

סימן י פסק בורות שבטל מקצתו

- ראשי פרקים
- א. דין "את וחמור" בפסק דין.
- ב. את וחמור קנה מחצה.
- ג. גילוי מילתא.
- ד. החילוק בין מקנה בדיבור אחד למקנה בשני דיבורים.
- ה. קנס לגרושין.
- ו. בדברי קצוה"ח.

נידונו באשה שהגישה תביעת גרושין לביה"ד הרבני. לאחר שמיעת הצדדים מינה ביה"ד, בהסכמת הצדדים, את מר א. כבורר בסכסוך שבין בני הזוג, וקבלו ע"כ בקנין סודר. בפסק הבוררות שכותרתו "פסק בורות- הסכם שלום בית", נקבע שהבעל ישלם לאשתו סך מסוים למזונותיה, שנה למפרע. בסעיף אחר נפסק, שבמידה והאשה תתבע גרושין לאחר שנה, והבעל לא יסכים לתת לה גט פטורין תוך שלשה חדשים מהתביעה, על הבעל לשלם לידי האשה סך של עשרים אלף דולאר. על הפסק חתום הבורר וכן הצדדים, הבעל והאשה.

השאלה הנשאלת: היות וסעיף הסנקציה לגרושין אינו בר ביצוע, מאחר ויש בו משום כפיה לגט, האם הדבר גורר לבטול כל פסק הבוררות, כולל סעיף המזונות הנ"ל.

א. דין "את וחמור" בפסק דין

נראה דאין לפסול את כל פסק הבורר בגלל סעיף הקובע סנקציה באי הסכמה לגרושין. דהנה כל הדין של "את וחמור" שייך רק בדיני קנינים ולא בהלכות דיינים, קרי- פסק דין או פסק בורות, ולא אמרינן דפסק דין שבטל מקצתו בטל כולו. וכן נראה מדברי הרשב"ם בב"ב קמ"ג, בדברי רב המנונא הסובר דאת וחמור לא קנה, וז"ל: "דכיון דבקנין אחד שיתף שניהם, לא נגמרה בדעתו להקנות לזה בלא זה."

ואין סברא זו של גמירות דעת נאמרת אלא בהקנאה שדעתו היה לתלות האחד בשני, אך בפסק דין לא שייך כלל ענין של גמירות דעת, שלא גמר בדעתו לפסוק סעיף אחד אם לא ניתן לבצע סעיף אחר, אא"כ יצר הדין תלות מפורשת וזיקה בין סעיפי פסק הדין. והוא הדין בורר יחיד שהתקבל ע"י הצדדים בקנין סודר, שסמכותו כדין, כדאיתא בשו"ע חו"מ כב, א.

ולכאורה היה מקום לחלק בין פסק דין רגיל לבין הסכם גרושין [או שלום בית] שקבל תוקף של פסק דין. פסק זה נובע גם מכח הסכמת

הצדדים והתחייבותם הקניינית. ובנדו"ד רואים שכונת הבורר להסתמך גם על הסכמתם, הן מחתימתם על פסק הבוררות, והן מכותרת הפסק. התחייבותם הקניינית של הצדדים כבולה בדין "את וחמור".

ברם, נראה דאף זה אינו. הסכם גרושין או שלום בית המאושר בבית דין, מבחינת תוקפו וכוחו הוא פסק דין, אלא שביה"ד נצרך להסכמת הצדדים ולהתחייבותם. כשביה"ד אינו יכול להכריע בשאלת הגרושין, המזונות, הרכוש וכל העניינים הכרוכים לגרושין, או שביה"ד יכול להכריע בשאלות הרכוש, אך העדר פסיקה מחייבת לגרושין מאפשרת לאחד הצדדים לסכל את פסיקת בית דין, נאלץ ביה"ד לפסוק אך ורק ע"פ הסכמת הצדדים. מתן תוקף של פסק הדין בא להוסיף כח להסכם לאחר ההסכמת הצדדים וקבלתם בקנין. לאחר מתן תוקף של פס"ד, דינו של ההסכם כפסק דין ולא של הסכם. ואף שהצדדים יכולים לחזור בהם מהסכמתם להתגרש, וממילא לגרום לפסק הדין להיות בטל ומבוטל, במידה וההסכם כפוף לבצוע הגט בפועל, כפיפות חיובית או מתוך משמעות ההסכם, אין הדבר מורה שאין להסכם תוקף של פסק דין. ביה"ד לא פסק באישור ההסכם שהצדדים חייבים להתגרש אלא על הסכמתם להתגרש, ומהסכמה ניתן לחזור. יש לצדדים אפשרות לעקוף את פסק הדין ע"י חזרה מההסכמה להתגרש. מ"מ להסכם זה יש מהיום והלאה תוקף של פס"ד במידה והצדדים לא יחזרו בהם מהסכמתם, ואין דין "את וחמור" חל עליו. כמוכן שביה"ד עצמו יכול לאמוד דעת ולומר שאי יכולת ביצוע של סעיף מסוים, גורר את נפילת ההסכם כולו, דפשוט שגם בפסק דין יש מקום לתלות סעיפים שונים האחד בשני, אך אין הביטול נובע מהכלל של "את וחמור" שאינו שייך אלא בקניינים, אלא מדין תנאי מהותי בהסכם, עיין במש"כ הטי"ז ביור"ד רלו, יג, הש"ך שם בנקודת הכסף, הש"ך בחו"מ כא, ג, ובקצוה"ח שם ס"ק א.

