

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1197561/2

בבית הדין הרבני האזורי נתניה

לפני כבוד הדיינים:

הרב שניאור פרדס – אב"ד, הרב פנחס מונדשיין, הרב בצלאל ווגל

התובעת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד אברהם שלג)

נגד

הנתבע: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד עו"ד נתנאל ירימי)

הנדון: דינו של הסכם ממון המכיל ויתור על מזונות, כתובה ורכוש

פסק דין

בתאריך ב' בשבט תשע"ט (8.1.2019) ניתנה החלטה, זו לשונה:

9. לגבי הסכם הממון - הצדדים טענו בדיון על ההסכם, ויגישו סיכומים לגבי היקף תחולתו של ההסכם. ב"כ התובעת יגיש את סיכומיו בתוך 20 יום, לאחר מכן יענה ב"כ הנתבע בתוך 20 יום, וינתנו 5 ימים נוספים לב"כ התובעת לתגובה נגדית.

10. הצדדים הסכימו שהדיון וההחלטות דלעיל יהיו בדיין יחיד, מלבד סעיף 9 עליו תצא החלטה בשלושה למרות שהדיון התקיים בדיין יחיד.

לפנינו סיכומי הצדדים בעניין זה, ולהלן הכרעת ביה"ד.

הצדדים נישאו ביום 21.5.2012 והתגרשו בתאריך 26.3.2019. הצדדים חתמו על הסכם ממון בפני נוטריון בתאריך 2.2.2012. להלן יובאו הציטוטים הרלוונטיים:

בסעיף 6:

"נכסים ששויים לא יאוזן בין בני הזוג"

מפורט להלן הרכוש של כל צד שהביאו לנישואין, לפני שנכרתו, כשרכוש זה ישאר בחזקתו ובבעלותו הבלעדית בכל עת, ולא יהיה נתון לאיזון משאבים, ולצד האחר אין ולא יהיה בו כל חלק ו/או זכות, ולפיכך הצד שהביאו זכאי לעשות בו כרצונו בכל עת (לפני הנישואין, במהלכם ובמקרה של סיום הנישואין ו/או עפ"י הוראות החוק), לבות מכירה, קניה ומתנה:

דירת הבעל ברח' ס', הידועה כחלקה מס' [...] ולרבות חניה צמודה ולרבות מחסן בקומת הקרקע הידוע כחלקה מס' [...], וזאת למרות שהבעל יוסיף וישלם משכנתא בגין ההלוואה שנטל לרכישת דירה זו - להלן: "הדירה" (מוסכם על הצדדים שהאישה רשאית לטול הלוואת משכנתא לרכישת דירה, בסכום של עד 220,000 ₪, ובתנאי שהחזר החודשי להלוואה מהכספים שבבעלותה ו/או מהחשבון המשותף לא יעלה על 1,900 ₪ לחודש, וזאת מבלי שהדבר יפגע בזכויותיה על פי הסכם זה).

רכב המאזדה מ"ר [...] הנמצא בבעלות האשה (להלן: "הרכב").

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

חסכוניות הבעל והאשה ביום חתימת הסכם זה וכן כל זכויות פנסיוניות ו/או סוציאליות קיימות ו/או עתידיות, שבבעלותו של כל צד, ובכללן זכויות העתידיות לפנסיה, פיצויי פרישה, קרנות השתלמות, קופות תגמולים וחסכוניות, אף הם יתחילו ו/או ימשיכו להצטבר במהלך נישואי בני הזוג.

אין בכלל האמור בסעיף זה ו/או בהסכם כדי לגרוע מהוראות החוק לגבי נכסים אחרים של הבעל ו/או האשה, שאינם ניתנים לאיזון עפ"י הוראות החוק, אף אם לא פורטו ו/או צוינו במיוחד בסעיף זה ו/או בהסכם.

לא תישמע טענת צד, בכל שלב, לזכויות ברכושו של הצד השני אם אינה נסמכת על הסכמתו המפורשת של הצד אשר לו שייך הרכוש, **בכתב**, למתן זכויות כלשהן ברכושו.

בסעיף 7:

"מבלי לגרוע מהאמור לעיל הרי שבמקרה של קניית נכס משותף, שהבעלות בו טעונה רישום בפנקס המתנהל על פי חוק, בין היתר מתוך התמורה שהתקבלה ממכירת נכס מקורי, יוכלו הצדדים לרשום בו את הבעלות לפי חלקם היחסי בתשלום עבורו, וזאת במקום ההסדר המפורט לעיל (ובמקרה כאמור יהיה כל צד הבעלים הבלעדי של חלקו ודין חלקו יהיה כדין הנכסים המפורטים בסעיף 6 לעיל). לא בוצע רישום לפי חלקם היחסי, מכל סיבה שהיא, יחול ההסדר המפורט לעיל."

סעיף 10:

"הסכם זה ממצה את מלוא הזכויות הממוניות המגיעות לכל אחד מבני הזוג במקרה של התרת נישואין, כהגדרתו על פי החוק ו/או על פי הסכם זה, והם לא יהיו זכאים לקבל זכויות ממוניות נוספות מעבר לאלו המפורטות לעיל, מכח כל דין שהוא, ובכלל זה מזונות אשה, מימוש כתובה וכיוצ"ב והצדדים מוותרים מראש על זכותם לזכויות ממוניות נוספות מן הצד שכנגד, שאינן מנויות בהסכם זה. אין בכלל האמור בסעיף זה ו/או בהסכם זה כדי לגרוע מחובת הבעל לתשלום מזונות ילדים, בהתאם להוראות הדין."

ב"כ האישה טוען שהסכם הממון הקובע הפרדה רכושית בעיקרו, אינו מונע מהאישה לדרוש מחצית מחסכוניות הבעל. לדבריו, סעיף 6 בו נקבע כי כל צד יישאר עם רכושו אשר צבר קודם הנישואין ואשר יצבור בעתיד, אינו מתייחס לחסכוניות חדשים לגמרי שלא היו בזמן הנישואין, אלא אך ורק לריביות של חסכוניות שכבר היו קיימים בשעת הנישואין, אלא שהריביות גרמו לכך שהקרן תגדל במהלך חיי הנישואין. לדעתו, רק על חסכוניות עתידיים מסוג זה חל הסכם הממון, אבל חסכוניות חדשים שנפתחו ע"ש הבעל בלבד במהלך חיי הנישואין אינם מוחרגים וחל עליהם חוק יחסי ממון. הוא מביא ראיה לדבריו מכך שההסכם קובע שלמעט מה שהוחרג בפירוש בהסכם יחול על הצדדים חוק יחסי ממון, כפי שנקבע בהסכם בסעיף 8:

"איזון משאבים"

לכל צד מן הצדדים תקום הזכות לקבל מחצית שווי הנכסים המשותפים של בני הזוג, בכפוף להוראות הסכם זה, ועל פי הוראות החוק."

בדומה לכך מצוין גם בסעיפים 4 ו-5 להסכם הממון. נמצא לדעתו, שיש משמעות לחוק יחסי הממון, והוא טוען שלפי זה יש לפרש את ההסכם כפי האמור לעיל, שעל חסכוניות חדשים יש להחיל את החוק והאיזון.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כמו כן הוא טוען שהאישה מימנה את רוב הוצאות הבית במשך חיי הנישואין, ואילו הבעל צבר לעצמו את משכורתו בחשבון נפרד. האישה מבקשת לפיכך מחצית מהכספים שחסך לעצמו.

לחילופין, מבקש ב"כ האישה לקבל לידו מחצית משווי דירת הצדדים, למרות שרק 30 אחוזים רשומים על שמה.

ב"כ האיש מגיב, שהסכם הממון קובע חד משמעית שיש הפרדה רכושית בין לגבי הממון שהיה לצדדים בעת הנישואין ובין ממון עתידי נוסף בכל קונסטלציה שהיא. כמו כן, לגבי הדירה נכתב במפורש בהסכם שהדירה תחולק לפי הרישום אשר משקף את סכום הכספים שהשקיע כל אחד מהצדדים בדירה.

כמו כן טוען ב"כ הבעל האישה מנועה מלטעון למזונות ולכתובה, וזאת מאחר ולפי האמור בסעיף 10 בהסכם היא וויתרה על זכויות אלו:

"הסכם זה ממצה את מלוא הזכויות הממוניות המגיעות לכל אחד מבני הזוג במקרה של התרת נישואין, כהגדרתו על פי החוק ו/או על פי הסכם זה, והם לא יהיו זכאים לקבל זכויות ממוניות נוספות מעבר לאלו המפורטות לעיל, מכח כל דין שהוא, ובכלל זה מזונות אשה, מימוש כתובה וכיוצ"ב והצדדים מוותרים מראש על זכותם לזכויות ממוניות נוספות מן הצד שכנגד, שאינן מנויות בהסכם זה. אין בכל האמור בסעיף זה ו/או בהסכם זה כדי לגרוע מחובת הבעל לתשלום מזונות ילדים, בהתאם להוראות הדין."

היקף חלות הסכם הממון

לאחר העיון, לשון הסכם הממון בסעיף 6 מדבר על הפרדה הרכושית ואי תחולת איזון משאבים בין הצדדים. בסעיף מפורשים סוגי הכספים שאינם ברי איזון:

"חסכוניות הבעל והאשה ביום חתימת הסכם זה וכן כל זכויות פנסיוניות ו/או סוציאליות קיימות ו/או עתידיות, שבבעלותו של כל צד, ובכללן זכויות העתידיות לפנסיה, פיצויי פרישה, קרנות השתלמות, קופות תגמולים וחסכוניות, אף הם יתחילו ו/או ימשיכו להצטבר במהלך נישואי בני הזוג."

מפורש בסעיף שאין ההסכם מוגבל לכספים שהיו בזמן תחילת הנישואין, אלא גם כספים ש"יתחילו ו/או ימשיכו להצטבר ולגדול במהלך נישואי בני הזוג", כלומר, גם חסכוניות שתחילתם לאחר הנישואין לא יהיו ברי איזון.

לאור האמור אין ספק שאין יסוד לדרישת האישה לקבל מחצית מחסכוניות הבעל.

גם דרישת האישה לקבל מחצית מהדירה נסתרת מהאמור מפורש בהסכם הממון כי החלוקה תיעשה לפי הרישום כמצוטט לעיל.

חלות הסכם הממון לעניין עיקר כתובה, תוספת כתובה ומזונות אישה

ברם, לגבי דרישת האישה למזונות ולכתובה, אשר לטענת הבעל, האישה ויתרה עליהם בסעיף 10 להסכם הממון יש לדון בו טובא. מאחר ומחילת האישה על מזונותיה המגיעים לה עפ"י ההלכה צריכה לעמוד בתנאים שמציבה ההלכה על מנת שהמחילה תחול. ושלא כמו הסכם הממון שיסודו בנוי עפ"י החוק וכן התרתו היא לפי הדרך שקבע המחוקק. לא כך נושא המזונות והכתובה, המחילה צריכה שתחול לפי גדר ההלכה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בעניין זה, הנה קיי"ל שאין אדם מוחל על דבר שלא בא לעולם, ע"י בשו"ע (חו"מ סימן רט). ורק בין האירוסין לנישואין הבעל יכול להסתלק מפירות נכסי מלוג, ואפשר שגם האישה תוכל להסתלק מזכותה למזונות, אבל בנידון שלפנינו שהמחילה הכתובה בהסכם הממון הייתה קודם האירוסין, לכאורה אינה חלה כלל.

כן הוא גם לגבי הכתובה, מאחר והמחילה הייתה קודם ההתחייבות של הכתובה, לכאורה אינה חלה כלל.

יתירה מזו, הרי לאחר ההסכם הממון הנ"ל, שב הבעל והתחייב במפורש לאישה הן במזונות והן בכתובה, שכן בכתובה עצמה נכתב במפורש חיוב המזונות "ואוקיר ואפלה ואיזון" וכן נרשם בכתובה הסכום בו הוא מתחייב לאישה. ואם כן, אף אם הייתה מחילה של האישה מעיקרא, הרי לאחר מכן הבעל שב והתחייב לאישה, ואם כן תפוס לשון אחרון של האיש והוא חייב לה עקרונית מזונות וכתובה.

והנה, לגבי עיקר כתובה, הלכה פסוקה היא שאין מועיל בה מחילה מטעם שהאישה לא סמכה דעתה, כמבואר בשו"ע (אה"ע סימן סו), וכל הנידון שלפנינו שייך רק לגבי תוספת הכתובה שהתחייב הבעל מעצמו.

דא עקא, שיש לומר שהסכם הממון ממשיך לחול אף לאחר הנישואין. שאמנם תחילתו הייתה טרם הנישואין, אבל שטר הסכם הממון חי וקיים לעולם וממילא הוא מחיל את הכתוב בו בזמן הראוי לכך, ומעתה לאחר ההתחייבות של הבעל בכתובה ובמזונות, תשוב ותתעורר מחילת האישה בהסכם הממון. ויסוד לדבר זה ממה שמצינו ששטר מקנה לאחר ל' יום הרי הוא מועיל ובלבד שאינו ברה"ר, ויסוד הדבר ששטר יש בו כח לפעול כשיגיע זמן החלות שבו. וע"י בדברי המרכבת המשנה לגבי שטר שליחות. אמנם, יש לומר שהיינו דוקא בשטר גמור המועיל בהלכות שטרות, אבל הסכם הממון אין לו דין שטר כלל, שהרי שטר צריך שיימסר מידו לידה דווקא, וכן שיהיה 'ספר המקנה' ששייך למקנה ועוד תנאים, וצ"ע).

שבתי וראיתי שכבר הילכו בה נמושות. בפד"ר (כרך א עמ' 290) כתב הגר"א גולדשמידט זצ"ל שלא מועילה מחילה וסילוק מזכויות הנישואין, עיי"ש שהוכח שאף לאחר שידוכין לא מהני, ודלא כדעת הישועות יעקב, ע"י בדבריו באריכות. אכן, הוא מסיק שם שיש כח להסכם הממון לחול גם מבחינה הלכתית באופן של הטלת תנאי ממוני בנישואין, ומחמת שעל דעת תנאים אלו הכתובים בהסכם הממון, הצדדים נישאו לאחר מכן. ומצאתי כדבריו בחזו"א (אבה"ע סימן עז אות ט):

"ואם מתנה בשעת קדושין ודאי מהני דהרי הקידושין על תנאי זה והוי כהתנה אחר אירוסין [...] ונראה לפ"ז בכתיבת שידוכין מהני סילוק דעיקר הקידושין הוא על תנאי השידוכין כל זמן שלא חזר, והוי כהתנה כל תנאי השידוכין בשעת חופה וקידושין, ובפ"ת סק"א הביא דברי אחרונים ז"ל שלא כתבו כן."

בפס"ד 509827/11 דן ביה"ד בחיפה בנושא זה, וכתבו שם שכל דברי הפד"ר הנ"ל אמורים רק באופן שאין סתירה מפורשת להסכם מהאמור בכתובה כגון לגבי מזונות אלמנה. אבל אכתי יש לדון טובא במקום שיש סתירה מפורשת, כגון בנידון דידן שההסכם קובע שאין כתובה כלל, אך בפועל לאחר מכן האיש התחייב בכתובה ובתוספת כתובה לאישה בניגוד גמור לאמור בהסכם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הסכם ממון נחשב למסירת מודעא

לפיכך, כתבו עוד שם עפ"י דברי הרב לוז שליט"א שיש לראות בהסכם הממון מודעא על העתיד, ולכן אף אם המחילה אינה חלה בגלל שאין אדם מוחל דשלב"ל, מכל מקום יש לראות בכך מודעא על כוונת הרצינות של הבעל בהתחייבותו בהמשך בחיוב כתובה. ויסוד הדברים נמצאים בדברי השער המשפט (סימן נד):

"בשטר שמתחייב את עצמו בדבר שאינו חייב, כגון אב שנתן שטר חוב על נדוניא של בנו ובנו נתן לו מקודם שובר מחילה על מה שיתחייב לו אח"כ, דמהני השובר בכהאי גוונא, דנהי שאין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם מכל מקום זה השובר מורה שלא נתן לו השטר חוב אח"כ ברצונו הטוב והוי השובר כמו מודעא להמתנה שאח"כ, וכמבואר בסי' רמ"ב ס"ט וי' דמי שהיו הדברים מוכיחים שאין דעתו ליתן מתנה זו אפילו שנתנה מתנה גלויה ונמצא שנתנה מקודם מתנה מסותרת הרי שתי המתנות בטלו הראשונה מפני שהיא מסותרת והשניה מפני שהדבר מוכיח שאינו רוצה והרי קדמה זאת המתנה שנמצא כמו מודעא לה, ומעשה באחד שרצה לישא אשה ואמרה לו איני נשאת לך עד שתכתוב לי נכסיך ושמע בנו הגדול וצווח על שמניחו ריקן ואמר לעדים לכו והחביאו וכתבו לו כל נכסי במתנה ואח"כ כתב לה נכסיו ונשאת ובא מעשה לפני חכמים ואמרו הבן לא קנה והאשה לא קנתה שהרי לא ברצונו כתב לה וכאנוס בדבר הוא שהרי גילה דעתו במתנה ראשונה אף על פי שהיא בטלה מפני שהיא מסותרת ע"ש, הרי אף דמתנה טמירתא אינה מתנה מ"מ הוי כמו מודעא למתנה שאחריה, והכא נמי אף דלא מהני מחילה בדבר שלא בא לעולם מ"מ השובר הוי כמו מודעא להשטר חוב שאח"כ כיון שבע"כ היה צריך ליתן השטר חוב כדי להשיא את בנו. ואף על גב דבתשו' הר"ן מבואר בשאלה דעובדא דידיה הוה ג"כ בשטר מתנה ואפי' הכי פסק דלא מהני השובר שמקודם מטעם דבר שלא בא לעולם, שאני התם שהמעשה היה להיפך שהבן נתן שטר חוב לאביו מגדונית חמיו והאב נתן לו שובר מקודם על כל מה שיתחייב לו בנו מפני בקשת כלתו אשת בנו כמבואר בשאלה שם, א"כ מה שנתן לו הבן השטר חוב אח"כ ברצונו הטוב וגם נשבע לקיים כמבואר שם מוכח שלא נתן לו באנוס ולכך לא מהני השובר שמקודם מטעם דבר שלא בא לעולם כיון שאין הדבר מוכיח שהשטר חוב שנתן לו הבן היה באנוס, אבל היכא שנותן האב שטר חוב להשיא את בנו ומקבל שובר מבנו מקודם הוי כמו אנוס כמו שכותב לאשתו כל נכסיו מפני שרוצה לישא אותה. ובאמת י"ל דגם באחר שמתחייב את עצמו נגד חבירו ומקודם נתן לו שטר מחילה נמי מה שמקבל הנותן השטר מחילה הוי כמו דברים מוכיחים שאינו נותן המתנה ברצון טוב, ועובדא דהר"ן שאני שראובן נתן שובר המחילה ע"פ בקשת כלתו אשת בנו ולכך היה צריך בנו לקבל השטר מחילה, משא"כ באדם אחר מה שקיבל השובר לידו הדברים מוכיחים שאינו נותן השטר ברצון טוב אלא לאיזה טעם הידוע לו. אך מדברי הסמ"ע בסי' ר"ט ס"ק כ"א שהביא דברי הר"ן בסתם לענין מתנה משמע דאין חילוק, וס"ל דכיון שנתן לו השטר אח"כ מרצונו הטוב בלי שום הכרח אין הדברים מוכיחים שלא נתנו מרצונו הטוב. אך באב הנותן שטר חוב לנדונית בנו ומקבל ממנו שובר מקודם נראה דהוי כאנוס כמו באחד שרצה לישא אשה דסי' רמ"ב דמיחשב כאנוס והשובר שמקודם הוי כמודעא להשטר שאח"כ, ומעשה כזה באה לפני ודנתי כן הלכה למעשה שאין להוציא ממון מהאב מטעם זה וכן עיקר."

אמנם, בעיקר הדברים יש להוסיף שתי נקודות. שלכאורה הרי קיי"ל שמודעא בלא אנוס ידוע אינה מועילה אלא במתנה ולא במכירה, עי' בחו"מ (ריש סימן רה). וממילא יש לדון בנידון

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דין אם דמיא למכירה, ובעינן אונס ידוע, או למתנה. אכן, לגבי תוספת כתובה מסברא נראה שדינה כמתנה גרידא שהרי אין זה אלא מתנה בעלמא ואינו דומה לנדוניה, והדברים מוכרחים לכאורה מהא דכתב תוס' בכתובות (דף מז ע"א) שמהני אומדנא בכותב לבתו שאם מתה טרם הנישואין אינו זוכה החתן שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה, וביאר בתוס' שם (ע"ב) שדווקא במתנה אמרינן כן ולא לגבי מכירה שתלויה בדעת הצד השני. ועי' במל"מ (פ"ו מהל' זכיה ומתנה ה"א). (אך עי' בבית מאיר (סימן קיד) שמשמע מדבריו שהתחייבות של נדוניה דינה "כמעט כמכירה", וצ"ע). ומעתה לגבי תוספת כתובה יש לדון שמודעא מהני אף ללא אונס ידוע.

אכן, אף שאין צריך אונס גמור אלא סגי במודעא גרידא בשביל לבטל מתנה, אבל כל זה דווקא במודעא גמורה אך מודעא שלא נאמרה בפירוש בפני עדים אלא נלמדת מתוך המעשה הקודם, וכגון בנידון שלפנינו שהסכם הממון מתפרש כמודעא על הכתובה המאוחרת, בכגון זה מבואר (סוף סימן רמב) שצריך בנוסף למודעא גם אונס ורק שסגי באונס כלשהו, עי' שולחן ערוך (חו"מ סימן רמב סעיף ח) :

"הכותב שתי מתנות על שדה אחת, הראשונה מסותרת או סתם, והשנייה גלויה ומפורסמת, אחרון קנה אפילו היתה הראשונה סתם (ולא אמרינן דהראשונה הוי כמודעא)."

ובסמ"ע (שם ס"ק יד) :

"ולא אמרינן דהראשונה הוה כמודעא. לשון הטור [סעיף ט'], ולא אמרינן הרי גילה דעתו במתנה הראשונה שאינו חפץ בהשניה, כל שבמתנה שניה עצמה לא ידעינן שום ריעותא לומר דלא ניחא ליה. וזהו שמסיק [המחבר] וכתב עלה [בסעיף ט'] מי שהיו הדברים מוכיחים כו', ר"ל דוקא בכהא דאיכא הוכחה גם במתנה השניה עצמה דלא ניחא ליה, הוא דאינה מתנה בצירוף טעם דכבר נתנה לאחר, וכמו שמסיק וכתב ז"ל, והרי קדמה זאת המתנה, פירוש, בצירוף גם זה שקדם ונתנה לאחר, וביאור הדברים למה צריך שניהן יחד מבאר והולך בסעיף שאחר זה במ"ש מעשה באחד כו', וכן הוא ברמב"ם [פ"ה מזכיה ה"ד - ה'] ובטור [שם], ע"ש :

וכוונתו להמשך הסימן (שם סעיף ט-י) :

"מי שהיו הדברים מוכיחים שאין דעתו ליתן מתנה זו, אפילו שנתנה במתנה גלויה, ונמצא שנתנה מקודם מתנה מסותרת, הרי שתי המתנות בטלו, הראשונה (מפני שהיא מסותרת, והשנייה) (רמב"ם) מפני שהדבר מוכיח שאינו רוצה והרי קדמה זאת המתנה שנמצא כמו מודעא לה.

מעשה באחד שרצה לישא אשה, אמרה לו: איני נשאת לך עד שתכתוב לי (כל) נכסיך. שמע בנו הגדול וצווח על שמניחו ריקן, אמר לעדים: לכו והחביאו וכתבו לו כל נכסי במתנה. ואחר כך כתב לה כל נכסיו ונשאה, ובא מעשה לפני חכמים ואמרו: הבן לא קנה והאשה לא קנתה, שהרי לא ברצונו כתב לה וכאנוס בדבר הוא, שהרי גילה דעתו במתנה הראשונה, אף על פי שהיא בטלה מפני שהיא מסותרת. (אבל אי לא היתה מתנה ראשונה, הוי המתנה שנייה קיימת, דלא מקרי אנוס גמור) (טור)."

ובנידון שלפנינו שאין מודעא מפורשת אלא היא נלמדת מתוך החתימה על הסכם הממון, צריך בנוסף למודעא גם אונס קצת, ואונס זה סגי שיהיה אונסא דנפשיה אף שבדרך כלל אינו מועיל לבטל מכירה גמורה, אבל מועיל לבטל מתנה. וכמו שביאר הסמ"ע (ס"ק טו) :

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"לא מיקרי אונס אלא כשבא לו מעלמא שהוא מוכרח לדבר זה, ומשו"ה לא נתבטלה מתנה שניה אלא מכח גילוי דעת דמודעא הראשונה. וכבר נתבאר [לעיל סעיף ח' ובסמ"ע סקי"ד] דלא אמרינן דמתנה מסותרת ראשונה היא מודעא לשניה, אלא דכאן נחשבה כמודעא בצירוף קצת אונס דשניה."

וכן מבואר להדיא גם מדברי השעה"מ הנ"ל שכתב:

"אך באב הנותן שטר חוב לנדונית בנו ומקבל ממנו שובר מקודם נראה דהוי כאנוס כמו באחד שרצה לישא אשה דסי' רמ"ב דמיחשב כאנוס והשובר שמקודם הוי כמודעא להשטר שאח"כ."

