

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

תיק 1237405/8

### בבית הדין הרבני האזורי באר שבע

לפני כבוד הדיינים:

הרב אליהו אריאל אדרי – אב"ד, הרב אביזן משה שפנייר, הרב אברהם הרוש

התובע: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד נסים יהושע אבוקסיס)  
נגד

הנתבעת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד וורקו עזרא)

הנדון: 'הפה שאסר' בהתקיים תביעה ומחוך לביה"ד, בענין הלוואה לצורך רכישת נכס

### פסק דין

#### רקע

הופיע לפנינו זוג בתאריך י"ב בחשוון תשפ"ב (18.10.2021) בבקשה להתגרש. כמו כן ביקשו שנדון בנושא הרכושי. על הפרק עמדו שתי סוגיות רכושיות: האחת חלוקת דירה בבאר שבע, שלגביה הוחלט לעשות תמחור בין שני בני הזוג, וזה נעשה מיד בתום הליך סידור הגט.

עוד על הפרק עמד מגרש באתיופיה שרכש הבעל בתאריך כ"ג בניסן תשפ"א (05.04.2021) בזמן חייהם המשותפים.

טענת האישה לשעבר שהיא רוצה מחצית ממגרש זה, וזכות זו מוקנית לה על פי חוק יחסי ממוץ.

מאידך טענת הבעל שאכן רכש מגרש זה, אולם מתאר הבעל לשעבר שהוא היה באתיופיה בביקור משפחתי ושם ראה מגרש במחיר מציאה והתייעץ עם אשתו על הרכישה והיא עודדה אותו לבצע את המכר. כשטען שאין לו כסף לבצע את הרכישה, היא אמרה לו לבצע הלוואה וכך עשה. הציג הבעל לביה"ד שטר הלוואה בו חתומים המלווה והלווה וכן נוסף חתימת ערב להלוואה, ושלושה נאמנים שככל הנראה צורפו כעדים. לפי מסמכי הלוואה שהוא לקח לרכישת הנכס מדובר בסכום של 2,300,000 בכסף אתיופי (ביר). בכסף ישראלי 143,000 ש"ח.

#### טענות הצדדים

טענת הבעל שהוא מוכן לעשות אחד משני אופנים: האחד, לחלוק עם האישה במגרש וכמו כן בהלוואה שסכומה הוא כפי סכום הרכישה. אופן שני, הבעל יחזיר את מלוא הלוואה אלא שאת המגרש הוא ישאיר אצלו.

תגובת האישה לשעבר על טענת הבעל הינה שבעלה לא נועץ עימה, וכמו כן הלוואה זו היא מפוברקת מבני משפחתו ואינה נכונה, אשר על כן היא רוצה לקבל חצי מהמגרש ללא תשלום ההלוואה.

ביה"ד שאל את האישה, לטענתה שבעלה לא שאל אותה האם לבצע את הרכישה, מניין ידעה על הרכישה? ענתה האישה שהיא שמעה על הרכישה מהבעל.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

נעיר ששני בני הזוג הביעו רצונם שנדון כפי החוק, ואף טענותיהם היו בהתאם לתפיסה שאכן מגיע לאישה מחצית על פי החוק, ועדיין הבעל טוען לפטור מכח הלואה שיש לו על המגרש על מלוא סכום המגרש.

כמו כן, נראה היה מטענות האישה שכל רצונה לקבל את שוויו של מחצית מהמגרש באתיופיה. אולם אם אכן יש הלואה, היא אינה מעוניינת לשאת במחצית ההלוואה ובתמורה לקבל מחצית מהמגרש. יצויין כי המגרש באתיופיה רשום על שמו של הבעל לשעבר בלבד.

### דיון והכרעה

על פניו הדין נראה פשוט, שכן חוק יחסי ממון לא מגדיר את האישה כשותפה, ובפירוש יוצא כנגד הגדרה זו [ואף לפי הלכה היא אינה כן, נעיר שמדובר באישה שאינה עובדת]. כמו כן, החוק לא יוצר מוחזקות. הרי שבאופן פשוט האיש הוא מוחזק במגרש זה והאישה שטוענת שיש עליו החובה להביא לה מחציתו, ומתנגדת לטענה שיש לו הלואה וכן כופרת בשטר הלואה שצירף – יש לומר דהדין לכלל שהמוציא מחבירו עליו הראיה, ועל האישה נטל הראיה להוכיח שאכן ההלוואה מפוברקת, וכפי דבריה. ובעיקר שיש לאישה הכלים לברר, שכן אם הבעל קנה את המגרש ולטענת האישה הוא קנה זאת מכספו, יש דרך לאישה לברר שלא נלקחו הכספים מחשבוננו.

אלא שיש להעיר על זה שתי הערות. הראשונה, שטר ההלוואה אינו מקויים ולא נעשה שום דברי כדי לקיימו בביה"ד, יעויין שו"ע חו"מ (בסימן פב סעיף א), וטענת האישה היא ששטר ההלוואה מזויף. כמו כן יש בתיק התביעה (5/ שפתחה האשה) שטר בעלות של הבעל על מגרש באתיופיה, הרי שישנה כאן מציאות ודאית שיש מגרש, ומציאות מסופקת על ההלוואה, וא"כ יתכן וכעת נטל הראיה הוא על הבעל כדי להיפטר מלחלוק עימה במגרש, ובפרט שמקובל להציג כל מיני שטרות הלואה למינהם שלעיתים נראה שנוצרו בדיוק לשם כך.

עדיין לענ"ד יש להכריע כפי טענת הבעל. מעיון בטענות האישה רואים שכל המידע שיש לאישה נשען על דברי הבעל. במצב זה, הרי שצריך להסתכל על מיכלול הדברים שאמר הבעל שיש גם הלואה על כל סכום הרכישה, והפה שאסר הוא הפה שהתיר, וכשם שנאמין לדברי הבעל על המגרש נאמין לו אף על ההלוואה, ולפי"ז הדין הוא כפי טענת הבעל.

אלא שיש לדון במסגרת סברא זו במספר דברים. האחד הוא האם תביעת האישה בביה"ד את המגרש פוגעת בסברת הפה שאסר, כיון שהיא תובעת ולא הוא הגיע מיוזמתו ואמר את הדברים?

נקודה נוספת שיש להעלות בהקשר לזה הוא השאלה האם מועיל מיגו מחוץ לביה"ד, כיון שלבית הדין הגיע הבעל מבלי הטענה השלמה, שכן הוא אמר אותה מחוץ לבית הדין וכעת נשאר לבעל התגובה לתביעת האישה. יתכן והבעל הפסיד את המיגו, וכל מה שיש כעת לדון הוא על תביעת האישה ותגובת הבעל, ולהלן ניבחן שיתכן שהדין ודברים שהיה מחוץ לביה"ד פוגע אף יותר.

נמצא לפי זה, שיש בהשתלשלות הדברים כפי שהיא מתוארת מעלה שני פגמים: הראשון, הבעל הפסיד את דברי רש"י [שנביאו להלן] הטוען שכשיש תביעה הנתבע איבד את הפה שאסר, וכעת נטל הראיה רובץ עליו. פגם נוסף עמוק יותר ולפיו ייתכן כי מה שאמר הבעל מחוץ לבית הדין, יש לדברים אלו תוקף של הודאת בע"ד, אך בדבריו אלה יהיה נאמן לחובתו ולא נאמן לזכותו. מציאות זו מריעה את המצב של הבעל, היות וכעת נמצא שהוא מודה שיש קרקע וכאשר באים לביה"ד ישנה הודאת בע"ד על המגרש באתיופיה ואף מבלי הצגת שטר הבעלות על המגרש באתיופיה, וחובת הראיה על ההלוואה ושטר ההלוואה כעת עוברת לבעל.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

נקודה נוספת, ואף עליה נרחיב קימעה להלן, הינה העובדה שהאישה היא זו שהציגה בפני ביה"ד את שטר הבעלות על המגרש באתיפיה שהראה לה הבעל, ובאופן כזה יש לדון האם במציאות זו הפה שאסר כעת כבר לא מועיל, דדמי לבאו עדים לאחר מכן וכפי שנביא להלן.

### א. פגיעה בהפה שאסר ע"י תביעה, הצגת השיטות

יסוד העניין נעוץ בדברי המשנה בכתובות (דף טו ע"ב), שם מסיימת המשנה:

"ומודה רבי יהושע, באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה הימנו - שהוא נאמן, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר; ואם יש עדים שהיא של אביו, והוא אומר לקחתיה הימנו - אינו נאמן."

מבאר רש"י (דף טז ע"א):

"שהפה שאסר - זה אינו יודע שהיתה של אביו אלא על פיו של זה ומה שאסר הרי התיר."

וכן הוא בגמ' להלן (דף טז ע"א) שואלת הגמ' על ר' יהושע:

"מכדי האי מגו והאי מגו, מאי שנא האי מגו מהאי מגו? הכא אין שור שחוט לפניך, התם הרי שור שחוט לפניך."

מבאר רש"י את המעליותא של המיגו אצלנו ובמה הוא יותר טוב מסתם מיגו, וז"ל רש"י:

"הכא - גבי שדה אין שור שחוט לפניך, שיעלה על לב בעליו לתבוע מי שחטו, כלומר אם שתק זה לא היו לו עוררים, הלכך אי לאו דדבר פשוט הוא שלקחה הימנו לא היה אומר לו של אביך היתה, הלכך אמרינן מגו, אבל גבי לא מצא לה בתולים - שור שחוט לפניך, בתולים שלא מצא לה הם הסיתוהו לבא לבית הדין, ואף על פי שיש לה להשיב טענה טובה מזו - לא אמרינן מגו, דדלמא לא אסקה אדעתה, אי נמי, איערומי קא מערמא."

מבואר מדברי רש"י הללו, שהטעם שנחשב מיגו זה להפה שאסר ובוזה הוא עדיף על שאר מיגו, הוא העובדה שהתובע אינו יודע שהייתה של אביו אלא על פי זה, ולכן לא תבעו. אולם אם קדמה לדבריו של הנתבע תביעת התובע, אף על פי שיש לו מיגו שיכול לומר לא היו דברים מעולם [להד"ם], מכל מקום אינו נאמן לרבי יהושע.

כך למדו תוס' על המשנה (ד"ה ומודה) ושאר הראשונים (הרמב"ן, הריטב"א, הרא"ה, הרשב"א, ועוד) בדעת רש"י. אולם, כנגד שיטה זו מקשים תוס' על רש"י מהמשנה שסיימה שאם יש עדים לתובע ששדה זו של אביו הייתה, הרי שכעת על הנתבע זה שיושב בקרקע רובצת החובה להוכיח ששדה זו נקנתה מאביו של התובע. ואם כדברי רש"י, למה למשנה להרחיק לכת? היה עליה להביא מקרה פשוט יותר שהתובע תבע, וזה עצמו סיבה להצריך את הנתבע להוכיח שהוא קנה את הקרקע מאביו של הלה. עוד הקשו תוס' מלשון הגמ' בהמשך, שמשמע שאף כשהלה תובעו נאמן הנתבע במיגו ואף כשיש מרא קמא, אין זה נחשב למיגו להוציא, אלא הנאמנות היא כשל הפה שאסר.