מסיבה שונה פסק ביה"ד הרבני העליון שאין דין "את וחמור" שייך בהסכמי גרושין שקבלו תוקף של פס"ד, וז"ל (פד"ר כרך י עמ' 128):

"תשובה שלישית יש להשיב לטענות הנ"ל של המשיב, שהדין של קני את וחמור לא שייך כלל בהסכם שקבל תוקף של פס"ד בבי"ד, מכיון שכעת ההתחייבויות של שני הצדדים אינן באות מכח ההסכם, כי אם מכח בי"ד, וחזקה על בית דין שכל שעשה כדין היה, לא חייב את הבעל לגרש שלא ברצונו ולא תלה את החובות הכספיות האחרות בקנין אגב סודר שקבל הבעל, מכיון שקבלת הקנין נעשה לא רק בבי"ד, כי אם בעצתו ובהדרכתו של ביה"ד, ובי"ד לא בא מעולם לחייב את הבעל בגרושין באמצעות קבלת קנין ... בי"ד שנתן תוקף של פס"ד להסכם, דייק ופסק כהלכה ולא החיל כלל את הקנין אגב סודר על מתן הגט, כי אם על החובות הכספיות שהתחייב בהם הבעל. לכן אין כאן טענה של קני את וחמור, וההסכם שריר בריר וקיים."

מפס"ד זה מבואר שאין הקנין חל אלא על דברים שניתן להחילו, וזאת מאחר וביה"ד הוא זה שהדריך את הצדדים בקבלת הקנין, ולא היה בדעת ביה"ד להחיל את הקנין על הגרושין. וע"כ, הצדדים שקבלו את הקנין ע"פ הכוונת ביה"ד, וחזקה על ביה"ד שרצה להחיל את הקנין רק על הדברים הממוניים, אין בקנין הצדדים על ההסכם להחילו על הגרושין, וממילא אין מקום לביטול ההסכם כולו מדין קני את וחמור.

בניגוד למש"כ לעיל שבפס"ד לא שייך הדין של את וחמור, והסכם

שאושר ביה"ד דינו כפס"ד ע"א קניני הצדדים, הרי שלדעת ביה"ד העליון אם היה חל הקנין על הגרושין היה ההסכם בטל כולו, ואינו בטל רק מכח החזקה שלא היה בכונת הצדדים לקבל בקנין סודר על הגרושין. הנפק"מ בין שני ההסברים יהיה בפסק בוררות של בורר שאינו יודע בטיב גרושין וקנינים. דלמש"כ בפס"ד הנ"ל, לא שייך בכגון זה חזקה שכל שעשה כדין עשה. ולטעם שאין את וחמור שייך בפסק דין, הוא הדין שאינו שייך בפסק בורר שקבלוהו בקנין. יתירה מזו- לטעם שכת' יהיה לבורר דן עדיפות על בי"ד שאישר הסכם גרושין. בי"ד לא יכל לפסוק בעניני רכוש, מזונות וכו', מפני שהוא כבול בדיני ראיות ובהלכה הפסוקה, ע"כ הוא היה זקוק להסכמת הצדדים ולהתחייבותם בקנין. מנגד - הבורר - ע"פ שטר הבוררין, אינו כבול בדיני ראיות ובדיני ממונות, הוא חופשי לפסוק כראות עיניו. לבורר היתה הסמכות לפסוק את המזונות שבפסק הבוררות, מכח שטר הבוררין, והוא לא היה זקוק להסכמת הצדדים ולהתחייבותם. ע"כ לא יתבטל פסק הבוררות כולו במניעת הפעלת סעיף אחד בפסק.

ב. את וחמור קנה מחצה

אמנם על מה שקיבלו הצדדים בקנין סודר לפני ביה"ד, את מר א. כבורר יחיד, כמוה לכאורה כקבלה בקנין לקיים כל מה שיאמר פלוני. וממילא אפשר שנוצרה תלות בין סעיפי הפסק מכח קבלת הצדדים בקנין, כלומר- דלא גמר בדעתו אלא על כל מה שיאמר פלוני. והנה בתרומת הדשן (ח"ב סי' קעג), כתב וז"ל:

"אשר שאלתני על דבר קנין סודר שבין איש לאשתו שיעשו גרושין, וגם העמידו קנסות על ככה, מי שיעבור שיתחייב כך וכך ... תו נראה לי לפקפק בהאי קנין סודר שהקנה הבעל לאשתו שיגרשנה, ואהיא אין שום קנין חל כלל, כדאיתא במימון להדיא פ"ה דמכירה דאין שום קנין נתפס על זה, א"כ י"ל דאף על הקנס אינו חל, כיון דבקנין אחד נעשה הוי כקנה את וחמור, כדמספקא בפ' מי-שמת."