ומה נחשב ל"קצת אונס" שאפשר לצרף אותו למודעא? דבר זה יש ללמוד מדיוק דברי הסמ"ע (ס"ק יד) שכתב:

"ולא אמרינן הרי גילה דעתו במתנה הראשונה שאינו חפץ בהשניה, כל שבמתנה שניה עצמה לא ידעינן שום ריעותא לומר דלא ניחא ליה."

ומשמעות דבריו, שאין צריך רמה גבוהה של אונס, אלא סגי ב"ריעותא כל שהיא לומר דלא ניחא ליה". וכפי זה נראה שאף בנידון שלפנינו יש ריעותא שלא ניחא ליה, אלא כל מה שכתב לה כתובה היה בגלל הצורך לישא אותה ובגלל המנהג הרווח שאין נישאים אלא אם יש כתובה גבוהה, ודומה לנידון המובא בשו"ע (שם סעיף י) שמי שרצה לישא אישה והיא לא הסכימה עד שיכתוב לה נכסיו, שדבר זה נחשב לאונס המועיל בצירוף המודעא הקודמת. אף כאן, מאחר והוא רצה בנישואין איתה ממילא היה צריך לכתוב כתובה גבוהה לשם כך וסגי בזה על מנת להיחשב "ריעותא כלשהיא", ובצירוף המודעא שיש בהסכם הממון, נראה שיש לקיים את המודעא ולבטל מכח זה את תוספת הכתובה המאוחרת.

מדוע אין כאן ביטול מודעות

והנה בפסק הדין שם הביאו דעת המיעוט שמאחר ובכתובה נכתב "דלא כאסמכתא וכו' ובביטול כל מודעי" ממילא נדחית האפשרות של מודעא.

ובאמת צ"ב מאי טעמא לא נימא שביטול המודעות בכתובה יבטל את ההסכם אשר גדרו כמודעא כמו שנתבאר לעיל.

ונראה בעזה"י, שהסכם הממון שאנו דנים אותו למודעא, לא זו בלבד שהוא מוגדר כמודעא, אלא הוא גם משמש מודעא על הביטול ועל כל הביטולים שיהיו, שמאחר ואין כאן מודעא מפורשת, אלא המודעא נלמדת מתוך כוונתו של המתחייב בהסכם הממון, ואם כן יש להגדיר זאת כ"מודעא מכללא", ונראה שלמודעא כזו יש גדר אלים של מודעא המבטלת את כל הביטולים שלאחריהם.

דהנה, בגדר מודעא וביטול מודעא מצינו ב' אפשרויות ביאור. שיש שנקטו שיש חלות מודעא שחלה ע"י מוסר המודעא, ולאחר מכן יש חלות ביטול המודעא ע"י ביטול המודעא. וראיה לביאור זה יש להביא מלשון הראשונים שביטול מודעא מהני מדין אתי דיבור ומבטל דיבור, שמשמע שיש כאן חלות מסויימת שיש צורך לבטל אותה ורק שמהני מדין אתי דיבור ומבטל דיבור.

ולפי צד זה נראה שלעולם הדיבור האחרון מבטל את כל הדיבורים הקודמים והולכים אחר הלשון אחרון של המוסר מודעא. שאם לשון אחרון שלו הוא ביטול המודעות, אזלינן בתריה,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ואם כן הוא, נמצא שבנידון דידן שבכתובה ביטל את כל המודעות, ממילא חל חיובו בכתובה והמודעות שמקודם בטלים.

אמנם, יש ביאור נוסף, שלעולם לא דנים בכל פעם אחרי ה"דיבור" שלו. אלא לעולם דנים מה הוא כוונתו האמיתית של מוסר המודעה. ורק שלגילוי דעתו אנו דנים לפי מה שגילה דעתו לפנינו. ואם רק מסר מודעה – הרי גילה דעתו שאינו רוצה לתת המתנה, ואם ביטל המתנה – הרי גילה דעתו שרוצה לתת המתנה. אבל לעולם אין כאן עניין שהביטול מבטל את המודעה, אלא שבכל פעם מתגלית לנו דעתו האמיתית.

ובאחרונים האריכו בכל זה, ויש בזה נ"מ טובא אך אין הדברים נצרכים.

ואם כנים הדברים. יש לומר שבנידון דידן שקבע שאין בכוונתו להתחייב כתובה בהסכם גמור חתום אשר קיבל תוקף של פסק דין, אין ספק שזהו דעתו האמיתית והמוחלטת. וממילא מה שאח"כ ביטל המודעה אין לראות בכך אכן ביטול של המודעה אלא הרי זה כאילו מסר מודעה מראש גם על הביטול שאחר כך שלא יהיה לביטול כל קיום, וחזר הדין שהמודעה קיימת. (משא"כ אם היינו אומרים שיש צורך בדיבור בפועל, נראה שלא די באומדנא של דעתו, אלא צריך שיהיה לפניו דווקא דיבור של ביטול של הביטולים כדי דנימא שכל הביטולים של אח"כ יתבטלו).

ומעתה, יש לומר שלהסכם הממון גדר של מודעה מעיקרא המבטלת גם את הביטולים שלאחר מכן, ונמצא שאין תוקף להתחייבות בכתובה שנעשתה לאחר מכן.

דיון לעניין הסתלקות ממזונות אישה

אמנם, לגבי מזונות אישה יש מקום לומר שעדיין יש חיוב עקרוני ולא מהני הסכם הממון לגבי כן. והטעם לכך הוא, שהרי מזונות אישה אינם אך התחייבות של הבעל בנישואין שנימא שע"י מסירת המודעה שקדמה לה התברר לנו שלא התכוון להתחייב כלל, אלא חיוב המזונות הוא חיוב שחכמים הטילו על הבעל בין ברצונו ובין שלא ברצונו. אין משמעות למסירת המודעה שלו. אכן, משהתברר שאין הכתובה התחייבות עצמית נמצא שאין לפנינו סתירה וניגוד בין ההתחייבות בכתובה לבין הסכם הממון שקדם לו, ומעתה יש לקיים את דינו של הגר"א גולדשמידט שהסכם הממון מעניק את הנופך של הנישואין באופן שלא יהיו בו חיובי מזונות ומהני, ואין כאן התחייבות מאוחרת שסותרת לה. אמנם, כל זה נכון לדעת התומים (סימן צז), שמה שכותב בכתובה "ואיזון ואוקיר ואפרנס" אינו אלא חזרה בעלמא על החיוב שתקנו חז"ל או על החיוב דאורייתא של מזונות, אבל לדעת הבית יוסף (שם) שנראה ממנו שסובר לא כך, שהרי הקשה שע"י שטר הכתובה חיוב המזונות צריך להיחשב מלווה בשטר לעניין גבייה ממשועבדים, וחזינן שלמד שיש התחייבות עצמית של הבעל במזונות מעבר לחיוב חז"ל, אם כן הדר יש לדון שבמה שכתב כן בכתובה הוא סותר את הסכם הממון שקדם לו.

ומעתה לפי דברים אלו לא מהני מה שכתבו תנאים הנוגעים לנישואין בהסכם הממון, שהרי לאחר מכן חזר בו במפורש במה שהתחייב מזונות בחיוב הכתובה.

אכן, אם כדברי הבית יוסף שזהו חיוב חדש, שוב יש לדון שההסכם מהני מצד מודעה וכמשכ"ל. וכל מה שדחינו זאת היה רק ביחס לחיוב המזונות שחז"ל חייבוהו שעל חיוב של חז"ל לא שייך מודעה, ולעניין חיוב זה כתבנו שמהני ההסכם ממון שעל דעת כן נישאו לאחר מכן ללא חיוב מזונות, ולגבי חיוב המזונות שהוא מוסף מדעתו שזה סותר להדיא את ההסכם הקודם, לעניין זה שפיר אמרינן שההסכם יכול לשמש כמודעה וכנ"ל.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אך יש לשדות נרגא בכך, שהרי כתבנו לעיל שהסיבה שמועילה מודעא בנידון שלפנינו היא מטעם שתוספת הכתובה חשיב כמתנה בעלמא שקיי"ל שאין צריך אונס ידוע וסגיי במודעא בעלמא כדי לדעת שאין רצונו של הנותן לתת בלב שלם, אך כל זה נכון לגבי תוספת כתובה, אך לעניין חיוב המזונות יש לדון טובא. שלכאורה נראה יותר שגדר חיוב המזונות נוטה למכירה ולא למתנה, ובכה"ג לא סגי במודעא אלא צריך אונס ידוע דווקא. והטעם לומר שחיובו במזונות דינו כמכירה, שהרי תמורת המזונות הוא זוכה במעשי ידי האישה, וממילא במה שמוסר מודעא על כך שאינו מוכן להתחייב במזונות הוא משפיע גם על חיוב האישה במעשי ידיה, ואם כן דמי למכירה שאין בכוחו למסור מודעא אלא אם יש לפנינו אונס ידוע.

(ויש לדון בכך אם חיוב המזונות הוא כנגד מעשי ידיים ודמי למכירה או שהוא רק בתקנות חז"ל שתיקנו זה תחת זה, אבל אינו מוגדר כמכירה וכממון אחד תמורת הממון השני, ואולי תלוי בסוגיית אין מחשביין (עי' כתובות דף קז ע"א) ובדעת הרמב"ם והשו"ע (סימן ע סעיף ה). וע"ע בסוגיית הגמ' ב"ב (דף מח ובתוס') שם שחשיב מזונות אישה כתליוהו וזבין.)

ולפי האמור הדרנא לדינא שלגבי חיוב מזונות אישה שהתחייב הבעל בכתובה אין לנו מוצא באף אחד מהאפשרויות דלעיל. שמטעם מודעא לית לן בה, מאחר ומזונות אישה דינם כמכירה שבעינן דווקא אונס ידוע, ומטעם תנאי שבממון לא מהני מאחר ולאחר מכן סתר במפורש את התנאי הקודם של הסכם הממון בכך שחזר והתחייב בכתובה, ולכל היותר יש לדון שיש כאן מחילה של האישה על מזונותיה (וכך הוא באמת לשון הסכם הממון ביחס למזונות אישה: "הצדדים מוותרים מראש על זכויות ממוניות נוספות מהצד שכנגד"), אך לעניין זה כתבנו לעיל שלכאורה הוי מחילה על דשלב"ל ולא מהני.

והנה בכל אישה שאומרת איני ניזונית ואיני עושה, דנו האחרונים אם מהני מטעם אי אפשי בתקנת חכמים (כך כתב האבני מילואים בסימן סח) או מטעם מחילה (כך כתב הבית יעקב שם). והנה אם מטעם אי אפשי בתקנת"ח, עיי' בקצות (סימן רט ס"ק יא) שמסיק שמהני סילוק אף מחיוב דאורייתא ובלבד שהחיוב בא לו ע"י מעשיו, ומביא דוגמא מחיוב מזונות שיכולה האישה להסתלק, ולפי זה הרי סילוק מהני אף בדשלב"ל כמבואר בחו"מ (סימן רט סעיף ח).

אמנם, אכתי רק לאחר האירוסין תוכל להסתלק ולא קודם דאז חשיב דלשב"ל גמור ולא מהני, כמובאר להדיא בדברי הסמ"ע שם וביתר ביאור בדברי הקצה"ח (ס"ק יב). ובנתיבות (שם ס"ק ו) חולק על הקצות ולדעתו לפי דברי תוס' לעולם אינו יכול להסתלק ולמחול על חיוב שהתחייב שכנגדו מדאורייתא, וכמו שנקט המהראנ"ח שהביא המל"מ (פכ"ג מהל' אישות ה"א).

אמנם, כל הנידון שלהם הוא במקום שמסתלק בין האירוסין לנישואין, שבכה"ג מועילה הסתלקות לכל הפחות לחיובים מדרבנן לדעת הנתיבות (שם) ולדעת הקצות אף לחיובים דאורייתא כל שהגיעו לו ע"י מעשיו. אבל הכא הרי המחילה הייתה שלושה חודשים קודם לאירוסין ולנישואין וממילא הדר דינא שאינה יכולה למחול כלל על דשלב"ל ולא מהני מחילתה כלל.

ומעתה יש לדון, שאף שלגבי תוספת הכתובה העלינו לעיל שאין להוציא מהבעל, ברם, לגבי חיוב מזונות, הרי בשעת נישואין יש ודאי חיוב למזונות מתקנת חז"ל, אלא שאנו דנים לפוטרו מטעם סילוק האישה דדמי למחילה, ואם כן, מאחר ויש ספק מחילה וודאי חיוב הדר דינא שאין ספק מוציא מידי ודאי וחייב לשלם את המזונות, ומספק אינו נפטר מחיוב המזונות. ואינו דומה לספק חיוב מזונות במקום אחר שקיי"ל שאין חייב מספק (ודלא כמו שכתב בשו"ת

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ישכיל עבדי, והאריך בשו"ת יבי"א (ח"ג אה"ע סימן טו) להוכיח דלא כן, ועיי' עוד בדברי הרה"ג יוסף כהן זצ"ל שהוכיח כן) שיש לומר ששאני התם שהוא ספק בעיקר החיוב, משא"כ הכא שודאי חייב במזונות אלא שהוא ספק שמא החיוב נפקע ע"י סילוק האישה, ונמצא שגוהר בחיובו ויש לעיין בזה.

ומצאתי בפסקי דין רבניים (ח"ג עמ' 289) בפסק דינם של הדיינים הגאונים הראשון לציון הרב הראשי לישראל רבי יצחק נסים - נשיא, רבי י' ש' אלישיב, ורבי ב' זולטי כתבו בתו"ד, וז"ל:

"... אכן נראה שהבעל פטור ממזונותיה, וזה עפ"י מה שכתוב בשו"ת פרשת מרדכי להגאון ר"מ בנעט ז"ל, אה"ע סי' י"ד, להוכיח מדברי הרא"ש בתשו' כלל ל"ג סי' ב' דאם הבעל בא בטענת ברי שלפיה איננו מחוייב במזונות אשתו, הרי הוא נאמן להפסיד מזונותיה, והטעם הוא דדוקא באלמנה הניזונית היא מוחזקת אבל אשת איש בחיי בעלה אינה מוחזקת כמ"ש הר"ן בפ' שני דייני בסוגיא דאין פוסקין מזונות ודוקא בטענת פרעתי לעתיד הוא דאינו נאמן משום דהוי בתוך זמנו (כמ"ש בחלקת מחוקק בסי' ע' ובבאור הגר"א שם)... אכן הוסיף שם די"ל דכוונת הרא"ש דוקא באופן שלפי דבריו הוי מקח טעות (היינו שהבעל בא בטענה שאשתו אינה ראוייה לחיי אישות ולא חוייב לפי"ד מעולם לא בכתובה ולא במזונות). והוא הדין בנ"ד שלפי טענתו של המשיב התחתנה אתו כשהיא אשת - איש ולא חל עליו חיוב מזונות."

ומבואר מדברי הפרשת מרדכי שרק במקום שיש ספק בעיקר החיוב אמרינן שהבעל מוחזק ואין להוציא ממנו, אבל במקום שהספק הוא מקום אחר, כגון ספק מחילה וכנידון שלפנינו, על הבעל להביא ראיה שנפטר מחיובו.

ועדיין צ"ע בכל זה. וטרם נקבע מסמרות בעניין חיוב הבעל במזונות האישה, יש לראות אם יש כלל מקום לכך בהתחשב בנסיבות הגירושין של הצדדים ובנסיבות נוספות כגון אם האישה עבדה וכדו'.

טרם סיום, נראה לי להוסיף, שאף אם נאמר שלהסכם הממון יש תוקף מדין סיטומתא ומהני אף בדשל"ל (וכך מסתבר) אעפ"כ לא יעלה לנו מזור בנידון שלפנינו, מאחר וכנגד הסכם הממון עומדת התחייבות המפורשת למזונות בכתובה, ולגבי סתירה מפורשת בין החוזים, חוזה הסכם הממון אל מול חוזה הכתובה, לא קיים מנהג המדינה ברמה של סיטומתא המכריע לומר שחוזה אחד גובר על רעהו.

מסקנה

העולה מכל האמור:

- א. לגבי הרכוש, הסכם הממון תחולתו רחבה והוא מתפרש על כל הכספים שיש ברשות מי מהצדדים, בין בזמן הנישואין בין כספים שנוספו לאחר מכן.
- ב. לגבי תוספת כתובה, יש לראות בהסכם הממון שכתבו הצדדים טרם הנישואין, מסירת מודעא על החיוב שהתחייב לאחר מכן, ונמצא שהוא פטור לגמרי מתוספת כתובה.
- ג. לגבי עיקר כתובה, אין ספק שלא מועיל שום הסכם בעולם להיפטר מכתובה, ונמצא שעקרונית יש מקום לתביעת עיקר כתובה ע"י האישה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ד. לגבי חיוב מזונות אישה, יש להסתפק באופן עקרוני אם מהני ההסכם לעקור לחלוטין את חיוב המזונות, ולפיכך יש לקבוע דיון ולברר אם יש תוצאות מעשיות לתביעה זו בהתחשב בנתונים ובנסיבות.

הרב בצלאל ווגל – דיין

ראיתי את דברי עמיתי הרה"ג ווגל שליט"א, ואענה גם אנכי חלקי.

א. השאלה שלפנינו

השאלה העומדת לפתחנו הינה בדבר הסכם-ממון שנערך בין בני הזוג ובו סעיף 10, וז"ל:

"הסכם זה ממצה את מלוא הזכויות הממוניות המגיעות לכ"א מבני הזוג במקרה של התרת נישואין וכו' והם לא יהיו זכאים לקבל זכויות ממוניות נוספות מעבר לאלו המפורטות לעיל, מכח כל דין שהוא, ובכלל זה מזונות אשה, מימוש כתובה, וכיו"ב."

על שתי שאלות מרכזיות יש לתת את הדעת:

1. האם יש תוקף להסכם זה, בו מוותרת האשה על מזונותיה וכתובתה, כאשר הסכם זה נערך קודם האירוסין?

2. אף אם נכריע כי יש תוקף להסכם, אולם כאן מתעוררת בעיה נוספת והיא, האם התחייבות הבעל לאשתו תחת החופה בשטר הכתובה שנתן לה יש בה כדי לחייבו מחדש באותם הדברים שבהסכם הממון פטרה אותו האשה מהם.

בעניין מחילתה על הכתובה הרי שכל דיונונו נסוב אך ורק לעניין תוספת הכתובה. שכן חיוב עיקר הכתובה, אינו פרי התחייבות הצדדים זל"ז אלא חיובו הוא מן הדין, ובשל כך אין ביד האשה לוותר, למחול או להסתלק ממנו וכפי שכתב הרמב"ם (פי"ב מאישות ה"ו וה"ח), ובשו"ע (אבהע"ז סי' ס סעיף ט).

ב. הסוגיה בכתובות

שיטת ה"ן בכתובות

בסוגיה ריש פרק "הכותב לאשתו" (כתובות דף פג ע"א) מצאנו את דין סילוק הבעל מזכויותיו בנכסי אשתו, היינו, פירות מלוג. הגמרא העמידה שיכולתו של הבעל להסתלק מזכותו בפירות היא כאשר כתב לה בעודה ארוסה. זמן זה, קודם הנישואין, בו עדיין לא זכה בנכסים, זהו הזמן שבו יכול לסלק עצמו מזכותו לזכות בפירות נכסי מלוג שלה.

וז"ל הסוגיה שם:

"מתניתין. הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסין - הרי זה אוכל פירות בחייה, ואם מתה - יורשה. אם כן, למה כתב לה דין ודברים אין לי בנכסין? שאם מכרה ונתנה - קיים. כתב לה דין ודברים אין לי בנכסין ובפירותיהן - הרי זה אינו אוכל פירות בחייה, ואם מתה - יורשה; ר' יהודה אומר: לעולם אוכל פירי פירות, עד שיכתוב לה דין ודברים אין לי בנכסין ובפירותיהן ובפירי פירותיהן עד עולם. כתב לה דין ודברים אין לי בנכסין ובפירותיהן ובפירי פירותיהן בחייה ובמותך - אינו אוכל פירות בחייה, ואם מתה - אינו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

יורשה; רשב"ג אומר: אם מתה - יירשנה, מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה, וכל המתנה על מה שכתוב בתורה - תנאו בטל.

גמ'. תני רבי חייא: האומר לאשתו. וכי כתב לה הכי מאי הוי? והתניא: האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו, ואין לי עסק בה, וידי מסולקת הימנה - לא אמר כלום! אמרי דבי רבי ינאי: בכותב לה ועודה ארוסה; כדרב כהנא, דאמר רב כהנא: נחלה הבאה לאדם ממקום אחר, אדם מתנה עליה שלא יירשנה; וכדרבא, דאמר רבא: האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו - שומעין לו. מאי כגון זו? כדרב הונא אמר רב, דאמר רב הונא אמר רב: יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניזונת ואיני עושה. אי הכי, אפילו נשואה נמי! אמר אביי: נשואה - ידו כידה; רבא אמר: ידו עדיפא מידה. נפקא מינה? לשומרת יבם."

כאמור, לדברי הגמרא כדי שהסילוק יועיל יש צורך שהארוס יסתלק בעודה ארוסה. לא ברור מתוך דברי הגמרא, האם כוונתה בכך שעל הסילוק להיות בתקופת האירוסין הוא רק לאפוקי מכך שאם הסתלק לאחר הנישואין אין הסילוק מועיל, אולם ניתן להסתלק אף לפני הארוסין ויתכן אפילו שאז פשוט יותר שניתן להסתלק, או כוונתה להיפך, לאפוקי רק כשהסתלק לפני האירוסין, או כוונתה לאפוקי את שני המצבים, ורק בין האירוסין לנישואין מועיל הסילוק.

ביאר שם רש"י (ד"ה בכותב לה ועודה ארוסה):

"ודאי מי שהקרקע שלו ובא ליתנו לחבירו צריך לשון מתנה, ומתניתין בכותב לה עד שלא זכה בנכסים ומתנה עמה שלא יזכה בהן לכשישאנה ואין צריך לשון מתנה שהרי אין לו עכשיו רשות בהן."

והוסיף הר"ן וכתב:

"וכדרב כהנא - דאמר דיכול להתנות ולהסתלק מדבר שלא בא ברשותו, דהא אמר רב כהנא דנחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר כלומר שעכשיו בשעה שמסתלק ממנה אינו ראוי ליורשה כירושת הבעל קודם נישואין, אדם מתנה עליה שלא יירשנה ולאפוקי ירושת אביו דכיון שראוי ליורשו בכל שעה הרי הוא כאילו זכה בה לענין דלא סגי בסילוק אלא או במכר או במתנה ואי אפשר שהרי לא זכה בה לגמרי ולא באה ברשותו שיוכל להקנותה וירושת אשתו נמי לאחר שנשאה לירושת אביו דמיא הלכך לא משכחת לה אלא בכותב לה ועודה ארוסה ודוקא בכותב לה ועודה ארוסה דשייך בה קצת אבל קודם לכן כיון שאין לו שייכות בנכסים כלל סלוקו לאו כלום הוא."

שיטת הר"ן, לפיה לא ניתן להסתלק קודם האירוסין, איננה יחידה היא. כך גם כתב הרשב"א בתשובותיו (ח"א סימן תתקס), וז"ל: "ואפילו התנתה עם הבעל קודם האירוסין לא עשתה ולא כלום, לפי שבאותה שעה אין לבעל שום זכות", וכך כתב עוד (ח"ב סימן קלב), וכך פסק גם בשו"ת הריב"ש (סימן תד). [נותימה על הב"ח בשו"ת הב"ח הישנות (סימן קכד), שהביאו האבנ"מ (סימן צב ס"ק ה), שכתב: "ולא אשתמיט שום מחבר או מפרש לומר דדווקא בעודה ארוסה אלא הר"ן"].

אמנם בשו"ת מהריק"ש כתב שמדברי רש"י הנ"ל "בכותב לה עד שלא זכה בנכסים" נראה שאי"צ שיסתלק דווקא לאחר האירוסין אלא העיקר שיהיה זה קודם הנישואין שאז כבר זוכה בנכסים, ור"ל שגם מדברי הרמב"ם משמע קצת כרש"י, ואף המאירי שם בכתובות שהביא את דברי הר"ן בשם הגאונים, סיים "ויש לפקפק בזה".

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והנה בבואנו לדון על מצב בו חתמו על הסכם-ממון שבו הסתלקו מזכויותיהם לפני האירוסין, הרי שהדין הפשוט העולה מהר"ן הנ"ל (ושכך בפשטות נפסק וכפי שמיד נדון באריכות) הוא שאין תוקף להסכם. ובאמת הש"ך כתב שלא מהני לפני האירוסין, וז"ל הש"ך (חו"מ סימן סו ס"ק קלד):

"לכן בעל שסילק כו'. דוקא בשעת חופה, וכן מיירי במהרי"ק שם שורש י"ג וכ"כ הריב"ש סי' ס"ד וק"ב והרב המגיד פרק כ"ג מהל' אישות [ה"ה] הביאו ב"י באה"ע סוף סימן ס"ט וז"ל, בכותב לה ועודה ארוסה, א"נ בכותב לה בשעת כניסה, אבל אחר נישואיה לא מהני סילוק כו'. ומה שכתב בשעת כניסה לחופה, מיירי בעודה ארוסה, לאפוקי לדידן דמארסין בשעת החופה, וכמו שכתבו הרשב"א [בתשובה ח"א סי' תתק"ס] והר"ן [כתובות מ"א ע"א מדפי הרי"ף] והמתבר והר"ב באה"ע ריש סימן צ"ב דקודם אירוסין לא מהני סילוק. מ"מ אחר נישואיה לכו"ע לא מהני סילוק, וכדאיתא בש"ס ריש פרק הכותב [כתובות פ"ג ע"א] ופוסקים ונתבאר באה"ע שם, ע"ש. ולפי זה גם דברי הר"ב בכאן צריך לפרש דכתב לה בעודה ארוסה, ולדידן דמארסין בשעת החופה לא מהני סילוק, ודוק."