מכח זה הסיקו תוס' ושאר הראשונים שנביאם להלן, שהמשנה עוסקת אף כשהלה תובעו בברי גמור, מכל מקום נאמן הנתבע מאחר ויכול היה לומר להד"ם.

הרי לנו שאם ננקוט כדברי רש"י, במקרה דנן יצטרך הבעל להביא ראיה, שכן האישה היא זו שתבעה את הבעל על המגרש, והבעל שטוען שהמגרש כולו נרכש מכספי ההלוואה יצטרך להביא ראיה.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אולם, לפי זה יש לשאול: מה שונה מיגו זה ממיגו של "משארסחני נאנסתי", שיכולה לומר "מוכת עץ אני"? מבארים תוס' עצמם להלן מביאור הגמ' שהבאנו ששור שחוט לפניך, והכונה שמשנמצאה האישה שאין לה בתולים, אין לה מיגו שיכולה הייתה לומר בתולה אני, ומציאות זו מחייבת אותה להודות שאינה בתולה, מה שאין כן בשדה זו של אביך הייתה, יכול היה לומר מעולם לא הייתה של אביך ואין אתה מוחזק כמרא קמא.

עוד יעויין ברמב"ן שהקשה על שיטת רש"י בסברא, וז"ל:

"וטובא איכא למתמה עלי' ז"ל א"כ לא שבקת חיי לכל בריה דאי אתי חד ואמר מאי בעית בהאי ארעא דשל אבותי הות ואיהו אמר ליה אין אלא שלקחתיה מהם לדברי רש"י ז"ל מצרכת ליה להביא עדי חזקה ואי לית ליה לא מהימן, והא ודאי פשיטא מילתא דלא צריך חזקה אלא היכא דאית ליה סהדי להאיך דשל אבותיו הות אבל היכא דלית ליה לא דהא אי בעי אמר לא היו דברים מעולם וכדקתני סיפא אם יש עדים שהיא של אביו הא ליכא עדים מהימן, וכן בדין מטלטלין טלית זו שלי אתה מכרתו לי נאמן ואין זה צריך לפנים שאפילו תינוקות של בית רבן אומרים כן, וכולהו מגו דאמרין בכוליה תלמודא הכי איתנהו בשאחר טוענו ואפ"ה מהימן, ודוק ותשכח, וכ"ת משום דלא קיי"ל כרבי יהושע הא ודאי קיי"ל כותיה ור"ג לא קא פליג אמגו דידיה, ואת"ל פליג כר' יהושע קי"ל בהא, ומפני כך אני תמה על דברי רש"י ז"ל ואיני מבינם."

### העמדת דברי רש"י כדברי שאר הראשונים

קושיות אלו שהבאנו הביאו את הריטב"א (דף טו ע"א ד"ה ומודה) לומר שאף רש"י סובר כן, וכך מבאר הריטב"א בדברי רש"י:

"ודין הוא לומר שאף רש"י ז"ל לא נתכוין אלא לומר דכיון שאין עדים לתובע אילו שתק זה אין כאן עוררין שיחוש להם [נ"א: ב"ד] כלל, דכל שאין לו עדים אינו חשוב עורר כלל ואינו חשוב שהוא יודע שהיתה של אביו כיון שאין לו עדים."

ביאור דבריו, שרש"י מבאר שכל ואין לתובע עדים אין זה נחשב כתביעה אלא הוי תביעה ריקנית שאין מאחוריה כלום, ולא ע"ז נתכוין רש"י בהזכירו "אינו תובעו", שכן אין זה נחשב תביעה.

ביאור דומה לזה כתב הרמב"ן בדעת רש"י כדי שלא יהיו דברי רש"י תמוהים, וכך מבאר הרמב"ן:

"אלא שיש לדחוק ולפרש פירוש לפירושו לאו למימרא שאם הלה טוענו, שאינו נאמן, דודאי כל היכא דאמרין מגו הכי הוא, אלא הכי קאמרין במשנתנו אין שור שחוט כלומר ליכא ריעותא גביה שיעלה על לב התובע לתבוע, הילכך אפילו תבע - לית לן בה, אבל גבי אשה שלא מצא לה בתולים איכא ריעותא גבה שהרי אין לה בתולים ולפיכך תובעה וכיון דאיכא ריעותא גבה לא מהימנין לה במגו."

אולם אף הרמב"ן ראה בביאורו ברש"י דוחק.

יעויין בבית יעקב לבעל הנתיבות (דף טז ד"ה ברש"י), שהוסיף להקשות על רש"י ממה שמצינו שנחלקו רב אסי וזעירי בדעת רבי יהושע אי איירי בידוע שנבעלה או אף בנסתרה. הרי לן

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

שבנסתרה מודה ר' יהושע שנאמנת במיגו שלא נבעלתי, אף שאין זה הפה שאסר, ולהלן נביא את ביאורו של הבית יעקב.

ואכן מצאתי בפני יהושע שכתב דבהאי סברא גופא חולקים זעירי ורב אסי לעיל, דלזעירי אפילו במיגו מעליא נמי פליג ר' יהושע, ודוקא כשאין הלה תובעו אית ליה הפה שאסר, וכדעת רש"י, ולרב אסי יש לו הפה שאסר אף אם אין הלה תובעו וכדעת תוס'. רש"י בחר לפרש את המשנה באין הלה תובעו, אף שידע שמפשט המשנה משמע כתוס', משום דקי"ל כזעירי, דרב אסי איתותב לעיל. בזה בא ליישב מדוע תוס' לא הקשו מדעת רב אסי ורק הקשו מדיוק המשנה, יעויין בבית אהרן וואלקין שגם כתב כן, אולם מסיק הפוך מאחר וקי"ל כרב אסי, וכפי שמבואר ברמב"ם (פרק טו מהל' איסורי ביאה), הרי שמהני מיגו של הפה שאסר אף אם תבעו. דברי הבית יעקב מבוססים על תוס' בכתובות (דף יג ע"א), ולהלן נביא דבריהם.

### ביאור השיטמ"ק בדעת רש"י וישוב הקושיות עליו

בשיטמ"ק לא הסכים עם דברי הריטב"א והרמב"ן בביאור דברי רש"י, וטוען שאכן הפשט ברש"י הוא כפי שהבינו בתוס', ולדעת רבי יהושע במקום שיש תביעה איבד הנתבע את הפה שאסר, וכבר לא נאמן מטעם מיגו, ומה שלא טען להד"ם הוא מפני שלא העלה על דעתו או שאיערומי קמערים וכפי שרש"י ביאר.

ביחס לקושיות שהעלו הראשונים על רש"י מלשון המשנה כותב ליישב בשיטמ"ק, וז"ל:

"והא דקתני סיפא ואם יש עדים כו' מצאתי בקונטרסין דאיכא למימר דרבותא נקט אם יש עדים אף על פי שהוא טוען שמא שהרי אינו תובעו דהוי שמא אפילו הכי אינו נאמן אבל אם היה אומר אם תובעו אינו נאמן אין בו רבותא שהרי הוא טוען ברי.

ולי אכתי קשיא דעדיפא טפי לאשמועינן דלית ליה מיגו היכא דהלה תובעו מלאשמועינן דאף ע"ג דאיהו שמא אינו נאמן.

ואפשר דלית ליה מגו ומהמשניות דלעיל שמעינן לה והכא אתא לאשמועינן דאף על גב דהימנינן ליה כבר משום שהפה שאסר הוא הפה שהתיר אם שוב יבואו העדים שהיא של אביו לא מהימנינן ליה מאי דטעין מעיקרא לקחתיה ממנו ואינו נאמן ומוציאין השדה מידו עד שיביא ראיה לדבריו ואף על גב דתנן לקמן אמרה נשביתי וטהורה אני נאמנת שהפה שאסר וכו' ואם יש עדים שנשבית והיא אומרת טהורה אני אינה נאמנת ואם משנשאת באו עדים הרי זו לא תצא ואמרינן בגמרא לא נשאת ממש אלא כיון שהתירוה להנשא וכו' שבויה שאני דבשבויה הקלו כנ"ל. ומיהו לשון והוא אומר לקחתיה ממנו לא דייק שפיר."

השיטמ"ק מתרץ דברי רש"י בשתי דרכים: הדרך הראשונה, שחידושה של המשנה הוא שאף בטענת שמא ע"י עדים מועיל כדי לבטל את הפה שאסר ולהצריך את המוחזק להביא עדים, שכן הוא אינו תובעו, לרש"י, ומכל מקום אין לנתבע הפה שאסר. דוחה זאת השיטמ"ק וסובר שהחידוש ברש"י להצריך את השני להביא ראיה בעקבות טענה גרידא ולמעשה לבטל בזה את הפה שאסר מכח תביעת התובע הינו חידוש גדול יותר מאשר טענת שמא ע"י עדים.

על כן בחר ליישב ישוב נוסף, שחידושה של המשנה הוא שאף שכבר היה נאמן הנתבע מכח הפה שאסר וכפי ביאורו של רש"י מבלי טענת התובע, מכל מקום אם באו עדים לאחר מכן והעידו שאביו היה בעל השדה, טענת הפה שאסר נופלת ושוב אינו נאמן לומר לקחתיה ממנו, וצריך להביא שטר מכר או עדים שקנה מאביו של הלה. על טענה זו אי"ה נרחיב קימעה להלן.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

### להלכה אף רש"י יודה לתוס' וסיעתם

מעיון בדברי רש"י נראה שלהלכה אף הוא יודה לתוס', שכן כל דברי רש"י נסובים על דברי רבי יהושע, ואילו אנן קי"ל להלכה כדברי ר"ג, ולדעת ר"ג יועיל הפה שאסר על אף תביעת התובע, שהרי ר"ג סובר שהאישה נאמנת במיגו במקרה של מארסתני נאנסתי אע"פ שהבעל תובעה שלא מצא לה בתולים. ועל כרחק שהמשנה שהעמידה רש"י באין הלה תובעו היא אף אליבא דרבי יהושע, והחידוש במשנה לרש"י הוא שאף שר' יהושע חולק על המיגו במשארסתני נאנסתי, מכל מקום מודה הוא אם אין תביעה, ומודה לו ששדה זו של אביו הייתה אלא שקנאה ממנו, שאז נאמן אף לרבי יהושע, דבמיגו סתם חולק ר' יהושע ואילו בהפה שאסר מודה לר"ג.