מדברי תרומת הדשן הקשה הב"ש (קלד, ז) על דברי הרמ"א שם, באחד שקיבל קנין לגרש דיש להתיר לו הקנין קודם שיגרש, עיי"ש, וכן הקשה בגר"א שם ס"ק יב. ובערוך השולחן ובתורת גיטין הקשו, דהא קיי"ל דאת וחמור קנה מחצה. ובגר"א בבאוריו לחו"מ (רג, מב), כתב וז"ל:

"וצ"ע למה כתב סברא ראשונה, הא קיי"ל באת וחמור דקנה מחצה ... וראית סברא אחרונה היא חזקה, כיון דקיי"ל כר"נ ..."
ועיין בסמ"ע סי' רג סוס"ק יט. גם המהר"מ פאדווה (סי' נ) דחה את דברי תה"ד.

ומקור המחלוקת בדין את וחמור, בגמ' ב"ב קמג, א: את וחמור, רב נחמן אמר קנה מחצה, רב המנונא אמר לא קנה ולא כלום ורב ששת אמר קנה הכל. ופסקו התוס' שם (ד"ה רב נחמן) כרב נחמן דקנה מחצה, וכ"פ הרא"ש (שם ה"ו) דקיי"ל כרב נחמן בדיני, וכ"פ הרי"ף והנימוק"י שם, וכ"פ הרמב"ם פכ"ב ממכירה הי"ב, וכ"פ בשו"ע חו"מ רי"ג. ובמשנה קידושין נ, ב, במעשה בחמש נשים ובהן שתי אחיות וליקט אחד כלכלה של תאנים ... ואמר הרי כולכן מקודשות בכלכלה זו, וקיבלה אחת מהן ע"י כולן, ואמרו חכמים אין אחיות מקודשות.

ובגמ' שם נא, א הקשו היכי דמי, אילימא דאמר כולכן, כיצד יכול לקדשן, הא דמי לאת וחמור, ואת וחמור לא קנה, ומתרת הגמ' דלא אמר כולכן אלא הראויה מכן לביאה. מבואר דהגמ' נקטה בפשיטות דאת וחמור לא קנה, וקשה על הפוסקים דלעיל שפסקו כרב נחמן. התוס' והנימוק"י בב"ב שם תירצו, דהגמ' הקשתה כן אף דלא קיי"ל להלכה כרב המנונא.

אלא דדעת הרמב"ם צ"ע, דבפכ"ב ממכירה הי"ב פסק כרב נחמן דקנה מחצה, ואילו בפ"ט מאישות הי"ב פסק דאחיות מקודשות דוקא באמר הראויה מכן לביאה ואי אמר "כולכן" - לא מקודשות, והיינו למ"ד את וחמור לא קני, וכאוקימתא דגמ'.

הר"ן בקידושין הקשה קושיא זו, וז"ל:

"אבל בעל הלכות והרמב"ם ז"ל בפ"ט מאישות העמידו משנתינו דוקא באומר הראויה מכם לביאה מקודשת לי, הא לאו הכי אין אחת מהן מקודשת, ויש לתמוה למה. ונראה לי שהן סוברין דהכא אליבא דהלכתא מקשינן, דאפי' לדין דקיי"ל קנה מחצה, הכא לא מקדשא חדא מינייהו, משום דבשלמא במקנה איכא למימר שדעתו הוא שיקנה מי שיוכל לקנות, שאין טעם לומר שמפני שזה אין לו יד לקנות, שלא יקנה מי שיש לו יד, אבל מקדש זה קונה הוא אותן נשים בכלכלה של תאנים, ולא ניתנה להם אלא כדי שיזכה בכולן, שכן דרך הלוקח ליקח רע ויפה כאחת משום יפה, ומוכרין יעשו פשרה ביניהן, וכשם שלוקח ממוכר אחד יכול לומר כל מקחי אני רוצה ולא חציו וחצי דמיו, כדמוכח בפרק בית כור (ב"ב קו, ב) בשמעתא דשני אחים שחלקו

"...

הרי שכתב הר"ן לחלק בין כשמקנה "לאת וחמור" לבין כשקונה "את וחמור", דהיכא שמקנה לאת ולחמור אין דעתו לתלות את האחד עם השני, אלא מי שביכולתו לקנות - יקנה, ומי שאין ביכולתו לקנות - לא יקנה, דאין סברא לומר בדעת מקנה שתולה האחד בשני, משא"כ בקונה שדעתו לקנות יפה ורעה כאחד, יש סברא לומר דאם מתבטל הקנין האחד דעתו לא לקנות גם את השני. וע"כ באחיות ונכריות שדעתו לקנות ביחד לא מהני ב"כולכן", משא"כ במקנה למי שיש לו יד לקנות ומי שאין לו יד לקנות, קנה מחצה. מדבריו עולה דהחסרון של את וחמור הוא חסרון בקונה, דאמרינן דדעתו לאחד את הקנינים ולתלות את האחד בשני, אך המקנה, דעתו להקנות ללא יצירת קשר, דלדידה אין נפקות אם רק אחד יקנה.

ישוּב נוסף לדברי הרמב"ם, ע"פ דברי הרא"ש (פ"ב דקידושין סוף הכ"ג), שכתב לחלק בין כשאומר בתרי דיבורים - "את וחמור", דאמרינן דלא כוללם יחד, לבין כשאומר "כולכם" בדיבור אחד, שיש בדבריו כונה לתלות אחד בשני, וע"כ לא קנה. ועיין בריטב"א (בקדושין שם) שהביא ראיה לחילוק זה מהגמ' בב"ב קמג, א באומר נכסי לך ולהם, הוא קנה מחצה והם מחצה, מדכתיב "והיתה לאהרון ולבניו וגו'", אלמא כשאומר בתרי דיבורים לא תולה את הקנינים. וכן ישב במגיד פ"ט מאישות הי"ב, וכן נראה בדעת הריב"ש ס"י ר"ד ובדעת השיטה ל"נ למי. ועיין ביש"ש פ"ב דקידושין שכתב לסמוך להלכה על דעת הרא"ש, ועי"ע בב"ש (סי' מא ס"ק ה) בנפק"מ בין הרא"ש לר"ן.

ג. גילוי מילתא

והנה הטי"ז ביו"ד רנח,ו הביא מתשובת הרשב"א סי' רפא (הכוונה כנראה לריב"ש סי' רפא, עיין בתשובת הרמ"א סי' מח ד"ה השאלה השלישית), באחד שאמר אם אשחק אתן כך וכך לשר ... וכו"כ להקדש, הואיל והוי אסמכתא לגבי השר הוי אסמכתא לגבי ההקדש, והוסיף הטי"ז, דדמי לאת וחמור דלא קנה כלל. והדבר קשה הן לר"ן והן לרא"ש, דהא הכא הוא מקנה ולא קונה, וכן אמר בלשון מפורטת ולא בלשון של "כולכם". ואחר העיון בריב"ש נראה דלא מדמה הריב"ש כלל לדין את וחמור. אלא שסובר הריב"ש דאסמכתא לא מהני להקדש, דלא כתשובת הרא"ש (כלל יג אות ב), ודלא כמרדכי בב"ק (סי' מד), (ועיין בסמ"ע סי' רז ס"ק נו שהביא את דברי המרדכי להלכה). וכוונת הריב"ש לומר, דאפי' אם נאמר דמהני אסמכתא לענין הקדש מפני דחשיב כמסירה והוי גמירות דעת, דכיון שעושה מעשה לא חשיב אסמכתא, מ"מ כשנדר למלך ולהקדש אמרינן שיש לנו כאן גילוי דעת שמעשה הנדר וההתחייבות למלך ולהקדש הוא בלי גמירות דעת, והנדר למלך מגלה לנו גם את כוונת הנדר להקדש, שגם בה לא גמר בדעתו להתחייב. בכגון זה, אף למ"ד שאת וחמור קנה מחצה, מהני גילוי דעת לבטל את ההתחייבות. וההבדל בין דין את וחמור לני"ל, שאת וחמור מצד המקנה יש לנו רק גילוי דעת שדעתו לקשור את שתי ההקנאות, אך המניעה לקנין החמור אינה נובעת מגילוי דעת המקנה ומאי רצונו להקנות לחמור, אדרבא- אפשר דאם בדידיה תליא מילתא היה רוצה שיקנה החמור, אלא שמבחינת הדין חמור אינו יכול לקנות, אי"כ יש כאן מניעה מצד הדין. וסובר רב נחמן שכאשר יש רצון מצד הקונה להקנות גם לאת וגם לחמור, אף שבצע את שתי ההקנאות בפעולה אחת, אין בדעתו למנוע את חלות הקנין שלגביו אין מניעה דינית, שהרי המניעה בחלות קנין חמור, גם לא באה ממנו. משא"כ בנידון הריב"ש, המניעה לחלות ההתחייבות למלך נובעת מחוסר גמירות דעת של המתחייב. בכגון זה שהמניעה מהמתחייב המקנה, נמנעת גם חלות ההתחייבות להקנין שנעשה בפעולה קניינית אחת. מי שמתחייב שני דברים בפעולה אחת, ובהתחייבות אחת יש חוסר גמירות דעת, יש לכך השלכה גם על ההתחייבות השניה, מאחר ואנו לומדים ומפרשים את כוונתו ממעשה אחד למעשה שני, כששני המעשים נעשו בפעולה אחת. כנלענ"ד בבאור דברי הריב"ש.

וזה נראה גם ההסבר בדברי הסמ"ע סי' ריב ס"ק יא, על דברי הרמ"א שם ס"ג שהביא מתשובת הרמב"ן, באחד ששייר לעצמו וגם לאחר, דאמרינן כמו ששייר לעצמו בעין יפה כך שייר לאחר. והקשה בסמ"ע מדין את וחמור, וחילק בין כשמגלה לי את כונתו ששייר בגוף הדבר, דאז אמרינן דכיון דודאי לעצמו שייר בגוף הדבר כן שייר גם לחבירו, לבין קנין שבדעתו לאחד את הקנינים, עיי"ש. והסבר דבריו, כמש"כ לעיל. פרשנות בכוונת המקנה ניתן ללמוד ממעשה אחד למעשה שני, כששני המעשים נעשו בפעולה אחת, משא"כ כשאין פרשנות בכוונת המקנה מאחד לשני, אלא שמניעה דינית מונעת מאחד לחול, אין אי חלות הקנין האחד משפיע על אי חלות הקנין השני. ועיי"כ כתב הסמ"ע שנידון דידיה אינו בכלל דין את וחמור.

אחת הנפקויות ממש"כ, יהיה בדין מקנה דבר שלא בא לעולם, או שאין בו ממש, עם דבר הנמצא בעולם, בקנין המועיל. והדין יהיה תלוי בשני ההסברים שכת' לקמן סי' יחז, בדין סיטומתא בדבר שלא בא לעולם, דלסוברים דמהני, הטעם- מפני דחסרון דבר שלא בא לעולם

הוא חסרון בגמירות דעת, ובסיטומתא גומר דעתו. ולסוברים דלא מהני, הטעם - דחסרון דבר שלא בעולם מפני שאין לקנין על מה לחול, וע"כ גם בסיטומתא לא מהני. לפ"ז אם יקנה דבר הנמצא בעולם עם דבר שלא בא לעולם, אם חסרון דבר שלא בא לעולם או אין בו ממש, מפני שלא גומר בדעתו, יש לכך השלכה גם לקנין דבר הנמצא, וכמש"כ. אך אם החסרון שאין קנין תופס בדבר שאינו בעולם או אין בו ממש או אינו ברשותו, א"כ המניעה בחלות הקנין היא מניעה דינית, ובכגון זה קנה מחצה, ומועיל הקנין בדבר הנמצא. והרמ"א חו"מ רג,י לאחר שהביא מהמרדכי ג דעות בהחליף מעות ומטלטלין בקנין חליפין אחד (וכמש"כ להלן סעי' ד), כתב וז"ל: "והוא הדין אם קנו באיזה דבר המועיל בו קנין עם דבר שאין בו ממש, דהוי קנין דברים."

ולכאורה חילוק רבה איכא בינייהו. דמטבע שאינו נקנה בחליפין, המניעה הינה מכח דיני הקנינים, ובכה"ג י"ל דקנה מחצה, משא"כ דבר שאין בו ממש, דהמניעה הינה גמירות דעת המקנה והקונה. ואפשר דס"ל לרמ"א דחסרון דבר שאין בו ממש מפני שאין נתפס בו קנין, והוי מניעה דינית, וע"כ שוה דין המקנה דבר שאין בו ממש ושיש בו ממש, למקנה מטבע ומטלטלין בחליפין.

ד. החילוק בין מקנה בדיבור אחד למקנה בשני דיבורים

את דברי תרומת הדשן הנ"ל נראה לי שב ע"פ מש"כ בעצי ארזים (סי' מא ס"ק ז) בענין דברי המרדכי (המובאים גם ברמ"א סו"ס רג), באחד שהקנה מעות ומטלטלין בקנין חליפין, ומביא המרדכי ג דעות; י"א שלא קנה כלל, י"א שקנה רק מטלטלין וי"א דקנה הכל, והסביר העצי ארזים דהדעה הסוברת שלא קנה כלל, ממילא גם סוברת שאת וחמור לא קנה כלל, מיירי שהקנה את המעות והמטלטלין בדיבור אחד, ובתוספת ביאור כתב הנודע ביהודה (מהדו"ק סו"ס כט) לחלק בין מקנה מעות ומטלטלין בחליפין, למקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר הנמצא בעולם (עיין ברמ"א סי' רט ס"ד), דמיירי דהמעות והמטלטלין מונחים לפניו ואמר כל מה שמונח כאן אני מקנה לך, ומכיון שכללם יחד ולא פרט לומר מעות ומטלטלין, מוכח שכוונתו לאחד ולתלות את שני הקנינים (ומזה מוכח שס"ל ג"כ כדעת הרא"ש דלעיל), אבל דבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו, לא שייך שיהא לפניו לכוללם יחד, ומכיון דפרטם - את וחמור - קנה מחצה, משא"כ כשכוללם בדיבור אחד, במציאות שמונחים שניהם לפניו.

וא"כ י"ל, דתרומת הדשן מיירי בגוונא שאמרו לו קבל קנין סודר על הגרושין ועל הקנסות, ואמר הריני מקבל קנין על כל מה שאמרתם, דבכה"ג הוי כאומר "כולכם" ולא קנה כלל, משא"כ אם היה פורטם ואומר הריני מקבל קנין על א ועל ב, דקנה מחצה.

אמנם נראה דיש חילוק בין כשקבל קנין על מה שאמר פלוני [בעבר], לבין כשקבל קנין חיזוק לעשות מה שיאמר פלוני בעתיד (כמו בקנין דנאמן עלי אבא מה שיאמר), דבלשון עבר כיון שידוע מה אמר פלוני, היה לו לפורטם, ומדכללם יחדיו הרי זה כתולה האחד בשני, משא"כ בעתיד - הרי אינו יודע מה יאמר פלוני, וע"כ אינו יכול לפורטם, ואין ראייה שכוונתו לאחד את שני קנינים. וא"כ בנדו"ד אין לומר שכוונתו היתה דוקא על כל מה שיאמר פלוני, דהא זה שלא פרטם הוא מפני שלא ידע מה יפסוק פלוני, וע"כ י"ל שאין

בכונתו בקנין סודר לקבל את פסיקת הדיין היחיד במקשה אחת, וצ"ע.

ה.קנס לגרושין

עוד נראה, דאין לקבוע באופן מוחלט שסעיף הקנס בטל. דהנה הב"י באהע"ז ס"ס קלד הביא מהר"י מימון נואר, על ראובן שקנס עצמו במאה זהובים לאדון העיר אם לא יגרש את אשתו, דלא אמרין גט מעושה אלא כשכפוהו שלא מדעתו, אבל בנידון זה שהוא חייב עצמו במה שהוא רוצה לעשות אין זו כפיה, שכל זמן שהוא מגרש, ברצונו מגרש. לאחר מכן מביא הב"י את הרשב"א בתשובה, החולק וסובר דאם קיבל על עצמו קנס אם לא יגרש, הוי גט מעושה ופסול, עיי"ש. וברמ"א שם (קלד, ד) פסק להחמיר לכתחילה ולחוש לדעת הרשב"א. אמנם נראה דבנדו"ד אפשר להקל, למש"כ התורת גיטין (קלד, ד-אמצע ד"ה קנסות), דאם התחייב בקנס שאם לא יגרש לזמן קבוע, והתחרט ולא רצה לגרש, כשעבר הזמן נתחייב בקנס ואפי"י גרשנה אחר הזמן, דהא חיוב הקנס חל מיד כשעבר הזמן ולא גירשה, וא"כ הב"י יכולים לתובעו לשלם הקנס, והוי ככופין אותו לשלם חובו, וכשמגרש כדי להפטור מחובו לא הוי גט מעושה. ובנידון דן התחייב לגרש תוך ג חודשים מתביעת האשה, ואם יסרב ישלם עשרים אלף דולאר, וא"כ מיד שלא יגרש חל עליו חוב, ואפי"י יגרש אח"כ כדי להפטור מהחוב לא הוי גט מעושה, וכמש"כ בתורת גיטין.

וכן נראה בדברי החזו"א (אהע"ז ס"י צט אות ג), וז"ל: "וכן יש לעיין במש"כ הב"י בס"י קלד בשם הר"ר מימון, שאם שעבד עצמו בקנס אם לא יגרש לא חשיב אונס, כיון דתחילתו ברצון, ולמה לי טעם זה תיפוק ליה דהוא כפיה כדן שהרי חייב מן הדין באותו קנס, ואינו נפטר אם לא יחול הגט, ואי הר"ר מימון איירי בקנס עצמו למושל העיר שאינו ישראל, ואינו חייב מן הדין אלא שהוא אנוס ניחא, ... עוד הביא ב"י תשובת הרשב"א דשעבד עצמו בקנס וגרש מחמת הקנס חשיב גט מעושה, ולכאורה הוא דלא כהר"ר מימון, ואמנם הדבר תימה למה חשיב גט מעושה ... ואדרבא למאי דפסק הרשב"א דהגט בטל צריך לשלם הקנס. ומאי דנסתיע משאר כסות ועונה, לאו ראייה היא, דהתם בכפוהו בשוטים, אבל אם הוא אנוס מפני שרצונו להפטור משאר כסות ועונה, ודאי לאו אונס, והוא הדין ברוצה להפטור מן הקנס, ואי מיירי הרשב"א בלא קנין בב"ד חשוב וחשיב ליה אסמכתא, או שלא היה הקנין כדן והוציאו ממנו את הקנס בגזילה, ניחא הכל, ולפ"ז לא פליג על הר"ר מימון, דהתם נתחייב כדן ..."

מדברי החזו"א עולה דהיכא דנתחייב בגוונא דלא הוי אסמכתא, לכ"ע לא הוי גט מעושה. ובמקרה דן נראה דלא חשיב אסמכתא אף דלא קבל קנין בפני ב"ד חשוב, דהנה הרמב"ן בחידושי לב"ב (מד, ב) בענין שעבוד מטלטלי אגב קרקע דצריך לכתוב דלא כאסמכתא, כתב, דכיון דנכסי דבר אינש אינהון ערבין ליה ובערבות איכא משום אסמכתא, ע"כ כותב דלא כאסמכתא, ומ"מ מהני כתיבת דלא כאסמכתא כיון דאינה אסמכתא גמורה, עיי"ש ובתשובת הרא"ש (כלל עב ס"י ז). ובמחבר חו"מ יב, יט הביא דמהני כתיבת דלא כאסמכתא לענין שטר פשרה, והקשה שם בש"ך דהא לא מהני כתיבה זו לאפוקי מחשש אסמכתא כמבואר

בחז"מ רז, יח. ותירץ בקצוה"ח שם ס"ק ג דדמי לערבות ושעבוד אגב דאינן אסמכתא גמורה, וע"כ מהני כתיבת דלא כאסמכתא כשם שמהני בהם קנין בלא ב"ד חשוב. וא"כ כאן שקיבל בקנין שנאמן עליו פלוני, ונכתב בשטר הבוררין, שהצדדים קבלו בסודר "דלא כאסמכתא וכר", אין זה אסמכתא גמורה, אלא דמי לפשרה וערבות דמהני בהו כתיבת דלא כאסמכתא. ברם, אפי' לא היה כתוב דלא כאסמכתא, מהני הקנין סודר בקבלת הבורר, וכמבואר בחז"מ כב, א, דלא חששו שם לאסמכתא, ומהני הקנין לחיזוק, וכמש"כ בנימוק"י (סנהדרין ד, ב- בעמוה"ר). ע"כ אין בפסיקת הקנס ע"י הבורר חשש אסמכתא, וע"כ לדעת החזו"א נתחייב כדין ואינו גט מעושה.

ואף שבתי הדין הרבניים אינם מאשרים ומפעילים כל סעיף לסנקציה, במידה ואין פסיקה מפורשת לכפות את הבעל לגט, מ"מ אין סעיף מעין זה גורם לבטול כל ההסכם מדין "את וחמור", אף אם היה סעיף זה במסגרת הסכם וקנינים, ואף במקום שאת וחמור לא קנה. סעיף זה אינו מבוצע בגלל חומרת "גט מעושה שלא כדין", אך מבחינת עיקר הדין, מבואר באחרונים דניתן להפעילו ולאשרו, ומה שביה"ד אינו מאשר מכח חומרה, אין הוא בכלל "חמור" - דהיינו סעיף בטל המבטל את ההסכם כולו, דדוקא דומיא דחמור ס"ל לפוסקים הנ"ל שלא קנה כלל, דהיכא שיכול לקנות מעיקר הדין, אין המניעה הנובעת מחומרה מעכבת את חלות הקנין השני. דכל ענין את וחמור הינו מאיחוד שתי הפעולות בפעולה אחת, וכמש"כ הרשב"ם (הובא לעיל בסעי' א), שאין דעתו להקנות לזה בלא זה. וכאן אכן שניהם קנו, אלא שבפועל ביה"ד לא מאפשר לבצע את הסעיף מכח החומרה. ומכיון שאין כאן מניעה מצד הדין, אף למ"ד שאת וחמור לא קנה כלל, בכגון זה קנה, כנלענ"ד.

ו. בדברי קצוה"ח

בשולי הדברים. הקצוה"ח בסי' רי ס"ק ה דן בסתירת דברי הרמב"ם (הנ"ל בס"ק ב), וכתב לחלק בין כשמקנה לשני בני אדם שכל אחד קונה מה שיכול, לבין אם הקנה שני דברים לאדם אחד, דאמרין דהקנין תלוי האחד בשני ולא קנה כלום. בהסבר דבריו נראה, דחסרון קני את וחמור הוא חסרון במעשה הקנין שחל על שני החפצים כאחד, וממילא הוא תלוי האחד בשני, משא"כ בשני בני אדם הקנין הוא למעשה שני קנינים נפרדים. ולענין קידושי "כולכן" ס"ל לקצוה"ח דהיינו אדם אחד, מכח היותה שליח המקדש. ומוכיח הקצוה"ח את דבריו מהתוס' בב"מ ע"ב, ד"ה בשלמא, דהיכא דמזכה אחד לאחר בשביל חברו, הזוכה בשביל חברו הוא שלוחו של בעל הממון, וא"כ גם ההיא איתתא דקידושין נ, ב היא שליחת המקדש והוי כאדם אחד. ולכאורה צ"ב, דהא מוכח מדברי הראשונים שם (עיין ברא"ש פ"ב דקדושין הל' כו-כו) דהאישה היא שליח קבלה דכל הנשים, וא"כ לא דמי להיא דבב"מ, דשם הוא זוכה לישראל המלוה מיד העכו"ם בעל הממון, אבל הישראל לא מינהו שליח קבלה, ע"כ כדי שהמעות יחשבו ברשות המקבל הו"ל להיות שליח של בעל המעות, משא"כ כשמונה בפירוש להיות שליח לקבלה, כנידון המשנה בקידושין, אין צריך להיות שליח של בעל הממון. ועוד קשה, מנ"ל לקצוה"ח דהיכא דעושה אותה הבעל לשליח הרי זה כקנין לאדם אחד, הרי סו"ס היא מקבלת את הקידושין לה' נשים, ואמאי ניזיל בתר נותן, ניזיל בתר מקבל,

והרי היא מקבלת בעבור חמש נשים.

לאור האמור לעיל נראה שאין לפסול את כל פסק הבורר בגלל הסעיף הנושא אופי כפייתי לגרושין, ולהוציא סעיף זה, פסק הבורר שריר וקיים.

מסקנות

- א. בפסק דין או בוררות לא נאמר הדין של קני את וחמור, במציאויות שאת וחמור לא קנה כלל, מאחר והדבר לא שייך אלא בקנינים. וע"כ פס"ד שבטל מקצתו לא בטל כולו, אא"כ סובר ביה"ד שביטול מקצתו מהוה סיבה לביטול כולו.
- ב. הסכם גרושין או שלום בית שקבל תוקף של פסק דין, דינו כפסק דין, אף אם הצדדים קבלו בקנין סודר על ההתחייבויות הכתובות בהסכם.
- ג. בורר שלא נצרך להסכמת הצדדים, אף שקבלו בקנין, נראה שבכ"ע אין ההסכם הפסק מתבטל בביטול סעיף אחד.
- ד. כשקנין ההתחייבות נעשה ע"י ב"ד, לא חל הקנין על דברים שאינו יכול לחול עליהם.
- ה. לדעת תרומת הדשן- מי שקבל קנין לגרש ועל קנס, מתוך שאין הקנין חל על הגרושין, אינו חל על הקנסות, מדין את וחמור- ורבים הקשו על תרומת הדשן, דהרי קי"ל שאת וחמור קנה מחצה. ו. לדעת הר"ן - את וחמור לא קנה - היינו בקונה שבדעתו לתלות את הקנין האחד בשני, משא"כ במקנה, אין סברא לומר שדעתו לתלות את שתי ההקנאות.
- ז. הרא"ש מחלק בין כשאומר בשני דבורים - את וחמור - שקנה מחצה, לכשאומר בלשון כוללת - כולכן - שלא קנה כלל.
- ח. יש המחלקים בין אם מונחים שני החפצים לפניו, ויכול לפורטם בשני דיבורים, ובכל זאת כללם בלשון אחת, שתלה קנין האחד בשני, לבין כשאינם מונחים לפניו, כגון בדבר שלא בא לעולם, ולא יכל בפועל לפורטם, וע"כ הכללתם בלשון אחת אינה מורה על כונה לתלות קנין האחד בשני.
- ט. למ"ד את וחמור קנה מחצה, דוקא כאשר המניעה לחלות הקנין האחד נובעת מכח הדין, ולא מרצון המקנה או מגילוי דעתו. אך כאשר המניעה לקנין האחד נובעת מחוסר גמירות דעת של המקנה, למדים אנו מכוונתו זו לכוונתו בקנין השני, כשביצע את שני הקנינים בפעולה אחת.
- י. כשקבל בקנין לעשות כל מה שיאמר פלוני, לא ידע באיזה ענינים יפסוק פלוני, וע"כ קבלת הקנין בלשון כוללת אינה מורה על כל כונה לתלות את סעיפי הפסק האחד בשני.
- יא. מי שקבל על עצמו קנס אם לא יגרש לזמן קבוע, לדעת התורת גיטין והחזו"א- אין הדבר נדון ככפיה על גרושין, אלא משעה שחל הקנס הרי הוא עליו כחוב שאינו נפטר ממנו ע"י גרושין, וממילא אינו ככפיה על גרושין.
- יב. אף שאין בתי הדין מאשרים הסכם עם סעיף הנ"ל בס"ק י, היינו משום חומרת גט מעושה שלא כדין, אך מבחינת הדין אין הסעיף

בטל ומבטל את ההסכם.