ג. הסתירות והקשיים ברמ"א

דברי החלקת-מחוקק

את דין סילוק בעודה ארוסה הביא השו"ע להלכה באה"ע (סימן צב סעיף א), וכדברי הר"ן פסק שם הרמ"א: "לא מהני סלוקו אלא לאחר אירוסין, אבל קודם אירוסין לא מהני סילוק (ר"ן ריש פ' הכותב ורשב"א סימן תתק"ס)". את הטעם ביאר שם הח"מ (ס"ק ד) והוא שקודם האירוסין לא מהני סילוק אף אם עשו קניין על כך, כי זהו דבר שלא בא לעולם. וז"ל החלקת מחוקק שם:

"קודם אירוסין לא מהני סילוק. משמע אפי' בקניין ל"מ מאחר דהוי דשב"ל (ועיין לעיל סי' צ' ס"ק ס') ועיין במרדכי פרק הכותב בדין איש חפץ לקנות בית ומתנה עם אשתו שלא תעכב עליו מלמכור הבית אף על פי שבשעת התנאי הוה דשב"ל שעדיין לא לקח הבית מהני ע"ש ועיין בח"מ סי' ר"ט סעיף ח'."

ראשית יש להעיר כי נימוק זה של הח"מ לשיטת הר"ן לחוסר יכולת סילוק קודם האירוסין, שהוא מטעם שקודם האירוסין הרי זה "דבר שלא בא לעולם", ולכן הוסיף שאפילו בקניין לא יועיל, לכאורה אינו הנימוק העולה בפשטות מתוך דברי הר"ן והראשונים הנ"ל. נראה בדבריהם שזהו חיסרון ספציפי השייך לעצם דין סילוק, והוא מטעם שהאדם כבר מסולק ועומד. הר"ן כאמור כתב: "אבל קודם לכן כיון שאין לו שייכות בנכסים כלל סלוקו לאו כלום הוא", ומכך שלא הזכיר כלל את עניין דשלבל"ע וסתם "סלוקו לאו כלום הוא" נראה שצייין לא רק לעצם הדין אלא אף לטעמו. היינו, לא רק ש"סילוקו לא מהני", היינו פעולת "סילוק" לפנינו אלא שאינה מועלת, אלא יותר מכך הסילוק אינו סילוק כלל, והטעם הוא מכיון שמסולק ועומד. ועיין בדברי הרשב"א בתשובה (ח"א סימן תתקס) שנימק בכך: "לפי שבאותה שעה אין לבעל שום זכות, והרי זה כנכסיה שמתנה עימו שלא יהא לו דו"ד עמה בנכסיה שלא עשה ולא כלום". היינו, הרי זה כאילו הסתלק אדם מזכויותיו בנכסי אחר, נכסים שאין לו כל זיקה אליהם. יש תוצאות להבנת הטעם, כפי שבע"ה נראה בהמשך. לא מן הנמנע שאף הח"מ מסכים לכך, ואת עניין 'דשלבל"ע' כתב רק כדי לבאר מדוע לא מהני אף אם עושה קניין בנוסף לסילוק.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והנה בדברי הח"מ מספר הפניות ורמזים לקשיים שעולים על פסיקת הרמ"א הנ"ל, ונמנה אותם:

1. מה שהפנה החלקת מחוקק לדבריו (סימן צ ס"ק ס), שם פסק הרמ"א (סעיף יז) את דין המרדכי בשם המהר"ם, "אשה שסילקה כוחה מנכסי בעלה קודם שקנאן הבעל יכול למוכרו אח"כ ואינה טורפת מהן", וכתב שם הח"מ: "קודם שקנאן הבעל. דאף ע"פ שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אדם מסתלק מדבר שלב"ל". המקור כאמור במרדכי מסכת כתובות פרק הכותב לאשתו (רמז ריב) שכתב:

"ושאלת ראובן חפץ לקנות בית ודואג פן יצטרך למוכרו ומעכבת אשתו עליו היוכל להתנות עם אשתו בשעת קנייה ע"מ כן אקנה לנו בית שבכל עת שאני צריך למוכרו שלא תוכל לעכבו ע"י והיא מקבלת עליה כן ונכתב השטר התוכל היא לחזור ולעכב כיון דבשעת התנאי הוי ליה דבר שלא בא לעולם שעדיין לא לקחו? נ"ל דלא מצי' להדורי נהי דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מסתלק אדם בטוב בדבר שלא בא לעולם כדתנן בפרק הכותב ובפרק חזקת הבתים נחלה הבאה לאדם ממקום אחר מתנה עליה שלא ירשנה וכדתניא הכותב לאשתו דין ודברים כו' ואוקימנא בכותב לה בעודה ארוסה ומהני בין לנכסים שהם כבר באו לעולם בין לפירות דאכתי לא אתו כו' ושלום מאיר בר' ברוך."

והנה בהשקפה ראשונה נמצא שדברי המרדכי בשם המהר"ם חולקים הם על דברי הר"ן, וכך אכן הביא כנה"ג (סימן צב) בשם "מעשה חייא", "דהר"ן והרשב"א פליגי עם המרדכי, דלר"ן מחילה וה"ה סילוק קודם שיחול החיוב לא מהני, ולמרדכי מהני ויכול המוחזק לומר קים ליי, ואף האבני מילואים (סימן צב ס"ק ו) מסיק כך, וז"ל: "א"כ צ"ל דמוהר"מ במרדכי ס"ל דלא כר"ן והרשב"א, אלא ס"ל דמהני סילוק אפילו בדבר שאין לו שום שייכות בגויה".

אולם הקושי הוא, ורומז לכך כאן הח"מ, הוא לסתירה ברמ"א, דבסימן צב פסק כאמור כר"ן הנ"ל ולפיו לא ניתן להסתלק מדבר שלב"ל, ואילו בסימן צ פסק כמרדכי שניתן להסתלק מדבר שלב"ל בניגוד להקנאה שלא ניתן להקנות דבר שלא בא לעולם. וע"כ למד הרמ"א שלא כנ"ל, אלא שאין בזה מחלוקת, וצ"ב מדוע.

2. הח"מ מציין אף לנפסק בחו"מ (סימן רט סעיף ח) ברמ"א שכתב:

"הגה: דאף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מכל מקום יכול להתנות על דבר שלא בא לעולם (טור סי"ב והמרדכי פ"ק דמציעא). וכן לסלק עצמו וכחו מדבר שלא בא לעולם הואיל ועדיין לא זכה בו (מרדכי ר"פ הכותב) ועיין באבן העזר סימן צ"ב."

פסק זה של הרמ"א בחו"מ מתאים למה שפסק באה"ע (סימן צ) בשם המרדכי, אולם עומד בסתירה למה שפסק הוא עצמו בסימן צב כנ"ל. והנה הרמ"א עצמו ציין בסוף דבריו אלו בחו"מ, לאה"ע סימן צב לרמזו ששם כתב להיפך, וא"כ קשה הסתירה ברמ"א.

3. מוסף על זה יש להוסיף לקשיים את פסק הרמ"א שם בחו"מ סימן רט, מספר סעיפים קודם לכן, שם (סעיף ד) כתב: "כשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם, כך אינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם", ומקורו הוא תשובת ר"ן (סימן כג). הנה כי כן ישנן שני זוגות סתירה ברמ"א בשאלה אם ניתן להסתלק מדבר שלא בא לעולם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ד. מ"מ במחלוקת הסמ"ע והט"ז

דברי הסמ"ע

בסמ"ע (סימן רט ס"ק כא) כתב:

"כך אין אדם יכול למחול דבר שלא בא לעולם. שם קאי בראובן שידע בשמעון שרוצה ליתן לו מתנה, ואמר ראובן הנני מוחל לשמעון על כל מה שיתן לי, ואח"כ נתן לו שמעון מתנה בקנין, ופסק ר"ן דלא הוה מחילה, ע"ש. והא דפסק מור"ם בסמוך סעיף ח' דיכול אדם לסלק עצמו וכחו מדבר שלא בא לעולם. שאני התם, דקאי אדם שיש לו שעבוד על נכסי חבירו, וכיון דכבר נשתעבד לו משו"ה יכול לסלק אותו שעבוד אף מנכסים שעדיין לא קנה הנתחייב, כיון דמ"מ כבר נשתעבד לו הנתחייב, וק"ל, ועיין מה שכתבתי עוד שם [סקכ"ט]."

לפיו, באמת אין מחלוקת בין המהר"ם שבמרדכי לבין הר"ן, ואף לפי המרדכי לא ניתן להסתלק מדבר שלא בא לעולם, אלא שבציוור המרדכי יש לאשה כבר עתה שעבוד הגוף על הבעל ביחס לנכסים שיגיעו לרשותו בעתיד, שהרי הבעל כבר השתעבד לה בנישואין לכתובתה.

ולכאורה קצ"ע, דאמנם כאשר היא אשתו חוב הכתובה כבר קיים וודאי שמחוב זה אינה יכולה להסתלק, אולם עדיין אין שעבוד על אותה קרקע שיקנה כי עדיין לא קנאה ואין מה שישתעבד? ! נראה בביאור כוונתו של הסמ"ע לומר שמכיוון שיש כבר חוב וממילא נוצר עליו שעבוד הגוף, הרי שלמרות שעדיין לא קנה נכסים עליהם יחול שעבוד נכסים מ"מ הסילוק אינו מהנכסים עצמם, דהם באמת עדיין לא נקנו ולא השתעבדו לה, אלא הסילוק הוא מעצם השעבוד הקיים בגברא שהוא משועבד לה לחוב הכתובה, והשעבוד הזה בגברא הרי כבר קיים.

בקצות החושן (סימן רט ס"ק יג) הביא את הסמ"ע, וז"ל: "ועיין סמ"ע (סקכ"א) שמחלק דין מחילה שכתב הרמ"א לעיל (סעיף ד') דאינו יכול, וכאן כתב דמועיל סילוק, דכאן מיירי שנתחייב כבר אלא שלא קנה עדיין הנכסים ע"ש". והעיר עליו:

"אלא דלשון הסמ"ע אינו מדוקדק שכתב דהאי דסעיף ח' מיירי שכבר נתחייב ומש"ה יכול לסלק שעבודו אף מנכסים שעדיין לא קנה וע"ש, ולשון אף משמע דבנכסים שקנה כבר פשיטא דמהני סילוק, ואדרבה מבואר דבנכסים שקנה כבר אינו מועיל סילוק דהו"ל כאילו בא לידו, וכדמוכח מהאי דפרק מי שהיה נשוי דף צ"ה דפריך וכי כתבה ליה הכי מאי הוי, ואינו מועיל סילוק אלא בנכסים שיקנה אח"כ וכמ"ש."

כדרך הסמ"ע העלה בפנ"י שם בסוגיה בכתובות (ד"ה אמרי), וכתב: "ולענ"ד דבההיא דמהר"ם הר"ן ז"ל נמי מודה שהאשה יכולה לסלק שיעבוד כתובתה מאותו הבית שרוצה לקנות ואינה רוצה לזכות כלל באותו שעבוד". כאמור, באשה נשואה כבר קיים אותו החוב וממילא כבר קיים השעבוד בגברא שמחמתו ישתעבד הבית שיקנה הבעל, וזהו חוב הכתובה, וממילא כשעצם החוב קיים יש שייכות להסתלק גם מנכסים שעדיין לא הגיעו.

גם הקצות (סימן ר"ט ס"ק יב) כתב כיו"ב:

"ומ"ש מוהרי"ט דלא מהני סילוק אלא בעודה ארוסה וכו' אלא דאותה תשובה דמוהר"ם חולקת על זה וכו' לענ"ד אינו חולק ומשום דהתם בעובדא דמוהר"ם כיון דכבר נשתעבד חשיב שייכות אפילו בקרקע שלא קנה עדיין דהא גבי ארוסה נמי מהני סילוק אפילו לנכסים שיפלו אח"כ וכמ"ש הר"ן ר"פ הכותב וכו' וא"כ ה"נ בנידון דמוהר"ם כיון שכבר נשתעבד חשיב

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שייכות אפילו בנכסים שיקנם אח"כ, אבל אם עדיין לא נתחייב גם למוהר"ם לא מהני סילוק כיון דאין לו שום שייכות."

תמיהת הט"ז

הקצות הנ"ל הביא את הט"ז שם שהשיג על הסמ"ע:

"ובט"ז (שם) כתב על דברי הסמ"ע ז"ל, ואשתומם על המראה דמשמע מדבריו דאם לא נשתעבד כלל מתחלה לא יועיל הסילוק ממה שקנה המתחייב, וכמה סוגיות מליאות נגד זה, דאמר רב כהנא נחלה הבאה לאדם ממקום אחר מתנה עליה שלא יירשנה כדאיתא ריש פרק הכותב (כתובות פג, א), והיינו מקודם נישואי אשתו, ועוד י"ל בדבריו ממ"ש באה"ע (סימן צ"ב סעיף א') הכותב לאשתו בעודה ארוסה דין ודברים אין לי בנכסיך, וא"כ בעודה ארוסה לא חל השעבוד ואפ"ה קיים."

הנתיבות המשפט (ביאורים סימן רט ס"ק ו) ג"כ הביא את הט"ז וכתב עליו:

"ודבריו תמוהין מאד, דהא קודם אירוסין ודאי אינו יכול לסלק, כיון שאין לו שייכות כלל, וא"כ היכא שלא נשתעבד עדיין כקודם אירוסין דמי, וכ"ה במשנה למלך פכ"ג מהלכות אישות ה"א בהדיא ע"ש, וכן תמה בקצוה"ח [סקי"ג] ע"ש."

גם הקצות כאמור כתב:

"ודברי הסמ"ע נראין, דהא התם ריש פרק הכותב נמי דוקא עודה ארוסה אבל קודם אירוסין לא וכמ"ש הר"ן (שם מא, א בדפי הרי"ף), משום דבעודה ארוסה יש לו קצת שייכות, וקודם אירוסין דלית ליה שייכות כלל אינו מועיל הסילוק ע"ש, וכאן קודם שנתחייב אין לו שייכות כלל והו"ל כמו קודם אירוסין וזה ברור."

כאמור, לכאורה שאלת הט"ז על הסמ"ע צ"ע שהרי ראינו שהר"ן ועוד ראשונים למדו בסוגיה שקודם האירוסין לא מהני סילוק ואין זו המצאה של הסמ"ע שלא ניתן להסתלק קודם הגעת הדבר לעולם, אלא שמאידך בהשקפה ראשונה יש צדק בטענת הט"ז מכך שוודאי מועיל סילוק כאשר היא ארוסה, למרות שלפני הנישואין לא משועבדת האשה לאיש.

ביאור שיטת הט"ז

אלא שכדי להשיב על השגת הט"ז הזו מהך דיכול להסתלק מנכסי אשתו בעודה ארוסה קודם נישואין, אף שעדיין אין לכאורה שעבוד קודם הנישואין, יש להתבונן שם בסוגיה. לשיטות חלק מהראשונים הסוגיה מיירי דווקא בתקנות דרבנן, דהנה הגמרא מביאה ראייה מרבא ורב הונא שאמר שאשה יכולה לומר לבעלה "איני ניוזנת ואיני עושה", להך דיכול הבעל לסלק א"ע מפירותיה. לאיזה עניין בדיוק באה הגמרא להביא ראייה? הרמב"ן פירש שבאה הגמרא לבאר כיצד יכול הבעל בהסתלקותו לבטל את תקנת חכמים שתיקנו שהבעל אוכל פירות, ולזה אמר רבא ד"כל האומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו", דמכיון שתיקנו לטובתו יכול הוא לסרב לקבלה. וכן דעת הרשב"ם בב"ב (דף מט ע"ב ד"ה וכדרבא) וכ"נ בפשטות בתוספות (ד"ה כדרב כהנא) שכתבו בדעת ר"י שהגמרא בהביאה את רב כהנא באה לפתור את בעיית "דבר שלא בא לעולם", והתירוץ הוא "כדרבא" דיכול שלא לקבל תקנה שנתקנה לטובתו. וא"כ היוצא מהם שסילוק מהני רק ביחס לתק"ח (ולפי"ז הגמרא קאי למ"ד ירושת הבעל דרבנן) וזהו ירושה "ממקום אחר", אולם מירושה דאורייתא לא מהני סילוק כי בע"כ היא שלו (עיין במל"מ אישות

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

פרק כג הלכה א שכך מכריע בדעת תוספות). לפי"ז שסילוק מהני רק מתק"ח מצד "אי-אפשי", נמצא שגדר סילוק הוא גילוי דעת של המסתלק שאינו חפץ באותה תקנה, וא"כ ראיית הט"ז מסוגיין היא שבסילוק אין לפנינו חלות סילוק כדוגמת הפקר למשל, שהרי חזינן שמהני לדשלב"ע, אלא גלוי דעת בעלמא, המסתלק אינו מחיל דבר אלא רק מגלה דעתו שלא רוצה לזכות בתקנה שנתקנה עבורו, בהגיע העת לזכות. (אמנם קשה לי שהרי תוס' הנ"ל התקשו בבעיה כיצד מועיל סילוק בדשלב"ע ומכאן שלמדו שסילוק זה החלת חלות וכן שבסילוק מסתלק מהנכסים עצמם? ! ונצטרך לומר שזה גופא מה שהתחדש להם בתירוץ וזה ההבדל בין המקשן לתרצן בתוספות בהבנת פעולת סילוק). משא"כ לראשונים שסילוק מהני אף לדיני דאורייתא (כדוגמת הר"ן שם שלפיו הייתה הו"א שלתקנות דרבנן לא יועיל סילוק מטעם "עשו חיזוק", אך לדאורייתא וודאי מהני סילוק) לא נוכל כמובן ללמוד כך בגדר סילוק.

והנה לכאורה דברי הר"ן קשים מסברא מה עניינו של אותו שלב ביניים שדווקא בו ניתן להסתלק, הניחא שלא ניתן להסתלק לאחר שכבר זכה בדבר, שהרי הפך להיות בעליו וכיצד יסתלק ללא קניין, אולם מה טעם לא יוכל להסתלק קודם שנעשה שייך לדבר, הרי דווקא ריחוק האדם מהדבר יותר מאפשר את הסתלקותו ממנו?

כתמיהה זו הביא ה"אבני מילואים" (סימן צב ס"ק ה) בשם שו"ת הב"ח (סימן קכד), וז"ל:

"ונ"ל ברור דלאו דוקא בכותב לה ועודה ארוסה אלא אפי' קודם לכן כו', אלא הר"ן ז"ל כתב דוקא בכותב לה ועודה ארוסה דשייך בה קצת אבל קודם לכן כיון שאין לו שייכות בנכסים כלל סילוקו לא כלום עכ"ל כו', ואדרבה הסברא נותנת טפי דכל מאי דלא זכה בו עדיין מצי יותר להסתלק ע"כ דברי הב"ח."

והאבנ"מ בהתייחסו לדברי הב"ח הנוספים "שהאריך והעלה דלא אשתמיט שום מחבר או מפרש לומר דוקא עודה ארוסה אלא הר"ן בלבד", העיר "וכבר כתב ג"כ הרשב"א בתשו' סי' תתק"ס הביאוהו הב"י וד"מ בסי' זה".

אם הט"ז אכן למד שגדר סילוק כאמור הוא גלוי דעת בעלמא שמסלק את עצמו מהזכויות שעומדות ליפול לו, משל היה אומר "אי-אפשי בזכות זו", מובן הוא מדוע לא יכול להסתלק לאחר שהזכויות כבר הגיעו אליו וזכה בהם, שאז יש צורך בקניין. אולם כאמור מתחזקת התמיהה מדוע יש צורך שתהיה כבר זיקה מסוימת וא"א יהיה לגלות דעתו ולהסתלק קודם האירוסין?

כאמור, הסברא נותנת שיהיה ניתן להסתלק קודם אירוסין, לכן הט"ז עצמו באמת סובר שניתן, ושלא כשיטת הר"ן ודעימיה, ולדידו חלוק דין סילוק מדין מחילה. בעוד שבסילוק המסתלק מסתלק מזכות שעומדת ליפול לו קודם שזכה, וילמד הט"ז כאמור שסילוק אינו עשיית חלות אלא מסלק א"ע שלא יזכה וממילא אין שייכות לחיסרון של דשלב"ע כי אינו מחיל שום חלות אלא רק מגלה דעתו שלא מעונין לזכות, הרי שבמחילה יש צורך שהזכות תהיה כבר קיימת והאדם מוחל עליה, ולא יכול למחול היום לפני שיחול החוב מחר.

עיי' בדו"ח לרע"א שכתב על המשנה שם בריש הכותב:

"רשב"ג אומר אם מתה יירשנה. משמע דהדין קיים דאינו אוכל פירות אלא דאם מתה יירשנה, וקשה למ"ד בב"ב דבקני את וחמור לא קנה כלל א"כ הכא דכילל בדבריו בחיך ובמותך וכיון דבטל לענין במותך יתבטל כולו, ואפשר דסילוק עדיף בזה כמו דעדיף לענין דשלב"ל."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

רע"א מקשה על שיטת רשב"ג לפיו לא מהני סילוק מירושה אך מהני לגבי הפירות, מדוע לא יהיה חיסרון של "קני את וחמור", ותירץ ש"סילוק עדיף" כמו שמהני סילוק בדשלבל"ע. והנה לולא החיזוק שהביא לחילוקו מהא דמהני סילוק לדשלבל"ע, היה ניתן לבאר בו שזו סברא השייכת דווקא לעניין "קני את וחמור". דהנה אם נלמד שהחיסרון ב"קני את וחמור" הוא מחמת טענת השטאה כשיטת הריטב"א, לא יובן מדוע בסילוק לא יהיה חיסרון זה. אולם למד רע"א שזה חיסרון במעשה הקניין שכאשר בטל מקצתו בטל כולו, וזו אכן לשונו כאן בשאלתו, הרי שבסילוק ניתן להבין שלא שייך לומר כן כי נחשב סילוק כלפי כל דבר בפנ"ע, ואין כאן מעשה קניין אחד לומר שבטל מקצתו בטל כולו. אולם רע"א סיים בחיזוק לכך שמהני סילוק מהא דמהני בדשלבל"ע, ומה כוונתו? להנ"ל מובן רע"א, אם גדר סילוק כמ"ש בשיטת הט"ז שאינו החלת חלות אלא גלו"ד בעלמא שאינו רוצה לזכות בדבר הרי שלא שייך כאן "קני את וחמור", והראיה לכך שזה אכן הגדר הביא רע"א מהא דמהני לדשלבל"ע.

עד כאן ביארנו את הט"ז עפ"י הראשונים בסוגיה שלמדו אותה דווקא בתקנות דרבנן. אלא נראה להוסיף ולומר שאף לפי שיטתם של אותם הראשונים שסילוק מהני גם לדיני תורה – וממילא ע"כ גדרו של סילוק יהיה החלת חלות סילוק ולא גלוי-דעת בעלמא, שאותו לא שייך כמובן לעשות ביחס לדיני תורה, ושכך לכאורה ילמד הסמ"ע – עדיין יש מקום לפקפק בראיית הט"ז מהסוגיה, שמהני סילוק קודם שבא הדבר לעולם, שהרי קיים הבדל גדול בין הסתלקות מזמן הארוסין לכל הסתלקות קודם הגעת הזכות לעולם. דצריך לבאר, האם באמת השעבודים ההדדיים חלים רק ברגע הנישואין כפי שהבין הט"ז בהשגתו על הסמ"ע?

בקידושין (דף ה ע"א) אומרת הגמרא שארוסה אוכלת בתרומה מדין "קניין כספו". תוספות הרא"ש שם ביאר: "כיוון שמושל עליה ומשועבדת לו מיקרי קניין כספו אפילו קנאה בשטר ובביאה". הבין הרא"ש שמושג "קניין כספו" מציינ את תוכן הקניין ולא כיצד נעשה, היא נחשבת ככספו כי שולט עליה ולא כי קנאה בכסף, לכן אף אם קנאה בביאה נקראת "קניין כספו". והנה לכאורה, דבריו "כיוון שמושל עליה ומשועבדת לו" צ"ב, שהרי רק מהנישואין משעובדת?

אלא, שנינו: "האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה", ויש לעיין, מדוע עושה הוא את ההתנאה בזמן הקידושין ולא בזמן הנישואין, הרי חיובים אלו מתחילים בשעת הנישואין ולא בקידושין? מכאן רואים, שהקניין שמקנה זכויות אלו הוא הקידושין, ואף שבקידושין עדיין אינה משועבדת לו לאישות אין זה אלא שזמן חלות השעבודים עדיין לא הגיע, אך מ"מ סיבת השעבודים הינם הקידושין. כדברים האלו כותב הרמ"ה לבבא בתרא (דף קכו ע"ב אות ק): "שאר כסות ועונה מכוח קידושין הוא דמשתעבד". לכן אף שזמן חלות החיובים האלו הוא בנישואין, מ"מ סיבת חיובם הוא הקידושין ולכן זהו הזמן בו צריך להתנות כדי שלא תחול אותה סיבה. ממילא, הסתלקות הבעל בסוגיה בזמן האירוסין מאכילת פירות אינה קרויה הסתלקות מדשלבל"ע, כי סיבת זכותו בפירותיה כבר קיימת.