ולפי"ז מיושבת היטב הקושיא מהמשנה. במשנה נכתב שאם באו עדים שהיא של אביו וכו' אינו נאמן, וכך הוא אליבא דכו"ע, והילכתא פסיקתא נקט שכך הוא אף אליבא דר"ג. ועל כן כאשר כתב רש"י במה מודה ר' יהושע לר"ג נקט כך הוא רק אם נאמר שלא קדמה תביעה למיגו, שאם קדמה לה תביעה כבר לא מודה הוא לר"ג. לאחר מכן כותבת המשנה שאם באו עדים וכו', וחידוש זה אף הוא אליבא דכו"ע, ועל כן הלך רבי בעריכתו את המשנה לחידוש שהוא מוסכם לפי כולם, אם באו עדים לאחר הפה שאסר וכפי סיומה של המשנה. בזה מיושב מדוע רבי לא כתב זאת להדיא כי רצה לסתום אליבא דכו"ע, ואם היה כותב כן כחידוש של המשנה כך הוא רק אליבא דר' יהושע, שכן לר"ג לא צריך זאת כדי להיות נאמן מכח מיגו זה. ומה שתוס' לא כתבו כן ליישב את רש"י, מפני שתוס' סוברים שסיומת המשנה: "ואם יש עדים" הם חלק מדברי ר' יהושע שמודה לר"ג, ואם כך לא מובן מדוע לא כתב ר' יהושע חידוש גדול יותר שרק אם קדמה תביעה אז לר' יהושע אין את הפה שאסר. ולרש"י צריך לומר לפי הנ"ל שסיומת זו עומדת בפני עצמה, ואין היא קשורה לר"י אלא לכו"ע.

פירוש זה ראיתי מפורש להדיא בבית הלוי (ח"ג סימן כ), וכן הוא בבית מאיר (על אתר), ובמים חיים [לפרי חדש] (ריש פרק ב' דכתובות).

ואם כנים הדברים, הרי לנו שלהלכה דקי"ל כר"ג אין השלכה ישירה לדברי רש"י, שכן כל מה שכתב רש"י כך הוא אליבא דר' יהושע. אולם, אנו פוסקים הלכה כר"ג בדין משארסתני נאנסתי, ומכאן שאף לאחר התביעה של התובע אם יכול היה בע"ד לשתוק הוי מיגו דאי בעי שתק ונאמן מכח זה.

### קושיה על מהלך זה מהרמב"ן וישובה

אולם יש להקשות על ביאור זה, שכן לכאורה ברמב"ן על אתר משמע שבנקודה זו לא חולק ר"ג על ר' יהושע, ואם חולק הרי שהלכה כר' יהושע. כך הוא לשונו של הרמב"ן:

"וכולהו מגו דאמרינן בכוליה תלמודא הכי איתנהו בשאחר טוענו ואפ"ה מהימן, ודוק ותשכח, וכ"ת משום דלא קי"ל כרבי יהושע הא ודאי קי"ל כותיה ור"ג לא קא פליג אמגו דידיה, ואת"ל פליג כר' יהושע קי"ל בהא, ומפני כך אני תמה על דברי רש"י ז"ל ואיני מבינם."

לענ"ד לא ניתן לומר כן אף בדעת הרמב"ן, שכן יש לתמוה על דברי הרמב"ן גופיה, הרי קי"ל מיגו כזה בכל הש"ס, ומנליה להסיק שבזה קי"ל כר' יהושע? ועל כרחק דברי הרמב"ן הינם לשיטתו לעיל מינה, ואף דברי הרמב"ן הללו לענ"ד יש להבינם כפי שביאר לעיל. נקדים דברי תוס' לעיל, שעל פי דבריהם יובנו דברי הרמב"ן בטוב טעם. תוס' לעיל (דף יג ע"א) חידשו שלרב אסי יוצא שאף רבי יהושע מודה שיש תורת נאמנות למיגו, ולפי זה הקשו א"כ מדוע האישה לא נאמנת לומר משארסתני נאנסתי במיגו דמוכת עץ, וכך תירצו:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

"רב אסי אמר נבעלה - אבל נסתרה מודה ר' יהושע דנאמנת לומר לכשר נבעלתי במגו דאי בעיא אמרה לא נבעלתי וא"ת והא רבי יהושע לית ליה מגו גבי משארסתני נאנסתי ויש לומר דהתם לא הוי מגו גמור דהא אפילו אמרה מוכת עץ אני אינה נאמנת לרבי יהושע כדתנן במתני' ולא קרי ליה מגו אלא לפי שהיא טענה מעולה ביותר."

חידשו תוס' שישנו מיגו מחודש לומר שישנה טענה טובה יותר שיכול היה לטעון, ואף שגם בה לא זוכה מכל מקום היא טענה יותר טובה, ומכח זה לא מקבל רבי יהושע מיגו הזה שכן אין בטענה שהוא יכול לטעון יסוד נאמנות שבגיגו ניתן לזכותו במיגו, וכך מבארים תוס' להלן את יסוד של שור שחוט לפניך.

אופן זה של מיגו כתב הרשב"א בקידושין (דף נ ע"א), שם הגמ' מנסה להפריך את הסברא שהולכים אחר מחשבת לבו מבריייתא, וז"ל הגמרא:

"האומר לשלוחו הבא לי מן החלון או מן הדלוסקמא והביא לו, אף על פי שאמר בעל הבית לא היה לי בלבי אלא על זה, כיון שהביא לו מזה - בעל הבית מעל; ואמאי? הא קאמר בלבי! אלא לאו משום דאמרינן דברים שבלב אינן דברים. ודלמא שאני התם, דלמיפטר נפשיה מקרבן קאתי! הוה ליה למימר מזיד הוה. לא עביד איניש דמשוי נפשיה רשיעא! הוה ליה לומר נזכרתי."

הגמ' דוחה הוכחה זו, שכן יכול ואמר שבלבו היה אחרת ממה שעשה השליח כדי לפטור עצמו מקורבן, וע"ז משיבה הגמ' שאם היה רוצה לעשות כן היה טוען מזיד הייתי ונזכרתי וכו' שע"י טענות אלו היה נפטר מקרבן. תוס' על אתר וכן הרשב"א על אתר תמהים מדוע שנאמין לו שמזיד היה, והרי אף באופן זה כוונתו לפטור את עצמו מקרבן? תוס' כותבים שמכל מקום מזיד הייתי הוי טענה מקובלת יותר והמשמעות הפשוטה בתוס' שאף אם היה אומר מזיד הייתי לא היה נפטר מקרבן, מכל מקום כיון שלא טען טענה זו שהיא מקובלת יותר הוא נאמן בטענתו.

ביאור זה הרחיב יותר הרשב"א והביא ראיה מסוגיין, וז"ל הרשב"א (קידושין דף נ ע"א):

"הא דאמרי' הול"ל מזיד הייתי הול"ל נזכרתי, הקשו בתוס' ולמה יש לנו להאמינו יותר בטענות אלו, ותירצו לא שיהא נאמן בכך אלא לומר שאם בא לפטור עצמו מקרבן הול"ל טענה קרובה יותר שלא הי' נראה כמשקר כ"כ כמו בטענת לא הי' בלבי, ויפה תירצו דיש לנו מגו כזה וכאותה ששנינו בפ"ק דכתובות (י"ב ב') היא אומרת כשארסתני נאנסתי ונסתחפה שדהו והוא אומר לא כי אלא עד שלא ארסתיך והיה מקחי מקח טעות ר"ג ור' אליעזר אומרים נאמנת, ואמרי' עלה בגמרא ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא דאיכא מגו, ומפרש לה בר"פ האשה שנתאלמנה (ט"ז א') מגו דאי בעיא אמרה מוכת עץ אני דלא קפסלה נפשה מכהונה וקאמרה נאנסתי דקא פסלה מכהונה מהימנא והתם לאו למימרא דאי אמרה מוכת עץ אני תהא נאמנת טפי דההיא גופא פלוגתא דר"ג ור' יהושע היא ור' יהושע אף במוכת עץ לא הימנה, אלא מגו דמוכת עץ היתה לה טענה יפה יותר ולא אמרה וקא אמרה טענה שאינה יפה לה כ"כ, חזקה לא משקרא דאי לא הוה לה למימר הטענה שהיא יפה לה יותר ומגו כזה מגו הוא, ומיהו דוקא בדליכא הכחשה כי הכא דליכא הכחשה דאלו אמר מזיד הייתי מאן מכחיש ליה וא"נ בטוען נזכרתי, וכן נמי בההיא דהנושא את האשה דברי ושמא הוא דאיהי ברי ואיהו שמא ומגו מסייע לברי שלה הלכך חשיב ליה ר"ג מגו אבל בברי וברי לא חשבי' מגו אלא טענה שאם טען כך הי' נאמן וזהו שחלק ר' יהושע בזה ואמר שאף בברי ושמא אינו מגו דאין שור שחוט לפניך."

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הרמב"ן שאנו עוסקים בו למד שזה עצמו מה שכותבת הגמ' לדחות את המיגו של רבי יהושע  
מהא דשור שחוט לפניך, וביאר הרמב"ן כך (חידושי הרמב"ן מסכת כתובות דף טז ע"א):

"ומפרקינן התם אין שור שחוט לפניך כלומר גבי מוכת עץ אין כאן מגו ברור  
שהרי לגבי האי טענה דקיימי עלה דהיינו כתובה לא מהימנא למימר מוכת עץ  
אני תחתיך, אף על גב דמהימנא לגבי מילי אחריני כגון להכשירה לכהונה אם  
נתארמלה, וכיון שאינו לפנינו כלומר שעל כתובה זו אינה נאמנת בשום טענה  
דמצי למימר לאו מגו מקרי, אבל הכא הרי שור שחוט לפניך דכי היכי דטעין  
השתא דהאי שדה של אבותיך היה הכי נמי הוה מצי למימר לא היה של  
אבותיך אלא של אבותי, הלכך כי היכי דבההיא טענה הוה מהימן השתא נמי  
מהימן, ופי' שור שחוט למשל בעלמא שכיון שהוא שחוט לפניך ע"כ אתה  
מאמין למי שאומר לך שהוא שחוט הכא נמי אית ליה טענה דע"כ מהימנינן  
ליה בדין זה שלפנינו מה שאין כן התם שאין לה טענה על הכתובה שלפנינו  
שתהא נאמנת עליה, כנ"ל לפרש שמועה זו."

כלומר, מסיק הרמב"ן שרבי יהושע לא כופר במידתה של נאמנות המיגו אלא רק במיגו  
לטענה מרווחת יותר, אולם אין בטענה זו עצמה נאמנות, ומיגו זה נידחה. וע"ז גם מסיק שם  
הרמב"ן שסברא זו לדחות מיגו כעין זה נכונה אף לר"ג, וזה לשון הרמב"ן:

"ותמהני שלא מצאתי בתלמוד מגו אלא כעין מגו דרבי יהושע אבל כעין מגו  
שאיין שור שחוט לפניך לא, וקשיא דהא קיי"ל כר"ג ומשום מגו כדאמרין  
לעיל בפ"ק דאי לאו משום מגו הוה ליה מנה לי בידך והלה אומר איני יודע."

