

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 756627/24

### בבית הדין הרבני האזורי ירושלים

לפני כבוד הדיינים:

הרב מרדכי רלב"ג – ראב"ד, הרב יקותיאל כהן, הרב חיים ו' וידאל

התובע: פלוני

נגד

הנתבעת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד טו"ר יסכה מזרחי)

הנדון: תביעת האיש להחזר כסף שניתן לצורך מדור הילדים לאחר שהילדים עברו אליו

### פסק דין

#### רקע ועובדות

בפני ביה"ד עומדת תביעת האיש כנגד האישה להשבת סך של 100,000 ₪ צמוד למדד, בגין הפרת הסכם הגירושין שנחתם ביניהם, וכפי שפורט בפרוטוקול הדיון בו הייתה התייחסות לגבי השתתפות התובע ברכישת דירה לאישה בכפוף לכך שדירת האישה תשמש כמדור לילדים המשותפים של הצדדים.

בהחלטת ביה"ד מתאריך י"א בכסלו תש"פ (9/12/19) הוחלט בסעיף הראשון כדלהלן:

תביעה להשבת כספי מדור: תביעת האיש כנגד האישה להשבת סך של 100,000 בערך של היום, וזאת לאור הסכם הגירושין והפרוטוקול המצורף של אותו יום שאושר הסכם הגירושין מתאריך 11/08/2011 בו נאמר בשורה 11-12 שהשתתפות האיש ברכישת הדירה תהווה תשלום עבור מדור לילדים. בנוסף, המבקש הציג לביה"ד בקשה מוסכמת לביה"ד שהודתה האישה שהוגשה בהסכמתה בו מוכח כי האיש השתתף ברכישת דירה עבור מדור הילדים שבמשמורת האם עד הגיע אחרון הילדים לגיל 18.

טענת האישה היא, שהליך מכירת הדירה ב[מ'] ורכישת הדירה ב[כ'] הייתה על דעת שני הצדדים ובסיוע של האיש הן ברכישת הדירה והן בעריכת חוזה הרכישה, ומצידה הייתה מוכנה ועדיין מוכנה שהילדים יתגוררו עמה אלא שהאב גורם ניכור בינה לבין הילדים ומונע זאת, בנוסף, טוענת האישה כי היא השיבה לאיש ערך של 100,000 ₪ בתקופה ששכרה דירה ב[ר'] וחתמה על חוזה בנוכחות האיש ובסיועו, ורכשה ריהוט לצורך מגורי הצדדים וילדיהם בדירה, וסך העלות הנ"ל היא כ-100,000 ₪, לפיכך יש לדחות את תביעתו.

הוסכם על הצדדים כי ביה"ד יפסוק בתביעה על פי החומר שבתיק.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

דיון והכרעה

נימוקי הרב יקותיאל כהן

לאחר שמיעת דברי הצדדים והעיון בחומר שבתיק, ביה"ד פוסק על פטור הנתבעת מתשלום תביעת התובע מהטעמים דלהלן:

א. משמעות הסעיף שבהסכם הוא שהאישה תעמיד "מדור שקט וראוי לילדים שבמשמורתה", ובכך שעד היום האישה מעמידה מקום בדירתה לילדים בעל עת שיחפצו להתארח אצלה היא מקיימת את התנאי, וראיה לכך שמספיק העמדת אפשרות מגורים לילדים מצידה הוא מהמילים של "מדור שקט" כלומר מתן אפשרות שתאפשר את מגורי הילדים. הילדים אינם גרים אצלה מסיבות שלהם, שהעיקרית שבהם הוא המרחק ממרכז חייהם אליו הורגלו וכן ממקום הלימודים, או מסיבות אחרות אפשריות, כגון הנטען על ידי האם בגין הסתת האב. ודי בכך שיתעורר ספק לגבי פרשנות סעיף זה שבהסכם שהרי האישה מוחזקת ויד בעל השטר על התחטונה.

ב. התובע עצמו היה שותף במעשיו למגוריה המרוחקים של האישה בצפון הארץ. בשלב מסוים הוא התלווה לאישה לרכישת הדירה ב[כ']. והסיבה שחלק מהילדים עברו מהאם אליו היא המרחק, לפיכך התובע הראה במעשיו שאינו ממשיך ודורש את התנאי שהציב לאישה בזמן הגירושין שהוא מדור הילדים. והאישה מצידה המשיכה לקיים אפשרות מתן מדור לילדים בדירתה בצפון הארץ, מדור שקט וראוי לילדים.  
כך הודה האיש בשורה 41 לפרוטוקול:

הילדה הילה עברה אליי כי מרכז החיים שלה בירושלים.

ואילו דברי האישה נאמרו בשורה 118 לפרוטוקול:

הבית שלי פתוח בשבילם הם מוזמנים לבוא לגור אצלי.

ג. מתוך שהתובע עשה השוואה בין הבנים לבנות, הדבר מלמד שהמגמה הייתה רק שתעמיד האישה את הדירה. כך נאמר בשורות 60-61:

האיש: יש יציאות לשבתות (לבנים) אליי ואליה. נרכשה דירת ארבעה חדרים מתוך ידיעה שיש חדר אחד לבנות וחדר אחד לבנים.

התקיים דו שיח בין האב לביה"ד שבו האב עמד בחזקה על עמדתו שהעיקר שהאישה תעמיד את האפשרות לבנים אם יצאו מהפנימייה שיוכלו לבוא אליה. וכך נאמר בשורות 62-69:

ביה"ד: זה אתה אומר. בתסקיר כתוב מפורש שאין המלצה מה יהיה עם הבנים אחרי שיצאו מהפנימייה. כתוב בתסקיר שלאחר שיצאו צריך לבדוק מחדש את משמורתם.

האיש: אני רציתי שיהיה להם מקום שיצאו.

ביה"ד: זה פרשנות שלך. אתה כתבתה שאתה נותן לה 100,000 ₪ לילדים אשר במשמורת האם.

האיש: גם הבנים במשמורת האם.

ביה"ד: זה משמורת משותפת לא משמורת האם.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

האיש: זו הייתה הכוונה, היא לא אמרה שהיא לא רוצה אותם ידעתם שהם חוזרים מהפנימייה, כתוב בהסכם שהדירה שתירכש שלשה או ארבעה חדרים.

העולה מדבריו ובמיוחד מסופן שהאיש מודה שזאת הייתה "הכוונה", להעמיד אפשרות מדור לילדים כשירצו לבוא לאם, וזאת אכן היא מקיימת גם כיום.

וכן יש להוכיח גם מתסקיר שירותי הרווחה מתאריך 2 ליוני 2011 בסעיף 2:

משמורת שני הבנים [א'] ו[ב'] תהיה משותפת לשני ההורים כל עוד נמצאים בפנימייה טיפולית ותחת צו של בית משפט לנוער, והיה ויצאו הבנים מהפנימייה לדעתנו יש לבדוק מחדש את ההמלצה על משמורתם.

אם כן בכלל לא היה ברור היכן תהיה משמורתם לאחר שיצאו מהפנימייה, ואולי בכלל לא תינתן לאם, ושמא הילדים לא ירצו לבוא לאם בבגרותם אחרי הפנימייה, ולמרות זאת כל מה שרצה האב הוא שתהיה אפשרות של העמדה מצד האם אם ייווצר מצב עתידי שיאפשר זאת. מכאן למדנו, מצד השוואה זו שעשה האב בין הבנים לבנות, שהתנאי הוא רק אפשרות העמדת הדירה למי מהילדים שירצו או יוכלו מצד עצמם להימצא אצל האם, ואינו תלוי במגוריהם בפועל.

יש לציין שכל זמן שהבנות רצו לגור אצל אימם אכן האם אפשרה להם זאת במשך שנים. הילדים עברו להתגורר אצל האב רק לאחרונה.

אי לכך מכל האמור לעיל עולה שהאם קיימה ומקיימת את הבנת ההסכם בכך שמעמידה את דירתה למגורי הילדים למי שרוצה בכך. ואף אילו היה ספק בכך הרי האישה היא המוחזקת.

בשולי הנימוקים דלעיל יש להוסיף ולציין שיש רגלים לדבר לטענת האם שהאב גרם לניכור בינה לבין הילדים, שהרי אין לנו הסבר אחר "לתופעה" שהאם ויתרה על "אלפי שקלים" של חיובי מזונות לתקופות שחלק מהילדים היו אצלה, פעולה תמוהה וויתור לקבל כסף המגיע לה בצדק לצורך הילדים שמתגוררים אצלה, ואף שהיה פס"ד שחייב את האב במזונות אותם ילדים. אלא ההסבר המתקבל הוא, כמו שטענה האישה שהאב היה מטיף כל הזמן לבנות שהאימא אוכלת את הכסף שאני משלם עבורכן, עד שהאם הפנימה שמשתלם לה לוותר על כסף המזונות כדי להוריד ממנו את השוט שהוא מפעיל כנגדה להרחקת הילדים ממנה. ואם כן לא רק שגרם להשיל ממנה את כספה – כסף מזונות הילדים, האם עכשיו יינתן לו גם החלק בדירה שלפי ההסכם הוא עבור מדור הילדים, שאותם הוא זה שפעל להרחקתם ממנה.

האם זוהי רוח ההסכם שאם הוא יפעל להרחקתם הוא יקבל את הכסף למדור שנתן לה באופן הנראה תמים מתחילתו? הרי כל מטרת הסכם תמיד באה לאופן שיאפשר לשני הצדדים את קיומו. וכי יצא חוטא נשכר?

יש לציין שמבחינה ממונית בכל ספק שיש בשטר האישה מוחזקת. ובוודאי במקרה זה לא הצליח התובע להוכיח ולהביא ראיה שהאישה הפרה את הסכם הגירושין.

בנוסף, יש לציין שאף אם הייתה מתקבלת עמדתו של הבעל בתביעתו כנגד האישה להשבת סך של 100,000 ₪, הרי שהיה צריך להפחית מסך זה את הסך שטוענת האישה שהשיבה לאיש כפי ערך של תביעתו בדמי שכירות ששכרה דירה, בתקופה ששכרה דירה ברמת שרת וחתמה על החוזה בנוכחותו ובסיועו, וכן רכשה ריהוט לצורך מגוריהם המשותפים שהרי באותה תקופה

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

חשבו להתגורר ביחד באותה דירה שכורה. סך ההוצאות הנ"ל היו שווים לטענת האישה לסך של כ-100,000 ₪.

לאור הנ"ל פוסק בית הדין כי תביעת התובע כנגד האישה להשיב לו סך של 100,000 ₪ נדחית.

### הרב יקותיאל כהן - דיין

#### נימוקי הרב חיים וידאל

ראיתי את מה שכתב הדיין הגאון רבי יקותיאל כהן שליט"א. אני מסכים לדעתו בהתאם להבאת המקורות הבאים.

#### רקע

מוקד הדיון נסוב על סעיף בהסכם הגירושין בו נכתב שהאיש נותן 100,000 ₪ לרכישת דירה על שמה של האישה לצורך "מדור שקט עבור הילדים".

הרקע לתביעת האב, מפורט בפרוטוקול הדיון מתאריך י"א בכסלו תש"פ 9/12/2019. האב נתן סך של 100,000 ₪ לאישה כתוספת לסכום שהאישה השקיעה ברכישת דירה ב[מ']. תוספת זו נועדה לתת מענה למדור הילדים שהיו אמורים להיות במשמורתה. לימים האישה מכרה את הדירה כדי לקנות דירה ב[כ'], וזה היה בשיתוף פעולה ובתיאום עם האיש, כי בתקופה ההיא הצדדים ניסו לחזור לחיות יחד. משהחליטה האישה שלא להמשיך בחידוש הקשר עמו, היא מסרה את משמורת הילדים לאב. הילדים עזבו את בית האם בשלבים, ולפני כחצי שנה עזבה הילדה האחרונה את בית האם לבית האב. כעת תובע האיש את החזר הסך הנ"ל שמלכתחילה ניתן עבור מדור הילדים, והואיל וכיום הילדים אינם מתגוררים אצלה והם גם אינם בקשר עמה, שורת הדין שהיא תחזיר לו את הסך הנ"ל.

לדברי האם, גם כיום, למרות שהאישה העבירה את משמורת כל הילדים לידי האב, אין היא מתכחשת אליהם. לדבריה, היא לא יכלה לסבול את הטענות והמענות של ילדיה מחמת ניכור האב, ועל כן גמרה אומר בשלב זה, להתחיל דף חדש ולהינשא לאדם אחר, ולשם כך כאמור היא מסרה את המשמורת עליהם לאביהם בהסכמת האב. גם כיום היא מוכנה לקלוט את הילדים, לא בתור המשמורת שלהם אלא בתור אימם שהיא עודנה אוהבת אותם מאד. היא מצהירה שהילדים יכולים עדיין לבוא ולבקר אותה בכל עת, ואין היא מונעת אותם מכך. האם בבקשותיה האחרונות מציינת כי אחת הבנות המגיעה אליה לביקורים ליום יומיים שלא בידעת האב, וכן היא בקשר עם ילדים נוספים. כלפי טענה זו משיב האב כי האם הזניחה את הילדים ולכן הם עזבו אותה.

#### כיצד יש להגדיר את הסכמת הצדדים בעניין "מדור שקט"

עובדות אלו מובילים אותנו לבירור האם בנסיבות אלו הסעיף הזה עדיין מתקיים, זאת אומרת האם גם במצב כיום שהילדים אינם באים לבקר את האם, האם מתקיים "מדור שקט" עבורם, שכן מצידה היא מוכנה לקלוט אותם לביקורים, או שמא כיון שבפועל אין הילדים באים לבקר אותה, הרי שאין זה בכלל מדור שקט. על הצד שסעיף זה עדיין מתקיים, אין בידי האב להוציא ממנה כספים בחזרה. אבל יש מקום לספק שסעיף זה אינו מתקיים, כי בנסיבות אלה אין זה נחשב שלילדים יש מדור שקט וכנ"ל.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

תחילה יש צורך להגדיר היטב את מהות ההסכם בעניין הסך הנ"ל שניתן לצורך מדור שקט. ולאחר מכן לדרון אם הסעיף ל"מדור שקט" מתקיים.

### האם הסכמת הצדדים נדונה כהתקשרות בין הצדדים שאין הצדדים יכולים לחזור בהם

יש להסתפק האם מכח הסכם זה, נוצרה בין הצדדים התקשרות שאין ביכולתם לחזור ממנה. נקדים ונאמר כי אף שהסכם זה אושר בביה"ד בקבלת קניין, יחד עם זאת יש לדרון האם הקניין יוצר תוקף להסכם שאין חזרה ממנו, או שמא ההסכם אינו מחייב את שני הצדדים בשווה. בכדי לבסס עניין זה, יש לומר שתמורת הסך הנ"ל, האיש שכר את שירותי האישה לתת מדור עבור ילדיו. וזה יכול להתפרש בשני פנים: הא' - מדין שכירות פועלים, דהיינו שהאיש שכר את האישה שתעמיד מדור עבור הילדים, הב' - האיש שכר מקום בדירת האישה במטרה שהילדים ידורו אצלה.

אם כנים אנו בזה הרי שאין באפשרות צד מן הצדדים לחזור בו מההסכם, וזאת בדומה לשכירות פועלים ושכירות בתים שאין חזרה לאחר קבלת כסף וקניין (ואף שפועל חוזר בו באמצע היום, שאני הכא שהאישה היא כקבלן - כי אינה שכורה לשעות). ונמצא שמה שהוסכם ע"י הצדדים שהמשמורת של הילדים תועבר לאב, זוהי הסכמה חדשה, דהיינו שהאב ויתר על זכותו לקבלת שירותי האישה בהמצאת המדור לילדים.

אך זאת יש לברר, מדוע הסכים האב לקבל את המשמורת על הילדים, מבלי לתבוע את החזר הסך הנ"ל מיידית. האב מסביר זאת, שהילדים עזבו את בית האם בשלבים, ובמקביל הצדדים התקרבו זה אל זה במטרה לחזור חזרה ולחיות יחד. הם אף תכננו לקנות דירה ב[כ'] ולחיות שם יחד. אך משהחליטה האישה להפסיק את חידוש הקשר, או אז החל האיש לתבוע את כספיו בחזרה.

אכן יש לדחות את כל הנ"ל, כי מלבד האזכור ל"מדור שקט", לא התפרש בהסכם מחויבות כלשהי של הצדדים מדין שכירות וכנ"ל, אשר על כן לחלופין ניתן גם להגדיר את ההסכם, ככספים שניתנו ע"י האישה למטרת מדור שקט של הילדים, כאשר כספים אלו הם בגדר כספי פקדון אצל האישה, שניתנו מראש לקיים את חיובו של האיש במדור הילדים ושעליה להשתמש בהם לצורך יעוד זה בלבד. נמצא לפי זה, שהמחויבות של האישה בהסכם היא רק לעניין שהיא לא תמעל ביעוד של הכספים, בשעה שאם נגדיר את מחויבותה מדין שכירות, הרי שעליה לקיים את המדור ב"קום עשה".

### הסכמת הצדדים נדונה כ"מתנה" של האיש על "תנאי"

בדיון האיש הגדיר את נתינת הכספים בצורה של מתנה על תנאי. האיש טען שנתנת הכספים על ידו ע"ס 100,000 ₪ הייתה כמתנה על תנאי, וכל עוד הילדים אינם נמצאים אצלה, הרי שהתנאי לא התקיים ועליה להשיב את הכספים. בהמשך להגדרה זו, נחלקו הצדדים, לפי האיש - האישה אשמה שהיא הזניחה את הילדים, וכיון שהיא לא קיימה את התנאי למתנה, עליה להשיב את הכספים, ולטענת האישה היא מקיימת את התנאי כיון שהילדים עזבו אותה מחמת ניכור ההורי שבא להם מצד האב.

אם כנים אנו בזה, הרי שאין כאן התקשרות שמחייבת את שני הצדדים בשווה - שלא לחזור בהם מההסכם. לכל היותר רק האיש מחויב לתת את המתנה, וזאת על הצד שהתנאי שהציב מתקיים. לעומתו, לפי דרך זו, האישה אינה מחויבת שלא לחזור בה, אלא שלטענת האיש, כיון שהתנאי לא קיים, עליה להשיב את הכספים שניתנו רק על התנאי שהאישה תקיים את ההסכם.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

יצוין כי גם לדרך זו, בהסכם אין אזכור שעל האישה מוטלת איזו חובה ב"קום עשה" שמהווה קיום התנאי ב"מדור השקט". ולפי דרך זו, אנו הרי דנים שכוונת ההסכם היא שלאישה חלק מהותי בקיום ההסכם, ואם יתברר שהיא אחראית לעזיבת הילדים מביתה, הרי זה כמי שלא קיימה את התנאי המוטל עליה.

שוב ניתן לומר לאור זאת, די ש להגדיר את ההסכם בדרך אחרת קצת, והוא שיש כאן מעשה וגם תנאי, דהיינו שהמעשה הוא נתינת הכספים מצד האיש, והתנאי אינו מטיל על האישה חובה ב"קום ועשה" אלא שהתנאי דבר שמתקיים ממילא (כגון שהתנה שירדו גשמים). וה"נ בנדון דידן המדור השקט מתקיים ממילא – כאשר הילדים גרים אצל אימם בפועל, וכאשר אין הילדים גרים שם אין התנאי מתקיים. ואולם אין זה מוכרח ועדיין ניתן לפרש את ההסכם שהתנאי הוא ב"קום עשה" ועל האישה להעמיד את המדור (כמו לפי הדרך הראשונה), ויתכן שזה יתקיים גם אם הילדים אינם גרים אצל אימם בפועל.

והנה לצד שנתינת הכספים ע"י האיש לא ניתנו בתור מתנה על תנאי (כיון שבהסכם לא נכתב שמוטל על האישה לקיים איזה דבר ב"קום עשה" וכנ"ל), אלא בתמורה לנתינת הכספים ע"ס 100,000 ₪ מצד האיש, על האישה להעמיד מדור שקט עבור הילדים. וכפי שהוסבר לעיל, ניתן לומר שההסכם הוא בעצם הסכם התקשרות הדדית שמחייב גם את האישה לעמוד בהסכם מדין שכירות פועלים ו/או שכירות בתים וכנ"ל בדרך הראשונה. וגם י"ל שאין כאן הסכם שכירות אלא שהכספים ניתנו כפיקדון אצל האישה למטרת מדור שקט.

לפי דרך זו, האישה יכולה לטעון כי אף אם בפועל הילדים לא מגיעים לדור עמה, מ"מ יעוד הכספים השיג את מטרתו, וגם האישה נחשבת כמי שקיימה את המוטל עליה כיון שהיא לא חוסמת את הילדים מלהגיע אליה. אולם האיש יוכל להתלות בכך, שכוונת ההסכם אינו תלוי רק במוכנותה לקבל את הילדים, אלא בכך שהילדים נמצאים אצלה בפועל, וכל עוד דבר זה אינו קורה, אף אם אין זה באשמתה, מ"מ מטרת נתינת הכספים מצד האיש לא התקיימה באופן זה ועליה להשיב את הכספים.

נבהיר כי לאידך גיסא, על הצד שיתברר שהאישה גרמה בהתנהלותה לעזיבת הילדים, הרי זה סותר את פשטות ההסכם, אך יש לדון אם התנהלות זו מהווה סיבה מספקת להחזרת הכספים, או שמא כל עוד עוד האישה מעמידה את החלק הטכני למדור הילדים, בזה קיימה את חלקה בהסכם, ואילו התנהלותה עם הילדים מעבר לכך אינה נוגעת לעצם לקיום ההסכם. אכן י"ל שבכלל הסך שהאב נתן הוא עבור דמי טיפול וזהו בכלל קיום מדור שקט.

להלן נברר מהיכן ניתן למצוא מקורות לכל הדרכים הנ"ל, מהי הכרעת ההלכה לפי כל אחת מדרכים אלו, ומה הדין כאשר יש לביה"ד ספק אם התנאי או מטרת הכסף לא התקיימו.

### אי קיום התנאי בסיבת אונס שלא נגרם בסיבתו

הנה על הצד שההסכם בין הצדדים מוגדר כמתנה על תנאי, יש לדמות למקרה המדובר במשנה בגיטין ע"ב.

מתני'. הרי זה גיטיך ע"מ שתשמישי את אבא, על מנת שתניקי את בני, כמה היא מניקתו? שתי שנים, רבי יהודה אומר: שמנה עשר חדש, מת הבן או שמת האב - הרי זה גט. הרי זה גיטיך ע"מ שתשמישי את אבא שתי שנים, ע"מ שתניקי את בני שתי שנים, מת הבן, או שאמר האב אי אפשי שתשמישי, שלא בהקפדה - אינו גט, רבן שמעון בן גמליאל אומר: כזה גט. כלל אמר רבן שמעון בן גמליאל: כל עכבה שאינה הימנה - הרי זה גט.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

ברישא שלא קצב זמן להנקה בנו ולשימוש אביו, כשמת הבן או האב, לכו"ע נתקיים התנאי והגט גט. אבל בסיפא כשקצב זמן להנקה בנו או לשימוש אביו, ומת הבן ואביו אינו רוצה שתשמשנו, לדעת חכמים אין זה קיום התנאי, והגט אינו גט, ואילו לפי רשב"ג זה נחשב לקיום התנאי והגט גט.

והנה בנדון דידן האב לא קצב זמן למדור, אך הדבר ברור שההסכם בא לעולם כדי שהאב יעמוד בחיובו לתת מדור לילדים. וידוע שחיוב מדור הוא רק עד הגיע הילדים לגיל 18. נמצא שנדון דידן דומה יותר למקרה של הסיפא בו נחלקו חכמים ורשב"ג, וכאשר התנאי לא מתקיים שלא בסיבת האם, בזה גופא נחלקו חכמים ורשב"ג האם להחשיב דבר זה כתנאי שלא התקיים.

והנה להלכה נחלקו הראשונים כמי לפסוק. לדעת הרמב"ם והרי"ף וכ"פ והשו"ע אהע"ז סימן קמ"ג ס"ח הלכה כחכמים. ואילו הרא"ש שם הביא בשם ר"ת ור"י שהלכה כרשב"ג (הרא"ש עצמו נקט שהלכה כרבנן), וכן הביא שם הרמ"א בשם י"א, וסיים שיש להחמיר מספק.

### חידושו של המשכנות יעקב

והנה גבי תנאי כיו"ב בממון, כתב בשו"ת משכנות יעקב (להגאון רבי יעקב ברוכין מקארלין) סימן ס"ד (הובא בפת"ש חו"מ סימן רנג סקט"ו), לכו"ע כל שאין העכבה ממנה זכתה בממון. המקרה שנשאל בו מתואר בזה"ל:

אודות אישה שנשאת לבעל ובעת נשואיה הכניסה לו בית של אמה בסך נדוניא, ולה בת, והתחייב הבעל להשיאה כדרך בנות ישראל, וילדה עם בעלה עוד ב' בנות, ואחר כמה שנים נפטר הבעל, ונתפשרה האלמנה אז ע"פ ב"ד עם יורשי הבעל עבור כתובתה שהיה לה על ת"ק זהובים, וגם התחייבות המנוח על בתה שמבעלה הראשון, וגם עבור מזונות הבנות שעם המנוח הנ"ל, והחליטו לה היוורשים את הבית הנ"ל לחלוטין ובתנאי שהיא התחייבה בקניין גמור אגב סודר להחזיק הבנות הקטנות לזונן ולפרנסן עד שיגיעו לפרקן, וגם להשיאן בנדוניא כפי שתתן לבתה שמבעלה הראשון, ושם לא תקיים כן אין לה זכות בבית הנ"ל רק לבנות הנ"ל ובאי כוחן כמבואר בכתב פשר ע"פ ב"ד, ועתה מתה אחת מהבנות קודם הגיעה לפרק נישואין, ותובעין היוורשין את האלמנה לבטל קניין שלה.

בחלק האחרון של התשובה מאריך המשכנות יעקב להוכיח שהאלמנה זכתה בממון ודימה זאת למחלוקת חכמים ורשב"ג שנחלקו במקרה שאין העכבה ממנה אם זה נחשב כביטול התנאי. אך המשכנות יעקב מסיק שבהתחייבות ממונית כבנדון דידן, לכו"ע כשאין העכבה ממנה אין זה ביטול התנאי. ראייתו של המשכנות יעקב שלא נחלקו בתנאי שבממון, היא מסתירת פסקי השו"ע ויישוב הסתירה כמו שיבואר להלן.

במסקנתו מסכם המשכנות יעקב בזה"ל:

והטענה הב' שהאלמנה לא קיימה התנאי, ג"כ לאו כלום הוא כיון שאין העכבה ממנה, ודין זה מתבאר מתוך סוגיא פרק מי שאחזו [גיטין ע"ה ע"ב] דאיפלגו רבנן ורבן שמעון בן גמליאל גבי הרי זה גיטך על מנת שתניקי בני שתי שנים שתשמשי את אבא שתי שנים, מת האב או הבן כו' [עיין באה"ע סימן קמ"ג סעיף ח'], ולא מיבעיא לשיטת התוס' [שם ד"ה כלל] שפסקו אף בגיטין כרבן שמעון בן גמליאל דמת הבן או האב הוי גט משום דעכבה אינה הימנה ואמרינן להרוחה קא מכוין והא לא אצטריך, ואם בגיטין כן, כ"ש בממון דודאי רק להרוחה קא מכוין כו', אלא דאף לדעת הפוסקים גבי גיטין



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

כרבנן דלא הוי גט, היינו דוקא גבי גיטין משום דלצעורה קא מכוין, אבל בממון מודו רבנן דכל היכא דלא אצטריך א"צ קיום התנאי בפועל כו'.

כאמור, הפת"ש שם הביא מדברי המשכנ"י:

והאריך בזה הרבה והביא ראיות לדבריו מדברי המרדכי פרק מי שאחזו [שם סי' תל"א] שהביא תשובת מהר"ם, על אחד שנתן כל נכסיו לבנו ע"מ שיתן לד' בנותיו כך וכך מעות ונפטרה אחת כו' שהובא בקצרה לעיל סימן רמ"ז סעיף ג' בהגה, ומדברי תשובת הרשב"א [ח"ו סי' רכ"ד] שהובא בב"י סימן של"ה [סעיף ג'] על אחד ששכרוהו לשרת בכל הדרך ומת השוכר בחצי הדרך כו' שהובא גם כן בסמ"ע [סק"ז] ובש"ך [סק"ו] שם, ומסיים דהדין דין אמת ואין לפקפק בו כלל, ע"ש.

הנה המשכנות יעקב כתב כאן בקצרה כי בממון כה"ג שהתנאי לא קיים בפועל, גם לפי רבנן אין זה מעכב את המעשה. יסוד דברי המשכנ"י הובאו בחלק הראשון של תשובתו, וכדי לעמוד עליהם יש להקדים במקורות שהובאו שם.

### האם אונס "כמאן דעבד"

הנה על המשנה בגיטין שם הובא בירושלמי (גיטין פ"ז ה"ו) שנחלקו ר"י ור"ל במקרה שקידש אישה ע"מ שיגיע למקום פלוני וביום פלוני הוא יכנוס אותה. אך הוא התעכב בסיבת אונס שאין העכבה בסיבתו, האם היא מקודשת או לא, וז"ל:

"אמר רבי אבהו בשם רבי יוחנן סדר סימפון כך הוא אנא פלן בר פלן מקדש לך אנא פלנית בת פלן ע"מ ליתן לך מיקמת פלן ומנכסיך ליום פלן דאין אתא יום פלן ולא כנסתיך לא יהוי לי עליך כלום. אירע לו אונס ר' יוחנן אמר אונסא כמאן דלא עבד. ריש לקיש אמר אונסא כמאן דעבד."

לדעת ר"י אינה מקודשת כיון ש"אונס כמאן דלא עבד", ולדעת ר"ל היא מקודשת כיון ש"אונס כמאן דעבד".

בהמשך שם מובא שדעתו של ר"ל שאונס כמאן דעבד - תואמת את דעתו של רשב"ג במשנה, ואילו דעתו של ר"י תואמת את דעתם של רבנן, וז"ל:

"אשכחת אמר רבי יוחנן ורבי בא לא סברין כרבן שמעון בן גמליאל. ר"ל ורב נחמן בר יעקב סברין כרשב"ג. חתכה דדה כמי שעכבה. נחתך דדה כמי שלא עיכבה."

דברי הירושלמי אלו חזרו ונשנו גם בקידושין והובאו בדברי הר"ן פ"ג קידושין (דף כה מדפי הרי"ף) וכן הובא בחידושי הרשב"א בגיטין שם, כמבואר כל זה בדברי הש"ך בחו"מ סימן כ"א סק"ג.

והנה לא מצינו בבבלי בגיטין שם, שתלו את מחלוקת ר"י ור"ל במחלוקת של התנאים במשנה – רבנן ורשב"ג. וגם ידוע שהלכה כר"י שאונס לאו כמאן דעבד כמבואר בר"ן ובש"ך שם, ובשלמא לשיטת הרי"ף הרמב"ם והשו"ע בסימן קמ"ג שפסקו כחכמים, הרי זה תואם את ההלכה שהלכה כר"י שאונס לאו כמאן דעבד. אבל לשיטת ר"ת והרא"ש שם ולזה חשש הרמ"א שהלכה כרשב"ג, הרי אין זה תואם שההלכה היא כר"י שאונס לאו כמאן דעבד.

יתרה מזו מצינו שפסק השו"ע בחו"מ סימן רמ"א ס"ח, וז"ל:

נתן שור לחבירו על מנת להחזירו בתוך ל' יום, ומת בתוך הזמן, פטור מלשלם.



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

וראה בכ"י שם שהביא שזוהי שיטת הרשב"ם שעל אף שמצד הלכות התנאי עליו להחזיר, וכיון שמת השור אין ביכולתו להחזיר, עכ"ז פטור הוא על האונס כיון שדינו רק כש"ח, וזהו דלא כשיטת הרא"ש בפרק לולב הגזול סימן ל שכתב שכיון שלא התקיים התנאי הרי הוא כמשתמש שלא ברשות והו"ל גזלן למפרע וחייב באונסין, עיי"ש.

מצד שני השו"ע בהלכות לולב סימן תרנח סעיף ד פסק שבנתן לולב במתנה ע"מ להחזיר ונאנס מידו, דלא יצא יד"ח, וז"ל:

נתנו לו על מנת להחזירו, הרי זה יוצא בו ידי חובתו ומחזירו, שמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה; ואם לא החזירו, לא יצא אפילו נתן לו את דמיו, ואפילו נאנס מידו.

ולכאורה זה סותר את מה שפסק בחו"מ שאינו חייב לשלם על השור כשנאנס. אולם החילוק פשוט כמו שהעלה המ"ב שם סקט"ו, וז"ל:

"ואפילו נאנס מידו - ואף על גב דלדעת המחבר בח"מ סימן רמ"א במתנה ע"מ להחזיר ונאנס פטור מתשלומין היינו משום דאין עליו דין שומר שהרי בתורת מתנה באה לידו אבל עכ"פ התנאי לא נתקיים ואינו אלא כפקדון בידו ולהכי לא יצא בענייננו".

ולפ"ז הכל בא על מקומו, דלכאורה השו"ע הוא לשיטתו שפסק כרבנן גבי תנאי בגיטין שהתנה שתשמש את האב או שתניק את בנו שנתיים, ומת האב או הבן, דלפי רבנן אין זה קיום התנאי על אף שהיה אונס שאינו מחמתה, מ"מ התנאי לא התקיים, וכיון שאונס לאו כמאן דעבד וכנ"ל, אין הגט גט. אבל הרי הר"ת והר"י שהובאו שם ברא"ש וכן הרמ"א חששו לדעת רשב"ג. והנה בפשטות י"ל שמה שחששו לדעת רשב"ג הוא רק לחומרא וכן משמע שהיא שיטת הרמ"א שם באהע"ז שכתב שו"ל להחמיר, ולכן גבי לולב מספק לא יצא כי הוי ספקו מהתורה אם נתקיים התנאי.

המבואר עד כה שלפי דרכו של הירושלמי, מחלוקת רבנן ורשב"ג גבי אונס בקיום התנאי כשאין העכבה ממנה, מ"מ התנאי לא התקיים ואונס לאו כמאן דעבד או שמא אונס כמאן דעבד. ועקרונתית, מחלוקת זו תקפה גם גבי ממונות, שהרי ראינו שכך פסק השו"ע גבי לולב שנתן במתנה ע"מ להחזיר ונאנס שאין העכבה ממנו, מ"מ לא התקיים התנאי ולא יצא יד"ח וזה תואם את שיטת רבנן, ואפילו לשיטתו שפסקו כרשב"ג אין זה מעיקר הדין רק מספק, ולכן נקטינן לחומרא וגבי גט חוששין לגט, וגבי לולב לא יצא יד"ח מספק [ואה"נ לפי רשב"ג עצמו ומי שיפסוק כמוהו מעיקר הדין, גם גבי לולב יצא יד"ח אף אם נאנס, אבל לא מצינו מפורש מי שיפסוק כן].

### במקום שהתנאי לא בא לצעורה והיה אונס - כשאין העכבה ממנה לכ"ע ה"ל כקיום התנאי

כאן בא חידושו של המשכנות יעקב, ולפי דעתו גבי ממונות אף רבנן מודו שכל עכבה שאינה ממנה, אינה מהווה ביטול התנאי. חיליה דהמשכנות יעקב הוא מזה שהבבלי לא הביא כלל לתלות את מחלוקת ר"י ור"ל גבי אונס כמאן דעבד, דהיא גופא מחלוקת רבנן ורשב"ג, ש"מ דפליג ע"ז. ולפי הבבלי עיקר טעמם של רבנן שהתנאי לא מתקיים הוא משום דסתם תנאי כזה בגט נועד לצער אותה, וכמו דאמרין שם בגיטין ע"ד ב במחלוקת רבנן ורשב"ג באומר לה ה"ז גיטיך ע"מ שתתני לי טליתי ואבדה, דלרבנן לא יועיל ליתן דמיה כיון שלצעורה הוא דמכוין, ולפ"ז גם בנדון זה שאומר לה ע"מ שתשמש את אבא שנתיים הוא מתכוין לצערה, וכל שאין עניין לומר שעשה כן לצערה, תלינן שעשה את התנאי להרווחה וכל עת שאין צורך בהרווחה,

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

כגון שמת, לכו"ע הגט גט, וזהו הטעם שברישא של המשנה שנתן גט ע"מ שתמשמש את אבא וכו' ולא קצב זמן ומת דגם לרבנן הוי גט, וה"ט כנ"ל משום דלא קצב זמן, אין לנו לתלות שהתכוון לצערה אלא רק להרווחה והרי כשמת לא איצטריך הרווחה.

גם בקצוה"ח סימן כ"א הביא את דברי הירושלמי שתלה את מחלוקת רבנן ורשב"ג במחלוקת ר"י ור"ל אם אמרינן אונס כמאן דעבד. אך מסיק שהבבלי אינו סובר כן, כי לפי הבבלי מבואר שמחלוקת רבנן ורשב"ג היא אם התכוין לצערה או רק להרווחה, וכתב הקצוה"ח משום שהבבלי קאי בשיטת ר"י שאונס לאו כמאן דעבד, ולכן יש מקום למחלוקת אם לצעורה או להרווחה כמכוין. אבל לר"ל חייבים לומר שרבנן ורשב"ג נחלקו במחלוקת ר"י ור"ל.

ומכאן מסיק המשכנות יעקב שבכל תנאי שבממון, שנועד להרווחה ולא לצעורה, שלא התקיים בסיבת אונס ואין העכבה ממנו, נחשב לקיום התנאי, ולכן במקרה דידיה שהתחייבה ליתן לבת נדוניה ומתה הבת, שכבר אין צורך בהרווחה, לכו"ע המתנה נשארת לה.

### תנאי שבא להרווחה וכעת אין צורך בהרווחה – כשאין הפסד וכשיש הפסד ממון

אולם יש להבין שהרי נתבאר שהשו"ע באור"ח סימן תרנ"ח פסק שבנותן לולב במתנה ע"מ להחזיר ונאנס אצל המקבל דלא יצא יד"ח, א"כ חזינן שבתנאי של הרווחה, על אף שהאונס אינו בסיבתו (אין העכבה ממנו), עכ"ז אין זה נחשב כקיום התנאי.

המשכנות יעקב מיישב זאת בהקדם דברי הירושלמי שם בגיטין, שמסיק במקרה שאחד שכר ספינה וכבר נתן את דמי השכירות, והנהר יבש, כך שאין ביכולת המשכיר להוליך את הספינה למקום השוכר, הדין הוא שעל המשכיר להחזיר את הדמים (ראה שם מקודם שיש דעה אחרת, אבל זו הדעה האחרונה המובאת שם והמשכנות יעקב הבין שזו מסקנות הירושלמי), וז"ל:

חד בר נש אקדם פריטין לאילפא ונגב נהרא (השוכר הקדים לשלם דמי שכירות עבור המצאת הספינה לשוכר, והנהר התייבש). אתא עובדא קומי רב נחמן בר יעקב הא אילפא אייתי נהרא (ההפסד הוא של השוכר כי אין זו בעיית המשכיר שהרי הוא מוכן להביא את ספינתו). אבא בר הונא בשם רבי אבא הוה מצלי דייגב נהרא בגין דניסב פריטוי (דעה זו חולקת על הנ"ל ולכן ס"ל שבמקרה והוא רוצה לחזור בו, שיתפלל שהנהר ייבש, וכך יוצרך המשכיר להחזיר לו מעותיו, כ"ז מפירוש הרשב"א בגיטין ע"ה ע"ב וראה במחנה אפרים שכירות סימן ד לפירוש אחר).

ושואל המשכנ"י דמשמע מהירושלמי שדין זה נכון אף לדעת ר"ל דסבר דאונס כמאן דעבד, ואמאי לא נאמר שאונס שכזה שלא תלוי בו, נחשב לקיום התנאי, ולא יצטרך המשכיר להחזיר לשוכר דמיו? ומיישב שכה"ג שלא רק שלא הרוויח, אלא שגם הפסיד מעותיו, בכה"ג לא אמרינן דאונס כמאן דעבד. לפיכך בנותן לולב במתנה ע"מ להחזיר שהנותן זקוק אף הוא לצאת בו יד"ח, כשנאנס ברשות המקבל, ולא יתאפשר לנותן לצאת בו, אין אומרים אונס כמאן דעבד, כי הרי הפסיד את ממונו לחלוטין, ואין זה עניין רק לחוסר הרווחה. אבל במקרה שנחלקו בו רבנן ורשב"ג שאין כל הפסד ממוני שנגרם לבעל - כשמת האב או הבן, ממילא כשאין בכוונת התנאי לצערה, לכו"ע אמרינן דאונס כמאן דעבד. לזה קורה משכנ"י ש"התנאי התקיים במקצתו", ובוזה כל שאין כוונה לצערה, לכו"ע אמרינן דאונס כמאן דעבד. משא"כ כשהופסד ממונו, אין זה נחשב לקיום התנאי כלל.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

### דברי המחנה אפרים הם כדברי המשכנות יעקב

והנה כיסוד דברי המשכנות יעקב נראה גם מדברי המחנה אפרים שכירות סימן ד'. המחנה"א מביא שם את דברי הרשב"א, וז"ל:

"וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשו' והביאה הב"י בסי' של"ה שהשיב על בע"ה ששכר פועל שישמשנו ומת בע"ה בחצי הזמן דנוטל הפועל כל שכרו משום דיכול לומר אנא הא קאימנא יבא ואשמשנו, דהכי שנינו שם בפרק מי שאחזו הרי זה גיטך ע"מ שתשמישי את אבא שתי שנים ומת האב הרי זה גט דיכולה לומר תן לי אביך ואשמשנו".

והקשה המחנה אפרים שאינו דומה לדברי רשב"ג, וז"ל:

"איברא דלכאורה נראה דליכא ראייה מהתם דהתם שאני משום דס"ל לרשב"ג דמעיקרא האי גברא להרוחה התנה והשתא לא צריך, מה שאין כן בשוכר פועל לעשות לו מלאכ' דליכא למימר דלהרוחה שכרו וכמ"ש התוספו' שם בפרק מי שאחזו דף ע"ד [ב] בד"ה רב[ה] [א] אמר הא לא איצטריך וא"ת דהא אמרינן בפרק האומנין שכר את הפועלים ואתא מיטרא הפסד דפועלים, ותירצו דשאני התם שאינו אלא שכיר יום שלא שכרו בע"ה אלא לדלות וכיון שלא הוצרך אינו שכירו עכ"ד וכ"כ כל המפרשים, וכבר ראיתי להמרדכי בפרק האומנין שדחה ראית הרשב"א כמ"ש".

המחנה אפרים מקשה דלכאורה אין זה נכון ללמוד מהמקרה של רשב"ג למקרה של הרשב"א, כי במקרה של רשב"ג באמת איכא למימר שהתנאי היה רק להרוחה וכאשר לא איצטריך, זה נחשב לקיום התנאי, אבל במקרה הרשב"א ששכר את הפועל שישמשנו לתקופה, והמשכיר מת, הרי הוא כבר אינו פועל שלו ואמאי יתחייב לשלם לו. והנה אם באנו להשוות ליסוד דברי המשכנ"י נאמר שהקושיא היא שהרי כשמת ואינו משמשו, הרי אם ממשיך לשלם לו, הרי כספו הולך לאיבוד והוא מופסד, ואין זה מוגדר רק שאינו צריך וכחסרון הרווחה.

המחנה אפרים מאד מתלבט איך ליישב קושיא זו. ובתחילת דבריו הביא מדברי הר"ן בקידושין שמסביר את שיטת ר"י שאונס לאו כמאן דעבד, וז"ל:

"אבל ראיתי להר"ן בפ' האומר דקידושין דמייתי האי ירושלמי וכתב דהלכה כר"י דאמר אונסא כמאן דלא עבד דמי, וכתב עוד דבקידושין דוקא הוא דקאמר ר"י הכי דאונסא כמאן דלא עבד לפי שאין האישה מתקדשת אלא מרצונה ומדעתה ואינה מסכמת לקידושיו אלא א"כ נתקיים התנאי, אבל כל שלא נתקיים אפי' באונס אינה מתרצה בקידושיו ודמי למי שנתחייב לחבירו סך מה ע"מ שיעשה לו דבר פלוני ונאנס ולא עשהו וכו' דאע"ג דאונס רחמנא פטריה מ"מ זה לא חייב עצמו אלא ע"מ שיקיים אותו דבר עכ"ל".

ולפי זה יראה דה"ה בשוכר את הפועל ע"מ שילך לירושלם או שישמשנו שתי שנים שכל שלא נתקיים אותו דבר, אין לו לפועל כלום דזה לא חייב עצמו בשכירותו אלא כשיקיים אותו דבר אבל אם לא נתקיים לא ואף על פי שאירע אונס למתחייב והמקבל יכיל למימר אנא הא קאימנא."

המבואר מדברי המחנה אפרים שלפי מה שפירש הר"ן את דברי הר"י שאונס לאו כמאן דעבד, הנוגע לענייננו הוא, שכל שחייב עצמו לחברו בתנאי שיקיים חברו איזה דבר, ונאנס חברו, אין המתחייב חייב לקיים, כי מה לו ולאונסו של זה. ולפי"ז גם בנדון הרשב"א לא היה צריך המשכיר לשלם כי לא התחייב על הצד שיקרה אונס כזה.

אבל למסקנה המחנה אפרים נותן נוסחה שמיישבת את דברי הרשב"א, וז"ל:

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

"ולפי זה איכא למימר דע"כ לא פליגי ר"י ור"ל אי אונסא כמאן דעבד דמי אי לא אלא כשנאנס המקבל ואינו יכול לקיים תנאו. אבל היכא דהמקבל יכול לקיים תנאו והנותן הוא דנאנס ה"ז דומה לדרשב"ג דאמר כל עכבה שאינה ממנה ה"ז גט, ואפי' חכמי' לא פליגי עליה אלא גבי גט דוקא משום דס"ל לצעורא קא מכוינן ובהקפדה התנה עמה אבל לגבי ממונא לא וכמ"ש הרשב"א באותה תשו"א."

המבואר מדברי המחנה אפרים שצריך לבחון אם האונס קרה לנותן או למקבל או לשניהם. כאשר האונס קרה למקבל אין הוא זכאי למה שהנותן התחייב כלפיו, וכן הדין כאשר האונס הוא לשניהם, וזה מסביר את המקרה בירושלמי ששכר ספינה ויבש הנהר שהאונס הוא לשניהם, לכן צריך להחזיר שכרו. אבל במקרה שהאונס הוא רק של הנותן, כגון במקרה של הרשב"א שמת המשכיר, לכן מגיע לפועל שכרו משלם כל שאינו מתכוון לצער אותו בתנאו, וז"ל המחנה אפרים שם:

ומעתה איכא למימר דל"ד נ"ד להיא דאילפא דאיפליגו בירוש' דהתם שניהם מזומנים לקיים התנאי ולכך ס"ל לר"א דהוי פסידא דמשכיר כי ההיא דהשוכר את הפועל להשקות שדהו ופסק נהרא דהוי פסידא דפועלים ואף על גב דקיימי פועלי' לעשות, ולא מצו לומר אנא הא קאימנא דב"ה נמי קאי ועומד לקיים התנאי דיכול לומ' הרי שדה לפניך בא והשקהו, אבל היכא דב"ה מת שאינו יכול לומר אנא הא קאימנא והפועל יכול לומר ליה אנא הא קאימנא ה"ז דומה ממש לדרשב"ג.

עוד יש לציין את מסקנת המחנה אפרים שם שכן יש לנקוט בפרט אם כבר שילם, ר"ל שכיון ששילם ללא טענות ומענות הרי זה כקבל על עצמו שלא לטעון שהתנאי לא התקיים. וזה שייך לומר גם בנדון דידן שהאיש שילם מראש את דמי המדור ללא התנאה מפורשת למקרה שהילדים יעזבו את בית אימם, הרי זה כקבל על עצמו לוותר על השבת כספים.

### בירור שיטת התוס' לפי האמור

ויש לעמוד על דברי תוס' אם הם מסכימים לסברת המחנה אפרים והמשכנ"י.

דהנה הקשו תוס' שם בגיטין ד"ה כלל אמר רשב"ג כל עכבה שאינה הימנה ה"ז גט:

הקשה ה"ר אלחנן א"כ אמאי קאמר רבא לעיל דנתינה בעל כרחו לא הויא נתינה ולא הוי גט והא עכבה אינה ממנה והלכה כרשב"ג במשנתנו ועוד מאי שנא מת האב או הבן ממחולין לך דבעי למימר דאפילו לרשב"ג אינה מגורשת וי"ל דהכא ודאי להרווחה בעלמא עשה כן וכיון שמת ולא אצטרך הוי כאילו נתקיים התנאי אבל התם שנתני לי מאתים זוז בדעתו שיקבלם ולבסוף כשאינו רוצה לקבלם לא נתקיים התנאי והא דמספקא ליה לעיל במחולין לך דלמא אפי' לרבנן הוי גט ואף על גב דהכא לא הוי גט היינו משום דהתם בעצמו מחל לה אבל הכא לא מחל לה כלום.

התוס' מקשה מדוע נתינה בע"כ אינה נתינה, הרי העכבה אינה מצד הנותן אלא מצד המקבל? ותירצו שיש לחלק בין תנאי שנועד להנאת והרווחת אביו לבין תנאי שנועד להנאת עצמו, בתנאי שנועד להרווחת אביו, מסתכלים על הצורך של אביו ברווחה, וכל שאינו צריך זה נחשב שהתנאי קוים. אבל כשהתנאי היה לצורך עצמו, הרי הוא הבעלים על הקביעה מהי הרווחתו או לחילופין הפסדו, והוא יוכל לסרב לקבל וממילא אין זו נתינה. וכל עוד לא קיבל את כספו בחזרה הרי זה הפסד ולא הוי קיום התנאי. כך ביאר התורת גיטין בהסבר דברי תוס'.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

מדברי תוס' ניתן ללמוד לכאורה שכל תנאי שנעשה להרווחת עצמו שיש בו הפסד ממון, הרי הוא הבעלים לקבוע אם זוהי טובתו או לא, ואם אין זו טובתו הרי שאין התנאי מתקיים, ואין בידי הנותן לומר הא קאימנא ואין העכבה ממני.

ולפ"ז יש מקום לחלוק על מסקנתו של המשכנות יעקב במקרה דידיה, שהרי מה שנתנו בני המת לאלמנה את הנכסים היה במטרה לפטור את אביהם מהתחייבותו הכספית בחייו להשיא את בתה בכוא העת. ויש מקום לדון זאת כדבר של הרווחת עצמו שיש בה הפסד ממון, שכה"ג גם לדעת רשב"ג לא אמרינן שהתקיים התנאי – כמו בנתינה בע"כ שלא הוי נתינה. והסברא בזה מבוארת כיון שכעת הוא יצטרך לתת כסף אחר למטרה זו, הרי שכספו הולך לאיבוד וכלפי מקרה כזה לא אמרינן שהתקיים התנאי.

### החילוק בין הרווחה שנועדה להנאת עצמו לבין הרווחה שנועדה להנות אחרים

אבל כד מעיינת שפיר ס"ל למשכנות יעקב, שדוקא בנתינה בע"כ כל הטובה מתחילה ועד סוף היא עבור המקבל, והוא רשאי לקבוע שאין זו טובתו לקבל את הכסף. אבל כאשר ההתחייבות שלו מראש הייתה כלפי הטבה ונתינת ממונו לאחרים, הגם שהוא חייב עצמו לשלם מממונו, אין זה בגדר הרווחת עצמו אלא כרווחת אחרים שבזה אמרינן כשאינו צריך, כגון שמת, דהתקיים התנאי.

ויש מקום לסייע זאת מהסיפא של המשנה שנתן את הגט בתנאי שתניק את הבן שנתיים ומת הבן, לפי רשב"ג הוי גט. ולכאורה הרי הוא מחויב לזון את בנו, וא"כ היה מקום לדון זאת כרווחת עצמו ולא רווחת אחרים כמו בנתינה בע"כ. אלא ודאי שככל האחרים ייהנו מזה הו"ל כהרווחת אחרים. אכן אינו דומה לגמרי למקרה בו ממונו הופסד וע"י כך הוצרך להוציא ממון אחר למטרה זו כנדון המשכנ"י.

ואם כנים אנו בזה, לפ"ז לא רק במקרה של המשכנות יעקב, אלא גם במקרה שאנו דנים בו, הגם שהסעיף המדובר בהסכם הגירושין בא לעולם בכדי לפטור את האב מחיוב דמי מדור כלפי ילדיו בעודם גרים אצל אימם. אבל כיון שהתבאר שמטרת הגעת הכסף אינה בשביל הנאת עצמו, אלא במטרה שילדיו ייהנו מכספו, הרי אם אמת כדברי האם שהילדים עזבו את ביתה שלא באשמתה, והיא עודנה מוכנה לקלוט אותם להסדרי ראייה, הרי יש לראות את האם כאנוסה בקיום התנאי ובכה"ג של הרווחת אחרים נתבאר שזהו בכלל קיום התנאי.

### הדין כשהאב אינו רוצה שהאישה תשמשנו, אבל האב עדיין צריך את השימוש

הנה יש לחקור בדין המשנה כאשר האב עדיין צריך שימשנו אך אינו מעוניין שהאישה תבצע זאת, האם נחשב הדבר לקיום התנאי. ויש בזה נ"מ לנדון דידן שהילדים עדיין צריכים מדור, והם אינם רוצים כעת להיות אצל אימם, והאם מוכנה לקבלם, האם זה נחשב לקיום התנאי או לא.

ויש להוכיח מדברי התוס' שגם כה"ג שהאב עדיין צריך שימשנו, אך כיון שאמר אי אפשר, נחשב כקיום התנאי, שאם נאמר שכה"ג לא נחשב כקיום התנאי, הו"ל לתוס' לתרץ את הקושיה בפשיטות, דשאני בנתינה בע"כ שהמקבל צריך את החזרת כספו, ולכן הגם שהעכבה היא ממנו, אין זו נתינה, משא"כ גבי אביו שהוא כלל לא צריך את השימוש.

מצד שני יש להוכיח מדברי הרשב"א אליבא דהב"ש שכה"ג לא נחשב כקיום התנאי. הנה על הרישא של המשנה, כשלא קצב זמן, לא נתבאר הדין כשאומר האב אי אפשר בשימוש

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

האישה. ומצינו שבמקרה זה הסתפק הרשב"א, וכתב הב"ש סימן קמ"ג סקט"ז שהספק הוא כי יתכן שהאב יחזור בו וירצה שהיא תשמש אותו שוב. ועוד כתב הב"ש שם שכל הספק הזה הוא רק לשיטת רשב"ג, אבל לשיטת רבנן פשוט דכל עוד לא קיים התנאי בפועל, אף אם האב לא היה מעונין שתשמשנו, אין זה קיום תנאי והגט בטל, עכ"ד.

והנה אם נרצה ליישב את העולה מדברי התוס' שכה"ג שעדיין צריך, דאין זה נחשב לביטול התנאי וכנ"ל, עם העולה מדברי הרשב"א שנראה ממנו להיפך – נאמר, כי דברי תוס' הם בשיטת רשב"ג, אבל לרבנן מוכח מדברי הרשב"א, שכה"ג לא נחשב לקיום התנאי.

ועוד יש להביא בעניין זה מדברי המחנה אפרים שם שדן גבי מלמד של ילד וחלה הילד, שכתב דמה שנפסק בשו"ע סימן של"ד שהוא פסידא דמלמד זה דווקא בחלה, אבל במת הילד צריך לשלם לו שכרו משלם [וראה שם בדברי הרמ"א שה"ה אם מת הילד וראה הגהות ברכת משה מה שיישב בזה ולהלן נרחיב בזה]. וה"ט שבחלה אין ברירות שאין ביכולת המלמד ללמדו, אבל במת הדבר חלוט שאין שייכות ללמד לכן מגיע לו שכרו משלם כי התברר שאין העיכוב מצד המלמד.

### הדין בנדון דידן שהילדים עדיין צריכים מדור, האם עזיבתם את בית אימם נחשב כאילו התנאי לא התקיים

והנה זה ממש דומה למקרה שלנו שיייתכן מצב שהילדים יחזרו לדור אצלה בקביעות, שהרי היא מוכנה לקבלם בכל עת, ורק הם מצידם ניתקו את הקשר עימה, וידוע שמצבים כאלו עשויים להשתנות מעת לעת. ולפ"ז לדעת הרי"ף הרמב"ם והשו"ע בסימן קמ"ג, אין זה נחשב לקיום התנאי, אף כשלא קצב זמן לשימוש או להנקה, וק"ו במקרה שלנו שכבר נתבאר שהוי כקצב זמן מצד שהוא חייב במדור הילדים עד גיל 18. וכאן לא שייכת טענת המשכנות יעקב שבממון היכא שהתכוון להרווחה ולא לצעורה, לכו"ע הו"ל כקיום התנאי אף שמחמת האונס לא התקיים התנאי בפועל. שהרי חיליה דהמשכנות יעקב הוא מהרישא שלכו"ע הוי גט, והוכיח המשכנ"י דבע"כ לומר שכיון שלא קצב זמן תו אין לומר שהתכוון לצעורה אלא רק להרווחה, ולכן הו"ל כקיום התנאי לכו"ע. אבל הרי כעת נתבאר שבמקרה זה שהאב צריך עדיין את השימוש, אלא שאינו מעוניין שהאישה תבצע זאת, לדעת רבנן אין זה נחשב לקיום התנאי, והגט אינו גט. וה"נ י"ל בנדון דידן כדנתבאר.

אבל יש לדחות זאת, כי דווקא גבי גט אין זה נחשב כקיום התנאי, כיון שבמציאות הדבר עשוי להשתנות כי שייך שהאב יחזור בו וירצה את השימוש, ונמצא הגט בטל, לכן נקטינן שבדבר שעתיד להתברר, טרם הבירור, אין זה נחשב כקיום התנאי. אבל בנדון דידן הרי התנאי היה שהכסף ישמש לצורך רווחת מדור הקטינים, ועדיין לא התברר באופן חלוט שהילדים לא יוכלו ליהנות מהמדור אצל אימם, שהרי היא אימם וקוראת להם להיות בקשר עימה, לכן כל כה"ג הו"ל כקיום התנאי, ואין על האישה חובה להחזיר את הכספים.

### העולה מחידושו של המשכנ"י לנדון דידן

העולה מכל האמור כי לפי חידושו של המשכנ"י בנדון דידן על הצד שעובדתית טענת האישה נכונה שהאיש הוא זה שהמריד את הילדים, ואין היא אשמה בכך, הרי שאין העכבה ממנה ולכו"ע כה"ג שהכסף ניתן להרווחת אחרים כבנדון דידן שהכספים ניתנו לצורך מדור הקטינים, הו"ל כקיום התנאי ואין האישה צריכה להשיב את הכספים.



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

אולם לגרסת האב, האם היא האשמה בעזיבת הילדים, וממילא העכבה היא ממנה, ואין כאן קיום התנאי. יוזכר כי בראשית דברינו נתבאר כי יש מקום להגדיר את ההסכם כתנאי שצריך להתקיים ממילא, דהיינו שעל הילדים לגור אצל אימם בפועל וכל עוד אין זה קורה, אין כאן קיום של התנאי. הנה לדרך זו, אין שייכות לפשוט מהסוגיא בגיטין ע"ה, כי אין כאן תנאי שנדון בו אם הוא התקיים כל עוד אין סיבת העיכוב ממנה, כי לפי דרך זו, יש צד בספק, שעל המצב שיהיה לילדים מדור שקט להתקיים, ואין זה תלוי כלל בעכבת האישה. נמצא שלפי דרך זו עלינו לברר האם מדור שקט הוא במה שהילדים נמצאים שם בפועל, או שמדור שקט הוא שהאם תעשה כל מה שביכולתה להעמיד להם מדור.

ולהלן נברר איך היא הכרעת ההלכה במקרה של ספק, והאם אמרינן שהאישה היא מוחזקת בממון מספק.

### ההשלכות מכל האמור לנדון דידן

הנה לפי ההסבר שהייתה התקשרות שמחייבת את שני הצדדים, והבאנו שתי אפשרויות לזה – מדין שכירות פועלים ומדין שכירות בתים. הנה על הצד שזהו מדין שכירות פועלים יש לדמות לאבי הבן ששכר מלמד וחלה או מת הבן. בחלה הבן נפסק בשו"ע חו"מ סימן שלד ס"ד שהוא פסידא דמלמד. אבל במת הבן לדעת הרמ"א שם ה"ה דהוי פסידא דמלמד. אבל לדעת המחנה אפרים שכירות סימן ד (הבאנו לעיל) חייב לשלם למלמד שכרו משלם. וה"ט כיון שהמלמד מעמיד עצמו ללמד ואין העיכוב בא ממנו, משא"כ בחלה שיש עדיין שייכות שהוא ילמד אותו, ואינו מלמד, לכן מספק לא מגיע לו שכר.

והנה בנדון דידן העלינו שקיים מצב שהילדים עוד יחזרו לבית האם, וזהו עדיף מחלה הבן אף לדעת המחנה אפרים. אבל במקרה כבנדון דידן שהאב כבר שילם למלמד, יש ללמוד מדברי הרמ"א בחו"מ סימן של"ד ס"ב בשם ת"ה שמספק אין מוציאין מידו. וכן נראה מדברי המחנה אפרים הנ"ל בסוף דבריו שהעלה שאם כבר שילם לו הרי שוויתר על זכות טענת החזר הממון. ואכמ"ל בזה.

גם על הצד שההסכם נדון כהתחייבות של שכירות בתים, הרי הרמ"א שם בסימן של"ד ס"א הביא מחלוקת המרדכי והרשב"א, במת השוכר אם חייבים היורשים לשלם וראה בכ"י ובאחרונים שהמחלוקת היא אם שכירות מכר, ז"א שעל הצד שהיא כמכר, הרי השוכר כבר התחייב לשלם על המכר ולכן גם יורשיו חייבים בזה, א"כ בנדון דידן אם ננקוט שבית האישה מושכר לילדים (כאשר האב הוא המשלם), כאשר הילדים עזבו את הבית, אין זה מעניינה של האם, כי מה למשכיר כשהשוכר לא רצה לגור בבית.

על הצד שאין ההסכם מחייב מדין שכירות וכנ"ל, וממילא ביכולת האם לחזור בה, נטען שעם כ"ז עליה להחזיר את הכספים שקיבלה עבור כך. אבל נראה שאינו מסתבר שבכל עת יוכל האיש לתבוע החזר כספים, כיון שדברים כאלה עשויים להשתנות, מלבד במקרה שהאם מסרה את המשמורת לאב וגם מצהירה שהיא לא רוצה לראותם עוד, אך אין זה המקרה בנדון דידן שהאם אינה מתכחשת לילדיה. משל למה הדבר דומה, אם הייתה האם שוכרת דירה ע"ס הסכום שהאב ישלם למדור ילדיו, אינו מן הדין שהאב יוכל בכל עת להפסיק את התשלום עקב העובדה שהילדים אינם מתגוררים עמה. אכן גם לזה צריך לתת אמת מידה, ורק אם מתברר לביה"ד כי האם זנחה את ילדיה ואינה חפצה בהם עוד, אז ידון ביה"ד כי האב לא יצטרך לשלם. וכמו כן בנדון דידן האם רכשה דירה בסיוע סך 100,000 ₪ מאת האב, וכל עוד לא הוכח כי האם זנחה את ילדיה אינו מן הדין שתצטרך להחזיר סכום זה.



# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

### הדין בספק

הנה כפי שנתבאר לפי הדרך שיש כאן מתנה על תנאי יש להסתפק אם התנאי התקיים (בין אם התנאי הוא בקום עשה ובין אם התנאי אמור להתקיים ממילא).

מצד אחד האישה מוחזקת כעת בממון, אבל מצד שני כל חזקת הממון שיש לה, היא מכח ההסכם, וכיון שיש צד שההסכם לא קיים, יש לדון אם גם כה"ג תועיל לה חזקת הממון, שהרי כלל בידנו בכל מקרה שיש ספק בשטר, יד בעל השטר על התחטונה.

הנה יש לדמות נדון דידן למקרה בו יש ללוה שובר אך יש ספק בלשון השובר אם החוב נפרע באמת או לא. ובזה נפסק, שעל אף שבעלמא אמרין דיד בעל השטר על התחטונה, מ"מ בנדון זה שהוא עצמו מוחזק בממונו, הכרעת ההלכה שכה"ג שיש לו חזקת ממון, נקטינן דיש בעל השטר על העליונה, וכ"פ הרמ"א בחו"מ הלכות הלואה סימן מב סעיף ח :

בכל הני דאמרינן לעיל שיד בעל השטר על התחטונה, אי תפס מטלטלים, לא מפקינן מיניה. הגה: וכל שכן שאומרים בשובר יד בעל השטר על העליונה, הואיל והוא מוחזק (נימוקי יוסף פרק גט פשוט בשם הרא"ה). דלא כיש חולקין ואומרים דאפילו בשובר אמרינן ידו על התחטונה. (שם בשם הריטב"א תלמידו).

אולם אינו דומה לגמרי לנדון דידן, כי כסף ההלואה שניתן ללוה, ניתן להוצאה, משא"כ הכספים שניתנו לאישה לא ניתנו להוצאה, אלא ניתנו מראש למטרה ברורה לצורך מדור הילדים, ואם האישה הייתה משתמשת בכספים לצורך אחר, מסתמא הייתה עוברת על איסור גזל כשלא הוסיפה מכספה בסך דומה לרכישת הדירה. אבל נראה שהרי אין לאיש קניין בגוף בית האם, שכן לפי מהלך זה האיש רק נתן מתנה לאישה שממנה הייתה אמורה לרכוש דירה שתשמש בין השאר ל"מדור שקט", א"כ מיד שהאישה קיבלה את הכסף הוא נהיה בחזקתה, והוא כשאר כל ממון המוחזק בידה, ועל האיש להביא ראיה כדי להוציא ממנה.

בירור הצד שההסכם היה מתנה על תנאי: על הצד שמדור שקט פירושו שעל האישה מוטל בקום ועשה להעמיד מדור שקט עבור הילדים. גבי נותן מתנה על תנאי פסק השו"ע חו"מ סימן רמ"א ס"י שבתנאי קום עשה על המקבל להוכיח שקיים התנאי, ואם התנאי הוא בשב ואל תעשה על הנותן להוכיח שהמקבל עבר על התנאי. וכבר ביארנו שיש להסתפק אם הכוונה במדור שקט הוא שעל האישה מוטל להעמיד מדור שקט, וזה נוגע לצרכים הגשמיים של הילדים כגון הקצאת חדר וריהוט עבור הקטינים, א"כ כלפי זה אין מחלוקת בין הצדדים, שהאישה העמידה ועודנה מעמידה את ביתה לצורך מדור הילדים. טענת האיש שהיא גרמה להם לעזוב את ביתה, ולפי מהלך זה אף אם זה נכון, אין זה מחייב אותה להחזיר את הכספים שכן את המוטל עליה לפי ההסכם, היא קיימה. ואף שניתן גם לפרש את ההסכם שמדור שקט הכוונה גם שהיא תהיה אימא מטיבה שמטפלת בהם כראוי, הנה כלפי טענה זו בוודאי שנטל ההוכחה שזהו כוונת ההסכם, היא על האב, ולית מאן דפליג שבהיעדר הוכחה האישה היא מוחזקת בכסף.

### הכרעת ההלכה בספק קיום תנאי ובספק אם היה תנאי

סיוע רבה להכרעה זו יש ללמוד מדברי שו"ת עין יצחק חלק א - אבן העזר סימן כז.

דהנה הבאנו מקודם את אשר פסק השו"ע בחו"מ סימן רמ"א ס"י שבתנאי בקום עשה על המקבל להוכיח שקיים התנאי ואילו בתנאי בשב ואל תעשה על הנותן להוכיח שהמקבל עבר על

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

התנאי. ובטעם הלכה זו כתבו הסמ"ע ולזה הסכים הקצוה"ח שם סק"ח משום "אוקי אחזקה דלא נעשה דבר המחודש" עכ"ד.

אבל בעין יצחק שם הקשה על דבריהם וז"ל:

עכ"ז לענ"ד לא נהירא דהא קיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב וכש"כ דלא מהני אוקי אחזקה להוציא מהמוחזק דהא רובא וחזקה רובא עדיף וכה"ג אי' בכתובות (ד' ט"ז ע"א) דבברי וברי לא אמר ר"ג אף דיש שם אוקי אחזקה בתולה. והא דסוף המדיר גבי מומין היכא דנמצא ברשות הבעל הטעם הוא כמש"כ התוס' שם דשאני חזקה הגוף דהוי חזקה אלימתא כיון דלא איתרעי משום דאמרינן כאן נמצא כו' ועיין בפני יהושע שם. ולכן אין סברא לומר דטעם החילוק בין תנאי דקום ועשה כו' המבואר בסי' רמ"א ובסי' מ"ו ש"ך ס"ק ק"ז ובאה"ע סי' ל"ח סעי' ל"ט דהוא משום דאמרינן אוקי אחזקה. ומה שהוכיח הקצוה"ח בסי' רמ"א שם מן התוס' גיטין ר"פ השולח גבי נזיר ששתה יין כו' אינו ראי' דהא התם מיירי באיסורין דסמכין על אוקי החזקה משא"כ היכא דמוציאין ממון ע"ז מהמוחזק.

עיקר קושיית העין יצחק שיש להעמיד דבר על חזקתו הוא לכאורה רק מצד הסתברות, אבל הרי לא אזלינן בתר רוב להוציא ממון (שהוא גם סוג הסתברות) וכ"ש שאין מוציאין על פי חזקה כזו (שלא נהיה דבר מחודש), ואילו לפי הגדרת הסמ"ע והקצוה"ח בתנאי קום עשה שמוטל על המקבל, כל עוד לא הביא ראיה שקיים התנאי, האם נוציא ממנו את המתנה? ונמצא שאנו מוציאין ממון מכח החזקה שלא השתנה המצב ללא ראיה, וזה לא יתכן כאמור.

מחמת זה העין יצחק נותן הגדרה אחרת להלכה זו, וז"ל:

וע"כ עיקר הטעם מה שכתבו לחלק בין תנאי בקום ועשה לשוא"ת הוא כמש"כ המל"מ עצמו שם בפ' ט"ו מטוען משום דכיון שהי' התנאי בקום ועשה הי' לו לקיים התנאי בעדים וכמו דאמרינן כזה גבי הא דאיסי בן יהודה בב"מ (ד' פ"ג) דבמקום שיש ראי' יביא ראי' ויפטר. וכן בתנאי שהוא בשוא"ת כתב המהרי"ט טעם אחר והוא בקצוה"ח סי' רמ"א ס"ק ח' דזהו משום דמסתמא הי' כוונת המוכר שעליו לברר דהלוקח עבר על התנאי שהי' בשוא"ת דאל"כ תתבטל לעולם המתנה דאטו סהדי בכפי תלוי לי' ע"ש.

והיינו שלעולם אמדינן דעת הנותן מתי הוא מסר את נטל ההוכחה על המקבל. ולפ"ז כאשר הוא התנה בקום עשה שהדבר מצוי לקרות ברשות המקבל, תלינן שהמקבל יביא עדים כדי להוכיח שהדבר נעשה, ומדלא הביא ראיה, איהו דאפסיד אנפשיה. אבל בתנאי שב ואל תעשה אמדינן שעל הנותן להביא ראיה שהמקבל עבר על התנאי, שאל"כ בכל עת יהיה בדיו לבטל המתנה בטענה זו, ולא מסתבר שנתן מתנה ע"ד כן, כך היא כוונת המהרי"ט שהובאה במשל"מ.

ומסיים העין יצחק והוא הנוגע לנדון דידן:

א"כ לפ"ז הדין נותן דהיכא דידוע שהי' תנאי בהדבר רק דנולד ספיקא דדינא אם נתקיים התנאי או לא דכיון דבזה לא שייך הטעמים של המהרי"ט וכן הטעם על תנאי בקום ועשה דהי' לברר בעדים כ"ז לא שייך לדון כן היכא שנעשה הדבר המחודש לפנינו רק דנולד הספק בהדין. וכיון דלא שייכים הטעמים הנ"ל בספיקא דדינא ע"כ הדין נותן דאין לנו כח להוציא ממון מהמוחזק. והיכא דנולד ספק אם הי' תנאי כלל בזה פשוט הטעם כיון דקיימ"ל דתנאי הוא טענה גרוע ע"כ מספיקא אין לנו לחוש שמא הי' תנאי.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

המבואר שבמקרה שהיה ודאי תנאי, רק שנולד לביה"ד ספק אם התנאי קויים, בזה לא שייך טעם המהרי"ט הנ"ל כי אין לבוא בטענה כלפי המקבל שלא הביא ראיה על דבר שהוא כלל לא שייך לעשייתו, כי הכרעת ספק שהוא בדין, אינו בתחום אחריותו כלל.

והנה לפ"ז זהו ממש דומה לנדון דידן, שעל הצד שנגדיר את ההסכם כמתנה על תנאי, הרי כעת יש לנו ספק בדין אם התנאי התקיים וכל כה"ג מי שבא להוציא מחזקת הממון עליו נטל ההוכחה.

יתירה מזו, יתכן ובמקרה שלנו זה עוד עדיף כי הספק שלנו בפרשנות ההסכם נדון כספק אם בכלל היה תנאי שהילדים יגורו בבית האם בפועל, וכלפי זה מסיק העין יצחק בסו"ד שאין לחוש שמא היה תנאי.

והנה דברים אלו האחרונים מבוססים עוד יותר בדברי הפוסקים, ראה בנתיבות בכללי תפיסה ס"ק כ"ב דהביא בשם הרשב"א במי שמכר שדה לחבירו ובאו שני כתי עדים והכחישו ז"א"ז אם הי' תנאי בעת המכירה או לא ופסק הרשב"א דמספק תנאי אין מוציאין מהלוקח אף שיש להמוכר חזקת בעלים הראשונים, עכ"ז בספק אם הי' תנאי לא מהני חזקת מרא קמא עכ"ד. וגם זה הובא בעין יצחק בתחילת דבריו.

### האם מוטלת על האם חובה לטפל בילדים בצורה ראויה מכח ההסכם, ומה הנ"מ בזה

בשולי הנימוקים יש להבהיר שגם אם ננקוט כי ההסכם מחייב את האישה להעמיד את הדירה ואת תכולתה למדור הילדים, אך אם יתברר שהאם אכן העמידה את החלק הטכני של המדור, אבל היא התייחסה אליהם שלא כראוי עד שהם עזבו, זאת אומרת האם לא קיימה את החלק האימהי שלה, ברור לכאורה שזהו דבר שנוגד את מהות החיוב המוטל עליה. ונמצא כי על האם מוטלות שתי מטלות: הא' להעמיד את החלק הטכני של הכנת המדור לילדים הב' לתפקד כאם מטיבה לילדים. אבל אחר העיון נראה כי הסך שהאב נתן היה בעיקרו עבור ההעמדה הטכנית של המדור, ואילו החלק האימהי המוטל על האם, אינו מחויב מכח ההסכם אלא הוא עניין שמחויב על פי טבע האדם להתנהל בצורה ראויה עם ילדיו, וכאשר יתברר שהאם לא התנהלה כראוי עם ילדיה אין זה בגדר הפרת ההסכם מצידה, אלא כפשיעה בהתנהלותה כאם כלפי ילדיה. מאידך גיסא ניתן לומר שהכספים שהאב העמיד הם גם עבור דמי טיפול על הילדים, ובזה כלול שעל האם להיות אם מיטיבה.

והנה גם אם המטלה לנהוג כאם מיטיבה כלפי ילדיה כלולה במסגרת ההסכם, ונאמר שזהו בכלל דמי טיפול שהאב משלם עבור הטיפול הראוי שהאם תעניק לילדים, הנה כאשר האב טוען שהאם לא קיימה את חלקה הרי זה דומה לטוען על האם שהיא עברה על התנאי, והרי מבואר בשו"ע הנ"ל בחו"מ סימן רמ"א ס"י שכה"ג נטל ההוכחה על הנותן, ובמקרה זה על האב להוכיח שהאם לא קיימה זאת כראוי, וכל הפירושים שווים בזה, ועל כן בהעדר הוכחה אין להוציא את הכספים מהאם.

הנה היה מקום לברר כיצד התנהלה האם עם הילדים בעודם גרים עמה בביתה, ויש מקום לזמן את הילדים כדי לשמוע מפיהם איך הבית התנהל באותה תקופה, אך אחר העיון התברר כי הילדים כיום אינם מדברים עם האם ויש חשש שעדותם תהיה מוטה כלפי האב שהוא הדואג לכל צרכם כיום וגם שלדברי האם האב הסית אותם נגדה. בנוסף, חו"ד עו"ס בתסקיר הייתה לעיני ביה"ד בעניין זה, על כן בהעדר ראיה הדין כנ"ל.

לאור האמור תביעת האיש להחזר דמי מדור בסך 100,000 ₪, נדחית.

# מדינת ישראל

## בתי הדין הרבניים

הרב חיים ו' וידאל - דיין

לאחר העיון מצטרף למסקנה.

הרב מרדכי רלב"ג – ראב"ד

**נפסק:**

תביעת התובע כנגד האישה להשיב לו סך של 100,000 ₪ נדחית.

ניתן לפרסם לאחר השמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום י' בטבת התש"פ (07/01/2020).

הרב חיים ו' וידאל

הרב יקותיאל כהן

הרב מרדכי רלב"ג – ראב"ד

עותק זה עלול להכיל שינויי עריכה והגהה