ביאור שיטת הסמ"ע

והנה כל זה ביארנו בט"ז. אולם לדעת הסמ"ע לפיו לא ניתן להסתלק קודם יצירת זיקה כלשהיא, צ"ל שלמד שסילוק אינו גלו"ד בעלמא אלא החלת חלות, וממילא יש צורך שלמסתלק תהיה כבר זיקה לאותה הזכות שהיא עדיין לא הגיעה. לדידו צ"ל שסילוק הוא הסתלקות מהסיבה שנתנה לו את הזכות ואין הסתלקות מהזכות עצמה, לכן לא שייך שמלווה יסתלק מהזכות לגבות

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כי אמנם ההלוואה היא הסיבה שיצרה את הזכות אולם הזכות והחוב כבר קיימים, ובכה"ג שהזכות כבר קיימת מהני רק מחילה. ולדידו נאמר שהגדרת ה'זיקה' הדרושה כדי שיועיל סילוק היא שהסיבה המחייבת את הגעת הזכות כבר קיימת. הסיבה המחייבת את זכויות האיש והאשה זב"ז הינן כאמור האירוסין אף שזמן חלות החיוב הוא הנישואין, אולם קודם הופעת הסיבה, חלות סילוק שמחיל אין לה על מה לחול, כי לשיטתו סילוק הינו החלת חלות ולא גלו"ד בעלמא.

אולם עדיין עצם הגדרה זו צ"ב, אם אכן בעינין שיהא הדבר כבר בעולם דכשם שלא ניתן להקנות דבר שלא בא לעולם כך לא ניתן להסתלק מדבר שלא בא לעולם, כי בסילוק כאמור מחיל חלות, אם-כך מדוע יכול להסתלק לאחר האירוסין, הרי לא זכה בפירות נכסיה אלא מהנישואין והוי דשלב"ע? וגם אם נאמר כנ"ל שהנישואין אינם סיבת זכויות בפירות אלא רק זמן חלות הזכייה ואולם סיבת הזכייה הינן האירוסין, סו"ס עדיין לא זכה! ? אם אכן יש בסילוק חיסרון של דשלב"ע אלא שמכיוון שהיא ארוסה זה נחשב קצת כבא לעולם, יש עדיין להבין מסברא את ענינו של אותו מצב ממוצע של הגעת זמן הסיבה לזכות קודם הופעת הזכות עצמה, דממנ"פ אם הארוס בהגיע הסיבה לזכות נחשב כמי שיש לו כבר בנכסי אשתו מדוע לא יצטרך הקנאה כמו לאחר נישואיה, ואם נחשב עדיין שאין לו כי הזכות עצמה עדיין לא הגיעה, מדוע זה נחשב כבא לעולם?

כמו"כ מסברא קשה להבין שסילוק יהיה דומה לקניין לעניין הצורך שיהיה בעולם. בעוד שכדי למכור ולהקנות צריך האדם להיות בעלים על הדבר וכל עוד לא הגיע הדבר לעולם אין זה שלו, הרי בסילוק הדבר להיפך, אף אם סילוק הינו החלת חלות מ"מ האדם המסתלק אינו פועל חלות בנכס ממנו מסתלק אלא מתרחק ממנו כדי שלא לזכות בו ונמצא שמה שמהווה חיסרון בהקנאה מהווה יתרון בסילוק. הגע בעצמך, הרי לדעת הרמב"ן (שלא כדעת הטור בשם ר"י) הבעל יכול להסתלק מנכסי אשתו ארוסה, גם מנכסים כאלו שעדיין לא זכתה בהם אשתו!

והנה נחלקו הראשונים אם המסתלק יכול לחזור בו מהסילוק. לדעת המהרי"ט (ח"א סימן מה) יכול לחזור בו מטעם "אתי דיבור ומבטל דיבור", אולם הר"י מגאש שהובאו דבריו בשיטמ"ק לב"ב (דף מט ע"א) כתב שלא ניתן לחזור בו, ובקצה"ח (סימן רט ס"ק יב) האריך להוכיח כשיטה זו. ועיין בישוע"י שם (ס"ק ב) שהקשה לסוברים שמהני, איך מהני חזרה מהסילוק, הרי אם עד הנישואין יכול לחזור בו נמצא שלמעשה הסילוק חל רק אחר הנישואין, שעה שכבר אינו יכול להסתלק, ואיך מהני סילוק אחר הנישואין? ומכאן למד של"מ חזרה מסילוק. ובדומה ב"בית יעקב" העיר על תוספות שם בסוגיה:

"וה"ה דהתוספות הוי מצי למימר דנ"מ אפילו לר"י לענין שאינו יכול לחזור בו אפילו קודם שבא לעולם, דבמקנה דשלב"ע לכו"ע יכול לחזור בו קודם שבא לעולם וכ"כ בספר הפלאה."

והנה באמרנו שהסילוק הינו החלת חלות, ניתן להבין, שהסילוק הינו מהנכסים, אך ניתן להבין כאבנ"מ (סימן צב ס"ק ו) שלמד שמסתלק לא מהנכסים אלא מהיותו "בעל" הזכאי לתקנה, כך ששם "בעל" שהוא הסיבה לזכות לא יתן לו את הזכות בנכסי אשתו.

נפק"מ אחת בין שני הנוסחים הנ"ל היא אם יוכל להסתלק ממקצת הנכסים. הקובץ שיעורים (אות רח"צ) כ' שלא יכול להסתלק ממקצת נכסים כי מסתלק מדין בעל. והנה לכאורה יהיה קשה לפיו איך מסתלק מפירות ולא מפירי פירות, הרי זה סילוק במקצת? וצ"ל שפירי-פירות הם זכיה בפנ"ע ולא מדין הפירות, ודו"ק.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והנה אם נלמד שהסילוק הוא חלות סילוק מהנכסים עצמם י"ל שמהני רק מנכסים שכבר קנתה בשעת הסילוק, וזו לכאורה סברת הטור שלא מהני סילוק מנכסים שנפלו לאחר הנישואין. ונראה שהרמב"ן שלמד שמהני הסילוק מנכסים שתקנה אחר הנישואין למד שהסילוק הינו חלות בגברא, הסתלקות מדין בעל, ומה שאחר הנישואין כבר לא מהני סילוק הוא כי כבר חל עליו שם בעל.

שאלה זו אם חלות הסילוק הינה בנכסים או בגברא מישך שייכה בשאלה נוספת, והיא מתי חל בדיוק הסילוק? אותם ראשונים שדנו בסוגיה מדוע בהסתלקותו לפני הנישואין לא יהיה חיסרון של דשלב"ע (כתוספות למשל), ילמדו לכאורה שהסילוק חל בשעת הנישואין, ולכן התקשו דעת לא בא לעולם, ואף שאז כבר הנכסים שלו וכיצד מהני סילוק ללא הקנאה, וכפי שהקשה הישוע"י? צ"ל שדי בכך שאת מעשה הסילוק עשה קודם הנישואין, ואם הסילוק חל רק אח"כ וודאי שתועיל חזרה מהסילוק (וממילא ל"ק שאלת הבית-יעקב דלעיל על תוספות). אולם לראשונים כדוגמת הר"ן שלא הזכירו כלל את בעיית דשלב"ע, לדידם הסילוק חל כעת בשעה שמתלק בזמן האירוסין דמתלק משם "בעל" לעניין הזכויות, וזה יכול לעשות רק לאחר האירוסין שכבר חל עליו שם "ארוס" עם הסיבה לזכייה אלא שעדיין לא הגיעה הזכות עצמה, ויתכן לפי"ז שלא תועיל חזרה כי הסילוק כבר חל כעת.

נמצא שאת שיטת הסמ"ע שלמד כרמ"א שפסק כר"ן שיש צורך שהסילוק יהיה לאחר האירוסין ולא לפנייהם נלמד לא מצד חיסרון של דשלב"ע, שכך לכאורה הבין הח"מ בביאור הרמ"א, בעיה שהר"ן כלל לא העלה וביארנו מדוע כי הסילוק חל כעת, ואת המצב הממוצע המאפשר סילוק ביארנו מצד שהסילוק משם 'בעל' וזוהי החלת חלות הדורשת מעמד של מקצת בעל שזו היותו ארוס, אלא מצד שהוא כבר מסולק ועומד, ועיין לעיל שבארנו שאף הח"מ לא התכוון למוכן מדבריו בהשקפה ראשונה.

לסיכום עד כאן

הסתלקות האשה בנדו"ד מכתובתה ותוספתה הנעשית קודם האירוסין אף שזה כ"קני את וחמור", שכן כאמור סילוק מעיקר כתובתה לא מהני, מ"מ בסילוק ליתא לחסרון זה כדברי רע"א וכפי שהארכנו בביאור העניין. הבעיה הקיימת בכך שסילוק זה נעשה קודם האירוסין איננה בעיה לדעת המהר"ם שבמרדכי לחלק מהמפרשים בדבריו, כמו"כ איננה בעיה לפי הט"ז לדידו אין לסילוק נקודת זמן שרק ממנה ניתן להתחיל להסתלק אלא יש רק נקודת זמן שעד אליה ניתן להסתלק, ובארנו כיצד למד את גדר ההסתלקות, כאמור אין הכרח מלשון הגמרא שלא כמותו ואף יתכן שישנם ראשונים שלמדו כמוהו. אמנם רוב ככל הראשונים למדו שלא כך, ולדידם א"א להסתלק קודם האירוסין וכתבנו מספר אופנים לדחות את ראייתו מהגמרא. כעת נסיף ונעניין בעמודים חזקים נוספים עליהם ניתן לבנות את תוקף ההסכם שנחתם קודם האירוסין.

ה. הסתלקות לאחר השידוכין

כתב המאירי בסוגיה (ריש פרק הכותב), וז"ל: "דוקא שהיא ארוסה שיש לו בה קצת שייכות אע"פ שאינו ראוי ליורשה אבל קודם ארוסין אפילו נשתדכה לו אינה כלום". ובפתחי תשובה (סימן צב ס"ק א) הביא:

"עייין בספר ישועות יעקב שתמה על המנהג שלנו שכותבין שטרי סילוק אחר שדוכין קודם נישואין והרי אצלנו הקידושין והחופה באים כאחת א"כ קודם נישואין הוי ג"כ קודם אירוסין ולא מהני מידי הסילוק כמ"ש הרמ"א כאן."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אולם בשו"ת חת"ס אה"ע תשובה קסו כתב: "לא מהני אלא או אחר ארוסין לדידהו או לכה"פ אחר שכבר נתקשרו בשידוכין בחרם וקנס", וכ"כ בחידושו לר"פ הכותב (ד"ה "הכותב) ולב"ב (דף מט ע"א ד"ה בכותב).

והנה מבחינה פורמלית וודאי הוא שסיבת זכויותיו בנכסיה אינה בעת השידוכין אלא בעת הארוסין וכפי שהארכנו לעיל, ומדוע שיוכל להסתלק כבר בשעת השידוכין? וכי משעת השדוכין ניתן לראות שסיבת זכיותם בזכויות הנישואין כבר התחילה?

היה ניתן לחשוב שכן, דהנה הבית-שמואל (סימן נו ס"ק ד) דן לגבי חיוב מזונות ב"הגיע הזמן ולא כנסה", האם בזה"ז שעושים שידוכין - האם יש חיוב מזונות כלפיה כשלא כנסה, שהרי גם בשידוכין יש קניין וחיוב לשאת? וכתב הב"ש שאפשר ובאמת חייב במזונותיה, אולם המנהג הוא שאין חיוב מזונות.

מדוע הב"ש נקט שמצד הדין יהיה חייב במזונותיה ומדוע המנהג שלא כך? תלוי הדבר בכירור מה עומד בבסיס אותו חיוב מזונות ב"הגיע הזמן". אנו מכירים את חיוב המזונות הקיים בין בעל לאשתו לאחר הנישואין, אולם בהגעת הזמן הם עדיין אינם נשואים ומדוע שבעלה יהיה חייב במזונותיה? אם חיוב מזונות כאן הוא כחלק מחיוב האישות שמתחילה בקידושין, כדמשמע מרש"י (ד"ה אוכלות משלו) שפירש בטעם חיוב מזונות בהגעת הזמן: "שהבעל חייב במזונות אשתו מתקנת בי"ד כדלקמן בפרק נערה", נצטרך לומר כי לדעת הב"ש כבר בשידוכין מתחיל הדבר, אולם זה דבר שקשה להיאמר. וע"כ צ"ל שסברתו של הב"ש לחייב במזונות הייתה מטעם שלמד שחיוב המזונות ב"הגיע הזמן" הינו קנס על שלא כנסה, דהנה מצינו ביבמות (דף מא ע"ב) לגבי יבם: "עמד בדין וברח ניוזנת משל יבם", וביאר שם רש"י: "דקנסין ליה". א"כ, לדעת רש"י חיוב מזונות ביבם לאחר שעמד בדין הינו מדין קנס, האם כך גם בארוס כשהגיע הזמן? ב'אור-שמח' (סוף פרק י מהלכות אישות הלכה יט) נראה שהלומד שביבם החיוב הינו מדין קנס, ילמד כך אף בארוס בהגעת הזמן, אולם עיין ברמב"ן שם שהקשה על רש"י שם מדוע לא פירש מטעם שהוי כחיוב מזונות בהגעת הזמן, מכאן שלמד שבהגעת זמן אינו מטעם קנס.

אם אכן למד הב"ש כך בגדר החיוב הרי שגם לאחר שידוכין שייך לקונסו בכך שלא קידשה ונשאה, אולם מה שכתב שנהגו לפוטרו הוא כי ע"כ הסיק שהטעם הוא שחיוב מזונות כאן הוא כחלק מחיוב האישות שמתחיל בקידושין, כדמשמע מרש"י הנ"ל (ד"ה אוכלות משלו) שפירש בטעם חיוב מזונות בהגעת הזמן: "שהבעל חייב במזונות אשתו מתקנת בי"ד כדלקמן בפרק נערה", אבל בשידוכין אף אם יש חיוב לישא אך אין עדיין אישות וא"א לראותם כבעל ואשה.

(והנה המקנה בקו"א (סימן נו סעיף ג) תמה על סברת הב"ש, שהרי הוא אינו מעכב בעדה כי יכולה היא לבטל את השידוכין כי עבר הזמן, ואינו כמצב ארוסה שאינה יכולה לבטל את הקידושין. אולם י"ל דכאמור הבנת הב"ש תיתכן רק אם למד שהחיוב הוא קנס, והשאלה היא על מה הקנס, הב"ש ילמד שהוא על כך שלא עשה את המוטל עליו ונשאה וא"כ אף אם יכולה היא לבטל את השידוכין, אולם כל עוד לא ביטלה עליו לכונסה וכשאינו עושה כן יש לקונסו ואילו המקנה ילמד שהקנס הוא על זה שהביאה למצב שאינה יכולה לקבל מזונות מחד ולא להינשא לאחר מאידך אלא קשורה בו. דהנה בכתובות (דף צז ע"א) זרק לה גט ספק קרוב לו ספק קרוב לה מגורשת ואינה מגורשת ובעלה חייב במזונותיה, והנה בפשטות היינו אומרים שחייב במזונותיה אלו אותם מזונות שכבר היה חייב לה כשהיו נשואים ולא נפטר מהם כל עוד לא ברור שכבר פקע המצב הקודם של נישואיה, אולם פרש"י שמגורשת ואינה מגורשת זה מן הארוסין ותמה תוספות הרא"ש כיצד זה שלפני שזרק לה הגט היה פטור מלזונה וכעת לאחר

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שזרק לה גט חייב? ותירץ כיוון שאגידה ביה ולא יכולה להינשא לעולם חייב במזונותיה כמו הגיע הזמן ולא נישאו. ונראה שהסברא היא כנ"ל שבגלל שהיא מעוכבת מלהינשא בגללו חייב לזונה ובזה דימה זאת לחיוב הגעת-זמן דאילו הגדרים האחרים לא שייכים כאן, לא קנס על כך שלא קיים את דינו בה ולא כנשואה שהרי לא עומדת לינשא כשזרק לה גט, ואכמ"ל).

א"כ, אם כאמור לא ניתן לראות שסיבת הזכויות מתחילה בזמן השידוכין יל"ע מה טעם החת"ס? ונראה, דהנה לעיל הבאנו את הח"מ שלמד שהטעם שלא מהני סילוק קודם הארוסין הוא מטעם דהוי דשלבל"ע, והערנו שבדברי הר"ן לא מופיע כלל עניין זה אלא נראה בו שזה חיסרון בעצם הסילוק מכיון שהוא מסולק ועומד, ונראה שאם נלמד כאופן זה האחרון הרי שבאמת לא יועיל סילוק קודם הארוסין אף לאחר השדוכין. אולם אם הטעם הוא בגלל דשלבל"ע, כפשטות הח"מ, הרי ידועה היא השאלה מה החיסרון בקניין בדשלבל"ע, אם אכן החיסרון הוא מצד שאין בעולם על מה שיחול עליו הקניין (וכ"ה בנובי"ת אה"ע סימן נד ועוד) הרי שחיסרון זה קיים גם בהסתלקות לאחר השדוכין, אולם אם החיסרון הוא מצד חוסר סמיכות-דעת (כנמו"י לב"מ דף סו ע"ב) הרי שי"ל שלאחר השידוכין יש כבר סמכ"ד שיינשאו זל"ז ולכן יועיל סילוק וכך נבין את החת"ס, אם כך הוא הרי שבהחלט ניתן לשמוע את דברי המגיה על המאירי במקום, שצייין בהערה שם שאולי בשידוכין כאלו עליהם דיבר זקנו החת"ס עם חרם וקנס, אף המאירי יודה שמהני סילוק. נראה שמצב זה של התקשרות עם חתימת הסכם ממון מפורט מצביעה על סמכ"ד גמורה להינשא, ושיטת החת"ס (וכאמור יתכן שאף המאירי ודעימיה יסכימו כך) תהווה סמך נוסף להצטרף לכך שהחתימה על הסכם הממון מהווה הסתלקות מצד האשה ותופסת.

ו. שיטת החזו"א

דברי החזו"א

כתב החזו"א (סימן עז ס"ק ט):

"דארוסה כבר זכה בה שהנשואין גומרין בה וזוכה בנכסיה, וסילוק הוא מחילת זכות ארוסה, וכיון שסילק כחו לא תהא חופה גומרת לענין ירושתה ואכילת פירות, והלכך מיד שאמר דין ודברים אין לי בנכסיך הוי כמחילה ואי"צ קנין ואף אם חוזר בו אינו כלום, אבל באמר קדם ארוסין לית ליה מה למחול וכו' ובח"מ סק"ד הביא דברי המרדכי וכו' ונראה דלאו קושיה היא דודאי יכולה האשה לחזור קודם שקנאן הבעל, אבל בשתקה עד שקנאן הוי כמחלה בשעת קנין ומהני, ונראה לפי"ז בכתיבת שדוכין מהני סילוק דעיקר הקידושין הוא על תנאי השדוכין כל זמן שלא חזר והוי כהתנה כל תנאי השדוכין בשעת חופה וקידושין ובפ"ת סק"א הביא דברי אחרונים ז"ל שלא כתבו כן."

נראה שעומק דבריו "דארוסה כבר זכה בה שהנשואין גומרין בה וזוכה בנכסיה, וסילוק הוא מחילת זכות ארוסה", דבר הזקוק ביאור, שהרי עד עתה ראינו שהארוסין הינם רק סיבת הזכות בנישואין ומהו "כבר זכה בה", כך שממילא לדבריו יש כבר יכולת למחול? הדבר נעוץ בהבנת מהות הקניין שיש לאדם באשתו ארוסה ולשם הבנתו נקדים מילין.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

קניין קידושין קונה את הנישואין

הגמרא בכתובות (דף מז ע"א) אומרת שהתורה זיכתה את האב למסור את בתו לחופה. היכן מצינו מקור לכך בתורה? עיי"ש ברש"י, אולם פירש הרמב"ן: "דאי ס"ד לא מצי מסר לה לחופה, כסף קידושיה היכי זכי בהו, הרי על מנת לכונסה נתנו לו". למדנו מהרמב"ן שיכולתו של אביה לקדשה ולזכות בכסף קידושין נובעת מכך שהוא אף בעלים להשיאה. לא ייתכן שמישהו יהיה בעלים על הקידושין בלא שיהיה אף בעלים על הנישואין. אם קידושין היו דבר העומד בפני"ע, מדוע לא יוכל? אלא ע"כ עניינם של הקידושין הוא רק ליצור את ההקדמה לנישואין, כדי שיהיה ניתן לישא, וללא שיש לאב בעלות על נישואיה והוא "מוכר" כעת גם את נישואיה, הרי לא היה זכאי לקבל כסף על קידושיה.

ההלכה שהאב מקבל את הכסף איננה סתם הלכה של זכייה בכסף, אלא הוא בעלים על בתו גם לעניין מעשה הקידושין והתשלום עליהם. התשלום עבור הקידושין מגיע לאב, אולם על מה משלמים או את מה קונים? משלמים על הקידושין לחוד? לא! אין הקידושין אלא הכנה לנישואין, לאישות. מי שמשלם, משלם על דעת הקניין הגמור שתהיה פה אישות גמורה, ולא ייתכן שהתשלום יגיע לאותו אחד שאין לו אפשרות להעמיד את המקח לגמרי. כאשר הקונה מקדש, הוא קונה את "שימושיה" לעניין לישאנה, ממילא, מי שלא יכול למכור לו את נישואיה לא יכול למכור את קידושיה. אשה שהתקדשה-נמכרה לנישואיה, עד כדי כך שהייתה לתוספות הו"א שלא נצטרך את דעתה בנוגע לנישואין.

תוספות בתחילת כתובות (ד"ה נשאת) כתבו שלא שנו שם במשנה "נושאת את הבתולה" משום "דאי תנא הכי הו"א אפילו בעל כרחא כדמשני גבי הא דפריך וליתני האיש קונה". לכאורה דבריהם צריכים עיון, שהרי אותה גמרא שציטטו מקידושין, ביארה שמכיוון שבקידושין כתוב "האשה נקנית" יודעים אנו שלא ניתן לקדשה בע"כ. אם קידושין לא ניתן לעשות בע"כ כיצד היה עולה בדעתנו שניתן לשאת אותה בע"כ? השיטמ"ק בכתובות שואל זאת ומתריך: "דהו"א דאם נתקדשה ברצונה דתנשא בע"כ כיון דכבר נתקדשה ברצונה". מהי כוונת דבריו? נראה בכוונתו שעניין הנישואין נקנה ע"י הבעל כבר בשעת הקידושין, כשהוא מקדשה הוא קונה אותה לנישואיה, היא חייבת להינשא לו, אם אינה רוצה הרי היא מורדת, וכמו שאדם קונה חפץ יכול לעשות בו מה שרוצה כך כשקונה אותה לנישואיה יכול לעשות בה שימוש זה, היינו הנישואין, אף בעל-כורחה. אמנם המשנה בכתובות השמיעה לנו, לפי תוספות, שאינו יכול לישאנה בעל-כורחה. האם חזרו בהם תוספות מהבנתם את עניין נישואין? נראה שלא, אין רמז לזה בתוספות. אלא, סירובה לנישואין יוצר בעיה "טכנית" שלא ניתן במצב שכזה להגיע למצב ה"ביחד" שלהם שהוא עניין הנישואין, אך אינו דרוש מצד "דעת מקנה".

שרש העניין הוא במה שכתב החינוך (מצווה תקנב), שהיא "מצות קידושין באשה", וז"ל: "משרשי המצוה, שתצונו התורה לעשות מעשה באשה יורה ענין זיווגם טרם ישכב עמה, ולא יבוא עליה כבוא על הזונה מבלי מעשה אחר קודם ביניהם". מה עולה מדבריו?

הרמב"ם המפורסם בתחילת הלכות אישות מתאר מה היה קודם מתן תורה, וז"ל:

"קודם מתן-תורה היה אדם פוגע אשה בשוק אם רצה הוא והיא לישא אותה מכניסה לתוך ביתו ובוועלה בינו לבין עצמו ותהיה לו לאשה, כיוון שניתנה תורה נצטוו ישראל שאם ירצה האיש לישא אשה יקנה אותה תחילה בפני עדים ואחר כך תהיה לו לאשה שנאמר "כי יקח איש אשה ובא אליה".

מבואר ברמב"ם, שקודם מתן-תורה לא היה צורך בקניין כדי ליצור אישות. מנהג האישות שנהגו זה בזו ולהיפך, היה גורם בעצמו שתהיה אשתו, רק לאחר מתן-תורה התחדש שצריך

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מעשה קניין כדי ליצור אישות. האם הרמב"ם בא לספר לנו סיפור מה היה בעבר הרחוק קודם מתן-תורה?

לא, ראשית הדבר נוגע להלכה אף היום בבני-נח, ולמדנו מאותה הלכה על הבדל הנישואין בין בני-ח שאינם דורשים הקדמה קניינית בדמות קידושין, לבין בני ישראל שלא תיתכן אצלם מערכת אישות של נישואין ללא שיקדם לה קניין קידושין. אולם נראה שהרמב"ם לא בא להשמיענו רק מה היה ואף לא להשמיע הלכה הנוהגת היום ביחס לנישואין דבני-נח אלא למדנו אף על נישואי ישראל, כיצד?

לפי טעם ספר החינוך ניתן לומר ברמב"ם כי קניין קידושין לא בא סתם כצירית קשר קנייני, כשלב נוסף לפני הנישואין, אלא כהכשרה נצרכת לנישואין, שתפקידו כדוגמת ההכשרה שהייתה קודם מתן-תורה, אותה תיאר הרמב"ם.