עיי"ש מה שכתב ליישב.

יעויין ברבינו קרשקש וידאל מסכת כתובות (דף טז ע"א) וכן בסוגיא (דף יב ע"ב) שהסכים עם  
הרמב"ן, וראה במה שהאריך בעניין זה.

עוד יעויין במהרש"א (על תוד"ה התם שור שחוט), שאף הוא חיבר דברי תוס' לעיל דף יג שהבאנו  
דבריהם לתירוץ הגמ' בחילוק בין שור שחוט. רע"א בחידושי תמה על זה, שכך אמר כן הרי  
שהשקלא וטריא של תוס' לעיל בדף יג כולם בנויים על השקלא וטריא של הגמ' בחילוק בין שור  
ששחוט, ובתוס' אין רמז לזה. כמו כן, לא ברור מדוע העלו זאת בעוד שזה גמ' מפורשת, עיי"ש.

בזה יש לבאר את דברי הרמב"ן, מדוע הוא סובר שבעניין זה אף אנו הולכים אחר חילוק זה  
ופוסקים כרבי יהושע, שכך הוא לשיטתו. אולם לרש"י שלמד אחרת את כל הסוגיא וחילק בין יש  
תביעה או אין תביעה, זה עצמו החילוק בין שור שחוט או לא, וכפי שכותב הרא"ה מסכת כתובות  
(דף טז ע"א) בביאור דברי רש"י: "וכוונת דבריו דר' יהושע הפה שאסר הוא הפה שהתיר אית ליה  
דקתני במתני', אבל מגו בעלמא על ידי תביעה דלאו הפה שאסר הוא לית ליה". ואם כך הוא  
הדבר, חוזרים דברי האחרונים שהבאנו לעיל, שכך הוא רק לר' יהושע ולא לר"ג שהלכה כמותו.

בשולי הדברים נעיר שמהרשב"א בקידושין ראינו שמיגו כזה לא נדחה, ולדידיה צריך לומר  
שאכן אזלינן אף בזה כדעת ר"ג. הערה נוספת יש לומר בהקשר לזה, שבמיגו כזה ברור שהוא  
נשען על הנאמנות של מה לי לשקר ולא על כח הטענה. עוד נעיר שמתוס' נראה שלמדו כדברי  
הרמב"ן בהא דשור שחוט, אולם הגירסא בתוס' היא להיפך, ודו"ק בזה.

עד עכשיו התייחסנו להשלכת דברי רש"י על ההלכה, וכמו כן יתכן ורש"י יודה למקרה דנן  
שיש לבעל סברת הפה שאסר אף לאחר תביעת האישה, וכפי שנכתוב להלן. עוד נבהיר שרוב  
הראשונים חולקים על רש"י, והרי הן: תוס', הרישב"א, הרמב"ן, הרשב"א, רא"ש (פ"ב סימן ז),  
הרא"ה, רבינו קרשקש וידאל, ועוד.



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

וכן נוקטים הרי"ף (בבא בתרא דף טו ע"ב מדפיו), הרא"ש (ב"ב פ"ג סי' א), רמב"ן (ב"ב דף ל ע"א ד"ה הכי גרסינן), נמוק"י ב"ב (דף יד ע"א מדפי הרי"ף), וכך פוסק השו"ע חו"מ (סימן קמ סעיף א), יעוויין שם בגאון (ס"ק ד).

### עיון בשיטת רש"י וביאור המחלוקת

נתייחס לסברות היסוד של הראשונים ובמה חלוקים על רש"י, ובזה יש לתרום לדיוננו שיכול ואף שיטה זו תודה במקרה דנן. הבאנו לעיל שהרמב"ן העלה תמיהה מהותית על שיטת רש"י, דאם כן לרבי יהושע לא שבקת חיי לכל בריה וכל אחד יהא טוען על חבירו מבלי להביא ראיה לטענה זו, וכבר השני יצטרך להביא ראיה לסתור דבריו ומבלי זה יוציאו ממנו מה שהלה טוענו. זו תמיהה אלימתא, וכן הקשו רבים מהראשונים, הרי הן: הריטב"א, הרא"ה, הרשב"א, ועוד.

ליישב זאת יש לומר שאף לרש"י ברור שלא ניתן לטעון על השני מבלי לברר טענתו, ואף לפי דברי רש"י ניתן לומר בדעת ר' יהושע שיש לו מיגו אף כשקדמה לה תביעה, אולם במסגרת המקרים בסוגינתו מבאר רש"י שאם ישנה תביעה – כבר לית ליה מיגו, שכן המקרים אצלינו הם כאלה שיש ריעותא בטענת הנתבע, ובשילוב זה שיש בטענתו סיוע לתובע בעמדתו, אז אנו עומדים במצב כזה שכעת יש לנתבע להביא ראיה. המקרה שעוסקת משנתנו הוא תביעה על שדה זו של אבי הייתה, שמכח תביעה זו עומדת לתובע זכות של מרא קמא, ואילו לנתבע אין שום ראיה התומכת במוחזקות שלו – לא שטר מכר ואף לא חזקת ג' שנים. במקרה זה כשהנתבע מודה לתובע שאכן השדה היתה של אביו, מרעה את המצב עוד יותר, כיון שכעת ברור שיש לתובע חזקת מרא קמא, והעדר ראיה לנתבע מציבה את הנתבע במצב שאם אינו מביא ראיה אכן יוציאו אותה ממנו. ואם נאמר שהרי יכול הוא להכחיש ולומר ששדה זו לא הייתה של אביך מעולם, יש לומר כדברי רש"י, שלא העלה על דעתו או שהוא מערים כדי לזכות בשדה.

אופן דומה מצינו במשנתנו באדם הנושא את האישה ולא מצא לה בתולים, והאישה מודה לו שאכן לא נמצאו לה בתולים. מציאות זו מעמידה את האישה בקושי ראייתי לבאר מדוע אינה בתולה, ולכן דוקא באופן זה אמר ר' יהושע שאין האישה נאמנת.

אולם במציאות של טענת הנתבע וקושי בטענת התובע, אזי יודה רש"י שיש מיגו במציאות זו, אף אם קדמה תביעה למיגו. דוגמא לזה יש להביא מהמשנה להלן, שעדים אומרים כתב דינו הוא אולם אנוסים היינו, דבמקרה זה קדמה תביעת בעל החוב וביה"ד שואלים את העדים האם כתב ידם הוא זה כדי לקיים את השטר, מכל מקום נאמנים העדים במיגו שהיו אומרים שזה לא כתב ידם. במקרה זה אין ריעותא בדברי הנתבע, וכמו כן הודאת העדים לתובע אין בה משום חיזוק לטענת התובע. הוא הדין בנסתרה לרב אסי שנאמנת לומר לכשר נבעלתי במיגו שלא נבעלתי, האישה צריכה להשיב לטענת ביה"ד אם נבעלה ולמי נבעלה וקדמה תביעה, מכל מקום היא נאמנת במיגו דלא נבעלתי, והסברא לכך שאין ריעותא במה שנסתרה ואין בטענת הנתבעת משום סיוע לדברי התובע. באופן כזה יהיה הנתבע נאמן במיגו אף לדעת ר' יהושע.

יעוויין בבית יעקב על אתר, ממנו משמע כביאור זה. כשמעיינים שוב בדברי הרמב"ן רואים שלפי דברינו יש בכך כדי לבאר את מחלוקת הראשונים, שנחלקו הראשונים מהו המשקל שיש לתת לטענת הנתבע במצב כזה שאין לו שטר או עדי חזקה, או נאמר זאת כך: האם טענת לקוח באופן כזה שאין למערער עדים, הינה טענה טובה מחמת עצמה, או שהיא טענה שאינה טובה מחמת עצמה מבלי להביא לה סימוכין משטר או חזקת ג' שנים. יסוד דברי הרמב"ן הוא שכיון שאין למערער עדים, הרי שאין צורך למוחזק בהבאת עדים, וטענת לקוח הינה טענה טובה מחמת עצמה, ורק יש ריעותא באיבוד השטר מבלי חזקת ג' שנים, ועל זה מועיל המיגו דלהד"ם. ואילו

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

רש"י סובר שטענת לקוח מבלי שטר או חזקת ג' שנים אף כשלמערער אין עדים הינה טענה גרועה כשלעצמה וטענה זו צריכה חיזוק, ובהעדר שטר יש רגלים לדבר שהוא משקר, ומה שלא טען להד"ם, כי לא ידע או שמא מערים הוא עליו.

ראיה לתפיסה זו בדברי הרמב"ן יש להביא ממה שהביא להוכיח טענתו שאם ראה טליתו ביד אחר או עבדו וא"ל מה טיבו אצלך, והשיב הנתבע אתה מכרתו לי אתה נתתו לי במתנה נאמן וא"צ ראיה ואע"פ שהלה תובעו בהדיא. ראיה זו שמביא הרמב"ן תמוהה עד מאוד, שכן במטלטלין גם ללא מיגו נאמן לומר לקוח כי חזקה מה שתחת יד אדם שלו, ואחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן ליה, יעויין בשו"ע חו"מ (סימן קלג סעיף א) ובנו"כ (שם), ומה עניין זה להא דשדה זו של אביך הייתה? אולם לפי דברינו ברמב"ן, הרי זה עצמו מה שכתוב ברמב"ן, וכן הוא ברא"ה, שטענת לקוח טובה היא אף בקרקע, ודאי כשלמערער אין עדים שהיה של אביו, ורק יש ריעותא של השטר או החזקה לזה מועיל המיגו. ונהי שיש חילוק בין קרקע למטלטלין, דבמטלטלין א"צ לנאמנות של מיגו לטענת לקוח, ואילו בקרקע צריך לנאמנות – מכל מקום מיגו יכול להועיל. יעויין בקצוה"ח (סימן קמ ס"ק ב) מש"כ לבאר שיטת הרמב"ם בהא דחזקת ג' שנים, ולדברינו הדברים מתאימים.

הבנה זו בשורשי הדברים יש בה כדי להועיל למקרה שלנו, שכן הכא טענת האישה מתחזקת לאור דברי הבעל. אולם אף טענת הבעל לאור הנסיבות נשמעת היטב, שכששהה באתיופיה לא היה עמו כסף והלווה לצורך המגרש, ועל כן אף שהאשה תובעת, מכל מקום יכול היה הבעל לומר להד"ם, ומדלא עשה כן וטען טענה אחרת יש להאמין לטענה זו.

### ב. מיגו והפה שאסר מחוץ לביה"ד

מעבר להתמודדות עם שיטת רש"י שעסקנו בה, נראה שישנו קושי נוסף לעשות שימוש בסברת הפה שאסר אף לשאר הראשונים, שכן כפי האמור האיש אמר לאישה מחוץ לביה"ד שישנו מגרש כזה, וכמו כן אמר לה שיש הלואה על מגרש זה. אמירה זו מחוץ לביה"ד יש בה כדי לחייב אותו ולא לפטור אותו מדין המיגו, דאין מיגו מחוץ לביה"ד, ולפי"ז יש ריעותא בטענת הבעל, שכן כעת כשהגיעו לביה"ד ישנה הודאת בעל דין על המגרש, וכעת כשרוצה להיות נאמן מדין הפה שאסר כבר לא מועיל כיון שעל המגרש יש הודאת בע"ד והיא יודעת על המגרש מבלי דבריו כעת בפני ביה"ד.

סברא זו לכאורה מפורשת בתשובת הרא"ש (כלל קו ס"ב) לעניין היכא דראובן ושמעון מתעצמין בדין על חפץ מסויים ובא שמעון לביה"ד ומוציא החפץ מתחת ידו, וטוען אמת שחפץ זה של ראובן אבל ממושכן הוא בידי, וב"ד לא ראו את החפץ לפני כן ביד שמעון, הדין הוא ששמעון נאמן במיגו דלהד"ם או במיגו דהחזרת. אולם אם הראה שמעון את החפץ בפני עדים חוץ לביה"ד וטען טענה דומה בפני העדים, פוסק הרא"ש, וז"ל:

"יראה לי כיון שראו החפצים בידו קודם שתבעוהו לדין אזל ליה מגו דידיה. אף על פי שאמר כבר בפני עדים קודם שהראה החפצים שהיו ממושכנים לו יותר מכדי דמיהם האי לאו כלום הוא כי הכל תלוי בשבועתו כי בית דין היו פוסקין לו שישבע שהיו ממושכנים לו בכך וכך במגו שהיה יכול לישבע שהחזירם לו ועתה לא יכול לישבע ויצטרך להחזיר."

דברי הרא"ש הללו נפסקו בשו"ע (חו"מ סימן קלג סעיף ג), וברמ"א (חו"מ סימן עב סעיף יח), ובבאור דבריו ישנה מחלוקת אחרונים. הסמ"ע (סימן קלג ס"ק ח), מבאר דבריו שאדם נאמן לחובת עצמו מחוץ לביה"ד וכיון שכך מקבלים את דבריו לחובתו, והמיגו עצמו אינו מועיל מחוץ

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

לביה"ד דאין מיגו מחוץ לביה"ד. נמצא שכעת כשמגיע לביה"ד נעדרת ממנו היכולת להשתמש בהפה שאסר הוא הפה שהתיר, כיון שכעת ביה"ד יודע שהחפץ אצלו ולא מועיל לו מיגו דלהד"ם או החזרתו. ומש"כ הרא"ש לגבי שבועה נצטרך לבאר בדעת הסמ"ע שהוא לאו דווקא, אלא עיקר דבריו מבוססים על הסברא שאין לו מיגו מחוץ לביה"ד.

כדברי הסמ"ע נוקט התומים (סימן קמו ס"ק יד וסימן עב ס"ק לה), עיי"ש.

מנגד כותב הש"ך (סימן עב ס"ק צא) ביאור אחר בדעת הרא"ש, ולדברי הש"ך בדווקא כתב הרא"ש את עניין השבועה, דאלו לא היו ביה"ד צריכים להשביעו, אזי היה נאמן במיגו, אבל כיון שחייב שבועה וחוזק לביה"ד לא ניתן להשביעו – משום כך הוא לא נאמן. נמצא לפי דברי הש"ך שאכן ניתן לטעון מיגו אף מחוץ לביה"ד, ורק במקרה של הרא"ש שצריך להישבע, בזה לא מועילה טענה זו מחוץ לביה"ד. עוד כתב הש"ך לחדש שדווקא אם טוען ממושכנים בידי שבמקרה זה צריך להישבע שבועת המשנה והוי שבועת הנוטלין, אולם אם טוען לקוחין בידי אע"ג שחייב שבועת היסת מ"מ ניתן להאמינו במיגו. בקצוה"ח (סימן קלג ס"ק ג וסימן מז ס"ק ז) ועוד אחרונים תמהו על חילוק זה, מניין לו לש"ך? סוף סוף אף שבועה לא ניתן להשביעו מחוץ לביה"ד, ומאי נפק"מ בין שבועת המשנה לשבועת היסת.

יעויין בחידושי הגרש"ש (ב"ב סימן כ) וחדושי ר' שמואל רוזובסקי (סימן כא) שבארו בטוב טעם ההבדל בין שני השבועות.

### מחלוקת ראשונים בהנ"ל

נראה שמחלוקת זו בין האחרונים יסודה במחלוקת ראשונים על הגמ' (בבא בתרא דף ל ע"א):

"ההוא דאמר ליה לחבריה: מאי בעית בהאי ארעא? אמר ליה: מפלניא זבינתה דאמר לי דזבנה מינך. אמר ליה: את לאו קא מודית האי ארעא דידי היא, ואת לא זבינתה מינאי? זיל לאו בעל דברים דידי את; אמר רבא: דינא קאמר ליה."

במקרה זה בו עוסקת הסוגיא אין למרא קמא עדים שהשדה היתה שלו (שהרי כל טענתו בתביעתו מתבססת על הודאת המוחזק), ונמצא אם כן, שיש לנתבע 'הפה שאסר' – שהרי רק על פי דבורו של המחזיק שהקרקע היתה של המרא קמא מקבלים אנו את טענתו של התובע. אם כן, מדוע פסק רבא שעל המחזיק לפנות את הקרקע לטובת המרא קמא?

במקרה זה בגמ' ישנם שלושה אנשים לפנינו: מרא קמא, מחזיק, ואותו אדם שלטענת המחזיק נמצא בתווך ביניהם – קנה את החפץ מהמרא קמא ומכרו למוחזק.

נחלקו הראשונים מהיכן נובעת ידיעתו של המוחזק שהשדה היתה פעם בעלותו של המרא קמא, המערער. האם כל ידיעתו מבוססת על המוכר לו (האמצעי), או שמא ידע זאת גם קודם שאמר זאת השני – שמכר לו את השדה?

דעת הרמב"ן ורבנו יונה שהגמרא עוסקת במקרה בו המחזיק יודע בכוחות עצמו שהקרקע היתה שייכת למרא קמא, ולכן למוכר (השני, הנמצא בתווך) אין נאמנות מכח הפה שאסר – שהרי ידעו שהשדה היה של המרא קמא גם בלעדיו. אולם במקרה בו כל ידיעתו של המחזיק שהשדה היה בבעלות המרא קמא נובעת מדברי האדם השני שמכר לו את הקרקע, ולא ידע זאת מחמת עצמו – נאמן המוכר מכח 'הפה שאסר', שהרי כל ידיעתנו על ה'איסור' – על שיוך השדה למרא קמא בעבר – היא רק מכוחו, ולכן אין מוצאים את המחזיק מהקרקע.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אולם הראב"ד (שיטה מקובצת שם, וכן מביאו הרמב"ן וחולק עליו) פוסק אחרת, שמלשון הגמרא: "דאמר לי דזבנה מינך", נראה שכל ידיעתו של המוחזק על בעלותו של המרא קמא בקרקע נובעת רק מכח דברי השני – אותו אדם שמכר לו, ואם כן אמור השני להיות נאמן מכח 'הפה שאסר', ובכל זאת פסק רבא שעל המחזיק לעזוב את הקרקע! רואים אנו שעל אף שכל ידיעתו של המחזיק מתבססת על דברי המוכר לו – אין נאמן המוכר לו מדין הפה שאסר.

בבאור מחלוקת זו נאמרו מספר דרכים. הדרך הפשוטה היא על פי דברי רע"א בתשובה (ח"א סימן קלה), וכן המשמעות הפשוטה בנתיבות המשפט (סימן קמו ס"ק יז), שיש לחלק בין מיגו להפה שאסר. מיגו עניינו הוא נאמנות, ונאמנות זו שייכת לביה"ד כיון שנאמנות זו מחזקת את טענות הטוען בפני ביה"ד, אולם הפה שאסר בנוי על יסוד אחר שאומר שאם מקבלים את דבריו הרינו צריכים לקבל את כל דבריו על כל המשתמע, ויסוד זה יכול להתקיים אף מחוץ לביה"ד. לפי"ז יש לבאר מחלוקת הראשונים הללו, שהראב"ד סובר שאין הבדל בין מיגו להפה שאסר, ואף הפה שאסר הוא מתורת מיגו הנותן נאמנות לטוען, וכך הוא רק בביה"ד. לעומת זאת, הרמב"ן ורבנו יונה – שחלקו וסברו שבמקרה שכל ידיעתו של המחזיק מושגת על דברי המוכר יהיה נאמן מכח 'הפה שאסר' – למדו ש'הפה שאסר' הינו נאמנות בעלת תוקף עצמאי שאינה כפופה לגדרי מיגו, ולכן, על אף שטען הלה את טענותיו מחוץ לבית הדין – מקבלים אנו את דבריו מכח הפה שאסר.

באור זה בדעת הרמב"ן מתיישב שפיר עם דברי הרמב"ן עצמו, שבב"ב (דף לד ע"א) כותב שאין מיגו מחוץ לביה"ד, ואילו כאן חולק על הראב"ד. כמו כן יעויין ברמב"ן (ב"ב דף ע"א) לגבי שטרך בידי מאי בעי, שאף ממנו יוצא החילוק בין מיגו להפה שאסר. על ההבדל בין מיגו להפה שאסר עמדו הש"ך (חו"מ קח ס"ק ז) והקצוה"ח (סימן צז ס"ק יא), ואף הם ציינו לדברי הרמב"ן הנ"ל.

### האם הפה שאסר מתורת מיגו או סברא עצמאית

מחלוקת זו האם הפה שאסר הוא מתורת מיגו או שיש לו גדר עצמאי, מצאנו גם בין תוס' לרש"י. שיטת תוספות בכתובות (דף כב ע"ב ד"ה מניין) היא שהפה שאסר הוא מתורת מיגו, ועיי"ש מה שהקשו מכח זה, וכן הוא בתוס' בבא בתרא (דף ל ע"א ד"ה לאו קמודית), אף משם משמע שלמדו שהפה שאסר הוא מגדרי המיגו. לעומת זו, ברש"י בכתובות (דף קט) כתוב בסוגיא:

"ההוא דעשאה סימן לאחר, ערער ושכיב ואוקים אפוטרופא, אתא אפוטרופוס לקמיה דאביי, א"ל: עשאה סימן לאחר - איבד את זכותו. אמר: אי הוה אבוהון דיתמי קיים, הוה טעין ואמר תלם אחד עשיתי לך! א"ל: שפיר קאמרת, דאמר ר' יוחנן: אם טען ואמר תלם אחד עשיתי לך - נאמן, זיל הב ליה מיהת תלם אחד."

מבאר רש"י:

"נאמן - דהפה שאסר הוא הפה שהתיר דמאחר שיש עדים שהיתה שלו ונגזלה הימנו אין לזה זכות באותו תלם אלא על פיו של זה שעשאה סימן לאחר והרי חזר ואמר לקחתיו."

והנה תוס' הנזכר לעיל (ב"ב דף ל ע"א) הקשו והרי הוי מיגו למפרע, וכותב ליישב בקובץ שעורים (בבא בתרא אות קט):

"והנה לפי המבואר לקמן אות תכ"ו מדברי תוס' דאמרינן הפה שאסר אפילו היכא דליכא מיגו כלל, לכאורה אין מקום לקושיהם על רש"י, דהכא הוא מטעם הפה שאסר ולא משום מיגו, וכבר נחלקו הראשונים באומרת א"א הייתי וגרושה אני י"א דנאמנת אפילו לאחר כדי דיבור, מיהו מדברי תוס'

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

כתובות משמע, דטעמא דהפה שאסר הוא משום מיגו, ואפשר שדבריהם כאן  
הן גם כן לשיטה זו.

וכן הביא ליישב בספר מחנה אפרים (הלכות איסורי ביאה סימן א), וז"ל:

"עיינן בחידושי הרמב"ן פ' המוכר את הבית הביאו הש"ך ח"מ סי' ק"ח  
שמעדיף להא דהפה שאסר ממגו וכמ"ש הש"ך שם והרימ"ט ח"א ס"ב ניחא  
בזה דלא הוי מ' [=מיגו] למפרע שנתקשה בזה הרש"ח בחדושו סי' קמ"ו,  
ושוב ראיתי כעין זה בס' נתיבות משפט אלא דאתי עליה מטעם אחר יע"ש."

### נפק"מ נוספת בשאלה הנ"ל

למחלוקת זו ישנה השלכה לשאלה: האם צריך שיהא הפה שאסר תוך כדי דיבור או לא? הרמב"ם  
בהלכות גירושין (פרק יב הלכה א) פוסק את המשנה בכתובות (דף כב ע"א) כצורתה, ומביא הרב  
המגיד (שם) קושיית הרמ"ך שתמה על הרמב"ם מדוע השמיט דין תוך כדי דיבור? הביא הרב  
המגיד שיש עוד שכתבו שצריך שיהא תוך כדי דיבור, אולם הוא סובר ברמב"ם שלא צריך שיהא  
תוך כדי דיבור. יעויין בטור אבן העזר (סימן קנב) שהביא מחלוקת ראשונים זו האם צריך שיהא  
תוך כדי דיבור, ומכריע מדנפשיה כדברי הרב המגיד. בבאור מחלוקת זו כותב המחנה אפרים  
הנזכר לעיל שזה תלוי בשאלה הנ"ל שהעלינו, וז"ל:

"ואיכא לעיוני ולמיקם בהאי מלתא שאמרו בכל מקום הפה שאסר הוא הפה  
שהתיר מאיזה טעם הוי, אי משום מגו מוטו בה דחזקה לא משקר מגו דאי בעי  
הוה שתיק, או דלמא טעמא לאו משום מגו הוייא אלא משו' דכל מקום שאין  
לנו חזקת איסור אלא על פיו נאמן הוא להתיר מה שאסר."

ולכאורה נראה שזו מחלוקת ישנה בין המפרשים נ"נ [=נוחי נפש], דאיכא מאן דפריש לה להאי  
מלתא דמיירי דוקא כשאומרת כן תוך כדי דיבור, ואיכא מאן דפריש לה ואפי' לאחר כ"ד. ונראה  
דבהא פליגי, דמאן דפריש לה בתוך כ"ד סובר דטעמא דנאמנותה הוא משום מגו, ולהכי לאחר  
כדי דיבור לא מהימנא דמגו למפרע לא אמרינן, ומאן דפריש לה אפילו בלאחר כ"ד סובר דלא  
צריך למגו, אלא כיון שאין לנו איסור אלא ע"פ נאמן הוא להתיר מה שאסר, וכ"כ הרב בנתיבות  
משפט הקדום (נכ"ו ח"ג).

כדברי המחנה אפרים כותב להדיא בקובץ שעורים (כתובות אות מג).

עוד יעויין בב"ח (אהע"ז קונטרס אחרון סימן מז אות ב) ובכללי מיגו בתומים (אות קט).

לענ"ד במחלוקת זו בין רש"י ותוס' יש לבאר את מה שהבאנו לעיל באריכות דעת רש"י ותוס'  
שנחלקו בשאלה האם מועיל הפה שאסר אף אם קדמה תביעה, ולהנ"ל נראה שרש"י ותוס'  
לשיטתייהו. דלרש"י גדר הפה שאסר הוא גדר מחודש לגמרי ולא בתורת מיגו, ועל כן לשיטתו  
אסור שתקדם תביעה להפה שאסר, ועל כן רבי יהושע מקבל רק הפה שאסר ושולל מיגו. אולם  
לתוס' המבאר שהפה שאסר הוא מתורת מיגו, הרי שכשם שכל מיגו מועיל אף בקדמה לו תביעה,  
כך הוא בהפה שאסר דהוי מיגו דאי בעי שתיק, יעויין בזה במהרי"ט (ח"א סוף סימן סא וסימן סב)  
שעמד על ההבדל בין מיגו להפה שאסר לפי דברי תוס'.

יעויין בדברי הגאון ר' שמואל רוזובסקי (חידושי ר' שמואל ב"ב סי' כא) שכתב לבאר אחרת את  
מחלוקת הראשונים שהובאה לעיל בין הרמב"ן לראב"ד. ביאור נוסף נכתב באבן האזל (טוען ונטען  
פרק יד הלכה יד), כמו כן יעויין בחידושי הגרנ"ט (ב"ב קעה) שמעלה אפשרות שלישית לדין הפה  
שאסר, והיא – שהפה שאסר אינו כח המעניק נאמנות כל שהיא לטוען אותו, אלא משמעותו היא  
שאין כאן כלל הודאה, ונשאר המצב בקדמותו, שהרי על הצד שמקבלים אנו את דבריו – מקבלים

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אנו את שני חלקיהם, וקבלת שני החלקים בדבריו מחזירה את המצב לקדמותו. בכך מבאר דעת הרמב"ן, עיי"ש.

לדבריו, אף במקרה דנן לא נפגעה טענת הבעל, ואף לא נוציא ממנו ונשאיר הדברים כמות שהן, ולא יצטרך להביא לה כלום.

הבאנו לעיל בדעת הנתיבות (סימן קמו סעיף יז) שהפה שאסר ניתן לומר אף מחוץ לביה"ד. הנתיבות כתב להוכיח זאת מהסוגיא בכתובות (דף טו ע"ב) שהבאנו לעיל. מביא הנתיבות את הסמ"ע, וכותב לתמוה עליו, וז"ל:

"לפי דבריו, באומר שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו המבואר בכתובות ריש פרק האשה שנתארמלה [ט"ו ע"ב] דנאמן, אם אמר כן בפני עדים קודם שבא לב"ד, שוב אינו נאמן לטעון בב"ד שלקחה ממנו. והא ודאי ליתא, דלא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן. והטעם, דדוקא גבי מיגו דהחזרתי דמיגו גרוע הוא, כמ"ש הסמ"ע בסימן ס"ד [סק"ו] ובסימן קל"ג [סק"ה] ובכמה דוכתי דלא ניחא ליה לטעון החזרתי דלא יהיה יכול להראותו שוב, ולכך מראהו וטוען לקוח שיהיה נאמן ויהיה יכול להראותו, לכך לא מהני המיגו חוץ לב"ד, משא"כ הכא דאמרינן בש"ס כתובות שם [ראה שם כ"ג ע"ב וברש"י ד"ה כל הנין הטעם דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, והפה שאסר ודאי דמהני אפילו חוץ לב"ד, דהא בש"ס שם מצריך להו צריכי עם הא דאשת איש הייתי וגרושה אני [שם כ"ב ע"א], ונשביתי וטהורה אני [שם כ"ג ע"ב], ויליף לה [שם כ"ב ע"א] מאת בתי נתתי לאיש הזה [דברים כ"ב ט"ז], ובכל הנך ודאי דמהני אפילו חוץ לב"ד, א"כ ה"ה הכא."

למעשה בהלכה זו ראיתי בספר נחל יצחק (חו"מ סימן פ סעיף ג) שכותב להכריע כדברי הנתיבות והש"ך, וכן הביא בשם הנוב"י (מהדו"ת חלק אה"ע סי' יח) שהביא דברי הש"ך, וכן כתב להוכיח שם מעוד סוגיות. ועי' נחל יצחק (חלק א סי' נו אות ג על סעיף ו ענף א, ושם סי' עה אות כ על ש"ך ס"ק פג ענף ג), וכן יעויין באמרי בינה (הלכות דיינים סימן ח והלכות הלואה סימן עו).

נמצא א"כ שאין בהודאת הבעל מחוץ לביה"ד משום הודאת בעל דין, והפה שאסר עדיין תקף ועומד.

ולפי"ז כנים וישרים דברי הבעל, ואף בקדמה תביעת האישה אין בזה לפסול את נאמנות הפה שאסר של הבעל וכפי שהבאנו לעיל, וכיון שיכול היה להכחיש את עניין המגרש והודה על המגרש בכפוף לזה שטוען שהמגרש נקנה בכספי הלואות, הרי שאם נאמין לדבריו יש להאמין לכל דבריו.

### ג. באו עדים לאחר הנאמנות של הפה שאסר

אלא שישנו עניין אחר שלדעתי מעמיד בשאלה את כל נאמנות הפה שאסר בנידון דנן. כתוב במשנה בכתובות (דף כב עמוד א):

"מתני'. האשה שאמרה אשת איש הייתי וגרושה אני - נאמנת, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר; ואם יש עדים שהיתה אשת איש, והיא אומרת גרושה אני - אינה נאמנת. אמרה נשביתי וטהורה אני - נאמנת, שהפה שאסר הוא הפה שהתיר; ואם יש עדים שנשבית, והיא אומרת טהורה אני - אינה נאמנת. ואם משנשאת באו עדים - הרי זו לא תצא."

מבואר מהמשנה שכשיש עדים להיותה אשת איש כעת כבר לא יכולה לטעון הפה שאסר. אולם אין הכרח במשנה לבאר את המשנה שבאו עדים לאחר שכבר קיבלנו דבריה מכח הפה שאסר, אולם בסיפא של המשנה משמע שאף כשבאו עדים לאחר שנישאת או אף התירוה להינשא,

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

לא איבדה האישה את הפה שאסר ונשארת בהתירה. יעויין בגמ' (דף כג ע"א) שלדעת רבה בר אבין דוקא בשבויה הקילו שאם באו עדים לאחר מכן אם נישאת לא תצא, אולם באשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני אף אם נישאת תצא.

לעיל הבאנו דברי השיטמ"ק שבא ליישב שיטת רש"י מלשון המשנה שכתבה שאם יש עדים דשל אביו היה לא נאמן, ולא חידשה חידוש גדול שכשיש תביעה כבר בטל הפה שאסר לפי ר' יהושע. וישב השיטמ"ק שעיקר חידושה של המשנה הינו שאף שהיה נאמן מדין הפה שאסר, מכל מקום כשבאו עדים לאחר מכן בטל הפה שאסר. אמנם השיטמ"ק עצמו הביא להלן (כתובות דף כג) דברי ההשלמה שאם כבר הימנוהו משום הפה שאסר ואחר כך באו עדים שהיה של אבותיו, אין מוציאין ממנו כיון דהימנוהו הימנוהו. וצ"ע איך יבאר ההשלמה את המשנה הנ"ל? אולי יבאר את המשנה שהבאנו שכשבאו עדים לפני כן, אז כותבת המשנה שאין לאישה הפה שאסר, כיון שכבר הקדימו אותה עדים. וצ"ע מדברי רב אבין. ואולי יחלק בין איסור לממון. אולם, הביאור הפשוט בגמ' שהסיפא איירי רק על שבויה שבה הקילו, אולם באשת איש הדין הפשוט הוא שאף כשבאו עדים לאחר מכן כבר אינה נאמנת מתורת מיגו וכפי ביאורו של השיטמ"ק, וכן דחה דבריו של ההשלמה הרב המעילי שם בשיטמ"ק. יעויין באחיעזר (חלק ג סימן עד).

בקצוה"ח (סימן פ ס"ק ג) למד מכאן לכל מיגו, שאם באו עדים לאחר מכן כבר בטלה הנאמנות של המיגו, אולם בקוב"ש (ב"ב אות קיא) כתב שנחלקו בזה הרמ"ה שמובא בטור (סימן פ) והר"י מיגאש והרמב"ם האם התבטל המיגו משבאו עדים. ביסוד הדברים כתב הקוב"ש (שם אות קיב) שאם נאמנות המיגו משום מה לו לשקר ואנן סהדי דקושטא קטעין, אין לעדים שבאו לאחר מכן לפגוע בנאמנות זו, שכן בשעה שטען היה לנו הוכחה שטענתו אמת וההוכחה הזאת לא נעקרה למפרע אף שבאו עדים אח"כ<sup>1</sup>. מכל מקום מסיק הקוב"ש שיש לחלק בין מיגו להפה שאסר, וז"ל:

ו"נראה לפי מ"ש בחידושי הרמב"ן ב"ב ע' דבמודה בשטר שכתבו אין נאמנותו מטעם מיגו, אלא מטעמא דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, וכדבריו מבואר מלשון הגמ' ב"מ מכדי האי שטרא חספא בעלמא הוא מאן קא משי ליה שטרא לזה הא קאמר דפריע הוא, וטעמא דהפה שאסר לא מהני רק כ"ז שלא באו עדים וכשבאו עדים אח"כ בטל כח הפה שאסר, אף דאכתי שייך טעמא דמ"ל לשקר, הך טעמא לא מהני נגד חזקה שטרך בידי מאי בעי, וכן באשה אומרת א"א הייתי וגרושה אני דנאמנת מטעם הפה שאסר, משו"ה כשבאו עדים אח"כ תו לא מהני טעמא דהפה שאסר, אף דאכתי איכא מיגו, לא מהני בדבר שבערוה, אם לא היכא דבידו, אבל בטוען מפטור לפטור א"צ דוקא לטעמא דהפה שאסר וסגי גם בטעמא דמ"ל לשקר וזה לא נתבטל גם כשבאו עדים אח"כ."

ולפי מה שהבאנו לעיל מצאנו נפק"מ נוספת בשאלה האם הפה שאסר הוא מתורת מיגו או שמא סברא יחודית שאנו משועבדים למיכלול הדברים שיוצאים ממנו.

<sup>1</sup> שמעתי ממו"ר הגרז"ן גולדברג צ"ל לבאר את שיטת תוס' שכותבים שהפה שאסר יש לו תורת מיגו ובכל אופן אם יבואו עדים יתבטל המיגו באופן הבא:

אם נאמר שגם לאחר שיבואו עדים נאמנותו לא תיבטל - יפול המיגו מעיקרו! מדוע? כיוון שטענתו הנוכחית טובה מהשתיקה! דאילו היה שותק, ואח"כ היו באים עדים - לא היה נאמן. ובטענתו הנוכחית נאמן אפי' לכשיבואו עדים. ואם כך, עדיפה לו הטענה הנוכחית מטענת המיגו - וממילא אין כלל מיגו. לכן חייבים אנו לקבוע מראש, שאם יבואו עדים הוא לא יהיה נאמן, ורק לאחר קביעה זו חוזר וניעור המיגו. יעויין בספר חזון קדומים (עמוד 115).

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

מכל מקום, הכרעת הדין ברורה שכשבאו עדים לאחר מכן כבר לא צריכים לדבריו ובטל המיגו, וכן הכרעת הפוסקים. ולפי"ז יש לחקור מה הדין כשהאישה מביאה לפנינו את שטר הבעלות על המגרש באתיופיה, שאז כבר לא צריכים לדברי הבעל ובטל הפה שאסר של הבעל, וכעת הוא יצטרך להוכיח שאכן לקח הלוואה לצורך רכישת המגרש.

**הפה שאסר כאשר הנתבע עצמו מביא עדים, האם הוא מאבד בכך את נאמנות הפה שאסר**  
בתחילת העניין סברתי לומר שעדיין יש לבעל תורת נאמנות, שכן הבעל עצמו הוא שהביא לאישה את שטר הבעלות על המגרש וא"כ עדיין יש כאן הפה שאסר, שיכול היה לא להביא ידיעתה את כל עניין המגרש ואת השטר עצמו לא היה מראה לה.

יש מקום לחקור בשאלה: אם הנתבע עצמו הוא שהביא את העדים, האם גם אז בטל הפה שאסר, או שמא נאמר שכיון שהוא עצמו הביא את העדים לא בטל המיגו וזה עצמו הופך להיות חלק מהפה שאסר של הנתבע, שיכול היה לא להביא את העדים? יעויין בהפלאה כתובות (דף טו ע"ב) שכתב אף הוא ליישב את רש"י בריש דברינו מדיוק המשנה, וז"ל:

"יש לומר דס"ל לרש"י דגם סיפא אם יש עדים מיירי בלא תבעו וע"י הודאתו באו עדים ואפי' אם הוא עצמו הודיע שיש עדים אפ"ה לא אמרינן מיגו דאי בעי שתיק כה"ג כיון דעכ"פ איכא עדים לפנינו ובלא תבעו עצמו מחלק..."

וכן ראיתי שהביא בספר מגיני שלמה על כתובות (דף טו ע"ב), וז"ל:

"וסיפא רבותא קמ"ל דאם יש עדים אעפ"י דאינו תובעו ואינו יודע מהעדים כלל והוא מגלה עדיו ואומר של אביך היתה ואלו הן העדים אפ"ה לא מהימן דאין כאן מיגו דירא מהעד"י פן יודע לו בלאו הכי."

ולפי דבריהם, הרי לנו שאף שהנתבע מביא עדים אזל ליה המיגו, וא"כ לכאורה הוא הדין במקרה דנן אף שהבעל הוא זה שהמציא לידי האישה את שטר המכירה, מכל מקום כבר איבד הבעל לשעבר את טענת הפה שאסר משעה שהאישה צירפה לתיק התביעה שטר רשמי של אתיופיה, שם כתוב שיש לבעל מגרש בבעלותו, ומכח זה רוצה האישה במחצית ממנו וכפי חוק יחסי ממון.

### חילוק בין שטר לעדים בהקשר של ביטול הנאמנות של הפה שאסר

אלא שלענ"ד יש לחלק בין שטר לעדים, שכן המעיין בסברת המגיני שלמה יראה שזה עצמו מה שפוגע בפה שאסר, דירא פן העדים יבואו. ברם הכא בשטר שהכל תלוי בדעתו ולא תלוי בדעת העדים, ומעיקרא יכול היה להעלים את השטר מעיני האישה לשעבר, ומדלא עשה כן אין זה יכול לפגוע בנאמנות של הפה שאסר. יסוד לדברים אלו יש להביא ראיה מסוגיית הגמ' בסנהדרין (דף לא) דשליש נאמן לומר השטר פרוע אף שהשטר הוחזק בביה"ד מיגו שהיה שורף את השטר, וכן פוסק הרמב"ם (הלכות מלוה ולוה פרק טז הלכה ח), וז"ל:

"שטר שהיה ביד שלישי והוציא מתחת ידו בבית דין ואמר פרוע הוא נאמן אף על פי שהשטר מקויים שאילו רצה היה שורפו או קורעו."

כדברי הרמב"ם פוסק השו"ע (חו"מ סימן נו הלכה א) וכן הוא לגבי שובר (סימן סה סעיף יט), עיי"ש. הרי לנו שיש נאמנות של מיגו בשטר אף אם הוא קויים בביה"ד, מיגו שיכול היה להעלים שטר זה, והוא הדין כאן יכול היה הבעל להעלים את שטר הבעלות על המגרש מעיני האישה. ולא ניתן לדחות שההלכה הנזכרת ברמב"ם היא רק בשליש ולא בבעל דבר, שכן ראיית המיגו היא כדמות אותה ראייה, ואם שלישי יכול לטעון שיכול היה לשרוף את השטר ומכח זה שואב נאמנותו,



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הוא הדין בעל הדבר שמחזיק את השטר בידו וזה שתובעו מכח השטר לא יכול לעשות כן כיון שיש לנתבע מיגו שיכול היה להעלים שטר זה. יעויין בשו"ת מהרשד"ם (חלק חושן משפט סימן קצג) שאף הוא כותב כן להדיא, שאין זה רק בשליש, וז"ל:

”ואף על גב שכתב הטור ח”מ סימן נ”ה וז”ל ואין צריך לישבע שחזקה אין אדם חוטא ולא לו ואיכא למימר דוקא התם שאין לו הנאה נאמן אבל בנ”ד שיש לו הנאה דילמא לא מהימן הא ודאי ליתא כלל דטעמא דאין אדם חוטא היינו לפטור אותו מן השבועה אבל לענין הנאמנות שניהם שוים דכי היכי דאיכא התם טעמא דמגו דאי בעי לשורפו איכא נמי בנתבע.”

יוצא א”כ שאף שמצאנו שעדים מבטלים את סברת הפה שאסר, מכל מקום בשטר לא אומרים עיקרון זה, ומציאות השטר לא פוגמת במיגו שכן יכול היה הבעל להעלים את השטר מעיני האישה.

### סברא מחודשת לשימור הפה שאסר במקרה דנן

סברא נוספת יש להוסיף כאן כדי שמציאות שטר הבעלות לא תרע את נאמנות הפה שאסר שיש לבעל. נראה שכאן אין מציאות השטר כדי להפריע להפה שאסר של הבעל, שכן בכל מציאות של הפה שאסר, יש כאן פה שאסר והוא זה שמתיר, היינו שמדברי הנתבע ניתן לשאוב שני דינים: הראשון, הוא עצמו זה שאוסר וכמו כן הוא זה שמתיר, וכדוגמת אישה שאומרת א”א הייתי שבזה היא אוסרת את עצמה על כל העולם והיא זו שמכניסה את עצמה לאיסור זה, ומיד אומרת שהיא התגרשה כך שכעת היא זו שמתירה את עצמה. הוא הדין שדה של של אביך הייתה, שבזה המוחזק שנעדר משטר וחזקת ג’ שנים שומט את הקרקע מתחת ידיו, שכן לטענתו התובע הוא המרא קמא וכשאין מוחזק המרא קמא הוא הבעלים, ומיד טוען קנייתה מאביך, שבזה הוא מחזיר לעצמו את הקרקע בטענת לקוח.

ולפי”ז, אצלינו המציאות היא כזאת, שהשטר שהאישה מחזיקה בידה כתוב בו שיש לבעל מגרש באתיופיה, ואין בזה ריעותא בזכויות הבעל, שכן להיפך כתוב כאן שהשדה שייכת לבעל אלא שהאישה טוענת מכח החוק שיש לבעל לתת לה חצי, ויש לציין שהחוק לא מגדיר שהאישה שותפה, וכמו כן החוק לא יוצר מציאות של מוחזקות, הרי שלכל היותר ישנה חובה על הבעל לתת מחצית לאישה והשטר המורה על הבעלות של האיש אינו מורה שיש חיסרון בטענת הבעל. ולפי”ז נראה שאף לאחר שיש שטר עדיין נשמרת לבעל הטענה של הפה שאסר, ואין במציאות שטר הבעלות כדי לפגוע בנאמנות שהייתה לבעל טרם נראה שטר הבעלות.

### ביאור חדש לקולא של שבוייה בבאו עדים לאחר מכן

כדמות ראייה לנקודה זו יש להביא מדין שבוייה המוזכר במשנה. ראינו שלהלכה יש הבדל בין אשת איש, שאם באו עדים בטל המיגו אף כשהתירוה להינשא, ובין שבוייה שמהתירוה להינשא הרי זו לא תצא. וביארנו דבר זה שהוא קולא בשבוייה. יש לעיין בזה, שכן אם המיגו עצמו בטל, מה שייך להקל, והרי כעת אין שום משמעות למיגו משבאו עדים?

ולענ”ד יש ליישב, שהעדים שבאו אומרים שהיא נשבתה, ואין בזה כדי להודיע לנו על השאלה האם נטמאה, וכיון שכך אין זה פוגע באופן ישיר במיגו ועל כן חכמים הקילו. אף שבמציאות רגילה אם באו עדים על השבייה קודם שהתרנוה בזה עצמו די כדי לאוסרה, מכל מקום לא ניתן לראות בעדים לאחר שהתרנוה ככאלה המתנגדים להפה שאסר. ואם כך הוא הדין אצלינו, שאין ביד השטר להוות פגם במיגו, שכן השטר מורה על בעלות הבעל במגרש ואין זה מקהה

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

מנאמנותו שיש לו הלוואה על מגרש זה, ורק יש לו לתת לאישה מחצית מכח החוק, וכיון שכך מאחר ויש לבעל מיגו והשטר לא פוגע באופן ישיר בנאמנות המיגו, שוב חוזר הדין שכעת על האישה להביא ראיה שאין כאן הלוואה, ולדידנו הבעל נשאר בנאמנותו מכח המיגו.

וכאופן זה ראיתי שמובא בשם הגרי"ש אלישיב זצ"ל (הערות הגרי"ש אלישיב מסכת כתובות דף כב עמוד א) ליישב את השיטמ"ק, שמשמע ממנו שאף אם צריך להפה שאסר שיהיה תוך כדי דיבור מכל מקום בשבועיה נוטה לומר שלא צריך. מבאר דבר זה הגרי"ש אלישיב זצ"ל כפי ביאורנו, שבשבועיה מציאות השביה אינה אומרת שאכן נטמאה, ועל כן ניתן להקל בנאמנות האישה, וז"ל:

"והנה השיטמ"ק ברישא דמתני' הביא רק שיטות הראשונים דבעינן תוכ"ד בדינא דהפה שאסר ולא הזכיר כלל שיטה הפוכה, ורק לקמן (כ"ג ע"א) לגבי דינא דנשבית וטהורה אני הביא שיטת בעל ההשלמה, ונראה לבאר דס"ל דא"א כיון דאיסורה ברור באמרה אשת איש הייתי דעצם דברי' איסור דא"א אסורה לעלמא, משו"ה באחר כדי דיבור חששו דסמכינן הכא רק על מיגו דאי בעי שתיק, משא"כ בשבועי' דעצם אמירתה שהיא שבועי' אינו מורה על איסור עצמי דהרי שבועי' שלא נטמאת מותרת ורק רבנן גזרו על שבועי', מ"מ כיון דעצם דיבורה אין כאן דיבור האוסרה נאמנת להסביר דברי' גם אחר כ"ד, דהרי לא הטילה על עצמה שום איסור בעצם ובפרט לפי הסברת דברי', וכאן דהוה רק מדרבנן וכדביארנו מהני אחר כ"ד דהוה כגדר בעלות על דברי'."

לפי דברים אלו ניתן לטעון באופן דומה אף במקרה שלנו, משבאו עדים ואמרו שיש מגרש ע"ש הבעל, וכמו כן יש שטר המורה על בעלות הבעל על המגרש, אין זה פוגע בטענת הבעל אם אמר לפני שנודע ע"י העדים (או ע"י שטר בעלות) מגרש יש לי רק יש לי עליו הלוואה, דהפה שאסר הוא הפה שהתיר.

### ד. הכרעה על פי קצוה"ח

עוד יש לדון לפי קצוה"ח (סימן צז ס"ק יא) שם דן במלוה שהחזיר ללוה משכונן הצריך לו כפי הדין, אך לא התרה בלוה שיחזרנו לו שוב בפני עדים, וטוען הלוה פרעתי במיגו שהחזרתי את המשכונן אליך ועדיין בידך. כותב בכנסת הגדולה שמיגו זה לא יכול להועיל ללוה על פירעון תוך הזמן, וכפי דברי הרמ"א (שם סעיף כא) כיון ששתי טענות אלו עומדות בפני עצמם והוי זה גובה וזה גובה וכפי שנפסק בשו"ע (ח"מ סימן כד), ועל כן אף שפרעתי במיגו מועיל אף בתוך זמנו, וכפי הנפסק בשו"ע (סימן עח סעיף א וסעיף ה), כאן לא ניתן לקזוז זה מזה מאחר והווי שתי תביעות, ואף אם כדברי הלוה שהחזיר המשכונן עדיין מוטל עליו פרעון החוב. אולם הקצוה"ח שם חולק על דבריו וכותב שהמשכונן מגלם את ההלוואה ועל כן הוי חד תביעה, ועל כן היה ראוי שתועיל טענת הלוה פרעתי במיגו דהחזרתי לך את המשכונן, ויש לטענה זו עמידה בפני עצמה שיכול הלוה לומר למלוה שאותו משכונן הקנוי לך בעד חובך החזרתי לך ואיני חייב לפרוע חובך עד שתחזיר לי משכונני. ומה שלא מועיל מיגו זה בתוך הזמן, וכדברי הרמ"א, מיישב הקצוה"ח שמה שמועיל מיגו אף מול חזקה אין אדם פורע תוך זמנו, וכפי המבואר לעיל בסימן עח, הוא רק בהפה שאסר, והוא רק באופן שלא ידוע על ההלוואה או על זמנה אלא מפי הלוה, עיי"ש.

נמצא שלפי דברי הקצוה"ח ניתן לומר אף במקרה דנן שיש לבעל הפה שאסר, שיכול היה לומר שאין את המגרש באתיופיה ולשלם את ההלוואה בעצמו, וכעת שהודה על הלוואה זו לא ניתן להפסידו ולקחת ממנו את מחצית המגרש ולא לדרוש מהאשה להשתתף עימו בהלוואה. שהרי החוק אינו מצביע על מציאות בה הבעל צריך להביא לידי האישה מחצית המגרש עצמו, אלא החוק קובע שיש לאזן ברכושם המשותף בין הזכויות ובין החובות, ובמציאות זו ודאי הוי

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

חד תביעה ולא שני תביעות, נמצא שיש לכרוך את זכות המגרש בחובה לשלם את ההלוואה, וחוזרת נאמנות הבעל על ההלוואה מכח מיגו שיכול היה לומר שאין מגרש.

### ה. דיון על פי החוק

מעבר לנצרך, נעיר שאף אם נבחן עניין זה רק על פי החוק וכפי שהתבקשנו, הרי שיש ביד ביה"ד לבחון את עניין האיזון ולראות האם הוא מתקיים. וכאן בהצגת שטר המלווה ע"י הבעל, ומנגד שטר הבעלות על המגרש ושניהם בסכום זהה, יש לומר שזה מניח את דעתו של ביה"ד ואין לאזן את המגרש. וכיון שהאישה גילתה דעתה שאם הדרישה שהיא תחזיר את מחצית ההלוואה בתמורה לחצי מגרש, הרי שהיא לא חפצה במגרש, הרי שיש להשאיר את המגרש לבעל, וכמו כן על הבעל להחזיר את ההלוואה שעל שמו.

### מסקנה

נמצא א"כ לסיכום, יש לבעל נאמנות בקיום ההלוואה על יסוד הפה שאסר, ונאמנות זו משתמרת לכל אורך דברינו, ולא מצאנו להטיל ספק ביסוד זה של נאמנות. ולפי"ז, נטל הראיה הוא על האישה לשעבר, והיא זו שצריכה להוכיח שהלוואה זו מפוברקת ואין כזו הלוואה, וכל עוד ואין הוכחה כזאת – הרי שטענת הבעל שתיפרע מחצית מההלוואה תמורת מחצית המגרש שרירה וקיימת.

כך הוא אף לפי החוק, ועל כן יש לאזן את המגרש מול ההלוואה. הבעל ישא בתשלום ההלוואה, ולא רובצת עליו החובה להביא לאישה מחצית מהמגרש, אלא המגרש של הבעל בלבד.

סוגיא רכושית זו הינה אחרונה בתיק זה, על כן התיק יסגר לאלתר.

**הרב אברהם הרוש – דיין**

מצטרפים למסקנות.

**הרב אליהו אריאל אדרי – אב"ד      הרב אבידן משה שפנייר – דיין**

פסה"ד מותר לפרסום לאחר השמטת פרטי הזיהוי של הצדדים.

ניתן ביום י"א בניסן התשפ"ב (12/04/2022).

**הרב אליהו אריאל אדרי – אב"ד      הרב אבידן משה שפנייר      הרב אברהם הרוש**

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה