הוראות החוק, אלא בסיוע דבריו כתב, שלמרות זאת, קיימת עדיפות שלא להתחייב בחיובי החוק בסתמא, אלא לציין להדיא את פירוט ההתחייבויות וההקנאות בכל מקרה לגופו. אך כידוע במציאות המוכרת לנו בבתי הדין, בדרך כלל לא ניתן לפרט

וע"ע במאמרו של הגר"א שרמן שליט"א חבר בית הדין הגדול בדימוס, בספר כנס הדיינים תשע"א, במש"כ בשם הגאון ר"ש אלישיב זצ"ל שלא נתן מקום לדעה שהחוק תקף עפ"י ההלכה.

על כן בלא שבמסגרת הנוכחית נביע דעה בנידון זה, הראוי לבירור מקיף ויסודי, אך למען הסרת כל ספק בטרם החל הדיון לבירור התביעה לחלוקת הרכוש ואיוון המשאבים, ולהסיר מסדר היום טענת "קים לי" העלולה לעלות בסיום ההליך, הורגלנו בבתי הדין מזה שלושים שנה לפחות, להסדיר את הקנין. וכן הורגלו בבתי דין רבים, כגון בפס"ד שבפרוייקט השו"ת במאגר המקוון פס"ד ע' ופס"ד פא. ויצוין, קשה להיזכר במקרה אחד שבעל הדין התנגד לכך, לאחר שהובהר לו שבכך יוסרו הספקות מסדר היום, טענות "קים לי" וכיוצ"ב. בתי דין אלו, אינם בתי דין טועין הנוהגים כך, אלא בתי הדין המכירים את ההלכה המורכבת בנידון זה, ואת טובת בעלי הדין שלא יימצא מי שיציע לאחד מהם לטעון טענות "קים לי", העלולות להכניסם לתסבוכת. ובית הדין הנוהג בחכמה ורואה את הנולד, מסדיר את הקנין לטובת בעלי הדין.

אחותך תקח את אותו חלק עפ"י החוק בערכאות והיורש "האח" מתרצה ומקנה, אין הקנין בטל מחמת אונס. וה"ה לקנין שבעל מקנה לאשתו מה שזכאית לפי חוק יחסי ממון ועושה זאת משום הידיעה שאל"כ יגיע הדיון לערכאות ושם לא יוכל להנצל למחר או ליומא אחרא".

ב. בירור התוקף של הוראות חוק יחסי ממון עפ"י ההלכה, הינו רחב ומסועף ואין כאן מקומו. אך נציין למש"כ בספר עטרת דבורה חלק א' סי' מח שהקנין המוסדר על ידי הצדדים, מסיר את הספקות ההלכתיים שבתוקף החוק עפ"י ההלכה. מאחר שזו סוגיא מורכבת, והמסקנה של דין חשוב ככל שיהיה, אינה בהכרח מוסכמת על אחרים, ואינה בהכרח מחייבת את כלל הציבור, עיין במש"כ הגר"י אלמליח שליט"א חבר בית הדין הגדול בדימוס, שהתפרסם בספר שורת הדין כרך ו עמוד סו במש"כ:

"אם הזוג חילוני ברור שעל דעת החוק שהתקבל נישאו... אמנם נראה שקשה מאד לומר שכל זוג נישא על דעת החוק הרי אדם ששומר תורה ומצוות מסתמא נושא על דעת משפטי התורה ולא על דעת החוק".

## סימן טו

### חלוקת דירה לפי ההשקעה או הרישום, טענת מקח טעות

לרכישת הדירה שנרשמה על שם הצדדים, לא היו מסכימים לשידוך ולא היו מסכימים להשקיע את הסכום שהושקע על ידם מתוך ידיעה שהחתן הינו מבחירי ישיבה מובחרת, לטענתם התברר שהידיעה הזו אינה נכונה.

מאידך, הנתבע מבקש לדחות את המיוחס לו על ידי התובעת, וטוען שאדרבה אצל התובעת התגלו קשיים שגרמו לו לעזוב אותה, ובהמשך לפירוד שהביא לתביעות הגירושין ההדדיות, ובסופו של דבר לגירושין בפועל.

עיון בטענות התובעת מעלה שהציגה שתי טענות עיקריות. האחת היא שיש לקבוע שמקח טעות בפנינו, וכי על דעת כן שיתגלו דברים בעייתיים ביחס לבעל, לא הסכימו הורי האישה להשקיע סכום גבוה ברכישת הנכס. השנייה, שגם אם הטענה הראשונה לא תתקבל וגם אם נתעלם מהגורמים שהביאו לגירושין, יש לחלק את הדירה בהתאם להשקעה שכל צד השקיע בדירה.

במסגרת הנוכחית לא נתייחס לטענת מקח טעות והיא זכתה להתניחות לעיל בחלק אה"ע סי טו.

בטרם נדון בטענות הרכושיות לגופן נקדים הקדמה עקרונית. הדיון בבית הדין התקיים בין התובע והנתבעת בלבד, ואילו הורי התובעת אינם צד לדיון, ולא נטלו חלק בדיונים. לפיכך כשאנו דנים בשאלת אומדן דעת, איננו יכולים להתייחס לאומדן הדעת של ההורים שלא עמדו כצד לדיון, ולא נחקרו על אומדן דעתם.

הצדדים התגרשו ללא הסכם גירושין מפורט בנושאים הכרוכים בגירושין. הגט סודר על יסוד הסכמת שני הצדדים והסכמת האישה לוותר על הכתובה. והתביעה לחלוקת הרכוש נידונה לאחר הגירושין.

כעת עם השלמת ההליכים והעיון בסיכומי טענות הצדדים, להלן פסק הדין.

לצדדים דירת מגורים הרשומה על שם שניהם שנרכשה כארבעה שבועות קודם לנישואין. התובעת מבקשת שבית הדין יפסוק שבעת חלוקת התמורה מפירוק השיתוף בנכס, כל צד יקבל בהתאם להשקעתו. מאידך, הנתבע מבקש לקבוע שהנכס הינו רכוש משותף, ובהתאם לכך יפורק השיתוף בנכס.

הדירה נרכשה בזמנו בסך 1,850,000 שקל. בהתאם למוסכם, הורי הכלה נתנו 900,000 שקל, ולאחר מכן נתנו עוד 50,000 שקל, כשהם חלוקים האם סכום זה ניתן כהלוואה או כמתנה. סך 700,000 נלקח כהלוואה משכנתא ע"ש הצדדים, ועוד סך 200,000 שקל התקבל כהלוואה מגמ"ח, כשאבי הבעל היה רשום בה כלווה.

התקיימו חמישה דיונים לבירור התביעה לחלוקת הרכוש, בית הדין שמע את טענות הצדדים, וכן נשמעו עדויות משני הצדדים.

לטענת התובעת, לאחר הנישואין התבררו דברים ביחס לנתבע שאילו ידעו על כך הוריה בעת שהשקיעו סכום גבוה



לעיל סי' ס' ס"ק י"ז דאם ריש גלותא טוען הואיל ושטר נכתב על שמי הייתי זוכה בו, דיש בו מחלוקת הפוסקים, אם כן אף בזו, דמה בכך דאין לאישה דמי, מכל מקום כיון דהבעל העלה בשמה זכתה בו. ולכך הרא"ש (כלל צו סי' ה) דבררתי לעיל מתוך התשובה דזכה בו ריש גלותא לדעתו, אף כאן סבירא ליה דאישה זכתה בו, משא"כ לדעת בעל התרומות (שער נא ח"ט). ולכן דין זה צ"ע, כי תליא במחלוקת הנ"ל, ואם כן מי יוציא מיד אישה מספק".

עוד יש לציין מש"כ בזה בתשובת בית יצחק חלק חו"מ סי' עב, לאחר שהביא מדברי הסמ"ע הש"ך והתומים, כתב: "ולפענ"ד דהטאבעלע על שם האישה גם הרשב"א יודה, דלכאורה אין שייך לגלויי זוזי הוא דבעי, ובמה סמך עצמו שכתב השטר על שם האישה, דילמא לא תרצה להחזיר לו השטר, אך שסמך על זה שעפ"י דין תורה יכופו אותה להחזיר לו השטר או השדה, ואם שטר הלואה הוא, יכופו בית דין ללוה שישלם לו ויכופו אותה להחזיר השטר ללוה. משא"כ בטאבעלא הנעשה בנימוסיהם והבי"ד לא יהי' בידם לכופה, ע"כ נתכוין למתנה גמורה".

כמו כן יצוין לפד"ר חלק ו' עמ' 265-262 בפס"ד מבית הדין הגדול בראשות הגאון רבי י"ש אלישיב זצ"ל שהביאו את הדיון בפוסקים אודות בעל שרשם את הבית על שם אשתו, ואת הכרעת התומים שמספק אין להוציא מיד האישה. העולה מהאמור, ביחס לנכס שבשטר המכר נרשם על שם אישה נשואה, כולו או מחציתו, והרישום נעשה על ידי הבעל, ולאחר מכן הבעל טוען שהרישום אינו משקף את בעלות האישה על הנכס, נחלקו הסמ"ע והש"ך כשלדעת הסמ"ע עצם הרישום מבטא הודאה או אף מתנה מצד הבעל לאשתו, והש"ך סובר שאין זו הודאה או מתנה כי יתכן לפרש את הרישום כרישום שנעשה למטרה אחרת, כגון לגלויי זוזי. והתומים העלה הלכה זו כספיקא דדינא. והבית יצחק קבע שאם אין זה רישום בשטר בלבד אלא גם נרשם ברשויות ובטאבו, אין יסוד לטענה שהרישום נעשה משיקולים של גלויי זוזי וכיוצא בזה, אלא בעל כורחך הבעל התכוון למתנה גמורה.

עוד נחלקו הפוסקים בשאלה האם רישום בטאבו מצד עצמו מהווה קניין, או רק מנהג הסוחרים ומנהג המדינה שלצורך השלמת העסקה כעסקה ברת תוקף, העסקה נרשמת בלשכה לרישום מקרקעין כדי להבטיח את העסקה, אך אין כאן גדר מנהג סוחרים שהרישום בטאבו מצד עצמו מהווה קניין, כקניין סיטומתא.

יש שנתנו מעמד לרישום בטאבו. בפד"ר ח"ו עמ' 383 בפס"ד של הרבנים הגאונים נ"ע הרב יצחק נסים זצ"ל, הרב י"ש. אלישיב זצ"ל והרב בצלאל זולטי זצ"ל לאחר שדנו במחלוקת הפוסקים אם מועיל רישום בטאבו משום דינא דמלכותא, כתבו במסקנת הדברים:

"זאת ועוד, לפי הנהגה כאן בארץ שעל עניני העברות בין איש לרעהו, אם הוא מוכר או נותן מתנה, הכל לאשר לכל מעבירים

מאחר והדירה נשוא התביעה רשומה על שם שני הצדדים בשווה, בהיעדר הסכם משפטי מכל סוג בין ההורים ובין הנתבע, לא קודם לנישואין ולא לאחריהם, ובהיעדר תביעה מטעמם ביחס לנתבע, הם אינם בעלי דין בדיון לחלוקת הרכוש. הגם שהדירה נרכשה בסיוע נכבד מאד מצד ההורים, ורק בעזרת הוריה הבת עמדה בסיכומים שסוכמו עם החתן קודם לנישואין. אומדן הדעת וכל הטענות הרלבנטיות בנידון זה יוכלו להתייחס לדין ודברים שבין האיש והאישה בלבד, ועלינו להתייחס לטענת האישה התובעת שהתמורה שתתקבל ממכירת הדירה, תחולק חלוקה בלתי שוויונית הנגזרת מהשקעתו של כל אחד מהצדדים ולא חלוקה שווה עפ"י רישום הנכס.

### מעמדה של הדירה שנרכשה ונרשמה על שם בני הצדדים

בעת שהדירה נרכשה לפני הנישואין, חוזה המכר נרשם על שם שני הצדדים, וכן הרישום בטאבו. בכך עם השלמת הרכישה, הדירה הינה רכוש משותף. מאחר וטובם בין ההורים ובין הצדדים על רכישת הדירה במתכונת זו של רישום משותף, הרי בכך הדירה שייכת לשני הצדדים.

בהלכה זו של רישום נכס על שם שני בני זוג או על שם אחד מהם, בהיותם נשואים, דנו הפוסקים בהרחבה. שורש הלכה זו בחו"מ סי' סב, בדין של "אישה הנושאת ונותנת בתוך הבית והיו שטרות מקניית קרקעות ועבדים או שטרי חובות כתובים על שמה" וכתב הסמ"ע ס"ק ה':

"אם ידוע שהבעל עצמו כתב השטר על שמה הרי הוא שלה, ואם כתבו הבעל על שם שניהם הרי הוא של שניהם, ומור"ם איירי כאן בכתבה האישה מעצמה על שם עצמה או על שם שניהם".

דהיינו לפי שיטת הסמ"ע כשהבעל בעצמו כתב את השטר על שמה או על שם שניהם, זוהי הודאת בעל דין או אף מתנה מצד הבעל. אך הש"ך ס"ק ז' חולק על הסמ"ע וכתב שהלכה זו במחלוקת הרא"ש והרשב"א, וסיים הש"ך:

"ומ"מ נ"ל עיקר כהרשב"א, דמה שעשה הבעל השטר על שמה אין ראייה, דדילמא לגלויי זוזי הוא דבעי, וכדאמרין בפרק חזקת הבתים [נ"א ע"א], ונתבאר באבן העזר סימן פ"ה [סעיף ט'] וסימן פ"ו [סעיף ב'], וכן הוא בתשובת רשב"א שם".

התומים סי' סב ס"ק ה' השאיר הלכה זו כמחלוקת ללא הכרעה, וז"ל:

"מש"כ הש"ך (סק"ז) דנחלקו הרא"ש (כלל צו סי' ד) ורשב"א (בתשו' ח"א סי' תתקנז) באם הבעל העלה על שם אשתו בקניין, להרא"ש הרי היא של אישה הואיל ונכתב על שמה, ולרשב"א כיון שנושאת ונותנת בבית הכל של בעל. ולענ"ד נראה כפי מש"כ הרשב"א בתשובה סי' תתקנ"ז, דאף דהעלה על שם אישה, מכל מקום דמי להא דאמרין בפרק הגזול (ב"ק קב ב) דאם העלה בשם ריש גלותא דלא זכה בו ריש גלותא, אף בזה לא זכתה בו האישה. ולפי"ז תליא במחלוקת שהבאתי

משכנתא המוטלת על שני הצדדים, לכן פשיטא שסך 350,000 ₪ ועוד 200,000 ש"ח שנלקחו מגמ"ח כשאבי החתן נרשם כלווה עליהם, נזקפים לזכות הבעל כמקורות מימון מטעמו, הואיל ובאותה שעה הכסף שהתקבל מהגמ"ח היה שלו (גם אם לאחר זמן התעוררו בעיות בהחזר החוב). מצב זה מבטל את הטענה שכל הדירה נרכשה באמצעות מימון מצד האישה בלבד. ואם בזמנו לא מצאו לנכון לרשום את הנכס בחלקים לא שווים בהתאם להשקעת הצדדים, הרי בכך הנכס הפך להיות רכוש משותף לכל דבר וענין. בפד"ר חלק א' עמוד 117 בפסק דין מבית הדין בת"א בהרכב בראשות הגאון רבי אליעזר גולדשמידט זצ"ל כתב:

"לכאורה, לפי הרשב"א ודאי ולפי בעל שארית יוסף מספק, אין לנו להתחשב בקביעת הבעלות על פי הרישום, אלא יש לברר מי שלם תמורת הבית.

אולם אין הדבר כן, כי פשוט הדבר שבכגון דא, בשאלת הכונה ברישום, יש לקבוע לפי הנהגה והרגיל בדרך העולם בכל זמן וזמן. וידוע שעכשיו נוהגים לרשום רכוש, וביחוד דירה למגורים, על שם שני בני הזוג, במכוון שלשניהם תהיה הבעלות על הרכוש. הרישום מורה, שזה ששילם או שילם יותר, נתן את היתרה בחלקו במתנה לשני. לכן אין לבטל, בזמן הזה, רישום, המקנה ומחזיק בעלות לזה שנרשם על שמו, מתוך ספיקות אולי לא הייתה הכוונה למתנה.

וכן מוכח מתשובות החתם - סופר חו"מ סימן קמ"ב, בנדון בעל בית שנתן בית לאשתו והעלה בערכאות על שמה, ודן שם החת"ס בנוגע לבית זה בדבר ירושת הבעל אחרי מיתתה, ומשמע שתופס הוא בפשיטות שהבית שייך לה.

וכן כתב המהרש"ם בתשובה ח"ה סימן ל"ח, בענין בית שנכתב על שם הבעל והאישה, ומביא שם את תשובת שארית יוסף הנ"ל, ומכריע המהרש"ם דמכיון דנרשם על שמה הוי שלה. לפיכך בנידון דידן, אין לנו להכנס לבריורים מי שילם את התמורה כי שילם מי ששילם, הבית מכיוון שנרשם על שם שניהם, שייך הוא לשניהם בחלקים שווים, וממילא גם כל הכנסות הבית הן של שניהם בחלקים שווים.

אין אנו קובעים מסמרות בהלכה זו בהיקפה, מה יהיה הדין ברכוש כללי, ומה יהיה הדין אם הרישום הוא על שם אחד מבני הזוג בלבד, - באין צורך להכריע בנדון דידן רק בדבר דירת מקום מגורי הזוג, ורק כשהרישום הוא על שם שני בני הזוג יחד."

**מסקנת הדברים:** בעת רכישת הדירה, הנכס היה רכוש משותף בחלקים שווים.

#### טענת אומדנא לבטל את רישום הדירה כנכס משותף

כאמור לעיל, הטענה שעלתה בתחילה הייתה: מאחר והיו אלו נישואין קצרים מאד שהגיעו לקיצן באשמת הבעל שיזם את הפירוד והגירושין, הרי שעל דעת כן לא נתן אבי האישה את הסכום העודף מצד האישה לרכישת הדירה. קשה מאד לקבל טענה זו, מאחר ותנאי זה, שלא ניתנה ההשקעה העודפת בדירה על דעת הנסיבות שהתקיימו

ע"י רישום בספרי האחוזה, א"כ יש לראות בזה קניין מדין סיטומתא, וכ"כ הכנה"ג סי' ק"צ בהגה"ט אות ח': אפילו אינה דינא דמלכותא, אם מנהג פשוט בכל התגרים כשמוכרים חנות אלו לאלו שאפילו בלי שום אחד מדרכי הקניין אלא בכתיבת הפנקס (של מלך) לבד מתקיים מקחם ביניהם, קנה (ת"י סי' ל"ב)."

וכן בפד"ר כרך א' עמוד 283 בפס"ד של ביה"ד פ"ת בראשות הגאון הרב יצחק מאיר בן מנחם זצ"ל התייחסו להלכה זו, וכתבו שהעברה בטאבו קונה מדין סיטומתא, וכן מכח דינא דמלכותא או שטר, עי"ש.

לעומת זאת יש שלא הסכימו לתת לרישום בטאבו מעמד של קניין מצד עצמו. כן כתב בספר ערך שי חו"מ סי' ס' סעיף יב: "ואפילו תמצי לומר דמצד דינא דמלכותא דינא השתא כשר שטר קניין הנעשה בערכאות כדלקמן סי' ס"ח, זה אינו אלא לראיה בעלמא והקניין הוא בשטר שנותן תחילה המוכר ללוקח, והטאבולציא רק לזכרון וראיה מי קודם... ואין עושין טאבולציא רק אם נעשה מקודם שטר בין מוכר ללוקח או נותן ומקבל, הרי דאין זה הקניין".

וכן שיטת ערוך השולחן. בחלק חושן משפט סי' ס' סעיף כא כתב:

"יש לדקדק עתה כשנכתב קרקע על שם האישה בערכאותיהם צריכים הדיינים להיות מתון בזה, כי יש לפעמים שהבעל כותב נכסיו על שם אשתו מפני איזה טעמים ולעולם הנכסים הם של הבעל, לכן צריכים לחקור בזה הרבה".

בספר ערוה"ש חזר ושנה דבריו בסי' סב סעיף ו':

"כבר בארנו בסוף סי' ס' דבזמננו אין שום ראייה מה שנכתבו קרקעות על שם האישה ואפילו נתקיים בערכאות, מפני שהרבה עושים כן מפני איזה טעמים שיש להם, ואין כוונתם להקנות להן לכן צריכים הדיינים להיות מתון בזה מאד מאד".

הרי שהיה ברור לבעל ערוה"ש שאין לרישום בטאבו לכשעצמו מעמד קנייני, אלא הוא מהווה ראייה לקניין, כל עוד לא התברר שהרישום אינו משקף את הבעלות.

אך יובהר, גם לשיטות אלו, היינו דווקא כשהתברר בבית הדין שהרישום אכן אינו משקף בעלות, וכי בזמנו היה מוסכם שהנכס שייך לאחר מהם בלבד, אך נרשם בדרך שונה משיקולים אחרים, וכך היתה כוונתם מראש שהרישום לא ישקף את בעלות. אולם בנידון זה פשיטא שבעת רכישת הדירה ובעת רישום הנכס על שם שני בני הזוג, הכוונה הייתה לרכוש עבור הזוג דירה שבה הם שותפים שווים, ואבי האישה הסכים לשלם את התשלום ששולם משיקוליו הוא. מאחר והאישה ואביה הניחו שהבעל מבחירי הישיבה בה למד, מצאו לנכון לרכוש את הדירה כנכס משותף, ופשיטא שבאותה עת לא עלה על דעתם שהנכס יהיה שייך לאישה בלבד ויחשב כנכסי מלוג שהכניסה האישה, כנטען בסעיף 57 לסיכומי התובעת. על כן שיטת ערוה"ש וסייעתו אינה רלבנטית לנידון זה.

יתירה מזו מאחר שסכום של 700,000 שקל נלקח כהלואה

לבעלה להכניס לה צרה אלא משום פריה ורביה כדאשכחן באמהות, וכבר רמזתי לך זה ג"כ ואין בזה שכתבתי לך עכשיו אלא תוספת פירוש.

ומה שאני מוסיף לך עתה הוא שאתה על כרחך תודה בזה שהרי כתבת דאתתא דלא ילדה מילתא דלא שכיחא היא וכל מילתא דלא שכיחא לא מסקי אינשי אדעתיהו לאתנווי, וא"כ אפילו דברים שבלב לא הוו. ואפילו תמצא לומר דדברים שבלב הוו דברי, הכא לאו כלום הוא שהרי הוא התנה לפרוע לאשתו כשישא אחרת ולא עלה בדעתו שאשתו לא תלד דמילתא דלא שכיחא היא וא"כ בדעתו לא היה שיוכל לישא אחרת ולא יפרענה וא"כ היאך תאמר שנלך אחר אומדן דעת מה שאינו עולה בלב בני אדם ואין שם הוכחה. בשלמא אי אמרת שזה דבר פשוט כפי כל העולם ומצוי תמיד שבני אדם נושאים נשים הרבה כשאין נשותיהן יולדות, הוה לך למימר אומדן דעתא הוא ואנן סהדי דבההיא שעתא דאתני הוה ליה כאלו פירש ואמר אא"כ לא תלד אשתי. אבל לפי דבריך בשעת התנאי אין לנו לומר זה, שהרי במילתא דלא שכיחא לא מסקי אינשי אדעתיהו, ועכשו שנולד דבר זה תרצה לחלק בתנאי, אין זו סברא ולא יעלה על דעת משכיל"

בתשובה זו, נאמרו שתי סברות, האחת שדברים שבלב אינם דברים אלא אם הם בלבו ובלב כל אדם, ובאותו נידון שקיים גם צד שני של האשה שלא קיבלה על עצמה כל מגבלה בהתחייבות, אין להסכים למגבלה זו בטענה שעל דעת כן לא התחייב. עוד כתב שבנסיבות שאירע מילתא דלא שכיחא דלא מסקי אינשי אדעתיהו, לא ניתן לטעון לאחר זמן שעל דעת אותן נסיבות לא התחייב, שהרי לא העלה על דעתו שיגיע לידי כך.

בנידון זה שתי הסברות קיימות, האחת שמצד החתן וודאי אין את האומדנא הנטענת. ושנית, מאחר והיו אלו נישואין שהחזיקו פרק זמן קצר מאוד, הוי מילתא דלא שכיחא שלא מסיק אדעתיה, על כן לא ניתן לקבוע שכך היה בדעת המתחייב, כפי הנטען על ידו כעת שעל דעת נישואין קצרים לא נתן.

בשורת רבי אליהו מזרחי (הרא"ם) סי' טז, כתב בתוך דבריו: "הוא הדין נמי הכא איכא למימר שאין רגילות לתת מתנה לחתנו בשעת חיבת הקירוב שדעתו חביבה עליו, אדעתא שיחזירם לו. הרי אפילו גבי נדוניא דאיכא הפסד מרובה אם תמות בתו בלא ולד. אפילו הכי אי לאו תקנה דחכמי טוליטולא ז"ל הוה אמינא דלא יחזיר כלום ליורשי הכלה, משום דאומדנא דדעתא היא דמשום חיבת נשואין אחולי אחיל לה וגמר והקנה, כדפרש"י בפרק נערה... וגדולה מזה כתבו התוספות בפרק נערה ואם תאמר אם כן כל אדם הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה אנן סהדי שלא על מנת כן לקחה, ויש לומר דהתם אנן סהדי שבאותו ספק היה רוצה ליכנס, ואפילו אם היו אומרים לו אם תטרף יש לך לקבל הפסד היה לוקחה. והוא הדין נמי גבי מתנות דחתן, יש לומר דאנן סהדי שבאותו ספק היה רוצה ליכנס, ואפילו אם היו אומרים לו אם תמות בתך יש לך לקבל

לאחר זמן, לא נאמר בזמנו והכל נותר דברים שבלב שאינן דברים. עיין נתיבות המשפט סי' פה סק"ג:

"דקניין שאני, דדברים שבלב אינן דברים לבטל קניין ברור שנעשה לפנינו".

ובספר קצות החושן סי' רנ ס"ק ה' כתב:

"נראה ביאור הדברים משום דקי"ל (גדרים כח, א) דברים שבלב אינן דברים, והא דמהני אומדן דעתיה שהיה לזה התנאי אף על גב דלא פירש, היינו משום דכיון דאומדנא כך הו"ל דברים שבלב כל אדם דמהני, וכמ"ש במרדכי (כתובות סי' רנ"ד) גבי נדרי אונסין באומר בלבו היום, ועיין מ"ש סימן י"ב סק"א ע"ש, וא"כ היינו דוקא אומדנא דבריירי הו"ל דברים שבלב כל אדם, אבל באומדנא דמספקא אף על גב דהנותן מחשבתו היה לתנאי, הו"ל דברים שבלב כיון דאינו בלב כל אדם".

וסברא זו כבר כתב התשב"ץ חלק א סי' צה ביתר ביאור, וז"ל:

"על ראובן שהתנית אשתו עמו שלא יכניס לה צרה ואם יכניסנה שיפרענה כתובתה עיקר ונדוניא ותוספת... ועכשו רוצה ראובן לישא אישה אחרת על אשתו מפני ששהה עמה עשר שנים ולא ילדה ואשתו מעכבת על ידו מפני כח התנאי הנזכר. ודעתך היה לומר שאין כח בתנאי זה לעכבו מלישא אישה אחרת במקום מצוה

תשובה... הוי יודע שאין לילך אחר אומדן דעתא אלא בדברים שאין לפקפק כלל שלא הייתה כן דעת הנותן או הנשבע ושיהי' הדבר ההוא מפורש מן הסתם כאלו פירשו... אף על פי שלא פירש הרי הוא כמי שפירש ולא הוו דברים שבלב אלא דברים שבפה, ושבלב דכולי עלמא סהדי שזהו דעתו אבל אם אפשר לחלוק בדעתו אם הוא כן או אינו כן אף על פי שיותר נוטה הדעת למה שבלבו כיון שאפשר על דרך רחוקה לומר שלא הי' דעתו כן הוו להו דברים שבלב שאינן דברים. והיינו ההיא דההוא דזבין נכסי' אדעתא למיסק לארעא דישאל ופירשו המפרשים דגלי דעתיה קודם לכן שהוא רוצה לעלות לא"י. וגם אחרי כן הוא טורח לעלות דאי לא פשיטא דלאו כל כמיניה למימר דאדעתא למסק לארעא דישאל זבני'. ואפ"ה כיון דבשעתא דזבין לא אמר, אמרי' אפשר דמשום דאצטריכו ליה זוזי זבין ולא אזלינן בתר דברים שבלבו. ואף על פי שהדבר קרוב מאד שמפני זה מכר, כיון שאפשר בדרך רחוקה שלא היה דעתו כן, לא אזלינן בתר דברי' שבלבו. דלאו אומדן דעתא הוא כיון דאפשר למימר הכי ולמימר הכי.

וכיון שכן נראה נדון שלפנינו למי דומה ובודאי אישה זו כשנתרצית לינשא לאיש זה בתנאי זה בכל ענין התנית עמו שלא ישא אלא ברצונה דאיהי לא איכפת לה במצו' בעלה ואיהו כי אתני עליה ההוא תנאה להפיס דעת אשתו התנה ודעת אשתו בכל ענין הוא. ואדרבה יותר קרוב הדבר לומר שלא היה עיקר תנאם אלא מפני זה שאין דרך בני אדם להרבות נשים אלא משום פריה ורביה דאין אישה אלא לבנים, וגם מה שכתבו בכתובה שלא ישא אלא ברצונה מוכיח כן, והיאך תתירצה אישה

וע"ע בקצות החושן סי' שיט סק"א שלא הסכים לביטול מקח או מתנה אלא כשנעשו מלכתחילה בתנאי מפורש, ובקרקע עכ"פ בגילוי מלתא שנאמר בפירושו בעת הקניין, וז"ל:

"כתב הרמ"א בסימן שי"ב סעיף ט' דאם פירש ואמר שמשכיר לו מפני שהוא אוהבו ואח"כ נעשה שונאו יכול להוציאו ע"ש. ותמיהא לי טובא כיון דלא התנה בדיני תנאי היכי מהני מפרש מפני שהוא אוהבו, דהא כל שאינו כתנאי בני גר בתנאי כפול המעשה קיים והתנאי בטל. וכ"כ מוהרי"ק בשורש קפ"א ז"ל, גם מה שטען האיש הזה כי יסוד החתימה לאהבת השלום והשלום לא היה מתמיד כו', הרי לא נכתב בלשון תנאי והרי שנינו בגיטין פרק השולח (מה, ב) המוציא את אשתו משום שם רע לא יחזור, ואמרינן עלה בגמ' והוא שיאמר לה משום שם רע אני מוציאך, קסבר טעמא מאי משום קלקולא אי אמר לה הכי מצי מקלקל לה אי לא לא מצי מקלקל לה. ועל זה כתבו תוס' פרק השולח (מו, א ד"ה אי) וז"ל, דאי אמר הכי מצי מקלקל, נראה דאינו אלא לעז בעלמא דהא לא אמר על מנת, אף על גב דבכמה דוכתי מהני גילוי דעת הכא ליכא למימר הכי מדבעי לה תנאי כפול כו'. הרי לך בהדיא דאע"ג דאמר לה משום שם רע ונמצא שאינו שם רע אפ"ה אין הגט בטל וכל שכן הכא דלא אמר על מנת. ועוד בר מן דין ובר מן דין אפילו חשבינן ליה הא לא כפליה לתנאיה ע"ש. וא"כ ה"ה בזה שאומר מפני שהוא אוהבו הא לא כפליה לתנאיה והו"ל כהאי דמוהרי"ק שכתבו לאהבת השלום והשלום לא היה מתמיד. והא דפרק השואל דהתם בתחלה כאשר שאל ממנה דוכתי לאגורי אמרה ליה לא ולבתר דקדשה יהבה ליה זה הוי גילוי דעת גמור שאין צריך בזה דיני תנאי כלל, וכמ"ש בתוס' ופוסקים דהיכא דאיכא גילוי דעת גמור לא בעינן תנאי כלל, אבל בזה שאומר בשעה שמשכירו מפני שהוא אוהבו אין בזה גילוי דעת כלל רק במה שאמר וכיון דלא כפליה לתנאיה ולא אמר כלל בלשון תנאי אין בזה לא משום גילוי דעת ולא משום תנאי. ואפשר לומר טעמא דהרמ"א לפי מה שכתב באשר"י פ"ב דקידושין (סי' ט"ו) במוכר שמפרש בשעת מכירה אדעתא למיסק ולא עלה דמהני בקרקע ולא במטלטלין, וכ"כ בטור סימן ר"ז (סעיף ז') וברמ"א שם (סעיף ג'). אמנם נראה לפי טעמא שכתב הרא"ש שם דבקרקע מהני מפרש בשעת מכירה משום דאין אדם מוכר קרקעותיו שהוא מתפרנס בהם ומסתמא לא מכר אלא אדעתא דפירש בשעת מקח, אבל גבי מטלטלין כיון שדרך למוכר לא מהני מפרש בשעת מקח אלא דוקא בדיני תנאי ע"ש, וא"כ היינו דוקא במוכר קרקעות שהוא מתפרנס ואין דרך למוכר, אבל שכירות קרקעות עבידי בהכי. וכבר כתב הרמ"א בסימן שס"ג סעיף ו' סתם בתים בזמן הזה קיימא לאגרא אף על גב דעדיין לא השכירו מעולם, והוא מדברי מרדכי פרק כיצד הרגל (ב"ק סי' י"ז) ע"ש. א"כ שכירות בתים לא גרע ממכירת מטלטלין, דאע"ג דמפרש בשעת מקח אדעתא דלילך למקום פלוני, דלא מהני אלא א"כ התנה בדיני תנאי ומשום דדרך למכור מטלטלין, וא"כ שכירות בתים דקיימא לאגרא הרי הוא כמטלטלין ולא מהני מפרש בשעת שכירות. ולכן נראה לענ"ד דקשה להוציא השוכר מן הבית תוך זמנו.

הפסד, היה נותן כדי שלא יפסיד החיתון. וכיון דאנן לא בקייאנן האידינא בשעור האומדנא כמו שהיו בקיאים בהם חכמי התלמוד דהווי בקיאי טפי באומד כל דבר ודבר ואיזה מהם הוי אומדנא דמוכחא ואי זה מהם לא הוי אומדנא דמוכחא, לא נוכל אנחנו להוציא ממון מיד המחזיק בו בלא ראייה ברורה אלא או באומד שנזכר בתלמוד או באומדנא דמוכחא טפי דליכא למיתלי בה משום מלתא אחריתי, אבל באומדנא דמתנות דלא מוכחא מלתא כולי האי, דאיכא למימר דאנן סהדי שבאותו ספק של מיתת בתו היה רוצה ליכנס".

ובמסכת בבא מציעא דף קא עמוד ב:

"ההוא גברא דזבן ארבא דחמרא, לא אשכח דוכתא לאותוביה. אמר ליה לההיא איתתא אית לך דוכתא לאוגרי, אמרה ליה לא. אזל קדשה, יהבה ליה דוכתא לעייליה. אזל לביתה, כתב לה גיטא, שדר לה. אזלא איהי, אגרא שקולאי מיניה וביה, אפיקתיה ואותביה בשבילא. אמר רב הונא בריה דרב יהושע כאשר עשה כן יעשה לו, גמולו ישוב בראשו, לא מיבעיא חצר דלא קיימא לאגרא, אלא אפילו חצר דקיימא לאגרא אמרה ליה לכולי עלמא ניחא לי לאוגורי ולך לא ניחא לי, דדמית עלי כי אריא ארבא".

וכתבו הריטב"א והנמוקי יוסף (שם):

"לדידך לא ניחא לי דדמית עלאי כאריא ארבא. פי' שאף בשעת השכירות גלתה דעתה שאינה רוצה להשכירה, וכיון דכן אנן סהדי כי מה שעשתה מפני הקידושין עשתה וכאילו התנת בפירוש דמי. הא אילו השכירה לו סתם קודם קדושין ואח"כ קדשה, לא כל הימנה לעשות כן, אטו המשכיר או המשאל בית לחברו לזמן ידוע כשהוא אוהבו ואח"כ הייתה מריבה ביניהם, כלום יכול להוציאו מן הבית שהשכיר או שהשאל לו, הא ודאי ליכא למימר".

ועיין שו"ע חו"מ סי' שיב סעיף ט' ברמ"א, שפסק הלכה זו וכתב:

"מי ששכר בית לחבירו, והיה אוהבו ונעשה שונאו, אין יכול להוציאו מן הבית. ואם אמר ליה מתחלה שאינו משכיר לו רק משום שהוא אוהבו, ונעשה שונאו, יכול להוציאו".

ובביאור הגר"א סק"כ:

"ואם אמר כו'. גמ' שם ההוא גברא כו' דדמית כו' ודוקא כה"ג משא"כ ברישא וז"ש שם כאשר עשה כן כו' ול"ל הא בלא"ה משום דדמית כו' אלא דוקא כה"ג שהטעה אותה".

דהיינו אליבא דביאור הגר"א ממקור הלכה זו בסוגיא בב"מ עולה שביטול השכירות מותנה בכך שהנותן הוטעה על ידי המקבל, כגון ההטעה שבסוגיא ב"מ דף קא, ב שהסכימה להשכיר לו אם יקדשנה, ומיד לאחר שקידשה והשכירה לו, נתן לה גט. אך כאן בנ"ד אין מקום לטענה שהבעל נשאה רק כדי לזכות במחצית הדירה, וכי הכל נעשה בהטעה משיקול זר של רווחה כלכלי. מעיון בכתב התביעה שהגיש הבעל עולה שתבע להתגרש עקב התנהלות בעייתית מצד האישה, וכן חזר וטען בדיונים, ואין כאן המקום לפרט את טענותיו, על כן אינו דומה לנידון הרמ"א אליבא דביאור הגר"א.

תשובת האגרות משה מתייחסת למתנה שבה כתב הרמ"א חו"מ סי' רז ס"ד: "וי"א דבמתנה דברים שבלב הויין דברים". וכתב הסמ"ע ס"ק י':

"דבמתנה דברים שבלב כו'. הטעם, דדוקא במכר דקיבל מעות מסתמא גמר ומקני אם לא דפירש, משא"כ במתנה דהוא בחנם, דאומדן דעת כל דהו מבטל המעשה ואמרינן ביה דלא גמר בדעתו ליתנו לו בחנם".

משא"כ בעסקה הכוללת שני צדדים, כגון בעת השידוכין לקראת הנישואין, שכל צד מביא ומכניס עמו בהתאם למוסכם כפי שסוכם, ורכישת הדירה במתכונת עליה סוכם היא חלק מהתחייבויות ההדדיות הכוללות הסכמת שני הצדדים לנישואין ולתנאים הנלווים. ועיין במשנה למלך פרק ו' מזוכיה ה"א שכתב בפשיטות שהתחייבות צד הכלה במסגרת שידוכין אינה כמתנה לחתן אלא כמכר שיש שני צדדים לעסקה. בזה ידועים דברי התוס' במסכת כתובות דף מז ע"ב (ד"ה שלא):

"דהואיל ואינו תלוי אלא בנותן יש לנו ללכת אחר דעתו, וכיון שבו תלוי ודאי אינו רוצה ליכנס בשום ספק. ולא דמי ללוקח חפץ ואירע בו אונס דלא אמרינן דאדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח, דאינו תלוי בדעת הקונה לבדו, דהא איכא נמי דעת מקנה שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש".

ברמ"א חושן משפט סי' ס' סעיף ג' כתב:

"וי"א דהמקבל עליו לזון חבירו סתם, כל ימי חייו או כל זמן שצריך משמע".

וכתב על זה הט"ז:

"או כל זמן שצריך משמע. צ"ע, מאי שנא ממי שקיבל עליו לזון את בת אשתו דאמרינן פרק הנושא [ק"א ע"ב] דאע"פ שיש לה מזונות אחר כך, צריך לתת לה דמי מזונות".

וכתב על זה החכם צבי בהגהת הט"ז:

"וכבר היה אפשר לחלק בענין אחר, דשאני הנושא את האישה וכו', דלאו בדידיה לחוד תליא מילתא אלא ג"כ בדעת האישה, והיא דעתה אפילו אם לא תצטרך הבת למזונות".

הרי שאע"פ שקיימת אומדנא ברורה אצל המתחייב לזון את בת אשתו חמש שנים, שאין דעתו להתחייב לנסיבות שהבת אינה זקוקה למזונות, כגון שהבת כבר תינשא ובעלה יפרנס אותה, אף על פי כן חיובו בעינו עומד, כי קיים צד שני, שהיא האישה, ואצלה אין אומדנא כזו.

כעין זה מצינו גם בספר שו"ת שערי דעה, קמא סי' קלב, בנידון אדם ששידך את בתו ופסק לה נדוניה וכל צרכי הזוג ולבסוף נפלה לה ירושה מבית אבי אמה ונישאה, ומירושה זו קיבלו את כל צורכם של הזוג וכבר אינם זקוקים יותר למה שאביה פסק להם, על כן האב מבקש לחזור בו ממה שפסק, וטען שלא פסק על דעת שהבת תקבל את הירושה וכל צרכיה יסופקו מירושה זו, אך הזוג תובע מהאב לקבל את מה שפסק להם. ובמסקנתו כתב השערי דעה:

"לפענ"ד הו"ל דוגמא מ"ש התוס' בכתובות (דף מז) דלא אזלינן בתר אומדנא אלא בדבר התלוי בדעתו לבד, ולא במה

ולשון הטור (סעיף א') ז"ל, מי שבקש מחבירו להכניסו ולא רצה עד שהטעהו וקבל אותו ע"ש. והיינו כמ"ש כיון דלא רצה בתחלה הו"ל גילוי דעת ואינו בדין תנאי, אבל מכח אמירה שאמר בשעת מקח מפני שאוהבו לא מהני וכמ"ש ודו"ק"

עכ"פ בנידון דנן, הגם שבמקרקעי עסקינן, ויש שיועיל אם פרש בעת הקניין, אך מאחר שמצד הכלה לא נאמר בשעת הקניין שהעסקה נעשית על דעת נישואין ארוכים ולא קצרים, ולו רק בדרך של גילוי מלתא ללא תנאי גמור, על כן הכל נותר דברים שבלב.

ביחס לטענה שיש לדון כאן אומדנא מאחר שהיו אלו נישואין קצרים, טענה זו נשללה בתשובת חתם סופר חלק אבן העזר ח"א סי' קמא, וז"ל:

"והנה במתנה שנתנה האישה או קרובי' לבעל לא הוזכר בש"ס וגאונים, אבל כתב מהר"א מזרחי בתשובה סי' י"ז אפי' אם מגרשה לדעתו מבלי שסרחה עליו מ"מ הכל שלו ואינו מחזיר כלום. ומייתי לי' מק"ו דמנותן לאישה מסתמא דעתי' למיקם קמי' אפ"ה זכתה במתנה, מכ"ש דמתנות שנתנום לחתן דמשום אקרובי דעתיה הוא, מכל שכן שיהי' שלו. והסכימו כן בתשובת מהר"א ששון ח"א סי' נ"ד ובסי' נ"ה הגאון מה' צבי והרב המחבר בלי פקפוק, ולא הי' צריך לק"ו כי פשוט הוא מאותו טעם שכתבו הגאונים דאטו מאן דיהיב מתנה למאן דרחים לי' ערבא שקיל שיהי' אוהבו לעולם, וה"נ דכוותי' אפי' נושא היום ומגרש למחר הכל שלו".

הרי שהיה פשוט לחתם סופר שאפילו נושא היום ומגרש למחרת חופתו, אין אומדן דעת לבטל מתנה. אמנם בנידון שם אין מדובר על מתנה בעלת ערך כה רב כמחצית דירה, עכ"פ גם ביחס למתנה חשובה שלל החת"ס מבחינה עקרונית שגירושין למחרת יום הנישואין הן מצד עצמן אומדנא לביטול מתנה לחתן.

התובעת הציגה אסמכתא לטענתה מתשובת אגרות משה אבן העזר חלק ד' סי' ח', שכתב:

"והמתנות שנתנו להם מצד החתונה לא ברור כל כך לענין מתנות דהאורחים הקרואים נותנים, דבמתנות שנתנו ההורים שנותנים מתנות גדולות הוא ודאי דנתנו לשניהם רק אדעתא דיהיו הנישואין קיימין, אבל הוא רק כשבזמן קצר נתפרדו, אבל כשנתפרדו בגירושין אחר הרבה שנים וכ"ש כשיש להם בנים ובנות שכבר יש להם התקרבות עצמי ליכא אומדנא זו כל כך, והוי כספק השקול שיש לחלוק ביניהם, וטוב שיקחו לזה אינשי המכירין אותם היטב, אבל בכל דבר שיהיה ספק להם בהאומדנא יחלוקו ביניהם, וגם לגלות להם שיהיו דברים שיצטרכו לפשר ביניהם בדרך זה"

לאחר העיון בתשובה זו, אין בה כדי לבסס טענות האישה. ראשית, נראה שלא דן אומדנא בנ"ד שכבר יש לזוג בת. שנית, דבריו אינם מתאימים לתשובת החת"ס הנזכרת. שלישית, גם אליבא דתשובה זו קיימת הבחנה יסודית בין אומדן דעת במתנה ולאומדן דעת במכר וכיוצא בזה, שיש שני צדדים לעסקה.

ג. "ויש דברים דאפילו גילוי דעת אין צריך, כגון שטר מברחת דלעיל פרק האישה שנפלו (דף עט.), וכן ההיא דבפרק מי שמת (ב"ב קלב.) וקמו: דתניא הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו, רבי שמעון בן מנסיא אומר אין מתנתו מתנה בידוע שאם היה יודע שבנו קיים לא היה כותב."

והרא"ש בסי' ט' הוסיף לבאר:

"ויש דברים שאפילו גילוי דעת א"צ, משום דאיכא אומדנא דמוכח דאפילו לא גילה דעתו בשעת המעשה לא הוו דברים שבלב, משום דבלאו גילוי דעת אנן סהדי דלהכי איכוי". בשו"ת צמח צדק חלק חושן משפט סי' לה הביא מדברי התוס' הרא"ש והמרדכי שכתבו שלושה חילוקים אלו, וכתב על דבריהם:

"נשמע מדבריהם דהחילוק הוא בשיקול האומדנות, אבל אין מחלקים כלל בין מוכר ובין מתנה. דהא גבי זבין אדעתא למיסק לא"י ובזבין ולא אצטריכו ליה זוזי הוא מוכר, משא"כ כל הנך שהביאו שא"צ גילוי דעת הם ענין מתנה. אעפ"כ לא מצאו טעם הא דצריך הכא גילוי דעת, רק משום דליכא אומדנא דמוכח כולי האי. משמע, אבל אם הייתה כאן ג"כ אומדנא דמוכח כי התם, לא היה צריך גילוי דעת, אף על פי שהוא ענין מוכר ויש כאן דעת אחרת".

אמנם כאמור לעיל, המשנה למלך בפרק ו' מזכיה ה"א הביא שתי דעות בזה. דעת הפני משה שבאומדנא דמוכח טובא אין צריך גילוי דעת, ואין חילוק בין מוכר למתנה. וז"ל המשנה למלך בדעת הפני משה:

"כתב דרך אחרת ליישב דברי הרא"ש והוא בשיקול האומדנות, דהיכא דהאומדנא היא גדולה עד מאד אנן סהדי לא יבטלנה המתחייב, ואף אם דעת שכנגדו לא יתרצה בכך, מ"מ אנן סהדי דלא יחוש לדעת שכנגדו ולא נתחייב אלא לדעתו".

לעומת זאת בתשובת מהר"ש שם כתב:

"אבל אני הצעיר, מצד אחר דברי מהריב"ל צריכין לנו תלמוד ואני אובין ואדון, שהרי אפילו באומדנות שהזכרו בתלמוד דמוכחי טובא, לימדונו רבותינו בעלי התוס' ז"ל דאין להלך אחריהם אלא במקום שאין הדבר תלוי אלא בדעת הנותן, אבל היכא דאיכא דעת אחרת שלא היה מתרצה אדעתא דהכי, אף על גב דגבי אידך איכא אומדנא דלא עבד אלא אדעתא דהכי, כל שלא פירש לא מהני האומדנא".

וכן הסכים המל"מ.

אך הצמח צדק תמה על תשובת מהר"ש ומל"מ, וכתב:

"איך לא שתו לכם הטהור לדברי התוספת והרא"ש והר"ן הנ"ל, שמוכרח מדבריהם שאין מחלקים בין מתנה דליכא דעת אחרת שהרי בנותן לבד הדבר תלוי, ובין מוכר דאיכא דעת אחרת, דאל"כ לא היו צריכים כלל לחלק מחמת דהתם האומדנא מוכח טפי מכאן, דה"ל לחלק בפשיטות כמו שחילקו הרבנים הנזכרים דהתם בנותן לבד הדבר תלוי משא"כ כאן שיש דעת אחרת".

שתלוי עוד בדעת אחרים. וה"נ בני"ד אפשר אם היה מטיל תנאי זה בשעת הפסיקה לא היה החתן מתרצה על אופן זה. וכל כה"ג הבא לשנות ידו על התחונה ומחויב לתת כפי מה שפסק ונתחייב בזה, וכל זה ברור לפענ"ד".

המל"מ פ"ו מהלכות זכיה ה"א (הנוכח) האריך בהלכה זו שאין אומרים אומדנא כשהיא קיימת רק אצל צד אחד, ומבואר במשנה למלך שהגם שאנו מוצאים אומדנא במכר שיש בו שני צדדים, כגון בזבין ולא איצטריכו ליה זוזא, או בכותב תוספת כתובה לארוסה, אך שם הצד השני אינו מפסיד כלל מביטול העסקא. ועיין בנתיבות המשפט שפסק כן רק בכה"ג שהקונה עדיין לא השתמש במכר, ולא כשכבר המקח הגיע לידו ועשה בו שימוש, עיי"ש בנידון דין תורה בעסק של מכירת פשתן שהנתיבות פסק כן.

בהתאם לאמור, בנידון זה שיש שני צדדים לעסק, וכבר התקיימו הנישואין והמגורים המשותפים בנכס וכתוצאה מהנישואין נולדה להם בת, אין בסיס לביטול רכישת הדירה בשווה בטענת אומדנא. עדיין עלינו להוסיף ולברר סוגיא זו של אומדנא דמוכח במכר שיש בו שני צדדים.

שורש סוגיא זו במסכת כתובות דף צו. :

"איבעיא להו זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, הדרי זביני או לא הדרי זביני ... והלכתא: זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, הדרי זביני".

רש"י בסוגיא זו פרש:

"זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, מכר שדהו ואנו יודעים שהיה חפץ לקנות שדה פלוני או פרגמטיא פלונית באותן מעות. ולא איצטריכו ליה זוזי - שחזרו בהן המוכרים".

וכן הבית יוסף חו"מ סי' רז הביא שבתשובות הרא"ש כלל פא (ס"א) כתב דיש מקומות דאפילו גילוי לא בעיא, אלא אזלינן אחר דברים שבלב כיון דאיכא אומדנא דמוכח, כגון שטר מברחת (כתובות עח): וזבין ולא איצטריכו ליה זוזי, וכיוצא בהם".

אך התוספות שם בסוגיא ד"ה זבין, וכן הרא"ש בפסקיו בסוגיא זו, כתבו שבזבין ולא איצטריכו ליה זוזי:

"כגון שגילה דעתו בשעת המכר דאמר דליזבן תורי קא זבין להו. דאי שתק הוו להו דברים שבלב".

אך גם לדעת התוספות והרא"ש קיימות שלוש חלוקות, והן:

א. "יש דברים שאינו מועיל בהם גילוי דעת עד שיתנה, כגון אם היה מוכר מלבושיו אדעתא למיסק לארץ ישראל, דזהו דבר שאין רגילין למכור אדעתא דהכי, התם ודאי אין מועיל גילוי דעת, שאם לא תאמר כן מעכשיו אין צריך לשום תנאי, אלא גילוי דעת בעלמא, ובכל מקום בעינן דומיא דתנאי בני גד ובני ראובן תנאי כפול, אלא ודאי גילוי דעת במילתא שאין רגילות לעשות כן לא מהני עד שיתנה".

ב. יש דברים שאין צורך יותר מגילוי דעת, כגון סוגיא זו דזבין ולא איצטריכו ליה זוזי.

עכ"פ עפ"י ההגדרה שקבע בתשובת ארי דבי עילאי הנזכרת: "בכל עניינים מועיל האומדנא ובאופן שהאומדנא היא בכגון שאנו בעצמינו יודעים ג"כ מן האומדנא אף שלא אמר כלום", כגון האומדנא של שטר מברחת. ונראה ברור שבנידון זה לא ניתן לקבוע שאנו בעצמינו, או עכ"פ הנוכחים באותו מעמד, כבר באותה עת ידעו מהאומדנא, כשבעת ההיא, כשהדירה נרכשה ונרשמה על שם שניהם, לא נאמר דבר.

עוד יצוין לתשובה ארוכה בשו"ת הרד"ם (להגאון רבי דוד מאיר פדר) חח"מ סי' ה' שהשיב אודות חותן שהתחייב לזון את בתו וחתנו עניים לפרק זמן בעת שהחתן לא עבד ועסק בתורה, ובתוך פרק הזמן החתן עזב את לימודו והחל לעסוק במסחר, ודיין אחד פטר את החותן לזון את הזוג כפי שהתחייב, וזאת על יסוד אומדנא שעל דעת כן לא התחייב החותן. והרד"ם קבע שזו טעות בדבר משנה ודינו בטל. בתשובתו האריך הרד"ם בגדרי אומדנא, ובתוך דבריו כתב לנמק את דבריו, וחלק מהן נכונים גם לנידון דנן, וז"ל:

"המל"מ החולק על רבי יצחק הלוי, דעתו דגובין ג"כ ההתחייבות מטעם דשידוכין הוי כמכר, וכן בתוס' כתובות הנז', הא מיירי לענין שלא לבטל המקח מחמת אומדנא, ק"ו בנ"ד שכבר נישאו הזוג ואין להחזיר הדבר לכמות שהיה לפני השידוכין והנישואין, דאין לומר מחמת אומדנא שיפטר אבי האישה מהתחייבותו. והמל"מ מיירי בחיוב מתנות שאין זה כ"כ עיקר בשידוך, וק"ו בחיוב מזונות, דדמי למכר ובפרט בזמננו מקפידין מאוד בעניני שידוכין בהתחייבות מזונות ונדן, ולפעמים אין משתדכין מחמת מיעוט התחייבות ... וכ"כ ריטב"א ר"פ הנושא הובא במל"מ פ"א הל' מכירה הל' ט"ז בלשון מתוקן ממ"ש בריטב"א שלפנינו, ורש"ל בתשובה סי' ט"ז וחכם צבי סי' מ"א ומל"מ הנז' ונוב"י מ"ק חיו"ד סי' ס"ט והבית מאיר סי' קי"ד שעל הב"ש סק"א, דחיובי שידוכין ונישואין דמי למכר. והגם דכתב ח"צ שם דבטלה דעתו נגד רשב"א ורא"ש ומהרי"ק שבש"ע יו"ד סי' רלב סט"ז ובאה"ע סי' נ' ס"ה ובסס"י נ"א בהג"ה ובח"מ סי' ע"ג ס"ח לדון אומדנא בחיובי שדוכין, מ"מ הא סיים ח"צ דהבו דלא להוסיף אומדנות אחרות".

#### תקנת שו"ם

התובעת ביקשה שבית הדין יפסוק כבקשתה על יסוד תקנת שו"ם הכולל עידור וקטט, וציינה לאסמכתא מפד"ר ח"ה עמ' 225-228 וכן הוא בציץ אליעזר חלק י' סי' נ'. והוסיפה לטעון שלענין זה אין נ"מ בזרע של קיימא. אולם אין מקום לטענה זו. בתוס' (כתובות דף מז עמוד א' ד"ה כתב) הביאו תקנת רבינו תם, שאף אם כבר נתן האב נדוניא לחתנו, אם מתה האישה או האיש תוך שנה ראשונה בלא זרע של קיימא, חוזר הכל לאב או ליורשי האב. וברמ"א (אהע"ז סוף סי' נ"ב) הביא תקנת שו"ם שאף בשנה שני' אם מת הבעל או האישה יחזירו להאב חצי הנדוניא, ושכן המנהג הפשוט במדינות אלו. אך כל זאת מכח תקנה וגזרה שלא מן הדין. עיין בספר

ואמנם נראה שכך היא הדעה העיקרית בשלחן ערוך. בשו"ע סי' רז סעיף ד' כתב מרן המחבר:

"אבל המוכר סתם, אף על פי שהיה בלבו שמפני כך וכך הוא מוכר, ואף על פי שנראים הדברים שלא מכר אלא לעשות כך וכך, ולא נעשה, אינו חוזר, שהרי לא פירש, ודברים שבלב אינם דברים. ואף על פי שקודם מכירה אמר שהוא מוכר על דעת לעשות כך וכך, כיון דבשעת המכירה לא אמר, אינו חוזר". והרמ"א כתב:

"מיהו אי איכא אומדנא דמוכח, נתבטל המקח, וי"א דבמתנה דברים שבלב הויין דברים".

הרי שלפי הדעה העיקרית שהביא הרמ"א, אין לחלק בין מקח ומתנה, אלא "אי איכא אומדנא דמוכח, נתבטל המקח". ואין הכרח שמרן הבי' חולק בזה על הרמ"א. וכן כתב בספר שו"ת אריה דבי עילאי חלק אר"ח סי' ב':

"ובזה ניחא מה שהמחבר והרמ"א בסעיף ג' ד' פסקו בשניהם כשורה, דכתבו במוכר אדעתא למיסק וגם בזבין ולא איצטריך וכיוצא בהם, שהדין הוא בהם דצריך גילוי דעת בשעת מעשה. ואי איכא אומדנא אין צריך גילוי דעת בשניהם... בכל עניינים מועיל האומדנא ובאופן שהאומדנא היא בכגון שאנו בעצמינו יודעים ג"כ מן האומדנא אף שלא אמר כלום".

וכן בספר חקרי לב חו"מ ח"א סי' קכה דף רד (טור ד') כתב: "יש לדון דבאומדנא דלגבי ממון, גם כי הוי דבר התלוי בדעת שניהם מהני, דהא קיי"ל בטור חו"מ סי' ר"ז בזבין ולא איצטריכו ליה זוזי דבטל המקח מצד האומדנא אע"ג דתלוי בדעת שניהם".

וכן בשו"ת רמ"ן חלק אר"ח סי' טו סק"ה העלה: "עכ"פ שמעינן מהנ"ל לדינא, דבאומדנא טובה מהני אף תלוי בדעת שניהם".

וע"ע במל"מ דעת פוסקים שדנו אומדנא התלוי בדעת שניהם כשהוא להחזיק. אך לדעת שו"ת פני משה שגם בדבר התלוי בדעת שניהם, אם האומדנא היא "גדולה עד מאד" דנים עפ"י אומדנא כזו של צד אחד, ועיין בנודע ביהודה קמא חיו"ד סי' סט (ד"ה נמצא) שכתב כסברה זו, וכן בשו"ת דברי חיים ח"א אה"ע סי' ג' כתב:

"רבים ושלמים ס"ל דבאומדנא גדולה אפילו בדבר התלוי בדעת שניהם אמרינן אומדנא".

וכן הסכים בשו"ת ברית אברהם חח"מ סי' כט סק"י. אולם בנידון זה מסתבר מאד שאילו היו מעלים הסתייגות בקביעת רישום הדירה כרכוש משותף בחלקים שווים, אם יהיו אלו נישואין קצרים, סביר מאד שצד החתן היה מתנגד, וכמו שכתב סברא זו בתשובת שערי דעה הנזכרת בנידון שם. לכן די בטעם זה כדי להסיר את ההנחה שקיימת אומדנא גדולה מאד, שעל דעת כן ניתן סכום הכסף העודף לדירה. מאחר וצד הכלה לא העלו על דעתם לעלות הסתייגות זו וזאת ולקבוע זאת תנאי ברישום הנכס כנס משותף, עקב התנגדות צפויה מצד משפחת החתן, וממילא סברו וקבלו שלא להתנות תנאים כאלו.

העולה מהאמור - ביחס לטענת אומדנא, אין יסוד לטענה זו מאחר וקיים צד שני שאצלו אין את האומדנא, ונותר לברר האם לפי גירי התקנה על הבעל להחזיר את שקיבל.

מאחר ואין יסוד לטענה שתקנת שו"ם נקבעה גם אם יש זרע של קיימא, וזאת בהתאם למבואר בתשובת עבודת הגרשוני, ולא מצינו מי שכתב אחרת, לפיכך אין מקום להסתמך בנידון זה על תקנת שו"ם.

התובעת ציינה למנהג בתי דין פרטיים שפוסקים חלוקת הדירה בהתאם להשקעה, אולם טענה זו יכולה להתקבל באותם בתי דין, שמלכתחילה נהוג בהן שאין יושבין לדין אלא לאחר שבעלי הדין חותמים על שטר בוררות בין לדין ובין לפשרה, לכן מכוח פשרה ודאי נכון לפשר, מאחר והטעם של התקנה נותר בעינו גם כשיצאנו מגירי התקנה, וזה טעם ראוי כיסוד לפשרה.

#### המסקנות העולות מכל האמור:

- א. מאחר וכבר פסקנו שאין כל יסוד לטענת מקח טעות לביטול הקידושין, ובהתאם לכך אין יסוד לטענת מקח טעות ביחס לדירה שנרכשה ע"ש שני הצדדים בשווה קודם לנישואין ולצורך הנישואין.
- ב. אין אומדנא היכולה להביא לפסיקה לביטול רכישת הדירה כנכס משותף.
- ג. הדירה הרשומה על שם שני הצדדים נותרה כרכוש משותף לצדדים בחלקים שווים, והתביעה לקביעת חלוקת הנכס בדרך שאינה שווה, נדחית.

הישר לרבינו תם (סי' תשפ"ח) מובאת תקנה זו של רבינו תם אשר גזרו ותקנו גדולי צרפת והגלילות בגזירה חמורה בגזירת יהושע בן נון, ובספרי תורה, בגזירת ב"ד העליון וב"ד התחתון. ומסיים שם:

"אחרי כן נזכרתי מה ששנוי בת"כ ונתתי הודאה למקום שזכינו לצאת מהיות כראויים לתוכחות ששנינו בפרשת התוכחה ותם לריק כחכם ויש אדם שמישיא את בתו ופסק לה ונתן ממון הרבה לא הספיקו שבעת ימי המשתה לצאת עד שמתה בתו נמצא קובר את בתו ומאבד את ממונו. וכשם שיצאנו מזאת כך נצא מכל גזירות רעות. ונתבשר טובות שמועות ושלום על ישראל".

לאור האמור, מאחר ולתקנה זו גדרים ברורים, ובנידון זה יש לצדדים זרע של קיימא ודאי שאין נידון זה בכלל התקנה, ואין מקום להסתמך על התקנה. אדרבה ממה שנוקקו לתקן זאת כתקנה בנסיבות עליהן התקנה נתקנה, מוכח שאין זה מן הדין, ולכן אין לך בו אלא חידושו, ובשאר המקרים שאינם עומדים בגדר התקנה, חזרנו לעיקר הדין, וכמו שכתב בתשובת ר"א מזרחי הנזכרת לעיל.

וכן מבואר בתשובת עבודת הגרשוני סי' סח שתקנת שו"ם אינה אלא כשאין זרע של קיימא. ובתוך דבריו השיב בנידון שנחלקו הצדדים האם היה הזרע של קיימא, וכתב:

"לענ"ד נראה שאין כאן אומדנא כלל ואין צ"ל שאינה מוכחא, כי התנאים בענייני זיווגים לאו בחד צד תליא מילתא, אלא בשני הצדדים כאשר יתפשרו תליא מילתא, א"כ אין כאן אומדנא כלל אפי' בנדון דידך, מכ"ש בנדון דידך שתליא מילתא במתקני תקנות השו"ם והם תקנו התקנות משום ותם לריק... פשיטא אין כאן אומדנא כלל".

## סימן טז

### חזקה בתקיעת שופר

על הסמכת הגבאי לקבוע את חלוקת התפקידים בין המתפללים על פי שיקול דעתו. לטענתו, מאחר שהתובע שגם הוא חבר הוועד, נוכח במקום ושתק, הרי שתיקתו מורה על הסכמתו.

בדיון התקבלו עדויות של שני חברי הוועד ומדבריהם עולה שהחלטת הוועד היתה לתת לגבאי את הסמכות הבלעדית להחליט בכל ענייני בית הכנסת לרבות בכל הקשור לאיוש התפקידים.

כמו כן יצויין שהנתבע לא הכחיש את טענת התובע שהוא מוחזק בתקיעת השופר מספר שנים, וכן העיד אחד מהעדים על חזקה זו. אמנם הנתבע סייע לתובע בנסיבות שבהם לא עלה בידו להשלים את התקיעות.

נציין שאין החלטה של הוועד להוריד את התובע מחזקתו ואין הסכמה של התובע לכך, אלא שהוועד הסמיך את הגבאי, אך פשיטא שעל הגבאי לנהוג על פי ההלכה.

השאלה העומדת לביור היא האם הציבור רשאי להסמיך

בבית הדין התקיים דיון בין הצדדים, שהם - התובע, אחד מהמתפללים בבית הכנסת האר"י (אשכנזי) בצפת, והנתבע הינו גבאי בית הכנסת.

התובע טוען שבשנים האחרונות הוחזק בבית הכנסת כבעל תוקע ותקע בשופר בראש השנה בשנים אלו, ומבקש להורות לנתבע שלא להסירו מחזקתו.

הנתבע בקש לדחות את התביעה, לדבריו ועד המתפללים הסמיך אותו לחלק את התפקידים בין המתפללים, ובכך בוטלו כל החזקות שכמה מהמתפללים הוחזקו. לטענתו, כח הציבור גובר על כח החזקות, ובתוקף סמכותו כגבאי הוא רשאי לבטל את החזקות, ולהנהיג חלוקה חדשה של התפקידים, לרבות התקיעה בשופר בראש השנה.

ביחס לתקיעת השופר בראש השנה הקרוב, הנתבע הציע שהתקיעה תחולק בינו ובין התובע, אחד מהם יתקע תקיעות דמיושב והשני תקיעות דמעומד, עפ"י גורל.

הנתבע הציג פרוטוקול ישיבת ועד בית הכנסת שבו הוחלט



והרדב"ז חלק ד' סימן אלף פח (יא) כתב הטעם מפני שאם יורידוהו מחזקתו יבואו לידי חשד שסילקוהו מפני שאינו הגון למצווה זו, וז"ל:

"לענין חזקה אע"ג דלענין שאר חזקות דעלמא כל חזקה שאין עמה טענה כגון שטר היה לי ונאבד אינה חזקה וכ"ש להחזיק כנגד רבים, שאני הכא דהוי חזקת מצוה ולא מידי חסרי. וכיון שהחזיקה זו כמה שנים להיות מדלקת ההיכל במקום שכל הקהל רואים אותה ולא מיחו בידה מאז עד עתה אין לך חזקה גדולה מזו. ולא זו בלבד אלא כל מי שהחזיק בשום מינוי בקהל אין יכולין לסלקו אלא אם כן אינו מתנהג כשורה במינויו. עיין במרדכי פרק חזקת הבתים. וגדולה מזו תנן בגיטין פרק הניזקין נותנין את העירוב בבית ישן מפני דרכי שלום פי' שאם רגילין לתת את העירוב בבית של אחד מבני החצר אין משנין אותו מפני דרכי שלום וכתבוהו כל הפוסקים. והשתא אם בדבר שאינו של מצוה שיהיה העירוב מונח בביתו אמרו כך כל שכן בהדלקת ההיכל שהיא מצוה דכתיב על כן באורים כבדו ה' דאיכא דרכי שלום ... אין משנין אותו ... והכא נמי איכא חשדא שמא יאמרו מפני שלא היו מדליקין אותו כהוגן סלקוהו".

ובתשובת הגרע"א תניינא סי' יב כתב שאין צורך לטעם חשדא, אלא מאחר שכבר זכה במצווה זו אין יכולים לסלקו ממנה.

הדבר פשוט שגם הקהל באמצעות נציגיו המוסמכים, אינם רשאים לסלק את המוחזק במצוה. מאחר שהמוחזק זכה במצוותו אין רשות לקהל לסלקו. כפי העולה מכל הפוסקים שלא חילקו בין קהל המבקש לסלקו ליחיד המבקש זאת. ואמנם סתמא דמילתא שהגבאי המוסמך, הוא המבקש לסלק את המוחזק במצוה.

עלתה טענה שבנסיבות אלו יש להורות על חלוקת התקיעות בין הצדדים, ואחד יתקע תקיעות דמיושב והשני תקיעות דמעומד. אך עיין בספר בתי כהונה (להגאון רבי יצחק הכהן מחכמי איזמיר) ח"ב סי' י' ששלל הצעה כזו לחלק את התקיעות בין הצדדים, ובמסקנתו כתב:

"לית דינא ולית דיינא לגרוע שום דבר מהתוקע הראשון".

והטעם מפני שאם המוחזק בתקיעה יקבל לתקוע תקיעות שמיושב

"נמצאו גורעין ומסלקין לתוקע ראשון מעיקר המצווה דהיינו תקיעות דמעומד שהם עיקר כנודע".

ואם יתקע רק תקיעות דמעומד "מ"מ אכתי מבטלין הימנו לגמרי מצוות תקיעות דמיושב דאסמכיה לברכה".

ומסקנתו בסוף התשובה:

"תורת העולה בנ"ד שהדין עם התוקע הראשון ואין רשאיין זולתו לבוא בגבולו אפילו כמלא נימא".

אך בסיום דבריו כתב:

"ואם יש את לבב התוקע הלזה לעשות ככתוב בשאלה, לפני משורת הדין הוא דעבד, ואחוליה הוא דמחיל גביה ליקריה משום גדול השלום".

את הגבאי למנות בעל תוקע את מי שיבחר, ולהתעלם מהחזקה של התובע או עליו להתחשב בחזקה.

בשלחן ערוך חו"מ סי' קמ"ט סעיף לא, פסק הרמ"א:

"יחיד שיש לו ס"ת, והחזיק שהציבור קורא תמיד בספר תורה שלו, אם היה לציבור ס"ת אחר כשקראו בשלו, מקרי חזקה ואסורים לשנות. ואם לא היה להן ספר תורה אחר, לא מקרי חזקה. אדם שהחזיק במצוה, כגון בגלילה או ספר תורה, וארעו אונס ונתנו הקהילות המצוה לאחר, כשעבר אנסו של ראשון חוזר למצותו. אבל אם נתן המצוה לאחר בלא אונס, נתבטלה חזקתו".

ובשלחן ערוך או"ח סי' קנג סעיף כב פסק:

"אדם שהוא רגיל בשום מצוה, כגון גלילה, ואירעו אונס או עוני ונתנו הקהל המצוה לאחר, ואח"כ העשיר ורצה שיחזירו לו המצוה, אם בשעה שנתנו הקהל המצוה לשני היה ספוק ביד הראשון לתת מה שהיה נותן בכל שנה ולא חפץ בה, ונתרצה הוא עם שאר הקהל לתת לאחר, איבד זכותו. אבל אם כשנתנו לשני לא היה ביד הראשון סיפק לתת מה שהיה נותן, ועתה שיש בידו רוצה לזכות במצותו ולחזור וליתן מה שהיה נותן תחלה, חוזר למצותו".

הרי מבואר שאדם שהוחזק במצוה מסויימת אי אפשר להורידו מחזקתו. וכן נאמרה הלכה זו בפירוש לעניין תקיעת שופר. במג"א סי' תקפ"א סק"ו כתב:

"נהגו שמי שמתחיל להתפלל או לתקוע, אין ליתן המצוה לאחר, כמו שכתוב סוף סי' קנ"ג".

וכתב הפמ"ג א"א סק"ו:

"אפשר חזקה שלש פעמים בעינין".

ובמשנה ברורה ס"ק יא כתב:

"ונהגו שמי שהתחיל להתפלל או לתקוע אפילו פעם אחת אין ליתן המצוה לאחר. ואם חלה הוא ביד הקהל להעמיד אחר, ומ"מ כשחוזר לבריאותו המצוה חוזרת אל הראשון".

אמנם בתרומת הדשן פסקים וכתבים סי' קכח מבואר שיש להתחשב בחזקה זו שהוחזק בקיום מצווה, רק באותן מצוות שהמוחזק קנה מהצבור, וז"ל:

"ולא דמי למי שהחזיק במצוה כמה שנים דמשמע מלשון מהר"ם במרדכי פ' חז"ה דאית ליה בה חזקה שלא יוכל אחר לדחותו בכלום ממנה. דשאני התם דרגילין לקנות חזקה כה"ג מן הצבור וליהנות צדקות והקדישות על ככה להניח להם ולירשיהם לחזקה".

אך הרבה פוסקים דחו סברא זו וקבעו שיש חזקת מצוות גם אם לא קנאה מהצבור, עיין בדרכי משה חו"מ סי' קמט סק"ה, ובהתאם לכך נפסקה הלכה זו בסתמא בשו"ע באו"ח וחו"מ כנוצר לעיל.

ובפוסקים כתבו כמה טעמים בהלכה זו.

הלבוש כתב הטעם שאין לבטל חזקה משום דרכי שלום, וז"ל בחלק אורח חיים סי' קנג סעיף יז:

"מי שהיתה בית הכנסת בביתו ימים רבים אין הציבור יכולין לשנותה לבית אחר, שכבר זכה הוא במצוה משום דרכי שלום".

**מסקנת הדברים:**

- א. התובע הוחזק בתקיעת שופר בבית הכנסת האר"י אשכנזי. גם אם אירע שבעת שהתובע נתקל בקושי בתקיעה, וביקש סיוע מהנתבע, אין בכך ביטול החזקה.
- ב. מצד הדין מאחר שהתובע הוחזק לפחות שלוש שנים כבעל תוקע, אין רשאים להורידו מחזקתו, וגם הגבאי אינו רשאי לנהוג בניגוד להלכה הפסוקה. הלכה זו מתייחסת הן ליחידים והן לקהל והגבאי המוסמך לקביעת סדרי בית הכנסת.
- ג. למרות האמור, התובע רשאי למחול על חזקתו בראש השנה הבעל"ט. בית הדין סבור שהתובע ירבה כבוד שמים וינהג כמנהגן של תלמידי חכמים המרבים שלום בעולם, אם ינהג לפנים משורת הדין ויאפשר לנתבע לתקוע תקיעות דמיושב.

**דיון נוסף**

בבית הדין התקיים דיון נוסף בין הצדדים ביחס לחזקתו של פלוני להמשיך לתקוע בשופר בבית הכנסת האר"י בצפת. בזמנו ביום ... ניתנה החלטה הקובעת את חזקתו להיות בעל תוקע בבית הכנסת, וכעת עלתה טענה חדשה שלא עלתה באותו דיון.

עלתה טענה כי הנתבע כבר אינו נמנה עם מתפללי בית הכנסת, וכי בשנה האחרונה נמנע מלהיכנס להתפלל במקום זה.

הנתבע הודה בכך, והבהיר את הרקע להחלטתו שלא להמשיך ולפקוד את בית הכנסת, ואכמ"ל בנימוקים שעלו.

בנסיבות אלו אנו קובעים כי חזקתו בתקיעת שופר בטלה, ואין מניעה שוועד בית הכנסת יעמיד בעל תוקע חילופי.

חזקה זו של מי שהחזיק בקיום מצוה התבארה בתשובת מהר"ם שהביא המרדכי במסכת בבא בתרא בפרק חזקת הבתים, ונפסקה להלכה הן בשו"ע חו"מ והן בשו"ע או"ח.

בשלחן ערוך חו"מ סי' קמ"ט סעיף לא, פסק הרמ"א:

"יחיד שיש לו ס"ת, והחזיק שהציבור קורא תמיד בספר תורה שלו, אם היה לציבור ס"ת אחר כשקראו בשלו, מקרי חזקה ואסורים לשנות. ואם לא היה להן ספר תורה אחר, לא מקרי חזקה. אדם שהחזיק במצוה, כגון בגלילה או ספר תורה, וארעו אונס ונתנו הקהילות המצוה לאחר, כשעבר אנסו של ראשון חוזר למצותו. אבל אם נתן המצוה לאחר בלא אונס, נתבטלה חזקתו."

ובשלחן ערוך או"ח סי' קנ"ג סעיף כ"ב פסק:

"אדם שהוא רגיל בשום מצוה, כגון גלילה, ואירעו אונס או עוני ונתנו הקהל המצוה לאחר, ואח"כ העשיר ורצה שיחזירו לו המצוה, אם בשעה שנתנו הקהל המצוה לשני היה ספוק ביד הראשון לתת מה שהיה נותן בכל שנה ולא חפץ בה, ונתרצה הוא עם שאר הקהל לתת לאחר, איבד זכותו. אבל אם כשנתנו לשני לא היה ביד הראשון סיפק לתת מה שהיה נותן, ועתה שיש בידו רוצה לזכות במצותו ולחזור וליתן מה שהיה נותן תחלה, חוזר למצותו."

ובתשובת מהר"ק שרש קיג כתב:

"כא אלי זה הר' נתן יצ"ו וקיבל עליכם באמרו היותכם מבקשים להשיג גבול עולם אשר גבלו ראשונים, על דבר בית הכנסת אשר עמדה בביתו זה ימים רבים לפי דבריו, ואם כן הוא בקשתי מכם שלא לפקפק עוד בדבר. כי לפי הנראה לעניות דעתי אין אתם רשאים לשנותם, כיון ששם עמדה מימים הראשונים. ובהדיא שנינו בסוף פרק הניזקין (דף נט) מערבין בבית ישן מפני דרכי שלום ופי' רש"י וז"ל בני חצר הרגילין ליתן ערוב בבית אין משנין את מקומו ליתנו בבית אחר מפני דרכי שלום עכ"ל ומשמע בגמרא דאפילו היכי שיש קצת טעם לשנות מקום העירוב אפילו הכי אין משנין מפני דרכי שלום. מדפריך עליה מאי טעמא אילימא משום כבוד, והא שיפורא דמעיקרא בי רב יודא ולבסוף בי רבה וכו' ופירש רש"י וז"ל והא שיפורא של תקיעת ע"ש דמעיקרא בי רב יודא שהיה ראש ישיבת פומבדיתא ולבסוף כשנפטר רב יודא ומלך רבה נתנהו בביתו כו'. משמע דמניחין הערוב בבית ישן אפילו היכא שיש טענה למערער, דאי לא תימא הכי מאי פריך משיפורא והלא היה מנהג לתיתו לעולם בבית ראש ישיבה וסברא הוא שהיה מזרו חזן הכנסת לתקוע או לד"א כדקאמר דמעיקרא בי ר"י ולבסוף בי רבה ... אלא ודאי צריך לומר דפשיטא ליה לתלמודא דהא דתנן בית ישן כו' דע"כ איירי דאפילו באים המערערים מחמת קצת טענה אפילו הכי מניחין שם מפני דרכי שלום וכדמפרש בגמרא משום חשדא דאם לא כן פשיטא דמניחין שם העירוב כיון שכבר הורגלו ולא היה צריך לתלותו במשום דרכי שלום דכיון דאין טענה לזה יותר מלזה, פשיטא דהיכא דקאי ליקום. ומשום כן הוצרך לפרש בגמרא משום חשדא. כל שכן הכא שאין לשנות מקום בית הכנסת אם אין להם טענה כלל דומיא דההיא דשיפורא כדפירשתי ואפילו היה להם טענה מ"מ נראה לע"ד דאין בידם לשנותם דהכא נמי איכא טעמא דחשיב כמו חשדא."

וראנ"ח בתשובת מים עמוקים חלק ב' סי' ע' כתב:

"מכלל דבריו ז"ל יש ללמוד דמי שזכה באיזה ענין של כבוד או מצוה אין מעבירין ממנו אותו זכות. אם לא בהיות איזו טענה למערער, ואפילו בהיות שם טענה, אם תהיה שם טענה שלא לשנות הדבר ההוא, אין משנין."

ובמגן אברהם סימן קנ"ג סק"מ הביא בקצרה את דברי מהר"ק וכתב:

"מוכח גבי עירוב דאפילו במקום שיש קצת טעם לשנותו, אין משנין מפני חשדא. וה"נ איכא חשדא שיאמרו שבני ביתו אינן מהוגנים, גם יכול לומר שאין רצונו לילך למרחוק לבה"כ אף ששכרו יותר (מהר"ק):"

ובס"ק מט הביא המג"א את דברי ראנ"ח:

"אין לשנותו אפילו מע"ה לת"ח [ראב"ח ח"ב ע'] אם לא שיש טענה למערער, ואפ"ה אם יש טענה שלא לשנותו אין משנין [שם]."

ובספר פרי מגדים אורח חיים אשל אברהם סימן קנ"ג סק"מ כתב:

"עיינ מ"א. ובאות מ"ט הביא דברי ראב"ח דביש טענה משנין,

למילף מיניה היכא דיש לשניהם טענה, זה טוען שלו הזכות וזה טוען טענת מחילה שמחלו לו, אז אזלינן בתר חזקה, כל זמן שלא נשתנה הענין לגמרי."

וע"ע בכנסת הגדולה אור"ח סי' שסו הביאו בשדי חמד כרך ח' סי' א' אות מ' שגם גבי עירוב שהנחוהו בבית ישן, אך התנו שיוכלו להעבירו למקום אחר, מהני התנאי, ואין לחוש מפני דרכי שלום, וכן הסכימו עוד פוסקים כפי שהביא השדי חמד. ולפי זה גם כשקיימת סברא שהשתנה העניין ואדעתא דהכי שתהיה מציאות חדשה לא מחלו למחזיק, ממילא הוי כתנאי, ואין לחוש משום דרכי שלום, והיינו המבואר במהרי"ק שאם קיים טעם חזק, אין לחוש לדרכי שלום, מכיון שלא יחשדוהו, אלא יבינו שבטלה החזקה מפני שהשתנה הענין.

העולה מכל האמור:

חזקה זו שזכה המחזיק במצוה, נובעת מהסכמה של הקהל, ולענין זה גם הסכמה שבשתיקה מועילה להיחשב כמחילה. וחזקה זו צריכה טענה, וגם הסכמת הקהל שניתנה בזמנו תוכל להיחשב כטענה, שיש לה כח לעמוד כנגד טענה כל דהו העולה כנגדו. אבל כשיש טענה רבה, ונשתנה העניין לגמרי, בכה"ג אנו קובעים, שעל דעת כן שישתנה העניין, לא ניתנה לו הסכמת הקהל.

על כן גם בנידון שבפנינו, מאחר שבאותו מועד שהקהל העמידו את הנתבע כבעל תוקע, הנתבע היה ממתפללי בית הכנסת הקבועים, וכעת הנתבע פרש עקב טענות שהעלה בדיון, ואינו מתפלל בבית הכנסת, יש לקבוע שהמצב הבסיסי שהיה נכון בזמנו השתנה, ומעיקרא הנתבע קיבל את הזכות לתקוע בשופר מפני שהיה מתפלל קבוע במקום, אין מקום לחזקה זו כעת, כשכבר אינו מתפלל בבית הכנסת. סביר מאד שמתפללי בית הכנסת לא יתנו את זכות תקיעה בשופר למי שעזב אותם עקב טענות שיש לו כנגדם, ועל דעת כן לא ניתנה זו זכות זו.

ולכאורה סותרים ... וי"ל דקצת טענה אין משנין משום חשדא, כמו בעירוב (גיטין ס' ב' ובתוספות ד"ה אלא משום חשדא, יע"ש), הא טענה רבה משנין ולא חיישינן לחשדא."

וכן הוא בלבושי שרד על המג"א בסוף סי' קנג:

"ואין לשנותו אם לא שיש טענה למערער, ר"ל טענה רבה, משא"כ בקצת טענה אין משנין כמ"ש המג"א סק"מ."

וכן הוא במג"א סי' שסו סק"ז:

"אי איכא טעמא רבה משנין."

העולה מכל האמור הוא שבחזקה זו שהחזק במצוה, מוטל על בית הדין מהו הטעם העולה כנגד המחזיק, האם זו טענה קלה או שקיים טעם רציני לבטל את החזקה.

בנוסף נציין לדברי הדרכי משה חו"מ סי' קמט שכתב שחזקה זו צריכה שתהיה עמה טענה, והביאו הסמ"ע סי' קמ"ט סק"ג, ועיי"ש בתומים ובנתיבות שאין צריך טענה שקנה חזקה זו, אלא די בטענה שהיה בהסכמת הקהל ולא נעשה באקראי ללא תשומת לב.

ובתשובת מהר"ם שיק אור"ח סי' עד כתב:

"מבואר בדרכי משה שני תנאים כי היכי דלהוי חזקה, אחד שתהיה חזקה הבאה מחמת טענה, דהיינו שנתנו לו או מחלו כנגדו. ותנאי שני דיש לו חזקה שיקראו בס"ת שלו היינו אם היה להם ס"ת אחר, אבל אם לא היה להם ס"ת אחר אין כאן חזקה דהא דהניחו אותו מעיקרא משום דלא היה להם ס"ת אחר עיי"ש, והיינו דאדעתא דהכי לא מחלו."

ובהמשך כתב מהר"ם שיק כמה נ"מ מביאור זה, שהכל נובע מהמחילה דמעיקרא, והוסיף:

"בדבר שיש לחבירו טענה וזכות וחיוב כמו לחבירו, כמו ס"ת ושאר צרכי ציבור המחוייבין כולם, ובני העיר כופין זה את זה כדאייתא בחו"מ סי' קס"ג וה"ה שארי מצות, וכשאחד עושה כאילו מוציא את כולם, וכאילו הוא שליח של כולם, ושליח בעל כורחו לא אשכחן, לכך צריך לחזקה כזו טענה. וא"כ נכון הראיה שאם אין לאחד טענה, ושווין, אין לשנות. ה"ה נוכל

## סימן יז

### פרשנות הסכם ממון

ברכשו של הבעל. בנוסף, סעיף 12א בהסכם קובע כי כל אחד מבני הזוג מנוע מלתבוע כל תביעת ממון מכל סוג בעת פקיעת הנישואין. למרות זאת נכתב בסעיף זה כדלהלן: "במקרה שכזה האשה תקבל מהאיש סכום של 180,000 שקל כפיצוי מוסכם ומוערך מראש כ"דמי הסתגלות ומחיה" לאחר פקיעת הנישואין. סכום זה כולל גם את סכום הכתובה ותוספת לכתובה, אם האשה תהיה זכאית לקבל סכומים אלה."

בנסיבות אלו, בהחלטה קודמת ביה"ד מצא לנכון שלא לדון בשאלת זכאות האשה לתשלום הכתובה בעת הגירושיין, מאחר שהסכום הנ"ל של 180,000 שקל אינו כפוף לגדרי זכאות לכתובה.

הצדדים היו בני זוג נשואים שהתגרשו, ולהם ילד אחד. הצדדים התגרשו בהסכמה, אך בלא הסכם גירושין בשאר הנושאים הכרוכים בגירושיין.

הצדדים חתמו על הסכם ממון בסמוך לנישואין, להלן "ההסכם". ההסכם נחתם על ידי הצדדים ואושר כחוק על ידי נוטריון. לאחר הגירושיין, וכעת בית הדין דן בתביעות האשה הנובעות מהסכם זה.

**תביעה לתשלום 180,000 ₪ המסתמכת על סעיף 12א**

**בהסכם**

ההסכם קובע הפרדה רכושית, והיעדר זכויות ממון לאשה

"יש מי שאומר שתנאי שאדם מתנה עם חבריו אין הולכים אחר הלשון הכתוב, אלא אחר הכוונה."  
מקור הלכה זו הוא ברבנו ירוחם (מישרים נתיב כג חלק י) וכך לשונו:

"כתב הרשב"א בתשובה כי אף על פי שכתב לה במתנה לחוד שתגבה האשה בין בחייו בין כמותו ואפילו בשלום, ודאי יראה שאין נזקקין לדינא ואין מגבין אותה בחיי הבעל כלל, דלא כתב לה רק להיות קיום וחיזוק שלא יוציאנה כאחת הקלות ושתבטח נפשה בו ... וכלל גדול בדינו בכל תנאי שאדם מתנה עם חבריו שאין להלך אחר לשון הכתוב, אלא אחר הכוונה לבד. וראיה דעל מנת שאראך מאתיים וזו דהאיש מקדש דלא נתכוונה זאת אלא להראות משלו."

תשובת הרשב"א היא האסמכתא לרבנו ירוחם, שדן במי שכתב לאישה כי היא יכולה לגבות את כתובתה גם בעודו בחיים, וזה נוגד את ההלכה שאין מגבין כתובה בחיי בעלה, וכותב רבנו ירוחם בשם הרשב"א שאין מגבין אותה בחיי הבעל, אף על פי שלשון הכתובה מפורש בפשטות שכן גובה בחייו.

ועיין בביאור הגר"א (ס"ק לט) שכתב:

"דדין לשון השטרות כדין לשון הנדרים,"

וכן כתב הסמ"ע (ס"ק כו):

"וכן הדין בנדרים, וכמ"ש ביו"ד בסימן ר"ח ע"ש."

דין הנדרים שהולכים אחר כוונת הנודר, מבואר בשולחן ערוך (יו"ד סי' ריח סעיף א), וז"ל:

"כל הנודר, או נשבע, רואין דברים שבגללן נשבע או נדר, ולומדים מהם לאיזה נתכוון. והולכין אחר הענין, ולא אחר משמעות דבור. כיצד, היה טעון משא של צמר או פשתים, והזיע והיה ריחו קשה, ונשבע או נדר שלא יעלה עליו צמר או פשתים לעולם, הרי זה מותר ללבוש בגדי צמר או פשתים ולהתכסות, ואינו אסור אלא להפשילן לאחוריו. היה לבוש בגדי צמר, ונצטער בלבישתו ונשבע או נדר שלא יעלה עליו צמר לעולם, אסור ללבוש, ומותר לטעון עליו ומותר להתכסות בגיזי צמר, שלא נתכוון זה אלא לבגד צמר. וכן כל כיוצא בזה."

כשם שבנדרים עלינו לחקור אחר כוונת הנודר, ומתוך כך לפרש את נדרו ואת הכלול בו, כך גם כאשר מתחייב אדם בשטר, וכפי שכתב בערוך השולחן (סי' ס"א סעיף ז):

"אין הולכין אחר לשון הכתוב, אלא אחר הכוונה לפי נושא הענין... וצריכים הדיינים להבין עומק העניין ויבואו על האמת."

בהתאם לכך עלינו לקבוע שאם היה ברור לבית הדין בנידון זה, שכוונת הבעל בעת החתימה על ההסכם הייתה לתת לאשתו זכות מגורים לשלוש שנים ומחצית דירה גם אם יהיה להם ילד אחד בלבד, אכן היתה קיימת סתירה בין נוסח השטר לכוונת המתחייב, וההכרעה בזה היא שהכוונה גוברת על הניסוח, כאמור לעיל.

אולם בנידון זה אין אומדנא דמוכח שאכן יש לחרוג מהנוסח הדווקני המפורט בהסכם שבו פעמיים נזכר "ילדים"

בעקבות הגירושין, האשה טוענת שיש לחייב את הבעל לשעבר בסכום הנ"ל כפי המתחייב מההסכם.

במענה לתביעה השיב הנתבע, ולהלן מדבריו כמפורט בפרוטוקול:

"לעניין 180 אלף ש"ח לטעמנו הסעיף הזה במקרה הזה א"א לאכוף אותו כי הוא נוגד תקנת הציבור.

בית הדין: הסעיף מחייב בזמן שחתמו על ההסכם אין לך בעיה שהוא התכוון לחייב עצמו 180 אלף ש"ח.

ב"כ האישי: א"א לאכוף זה חוסר צדק זה זועק לשמיים במקרה שלנו זמן קצר לאחר הנישואין, היא הלכה והפילה עליו תיק של אונס. עכשיו סוגרים לו את התיק."

יש לציין כי בניגוד לסעיף 13 בהסכם (שאליו נתייחס להלן) שבו ההתחייבות המפורטת בהסכם הותנתה בכך שיהיו לצדדים ילדים, הרי שבסעיף 12 א אין כל התניה כזו. התשלום הוגדר כ"דמי הסתגלות ומחיה", על כן התחייבות זו שרירה וקיימת, ואינה מחייבת את בית הדין לדון ולהכריע במידת האשמה של כל אחד מהצדדים במשבר שהביא לגירושין, וכפי העולה מסעיף 12 הנזכר, המתייחס גם לנסיבות שנשללה זכאות האשה לכתובתה.

ביה"ד דוחה את הטענה שהתחייבות זו נוגדת את תקנת הציבור, ואין לה בנידון זה כל אחיזה במציאות. מאחר וסביר מאד שאדם בעל יכולת כלכלית גבוהה, כמו הנתבע דנן, יתחייב בתשלום זה כתחליף לכתובה שעליו לשלם בעת הגירושין, בלא כל זיקה לנסיבות שבהן הם מתגרשים. הטענה שהזוג היה נשוי תקופה קצרה של שנה ורבע בלבד, אינה רלבנטית לעניין, בפרט כאשר הצדדים ניהלו חיים משותפים במשך כמה שנים לפני שנישאו.

### תביעה לממש את סעיף 13 בהסכם

בסעיף זה נכתב כדלהלן:

"בכפוף לאמור בסעיף 12 לעיל אם במועד פקיעת הנישואין יהיו לבני הזוג ילדים משותפים, שיהיו במשמורתה וחוקתה הבלעדית של האשה, מתחייב האיש לדאוג לאשה וילדיהם לקורת גג בכך שיאפשר להם להמשיך ולהתגורר בדירת המגורים שבה הם גרו ערב הגירושין לתקופה של שלוש שנים, והאשה תקבל לבעלותה את המחצית של דירת המגורים הרשומה על שם האיש ברח' ... והאשה תישא מחצית של כל התשלומים והחובות שיהיו באותה עת על הדירה לרבות תשלומי משכנתא."

התובעת מבקשת לממש סעיף זה ולקבל מחצית מהדירה המפורטת בהסכם. ואילו הנתבע טוען שההתחייבות הותנתה בכך שיש לבני הזוג "ילדים", ובמקרה זה יש ילד אחד בלבד.

נקדים, בנסיבות בהן קיימת סתירה בין נוסח שטר ההתחייבות ובין כוונת המתחייב הידועה לנו, פוסקים בהתאם לכוונה, וכפי שיבואר:

בשולחן ערוך חו"מ סי' סא סעיף טז פסק:

השומעים, אבל אם אינו מוכרח כל כך שכל השומעים יבינו הפך כוונתו בזה לא אמרינן ה"ל לפרש דהא כשרובא קורין לחביתא חביתא ולכדא כדא ומיעוטא קורין לכדא חביתא מסתמא הבנת השומעים יותר נוטה שמכר לו חביות שמשמעו גדולה (כמו שמשמע מדברי רש"י ודו"ק) ממה שנאמר שיבינו השומעים כדא, אפ"ה אמרינן המוציא מחבירו עליו הראי".

סיכומו של דבר בנידון זה, אם לפי דעת השומעים את ניסוח ההסכם, הכוונה היא שהבעל התחייב רק אם יהיו ילדים דווקא, או שהכוונה הייתה שאכן די בילד אחד, דעה זו מחייבת את הצדדים. אולם אם יש שיפרשו שהכוונה ילד אחד ויש שיפרשו שני ילדים, אין הולכים בממון אחר הרוב. לאור האמור, בנידון זה אין לחייב את הנתבע במימוש סעיף 13 מאחר וקשה מאד להניח שדעת השומעים כולם תהיה, למרות שנכתב בהסכם "ילדים", גם ילד אחד כלול בהתחייבות שבסעיף זה, ולכן מאחר וסביר שיש שיפרשו כך ויש שיפרשו אחרת אין להוציא ממון מהנתבע, אלא יד בעל השטר על התחוננה.

עד כאן מהחלטתנו בבית הדין האזורי. לאחר זמן התקבלה החלטת בית הדין הגדול המציינת מקורות שבהן נכתב "בנים" והכוונה גם לבן אחד. אך דבריהם אינם מחוורים, מאחר שלשון מקרא ולשון משנה לחוד, ולשון בני אדם בימינו לחוד, ואין מלשון המקרא או המשנה להוציא מהאפשרות שבנידון זה ההתחייבות התייחסה לילדים ולפחות שני ילדים, כמו שחלק מקוראי ההסכם יפרשו, בהתייחס ללשון בני אדם בימינו, שהיא בלבד הקובעת את התחייבות הבעל בזמנו, ולעניין זה אין טעם במקורות חז"ל המתייחסים ללשון התורה והמשנה.

#### מסקנה:

- א. על פי סעיף 12 א להסכם, הנתבע חייב לשלם לתובעת סך 180,000 שקל.
- ב. אין לחייב את הנתבע בגין סעיף 13 להסכם.

בלשון רבים ולא "ילד", הואיל ויתכן מאד שהתחייבות נדיבה כזו המפורטת בסעיף 13, שמצד הדין אינו חייב בה, לא באה לעולם אלא אם יהיו לצדדים "ילדים" דהיינו לפחות שני ילדים ולא רק "ילד" אחד.

נציין עוד לתשובת הרשב"א חלק ב סי' רסט שהביא הב"י חו"מ סי' מב והובאה להלכה ברמ"א שם סעיף י שכתב:

"כלל גדול אמרו (ב"ק מו.) המוציא מחבירו עליו הראיה ולפיכך כל מוציא שטר ידו על התחוננה. ופעמים שיד בעל השטר על העליונה בזמן שהלשון שאמר כולל לפי דעת השומעים ולפיכך מי שכתב סתם על דעת משמעות השומעים הוא בוטח שאילולי כן הוה ליה לפרושי כיון שהוא יודע שסתמן של דברים משמע בהפך כוונתו".

ובתשובת עבודת הגרשוני סי' ג הביא את תשובת הרשב"א, וכתב:

"היינו דוקא בכ"ג שהבי' הרשב"א ראי' מהם כגון ההיא דבר סיסין דכ"ע קרו לההוא שדה דבר סיסין אם הי' בדעתו שלא למכור לו אותו השדה ה"ל לפרש, וכן בההיא אתרא דלא מסגי פריטי דכספא כלל אם היה דעתו אפריטי דכספא ה"ל לפרש, אבל אם אין הדבר מוכרע כל כך, ודאי יש לשמוע לנתבע לפרש דבריו אף על פי שהשומעים לא הבינו כמו שפי' הוא. ונראה לע"ד להביא עוד ראי' נכונה מהא דאיתא בפרק המניח פתח בכד וסיים בחביות כו' אר"פ היינו כד היינו חביות למאי נ"מ למקח וממכר כו' (ופי' רש"י שביד המוכר לתת לו איזה שירצה ואפי' התנה עמו חביות שהיא גדולה נותן כד שהיא קטנה) ה"ד אלימא באתרא דלא קרי לכדא חביתא ולחביתא כדא הא לא קרי להו לא צריכא דרובא קרו לכדא כדא ולחביתא חביתא ומיעוטא קרו לחביתא כדא ולכדא חביתא מ"ד זיל בתר רובא קמ"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב. הרי מפורש באתרא דלא קרי כלל לחביתא כדא אף על פי שהמוכר מוחזק אינו יכול ליתן לו כד ולומר שלכך כוונתו כמו שקורין באתרא אחרת, כיון שבאתרא הדא לא קרי לי' הכי. אבל לענ"ד משם ראי' דלא אמרי' הכי אלא דוקא היכא שרוצה לפרש היפך כל דעת הבנת

## סימן יח

### תביעה לביטול הסכם גירושין

ביצוע של ההליכים בהוצל"פ לגביית סכומי הכסף שחויבה עפ"י ההסכם.

התקיים דיון שבו התברר כי לאחר הדיון הנ"ל ובמשך שנתיים וחצי הצדדים גרו יחד וניסו לחזור לשלום-בית, אולם מזה כשנה וחודש שהם בנפרד. כעת שניהם מבקשים להתגרש ללא דיחוי, אלא שהתובעת דורשת להורות על ביטול ההסכם עקב חזרתם לשלום-בית לאחר אישור הסכם, ובכלל זאת לבטל את הוויתור על הכתובה.

הנתבע מבקש לדחות תביעה זו ולהורות כי הסכם הגירושין שריר וקיים, וכי התובעת מחויבת בהתחייבויות הקבועות

הצדדים נישאו בחו"ק ביום..., לאחר תשעה חודשים הופיעו בבית הדין עם הסכם גירושין חתום, וההסכם אושר בבית הדין וקיבל תוקף של פסק דין. בהתאם להסכמת הצדדים זומן מועד לסידור גט, אך בדיון האשה חזרה בה מהסכמתה להתגרש. להלן קטע מפרוטוקול הדיון:

"הבעל: אני מבקש להתגרש כמסכם.

האשה: אני חוזרת בי, ומעוניינת שלא להתגרש אני עדיין אוהבת את בעלי ומבקשת לשקם את הנישואין".

בנסיבות אלו ובהעדר הסכמה, לא סודר הגט.

כעת בפנינו בקשת התובעת לביטול הסכם הגירושין ולעיוכב

דיכובסקי שליט"א הרה"ג אריה הורביץ זצ"ל ויבל"א הרה"ג שלמה בן שמעון שליט"א, שכתבו:

"בהעדר החלטה מפורשת המבטלת את ההסכם, אין לראות את ההסכם כבטל."

וכן הובא שם מפסק דינו של בית הדין בתל אביב שקבע בנסיבות הדומות לנידון שבפנינו, שהסכם הגירושין אושר אך הצדדים חזרו לשלום-בית, ולאחר זמן התברר ששלום-הבית לא עלה יפה. בית הדין פסק שאין לשנות את ההסכם, ועל הצדדים להתגרש עפ"י התנאים שנקבעו בהסכם הגירושין שאושר.

אך בפסק דינו של בית הדין הגדול שדן בערעור על פסק הדין הנזכר מבית הדין בתל אביב הוחלט ברוב דעות לקבל את הערעור, וכתבו כדלהלן:

"הסכמת הצדדים לשוב לחיי שלום ללא תנאי, כמוה כהסכמה לביטול ההסכם... ההסכם הגירושין בוטל ברגע שהסכימו לשוב לשלום-בית, לפיכך ברור כי ההסכם בטל ומבוטל ואין להתחשב בו כלל."

נראה לחרוג מפסיקה זו אלא לבסס את הקביעה הנזכרת כי "בהעדר החלטה מפורשת המבטלת את ההסכם, אין לראות את ההסכם כבטל."

תוקפו של הסכם גירושין חתום שאושר בבית הדין מיוסד על ההלכה הקובעת, "סיטומתא קניא", דהיינו, המנהג הרווח לתת תוקף להסכם מסוג זה, מחייב. עיין פד"ר כרך ג' עמודים 363-368; פד"ר כרך ד' עמ' 198 ועמ' 289 וכרך ה' עמ' 259 ועמ' 311 בכרך ח' עמודים 47-54, וכרך ט' עמ' 228 ושם צוינו המקורות באחרונים לכך.

בנוסף נציין לדברי הגמרא במסכת קידושין דף כו עמוד א' ביחס לקניין כסף המועיל לקניית קרקע:

"אמר רב: לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר, אבל במקום שכותבין את השטר לא קנה". ופרש רש"י: לא קנה, "דכיון דרגילין בהכי, לא סמכא דעתיה דלוקה עד דנקיט שטרא, ועיקר דעתו לקנות על השטר הוא."

מטעם זה החתימה על הסכם הגירושין אינה מחייבת ואינה בתוקף אלא לאחר שבני הזוג מתייצבים בפני ערכאה שיפוטית לאישור ההסכם, וזאת מאחר שעפ"י חוק יחסי ממון אין תוקף להסכם מסוג זה בהעדר אישור ערכאה שיפוטית, וכך הוא מנהג המדינה ביחס לכלל הזוגות המתגרשים, וכמו שכתבו בפד"ר כרך יט עמ' 274 בסיכום פסק הדין:

"המנהג הוא שכל זוג המתגרש לא סומך דעתו על הסכם גירושין עד שבית הדין יאשר אותו ויתן לו תוקף של פסק דין. לכן הסכם שלא הובא לבית הדין לאשרו אין לו תוקף אפילו לא מטעם סיטומתא כי מנהג הסוחרים הוא להביא הסכם לאישורו של בית הדין."

גם בנידון שבפנינו, בהסכם הגירושין הצדדים ביקשו שההסכם יאושר בהתאם לחוק יחסי ממון, ובכך הצדדים

בהסכם הגירושין, וכן הנתבע מבקש להתגרש בכפוף למילוי התחייבויות אלו.

יצוין כי מכל צד עלו טענות הדדיות ביחס להתנהגות הצד השני ואשמתו שהגיעו לגירושין, אך במסגרת הנוכחית שבה נדרשת הכרעה בתביעה הנזכרת, ובהעדר תביעת גירושין ותביעה לתשלום הכתובה או תביעה לשלום-בית, טענות אלו לא עמדו לבירור.

השאלה העקרונית שעלינו להכריע בה היא, האם בנסיבות המתוארות הסכם גירושין בטל עקב הניסיון לחזרה לשלום-בית, וכן האם ויתור האשה על הכתובה בטל, וכי כתוצאה מכך יש מקום לדון בשאלת זכאות האשה לכתובתה בנסיבות המקרה הנוכחי.

יצוין כי בזמנו במועד הדיון לאישור ההסכם, הצדדים גרו יחד תחת קורת גג אחת וביקשו לאשר את הסכם הגירושין לאלתר, ולבקשתם ניתן לאלתר פסק דין המאשר את ההסכם ונותן לו תוקף החל ממועד פסק הדין, וזאת למרות שכאמור, עדיין גרו יחד וטרם התגרשו.

עוד יצוין כי הסכם הגירושין בעיקרו, מתייחס להסכמה להתגרש ולהסכמת הצדדים ולהודאתם אודות חוב כספי שהאשה חבה לבעל בגין סכומי כסף שהבעל העביר לה למען רכישת דירה שנרשמה על שמה, וכן נקבע שהאשה תשלם לבעלה סך 225,000 ש"ח בגין החזר הלוואה שנטלה למימון רכישת הדירה, וסכום זה יוחזר תוך עשרה ימים ממועד חתימת ההסכם. בנוסף, בסעיף מס' 3 להסכם הגירושין נכתב כדלהלן: "בכפוף לקיום כל המוסכם בהסכם זה ולאישורו ולמתן הגט בפועל ע"י הבעל, מוותרת בזאת האשה על מזונותיה על כתובתה ותוספת הכתובה."

ובסעיף 6 הצדדים מבקשים לאשר את ההסכם ושיינתן לו תוקף עפ"י חוק יחסי ממון, והוסיפו: "כל ההסכמות האמורות בהסכם זה תלויות ושלובות זו בזו למען סידור הגט בין הצדדים."

## דיון

השאלה העקרונית העומדת להכרעה בנידון זה, היא: בנסיבות המתוארות שהסכם הגירושין אושר כמקובל, ולאחר מכן הצדדים לא התגרשו עקב התנגדות האשה, וחזרו לניסיון לשלום-בית, אך כעבור קרוב לשלוש שנים התברר שהניסיון כשל, וכעת שני הצדדים מבקשים להתגרש והאשה מבקשת להורות על ביטול ההסכם, לרבות ביטול הוויתור על הכתובה והבעל מתנגד, האם בנסיבות אלו יש לפסוק ביטול ההסכם כמבוקש.

נפתח בהתייחסות לשאלה האם הסכם הגירושין שנחתם ואושר מתבטל מעצמו עם החזרה לשלום-בית.

בספר "סדר הדין בבית הדין הרבני" של פרופ' אליאב שוחטמן (מהדורת תשע"א - 2011) עמ' 1194 הביא מפסק דינו של בית הדין הגדול בהרכב הדיינים הרה"ג שלמה

עוד יובהר כי בעת הדיון בבקשה לביטול ההסכם עקב חזרת הצדדים לניסיון לשלום-בית. היסוד לביטול ההסכם בנסיבות אלו הוא על פי אומדנא שההסכם נחתם על דעת כן שיתגרשו, ולא על דעת חזרה לשלום-בית. לכאורה, מאחר שלהסכם הגירושין שותפים שני צדדים, היה מקום לטעון שאין מקום לדון דיני אומדנא ביחס להתחייבות שקיימים בה שני צדדים המתחייבים זה לזה בהתחייבויות הדדיות, וכי בהתחייבות כזו אין די באומדן דעת של צד אחד בלבד הטוען לביטול ההסכם. אך להלן מספר מקורות המוכיחים כי עפ"י ההלכה ניתן לבטל התחייבות באומדנא מוכחת ושאינן בה ספק, גם כשהתחייבות היא במסגרת הסכם הדדי: עיין במשנה למלך פ"ו מהלכות זכיה ה"א בשם שו"ת פני משה שגם בדבר התלוי בדעת שניהם, אם האומדנא "גדולה עד מאד" דנים עפ"י אומדנא של צד אחד, ועיין בנודע ביהודה קמא חיו"ד סי' סט (ד"ה נמצא) שכתב בסברה זו, וכן בשו"ת דברי חיים ח"א חאה"ע סי' ג' כתב: "רבים ושלמים ס"ל דבאומדנא גדולה אפילו בדבר התלוי בדעת שניהם אמרינן אומדנא". וכן הסכים בשו"ת ברית אברהם חח"מ סי' כט סק"י.

בהתאם לכך אין מקום לקביעה הגורפת שבכל מקרה "ההסכם בטל ומבוטל ואין להתחשב בו כלל" (כניסוח שנכתב בפסק הדין הנוכר), אלא ביחס לכל מקרה לגופו ולכל סעיף בהסכם יש לבחון האם קיימת אומדנא ברורה שאין בה ספק, שלא הוסכמה הסכמה ספציפית זו על דעת חזרה לשלום-בית, ובמסגרת דיון ופסיקה מתאימה ניתן להביא לביטול ההסכם או חלקו.

בהתאם לכך בנידון שבפנינו ככל שהדבר נוגע להסכמת הצדדים המאשרים כי הבעל העביר לאשה סכומי כסף כהלוואה למימון רכישת דירה, ולהסכמת האשה להחזיר לו סכום מסוים שנקבע בהסכם, החזר שיבוצע תוך עשרה ימים לחתימת ההסכם, סעיף זה אינו בהכרח מותנה בגירושין, מה עוד שהוסכם על ביצועו עוד טרם יסוד הגט, אלא כאמור, כעבור עשרה ימים בלבד ממועד חתימת ההסכם. על כן ביחס לסעיף זה אין אומדנא השוללת תוקפו בנסיבות של ניסיון לשלום-בית.

אך ביחס לסעיף מס' 3 הקובע את הוויתור על הכתובה עם מתן הגט, קיימת אומדנא ברורה שהסכמה זו מותנית בגירושין שיוסדרו במועד קרוב, אך אם הצדדים חזרו לשלום-בית ולפרק זמן משמעותי זנחו את רצונם להתגרש, ביחס לנסיבות אלו אין ויתור על הכתובה, ובהעדר הסכמה אם הצדדים יתגרשו בלא הסכם או על יסוד חיוב הבעל בגירושין, יש מקום לדיון מחודש בתביעה לתשלום הכתובה. אומדנא זו שהוויתור מותנה בגירושין במועד קרוב, נקבעה בכמה פוסקים וכפי שיבואר.

עיין בפסק דין שבספר עטרת דבורה ח"א סי' ס', ושם בעמ' 379 ובו התייחסנו למקרה שנחתם ואושר הסכם גירושין והצדדים חזרו לשלום-בית, או על כל פנים הצד המתנגד

קשרו בפירוש את ההסכם ותוקפו, להוראות החוקיות הקבועות בחוק.

סעיף 1 לחוק יחסי ממון בין בני זוג מגדיר "הסכם ממון", כ"הסכם בין בני זוג המסדיר יחסי ממון שביניהם". תנאי לתוקף הסכם הממון הוא כי יהיה בכתב והוא טעון אישור בית המשפט או בית דין דתי. האישור יינתן רק לאחר שבית הדין או בית המשפט נוכח שבני הזוג עשו את ההסכם בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו. אישור הניתן על ידי בית הדין או בית משפט להסכם ממון מהווה תנאי לתקפותו, והוא הכלל לענייננו (מההיבט המשפטי יש מקורות רבים לקביעה זו ולהלן מקצתם - ע"א 490/77, נציה נ' נציה, ל"ב (2) 621; ע"א 169/83, שי (שרעבי) נ' שי (שרעבי), ל"ט (3) 776), מ"א (ת"א) 1366/92 אסרף נ' אסרף, תק"מח 93 (2) 664; תמ"ש (ת"א) 21021/96 שילה נ' שילה, [פורסם בנבו].

על כן בנסיבות המתוארות, גם ביטול ההסכם או שינוי ההסכם, יהיו חסרי תוקף בהעדר פסיקה מתאימה של ערכאה שיפוטית. וזאת לאחר שסעיף 2 לחוק יחסי ממון קובע:

- (א) הסכם ממון טעון אישור בית המשפט לעניני משפחה (להלן - בית המשפט) או בית הדין הדתי שלו סמכות השיפוט בעניני נישואין וגירושין של בני הזוג (להלן - בית הדין), וכן טעון שינוי של הסכם כזה אישור כאמור.
- (ב) האישור לא יינתן אלא לאחר שנוכח בית המשפט או בית הדין, שבני הזוג עשו את ההסכם או את השינוי בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו.

בהתאם למבואר, אם לאחר החתימה על הסכם הגירושין ואישור ההסכם, הצדדים חזרו לשלום-בית, לכאורה, קיימת אומדנא ברורה שעל דעת נסיבות אלו לא נחתם ההסכם. ואם אחד מהם יפנה לבית הדין בבקשה לבטל את ההסכם, יהיה מקום לדון בבקשה ולבחון את הנסיבות החדשות, ויוטל על בית הדין לבחון בכל מקרה לגופו האם על יסוד האומדנא הנוכרת דינו של ההסכם להתבטל.

אבל בהעדר בקשה מתאימה מאחד הצדדים לבטל את ההסכם, ובהעדר פסיקה מתאימה, ההסכם שריר וקיים, גם בעת שהצדדים במהלך ניסיון לחזרה לשלום-בית. זאת מכיוון שעפ"י המבואר, ההסכמה לביטול ההסכם, כמו ההסכמה לתת להסכם תוקף, לא קיבלו מעמד בר תוקף, גם על פי ההלכה, בהעדר פסיקה מתאימה.

יצוין כי פסק הדין הנוכר של בית הדין הגדול, שקבע ברוב דעות שהסכמת הצדדים לחזור לשלום-בית מבטלת את ההסכם בלא צורך בהחלטה אחרת, ניתן בשנת תשמ"ה, וייתכן שביחס לאותו נידון שהתרחש כאחד עשרה שנים בלבד לאחר שחוק יחסי ממון נכנס לתוקף, טרם היה ברור מנהג המדינה שלא לתת מעמד לחתימה על הסכם הגירושין ולביטולו, בהעדר אישור ערכאה שיפוטית.

"נראה לי שאשה זו מחלה כתובתה מחילה גמורה ללא שום התנאה, ואינה יכולה לחזור בה, ואינה זכאית למזונות, ואם ירצו לשוב ולחיות יחד חיי שלום צריך לכתוב לה כתובה אחרת כדמו"י."

אך יצוין שדעה זו, הייתה דעת מיעוט באותו פסק דין. העולה מדברינו: הרדב"ז ופוסקים נוספים קבעו שקיימת אומדנא ברורה שהמחילה על הכתובה נעשתה על דעת כן שיסודר גט במועד קרוב כפי שסוכם. אך אם חזרו לשלום-בית ולא התגרשו, המחילה בטלה. והיינו גם אם לאחר פרק זמן ארוך חזרו ונפרדו ומבקשים להתגרש. בהעדר כל זיקה הקושרת בין הוויתור על הכתובה לסכומי כסף כאלו או אחרים, הנתונים להסדרה בין הצדדים בגין חוב האשה לבעל, אין מקום להתייחס לויתור על הכתובה במקרה זה בדרך שונה מכל מקרה אחר שבו הוגג מחליט להתגרש במועד קרוב והאשה מוותרת על הכתובה, ואנו קובעים שהוויתור על כתובה מותנה בגירושין שיוסדרו בהקדם וכפי שסוכם. בהעדר אמירה מפורשת בהסכם, או לכל הפחות רמוז, המבטא שלמעשה האשה לא ויתרה על הכתובה, אלא קיבלה תשלום בגין הכתובה בדרך אחרת, אין לכך מקום, ואין לקבוע זיקה בין תשלום הכתובה להסדר ממוני אחר שהקבע בהסכם.

לפי האמור, מאחר שהוויתור על הכתובה מבוטל, הבעל, האמור להיפגע מביטול סעיף זה, רשאי להודיע כי בנסיבות אלו שסעיף מרכזי בהסכם התבטל, דהיינו הסעיף הקובע את הוויתור על הכתובה, דינו של ביטול זה להביא לביטול ההסכם כולו, ויוכל לבקש לבטל את ההסכם כולו, ולשוב ולתבוע שתיתן פסיקה ביחס לחלוקת הרכוש ולכתובה כפי שהיה נכון בהעדר הסכם הגירושין, וזאת בטענה שהוויתור שהוסכם על ידו במסגרת ההסכם היה מותנה בויתור על הכתובה ובטל בהעדרו.

אך אם הבעל אינו מעוניין לבטל את שאר סעיפי ההסכם, ביטול הסעיף של הוויתור על הכתובה אינו עילה לדרישה מטעם האשה לביטול ההסכם כולו, מאחר שהיא אינה נפגעת מהביטול.

אין אנו מקבלים את עמדת האשה הטוענת שהסכימה להודות בחובות שאינה חייבת בהם, רק כדי שהבעל יסכים להמשיך בטיפול ההפרייה. מעמדה של טענה כזו כטענת "משטה אני בך" של האשה כלפי הבעל. בעניין כעין זה,

נפסק בשו"ע חושן משפט, סימן פא סעיף ו:

"אם כשתבעו הודה בפני ב"ד... שוב אינו יכול לומר: משטה אני בך."

במקרה שבפנינו שהודאת האשה נעשתה בפני בית הדין, אינה יכולה לטעון שהדברים לא נאמרו ברצינות ואינם מחייבים.

ויצוין לפסק הדין בספר עטרת דבורה ח"א סי' ס' (עמ' 383) שנשללה דעת הסוברים שכל הסכם גירושין יקבל מעמד בר-תוקף רק עם הגירושין, אלא מאחר שהצדדים ביקשו

למימוש ההסכם מבקש שלום-בית ואינו מעוניין להתגרש, ולהלן המקורות העיקריים להלכה זו.

בשו"ת הרדב"ז חלק א' סימן סדר כתב:

"היכא דאמרה סתם מאיס עלי וגם בשעת ההמלכה לא אמרו לה שהפסידה כתובתה ואין כופין ליתן גט בזה יש לדון אם חזרה בה אם הפסידה או לא. ומסתברא דבכה"ג לא הפסידה כתובתה... סופה הוכיח על תחילתה כיוון דחזרה בה משמע דמתחילה לא אמרה כן אלא שחשבה שיגרשנה מיד." ובספר משפטים ישרים חלק ב' סי' סד, כתב וז"ל:

"שאלה. מעשה שהיה באשה אחת שנתקוטטה עם בעלה ומחלה כתובתה בקניין כראוי רק שיגרשנה, ושוב עשו שלום ביניהם כמה חדשים סתם, ויום מיומים הוציא שטר המחילה ורצה לפוטרה בלא כתובה על סמך המחילה הנזכרת. תשובה. נראה דאין במחילה ההיא ממש, דלא מחלה אלא אם יגרשנה סמוך למחילה, דאנן סהדי דלא מחלה לעולם. דלא מחלה אלא אם לא עשו שלום, והו"ל כמוכר נכסיו לעלות לא"י וכיוצא דגלוי דעת כי האי מהני בהם כתנאי ואומדנא רבתי דלא מחלה אף אם יעשו שלום והו"ל כמחילה על תנאי, וצריך עיון."

וכן בשו"ת דבר אמת (להג"ר ידידיה מונסוניגו) חלק אה"ע סי' קלח כתב:

"נהגו העם להקל במוחלת כתובה לבעלה, כשעושים שלום ביניהם אין מחדשים כתובה אחרת וסומכים על כתובה הראשונה. עם היות שיש לפקפק בדבר, מ"מ הני מילי במוחלת כתובתה לבעלה ונתחייב לה לגרש ביום פלוני, בזה אנו אומרים דהוי כמחילה בתנאי שאם לא קיים התנאי ולא נתן הגט, אין מחילתה כלום, שאם היות שלא היה התנאי מפורש אין אומרים סתמו כפירושו, וכאילו היה התנאי מפורש, ואין צריך לחדש כתובה אחרת."

וכן פסק בשו"ת שושנים לדוד (להג"ר דוד צבאח) חלק אה"ע סי' ע', ובתוך דבריו כתב:

"בפרט שכבר העיד אדוני הארץ מנ"י אי"ש הצרפתי זלה"ה שמעשים בכל יום שעושים שלום ואין כל חדש לחדש כתובה אחרת, א"כ מעשה רב... גם אלה אזכרה שבימי חורפי ארע מעשה כזה בה"ר אברהם אלמאליח ואשתו במדינתנו עי"ת ארבט יע"א, שרצה הרה"ג כמוהר"י צבע זלה"ה לדון לחדש כתובה אחרת ולא הודו לו חבריו רבני אתרא, כך דנין והולכים בכל יום."

ואמנם כאמור בתשובה זו, הובאה דעת הסובר שיש לחדש כתובה אחרת, אך הרב המשיב פסק הלכה למעשה לדחות דעה זו, והעיד שכן המנהג הפשוט. וע"ע שם בשושנים לדוד סי' עו שחזר על הדברים כפי שפסק בסי' ע'.

אמנם בספר משפטי שאול סי' כח בפסק דין של הג"ר יוסף קאפח זצ"ל שכתב בנידון שנערך הסכם גירושין ואחד מסעיפי ההסכם קבע - כי בזאת האשה ויתרה על כתובתה, אך למעשה לא סודר הגט עקב התנגדות האשה, וכתב הגר"י קאפח זצ"ל:



למנוע הגשת התביעה לביטולו. עליה להודיע על עמדתה בכתב תוך עשרים יום.

במסגרת הנוכחית ובהעדר תביעה מתאימה, אין אנו קובעים דבר ביחס לשאלת זכאות האשה לתשלום הכתובה וביחס לשאלת חיוב הגירושין, ושני הצדדים רשאים להגיש תביעות בשני נושאים אלו.

שההסכם יקבל תוקף של פסק דין לאלתר, ואכן ניתן פסק דין כזה, הרי שלבקשתם נקבע מעמדו של ההסכם כמסמך משפטי בר תוקף ומחייב, לאלתר עם מתן פסק הדין.

**מסקנת הדברים:** סעיף מט' 3 בלבד מבוטל. אך מכיוון שביטול זה מאפשר לבעל לתבוע ביטול ההסכם כולו, האשה רשאית לחזור בה, ולבקש קיום ההסכם במלואו על מנת

## סימן יט

### ביטול הסכם גירושין פיקטיבי

ב. המזונות שולמו לילדים ולא לנתבעת, ואין לפגוע בהם, כי מזונות הילדים קודמים לגביה לפני שאר הנושים.

ג. ההסכם אינו קנוניה, אלא נחתם בכנות. הרקע לגירושין היה הסתבכות של בעלה לשעבר בחובות רבים שהיא ערבה להם, שגרם למתח רב ביניהם, ולכן התגרשו. אחרי הגירושין האב עבר לעבוד לגור בדרום הארץ, ובשבתות מגיע לכמה שעות כדי לראות את הילדים, ואינו ישן בבית האם. עם זאת האב מכיר בחובתו לילדיו ולכן הסכים לשלם את מזונותיהם בסכומים נכבדים, וכן להחזיר לאם את ההוצאות שהוציאה לבדה עבור הילדים בשנים 2000-1997.

הנתבע פלוני (הגרשו) טען בכתב ההגנה כי דמי המזונות נקבעו לרווחתם של הילדים ולא היתה מניעה שהוא יחייב עצמו בהם במסגרת ההסכם.

יש לברר שתי שאלות מקדמיות:

האם התובע מוסמך לתבוע את ביטול החוזה שנעשה בין הנתבעים בלבד, בעוד התובע הינו צד ג' שאינו שותף להסכם. והאם יש סמכות חוקית לבית הדין לדון בתביעה החורגת מנושא המעמד האישי, העוסקת בתביעה ממניית שבין צד ג' ובין הנתבעים.

ביחס לשאלה הראשונה אנו קובעים כדלהלן: גם אם התובע אינו שותף להסכם שנחתם בין הנתבעים, מאחר שההסכם בין הנתבעים פוגע בתובע שהוא צד ג', עומדת לו הזכות, הן מהפן ההלכתי, והן מהפן החוקי - לתבוע את ביטול ההסכם הפוגע בו.

ביחס לנושא הסמכות יאמר כדלהלן: אמנם הבקשה שבפנינו, הבאה על ידי צד שלישי להליך הקודם בענין הגירושין, חורגת ממקרה רגיל שבו לאחר הגט בא אחד הצדדים, ומבקש לבטל את ההסכם הגירושין. על פי המצב המשפטי הקיים, בית הדין מוסמך לדון בבקשת בעל-דין לבטל פסק דין שניתן בעבר על ידי בית הדין, כשם שלכל טריבונל שנתן פסק הדין מקורי, נתונה הסמכות לדון בביטולו או בשינויו. ראו דבריו של הנשיא שמגר בע"א 442/83 קם נ' קם שבו נכתב -

"גם משניתן פסק-דין המאשר הסכם, הרי אם הוכח, שמאז הינתנו חל שינוי מהותי בנסיבות, וכי יהיה זה בלתי צודק להשאירו על כנו, ניתן

בפני בית הדין תביעה מצד התובע עו"ד אלמוני, כנגד שני הנתבעים פלוני ופלונית בתביעה לביטול פסק דין לאישור הסכם גירושין שניתן בבית הדין ביום ...

התקיים דיון שבו הופיעו התובע וכן הנתבעת פלונית, אך הנתבע פלוני לא התייצב לדיון כנדרש. לאחר הדיון הנתבע פלוני הגיש כתב הגנה מנומק.

התובע, עו"ד אלמוני, במסגרת תפקידו כעו"ד, תובע בתיקי הוצאה לפועל נגד הנתבע פלוני, סכום כולל של 25,000 ₪. כמו כן התובע מייצג לקוחות נוספים בהוצאה לפועל, בתביעות נגד הנתבע פלוני בסך כולל של 315,000 ₪.

הנתבעים, הם בני זוג עם שני ילדים, שחתמו על ההסכם גירושין, שקיבל תוקף של פסק דין בביה"ד ביום ... בהסכם זה נקבע, שהנתבע ישלם מזונות לשני ילדיו בסך 4000 ₪. וכן הוסדרו בהסכם זה שאר הנושאים הכרוכים בגירושין.

מאוחר יותר בתאריך ... הנתבעים שינו את תנאי ההסכם, וחתמו בבית הדין על הסכם חדש, שבו האב התחייב בסכום של 6000 ₪ לשני ילדיו, ובו ביום הצדדים התגרשו בביה"ד.

ביום ... הצדדים הופיעו בבית הדין והציגו בביה"ד הסכם חדש, שבו האב התחייב לשלם 5000 ₪ לחודש, עבור חוב ישן של מזונות ילדים מלפני 13 שנה, שלא נפרעו החל מתאריך 2/1997 ועד 2/2000. וכן נכתב בהסכם זה כי האב ישלם לאם תשלום חד פעמי של 55,000 שקל עבור הוצאות מיוחדות בהן היא נשאה במהלך השנים, וכי הסכום ישולם ב-55 תשלומים שווים של 1000 שקל כדמי מזונות.

את ההסכם הזה התובע מבקש לבטל. לטענת התובע, ההסכם אינו אלא פיקציה ונחתם למראית עין, וכי כל מטרתו הברחת כספי הנתבע פלוני מנושיו באמצעות הסכם זה. לטענת התובע, ההסכם הוצא במרמה תוך שימוש לרעה בהליכי בית הדין והטעייתו, וכן נוגד את תקנת הציבור.

מצד הנתבעים הופיעה הנתבעת פלונית (הגרשוה), והגיבה על התביעה באופן עצמאי ללא קשר לנתבע פלוני. טענותיה נטענו הן בכתב ההגנה והן בעל פה, וכדלהלן:

א. יש לדחות את התביעה על הסף, משום שהתובע הוא צד ג' שאינו שותף להסכם, ואינו יכול לבטל את ההסכם שנחתם מרצונם של שני הצדדים.

בחובות כבדים מאד העולים לסך של כמה מיליוני שקלים. באותו דיון הצדדים היו חייבים להודיע לבית הדין כי אישור הסכם זה מבוקש בנסיבות שבהם לבעל חובות כבדים, והיה עליהם לבקש מבית הדין לדון באישור ההסכם לאור נסיבות האמת שהיו ידועות באותו מועד, ולבחון את תוקף ההסכם למרות המשמעות הקשה שההסכם משליך ביחס לנושים. אך נסיבות אלו הוסתרו מבית הדין. אמנם אין מניעה שאדם יתחייב בהתחייבות נדיבה מאד לטובת ילדיו או גרושתו, לרבות תשלום מזונות עבור שנים רבות למפרע ועוד סכום חד פעמי גדול בסך 55,000 שקל, אך כשהצדדים מבקשים מבית הדין לאשר התחייבות מסוג זה, בלא לעדכן את בית הדין במשמעות המיידית של אישור ההסכם, בכך הצדדים ניצלו לרעה את הליכי בית הדין, ביודעם שחוב מזונות קודם לחובות אחרים ובכך ימנעו מבעלי חובות לגבות את חובם.

אמנם כשהצדדים מבקשים מבית הדין לאשר ההסכם גירושין שבו נקבעים דמי מזונות בסכום מקובל, אין מניעה שבית הדין יאשר את ההסכם, תוך השארת הזכות לגורם הנפגע מההסכם לבקש לבטלו. אך כשההסכם קובע תנאים משופרים ומופגעים מאד למזונות הילדים כמפורט, לא יתכן להסתיר מבית הדין את התמונה המלאה של מצבם הכלכלי של הצדדים. במקרה זה חוסר תום הלב של הנתבעים בדיון הנ"ל בולט מאד ואין בו ספק.

נכון לצטט במסגרת הנוכחית את פסק דינו של בית המשפט העליון בתיק בש"א 6479/06 479 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' משה שנפ [פדאור (לא פורסם) 07 (1) 873], עמוד 3, שבו נכתב כדלהלן:

עקרון תום-הלב מהווה עקרון-על בשיטתנו המשפטית "אשר מצודתו פרושה... על כלל המערכת המשפטית בישראל" ... מעקרון זה נגזר כי על בעלי הדין להפעיל את הזכויות והחובות המעוגנים בכללי הפרוצדורה האזרחית בדרך מקובלת ובתום-לב. עליהם לפעול באופן סביר והוגן במסגרת ניהול הליכי המשפט וזאת בהתחשב במכלול נסיבות העניין ...

מחובת תום-הלב הדיוני נגזר האיסור על ניצול לרעה של הליכי משפט. תכליתו של איסור זה כפולה: במישור הציבורי, מטרתו לשמור על התקינות והטוהר של ההליך השיפוטי ולמנוע מבעל-דין להשתמש לרעה בכתי-המשפט ובכך לפגוע בהשלטת הצדק. במישור הפרטי, מטרתו למנוע תוצאות בלתי הוגנות בין בעלי-הדין המתדיינים בפני-המשפט ...

השאלה מהו שימוש לרעה בהליך השיפוטי, אינה ניתנת לתשובה אחידה וממצה. קשה להגדיר מראש מתי תעלה התנהגות של בעל-דין כדי ניצול לרעה של ההליך השיפוטי; קל יותר לזהות את הפסול שבהתנהגות זו כאשר נתקלים בה. בדומה לעקרון תום-הלב, אף האיסור על ניצול לרעה של הליכי-משפט מבוסס בעיקרו על אמת-מידה אובייקטיבית, הנבחנת בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו. כוונותיו הסובייקטיביות של בעל-הדין והשאלה האם פעל בזדון עשויות להשליך על המסקנה האם עשה שימוש לרעה בהליכי משפט; עם זאת, עיקרו של המבחן בעניין זה הינו סבירות והגינות,

לפתוח את העניין מחדש. פסק הדין מבוסס על מערכת נסיבות מסויימת, הקיימת בעת הינתנו ועם שינוי הנסיבות באופן מהותי עלול המשך קיומו של פסק הדין להפוך לבלתי צודק ... כשם שניתן לפתוח מחדש פסק-דין רגיל למזונות, שניתן על יסוד הכרעתו העניינית של בית המשפט, כשמשנתות הנסיבות שינוי מהותי, כן ניתן לפתוח פסק-דין, גם אם הוא ניתן בהסכמה. פסק-דין, שניתן בהסכמה, אין לפתחו אלא במקרים נדירים, וזאת בשל אופיו ההסכמי. ודאי שניתן לפתחו, אם הצדדים השאירו פתח לכך, במפורש או במשמע... אך גם אם לא היתה זו כוונת הצדדים, מכוחו של בית משפט לקרוא תניה כזו לתוך ההסכם, וזאת מאחר שיש לראות את ההסכם כמכוון למערכת עובדות ונסיבות מסויימת, כפי שהיתה בעת כריתת החוזה... מגמת היסוד היא האיזון בין שני אינטרסים, הינו בין אינטרס הסופיות של פסק הדין לבין האינטרס, שלא ישאר על כנו פסק-דין, שאכיפתו הפכה, עקב שינוי נסיבות, לבלתי צודקת לחלוטין."

על פסק דין זה חזר השופט חשין ב-בג"צ 6103/93 סימה לוי נ' ביה"ד הרבני הגדול בירושלים פ"ד מח(4), 591.

אילו היתה שאלה דומה עולה בבית המשפט האזרחי, ברי שבית המשפט היה מוסמך לדון בבקשת צד שלישי לבטל הסכם בעניני משפחה שניתן לו תוקף של פסק דין, ובלבד שהיא תוגש בתובענה עצמאית (כפי שנעשה כאן), וה"ה ביחס לבית הדין הרבני בנושאים הנתונים לסמכותו.

יצויין ל-ע"א 701/76 צבי עפרון אח' נ' חב' הכשרת היישוב בישראל בע"מ, פ"ד לא(3) 79, שבו פסק בית המשפט העליון: אדם שלא היה צד בהליכים שבהם ניתן פסק-דין, אשר לטענתו פוגע בזכויותיו, יכול לתבוע את תיקון המעוות רק על דרך של תובענה עצמאית.

וכך גם כתב ד"ר זוסמן בספרו "סדר הדין האזרחי", מהדורה שביעית, 1995, עמ' 787:

"כגון דא הגשת תביעה היא הדרך היחידה לביטול פסק דין, ואף מי שלא היה בעל דין, אך פסק הדין פוגע בו, יכול להגיש תביעה לביטול פסק הדין, על פי העילה שההסכם היה פגום, כגון שהיה נגוע באי חוקיות".

העולה מתוך הנ"ל כי לבית הדין סמכות לדון בבקשת צד שלישי לבטל פסק דין אשר לטענתו פוגע בזכויותיו. יש לראות סמכות זו כסמכות טבועה של בית הדין הרבני, שלא להותיר על כנו פסק דין אשר בדיעבד מתברר שהוא פוגע שלא כדין בזכויות צד שלישי.

לגופה של תביעה דנן - בית הדין נוכח כי הנתבעים הופיעו בבית הדין במועד הנזכר, והציגו הסכם חדש ביניהם. בפרוטוקול הדיון נכתב בקצרה כדלהלן: "הצדדים הופיעו, ומציגים הסכם לקביעת גובה דמי המזונות עבור העבר של שני הילדים מאור ושני. ובאותו מעמד הצדדים לא מצאו ושינתן להסכם תוקף". באותו מעמד הצדדים לא מצאו לנכון לציין בפני בית הדין את המשמעות שיש להסכם על גורמים אחרים, האמורים להינזק מאישור ההסכם, כשבאותו מועד הצדדים ידעו כי הנתבע פלוני הסתבך

ביה"ד אינו נזקק להכנס לעובי הקורה, כדי לברר מי מהצדדים דובר אמת, משום שגם הנתבעת הודתה הן בכתב ההגנה, והן בשעת הדיון, שהבעל הסתבך בחובות גדולים, סיבוך שלדבריה גרר בעקבותיו מתח בין בני הזוג, והיווה עילה לגירושי. כיוון שאין עוררין על העובדה, שבשעת עריכת ההסכמים השונים שנחתמו ביניהם, הנתבע היה שקוע בחובות גדולים, אם כן לא היה בסמכותו להפריש סכומים מופרזים לצורך מזונות ילדיו, מעבר למקובל, ועל ידי כך לפגוע בזכותם של נושים אחרים.

יתר על כן, מלבד הקביעה כי הצדדים פעלו בחוסר תום לב, כאמור, יש יסוד לקבל את טענת התובע, שבין הנתבעים נעשתה קנוניה, כדי להבריח כספים מהנושים, משום שהנתבע התחייב למזונות ילדיו בסכומים מופרזים מאד, מעבר למקובל: סכום של 4000 ₪ לפני עשר שנים לשני ילדים, וסכום של 6000 ₪ בשנת תשס"ב! בנוסף לכך, בשנת תשס"ט - אחרי שהילדים הגיעו לגיל 18, הנתבע התחייב לפרוע חובות ישנים שנוצרו לפני 13 שנה, בגלל מזונות ילדיו. ההסכמים הנ"ל נראים תמוהים, כיצד הנתבע שפשט את הרגל, ומשכורתו מעוקלת, נוהג בנדיבות רבה כלפי ילדיו, ומתחייב להם בסכומים כבדים מעל ומעבר למקובל בין בני זוג שהתגרשו?

כאן המקום לברר - האם עפ"י ההלכה אמנם מזונות הילדים קודמים לשאר החובות?  
הרמב"ם (מלוה ולוה פ"א, ה"ח) פסק:

"מלוה שבא להפרע שלא בפני הלוה, כגון שהיה הלוה במדינה רחוקה, ותפסה האשה מטלטלין מנכסי הבעל, כדי שתזון מהן, מוציאיין אותן מידה, ונותנין לבעל חוב, שאפילו היה בעלה עמה לא היה יכול לזון את אשתו ובניו, עד שיפרע לו כל חובו".

הכסף משנה (מלוה ולוה פרק א' הלכה ח') ביאר הלכה זו בשם בעל התרומות שער א': כשם שהחוב לעריכין קודם למזונות אשתו ובניו כך גם דין שאר חובות. גם בשולחן ערוך (חור"מ סי' צ"ז, סעיף כ"ד) נפסק:

"אין צריך לומר שלא תטול אשתו ממזונותיה להבא, אלא אפילו תפסה מנכסי בעלה, כגון שהלך למדינת הים ותפסה מנכסיו שתזון מהם, מוציאיין מידה ונותנים למלוה, שאין לאשה מזונות, לא מקרקעי ולא ממטלטלי, עד שיפרע המלוה, אפילו היתה קודמת ואפילו הלך בעלה למדינת הים ולותה בשטר ואכלה, אעפ"י שקדמה הלוואת מזונותיה בשטר להלוואתו של בעל השטר, אין הלוואת המזונות נגבית עד שיפרע בעל השטר תחלה".

הש"ך שם ס"ק י"ז כתב שהלכה זו נאמרה לשיטת הפוסקים שעבודא דאורייתא, כיון שהחוב לנושים חל מהתורה, ואילו מזונות אשה מדרבנן. אבל למ"ד שעבודא דרבנן, אין עדיפות לשאר בעלי חוב לעומת מזונות האשה. לעומת זאת לדעת קצוה"ח (שם, יב) גם למ"ד שעבודא דרבנן, השעבוד אינו חל מהתורה, אם המלוה גובה מלקוחות ויתומים, אבל

קרי- כיצד היה נוהג בעל דין סביר והגון בנסיבות העניין. התפיסה שבבסיס אמת-המידה האמורה הינה כי השמירה על האינטרס האישי של בעל-דין צריכה להיעשות תוך התחשבות בציפיות הדיוניות המוצדקות של הצדדים האחרים להליך, ותוך מילוי חובותיו של בעל-הדין כלפי בית-המשפט; זאת, על-מנת לאפשר דיון והכרעה במחלוקות שהובאו בפני בית-המשפט, תוך הבטחת הליך שיפוטי תקין והגון לפרט ולציבור בכללותו".

נחזור למקרה שבפנינו - אין ספק, במקרה דנן בהתנהגותם המתוארת, שני הנתבעים פעלו בחוסר תום לב קיצוני ומנעו מבית הדין לפסוק דין אמת בבואו לאשר את ההסכם שהוצג בפניו.

מטעם זה בלבד דינו של פסק הדין להתבטל, והצדדים יוכלו לבקש שיוזמן מועד לדיון נוסף לאישור ההסכם, ובדיון זה יציגו בפני בית הדין את כל המשמעויות הנגזרות מאישור ההסכם, וכן בית הדין יאפשר למי שעלול להיפגע מאישור ההסכם, לבוא ולטעון את טענותיו, לרבות התובע דנן. ורק לאחר שהתמונה המלאה תהיה בפנינו נשקול אם לאשר את ההסכם כמבוקש.

מהפן ההלכתי - ההסכם אינו חל, משום שאין אדם יכול לעשות פעולה בממונו המחייבת אחרים והמסבה להם נזק ישיר. הלכה זו ברורה ומבוארת בכמה מקומות, כגון במסכת כתובות דף יט, א: אם חל על המלוה "שעבודא דרבי נתן", אין המלוה נאמן לומר על שטר שבידו אמנה הוא, כיון שבהודאה זו המלוה מחויב מלוה אחר שהלוה לו. הר"ן שם כתב, שהמלוה גם אינו יכול למחול ללוה, כיוון שבמחילתו ללוה מפסיד את הנושים של המלוה. הלכה זו גם נפסקה בשולחן ערוך חור"מ סי' פו סעיף ה על שמעון שלווה מראובן ואחר כך הלווה ללוי □

"אין שמעון יכול למחול ללוי, ולא להרויח לו זמן, (שהרי) פקע השעבוד שיש לשמעון על לוי, ונשתעבד לראובן. וכן אם אמר: שטר אמנה, או: פרוע הוא, אינו נאמן להפסיד לראובן".

גם לפי טענת הנתבעת, שמזונות הילדים קודמים לשאר הנושים, דבר שאינו פשוט על פי ההלכה, כפי שיתברר להלן, יש מקום לתביעה על ידי צד ג', לבטל למפרע את ההסכם. כי אם יתברר שנעשתה קנוניה בין הנתבעים, באמצעות הסכם פיקטיבי המעניק מזונות מופרזים לילדים, ונועד להבריח כספים מהנושים, אין תוקף להסכם. אילו בית הדין היה יודע שהאב חייב סכומים גדולים לנושים, ואין בידו לפרוע להם, היה ביה"ד פוסק מזונות לילדים בסכום מצומצם, לצורך כלכלתם בלבד, כדי לצמצם את הפגיעה בנושים האחרים.

לגופה של תביעה דנן: לטענת התובע ההסכם הוא פיקטיבי ולדבריו מצויים בידו דו"חות של חוקרים שלפיהם הגירושי נעשו רק למראית עין, והנתבעים חזרו לחיות כבעל ואשה לכל דבר. לעומתו, הנתבעת מכחישה מכל וכל עובדה זו, לדבריה האב גר ועובד בדרום הארץ, ובא לבית הנתבעת בשבתות רק לביקור של כמה שעות, כדי לשהות עם ילדיו.

בציבור, ואינם לפי עיקר דין תורה, שיש להם תוקף של מנהג המדינה, וכתב:

“כיוון דמורגל אצלנו דינא דמלכותא דינא אף שזה רק בתנאים מיוחדים, מכל מקום זה משפיע על בני אדם לסמוך בסתמא על שיעור שהם דנים, וזו כוונת הראב"ד בש"ך [חור"מ סי' ע"ג] ס"ק ל"ו, ונמצא דאנו דנין בדיננו ולא בדיניהם”.

העולה מדבריו, שגם אם על פי עיקר הדין, דינא דמלכותא אינו מפקיע דין תורה, אבל אם הציבור מתנהג על פי אותו חוק, הרי לחוק תוקף של מנהג המדינה.

כיוון שדרכם של נושים לפנות להוצאה לפועל לגביית חובותיהם, ובהוצאה לפועל נותנים עדיפות למזונות ילדים, יש לכך תוקף של מנהג המדינה.

### מסקנת פסק הדין

לאור כל האמור - ניתן בזאת פסק דין לביטול פסק הדין לאישור הסכם הגירושין שניתן ביום ... הצדדים רשאים לבקש לקיים דיון מחודש בנושא. כמו כן בנסיבות שהתבררו בפנינו, אנו מעכבים ביצוע פסק הדין לאישור הסכם גירושין קודם, אם עדיין ניתן מכאן ולהבא לגבות סכומי כסף בהתאם לאותם פסקי דין, יש לפנות לבית הדין בבקשה מנומקת לביטול עיכוב הביצוע הנוכחי, יצוין כי ילדי הצדדים כבר עברו את גיל 25, ואינן זקוקים כעת לדמי מזונות מהאב.

כשהמלוה בא לגבות מהלווה, לכל הדעות השעבוד חל מהתורה.

לפי זה לכאורה היה מקום לבטל את חיוב המזונות בהסכם הגירושין רטרואקטיבית לחלוטין, כיוון שעל פי ההלכה אין לגבות מזונות ילדים מהאב, במקום שיש נושים אחרים.

אלא שבאופן עקרוני יש מקום לדון שהתחייבות האב במזונות ילדיו בסכום מינימאלי תחול, גם אם יש עליו חובות אחרים, משני נימוקים:

ראשית, התחייבות האב במזונות, אינה פעולת גבייה, אלא זו התחייבות עקרונית שעל האב רובץ חוב, וגם אם לפי שעה לא ניתן לממש את גביית החוב, בגלל העדיפות שיש לשאר הנושים, ההתחייבות חלה באופן עקרוני, קיימת משמעות מעשית להתחייבות עקרונית, שאם בתקופה מאוחרת ישתפר מצבו הכלכלי של האב יהיה ניתן לממש את ההתחייבות.

שנית, יש מקום לדון, שגם אם לפי דין תורה, אין זכות קדימה למזונות הילדים לעומת שאר הנושים, מכל מקום במצב של פשיטת רגל, כל בעלי החובות פונים לממש את חובותיהם באמצעות ההוצאה לפועל, גם בעלי חובות שזכו בדין תורה, ובהוצאה לפועל ניתנת עדיפות ראשונה למזונות הילדים, לכן יש למציאות זו תוקף של מנהג המדינה, כשכל בעלי החובות נוהגים בדרך זו. החזון איש (חור"מ ליקוטים סי' ט"ז) כתב על מנהגים שהשתרשו

## סימן כ

### ביטול הסכם גירושין

“כעת בפנינו בקשות משני הצדדים, ועותק מכל בקשה יועבר לעיון הצד השני”.

לאחר עיון בחומר שבפנינו הוחלט - אין מקום לעיכוב נוסף בהשלמת ההליך לבירור התביעה, ועל התובע להעביר לבית הדין עד ליום ... כל חומר רפואי שהתקבל אצלו, וכן עד למועד זה יורשה להציג סיכומי טענות מטעמו, וכעבור שבעה ימים הצד השני רשאי לסכם את טענותיו, ולאחר מועד זה יינתן פסק דין.

אם יוצג חומר רפואי המחייב דיון נוסף, תבוטל הוראה זו, והמשך ההליך ייקבע בהתאם. מאחר שלא הוגש כל חומר רפואי כמתחייב, והתקבלה בקשה מטעם הנתבעת ניתן בזאת פסק הדין על יסוד החומר שבתיק”.

נקדים ונצטט קטעים מפרוטוקול הדיון. הבעל באמצעות ב"כ טען:

“ההסכם נחתם על ידי הצדדים ביום ... הטענה שלנו היא, שביום זה ועוד קודם לכן, מרשי היה מאושפז בבית החולים ... הוא היה מאושפז שם מיום ... ושחרר ביום ..., הנסיבות על פניו תמוהות מאוד, כיצד הוא חתם על ההסכם, אם הוא היה כשיר, מרשי לא זוכר שהוא חתם על ההסכם, מה שבטוח הוא לא הבין על מה הוא חותם,

הצדדים היו זוג נשוי, והתגרשו ביום ..., קודם לגירושין, ביום ... ניתן פסק דין לאישור הסכם גירושין. כעת בפנינו תביעת הבעל לשעבר [פלוגין] לביטול הסכם הגירושין, וכן הוגשה תביעה שכנגד לחיוב בתשלום הכתובה, אם יבוטל ההסכם, והתקיים דיון בתביעה לביטול ההסכם.

עיקרה של התביעה נסוב על יסוד הטענה שמצבו הנפשי הרעוע של הבעל בעת חתימת הסכם, מצדיק את ביטול ההסכם, מאחר שהבעל לא היה כשיר לשקול כראוי את ההסכם ומשמעותותיו.

לאחר הדיון ניתנה החלטה שבה נכתב כדלהלן:

“בבית הדין התקיים דיון ראשון בתביעתו של [פלוגין] להורות על ביטול פסק הדין לאישור הסכם הגירושין.

כעת עם השלמת הדיון, ובטרם בית הדין יתייחס לטענות הצדדים, בית הדין מאפשר לתובע להשלים את כתב התביעה באמצעות הצגת חומר המבסס את טענתו ביחס למצבו הרפואי נפשי במעמד הדיון לאישור ההסכם.

החומר יוצג לבית הדין תוך 30 יום”.

וכן יצוין שביום ... ניתנה ההחלטה הבאה:

יודעת אם הוא היה כשר לעמוד לדין, אני אפנה את ביה"ד למכתב השחרור של בית החולים "א", שממנו לא עולה שום אינדיקציה לכשירות מצבו.

ביה"ד: לטענתם ההסכם נחתם בזמן שהוא היה מאושפז?

ב"כ הנתבעת: בזמן החתימה הוא היה מאושפז, אבל בכתב השחרור נכתב שהוא משתף פעולה ואין לו הזיות, בוחן המציאות שלו תקין, מה גם שהוא בכתב ידו תיקן את ההסכם וטענה זו לא הוכחה, בסעיף 7.2 להסכם, בכתב ידו הוא מתקן את ההסכם לטובתו, אפי' אם נניח שדעתו השתבשה עליו, הוא מוסיף בכתב ידו, 'אין באמור לעיל כדי להוות ויתור של הבעל על זכויותיו ככל שהן קיימות'.

ביה"ד: האם זה נכתב על ידו?

ב"כ הנתבעת: כן.

ביה"ד: בניסוח של מי זה נכתב?

ב"כ הנתבעת: בניסוח שלו...

ביה"ד: לטענתו בזמן החתימה לא היתה לו הכנסה, והוא גם לא קיבל שום קצבה, באותה שעה איך היא ציפתה שהוא ישלם כזה סכום?  
ב"כ הנתבעת: הוא ידע שחלק מתשלום המזונות זה כפרת עוונות, הוא הכניס אותה לפשיטת רגל, הוא רצה להביא אותה למצב של מעורבות בחובות, הוא הבין שהוא פותח דף חדש לטובת הילדים ולכן הוא הסכים לטובתו.

ביה"ד: אבל מאיפה הוא יביא את הכסף?

הנתבעת: הוא עבד, מחובתם של הורים לפרנס את ילדיהם, זו אחריות של כל הורה לדאוג לילדיו.

ביה"ד: זה נכון ועל זה אין חולק, אבל אחרי הכול מדובר על התחייבות בסכום גבוה.

ב"כ הנתבעת: הם חיו ברמת חיים גבוהה. כל האשפוז שלו זה היה במטרה להעמיד פנים, הוא הכניס את החשבון המשותף ליתרת חובה של 400 אלף שקל, זה לא שנוצר יתרת חובה על הימורים או על בילויים של האשה, הוא זה שמשך כסף כדי לתחמן את הנושים שלו, כשהיא נקלעה לפשיטת רגל, הוא רצה לכפר על מה שהוא עשה ולכן הוא לקח על עצמו את כל החובות.

ביה"ד: אתה טוען שהוא אשפז את עצמו למראית עין?

ב"כ הנתבעת: כן. הטענה שלנו שכל התביעה שלו נולדה רק בגלל שהתחילו לגבות ממנו את המזונות, עד אז לא היה אכפת לו גם אם היה רשום 10 אלף שקל, עד אז לא הייתה לו שום טענה.

**עד כאן קטעים מפרוטוקול הדיון.**

מהחומר שבפנינו עולה שאמנם בעת החתימה על הסכם הגירושין הבעל עדיין היה מאושפז בבית חולים לחולי נפש, ולאחר ארבעה ימים השתחרר מבית החולים. אך חלפו שלושה חודשים מיום השחרור מבית החולים ועד למועד שבו הבעל התייצב בבית הדין עם אשתו לאישור ההסכם ולאחר מכן לסידור הגט. אין ספק שבמעמד הדיון בית הדין קיבל את הרושם הברור שהבעל במצב תקין. שאם לא כן בית הדין היה נמנע מלזמן את הצדדים לסידור הגט למועד קרוב. לאחר שכידוע אין תוקף לסידור הגט, כשמצבו הנפשי של הבעל אינו תקין. ללא ספק בזמנו בעת הדיון הנ"ל, בית הדין בחן ונוכח שהצדדים מודעים להוראות ההסכם והן

זה ברור שאדם המאושפז בבית חולים, ועוד ב"א" הוא לא אדם כשיר.

ביה"ד: הצדדים נכחו בדיון שלושה חודשים לאחר השחרור שלו מהאשפוז.

ב"כ התובע: הוא עדיין היה תחת השפעה של כדורים, הוא לא היה מיוצג, הוא היה במצב נפשי קשה, עד היום הוא לא במצב נפשי תקין, כל זה מביא לנו את החשש כיצד ההסכם נחתם? וכיצד הוא חתם?...

ב"כ התובע: הוא היה גם אז במצב נפשי קשה, ובוודאי שגם אם הוא אישר את ההסכם, הוא לא הבין את המשמעות של ההסכם, מעיון בפרוטוקול לא ברור אם הוא נשאל על ידי בית הדין באשר להסכם, אם הוא הבין את תוכנו של ההסכם.

השאלות שעולות הן לאופן ההתנהלות של ההסכם, בהסכם יש התחייבות שלו לתשלום מזונות גבוהים בסך 6000 שקל עבור שלושה ילדים, עם תוספת של 5 אחוז. השאלה אם ההסכם נחתם כדין? אם הוא בכלל יכל לחתום על כזה דבר? בייחוד שהוא היה בבית החולים "א", לא מדובר באדם שהיה בבית חולים רגיל ושחרר.

ביה"ד: מה היתה הכנסתו באותו עת?

ב"כ התובע: הוא לא עובד היום והוא גם לא עבד אז, האם זה נשמע סביר שאדם שלא עבד ונמצא במצב נפשי קשה, יחתום על הסכם כזה? ובנוסף גם יתחייב שהוא לבדו ישא במלוא ההוצאות הרפואיות? שהוא מעביר לה את כל הזכויות בבית? מעבר לכך, עוד נקבע בהסכם הזה שהוא לוקח על עצמו את כל החובות והוא משחרר את האשה מחובות אלו. מכל ההתייחסויות האלה אין שום סיכוי שאדם שפוי יחתום על הסכם כזה. כשקבלתי את מרשי מי שליוותה אותו זאת אחותו...

ביה"ד: בעבר לפני האשפוזים במה עבדת?

התובע: בניהול קיבוצים.

ביה"ד: מה היה גובה המשכורת שלך?

התובע: בערך 10,000 שקל.

ביה"ד: האם כשהתחייבת בהסכם על הסכום שנרשם, זה היה על סמך ההכנסה הזו?

התובע: הייתי במצב שקבלתי קצבת נכות וזה לא הספיק, ביום החתימה על ההסכם לא היה לי שום הכנסות גם לא קצבת נכות. צריך להבין שאני לא הבנתי את מהות ההסכם, במשך שנתיים ההסכם לא היה אצלי, לא עבדתי. הייתי בבית, מידי פעם עבדתי בעבודה מזדמנת, לא יכולתי לשלם 6000 שקל, היא עיקלה לי את קצבת הנכות.

ביה"ד: לאור האמור מה מבוקש?

ב"כ התובע: אנחנו נבקש לבטל את הסכם מעיקרו, מכיוון שההסכם לוקה בספק רב.

**מאידך גיסא, הנתבעת באמצעות ב"כ טענה:**

"כל התביעה נולדה בעקבות עיקול של קצבת הנכות למזונות הקטנים, וזאת לאחר שנתיים שהסכם הגירושין אושר, עד היום לא שמעתי שום טענה שהלקוח לא היה בצלילות הדעת, ושהוא לא היה כשיר לעמוד לדין, היא טוענת שהיא לא פסיכולוגית ושהיא לא

במעמד הדיון כאמור, כדי שיינתן תוקף להסכם על יסוד הדיון, ובלא שנוקז לברר כעת את כשירותו של הבעל בעת החתימה על ההסכם.

בספר שו"ת ציץ אליעזר חלק יב סי' עד כתב:

"אין לבוא לטעון לביטול ההתחייבות מכח זה שלא קיבל בזמנו קנין על התחייבותו, דעל כן הדגשתי להזכיר העובדא שההסכם סודר בזמנו בפני בית הדין, והיינו מפני דאז נראה לי דדינא הוא שאינו טעון לקנין. ואמינא לה ממה שמצינו ברמ"א בחו"מ סי' קס"ג סעי' ב' שפוסק, דכל דברי הקהל אינם צריכים קנין. ומסביר הלבוש שם, דלכן דברי הקהל אינם צריכים קנין משום דהוי כאילו נעשו בבי"ד ומה שנעשה בפני בי"ד אין בו חזרה ע"ש. הרי לנו, שדבר ברור הוא, שמה שנעשה בפני בית דין אין בו חזרה ולא צריך קנין, ולא עוד אלא דמזה נובע מקור הדין גם מה שדברי הקהל נמי אינם צריכים קנין, מפני דהוי ליה זה כאילו נעשו בבית דין."

ועיין בספר עטרת דבורה ח"ב חלק חו"מ סי' כד בפסק דין מבית הדין בטבריה שבו כתבנו לבסס פסיקה זו של הציץ אליעזר, והעלנו שהסכמות שהוצגו לבית הדין ובקשת בעלי הדין לאשר את ההסכמות ושיינתן להן תוקף של פסק דין, עם מתן תוקף של פסק דין להסכם, ההסכמות אלו קיבלו תוקף ללא קניין נוסף.

על כן בנידון דנן, גם אם במועד החתימה על ההסכם, הבעל נעדר כשירות לחתימה על ההסכם, כפי טענתו, עכ"פ גם בהעדר החתימה, לאחר שהצדדים הציגו לבית הדין את ההסכמות וביקשו שהן יאושרו ושיינתן להסכמות אלו תוקף של פסק דין, עם מתן פסק הדין, ההסכם בתוקף.

בעקבות טענות שעלו מצד התובע בכתב התביעה ובמהלך הדיון, שעיקרן הבעת טרוניה על ביה"ד שאישר את ההסכם, למרות המחיר הכבד שהבעל שילם במסגרת ההסכם, שעיקרו דמי מזונות בסך 6000 שקל חודש לשלושה ילדים וויתור על הדירה בקיבוץ ותכולתה - הטענה נדחית על הסף וביה"ד אינו נכנס לבחינת טענה זו.

יובהר: הליך אישור ההסכם גירושין בפני בית הדין אינו הליך בעל אופי אדוורסרי, אינו הליך שנועד להכריע בהכרעה שיפוטית בין שני יריבים המתעמתים ביניהם. אישור ההסכם הממון הוא הליך פורמאלי שאינו מצריך דיון מהותי לגופן של הסוגיות הנכללות בהסכם (בג"ץ 8578101 חליווה נגד חליווה). ונוסיף ונצטט מפס"ד של ביהמ"ש העליון ע"א 189/95 שבו נכתב כדלהלן:

"הרי שכאן מדובר באישור ההסכם ממון לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג. אישור כזה איננו "פסק-דין". אין הוא מכריע במחלוקת שבין הצדדים. אין בית-המשפט בודק את תוכנו של ההסכם הממון המובא בפניו לשם אישור תוכנו ואין הוא אמור לאשר את תוכנו. כל שעושה בית-המשפט הוא מתן אישור להסכם, לאחר שנוכח שבני-הזוג עשו אותו בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו (סעיף 2 (ב) לחוק יחסי ממון בין בני זוג)."

על כן אין מתפקידה של הערכאה השיפוטית המאשרת את

מקובלות עליהם, וזאת כפי המקובל בכל דיון לאישור ההסכם.

ביחס לטענה שבעת החתימה על ההסכם הבעל היה מאושפז ייאמר כדלהלן: מאחר ובפנינו ההסכם גירושין בר תוקף עם פסק דין המאשרו, נטל הראיה להעדר כשירות הבעל בעת חתימת ההסכם מוטלת עליו. מהתיקונים שהבעל ביקש לבצע בכתב ידו בגוף ההסכם במועד חתימת ההסכם נראה שבאותה עת הבעל היה כשיר וידע לעמוד על זכויותיו. וכן ממכתב השחרור שהוצג בפנינו ביחס לאשפוז הנ"ל אין הכרח לקבוע שבאותה עת הבעל היה חסר כשירות לחתום על ההסכם גירושין. אך גם אם כנטען על ידו, ובאותו מועד של חתימת ההסכם אכן לא היה כשיר, עדיין אין יסוד לביטול פסק הדין, מאחר שהמועד הקובע לבחינת כשירותו הוא המועד שבו הצדדים הופיעו לבית הדין לאישור ההסכם, וזאת מפני שני טעמים:

**ראשית**, כידוע חתימה על ההסכם גירושין אינה מחייבת ואינה בתוקף אלא לאחר שהצדדים מתייצבים בפני ערכאה שיפוטית לאישור ההסכם. נציין לאמור בספר ציץ אליעזר חלק טז סי' נג שכתב:

"מנהג המדינה הוא שעריכת ההסכם בין צדדים וחתימתם עליו מחייב את הצדדים שלא יוכלו לחזור בהם, ומכל שכן שהוא כן כאשר מקבלים עליו גם אישור בית דין, או בית משפט, ואם כן הרי חתימה על ההסכם כזה הוא כעין סיטומתא, שנפסק על זה בחו"מ סי' ר"א סעי' א' שנחשב זה קנין גמור ואין אחד מהם יכול לחזור בו."

וכן העלו בפד"ר ח"ג עמ' 363 שגם ההסכם גירושין ללא קניין, יש לקיים את ההסכם מדין סיטומתא, וכן בפסקי דין נוספים. וכן נציין לאמור בפד"ר כרך יט עמ' 274 בסיכום פסק הדין:

"המנהג הוא שכל זוג המתגרש לא סומך דעתו על ההסכם גירושין עד שביה"ד יאשר אותו ויתן לו תוקף של פס"ד. לכן ההסכם שלא הובא לביה"ד לאשרו אין לו תוקף אפילו לא מטעם סיטומתא כי מנהג הסותרים הוא להביא ההסכם לאישורו של ביה"ד."

על כן מאחר שההסכם אינו מקבל תוקף בעת חתימתו על ידי הצדדים, אלא רק עם התייצבות הצדדים לדיון בבית הדין לאשרו, המועד של ביצוע קניין ה"סיטומתא" הוא מעמד הדיון ואישור ההסכם ע"י בית הדין, ודי שבמעמד זה ברור לבית הדין שההסכם מקובל על שני הצדדים, ובכך באותו מעמד ההסכם מקבל תוקף על יסוד קניין סיטומתא. על כן המועד הקובע לבחינת כשירותו של התובע הוא מועד הדיון בבית הדין, ולא מועד החתימה על ההסכם.

על כן בהעדר אסמכתא להעדר כשירות התובע בעת הדיון, אין לנו אלא לדחות את התביעה.

**שנית**, גם בלא הטעם של קניין סיטומתא, מטעם נוסף יש לקיים את פסק הדין לאישור ההסכם וזאת על יסוד ההסכמת הצדדים בבית הדין והבקשה שההסכם יאושר ושיינתן להסכם תוקף של פסק דין. וזאת מפני שגם בהעדר קניין, די

כדלהלן:

"לכאורה נראה מדברי הרמב"ם ז"ל בפט"ו מהלכות מכירה דכל שלא נשתמש במקח אחר שידע המום, אפילו שהיה כמה ימים הרי זה מחזורו, ולא אמרינן כיון דידע ושתק הרי זה נתרצה דחזקה אין אדם מתפייס במומין".

ולפי זה דווקא במקום שקיימת חזקה שאינו מוחל, כגון במקח שנמצא בו מום. אבל כשאין חזקה כזו, כגון בנידון זה, בסתמא נידון כמי שמחל. על כן בדין אונאה מעל שתות, לאחר פרק הזמן שיראה לתגר או לקרובו, כבר אינו יכול לחזור בו, כי אין חזקה שאין אדם מתפייס באונאה כזו.

וכן האריך לבאר בספר גליא מסכת חלק חו"מ סי' ד' (דף יד מדפי הספר) וכתב שבאונאה -

"שפיר אמרינן מדשהה זמן משנודע לו ולא תבע, ואין מדרך בני אדם להשהות תביעה שאינה ברורה כל כך, ומסתמא מחל, משום חיבת המקח אין מקפיד על דמיו שהוסיף ... דוקא בתביעת דיני אונאה אמרינן כך מהני תרי טעמי דאמרן בהן, חדא דיש כמה בני אדם שאין מקפידין על שווי של הקניה אחרי שחשקה נפשו בגוף עסק המכר, ועוד דתביעתו אינה ברורה מאי קתבע אי דמי אונאה או ביטול מקח או אפשר נשתנה השער, ותביעה כזו אין מדרך להשהות, ומוכח מזה שזה האיש הוא מבני אדם שאין מקפידין על דמי שיווי המקח, וא"כ מאי דשהה ולא תבע אונאתו הווה ראייה שמחל תביעתו, ואינו חוזר אחרי זמן לתבוע אחרי שמחל".

משא"כ בתביעה לביטול מקח עקב מום במקח, אין אדם מתפייס במום, ובנוסף, התביעה היא ברורה, לכן בטרם החל להשתמש במקח, גם שהייה ארוכה עד להגשת התביעה, אינה מוכיחה מחילה. עד כאן מתשובת גליא מסכת.

לפי זה בנידון דנן שהתובע טוען שמצבו הנפשי הרעוע של בעת חתימת ההסכם, מצדיק את ביטולו, מאחר שטענה זו מעצם טיבה אינה ברורה ודורשת מאמץ רציני להוכחתה, וכלל לא ברור שהסכם אכן לא היה מקובל עליו, לאחר שכבר אושר בבית הדין בהסכמתו. בנסיבות אלו אם התובע השתהה פרק זמן ניכר בהגשת התביעה, והתביעה לא הוגשה לאחר שחזר לבריא, כשעילת הביטול כבר היתה ידועה לו, מקרה זה אינו דומה לטענת מקח טעות שבה קיימת החזקה שאין אדם מתפייס במומין, ולכן אנו קובעים שהעיקוב בהגשת התביעה נובע מפני שתביעתו ברורה, אבל במקרה דנן יש מקום להניח שמחל על תביעתו, ולאחר מחילה כזו, כבר אינו יכול לחזור בו ולשוב ולתבוע.

**סיכומו של דבר:** התביעה לביטול פסק הדין לאישור הסכם הגירושין, נדחית.

ההסכם להתערב בהסדרים הרכושיים הקבועים בו מתוך ניסיון לשנותו או להשיג איזון רכושי אחר ממה שהוסכם בהסכם בטרם הצדדים הופיעו לאישור ההסכם. אלא קודם לאישור ההסכם יש לוודא שהצדדים הבינו את פרטי ההסכם ומשמעותו, וכי ההסכם נחתם ברצון חופשי, ואינו פוגע בתקנת הציבור.

יתכן שצד אחד להסכם הסכים להתחייב בהתחייבויות מרחיקות לכת, על מנת להשיג יעד מסוים החשוב לו באותה שעה, ולשם השגתו הוא מסכים לשלם מחיר כבד, וזאת לאחר שהפעיל שיקול דעת בטרם חתם על ההסכם. בנסיבות אלו, בית הדין יאשר את ההסכם בכפוף לתנאים הנ"ל, ובכפוף לכך שההתחייבויות שבהסכם בתוקף עפ"י ההלכה.

כמו כן אין מקום לטענה בדבר העדר ייצוג הבעל בעת הדין לאישור הסכם, מאחר וההסכם נחתם שלושה חודשים קודם לדין בבית הדין לאישורו, ובפרק הזמן שחלף משחרורו מבית החולים ועד למועד הדין לאישור ההסכם, לא הייתה מניעה לבעל להתייעץ עם כל אדם שיחפוץ. בנוסף, מאחר שאין מדובר בהסכם מורכב וסבוך, אלא הסכם פשוט, כישוריו של הבעל אפשרו לו להבין את מהות ההסכם, או לקבל את ההסברים הנאותים מכל גורם שיבקש.

מאחר וההליך לאישור ההסכם בבית הדין אינו הליך שיפוטי הדורש הצגת טענות וראיות, וכמבואר לעיל, בנסיבות המתוארות - העדר עורך דין במעמד אישור ההסכם בבית הדין, אינה עילה לביטולו.

יתירה מזו, טענה מסוג זה, הייתה אמורה לעלות במועד הסמוך לאישור ההסכם, ולא לאחר שנתיים. ונציין לסעיף 20 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג 1973 המחייב הודעה מתאימה תוך זמן סביר לאחר שנודעה עילת הביטול.

נראה שבנידון זה שהטענה לביטול ההסכם היא כמפורט לעיל, גם עפ"י ההלכה לכל הדעות לא תתקבל טענה לביטול ההסכם לאחר זמן סביר מהמועד שנודעה עילת הביטול. ונבהיר את דברינו. הרמב"ם בהלכות מכירה פרק טו הלכה ג', ביחס לטענת מקח טעות, כתב:

"הלוקח מחזירו אפילו לאחר כמה שנים שזה מקח טעות הוא, והוא שלא ישתמש במקח אחר שידע במום, אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום, הרי זה מחל ואינו יכול להחזיר".

וכן פסק בשו"ע חו"מ סי' רלב סעיף ג'. הרי שרק אם ראה המום ולא השתמש במקח, אין דנים אותו כמי שמחל, גם אם שהה זמן רב.

אך עיי"ש במגיד משנה שם במש"כ ויש מי שכתב וכו' ובסמ"ע סק"י ובפתחי תשובה סק"א.

והנה דברי הרמב"ם מתייחסים למקח טעות, ובספר מחנה אפרים דיני אונאה סי' ד' כתב בביאור דעת הרמב"ם

## סימן כא

## סכום כסף שניתן מהורי האשה מתנה או הלוואה

מתחילתן, ונבהיר קביעה זו. אילו היה מבוקש לקבל עדות בלבד, ולהעבירה להשלמת הפסיקה בבית הדין הראשון, לא הייתה התנגדות להליך כזה, ובהתאם להלכה הפסוקה בשו"ע חו"מ סימן כח סעיף יז, שאין מניעה לקבל עדות בבית דין אחר שיעביר את שטר קבלת העדות לבית הדין הדין בתביעה. אך מאחר שבמקרה הנוכחי שההרכב הראשון כבר אינו קיים, ובהכרח היה נחוץ שבעקבות העדות שתתקבל, הפסיקה לגופה של תביעה תינתן בבית הדין בהרכבו הנוכחי, אין אפשרות שהפסיקה תינתן באמצעות אימוץ הפסיקה שכבר ניתנה בלא שבית דין זה מסכים שזו אכן הייתה הפסיקה הנכונה. זאת מאחר שכלל יסוד בפסיקת בית הדין, שבית הדין אינו רשאי לאמץ פסיקה של דיין אחר כשהוא סבור שאין האמת כמותו.

בספר המצוות לרמב"ם מצות לא תעשה סימן רפג כתב: שהזהיר הדיין מהטות לדעת דיין אחר על צד ההשען אליו בחיוב החייב או זכוי הזכאי מבלתי שיהיה הדבר מובן אצלו לפי הקשו ושכלו מהקדמות התורה. והוא אמרו (שם) לא תענה על ריב לנטות. ירצה בזה לא תבקש בריב הנטיה לבד והוא שתטה עם הרוב או עם הגדולים ותשתוק ממה שיש בנפשך בדין ההוא.

וכן בספר החינוך מצוה ע"ז כתב:

שלא ילך אחד מן הדיינים אחד דעת דיין אחד גדול, מבלי שיהיה הדבר מובן אצלו בשכלו ... שנאמר לא תענה על ריב לנטות ורצה לומר לא תאמר על הריב דבר לנטות, כלומר מצד הנטייה לבד אחר דברי דיין אחד גדול או אחר הרוב ולא מצד הבנתך ועי"ש במנחת חינוך שה"ה בדיני ממונות כן.

ועיין בדברי הרא"ש במסכת סנהדרין פרק ד' סימן ו' שכתב: היכא שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה, לא יאמר הדיין אפסוק כמי שארצה ואם עשה כן, זהו דין שקר.

דברי הרא"ש הובאו בטור חו"מ סימן כה וברמ"א. בספר פלפולא חריפתא על הרא"ש (אות צ') כתב לבאר את דברי הרא"ש:

כשזה הדיין פוסק כאחד מהם בלא דעת עצמו, א"כ אין כאן דין כלל. ומכאן שגם שלשה שישבו בדין ושנים מהם חלוקים, לא יאמר השלישי, אף אני כמוהו של אחד מהם בלא ראיית טעמו, אלא לפסוק כמי מהם שירצה, שגם זה דין שקר, והוא פשוט. (ההדגשה אינה במקור).

וכן בערוך השלחן חו"מ סימן יח סעיף ט כתב שאם הדיין אומר אני פוסק כדעת פלוני בלא להבין דבריו, וקל וחומר בלא להסכים עם דבריו, אלא מבטל דעתו לדעת אותו פלוני, אינו דיין כלל.

הצדדים היו נשואים עשר שנים ולהם שני ילדים. הסכם הגירושין שבין הצדדים אושר בפסק דין, ובהסכם נקבע כי דירת הצדדים תימכר. עוד הוסכם כדלהלן:

31. יתרת התמורה... תחולק בין הצדדים שווה בשווה, למעט סך של 322,000 ₪ (שיקרא להלן: "כספי המחלוקת") אשר יישארו בחשבון נאמנות שיפתח בידי באי כוח הצדדים...

32. לבקשת אחד מהצדדים ידון בית הדין הרבני באופן חלוקת כספי המחלוקת בין הצדדים, והכרעתו תחייב את הצדדים - בכפוף לזכות ערעור לביה"ד הרבני הגדול

הצדדים פעלו בהתאם לסעיף 31, הדירה נמכרה, וסכום של 322,000 שקל שהתקבל מהתמורה נותר בנאמנות עד להשלמת הדיונים באשר למחלוקת שבין הצדדים. לאחר הגירושין נידונו טענות הצדדים בפני הרכב אחר, ולאחרונה הועברו לדיון בפנינו. התקיים דיון אחד שבו השמיעו הצדדים את טענותיהם, בית הדין שמע את אבי האישה, והתקבלה עדותו של הרב פלוני. כעת, לאחר שהוגשו סיכומי טענות הצדדים, להלן פסק הדין.

## התייחסות לטענת מקדמית של הנתבע

הן בדיון האחרון והן בסיכומי הטענות עלתה טענת מקדמית מצד הנתבע. לטענתו, כבר ביום ... ניתן פסק דין בבית הדין בהרכב אחר, ובמסקנת פסק הדין נכתב:

1. ביה"ד דוחה את תביעת הורי האישה, כי אין להן כל סימוכין בכתב.

2. כל כספי תמורת הדירה יתחלקו בין הבעל והאישה שווה בשווה כולל הכספים המופקדים בנאמנות (לאחר קיומו המשכנתא וכו') ועל הצדדים להחזיר את הכספים לשני הצדדים בחלקים שווים.

לטענת הנתבע, מאחר שבית דין בתר בית דין לא דייקי, אין לבית הדין בהרכבו הנוכחי אלא להשלים שמיעת עדות הרב פלוני, אך אינו רשאי לשנות מהפסיקה שכבר ניתנה בהרכב הקודם.

בטרם בית הדין יפסוק בתביעה לגופה, עלינו להתייחס לטענה מקדמית זו.

סעיף ע"א לתקנות הדיון קובע:

הועבר משפט, אחרי שהחל הדיון בו, מהרכב בית-דין אחד להרכב בית-דין אחר או שבא שינוי בהרכב בית-הדין - יחליט בית-הדין בהרכב החדש, לאחר שמיעת דברי הצדדים בעל-פה או בכתב לפי החלטת בית-הדין, אם להמשיך את הדיון מאותו השלב שבו נפסק הדיון בהרכב הקודם או להתחיל את המשפט מהתחלתו או מאחד השלבים הקודמים.

במקרה זה, בית הדין בהרכבו הנוכחי לא הסכים לקבל את התיק לשמיעת העדות בלבד אלא לשמיעת הטענות



פסק דין של ביה"ד האזורי, חדא מכח תקנות הדיון ואדעתא דהכי הצדדים מתדיינים, שביה"ד לערעורים יבדוק מחדש את הבעיה אם יש כאן פס"ד בטעות, ואין כאן דין של בית דין בתר בית דין לא דייקי, ומכיוון שנשפטים מחדש ניתן פס"ד מחדש. ושנית שמכיון דכך נתקנו תקנות הדיון לכתחילה, י"ל דבית הדין פסק אדעתא דהכי שלא יערער בבית הדין הגדול. לפי זה, מאחר שהתיק הועבר לבית הדין בהרכבו הנוכחי בהתאם להחלטת נשיא בית הדין הגדול בעקבות הערעור שהוגש על פסק הדין הקודם, ובית הדין פועל על פי סמכותו שנקבעה בתקנה ע"א לתקנות הדיון, על כן, גם ביחס למקרה שלנו ולפסק הדין השני של בית הדין האזורי יש ליישם את הכלל הנזכר, שפסק הדין הראשון של ההרכב הקודם מלכתחילה ניתן על דעת כן שאם יוגש ערעור ובערעור ייקבע שפסק הדין כבר אינו חלוט והתעורר אילוץ להעביר את המשפט לדיון בפני הרכב אחר הנוהג כדין על פי סעיף ע"א לתקנות הדיון, הרי שאדעתא דהרי לא ניתן פסק הדין הראשון, מאחר שאותו פסק דין ניתן על ידי בית דין שתקנות הדיון מחייבות אותו.

על כן לא היה נכון לטעון שנשיא בית הדין הגדול החליט בניגוד להחלטת בית הדין הגדול. מאחר שבית הדין הגדול כלל לא התייחס למקרה של העברת המשפט להרכב אחר. נשיא בית הדין הגדול בהחלטתו הנוכרת רק מצא לנכון לאשר לבית דין זה לפעול על פי תקנה ע"א לתקנות הדיון, המאפשרת לדון במשפט מתחילתו בלא להתחשב בהליכים שכבר התקיימו בפני ההרכב הקודם.

**מסקנה:** מאחר שהן ההרכב הראשון והן ההרכב השני פועלים במערכת בתי הדין שתקנות הדיון מחייבות אותן, פסק הדין שניתן בהרכב הראשון ניתן על דעת כן שאם התיק יועבר עפ"י תקנות הדיון להרכב אחר, אדעתא דהכי לא פסקו, אלא פסק דינו של ההרכב השני מחייב את הצדדים, וכפי שסברא זו קיימת ביחסי הגומלין שבין בית הדין הגדול ובית הדין האזורי.

### המחלוקת שבין הצדדים

בזמנו, הורי האיש נתנו לזוג סך 30,000 דולר, וכנגד סכום זה ניתן סך של 30,000 דולר מהורי האשה, וכן נלקח סך של 30,000 דולר משכנתא. המגמה הייתה לרכוש דירה בבית שמש. לאחר מכן הצדדים החליטו לרכוש דירה בירושלים, בקרבת מגורי הורי האשה.

מאחר שהיה חסר סכום כסף להשלמת המחיר של הדירה בירושלים שהיא יקרה יותר, נתן אבי האשה סך של 322,000 שקל שבזמנו היה סך של 70,000 דולר על פי שער יציג של 4.6 שקל לדולר, להשלמת יתרת התשלום, סכום כסף ששולם ישירות מאבי האשה למוכר.

הצדדים נחלקו האם סכום זה ניתן כמתנה או כהלוואה שיש להחזירה, האשה טוענת שהסכום ניתן כהלוואה שיש להחזירה לאביה, והאיש מכחיש טענה זו. עוד יצוין, שלא

על כן לא הייתה אפשרות שבית דין זה יקבל את העדות, יקבע את המשקל שיש לעדות זו, ולאחר מכן יקבל את הפסיקה הקודמת ויאשרה כחותמת גומי בלא להסכים עם הפסיקה לגופה על כל פרטיה. אם בית הדין היה נוהג כך לא היה זה דין כלל אלא דין שקר.

יצוין, בית הדין הגדול קיבל את ערעור התובעת על פסק הדין מיום ... והחזיר את התיק להשלמת הבירור באמצעות שמיעת עדותו של הרב פלוני. בכך בית הדין הגדול קבע כי פסק הדין הנ"ל טרם הושלם, וכי השלמתו תוכל להיעשות לאחר שמיעת העדות.

אך כאמור התיק לא חזר להרכב הראשון שכבר דן בתיק לאחר שהאב"ד שישב בראש ההרכב פרש לגמלאות. הראב"ד העבירו להרכב זה. בנידון זה, החלטת בית הדין להתחיל לדון בתביעה מתחילתה על פי סעיף עא הנוכר, אושרה על ידי נשיא בית הדין הגדול.

הנתבע, בסעיף 18 לסיכומי טענותיו, קובל על החלטת נשיא בית הדין הגדול, שכביכול ניתנה בסתירה להחלטת בית הדין הגדול בחתימת שלושה דיינים. אך עמדתו אינה מתקבלת. אילו התיק היה חוזר להרכב הראשון, כפי שהיה צפוי בעת החלטת בית הדין הגדול הנוכרת, אכן לא היה מקום אלא להשלמת קבלת העדות. אך לאחר שאותו הרכב כבר אינו יכול לדון בתביעה, והתעורר אילוץ להעבירו בפני הרכב אחר, הרי שסעיף ע"א לתקנות הדיון מאפשר לבית הדין בהרכבו החדש לדון בתיק מתחילתו.

לכאורה, עדיין קיימת בעיה של שני פסקי דין שונים וסותרים, פסק הדין שניתן בהרכב הראשון, שלא בוטל בית הדין הגדול, לעומת פסק הדין שניתן בהרכב השני, ומדוע פסק הדין השני יגבר על הראשון. אך המענה לכך מצוי ביסוד הסמכות שניתנה לבית הדין הגדול לבטל פסק דין של בית הדין האזורי, ושאינו מקום לטענה של "בית דין בתר בית דין לא דייקי".

הגאון הרב י"א הרצוג זצ"ל בתשובה (פסקים וכתבים כרך ט' סימן יג), כתב על סמכות בית הדין הגדול ביחס לבית הדין האזורי:

תיקון או ביטול פסק דין על ידינו אין זאת אומרת שאנו גדולים מאלו שפסקו, אלא שכך הוא תקנת הקהילות בארץ ישראל, ועל מנת כן מתדיינים ועל מנת כן דנים, ועל מנת כן ניתנה הסמכות. וכבר קדם לו הגאון רבי דוד פיפאנו זצ"ל בספרו חושן האפור (חלק חו"מ חלק התשובות סימן מב), ביחס למסגרת דומה של ערכאת ערעור שהייתה נוהגת במקומו, בבולגריה, וזה לשונו:

כל כי האי גוונא דנידון דנן דמעיקרא הכי תקינו שרי וראשי הקהילות ... שיהיה לו רשות לבוא ולדון לפני בית דין הגדול ... אין כאן זלוזל לבית דין הראשון, ומעיקרא אדעתא דהכי נחתי. וכן הגאון רבי אברהם שפירא זצ"ל, בפסק דין (פד"ר חלק י' עמ' 180) שניתן בשבתו בבית הדין הגדול, כתב:

בכל פס"ד יש שני יסודות שעל פיהן בית דין לערעורים מבטל

האיש: אני לא זוכר אם הוא אמר תנו מתנה, לא היה שום עניין מתי תחזירו איך תחזירו המקום היחיד שהיה זה כשהתחלנו לדבר על גירושין. אולי הוא אמר מתנה.

בית הדין: אתה לא זוכר שהוא מתנה? והוא גם לא אמר מפורש הלוואה?

האיש: הוא נתן את זה ואני לא זוכר מה אמר.

דהיינו, לטענת האיש, הוא אינו זוכר שאבי האשה אמר שהכסף יינתן כהלוואה, ומבחינתו מכיון שאבי האשה לא אמר בפירוש שהכסף ניתן כמתנה, אלא הכסף ניתן בסתמא ללא אזכור הלוואה או מתנה, יש להתייחס לסכום זה כמתנה.

### דיון

בהתאם לאמור, אין בפנינו טענה מצד הנתבע שהכסף ניתן בפירוש כמתנה, אלא מאחר שאינו זוכר שנאמר שהכסף הלוואה ממילא הכסף מתנה. אך זו מסקנה הלכתית שהנתבע אינו מוסמך לקבוע ומסורה לבית הדין. על כן עלינו להגדיר את המחלוקת שבפנינו כדלהלן: התובע טוען ששילם חלק ממחיר הדירה ישירות למוכר במטרה שייחשב כהלוואה לזוג, והנתבע טוען שאינו זוכר אמירה כזו, אלא הכסף ניתן ללא כל אמירה.

באשר לכסף שניתן למוכר, אין לדון זאת כדין הפורע חובו של חברו שלא מדעתו דקיימא לן בחו"מ סימן קכח ס"א ששם מעותיו על קרן הצבי, מאחר שאין מחלוקת שהכסף ניתן מדעתו של הנתבע. ובזה פסק הרמ"א סימן קכט ס"א: "אם פרע למלוה בציווי הלוה, חייב לשלם לו מה שנתן למלוה".

ובתומים סימן קכט כתב על דברי הרמ"א:

"הו"א דהו"ל כפורע חוב שלא מדעתו דפטור, וקמ"ל הרמ"א דמ"מ חייב דהא אמר שלם והו"ל פורע חובו מדעתו ורצונו".

וכן הוא בתשובת רשב"ש סימן תקעג שהפורע חובו של חברו בידיעתו חבורו, שלא אבדו מעותיו.

ובחידושי רבי שמעון שקופ בקונטרס השעבוד סימן ד', כתב: "דאף דפורע חובו של חברו פטור, זהו רק כפורע שלא מדעתו אבל מדעתו חשוב הנאה".

ובשו"ת דברי חיים חושן משפט חלק ב' סימן יא כתב:

"ודאי לא יכחיש אדם דהוי גילוי דעת מר' זנוויל דניחא ליה שישלמו להבעל חוב שלו ובגילוי דעת לחוד סגי דצריך לשלם להפורע חובו דניחא ליה בתשלומין וכחאי גוונא מבואר גבי מקיף חברו וגדר שלא מדעתו בחצר [בסימן קנ"ח סעיף ו'] ובכמה מקומות כנ"ל".

על כן אם היה מתברר כטענת אבי האשה והאשה, הנתבע היה מחויב בהחזר ההלוואה. אך עלינו לדון האם גם לאחר שהנתבע טוען כאמור, יש לחייבו.

נחלקו השער משפט והאמרי בינה בדין תובע מחברו בטענה שהלווהו מנה, והלה משיב שאינו יודע אם קבלו בתורת מלווה או בתורת מתנה.

נחתם הסכם הלוואה וכיוצא בזה, אלא הכול נאמר בעל פה. אבי האשה הופיע לדיון וטען שהעביר סכום זה למוכר לאחר שסכום זה היה אמור להישאר אצלו כהשקעה, והוסכם שבמקום השקעה בבנק, הכסף יושקע בדירת הצדדים במתכונת של הלוואה, ויוחזר אליו. וכן הופיע העד הרב פלוני שהעיד שהאיש שוחח עמו על השאלה אם עליו להחזיר את הכסף בהתאם למספר השקלים שקיבל או סך 70,000 דולר כערבן כיום, ובתוך הדברים למעשה האיש הודה שקיימת הלוואה, אלא רק יש לברר את שאלת גובה ההחזר, האם עליו להחזיר את השקלים שקיבל או 70,000 דולר כערבן כיום.

האיש טען שבמסגרת ניסיונות פשרה להגיע להסכם גירושין כולל עמדה הצעה להחזיר לאבי האשה את הכסף שהעביר בזמנו, ולכן בירר את השאלה הנזכרת, אך אין בכך הודאת בעל דין שהכסף אכן ניתן כהלוואה, וכן באשר למסמך של טיטוט ההסכם שבו מודה בצורך להשיב את הכסף לאבי האשה שנכתב במסגרת בחינת הסדר פשרה שבסופו של דבר לא יצא לפועל.

בנוסף, טען שעדות הרב פלוני הייתה מתואמת מראש עם צד האשה כפי הנראה ממה שבעדותו זכר פרטים שכעד המוסר עדות על שאלת רב שנשאל, לא היה אמור ליזכר.

אין חולק שבזמנו, בטרם הליך מכירת הדירה, הדירה הייתה רכוש משותף בהיותה רשומה על שם שני הצדדים, לאחר שנרכשה בשותפות מלאה. על כן הכסף שהתקבל בתמורה לדירה הוא בשותפות שווה של שני הצדדים. למרות זאת עלינו לברר האם הסכום שאבי האשה נתן בעת רכישת הדירה ניתן כהלוואה כטענתו, או כמתנה. בנידון זה, באשר למחצית הסך של 322,000 שקל התובעת מוחזקת ואילו ביחס למחצית השנייה הנתבע מוחזק והמוציא מחברו עליו הראיה.

אבי האשה והאישה טוענים שהסכום של 322,000 שקל ניתן כהלוואה שדינה להיות מוחזרת למלווה. להלן חלק מדברי אבי האשה בפרוטוקול הדיון. במענה לשאלת בית הדין מה היה הסיכום השיב:

"שכל אחד נותן מתנה 30 אלף דולר לזוג, ולוקחים משכנתא של 30 אלף דולר, בשעת קניית הדירה מצאו דירה ב-160 אלף דולר אמרתי להם אני מוכן לתת בתור הלוואה השקעה למקום דיברתי גם איתה וגם איתו, זה כנראה היה בבית".

לעומת זאת, האיש מכחיש את הטענה שהכסף הינו הלוואה, ולהלן מדבריו בדיון האחרון:

בית הדין: אתה זוכר את המעמד הזה?

האיש: שהוא הביא את הכסף אני זוכר טוב מאוד הוא אמר מה שיהיה חסר אני אעזור לכם, זה לא היה בואו אני אתן מתנה, זה היה מה שיהיה חסר לכם אני אשלים.

בית הדין: הוא אמר שהוא העביר ישירות למוכר.

האיש: כן אנחנו היינו שם.

בית הדין: כשהוא נתן את הכסף למוכר מה הוא אמר?

בשקלים או בדולרים, היא עדות המתקבלת, לאחר שגם הוצג תמליל שיחה המאשר את העדות. גם אין הכחשת העד, אלא טענה שאין בכך הודאה בחוב אלא בירור הלכה לנסיבות שיוסכם על החזר החוב במסגרת הסכם גירושין שבו הסדרי פשרה עליהם הוסכם.

אין בעדות זו התייחסות לאירוע נשוא המחלוקת, מאחר שהעד לא נכח באותו מעמד, אלא זו עדות כיצד הנתבע התייחס לחוב לאבי האשה.

עדות זו שאין עליה חולק, מערערת את הטענה שהנתבע אינו זוכר שנאמר שהכסף ניתן כהלוואה. מאחר שאם אכן לטענתו אין כל חובת תשלום, אין טעם לפלפל בשאלה ההלכתית האם יש להשיב את הכסף בשקלים או בדולרים ולברר האם איסור ריבית מונע ההחזר בשקלים. מאחר שנקודת המוצא של הנתבע שאין כל חוב, ואם הוא מעביר כסף, הכסף ניתן כפשרה שאינה על פי הדין, דהיינו כמתנה שאינה מחויב בה. אם כן, כיצד מלכתחילה יכולה להתעורר שאלה הלכתית ביחס למתנה, שהיקפה הוא בשיקול דעת של הנותן ולא מכוח חובה. על כן התנהלותו של הנתבע שטרם לברר שאלה זו כשאלת רב מוכיחה שידע את העובדות לאשורן, שהכסף ניתן כהלוואה ושלא כטענתו בדיון.

### מעמדו של המסמך שהוצג בדיון

עלינו להתייחס גם למסמך שהוצג בפנינו שבו נכתב:

טיוטת הסכם

הצדדים מסכימים לגבי הדירה ... שהדירה תימכר ומסכום המכירה תשולם המשכנתא והחזר כספי לד' הסכום שאותו נתן במהלך קניית הדירה בעץ הדר. הסכום האמור הינו 70,000 \$ ארה"ב שלפי השער באותו זמן היינו (ש"ח 320,000) ובשאר הכסף נקנה דירה חדשה שתהיה רשומה על ...

לאחר מכן כל כסף שכירות שייכנס מהדירה שתיקנה יעבור לידי האישה, ואביה לא יוכל לערער או לדרוש חלק מדמי השכירות עד שהילדים יגיעו לגיל 18. בתוך מן זה יוסיף האיש עוד סך 2000 שקל כדמי מזונות ומדור.

(-) האשה

(-) הבעל

אין ספק שאין למסמך זה מעמד של הסכם מחייב, לאחר שהצדדים חזרו בהם מההסכם והוא לא הוגש לאישור בית הדין. למרות זאת, מאחר שבעת החתימה על ההסכם היה ברור לשני הצדדים שקיימת חובת השבה של הסכום שאבי האשה שילם. אילו סבר הנתבע שהכסף אכן ניתן במתנה, לא היה מקום לקבוע דווקא החזר של 320,000 שקל שהם 70,000 דולר לפי השער של מועד התשלום בומנו. אלא לקבוע החזר סכום כלשהוא שהיה מתאים לצדדים.

על כן גם שאלת הרב של האיש וגם ההסכם מערערים את הטענה מצד הנתבע שאינו יודע על חוב הלוואה לאבי האשה.

מהרי"ט ח"מ סימן נב כתב:

"ועוד דהשטאה לא אמרינן אלא באומר דברים בע"פ אבל

בספר שער משפט סימן עה סק"ו הוכיח דבכה"ג אינו נפטר בשבועת היסת, וחייב לשלם. וכתב:

לפי מה דמשמע מדברי הש"ך בסימן עה ס"ז דטענת נתנו לי במתנה אינו נאמן אלא במיגו, משום דאין דרך ליתן מתנה, א"כ בכה"ג נראה ברור דחייב לשלם, דכיון שאינו יודע אם במתנה אתא לידיה אמרינן שבודאי בהלוואה אתא לידיה.

אבל בספר אמרי בינה (דיני טו"נ סימן ז') חולק על השער משפט, והעלה דבכה"ג שהממון הגיע לידיו כדיון והמקבל טוען שמא בתורת מתנה קבלם, אמרינן הממע"ה, כמו בכל אומר אינו יודע אם התחייבתי. ולהלן מדברי האמרי בינה:

"בספר שער משפט האריך בזה דבאומר אינו יודע אם במתנה נתן לי חייב לשלם מטעם דבו"ש ברי עדיף בזה ממילא אם היה ב' עדים הי' חייב לשלם כשיש עד א' הוי מתוך שאילו"מ ועיקר ראייתו מבעה"ת (שמ"ז) שכ' בהא דאמרינן פ' א"ג מכדי שאין הדעת טועה דמתנה בעלמא יהיב ליה הוא דוקא כששתק ולא תבע אבל אם אמר אחר כך טעיתי ותובע ממנו אעפ"י שהוא בכדי שאין הדעת טועה ויש לנו לומר דמעיקרא מתנה יהיב ליה וזכה בהן והשתא הוא דקא בעי למיהדר ביה אפ"ה מחזירין ליה דאיהו ברי ואידך שמא ובו"ש ברי עדיף. הרי היכא דידוע שבא ממון חברו לידו אך שא"י אם במתנה בכה"ג לכ"ע בו"ש ברי עדיף. וה"נ כיון שהתובע טוען ברי שבהלוואה אתא לידיה ברי עדיף:

ולדעתי אינו ראייה משם דע"כ לא כתב הבעה"ת שם דבכה"ג בו"ש ברי עדיף רק כ"ז שהמענות היתרון שמצא הוא בעין וזה תובע שיחזור לו מה שבא לידו בטעות ושלא כדיון בכה"ג ברי עדיף ודומה למ"ש רמב"ן ב"ב (דף ל"ד) והריטב"א ריש ב"מ דבב' אוחזין בטלית אמרינן בו"ש ברי עדיף הואיל דל"ה להמוחזק מר"ק. אבל אם כבר הוציא המקבל המעות והנותן בא להוציא ממנו שישלם לו בזה לא מהני הכרי שלו נגד שמא להוציא ממנו כיון דיש חזקה דמעיקרא דלא נתחייב לו."

אך עדיין יש לדון שמחלוקת שער משפט ואמרי בינה כשהנותן נתן למקבל סכום כסף וטוען שניתן כהלוואה והמקבל אומר אינו יודע אם הכסף ניתן לי כהלוואה, וכעת הכסף כבר אינו בעין ונותן דיון על החוב, ובזה כתב האמרי בינה לדון את הנתבע כטוען "אינו יודע אם התחייבתי". אבל בנידון זה שהחוב של הזוג למוכר הדירה היה ברור על פי חוזה שנחתם בינו לזוג ואין חולק בכך, ואבי האשה פרע עבורם ובשליחותם סך של 322,000 שקל, הרי שעצם הפירעון מחייב את הזוג בהחזר הסכום שנפרע. ובנסיבות אלו אם לאחר מכן הנתבע טוען שלא ידוע לו שהכסף ניתן במתכונת של הלוואה, בכך טענתו הופכת לטוען אינו יודע אם פרעתיך המחויב בתשלום כמבואר בבבא קמא דף קיח ע"א, מאחר שגם הוא מודה שהחויב וודאי, והספק הוא האם אירע אירוע המבטל את החיוב שבפירעון החוב.

### העדות שנמסרה בבית הדין

העדות של הרב פלוני שנשאל האם יש להשיב את הכסף

אומר שאפי' הרשב"א יודה בנדון שלפנינו שאפילו אין כתב יד יוצא ממקום אחר אין טענתו טענה, לפי שהוא מודה שכך התנה עמו בפרק, אלא שבלבו לא היה אלא כדי להפיס דעתו והווי דברים שבלב ואינם דברים, וזה פשוט בתלמוד".

ובשו"ע חו"מ סימן פא סעיף יז פסק:

"הודה בכתב ידו שחייב לפלוני מנה, או שהודה בקנין או במעמד שלשתן, אינו יכול ליפטר בטענת השטאה ולא בטענת שלא להשביע. הגה, ודוקא כתב ידו שביד חברו".

אמנם הנתבע טען שהסכמתו להודות בחוב הייתה בכפוף להסכמה על מכלול הסכם הגירושין שעמד בזמנו על הפרק ואישורו, אך לאחר שטיוטת ההסכם לא הבשילה להסכם מאושר, אין ממש בהודאתו.

למרות זאת נראה שאף על פי שההסכם אינו מסמך משפטי המחייב את שני הצדדים, אך עכ"פ הודאת בעל דין מצויה במסמך זה שבו האיש מודה לחוב לאבי האשה. אמנם כעת הנתבע חוזר בו וטוען אמתלא להודאת בעל הדין וטוען שהסכמתו הייתה בעת שסבר שייגיעו להסכם גירושין המקובל עליו. ושאלה זו תלויה במחלוקת האחרונים אם מועילה חזרה מהודאת בעל דין באמתלא, שלדעת קצות החושן סימן פ' סק"א בשם ר"ש הלוי מועילה אמתלא, אבל לדעת החלקת מחוקק סימן קטו ס"ק כב והב"ש ס"ק כד אין מועילה אמתלא בהודאת בע"ד, וכן היא מסקנת קצות החושן שם ובסימן פא ס"ק כא ובספר שב שמעתתא בשמעתא ו' פרק יג, וכן העלה בספר נחל יצחק סימן פ' אות א'.

על כן, משני טעמים אין לקבל את עמדת הנתבע. טעם אחד מפני שטענתו היא "איני יודע אם פרעתיך". השני, מפני הודאת בעל דין שהודה לטענת התובעת, ואינו נאמן באמתלא לחזור בו מהודאתו.

לאור כל האמור, ביה"ד מחליט שעל הנאמנים להעביר להורי האשה את כל הסכום של 322,000 ₪ המוחזק בידם בנאמנות.

בכתב חשיב טפי מאתם עדי כדמוכח מתוך תשובה להרא"ש וזה לשונו שאם הודה בכתב ידו שחייב לפלוני מנה או כתב יד אחר והוא חתום עליו אינו יכול לטעון שלא להשביע את עצמי הודיתי, דכולי האי לא עביד שלא להשביע עד כאן. למדנו דכי היכי דמועיל אתם עידי לבטל טענת שלא להשביע את עצמו כך מועיל כתב ידו".

ובשו"ת שער רחמים ח"ב אה"ע סימן כח הביא מדברי מהרי"ט והסכים עמו.

והרשב"א בתשובה חלק ג' סימן כד, הביאו הב"י חו"מ סימן ט, כתב:

"עוד אמרת שראובן טוען הנה האלכראן שכתוב בו בכמה מכרתי סחורתי ובכמה קנית והוא כתב ידך ועולה יותר ממה שהודית לי. השיב שמעון לא כתבתיו רק להתעסק לא להיות לך לראיה וגם לא כתבתי שמי בו ולא בא לידך מידי וגם לא שלחתי לך ונגנב ונאבד ונפל ממני ומצאתו.

תשובה בזה אני רואה דברי ראובן התובע ואין בטענות אלה של שמעון כלום... גם מה שטען להתעסק כתבתיו אין בו ממש, חדא דאין אדם מתעסק וכותב בכדי להפסד. ואינו דומה לסמפון היוצא מתחת ידי מלוה דהתם טעמא רבא איכא כדאיתא במציעא. ועוד דכל שבא ליד התובע אין חוששין לכולם וכמו שאמרתי, וכל שכתב ידו זה יוצא ממקום אחר אינו נאמן".

ובשו"ת מהר"י בי רב סימן כג הביא דברי הרשב"א, ובאר דבריו, וזה לשונו:

"גם מה שטען להתעסק כתבתי אין בו ממש. חדא דאין אדם מתעסק וכותב בכדי להפסידו. ואינו דומה לסמפון היוצא מתחת ידי מלוה, דהתם טעמא רבא איכא כדאיתא במציעא. ועוד דכל שבא ליד התובע אין חוששין לכולם וכמו שאמרתי וכל שכתב ידו זה יוצא ממקום אחר אינו נאמן עכ"ל. נראה מלשונו בהדיא שאם כתב ידו יוצא ממקום אחר אף על פי שלא היה שמו כתוב בו אלא פנקס לבדו, שאינו נאמן בשום טענה שיטעון לפטור עצמו אם הגיע ליד השותף פנקסו. אלא שאני

## סימן כב

### חלוקת רכוש ומעמד "הערת אזהרה" והסכם "זיכרון דברים"

בלבד מיום 5.11.2003, והשני הסכם מכר מיום 25.12.2003 שבין המוכרת מצד אחד ומהצד השני הבעל והאשה גם יחד.

יצוין כי בסעיף מס' 15 להסכם זיכרון הדברים הצדדים התחייבו לחתום על הסכם סופי עד ליום 25.11.2003.

התובע טוען, מאחר שהוא מימן מכסף השייך לו בלבד את רכישת הנכס, ובהתחשב בהערת האזהרה הרשומה על שמו בלבד וכן בהסכם זיכרון הדברים ששמו בלבד מופיע כקונה, יש לקבוע שהנכס נמצא בבעלותו. הבלעדית. מאידך, הנתבעת מבקשת לקבוע שהנכס בשותפות שווה וזאת בהתאם לעולה מההסכם השני.

הצדדים התגרשו וללא הסכם המסדיר את חלוקת הרכוש. כעת בפני בית הדין תביעה לחלוקת רכוש, ולהלן פסק הדין המתייחס לבית המגורים.

בית המגורים מצוי במושב פלוני. המגרש נרכש מהמוכרת גב' פלונית, ועליו נבנה בית המגורים ששימש למגורים הצדדים וילדיהם.

הנכס עדיין רשום בטאבו על שם המוכרת, עם רישום הערת אזהרה שנרשם על ידי הבעל בלבד והמסתמך על הסכם זיכרון דברים למכירת הנכס, הסכם שנתייחס אליו להלן.

לבית הדין הוצגו שני הסכמים שנחתמו עם המוכרת, האחד הסכם זיכרון דברים שנחתם בין המוכרת לבעל

## הערת האזהרה

כאמור, התובע טען כי מאחר ובטאבו נרשמה הערת אזהרה על שמו בלבד, הרי שרישום זה מבטא את בעלותו הבלעדית בנכס. מאידך, הנתבעת טענה שאין ראייה מרישום ההערה בדרך המתוארת, מאחר שההסכם נעשה עם שני הצדדים. בנוסף נטען כי העדר חתימת האשה באותם ימים נבע מכך ששהתה בחו"ל לצד אביה החולה ונבצר ממנה מליטול חלק פעיל בהליך, עד שנחתם ההסכם השני שבו השתתפה כשותפה שווה לבעלה.

טענת התובע המבקש לתת להערת האזהרה מעמד של רישום נכס בטאבו, אינה מתקבלת.

הערת אזהרה נרשמת לטובת הקונה בלשכת רישום המקרקעין על פי סעיפים 126 ו-127 לחוק המקרקעין. יצוין לע"א 205/83 חובני נ' דקלה בע"מ, (פ"ד מא(3) 96) שבו נקבע כי אין לראות בהערת אזהרה זכות קניינית. מאחר שהמושג לזכויות הקנייניות הוא יכולת הניצול, ההנאה והמימוש. אך הערת האזהרה היא זכות חוזית, שימת מחסום בלבד, שנועדה למנוע רישום עסקה הסותרת התחייבות שניתנה.

לרישום הערת אזהרה שתי מטרות עיקריות: הראשונה, כשמה כן היא, להזהיר ולהודיע לכל מי שמתעניין במקרקעין שלגביהם נרשמה הערת האזהרה, כי קיימת כבר התחייבות מצד בעל המקרקעין (או בעל הזכות במקרקעין) לעשות בהם עסקה, או להימנע מלעשות בהם עסקה. השנייה, למנוע בפועל, מבעל המקרקעין (או מבעל הזכות במקרקעין), שכבר התחייב לעשות עסקה במקרקעין עם קונה מסוים, לעשות עסקה עם אדם אחר לגבי אותם מקרקעין ללא הסכמתו של האדם שלטובתו נרשמה הערת האזהרה, או ללא קבלת צו מבית המשפט.

בסעיף 127 (א) לחוק המקרקעין נכתב: "נרשמה הערת אזהרה וכל עוד לא נמחקה, לא תירשם עסקה הסותרת את תוכן ההערה אלא בהסכמת הזכאי או לפי צו בית המשפט". מכל הנ"ל עולה שאין להערת האזהרה מעמד של רישום בטאבו הקובע את בעלות הנכס בהתאם לרישום.

## מעמד "שטר זיכרון דברים"

מקובל שנחתם שטר זכרון דברים שבו מפורטים רק עיקרי תנאי העסקה, ובדרך כלל בגוף שטר זיכרון דברים מוסכם שבמועד קרוב יחתם שטר שבו יפורטו כל תנאי העסקה, וכן אירע בנידון דנן.

בספר לב אריה להגאון הרב אריה הורביץ זצ"ל בסי' מא סבר שאין לשטר זכרון הדברים תוקף מחייב, וז"ל:

"נראה בזה לומר שאין ליחס להנ"ל דין שטר ובודאי לא כשטר ראייה הואיל ובעיקרו נעשה כדי שעורך הדין ידע את התנאים והפרטים של החוזה שעליו לערוך, וכעין זה איתא בט"ז וב"ש אה"ע סימן נ' סעיף ו'."

וז"ל הב"ש סי' נ' ס"ק טו:

"בט"ז כתב בסי' זה אם כתבו ראשי פרקים ועשאו ק"ס, אף על גב דלא אמרו ע"מ שיכתוב השטרות, הוי כאומר בפירוש ע"מ שיכתבו כי בוודאי כוונתם לזה, כי כן מנהג פשוט אחר כתיבת ראשי פרקים כותבים התנאים. לכן יכול כל אחד לחזור אחר כתיבת ראשי פרקים, ויכול למחות שאל יכתוב התנאים ופטור מקנס".

על פי שיטת הט"ז והב"ש, סבר הרב אריה הורביץ זצ"ל שגם לשטר זיכרון דברים אין תוקף, אלא דינם כשני צדדים שהסכימו שהתוקף המחייב יהיה להסכם המפורט שיחתם לאחר מכן.

אך דבריו אינם מחוורים. ראשית, רבו החולקים על הט"ז והב"ש, עיין בספר בית שמואל אחרון חלק אה"ע סי' יב שכתב שבטלו דברי הט"ז והב"ש כנגד רוב הפוסקים, וזאת בהיעדר התנאה מפורשת שתוקף ראשי הפרקים הוא בכפוף להסכם נוסף שיחתם. וכן האריך בזה בספר מנחת פתים אה"ע סי' נ' סעיף ו' כסברת ספר בית שמואל אחרון.

וכן מסתבר, מאחר שתוקף זכרון דברים הוא מכח המנהג שנהגו שחותמים על זכרון דברים, וכותבים בו את שם המוכר שם הקונה מקום הנכס ומחיר הנכס, ומשלמים סכום מסוים כדי לבטא בכך שהעסקה ברת תוקף, ומאחר שבמקום שיש מנהג למכור באופן מסוים, מועיל הדבר מדין קנין סיטומתא, כמבואר בשו"ע חו"מ סימן ר"א, ושם בש"ך סק"א כתב דגם בקרקע מהני סיטומתא, והוסיף דאפשר דלכו"ע אפילו לדעת הב"ח במקום שיש מנהג לקנות קרקע בסיטומתא מהני.

וכן בספר פתחי חושן קניינים פרק ד' הערה ד' עמ' קיז כתב: "במה שנהוג היום לכתוב זכרון דברים בעצם הקנין ומתנים לכתוב חוזה להשלים הפרטים, ויש צורך בחוזה רשמי לשם העברה בטאבו, אין התנאי לכתוב החוזה מבטל הקנין שיש בזכרון דברים".

וכן העלה בספר עמק המשפט (להגאון רבי יעקב כהן שליט"א) ח"א סי' א'.

## מעמד דמי קדימה

בעת חתימת זיכרון הדברים מקובל לתת סכום כסף כדמי קדימה, וגם בעת החתימה על שטר זיכרון הדברים הנזכר, הקונה שלם דמי קדימה בסך 10,000 דולר. על פי ההלכה לדעת רוב הפוסקים, לתשלום זה מעמד של קנין כסף שבאמצעותו הנכס נרכש לקונה.

אמנם בפתחי תשובה חלק חו"מ סי' רז ס"ק יג הביא מספר מים חיים חו"מ סי' ה' שדמי הקדימה משולמים רק כבטוחה להבטחת רכישת הנכס על ידי הקונה, אך אינם מהווים קנין כסף, אך רוב הפוסקים חלקו על דעתו. בשו"ת בית שלמה יו"ד ח"ב סי' קפז בסיום תשובתו כתב:

"ולא ראיתי לפקפק אדם מעולם על אדראף (דמי קדימה) שלא יועיל בתורת קנין כסף, ואנו דנים כן בכל יום".

וכן הסכימו בספר תשורת שי קמא סי' ע', ובספר אמרי יושר

אך בנידון דנן שהנכס טרם נרשם בטאבו על שם הקונה, אם יתברר שהתובע אכן מימן את מלוא רכישת הנכס מכספו, כנטען על ידו, המימון מבטא בעלות הגורם המממן, ועדיין חסר היסוד הראשוני הנחוץ לקביעת השותפות. זאת מאחר שבנסיבות אלו החתימה על ההסכם השני, שכבר לא היה נחוץ לקיומו של המקח, אינה מבטאת בהכרח הסכמה לשותפות, כל עוד הדברים אינם ברורים ואינם נאמרים בפירושו. אלא בסתמא, הנכס ממשיך להישאר בבעלות הגורם המממן.

ולהלן מש"כ בפד"ר חלק יא פס"ד עמוד 119:

"אלא שיש לעזור כאן נקודה אחרת. ההלכות האמורות לעיל עוסקות בדרכי יצירת השותפות. והיינו, כשהצדדים גילו דעתם שרצונם להשתתף, ורק אינם יודעים כיצד לבצע זאת, וכדברי הרמב"ם שם: כשירצו השותפין להשתתף, במה יקנה כל אחד מהן מומן חבירו להשתתף בו, או כדברי הטור והשו"ע: השותפין שבאין להשתתף. ברור, איפוא, שיש תחילה צורך בהסכמה הדדית לשיתוף, ואז יש לדון בדרכי הביצוע של השותפות. בנידוננו, לא ידוע לנו כלל שהיתה הסכמה בין הצדדים ליצירת קופה משותפת שממנה ימומנו הוצאות החתונה והדירה. יתר על כן, מסתבר שצד האשה שנתן את רוב הכספים לא היה מסכים ליצירת קופה משותפת, וכפי שאמרו בביה"ד, על כן, אין מקום לדון בדבר שותפות גם לדעת הט"ז, היות וחסר כאן הרקע היסודי לשותפות והוא: כשירצו השותפין להשתתף."

משום כך אין כלל מקום לטענת ב"כ הבעל לראות בנידוננו את ההלכה בשו"ע (ח"מ קע"ו ה') בדבר השותפין שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים וכו'. כי הלכות אלו אמורות במקום שיש הסכמה להשתתף, או כשמעשיו מוכיחים על כוונתו, כמו שנים שהטילו לכיס אחד. בנידוננו, לא הושמו הכספים לכיס אחד, כל אחד מן הצדדים פעל בעצמו בכספיו שלו, ועל כל פנים לא הובאה בפנינו כל ראיה שהיתה הסכמה לשותפות או הטלת מעות לכיס אחד - כך, שאין מקום לראות את הצדדים כשותפים, לגבי ההלכות הללו.

למרות האמור, אם יתברר שבעת החתימה על ההסכם השני, שני הצדדים ביקשו להיות שותפים שווים בנכס, וקיימת אסמכתא ראויה לכוונת השיתוף לקראת החתימה על ההסכם השני ובעת החתימה, הנכס יקבל מעמד של נכס המצוי בשותפות שווה בין הצדדים.

על כן מזכירות בית הדין תקבע לצדדים מועד לדיון להוכחות, האם ההסכם השני נעשה בכוונה לשיתוף או בכוונה אחרת. וכן יתאפשר לנתבעת להציג ראיות אודות הליך השיתוף שהוסדר בין הצדדים ביחס לנכס. אם טענת התובע תתברר והטענה לשיתוף לא תוכח, יינתן פסק דין שהנכס במלואו שייך לתובע.

המסקנות האמורות לעיל מוסכמות על שלושת הדיינים אך ביחס להנמקה הנוכחת, האמור נכתב לדעת הרוב, אך דעת אחד מחברי בית הדין היא כדלהלן:

ח"ב סי' ט' אות יב ביחס לעסקת מקרקעין.

ובתשובת מהרש"ם חלק ה' סי' לו התייחס לנסיבות שניתן סכום כסף כמקדמה, דראן בלע"ז, וכתב בלשון זו:

"והן אמת שלענ"ד יש לדון בזה"ז באדראן עם שלים צעטיל דקנה מכח סטימותא שכן מנהג הסוחרים... לשון דראן חקתי והגידו לי כי פירושו לשון חלק שנותן חלק מהמעות על המקח, וא"כ בודאי הוי כנותן דמי המקח וקנה ממילא נגד הכל אי לא עייל ונפיק אזוזי, וא"כ אין הדראן מוחלט בסתם, רק דינו כקנין כסף בעלמא, וכבר כתבתי בחיבורי דנגד המעות יש לדון דקנה בכסף לבד מכח סטימותא ועל המותר יקבל מש"פ, ואם עשה גם שלים צעטיל קנה הכל מכח סטימותא".

דהיינו לפי דרכו של מהרש"ם, דמי קדימה הניתנים במסגרת חוזה כמנהג הסוחרים, מהווים יחד קנין על הנכס במלואו.

### היחס שבין שני ההסכמים

מאחר והסכם זכרון הדברים היה הסכם מחייב, ולאחריו לא יכול אחד מהצדדים לחזור בו מהעסקה, על כן מיד עם חתימת הסכם זה, הנכס במלואו נמכר לתובע בלבד. כיוון שכן, ההסכם השני אינו יכול לזכות את הנתבעת במחצית הנכס, כשהנכס במלואו כבר שייך לתובע, כל עוד לא הוסדר הליך בר תוקף להעברת מחצית מהנכס מהתובע לנתבעת.

אמנם הנתבעת מבקשת לראות בהסכם השני הסכם הקובע את חלקה בנכס כשותפה שווה לתובע. אך שותפות בנכס חייבת להיות ברורה לרבות הכרזה מפורשת או אומדן דעת הברור לכל, שהצדדים מבקשים להיות שותפים. עיין בטור ושו"ע בתחילת סי' קע"ו ששותפות חייבת להתחיל באמירה ברורה של השותפים שכוונתם להיות שותפים, ורק לאחר מכן דנים ביחס לדרך הקנין הקובע את מעמדם כשותפים. אך בלא הכרזה על שותפות וכיוצ"ב, אין התחלה לשותפות. במקרה דנן, אם אכן המימון במלואו הגיע מסכומי כסף של התובע, כנטען על ידו, בנסיבות אלו החתימה על ההסכם השני אינה מבטאת בהכרח שיתוף, או אומדן דעת ברור לשיתוף, אלא אם תוצג אסמכתא ראויה לכך.

אמנם נכס הרשום בטאבו על שם שני בני זוג, הוא של שניהם בשותפות שווה בלא להתייחס למקורות המימון, (המקורות הלכתיים לקביעה הנ"ל הנותנת תוקף לרישום ולא לחלק היחסי בהשקעה הם - פד"ר כרך א' עמ' 117-116 (ובעיקר במש"כ בעמ' 117 ד"ה אולם), פד"ר כרך ג' עמ' 74-75, פד"ר כרך יא עמ' 120-128. אמנם בפד"ר כרך ט"ז עמ' 354-358, נטה מדרך זו, מאחר שתפס את הרישום כפעולה הננקטת מחמת הנוהג ואינה מבטאת בעלות. אך שיטה זו אינה מתקבלת מאחר שכל אדם הרושם נכס בחלקים שווים על שם בני זוג יודע שרישום בטאבו מבטא זכות קניין בנכס ובכך בעת הרישום נוצרת השותפות. כל טענה על כוונה אחרת, תהיה בגדר "דברים שבלב" ואינם דברים, כנגד הרישום בלשכה לרישום מקרקעין), ועיין לעיל סי' טו.

דהיינו, העסקה נגמרת רק ברישום וזיכרון הדברים כמו גם הסכם המכר הם התחייבות ואינם גמר הקנין, לכן מסתבר שיש לתת יותר משקל להתחייבות שבאה באחרונה.

אף לפי פוסקי ההלכה שראו בזיכרון הדברים מעשה קנין, כמובא לעיל בדברי קודמי ואף אם לדבריהם נגמרה העסקה בטרם הרישום, הדעת נותנת שמכיוון שעורכי זיכרון הדברים ביקשו לערוך הסכם מפורט, גמירות הדעת על פרטי העסקה, כולל זהות הקונים הם כפי שגובשו בהסכם המכר. לא יפלא לומר, שמתחילה כוונת התובע הייתה לבצע את הרכישה אף לטובת הנתבעת, כפי שבאו הדברים לידי ביטוי בהסכם המכר, ומכיוון שלא הייתה נוכחת נרשם זיכרון הדברים על שמו בלבד.

אמנם בזאת אני מסכים אם חברי, שמכיוון שהעסקה לא הושלמה ברישום יש מקום לבחון את כלל הנסיבות, כולל מקור ההשקעה ברכישה והאם יתכן שבהסכם המכר נרשמה הנתבעת מסיבות צדדיות, יתכן אף לקבוע שיש להעדיף את קביעת הבעלות בהתאם לזיכרון הדברים מחמת הסיבות החיצוניות.

**עד כאן דעת המיעוט.**

**מסקנה:** בית הדין פוסק כאמור לעיל בדעת הרוב.

אין לתת עדיפות מכרעת לזיכרון הדברים ולקבוע שהמכר חל לטובת הקונה בזיכרון הדברים. הדרך המקובלת היא שאף שעושים זיכרון דברים על מנת לחייב את הצדדים להשלמת ביצוע העסקה, אחרי זיכרון הדברים עושים הסכם מכר מפורט ובו משלימים את שאר הפרטים הנדרשים להשלמת תנאי העסקה ועל פיו נרשמת העסקה. יצוין שבסעיף מס' 15 להסכם זיכרון הדברים הצדדים התחייבו לחתום על הסכם סופי תוך פרק זמן קצר.

נוסף על כך, כיוון שהסכם המכר הוא המאוחר מבין ההסכמים, הדעת נותנת שיש לתת לו עדיפות בקביעה של זהות הקונים במכר. אין לקבל את הקביעה שהמכר הושלם עם זיכרון הדברים כאשר ברור שכוונת החותמים עליו היא ליצור התחייבות לביצוע המכר ולערוך הסכם מכר מפורט שהוא בסופו של דבר המסמך המחייב.

קביעה זו מסתברת במיוחד לפי ההבנה העולה מסעיף 7. לחוק המקרקעין בו נקבע:

7. (א) עסקה במקרקעין טעונה רישום; העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום.

(ב) עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות

לעשות עסקה.

## סימן כג

### חזרה מהסכם מתנה בטענה שנעשה למראית עין

כעת עם השלמת הדיונים וסיכומי טענות הצדדים ניתן פסק הדין.

יצוין כי הדיונים בבית הדין האזורי ובבית הדין הגדול נסובו בעיקרן סביב השאלה האם הסכם המתנה בטל בהיותו הסכם פיקטיבי שנועד להבריח מנושים בלבד.

בפסק דינו של בית הדין האזורי הנוכרי, נכתב בדעת הרוב שהסכם המתנה הינו פיקטיבי ולכן דינו להתבטל. ואילו דעת המיעוט הייתה שלא התברר שהמתנה הייתה פיקטיבית, אך מחמת הספק יש להשאיר את הממון ביד המוחזק, דהיינו האישי שמחצית הדירה עדיין רשומה על שמו והוא מוחזק בה מכוח זה.

האשה ערערה על פסק הדין בטענה שלא ניתנה לה ההזדמנות בביה"ד האזורי להוכיח את טענותיה, וכשנה לאחר שניתן פסק הדין הנ"ל הוצגה בפני ביה"ד האזורי החלטתו של ביה"ד הגדול.

בביה"ד הגדול נחלקו הדעות: דעת הרוב הייתה שיש להחזיר את התיק לביה"ד האזורי לצורך ההשלמות הנ"ל, כשעלתה הטענה שעדותו של עו"ד פלוני נחקרה בפני הרכב קודם, וכי ביה"ד שנתן את החלטה לא חקר אותו שוב אלא הסתמך על תצהיר שלו בלבד ועל קבלת העדות שנעשתה בפני הרכב קודם, ולפיכך יש לשמוע את עדותו. וכן התקבלה

#### רקע ועובדות

הצדדים התגרשו ללא הסכם גירושין, וחלוקת הרכוש נידונה לאחר הגירושין.

המאבק המשפטי המרכזי בין הצדדים מתייחס לבית המגורים. הנכס רשום על שם שני הצדדים, אך הנתבעת אחוזת בחוזה העברת זכויות מהתובע לנתבעת ולפיו זכויותיו בנכס עוברים לנתבעת ללא תמורה. החוזה שהוסדר באמצעות עו"ד פלוני, יקרא להלן: "הסכם המתנה".

מעמדו של הנכס נידון בבית הדין האזורי בהרכב שקדם להרכב הנוכחי, ובפסק דינו מיום ... קבע שהנכס הינו רכוש משותף בהתאם לרישום, וכי אין מקום להורות על העברתו במלואו לאשה על יסוד הסכם המתנה.

ביום ... ניתנה החלטת בית הדין הגדול שבה הוחלט ברוב דעות להחזיר את התיק לבית הדין האזורי לקיים דיון נוסף שבו ייחקר עו"ד פלוני על תצהירו, לבחון האם להזמין את אם הנתבעת לעדות ולחקירה, ולתת החלטה נוספת שבה ייקבע אם להשאיר את פסק הדין נשוא הערעור על כנו אם לאו, או להשהות מתן החלטה סופית תוך הקפאת פסק הדין נשוא הערעור עד שתתברר החלטת בית המשפט.

בעקבות החלטת בית הדין הגדול, התקיימו הדיונים בפנינו.

דיסקונט דבר זה מוכיח שאכן היה חשש לגורל הנכסים ולכן נעשו פעולות אלו למראית עין.  
 ב. ראיות שהאם לא שילמה את המשכנתא של הזוג, דבר המוכיח שרישום הערת האזהרה היה פיקטיבי: בכתב ההגנה שהגישה האשה לביה"ד הרבני נגד תביעת פירוק השיתוף לא נאמר דבר באשר לחוב כלשהו כלפי האם בגין תשלום המשכנתא.  
 בכתב התביעה שהוגש לביהמ"ש ביום ... בעניין מזונות ומדור תבעו את האיש להמשיך ולשלם את המשכנתא כפי שעשה בעבר.

בכתב התביעה זה גם נכתב שהאיש משתכר 35,000-40,000 ₪ לחודש. אם כך למה הייתה האם צריכה לשלם את המשכנתא של הזוג?  
 ג. גם בעניין רכישת תכולת הדירה ושחרורה מידי בנק דיסקונט התנהלה האם באופן פיקטיבי בלבד: כך אמר עו"ד פלוני בדיון שהתקיים ביום ... גם האשה אמרה בדיון מיום ... שהאיש אמר היה לשלם על התכולה. יש גם תכתובת של מסרונים שמוכיחה דברים אלו. לראייה הביא גם מכתב ששלחו עוה"ד של האיש דאו, לכוונס הנכסים עו"ד י.

ד. הסכם העברת זכויות האיש לאשה: באותה עת בה נחתם ההסכם היו הזוג ביחסים טובים. האיש ביקש לקבוע מנגנון הגנה משפטי שיבטיח את חלקו, ולכן סוכם שתירשם הערת אזהרה לטובתו, אך היות שההסכם לא בא לכלל מימוש בגלל התנגדות הבנק לפיכך לא נרשמה ההערה.  
 ה. עדותו של עו"ד פלוני: ביום ... נחקר העד פלוני בעדות זו הסביר עו"ד פלוני שעשה את עסקת המתנה כדי להבריח מנושים של הבעל, והוסיף שבאותו זמן היה נראה כי היחסים ביניהם תקינים, ולא היה ידוע לו על קרע ביניהם. עדותו של עו"ד פלוני נמשכה כשנה לאחר מכן, ביום ... וגם שם חזר על דבריו דלעיל. דברים אלו נאמרו שוב בתצהיר שמסר עו"ד פלוני לביה"ד לפי בקשתם, תצהיר שבו הוא מסכם את עדותו.

#### טענות הנתבעת

א. קיים הסכם מתנה חתום, ולפיכך על האיש נטל ההוכחה להוכיח שנעשה למראית עין בלבד, וכל עוד רק התעורר ספק בדבר - ההסכם קיים, וכפי שנכתב בדעת המיעוט בפסה"ד לביה"ד הגדול.  
 ב. הסכם העברת חלק האיש ע"ש האשה נעשה לא לשם הברחה מנושים, אלא בעקבות גילוי מסכת חייו הכפולים והבגידות שבגד באשתו, וכדי לרצות את האשה נתן לה מתנה זו. ואכן, שבוע ימים לפני ההסכם הנ"ל הגיש האיש תביעת גירושין נגד האשה.  
 ג. אם האשה היא זו ששילמה את המשכנתא לאורך השנים, כפי שעולה מהמסמכים שהוגשו לביה"ד ביום ... לפיכך ללא ספק ההסכם שנעשה עם האם לא היה

הטענה שלא נשמעו דברי אם האשה בעניין ההסכם אודות תשלומי המשכנתא (שיפורט להלן), וכי לא ניתנה התייחסות לעניין זה. דעת המיעוט בבית הדין הגדול הייתה שלא הוכח באופן חד משמעי שההסכם נעשה למראית עין ולכן יש לבטל את החלטת ביה"ד האזורי ולתת לאשה את הבית המשותף כפי ההסכם. הוחלט כדעת הרוב, וכך חזר התיק לפתחו של ביה"ד האזורי.  
 במסגרת הנוכחית הושמטו כל פרטי טענות הצדדים שנכתבו בפסק הדין המקורי, ועיקרי הטענות מתבארות בפסק הדין גופו ונכתבו רק תמצית הטענות:

#### טענות התובע

א. האיש נקלע למשבר כלכלי חמור בשנים ... בשל קריסת עסק שלו, חברת פ., שמניוטיה היו בבעלותו וגם היה ערב באופן אישי להתחייבויותיה. כתוצאה מכך היו לו חובות רבים לנושים שונים, בנקים, ואנשים מהשוק האפור.  
 ב. כדי למזער את הנזקים נעשו כמה צעדים פיקטיביים, למראית עין בלבד: 1. העברת כלל המניות בחברה ע"ש אם האשה. 2. שינוי שם החברה. 3. פתיחת חשבון בבנק ... ע"ש אם האשה, שבו התנהלו כספי הצדדים. 4. רישום הערת אזהרה ברישומי הדירה לטובת אם האשה, שהיא כביכול משלמת את תשלומי המשכנתא שעל הדירה. 5. עסקת מתנה ללא תמורה בה נותן האיש את חלקו בדירה המשותפת לאשה. עסקה זו נחתמה ביום ... ע"י הצדדים באמצעות עו"ד פלוני עסקה זו לא התממשה מפני שהבנק למשכנתאות סירב לתת את הסכמתו לעסקה זו.  
 צעדים אלו נעשו בזמן ששרר שלום בין הצדדים ולא היו מסוכסכים.  
 ג. מבוקש מביה"ד לתת פס"ד הצהרתי כי הערת האזהרה שניתנה לטובת אם האשה בטלה. כמו כן מבוקש מביה"ד לקבוע כי הסכם המתנה המעביר את חלקו של האיש בבית המשותף לאשה, בטל. בסיכומיו מבקש ב"כ האיש להוכיח שההסכם נעשה למראית עין בלבד, והוסיף לטעון שגם אם הייתה התחייבות גמורה למתנה עדיין קיימת לנותן הזכות לחזור בו מההתחייבות, וזאת על יסוד סעיף 5(ב) לחוק המתנה שבה קיימת האפשרות לחזרה כל עוד לא שינה המקבל את מצבו בעקבות המתנה. וכן לפי סעיף 5(ג) המאפשר חזרה מחמת התנהגות מחפירה של המקבל כלפי הנותן או הרעה במצבו הכלכלי של הנותן.  
 ד. חלוקת רכוש: מבוקש לפרק את השיתוף בבית המשותף הנ"ל ע"י מינוי כונס נכסים שימכור את הדירה.

#### ראיות האיש לדבריו:

א. לטענתו שלושה שבועות לאחר רישום הערת האזהרה לטובת האם הוטל עיקול על הדירה לטובת בנק



**דיון והכרעה****מעמדו ההלכתי והמשפטי של הסכם המתנה**

בעניין מעמדו של הסכם המתנה, וההכרעה במחלוקת האם ההליך נעשה להבריה מנושים בלבד או שהסכם זה בר תוקף ומחייב את הצדדים, יאמר כדלהלן:

כידוע בית דין זה אינו יושב כערכאת ערעור על הרכב אחר של בית הדין, אך בית הדין קיבל את סמכותו לשוב ולדון בתביעה מכוח החלטת בית הדין הגדול הנוכרת.

ביחס להכרעה בשאלה אם הסכם המתנה אכן היה פיקטיבי ונועד להברחה מנושים בלבד, נתייחס בהמשך הדברים. תחילה נקדים לקבוע את זכותו של התובע לחזור בו מהסכם המתנה גם אם טענתו שנעשה להברחה לא תתקבל.

לאחר עיון בחומר שבפנינו, ביה"ד מחליט שיש מקום לטענת התובע המבקש לבטל את הסכם המתנה מהטעמים שיפורטו:

בבואנו לדון בשאלת מעמדו של "הסכם המתנה", מתייחס בית הדין לשני היבטים. האחד הוא ההיבט ההלכתי, והשני הוא היבט החוקי.

בהיבט ההלכתי נציין לסעיף הראשון בשו"ע בהלכות מתנה, בחלק חו"מ סי' רמא סעיף א'

"הנותן מתנה לחבירו בין קרקע בין מטלטלין, אין המקבל זוכה בה אלא באחד מהדרכים שהקונה זוכה בהם, וכיון שקנה באחד מהדרכים ההם, אפילו שלא בפני עדים, קנה, אם שניהם מודים. אבל בדברים לא זכה המקבל, אלא כל אחד יכול לחזור בו"

כידוע קרקע נקנית בכסף בשטר או בחזקה. במקרה שבפנינו הוצהר בפירוש בשטר ובתצהיר שהנכס הועבר כמתנה ללא תמורה, כך שלא נקבעה תמורה שתוכל להיות קניין כסף לנכס. כמו כן אין יסוד להניח שבזמנו הבעל אמר לאשתו שתזכה בנכס בחזקה, דוגמת "לך חזק וקניי" שבש"ס ופוסקים, מאחר ולא עלה על דעתם שיש להסדיר קניין בדרך זו.

ביחס לקניין שטר, עלינו לדון האם יש למסמך שהצדדים חתמו מעמד של שטר קניין. הצדדים חתמו ביום ... על שני מסמכים. האחד נושא את הכותרת - "שטר העברת זכות שכירות" שבו נכתב "השטר הזה מעיד שע' מעביר בזאת ללא תמורה למ' את כל זכויותיו והתחייבויותיו עפ"י חוזה החכירה המפורטת באותו שטר".

ביחס לשטר זה, יצוין לפסק השו"ע סי' קצא סעיף א':

"בשטר כיצד, כתב לו על הנייר או על החרס או על העלה שדי נתונה לך שדי מכורה לך, כיון שהגיע השטר לידו, קנה, אף על פי שאין שם עדים כלל".

אולם, קיימים תנאים לתוקף קניין זה, האחד שהשטר יימסר מהמקנה לקונה כמבואר בשו"ע. ועיין בקצות החושן סי' קצא סק"א שנייר השטר צריך להיות שייך למוכר ועליו להקנותו למקבל, וכן הסכים עמו בנתיבות המשפט סק"א. בנידון זה נראה שהצדדים לא ידעו להסדיר את ההליך בדרך הנכונה עפ"י ההלכה, אלא חתמו על מסמכים שעורך הדין

פיקטיבי. גם האיש עצמו טען כך בהליכי המזונות שהתנהלו בביהמ"ש, שם נאמר בכתבים שונים שהוגשו על ידו שלא הייתה לו יכולת כלכלית ואם האשה היא זו ששילמה את המשכנתא. גם האיש עצמו הגיש תביעה לביהמ"ש לאכיפת ההסכם עם האם.

ד. האיש העביר את חלקו בדירה ע"ש האשה מפני שהבין שיש לו חוב גדול לאם האשה מחמת ההסכם שלהם עמה, שהיא תשלם את המשכנתא והם יחזירו לה בסופו של דבר את מה ששילמה.

ה. עסקת המתנה קיבלה את אישורן של כל הרשויות המוסמכות לכך, המנהל, רשויות המס ועוד, ונרשמה הערת אזהרה לטובת האשה, אלא שהבנק לא אישר את המתנה ולכן המתנה לא באה לכלל מימוש.

ו. טענת האיש שהמתנה נעשתה רק כדי להבריה מנושים אינה עולה בקנה אחד עם מה שאמר שרצו שתיכתב הערת אזהרה לטובתו. מלבד זאת - לא היו אלו אלא דברים בעלמא שלא הוכחו. טענה זו גם לא נאמרה בתביעתו לביטול הסכם המתנה מיום ... גם דברי עו"ד פלוני אודות סיכום שתירשם הערת אזהרה אינם מתקבלים על הדעת, שאם כן למה הדבר לא נכתב בפירוש. גם אם טענתו שהיתה הסכמה לרישום לטובתו נכונה, אין זה מגרע מתקפות המתנה, כפי שנכתב בנימוקי דעת המיעוט בבית הדין הגדול, שרצה להבטיח את מדור הילדים, שלא תמכור את הדירה ויישארו ללא קורת גג.

ז. בכתב ההגנה שהגיש האיש לבית המשפט בתיק המזונות נימק את המתנה בגלל לחץ שהפעילו עליו אם האשה והאשה שאם לא יחתום על הסכם המתנה האם תפסיק לשלם את המשכנתא. דבר זה תואם את גרסת האשה בדיון שהתקיים ביום ... שלפיה בעקבות תביעת הגירושין שהגיש האיש ביולי החליטה האם, על מנת למנוע את הגירושין, לאיים שאינה ממשיכה לשלם את המשכנתא אא"כ ייתן את המתנה, וגם האיש הבין שהצדק עמה, היות שהיא שילמה כ"כ הרבה.

גם בתביעה הרכושית בביה"ד חוזר האיש על הטענה הנ"ל, שהמתנה נעשתה בעקבות ניסיון של אם האשה והאשה לסחוט אותו, וכך גם אמר ב"כ האיש בדיון.

רק לאחר זמן רב עלתה הטענה שהמתנה נעשתה כדי להבריה מנושים.

ח. כבר בשנת ... ניתן פס"ד נגד החברה של האיש, ומונה גם כונס נכסים, ואם כן מדוע רק לאחר שלוש שנים חשש האיש לביתו וניסה לעשות את הסכם המתנה?

ט. הדירה כבר הייתה מוגנת מפני נושים, ואם כן למה היה צורך גם לתת מתנה בנוסף?!

י. האיש לא הגיש תביעה רכושית כשתבע גירושין בפעם השנייה, אלא רק מזונות וילדים, וזה מורה שהמתנה הייתה שרירה וקיימת ולא היו לו זכויות, ורק מאוחר יותר העלה את טענותיו בדבר בטלות המתנה.

באישור וחתומת עו"ד, ואינו יכול להתכחש לחתימתו, ייחשב קניין אודיתא גם בלא שני עדים.

אולם בנידון זה עדיין לא יהיה ניתן לקבוע את מעמדו של התצהיר כקניין אודיתא, מאחר ובהודאתו הבעל חב לאחרים, שהם בעלי החובות הרבים שהיו לו באותה עת, לרבות החובות לבנק.

בספר קצות החשן סי' צט סק"ב כתב שלא יועיל אודיתא במקום שחב לאחרים, והטעם התבאר בדברי הגאון רבי שמעון שקופ זצ"ל הנ"ל, מפני שאין קניין אודיתא במקום שלא יכול להיות נאמן בבית דין, והודאת בעל דין במקום שחב לאחרים אינה מועילה.

וכן כתב החו"א בחלק חו"מ עמ"ס ב"ק סי' יח סק"ו:

"נראה דההודאה מהני אפילו בדבר שאינו ברשותו. דהודאה אינה קניין, אלא כח הדין לדון ע"פ הודאתו כל שאינו חב לאחרים אלא לעצמו וממילא כל התוצאות קובע הדין כפי הודאתו, וזהו שקראוהו הפוסקים קניין אודיתא, וא"כ הדין נותן דמהני אפילו בדבר שאינו ברשותו, והראוני שכן הוא בהדיא ברמ"ה ב"ב דף קמט. בסוגיא דשכיב מרע שהודה, (ובקצות החשן סי' קצד סק"ב לא כתב כן)"

הרי שגם החו"א קבע תנאי לתוקף קניין אודיתא - שאינו חב לאחרים אמנם דבריו אלו אינם מתיישבים עם מש"כ החו"א בעצמו בחו"מ סנהדרין סי' יז ס"ק יג בלשון זו:

"ונראה דההודאה חשיבא קניין אף שחב לאחרים, וכמ"ש תוס' בב"ב דף מד: בשם ר"ת דע"י הודאה שיש לו קרקע משתעבד מטלטלין אגב קרקע אע"פ שאין לו קרקע, והתם ענין שעבוד הוא לגבות מיורשים ומלקוחות, דמיניה אין צריך שעבוד, ומ"מ מהני הודאה".

לאור האמור, עפ"י שיטת קצות החשן, והחו"א ב"ק סי' יח, בנידון זה האודיתא הינה בגדר "חב לאחרים" ולא ניתן לתת לה מעמד של קניין.

סיכומו של דבר, לא ניתן לקבוע את מעמדם של שני המסמכים שנחתמו בזמנו, כמסמכים ברי-תוקף על פי ההלכה כקניין שטר או אודיתא. אולם, מאחר שמסמכים אלו נהוגים כהליך מקובל ובר תוקף על ידי הסוחרים ושאר העוסקים בהעברת נכסים מאדם לחבירו, יהיה מקום לדונם כמסמכים ברי תוקף מכח קניין סיטומתא. עיין בפד"ר כרך ד' עמ' 198, ועמ' 302 - 304 כי לחוזה חתום יש תוקף של "סיטומתא" המהווה קניין מצד הסכם הסוחרים, וכן בפסקי דין רבים נוספים, ועל כן יש לראות בחתימה על תצהיר ההעברה הנזכר כקניין לכל דבר.

מאחר וזוהי המסגרת לתוקף ההליך, עדיין צריך לברר מהו מעמדו של תצהיר ההעברה עפ"י החוק, מאחר ומנהג הסוחרים נקבע במגבלות הקבועות בחוק, וככל שעפ"י החוק ההליך של חתימת הסכם המתנה אינו חלוט וניתן לחזור ממנו, ה"ה בנידון זה, עלינו לברר את מעמדם החוקי של שני המסמכים.

בחוק המקרקעין נקבע כיצד לבצע עסקה במקרקעין,

החתימים, בלא מסירתו מהבעל לאשה לשם קניין, וללא הקפדה על קניין הבעל את הנייר של השטר.

בכל מקרה נראה ששטר זה שהוסדר על ידי עורך דין שתחום התמחותו היא בהיבט החוקי בלבד, הרי שהשטר נחתם בכפוף לכך שיחולו עליו הוראות ומגבלות החוק ויקבל מעמד בר תוקף על פי הוראות חוק אלו, שהן גם מנהג המדינה. והוראות אלו יתבארו להלן.

המסמך השני שנחתם הינו תצהיר בחתימת עו"ד פלוני שבו נכתב בסעיף 2 לתצהיר "בתאריך ... העברתי לאשתי מ' ... את כל זכויותי בדירה בהעברה ללא תמורה". לכאורה היה מקום לקבוע ביחס לתצהיר זה שמעמדו כקניין אודיתא.

עיין בספר קצות החשן סי' לד סק"ד, סי' מ' סק"א, סי' קצד סק"ד, סי' פא ס"ק יט וסי' צט סק"ב שהאריך לבאר סוגיא זו של קניין אודיתא. לקניין זה נקבעו כמה תנאים. האחד, שיודה בהודאה המועילה בהלכות הודאת בעל דין, ולכן נוסח הודאתו צריך להיות דווקא בלשון עבר ולא יועיל אם יאמר שמודה שישלם לפלוני כמבואר בקצות החשן סי' מ' סק"א. סברת הקצות התבארה בחידושי ר"ש שקופ עמ"ס ב"ב סי' כו שכתב:

"קניין אודיתא הוא רק דכיון שהועילו דבריו לגבי כ"ד משום נאמנות, מה"ט חשבו חז"ל ענין זה כהקנאה שגומר ומקנה שיודע שדבריו יועילו שאם ירצה חבירו יזכה הדבר בכ"ד, אבל אם אינו נאמן, לא הועילו דבריו כלום ואין כאן שום הקנאה".

בנידון דנן תנאי זה אכן התמלא.

תנאי נוסף הוא שיודה בפני עדים, אע"פ שבכל קניין לא איברו סהדי אלא לשקרי, מ"מ באודיתא לא חל קניין בלא עדים, וכן מבואר בחידושי הריטב"א על מסכת ב"מ דף מז. וכן ברעק"א שם, ובמהרש"א עמ"ס גיטין דף יג: ובשו"ת חמדת שלמה חאה"ע סי' סב סק"ט, ובקצות החשן סי' מ' סק"א כתב שגם צריך שיאמר "אתם עדי". ודלא כנתיבות המשפט סי' מ' סוף סק"א שהוכיח מתוס' שהקניין חל גם בלא עדים.

הסברא שבלא עדים קניין אודיתא אינו מועיל, מבוארת בספר מעדני ארץ שביעית סי' יט וז"ל:

"כל שלא הודה בפני עדים נמצא שלא נעשה עדיין שום פעולה מוכחת על בעלות אחרים, כיון דאי ליכא סהדי, לא יוכל כלל הלה לתבעו לדין ולזכות בממונו מחמת ההודאה, ומשום הכי אין זה חשיב כלל קניין".

אמנם בשו"ת בית שלמה חאו"ח סי' עב - עג, כתב שגם אם אין עדים אלא המוכר הודה בכתב ידו מהני, דכתב ידו כמאה עדים. לפי המבואר, טעמו הוא מפני שבנסיבות שאפשר להוכיח את ההודאה בכ"ד ואינו יכול לטעון טענת השטאה או שלא להשיב את עצמי כמבואר בשו"ע סי' פא סי"ז, יש בזה מעשה המוכיח הקנאה, וגמר ומקנה.

לפי זה בנידון זה שההודאה נחתמה על ידי התובע בתצהיר

מהחוק, נציין אסמכתא לדברים אלו מפסיקת בית המשפט העליון בע"א 6369/98 גרינברג נ' גרינברג, פ"ד נד(4) 409:

"בית-משפט קמא אף קבע, כי היות שהעסקה הנ"ל לא נסתיימה ברישום, אין היא מתנה מושלמת כי אם התחייבות לעשות מתנה.

סבורני שקביעתו זו של בית-משפט קמא בדין יסודה. במקרה הרגיל עוברת המתנה אל מקבלה ברגע מסירת המתנה או מסירתו של כתב המתנה לידי. כשמדובר במתנה במקרקעין, חלות הוראות סעיפים 6 ו-7 לחוק המקרקעין, שמגדירים מהי עסקה במקרקעין ומציינים כי פעולת העברת הבעלות במקרקעין מסתיימת רק בעת רישום הבעלות על שם מקבל הזכות.

פעולה של הקניית מקרקעין במתנה, אשר לא נסתיימה ברישום, איננה מתנה מושלמת כי אם התחייבות לעשות עסקת מתנה במקרקעין. סיטואציה משפטית זו איננה נובעת מרצונם של הצדדים ליצור עסקה בלתי מושלמת, אלא מקורה הוא במיזוג תוכן של הוראות חוק המקרקעין והוראות חוק המתנה."

וכן בפסק דין נוסף מביהמ"ש העליון ע"א 8622/06 מיום ז' באדר תשס"ט (3.3.09).

ולהלן מסעיף כ"ט לאותו פסק דין:

"יסוד נוסף בהכרעת בית המשפט קמא היה אפשרות החזרה מן המתנה. המנוחה העניקה למערערת במתנה את הבעלות בדירה בכפוף להגבלות הנזכרות. ברם, "כבר נפסק כי פעולה של הקניית מקרקעין במתנה, אשר לא נסתיימה ברישום, איננה מתנה מושלמת כי אם התחייבות לעשות עסקת מתנה במקרקעין" (ע"א 6277/95 התאחדות עולי רומניה נ' קרן, פ"ד נג(1) 817, 820 - המשנה לנשיא ש' לוי; ע"א 588/81 ציזיק נ' הורוביץ, פ"ד מ(1) 321, 323; ע"א 6439/99 "טפחות" בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' פרח, פ"ד נח(2) 106). ממילא, כפופה המתנה - שלא נרשמה בטרם הודיעה המנוחה על חזרתה ממנה - לזכות החזרה שבדין (להבדיל מזכות החזרה המוסכמת, שאינה חלה כנטען על זכות המגורים)".

#### העולה מדברינו:

בנידון זה שעוסק בהסכם מתנה, הרי שבהיעדר רישום הנכס על שם מקבלת המתנה התובע הנותן רשאי לחזור בו עפ"י סעיף 5 לחוק המתנה הקובע שבהיעדר הסתמכות על המתנה רשאי הנותן לחזור בו.

כאמור, בנידון זה לא הייתה הנתבעת יכולה להסתמך על המתנה מאחר ועל הבית רבצה משכנתא של 1.6 מיליון שקל ולא ניתן לבצע שינוי ברישום זכויות בדירה זו ללא הסכמת הבנק למשכנתאות. בנוסף לכך, בסמוך לחתימה על הסכם המתנה, הבנק למשכנתאות הטיל עיקול על הבית, כך שהנתבעת לא הייתה יכולה להסתמך על הסכם המתנה בידועה שהנכס עדיין רשום על שני הצדדים ומצוי בדיונים

והדברים אמורים בין בעסקת מכר ובין בעסקת מתנה, כדלהלן:

"עסקה במקרקעין

6. עסקה במקרקעין היא הקניה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה על פי צוואה.

גמר העסקה

7. (א) עסקה במקרקעין טעונה רישום; העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום.

(ב) עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה.

צורתה של התחייבות

8. התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב."

ע"פ האמור בסעיף 7(א) עסקת מקרקעין נגמרת באמצעות הרישום בטאבו, וכל זמן שלא היה רישום דין העסקה כהתחייבות בלבד. לפיכך הוא הדין במתנה, כל זמן שלא נרשמה העסקה לא באה המתנה לידי מימוש, ודינה כהתחייבות בלבד. בנדון שבפנינו לא בוצע הרישום בפועל, ונתרה כהתחייבות בלבד. אמנם הרישום לא בוצע עקב התנגדות הבנק, אך אין לכך משמעות שהרי בסופו של דבר הרישום לא נעשה, העסקה לא נגמרה ואין לפנינו אלא התחייבות בלבד לתת מתנה.

מה דין התחייבות לתת מתנה? בחוק המתנה נכתב:

"התחייבות לתת מתנה

5. (א) התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב.

(ב) כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו.

(ג) מלבד האמור בסעיף קטן (ב), רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם הייתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן."

הרי שעפ"י החוק קיימות שתי אפשרויות לחזור מהתחייבות לתת מתנה.

לגבי האפשרות הקבועה בסעיף ג' לא ברור אם ניתן ליישם אותה בנדון זה בגין התנהגות מחפירה, שכל הנראה הצד שהתנהג בצורה שלילית כלפי השני הוא דווקא האיש ולא האשה - הוא בגד בה, וטבעי הדבר שתבקש להתגרש ממנו. אולם האפשרות הקבועה בסעיף ב', נכונה בענייננו: משמעות סעיף זה היא שההתחייבות לתת מתנה אינה חלוטה, עד שיעשה המקבל מעשים בהסתמך על המתנה, כך שאם יחזור בו הנותן יפסיד המקבל, ונמצא שהנותן הזיק אותו. במקרה שלנו בכל הזמן התנהלו הליכים סביב מתנה זו, ועדיין לא הוכרע מעמדו המשפטי של הבית המשותף, והאשה לא עשתה מעשה ולא הייתה יכולה לעשות דבר על סמך מתנה זו, שטיבה טרם הוכרע משפטית.

למרות שדברים אלו פשוטים ומשתמעים בצורה ברורה

בפנינו, התובע רשאי לחזור בו מהסכם המתנה, והבית נותר כנכס משותף. בהתאם לכך, יש לבטל את הערות האזהרה, והנכס יועבר להליך של פירוק שיתוף.

### ההתייחסות לטענה שהסכם המתנה פיקטיבי

בהתאם להוראת בית הדין הגדול הוזמן עו"ד פלוני לחקירה על התצהיר שלו לביה"ד, וכתוצאה מחקירתו עלינו לקבוע אם הסכם המתנה היה פיקטיבי.

עדותו נשמעה בדיון שהתקיים ביום ... ולהלן מדבריו:

"הבעל אמר לי שהוא מעביר לאשה זכויות, אך דורש להגן על הזכויות שלו. הוא אמר שהוא לא רוצה שתהיה לה האפשרות למכור את הנכס, וההליך היה כדי להגן מפני הנושים."

עדות זו, הגם שיש בה אמירה מורכבת ביחס לאופי העברת הזכויות, תואמת לאמור בתצהירו של עו"ד פלוני מיום ... שבעת החתימה על הסכם המתנה לא היה מודע למשבר בין בני הזוג, וכי באמצעות "הסכם המתנה": "ביקש הבעל להעביר מחצית מהזכויות בבית על שם האשה על מנת שייקשה על הנושים להגיע לנכסיו", וכי "בעת עריכת התצהיר שוחח איתי הבעל וביקש ליצור מנגנון הגנה כך שעם סיום ההעברה לא תוכל האשה למכור את הזכויות בבית ללא הסכמתו. לצורך כך הוסכם כי עם רישום הזכויות על שם האשה, ירשום הבעל הערת אזהרה לטובתו על מנת שהאשה לא תמכור את הבית ללא ידיעתו או הסכמתו".

כמובן שקיימת מגבלה הלכתית ביחס לעדות זו, בהיותה עדות עד אחד בלבד, וכפי שצוין בנימוקי דעת המיעוט בבית הדין הגדול, אך ייתכן שגם אם עדותו תתברר כעדות אמת, וזאת על יסוד ראיות נוספות המצויות בתיק, אין זו עילה לביטול תוקף הסכם המתנה. וזאת כפי שיבואר להלן.

גם אם יתברר שהקנאת הרכוש נעשתה להברחה מנושים, עדיין אין די בכך כדי להביא לביטול המקח, אלא אם מתברר שבפנינו קניין שנעשה למראית עין בלבד. אך אם הקניין אינו למראית עין בלבד אלא נועד להבריח מנושים באמצעות ההקנאה לצד ג', הקניין בתוקף לכל דבר וענין, וכמו שיבואר להלן.

בשו"ע (חושן משפט סימן צט סעיף ו) פסק על פי שו"ת הרא"ש שאם נתן הלווה כל אשר לו לאחר כדי להפקיע החוב - "לא תועיל ערמתו", והמלווה מוציא ממנו כל מה שקיבל אחר שישבע המקבל כמה הייתה המתנה. והוסיף הרמ"א:

"מיהו אם נראה לבית דין שלא כווננו לערמה רק למתנה גמורה, קנה המקבל אף על גב שהייתה כוונתו להבריח."

וביאר נתיבות המשפט (ביאורים שם ס"ק ו):

"לכאורה הלשון תמוה, דאם לא כיון לערמה האיך הייתה כוונתו להבריח. ונראה פירושו, דכל שטר מכריח הוא שיהיה רשות בידו לחזור, וזה המתנה נקרא שהיא רק להערמה בעלמא, אבל אם הייתה כוונתו למתנה גמורה שלא יהיה יכול לחזור בו, כגון שכתוב בו מתנה חלוטה מתנה עולמית, דאז הוי מתנה גמורה כמו שכתב הר"ן בכתובות שם (לו ע"ב מדפי הרי"ף),

משפטיים. כבר מיום הגשת תביעת הגירושין ובדיון הראשון בתביעה עלו חילוקי הדעות ביחס למעמדו של הנכס נשוא הדיון שבפנינו.

לפיכך, מאחר שעפ"י הוראות החוק התובע רשאי לחזור בו מהסכם המתנה, התייתר הצורך לברר את טענותיו שהנכס הועבר למראית עין בלבד כדי להבריח מהנושים.

### הערת האזהרה

מעיון בנסח הטאבו המצורף לתיק עולה כי נרשמו שתי הערות אזהרה, האחת עוד קודם להסכם המתנה, ביום ... לטובת אם האשה, והשנייה לאחר הסכם המתנה, ביום ... לטובת הנתבעת. ועלינו לקבוע את מעמדן של הערות אזהרה אלו.

הערת אזהרה נרשמת לטובת הקונה בלשכת רישום המקרקעין על פי סעיפים 126 ו-127 לחוק המקרקעין. יצוין לע"א 205/83 חובני נ' דקלה בע"מ, (פ"ד מא(3) 96), בו נקבע כי אין לראות בהערת אזהרה זכות קניינית, מאחר שהמשותף לזכויות הקנייניות הוא יכולת הניצול, ההנאה והמימוש, אלא "הערת האזהרה" תיחשב כמחסום והגנה בלבד, שנועדה למנוע רישום עסקה הסותרת התחייבות שניתנה.

לרישום הערת אזהרה שתי מטרות עיקריות: הראשונה, כשמה כן היא, להזהיר ולהודיע לכל מי שמתעניין במקרקעין שלגביהם נרשמה הערת האזהרה, כי קיימת כבר התחייבות מצד בעל המקרקעין או בעל הזכות במקרקעין לעשות בהם עסקה, או להימנע מלעשות בהם עסקה. השנייה, למנוע בפועל, מבעל המקרקעין או מבעל הזכות במקרקעין, שכבר התחייב לעשות עסקה במקרקעין עם קונה מסוים, לעשות עסקה עם אדם אחר לגבי אותם מקרקעין ללא הסכמתו של האדם שלטובתו נרשמה הערת האזהרה, או ללא קבלת צו מבית המשפט.

מכל הנ"ל עולה שאין להערת האזהרה מעמד של רישום בטאבו הקובע את בעלות הנכס בהתאם לרישום.

לפיכך, בנידון שבפנינו שאין זו עסקת מכר הגוררת אחריה התחייבות, אלא עסקת מתנה בלבד הכפופה להוראות חוק המתנה ולמגבלות שהחוק הגביל את מעמדו של הסכם המתנה כמפורט לעיל. ככל שהדבר נוגע לזכותו של נתן המתנה לחזור בו מהסכם המתנה, אין מעמד לרישום "הערת אזהרה" בלבד כרישום הנכס בטאבו או כהתחייבות בלתי ניתנת לחזרה להשלים עסקה, אלא הנותן יכול לחזור בו בכפוף למגבלות הקבועות בחוק המתנה כאמור לעיל.

### מסקנת הדברים:

בהחלטת בית הדין הגדול נקבע, שעל ביה"ד האזורי "לתת החלטה נוספת אם להשאיר את פסק הדין המעורער על כנו אם לאו". בהתאם לאמור ועוד בטרם נתייחס לטענה שהסכם המתנה היה פיקטיבי, גם אם תתקבל טענת הנתבעת שהסכם המתנה אינו פיקטיבי, בנסיבות שהתבררו

התוקף של הסכם המתנה, בהיותו הסכם שנועד להברחה מנושים.

### מסקנות

לאור כל האמור ביה"ד מחליט:

- א. הנכס נותר כנכס משותף בבעלות הצדדים בחלקים שווים, ובכך למעשה מחליט ביה"ד להותיר על כנו את פסק הדין של ההרכב הקודם.
- ב. יינתן צו למחיקת הערת האזהרה לטובת הנתבעת.
- ג. ביה"ד מורה על פירוק השיתוף בנכס, ושני הצדדים יודיעו לבית הדין תוך 15 יום מהי הדרך הרצויה להם לפירוק השיתוף, והאם אחד מהצדדים מבקש לרכוש את חלקו של הצד השני.
- ה. אם אם האשה לא תיתן הסכמתה לביטול הערת האזהרה לטובתה, ביה"ד ייעתר לבקשה למינוי כונס נכסים שיפנה לערכאה המוסמכת לביטול הערת האזהרה.

אף על גב דנתן מתנה זו רק כדי שלא יגבה ממנו הבעל חוב, שידוע שאם לא היה חייב לאחרים לא היה נותן מתנה זו, מכל מקום כיון שאין לו רשות לחזור ממתנה זו, יצאה מרשות הנותן וקונה המקבל ולא הבעל חוב, ודווקא במקום שרשות ביד הנותן לחזור קנה הבעל חוב מטעם שכתב הרא"ש בכתובות (פרק ח סימן ג) דכיון שיכול לחזור לא יצא מרשות הנותן, מה שאין כן הכא".

בהתאם לכך, בנידון שבפנינו, אם הסכם המתנה היה קניין חלוט שבחתימתו הנכס עבר לבעלות המקבלת בדרך חוקית בלתי הפיכה, היה מקום לטענה שבכך בוצעה הקנאה גמורה לאשה, הנכס יימלט מנושי הבעל, אך גם יישאר בבעלות האשה.

אולם מאחר וההליך שבפנינו לא היה הליך חלוט ואינו מתנה גמורה במתכונת המתוארת בדברי הר"ן שהביא נתיבות המשפט כפי שהתבאר לעיל, הרי שבנסיבות אלו מאחר וללא ספק היו לתובע חובות, והצדדים סברו שבאמצעות הסכם המתנה יינצלו מנושים. הרי בכך נחלש

### סימן כד

## תביעה כנגד סופר סת"ם שלא עמד בהתחייבותו

המוכן, ושכל אחד מהם ינסה למצוא קונה אחר לספר שהתובע כותב. התובע ערך הכנסת ספר תורה באלול תשס"ג, וסרב לקבל את הספר שהנתבע כתב, וזאת מפני שלא עמד בהתחייבותו לסיים את הספר כמסוכם.

התובע טען: "לא אמרתי לו שאני מבטל את המקח, רק אמרתי שזה יישאר השקעה, ומתי שנמכור שיחזיר את הכסף".

לבסוף, הנתבע מכר את הספר לאדם אחר תמורת 20,000 דולר. המכירה נעשתה שלא בידיעת התובע, ובמחיר מוזל מהערך הריאלי של הספר.

התובע דורש מהנתבע החזר סכומי הכסף ששולמו לו, דהיינו את שכר העבודה שכבר שולם בסך 10,000 ש"ח ואת הסכום ששולם על ידו עבור הקלף, דהיינו 14,570 ש"ח, סה"כ 24,570 ש"ח.

הנתבע טען שמלכתחילה הודיע לתובע כי הוא מתחייב לסיים את כתיבת הספר תוך שנה וחצי, ושיעשה השתדלות לסיימו תוך שנה. לטענתו הוא אכן סיים לכתוב את הספר לפני חדש אב תשס"ג, דהיינו בפרק הזמן שנקבע מראש, לטענתו.

לדבריו, גם בזמן שהתובע כבר קנה ספר אחר, הוא אמר לו להמשיך לכתוב, ושיעשה מאמץ למכור אותו לאדם אחר.

לדברי הנתבע, התובע בקש ממנו למכור את הספר ולכן מכר אותו. לשאלת בית הדין מדוע מכרו במחיר מוזל, ענה הנתבע: "הוא אמר, אם יש לי מי שהוא שאמכור, ולא נקב סכום. לשיטתי הוא ביטל את העסקה ולכן הפסיד מכל

### המקרה בקצרה

בפני בית הדין תביעה שהוגשה על ידי התובע הרב פלוני כנגד הנתבע הרב אלמוני הצדדים חתמו על שטר בוררות כמקובל, והתקיים דיון בו השמיעו את טענותיהם.

התובע ראש ישיבה, והנתבע סופר סת"ם. הורי התובע בקשו להכניס ספר תורה לישיבה עבורם. התובע טוען כי בחדש שבט תשס"ב עשה עסקה עם הנתבע בה סוכם כי הנתבע יכתוב עבורו ספר תורה, והכתיבה תסתיים עד לחג הפסח תשס"ג. לדבריו סוכם כי יקבל את שכרו לאחר השלמת כתיבת ספר התורה. לטענתו סוכם שהנתבע יקבל עבור כתיבת הספר סך 20,000 דולר, שהם שכר עבור הכתיבה בלבד. התובע קנה בנפרד את הקלף, וכן היה אמור לשלם בנפרד עבור הגהת הספר.

למרות שמלכתחילה סוכם על תשלום השכר רק בסוף העבודה, התובע נענה לבקשת הנתבע ושלם לו 10,000 ש"ח באמצע התקופה.

לטענת התובע, בסמוך לחג הפסח תשס"ג, התקשר לנתבע לברר האם סיים עבודתו, ולדבריו הלה השיב כי סיים רק שניים או שלש יריעות בלבד, והתובע בקש לקבל את הספר עד ל"ג בעומר או עד חג השבועות לכל המאוחר, וזאת מפני שרצה לערוך הכנסת ס"ת בחג השבועות.

בל"ג בעומר התובע התקשר לנתבע, וכשהתברר לו שהלה כתב רק עד ספר ויקרא, ונוכח שאינו עומד בלוח הזמנים שסוכם עם הנתבע, הודיע לו שהוא קונה ספר אחר מן

"אם התנאי אינו דבר עיקר כל כך, ואירע אונס שלא יוכל לקיימו באותו הזמן, ודאי לא בטיל המעשה בשביל זה ... משום הכי נמי באיש ואשה שעשו שבועה לישא זה את זה, והגבילו זמן לנישואין באותה שבועה, ואירע אונס באותו זמן שלא יכול אחד מהם לעשות הנישואין, ודאי לא בטלה עיקר השבועה לישא זה את זה, כיון שאין עיקר הזיווג תלוי בזמן ההוא".

לפי דרכו של הט"ז יש לומר בנידון דידן, שהזמן אינו מרכיב מהותי בעסקה. עיקר כוונת התובע לרכוש ספר תורה עבור הוריו, המבקשים שיכתב עבורם ספר תורה, מפני המצוה הגדולה שבדבר זה. מצוה זו נשארת במעמדה, גם אם יחול עיכוב במסירת הספר. פשיטא שעיקוב נישואין גרע טפי, ואפ"ה בעיכוב נישואין, אין מרכיב הזמן גורר ביטול העסקה, ובלבד שהעיכוב לא נעשה במכוון אלא מחמת אילון, "אונס" בלשון הט"ז.

ועיי"ש בש"ך בנקודות הכסף, שסבר שבדברי הט"ז נאמרו גם במקרה בו נעשה תנאי מפורש, ולכן הש"ך חלק על דברי הט"ז. אך מסתבר, כפי שהש"ך בעצמו כותב בסוף דבריו - "ואפשר דגם בעל הטורי זהב מייירי בענין כזה שלא נתפרש מתחילה שעושה כן על תנאי זה". אמנם הש"ך סיים שפשוט דברי הט"ז משמע דמייירי אף בתנאי מפורש, אך עיין בחזו"א חלק חו"מ, ליקוטים, סוף סי' טז, שנראה שמסכים שהט"ז איירי בלא התנו בפירושו. אך מסתימת האחרונים שנקטו דברי הש"ך והט"ז כמחלוקת, עיין פת"ש חו"מ סי' רז סק"ב ובבית שלמה שיובא להלן, נראה שהבינו בדברי הט"ז דאיירי אף בתנאי מפורש.

אמנם אליבא דשיטת הש"ך חו"מ סי' כא סק"ג, גם במקום אונס בטלה העסקה "אם פירש מתחילה התנאי כן בשעת המעשה שעל מנת כן הוא עושה כן". אך אם לא פירשו להדיא לתלות קיום העסקא בזמן, והזמן אינו מרכיב עיקרי בעסקא, הן לדברי הש"ך והן לדברי הט"ז, אין מקום לבטלה עקב עיכוב, כל עוד הזמן אינו מרכיב עיקרי בעצם העסקא. וכן בשו"ת בית שלמה חו"מ סי' צה כתב, וז"ל:

"גם הש"ך מודה דאם עשו תחילה המקח בסתם, ואח"כ עשו תנאים ביניהם, ואירע אח"כ אונס למוכר שאינו יכול לקיים כפי התנאי, אין המקח מתבטל בכך. ומכ"ש בנ"ד שנראה שהזמן הקצוב ביניהם לא נעשה בדרך תנאי גמור, דפשיטא דאף הש"ך מודה להט"ז דבכל ענין, אף אם נאנס המוכר ולא יכול להעמיד הסחורה ליום המוגבל, דאם לא היה הזמן עיקר שהכל תלוי בו, לא נתבטל המקח בשביל זה, כמו שהביא הט"ז ראייה מהאי דסי' ק"צ דעייל ונפיק אזווי, והש"ך בנקודות הכסף דחה ראייתו משום דהתם לא פירש שמכר על תנאי זה, משא"כ הכא שמפרש כן ע"ש, אבל אם לא פירש, גם הש"ך מודה. דהא גם בהך דעייל ונפיק אזווי, אף שקצב זמן לפירעון בשעת המכירה, כל שלא ידעינן בירור דלא זבין אלא משום דצריך לדמי, לא נתבטל המקח, אף שלא נתן המעות לזמנו, ואין יכול המוכר לבטל המכירה. ה"ה להיפוך, דאם לא נתן המוכר ללוקח המקח

העניין". לדבריו, מחירו הריאלי של הספר 26,000 דולר, אך מכיוון שהיה לחוץ מכר את הספר בעשרים אלף דולר (סכום זה כולל את כל הספר, כולל הגדה ונרתיק ששולמו על ידי הנתבע).

נחלקו הצדדים בטענותיהם האם סך 20,000 דולר שסוכם היה עבור כתיבה מלאה, כטענת התובע, או עבור כתיבה בלא תיוג, מאחר ואת התיוג סוכם לתת לאדם אחר ושכרו עומד על סך 800 דולר.

סיכומו של דבר. מוסכם כי הנתבע התחייב לעבודה קבלנית של כתיבת ספר תורה. נחלקו בטענותיהם, האם פרק הזמן לסיום העבודה היה שנה וחודשיים עד לפסח תשס"ג או שנה וחצי. לטענת התובע, המועד לסיום העבודה היה פסח תשס"ג, והנתבע לא עמד בהתחייבותו. לעומת זאת הנתבע טוען שההתחייבות היתה לסיים את העבודה תוך שנה וחצי, וכי הוא עמד בהתחייבות זו.

יצוין כי העסקה בין הצדדים סוכמה בעל פה ולא נכתב דבר, על כן התעוררו חילוקי טענות ביחס לתנאי העסקה. אין חולק שהספר נמכר במחיר מוזל, וכי בעת העסקה התובע לא ידע על כך דבר. התובע טוען שאמנם בקש מהנתבע שימכור את הספר, אך ללא ספק שלא היה מסכים למכור במחיר מוזל כפי שנמכר. הנתבע הודיע כי מצא לנכון לעשות כך, ולא חש להפסדו של התובע, מפני שלטענתו הלך אשם בכל העניין, בכך שסרב לשלם לו בסוף העבודה, ורצה למצוא מקום לגבות את שכרו.

#### האם העיכוב בביצוע העבודה גורר ביטול העסקה

יש לדון, אליבא דטענת התובע שהנתבע לא עמד בלוח הזמנים שסוכם מראש, האם עיכוב השלמת כתיבת ספר התורה בשלשה וחצי חדשים בקירוב, גורר אחריו ביטול העסקה.

מעיון בדברי הפוסקים עולה שאם שני הצדדים התנו בפירוש שיש לבצע את העסקה בפרק זמן מוגדר מראש, ושעיכוב בביצוע העסקה יביא לביטולה, הרי שהעסקה מבוטלת אם אמנם אירע עיכוב בביצוע. אך אם הדברים לא נאמרו בפירוש, שביצוע העסקה בזמן הקבוע מראש, הוא תנאי לקיום העסקה, אין לבטל את העסקה עקב העיכוב, אלא אם יתברר שקיימת אומדנא דמוכח, שאכן היתה כוונה לתלות את קיום העסקה, בעמידה בזמן שנקבע.

דוגמא למקרה בו קיימת אומדנא דמוכח לביטול עסקה עקב אי עמידה בלוח הזמנים, מצינו בט"ז יו"ד סי' רלו ס"ק יג:

"כגון מי שעושה מקח עם חבירו שיעמיד לו סחורה פלונית ליריד, שאז זמן מכירתה ולא בתר הכי, וארעו אונס להמקבל שלא יוכל להעמידה לאותו זמן, אלא לאחר זמן, פשיטא שפטור אחר כך מלקבלה ... זה העושה מקח גם כן לא התקשר אלא אם יבוא לאותו זמן, כיון שהזמן גורם זה, והוא עיקר בו". לעומת זאת, כדוגמא למקרה בו העיכוב אינו גורר ביטול העסקה, כתב הט"ז:

התרה הלוקח במוכר בזמן האונס, שאינו מוחל על הזמן ומבטל המקח, בכך התבררה האומדנא שלא התרצה להמתין בעל כרחו פרק זמן נוסף, והמקח בטל. אבל בלאו הכי, בלא שנכתב תנאי מפורש, לא ניתן לבטל את המקח מפני העיכוב. מאחר שאין אומדנא דמוכח לדון כאילו התנו להדיא לבטל את המקח מפני העיכוב.

דברי החזו"א מיוסדים על דברי הט"ז הנוכרים, וכן על דברי הש"ך י"ד סי' רלו בנקודות הכסף שם, וחז"מ סי' כא סק"ג, בהנחה שאין מחלוקת אלא גם הט"ז איירי בלא התנו להדיא, וכמ"ש לעיל בדעת החזו"א. ובזה חידש החזו"א שקיימת אומדנא דמוכח לקיומו של תנאי "אם התרה הלוקח במוכר בזמן האונס, שאינו מוחל על הזמן ומבטל המקח". אבל בלא"ה, מאחר ועשו עסקה בלא תנאי מפורש, אף שסיכמו פרטי לוח הזמנים וכיוצ"ב, אין הכרח שקביעת לוח זמנים יחשב לתנאי מהותי לעצם קיום העסקה. וזאת בהעדר אומדנא דמוכח לקיומו של תנאי.

בדברי החזו"א התחדשה הלכה שלא הוזכרה באחרונים שדנו בדברי הט"ז והש"ך והיא, שאם שהלוקח התרה במוכר בזמן האונס, שאינו מוחל על הזמן ומבטל את המקח, בכך מתבררת למפרע האומדנא דמוכח לקיומו של התנאי, והעסקה בטלה אם הצד השני לא עמד בחלקו העסקה. ואף אם העיכוב נבע מחמת אונס.

במקרה שלפנינו, התובע טען שאכן לא הודיע בפירוש לנתבע שהוא מבטל את העסקה, על כן גם לפי דרכו של החזו"א, בהעדר תנאי מפורש, אין מקום לטעון לאומדנא דמוכח.

בהתאם למבואר, אין צורך להכנס לבירור מי מהצדדים דובר אמת בשאלת פרק הזמן שנקבע להשלמת כתיבת ספר התורה, וגם אליבא דטענת התובע, אין לדון כאן דין ביטול מקח. על כן בנסיבות אלו, היה מוטל על התובע לשלם לנתבע את מלוא שכרו עם סיום עבודתו, ולא היתה הצדקה להלנת השכר.

גם אילו העסקה היתה מבוטלת, כטענת התובע, עכ"פ מאחר והקלף היה שייך לתובע, הרי שדינו של הנתבע ביחס לכתיבת הספר לא גרע מדינו של יורד לשדה חברו ברשות. שהרי גם לאחר שהתובע קנה ספר חדש אמר לו שימשיך בכתיבתו, והיה דינו ליטול כאריס, דהיינו כשכר המקובל לכתיבת ספר תורה, וכפי הנראה היה מעט פחות מהשכר שנקבע במקרה הנוכחי ביניהם.

אין מקום לקבל את טענת הנתבע שיש להטיל על התובע את הנוזקים שנגרמו עקב ביטול העסקה. למרות שהעסקה בוטלה ע"י התובע שלא כדין, היה מוטל על הנתבע לפנות לבית הדין ולתבוע את הצד השני. ולא לעשות דין לעצמו ולמכור ספר שאינו שלו במחיר הפסד.

אמנם ביחס לשאלה אם התובע עבר על איסור "בל תלין" הדבר שנוי במחלוקת ראשונים והפוסקים. דהנה בשו"ע חז"מ סי' שלט סעיף ו' פסק:

לזמן המוגבל, דאין יכול הלוקח לבטל המקח בשביל זה, אם לא היה הזמן עיקר שהכל תלוי בו, כמו בענין שכתב הט"ז שיעמיד לו סחורה על יריד פלוני שאז זמן מכירתה ולא בתר הכי".

ובשו"ת בית אפרים חלק חז"מ סי' נו (הובא בקצרה בפת"ש סי' רו סק"ב) כתב בגדר החילוק בין מקרה בו הזמן הוא עיקר או לא, כדלהלן:

"ולענ"ד נראה שהחילוק הוא היכא שהתחייב איזה דבר נגד חברו, כגון פירעון או הזמנה לנישואין, שבאמת עיקר הצורך לחבירו הוא הפירעון או הנישואין, אלא שהוסיף לה גבול איזה זמן ג"כ לזה. אז אמרינן דשבטלה השבועה על הזמן לא בטלה השבועה על גוף הענין, וכמ"ש הט"ז שם סי' רל"ו. משא"כ היכא שנשבע על דבר לעצמו, כגון שנשבע להתענות ביום פלוני, אז שפיר אמרינן שהכוונה על היום ... החילוק לפי הענין, שאם הענין שנשבע לעשותו, עשיה זו נמשכת גם אחר הזמן, כגון בפירעון חוב, שעל ידי פריעה זו נפטר מזמן ההוא והלאה לדורותיו, או הזמנה לנישואין שעל ידי הזמנה זו שייך לומר שפטור להבא מן עשיה זו, ואם אינו עושה עדיין יש עליו חיוב זה להבא. משא"כ בנשבע לעשות דבר שאין הדבר עושה רושם רק ביום ההוא לבד, כגון בנדר להתענות יום זה, שאין ענין העשיה נמשכת לימים שאחרי כלל, רק ליום זה לבד".

לפי זה, בנידון דידן, גם אם נקבל את טענת התובע במלואה, ואכן הנתבע לא סיים את כתיבת הספר בזמן שנקבע מראש. אילו הצדדים היו מסכמים מראש בתנאי מפורש שאם הסופר אינו מסיים את כתיבת הספר במועד, העסקה תבטל ולא יהא זכאי לשכרו, היה מקום לבטל את העסקה עקב אי עמידה בזמן שנקבע. אך מאחר ולא נטענה טענה שנעשה תנאי מפורש כנ"ל, הרי שברור שקביעת הזמן אינו דבר עיקרי בעסקה. הדבר העיקרי בעסקה הוא עצם כתיבת הספר והכנסתו לבית המדרש. מאחר והנתבע עשה מאמץ לסיימו ועקב אילוצים אחרים שהיו מנת חלקו ולא הצליח לעמוד במועד המוסכם, אין העסקה מבוטלת, והתובע מחויב בתשלום מלוא שכרו כפי שנקבע מראש.

החזו"א (חלק חז"מ, ליקוטים, סוף סי' טז) נקט שאף אם לא התנו להדיא אלא שמתוך העניין נראה שכך היתה כוונתם, נידון כתנאי מפורש. וז"ל החזו"א:

"בזמן הכתוב בחוזה לקיום המקח ולא נכתב בלשון תנאי, אלא פרטי הפסיקה. ונאנס המוכר ולא כתב לו בטאבו בזמן הפסיקה. אם התרה הלוקח במוכר בזמן האונס שאינו מוחל על הזמן ומבטל המקח, המקח בטל, דאע"ג דלא נכתב בלשון תנאי חשיב אומדנא דמוכח שלא נתרצה הלוקח להמתין על כרחו. אבל אם כבר עבר האונס ושתק, וכשהלוקח בא לבטל המקח המוכר מוכן לכתוב לו בטאבו, כל שלא נכתב בלשון תנאי אין כאן תנאי, ואין זה אומדנא דמוכח שהוא תנאי, דהרבה אינן מקפידין בכך".

הרי מבואר בדברי החזו"א, שגם אם לא נכתב תנאי מפורש שהמקח מותנה בהשלמת הרישום בטאבו ביום מסויים, "אם

אמנם במקרה זה, התובע לא אמר בפירוש בכמה למכור את הספר, אך בודאי היתה כוונתו למחיר הקרוב למחיר האמיתי.

והכתב בספר נתיבות המשפט סי' קפה סק"ב על דברי השו"ע הנזכרים:

"משלם החמשים. קשה, דהיה לו לומר שוייה, דלא יהא אלא מזיק גמור דאינו משלם רק שויה. ודוחק לומר דמיירי שויה מאה, והוא באופן שאי אפשר להחזיר המקח מצד האונאה. ולכן נראה דהטעם הוא, כיון דכל המשנה מדעת בעה"ב נקרא גזלן [ב"מ ע"ח ע"ב], לכך אמרינן מסתמא היתה כונת השליח לתקן העיוות בכדי שלא יקרא מזיק וגזלן, מה שאין כן בגזלן ומזיק גמור דודאי כיון להזיק ולגזול, אינו משלם רק כשעת הזיקו וכשעת הגזילה ... וכשלא יתקן העיוות ממילא הוא כגזלן במה ששינה מדעתו של בעל הבית, לכן תלינן שבודאי היתה דעתו לתקן העיוות כנ"ל".

על כן מסתמא הנתבע לא רצה להחשב כגזלן על כן עליו לשאת בהפרש המחיר שהוזיל את הספר לקונה.

ביחס לחילוקי הטענות בשאלה האם שכרו של הנתבע נקבע עבור כתיבה כוללת תיוג או בלא תיוג. נראה שדינים כנחלקים בקציעה, וזוהו אין אומרים בעה"ב טרוד בפועליו, אלא קציעה מדכר דכיר, וכן בשו"ע סי' פט סעיף ט' פסק:

"בעה"ב אומר שתים קצצתי לך והשכיר אומר לא קצצתי לי אלא שלש, לא תקנו חכמים שישבע השכיר כאן אלא המוציא מחבירו עליו הראיה".

והכתב בשו"ת הרשב"א ח"א סי' תתפא מי שנתן לחבירו עסק או קרקע לתת לו בכל שנה ושנה בשכר טירחא מאה דינרין, והמקבל לקח מאתים ואומר מאתים קצצתי לי והוא אומר מאה, אחר שאין עדים לא לזה ולא לזה כל שהכסף בידו ידו על העליונה, ושכיר הוא שתפס נאמן ונשבע היסת ונפטר.

על כן בשאלת התיוג הנתבע דינו של הנתבע להשבע ולהפטר, אך בית הדין נוהג שלא להשביע, אלא לפשר במקום השבועה. ונציין כי טענת התובע מתקבלת כטענה אמיינה יותר מטענת הנתבע, על כן כדי להיפטר משבועה הנתבע יחויב בתורת פשרה במחצית שכר התיוג שעלה 800 דולר.

**סיכומו של דבר**, התובע חייב להשלים לנתבע את מלוא שכרו כפי שסוכם ביניהם, ובכך יצא ידי חובתו בתשלום שכרו. וכן עליו לשלם עבור שאר ההוצאות שהוציא הנתבע עבור ספר התורה. פרט לשכר התיוג שיחויב רק במחציתו כאמור לעיל.

מאחר והנתבע השקיע בספר התורה 11,000 ש"ח (שמתוכם 800 דולר עבור תיוג) עבור כל ההוצאות הנלוות, ומאידך קיבל מראש ע"ח שכרו מהתובע סכום של 10,000 ש"ח, לפיכך זכאי הוא לקבל בנוסף לשכר עבודתו סך 1000 ש"ח. ואולם מאחר ועבור התיוג זכאי הוא לקבל רק 50% כאמור לעיל, יש לחייבו בסכום של 400 דולר, שהם מחצית משכר התיוג.

כאמור הנתבע זכאי לשכר של 20 אלף דולר ועליו למסור

"נתן טליתו לאומן לתקנה בקבלנות, וגמרה, כל זמן שהטלית ביד האומן אינו עובר. נתנו לו אפילו בחצי היום כיון ששקעה עליו חמה עובר משום כל תלין, שקבלנות היא כשכירות לפורעו בזמנו".

ובכה"ג שהאומן סיים מלאכתו ובקש לקבל שכרו, אך עדיין לא השיבו לבעה"ב, כתב השטמ"ק ב"מ דף קיב בשם רבינו יהונתן, דכל עוד החפץ ביד האומן הוי כמשכון בידו, ובעה"ב אינו עובר בבל תלין. וכן סתם במשנה ברורה בביאור הלכה סי' רמ"ב, שכתב:

"דוקא אם כבר הביא הפעולה לבית בעה"ב וקבל ממנו דאל"ה יש לבעה"ב עצה אחרת שלא לקבל ממנו ואז אינו עובר אפילו אם אמר לו הפועל בא וטול החפץ ממני ואיני רוצה לעכבו תחת השכירות, וכמו שכתוב בשטה מקובצת בב"מ דף קי"ב בשם הר"ר יהונתן ע"ש".

וכן פסק בספר קיצור שו"ע סי' קפה סעיף ג:

"אבל כל זמן שהטלית ביד האומן אף על פי שנגמרה וכלתה מלאכתו, אין הבעל הבית עובר אפילו היא אצל האומן כמה ימים, ואפילו הודיעו שיביא לו מעות ויטול את שלו מכל מקום אינו עובר".

אך במאירי במסכת ב"ק (שם) כתב להדיא שאם השכיר תובע שכירותו ואינו מחזיר הטלית מפני שמתירא שלא ישלם לו, הבעה"ב עובר על כל תלין למרות שעדיין החפץ ביד האומן. וכן פסק בספר ערוך השלחן חו"מ סי' שלט ס"ח ובספר דברי משפט סי' שלט.

יש לציין עוד, שאם השכיר אינו תובע את שכרו כאשר סיים את העבודה - אין בעה"ב עובר בבל תלין (שו"ע חו"מ סי' של"ט ס"י).

### דינו של הנתבע ביחס לספר התורה

כל עוד התובע לא שילם לנתבע את שכרו, היה הנתבע רשאי להשאיר את ספר התורה ברשותו, והטעם - "דתפיס ליה אאגריה" כמבואר במסכת בבא מציעא דף פז. אך לא היה רשאי לעשות דין לעצמו ולמכרו בפחות מערכו, עיין במסכת כתובות דף צח. "דאמרי לה מאן שם לך", ולפירוש ריב"ם והריטב"א היינו מפני שיש חשש לטעות בשומא. וע"ע בשו"ע חו"מ סי' קג ס"ח.

התובע בקש מהנתבע שיעשה מאמץ למכור את ספר התורה, על כן מכירת הספר נעשתה ברשות התובע, שהוא בעל הספר. אך הנתבע לא היה רשאי למכור את הספר במחיר מוזל. בנסיבות אלו נראה שהנתבע מחוייב לשלם לתובע את ההפרש בין המחיר האמיתי של הספר למחיר בו הספר נמכר.

בשו"ע חו"מ סי' קפה סעיף א' פסק:

"הסרסור, שליח הוא, אלא שנוטל שכר שליחותו. לפיכך אם שינה דעת הבעלים, משלם מה שהפסיד. כיצד, ראובן שנתן חפץ לשמעון הסרסור ואמר ליה מכור לי זה ואל תמכור בפחות ממאה, והלך ומכרו בחמשים, משלם החמשים מביתו".



העסקה יש לחייבו אף בסכום גבוה יותר, מכיוון ששכר עבודתו צריך להיות נמוך יותר כאמור לעיל. מאחר והתובע לא תבע סכום כה גדול, לפיכך יחויב הנתבע לשלם לפי סכום התביעה בלבד דהיינו 24,470 ש"ח. הנתבע ישלם סכום זה תוך 30 יום.

לידי התובע את מחיר הספר הריאלי שהוסכם ע"י שני הצדדים שהוא 26,000 דולר. ההפרש בין שני סכומים אלו הוא 6,000 דולר לחובת הנתבע. לסיכום: במקרה של אי ביטול העסקה יחויב הנתבע בתשלום 6,400 דולר פחות 1,000 שקל, ובמקרה של ביטול

## סימן כה

### הקדש הרב יעקב חי זריהן זצ"ל

הרלוונטיים לפסק דין זה הם: שטר הצוואה של הרב יעקב חי זריהן זצ"ל ויפוי-כוח שנחתם בטרם הוסדרה הצוואה. הרב יעקב חי זריהן זצ"ל נלב"ע ביום כ"א אב תשי"ג, וכשנתיים וחצי קודם לכן, ביום ג' שבט תשי"א, חתם על שטר צוואה. צוואה זו אושרה וקיבלה תוקף חוקי בפסק דין שניתן בבית הדין האזורי בצפת ביום כ' חשון תשי"ד (29.10.53).

בראש הצוואה נכתב:

"היות ואין אדם יודע את עתו, אמרתי לכתוב את רצוני האחרון בתור צוואה שהאפוטרופסים שלי יוציאו לפועל אחרי אריכות ימי ושנותי."

בסעיף ג' לצוואה נכתב:

"היות והבית שבנתי בקרית שמואל עם המגרש השייך אליו מכרתי במכירה גמורה ומוחלטת להרב אשר זאב וורנר שליט"א ראב"ד עיה"ק טבריה ונתתי כבר יפוי כח בלתי חוזר להעביר לו כל הרכוש הנ"ל, והיות והרב הנ"ל החליט למסור הרכוש הנ"ל לבית מדרש וישיבת אהל יעקב ולא להנצח את שמי ושם אשתי לאה תחי', אני מצוה למסור למטרת בית המדרש הנ"ל כל הספרים שלי ושני ספרי התורה שיש לי אחת בקרית שמואל ואחת בבית הכנסת בעיר העתיקה להיות מוקדש לתורה ולתפלה בבית מדרש וישיבה הנ"ל."

בסעיף ה' לצוואה נכתב:

"כל הנשאר אחרי אריכות ימים של אשתי עובר הכל לידי האפוטרופסים שלי וימכרו מה שצריכים למכור והכסף עם יתר הכספים שישארו יהיה בידם לעשות בזה כפי שיקבע הרב אשר זאב וורנר כי מסרתי לו בע"פ מה לעשות בזה והוא נאמן אצלי. באחרונה אני מודיע כי האפוטרופסים שלי הם הרב אשר זאב וורנר והרב מאיר ועקנין וחכם יוסף שטרית כולם מטבריא ואם יתפטר מי שהוא מהם, אז הנשאר יש לו זכות לבחור באחר במקום המתפטר, או להמשיך לבדו בעבודה הנ"ל, ואני פוטר אותם מלתת אחריות, כי הם נאמנים אצלי בהחלט."

שלושה ימים קודם לחתימת הצוואה הנוכרת, ביום כ"ט טבת תשי"א (7.1.51), חתם הרב יעקב חי זריהן זצ"ל בפני נוטריון על יפוי-כוח בלתי חוזר להגאון הרב אשר זאב וורנר זצ"ל, ובו נכתב:

"הואיל ואני הח"מ יעקב בן חי חביבי זריהן מטבריה הנני הבעל הרשום על חלקת אדמה מירי בשכונת קרית שמואל

ביה"ד טבריה תיק 886373/1

הנידון שבפנינו מתייחס לנכס שהיה בזמנו ביתו של הגאון הרב יעקב חי זריהן זצ"ל, אב"ד טבריה ורב לעדת הספרדים בטבריה. הנכס מצוי ברח' אהל יעקב בטבריה, ורשום בלשכת רישום המקרקעין בגוש 15002 חלקה 28, להלן "הנכס".

כמה שנים לאחר פטירת הגרי"ח זריהן זצ"ל הוקם בנכס בית הכנסת "אהל יעקב ולא"ה" על שם הרב והרבנית נ"ע, אך עד היום טרם הוסדר רישום הנכס בטאבו. בית הדין בהחלטתו מיום א' אב תשמ"ו (6.8.86), מינה את ר' עמנואל שטרית כאפוטרופוס על הקדש הרב זריהן זצ"ל.

הדין בתיק שבפנינו החל בבקשה שהגיש ר' עמנואל שטרית לאפשר לו לייפות את כוחם של ארבעה בני משפחה, להלן "המבקשים", לפעול כבאי-כוחו בכל הקשור לאפוטרופוסות על הנכס. התקיימו שלושה דיונים. לאחר הדיון הראשון הוחלט כי הרב שמחה בונם וורנר הוא בעל דין בנדון, והתבקש להשיב לבקשה בשם יורשי אביו המנוח, הגאון הרב אשר זאב וורנר זצ"ל.

הרב שמחה בונם וורנר ביקש לקבוע את זכותם של יורשי אביו המנוח בנכס, וביקש לשלול את זכותו של ר' עמנואל שטרית בנכס זה. לטענתו, אין להכריז כי הנכס הוא הקדש, ואין ליתן צו לרישומו ככזה - שלא כפי שנקבע בהחלטת בית הדין הגדול ביום כ"ב חשון תשע"ג (07/11/2012), החלטה שעוכב תוקפה. כמו כן, הרב שמחה בונם וורנר ביקש לבטל את ההחלטה הנוכרת מיום א' אב תשמ"ו (6.8.86).

עוד יצוין כי לאחרונה ר' עמנואל שטרית העבירו לבית הדין חומר הכולל עותק מכמה מסמכים, ובהחלטת בית הדין מיום כ"ד אב תשע"ד (20/08/2014) הרב שמחה בונם וורנר התבקש להגיב על החומר הנ"ל, וכעת בפני בית הדין תגובתו המפורטת, ועותק ממנה יועבר לעיון המבקשים.

לאחר עיון בתגובה ובחומר שבפנינו הוחלט כי אין הכרח לזמן דיון נוסף לשמיעת הטענות הנוספות שעלו בתגובה, אלא יינתן פסק דין על יסוד הדיונים שכבר התקיימו והחומר שבפנינו.

#### הצוואה ויפוי-הכוח שהוצגו בפני בית הדין

הוצגו בפנינו כמה מסמכים. שניים מהמסמכים העיקריים

על ההקדש הנ"ל, אנו נענים למבוקשו, וממנים בזה במקומו את בנו ר' עמנואל שטרית שיהיה מעתה האפוטרופוס במקום אביו, על ביתו ורכושו של הקדש הרב זריהן זצ"ל.  
על החתום הדיינים: הגאון הרב אברהם דוב אורבך שליט"א, הגאון הרב ציון בוארון שליט"א והגאון הרב שלמה עמאר שליט"א.

יודגש, בהחלטה השנייה, הנזכרת ציין בית הדין את מעמדו של הגאון רבי אשר זאב וורנר זצ"ל כאפוטרופוס בלבד, ולא ניתן לו מעמד אחר בנכס, לבד ממעמד של אפוטרופוס.

כאמור, בשתי ההחלטות האחרונות, משנת תשכ"ד ומשנת תשמ"ו, קבע בית הדין שהנכס במעמד של הקדש, ובשל כך החליט למנות אפוטרופסים לניהול ההקדש.

בהתאם לכך ולאחר שבזמנו ניתנו ההחלטות הנ"ל בלא שהתעורר ספק בהיבט העובדתי או ההלכתי ביחס למעמדו של הנכס כהקדש, על כן גם כעת עלינו לקבל את הקבוע בהחלטות אלו ככתבן וכלשונן. אין לקבל טענה בעלמא על טעות שנפלה בהחלטות בית הדין, כמ"ש הרמב"ם בהלכות עדות פ"ו ה"ה:

"ולעולם אין בית דין בודקין אחר בית דין אחר, אלא מחזיקין אותן שהן בקיאים ולא יטעו".

וע"ע בתשב"ץ ח"א סי' א' (ד"ה ואחר שהוכחתי, מהדורת מכון ירושלים עמ' ל'). יתירה מזו, גם כעת לאחר שבית הדין עיין בכל החומר שבפנינו ולאחר שמיעת טענות הצדדים, בהתאם למבואר להלן, אין יסוד לטענה שנפלה טעות בהחלטות בית הדין משנת תשכ"ד שקבעה שהנכס במעמד של הקדש, וכן בהחלטה משנת תשמ"ו שהתבססה על קודמתה.

## דיון

אין חולק כי הנכס היה רכושו של הרב יעקב חי זריהן זצ"ל, ופרק זמן מסוים לאחר שנלב"ע, המקום הפך להיות בית כנסת "אהל יעקב ולא"ה המנציח את הרב והרבנית, וזאת בהתאם לצוואתו. גם אין חולק כי צוואה זו אושרה וקוימה בבית הדין בהסכמת כל הנוגעים בדבר.

אמנם אפשר לקבוע כי ניסוח הצוואה ויפוי-הכוח ייחשב כקניין אודיתא שהיה בכוחו להקנות את הנכס לרב אשר זאב וורנר זצ"ל, אך למרות זאת, הן הרב יעקב חי זריהן זצ"ל והן הרב אשר זאב וורנר זצ"ל, שניהם כאחד הסכימו שהנכס נמסר ונועד למטרה ברורה ומוגדרת - בית כנסת ובית מדרש. הדברים מפורשים בסעיף ג' לצוואה, שבה נכתב: "הרב הנ"ל החליט למסור הרכוש הנ"ל לבית מדרש וישיבת אהל יעקב ולא"ה לנצח את שמי ושם אשתי לא"ה תחי". ההחלטה למסור את הרכוש לבית מדרש וישיבת אהל יעקב ולא"ה כנוצר בצוואה אכן התממשה והתקיימה הלכה למעשה. וכן גם בדיונים שהתקיימו צוין כי הרב אשר זאב וורנר זצ"ל אכן הסכים שהמקום ישמש כבית כנסת, ובוה אין מחלוקת בין הצדדים. נסיבות אלו מוכיחות כי לא היה זה

בטבריה והידועה בתור חלקה מספר 56 [...] הואיל והסכמתי מרצוני הטוב ובנפש חפיצה למכור את החלקה הנ"ל וכל מה שנמצא עליה וקשור אליה להרב אשר זאב וורנר בסכום שהוסכם ביננו, והואיל ואת התמורה קבלתי עד סוף פרוטה אחרונה, לפיכך אני הח"מ ממנה בזאת את ה"ה חכם מאיר וועקנין והחכם יוסף שטרית, שניהם ביחד או כל אחד מהם לחוד להופיע בשמי במשרדי ספרי האחוזה... לעשות את כל הפעולות הדרושות לשם העברת חלקת האדמה הנ"ל ומה שנמצא עליה וכל הזכויות הקשורות אליה לשם הקונה הרב אשר זאב וורנר [...] אני מצהיר כי מסרתי לרשותו ולהחזקתו המוחלטת של הרב אשר זאב וורנר הוא או מי שיבוא במקומו את חלקת האדמה הנ"ל [...] כל מה שנזכר ביפוי כח זה חל עלי ועל יורשי אחרי".

יפוי-הכוח קיבל אישור נוטריוני כחוק.

שני מסמכים אלו עומדים ביסוד טענות הצדדים. על סמך יפוי-הכוח והצוואה ביקש הרב שמחה בונם וורנר לקבוע את זכותם של יורשי אביו הגאון רבי אשר זאב וורנר זצ"ל בנכס.

## שלש החלטות קודמות של בית הדין

בפני בית הדין שלוש החלטות של בית הדין בעניין הנכס הנזכר:

א. צוואתו של הרב יעקב חי זריהן זצ"ל אושרה וקיבלה תוקף חוקי בפסק דין שניתן בבית הדין האזורי בצפת ביום כ' חשוון תשי"ד (29.10.53). בפסק דין זה נכתב כדלהלן:

"אנו החתומים מטה בית הדין דפה צפת מאשרים בזה ששטר צוואה זה של המנוח הרב יעקב חי זריהן ז"ל שנפטר בטבריה בכ"ב אב תשי"ג (3.8.53) נחתם על ידי הרב המצווה המנוח הנ"ל מרצונו הטוב והגמור. והיות והרב המנוח הנ"ל לא חזר משטר צוואה זה ולא הוסיף כל שנויים, אי לכך שטר צוואה זה הנזכר לעיל הוא סופי ומוחלט ויש לכלל האמור בו תוקף חוקי".  
ב. החלטת בית הדין מיום כ"ט תשרי תשכ"ד בתיק תשכד/32 הנושאת את הכותרת "צו למינוי מנהל הקדש". בצו נכתב:

"היות ובצוואתו של המנוח הרה"ג הגרי"ח זריהן זצ"ל, מינה אפוטרופסים על ביתו ורכושו, ומכיון שאחד האפוטרופסים ה"ה הגרא"ז וורנר זצ"ל נלב"ע, ובהתאם לסעיף ק' מהצוואה הנזכרת מינו האפוטרופסים את מר ציון בהלול נ"י במקומו של הרב האפוטרופוס המנוח הנ"ל. לזה החליט בית הדין בישיבתו מיום הנ"ל לאשר את המינוי הזה."

והחתומים על צו זה הם הדיינים נ"ע: הגאון הרב רפאל קוק זצ"ל, הגאון הרב משה הכהן זצ"ל והגאון הרב שמואל שפירא זצ"ל.

ג. בהמשך להחלטה זו, ביום א' אב תשמ"ו (6.8.86), ניתנה החלטה נוספת של בית הדין ובה נכתב:

"בתאריך כ"ט תשרי תשכ"ד ניתן על ידינו צו למינוי מנהל הקדש על רכושו של הרב זריהן זצ"ל (תיק מס' תשכד/32). לבקשתו של הרב יוסף מ' שטרית להשתחרר מן האפוטרופוסות

והתפרסם בספר עטרת דבורה ח"ב חו"מ סי' נו, ובו הארכנו להוכיח ממקורות רבים שבית הכנסת של כפרים הוא רכוש בני העיר השותפים בנכס זה, וכבר אינו רכוש המקדיש את בית הכנסת.

לכן גם אם בתחילה הנכס היה בבעלות פרטית, הרי שממועד הקדשתו לצורך בית הכנסת אף בטרם מסירתו לרבים, אין אפשרות לבעליו לשנות את ייעודו, והנכס הפך לרכוש הציבור.

המרדכי במסכת מגילה בפרק בני העיר כתב:

"נשאל לרבינו מאיר על ראובן שאמר קרקע זו אני נותן לבנות עליה ביהכ"נ, ואחר הזמן נתרצו הקהל לבנות עליה, והיו הנוצרים מעכבים על ידו, ועכשיו אומר הקהל נבנה עליה בית התלמוד, וראובן השיב אדעתא דהכי לא נתתיו. והשיב דודאי ראובן לא מצי הדר ביה דנעשה נדר מצי אמר קרקע זו לביהכ"נ... ראובן נמי לא מצי לשנות ולמיהדר דלא גרע מהאומר אתן לפלוני עשיר אם היה דעתו שיהיה נדר דנעשה נדר, כ"ש הכא דאיכא נמי עניים בעיר דנעשה נדר ולא מצי מיהדר ביה."

וע"ע בתשובת חתם סופר חלק יו"ד סי' רמב במה שהוסיף ביאור בדברי המרדכי.

ובשולחן ערוך או"ח סי' קג סעיף ח' פסק:

"בנו בית סתם, והקדישוהו אחר כך לבית הכנסת, דינו כביהכ"נ אבל אינו קדוש עד שיתפללו בו."

ובסעיף יד נפסק:

"ראובן שאמר קרקע זו אני נותן לבנות עליה ביהכ"נ, ולא רצו עובדי כוכבים להניחן לבנות ביהכ"נ, והקהל אומרים לבנות עליו בית לת"ת, וראובן אומר אדעתא דהכי לא נדרי, לא מצי ראובן הדר ביה."

ובארו המג"א ס"ק לד והמשנה ברורה ס"ק פא דנעשה נדר מצי אמר קרקע זו לביהכ"נ, וכדאמרינן בפ"ך זו צדקה. ובמשנה ברורה ס"ק מט כתב:

"יחיד שבנה ביהכ"נ אף שעדיין לא התפללו בו ואין לו קדושת ביהכ"נ מ"מ אינו יכול לחזור בו דהוי כאלו נדר צדקה לרבים", ובשער הציון ס"ק מז כתב:

"משמע מלשון זה דאפילו לא אמר בהדיא, הרי עלי מקום לבנות בית הכנסת, רק שבנה סתמא הבנין לשם בית הכנסת, הרי הוא גם כן בכלל נדר, וכן משמע בב"ח, ודלא כעולת תמיד שמשמע שם היפוך זה."

ובשער הציון ס"ק מח הוסיף:

"נראה לי הטעם בפשיטות, דבבנין בית הכנסת כיון דסתמא הוא לצורך רבים, ממילא הוא כנדר אף שלא אמר בפירוש בפה. מה שאין כן בספר תורה אין מהעשייה ראייה דלרבים הוא, דיהא על ידי זה כנדר, אבל אם אמר בפיו, מטפחת זו אני מנדב לקדושת ספר תורה, לא גרע מדבר מצוה בעלמא שאמר שיעשה, שמחויב לקים דבריו."

ובספר אור זרוע ח"ב סי' שפה כתב:

"יחיד שבנה ביהכ"נ בכפר או בכרך ונתנו לבני העיר להתפלל

קניין ללא תנאי, אלא הקנאת הנכס הוסדרה כדי שהקונה יעביר את הנכס לציבור לצורך בית כנסת ובית מדרש במועד מתאים לפי שיקול דעתו.

בנסיבות אלו עלינו לקבוע כי לאחר שבהתאם לצוואתו המפורשת של הרב יעקב חי זריהן זצ"ל המקום אכן נמסר לציבור לצורך בית הכנסת, אמנם בפרק זמן מסוים הנכס אכן היה בבעלותו של הרב אשר זאב וורנר זצ"ל, אך מיד לאחר העברתו לצבור לצורך בית כנסת, פעולה שנעשתה ללא ספק על פי רצונם של שני הרבנים זצ"ל, הנכס כבר אינו נכס פרטי. בהתאם לכך מתפרשות שתי ההחלטות של בית הדין בטבריה הנזכרות, שבהן לא צוין כי לרב אשר זאב וורנר זצ"ל או ליורשיו זכויות ממון בנכס.

קביעה זו מיוסדת על ההלכה הפסוקה שלאחר שאדם מתחייב להעביר את רכושו לרשות הציבור לצמיתות כדי שישמש כבית הכנסת, פקעה זכותו במקום זה, וכפי שיבואר. במסכת מגילה ריש פרק בני העיר (דף כו, א) נידונה השאלה האם אפשר למכור בית כנסת, כשהדיון מתייחס לשאלת קדושת בית הכנסת וכן לשאלת הבעלות על בית הכנסת. והתבאר בגמרא החילוק בין בית הכנסת של כפרים לבית הכנסת של כרכים. בית כנסת דכרכים אי אפשר למכור, "כיון דמעלמא אתו ליה לא מצו מזבני ליה דהוה ליה דרבים". אבל בית הכנסת דכפרים אפשר למכור (במגבלות מסוימות). עיין רש"י ד"ה 'אבל' שכתב:

"אבל של כרכין הוה להו בתי כנסיות דרבים והכל בעליהן ואין בני העיר לבדן בעלים להם".

ורבינו יהונתן מלוניל עמ"ס מגילה (שם), כתב:

"לא שנו חכמים מכירת בית הכנסת אלא בשל כפרים, שאינן רגילין בני העולם לבא להתפלל בתוכה, אלא בני הכפר לבדו והם לבד הם הבעלים, משום הכי יכולים להמלך למכרו אם יעלו הדמים. אבל בשל כרכים הוה להו בתי כנסיות דרבים שהרי מארבע רוחות העולם באין שם לסחורה ונכנסין להתפלל שם וכולם הם בעלי בית הכנסת שעל מנת כן נבנה בית הכנסת זה, שאינו שלהם לבדם, שיהיו הסוחרים והבאים לדון יהיה להם חלק בבית הכנסת על כן אין כח בבני הכרך למכור דבר שאינו שלהם."

וכן בספר אור זרוע ח"ב סי' שפה:

"אבל של כרכין... כיון דמעלמא אתו הני זוזי שבנו בהם בית הכנסת שכן המנהג כשבנין בית הכנסת בכרך גדול מתנדבים משאר מקומות ונותנים לצורך בית הכנסת, הילכך כולהו בעלים נינהו ואין בני העיר לבדם בעליהם."

ובשו"ת דברי חיים ח"ב או"ח סי' טז כתב:

"בהדיא משמע בראשונים דזכו בהו ממש והוי שלהם, מ"מ כמו שותפים."

ועיין בפד"ר כרך ז' עמ' 207-212, ולענייננו, אין הבדל בין בית כנסת של כרכים או של כפרים וגם בית כנסת של כפרים הוא בבעלות משותפת של בני אותו יישוב, וכן נציין לפסק דין שכתבנו בבית הדין בצפת לפני תשע"ע שנה,

"הנה מבואר מכל דברי הפוסקים ז"ל שביית הכנסת של יחיד אין עליו דין בית הכנסת, ויכול למוכרו ולעשות בו מה שירצה ולסתרו ולשנותו כחפצו ורצונו ואין מי שיעכב על ידו, ואין להאריך בזה, דמבואר וברור הוא כביעתא בכוחתא. וא"כ בנדון דידן אין המקום ההוא מוקדש עד שיקדישו בעליו לצמיתות לדורותיו. ואין לטעון עליו שהוא הקדש מצד הצבור שהם מתפללים בו היום כמה שנים, אחר שהם מודים שלא ירדו למקום ההוא רק דרך שאלה, ואינם טוענים עתה שיעקב הקדישו לצבור או מכרו להם, וא"כ אין כאן חזקה דהא קיימא לן דכל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה."

המבואר מכל האמור, שאם המקום הוקדש בפירוש לרבים, לבית הכנסת ובית מדרש, ובלא כל הגבלת זמן או הגבלה אחרת, אין דינו כבית כנסת של יחיד.

העולה מדברינו: מאחר שהן הרב יעקב חי זריהן זצ"ל והן הרב אשר זאב וורנר זצ"ל שניהם היו בדעה אחידה ומוסכמת שהנכס יועבר לציבור ליעוד של בית הכנסת, ואכן רצונם זה התממש הלכה למעשה ואין ידועה כל הגבלה שהותירה למקדיש זכויות בנכס, על כן דינו של המקדיש כאדם הנודר רכושו לצדקה שאינו רשאי לחזור בו, ומיד לאחר שהנכס הוקדש, פקעה זכותו של המקדיש, וגם בנידון זה הנכס כעת בבעלות הציבור בלבד.

אמנם בין הצדדים התגלו חילוקי דעות ביחס לזהותו של בעל הנכס בתקופה החל מהחתימה על יפוי-הכוח הנזכר ועד למועד העברתו לציבור, אך אין נפקא מינה בהכרעה בשאלה זו. אין חולק שכל הנוגעים בדבר החליטו להעביר את הנכס לציבור כבית כנסת ובית מדרש, ופרק זמן מסוים לאחר פטירת הרב יעקב חי זריהן זצ"ל הנכס אכן הועבר לציבור במתכונת המתוארת, בהתאם להסכמתם זו, וכמו כן במשך חמישים השנים שחלפו ממועד הקמת בית הכנסת לא נשמעה התנגדות. בנסיבות אלו ובהתאם למבואר לעיל, די בכך כדי ליתר את ההכרעה בשאלת הבעלות על הנכס בתקופה שקדמה להעברתו לרשות הציבור.

לעניין פסק דין זה, אין חילוק בין המבנה של בית הכנסת עצמו לשטח הקרקע השייך לבית הכנסת, מאחר שהנכס במלואו נמסר לאותה מטרה, וכפי המפורש בצוואה:

"היות והבית שבניתי בקרית שמואל עם המגרש השייך אליו מכרתי במכירה גמורה ומוחלטת להרב אשר זאב וורנר שליט"א [...] והיות והרב הנ"ל החליט למסור הרכוש הנ"ל לבית מדרש וישיבת אהל יעקב ולאה."

ויצוין לתשובת זרע אברהם הנזכרת שכתב:

"ואם כוונתו לערער על חלק מהקרקע הנשאר פנוי, שרצונו למוכרו [...] גם בזה דבריו לא מעלין ולא מורידין, דכיון דמתחילה קנו כל הקרקע לבנות עליו בית הכנסת ואח"כ הקדישוהו לרבים, גם הקרקע הנשארת פנויה הכל נעשה הקדש לרבים ויד רבים שולטת בו והוא אינו שליט בו כלל [...] דמכי אמר קרקע זו לבית הכנסת נעשה נדר ואין בידו לשנותה. ומינה

ונתנו לגמרי לרשות הקהל שגם יש להם רשות לחזק בדק הבית או להוסיף על הבנין, ואין לא הוא ולא יורשיו יכולין למחות בידם, הרי היא של קהל, ויש לו מכר ע"פ ז' טובי העיר. אבל אם נתנו להם להתפלל שאין כח בידו למחות בידם שלא יבואו לתוכו להתפלל, אלא ששייר לעצמו שאין רשאים לחזק הבדק או להוסיף על הבנין כי אם הוא או יורשיו, אין לו מכר כי אם על פי הקהל ועל פיו או ע"פ הקהל וע"פ יורשיו."

ובשו"ע או"ח שם בסעיף ז' פסק הרמ"א הלכה זו, וכתב:

"יחיד שבנה בהכ"נ ונתנה לקהל, דינה כבהכ"נ של קהל, אבל אם שייר לעצמו בה שום כח, אין לה מכר כי אם על פי הקהל ועל פיו או יורשיו."

ובשו"ת בית שלמה או"ח סי' כ' כתב בדברי הרמ"א:

"מבואר דכל שלא נתנה בפירוש לקהל, אין דינה כבית הכנסת של קהל."

אך אם המקום נמסר בפירוש לקהל, פקעה זכותו של המקדיש, וכמ"ש בספר זרע אברהם למוהר"ר אברהם יצחקי ז"ל או"ח סי' ז' ביחס לדברי האו"ז:

"הרי לך בהדיא דאף לפי זה אם נתנו לבני העיר לגמרי, דהרי הוא של הקהל, ואין ליחיד רשות בו כלל."

וכן בספר ערוך השולחן סי' קנג סעיף כד כתב:

"יחיד שבנה בהכ"נ ומסרה לציבור, דינה ככל בתי כנסיות שבעיר שאין ליחיד שום דיעה במכירתו. אבל אם שייר לעצמו בה שום כח אין לו מכר כי אם ע"פ שניהם והיינו ע"פ דעת הציבור וע"פ דעתו או דעת יורשיו כשמת. ואם קודם מיתתו נתן כל כחו לציבור, א"צ דעת יורשיו."

ובתשב"ץ ח"ד חלק חוט המשולש ח"א סי' ז' מבואר שגדר החילוק הוא בין נידון שהמקום נמסר לרבים לצמיתות, לעומת נידון שהמקום ניתן בהגבלת זמן עקב צורך כזה או אחר. בתשובת חוט המשולש כתב בלשון זו:

"לעניין שאלתכם מה יהי בקרקע המשכן אם חל עליו דין הקדש וכי. כי הנראה לנו בזה לפי הדין אחר אשר אתם מעידים שיעקב הנזכר כשהוציא המקום ההוא לשם בית הכנסת לא הקדישה לרבים לצמיתות, רק עשאה להיות לו בה יד ושם להתפלל הוא בה עם סיעתו, ולהיות הוא הש"ץ המתכנסים בתוכה. נמצא שאין על המקום ההוא דין בית הכנסת של רבים לדון אותה כדין בית הכנסת של כפרים או של כרכים כדאיתא התם בפרק בני העיר (כ"ו ע"א), רק היא בית הכנסת של יחיד דיכול הוא לעשות בשלו מה שירצה למכרה לכל מילי, למשתי ביה שכרא או למשתי ביה חמרא כדאיתא התם (שם ע"ב), ואין צריך להעלות בדמיו מקדושה קלה לקדושה חמורה כדין ב"ה של רבים."

ובהמשך דבריו הביא מתשובת זקנו התשב"ץ שכתב:

"אין לזה דין קדושה עד שיקנה הצבור או יקדישהו הקונה לצמיתות לדורותיו, שזה אינו בית הכנסת של רבים כל זמן שהוא ממון יחיד",

מדבריו ועוד פוסקים, העלה בתשובת חוט המשולש:

יעקב חי זריהן זצ"ל) בחלק הספר "טוב רואי". בכותבו דברי הערכה על חכמי טבריה בשנים שקדמו להוצאת הספר לאור, כתב על הרב יעקב חי זריהן זצ"ל כדלהלן:

"הרב יעקב חי זריהן היה ראב"ד מקודש משנת תרפ"ט עד יומו האחרון. בחיים חיותו הקדיש את ביתו וספריו הקדושים קודש לה' לעדת הספרדים. דירתו הטובה היקרה והגדולה והרחבה והמפוארת והמשוכללת והמסודרת יקרת הערך [...] ביתו עשה אותו ישיבה ובית כנסת בית יעקב ואהל יעקב הקדש לה' במקום בנים להיות לו לזכר עולמים לעדת הספרדים הי"ו ומינה אפוטרופוס על ממונו אפוטרופוס ישר ונאמן הרה"ג בתורה ויר"ה טהורה יראתו קודמת לחכמתו ותורתו אומנותו ספרא דדיינא ספרא רבא ויקירא מזכיר משרד הרבנות הראשית כקש"ת כמוהר"ר יוסף שטרית הי"ו ויחשל"א בן לאותו צדיק הרה"ג מעוז ומגדול הדהמ"ץ חבר בית דין הצדק שהיה עמו משרת בקדש בבדה"ץ כקש"ת כמוהר"ר מכלוף שטרית זלה"ה ואמר לו בחיים חיותו אתה תהיה על ביתי, אלה תולדות יעקב יוסף הי"ו."

וכן בספר תולדות הרב יחזיה שכתב הרב יוסף משה שטרית הנזכר על הרב יעקב זריהן ציין בעמ' מז שביתו של הרב הוקדש לבית הכנסת וכי היה לו טיפוק גדול מכך.

אמנם אין לקטעי הספרים הנזכרים כוח ומעמד של שני עדים, ואין ניתן להוציא ממון על פיהם, מאחר והכותבים כבר נלב"ע ולא הופיעו לעדות בבית הדין, למרות זאת מצאנו לנכון לציין לדבריהם, מאחר שיש בהם חיוק למסקנה שהגענו אליה על יסוד המסמכים הנזכרים, שהנכס הוקדש לצבור לצורך בית הכנסת ובית מדרש על יסוד צוואתו של הרב יעקב חי זריהן זצ"ל.

**מסקנת הדברים**, מעמדו של הנכס במלואו הוא כנכס שהוקדש לציבור להקדש דתי של בית כנסת ובית מדרש. הקדש זה נעשה על יסוד צוואתו של הגאון רבי יעקב חי זריהן זצ"ל, וכיום אין ליורשי הגאון הרב אשר זאב וורנר זצ"ל זכויות ממון בנכס הנידון, ואין מקום שכיום יעשה שימוש כלשהו ביפויהכוח הנזכר.

אשר למעמדו של האפוטרופוסים, יובהר: בכל מקרה שמתמנה בו אפוטרופוס להקדש, וגם בנידון זה, אין הנכס בבעלותו של האפוטרופוס, אלא האפוטרופוס הוא שליח בית הדין לנהל את ההקדש, ועליו לדווח לבית הדין על פעולותיו, וכן לקבל אישור מראש לכל פעולה חריגה כגון תוספת בנייה או הנצחת אדם נוסף בנכס. עד היום האפוטרופוסים לא הונחו לפעול כאמור, אך בהמשך למינוי אפוטרופוסים מחדש להקדש זה, מינוי שיעשה בהחלטה נפרדת, יוטל עליהם לפעול כמתחייב.

#### ההיבט החוקי של סמכות בית הדין

סימן 53 לדבר המלך במועצתו, 1922-1947, קובע: "לבתייהדין הרבניים של העדה היהודית יהא שיפוט יחיד בכל

לנ"ד דכיון שמתחילה הקדישו זה הקרקע, גם הנשאר פנוי הרי זכו בו רבים ויד רבים שולטת בו."

אמנם מסתבר שבשנת תשי"ג לא הייתה שכונת קרית שמואל בטבריה בגדר "כרך" כמשמעו בשו"ע שם סעיף ז', אלא כ"כפר", ועל כן בית הכנסת בבעלות בני העיר כדין בית הכנסת של כפרים, ואינו כבית כנסת של כרכים, אך בכל מקרה, אין הוא בבעלות פרטית של המקדיש או יורשיו. בהתאם לאמור, החל מהמועד שהנכס נמסר לרבים והפך להיות בית הכנסת, אין כל נפקות ליפויהכוח הבלתי חוזר שניתן לרב אשר זאב וורנר זצ"ל, וזאת מאחר שהן החותם על יפויהכוח והן הזוכה ביפויהכוח הסכימו שהנכס יועבר לרבים לצמיתות וללא כל מגבלה.

#### מעמדו של יפויהכוח הבלתי חוזר

לעיל הובא נוסח יפויהכוח הבלתי חוזר. איננו יודעים מדוע הרב יעקב חי זריהן זצ"ל מצא לנכון להסדיר את אשר הועיד לנכס באמצעות יפויהכוח שניתן לרב אשר זאב וורנר זצ"ל, ולא בדרך אחרת, אך אין לו לדיין אלא מה שעניו רואות, לכן, יפויהכוח הוא מסמך בריתוקף, ואין מקום לרוקן מתוכן את תוקפו החוקי.

הגם שהיה מקום לדון בתוקפו של מסמך זה עפ"י ההלכה, בנסיבות שהן החותם על המסמך, שהוא המשלח, והן השליח שקבל את יפויהכוח, כבר נלב"ע, ואין כאן המקום להאריך בשאלה זו, מכיוון שעפ"י האמור, ההכרעה בשאלה זו אינה נחוצה לפסק דין זה. למרות זאת, גם ביחס ליפויהכוח זה אנו מוצאים לנכון לפרש את כוונת מייפה הכוח בהתאם ועפ"י האמור בצוואה, שנערכה ונחתמה בסמוך לאישור יפויהכוח, וכדלהלן: הרב יעקב חי זריהן זצ"ל הסדיר את יפויהכוח במגמה אחת ברורה, והיא שהרב אשר זאב וורנר זצ"ל יעביר את הנכס לציבור לצורך בית הכנסת במועד ובזמן הראוי. אין ספק שלא הייתה כוונת הרב יעקב חי זריהן זצ"ל שהנכס יישאר כרכושו הפרטי של הרב אשר זאב וורנר ויורשיו אחריו, ויעשו בו כרצונם, כפי שכל אדם הרוכש נכס, רשאי לעשות בו לפי שיקול דעתו. וכן עולה מהמציאות בשטח, שהנכס אכן עבר לציבור כבית כנסת, והיינו מפני שמלכתחילה זו הייתה כוונת הרב יעקב חי זריהן זצ"ל, מייפה הכוח.

על כן אין מקום שייעשה כעת שימוש ביפויהכוח בניגוד לכוונת מייפה הכוח. בנוסף, ללא ספק שכיום, רישום הנכס כהקדש המצוי בפיקוח בית דין, המפקח על הנכס ועל פעילות האפוטרופוסים, יביא למילוי רצונו הטהור וצוואתו של הגאון הרב יעקב חי זריהן זצ"ל.

עוד נציין כי מסקנתנו זו שהנכס הוקדש כבית הכנסת בעקבות צוואתו של הרב יעקב חי זריהן זצ"ל ועל יסוד הקבוע בצוואה, מקבלת חיוק מתוך מש"כ ספר אוצרות יוסף להרב יוסף חיים ילזו זצ"ל מחכמי טבריה (בנו של הגאון רבי אליהו ילזו זצ"ל, שהיה רבה של טבריה לפני הגאון רבי

הוא הקדש, שנועד להנציח את הרב יעקב חי זריהן ואת הרבנית בלבד, כפי המפורש בצוואה. הבהרה זו תוגש בכתב בתוך שלושים יום.

בהתאם לאמור אנו פוסקים:

ניתן בזאת צו ללשכת רישום המקרקעין בנצרת לרשום את הנכס המצוי בגוש 15002 חלקה 28, שהיה בבעלותו של הרב יעקב חי זריהן זצ"ל, כהקדש שייקרא "הקדש אהל יעקב ולאה".

מזכירות בית הדין תעביר עותק מפסק הדין ללשכה לרישום המקרקעין בנצרת, וכן תקבע מועד קרוב לדיון במעמד המבקשים ובמעמד נציגות של שלושה מהמתפללים הקבועים בבית הכנסת. אחד מהם יהיה הגבאי, והשניים האחרים יקבעו על ידי האפוטרופוס ר' עמנואל שטרית, שיעביר את שמות שלושם לבית הדין לצורך זימונם לדיון. לאחר הדיון הבא, בית הדין ימנה אפוטרופוסים חדשים להקדש.

פסק הדין מותר לפרסום.

ניתן ביום ח' באלול התשע"ד (03/09/2014).

הרב אוריאל לביא - אב"ד הרב חיים בוק הרב יוסף יגודה

### החלטה

ביום ח' אלול תשע"ד (03/09/2014) ניתן פסק דין בתיק זה, וכעת בפנינו בקשה מטעם הרב שמחה בונם וורנר, להלן "המשיב", עותק יועבר לעיון עמנואל שטרית.

לאחר עיון בבקשה הוחלט שלא לשנות את פסק הדין ושלא לחדש את הדיון בתביעה. מצאנו לנכון להתייחס בקצרה לכמה נקודות שעלו בדברי המשיב הטענות הבהרה, כדי להסיר לעז שגפלה טעות בפסק הדין.

הלכה ידועה היא - "המוציא מחבירו עליו הראיה". בנידון דנן מזה חמישים שנה, כלל הציבור מוחזק בבית הכנסת ללא כל הגבלה, והנכס אינו רשום בטאבו על שם הגאון הרא"ז וורנר זצ"ל או יורשיו, ומעולם לא היה רשום בטאבו כנכס של הרב וורנר זצ"ל, וכעת המשיב המבקש להוציא את המקום מחוקה זו של הציבור, עליו מוטל נטל הראיה, להוכיח בעלות על הנכס, ואין די בכך שהציג טענות אך בלא אסמכתא שבכוחה להוציא ממון מחוקתו.

רישום הערת אזהרה בזמנו, שאינה בנמצא כיום בספרי רישום המקרקעין, לא היתה אלא אזהרה והודעה על יפוי הכח, ואף לא היה בה כדי למנוע רישום אחר, כפי שכבר הודיע רשם הקרקעות במכתבו להגרא"ז וורנר זצ"ל ביום י"ג שבט תשי"ד (17.1.1954). אין לרישום הערת האזהרה מעמד של רישום נכס כבעלים, ובוודאי כעת, שלא נמצא ברישום בספרי הטאבו כל הערת אזהרה.

על כן אין, וגם לא היה, למשיב מעמד של מוחזק בנכס, אלא המוחזק בנכס הוא כלל הציבור.

כמו כן ביחס להחלטה קודמת של בית הדין משנת תשכ"ד, נכון הוא שעקרונית בנסיבות מסויימות ניתן לדון בפסק דין

ענין הנוגע ליצירתו או להנהלתו הפנימית של ווקף או הקדש

דתי שנוסדו לפני בית דין רבני לפי דיני ישראל."

חוק הנאמנות, התשל"ט-1979, המסדיר את נושא ההקדשות במדינת ישראל, לא שינה מצב זה, וסעיף 41 (א) בו קובע: "לגבי הקדש דתי שנוסד לפני בית דין דתי על פי הדין הדתי רשאי בית הדין הדתי להורות שהוראות חוק זה בענין יצירת הקדש ובענין ניהולו הפנימי לא יחולו עליו". על כך יש להוסיף כי על פי פסיקת בית המשפט העליון אין חוק הנאמנות חל על הקדש דתי שנוסד לפני בית הדין הדתי בטרם חקיקת חוק הנאמנות.

כאמור בפסק הדין של בית הדין האזורי בצפת מיום כ' חשון תשי"ד (29.10.53), צוואת המנוח הרב יעקב חי זריהן זצ"ל הנוכרת שבה הנכס נועד להיות הקדש בית כנסת ובית מדרש, אושרה וקיבלה תוקף חוקי לפני בית הדין הרבני בצפת בהסכמת כל הנוגעים בדבר, הרי שבכך נוסד ההקדש לפני בית הדין.

נוסיף ונבהיר קביעה זו. מאחר וכאמור, הן הרב יעקב חי זריהן זצ"ל והן הרב אשר זאב וורנר זצ"ל שניהם היו בדעה אחידה ומוסכמת שהנכס נמסר ליעד ברור - הקמת בית הכנסת, והדבר הובהר בצוואה, ושניהם, שהיו גדולי תורה יושבי על מדין, ודאי היו מודעים למשמעות ההלכתית שבהעברת הנכס לציבור כבית כנסת ובית מדרש, כפי שהתבאר לעיל - על כן בהכרח שהצוואה מתפרשת בהתאם לכך. על כן ובהמשך לכל האמור לעיל, אנו קובעים שבצוואה זו הוראת המצווה, הרב יעקב חי זריהן זצ"ל, להקדיש את הנכס, וכאמור, הקדש זה נוסד לפני בית הדין, שהוא בית הדין האזורי בצפת שאישר את הצוואה ונתן לה תוקף חוקי, ובכך בית הדין הוסמך להכריז על הנכס כ"הקדש", והקדש זה יישאר בפיקוח בית הדין.

עוד יצוין, אין ספק שהגאון הרב יעקב חי זריהן זצ"ל שהיה אב"ד בטבריה, העדיף שלאחר שהמקום יקבל מעמד של "הקדש", בית הדין האזורי יפקח על הקדש זה, ולא ערכאות אזרחיות שאינן פועלות במסגרת דין תורה.

בנסיבות אלו, ובהמשך לקביעות בית הדין בטבריה, בשתי החלטותינו הנוכרות, שכבר התייחס לנכס כהקדש, התייחסות נכונה וצודקת, מן ההכרח להסדיר את רישום ההקדש בלשכה לרישום המקרקעין באמצעות צו לרישום הנכס כהקדש שייקרא "הקדש אהל יעקב ולאה".

בנוסף, ייקבע מועד לדיון במעמד המבקשים ובמעמד נציגות ממתפללי בית הכנסת וזאת כדי לשמוע את טענות המבקשים ונציגי בית הכנסת ביחס לזהותם של האפוטרופוסים. עוד יצוין כי בפנינו עמדתו של הרב שמחה בונם וורנר ביחס לזהות האפוטרופוסים, וכן כל אדם שיש לו עניין בקביעת האפוטרופוסים רשאי להגיש בקשה מנומקת בנושא.

כמו כן המבקשים יבהירו על איזה יסוד היה מקום שבחלק מהנכס יונצח את שמו של הרב שטרית, כשהמקום בכללו

בהכרח לקבוע שיפוי הכח והצוואה שנכתבו באותו מועד ונחתמו בהפרש של שלושה ימים, משלימים זה את זה, ועל כן יפוי הכח מתפרש על יסוד האמור בצוואה, ובהתאם לאומדן דעת המצווה, לכן פשיטא שלא היתה כוונתו של הרב זריהן זצ"ל, שהעברת הנכס לרב וורנר זצ"ל נועדה להרבות את רכושו.

על כן יש לדחות את הטענה המבקשת להתייחס ליפוי הכח במנותק ותוך התעלמות מהצוואה, ולקבוע שעל יסוד יפוי הכח הנכס עבר להיות נכס חלוט של הרב וורנר זצ"ל בלא כל סייג ותנאי, וכי יורשיו זכו בו כרכוש בלעדי. טענה זו מופרכת לחלוטין, ומעוררת תמיהה. אלא מלכתחילה הנכס הועבר לרב וורנר זצ"ל על דעת שבמקום יוקם בית כנסת שינציח את הרב זריהן זצ"ל ואשתו, וככל שהדבר אכן נעשה וכפי רצון המצווה, בכך הושלם המהלך ששניהם חפצו בו, הן הרב זריהן זצ"ל הן הרב וורנר זצ"ל, גם אם חלפו כמה שנים עד למימוש רצון המצווה.

עוד יובהר, בפסק הדין כתבנו: "אמנם ניתן לקבוע כי ניסוח הצוואה ויפוי הכח יחשב כקנין אודיתא שהיה בכוחו להקנות את הנכס לרב אשר זאב וורנר זצ"ל, אך להסיר ספק יובהר, כי רק הניסוח המופיע בצוואה ראוי להיחשב כקנין אודיתא מאחר ורק בו מצוי הניסוח המתאים לקנין זה - "היות והבית שבניתי בקרית שמואל עם המגרש השייך אליו מכרתי במכירה גמורה ומוחלטת להרב אשר זאב וורנר שליט"א ראב"ד עיה"ק טבריה ונתתי כבר יפוי כח בלתי חוזר להעביר לו כל הרכוש הנ"ל", אך להסיר ספק יובהר, כי רק הניסוח המופיע בצוואה ראוי להיחשב כקנין אודיתא מאחר ורק בו מצוי הניסוח המתאים לקנין זה - "היות והבית שבניתי בקרית שמואל עם המגרש השייך אליו מכרתי במכירה גמורה ומוחלטת להרב אשר זאב וורנר שליט"א ראב"ד עיה"ק טבריה ונתתי כבר יפוי כח בלתי חוזר להעביר לו כל הרכוש הנ"ל". ולשון מכרתי וכו' מתאים לקנין אודיתא. משא"כ הניסוח שבייפוי הכח שבו נכתב - "הואיל והסכמתי מרצוני הטוב ובנפש חפיצה למכור את החלקה הנ"ל וכל מה שנמצא עליה וקשור אליה להרב אשר זאב וורנר בסכום שהוסכם ביננו, והואיל ואת התמורה קבלתי עד סוף פרוטה אחרונה". ונוסח "הסכמתי מרצוני למכור בסכום שהוסכם ואת התמורה קבלתי", מעיד על ההסכמה בלבד אך אין בו הודאת בעל דין שהנכס כבר נמכר.

וכן הניסוח - "אני מצהיר כי מסרתי לרשותו ולהחזקתו המוחלטת של הרב אשר זאב וורנר הוא או מי שיבוא במקומו את חלקת האדמה הנ"ל", אינו מביע הודאה על העברת גוף הנכס במכירה, אלא העברה "לרשותו להחזקתו", מתפרשת כמשימה של אפוטרופוס וכיוצא בבלבד, והרשאה לכל פעולה עתידית בנכס, אך אין בה הודאת בעל דין על מכירת גוף הנכס להגרא"ז וורנר זצ"ל. לכן בנידון דנן, רק לצוואה בלבד מעמד של קנין אודיתא, ואילו שטר יפוי הכח רק משלים את התמונה, אך אינו יכול לעמוד בפני עצמו כקנין אודיתא. על כן נוסחו המלא של סעיף ג' לצוואה, וכאמור לעיל, הוא הקובע.

דברינו אלו מיוסדים על המבואר בספר קצות החושן סי' קצד סק"ד, שכתב:

"קנין אודיתא דהיינו שיכתוב חתימת ידי תעיד עלי כו' אין

של בית דין קודם, כטענת המשיב, אך לא די בהצגת טענה שנפלה טעות בהחלטת בית הדין על סמך טענה המייחסת התנהלות כזו או אחרת, או טענה אחרת, בלא אסמכתא ראויה לגופה של תביעה, כאמור.

ביחס למועד העברת הנכס לרשות הציבור כבית הכנסת יובהר: פסק הדין מיוסד על כך שאין בפנינו אסמכתא לבעלותו של הרא"ז וורנר זצ"ל בנכס. שטר יפוי הכח אינו מוכיח בעלות אלא זכות לרישום הנכס בהתאם להוראת המצווה. אמנם אילו הרא"ז וורנר זצ"ל היה עושה מעשה קניין בגוף הנכס, היה זוכה בו לאחר שהמצווה אישר לו לעשות כך. אך בהעדר קניין הידוע לנו, מעמדו של הרא"ז וורנר זצ"ל יכול להיות מיוסד על קנין אודיתא העולה מסעיף ג' לצוואה שכתב הרב יעקב חי זריהן זצ"ל. אך זאת קבענו בפסק הדין, כי אמנם ברישא של סעיף זה, שיש בו קנין אודיתא, נכתב: "היות והבית שבניתי בקרית שמואל עם המגרש השייך אליו מכרתי במכירה גמורה ומוחלטת להרב אשר זאב וורנר שליט"א ראב"ד עיה"ק טבריה ונתתי כבר יפוי כח בלתי חוזר להעביר לו כל הרכוש הנ"ל", אך מיד לאחר מכן נכתב: "והיות והרב הנ"ל החליט למסור הרכוש הנ"ל לבית מדרש וישיבת אהל יעקב ולא להנציח את שמי ושם אשתי לאה תחי".

סעיף זה יוכל להתפרש בשתי דרכים. האחת היא שהמצווה, הרב יעקב חי זריהן זצ"ל, מבהיר שהרב וורנר זצ"ל כבר החליט למסור את הרכוש שיהיה כבית הכנסת. אין כאן סיפור דברים בעלמא על תוכנית המתייחסת לעתיד הרחוק, אלא בהחלטתו זו של הרב וורנר זצ"ל בשעתו, קיימת אמירה ברורה כבר באותה עת, שהרכוש נמסר כדי שישמש בעתיד כבית כנסת. למרות שבעת האמירה טרם הוכשרו התנאים למימוש המקום כבית כנסת, עכ"פ קיימת אמירה שיש לה מעמד כקנין, הגם שהמימוש המעשי יהיה במועד אחר המתאים לכך. כל טענה שהרב וורנר זצ"ל הודיע שזו רק תוכנית עתידית וכי באותו מועד אינו מתחייב דבר בהקדשת המקום כבית הכנסת טעונה ראייה, ועל המוציא מחבירו להביא ראייה, ואין בפנינו ראייה.

מאחר ופשטות הדברים מורה שהצוואה מעידה על החלטתו של הרב וורנר זצ"ל, שהיה לה תוקף מחייב באותו מועד.

וכן נוסף ונציין למסמך שנחתם על ידי הרב וורנר זצ"ל ביום ט"ז אייר תשט"ז ואושרה חתימתו על ידי הרבנים חיים סמאגיא זצ"ל ומאיר וועקנין זצ"ל, ובו הוא מתחייב להעביר את הנכס על שם בית המדרש וישיבת אהל יעקב ולא, לאחר אריכות ימיהם.

להלן בהמשך דברינו נבהיר עפ"י מקורות ההלכה מהי ההשלכה ההלכתית מכך.

בדרך נוספת ניתן להבין את סעיף ג' לצוואה. סעיף זה מעיד מעל לכל ספק שייפוי הכח ניתן למטרה זו בלבד שהמקום ישמש כבית כנסת ובית מדרש, ולכן המצווה מצא לנכון שהחלטת הרב וורנר זצ"ל כאמור, תצויין בסעיף זה.

איזה דבר צריך להקנות באחד מדרכי הקנין ואם לא הקנה יכול לחזור בו, מ"מ יחיד הוא בסברא זו שהרי כל גדולי עולם ס"ל בדאמירה לבד קנו העניים ומחייב עליה לאלתר. ובגדולה מזו מצינו לו להרדב"ז בתשובה אחרת בח"ג סי' תקכ"ג, דאחרי שחזר לכתוב הדברים האמורים שבסי' תת"כ, הוסיף וכתב וז"ל: ולע"ד לא אמרה הרב ז"ל (הרשב"א) אלא בהקדש לעניים דדמו להדיוטות, אבל במקדיש ס"ת שיש לו קדושה מצד עצמו או במקדיש מקום לב"ה שאינו עומד לחלקו לעניים, הרי הוא כקדושת הגוף ומודה הוא בקדשי בדק הבית או בקדשי מזבח דקדשי קדושת הגוף דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט. זאת אומרת דרק בהקדש לעניים העומד להיחלק, כגון מעות לעניים, הוא דס"ל להרשב"א דלא אמרינן בו אמירה לגבוה, אבל הקדש לעניים בדבר שאינו עומד להיחלק, כגון בהקדיש בית, מודה גם הרשב"א דאמרינן בזה אמירה לגבוה כקדשי בדק הבית, וא"כ בכגון נידוננו שהמדובר על הקדש בית, יודה גם הרשב"א דאמרינן בזה אמירה לגבוה ואין צריך קנין".

#### עד כאן מפסק הדין בפד"ר.

הרי לנו דברי הרדב"ז שהובאו בפסק דין זה, שבמקדיש מקום לבית הכנסת, שאינו עומד לחלקו לעניים, אף הרשב"א יודה דאמרינן בזה אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ואין צריך קנין. די היה בזה לדחות את טענת המשיב בנקודה זו. מלבד זאת ולולי סברת הרדב"ז, המשיב הביא מדברי קצות החושן שאם נדר לצדקה ומת אין מוציאין מהיורשים, וכן נציין לדברי קצות החושן בסי' רנב סק"ה שעמד להחזיק בשיטתו זו דלא אמרינן בצדקה לעניים אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, משום דאין כלל זה נאמר אלא בדבר שיש בו קדושת הגוף או במקדיש לבדק הבית, אבל בנודר לעניים אינו כמסירה, אלא שמחוייב לקיים נדרו, ואם מת אין היורשים צריכים לקיים נדר אביהם. והביא שם שכן נהג בדבר זה הלכה למעשה, באחד שנדר בחייו ליתן מעשר כספים וחילק בחייו מקצתו, וקודם מותו ציוה שיתנו מעשר מנכסיו כפי הנדר שנדר בחייו, ובאו העניים לפני רבינו הקצוה"ח שיכוף את אפוטרופוסי המנוח לקיים הצוואה. ופסק להם כנ"ל דהיות ובצדקה לעניים לא אמרינן אמירתו לגבוה, אין היורשים מחוייבים בזה. ע"ש. וכן מבואר כיו"ב בדבריו בסי' ריב סק"ג דבענין צדקה אינו מתחייב באמירה בעלמא, ולא אמרינן ביה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, ע"ש.

אך בשו"ת מאמר מרדכי סי' טז הביא מדברי קצות החושן סי' ריב סק"ד וכתב על דבריו:

"גם גוף הדבר שכתב בקצה"ח שם דבצדקה לא אמרינן כמסירה להדיוט דמי לדעת רוב הפוסקים ורק משום נדר הוא. לא ידעתי רובא בזה, דרובא דאיתא קמן הוא דאף בצדקה אמרינן אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט וכמבואר בבית יוסף סי' רנ"ח, ומלבד רשב"א בתשובה שהיא דעה הנדחית וכמ"ש בבה"ב שם ובדרכי משה דלא קיי"ל כן".

שמכרתי את כל החמץ לפלוני באופן המועיל, וכיון שמודה שמכר באופן המועיל קנה העכו"ם באודיתא זו ומשום דאודיתא הוי קנין אעפ"י ששניהן יודעין שאינו כן". ובסי' מ' סק"א כתב בקצות החושן:

"דוקא כשאומר הווי עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה הרי הודה שהוא חייב ושפיר מתחייב אף על פי ששניהם יודעין שאינו חייב ומשום קנין אודיתא, אבל בסימן ס' דאמר הווי עלי עדים שאני מתחייב בזה ליכא לשון הודאה א"כ ודאי אינו מתחייב בלא קנין. וכה"ג בחפץ נמי אם אמר הווי עלי עדים שזה החפץ של פלוני נקנה הוא לו באודיתא, ואם אמר הווי עלי עדים שאני נותן חפץ זה לפלוני ודאי לא קנה בלא קנין כיון דאין בזה קנין אודיתא".

וכן בספר ישועות ישראל (סי' ס' סק"י) כתב □

"דוקא כשמודה שהחפץ הוא של חברו, כיון דמדין תורה הודאת בעל דין כמאה עדים, תקנו חכמים גם במקום שמשקר דמהני מטעם קנין".

ועל כן מאחר שיסוד קנין אודיתא הוא הודאת בעל דין, ובהודאת בעל דין הניסוח הוא מוקפד - הודאה שהחפץ הוא של פלוני, או שמודה שמכר לו את החפץ. אך הודאה שהסכים למכור לפלוני את החפץ, אינה הודאת בעל דין, אלא הצהרת כוונת שאין בה תוקף של אודיתא, וכן אין מעמד של "אודיתא" למסמך שבו נכתב שהסכים למכור ושכבר קיבל עד פרוטה אחרונה, או שמסר את הנכס לרשותו להחזקתו המוחלטת.

על כן בנידון דנן שקנין האודיתא הוא בצוואה בלבד, הבהרנו לעיל את סעיף ג' לצוואה. ולהלן המקורות לקביעה הנזכרת בדרך הראשונה בפירוש הצוואה, אודות המעמד של האמור בצוואה - "והיות והרב הנ"ל החליט למסור הרכוש הנ"ל לבית מדרש וישיבת אהל יעקב ולאה לנצח את שמי ושם אשתי לאה תחי".

- יצוין, לדעת רוב הראשונים והפוסקים בצדקה לעניים חל הדין של אמירה לגבוה כמסירה להדיוט, עיין רי"ף מסכת ב"ק פרק רביעי ובר"ן נדרים דף ל' ע"א, ובשו"ע יו"ד סי' רנח סעיף יג. ולדעת רוב הפוסקים אין הלכה כאותם ראשונים החולקים על הדין של אמירה לגבוה בצדקה וסוברים שרק בתורת נדר הוא מחוייב לקיים מה שאמר, אבל אין האמירה עושה קנין כמסירה להדיוט.

ולהלן מש"כ בפד"ר חלק ו' בעמוד 354:

"עצם דבר זה אם להקדש זמנינו טעון קנין, שנוי במחלוקת גדולה והרבה מגדולי הפוסקים סוברים דגם בהקדש של זה"ז נמי אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ואין צריך קנין, יצוין בחו"מ סי' רי"ב סעי' ז' במחבר וברמ"א, וכן בסעיף ח' שם ופת"ש סק"ח, ובש"ך בחו"מ סי' ס"ו סק"ב, ובקצוה"ח סי' ק"צ סק"ג וסי' רנ"ב סק"ה, וביו"ד סי' רנ"ח סעי' ו' ופת"ש סק"ז וסעי' י"ג ופת"ש סק"ט"ו, ובחידושי הגרע"א שם. ונציין בזה לשונו של שו"ת רדב"ז ח"ב סי' תת"כ שכותב: ואף על גב דכתב הרשב"א ז"ל בתשובה דיד עניים כיד הדיוט והמקדיש



מזן ובפרט נגד דבריו שבשו"ע, ע"י בשו"ת גינת ורדים (חחו"מ כלל א סי' ב)  
עד כאן מספר עטרת פז.  
על כן מאחר בנ"ד המשיב ויורשי הרב וורנר זצ"ל, אינם מוחזקים בנכס, אין להם זכות לטעון קים לי.

#### נימוקים נוספים מטעם אחד הדיינים

- א. במסמכי בית הדין הנכס נשוא התיק רשום כהקדש, מאז ניתן הצו למינוי אפוטרופוס בשנת תשכ"ד. אין כל רישום על בעלות של הרב וורנר על הנכס בספרי רישום המקרקעין, או במקום רשמי אחר.
- ב. הנכס שבפנינו נמצא בחזקת הציבור כבית כנסת שאיננו רכוש פרטי אלא הקדש, למעלה מיובל שנים.
- ג. לא באה כל מחאה כלפי הציבור מצד הרב וורנר או יורשיו עד לתקופה האחרונה.
- ד. כאמור בנימוקים דלעיל, הגרא"ז וורנר הקדיש את הנכס למטרה שלשמה ייעד אותו הרב זריהן, בעצם התחייבותו והחלטתו המופיעות בצוואת הרב זריהן ושעליהן חתם בעצמו בפני הרבנים סמאג'א וועקנין, אך גם אם נקבל את טענת המשיב, כי החלטתו והתחייבותו של אביו אינן נחשבות כמסירת הנכס להקדש ואינן מחייבות את יורשיו, עדיין יש להורות כי הנכס הקדש, מהטעם הפשוט של חזקה שיש עמה טענה. הטענה היא שהנכס הוקדש, למרות שהמבקשים אינם יודעים בדיוק כיצד הדבר נעשה, אם על ידי הרב וורנר כאמור לעיל, או באופן אחר. טענה זו, היא טענה המגובה בחזקה של עשרות שנים וללא מחאה. אין חובה על הציבור להסביר כיצד התבצעה ההקדשה, ובוודאי כאשר אותם אפוטרופסים שבחיייהם הדבר התבצע, כבר נפטרו לבית עולמם.
- ה. כחיוזק נוסף להחלטה, אפנה להלכה האומרת כי מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו, ולנכס הנדון יש לפחות מעמד דומה לכך, ועל כן לא ניתן להחזירו לבעלות המשיבים, גם אילו הוא היה שייך לאביהם בעבר.

**על כן הוחלט:** הבקשה לעיכוב ההליכים שנקבעו בפסק הדין מיום ח' אלול תשע"ד (03/09/2014), נדחית.

ככל שיוגש ערעור לבית הדין הגדול ובית הדין הגדול יחליט על עיכוב ההליכים, הם יעוכבו כמתחייב, אך איננו מוצאים מקום להיתר עפ"י ההלכה הפסוקה בחו"מ סי' כו לפנות לערכאות, ק"ו בנסיבות הנוכחיות שהדיון כבר התקיים בבית הדין, שקבע את סמכותו החוקית לפסוק בהקדש זה, וק"ו כשהנדון הוא מעמדו של בית הכנסת וניהולו השוטף.

ניתן ביום י"ג בתשרי התשע"ה (07/10/2014)

הרב חיים בזק - ד"ר הרב יוסף יגודה - ד"ר

ובספר עטרת פז חלק א חלק יורה דעה, בסי' י' האריך בהרצאת השיטות בהלכה זו, ובהערה ג' כתב כדלהלן:

"עתה ראיתי ג"כ לגאון רבי יצחק שמעלקיס בשו"ת בית יצחק (חיו"ד ח"ב סי' פה) ד"ה והנה בקצוה"ח שהביא שם את דברי קצוה"ח הנ"ל (בסי' ריב) במאי דפסק שלא אמרינן בהקדש לעניים אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט. וכתב ע"ז, ולא ידעתי מנ"ל הא מילתא דהרי הרדב"ז כתב בכמה מקומות דדברי הרשב"א יחידאה הם ולא חיישינן להו. וגם דברי הרשב"א סותרין עצמם מתשובה לתשובה. עכ"ד. ע"ש. והן אמת לעיקר דינא במאי דחזינן דהגאון קצוה"ח הנ"ל פסק (בסימן רנב סק"ה, וראה גם בדבריו בסי' ריב סק"ג) בההוא מעשה דאם אביהם של היתומים התחייב מחיים ליתן לעניים ואין היתומים רוצים לקיים הצוואה. אה"נ דאין היורשים מחוייבים לקיים הצוואה. אמנם דהלכה זו עלתה לקצוה"ח בידו לפי דרכו דס"ל דבהקדש לעניים לא אמרינן אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט וכמבואר בדבריו שם. מ"מ אף אנן דקיי"ל לדינא דגם בהקדש לעניים אמרינן אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט מ"מ דינא הכי הוא דאין מוציאין מן היורשים, וכאשר כתב כיו"ב ג"כ הגר"ח פלאגי' ז"ל בספר החפץ חיים (סי' ט אות א) שכתב שם, הנה בהקדש עניים אמירה כמסירה כמ"ש הרי"ף בב"ק דל"ו והרא"ש והר"ן בהלכות פ"ק דקידושין והטור יו"ד סי' רנ"ח ויש חולקים בזה. וקיי"ל דאין מוציאין מן היורשים כמ"ש הרב הגדול מופת דוריננו מו"ז נר"ו בחקרי לב ח"ג ליו"ד סי' קיא. עכ"ד. ע"ש. והרי אף על גב דפסיק לדינא כדעת רוב הפוסקים דאף בהקדש לעניים אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט מ"מ לגבי יורשים קיי"ל דאין להוציא מהם, ובפשטות נראה דהיינו טעמא משום דיכול המוחזק לטעון קים לי כדעת הפוסקים דלא אמרינן בצדקה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. וכן מצאתי בס"ד כיו"ב בדברי המהראנ"ח בתשובותיו (סימן ל') שאחר שהביא שם בארוכה בענין זה אי אמרינן בממון עניים אמירתו לגבוה וכו', סיים וכתב שם בסוף התשובה: ומ"מ סברת הגאון והרו"ה לא זזה מתוך ידינו דס"ל דלא אמרינן בממון עניים אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט, וכיון דפלוגתא דרבנותא הוא מספיקא אין להוציא מחזקת היורשין. ע"ש. ולכאורה בפשטות היינו נמי כיון שהם מוחזקים יכולים לטעון קים לי. וק"ל. וראיתי עתה בספר גזע ישי (מערכת א' אות קפה) שהביא שם פלוגתא דהאחרונים בענין אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט האם בכה"ג נחשב כבר ההקדש כמוחזק או לא, ונראה מדבריו דס"ל דעדין אין ההקדש מוחזק. ע"ש. ואייתי שפיר גם להכא דאמרינן דהיתומים יכולים לטעון קים לי כיון דאינהו הוו המוחזקים ולא ההקדש. וק"ל. ועוד יש להתבונן בזה במאי דאמרינן דהיתומים יכולים לטעון קים לי כי לא מצאתי הדבר מפורש כ"כ בחקרי לב הנ"ל. וגם צ"ע איך נוכל לומר קים לי בכה"ג כדעת הפוסקים דלא אמרינן בצדקה אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט הרי מזן פסק בשו"ע יו"ד (סי' רנח סעיף ו' ו"ג) דאמרינן בצדקה אלכ"ל, וראה גם בדבריו בבית יוסף (שם). יעו"ש. ואנן קיי"ל דלא אמרינן קים לי נגד

## החלטה

בעקבות ההחלטה האחרונה התקבלה בבית הדין בקשה מטעם המבקש הרב שמחה בונם וורנר. ולאחר עיון בבקשה הוחלט - א. המבקש יוכל לעיין בתיק ובו מצוי עותק מנסח הטאבו, ואין בנסח זה כל רישום הערת אזהרה או רישום אחר על שמו, ועל כן בנסיבות הנוכחיות שמזה כחמישים שנה הנכס נשוא הדיון משמש כבית כנסת, אין יסוד לטענה על מוחזקות של המבקש, והדין הוכרע על יסוד טענות וראיות שהוצגו, כמפורט בהחלטות הקודמות. אין ביד יורשי הרב וורנר זצ"ל כל מסמך רשמי ממשלתי לבסס את מוחזקותם בנכס. אדרבה, המסמכים הרשמיים היחידים שבהם מוזכר הנכס, הם פסקי הדין של בית הדין הרבני, ובפסקי דין אלו, הנכס מוזכר כהקדש ללא כל הסתייגות. ללא כל הוכחה, אין מקום לקבל את הטענה שמסמכים אלו נערכו במרמה.

ב. נבהיר כי אמנם המבקש בתיק הנוכחי הוא עמנואל שטרית, אך לאחר קבלת התנגדות הרב ש.ב. וורנר, עלה הצורך לברר האם הנכס הוא הקדש. בבירור זה, בעל הדין איננו מר שטרית, אלא הציבור כולו. מאחר ונכס הקדש הוא נכס העומד לרשות הציבור ואילו נכס פרטי, נתון לשיקול דעתו של בעליו מתי וכיצד להעמידו לרשות הציבור, לפיכך התביעה לקבוע שהנכס איננו הקדש מופנית כלפי כלל הציבור, ולפחות כלפי ציבור המתפללים ובעניין זה, תפקידו של מר שטרית הוא כנציג ההקדש מכוח מינויו לכך בעבר על ידי בית הדין. אמנם הרב וורנר הודיע כי אין בכונתו לשנות את יעודו של בית הכנסת, אולם עצם העמדת אפשרות כזאת היא פגיעה בזכות הציבור ובעלותו על ההקדש. משום מכך, היה מקום להעלות גם טענות שלא נטענו על ידי מר שטרית, על פי הכלל שטענין לציבור ולהקדש, כשם שטענין ליתומים וללקוחות. בית הדין מוסמך ואף נדרש להעלות כל טענה אפשרית לטובת הציבור, גם אם הציבור עצמו, או נציגו, לא טען כן. עיקרון זה של טענין לציבור, מופיע בכמה וכמה מקורות. ראשית, עיין בשולחן ערוך חושן משפט הלכות גזילה סימן שעז סעיף א:

"מצר שהחזיקו בו רבים ברשות, אסור לקלקלו".

ובסמ"ע ס"ק ב:

"שהחזיקו בו רבים ברשות כו'. קמ"ל בזה דוקא כשהחזיקו ברשות אסור לקלקלו, משא"כ כשהחזיקו בו שלא ברשות. מיהו כל שרבים מוחזקים בו עתה לפנינו טוענין להן ואמרינן דבודאי ברשות החזיקו בו".

וכן עיין שו"ת מהרשד"ם חלק יורה דעה סימן קצה:

"ואנן טענינן להקדש כמו שאנו טוענין ליתמי וללקוחות".

וכן בשו"ת שאגת אריה (לנכד הב"ח) סימן כט, הביא מדברי הרשב"ם פרק המוכר פירות [צט ע"ב ד"ה מין על המשנה: "היתה דרך הרבים עוברת דרך שדהו כו", וז"ל: שהחזיקו לעבור שם מעולם או על ידי בעל השדה שנתן להם מתחילה עכ"ל, ופירש שם את דבריו כדלהלן:

"דבלא רשותו אין מועיל חזקתו, ומה שכתב שהוחזקו לעבור שם מעולם ר"ל קודם שבא השדה ליד זה ואנו טוענים לרבים שהוחזקו מאז ברשות מורישו או המוכר לו שמכר או נתן לרבים הדרך".

אמנם שם בנדון דידיה כתב שאין לרבים חזקה מטעם שהביא שם, אך לעניין שלנו, ניתן להוכיח מדבריו שבית הדין טוען לרבים גם טענות שנוציגיהם לא טענו.

ובעניין טענת המבקש שנידון דידן אינו דומה לדין מיצר שהחזיקו בו רבים, עיין מה שכתב שו"ת שארית יוסף סימן סט וז"ל:

"...ועוד הרי אחז"ל פ' המניח (דף כ"ח) מיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ושם מפורש אף כי הדרך ודאי שלו ואין לך מיצר שהחזיקו בו רבים גדול מבה"כ".

יש מקום להוסיף ולבאר בנושא זה ונלהאריך בו, אך לעת עתה אכמ"ל.

ג. לא ניתן להתעלם מכך שהנכס היה רכושו של הרב זריהן זצ"ל, שקבע את יעודו להנצחתו והנצחת הרבנית, ויעד זה אכן התממש. על כן ככל שהמבקש עדיין מסכים שנכס ימשיך לשמש כבית כנסת ללא כל הגבלת זמן וכפי שקבע הרב זריהן זצ"ל, וכמו שהמבקש הודיע בדיון בבית הדין, ואין עולה על דעתו לדרוש לפנות את המקום ולהעבירו לרשותו או לממשו כנדל"ן, ולאחר שבית הדין ישלים את מלאכתו למינוי אפוטרופסים שתפקידם הבלעדי לשמר את המקום במעמד הנ"ל כראוי, הרי שבסופו של דבר אין נפקא מינה מעשית מבקשתו, והדיון המבוקש על ידי המבקש הינו הצהרתי גרידא. לכן לאחר שניתנו ההחלטות האחרונות, ולא מצאנו בהן טעות, אין מקום להמשיך במו"מ עם המבקש, ואין מניעה שהמבקש יערער בפני בית הדין הגדול.

ניתן ביום י' חשון תשע"ה (03/11/2014)

הרב אוריאל לביא אב"ד הרב חיים בוק דיין הרב יוסף יגודה דיין

## החלטה

הנידון שבפנינו מתייחס לנכס שהיה בזמנו ביתו של הגאון הרב יעקב חי זריהן זצ"ל, אב"ד טבריה ורב לעדת הספרדים בטבריה. הנכס מצוי ברח' אהל יעקב בטבריה ורשום בלשכת רישום המקרקעין בגוש 15002 חלקה 28.

ביום ח' אלול תשע"ד (03/09/2014) ניתן פסק דין שבו נקבע כי נכס זה הינו הקדש ובית הדין ימנה אפוטרופסים להקדש, וכן יצוין לשתי החלטות משלימות, מיום י"ג תשרי תשע"ה (07/10/2014) ומיום י' חשון תשע"ה (03/11/2014).

בעקבות פסק הדין הנזכר התקיימו שני דיונים בבקשה למינוי אפוטרופסים על ההקדש. לאחר עיון בבקשות שהוגשו בפנינו אנו מחליטים למנות את הרב אשר נגר ת.ז. 023085517 ואת הרב שמואל ביטון ת.ז. 023085517 ואת הרב יעקב שטרית ת.ז. 051789956 כאפוטרופסים על ההקדש.

האפוטרופסים מתמנים כדי לנהל את ההקדש בהתאם לכוננת המקדיש הרב יעקב חי זריהן זצ"ל כפי שבאה לידי

עותק מפסק הדין יועבר לעיון הממונה על ההקדשות בהנהלת בתי הדין, והוא מתבקש לפעול להסדרת רישום הנכס כהקדש, וזאת בהתאם לקבוע בפסק הדין הנזכר. ניתן ביום ה' בתמוז התשע"ה (22/06/2015)

הרב אוריאל לביא אב"ד הרב חיים בזק דיין הרב יוסף יגודה דיין

ביטוי בצוואתו, ולהסדיר את כל הכרוך בניהול ענייני ההקדש.

אחת לשנה, לקראת ראש השנה, האפוטרופסים יעבירו דו"ח לביה"ד אודות פעילותם.

כל פעולה החורגת מהניהול השוטף, כגון פעולת בינוי בנכס וכיוצ"ב, טעונה אישור מוקדם של בית הדין.

## סימן כו

### חזקה בבית כנסת טשערנוביל בצפת

שהרב פלוני פנה לבית הדין, מנהלי ההקדש פנו לבקש אישור מבית הדין בדיעבד. למרות זאת, לגופו של ענין כעת לאחר הדיון, הבקשה מתקבלת.

אין באמור כדי למעט את חשיבות פעילותו של הרב פלוני במשך שנים רבות בקירוב רחוקים לאביהם שבשמים וללא ספק שכרו רב. למרות זאת, מאחר ומנהלי ההקדש מופקדים על ניהול ההקדש על פי מטרותיו, היה מקום להוראתם לרב פלוני, וזאת בהעדר זכות מוקנית לישיבה פלונית לפעילותם בבית הכנסת.

אילו היה מקום לטענה שלאחר שנים רבות של לימוד תורה בבית כנסת זה זכתה הישיבה בחזקת לימוד תורה במקום זה, היה מקום לדון אם ניתן להוציאה בטרם התבררו הטענות, ובטרם התברר המשקל הראוי לכל טענה או אירוע שהוזכר בדיון, אך לא מצאנו בפוסקים שדנו בחזקה מסוג זה. מצאנו בפוסקים חזקה שהוחזקו ציבור לקיים מצוה כגון תפילת הציבור, בביתו של פלוני, שלא ישנו ויעברו לביתו של אדם אחר בלא טענה שיש בה ממש, עיין מהרי"ק שורש קי"ג וחו"מ סי' קמ"ט סעיף ל' ברמ"א. וכן החזקה המבוארת בשלחן ערוך או"ח סי' קנ"ג סעיף כ"ב "אדם שהוא רגיל בשום מצוה, כגון גלילה" וכו'. ובמג"א סי' תקפ"א סק"ז שכתב:

"נהגו שמי שמתחיל להתפלל או לתקוע, אין ליתן המצוה לאחר, כמו שכתוב סוף סי' קנ"ג."

בפוסקים כתבו כמה טעמים בהלכה זו -

הלבוש כתב הטעם שאין לבטל חזקה משום דרכי שלום, וז"ל בחלק אורח חיים סי' קנ"ג סעיף יז:

"מי שהיתה בית הכנסת בביתו ימים רבים, אין הציבור יכולין לשנותה לבית אחר, שכבר זכה הוא במצוה משום דרכי שלום."

והרדב"ז כתב הטעם מפני שאם יורידוהו מחזקתו, יבואו לידי חשד שסילקוהו מפני שאינו הגון למצוה זו.

וז"ל הרדב"ז חלק ד' סימן אלף פח (יא):

"לענין חזקה, אע"ג דלענין שאר חזקות דעלמא כל חזקה שאין עמה טענה כגון שטר היה לי ונאבד, אינה חזקה וכ"ש להחזיק כנגד רבים, שאני הכא דהוי חזקת מצוה ולא מידי חסרי. וכיון שהחזיקה זו כמה שנים להיות מדלקת ההיכל במקום שכל הקהל רואים אותה ולא מיחו בידה מאז עד עתה אין לך חזקה

ביה"ד צפת תיק 931983/1

בבית הדין התקיים דיון לבקשת הרב פלוני להורות על חזרת ישיבה פלונית שהוא עומד בראשה לבית הכנסת טשערנאביל בצפת. לטענתו, עקב שיפוץ שנערך במקום התעורר הכרח לפנות את המקום באופן זמני, וכעת לאחר השלמת השיפוץ, נמנעה חזרתו עם הישיבה למקומם הקודם בבית הכנסת. לטענתו, מטרת ההקדש לקבוע את המקום לתורה ולתפילה לרבות בחורי ישיבה המצויים בהליך של התקרבות ולתורה ומצוות.

מנהלי ההקדש שהשתתפו בדיון בקשו לדחות את הבקשה וטענו שקיומה של ישיבה במקום מונעת מבעלי בתים הגרים בקרבת מקום להשתלב בפעילות בית הכנסת לתפילה ולימוד תורה. וכי מאחר והישיבה מיועדת לבחורים שהתרחקו מתורה ומצוות במגמה לקרבם, למרות חשיבות העניין, הימצאותם במקום אינה תואמת את אופי המקום כפי המתחייב. לדבריהם, אין מניעה שהישיבה תמשיך במקומה הנוכחי בבית מדרש הסמוך, ואי החזרתם למקומם הקודם לא יביא לסגירת הישיבה.

לאחר העיון בטענות הצדדים אנו מחליטים -

נקדים ונציין להחלטה מפורטת שניתנה בבית הדין ביום י"ד טבת תשס"ז שבה נקבעו ההסדרים ביחס להקדש זה.

בהמשך לקבוע בהחלטה הנזכרת, יובהר, אין ספק כי בזמנו לא נמצאה עילה להתערב בהסכמת הצדדים לאפשר לישיבה פלונית להתמקם בבית הכנסת, וזאת על יסוד ההנחה שהדבר יחזק את לימוד התורה במקום, ולא יגרום שינוי באופי המקום. אך מאחר וכעת מנהלי ההקדש טוענים שהימצאותה של ישיבה זו בבית הכנסת מביאה לשינוי באופי המקום ומונעת את השתלבותם של בעלי בתים ולומדים אחרים בבית הכנסת, וגם בדיון שהתקיים התקבל הרושם שיש בסיס מוצק לקביעה זו, על כן אנו מאשרים את החלטתם שלא לאפשר חזרת פעילות הישיבה בבית הכנסת.

אמנם מן הראוי היה שמלכתחילה היו פונים לבית הדין בבקשה לאשר צעד זה, ובכך הנושא היה מוסדר בדרך נכונה, לרבות בהודעה מסודרת לרב פלוני. אך לא היה נכון להחליף מנעול ולקבוע עובדות בשטח להשאיר את הרב פלוני במצב של אי בהירות, כשרק לאחר מעשה, לאחר

הואיל שנעשה הסכם וחזקה שתהי' מצוה זו שלהם נעשית על ידו, שוב אסור לשנותו, משא"כ בכזה. הגע עצמך אם הי' אחד מחזיק בדבר מקהל לצורך מצוה שלו באופן דלא הווה לדידהו מצוה כלל, פשיטא דבעי לזה חזקה ג' שנים וטענה כמו בכל מקום. דמאי איכפת להו במצוה דידי' הואיל דאצלם לא הווה זה מצוה כלל, וזה פשוט וא"צ לפנים כלל. וא"כ הכי נמי דהחזיקו החבורה שלא יתפללו הקהל באותו פרק והם יקראו שמה, וגם בענין הקריאה לא יתערב זר בתוכם זולתי בני החבורה דידהו, פשיטא דמאי איכפת לרבים לבטל מצוותם בשביל סדר הקריאה שלהם, וע"כ צריך לנחות בזה בחזקה של ג' שנים וטענה כמו בכל מקום, ובהכי אמרינן כנ"ל, דלא הי' חזקה בשל רבים, והוא ברור ונכון".

עוד יובהר כי בנסיבות הנוכחיות אין לישיבה פלונית זכות של "חזקת תשמישין" בבית הכנסת. חזקה זו התבארה בטור חו"מ ריש סי' קנג שכתב:

"יש חזקה שאינה לגוף הקרקע, אלא להשתמש בדרך שהחזיק להשתמש, וכאשר יסיר תשמישו ישאר המקום פנוי לבעליו".

ובספר עליות דרבינו יונה ב"ב ו: כתב לבאר את ההבחנה בין "חזקת קרקע" ל"חזקת תשמישין", וז"ל:

"חזקה שאין עמה טענה דלא מהניא, דוקא לענין חסרון קרקע, אבל היכא דליכא חסרון קרקע, אלא סבל שעבוד ותשמיש, כגון בחזקת שופכי ושוירי, חזקה היא".

וכעין זה בריב"ש סי' תעא:

"וכן ידעת, מה שהסכימו הגאונים ז"ל שחזקת החלונות, והזיזין, וכל כיוצא בהן, מדבר שאינו גזל גוף קרקע, אלא נזק לבד, כגון סמיכת הקורות וגפת וזבל, וסיד. וכל נזקי פרקין דלא יחפור, ומרזב, ומזחילה, ודכולהו נטפי, ושופכי, אינן חזקת שלש. אלא מכי מבריר הזיקה, ושתק, מחל".

הרי שכשנעשה שימוש קבע בגוף הקרקע, המונע מבעלי הקרקע שימוש דומה, אין בכך "חזקת תשמישין" אלא "חזקת קרקע" שאין בה ממש בלא טענה שנעשה קנין לזכות בזכות זו. ובחידושי הרשב"א כתב תוספת ביאור בהלכה זו. הרשב"א בחי' למסכת בבא בתרא דף כח: באר החילוק בין שתי החזקות:

"קרקע אינו נקנה במחילה אלא במכירה ונתינה, ולא עדיף שתיקה ממחילה מפורשת, ואלו אמר לי' שדי מחולה לך לא אמר כלום, כ"ש מחילה מתוך שתיקה, אבל שעבודין שיש להן חזקה בטענת סבלנות כדעת הגאונים ז"ל נקנין הן במחילה, שאלו הוציא זיז על חצר חברו וא"נ שנעץ קורה בכותלו יכול הוא למחול לו שלא יסלק משם שאין זה כנותן קרקע אלא כמוחל על השעבודים, וכן נמי אכילת פירות אחר שאכל את הפירות הרי חזר על האוכל לחוב בעלמא ויכול הוא למוחלו מה שאין כן בגופו של קרקע",

עכ"ל הרשב"א, וכעין זה בחי' הר"ן בקצרה.

וכן עולה מדברי נתיבות המשפט סי' קמ"ס כ', שכתב בלשון זו:

"שאני הכא דאחר רוצה להחזיק בגוף הקרקע שהרי רוצה

גדולה מזו. ולא זו בלבד אלא כל מי שהחזיק בשום מינוי בקהל אין יכולין לסלקו אלא אם כן אינו מתנהג כשורה במינויו. עיין במרדכי פרק חזקת הבתים. וגדולה מזו תנן בגיטין פרק הניזקין נותנין את העירוב בבית ישן מפני דרכי שלום פי' שאם רגילין לתת את העירוב בבית של אחד מבני החצר אין משנין אותו מפני דרכי שלום וכתובה כל הפוסקים. והשתא אם בדבר שאינו של מצוה שיהיה העירוב מונח בביתו אמרו כך כל שכן בהדלקת ההיכל שהיא מצוה דכתיב על כן באורים כבדו ה' דאיכא דרכי שלום ... אין משנין אותו ... והכא נמי איכא חשדא שמא יאמרו מפני שלא היו מדליקין אותו כהוגן סלקוהו".

ובתשובת הגרע"א תניינא סי' יב כתב שאין צורך לטעם חשדא, אלא מאחר שכבר זכה במצווה זו אין יכולים לסלקו ממנה.

כל האמור מתייחס לנסיבות בהן הציבור קבעו שאדם מסוים התמנה לזכות את הרבים במצוות המוטלות על הציבור, כגון שיתפללו בביתו או שהוא יוציאם ידי חובה בתקיעת שופר וכיוצא"ב. אבל אם חבורה של לומדים קיבלה רשות ללמוד בבית הכנסת, הגם שכבר למדו שם כמה שנים, רשאים הגבאים לבקש מהם לעבור למקום אחר, ואין יסוד לטעון שהוחזקו ללמוד כאן ושלא ניתן להוציאם אלא בטענה שיש בה ממש.

סברת חשדא או דרכי שלום שכתבו הפוסקים, היינו במצוות הנעשות כמינוי של הציבור למען הציבור, ובנסיבות אלו כל שינוי בהנהגת הציבור ביחס לאותו אדם עלול להביא לידי חשד או העדר דרכי שלום. אך חבורת לומדים היושבים ולומדים לעצמם, בבית הכנסת על יסוד הסכמת הגבאים, עם כל חשיבות הענין, אין זכותם של חבורת הלומדים למנוע מהגבאים לדרוש מהם לעבור למקום אחר, והגבאים רשאים להביא לידי סיום את ההסכמות שהתקבלו קודם לכן. ביחס לנסיבות כאלו לא מצינו בפוסקים שהורו שהלומדים זכו בחזקה להמשיך ללמוד במקום זה, חזקה המונעת לסיים את ההסכם עמם.

וכן כתב בספר שו"ת זכרון משה (להגר"מ ברומער) חאו"ח סי' ב' אות לא, בנידון חבורה של חייטים שנהגו להתקבץ להתפלל בנפרד בתוך בית הכנסת בחדר מיוחד להם בשבתות וי"ט לאחר סיום התפילה. ונידונה שאלת חזקתם להמשיך במנהגם. ביחס לטענה זו לחזקה שהוחזקו בתפילה ובקריאת התורה במקום זה, האם זו עילה להורות לגבאים שהם מחויבים לאפשר להם בחזקתם זו, כתב בתשובת זכרון משה:

"לכאורה י"ל דהא מבואר בחו"מ קמ"ט ובאו"ח קנ"ג דמי שהחזיק במצוה א"צ ג' שנים לזה ואסור לשנותו ... עכ"פ כבר החזיקו במצוה זו להיות קוראים שם בכל שבת אחר גמר תפלת שחר בכיה"כ ובכהמ"ד וא"צ כלל טענה לזה ... אך באמת זה אינו, דענין חזקת מצוה לא שייך רק ברבים הנזקקים למצוה אחת, כמו גלילה או להתפלל בבית אחד, ומצוה זו אי אפשר לעשותה על ידי כולם רק ע"י אחד מהקהל שיהי' גולל הס"ת, או דביתו יהי' מיוחד לתפלה, או לעירוב וכדומה, אמרינן שפיר

קנין, לא יכולה להתקבל טענה לזכות בשימוש של קבע בבית הכנסת על יסוד "חזקת תשמישין".

על כן בנידון שבפנינו שאין טענה שנעשה הסכם בר תוקף המחייב את מנהלי ההקדש לאפשר לישיבה פלונית להתמקם בבית הכנסת ללא הגבלת זמן, אין לישיבה חזקה במקום זה, ומנהלי ההקדש רשאים לפי שיקול דעתם להודיע על סיום הרשות שניתנה. בשל כך לא היה הכרח להיכנס לבירור הטענות והתלונות שעלו בדיון ולבחון את המשקל שיש לטענות אלו. בהעדר חזקה, די במה שכבר נטען בדיון כדי להצדיק את שיקול הדעת של מנהלי ההקדש. ובודאי שיש יסוד לטענה המייחסת להימצאות הישיבה במקום, שינוי באופי החסידי הראוי לבית כנסת מסוג זה.

ניתן ביום כ"ח בסיון התשע"ג (06/06/2013)

הרב אוריאל לביא אב"ד הרב דניאל אדרי דיין הרב יוסף יגודה דיין

להשתמש בו עולמית ושבעה"ב לא ישתמש בו כלל, ולכך בעיני חזקת ג' שנים וטענה. משא"כ בשותף מיירי שרוצה להחזיק רק לענין שיהיה יכול להעמיד בהמות ... בזה הו' שתיקה מחילה מיד כמו מחילת שעבודין, אבל אם השותף טוען טענת מכירה על גוף המקום שיהיה שייך לו תמיד, דינו כאחר דבעי ג' שנים וטענה".

לפי זה, גדר הלכה זו נקבע על פי דרך הקניין בנסיבות שהכל נעשה בהסכמה. דהיינו, באותם מקרים שיש צורך בקניין גמור, כגון כסף שטר או חזקה, אך מחילה בלבד אינה תחליף לקנין, אם ירד למקום בלא קניין המועיל, נכנס לגדרי "חזקת קרקע", ואין מחילה תחליף לקנין. אבל במקרים שבהם די במחילה כדי להתיר את השימוש במקום, הרי שאם השתמש והלה ראה ושתק, יחשב כמחילה, ודי בכך. בהתאם לאמור: מאחר ושכירות קרקע והשאלת קרקע לשימוש קבע, שבעצם טיבם מונעים מבעל הבית שימוש דומה, טעונים קנין ולא די במחילה, בהעדר טענה שנעשה

## סימן כז

### תביעה בעקבות פיטורי ר"מ בישיבה, הקלטת סתר בדיון

מצאנו לנכון להקדיש דיון לבירור ההיבט הפורמאלי, שעלה כטענה מקדמית בטענות ב"כ הנתבע. פסק הדין הנוכחי מחייב את כבוד הרב, וחזקה עליו שאם יפסק עליו חיוב לתשלום סכום כסף, הרי שבהתאם לשיקול דעתו, ימצא את הדרך שבסופו של ההליך, החיוב יוטל על הגורם המתאים.

כמו כן לא מצאנו מקום לטענה המקדמית המבקשת לקבוע שהתובעים היו אברכי כולל בלבד, והשוללת מהתובעים מעמד של עובדים בישיבה.

אמנם פשיטא שלאברך בכולל אין מעמד של עובד עם הזכויות סוציאליות, כפי שמקובל לשלם לעובדים רגילים, גם אם מדי פעם האברך מעביר שיעורים וחברות. אך אם אותו אברך מקבל תפקיד להעביר שיעורים קבועים בישיבה, תמידים כסדרן, ומוטלת עליו האחריות הכרוכה בתפקיד זה, הן כלפי התלמידים והן כלפי ההנהלה, בכך הוא יצא ממעמד של אברך ונכנס למעמד של ר"מ בישיבה, ומעמדו כעובד רגיל, ובנסיבות אלו עפ"י ההלכה נוצרו בין העובד והמעסיק דיני שכירות פועלים המבוארים בשו"ע, לרבות ההלכה הקובעת שבסתמא "הכל כמנהג המדינה". בסתמא וכל עוד לא הוסכם אחרת, מנהג המדינה מחייב את שני הצדדים.

בדיון האחרון עלתה טענה שהרב לא פיטר את התובעים באופן אישי, וכי כל עוד התובעים לא דיברו עמו ולא שמעו ממנו באופן אישי שהם מפורטים, אין להתייחס אליהם כמי שפורטו, והיה עליהם להמשיך ללמד ללא כל שינוי ממה

בפני בית הדין תביעה שהוגשה על ידי א. וב, להלן "התובעים", כנגד עמותה פלונית, והתקיימו דיונים בתביעה זו לאחר שנחתם שטר בורות. וכעת בפנינו סיכומים משני הצדדים, ובהתאם לכך ניתן בזאת פסק דין, המכריע בנושאים שעמדו לדיון.

בעיר פלונית פועלת עמותה פלונית, אחד המוסדות הוא - הישיבה בעיר זו, שבה הועסקו התובעים. לטענתם, הם פוטרו ללא הצדקה, ובשל כך הגישו לבית הדין תביעה מפורטת לתשלום פיצויי פיטורין וזכויות נוספות המקובל לשלם לעובדים, כפי המפורט בכתב התביעה.

מאידך, נציגי העמותה הנתבעת, מבקשים לדחות את התביעה, מכמה טעמים אך ככל שהדבר נוגע לפסק הדין הנוכחי, די בכך שנקבע את הקביעה הבאה - התברר בפנינו כי הסמכות הרוחנית העליונה בקהילה זו, הרב פלוני, להלן "הנתבע", שילם באופן אישי את שכרם של שני התובעים, יחד עם התשלום לשאר הרמיי"ם, ובכך נקבע מעמדו כמעסיק הישיר שלהם. כמו כן אין ספק ואין מחלוקת שהמוסד שבו לימדו התובעים, עומדת תחת חסותו הישירה של כבוד הרב, וכי הוא קובע את זהותו של המנהל וכיוצא"ב. בשל כך, לאחר שהתקיים דיון במעמד שני התובעים והנתבע, הרי שהתקיים דיון במעמד הצדדים הרלוואנטיים לבירור תביעה זו, ודי בכך.

כשם שבעת תשלום השכר החודשי, אף אחד מהצדדים לא מצא לנכון לבחון את זהותו של הגורם הפורמאלי העומד מאחורי הנתבע שמימן את שכרם של הצדדים, כך כעת לא

שני הצדדים. כגון בנידון המנחת יצחק, שהדבר פשוט שעל המלמד ללמד בהתאם לשיטת הלימוד הקבועה במוסד, ואינו רשאי להתוות דרך חינוכית חדשה בניגוד לדעת המנהל.

גם במקרה שבפנינו. הנתבע בקהילתו הוא המרא דאתרא שכל ענייני הקהילה נחתכים על פיו, וכמרא דאתרא גם על פי ההלכה דינו כרבם של כל בני הקהילה, והם חייבים בכבודו.

בערוך השולחן יורה דעה סי' רמב סעיף כט כתב:

“ולפי הזמנים שלפנינו ועוד מדורות הקדמונים שכל עיר בוחרת לה רב מובהק להורות ולדון ונחשב כרב מובהק לכל העיר והסביבה, ואין רשות לאחר אפילו הגיע להוראה להורות ולדון במקום זה, אא”כ נותן לו רב העיר”.

ובספר סמיכה לחיים להגר”ח פלאגי ז”ל בסופו בשלמי סמיכה דף קל”ז. קבע שאסור לחלוק על מרא דאתרא. ופשיטא שבקהילה זו, האברכים שהתמנו כר”מים, מחוייבים לנהוג במרא דאתרא, כרבם לכל דבר ועניין, ומחוייבים לסור למרותו ולנהוג בו כבוד.

אילו התברר שהנתבעים פעלו כנגד הרב, הרי שנהגו בכך שלא כראוי, כשהפרו את ההסכם הבלתי כתוב המחייב אותם, כאמור. ובנוסף ככל אחד מחברי הקהילה האחרים, היה מוטל עליהם לנהוג כבוד במרא דאתרא, ושלא לצאת כנגדו.

אלא שבהתאם לפסיקת הרמ”א הנוכרת, ביחס לפיטורין:

“אף על פי שאין צריכין התראה, מכל מקום בעינין חזקה, דעד שיהיו מוחזקין או שיתרו בהן לא מסלקינן להו”.

יתירה מזו, בהתאם לסיפא של דברי המנחת יצחק, הרי שבנסיבות מהסוג הזה, הנידונות בתשובתו, לא נכון לעשות מעשה קודם שיציעו את הדבר בפני בית דין שיכריע שאמנם הטענות כנגדם נכונות. ועיין בתשובת דברי מלכיאל חלק ג' סי' קנ”ב שאם המעסיק חושד בפועל ומבקש לפטרו, צריך לבוא לבית דין ולברר את טענותיו, ויתכן שבעקבות ברור זה יצא החשד בלבו.

במקרה שבפנינו, הנתבע בקש שבית הדין יקבע שהפיטורין היו מוצדקים, ולפי האמור היה עלינו לבחון האם אמנם התובעים הוחזקו בהתנהגות המצדיקה את פיטורין, או שהתרו בהם, ולמרות זאת לאחר ההתראה המשיכו לנהוג שלא כמתחייב. הנתבע, באמצעות ב”כ, הגיש את עמדתו לבית הדין בכתב ופרט את העובדות המיוחסות על ידו לתובעים. אולם, מתוך דברי הנתבע עצמו, לא נמצאה עילה לקבוע שאכן קיימות עובדות ברורות, שהתובעים הוחזקו בפעילות של חתרנות כנגד סמכותו של הרב, או שפעלו אך קודם לכן התרו בהם.

ביחס למכתב שהוצג בפנינו, גם אם לכאורה נראתה בו פעולה חתרנית, התובע הסביר היטב את הרקע שהביאו שלא לדווח לרב על המכתב שנכתב כנגדו. נוסף עוד, גם אם לא נקבל את הסברו, עדיין, עצם המעשה של אי דיווח,

שהורגלו קודם לכן. ומטעם זה נטען שהתובעים אינן יכולים לטעון שהם פוטרו וזכאים לפיצויי פיטורין.

טענה זו אינה מתקבלת. מערכת היחסים בישיבה בין ההנהלה לעובדים, הגם שהסדירה את תשלום המשכורת בדרך הנוכרת, אך לא בהכרח שחייבה שגם הודעת הפיטורין תימסר ישירות באמצעות כבוד הרב. אין חולק כי הנתבע לא ניהל את הישיבה בניהול השוטף וכי הוא מינה את פלוני לניהול הישיבה באופן שיגרתי. בנסיבות אלו, כשפלוני הודיע לתובעים על סיום העסקתם, די בכך כדי לקבוע שהתובעים אכן פוטרו.

השאלה העומדת בפנינו לדיון היא האם הפיטורין היו מוצדקים.

נראה ברור שאין גדר של שררה במלאכה זו שהתובעים עסקו בה, ודינם כמלמדי דרדקי.

ובמסכת בבא מציעא דף ק”ט ע”ב:

“אמר רבא מקרי דרדקי, שתלא, טבחא, ואומנא וספר מתא כולן כמותרין ועומדין דמי. כללא דמילתא כל פסידא דלא הדר כמותרין ועומדין דמי”.

ובשו”ע חושן משפט סי' שו סעיף ח':

“מלמד תינוקות שפשע בתינוקות ולא למד (אפילו רק יום או יומים) או למד בטעות, וכל כיוצא באלו, והאומנים שאי אפשר שיחזרו ההפסד שהפסידו, מסלקין אותם בלא התראה, שהם כמותרים ועומדים, עד שישתדלו במלאכתם, הואיל והעמידו אותם הצבור עליהם. הגה: וי”א דאף על פי שאין צריכין התראה, מכל מקום בעינין חזקה, דעד שיהיו מוחזקין או שיתרו בהן לא מסלקינן להו”.

במקרה שבפנינו לא שמענו טענה ביחס לטיב עבודתם של התובעים בלימוד התלמידים, כדוגמת המבואר בשו”ע, אך עלתה טענה שהתובעים פעלו כנגד הנתבע ונטלו חלק בניסיון לערער את מעמדו בקהילה, וכן שנטלו חלק במאבק כנגד מנהיגי הקהילה ומוסדותיה.

ביחס לטענה זו יאמר כדלהלן, עקרונית, אם אכן נכון הדבר כפי הנטען, שהיה מאבק שמטרתו חתרנות ושהתובעים נטלו בו חלק, היה מקום להביא לסיום העסקתם של התובעים.

נציין למש”כ בתשובת מנחת יצחק חלק ד' סי' עה:

“בודאי, כל מורה נכנס למשמרתו, אדעתא דהכי, לציית למנהל, בענייני חינוך, ואף אם לא התנה בפירושו, סתמא כפירושו (אם לא שיש למנהל שיטה שלא כהלכה) ככה”ג, ועי' ש”ע ונו”כ (או”ח סי' נ”ג), דאל”כ בטל כח השלטון, ויוכל לבוא לידי הפקרות בכל המוסד, ואם שיטה חינוכית של המנהל, ל”ה שיטה דחוי, ושלא כהלכה, בודאי מחויב המורה לשנות שיטתו - שזה בידו - לשיטת המנהל, אבל בודאי אין לעשות דינא לנפשי, ויש להציע הענין לפני ב”ד”.

הרי שהמנחת יצחק קבע בפשיטות שקיימים תנאי - העסקה, שאף שלא נכתבו וגם לא סוכמו בפירושו בעל פה עם כניסת העובד למלאכתו, מ”מ הדבר פשוט שתנאי העסקה אלו הם חלק מהסכם העסקת העובד, הסכם בלתי כתוב המחייב את

שדבריו נשארים במסגרת בית הדין, ואינם יוצאים לרשות הרבים, עם כל המשמעויות שבכך, למעט פרוטוקול הדיון המרכז את תמצית דברי הנוכחים בדיון, ובו נרשמים כל הדברים הנאמרים על ידי בעלי הדין ובית הדין הנוגעים לבירור התביעה גופה. אך כידוע, לעיתים נאמרות הערות אגב או אמירות שמעצם טיבן אין הכרח להעלותן על הכתב, ונשארים מחוץ לפרוטוקול.

תקנות הדיון מאפשרות הקלטת הדיון רק לאחר הוראה מפורשת של בית הדין המאשר זאת, אך לא בהעדר הוראה כזו.

התנהלות זו של הקלטת סתר באולם הדיונים, יוצרת זילותא לבית הדין, ולבעלי הדין שהוקלטו ללא ידיעתם, ולא אישרו לתובעים להקליט ולהשמיע את דבריהם המוקלטים.

כמובן שהנ"ל היה יכול לקבל את פרוטוקול הדיון לאחר הדיון, ובכך לשמר אצלו את תמצית טענות הצדדים, אך מטעמים השמורים עמו העדיף לעשות שימוש בקלטת דוקא, ועורר ספקות האם התנהלות זו מבטאת התנהגות בתום לב.

נציין כי על פי ההלכה אסור לאדם שלישי, לשמוע קלטת שהוקלטה בניגוד לידיעתו ובניגוד לרצונו של המוקלט. ידוע חרם דרבינו גרשם על הפותח אגרת של חבריו שלא ברשות חבריו, עיין בשיירי כנסת הגדולה יו"ד סי' של"ד הגה"ט אות ה': "שלא יפתח אדם אגרת חבריו והפותחה הוא מנודה".

ולעניין זה אין נ"מ בין אגרת, ובין דברים שחבירו אמר ומקפיד שלא יקבלו תפוצה, והוקלטו והושמעו לאחרים, וכמ"ש לנכון בספר עמק הלכה (להגאון רבי יעקב כהן שליט"א) חלק ג' סי' כו. בנוסף, המקליט חבריו בסתר עובר על ואהבת לרעך כמוך, מה ששנוא עליך לא תעביד לחברך.

אסור לאחר לשמוע הקלטה זו, גם עפ"י מש"כ בשו"ת הלכות קטנות חלק א סי' רעו שכתב:

"שאלה מה שנוהגין לכתוב ע"ג האגרות ופגיין אם יש בו ממש. תשובה, בלאו הכי נראה שיש איסור לבקש ולחפש מסתוריו של חבריו, ומה לי לא תלך רכיל לאחרים או לעצמו".

שורש ההלכה שהורה בתשובה זו של ספר הלכות קטנות, התבארה בחי' הרמב"ן עמ"ס ב"ב דף נט: שקבע כי בהיזק ראייה יש משום "לישנא בישא", ומבואר שאיסור לשון הרע הוא גם כשהוא מספר לעצמו או מגלה לעצמו מסתוריו של חבריו.

וע"ע ספר חקקי לב (להג"ר חיים פלאגי ז"ל) ח"א חלק יו"ד סי' מט, שהאריך לבאר את האיסור בפתיחת אגרת של חבריו, והטעמים שכתב נכונים גם ביחס להקלטת סתר.

כמובן שכל איסורים אלו מתייחסים גם להקלטות סתר אחרות במידה שאנשים אחרים הוקלטו, כפי הנראה לכאורה מהחומר שבתיק. בנסיבות אלו התובעים נדרשים להפקיד בבית הדין את הקלטת של הדיון, לרבות העותקים, ועליהם ולהתחייב שלא לעשות בהם שימוש, ולאחר בקשת המחילה מבית הדין ומהנתבע, יושלם ההליך, בהתאם לפסק הדין הנוכחי.

אינו אמור להתפרש כערעור סמכותו של הרב. ניתן להבין את ההתלבטות של התובע בענין זה, ואת אי רצונו לפגוע במי שנתן בו אימון והפקיד בידו את המכתב. גם אליבא דהנתבע, ביחס לאירוע זה, לכל היותר ניתן לייחס לתובע טעות בשיקול הדעת, אך לא יותר מכך.

לאור האמור, יש מקום למתן פסק דין כאמור, ולהשלים את פסק הדין בחישוב סך הפיצויים המגיע לתובעים, וכן שכר עבודה עד תום שנה"ל.

אך ההשלמות הנ"ל יתבצעו לאחר שהתובעים ימלאו את ההוראה הניתנת להם בסיומו של פסק הדין הנוכחי.

ביחס לתנאים הסוציאליים, אנו פוסקים: התובעים עבדו ללא תלוש שכר כמקובל, והתשלום שולם במועד ובמזומן. בנסיבות אלו יש לקבוע כי בסכום ששולם לעובדים מגולמים כל מרכיבי השכר שמקובל לשלם. שהרי פשיטא, שאם בזמנו התובעים היו מעלים את הדרישה לקבל זכויות כאלו או אחרות, בטענה שמקובל לשלם זכויות אלו, הנתבע היה מודיע להם שאם אמנם החוק מחייב תשלום זה, הרי שיש לראות בסכום המשולם, גילום זכויות אלו. ומשהנתבעים לא עוררו בזמנו את הדרישות, והן עולות רק כעת לאחר ששנים, גם כעת הנתבע רשאי לקבוע כי זכויות אלו שהחוק מחייבו, מגולמות בשכר שהתובעים כבר קבלו.

אמנם בעובד המקבל תלוש שכר כמקובל, הרי שבתלוש השכר נכתב בפירוט ובדרך שאינה מותירה ספק, מה טיבו של כל תשלום, ובמידה שנכתב כי סכום זה הינו שכר עבודה, הרי בכך מפורש בתשלום כי דמי הבראה וכיוצ"ב לא שולמו לעובד. אך אין כך פני הדברים בתשלום ששולם לתובעים במקרה זה, וכמבואר.

לעומת זאת ביחס לפיצויי פיטורין. אמנם אילו הצדדים היו מתנים מראש בטרם כניסת העובד לעבודתו, שאינו זכאי לפיצויי פיטורין, יש מקום לתת תוקף להסכמה זו, עיין בפסק דין שנכתב בבית הדין בתיק אחר והתפרסם בספר עטרת דבורה חלק ב' חו"מ סי' מח. וגם בנקודה זו נחלקו הדעות בבית דין זה. אך בהעדר הסכם מפורש, הרי שמנהג המדינה מחייב את המעסיק בתשלום פיצויי פיטורין, והגם שהיה ברור לנתבע שלא שולמו פיצויים, אין די בכך. ובהעדר הסכם שעליו חתומים שני הצדדים, אין די באומדנא של צד אחד.

בסיום הדברים, לא ניתן להתעלם מהתנהלות שלילית של אחד התובעים. לאחר הדיון האחרון התברר כי התובע פלוני הקליט את מהלך הדיון האחרון, ללא ידיעת בית הדין וללא ידיעת הצדדים שהשתתפו באותו דיון.

בית הדין רואה בחומרה רבה התנהגות זו. גם אם אין במעשה זה עבירה פלילית מצד החוק, אך יש במעשה זה פגיעה קשה באימון שבית הדין נתן בשני בעלי הדין. בדיון בבית הדין לא נכחו אנשים שאינם מבעלי הדין או אחרים מטעמם, וכל אחד מבעלי הדין אמר בדיון את כל שיש לו לומר בידיעה ברורה ותוך מתן אימון מלא בבית הדין

## סימן כח

## טענת בר מצרא למנוע סילוק שוכר צרכניה והשכרתה לאחר

אמנם אילו היה ברור שקיים בסיס הלכתי לתביעה עתידית, בהתבסס על דינו של הט"ז, היה מקום לשקול להורות לפנים משורת הדין, למנוע הטרחה הכרוכה ביציאת השוכר הנוכחי ולקיים את הדיון בינו לשוכר הבא עוד בטרם השוכר הנוכחי - הנתבע, יטרח לצאת. אך נראה שאין מקום לתביעה כזו, בהתבסס על דינו של הט"ז, וכפי שיבואר להלן. כאמור, דינו של הט"ז יעלה לדיון בין הנתבע לשוכר השני, אך לא כעת בהעדר שוכר חילופי בפנינו, ובטרם החל הליך תביעה כזה, לא ניתן לדון ולהכריע בשאלה זו, אך מאחר והזכרנו את דברי הט"ז נציין כמה נקודות ביחס לשיטת הט"ז.

מדברי הב"י נראה להיפך מהט"ז. הבית יוסף בסוף סי' קעה הביא מתשובת מהר"י בן שושאן שכתב בדין זכות בר מצרא בשוכר, ובתוך דבריו כתב:

"אם השלים ראובן זמן שכירותו והוא חפץ בו, והמצרן חפץ בו. אם כבר הסכים בעל הבית לתת לו והמצרן בא להוציא, היינו דין ראשון. אמנם כל זמן שעדיין לא הסכים בעל הבית להשכירו לו, ובאין שניהם כאחד. נראה שהכל תלוי בדעת בעל הבית, ולא נאמר כאן כמו במשנתא דשכונה גביה, אלא יכול להוציא כיון שהשלים זמנו ולהשכירו למי שירצה".

הרי מבואר שאם השוכר השלים את תקופת השכירות, רשאי המשכיר להשכיר את ביתו לאחר, ואין לראשון טענת בר מצרא, עיין בנתיבות חידושים סוף סי' קעה, ועיין בשו"ת בית שלמה חחור"מ סי' צח שדן באריכות בשיטת הט"ז, והעלה שדבריו אינם ברורים מאחר ואין לשוכר הראשון כח אלא ביחס לתקופה בה הוא עדיין נמצא במקום מכח הסכם ההשכרה, אך לא ביחס לתקופה שלאחר תום מועד ההשכרה, עיי"ש.

ובשו"ת בית יצחק חחור"מ סי' מו, כתב:

"אם המשכיר אינו רוצה בראשון שהשכיר לו מכבר, אך בראובן ששכר עתה, הדבר ברור דאין שמעון יכול לדחותו כמבואר בתשובת שבות יעקב ח"ג סי' קסה, דאדם יכול לעשות בשלו מה שירצה. כיון שהבית נשאר שלו יכול המשכיר לומר דניחא ליה בשוכר אחר שישמור הבית יותר או שהשכירות מובטח לו יותר, וכן מבואר בזכור לאברהם ח"ג אות מצרנות סי' ל"ה, ואין הספק רק אם המשכיר אומר לדלדיד' שוין הם, ובוה נ"ל הדין שהשוכר הראשון יכול לדחות להמצרן".

ובשו"ת תשורת שי ח"א סי' קכ (בהוצאות אחרות סי' קכא) דן בשאלה דומה לנדון דנן, במקרה בו איש אחר החזיק בשכירות מרחץ מהקהל כמה שנים, ועתה הקהל מבקשים לעשות מכרז על הפעלת המרחץ, והראשון טוען לזכותו מכח דינא דבר מצרא. וכתב התשורת שי לדחות טענה זו

ציבור תושבי שכונה בעיר צפת, באמצעות אדם מטעמו, הפעיל צרכניה שהושכרה לאדם מסוים, ולאחר זמן הצבור מבקש לסלקו ולהשכירה לאחר. הנתבע העלה טענה לזכותו להשאר בנכס ולהמשיך להפעיל את המקום מכח דין בר מצרא.

לכאורה היה מקום לטענה זו על פי דברי הט"ז חור"מ סוף סי' קעה. דברי הט"ז נאמרו ביחס למחלוקת הרמב"ם והרא"ש שהובאה בטור חור"מ סוף סי' קעה שנחלקו האם בשכירות נאמר דין בר מצרא. וז"ל הט"ז:

"לענין שכירות אותו הבית עצמו, ודאי השוכר הראשון מסלק את השוכר שישכור אחריו הבא לדחותו אחר שכלה זמן השכירות הראשון. ונראה שבה מודה גם הרמב"ם".

אך מכמה טעמים אין מקום לטענה זו.

ראשית, אף לשיטת הט"ז שדן בכה"ג דינא דבר מצרא, אין לחרוג מכללי ההלכה שנקבעו בדין בר מצרא. ובהלכה זו הדבר פשוט שאין מקום לתביעה של המצרן כנגד המוכר, אלא התביעה היא תביעת המצרן כנגד הלוקח. ועל כן נקטו הפוסקים בלשונם שבמקום שדנים דינא דבר מצרא, המצרן מסלק ללוקח, ולא הוזכרה כל עילת תביעה כנגד המוכר, עיין רמב"ם שכנים פי"ב ה"ה, ועוד.

בשטמ"ק עמ"ס ב"מ דף קח: הביא מדברי הרשב"א שכתב וז"ל:

"וכן כתב גם הרמב"ן ז"ל דדינא דבר מצרא, לא למוכר חייבו רבנן".

דברים אלו הובאו בספר אבן האזל הלכות שכנים פי"ג הי"א, עיי"ש שהאריך לבאר הלכה זו.

ובמרדכי ב"מ סי' שצג כתב:

"כתב רבינו שמחה וז"ל לפי עניות דעתי, אין למוכר עסק עם המצרן".

אמנם ביחס להמשך דבריו דאפילו נעשה ביניהם קנין לא מהני, הביא הב"י סי' קעה (אות לא) שהרמ"ה חולק, אך בלא קניין דברי רבינו שמחה מוסכמים.

וכן בספר חוות יאיר סי' פז כתב:

"מעיקרא דינא פירכא שמכ"ת תפס במושלם שם בשאלתו שאם זבן שוה ק' בר' והלוקח לא נתן עדיין המעות שצריך המוכר לישבע, ולענ"ד שזה אינו, כי אין למוכר עסק עם המצרן כלל אע"פ שלא קיבל עדיין המעות, רק המוכר תובע את הלוקח שיקיים מקחו ויתן לו מעותיו והלוקח מחויב ליתן לו, ואח"כ יש דין בין הלוקח והמצרן וזה נלענ"ד פשוט".

על כן גם אליבא דשיטת הט"ז, הרי שהט"ז דקדק בלשונו וכתב: "השוכר הראשון מסלק את השוכר שישכור אחריו הבא לדחותו". אך אין מקום לתביעה ישירה בין השוכר למשכיר.



בנוסף נציין למש"כ המשאת בנימין סי' כז בדעת מהרש"ל שאין מניעה לשכור את זכות הארינדי"א לאחר שכלה זמן חכירותו של הראשון.

מלבד זאת, נציין למש"כ בשו"ת ב"ח סי' סא. הב"ח נשאל האם בחכירת הטשפאוי אם יש בו דין חזקה מצד הדין או מצד התקנה כאשר הוא בכלל האורנדיש שדנין בהם דין חזקה. ובתשובתו כתב:

"מדינא אין תורת חזקה לא באורנדיש ולא בטשפאוי כי המלך והבאים מכחו מחכירין לכל מי שימצא לו מעות וכל הקודם זכה זריז ונשכר וכן באורנדיש שמחכירין השרים והבאים מכחן וברשותן ואין לדון בזה דין חזקה אלא נוגע קצת בדין עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלו דנקרא רשע כדאיתא בקידושין ר"פ האומר אכן מאחר שעל הרוב יש ריוח גדול בחכירות אורנדיש וטשפאוי כל זמן שאין יד המקלקלים שולטים להוסיף תמיד על הקצבה להוציא מיד החוכר הראשון א"כ כיון דאיכא ריוח גדול דלא נמצא במקום אחר חשיב כהפקר ומציאה דבזה אינו נקרא רשע וכדפסק ר"ת לשם כתוספתא ואשר"י ובח"מ סי' רל"ז וע"ש וכבר נמצא למהרש"ל בתשובה שתופס כך. וכלל העולה, דמדינא אין כאן תורת חזקה ולא דין רשע אלא שמצד תקנת המדינה נדון דין חזקה באורנדיש, אבל בטשפאוי אין בו תקנה וכן דנתי הרבה פעמים בצירוף המנהיגים היודעים התקנה על אמתתה ... ובר מן דין לא דמיא לאורנדיש שהחוכר הראשון מוציא הוצאות בבנינים ובכמה דברים לצורך האורנדיש ... ובצירוף שעל הרוב נשאר לחוכר הראשון חובות אצל גוים ומלצין ויין שרף והנלוה אל האורנדיש דבלי ספק היה מגיע היזק גדול לחוכר הראשון אם היה נדחה ממנו, הלכך הכרח גדול הוא לתקן התקנה שלא יהיה נדחה הראשון ואין כל זה נופל בחכירות טשפאוי ולפיכך אין שם תקנה כלל".

דברי הב"ח הובאו בקצרה בתשובת הגרצ"ה אורנשטיין ז"ל נכדו של הישועות יעקב מח"ס ברכת רצה, שהובאה בספר ישועות יעקב חו"מ סי' קנו, וז"ל:

"כבר נודע דהסכימו חכמי הדורות והתקינו שאסור לכל אדם להשיג גבול בחכירות הארנדעס, אחרי אשר הראשון כבר החזיק בה, ולקפח מחייתו של חבירו, ואולם הב"ח ז"ל בתשובותיו סי' סא לענין חכירת הטשעפואו כתב והעלה דרק לגבי חכירת הארנדעס היתה התקנה, יען השוכר הראשון הוציא הוצאות ויש לו ג"כ חובות מכבר בעד י"ש וכדומה ויגיע לו איפוא היזק כשידחה מהעסק, והכרח גדול היה בזה לתקן תקנות השגת גבול, אבל היכי שאין לראשון היזק הוצאות או חובות לא תקנו".

על כן בנידון שלפנינו, מצד הדין נידון זה אינו בכלל גדרי התקנה הנוכרת, אך עכ"פ ככל שהדבר נוגע לטעם התקנה, ששקדו חכמי הדורות על זכויותיו של הראשון שלא יארע לו נזק עקב יציאתו מהמקום, גם במקרה דנן בית הדין הורה לבחון באמצעות שמאי את כל ההשקעות שהיו לראשון על מנת לפצותו בטרם יצא, על מנת שלא ינזק מעזיבתו את המקום.

מכמה טעמים. בתחילה דן האם בצבור נאמרה הלכה זו של דינא דבר מצרא, וזאת עפ"י המבואר בשו"ת הב"ח סי' יח. אך אכמ"ל בנידון שלפנינו בנקודה זו, מאחר ויש לדון שלעניין זה בעינן דוקא כח שבעה טובי העיר, ויתכן שבנסיבות שבפנינו אין לתובעים כח זה. אך בתשובת התשורת שי כתב טעמים אחרים השייכים בנ"ד, וז"ל:

"סתם שכירות מרחץ יש בו תנאים בהתנהגות המרחץ. ומכירה בתנאי לית בה דינא דבר מצרא כמ"ש בחו"מ סי' קעה ס"י, ועוד השבות יעקב ח"ג סי' קסה פסק דבשכירות ליכא דינא דבר מצרא דיכול המשכיר לומר אחר ישגיח יותר על קרקע שלי. ולענ"ד דעת החולקים משום דאין זו טענה דהא השוכר בית יכול להשכיר לאחר ואין יכול המשכיר לומר אין רצוני שיהא בית שלי ביד אחר כדאיתא בחו"מ סי' שטז, וסברת השבות יעקב נוטה לסברת היש מי שהורה שברמב"ם פ"ה משכירות הלכה ה'. אך בנ"ד ודאי לכו"ע יש קפידא בין בלן לבלן לסבול דעתו וכהנה רבות, וכמ"ש הרב המגיד לעניין ספינה, ואם כן אין ספק דאין במרחץ דינא דבר מצרא כיון דמשכיר גופא צריך לרחוץ בו. אלא שיש לעיין בהתינה אם טוען המשכיר כן, אבל כשאינו טוען, הרי לא קפיד ... אלא דמ"מ י"ל דוקא ביחיד מועילה שתיתו, אבל בשל רבים מאן מחיל כדאיתא בחזקת הבית דף ס' ועיין ביאור הגר"א חו"מ סי' תיז דשתיקת רבים לא הוי מחילה, וא"כ היה כאילו טוענים נגד השוכר ... ומתוך כך לא יהא לו דין בר מצרא ויקפצו שוכרים אחרים", עכ"ל.

גם במקרה הנוכחי, למשכיר תנאים ברורים להשכרת הנכס לנתבע, וגם הציבור הבא מכחו של התובע משתמש בנכס המשמש כצרכניה לצורך עריכת הקניות, ואינו כמשכיר בעלמא שאין לו דריסת רגל בנכס המושכר, על כן בנקודות אלו דומה נידון דנן לנידון בתשובת תשורת שי, בה נשללה טענת השוכר הראשון שהפעיל את המרחץ למנוע מהציבור לאפשר להשכרת הנכס לאדם אחר.

**מסקנת הדברים**, אין מקום למנוע מבעלי הנכס להביא לסיום השכרת הנכס לנתבע, ובתביעה הנוכחית אין מקום לעכב את ההליך מכח טענת בר מצרא.

אמנם בדין ודברים שיהיו בעתיד בין הנתבע לגורם שיפעיל את המקום העתידי, יהיה מקום לדון האם יש בהוצאת הנתבע מהמקום והפעלת החנות על ידי אדם אחר, משום יורד לאומנות חבירו. עיין פת"ש חו"מ סי' קנו סק"ג במה שהאריכו הפוסקים בשכירות הארינדי"א (חכירת זכות בהמושל למזיגת יין ומכירת שיכר וכיוצ"ב) שדנו אם באחר בגבולו ומבקש לקבל זכות זו מהמושל במקום הראשון. ויש כמה חילוקים בין הנושאים. באותו נידון, רק אדם אחד היה רשאי לקבל חכירה זו באותו מקום, והשני דחה אותו לגמרי מיכולתו להתפרנס. משא"כ כאן שהנתבע יוכל לפתוח חנות דומה בכל מקום שיראה לנכון ובכל מבנה שיוכל לרכוש או לשכור, בכפוף לכך שיעמוד בתנאים לקבלת רשיון עסק, ואינו דומה לנידון שבתשובת חת"ס חו"מ סי' סא שהובא בפת"ש, עיי"ש.

## סימן כט

## דמי שימוש, מתי יחויב בהן בן הזוג

האשה גרה בבית לבדה, והבעל התגורר מחוץ לבית. התביעה דן לחיוב האשה ב"דמי שימוש", מתייחסת לפרק זמן זה.

התובע מבקש לחייב את הנתבעת בגין תקופה זו, שבה הנתבעת עשתה שימוש בלעדי בנכס. לטענתו, מאחר שנמנע ממנו לממש את זכותו למגורים בנכס המשותף, על הנתבעת לשלם "דמי שימוש ראויים" ביחס לתקופה הנוכרת. מאידך גיסא, הנתבעת מבקשת לדחות את התביעה.

באי כוח הצדדים בכתבי טענותיהם מתבססים על מקורות משפטיים בלבד, וכדלהלן.

התביעה בעיקרה מיוסדת על סעיף 33 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, הקובע כי "שותף שהשתמש במקרקעין משותפים חייב ליתר השותפים, לפי חלקיהם במקרקעין, שכר ראוי בעד השימוש".

פרשנות משפטית ניתנה לחוק זה בפסק דין בע"א 1492/00 זרקא נ' פארס. נקבע שם ביחס לחובת תשלום דמי השימוש:

"חובה זו אכן קיימת, אולם רק כאשר השותף האחר השתמש במקרקעין באופן בלעדי, באופן שנמנע מיתר השותפים להשתמש אף הם באותם מקרקעין. היה ולא נמנע השימוש הזה מיתר השותפים גם כאשר הם לא השתמשו במקרקעין בפועל, אין השותף חייב בתשלום כלשהו ליתר השותפים."

על יסוד פסיקה זו, דורש התובע, שנאלץ לצאת מהבית, לחייב את הנתבעת בדמי שימוש ראויים.

לעומת זאת, הנתבעת ביקשה לדחות את התביעה, ולקבוע כי לא חלה עליה החובה לתשלום דמי שימוש, וזאת מאחר שהתובע אשם בכך שלא היה רשאי להתגורר בדירה.

לטענתה, מאחר ובית המשפט קבע שיש להרחיקו מהבית עקב מעשיו ומפני החשש מאלימות מצידו □ בנסיבות אלו יש להסיר מסדר היום תביעה זו.

בסיכומי טענותיה, נשענת הנתבעת על החלטת ביהמ"ש העליון בבע"מ 9881/05 פלוני נ' פלונית, שבה נכתב בהחלטתו של השופט אליקים רובינשטיין, כדלהלן:

"כאשר התנהגותו של אחד מבני הזוג מחייבת את הרחקתו בצו בית משפט, אין כל ספק שהשימוש בדירה המשותפת נמנע ממנו בשל התנהגותו, ולא בשל השימוש שעושה בן הזוג השני. בנסיבות אלה, לפי הלכת זרקא, אין השותף זכאי לדמי שימוש ראויים... יתכן כי גם לפי הגישה הביקורתית ניתן לראות בהתנהגות המחייבת הרחקה ויתור של בן הזוג המורחק על זכויותיו בדירה, או חוסר תום לב שאינו מאפשר את תביעתו... אין בן זוג יכול לתבוע את חלקו בפירות של נכס, שעה שהוא עצמו – בהתנהגותו הפסולה – מבקש לסכל את הפקתם. כמוכן שבידי בן הזוג לתבוע את פירוק השימוש באופן שיאפשר את מיצוי ההנאה מהנכס... עניין נוסף שראוי להזכירו, ואף לו השלכות רחב, הוא כאשר אחד מבני הזוג מאריך מטעמיו שלו

בפני בית הדין תביעת האיש לחייב את גרושתו בדמי שימוש עבור המגורים שלה בביתם המשותף, בתקופה שתובע גר מחוץ לבית.

## טענות הצדדים

הצדדים היו נשואים 25 שנה ובעת הנישואין רכשו נכס משותף □ בית ששימש אותם למגורים.

כעת בפנינו תביעת הבעל לחייב את האשה ב"דמי שימוש ראויים", ביחס לתקופה שבה האשה גרה בבית, והתובע היה מנוע מלממש את זכותו למגורים בנכס.

החל מקיץ תשס"ו התנהלו בבית הדין דיונים בתביעת האשה לגירושין, וכעבור כשנה החלו דיונים בתביעת הבעל לחלוקת הרכוש, תביעה שנכרכה בתביעת הגירושין.

ביום ט"ז תמוז תשס"ז בית הדין פסק שעל הצדדים להתגרש, מאחר ושניהם אינם מעוניינים בשלום בית אלא בגירושין בלבד. אך למרות זאת, הגירושין לא יכלו לצאת לפועל, מפני המגורים המשותפים תחת אותה קורת גג.

עוד יצוין, כי כבר ביום כ"ג ניסן תשס"ח בית הדין מינה את באי כוח הצדדים ככונסי נכסים לפירוק השיתוף בנכס הנוכח, אך למעשה ההליך לא הושלם עקב העדר שיתוף פעולה הדדי של שני הצדדים בקידום ההליך. האשה טענה שהבעל אשם בעיכוב, כשהוא נמנע לפעול בכל הכרוך בהסדרת רישום הנכס על שם שני הצדדים, רישום שהיה נחוץ והכרחי קודם למכירתו לגורם שלישי. לאחר מכן עלתה מצד הבעל טענה להעדר שיתוף פעולה של האשה, בעת שהתגוררה לבדה בבית.

עד ליום כ"ג תמוז תשס"ט, גרו שני בני הזוג יחד בביתם המשותף, אך בפירוד בתוך הבית. במועד הנ"ל ניתן בבית המשפט צו הרחקה, שבמסגרתו הבעל הורחק מהבית. בהחלטה נוספת של ביהמ"ש מיום א' אב תשס"ז נקבע שהשימוש בדירת המגורים יחולק בין הצדדים, כך שהבעל יתגורר ביחידת דיור במפלס התחתון והאשה ביחידת דיור נפרדת במפלס העליון, בהתאם להסכם מפורט שהוסדר בין הצדדים. אך לאחר זמן קצר האשה הגישה תלונה במשטרה כנגד הבעל, ומאז הוא הורחק שוב, ולא הורשה לשוב.

ביום כ"ה סיון תשע"א התגרשו הצדדים. לאחר הגירושין, ביקש כל אחד מהם לרכוש את חלקו של הצד שכנגד בנכס המשותף, ולאחר הליך התמחרות, הבעל רכש מהאשה את חלקה בנכס. לאחר מספר חודשים האשה פינתה את הנכס והבעל נכנס לגור בבית.

מהחומר שבפנינו עולה כי בפרק הזמן, החל מיום כ"ג תמוז תשס"ט ועד לחודש אלול תשע"א, למעט פרק זמן קצר,

להלכה נקטינן (שולחן ערוך חו"מ סי' שסג ס"ו) □ "זה נהנה וזה לא חסר", פטור, אבל אם דר בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, יחשב □ "זה נהנה וזה חסר" וחייב. עוד נפסק בשולחן ערוך שם:

"הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, שאמר לו צא, ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו".

ובאר הסמ"ע:

"בכה"ג ככל ענין, אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, צריך לשלם לו כל שכרו, כיון דגילה דעתו דלא ניחא ליה ביה, ואין אומרים בכה"ג כופין על מדת סדום."

יש לדון האם חיוב התשלום ביסודו מכח דיני הנוזיקין, או מפני שמחויב לשלם תמורת הנאה שקיבל. הנפקא מינה היא במזיק באונס כשאין כוונתו להזיק, שיתכן ויפטר, משא"כ אם עילת החיוב היא ההנאה שנהנה מהנכס.

בספר נתיבות המשפט סי' רמו סק"ה כתב:

"אכול עמי צריך לשלם. עיין ש"ך ס"ק ט' שתמה ע"ז, דדין זה נלמד מקרע כסותי [ב"ק צ"ב ע"א], ושם גופיה אי לא אתי לידיה בתורת שמירה פטור. ובקצוה"ח סק"א תירץ דהא דמזיק פטור בלא אתי לידיה בתורת שמירה הוא מטעם דרחמנא לא חייבה למזיק כשהזיק ברשות הבעלים, כיון שהבעלים עצמן גרמו לנזק זה שיבוא, וכמו שכתב השיטה [כתובות ל"ו ע"ב ד"ה מתנין] במפותה שפטור מהקנס אף שאין יכולה למחול לקנס משום דבגרמתה נעשה ההזיק. מה שאין כן באתי לידיה בתורת שמירה, כיון שכבר נתחייב אין החיוב נפקע בדברים... מה שאין כן באכול עמי שהחיוב בא לו מצד שנהנה, חייב אפילו נעשה ברשות הבעלים, ומשום הכי בדור עמי בסי' שס"ג סעיף י' דמיירי בגברא דלא עביד למיגר פטור כיון שלא נהנה, והנכון עמו."

מבואר שבגברא דעביד למיגר וחצר דקיימא לאגרא, יסוד החיוב, אינו חיוב נוזיקין, מאחר שלא הזיקו בעצם המגורים הללו, וכמ"ש התוספות ד"ה זה:

"דאפילו גירשו חבירו מביתו ונעל דלת בפניו, אין זה אלא גרמא בעלמא".

אלא החיוב נקבע כתשלום תמורת ההנאה שבמגורים, וכמפורש בגמ' שהתובע טוען "הא איתהנית", ועל כן אין נפקא מינה בנסיבות שהביאו לכך.

וכן בספר פני יהושע באר את הסוגיא, וכתב:

"סברת התוספות היא דודאי משום מה שחסר אין לחייבו כיון דהוי גרמא בניזקין, אלא כיון שנהנה זה בגוף ממון חבירו, שדר בביתו, בזה לחוד סגי לחייבו. והא דמספקא ליה שם בזה נהנה וזה לא חסר, היינו משום דאיכא למימר בכה"ג כופין על מידת סדום, כיון שהלה אינו מפסיד כלל. וגדולה מזו כתב המרדכי בשם ראבי"ה דאפילו לכתחילה מצי הלה לכופו לדור בעל כרחו בחצר דלא קיימא לאגרא, ואע"ג דרוב הפוסקים חולקים עליו, מ"מ בדיעבד שדר כבר שלא מדעתו שפיר מספקא להש"ס. אבל בזה נהנה וזה חסר, כגון בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, כיון דלא שייך להזכיר כאן כלל מידת

את תקופת השיתוף, בין במישרין ובין באמצעות עיכוב הסדרת הגט... בעוד בן הזוג האחר מבקש פירוק השיתוף. במצב זה, בו אחד השותפים מסכל את ביצוע הפירוק, אין הוא יכול להישמע בטענת דמי שימוש ראויים".

ביחס לאסמכתא זו שהוצגה על ידי הנתבעת, יש להעיר כי בהחלטה של השופט רובינשטיין שהוצגה בכתבי טענות הנתבעת, אמנם נקבעו מספר קריטריונים מנחים למקרים בהם לא תתקבל תביעה לדמי שימוש ראויים, אך בהחלטה אחרת של השופט רובינשטיין, בבע"מ 5357/06 פלוני נ' פלונית, כבר הובהר כי "בפרשת פלוני הוצגו מספר קריטריונים מנחים למקרים בהם לא תתקבל טענת דמי שימוש ראויים – אך כאמור שם, המדובר בדרך כלל באיזונים קשים לביצוע".

ביחס לפסיקה במסגרת הנוכחית, מאחר שבית הדין אמון על פסיקה עפ"י ההלכה, בפסק דין זה נבחן את טענות הצדדים, וכן את העקרונות והאיזונים שעמדו ביסוד האסמכתאות המשפטיות הנ"ל □ כולם ייבחנו בהתאם לכללי ההלכה. כפי שיובא להלן, בספרות ההלכה לדורותיה, לרבות בפסיקת השולחן ערוך, קיימת התייחסות מפורטת ומנומקת לקביעת הקריטריונים לפסיקת דמי שימוש.

### השאלות הטעונות הכרעה

בעת הדיון לבירור תביעה בין בני זוג לדמי שימוש בדירה המשותפת, עלינו להתייחס לארבעה נושאים, האמורים להשפיע על פסק הדין:

- א. יש להגדיר מהו הגורם המחייב את תשלום דמי השימוש, והאם ביחס לגורם זה, יש מקום להבחנה ובדיקה מהו הרקע ומה היו הנסיבות שכן הזוג השני אינו מתגורר בנכס.
- ב. האם בן זוג שהתגורר בנכס לבדו יכול לפטור את עצמו מתשלום דמי שימוש בטענה □ מאחר שאני בעל הנכס כמון □ "בחלק שלי התגוררתי", וביחס לחלק זה איני מחויב בדמי שימוש.
- ג. האם יש מקום לחייב דמי שימוש, כשלמעשה בן הזוג התגורר בחלק מהדירה בלבד.
- ד. האם לבן הזוג שהתגורר בנכס לבדו, מוקנית זכות מגורים על יסוד הזכויות הנובעות מהנישואין, ומהי ההשפעה שיש לזכות זו ביחס לתביעה לתשלום דמי שימוש.

### העילה לחיוב תשלום דמי השימוש

במסכת בבא קמא דף כ. נאמר:

"הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך. היכי דמי, אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, זה לא נהנה וזה לא חסר. אלא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, זה נהנה וזה חסר. לא צריכא, בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, מאי, מצי אמר ליה מאי חסרתין, או דלמא מצי אמר הא איתהנית."

בהתאם לכך, ועפ"י המבואר בקצות החשן ובנתיבות המשפט, מאחר ודמי השימוש נקבעים כתשלום תמורת ההנאה מנכסי חבירו □ עילה זו, להבדיל מעילת "מזיק", אינה יכולה להיות מושפעת מהנסיבות שהביאו לידי כך. על כן ביחס לחיוב זה, נסיבות היעדרותו של בעל הנכס מהנכס ואשמתו בהרחקה, אינן רלבנטיות, ככל שהדבר נוגע לחיוב הנהנה בתשלום תמורת ההנאה שזכה בה.

### כיצד להתייחס לטענה "בחלק שלי התגוררתי"

הנידון בסוגיא במסכת בבא קמא דף כ' הוא במי שדר בחצר חבירו שלא מדעתו, אך יש לדון מה דינו של שותף שגר בנכס המשותף לבדו, בלא שהתאפשר לשותף השני לממש את זכותו.

לכאורה, בנידון שבפנינו היה מקום לומר, שהנתבעת יכולה לומר שהשתמשה בחלק שלה בדירה, ואינה מחויבת בתשלום שכר דירה לבעלה, השותף עמה בדירה.

בשולחן ערוך חושן משפט סי' קעא סעיף ח', פסק ביחס לשותפים:

"אם הוא דבר שאין יכולין להשתמש בו כאחד, חולקין אותו בימים".

וכתב הרמ"א:

"לא חלקו, והשתמש בו אחד מן השותפין כמה שנים, לא יוכל אחר כך האחר לומר, אשתמש ג"כ זמן שנשתמשת, דכל זמן שלא חלקו, כל אחד בשלו הוא משתמש".

מקור דינו של הרמ"א הוא תשובות הרשב"א ח"ב סי' קמא. וז"ל הרשב"א:

"ואם אירע שישב בו האחד, שתיים ושלוש שנים. נראין לי דברים ברורים, שאינו חייב להעלות לו שכר. דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש. ואפילו בחצר שיש בה דין חלוקה נמי. וכל שכן בחצר שאין בה דין חלוקה. דלא דמי לדר בחצר חבירו שלא מדעתו. וה"ה דאינו יכול לומר לו כדרך שנשתמש בו שתי שנים, אשתמש בו אני לבד כנגדן. דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש. ואלו רצה חבירו, היה משתמש בו".

תשובה זו הובאה בב"י בקצרה.

בפסק דין שכתבנו בתיק אחר והתפרסם בספר "עטרת דבורה" ח"ב סי' לג, הרחבנו את היריעה בהרצאת שיטת ראשונים אחרים והכרעת הפוסקים. אך במסגרת הנוכחית נתמקד בשיטה העיקרית שהיא שיטת הרשב"א, שנפסקה להלכה בשולחן ערוך, והוסכמה על רוב הפוסקים האחרונים, כפי שהתבאר בפסק הדין הנוכח.

הרשב"א סיים את דבריו וכתב:

"דכל שלא חלקו, בשלו הוא משתמש, ואלו רצה חבירו, היה משתמש בו".

ועיין בביאור הגר"א סי' קעא ס"ק לו, שבאר: הדין הפוטר את השותף שהתגורר, מיוסד על שיטת ראב"י במסכת נדרים דף מו. בשותפים שנדרו הנאה זה מזה, שכל שותף יכול להשתמש בכל החצר מפני שזה נכנס לתוך שלו וזה נכנס

סדום, כיון שמגיע לו היזק, שפיר פשיטא ליה להש"ס לחייבו משום הנאתו לחוד."

וכן בספר שערי ישר שער ג' פרק כה, כתב:

"גם לענין דין תשלומים דקים להו לחז"ל דכל נהנה מממון חבירו חייב לשלם, מסברא. או יותר נראה, דילפינן זה מקרא דאשר חטא מן הקודש ישלם, היינו אף דמזיק הקדש פטור, דלפי זה כל אוכל הקדש משלם רק בעד הנאתו." וכן באר הגאון רבי ישראל גוסטמן זצ"ל (קונטרסי שיעורים, על מס' בבא קמא, שער יב):

"בדוכתא שמופקע לגמרי מדין מזיק, כגון שן ברה"ר, שגזירת הכתוב שפטור הוא מדין מזיק... וכן בתחב לו חבירו בבית הבליעה, ובכמה וכמה דוכתי, ואפילו הכי חייב מדין נהנה, ועל כרחך שנהנה הוא חיוב חדש ואין לו שום שייכות למזיק, וחייבו אינו בשביל חסרון חבירו אלא בעד הנאתו."

ועיין בתשובת הרשב"א ח"ד סי' יג ובקצות החושן סי' שצא סק"ב שחיוב התשלום ב"נהנה" אינו נגבה ממייטב, כנויקין. והיינו שאין דנים את חיוב הנהנה כהלכה מהלכות מזיק, אלא כחייב החזר על הנאתו. וע"ע בזה בספר אור שמח הלכות נזקי ממון פ"א ה"ב.

בספר ברכת שמואל על מס' בבא קמא סי' יד הביא דעת רבו הגאון רבי חיים סולובייצ'יק זצ"ל, שעילת החיוב בנהנה, אינה מפני טענת "ממוני גבך" אלא חיוב תשלום בגין ההשתמשות.

הברכת שמואל, בבא קמא סי' יד, כתב בלשון זו:

"שאלתי מכבר את פי מו"ר זיע"א דלכאורה הא תביעת מה שהנהנה הוא כתביעת חוב מלוה, דתובעו ממוני גבך, דהביאור דין מה שהנהנה אינו דין מזיק שתובעו תשלומי החפץ, אלא שתובע תביעת החפץ עצמו שיש עליו, על ידי שהוא נהנה מהחפץ ונתרבה אצלו דמים ותובעו ממוני גבך, א"כ איך שייך שיפטור על ידי קים ליה בדרכה מיניה, ובכתובות דף ל': גבי תחב לו חבירו חלב לתוך בית הבליעה מבואר דע"י קלב"מ פטור אף מדין מה שהנהנה. והשיב דתביעת מה שהנהנה הוי ג"כ מלוה הכתובה בתורה. והסברתי לעצמי דבריו הק' עפ"י דברי המל"מ שכתב בנשתמש האחר כממון של חבירו שלא מדעתו באופן שאינו נעשה גזלן, כגון בשוגג, צריך לשלם לו שכר שימוש ולא הוי ריבית, דצריך לשלם לו בכדי שלא יהיה שולח יד בפקדון... וכן בדר בחצר חבירו שלא מדעתו, לא משום דנתאכל ברשותי דידי' ומדין שכירות הוא דמשלם, אלא אדרבה משום משום דנתאכל מרשותא דמרא, על כן הוי כשולח יד בפקדון כל זמן שלא ישלם דמי השימוש, והוי כמלוה הכתובה בתורה, וזו היתה כוונתו דמו"ר."

העולה מדברינו, בנידון זה הבית נשוא התביעה הוא כסתם בתים העומדים להשכרה, וככל שהנתבעת נחשבת כמי שגרה בחצר התובע שלא מדעתו, או בידיעתו אך בעל כרחו, חייבת בדמי שימוש. כאמור, התשלום הוא בגין ההנאה שהנהנה קיבל במגוריו בנכס, ובספר ברכת שמואל הוסיף ביאור שהתשלום כדי שלא יחשב כשולח יד בפקדון.

בחלוקה לזמנים, וביחס לפרק הזמן שבו מתקיים השיתוף, יש מקום לקביעה שכל אחד משתמש בתוך שלו. אבל אם אחד השותפים תובע לחלק את השותפות ובהעדר עילה לדחות את תביעתו, הדין עמו לחלק את השימוש בנכס בחלוקת זמנים, כל עוד לא ניתן להשלים את פירוק השיתוף בנכס בחלוקה גמורה. ואם לאחר הגשת התביעה, שותף אחד שהיה במקום שנה, עליו לאפשר לשותף השני לשהות במקום למשך שנה או לחילופין לשלם דמי שכירות.

ואכן, בתשובת הרשב"א מפורש שדן במקרה שבו השותפים מעוניינים להמשיך בשיתוף ביניהם בנכסים, אלא שהתעוררה שאלת בירור זכויות כל אחד מהם בנכס המשותף. כך עולה מדבריו בלשון השאלה בה נאמר בלשון זו:

”שנים שלקחו מקום ישיבה של בית הכנסת, כל זמן שאינן רוצין בדין גוד או איגוד' היאך עושין, ישתמש בו כל אחד לפי שידמן או יש ביניהם דין חלוקה לזמנים ידועים”.

הרי שתשובה זו עוסקת בשותפים שאינם מעוניינים בפירוק השותפות. וביחס לנסיבות אלו יש מקום לסברת ראב"י שיש ברירה, וכל אחד נידון כמשתמש בשלו בעת שהוא שוהה בחצר. אבל אם חבירו מנוע מלהכנס לנכס, בסתמא יש לקבוע כי יחס לנסיבות אלו כבר לא חלה השותפות, ומעיקרא השותפות לא נוסדה אדעתא דהכי שרק אחד מהם יוכל לממש את זכותו כשותף, וחבירו יהיה מנוע משימוש בנכס.

וכן בתשובת אהל יצחק (להג"ר יצחק הכהן חסיד) חחור"מ סי' נד כתב:

”בנידון דידן הרי אמר לו ראובן לשמעון גוד או אגוד, דבזה אפילו שיכולין שניהם להשתמש כאחד ויכול לטעון דבשלו הוא משתמש, יכול ראובן לומר גוד או אגוד כמ"ש בשלחן ערוך שם, ואינו יכול לומר דבשלו הוא משתמש”.

ובספר פני הבית (להג"ר אברהם ענתיבי) חור"מ סי' קעא סק"ג, כתב:

”אף דאם דר בחלק חבירו, יכול לומר בשלי אני דר, זהו דוקא אם דר בחלק חבירו ולא היה שם חבירו כדי לעכב עליו, ואחר כך בא על העבר, אינו יכול לטעון. אבל על מאכאן ולהבא יוכל לטעון ולומר לו או הסתלק מחלקי או תן לי שכירות חלקי, אפילו לרשב"א”.

ובספר בית דוד חחור"מ סי' נה דייק הלכה זו מלשונו של הלבוש.

בלבוש סי' קעא סעיף ח' כתב:

”אם הוא דבר שאין יכולין להשתמש כאחד בכל יום, חולקין אותו בימים שלימים, וכל זמן שלא חלקו והשתמש בו אחד מן השותפין לבדו אפילו כמה שנים, והשני לא היה כאן או היה ושתק, אינו יכול לומר אח"כ אשתמש גם אני לבדי כך זמן כמו שנשתמשת אתה, שזה יאמר לו כל זמן שלא חלקנו אני לא נשתמשת אלא בחלקי, ואתה מה לי ולך למה לא באת ונשתמשת אתה בחלקך, ואם רוצים לחלק תתחיל החלוקה

לתוך שלו, דהיינו שהחצר קנויה לגמרי לשותף באותה עת שהוא משתמש בה.”

וע"ע במגן אברהם סי' קלב סק"ב שהוסיף לבאר שבתשובת הרשב"א נקבעה ההלכה שלא לחייב דמי שימוש, בכפוף לכך שאותו שותף נהנה בהנאת שימוש בלבד, אך לא בהנאת כילוי פירות השיתוף, ובאר המג"א:

”דהתם אמרינן שנשתמש בחלקו, ועדיין הוא קיים”.

יצויין, מלשון הרשב"א נראה, שכל עוד השותף השני היה יכול להשתמש יחד עם הראשון בחלקו, לא היה מקום לטענה שמבקש להשתמש בשותפות לבדו כדרך שחבירו השתמש, וכן אין מקום לתביעה שישלם לו שכר דירה. מאחר שהשותף שהשתמש בנכס המשותף, נחשב כמשתמש בנכס שלו, ואלו רצה חבירו, גם הוא היה יכול לבוא ולהשתמש בחלקו. מדויק מדברי הרשב"א שביחס לתקופת הזמן ששותף השני כבר אינו יכול יותר לדור עם הראשון, יש מקום לתביעה שבה התובע מבקש להשתמש זמן דומה כנגדו, ולחילופין יוכל לתבוע תשלום שכר דירה.

לפי זה, אם השותף שדר בנכס המשותף מנע את חבירו ממגורים עמו, יחויב לשלם או לתת לחבירו לגור תקופה דומה.

וכן כתב בשו"ת בית שלמה חלק חור"מ סי' מח, וז"ל:

”אמנם כיון... שפעם אחת לפני כמה שנים שרצה שמעון ג"כ להיכנס לבית ולא הניחו ראובן, נראה דלפי"ז הדין עם שמעון... מבואר... מסיום דברי הרשב"א שהטעם הוא משום דבלא"ה היה הבית פנוי, ואילו היה רוצה חבירו היה משתמש בו ולא מיחה בו חבירו. אבל בנ"ד דפעם אחת רצה שמעון להכנס ולא הניחו ראובן, בכה"ג ודאי דצריך ראובן לשלם שכירות לשמעון עבור חלקו, וכמבואר מדברי הרשב"א עצמו, כנ"ל. וגם זה דבר ברור ופשוט, דכיון שראובן לא הניח לשמעון להכנס בו, לאו כל כמיני' להשתמש בחלקו של שמעון בעל כרחו... עכ"פ בנ"ד שלא הניח ראובן ליכנס את שמעון בבית, והשתמש בו הוא לבדו בע"כ של שמעון בכל הבית, נלע"ד שחייב ראובן לשלם לשמעון דמי שכירות בעד השנים שאח"כ, שדר בחלק שמעון”.

וכן מהרש"ם בתשובה, חלק א' סימן ח', כתב:

”בדבר מה שתבע ראובן מיהודה, שזה ב' שנים תבעו לדין לחלוק כפי הכתב. ויהודה סירב מלציית ד"ת, ותובע שישלם שכר דירה מה ששוה חלקו יותר מחלק ראובן. יפה כתב רי"מ שמחויב יהודה לשלם. דכל טעם הרשב"א שאם רצה חבירו היה משתמש ג"כ, וזה לא שייך בנ"ד, וכבר העלה כן בשו"ת בית שלמה חור"מ סימן מ"ח”.

אך עדיין יש מקום לבאר הטעם מדוע אם שותף אחד מנע מחבירו לגור עמו, בטלה טענת ”בשלי השתמשתי”, הרי עכ"פ לכאורה יש מקום לטענה זו מאחר שהנתבע גר בתוך שלו, וכסברת ראב"י במסכת נדרים.

נראה שהביאור בהלכה זו מתקבל לאחר שנבאר כי הלכה זו שפסק הרמ"א בשם הרשב"א נאמרה בשותפים שלא בקשו לחלק את השותפות, לא בדרך של 'גוד או איגוד' ולא

השותף שגר בבית כמי שגר בתוך שלו, וכסברת ראב"י. מאחר ויש מקום לסברא זו רק בעת שהשותפות עדיין קיימת, עיי"ש בר"ן במסכת נדרים דף מה ע"ב, אך לאחר סיום השיתוף, הוא עושה שימוש בשלו ובשל חבירו.

**מסקנת הדברים:** לשיטת הרשב"א, להלכה פוסקים דינא ד'גוד או איגוד', אך כל עוד השותפות שרירה וקיימת, ואין תביעה לפירוק השותפות, אין מקום לחלוקת זמנים, הן כדרך להנהגת השותפים מכאן ולהבא, והן כעילת תביעה ביחס לתקופה שכבר עברה. אלא שניהם רשאים להשתמש בדרך שיויונית בנכס המשותף. אך אין מניעה שכל שותף יתבע בכל עת פירוק השיתוף בדרך של 'גוד או איגוד'.

לאחר שאחד השותפים תובע חלוקת שותפות בכל דרך שהדין נותן, דהיינו בדרך של מכירה לגורם שלישי וחלוקת התמורה, או בדרך של 'גוד או איגוד', או אף בדרך של חלוקת זמני שימוש, כיון שהדין עמו, מכאן ולהבא כבר לא יוכל חבירו לטעון בשלי השתמשתי ולהיפטר מתשלום שכר דירה או למנוע מחבירו מגורים לפרק זמן שווה כמוהו.

במקרה שבפנינו, הבעל הורחק מהבית בצו של בית המשפט, לאחר שהאשה התלוננה כנגדו. התביעה להרחקת הבעל מהבית לא נידונה בבית הדין, וככל שהדבר נוגע לעניינינו, ובטרם הוכח אחרת, ניתן להניח שהיה מקום למתן צו ההרחקה, והיתה הצדקה למנוע מהבעל לגור בביתו עם אשתו, מחשש להתנהגות אלימה מצידו. למרות זאת, מאחר ועוד קודם למתן הצו, הבעל תבע פירוק השיתוף בנכס, והאשה הסכימה, ואף ניתנה החלטה על יסוד ההסכמה ובאי כוח הצדדים התמנו ככונסי נכסים למימוש ההליך, אלא עקב עיכוב בהסדרת רישום הנכס ועיכוב בחיבור חשמל תיקני לבית, ההליך התעכב, אין מקום שבמסגרת הנוכחית נברר מי מהצדדים אשם יותר בעיכוב. גם אם העיכוב, בחלקו או בעיקרו, נבע מהתנהלות שאינה ראויה מצד הבעל, שנמנע משיתוף פעולה מהיר ויעיל בהסדרת ההליך, החל מהמועד שבו הבעל תבע את פירוק השיתוף בנכס, ובודאי לאחר שהנושא הוסכם וכאמור כבר החל ההליך למימוש הפירוק, החל ממועד זה, לשניהם זכות שווה למימוש השימוש בנכס. וזאת מפני שמכאן ולהבא שניהם כבר אינם במתכונת שיתוף של מגורים משותפים יחד, אלא במתכונת של חלוקת שותפות, בשלב ראשון, כל שותף רשאי לממש את זכותו לחלוקת השימוש בנכס לזמנים שווים, ובשלב שני □ פירוק מלא של השיתוף.

על כן החל ממועד הגשת התביעה לפירוק השיתוף ובודאי לאחר שהתביעה כבר התקבלה מההיבט העקרוני, אין מקום לטענת "בשלי השתמשתי", מאחר והחל ממועד זה התחייבה חלוקת השותפות ביניהם, לכל הפחות בדרך של חלוקת זמנים.

אמנם אילו חיוב דמי השימוש היה מיוסד על עילת תשלומי נזיקין, היה מקום להתחשב ברקע שהביא ליציאת השותף האחד מהבית, וכמבואר בספר נתיבות המשפט שהובא

מהיום, ומה שדר בו זה לבדו לא יחשב. וכן הדין במקום בבית הכנסת כשישב עליו זה אפילו כמה שנים, והשני לא היה בעיר או היה בעיר ושתק, אין מנכין לזה מה שישב עליה, דבשלו הוא משתמש כל זמן שלא חלקו."

וכתב הבית דוד על דבריו:

"קצת קשה לכאורה על הר"ב הלבוש ז"ל להוסיף מדיליה על דברי הרשב"א וכתב דהשני לא היה כאן או היה ושתק, דמה לנו ולשתיקתו, ואפילו עומד וצווח שלא ישתמש חבירו או שיעלה לו שכר מאי אהני ליה, הלא זה יכול לומר בשלי אני רוצה להשתמש ובוא אתה והשתמש גם כן. ונראה דכוונתו לומר, שיכול להתרות בו ולומר 'גוד או איגוד' ואל תשתמש אתה לבדך, שאם תשתמש תתן לי שכר הראוי, דבזו הדין עמו, כיון שאומר 'גוד או איגוד', והוא לא אגיד ולא מוגיד."

וכן מבואר בספר כסף הקדשים על חו"מ סי' קעא שכתב בביאור שיטת הרשב"א:

"טעמו משום שכן הוא דרך קנין דשותפות, שבזמן שישתמש בו אחד מהם יהיה כאילו איגלאי מילתא למפרע שהקנין חל לו לבד לזמן הזה... עיקר טעמיה דהרשב"א בזה נראה דהיינו מצד שהיה לו לשותף השני לעשות חלוקה או סדר שימוש זמן אחר זמן, וכל שלא עשה כן, הניח את מה שישתמש חבירו על כפי מה שהוא על פי ההלכה, והרי ההלכה דיש ברירה בזה, וכנ"ל. משא"כ כשותף אחד ברח ע"י אונס או כדומה איזה טעות... מודה הרשב"א שיוכל אח"כ השותף השני להשתמש לבדו במקומות ההם כעין הזמן שנשתמש בו חבירו ממש... הרמ"א בהג"ה כתב דגם היכא דלא שייך גוד או איגוד רק שנה אחר שנה שייך, בחלקי נשתמשתי", צריך לומר דאירי שהלך ברצון ולא ע"י אונס וכנ"ל, וכשהיה סדר של שנה אחר שנה גם שלא היה כן על פי הרשאה מהשותף, מכל מקום נראה דלא שייך שנתרצה שיאמר חבירו בחלקי נשתמשתי, וכנ"ל."

מבואר בכסף הקדשים כמו שכתבנו, שחלוקת הזמנים אינה דבר הנעשה מעצמו, אלא רק כשאחד מהשותפים תובע זאת, הדין עמו, ובלא תביעה אינו מחויב להעלות שכר, דמטעם מחילת השותף השני אתינן עלה, וכל עוד היה יכול לתבוע חלוקה, לכל הפחות חלוקת שנה שנה, ולא תבע, הרי שמחל על זכותו. למרות זאת, סובר כסף הקדשים שבמקום שבנסיבות המקרה מוכח שהשותפים אינם מסוגלים לממש את השותפות באותו זמן, כגון כשאחד מהשותפים נאלץ לברוח עקב אונס שמנעו לדור כאן ולממש את חלקו בשיתוף, דינו כתובע חלוקת שותפות ולאחר שהראשון דר בבית במשך שנה, השני זכאי לדור שנה אחרת כנגדו.

עפ"י המבואר, יתבאר פסק דינו של הבית שלמה שהורה שאם האחד מנע מחבירו שימוש בשותפות, צריך להעלות לו שכר, מפני שבאותה עת ששותף אחד מונע מחבירו את השימוש בנכס המשותף, נעשה חבירו כמי שתובע חלוקת השותפות, שאינו מוחל על זכותו, ומעיקרא ביחס לתקופה זו לא התכוונו להישאר שותפים, שרק אחד מהם יוכל לגור והשני יהיה מנוע מכך. ובתקופה זו אין מקום לראות את

יעקב סי' עז שהובא בפד"ר כרך יב עמ' 373, שאין מניעה שהאשה תקבל את חלקה בנכסיה, אף קודם הגירושיין, כשאין לבעל זכות לפירות נכסי מלוג, דהיינו בטוענת מאיס עלי, לשיטת הרא"ש לאחר י"ב חודש, ולשאר הפוסקים גם קודם לכן.

ועיין בספר בית אב (להג"ר אליהו בקשי דורון זצ"ל) ח"ב סי' עא, שדן במקרה שהאשה עזבה את הבית עקב סכסוכים, הבעל טען שאשתו אסורה עליו, ולאחר זמן התגרשו וניתן פס"ד לחלוקת הרכוש. אך עקב התארכות הדיונים, גם כעבור מספר שנים, האשה עדיין לא קבלה את חלקה בדירה.

באותו נידון, בית הדין האזורי בחיפה, בהרכב הג"ר אליהו בקשי דורון זצ"ל והג"ר שמואל דיקמן זצ"ל, פסק שלא לחייב את הבעל בשכר דירה, גם לאחר שניתן פס"ד לחלוקת הרכוש, וגם לאחר הגירושיין. ומאידך בית הדין הגדול ביטל את פסק דינם, וקבע לחייבו בשכר דירה מיום עזיבת האשה את הבית, ועוד טרם הגירושיין. לפי המבואר לעיל, היינו מפני שהיה דינה כאומרת "מאיס עלי", ודנו שמיום עזיבתה את הבית נחשבת כדורשת את פירוק השיתוף, ומכאן ואילך בהעדר זכאות לפירות נכסי מלוג, הבעל כבר אינו יכול לטעון "בשלי השתמשתי". נראה שפסק הדין של בית הדין הגדול מכון להלכה, ובמחילה מכ"ת חברי בית הדין האזורי, אין דבריהם מחוורים. מפני שלא היה מקום ללמוד מדינו של הרשב"א העוסק במקרה שאין אחד מהשותפים תובע ג'וד או איגוד, ובנסיבות ששני השותפים מסכימים שמסגרת השותפות שרירה וקיימת, ולהקיש מדבריו למקרה הנידון באותו פסק דין, שבו הצד שלא התגורר בדירה עזב את בן הזוג ובקש לפרק את השיתוף ואף קבל פס"ד לחלוקת הרכוש, ובסופו של דבר בני הזוג התגרשו, והביאו לסיום פרק השותפות. שבנסיבות אלו, גם טרם בפורק השיתוף, לכל שותף הזכות לתבוע חלוקת זמנים ולחילופין דמי שימוש, וכפי שהתבאר לעיל.

בנידון שבפנינו, האשה תבעה גירושיין ומאסה בבעלה על יסוד טענות שהעלתה בכתב התביעה, ובדיון בבית הדין גם הבעל בקש להתגרש. ביחס לנסיבות אלו כתב הב"י סי' ע"ז בשם הר"ן בתשובה סי' יג:

"אבל האומרת מאיס עלי... הרי היא מבטלת תנאי האישות

מיד, והפסידה כל שיש לה על הבעל".

על כן מאחר ובאותה תקופה, האשה כבר לא הייתה זכאית למזונות עבודה, וביחס לתקופה זו □ מעמדם של שני בני הזוג, כשני שותפים רגילים.

### דמי שימוש בבית גדול ונעשה שימוש בחלקו בלבד

האמור לעיל מתייחס לדירת מגורים בגודל ממוצע, ובנסיבות שגם כשאחד מבני הזוג אינו מתגורר בה, בן הזוג השני עושה שימוש בכולה.

אך במקרה שבפנינו, הנכס הינו בית מגורים בשטח של 242

לעיל. אך מאחר וכאמור, הפוסקים הסכימו שאין זו עילת החיוב, אלא מפני שהדר בחצר נהנה, ומשלם בגין הנאה שקבל, ביחס לעילה זו, אין נפקא מינה לרקע שהביא ליציאתו מהבית.

### זכות מגורים על יסוד הזכויות הנובעות מהנישואין

עוד יש לקבוע, שאין מקום לחיוב דמי שימוש, אם לאחד מבני הזוג שמורה הזכות מגורים בנכס מכוח הזכויות הנובעות מהנישואין. על כן אם אחד מבני הזוג מתגורר תקופה מסוימת מחוץ לבית, וללא שנשללה מבן הזוג השני זכות מהזכויות הנובעות מהנישואין, אין עילה לתביעה לתשלום דמי שימוש, וזאת מפני שהשימוש נעשה כמימוש הזכות הנ"ל. לכן כשהאשה גרה בדירה המשותפת בלא בעלה, גם ללא זכותה כשותף בנכס, בסתמא האשה יושבת במדור מכוח זכותה למזונות ומדור עבודה. וכן אם האשה עזבה, והבעל מתגורר לבדו בדירה המשותפת, גם בלא זכותו כשותף בנכס, בסתמא הוא גר בדירה כבעל הזכאי לפירות נכסי מלוג של אשתו.

מאחר וכאמור, חיוב דמי השימוש מיוסד על חובת תשלום בגין ההנאה שבמגורים, ככל שהאשה זכאית להנאה זו במסגרת זכותה למזונות, או הבעל זכאי להנאה זו במסגרת זכותו לפירות נכסי מלוג, אין מקום שהלה יחויב בתשלום עקב הנאה זו.

על כן התנאי הראשון לחיוב דמי שימוש הוא, שיתברר שהנתבע לתשלום אינו זכאי למגורים בדירה המשותפת מכוח הזכות הנ"ל. דהיינו אם הבעל הוא הנתבע, הבעל אינו זכאי לפירות נכסי מלוג. ואם האשה היא הנתבעת, כבר אינה זכאית למזונות מבעלה.

כמו כן לאחר שהבעל והאשה השותפים בנכס, כבר התגרשו, גם לשיטת הרשב"א הנוכרת אין מקום לטענה "בשלי השתמשתי", מאחר שעפ"י ההלכה בן הזוג השני מנוע ממגורים באותה דירה, ודינם כשותפים שתבעו לפרק את השיתוף ביניהם, וכמבואר לעיל.

ועיין בפד"ר כרך יח עמ' 300 בפס"ד של בית הדין האזורי ירושלים שהג"ר שמואל שפירא זצ"ל כתב כדבר פשוט, שלאחר הגירושיין, מאחר שהזוג מנוע ממגורים משותפים קיימת חובת תשלום שכר דירה, מפני שאינם יכולים להשתמש בשותפות במקום זה. ולפי המבואר, היינו מפני שכבר כלה זמן השותפות.

אך ביחס לתקופת הפירוד בטרם גירושיין ולאחר שהאשה טענה "מאיס עלי", כתב בפסק הדין שם להסתפק האם לאחר שכלתה האישות ביניהם כלתה השותפות. עיי"ש שלא הביא מהמקורות הנזכרים. ונראה שאין מקום לספק, ויש לדון את בני הזוג כשותפים שסיימו את תקופת השותפות, וזאת לאחר שאנו פוסקים להם דינא דמיתבתא המבואר בסי' עז ס"ג ברמ"א, שבו נקבעה חלוקת רכוש אף קודם הגירושיין (לרוב הפוסקים). או לפי דרכו של הבית

יצוין כי בהסכם הנוכח נקבע כדלהלן: "הסכם זה נכנס לתוקף מרגע זה וישאר בתוקף עד להחלטה אחרת שתינתן בענין פירוק השיתוף בבית הדין הרבני בצפת, או לכל הסכמה אחרת".

לדברי הנתבעת, במשך כל התקופה אכן נהגה בהתאם להסכם הנ"ל, ולא השתמשה במלוא הנכס אלא רק בחלקה. ויצוין שמצד התובע, בכתיב טענותיו, אין הכחשה לטענה זו. על כן בהתאם למבואר, בנסיבות אלו אין מקום לדון אותה כמי שנהנתה מחלקו של השותף השני, התובע דנן.

אמנם לאחר שהתובע הורחק בשנית, היה רשאי לבקש לבטל את ההסכם הנ"ל, עקב אי יכולתו לממש את זכותו הקבועה בהסכם, ויש להניח שדרישתו הייתה מתקבלת, אך כאמור בגוף ההסכם נקבע שההסכם ישאר בתוקף עד להחלטה אחרת של בית הדין או הסכמה. לכן בהעדר החלטה או הסכמה, ההסכם בתוקף. מלבד זאת, לא היתה מניעה שהתובע ישכיר את חלקו ובכך יממש את פירות חלקו בנכס, על יסוד ההסכמה הנ"ל. התובע בחר שלא לנהוג כך, ויתכן שנהג כך לאחר שסבר שבקרוב יורשה לחזור. עכ"פ בנסיבות המתוארות, אין עילת חיוב דמי שימוש, לרבות לאחר הגירושין. מאחר וגם לאחר הגירושין, התובע היה רשאי להשכיר את היחידה התחתונה בנכס, כפי שעשה לאחר מכן, לאחר שרכש את הנכס במלואו.

אמנם התובע טוען שהנתבעת גרמה להוצאתו מהבית ללא הצדקה, אך כל עוד הנתבעת לא השתמשה בחלקו של התובע, ולא נהנתה הנאת מגורים מחלקו בבית, וזאת על פי ההסכמה הנוכחת, אין מוטל עליו לדון האם אמנם יש ממש בטענה שהנתבעת הביאה להוצאתו של כדן. וזאת על יסוד דברי התוספות (הנוכחים לעיל) שכתבו: "אפילו גירשו חבירו מביתו ונעל דלת בפניו, אין זה אלא גרמא בעלמא". וכן פסק הרמ"א סי' שסג סעיף ו'. על כן גם אם היה מתברר שהבעל הוצא מהבית ללא הצדקה, בנסיבות המתוארות בנידון דנן, מאחר שהנתבעת לא עשתה שימוש בחלקו, הוצאתו מהבית אינה יכולה להביא לחיוב הנתבעת בתשלום ההוצאות שנגרמו לתובע, לרבות שכר דירה, גם אם התובע נאלץ לשכור עבורו דירה חילונית.

אמנם לולי ההסכם הנ"ל, ובהעדר הסכם לחלוקת שימוש בנכס, גם אם בפועל הנתבעת הייתה מתגוררת בחלק מהנכס בלבד, הרי שביחס לאותו חלק, דינה כנהנית מנכס שחציו של השותף השני, והיה מקום לחייבה בדמי שימוש סיכומו של דבר, חיוב דמי שימוש, מיוסד על חובת תשלום בגין הנאה מחלקו של השותף השני, ולא כקנס או פיצוי על הרחקתו של השותף מהנכס. על כן ככל שהדבר נוגע לנידון דנן, מכיוון שהנתבעת נהגה כפי שהוסכם בזמנו והוחלט בביהמ"ש, וכך המשיכה לנהוג גם לאחר התלונה במשטרה ועד לעזיבתה את הבית, למרות שהתובע היה מנוע מלגור בנכס, לרבות לאחר הגירושין, אין מקום לפסיקת דמי

מ"ר, שהוא גדול מאד, יחסית לשטח הנחוץ עבור האשה והבת שגרה עמה, ולמעשה הנתבעת עשתה שימוש רק בחלק מהבית, וזאת בהתאם להסכמה שהוסדרה בין הצדדים. בעת הדיון בבקשת האשה לצו הרחקה, בהחלטת ביהמ"ש נקבע על יסוד הסכמת הצדדים, שהשימוש בדירת המגורים יחולק בין הצדדים, חלוקה בעין, כך שהבעל יתגורר ביחידת הדיוור במפלס התחתון והאשה בעליון, בהתאם להסכם מפורט שהוסכם בין הצדדים באותו מעמד. עלינו לבחון את ההשפעה של הסכמה זו, על הפסיקה הנוכחית.

בספר אור זרוע, פסקי בבא קמא סי' קכה, מצויה תשובת הראשונים ביחס לדירת מגורים השייכת לשתי אחיות, כשלמעשה גרו בבית - אחת האחיות שנישאה, עם בעלה, ושניהם בלבד עשו שימוש במלוא הבית. ובתשובת רבי יצחק ב"ר אשר הלוי כתב:

"אם היה ראובן דר לבדו בבית, היה חייב להעלות שכר לרחל מכל חלקה שהרי נשתמש בכל הבית. ואם היה די לו בחצי הבית, היה לו להושיב ב"ד ולחלוק הבית קודם שנכנס בו. ואפילו הוא גברא דלא עביד למיגר, כמו שאמרת שהיה לו די בחצי הבית. ואין הפטור תלוי אלא בדלא קיימא לאגרא, דאמר ליה מאי חסרתין. אבל חצר דקיימא לאגרא, אפילו גברא דלא עביד למיגר, חייב דהא חסריה, ואתה אמרת לבסוף דחצירו דקיימא לאגרא הוא."

מבואר שניתן להושיב ב"ד לביצוע החלוקה ובכך להיפטר מדמי שימוש. ונראה שככל שהדבר נוגע לפטור מדמי השימוש, אין נ"מ בין חלוקת שותפות גמורה, ובין חלוקת השימוש בבית. אם השותף נהג בהתאם, יש תוקף לחלוקה זו לדונו כמשתמש בחלקו בלבד, ושלא לחייב דמי שימוש. והדין כן, מאחר שניתן לבצע חלוקת שותפות בדרך של חלוקת זמני שימוש, כמבואר בחו"מ סי' קעא ס"ח, ה"ה אם נפסקה לשותפים פסיקה בת תוקף הקובעת חלוקה אחרת, כגון חלוקת שימוש בגוף הנכס, ואכן למעשה עפ"י פסיקה זו אחד השותפים עשה שימוש רק בחלק מהבית, ונהנה מחלק זה בלבד, בכוחה של חלוקה כזו לקבוע שכל אחד משתמש בשלו, בעת שהוא משתמש בחלק שהוקצה עבורו.

הסכמה כזו לחלוקת השימוש, תקבל תוקף גם ללא קנין נוסף, אלא די שהוסכמה חלוקת השימוש, ובהתאם להסכמה זו כל אחד מהם החל להשתמש בנכס באותו חלק שהוקצה עבורו. עיין שולחן ערוך חו"מ סי' קנז סעיף ב' ובספר מחנה אפרים הלכות שכירות סי' א', ובקצות החושן סי' קנז סק"ג וסי' קפט סק"א, ובנתיבות המשפט סי' קצב סק"ו, ובספר הר צבי חו"מ סי' פב.

לפי זה במקרה הנוכחי, מאחר שההסדר הנ"ל הוסכם ואושר בביהמ"ש, והצדדים החלו לנהוג עפ"י ההסכמה זו, די בכך לתת תוקף להסדרת חלוקת שימוש בנכס בתקופת הביניים, עד לפירוק השיתוף הסופי. וזאת אף אם החלוקה אינה חלוקה שיויונית, מאחר וכך הוסכם ביניהם.



ג. כמו כן אם הוגשה תביעה לפירוק השיתוף, ובן הזוג הגר מחוץ לבית מבקש לפרק את השיתוף בנכס לאלתר ועקרונית הבקשה מתקבלת, מכאן ואילך ובהעדר ראייה למחילה על דמי השימוש, יש מקום לחיוב הנתבע בדמי שימוש, למעט בנסיבות המתוארות בסעיף א'.

ד. מאחר והתשלום הוא בגין ההנאה שקיבל במגורים אלו, כל עוד הנכס ראוי להשכרה, ובהתאם לאמור קיימת עילת חיוב דמי שימוש, אין נפקות לנסיבות שהביאו למגורים בלעדיים של אחד מהם, לרבות כשבן הזוג השני היה מנוע ממגורים בבית עקב צו הרחקה וכיוצא ב.

ה. אם הנתבע לתשלום דמי שימוש, לא השתמש בבית כולו, לאחר שהוסדר עבורו שימוש בחלק מהבית, במסגרת הסכם בר תוקף שנערך בין הצדדים, אין לראותו כמי שנהנה מחלקו של הצד השני, ואין לחייבו בדמי שימוש, גם אם הצד השני הורחק מהמגורים בנכס ללא הצדקה.

אמנם ביחס לתקופה שלאחר הגירושין, אין טעם בהסדרת מתכונת חלוקת שימוש כזו, מאחר ובהתאם להלכה הפסוקה בשולחן ערוך אה"ע סי' קיט ס"ז, שני בני הזוג לאחר הגירושין מנועים ממגורים באותו בית, ואף בשני בתים בחצר אחת. אך ניתן להסדיר חלוקת שימוש בדרך שבה צד אחד יממש את חלקו באמצעות השכרתו לגורם אחר. על כן במקרה הנוכחי, מאחר שהנתבעת אכן מילאה אחר הוראות ההסכם, ולא עשתה שימוש ביחידת הדיור התחתונה, התביעה תידחה. וזאת למרות שנמנע מהתובע עצמו השימוש בחלקו, ובלא שיוטל עליו לבחון האם בזמנו אכן הייתה הצדקה בהרחקת התובע. בהתאם לאמור, התביעה לדמי שימוש נדחית.

שימוש, מאחר שהנתבעת עשתה שימוש רק באותו חלק בבית שהוקצה עבורה.

### מסקנות

א. בפנינו תביעה לתשלום "דמי שימוש ראויים" שהוגשה ע"י אחד מבני זוג שלא גר בדירת המגורים המשותפת, כנגד בן הזוג השני, שעשה בנכס שימוש בלעדי. ראשית, עלינו לקבוע אם לנתבע זכות מגורים בנכס מכוח הזכויות הנובעות מהנישואין. אם הנתבעת היא אשה נשואה, יש לבחון אם היא זכאית לדמי מוזנות, ולמדור בנכס זה. ואם הנתבע הוא הבעל, יש לבחון את זכאותו לפירות נכסי מלוג. בנסיבות שקיימת הזכאות הנוכרת, דינה של תביעה זו להידחות. בנסיבות אלו, התביעה תידחה גם אם בן הזוג השני היה מנוע מלהיכנס לדירת המגורים, וגם אם בסופו של דבר לא נמצאה הצדקה להוצאתו מהבית. וזאת מפני שהתשלום לא נקבע כקנס על מניעת מגורי השני, אלא מיוסד על חובת החזר תשלום בגין הנאת מגורים. החזר זה אינו מחויב כשהנתבעת היא אשה הזכאית למוזנות או כשהנתבע הוא בעל הזכאי לפירות נכסי מלוג.

ב. בהעדר זכאות האשה למוזנות או זכאות הבעל לפירות נכסי מלוג, אם בן הזוג שהתגורר מחוץ לבית לא היה מנוע מלהתגורר בבית, אלא התגורר מחוץ לבית המשותף מבחירתו, ואילו היה מבקש לשוב ולגור בבית, לא היתה מניעה לחזרתו, אין מקום לחיוב דמי שימוש. אך לאחר הגירושין, כשבן הזוג מנוע מלגור עם הצד השני כתוצאה מהגירושין, יש לחייב את בן הזוג המתגורר בנכס בדמי שימוש.

### סימן ל

## גובה דמי השימוש שיחויב בעת שגר בבית עם ילדיו

אלא בחדר השינה, ובנוסף עושה שימוש במטבח ובחלק מהבית יחד עם שני בנים בוגרים המתגוררים בבית. לטענתו, אינו חייב לשלם בגין שהותם של שני הבנים בבית, והשימוש שהם עושים בו.

לאחר שמיעת טענות הצדדים, בית הדין מחליט:

א. החל ממועד הגירושין, חובת התשלום בדמי שימוש היא ברורה. עיין בפד"ר כרך יח עמ' 300 שכתבו כדבר פשוט, שלאחר הגירושין, מאחר שהזוג מנוע ממגורים משותפים קיימת חובת תשלום שכר דירה, מפני שאינם יכולים להשתמש בשותפות במקום זה. וכבר הגיע המועד לפירוק השותפות בנכס.

ב. ביחס לתקופה שקדמה לגירושין, אמנם אם הבעל היה מנוע מאשתו לגור בבית, ובנסיבות שנשללה זכאותו לפירות נכסי מלוג, היה מחויב בדמי שימוש. ועיין בשו"ת בית שלמה חור"מ סי' מח בנידון בית של שני

הצדדים התגרשו ללא הסכם גירושין בכל הנושאים הרכשיים התלויים ועומדים ביניהם. ולאחרונה התקיים דיון לבירור תביעת האשה לחיוב האיש בדמי שימוש בבית המגורים המשותף.

האשה מבקשת לחייב את האיש החל ממועד עזיבתה את הבית, בסך השווה למחצית משכר הדירה הראוי לבית המגורים, למעט יחידת הדיור התחתונה שבה גרה הבת עם בני משפחתה, דהיינו 2900 שקל לחודש. לטענתה, עקב התנהגותו הבעייתית של האיש, שקשר קשר זוגי עם אשה אחרת, והתנהלותו האלימה כנגדה, נאלצה לעזוב את הבית, וכי זו עילה מוצדקת לחיוב האיש ממועד עזיבתה. לדבריה, תוכל להציג ראיות מוקלטות התומכות בטענתה שנאלצה לעזוב את הבית.

האיש הכחיש את הטענות המיוחסות לו, וטען שהאשה לא נאלצה לעזוב את הבית, וכן טען שאינו עושה שימוש בלעדי

חסרון הכיס בגין היעדר יכולת השכרת הנכס, מצוי בדברי הרא"ש במסכת בבא קמא פרק ב' סימן ו', שכתב:

"ורב אלפס ז"ל כתב אבל בחצר דקיימא לאגרא צריך להעלות לו שכר ואף על גב דלא עביד למיגר דהא חסריה ממונא. וכדבריו מוכח בשמעתין שלחיה בי רבי אמי אמר וכי מה עשה זה מה חסרו ומה הזיקו משמע הא חסרו והזיקו פשיטא שחייב. ומיהו כבר הוכחתי שעל החסרון אין חייב דלא הוי אלא גרמא בעלמא ואי איכא לחיוביה מהאי טעמא איכא לחיוביה משום שאכל חסרונו של זה. ולא דמי לנועל ביתו של חבירו ולא דר בו, או המוכיר שדה של חבירו שלא בא לידו כלום מחסרון חבירו, אבל זה אף על גב שלא נהנה שהיה מוצא דירה אחרת בחנם מ"מ השתא מיהא קאכל מה שחבירו נפסד וכן נראה".

וכן פסק בשו"ע חו"מ סי' שס"ג סעיף ו' ביחס לדירה הראויה ועומדת להשכרה: "צריך להעלות לו שכר שהרי חסרו ממון". דהיינו מגורי השותף מונעים השכרת הנכס לאדם אחר, וזו עילה לחיובו במלוא שכר הדירה הראויה לנכס זה, מלבד העילה המחייבת את השותף שגר בדירה בגין הנאתו מהשימוש שעושה בנכס. על כן ביחס לנכס העומד להשכרה, היקף הנאתו של האיש בתוך הבית אינו טעון בירור, ואין מקום להיכנס לשאלה שהאיש הציג, מהו השטח שבו הוא רגיל לעשות שימוש.

ביחס לקביעת גדרי החיוב של הדר בחצר חבירו העומד להשכרה, יש לדון האם משלם כמויק או משלם על הנאה, והציג את השאלה בספר חידושי ר' אריה ליב מאלין חלק א סי' סט שכתב כדלהלן:

"שיטת הרי"ף הוא דבחצר דקיימא לאגרא אף דהוי גברא דלא עביד למיגר צריך להעלות לו שכר משום דחסרי ממונא. ופירשו הראשונים דבריו דאף דגם הוא יודה דבלא דר בה וגירש חברו מביתו דפטור משום דהוי מבטל כיסו, אבל בדר בה חייב משום דאכל חסרונו של זה. והנה לא נתבאר בפירוש בדברי הראשונים מאיזה טעם הוא מחויב באכל חסרונו אם החיוב בשביל מזיק, ובאכל חסרונו כבר אין זה מבטל כיסו דהוי כמו שהשתמשות ישנו בעין ואין זה מניעת הריוח, או דהחיוב הוא משום נהנה ולא משום מזיק".

ר' אריה ליב מאלין העלה במסקנתו, וכתב:

"הנראה דהחיוב באכל חסרונו מטעם ממוני גבך, היינו דכיון שלוקח את גוף ההשתמשות מחויב לשלם בשביל גוף ההשתמשות אלא דדין ממוני גבך לא שייך אלא בחסר בדקיימא לאגרא שאז מיקרי שלוקח ממנו גוף הממון שלו אבל בלא קיימא לאגרא מיקרי שאין כאן במציאות כלל ההשתמשות וע"כ חסר המחייב של ממוני גבך. אבל בקיימא לאגרא החיוב משום ממוני גבך, והחיוב של ממוני גבך אינו כלל אם נתרבה אצלו דמים אם לא, רק תלוי באכל חסרונו, אבל החיוב של נהנה תלוי אם עביד למיגר היינו אם נתרבה אצלו דמים, וע"כ בלא קיימא לאגרא דשם לא שייך לחייב משום ממוני גבך ובעינן לחייב מטעם נהנה, משו"ה תלוי בעביד למיגר, ונמצא לפ"ז דיש שני חיובים בנהנה, חיוב של ממוני גבך, וחיוב זה לא

שותפים שהאחד מנע מחבירו את הכניסה לבית, וחייבו בדמי שימוש.

ג. אך בנידון זה, טרם התברר שהתנהגות אלימה או אחרת מצד הבעל מנעה מהאשה לגור בבית, לכל הפחות בקומה אחרת בבית, תוך הפרדה בין הצדדים בתוך הבית. על כן מאחר והאשה היא זו התובעת תשלום דמי שימוש, נטל הראיה עליה, להוכיח את הנטען על ידה שהיתה מניעה של ממש לגור בבית עד למועד הגירושין, ולבקש בבקשה מנומקת להורות על שלילת זכאותו לפירות נכסיה החל ממועד עזיבתה את הבית ועד ליום הגירושין.

ד. ביחס להיקף התשלום, לאחר הגירושין, ובהתייחס לטענת האיש הנוכרת, יובהר:

מגורי האיש בבית המגורים המשותף, מונעים את החלופה להשכרת הבית לשוכר פוטנציאלי. ויצוין לפסק ברמ"א בשו"ע סי' שס"ג סעיף ו' שכתב: "וסתם בתים בזמן הזה קיימי לאגרא, ואע"ג דעדיין לא השכירו מעולם".

שני הבנים הבוגרים המתגוררים בבית, הם מבני ביתו של הבעל וסמוכים על שלחנו, ושלושתם עושים שימוש במלוא הנכס. שני הזורים אינם מעלים על דעתם לדרוש מהבנים דמי שימוש, ועלינו להחליט האם יש לחייב את האיש לשלם לאשה בגין השימוש שהבנים עושים בבית.

ביחס לטענת האיש שעשה שימוש רק בחלק קטן מהבית, הנחוץ עבורו, טענה זו אינה מתקבלת.

בספר אור זרוע, פסקי בבא קמא סי' קכה, מצויה תשובת הראשונים ביחס לדירת מגורים השייכת לשתי אחיות, כשלמעשה גרו בבית - אחת האחיות שנישאה, עם בעלה, ושניהם בלבד עשו שימוש במלוא הבית, ובתשובה זו נשללה טענה שהמתגורר בבית עושה שימוש רק בחלק ממנו.

ובתשובת רבי יצחק ב"ר אשר הלוי המובאת באור זרוע (שם) כתב:

"אם היה ראובן דר לבדו בבית, היה חייב להעלות שכר לרחל מכל חלקה שהרי נשתמש בכל הבית. ואם היה די לו בחצי הבית, היה לו להושיב ב"ד ולחלוק הבית קודם שנכנס בו. ואפילו הוא גברא דלא עביד למיגר, כמו שאמרת שהיה לו די בחצי הבית. ואין הפטור תלוי אלא בדלא קיימא לאגרא, דאמר ליה מאי חסרתין. אבל חצר דקיימא לאגרא, אפילו גברא דלא עביד למיגר, חייב דהא חסריה, ואתה אמרת לבסוף דחצירו דקיימא לאגרא הוא."

הרי מבואר שאם השותף לא הסדיר חלוקת הנכס בהסדרה משפטית מחייבת, קודם שנכנס לדור בו, דינו כמי ששתמש בנכס כולו. וככל שהחצר קיימא לאגרא, עליו לשלם שכר דירה מלא עבור חלק השותף. מאחר ובמגוריו בדירה מנע מהשני להשכיר את הנכס, שהוא במעמד של נכס הראוי ועומד להשכרה, ובמגוריו בדירה, הוא גורם בדרך ישירה לחסרון כיס לשותף. ביאור שיטה זו, שהקריטריון הקובע הוא

בפד"ר כרך ד' עמ' 182 (הודפס בקובץ תשובות הרב אלישיב חלק א סי' קצו) בפסק דין מבית הדין הגדול (בהרכב הדיינים הגר"י הדס זצ"ל, הגר"ש אלישיב זצ"ל והגר"ב זצ"ל) כתב הגאון ר"ש אלישיב זצ"ל:

"אלא שיש לדון בדברי הרא"ש פ"ב דב"ק, וזו לשונו: ... אי איכא לחיוביה מהאי טעמא איכא לחיובה משום דאכל חסרונו של זה ולא דמי לנועל ביתו של חבירו ולא דר בה. שלא בא לידו כלום מחסרון חבירו, אבל זה (בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר) אף על גב שלא נהנה שהיה מוצא דירה אחרת בחנם מ"מ השתא מיהא קאכל מה שחבירו נפסד. ויש מקום לפי"ז לומר, באחד שגירש את חבירו מביתו והכניס אחר תחתיו (והשני יודע ומכיר מי הוא בעל הדירה) שבעל הבית יכול לדרוש דמי שכירות גם מזה שגירשו מביתו, ורצה מזה גובה, רצה גובה ממי שדר בביתו, מפני שי"ל שזה ג"כ מיקרי השתמשות ברכוש חבירו, הואיל והוא הכניס את חבירו לגור בבית ויש לו קורת רוח מזה, הרי אפשר לומר שדינו כאוכל מה שחבירו נפסד."

וכן הסכימו בפסק דין מביה"ד ירושלים מיום כ"ה חשון תשס"ו, שהודפס בספר שורת הדין חלק יא, מש"כ בעמ' שא. לפי האמור, מאחר והאיש מכניס למגורים בבית יחד עמו את שני הבנים הבוגרים, שלא על דעת האשה ואף בניגוד לרצונה, האיש חייב במלוא דמי השימוש, וזאת אף אם הוא אישית כלל לא היה גר בדירה אלא רק הכניס למגורים ובכך מסכל את השכרת הדירה, קל וחומר כשהאיש גר עמו בדירה והם סמוכים על שלחנו.

יתירה מזו, שני הבנים הבוגרים מצד עצמם אינם גורם המסרב לצאת ככל שהאב יצא, ולכן שהותם בדירה אינה יכולה למנוע השכרתה, אלא רק הימצאותו של האב. שני הבנים הבוגרים גרים בבית כסמוכים על שלחנו של האב, ואם האב יעזוב את הבית ויתגורר בדירה אחרת, הם יוכלו לעבור עמו למדור החילופי, ואם לא יעברו, רשאית האם לדרוש פינויים מהדירה בהיעדר כל מחויבות מצידה להותירם בה, ואין כל אינדיקציה שהם מהווים מכשול להשכרה בנסיבות שהאיש יצא.

על כן מגוריהם אינם מסכלים השכרת הנכס לצד ג', ולולי מגורי האיש היתה יכולה להשכיר את הבית. רק מגורי האב מונעים השכרת הדירה לאחר, ואת הפסד דמי שכירות, דהיינו מחצית משכר הדירה שהיתה יכולה לקבל, בהיות דירה כזו ראויה להשכרה כשהיא פנויה. אך בהתאם לאמור בפסק הדין הנזכר, די בכך שהאיש כשותף מלא בנכס הכניס את שני הבנים, ואילו האשה מצידה אינה מעוניינת שהבנים יגורו בדירה ובכך נמנעת השכרתה או מכירתה.

כל האמור נכון גם אם האשה לא היתה תובעת את בעלה לשעבר לפנות את הדירה, אלא רק כעת תובעת למפרע. אך החל מהמועד שבו תבעה פינוי הנכס, הרי שזו הלכה פסוקה בשו"ע חו"מ סי' שס"ג סעיף ו': "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאמר לו צא ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו". ומאחר

שייך אלא דוקא בחסר, משום שבלא חסר הרי חסר ההיכי תמצא של ממוני גבך, ורק במדעת היינו היכא שמונעו מתחילה מלדור בביתו אז שייך החיוב של ממוני גבך גם בלא חסר, וחיוב זה של ממוני גבך, תלוי באכל חסרונו ואינו תלוי בעביד למיגר, וחיוב נהנה שהוא חיוב חדש שחייבתו תורה וכמו חיוב של מזיק, וחיוב זה תלוי בעביד למיגר ובוזה איבעי' לן אם בעינן חסר או מחוייב גם בלא חסר."

בדרך אחרת באר הלכה זו בספר מחנה אפרים הלכות גזילה סי' יא, וכתב:

"כתב הרא"ש ז"ל הנראה לו כסברת הרי"ף ז"ל ולא מטעמא דחסריה לבד אלא מטעם דאכל חסרונו של זה אף על פי שלא נהנה ע"כ. ולכאורה נראה דלא דמי לההיא דהמבטל כיסו דהתם לאו ברי היזקא דאפשר שלא ירויח, ועוד דבאותה שעה עדיין לא היה שם מי שהיה לוקחה בריוח לא כן בדר בחצר חבירו דע"י שזה נכנס ודר בה אינה נשכרת לאחרים נמצא שע"י מפסיד לחבירו ובריא היזקא, ונראה דכל כה"ג חייב מדינא דגרמי."

ויצוין, כבר בראשונים כתבו שיסוד החיוב הוא מהלכות מזיק. בנימוקי יוסף בב"ק פרק שני דף כ' כתב בשם הרמ"ה על חצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר:

"דכשדר בה חייב, מידי דהוה אכל נזקים דעלמא דזה חסר וזה לא נהנה".

ובספר חידושי רבי שמעון שקופ עמ"ס כתובות סי' נב, באר הלכה זו:

"מצינו בדר בחצר חבירו שלא מדעתו בחצר דקיימא לאגרא, שפסקו הרבה ראשונים דחייב לשלם אף אם הוא גברא דלא הוי עביר למיגר, וכן הוא בשו"ע סי' שמ"ג סעי' ד', וביאר הרא"ש בב"ק פ"ב דהטעם הוא מפני שאכל חסרונו של זה דחייב לשלם אף על פי שלא נהנה ע"י נכס"י שם. וביאר הענין נלענ"ד דאף שפטור אם סגר הבית משום דהוי מבטל כיסו של חבירו, דכל ענין פירות הוא דבר הבא בהמשך הזמן ובשעה שעשה המעשה לא איכד הפירות רק גרם שלא יבואו לאח"ז והוה כמונע ריוח, אבל אם דר ביה הרי אוכל כל שעה ושעה את פירות חבירו והוה מזיק ממש שחייב אף על פי שלא נהנה".

ובדרך דומה כתב בספר פתחי חושן חלק ה (גניבה ואונאה) - בהערות פרק ז אות לח, והוסיף:

"עפ"י דברי הרא"ש בתשובה (כלל זה סי' א', הובא בטור סי' שעא) נראה להוסיף שדמי השכירות של בית כשעומד להשכיר דמי לפירות שדה, וכשם שהאוכל פירות חבירו חייב לשלם, ה"נ הדר בבית חבירו ה"ז כאילו גזולו דמי השכירות".

נחזור לנידון דנן, בהתאם לאמור, אין ספק שאם האיש היה מתגורר בבית לבדו, יש לחייבו במלוא מחצית שכר הדירה הראוי, ואין צורך לדון מהו שטח המחיה של האיש בבית, הואיל ומגוריו בבית מונעים את האפשרות להשכיר את חלקה של האשה בדירה לאחרים. אך במקרה הנוכחי עלינו לדון האם למגורי שני הבנים הבוגרים בבית, השלכה על היקף התשלום.

והתביעה לפינוי הנכס עומדת עוד קודם לגירושין, וממועד הגירושין כבר הסתיים פרק הזמן של השיתוף בנכס, והתביעה של האשה שיצא מהבית היא תביעה נכונה ומתקבלת, החל ממועד זה יש לחייבו במלוא שכר הדירה

עבור מחצית הבית.  
**מסקנה:**  
האיש מחויב לשלם לנתבעת סך 2900 שקל לחודש החל מיום הגירושין.

## סימן לא

### תשלום כתובה בנוסף לזכויות מכח חוק יחסי ממון

בפני בית הדין תביעת האשה לגירושין ולתשלום הכתובה, והתקיימו דיונים בתביעות אלו.

בדיון האחרון בית הדין הציג הצעת פשרה, ולאחר שהצעה זו לא התקבלה על שני הצדדים, ובהעדר הסכם, עלינו לקבוע את המשך ההליך בתביעות שבפנינו.

הצדדים נשואים משנת תשל"ד ובכתובה שהוצגה בפנינו נקוב סך 100,000 לירות. לאחר חישוב הצמדה, ערכה של הכתובה עומד כיום על סך 338,262 שקל. בעת בירור התביעה לתשלום הכתובה מוטל על בית הדין להכריע בשאלת זכאות האשה לתשלום הכתובה בנסיבות הנוכחיות, וכן לקבוע מהו ערכה הריאלי של הכתובה שבה נקוב סך מאה אלף לירות, האם קיימת הצמדה וכיצד לחשבה.

את תביעותיה לגירושין ולכתובה הגישה האשה בבית הדין, ואילו את התביעה לחלוקת הרכוש ואיזון המשאבים הגישה לבית המשפט. נסיבות אלו מחייבות את בית הדין להחליט מקדמית ועקרונית ביחס לזיקה בין ההליך המתנהל בבית המשפט לדיון בתביעת הכתובה. האם אין מניעה ששני ההליכים יתבררו במקביל, או עלינו לעכב את בירור התביעה לכתובה עד שיוצג בפנינו פסק הדין לאיזון המשאבים ויתברר שניתן לפסוק את תשלום הכתובה, כולה או חלק ממנה. כמובן, גם במקרים שההליך לאיזון המשאבים מתנהל בבית הדין, מוטל על בית הדין להתייחס לשאלה מקדמית זו.

התפיסה העקרונית העומדת ביסוד עמדת התובעת היא שיש להתייחס לזכאותה לתשלום הכתובה בנפרד מזכאותה לסכומי כסף שתקבל במסגרת איזון המשאבים, וכי עם הגירושין היא זכאית לכלל זכויות, שהם: זכותה לכתובתה ובנוסף לזכותה לאיזון המשאבים עפ"י חוק יחסי ממון. לפי דרכה, אין זיקה בין תשלום הכתובה לתשלום שיועבר לה עפ"י זכויותיה בהתאם לחוק.

אך עמדה זו אינה מתקבלת, והוחלט: מאחר שניתן שבסיום ההליך לאיזון המשאבים תקבל האשה סכומי כסף משמעותיים עפ"י זכויותיה עפ"י חוק יחסי ממון, אין מקום לכלל זכויות. דהיינו, הזכות לתשלום הסכום הנקוב בשטר הכתובה יחד עם תשלום סכומי כסף שהבעל צבר בתקופת הנישואין האמורים להיות מועברים לאשה על יסוד זכותה לאיזון משאבים על פי החוק.

בפסקי הדין של בתי הדין בשנים האחרונות קיימת בדרך כלל תמימות דעים בפסיקה השוללת את כפל הזכויות כאמור. כך פסקנו בזמנו, לפני תשע שנים, בתיק אחר (תיק מס' 4979□21□1), ופסק הדין התפרסם בספר עטרת דבורה ח"א סי' מז עמ' 299. על אותה החלטה הוגש ערעור, והוא נדחה. החלטת בית הדין הגדול (תיק מס' 4979□21□1) מיום כ"ט שבט תשס"ה (08.02.2005) הובאה בספר שורת הדין חלק יא עמ' שעג.

וכן נקבע בפסיקת בית הדין הגדול מיום ז' תמוז תשס"ח (10.07.2008) בתיק מספר 3267□22□1 (בדברי הרה"ג אברהם שרמן והרה"ג חגי איזירר). באותה החלטה נכתב כדלהלן:

"בית הדין מבהיר לאשה כי תביעת מחצית זכויות פנסיוניות מהבעל תקוּז מן הכתובה כי אי אפשר לאחוז את החבל בשני ראשו. בתי הדין נוהגים שאין לאשה זכות תוספת כתובה אם גובה סכום מקביל לפי חוק יחסי ממון כאשר מדובר במחצית זכויות פנסיוניות."

וכן בהחלטה מיום ט"ז בתמוז תשע"א (18/07/2011) בבית הדין בחיפה בהרכב בראשות האב"ד הרב מיכאל בלייכר שליט"א בתיק מס' 588563/1 בית הדין פסק לאשה בגין כתובתה סך של 100,000 שקל והוסיף:

"ע"פ המקובל בבתי הדין כי האשה אינה זוכה גם בזכויותיה הכספיות של הבעל וגם בכתובתה, הלכך מסך זה יש לקזז 75,000 ש"ח שהבעל חויב לשלם לאשה במסגרת תשלומי האיזון."

וכך גם בפסיקת ביה"ד בחיפה, מיום כ' טבת תש"ע (06.01.2010) בתיק מספר 6191□24□2, ובפסיקה נוספת מיום ה' אב תשס"ט (26.07.2009) בתיק מספר 1655□64□1. וכן דעת הרוב בפסיקת בית הדין בתל אביב מיום י"ג שבט תשע"ג (24.01.2013) בתיק מספר 838835/8.

עוד נציין להחלטת ביה"ד הגדול מיום י"ט אלול תשס"ז (02.09.2007) בתיק 801823/2 (מספר ישן 1687□24□1) שדנה על אודות כתובה שבה נקוב סכום גבוה של מיליון שקל, וציינו את הקושי הגדול בפסיקת כתובה כזו בנוסף לפסיקת איזון משאבים עפ"י חוק. בהחלטה זו כתב הרה"ג שלמה דיכובסקי שליט"א:

"הכתובה לא נועדה להעשיר את האשה הגרושה, ולדלדל עד עפר את הבעל. מטרת הכתובה היא לאפשר לאשה קיום בכבוד למשך תקופת מינימום של שנה, עד אשר תמצא בעל

ביחס לזכויות הנובעות מתוך הדין הדתי, או לקבוע זיקה בין שתי זכויות אלו כגון זו שנקבעה בחוק הירושה. ביחס לזכות האשה לכתובה, להלן נבאר את המקורות בהלכה כי בנסיבות שהאשה זכתה במסגרת איוון המשאבים בזכויות ממון שהבעל צבר על שמו בתקופת הנישואין, ועם פקיעת הנישואין האשה זכאית לקבל את חלקה בזכויות אלו, אין מקום שבנוסף, יחויב הבעל גם בתשלום כתובה. שאלה זו תוכל להיבחן בשתי דרכים.

#### אומדנא בהתחייבות תוספת הכתובה

ניתן לבחון את שאלת כפל הזכויות מההיבט של אומדן דעת החתן המתחייב בעת הנישואין בתוספת הכתובה. האם כוונתו להתחייב בסכום גבוה, גם בנסיבות שתקבל האשה בעת איוון המשאבים סכום כסף גדול מזכויות הממון שצבר? האם כוונתו להתחייב בהתחייבות המצויה במסגרת הדתית בנוסף לחובות הנובעות מהחוק? לכאורה, מאחר שבעת הנישואין החתן יודע שהחוק מזכה את האשה בזכות לאיוון המשאבים שיצטברו בתקופת הנישואין ולמרות זאת כתב להתחייב בסכום הנקוב בכתובה, כוונתו להתחייב בכתובה בנוסף לחובות החוקית. מאידך גיסא, יש מקום לאומדן דעת שאין כוונתו להתחייב בכפל התחייבויות בנסיבות שמימוש שתי התחייבויות אלו יחדיו יותירו אותו במצב כלכלי רעוע ביותר וגם נחות מאוד יחסית למצב שבו אשתו תימצא לאחר הגירושין.

את השאלה העקרונית של כפל זכויות, זכות הלכתית וזכות חוקית, כבר עורר בזמנו הגרי"א הרצוג זצ"ל ביחס לזכויות מזונות האלמנה הנובעות מתוך שטר הכתובה. הגרי"א הרצוג זצ"ל דן בשאלה האם זכות זו של מזונות אלמנה מהעזובון עפ"י ההלכה שרירות וקיימות גם בנסיבות שהאלמנה כבר מימשה את זכותה החוקית לירושת הבעל, שהיא כידוע זכות הנובעת מהחוק בלבד. (פסיקת ירושת האשה במסגרת בית הדין בתקופה שבה הגרי"א הרצוג כיהן כנשיא בית הדין הגדול, זכתה להתייחסות רבה בספר "תחוקה לישראל עפ"י התורה" חלק שני, עיין הקדמה עמ' טז, ועוד, ואין כאן מקומו להאריך. על כל פנים, פסיקה זו נעשתה במסגרת הליכי בית הדין עפ"י ההלכה.)

בספר פסקים וכתבים להגרי"א הרצוג חלק ז' אה"ע סי' צט כתב כדלהלן:

"ובאמת הלא זו שאלה כללית הקיימת מאותם הימים שהחוק נותן לאלמנה חלק שלישי בנכסים, ושום אדם לא חקר ולא דרש ולא ערער בה. והנה נפסק בש"ע אה"ע סי' צ"ג סעיף ו' מתשובת הריב"ש (סימן ת"פ) שאם ציווה בפירוש שתהא ניונת מנכסיו לא הפסידה כשתובעת כתובתה שזהו המוכן של הצוואה שתיוון שלא מתנאי בי"ד ואין ההגבלות של תנאי הבי"ד נוהגות בה. ואפשר לומר שגם זה כך שמוכסח לה חלק בירושה שלא בתנאי בי"ד אלא בחוק הממשלה, ואע"פ כן הוא כותב לה בכתובתה תנאי בי"ד שתיוון מנכסיו, הרי זו תוספת

אחר... צריך להביא בחשבון שבימינו יש טעם נוסף להגבלת הכתובות. ידוע לכול, שרכוש הצדדים מתחלק בשווה לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג או לפי הלכת השיתוף. דבר זה נעשה לפי פסיקת בתי המשפט, מבלי לשים לב לזכאות ההלכתית של כל אחד מן הצדדים ומבלי להתחשב בפסיקת בתי הדין. בג"ץ מוכן ומזומן לאכופ חלוקה שוויונית, גם אם בי"ד רבני סבור אחרת. חלוקת הרכוש כוללת גם זכויות עתידיות, כגון זכויות סוציאליות וזכויות פנסיה, וגם מוניטין שרכש אדם בתקופת נישואיו. קשה מאוד להניח שחתן סביר יסכים ללקות בכפליים או בשלושה – גם לחלק את נכסיו לפי החוק האזרחי ולפי פסיקת בתי המשפט, וגם לשלם כתובה בסכום עתק. התוצאה היא שהוא יוותר במקרים רבים גם ללא כוונתו לערוו.".

בהחלטה זו ביקשו חברי בית הדין הגדול להציג את התוצאה הבלתי-סבירה בעליל שבפסיקת כפל זכויות, בנסיבות של כתובה שבה נקוב סכום גבוה.

מאחר שכאמור הפסיקה המקובלת היא לשלול כפל תשלומים, וכפי שצוין בפסיקות הנזכרות מביה"ד הגדול מיום ז' תמוז תשס"ח (10.07.2008) ומבית הדין בחיפה, וכידוע חוק יחסי ממון קיים בספר החוקים ארבעים שנה בלבד, ושאלת כפל זכויות, זכות עפ"י ההלכה וזכות עפ"י החוק לא נידונה בפוסקים, בנסיבות אלו עלינו להבהיר ולבסס פסיקה זו על אדני ההלכה.

יובהר: בירור ההלכה דלהלן מתייחס גם לנסיבות שבהן אין ספק שפסיקת איוון המשאבים עפ"י חוק יחסי ממון היא עפ"י ההלכה, כגון על יסוד הסכמת הצדדים למנהג המדינה ודינא דמלכותא שקבלה תוקף מחייב, כשהוסדרה קבלת קניין לחלוקת רכוש עפ"י החוק, כפי המקובל בבית דינו בנסיבות שבית הדין הוסמך לדון בתביעה לחלוקת הרכוש, עיין לעיל בחו"מ סי' יד, או בהסתמך על הסכם ממון שבו התחייבו לאיוון משאבים עפ"י חוק.

עוד יצוין שעפ"י הוראות החוק האזרחי, בבואנו לדון בשאלת "כפל זכויות", נשלל כפל זכויות מסוג אחר, זכות לגביית הכתובה וזכות ירושה של בת זוג בירושת בעלה עפ"י חוק.

סעיף 11 (ג) לחוק הירושה קובע:

"המגיע לבן זוג על פי עילה הנובעת מקשר האישות ובכלל זה

מה שאשה מקבלת על פי כתובה, ינוכה מחלקו בעיזבון."

ואילו סעיף 17 לחוק יחסי ממון קובע: "אין בחוק זה כדי לגרוע... מזכויות האשה לפי כתובתה". הגם שבפסק הדין הנזכר בספר עטרת דבורה ח"א סי' מז הנטייה הייתה למצוא עקביות בחוק, ולפרש את חוק יחסי ממון בהתאם לעיקרון שנקבע בסעיף 11 (ג) לחוק הירושה. אך יותר נכון לקבוע שחוק יחסי ממון מצא לנכון להתייחס לזכויות החוקיות האזרחיות בלבד, ולשלול את האפשרות שהחוק המסדיר זכויות ממון בין שני זוג מצא לנכון לקבוע היעדר תוקף לשטר הכתובה. אלא, אין לחוק עניין לקבוע דבר, ולהורות

"גדולה עד מאד", דנים עפ"י אומדנא כזו של צד אחד, ועיין בנודע ביהודה קמא חו"ד סי' סט (ד"ה נמצא) שכתב כסברה זו, וכן בשו"ת דברי חיים ח"א חאה"ע סי' ג' כתב: "רבים ושלמים ס"ל דבאומדנא גדולה אפילו בדבר התלוי בדעת שניהם אמרינן אומדנא." וכן הסכים בשו"ת ברית אברהם חחור"מ סי' כט סק"י, ועיין בפס"ד מביה"ד הגדול מספר משפטי שאול סי' ל', במש"כ הגר"י קאפח ז"ל.

בנוסף, יצוין למש"כ בשו"ת מנחת אלעזר ח"ב סי' לט שאין הכתובה נידונה כהתחייבות התלויה בדעת שני הצדדים, אלא תלויה בדעת החתן בלבד, וז"ל:

"אין הכתובה תלויה בקידושין וגם אינו מקח וממכר שצריך להיות דעת קונה ומקנה, ויש לדמות יותר הכתובה לכותב נכסיו לבנו או לאשתו ושטר מברחת וכיצא דכל אלו אינם רק מתנה מצד הנותן בלבד ואינו תלוי בדעת המקבל."

לכאורה, דברי המנחת אלעזר מסתברים, מאחר שביסודה של התחייבות הכתובה אין שני צדדים החתומים על התחייבות זו. אמנם קיימת עילה ברורה להתחייבות, ומלכתחילה היא באה לעולם כתוצאה מהסכמת האשה להינשא וכתוצאה מהנישואין, אך בעיקרה של ההתחייבות, ועל כל פנים בצורה החיצונית של ההתחייבות, אין שני צדדים שיש לבחון ולברר האם אומדן הדעת נכון ביחס לשניהם, על כן ניתן לדון בסוג התחייבות כזו את דיני האומדנא כפי שדנים במתנה, עיין רמ"א חו"מ סי' רז ס"ד ובסמ"ע סק"י.

בהחלטת ביה"ד הגדול הנזכרת, כתב הרה"ג שלמה דיכובסקי שליט"א:

"אמנם בהתחייבות הקשורה בשני הצדדים אין לדון לפי הלך דעתו של צד אחד בלבד, אבל לפי המקובל בהליך כתיבת הכתובה, הרי הכלה עצמה נמצאת מחוץ לתמונה, והכתובה נכתבת בנוכחות החתן בלבד, שברצותו כותב סכום גדול, ואם לא ירצה יכתוב רק סכום קטן יחסית, ואילו הכלה מועמדת בפני עובדה מוגמרת, ואת סכום הכתובה היא שומעת לראשונה רק מתחת לחופה. הצדדים מסרו לנו, שסכום הכתובה נכתב רק סמוך לחופה, ולא דובר על כך קודם לכן במעמד רישום הנישואין."

על כן ככל שאלו הן הנסיבות, יש מקום לקביעתו של ספר מנחת אלעזר. אמנם אם שאלת הסכום שבו החתן יתחייב בכתובה היה נושא למו"מ בין הצדדים קודם לנישואין, ונקבע כתוצאה ממו"מ זה, יש מקום לראות בכתובה שטר התחייבות שבו שני צדדים.

אך יצוין למש"כ בספר פנים במשפט (להרב ישעיה יוסף פונטריומולי) חו"מ סי' מה ס"ב באות ח', בשם הרב המקובל מהור"ש ויטל בנו של הרב המקובל מוהר"ח ויטל, שכתב:

"ומטעם זה אנו רגילים לחתום בשטר הכתובה שקוראין אותה לפני הציבור תחת החופה וחותרין בה תלמידי חכמים או זולתן שלא נמצאו בעת שומת הנדוניא, וקרובים העדים האלו להיות נקראים עדי שקר שמעידים מה שלא ראו. אמנם להיות

על המובטח לה מהממשלה. או שנאמר שנכתב עפ"י התורה כסיכוי שלא תבקש לירש שלא כדין תורה ורק על מנת כך, אך באמת לענין מזונות אעפ"י שלא כתב כמו שכתב, וצריך לומר שזהו כעין תנאי כדי שלא תקבל מהממשלה, ודבר זה צ"ע."

הרי שהגר"א הרצוג זצ"ל הציג בפנינו את השאלה העקרונית, האם מאחר שהבעל יודע את הוראות החוק, ולמרות זאת מצא לנכון להתחייב בהתחייבות המעוגגות בהלכה, משמע שאלו שתי התחייבויות נפרדות ויש לממש את שתיהן ואין זיקה בין אחת לשנייה, או שמא מלכתחילה לא התחייב על דעת כן שבסופו של דבר אשתו תזכה בכפל זכויות, זכות הלכתית וזכות חוקית.

אמנם הגר"א הרצוג זצ"ל הניח שאלה זו בצ"ע, אך יובהר: בנידון תשובת הגר"א הרצוג, מלבד השאלה העקרונית של "כפל זכויות", חוקית והלכתית, אין אומדנא נוספת לשלול כפל זה. בנוסף יודגש שהנידון בדבריו הוא ביחס לחלוקת העיזוב בלבד, בשעה שלבעל אין כל נפקא מינה אישית, והבעל כבר אינו יכול להיפגע ולהינזק ממימוש "כפל הזכויות". אך בנידון שאלתנו, בנסיבות של גירושין ההשלכה מ"כפל הזכויות" היא על הבעל עצמו. במקרים רבים מאוד בהם נקוב בשטר הכתובה סכום גבוה, ההשלכה על הבעל עלולה להיות קשה וחמורה מאוד מבחינה כלכלית. ולכן מתחזקת מאוד האומדנא, שמלכתחילה אין כוונת הבעל להתחייב בתוספת הכתובה בנסיבות שבעת הגירושין האשה תבקש לממש את זכויותיה החוקיות, ובנוסף לתשלום הכתובה יחויב להעביר לאשה סכומי כסף גדולים במסגרת איזון המשאבים.

אמנם בעת הנישואין החתן אמור להיות מודע לחוק יחסי ממון ולמרות זאת התחייב בסכום הנקוב בשטר הכתובה, אך עדיין חשוב לציין כי במועד הנישואין אין ידוע דבר כיצד יהיו פני הדברים כעבור שנים רבות בעת איזון המשאבים, שהרי במקרים רבים במועד איזון המשאבים מתברר שהבעל לא צבר זכויות ממון יותר מאשתו, או לפחות שאין פער משמעותי ביניהם, וכן קיימים מקרים רבים שהצדדים מסכימים שכל צד יישאר עם זכויותיו. לכן האומדנא בנידון דנן עדיפה על האומדנא בנידון שבתשובת הגר"א הרצוג זצ"ל, שבה היקף ההתחייבות למזונות האלמנה ידוע פחות או יותר, והיא אינה עומדת בספק ביחס לנסיבות שהבעל ילך לעולמו לפנייה.

היה מקום לטעון שאין מקום לדון דיני אומדנא ביחס להתחייבות שקיימים בה שני צדדים, וכי בסוג התחייבות כזו אין די באומדן דעת של צד אחד בלבד. לכאורה, התחייבות החתן בכתובה היא חלק מהתחייבויות ההדדיות הכוללות הסכמת שני הצדדים לנישואין ולתנאים הנלווים.

אך עפ"י ההלכה ניתן לבטל התחייבות באומדנא מוכחת ושאין בה ספק, גם כשהתחייבות היא במסגרת הסכם הדדי. עיין במשנה למלך פ"ו מהלכות זכיה ה"א בשם שו"ת פני משה שגם בדבר התלוי בדעת שניהם, אם האומדנא היא

יחויב לשלם בעת הגירושין כפל זכויות, את הסכום הנקוב בכתובה ובנוסף סכום גבוה מזכויות הממון שצבר, קיימת אומדנא ברורה שמלכתחילה בעת ההתחייבות בתוספת הכתובה, החתן המתחייב לא העלה על דעתו שזו תהיה התוצאה הסופית, ועל דעת כן לא התחייב.

דוגמה לאומדן דעת דומה מצאנו בתשובות אחרונים שהביא בספר משנה למלך הלכות זכיה פרק ששי הלכה א'. המשנה למלך התייחס לנידון שבו אב שיש לו שתי בנות בלבד שידך את בתו האחת, ובעת השידוכין כתב שטר התחייבות לתת לבתו הכלה סכום גבוה, נדוניא שתכניס עמה לנישואין. לבסוף האב שבק חיים עוד טרם הנישואין והתעוררה השאלה האם התחייבות האב שרירה וקיימת, ורק לאחר הפרשת סך הנדוניא לבתו הכלה, בתו הכלה ואחותה יזכו בירושה ויקבלו את יתרת נכסיו בחלקים שווים. או שקיימת אומדנא שלא עלה על דעתו להתחייב בנדוניא, אם בעת מימוש התחייבות זו לאחר מותו, בתו הכלה תקבל כפל זכויות, גם את הנדוניא וגם את מחצית יתרת הנכסים בתורת ירושה.

המשנה למלך הביא מתשובת מהריב"ל שאין כפל זכויות לבת, גם נדוניא וגם ירושה, ובתשובת רבי שמואל הלוי שהביא המל"מ נטה לומר שאם שיעור מחצית הנכסים שתקבל הבת כירושה, שווה ערך לסך שהאב התחייב בנדוניא, אין לזכותה אלא במחצית הנכסים כירושה. הרי שאם האב התחייב ממון לבתו לנדוניא, וממון זה נועד לסייע לה בנישואין, ולבסוף עם מותו התברר שהיא אמורה לקבל מחצית מהירושה, מאחר שמלכתחילה בעת התחייבות האב, לא עלה על דעתו שהבת תזכה בירושה, כתבו הפוסקים לשלול כפל זכויות.

העיקרון העולה מהנ"ל שאם בעת ההתחייבות, שיש לה מגמה ברורה וידועה, לא עלה על דעתו של המתחייב שבסופו של דבר הזוכה יזכה בכפל זכויות מרכושו, וקיימת אומדנא מוכחת שמלכתחילה ביחס לנסיבות אלו לא התחייב, אין מקום לכפל הזכויות. על כן גם ביחס להתחייבות תוספת הכתובה, בנסיבות של כתובה גבוהה ואיזון משאבים שבמסגרתו הבעל מעביר לאשתו סכומי כסף גבוהים, קיימת אומדנא ברורה שעל דעת כן שיחויב בכפל תשלומים, לא התחייב בתוספת הכתובה, שהרי האשה כבר תקבל מרכושו את הסכום שביקש להעניק לה במסגרת תוספת הכתובה. (משא"כ בכתובה שנקוב בה סך 200 זוז ועוד 200 זקוקים בלבד, ופוסקים לחייב עפ"י השערוך הנמוך, כ-8,000 שקל בלבד, שאין בה אומדן דעת כאמור).

בפסק דין של בית הדין בתל אביב תיק 838835/8, בדעת המיעוט בפסק הדין, כתב ידידי הרה"ג אליהו הישיריק שליט"א לשלול את הקביעה שאין מקום כפל זכויות, ואחד מנימוקיו הוא שמאחר שהכתובה נועדה שלא תהיה קלה בעיניו לגרשה, יש להותיר חיוב זה בנפרד מזכויות האשה עפ"י החוק. שאל"כ בטל הטעם שלא תהיה קלה בעיניו לגרשה. להלן מדבריו באותו פסק דין:

שקוראין אותה בציבור לפני החתן והכלה והם שותקין... הואיל וקוראים אותם בצבור לפני קהל ועדה, יספיק, וחותרים בהם ומעידים עליה, ולא איקרו סהדי דשקרי ח"ו".

הרי שקריאת הכתובה בפני החתן והכלה, השותקים, קובעת את הסכמתם לכל האמור בכתובה, וכשם שדי בשתיקה זו לאפשר לעדים לחתום על שטר הכתובה, בהנחה שהחתן והכלה מסכימים לכל האמור בכתובה. הוא הדין יש לדונו כשטר שבו התחייבויות של שני צדדים, כשחלקה של הכלה הוא, בשתיקתה המביעה הסכמה לכל האמור בשטר, לרבות הסכמתה להינשא בנישואין שבהן החתן התחייב את הסך הנקוב בשטר הכתובה.

**העולה מדברינו:** קיימת אומדנא דמוכח, שהיא מאוד ברורה ואין בה ספק, שמלכתחילה החתן אינו מתחייב סכום גבוה לתשלום תוספת הכתובה בנסיבות שבהן יחויב בסכום גבוה נוסף באיזון המשאבים מכוח החוק, אם צירוף שני תשלומים אלו יפגע בו קשה ויותר אותו לאחר הגירושין במצב כלכלי נמוך מאוד יחסית לאשה. אומדנא זו קיימת גם אם נדון את ההתחייבות, כהתחייבות שבה שני צדדים. ובוודאי שכן אליבא תשובת מנחת אלעזר הנוכרת. על כן אנו קובעים שקיימת האומדנא הנוכרת, המביאה אותנו למסקנה להורות שאין כפל זכויות.

כמובן, אין יסוד לאומדנא כזו בהעדר כפל זכויות. דהיינו בנסיבות שהחתן התחייב בכתובה בסכום גבוה, וכאשר גם בלא איזון המשאבים, מימוש התחייבות הכתובה יפגע בו קשה ויפר את האיזון הכלכלי בין הצדדים לאחר הגירושין, אין יסוד שלא לגבות את מלוא הסכום הנקוב בשטר הכתובה, מאחר שמלכתחילה זו הייתה התחייבותו לשלם לאשה סכום זה למרות ההשלכות הנובעות מגביית חוב זה. מבחינה עקרונית, שטר הכתובה הוא מסמך בר תוקף ומחייב גם אם הסכום הנקוב שווה ערך לכל רכושו של הבעל, עיין במשנה במסכת נדרים דף סה ע"ב:

"מעשה באחד... והיתה כתובתה ארבע מאות דינרים, ובא לפני רבי עקיבא, וחייבו ליתן לה כתובתה. אמר לו: רבי, שמונה מאות דינרין הניח אבא, נטל אחי ארבע מאות ואני ארבע מאות, לא דיה שתטול היא מאתים ואני מאתים? אמר לו רבי עקיבא: אפילו אתה מוכר שער ראשך, אתה נותן לה כתובתה."

הרי שאותו בעל חויב בתשלום מלוא סכום הכתובה, למרות שזהו כל רכושו, ולא עלה על דעת רבי עקיבא לקבוע אומדנא שעל דעת כן לא התחייב שייאלץ להעביר לאשתו את כל רכושו, או אף את שער ראשו, כתשלום עבור הכתובה, וזאת מאחר שבעת ההתחייבות ברור לחתן המתחייב מהו הסכום הנקוב בשטר הכתובה ומה עלולות להיות ההשלכות הנובעות ממימוש חוב זה, ולעיל בחלק אה"ע סי' לט הארכנו בהלכה זו. משא"כ ביחס לכפל ההתחייבויות, הגם שהחתן מתחייב לשלם את הסכום הנקוב בשטר הכתובה, וכאמור, זו אינה התחייבות המותנית ביכולתו הכלכלית במועד גביית החוב, אך בנסיבות שהבעל

בעיקר כתובה אבל לא לתוספת ... והטעם פשוט דדוקא בכתובה י"ל הסברא של הרשב"א הוא דכיון דתקנת הכתובה היה העיקר שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, ולכן אם היה הדין דיהיה יכול לגרשה אף אם אין לו יכולת לשלם הכתובה א"כ תהיה קלה בעיניו להוציאה כיון דלא יהיה לו כמה להגבות הכתובה ממנו, ותיעקר עיקר התקנה בזה, ע"כ תקנו חז"ל דכל זמן דלא ישלם לה הכתובה דלא יהיה יכול לגרשה, וזה אינו אלא בכתובה אבל לא בתוספת."

וכן ביחס למחילה על הכתובה. מאחר שיסוד החיוב של "עיקר הכתובה" הוא כאמור, האשה אינה יכולה למחול על עיקר הכתובה אלא בדרך שנקבעה בשו"ע אה"ע סי' סו סעיף ג', משא"כ ביחס לתוספת הכתובה מועילה מחילה, לרבות בעל פה, וככל מחילת חוב אחר, כמבואר בביאור הגר"א שם ס"ק יז.

וכן קיימת נפקא מינה ביחס לאומדן דעת ביחס להתחייבות. אומדן דעת זה יוכל להיות רק ביחס לתוספת הכתובה. לדוגמה נציין לדברי רבינו ירוחם (בספר מישרים נתיב כג ח"ח) הקובע חיוב גירושין ועיקר כתובה וללא תוספת כתובה בנידון שהאשה אינה רוצה את בעלה וגם הבעל אינו רוצה בה, וז"ל:

"כתב מורי ה"ר אברהם בן אשמעאל כי נראה לו שאשה שאמרה לא בעינא ליה ייתן לי גט וכתובה, והוא אומר אנא נמי לא בעינא לך, אבל איני רוצה ליתן גט. מסתברא דאין דנין אותה במורדת להפסידה כלום מעיקר כתובה ונדוניא, אלא מיהו משהינן לה תריסר ירחי אגיטא דילמא הדרי בהו, לאחר שנה כופין אותו לגרש והפסידה תוספת וכל מאי דיהיב לה מדיליה, דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה."

הרי בדברי רבינו ירוחם קיימת ההבחנה בין עיקר הכתובה לתוספת הכתובה, והיינו מפני שעיקר הכתובה היא תקנת חכמים שלא תהיה קלה בעיניו לגרשה, והיא שרירה וקיימת גם בנסיבות המתוארות בדין של רבינו ירוחם. משא"כ ביחס לתוספת הכתובה יש מקום לאומדנא, כגון זו המבוארת בדברי רבינו ירוחם "דאדעתא למשקל ולמיפק לא יהיב לה".

על כן אין יסוד לקבוע שתוספת הכתובה, שהוא הסכום המשמעותי הנקוב בשטר הכתובה, בעיקרו נוצר ונועד להוות כעין "פוליסת ביטוח" שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה, וכי בהכרח לשמור חובה זו גם בנסיבות שהאשה זכאית לסכום כסף מזכויות הממון שהבעל צבר.

גם אין נכון לקבוע שסכום זה הנקוב בתוספת הכתובה נועד למלא יעד של פיצוי לאשה עקב הגירושין, כפי הטעות הנפוצה, שהרי למרות שבנסיבות המפורטות בהלכה לשלילת הזכאות לכתובה ולתוספת הכתובה, עדיין בהעדר שלילה זו אין שום גורם שהתבקש לבחון בכל מקרה לגופו בטרם נפסק תשלום הכתובה האם אמנם השתלשלות העניינים ביחסי בני הזוג שהובילה לגירושין אכן מזכה את האשה בפיצויי גירושין. אלא החובה בתוספת הכתובה

"הכתובה נועדה להוות אמצעי מיגון של האשה וכדברי הגמ' 'שלא תהא קלה בעיניו להוציאה'. כלומר, זוהי בעצם 'פוליסת ביטוח' של האשה למקרה שיארע אם יארע, דהיינו למקרה של גירושין. אין כל סיבה שהאשה לא תקבל את המגיע לה על פי פוליסה זו וללא כל קשר לחלקה ברכוש 'המגיע' לה בתוקף הייתה 'שותף' לכל דבר ועניין... מאחר שהבעל יכול לגרש את אשתו גם שלא ברצונה (מעיקר הדין טרם חדר"ג) חששו חז"ל שמא תגיע האשה למצב זה שתהיה קלה בעיניו להוציאה. לשם כך נועדה התחייבות הבעל בשטר הכתובה להוות מכשול ומחסום בפני הבעל לא לגרשה. כלומר, הכתובה היא מעין 'ערבות' או 'פוליסת ביטוח' של האשה לכך שהיא יכולה להיות שקטה שלא יקום בעלה ויגרשנה, שהרי אם יגרשנה 'עלה' לו הדבר בתשלום הכתובה."

אך דבריו אינם יכולים להתקבל, ועירוב פרשיות יש כאן. כידוע, הכתובה מחולקת לשני חלקים עיקריים: "עיקר הכתובה" ו"תוספת הכתובה". "עיקר הכתובה" היא מתקנת חכמים, וחובה זו של מאתיים זוז או מאה זוז מוטלת על הבעל גם לולי נכתב שטר הכתובה. טעם התקנה היא: שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה. לא כן ביחס לתוספת הכתובה, שהיא התחייבות מצד הבעל. ובירושלמי במסכת כתובות בתחילת פרק אע"פ ביארו מהי ההנאה שהבעל קיבל והביאה אותו להתחייב בתוספת הכתובה. אך בכל מקרה הסכום הנכבד והמשמעותי □ שהוא תוספת הכתובה □ לא נועד כדי שלא תהיה קלה בעיניו לגרשה. וכן רש"י במסכת כתובות דף קא ע"א כתב:

"אבל תוספת יש לה, דמתנה בעלמא יהיב לה בחיבת ביאה."

וכן כתב הר"י מגאש במסכת כתובות דף פב:

"מ"ט תקינו לה רבנן כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה הכא קלה תהא בעיניו להוציאה. ואין ספק שאין דבריהם אלו על עיקר כתובה שהוא הוא שתיקנו לה רבנן, ולא על התוספת. לפי שתוספת לא תיקנו לה רבנן שאין אדם כותב התוספת אלא מרצונו כמו שאמרו (לעיל נו ב) אע"פ שאמרו בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה מוסיף."

וכן בשו"ת הר"י מגאש סי' קלט. וכן הרמב"ם בפרק כ"ד מאישות הלכה ג' פוסק שאיילונית או אשה מחייבי לאוין שלא הכיר בה יש לה תוספת ואין לה עיקר כתובה ומבאר הרמב"ם:

"ולמה אין להן עיקר ויש להן תוספת. העיקר שהוא תקנת חכמים כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה, הואיל ולא הכיר בה אין לה עיקר. אבל התוספת חייב עצמו בה כל זמן שתוצה ותעמוד לפניו, והרי היא עמדה בתנאי שלה."

הבחנה זו בין עיקר הכתובה שיסודה בתקנת חכמים ונועדה כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה, לתוספת הכתובה שהיא התחייבות הבעל שאינה קשורה לטעם שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה, הביאה לכמה השלכות הלכתיות. כגון, בספר עין יצחק ח"א אה"ע סי' עד אות יד כתב:

"אף לרשב"א דכתב דכתובה הוי עיכוב להגט, י"ל דזה אינו רק



הרשב"ם (ד"ה לפלוני וד"ה רצה) והרא"ש (סי' נג) נחלקו כשאמר בסתמא "תנו מאתיים זוז לבני או לאשתי", האם בסתמא סכום זה שהורה לתת לבנו או לאשתו יינתן על חשבון חלק הבן בירושה או חלק האשה בפירעון כתובתה, או יחשב כמתנה בנוסף לחלק הבן בירושה ובנוסף לגביית הכתובה.

מחלוקת זו הובאה בשו"ע חושן משפט סי' רנג סעיף ח', כשדעת הרשב"ם הובאה כדעה העיקרית ודעת הרא"ש כדעה שנייה של "יש חולקים". וכן הרמ"א הכריע כדעת הרשב"ם. וז"ל השו"ע:

"שכיב מרע שאמר תנו מאתיים זוז לפלוני בני כראוי לו, או לאשתי כראוי לה, או לבעל חובי כראוי לו נוטלים מאתיים זוז עודף על חלק הבכורה והכתובה והחוב. ואם אמר תנו מאתיים זוז לבני בכורתו, או לאשתי בכתובתה, לא יטלו שניהם אלא אחד מהם, וידן על העליונה, אם מאתיים זוז יותר נוטלים מאתיים זוז ואם הבכורה והכתובה יותר ממאתיים זוז, נוטלים אותה... ואם לא אמר לא כראוי לו ולא בכורתו ולא בכתובתה ולא בחובו, בכלם ידם על העליונה ואפילו בבעל חוב, אם אמר תנו מאתיים זוז לפלוני בעל חובי, רצה נוטלן רצה נוטל חובו. ויש חולקין ואומרים שאם אמר סתם לבני פלוני, או לאשתי או לפלוני בעל חובי, מתנה נתן להם יתר על הראוי להם... הגה: וסברא הראשונה נראה עיקר."

ובשולחן ערוך אבן העזר סי' קט סעיף ג' הובאו שתי דעות אלו בשווה ללא הכרעה:

"אם אמר תנו מנה לאשתי, סתם, יש מי שאומר דידה על העליונה. ויש מי שאומר דהוי מתנה לבד מכתובתה." לכאורה, קיימת סתירה בין הכרעת מרן המחבר בחו"מ שהכריע כשיטת רשב"ם לעומת הכרעתו באה"ע שהביא את דעת הרא"ש כדעה שנייה בלשון "יש מי שאומר", וגם הדעה הראשונה הובאה בלשון דומה של "יש מי שאומר", דנקטינן שההכרעה היא כדעה השנייה. ועיי"ש בחלקת מחוקק סק"ג שציין לדברי הרמ"א בחו"מ.

בספר זרע אברהם (להגאון רבי אברהם יצחקי) חלק חו"מ סי' י' העלה בדעת מרן הב"י שהכריע כדעת הרשב"ם, והסכימו עמו בספר בארות מים דף רל"ז ובספר שערי רחמים חו"מ סי' ח'. ובספר ראש משביר (להג"ר יוסף מודיליאנו) ח"ב חו"מ סי' לט דן באריכות במחלוקת הרשב"ם והרא"ש, ובתוך דבריו כתב:

"פשטיות הש"ס דמוקמינן לה כרבי עקיבא דדייק לישנא יתירה, משמע כדברי רשב"ם ז"ל, דכל היכא דליכא לישנא יתירה, לא אמרינן דנוטלן לבד מכתובתה."

**העולה מדברינו:** הלכה למעשה נקטינן ששכיב מרע האומר תנו סכום כסף פלוני לאשתי, דהיינו שתקבלו לאחר מיתה ודברי שכיב מרע ככתובים וכמסורין, בסתמא אין כוונתו שהאשה תזכה בכפל זכויות, הסכום הנ"ל בנוסף לכתובתה, אלא כוונתו שזה יחשב כפירעון הכתובה. ואין נפקא מינה אם נקב בסך מאתיים זוז או בסכום אחר. וזאת כל עוד

יסודה בהתחייבות החתן מרצונו הטוב בסכום זה של תוספת הכתובה, התחייבות שבאה לעולם כתוצאה מהנישואין, כמפורט בירושלמי ובדברי רש"י והרמב"ם הנזכרים לעיל. ביחס להתחייבות זו נקבע שתוספת הכתובה דינה ככתובה ונאמרו בה כמה הלכות הקובעות באילו נסיבות האשה זכאית לגבות את הכתובה, אך בנוסף דנים בה אומדנא, כבכל התחייבות אחרת.

ביחס לתוספת הכתובה שנהגו מקדמת דנא בקהילות אשכנז, שהיא מאתיים הזקוקים שנקבעו באותן קהילות כמנהג מחייב, כתב המהרש"ל בספרו ים של שלמה יבמות פרק ד סי' כ' שהראב"י כתב שהורגלו לכתוב שהכלה הכניסה חמישים ליטרין והוסיף לה עוד חמישים ליטרין סך הכול מאה ליטרין והטעם לכך כדי שלא לבייש את העניות שלא הכניסו נדוניא, אבל מהרש"ל הוסיף וכתב: "והרגילו כן שלא תהא קלה בעיניו להוציאה". כלומר, כשראו שאין במאתיים זוז להשיג את המטרה שלא תהא קלה בעיניו לגרשה הנהיגו להוסיף תוספת קבועה של מאתיים זקוקים כדי שמטרה זו תושג.

אך כל זאת ביחס למאתיים הזקוקים שהוטלו על החתן בלא לקבל את הסכמתו המוקדמת והוא חויב בה מכוח המנהג ובלא שהדבר תלוי בשיקול דעתו, בזה נאמרו דברי מהרש"ל. ובנסיבות אלו ביחס למאתיים הזקוקים אין מקום לאומדנא. אך כל סכום כסף שהחתן כותב בשטר הכתובה מרצונו, זוהי התחייבות שרירה וקיימת מטעמים ידועים שהובהרו בירושלמי בתחילת פרק אע"פ ובדברי רש"י הרמב"ם הנזכרים, אך התחייבות זו אינה מיוסדת על הטעם כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה. ולכן יש לדון ביחס להתחייבות זו דיני אומדנא כפי שאנו דנים בכל התחייבות אחרת.

#### אומדנא בהתחייבות לאיזון משאבים

מלבד האמור, ניתן להתייחס לשאלת "כפל הזכויות" בדרך אחרת, ולקבוע שמלכתחילה שתי ההתחייבויות שרירות וקיימות, אך הן חופפות ואינן מצטברות, וזאת בהתאם להלכה שתבואר להלן.

שאלת כפל תשלומים אחרת נידונה בסוגיא במסכת בבא בתרא דף קלח ע"א.

בסוגיא זו נידונה זכותה של האשה מתוך עיזבון הבעל בסכום כסף שהתחייב במתנת שכיב מרע בנוסף לתשלום הכתובה. באותו נידון הבעל ציווה לתת לאשתו מאתיים זוז, אך לא התייחס בפירוש לשאלה אם סכום זה יינתן כפירעון הכתובה או כמתנה בנוסף לזכותה לכתובה:

"תנו רבנן שכיב מרע שאמר תנו מאתיים זוז לפלוני בני בכור כראוי לו, נוטלן ונוטל את בכורתו, אם אמר בכורתו, ידו על העליונה, רצה נוטלן, רצה נוטל בכורתו. ושכיב מרע שאמר תנו מאתיים זוז לפלונית אשתי כראוי לה נוטלתן ונוטלת את כתובתה, אם אמר בכתובתה ידה על העליונה, רצה נוטלתן, רצה נוטלת כתובתה."

או ליתן לה או שלא ליתן, למה לא נאמר אומדנא... אמנם מה שהעלה לחלק בין נידון דידן ובין הא דמבואר בסי' רנ"ג, דכאן אנו דנין רק אם הוי פירעון, א"כ היא מוחזקת דהחוב ברור והפרעון ספק. הנה גם בדין איני יודע אם פרעתיך דחייב, מ"מ בדלא הוה ליה למידע פטור גם באיני יודע אם פרעתיך, וכל היכא דהוי ספק בדין אם זה חשיב פירעון, לא גרע מאיני יודע אם פרעתיך בדלא הוה ליה למידע. וכן העלו התומים [סי' ע"ה ס"ק כ"ב בשם הרדב"ז ח"ד סי' ס"ט], והנתיבות [שם ביאורים ה', והובאו דבריהם בפתחי תשובה שם סוף ס"ק י'] (כמו כן יש לדון דכיון דקבלה כסף, איתרע חזקת חיובא. כמו שכתבו תוס' כתובות כ"ב)... ובפרט דהרמ"א כתב וסברא ראשונה עיקר."

הסוגיא בגמ' הנזכרת וכן תשובת הר צבי, התייחסו לסכום כסף המגיע לאשה מכוחו של הבעל כשמועד התשלום הוא במועד שחלה החובה לתשלום הכתובה, אך בשניהם הנידון הוא: תשלום הנובע מהתחייבות הבעל, שהתחייב מרצונו.

יש לדון האם קיים דין דומה לתשלום המוטל עליו על יסוד הוראות חוק יחסי ממון. לכאורה, אם חובה זו ביסודה אינה מכוח הקנאת הבעל, אלא זכויות שהמחוקק מצא לנכון להעניק לאשה, הרי שהבעל לא יוכל לקבוע שזכויות אלו ישולמו לאשה כתשלום בגין כתובתה.

אולם קיים יסוד לקבוע שדין התשלום המועבר מהבעל לאשה במסגרת איוון משאבים עפ"י החוק אינו מכוח חובה חוקית גרידא, אלא מכוח הסכם של שני הצדדים שקבל תוקף עפ"י חוק, ובכך דינו כאותה מתנת שכיב מרע בסוגיא הנזכרת וכדין תשלומי הביטוח שדן בהם בתשובת הר צבי.

ראשית נציין כי המחוקק בעצמו קבע את מעמד איוון המשאבים כאיוון הנקבע על יסוד הסכמת הצדדים. בסעיף 3 (א) לחוק יחסי ממון, הסעיף הפותח את הפרק השני לחוק הקובע את הסדר איוון המשאבים, נאמר:

"לא עשו בני הזוג הסדר ממון... יראום כמסכימים להסדר איוון המשאבים לפי פרק זה, ויראו הסדר זה כמוסכם בהסכם ממון בעל תוקף שנתמלא בו הוראות סעיף 2."

סעיף זה קובע קביעה עקרונית: הסדר איוון המשאבים אינו אך ורק יציר כפיו של המחוקק שהטיל על בני הזוג את חובת איוון המשאבים. אלא ההסדר מושתת על ההנחה שבני הזוג מסכימים להחיל עליהם את הסדר האיוון. בכך איוון המשאבים נתפס כהסכם ממון לכל דבר, ואם בני הזוג לא ערכו הסכם ממון אחר, רואים אותם כעורכים הסכם ממון שבו מפורט הסדר איוון המשאבים. על כן אין הצדקה שגם ביחס להסכם מהסוג הזה, המיוחס לצדדים, לא נתחשב באומדן דעת המתחייב, שאינו מסכים להתחייב בכפל תשלומים, וכפי אומדן הדעת המיוחס לאותו הבעל שדינו התבאר בסוגיא הגמרא הנזכרת ובתשובת הר צבי.

בנוסף, התוקף ההלכתי הניתן להוראות החוק הוא על יסוד הסכמת הצדדים לנהוג כפי החוק וכמנהג המדינה, ועיין בספר עטרת דבורה חלק א' סי' מח עמ' 304□307 שהתבארה

הדברים נאמרו בסתמא ולא נאמר בפירוש שסכום זה יינתן לה כמתנה, שבנסיבות אלו כתבו בחי' הריטב"א במסכת בבא בתרא (שם), בתשובת הריב"ש סי' תפ וברמ"א (שם), שלכל הדעות תזכה בכפל זכויות.

על יסוד הלכה זו קבע בספר הר צבי חלק אה"ע סי' קט שאין כפל זכויות □ דמי הכתובה בנוסף לדמי הביטוח □ בנסיבות של תשלומי ביטוח חיים שהאלמנה מקבלת בהיותה מוטבת בביטוח חיים שעשה בעלה עוד בחייו. הגרצ"פ פראנק וצ"ל נשאל כדלהלן:

"על דבר שאלתו באחד שהיה מבוטח באחריות החיים, ורשם שם שאחרי מותו ישלמו כסף האחריות לאשתו, וכן היה שאשתו גבתה כל כסף האחריות, ואח"כ באה בטענה לגבות כתובתה מעיזבון בעלה כי מה שקבלה מחברת האחריות זה היה מתנה שנתן לה בעלה בעודו בחיים." והשיב שאינה זוכה בכפל זכויות, גם בכתובה וגם בדמי הביטוח, וז"ל:

"כסף זה נותן לה בעלה, שהחברה נשתעבדה בעבור הכסף שבעלה היה משלם לקופת החברה וכנגד זה נשתעבדה החברה לשלם כך וכך כסף ליורשיו או לבאי כחו לכל מי שיצוה משלם התשלום התמידי, ונמצא דהכסף בא לידה מכח הבעל שהוא שילם מכספו לחברה על מנת שבעבור זה ישלמו כך וכך לאשתו, והרי זה דומה להילך מנה ותקנה שדך לפלוני, דפלוני קונה השדה מדין עבד כנעני. וניחזי אנו, כיצד היה הדין אם היה מתנה מפורש דמה שהוא מצוה לחברת האחריות שישלמו לאשתו, היינו בשביל זה שהוא רוצה לסלק לה כתובתה, ככה"ג לא היה מקום להסתפק כלל שיש לה זכות לגבות משאר נכסים, אחרי שכבר קבלה חלקה המגיע לה מהחברה. לפי זה, גם עכשיו שכתב סתם שהוא מצווה שיתנו כל כסף האחריות לאשתו, הרי באנו לפלוגתא דרבנותא הרשב"ם והרא"ש, דפליגי בשכיב מרע המצוה ליתן לאשתו או לבעל חוב, אי אמרינן שנתן להם בכתובתה או בחובו, או שהוא מתנה בעלמא, ופליגי בזה הרשב"ם [ד"ה רצה], והרא"ש [סי' נ"ג], בגמרא בבא בתרא [קל"ח ע"ב], ושתי הדעות הובאו בשו"ע חו"מ [סי' רנ"ג סע' ח']. וכאן נמי יש להסתפק דתליא בפלוגתא זו, וא"כ מטעם ספק, נכסי בחזקת יורשין קיימי, ולא תוכל לגבות ולהוציא מספק. ובפרט בנידון דידן שאין נכסיו מספיקין לשלם כל חובותיו, יש לדון דאיכא נמי אומדנא דכוונתו היתה לסלק לה כתובתה, וסתמא כפירושו, דלא ניחא ליה לאיניש להיות נותן מתנות ולמיקם בלוה רשע ולא ישלם... ומה שכתב על מה שכתבתי דהוי אומדנא... וגם זה תלוי בדעת שניהם ולא שייך אומדנא, וגם היא לא הסכימה מעולם לקבל בתור פרעון כתובתה, כי הבעל יכול למכור לאחר, ומכיון שיש לה שעבוד נכסי למה לה לסמוך על משענת קנה רצוף. אין זה דבר התלוי בדעת שניהם, וכי אנו צריכין לדון על מחילתה, אדרבה, אנחנו אומרים שבאמת לא מחלה כלל, אבל הוא אם אינו רוצה לתת לה מתנת חנם כיצד יש לה להכריח אותו, ואחרי שהרשות בידו

מתכונת כזו לא התחייב, ולכל הדעות לא יהיה כפל תשלומים.

ככל שסך הכתובה גבוה יותר, כך מתחזק אומדן הדעת שלא עלה על דעת הבעל בזמנו בעת הנישואין להתחייב בכפל תשלומים, אם יתברר ששניהם תשלומים גבוהים העלולים להתיררו לאחר הגירושין בלא מחצית הדירה השייכת לו וכיוצ"ב.

בראשונים מצינו שהיה קיים מנהג שהבעל כותב לאשתו שטר כתובה ובנוסף כותב לה שטר מתנה בנפרד שלא היה ניתן לגבייה אלא לאחר מות הבעל, ולאחר מות הבעל הייתה האלמנה גובה את שטר הכתובה ובנוסף את שטר המתנה. בנסיבות אלו לא יישמו את ההלכה הנוכרת למנוע כפל זכויות ולהורות שתגבה את כתובתה באמצעות המתנה שתקבל בנפרד. הלכה זו הובאה בספר בית הבחירה למאירי במסכת כתובות דף נד עמוד ב' שכתב:

"נהגו בקצת מקומות של ספרד שכותבין לנשותיהן בשעת נישואין מתנה לחוד וכותבין בה שתהא רשאה ליתנה לכל מי שתרצה או למכרה אפילו בחייו. וכתבו בה גדולי הפוסקים בתשובת שאלה שתנאי ממון הוא וקיים... ויראה לדעתם שהמתנה אינה נפקעת בכמה דברים שהכתבה נפקעת בהם, ועושין אותה בשביל כך שאם עשתה דבר שבשבילו איבדה כתובתה לאי זו סיבה, תהא המתנה קיימת. וכן יש אומרינן שגובה אותה בלא שבועה ויש חולקים לומר שדינה ככתובה ואינה גובה אלא בשבועה, ומכל מקום אין ספק שאף המתנה אינה גובה אלא לאחר מיתה."

לכאורה, היה מקום לדון את הזכויות שהאשה תקבל מכוח חוק יחסי ממון כדין אותה מתנה, ותזכה בכפל זכויות. אך נראה שאין הנידון דומה לראיה. הנסיבות ביחס לאותו מנהג שהביא המאירי הן שמלכתחילה בעת הנישואין החתן קבע את התחייבותו לאשתו בדרך מפוצלת, האחת באמצעות שטר הכתובה, שבו עיקר כתובה ותוספת הכתובה, והשנייה באמצעות שטר המתנה, וזאת כדי להגן על חיוב המתנה שלא יבוטל בנסיבות ששטר הכתובה מתבטל. בנסיבות אלו אין ספק שכוונתו בעת הנישואין הייתה ששטר המתנה יתווסף להתחייבות הכתובה. ואמנם בנוסח שטר זה שבספר השטרות להר"י ברצלוני, (שטר השלושים ושבע), כבר נוספה הבהרה כזו בנוסח השטר, אך גם בנוסח שקדם ולא הובהר כאמור, קיימת אומדנא ברורה שזו כוונת המתחייב. מה שאין כן ביחס לחיוב המעוגן בחוק יחסי ממון, בעת הנישואין אין אחד מבני הזוג יודע מה יהיו יחסי הכוחות הכלכליים בעוד שנים רבות וכיצד יאווננו המשאבים, ומה יהיו זכויותיהם בעת פירוד, אלא שניהם מתכוונים שאיזון המשאבים יהיה לפי החוק ולפי מנהג המדינה.

אם בעת הנישואין ישאלו את הבעל ויאמרו לו אשתך לא תצבור זכויות ממון משמעותיות כמוך, אבל לפי החוק היא זכאית למחצית מכל רכושך וזכויות הממון שצברת, הוא ישלים עם זה. אבל אם יאמרו לו שבנוסף היא תקבל גם את

שם הלכה זו, וצוין שם שכדי לצאת מכל ספק, בכמה בתי דין נוהגים להסדיר קבלת קניין הנותן תוקף הלכתי להוראות החוק. ולעיל חלק ח"מ סי' יד הארכנו בהלכה זו.

בהתאם לכך, בסופו של דבר כשהאשה תקבל את חלקה בזכויות הממון שהבעל צבר, זכויות אלו יועברו לה הן מכוח ההוראה החוקית הרואה אותם כמי שערכו הסכם, והן מכוח ההקנאה שנעשתה עם הבעל, או הקנאה שהבעל קיבל עליו בבית הדין או הקנאה המיוחסת לו בהסכמתו לחלוקת רכוש ואיזון משאבים על יסוד החוק, ובכך דין זכויות אלו כדין מתנת שכיב מרע שבסוגית הגמרא וכדין תשלומי הביטוח שבתשובת הר צבי. בכל אלו קיימת אומדנא שבסתמא כוונתו שזכויות ממון אלו המשולמות במועד הראוי לתשלום הכתובה, גירושין או פטירת הבעל, ייחשבו כפירעון חובו לכתובת האשה.

יתרה מזו, מהסוגיא במסכת בבא בתרא עולה שאם במקרה ספציפי, הממון עבר מהבעל לאשה בסתמא ובנוסף קיימת אומדנא שאמנם הבעל מבקש למנוע כפל תשלומים, ורצונו שהממון המועבר מכוחו ייחשב כפירעון כתובה, בנסיבות כאלו לא נחלקו ראשונים, במחלוקת הרשב"ם והרא"ש, אלא לכל הדעות לא יהיה כפל תשלומים.

וכן כתב בתשובת זרע אברהם ח"מ סי' י' הנוכרת, שאם בנסיבות המיוחדות של המקרה אנו מתוודעים לאומדנא ברורה שאין כוונת הבעל לכפל תשלומים, עלינו לדון עפ"י אומדנא זו, ובהתאם לסברה זו הורה הרב זרע אברהם בנידון שלו, וכן הורה בתשובת הר צבי הנוכרת לעיל. וכעין זה בשו"ת משפט וצדקה אה"ע סי' לט ובמהרח"ש ח"ב סי' טו.

על כן בנידון דנן, מאחר שיייתכנו השלכות חמורות על מצבו הכלכלי של הבעל לאחר הגירושין וכמבואר לעיל, קיימת אומדנא שאין בכוונת הבעל להוסיף את תשלומי איזון המשאבים בנוסף למחויב בשטר הכתובה.

יתרה מזו יובהר: בנידון הסוגיא במסכת בבא בתרא הבעל המתחייב יודע היטב מהו הסכום שהוא מתחייב כעת מנכסיו, וכן מודע לסכום הנקוב בשטר הכתובה, ויתכן מאוד שהבעל עשה את החשבון המתאים ונוכח שאין מניעה לאפשר לאשה לקבל כפל תשלומים, הן את המתנה שמתחייב בה כעת, ובנוסף את הכתובה. וכן במקרה הנידון בתשובת הר צבי, שמלכתחילה ידוע לבעל מהו סכום תשלומי הביטוח שהאשה אמורה לקבל, ובנוסף ברור לבעל המתחייב שתשלומים אלו אינן על חשבונו ויפגעו ברווחתו הבסיסית. אך ביחס להתחייבות לאיזון תשלומים עפ"י החוק, במועד ההתחייבות, אין לבעל כל מידע ויכולת להעריך מהו הסכום שיועבר בעת איזון המשאבים, לכן וודאי קיימת אומדנא ברורה שאין בה ספק שלא עלה על דעתו שישולמו לאשה כפל תשלומים, כשבמקרים רבים תוצאה זו חמורה עבורו מבחינה כלכלית, ותוציא אותו מהנישואין נחות מאוד מבחינה כלכלית יחסית לאשתו, ופשיטא שקיימת אומדנא דמוכח שאין בה ספק שעל

על מנת להסיר ספק, הפסיקה השוללת "כפל זכויות", מתייחסת לזכויות ממון שנצברו לבעל בתקופת הנישואין עד למועד הקרע, זכויות שלו הרשומות על שמו בלבד. אלא שעפ"י חוק יחסי ממון, עומדת לאשה הזכות לקבל מחצית מזכויות אלו, כשם שלבעל זכות דומה בזכויות ממון שנצברו לאשה בגין עבודתה באותה תקופה.

כידוע עפ"י הפסיקה, בניגוד להלכת השיתוף, המעניקה זכות קניינית מיידית מעצם קשר השותפות, הרי שבהסדר איזון משאבים, הזכות הינה אובליגטורית דחוייה. המעניקה זכות מימוש של החלק היחסי בנכסים רק במועד הקובע עם סיום פרק הנישואין. ויצוין לדברי השופט מצא בבש"א 951/96 גולן נ' גולן פ"ד מט (4) 877:

"על המבקשת והמשיב שנישאו בשנת '86, חל חוק יחסי ממון בין בני זוג, שכידוע אינו מעמיד למבקשת אלא זכות חיובית דחוייה לאיזון המשאבים... שתהא בת מימוש רק לעת פקיעת נישואיהם".

על כן רק ביחס לאותן זכויות ממון אלו שנצברו לבעל על שמו כתוצאה מעבודתו בתקופת הנישואין עד למועד הקרע, ודינם להיות מועברים עם סיום פרק הנישואין, במועד הראוי לתשלום הכתובה, יהיה מקום לברר האם בסופו של ההליך, האשה עשויה לקבל כפל זכויות, דהיינו גם את הזכויות הנזכרות, וגם את הכתובה. וככל שיתברר כפל הזכויות יוחלט שהתשלום של הזכויות הנ"ל ייחשבו כפירעון חובו של הבעל לכתובה, מאחר שמלכתחילה בעת התחייבותו בתוספת הכתובה, לא היתה כוונתו שעם פקיעת הנישואין האשה תקבל כפל תשלומים מתוך סכומי הכסף העומדים לרשותו.

לא כן ככל שהדבר נוגע לאיזון הנכסים המשותפים, זכויות וחובות שהצטברו לצדדים כנכסים משותפים כבר בתוך תקופת הנישואין עד למועד הקרע, או שהצטברו כחובות משותפים עד למועד הקרע, בכל אלו האיזון ייעשה כמקובל, ואין לתשלום הכתובה זיקה לחישוב זה. כשם שחלק האשה בדירת המגורים המתקבל אצלה עם פירוק השיתוף בנכס, בין אם בסיום הליך ההתמחרות תרכוש את חלקו של הבעל ובין אם להיפרך, לזכויות אלו אין זיקה לפסיקה השוללת "כפל זכויות".

**האם בית הדין רשאי לקיים דיון כשייתכן שיתברר כדיון סרק**  
נחזור לנידון דנן, בשלב זה ההליך המשפטי לאיזון משאבים עדיין בתחילתו ולא ניתן לדעת כיצד ייקבע פסק הדין בסיום ההליך, למרות זאת אין מקום שבית הדין יקיים הליך משפטי לברור תביעת הכתובה, כשקיים ספק שמא הליך זה הוא הליך סרק ומיותר.

עיינ במסכת בבא מציעא דף קי ע"א:

"אטרוחי בית דינא תרי זימני לא מטרחינן",

דהיינו במקרה שבו קיים ספק עובדתי אם יתבררו ראיות התומכות בטענות צד אחד, לעת עתה אין פוסקים לטובת

הסכום הגבוה הנקוב בשטר הכתובה הוא ישיב ויאמר שלכך לא התכוון, שחלוקת הרכוש וזכויות הממון בעת הגירושיין תהיה לוקה בחוסר צדק הזועק לשמים. בוודאי שכן באותם מקרים שבית הדין מסדיר קבלת קניין לאיזון משאבים בהתאם לחוק יחסי ממון, כדי שפסיקת איזון המשאבים תהיה עפ"י ההלכה, בנסיבות שבית הדין סבור שלולי קבלת הקניין אין מקום לפסיקת האיזון על פי ההלכה, בנסיבות אלו מאחר שקבלת הקניין נעשית כבר בעת הדיונים בתביעת הגירושיין והתביעה לחלוקת רכוש, הדבר ברור בלא ספק שבאותו מועד אין כוונת הבעל להתחייב בכפל התחייבויות.

### סיכומו של דבר

בנסיבות בהן עם הגירושיין הבעל אמור להיות מחויב בתשלום שני סכומים גבוהים, הסכום הנקוב בשטר הכתובה בצירוף הסכום כתוצאה מאיזון המשאבים עפ"י חוק שמחויב הבעל להעביר מזכויות הממון שצבר, קיימת אומדנא מוכחת שמלכתחילה לא התחייב את שתי ההתחייבויות יחד, מאחר שמימוש שתיהן ירע את מצבו הכלכלי באופן קיצוני, בה בשעה שאצל אשתו המצב הוא להיפרך.

אפשר לדון אומדנא זו בשתי דרכים, האחת ביחס להתחייבות הבעל בתוספת הכתובה, שלא התחייב בה אם בנוסף לתשלום הכתובה יחויב להעביר לאשתו במסגרת איזון המשאבים סכום גבוה מזכויות הממון שצבר. וכן אפשר לקבוע ששטר הכתובה שריר וקיים ללא תנאי אך האומדנא תתייחס לדרך שבה יבוצע תשלום הכתובה. מלכתחילה כוונתו למלא את חובתו לתשלום הכתובה באמצעות תשלומי האיזון שיחשבו כתשלום בגין חובו לכתובה. אמנם אם הסכום הנקוב בשטר הכתובה נמוך, כגון מאתיים וזו ועוד מאתיים זקוקים ולמעשה פוסקים: "יד בעל השטר על התחתונה", אין אומדנא דמוכח, אלא אם היסוד ההלכתי הבלעדי לאיזון המשאבים מעוגן בקבלת הקניין, המוסדרת רק בעת שהצדדים כבר בסכסוך ומנהלים תביעות לגירושיין כתובה ואיזון משאבים, בעת הזו בוודאי שאין ברצונו של הבעל להתחייב בכפל תשלומים.

לסיום, מן ההכרח להבהיר: כל האמור בדברינו מתייחס לשאלת כפל זכויות מסוגים שונים, חוקית ודתית, האמורות להיות מועברות מתוך רכושו של הבעל לטובת אשתו, כגון הזכות לכתובה יחד עם זכויות הממון שהבעל צבר בעבודתו וכיוצ"ב, זכויות שלולי הוראת החוק היו נותרות ברשות הבעל גם לאחר הגירושיין, ורק מכוח החוק האשה זוכה בהן. אך אין הדברים אמורים ביחס לרכוש השייך עפ"י דין תורה לאשה גם לולי חוק יחסי ממון, כגון החלק הרשום על שמה בדירת המגורים וכיוצ"ב. ביחס לרכוש זה שאינו עובר עם הגירושיין מהבעל לאשה, והשייך לאשה עפ"י דין תורה, אין האומדנא הנוכרת.

ולהלן קטע מפסק דין שכתבנו בנידון זה:

שכ"ט עו"ד לשני הצדדים ובהשקעת זמן שיפוטי יקר, כשיתכן מאד שבסופו של הליך יתברר שכל ההליכים התנהלו לשווא.

גם אם האשה מצידה מסכימה להוציא הוצאות שיתכן ויתבררו שלא היו נחוצות, הרי שהצד השני אינו מסכים לכך, וגם בית הדין היושב בתוך עמו, מכיר בכך שהמשמעות לקבלת עמדת האשה היא דחיית דיונים נחוצים בתיקים אחרים, ובזבוז זמן שיפוטי יקר ומשאבים ציבוריים ללא הצדקה.

לאור שיקולים אלו בנוסף לשיקולים שהיו לעיני הפוסקים הנזכרים לעיל, אין לנו אלא לדחות את עמדת האשה. הטענה שבית הדין כבר החל לשמוע את טענות הצדדים, ועליו להשלים את הדיון ולהימנע משיקול של "אטרואיזם" בכדי לא מטריחין. טענה זו אינה מתקבלת, מאחר שנראה מסוגיית הגמ' ודברי הפוסקים שאע"פ שביה"ד כבר החל לדון ולשמוע את טענות הצדדים, עדיין קיימת ההלכה של "אטרואיזם בי דינא לא מטריחין":

בגמ' במסכת בבא מציעא דף קי עמוד א, שם מקורה של הלכה זו נאמר:

"ההוא שטרא דהוה כתיב ביה שנין סתמא, מלוה אמר שלש, לזה אמר שתיים. קדים מלוה ואכלינהו לפירי. מי נאמן רב יהודה אמר קרקע בחזקת בעליה קיימא, רב כהנא אמר פירות בחזקת אוכליהן קיימי. והלכתא כוותיה דרב כהנא, דאמר פירות בחזקת אוכליהן (קיימי). והא קיימא לן דהלכתא כוותיה דרב נחמן, דאמר קרקע בחזקת בעליה עומדת, התם מילתא דלא עבידא לאיגלווי היא, הכא מילתא דעבידא לאיגלווי היא, ואטרואיזם בי דינא תרי זמני לא מטריחין."

מתוך דברי הגמ' הזו נראה שכבר התקיים דיון שבמהלכו הוצגו טענות הצדדים, ואעפ"כ פוסקת הגמ' שמעמידים את הפירות בחזקת אוכליהן, למרות שקיימא לן להלכה שקרקע בחזקת בעליה עומדת, מפני שאין להטריח את ביה"ד בחינם לפסוק פסק דין שיתכן ויהיה הכרח לבטלו בעתיד. במקרה זה עדי השטר קיימים ויתכן שיבואו בעתיד ויעידו לטובת האחר, ויתכן ביה"ד יצטרך לשנות את החלטתו המקורית. בנוסף, מלשון הגמ' "הלכתא כוותיה דרב כהנא" משמע שאין זו הסתלקות מעיקרא, קודם שמיעת הטענות, אלא פסיקה זמנית עד שיושלם ההליך בעדות העדים.

עוד נציין לדברי הגמ' בב"ק פט: שאין מחייבים אשה למכור את כתובתה בטובת הנאה, שבוודאי תמחל לבעלה על הכתובה ואטרואיזם בי דינא לא מטריחין. גם שם מדובר כשדנו את האשה ויצאה חייבת. הנידון שם הוא רק על שלב הגביה ולא על עצם החיוב שלה, ואעפ"כ אומרת הגמ' שאין להטריח את ביה"ד בהשלמת פסיקה לגבות ממנה את החוב בדרך זו של מכירת כתובה בטובת הנאה, מטעם הטרחת ביה"ד בחינם.

כמו כן בקצות החושן סימן כח ס"ק ט' מובאת דעה שאין לקבל עדים לפטור, משום אטרואיזם בי דינא, ושם בוודאי

הצד שהדין כעת נוטה לטובתו, מכיוון שאין מטריחים את בית הדין לקיים הליך פסיקה וגביית ממון, אם ייתכן שבעתיד יתברר שיש לבטל את ההליך.

הלכה זו אינה רק ביחס להלכות הוצאה לפועל של פסק הדין, אלא גם ביחס לשלב הדיון והפסיקה, עיין שו"ע חו"מ סי' כח סעיף כה שהביא מהריב"ש סי' רלד שאין לקבל עדים בטרם נשמעה תשובת הנתבע, שמא יתברר שהליך זה חסר משמעות, ואטרואיזם בי"ד בכדי לא מטריחין. וכן בחכם צבי סי' קסט הביא ראייה להש"ך סי' יא סק"א שהורה על זכותו של הנתבע שלא לרדת לדיון בטרם ישמע את פירוט טענות התובע, מההלכה זו □ "אטרואיזם בי דינא בכדי לא מטריחין", וה"נ אין לפתוח דיון שמא כשישמע הנתבע את התביעות, ימלא משאלת התובע בלי להטריח את הב"ד.

לכאורה, היה מקום לומר שהרשות ביד בית הדין להחליט לדון, ולמחול על טרחתם. אך אין הדבר כן. בספר דברי מלכיאל חלק ג' סי' קע כתב:

"העיקר נראה שאין ביד ב"ד לומר שרוצים לטרוח בזה. דכיון שפסקו בש"ס הדין כן שוב אין כח ורשות לב"ד אחר לשנות הדין... וכת"ר כתב דכיון שאמרו חז"ל דלא מטריחין ב"ד ממילא אף אם רוצים לטרוח לא עבדי שליחותיהו בזה. והיא סברא נכונה. אך י"ל דאם הדין שב"ד יכולים לטרוח לדון בזה, ממילא גם עכשיו אנחנו שלוחיהם לכל דבר שאפשר לדון כן. וגם יש לדון אם קבלוהו עליו לדיין דאז אינו דן מצד דעבדין שליחותיהו. ומ"ש כת"ר לתלות זה בהא דיכול אדם לומר אי אפשרי בתקנת חכמים. נראה דאינו שייך בנ"ד, דהכא אמרו דלהכי פסקין הכי לפי דלא מטריחין ב"ד, וממילא נפסק הדין כן. וב"ד הרוצים לטרוח בזה, הרי דנים שלא כדין. ולא הוטל על ב"ד רק לדון כפי דקיי"ל בש"ס ולא יותר. דהא הדין הוא מצוה המוטלת על ב"ד לשפוט בין איש לרעהו ולהציל את העשוק. והיכא שאין כאן דין מדינא דגמרא. יכול הלה לומר שאינו מקבל את דינם כי אינם דיינים בדבר זה. משא"כ בתקנה שנתקנה לזכות אנשים פרטיים, שפיר יכול לומר אי אפשרי בתקנת חכמים."

וכן מהרש"ם ח"ג סי' קסה הביא ראייה שאין רשות ביד בית דין להחליט לטרוח לדון מספק.

וכן בספר הלכה פסוקה על הלכות עדות (חו"מ סי' כח סעיף כה) בחלק "בירור הלכה" הגאון רבי יוסף כהן ז"ל הביא מספר משנת רבי אליעזר שהלכה זו שאין בית הדין טורח במקרה של ספק, אינה נתונה לשיקול דעת בית הדין, אלא בית הדין אינו רשאי לזלזל בכבודו ולקיים דיון אם קיים סיכוי שבסופו של דבר יתברר שלא היה מקום לדיון זה.

עוד יש להוסיף בסוגיא זו, כי הדיון בפוסקים הנזכרים נסוב סביב השאלה האם מותר לבית הדין להחליט שהם מסכימים לטרוח, כאשר יתכן ולבסוף הדיון יתברר כדיון שהתקיים לשווא. ק"ו בנידון שבפנינו, שמלבד הטרחה והזילות שבקיום דיונים לשווא, הרי שהמשמעות של אימוץ עמדת האשה היא דיונים הכרוכים בעלויות כבדות של

בקשה להכרות מורדת וכיוצא ב, ולנקוט פעולות שיש בהן כדי לבחון את רצונם של הצדדים בחזרה לשלום בית בעת הזו, שהן עדיין נשואים, וזאת מפני התועלת הקיימת כבר כעת ולבחירת ההכרח בגירושין. מאחר שלאחר הגירושין כבר לא יהיה מקום להכרות מורדת, יש מקום לכך כעת, ובהתאם לנסיבות, ולאחר הגירושין יהיו בפני בית הדין הנתונים הרלבנטיים לפסיקת הכתובה, אם תביעה זו תשוב ותעלה לדיון לאחר השלמת הפסיקה באיזון המשאבים.

על כן הוחלט: בשלב זה בית הדין מוצא לנכון שלא להוסיף לדון בתביעת הכתובה. עם השלמת ההליך לחלוקת הרכוש ואיזון המשאבים המתקיים בביהמ"ש, וככל שיתברר שהתביעה לתשלום הכתובה עדיין רלבנטית, דהיינו בנסיבות שהסך הנקוב בכתובה גבוה מהסכום שהאשה מקבלת מזכויות הממון של בעלה, להן היא זכאית מכח חוק יחסי ממון בלבד, ואינו רכוש הרשום על שמה, יהיה מקום להורות על המשך ההליך לבירור תביעת הכתובה.

אמנם ככל שכבר כעת בית הדין מגיע למסקנה שהאשה זכאית לתשלום הכתובה, ואין צורך בדיון לבירור הזכאות ולשמיעת ראיות, יש לפסוק שהבעל חייב כבר כעת, במלוא תשלום הכתובה, וכי תשלום זה ייחשב כתשלום ראשון על חשבון חובו במסגרת איזון המשאבים, שיוחלט עליו במועד מאוחר יותר.

מדובר כשכבר דנו בעניין ורק מדובר על שלב קבלת העדות, וז"ל:

"מדברי הש"ך (סקכ"ט) נראה, דזה שאין מקבלין שלא בפני בע"ד לפטור, הוא משום אטרוחי בי דינא בכדי, דאפשר התובע יודה".

מכל האמור עולה שההלכה "אטרוחי בי"ד בכדי לא מטרחינן", נאמרה גם לאחר תחילת הדיונים ושמיעת הטענות, ובוודאי שכך בזמנינו כאשר הדיונים בביה"ד אינם טרחה לשווא בלבד, אלא גם ההליך כרוך בהוצאות לצדדים, הכבדה על עומס עבודת בית הדין ובזבוז זמן שיפוטי יקר. בנסיבות אלו, אין מקורות בהלכה המתירים לבית הדין לקיים מערכת שלימה של דיונים, שלאחר זמן עלול להתברר שהיו דיוני סרק.

הטענה שעיקוב הדיון עלול להסב נזק לבירור התביעה, אינה מתקבלת, וככל שישנם עדים להוכחת טענות אחד הצדדים, ויתעורר ההכרח לברר את התביעה, יהיה ניתן לזמנם לעדות בביה"ד, לרבות באמצעות צו במידת הצורך.

על כן אין לדון כעת בבקשה מטעם הבעל לקבוע את העדר זכאות האשה לכתובה, בגין מעשה כזה או אחרת שנעשה על ידה. אך ככל שמבוקש מבית הדין לנקוט בהליכים שהמועד הראוי להם הוא כעת, ולאחר הגירושין הם כבר אינם רלבנטיים, יש להיוקק למבוקש. לכן אין מניעה שהבעל יגיש

## סימן לב

### תביעת אברך לקבלת מלגה

מעיון בטענות הצדדים וכן מטיבה של העמותה שבמסגרתה התובע למד, עולה שהוא נכנס למסגרת של כולל אברכים, כשהנתבע הוא ראש הכולל, ובמסגרת זו מקבלים מלגה מוגדלת, וזאת בתמורה להסכמתם ללמוד עם תלמידים צעירים או סטודנטים, לעיתים מזומנות.

בלוגו של העמותה נכתב כי מסגרת הפעילות היא "כולל מרכזי". כמו כן לא נקבע לאברכים שכר בהתאם לשעות שבהם הם לומדים עם הצעירים והסטודנטים, כמקובל אצל עובדי הוראה.

יצוין כי על פי ההלכה, חיוב פיצויים נובע מכח מנהג המדינה, שעל פיו העובד נכנס לעבוד. אך במקרה הנוכחי, אין מנהג מדינה לתשלום פיצויים לאברכים המקבלים מלגה מוגדלת תמורת לימוד במשך מספר שעות עם אחרים שאינם אברכים. כאמור לא נקבע תשלום עבור כל שעת לימוד עם תלמידים אחרים, והתשלום החודשי נשאר קבוע בלא זיקה למספר השעות שבהם האברך למד עם תלמידים אלו, על כן יותר סביר לקבוע כי המתכונת הבסיסית היתה כמתכונת של אברך בכולל אברכים, וסוכם על מלגה גבוהה תמורת הסכמת האברכים ללמוד בחלק מזמנם עם

בין הצדדים התקיים דיון בתביעת התובע הרב פלוני, כנגד הנתבע הרב אלמוני, העומד בראש עמותה פלונית.

התובע טוען שהנתבע העסיקו במסגרת העמותה שהוא עומד בראשה, ופירט את תקופת העסקתו ותנאי התשלום שסוכם עמו. לטענתו, יחסי ההתקשרות ביניהם היו כיחסי עובד ומעביד, על כן תובע מהנתבע לשלם לו את מלוא השכר שסוכם עמו, בתוספת פיצויים עקב הפסקת העסקתו. הנתבע ביקש לדחות את התביעה, וטען שיחסי התובע והנתבע היו כיחסי ראש כולל ואברך, אך לא כיחסי עובד ומעביד, ולכן אינו מחויב בתשלום פיצויים.

יצוין כי במסגרת המו"מ שהתנהל בין הצדדים הושגה פשרה, במסגרתה הנתבע שילם לתובע 8500 שקל, אך התובע טוען שהנתבע לא עמד במועדי התשלום כמסוכם, ובשל כך כבר אינו מחויב לפשרה זו.

לטענת התובע, הנתבע בהתנהלותו הסב לו נזק, ואיבד את זכותו לחזור ללימודים מלאים בכולל הקודם שבו למד, ונותר בלימודי בוקר בלבד.

השאלה המרכזית שעלינו לברר בנידון זה היא מה טיב ההתקשרות שבין הצדדים.

שאינו חייב בשכר בטלה, הש"ך הביא את דינו של מהרש"ל שפסק שמלוה ששלח מורשה לגבות את חובו והשכר של המורשה היה שאם יצליח לגבות את החוב יקבל חלק מהחוב, ולאחר שהלך המורשה, המלוה מחל ללוה את החוב. ופסק מהרש"ל שעל המלוה המרשה לשלם למורשה את הוצאותיו, "ושכר בטלה פשיטא דפטור, דהוי כגרמא בנזקין".

אמנם מצינו כמה מקרים בהם בגרמא פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, עיין במסכת ב"ק דף נו, ועיין שם ביש"ש בגדרי הדין במי שחייב בדיני שמים, ומבואר במאירי (שם) דמי שאינו משלם פסול לעדות עד ששייב, אך בנידון אינו בכלל גרמא שחייב בדיני שמים, וזאת עפ"י המבואר שם במאירי שאין חיוב לצאת ידי שמים נזק שנעשה בגרמא כשהמוזק לא התכוין כלל להזיק.

אלא שיש לעיין בדבר, ונראה ששיטת המהרש"ל שהבאנו אינה מוסכמת. והדבר תלוי באשלי ררבי.

במסכת בבא מציעא דף עו: גבי שוכר את הפועלים והטעו זה את זה, כתב הרא"ש (סי' ב') בבעל הבית ששכר פועלים וחזר בו עוד לפני שהלכו לעשות את המלאכה, וז"ל:

"וה"ה נמי אם לא הלכו וכבר שכרו כל בעלי בתים פועלים ואין מוציאין עוד להשתכר נותן להן שכרן כפועל בטל, דקיי"ל כרבי מאיר דדאין דינא דגרמי ועל ידו נתבטלו היום".

וכן עולה מדברי התוס' שם ד"ה אין. וכן כתבו הרמב"ן והמגיד משנה בפ"ט משכירות ה"ד (אלא שלא הזכירו הטעם מדינא דגרמי). וכן נפסק בשו"ע חו"מ סי' שלג ס"ב בשוכר את הפועלים וחזר בו בעל הבית, אם הפועלים יכלו להשכיר עצמם למלאכה אחרת וכעת הפסידו משלם להם כפועל בטל, ומבאר הסמ"ע סק"ח שהחיוב הוא מדינא דגרמי.

וכתב בספר מחנה אפרים הלכות שכירות סי' יח דאף שכתב הרא"ש בפרק החובל סי' ג' גבי הדקיה באידרוגא שאם האדם כבר בחדר וסגר עליו את הדלת פטור, ולא מחייבינן מדינא דגרמי, ולכאורה קשה מדוע השוכר פועלים שחזר בו חייב מדינא דגרמי. ובאר המחנה אפרים:

"וע"כ צריך לחלק ולומר דסבירא ליה להרא"ש ז"ל דהתם שאני משום דעל פי דיבורו של בעל הבית נתבטלו ממלאכתם והפסידו, דיבוריה חשיב מעשה, וכמו שכתב הרא"ש גבי חכם שטמא את הטהור".

בסוף דבריו סיכם המחנה אפרים:

"ילפינן מכל האמור, דכל שחבירו הפסיד על פי דיבורו, אף שלא עשה לו שום מלאכה הרי זה משלם לו כל מה שהתנה עמו, אלא לדעת הרמב"ם והרא"ש ז"ל דס"ל דאפילו דהפסיד קצת משלם לו כל מה שהתנה עמו, נראה עדיין לחלק דהיינו דוקא היכא דהנאו, אבל היכא דלא הנאו כלום, אינו משלם לו אלא מה שגרם לו להפסיד ולא יותר".

ועיין בקצות החשן סי' שלג סק"ב שהביא דעת הרמ"ה ומהר"ם מרוטנבורג שאין לחייב מדינא דגרמי כשהפועל התבטל ממלאכה אחרת, וכתב הקצות דסבירא להו דדמי

תלמידים. כל עוד אין בפנינו אסמכתא הסותרת הנחה זו, אין מקום לקבוע קביעה אחרת.

על כן התביעה לתשלום פיצויים אינה מתקבלת.

עם זאת מאחר שהצדדים סיכמו ביניהם על פשרה שהיתה מקובלת על שני הצדדים, פשרה זו מחייבת את הצדדים. ומאחר והנתבע כבר שלם לתובע על יסוד פשרה זו, גם אם באיחור מסוים, כעת לא ניתן לחזור מסיכומי הפשרה.

להשלמת פסק הדין עלינו לברר שאלה עקרונית והיא - מה טיבה של חובת התשלום של המלגה החודשית עליה סוכם מראש בין ראש הכולל לאברכי הכולל, ולמסקנות בירור זה השלכות על נידון דנן.

יש לברר האם כשאברך מתקבל לכולל אברכים, וסוכם עמו תשלום חדשי קבוע, האם על פי הדין קיימת חובה לשלם לו את התשלום שהוסכם. ויש לדון בזה מכמה פנים.

נראה שאין זו כשכירות פועלים, מאחר שלא עסקינן במי ששוכר פועל לעבוד עבורו עבודה מסוימת. לימוד התורה של האברך אינו כפעולת פועל עבור בעל הבית, מאחר שהאברך לומד לעצמו, ללימוד תורה ולהאדירה. ואין לראש הכולל תועלת אישית ממה שהאברך לומד. לכאורה נראה שטובת ההנאה שיש לראש הכולל ממה שנקבע מעמדו כראש כולל אינה כממון, ואין לדון משום כך את האברכים כפועלים.

אמנם, אם ראש הכולל מקבל סכום כסף עבור כל אברך, מתורמים או ממשרד הדתות וכדומה. אם התשלום ניתן עבור כל אברך סכום מסוים, ככה"ג ראש הכולל אינו אלא שליח להעברת הכסף ואינו רשאי לעכב סכומים אלו אצלו, אא"כ מלכתחילה סכומי הכסף ניתנו על מנת שראש הכולל יעשה בהם שימוש על פי שיקול דעתו.

ביחס לטיבה של ההתקשרות שבין ראש הכולל לאברך. יש לדון האם כשראש הכולל הבטיח לאברך שיקבל תשלום עבור הלימוד, ועפ"י דיבורו האברך הגיע יום ליום לכולל, ובכך הפסיד אפשרות לעבוד ולהשתכר לפרנסתו, או ללימוד במקום אחר, האם יש לחייב את ראש הכולל, לפחות בתשלום שכר בטלה כפועל בטל.

לכאורה היה מקום לחייב את התשלום על פי המבואר בשו"ע חו"מ סי' יד ס"ה ברמ"א:

"מי שאומר לחבירו שילכו לדון במקום אחר ואמר לו לך ואני אבוא אחריו והלך והשני לא הלך אחריו צריך לשלם לזה שהלך כל יציאותיו".

לכאורה ה"ה הכא ראש הכולל אמר לאברך שיבוא לכולל וישלם לו, ועל פי המסוכם ביניהם הגיע במשך השנה ומכאן החובה בתשלום שסוכם, או עכ"פ בתשלום שכר בטלה שהיה יכול להרויח באותו זמן במקום אחר.

אך זה אינו, דהא דחייב כשאמר לו "לך ואני אבוא אחריו" הוא רק בתשלום ההוצאות שהוציא על מנת להגיע לאותו מקום, אך לא מצינו שחיוב לשלם לו שכר בטלה כפועל בטל על איבוד הזמן. ואדרבה מבואר בש"ך סי' קכג ס"ק כא

בכל מקרה לגופו אם האברך בגדר עני, ולקבוע מהו גדר עני במציאות זמנינו.

אך גם בלא"ה גם אם התובע אינו בגדר עני מ"מ הספקת תלמידי חכמים שיוכלו לשבת ולעסוק בתורה הוא בגדר צדקה.

ועיין בתשב"ץ ח"א סי' קמד שמבאר את המצוה הגדולה שיש בהחזקת לומדי תורה, אלא שאין מבואר בדבריו לדון זאת בגדרי צדקה. אך הגאון רבי יצחק אלחנן זצ"ל מקאוונא, בדבריו שהובאו בספר "עץ פרי", בסעיף כה כתב שתשלום זה של החזקת לומדי תורה הוא בגדר צדקה.

מאחר שספר זה אינו מצוי נעתיק את לשונו שם:

"מצות החזקת לומדי תורה גדולה צדקתם דאף בשלא לשמה מקיימין אשריכם זורעי על כל מים, דזה מקרי בשם צדקה, כמו שהביאו שם (מסכת ע"ז דף ה') הפסוק זרעו לכם לצדקה, וגם בזה שייך הטעם של הנו"ב הנ"ל, דהא עכ"פ מחזק קרן התורה, ובפרט במקום ת"ת דרכים - שלא תשכח התורה ח"ו. וגם בזה עושין צדקה עם כל העולם כמאמרם ז"ל שהתנה הקב"ה עם מעשי בראשית אם מקבלין ישראל את התורה מוטב ואם לאו אחזיר אתכם לתוהו ובוהו, ובעוה"ר בזה"ז עמודי השמים ירופפו והעולם עומד על התורה, וזהו עמוד התורה שמעמיד את כל העולם ויכול להיות כי ח"ו ימוטו כל מוסדי ארץ ויהיו נחרבין כל העולמות חלילה. וע"י ההשתדלות להספיק ידי ת"ח מחזקים ע"י את עמוד התורה ומעמידין את העולם, כמו שדרשו ביומא דף לח על הפסוק כי לה' מצוקי ארץ וישת עליהם תבל וצדיק יסוד עולם. על כן נקרא זה בשם צדקה גדולה עם כל יושבי תבל במה שמעמידין את העולם ע"י חיזוק לומדי תורה. והוי תועלת גדולה ממעשיהם ע"י החזקת ידי ת"ח אף בעושיין שלא לשמה. לכן נחשב זה לצדקה רבה דיינם כמו הת"ח בעצמם, ועוד שכרם רב דגם שלא לשמה נידונין כמו ת"ח העוסקים בתורה לשמה, משום דצדקה פרטית אף שלא לשמה דינה כמו לשמה, וכש"כ בצדקה שעושיין עם כל יושבי תבל".

בהמשך דבריו סיכם הגרי"א את דבריו, וכתב:

"מצות החזקת התורה הוי כעין מצות צדקה דמקיימין על ידי זה לשמים וארץ".

בהתאם לאמור, מי שהבטיח לתלמידי חכמים לשלם להם סכום כסף על מנת שיכלו להתקיים ולהמשיך ללמוד תורה יש בזה משום צדקה, אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, ומחוייב גם בלא קנין.

לפי זה גם בנידון דנן, סיכום הפשרה שבין התובע לנתבע, היה סיכום מחייב גם ללא קנין, מכיון שהוא כנדר לצדקה. ואין מקום שהנתבע יחזור בו מסיכום זה, וכן אין יסוד לחזרת התובע, מאחר שאינו זכאי לקבל סכומים אחרים כפיצוי, וכפי שהתבאר לעיל.

על כן מכל הנ"ל בית הדין פוסק לדחות את התביעה, וכן לדחות את בקשת הנתבע לחזור בו מהסכם הפשרה.

למה שכתב הרא"ש בפרק החובל סי' ג' גבי הדקיה באידרונא שאם האדם כבר בחדר וסגר עליו את הדלת פטור, ולא מחייבין מדינא דגרמי חיוב שבת. (ויש לציין שבעל קצות החשן לא נחית לסברת המחנה אפרים שהבאנו).

הקצות החשן העלה בסוף דבריו:

"ולדינא צ"ע, כיון דדעת מוהר"ם דפטור בפועלים אפילו הפסידו על ידו את מלאכתם, ומסתבר טעמיה דמוהר"ם לפמ"ש"כ, וגם השוכר הוא מוחזק בממון, וידוע דנפיש חיליה דמוהר"ם להוציא ממון נגדו".

ויש להעיר, דמדברי מהר"ם מרוטנבורג המובא במחנה אפרים הלכות שכירות סי' יח לכאורה מבואר להיפך דברי מהר"ם שהביא בקצות החשן, עיי"ש, וצ"ע.

עכ"פ לפי מש"כ בראשית דברינו גם המהרש"ל והש"ך סתמו דבריהם כדעת הסוברים שאין לחייב מדינא דגרמי, ולכן הוי ספיקא דדינא.

וע"ע בשו"ת בית דוד (להגאון בעל ספר נחלת דוד) חלק חו"מ סי' ד' שהעלה שהתחייבות לתשלום תמורת הימנעות מפעולה אינה נכנסת לגדרי שכירות פועלים.

אך בספר דברי מלכיאל חלק ג' סי' קנה כתב לחייב בנסיבות שביקש מחבירו לעשות פעולה וישלם לו, גם אם אין הפעולה לתועלת של המבקש. וז"ל:

"ואף דבנ"ד אין הפעולה לתועלתו. בכ"ז הא גם בזרוק מנה לים ואשלם לך דעת כמה פוסקים שחייב מדין ערב. ואף שיש לחלק דשם הוא נפסד ממון ושייך חיוב מדין ערב. אבל הכא אין לו הפסד וגם לא עשה לתועלתו. וא"כ במה נתחייב. ז"א דשכר פעולה חייב אף שאין לו הנאה וכדקיי"ל בב"מ ע"ו ובח"מ סי' של"ו ס"א שהשוכר את חבירו לעשות בשל חבירו ואמר לו שכרך עלי שכרו עליו ואינו יכול לומר טול מה שעשית בשכרך, ואף בהפקר הדין כן ע"ש ובדף קי"ח. וכן בכל פעולה שיאמר לחבירו שיעשה איזה פעולה וישלם לו בשכרו כך וכך, אף שאין לשום אדם תועלת בפעולה זו בכ"ז חייב לשלם לו. ורק אם הוא יותר הרבה מכפי שכרו יכול לומר שמשטה הוא בו כמו גבי מעבורת. ובזרוק מנה לים שנחלקו הפוסקים. היינו משום דשם לא הוי שכר פעולה רק מדין ערבות. וכן בשכור כלי זה, עיין ב"ק צ"ג".

על כן נראה שדינו של האברך כפועל אינו ברור, ושנוי במחלוקת האם התחייבות לתשלום עבור לימוד שהאברך לומד לעצמו יחשב כהתחייבות לתשלום לפועל.

וכן בספר אז נדברו חלק ו' סי' עט, כתב ביחס לאברכים: "האם דינם כפועל או שזה סתם תמיכה, קשה לקבוע שיהא דינם כפועל ממש", אך כתב בפשיטות שדינה של המלגה כצדקה.

וכן נראה שלמעשה יש לחייב את ראש הכולל בתשלום המלגה מדין נותן מתנה לעני דחשיב כצדקה כמבואר בחו"מ סי' רמ"ג סעיף ב'. אך לעניין זה לכאורה היה מקום לברר



## סימן לג

## נטל הלוואות לשיפוץ בית הכנסת שלא ברשות הגבאים, מי חייב בפירעון?

לקחת ערבות על שום הלוואה, אמרתי לו שאני לא לוקח שום דבר, אמרתי לו כל מה שקורה הכל עליך, אמרתי בתנאי שכל האחריות עליך, היה לו תקציב ממשרד הדתות והיו לו אנשים שיתנו לו כסף הוא אסף כל הזמן כסף כך לטענתו. הרי שהנתבע ב. לא נתן מקום שיוכן מדבריו הסכמתו לנטילת הלוואות על חשבון השטיבל. מאידך, התובע א. לא התחייב שהוא אישית ישא בהחזר פירעון הלוואות. והדבר ברור שלא עלה על דעת הנתבעים שא., שהוא אברך צעיר חסר יכולת כלכלית מצד עצמו, ישא באופן אישי בפירעון הלוואות מכספו.

בדיון השני, בית הדין שמע שנים מהנתבעים, ולטענתם, הכסף שניתן על ידם הלך לפירעון חובות שהצטברו עקב הבניה, עבור גורמים שונים, חלק מהם קיבל את הכסף ישירות מהם, וחלק הכסף התקבל אצל המלווים באמצעות א..

עלינו לברר האם בנסיבות המתוארות, מוטל על בית הכנסת או על העמותה לפרוע את החובות בסך 140,000 דולר שנלקחו מהנתבעים.

יצויין שסך 50,000 דולר הועבר לתובעים לאחר הדיון הקודם, ולטענת הנתבעים סכום זה ניתן על ידם בתנאי שבכך יבוטלו כל התביעות בנושא, אך התובעים קבלו סכום זה בלא הסכמה לתנאי זה.

## תמצית פסק הדין

ראשית, עלינו לקבוע מה היה מעמדו של א. בכל הפרויקט. יש לקבוע שבכל הקשור להרחבת ושיפוץ בית הכנסת, א. קבל רשות בלתי מוגבלת לעסוק ולנהל את ההרחבה והשיפוץ, ולהיות איש הקשר המוסמך בכל הקשור להתקשרות עם הקבלן ושאר אנשי המקצוע, וכיוצא ב"ב, לרבות הסדרת ענייני הכספים הקשורים לניהול השיפוץ. אך בכל הקשור לנטילת הלוואות, שניטלו מארבעת הנתבעים, א. איבד את מעמדו כשליח וגובר בית הכנסת, מפני שעשה מעשים מרחיקי לכת על דעת עצמו. אין ספק שנטילת הלוואות בסדר גודל של סך 140,000 דולר, ובהעדר מקור מימון ידוע להחזר הכסף, לא היו בתחום המנדט שא. קבל מראש. היה מוטל עליו לקבל אישור מוקדם מהגבאים בטרם יטול הלוואות אלו.

כיון שכך, הלוואות אלו אינן יכולות להיזקק על חשבון הציבור, בהעדר הרשאה מפורשת המאשרת מראש נטילת הלוואות אלו.

מוטל על כל גובר או איש מנהלה, לדעת מה הם גבולות הסמכות וההרשאה שבידו. ומה הם הפעולות שהוא הוסמך

בפני בית הדין תביעה שהוגשה על ידי א., לשעבר תושב הקריה החסידית בחצור, וקבוצה נוספת של ארבעה תובעים, להלן - "ארבעת התובעים", כנגד עמותת "מרכז תורה וחינוך" חצור הגלילית, וכנגד ב. גבאי השטיבל - בית החסידים דחסידי גור בקריה החסידית בחצור, להלן - "בית הכנסת", והתקיימו שני דיונים לביורר התביעה.

## המקרה בקצרה

בקריה החסידית חצור מצוי בית הכנסת המשמש לציבור החסידים בקריה. אגף אחד במבנה שופץ והורחב בקיץ תשס"ב. השיפוץ נעשה ביוזמתו ובאחריותו של א.

א. טען שהוא היה הגובר והאחראי על הבנייה ועל כל הקשור לניהול כספי הבנין, והגבאי ב. סמך את ידיו על פעילותו. לדבריו, הוא בקש להרחיב ולשפץ ונאמר לו על ידי הגבאי שאין כסף למטרדה זו, אך א. הודיע שהוא יאסוף את הכסף.

חלק מסכומי הכסף שנאסף, סך 140,000 דולר, התקבל מארבעת התובעים דגן שהלוו באמצעות א..

א. טוען שהלוואות אלו ניתנו באמצעותו לעמותה לצורך השיפוץ וההרחבה, והעמותה או בית הכנסת באמצעות הגבאים, מחוייבים בהשבת הלוואה, מפני שהם הלויים, והוא היה שלוחם ליטול הלוואות אלו.

לעומת זאת, הנתבע ב. טוען שמעולם לא הסמיך את א. ליטול הלוואות בשם גורם כלשהוא, ומאחר שהלוואות אלו ניטלו ללא רשות, אין להטיל את חובת ההשבה על בית הכנסת או על העמותה.

א. השיב שכל אחד הבין באותו מועד שסכומי הכסף אינם מצויים ברשותו אלא שהוא רק התחייב לדאוג להשגת הכסף.

יצוין שמחקירת הצדדים עולה שלא נאמר לא. בפירוש שלא יטול הלוואות ואם יקח הלוואות האחריות תפול עליו, כפי שבתחילה טען ב"כ הנתבעים, אלא בדברי ב. נאמר (בדיון הראשון) כדלהלן: "לא דיברנו על הלוואות ולא עלה על דעתי שהוא יקח הלוואה, פעם הוא בקש לקחת הלוואה עשרת אלפים דולר מהבנק ולא הסכמתי ... א. תמיד אמר שיש לו את הכסף, אמרתי לו שיקח על עצמו את כל הפרויקט וידאג למימון, אמרתי לו שאין לי זמן ואני לא לוקח על עצמי כל התחייבות כספית והוא אמר שהוא מגייס את הכסף ואני יכול להיות רגוע, לא דובר על הלוואות, הוא לא דיבר איתי על הלוואות, לא אמרתי כן ולא אמרתי לא, לא עלה על דעתי שהוא יקח הלוואות ולא הייתי מסכים", עד כאן ציטוט מדבריו בדיון הראשון.

ובדיון השני אמר: "פעמיים דברנו על הלוואות, פעמיים אבל לא יותר מכך, לא הסכמתי להלוואות, אמרתי אני לא מוכן

ובמצב כזה, זכותו לגבות מתוך הכנסות בית הכנסת סכומי כסף, בהתאם למבואר להלן.

אין מקום לדחות את א. בטענת מחילה או ויתור או מתנה, בכל הקשור לתוספת שנבנתה. גם אם הנתבעים לא התחייבו לתשלום ההלוואות, אך עכ"פ מאידך גם א. לא מחל לנתבעים על חובתם לתשלום עבורו, על מנת שיוכל לפרוע את חובות לארבעת התובעים, על כן זכותו מכח "יורד" לא נמחלה.

היה מקום לטעון, מאחר שהנתבעים פרעו חובות רבים שהצטברו כתוצאה מההרחבה והשיפוץ, במעשיהם אלו הוכיחו שהם רואים עצמם כבעלי חוב לכל המלווים המחוייבים להם באופן ישיר ובלתי אמצעי, ואין מקום שהנתבעים יבקשו להתעלם מארבעת התובעים ולא יכירו בחוב לארבעתם ויעשו מאמץ לפרועו כפי שהתייחסו לשאר בעלי החובות, ואמנם מן הראוי היה שתביעה דגן מלכתחילה לא היתה באה לעולם, אלא הצדדים היו רואים עין בעין את הצורך להביא לפירעון כל החובות, ושלא להתנער ממעשיו של א. שטרם בהתאם לכוחו וליכולתו להשלים את ההרחבה והשיפוץ. אך מאחר שהצדדים לא הצליחו להגיע להסכמות והתקיים דיון בדין תורה שבפנינו, וכעת הנתבעים עומדים על זכותם עפ"י דין, שלא לראות את א. כגזבר שפעל בשליחות וברשות, וכאמור בנסיבות המתוארות מצד עיקר הדין הם רשאים לטעון כך, על כן יש לקבוע את מעמדו של א. כיורד לחצר חבירו ובנה בה שלא ברשות, וכל החובות שנלקחו לצורך הבניה הם חובות שלו.

לאחר שקבענו את ביטול שליחותו למפרע, הרי שבהעדר מחילה והקנאת מתנה מצד א. לנתבעים, הנתבעים אינם רשאים, מצד אחד להתנער ממעמדו של א. כגזבר שמעשיו מחייבים את שולחיו, ומאידך לדרוש שלא להתייחס לא. כאדם מעלמא כ"יורד", ולבקש להמנע מהמחויבות המוטלת על בעל הבית כלפי אותו "יורד" שבנה בחצירו שלא ברשות. ולכן ישאר מעמדו כאדם מהשוק שירד ובנה.

אמנם א. בזמנו בעת ניהול הפרויקט לא ראה את מעמדו כ"יורד", אלא ראה עצמו כמי שקבל מנדט בלתי מוגבל לניהול הפרויקט, ובאותו מועד לא עלה על דעתו שהזיקה בינו לנתבעים היא זיקה שבין "יורד" המשקיע בנכסיו של "בעל הבית", ושההשקעה בהרחבה ובשיפוץ של בית הכנסת היא על מנת לשוב ולתבוע את הנתבעים בתביעת ממון תמורת ההשקעה. אך כעת לאחר שהתברר לא. שהנתבעים התנערו מזכותו למימון הפרויקט באותה דרך שבחר, ופקע דינו כשליח הנתבעים, חזר דינו למפרע כאדם מעלמא היורד לחורבת חבירו ובנאה.

עלתה טענה מצד הנתבעים, על התנהלות רשלנית מצד א. בכל הקשור לניהול הפרויקט. ביחס לטענה זו יש לקבוע כדלהלן.

**ראשית**, אילו הגבאים היו מעמידים איש מקצוע, עם תעודות וניסיון, שינהל את הפרויקט, והיה מתברר שהלה

מראש לבצען. חריגה מגבולות אלו, מערערת את מעמדו כשליח הציבור או העמותה.

כאמור נטילת הלוואות בסדר גודל כה גבוה, בלא מקור מימון ידוע להחזר, לא היתה בתחום סמכותו, על כן אין מקום לקבוע שהנתבעים, כולם יחד או חלקם, התחייבו לארבעת התובעים בכל הקשור לפירעון הלוואות אלו.

כמו כן הדבר ברור שא. הסכים לקבל על עצמו את השליחות לנהל את הפרויקט בהנחה שהנתבעים יעמדו מאחוריו וישתתפו עמו בכל הקשור למאמץ לפירעון ההלוואות, ומתוך תפיסה זו הציג עצמו בפני ארבעת המלווים כשליח הנתבעים בנטילת ההלוואות.

אמנם כאמור טעות בידו, אך עכ"פ אין ספק שמעיקרא לא היה נוטל על עצמו שליחות חלקית לפעולות הבנייה בלבד, בהעדר גיבוי וסיוע מצד הנתבעים בפירעון ההלוואות, וכעת מתברר שמעמדו כשליח הנתבעים בטל מעיקרו.

מאחר שהנתבעים אינם מסכימים ליטול אחריות על החובות שנתרו ולסייע ככל האפשר לפירעון החובות, הרי שבנסיבות אלו א. רשאי לבקש מבית הדין לקבוע שמעמדו כמי שאינו פועל בשליחותם של הנתבעים לא תצטמצם להעדר אחריות על החובות, אלא ביטול מעמדו כשליח יהיה מוחלט, מפני שברור לכל, שלא היה מסכים ליטול שליחות חלקית בלבד (שליחות לניהול הבניה בלא שיחשב כידא אריכתא של הנתבעים גם במאמציו לגיוס הכספים), וכתוצאה מהביטול הנ"ל למפרע, נקבע דינו כאדם השוק שירד ובנה בביתו של חבירו, ודינו ליטול לכל הפחות ההוצאות בשיעור שבח.

ובנסיבות אלו, מאחר שא. למעשה שיפץ והרחיב את בית הכנסת, הרי שדינו כ"יורד" לשדה חבירו.

אמנם ניתנה לו הרשות על כל תוכניות ההרחבה והשיפוץ, אך לא ניתנה לו הרשות לבנות בנסיבות בהם הוא נוטל הלוואות גבוהות, ומסבך את העמותה והגבאים בתביעות, כפי שלבסוף אירע, ואדעתא דהכי לא הורשה לפעולותיו. וגם אם הנתבעים יטענו, שהוא שמצידם הורשה לפעולות הבניה בלבד, ואילו לגיוס הכספים בלא לחייבם דבר, ובשל כך לא קבל סמכות ללוות בשמם, ומצידם אינם רואים מקום לביטול השליחות מעיקרא. עכ"פ כל שליחות אינה מתקיימת אלא בהסכמת שני צדדים, וגם השליח מצידו רשאי לביטול שליחותו כשולדבריו המשלח אינו עומד מאחוריו כפי שסבר מלכתחילה, ולטעון שמעיקרא ירד למלאכתו על דעת תנאים מסוימים, וכעת התברר שהם לא התקיימו, ובטלה שליחותו מעיקרה.

בנסיבות המתוארות יש לדונו כ"יורד לחורבת חבירו ובנאה שלא ברשות", מפני שבנסיבות אלו לא היה לו רשות לבנות, דהיינו בנייה בהיקף רחב הדורש נטילת הלוואות גבוהות בסדר גודל כפי שניטלו בפועל בלא מקור מימון שגררו את התביעה הנוכחית כנגד הנתבעים. אך עכ"פ דינו של החלק ששופץ והורחב כבנייה במקום העשוי להבנות, ולהלן נבאר הנ"מ בהגדרה זו.

אך הדבר פשוט שטעות היתה בידו של א., ואין לגזר ולעסקן רשות ליטול הלוואה על חשבון בית הכנסת בלא הרשאה מפורשת, ובכל נטילת ממון, שלא בתורת מתנה או תרומה לבית הכנסת, יש שינוי מהותי מההנחיות המחייבות אותו.

אמנם, א. היה מורשה ליטול הלוואות בסדר גודל מסויים לצורך ניהול שוטף של הפרויקט, אך נטילת הלוואות בסדר גודל של 140,000 דולר, בלא מקור מימון ידוע להשבת הכסף, חייבו קבלת אישור מראש, של הגבאים ונציגי הציבור, בטרם הלוואות אלו יזקפו לחובת בית הכנסת או הציבור.

בדינו של שליח ששינה, כתב מהרי"ק שרש כו:

”בכל מקום מצינו, דכל היכא שהשליח משנה כל שהוא מדברי המשלח, שאין נקרא שליח. ואפילו בדברים שאם היה המשלח עצמו לא יכול לטעון עליו, כשנעשה ע"י שליח יכול המשלח לטעון עליו בשינוי כל שהוא, שהיה ראוי לומר שאין קפידא בדבר. כגון הא דאמרינן בכל דוכתא לענין אונאה דפחות משתות קנה, ואין מחזיר אונאה משום דפחות משתות הוי מחילה, משום דדרך הכל למחול בו כמו שכתב רבינו משה, ואפילו הכי היכא שנעשה ע"י שליח יכול המשלח לטעון אפילו על פחות משתות, כדאמרינן בקידושין פרק האיש מקדש וכן פסקו כל הפוסקים. ותנן נמי בפרק בתרא דמעילה (דף כ"א) שאם אמר לו בעל הבית לשלוחו הבא לי מן החלון והביא מן הגלוסקמא או שאמר הבא מן הגלוסקמא והביא מן החלון, שהשליח מעל ולא בעל הבית. ותנן נמי התם דאם אמר לו לתת חתיכה בשר לפני האורחים ונתן חתיכה כבד או שאמר חתיכת כבד ונתן חתיכת בשר, שהשליח מעל ולא בעל הבית. ומדחזינן שהשליח מעל ולא בע"ה, בשינוי כל דהו, כגון מחלון לגלוסקמא או מבשר לכבד, אלמא דבשינוי כל דהו אמרינן דשליח מעל ולא עשה שליחותו ... והרי לך דבשינוי כל דהו פקע תורת שליחות מהשליח.”

ובמשנה במסכת ב"מ בריש פרק השוכר את האומנין (דף עה ע"ב):

”השוכר את האומנין והטעו זה את זה, אין להם זה על זה אלא תרעומת.”

ובגמרא:

”חזרו זה בזה לא קתני, אלא הטעו זה את זה, דאטעו פועלים אהדדי. היכי דמי ... אי דאמר ליה בעל הבית בתלתא, ואזיל איהו אמר להו בארבעה ... דאמר להו שכרכם על בעל הבית.”

וכתב הרי"ף:

”כללא דנקטינן מהא שמעתא ... היכא דא"ל בעה"ב בתלתא ואמר להו איהו בארבעה ... אי אמר להו שכרכם על בעה"ב, חזינן היכי מיתגרי פועלים בההיא דוכתא, אי בד' יהיב להו בעה"ב ד', ואי בתלתא יהיב להו תלתא, דכיון דשני שליח בשליחותיה בטלה לה שליחותיה, והוה להו כמאן דעבדי ליה סתמא, דדינא דשקלי כמנהג המדינה.”

הרי מבואר שאם השליח שינה בשליחותו, אינו נחשב כמי

כשל במלאכתו, היה מקום לטענת "אומן שקלקל". אך לאחר שהם העמידו לניהול פרויקט רחב כזה, אברך צעיר חסר כישורים וחסר כל ניסיון בניהול פרויקטים מסוג זה, ואף לא טרחו לוודא שמפקח בניה מקצועי מלווה את הפרויקט, על כן אין להם אלא להלין על עצמם. כמו כן אין מקום לטענות על העדר ניהול הנהלת חשבונות מקצועית, לאחר שהמשימה הוטלה על אדם חסר הכשרה מקצועית בתחום הנהלת חשבונות, ומן הראוי שהנתבעים היו נעזרים באיש מקצוע לניהול החשבונות, וכשלא עשו כן, אין מקום להלין על מי שנטל על עצמו את המשימה לאחר שקיבל מהנתבעים את הסכמתם לניהול הפרויקט על ידו. אם אמנם א. לא שיתף פעולה כנדרש עם חברי הועדה, של אנשים המבינים בבניה, שהוקמה ללוות את הפרויקט, כנטען על ידי הנתבעים, היה עליהם להורות לא. להפסיק כל פעילות ולהעביר את האחריות לאדם אחר.

**שנית**, לאחר שבפסק הדין הנוכחי, א. מקבל מעמד של "יורד לשדה חבירו", דהיינו התביעה להחזיר החוב לארבעת התובעים לא התקבלה, אלא התקבלה התביעה להחזיר הוצאות הכרוכות בהרחבה ושיפוץ, אין מקום לטעון על דרך ניהול הפרויקט, אלא הכל נמדד לפי התוצר הסופי. מאחר שהתביעה שהתקבלה היא להחזיר הוצאות בשיעור שבח, אין נ"מ בטענה על ניהול רשלני, אלא אם יתברר שההוצאות שהנתבעים כבר פרעו ובצירוף ההוצאות הנתבעות כעת, סך הכל המצטבר של הכל גבוה משיעור השבח.

כל האמור הוא על פי שורת הדין, אך מאחר שהנתבעים לא נתבעו באופן אישי אלא הם מייצגים ציבור קדוש של חסידים ויראי ה', יש מקום להורות לנתבעים לנהוג לפני משורת הדין, ולמצוא את הדרך למנוע מצב שאינו הגון, שבו ארבעת התובעים הזילו מכספם למימון ההוצאות שהיו כרוכות בהרחבה ובשיפוץ בית הכנסת, ובזמנו סברו בתום לב שכספם ניתן בתורת הלוואה לציבור באמצעות נציגו המוסמך, וכעת הציבור נהנה מפירות ההרחבה והשיפוץ לצרכי תפילות ות"ת, וכן השיבו הלוואות אחרות, אך נוהגים איפה ואיפה בין בעלי החוב השונים ומבקשים להתנער מהחובה להביא להחזיר החוב לארבעת התובעים.

**להלן פסק הדין בהרחבה כולל מקורות בהלכה.**

**זכותו של גזבר ליטול הלוואות בלא הרשאה מפורשת**

אין מחלוקת שהתובע א. לא קבל רשות מפורשת ליטול הלוואות שיחייבו את בית הכנסת. אמנם, לדבריו היה ברור לו שמכיון שקבל הרשאה לאסוף את הכסף, שבשלב ראשון לא היה מצוי בידו, הרשאה זו כוללת רשות ליטול הלוואות בשם בית הכנסת, וכמו כן כשא. הגיע לארבעת התובעים הוא הציג בפניהם שהוא מקבל הלוואות עבור בית הכנסת, וכפי הנראה היה ברור לו ולארבעתם שאין ספק שבית הכנסת והגבאים או הציבור מחויבים בהשבת הלוואות אלו.

בשליחותו... דאינו שלוחו כלל לזה, דלתקוני שדריה, ... ה"נ כיון שלא נעשה גבאי לזה, יש לחייבו".

העולה מכל האמור - אין לגזבר שהתמנה בסתמא, את סמכויותיו של בעל בית, וידו אינה כיד בעל הבית לכל דבר ועניין, אלא דינו כשליח שסמכותו מוגבלת לתחום שהוסמך בפירושו, וכששינה בטלה שליחותו.

במקרה הנוכחי, אילו א. היה מודע לכל האמור, ומלכתחילה היה נוטל את ההלוואות על דעת כן שהוא אישית יחוייב בהחזר ובפירעונן המלא, היה מקום לקבוע ששליחותו שרירה וקיימת, ועליו להשיב את ההלוואות שנטל. אך למעשה אין ספק שא. לא העלה על דעתו שהוא כאברך צעיר יטול הלוואות על דעת להחזירן מכספו, אלא מלכתחילה סבר שהוא רשאי ליטול הלוואות אלו כידא אריכתא של הנתבעים ויחד עמם לעשות מאמץ למצוא את מקורות המימון לפירעונן. אלא שבנקודה זו טעה א. והיה מוטל עליו לקבל הסכמה מוקדמת מראש מצד הנתבעים לנטילת ההלוואות בשם בית הכנסת או העמותה, ובלא שקבל רשות מפורשת, מעשיו אלו אינן נחשבים כמעשים שנעשו על ידי גבאי בית הכנסת ובטלה שליחותו.

כיוון שבנטילת ההלוואות בטלה שליחותו, על כן הויקה בין ארבעת התובעים לנתבעים אינם כיחסי לזה ומלוה.

#### מעמדו של א. כ"יורד"

אמנם א. איבד את מעמדו כגזבר ואינו נחשב כשליח הציבור או הגבאים, אע"פ כן אין חולק שהרחבת בית הכנסת ושיפוצו היא עובדה מוגמרת, ואם א. אינו נחשב כשליח הגבאים, עכ"פ יחשב כיורד לשדה חבירו ונטעה.

אם הנתבעים התנערו ממעשיו של א. ובקשו שלא לחייבם בהלוואות שהלה נטל, הרי עכ"פ מעמדו לכל הפחות כאדם בעלמא שירד ובנה על דעת עצמו, ויש לדונו כ"יורד לשדה חבירו". (אף שבנה על ידי פועלים שעבדו בשליחותו, אין הפועלים נחשבים כ"יורד" אלא מי ששלחן לעבודה, מאחר שהם עבדו עבורו, עיין בספר יתרון האור על המשניות, להגדול ממינסק, ב"מ פ"ו מ"א שכתב כן בפשיטות) ולהלן נבאר איזה סוג "יורד" יחשב.

במסכת בבא מציעא דף קא, א :

"איתמר היורד לתוך שדה חבירו ונטעה שלא ברשות, אמר רב שמין לו וידו על התחונה. ושמואל אמר אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה. אמר רב פפא ולא פליגי כאן בשדה העשויה ליטע, כאן בשדה שאינה עשויה ליטע".

לכאורה בנידון דנן א. אינו יכול להיחשב כיורד שלא ברשות, לאחר שקבל רשות לכל פעולות הבניה שביצע. אך מאחר שהרשות ניתנה על דעת הסכמות מסוימות, והלה חרג מהם וכמפורט לעיל, בכך נקבע מעמדו ליורד "שלא ברשות". וזאת מפני שגם אם עצם פעולות ההרחבה והשיפוץ נעשו על דעת הנתבעים שהם בעלי הבית, אך אם הבונה חרג

שעשה מעשה בשליחות המשלח אלא כעושה מעשיו בסתמא.

יש לדון, האם גזבר או עסקן העוסק בצרכי הציבור דינו כשליח, ויחול עליו הכלל שבכל שינוי קטן יאמרו לו משלחיו - "לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי", או שבעצם המינוי שקבל להיות גזבר או עסקן העוסק בצרכי הציבור, ניתנו בידי סמכות כמו של בעל הבית.

נראה פשוט שאינו אלא שליח. עיין בספר דבר אברהם ח"ב סי' יט סק"ז שדן במעמד גבאי בית הכנסת, וכתב:

"ורב אחד רצה לומר דגזבר עדיף משליח דעלמא",

והביא ראיה מגזבר של הקדש. אך במסקנתו העלה הדבר אברהם:

"בממון בית הכנסת דודאי אין אדם יכול להקנותו שלא מדעת הקהל או הגבאי שהוא שלוחם, א"כ כשמכר הגבאי ונתאנה אפילו פחות משתות ואפילו במקרקעי, נימא לי' לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי, ובטלה שליחותו ובטלים מעשיו, וממילא בטל הקנין"

עיין בנתיבות בהקדמה לסי' ר' שכתב לדון גזבר הקדש כשליח, ואפילו באפוטרופוס קיי"ל בשו"ע סי' רכ"ז סעיף ל' דינו כשליח שיוכל לומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, וכאן מעמדו של א. לא היה עדיף ממעמדו של אפוטרופוס. ובספר אבן שתייה (להג"ר אליעזר דון יחיא) חלק חו"מ סי' עו כתב:

"נשאלתי בגזבר של קהל שקנה דבר בעד הקהל ונתאנה בפחות משתות, אי גם בדידיה שייך לומר לתקוני שדרתיך ובטל המקח, או דגזבר עדיף בזה משליח דעלמא".

בתשובתו האריך לדון בשאלה זו, ובמסקנתו כתב:

"הילכך נראה עיקר, דהקהל יכולים לומר לו לתקוני שדרתיך. וגם מדברי בעל הפלאה (בספר המקנה) בקידושין דף כ"ט נמי מבואר שסובר דגם בגזבר איכא האי טענה דלתקוני שדרתיך וכו' ועיין במעילה דף י"ג בהקדש בור ונמלא מים, דאמרינן דמועל בו ולא במה שבתוכו, שהקשו שם התוס' דליקנו הקדש המים מתורת חצר ... והקשה התו"ט דליקנו מתורת שליחות דהא גם בהקדש יש דין שליח. ותירץ כיון דהגזבר רק דין שליח יש לו אינו יכול לקנות להקדש על ידי חצרו, ע"ש. ... מכל זאת מבואר דגם גזבר אין דינו רק כשליח בעלמא, דהא כבעלים מהני כה"ג, עיין בר"ן בנדרים דף ל"ד ע"ב, כנלענ"ד".

ובמש"כ שכל גבאי ושליח צריך לדעת מזה הם גבולות הסמכות שבידו ושכל חריגה נחשבת כנעשית שלא בסמכות, נציין למש"כ שו"ת פני יהושע חלק ב' סי' קג בדינו של גבאי צדקה שהתמנה על קופה של צדקה והלוה מעות לאדם המוחזק כאמיד ולבסוף הלוה לא השיב את הכסף ונגרם נזק לכספי הצדקה. ובתוך תשובתו כתב:

"כיון דהלכה רווחת בישראל דאין משתכרין בשל עניים, כדאיתא פרק בתרא דכתובות, וזה הגבאי עבר על זה, א"כ שינה

הדברים שמראים שדעתו נוטה למה שעשה זה וברצונו בא הדבר, שמין לו וידו על העליונה".

ועיי"ש בסמ"ע סק"ז שהביא מחלוקת ראשונים, האם הלכה זו נאמרה גם בשדה שאינה עשויה ליטע. אך אין נ"מ לנד"ד שבית הכנסת קודם הרחבתו נחשב כשדה העשויה ליטע, מפני שהבעלים הסכימו מראש להרחבה ולשיפוץ, וזאת עפ"י המבואר בספר דברי מלכיאל חלק ד' סי' קנ"א, שכתב:

"הרא"ש כתב בכ"מ שם שזה רק בשדה העשויה ליטע, אבל באין עשויה ליטע לא אמרינן הכי. וי"ל דזה רק אחר שכבר נטע, אבל אי גלי דעתו קודם נטיעה שרצונו בכך, הוי כשדה העשויה ליטע, דאין לך עשויה ליטע יותר מזה כיון שהבעלים רוצים בכך, ונראה פשוט שבזה אף הרא"ש והטור מודים שידו על העליונה, וכ"כ שם הרא"ש דרך באומר הואיל וכבר נטעת אני רוצה לקיימם אז ידו על התחתונה, ומ"ש הטור סי' שע"ה ס"ב באמר שחפץ לקיימם היינו שאמר אחר הנטיעה ולא קודם, וזה ברור לענ"ד".

על כן דינו של א. כיורד לחצר חבירו שלא ברשות ובנה בו בית העשוי להיבנות.

ובמקרה כזה פסק בשו"ע סי' שע"ה ס"א:

"היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה, אם היתה שדה העשויה ליטע, אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה, ונוטל מבעל השדה. ואם אינה עשויה ליטע, שמין לו וידו על התחתונה".

ובסעיף ז' פסק השו"ע:

"החצרות הרי הם ראויים לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות, לפיכך הבונה בחצר חבירו הרי זה כנוטע שדה העשויה ליטע, ושמין לו כמה אדם רוצה ליתן בנין זה לבנותו, והוא שיבנה בנין המועיל הראוי לאותה חצר כמנהג אותו מקום".

בנידון זה דנו ראשונים הדין כשהשבח יתר על ההוצאה, אך כפי הנראה בנידון דנן ההוצאה היתה יתירה על השבח, (ובהמשך הדברים נבהיר הטעם להנחה זו), ובזה כתבו כמה ראשונים שאינו נוטל הוצאה אלא עד כדי שיעור השבח.

בעל המאור בסוגיא בב"מ דף קא, א כתב:

"בהא ודאי מודינא, שאם היתה הוצאה יתירה על השבח, לעולם אין לו אלא הוצאה שיעור שבח, דאיהו אפסיד אנפשיה, אפילו בשדה העשויה ליטע".

וכן בחידושי הרשב"א במסכת כתובות דף פ, א:

"כתב הראב"ד ז"ל דה"ה לענין יורד לשדה חבירו שלא ברשות, אם בעל הקרקע אריס הוא והוא בכאן אינו נותן לו שכר טרחו בין בשדה העשויה ליטע בין בשדה שאינה עשויה ליטע, אבל דמי נטיעותיו בשעה שנטען נותן לו והוא שהיה שבח כנגד הוצאה".

הבית יוסף סי' שע"ה הביא מתלמידי הרשב"א שהביאו את דעת בעל המאור, ודחו דעת החולקים, וביארו הטעם:

"דהיאך אפשר שיתן לו יותר ממה שההנהו, דהא ירד שלא ברשות".

מההוראות המוטלות עליו, הוא איבד את מעמדו כשליח ויחשב כיורד שלא ברשות.

דוגמא קרובה לכך מצינו בספר פאת נגב (מחכמי קושטא לפני כמאתים וחמישים שנה) חו"מ סי' נ' שנשאל:

"ראובן ושמעון שעשו תנאי ביניהם שיבנה שמעון קרקפות של ראובן ... ושמעון בנה יותר ממה שקצבו ביניהם והוציא יותר מהסך ההוא, ורוצה שמעון ליפרע הסך ההוא וראובן אומר שאינו פורע לו אלא מה שקצבו ביניהם, אבל מה שהוציא יותר מחמת שרצה לבנות חדרים יותר וכיוצא, אינו פורע לו ויטול עציו ואבניו, הדין עם מי?".

ובתשובתו כתב:

"נראה שאם מה שהוציא שמעון יותר הוא מחמת איזה הוצאה שנתחדשה, שאם לא היה מוציא היה הפסד בבנין, דינו כיורד ברשות ... אמנם אם מה שהוציא שמעון יותר הוא מחמת שרצה לבנות הבית גדול בחדרים יותר וכיוצא בזה, דין יורד שלא ברשות יש לו כמ"ש הרא"ש שם דאם הוא באופן שאם לא היה בונה לא היה נופל, יורד שלא ברשות מקרי, ובאנו למ"ש לעיל דאם הוא מקום העשוי לבנות ידו על העליונה, ואם אינו עשוי לבנות ידו על התחתונה ... ועוד אפשר לומר דבנ"ד כו"ע יודו לפי מ"ש הרא"ש דאפילו בחורכה העשויה לבנות, אם לגבי בעל הקרקע אינו ראוי לבנות בנין כזה בלי קיפוח פרנסתו, יכול לומר טול עצין, ואפשר דכו"ע יודו בזה. ועוד י"ל דבנ"ד כו"ע יודו דמצי למימר טול כיון שקצבו ביניהם שיבנה עד סך מה, ואפשר לדמותו למ"ש מוהר"ש סי' רכ"ד דהיכא שמיחה ואמר שלא יבנה פשיטא דלכו"ע יכול לומר טול עצין".

מקרה דנן דומה למקרה הנידון בתשובת פאת נגב, בשני המקרים הבנייה לכשעצמה נעשתה בידיעת בעל הקרקע ואף בשליחותו, אך לאחר שהבונה חרג מההוראות המוטלות עליו, נחשב כיורד שלא ברשות.

בתשובת פאת נגב היה מקום להפריד בין חלק הבניה שנבנה עפ"י הסיכום המוקדם ובין התוספת שנבנתה על דעת הבונה, אך עכ"פ בתשובה זו קבע שמעמדו של שמעון כיורד "שלא ברשות" נקבע מפני החריגה בהוצאות, חריגה הגורמת לראובן "קיפוח פרנסתו". וכי חריגה מהיקף ההוצאה שנקבע מראש דינה כמחאה הקובעת דינו של שמעון כיורד שלא ברשות. וכן בנידון דנן, אמנם אין הבחנה בין תוספת מסויימת שנוספה בניגוד לסיכום כפי שארע בתשובת פאת נגב, עכ"פ מתשובה זו עולה שגם אם עצם הבניה נעשתה בהסכמה, אך לאחר שהתברר שבנייה זו חייבה את א. להלוואות בסכומים גבוהים, בניגוד להסכמת הנתבעים, ובכך התבררו תוספות בעלויות שלא הוסכמו מראש על בעל הבית, על דעת כן לא ניתנה ההרשאה לבנות. על כן דינו של א. - "יורד שלא ברשות".

בדינו של יורד שלא ברשות נפסק בשו"ע סי' שע"ה ס"ג:

"היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטע או בנה, ואח"כ בא בעל השדה והשלים הבנין, או ששמר הנטיעות וכיוצא באלו

לעשות בה הוצאה בנטיעות וזולתן. ולא שמע, והלך והוציא והשביח. מהו שיתחייב בשכר עמלו והוצאתו. מי הווי כדין היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות חבירו או לא". ובתוך תשובתו כתב הרשב"א - "כ"ש בשהלך זה ונטעה אחר שהתרה בו בעל השדה. דבכי הא ודאי משמע דכ"ע מודו דיכול לומר טול עציך ואבניך. שלא יהא כל אחד מכריח לחבירו לנטוע ולבנות."

וכן מהר"א ששון בספרו תורת אמת סי' רכד כתב:

"כל מה שנאמר בגמ' ובפוסקים הוא ביורד שלא ברשות, אבל במוחה את חברו וא"ל לא תבנה נ"ל דפשיטא דיכול לומר טול עציך ואבניך".

אלא שהרשב"א בתשובה הנזכרת הוסיף:

"מיהו, אם ראינו אותו לאחר מכאן ששומר פרדסו או נכנס בביתו ודר בו, מחייבין אותו, כמעשה דרב, בהוא דחזא דמנטר ליה".

וכן בחזו"א ב"ב סי' ב' סק"ו כתב:

"והיכי דבאמת לא ניחא לי' בבנין, כגון שאין ידו משגת לבנות, אם טוען טול עץ כופין אותו ליטול. ואם אינו נוטל ובעל החורבה אינו דר בבית אין מחייבין אותו כלום ומצי לעכב על הבונה שלא יכנס לבית. אבל אם בעל הבית נכנס לבית הרי חזינן דניחא לי', ואם ניחא לי' לגמרי מתחייב כדין ידו על העליונה, ואם ניחא לי' רק דיעבד משלם כדין ידו על התחתונה, וכמ"ש לעיל".

גם במקרה דנן, מלכתחילה לא היה ניחא לגבאים שתבצע ההרחבה מחוץ למסגרת התקציב הניתן להשגה, ונכנס בדברי החזו"א "דבאמת לא ניחא לי' בבנין, כגון שאין ידו משגת לבנות", אך גם בכה"ג, כתב החזו"א: "אם בעל הבית נכנס לבית הרי חזינן דניחא לי'", ואינו יכול לבוא בטענת פטור.

על כן מאחר שבמקרה דנן, ההרחבה נעשה באישור מוקדם של הנתבעים, הרי נחשב כשדה העשויה ליטע, כאמור לעיל מהדברי מלכיאל, ויד היורד על העליונה, אך עכ"פ לא יקבל הוצאה היתירה משיעור השבח, לדעת בעל המאור והפוסקים כמותו שהובאו לעיל.

לעיל בפרק "תמצית פסק הדין" כתבנו שאמנם א. בזמנו בעת ניהול הפרויקט לא ראה את מעמדו כ"יורד", אלא ראה עצמו כמי שקבל מנדט בלתי מוגבל לניהול הפרויקט, ובאותו מועד לא עלה על דעתו שהזיקה בינו לנתבעים היא זיקה שבין "יורד" המשקיע בנכסיו של "בעל הבית", על מנת לשוב ולתבוע את הנתבעים בתביעת ממון תמורת ההשקעה. אך כעת לאחר שהתברר לא. שהנתבעים התנערו מזכותו למימון הפרויקט באותה דרך שבה, ופקע דינו כשליח הנתבעים, הרי שבנסיבות אלו א. רשאי לבקש שמעמדו כמי שאינו פועל בשליחותם של הנתבעים לא תצטמצם להעדר אחריות על החובות, אלא ביטול מעמדו כשליח יהיה מוחלט, מפני שברור לכל שלא היה מסכים ליטול שליחות חלקית בלבד, וכתוצאה מהביטול הנ"ל למפרע, נקבע דינו

לדעת הגר"א בביאור והבית מאיר, גם השו"ע פסק כסברא זו.

בביאור הגר"א סי' שע"ה ס"ק ט' כתב:

"אבל בסעיף ג', אף דידו על העליונה, אין נוטל יותר על השבח, כיון דירד שלא ברשות".

ועיין בבית מאיר אה"ע סי' פח סעיף י' שהוכיח בדעת הרמב"ם הלכות גזילה ואבדה פרק עשירי, שרק בהלכה זו בדינו של היורד ברשות פסק שידו על העליונה, ואף אם ההוצאה יתירה על השבח יטול הוצאותיו במלואן. אבל בהלכה ד' ובהלכה ו' הרמב"ם לא כתב כן אלא כתב "אומדין כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו ליטע" ו"שמין לו כמה אדם רוצה ליתן בבנין זה לבנותו". ובהלכה ו' הרמב"ם סיים, "והוא שיהיה בנין המועיל הראוי לאותה חצר כמנהג המקום", וכתב הבית מאיר:

"ויודע דזה לא שייך בהוצאה יתירה על השבח, דאיך שייך כמה אדם כו', ולכל הפחות בשבח כדי הוצאה".

ומאחר שהשו"ע העתיק לשון הרמב"ם, הרי שלדעת הבית מאיר אליבא להלכה גם בחצר העשויה ליטע לא יטול הוצאה אלא בשיעור שבח.

אמנם דעת הרי"ף שהביא הב"י היא לחייב החזר מלא של ההוצאות אף אם השבח נמוך מההוצאות, וז"ל הב"י (שם):

"אף הרי"ף פירש כן שכתב ונותן לו דמי הבנין עד גמירא, ומשמע לפי דבריהם דאף על פי שההוצאה יתירה על השבח נותן לו את ההוצאה".

וכן כתב בסמ"ע סק"ז:

"ואם ההוצאה יתירה על השבח נוטל כל ההוצאה אע"פ דלא נהנה כלום, מ"מ הואיל וגילה דעתו דניחא ליה אמרינן אילו לא נטעה, היה הוא בעצמו נוטעה ומוציא עליה הוצאה כזו".

וכן משמעות הנתביבות סק"א.

עכ"פ במחלוקת זו אין הכרעה ברורה ולא ניתן לחייב את הנתבעים יותר מהוצאה שיעור שבח.

### בעל הבית המתנגד למעשיו של ה"יורד"

כאמור לעיל, במקרה שבפנינו, א. לא קבל אישור לנטילת הלוואות גבוהות, ולטענת הנתבעים היה מוטל על א. לדעת שעליו להמנע מכך, והיה מקום לדון האם יש בעובדה זו כדי לפטור את הנתבעים מכל אחריות לתשלום לא. וגם ולא לחייבם בתשלום מדין "יורד".

הרמב"ן בחי' למסכת בבא בתרא דף ד, ב כתב:

"זה דומה במקצת ליורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות, שאלו מתחלה בא לימלך ומיחה על ידו אינו רשאי ליגע בה ואפשר שאינו חייב לו כלום, אלא יטול עציו ואבניו וישלם כחש קרקעו של זה, ואפילו בשדה העשויה ליטע. ואלו עמד מעצמו ונטעה, שמין לו וידו על העליונה, ואינו יכול לומר לו טול עציך ואבניך, כיון שהיא עשויה ליטע".

וכן הרשב"א בתשובה חלק ד' סי' נד כתב:

"שאלת, מי שהתרה בחבירו שלא ירד לתוך שדהו, ושלא

הנתבעים טענו בתוקף שלא נטלו על עצמם כל אחריות להתחייבויות שא. נטל על עצמו, ועל כן הם אינם מחויבים לחובות שנטל, וכי א. הודיע להם בפירוש שכל האחריות לפירעון החובות מוטלת עליו בלבד. אמנם, ככל שהדבר נוגע לשאלת האחריות המוטלת על הנתבעים לפירעון החובות ניתן לקבל טענה זו, ובפסק הדין הנוכחי אין אנו מטילים עליהם חובה לשאת בהחזר החובות, ואמנם האחריות לפירעון החובות שניטלו מארבעת התובעים מוטלת על א.. אך ככל שהדבר נוגע לפטור את הנתבעים מחובתם לשלם ל"יורד", אין נ"מ בהעדר נטילת אחריות מצד הנתבעים לחובותיו של א.. ובעל הבית, דהיינו הנתבעים דנן, יפטר רק אם יתברר שהיורד הסכים בפירוש לרדת בתורת מתנה, דהיינו שיזכה בעל הקרקע בשבח ללא תמורה. כאמור, במקרה דנן שמעמדו הקודם של א. בוטל מעיקרו, לרבות מחשבתו הראשונה שהוא במעמד של שליח לניהול פרויקט הבניה ושפעולותיו הן שלא על מנת ליטול החזר הוצאות, חזרנו לדין יורד "בסתמא", ובעל הבית מחויב לשלם לו כדין יורד. ומסכום הכסף שיקבל מדין יורד, יפרע את חובותיו לארבעת התובעים.

#### דרך הגביה של ה"יורד"

בדרך התשלום ליורד, ברשות או שלא ברשות, כתב בספר תועפות ראם חחור"מ סי' ט' אודות יורד ברשות:

"אמנם כל זה לענין שלא יכול לומר לו טול בנין, אבל נגד לכפותו לסלק דוקא בממון מביתו, באמת לא מצאתי בשום מקום שהיכא שיורד לרשות חבירו לתקן ולנטוע או לבנות אם יהי' חבירו מחוייב לשלם לו מכיסו ... אין כאן שום חיוב בתשלומין מביתו, אלא דיכול לדור בבית שבנה עד שישלם לו יציאותיו ... מכ"ש כבונה של ברשות דלא נוכל לכופו לשלם מביתו".

ובמהרש"ם חלק א' סי' לט כתב:

"אך לפמ"ש בחיבורי משפט שלום סימן קע"ח ס"ג, בשם תועפות ראם דגם היורד ברשות א"צ השני לשלם לו מביתו, רק מן הקרקע שבנה, ויכול לסלקו בקרקע. וכ"ה בתשובת מהר"ח אור זרוע סי' רנ"ז, שפסק ג"כ דיכול לסלקו בקרקע, ולומר לו שב בבית עד שתקבל הוצאתך. א"כ לכאורה בנ"ד אין לו זכות לגבות רק מן השבח. אבל י"ל דבנ"ד הוי כהשביח כל הבית, שכל הדריס צריכים להשתמש בביהכ"ס ובחצר, ויוכל לגבות מהכנסות דמי הדירות כפי ערך מעט מעט".

בשור"ת מהר"ח אור זרוע סי' רנו שהובא במהרש"ם כתב כדלהלן:

"ראובן טוען על שמעון הנה אני ואתה שותפים בבית העומד ויש לך בו חלק שביעי, והנה בניתי הבית והשבחתיו עד שהוא שוה יותר מכפלים ותן לי חלקך כי ראית שבניתי בניינים גדולים ושתקת ש"מ שהיה ניחא לך כמה שבניתי בבית. ושמעון משיב לא אמרתי לך לבנות כלום ומה ששתקתי לפי

כאדם מהשוק שירד ובנה בביתו של חבירו, ודינו ליטול לכל הפחות ההוצאות בשיעור שבח.

המקור לסברא זו לדונו למפרע כיווד אע"פ שבמועד הבניה לא ראה עצמו כך, הוא כדלהלן.

שנינו במסכת כתובות דף ע"ט, ב:

"המוציא הוצאות על נכסי אשתו, הוציא הרבה ואכל קימעה, קימעה ואכל הרבה, מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל".

בתוספות הרי"ד כתב דאיירי בכל סוג של הוצאה, כולל בניית בתים. וז"ל התוספות רי"ד:

"כגון שהשביח כל הנכסים כגון שגדר את השדה או נטע גפנים ואילנות או בנה בהם בתים".

וכן כתבו בחלקת מחוקק סי' פח ס"ק יא ובב"ש ס"ק יא בשם המרדכי דה"ה אפילו בנה בקרקע פלטרין אמרינן מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל, וכן בתשובת הרשב"א ח"א סי' תתקב.

וכתב הרי"ף שם בסוגיא:

"במורדת על בעלה בין אכל בין לא אכל ישבע כמה הוציא ויטול, דלא יהא אלא מתנה דהוא יהיב לה הא אמרינן כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה".

וכן נפסק להלכה בכל הפוסקים ובשו"ע סי' פח סעיף ט'.

הרי בפנינו הלכה המתנייחסת לבעל, שבמועד שבנה על קרקע נכסי מלוג, סבר בצדק שאינו כ"יורד" לשדה חבירו, ואמנם באותו מועד היה דינו כבעל בנכסי אשתו שאינו בונה על מנת ליטול ממנה החזר הוצאותיו. אך לאחר שמרדה, מכיון שאנו קובעים "דלא יהא אלא מתנה דהוא יהיב לה הא אמרינן כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה אדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה", מפני סברא זו כעת מתברר למפרע שמעיקרא היה דינו כיווד שיטול הוצאות שיעור שבח.

גם בנ"ד, כעת לאחר שבטלה שליחותו, מתברר למפרע, שמעיקרא היה דינו כיווד שיטול הוצאות שיעור שבח.

נוסיף ונציין למש"כ הריטב"א בתשובה סי' נו:

"מה שאמרו כיווד לשדה חבירו ששמין לו, פשוט הוא שאינו אלא כשיש עדים לזה שעשאו משלו או שחברו מודה לו, שאפילו עשאו סתם, על דעת ליפרע ממנו עשאו ולא בדעת מחילה ומתנה".

וכן כתב בפשיטות בתשובת הג"ר שמואל סלאנט זצ"ל בספר תשובות הגרש"ס ז"ל ח"ג בתשובה הראשונה בחחור"מ (סי' קי"ג), שבמצב של "סתמא", דינו של יורד לקבל הוצאותיו, כדין יורד.

לכן מכיון שבמצב של "סתמא", אין היורד מוחל על זכותו לגבות את הממון הראוי עבורו. גם במקרה דנן, עם ביטול מעמדו של א. שליח, חזר דינו למי שעושה מעשיו בגדר "סתמא", שאינו מתכוין למחול ואינו מתכוין שלא למחול, על כן כעת הוא רשאי לתבוע את זכויות כפי ההלכה הפסוקה בהלכות "יורד לשדה חבירו".

אבל נוטע או בונה שלא ברשות, וכוונתו רק להשביח לחבירו, י"ל דמחוייב שפיר לשלם מביתו, ועפ"י יש לפקפק בדברי התועפות ראם ובראייתו מסי' קס"ד, וצ"ע בזה עוד".

על כן נראה, שלענין סך 50,000 דולר שהנתבעים העבירו לארבעת התובעים, אין מניעה שסכום זה ישאר ברשותם כפירעון חלק מהחוב לא.. גם אם מעיקרא יכלו לומר שיגבה חובו מהשבח, עכ"פ אם שלם לו סכום גבוה בבת אחת ודאי שאין זה תשלום בטעות.

אבל מכאן ולהבא אין א. יוכל לתבוע את פירעון יתרת החוב אלא יקבל חלק מההכנסות המצטברות שיש לבית הכנסת, ובדרך זה יהיה בידו סכומי כסף עד שיצטברו כדי פירעון החוב במלואו.

### שיעור הוצאות שעל הנתבעים לשלם

לעיל העלנו שא. רשאי לגבות את הוצאות עד שיעור השבח בלבד.

אך יש להוסיף בזה כדלהלן - אמנם הנתבעים כבר פרעו חלק מהחובות שנוצרו עקב ההרחבה והשיפוץ, חובות לבעלי חוב אחרים. אך לאחר שקבענו את דינו של א. כיורד, הרי שהחוב היה אמור להיות מוטל על היורד שבנה, ושילם לבעלי המלאכה. והנתבעים שפרעו חוב זה, לכאורה דינם כפורע חובו של חבירו, שלא על מנת לחזור ולגבות מהלוה, שהרי פשיטא שבשעת פירעון החובות הללו היה פשוט לנתבעים שחובות אלו, אף שנוצרו באמצעות א., מוטל עליהם לפורעם, ולא היתה כוונתם לחזור לגבותם מא.. רק לאחר מכן כשהתנערו מארבעת התובעים, מתברר מעמדו של א. כיורד, שהחובות שנתרו מוטלים עליו והוא חוזר וגובה מהנתבעים כאמור לעיל.

אמנם זה אינו, מפני שיש מקום לדון כאן דין שעבודא דרבי נתן. דהיינו מאחר שא. היה מחוייב בזמנו בהשבת סכומי כסף לכל בעלי החוב שהללו לו עבור מימון הוצאות ההרחבה והשיפוץ, וכעת מתברר שהנתבעים היו מחוייבים לא. מדין יורד, על כן סכומי הכסף שהנתבעים פרעו ישירות לכל בעלי החוב לא יכנסו לגדר פורע חובו של חבירו שלא מדעתו, אלא ינוכו מחובם לא..

על כן יש מקום לחשב את סך כל התשלומים שהנתבעים כבר פרעו לשאר בעלי החוב, ובצירוף סך של 50,000 דולר ששולמו לארבעת התובעים, ולהעריך האם סכומים אלו עומדים בסדר גודל של "ההוצאות שיעור שבח". ואם יתברר שעדיין לא שולמו סכומים בסדר גודל זה של "שיעור שבח", הנתבעים יחוייבו בסכום הנותר בסך 90,000 דולר, שעדיין לא נפרע, או בחלקו עד שיגיעו לשיעור ערך השבח. ולשם כך יהיה צורך למנות שמאי מוסמך.

במי שדינו ליטול הוצאה כתב בשו"ע סי' שע"ה ס"ח:

"כל מי ששמין לו, בין שהיתה ידו על העליונה בין שהיתה ידו על התחתונה, אינו נוטל כלום עד שישבע בנקיטת חפץ כמה הוציא. ואם אמר יבואו הדיינים ויעשו שומת ההוצאה והרי היא

שהייתי סבור שלא היית תובע ממני כלום כי אם שהיית יושב בבית. ע"כ השאלה.

תשובה. הדין עם שמעון. אעפ"י שקיימא לן כשמואל (ב"ב מ"ב ב') דשותף כיורד ברשות דמי לומר שנוטל בשבח המגיע לכתפים ובשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע ... ועוד הרי שמעון מודה דניחא ליה אלא שלא רצה ליתן לו כלום כי אם שרצה להניחו לישב בבית, וכיון דניחא ליה חייב מידי דהוי אהיכא דאמר ליה רבינא (ב"ב ה' א') גלית אדעתך דניחא לך, ופרק קמא דב"ב ופ' השואל דאמר ליה רב להווא דגדר ומנטר ליה גלית אדעתך דניחא לך. אעפ"כ נ"ל כאן דהדין עם שמעון שישב בבית כשיעור יציאותיו ואינו חייב לפרוע לו מעות מזומנים. כדאמרין בב"מ (ק"ז א') הבית והעלייה של שנים שנפלו ואמר בעל העלייה לבעל הבית לבנות והוא אינו רוצה הרי בעל העלייה בונה את הבית ויושב בתוכה עד שיתן לו יציאותיו. ועתה בין לרבנן בין לר' יהודה כיון דע"כ ברשותו בנה הבית לעליה משתעבד, ויפרע לו מיד מעות מזומנים. אלא יכול לומר לו תשב בבית עד כדי יציאותיך דהא אין ידו על התחתונה ואפילו ביש לו מיירי התם מדקאמר והוא אינו רוצה, ה"ה כאן".

וכן בחזו"א ב"ב סי' ב' סק"ו:

"כתב הרא"ש בשם הראב"ד דאם אין בעל החורבה נותן לו להיורד מה שהוא חייב לו הרי הוא נכנס לבית ודר בו עד שיתן הוצאותיו, והנה מבואר שאין בית דין יורדין לנכסיו ... משנה שלימה שנינו דיוורד בעל העליה ודר בבית, משמע אפילו ידו משגת אין יורדין לנכסיו, וצריך לומר הטעם דכיון דהחוב נעשה בעל כרחו, מפני שההנאה שהביא חבירו הוא בידו, כל שאומר לו לחברו קח לך את פירות של ההנאה בכל שנה, שוב אי אפשר לו לכופו".

אבל בנתיבות המשפט סי' שעה סק"ג כתב:

"ואם הוא בהנך גווני דאין שומעין לו היה נראה לכאורה דיוורדין לנכסיו ומשלמין לו, ואף דבבית ועליה בב"מ פרק הבית והעליה [ק"ז ע"א] קאמר הלשון דישב בו עד שיתן לו יציאותיו, דמשמע דליכא כפיה אחרת רק לישב בו עד שיתן לו יציאותיו, שאני התם דאמר לו לבנות והוא לא רצה, משא"כ כאן דאמדינן לדעתו דודאי ניחא ליה רק תואנה הוא מבקש, דאי לא תימא הכי קשה דהא ודאי דצריך לשלם דמי שיווי השכירות שהיה דר בו, דהוי זה נהנה וזה חסר כיון שהיה כבר חורבא ואיכא שחרוריתא דאשיתא, ואמאי לא השמיעונו הפוסקים דין מחודש כזה שישב עד שיעלה השכירות כפי מעותיו. וגם אינו מן הסברא שהרי הוציא מעותיו כאחת ויקבל פרוטרוט. אמנם הרא"ש כתב בשם הראב"ד בב"מ דף ק"א [פ"ח סי' כ"ג] בדין זה לשון דישב בו עד שיתן לו יציאותיו".

ועיין בשו"ת מחזה אברהם (להג"ר אברהם שטיינברג זצ"ל) ח"ג חח"מ סי' יח שכתב שאין להוכיח מדין בעל העליה שבנה לדין יורד, וי"ל דשאני התם -

"דבעל העליה בונה לטובתו שיהיה לו מקום דירה ובעל הבית אינו רוצה בזה כלל ... לכך צריך להמתין עד שיתן לו יציאותיו.



וכתב הב"ח חו"מ סי' יב:

"פרש רש"י בדרך טובים, לפני משורת הדין עכ"ל. משמע דרב הוה כייף ליה לרבה בר בר חנא, דאם לא כן מאי קאמר ליה דינא הכי אם לא בא לכופו. ואע"ג דהתוספות פרק הגזול קמא (ב"ק ק. ד"ה לפני) ופרק אלו מציאות (ב"מ כד: ד"ה לפני) פירשו דמשום לפני משורת הדין לא הוה ליה להפסיד, אלא מקרא דלמען תלך בדרך טובים, מכל מקום בעל כרחך שמעין דכופין על דבר שאינו חייב בו מן הדין ... וכן נוהגים בכל בית דין בישראל לכוף לעשיר בדבר ראוי ונכון ואע"פ שאין הדין כך".

ועיין בשו"ע חו"מ סי' יב סעיף ב' ברמ"א ובש"ך ובפת"ש.

ובמהרש"ם ח"ז סי' קצא כתב:

"בחור"מ סי' י"ב איכא שתי דיעות אם כופין על לפני משורת הדין, והב"ח העיד שהמנהג לכוף לעשיר, ובתשובת השיב משה חיו"ד סוסי' מ"ח כתב שדברי הב"ח כאלו נתנו בסני ע"ש".

וכן בשו"ת בית שלמה חלק חו"מ סי' קח כתב:

"הב"ח סי' יב האריך להכריע דכופין על לפני משורת הדין ... עכ"פ הב"ח העיד דכן נוהגין כל בתי דינים שבישראל לכוף על לפני משורת הדין. ובתשובת השיב משה מהגאון דק' אוהעל כתב דדברי הב"ח הללו, תורה כנייתן מסיני, ובפרט לתלמיד חכם וירא שמים ודאי דכופין, כמו דא"ל רב לרבכ"ח ס"פ האומנין".

כל זה ביחס לדין שבין אדם לחבירו, אך ביחס לציבור, החיוב לקיים "לפנים משורת הדין" ברור יותר, וכדלהלן.

החתם סופר חלק יו"ד סוף סי' רלט כתב:

"עכ"פ משום ועשית הישר והטוב ראוי לשלם, וכופין את הציבור על זה, וכמו שכתב בתשובת צמח צדק סי' פט עיי"ש היטב".

ולהלן מדברי הגרי"א הרצוג זצ"ל בספר פסקים וכתבים סי' פו:

"ידוע מה שאמר הגאון ציס"ע ר' ישראל סלנטער ז"ל שלפיכך נאמר במשנה (ב"מ עה.) אין להם אלא תרעומת, כדי להשמיע לנו שיש להם הרשות לקיים תרעומת בלבם. והנה מצינו לפעמים שכופין על לפני משורת הדין ועיין חושן משפט סי' רנ"ט סעיף ה' וסי' שנו" ובקצוה"ח ובתוספות ב"מ דף כד: ד"ה לפני משורת הדין, ובהא דשקולאי שם דף פג. אפילו במקום הפסד גדול כופין לאדם חשוב משום למען תלך בדרך טובים, והוה דינא הכי לגביה, אף שאין דינא הכי לגבי אחרים. ומוסד ציבורי כזה יש לו תורת אדם חשוב, ובפרט שאחד העומדים בראשו הוא ת"ח גדול".

ובפד"ר ח"ה עמ' 151 כתב הגר"א גולדשמידט זצ"ל:

"אף על פי שהלכה זו אינה אלא לפני משורת הדין, כמבואר, ומחלוקת הראשונים היא אם כופין על קיום לפני משורת הדין, כמובא בטור ובשולחן ערוך חושן המשפט סי' י"ב. אולם הב"ח שם מכריע כדעת הפוסקים שכן כופין. ועיין בתשובות צמח צדק סי' פ"ט, המסיק כי גם הסוברים שאין כופין, היינו

גלויה לעיניהם וישערו העצים והאבנים והסיד ושכר האומנים כפחות שבשעורים, שומעין לו ונוטל בלא שבועה. וכן זה שנוטל השבח בלבד, והיתה ידו על העליונה, אינו צריך שבועה".

וכתב בערוה"ש סי' שע"ה סט"ז:

"זה הכלל הוא בכל מקום שהנוטל צריך להשבע וליטול, אם הוא דבר שאפשר לדעת עפ"י בקיאים, יכול לומר שומו לי ואיני רוצה להשבע".

ובשו"ת צור יעקב סי' קמה כתב:

"ומה שהאריך בזה כת"ר אם צריך שבועה על השבח, כבר כתב הסמ"ע בסי' שע"ה דדוקא היכי שנוטל ההוצאה צריך לישבע אפילו בידו על התחתונה וכן בידו על העליונה כשנוטל ההוצאה צריך להשבע, אבל באינו נוטל רק השבח והוצאתו מרובה, מה שבועה שייך בזה".

על כן רק אם הנתבעים יטענו שהשבח בזמנו בעת סיום הבניה עמד על פחות מסך החובות שכבר פרעו ושעדיין לא פרעו (דהיינו סך 90,000 דולר) או שיטענו שההוצאות המקובלות על בניה בהיקף כזה הן פחות מהסך הנ"ל, ורק א. עקב טעויות ורשלנות הוציא יותר מכך, יהיה מקום להכנס לבירור באמצעות שמאים בעלי מקצוע שיעריכו את השבח או את ההוצאות.

#### חיוב הציבור לנהוג לפני משורת הדין

במקרה שלפנינו, ארבעת התובעים נהגו במידת החסד והנדיבות כלפי הציבור שהנתבעים הם שלוחיו, והלוו סכומי כסף למימון הוצאות ההרחבה והשיפוץ של בית הכנסת. ולמעשה בזכות סכומי הכסף הגבוהים שהלוו, התאפשר לעמוד במימון הפרויקט. בסופו של הדבר הציבור הרחב נהנה מפירות ההרחבה והשיפוץ, ואילו ארבעת התובעים נשארו ללא פתרון שיביא להשבת כספם.

אמנם מצד הדין לא מצאנו מקום לחייב את הנתבעים בהחזר ההלוואות לארבעת התובעים, אך מאחר שבסופו של דבר, למעשה הציבור נהנה מפירות הלוואות אלו, הרי שלפנים משורת הדין יש מקום לחייבם לשאת בהחזר ההלוואות. מאחר שההלוואות ניתנו לאדם שהוחזק בעיני המלווים כשליח הנתבעים, וכפי המבואר לעיל הם לא היו אמורים לדעת, שא. טעה ופעל בלא סמכות.

יצוין שהנתבעים נהגו נכון, בהגינות וביושר, כלפי הלוואות אחרות שניטלו על ידי א., ופרעו אותן בלא לדקדק במידת המחויבות עפ"י דין לפירעון החובות, ואין מקום לנהוג באמת מידה אחרת ביחס לארבעת התובעים דנן.

ידועה הגמרא בסוף פרק האומנין (דף פג,א):

"רבה בר בר חנן תברו ליה הנהו שקולאי חביאת דחמרא. שקל לגלימיהו, אתו אמרו לרב. אמר ליה הב להו גלימיהו. אמר ליה דינא הכי אמר ליה, אין, למען תלך בדרך טובים. יהיב להו גלימיהו. אמרו ליה עניי אנן, וטרחינן כולה יומא, וכפינן, ולית לן מידי. אמר ליה זיל הב אגרייהו. אמר ליה דינא הכי, אמר ליה אין, וארחות צדיקים תשמר".

סק"ג), וכן נראה דס"ל רוב הפוסקים שהביא הפת"ש שם (ובסי' רנ"ט) להלכה למעשה, אלא דפליגי אם כופין רק בדברים או גם בשוטיין ונידוי עי"ש, ובתשובת חת"ס (חיו"ד סי' רל"ט אות ט') מבואר, דכופין אף את הציבור לקיים ועשית הישר והטוב עי"ש, ואף דמבואר שם בפוסקים לחלק בין עשיר לעני, וכפי מש"כ כ"ת, הקהל שם בגדר עניים, מ"מ זה נגד הכלל דאין עניות הציבור, ועוד הרי בתשובת צמח צדק (סי' פ"ט) כתב להוכיח מדברי המרדכי, לענין מה דכופין באבידה על לפני משורת הדין, דכל שהמוצא אינו עני, אע"ג דלאו עשיר היא צריך להחזיר, וכופין אותו על לפני משורת הדין, וא"כ אף אם הקהל אינם עשירים, אבל בודאי לא הוי בכלל עניים".

על כן לפני משורת הדין ומצד "ועשית הישר והטוב" יש מקום שהנתבעים ימצאו את הדרך להסדיר את פירעון החוב במלואו לארבעת התובעים בפריסת תשלום לתקופה של מספר שנים, ובלא לדקדק בהתחשבות המפורטת לעיל שנקבעה עפ"י הדין. ובמידה שלא תימצא הדרך כאמור, יש מקום לשקול אם לקבוע חיובם בפסק דין, וביה"ד ישקול זאת אם לא יושג הסכם.

בשוטים או בירידה לנכסים, אבל בדרכי כפיה אחרים, כגון שמתא, כופין לכולי עלמא, והוא פוסק כך להלכה. ועיין בתשובות שבות יעקב חלק א' סי' קס"ח, הפוסק שכופין בדברים, היינו שבית הדין מחייב ומצוה, אולם אינו אוהז באמצעי כפיה לביצוע הצו.

ועיין בתשובת החתם סופר הנ"ל, הפוסק להלכה, על פי פסק הצמח צדק הנ"ל, שכופין על לפני משורת הדין. והחתם סופר אינו נכנס כלל לברר מה הם דרכי הכפיה, אם בשוטים או בשמתא, או בדברים בלבד, מפני שלמעשה אין כל הבדל בדבר, כאשר המדובר הוא בציבור, כי די לו לציבור בכפיה בדברים שהוא צווי בית הדין, ואוי לו לדור אשר פרנסיו מסרבים לצו בית דין, עד שיהא צורך באילוץ על ידי דרכי כפיה ממש".

וע"ע מש"כ בזה בפד"ר חלק ח' עמ' 215.

ובשו"ת מנחת יצחק חלק ה' סי' קכא כתב:

"ובב"י (חו"מ סי' י"ב) וברמ"א שם (סעיף ב'), הביאו פלוגתת הפוסקים, אם כופין על לפני משורת הדין, והב"ח שם הוכיח מדברי הש"ס הנ"ל דכופין, וסיים ופוק חזי מאי עמה דבר, וציין לדבריו בש"ך שם (סק"ח), וכנראה דס"ל כן להלכה, וכן כתב בפת"ש שם (סק"ז), דכן משמע דעת הש"ך (סי' רנ"ט

## סימן לד

### הנחת קו צינור ביוב בבית העלמין העתיק בצפת

לעתים חולף פרק זמן ארוך עד שהתקלה באה לידי תיקונה, ובכל פרק זמן זה נגרם ביזיון לשוכני העפר, וכן הסבל המתואר. כידוע, בכל שנה פוקדים את המקום אלפים רבים הבאים להשתטח על קברי הצדיקים.

בבית הדין התקבל מכתב של עמוס רודין - מנכ"ל חברת "פלג הגליל", החברה הציבורית המופקדת על הסדרת הביוב באזור - ובו הובאה עמדת החברה. הובהר שם שהפתרון המוצע בנסיבות הטופוגרפיות המיוחדות של המקום, הוא להציב צינור ביוב באמצעות קו צינור עילי - שאינו דורש חפירה בקרקע - שיעבור בבית העלמין הישן בקצה מתחם בית העלמין, בצדו המזרחי והדרומי של המתחם, רחוק מאזור הקברים שאותם פוקדים באי בית העלמין. קו זה ינקז את הביוב כלפי מטה לאזור שכונת מאור חיים בצפת השוכנת במפלס נמוך מבית העלמין הישן, ומשם יתחבר לקו ביוב אחר שבאותו אזור. פתרון זה יחסוך את הצורך בריכוז הביוב בבריכה הקיימת בפתח בית העלמין הישן, וכן לא יהיה יותר צורך בשאיבה ובהסתמכות על המשאבות החשמליות המתקלקלות מדי פעם. אלא באופן קבוע ושוטף, קו הצינור ינקז את הביוב כלפי מטה. לבקשה צורפה תכנית מדויקת של תוואי קו הצינור המוצע.

רב העיר צפת המשמש יו"ר הקדש בית העלמין הישן וחמשת האפוסטרופוסים חיוו דעתם שהצעה זו הינה ההצעה המעשית והנכונה, והיא עדיפה על ההצעה החילונית

בבית הדין האזורי בצפת, בשבתו כבית דין להקדשות, הוגשה בקשה מטעם רב העיר צפת הרה"ג הרב שמואל אליהו שליט"א וחמישה מהאפוסטרופוסים שהתמנו להקדש בית העלמין הישן בצפת. הבקשה היא כי בית הדין כממונה על ההקדש, יפסוק האם על פי ההלכה ניתן לבצע העברת קו צינור ביוב במתחם בית העלמין הישן בצפת, ושינתנו לאפוסטרופוסים ההוראות המתאימות.

מהחומר שהוגש לבית הדין עולה כדלהלן: מי השופכין של שכונת המגורים בעיר העתיקה בצפת הסמוכה לבית העלמין הישן מתנקזים אל בריכת ביוב הסמוכה לפתח בית העלמין הישן בצדו הדרום-מזרחי. הכניסה הראשית לבית העלמין הישן רחוקה 235 מטר מצפון לפתח זה. בבריכה זו הותקנו משאבות השואבות את הביוב, ומעבירות את תכולת הבריכה לקו ביוב עילי.

עקב תקלות חוזרות ונשנות בפעילות השאיבה, ישנן דליפות ביוב לעתים קרובות - לעתים אף כמה פעמים בשבוע. מדובר בדליפות תת-קרקעיות ודליפות מעל הקרקע, והן גורמות למטרד סביבתי - סבל מריחות רעים ויתושים - לגרים באזור ולבאי בית העלמין. כמו כן, הריח הרע עלול להגיע גם למקומות תפילה סמוכים.

חמור מכך - כשהמשאבות מתקלקלות, הביוב דולף מהבריכה ונשפך במדרון לכיוון הקברים בבית הקברות, עם כל הביזיון הנגרם מכך לשוכני העפר הקבורים בסמוך.

“על דבר מתי עולם אשר מעולם היא עיר מתים קבורים ובאו מכל הגולה למות שם, וממקום קדוש מעיר אלוקינו אשר מיום היסודה שמה ימותו ושמה יקברו, אשר יש בה הרבה יותר מששים ריבוא אדם מלבד עצמות אדם המובאים תמיד עד אין מספר לצדיקים אשר בקרבה, כי אין קצה לגויה. ומי מכל ערי הגולה הקרובות והרחוקות אשר אין לו בה אב או אח, בן או בת אם או אחות מכל שאר בשרו, הם או עצמותיהם.”

מאז שנכתבה אגרת זו, נקברו בבית עלמין זה אלפים רבים, בהם גדולי עולם וצדיקים, ראשי אלפי ישראל קדושים אשר בארץ המה.

במשך מאות שנים נהגו לפתור את בעיית הביוב של תושבי העיר העתיקה בצפת באמצעות צינור ביוב שעבר באמצע בית העלמין, בין הקברים.

מבחינה טופוגראפית בית העלמין מצוי במדרון שמתחת לעיר העתיקה בצפת, ובהעדר תוואי מתאים לפתרון חילופי של קו ביוב שיעקוף את בית הקברות, לא היה מנוס מהצבת צינור כזה בתוך בית הקברות. וכמובן, בעבר לא היו משאבות חשמליות או אחרות, שינקו את הביוב באמצעות שאיבת הביוב למקום גבוה יותר.

בספר זרע אברהם להגאון רבי אברהם יצחקי זצ"ל (תלמיד מהר"ם גלנטי וחברו של בעל פר"ח, והיה רב של ירושלים), בחלק יו"ד סי' כא, בתשובה משנת ה'תפ"ח, השיב ביחס לצינור הביוב שהיה בזמנו. בלשון השאלה נכתב כדלהלן:

“בהיות כי מימי עולם ושנים קדמוניות, היה בעיה"ק צפת תוב"ב ביב שבו נקבצים כל הביבים של כל הבתים והחצרות, והביב הזה צר וסתום, ודרך הילוכו באמצע בית החיים. ויען כי מקדם היתה עיר קטנה ואנשים בה מעט, היה כל הנכנס בביב משתפך והולך עד שמגיע לסוף ההר, ויורד לעומק שבין שני ההרים. ועתה כאשר נבנו החרבות... מתמלא יותר מדאי ואינו מספיק להשתפך עד שהוא נבקע ומתפזר כל הזוהמה שבתוכו הילך והילך וצף על דבי הקברות. ושאלנו את פי האומנים הבקאים בבנין תיקון הדבר. וכה ענו שתיקונו להרחיבו כאמתיים על פני הארץ ובה יחזיק המרובה וישתפך לעמק דרך הילוכו בלי שום ביקוע. ולהיות כי חדשים מקרוב קברו כמו עשרה מתים סמוך לביב הנזכר מזה ומזה, ולהרחיבו מוכרח לפנותם משום יקרא דשכבי, ובפרט כי שם חלקת מחוקק ספון גדולי ישראל זלה"ה שלא יתבזו בזיון גדול כזה שהזוהמה צפה על פני הקברות, וניחא למיעבד איסורא קלילא ולא ניעבדו כל הציבור שמוטל עליהם לתקן הדבר, איסורא רבא.”

הרי שמציאות זו של צינור ביוב העובר בבית העלמין הישן בצפת קיימת מאות רבות של שנים. וכבר לפני שלוש מאות שנה נכתב שהצינור כבר נמצא במקום זה “מימי עולם ושנים קדמוניות”. בתשובה זו דן הזרע אברהם ביחס לשאלה חמורה יותר מהנידון שבפנינו, והיא האם מותר לפנות קברים הסמוכים לצינור.

בתשובתו התיר את פינוי הקברים הסמוכים לצינור כדי לאפשר את הרחבתו. ובתוך דבריו כתב:

הכרוכה בחפירת קידוח בעומק רב בסמוך לבית העלמין. האפוטרופוסים הסבירו כי קיים חשש שבקידוח בעומק ימצאו קברים ישנים, וכן העלויות הכרוכות בביצוע חלופה זו גבוהות במיוחד ואין להן מקורות מימון. בשל כך דחו האפוטרופוסים הצעה זו.

כעת עלינו לבחון אם על פי ההלכה ניתן ליישם את התוכנית העומדת על הפרק.

כבר לפני עשרים שנה, ביום ח' אייר תשנ"ג, ניתנה החלטה של ביד"ץ העדה החרדית בירושלים בראשות הגאון רי"י דושינסקי זצ"ל, ובחתימת חמישה מחברי הבר"ץ - ביניהם שני פוסקים מובהקים נ"ע, הגרי"י פישר זצ"ל והגרא"ד הורוויץ זצ"ל - שהתירו הנחת צינור ביוב במתכונת שהוצעה בזמנו. בהחלטתם כתבו כדלהלן:

“כידוע שבבית החיים העתיק בעיה"ק צפת מצוי מאד שמי שופכין נשפכין לבית הקברות וזה גורם לביזיון קברי קדושי עליון, ומכבר התלבטו גאוני קדמאי מה לעשות. ובחודש אדר א' תשנ"ב ישבו בי"ד על מדוכה זאת והחליטו שבאם יש אפשרות להניח הצינורות בלי לחפור בקרקע יש לעשות כן. וכעת שעומדים לבצע את הנחת הצינורות, שלחנו את... המומחה המנוסה לברר המצב בבית הקברות צפת, ואחר שביקר שם במקום מסר לנו את החו"ד שאפשר לסדר הנחת צינורות שמה בלי לחפור כלל ולפגוע בקברים, והוסכם שכל תיקון שיעשה בבית החיים בצפת ייעשה רק בהשגחה תמידית, החלטנו שראוי לבצע הדבר, ויהי לנו בזה זכות להציל קברי קדמונים מביזיון. ויסכר פי דוברי שקר, אלו המנסים לחבל את פעולת הצלת קברי הקדמונים.”

בזמנו, התכנית לא יצאה לפועל. כשהחלו להניח את הצינור, הושחת הצינור על ידי בעלי זרוע שסברו שפעילות זו אסורה על פי ההלכה. כמובן, אותם בעלי זרוע ושולחיהם לא מצאו לנכון להציג את הספקות ההלכתיים לבית הדין בצפת, המופקד על ההקדש, ולבקש חוות דעתו. כתוצאה מההתנהגות האלימה, העניין נדחה עד לאחרונה, ועקב הסבל המתואר התעוררה יוזמה חדשה למצוא פתרון הולם. בעקבות יוזמה זו הוגשה הבקשה לבית הדין שיביע את חוות דעתו ההלכתית, וכן יפעיל את סמכותו כבית הדין של העיר וכבית דין שנקבע על ידי נשיא בית הדין הגדול כבית הדין להקדשות, שהוסמך חוקית ליתן את ההוראות המתאימות והמחייבות את האפוטרופוסים, ובכפוף לפסיקה שתינתן יורה על ביצוע העבודה שתקבל את אישור בית הדין.

### בית העלמין הישן בצפת

בבית העלמין הישן בצפת קבורים גאוני עולם ומצוקי ארץ, לרבות מרן הבית יוסף ורבינו האר"י הקדוש ועוד גאונים וצדיקים רבים.

באגרת ליהודי איטליה מלפני כארבע מאות ועשרים שנה שהובאה בהקדמה לשו"ת מהר"ם אלשיך שנדפס לאחרונה מחדש, כותב המהר"ם אלשיך ביחס לבית קברות זה:

וכן במסכת מסכת שמחות פרק יד:  
 "אין מוציאין אמת המים בין הקברות, ולא יעשה שם שביל,  
 ולא ירעה שם בהמתו, ולא יטייל שם, ולא ילקט משם עצים  
 ועשבים, ואם ליקטן אסורין בהנאה, ואם בשביל הנאת בית  
 הקברות עצמו ליקטן, שורפן במקומם."

בריייתא זו הביאה הרמב"ן בספר תורת האדם.  
 בספר לחם יהודה (הלכות אבל פרק יד הי"ג) באר הלכה זו  
 המבוארת במסכת שמחות ובגמ' וכתב:

"בודאי דבר פשוט, דאיסור זה הוא על כללות בית הקברות,  
 אפילו במקום שעדיין לא נקברו שם מתים, דלא אתינן עלה  
 מטעם איסור הנאה, אלא מפני כבודן של מתים כדאיתא בגמ'."  
 רבינו יהונתן מלוניל בפירושו על הרי"ף במסכת מגילה (שם)  
 כתב:

"בית הקברות אין נוהגין בהן קלות ראש, לפי שיש לדאוג על  
 המתים שכבר מתו גדולים וטובים ממנו ועתה הם עפר ואפר.  
 ואין מוליכין בהן אמת המים, שמא ירבה הנהר וישטוף גם  
 עצמות הקבורות, מפני כבוד המתים אסרנו כל מה שאסרנו."

וכן בספר נמוקי יוסף על מסכת מגילה (י"ל לאחרונה ע"י  
 הרב משה יהודה בלוי) באר את איסור הולכת אמת המים,  
 וכתב:

"שמא ירבו המים וישטוף העצמות."

הרי מבואר בדברי רבינו יהונתן מלוניל ובנמוקי יוסף שאם  
 אין חשש שאמת המים תשטוף את הקברים, לא יפגע כבוד  
 המתים, ואין לאסור את התקנת אמת מים שאין בה חשש  
 דליפה, כגון אמת מים באמצעות צינור סגור הבנוי באופן  
 הבטוח מפריצת מים החוצה. ולפי דרכם, כשאין חשש  
 שהמים ישטפו את הקברים, אין יסוד לאסור התקנה אמת  
 מים מפני איסור הנאה בבית הקברות בשטח שבין הקברים,  
 או מחשש לקלות ראש שנאסרה בכל שטח בית הקברות.

מסתבר שבעיה"ק צפת נהגו מקדמת דנא כדעת הר"י מלוניל  
 ונמוקי יוסף, שלא להימנע מהצבת צינור ביוב שתום בבית  
 הקברות כשאין בו חשש לדליפה. שהרי העיד בגודלו  
 בתשובת זרע אברהם "כי מימי עולם ושנים קדמוניות, היה  
 בעיה"ק צפת תוב"ב ביב שבו נקבצים כל הביבים של כל  
 הבתים והחצרות, והביב הזה צר וסתום, ודרך הילוכו  
 באמצע בית החיים".

מאחר ותשובת זרע אברהם הובאה בהסכמה על ידי רבי  
 חיים סתהון זצ"ל שהיה מרבני העיר צפת לפני למעלה  
 ממאה שנים ובפרק זמן רבי חיים סתהון זצ"ל היה רב העיר,  
 ובספרו ארץ חיים דקדק לאסוף את מנהגי עיה"ק צפת, הרי  
 שבפנינו עדות נוספת מלפני מאה שנה שכך היה בעבר מנהג  
 המקום.

כיום אין אנו זקוקים להסתמך על ההיתר שכתב הזרע  
 אברהם לפנות קברים הסמוכים לצינור, אך מתשובה זו אנו  
 למדים שהמנהג לאפשר את הנחת צינור הביוב והשארות  
 "באמצע בית החיים" - מימי עולם ושנים קדמוניות - הונהג  
 על יסוד הפסיקה ש"הביב הזה צר וסתום". משמע, מאחר

"אע"ג דהקברים קדמו לשופכים, יש לפנותם משום דמזיקים  
 לרבים, וכדאמרן, דאמרינן דעתינו דמתים דניחא להו לסבול  
 צער זה ולא יזוקו הרבים, הכא נמי הוא הדין והוא הטעם...  
 דתרוייהו איתנהו, צערא ובזיון המתים חדשים וגם ישנים, כ"ש  
 כבוד ראשי אלפי ישראל קדושים אשר בארץ המה. וטעמא  
 דמילתא, דמידי גזור רבנן שלא לפנות אלא משום צערו של מת,  
 הא צערא ובזיון איכא להם ולמתים אחרים, ודאי דניחא להו  
 לנקברים לסבול צער הפינוי ולא צער המים והטינופת, דזילא  
 בהו מילתא טובא, דהא כיון דמידי דרבנן הוא, בעילה כל דהו  
 דחינן לה."

בספר ארץ חיים (לרבי חיים סתהון, יו"ד סי' שסד ס"ה)  
 ובספר עיקרי הד"ט (הלכות אבלות סי' לה סעיף לד) העתיקו  
 את תשובת הזרע אברהם.

הנידון שבפנינו שונה מהנידון בתשובת זרע אברהם, מאחר  
 וכעת אין הכרח בפינוי קברים, וגם קיים תוואי שונה  
 מהתוואי עליו השיב הזרע אברהם, וכאמור הצינור המוצע  
 אינו עובר באמצע בית הקברות אלא בקצהו.

התוואי המוצע עתה הוא כדלהלן: הקטע הראשון יוצא  
 מהבריכה הקיימת לכיוון מקוה האר"י, ועובר מתחת לדרך  
 העפר שמעל מקוה האר"י. הצינור יעקוף את מקוה האר"י  
 מצד מזרח ומדרום. ובחלקו השני יוצב מעל השביל הסלול  
 מבטון והיורד לכיוון בית העלמין החדש.

בירור הלכה זו יחולק לשני חלקים. בתחילה נתייחס לקטע  
 הראשון עד למקוה האר"י שבו הצינור אמור להיות מוצב על  
 האדמה. יצוין שבשטח זה כבר קיים צינור מים המחובר  
 למקוה האר"י לצורך תפעולו, ויש לקבוע מה היה ההיתר  
 להניח בזמנו צינור זה, ובכך יתברר ההיתר להניח בסמוך אליו  
 את צינור הביוב המבוקש. לאחר מכן נתייחס להצבת הצינור  
 על גבי השביל היצוק היורד למטה ולסיום תוואי הצינור.

### המנהג בבית הקברות הישן בצפת

עקרונית, בעת הדיון ביחס לזהירות הנדרשת ביחס לקברים,  
 קיימת חלוקה בין דינו של הקבר גופו ובין דין השטח  
 שהוקדש לבית קברות. ביחס לקבר גופו, כתב הטור יורה  
 דעה (סי' שסד):

"קבר אסור בהנאה. ודוקא קבר של בנין, אבל קרקע עולם של  
 קבר אינו נאסר. כתב הר"ר ישעיה שהעפר שמכסין בו המת בתוך  
 הקבר אסור בהנאה, דתלוש ולסוף חיברו הוא וחשוב כתלוש.  
 ואיזה קרקע עולם, כגון החופר כוך בסלע שהוא קרקע שלא  
 נתלש. ואינו נראה, אלא העפר נקרא קרקע עולם אפילו תלשו  
 ואח"כ החזירו, דהא לא משכח תלמודא לימסר אלא בקבר של  
 בנין, וכן דעת א"א הרא"ש ז"ל."

ואילו ביחס לשטח בית הקברות כולו, כתוב בגמרא (מגילה  
 כט, א):

"תנו רבנן בית הקברות אין נוהגין בהן קלות ראש, אין מרעין  
 בהן בהמה, ואין מוליכין בהן אמת המים, ואין מלקטין בהן  
 עשבים... מפני כבוד מתים."

ראש דקתני בברייתא. ובודאי דדבר פשוט דאיסור זה הוא על כללות בית הקברות אפילו במקום שעדיין לא נקברו שם מתים ולא אתינן עלה מטעם איסור הנאה, אלא מפני כבודן של מתים כדאיתא בגמ'. ואיסור רעיית בהמות והאמה והטיוול לא הוצרך להזכיר, דבכלל קלות ראש הן ונקט דברים המחודשין בדוקא. מיהו איסור ליקוט עשבים נ"ל דס"ל כסברת הר"ן שהביא מרן ב"י סי' שס"ח דהוי משום שאסורין בהנאה ופי' ב"י לדעתו דדוקא בקבר בנין יעו"ש... ומ"ש רבינו מתחלה אסורין בהנאה ר"ל מדרבנן מפני כבודן של מתים אע"פ שלא ביאר.

וכן האבני נזר בחלק יורה דעה סי' תעה סק"ד כתב:

"לשון הרמב"ם פי"ד מהלכות אבל, בתי הקברות אסורין בהנאה כיצד אין אוכלים בהם כו' והיינו משום בזיון המת [דאילו משום דמת אסור בהנאה הלא קרקע עולם אינו נאסר]."  
וכן בספר שו"ת מהרש"ג (להג"ר שמעון גרינפלד זצ"ל, ח"ג סי' עב) באר -

"דמש"כ הרמב"ם דבית הקברות אסור בהנאה, ג"כ אין כוונתו שהוא אסור בהנאה כמו דבר אחר האסור בהנאה, דאם כן היה אסור בדריסת הרגל או בשיבה כמו קרקע האסורה בהנאה שוודאי אסור בדריסת הרגל ובישיבה. אלא וודאי הלשון אינו מדוקדק ומש"כ אסור בהנאה, כוונתו דאסור לנהוג בו מנהג בזיון, ועל כן אין מרעין בו וכו' קרא ליה הרמב"ם לכל הנך מילי אסור בהנאה."

אמנם בספר ערוך השולחן (יורה דעה סימן שסח סעיף ו) כתב:

"דע דלשון הרמב"ם... שכתב בית הקברות אסורין בהנאה כיצד אין אוכלין וכו' אין כוונתו איסור הנאה ממש, אלא כלומר שאסורם בהנאה מטעם קלות ראש, והוא איסור הנאה דרבנן."  
משמע שזו תקנה מדרבנן לדונו כאיסור הנאה, ונראה שהוציא דבריו משיטת הב"ח (י"ד סי' שסח), עי"ש. אך כאמור הכסף משנה ועוד אחרונים פירשו דברי הרמב"ם שאין כאן דיני איסור הנאה כלל רק איסור קלות ראש, ובכך אין מחלוקת בין הרמב"ם לשאר הראשונים. וכן להלן נביא פוסקים רבים שלא הסכימו לדעה זו של ערוה"ש.

#### מעמדו של בית הקברות כבית הכנסת

בספר שלטי הגבורים על הרי"ף במסכת סנהדרין בפרק נגמר הדין כתב:

"לבי אומר לי דסבירא ליה להרמב"ם ז"ל דדין בית הקברות הוא כדין בתי כנסיות, ויהיב לבתי קברות כל דין דיהיב לבתי כנסיות... קבר הוי דומיא דבית כנסת של יחיד שלא חייל עליה איסור, אלא במה שיש כח באיסור להתפשט בו, ותו לא. הלכך בתי קברות של רבים דכיון דאקצו ההיא קרקע לבית הקברות, חל עליה בכליה קרקע שם בית הקברות ואיסורו אפילו במקום שלא נקברו שם המתים, דהא להכי אקצינהו לכולי ארעא. ומשום הכי כתב מיימוני ז"ל סתם בתי קברות אסורים בהנאה, ולא חלק בין הם של בנין או קרקע עולם... להודיענו דדמי לבתי כנסיות של רבים, ואין נאותים בהם אפילו במקום דליכא

שאינן חשש שתכולתו תגלוש ותגיע לקברים, אין דינו כאמת המים הנאסרת בבית הקברות.

מאחר וכך נהגו "מימי עולם ושנים קדמוניות" - כל הבא לשנות ממה שהיה נהוג מאות שנים, והטוען שקיים איסור בצינור סתום, ידו על התחתונה, ומוציא לעז על גדולי עולם לדורותיהם שהתירו זאת, והניחו לביב זה להמשיך ולהתקיים ללא פוצה פה ומצפץ. להלן יתבאר, שמנהג זה יסודו בהררי קודש, ופוסקים רבים מסכימים עמו.

#### שיטת הרמב"ם

הרמב"ם בהלכות אבל (פרק יד הלכה יג) כשהביא להלכה את הגמ' במסכת מגילה, פסק בלשון זו:

"בתי הקברות אסורין בהנאה, כיצד אין אוכלין בהן, ואין שותין בהן, ואין עושין בהן מלאכה, ולא קורין בהן ולא שונין בהן, כללו של דבר אין נאותין בהן, ולא נוהגין בהן קלות ראש."  
כאמור, הרמב"ם פתח הלכה זו בלשון "בתי הקברות אסורין בהנאה".

לכאורה משמע שכל שטח בית הקברות אסור בהנאה, וכיון שכן, אין היתר להניח צינור בשטח זה גם כשאינו על גבי קבר ממש, לרבות צינור שאין בו כל חשש לדליפת מים על הקברים, מכיוון שבהנחת הצינור נהנים ממקום האסור בהנאה.

אמנם יצוין שמרן הב"י בשו"ע (י"ד סי' שסח) לא העתיק את לשון הרמב"ם, אלא פתח הלכה זו כדלהלן:

"בתי הקברות אין נוהגים בהן קלות ראש" וכו'.  
ובאר הש"ך סק"א "מפני כבודן של מתים". ואכן רבים פרשו את דברי הרמב"ם שאין כוונתו לחדש דין של איסור הנאה בכל שטח בית הקברות.

בכסף משנה הלכות טומאת מת פרק ח' הלכה ה' כתב:

"דכיון דמספקינן ליה בבית הקברות דיינינן ליה כבית הקברות שאין נוהגין בהן קלות ראש אין מרעים בהם בהמה וכו' כדאיתא פרק בני העיר (דף כ"ט), ולדברים אלו קורא רבנו איסור הנאה."

דהיינו אליבא דהכסף משנה לשון איסור הנאה שכתב הרמב"ם הוא לשון מושאל וכוונתו לאיסור קלות ראש.

וכן בספר לחם יהודה (הנוזר לעיל) כתב בביאור שיטת הרמב"ם:

"בתי הקברות אסורין בהנאה כיצד אין אוכלין וכו'. קשיא לי דמנליה לרבינו איסורין אלו שלא נתפרשו בהדיא בתלמוד. ועוד קשה דמ"ט השמיט דברים המפורשין רעיית בהמות והולכת אמת המים והטיוול וליקוט עשבים, וכמו שתמה מרן הכ"מ בזה. והנראה לענ"ד דרבינו יליף לאלו האיסורין שהזכיר מדתניא אין נוהגין בהן קלות ראש גבי בית הקברות, ולעיל גבי בתי כנסיות תניא נמי כהאי לישנא דאין נוהגין בהן קלות ראש ומפרשין לה בברייתא דקאי אאכילה ואשתיה ודכוותה יעו"ש בפרש"י. אם כן כל הני דנקט רבינו הם נכללין בלשון קלות

לרבים, נאסר כקדושת בית הכנסת. וביאר דבר זה יפה באורך בש"ג פרק נגמר הדין. והסברא נותנת כך, דכל שהוקצה למצותו להתפלל בתוכו או ללמוד בתוכו או לקבור בתוכו הכל הוקצה למצותו ואין נאותים בהם."

אך עיי"ש שנראה שלא קבל סברת הש"ג ביחס למש"כ לחדש איסור ההנאה כפשוטו, וכתב שאם היה איסור הנאה ממש לא היה רשאי אותו חסיד במסכת ברכות (יח, ב) ללון בבית הקברות. אלא רק מפני שדין המקום בבית הכנסת כתב:

"י"ל חכמים ותלמידיהם שרי, כמו דשרי בבית הכנסת לאכול ולשתות ולטייל, משום דכבוד וצורך תורה עדיף מבית הכנסת ובית הקברות" עכ"ל החת"ס.

אך בחזון איש (הלכות אבילות סי' רט ס"ק טו) השיג על דברי הש"ג והחת"ס גם בעיקר העניין שדימו את דינו בית הקברות לדין בית הכנסת, וכתב:

"אין לנו לחדש במה שלא נזכר בגמ' ופוסקים, ולא אמרו אלא מפני כבוד מתים... וביהכ"נ שאני, דיש בו קדושה וכעין מקדש שנקרא עליה שם ה', אבל ביה"ק מוכן למצות חסד ואין בו משום קדושה."

ובסי' רח סק"ה, כתב החזו"א:

"למבואר לעיל דאין איסור קלות ראש אלא על הקבר ממש, יש מקום לומר דאם יעלו עפר על הקבר י' טפחים הוא הפסק רשות ומותר לעשות למעלה דרך לרבים... ואפשר דסגי בג"ט או בד"ט, ואף שקשה להקל בלי ראי', מ"מ ראוי להחמיר ולהשתדל במקום שאי אפשר להציל, ולשפוך עליו עפר הרבה."

הרי מבואר שבגובה י' טפחים מהקבר לא חשש מאיסור קלות ראש בשטח בית הקברות.

עוד נציין לחי' רבי אברהם מן ההר על מסכת מגילה (כט, א) שהביא את לשון הרמב"ם בהלכות אבל, הנוכר לעיל, וכתב על דבריו:

"וכל זה אמת, דבית הקברות אסור בהנאה, כדאיתא בנגמר הדין, ומיהו כל זה האמור כאן בגמרא הוא בגופו של בית הקברות שנאסרו בהנאה הקברות, אבל אם יש שם רחבה שאין שם קברות לא נאסר עדיין ומותר בכל אלו, וזה אין בו ספק."

הרי מפורש בדבריו שנכתבו בביאור דברי הרמב"ם, שלא בכל שטח בית הקברות נאסרו הדברים המפורטים בגמ', ושלא כדברי הש"ג.

וכאמור לעיל, כך עולה מדברי רבינו יהונתן מלוניל והנמוקי יוסף הנוכרים, שאין בעצם התקנת אמת מים בבית הקברות משום קלות ראש, אלא רק אם קיים חשש שהמים יצאו מאמת המים וישטפו את הקברים. ומבואר דבלא"ה אין כל מניעה בעצם שימוש בשטח בית הקברות למעבר אמת מים, ואין לחוש שהמקום דינו כבית הכנסת כפי שסבר הש"ג.

**העולה מדברינו:** בבית הקברות נאסרה קלות ראש, ועל כן נאסר להעביר בה אמת מים. לדעת הש"ג והחת"ס סופר דינו כבית הכנסת, ובש"ג ובערוה"ש (שיסוד דבריו בב"ח) פסקו

שם מתים... דלהכי אקצינהו הקונים אותם לבית הקברות, וזכו בהו המתים ויוצאין לשוט בעולם כההיא דפרק מי שמתו. והלכך אין נוהגין בהם קלות ראש בכל אותו מקום, וגם אסורים בהנאה בכל מקום שהם, דומיא דבית כנסת של כרכין... ולפי זה גם דברי הרא"ש אתי שפיר, דאפילו תימא דס"ל כדעת בנו דפליג עם ר' ישעיה, היינו דוקא בקבר היחיד, אבל בבית הקברות דתניא פרק בני העיר, חייל עלייהו איסורא אפילו במקום שאין שם קברים כלל, משום דאקצינהו מעיקרא לכך וזכו בהו המתים."

למעשה הש"ג הורה שבכל שטח בית הקברות נאסר לעשות כל האסור בבית הכנסת, ועוד פסק, שעשבים הגדלים בו אסורים בהנאה, כפי דרכם של הב"ח וערוה"ש, שהובאה לעיל.

אך רבים השיגו על דברי הש"ג. בספר לחם יהודה בדבריו הנוכרים, השיג על חידושו של הש"ג ביחס לאיסור הנאה מדרבנן, ולאחר שהאריך כפי שהובא לעיל בביאור דברי הרמב"ם, דלא מטעם איסור הנאה נאמרה הלכה זו, אלא מפני ההוראה להימנע מכל דבר שיש בו קלות ראש הגורמת ביוזון למתים, סיים:

"וכל זה הוא לאפוקי ממה שהאריך הרב בעל שלטי הגבורים בדעת רבינו סוף פרק נגמר הדין יעו"ש, ודוק ותשכח."

וכן בספר חבלים בנעימים (ח"ג יו"ד סי' מא) השיג על דברי הש"ג, וכתב:

"דבריו תמוהים, חדא כי ידוע שהרמב"ם אינו מחדש מדעתו שום דבר בלי מקור. ותו אי בית הקברות של רבים אסור בהנאה, למה במגילה כט. איתא בית הקברות אין נוהגים בהם קלות ראש אין מרעים בהם בהמה ואין מוליכים בהם אמת המים... למה האריכה הברייתא בפרטים ולא תפסה לשון קצרה דאסור בהנאה... ועוד הא מפורש שם הטעם משום כבוד מתים... ונראה שכיון שדעת שלטי הגבורים לא הובאה בשו"ע כלל, אין לחוש להחמיר בזה."

וכן בעל השואל ומשיב, בספרו דברי שאול יוסף דעת (סי' שסח) העיר על הש"ג, וכתב:

"מה שהאריך לבאר בזה דברי הרמב"ם לא נהירא לפענ"ד, דאין דרכו של רבינו לחדש מדעתו דינים וחילוקים שלא נזכרו בש"ס."

הגאון שו"מ באר הלכות אלו על יסוד דיני איסורי הנאה מהקבר גופו כשאינו מחובר או מדין קלות ראש בבית הקברות.

וכן בספר גשר החיים (חלק א פרק כז וחלק ב פרק ד אות ו) אף שקיבל את עיקר ההשוואה לקדושת בית הכנסת, וסייע לסברה זו ממה שסוגיה זו במסכת מגילה נקבעה בסמיכות לדיני בית הכנסת, תמה על דברי הש"ג לדון איסור הנאה בבית הקברות.

והנה החת"ס סופר (יורה דעה סי' שלה) הסכים עם הש"ג ביחס למש"כ שמעמדו של בית הקברות כבית הכנסת, וכתב: "אפילו שלא ע"ג קבר אלא מקום שהוקצה לבית הקברות

האר"י, אין לחוש לחשש קלות דעת בצינור נוסף שיוצב לידו, גם אם יהיה מעט רחב ממנו.

**ב.** בספר חשוּקֵי חמד (שם), כתב הגר"י זילברשטיין שליט"א: "ויש לי להוסיף על דברי מו"ח שליט"א דמאחר ומערכת הביוב היא לצורך המבקרים בבית העלמין שוב אין בזה בזיון, ולא דומה לאמת המים שאינה משרתת את צרכי המבקרים כי אם את בעלי השדות, ובפרט שהרבה זקנים מבקרים שם ולפעמים זקוקים מאד לבתי הכסא, וכל מה שיש בו צורך אין בו בזיון." הגר"י זילברשטיין שליט"א ביסס דבריו על תשובת מלמד להועיל חלק יורה דעה סי' קכו. ולהלן מתשובה זו הנוגע לענייננו. לשון השאלה היא:

"בקהלה אחת יש שם בית הקברות גדול עד למאד והדרך שם רעה ובימי הגשמים כמעט אי אפשר לבוא אל בית עולם, ועתה יכולים לפנות דרך אחרת טובה אם נותנין דרך חליפין קצת מן בית הקברות. וקצה ההיא אין שם קבר והוא כמעט מאה מעטער או יותר רחוק מאותו חלק אשר נמצאו שם הקברים. ועתה שאלתי אם רשאינא אנשי הקהילה ליתן אותה החלק מן בית הקברות, מאחר שהוא מוכן לבית הקברות ושם בית עולם עליו."

בתשובתו הביא הרב מלמד להועיל מדברי הש"ג ובאר את המניעה להוציא חלק מבית הקברות לשימוש אחר. אך מסקנתו היא כדלהלן:

"אמנם כן אם אין רוצים למכור הדרך בממוץ, או ששואלים סך גדול כל כך עד שאין ביכולת בני הקהלה לשלמו, אז אפשר למצוא צד היתר. דהנה בכל הפוסקים משמע דהאי איסור בית הקברות אינו אלא דרבנן משום כבוד המתים, עיין שו"ת מהר"ם שיק סי' שנ"ח ושו"ת יהודה יעלה סי' שס"ג, ובנ"ד כבוד המתים הוא שיהא דרך טובה לבית הקברות שעל ידי זה ירבו יותר מלווי המת עד בית הקברות, וגם ההולכים על קברות אבותיהם וקרוביהם להתפלל יתרבו. וכעת שהדרך רעה היא, בימות הגשמים היא שממה אין עובר, ורק מעטים המה ההולכים לביה"ק ומברכים שם הברכה ומתפללים שם ואין זה כבוד למתים. וכיון שהבית עולם הוא גדול ורחב ידים, בודאי ניחא להו למתים ליתן קרקע מעט מבית קבורתם, כדי שימצאו העוברים ושבים דרך טובה להלוית המתים ולהילוך על הקברות. אשר על כן אם א"א לקנות הדרך אני מתיר לתת בחליפין שלה קצת מן בית הקברות, ובתנאי שיסכים עמי עוד מורה הוראה מפורסם."

על כן גם בנידון זה, כאמור הצבת צינור הביוב הוא הכרח גמור לחיים, אך גם לשוכני העפר שלא יתבזו מדליפת הביוב, על כן זהו כבוד המתים שיוצב הצינור ותימנע דליפתו על הקברים. והדברים ק"ו: אם הרב זרע אברהם התיר מטעם כזה פיניו קברים, ק"ו שיש לקבל סברה זו שכל שהוא צורך המתים אין בו משום בזיון, ואין קלות ראש בהצבתו ובשימוש בו.

לפי זה, אין הכרח שהטעם שנהגו מקדמת דנא בעיה"ק צפת בצינור ביוב העובר באמצע בית החיים עפ"י סברת הר"י

עפ"י שיטת הרמב"ם, שכל המקום נאסר בהנאה מדרבנן. וכבר ראינו שלדעת הרבה פוסקים אין יסוד לחדש דין כללי של איסור הנאה בכל שטח בית הקברות, אלא קיים איסור קלות ראש מפני כבוד המתים, וכך היא פשוט לשון השו"ע והש"ך בריש סי' שסח. כאמור הכסף משנה ועוד פוסקים כתבו כן גם בדעת הרמב"ם, וכך עולה מדברי כמה ראשונים כמו שהבאנו.

מסתבר שבבית הקברות הישן בצפת נהגו מקדמת דנא, הרבה יותר משלוש מאות שנה, שלא לחוש לדעת הסוברים שבית הקברות עצמו, גם בשטח שבין הקברים, אסור בהנאה, על כן השאירו את צינור הביוב בתוך שטח בית הקברות, וכן לא חשו שיש בזה מנהג של קלות ראש.

### סברות נוספות לקולא

**א.** ביחס לקביעה שצינור סתום של מים או ביוב העובר בבית הקברות יחשב כבזיון וקלות ראש, להלן פסק דינו של גדול הפוסקים בדורנו, מרן הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל, כפי שהביא חתנו יב"א הגר"י זילברשטיין שליט"א בספרו חשוּקֵי חמד על מסכת יומא דף יא (דף קד בדפי הספר) וכן חזר והביאו בספרו על מסכת מגילה דף כט. הגר"ש אלישיב השיב ביחס להנחת צינורות מים היוצאים מחדרי שירותים שבבית הקברות. בתוך דבריו כתב אודות צינורות אלו:

"מה שעוברים בתוך הבור של הגניזה צינורות אין זה בזיון. אולם יש להסתפק מהא דאיתא במסכת מגילה (דף כט ע"א) ונפסק בשו"ע (יור"ד סימן שסח ס"א) בית הקברות אין נוהגין בהן קלות ראש ואין מוליכין בו אמת המים. והכא נמי העברת הצינורות בבית הקברות הוא אמת המים, ואסור להוליכם בתוכו. והשיב על כך מו"ח שליט"א דמאחר ובימינו כן נוהגים בהרבה בתי עלמין [ויתכן שמנהגן התחיל על ידי כן שבשעה שהקצו את השטח לקברים יחדו את מקום בית הכסא והוא קדם לקברות, דאם כבר הוקדש השטח לבית הקברות לא מועיל אף ז' טובי העיר, כמבואר בשו"ת מהר"ם שיק (יור"ד סימן שנח)], שוב אין זה בזיון וקלות ראש לקברים."

ונראה ביאור דבריו - מאחר שעניין קלות ראש וביזיון נקבע על פי המציאות ודעת בני האדם, על כן מאחר והונהג להניח צינורות בבית הקברות, הגם שמנהג זה החל בנסיבות שעוד קודם שהקצו את המקום לבית הקברות ייחדו המקום לצינורות אלו, אך עקב כך שזהו המנהג, נקבעה דעת בני האדם שאין בצינורות אלו משום קלות דעת וביזיון לקברים, על כן מותר להניחם גם לאחר שכבר השטח הוקצה בבית קברות.

לעניין זה קשה לחלק בין צינור ברוחב מסוים לצינור אחר שהוא רחב מעט יותר, לאחר שכאמור אין דעת בני האדם לראות בהצבת צינורות סגורים בבית הקברות משום קלות דעת וביזיון.

מאחר ובשטח שבין בריכת הביוב למקוה האר"י כבר נהגו בקיומו של צינור המים המספק את המים למבנה מקוה

“מסתברא שכל האזור הזה היה פעם בית הקברות, וברמב”ם מפורש בפרק יד דאבל (הלכה יג) שבתי קברות אסורים בהנאה ולכן אין אוכלים ואין שותים בהם ע”ש, הרי שאוסר מטעם איסור הנאה, שבית הקברות יש בו כעין קדושת בית הכנסת וכמבואר במפרשים, ומפורש בגמרא במגילה לגבי בתי כנסיות שאפילו בחורבנם כשניכר שזהו מבית הכנסת נוהגין בו כבוד (ע”ש כח, ב), ויתכן שה”ה לגבי בית הקברות, ולבנות בית מלון מעל מקום המקודש בודאי אסור.”

אך מסתבר כסברת הגאון עמק התשובה, וכידוע מעשה רב של רבבות אלפי ישראל, רבנן ותלמידיהו, שנהגו שנים רבות שאינם נוהרים מקלות ראש האסורה בבית הקברות באומן במקום שהיה פעם בית קברות. וגם הגר”מ שטרנבוך שליט”א אסר בניין מלון, דזילא בהו מילתא טובא, ואין הכרח שיאסור גם את הנחת הצינור דנן. ואמנם ביחס לצינור הנידון כאן, בתיק ביה”ד מצוי עותק מפסק דינו שהורה להתיר בנידון זה, אך כפי הנראה מטעמים אחרים.

בעיקר הלכה זו מסתבר כסברתו של הרב עמק התשובה, מאחר ומסתבר שגם אליבא דשיטת הש”ג עדיין יש חילוק בין בית הכנסת לבית הקברות. הגם שכתב החתם סופר “הסברא נותנת כך, דכל שהוקצה למצותו להתפלל בתוכו או ללמוד בתוכו או לקבור בתוכו הכל הוקצה למצותו ואין ניאותים בהם” - היינו בעת שהם קיימים ומשמשים למצוותם. אך לאחר שהם שוממים, יש חילוק בין בית הכנסת לבית הקברות. בית הכנסת נחשב “תשמיש קדושה” מפני שעוסקים בתוכו בדברי קדושה. ותשמישי קדושה נשארים בקדושתם גם כשבלו ועל כן חייבם בגניזה. ובגמ’ נאמר הטעם לאיסור השימוש בבית כנסת לאחר שנחרב משום שנאמר “והשימותי את מקדשיכם” שאפילו לאחר שהם בחורבנם, עדיין הן נקראים “מקדשיכם” - מפני שיש בהם קדושה, שאינה בטלה. מה שאין כן בבית הקברות נחשב “תשמיש מצוה” בלבד, מפני שעוסקים בתוכו במצוות, אך לא בדברי קדושה. והדין הוא שתשמישי מצוה לאחר שבלו או שהפסיקו להשתמש בהם למצוה, כגון כשעבר זמן המצוה מותר לזרוק אותם שלא בדרך ביזיון, ואין עליהם חיוב גניזה (עיי’ או”ח סי’ כא). על כן עכ”פ כשהן שוממין, אין לבית הקברות דין “תשמישי קדושה” אלא רק דין “תשמישי מצוה” - שאינו מחוייב בגניזה.

ואכן קשה לומר שכל ההלכות שנאמרו בבית הכנסת והנובעים מקדושת בית הכנסת נאמרו ביחס לבית הקברות, לדוגמא עיין בספר ריח שדה (להגאון רבי שמעון דוויך זצ”ל מחכמי ארם צובא, סי’ יב) שכתב שרק ביחס לבית הכנסת נאסרו שחוק ושיחה בטילה, ולא בבית הקברות. וכתב שם:

“תנו רבנן בתי קברות אין נוהגין בהן קלות ראש אין מרעין בהן בהמה ואין מוליכין בהן אמת המים ואין מלקטין בהם עשבים, וכי אם אדם שח שיחה בטלה או שחק בבית הקברות, מה בכך. בשלמא בבית הכנסת משום דכתיב והשימותי את מקדשיכם, קדושתן אף כשהן שוממין, אבל בבתי קברות מה בכך.”

מלונל והנמוקי יוסף כאמור, אלא יתכן שנהגו כן מטעם זה, שאין ביזיון וקלות דעת בכל פעולה הנעשית לצורך כבוד המתים שוכני עפר בבית קברות זה. מאחר שהיה ידוע שבנסיבות הטופוגראפיות של מיקום בית הקברות, בלא הסדרת ניקוז הביוב באמצעות צינור כזה, הביוב עלול להיכנס למתחם בית הקברות באופן בלתי מבוקר.

ג. חלקו הראשון של תוואי הצינור המוצע כיום הוא בשטח שבין הבריכה ועד לאזור מקוה האר”י, שהוא שטח נטוש, שומם מלא עשבים, ואינו ניכר כמקום השייך לבית הקברות. ביחס לשטח כזה, אין לחוש משום קלות ראש, גם אם תעלה טענה שלפני שנים רבות גם בשטח זה היה בית קברות, מאחר וכעת במקום זה אין קברים והמקום אינו נראה כבית קברות. וכבר נהגו להקל בדומה לזה באתר קברו של רבי נחמן מברסלב זצ”ל באומן.

בספר עמק התשובה (ח”ו סי’ תקז) נשאל ביחס לאתר מנוחתו של רבי נחמן מברסלב זצ”ל באומן, שידוע בסביבות מקום הקבר היה בית קברות, אך כעת לא נותר ממנו דבר, אלא קברו של רבי נחמן זצ”ל שנשתמר. וכתב שאין לחוש במקום זה משום בית קברות האסור בקלות ראש, וכן במקום זה אין לחוש איסור תפילה וקיום מצוות משום לועג לרש. הרב עמק התשובה, הרב יחזקאל ראטה זצ”ל (רב בית המדרש קהל יראי ה’ קרלסבורג בשכונת בורו פארק בניו יורק, ומגדולי הפוסקים בארצות הברית) השיב:

“הנה היות דברים אלו אסורים משום כבודם של מתים, וכמבואר שם בפוסקים, עיין בבית יוסף ובש”ך יעיי’ שם. דבר פשוט דזה שייך רק כשניכר איזה זכר של בית הקברות, אבל כשאינו ניכר, לא שייך כבר כבוד. ואף דלענין בית הכנסת קיימא לן דאף בחורבנן צריכין לזהר בכבודן חוץ מכיבוד וריבוץ וכמבואר בש”ע אורח חיים בסי’ קנ”א. היינו משום דאף בחורבנן קדושתן עליהן, וכמו שדרשו (מגילה כ”ח) מקרא (ויקרא כ”ו) דוהשימותי את מקדשיכם. מה שאין כן בית הקברות הוא מפני הכבוד ולא מפני עצמות הקדושה. וכל שאינו ניכר, לא שייך תו כבוד, מעתה כל הדברים ששאל אם מותר לאכול ולשתות שם ולישן שם ואם מותר לשבת שם ואם מותר לילך בשבת ויום טוב שם ואם מותר לאכול מן הפירות שגדלים שם כל אלו הדברים הן בכלל כבוד, ומכיון שאינו ניכר לא שייך כבוד.”

לפי זה ביחס לשטח הנזכר שאינו ניכר כבית קברות וגם כעת אינו מוחזק כבית קברות, אין לחוש מטעם קלות ראש. הגם שאירע שנמצאו שם עצמות, אך כל עוד המקום אינו מוחזק כבית קברות אין עלינו לדונו כבית קברות שנאמרו בו ההלכות המבוארות בשו”ע יו”ד סי’ שסח, אלא שאם אכן ימצא בו קבר, יש לדונו בדין איסור הנאה, שדינו נפסק ביו”ד סי’ שסד, ואם ימצאו כמה קברים נשוב ונדון בהתאם לממצאים.

אמנם מה שפשיטא ליה להגאון עמק התשובה מספקא ליה לגר”מ שטרנבוך שליט”א בספרו תשובות והנהגות (כרך ד סי’ רסו) שכתב ביחס לשטח הסמוך לקברי הרשב”י במירון:



עוד נציין למש"כ הנימוקי יוסף בסוגיא במסכת מגילה: "ויש מי שכתב שאם היה מעין יוצא בבית הקברות או נהר עובר שם אסור לשתות ממנו עד שיצאו המים חוץ לבית הקברות, אבל כשיצאו לחוץ ודאי מותר, דלא חמיר ממעין יוצא מתוך שדה הקדש שכתב הרמב"ם ז"ל פרק ה' מהלכות מעילה שאם יצאו המים חוץ לשדה מותר ליהנות בהן."

אין מקום להניח שרבות אלפי ישראל לדורותיהם שנהגו, ואלו שנהגים מדי יום לטבול במקוה האר"י נכשלו בהנאה ממעין היוצא בבית הקברות, שאסור ליהנות ממימיו עפ"י דברי הנמוקי יוסף.

וכן נראה פשוט שלא הקצו לבית הקברות את השטח המצוי בערוץ שבין ההרים, שבו נובע המעיין שעליו המקוה, מאחר ומקום זה מועד להישטף לאחר ירידת הגשמים, ולא יעלה על הדעת להקצות את שטח הערוץ לבית קברות כשהקברים שבמקום זה בסיכון גבוה ותמידי בכל חורף. על כן הדבר פשוט וברור שמקום זה של מקוה האר"י הוחזק כמקום המצוי מחוץ לשטח שהוקצה לבית הקברות.

מלבד זאת התקבלה עדות של עד כשר ונאמן, שהעיד שלפני כשלושים שנה, בעת שביקשו להרחיב את מקוה האר"י, לבקשת "אתרא קדישא" הנ"ל בדק את השטח מסביב למבנה וחקר מסביבו, ולא נמצאו קברים או שרידי קברים.

#### מסקנת הדברים

ביחס לקו צינור הביוב המתוכנן מבריכת הביוב שבפתח בית הקברות ועד לאזור מקוה האר"י, ככל שקו זה יעבור בשטח שמתחת לדרך העפר העליונה לכיוון מקוה האר"י ויעקוף את מבנה המקוה מאחוריו, ויונח על גבי השביל הסלול לכיוון מטה - אין כל מניעה לכך. וזאת מכמה טעמים:

א. שטח זה עד השביל הסלול ובכל סביבות מקוה האר"י, אינו מוחזק כשטח בית הקברות. אמנם הורו לכוהנים להיזהר ושלא להיכנס למקוה דרך השביל המוביל אליו, היינו מחשש אוהל בדרך אל המקוה. אך המקום המוצע להנחת הצינור מוחזק כשטח שלא הוקצה לבית קברות. אין צריך לומר בסביבות מבנה המקוה, אלא גם בשטח מעליו לכיוון דרך העפר עד לבריכה הנוכרת. על כן אין מניעה להניח את צינור הביוב בסמוך לצינור המים שכבר מונח כעת לצורך המקוה. ובנוסף, מכיוון שבמקום זה אין ניכר בית קברות, אין לחוש בו מפני קלות ראש.

ב. גם ביחס לשטח שידוע שהוקצה לבית הקברות, לפי מנהג עיה"ק צפת מקדמת דנא, כשלפני שלוש מאות שנה, נכתב שהוא "מימי עולם ושנים קדמוניות" - נהגו להעביר צינור ביוב באמצע בית הקברות בין הקברים, ולא חששו שיש בכך משום קלות ראש האסורה בבית הקברות. על כן גם אם יהיה מי שיחוש לדון את השטח הנוכר כשטח בית הקברות, שנאמרו ביחס אליו כל דיני בית הקברות, הרי שעל פי מנהג המקום, הנהוג מאות שנים בפני גדולי עולם, אין מניעה שצינור הביוב הסתום יעבור בשטח זה. וכפי

על כן גם אם במתחם הנוכר היה בעבר בית הקברות, דבר שכלל אינו ברור, עכ"פ מאחר שכעת בשטח זה אין רואים קברים וגם אינו משמש לקיום מצוה הקשורה לבית קברות, אין לחוש שם משום קלות ראש. חובת הזהירות נותרה רק במקום שימצא בו קבר, אם אכן ימצא.

על כן ביחס לקטע הראשון של התוואי המוצע, ככל שאין ידוע שמניחים את הצינור על גבי קבר, ומאחר שכידוע ודאי זה זמן רב שהמקום אינו משמש כבית קברות, גם אם יטען הטוען שבעבר שטח זה היה חלק מבית הקברות - אין לחוש. ד. בנוסף לאמור וגם בלא הקביעה הנוכרת על פי ספר עמק התשובה, עדיין יש לדון איזה חלק מתוואי הצינור המוצע אמור לעבור על שטח שדינו כבית קברות, והמחויב בזהירות כפי המבואר לעיל.

נקדים ונציין כי אליבא דשיטת הש"ג שבית קברות כולו כבית הכנסת, הרי מבואר בלשונו דהיינו דוקא במקום שהוקצה לבית הקברות, ופשיטא שכן הדין גם לשאר השיטות החולקות על שיטת הש"ג, ההלכה המבוארת במסכת שמחות ובמסכת מגילה, מתייחסת רק לשטח שהוקצה לבית הקברות. עיין בשו"ת יהודה יעלה (למהר"י אסאד, יורה דעה סי' שסג) שכתב:

"נ"ל דודאי בית הקברות הוא שם הכולל כל שטח המקום המוגבל מוגדר ומוקצה לכך."

אך נציין מש"כ בזה בספר שו"ת מהרש"ג (ח"ג סי' עב). הרב השואל סבר שכל שטח שנקנה על ידי הח"ק והיעד שלו היה בית הקברות, אסור בקלות ראש, וכפי שהיה פשוט לרב מלמד להועיל בתשובתו הנוכרת, וכתב הרב השואל:

"מאחר דמבואר בסוף מגילה וביו"ד סימן שס"ח דבית הקברות אין חורשין וזורעין בה אם כן הה"ד בקרקע זו שכבר צירפו לבית הקברות וגדר אחד מקיפם, א"כ כבר נעשו בית הקברות ואסור להשכירה לחרוש ולזרוע בה."

אך מהרש"ג בתשובתו, לא הסכים עם הרב השואל וכתב:

"הכא גבי בית הקברות אם לא קברו אלא בקצה אחד הסמוך לבית הקברות הישן, לא נתקדש אלא מקום הקבורה עם מקום הסמוך לו ובדרך משל כמו ד' אמות הסמוכין לקבר. אבל הקצה האחר שבצד השני לא נתקדש כלל. ותדע דאפילו ידות הכלים שהם ארוכים יותר מדאי אין צריך כלל לטבלם, דכמאן דנקצו דמי. ואם כן גם כאן לא נתקדש אלא מקום הקברות והסמוך לו מעט, אבל המקום רחוק ביותר כקרקע אחרת דמיא, ומסתבר לי דמותר לחרוש ולזרוע שם."

לפי זה נראה פשוט שהמקום עליו נבנה מקוה האר"י, שהוא בניין של ממש זה מאות שנים, ודאי אינו חלק מהשטח שהוקצה לבית הקברות. שאם כן לא היה עולה על דעת אותם שבנו מבנה זה מקדמת דנא וחקרו יסודות בנין בתוך שטח שהוקצה לבית הקברות, גם אם במקום זה ממש אין קברים. שהרי לא היה עולה על הדעת, לקבוע במקום זה כמקום טבילה, הנאסר בשטח בית קברות מדין איסור קלות ראש, גם לדעת הפוסקים שלא קבלו את דינו של הש"ג.

שמאחר שהצינור אמור להיות על גבי שביל שהוא מקום הנראה כנפרד מבית הקברות, הדבר קל יותר.

בעיקר היתר סלילת שבילים אלו שנשללו בבית הקברות, מצינו לשלושה מחכמי דורנו שצידדו להקל במקום הצורך. בשנים האחרונות נכתבו תשובות אלו במענה לשאלת הרב של ראש פינה ביחס לסלילת שבילים בבית הקברות הישן בראש פינה.

כולם צירפו כמה סברות להקל כשאין ידוע שהשביל ממש על גבי קבר. ומדבריהם עולה שביחס לעצם סלילת השביל בבית קברות, לא מצאו לאסור ולא דנו את השביל כאמת מים שנאסרה בבית הקברות.

הראש"צ הגאון רבי אליהו בקשי דורון זצ"ל בספרו בנין אב (ח"א סי' נח) הקדים את השאלות שיש לדון בזה, וז"ל:

"א. אם יש איסור בהליכה על קברות כדי להגיע לקברות אחרים. ב. אם יש בהתקנת שביל ומדרגות על קברים מכוסים משום איסור הנאה. ג. אם יש בהתקנת שביל ומדרגות על קברים איסור מדרבנן משום בזיון המת."

ובתוך דבריו כתב:

"במקום שיש רק ספק אם יש קבר ואין הבזיון נראה לעין, שאין איסור לעבור דרכו. ומעשים בכל יום בבתי הקברות הישנים כצפת וכדומה. אעפ"י שברור שבכל מקום בית החיים בחזקת שיש בו קברות עתיקים מדורי דורות, לא נמנעים מלילך בתוך בית הקברות מחשש דריכה על איסור הנאה או בזיון המת."

עיי"ש שהאריך לבאר ולבסס מנהג זה שאין נמנעים מלילך על השביל שבבית הקברות כגון בבית הקברות הישן בצפת, נשוא פסק דין שבפנינו, ואף כתב שיש יסוד להתיר לכתחילה לסלול.

ובדומה לזה דן הגאון רבי צ"י אברמוביץ זצ"ל, רב הקריה החסידיית בחצור, בספרו שו"ת טעם הצבי (סי' ל) על אודות התקנת שבילים בבית הקברות הישן בראש פינה, שבילים המיועדים להגיע לקברים אך אינם על קבר ידוע אלא במקום שיש חשש שהיה בו קבר שכבר אינו ניכר. וז"ל:

"כדבר השאלה בנידון בית הקברות במחניכם אשר מבקשין לעשות בו שבילין ומדרגות להקל הגישה לקברות ידועים, אולם מתוך שביה"ק עתיק הוא, יותר מס' שנה, קרוב הוא שנאבדו בו קברים. ויש לי להוסיף כי באמת מצינו שיעור ששים שנה לענין שכחת מקום קבר יעוין כתובות כ' ע"ב, והשתא השאלה היא אם מותר לעשות שם השבילין הנ"ל שיש לחשוש שההולך בהם יהלך על הקברים. וגם עצם העבודה הזאת לכם יש לדון עלי' כיון שתוך כדי העבודה יזיוו עפר וישתמשו בו, ואיכא למיחש משום חפירת הקבר ומשום הנאה מן הקבר."

בתשובתו האריך בשאלת הליכה על גבי מקום שספק אם תחתיו מצוי קבר, וכתב להיתר מפני ספק ספיקא, ספק אם יש קבר וספק אם נקטינן להלכה כרבינו ישעי' שבטור סי' שס"ד. אך הוסיף עוד וכתב:

"נראה דראוי לעשות תקנה שתהי' עוד סניף להנצל מחשש

שכבר פסקו בבית הדין של הבד"ץ בירושלים לפני עשרים שנה.

כתבנו שתי דרכים לביאור יסודו של מנהג זה: א. עפ"י שיטת רבינו יהונתן מלוניל והנמוקי יוסף להתיר אמת מים שאין בה חשש שהמים יצאו וישטפו את הקברים, ולא מצינו מי שחלק עליהם להדיא. ואף דברי הרמב"ם התפרשו על ידי הכסף משנה ועוד פוסקים, שלא קבע איסור הנאה בבית הקברות אלא רק הורה להימנע מכל דבר שיש בו קלות ראש. ב. מאחר וקיים הכרח בצינור זה כדי למנוע דליפת ביוב לבית הקברות ובזמנו לא היה אפשרי למצוא פתרון חילופי, הרי שהצבת צינור זה הוא צורך המתים, ומטעם זה אין בכך קלות ראש וכפי שהתבאר. וכן פסק מרן הגאון רי"ש אלישיב זצ"ל להתיר הנחת צינורות מים לצורך בית הכיסא הבנוי בבית הקברות, וכתב שאין בזה משום קלות ראש האסורה, מכיוון שכבר נהגו כך. וכן בנידון זה כבר נהגו כן ביחס לצינור המים המספק מים למבנה של מקוה האר"י.

### הצינור המוצב על השביל הסלול

ביחס לקטע שמתחת למקוה האר"י התכנית היא להניח את הצינור על גבי השביל הסלול היורד לכיוון בית העלמין החדש. חלק משביל זה עובר בקצה בית הקברות אך בתוך שטח שנראה שהוקצה לבית הקברות.

נכון לציין לאיגרת של הרב המקובל רבי משה באסולה משנת רפ"ב שבה נכתב: "נכנסתי בבית שנבנה על קבורת הושע בן בארי והוא בסוף קברי ישראל בצפת, והמועלם הקראי אשר בדמשק בנה עליו בית נאה" (ציטוט זה מתוך מאמרו של הרב משה הלל שליט"א ב"מקבציאל" חוברת ל"ה תשרי תשס"ט, עמ' תקל). מאיגרת זו עולה שבזמנו ציון קברו של הושע בן בארי היה הקצה של בית הקברות - "סוף קברי ישראל" בלשונו - וכידוע השביל הנזכר עובר במרחק מה מדרום לציון קבר הושע בן בארי, דהיינו כבר מחוץ לגבול שהוגדר כ"סוף קברי ישראל". אך כמובן, אין לבנות יסוד על אגרת זו ביחס למצב שלאחר מכן, ואמנם בהמשך המדרון, השביל עובר בין כמה מצבות. על כן ביחס לתוואי זה אין מקום לאמור לעיל ביחס למקום שלא הוחזק כבית הקברות. אך ביחס לקטע זה, קיימות הסברות האחרות שכתבנו לעיל, לרבות מנהג המקום להקל בהעברת צינור ביוב בבית הקברות עפ"י הטעמים שכתבנו.

ביחס לקטע זה קיימת קולא נוספת מפני שהצינור אינו אמור להיות מוצב על גבי הקרקע אלא על השביל הסלול בלבד. וביחס לשביל זה, אם התירו יציקת שביל זה לצורך מעבר אנשים, ניתן להניח עליו את הצינור. אמנם אילו מתחת לשביל היה מתגלה קבר, היה מקום לדון כיצד לנהוג בנסיבות אלו. אך כעת כשאין ידוע על קבר המצוי מתחת לשביל, נותרה שאלת העברת צינור ביוב בבית הקברות. ביחס לשאלה זו, בנוסף לסברות שכתבנו לעיל, יש להוסיף

הנדרשות כדי שלא להציב הרגלים התומכים הטבלאות ע"ג השטח המסופק בקברות, וכן בבנין המדריגות לעשות כן. העולה מדברינו: במסגרת פסק דין זה אין אנו נזקקים להורות ביחס להיתר סלילת השבילים בבית הקברות, אך לאחר שכבר נסללו, וכבר מצוינו שהיה יסוד להיתר הסלילה והיתר ההליכה על גבי השביל הנזכר, ומעשים בכל יום שכך נוהגים - ק"ו שמותר להניח את הצינור על גבי השביל הסלול, שהצבתו היא הכרח גם לצורך כבוד מתים.

ביחס לסימוניו של התוואי המוצע לצינור הביוב, בקטע היוצא בסופו של השביל הסלול - נציין למש"כ הגאון רבי שמואל וואזנר זצ"ל בספרו שבט הלוי (חלק י סי' ר) ביחס לעבודות פיתוח בבית הקברות הישן בטבריה, וז"ל:

"אם בכל זאת אי אפשר למנוע איזה עבודת פתוח, לשפוך עפר על כל השטח על הדרך שכתב החזון איש כמס' אהלות ביו"ד סי' ר"ח. ובענין הביוב ובית הכבוד בשטח ביה"ק, אם צריכים לכך שם בודאי להשתמש בהיתר עפר יו"ד טפחים, ולהגביה ע"ז הבית הכבוד וצינורי ביוב, אם אין עצה אחרת."

ככל שהצינור מונח על מקום שאין ידוע שיש מתחתיו קבר אלא רק קיים חשש לכך, יש לצרף מש"כ בספר חבליים בנעימים (ח"ג יו"ד סי' מא) בתשובתו שהתיר לבנות בית לשומר בית הקברות בתוך שטח בית הקברות כשקיים חשש שמא מתחת למקום שבונים את הבית היה פעם קבר וכתב:

"בנדון דידן הוי ספק ספיקא שמא אין הלכה כר' ישעי' ושמא אין הבית עומד על מקום קבר גם שמא נרקבו העצמות. ולרווחא דמלתא יוסיפו עפר על מקום שרוצים לבנות ויבטל עפר הישן בעפר החדש, ואין לחוש משום דאין מבטלים איסור לכתחילה, כיון דספק הוא אם יש כאן איסור, דשמא אין הבית עומד על מקום הקבר וכמ"ש ש"ך יו"ד צ"ב סק"ח וסי' קי"ד סק"ח וסי' קט"ו סק"ח דספק איסור מותר לבטל, ועי' תשובת רעק"א סי' מ"ה בענין הביטול... על פי כל הדברים האלה יכולים לבנות שם בית שמירה סמוך לגדר."

על כן ביחס לקטע של הצינור היוצא מסיום השביל הסלול, שבו עדיין קיימים ההיתרים הנזכרים, יש לבחון אם שטח זה עדיין מוחזק כחלק מבית הקברות, דבר שלא ברור כעת. אך מאחר שהצינור כבר אינו על השביל הסלול אלא אמור להיות מונח על גבי הקרקע, יש למצוא את הדרך הקצרה ביותר להוציאו מחוץ למתחם בית הקברות הישן והחדש ובשטח זה ראוי לנהוג כפי הוראת הגאון בספרו שבט הלוי, המיוסדת על הוראת החזו"א הנזכר לעיל, דהיינו בכל מקום שיש מקום לספק שמא קיים קבר ישן בתוך הקרקע, להניח עפר בגובה עשרה טפחים שעליו יונח הצינור, ואם אי אפשר להניח עשרה טפחים ינהגו עפ"י הוראת החבליים בנעימים ויניחו שם עפר בגובה ארבעה טפחים, ועיין בחזו"א שם שנטה לומר שדי בכך. עכ"פ בצירוף ההיתר העיקרי שנהגו בצפת מקדמת דנא, די בכך.

בהתאם לכלל האמור, ניתנות בזאת ההוראות דלהלן לאפוטרופוסים הממונים על הקדש בית העלמין הישן:

איסור דאורייתא בהנאה מן הקבר יעוין בשו"ת רעק"א סי' מ"ה, הובא בפת"ש ריש סי' שס"ד, שכתב דלולי דמסתפי הי' אומר דמה דס"ל לרבינו ישעי' שהעפר שמכסין בו את המת בתוך הקבר אסור בהנאה, זה דווקא כשיעור כיסוי פני המת שזהו לכבוד המת אבל מה שהוא למעלה מזה יש לומר דעושים רק שיהי' הקרקע שוה שלא יפול הנופל, או לעשות מקום פנוי לקבורת מתים יש לומר דהך עפר מותר בהנאה יעו"ש. ועל פי זה אם יעשו השבילין והמדריגות כשיעור גובה חשוב לכל הפחות טפח ימצא דהדריסה היא ע"ג עפר המותר. ואף כי הרעק"א ז"ל מסיים שם דמדברי הט"ז והמג"א באו"ח סי' תקכ"ו לא משמע כן אלא דהכל הוי צורך המת יעו"ש, מכל מקום יש לומר דזה הוא דווקא בעפר ששמים על המת לשם קבורתו דבזה נחשב הכל צורך המת, אף שכבר כיסו פניו, אבל בנידון דידן שהוספת העפר דהשתא אינה לשם קבורה אלא לשם עשיית דרך, יש לסמוך על סברת הרעק"א ז"ל דהעפר הזה אינו נאסר בהנאה. וכיון שכבר הביא הרעק"א שם בשם הרב מליסא דאם יש עפר אחר על גבי העפר האסור בהנאה יש לומר דאין הדריסה חשיבא הנאה דהעפר האסור הוי רק כטמון בתוכו דכמה עפר מצוי בשוק. ויעו"ש ברעק"א שכתב דסברת הרב מליסא ז"ל אינה מוכרחת כל כך דיש לומר דמכל מקום נהנה דבעפר האסור תומך יסודותיו לקרקע שע"ג שלא יפול מתחתיו, אך אעפ"כ גם הוא ז"ל מצרף סברא זו לשאר סברות שכתב להתיר בנידונו."

ובטוף דבריו הסתפק הגאון רבי צ"י אברמוביץ זצ"ל אם יש לחוש לביזיון הנגרם למתים מסלילת השבילים ודן להתיר כשכל מגמת סלילתם היא לצורך המתים, וכל שאין ידוע שהשביל נסלל על גבי קבר, יש לצרף סברות אלו להקל ולהתיר את סלילת השבילים.

וכן השיב בנידון זה בספר עטרת משה (להגאון רבי משה נתן נטע למברגר זצ"ל, חלק יו"ד סי' רמג), ובתוך דבריו כתב:

"אמנם לפי מ"ש בס' חסידיים (סי' ת"ן) והבאים אחריו עוד הוסיפו מזה"ק ושאר מקומות שיש הנאה לנפטרים אם באים להתפלל על קבריהם על נשמתם, וגם כשמבקשים מהם הם מתפללים על החיים, חשבתי דאולי המבואר (בסי' שס"ד ושס"ח) שלא ליהנות ולהשתמש מביה"ק זהו להנאת ושימוש להחיים, אבל כשמכוון למען יוכלו לפקוד הקברים ולהתפלל סמוך דבלא סלילת הדרך כמעט וימנעו להגיע למקום מנוחת הנטמנים שם כה"ג לא נאמרו כל האיסורין... אך דכל זאת רק סברא בלא ראיה ואיך נסתמך ע"ז דאפילו בספיקן התמיורו בהלכות הללו כמ"ש הש"ך (בסי' שס"ד סק"ט) הנ"ל וכן (בסי' שס"ח) שצריך להזהר שלא יהא אילן נטוע ולא הגן זרוע אלא במקום שאין בו ספק קבר... והנה בני"ד השטח שע"ג סלעים דודאי אין שם קברים אפשר לסלול כדרך הרגיל בבניית הדרכים, אבל בשטח עפר ששם מסתפקין שיש קברות דאסור בהנאה כמ"ש הש"ך הנ"ל, באלו מקומות יעשו כעין גשר, ולהציב היסוד במקומות שאין שם שום ספק קבר. וההפסק יהי' לפחות אויר טפח ויש להם להכין טבלאות מוכנות כמידות

- א. עליהם לפעול ללא דיחוי לביצוע הנחת צינור הביוב בתוואי המוצע מבריכת הביוב לכיוון מקוה האר"י בצמוד לצינור הקיים המשמש את מקוה האר"י. התוואי יעקוף את מקוה האר"י מצד דרום מזרח. ומשם יעלה על השביל הסלול עד סופו של השביל, ולאחר מכן התוואי יוציא את הצינור מהמתחם בדרך הקצרה האפשרית. ככל שהמקום עדיין בשטח בית הקברות יש להגביה את הצינור עשרה טפחים מעל הקרקע באמצעות עפר שיובא מחוץ לבית הקברות בלבד, או על גבי קוביות בטון וכיוצ"ב, ואם קשה להסדיר גובה עשרה טפחים ניתן להסתפק בארבע טפחים.
- ב. אין היתר לחפירה בקרקע בתוך מתחם בית הקברות או לשימוש כלשהו בקרקע זו. רק באזור הסמוך לבריכה והכביש שמחוץ לפתח בית הקברות ניתן לבצע חפירה, אך עם כניסת הצינור לשטח מדרום לפתח הנזכר ועד לאחר יציאתו ממתחם בית הקברות למטה, קו הצינור יהיה קו עילי בלבד. יש להתנות עם הקבלן שחפירה במקום זה תיחשב הפרת חוזה הגוררת ביטול החוזה וקנסות, וכן יורו לקבלן שלא יעסיק פועלים כוהנים.
- ג. אין להכניס רכב עבודה מכל סוג או טרקטור, לתוך השטח המוחזק כבית הקברות.
- ד. אם תוך כדי העבודות ימצאו קבר או עצמות מתחת למקום המיועד להנחת הצינור, יש לעצור את העבודה באותו מקום, ולפנות לרב העיר צפת לקבל הוראות כיצד לנהוג.
- ה. רב העיר צפת ימנה מפקח יר"ש מטעמו, שיפקח אישית על מילוי ההוראות, בכל משך העבודה.
- ו. אין מניעה שכל אדם שיש לו השגות על העבודות הנ"ל, יפנה לבית הדין ויצגי את טענותיו. אך אין לאף גורם היתר להפריע לעבודה זו, וביחס לכל אדם שיבקש להפריע, יש להורות לו לחדול ממעשיו ולאפשר לו לבקש לזמן דיון בבית הדין שבו ישמיע את טענותיו. אם יסרב ויפעל לסכל את בניית הצינור, אין מניעה להתלונן עליו במשטרה לאחר התראה מתאימה.
- ז. על האפוטרופוסים למלא אחר הוראות החוק, ומאחר שמתחם בית העלמין הישן הוכרו כאתר עתיקות, יש לקבל אישור מוקדם מרשות העתיקות, על מנת שלא יעוכבו העבודות עקב העדר אישור מתאים.
- ניתן ביום י"ח אדר תשע"ג.

## תוכן הפסקים

### חלק אבן העזר

אדה"ע סי' א, חו"מ סי' מה

7..... סימן א היתר נישואין לבעל שאשתו חולת אלצהיימר  
 האשה חולת אלצהיימר ודמנציה בחוסר יכולת תפקוד וללא סיכוי להבריא. בהסכמת האפוטרופוס לדין ניתן לבעל היתר נישואין לאחר השלשת גט וכתובה. כתובה שנקוב בה הסכום בזקוקים ובסיכום נקוב בשקלים והחשבון אינו תואם, מהו הסכום המחייב את הבעל.

אדה"ע סי' א

11..... סימן ב התנאים להיתר נישואין לבעל

אדה"ע סי' א, סי' עט ס"ג, סי' קיז סעיף יא

13..... סימן ג דחיית התביעה להיתר נישואין  
 מצבה התפקודי של האשה איפשר מתן היתר נישואין, אך לאחר שמצבה השתפר, שינויי הנסיבות הביאו לביטול ההיתר, ולדין בתביעת הבעל לגירושין. מעמדה של טענת הבעל – "מאוסה עלי".

אדה"ע סי' א

17..... סימן ד היתר חרם דר"ג כשקיימת חלופה הוגנת אלא שאי אפשר לחייבה  
 שני הצדדים אינם רוצים זה בזה באילו נסיבות יתירו חרם דר"ג כשקיימת חלופה.

אדה"ע סי' ב, סי' ג, סי' ד

19..... סימן ה בירור יהדות של עולים מכפר ברוסיה  
 אנשי כפר ברוסיה שהוחזקו כיהודים וכך רשומים במסמכים, אך עלתה טענה שאינם אלא סובוטניקים גויים שאימצו לעצמם מנהגי יהדות. המשקל המכריע לחזקה שהוחזקו כיהודים שומרי מצוות. מתי ניתן לבטל חזקה. המשקל הראייתי שיש למאמרי מחקר היסטוריים.

אדה"ע סי' ג

32..... סימן ו שם משפחתו כהן אך לא הוחזק ככהן  
 האם יש לקבוע מעמדו ככהן רק על יסוד שם המשפחה, כשבני המשפחה לא נהגו ולא הוחזקו ככהנים.

אדה"ע סי' ב, סי' ד

35..... סימן ז נאמנות אביו שאינו שומר מצוות להודיע לבנו שהוא כהן  
 לא הוא ולא אביו הוחזקו ככהנים אבל בעלייה לתורה ביום בר המצווה האב הורה לו לעלות ראשון ככהן, האם דינו ככהן.

אדה"ע סי' ד' סעיף ה, וסעיף יט, סי' ז' סעיף יז

37..... סימן ח בת נכרי לכהן  
 האם כהן רשאי לשאת אשה שאביה נכרי.

אדה"ע סי' יא, חו"מ סי' לה סעיף יד

39..... סימן ט' המשקל הראייתי שיש לעדות חוקר פרטי לאסור אשה על הנטען  
 חוקר פרטי שאינו כשר לעדות עפ"י ההלכה, חזקה "אומן לא מרע אומנותו". המשקל להודאת בעל דין על כיעור ולא על איסור.

אדה"ע סי' ו סעיף יג, סי' יא

43..... סימן י היתר נישואין לנטען  
 האשה חזרה בה מהודאת בעל דין שנאסרה לנטען. דין בועל שני.

## אה"ע סי' מח סעיף ו

- 51..... סימן יא טוענת קידשתני והלה מכחיש..... האשה טוענת שהוסדרו קידושין ללא רישום, והאיש מכחיש, האם יחוייב בגט.

## אה"ע סי' קמט סעיף ה

- 53..... סימן יב הצורך בסידור גט לבני זוג שחיו יחד זמן רב ללא חופה וקידושין..... אה"ע סי' קמא סעיף ל, סי' קמב סעיף ט, יורה דעה סי' רמב סעיף יד

- 56..... סימן יג סידור חו"ק וגיוור על ידי מי שאינו מוסמך.....

## אה"ע סי' מב סעיף א'

- 59..... סימן יד קידושי שחוק..... קידושין שנעשו דרך שחוק והיתול על שפת הים, טבעת שאולה, עדי קידושין שאינם שומרי תורה ומצוות.

- 61..... סימן טו ביטול קידושין בטענת מקח טעות..... טענה שלאחר הנישואין התבררה מחלה נפשית אצל הבעל, והתברר שאינו מטובי הלומדים בישיבה כפי שהוצג בטרם הנישואין.

## אה"ע סי' סו סעיף ו

- 63..... סימן טז ערך מאתיים וזו ומאתיים זקוקים ופיצויי גירושין.....

- 65..... סימן יז הצמדה למדד של הסכום הנקוב בשטר הכתובה..... ביורר השאלה העקרונית האם הסכום הנקוב כתוספת כתובה מוצמד, והובאו שני פסקי דין ונעשתה הבחנה בין מקרה שללא ההצמדה הסכום נשחק באופן קיצוני, לשחיקה מועטה.

## חו"מ סי' סו סעיף כג

- 69..... סימן יח תוקף מחילת הכתובה שנכתב בה שלא תועיל מחילה.....

- 70..... סימן יט חזרה מהמחילה על הכתובה לאחר שהמחילה אושרה בפסק דין.....

## אה"ע סי' סז סעיף י', חו"מ סי' ה סעיף ב, סי' רלה סעיף יז, סי' רצ סעיף א'

- 74..... סימן כ כתובת חרש אילם..... כתובת חרש נעשית באמצעות בית דין הקובע את גובה ההתחייבות בכתובה, כשההליך לא הוסדר באמצעות שלושה שהתוועדו כבית דין, ונעשה בלילה שאינו זמן הראוי לישיבת בית דין.

## אה"ע סי' ע' סעיף יב

- 89..... סימן כא פסיקת מזונות לאשה שבעלה עזב את הבית ומייחס לאשה את האשמה בפירוד..... ההלכה הפסוקה בשו"ע אה"ע סי' ע' סעיף יב קובעת שחובת הבעל במזונות אשה בעת שגרים בנפרד נובעת מההבחנה בין אם המניעה ממנו או ממנה. הבחנה זו מתייחסת לתקופה שבה האשה תובעת את המזונות ומתקיים הדיון לבירור חיוב הבעל במזונות אשתו, וככל שבמועד זה המניעה ממנו חייב במזונותיה, לא כן כשבמועד הדיון כבר ברור שהבעל מסכל את שלום הבית.

## אה"ע סימן קי"ז סעיף י"א

- 92..... סימן כב מזונות אשה שחויבה בגירושין..... בית הדין פסק לחייב את האשה בגירושין, הגם שלא נפסק לכפות את האשה בגירושין בעל כורחה. שלילת המזונות אינה אמצעי לכפיית הגירושין, אלא תוצאה של סירוב האשה להתגרש, והואיל ועיכוב הגירושין הוא מחמתה, הבעל פטור ממזונות. דיון האם שלילת הזכאות מיום פסק הדין, או מיום הפירוד.

## אה"ע סי' עא

- 95..... סימן כג חובת אב אברך במזונות ילדיו..... אברך הטוען שהוסכם מראש שישב וילמד ולא יעבוד, האם פטור ממזונות ילדיו.

- סימן כד האם קצבת הנכות של הבן פוטרת את האב ממזונותיו..... 96
- סימן כה דרישת האב לקחת עמו את ילדיו לאומן לראש השנה בימי מגפת הקורונה..... 99
- אדה"ע סי' פב סעיף ז
- סימן כו חובת האב במזונות הילדים שבהתנהגותם מונעים קיומם של ביקורים אצלו..... 100
- בירור הזיקה שבין חובת האב לפרנס את ילדיו הגרים בנפרד ממנו, לקיומו של הסדר ביקורים.
- אדה"ע סי' עה סעיף א
- סימן כז סכסוך אודות מגורי הזוג..... 102
- בירור מהו מקום המגורים המחייב את בני הזוג כשגרו בצפת ועברו לזמן קצר לירושלים והבעל חזר לצפת ודורש שהאשה תשוב עמו, והאשה דורשת שיגור עמה בירושלים.
- אדה"ע סי' קטו
- סימן כח כתובה בפירוד שנוצר מתלונת האשה שלא התבררה..... 107
- הגישה תלונת שווא, האם דינה כעוברת על דת, כשהתלונה נסגרה, התנאי למעמדה כעוברת על דת, שהיתה התראה מוקדמת. הוציאה את בעלה מהבית. הגירושין יצאו ממנו או ממנה.
- אדה"ע סי' ע' סעיף יב, סי' קנד סעיף ג
- סימן כט הפסד כתובה ומזונות בגין אירוע אלים או קללה..... 112
- אלימות או קללה מצד האשה כתוצאה מפרובוקציה של הבעל.
- אדה"ע סי' קנד
- סימן ל תשלום הכתובה בבעל אסיר שדינו לחיוב בגירושין..... 114
- באילו מקרים פסק הדין לחיוב הבעל בגירושין אינו מונע חיובו בתשלום הכתובה במלואה.
- אדה"ע סי' ע' סעיף ב, אורח חיים סי' תרלט סעיף ב
- סימן לא חיוב הבעל בגירושין עקב לינה נפרדת מאשתו בקביעות..... 115
- אדה"ע סי' ע, חו"מ סי' כו סעיף ב
- סימן לב "מדור ספציפי" בבית הדין, כשתביעת המזונות והמדור נידונה בבית המשפט..... 117
- אדה"ע סי' עז סעיף ב
- סימן לג התנאים להפסד כתובה בטענת מאיס עלי..... 119
- טענת מאיס עלי לאחר שהבעל עזב את אשתו או הגיש תביעת גירושין. האם יש משקל לטענה זו שלא נטענה בבית הדין, ובלא התראה שתפסיד כתובה.
- אדה"ע סי' עז סעיף ג, סי' פה סעיף יט
- סימן לד פסיקת "דינא דמתיבתא" וההשלכות הנובעות מפסיקה זו..... 125
- מה הם התנאים לפסוק את "דינא דמתיבתא" שברמ"א סי' עז ס"ג, ומה ההשלכות מפסיקה זו. מהי "אמתלא מבוררת", שנקבעה כתנאי לפסיקה זו. זכאות הבעל בפירות נכסי מלוג של אשתו שמאסה בו, וכשאינם משמשים ל"רווח ביתא".
- אדה"ע סי' עז, סי' קלד (בב"י), סי' קנד סעיף כא
- סימן לה הרחקות דרבינו תם בטענת "מאיס עלי"..... 130
- מה התנאים לפסיקה המורה על "הרחקות דרבינו תם" וצווי הגבלה שאין בהן כפייה על הגירושין, האם די בקביעה שהאשה מאסה בבעלה, האם לעניין זה נחוצה "אמתלא מבוררת".
- אדה"ע סי' עז ס"ב
- סימן לו החזר מתנות שניתנו על ידי הורי הבעל כשהאשה מורדת..... 132
- החזר מתנות שניתנו על ידי קרובי הבעל, האם דינם כמתנות שנתן הבעל.

## אה"ע סי' עז

- סימן לז בעל שעזב את הבית לבקשת אשתו, ואינו מסכים לשוב, האם יחויב בכתובה. 135 .....
- סימן לח מזונות "מעוכבת מחמתו" באשה שנאסרה לבעלה. 137 .....
- האם ההלכה השוללת זכאות למזונות אשה שנאסרה לבעלה, נאמרה גם ביחס למזונות מעוכבת.
- סימן לט כתובה שנקוב בה סכום גבוה מאוד. 138 .....
- האם סכום גבוה מחייב, או שייחשב כאסמכתא, האם ייחשב כנכתב לכבוד בעלמא ואינו מחייב.
- סימן מ חובת הבעל בתשלום הכתובה כששניהם רוצים להתגרש זה מזה. 145 .....
- האם רצון משותף לגירושין מביא לשלילת הזכאות לכתובה, באילו נסיבות ייקבע שאדעתא דלמשקל ולמיפק לא התחייב. ביאור הטור אה"ע סי' קיח, הגירושין יצאו ממנו או יצאו ממנה.

## אה"ע סי' עז, סי' פ' סעיף יח

- סימן מא זכאות לכתובה לאחר שהבעל ביקש מאשתו לצאת מהבית. 156 .....
- גדרי מורדת כשהפירוד החל ביוזמת הבעל. מה מוטל על הבעל לאחר שביקש מאשתו לעזוב, וחזר בו.

## אה"ע סי' עז, טור סי' קיח

- סימן מב גדרי מורד, מורדת ו'יצאו הגירושין ממנה' לענין כתובה. 159 .....
- הגדרת "מרידה" כפשיעה, אך לא כשקיים אילוץ מוצדק לפירוד. הצד התובע את הגירושין כאחראי לפירוק הנישואין.

## אה"ע סי' עז

- סימן מג תבע גירושין ועזב את אשתו ולאחר שהאשה תובעת גט וכתובה הבעל חוזר בו. 164 .....
- באילו נסיבות תתקבל חזרה ממרידה.
- סימן מד תשלום הכתובה לאחר שהתעורר ספק בזכאות לכתובה. 171 .....
- על מי נטל הראיה בטענה לשלילת הזכאות לכתובה. מי נחשב כמוחזק, האשה שבידה שטר כתובה, או הבעל הנדרש לתשלום.
- סימן מה עיכוב חיוב האשה בגירושין כשהבעל אינו מציית לפסק דין למזונות. 183 .....
- האשה חויבה בגירושין, אך הגירושין מעוכבים עד שהבעל יהיה "ציית דינא" ויציית לפסיקה המחייבת אותו בתשלום מזונות. מחלוקת בין בני הזוג מה סוכם ביחס למקום מגוריהם לאחר הגירושין. חיוב האשה בגירושין כשאינה רוצה את בעלה אך מסרבת להתגרש.

## אה"ע סי' פב סעיף ז

- סימן מו גרושה נישאה ומבקשת לגור עם הילדים במקום מרוחק מהאב. 187 .....
- כשהילדים במשמורת האם, אם להגביל אותה למגורים במרחק קצר מבית האב.

## יו"ד סי' רמו סעיף ו

- סימן מז מחלוקת בין ההורים על המוסד החינוכי שהבת תירשם. 189 .....

## יו"ד סי' רמ

- סימן מח ביקורי הבנים אצל האב הכרוכים בקושי עקב טענות כנגדו. 190 .....
- טענת הבנים שאינם חייבים במצוות כיבוד האב, עקב מעשים שליליים שעשה, האם זכותו של האב שלא לאפשר לבנים קבלת אזרחות ישראלית.

## אה"ע סימן צט סעיף ב

- סימן מט דין תכשיטים וכלי הבית עם הגירושין. 194 .....
- בהיעדר הסכם גירושין, כיצד יחולקו בין בני הזוג תכשיטי האשה וכלי הבית.

## אה"ע סי' קטו

- סימן נ חיוב אשה בגירושין לאחר שהכשילה את בעלה באיסור נדה. 197 .....
- האם תחויב בגירושין ותפסיד כתובה רק לאחר התראה מוקדמת. נאמנות האשה שהכשילה.



אדה"ע סי' קיז סעיף יא, סי' קיט סעיף ו, סי' קנד סעיף א

202 ..... סימן נא חיוב האשה בגירושין כשמעכבת הגירושין עד לתשלום הכתובה  
בגד באשתו וחויב בגירושין, ונפסק שהאשה זכאית לכתובתה. למרות שאינה רוצה את בעלה שבגד בה, יכולה לעכב את הגירושין עד שישלם את הכתובה.

206 ..... סימן נב חיוב גט לאשה המסרבת לעבור אבחון כהוראת בית הדין  
סירובה לאבחון שבית הדין הורה עליו, מביא את בית הדין לקבל טענת הבעל אודות בריאותה הנפשית של האשה הלקויה. מעמדה של חוות רפואית המוגשת מטעם צד אחד.

אדה"ע סי' קטו

212 ..... סימן נג תום לב בתביעת גירושין ובשאר תביעות, עוברת על דת בזמן הזה  
תביעת גירושין המבוססת על עילה הנטענת בחוסר תום לב, הבחנה בין 'עוברת על דת' לעושה 'מעשה כיעור', תביעה לחייב אשה בגירושין עקב עילה של 'עוברת על דת', כשהבעל התובע מצוי באותה בעיה.

אדה"ע סי' קטו סעיף ו

218 ..... סימן נד חיוב גירושין עקב בדיקת הריון שהאשה עשתה בהיותה בפירוד מהבעל  
לבדיקה זו המוכיחה שהאשה בגדה בבעלה, משקל ראיתי לבסס את תביעת הבעל לחייבה בגט.

אדה"ע סי' עט סעיף ג

223 ..... סימן נה דחיית תביעה לחיוב אשה בגירושין עקב מחלת פיברומאילגיה  
האיסור לגרש אשה עקב מחלה, באיזה סוג מחלה נאמרה הלכה זו.

אדה"ע סי' עז סעיף א, סי' קיט סעיף ו'

229 ..... סימן נו חיוב האשה בגירושין בטענת "מאוסה עלי"   
חיוב אשה בגירושין כשהם בפירוד ממושך והבעל מאס באשתו לאחר חרם דר"ג, חרם דרבינו גרשם בקהילות הספרדים.

אדה"ע סי' עז סעיף א

237 ..... סימן נז בעל שטענתו "מאוסה עלי" התקבלה, חיוב הגירושין המזונות והמדור הספציפי.

אדה"ע סי' קיז סעיף ב

240 ..... סימן נח חיוב האשה בגט עקב וגיניזמוס

אדה"ע סי' קיז

244 ..... סימן נט חיוב אשה בגירושין עקב העלמת מחלה נפשית

אדה"ע סי' קיט סעיף ד

246 ..... סימן ס "אשה רעה" חיובה בגירושין

אדה"ע סי' כו סעיף א, סי' קנ סעיף א

251 ..... סימן סא גט בנישואין אזרחיים כשקיים טעם להימנע מסידור הגט  
ההלכה המקובלת לסדר גט גם בנישואין אזרחיים, אך בנסיבות מיוחדות שסידור הגט מסב נזק יש מקום לשקול שלא לחייבו.

אדה"ע סי' לה, סי' קיז

255 ..... סימן סב טענת מקח טעות והאשה טוענת שהודיעה קודם לנישואין על מי חובת הראיה  
טענת האשה שהבעל ידע מהמום ומחל, אם נאמנת.

אדה"ע סי' קיט סעיף ד

257 ..... סימן סג מגורי הזוג לאחר הגירושין בקומה נפרדת באותו בית  
הוסדרה הפרדה בבית לשתי יחידות דיור נפרדות וחצרות נפרדות, אם ניתן לסדר גט.

## אה"ע סי' קב סעיף א

258 ..... סימן סד הצעה להסדרת תשלום שכר הסופר ..... הצעה לסדר התשלום לסופר בדרך שתתאים גם לשיטת התורה גיטין, הגם שהאחרונים חלקו עליו.

## אה"ע סי' קבט

261 ..... סימן סה שם שנרשם בתעודות - כתיבתו בגט ..... האם וכיצד לכתוב בגט שם הרשום בתעודות.

## אה"ע סי' קבט

262 ..... סימן סו גט שבו האות J נכתב באותיות דז ולא דזש ..... לבני אשכנז שהאות J נכתבת דזש, האם שינוי שבו הושמטה האות ש' פוסל את הגט.

## אה"ע סי' קבט

262 ..... סימן סז כתיבת קיצור השם בגט כשנקרא בו בלבד .....

## אה"ע סי' קבט

263 ..... סימן סח שם שנשמר ב"מי שברך" ובכתובה בלבד ..... האם שם לידה שאינו בשימוש כלל למעט בעת ברכת "מי שברך", דינו כשם שנשתקע.

## אה"ע סי' קבט

269 ..... סימן סט כתיבת השם מילכה בגט ..... האם שם זה יכתב מלכה כמו שכתוב בתורה או מילכה כדי שלא יטעו ויקראו מלכה בפתח.

## אה"ע סי' קבט

270 ..... סימן ע שני שמות זהים בכתיבתם ושונים בקריאתם ..... כתיבת השמות בגט כשלאותו אדם שני שמות הנכתבים באותן אותיות אך נקראים אחרת.

## אה"ע סי' קלא ס"ז

272 ..... סימן עא כתיבת הגט לסירוגין ..... כתיבת הגט לסירוגין, בהפסקות ולא ברצף אחד.

## אה"ע סי' קלט סעיף יד

273 ..... סימן עב מסירת גט על ידיים עם כפפות ..... האם כשידי האשה המקבלת את הגט עטויות בכפפות, זו חציצה הפוסלת מתן הגט בידה.

## אה"ע סי' קבא, סי' קמה ס"ט, סי' קבח סעיף ב

274 ..... סימן עג גט הניתן על תנאי כדי להציל האשה מעיגון ..... סידור גט לחולה הנמצא בתרדמת לסירוגין, להציל האשה מעיגון. נוסח התנאי. עיתים חלים עיתים שוטה, אם בזמן שטותו מוגדר "אינו בר גירושין". סידור גט במקום שטרם נכתב בו גט, ניסוח שם המקום.

## אה"ע סי' קמא

278 ..... סימן עד סימני הגט שבהרשאה אינם נכונים ..... התקבלה הרשאה של שליח הגט, ואין התאמה בין הגט לסימני הגט שבהרשאה.

## אה"ע סי' עז, סי' קנד סעיף א

280 ..... סימן עה "מאיס עלי" האם פוסקים לחייב גירושין והרחקות דר"ת, ו"עובר על דת" ..... חיוב הבעל בגירושין בטענת מאיס עלי, האם יפסקו צווי הגבלה שהם במסגרת הרחקות דר"ת, מתי דינו של הבעל כעובר על דת, ומהי ההשלכה מקביעה זו.

אה"ע סי' קלד

289 ..... סימן עו כשרות הגט לאחר קנס בגין עיכוב הגירושין.....  
 כשרות הגט לאחר הסכם או פסיקה המחייבים תשלום קנס בגין עיכוב הגירושין.

אה"ע סי' קלד, יורה דעה סי' שלה סעיף י

291 ..... סימן עז הגבלת קיום מצוות לטרבן גט שנפסק לכופו בגירושין.....  
 האם כחלק מאמצעי כפיית הבעל לגירושין, לאחר פס"ד לכפייתו, אפשר להגבילו בתפילה במנין וכיוצ"ב.

אה"ע סי' קלד

293 ..... סימן עח הליך פלילי נגד סרבן גט שבית הדין פסק לכפותו בגירושין.....  
 הוסדרה אפשרות חוקית שבמקרים חריגים, סרבנות גט תיחשב כעבירה פלילית, האם ניתן ליישם אפשרות זו ולהביאו להליך פלילי אזרחי כאמצעי כפייה לכופו בגירושין.

אה"ע סי' קמג סעיף כא

299 ..... סימן עט המחויב בגט ומתנה הגירושין בקבלת רכוש האשה .....  
 השלמת סי' צ"א בעטרת דבורה ח"ב - שיטת מהרשד"ם חלק אה"ע סי' מא, האם המחויב בגירושין רשאי לעכב הגט עד שדרישות רכושיות שהציב יתמלאו. שיטת מהרש"ם חלק ה' סי' ס' בזיקה לשיטת מהרשד"ם.

אה"ע סי' קלד

308 ..... סימן פ ביטול גט בטרם נמסר.....  
 כשרות הגט לאחר שהבעל אמר שלא בפני הסופר והעדים: "גט זה מעושה ואני נותנו בניגוד לרצוני".

אה"ע סי' קמה סעיף ט

311 ..... סימן פא דחיית טענות האיש לביטול גט בגין הפרת הסכם הגירושין.....  
 טענת הבעל לבטל את הגירושין לאחר שהאשה הפרה את הסכם הגירושין בהפרה יסודית, האם דינו של הגט כ"גט מוטעה", ובטל. התועלת בסידור הגט עפ"י סדר הגט בצירוף התוספת שקבע הטיב גיטין, המסירה כל טענה לביטול הגט למפרע.

סי' קנד סעיף כא

346 ..... סימן פב צו איסור העסקה באגד כהרחקה דר"ת.....  
 האם צו איסור העסקה נותר במסגרת הרחקות דר"ת, או שהוא כפייה גמורה שאינה אפשרית כל עוד לא ניתן פסק דין לכפיית הגירושין.

סי' קנד סעיף כא

350 ..... סימן פג האפשרות שלא לדון בתביעת ממון של המסרב לתת גט.....  
 האם הימנעות להיזקק לתביעתו של סרבן גט תיחשב ככפייתו בגירושין.

אה"ע סי' קי"ט סעיף יא

352 ..... סימן פד צו הרחקה כדי לאפשר ביצוע פס"ד לחיוב גט.....  
 בנסיבות שאין עילה להוציא את אחד מבני הזוג מהבית, האם לאחר חיוב הגירושין קיימת אפשרות להרחיק את בן הזוג על מנת לאפשר ביצוע הגירושין המחויבים.

אה"ע סי' קנד

358 ..... סימן פה חיוב בעל רגזן בגט.....  
 באילו נסיבות, היסוד: "לחיים ניתנה ולא לצער ניתנה", מביא לפסיקת חיוב הבעל בגירושין.

אה"ע סי' עז סעיף א, סי' קנד

360 ..... סימן פו כפיית גירושין כששני בני הזוג אינם חפצים זה בזה.....  
 השלמה לנאמר בספר עטרת דבורה ח"ב סי' עט – שיטת רבינו ירוחם, חיוב גירושין או כפייה.

## אה"ע סי' סי' קנד סעיף ח-ט

סימן פז בעל שברח מהארץ ומעגן את אשתו, פסיקת גירושין בלא התייצבותו לדיון..... 362  
האם יתכן לפסוק כפיית בעל שברח מהארץ ומעגן את אשתו בלא דיון במעמד שני הצדדים. האם כשעילת העיגון ידועה וללא ספק, ניתן פסוק כפיית גט בלא שהבעל שברח יתייצב לדיון.

## סימן קנד סעיף א

סימן פח חיוב גט וכתובה לבעל הבוגד באשתו..... 371  
מהי רמת ההוכחה הנחוצה להוכיח בגידה, כשהבעל מכחיש.

## אה"ע סי' קכא, סי' קנד סעיף ה

סימן פט בעל החולה במחלת הסכיזופרניה, חיוב בגירושין..... 372  
האם מחלת נפש היא עילה לחיוב הגירושין, הדין כשקיימת הפוגה בהתקפים הפסיכויטיים.

## אה"ע סי' קכא, סי' קנד סעיף ה

סימן צ בעל הנדרש לעבור אבחון פסיכיאטרי ומסרב, חיובו בגירושין..... 378  
האם לאחר שהבעל חייב באבחון ומסרב, מתקבלת טענת האשה שהבעל לוקה במחלת נפש.

## אה"ע סי' קנד סעיף כא

סימן צא תשלום הכתובה לאחר חיוב הבעל בגט ועוד קודם לגירושין..... 384  
האם תשלום הכתובה אינו אלא לאחר הגירושין, או יתכן אף לאחר פסיקת חיוב הגירושין, ועוד קודם למועד שסודר הגט.

## אה"ע סי' א סעיף י

סימן צב חיוב הבעל בגירושין לאחר שנשא אשה אחרת ומעגן את אשתו. התנאים להיתר נישואין לבעל. 387

## אה"ע סי' קסא

סימן צג חליצת הגדול הנשוי או הקטן שאינו נשוי מה עדיף..... 392

**חלק חושן משפט**

## חור"מ סי' ג סעיף א, סי' יד

סימן א סמכות בית הדין בתביעת גירושין ביחס לבני חור"ל..... 396  
המעמד העודף של בית דין שלו יכולת אכיפה לפסק דינו, באילו נסיבות בית הדין בארץ יזקק לתביעה ששני בני הזוג גרים דרך קבע בחור"ל. האם נכון להורות על בית דין של זבל"א.

## חור"מ סי' יג סעיף ב, סי' יד

סימן ב תביעת גירושין נידונה בבד"ץ והתובעת מבקשת להעביר הדיונים לביה"ד האזורי. 403  
המעמד העודף של בית דין שלו יכולת אכיפה לפסק דינו, האם לאחר שהחלו דיונים בבית דין שאין לו סמכויות אכיפה, ניתן לבקש לקיימם בבית דין שלו סמכויות אכיפה. מעמד חתימה על שטר בוררות בתביעה שאינה ממון אלא גירושין.

סימן ג הסמכת בית הדין לפסוק לפי שיקול דעת רחב..... 409  
מהי המשמעות להסמכה זו, ועד כמה בית הדין רשאי לחרוג מהדין המקובל.

## חור"מ סי' יב, סי' יח, אה"ע סי' קמב סעיף יט

סימן ד הבעיות ההלכתיות בסדרי עבודת בתי הדין בתכנת "שיר"ה", והצעות לפתרון.. 411  
קבלת ההחלטה במותב תלתא, ההכרח במותב תלתא כשנחלקו הדעות בבית הדין, מעמדו של שטר שניתן לשנות בו את תוכנו גם לאחר החתימה, האם מעמדה של חתימה על פסק דין כמעמד חתימה על שטר, מעמדה של חתימה ממוחשבת, חתימה במסירת קולמוס.

אה"ע סי' יז

סימן ה פסילת טוען רבני לייצג בעל דין לאחר שייעץ לצד השני..... 421

ח"מ סי' ב

סימן ו ההתמודדות הציבורית עם טוהר המחנה..... 422

פורום משפטי הנזכר בתשובות הראשונים והנקרא "ברורי העבירות", מעמדו, והחובה שיעמוד בגדרי בית דין הדן דיני ממונות, נישואין וגירושין. החובה לקיים שמוע בין אחיכם.

ח"מ סי' יב סעיפים ה, יח

סימן ז פסיקת פשרה ברוב דעות ובהיעדר הסכמת הצדדים לפשרה..... 431

מתי בית הדין מוסמך לפסוק פשרה, האם נחוצה הסכמה מוקדמת של בעלי הדין, וברוב דעות.

ח"מ סי' סי' יג סעיף ו, סי' יד סעיף א, סי' כה, אה"ע סי' קלד סעיף ה

סימן ח יחסי הגומלין בין בית הדין האזורי לבית הדין הגדול..... 433

סמכותו של ביה"ד הגדול לבטל פס"ד של ביה"ד האזורי, עפ"י ההלכה. האם עפ"י ההלכה בית דין יכול להוציא לפעול פסק דין מבי"ד אחר שלדעתו נפלה בו טעות. החזרת התיק לביה"ד האזורי לביצוע פסק דין, לאחר שביה"ד הגדול פסק אחרת. האם קיימת הבחנה בין ממון לאיסורים וגירושין, פסק דין שאינו מנומק. גט עפ"י הכרעה במחלוקת ראשונים או אחרונים, מצוה לשמוע דברי חכמים, המוטלת על מחויב בגט, מי הם החכמים: חז"ל או ביה"ד הפוסק.

סימן ט דיון בין בני זוג אודות רכוש הרשום על שם צד ג' שאינו בעל דין בדיון זה..... 448

בני זוג נחלקו אודות זכויות ממון ברכוש הרשום על שם צד ג', ומבקשים פסיקה בלא שאותו צד הצטרף לדיון כבעל דין, צירוף שלפי הוראות החוק הנוכחי אינו אפשרי. האם יש טעם לדון ולשמוע טענותיהם בנידון.

אה"ע סי' יא סעיף ד, ח"מ סי' לו סעיף א

סימן י הסתמכות על קלטת וידאו המתעדת חו"ק בדיון אודות תוקפן..... 450

דיון שלא בפני הבעל, חו"ק בפני עדים כשרים ופסולים בלא לייחד את העדים הכשרים.

ח"מ סי' קנד סעיף ב, אה"ע סי' קיט סעיף יא

סימן יא זכותו של הגרוש לגור עם אשתו וילדיה בדירה המשותפת לו לגרושתו..... 456

דירה השייכת לגרוש ולגרושה, והגרוש נכנס לגור בה עם אשתו החדשה וילדיה, וללא רשות הגרושה, האם זכותו לומר שהוא מכניסה לגור בחלקו בדירה. זכות המגורים בדירה המשותפת לאחר הגירושין.

ח"מ סי' קנד סעיף א, סי' קסא סעיף א, סי' קסג סעיף א

סימן יב סכסוך שכנים בבית משותף..... 460

בירור תביעה מטעם "ועד הבית" ודיירים בבנין משותף, כנגד אחד הדיירים. מעמדו של "ועד הבית", ושל החלטות אסיפת הדיירים. מעמדו של "חוק בתים משותפים" עפ"י ההלכה. שתי דירות שחוברו לדירה אחת – היקף תשלומי מס ועד הבית, כדירה אחת או כשתי דירות.

ח"מ סי' רא סעיף א

סימן יג מעמדו של הסכם בין בני זוג שלא אושר בביה"ד או בביהמ"ש..... 467

מאחר שהחוק אינו מכיר בהסכם ממון בין בני זוג שלא אושר בערכאה שיפוטית, האם לא יחייב בהיעדר גמירות דעת להתחייב בהסכם שאינו בר תוקף חוקי. דין סיטומתא קניא.

ח"מ סי' כב סעיף ב, סי' כו

סימן יד חלוקת הרכוש בין בני זוג בהתאם לחוק יחסי ממון, לאחר קבלת קנין..... 468

בני זוג המביעים הסכמה לחלוקת הרכוש שלא לפי כללי ההלכה אלא עפ"י החוק, האם נכון לעגן הסכמה זו בקנין בטרם החל הדיון לבירור התביעה לחלוקת הרכוש. מעמדה של הסכמה לדיון בפני ערכאות. ההבחנה בין הסכמה לדיון בפני ערכאות להסכמה לדיון עפ"י כללי החוק אזרחי. דיירים המביעים הסכמה להסדיר את ענייני הבית המשותף עפ"י הוראות החוק.

## ח"מ סי' סב, סי' שיב סעיף ט

סימן טו חלוקת דירה לפי ההשקעה או הרישום, טענת מקח טעות ..... 478  
 האם דירת בני זוג שהתגרשו תחולק בחלקים שווים לפי הרישום, או לפי ההשקעה שכל צד השקיע ברכישת הדירה. טענת מקח טעות שנועדה להביא לביטול הקידושין ואת ההסכמה לרכישת הדירה בחלקים שווים. טענה לביטול הרישום המשותף על יסוד אומדנא שעל דעת כן לא הקנה.

## או"ח סי' קנג סעיף כב, ח"מ סי' קמט סעיף לא

סימן טז חזקה בתקיעת שופר ..... 486  
 אחד ממתפללי בית הכנסת הוחזק כבעל תוקע בראש השנה, אם זו חזקה שאין להורידו מחזקתו. הדין כשחלו שינויי נסיבות מהותיים.

## ח"מ סי' סא סעיף טז

סימן יז פרשנות הסכם ממון ..... 489  
 מה הכללים לפרש הסכם ממון כשקיימות שתי חלופות לפירושו.

## ח"מ סי' רא, סי' פא סעיף ו

סימן יח תביעה לביטול הסכם גירושין ..... 491  
 תוקף הסכם גירושין חתום עפ"י ההלכה. הסכם גירושין שאושר וחזרו לניסיון לשלום בית, האם ההסכם מתבטל.

## ח"מ סי' פו סעיף ה

סימן יט ביטול הסכם גירושין פיקטיבי ..... 495  
 הסכם גירושין שבו התחייבויות מופלגות מצד הבעל ולאחר זמן התברר שנועדו למנוע מבעלי חוב של הבעל לגבות את חובותיהם.

## ח"מ סי' קסג סעיף ב, סי' רלב סעיף ג

סימן כ ביטול הסכם גירושין ..... 498  
 טענת הבעל לביטול הסכם הגירושין מאחר ובעת חתימתו היה מאושפז בבי"ח פסיכיאטרי. לאחר זמן בעת הדיון בבית הדין לאישור ההסכם הבעל היה בריא וההליך לאישור ההסכם התנהל כמקובל. המשקל שיש לשיהוי בהגשת התביעה. תפקידו של בית הדין בדיון לאישור הסכם גירושין.

## ח"מ סימן פא סעיף יז, קבח סעיף א

סימן כא סכום כסף שניתן מהורי האשה האם מתנה או הלוואה ..... 502  
 הורי האשה נתנו לבני הזוג סכום כסף ולאחר מכן התעוררה מחלוקת האם הכסף ניתן כמתנה או כהלוואה. הודאת בעל דין. הועבר תיק להרכב אחר, האם פסיקת ההרכב הקודם מחייבת את ההרכב החדש.

סימן כב חלוקת רכוש ומעמד "הערת אזהרה" והסכם "זיכרון דברים" ..... 506  
 טיבה של הערת אזהרה, מעמדו של הסכם הנושא את הכותרת זכרון דברים.

## ח"מ סי' רמא סעיף א, סי' קצא סעיף א, סי' צט סעיף ו

סימן כג חזרה מהסכם מתנה בטענה שנעשה למראית עין ..... 509  
 מעמדו ההלכתי והמשפטי של הסכם המתנה, טענה שההסכם נועד להברחה מבעלי חוב.

## ח"מ סי' קפה סעיף א, ח"מ סי' שלט סעיף ו, ט"ז יו"ד סי' רלו ס"ק יג

סימן כד תביעה כנגד סופר סת"ם שלא עמד בהתחייבותו ..... 515  
 האם העיכוב בביצוע העבודה גורר ביטול העסקה, תפיסת ספר התורה בגין שכרו, ומכירתו במחיר מוזל.

## או"ח סי' קנג סעיפים ז, ח, יד

סימן כה הקדש הרב יעקב חי זריהן זצ"ל ..... 519  
 הקדיש ביתו לבית הכנסת באמצעות יפוי כח לרב שסמך עליו, מה הן זכויות אותו רב בנכס. אומדן דעת המצווה. מעמדו של בית הכנסת לאחר שהוקדש לציבור לתפילה. קנין אודיתא. אם בהקדש כזה אמירתו לגבוהה כמסירתו להדיוט.

## או"ח סי' קנג סעיף כב, חו"מ סי' קמט סעיף ל

529 ..... סימן כו חזקה בבית כנסת טשערנוביל בצפת  
ישיבה שנכנסה לבית הכנסת שהוא הקדש, האם הוחזקו ואין רשות להוציאם. ההבחנה בין "חזקת קרקע" ל"חזקת תשמישין".

## חו"מ סי' שו סעיף ח

531 ..... סימן כז תביעה בעקבות פיטורי ר"מ בישיבה, הקלטת סתר בדיון  
ר"מ בישיבה שאינו כפוף לראש הישיבה ואף פועל כנגדו, הצורך בהתראה קודם לפיטורין. הקלטת סתר של הדיון על ידי אחד מבעלי הדין.

## חו"מ סי' קעה

534 ..... סימן כח טענת בר מצרא למנוע סילוק שוכר צרכניה והשכרתה לאחר  
התובע הפעיל צרכניה ומבקש למנוע הוצאתו והשכרתה לאחר, האם עומדת לזכותו טענת "בר מצרא".

## חו"מ סי' שסג סעיף ו, סי' קעא סעיף ח

536 ..... סימן כט דמי שימוש, מתי יחויב בהן בן הזוג  
דירה המשותפת לשני בני זוג, ורק אחד עושה בה שימוש, מה התנאים לחייבו בתשלום מחצית שכר דירה לבן הזוג שאינו דר בדירה, הבחנה בין קודם גירושין ובין אחר הגירושין, ובתוך הנישואין בין בן הזוג הזכאי לזכויות כתוצאה מהנישואין או נשללה זכותו. דמי שימוש בבית גדול ונעשה שימוש בחלקו בלבד, האם יש מקום לטענה "בחלק שלי התגוררתי".

## חו"מ סי' שסג סעיף ו

543 ..... סימן ל גובה דמי השימוש שיחויב בעת שגר בבית עם ילדיו  
לאחר הגירושין הבעל ממשיך לגור בדירה המשותפת על שני בנים בוגרים, האם יחויב במחצית שכר דירה, או ישלם פחות מאחר וגרים עמו בני בנים.

## חו"מ סי' רנג סעיף ח

546 ..... סימן לא תשלום כתובה בנוסף לזכויות מכח חוק יחסי ממון  
האם במועד הגירושין בנסיבות והאשה לא הפסידה כתובתה, היא תקבל "כפל זכויות", הסך הנקוב בכתובה ואת הזכויות עפ"י חוק יחסי ממון. הבחנה בין זכויות מכח החוק המבשילות רק עם פקיעת הנישואין, ורכוש שלה שאין מניעה שתקבלו יחד עם הכתובה. האם שטר הכתובה מעיד על התחייבות החתן בלבד, או של שני בני הזוג, האם תוספת הכתובה נועדה שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה. אם יש טעם לדון בזכאות לכתובה כשיתכן שיתברר לאחר זמן כדיון סרק.

## חו"מ סי' רמג סעיף ב

556 ..... סימן לב תביעת אברך לקבלת מלגה  
מהי העילה לחייב את ראש הכולל לשלם לאברך את המלגה שסוכמה מראש עמו. האם דינו כפועל, שבעל הבית מחויב בשכרו.

## חו"מ סי' שעה, סי' יב סעיף ב

559 ..... סימן לג נטל הלוואות לשיפוץ בית הכנסת שלא ברשות הגבאים, מי חייב בפירעון  
זכותו של גזבר ליטול הלוואות בלא הרשאה מפורשת, דינו של יורד לשדה חבירו, בעל הבית המתנגד למעשיו של ה"יורד". חיוב הציבור לנהוג לפנים משורת הדין.

## יו"ד סי' שסח

568 ..... סימן לד הנחת קו צינור ביוב בבית העלמין העתיק בצפת  
מעמדו ההלכתי של בית הקברות, האם ניתן להניח בו קו צינור ביוב, שנועד למנוע גלישת ביוב המחללת את המקום.

## מפתח נושאים

### ענייני אבן העזר

1/א	אה"ע סי	חדר"ג כשהאשה חולת אלצהיימר ודמנציה וללא סיכוי להבריא.	♦	<b>חרם דרבינו גרשם</b>
11/ב	אה"ע סי	התנאים להיתר נישואין לשאת אשה שניה. דיון במעמד שני הצדדים.	♦	
387/צב	אה"ע סי			
13/ג	אה"ע סי	שינוי נסיבות לטובה במצב האשה יביא לביטול חרם דר"ג.	♦	
17/ד	אה"ע סי	היתר חרם דר"ג כשקיימת חלופה הוגנת אלא שאי אפשר לחייבה.	♦	
19/ה	אה"ע סי	המשקל המכריע לחזקה שהוחזקו כיהודים שומרי מצוות.	♦	<b>חזקה</b>
19/ה	אה"ע סי	מתי ניתן לבטל חזקה. המשקל שיש ליתן למאמרי מחקר היסטוריים.	♦	
32/ו	אה"ע סי	לא הוחזק ככהן אך שם המשפחה הינו שם כהונה, האם דינו ככהן.	♦	
35/ז	אה"ע סי	נאמנות אביו שאינו שומר מצוות להודיע לבנו שהוא כהן.	♦	
35/ח	אה"ע סי	בת נכרי לכהן	♦	<b>כשרות לכהונה</b>
37/ט	אה"ע סי	המשקל הראייתי שיש לעדות חוקר פרטי לאסור אשה על הנטען.	♦	<b>נאמנות לאסור על נטען</b>
43/י	אה"ע סי	חזרה בה מהודאה שנאסרה לנטען, דינו של בועל שני.	♦	
51/יא	אה"ע סי	טוענת קידשתני והלה מכחיש.	♦	<b>קידושין</b>
53/יב	אה"ע סי	הצורך בסידור גט לבני זוג שחיו יחד זמן רב ללא חופה וקידושין.	♦	
56/יג	אה"ע סי	סידור חו"ק גיור על ידי מי שאינו מוסמך.	♦	
59/יד	אה"ע סי	קידושין שנעשו דרך שחוק והיתול על שפת הים, טבעת שאולה.	♦	
61/טו	אה"ע סי	ביטול קידושין בטענת מקח טעות.	♦	
89/כא	אה"ע סי	מזונות לאשה שבעלה עזב את הבית ומייחס לאשה את האשמה בפירוד.	♦	<b>מזונות אשה</b>
90/כא	אה"ע סי	זכאות למזונות כשקיים ספק בעובדות הרלבנטיות לחיוב המזונות.	♦	
92/כב	אה"ע סי	מזונות אשה שחויבה בגירושין.	♦	
237/נז	אה"ע סי	לאחר שהתקבלה טענת הבעל "מאוסה עלי", והזכאות למדור ספציפי.	♦	
137/לח	אה"ע סי	מזונות "מעוכבת מחמתו" כשהבעל חויב בגט, באשה שנאסרה על בעלה.	♦	
112/כט	אה"ע סי	הפסד מזונות בגין אירוע אלים או קללה.	♦	
183/מה	אה"ע סי	מחלוקת בין בני הזוג מה סוכם ביחס למקום מגוריהם לאחר הגירושין.	♦	<b>מקום מגורי הזוג (בהיותם נשואים או גרושים)</b>
102/כו	אה"ע סי	עברו לגור בעיר אחרת והבעל חזר ודורש מאשתו תשוב עמו.	♦	
117/לה	אה"ע סי	"מדור ספציפי" בביה"ד, כשתביעת המזונות והמדור נידונה בביהמ"ש	♦	
257/סג	אה"ע סי	סידור הגט לאחר הפרדה לשתי יחידות דיור נפרדות וחצרות נפרדות.	♦	
459/יא	חוי"מ סי	זכות המגורים בדירה המשותפת לאחר הגירושין.	♦	
187/מו	אה"ע סי	גרושה נישאה מחדש ומבקשת לגור עם הילדים במקום מרוחק מהאב.	♦	
352/פד	אה"ע סי	צו הרחקה כדי לאפשר ביצוע פס"ד לחיוב גט.	♦	
95/כג	אה"ע סי	חובת אב אברך במזונות ילדיו.	♦	<b>מזונות ילדים</b>
96/כד	אה"ע סי	האם קצבת הנכות של הבן פוטרת את האב ממזונותיו	♦	
100/כו	אה"ע סי	חובת האב במזונות הילדים שאינם מבקרים אצלו	♦	
99/כה	אה"ע סי	דרישת האב לקחת את ילדיו לאומן לראש השנה בימי מגפת הקורונה.	♦	<b>ביקורי ילדים וחינוכם</b>
189/מז	אה"ע סי	מחלוקת בין ההורים על המוסד החינוכי שהבת תירשם.	♦	
190/מח	אה"ע סי	ביקורי הבנים אצל האב הכרוכים בקושי עקב טענותיהם כנגדו.	♦	
193/מח	אה"ע סי	האם זכותו של האב שלא לאפשר לבניו קבלת אזרחות ישראלית.	♦	
119/לג	אה"ע סי	התנאים להפסד כתובה בטענת מאיס עלי.	♦	<b>כתובה</b>
119/לג	אה"ע סי	טענה מאיס עלי לאחר שהבעל עזב אותה או הגיש תביעת גירושין.	♦	
119/לג	אה"ע סי	טענת מאיס עלי בטרם דיון, ובלא התראה שתפסיד כתובה.	♦	
352/פה	אה"ע סי	מתי כבר אינו רק טענת "מאיס עלי", אלא ממרר את חיי האשה וחייב בגט.	♦	
145/מ	אה"ע סי	חובת הבעל בתשלום הכתובה כששניהם רוצים להתגרש זה מזה.	♦	
384/צא	אה"ע סי	תשלום הכתובה לאחר חיוב הבעל בגט ועוד קודם לגירושין.	♦	
145/מ	אה"ע סי	באילו נסיבות ייקבע שאדעתא דלמשקל ולמיפק לא התחייב.	♦	
152/מ	אה"ע סי	ביאור דברי הטור אה"ע סי' קיח, הגירושין יצאו ממנו או יצאו ממנה.	♦	
159/מב	אה"ע סי			
159/מב	אה"ע סי	מורד, מורדת לענין כתובה. מרידה שאינה פשיעה את מחויבת מציאות.	♦	
156/מא	אה"ע סי	זכאות לכתובה לאחר שהבעל ביקש מאשתו לצאת מהבית.	♦	
164/מג	אה"ע סי	תבע גירושין ועזב את אשתו וכשהאשה תבעה גט וכתובה הבעל חזר בו.	♦	



125/לד	אה"ע סי' לד	פסיקת "דינא דמתיבתא" וההשלכות הנובעות מפסיקה זו .	◆
135/לו	אה"ע סי' לו	בעל שעזב את הבית לבקשת אשתו, ואינו מסכים לשוב, אם חייב בכתובה.	◆
110/כח	אה"ע סי' כח	הוציאה את בעלה מהבית.	◆
107/כח	אה"ע סי' כח	הגישה תלונה כנגד הבעל שפגע מינית בבתם והתלונה נסגרה.	◆
111/כח	אה"ע סי' כח	ספק בזכאות לכתובה.	◆
171/מד	אה"ע סי' מד		
255/סב	אה"ע סי' סב	טענת מקח טעות והאשה טוענת שהבעל ידע מראש, על מי חובת הראיה.	◆
478/טו	חוי"מ סי' טו	טענת מקח טעות בקידושין, עקב מחלה נפשית של הבעל, ושאינו למדן.	◆
112/כט	אה"ע סי' כט	הפסד כתובה בגין אירוע אלים או קללה.	◆
112/כט	אה"ע סי' כט	אלימות או קללה מצד האשה כתוצאה מפרובוקציה של הבעל.	◆
114/ל	אה"ע סי' ל	תשלום הכתובה בבעל אסיר שדינו לחיוב בגירושין.	◆
114/ל	אה"ע סי' ל	מתי פס"ד לחיוב הבעל בגירושין אינו מונע תשלום הכתובה במלואה.	◆
132/לו	אה"ע סי' לו	החזר מתנות שניתנו על ידי הורי הבעל כשהאשה מורדת.	◆
548/לא	חוי"מ סי' לא	האם שטר הכתובה מעיד על התחייבות החתן בלבד, או של שני בני הזוג.	◆
549/לא	חוי"מ סי' לא	האם תוספת הכתובה נועדה שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה.	◆
63/טז	אה"ע סי' טז	ערך מאתיים זוו ומאתיים זקוקים ופיצויי גירושין.	◆
10/א	אה"ע סי' א	התוספת היא בזקוקים ובסיכום הסכום נקוב בשקלים והחשבון אינו תואם.	◆
138/לט	אה"ע סי' לט	כתובה שנקוב בה סכום גבוה מאוד.	◆
65/יז	אה"ע סי' יז	הצמדה למדד של הסכום הנקוב בשטר הכתובה.	◆
546/לא	חוי"מ סי' לא	"כפל זכויות", תשלום כתובה בנוסף לזכויות מכח חוק יחסי ממון.	◆
69/יח	אה"ע סי' יח	תוקף מחילת הכתובה שנכתב בה שלא תועיל מחילה.	◆
70/יט	אה"ע סי' יט	חזרה מהמחילה על הכתובה לאחר שהמחילה אושרה בפסק דין.	◆
74/כ	אה"ע סי' כ	כתובת חרש אילם.	◆
492/יח	חוי"מ סי' יח	תוקף הסכם גירושין חתום עפ"י ההלכה.	◆
500/כז	חוי"מ סי' כז	תפקידו של בית הדין בדיון לאישור הסכם גירושין.	◆
492/יח	חוי"מ סי' יח	הסכם גירושין שאושר וחזרו לניסיון לשלום בית, האם ההסכם מתבטל.	◆
495/יט	חוי"מ סי' יט	ביטול הסכם גירושין פיקטיבי שנועד למנוע מבעלי חוב את חובם.	◆
489/יז	חוי"מ סי' יז	פרשנות הסכם ממון, כשקיימות שתי חלופות לפרשנות ההסכם.	◆
467/יג	חוי"מ סי' יג	הסכם בין בני זוג שלא אושר בביה"ד או בביהמ"ש.	◆
491/יח	חוי"מ סי' יח	תביעה לביטול הסכם גירושין.	◆
498/כז	חוי"מ סי' כז	טענה לביטול ההסכם כשהבעל היה במצב נפשי קשה בעת החתימה.	◆
478/טו	חוי"מ סי' טו	חלוקת דירה של בני זוג עפ"י רישום או עפ"י השקעה.	◆
194/מט	אה"ע סי' מט	דין תכשיטים וכלי הבית עם הגירושין.	◆
440/ח	אה"ע סי' ח	חיוב או כפיית גט עפ"י הכרעה במחלוקת ראשונים או אחרונים.	◆
440/ח	אה"ע סי' ח	מי החכמים שמצווה על המחויב בגט לשמוע לדבריהם, חז"ל או ביה"ד.	◆
280/עה	אה"ע סי' עה	האם פוסקים לחייב הבעל בגירושין על יסוד טענת "מאיס עלי".	◆
130/לה	אה"ע סי' לה	הרחקות דרבינו תם בטוענת "מאיס עלי", האם רק באתמלא מבוררת.	◆
283/עה	אה"ע סי' עה		
346/פב	אה"ע סי' פב	צו איסור העסקה באגד, אם נותר כהרחקה דר"ת, או שיחשב ככפיה.	◆
350/פג	אה"ע סי' פג	אם הימנעות להיזקק לתביעתו של סרבן גט תיחשב ככפייתו בגירושין.	◆
371/פח	אה"ע סי' פח	חיוב גט וכתובה לבעל הבוגד באשתו.	◆
202/נא	אה"ע סי' נא	בגד באשתו אם יחויב בגירושין.	◆
371/פח	אה"ע סי' פח	רמת ההוכחה הנחוצה להוכיח בגידה, כשהבעל מכחיש.	◆
372/פט	אה"ע סי' פט	בעל החולה במחלת הסכיזופרניה, חיובו בגירושין.	◆
378/צ	אה"ע סי' צ	בעל הנדרש לעבור אבחון פסיכיאטרי ומסרב, חיובו בגירושין.	◆
280/עה	אה"ע סי' עה	חיוב גט לבעל "עובר על דת".	◆
387/צב	אה"ע סי' צב	חיוב הבעל בגירושין לאחר שנשא אשה אחרת ומעגן את אשתו.	◆
360/פו	אה"ע סי' פו	כפיית גירושין כששני בני הזוג אינם חפצים זה בזה.	◆
212/נג	אה"ע סי' נג	תום לב בתביעת גירושין.	◆
291/סיעז	אה"ע סי' סיעז	הגבלת קיום מצוות, לסרבן גט שנפסק לכופו בגירושין.	◆
293/עח	אה"ע סי' עח	הליך פלילי אזרחי כאמצעי כפייה שנועד לכופו בגירושין.	◆
128/לד	אה"ע סי' לד	האם מחייבים אשה לשוב לבעלה לאחר טענת "מאיס עלי".	◆
299/עט	אה"ע סי' עט	המחויב בגט ומתנה הגירושין בקבלת רכוש האשה, שיטת מהרשד"ם.	◆
358/פה	אה"ע סי' פה	"לחיים ניתנה ולא לצער נתנה", כשיקול לחיוב גירושין במקרים קשים.	◆
362/פז	אה"ע סי' פז	בעל ברח מהארץ ומעגן אשתו, פסיקת גירושין בלא התייצבותו לדיון.	◆
352/פד	אה"ע סי' פד	פסיקת חיוב גירושין גוררת פסיקה בעוד נושאים, עוד בטרם הגירושין.	◆
229/נו	אה"ע סי' נו	חיוב האשה בגירושין בטענת "מאוסה עלי".	◆

**הסכם גירושין**

**חלוקת הרכוש**

**חיוב הבעל בגירושין**

**חיוב האשה בגירושין**

אה"ע סי' נז/237,		
אה"ע סי' ס/250		
אה"ע סי' נז/229	חרם דרבינו גרשם בקהילות הספרדים.	◆
אה"ע סי' מה/184	חיוב האשה בגירושין כשאינה רוצה את בעלה אך מסרבת להתגרש.	◆
אה"ע סי' מה/186	עיכוב הגירושין שהאשה מחויבת בהן, עד תשלום מזונות הילדים.	◆
אה"ע סי' נא/202	חיוב האשה בגירושין כשמעכבת הגירושין עד לתשלום הכתובה.	◆
אה"ע סי' נ/197	חיוב אשה בגירושין לאחר שהכשילה את בעלה באסור נדה.	◆
אה"ע סי' נה/206	חיוב גט לאשה המסרבת לעבור אבחון כהוראת בית הדין.	◆
אה"ע סי' נג/212	תום לב בתביעת גירושין.	◆
אה"ע סי' ס/249	הגדרת עוברת על דת.	◆
אה"ע סי' נג/216	תביעה לחייב אשה 'עוברת על דת' בגירושין כשהתובע באותה בעיה.	◆
אה"ע סי' נג/214	הבחנה בין 'עוברת על דת' לעושה 'מעשה כיעור'.	◆
אה"ע סי' נד/218	חיוב גירושין עקב בדיקת הריון של האשה בהיותה בפירוד מהבעל.	◆
אה"ע סי' נה/223	דחיית תביעה לחיוב אשה בגירושין עקב מחלת פיברומאליגיה.	◆
אה"ע סי' נה/224	האיסור לגרש אשה עקב מחלה, באיזה סוג מחלה נאמרה הלכה זו.	◆
אה"ע סי' נח/240	חיוב האשה בגט עקב וגיניזמוס.	◆
אה"ע סי' נט/244	חיוב אשה בגירושין עקב העלמת מחלה נפשית.	◆
אה"ע סי' סב/255	טענת מקח טעות והאשה טוענת שהבעל ידע, על מי חובת הראיה.	◆
אה"ע סי' ס/246	אשה רעה" חיובה בגירושין.	◆
אה"ע סי' עא/272	כתיבת הגט לסירוגין, בהפסקות ולא ברצף אחד.	◆
אה"ע סי' עג/274	גט הניתן על תנאי כדי להציל האשה מעיגון.	◆
אה"ע סי' עג/274	כיצד יש להסדיר תנאי בגירושין, בחשש עיגון.	◆
אה"ע סי' עג/276	עיתים חלים עיתים שוטה, אם בזמן שטותו מוגדר "אינו בר גירושין".	◆
אה"ע סי' פא/311	דין "גט מוטעה".	◆
אה"ע סי' פא/311	דחיית טענות האיש לביטול גט בגין הפרת הסכם הגירושין.	◆
אה"ע סי' פא/340	הדרך לסדר גט המוציאה מחשש טענה ל"גט מוטעה".	◆
אה"ע סי' פ/308	ביטול הגט ע"י הבעל בטרם נמסר.	◆
אה"ע סי' עב/273	מסירת הגט על ידיים עם כפפות.	◆
אה"ע סי' סא/251	סידור גט בנישואין אזרחיים. וכשקיים טעם להימנע מסידור הגט.	◆
אה"ע סי' עה/289	כשרות הגט לאחר קנס שהוטל על הבעל בגין עיכוב הגירושין.	◆
אה"ע סי' סה/261	שם שנרשם בתעודות - כתיבתו בגט.	◆
אה"ע סי' סו/262	גט שבו האות J נכתב באותיות דז ולא דזש (לבני קהילות אשכנז).	◆
אה"ע סי' סז/262	כתיבת קיצור השם בגט, כשנקרא בו בלבד.	◆
אה"ע סי' סח/263	שם שנשמר ב"מי שברך" ובכתובה בלבד.	◆
אה"ע סי' סט/269	כתיבת השם מילכה בגט.	◆
אה"ע סי' ע/270	שני שמות זהים בכתיבתם ושונים בקריאתם.	◆
אה"ע סי' עג/277	קביעת שם מקום שטרם נכתב בו גט, ומסודר עקב אילוץ של עיגון.	◆
אה"ע סי' עד/278	הרשאה של שליח הגט שאין התאמה בין הגט לסימנים שבהרשאה	◆
אה"ע סי' צג/392	חליצת הגדול הנשוי או הקטן שאינו נשוי מה עדיף.	◆

**סידור הגט**

**שמות גיטין**

**חליצה**

**ענייני חושן משפט**

חוי"מ סי' א/396, חוי"מ סי' ב/403	המעמד העודף של בית דין עם יכולת אכיפה לפסק דינו.	◆
חוי"מ סי' א/396	סמכות בית הדין בתביעת גירושין ביחס לבני חו"ל.	◆
חוי"מ סי' ב/403	החל דיון בבי"ד אחד, האם יכול בעל הדין לבקש בי"ד אחר.	◆
חוי"מ סי' ב/407	חתימה על שטר בוררות בתביעה שאינה ממון אלא גירושין.	◆
חוי"מ סי' כא/502	תיק עבר להרכב אחר, אם פסיקת ההרכב הקודם מחייבת.	◆
חוי"מ סי' ח/433	בית הדין הגדול לערעורים, מקור הסמכות לבטל פסי"ד אזורי.	◆
חוי"מ סי' ח/433	החזרת התיק מביה"ד הגדול לביה"ד האזורי שבוטל פסק דינו.	◆
חוי"מ סי' ח/443	פסק דין שאינו מנומק.	◆
חוי"מ סי' לא/554	אם ביה"ד רשאי לקיים דיון ויתכן שבעתיד יתברר כדיון סרק.	◆
חוי"מ סי' ד/411	קבלת ההחלטה במוטב תלתא, וכשנחלקו הדעות בבית הדין.	◆
חוי"מ סי' ד/416	אם מעמד חתימה על פסק דין כמעמד חתימה על שטר.	◆
חוי"מ סי' ג/409	הסמכת בית הדין לפסוק לפי שיקול דעת רחב.	◆
חוי"מ סי' ז/431	פשרה, אם נחוצה הסכמה של בעלי הדין, וברוב דעות.	◆
אה"ע סי' כ/79	בית דין הדן בלילה.	◆

**הלכות דיינים**

413/ד	חוי"מ סיי	81/כ	אה"ע סיי	בית דין שהדיינים לא התוועדו יחד.	◆
421/ה	חוי"מ סיי			פסילת טוען רבני לייצג בעל דין לאחר שייעץ לצד השני.	◆
422/ו	חוי"מ סיי			פורום שנועד לדון ולהעניש עוברי עבירה, מעמדו והלכותיו	◆
448/ח	חוי"מ סיי			דיון בין בני זוג אודות רכוש הרשום על שם צד ג'.	◆
450/מ	חוי"מ סיי			קיום דיון בתוקף נישואין בהיעדרו של הבעל.	◆
468/יד	חוי"מ סיי			חלוקת הרכוש בין בני זוג בהתאם לחוק לאחר קבלת קנין.	◆
468/יד	חוי"מ סיי			הסכמה לדיון בערכאות, לעומת הסכמה לפסיקה עפ"י החוק.	◆
427/ו	חוי"מ סיי			חובת בית הדין לשמוע בעלי הדין זה בפני זה.	◆
567/ג	חוי"מ סיי			חובת הציבור לנהוג לפנים משורת הדין, ופסיקה הכופה זאת.	◆
533/כז	חוי"מ סיי			הקלטת סתר של הדיון ע"י בעל דין.	◆
207/נב	אה"ע סיי			מעמדה של חוות רפואית המוגשת מטעם צד אחד.	◆
23/ה	אה"ע סיי			המשקל הראייתי שיש למאמרי מחקר היסטוריים.	◆
450/מ	חוי"מ סיי			המשקל הראייתי לקלטת וידאו המתעדת חו"ק.	◆
40/ט	אה"ע סיי			חוקר פרטי שאינו כשר לעדות, חזקה אומן לא מרע אומנותו.	◆
39/ט	אה"ע סיי			עד פסול במקום שאין רגילים להיות עדים כשרים.	◆
455/י	חוי"מ סיי			חו"ק בפני עדים כשרים ופסולים בלא לייחד כשרים.	◆
519/ח	חוי"מ סיי			הקדש הרב יעקב חי זריהן זצ"ל.	◆
526/כה	חוי"מ סיי			אם בהקדש בית לבית הכנסת אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט.	◆
528/כה	חוי"מ סיי			טענין לציבור המשתמשים בהקדש.	◆
529/כו	חוי"מ סיי			ישיבה שנכנסה לבית הכנסת, אם הוחזקו ואין רשות להוציאם.	◆
568/לד	חוי"מ סיי			מעמדו ההלכתי של בית הקברות, הנחת קו צינור ביוב בביה"ק.	◆
536/כט	חוי"מ סיי			דמי שימוש, באילו נסיבות יחויב בהן בן הזוג.	◆
543/לז	חוי"מ סיי			גובה דמי השימוש שיחויב בעת שגר בבית עם ילדיו.	◆
546/לא	חוי"מ סיי			"כפל זכויות", תשלום כתובה בנוסף לזכויות מכח חוק יחסי ממון.	◆
10/א	אה"ע סיי			פירוט החיוב והסיכום, שטר שבו סתירה בין פירוט החיוב לסיכום.	◆
456/יא	חוי"מ סיי			שותף בדירה המכניס למגורים את אשתו, ללא הסכמת השותף השני.	◆
460/יב	חוי"מ סיי			תביעה מטעם "ועד הבית" ודיירים בבנין משותף, כנגד אחד הדיירים.	◆
463/יב	חוי"מ סיי			מעמדו של "חוק בתים משותפים" עפ"י ההלכה.	◆
462/יב	חוי"מ סיי			תשלומי מס ועד הבית לדירות מחוברות, כדירה אחת או כשתי דירות.	◆
14/כ	אה"ע סיי			חרש אילם בהלכה, עריכת כתובה עבורו ותוקף ההתחייבות של החרש.	◆
138/לט	אה"ע סיי			אם כתובה שנקוב בה סכום גבוה מאד אינה מחייבת בהיותה אסמכתא.	◆
467/יג	חוי"מ סיי			הסכם בין בני זוג שלא אושר בביה"ד או בביהמ"ש.	◆
486/טז	חוי"מ סיי			חזקה בתקיעת שופר, האם גם לאחר שינויי נסיבות מהותיים.	◆
489/יז	חוי"מ סיי			פרשנות הסכם ממון, כשקיימות שתי חלופות לפרשנות ההסכם.	◆
501/כ	חוי"מ סיי			התעכב בתביעה לביטול מקח בטענת מקח טעות.	◆
502/כא	חוי"מ סיי			סכום כסף שניתן מהורי האשה האם מתנה או הלוואה.	◆
514/כג	חוי"מ סיי		506/כב	טיבה של "הערת אזהרה".	◆
506/כב	חוי"מ סיי			מעמדו של הסכם "זכרון דברים".	◆
525/כה	חוי"מ סיי		512/כג	קנין אודיתא.	◆
514/כג	חוי"מ סיי			טענה שהמקח נועד להברחה מבעל חוב	◆
515/כד	חוי"מ סיי			האם עיכוב הקבלן בביצוע העבודה גורר ביטול העסקה.	◆
530/כו	חוי"מ סיי			ההבחנה בין "חזקת קרקע" ל"חזקת תשמישין".	◆
531/כז	חוי"מ סיי			פיטורי ר"מ שאינו כפוף לראש הישיבה, הצורך בהתראה מוקדמת.	◆
534/כח	חוי"מ סיי			טענת בר מצרא לשוכר המפעיל צרכניה, כנגד השכרתה לאחר.	◆
547/לא	חוי"מ סיי			אומדנא בהתחייבות.	◆
556/לב	חוי"מ סיי			תביעת אברך לקבלת מלגה, האם דינו כפועל התובע שכרו.	◆
559/לג	חוי"מ סיי			דינו של גזבר הפועל עצמאית וללא הרשאה מהמופקדים עליו.	◆
562/לג	חוי"מ סיי			יורד לשדה חבירו שלא ברשות.	◆

**הלכות עדות**

**הקדשות**

**דמי שימוש**

**שאר ענייני חו"מ**