לשון הרמב"ם הייתה: "אם רצה הוא והיא לישא אותה, מכניסה לתוך ביתו ובוועלה בינו לבין עצמו ותהיה לו לאשה". להתייחדות היה סדר, הבעילה הייתה לאחר הכנסה לתוך ביתו, לא הייתה זו בעילה סתמית על אם הדרך. בעילה כזו, שלא קודמת לה שום הכשרה, מתוארת ברמב"ם שם (הלכה ד), וז"ל:

"קודם מתן-תורה היה אדם פוגע אשה בשוק אם רצה הוא והיא נותן לה שכרה ובוועל אותה על אם הדרך והולך וזו היא הנקראת קדשה. משנתנה התורה נאסרה הקדשה שנאמר לא תהיה קדשה מבנות ישראל, לפיכך כל הבוועל אשה לשם זנות בלא קידושין לוקה מן התורה לפי שבעל קדשה."

עיון בהלכה זו מגלה שהרמב"ם עורך הקבלה בין בעילה ללא הכנסה לביתו הקרויה בעילת זנות, לבין בעילה ללא קידושין. מיד עומד מולנו אותו משפט מהחינוך שהבאנו: "שתצונו התורה לעשות מעשה באשה יורה ענין זיווגם טרם ישכב עמה, ולא יבוא עליה כבוא על הזונה מבלי מעשה אחר קודם ביניהם".

יוצא, שמה שהשתנה לאחר מתן-תורה אינם הנישואין כשלעצמם, הם נותרו כשהיו קודם מתן-תורה, 'ביאת אישות' ולא 'ביאת זנות'. השתנתה רק ההכשרה לנישואין, מה מגדיר את הביאה כביאת אישות? המעשה הנדרש להורות עניין זיווגם טרם ישכב עימה השתנה. בעוד שבעבר הספיקה הכנסה לביתו, הרי שכעת המעשה צריך להיות קניין באשה. אך מהותו של אותו קניין הוא לקנותה לנישואיה, בזה שקנאה היא בידו "להשתמש" בה, איזה שימוש? עשיית נישואין.

הלכה נוספת ברמב"ם שתובן מאד לאור זאת: היתר פילגש למלך. הרמב"ם פוסק (הלכות מלכים פ"ד ה"ד):

"וכן לוקה מכל גבול ישראל נשים ופילגשים. נשים בכתובה וקדושין. ופילגשים בלא כתובה ובלא קידושין, אלא בייחוד בלבד קונה אותה ומותרת לו, אבל ההדיוט אסור בפילגש אלא באמה עבריה בלבד אחר ייעוד ויש לעשות הפילגשים שלוקח לארמונו טבחות ואופות ורקחות שנאמר ואת בנותיכם יקח לרקחות ולטבחות ולאופות."

יש להבין, וכי למלך ישנה תורה אחרת, מדוע המלך מותר במה שהישראל אסור? להנ"ל מובן, ביאת נישואין אסור שתהיה ביאת זנות. פילגש היא ג"כ עדיין קדשה אף שהיא רק מיוחדת לו. כי היא "בלא קידושין" וכל ביאה ללא קידושין מוגדרת כיום ביאת זנות גם כשמכניסה לתוך ביתו. גם בנישואין לפני מתן-תורה אסור היה שהביאה תהיה ביאת זנות דהיא לא עושה נישואין, אולם לפני מתן-תורה כשמכניסה לביתו אינה נקראת זנות, אך היום אין היכי-תמצי לעשות

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

נישואין אלא רק כשיקדמו קידושין. ההיכר-תמצי היום שתהיה מוגדרת מיוחדת לו, הוא שיקנה אותה והיא ברשותו להינשא, קנויה לו לנישואין. במלך הביא הרמב"ם את הפסוק "ואת בנותיכם יקח וכו'" מבואר שמדיני המלכות רשאי המלך לקחת ולייחד לו אשה, ממילא אין צורך בקידושין, כי הייחוד לבדו גורם שביאתו לא תהיה ביאת זנות. אין מצוות קידושין מחייבת סתם לעשות קניין כשלב קודם הנישואין, שאז נשאל למה דין המלך שונה, אלא מחייבת להכשיר את הביאה כך שלא תהיה ביאת זנות.

עפ"י זה יבואר קטע סתום בשיטמ"ק. השיטמ"ק לכתובות (דף מ"ו ע"ב ד"ה השתא) מתייחס לשאלת תוספות שהקשו לפי מה שעולה מהגמרא שם, שהמקור לכך שאשה נקנית בכסף הוא מ"כי יקח" וזה שהכסף מגיע לאב למדנו מ"את בתי נתתי", לשם מה נכתב "ויצאה חנים"? ותירץ שם השיטמ"ק וז"ל: "ושמא אי לאו ויצאה הוא אמינא דיפה כח האב דמקדשה בנתינה לבד ואינו צריך אפילו כסף וכדכתיב את בתי נתתי, והא דכתיב כי יקח וילפינן קיחה קיחה היינו כשהיא מקדשת את עצמה".

מבואר בדבריו שהיינו יכולים לומר, שאב יכול לתת בתו לקידושין, ללא כסף וללא שום מעשה קניין, אלא בנתינה בעלמא. וקשה, כיצד ייתכן ליצור נישואין ללא שיקדם להם קניין קידושין והרי נתינה לבדה אינה עושה קניין?

להנ"ל מובן הדבר. לא נאמר לאחר מתן-תורה, שחייבים שיעשה באשה קניין לפני הנישואין. אלא נאמר שהביאה חייבת להיות ביאת אישות כלפני מתן-תורה, אלא שבשונה מאז, לא יכול לייחדה לביאת אישות בכניסה הביתה אלא בקניין קידושין. מכיוון שקניין הקידושין נצרך רק לשם כך, הרי שאם נמצא ציור שהביאה תוגדר כביאת אישות ללא קניין קידושין, היה די בכך וכמו שאמרנו במלך. א"כ, כשהתורה אומרת "את בתי נתתי", היה עולה בדעתנו שדי בנתינה כדי לייחדה לביאת אישות אף ללא קניין.

לאור זה נבין אף את עניין הגירושין. אשה נשואה שמקבלת גט מפסיקה להיות נשואה ומאורסת, כיצד הגט פועל על התרת שני דברים שונים? כמו"כ, אם עניין הנישואין נותר בבני ישראל כקודם מת"ת מדוע לא ניתן להפסיקו ע"י הליכת אחד מבני הזוג, כמו שהיה קודם מת"ת?

להנ"ל, באמת הגט פועל רק על הקידושין. הגט הינו פעולת קניין, "וקונה את עצמה", ופועל רק כנגד פעולת הקניין שהייתה, שהיא הקידושין, הנישואין כשלעצמם, לאחר שפקעו הקידושין, אינם צריכים התרה נוספת, אף לא הליכה. מכיוון שיכולת ייחודה לאחר מת"ת יכולה להיעשות רק ע"י קניין קידושין ולא ע"י הכנסה לביתו כקודם מת"ת, ממילא כאשר אין ביניהם יותר קידושין אותם הגט הפסיק, ממילא אינה נחשבת יותר מיוחדת לו וממילא אין נישואין, ולא שהגט ישירות מפסיק את שניהם.

י"ל שלכן בברכת הקידושין מברכים: "והתיר לנו את הנשואות לנו על ידי חופה וקדושין", ולכאורה מדוע מזכירים את עניין הנישואין בברכת הקידושין? אלא הקידושין הם אלה שמחייבים עכשיו את החופה ולא שזה דבר חדש שיקרה אח"כ.

הבנת החזו"א לאור זאת

לפי"ז נבין את דברי החזו"א, והוא שארוסה קנויה לו כבר עתה לעניין נישואיה, יש לו כבר כעת בארוסין זכות לשאת אותה וממילא לזכות בכל מה שנישואין מזכין לבעל, ופעולת הסילוק הינה מחילת זכות זו שהקידושין הקנו לו, וזכות זו לזכות בנכסיה כשיגיעו שכאמור קיימת כבר

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בארוסין, זכות זו פקעה ע"י מחילתו שזה לפי החזו"א עניין הסילוק. אולם לפני האירוסין לא קיימת לו זכות זו ואין לו על מה למחול. ביסוד דבריו מונחת גם הבנת עניין סילוק, באופן שונה, והיא מחילת זכות שעומדת לו כבר עתה. ממילא מובן מאד ההבדל בין קודם האירוסין, שם לא קיימת לו עדיין זכות זכיה בנכסיה לכשיבואו, שהרי לא קנאה קניין אירוסין, שכאמור זה עניינו לפי החזו"א לתת לו זכות בה לנישואיה.

בחזו"א הנ"ל מבואר שאין כוונת הר"ן שאם נעשה סילוק לפני האירוסין אין בו שום תועלת, אלא שניתן לחזור בו כי עדיין לא זכה כדי שיוכל למחול, אולם אם המסתלק נשאר בדעתו זו עד שעה שמגיעה הזכות, היינו הבעל יסתלק וישאר בדעתו זו עד שעת האירוסין יועיל כעת מה שהסתלק כי כרגע יש לו דעת סילוק, ולפיו המהר"ם שבמרדכי התכוון שהאשה עומדת בדעת הסילוק שלה בשעה שהבעל רכש את הבית, אולם אה"נ אם החליטה לחזור בה לפני שרכש מהני ולפיו עיקר הקידושין היו ע"ד הסילוק.

דברי החזו"א מהווים נדבך נוסף בהכשר הסילוק שנעשה בנדו"ד שהרי האשה נותרה בדעתה לאחר חתימה על ההסכם, להסתלק כפי שחתמה בהסכם ודיעה זו קיימת א"כ גם לאחר הארוסין.

ז. שיטת האבני-מילואים

דברי האבני-מילואים

כתב האבני מילואים (סימן צב ס"ק ה):

"ולפענ"ד נראה דהסילוק שפיר מהני לדין קודם החופה והקידושין אף על גב דעדיין לא נתארסה וקודם אירוסין לא מהני סילוק, והוא דכבר כתבנו בסי' נ"א בהא שהקשה הריב"ש [סי' שמ"ה] על הרמב"ם שכתב פי"א מהל' מכירה [הי"ז] ז"ל חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שאמר הריני חייב לזון אותך חמש שנים אף על פי שקנו מידו לא נשתעבד שזה כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה וכן הורו רבותי, ומפני מה הפוסק עם אשתו לזון את בתה חייב לזונה, מפני שפסק בשעת נשואין והדברים דומין לדברים הנקנין באמירה עכ"ל, הרי שסובר דאפילו דברים שאין קנין מועיל בהן אפ"ה נקנין באמירה בשעת נשואין, ובפרק ששי מהלכו' זכיה ומתנה [הי"ז] כתב ז"ל כבר ביארנו בנשואין ששנים שהיה ביניהם שידוכין כו' עמדו וקדשו קנו באמירה ואין קנין באמירה עד שעת נשואין שכל הפוסק דעתו לכנוס וצריכין שיהיו הדברים שפסקו מצויין ברשותו שאין אדם מקנה דבר שלבל"ע עכ"ל, והריב"ש הקשה דברי הרמב"ם אלו אהדדי, וכתבנו לעיל בסי' נ"א דודאי גם הרמב"ם סבירא ליה שהדברים נקנים באמירה יותר מבקנין ומש"ה מהני בדבר שאינו קצוב, רק בדבר שלבל"ע כיון שאינו בידו כלל דאולי לא יבא לרשותו ה"ל כי הא דהובא במרדכי האב שפוסק על בנו שיעשה איזה דבר כגון לילך אחרי' למקום אחר אינו נקנה באמירה שאין זה תלוי באב רק בכך ע"ש במרדכי פ' הנושא וכ"פ הרמ"א סי' נ"א שם, ודשלבל"ע נמי אינו תלוי בידו ואפשר לא יבא לרשותו כלל ומש"ה אף על גב דאח"כ בא לרשותו מ"מ בשעת אמירה לא הי' תלוי בדידי' לכך אינו נקנה באמירה אבל דבר שאינו קצוב אף על גב דאינו נקנה בקנין כיון דבדידי' תליה ליתן המזונות נקנה באמירה ע"ש, וא"כ הכא לענין סילוק אף על גב דאין אדם מסתלק מדבר שלבל"ע ואין לו בו שייכות כלל מ"מ הכא הוי דברים הנקנין באמירה כיון שהתנו הסילוק קודם הקידושין ועמדו וקידשו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

על דעת תנאי הסילוק והרי בידו הוא להסתלק לכך אף על גב דקנין לא מהני בי"מ הכא מהני מדין דברים הנקנין באמירה דמועיל אפי' בדברים שאין בהם קנין. ולדעת הגאונים והעיטור דס"ל דדברי' הנקנין באמירה מועיל אפי' בדבר שלבל"ע פשיטא דניחא, אלא אפי' לדעת הרמב"ם ניחא לפי מ"ש בטעמי' דהרמב"ם דכל שבידו אף על גב דאינו נקנה בקנין מ"מ מועיל משום דברי' הנקנין באמירה וה"ה סילוק כיון שבידו לסלק עצמו והתנו התנאי קודם שנתקדשה ועמדו וקידשו הן הן דברי' הנקנין באמירה וכמ"ש לעיל סי' נ"א, אף על גב דגמר קנין דברי' הנקנין באמירה הוא בשעת נשואין וכמ"ש הרמב"ם וכשנשאת אינו מועיל סילוק אפ"ה משום דברים הנקנין באמירה אפי' דבר שאין קנין נתפס בו מהני ומש"ה מהני אפי' לירושה ודו"ק. ועוד דעיקר דברים הנקנין באמירה בעת קידושין נגמרו כשעמדו וקידשו על התנאי' שהתנו קודם הקידושין ובשעת קידושין כשנתרצו לקדש על דברי התנאי' דקודם א"כ הקידושין על דעת כך נעשו ובשעת קידושין והחופה מסלק עצמו שלא יזכה לירושה ולפירות ואף על גב דאחר נשואין לא מהני סילוק משום דידו כידה אבל בשעת נשואין דמקדש ונושא בב"א על דעת שלא יזכה בודאי מהני הסילוק, וכיון שמתנין עמו קודם הקדושין והחופה לסלק עצמו מזכותה ועמדו וקדשו על דעת הסילוק שפסקו עמו אדעתא דהכי עמדו וקדשו ונשאו שלא לזכות בה ודו"ק."

לפיו ראינו ברמב"ם שגם באופנים שקניין אינו תופס כגון דבר שאינו קצוב מהני לקנות באמירה, ה"ה בסילוק קודם האירוסין, אולם דברי האבנ"מ זוקקים עיון, דיש לדון האם באמת עניין זה של "דברים הנקנים באמירה" שייך אצלנו, האם באמת עונה על הבעיה הקיימת אצלנו וננסה לעיין בדברים.

הסבר הקניין באמירה

באופן פשוט בכל קניין מוצאים אנו שני דברים, את ההסכמה וגמירות הדעת שבין בעלי המקח ואת מעשה הקניין, כל קניין לפי אופיו. יש לעיין מה מבין השניים פועל את מעשה הקניין ומה רק מהווה השלמה או תנאי בדבר העיקרי. לשון טוש"ע בחו"מ (סימן קפט סעיף א) היא "אין המקח נגמר בדברים". הטוש"ע התייחסו ל"דברים" ולאמירה שבין הקונה למקנה ככזו שאיננה "גומרת" אלא יש צורך אף במעשה, אולם השאלה היא האם המעשה אינו אלא מכשיר וכלי ל"דברים" לקנות, או שהוא הוא המכה בפטיש ופועל לגמר הקניין.

לשון החזו"א (חלק חו"מ סימן כב):

"כלל גדול יהיה לך בקנינים, עיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחבירו, וחבירו יסמוך דעתו עליו, ויש דברים שקים להו לחזו"ל שבדבור בעלמא גומר בליבו להקנות לחבירו ויש שאינו גומר בלבו רק ע"י הקניינים המפורשים מן התורה או מחז"ל, ודוק היטב בזה והפוך בה דכולה בה."

השריש לנו החזו"א כי מה שפועלת את הקניין היא גמירות הדעת של המקנה, שזה למעשה ה"דברים שביניהם". וא"ת לשם מה יש בד"כ בנוסף צורך במעשה קניין? ניתן להבין שהמעשה גומר את גמירות הדעת, כל עוד ההסכמה לא יצאה לפועל במעשה היא חלשה, לא מספיק רצינית, וא"כ מעשה הקניין הוא הגומר את ההסכמה אולם ההסכמה כשלעצמה היא הקונה, עוד ניתן להבין שאין המעשה באמת מוסיף לכוחה של ההסכמה, היא חזקה דיה כשלעצמה, אולם מי יתקע לידנו שאכן קיימת הסכמה ושדבורו אמת, כאן בא המעשה ומעיד על קיומה של ההסכמה. לשון טוש"ע שציינו לעיל סובלת את שתי ההבנות, ואילו מלשון החזו"א נראה כאופן הראשון.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בין כך ובין כך, לפי דרך זו יובנו בפשטות אותם מקומות מועטים בהם הגמרא ציינה שאי"צ במעשה קניין כגון "הן הן הדברים הנקנים באמירה" בכתובות (דף קב ע"א) גבי "כמה אתה נותן לבנך" ובבכורות (דף יח ע"ב) בדין רחל שלא ביכרה (ועיין ברש"ש שם).

לפי הבנה זו, לא מן הנמנע שאנו בסברתנו נוסף מקומות נוספים בהם אומדן הדעת של המקנה חזק דיו כדי ליתר את הצורך במעשה הקניין.

קשיים בהסבר האב"מ

אולם הבנה זו שהחזו"א ראה בה "כלל גדול" ושיש להפוך בה דכולה בה, אינה מוסכמת על כל הפוסקים, דהנה הנודע ביהודה (מהדורא קמא - חושן משפט סימן כח) אכן מתייחס להבנה כשל החזו"א, וכך מביאה:

"דאטו תקנת חכמים היא דנקנין באמירה, אומדן חכמים היא שחכמינו אמדו דעתו דמחמת דמתחתי אהדדי גמיר ומקנה באמירה בעלמא כקנין דעלמא וכמו שמבואר בלשון רש"י ז"ל בפ"ק דקידושין ובלשון הפוסקים."

אולם הנוב"י מתנגד לה, וכותב:

"ואהובי חתני לדעתי לא כן הוא וכו' מה בכך דגמר ומקני באמירה, כיון שאין האמירה קנין מה מועיל גמירת דעת, הגע בעצמך שאחד נותן מתנה לחבירו כלי נאה שבביתו ולא נתנו לו וגם לא הקנה בחליפין רק באמירה שאמר חפץ זה שבביתי אני נותן לך ואני גומר דעתי ורצוני שתקנהו מעתה שיהיה שלך בכל מקום שהוא הכי יעלה על הדעת שיקנה ומה בכך שהוא גומר בדעתו."

את העובדה שמצינו בש"ס פעמים מועטות שנקנה הדבר באמירה בלבד, דבר התומך לכאורה בשיטה האחרת, מבאר הנוב"י באמרו "ובודאי תקנת חכמים היא":

"ודאי שמה שאינו קנין עפ"י תקנת חכמינו ז"ל מאן משגח במה שגמר בדעתו אבל בשטרי פסיקתא חז"ל תיקנו שיהיו נקנים באמירה. ורש"י שפירש הטעם משום דגמר ומקני הוא טעם למה חידשו חכמים בכאן קנין אמירה הוא משום דאמדו חכמים דעתם דניחא להו ולכן תקנו חכמים שיהיה זה קנין וכיון דתקינו שדברים אלו נקנין באמירה שוב לא חילקו בדבר ואפילו מתרמי אדם דלא ניחא ליה ככר הוא קנין מצד תקנת חז"ל וכו'."

והנה כבר מצאנו בית-אב בראשונים לכ"א מהשיטות. בעוד שמדברי חידושי הרשב"א לב"ק (דף קב ע"ב) שכתב: "מהתם שמעינן דדינא קתני משום דאנן סהדי דדעתי לאקנויי להו כלים שלקח להן ואף על פי שלא הקנה להן בפירוש ומשום דאמדינן ליה לדעתי" אמרו נעשה כמי שהקנה", נראה כחזו"א, הרי שבמאירי לקדושין (דף ט ע"ב) כתב "והלא דברים בעלמא הם תקנת חכמים וכמו שאמרו כמה אתה נותן לבנך וכו'", נראה כנוב"י.

נמצא שהשאלה האם ניתן ליישם עיקרון זה למקרים נוספים מעבר למה שמצאנו במפורש בגמרא, נתונה במחלוקת.

אולם אף אם ננקוט שאפשר להרחיב זאת לעוד מקרים, הרי שבעיה קשה יותר עומדת לפנינו, דכל מה שראינו בדין דברים הנקנים באמירה הוא שמהני אמירה אף שאין מעשה קניין, אך מהיכ"ת שבמקום שאף אם היה עושה מעשה קניין לא היה מהני מכיון שזה דשלבל"ע, תיהני אמירה לבד? כבר החת"ס בתחילת פרק הזורק (גיטין עז ע"א) הקשה שיש הבדל גדול בין השניים. דברי הרמב"ם מוסבים על חיסרון בקניין הקיים בדבר שאינו קצוב, שזהו חיסרון מטעם

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

העדר גמ"ד, חיסרון זה ניתן להשלים באמירה שהרי הנאת החיתון גורמת לגמ"ד גדולה עד כדי ויתור על מעשה קניין, וא"כ ניתן לומר שקיימת אף גמ"ד גדולה יותר מזו הקיימת כשיש מעשה קניין. אולם בהקנת דשלב"ע החיסרון הוא שאין הדבר בר הקנאה כי אינו בעולם, ומה תיהני הנאת החיתון? אלא שכנראה ילמד האבנ"מ שהחיסרון בדשלב"ע הוא ג"כ בגלל שאין גמ"ד, כנמו"י בב"מ, ולא בגלל שאין דבר שניתן להקנותו, וכפי שהבאנו לעיל.

עו"ק דמצינו שאמירה מהני רק כאשר "עמדו וקדשו", היינו בשעת מעשה עצמו ולא קודם לכן? ! וצ"ל שכיון שקדשו על-דעת כן מיקרי סילוק בשעת הקידושין, וכ"נ בלשונו.

עכ"פ שיטת האבנ"מ אף היא מצטרפת לנדו"ד לתוקף הסכם הממון שנחתם לפני האירוסין.

ז. שיטת המהרי"ט

ה'מחנה אפרים' (הלכות זכיה ומתנה סימן י) הביא את המהרי"ט:

"והרב מוהרי"ט בח"א סימן מ"ה תפס בפשיטות דע"כ לא אמרו הרשב"א והר"ן ז"ל דקודם אירוסין אינו מועיל אלא דוקא בלשון סילוק בעלמא, אבל כל שהתנה תנאי גמור מודו דמהני אף שהוא קודם אירוסין. ובהכי יישב תשובת מהר"ם שהובאה במרדכי ובהגהת אשרי ז"ל ושאלת ראובן רוצה לקנות בית ודואג פן יצטרך למוכרה ותעכב אשתו עליו היוכל להתנות עם אשתו בשעת הקניה כו' והשיב דלא מציא למיהדר דאדם מסתלק בטוב מדבר שלא בא לעולם וכו'. ולכאורה האי תשובה נראה שחולק עם הרשב"א והר"ן ז"ל דאף דעדיין לא יש לה שום שייכות בנכסים מהני סילוקה, אלא דמהר"ם ז"ל איירי בשהתנה בדרך תנאי ובהכי מודו רשב"א והר"ן ז"ל."

(אלא שהמתנ"א הקשה עליו: "ואיברא שדברי הרשב"א בסי' תתק"ס מוכחי דאפילו התנה תנאי גמור כיון שהוא קודם אירוסין לא מהני, דהרשב"א הוה מתנה קודם האירוסין למתנה אחר הנשואין וכמו שאחר הנישואין לא מהני תנאה בשום ענין נראה דהכי לא מהני קודם האירוסין").

והנה זה שמהני תנאי גמור למנוע את חלות הזכויות הממוניות שנוצרות בנישואין מצינו כברייטא (בכתובות דף נו ע"א ובעוד מקומות) האומרת: "האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה...". אלא שלכאורה העניין טעון ביאור, כיצד יכול אדם להתנות על שאר כסות ועונה, לכאורה חיובים אלו הינם תולדה של היותם בעל ואשה, ולא הוא מחייב את עצמו בהם, אלא זהו דין בעל לאשתו שהתורה חייבה. דומה הדבר לכך שאדם יקדש את אשתו על מנת שאמה מותרת לו, וודאי שלא שייך כאן בכלל מושג של התנאה (אף ללא בעיית "מתנה ע"מ שכתוב בתורה"), שהרי איסור אמה חל ממילא כאשר היא הופכת להיות אשתו ואינו פרי מעשיו. אדם יכול להטיל תנאי והגבלה בעשייתו אך לא במה שקורה ממילא ללא עשייתו!

חזינן מכאן שחיוב שאר כסות ועונה איננו תוצאה מהנישואין! מהם הנישואין? הוא מביאה לביתו, לאחר שבקידושין אסרה על כל העולם. וכי יכול הוא להותירה כך אסורה על כל העולם? כל מושג הקידושין, ראינו לעיל, הוא רק בשביל שתהיה שלו ומיוחדת לו, אסרה על כולם בשביל המטרה שהיא הנישואין שתהיה שלו כחלק ממנו, אשתו כגופו. במה בא לידי ביטוי שהם אחד? במה שנותן לה שאר כסות ועונה, זהו עצם הנישואין ולא תוצאה מהם, כמו שאומרת רות: "ופרסת כנפך על אמתך", היא הופכת להיות תחת חסותו, ולא מיבעי אם שאר כסות ועונה דאורייתא, אלא אף אם הם מדרבנן אך יסוד חיובם מדאורייתא, זהו עצם הנישואין -

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

לדאוג לה ולפרוס כנפיו עליה, אלא שהתורה לא קבעה כמה, וחז"ל קבעו את הגדרים איך ידאג לה.

לפי"ז מובן ששייך להתנות על זה, כי אלו הנישואין עצמם והוא זה שעושה אותם, ויכול האדם בעיקרון להתנות על מעשה שהוא עושה, ואינם תוצאה ממילא מהנישואין, הבעל בד"כ מחייב א"ע בשאר כסות ועונה וכאן הוא אומר שמה שמכניסה תחת חסותו זה רק לעניין מסוים.

אולם דברי המהרי"ט לבאר את המהר"ם מצד שכתב בדרך תנאי וממילא בכך אין מחלוקת בינו לר"ן צע"ג, שכן המהר"ם כתב מפורש שזה מדין סילוק "נהי דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מסתלק אדם מדבר שלא בא לעולם" וכלל לא הזכיר תנאים, ובכלל מה שייך במקרה המהר"ם לפרש שעשה תנאי, עם מי עשה תנאי? הרי הבעל קנה בית מהמוכר והתנה עם אשתו שלא תעכב ומה השייכות למה ל"תנאי" שמתנה עם אשתו לעניין מעשה מכירת הבית עם המוכר?

והנה בתוספות (ד"ה כדרב כהנא) כבר הקשו מדוע לא יכול להסתלק בכותב לה ועודה ארוסה מדין תנאי בדבר שבממון (ואז יהני אף על דבר דאו' לר' יהודה שבדבר שבממון תנאו קיים, ואילו סילוק מהני לתוס' רק בדרבנן), ותי' שמייירי שאומר לה שלא על דרך תנאי אלא על דרך סילוק. וכן כתב בספר "בית יעקב" לר' יעקב מליסא (אה"ע סימן צב סעיף ז)

"דדוקא הלשון דין ודברים שאמר הבעל בעצמו לא מהני קודם ארוסין, אבל בתנאי גמור שלא רצתה האשה להנשא לו רק [...] התנאי קיים אפילו קודם אירוסין, דהא בריש הכותב מקשה התוספות [...] ותירצו שני תירוצים, א' דלא אמר לה דרך תנאי וכנ"ל, ועוד דהבעל התנה התנאי ולא האשה הוי פטומי מילי, עיין שם, ואם כן במתנה תנאי גמור שאינה רוצה להנשא לו רק על מנת כן מהני שפיר. וכן משמע מדברי הראב"ד."

נראה שהמקרה שלפנינו של עשיית הסכם ממון שלא נעשה בדרך של תנאי גמור עם כל הלכות תנאים לא ייהני לכו"ע מצד תנאים, ואמנם אם היו כותבים בסוף ההסכם שקיבלו עליהם כחומר כל תנאים וקניינים העשויים כתיקון חכמים היה מקום לומר שמהני (חו"מ סימן רמא סעיף יב), אולם מכיון שלא עשו כך אין להסתמך על כך אף אם עשיית הסכם יש בה אומדנא דמוכח, ובייחוד שיש חולקים גם אם עשה תנאי כפי שהראה המחנ"א.

אולם בפד"ר (ח"א עמוד 305) בא הגר"א גולדשמידט זצ"ל לומר שאין הכוונה במהרי"ט לדין תנאי רגיל אלא לתנאי שמגביל את המעשה, ואביא כעת מדבריו שם:

"אולם עיון קל בענין מראה לנו, שהמהרי"ט ובני אהרן בפרשם את תשובת המהר"ם שבמרדכי, בדרך תנאי, לא התכוונו כלל לתנאי ממש לפי דיני התנאים [...] וההסבר הוא: כי הרי ענין התנאי הוא, ששני הצדדים לעיסקא מתנים ביניהם תנאי מסוים בחלות העיסקא, היינו שעיסקא זו תחול רק במילוי תנאי זה, ואם התנאי לא יתקיים בטילה העיסקא ואינה חלה כלל. ובנדון המהר"ם: ראובן חפץ לקנות בית [...] להתנות עם אשתו [...] על מנת כן אקנה [...] שלא תוכל לעכב. [...] ראובן קונה בית משמעון, ואת תנאי המקח הוא מתנה עם אשתו, ואיך יתכן לומר כאן, שקיום או ביטול התנאי ישפיע על קיומו או ביטולו של המקח, שנעשה בין ראובן הקונה ובין שמעון המוכר, איך ישפיע תנאו של ראובן עם אשתו על המקח בינו ובין שמעון. ועל כרחך שתנאי זה לא בא לפעול בעיסקא שבין ראובן ושמעון, בקיומו או ביטולו של המקח, אלא שתחום פעולתו הוא ביחסי הזכויות בנכסים שבין ראובן ובין אשתו, ואם כן אין זה תנאי לפי גידרי התנאים הפועל כתנאי בחלות המעשה, לבטל או לקיים מעשה, אלא תנאי הבא לצמצם ולהגביל

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

את הזכויות ברכוש שבין הבעל והאשה, בלי קשר לבטול או קיום מעשה. והשאלה היא תנאי זה, שאינו מבטל או מקיים אלא מגביל, מהותו מהו, פעולתו מהי, ודרך פעולתו איך היא.

בחדושי ר' עקיבא איגר כתובות דף נ"ו ע"א, בדונו בדברי התוספות שם הנ"ל בענין המקדש על מנת שאין לך שאר כסות ועונה, כתב: ואילולי שאיני כדאי היה נראה לי, דעל מנת אינו בדרך תנאי, רק שמקדש אותה בלי התחייבות שאר כסות ועונה והיא נתקדשה לו על אופן זה, וכמו על מנת שאין לך עלי אונאה, דלא שייך לומר דהוא ענין תנאי דאם יהיה בו דין אונאה לא יהיה המכר מכר [...] אלא ודאי דאינו בדרך תנאי, אלא דמוכר בענין שלא יהיה ללוקח עליו דין אונאה, והלוקח שמתרצה הוי כקנה בלי זכות זה דאונאה וסילק זכותו בזה. וכן בנדון הסוגיא שאנו דנים בה הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך, מפרש ר' עקיבא איגר על דרך זו, וכך כתב בתוספותיו על המשניות פאה פרק ו' אות ס"ט: [...] ואני נבוך ביותר, דעל מנת שאין לך עלי אונאה לא היה כלל בדרך תנאי, רק שאינו רוצה למכרו רק בזכות זה שלא יהיה עליו אונאה, ומשקבל עליו הלוקח, הוי כסילק עצמו הלוקח מדין חזרת אונאה [...] וכהיא דכתובות ריש פרק הכותב דין ודברים אין לי בנכסיך, דגם כן מקרי מתנה [...] דאינו בדרך תנאי [...] ואך העומד לנגד עיני דברי תוספות שם דף נ"ו דעל מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה [...] בעינן תנאי כפול, ולפי הנ"ל אינו בדרך תנאי, רק שמקדשה בגרעון זכות זה, שלא תהיה עליו שאר כסות ועונה. ודברי תוספות דלא נחתי לזה צריך עיון גדול.

הרי לפנינו גדר חדש של תנאי, שאינו ככל תנאי רגיל שקיומו של המעשה תלוי בקיומו, היינו תנאי בדרך תנאי, שחלות המעשה היא בתנאי של קיום התנאי. אלא תנאי בדרך הגבלה, כלומר אין התנאי, קיומו או ביטולו, מעכב את עצם חלות המעשה, חלותה היא בכל אופן, אלא שחלותה היא בהגבלה, היינו שכל מעשה שבחלותה היא מטילה זכויות וחובות לטובת הצדדים, יש בכוח הצדדים - למעשה להתנות עליה ולהגבילה שלא תטיל זכות או חובה מסוימת, וכדוגמת על מנת שאין עלי שאר כסות, שהבעל והאשה יכולים להתנות ביניהם שהנשואין בחלותם לא יטילו על הבעל את חיוב המזונות שנשואים מטילים עליו. אין תנאי זה תנאי בעצם קיומם של הנשואין, הנשואים קיימים באופן החלטי, אבל החיובים הנובעים מחלותם מוגבלים הם [...]

ולאור ההבדל במהותם של שני עניני התנאים, יש הבדל גם בהלכות התנאים, שכל ההלכות במשפטי התנאים הן רק בתנאים שגוף המעשה תלוי בקיומם, ואי קיום התנאי מבטל את חלות המעשה, כוחו של תנאי לבטל מעשה הוא רק אם נעשה כמשפט התנאים. אבל בתנאים שאין קיום המעשה תלוי בקיומם, אלא שהתנאי הוא רק להגבלת ענינים מסוימים הנובעים מהמעשה, מעין שיור במעשה, אין בהם כלל הלכה של משפטי התנאים, ועיין שלטי הגבורים מכות פרק א' סוף אות ב'.

וגם התוספות בכתובות הנ"ל אין חולקים על יסוד זה של הרשב"א והריטב"א, אלא שהם סוברים שאם התנאי הותנה בלשון על-מנת, אז המכוון הוא לתנאי שגוף המעשה תלוי בקיומו, ולכן צריך שייעשה כמשפטי התנאים. אבל אם נעשה בלשון שפירושו הוא ענין - בלבד, גם התוספות יודו שלתנאי כזה אין הלכות תנאים - לענין משפטיהם [...] וכך גם בחיובים וזכויות שקשר הנישואין מטיל על שני בני הזוג ועל רכושם, יש בכח שניהם להסכים ביניהם ולהתנות שעל דעת כן הם נישאים זה לזה, שזכות או חוב

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מסויים הנובע מקשר הנשואים - לא יחול, וזה לא מתורת תנאי שאחרת לא יחולו הנשואים, הנשואים יחולו באופן החלטי, אלא שהם יחולו בלי הטלת זכות או חוב זה, ואם התנאה זו היתה בענין ממוני ההתנאה קיימת, והנשואים חלים בלי הזכות או החוב, לפי הכלל כי בדבר שבממון תנאו קיים. ומכיון שכך, פשוט הדבר שאפשר להסכים ולהתנות גם לפני האירוסין היינו לפני שכל זיקת זכויות קיימת בין הזוג, והנשואים הבאים אחר כך הם על דעת ההתנאה הזאת.

והנה הבאנו את דבריו של הגר"א גולדשמידט מעט באריכות, אולם לאחר העיון ק"ק לענ"ד לקבל את מסקנתו לפיה אי"צ בהלכות תנאים בסוג זה של תנאי. ואף שכ"כ רע"א, אולם רע"א עצמו ציין שמדברי תוספות עולה לכאורה לא כך, ונשאר עליהם בצ"ע, ואבאר דבריי.

יפה מאד הדבר לומר שיש שני סוגי תנאים ושאלנו עסקינן ב"תנאי מגביל" שאין עליו הלכות תנאים, אולם לכשתמצי לומר תצטרך לבאר מדוע בכלל "שיר" זה קרוי תנאי? מה בינו לבין תנאי שעניינו לכאורה ביטול החלות באי-התקיימות התנאי, כפי שהגדיר הגר"א גולדשמידט?

אלא, באמת שני "סוגי התנאים" מחדא אתרא סליקו ובאמת דבר אחד הם. לשם כך יש להקדים מהו עניינו של תנאי. כיצד פועל תנאי המבטל את החלות? מוכח מתוספות לכתובות (דף נו ע"א ד"ה הרי זו) שאלולא למדנו מבני גד וראובן, הו"א ששום תנאי לא מבטל את המעשה והמעשה קיים גם אם התנאי לא התקיים. ולכאורה יל"ע מדוע, הרי דעתו הייתה שרק אם יתקיים התנאי יתקיים המעשה? מדוע בכלל הייתה התורה צריכה לחדש הלכות תנאים, תיפוק ליה שאדם שעשה מעשה קידושין ואמר שאם יהיה כך וכך לא יהיו קידושין, וכך היה, לא יהיו קידושין מטעם שהאדם לא רצה בקידושין באופן זה וא"א לקדש בע"כ?

אלא, מה שתנאי מבטל את חלות המעשה אין זה בגלל שנחשב שהאדם שהתנה רוצה את החלות רק על צד מסוים, אם הדעת תלויה על צדדים שהתקיימותם בעתיד מוטלת בספק זה נקרא שבאמת אין לאדם דעת, דעת ורצון צריכים להיות באופן מוחלט – או שיש דעת או שאין דעת. בנוסף לכך, אמנם בידי האדם להחליט אם לעשות מעשה קידושין או לא, אולם משעשה מעשה אין בידיה להחליט אם אותו מעשה יחיל חלות או לא, החלות חלה אוטומטית כתוצאה ממעשה שעשה אף אם אינו רוצה בחלות, מה שבידיו הוא רק להחליט אם לעשות את אותו מעשה אם לאו, וא"כ כיצד יוכל לעכב את החלות הנגזרת ממעשה שהחליט לעשותו? כאן באה פרשת תנאים וחיידשה שע"י הטלת תנאי כהלכתו וכמשפטו יכול האדם לעכב את החלות, ע"י הגבלת כוח המעשה, לכן כשעושה מעשה ומטיל תנאי להבא הרי שצריך התנאי להיות כפול שזה ממשפטי התנאים. "תנאי מילתא אחריתי" לשון תשובת הרא"ש (כלל לה), ולכן אומר שאדם יכול לאחר מעשה לבטל תנאו מצד "אתי דבור ומבטל דבור", ואם נאמר שבשעה שהתנה לא עשה את המעשה על דעת זאת כיצד יכול למפרע לתת דעת למעשה? אע"כ לא היה חסר בדעת אלא הצמיד למעשה תנאי שעניינו הגבלת כוח המעשה. כח המעשה מוגבל שיפעל רק בקיום התנאי והקיום שאח"כ נותן כוח למפרע למעשה, לא רק שהתברר למפרע, אלא נותן כוח למפרע ובזה יש להבין את שתמה רע"א מה הפירוש שהאומר לאשה "הרי את מקודשת ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה" הוי "מתנה עמש"כ בתורה", הרי לא עשה שום תנאי? אלא הכוונה שבדיוק כמו שבתנאי בא להגביל כוח המעשה, כך בקידושין אלו בא להגביל את כוח המעשה.

נמצא שאין לפנינו שני סוגי תנאים, אלא כל התנאים יסודם אחד והוא הגבלת כוח המעשה, אלא שזה יכול להביא או לביטול החלות או להגדרתה באופן אחר וצימצומה. לכן נראה לענ"ד

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בפשטות שגם כאן יצטרכו הלכות תנאים וכפשוט דברי תוספות כתובות (דף נו ד"ה הרי) עליהם תמה כאמור רע"א.

לכן נלענ"ד שהטעם האחרון, זה של המהרי"ט, לא יפתור לנו את בעיית תוקף החתימה על הסכם ממון לפני הקידושין, מפני שלא התנו כהלכות תנאים, ולענ"ד אף הגדרת "תנאי מגביל" לא תייתר את הצורך בהלכות תנאים, דבר שלא התקיים אצלנו. אולם נלענ"ד שיש די בצירוף הטעמים השונים שכתבנו לעיל כדי לתת תוקף להסכם הממון הזה, וכל זה עוד לפני שבאנו לדון מצד הסיטומתא שבו כיון שכך המנהג, ובמחלוקת הגדולה אי מהני סיטומתא לדבר שלא בא לעולם (פתח"ת חו"מ סימן רא ס"ק ב באריכות), ואכמ"ל.

ח. כתב כתובה לאחר ההסכם

עד עתה דנו בשאלה האם מהני סילוק האיש והאשה מזכויותיהם המוקנות להם בנישואין שעה שערכו הסכם קודם הארוסין, ועלה בידנו ממספר טעמים שההסכם תופס. אלא שנשאלת השאלה שהרי לאחר מכן, בשעת החופה עצמה הבעל כתב לאשה כתובה בה התחייב לה ככל חיובי הכתובה, וא"כ ההתחייבות לכתובתה ומזונותיה באו לאחר החתימה על ההסכם-ממון והיא מבטלת את הויתור הקודם, שויתרה האשה והיא התופסת.

והנה כאשר הבעל בא והתחייב לה בכתובה תוספת כתובה ומזונות, נעשים בזה לכאורה שני דברים, ראשית הבעל מתחייב, ושנית האשה הרואה כי הבעל מוכן להתחייב, בפשטות חוזרת בה מהסכמתה לוותר על כך. והנה כדי לבחון מה בכתובת הכתובה יש בו כדי "לקלקל" את שהושג בהסכם הממון, יש לדון מכוח מה היה תוקף הסכם הממון. ראינו לעיל סיבות מספר לפיהן האשה היא זו שלמעשה "מחקה" את חוב התוספת והמזונות, באופן זה לכאורה לא יהיה בעצם התחייבות הבעל תחת החופה כדי "לקלקל" את שנעשה ע"י האשה, שהרי על אותו חוב שמתחייב תחת החופה, הסתלקה האשה בשעת ההסכם, שהרי "מזונות אשה, מימוש כתובה" כלשון ההסכם הן הן אותם חיובים אותם מקבל הבעל תחת החופה, אלא שכאמור יש לדון האם בראות האשה את הבעל מתחייב תחת החופה הרי היא חוזרת בה מהסתלקותה, בהסכמת הבעל. שאלה זו תלויה היא במחלוקת אותה הזכרנו לעיל אם ניתן לחזור מסילוק. אמנם אף אם ננקוט שיכולה היא לחזור בה, מ"מ נלע"ד כי לאחר שנחתם הסכם הממון התופס עפ"י ההלכה יש לפרש את התחייבות הבעל בכתובה כ"התחייבות טקסית" ללא כוונת התחייבות אלא לשם טקס כתיבת הכתובה והקראתה בציבור ותו לא, ובנדו"ד די לנו בכך שבעיני האשה לא מתכוון הבעל להתחייב לה כדי שנאמר שלא חזרה בה מהסתלקותה בכך שקיבלה את הכתובה, אף אם מצד ההלכה יש תוקף להתחייבותו.

והנה אם לא היינו מקבלים את הסכם הממון כתופס הלכתית מצד הסתלקות האשה אלא היינו באים מצד האיש שהגביל ושייר בנישואין בהסכמת האשה, כאן היה מקום לדון אם בהתחייבותו תחת החופה חזר בו מאותו "תנאי מגביל" שעשה בהסכם, ואז היה צורך לדון כמו שדנו דיניי ביה"ד דחיפה בתיק 509827/1 שלא באו מצד סילוק אלא קבלו בזה את דברי הגר"א גולדשמידט הנ"ל שזה מדין "תנאי מגביל" וראו בהסכם הממון כמודעה על החיוב שתחת החופה, והוסיפו:

"חשוב לדייק שאין מדובר על מודעה במובנה הרגיל. שכן, דין מודעה נועד בדרך כלל להוות פתרון למצב בו צד אחד כופה על צד שני עסקה, ואז הצד הנכפה מודיע ומכריז בפני עדים שהעסקה אותה הוא עתיד לבצע – אינה מדעתו ולא יהיה לה תוקף. בכגון זה, בדין מודעה שני חידושים – האחד,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שאנו מקבלים את ההנחה שמוסר המודע לא חוזר בו, והחידוש השני שיש תוקף למודעא זו למרות שנעשתה בסתר על ידי אחד הצדדים. בשונה מכך, בנדון דידן שני הצדדים קבעו בהסכמה, שהכתובה שביניהם אינה נעשית בצורה מחייבת. לפיכך, נדרש רק היסוד הראשון בדין המודעא [...] בפתח הדברים נאמר, שבנדון דידן, אין לבית הדין ספק שבשעת החתימה על הכתובה או מסירתה, אילו נשאלו הצדדים האם במקרה של גירושין יידרש הבעל לשלם הכתובה התשובה היתה שהוא לא יידרש לכך. שהרי, כאמור לעיל – יומיים לפני הנישואין נחתם ההסכם, ושלושה שבועות לאחר הנישואין אושר ההסכם בבית המשפט. נציין, שהוויתור על הכתובה אינו סעיף נחבא או חריג בהסכם, אלא הוא כתוב באופן מפורש ומפורט ואף משתלב עם הרוח הכללית של ההסכם.”

בכה"ג היה אף מקום לדון בדבר חיוב המזונות שבכתובה ולהיכנס לשאלה בדבר מקור ההתחייבות במזונות שבכתובה, אם ה"ז חיובו שלו או חיוב מן הדין, אולם לענ"ד אי"צ להכנס לכל זה מכיוון שכאמור תוקף הוויתור על זכויותיה ככתוב בהסכם אינו נשען על הבעל אלא על האשה והיא אינה יכולה לחזור בה מהסתלקותה. ואף את"ל שיכולה מ"מ אין לפרש את קבלת כתובתה כחזרה בה מהסתלקותה, או מטעם שמהיכ"ת לומר שחזרה, ואת"ל שיש בזה אקט של חזרה מ"מ פשיטא לי שאין לראות בנתינת הכתובה כוונת התחייבות, ולפחות לא בעיני האשה כדי שנאמר שחזרה בה ממחילתה.

ט. מסקנה להלכה

הסכם הממון שנחתם קודם האירוסין בו ויתרה האשה על כתובתה ומזונותיה תקף למרות שנחתם קודם האירוסין ולמרות שנכתבה כתובה לאחר מכן, ולכן לא זכאית האשה לתוספת כתובתה ולמזונות.

הרב פנחס מונדשיין – דיין

ראיתי את דבריהם של עמיתי שליט"א, ודעתי מסכימה למעשה, אך מטעם אחר.

פרשנות סעיפי ההסכם

הסכם הממון שנכרת בין הצדדים בתאריך 2.2.2012 תחת הכותרת: "אימות הסכם ממון שנכרת לפני הנישואין". ובהמשכו נכתב: "הסכם זה יכנס לתוקף עם אישורו בהתאם לחוק, ע"י אימותו בפני נוטריון, לפני הנישואין". גם במבוא נכתב: "והואיל והצדדים מתכוונים להנשא זה לזה כדת משה וישראל והואיל והצדדים חפצים להסדיר את יחסי הממון שביניהם טרם נישואיהם בהתאם לאמור בהסכם זה".

נמצא שההסכם באופן ברור על פי מהותו כהסכם ממון בין בני זוג תלוי וקשור בנישואיהם.

לדעתי פרשנות הסעיף בהסכם בעניין מזונות אשה והכתובה שונה, והגדרתו אינה עוסקת בביטול חוב מזונות או כתובה מדין סילוק חוב, שמהותו שהחוב העתידי לא יחול בעת שהיה צריך לחול. וכן אינו מדין "מודעא" שמהותה ביטול מוקדם של חלות שצריכים לחול ע"י מעשה עתידי. הוא גם אינו "תנאי מגביל" שמתנה שהנישואין יחולו ללא חלות מסויימת עם חלות הנישואין. כל אשר לדעתי שייך לדון כאן הוא מדין מחילה על דבר שלא בא לעולם. בנוסף, מצאתי סעיף נוסף בהסכם שלא העלוהו הצדדים בכתבי טענותיהם המוסיף לשפוך אור על כוונת הצדדים.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דהנה, בסעיף הנזכר לעיל בדברי חברי, הוא סעיף 10 להסכם, נכתב בזה"ל:

"הסכם זה ממצה את מלוא הזכויות הממוניות המגיעות לכל אחד מבני הזוג במקרה של התרת נישואין (הדגשה שלי - ש.פ.) כהגדרתו על פי החוק ו/או על פי הסכם זה, והם לא יהיו זכאים לקבל זכויות ממוניות נוספות מעבר לאלו המפורטות לעיל, מכח כל דין שהוא, ובכלל זה מזונות אישה, מימוש כתובה וכיוצ"ב (הדגשה שלי - ש.פ.) והצדדים מוותרים מראש על זכותם לזכויות ממוניות נוספות מן הצד שכנגד, שאינן מנויות בהסכם זה..."

דהנה, סעיף זה אינו פוטר באופן גורף את האיש ממזונות אשתו וכמו כן אינו מבטל את חיוב הכתובה מעיקרו כאילו לא התחייב האיש מעולם בכתובה. שהרי לשון הסעיף עוסק רק במקרה של התרת הנישואין. כלומר לכשיתגרשו הצדדים ותהיה תביעת מזונות אשה באותה עת על מזונות של תקופה מסויימת שלא קבלה האשה לטענתה, מזונות אלו מחולים ע"י האשה. כך גם לגבי הכתובה. לשון הסעיף כי מדובר על מימוש הכתובה במקרה של התרת נישואין. כלומר באמת חוב הכתובה בעת עריכת חופה וקידושין אינו משחק בעלמא וכביכול חיובו לא תקף ולא חל כבר מעיקרו, אלא החוב חל כדין שטר וכתובה. אלא שבמקרה של התרת נישואין אז לא תמומש הכתובה, כלומר לא תגבה בפועל שכן האשה מוחלת עליה. החוב אמנם חל אולם הוא נמחל.

אם כך, לא שייך לדון כאמור על "סילוק" שמהותו לגרום מוקדם לעת חלות החוב, שכשיגיע זמנו לא יחול כלל החוב. כך גם בקשר ל"תנאי מגביל". כאמור הנישואין חלו עם חוב מזונות אשה וחוב כתובה ולא הוגבלו כלל על כל תנאי הנישואין. כך גם ביחס ל"מודעא" שמהותה ביטול מוקדם של חוב שיבוצע בעתיד. כאמור הנושא לדין הוא מחילת חוב בחוב שלא בא לעולם.

כאמור מצאתי סעיף נוסף בהסכם. בסעיף 12 החותם את סעיפי ההסכם נאמר:

"הצדדים מאשרים כי עשו הסכם זה בהסכמה חופשית, וכי הוסבר להם והם הבינו את תוכנו ואת המשמעות המשפטית שלו לגביהם ולגבי יורשיהם, והם מבקשים לאשר הסכם זה כחלק בלתי נפרד מכתובתם" (הדגשה שלי - ש.פ.).

נראה ברור כי שני הסעיפים העיקריים בשלהי ההסכם באו לבטח את עניין הכתובה והמזונות. אם היה מקום לסבור כי ישנה בעיה של דין "מודעא" בהסכם זה, שהרי בסעיף 10 נאמר כעין "מודעא" על הכתובה המבטלת אותה מלמפרע (פרשנות שדחיתי לעיל מתוך הנוסח בסעיף כאמור), ואז היתה מתעוררת שאלה אם כתיבת הכתובה הינה חזרה מהסעיף הזה בהסכם. אולם הסעיף הנוסף סעיף 12 בו נכתב שההסכם והכתובה הינם יחידה אחת וכאילו באים כאחד וכי הסכם זה הוא חלק בלתי נפרד מהכתובה, מלמדנו שברור שהכתובה תלויה בהסכם ולפי תנאיו של ההסכם. מעבר לכך שבארנו גם בסעיף 10 שלא מדובר על ביטול חוב הכתובה אלא על מימושה בעת התרת הנישואין ומחילתה.

הגדרת תוקף "מודעא"

כדי לבאר ולהרחיב הדברים נביא מקורות אחדים. בנושא מודעא מצינו בכתביו של הגאון רבי שמעון שקופ זצ"ל בחידושו למסכת בבא בתרא (סי' כז) שבאר יסודה של מודעא והדרך והצורה לתקפה וחלוקתה, וכך כתב שם:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

"יש להבין עיקרה של מודעה מה היא: אם הוא לגלות הענין שמה שעושה אח"כ אינו ברצון מוחלט, או שענין המודעה הוא מעשה בפני עצמו שסותר ועוקר את המעשה של אח"כ [...]"

נראה לי ברור שענין המודעה היא פעולה מחודשת שאדם עושה לבטל ולעקר מה שיעשה אח"כ, וכענין ביטול שליחות וחזרה מהקנין קודם שחל שהוא עקירה וביטול על מה שעשה מקודם, כ"כ יכול אדם לעשות תחבולה לבטל ולעקר מה שיעשה אח"כ. ומה דמצינו בענין מודעה דמהני רק ע"י אונס אבל בלא אונס לא מהני, הנה כמו בביטול שלאחר המעשה דמצינו שתלוי אם הענין שנעשה מעיקרא נעשה בגמירות דעת היותר חזקה או לא, דהיכי שנעשה בגמירת דעת גמורה וחזקה אין הביטול שלאח"כ מהני [...]

ועפ"ז נראה לי דמשו"ה לא מהני מודעה רק כשיש קצת אונס, משום שע"פ שיקול הדעת כל מעשה שאדם עושה יותר באחרונה היא יותר חשובה דתלינן ששקל דרכיו בדעתו יותר מבראשונה, דיש לתלות דבמשך הזמן נתוספו לו איזו ידיעות מה שלא חשב אודותם קודם. ומשו"ה אם עשה מודעה לבטל איזה קנין מה שיעשה אח"כ י"ל דלא מהני המודעה לבטל המעשה שלאח"כ, דהמעשה של אח"כ חשיב כמעשה והראשונה כדיבור ולא אתי דיבור ומבטל מעשה. אבל אם יש קצת אונס בדבר, אף דאמרינן אגב אונסיה גמר ומקנה, מ"מ לא נקרא רצון מוחלט יותר מהרצון הקדום שעשה לסתור ולעקר את המעשה שלאח"כ, דלא שייך לאמר דבשביל שנעשה מאוחר בזמן הוא יותר שקול בדעת וחשבון שעשה ע"י אונס והוא מעושה בדבר [...]

הדרך לדברינו דענין המודעה הוא מעשה מחודשת שעוקרת ומבטלת את המעשה שלאח"כ. דכמו שיכול לעשות הקנאה על דבר שהוא שלו, כ"כ יכול לעשות דבר שלא יועילו מעשיו ופעולתו, דגם על זה הוא בעלים לעשות עם פעולותיו כפי שירצה. וע"כ יכול לעשות עכשיו תחבולה לא יהנו מעשיו שלאח"כ, וזהו ענין המודעה. רק היכי דליכא אונס אמרינן דהמעשה שלאח"כ יותר אלים וחזק משום שנעשה באחרונה ואין המעשה הקודמת עוקרתה אבל אם יש בזה קצת אונס דשווים המעשה הקדום עם המאוחר, המודעה מבטלת את המעשה שלאח"כ."

והנה, אם היה הנושא בפסק הדין דנא שייך לדיני מודעה והיה בא לבטל מעיקרא את חלות חוב הכתובה וכי לפיו הכתובה הינה משחק בעלמא, או אז נראה היה באמת כי ההסכם מהוה מודעה לכתובה, וכי לפנינו מודעה המבטלת חוב כתובה שינתן לאחר מכן. שהרי יש כאן קצת אונס, שהרי לא שייך להנשא כדת משה וישראל ללא כתובה. גם לא ניתן לכתוב בכתובה רק עיקר כתובה שהרי כתיבת התוספת כתובה באה לכבוד לפני הקרואים והקרובים כידוע. הן אמנם שאנחנו מתייחסים לכתובה כחוב גמור ומוחלט, אולם כאשר ישנה ריעותא כדוגמת הסכם ממון חתום אצל נוטריון וודאי שעולה הסברא שהתוספת נעשתה לכבוד בלבד. וכדוגמא הנושא ההלכתי של כתובה מוגזמת שעל פיו ישנה אומדנא שהערך הגבוה של הכתובה נכתב לצורך כבוד. כך גם בדיננו.

אולם כאמור מודעה עניינה ביטול החוב העתידי. גם לסברא שנדחתה בדברי רבי שמעון שקופ שהוא גילוי דעת שהחוב לא נעשה באמת כחוב, אינו שייך בדיננו שהרי לא התבטל שום חוב מלכתחילה על פי הסכם הממון שלפנינו, וכפי שהוכחנו מלשון ומנוסח ההסכם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

המודעה מבטלת, האונס הוא תנאי

אציין לדברי הגאון רבי חיים שמואלביץ זצ"ל מובא בספר הזיכרון (עמ' תלו) המבאר את הענין בזה"ל:

"דנראה דענין מסירת מודעה בכל מקום נכלל בה גדרים דאטי דיבור ומבטל דיבור [...] וכמו"כ נראה דענין מסירת מודעה הוא לא כמו שלמדו העולם דהאונס דאח"כ הוא המבטל והמודעה הוא רק לברר אלא המודעה פועל לעכב אח"כ מלחול וכיון שהמודעה הוא קודם המעשה מקרי עדיין דיבור ושייך הכלל דאטי דיבור וכו' והחילוק בין מתנה לגט באופן דבעינן שיהא אח"כ אונס ובאופן דלא בעינן תלוי בהגדרים דמי הוא לחזק או לחלש אם המודעה קודמת או המעשה דאח"כ [...] דבמכירה המעשה הוא אלים יותר מהמודעה הקודמת ובעינן האונס כדי לחזק, אבל במתנה אינו אלים כ"כ לכן לא בעינן אונס."

בעניין נושא הסילוק בו דנו חברי. כאמור, לדעתי לא שייך נידון זה על פי הנוסח המצוטט. אולם אוסיף על דבריהם, בעניין סילוק מדבר שלא בא לעולם, שהובאו הדעות שלא כדעת הר"ן שהתנה שרק לאחר האירוסין ניתן להסתלק.

דעת החור"י לסמוך על סילוק גם לפני האירוסין

והנה, בשו"ת חוות יאיר (סי' נ) (בתשובת עבודת הגרשוני) באר בדעת הר"ן שלא מועיל סילוק לפני האירוסין שהוא משום שהוי דבר שלא בא לעולם, וכשם שלא מועילה מחילה על דבר שלא בא לעולם (שו"ת הר"ן), כך גם לפני אירוסין לא מועיל סילוק משום שהוא דבר שלא בא לעולם. וכ"כ בדעת הר"ן בתשובות הב"ח (סי' קכד). ולפי זה כתב החוות יאיר שם הרי כי דברי הר"ן נמצאים בפלוגתא, שהרי לשיטת שמועילה מחילה על דבר שלא בא לעולם הרי כי גם סילוק יועיל לפני אירוסין. עוד הוסיף החוות יאיר כי הרי שיטת המרדכי בתחילת פרק הכותב שמועיל סילוק בדבר שלא בא לעולם, ומשום שיטה זו כתב שלכן נהגו העולם לעשות סילוק מנכסי אשתו אף לפני שהיא ארוסה.

דעת החתם סופר שסילוק מועיל לפני האירוסין לאחר שידוכים חרם וקנס

בנוסף, החתם סופר בחידושיין למסכת כתובות תחילת פרק הכותב כתב בזה"ל:

"הר"ן מדייק מדמוקי ליה בעודה ארוסה, משמע קודם אירוסין אינו מועיל. וכתב בתשו' חוות יאיר סי' נו"ן ונ"א דמשמעתיין לא מדייק הר"ן מיד, דא"א לאוקמא מתני' קודם אירוסין דהכותב לאשתו תנן, משמע שהיא כבר אשתו ומתני' אורחא דמילתא נקט. אלא עיקר ראייתו מסוגיא דחזקת מ"ב ע"א [...] ולע"ד [...] ליכא למידק מהתם דאשיגרת לישנא דהכא נקט.

וקרוב לוודאי דר' ינאי לא אמר מילתא אלא אמתני' דר"פ הכותב דהתם הו"מ לשנויי דעשה קנין טוב באופן המועיל אלא אגב דמתרץ בשמעתיין הכי, מייתי ליה נמי התם כמבואר. ועיקר דיוקא של הר"ן דה"ל למימר בהכותב לה עד שלא נשאת ותו לא מידי ומדוע מדייק בעודה ארוסה, להשמיענו דקודם אירוסין לא מהני סילוק. אלא שצ"ע לפמ"ש הגאונים בתשו' הנ"ל דטעמא דהר"ן משום שאין אדם יכול לסלק מדבר שלא בא לעולם. והעלו לפ"ז להר"מ שבמרדכי שיכול לסלק מדבר שלב"ל מהני הסילוק קודם אירוסין, ושעל זה אנו סומכין שכותבים שטרי סילוק קודם אירוסין (ולא סגי בחאה"כ במדינתנו שאין מארסין אלא תחת החופה. אלא שנוהגין לקבל הקנין בין ברכת אירוסין לברכת נישואין וכולי האי ואולי ע"ש בתשו' מנהג

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

פ"פ דמיין). וצל"ע אהר"ן דהא ר' ינאי דס"ל מקנה דבשלב"ל ומכ"ש שיכול להסתלק מדבר שלב"ל דקיל מקנין, ומ"ט דקדק ר' ינאי בכותב לה ועודה ארוסה דהא לדידיה אפי' קודם אירוסין נמי. וצריך לומר דס"ל לר"ן דקודם אירוסין דלא הוה העבידי דאתי, וכעין שכ' התוס' לעיל נ"ט סוף הדיבור גבי לאחר שאתגיירי, וע"ש בגיליון תוס'. ואע"ג דאנן קיי"ל אין אדם מקנה ואפ"ה בעודה ארוסה יכול לסלק משום צירוף דרב כהנא נחלה הבאה וכו', מ"מ קודם אירוסין דלא עבידי דאתי גריע טפי דאפי' למאן דאמר אדם מקנה לא יועיל צירוף דרב כהנא. וא"כ זכינו דלדידן דנוהגין בשידוכים וחרם וקנסות הוה אירוסין עבידי דאתי טפי משחרור. ובמדינתנו אירוסין ונישואין כחדא נינהו וכנ"ל, וצדק מנהגנו דכיון דעבידי דאתי הוה כארוסה בזמן התלמוד דאפי' למ"ד אין אדם מקנה מועיל הסילוק מדרב כהנא."

נמצא שלפי ביאור החת"ס בדברי הר"ן הרי כי מה שלא מועיל סילוק לפני אירוסין הוא משום שנחשב כ"לא עבידי דאתי". כלומר שאין החיסרון של דבר שלא בא לעולם שהרי רב כהנא סבר שאדם מתנה על נחלה הבאה ממקום אחר שלא יירשנה, אלא שמ"מ אם לא עבידי דאתי לא יועיל הסילוק שהרי גם לשיטה שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם (רבי מאיר) לא יועיל אלא רק בעבידי דאתי. עניין זה יבואר יותר בדברי חידושי הרי"ם שיובא להלן.

החתם סופר חזר על דבריו גם בחידושי למסכת גיטין (דף עז ע"א) וכך כתב שם:

"כתב הר"ן אבל קודם אירוסין לא, ועיין תשו' חו"י סי' מ"ז וסי' נון שם הוא דברי הגאון עה"ג וסי' נ"א תשו' מהר"ם זיסקינד [...] והנה הגאונים הנ"ל הרעישו העולם האיך מצאנו ידינו ורגלינו מעשים בכל יום שעושים שטר סילוק והרי אנו מארסים תחת החופה ואירוסין ונישואין באים כאחד [...] ובש"ך ח"מ ס"י ס"ו החליט דבזה"ז א"א לסלק מנכסי אשתו, ובאבני מילואים כתב דשבעת נשואין דדברים ניקנין באמירה ה"ה סילוק [...] אבל מחמת חיבת נישואין מקנה הכל אבל דבר שלא בא לעולם שהחסרון בדבר הנקנה שאינו בר קנין אם כן מה יועיל חיבת חיתון, ע"כ ליתיה לתי' של בעל אבני מילואים [...] והנה הר"ן בתשו' סי' נ"ג החליט שאם מחל לחבירו כל מתנות שעתיד ליתן לו אין ממש במחילה טרם שנתחייב, ופסקו בש"ע, ומרדכי ר"פ הכותב כ' אשה שסילקה שיעבוד כתובתה מבית א' שעתיד הבעל לקנות מועיל הסילוק על מה שלא בא לעולם כדמוכח משמעתי' ופסק רמ"א ג"כ, ולכאורה סתרי אהדדי. ותי' סמ"ע סי' ר"ט סקכ"א דבנידון דמרדכי כבר התחיל שיעבודו של בעל רק שלא קנה הבית עדיין ע"כ יכולה האשה להסתלק משא"כ בעובדא דהר"ן שמחל לו מה שעתיד להתחייב לו, לא התחיל עדיין שום שיעבוד. והט"ז הקשה משמעתי' בעודה ארוסה הרי לא התחיל שום שיעבוד, ולע"ד דברי הסמ"ע דברי אלקים חיים הנה, ואקדים דבח"י כ' כי חכמי פ"פ כתבו מנהג פפד"מ לקבל קנין על הסילוק אחר ברכת אירוסין טרם שיקדש בטבעת, ע"ש ולא נודע טעם וסברא לזה. והנה תמה אני על כל הגאונים הגדולים האלו איך לא שתו לבם לחקור הלא כל עצמו של ר"ן לא למד אלא מדיוקו של ר' ינאי שאמר בעודה ארוסה ש"מ קודם אירוסין לא. וקשה הלא ר' ינאי ס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם א"כ מה איכא בין קודם אירוסין לאח"כ, אבל האמת יורה דרכו דאפי' למ"ד אדם מקנה דבר שלא בא לעולם היינו פירות דקל דעבידי דאתי ומשו"ה כ' תוס' בכתובות נ"ח ע"ב סד"ה לאחר וכו' לאחר שימות בעליך בגוסס, ע"ש. וה"נ בפנויה אפי' בשדיך לא הוה עבידא דאתי ע"כ אמר ר' ינאי בארוסה דעבידי דאתי שיכניסנה ולא יגרשנה, ומזה למד המרדכי ג"כ דאחר שכבר נשתעבד הבעל לכתובתה שוב כל מה שיקנה עביד דאתי להיות תחת שיעבודה ע"כ תוכל לסלק עצמה טרם שיקנה הבית, אבל עובדא דהר"ן

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שאינן כאן שום עביד דאתי והוא מוחל לו מה שעתידי ליתן לו מתנה נהי דיכול אדם לסלק עצמו מדבר שלא בא לעולם כמרדכי הנ"ל, מ"מ לא עדיף סילוק לדידן מקנין דבר שלא בא לעולם לרבי מאיר, ובעינין עביד דאתי ואין כאן סתירה בש"ע והן הנה דברי הסמ"ע הנ"ל אלא שלא ביאר. ויפה הנהיגו חכמי פפד"מ שאחר שכבר בירך ברכת אירוסין ועומדים בזמטוטי חתן וכלה וזה עומד לקדש. דבר רחוק הוא שיתבטלו האירוסין. ויש להוסיף על זה עוד שהרי עכשיו כותבים תנאים בחרם וקנס ורחוק שימחלו זה לזה בין ברכת אירוסין לאירוסין והוה עבידי דאתי [...] וכבר הוצעתי דברים אלו בתשו' לפני גדולי הדור וקלסוהו בעזה"י."

ובתשובתו (אבהע"ז ח"ב סי' קסו) כתב בתו"ד:

"אך האמת כמ"ש דהתוס' והרשב"א בתשו' והר"ן ברי"ף ובתשו' כולם ס"ל דקודם אירוסין הוי כמו לא עבידי דאתו ואפי' למ"ד אדם מקנה לא מהני לא קנין ולא סלוק וכמ"ש תוס' בכתו' נ"ח ע"ב ד"ה לאחר וכו' ועוד מתרץ דכל הני דהכא איכא לאוקמי בעבידי דאתו כגון ששמע מרבו שישחררנו וכו' יע"ש וה"נ דכוותי' לא מהני אלא או אחר אירוסין לדידהו או לכה"פ אחר שכבר נתקשרו בשידוכין בחרם וקנס ואם לזו נתכווין (צ"ל במ"ש על דברי החו"י שם שאינו מחוור) והחו"י שם שאינו מחוור לחלק בין זמניהם לזמנינו, יודיעני מה טעם אינו מחוור ואולי מה שהעיד הדרת מרנא הגאון נ"י דמדינתו נוהגין לקבל קניני הסלוק בכניסתם לתחת החופה הוא נמי מטעם זה שאז הוא יותר קרוב ועביד דאתי כמו שמע מרבו שישחררנו ושמע שחפצו להתגייר."

מדבריו בתשובה משמע שדי בסילוק קודם אירוסין ולאחר שנתקשרו בשידוכין בחרם ובקנס כדי להגדיר המקרה כ"עבידי דאתי" ומהני הסילוק. ואין צורך לפי זה גם לביצוע הסילוק דוקא לאחר הברכה, כדמשמע לכאורה מביאורו בחידושי שם לכתובות וגיטין.

ומשמע כדברינו בחידושי למסכת בבא בתרא (דף מט ע"א) שכתב:

"ולפי זה הרווחנו במה שכרכו הגאונים כמה כרכורים בתשו' חו"י [...] על מנהגנו שמסתלקים קודם אירוסין כיון שמארכים תחת החופה והוה אירוסין ונישואין בת אחת. ונעלם מהם שמה ברוב דבריהם דלר' ינאי קיימי' דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ואמנם [...] דהטעם משום דלא עבידי דאתו תו לק"מ למנהגנו שנהגו לקשור קשר שידוכים בחרם וקנס א"כ הוה שפיר עבידי דאתו ומועיל הקנין של סילוק גם קודם אירוסין וכנלע"ד."

נמצא כי לאחר שידוכין חרם וקנס חשיב כעבידי דאתי ומועיל סילוק גם קודם האירוסין לכו"ע וגם לר"ן.

והנה, החת"ס עסק בנידון סילוק וטעמו של הדין הוא מדין דבר שלא בא לעולם, אשר אם עבידי דאתי מועיל הסילוק. והשאלה אם גם ביחס למחילה על דבר שלא בא לעולם גם תועיל כאשר עבידי דאתי.

מחילה בדבר שלא בא לעולם בעבידי דאתי

והנה, גם בחידושי הרי"ם למסכת כתובות ר"פ הכותב (דף פג ע"א) באר שהטעם שלא מועיל סילוק אלא בארוסה הוא מטעם שמבלעדי זה לא נחשב עבידי דאתי וכהסבר החת"ס, אלא שכתב כן גם לגבי מחילה על דבר שלא בא לעולם שדינים כקנין על דבר שלא בא לעולם בשיטת רבי מאיר, שכן דוקא עניין שזוקק קנין, בו יש דין של אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אולם

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עניין שאינו זוקק קנין מועיל גם בדבר שלא בא לעולם, בתנאי שיתקיים בו התנאי של "עבידי דאתו".

וכך כתב שם:

"תוס' כתב ועודה ארוסה כו' כדרב כהנא נחלה הבאה לו כו' תירץ ר"י דמייתי ראייה רק דמהני הסילוק מדבר שלא בא לעולם והקשו דהא ר' ינאי סבר אדם מקנה דבר לא בא לעולם ע"ש.

ונראה ד"ל דהא לשון דין ודברים אינו מגוף הקרקע רק שמסלק עצמו כשיזכה בשעת נישואין בפירות מסלק עצמו שלא יזכה, וגם זה דבר שלא בא לעולם כמו שהוכיח הר"ן בתשובה דאינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם על אחר שילווה ע"ש. והנה תוס' הקשו בכמה דוכתי למה לר"מ מהני שדה לכשאקחנה קנויה לך הא בלא עבידי דאתי מודה ר"מ, ותירצו דכיון שגוף הקרקע בעולם רק שאינו שלו חשיב כעבידי דאתי ע"ש. וא"כ בשלמא אם היה מקנה הקרקע או הפירות קודם נישואין על אחר שישאנה היה שפיר מהני למ"ד אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דגוף הקרקע בעולם כנ"ל, אבל לשון דין ודברים דאינו על גוף הקרקע רק שמסלק הזכות ומקנה הזכות שיזכה כשישאנה והא זה זכות אינו עדיין כלל קודם נישואין ושוב לא מהני דלא עבידי דאתי גם לר' ינאי. ומייתי ראייה דמהני מתורת אי אפשי כו' כמו דלדידן דאין מקנה דבר שלא בא לעולם ואעפ"כ נחלה הבאה ממקום אחר מהני התנאי שלא יירשנה וע"כ דהסילוק מהני בדבר שלב"ל בתורת אי אפשי בתקנת חכמים לכך מהני לר' ינאי על הזכות סילוק קודם נישואין כנ"ל.

וא"ש בזה סברת הר"ן ז"ל דדוקא בארוסה מהני סילוק ולא קודם דלכאורה אין טעם דבתורת אי אפשי מועיל קודם אירוסין ג"כ ובתורת מחילה הוי דבר שלא בא לעולם קודם נישואין ג"כ ומה מועיל שייכות קצת שכתב הר"ן ז"ל ע"ש.

ולמ"ש י"ל דבאמת מחילה וסילוק לדידן מהני בדבר שלא בא לעולם כמו קנין לר"מ דאדם מקנה דלא מצינו רק אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מה שצריך קנין. רק מ"מ אתי שפיר דין הר"ן והש"ע סי' ר"ט דלא מהני מחילה על חוב שילווה לו ע"ש. והר"ן הוכיח מדין שובר ע"ש. והיינו נהי דמחילה לדידן כקנין לר"מ מ"מ הא לא עבידי דאתי דגם לר"מ לא מהני ובזה לא שייך שהוא בעולם דהמחילה שייך רק על חיוב והחיוב אינו בעולם כלל ולכך לא מהני. וכן כאן קודם אירוסין. אבל כשכבר ארוסה דעבידי דאתי לינשא שפיר מהני סילוק ומחילה כנ"ל. וי"ל דבכל עבידי דאתי מהני מחילה בדבר שלא בא לעולם ושפיר מייתי הש"ס אדר' ינאי דאין חילוק גבי סילוק בין לר"מ בין לרבנן דבעבידי דאתי מהני ובלא עבידי דאתי לא מהני כנ"ל.

נמצא כי גם במחילה על דבר שלא בא לעולם כמו בסילוק מהני כאשר זה עבידי דאתי, וכגון בארוסה, כגון אף קודם אירוסין אם השתדכו בחרם ובקנס.

והנה, יתכן ובני הזוג שלפנינו אשר "התארסו" לפי לשונם ואף ערכו הסכם ממון קדם נישואין לפני נטריון, יתכן מאד שנחשב שנישואיהם הינם בבחינת עבידי דאתי. אם אכן כך הגדרת נישואיהם הרי כי מחילה כמו סילוק יועילו גם טרם אירוסיהם-קידושין של תורה וכאמור.

אולם נראה שמחוקי לחידושו של החידושי הרי"ם, הרי כי באופן עקרוני מחילה לא מועילה על דבר שלא בא לעולם, וכפי שנביא להלן.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דהנה, בשו"ת הר"ן (סי' כג) כתב שאין אדם יכול למחול לחבירו חוב שעדיין לא נתחייב לו שיהא מחול כשיתחייב, כשם שאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם, ואין לומר דכיון שמחילה חל בדיבור בלבד, או משום דהוי הפקעה בעלמא, יועיל גם בדבר שלא בא לעולם. הוכחתו מגמ' ב"ב (דף קעא) והובא ברמ"א (סי' רט סעי' ד) בזה"ל:

"וכשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם, כך אינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם (תשובת ר"ן סימן כ"ג)."

והסמ"ע (ס"ק כא) כתב, וז"ל:

"כך אין אדם יכול למחול דבר שלא בא לעולם. שם קאי בראובן שידע בשמעון שרוצה ליתן לו מתנה, ואמר ראובן הנני מוחל לשמעון על כל מה שיתן לי, ואח"כ נתן לו שמעון מתנה בקנין, ופסק ר"ן דלא הוה מחילה, ע"ש. והא דפסק מור"ם בסמוך סעיף ח' דיכול אדם לסלק עצמו וכחו מדבר שלא בא לעולם. שאני התם, דקאי אדם שיש לו שעבוד על נכסי חבירו, וכיון דכבר נשתעבד לו משו"ה יכול לסלק אותו שעבוד אף מנכסים שעדיין לא קנה הנתחייב, כיון דמ"מ כבר נשתעבד לו הנתחייב, וק"ל."

והט"ז שם השיג על דברי הרמ"א וכתב:

"כך אין יכול למחול, הטעם משום דעדיין לא נתחייב לו דבר שתחול עליו מחילה, ואח"כ מתחיל החיוב אין המחילה הקודמת מפקיעתה, כ"כ שם הר"ן [תשובת הר"ן סי' כג]. ואין להקשות ממ"ש הרמ"א בסעיף ח' שיכול לסלק עצמו, דשאני סילוק שהוא שאינו רוצה לזכות באותו דבר כלל, וזה יש לו כח בידו לסלק עצמו שלא לזכות אח"כ, משא"כ מחילה שאינה שייכת אלא אחר החיוב והיאך תחול המחילה קודם החיוב. וסמ"ע ס"ק כ"א תירץ, דשאני התם שיש לו כבר שעבוד כו'. ואשתומם על המראה, דמשמע מדבריו דאם לא נשתעבד לו תחילה כלל לא יועיל הסילוק ממה שקונה המתחייב, וכמה סוגיות מלאות נגד זה, דאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר מתנה עליה שלא יירשנה כו' כדאיתא ריש פרק הכותב [כתובות פ"ג ע"א], והיינו מקודם נשואי אשתו כדמשמע שם. ועוד יש להקשות בדבריו ממ"ש באה"ע [סימן צ"ב סעיף א'] וז"ל, הכותב לאשתו בעודה ארוסה דין ודברים אין לי בנכסיך (ובפירוטיהם) כו', וא"כ בעודה ארוסה לא חל השעבוד, ואפ"ה קיים. ובאמת קושיא זו מעיקרא ליתא כמו שכתבתי, ולא ירדתי לסוף דעת הרב הנ"ל בזה מה דחקו לזה."

והנה, בשו"ע חו"מ (סי' רט סעי' ח) נפסק ברמ"א:

"דאף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מכל מקום יכול להתנות על דבר שלא בא לעולם (טור סי"ב והמרדכי פ"ק דמציעא). וכן לסלק עצמו וכחו מדבר שלא בא לעולם, הואיל ועדיין לא זכה בו (מרדכי ר"פ הכותב). ועיין באבן העזר סימן צ"ב."

והקצות החושן (שם ס"ק יג) שם הסכים עם הסמ"ע הנזכר וכתב:

"ועיין סמ"ע (סקכ"א) שמחלק דין מחילה שכתב הרמ"א לעיל (סעיף ד') דאינו יכול, וכאן כתב דמועיל סילוק, דכאן מיירי שנתחייב כבר אלא שלא קנה עדיין הנכסים ע"ש. ובט"ז (שם) כתב על דברי הסמ"ע ז"ל, ואשתומם על המראה דמשמע מדבריו דאם לא נשתעבד כלל מתחלה לא יועיל הסילוק ממה שקנה המתחייב, וכמה סוגיות מליאות נגד זה, דאמר רב כהנא נחלה הבאה לאדם ממקום אחר מתנה עליה שלא יירשנה כדאיתא ריש פרק הכותב (כתובות פג, א), והיינו מקודם נישואי אשתו, ועוד י"ל בדבריו ממ"ש

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

באה"ע (סימן צ"ב סעיף א') הכותב לאשתו בעודה ארוסה דין ודברים אין לי בנכסייך, וא"כ בעודה ארוסה לא חל השעבוד ואפ"ה קיים, וע"ש דמחלק בין מחילה לסילוק ע"ש.

ודברי הסמ"ע נראין, דהא התם ריש פרק הכותב נמי דוקא עודה ארוסה אבל קודם אירוסין לא וכמ"ש הר"ן (שם מא, א בדפי הרי"ף), משום דבעודה ארוסה יש לו קצת שייכות, וקודם אירוסין דלית ליה שייכות כלל אינו מועיל הסילוק ע"ש, וכאן קודם שנתחייב אין לו שייכות כלל והו"ל כמו קודם אירוסין וזה ברור. אלא דלשון הסמ"ע אינו מדוקדק שכתב דהאי דסעיף ח' מיירי שכבר נתחייב ומש"ה יכול לסלק שעבודו אף מנכסים שעדיין לא קנה וע"ש, ולשון אף משמע דבנכסים שקנה כבר פשיטא דמהני סילוק, ואדרבה מבואר דבנכסים שקנה כבר אינו מועיל סילוק דהו"ל כאילו בא לידו, וכדמוכח מהאי דפרק מי שהיה נשוי דף צ"ה דפריך וכי כתבה ליה הכי מאי הוי, ואינו מועיל סילוק אלא בנכסים שיקנה אח"כ וכמ"ש.

כך גם בנתיבות המשפט ביאורים (שם ס"ק ו) הסכים עם הסמ"ע וכתב, וז"ל:

"ובט"ז תמה על הסמ"ע וכתב דאפילו לא נשתעבד לו יכול לסלק, ומביא ראיה מכותב לה ועודה ארוסה וכו' [שם], ע"ש. ודבריו תמוהין מאד, דהא קודם אירוסין ודאי אינו יכול לסלק, כיון שאין לו שייכות כלל, [וא"כ היכא שלא נשתעבד עדיין] כקודם אירוסין דמי, וכ"ה במשנה למלך פכ"ג מהלכות אישות [ה"א] בהדיא ע"ש, וכן תמה בקצוה"ח [סקי"ג] ע"ש".

והנה, נראה לכאורה שלכו"ע מחילה אינה מועילה על דבר שלא בא לעולם, אלא שבסילוק אם מהני בכל גוונא כסברת הט"ז, או שבעינן שייכות גם כעת לסברת הסמ"ע, אולם במחילה משמע שלכו"ע לא מועילה. שהרי על דברי הרמ"א שמחילה לא מועילה בדבר שלא בא לעולם, לסמ"ע שם הטעם שאין מועילה מחילה הוא משום שעדיין לא השתעבד כלום ולכן לא מועילה מחילה, אבל בסילוק מדובר שיש לו כבר שיעבוד על נכסי חבירו, ומשום כך יכול לסלק אותו שיעבוד מנכס שעדיין לא קנה הלווה כיון שיש לו עליו שיעבוד ונחשב כשייכות כבר כעת. והסכימו עמו כאמור הקצה"ח והנתה"מ, שהרי גם בסילוק בעל מנכסי אשתו מדובר בעת האירוסין כשיש כבר שייכות ולא לפני אירוסין. הט"ז כאמור חולק על דברי הרמ"א וסובר שסילוק שהגדרתו לגרום שכאשר יבוא זמן חלות החיוב, שבאותו זמן לא יחיל את החיוב, מועיל מעצם מהותו ועניינו אף קודם לזמן החלות, משא"כ מחילה שעדיין לא התחייב לה כלום אינה יכולה להפקיע החוב שעוד לא קיים. מחילה מהותה הפסקת חוב ושיעבוד קיים כבר שלא יהיה קיים מכאן ואילך, ואין יכולה היא לחול מהיום לזמן שיהיה חוב ואז ימחל, שכן זהו דבר שלא בא לעולם.

נמצא כי לכו"ע במחילה לא מועיל על דבר שלא בא לעולם, וכל הפלוגתא ביניהם הוא לעניין סילוק.

כאמור לעיל כל מה שניתן לבדוק בתיק דנא הוא רק דין מחילה, כי האם בזמן התרת הנישואין תמחול על מזונות אשה שיעלו לדיון באותה עת ולא תממש את הכתובה. כאמור, דין מודעא שמהותה ביטול חלות עתידיים, וכן סילוק מחוב שלא יחול בעתיד או תנאי מגביל, אינם שייכים בנידון דנן. מה שנתר היא האפשרות של מחילה, והרי מחילה לא מועילה בדבר שלא בא לעולם. במקרה דנן הרי הזוג ערך וחתם הסכם קדם נישואין לפני הנישואין ולפני חלות דיני הכתובה ומזונות אשה, וודאי טרם התרת הנישואין שהיא זמן חלות הסעיף הרלוונטי.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מחילה בדבר שלא בא לעולם בשטר הדדי

ובפסקי דין רבניים (ח"א עמ' 298-299) כתב הגר"א גולשמידט זצ"ל בעניין זה נקודה נוספת, וז"ל:

"אלא שאם מדין מחילה נידון את הויתור שלפנינו מתעוררת בעיא אחרת, בעית מועד המחילה, ההסכם בין התובעת ובין בעלה המנוח נערך כאמור ימים אחדים לפני הנשואין, היינו לפני חלות חיוב המזונות שזמן חלותו הוא בשעת נשואין, והשאלה היא אם מחילה של חיוב מועילה טרם חלות החיוב.

בשו"ע חו"מ סימן ר"ט סעיף ד' פוסק הרמ"א: וכשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם, כך אינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם (תשובת ר"ן סימן כ"ג).

כלומר, כשם שאין קנין חל על דבר שלא בא לעולם, כך אין בכוחה של מחילה מוקדמת, שנעשתה בשעה שכל חיוב לא היה קיים עוד, לחול ולהפקיע את ההתחייבות שנעשתה אחרי המחילה. וכך מסביר הר"ן בתשובה האמורה: [...] הלכך בנדון שלפנינו, כיון שבתחילה לא נתחייב לו דבר שתחול מחילה עליו [...] ואחר כך נתחייב [...] אין המחילה הקודמת מפקיעתו כלל.

ואם כן בנדון דידן, מכיון שבשעת עריכת ההסכם לא פעלה המחילה, מאחר שלא היה לה אז על מה שתחול, כי באותה שעה, לפני הנישואין, לא היה קיים כל חיוב מזונות שתחול עליו מחילה, הרי אין בכוחה להפקיע את החיוב שבא אחר כך בשעת הנשואין, שאין המחילה חלה לפני שבא החיוב לעולם, כדי להפקיעו אחרי שהוא בא.

אולם, לכאורה יש מקום לדון על פי מה שפסק הרמ"א בחו"מ סימן ר"ט סעיף ח': יש אומרים, דאף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מכל מקום אם הוא גם כן רוצה לקנות מקני גם כן, ולכן שנים שהקנו זה מזה [...] דקנה (הגהות מרדכי דבבא בתרא) [...] ובהגהות מרדכי בבא בתרא אות תרס"ג מביא: תשובה לרבינו משולם ב"ר קלונימוס, על ג' אחים שהתנו יחד בקנין, על נכסי אחותם שנתן לה בעלה, שכל מי שיקבל מתנה מאחותם שיחלקו בשוה שלשתם, ולימים נתנה מתנה לאחד, והשיב: אף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בההיא הנאה דסמכי אהדדי - גמרי ומקנו להדדי [...] הלכך כל תנאה מהני בשיתוף בין במציאה בין בדורון, משום טעמא דמהימני אהדדי גמיר ומקני [...] וכל תנאי דמתני אהדדי מהני תנאה [...]

ועיין בחתם סופר חלק חו"מ סימן קפ"ו שכתב: [...] דלאו דוקא כששניהם מקנים זה לזה דברים שלא באו לעולם, אלא אפילו ומכל שכן היכי שאחד מקנה לו דבר שבא לעולם ואידך מקנהו דבר שלא בא לעולם, דאמרינן בההיא הנאה דמהימני אהדדי, או בההיא הנאה דקונה - מקנה [...] בששניהם קונים ומקנים בקנין אחד ושטר אחד [...]

וטעמו של דבר הוא, כי בדבר שלא בא לעולם אין גמירת דעת שלימה ומוחלטת לקנין, וחסר לכן יסודו של קנין שהוא הגמירת דעת ההחלטית בלב שלם לקנין. אבל אם ההקנאה היא הדדית או תמורת ההקנאה שחברו מקנה לו, גומר כל אחד להקנות בלב שלם והקנין חל.

ואם כן בנדון דידן שההתחייבויות הן הדדיות ובאותו שטר מתחייבים שניהם אחד לשני, האיש התחייב התחייבויות לאשה, והיא מחלה לו תמורת זה על חיוב המזונות, הרי באופן זה חל גם בדבר שלא בא לעולם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

אולם, הרמ"א שם כתב על זה דיש חולקין. ועיין חתם סופר שם שאינו מכריע להלכה על יסוד שיטה זו משום שפליגי גדולים וטובים ארבינו משולם, ועיין תשובות מהר"י בן לב ח"ב שאלה ל"ח שכתב שאין תקנה על פי שיטה זו הואיל והרמב"ם הרמב"ן וגם הראב"ד חולקים על זה. ועיין בני אהרן בחידושי חו"מ דף קכ"ג ודף קכ"ד. ועיין תשובות הרמ"א סימן ע"ט. ויש לדון בדבר אם אפשר להוציא ממוחזק נגד שיטת רבינו משולם.

תוקף ההסכם מדין סיטומתא

אולם נראה כי ההסכם חל מדין סיטומתא. ואף שעסקינן בדבר שלא בא לעולם, ההלכה היא למעשה שסיטומתא תקפה בדבר שלא בא לעולם, וכדלהלן.

בשו"ע חו"מ (סי' רא סעי' ב) נפסק:

"וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו, כגון על ידי שנותן הלוקח פרוטה למוכר, או על ידי שתוקע לו כפו, (או במקום שנוהגים הסוחרים שמוסרים לקונה המפתח) (הגהות מיימוני פ"ז דמכירה), וכן כל כיוצא בזה."

ובפתחי תשובה (שם ס"ק ב) כתב:

"וכן כל דבר, עיין בתשובת רע"ק איגר זצ"ל [קמא] סי' קל"ד שכתב, דהיש"ש פ"ח דב"ק סי' ס' הביא בשם המרדכי [והוא בהגהת מרדכי סוף פרק ר"א דמילה דשבת [סי' תע"ב - תע"ג] דאסטומתא לא מצינו דקנה רק בדבר שבא לעולם, דהוי כמו קנין גמור, אבל בדבר שלא בא לעולם לא מהני אסטומתא למחשביה יותר מקנין גמור, וכ"כ בתשובת הרדב"ז [ח"א סי' רע"ח], עכ"ל. וכ"כ בספר קצוה"ח [סק"א] ובספר נתיבות המשפט [משה"א סק"א] סימן זה, והזכיר שם תשובת רש"ל סי' ל"ו שכתב דבאורענדי מהני שטר אף שהוא דבר שלא בא לעולם כיון שהוא מנהג ודמי לאסטומתא, ע"ש, וכתב דאפשר כיון דשם הוא ג"כ מדינא דמלכותא, ע"ש.

אולם בתשובת חתם סופר חלק חו"מ סי' ס"ו [סוף] אות ב' כתב בפשיטות דסיטומתא מהני גם בדבר שלא בא לעולם, דכ"כ הרא"ש בתשובה כלל י"ג סי' כ"א, דאם מנהג העולם להקנות בשטרי חכירות דברים שלא באו לעולם מהני מטעם סיטומתא, וכתב דמ"ש [בהגהות] מרדכי פרק ר' אליעזר דמילה [שבת סי' תע"ג] בשם רבינו יחיאל [והובא ג"כ בב"י יו"ד סימן רס"ד במי שנדר לאחד לתת בנו למול מהני מטעם סיטומתא שכן נהגו, אבל אם עדיין לא נולד הילד לא מהני, דאין סיטומתא מועיל לדבר שלא בא לעולם, היינו מפני שלא נהגו לדור למוהל טרם שבא הילד לעולם, וזה ששינה מהמנהג לא מהני סיטומתא, אבל הרא"ש בתשובה מיירי שנהגו לחכור דברים שלא באו לעולם, משו"ה מהני. וכתב עוד, דה"ה וכל שכן דמועיל באסמכתא, דהא טעמא דלא קני משום דלא סמכא דעתיה, ומכיון שנהגו שפיר סמכא דעתיה וקני. אך כתב בנידון שהוזכר בשאלה שם, שיהודי קנה עצים משר אחד ע"פ קאנטראקט והשכין את הקאנטראקט ביד יהודי שני שיפרע להשר ה' מאות זהובים שנשאר חייב לו והתנה הראשון עם השני שאם לא ישלם לו ליום פלוני יהיה הקאנטראקט מוחלט לו, וזה הוא אסמכתא דלא קנה כמ"ש בשו"ע סימן ע"ג סעיף י"ז, וכתב הרב השואל דליקני מטעם סיטומתא. והוא ז"ל כתב דזה אינו, כי לא שמעתי מנהג זה מעולם, אדרבה בכל כיוצא בזה מדיינים עליו בדיני ישראל ובדיני אומות וא"כ לא קנה היהודי השני, ע"ש. וצ"ע, כי פשט דברי הגהת מרדכי שם לא נראה כדבריו, וכן הוא בתשובת רדב"ז ח"א סי' רע"ח, ע"ש."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובנתה"מ (ביאורים ס"ק א) כתב:

"ועיין בקצה"ח שהביא בשם המרדכי שלא מהני סיטומתא בדבר שלא בא לעולם. ועיין תשובת רש"ל [...] דבאורנדי מהני שטר אף שהוא דבר שלא בא לעולם, כיון שהוא מנהג ודמי לסיטומתא [...] ואפשר כיון דשם הוא ג"כ מדינא דמלכותא."

סקירה של השיטות בסיטומתא בדבר שלא בא לעולם

והנה, בקצירת האומר נסכם מעט מהמקורות בעניין זה. דהנה, ההגהות מרדכי סוף מסכת שבת (אות תעב-תעג) הביא בשם רבינו יחיאל דסיטומתא קונה דוקא בדבר שבא לעולם שכיון שבדבר שלא בא לעולם אין מועיל בו קנין הרי כי דם סיטומתא שנחשב לקנין לא יועיל בתנאים שלא מועיל בהם קנין. גם ביש"ש ב("ק פ"ח סוף סימן ס) הביא דבריו. גם בשו"ת הרדב"ז (ח"א סי' רעח) מביא דברי רבינו יחיאל שבדבר שאין מועיל הקנין לא מצינו שיועיל המנהג. גם בשו"ת רעק"א (סי' קלד) הביא דבריהם ללא חולק וכי סיטומתא לא עדיפה משאר קניינים. כך גם בספר דבר אברהם (ח"א סי' א אות טז) ובשו"ת צמח צדק (ח"ו"מ סוף סימן כט).

מנגד, בשו"ת הרא"ש (כלל יג סי' כ) לענין חכירות כתב שאם נהגו בסיטומתא גם בדבר שלא בא, לעולם קונה מדין סיטומתא. בשו"ת מבי"ט (ח"ב סי' קנג) מביא דברי הרא"ש. כך מבואר בשו"ת מהרש"ל (סי' לו). בנתה"מ הנ"ל הביא דברי המהרש"ל אלא שכתב ששם חל מדין דינא דמלכותא דינא ואין ללמוד מזה לשאר סיטומתא. בשו"ת בית שלמה (ח"ו"מ סי' סח) כתב שהדעת נוטה כדעת הרא"ש. כך הוכיח בשואל ומשיב (מהדו"ק ח"ב סי' לט) מדברי התוס' (ב"מ סו ע"א ד"ה ומניומי). וכן כתב גם במהדורה תליתאה (ח"א סי' קו). גם בשו"ת מהרש"ם (ח"ב סי' ריח) כתב דקיי"ל שסיטומתא קונה בדבר שלא בא לעולם. בשו"ת בית יצחק (ח"ו"מ סי' ס אות א) כתב שכיון שרוב הפוסקים סוברים שסיטומתא מועילה בדבר שלא בא לעולם הלכה כמותם.

ובביאור הדבר כתב בספר אולם המשפט (סי' רא) שסיטומתא הוא קנין מדרבנן ותקנו חז"ל קנין זה גם בדבר שלא בא לעולם. ותמה על החת"ס שסובר שקנין זה מועיל מהתורה ובכ"ז פסק שמועיל בדבר שלא בא לעולם. ובשו"ת מהר"ש ענגיל (ח"ח סי' קה) כתב שאף לסוברים שהוא מהתורה, מ"מ מה שמועיל בדבר שלא בא לעולם הוא מדרבנן. ובשו"ת דברי חיים (ח"ב סי' כו) כתב על הסוברים שלא מהני: "לא זכיתי להבין דבריהם" דמאי שנא בדבר שאינו קנין כלל לא מהתורה ולא מדרבנן אמרינן דמנהג התגרים מבטל הדין וכמו שאמרו בגמרא בכמה מקומות "מנהג מבטל הלכה" ולמה שבדין זה לא נאמר כן. בשו"ת שואל ומשיב (ח"ב סי' לט) מבאר בדרך נוספת למה מהני, שכן הטעם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא משום שאין אדם גומר בדעתו להקנות דבר שעוד לא בא לעולם ואין לו סמיכות דעת בקנין, אולם אם המנהג לקנות בסיטומתא גם בדבר שלא בא לעולם, אזי סמכא דעתו. גם בקוב"ש (בבא בתרא אות רעו) באר בדרך זו. לדבריו מחלוקת הפוסקים אם מועיל הדבר תלויה בחקירה הבאה: דאם הסיבה שאדם אינו מקנה דבר שלא בא לעולם היא משום שהוא לא גומר בדעתו, אזי בכה"ג שנהגו מועיל הקנין, כאמור. אולם, אם הטעם הוא משום שאין לאדם כח הקנאה בחפץ זה שעדיין לא בא לעולם, אזי גם סיטומתא לא יועיל, והדבר מנוסח בדברי רבינו יחיאל הנזכר שכתב שבדבר שאין מועיל בו קנין לא מצינו שיועיל המנהג.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

דעת החת"ס ודעימיה שאין מחלוקת ולכ"ע כאשר המנהג כן, שסיטומתא מועילה בדשלב"ל עוד יצויין שבשו"ת חת"ס (סי' סו) כתב שרבינו יחיאל אינו חולק על דברי הרא"ש (שכתב שמועיל סיטומתא בדבר שלא בא לעולם), אלא שהמרדכי מדבר במקום שאין המנהג להקנות בסיטומתא בדבר שלא בא לעולם, אבל אם המנהג להקנות בסיטומתא דבר שלא בא לעולם, קונה לכל הדעות.

כך גם סבר השואל ומשיב (מהדו"ק ח"ב סי' לט) והדברי חיים (ח"ב חו"מ סי' כו).

כך גם כתב בשו"ת בית שלמה (יו"ד ח"ב סי' קצה) שהסוברים שסיטומתא מועילה בדבר שלא בא לעולם הוא רק כאשר המנהג ידוע להדיא לקנות בכה"ג, ובכה"ג גם המרדכי מודה. וזה שלא כדעת הקצוה"ח והנתה"מ בהבנת דברי המרדכי. כאמור, יש שסברו שמעיקר הדין לא מועיל בקנין ואין חילוק בין סוגי הקניינים אם מדין תורה או מהמנהג, בכולם לא מהני דבר שלא בא לעולם.

יש להוסיף שמקנין סיטומתא ניתן גם לחזור כאשר יקבל בקנין גמור. כגון במקרה דנן שבקניין סיטומתא נמחלה הכתובה בעת התרת נישואין. מנגד עצם כתיבת הכתובה אולי הינה חזרה מההסכם. אולם כאמור לעיל הסעיפים בהסכם מגלים בברירות שהסיטומתא באה במקביל וכיחידה אחת עם הכתובה וכחלק בלתי נפרד ובוודאי שהכתובה אינה חזרה מההסכם. עיין לעיל מה שהוספנו בזה לעניין ההתייחסות לכתובה בכה"ג שיש גילוי דעת עליה וכמו בכתובה מוגזמת המגלה על תוקפה של הכתובה.

מסקנה

במקרה דנן שהצדדים ערכו הסכם ממון, וודאי הוא נכלל בכלל סיטומתא. והמנהג להורות כדעת החת"ס סופר שמועיל קנין סיטומתא גם בדבר שלא בא לעולם. ללא הכרעה זו לא מצאנו ידינו ורגלינו בחוזים והסכמים בני ימינו. עוד יש לציין שהסכם ממון הוא כבר בכלל מנהג המבטל הלכה, וזו סברא נוספת על דין סיטומתא. ועוד שיתכן שהוא בבחינת דינא דמלכותא דינא ומהני, כמ"ש בנתה"מ.

הרב שניאור פרדס – אב"ד

נפסק

הסכם הממון תקף על כל סעיפיו כולל סעיפי הרכוש המזוונות ותוספת הכתובה.

א. לגבי הרכוש, הסכם הממון תחולתו רחבה והוא מתפרש על כל הכספים שיש ברשות מי מהצדדים, בין בזמן הנישואין בין כספים שנוספו לאחר מכן.

ב. לגבי תוספת כתובה, הסכם הממון שכתבו הצדדים טרם הנישואין תקף, ונמצא שהבעל פטור לגמרי מתוספת כתובה. כך גם לגבי מזוונות אשה בעת התרת הנישואין.

ג. לגבי עיקר כתובה, אין ספק שלא מועיל שום הסכם בעולם להיפטר מכתובה, ונמצא שעקרונות יש מקום לתביעת עיקר כתובה ע"י האישה.

פס"ד זה מותר לפרסם בהשמטת פרטי הזיהוי של הצדדים.

ניתן ביום ח' בסיון התשע"ט (11.06.2019).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הרב בצלאל ווגל

הרב פנחס מונדשיין

הרב שניאור פרדס – אב"ד

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה